

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- نقش دموکراسی در مشروعیت‌بخشی سیاست‌گذاری و فرایند کیفری / مهدی موسی زاده کوفی، علی حسین نجفی ابرندآبادی، باقر شاملو، فیروز محمودی جانکی
- رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر ناظر به الزامات و محدودیت های دادرسی علنی در محاکم ملی / مرتضی راسته، حسنعلی مؤذن زادگان، پیمان دولت خواه پاشاکی
- تفکیک اخلاق زیستی و حقوق زیستی / محمد راسخ، فاطمه دومانلو
- تحلیل قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ / سید حسام الدین لسانی
- چارچوب حقوقی سازمان تجارت جهانی در ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی / محمدجعفر قنبری چهرمی، مجتبی محمدی
- شناسایی حقوقی شهروندی در ایران پس از انقلاب: قانون یا فرهنگ کلید مفقوده؟ / هادی صالحی، محمدعلی توانا
- مطالعه تطبیقی اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللی / بهرام ملک‌پور، حسن حاجی‌تبار فیروزجانی، محمد نبی‌پور
- رویکردهای اقتصادی به تفسیر متون و مقایسه آن‌ها با دیدگاه های اصالة الظهوری و مقاصدی / سیدعلیرضا شکوهیان، مجتبی قاسمی
- رویکرد دادگاه‌های آلمان در مواجهه با تحریم با منشأ خارجی در اختلافات قراردادی / سعید باغبان کندی، حسین سادات میدانی
- راهبردهای حمایت از حقوق کودکان در محیط دیجیتال / مریم غنی زاده باققی، سودابه رضوانی
- چالش های ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در رویه قضایی / مصطفی باقری، حسن عالی‌پور، مهدی فضلی
- رای داوری دریای چین جنوبی و مقابله با رویکرد بیشینه‌گرایی دولت‌های ساحلی در تفسیر «جزایر صخره‌ای»؛ رهیافتی انتقادی / رضوان باقرزاده، سید رضا جلیلی، مجید سعیدی
- تقابل سازمان یافته حقوقی و تاریخی انگلیس علیه ایران (مورد مطالعه سه جزیره ایرانی خلیج فارس) / نقی طبرسا
- وضعیت حقوقی آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل / ارغوان قبادی لنگرودی، فاطمه کیهانلو
- نقش حقوق بین‌الملل فضا در استفاده از فناوری های فضایی برای مقابله با بحران بیماری‌های واگیردار- کووید ۱۹ / حمید کاظمی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داورى و انجمن ایرانی حقوق ادارى

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۳۹، شماره ۱۰۴، زمستان ۱۴۰۲



شاپا چاپی: ۰۷۷۲-۱۰۲۴ شاپا الکترونیکی: ۵۹۱۱-۳۰۶۰

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: ابراهیم بیگزاده

مدیر داخلی: اسداله یآوری

دستیاران مدیر داخلی: مریم غنی‌زاده بافقی، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

محمد آشوری (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

نجم‌الدین الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمدرضا پاسبان (دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران)

عبداله شمس (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدحسین صفائی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

هدایت اله فلسفی (استاد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد حقوق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

علی حسین نجفی ابرنآبادی (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

صفحه آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: مریم غنی‌زاده بافقی، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: زهرا غنی‌زاده بافقی

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری،

فصلنامه تحقیقات حقوقی، فصلنامه‌ای علمی شناخته شده است.

نشانی: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، دفتر نشریه تحقیقات حقوقی، کدپستی: ۱۹۸۳۹۶۹۴۱۱

وبگاه: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> و پست الکترونیک: law.res.mag@gmail.com

تلفن: ۰۲۱۲۲۴۳۱۶۸۱ - تلفکس: ۰۲۱۲۲۴۳۱۷۵۹

این فصلنامه در پایگاه استنادی جهان اسلام ISC و نیز ایران ژورنال (نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری) نمایه شده است و از طریق سایت‌های www.isc.gov.ir و www.ricest.ac.ir و www.noormags.ir در دسترس جامعه علمی جهانی قرار دارد.



شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. مجله تحقیقات حقوقی هر سه ماه یک‌بار به انتشار مقالات علمی در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته می‌پردازد.
۲. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه به نشانی: <http://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر مجله یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل مجله خودداری شود.
۳. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۴. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۵. مقالات دریافتی پس از ارجاع به داوری قابل استرداد نخواهد بود.
۶. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
۷. نوع داوری فصلنامه به صورت بی‌نام و حداقل سه داور می‌باشد.

ب) شرایط محتوایی

۱. مقاله می‌بایست در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه باشد.
۲. مقاله بایستی واجد درجه علمی تلقی گردد.
۳. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر نتایج عملی باشد.
۴. مقاله نمی‌بایست قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده باشد.
۵. از آنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

۱. حداکثر حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع ۸۰۰۰ کلمه در قطع A4 به شرح آتی خواهد بود.
۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx خواهد بود.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت	موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Nazanin	متن	۱۲	B Nazanin
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۴	Times New Roman	متن عربی	۱۳	M Mitra
اسامی نویسندگان فارسی	Bold ۱۰	B Nazanin	پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۰	Times New Roman	پانویس انگلیسی	۹	Times New Roman
متن چکیده فارسی	۱۱	B Nazanin	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Nazanin
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman	منابع فارسی	۱۲	B Nazanin
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Nazanin	منابع انگلیسی	۱۰	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

- عنوان مقاله
- نام نویسندگان
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.
- چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• **صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی**

- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
- چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• **صفحه سوم: مقدمه**

- در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.

• **صفحات بعدی: بدنه مقاله**

- عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد.
- پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.

• **صفحه آخر: فهرست منابع**

- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
- کلیه منابعی که به زبانی غیر از انگلیسی هستند باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شوند.

کتاب فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (و نام خانوادگی نویسنده‌ی بعدی، نام نویسنده)، عنوان کتاب **(توپر و ایرانیک)**، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۸۳.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

کتاب انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان کتاب (ایتالیک). شماره ویرایش. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: Pollan, M. *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*. 2nd Ed. New York: Penguin, 2006.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، و نام و نام خانوادگی نویسنده دومی به بعد. عنوان کتاب. شماره‌گان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.
- مثال: Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. *The War: An Intimate History, 1941–1945*. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله به صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی).
- مثال: صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۴۱-۶۲.

مقاله انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت *Italic*) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس.
- مثال: Joshua I, W. "The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان‌نامه و رساله فارسی:

- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.
- مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰

پایان نامه و رساله انگلیسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان نامه، نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال:

Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty." PhD diss., University of Chicago, 2008.

منبع الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (توپر)، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.

مثال:

Lang, Jon, **the Protection of Commercial Trade Secrets**, 25 European Intellectual property Review No 462 (October 2003), available at:
<http://www.nsi.org/library/espionage/asta/html>(last visited on 08/03/ 2011).

به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.
در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۳۹، شماره ۱۰۴، زمستان ۱۴۰۲

فهرست مطالب این شماره

- ۱..... نقش دموکراسی در مشروعیت بخشی سیاست گذاری و فرایند کیفری
مهدی موسی زاده کوفی - علی حسین نجفی ابرندآبادی - باقر شاملو - فیروز محمودی جانکی
- ۲۱..... رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر ناظر به الزامات و محدودیت های دادرسی علنی در محاکم ملی
مرتضی راسته حسنعلی مؤذن زادگان - پیمان دولت خواه پاشاکی
- ۴۱..... تفکیک اخلاق زیستی و حقوق زیستی
محمد راسخ - فاطمه دومانلو
- ۶۳..... تحلیل قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک کنوانسیون های ژنو ۱۹۴۹
سید حسام الدین لسانی
- ۸۳..... چارچوب حقوقی سازمان تجارت جهانی در ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی
محمدجعفر قنبری جهرمی - مجتبی محمدی
- ۱۰۱..... شناسایی حقوقی شهروندی در ایران پس از انقلاب: قانون یا فرهنگ کلید مفقوده؟
هادی صالحی - محمد علی توانا
- ۱۲۳..... مطالعه تطبیقی اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین المللی
بهرام ملک پور - حسن حاجی تبار فیروزجانی - محمد نبی پور
- ۱۴۱..... رویکردهای اقتصادی به تفسیر متون و مقایسه آن ها با دیدگاه های اصالة الظهوری و مقاصدی
سیدعلیرضا شکوهیان - مجتبی قاسمی
- ۱۵۹..... رویکرد دادگاه های آلمان در مواجهه با تحریم با منشأ خارجی در اختلافات قراردادی
سعید باغبان کندری - حسین سادات میدانی
- ۱۷۷..... راهبردهای حمایت از حقوق کودکان در محیط دیجیتال
مریم غنی زاده بافقی - سودابه رضوانی
- ۱۹۵..... چالش های ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در رویه قضایی
مصطفی باقری - حسن عالی پور - مهدی فضلی
- ۲۱۱..... رأی داوری در بای چین جنوبی و مقابله با رویکرد بیشینه گرای دولت های ساحلی در تفسیر «جزایر صخره ای»: رهیافتی انتقادی
رضوان باقرزاده - سید رضا جلیلی - مجید سعیدی
- ۲۲۹..... تقابل سازمان یافته حقوقی و تاریخی انگلیس علیه ایران (مورد مطالعه سه جزیره ایرانی خلیج فارس)
نقی طبرسا
- ۲۴۷..... وضعیت حقوقی آوارگان داخلی در حقوق بین الملل
ارغوان قبادی لنگرودی - فاطمه کیهانلو
- ۲۶۳..... نقش حقوق بین الملل فضا در استفاده از فناوری های فضایی برای مقابله با بحران بیماری های واگیردار - کووید ۱۹
حمید کاظمی



Original Article

The Role of Democracy in the Legitimacy, Policy-Making and Criminal Process

Mehdi Mousazadeh Koufi¹, Ali Hossein N. Abrandabadi² 
Bagher Shamlou³, Firouz Mahmoudi Janaki⁴

ABSTRACT

In democratic policymaking, the demands of citizens in Criminal Normalization are taken into consideration. The legitimacy of criminal measures is achieved through the identification of citizens and the protection of their freedoms. In a democratic system, citizens have the most democratic participation in the Criminal process. In this research, this question is answered in a descriptive-analytical way through library information in the light of the three principles of representation, citizenship rights, and limitation of power. What is the position of citizens' demands for a fair criminal policy that is maximally acceptable and to what extent should the will of the general public be taken into account? The result of the present study is that the principles of democracy in any society, in terms of the degree to which it is conceptualized, affect the type and manner of criminal policies. Democracy by providing citizens' satisfaction and providing democratic participation while influencing criminalization can provide the basis for a fair criminal response in society. Paying attention to the will of citizens in democratic policy-making causes criminal responses to be redefined in the light of the concepts of civil rights, and criminalization and Sentencing to be carried out following the culture and civilization of society. The findings in this study are positive this fact, That the coercive result of establishing the concepts of democracy in societies is not necessarily the establishment of humane criminal responses, and in some cases, policymakers deviate from democratic concepts to establish strict responses.

KeyWords: Democracy, Criminal Normalization, Legitimacy, Public Demands, Policy-Making.

How to Cite: Mousazadeh Koufi, M, N. Abrandabadi, A.H, Shamlou, B, Mahmoudi Janaki, F, "The Role of Democracy in the Legitimacy, Policy-Making and Criminal Process", Legal Research, Vol.26, No.104, 2024, pp:1-20.

DOI: <https://doi.org/10.29252/JLR.2022.227031.2214>

Received: 07/05/2022-Accepted: 28/06/2022

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Qom Branch), Qom, Iran

2. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: ahnaus@yahoo.com

3. Associate Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

4. Associate Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



نقش دموکراسی در مشروعیت‌بخشی سیاست‌گذاری و فرایند کیفری

مهدی موسی‌زاده کوفی^۱، علی حسین نجفی ابرندآبادی^۲، باقر شاملو^۳، فیروز محمودی جانکی^۴

چکیده

در سیاست‌گذاری دموکراتیک خواست‌های شهروندان در هنجارگذاری کیفری مورد توجه قرار می‌گیرد. مشروعیت تدابیر کیفری از طریق هویت‌بخشی به شهروندان و حفظ آزادی‌های آنان صورت می‌پذیرد. در یک نظام مردم‌سالار شهروندان بیشترین مشارکت دموکراتیک را در فرایند کیفری دارند. در این پژوهش به صورت توصیفی-تحلیلی اطلاعات در پرتو سه اصل نمایندگی، حقوق شهروندی، و محدودیت قدرت به این سوال پاسخ داده می‌شود که برای سیاست‌گذاری کیفری عادلانه که از مقبولیت حداکثری برخوردار باشد، خواسته شهروندان چه جایگاهی دارد و تا چه میزان به اراده عموم شهروندان باید توجه شود؟ فرایند پژوهش حاضر این است که اصول دموکراسی در هر جامعه برحسب اینکه تا چه میزان مفهوم‌سازی شود، بر نوع و نحوه سیاست‌های کیفری تأثیرگذار است. دموکراسی با جلب رضایت شهروندان و فراهم آوردن مشارکت دموکراتیک ضمن تأثیرگذاری بر جرم‌انگاری‌ها می‌تواند زمینه پاسخ‌دهی کیفری عادلانه را در جامعه فراهم آورد. توجه به اراده شهروندان در سیاست‌گذاری مردم‌سالار سبب می‌شود، پاسخ‌های کیفری در پرتو مفاهیم حقوق شهروندی باز تعریف شود و جرم‌انگاری و کیفرگذاری منطبق با فرهنگ و تمدن امروز جامعه صورت پذیرد. یافته‌ها در این پژوهش مثبت این حقیقت است که نتیجه قهری استقرار مفاهیم دموکراسی در جوامع ضرورتاً برقراری پاسخ‌های کیفری انسانی نیست و سیاست‌گذاران در پاره‌ای از موارد با انحراف از مفاهیم دموکراتیک نسبت به برقراری پاسخ‌های سخت‌گیرانه اقدام می‌کنند.

کلید واژگان: دموکراسی، هنجارگذاری کیفری، مشروعیت، خواسته‌های عمومی، سیاست‌گذاری کیفری.

استناد به این مقاله: موسی‌زاده کوفی، مهدی، نجفی ابرندآبادی، علی حسین، شاملو، باقر، محمودی جانکی، فیروز، «نقش دموکراسی در مشروعیت‌بخشی سیاست‌گذاری و فرایند کیفری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱-۲۰.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.227031.2214>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۰۷

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، قم، ایران

۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: ahnaus@yahoo.com

۳. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۴. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

مقبولیت و مشروعیت نظام کیفری یکی از شاخصه‌های حکمرانی مطلوب در نظام‌های مردم‌سالار است. جرم‌انگاری، کیفرگذاری باید به شیوه‌ای صورت پذیرد که از مقبولیت و مشروعیت اجتماعی در بین شهروندان برخوردار باشد. دولت‌های مردم‌سالار برای انجام حکمرانی مطلوب که مورد قبول شهروندان باشد، از ساختارهای دموکراسی استفاده می‌کنند. دموکراسی شیوه حکومتی است که در آن مردم قدرت انتخاب سیاست‌گذاران و قوانین حاکم را دارند. در پرتو این قدرت شهروندان از کلیه حقوق شهروندی برخوردار می‌شوند. در نظام‌های دموکراتیک فرض بر این است که مردم حاکمان را انتخاب کنند، حاکمان خواسته‌ها و مطالبات مردم را بفهمند و تلاش کنند مطابق خواسته‌ها و مطالبات شهروندان عمل کنند، در غیر این صورت حاکمان اعتماد مردم را از دست می‌دهند.^۱

شهروندان در صورتی نظام عدالت کیفری را مقبول و مشروع تلقی می‌نمایند که ضمن توجه به خواسته‌های شهروندان از کارایی و کارآمدی در حل مشکلات و مسائل اجتماعی برخوردار باشد. تأمین خواسته شهروندان در راستای استقرار عدالت کیفری کارآمد از یک سو، مستلزم شناسایی حقوق و نیازهای شهروندان است و از سوی دیگر، نیازمند شناسایی، انتخاب و به‌کارگیری تدابیر کیفری مناسب، منطبق با نظام فرهنگی و اجتماعی جامعه است. برای استقرار نظام عدالت کیفری دموکراتیک نیازمند قانون اساسی مردم‌سالار و ایجاد حقوق اساسی کیفری شهروندمدار هستیم،^۲ چندان که می‌توان گفت بین نوع دولت و ساختار سیاسی که در قانون اساسی تعریف و تبیین می‌شود، با نوع و ساختار عدالت کیفری در جامعه ارتباط کاملی وجود دارد. تعریف ساختارهای سیاسی دموکراتیک در قانون اساسی، اسباب سیاست‌گذاری منطبق با نیازهای اجتماعی و هنجارگذاری کیفری پویا را از طریق ایجاد نهادهای عدالت کیفری دموکراتیک فراهم می‌آورد.

در سیاست‌گذاری کیفری دموکراتیک تلاش می‌شود، نهادهای کیفری از طریق کاربرست قوانین به شکل شفاف، پایدار، مداوم و قابل پیش‌بینی به وظایف خود عمل کنند. جرم‌انگاری و کیفرگذاری از طریق کسب آرای شهروندان (به صورت مستقیم یا غیرمستقیم) صورت می‌گیرد. جذب مشارکت شهروندان در فرایند دادرسی و اجرای حکم توأم با رعایت حقوق کلیه شهروندان، نمود پذیرفته‌شدن اصول مفاهیم دموکراتیک در فرایند کیفری محسوب می‌شود.

مسئله اساسی در مشروعیت و مقبولیت سیاست‌گذاری کیفری دموکراتیک این است که بدون توجه به اصول و قواعد حقوقی و آزادی‌های اساسی، مشروعیت‌بخشی به نظام عدالت کیفری میسر نیست. سیاست‌گذاران کیفری در پاره‌ای موارد، خوانش دقیقی از خواسته‌ها، نیازها و حقوق شهروندان ندارند و در برخی از موارد دیگر نیز نیازهای شهروندان به شکل دقیق و اصولی به سیاست‌گذاران کیفری منعکس نمی‌شود. این امر اسباب ایجاد تناقض بین ارزش‌های اجتماعی واقعی و خواسته‌های مقبول شهروندان با ارزش‌های رسمی مورد حمایت در قوانین را فراهم می‌آورد.

پر واضح است که اراده عموم شهروندان همیشه مصون از اشتباه نیست و تحت تأثیر فشار رسانه‌ها، فضای تبلیغاتی و رویکردهای سیاسی در برخی از موارد، راه ناصوابی را در هدایت سیاست‌گذاران کیفری طی می‌کند. خواسته‌های شهروندان در تمام جرایم و در خصوص همه مجرمان نمی‌تواند معیار دقیق علمی برای مشروعیت‌بخشی نظام کیفرگذاری و کیفردهی باشد. برقراری دموکراسی به هر شیوه مقبول نیست؛ چندان که در دولت‌های توتالیتر از ساختارهای دموکراسی برای سلب حقوق و آزادی‌های انسان استفاده می‌شود و ساختارهای جامعه به سمت توده‌گرایی و سلب حقوق شهروندان به بهانه

۱. عبدالجباری، محمد، *دموکراسی و حقوق بشر*، ترجمه محسن آرمین، تهران: انتشارات مروارید، ۱۳۹۸، صص ۱۷-۱.

۲. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *بین‌المللی - اساسی شدن اصول حقوق کیفری*، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، به کوشش لعیا جنیدی و امیر حسین نیازپور، تهران، نشر معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹، ص ۲۴۹.

برقراری نظام دموکراتیک حرکت می‌نماید. تحلیل و تبیین این موضوع که در سیاست‌گذاری کیفری چگونه خواسته‌ها و مطالبات شهروندان در پرتو مفاهیم لیبرال دموکراتیک می‌تواند اعمال شود، از اهداف پژوهش حاضر است. قابلیت و توانایی مفاهیم دموکراسی در مقبولیت‌دهی و مشروعیت‌بخشی به تدابیر کیفری سبب شده است، تا موضوع «نقش دموکراسی در مشروعیت‌بخشی سیاست‌گذاری کیفری» از اهمیت قابل توجهی برخوردار شود. در این پژوهش با توجه به چالش‌های مطرح در خصوص دخالت دادن اراده عمومی در سیاست‌گذاری، بر مبنای سه اصل نمایندگی، تحدید قدرت و حقوق شهروندی^۱ تلاش می‌شود که معیارهای لازم برای سیاست‌گذاری کیفری عادلانه را که از مشروعیت و مقبولیت عام نیز برخوردار باشد، تعیین نماییم.

در بند نخست تحت عنوان «جایگاه اراده عمومی در مشروعیت‌بخشی پاسخ‌های کیفری» تلاش می‌شود، شیوه‌های تأثیرپذیری سیاست‌گذاری کیفری از اراده عمومی تحلیل شود. در بند دوم، تحت عنوان «هویت بخشی به حقوق و آزادی شهروندان»، احترام به آزادی اراده و خواسته‌های شهروندان در نظام دادرسی بررسی می‌شود. در بند سوم تحت عنوان «انسانی‌سازی نظام کیفردهی»، چگونگی اجرای کیفر و برخورد با محکومان به‌عنوان شهروند در پرتو مفاهیم دموکراتیک بررسی می‌شود.

۱. جایگاه اراده عمومی در مشروعیت‌بخشی پاسخ‌های کیفری

طرز تلقی شهروندان در جوامع دموکراتیک در ایجاد و توسعه ارزش‌های دموکراتیک در بطن نهادهای عدالت کیفری مؤثر است. انگیزه‌ها، اراده‌ها، باورها و نگرش‌های اخلاقی در مشروعیت کیفرگذاری نقش اساسی دارد. انسان‌ها وقتی عملی را از نظر اخلاقی - روانی بد و نادرست تلقی می‌نمایند، مرتکبین آن اعمال را مسئول اعمال خود تلقی می‌نمایند و آن‌ها را به‌خاطر اعمالی که مرتکب شده‌اند، مستحق و شایسته مجازات می‌دانند.^۲ مردم با نقض قوانین احساس می‌نمایند، قواعد مهم اخلاقی جامعه نقض شده است و مرتکب آن مستحق مجازات است.

دخالت سودمند شهروندان به‌عنوان یکی از مفاهیم مطرح در مدیریت نظام عدالت کیفری است. نظام‌های مردم‌سالار بر نقش مشورت و نظرخواهی عمومی در جهت تضمین انتقال ارزش‌های اساسی از رهگذر نظام کیفری، با هدف انطباق الگوهای مجازات با اراده شهروندان تأکید می‌ورزند. افکار عمومی نشئت‌گرفته از علایق مشترک شهروندان درباره موضوع واحد فرایند پیچیده‌ای را خلق می‌کند که در میزان و شدت جرم و کیفر تأثیر بسزای دارد.^۳ ارتکاب جرم در جوامع دموکراتیک به مفهوم تعرض به ارزش‌های اساسی است و تعرض به نظم اخلاقی و برهم‌زننده انسجام اجتماعی محسوب می‌شود که منجر به درخواست کیفر متهمان توسط شهروندان می‌شود.^۴ در سیاست‌گذاری مردم‌سالار، کیفر به‌عنوان وسیله‌ای به منظور احیای ارزش‌های اجتماعی همچنین قوام‌بخش اتحاد اجتماعی مورد استفاده قرار می‌گیرد و تلاش

^۱ دموکراسی سنتزی از سه اصل شهروندی، تحدید قدرت و نمایندگی است. اصل شهروندی پذیرش حاکمیت مردم است. پذیرش حاکمیت شهروندان یعنی پذیرش مسولیت شهروندان در مبارزه با فساد و استبداد. اصل تحدید قدرت، یعنی محدود کردن قدرت با به رسمیت شناختن حقوق بنیادین شهروندان و آزادی افراد است. اصل سوم نمایندگی یعنی کارگزاران سیاسی باید مطالبات اجتماعی را نمایندگی و به نیابت از شهروندان عمل کنند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک: تورن، آلن، *دموکراسی چیست؟* ترجمه سلمان صادق‌زاده، تهران: نشر ثالث، ۱۳۹۹، ص ۵۷.

^۲ Van Prooijen, J, *The Moral Punishment Instinct*, Oxford University, 2018, p.28

^۳ محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن آبادی، *افکار عمومی و کیفرگرایی*، فصلنامه مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی) شیراز، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۷۹.

^۴ Falcón y, Tella, Maria AND Falcón y Tella, Fernando, *Punishment and Culture: A Right to Punish?* Netherlands, Martnus Nijhoff Publishers, 2006, p 70.

می‌شود با برقراری یک رویکرد حق‌محور، شهروندان مشارکت دموکراتیک در حقوق و آزادی‌های بنیادین داشته باشند.

۱.۱. شیوه‌های مراجعه به آرای عمومی

شهروندان با انتخاب‌های عمومی در جوامع مردم‌سالار، در توجیه و مشروعیت‌بخشی به برخی از اصول و قواعد نظام عدالت کیفری یا در حذف و تغییر برخی از اصول و قواعد آن نقش قابل توجهی را ایفا می‌نمایند، چندان که می‌توان گفت ساختارهای قوای اجرایی، تقنینی و قضایی توسط حوزه عمومی خلق، تقویت و کنترل می‌شود. ذهنیت شهروندان درباره دموکراسی در ارتباط با نظام عدالت کیفری است. سوءظن عمومی به نظام عدالت کیفری در خصوص رفتار نابرابر نهادها و مقامات عدالت کیفری، منشأ سوءظن و بی‌اعتمادی کلی به حکومت را فراهم می‌آورد.^۱ دموکراتیک‌سازی نظام عدالت کیفری مستلزم دموکراتیک شدن و توسعه جوامع است؛ چندان که عدم توجه به این مهم موجب گسست در تدابیر نظام‌های مردم‌سالار است. سوءاستفاده از قدرت، نقض حقوق بشر، مسئولیت‌گریزی مسئولان نظام عدالت کیفری و رواج توسل به خشونت از مشخصه‌های نظام‌های غیردموکراتیک است.

۱.۱.۱. رویکرد گفتگومحور

در جوامع مدرن هرچند مدیریت مجازات‌ها در انحصار دولت‌هاست، ولی مردم با نشان دادن واکنش‌های احساسی در مناسبت‌ها و فرصت‌های مختلف به طرق گوناگون، ضمن تأکید بر اهمیت ارزش‌های اجتماعی- اخلاقی، در تعیین و اجرای مجازات‌ها به دولت‌ها یادآوری می‌نمایند که در سیاست‌گذاری کیفری باید خواسته‌های آن‌ها را در نظر بگیرد.^۲ در رویکرد مشروعیت‌بخش گفتگومحور، پاسخ به پرسش‌های اساسی پیرامون معنا و هدف مجازات، و پذیرش آن در جامعه از سوی شهروندان صرفاً از طریق فرایند گفتمان عمومی با رویکرد عقلانی- انتقادی صورت می‌پذیرد. شهروندان در برهه‌های مختلف، در مجالس، باشگاه‌های حزبی، سالن‌های ادبیات و سایر مکان‌های عمومی گرد هم می‌آیند و به بحث درباره امور مهم همگانی و انتقاد از نهادهای حاکمیت، اقدام می‌کنند. در فرایند مشروعیت‌بخشی از طریق گفتمان عمومی، اشخاص به صورت برابر وارد تعامل و بحث منطقی، آزاد و مستمر می‌شوند و در نهایت نسبت به توافق درباره سیاست‌های عمومی نظیر مجازات اقدام می‌کنند.^۳

حوزه عمومی ذاتاً فراگیر و غیرانحصاری است و حق مشارکت برابر به افراد می‌دهد تا انتقادات، پیشنهادها و راه‌حل‌های خود را ارائه نمایند. در رویکرد مشروعیت‌بخش گفتمان‌محور، آزاد بودن بحث به این معنی است که کلیه افراد متأثر از سیاست‌گذاری کیفری، فرصت مطرح نمودن دغدغه‌های خود را پیدا کنند. مقصود از مستمر بودن بحث عمومی، آن است که افراد، در پرتو بحث و کسب اطلاعات جدید از جانب سایر شهروندان، فرصت اصلاح و تجدیدنظر در ایده‌ها و نظریات و اعتقادات خود را در خصوص نظام کیفردهی دارند. نتیجه طبیعی حاصل از چنین مباحثی، شکل‌گیری سیاست‌های کیفری عمیقاً مشروع خواهد بود؛ چندان که این تدابیر بلاشک مورد تأیید و قبول اکثریت غالب شهروندان است و نه تنها شهروندان از قوانین تبعیت می‌کنند، بلکه آن‌ها را متعلق به خود می‌دانند.

¹. Susanne, k, Lafree, G, "Democracy, Crime, and Justice", *Published The Annals of the American Academy of Political and Social Science journals*, Vol 605, Issue 1, 2006, p 18.

². Garland, D, " Sociological Perspective on Punishment, Crime and Justice", *The University of Chicago Press*, vol 14, 1991, p, 115.

³. DZUR, A, & Mirchanani, R, "Punishment and Democracy, The role of public deliberation", *SAGE Publications Los Angeles, London, New Delhi and Singapore*. Vol 9, 2015, p, 157.

این نوع از تبادل نظر عمومی، رأی محور و مشابه فرایند انتخابات‌های سیاسی که صرفاً در مرحله‌نهایی، پای شهروندان را به عرصه تصمیم و اظهار عقیده می‌کشاند نیست، بلکه در این روش شهروندان به صورت فعال و از مراحل ابتدایی، در سیاست‌گذاری مشارکت و همکاری دارند. در این شیوه مشروعیت‌بخشی دموکراتیک محور، کثرت‌گرایی ارزش‌ها پذیرفته می‌شود و شهروندان فرصت طرح و تبادل و تفسیر آزادانه ارزش‌ها از طریق گفتمان‌های عمومی را پیدا می‌کنند. در انتقاد به رویکرد مشروعیت‌بخش گفتگومحور، این پرسش مطرح می‌شود که خواسته‌ها و اراده غیررسمی جامعه مدنی، چگونه می‌تواند بر نهادهای رسمی حکومت تأثیر بگذارد؟ در این راستا عده‌ای استدلال می‌کنند که امکان تأثیرگذاری در سیاست‌های دولتی، به شیوه‌ای غیر از انتخابات، برای عموم جامعه متصور نیست. یورگن هابرماس^۱ با رد آن استدلال و به منظور پاسخ به این پرسش، از مفهوم «قدرت ارتباطی» هانا آرنه^۲ بهره می‌گیرد. «هانا آرنه قدرت را به مثابه پدیده‌ای جمعی در نظر می‌گیرد و معتقد است که تصمیمات اتخاذ شده در حوزه عمومی، از یک واقعیت هنجاری و نیروی ساختاری برخوردار است؛ قدرت عمومی به طور ناگهانی پدیدار و با نظر گروه اکثریت، همراه می‌شود.»^۳ قدرت به عنوان پدیده جمعی آثار قابل توجهی در جامعه دارد. به عنوان مثال، حوزه عمومی در فرایند سلب یا دفاع از آزادی‌های سیاسی، دارای قدرتی در حد خلق معیارهای جدید، اصلاح یا از بین بردن نهادهای حقوقی است؛ چندان که می‌توان گفت اراده عمومی در این نوع از قدرت ارتباطی قادر است، نوع و کیفیت هنجارگذاری کیفری را خلق یا درپاره‌ای از موارد تقویت یا محدود کند.

۱.۱.۲. رویکرد رأی محور

در این نوع از مشروعیت‌بخشی شهروندان به صورت مستقیم یا غیرمستقیم در جرم‌انگاری و کیفرگذاری افعال مختلف شرکت می‌نمایند و تلاش دارند، در سیاست‌گذاری کیفری به صورت مستقیم و غیرمستقیم دخیل باشند. زمانی که شهروندان به صورت مستقیم در سیاست‌گذاری کیفری تأثیرگذار می‌شوند مردم از طریق شرکت در انتخابات، یعنی دموکراسی مشارکتی مستقیم، در جرم‌انگاری یا عدم جرم‌انگاری گونه خاصی از افعال مشارکت می‌نمایند. برعکس در رویکرد مشارکتی غیرمستقیم با ایجاد سازوکارهایی سیاسی، رهبران و نمایندگان مجلس قدرت تصمیم‌گیری خود را از طریق شرکت در رقابت‌های انتخاباتی به دست می‌آورند.^۴ در این نوع از مشروعیت‌بخشی که از نوع دموکراسی نخبه‌گرا یا دموکراسی نیابتی است، حق دولت‌ها بر کیفرگذاری و اعمال محدودیت‌ها از طریق انتخابات با توسل به آرای شهروندان حاصل می‌شود.

شهروندان از طریق مشارکت در انتخابات خواسته یا ناخواسته تلاش دارند، راهبرد کلی یا جزئی سیاست‌گذاران کیفری را در خصوص اتخاذ تدابیر بازدارنده یا سزاگرا مشخص نمایند. انگیزه و منش اخلاقی غالب شهروندان از لحاظ روانی، بر نوع و نحوه واکنش‌های نظام عدالت کیفری تأثیرگذار است؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت «خواسته‌های شهروندان نوع و کیفیت واکنش نظام عدالت کیفری را در خصوص مجرمان و بزه‌دیدگان تعیین می‌نماید.»^۵ انگیزه‌های اخلاقی و روانی شهروندان به مجازات در زمان و مکان متفاوت است و از جامعه‌ای به جامعه دیگر فرق می‌کند. در جوامع متمدن فرهنگ بشر اجرای مجازات‌های شدید را صحیح تلقی نمی‌کند و تلاش دارد با رویکرد دیوان‌سالارانه اجرای مجازات‌های خشن را

۱. Jürgen Habermas.

۲. Hannah Arendt

۳. Ibid, p.162.

۴. حریری اکبری، محمد، **دموکراسی و جامعه مدنی**، پژوهشنامه علوم انسانی دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۸۰، شماره ۲۹، ص ۱۳۴.

۵. Van Prooijen, J, op.cit, p. 30.

حذف یا تعدیل نماید.^۱ چندان که تمدن و فرهنگ امروزی بشر هر گونه ارباب و تحقیر را نادرست تلقی می‌کند و بر اجرای کیفرها به صورت انسانی تأکید می‌نماید.

غیراخلاقی بودن برخی پاسخ‌های کیفری فراگیر است، مجازات خشن در کلیه جوامع یا در اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها با لحاظ اینکه اسباب نقض حقوق بنیادین شهروندان و برخلاف ارزش‌های اساسی اجتماعی است، از نظر عرفی صحیح تلقی نمی‌شود. در جوامع مردم‌سالار حتی در زمانی که اکثریت شهروندان اجرای مجازات‌های خشن را جایز می‌دانند، سیاست‌گذاران حق وضع و اجرای مجازات‌های خشن را به دست نمی‌آورند.^۲ این امر سبب شده است، عدم اجرای مجازات‌های خشن در اکثر قوانین اساسی نظام‌های دموکراتیک اساسی‌سازی شود.^۳

۱.۲. مشارکت شهروندان در نظام دادرسی

در نظام‌های حقوقی دموکراتیک علی‌الاصول جرم‌انگاری و کیفرگذاری با تکیه بر قانون و در قالب یک روند مشارکتی دموکراتیک صورت می‌پذیرد و اراده شهروندان در تدوین و تصویب قوانین دخالت دارد. در مواردی که قوانین بدون توجه به خواست‌های اصلی شهروندان تدوین یافته‌اند و یا در زمانی که قوانین به هردلیلی از قبیل گذشت زمان و تغییر ساختارهای اجتماعی مطابق خواست شهروندان نیست، همچنین در نظام حقوقی مبتنی بر حقوق نانوشته، اصول دموکراتیک از طریق قوانین و قواعد نظام عرفی در نظام دادرسی کیفری کشورها به‌آسانی جلوه‌گر می‌شود.^۴ بازتاب اصول دموکراتیک در نظام‌های دادرسی بر ظهور رویه‌های قضایی دموکراتیک منجر می‌شود؛ چندان که می‌توان استدلال نمود قدرت دولت‌ها از طریق رویه‌های قضایی مردم‌سالار قابلیت کنترل را دارد و خلأ قوانین دموکراتیک از طریق رویه قضایی مردم سالار قابلیت جبران را دارد.

برای طراحی دادرسی کیفری دموکراتیک نیازمند مشارکت شهروندان هستیم. مشارکت دموکراتیک شهروندان در مدیریت نظام دادرسی اسباب مشارکتی شدن سیاست جنایی کشورها را فراهم می‌آورد.^۵ در سیاست جنایی مشارکتی، مقامات دولتی و جامعه در نظام دادرسی به طرق و شیوه‌های مختلف با یکدیگر همکاری دارند. نهادهای قضایی و پلیسی بر اساس ساختار دموکراتیک شکل می‌گیرند و جایگاه و فرایندهای آنان به گونه‌ای است که در صورت ضرورت بتوانند دریافتی درست از عرف حاکم و افکار عمومی داشته باشند. ۱- پلیس دموکراتیک ۲. دادگاه‌های صلح مشارکت‌محور ۳. هیئت منصفه به‌عنوان سه نهاد مهم در نظام دادرسی مردم‌سالار محسوب می‌شوند و به نوعی سامان‌دهی می‌شوند که فرایندهای اقدام در این نهادها در ضدیت با جامعه و ارزش‌های حاکم بر آن نباشد.

۱.۲.۱. پلیس جامعه‌محور

رفتار پلیس و سایر مقامات عدالت کیفری نقش مهمی در تصور شهروندان از دموکراسی دارد. پلیس در جوامع امنیت‌مدار

۱. رستمی، هادی و فرهاد میرزایی، **تحول در نظام کیفردهی در پرتو فرآیند تمدن**، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره نهم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۳۴، ص ۱۰۲.

۲. جعفری تبار، حسن، **منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی**، تهران: نشر نو با همکاری نشر آسیم، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۱۵۶.

۳. کشورهایی چون ژاپن، کانادا، آمریکا به‌صورت موردی از حق آزادی، امنیت و حق حیات بدون مجازات حمایت نموده‌اند، همچنین شکنجه و مجازات‌های بی‌رحمانه در این کشورها ممنوع است. دادگاه‌ها در این کشور مکلف شده‌اند، اصول مبتنی بر آزادی شهروندان را که زیر بنای جامعه باز و دموکراتیک است، در تصمیم‌گیری‌های خود را رعایت کنند و به اجرای کیفرهای انسانی رأی دهند.

۴. Dubber, D, *The Criminal Trial and the Legitimation of punishment, the Trial on Trial*, R. A. Duff, et al. (Eds.), 2004, p 107.

۵. کریستین، لازرژ، **درآمدی بر سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات میزان، تهران: چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۶۷.

دارای رویکرد مدیریتی خاصی است، ولی شیوه برخورد پلیس در جوامع دموکراتیک شهروندمدار است. پلیس جامعه‌محور از طریق تغییر در الگوی فکری و شیوه عملکرد پلیس به وجود می‌آید و هدف از تاسیس آن کسب رضایت شهروندان و برداشتن شکاف بین پلیس و شهروندان است.^۱ برای ایجاد پلیس دموکراتیک با هدف برقراری امنیت نیازمند مشارکت شهروندان هستیم؛ چندان که می‌توان گفت ایجاد ساختار پلیس اجتماعی نتیجه سیاست‌گذاری دموکراتیک به منظور مشارکت شهروندان در تدابیر پلیسی است. ساختاری که اسباب تبدیل فرایند قرارداد اجتماعی را به قرارداد اجتماعی دموکراتیک فراهم می‌آورد.^۲ در جوامع دموکراتیک شهروندان از یک سو در برقراری امنیت جامعه صرف‌نظر از فرهنگ، مذهب و قومیت با پلیس مشارکت دارند و از سوی دیگر پلیس اجتماع‌محور، از طریق ارتباط نزدیک با شهروندان شناخت کافی از شرایط زندگی اجتماعی و عادات رسوم شهروندان دارد و از اختیارات کاملی در راستای حل مشکلات اجتماعی شهروندانی که با آن‌ها هم زیستی دارد، برخوردار است.

شیوه برخورد پلیس دموکراتیک با شهروندان مبتنی بر کرامت انسانی و به دور از سوءظن‌های افراطی و به صورت حداقلی و با رویکرد آخرین چاره صورت می‌پذیرد. پلیس باید رفتاری برابر با اقلیت‌های جامعه داشته باشد، کاربست تدابیر پلیسی به صورت تبعیض‌آمیز و نادرست اسباب نقض اصول دموکراتیک را در جوامع فراهم می‌آورد و سبب نقض امنیت شهروندان در جامعه می‌شود. برای ایجاد پلیس دموکراتیک باید ابتدا ارزش‌ها و رویه‌های دموکراتیک در تشکیلات پلیسی پیش‌بینی شود و پس از ایجاد سازکارهای دموکراتیک با اعمال تدابیر نظارتی خاص بر عملکرد پلیس از خودگامگی آن جلوگیری شود.

۱.۲.۲. دادگاه‌های صلح مشارکت‌محور

دادگاه‌های صلح و سازش و همچنین واحدهای صنفی حل اختلاف با توجه نوع ساختار و نظام مدیریتی خود می‌توانند در راستای اجرای سیاست‌های دموکراتیزه در بطن نظام عدالت‌کیفری کاربرد داشته باشد. در این نوع از رسیدگی شهروندان در مدیریت نظام دادرسی مشارکت دارند و شاهد چهره‌ای نوین از عدالت در جامعه هستیم. دادگاه‌های صلح و سازش برای انضباط‌دهی به جامعه تشکیل می‌شوند، نه برای محاکمه مجرمان. دادگاه‌های صلح، قواعد و مقررات ناشی از آن با هدف انضباط‌دهی به روابط کارگری و کارفرمایی، تخلفات صنفی و رسیدگی به اختلافات جزئی شهروندان به وجود می‌آیند. افرادی که دارای اختلافات جزئی با یکدیگر باشند، مجرم تلقی نمی‌شوند و رسیدگی به اختلافات آن‌ها از طریق قواعد و مقررات نظام صنفی در دادگاه‌های صلح و سازش صورت می‌پذیرد. رسیدگی‌های صنفی و تشکیلاتی نیازمند نظام‌نامه خاصی نیستند، چون برای تنبیه کردن طراحی نشده‌اند و قوانین انضباطی صرفاً جهت نظم دادن به روابط شهروندان وضع می‌شوند؛^۳ چندان که در این دادگاه‌ها و هیئت‌های حل اختلاف نیازی به تفهیم اتهام و دادرسی خاص نیست. برعکس رسیدگی دادگاه‌های کیفری که براساس اصول و قواعد خاصی انجام می‌شود. تشکیل دادگاه‌های صلح و سازش در جهت جلوگیری از مداخلات بی‌مورد در امور روزمره شهروندان بر مبنای اصول دموکراتیک و مطابق قانون اساسی است. با رسیدگی به امور و اختلافات جزئی در دادگاه‌های صلح، شهروندان از تعقیب کیفری بلاجهت مصون می‌مانند و رسیدگی به تخلفات صنفی در یک فضای غیرقضایی و در یک روند غیراتهامی صورت می‌پذیرد. این نوع از رسیدگی برخاسته از ماهیت تخلفی افعال

۱. هزار جریبی، جعفر، تبیین راهبردهای نوین جامعه محوری پلیس براساس نظریه جامعه‌شناسی احساس، فصلنامه علمی پژوهشی انتظام اجتماعی، سال اول، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۲، ص ۱۷۰.

۲. Susanne, k, Lafree, G, Op.Cit, p18.

۳. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، تلطیف و ترمیمی شدن حقوق کیفری با تأکید بر حقوق کیفری ایران، در چکیده مجموعه مقالات همایش عدالت ترمیمی، پل ارتباطی میان تمدن‌های جاده ابرایشم، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۸۰۱.

است و سبب می‌شود تخلفات جزئی از دایره جرم‌انگاری خارج شود و نظام دادرسی متناسب و معقول بر آن پیش‌بینی شود.

۱.۲.۳. هیئت منصفه

اصل حاکمیت اراده شهروندان به‌عنوان یکی از مفاهیم مطرح در نظام دموکراتیک نقش ویژه‌ای را در مشروعیت‌بخشی هنجارگذاری و دادرسی کیفری ایفا می‌نماید. تبلور اصل حاکمیت اراده شهروندان در نظام دادرسی کیفری از طریق نهاد هیئت منصفه صورت می‌پذیرد. هیئت منصفه در بدو امر هرچند صرفاً به منظور کنترل قدرت قضایی و با هدف حمایت از شهروندان در مقابل قدرت مطلق قضات خلق گردیده،^۱ بعدها این نهاد نقش بلامنازعه‌ای را در اعمال سیاست‌های دموکراتیک ایفا نموده است. هیئت منصفه نماینده بزه‌دیده، متهم و سایر اعضای جامعه محسوب می‌شود. انتخاب هیئت منصفه از طرف شهروندان برقراری حس عدالت را در جامعه آشکار می‌سازد. مشارکت کلیه شهروندان در روند انتخاب هیئت منصفه ضمن احترام به استقلال متهم سبب می‌شود این هیئت به‌عنوان نماینده قابل قبول برای دولت‌ها و مردم محسوب شود. هیئت منصفه با انعکاس احساسات و افکار عمومی شهروندان به شرط این‌که اعضای آن طی انتخاب آزادانه و اصولی مشخص شوند، در تشکیل یک دادرسی مردم‌سالار نقش مهم و اساسی ایفا می‌نماید.^۲

هیئت منصفه برای ایجاد یک گفتمان اخلاقی صحیح نیازمند برقراری رابطه اخلاقی با شهروندان، متهم و بزه‌دیده است. با شناسایی شخصیت اخلاقی بزه‌دیده، اعضای هیئت منصفه قادر به درک خشم، نفرت و احساسات تظلم خواهانه بزه‌دیده می‌شوند. اعضای هیئت منصفه همچنین با شناسایی اخلاقی متهم قادر به درک شرایط و احوال اجتماعی متهمی می‌شود که جرم در آن شرایط اتفاق افتاده است.^۳ اعضای هیئت منصفه به‌عنوان نماینده بی‌طرف جامعه محسوب می‌شوند و به‌عنوان عضوی از اعضای جامعه‌ای که توسط اصول عادلانه اداره می‌شود، اتخاذ تصمیم می‌نمایند.^۴ متهم برای برخورداری از هیئت منصفه مستقل، در صورتی که شائبه در برخورد اعضای هیئت منصفه از روی تعصب و تبعیض باشد، می‌تواند بدان اعتراض کند و خواهان تغییر آن شود. اتخاذ تصمیم عادلانه برای متهم و قربانی الزام‌آور خواهد بود؛ چندان‌که واکنش عادلانه از طرف هیئت منصفه اسباب قابل‌پذیرش شدن تصمیمات آن هیئت را در جامعه فراهم می‌آورد. انتخاب شیوه دادرسی و محاکمه با ترکیب هیئت منصفه به‌تنهایی برای مشروعیت‌بخشی نظام پاسخ‌دهی جوامع به‌تنهایی کافی نیست؛ بلکه نظام دادرسی نیازمند یک سلسله قواعدی است که اسباب احترام به ساختارهای اخلاقی و اجتماعی و همچنین ارزش‌های جوامع را فراهم آورد. در بسیاری از مواقع هیئت منصفه شناخت کافی از ادله ندارد و نسبت به اتخاذ تصمیم بدون هیچ استدلالی اقدام می‌نماید،^۵ چندان‌که در برخی از موارد اعضای هیئت منصفه فراتر از محتویات و ادله پرونده نسبت به اتخاذ تدابیر اقدام می‌نمایند. این امر امکان تصمیمات فراتر از قانونی و برخلاف روند دموکراتیک و تحت تأثیر تبلیغات رسانه‌ای را بیش از پیش فراهم می‌سازد.

۲. هویت‌بخشی به حقوق و آزادی شهروندان

در حقوق شهروندی اصل بر عدم ولایت است؛ چندان‌که لازمه برخورداری از حقوق شهروندی رعایت حریت انسان‌ها

۱. شاملو، باقر، ماهیت و نقش هیات منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور تا افول، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، شماره ۵۶، ص ۶۹۷.

۲. Dubber, D, Op.Cit, p 109.

۳. Ibid, p 111.

۴. دوتوکویل، آکسی، تحلیل دموکراسی در آمریکا، ترجمه رحمت الله مقدم مراغه‌ای، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، ص ۳۷۵.

۵. رابرتس، جولین، درآمدی بر عدالت کیفری، ترجمه مجید قورچی بیگی، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۴۶.

است. این امر اسباب برقراری کرامت انسانی شهروندان را در جامعه فراهم می‌آورد و سبب می‌شود، نظام دموکراتیک مبتنی بر فردیت و هویت‌بخشی بر انسان شکل بگیرد. فردیت انسان، غایت تمام نهادهای سیاسی و اجتماعی است؛ چندان‌که جامعه به‌عنوان مجموعه اعتباری از افراد مختلف تشکیل شده است.^۱ ارادهٔ عمومی در جامعه نیز چیزی جز خیر عمومی و منافع تک‌تک اشخاص تشکیل‌دهندهٔ آن نیست. تمام اجزا و نهادهای اجتماعی از هویت اشخاص شکل می‌گیرد و از درون خواسته‌های شهروندان نهادهای مختلف خلق می‌شود، نظام دموکراتیک بر آیندهٔ اراده افراد است و تلاش دارد نسبت به پیوند فرد و اجتماع اقدام کند.^۲

به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌های شهروندان در دادرسی و برقراری سازکارهایی برای مشارکت شهروندان در مدیریت عدالت کیفری یکی از اصول مسلم پذیرفته‌شده در جوامع دموکراتیک است. اعطای فرصت کافی و برابر به شهروندان برای مداخلهٔ شهروندان در مدیریت نظام‌مند عدالت کیفری ضمن ایجاد درک آگاهانهٔ امور در شهروندان، سبب می‌شود که شهروندان در توزیع عادلانه حقوق بزه‌دیدگان و متهمان شرکت کنند. توزیع عادلانهٔ حقوق و آزادی‌های شهروندان و احترام به حقوق بنیادین شهروندان لازمهٔ برقراری نظام دادرسی دموکراتیک است و اسباب محدودیت مداخلات کیفری دولت‌ها را در آزادی‌های شهروندان فراهم می‌آورد.

۲.۱. شناسایی و حفاظت از آزادی ارادهٔ متهمان

شالودهٔ نظام هنجارگذاری کیفری، خواه در مفهوم عام قوانین کیفری و خواه در قالب قواعد آیین دادرسی کیفری به معنی اخص، با پذیرش هویت مستقل شهروندان معنی و مفهوم می‌یابد.^۳ قواعد تضمین‌کنندهٔ آزادی‌های افراد در نظام دادرسی کیفری در قالب دو مفهوم آزادی فعال و منفعل در دادرسی کیفری شناسایی و بازخوانی می‌شود.^۴ اولین شرط رعایت آزادی‌های افراد در بطن نظام دادرسی، داشتن صلاحیت تفهیم شکایت و اتهام است. متشاکمی و متهم، بدون درک ماهیت فرایند کیفری و اتهامات وارد علیه خود نمی‌توانند مستقل تلقی شوند. فردی که از درک ماهیت فرایند کیفری عاجز است یا نمایندگان قانونی خود را در نظام قضایی در جهت هدایت جریان دادرسی نمی‌تواند مشارکت بدهد، دارای اختیار و آزادی‌های لازم برای شرکت فعال در دادرسی کیفری نیست. صلاحیت پاسخ‌گویی و محاکمه شدن از آثار شناسایی اصل آزادی‌های شهروندان در بطن نظام دادرسی است. فرد غیررشید و غیرمختار، اهلیت تعقیب کیفری را ندارد؛ زیرا نمی‌تواند از مزایای آزادی خود در جهت دسترسی مطلوب به عدالت استفاده کند. شخص غیررشید بعد از دسترسی به عدالت، نمی‌تواند مانع از مداخلهٔ دیگران در حقوق و آزادی‌های خود شود.

در نظام‌های دموکراتیک شیوهٔ حکومت و برخورد با افراد از طریق قانون، با حفظ حقوق شهروندان صورت می‌پذیرد. برعکس شیوهٔ حکمرانی در نظام‌های غیردموکراتیک با اتکا بر قدرت و نیروهای پلیس است.^۵ اصول حقوق کیفری،

۱. جعفری تبار، حسن، **شهروندی آری؛ شهروندی نه**، مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی انتشارات دانشگده حقوق و علوم سیاسی تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص، ۵۵.

۲. به نقل از قماش، سعید، **کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری**، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۹۰.

3. Dubber, D, Op.Cit, p 110.

۴. آزادی فعال به معنی دادن اختیار به اصحاب دعوا برای شرکت فعال در روند دادرسی کیفری برای اصحاب دعوی است و هدف از اعطای این اختیار و آزادی فراهم آوردن زمینهٔ دفاع از حقوق شهروندان در روند دادرسی کیفری است، برعکس آزادی منفعل به مفهوم عدم مداخله دولت یا اصل مداخله حداقلی در نظام دادرسی است.

۵. بود، اریک، **دموکراتیزاسیون، توسعهٔ دولت پدرسالار در عصر جهانی شدن**، ترجمه سید احمد موثقی، تهران: نشر رخ، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۲۲.

به‌طور کلی و اصول دادرسی کیفری، به‌طور خاص با تأکید بر مفهوم حاکمیت قانون و استقلال هویتی شهروندان وضع می‌شود. در دادرسی کیفری شهروندمحور تدابیر و اقدامات کیفری با شناسایی استقلال و احترام به هویت شخصی شهروندان و تعیین جایگاه حقیقی شهروندان در نظام دادرسی از طریق اصل قانونی بودن دادرسی صورت می‌پذیرد. در مقابل، اقدامات قضایی در جوامع غیردموکرات، با ملاحظات دیگری و با اهدافی چون حکمرانی قیّم‌آبانه صورت می‌پذیرد.^۱ در نظام دادرسی مردم‌سالار اصل حمایت از هویت انسانی و آزادی‌های افراد در دادرسی، مانع از الزام متهمان بر ایتیان سوگند در جهت اثبات اظهاراتشان است؛ در صورتی که اقرار متهمی بدون آکراه صورت پذیرد یا شهادت شاهد با رضا صورت بگیرد، اصل احترام به آزادی‌های شهروندان در دادرسی از تمامیت وجودی چنین اقراری یا شهادتی حمایت می‌کند. متهم در نظام دادرسی منصفانه حق دارد از طریق ارائه دلایل برای تحقیق و کشف حقیقت در فرایند دادرسی آزادانه شرکت کند.^۲ حمایت ساختارمند از آزادی‌های شهروندان در بطن نظام دادرسی یکی از اصول مهم در رسیدگی‌های دموکراتیک است. حمایت از آزادی‌ها و حقوق شهروندان در قالب مفاهیم توانمندسازی و همدلی با مجرمان مفهوم می‌یابد. در نظام‌های نوین دادرسی، رسیدگی مبتنی بر دموکراسی مستقیم نبوده، بلکه دادرسی‌ها براساس دموکراسی‌های غیرمستقیم انجام می‌شود.

۲.۲. شناسایی و حمایت از خواست‌های بزه‌دیدگان

به منظور برقراری یک دادرسی عادلانه حمایت از بزه‌دیدگان در دادرسی باید مورد توجه قرار گیرد و سازوکارهای لازم در جهت حمایت از قربانیان در گونه‌های مختلف از جرائم پیش‌بینی شود. در مدل‌های سیاست جنایی مردم‌سالار سیاست‌گذاران باید در سطح خرد و کلان پاسخ‌گوی نیازهای بزه‌دیدگان باشند و حق بر حمایت از بزه‌دیدگان در تمام مراحل جرم‌انگاری-کیفرگذاری مورد توجه قرار گیرد.^۳ برای برقراری احساس عدالت در قربانیان و حفظ حقوق آن‌ها، دادستان‌ها و قضات تحقیق باید تعامل بسیار مناسب با بزه‌دیدگان داشته باشند و نیازهای آن‌ها را مورد توجه قرار دهند. وکلا باید حقوق، منافع و نیازهای بزه‌دیدگان را در دفاعیات خود مورد توجه قرار دهند و شهود، در جهت حمایت از قربانیان و بازگویی رنج و مرارت‌های وارده به بزه‌دیدگان باید حمایت شوند. در دادرسی عادلانه صرف به کیفر رساندن بزه‌کار کافی نیست، بلکه نیازها و خواست‌های بزه‌دیدگان در چارچوب یک راهبرد منصفانه و دموکراتیک باید مورد توجه قرار گیرد.

افزایش مشارکت بزه‌دیده در فرایند کیفری را می‌توان مظهر فرایند دموکراتیزه‌سازی نظام دادرسی محسوب نمود. توجه به حقوق قربانیان، نظرات و دغدغه‌های آن‌ها در فرایند کیفردهی، گفتمانی جدید است که اسباب دموکراتیزه شدن نظام عدالت کیفری را فراهم می‌آورد. اقدامات نمادین تقنینی، تضمین‌کننده حقوق اساسی شهروندان محسوب نمی‌شود، بلکه برای دموکراتیزه‌سازی دادرسی کیفری نیازمند راهبرد اساسی هستیم؛ چندان که اتخاذ سیاست اصولی برای هویت بخشی به بزه‌دیدگان در جوامع امروزی از طریق تغییر الگوی عدالت کیفری امکان‌پذیر است.

۱. دلما سمارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸، ص ۱۱۷.

۲. Wilkes, Donald E. Jr. "More on the New Federalism in Criminal Procedure," *Kentucky Law Journal*: Vol. 63: Iss. 4, Article 2, 1975, P, 87.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری*، در بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، مقالات برگزیده در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها، تهران: نشر میزان با همکاری اداره کل دفتر آموزش و پژوهش سازمان قضایی نیروهای مسلح، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۲۰.

وابستگی فرایند دادرسی به ارادهٔ افراد درگیر در جرم و توافق آن‌ها برای مشارکت در دادرسی بر اساس رسوخ مفاهیم دموکراتیزه در نظام دادرسی است، ولی سؤالی که در بحث دموکراتیزه‌شدن فرایند کیفری مطرح می‌شود این است که آیا توجه به بزیدیده آن‌قدر اهمیت دارد که نسبت به تغییر الگوی عدالت کیفری اقدام کنیم؟ شاید بزیدیده و بزهدکار تمایلی به این موضوع نداشته باشند.^۱ طرفداران تغییر الگوی عدالت کیفری، معتقدند بزهدیدگان بیش از آنکه به پاسخ‌های ناعادلانه نظام عدالت کیفری معترض باشند، به نادیده گرفته شدن و مشارکت ضعیف خود در فرایند کیفری اعتراض دارند. بنابراین تغییر در روند دادرسی به منظور کسب رضایت بزهدیدگان برای برقراری یک نظام دادرسی کیفری دموکراتیک ضروری است.^۲

۳. انسانی‌سازی نظام کیفردهی

احکام کیفری در گذشته معمولاً از طرف پادشاهان یا حکام و قاضی منصوب از طرف پادشاه صادر می‌شد و اجرای مجازات نیز به شیوهٔ خشن صورت می‌پذیرفت.^۳ در جوامع امروزی بر اثر تغییرات فرهنگی و اجتماعی تلاش می‌شود مجازات‌ها انسانی شوند و شهروندان در اجرای مجازات‌ها مشارکت دموکراتیک داشته باشند. این تحول اسباب ظهور مفاهیم حقوق‌بشری را در نظام‌های کیفری دموکراتیک فراهم می‌آورد و باعث می‌شود واکنش‌های غیرانسانی در نظام کیفری جوامع تعدیل شوند و به تدریج از دامنهٔ اجرای مجازات‌های بدنی کاسته شود.^۴

دموکراتیزه شدن نظام کیفردهی اسباب ایجاد تغییر و تحول در حقوق زندانیان را فراهم می‌آورد و سبب می‌شود، مجازات زندان که به‌عنوان ابزاری برای «مرگ اجتماعی» شهروندان تلقی می‌شد، تغییر ماهیت دهد و به‌عنوان وسیله‌ای در جهت احیای حقوق شهروندی استفاده شود.^۵ احیای حقوق شهروندی براساس اعتقاد به اصالت، استقلال و اهلیت شهروندان در جوامع دموکراتیک صورت می‌پذیرد و سبب می‌شود مجازات به تدریج در چارچوب فرایند دموکراتیک از طریق نظام دادرسی عادلانه اجرا شود.

سیاست‌گذاران کیفری در راستای درک نقش مردمان در پدیده‌های اجتماعی و اعمال واکنش‌های مناسب دموکرات باید رابطهٔ نزدیک و صمیمانه با شهروندان داشته باشد. برقراری رابطهٔ هم‌دردمحور و آمیخته با محبت به‌عنوان یک حس مشترک با توانایی قراردادن خود به‌جای دیگران، سبب می‌شود سیاست‌گذاران وقایع اجتماعی را آن‌طور که شهروندان حس می‌کنند، درک کنند، در این صورت توافق بین خواست‌های شهروندان و حاکمان برقرار می‌شود.^۶ شهروندان جایگاه و کارکرد سیاست‌گذاران کیفری را درک می‌کنند و سیاست‌گذاران کیفری قادر به درک عملکرد شهروندان می‌شوند.

۱. Zvi D. Gabbay, Justifying Restorative Justice: "A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices", *Journal OF Dispute Resolution* Vol4, 2005, p 354.

۲. Ibid, p 355.

۳. موریس، نوروال و دیویدج روتمن، (سرگذشت زندان روش مجازات در جامعه غرب)، ترجمه پرتو اشراق، تهران: انتشارات ناهید، چاپ چهارم، ۱۳۹۸، ص ۲۰.

۴. هود، راجر و کرولین هویل، مجازات مرگ، ترجمه فراز شهلائی، تهران: انتشارات نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۴.

۵. ایستون، سوزان، اصول و رویه عملی حقوق زندانیان (بررسی وضعیت کشورهای انگلستان، امریکا و هلند)، ترجمه فراز شهلائی، تهران: انتشارات نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۱۰.

۶. پرت، جان، مجازات و تمدن، تساهل و عدم تساهل در جامعه مدرن، ترجمه هانیه هژبرالساداتی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۱۳.

۳.۱. کیفردهی شهروندمدار

فضای سیاسی و اجتماعی بر چگونگی نظام کیفردهی جوامع تأثیر بسزایی دارد. در برخی جوامع غیردموکراتیک با ارائه مفهوم خاصی از شهروندی، زندانیان به‌عنوانی افرادی که راه بدی را انتخاب کردند معرفی می‌شوند و به همین دلیل از امتیازات عادی محروم‌اند. داشتن مسئولیت شهروندی پیش شرط بهره‌مندی از مزایای اجتماعی است. افراد با ارتکاب جرم از شمول مزایایی برخوردار از حقوق شهروندی خارج می‌شوند و دولت‌ها از اعطای حق شهروندی به افراد غیرمستعد و مناسب خودداری می‌نمایند.^۱ حقوق زندانیان با فضای سیاسی و اجتماعی در ارتباط کامل است، فضای سیاسی و اجتماعی چنان‌که مبتنی بر مفاهیم آزادی و آزادی خواهی باشد، بر حق شهروندان اعتبار قائل می‌شود.^۲ در مفهوم نوین حقوق شهروندی حق رأی برای همه افراد و شهروندان به رسمیت شناخته می‌شود. آن حق رأی، حق جهانی شهروندان است. تلقی این مفهوم از حقوق شهروندی سبب می‌شود مجرم به‌عنوان یک شهروند باقی بماند و از حق مشارکت در روند سیاسی کشور دموکراتیک برخوردار باشد.^۳

در خوانش جدید از مفهوم حقوق شهروندی، زندانیان تحت شمول آن حقوق قرار می‌گیرند و استانداردهایی برای چگونگی رفتار با زندانیان تعریف می‌شود.^۴ حقوق زندانیان در رویکرد جدید فراتر از حقوق مدنی و سیاسی است و حقوق اجتماعی زندانیان را نیز در برمی‌گیرد. شناسایی حقوق زندانیان از جمله حقوق مدنی و اجتماعی اسباب بازپیرسازی محکومان را در جامعه تضمین می‌کند و آن‌ها را در وضعیت برابر با سایرین قرار می‌دهد. تعریف زندانیان به‌عنوان دارندگان حق نه به‌عنوان اعضای طبقه‌ای از جامعه که با عامل خطر تعریف می‌شود راهی برای پر رنگ کردن مفهوم حق شهروندی است.^۵ مجرم حق دارد نیازهای اساسی‌اش در هنگام حبس تأمین شود. حق بر کار کردن، حق بر بازپروری، حق بر رفتار با احترام و حق بر عدم تبعیض از آثار کیفردهی شهروندمدار در راستای اعمال سیاست‌گذاری دموکراتیک است. سیاست‌های اصلاح و درمان و رفتار کرامت‌مدار نقش اساسی در مشروعیت کیفردهی دارد.

در حقوق کیفری مدرن اعمال مجازات باید براساس احترام و مطابق با شخصیت افراد صورت پذیرد. مجازات‌های خفت‌باری که حقوق اساسی شهروندان را مورد تعرض قراردهند، در نظام‌های دموکراتیک ممنوع است. در نظام‌های دموکراتیک، ادعای نقض حقوق زندانیان پذیرفته و بررسی می‌شود. این موضوع ناشی از توسعه مرزهای حقوق عمومی در نظام مدیریت کشورهاست.^۶ عادلانه کردن نظام کیفری در نظام کیفردهی مردم‌سالار برای مشروعیت کیفر کافی نیست. نظام عرفی جوامع علاوه بر ممنوعیت اجرای مجازات خشن، تحمیل کیفر حبس را در خصوص بسیاری از جرائم نامشروع تلقی می‌نماید. زندان برای شهروندان و جامعه از مشروعیت و مقبولیت برخوردار نیست و با داشتن هزینه بسیار بالا برای جامعه

^۱ ایستون، سوزان، پیشین، ص ۳۶.

^۲ Bibas, Stephanos, "Forgiveness in Criminal Procedure", *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2007, P 352.

^۳ Brett schneider, "The Rights of the Guilty: Punishment and Political Legitimacy Political Theory", *Sage Publication*, April, Vol 35, No 2, 2007, P 51.

^۴ برای مطالعه بیشتر در خصوص قواعد حداقل استاندارد رفتار با زندانیان مصوب سال ۲۰۱۵ سازمان ملل متحد بنگرید به ابراهیمی شهرام، **چگونگی اجرای قواعد حداقل سازمان ملل درباره رفتار اصلاحی با زندانیان در حقوق داخلی**، در جرم‌شناسی محکومان، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۸۸.

^۵ ایستون، سوزان، پیشین، ص ۳۳.

^۶ پذیرش ادعای نقض حقوق زندانیان به دنبال تعرضات و تعدیات صورت‌گرفته علیه زندانیان و در جهت حفظ حقوق و کرامت انسانی محکومین مطرح شده است، چندان‌که دیوان عالی کشور آمریکا در این خصوص اعلام کرده است که هیچ دیوار آهنی بین قانون اساسی و مجرمان وجود ندارد؛

Dubber, Op.Cit,p 162.

از نظر اجتماعی جایگاه مناسبی برای شهروندان محسوب نمی‌شود؛ چندان که کیفرهای اجتماعی با هدف جلوگیری از حل مشکلات عدیده زندان متولد می‌شوند.

۳.۲. کیفردهی مشارکتی

طراحان مجازات‌های اجتماعی درصدد کسب مقبولیت اجتماعی برای کاربست پاسخ‌های کیفری هستند و برای کسب مقبولیت از ظرفیت‌های اجتماعی استفاده می‌نمایند؛ چندان که می‌توان یکی از خصیصه‌های نظام کیفردهی مردم‌سالار را ایجاد مشارکت اجتماعی دموکراتیک در اجرای کیفر دانست. فرایند عدالت کیفری دموکراتیک زمینه‌ساز ایجاد «حس مسئولیت‌پذیری مدنی» است؛ حسی که با بزهکار به مثابه یک شهروند رفتار می‌کند و اسباب عرفی شدن نظام کیفردهی را فراهم می‌آورد.^۱ در نظام‌های مردم‌سالار سازکارهای کنترلی و نظارتی برای اجرای مجازات‌ها با مشارکت شهروندان صورت می‌پذیرد، این امر سبب می‌شود مجازات‌های اجتماعی و نظارت‌های الکترونیکی بدون رضایت شهروندان نشود. شرط قبولی و رضایت بر اجرای مجازات‌ها توسط مجرمان سبب می‌شود، چنانچه اعمال مجازات‌ها به صورت غیرانسانی و بدون رضایت شهروندان صورت پذیرد، مجرمان آن شرایط را قبول نکنند.^۲ در جوامع دموکراتیک، آزادی اشخاص، به مثابه ارزشی اجتماعی-سیاسی تلقی می‌شود و اجرای قانون تعهد مشترک همه اعضای جامعه برای صیانت از ارزش‌های جامعه محسوب می‌شود. این درجه از تعهد اعضای جامعه مستلزم همکاری و مشارکت کلیه شهروندان است؛ موضوعی که سبب می‌شود عدالت در بستر جامعه‌ای که برای خدمت به آن به وجود آمده است به اجرا درآید و مأموران مراقبت اجتماعی به جای زندان‌بان به اجرای مجازات اقدام کنند.

در کیفردهی مشارکتی مردم‌سالار شهروندان باید مشروعیت قانون را بپذیرند و به سبب این مشروعیت، از بزهکاری اجتناب کنند؛ چندان که می‌توان ادعا کرد فرایند کیفردهی در جوامع متکثر فعلی، فرایندی است فراگیر و حاوی ارزش‌های پلورالیستی بوده و به دغدغه شهروندان پیرامون بزه، بزه‌دیده و بزهکار توجه می‌کند. بزهکاران باید ضمن پذیرش خلاف قانون بودن اعمال ارتكابی باید به تأیید منطقی نقض مدنی (حاکمیت قانون) اقدام کنند. در نظام‌های دموکراتیک اساساً، اعمال کیفر براساس یک فرایند متقاعدسازی منطقی و شفاف، باید صورت پذیرد. مجازات زمانی مؤثر است که توسط خود بزهکار، تأیید شود. در این معنا، مجازات، بزهکار را به درک مناسب از ماهیت و عواقب بزه ارتكابی و زیان وارده به سایرین یا خودش می‌رساند و در نهایت او را به ندامت و پذیرش مجازات و بازگشت به جامعه‌ای که به واسطه ارتكاب جرم، از آن گریخته، سوق می‌دهد.^۳

نقش منافع عموم شهروندان در نظام کیفردهی مشارکتی شفاف‌تر و خارج از چارچوب مفاهیم انتزاعی کیفرهای سنتی باید بررسی شود. جامعه سیاسی در برخی از مواقع مسئول محرومیت‌ها و ناعدالتی‌هایی است که منتهی به بزهکاری می‌شود؛ بنابراین جامعه مسئولیت مجازات‌های مورد تأیید خویش را باید عهده‌دار شود. مسئولیت‌پذیری جامعه در انتخاب نوع مجازات‌های قابل اجرا، نقش نظرخواهی عمومی را در سیاست‌گذاری کیفری دموکراتیک بیش از پیش نمایان می‌کند؛ به طوری که سیاست‌گذاران با نظرخواهی و مشورت، به نزدیک ساختن دقیق‌تر مجازات‌های اعمالی به خواسته‌های شهروندان اقدام می‌نمایند.

^۱. Dzur, A, W AND Mirchanani, R. Op.Cit, p 162.

^۲. سودیرن، اوزنور، *جایگزین‌های حبس در انگلستان و ولز، آلمان و ترکیه مطالعه تطبیقی*، ترجمه حمید رضا دانش ناری، حامد صفایی آتشگاه، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۰.

^۳. Ibid, p 355.

نتیجه‌گیری

در سیاست‌گذاری کیفری مبتنی بر مفاهیم لیبرال دموکراتیک، اصل بر این است که افراد انسانی دارای ذات نیکو و سرشت پاک‌اند و آزاد متولد می‌شوند. جرم‌انگاری و کیفرگذاری مبتنی بر کرامت انسانی و با هدف حفظ ارزش‌های اخلاقی- اجتماعی و برقراری عدالت به منظور حفظ و توزیع عادلانه حقوق شهروندان صورت می‌پذیرد. سیاست‌گذاران کیفری برای شناسایی و حفظ حقوق و آزادی شهروندان (متهمان و بزه‌دیدگان) در بطن دادرسی کیفری، از یک سو نیارمند توجه به خواست‌ها و نیازهای بزه‌دیدگان و متهمان هستند، از سوی دیگر حفظ نظم عمومی و حمایت از ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی مستلزم شناسایی دقیق خواست‌ها و ارزش‌های مورد احترام اکثریت شهروندان است؛ چندان که بدون توجه به این موارد امکان ارائه راهبرد دقیق و منطبق با نیازهای اجتماعی شهروندان میسر نیست.

یکی از چالش‌های اساسی در سیاست‌گذاری کیفری مردم‌سالار این است که به کدام‌یک از خواسته‌های شهروندان باید توجه و به چه نحوی نسبت به مدیریت خواسته‌های شهروندان اقدام کرد. در دریافت و مدیریت خواسته‌های شهروندان حفظ حقوق بنیادین شهروندان و ارزش‌های اساسی جامعه به‌عنوان یک معیار حداقلی باید لحاظ شود. بین ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی مهم و اساسی که مورد قبول اکثریت شهروندان است، با ارزش‌های جزئی و غیردموکراتیک شهروندان که ارزش جرم‌انگاری و کیفرگذاری ندارند، فرق وجود دارد. برای دریافت دقیق خواست شهروندان بین خواست‌های سطحی و زودگذر شهروندان که مبتنی بر احساسات زودگذر شهروندان است با خواست‌های منطقی و تثبیت‌شده آن‌ها که در طول سالیان متمادی در جامعه نهادینه می‌شود، باید قائل به تفاوت شد.

سیاست‌گذاران در راستای اتخاذ یک راهبرد منطقی و هنجارگذاری کیفری خردبنیاد باید نظر جامعه‌شناسان و جرم‌شناسان و علمای اخلاق را اخذ نمایند، تا اسیر احساسات زودگذر شهروندان نگردند. هزینه‌های اجتماعی- اقتصادی جرم‌انگاری و کیفرگذاری افعال مختلف باید توسط کارشناسان ارزیابی و تحلیل شود تا دورنمای مداخلات کیفری سیاست‌گذاران در خصوص افعال مختلف در جامعه شناسایی شود. جامعه‌شناسان و علمای اخلاق با انجام مطالعات میدانی و درک عمیق از گفتمان واقعی موجود در بین شهروندان، میزان انطباق جرم‌انگاری‌ها و کیفرهای تحمیلی را با فرهنگ و تمدن جوامع مشخص می‌نمایند. روان‌شناسان نیز احساسات و تمایلات روانی شهروندان را در خصوص نحوه برخورد با مجرمان و بزه‌دیدگان را در جامعه تحلیل می‌نمایند. جامعه‌شناسان و محققان علوم کیفری باید به سیاست‌گذاران کیفری اطمینان دهند که مداخلات کیفری از مقبولیت و مشروعیت در جامعه برخوردار خواهد شد و شهروندان هنجارگذاری کیفری را قبول خواهند نمود.

استقرار نظام‌های مردم‌سالار هرگز به معنی انسانی‌شدن نظام کیفردهی نیست، فرایند استقرار ساختار دموکراسی در برخی از جوامع به شیوه‌ای است که اسباب فربه شدن دموکراسی و از بین رفتن حقوق و آزادی شهروندان را فراهم می‌آورد. در پاره‌ای از نظام‌های مردم‌سالار اراده عمومی، خیر و صلاح جامعه جانشین اصل آزادی شهروندان می‌شود. این امر سبب می‌شود تدابیر حکومت‌ها به شیوه غیردموکراتیک اعمال شود و دولت‌ها با ترجیح امنیت جامعه به سیاست‌گذاری امنیت‌مدار اقدام نمایند، امری که اسباب تولد پاسخ‌های کیفری توده‌محور را فراهم می‌آورد و سبب می‌شود دولت‌ها به بهانه دموکراتیک شدن قدرت بی‌حدوحصری به دست آورند که نتیجه آن اعمال الگوهای خشن‌تر مجازات است.

منابع

کتاب

۱. ایستون، سوزان، *اصول و رویه عملی حقوق زندانیان (بررسی وضعیت کشورهای انگلستان، امریکا و هلند)*، ترجمه فراز شهلائی، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۲. بود، اریک، *دموکراتیزاسیون، توسعه دولت پدرسالار در عصر جهانی شدن*، ترجمه سید احمد موثقی، تهران: نشر رخ، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۳. تورن، آن، *دموکراسی چیست؟* ترجمه سلمان صادق‌زاده، تهران: ثالث، ۱۳۹۹.
۴. پرت، جان، *مجازات و تمدن، تساهل و عدم تساهل در جامعه مدرن*، ترجمه هانیه هژیرالساداتی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۵. جعفری تبار، حسن، *منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی*، تهران: نشر نو با همکاری نشر آسیم، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۶. دلماس‌مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
۷. دوتوکویل، آلکسی، *تحلیل دموکراسی در آمریکا*، ترجمه رحمت الله مقدم مراغه‌ای، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۸. رابرتس، جولین، *درآمدی بر عدالت کیفری*، ترجمه مجید قورچی بیگی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۹. سودیرن، اوزنور، *جایگزین‌های حبس در انگلستان و ولز، آلمان و ترکیه مطالعه تطبیقی*، ترجمه حمید رضا دانش ناری، حامد صفایی آتشگاه، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۰. عبدالجباری، محمد، *دموکراسی و حقوق بشر*، ترجمه محسن آرمین، تهران: مروارید، ۱۳۹۸.
۱۱. قماش، سعید، *کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۲. کریستین، لازرژ، *در آمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۱۳. موریس، نوروال و دیویدج روتمن، *سرگذشت زندان (روش مجازات در جامعه غرب)*، ترجمه پرتو اشراق، تهران: ناهید، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
۱۴. هود، راجر و کرولین، هویل، *مجازات مرگ*، ترجمه فراز شهلائی، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۱.

مقاله

۱۵. ابراهیمی، شهرام، *چگونگی اجرای قواعد حداقل سازمان ملل درباره رفتار اصلاحی با زندانیان در حقوق داخلی*، در جرم‌شناسی محکومان زیر نظر عباس شیری، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۸۸-۱۱۶.
۱۶. جعفری تبار، حسن، *شهروندی آری؛ شهربندی نه*، مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی چاپ اول، ۱۳۸۸، صص ۸۵-۹۲.
۱۷. حریری اکبری، محمد، *دموکراسی و جامعه مدنی*، پژوهشنامه علوم انسانی دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۸۰، شماره ۲۹، صص ۱۳۴-۱۴۸.
۱۸. رستمی، هادی و فرهاد میرزایی، *تحول در نظام کیفردهی در پرتو فرایند تمدن*، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره نهم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۳۴، صص ۹۹-۱۳۱.
۱۹. باقر، شاملو، *ماهیت و نقش هیات منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور تا افول*، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، شماره ۵۶، صص ۶۷۷-۶۹۷.

۲۰. باقر، شاملو، **بازخوانی سیاست جنایی پیشگیرانه در پرتو پاندمی کووید ۱۹ و تئوری آشوب**، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، مرداد ۱۳۹۹، صص ۱۱۱-۱۴۲.
۲۱. شاملو، باقر و انسیه حسینی، **حق بر سلامت روان کودکان و نوجوانان بزهکار در پرتو عدالت کیفری افتراقی**، مجله تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۹۲، صص ۷۱-۹۶.
۲۲. محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن آبادی، **افکار عمومی و کیفرگرایی**، فصلنامه مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۷۵-۲۱۴.
۲۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری در بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری**، مقالات برگزیده در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها، تهران: نشر میزان با همکاری اداره کل دفتر آموزش و پژوهش سازمان قضایی نیروهای مسلح، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۹-۱۹.
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **تلطیف و ترمیمی شدن حقوق کیفری با تاکید بر حقوق کیفری ایران**، در چکیده مجموعه مقالات همایش عدالت ترمیمی، پل ارتباطی میان تمدن‌های جاده ابریشم، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۷۹۹-۸۲۳.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **بین‌المللی‌سازی اصول حقوق کیفری**، در دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی به کوشش لعلیا جنیدی و امیر حسین نیازپور، تهران: نشر معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹، صص ۲۴۹-۲۶۰.
۲۶. هزارجریبی، جعفر، **تبیین راهبردهای نوین جامعه محوری پلیس براساس نظریه جامعه‌شناسی احساس**، فصلنامه علمی پژوهشی انتظام اجتماعی، سال اول، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۲، صص ۱۶۹-۱۸۹.

References

Books

1. Ābed-Al-Jāberi, M., *Democracy and the Human Rights*, 2010, Translated by: Armin, M., Tehran: Morvarid, 2019. (in Persian)
2. Boyd, E. *Democracy, the Expansion of the Government in the Globalization*, Translated by: Mowasaghi, A. First edition, Tehran: Nashr-e Rokh, 2017. (in Persian)
3. Corlett, j. Angelo, *Responsibility and Punishment*, San Diego, United States, Published by Springer, 2006.
4. Delmas-Marty, M., *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle*, 1992, Translated by: Najafi Abrandabadi, A., Tehran: Mizan, 2019. (in Persian)
5. Easton, S., *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, (2011). Translated by: Shahlaei, F., Tehran: Negah-e-Bayyeneh, 2015. (in Persian)
6. Falcón y, Tella, M AND Falcón y Tella, F., *Punishment and Culture: A Right to Punish?* Netherlands, Martnus Nijhoff Publishers, 2006.
7. Jafari Tabar, H., *Wondering Logic in the Legal Reasoning*, Tehran: Nashr-e no & Nashr-e Asim, 2020. (in Persian)
8. Julian V, R., *Criminal Justice: A Very Short Introduction (Very Short Introductions)*, 2015, Translated by: Ghourchi Beigi, M., Tehran: Samt, 2021. (in Persian)
9. Lazerges, C., *Introduction à la Politique Criminelle*, 2001, Translated by: Najafi Abrandabadi, A., Tehran: Mizan, 2021. (in Persian)
10. Najafi Abrandabadi, A., Internationalization- Fundamentalization of the principles of Criminal Law, *Encyclopedia of Legal Policy*, Tehran: of Legal Affairs of Vice President Press, 249 -260, 2019. (in Persian)
11. Norval, M., Rothman, D., *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*, 1999, Translated by: Ishraq, P., Tehran: Nahid, 2019. (in Persian)
12. Pratt, J., *Punishment and Civilization: Penal Tolerance and Intolerance in Modern Society*, 2002, Translated by: Hozhabr-Al-Sadati, H., Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)
13. Qomashi, S., *Human Dignity and its Role in Criminalization*, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)

14. Roger, H., Hoyle, C., *The Death Penalty*, Translated by: Shahlaei, F., Tehran: Neghah-e-Bayyeneh, 2012. (in Persian)
15. Sevdiren, Ö., *Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey: A Comparative Study*, 2011, Translated by: Daneshnadi, H., Safaei, H., Tehran: Mizan, 2020. (in Persian)
16. Tocqueville, A., *De la démocratie en Amérique*, 1840, Translated by: Moqaddam-e-Maraqei, R., Tehran, Elmi & Farhangi, 2017. (in Persian)
17. Turaine, A., *What is democracy?* (1997), Translated by: SadeqZadeh, S., Tehran: Sales, 2020. (in Persian)
18. Van Prooijen, J., *The Moral Punishment Instinct*, Oxford University Press, 2018.

Articles

1. Bibas, Stephanos, "Forgiveness in Criminal Procedure", *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2007.
2. Brett Schneider, "The Rights of the Guilty: Punishment and Political Legitimacy Political Theory", *Sage Publication*, April, Vol 35, No 2, 2007.
3. Dubber, D., "The Criminal Trial and the Legitimation of punishment, the Trial on Trial", R. A. Duff, et al. (Eds.), 2004.
4. DZUR, A., & Mirchanani, R., "Punishment and Democracy, The role of public deliberation" *SAGE Publications Los Angeles*, London, New Delhi and Singapore. Vol 9, 2015.
5. Ebrahimi, S., *Implementing the UN Minimum Rules on the Correctional Treatment to the Prisoners in the Domestic Law*, 2018, under the supervision of Shiri, A., Tehran: Mizan, 88-116. (in Persian)
6. Garland, D., "Sociological Perspective on Punishment, Crime, and Justice", Published by The University of Chicago Press, vol 14, 1991.
7. Hariri Akbari, M., "Democracy and the Civil Society", *Humanities Research Journal of Shahid Beheshti University*, No. 29, 2018: 134-148. (in Persian)
8. Hazarjaribi, J., "Determination of Novel Community-Oriented Strategies of the Police Based on the Sociology of Emotion's Theory", *Scientific Research Quarterly of Social Order*, No2, 2018:169-189. (in Persian)
9. Jafari Tabar, H., Yes to Citizenship, NO to Non-Citizenship, Citizenship Rights Conference, Tehran, Faculty of Law and Political Science Press, 2009, 85-92. (in Persian)
10. Mahmoudi Janaki, F., Moradi Hassanabadi, M., "Public Opinion and Criminalism", *Legal Studies Quarterly (Shiraz Social and Human Sciences)*, 2013: 175-214. (in Persian)
11. Najafi Abrandabadi, A., "An Introduction to Research in the Criminal Justice System in the Needs of Research in the Criminal Justice System", *selected articles in the criminal justice system; Opportunities and Challenges*, Tehran: Mizan Publishing in collaboration with the General Directorate of Education and Research Office of the Judicial Organization of the Armed Forces, 2012: 9-19. (in Persian)
12. Najafi Abrandabadi, A., "Refinement and Restoration of Criminal Law with an Emphasis on Iran's Criminal Law", *Collection of Articles of the Restorative Justice Conference, the Bridge between the Civilizations of the Silk Road*, Tehran: Mizan, 2017: 823-799. (in Persian)
13. Rostami, H., Mirzaei, F., "Evolution in the Penal System in the Light of the Civilization Process", *Criminal Law Research Quarterly*, No. 34, 2021: 131-99. (in Persian)
14. Shamlou, B., "Reviewing the Preventive Criminal Policy in the Light of the Covid-19 Pandemic and Chaos Theory", *Legal Research Journal, Law and Corona Special*, 2019:111-142. (in Persian)
15. Shamlou, B., "The Nature and the Role of the Jury in Iran's Criminal Justice System from Rise to Decline", *Journal of Legal Research*, No. 56, 2019: 677-697. (in Persian)
16. Shamlou, B., Hosseini, A., "The Right to the Mental Health of Delinquent Children and Adolescents in the Light of Differential Criminal Justice", *Journal of Legal Research*, No. 2019: 92, 71-96. (in Persian)
17. Susanne, k, Lafree, G, "Democracy, Crime, and Justice", *Published The Annals of the American Academy of Political and Social Science journals*, Vol 605, Issue1, 2006.

18. Wilkes, Donald E Jr "More on the New Federalism in Criminal Procedure," *Kentucky Law Journal*: Vol. 63: Iss. 4, Article 2.1975.
19. Zvi D. Gabbay, "Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices", *Journal OF Dispute Resolution*, Vol 4, 2005.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Requirements and Restrictions of Public Trial before National Courts

Morteza Rasteh¹ , Hassan Ali Moazenzadegan², Peyman Dolatkhhah Pashaki³

ABSTRACT

The acceptance of the principle of publicity of the trial as one of the fundamental examples of a fair trial in the European system of human rights has its roots in the procedure of inquisition courts in the Middle Ages. Lack of publicity of trials and violation of the rights of the accused in these courts has given rise to this inference in European thought that the secrecy of the trial and the disregard for the rights of the accused are considered to be two interrelated cases. Accordingly, a public trial is justified by this argument that public oversight will minimize the grounds of injustice in the criminal justice system. Therefore, achieving this requires conditions and mechanisms that give personality to this principle and make it consistent, because the right to a public trial is a composed concept and can be decomposed into its different components, to understand and explain the true and precise meaning of this right, the sum of those requirements must be considered. However, in certain cases, the publicity of the trial can, like any principle, have exceptions and legal limitations. Therefore, in this article, we have tried to study the European Court of Human Rights rulings and examine the case law of this institution concerning the requirements and restrictions of public trial before national courts with a descriptive-analytical approach. The results of the study show that, in general, the European Court has been able to satisfy the requirements related to the actual realization of the public trial with an authoritative action and a procedure far from hesitation and to adjust its limitations in line with the rule of the principle of publicity of the trial.

KeyWords: Public Trial, European Court of Human Rights, Requirements, Restrictions.

How to Cite: Rasteh, M, Moazenzadegan, H.A, Dolatkhhah Pashaki, P, " Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Requirements and Restrictions of Public Trial before National Courts", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:21-40.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.227753.2244>

Received: 19/08/2022 - Accepted: 30/01/2023

1. L.L.M, Faculty of Law & Political Sciences, Islamic Azad University (Chalous Branch), Mazandaran, Iran

Corresponding Author Email: morteza.rasteh313@gmail.com

2. Associate Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

3. Ph.D Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر ناظر به الزامات و محدودیت‌های دادرسی علنی در محاکم ملی

مرتضی راسته^۱، حسنعلی مؤذن‌زادگان^۲، پیمان دولت‌خواه پاشاکی^۳

چکیده

پذیرش اصل علنی بودن دادرسی به‌عنوان یکی از مصادیق بنیادین دادرسی منصفانه در نظام اروپایی حقوق بشر، ریشه در عملکرد دادگاه‌های تفتیش عقاید در قرون وسطی دارد. فقدان علنی بودن محاکمات و تضييع حقوق متهم در این دادگاه‌ها، زمینه این استنباط را در اندیشه اروپایی ایجاد کرده است که غیرعلنی بودن رسیدگی و نادیده انگاشتن حقوق متهم، دو قضیه مرتبط به هم تلقی می‌شوند. بر همین اساس، دادرسی علنی با این استدلال توجیه می‌شود که نظارت عمومی، زمینه‌های بی‌عدالتی در دستگاه عدالت کیفری را به حداقل خواهد رساند. لذا دستیابی به این مهم، محتاج الزامات و سازوکارهایی است که به این اصل شخصیت می‌بخشد و باعث قوام آن می‌گردد؛ زیرا حق بر دادرسی علنی، یک مفهوم ترکیبی و قابل تجزیه به اجزای مختلف است که برای درک و تبیین مفهوم واقعی و دقیق این حق، بایستی مجموع آن الزامات را مورد توجه قرار داد. باین حال در موضوعاتی خاص، علنی بودن دادرسی می‌تواند همانند هر اصلی، دارای استثنا و محدودیت‌های قانونی نیز باشد. لذا در این نوشتار کوشیده‌ایم تا با مطالعه و بررسی آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر و با روش توصیفی-تحلیلی، رویه قضایی این دادگاه در خصوص الزامات و محدودیت‌های دادرسی علنی در محاکم ملی را مورد ارزیابی قرار دهیم. نتیجه پژوهش بیانگر آن است که به‌طور کلی دادگاه اروپایی توانسته است با عملکردی مقتدرانه و رویه‌ای به دور از تزلزل، الزامات مربوط به تحقق واقعی دادرسی علنی را به نحوی قابل قبول اجرایی نماید و محدودیت‌های آن را در راستای حاکمیت اصل علنی بودن دادرسی، تنظیم و تعدیل کند.

کلید واژگان: دادرسی علنی، دادگاه اروپایی حقوق بشر، الزامات، محدودیت‌ها.

استناد به این مقاله: راسته، مرتضی، مؤذن‌زادگان، حسنعلی، دولت‌خواه پاشاکی، پیمان، «رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر ناظر به الزامات و محدودیت‌های دادرسی علنی در محاکم ملی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۲۱-۴۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.227753.2244>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۰

۱. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس، مازندران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: morteza.rasteh313@gmail.com
۲. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

دادگاه اروپایی حقوق بشر^۱ که در استراسبورگ^۲ واقع است، در سال ۱۹۵۹ میلادی و به منظور تفسیر و نظارت بر حسن اجرای حقوق مندرج در کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی^۳ که اغلب تحت‌عنوان «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» شناخته می‌شود، تشکیل گردید. از مهم‌ترین این حقوق، حق بر دادرسی علنی مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون^۴ است که در خصوص نقض آن، هر ساله شکایات متعددی در دادگاه اروپایی مطرح می‌گردد. دادرسی علنی از یک سو دارای مفهومی کاربردی و فایده‌گرا است که هدف آن صرفاً در دسترس بودن جلسات دادگاه نیست، بلکه به‌عنوان ابزاری در جهت اطمینان از نظارت عمومی بر عملکرد دستگاه قضایی و اجرای صحیح عدالت طبق قانون، شناخته می‌شود^۵ و از سوی دیگر، دارای مفهومی ترکیبی و چندوجهی است که با فهرست قابل‌توجهی از الزامات احاطه شده و تنها در صورت رسمیت آن‌هاست که دادرسی علنی قابل تحقق است. با این حال، علنی بودن دادرسی به‌عنوان یکی از اهداف اصلی اجرای عدالت، در کنار سایر اهداف قرار می‌گیرد، نه در رأس آن‌ها.^۶ لذا زمانی که در یک موضوع خاص، دادرسی علنی اجرای صحیح عدالت را تضمین نکند و اطمینان از منصفانه بودن دادرسی مستلزم برگزاری غیرعلنی آن باشد، اصرار بر علنی بودن، غیرقابل توجیه خواهد بود.

امروزه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و حقوق به‌رسمیت شناخته‌شده در قانون اساسی دولت‌ها به‌طور فزاینده‌ای با هم درآمیخته‌اند؛ بدین‌گونه که این دو منبع حقوقی (قانون اساسی و کنوانسیون) نسبت به یکدیگر کاربرد تکمیلی و در برخی موارد هم‌پوشانی دارند.^۷ بر همین اساس، هدف از طرح موضوع، آگاهی و گره‌گشایی از رویه قضایی دادگاه اروپایی به‌عنوان یگانه مرجع صیانت‌کننده از مفاد کنوانسیون، در خصوص ساختار دادرسی علنی و تقویت الزامات آن و همچنین تنظیم و تعدیل محدودیت‌های اعمال این حق در محاکم ملی، است. لذا مطالعه و مذاقه در احکام صادره از سوی دادگاهی که اغلب به‌عنوان پیشرفته‌ترین و به‌روزترین نهاد قضایی و نظارتی حقوق بشری در نظر گرفته می‌شود و همچنین استفاده از معیارها و استانداردهای مورد پذیرش آن در قوانین و مقررات داخلی که نقش بسزایی در تحول حقوق بین‌الملل بشر و توسعه قضایی یک کشور دارد، ضرورت انجام این پژوهش است.

این پژوهش با رویکردی توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای، با بررسی نظرات علمای حقوق و تبیین معروف‌ترین قضاها و جدیدترین پرونده‌های مطروحه در دادگاه اروپایی حقوق بشر و ارزیابی تصمیمات قضات استراسبورگ، در پی پاسخ به این سؤال خواهد بود که آیا رویه قضایی دادگاه اروپایی در رابطه با الزامات دادرسی علنی در محاکم ملی، منطبق بر موازین بین‌المللی به‌خصوص اصول و معیارهای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده است یا خیر؟ همچنین دستیابی به پاسخ این پرسش که دادگاه اروپایی از چه ابزاری در جهت تنظیم و تعدیل محدودیت‌های دادرسی علنی در

^۱ European Court of Human Rights (ECtHR)

^۲ Strasbourg

^۳ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (1950).

^۴ «هر کس حق دارد که به دعوی او به‌طور منصفانه و علنی... رسیدگی شود... حکم دادگاه باید به‌طور علنی صادر شود و اعلان گردد، اما با این حال در جهت منافع اخلاق، نظم عمومی یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک، یا هنگامی که منافع نوجوانان یا مسائل خصوصی زندگی اصحاب دعوی ایجاب نماید، یا در صورتی که ممکن است با توجه به احوال خاص یک پرونده، علنی بودن رسیدگی به منافع و مصالح عدالت لطمه بزند و دادگاه نیز ضرورت محض آن را تشخیص دهد، ورود عموم مردم و رسانه‌های گروهی به محل تشکیل جلسات دادگاه می‌تواند در تمام مدت رسیدگی یا بخشی از آن، ممنوع گردد».

^۵ Rodrick, Sh. "Achieving The Aims of Open Justice? The Relationship Between The Courts, The Media And The Public", *Deakin Law Review*, No.1, 2014, P 123.

^۶ Cunliffe, E. "Open Justice: Concepts and Judicial Approaches", *Federal Law Review*, No.3, 2012, P 398.

^۷ جلالی، محمد و سوگل سودیر، تأثیر دیوان اروپایی حقوق بشر در نظام حقوق داخلی دولت‌های اروپایی، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۹، شماره ۱، ص ۶۱

محاكم ملی استفاده نموده است، یکی از دغدغه‌های اصلی نویسندگان این مقاله در خصوص انجام چنین پژوهشی است. با این مقدمه، سازمان مقاله به این ترتیب خواهد بود که در بخش اول، به بیان الزامات دادرسی علنی در محاکم ملی می‌پردازد و رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر را در این خصوص بررسی می‌نماید و در بخش دوم، با تبیین محدودیت‌های علنی بودن دادرسی در محاکم ملی با توجه به مصادیق مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون، عملکرد دادگاه اروپایی را در رابطه با تنظیم و تعدیل این محدودیت‌ها، مورد ارزیابی قرار خواهد داد.

۱. الزامات حق بر دادرسی علنی در محاکم ملی

اگرچه در متن کنوانسیون، بخش مجزایی تحت‌عنوان الزامات دادرسی علنی اختصاص داده نشده است، در رویه دادگاه اروپایی معمولاً این الزامات و حقوق تضمین‌کننده آن، تحت عنوان کلی‌تر «انصاف در دادرسی»^۱ بررسی می‌شوند.^۲ در واقع، سازوکارهای مربوط به این موضوع سبب خواهند شد دادرسی به شکل منصفانه صورت پذیرد و اصل علنی بودن دادرسی به طرز صحیح و بی‌نقص اجرا شود. در غیر این صورت، ساختار دادرسی علنی حتی با نبود یکی از این الزامات، تحت‌الشعاع قرار خواهد گرفت. در ادامه، به تبیین هر یک از این مصادیق می‌پردازیم.

۱.۱. قابلیت حضور عموم مردم در جلسات دادرسی^۳

علنی بودن دادرسی در مفهوم حقیقی آن، به معنای برداشتن گام‌هایی است که به موجب آن عموم مردم قادر باشند با حضور در دادگاه‌ها، بر فرایند دادرسی نظارت کنند. لذا از یک سو، محل برگزاری جلسه باید به نحوی باشد که افراد بتوانند به سهولت به آن دسترسی داشته باشند و از سوی دیگر، زمان‌بندی برگزاری دادرسی‌ها نیز باید به گونه‌ای باشد که افراد بتوانند به موقع خود را به دادگاه برسانند. بر این اساس، تشکیل دادگاه در مکانی خارج از شهر یا برگزاری دادگاه در آخر هفته یا در ساعات پایانی شب و حتی صبح خیلی زود، سبب می‌گردد که همچنان بسیاری از نگرانی‌های مربوط به عدم دسترسی عموم جهت حضور در سالن دادگاه‌ها، باقی بماند.^۴ به همین منظور، دادگاه اروپایی حقوق بشر، محاکم ملی را موظف کرده است که اطلاعات مربوط به زمان و مکان جلسه دادرسی علنی را در دسترس عموم قرار دهند و امکانات لازم و کافی را برای افراد علاقه‌مند به حضور در دادگاه، فراهم نمایند. در غیر این صورت، محاکمه واجد وصف منصفانه نیست و با الزامات علنی بودن مطابقت نخواهد داشت.^۵

موضوعی که در مورد محل تشکیل جلسه دادرسی قابل طرح می‌باشد این است که آیا برگزاری محاکمه در مکانی خارج از ساختمان دادگستری، دادرسی علنی محسوب می‌شود؟ در این رابطه، دادگاه اروپایی معتقد است که چنین موردی لزوماً و به خودی خود موجب سلب دعوی از ماهیت علنی آن نمی‌شود؛ لیکن در این گونه موارد، باید تمامی شرایط و ضوابط مربوط به یک جلسه دادرسی علنی در آن مکان رعایت گردد و بدین ترتیب، محاکم ملی موظفانند اقدامات و تدابیر جبرانی را در این خصوص اتخاذ نمایند.^۶

در رابطه با حضور عموم مردم در جلسات دادرسی، توجه به چند نکته زیر ضروری است:

¹ Fairness in Hearing

² Vitkauskas, Dovydas. and Grigory Dikov. *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed, Strasbourg :Conseil of Europe, 2017, P 69.

³ Ability of General Public Attendance at Hearings

⁴ Goundry, F. W. "When Can the Courtroom Be Closed in Criminal Proceedings?", *University of Baltimore Law Forum*, No.1, 1990, P 19.

⁵ Case of Hummatov v. Azerbaijan (Nos. 9852/03 and 13413/04), 2007, Para 144.

⁶ Case of Riepan v. Austria, (No.35115/97), 2000, Para 29.

نخست، کسانی که در جلسه دادگاه به عنوان نظاره‌گر حاضر می‌شوند حق هیچ‌گونه اظهارنظری نداشته، در تمام طول مدت رسیدگی باید ساکت مانده و از جانب‌داری به نفع یکی از طرفین خودداری نمایند. رئیس دادگاه می‌تواند کسانی را که باعث برهم‌زدن نظم جلسه دادگاه می‌شوند، حسب مورد از دادگاه اخراج کند یا دستور توقیف آن‌ها را صادر نماید.^۱ دوم، در مواردی که ممنوعیت عام وجود ندارد و فقط به افراد خاصی اجازه ورود به جلسه دادرسی داده نمی‌شود، رسیدگی همچنان علنی است، اما چنانچه جلسه دادگاه در محلی تشکیل شود که بر روی تنها درب آن، کلمه «خصوصی»^۲ نوشته شده باشد، بی‌هیچ تردید باید گفت که علنی بودن دادرسی دچار خدشه شده است؛ هرچند قاضی رسیدگی‌کننده قبلاً دستور برگزاری علنی این جلسه را صادر نموده باشد.

سوم اینکه قابلیت حضور عموم مردم در جلسات دادرسی به معنای نبود مانع و فراهم نمودن امکانات کافی برای حضور افراد علاقه‌مند می‌باشد و بدیهی است که محاکم ملی هیچ الزامی به تشویق و ترغیب مردم به شرکت در جلسات دادرسی ندارند و در مقابل، افراد جامعه نیز تکلیفی به حضور در دادگاه ندارند.

مسئله مهمی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که اگر دادرسی در مرحله بدوی، بدون دلیل موجه به صورت غیرعلنی و بدون حضور عموم مردم برگزار شود، آیا تشکیل جلسه دادرسی علنی در مرحله تجدیدنظر، ایراد غیرعلنی بودن دادگاه بدوی را مرتفع می‌نماید یا خیر؟ دادگاه اروپایی در پرونده‌های تحت رسیدگی خود، این موضوع را از دو جهت بررسی نمود و اظهار داشت در مواردی که دادگاه تجدیدنظر صلاحیت ورود به ماهیت دعوی، از جمله بررسی حقایق و ارزیابی تناسب جرم ارتكابی و حکم مجازات صادر شده را نداشته باشد، رسیدگی علنی در این مرحله نمی‌تواند غیرعلنی بودن مرحله بدوی را اصلاح کند؛^۳ اما اگر دادگاه تجدیدنظر صلاحیت کامل برای ورود به ماهیت دعوی را داشته باشد و تمام شواهد و مدارک در حضور متهم و در چارچوب یک محاکمه علنی مجدداً بررسی شود، علنی بودن دادرسی در این مرحله می‌تواند فقدان حضور عموم مردم در مرحله بدوی را جبران نماید.^۴

بنا بر آنچه آمد، می‌توان نتیجه گرفت که از نظر دادگاه اروپایی، عواملی که به طور عملی مانع از اعمال حق دادرسی علنی در محاکم ملی می‌شود نیز می‌تواند با حقوق بشر و اصل دادرسی منصفانه مغایرت داشته باشد. بر همین اساس، عدم استماع علنی ممکن است ناشی از نامشخص بودن زمان و مکان محاکمه، غیرقابل دسترس بودن مکان دادرسی، نامناسب بودن زمان شروع رسیدگی، فضای ناکافی در دادگاه یا اعمال شرایط نامعقول هنگام ورود عموم مردم به دادگاه باشد.

۱.۲. حضوری و شفاهی بودن دادرسی^۵

دادگاه اروپایی حقوق بشر در تصمیمی که می‌توان آن را یکی از گام‌های مؤثر و سازنده ارکان اصل دادرسی منصفانه و علنی مندرج در کنوانسیون اروپایی دانست، پذیرفته است که گرچه در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون، حق حضور متهم در دادگاه به صراحت ذکر نشده است؛ اما هدف از این ماده به‌طور کلی نشان می‌دهد که شخص متهم حق دارد در جلسه دادرسی شرکت کند و تضمین این حق، به‌عنوان یکی از الزامات اساسی ماده ۶ کنوانسیون شناخته شده است.^۶ همچنین در رویه قضایی این دادگاه، حق علنی بودن دادرسی به گونه‌ای تفسیر شده است که ناگزیر و ضرورتاً شامل حق دادرسی

^۱ خالقی، علی، **علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی**، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۳، شماره ۵، ص ۴۲.

^۲ Private

^۳ Case of Carvalho v. Portugal (Nos.55391/13; 57728/13 and 74041/13), 2018, Para.192.

^۴ Case of Krekhalev v. Russia (No.72444/14), 2020, Para.24.

^۵ In-presence and Oral Hearing

^۶ Case of Hermi v. Italy (No.18114/02), 2006, Paras.58-59.

شفاهی نیز می‌شود.^۱ بر همین اساس، قضات استراسبورگ بر این عقیده‌اند که اگر متهم تصمیم به استفاده از حق حضور در جلسه دادگاه و دادرسی شفاهی داشته باشد، اما محاکم ملی به‌نحوی او را از زمان و مکان جلسه رسیدگی مطلع نکرده باشند و از این نظر، وقت کافی برای آماده‌سازی دفاعیات و فرصت حضور در آن جلسه و استدلال شفاهی را از وی گرفته باشند، مفهوم و ماهیت حق رسیدگی علنی دچار خدشه خواهد شد.^۲

توجه به نکاتی چند در خصوص موضوع حضوری و شفاهی بودن دادرسی، ضروری به نظر می‌رسد.

نخست اینکه عدم شرکت متهم در جلسه دادرسی به سبب حضور او در بازداشتگاه نیز موجب ورود خدشه به حق دفاع مؤثر وی خواهد شد. دادگاه اروپایی در یکی از جدیدترین پرونده‌های تحت‌رسیدگی خود که علیه دولت روسیه مطرح گردید، با استناد به اینکه متقاضی در زمان تشکیل دادگاه علنی، در بازداشتگاه بوده و فرصتی برای شرکت در آن جلسه به او داده نشد، به دلیل عدم رعایت یکی از الزامات دادرسی علنی، حکم به نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون داد.^۳ البته این دادگاه از قبل پذیرفته است که حق دادرسی حضوری و شفاهی در برخی مواقع لزوماً و به خودی خود نیاز به حضور فیزیکی متهم ندارد و مثلاً ارتباط ویدئوکنفرانس با بازداشتگاه نیز می‌تواند نوعی اطمینان به حصول اهداف آن باشد.^۴ دوم اینکه به دلیل قواعد و اصول حاکم بر وکالت در محاکم، لزوماً حضور شخص متهم در دادگاه ضرورت ندارد و صرف حضور وکیل وی کفایت می‌کند؛ زیرا در این صورت از یک‌سو، وصف منصفانه بودن دادرسی تقویت می‌شود و از سوی دیگر، از طریق حضور وکیل متهم در یک جلسه دادرسی علنی، می‌توان امکان دفاع مؤثری را به متهم داد و اعتماد عمومی را به سیستم عدالت کیفری ارتقا بخشید. دادگاه اروپایی ضمن پذیرش این موضوع، نتیجه گرفت که به طریق اولی، زمانی که متهم در دادگاه حضور دارد اما به دلایلی قادر به دفاع مؤثر از خود نیست، حضور وکیل متهم می‌تواند دادرسی را واجد وصف دادرسی حضوری نماید.^۵

سوم، با بررسی آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر مشخص می‌شود که حضوری و شفاهی بودن دادرسی در یک جلسه علنی، از نظر ضرورت حق وی مبنی بر پرسش از شهود طرف مقابل و به چالش کشاندن شهادت آن‌ها نیز دارای اهمیت بسیاری است. بدین‌سان که، صداقت شهود را در بیان حقایق تضمین می‌نماید و نقض بی‌طرفی آن‌ها را در حضور تماشاچیان بر ملا می‌سازد.^۶

چهارم، حضوری بودن دادرسی را نمی‌توان یک حق مطلق و استثناء‌ناپذیر دانست. لذا دلایلی وجود دارد که می‌تواند به‌عنوان مبنای تجویز محاکمات غیابی مورد استناد قرار گیرد. در این راستا، دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعدادی از آرای خود، پذیرفته است که اگر متهم فرار کرده باشد یا از حق حضور خود اعراض نموده باشد و یا به‌واسطه اختلال در نظم دادگاه از جلسه اخراج شده باشد، محاکم ملی این امکان را دارند که با وجود شرایطی، جلسه دادرسی را بدون حضور متهم برگزار نمایند.^۷ فلسفه جواز محاکمه غیابی در چنین مواردی را باید در جلوگیری از سوءاستفاده متهم از حق دادرسی حضوری و همچنین اجتناب از معدوم شدن ادله، انقضای مدت تعقیب و اطالۀ بی‌مورد دادرسی جست‌وجو نمود. بر این اساس، غیبت غیرموجه متهم در جلسه دادرسی نباید مانع برگزاری دادرسی علنی شود؛ زیرا در چنین حالتی

¹ Case of *Transkop Ad Bitola v. North Macedonia* (No.48057/12), 2021, Para.27.

² Case of *Korchagin v. Russia* (No.12307/16), 2018, Para.65.

³ Case of *Antonov v. Russia* (No.72900/11), 2022, Paras.5-7.

⁴ Case of *Vasilyev v. Russia* (No.28370/05), 2012, Para.84.

⁵ Case of *Stanford v. The United Kingdom* (No.16757/90), 1994, Paras.30-32.

⁶ Case of *Jussila v. Finland* (No.73053/01), 2006, Para.40.

⁷ For Example: Case of *Chong Coronado v. Andorra* (No.37368/15), 2020, Paras.42-45; – Case of *Lena Atanasova v. Bulgaria* (No.52009/07), 2017, Para.52; – Case of *Idalov v. Russia* (No.5826/03), 2012, Paras.175-177; – Case of *Colozza v. Italy* (No.9024/80), 1985, Para.29.

ممکن است مسیر صحیح دادرسی کیفری منحرف گردد.

در مجموع باید اذعان نمود که رویکرد و نحوه عمل دادگاه اروپایی، به شکل قابل قبولی به تضمین دادرسی حضوری و شفاهی و صیانت از مؤلفه‌های ضروری آن‌ها به‌عنوان یکی از الزامات دادرسی علنی در محاکم ملی پرداخته است.

۱.۳. پوشش رسانه‌ای جلسات دادرسی^۱

از یک طرف به دلیل اینکه اتاق‌های دادگاه ظرفیت محدودی برای اسکان عموم مردم دارند و از طرف دیگر، از آنجا که اکثر مردم به دلیل داشتن مشغله یا دور بودن از محل برگزاری دادرسی، هرگز به‌طور فیزیکی در جلسه دادگاه شرکت نمی‌کنند، لذا پوشش رسانه‌ای جلسات دادرسی و انتشار جریان آن در رسانه‌ها، تنها راه دستیابی خیل عظیمی از مردم به اطلاعات دادرسی و نظارت آن‌ها در زمینه عملکرد سیستم قضایی است.

پوشش رسانه‌ای جلسات دادرسی در درجه‌ای از اهمیت قرار دارد که به‌رغم اینکه علنی بودن دادرسی در استانداردها و اسناد مختلف حقوق بشری مورد حمایت قرار گرفته است، اما بر حضور رسانه‌ها در دادگاه به‌طور مستقل ذیل عنوان دادرسی منصفانه و در قالب آزادی بیان و دسترسی به اطلاعات نیز تأکید شده است.^۲ در این زمینه، آزادی بیان دو جنبه مرتبط به هم دارد: ۱- مردم حق دارند اطلاعات مربوط به دادگاه‌ها را دریافت کنند؛ ۲- رسانه‌ها وظیفه دارند این اطلاعات را به مردم منتقل کنند.^۳ از این رو، می‌توان اذعان نمود آزادی بیان نقش مهمی در خودشکوفایی افراد، کشف حقیقت و مشارکت در دموکراسی دارد.^۴ در همین راستا، دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در جهت قوام اصل علنی بودن دادرسی‌ها، آزادی بیان را نیز مورد حمایت قرار می‌دهد و آن را یکی از پایه‌های اساسی یک جامعه مردم‌سالار معرفی می‌نماید و حفاظت از منابع مورد استناد رسانه‌ها را یکی از شرایط اساسی آن برمی‌شمرد و معتقد است که بدون چنین حمایتی، ممکن است نقش رسانه‌ها به‌عنوان ناظر عمومی، تضعیف شود و در توانایی آن‌ها در زمینه ارائه اطلاعات دقیق و قابل اعتماد، تأثیر منفی بگذارد.^۵ این بدان معناست که رسانه‌ها حق دسترسی به اطلاعات نهادهای عمومی مانند دادگاه‌ها را دارند و این به مفهوم حضور در دادگاه‌ها و تحت پوشش قرار دادن جلسات آن در راستای اطلاع عموم مردم از روند دادرسی است. بنابراین می‌توان گفت که از منظر دادگاه اروپایی حقوق بشر، دادرسی علنی مندرج در متن کنوانسیون، متضمن سه نوع حضور است؛ حضور عامه مردم، حضور شخص متهم و حضور اصحاب رسانه.

دادگاه اروپایی به‌عنوان به‌روزترین دادگاه منطقه‌ای حقوق بشر و شایسته‌ترین الگو برای محاکم ملی، دستورالعمل مشخصی را در خصوص نحوه حضور اصحاب رسانه و همچنین چگونگی انتشار جریان دادرسی در این دادگاه، تدوین نموده است که مقامات داخلی می‌توانند از این خط‌مشی در راستای علنی کردن دادرسی برای عموم و شفافیت گسترده فعالیت‌های خویش، الگوبرداری نمایند. به‌عنوان نمونه، اصحاب رسانه باید به‌موقع و سر ساعت مقرر خود را به محل برسانند و با کارت شناسایی معتبر و کارت مطبوعاتی، وارد اتاق دادگاه شوند. در معیت سالن دادگاه، یک فضای مخصوص به نام «اتاق مطبوعات»^۶ تعبیه شده است که در آنجا جلسه دادرسی به‌طور زنده پخش می‌شود و خبرنگاران می‌توانند برای گزارش‌دهی

1. Media Coverage of Hearings

2. Anite, C. *Open Justice; A Closed or Open Reality For Uganda's Media?*, First Ed, kampala: Freedom of Expression Hub, 2019, P 9.

3. Case of *Bédat v. Switzerland* (No.56925/08), 2016, Para.51.

۴. انصاری، باقر و سیده مهلا امامی الطریقی، *آزادی بیان و تحریک به تبعیض نژادی*، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۱، ص ۱۶۲.

5. Case of *Goodwin v. The United Kingdom* (No.17488/90), 1996, Para.39.

6. Press-room

برخط روند جلسه، به اینترنت بی سیم دادگاه متصل شوند و از لپ‌تاپ یا تلفن‌های همراه خود استفاده نمایند.^۱ همچنین تمام جلسات علنی دادگاه اروپایی، توسط واحد مطبوعات دادگاه فیلمبرداری می‌شود و موارد ضبط‌شده، در وبسایت این دادگاه^۲ موجود است. از همین‌رو، وقتی فردی نتواند به استراسبورگ سفر کند تا شخصاً در جلسه دادرسی این دادگاه حضور داشته باشد، امکان تماشای فیلم ضبط‌شده آن جلسه برای وی وجود دارد. در پایان باید خاطر نشان کرد که اگرچه دادگاه اروپایی تأکید بسیاری بر آزادی رسانه‌ها و رعایت آن داشته است و حضور اصحاب رسانه را یکی از الزامات مهم تحقق دادرسی علنی برمی‌شمارد، اما باوجود این، در رویه قضایی این دادگاه می‌توان گرایشی را مبتنی بر رد «دادرسی رسانه‌ای»^۳ مشاهده کرد.^۴

۱.۴. علنی بودن حکم^۵

حکم بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون و رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر حاکی از آن است که ماهیت اصل علنی بودن، دو جنبه را دربر می‌گیرد: «علنی بودن جلسات رسیدگی» و «علنی بودن احکام».^۶ با مطالعه و بررسی اسناد حقوق بشری مشخص می‌شود که در خصوص علنی بودن حکم، کنوانسیون اروپایی موضع متفاوت و سختگیرانه‌تری را اتخاذ نموده است؛ بدین صورت که بدون پذیرش هیچ نوع استثنا و محدودیتی، بر لزوم علنی بودن احکام حتی در صورت علنی نبودن جلسه رسیدگی، تأکید کرده است. مؤید این موضوع، رأی دادگاه اروپایی در دعوی کمپبل و فل علیه انگلستان است که در آن، قضات استراسبورگ هرگونه محدودیت (حتی ضمنی) را در این خصوص رد کرده و آن را مغایر بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون شناخته‌اند.^۷

در خصوص صدور علنی احکام و انتشار آن‌ها، توجه به چند نکته زیر ضروری است:

نخست، اگر برگزاری علنی جلسه دادرسی با محدودیت‌های غیرقانونی مواجه گردد، حتی علنی بودن حکم و انتشار عمومی آن نیز نمی‌تواند نقض دادرسی منصفانه به‌واسطه محرمانه بودن غیرقانونی جلسه رسیدگی را توجیه نماید. در این رابطه، تأثیرگذارترین تصمیم دادگاه اروپایی حقوق بشر را در قضیه آرتمواف می‌توان یافت. دادگاه اروپایی در این پرونده با تأکید بر اینکه حق برخورداری از دادرسی علنی و حق علنی بودن حکم، دو حقوق جداگانه طبق ماده ۶ کنوانسیون هستند، یادآور می‌شود که رعایت یکی از این حقوق در فرایند دادرسی لزوماً به معنای نقض نشدن دیگری نیست.^۸

دوم اینکه در هر پرونده، شکل علنی کردن و نحوه انتشار احکام در محاکم ملی باید با توجه به ویژگی‌های خاص دادرسی مربوطه، مورد بحث و ارزیابی قرار گیرد. دادگاه اروپایی پذیرفته است که به‌عنوان یک قاعده کلی، حکم زمانی علنی محسوب می‌شود که یا در جلسه دادگاهی که برای عموم آزاد است به‌صورت شفاهی اعلام و قرائت شود، یا پس از صدور فوراً به‌صورت کتبی منتشر گردد و در دسترس عموم قرار گیرد، یا با ترکیبی از این دو روش، علنی شده باشد.^۹ لذا معیار تعیین علنی محسوب شدن حکم، قابلیت دسترسی حکم برای عموم مردم است و دادگاه‌ها الزامی به قرائت کامل متن

^۱ Press Service, How to Attend a Hearing, Extracted from the Site: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press&c=> (last visited on 04/05/2022)

^۲ www.echr.coe.int

^۳ این اصطلاح، کنایه از تکیه زدن رسانه‌ها بر کرسی قضاوت و رسیدگی به اتهام متهمین است.

^۴ یاور، اسدالله، رعایت اصل برائت در رسیدگی‌های شبه قضایی در حقوق فرانسه «در پرتو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۳۷۲-۳۷۳.

^۵ Publicity of the Judgment

^۶ Case of Tierce And Others v. San Marino (Nos.24954/94; 24971/94 and 24972/94), 2000, Para.93.

^۷ Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom (Nos.7819/77 and 7878/77), 1984, Para.90.

^۸ Case of Artemov v. Russia (No.14945/03), 2014, Paras.109-110.

^۹ Case of Sutter v. Switzerland (No.8209/78), 1984, Para.34.

حکم خود در جلسه علنی ندارند؛ زیرا انتشار آن به صورت کتبی کافی است.^۱ یکی از مؤثرترین روش‌های انتشار و دسترسی عموم به احکام صادره، بارگذاری متن کامل دادنامه‌ها در وبسایت دادگاه مربوطه است. در همین راستا، وبسایت دادگاه اروپایی حقوق بشر که دارای محتوایی بسیار غنی و پر بار است، تا اواخر سال ۲۰۲۲ میلادی، حدود شصت و هفت هزار رأی این دادگاه را به چندین زبان، در دسترس عموم مردم قرار داده است.

سوم اینکه مرجع رسیدگی نمی‌تواند در تصمیم خود، صرفاً به اعلام محکومیت یا براءت یا سایر تصمیم‌ها بسنده نماید، بلکه در هر مورد باید به‌طور مستدل و با استناد به مواد قانونی و اصول کلی حقوق، رأی صادر، و رأی خود را توجیه نماید.^۲ یکی از مترقی‌ترین آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر که دامنه اثرگذاری مؤلفه‌های حق علنی بودن احکام را مشخص نموده، در مورد شکایتی است که علیه دولت روسیه مطرح شده است. دادگاه اروپایی در این پرونده اظهار داشت که به دلیل غیرقابل دسترس بودن دلایل و مستندات که باعث درک عموم مردم از چرایی رد ادعاهای خواهان می‌شود، بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون نقض گردیده است.^۳

با توجه به آنچه آمد، می‌توان اذعان نمود که الگوبرداری محاکم ملی از رویه و نحوه عملکرد دادگاه اروپایی که به‌عنوان مترقی‌ترین دادگاه حقوق بشری شناخته می‌شود، به علنی بودن و شفافیت احکام صادره آن‌ها کمک خواهد کرد.

۲. محدودیت‌های حق بر دادرسی علنی در محاکم ملی

دادگاه اروپایی حقوق بشر ضمن تأکید بر اینکه علنی بودن جلسه دادرسی یک اصل اساسی است که در راستای حمایت از حقوق متهم در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون ذکر شده است، الزام به برگزاری چنین جلسه‌ای را مطلق نمی‌داند و با تأسی از حکم این ماده، محاکم ملی را با توجه به موضوع و ویژگی‌های خاص پرونده‌ای که به آن‌ها ارجاع می‌شود و به منظور حفظ منافع این موضوعات، برای عدول از این اصل منع نمی‌کند.^۴ در ادامه، به تشریح هر یک از این محدودیت‌های قانونی خواهیم پرداخت.

۲.۱. منافع اخلاق^۵

در بسیاری از موارد، جزئیات پرونده ممکن است به قدری ناشایست باشد که منجر به آسیب رساندن به اخلاق عمومی گردد. در این بین، یکی از بزرگ‌ترین چالش‌هایی که محدود کردن حقوق و آزادی‌های افراد توسط اخلاق با آن مواجه است، گستره اخلاقیات است که در برخی از جوامع علاوه بر تکثر، دارای ابهام و کلیت نیز است؛ چنان‌که در نظریه‌های اروپایی حقوق بشر به نسبی بودن اخلاقیات و بی‌شماری مؤلفه‌ها و عناصر اخلاقی اشاره شده است.

در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، علی‌رغم به رسمیت شناختن منافع اخلاق به‌عنوان محدودیتی بر دادرسی علنی، در رابطه با مفهوم و گستره آن، هیچ‌گونه سازوکاری وجود ندارد. باین‌حال، از آنجا که کنوانسیون و قواعد و مقررات آن، مجموعه‌ای از یک سند زنده و پویا بوده و مفاهیم آن نه‌تنها نسبت به مفاهیم رایج و مشترک در نظام‌های داخلی مستقل

^۱ Pejic, Jelena. and Vanessa Lesnie. *What Is a Fair Trial (A Basic Guide to Legal Standards and Practice)*, 2nd Ed, New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000, P 13.

^۲ مهرا، نسرین و غلامرضا قلی‌پور، *اساسی‌سازی نسبی دادرسی منصفانه در قانون اساسی مشروطه*، پژوهش حقوق کیفری، ۱۴۰۰، شماره ۳۴، ص ۸۱.

^۳ Case of Biryukov v. Russia (No.14810/02), 2008, Paras.45-46.

^۴ Case of Mraović v. Croatia (No.30373/13), 2020, Para.45.

^۵ The Interests of Morals

است، بلکه در یک چارچوب و کادر بسته در زمان تصویب باقی نمانده و ضمن وفاداری به اهداف و روح کلی حاکم بر کنوانسیون، تفسیر از الفاظ و اصطلاحات همواره مبتنی بر واقعیات و اقتضائات روز و همگام با تحولات حیات بشری در شئون مختلف آن در قلمرو کشورهای عضو بوده است.^۱ بر همین اساس، دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص حمایت از اخلاق، با این توجیه که در احکام حقوقی و اجتماعی کشورهای متعاقد نمی‌توان یک مفهوم اروپایی یکسان از اخلاق پیدا کرد و مقامات دولتی اصولاً در موقعیت بهتری نسبت به قضات بین‌المللی برای اظهارنظر در مورد محتوای دقیق الزامات مربوط به اخلاق هستند، تفسیر این واژه را بر عهده مقامات قضایی ملی قرار داد.^۲ البته با نگاهی به سابقه دادگاه اروپایی، مشخص می‌گردد که چنین موضوعی سال‌ها بعد مجدداً در رسیدگی به پرونده‌ای دیگر توسط قضات استراسبورگ مورد توجه قرار گرفت؛ اما با این تغییر رویکرد که این دادگاه علی‌رغم اینکه حاشیه تفسیر^۳ را مدنظر قرار داد و تعریف و تعیین مصادیق اخلاق عمومی را بر عهده مقامات ملی گذاشت، لیکن حق نظارت بر عملکرد کشورها را در این خصوص برای خود محفوظ دانست.^۴

باین حال، با مذاقه در اسناد بین‌المللی و رویه نهادهای نظارتی حقوق بشر، مشخص می‌گردد غیرعلنی بودن دادرسی‌هایی که موازین اخلاقی در یک جامعه مردم‌سالار را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، شامل محدودیت‌هایی است که معمولاً در موارد سوءاستفاده جنسی و روابط نامشروع استفاده می‌شود؛^۵ زیرا علنی شدن جرایم جنسی و افشای آن، نه تنها آبرو و حیثیت افراد را زایل می‌کند، بلکه به موازین اخلاق جمعی نیز آسیب وارد می‌نماید. باین حال، دادگاه اروپایی حقوق بشر در کنار این موارد، مصادیق اخلاق عمومی را صرفاً شامل موضوعات جنسی و شهوانی نمی‌داند و حتی مواردی همچون کشتن حیوانات به قصد تفریح و ورزش را در صورتی که دولت‌ها آن را بر حسب ضرورت، خلاف اخلاق تشخیص دهند، در زمره مصادیق محدودکننده حقوق مندرج در کنوانسیون پذیرفته است^۶ و دست محاکم ملی را در برگزاری غیرعلنی رسیدگی به این قبیل جرایم، باز گذاشته است. این رویکرد دادگاه اروپایی، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. از آنجا که اخلاق عمومی علاوه بر بی‌شماری مصادیق، از گونه‌ای ابهام مفهومی نیز برخوردار است که در عمل زمینه‌ساز برداشت‌های متفاوت و بعضاً بسیار موسّع خواهد شد، لذا واگذاری تشخیص مصادیق اخلاق عمومی به دولت‌ها، ممکن است منجر به سوءاستفاده‌های احتمالی مقامات داخلی از این اختیار شود؛ به‌گونه‌ای که بسیاری از محاکمات کیفری را می‌توانند به واسطه منافع اخلاق، غیرعلنی برگزار نمایند. بنابراین، مهم‌ترین ضعف در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در مسئله رسیدگی به تعارض منافع اخلاق با حق‌های فردی را باید در عدم ارائه تعریف از اخلاق عمومی و واگذاری تبیین مفهوم و تعیین مصادیق آن به دولت‌ها جست‌وجو کرد. این کاستی، در وهله نخست، باید در کنوانسیون پیش‌بینی و مرتفع می‌شد که این مهم هیچ‌گاه تحقق نیافت. در وهله بعد و در طول سال‌ها رسیدگی به مسئله تعارض، لازم بود دادگاه اروپایی در این خصوص ابتکار عمل را به دست بگیرد و تبیین و تعریفی از اخلاق عمومی ارائه دهد؛ لیکن تا زمان حاضر هیچ اقدامی در این راستا صورت نگرفته است.

^۱ لوری، اسدالله، از «دادرسی» تا «دادرسی منصفانه»؛ تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۸، صص ۲۲۳-۲۲۲.

^۲ Case of Handyside v. The United Kingdom (No.5493/72), 1976, Para.49.

^۳ حاشیه تفسیر، اختیاری است که یک سند بین‌المللی یا نهاد قضایی بین‌المللی (در اینجا دادگاه اروپایی حقوق بشر) در ارزیابی پیش‌نیازهای اعمال برخی اقدامات محدودکننده حقوق، به کشورهای عضو اعطا می‌کند.

^۴ Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland (No.5493/72), 1992, Para.68.

^۵ Oliveira, Bárbara. and Linda Besharaty. *International Commission of Jurists Trial Observation Manual*, First Ed, Geneva: International Commission of Jurists, 2002, P 26.

^۶ Case of Friend and Others v. The United Kingdom (Nos.16072/06 and 27809/08), 2009, Para.50.

۲.۲. نظم عمومی^۱

بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همچون اکثر اسناد حقوق بشری به صراحت از نظم عمومی نام برده و به محاکم ملی اجازه می‌دهد که به منظور حفظ نظم عمومی و البته با رعایت جهاتی که به نقض غرض منتهی نگردد، محدودیت‌هایی را بر اصل دادرسی علنی اعمال نمایند. در این خصوص، توجه به چند نکته زیر ضروری است:

نخست، حتی در مواردی که امکان محدود کردن حق دادرسی علنی از سوی محاکم ملی به منظور رعایت نظم عمومی وجود داشته باشد، متهم حق حضور در جلسه دادگاهی را که در حال رسیدگی به اتهامات اوست، خواهد داشت.^۲ دوم اینکه دادگاه اروپایی حقوق بشر بر مبنای تصریح عنصر «ضرورت»^۳ در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون، ضمن پذیرش اهداف دادرسی علنی مبنی بر محافظت از متهم در برابر اجرای مخفی عدالت و اطمینان از دیده شدن بیشتر عدالت و حفظ اعتماد جامعه به سیستم دادگستری،^۴ متذکر می‌شود که محاکم ملی باید قبل از محروم کردن عموم مردم و رسانه‌ها از حضور در جلسات دادرسی، دلایل مشخصی را ارائه کنند که این محرومیت برای محافظت از منافع نظم عمومی ضروری است و مجبورند غیرعلنی بودن روند رسیدگی را تا حدی که برای صیانت از آن منافع لازم است، حفظ نمایند.^۵ در همین راستا، قضات استراسبورگ اصل «تناسب»^۶ را برای تشخیص ضروری بودن محدودیتی خاص، ابزاری مناسب دانسته‌اند و اساسی بودن و اهمیت داشتن اقدامات صورت گرفته از سوی محاکم ملی به منظور رعایت نظم عمومی را مانعی در جهت نقض ماهیت حقوقی بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون تشخیص داده‌اند.^۷

سوم، با توجه به اینکه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، هدف از تفکیک بین محاکمه و صدور حکم، به حداقل رساندن دادرسی‌های غیرعلنی و تأکید بر علنی بودن نتیجه آن است، لذا حتی اگر عموم مردم به واسطه نظم عمومی از حضور در تمام یا بخشی از جلسه دادرسی محروم شوند، تصمیم دادگاه شامل یافته‌های اساسی، شواهد و استدلال‌های قانونی، چه به صورت شفاهی و چه به صورت کتبی صادر شده باشد، باید علنی باشد و در دسترس عموم و رسانه‌ها قرار گیرد.^۸ چهارم اینکه بدیهی است محاکم ملی در هر کشور باید پاسدار نظم عمومی جامعه باشند، اما به نظر نمی‌رسد دادگاه اروپایی حقوق بشر چنین وظیفه‌ای بر عهده داشته باشد. بنابراین اگر محاکمه‌ای در یک دادگاه ملی به دلیل ملاحظات نظم عمومی، بدون حضور مردم و رسانه‌ها برگزار شود، الزامی وجود ندارد که رسیدگی به شکایت مربوطه توسط خواهان در دادگاه اروپایی نیز به منظور رعایت نظم عمومی، به شکل غیرعلنی برگزار گردد.

در پایان باید اذعان داشت، علی‌رغم اینکه دادگاه اروپایی حقوق بشر ارزیابی اولیه مفهوم و قلمرو نظم عمومی را بر عهده مقامات ملی می‌داند و اختیار تعریف آن را به دولت‌ها واگذار می‌کند، اما چنین اختیاری را نامحدود نمی‌داند و معتقد است که در هر صورت، ارزیابی نهایی در مورد اینکه آیا اعمال این محدودیت به منظور نظم عمومی، ضروری است یا خیر، تحت هر شرایطی منوط به بررسی توسط دادگاه اروپایی برای انطباق با الزامات کنوانسیون است.^۹

1. Public Order

2. Robinson, M. *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings: Practitioners Guide No.5*, First Ed, Geneva, International Commission of Jurists, 2009, P 85.

3. Necessity

4. Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom, op.cit., Paras.86-92.

5. Case of Hayrapetyan v. Armenia (No.69931/10), 2021, Para.11.

6. Proportionality

7. Case of Kennedy v. The United Kingdom (No.26839/05), 2010, Paras.184-191.

8. Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom, op.cit., Paras.90.

9. Case of Colon v. The Netherlands (No.49458/06), 2012, Paras.86-87.

۲.۳. امنیت ملی^۱

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در بند ۱ ماده ۶، به قضات محاکم ملی این جواز را داده است، در محاکمه‌هایی که برگزاری علنی آن سبب افشای اطلاعات محرمانه و طبقه‌بندی شده می‌شود و به امنیت ملی آسیب وارد می‌آورد، جلسات دادگاه را بدون حضور مردم و رسانه‌ها برگزار نمایند.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا محاکم ملی به صرف اینکه اطلاعات مطروحه در دادرسی، محرمانه است، می‌توانند جلسات دادرسی را غیرعلنی برگزار کنند؟ رویه دادگاه اروپایی در چنین مواردی، تجزیه و تحلیل در خصوص موجه بودن دلایل تصمیم برای برگزاری جلسه غیرعلنی و ارزیابی آن با توجه به واقعیت‌های یک پرونده است.^۲ این دادگاه در قضیه «بلاشف» اظهار نظر نمود که صرف وجود اطلاعات طبقه‌بندی شده در یک پرونده، بدون وجود نگرانی‌های مربوط به امنیت ملی، به خودی خود نمی‌تواند دلالت بر لزوم بسته شدن دادگاه برای عموم داشته باشد. در این پرونده، متقاعدکننده‌ترین بخش استدلال قضات استراسبورگ این است که هر چند حفظ اسرار ملی برای دولت‌ها بسیار مهم است، برقراری عدالت و همچنین اجرای دادرسی منصفانه با تمام مصادیق آن که یکی از ضروری‌ترین آن‌ها علنی بودن دادرسی است، اهمیت بسیار بیشتری دارد. با توجه به این ملاحظات، قضات استراسبورگ به اتفاق آرا به این نتیجه رسیدند که به دلیل عدم رسیدگی علنی به پرونده خواهان، نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون صورت گرفته است.^۳ چنین حکمی حدود دوازده سال بعد از قضیه بلاشف، در شکایتی که علیه مقامات کشور آذربایجان مطرح شده بود، مجدداً توسط دادگاه اروپایی صادر گردید^۴ که این امر، نشان از رویه ثابت این دادگاه در مواجهه با موضوعات مشابه دارد.

دادگاه اروپایی، محاکم ملی را ملزم نموده است که همچون نظم عمومی، برای اعمال محدودیت‌های دادرسی علنی به واسطه حمایت از امنیت ملی نیز باید عنصر «ضرورت» و اصل «تناسب» را در نظر بگیرند.^۵ در این خصوص، علی‌رغم اینکه این مرجع همواره در تشخیص عنصر ضرورت، به مقامات داخلی نظر داشته و دست آن‌ها را برای تبیین دامنه

¹ National Security

² Case of Yam v. The United Kingdom (No.31295/11), 2020, Para.55.

³ Case of Belashev v. Russia (No.28617/03), 2008, Paras.83-88.

⁴ Case of Dadashbeyli v. Azerbaijan (No.11297/09), 2020, Paras.28-30.

^۵ در محاکم ایران، توجه به عنصر ضرورت و اصل تناسب در محدودیت‌های مربوط به نظم عمومی و امنیت، مغفول مانده است. در این راستا، گستره نامعقول و تفسیرپذیری اصطلاح نظم عمومی و امنیت که اغلب از گونه‌ای اتهام مفهومی برخوردارند و درک مصادیق آن‌ها بسیار دشوار به نظر می‌رسد، در عمل زمینه‌ساز برداشت‌های متفاوت و بعضاً بسیار موسع شده است؛ به گونه‌ای که بسیاری از محاکمات کیفری را می‌توان به یکی از این مصادیق استثنا ملحق نمود. این موضوع در نظام حقوقی ایران، به سبب واگذاری تشخیص آن به دادگاه‌ها و امکان توسل غیرواقعی قضات به آن‌ها و گسترش قلمرو قانون و تعرض به مرزهای آزادی و امنیت افراد، دادرسی علنی را با مانعی جدی مواجه ساخته است. بنابراین، به نظر می‌رسد که لازم است قانون‌گذار با اصلاح قوانین حداقلی موجود، مصادیق نظم عمومی و امنیت را به طور دقیق تعیین کند و در واقع، در احصای این موضوعات، از شیوه تصریح به مصادیق تبعیت نماید تا با تأمین شفافیت حداکثری قانون، تاب تفسیرپذیری و توسعه عملی مصادیق را کاهش دهد. از طرفی نیز، دادگاهی که می‌خواهد محدودیت اصل علنی بودن دادرسی را به واسطه حمایت از نظم عمومی و امنیت اعمال نماید، باید در هر مورد به طور کاملاً روشن و شفاف دلایل موجه خود را بیان کند، و به این ترتیب لازم است نشان داده شود که برگزاری غیرعلنی جلسه دادرسی به منظور حمایت از نظم عمومی و امنیت کاملاً ضروری است و راهی به غیر از محرومیت مردم و رسانه‌ها از حضور در جلسه دادرسی وجود ندارد که بتوان از طریق آن، عدالت را اجرا نمود. همچنین در صورتی که بتوان با غیرعلنی کردن قسمتی از روند رسیدگی، به اهداف مدنظر نائل شد، صرفاً باید همان قسمت از جلسات، غیرعلنی برگزار شود. بدین ترتیب، باید عنصر ضرورت و اصل تناسب را به عنوان مینا و نقطه شروع اعمال هرگونه محدودیت در مورد ماهیت علنی بودن دادرسی مدنظر قرار داد. لذا مسئولیت توجیه اعمال این محدودیت‌ها باید بر دوش دادگاه باشد تا از این طریق، از سوءاستفاده‌های احتمالی ممانعت شود. بر این اساس، ضروری است که قانون‌گذار در راستای کاستن از توسعه بی‌جهت مفهوم نظم عمومی و امنیت و سوءاستفاده قضات از این اختیار قانونی، مستدل و مستند بودن قرار غیرعلنی بودن دادرسی و قابلیت اعتراض به این قرار را پیش‌بینی نماید تا از این طریق، نظارت قضایی بر این تشخیص دادگاه میسر گردد.

ضرورت در جامعه دموکراتیک باز گذاشته، اما در نهایت، خود دادگاه اروپایی همواره ناظر این امر بوده است و این مسئله را کنترل می‌کند که دولت عضو از حدود خود تجاوز نکنند.^۱ از طرفی، اگرچه اصل تناسب به صراحت در متن کنوانسیون نیامده، لیکن به یکی از موضوعات بسیار مهم در رویه دادگاه اروپایی بدل گشته است؛ تا آنجا که حتی برخی^۲ بر این گمان‌اند که «تناسب» در کنار «ضرورت»، به یکی از اصول کلی کنوانسیون تبدیل شده است که برای جلوگیری از خودسری محاکم ملی در تصمیم‌گیری برای غیرعلنی کردن دادرسی‌ها، در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس، امنیت ملی را نمی‌توان به عنوان دلیلی برای اعمال محدودیت در برگزاری علنی دادرسی‌ها به منظور پیشگیری از تهدیدهای صرفاً محلی و درون‌شهری یا تهدیدهای ضعیف و ناکارآمد مورد استناد قرار داد.

در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که محدودیت دادرسی علنی به واسطه رعایت و حفاظت از امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک، در صورتی که هم ضروری باشد و هم متناسب، مورد قبول نظام اروپایی حقوق بشر است و مغایرتی با دادرسی منصفانه نخواهد داشت. با این حال، دادگاه اروپایی بر این باور است که صدور غیرعلنی حکم و پنهان کردن کامل کلیت یک تصمیم قضایی از عموم مردم با دستاویز قرار دادن امنیت ملی، نمی‌تواند ضروری تلقی شود و موجب نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون خواهد شد.^۳

۲.۴. اقتضای مصلحت کودکان و نوجوانان^۴

مجرمان کم‌سن‌وسال نباید به خاطر یک اشتباه، برای همیشه برچسب مجرم بودن بر پیشانی آن‌ها زده شود. لذا فرایند علنی بودن دادرسی در محاکم ملی، همواره باید در مورد کودکان و نوجوانان به عنوان یک رویه به شدت تهدیدکننده تلقی گردد. هرچند که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، معیاری برای تعیین سن کودک و نوجوان و مسئولیت کیفری آن‌ها در نظر نگرفته است، در یکی از دعاوی مطروحه در دادگاه اروپایی،^۵ قضات استراسبورگ به مفاد مقررات پکن^۶ و کنوانسیون حقوق کودک^۷ استناد کرده و به دولت‌های متعاقد یادآور شده‌اند که این سن را خیلی پایین در نظر نگیرند.

کمیسیون اروپایی حقوق بشر در ارجاع پرونده‌ای به دادگاه اروپایی که علیه مقامات انگلستان به دلیل محاکمه علنی دو پسر بچه یازده ساله مطرح شده بود، گزارش نمود که آیین دادرسی کیفری انگلستان ممکن است در مواقعی برای شخص یازده ساله، هراس‌انگیز و غیرقابل درک به نظر برسد. لذا با توجه به سن خواهان، اتخاذ سازوکارهای مربوط به محاکمه علنی اشخاص بزرگسال در رسیدگی به اتهامات کیفری علیه این کودک در دادگاه ملی، وی را از امکان دفاع مؤثر از خود محروم کرده و منجر به نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون شده است.^۸ همچنین در خصوص شکایت دومین نوجوان قضیه فوق‌الذکر، خواهان مدعی شد که با توجه به نحوه دادرسی دادگاه انگلستان و به واسطه محاکمه در دادگاه بزرگسالان، وی از حقوق مندرج در ماده ۳ (عدم رفتار تحقیرآمیز نسبت به متهم) و بند ۱ ماده ۶ (محاکمه منصفانه به واسطه برگزاری غیرعلنی دادرسی نوجوانان) محروم شده است. در این خصوص، قضات استراسبورگ استدلال نمودند که گرچه ممکن است ماهیت دادرسی علنی تا حدودی احساس گناه و اضطراب را در نوجوان تشدید کرده باشد، اما هرگز ویژگی‌های

¹ Case of Buckland v. The United Kingdom (No.40060/08, 2012, Para.63.

² Van Dijk, Pieter. and Others. *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 5th Ed, Cambridge: Intersentia, 2018, P 179.

³ Case of Raza v. Bulgaria (No.31465/08), 2010, Para.53.

⁴ Requirement of the Interest of Juveniles

⁵ Case of V v. The United Kingdom (No.24888/94), 1999, Paras.73-74.

⁶ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules) (1985).

⁷ Convention on the Rights of the Child (1989).

⁸ Case of T v. The United Kingdom (No.24724/94), 1998, Paras.95-99.

خاص فرایند دادرسی در دادگاه ملی که در مورد وی اعمال شده است، رنجی فراتر از آنچه که به واسطه ارتکاب جرم و تحمل مجازات، سزاوار آن می‌باشد، بر وی تحمیل نشده است. در نتیجه، دادگاه اروپایی در این پرونده، ضمن پذیرش نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون توسط دادگاه انگلستان به واسطه برگزاری علنی محاکمه این نوجوان، نقض ماده ۳ کنوانسیون را احراز نکرد و این قسمت از درخواست خواهان را رد نمود.^۱

توجه به این نکته ضروری است که محدودیت اعمال اصل علنی بودن دادرسی در دادگاه کودکان و نوجوانان، مانع از پذیرش سایر اصول دادرسی منصفانه در مورد این قشر از متهمان نخواهد بود. در این رابطه، دادگاه اروپایی متذکر می‌شود که هر پیشنهادی مبنی بر عدم بهره‌مندی نوجوانان معارض با قانون از تضمین‌های دادرسی منصفانه مندرج در ماده ۶، غیرقابل پذیرش است.^۲

در پایان باید خاطر نشان کرد که افزایش نرخ ارتکاب جرایم پراهمیت توسط افراد نوجوان در دو دهه اخیر، مانند تجاوز جنسی و فاجعه تیراندازی در مدارس، منجر به تغییر نگرش عمومی در مورد نظام عدالت کیفری نوجوانان و تعدیل حق محرمانه بودن دادرسی این قشر شده است. دادگاه اروپایی نیز در این خصوص پذیرفته است که محاکم ملی در برخی جرایم سنگین و با وجود شرایطی خاص، می‌توانند نوجوانان را در دادگاه عالی ویژه بزرگسالان و به صورت علنی محاکمه نمایند.^۳

۲.۵. محافظت از حریم زندگی خصوصی طرفین^۴

اصل دادرسی علنی در تقابل با حریم زندگی خصوصی طرفین، می‌تواند مسئله‌ساز باشد؛ به‌ویژه با در نظر گرفتن اینکه برگزاری علنی دادرسی‌ها بیشتر از طریق حضور رسانه‌ها در دادگاه محقق می‌شود و به واسطه انتشار هویت و به خصوص تصویر اصحاب دعوا، می‌تواند به حریم خصوصی آن‌ها لطمه وارد آورد. دادگاه اروپایی حقوق بشر علی‌رغم اینکه معتقد است اصطلاح «حریم زندگی خصوصی» یک مفهوم بسیار گسترده است که نمی‌توان آن را در قالب یک تعریف جامع گنجاند؛^۵ اما از مجموع آرای این دادگاه که سابقاً در پرونده‌های مختلفی صادر گردیده است،^۶ می‌توان نتیجه گرفت که جنبه‌های این حق، تمامیت جسمی و روانی یک فرد را شامل می‌شود و بدین ترتیب بخش‌های متعددی از زندگی شخصی، خانوادگی و اجتماعی فرد، هویت جنسی، اطلاعات، اسامی، عکس، اعتبار و آبرو و حیثیت افراد را مورد حمایت قرار می‌دهد. بر همین اساس، چنین موضوعاتی ممکن است اقتضا نماید که عموم مردم و رسانه‌ها از حضور در جلسات دادرسی محروم شوند.

همان‌گونه که قبلاً اشاره گردید، مفهوم علنی بودن دادرسی در برخی مواقع و به خصوص در ادبیات رسانه‌ای، در قالب دسترسی به اطلاعات دادگاه‌ها و آزادی بیان به کار گرفته شده است. از این رو، در ظاهر به نظر می‌رسد که بین ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تحت عنوان «حق بر احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی»^۷ و ماده ۱۰ کنوانسیون تحت عنوان «آزادی بیان»^۸ تقابل و تزاخم پیش می‌آید. دادگاه اروپایی حقوق بشر در مقام حل این موضوع در محاکم

¹. Case of V v. The United Kingdom, op.cit., Paras.78-80.

². Case of Nortier v. The Netherlands (No.13924/88), 1993, Para.38.

³. Case of V v. The United Kingdom, op.cit., Paras.32.

⁴. Protection of the Private Life of the Parties

⁵. Case of Evers v. Germany (No.17895/14), 2020, Para.53.

⁶. For Example: Case of B v. France (No.13343/87), 1992, Para.63;- Case of Burghartz v. Switzerland (No.16213/90), 1994, Para.24;- Case of Laskey and Others v. The United Kingdom (Nos.21627/93; 21628/93 and 21974/93), 1997, Para.36;- Case of Bensaid v. The United Kingdom (No.44599/98), 2001, Para.47.

⁷. Right to Respect For Private and Family Life

⁸. Freedom of Expression

ملی، اعلام نمود که با در نظر گرفتن نیاز به حمایت از ارزش‌های بنیادین کنوانسیون و با توجه به اینکه حقوق مندرج در مواد ۱۰ و ۸ کنوانسیون بایسته احترام یکسان‌اند، ضروری است که علاوه بر برقراری توازن بین این دو حق در محاکم ملی، ماهیت و غرض آن دو نیز با توجه به موضوع دعوی و محتویات پرونده، حفظ شود.^۱

با بررسی آرای دادگاه اروپایی مشخص می‌شود که این دادگاه هرگز بدون اینکه سازوکاری را در نظر بگیرد، اصل علنی بودن دادرسی را فدای حق حریم خصوصی نمی‌کند. بر همین اساس، در صورت ارائه ادله خاص مبنی بر آسیب احتمالی به حریم زندگی خصوصی طرفین دعوی از طریق برگزاری علنی دادرسی، اثبات این موضوع از سوی محاکم ملی مبنی بر اینکه آسیب وارد شده به این حریم بیش از آسیب ناشی از محدودیت دادرسی علنی است، ضروری می‌باشد. در این خصوص، دادگاه اروپایی پذیرفت که اگر در جریان دادرسی آشکار شده باشد که خطر تعدی به حریم زندگی خصوصی افراد وجود دارد، دادگاه ملی می‌تواند دستور دهد به جای اینکه عموم مردم از طریق سازوکار از قبل تعیین شده و به طور هدفمند از حضور در کل فرایند دادرسی محروم شوند، صرفاً آن جلسه‌ای که شامل این محدودیت است، غیرعلنی برگزار گردد.^۲

۲.۶. منافع عدالت^۳

علی‌رغم اینکه دادرسی علنی باید در راستای اصلی‌ترین هدف دادگاه، یعنی برای اطمینان از اجرای عدالت اعمال گردد، از طرفی نیز باید یقین حاصل شود که علنی بودن دادرسی، مانعی برای اجرای عدالت کیفی در محاکم دادگستری نخواهد بود.^۴ در این خصوص، رویه دادگاه اروپایی حاکی از آن است که این دادگاه به‌عنوان یگانه مرجع تفسیر حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، موضوع «منافع عدالت» مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون را بیشتر در چهارچوب حفظ نظم و امنیت دادگاه بررسی نموده است.^۵ شاید بتوان دلیل این امر را این‌طور توجیه نمود که برای اجرای صحیح عدالت، ضروری است که آداب، نظم و امنیت در صحن دادگاه به‌عنوان سازوکار یک دادرسی کامل و بی‌عیب، مشاهده شود. با این حال، قضات استراسبورگ با این استدلال که مشکلات مربوط به نظم و امنیت جلسات محاکم ملی، ویژگی مشترک بسیاری از دادرسی‌های کیفی است، خاطرنشان می‌کنند که محاکم ملی باید در ابتدای امر با تکیه بر عنصر ضرورت، همه گزینه‌های ممکن را برای تضمین امنیت و ایجاد نظم در دادگاه در نظر بگیرند و در صورتی که می‌توانند با ساده‌ترین روش، نظم و امنیت را برقرار نمایند، این روش‌ها را به اقدامات سخت‌گیرانه‌تر مانند غیرعلنی کردن جلسه دادرسی، ترجیح دهند.^۶ بنابراین قاضی به‌عنوان مدیر جلسه، باید در ابتدای مراسم به تمام افراد حاضر در دادگاه تذکر لازم را بدهد. همچنین این اختیار را دارد که دستور اخراج آن‌ها را از جلسه دادرسی صادر نماید و حتی در صورت عدم اجرای دستورهای وی، می‌تواند اقدامات انضباطی را نیز به کار گیرد.^۷

نکته‌ای که باید بدان توجه نمود، این است که بار اثبات ضرورت اعمال محدودیت در راستای منافع عدالت، بر عهده محاکم ملی است که باید با یک معیار مشخص و ضابطه‌ای مضیق، ثابت نمایند که به هیچ طریق دیگری غیر از برگزاری غیرعلنی دادرسی، نمی‌توان عدالت را اجرا نمود. بنابراین، صرف دلایل غیرمنطقی و گمانه‌زنی‌های بی‌اساس نمی‌تواند

¹ Case of Markkinapörssi Oy v. Finland (No.931/13), 2017, Para.123.

² Case of Diennet v. France (No.18160/9), 1995, Paras.34-35.

³ The Interests of Justice

⁴ Jaconelli, J. *Open Justice: A Critique of the Public Trial*, First Ed, New York: Oxford University Press, 2002, P 25.

⁵ Case of Chaushev and Others v. Russia (Nos.37037/03; 39053/03 and 2469/04), 2016, Para.24

⁶ Case of Krestovskiy v. Russia (No.14040/03), 2010, Para.29.

⁷ Uka, M. "The Right of the Defendant for Public Hearing and the Role of Media in this Publicity", *Acta Universitatis Danubius*, No.1, 2019, P.218.

کافی و قابل توجیه باشد.^۱ در این رابطه، دادگاه اروپایی در یکی از جدیدترین پرونده‌های تحت رسیدگی خود اعلام نمود که صرف این احتمال که ممکن است برخی از اعضای یک گروه مسلح غیرقانونی و باند سازمان‌یافته، دستگیر نشده باشند، نمی‌تواند محرومیت مردم از حضور در تمامی جلسات محاکمه را به بهانه حفظ نظم و امنیت دادگاه توجیه نماید. در این پرونده، متقاعدکننده‌ترین بخش از استدلال قضات استراسبورگ این است که: نخست، دقیقاً مشخص نیست کدام یک از اعضای این گروه هنوز آزادند، لذا هر اظهارنظری در این خصوص، صرفاً یک گمانه‌زنی غیرمنطقی محسوب می‌شود؛ دوم اینکه حتی با فرض وجود چنین مواردی، دادگاه ملی به هیچ مؤلفه عملی و واقعی که بتواند ثابت نماید وجود آن اعضا می‌تواند یک خطر واقعی برای افراد حاضر در دادگاه به‌ویژه قربانیان و شهود محسوب شود، استناد نکرده است.^۲

بنا بر آنچه آمد، می‌توان نتیجه گرفت که دادگاه اروپایی اعمال چنین محدودیتی از سوی محاکم ملی را صرفاً با وجود دو شرط، معتبر می‌داند: ۱- در شرایط خاصی که از قبل در قوانین آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نشده است و به اعتقاد دادگاه ملی، علنی بودن دادرسی موجب مختل شدن اجرای عدالت می‌شود؛ ۲- در حد ضرورت، که فقط باید به صورت مضیق و در اوضاع و احوال بسیار خاص صورت پذیرد.

در پایان این پژوهش، لازم به ذکر است که به‌رغم عدم اشاره به مورد ایران به دلیل انتخاب رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر، با عنایت به شکل‌گیری یک الگوی واحد و جامع مربوط به اصول آیین دادرسی، به نظر می‌رسد قانون‌گذار و مقامات قضایی کشورمان نیز می‌توانند با شناسایی این موازین، از معیارها و خط‌مشی مورد پذیرش دادگاه اروپایی به‌عنوان یک نهاد جریان‌ساز در حوزه حقوق بشر و شایسته‌ترین الگو برای محاکم ملی، در رابطه با الزامات و محدودیت‌های دادرسی علنی در قوانین کیفری و رویه قضایی الگوبرداری نمایند تا بدین ترتیب، گام مهمی در راستای اصلاح یا تکمیل سازوکارهای مربوط به دادرسی علنی و شفافیت عملکرد دادگاه‌ها بردارند.

نتیجه‌گیری

در نظام اروپایی حقوق بشر، علنی بودن دادرسی به‌عنوان یک استاندارد واحد شناخته نمی‌شود، بلکه به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول مرتبط توصیف می‌گردد که هریک از آن‌ها به نوبه خود، انواع ارزش‌های اساسی دموکراتیک و حاکمیت قانون را شکل می‌دهند. بنابراین، دادرسی علنی در پرتو یک مجموعه بزرگ‌تری از الزامات، می‌تواند تحقق اهداف مدنظر خود را دنبال کند؛ به طوری که ساختار دادرسی علنی حتی با نبود یکی از این الزامات، تحت‌الشعاع قرار خواهد گرفت. در این راستا، دادگاه اروپایی حقوق بشر به‌عنوان یک نهاد جریان‌ساز در حوزه حقوق بشر، تمامی الزامات دادرسی علنی در محاکم ملی را با دقت و نکته‌سنجی خاصی زیر ذره‌بین قرار داده و با تعیین معیارها و استانداردهای ضروری در این خصوص، به مفهوم کنوانسیون این حق اضافه کرده و بدین ترتیب، به‌منظور تحقق هرچه بهتر اهداف اصل علنی بودن دادرسی در کشورهای متعاقد، گام‌های بسیار مؤثری برداشته است. بر همین اساس، قابلیت حضور عموم مردم در جلسات دادرسی و تمهید لوازم آن مانند ارائه اطلاعات مربوط به زمان و مکان جلسه دادرسی علنی و فراهم کردن امکانات لازم و کافی برای افراد علاقه‌مند به حضور در دادگاه؛ حضوری و شفاهی بودن دادرسی و تدارک مقتضیات آن مانند دعوت از متهم و وکیل وی برای حضور در جلسه محاکمه با رعایت فاصله زمانی معقول برای آماده‌سازی دفاعیات و همچنین برقراری امکان پرسش از شهود طرف مقابل و به چالش کشاندن شهادت آن‌ها برای متهم؛ پوشش رسانه‌ای جلسات دادرسی و

¹ Dick, T. "Open Justice and Closed Courts: Media Access in Criminal Proceedings in NSW", *Journal Criminal Law*, No.6, 2010, P 2.

² Case of Kartoyev and Others v. Russia (Nos.9418/13; 9421/13 and 49007/13), 2021, Paras.60-61.

تجهیز الزامات آن مانند جواز عکسبرداری و فیلمبرداری از جلسات رسیدگی و انتشار جریان آن در رسانه‌های گروهی؛ و سرانجام علنی بودن حکم با رعایت مستدل و مستند بودن تصمیمات دادگاه، موضوعاتی‌اند که به‌عنوان الزامات دادرسی علنی، به شکلی قابل قبول از سوی دادگاه اروپایی مورد نظارت و حمایت قرار گرفته‌اند و نقض هر یک از آن‌ها در محاکم ملی، از نگاه تیزبین این دادگاه دور نمی‌ماند و آن را به‌عنوان یکی از مصادیق نقض اصل علنی بودن دادرسی مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی برمی‌شمارد.

از سوی دیگر، مصادیق حصری طرح شده در باب صورت‌بندی محدودیت‌های قانونی دادرسی علنی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (منافع اخلاق، نظم عمومی، امنیت ملی، اقتضای مصلحت کودکان و نوجوانان، محافظت از حریم زندگی خصوصی طرفین، منافع عدالت) و همچنین تحدید هر یک از آن‌ها (محدودیت بر محدودیت‌ها) با استفاده از آرای دادگاه اروپایی، نشانگر تلاش نظام اروپایی حقوق بشر در راستای سازگاری بین حاکمیت اصل علنی بودن دادرسی و محدودیت‌های قانونی آن در محاکم ملی است. بر همین اساس، قضات استراسبورگ در این رابطه به این نتیجه رسیده‌اند که عنصر «ضرورت»، باید به‌عنوان مبنا و نقطه شروع اعمال هرگونه محدودیت در مورد ماهیت علنی بودن دادرسی در محاکم ملی مدنظر قرار گیرد. در این خصوص، دادگاه اروپایی حقوق بشر علی‌رغم اینکه ارزیابی اولیه مفهوم و قلمرو مصادیق محدودیت‌های دادرسی علنی را بر عهده مقامات داخلی می‌داند و همواره در تشخیص عنصر ضرورت، به محاکم ملی نظر داشته است، اما چنین اختیاری را از سوی آن‌ها نامحدود نمی‌داند. بر این اساس، ارزیابی نهایی را در خصوص اینکه آیا دلایل و مبنای محدودیت‌های دادرسی علنی در محاکم ملی از حیث انطباق با مقررات کنوانسیون مناسب و مرتبط بوده است، از وظایف ویژه خود می‌داند.

در مجموع، با نگاهی به بیش از شصت سال عملکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر - که در مقایسه با کنوانسیون، از وضوح و گستره بیشتری برخوردار است - باید اذعان نمود که رویه قضایی این دادگاه، گنجینه‌ای از مباحث راجع به مؤلفه‌ها و تضمین‌های دادرسی منصفانه را به روی ما گشوده و به نوبه خود، موازین گرانبهایی را در نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام‌های دادرسی ملی وارد نموده است. در رأس این مباحث، الزامات و سازوکارهای ویژه در راستای تحقق واقعی دادرسی علنی قرار دارد که در آرای متعدد دادگاه و در پرتو مصادیق ملموس و عینی، شکافته شده است. بدین ترتیب می‌توان اذعان نمود که دادگاه اروپایی با عملکردی مقتدرانه و روبه‌ای به‌دور از تزلزل که حتی از عباراتی یکسان و مشابه در آرای خود بهره برده، توانسته است علاوه بر اینکه معیارها و استانداردهای مدنظر کنوانسیون در خصوص اصل علنی بودن دادرسی را به نحوی قابل قبول اجرایی نماید و محدودیت‌های آن را در راستای حاکمیت این اصل، تنظیم و تعدیل کند، بیشترین کمک را نیز به پیشرفت و توسعه مفهوم دادرسی علنی در نظام بین‌المللی حقوق بشر کرده است. با این حال، نقد اساسی که بر رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در این خصوص وارد می‌باشد این است که این دادگاه در مورد محدودیت‌های ضروری برای جوامع دموکراتیک، به‌صورت فزاینده‌ای به دکترین حاشیه تفسیر متکی بوده است و این دکترین به‌طور قابل ملاحظه‌ای، به‌عنوان مغرّی برای اعمال محدودیت‌های ناروا پیرامون حقوق بشر در کشورهای استانی به نسبی‌گرایی فرهنگی در رابطه با حقوق بشر متمایل‌اند، به‌کار گرفته می‌شود. بدیهی است وقتی دادگاه اروپایی ملاک و معیاری برای تشخیص یک مفهوم ندارد، نمی‌تواند تمام پیامدها و نتایج مرتبط با آن مفهوم، از جمله در تعارض قرار گرفتن با آن مفهوم، را تشخیص دهد. از این روست که این مرجع در تحدیدات اعمال شده علیه حقوق و آزادی‌ها، در اغلب موارد، صرف ادعای وجود ضرورت و هدف مشروع برای محدودسازی حق از سوی دولت‌ها را می‌پذیرد و نقض مفاد کنوانسیون را احراز نمی‌کند. این موضوع ممکن است حکومت قانون را تهدید نماید و اعمال حق بر دادرسی منصفانه را با چالش روبه‌رو کند.

منابع

مقاله

۱. انصاری، باقر و سیده مهلا امامی الطریقی، آزادی بیان و تحریک به تبعیض نژادی، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۹۱، صص ۱۶۱-۱۸۴.
۲. جلالی، محمد و سوگل سودبر، تأثیر دیوان اروپایی حقوق بشر در نظام حقوق داخلی دولت‌های اروپایی، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۹، شماره ۱، صص ۷۹-۵۹.
۳. خالقی، علی، علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین المللی و حقوق داخلی، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۳، شماره ۵، صص ۲۹-۴۹.
۴. مهرا، نسرین و غلامرضا قلی‌پور، اساسی‌سازی نسبی دادرسی منصفانه در قانون اساسی مشروطه، پژوهش حقوق کیفری، ۱۴۰۰، شماره ۳۴، صص ۹۷-۶۳.
۵. یاوری، اسدالله، از «دادرسی» تا «دادرسی منصفانه»: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۸، صص ۲۳۸-۲۰۹.
۶. یاوری، اسدالله، رعایت اصل برائت در رسیدگی‌های شبه قضایی در حقوق فرانسه «در پرتو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۳۸۵-۳۲۱.

References

Books

1. Anite, C. *Open Justice; A Closed or Open Reality For Uganda's Media?*, First Ed, kampala: Freedom of Expression Hub, 2019.
2. Jaconelli, J. *Open Justice: A Critique of the Public Trial*, First Ed, New York: Oxford University Press, 2002.
3. Oliveira, Bárbara. and Linda Besharaty. *International Commission of Jurists Trial Observation Manual*, First Ed, Geneva: International Commission of Jurists, 2002.
4. Pejic, Jelena. and Vanessa Lesnie. *What Is a Fair Trial (A Basic Guide to Legal Standards and Practice)*, 2nd Ed, New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000.
5. Robinson, M. *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings: Practitioners Guide No.5*, First Ed, Geneva: International Commission of Jurists, 2009.
6. Van Dijk, Pieter. and Others. *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 5th Ed, Cambridge: Intersentia, 2018.
7. Vitkauskas, Dovydas. and Grigory Dikov. *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed, Strasbourg: Conseil of Europe, 2017.

Articles

8. -----, "From "Trial" to "Fair Trial"; Evolution in the Concept and Realm of the Classic Trial and its Guarantees", *Legal Research Quarterly*, No. 68, 2013: 238-209. (in Persian)
9. Ansari, B. and Mahla Emami-Al-Tarighi, "Freedom of Expression and Incitement to Racial Discrimination", *Legal Research Quarterly*, No. 91, 2019:161-184. (in Persian)
10. Cunliffe, E. "Open Justice: Concepts and Judicial Approaches", *Federal Law Review*, No.3, 2012, PP 385-411.
11. Dick, T. "Open Justice and Closed Courts: Media Access in Criminal Proceedings in NSW", *Journal Criminal Law*, No.6, 2010, PP 1-20.
12. Goundry, F. W. "When Can the Courtroom Be Closed in Criminal Proceedings?", *University of Baltimore Law Forum*, No.1, 1990, PP 17-21.

13. Jalali, M. and Sogul Sudbar, "European Court of Human Rights Effect on the Domestic Legal System of European States", *Comparative Law Studies*, No. 1, 2019:59-79. (in Persian)
14. Khaleghi, A. "Publicity of Proceedings in the Light of International Documents and Domestic Laws", *Legal Research*, No. 5, 2013: 29-49. (in Persian)
15. Mahra, N. and Gholamreza Qalipour, "Relative Basicization of Fair Trial in the Constitutional Law", *Criminal Law Research*, No. 34, 2021: 63-97. (in Persian)
16. Rodrick, Sh. "Achieving The Aims of Open Justice? The Relationship Between The Courts, The Media And The Public", *Deakin Law Review*, No.1, 2014, PP 123-162.
17. Uka, M. "The Right of the Defendant for Public Hearing and the Role of Media in this Publicity", *Acta Universitatis Danubius*, No.1, 2019, PP 214-228.
18. Yavari, A. "Compliance with the Principle of Innocence in Quasi-Judicial Proceedings in French law "in the Light of the European Convention on Human Rights", *Legal Research Quarterly*, No. 49, 2009: 385-321. (in Persian)

Cases

19. Case of Antonov v. Russia (No.72900/11), 2022.
20. Case of Artemov v. Russia (No.14945/03), 2014.
21. Case of B v. France, (No.13343/87), 1992.
22. Case of Bédat v. Switzerland (No.56925/08), 2016.
23. Case of Belashev v. Russia (No.28617/03), 2008.
24. Case of Bensaid v. The United Kingdom, (No.44599/98), 2001.
25. Case of Biryukov v. Russia (No.14810/02), 2008.
26. Case of Buckland v. The United Kingdom (No.40060/08), 2012.
27. Case of Burghartz v. Switzerland, (No.16213/90), 1994.
28. Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom (Nos.7819/77 and 7878/77), 1984.
29. Case of Carvalho v. Portugal (Nos.55391/13; 57728/13 and 74041/13), 2018.
30. Case of Chaushev and Others v. Russia (No.37037/03; 39053/03 and 2469/04), 2016.
31. Case of Chong Coronado v. Andorra (No.37368/15), 2020.
32. Case of Colon v. The Netherlands (No.49458/06), 2012.
33. Case of Colozza v. Italy (No.9024/80), 1985.
34. Case of Dadashbeyli v. Azerbaijan (No.11297/09), 2020.
35. Case of Diennet v. France (No.18160/9), 1995.
36. Case of Evers v. Germany (No.17895/14), 2020.
37. Case of Friend and Others v. The United Kingdom (Nos.16072/06 and 27809/08), 2009.
38. Case of Goodwin v. The United Kingdom (No.17488/90), 1996.
39. Case of Handyside v. The United Kingdom (No.5493/72), 1976.
40. Case of Hayrapetyan v. Armenia (No.69931/10), 2021.
41. Case of Hermi v. Italy (No.18114/02), 2006.
42. Case of Hummatov v. Azerbaijan (Nos.9852/03 and 13413/04), 2007.
43. Case of Idalov v. Russia (No.5826/03), 2012.
44. Case of Jussila v. Finland (No.73053/01), 2006.
45. Case of Kartoyev and Others v. Russia (Nos.9418/13; 9421/13 and 49007/13), 2021.
46. Case of Kennedy v. The United Kingdom (No.26839/05), 2010.
47. Case of Korchagin v. Russia (No.12307/16), 2018.
48. Case of Krekhalev v. Russia (No.72444/14), 2020.
49. Case of Krestovskiy v. Russia (No.14040/03), 2010.
50. Case of Laskey and Others v. The United Kingdom, (Nos.21627/93; 21628/93 and 21974/93), 1997.
51. Case of Lena Atanasova v. Bulgaria (No.52009/07), 2017.
52. Case of Markkinapörssi Oy v. Finland, (No.931/13), 2017.
53. Case of Mraović v. Croatia (No.30373/13), 2020.
54. Case of Nortier v. The Netherlands (No.13924/88), 1993.

55. Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland (No.5493/72), 1992.
56. Case of Raza v. Bulgaria (No.31465/08), 2010.
57. Case of Riepan v. Austria (No.35115/97), 2000.
58. Case of Stanford v. The United Kingdom (No.16757/90), 1994.
59. Case of Sutter v. Switzerland (No.8209/78), 1984.
60. Case of T v. The United Kingdom (No.24724/94), 1998.
61. Case of Tierce And Others v. San Marino (Nos.24954/94; 24971/94 and 24972/94), 2000.
62. Case of Transkop Ad Bitola v. North Macedonia (No.48057/12), 2021.
63. Case of V v. The United Kingdom (No.24888/94), 1999.
64. Case of Yam v. The United Kingdom (No.31295/11), 2020.



Original Article

Bio Law V. Bio-Ethics

Mohammad Rasekh¹*, Fatemeh Domanloo²

ABSTRACT

Bioethics is an interdisciplinary approach that deals with ethical issues arising from the application of life sciences and technologies in human and non-human life. However, we often come across analyses and arguments of another nature, in the literature of this discipline. Although law and morality both are situated in the normative disciplines, they examine issues from different angles. Scholars of this field often, confusing “the moral” and “the legal”, use concepts such as moral rights. It could be shown that such kind of conceptual confusion leads to inconsistency in normative discussions on biosciences and technologies. A study of bio law and bioethics, while trying to delimit their boundaries, based on distinguishing features of each field, could prevent those conceptual confusions. In this research, we aim to examine differences between law and ethics, based on discussing four lines of “aim”, “scope”, “rule generation” and “sanction” and bringing in examples of bioethics problems. We then refer to a third kind of normative knowledge, which has wrongfully entered the scope of bioethics. Ignoring the distinction between law and morality, especially in the legislation and adjudication processes, would amount to a breach of impartiality and inclination of law towards a particular moral outlook. Consequently, instead of bringing about a context for the coexistence of various ethical viewpoints, politics put pressure on those who believe in a different moral view. A system, in which certain ethical outlooks are accommodated while certain others are not, is undoubtedly far away from justice.

KeyWords: Bio-ethics, The Moral, The Legal, Rights, Justice.

How to Cite: Rasekh, M, Domanloo, F, "Bio Law V. Bio-Ethics", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:41-62.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229920.2417>

Received: 26/12/2022 - Accepted: 03/10/2023

1. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m-rasekh@sbu.ac.ir

2. L.L.M, AVICENNA Research Institute, Academic Center for Education, Culture and Research (ACECR), Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تفکیک اخلاق زیستی و حقوق زیستی

محمد راسخ^۱، فاطمه دومانلو^۲

چکیده

اخلاق زیستی رویکردی میان‌رشته‌ای است که به بررسی مسائل اخلاقی برخاسته از به‌کارگیری علوم و فناوری‌های زیستی در زندگی انسان و غیرانسان می‌پردازد. با این حال، در ادبیات این رشته به تحلیل‌ها و استدلال‌هایی از جنسی دیگر، به‌ویژه حقوق و عدالت، فراوان برمی‌خوریم. حقوق و اخلاق گرچه هر دو در دسته معارف هنجاری جای می‌گیرند، از نگاهی متفاوت به مسائل می‌پردازند. متخصصان این حوزه‌ها اغلب بی‌توجه به تمایز «امر اخلاقی» و «امر حقوقی»، از مفاهیمی مانند حق اخلاقی سخن می‌رانند. با تحلیل دقیق می‌توان نشان داد چگونه این خلط‌های مفهومی به نتایج نادرست و تناقض در مباحث بایدانگار مربوط به علوم و فناوری‌های زیستی می‌انجامد. تتبع در حقوق و اخلاق زیستی و تحدید دقیق قلمروی هر یک با تکیه بر ویژگی‌های تمایزبخش حقوق و اخلاق می‌تواند از وقوع این خلط‌های مفهومی پیشگیری کند. در این پژوهش برآنیم با طرح و تحلیل محورهای چهارگانه «هدف»، «قلمرو»، «تولید قاعده» و «ضمانت اجرا»، با ارائه مثال‌هایی از مسائل اخلاق زیستی، تفاوت‌های اخلاق و حقوق را به بحث بگذاریم. پس از آن به‌اجمال به دسته‌سومی از هنجارها، یعنی هنجارهای متعلق به حوزه حق و عدالت، اشاره خواهیم کرد که همانند حقوق، ناموجه با به قلمرو اخلاق زیستی نهاده‌اند. بی‌اعتنایی به تمایز اخلاق و حقوق، به‌ویژه در مقام قانون‌گذاری و قضا، به نقض بی‌طرفی و سوگیری قانون به جانب یک دیدگاه اخلاقی می‌انجامد. بدین ترتیب، به‌جای آنکه سیاست‌بستری را برای هم‌زیستی دیدگاه‌های متنوع اخلاقی فراهم آورد، عرصه را بر دیدگاه‌های اخلاقی متفاوت با اخلاق حاکم تنگ می‌کند. نظامی که در آن برخی اخلاق‌ها مجال ابراز وجود نمی‌یابند قطعاً از عدالت به‌دور است.

کلیدواژگان: اخلاق زیستی، امر اخلاقی، امر حقوقی، حق، عدالت.

استناد به این مقاله: راسخ، محمد، دومانلو، فاطمه، «تفکیک اخلاق زیستی و حقوق زیستی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۴۱-۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229920.2417>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۱۱

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m-rasekh@sbu.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، پژوهشکده فناوری‌های نوین علوم پزشکی جهاددانشگاهی - ابن‌سینا، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

«عمل» آدمی به معنای دقیق کلمه، که از جمله درآمیخته با اختیار است، معروض داوری ارزشی است. افزون بر این، حوزه‌های عمل انسان بسیار گوناگون‌اند و به همین سبب قلمروهای متنوع بایدانگار پیرامون آن حوزه‌ها شکل گرفته‌اند. «اخلاق زیستی» یکی از آن قلمروهاست که به مسائل اخلاقی برخاسته از به‌کارگیری علوم و فناوری‌های زیستی در زندگی انسان و غیرانسان می‌پردازد. هرآنچه به زیست‌طبیعت و جانداران از آغاز تا پایان حیاتشان مربوط باشد، در دامنه اخلاق زیستی می‌گنجد. پیشرفت دائمی علم و دانش و در پی آن ظهور فناوری‌های جدید این دامنه را وسیع و وسیع‌تر می‌کند. اکنون، به مدد علم و فناوری، بشر به انجام دادن کارهایی تواناست که شاید در قرون گذشته حتی به خواب هم نمی‌دید. پس موضوعاتی از باروری، پیشگیری از بارداری، اهدای گامت، لقاح مصنوعی، سقط جنین، روابط جنسی، دستکاری ژن‌ها، توان‌افزایی، شبیه‌سازی، پژوهش بر حیوانات، گونه‌های گیاهی و جانوری در حال انقراض و تغییرات جوی گرفته تا پیوند عضو، مرگ مغزی، خودکشی و به‌مرگی (مرگ آسان)، در قلمروی اخلاق زیستی جای می‌گیرند. چنان‌که از نام این رشته پیداست، قرار است در این رشته موضوعات پیش‌گفته از منظر اخلاق بررسی و درست و غلط آنها مستقلاً نمایانده شود. اما، چه‌بسا به مواردی برمی‌خوریم که زیرعنوان اخلاق زیستی به میان آورده شده‌اند، ولی درواقع، از منظری دیگر به آنها روی شده است.

دوگانه‌های درست-نادرست، خوب-بد، گناه-ثواب، حق-باطل، مجاز-ممنوع و مانند آنها در گفتار روزمره فراوان به کار می‌روند و همه نیز به بایدها و نبایدها اشاره دارند؛ همگی از جنس «باید» و «تجویز» هستند، نه از جنس «است» و «توصیف». به دیگرسخن، آنها نمی‌خواهند بگویند واقعیت چیست، بلکه می‌خواهند بگویند واقعیت را به چه شکلی باید درآورد؛ چگونه باید اندیشید یا چه باید کرد.^۱ بدین‌سان، باید و نبایدها همه از هر جنسی باشند به حوزه هنجارها تعلق دارند و می‌توان گفت هنجار مقسم است و دوگانه‌های یادشده هر کدام بیانگر قسمی خاص از آن مقسم. موضوع بحث این جستار اخلاق زیستی است، اما از نظرگاهی متفاوت. مقصود آن است که نشان داده شود چگونه بایدها یا هنجارهایی از جنس یا از قسمی دیگر وارد محدوده اخلاق زیستی شده و به‌جای هنجارهای اخلاقی نشسته‌اند. باید توجه داشت که خلط هنجارها به دو صورت رخ می‌دهد: نخست، برخی از مسائل، مانند سقط جنین، را از منظرهای هنجاری مختلف (مثلاً حقوق و اخلاق هر دو) می‌توان بررسی کرد. دوم، مفهوم یا نهادی که به نحو اولی متعلق به یک قلمرو هنجاری است، مانند مالکیت (متعلق به حقوق)، از قلمرو بایدانگار دیگر سردر می‌آورد.

این قبیل خلط منظرها و درهم آمیختن اقسام به سبب بی‌توجهی به تمایز انواع هنجارها رخ می‌دهند. برای فهم آنکه در هر قسم یا دستگاه بایدانگار از چه مسائلی بحث می‌شود، استدلال‌ها از چه نوع‌اند و کدامین مفاهیم به کار گرفته می‌شوند، باید وجوه ممیز انواع بایدها یا هنجارها را شناخت. باری، چنان‌که پیش‌تر آمد، تمرکز این مقاله بر اخلاق زیستی است. مطالعه ادبیات اخلاق زیستی نشانگر آن است که این حوزه بایدانگار بیش از هر حوزه دیگر با بایدهای حوزه حقوق درآمیخته است. از این‌رو، پرسشی مهم جلوه‌گر می‌شود: آیا اخلاق زیستی و حقوق زیستی از یک نوع‌اند، به قلمرویی واحد تعلق دارند، یا آنکه از یکدیگر متمایزند؟ برای یافتن پاسخی موجه به این پرسش باید نخست ویژگی‌های تمایزبخش اخلاق و حقوق را جست تا در صورت دست یافتن به ملاک‌های تمایز، بتوان این دو شاخه (اخلاق زیستی، حقوق زیستی) از آن دو عنوان کلی (اخلاق و حقوق) را به روشی معنادار و موجه از هم جدا کرد. بر این اساس، در مباحث بعدی خواهیم کوشید تمایز حقوق و اخلاق را با کمک مثال‌هایی از حوزه زیست‌پزشکی توضیح دهیم. در انتها با تحلیل دو موضوع

۱. برای نمونه، نک: نیگل، تامس، *اخلاق‌شناسی*، ترجمه جواد حیدری، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳، ص ۲۰.

«حقوق‌های زیستی» و «بهداشت عمومی» نوع سومی را در مقایسه و برای تکمیل بحث معرفی خواهیم کرد.

۱. تمایز حقوق و اخلاق

شاید بتوان با تمرکز بر چهار محور «هدف»، «قلمرو»، «تولید قاعده» و «ضمانت اجرا» به برخی وجوه ممیز میان اخلاق و حقوق دست یافت. به دیگر سخن، حقوق و اخلاق هدف‌های متفاوتی را پی می‌گیرند، احکام آنها بر قلمروهای زمانی و مکانی متفاوتی اعمال می‌شوند، نحوه تولید قواعد یا مرجع تصویب قوانین در آنها متفاوت است و تضمین اجرای احکام در هر یک از آنها به گونه‌ای خاص است. شایان ذکر است که ویژگی‌های پیش‌گفته به استقرا گرد آمده‌اند و، از این رو، سیاهه‌ای باز را تشکیل می‌دهند، سیاهه‌ای که قابل کاهش و افزایش است. در ادامه محورهای یادشده را با آوردن مثال‌هایی از پهنه زیست‌پزشکی توضیح خواهیم داد.

۱.۱. هدف

غربالگری جنین در دوره بارداری برای تشخیص بیماری‌ها و ناهنجاری‌ها یکی از امکاناتی است که به مدد فناوری‌های زیستی فراهم آمده است. تشخیص ناهنجاری گزینه سقط یا در مواردی محدود، درمان را پیش‌روی والدین و پزشک می‌نهد. پیش از ابداع تکنیک‌های غربالگری، نوزاد سالم یا معلول و بیمار متولد می‌شد و اگر ناهنجاری او قابل درمان نبود، یا می‌مرد یا به زندگی با بیماری یا معلولیت تا پایان عمرش ادامه می‌داد و در هر دو حالت رنج و عذابی الیم برای خود، والدینش و دیگران به بار می‌آورد. اکنون پژوهشگران و پزشکان می‌کوشند با تشخیص زودهنگام این ناهنجاری‌ها مانع تولد نوزادان بیمار، ناقص یا معلول شوند. نوزاد بیمار یا معلول، فارغ از رنجی که بر دوش والدین و اطرافیانش تحمیل می‌کند، هزینه‌های بسیاری هم برای جامعه به بار می‌آورد؛ از هزینه‌های درمان گرفته تا مثلاً هزینه‌های فراهم کردن تسهیلات مناسب زندگی شهری برای افراد معلول.^۱

به این موضوع دو رویکرد می‌توان اتخاذ کرد. گاه حفظ بقای جامعه و تامین نظم و امنیت جمعی و سامان بخشیدن به امور اجتماعی باید در نظر گرفته شود، گاه تعالی و کمال انسان و پروردن فضایل در او مطمح نظر واقع می‌شوند. دو عنوان کلی یادشده در واقع نمایانگر دو نوع هدف‌اند؛ اولی را نظام حقوقی و دومی را نظام اخلاقی برمی‌گزیند.^۲ حال مسئله غربالگری را می‌توان از این منظر کاوید. در بسیاری از کشورها غربالگری دوره بارداری تحت پوشش بیمه یا گاه به‌رایگان انجام می‌شود.^۳ این سیاست گرچه هزینه‌هایی را بر دولت تحمیل می‌کند، درنهایت با پیشگیری از هزینه‌های نگهداری از افراد معلول و بیمار به نفع جامعه خواهد بود. بنابراین قانون‌گذار با هدف بهبودی سامان اجتماعی و تأمین رفاه بیشتر به

^۱. Stabile, M., Allin, S. "The Economic Costs of Childhood Disability", *The Future of Children* 22, 2012:pp 65-96.

^۲. لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۳؛ کانت، ایمانوئل، *فلسفه فضیلت*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: نقش و نگار، چاپ ششم، ۱۳۹۹، صص ۴۲-۴۰؛ کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، ص ۵۸.

^۳. برای نمونه سونوگرافی غربالگری سه‌ماهه دوم در کشورهای سوئیس، انگلستان، آلمان، هلند، نروژ و ایتالیا رایگان است:

Austrian Institute for Health Technology Assessment (aihta), **Regulation and financing of prenatal screening and diagnostic examinations for fetal anomalies in selected European countries: Policy Brief**, Vienna (April 2022), available at:

https://eprints.aihta.at/1369/1/Policy%20Brief_012.pdf (Last visited on 8/21/2022).

در اتریش هم همه هزینه‌های مراقبت بارداری رایگان است:

Austrian Federal Chancellery, **Family Guide: Services for families in Austria**, Vienna (2019), Available at:

<https://www.familienberatung.gv.at/en/topics/FamilienGuide.html> (Last visited on 8/27/2022).

وضع این قانون اقدام کرده است.^۱ اما اخلاق نگاه دیگری به این مسئله دارد. مادری که تن به غربالگری نمی‌دهد و باور دارد باید فرزند خود را بدون قید و شرط دوست بدارد و با روی گشاده او را بپذیرد، فضیلت مهربانی و فداکاری را در خود می‌پرورد.^۲ مادری هم که نمی‌خواهد فرزند بیمار و معلول به دنیا بیاورد، چون تاب دیدن درد و رنج فرزند را ندارد، متصف به فضیلت نوع‌دوستی است.^۳ بدین ترتیب، هدف امر و نهی‌های اخلاقی پروردن صفات و ملکات نیکوی اخلاقی در آدمی است.^۴ دستور اخلاقی اگر ملکه‌ای نیکو را در وجود آدمی نپرورد، به مقصود دست نیافته و ناکام مانده است.^۵ انسان‌ها به راستگویی مکلف می‌شوند تا راستگو بودن را تمرین کنند. دستور به راستگویی در غایت خود باید انسانی آراسته به صفت راستگویی تربیت کند. هدف نظام حقوقی گاه تضمین «آزادی» تصمیم‌گیری برای مادران است. مادران اساساً با دارا بودن این آزادی است که امکان انتخاب گزینه‌های مختلف اخلاقی را به دست می‌آورند؛ اگر چه لزوماً همواره این انتخاب را در جهتی اخلاقی به کار نگیرند. بدین‌سان، قانون در بسیاری موارد در پی آن است که بدون وارد شدن به بحث‌های اخلاقی، آزادی انتخاب اخلاقی والدین را تضمین کند.^۶ در مقابل، هدف قواعد اخلاقی همواره در گستره‌ای ماهوی رخ می‌نمایند؛^۷ سعادت‌مندی،^۸ حصول فضایل مختلف و مانند آنها هدف‌هایی کاملاً متمایز با اهداف قواعد حقوقی‌اند.^۹ چه آنکه مادر با استفاده از آزادی انتخاب که قانون برای او تضمین کرده است می‌تواند براساس اصول و احکام اخلاقی‌اش، درخصوص بارداری خود تصمیم بگیرد.

۱.۲. قلمرو

امروزه به مدد فناوری زیستی این امکان برای افراد مهیا شده است که جنس فرزند خود را انتخاب کنند. پیش از ابداع تکنیک‌هایی مانند غربالگری اسپرم یا PGD^{۱۰}، در بسیاری از فرهنگ‌هایی که جنس مذکر را بر جنس مونث برتر می‌دانستند، سقط جنین یا کشتن نوزاد دختر رایج بود،^{۱۱} و چه‌بسا هنوز هم در گوشه و کنار جهان رایج باشد. ناگفته پیداست سقط جنین یا نوزادکشی صرفاً به بهانه جنسیت، امری اخلاقاً ناروا و نابخشودنی است.^{۱۲} اما آیا انتخاب یا تعیین

1. Wald, N.J., Kennard, A., Hackshaw, A., McGuire, A. "Antenatal screening for Down's syndrome", *Health Technology Assessment* 2, 1998: 181-246; Prusa, A-R, Kasper, D.C., Sawers, L., Walter, E., Hayde, M., Stillwaggon, E. "Congenital toxoplasmosis in Austria: Prenatal screening for prevention is cost-saving". *PLOS Neglected Tropical Diseases* 11 (7), 2017, pp 1-24.

2. Asch, A., Wasserman, D. "Where is the Sin in Synecdoche?" In Wasserman, D., Wachbroit, R.S., and Bickenbach, J.E. (eds.), *Quality of life and human difference: genetic testing, health care, and disability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p 202;

پورمحمدی، نعیمه، *زن بد! اخلاق آزمایش غربالگری و سقط جنین گزینشی*، قم: کتاب طه، ۱۳۹۹.

3. Case, M. "Abortion, the Disabilities of Pregnancy, and the Dignity of Risk", In Cohen, I., Shachar, C., Silvers, A., Stein, M. (eds.), *Disability, Health, Law, and Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p 62.

4. Gert, B. *Morality, Its Nature and Justification*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p 348.

۵. راسخ، محمد، مائده تسخیری، علیرضا اسکندری و فائزه عامری، *امر اخلاقی و حق*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۷، صص ۱۹-۴۷.

۶. سندل، مایکل، *عدالت: کار درست کدام است؟*، ترجمه حسن افشار، تهران: مرکز، ۱۳۹۳، ص ۳۲۶.

7. Loudon, R.B. *Morality and moral theory: A reappraisal and reaffirmation*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p 33; Annas, J. "Virtue Ethics", in Copp, D. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p 520.

8. eudaimonia

۹. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، پیشین، صص ۶۱-۵۸.

10. preimplantation genetic diagnosis

11. Unisa, S., Pujari, S., Usha, R. "Sex Selective abortion in Haryana: Evidence from pregnancy history and antenatal care", *Economic and Political Weekly* (6), 2007: 60-6; United Nations, **Programme of Action of the International Conference on Population and Development**, New York (1994), Paragraph 4.16. Available at https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en. (Last visited on 8/16/2022).

12. Rogers, W., Ballantyne, A., Draper, H. "Is sex-selective abortion morally justified and should it be prohibited?", *Bioethics* 21, 2007, pp 520-4.

جنس جنین، به خودی خود، بی آنکه مستلزم از بین بردن جنینی باشد، اخلاقاً قابل سرزنش است؟ تبعیض جنسی، کالانگاری و نقض کرامت انسانی که متولد می شود، اختلال در نسبت جنسی جمعیت و تخصیص منابع محدود به امری که وجه درمانی ندارد، از جمله دلایلی اند که معمولاً در مخالفت با تعیین جنس جنین طرح می شوند.^۱ اما در سوی دیگر ماجرا، قانون گذار که دغدغه تأمین نظم و امنیت و برقراری عدالت اجتماعی را دارد، ممکن است از منظری دیگر به موضوع بنگرد. گرچه در بسیاری از نظام های حقوقی تعیین جنس جنین جز به دلایل پزشکی (بیماری های وابسته به جنس مانند هموفیلی) یا در مواردی خاص ممنوع است، در برخی کشورها توجه به مصلحت عمومی، قانون گذار را از وضع چنین ممنوعیتی باز داشته است.^۲ در فرهنگ هایی که داشتن فرزند پسر مایه مباحات و داشتن دختر مایه شرمساری است، ممنوعیت استفاده از تکنیک های تعیین جنس، افراد را به سوی نوزادکشی یا سقط غیرقانونی جنین سوق می دهد و این امر فارغ از قبح اخلاقی آن، سلامت زنان را، که ناچارند تن به سقط جنین نایمن و غیربهداشتی بدهند، به جد تهدید می کند.^۳ پیداست که موضع گیری حقوق در برابر موضوعی واحد ممکن است از مکانی به مکان دیگر یا از زمانی به زمان دیگر تغییر کند. تعیین جنس در برخی کشورها قانونی^۴ و در برخی دیگر غیرقانونی است^۵ و چه بسا در کشورهایی که قانونی بوده است، با رفع موانع یا تحولات فرهنگی غیرقانونی اعلام شود. بنابراین، قلمرو حقوق محدود به مکانی مشخص (واحد سیاسی دولت ملی) و بازه زمانی مشخص (از شکل گیری قانون تا نسخ عملی یا رسمی آن) است.^۶ قانون علی الاصول معطوف به آینده است و در اصطلاح حقوقی، عطف بامسابق نمی شود. به دیگر بیان، قانون قاعداً به اعمالی که پیش از وضع شدنش انجام شده اند تعلق نمی گیرد، مگر در مواردی کاملاً استثنایی.^۷ در مقابل، احکام اخلاقی اصولاً به زمان و مکان محدود نمی شوند. اخلاق گریزناپذیر است.^۸ اعمال آدمی همواره معروض داوری اخلاقی قرار می گیرند، فقط و فقط از آن روی که انسان موجودی عاقل و مختار است و هیچ قید دیگری هم، جز عقل و اختیار، در میان نیست.^۹ آن داوری اخلاقی که خودآیینانه انجام شده باشد و فرد درباره درستای آن به اذعان رسیده باشد، اصولاً همیشه و همه جا معتبر است.

1. Dahl, E. "The 10 most common objections to sex selection and why they are far from being conclusive: a Western perspective", *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine* 2 (1), 2007, p 159.

۲. انتخاب جنسیت در کشور آذربایجان ممنوع نیست.

World Bank Group, *Azerbaijan Systematic country diagnostic*, Washington, D.C. (2015), p. 94, Available at: <http://hdl.handle.net/10986/23105> (Last visited on 8/21/2022).

3. OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO, **Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement**, (2012), available at <https://www.who.int/publications/i/item/9789241501460> (Last visited on 8/16/2022).

۴. تعیین جنسیت در قبرس شمالی قانونی است. نک:

KNEWS, The English Edition of Kathimerini Cyprus, **Sex selection in Cyprus raises ethical issues**, (October 2018), Available at <https://knews.kathimerini.com.cy/en/news/sex-selection-in-cyprus-raises-ethical-issues>, (Last visited on 8/17/2022);

<https://exclusiveivfcyprus.com/ivf-treatments/pgd-for-gender-selection/> (Last visited on 8/17/2022).

۵. برخلاف بسیاری از کشورهای اروپایی، مانند انگلستان و فرانسه، نظام حقوقی ایالات متحده استفاده از PGD برای انتخاب جنسیت جنین را منع نکرده است. نک:

Bayefsky, M. "Who should regulate preimplantation genetic diagnosis in the United States?", *AMA Journal of Ethics* 20 (12), 2018, pp1160-7.

6. See: MacCormick, N. "Comment", In Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p 108;

هرستر، دتلف، **قانون و اخلاق**، ترجمه محمدحسن خویشتن دار، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۴۰۰.

۷. نک: راسخ، محمد، **ویژگی های ذاتی و عرضی قانون**، در: راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳،

صص ۷۵-۱۰۴.

8. Williams, B. *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Routledge, 2006, p 176.

9. Gert, B., Gert, J. **The Definition of Morality**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Available at <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition/> (Last visited on 12/19/2022).

۳.۱. تولید قاعده

تشکیل خانواده و فرزندآوری معمولاً جزء روند عادی و طبیعی زندگی آدمیان تلقی می‌شود. این موضوع که افراد با چه کسی ازدواج کنند یا چند فرزند به دنیا بیاورند، معمولاً به انتخاب و تصمیم شخصی آنان وابسته است. اما گاه ملاحظاتی، از انواع مختلف، آزادی انتخاب و تصمیم‌گیری افراد را از آنان سلب می‌کنند. برای نمونه، در کشور چین ملاحظات جمعیتی دولت را ناگزیر از وضع قوانینی کرده‌اند که تعداد فرزندان هر خانواده را محدود می‌کنند. یا از سوی دیگر، اغلب قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی ازدواج دو فرد هم‌جنس را به رسمیت نمی‌شناسند^۱ و حتی اگر در شماری اندک از نظام‌های حقوقی ازدواج آنان قانونی تلقی شود، اجازه فرزندآوری، با استفاده از روش‌های کمک‌باروری، مانند اهدای گامت، به آنان داده نمی‌شود.^۲ همچنین، تشکیل خانواده و فرزندآوری از پیچیده‌ترین چالش‌های اخلاقی‌اند که هر فرد در طول زندگی خود با آن روبه‌رو می‌شود.^۳ آیا باید ازدواج کرد و تعهد دائمی وفاداری داشت؟ آیا هر فرد باید با یک نفر ازدواج کند یا چندهمسری اخلاقاً قابل دفاع است؟ آیا گرایش به یک هم‌جنس انحرافی اخلاقی است و باید در مقابل وسوسه آن مقاومت کرد یا امری طبیعی، اجتناب‌ناپذیر و اخلاقاً جایز است؟ آیا فرزندآوری اساساً یا در هر شرایطی پسندیده و اخلاقاً لازم است؟ آیا یک کودک به یک زن در مقام مادر و یک مرد در مقام پدر نیاز دارد، تا سلامت و بهداشت روانی‌اش تأمین شود، یا خانواده‌ای متشکل از دو زن یا دو مرد هم به همان اندازه خانواده سنتی می‌تواند پاسخگوی نیازهای کودک باشد؟^۴ همه این موارد، و بسیاری دیگر، پرسش‌هایی هستند که هر فرد بسته به باورها و اصول اخلاقی خود درباره آنها به داوری می‌نشیند و دست به انتخاب می‌زند. تشخیص و انتخاب درست اخلاقی امری «شخصی»، «اقناعی» و «خودآیین» است که فرد باید با اندیشه و استدلال و سنجیدن دیدگاه‌های مختلف درباره آن به نتیجه برسد.^۵ چنین نیست که در برابر چالش‌های اخلاقی دشوار و جان‌فرسا باید قانونی جهان‌شمول و از پیش موجود، که به تصویب مرجعی مشروع و مقتدر رسیده باشد، به کمک آدمی بیاید و تکلیف او را روشن کند.^۶ مرجع قاعده‌گذاری اخلاقی و تصمیم‌گیری و داوری خود فرد و در واقع دستگاه معرفتی اوست.^۷ پس داوری ماهوی در باب چگونگی زندگی خانوادگی افراد وابسته به تشخیص و تصمیم اقناعی خود آنان است.

باری، آنجا که پای قانون و حقوق به میان می‌آید تولید قاعده به روشی دیگر اتفاق می‌افتد؛^۸ قاعده به روشی «غیرشخصی»،

۱. گفتنی است که، به دلیل اختلاف‌نظر اخلاقی و پیامدهای حساس اجتماعی‌سیاسی این گونه اختلافات، هم‌جنس‌گرایی در ۶۹ کشور دنیا غیرقانونی اعلام شده است:

BBC, *Homosexuality: The countries where it is illegal to be gay*, 12 May 2021, Available at: <https://www.bbc.com/news/world-43822234> (Last visited on 8/28/2022).

۲. برای نمونه در سوئیس تنها اهدای اسپرم آن هم به زوجین غیرهم‌جنس قانونی مجاز است:

The Federal Assembly of the Swiss Confederation, *Federal Act on Medically Assisted Reproduction*, 18 Dec. 1998, Status as of 1 July 2022, Art. 3.

بالین‌حال روابط هم‌جنس‌گرایانه در سوئیس به رسمیت شناخته می‌شود:

The Federal Assembly of the Swiss Confederation, *Federal Act on the Registered Partnership between Same-Sex Couples*, 18 June 2004, Status as of 1 July 2022.

۳. See: Brake, E. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law*, New York: Oxford University Press, 2012; Overall, Ch. *Why Have Children?: The Ethical Debate*, Cambridge Mass: MIT Press, 2012.

۴. Kranz, D. "On the Attribution of Parental Competence: Parents' Behavior Matters, not Their Sexual Orientation", *J Child Fam Stud*, 2022; Baiocco, R., Carone, N., Ioverno, S., Lingiardi, V. "Same-Sex and Different-Sex Parent Families in Italy: Is Parents' Sexual Orientation Associated with Child Health Outcomes and Parental Dimensions?", *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics* 39 (7), 2018, pp 555-563.

۵. Annas, *op. cit.*, p 518.

۶. Dworkin, R. "Lord Devlin and the enforcement of morals", *The Yale Law Journal* 75 (6): 1966, p 997.

۷. Korsgaard, C.M. "Kant's Analysis of Obligation: The Argument of Foundations I", *The Monist* (73), 1989, pp 311-340; Weinrib, E.J. "Law as a Kantian idea of reason", *Columbia Law Review* 87(3), 1987, p 502.

۸. هرستر، دتلف، پیشین.

«آمرانه» و «دگرآیینانه» تولید می‌شود.^۱ به همین دلیل، بسا که داور اخلاقی فرد با تکلیف حقوقی او تعارض پیدا کند. در حقوق، قوانین را نه افراد بلکه مرجعی مشروع و ذی‌صلاح، به پشتوانه اقتدار سیاسی، وضع و تصویب می‌کند.^۲ اینکه مرجع صالح و مشروع قانون‌گذاری کیست، در نظریه‌های حقوقی مختلف پاسخی متفاوت دریافت می‌کند،^۳ اما آنچه در اینجا محل تأکید ماست، اصل وجود چنین مرجعی در حوزه حقوق و نبود آن در سپهر اخلاق است.^۴

آنچه برخی فلاسفه حقوق با عنوان «قاعده شناسایی» از آن یاد می‌کنند،^۵ اشاره به همین تفاوت میان حقوق و اخلاق است. ویژگی انواع نظم‌های پیش‌حقوقی حیات اجتماعی عدم قطعیت است. بدان معنا که «اگر در تشخیص آن قواعد یا قلمرو دقیق برخی از آنها تردیدی پیش آید، رویه‌ای برای رفع این تردید وجود ندارد، نه با ارجاع به متنی معتبر و نه به مقامی رسمی که اظهار او در این خصوص معتبر باشد».^۶ از آن‌رو که حقوق، برای برآوردن هدف خود (از جمله) در تنظیم و ابقای نظم عمومی، نیازمند قطعیت نسبی است، نیازمند قواعد و فرایندهایی است که تولید قاعده و معنا و تفسیر آن را به روشنی مشخص نمایند و تکلیف مخاطبان خود را تعیین کنند.^۷ وضعیت در خصوص اخلاق بی‌گمان متفاوت است. قواعد و اصول اخلاقی را عقل خودبنیادی وضع می‌کند که سرمایه مشترک همه انسان‌هاست.^۸ هر انسان، از آنجا که موجودی عاقل است، بر این گونه قواعد و اصول صحنه می‌گذارد.^۹

بنابراین، در برخی موارد، تکلیف قانونی افراد را، درباره اینکه آیا می‌توانند مثلاً با فرد هم‌جنس خود ازدواج کنند یا پنج فرزند داشته باشند، مرجع قانون‌گذاری در یک نظام سیاسی تعیین می‌کند. نظام حقوقی انگلستان، برای نمونه، ازدواج مرد با مرد و زن با زن را به رسمیت می‌شناسد و حتی به آنان اجازه فرزندآوری با استفاده از خدمات کمک‌باروری با مداخله ثالث را می‌دهد.^{۱۰} اما تصمیم‌گیری اخلاقی در این باره بر عهده خود فرد است؛ اگر ازدواج با هم‌جنس خود و فرزندآوری با استفاده از گامت شخصی دیگر را خلاف اخلاق بیابد، در نتیجه، از امکانی که قانون مصوب مرجع ذی‌صلاح در اختیار او نهاده استفاده نمی‌کند.

تفاوت اخلاق و حقوق در تولید قاعده را می‌توان به تعبیر پروفیسور مک‌کورمیک با ادبیات «خودآیینی»^{۱۱} در مقابل «دگرآیینی»^{۱۲} و «شخصی»^{۱۳} در مقابل «نهادی»^{۱۴} هم توضیح داد. اخلاق خودآیین و شخصی است، اما حقوق دگرآیین و نهادی. خودآیینی ترجمه اراده آزاد است. خودآیینی یعنی برای خود قاعده وضع کردن: خودقاعده‌گذاری.^{۱۵} شخص

1. MacCormick, N. "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford Journal of Legal Studies* 14(1), 1994, pp 1-23.

2. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۴.

3. نک: راسخ، محمد، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.

4. Gert, op. cit., p 362.

5. See: Bix, B., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004; Coleman, J.L., "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies* 11(1), 1982, pp 139-164.

6. هارت، هبررت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۶.

7. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، صص ۷۵-۱۰۴.

Schneider, C.E. "Moral discourse, bioethics, and the law", *The Hastings Center Report* 26 (6), 1996, pp 37-39.

8. Kant, I., *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Translated and Edited by Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, pp 2-3 (4:389).

9. Hursthouse, R., Glen P. *Virtue Ethics*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), Available at <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/ethics-virtue/> (Last visited on 12/19/2022).

10. UK Parliament, *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008, C. 22, §§ 43, 44.

11. Autonomy

12. Heteronomy

13. Personal

14. Institutional

15. See: MacCormick, op. cit., 1994.

16. See: Kant, op. cit.

صاحب اختیار که گزینه‌های مختلفی برای تصمیم‌گیری و عمل پیش‌رو دارد، با بررسی وجوه مختلف موضوع و توزین استدلال‌های اخلاقی که له یا علیه هر انتخاب طرح می‌شوند، دست به انتخاب گزینه‌ای می‌زند که با اصول اخلاقی او و درک او از خیر و شر موافق می‌افتد.^۱ بدین‌سان، عمل او خودآیین خواهد بود، چراکه از درک و استدلال و اقناع عقلانی او نشئت گرفته است و او خود به تصمیم نهایی برای خود رسیده است؛ تصمیمی که دیگری برای او نگرفته و به او دیکته نکرده است. او خود برای خود تصمیم گرفته و می‌تواند از آن دفاع استدلالی و اقناعی کند.^۲ به همین دلیل است که در موقعیت‌های مشابه می‌بینیم افراد مختلف تصمیم‌های متفاوتی می‌گیرند.

ما، برخلاف امر اخلاقی، امر حقوقی دگرآیین است. هنجار حقوقی داوری را به اشخاص نمی‌سپارد، بلکه قاطعانه و مقتدرانه تکلیف اشخاص را مشخص می‌کند. بنابراین در هر موقعیتی که قانونی درباره آن وضع شده است، افراد مکلفند مطابق دستور قانون عمل کنند و اما و اگر از سوی آنان پذیرفته نیست. پس در این مقام فرد برای خود تصمیم نمی‌گیرد، بلکه ملزم به پیروی از قانون است و قانون، فارغ از باورها و عقاید افراد، به یکسان برای همه تصمیم می‌گیرد.^۳ داوری نهایی همواره از آن هنجار حقوقی است و تأسیسات و نهادهایی در کارند تا چنین تصمیمی بگیرند و نیز برای این تصمیم تضمین بیرونی (یعنی قدرت سیاسی) وجود دارد؛ نهادهایی که مختصات هنجار حقوقی را مشخص کرده، آن را اجرا می‌کنند، درباره نقض یا عدم نقض آن تصمیم‌گیری می‌کنند یا منظور از آن را به روشنی تبیین و تفسیر می‌کنند؛^۴ نهادهایی که در حیطه اخلاق محلی از اعراب ندارند. پس به بیانی ساده اخلاق برای خود تصمیم گرفتن و حقوق برای دیگران تصمیم گرفتن است؛ اولی را فرد و دومی را نهاد انجام می‌دهد.^۵

۱.۴. ضمانت اجرا

در سال ۲۰۱۹ دانشمندی چینی به نام هی جیانکوی^۶ به جرم ویرایش ژن سه جنین به سه سال حبس محکوم شد. هی با استفاده از روش کریسپرکس^۷، ژنوم جنین‌هایی را که با لقاح خارج رحمی گامت (سلول جنسی) یک زوج تشکیل شده بودند، ویرایش کرده بود. هدف هی ایجاد مصونیت در برابر ویروس اچ‌آی‌وی بود. او ژنی به نام CCR5 را هدف قرار داد که پروتئینی است روی سطح گلبول‌های سفید و در عملکرد سیستم ایمنی نقش دارد. ویروس اچ‌آی‌وی برای ورود به سلول از همین راه استفاده می‌کند. جهش CCR5 سبب مسدود شدن این مسیر و مقاومت انسان در برابر اچ‌آی‌وی می‌شود.^۸

دانشمندان درباره اینکه ایجاد مصونیت در برابر بیماری مصادق درمان است یا توان‌افزایی توافق ندارند.^۹ داوری اخلاقی

1. See: Shadnam, M. "Choosing whom to be: Theorizing the scene of moral reflexivity." *Journal of Business Research* 110, 2020, pp 12-23.

2. Schneider, op. cit.

3. Fuller, L. L. *The Morality of Law*, Virginia: New Haven, 1978.

4. Raz, J., **Why the State?**, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper No. 2014-38; (2014), Available at https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1828 (Last visited on 12/19/2022), p. 6; McCormick, N. "Beyond Sovereign State", *Modern Law Review* 56 (1), 1993: 11; Berman, Mitchell N., "Of Law and Other Artificial Normative Systems", In Plunkett, D., Shapiro, S.J., Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, pp 137-164.

5. McCormick, op. cit., 1994.

6. He Jiankui

7. CRISPR/Cas9

8. CNN World, **Chinese scientist who edited genes of twin babies is jailed for 3 years**, (December 30, 2019), Available at <https://edition.cnn.com/2019/12/30/china/gene-scientist-china-intl-hnk/index.html> (Last visited on 8/29/2022).

9. Harris, J. *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People*, Princeton: Princeton University Press, 2007: 56; Resnik, D.B., Langer, P.J. "Human Germline Gene Therapy Reconsidered", *Human Gene Therapy* 12(11), 2001, pp 1449-1458.

درمورد عمل هی بسته به اینکه چه پاسخی به پرسش پیش گفته بدهیم، متفاوت خواهد بود. نقدهای اخلاقی جدی و شدیدی درباره توان افزایشی مطرح شده‌اند. اما از بحث توان‌افزایی که بگذریم، ژن‌درمانی را می‌توان به دو گونه تقسیم کرد: ژن‌درمانی بر روی سلول‌های بدنی/پیکری^۱ و ژن‌درمانی بر روی سلول‌های زایا.^۲ اهمیت اخلاقی این تقسیم‌بندی در آن است که در ژن‌درمانی سلول‌های پیکری، تغییرات حاصل از درمان تنها به همان فردی که تحت درمان قرار گرفته محدود می‌شود، اما در ژن‌درمانی سلول‌های زایا، این تغییرات، چون در گامت انجام شده‌اند، به نسل‌های بعد منتقل می‌شود. ناگفته پیداست ژن‌درمانی سلول‌های زایا با چالش‌های اخلاقی جدی‌تر و سخت‌تری روبه‌روست، هرچند ایمنی و کارایی هیچ یک از این دو روش هنوز به طور کامل مشخص نشده‌اند.^۴

در خبرهای مربوط آمده است که هی برای قدرت و منفعت شخصی دست به این کار زده است، اما خود او در ویدئویی، که آسوشیتدپرس در نوامبر ۲۰۱۸ ضبط کرده بود، گفت: «من می‌فهمم که کارم جنجال‌برانگیز خواهد بود، ولی باور دارم که خانواده‌ها به این فناوری نیاز دارند و من می‌خواهم به خاطر آنها انتقادهای را به جان بخرم».^۵ ناگفته پیداست که نیت واقعی هی از انجام این عمل احتمالاً هرگز بر ما آشکار نخواهد شد. با نگاهی به رضایت‌نامه‌هایی که هی از والدین نوزادان گرفته، این باور تقویت می‌شود که نیت او چندان اخلاقی نبوده است. با توجه به ابتلای پدر این نوزادان به ویروس HIV طبیعی است که والدین در پی راهی برای پیشگیری از انتقال این ویروس به فرزندانشان باشند؛ مطلوبی که به‌ظاهر در پروژه هی دست‌یافتنی می‌نمود. اما دست‌کم دو مسئله اعتبار رضایت این والدین را زیر سوال می‌برد. نخست، پیشگیری از انتقال ویروس HIV به جنین با روش شست‌وشوی اسپرم^۶ قابل حصول است^۷ و نیازی به ویرایش ژن، که ایمنی آن هنوز ثابت نشده، نیست. دوم، والدین با شرکت در پژوهش هی چهل‌هزار دلار دریافت می‌کنند؛ مبلغی چشمگیر که مصداق «ترغیب بیش از حد»^۸ است و می‌تواند بر تصمیم‌گیری منطقی افراد و برآورد صحیح هزینه-فایده تأثیر بگذارد.^۹ باین‌همه، چه‌بسا هی، بی‌آنکه خود آگاه باشد، برای دستیابی به منافع شخصی‌اش توجیهات اخلاقی فراهم آورده باشد. به‌هرروی، آنچه از این داستان می‌توان دریافت آن است که عمل به باورها و قواعد اخلاقی پشتوانه و ضمانتی جز وجدان خود شخص ندارد.^{۱۰} آدمی هنگامی عمل به اخلاق را به‌رغم دشواری‌های آن برمی‌گزیند و آن را بر منافع و امیال دیگرش ترجیح می‌دهد که از عمق جان به درستی عمل خود باور داشته باشد.^{۱۱} تا جایی که سقراط در محاوره پروتاگوراس، آکراسیا^{۱۲} (ضعف اراده) را انکار می‌کند و معتقد است «هیچ‌کس از روی اراده به سوی بدی نمی‌رود».^{۱۳} اگر کسی واقعاً

1. Somatic cells

2. Germ cells

۳. در روش اول تغییر ژن‌ها در سلول‌های پیکری مانند سلول‌های کبد یا عضلات انجام می‌شود و در روش دوم ژن‌درمانی بر روی اسپرم و تخمک صورت می‌پذیرد. نک: خسروی دارانی، کیانوش، سعید حسامی تکلو، مهشید جهادی، آلاله ذوقی و عاطفه قنبری، **فرهنگ توصیفی زیست‌فناوری**، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۹۰.

4. Chadwick, R. "The Perfect Baby: Introduction", In Chadwick, R. (ed.), *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, London: Routledge, 1992, pp 103 & 117.

5. YouTube, **About Lulu and Nana: Twin Girls Born Healthy After Gene Surgery As Single-Cell Embryos**, (Nov 26, 2018), Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=th0vnOmFltc> (Last visited on 8/29/2022).

6. Sperm Washing

7. Savasi, V., Ferrazzi, E., Lanzani, C., Oneta, M., Parrilla, B., Persico, T. "Safety of sperm washing and ART outcome in 741 HIV-1-serodiscordant couples", *Human Reproduction* 22 (3), 2007, pp 772-777.

8. undue inducement

9. Krimsky, Sh. "Ten ways in which He Jiankui violated ethics", *Nature Biotechnology* 37(1), 2019, pp 19-20.

10. Giubilini, A. **Conscience**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Available at: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/conscience> (Last visited on 9/14/2022); Shavell, S. "Law Versus Morality as Regulators of Conduct", *American Law and Economics Review* 4(2), 2002, pp 231-232.

11. Butler, J. *Sermon XI upon the Love of our Neighbor, Fifteen Sermons*, Cambridge: Hilliard and Brown, 1726, pp 9.

12. Akrasia

13. Protagoras, 358d

نسبت به درستی عملی علم داشته باشد، آن عمل را انجام می‌دهد.^۱ اما، در نظام حقوقی، اطمینان از اجرای کامل قانون با وضع جریمه یا مجازات برای متخلف تضمین می‌شود.^۲ درحالی‌که انجام دادن تکالیف اخلاقی وابسته به وجدان فرد است، ضمانت اجرای قانون برخوردی قهری (با اتکا به قدرت سیاسی) و جریمه یا مجازات است.^۳ قانون نمی‌تواند صرفاً به وجدان اتکا کند؛ چراکه نه تنها تاریخ به تجربه نشان داده است هر جا ترس از مجازات در کار نباشد، به احتمال زیاد منافع شخصی بر مصالح اجتماعی می‌چربد،^۴ بلکه اساساً ایجاد و حفظ نظم عمومی و مصالح حیات جمعی بالنده ناممکن خواهد بود.^۵ این تفاوت در ضمانت اجرا لازمه حیثیت قاطع حقوق و قواعد حقوقی است. بدین‌سان، قانون متکی به اقتدار سیاسی است و این ویژگی حقوق را از سایر نظام‌های هنجاری متمایز می‌کند.^۶

پروفسور مک‌کورمیک نیز، آنجا که می‌گوید اخلاق اقناعی^۷ و حقوق آمرانه^۸ است،^۹ به همین تفاوت اشاره دارد. فردی که در وضعیت تصمیم‌گیری قرار گرفته، باید همه عوامل تاثیرگذار را به دقت بسنجد و با بررسی دلایل مختلف و شنیدن استدلال‌های موافقان و مخالفان و تامل درباره آنها، به اقناع درونی درباره درستی تصمیمی که اخذ می‌کند، برسد. تنها چنین تصمیمی را می‌توان اخلاقی خواند. عملی که به توصیه یا اجبار این و آن و بدون اندیشه و اقناع انجام شود، واجد وصف اخلاقی نخواهد بود. به دیگر سخن، داوری اخلاقی در قالب گفت‌وگویی واقعی یا خیالی با دیگران شکل می‌گیرد، گفت‌وگویی که همه فاعلان اخلاقی، به یکسان، در آن حق مشارکت و اظهارنظر دارند.^{۱۰} نتیجه نهایی این گفت‌وگو برای هر شخص گزاره‌ای است که با شنیدن استدلال‌های مختلف، درباره درستی آن قانع شده باشد. هر انسانی، به مثابه موجودی عاقل، باید به سنجش و توزین تحلیل‌های اخلاقی بنشیند و آنچه در این مقام، به اقناع درون، درست و اخلاقی می‌یابد، جامه عمل ببوشاند. از این‌رو، بسا که افراد درگیر در یک ماجرا نتوانند به اجماعی درباره تصمیم درست اخلاقی دست یابند و موفق به اقناع یکدیگر نشوند و در نتیجه، هریک به نفع یک داوری خاص استدلال و بر آن اساس عمل کند.^{۱۱}

اما حقوق بر اقتدار حکومت تکیه دارد.^{۱۲} هنجار حقوقی به پشتوانه قدرت سیاسی، احکامی قاطع و الزام‌آور صادر می‌کند.^{۱۳} به بیان دیگر، حقوق در پی حل‌وفصل قطعی تعارضات برآمده از مباحثات ماهوی هنجاری است و در این مسیر، تصور

1. Carey, J. "Akrasia, practical reason, and the diversity of motivation: A new defense of tripartition", *Eur J Philos* 27, 2019: 971–981; Nagel, T. *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press, 1978, pp110-11.

2. MacCormick, op. cit., p. 6.

3. Weinrib, op. cit., p 501;

کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، پیشین، صص ۶۲-۶۱

۴. نک: هابز، توماس، پیشین، ص ۱۷۱.

۵. یووال دیویس، نیرا و دیگران، *هم‌نشینی حق و عدالت: بازاندیشی در مفهوم هویت و فرهنگ*، ترجمه شیوا بازرگان و دیگران، تهران: نگاه معاصر، زیرچاپ، مقدمه، ص ۹.

۶. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، صص ۴۲۱-۴۲۰؛ کاتوزیان، ناصر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۴۲؛ هرستر، *قانون و اخلاق*، ص ۳۲-۳۱؛ اسخ، محمد، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، پیشین، ص ۱۲۹.

7. Discursive

8. Authoritative

9. MacCormick, op. cit., 1994.

10. MacCormick, N. "Institutional Normative Order: A Conception of Law", *Cornell Law Review* 82, 1997, p 1064.

11. Ibid, p. 1065; Schneider, op. cit.

12. Raz, J. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

13. MacCormick, op. cit., 1994; MacCormick, op. cit., 1997, p 1065.

آنکه حکم نهایی نظام حقوقی مخالف برخی داوری‌های اخلاقی باشد، به‌هیچ‌وجه دور از ذهن نخواهد بود. قانون درگیر مدیریت چالش‌های روزمره و ابقای حیات جمعی آدمیان (در قالب کوشش برای تأمین و حفظ منافع فردی و جمعی و ایجاد توازن میان آنها) در یک جامعه سیاسی است و نمی‌تواند معطل اجماع اخلاقی بماند.^۱ این سخن بدان معناست که هنجار حقوقی ممکن است مطابق یا مخالف هنجار اخلاقی باشد.^۲ حقوق برای تمشیت امور گاه به‌ناگزیر به برخی قواعد غیراخلاقی تن می‌دهد. افزون بر آن، قطعیت،^۳ نهایی‌بودن^۴ و قهرآمیز یا اقتداری بودن احکام نظام حقوقی، ضرورتاً نوعی از وحدت و انحصار را ایجاد می‌کند؛ چه آنکه در غیر این صورت همواره امر دایر میان چند پاسخ ممکن خواهد بود و تنظیم الزام‌آور روابط و پدیدارها ناممکن. همچنین هنگامی که با پاسخ‌های چندگانه روبه‌رو باشیم، انتظار پیروی هم‌ناپذیرانه است. بر این اساس، ضمانت اجرای قانون اقتداری و نهایی‌بودن احکام آن است.

از این‌رو، در میان جمعیتی واحد می‌توان از «اخلاق‌ها» یا «نظام‌های اخلاقی» متنوع و متکثر سخن گفت، ولی صحبت از اخلاق رسمی یا اخلاق معتبر در میان آنان خالی از معناست. اما این گونه‌گونی و تکثر را برای نظام حقوقی در جامعه واحد نمی‌توان به رسمیت شناخت. در هر قلمرو سرزمینی با نظام سیاسی مشخص بیش از یک نظام حقوقی نمی‌تواند معتبر باشد.^۵

اخلاق و حقوق هر چند متباین‌اند، گمان نمی‌رود کسی بتواند تأثیر متقابل آنها را بر یکدیگر انکار کند؛ به‌ویژه سایه اخلاق بر حقوق چنان سنگین است که یکی از مکاتب اصلی نظری در باب حقوق، یعنی اثبات‌گرایی حقوقی،^۶ اساساً در مخالفت با این دیدگاه بنیادین حقوق طبیعی^۷ پا گرفت^۸ که اخلاق را مبنای قانون می‌دانست و مثلاً قانون ضد اخلاقی را- مانند آنچه در نظام آپارتاید آفریقای جنوبی، سیاه‌پوستان را از مشارکت در انتخابات منع می‌کرد- قانون به حساب نمی‌آورد. گرچه امروزه این گزاره که ضد اخلاقی بودن یک قانون آن را از اعتبار نمی‌اندازد، نسبتاً پذیرش عام یافته است، همچنان می‌توان نمودهای تأثیر ژرف اخلاق بر حقوق را به‌آسانی یافت. حکم اخلاقی مسائلی که جامعه درباره آنها به نوعی اجماع می‌رسد، غالباً صورت قانون به خود می‌گیرد. مثلاً دلیل ممنوعیت قانونی سقط جنین در بسیاری از جوامع آن است که اخلاق متعارف^۹ سقط جنین را ناپسند و خلاف اخلاق می‌یافته است. اما با گذر زمان ممکن است آنچه زمانی از مسلمات اخلاق متعارف جامعه بوده است، دیگر اعتبار عام نداشته باشد.^{۱۰} در همان مسئله سقط جنین که مثال آوردیم، اکنون، بسیاری از اندیشمندان و به‌تبع مردم عادی ممنوعیت اخلاقی آن را زیر سؤال می‌برند و با آن مخالفت می‌کنند، باین‌حال قانون منع سقط جنین هنوز در کشورهای بسیاری معتبر است.^{۱۱} این مثال نه‌تنها تأثیر اخلاق بر حقوق را نشان می‌دهد،

1. See: Schneider, op. cit.

2. McCormick, op. cit., 1994.

3. decisiveness

4. conclusive

۵. نک: راسخ، محمد، مهنای بیات کمیته‌ی و سارا محمدی، **نگاهی انتقادی به تکثرگرایی حقوقی**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، آبان ۱۳۹۷، دوره ۲۱، شماره ۸۳، صص ۶۳-۸۵.

6. Legal positivism

7. Natural law

8. Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71(4), 1958, pp 593-629; Marmor, A. "Legal positivism: still descriptive and morally neutral", *Oxford Journal of Legal Studies* 26(4), 2006, pp 683-704.

9. Common morality

10. Warnock, M. *Dishonest to God*, London: Continuum, 2010, pp 90-91.

۱۱. برای نمونه، سقط جنین در لهستان ممنوع است، درحالی‌که طبق آمارها، اکثریت لهستانی‌ها معتقدند سقط جنین باید قانونی باشد:

Jelen, T.G., Clyde Wilcox. "Attitudes toward Abortion in Poland and the United States", *Social Science Quarterly* 78 (4), 1997: 907-21; Notes from Poland, **Majority of Poles support abortion protests and popularity of ruling party has dropped, polls show**, (2020), Available at: <https://notesfrompoland.com/2020/11/01/majority-of-poles-support-abortion-protests-and-popularity-of-ruling-party-has-dropped-polls-show/> (Last visited on 8/28/2022).

بلکه تفاوت آنها را نیز برجسته می‌کند. گرچه یک هنجار اخلاقی می‌تواند به سرزمین حقوق سفر کند،^۱ ماهیت اخلاقی خود را نمی‌تواند حفظ کند.

به دیگر سخن، هنجار اخلاقی با ورود به قلمروی حقوق تغییر ماهیت می‌دهد و به هنجاری حقوقی با همه ویژگی‌های خاص آن، مثلاً دگرآیینی، اقتدارگرایی و قطعیت^۲ یا نهایی بودن، چنان‌که توضیح دادیم، تبدیل می‌شود. حال آنکه، درباره مسئله‌ای خاص، در یک جامعه واحد، دستگاه‌های اخلاقی مختلف می‌توانند هنجارهای متفاوت و متعارضی را در خود جای دهند،^۳ وجود چند قانون درباره مسئله‌ای واحد (مگر قوانینی که مکمل یکدیگرند)، در یک نظام حقوقی، ناممکن و بی‌معنی است.^۴

در حوزه اخلاق زیستی ممکن است درباره مسئله‌ای خاص بنابر تحلیل‌های متفاوت، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شود، ولی تنها یک قانون یا مقرره الزام‌آور در سرزمین می‌تواند درباره آن مسئله وجود داشته باشد، که احتمالاً جانب یکی از مواضع ماهوی نظری در باب موضوع را اتخاذ کرده است. برای نمونه می‌توان به قانون جواز اهدای عضو یا اهدای جنین اشاره کرد. در هر واحد سیاسی تنها امکان وجود یک نوع قانون و مقرره در این باب وجود دارد، ولی در همین واحد امکان وجود انواع احکام اخلاقی در آن خصوص هست.

چنان‌که آمد، هدف این پژوهش تحذیر از خلط انواع هنجار در قلمرو زیست‌پزشکی، به‌ویژه میان احکام و قواعد اخلاقی و حقوقی، است. برای درک بهتر این مطلب توضیح دو نمونه متداول این گونه خلط‌ها، یعنی موضوع حق‌های زیستی و سلامت عمومی، بسیار راه‌گشا به نظر می‌رسد.

۲. نوع سوم

نمونه‌های متداول پیش‌گفته، چنان‌که در زیر خواهند آمد، درواقع زمینه‌ساز بحث از نوع سوم از بایدها هستند که در مجالی دیگر باید بحثی تفصیلی در آن باب ارائه کرد. مهم آن است که ذکر این موارد به توجه ظریف به قسم‌های مختلف «باید» کمک خواهند کرد.

۲.۱. حق

مفهوم حق در ترکیب‌هایی مانند حق بر آزادی بیان و حق بر تعیین سرنوشت یا به‌طور کلی در حقوق بشر و حقوق شهروندی بسیار آشنا و بدیهی به نظر می‌رسد، تا آنجا که شاید باور به این ادعا که حق در ترکیب‌های یادشده مفهومی مدرن است، دشوار بنماید. به دیگر سخن، به‌رغم آنکه ریشه‌های شکل‌گیری این مفهوم را می‌توان تا سده دوازدهم میلادی پی گرفت، عمدتاً در سده بیستم معنای دقیق کنونی را یافته است.^۵ حق در این معنای جدید در مقابل تکلیف قرار می‌گیرد، حال آنکه پیش از آن حق در مقابل باطل به کار می‌رفت. با این وصف، حق داشتن^۶ و حق شخصی^۷ معادل

1. See: Le Mintier, B.F. "The Journey from Ethics to Law: The Case of Euthanasia", In Rehmann-Sutter C. et al. (eds.), *Bioethics in Cultural Contexts*, The Netherlands: Springer, 2006, pp 121-128.

2. decisiveness

3. Schneider, op. cit.

۴. نک: راسخ و دیگران، **نگاهی انتقادی به تکثرگرایی حقوقی**، پیشین.

۵. برای نمونه، نک: گلدینگ، مارتین پی، «مفهوم حق (۱): درآمدی تاریخی»، ترجمه محمد راسخ، در: راسخ، محمد، **حق و مصلحت: مقالاتی**

در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد ۱، تهران، نشر نی، ۱۳۹۷، ویراست دوم، چاپ اول، صص ۱۷۹-۱۹۵؛

Edmundson, W.A. *An Introduction to Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp 3-14.

6. Having right

7. Subjective right

معنای جدید حق، در مقابل حق بودن^۱ و حق عینی^۲ معادل معنای قدیمی آن، هستند.^۳ توجه به این تفکیک برای درک نسبت میان حق و اخلاق ضروری است؛ زیرا با اینکه هر دو مفهوم حق در قلمرو بایدانگار و هنجاری جای می‌گیرند، حق در معنای مدرن (حق داشتن) برخلاف حق در معنای قدیم (بر حق بودن) در دایره اخلاق نمی‌گنجد؛ چراکه مفهومی است اخلاقاً بی‌طرف.^۴ اما برای توضیح بیشتر نسبت حق و اخلاق سزاوار است نخست تعریفی از حق پیش نهاده و سپس نسبتش با اخلاق سنجیده شود. از این پس، مراد از واژه حق، حق در معنای مدرن کلمه (حق داشتن) خواهد بود، مگر آنکه تصریح شود معنای دیگری منظور است.

مقصود از حق «ادعای تضمین‌شده و حاکم» است.^۵ یعنی ادعایی که قدرت سیاسی، فارغ از محتوایش، از آن حمایت می‌کند. یکی از اقتضائات روابط انسانی تعارض منافع و ادعاهاست و حق یکی از ابزارهایی است که برای رفع این تعارض‌ها ابداع شده است.^۶ بدین ترتیب، عدالت اقتضا می‌کرده است که برای آنکه این تعارض‌ها همواره به نفع طرف قوی‌تر خاتمه نیابد، قدرت سیاسی برای حفظ برابری و کرامت انسان‌ها، با ابزار حق، به پشتیبانی از طرف ضعیف‌تر برخیزد؛ بدان معنا که صاحب حق، فارغ از محتوای ادعای درون طرف حق، بتواند ادعای خود را اعمال کند. گزاره اخیر، یعنی عدم تأثیر محتوای حق بر تفوق آن بر ادعاهای رقیب، بدان معناست که حق نسبت به اخلاق بی‌طرف است.^۷ یعنی حق اخلاق‌گریز یا غیراخلاقی^۸ است و البته غیراخلاقی غیر از اخلاق‌ستیز یا ضداخلاقی^۹ است. نظامی که حق افراد بر حریم شخصی را به رسمیت می‌شناسد، دخالت در خلوت اشخاص را ممنوع می‌کند، حتی اگر عملی خلاف اخلاق در آن خلوت انجام شود. پس حق برخلاف اخلاق، نسبت به خوب و بد بی‌اعتنا و لاقضاست.^{۱۰} اما چنان‌که گفتیم جهت‌گیری اخلاق به سوی خوبی است و هرگز در برابر بدی ساکت نمی‌ماند. با این توضیح روشن می‌شود که چرا در تحلیل‌ها و استدلال‌های اخلاقی نمی‌توان از مفهوم حق یاری گرفت. به رسمیت شناختن حق از سوی اخلاق به آن معناست که اخلاق به بی‌اخلاقی تن در دهد و این به زبان منطقی یعنی تناقض^{۱۱}.

۲.۲. سلامت عمومی

به روال پیشین می‌کوشیم استناد به مبحث سلامت عمومی در استدلال‌های اخلاق زیستی را نیز با طرح مثال توضیح دهیم. یکی از مهم‌ترین و جدی‌ترین مباحثی که در سلامت عمومی مطرح می‌شود، بحث بیماری‌های عفونی است.

1. Being right

2. Objective right

۳. راسخ، محمد، «حق» و «تکلیف» در عصر قدیم و جدید»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

۴. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳، صص ۲۸۹-۲۴۱.

۵. همان، ص ۲۴۴.

James, S. "Rights as Enforceable Claims." *Proceedings of the Aristotelian Society* 103, 2003, pp 133-47.

6. Fletcher, G.P. "Law and morality: a Kantian perspective", *Columbia Law Review* 87(3), 1987, p 546.

7. See: Waldron, J. "A right to do wrong", *Ethics* [Special Issue on Rights] 92(1), 1981, pp 21-39.

8. amoral or non-moral

9. immoral

10. Weinrib, op. cit., p 502.

۱۱. راسخ، محمد و دیگران، *امر اخلاقی و حق*، پیشین.

بیماری‌های عفونی می‌توانند مسری باشند^۱ و همین ویژگی اهمیت آنها را در سلامت عمومی دوچندان می‌کند. فرد مبتلا به بیماری عفونی، بسته به نوع بیماری، می‌تواند یک یا چند نفر دیگر را آلوده کند و بدین ترتیب تهدیدی برای سلامت همه افراد جامعه به شمار آید. ویروس کرونا (کووید-۱۹) را در نظر بگیرید که چند سال است زندگی عادی را در همه دنیا مختل کرده است.^۲ از آنجا که روش انتقال این ویروس بسیار آسان است، یک فرد آلوده می‌تواند چند فرد دیگر را آلوده کند. از سوی دیگر، چنان‌که شواهد نشان می‌دهند، حدود ۱۵ درصد از مبتلایان به مراقبت‌های ویژه پزشکی نیاز پیدا می‌کنند که اگر به‌موقع رسیدگی نشوند مرگ آنان بسیار محتمل خواهد بود.^۳ همین ویژگی‌ها اتخاذ سیاست‌های ویژه‌ای را برای مقابله با شیوع بیشتر آن ضرورت می‌بخشند. از جمله این سیاست‌ها می‌توان به نظارت، الزام استفاده از ماسک، نمونه‌گیری و آزمایش اجباری، درمان یا واکسیناسیون اجباری، گزارش به مراجع ذی‌ربط، جداسازی فردی، قرنطینه نواحی درگیر یا محدودیت رفت‌وآمد و مسافرت اشاره کرد.^۴ اما همه این موارد، در صورت اجرا، حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان را نقض می‌کنند. باین‌حال، در چنین مواردی این محدودیت‌ها را با توسل به مفهوم مصلحت عمومی^۵ توجیه می‌کنند. تأمین حداقل بهداشت عمومی یکی از مصادیق مصلحت عمومی است؛ چراکه بدون حداقلی از بهداشت، کیان زندگی جمعی به خطر می‌افتد.^۶

سرفصل «سلامت عمومی» در غالب کتاب‌های اخلاق زیستی به چشم می‌خورد.^۷ حال آنکه، براساس توضیحی که درباره اخلاق ارائه دادیم، مسائلی از قبیل آنچه درباره بیماری‌های عفونی اشاره کردیم، در قالب اخلاق زیستی نمی‌گنجند. طرح مسائل سلامت عمومی زیرعنوان اخلاق زیستی نمونه همان آشفتگی مفهومی و تحلیلی است که به پیچیدگی مسائل می‌افزاید. مصلحت عمومی - که تأمین حداقل بهداشت عمومی از مصادیق آن است - اخلاقاً بی‌طرف است؛ چراکه غایت آن تأمین منافع و مصالح همه جامعه است و نمی‌تواند هیچ گروه یا دسته‌ای از افراد را به دلیل باورهای اخلاقی‌شان کنار بگذارد.^۸ «مصلحت عمومی امری هنجاری (بایدانگار) است، اما به قلمرو امر درست (حق) تعلق دارد، نه به قلمرو امر خوب (خیر)».^۹ قلمرو امر درست (حق)، قلمرو عدالت و قلمرو امر خوب (خیر)، قلمرو اخلاق است.^{۱۰} عدالت و اخلاق، هرچند هر دو در اقلیم بایدها خانه دارند، از دو جنس متفاوت‌اند. تأمین مصلحت عمومی جز به دست حکومت و با استفاده از قدرت سیاسی ممکن نمی‌شود. بنابراین مفاهیم و اصولی مانند لزوم تأمین و حفظ بهداشت عمومی را که اساساً زیرعنوان

1. See: **The Difference between 'Contagious' and 'Infectious'**, The Britannica Dictionary, Available at: <https://www.britannica.com/dictionary/eb/qa/The-Difference-between-Contagious-and-Infectious> (Last visited on 9/4/2022).

2. See: **Coronavirus**, Wikipedia, The Free Encyclopedia, Available at: <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Coronavirus&oldid=1105090163> (Last visited on 10/4/2022).

3. Auld, S.C., Caridi-Scheible, M., Blum, J.M., et al. "ICU and ventilator mortality among critically ill adults with coronavirus disease 2019", *Critical care medicine* 20, 2020: 1-6.

4. Selgelid, M.J. "Ethics and Infectious Disease", *Bioethics* 19(3), 2005, pp 272-89.

5. Public Interest

6. راسخ، محمد و مهناز بیات کمیته‌ی، **مفهوم مصلحت عمومی**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، اسفند ۱۳۹۰، دوره ۱۴، شماره ۵۶، صص ۱۱۹-۹۳.

Chia, T., O. I. Oyeneran. "Human health versus human rights: an emerging ethical dilemma arising from coronavirus disease pandemic", *Ethics, Medicine, and Public Health* 14, 2020: 1-2; Benditt, T.M., "The Public Interest", *Philosophy and Public Affairs* 2(3), 1973, pp 291-311.

7. See: Singer, P. A. (ed.), *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008; Steinbock, B. (ed.), *The Oxford Handbook of Bioethics*, New York: Oxford University Press, 2007.

8. راسخ، محمد، **مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطرار**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، آبان ۱۴۰۰، دوره ۲۴، شماره ۹۵، صص ۵۷-۷۹. ص ۷۳.

9. راسخ، محمد و مهناز بیات کمیته‌ی، **مفهوم مصلحت عمومی**، پیشین.

10. راسخ، محمد، «آزادی چون ارزش»، در: راسخ، محمد، **حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، جلد ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸، ویراست دوم، چاپ اول، صص ۲۶۹-۲۹۱.

قواعد آمره می‌گنجند و با استفاده از قدرت سیاسی الزام و اعمال می‌شوند، نمی‌توان زیر عناوین اخلاقی به معنای دقیق کلمه به میان آورد؛^۱ چراکه الزام و جبر اساساً با چیستی و گوهر اخلاق در تضاد است.

نتیجه‌گیری

پیش‌بینی و توجه به پیامدهایی که عدم تفکیک تحلیلی اخلاق زیستی و حقوق زیستی - و به‌طور عام اخلاق و حقوق - و خلط آنها احتمالاً در پی خواهند آورد، ضرورت و اهمیت دغدغه این پژوهش را آشکار می‌کند. چالش‌های اخلاقی برآمده از به‌کارگیری علوم و فنون زیستی در همه‌مظاهر حیات در این دنیا امروزه بیش از هر زمان دیگری گریبان‌آدمیان را گرفته و آنان را با پرسش‌هایی دشوار و پیچیده سردرگم‌رها کرده است. نگاهی به شمار قابل توجه پرونده‌های قضایی که به نحوی با علوم و فناوری‌های زیستی جدید ارتباط دارند، در دادگاه‌های سراسر دنیا^۲ و چگونگی رسیدگی به آنها لزوم تفکیک اخلاق و حقوق را بهتر به ما می‌نماید. فارغ از اختلاف‌نظرهای اخلاقی، بسیاری از دعوای حقوقی در حوزه زیست‌فناوری به دلیل خلأ قانون رخ می‌دهند. در نبود قانون رای قاضی بسیار تعیین‌کننده خواهد بود و قاضی‌ای که بی‌توجه به تمایز یاد شده حکم صادر می‌کند، چه‌بسا دیدگاه اخلاقی خود را در صدور رأی دخالت دهد و اخلاق را به‌جای قانون بنشاند. نتیجه آشکار این خلط هنجارها تحمیل باورهای اخلاقی طرف برنده بر طرف بازنده و نقض آزادی او در تصمیم‌گیری اخلاقی خواهد بود.

در دیگر سو، در نبود آزادی هم بنیان اخلاق در معرض تهدید قرار می‌گیرد؛ چراکه بدون تضمین اراده آزاد افراد اساساً «امکان» حیات اخلاقی فراهم نمی‌آید.^۳ چنین اتفاقی در روند قانون‌گذاری نیز می‌تواند رخ دهد. فناوری‌های نوظهور به مرحله کاربرد و عمل وارد می‌شوند و اختلاف‌نظرها و دعوای به‌تدریج رخ می‌نمایند، بی‌آنکه هنوز قانونی برای روشن کردن تکلیف دعوای وجود داشته باشد. اساساً شاید بتوان ادعا کرد که روند عادی قانون‌گذاری همین است: پدیده‌ای ظهور می‌کند و رواج می‌یابد، آنگاه مسائلی پیرامون آن شکل می‌گیرند و گاه چنان جدی و محل اختلاف می‌شوند که در برخی موارد ضرورت به دخالت مرجعی مقتدر می‌افتد. سپس قانون‌گذار برای حل‌وفصل اختلاف‌ها و تعیین چارچوب برای تعاملات مربوط اقدام به وضع قانون می‌کند، یا آنکه بر اساس آرای صادره از سوی دادگاه‌ها رویه قضایی در این زمینه شکل می‌گیرد. در این جایگاه هم خلط مقام اخلاق و قانون به نقض بی‌طرفی و سوگیری قانون به جانب یک دیدگاه اخلاقی - و غالباً دیدگاه اخلاقی مسلط در جامعه - می‌انجامد. مثلاً قانونی که حکم به ممنوعیت سقط جنین می‌دهد، در مقابل دیدگاه اخلاقی «آزادی اراده»^۴ جانب دیدگاه اخلاقی «تقدس حیات»^۵ (دو دیدگاه از میان دیدگاه‌های اخلاقی مشهور در باب سقط جنین) را گرفته است.^۶ درحالی‌که تصمیم‌گیری درباره سقط جنین به قلمرو «امر خوب» تعلق دارد، نه به قلمرو «امر درست». بدین ترتیب، سیاست به‌جای آنکه بستری را فراهم کند برای هم‌زیستی دیدگاه‌های متنوع اخلاقی، عرصه را بر آنها که اخلاقی متفاوت - با اخلاق حاکم - را معقول و قانع‌کننده می‌یابند تنگ می‌کند. نظامی که در آن برخی اخلاق‌ها مجال نفس کشیدن و ابراز وجود نمی‌یابند قطعاً از عدالت به دور است.

1. Soloviev V. S. *Politics, Law, and Morality: Essays by V.S. Soloviev*, edited and Translated by Vladimir Wozniuk, Yale: Yale University Press, 2000, pp 141-143.

2. Rich, B.A., "Introduction Bioethics in Court", *Journal of Law, Medicine & Ethics* 33(2), 2005, pp 194-7.

۳. راسخ، محمد، **آزادی چون ارزش**، پیشین.

4. Pro choice

5. Pro life

۶. درباره سقط جنین و دیدگاه‌های اخلاقی پیرامون آن، نک: راسخ، محمد، **جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین**،

فصلنامه باروری و ناباروری، تابستان ۱۳۸۲، صص ۲۲۰-۲۳۶.

بنابراین، آگاهی از تمایز حقوق و اخلاق و جدی گرفتن این تمایز، افزون بر غنا بخشیدن به دیدگاه‌های رقیب اخلاقی در این حوزه و کوشش برای بر پا بودن نظام‌های رقیب اخلاقی در جامعه‌ای واحد، از حیث حقوقی به‌ویژه در مقام قانون‌گذاری، قضاوت و اجرا به شکل‌گیری قوانین، مقررات و رویه‌های الزام‌آور بی‌طرفانه یاری می‌رساند، نظام حقوقی را کارآمدتر می‌کند و آن را در مسیر آرمان عدالت قرار می‌دهد. باری، بحث تفصیلی و فراگیر از اجزای مختلف و مبانی و لوازم «نوع سوم» پیش‌گفته را به مجال دیگری وامی‌گذاریم.

منابع

کتاب

۱. پورمحمدی، نعیمه، *ژن بد! اخلاق آزمایش غربالگری و سقط جنین گزینشی*، قم: کتاب طه، ۱۳۹۹.
۲. خسروی دارانی، کیانوش، سعید حسامی تکلو، مهشید جهادی، آلاله ذوقی و عاطفه قنبری، *فرهنگ توصیفی زیست‌فناوری*، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۹۰.
۳. راسخ، محمد، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
۴. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۵. راسخ، محمد، «حق» و «تکلیف» در عصر قدیم و جدید»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۶. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۷. راسخ، محمد، «آزادی چون ارزش»، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸، ویراست دوم، چاپ اول.
۸. سندل، مایکل، *عدالت: کار درست کدام است؟*، ترجمه حسن افشار، تهران: مرکز، ۱۳۹۳.
۹. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷.
۱۲. کانت، ایمانوئل، *فلسفه فضیلت*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: نقش و نگار، چاپ ششم، ۱۳۹۹.
۱۳. گلدینگ، مارتین پی، «مفهوم حق (۱): درآمدی تاریخی»، ترجمه محمد راسخ، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۱، تهران: نشر نی، ویراست دوم، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۴. لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، ۱۳۹۱.
۱۵. نیگل، تامس، *اخلاق‌شناسی*، ترجمه جواد حیدری، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳.
۱۶. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
۱۷. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.
۱۸. هرستر، دتلف، *قانون و اخلاق*، ترجمه محمدحسن خویشتن‌دار، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۱۹. یووال دیویس، نیرا و دیگران، *هم‌نشینی حق و عدالت: بازاندیشی در مفهوم هویت و فرهنگ*، ترجمه شیوا بازرگان و دیگران، تهران: نگاه معاصر، زیر چاپ.

مقاله

۲۰. راسخ، محمد، تسخیری، مائده، اسکندری، علیرضا، عامری، فائزه، **امر اخلاقی و حق**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۷، صص ۴۷-۱۹.
۲۱. راسخ، محمد، بیات کمیتکی، مهناز، محمدی، سارا، **نگاهی انتقادی به تکنرگرای حقوقی**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، آبان ۱۳۹۷، دوره ۲۱، شماره ۸۳، صص ۶۳-۸۵.
۲۲. راسخ، محمد، بیات کمیتکی، مهناز، **مفهوم مصلحت عمومی**، مجله تحقیقات حقوقی، اسفند ۱۳۹۰، دوره ۱۴، شماره ۵۶، صص ۹۳-۱۱۹.
۲۳. راسخ، محمد، **مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطرار**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، آبان ۱۴۰۰، دوره ۲۴، شماره ۹۵، صص ۵۷-۷۹.
۲۴. راسخ، محمد، **جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین**، فصلنامه باروری و ناباروری، تابستان ۱۳۸۲، صص ۲۲۰-۲۳۶.

References

Books

1. Pourmohammadi, N. *Bad Genes! Ethics of Screening Test and Selective Abortion*, Qom: Kitab Taha, 2019. (in Persian)
2. Khosravi Darani, K. and Saeed Hosami Teklo, Mahshid Jihadi, Alaleh Zoghi, Atefeh Ghanbari, *Descriptive Culture of Biotechnology*, Tehran: Farhang Masares, 2013. (in Persian)
3. Rasekh, M. *Theoretical Foundation for the Reform of the Legislative System*, Tehran: Research Center of the Islamic Council, 2014. (in Persian)
4. -----, "Intrinsic and Transcendent Features of Law", in: Rasekh, Mohammad, *Haq and Expediency: Essays in Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Ney Publishing, 2nd edition, 2013. (in Persian)
5. -----, "Right" and "duty" in the Old and New Era", in: Rasekh, Mohammad, *Haq and Expediency: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Ney Publishing. 2nd edition, 2013. (in Persian)
6. -----, "Theory of Right", in: Rasekh, Mohammad, *Haq and Expediency: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Ney Publishing, 2nd edition, 2013. (in Persian)
7. -----, "Freedom as a value", in: Rasekh, Mohammad, *Haq and Expediency: Essays in Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, Volume 1, Tehran: Ney Publishing, First Edition, 2018. (in Persian)
8. Sandel, M. *Justice: What's the Right Thing to Do?*, 2010, Translated by: Afshar, H., Tehran: Merkaz, 2013. (in Persian)
9. Katouzian, N., *Introduction to the Science of Law and Study in the Iranian Legal System*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 1995. (in Persian)
10. -----, *The Philosophy of Law*, Volume 1, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2019. (in Persian)
11. -----, *Basics of Public Law*, Tehran: Dadgostar, 1998. (in Persian)
12. Kant, I. *The Philosophy of Virtue*, Translated by: Sanei Darehbidi, M., Tehran: Naqsh & Negar, 6th edition, 2019. (in Persian)
13. Golding, M. P. "The Concept of Right (1): A Historical Introduction", 2007, Translated by Rasekh, M., in: Rasekh, Mohammad, *Haq and Expediency: Essays in the Philosophy of Law, the Philosophy of Right and the Philosophy of Value*, Volume 1, Tehran, Ney Publishing, second edition, first edition, 2017. (in Persian)
14. Lock, J. *An Article on the Government*, Translated by Azdanlou, H., Tehran: Ney Publishing, 2011. (in Persian)

15. Nigel, T. *Ethology*, Translated by: Heydari, J., Tehran: Negah-e- Moaser, 2013. (in Persian)
16. Hobbs, T. *Leviathan*, Translated by: Bashirieh, H., Tehran: Ney Publishing, 2001. (in Persian)
17. Hart, H. *The Concept of Law*, Translated by: Rasekh, M., Tehran: Ney Publishing, 2011. (in Persian)
18. Herster, D. *Law and Ethics*, 2007, Translated by: Khishtandar, M., Tehran: Ganj-e- Danesh, first edition, 2021. (in Persian)
19. Yuval Davis, N. et al., *Coexistence of Right and Justice: Rethinking the Concept of Identity and Culture*, Translated by: Bazargan, S., et al., Tehran: Negah-e-Moaser, underprint. (in Persian)
20. 25. Annas, J. "Virtue Ethics", in Copp, D. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
21. Asch, A., Wasserman, D. "Where is the Sin in Synecdoche?" In Wasserman, D., Wachbroit, R.S., and Bickenbach, J.E. (eds.), *Quality of life and human difference: genetic testing, health care, and disability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
22. Berman, Mitchell N., "Of Law and Other Artificial Normative Systems", In Plunkett, D., Shapiro, S.J., Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019.
23. Bix, B., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
24. Brake, E. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law*, New York: Oxford University Press, 2012.
25. Butler, J. *Sermon XI upon the Love of our Neighbor, Fifteen Sermons*, Cambridge: Hilliard and Brown, 1726.
26. Case, M. "Abortion, the Disabilities of Pregnancy, and the Dignity of Risk", In Cohen, I., Shachar, C., Silvers, A., Stein, M. (eds.), *Disability, Health, Law, and Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
27. Chadwick, R. "The Perfect Baby: Introduction", In Chadwick, R. (ed.), *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, London: Routledge, 1992.
28. Edmundson, W.A. *An Introduction to Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
29. Fuller, L. L. *The Morality of Law*, Virginia: New Haven, 1978.
30. Gert, B. *Morality, It's Nature and Justification*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
31. Harris, J. *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People*, Princeton: Princeton University Press, 2007.
32. Kant, I., *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Translated and Edited by Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
33. Le Mintier, B.F. "The Journey from Ethics to Law: The Case of Euthanasia", In Rehmann-Sutter C. et al. (eds.), *Bioethics in Cultural Contexts*, The Netherlands: Springer, 2006.
34. Louden, R. B. *Morality and moral theory: A reappraisal and reaffirmation*, Oxford: Oxford University Press, 1992.
35. MacCormick, N. "Comment", In Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
36. Nagel, T. *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press, 1978.
37. Overall, Ch. *Why Have Children?: The Ethical Debate*, Cambridge Mass: MIT Press, 2012.
38. Raz, J. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
39. Steinbock, B. (ed.), *The Oxford Handbook of Bioethics*, New York: Oxford University Press, 2007.
40. Singer, P. A. (ed.), *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
41. Soloviev V. S. *Politics, Law, and Morality: Essays by V.S. Soloviev*, edited and Translated by Vladimir Wozniuk, Yale: Yale University Press, 2000.
42. Warnock, M. *Dishonest to God*, London: Continuum, 2010.
43. Williams, B. *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Routledge, 2006.

Articles

44. Chia, T., O. I. Oyeniran. "Human health versus human rights: an emerging ethical dilemma arising from coronavirus disease pandemic", *Ethics, Medicine, and Public Health* 14, 2020, pp 1-2.
45. Savasi, V., Ferrazzi, E., Lanzani, C., Oneta, M., Parrilla, B., Persico, T. "Safety of sperm washing and ART outcome in 741 HIV-1-serodiscordant couples", *Human Reproduction* 22 (3), 2007, pp 772-777.
46. Auld, S.C., Caridi-Scheible, M., Blum, J.M., et al. "ICU and ventilator mortality among critically ill adults with coronavirus disease 2019", *Critical care medicine* 20, 2020, pp 1-6.
47. Baiocco, R., Carone, N., Ioverno, S., Lingiardi, V. "Same-Sex and Different-Sex Parent Families in Italy: Is Parents' Sexual Orientation Associated with Child Health Outcomes and Parental Dimensions?", *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics* 39 (7), 2018, pp 555-563.
48. Bayefsky, M. "Who should regulate preimplantation genetic diagnosis in the United States?", *AMA Journal of Ethics* 20 (12), 2018, pp 1160-7.
49. Benditt, T.M., "The Public Interest", *Philosophy and Public Affairs* 2(3), 1973, pp 291-311.
50. Carey, J. "Akrasia, practical reason, and the diversity of motivation: A new defense of tripartition", *Eur J Philos* 27, 2019, pp 971- 981.
51. Coleman, J.L., "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies* 11(1), 1982, pp 139-164.
52. Dahl, E. "The 10 most common objections to sex selection and why they are far from being conclusive: a Western perspective", *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine* 2 (1), 2007, pp 158-161.
53. Dworkin, R. "Lord Devlin and the enforcement of morals", *The Yale Law Journal* 75 (6): 1966, pp 986-1005.
54. Fletcher, G.P. "Law and morality: a Kantian perspective", *Columbia Law Review* 87(3), 1987, pp 533-558.
55. Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71(4), 1958, pp 593-629.
56. James, S. "Rights as Enforceable Claims." *Proceedings of the Aristotelian Society* 103, 2003, pp 133-47.
57. Jelen, T.G., Clyde Wilcox. "Attitudes toward Abortion in Poland and the United States", *Social Science Quarterly* 78 (4), 1997, pp 907-21.
58. Korsgaard, C.M. "Kant's Analysis of Obligation: The Argument of Foundations I", *The Monist* (73), 1989, pp 311-340.
59. Kranz, D. "On the Attribution of Parental Competence: Parents' Behavior Matters, not Their Sexual Orientation", *J Child Fam Stud*, 2022.
60. Krinsky, Sh. "Ten ways in which He Jiankui violated ethics", *Nature Biotechnology* 37(1), 2019, pp 19-20.
61. MacCormick, N. "Beyond Sovereign State", *Modern Law Review* 56 (1), 1993, pp 1-18.
62. MacCormick, N. "Institutional Normative Order: A Conception of Law", *Cornell Law Review* 82, 1997, pp 1051-1071.
63. MacCormick, N. "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford Journal of Legal Studies* 14(1), 1994, pp 1-23.
64. Marmor, A. "Legal positivism: still descriptive and morally neutral", *Oxford Journal of Legal Studies* 26(4), 2006, pp 683-704.
65. Prusa, A-R, Kasper, D. C., Sawers, L., Walter, E., Hayde, M., Stillwaggon, E. "Congenital toxoplasmosis in Austria: Prenatal screening for prevention is cost-saving". *PLOS Neglected Tropical Diseases* 11 (7), 2017, pp 1-24.

66. Rasekh, M. "Basics and System of Public Health Law in the State of Emergency", *Legal Research Quarterly*, Volume 24, No 95, 2021: 57-79. (in Persian)
67. ----- "Battle of Life: An Overview of Abortion Theories", *Fertility and Infertility Quarterly*, 2003: 220-236. (in Persian)
68. ----- and Maedeh Taskhiri, Alireza Eskandari, Faeze Ameri, "Moral Affair and the Right", *Legal Research Quarterly*, No. 87, 2019: 19-47. (in Persian)
69. ----- and Mahnaz Bayat Komitaki, "The Concept of Public Interest", *Legal Research Quarterly*, Volume 14, No 56, 2011: 93-119. (in Persian)
70. ----- and Mahnaz Bayat Komitaki, Sara Mohammadi, "A Critical View on the Legal Pluralism", *Legal Research Quarterly*, Volume 21, No 83, 2018: 63-85. (in Persian)
71. Resnik, D.B., Langer, P.J. "Human Germline Gene Therapy Reconsidered", *Human Gene Therapy* 12(11), 2001, pp 1449-1458.
72. Rich, B.A., "Introduction Bioethics in Court", *Journal of Law, Medicine & Ethics* 33(2), 2005, pp 194-7.
73. Rogers, W., Ballantyne, A., Draper, H. "Is sex-selective abortion morally justified and should it be prohibited?", *Bioethics* 21, 2007, pp 520-4.
74. Schneider, C.E. "Moral discourse, bioethics, and the law", *The Hastings Center Report* 26 (6), 1996, pp 37-39.
75. Selgelid, M.J. "Ethics and Infectious Disease", *Bioethics* 19(3), 2005, pp 272-89.
76. Shadnam, M. "Choosing whom to be: Theorizing the scene of moral reflexivity." *Journal of Business Research* 110, 2020, pp 12-23.
77. Shavell, S. "Law Versus Morality as Regulators of Conduct", *American Law and Economics Review* 4(2), 2002, pp 227-257.
78. Stabile, M., Allin, S. "The Economic Costs of Childhood Disability", *The Future of Children* 22, 2012, pp 65-96.
79. Unisa, S., Pujari, S., Usha, R. "Sex Selective abortion in Haryana: Evidence from pregnancy history and antenatal care", *Economic and Political Weekly* (6), 2007, pp 60-6.
80. Wald, N. J., Kennard, A., Hackshaw, A., McGuire, A. "Antenatal screening for Down's syndrome", *Health Technology Assessment* 2, 1998, pp 181-246.
81. Waldron, J. "A right to do wrong", *Ethics* [Special Issue on Rights] 92(1), 1981, pp 21-39.
82. Weinrib, E.J. "Law as a Kantian idea of reason", *Columbia Law Review* 87(3), 1987, pp 472-508.

Internet Sources

82. Austrian Institute for Health Technology Assessment (aihta), **Regulation and financing of prenatal screening and diagnostic examinations for fetal anomalies in selected European countries: Policy Brief**, Vienna (April 2022), available at: https://eprints.aihta.at/1369/1/Policy%20Brief_012.pdf (Last visited on 8/21/2022).
83. Austrian Federal Chancellery, **Family Guide: Services for families in Austria**, Vienna (2019), Available at: <https://www.familienberatung.gv.at/en/topics/FamilienGuide.html> (Last visited on 8/27/2022).
84. BBC, Homosexuality: **The countries where it is illegal to be gay**, 12 May 2021, Available at <https://www.bbc.com/news/world-43822234> (Last visited on 8/28/2022).
85. CNN World, **Chinese scientist who edited genes of twin babies is jailed for 3 years**, (December 30, 2019), Available at: <https://edition.cnn.com/2019/12/30/china/gene-scientist-china-intl-hnk/index.html> (Last visited on 8/29/2022).
86. **Coronavirus**, Wikipedia, The Free Encyclopedia, Available at <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Coronavirus&oldid=1105090163> (Last visited on 10/4/2022).
87. Gert, B., Gert, J. **The Definition of Morality**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Available at

- <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition/> (Last visited on 12/19/2022).
88. Giubilini, A. **Conscience**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/conscience> (Last visited on 9/14/2022).
89. <https://exclusiveivfcyprus.com/ivf-treatments/pgd-for-gender-selection/> (Last visited on 8/17/2022).
90. Hursthouse, R., Glen P. **Virtue Ethics**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), Available at <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/ethics-virtue/> (Last visited on 12/19/2022).
91. KNEWS, The English Edition of Kathimerini Cyprus, **Sex selection in Cyprus raises ethical issues**, (October 2018), Available at <https://knews.kathimerini.com.cy/en/news/sex-selection-in-cyprus-raises-ethical-issues>, (Last visited on 8/17/2022).
92. Notes from Poland, **Majority of Poles support abortion protests and popularity of ruling party has dropped, polls show**, (2020), Available at <https://notesfrompoland.com/2020/11/01/majority-of-poles-support-abortion-protests-and-popularity-of-ruling-party-has-dropped-polls-show/> (Last visited on 8/28/2022).
93. OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO, **Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement**, (2012), available at <https://www.who.int/publications/i/item/9789241501460> (Last visited on 8/16/2022).
94. Raz, J., **Why the State?**, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper No. 2014-38; (2014), Available at https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1828 (Last visited on 12/19/2022).
95. **The Difference between 'Contagious' and 'Infectious'**, The Britannica Dictionary, Available at <https://www.britannica.com/dictionary/eb/qa/The-Difference-between-Contagious-and-Infectious> (Last visited on 9/4/2022).
96. United Nations, **Programme of Action of the International Conference on Population and Development**, New York (1994), Paragraph 4.16. Available at https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en. (Last visited on 8/16/2022).
97. YouTube, **About Lulu and Nana: Twin Girls Born Healthy After Gene Surgery As Single-Cell Embryos**, (Nov 26, 2018), Available at <https://www.youtube.com/watch?v=th0vnOmFltc> (Last visited on 8/29/2022).
- World Bank Group, **Azerbaijan Systematic country diagnostic**, Washington, D.C. (2015), p. 94, Available at <http://hdl.handle.net/10986/23105> (Last visited on 8/21/2022).

Acts

98. The Federal Assembly of the Swiss Confederation, **Federal Act on Medically Assisted Reproduction**, 18 Dec. 1998, Status as of 1 July 2022.
99. The Federal Assembly of the Swiss Confederation, **Federal Act on the Registered Partnership between Same-Sex Couples**, 18 June 2004, Status as of 1 July 2022.
100. UK Parliament, **Human Fertilisation and Embryology Act**, 2008, C. 22.



Original Article

Analyzing the Concept of "Ensure Respect" in Common Article One of the 1949 Geneva Conventions in a Different Approach

Seyed Hesamoddin Lesani¹

ABSTRACT

Article 1 of the 1949 Geneva Conventions states that the High Contracting Parties have agreed to respect and ensure respect for the present Convention in all circumstances. The phrase "Ensure Respect" was not initially considered a controversial term and was included in the body of the Geneva Conventions without any special discussion. However, over time, it has become a controversial term. In the International Committee of the Red Cross commentary on these conventions published in 2016, "Ensure Respect" is interpreted as the commitment of other non-participating states in an armed conflict to take action to ensure compliance by the parties to the Geneva Conventions. For decades, the term "Ensure Respect" has been applied to the implementation of the provisions of the Geneva Conventions by each Contracting State in the territories under its jurisdiction. This article seeks to use the library method and review the documents related to the creation of the Geneva Conventions as well as the Additional Protocols according to the doctrine in international law. The author aims to provide the correct interpretation of the phrase "Ensure Respect" mentioned in the said article.

KeyWords: Common Article One of Geneva Convention, International Humanitarian Law, Ensure Respect, Additional Protocols, Extended Concept, Narrow Concept.

How to Cite: Lesani, S.H, "Analyzing the Concept of "Ensure Respect" in Common Article One of the 1949 Geneva Conventions in a Different Approach" Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:63-82.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.225893.2104>

Received: 21/02/2022 - Accepted: 15/10/2022

1. Associate Professor of Law, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University, Qom, Iran

Corresponding Author Email: h.lesani@hmu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

تحلیل قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک
کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹سید حسام‌الدین لسانی^۱

چکیده

ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ مقرر می‌دارد که دول عضو مکلفاند مفاد این کنوانسیون‌ها را رعایت کنند و همچنین اجرای مفاد کنوانسیون‌های مزبور را تضمین نمایند. عبارت «تضمین رعایت» که در ابتدا عبارتی بحث‌برانگیز به حساب نمی‌آمد و بدون بحث‌های خاصی در بدنه کنوانسیون‌های ژنو جای گرفته بود، با گذشت زمان تبدیل به عبارتی بحث‌برانگیز شد؛ به نحوی که در تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از این کنوانسیون‌ها که در سال ۲۰۱۶ منتشر، و از «تضمین رعایت» به تعهد سایر دولت‌های غیر درگیر در یک نبرد مسلحانه به اقدام برای تضمین رعایت مفاد کنوانسیون‌های ژنو توسط طرفین درگیری تعبیر شده است. این در حالی است که دهه‌ها منظور از عبارت «تضمین رعایت» مذکور در ماده مزبور اجرای مفاد کنوانسیون‌های ژنو توسط هر دولت متعاقد در سرزمین و مناطق تحت کنترل آن دولت بوده است. این مقاله به دنبال تحلیل هر دو دیدگاه موجود در تفسیر ماده یک مشترک است و در پی آن است که به این سؤال پاسخ دهد آیا قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک قلمرو پهناوری است که دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو را مکلف به الزام طرفین یک درگیری مسلحانه به رعایت قواعد این کنوانسیون‌ها می‌کند یا قلمرو محدودی است که فقط دولت‌های عضو را مکلف به رعایت کنوانسیون‌های مزبور در سرزمین خود و نسبت به تمام مناطق و افراد تحت کنترل خود می‌کند و فراتر از آن نمی‌رود. در این مقاله نگارنده به دنبال آن است که با روش کتابخانه‌ای و بررسی اسناد حقوقی و آرای قضایی و با استفاده از نوشته‌های حقوق‌دانان بین‌المللی اثبات کند که تعهد دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو در «تضمین رعایت» این کنوانسیون‌ها محدود به رعایت کنوانسیون‌های مزبور در سرزمین خود و نسبت به تمام مناطق و افراد تحت کنترل خود است و دولت‌های مزبور تعهدی برای انجام اقدامی فراتر از این ندارند.

کلید واژگان: ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، تضمین رعایت، پروتکل‌های الحاقی، مفهوم موسع، مفهوم مضیق.

استناد به این مقاله: لسانی، سید حسام‌الدین، «تحلیل قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۶۳-۸۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.225893.2104>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۳

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: h.lesani@hmu.ac.ir

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

حقوق مخاصمات مسلحانه به مجموعه قواعدی اطلاق می‌شود که در زمان جنگ‌ها و نبردهای مسلحانه لازم‌الاجرا می‌گردد. این حقوق مشتمل بر تعهداتی برای طرفین درگیری‌های مسلحانه است و سعی در حفاظت از غیر نظامیان، بیماران و زخمی‌ها و همچنین اسیران جنگی از طریق الزام طرفین درگیری به اعمال رفتار انسانی و حمایت از گروه‌های نام‌برده دارد و از طریق اصولی همچون اصل تفکیک میان نظامیان و غیرنظامیان، اصل تناسب، اصل منع رنج بیهوده و سایر اصول موجود در این حقوق به دنبال رسیدن به اهداف خود است. این حقوق تلاش می‌کند تا با محدود کردن اختیار متخاصمان در عملکرد جنگی و ایجاد محدودیت در استفاده از تسلیحات و شیوه‌های جنگی، حقوق افراد مورد حمایت را حراست کند. در حقوق مخاصمات مسلحانه جنگ به‌عنوان یک واقعیت عینی در نظر گرفته می‌شود و مباحث مربوط به حقوق توسل به زور و مواردی که دولت‌ها مجاز به شروع یک جنگ هستند، مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ بلکه این حقوق، قواعد لازم‌الاجرا در زمان وقوع یک درگیری است؛ فارغ از آنکه در آن جنگ یک طرف متجاوز و دیگری در حال دفاع مشروع باشد یا یک طرف به دنبال اشغال نظامی سرزمین طرف مقابل، و طرف دیگر در حال بیرون راندن اشغالگر از سرزمین خود باشد و یا اهدافی همچون حمایت از جمعیت انسانی در معرض خطر در آن کشور را مبنای آغاز جنگ خود عنوان کرده باشد.

کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ مشتمل بر چهار کنوانسیون است که به ترتیب درمورد حمایت از مجروحان و زخمی‌ها در جنگ‌های زمینی (کنوانسیون اول)، حمایت از مجروحان و زخمی‌ها و کشتی‌شکستگان در جنگ‌های دریایی (کنوانسیون دوم)، حمایت از اسیران جنگی (کنوانسیون سوم) و حمایت از غیرنظامیان (کنوانسیون چهارم) می‌باشند. آنچه مبنای این مقاله است، ماده یک هر چهار کنوانسیون یادشده است که با عبارتی مشترک و کاملاً مشابه در هر چهار کنوانسیون تکرار شده است. مطابق این ماده، دولت‌های معظم متعاهد مکلف‌اند که مفاد کنوانسیون‌های حاضر را رعایت کنند و رعایت آن را در تمام شرایط تضمین نمایند. ملزم نمودن دولت‌های عضو قراردادی (که بیش از ۱۹۵ دولت جهان هستند) به رعایت مفاد آن قرارداد، تعهد خاصی برای اعضا آن نیست، بلکه منبعث از اصل وفای به عهد^۱ است که جزء اصول کلی حقوقی مورد پذیرش تمامی نظام‌های حقوقی جهان است. از سوی دیگر، مطابق ماده ۲۶ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ درخصوص حقوق معاهدات دولت‌ها متعهدند تعهدات خود را با حسن‌نیت به انجام برسانند. این قاعده بنیادین خمیرمایه تعهد به رعایت و تضمین رعایت مذکور در ماده یک مشترک است.^۲ نکته موجود در این ماده یک مشترک «تضمین رعایت» کنوانسیون‌های مزبور توسط دول معظم متعاهد است. در تفسیر این قسمت از ماده مزبور دو دیدگاه موجود است: دیدگاه نخست حاکی از آن است که دولت‌های عضو مکلف‌اند اجرای این کنوانسیون‌ها در سرتاسر سرزمین خود و نسبت به تمام مناطقی که نسبت به آن‌ها اختیار یا صلاحیتی دارند و به عبارتی نسبت به تمام مناطقی که در آن‌ها حق اعمال صلاحیت قضایی خود را دارند، تضمین نمایند. این دیدگاه از حمایت تاریخی بیش از ۶۰ سال در اسناد حقوق بین‌الملل و خصوصاً دکتترین برخوردار است.

دیدگاه دوم که شاهد حمایت از آن بعد از دهه ۹۰ میلادی و خصوصاً سال ۲۰۰۰ هستیم و به وسیله تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۲۰۱۶ هم تقویت شده، حاکی از آن است که دول معظم متعاهد کنوانسیون‌های ژنو مکلف‌اند اجرای این کنوانسیون‌ها توسط دولت‌های ثالث را تضمین نمایند. به عبارتی در صورتی که دو دولت درگیر یک

^۱. pacta sunt servanda

^۲. باقر زاده، رضوان و امیر حسین رنجبریان، بنیان اجرای حقوق بشر دوستانه: تعهد دولت‌ها به رعایت و تضمین رعایت حقوق بشر دوستانه، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۴، شماره ۴۶، ص ۱۹۰.

مخاصمه مسلحانه شوند و یا یک کشور در سرزمین خود درگیر یک جنگ داخلی گردد، کلیه دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو نه تنها مکلف‌اند دولت‌های درگیر جنگ را تشویق به رعایت کنوانسیون‌های ژنو نمایند و وظیفه دارند نقض کنوانسیون‌های مذکور توسط دولت‌های درگیر در جنگ را تشویق نکنند، بلکه دارای تعهد مثبت و در نتیجه آن مسئولیت بین‌المللی‌اند که از هر اقدامی در چارچوب اصول حقوق بین‌الملل برای وادار کردن طرفین درگیری به اجرا و اعمال کنوانسیون‌های مزبور دریغ نمایند و در واقع در چارچوب اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، رعایت کنوانسیون‌های ژنو توسط طرفین درگیری را تضمین کنند.^۱

در مقالات و کتاب‌های نوشته شده به زبان انگلیسی، برخی نویسندگان دیدگاه مفهوم مضیق و برخی دیدگاه مفهوم موسع از «تضمین رعایت» را مورد توجه قرار داده‌اند. هرچند تعداد نویسندگانی که (خصوصاً بعد از سال ۲۰۰۰) دیدگاه موسع را مورد توجه قرار داده‌اند، بیشتر است. در زبان فارسی در موضوع مورد بحث، نگارنده به چندین مقاله که برخی از آن‌ها از ارزش علمی و حقوقی بالایی هم برخوردار بودند، به همراه یک کتاب ارزشمند دسترسی پیدا کرد؛ اما تمامی نوشته‌های فارسی در راستای تبیین مفهوم موسع از تضمین رعایت مذکور در ماده یک مشترک بوده‌اند که در مقاله از این نوشته‌ها در کنار سایر منابع استفاده شده است.

در این مقاله نگارنده به دنبال تحلیل هر دو دیدگاه موجود در تفسیر ماده یک مشترک است و در پی آن است که به این سؤال پاسخ دهد که آیا قلمرو ماده یک مشترک قلمرو پهناوری است که دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو را مکلف به الزام طرفین یک درگیری مسلحانه به رعایت قواعد این کنوانسیون‌ها می‌کند یا قلمرو محدودی است که فقط دولت‌های عضو را مکلف به رعایت کنوانسیون‌های مزبور در سرزمین خود و مناطق و افراد تحت کنترل خود می‌کند و فراتر از آن نمی‌رود. در این مقاله با بررسی مفهوم ماده یک مشترک، بررسی اسناد بعدی منعقدشده پس از کنوانسیون‌های ژنو، بررسی رویه دولت‌ها، بررسی قواعد لازم‌الاجرای حقوق بین‌الملل به خصوص قواعد عام‌الشمول^۲ و آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین بررسی تفسیرهای منتشرشده سعی در پاسخ به سؤال مطرح شده در بالا و ارائه یک نظر حقوقی قابل دفاع از قلمرو مفهوم «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک خواهد شد.

۱. مفهوم «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک

مفهوم ماده یک مشترک از بدو وضع این ماده چندان روشن و واضح نبوده، هنوز هم کاملاً آشکار نیست. هرچند اهمیت مفاد این ماده تا حدی است که در کنار کمک‌های بشردوستانه و منع نسل‌کشی یکی از سه قاعده اساسی ناظر بر اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه برشمرده شده است.^۳ این برای نخستین بار در تاریخ حقوق بین‌الملل است که معاهده‌ای علاوه بر تعهد به اجرا، تعهد به تضمین اجرا را هم در برمی‌گیرد.^۴ بحث‌های زیادی در مورد هدف پشت وضع این ماده وجود داشته است. برخی معتقدند که این ماده تکرار اصول و قواعد موجود حقوق بین‌الملل است و چیز جدیدی ندارد^۵

^۱ Dörmann K, L. Lijnzaad, M. Sassòli and P. Spoerri, *Commentary On The First Geneva Convention : Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Cambridge University Press, 2016, p 48.

^۲ Erga Omnes

^۳ همان، ص ۱۲۶.

^۴ موسوی میرکلائی، سید طه، راهکارها و ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه با تأکید بر ماده مشترک ۱ کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳، ص ۱۵۴.

^۵ Meron, T. "The Geneva Conventions as Customary Law" *American Journal of International Law*, Vol.81 (2), 1987, p.348.

و برخی دیگر معتقدند این ماده حاوی تعهدات جدیدی برای دولت‌هاست.^۱ برخی از نویسندگان معتقدند ماده یک مشترک هیچ چیزی غیر از یادآوری دولت‌ها نسبت به تعهداتشان مبنی بر رعایت کنوانسیون‌های ژنو ندارد و صرفاً محتوای یک مفهوم پیشنهادی کلی برای سایر دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو به غیر از دولت‌های درگیر یک مخاصمه است که اقداماتی را انجام دهند.^۲ نویسنده دیگری معتقد است که این ماده قابلیت تحمیل تعهدات حقوقی بین‌المللی به دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو در خصوص تضمین رعایت این کنوانسیون توسط سایر دولت‌ها را ندارد.^۳

در مورد نوع مخاصماتی که ماده یک مشترک در آن‌ها لازم‌الاجراست هم نظر واحدی وجود ندارد. به نظر برخی از مفسرین ماده یک مشترک را می‌توان فقط ناظر بر مخاصمات بین‌المللی دانست و به نظر آنان مقررۀ ناظر بر مخاصمات غیر بین‌المللی اصولاً ماده ۳ مشترک است که در پروتکل الحاقی دوم هم بدان اشاره شده است^۴ و برخی هم این استدلال را مطرح کرده‌اند که تعهد مندرج در ماده یک مشترک به این دلیل شامل جنگ‌های داخلی نمی‌شود که این سند میان دولت‌ها منعقد شده است.^۵ اما برخی دیگر معتقدند که این ماده هم در درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و هم غیربین‌المللی البته تا محدوده‌ای که در قلمرو ماده ۳ مشترک قرار می‌گیرد، اعمال می‌گردد. طرفداران این نظر استدلال می‌کنند درگیری‌های مسلحانه‌ای که توسط پروتکل دوم الحاقی دارای ماهیت غیر بین‌المللی توصیف شده‌اند، به صورت غیرمستقیم و تا آنجایی که پروتکل شماره ۲ منحصراً تشریح ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌ها باشد مشمول تعهدات مذکور در ماده یک مشترک‌اند. این موضوع در بند ۱ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی نیز ذکر شده است.^۶

در خصوص این مسئله که این ماده کلیۀ دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو را به تضمین رعایت کنوانسیون‌های مزبور در قلمرو تحت صلاحیت قضاییشان الزام می‌کند، هیچ شک و شبهه‌ای نیست^۷ و درواقع کلیۀ دولت‌ها مکلف‌اند رعایت مفاد کنوانسیون‌های ژنو را به وسیلهٔ افرادی که تحت اختیار و صلاحیت قضایی آن‌ها قرار دارند، تضمین نمایند.^۸ بدیهی است دولت‌ها این تعهد خود را باید به وسیلهٔ اجرای قاعده حسن‌نیت انجام دهند.^۹ از این رو کلیۀ دولت‌ها مکلف‌اند رعایت تعهدات مذکور در کنوانسیون‌های ژنو را به وسیلهٔ جمعیتی که آن دولت‌ها بر آن‌ها اعمال صلاحیت می‌کنند و همچنین به وسیلهٔ تمام افراد و گروه‌هایی که در صورت انجام خطایی بین‌المللی، آن دولت از جانب آن‌ها بایستی پاسخگو باشد،

^۱ Sassòli, M. "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law" *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, 2002, p.421.

^۲ Focarelli, C. "Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?" *The European Journal of International Law*, Vol. 21 (1), 2010, p.125.

^۳ Kalshoven, F. "The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit" *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2 1999, p.60.

^۴ میر زاده، سید محمد حسین، **ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و نحوه اعمال آنها در عرصه داخلی و بین‌المللی**، فصلنامه مطالعات حقوق شهروندی، سال دوم، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۸، ص ۸۴.

^۵ باقر زاده، رضوان و امیر حسین رنجبریان، پیشین، ص ۱۳۲.

^۶ باقرپور اردکانی، عباس، **تعهد عام دولت‌ها به رعایت و کسب اطمینان از رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه توسط متخاصمین**، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۳۸۵، شماره ۲، ص ۳۱۰.

^۷ Geiss R. "The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions" In Clapham A., P. Gaeta and M. Sassòli (Eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, para.6.

^۸ Bouttruche, T. and M.Sassòli, **Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, with a Special Focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions**, 2016, p.6 Available at.

<https://www.nrc.no/globalassets/pdf/legal-opinions/co-common-article-1-ihl-bouttruche-sassoli-8-nov-2016.pdf>, Last visit: 25 Nov 2021.

^۹ Dörmann, K. and J. Serralvo. "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations". *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895/896, 2014, p 709.

تضمین نمایندند.^۱ تضمین رعایت مفاد کنوانسیون‌های ژنو به وسیله گروه‌های مختلف افراد از سوی دولت‌های متعاقد کنوانسیون‌های ذکرشده امری عجیب و غریب و استثنایی نیست؛ چراکه چنین قلمرو اجرایی موضوع قواعد عادی حقوق بین‌الملل است. در عمل هیچ دولتی خود را متعهد به تضمین رعایت حقوق بین‌الملل به وسیله سایر دولت‌ها نمی‌داند؛ هر چند این تعهد نوعی تعهد به وسیله است نه به نتیجه.^۲ در عین حال حقوق بین‌الملل امروز به موجب بند یک ماده دو منشور ملل متحد معتقد و حامی اصل برابری حاکمیت دولت‌ها است و مسئولیت بین‌المللی هر دولت را نسبت به اعمال متخلفانه بین‌المللی همان دولت مقدم بر احراز مسئولیت بین‌المللی یک دولت به دلیل اعمال متخلفانه سایر دول می‌داند. از این رو، اصل بر مسئولیت دولتی است که طرف یک درگیری مسلحانه است و اقدام به نقض حقوق بشر دوستانه بین‌المللی می‌کند. دولت‌ها صرفاً در جایی مسئول اعمال متخلفانه بین‌المللی سایر دولت‌ها و یا بازیگران بین‌المللی می‌شوند که در هدایت و کنترل آن‌ها برای ارتکاب آن اعمال متخلفانه نقش داشته باشند.

همچنین زمانی که یک دولت اقدام به اشغال نظامی سرزمین دولتی دیگر می‌کند، مکلف است رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی به وسیله کسانی را که در سرزمین تحت اشغال او هستند، تضمین نماید و این مسئله به وسیله دیوان بین‌المللی دادگستری هم مورد تأیید و تصدیق قرار گرفته است.^۳ دیوان در این رأی سال ۲۰۰۵ خود دولت اوگاندا را به دلیل آنکه به عنوان قدرت اشغالگر در سرزمین‌های اشغال شده از جمهوری دموکراتیک کنگو نتوانسته بود رعایت قواعد و مقررات حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی را تضمین کند، ناقض تعهدات خود در این زمینه اعلام کرد. براساس این رأی، اوگاندا همچنین متعهد بود که مانع از نقض حقوق بشردوستانه توسط گروه‌های شورشی شود.^۴

با وجود این، مفهوم «تضمین رعایت در تمام شرایط» مفهوم روشنی نیست و مشخص نیست که آیا این عبارت دولت‌های ثالث را در خصوص واکنش به نقض مفاد کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ متعهد می‌کند یا خیر؟ برخی معتقدند عملکرد بعدی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و موضع‌گیری‌هایی که انجام داده‌اند، حاکی از قلمرو گسترده مفهوم ماده یک مشترک است^۵ و برخی پا را از این هم فراتر گذاشته، ادعا می‌کنند در مورد تعهد دولت‌ها نسبت به نقض مفاد کنوانسیون‌های یادشده توسط دولت‌های دیگر اجماع جهانی وجود دارد^۶ و حتی برخی آن را هسته سیستم امنیت دسته‌جمعی می‌دانند^۷ و برخی هم معتقدند نگارندگان کنوانسیون‌های ژنو با تدوین ماده یک مشترک مفهوم مسئولیت دسته‌جمعی دولت‌ها را در جامعه بین‌المللی عینیت بخشیده‌اند.^۸ برخی از نویسندگان هم با اطمینان بالایی معتقدند هر دولتی می‌تواند و باید بکوشد تا دولتی را که از تعهدات بشردوستانه‌اش شانه خالی کرده است، به رعایت و احترام به آن‌ها بازگرداند.^۹ با وجود این، برخی این نظر را تعدیل کرده، می‌گویند آنچه آشکار است، آن است که ماده یک مشترک هرگز مجوز کاربرد نیروی

1. Robson V. "The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol.25, No.1, 2020, p 4.

۲. فضائلی، مصطفی، ماهیت و مبنای تعهد به تضمین رعایت حقوق بشردوستانه از نگاه اسلام و حقوق بین‌الملل، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳، ص ۸۹۹.

3. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) (Judgment)* ICJ Reports 168, 2005, para 178.

۴. باقر پور اردکانی، عباس، پیشین، ص ۳۱۳.

5. Boutruche, T. and M. Sassòli, op-cit, p.3.

6. Sassòli, M. "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", op-cit, p.421.

7. Boisson de Chazournes, L. and L. Condorelli. "Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests" *International Review of the Red Cross*, Vol.82, No. 837, 2000, p.68.

۸. باقرزاده، رضوان و امیر حسین رنجبریان، پیشین، ص ۱۲۸.

۹. صابری، هنگامه، *ضمانت اجرا در حقوق بشر دوستانه: تعهد دولت‌ها به ترغیب یکدیگر به رعایت حقوق بین‌الملل بشر دوستانه*، مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه، ۱۳۷۸، ص ۱۵ (مقدمه).

نظامی علیه سایر کشورها را نمی‌دهد.^۱

تعبیر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق از ماده یک مشترک در رأی تادیک حاکی از مفهوم مضیق از مفهوم «تضمین رعایت» است. در این رأی دیوان با اشاره به ماده مزبور تصریح می‌کند که «دولت‌ها متعهدند هر کاری می‌توانند انجام دهند تا قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه هم توسط ارکان آن‌ها و هم دیگر نهادهای تحت صلاحیتشان رعایت و محترم شمرده شود. در نتیجه بدیهی است که نیروهای مسلح یک دولت نه تنها در داخل مرزهای ملی خود، بلکه مادامی که در خارج از کشور خود می‌جنگند، بایستی به قواعد حقوق بین‌الملل بشر دوستانه ملتزم و متعهد بمانند.»^۲

عبارت «در تمام شرایط» مذکور در ماده یک مشترک به معنای آن است که این تعهدات باید در زمان صلح و همچنین در زمان مخاصمات مسلحانه و از جمله در زمان مخاصماتی که یک دولت عضو خارج از سرزمین خود مشغول آن است، رعایت شوند.^۳ تعهدات دولت‌ها در خصوص کنوانسیون‌های ژنو در زمان صلح شامل تهیه و تنظیم قوانین مناسب، ایجاد محاکم قضایی صلاحیت‌دار، آموزش حقوق جنگ به نظامیان و حتی غیرنظامیان و موارد دیگری است که جای بحث آن در اینجا نیست. بعد از پایان یک درگیری و برقراری صلح میان طرفین نیز رعایت مفاد کنوانسیون سوم ژنو تا زمان آزادی تمامی اسیران جنگی الزامی است. در مورد کلمه «تعهد» شک و شبهه‌ای وجود ندارد که این کلمه صرفاً جنبه ارشادی نداشته است، بلکه منعکس‌کننده آن است که دولت‌های عضو یک تعهد الزام‌آور را بر عهده گرفته‌اند.

۲. مفهوم «تضمین رعایت» بر اساس اسناد بعد از کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹

نواقص موجود در کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ به وسیله دو پروتکل الحاقی که در سال ۱۹۷۷ به این کنوانسیون‌ها الحاق گردید، تکمیل شده است. در پروتکل اول ۱۹۷۷ الحاقی، مفاد ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو عیناً تکرار شده است. این دیدگاه از سوی برخی مطرح شده است که دولت‌ها در سال ۱۹۷۷ با آگاهی کامل از حدود قلمرو تعهد مذکور در ماده یک مشترک در خصوص «تضمین رعایت» اقدام به بیان مجدد آن در پروتکل اول الحاقی نموده‌اند.^۴ با وجود این، اسناد موجود در زمان انعقاد پروتکل اول حاکی از این نیست که همه دولت‌ها در آن زمان به وجود قلمرو گسترده‌ای برای تعهد مذکور در ماده یک مشترک باور داشته‌اند. برای مثال، زمانی که در سال ۱۹۷۳ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با ارسال پرسشنامه‌ای برای دولت‌ها از آن‌ها سؤال کرد که آیا دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو «می‌توانند» و «مکلف‌اند» که بر حسب ماده یک مشترک اقدام به نظارت دسته‌جمعی نمایند؛ انگلستان پاسخ داد که هر چند به عقیده این دولت ماده یک مشترک مانع دولت‌ها از اقدام دسته‌جمعی برای تضمین رعایت کنوانسیون‌های ژنو نمی‌شود، این مسئله چندان شفاف نیست که این ماده تعهدی را برای دولت‌ها جهت اقدام دسته‌جمعی برای رسیدن به هدف مذکور در این ماده در مقابل اقدامات یک‌جانبه دولتی دیگر در نقض کنوانسیون‌ها ایجاد نماید.^۵

تفسیرهای منتشر شده از کنوانسیون‌های ژنو توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ قبل از سال ۱۹۷۷ (زمان انعقاد پروتکل اول الحاقی) اشاره‌ای به قلمرو وظیفه «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک ننموده‌اند. در حالی که در ویرایش

^۱ Kessler, B. "The Duty to Ensure Respect under Common Article of the Geneva Conventions: Its Implications on International and Non-International Armed Conflicts" *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, p.500.

^۲ باقر پور اردکانی، عباس، پیشین، صص ۳۳۴-۳۳۵.

^۳ Robson, V., op-cit, p.4.

^۴ Sandoz Y, C Swinarski and B Zimmerman (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para 36.

^۵ ICRC, *Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1973, pp 24-25, Available at <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>, Art.1, Last visit: 3 Nov 2021.

فرانسوی تفسیر سال ۱۹۵۲ از کنوانسیون اول ژنو، وظیفه دولت‌ها مبنی بر «تضمین رعایت» با آوردن عبارت «مکلف است» توضیح داده شده، در ویرایش انگلیسی همین تفسیر، به جای آن از کلمه «در صورت امکان» استفاده شده است.^۱ چنین نگاهی حاکی از اختیار و الزام اخلاقی به جای تعهد حقوقی است. این تفسیر خاطرنشان می‌کند که وظیفه تضمین رعایت مذکور در ماده یک مشترک هدفش تأکید و تقویت وظیفه اولیه رعایت کنوانسیون‌های ژنو است و مشتمل بر درخواست از دولت‌ها برای اجرای وظیفه مزبور هم در زمان صلح و هم در زمان جنگ است و دولت‌ها را مکلف به نظارت بر مقامات و مسئولین خود برای اجرای مفاد کنوانسیون‌های ژنو می‌کند^۲ و شامل تعهدی برای «تضمین رعایت» این کنوانسیون‌ها توسط سایر دولت‌ها نیست. اشاره به ماده یک مشترک در تفسیرهای سه کنوانسیون دیگر ژنو هم حکایت از «اختیار دولت‌ها» در مقابل الزام آن‌ها دارد.^۳ در هیچ‌کدام از این تفسیرها نیز از کلمه «باید» استفاده نشده است.

در تفسیرهای اخیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ صرفاً به دو سند در خصوص آگاهی دولت‌ها از قلمرو گسترده ماده یک مشترک در سال ۱۹۷۷ و هنگام انعقاد پروتکل‌های الحاقی اول و سوم اشاره شده است. (در پروتکل دوم الحاقی اشاره‌ای به تعهد دولت‌ها با مضمون ماده یک مشترک نشده است.) نخست اینکه در تفسیرهای اخیر به قطعنامه صادره توسط کنفرانس حقوق بشر تهران اشاره شده که در آن به بحث رابطه میان صلح و تحقق حقوق بشر پرداخته شده است.^۴ در مقدمه این قطعنامه «خاطر نشان می‌شود» که دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ گاهی اوقات از اجرای مسئولیت خود بر برداشتن قدم‌هایی برای «تضمین رعایت» قواعد بشردوستانه توسط سایر کشورها در تمام شرایط سر باز می‌زنند؛ حتی اگر خودشان مستقیماً در آن مخاصمه درگیر نشده باشند.^۵ هرچند که طرف‌داران تفسیر گسترده از کلمه «تضمین رعایت» مانور زیادی روی این جمله قطعنامه فوق‌الاشاره می‌دهند، این جمله در مقدمه قطعنامه حاکی از تعهد نیست. از سوی دیگر، این قطعنامه یک سند حقوقی لازم‌الاجرا نیست و تفسیر ماده یک مشترک محسوب نمی‌شود، بلکه صرفاً انعکاس موضع سیاسی شصت‌وهفت کشوری است که قطعنامه مزبور را در چارچوب کنفرانس حقوق بشر تهران تصویب نموده‌اند. دوم آنکه تفسیرهای اخیر به قطعنامه ۲۸۵۱ مجمع عمومی به سال ۱۹۷۱ استناد کرده‌اند که بر مبنای گزارش کمیته ویژه‌ای تنظیم شده بود که در مورد اعمال اسرائیلی‌ها در خصوص رعایت حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی فلسطین تحقیق کرده بود.^۶ در مقدمه این قطعنامه به این مسئله اشاره شده است که دولت‌ها مکلف‌اند رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی را تضمین نمایند.^۷ در این مقدمه اشاره‌ای به قلمرو این تعهد دولت‌ها نشده است. در پاراگراف ۹ این قطعنامه هم از دولت‌های عضو «درخواست می‌شود» که حداکثر تلاش خود را برای تضمین اینکه اسرائیل تعهداتش را به موجب کنوانسیون‌های ژنو رعایت و اجرا می‌کند، انجام دهند؛ بدون اینکه اشاره‌ای به این مسئله شود که انجام چنین اقدامی از سوی دولت‌ها در راستای تعهدات حقوقی آن‌هاست.

در خلال کنفرانس مربوط به انعقاد پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷، عدم اشاره به یک سند آشکار حقوقی در حمایت از قلمرو گسترده وظیفه «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک موجب ایجاد تنش میان نمایندگان دولت‌ها شد؛ چراکه آن‌ها نگران بودند تکرار عبارت مذکور در ماده یک مشترک، در پروتکل اول الحاقی موجب توسعه مفهوم «تضمین رعایت»

1. Pictet J (ed), *Commentary on the Geneva Conventions of August 12 1949*, Volume I, ICRC, 1952, p.26.

2. Ibid.

3. Pictet J (ed), *Commentary on the Geneva Conventions of August 12 1949*, Volume 2, ICRC, 1960, p.25 and Pictet J (ed), *Commentary on the Geneva Conventions of August 12 1949*, Volume 4, ICRC, 1958, p 16.

4. Geiss, R., op-cit, para.18.

5. International Conference on Human Rights, Teheran, Res. XXIII, 1968, Preamble.

6. Dörmann K., L. Lijnzaad., M.Sassòli and P.Spoerri, op-cit, p 49.

7. UN General Assembly, Res. 2851 (XXVI), Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, 20 December 1971, Preamble.

در حقوق بین‌الملل شود. اما جو حاکم بر اجلاس حاکی از آن بود که چنین تکراری به منزله توسعه این مفهوم نه به وسیله نمایندگان دولت‌ها و نه به وسیله کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیست.^۱ نکته مهم آن است که کلمه «تضمین رعایت» حتی در پیش‌نویس ارائه‌شده از پروتکل اول توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ هم وجود نداشت و این موضوع طی اصلاحیه‌ای که در خلال اجلاس توسط چند کشور به این پیش‌نویس زده شد، وارد پیش‌نویس و سپس مذاکرات گردید.^۲ در همین اجلاس هم فقط دو نفر از نمایندگان دولت‌ها در مورد ماهیت تکرار وظیفه «تضمین رعایت» صحبت کرده‌اند. یکی از آن‌ها نماینده نیجریه بود که با اشاره به ماده یک مشترک اظهار داشت در سال ۱۹۴۹ با طرح ایده تعهد یک‌جانبه دولت‌ها (که جنبه عمل متقابل هم ندارد) زمینه جدیدی باز شد که شاید منظور وی خصوصیت عام‌الشمول بودن این تعهد است.^۳ دیگری نماینده انگلستان بود که بر اهمیت این وظیفه بدون اشاره به جزئیات تأکید کرد و در نهایت هم به این نتیجه رسید که مفهوم این تعهد مورد بحث نیست.^۴ بحث دیگری در مورد مفهوم عبارت «تضمین رعایت» در این اجلاس مطرح نگردید.

تعهد به رعایت و تضمین رعایت در پروتکل سوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو به سال ۲۰۰۵ هم مورد اشاره قرار گرفته است.^۵ در دهه ۱۹۹۰ برای یک مدت زمان کوتاه و صرفاً در چارچوب جنگ فلسطین و اسرائیل اشاره به این تکلیف دول متعاهد کنوانسیون‌های ژنو برای «تضمین رعایت» این کنوانسیون‌ها توسط اسرائیل، در قالب چندین قطعنامه صادره توسط مجمع عمومی و شورای امنیت خود را نشان داده است.^۶ اما به جز قطعنامه صادره توسط مجمع عمومی در تأیید نظر مشورتی دیوار حائل که توسط دیوان صادر شده،^۷ تا سال ۲۰۰۵ (سال تصویب پروتکل سوم الحاقی) هیچ اشاره دیگری به این ماده نشده است؛ به نحوی که نه در هشت قطعنامه دیگری که در نشست فوق‌العاده اختصاصی مجمع عمومی صادر شده^۸ و نه در هیچ اعلامیه صادره توسط دولت عضو کنوانسیون‌های ژنو مشارکت‌کننده در کنفرانس‌های مرتبط با آن مخاصمه^۹ اشاره‌ای به تعهد دول عضو در خصوص «تضمین رعایت» نشده است.

مفهوم «تضمین رعایت» در بند یک ماده ۳۸ کنوانسیون ۱۹۸۹ حقوق کودک هم مورد توجه قرار گرفته است. در این بند آمده است: «دولت‌های عضو مکلف به رعایت و تضمین رعایت قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی لازم‌الاجرا در مخاصمات مسلحانه در مواردی هستند که به نحوی به کودکان ارتباط پیدا کند.»^{۱۰}

در شرحی که از این بند در تفسیر منتشر شده در سال ۲۰۰۵ از کنوانسیون مزبور آمده است، چند احتمال در مورد مفهوم «تضمین رعایت» در این بند مطرح شده است. احتمال اول آن است که منظور از «تضمین رعایت» در این بند، اجرای مفاد مزبور توسط گروه‌های مسلح غیر دولتی از قبیل شورشیان یا گروه‌های پارتیزانی است؛ گروه‌هایی که امکان حقوقی پیوستن به کنوانسیون مزبور را نداشته‌اند.^{۱۱} تفسیر دومی که از این مفهوم آمده است، در خصوص تعهد دولت‌ها به ایجاد

¹. Sandoz Y, C.Swinarski and B. Zimmerman, op-cit, p.36.

². The Official Records of the Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva 1974-1977, para.32.

³. Ibid, para.35.

⁴. Ibid, para.36.

⁵. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (adopted 8 December 2005, entered into force 14 January 2007) 2404 UNTS 43425, Art1(1).

⁶. UNSC Res 681 (20 December 1990); and UNGA Res ES-10/2 (25 April 1997), ES-10/3 (15 July 1997), ES-10/4 (13 November 1997), ES-10/5 (17 March 1998) and ES-10/6 (9 February 1999).
15 July 1999, 5 December 2001 and 17 December 2004.

⁷. UNGA Res ES-10/15 (20 July 2004).

⁸. UNGA Res ES-10/7 to 10/14, 2000-2003.

⁹. 15 July 1999, 5 December 2001 and 17 December 2004.

¹⁰. Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989.

¹¹. Ang, Fiona, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 38 Children in Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, para.53.

زمینه‌های لازم حقوقی و قانون‌گذاری مناسب در زمان صلح برای اجرای قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی است. به عبارتی دولت‌ها باید زمینه‌های قانون‌گذاری مناسب را در کشورهای خود برای جلوگیری از نقض آن دسته از قواعد حقوق بشردوستانه که مرتبط با کودکان است، فراهم نمایند و مهم‌ترین مسئله در این خصوص عدم به‌کارگیری کودکان زیر پانزده سال در مخاصمات است.^۱ احتمال دیگری که در این تفسیر از مفهوم «تضمین رعایت» مطرح شده است، اجرای مفاد تعهدات دولت‌ها در خصوص حقوق بشردوستانه در سراسر کشور خود و از جمله از طریق ایجاد محاکم قضایی صالح برای مجازات خاطیان حقوق بشردوستانه بین‌المللی مرتبط با کودکان است.^۲ در آخرین تفسیری که از مفهوم «تضمین رعایت» ارائه شده، آمده است که ایجاد تعهد برای سایر دولت‌ها در خصوص عملکرد یک دولت در نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی مرتبط با کودکان در خلال یک درگیری، بسیار مناقشه‌آمیز است و هیچ اجماعی در مورد آن وجود ندارد.^۳ کمیته حقوق کودک که به عنوان تفسیرکننده رسمی مفاد کنوانسیون حقوق کودک محسوب می‌شود، نیز معتقد است منظور از تضمین رعایت صرفاً یک مفهوم مالی است و آن عبارت است از اقدام همه دولت‌ها در صورت امکان برای کمک‌رسانی مالی به سایر دولت‌ها برای ایجاد زمینه‌های مناسب برای اجرای مفاد ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک در خصوص ممنوعیت استفاده از کودکان زیر پانزده سال در مخاصمات.^۴

از این رو آنچه به نظر می‌رسد آن است علی‌رغم آنکه مطابق تصریح تفسیر کنوانسیون حقوق کودک، این بند از ماده ۳۸ کنوانسیون دقیقاً از ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو اقتباس شده، در هیچ جای این تفسیر اشاره‌ای بر تعهد سایر دولت‌ها به «تضمین رعایت» مفاد حقوق بشر دوستانه توسط دولت‌های درگیر در یک مخاصمه نشده است.

۳. بررسی مفهوم «تضمین رعایت» با توجه به عملکرد دولت‌ها

برای آنکه عملکرد دولت‌ها در یک مورد خاص بتواند موجب ایجاد قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل شود، لازم است آن عملکرد به نحو کافی گسترده و شفاف باشد و تناقضی در آن وجود نداشته باشد. نامتناقض بودن به معنای گسترده بودن و به مفهوم واقعی یکنواخت بودن یک عمل است.^۵ در تفسیرهای اخیر از ماده یک مشترک توجه خاصی به عملکرد دولت‌ها در اجرای این ماده نشده است.^۶ در مقابل، این تفسیرها ترجیح داده‌اند برای اثبات عملکرد دولت‌ها در خصوص تفسیر گسترده از مفهوم «تضمین رعایت» و تسری آن به تعهد کلیه دولت‌ها حتی دولت‌های غیر درگیر در یک مخاصمه مسلحانه، به قاعده ۱۴۴ مجموعه قواعد عرفی تهیه‌شده توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۲۰۰۵ استناد نمایند.^۷ در این قاعده آمده است که دولت‌ها نباید نقض حقوق بشردوستانه توسط طرف‌های درگیر در مخاصمات مسلحانه را تشویق کنند و باید از نفوذ خود برای پایان دادن به نقض حقوق بشردوستانه استفاده نمایند.^۸ در توضیح این قاعده، به درخواست‌های مکرر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از طرفین جنگ رودزیا-زیمباوه به سال ۱۹۷۹ و جنگ ایران و عراق در سال‌های ۱۹۸۳ و ۱۹۸۴ اشاره شده که از آن‌ها خواسته شده رعایت قواعدی را که در کنوانسیون‌های ژنو وجود نداشتند و فقط در پروتکل اول الحاقی موجود بودند، تضمین نمایند؛ درحالی‌که هیچ کدام از طرفین جنگ‌های یادشده

^۱. Ibid, para.54.

^۲. Ibid, para.55.

^۳. Ibid, para.56.

^۴. Ibid.

^۵. ICJ, North Sea Continental Shelf (Judgment) ICJ Reports, 1969, para.74.

^۶. Finucane B. "Partners and Legal Pitfalls" *International Legal Studies*, Vol.92, 2016, p. 412.

^۷. Geiss, R., op-cit, para.18.

^۸. هنکرتز، ژان ماری و دوسوالدیک لوئیس، *حقوق بین‌الملل بشر دوستانه عرفی*، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۷۲۰.

عضو پروتکل‌های الحاقی نبوده‌اند. در این قاعده به عدم اعتراض دولت‌ها به درخواست یادشده به عنوان دلیلی بر عرفی بودن مفهوم موسع از «تضمین رعایت» استناد شده است.^۱

در توضیح قاعده ۱۴۴ مجموعه قواعد عرفی به لوایح دو دولت کانادا و انگلستان استناد شده است که سایر دول عضو کنوانسیون‌های ژنو را دعوت به رعایت کنوانسیون‌های مزبور در برخی شرایط خاص نموده‌اند.^۲ این در حالی است که احراز عرفی بودن یک قاعده با مستند قرار دادن عمل و نگرش چند دولت محدود صحیح نیست و حتی در لوایح صادره توسط دولت‌های کانادا و انگلستان هم اشاره‌ای به تعهد حقوقی دولت‌ها برای «تضمین رعایت» کنوانسیون‌های ژنو نشده است.^۳ همچنین در توضیح این قاعده به لایحه دولت دانمارک اشاره شده است که به موجب آن کلیه دولت‌های عضو متعهد در کنوانسیون‌های ژنو مکلف به «تضمین رعایت» کنوانسیون‌های مزبورند^۴ و این لایحه موجب طرح این سؤال می‌شود که چگونه یک دولت (منظور دولت دانمارک است) این حق را دارد که برای سایر دولت‌ها بدون رضایت آن‌ها تعهد حقوقی ایجاد نماید؟ حقیقت آن است که متدولوژی این تحقیق کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد شناسایی قواعد عرفی حقوق بشردوستانه و به عنوان مستندی برای احراز وجود عملکرد دولت‌ها و عنصر معنوی عرف مورد انتقادهایی از جمله توسط دولت آمریکا و برخی حقوق‌دانان بین‌المللی قرار گرفته است.^۵

برای برداشت مفهوم گسترده از عبارت «تضمین رعایت» می‌توان به برخی از قطعنامه‌های صادره توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد هم استناد کرد^۶ و عملکرد دولت‌ها را در ارتباط با چنین قطعنامه‌هایی موجب احراز رویه دولت‌ها دانست. اما با بررسی این قطعنامه‌ها این نتیجه حاصل می‌شود که این قطعنامه‌ها نمی‌توانند عنصر معنوی را که لازمه تشکیل یک قاعده عرفی است، احراز نمایند. دیوان بین‌المللی دادگستری هم خاطر نشان کرده است که «واقعیت محض آن است که اظهار دولت‌ها مبنی بر شناسایی برخی قواعد مذکور در یک قطعنامه مجمع عمومی برای دیوان کافی نیست که به این نتیجه برسد که این قواعد جنبه حقوق بین‌الملل عرفی دارند و برای آن دولت‌ها لازم‌الاجرا می‌باشند.»^۷ در مقابل، اظهارات اخیر نمایندگان دولت‌ها این مسئله را شفاف می‌کند که باور دولت‌ها این است که هر دولت به‌شخصه متعهد به رعایت و تضمین رعایت حقوق بشردوستانه در تمام شرایط است و این بدین معنی است که دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو تعهدی برای تضمین رعایت مفاد کنوانسیون‌های ژنو به وسیله سایر دولت‌ها در مخاصماتی که به آن دولت‌ها مربوط نمی‌شود، ندارند.

در ۲۴ اکتبر ۲۰۱۹ مشاور ارشد هیئت نمایندگی آمریکا در سازمان ملل در مقابل شورای امنیت اظهار داشت: «دولت ترکیه مسئولیت دارد که تضمین کند نیروها و افراد تحت فرمانش منطبق با حقوق مخاصمات مسلحانه عمل نمایند» و در اینجا تفسیر مضیق خود را از ماده یک مشترک ارائه نمود.^۸ رئیس دفتر حقوق بین‌الملل در دادستانی کل استرالیا نیز قلمرو گسترده مطرح‌شده در تفسیرهای اخیر در خصوص تعهد دولت‌ها به «تضمین رعایت» کنوانسیون‌های ژنو توسط

۱. همان، ص ۷۲۲.

۲. همان، ص ۷۲۳.

۳. Henckaerts J. and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol.2, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p.3301.

۴. Ibid, p.3302.

۵. JB Bellinger III and WJ Haynes II, "A US Government Response to the ICRC study Customary International Humanitarian Law" *International Review of the Red Cross*, Vol.89, 2007, p. 443.

۶. UNSC Res 2286 (3 May 2016) preambular para 4 and UNGA Res ES-10/20 (13 June 2018) para 1.

۷. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States) (Judgment)* ICJ Reports 14,1986, para.184.

۸. Massingham E. and A. McConnachie, "Common Article 1: An Introduction" In Massingham E. and A. McConnachie (Eds) *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Routledge Research in the Law of Armed Conflict, Routledge Publication, 2021, p.1.

سایر دولت‌ها را به باد انتقاد گرفته و با آن مخالفت کرده است.^۱ وزارت امور خارجه کانادا نیز در یک دعوای داخلی استدلال کرده است که نه ماده یک مشترک و نه هیچ قاعده عرفی دیگری دولت‌های عضو کنوانسیون‌های ژنو را مکلف نمی‌کند که رعایت مفاد کنوانسیون‌های ژنو توسط سایر دولت‌ها را تضمین نمایند.^۲ در دستورالعمل نظامی سال ۲۰۱۶ دانمارک هم هیچ جمله‌ای در حمایت از قلمرو گسترده ماده یک مشترک وجود ندارد.^۳ حتی کسانی که در حمایت از قلمرو گسترده‌تر تعهد به «تضمین رعایت» کنوانسیون‌های ژنو استدلال کرده‌اند، هم خاطرنشان نموده‌اند که دول متعاقد کنوانسیون‌های مزبور در واکنش‌های خود در مقابل نقض کنوانسیون‌های ژنو توسط سایر دولت‌ها از حق انتخاب بالایی برخوردارند.^۴

۴. بررسی خصوصیت عام‌الشمول بودن تعهد به «تضمین رعایت»

از تعهدات عام‌الشمول به تعهداتی تعبیر می‌شود که یک دولت در مقابل کل جامعه بین‌المللی دارد. مفهوم تعهدات عام‌الشمول اگرچه در سال ۱۹۶۶ در دعوای اتیوبی و لیبریا علیه آفریقای جنوبی محملی برای شناسایی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری پیدا کرد، دیوان بنا به مصالحی و از جمله عدم توانایی درک ضرورت آن از سوی جامعه بین‌المللی به رسمیت شناختن آن را تا سال ۱۹۷۰ در قضیه بارسلونا تراکشن به تعویق انداخت.^۵ لذا این اصطلاح برای نخستین بار توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن ابداع گردید.^۶ خواهان‌ها در پرونده آزمایشات اتمی نیز به تعهدات مزبور استناد کرده، بر این اعتقاد بودند که آزمایش‌های هسته‌ای فرانسه، حقوق مشترک دولت‌ها را که باید از آثار آزمایش‌های هسته‌ای مصون بوده و از آزادی در دریاهای آزاد بهره‌مند باشند، نقض می‌کند. به عقیده نیوزیلند، تعهدات عام‌الشمول منافع جامعه بین‌المللی را در حمایت از امنیت، بهداشت و حیات همه مردم و حفظ محیط زیست جهانی تأمین می‌کند. این کشور تعهدات عام‌الشمول را تعهد هر دولت نسبت به هر عضو دیگر جامعه بین‌المللی می‌داند.^۷ دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی دیوار حایل هم تعهد مذکور در ماده یک مشترک کنوانسیون‌های ژنو در خصوص «تضمین رعایت» را یک تعهد با طبیعت عام‌الشمول دانست.^۸ دیوان در این پرونده به این نتیجه رسید که از ماده یک مشترک این‌گونه برداشت می‌شود که هر دولت عضو کنوانسیون‌های ژنو خواه یک طرف مخاصمه باشد یا خیر، متعهد به آن است که تضمین کند مفاد کنوانسیون‌های مزبور رعایت می‌شوند و تمامی دول عضو کنوانسیون‌های ژنو در عین حالی که متعهد به رعایت مفاد منشور ملل متحد و حقوق بین‌الملل هستند، همچنین متعهدند که رعایت قواعد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی (مذکور در کنوانسیون‌های ژنو) را توسط اسرائیل تضمین نمایند.^۹ گزارشگر کمیسیون

^۱ Reid J. **Ensuring respect: the role of State practice in interpreting the Geneva Conventions**, the International Law Association (Australian Branch), 2016, p.1, available at: <https://ilareporter.org.au/2016/11/ensuring-respect-the-role-of-state-practice-in-interpreting-the-geneva-conventions-john-reid/> Last visit: 20 Dec 2021.

^۲ Robson V., op-cit, p.9.

^۳ Ibid.

^۴ Geiss, R., op-cit, para.40.

^۵ موسوی میر کلایی، سید طه، پیشین، ص ۱۵۸.

^۶ شریفی طراز کوهی، حسین، **قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی**، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵، ص ۱۹۶.

^۷ همان، ص ۲۰۴.

^۸ ICJ, **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)** ICJ Reports 136, 2004, para.157.

^۹ Ibid, para.158-159.

حقوق بین‌الملل، مارتین کاسکنمی،^۱ هم ماده یک مشترک کنوانسیون‌ها را مصداقی از تعهدات عام‌الشمول می‌داند.^۲ در مورد اینکه برخی از قواعد حقوق بشردوستانه جنبه قاعده عام‌الشمول دارند، شک و شبهه‌ای وجود ندارد. با فرض عام‌الشمول بودن برخی معیارها و تعهدات حقوق بین‌الملل بشردوستانه، همه دولت‌ها در تضمین اینکه هر دولت دیگری حقوق بشردوستانه را رعایت کند، ذی‌حق و دارای تکلیف تلقی می‌شوند. این تفسیر با نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نیز انطباق دارد؛ آنجا که می‌گوید در صورتی که تعهد نقض شده متعلق به کل جامعه بین‌المللی باشد، هر دولتی غیر از دولت زیان‌دیده نیز می‌تواند مدعی، و توقف نقض، تضمین عدم تکرار و جبران را خواستار شود.^۳

با وجود این، استناد دیوان به خصوصیت عام‌الشمول ماده یک مشترک در نظر مشورتی دیوار حائل موجب نمی‌گردد که دولت‌های ثالث در یک درگیری الزام حقوقی پیدا کنند که در مقابل دولت ناقض کنوانسیون‌های ژنو اقدام نمایند. بر اساس رأی دیوان در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای ۱۹۹۶ یک قاعده عام‌الشمول قاعده‌ای است که برای رعایت شخصیت انسانی جنبه اساسی و پایه‌ای داشته باشد و مشتمل بر ملاحظات اساسی انسانیت باشد و باید به وسیله تمامی دولت‌ها، چه آن‌هایی که معاهداتی را که مشتمل بر چنین قواعدی هستند، تصویب کرده باشند یا خیر، رعایت شود؛ زیرا این قواعد تشکیل‌دهنده اصول غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی هستند.^۴ در واقع تعهدات عام‌الشمول تعهدات قرار داده شده برای تمام دولت‌ها هستند و برخلاف قواعد عادی حقوق بین‌الملل، قابل نقض به وسیله عمل متقابل نمی‌باشند و باید بدون توجه به رفتار دیگر دولت‌ها اجرا گردند. خصوصیت عام‌الشمول داشتن برخی قواعد حقوق بشردوستانه دلیلی بر این نیست که ماده یک مشترک برای دولت‌های ثالث در یک درگیری الزام حقوقی ایجاد نماید.

از سوی دیگر، هر چند بر اساس نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، ماده یک مشترک از خصوصیت عام‌الشمول برخوردار است، میان وظیفه‌ای که بر عهده تمام دولت‌ها گذارده شده باشد تا وظیفه‌ای که یک دولت خود آن را بر عهده بگیرد، تفاوت هست و در واقع تفاوت این دو تفاوت میان تکلیف و حق است. تکلیف ممکن است به واسطه عمل متقابل از یک دولت ساقط شود، اما حق ساقط‌شدنی نیست. این ناشی از خصوصیت عام‌الشمول یک تعهد نیست که هر دولت عضوی مکلف به ممانعت و یا پایان دادن به یک نقض صورت‌گرفته توسط دولت متعاقد دیگری که همان تعهد را دارد، است. بلکه صرفاً بدین معناست که هر دولت عضوی حق دارد که خواهان مسئولیت دولتی شود که نقض صورت‌گرفته به آن دولت قابل انتساب است؛ هر چند دولت مدعی مسئولیت دولت ناقض، خود آسیبی در این میان ندیده باشد.^۵ حتی اگر خصوصیت عام‌الشمول برخی تعهدات دولت‌ها به موجب حقوق بشردوستانه بین‌المللی را مجوز تحمیل تعهداتی بر آن‌ها نسبت به نقض تعهدات عام‌الشمول توسط طرفین درگیری بدانیم، باز هم نتیجه‌گیری دیوان از عام‌الشمول بودن ماده یک مشترک قابل توجیه نیست. چنان‌که دیوان در نظر مشورتی دیوار حایل، ضمن اشاره به نقض تعهدات عام‌الشمول توسط اسرائیل با استنباط از ماده یک اعلام داشته است که همه دول عضو کنوانسیون، اعم از اینکه طرف مخاصمه باشند یا نه، متعهد به تشویق طرف‌های مخاصمه به رعایت شرایط و الزامات مقرر در کنوانسیون هستند^۶ و نه فراتر از آن. این درحالی

۱. Martti Koskeniemi

۲. باقر زاده، رضوان و امیر حسین رنجبریان، پیشین، ص ۱۴۰.

۳. فضائی، مصطفی، پیشین، صص ۹۰۰-۹۰۱.

۴. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) ICJ Reports 226, 1996, para. 79.

۵. *مسئولیت بین‌المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴.

۶. فضائی، مصطفی، پیشین، ص ۹۰۱.

است که تعهد دولت‌ها به موجب ماده ۴۸ طرح مسئولیت بین‌الملل دولت‌ها ۲۰۰۱ در اجرای تعهدات عام‌الشمول آن‌ها فراتر از تشویق دولت ناقض این تعهدات است.

جدای از آنکه استناد دیوان به خصوصیت عام‌الشمول تعهد مذکور در ماده یک مشترک در خصوص «تضمین رعایت» صحیح به نظر نمی‌رسد، در رأی دیوار حائل هیچ دلیلی برای حمایت از خصوصیت عام‌الشمولی این تعهد دولت‌ها ارائه نشده است؛ چنان‌که قاضی کوجیمان^۲ هم در نظریه جداگانه خود خاطرنشان ساخته است که «دیوان نمی‌گوید که بر اساس چه چارچوبی به این نتیجه رسیده که این ماده تعهداتی را بر دولت‌های ثالث و نه طرف درگیری تحمیل می‌کند.»^۳ مخالفت کردن با این نتیجه‌گیری از سوی قاضی یادشده هم مشکل است؛ به خصوص در آنجایی که می‌گوید: «چون دیوان هیچ استدلالی در مورد دلایل خود ارائه نمی‌دهد، من قادر به حمایت از این نتیجه‌گیری نیستم.»^۴ قاضی هیگینز نیز در خصوص ماده یک مشترک در نظر جداگانه خود در رأی دیوار حائل می‌نویسد: «ماده یک مشترک که ظاهراً از سوی دیوان به عنوان منبعی برای تلقی خصلت عام‌الشمول این تعهدات دیده شده است، به سادگی مقررهای است که در بسیاری از معاهدات چندجانبه جهان شمول نیز درج شده است. آخرین سوابق کنفرانس دیپلماتیک ژنو ۱۹۴۹ هیچ توضیح سودمندی در این زمینه ارائه نمی‌کند که تفسیر مطرح‌شده از عبارت «تضمین رعایت» را می‌توان به عنوان تعهدی فراتر از حوزه قانون‌گذاری داخلی و سایر حوزه‌های ملی در داخل سرزمین یک دولت در نظر گرفت.»^۵

از سوی دیگر، توجه به این نکته لازم است که بیش از ۹۰ درصد مفاد کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ قواعد عادی حقوق بشردوستانه محسوب می‌شوند و لذا تسری الزام حقوقی که برای دولت‌ها در مورد قواعد عام‌الشمول وجود دارد، به قواعد عادی (از طریق عام‌الشمول دانستن ماده یک مشترک) باید با دقت حقوقی بیشتری صورت گیرد.

۵. مفهوم «تضمین رعایت» براساس کارهای مقدماتی انعقاد کنوانسیون‌ها

یکی از ابزارهای مهم برای تفسیر معاهدات و دریافت مفهوم عبارات هر معاهده مراجعه به کارهای مقدماتی مربوط به انعقاد آن معاهده و بررسی مذاکرات دول عضو در کنفرانس‌های تهیه‌کننده متن معاهده است.^۶ در خصوص دریافت مفهوم «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک نیز مراجعه به کارهای مقدماتی انعقاد کنوانسیون‌های ژنو می‌تواند راهگشا باشد. سوابق موجود از کنوانسیون‌های ژنو حاکی از آن است که قلمرو تعهد دولت‌ها به «تضمین رعایت» قابل بسط به انجام اقدام توسط دول ثالث در مقابل نقض کنوانسیون‌های مزبور توسط طرفین یک درگیری مسلحانه نیست. چنانکه در تفسیرهای اخیر هم منعکس شده است که در نشست کمیته مشترک در خلال کنفرانس ژنو ۱۹۴۹ که منجر به تصویب کنوانسیون‌های ژنو شد، نمایندگان دولت‌های نروژ و آمریکا صراحتاً با امکان توسعه قلمرو تعهد به «تضمین رعایت» مخالفت کرده و به جای آن خاطرنشان نموده‌اند که مفهوم «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک حاکی از تعهد دولت‌های عضو به رعایت مفاد کنوانسیون‌ها فقط توسط افراد و مردمان مربوطه خودشان است. علاوه بر این،

۱. مسئولیت بین‌المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، پیشین، صص ۲۸۰-۲۸۱.

۲. Judge Kooijmans

۳. Separate Opinion of Judge Kooijmans, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 219, 2004, para. 47.

۴. Ibid, para. 50.

۵. Separate Opinion of Judge Higgins, Op.cit, para. 39.

به نقل از: باقرپور اردکانی، عباس، پیشین، ص ۳۳۷.

۶. Vienna Convention Of the Law of Treaties, 1969, Art. 32.

نماینده فرانسه در همان اجلاس خاطرنشان نمود که این مفهوم به رابطه یک دولت با مردمان خودش مربوط می‌شود.^۱ فقط نماینده کمیته بین‌المللی صلیب سرخ است که در اجلاس مزبور در خصوص قلمرو گسترده‌تر این عبارت صحبت کرد.^۲ با وجود این، نماینده مزبور نیز در سخنرانی خود خاطرنشان کرده است که ماده یک مشترک در راستای ماده ۸۲ کنوانسیون اسیران جنگی ۱۹۲۹^۳ و ماده ۲۵ کنوانسیون مجروحان و بیماران ۱۹۲۹^۴ است. این در حالی است که بررسی هر دو سند اخیرالذکر نشان می‌دهد که در آن‌ها صرفاً به رعایت کنوانسیون‌های مزبور توسط دول متعاقد در تمامی شرایط اشاره شده و هیچ‌کدام تعهدی را بر دول عضو مبنی بر «تضمین رعایت» تحمیل نمی‌نمایند. از عبارت «در تمام شرایط» هم چیزی به جز لزوم اجرای تعهدات مذکور در کنوانسیون‌های یادشده هم در زمان صلح (کنوانسیون‌های ژنو تعهداتی را برای اعضای خود در زمان صلح هم در نظر گرفته‌اند، از قبیل آموزش مفاد کنوانسیون‌ها به نظامیان و حتی غیرنظامیان و وضع قوانین مناسب برای اجرای بهتر مفاد این کنوانسیون‌ها) و هم در زمان جنگ نمی‌توان برداشت کرد. رجوع به صورت مشروح کنفرانس استکهلم ۱۹۴۸ برای انعقاد کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ حکایت از این دارد که انگیزه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از آوردن عبارت «تضمین رعایت» در متن پیش‌نویس کنوانسیون‌های ژنو شمول مخاصمات داخلی در چارچوب این کنوانسیون‌ها بوده و قصد داشته که این تعهد را برای دول عضو ایجاد نماید که رعایت کنوانسیون‌ها را در مناقشات قومی داخل سرزمین خود تضمین نمایند.^۵ در پیش‌نویس اولیه‌ای که به وسیله کمیته مزبور به کنفرانس ارائه شده بود، نیز آمده است که دول عضو باید اجرای این کنوانسیون‌ها را «نسبت به مردمان خودشان» تضمین نمایند.^۶ از سوی دیگر، کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی به نحوی نگاشته شده‌اند که در هر ماده‌ای که تکلیف یا حق خاصی را برای دولت‌های عضو در نظر می‌گیرد، در مفاد بعدی یا در همان ماده نحوه اعمال آن تکلیف یا حق را تشریح می‌کند. نمونه آن ماده ۱۲ کنوانسیون سوم است که در آن اصطلاح «قدرت حمایتگر»^۷ آمده و سپس در مفاد بعدی به تشریح حدود حقوق و تکالیف آن می‌پردازد. نمونه دیگر این موارد ماده ۸۹ پروتکل اول الحاقی است که نحوه عملکرد دولت‌ها در مواجهه با نقض جدی کنوانسیون‌های ژنو و این پروتکل را مشخص کرده است و آن همکاری انفرادی یا دسته‌جمعی با سازمان ملل متحد است.^۸ اگر کنوانسیون‌های ژنو قصد داشتند که به وسیله یک تعهد جدید و اساسی مانع نقض کنوانسیون‌های ژنو به وسیله دولت‌ها و بازیگران غیردولتی درگیر در یک درگیری مسلحانه توسط دولت یا دولت‌هایی شوند که ارتباطی با آن مخاصمه ندارند و یا اگر این کنوانسیون‌ها قصد داشتند این تعهد را برای دولت‌های غیردرگیر در یک جنگ ایجاد نمایند که به هر اقدامی برای پایان دادن به نقض کنوانسیون‌های مزبور توسط طرفین درگیری متوسل شوند، یقیناً چنین تعهدی را در متن کنوانسیون‌های ژنو و در مفاد دیگری به صراحت تشریح می‌کردند

^۱. Dörmann K., L. Lijnzaad., M.Sassòli and P.Spoerri, op-cit, p.48.

^۲. Ibid.

^۳. Geneva Convention of 27 July 1929 relative to the treatment of prisoners of war.

^۴. Geneva Convention on the Wounded and Sick (1929).

^۵. Final Record of The Diplomatic Conference of Geneva of 1949 Vol. 2 Section B,p.26, Available at: https://www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf.

^۶. Kalshoven, F.,op-cit, pp.13-15.

^۷. Ibid.

^۸. قدرت حمایتگر که از ابداعات کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ است، عموماً به دولت و یا سازمانی بین‌المللی گفته می‌شود که نقشی در درگیری میان طرفین ندارد و توسط هر طرف درگیری تعیین می‌شود و وظیفه آن حفظ منافع هر طرف درگیری نزد طرف مقابل است. ماده ۹ کنوانسیون چهارم به تعریف و تشریح قدرت حمایتگر پرداخته و در انتها از او خواسته است که ملاحظات مربوط به ضرورت‌های امنیتی کشوری را که در چارچوب مرزهای آن توسط نمایندگانش فعالیت می‌کند، مد نظر قرار دهد. کنترل امدادرسانی به اسیران جنگی و بازداشت‌شدگان غیرنظامی، نظارت بر نحوه برخورد با اسیران جنگی و نظارت بر رسیدگی‌های قضایی مرتبط با غیرنظامیان، از جمله وظایف دیگر قدرت حمایتگر است. به طور کلی وظیفه قدرت حمایتگر را می‌توان در نظارت بر اجرای قواعد حقوق مخاصمات مسلحانه توسط هر طرف درگیری خلاصه کرد.

^۹. صابری، هنگامه، پیشین، ص ۶۷.

یا حداقل در صورت مشروح مذاکرات روی آن بحث می نمودند. در مقابل، صورت مشروح مذاکرات، چنان که قبلاً گفته شد، حاکی از مخالفت دولت‌های زیادی با پیشنهاد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مبنی بر توسعه قلمرو «تضمین رعایت» است و کمیته‌های بعدی هم این‌گونه جمله‌بندی ماده یک مشترک را بدون هیچ‌گونه بحث یا توضیحی تصویب نمودند. پرفسور کالسون که نظر وی مورد استناد قاضی کوچیمان در نظر جداگانه خود در رأی دیوار حائل قرار گرفته است، می‌نویسد: «من در سوابق کنفرانس دیپلماتیک چیزی نیافتم که دلالت بر کمترین آگاهی از طرف هیئت‌های نمایندگی بر این نکته باشد که عبارت کسب اطمینان از رعایت (تضمین رعایت) را به‌عنوان تعهدی غیر از کسب اطمینان از رعایت کنوانسیون توسط مردم کشورش در همه شرایط فهمیده باشد.»¹

نتیجه‌گیری

تفسیرهای امروزی از کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ یقیناً یک ابزار مهم برای تفسیر این معاهدات به وسیله کارشناسان حقوقی بین‌المللی هستند. هم تفسیرها و هم پایگاه داده‌های کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از عملکرد دولت‌ها، کمک بی‌اندازه‌ای به مشاوران در وزارتخانه‌های دفاع و خارجه دول متعاقد کنوانسیون‌های ژنو برای تشخیص قواعد عرفی شده این کنوانسیون‌ها می‌نمایند. با وجود این، این تفسیرها فقط یک جنبه از حقوق بین‌الملل هستند، نه تمام جنبه‌های آن و در نتیجه نمی‌توانند تعهدی جدید را برای دولت‌ها مغایر با تعهداتی که دول عضو در زمان انعقاد این کنوانسیون‌ها مدنظر داشته‌اند، ایجاد نمایند.

چنان که پیش‌تر گفتیم، هرکدام از دولت‌های عضو به موجب ماده یک مشترک وظیفه دارد رعایت کنوانسیون‌های ژنو به وسیله نیروهای مسلح خود، مردمانی که بر آن‌ها اعمال حاکمیت می‌کند و آن افراد و گروه‌هایی را که اعمال متخلفانه بین‌المللی آن‌ها قابل انتساب به آن دولت است، تضمین نماید. هر دولت همچنین مکلف است که نقض این کنوانسیون‌ها به وسیله سایر دولت‌ها و بازیگران غیر دولتی را در قالب حسن‌نیت در اجرای کنوانسیون‌های ژنو تشویق و حمایت نماید. به موجب قواعد عرفی مربوط به مسئولیت دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی، هر دولتی وظیفه دارد سایر دولت‌ها را در نقض کنوانسیون‌های ژنو کمک و یاری نرساند. در مجموع قواعد مربوط به مسئولیت بین‌المللی مشوق‌های حقوقی مهمی برای رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی هستند و الزامات سیاسی و اخلاقی را برای اجرای این قواعد تقویت می‌کنند. علی‌رغم آنکه شاید ساده به نظر برسد، اما ایجاد مکانیزمی در کنوانسیون‌های ژنو در خصوص ایجاد تعهد برای دولت‌های ثالث یک درگیری مسلحانه به‌منظور «تضمین رعایت» مفاد کنوانسیون‌های مزبور (در صورت وجود باور به مفهوم موسع از «تضمین رعایت») ممکن است عواقب و نتایج غیرعملی به دنبال داشته باشد. نخست اینکه چگونه می‌توان تعهد و باری را که بر عهده دولت‌های ثالث قرار دارد، اجرا کرد؟ با توجه به وجود احتمال برداشت متفاوت دولت‌ها از نحوه واکنش در مقابل نقض قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی، اقدام یک یا چند دولت برای ممانعت یا پایان دادن به نقض کنوانسیون‌های ژنو توسط دولت‌های درگیر در یک مخاصمه، ممکن است منجر به بروز تنش‌های سیاسی و بین‌المللی مهمی شود. در خود تفسیرهای جدید از کنوانسیون‌های مزبور هم آمده است که تعهد دولت‌ها در خصوص «تضمین رعایت» یک تعهد به وسیله است. اگرچه چنین تعهدی نه به وسیله متن کنوانسیون‌های ژنو حمایت می‌شود و نه در راستای اجرای کنوانسیون‌هاست و صرفاً تلاشی از سوی تفسیرها برای گسترش دامنه و قلمرو تعهد «تضمین رعایت»

¹. Kalshoven, F., op-cit, p.28 .

است. اما چنین تفسیر موسعی بدین معنا خواهد بود که مسئولیت بالقوه هر دولت به تناسب میزان نفوذ و تأثیرش در جامعه بین‌المللی افزایش خواهد یافت.

توجه به چند نکته در پایان نتیجه‌گیری این نوشتار لازم به نظر می‌رسد:

نخست: مستند بیشتر نویسندگان در حمایت از تفسیر موسع از مفهوم «تضمین رعایت» در ماده یک مشترک، تفسیرهای ارائه‌شده از این ماده است که مهم‌ترین نمونه آن تفسیر سال ۲۰۱۶ است. توجه داشته باشیم چنان‌که در ابتدای نتیجه‌گیری هم بیان شد، تفسیر ارائه‌شده از معاهدات نمی‌تواند تعهد حقوقی جدیدی برای متعاهدین ایجاد نماید. در مقابل این تفسیرها می‌توان به تفسیر ارائه‌شده از کنوانسیون حقوق کودک در خصوص بند یک ماده ۳۸ این کنوانسیون اشاره کرد که مفادی دقیقاً شبیه ماده یک مشترک دارد و در آن تفسیر هرگز مفهوم موسعی از «تضمین رعایت» ارائه نشده است.

دوم: دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی دیوار حائل ماده یک مشترک را واجد خصیصه عام‌الشمول معرفی می‌کند؛ اما همین نظر مشورتی صحبت از تعهد سایر دولت‌ها به تشویق دولت ناقض آن هم اصول و قواعد مهم حقوق بشردوستانه به اجرای این قواعد می‌کند. این در حالی است، بیشتر نویسندگانی که از مفهوم موسع تعهد به تضمین رعایت حمایت می‌کنند، در کتاب‌ها و مقالات خود راهکارهای اجرای این تعهد را بسیار فراتر از تشویق در نظر می‌گیرند و این می‌تواند تفسیری فراتر از نظر متعاهدین و دیوان باشد.

سوم: تمامی مفاد کنوانسیون‌های ژنو دارای خصوصیت عام‌الشمول نیستند، بلکه صرفاً برخی از قواعد و اصول حقوق بشردوستانه مذکور در این کنوانسیون‌ها چنین خصوصیتی دارند. این نظر منطبق با نظرات مشورتی دیوان در موضوعات سلاح‌های هسته‌ای ۱۹۹۶ و دیوار حائل ۲۰۰۴ است. لذا تحمیل تعهدی بر دولت‌ها که طبق طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱ مخصوص قواعد عام‌الشمول وضع شده است (تعهد دولت‌ها به برخورد با نقض و واکنش در مقابل ناقض)، نسبت به قواعد عادی، مستندات قوی‌تری می‌طلبد.

چهارم: در حقوق بین‌الملل نقض یک تعهد اعم از قراردادی یا عرفی مسئولیت بین‌المللی به دنبال می‌آورد. از این رو اگر «تضمین رعایت» مذکور در ماده یک مشترک را به مفهومی موسع در نظر بگیریم، عدم برخورد یک دولت ثالث با نقض مفاد کنوانسیون‌های ژنو توسط دولتی دیگر، در تئوری می‌تواند منجر به مسئولیت بین‌المللی دولت خودداری‌کننده از برخورد شود. چنین تعبیری بار حقوقی سنگینی ایجاد خواهد کرد.

پنجم: طبق بسیاری از نوشتارهای حقوقی حمایت‌کننده از مفهوم موسع «تضمین رعایت»، عملکرد دولت‌ها و واکنش آن‌ها در مقابل نقض مفاد کنوانسیون‌های ژنو (به موجب ماده یک مشترک) باید منطبق با حقوق بین‌الملل و اصول منشور ملل متحد باشد. اما توجه به این نکته لازم است که هیچ رویه مشخصی در خصوص نحوه واکنش به نقض این کنوانسیون‌ها وجود ندارد و عدم وجود وحدت‌رویه در این خصوص می‌تواند آثار مخربی را برای جامعه بین‌المللی به دنبال داشته باشد.

منابع

کتاب

۱. شریفی طرازکوهی، حسین، *قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی*، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵.

۲. صابری، هنگامه، *ضمانت اجرا در حقوق بشر دوستانه: تعهد دولت‌ها به ترغیب یکدیگر به رعایت حقوق بین‌الملل بشر دوستانه*، مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه، ۱۳۷۸.
۳. *مسئولیت بین‌المللی دولت، متن و تشریح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۸.
۴. هنکزژان ماری و لوئیس دوسوالدبک، *حقوق بین‌الملل بشر دوستانه عرفی*، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۷.

مقاله

۵. باقرزاده، رضوان و امیر حسین رنجبریان، *بنیان اجرای حقوق بشر دوستانه: تعهد دولت‌ها به رعایت و تضمین رعایت حقوق بشر دوستانه*، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۴، شماره ۴۶، صص ۱۲۵-۱۵۴.
۶. باقرپور اردکانی، عباس، *تعهد عام دولت‌ها به رعایت و کسب اطمینان از رعایت حقوق بین‌الملل بشر دوستانه توسط متخصصین*، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۳۸۵، شماره ۲، صص ۳۰۷-۳۴۲.
۷. فضائی، مصطفی، *ماهیت و مبنای تعهد به تضمین رعایت حقوق بشر دوستانه از نگاه اسلام و حقوق بین‌الملل*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳، صص ۸۹۷-۹۱۸.
۸. موسوی میر کلایی، سید طه، *راهکارها و ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل بشر دوستانه با تأکید بر ماده مشترک ۱ کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳، صص ۱۵۱-۱۸۳.
۹. میرزاده، سید محمد حسین، *ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و نحوه اعمال آنها در عرصه داخلی و بین‌المللی*، فصلنامه مطالعات حقوق شهروندی، سال دوم، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۸، صص ۸۱-۱۰۷.

References

Books

1. Ang, Fiona, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 38 Children in Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
2. Bagharpour Ardakani, A. *The General Commitment of Governments to Observe and Ensure the Observance of International Humanitarian Law by Belligerents*, Iranian Yearbook of International and Comparative Law, No. 2, 2006. (In Persian)
3. Dörmann K, L. Lijnzaad, M. Sassòli and P. Spoerri, *Commentary On The First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Cambridge University Press, 2016.
4. Geiss R. "The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions" In Clapham A., P. Gaeta and M. Sassòli (Eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
5. Henckaerts J. and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol.2, ICRC, Cambridge University Press, 2005.
6. Henckaerts, J. and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Translated by: International Affairs Office of the Judiciary of the Islamic Republic of Iran and the International Committee of the Red Cross, Volume 1, Tehran: Majd Scientific and Cultural Forum 2008. (in Persian)
7. Massingham E. and A. McConnachie, "Common Article 1: An Introduction" In Massingham E. and A. McConnachie (Eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Routledge Research in the Law of Armed Conflict, Routledge Publication, 2021.
8. Pictet J (ed), *Commentary on the Geneva Conventions of August 12 1949*. Volume 1 to 4, ICRC, (Vol.1:1952)(Vol.2:1960)(Vol.3:1960)(Vol.4:1958).

9. Saberi, H. *Guarantee of Implementation in Humanitarian Rights: the Commitment of Governments to Encourage each other to Comply with International Humanitarian Rights*, Tehran: Ministry of Foreign Affairs Printing and Publishing Center 2018. (in Persian)
10. Sandoz Y, C Swinarski and B Zimmerman (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987.
11. Sandoz Y, C Swinarski and B Zimmerman, *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, ICRC, 1987.
12. Sharifi Tarzkouhi, H. *Jus Cogens, and International Legal Order*, Bureau of Political and International Studies, Tehran: Printing and Publishing Institute of the Ministry of Foreign Affairs 1996. (in Persian)
13. *The International Responsibility of the State, the Text, and Description of the Materials of the International Law Commission*, Translated by: Ebrahim Gol, A., Tehran: Shahr-e-Danesh Publishing 2018. (in Persian)

Articles

14. Bagherzadeh, R. and Amir Hossein Ranjbarian, "Foundation for the Implementation of Humanitarian Rights: Commitment of Governments to Observe and Guarantee the Observance of Humanitarian Rights", *Public Law Research Quarterly*, No. 46, 2015: 125-154. (in Persian)
15. Boisson de Chazournes, L. and L. Condorelli. "Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests" *International Review of the Red Cross*, Vol.82, No. 837, 2000.
16. Bouttruche, T. and M. Sassòli "Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, with a Special Focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions", 2016, Available at. <https://www.nrc.no/globalassets/pdf/legal-opinions/eo-common-article-1-ihl-bouttruche-sassoli-8-nov-2016.pdf>, Last visit: 25 Nov 2021.
17. Dörmann, K. and J. Serralvo. "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations". *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895/896, 2014.
18. Fadaeli, M. "The Nature and Basis of the Commitment to Guarantee the Observance of Humanitarian Rights from the Perspective of Islam and International Law", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 49, No 3, 2019: 897-918. (in Persian)
19. Finucane B. "Partners and Legal Pitfalls" *International Legal Studies*, Vol.92, 2016.
20. Focarelli, C. "Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?" *The European Journal of International Law*, Vol.21 (1), 2010.
21. JB Bellinger III and WJ Haynes II, "A US Government Response to the ICRC study Customary International Humanitarian Law" *International Review of the Red Cross*, Vol.89, 2007
22. Kalshoven, F. "The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit" *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2 .1999.
23. Kessler, B. "The Duty to Ensure Respect under Common Article of the Geneva Conventions: Its Implications on International and Non-International Armed Conflicts" *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001.
24. Meron, T. "The Geneva Conventions as Customary Law" *American Journal of International Law*, Vol.81 (2), 1987.
25. Mirzadeh, M. "Common Article 1 of the Geneva Conventions and its Application the Domestic and International Arena", *Citizenship Law Studies Quarterly*, second year, No 82018:81-107. (in Persian)
26. Mousavi Mir Kalaei, T. "Solutions and Guarantee of Implementation of International Humanitarian Law with an Emphasis on the Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions", *Judicial Law Journal*, No. 83, 2013: 151-183. (in Persian)
27. Reid J. "Ensuring respect: the role of State practice in interpreting the Geneva Conventions", *the International Law Association (Australian Branch)*, 2016, available at.

<https://ilareporter.org.au/2016/11/ensuring-respect-the-role-of-state-practice-in-interpreting-the-geneva-conventions-john-reid/>Last visit: 20 Dec 2021.

28. Robson V. "The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol.25, No.1, 2020.
29. Sassòli, M. "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law" *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, 2002.

Documents

29. Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989.
30. Final Record of The Diplomatic Conference of Geneva of 1949 Vol. 2 Section B, Available at https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf.
31. International Conference on Human Rights, Teheran, Res. XXIII, 1968.
32. ICRC, Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1973, Available at <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary,Art.1>, Last visit: 3 Nov 2021.
33. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (adopted 8 December 2005, entered into force 14 January 2007) 2404, UNTS 43425.
34. The Official Records of the Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 1974-1977.
35. UN General Assembly, Res. 2851 (XXVI), Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, 20 December 1971.
34. UNGA Res ES-10/3 (15 July 1997).
35. UNGA Res ES-10/14 (18 December 2003).
36. UNGA Res ES-10/15 (20 July 2004).
37. UNGA Res ES-10/2 (25 April 1997).
38. UNGA Res ES-10/4 (13 November 1997).
39. UNGA Res ES-10/5 (17 March 1998).
40. UNGA Res ES-10/6 (9 February 1999).
41. UNGA Res ES-10/7 (20 October 2000).
42. UNSC Res 681 (20 December 1990).
43. Vienna Convention Of the Law of Treaties, 1969.

Jurisprudence

44. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) (Judgment) ICJ Reports 168, 2005.
45. ICJ, North Sea Continental Shelf (Judgment) ICJ Reports, 1969.
46. ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States) (Judgment) ICJ Reports 14, 1986.
47. ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) ICJ Reports 136, 2004.
48. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) ICJ Reports 226, 1996.
49. Separate Opinion of Judge Kooijmans, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 219, 2004.
50. Separate Opinion of Judge Higgins, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 219, 2004.



Original Article

Legal Framework of Prudential Regulation and Liberalization of Banking Services in World Trade Organization

Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi¹, Mojtaba Mohammadi²

ABSTRACT

Trade liberalization is one of the rules of the World Trade Organization. Prudential regulation is done for financial stability by countries. There should be a legal framework for the World Trade Organization that liberalizes banking services but does not damage financial stability. Based on an analytical descriptive approach data are gathered from the library. According to the article, the World Trade Organization has tried to balance between the liberalization of banking services and prudential regulation and the trade-off between financial stability and the economy. Likewise, after many years of debate banking services liberalization is accepted as a rule and prudential regulation is an exception.

KeyWords: Trade Liberalization, Prudential Regulation, General Commitments, Specific Commitments, Financial Stability, Economic Growth.

How to Cite: Ghanbari Jahromi, M.J, Mohammadi, M, "Legal Framework of Prudential Regulation and Liberalization of Banking Services in World Trade Organization", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:83-100.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228484.2292>

Received: 21/09/2022 - Accepted: 31/12/2022

1. Associate Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: mohammadi279mm@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



چارچوب حقوقی سازمان تجارت جهانی در ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی

محمدجعفر قنبری جهرمی^۱، مجتبی محمدی^۲

چکیده

سازمان تجارت جهانی برای رسیدن به هدف رشد اقتصادی، اصل آزادسازی تجارت را مقرر نموده است. کشورها با هدف رسیدن به ثبات مالی، اقدام به تنظیم مقررات احتیاطی کلان می‌نمایند. سازمان تجارت جهانی برای تحت شمول قراردادن خدمات بانکی، باید از چارچوبی برخوردار باشد که درعین حال که از اصل کلی آزادسازی تجارت تبعیت می‌کند، به ثبات اقتصادی کشورها لطمه وارد نکند. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که آیا مقررات سازمان تجارت جهانی می‌تواند از یک طرف آزادسازی خدمات بانکی را با هدف رشد اقتصادی مقرر کند و از طرف دیگر تنظیم مقررات احتیاطی برای حفظ ثبات مالی را مجاز بداند؟ در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی، اقدام به گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای شده است. بر اساس یافته‌های تحقیق، سازمان تجارت جهانی تلاش نموده است برای ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی، بین اهداف رشد اقتصادی و ثبات مالی مصالحه برقرار کند. به این ترتیب، بعد از سال‌ها مناقشه، آزادسازی تجارت خدمات بانکی را به عنوان اصل، و تنظیم مقررات احتیاطی را به عنوان استثنا پذیرفته است.

کلید واژگان: آزادسازی تجارت، مقررات احتیاطی، تعهدات عمومی، تعهدات ویژه، ثبات مالی، رشد اقتصادی.

استناد به این مقاله: قنبری جهرمی، محمدجعفر، محمدی، مجتبی، «چارچوب حقوقی سازمان تجارت جهانی در ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۸۳-۱۰۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228484.2292>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: mohammadi279mm@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

آزادسازی تجارت از مهم‌ترین اهداف و اصول سازمان تجارت جهانی است.^۱ آزادسازی تجارت در سه حوزه کالا، خدمات و مالکیت فکری انجام می‌شود. آزادسازی تجاری به معنای حذف یا کاهش محدودیت‌های مقداری و غیرمقداری است. تجارت خدمات مالی یکی از حوزه‌های تحت شمول مقررات سازمان تجارت جهانی است و کشورهای عضو این سازمان شده‌اند یا قصد عضویت در آن را دارند، مکلف به مقررات‌زدایی در مورد موانع تجارت خدمات مالی‌اند. خدمات بانکی یکی از مهم‌ترین بخش‌های خدمات مالی است که مشمول آزادسازی قرار می‌گیرد و از کشورها انتظار می‌رود نسبت به مقررات‌زدایی در حوزه بانکداری اقدام نمایند. سازمان تجارت جهانی قصد دارد با آزادسازی تجارت، به هدف «رشد اقتصادی»^۲ برسد که در مقدمه موافقت‌نامه مؤسس این سازمان نیز به این هدف اشاره شده است تا از این طریق کشورها بتوانند اقدام به اشتغال‌زایی کنند و درآمد سرانه مردم را افزایش دهند.^۳ اما در نقطه مقابل، کشورها با هدف حفظ «ثبات مالی»^۴ و درنهایت جلوگیری از وقوع «بحران مالی»،^۵ اقدام به «تنظیم مقررات احتیاطی»^۶ می‌نمایند. نظام مالی و در رأس آن، حوزه بانکی یکی از شاخه‌های اقتصادی است که تقریباً در تمام کشورهای جهان با تراکم مقررات مداخله‌گرانه و نظارتی مواجه است. فلسفه مداخله قانونی در حوزه اقتصادی، جلوگیری از شکست بازار است.

با شروع فرایند جهانی‌شدن که سبب حذف مقررات محدودکننده و آزادسازی‌های تجاری شد، موضوع تنظیم مقررات احتیاطی اهمیت مضاعفی پیدا کرد. مقررات احتیاطی، به آن دسته از مقرراتی گفته می‌شود که درصدد تضمین عملکرد صحیح بانک‌ها و نظام مالی هستند. مقررات احتیاطی با دو رویکرد خرد و کلان تنظیم می‌شوند. در تنظیم مقررات احتیاطی بر اساس رویکرد خرد، قانون‌گذار به دنبال تضمین عملکرد مطلوب هر بانک است و در رویکرد احتیاطی کلان، قانون‌گذار به دنبال کنترل ریسک‌های سیستماتیک است که ثبات نظام مالی را به مخاطره می‌اندازد.^۷ کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی که در دور اروگوئه مذاکره می‌کردند، به‌خوبی بر اهمیت تنظیم مقررات احتیاطی آگاه بودند.^۸ چالش بزرگی که کشورها با آن مواجه بودند، این بود که تنظیم مقررات احتیاطی برای حفظ ثبات مالی لازم است؛ اما این اقدام، برخلاف آزادسازی تجاری، و مانع رسیدن به رشد اقتصادی است. بنابراین، در صورتی که سازمان تجارت جهانی قصد ایجاد رشد اقتصادی را داشته باشد، باید آزادسازی خدمات مالی را انجام دهد. در کفه دیگر ترازو، در صورتی که سازمان تجارت جهانی قصد ایجاد ثبات مالی را داشته باشد، باید تنظیم مقررات احتیاطی را تجویز نماید. به سبب تعارض ظاهری بین اهداف رشد اقتصادی و ثبات مالی، سازمان تجارت جهانی نیز در ایجاد تعادل بین آزادسازی خدمات مالی و تجویز تنظیم مقررات احتیاطی به کشورها، با چالشی بزرگ مواجه بوده است. از زمان شروع فرایند جهانی‌شدن اقتصاد و آزادسازی خدمات مالی، بحران‌های بانکی گریبان‌گیر اقتصاد جهان شده است. به‌نحوی که آزادسازی خدمات مالی را متهم

^۱. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm, accessed on: 2022, May 29, Premise.

^۲. Economic Growth

^۳. Marrakesh Declaration of 15 April 1994, available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm, accessed on 2022, May 29.

^۴. ثبات مالی (یا Financial Stability)، به وضعیتی اطلاق می‌گردد که در آن نظام مالی توانایی جذب منابع و دارایی‌ها دارد، بانک‌ها می‌توانند ارزیابی و مدیریت ریسک را انجام دهند و شوک‌های مالی قابل دفع هستند.

^۵. بحران مالی (یا Financial Crisis)، به وضعیتی اطلاق می‌گردد که در آن ارزش دارایی‌ها به سرعت شروع به کاهش کنند؛ در حوزه بانکداری این وضعیت معمولاً با هجوم مردم به سمت بانک‌ها برای خارج کردن سپرده‌های خود اتفاق می‌افتد.

^۶. Prudential Regulation

^۷. Alexander, K., *Principles of Banking Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp 396-399.

^۸. Anwesen, John, "The Prudential Carve-out Clause: is risk the new corrupt moral?", *Pen State Journal of Law & International Affairs*, Volume 4, NO 2, 2016, p 780.

ردیف اول تکرار بحران‌های مالی می‌دانند.^۱

مطالعه در خصوص نقش بانک‌ها در ثبات مالی و شاخص‌های رسیدن به رشد اقتصادی از حوصله پژوهش حاضر خارج است. همچنین، با توجه به این‌که بعد از انجام مذاکره تعهدات الزام‌آور برای کشور ایجاد می‌شود، مقاله حاضر در حیطه تعهدات الزام‌آور مورد بحث قرار می‌گیرد. اما با توجه به تعارض بین آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی برای رسیدن به رشد اقتصادی از یک‌طرف و مقررات محدودکننده اختیارات بانک‌ها برای حفظ ثبات مالی از طرف دیگر، ضروری است بررسی شود که اساساً مقررات سازمان تجارت جهانی چه حدودمرزی برای مداخله قانون‌گذار ملی در حوزه بانکی قائل شده است. بنابراین سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که آیا مقررات سازمان تجارت جهانی می‌تواند از یک‌طرف آزادسازی خدمات بانکی را با هدف رشد اقتصادی مقرر کند و از طرف دیگر تنظیم مقررات احتیاطی برای حفظ ثبات مالی را مجاز بداند؟ برای پاسخ به سؤال فوق، ابتدا باید بررسی نمود که آزادسازی خدمات بانکی چطور در حیطه سازمان تجارت جهانی قرار می‌گیرند و سپس تعهدات کشورهای عضو در آزادسازی خدمات بانکی بررسی شود. لذا ضروری است به دو سؤال فرعی نیز پاسخ دهیم؛ اول این‌که سابقه شکل‌گیری و تحول مقررات بانکی در سازمان تجارت جهانی چگونه بوده است و در حال حاضر چه مفادی دارد؟ دوم این‌که سازمان تجارت جهانی چه تعهداتی را برای کشورها در تنظیم مقررات بانکی ایجاد می‌کند؟ به‌منظور بررسی سؤالات در بخش اول پژوهش به بررسی سابقه و مفاد مقررات بانکی در سازمان تجارت جهانی و در بخش دوم به مطالعه و استخراج تعهدات عمومی و تعهدات ویژه در سازمان تجارت جهانی می‌پردازیم.

۱. آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی

نتیجه تجارت بیشتر بین کشورها، بهره‌وری بهینه از منابع اقتصادی، رفاه و ثروت بیشتر است. کشورها از ابتدا تمایل به آزادسازی هر چه بیشتر تجارت داشته‌اند، اما همواره ترس از به خطر افتادن منافع ملی مانعی در این مسیر بوده است.^۲ در خصوص خدمات، خیلی زود آشکار شد که رویکرد سنتی گات جوابگو نخواهد بود.^۳ آزادسازی تجارت خدمات برای کشورها از حساسیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا به‌راحتی می‌تواند منافع ملی را به مخاطره اندازد و از طرف دیگر، بعد از آزادسازی، ریسک‌هایی را برای کشورها ایجاد می‌کند که کنترل آن‌ها ممکن است به‌سادگی امکان‌پذیر نباشد. خدمات بانکی در این میان، از حساسیت‌های مضاعفی برخوردار است؛ زیرا باز کردن درهای کشور به روی خدمات بانکی کشورهای دیگر، به‌راحتی می‌تواند نظام بانکی و سیاست‌های پولی کشور را تحت تأثیر قرار دهد.^۴ به همین سبب، این‌که مقررات بانکی مشمول آزادسازی‌های تجاری باشد یا خیر، همواره از دغدغه‌های مهم کشورها بوده است. در این خصوص بررسی سابقه شمول مقررات بانکی در سازمان تجارت جهانی و تغییراتی که تاکنون داشته است، می‌تواند به‌خوبی نشانگر رویدادهای مهم و آثار این نوع آزادسازی باشد. از طرف دیگر، نحوه حضور و فعالیت بانک‌ها در یک کشور دیگر بسیار مهم بوده و به همین سبب، کشورها مفاد مقررات سازمان تجارت جهانی را به نحوی طراحی نموده‌اند که این موضوع را

^۱ Jain, Hansa, *Trade Liberalization, Economic Growth and Environmental Externalities*, Singapore, Palgrave Macmillan, 2017, p 2.

^۲ باقری، محمود، علیرضا حجت‌زاده و محمدتقی رضایی، *اجرای اصل آزادسازی تجاری در سازمان جهانی تجارت: چالش‌ها و فرصت‌ها*، سال یازدهم، ۱۳۸۸، شماره ۲۷، صص ۱۵-۱۸.

^۳ لوفلد اف، آندریاس، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۲۳.

^۴ سپهوند، مهرداد، *آزادسازی مالی و چالش‌های بخش بانکی ایران در مسیر الحاق به سازمان تجارت جهانی*، تازه‌های اقتصاد، سال هفتم، ۱۳۸۸، شماره ۱۲۵، ص ۸۰.

تحت کنترل قرار دهد. در قسمت ذیل ابتدا در مورد سابقه آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی و سپس درباره چارچوب کلی تعهدات کشورها در سازمان تجارت جهانی بحث می‌شود.

۱.۱. سابقه آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی

در سال ۱۹۹۴ در قالب «موافقت‌نامه مؤسس سازمان تجارت جهانی»^۱ یا «موافقت‌نامه مراکش»^۲ سازمان تجارت جهانی خلق شد. موافقت‌نامه مراکش شامل تعدادی موافقت‌نامه تجاری چندجانبه می‌شود و نیز ابزارهای حقوقی مرتبطی را که در ضمیمه‌های مختلف این موافقت‌نامه می‌توان یافت، در برمی‌گیرد و نسبت به تمام اعضا الزام‌آور است.^۳ وقتی که موافقت‌نامه گتس در سال ۱۹۹۵ تصویب شد، اصول آزادسازی تجاری گات به آزادسازی تجارت فرامرزی خدمات توسعه یافت.^۴ اصول مبنایی گات اصلی و «برتون وودز»^۵ بر این پایه استوار شده بود که آزادسازی تجاری بین‌المللی فقط در چارچوب ثبات مالی قابل تحقق است. از زمان فروپاشی نظام مالی نرخ تبدیل ارز ثابت برتون وودز در دهه ۱۹۷۰، آزادسازی و مقررات‌زدایی بازارهای مالی منجر به رشد بی‌سابقه تجارت فرامرزی در خدمات مالی و انتقال سرمایه شده، اما این امر با نوسان افزایشی ارزش خارجی و افزایش قابل توجه بحران‌های مالی و بانکی همراه شده است. در حال حاضر، مذاکرات دور دوحه در خصوص سازمان تجارت جهانی در جریان است. مذاکرات «دور دوحه»^۶ از ماه نوامبر سال ۲۰۰۱ آغاز شد و مذاکرات تجاری چندجانبه‌ای جدید و بلندپروازانه‌ای را هدف قرارداد.^۷

معرفی تجارت خدمات در دستور کار گات ۴۷، موجب پیشرفت‌های قابل توجه در مذاکرات دور اروگوئه گردید. به سرعت آشکار شد که بخش خدمات مالی حوزه‌ای نسبتاً دشوار برای مذاکرات بود؛ زیرا برداشت‌های متفاوتی از مفهوم آستی بین تجارت آزاد خدمات مالی و اهداف قانون‌گذاری کشورها وجود داشت. به سبب افزایش تعداد بحران‌های مالی ناشی از فروپاشی نظام نرخ تبدیل ارز ثابت برتون وودز در دهه ۱۹۷۰، قانون‌گذاری در حوزه مالی به مسئله‌ای مهم تبدیل شده بود. در اوایل دهه ۱۹۸۰، بحران‌های بانکی بیشتری اتفاق افتاد و بحران بدهی‌های دولتی دامن کشورهای امریکای لاتین را گرفت و همین عوامل، شکننده بودن نظام مالی بین‌المللی را نمایان نمود. فقدان مقررات نظام برتون وودز برای تنظیم ارزش واحدهای پولی و کنترل‌های مربوط به انتقال سرمایه فرامرزی سیستم مالی بین‌المللی را در معرض ریسک سیستماتیکی قرارداد که ثبات مالی را خدشه‌دار می‌نمود.^۸

رشد فزاینده تعداد بحران‌های ارزی و بانکی در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ زمینه را برای مذاکرات دور اروگوئه فراهم نمود که بین سال‌های ۱۹۸۶ و ۱۹۹۳ در جریان بود. تا سال ۱۹۹۳، هشتاد و دو کشور در این مذاکرات شرکت کرده بودند و نتایج قابل توجهی حاصل شده بود و تعهدات متفاوتی را برای آزادسازی تجارت فرامرزی در حوزه خدمات مالی را در

1. Agreement Establishing the World Trade Organization

2. Marrakesh Agreement

3. گالاچر، اسکات، موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان تجارت جهانی و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی، ترجمه

مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و پنجم، ۱۳۸۴، شماره ۳۹، ص ۳۰۲.

4. VanGrasstek, C, *The History and Future of the World Trade Organization*, Geneva: WTO Publication, 2013, p 326.

5. نظام برتون وودز (یا Bretton Woods)، بعد از جنگ جهانی دوم و با هدف کنترل روابط پولی میان کشورها ایجاد شده بود. مطابق این نظام، هر کشور باید نرخ مبادله واحد پولی خود را به دلار امریکا که خود تابعی از طلا بود، گره زده و آن را ثابت نگاه دارد. این نظام در سال ۱۹۷۱ با خروج یک‌جانبه دولت امریکا، دچار فروپاشی شد.

6. مذاکرات دور دوحه (یا The Doha Round)، آخرین دور از مذاکرات اعضای سازمان تجارت جهانی است که درصدد ایجاد تغییرات عمده در نظام تجارت جهانی میان کشورها است. این مذاکرات از سال ۲۰۰۱ در دوحه قطر آغاز شده است و تاکنون ادامه دارد.

7. Raghavan, Chakravarthi, "Financial Services, the WTO and Initiatives for Global Financial Reform", *International Governmental Group of Twenty-Four*, 2011, p 35.

8. Alexander. Op.cit, pp 405-406.

چارچوب موافقتنامه گتس پذیرفته بودند.^۱ در جولای سال ۱۹۹۵، تعداد ۹۵ دولت عضو سازمان تجارت جهانی در خصوص موافقتنامه موقتی توافق کردند که در یک سپتامبر سال ۱۹۹۶ اجرایی شد. مطابق این موافقتنامه موقت، ۹۵ کشور امضاکننده تعهدات مربوط به دسترسی به بازار و رفتار ملی را پذیرفتند تا بازارهای بانکی، بوری و بیمه‌ای خود را باز کنند و با اعضای متعاقد براساس شرط دول کامله‌الوداد رفتار کنند. این طور مقرر شده بود که این موافقتنامه به صورت موقت اجرایی خواهد شد و در صورتی که تا تاریخ ۱۲ دسامبر سال ۱۹۹۷، هر یک از ۹۵ دولت امضاکننده، اقدام به پس گرفتن امضای خود نکنند یا به صورت ماهوی اقدام به کاهش تعهدات خود نکنند، این موافقتنامه موقت به موافقتنامه دائمی تبدیل خواهد شد.

مذاکرات در آوریل ۱۹۹۷ دوباره از سر گرفته شد و منجر به تصویب موافقتنامه‌ای در ۱۲ دسامبر همان سال شد. این موافقتنامه جدید خدمات مالی به‌عنوان پروتکل پنجم موافقتنامه گتس شناخته شد که در آن ۷۰ دولت عضو سازمان تجارت جهانی، جدول تعهدات خود را در مورد دسترسی به بازار و رفتار ملی تقویت نمودند، در حالی که ۳۲ عضو دیگر بر سر همان تعهداتی باقی ماندند که در مذاکرات دور اروگوئه در قالب موافقتنامه موقت در سال ۱۹۹۵ پذیرفته بودند. برای بیشتر کشورها، پروتکل پنجم مزبور جایگزین جدول تعهدات سابق در مورد دسترسی به بازار و رفتار ملی و نیز فهرست معافیت‌های شرط دول کامله‌الوداد شد که تحت موافقتنامه موقت ۱۹۹۵ مورد توافق قرار گرفته بود و امتیازات اعطاشده در برخی موارد اصلاح و در برخی موارد تقویت شد. پروتکل پنجم از نظر حقوقی مهم بود؛ زیرا در قالب الزامات دائمی، تعهدات مربوط به رفتار ملی، دسترسی به بازار و شرط دول کامله‌الوداد را ایجاد نمود.

پروتکل پنجم گتس به‌عنوان موافقتنامه خدمات مالی ۱۹۹۷ شناخته می‌شود. این موافقتنامه دستاوردی مهم تلقی می‌شد؛ زیرا دامنه شمول وسیعی نسبت به بیشتر بخش‌های خدمات مالی داشت و نیز تعداد زیادی از دولت‌های عضو سازمان تجارت جهانی به این موافقتنامه ملحق شدند. پروتکل پنجم گتس و ضمیمه خدمات مالی گتس در یکم مارس سال ۱۹۹۹ اجرایی شد.^۲ سومین اجلاس کنفرانس وزیران سازمان تجارت جهانی در اواخر سال ۱۹۹۹ در سیاتل تشکیل شد، اعضای سازمان تجارت جهانی دست به تلاش‌هایی زدند تا تعهدات خود را در مورد دسترسی به بازار و رفتار ملی، فراتر از تعهداتی که در پروتکل پنجم پذیرفته‌اند، افزایش دهند، اما این تلاش‌ها با بن‌بست مواجه شد. پیرو اجلاس سیاتل، مذاکرات گتس در سال ۲۰۰۰ تحت سرپرستی دستور کار مذاکرات دور دوحه از سر گرفته شد. در همین راستا، «شورای تجارت خدمات»،^۳ مأموریتی را به «کمیته تجارت خدمات مالی»^۴ محول نمود تا محدوده وسیعی از مسائلی را بررسی کند که تجارت خدمات مالی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، با این دید که تعهدات بیشتری، فراتر از تعهداتی در پروتکل پنجم ایجاد شده است، برای آزادسازی تجارت خدمات مالی ایجاد کند. این مذاکرات تحت نظارت دور دوحه ادامه پیدا کرد و برخلاف اختیارات وسیع قانون‌گذاری برای اعمال کنترل‌های احتیاطی، نظر تعداد زیادی از دولت‌های مذاکره‌کننده این بود که به بازارهای دولت متعاقد دیگر از طریق شرط دول کامله‌الوداد و شرط رفتار ملی دسترسی پیدا کنند.

۱.۲. چارچوب کلی تعهدات کشورها برای آزادسازی در سازمان تجارت جهانی

مذاکرات آزادسازی تجارت خدمات مالی در موافقتنامه گتس عمدتاً متمرکز بر کاهش یا حذف موانع تبعیض‌آمیز بود.

^۱ Wendy Dobson & Pierre Jacquet, *Financial Services Liberalization in the WTO*, 1998, pp 69-72.

^۲ Gortsos, Christos, *Fundamentals of Public International Financial Law, International Banking Law within the system of Public International Financial Law*, Nomos, 2012, p 140.

^۳ Council for Trade in Services

^۴ Committee on Trade in Financial Services

برای نمونه، ممکن است دولت میزبان اجازه تأسیس شعبه بانک را به یک دولت دیگر اعطا نکند. برای رفع موانع تبعیض‌آمیز از اصول رفتار ملی و دسترسی به بازار استفاده می‌شود. اما آزادسازی تجارت خدمات مالی از طریق کاهش یا حذف موانع غیرتبعیض‌آمیز نیز در دستور کار موافقت‌نامه گتس قرار دارد. در این دسته از موانع، مقررات دولت میزبان بین عرضه‌کنندگان خدمات داخلی و خارجی تفاوتی قائل نمی‌شود. برای نمونه، نوع خاصی از فعالیت بانکی به طور کلی ممنوع می‌شود. از کشورها انتظار می‌رود که مقررات داخلی را به صورت منطقی، هدفمند و بی‌طرفانه اعمال نمایند.^۱ اگرچه تفکیک تعهدات عمومی و تعهدات ویژه اعضای سازمان تجارت جهانی به سادگی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در نهایت تعهدات عمومی و تعهدات ویژه در قالب جدول واحدی برای هر کشور منتشر می‌گردد. لکن نظر به این که تعهدات عمومی در بخش دوم موافقت‌نامه گتس و تعهدات ویژه در بخش سوم گتس به تفکیک مطرح شده‌اند، در قسمت ذیل ابتدا تعهدات عمومی بانکی و سپس تعهدات ویژه بانکی در سازمان تجارت جهانی مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱.۳. تعهدات عمومی بانکی در سازمان تجارت جهانی

بخش دوم موافقت‌نامه گتس «اصول و تعهدات عمومی» را مقرر می‌کند که درمورد بیشتر خدمات و نسبت به تمام دولت‌های متعاقد اعمال می‌گردد. دو اصل مهم بخش دوم گتس شرط دول کامله‌الوداد و شفافیت است.^۲ ماده ۲ موافقت‌نامه گتس در مورد اصل دول کامله‌الوداد بوده و مقرر می‌کند که در موارد مرتبط، «با عنایت به اقدامات تحت شمول این موافقت‌نامه، هر دولت متعاقد باید فوراً و بدون هیچ قیدی با خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر دولت متعاقد به‌گونه‌ای رفتار کند که از رفتار اتخاذشده در مقابل خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات دولت متعاقد دیگر نامطلوب‌تر نباشد».^۳ اصل دول کامله‌الوداد به این منظور تعبیه شده است که رفتار تبعیض‌آمیز بین خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات از کشورهای مختلف را حذف کند. به اصل کامله‌الوداد استثناهای مهمی وارد شده است که عبارت‌اند از موافقت‌نامه‌های اقتصادی منطقه‌ای^۴ و استثناهای فهرست شده توسط اعضا که اعمال آن‌ها از زمان الحاق دولت‌ها به سازمان تجارت جهانی حداکثر به مدت ده سال مجاز است.^۵

۱.۳.۱. دول کامله‌الوداد

شرط رفتار دول کامله‌الوداد نقش محوری در موافقت‌نامه گتس دارد؛ همان‌طور که در موافقت‌نامه گات نیز چنین است. در حوزه خدمات بانکی، شرط دول کامله‌الوداد دولت عضو سازمان تجارت جهانی را ملزم می‌کند که با بانک خارجی یک کشور، رفتاری نامطلوب‌تر از رفتاری که با سایر بانک‌های خارجی دارد، نداشته باشد. در صورتی که کشورها قصد محدود کردن یا استثنا کردن بانک‌های خارجی را داشته باشند، عموماً این کار را به صورت غیرتبعیض‌آمیز انجام می‌دهند. موافقت‌نامه‌های اقتصادی منطقه‌ای، مانند موافقت‌نامه اقتصادی اتحادیه اروپا، به‌عنوان استثنایی بر این تعهد عمومی تلقی می‌شود.^۶

^۱ Key, Sydney, J., *Trade Liberalization and Prudential Regulation: The International Framework for Financial Services*, International Affairs 75, 1999, p 67.

^۲ مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، *سازمان جهانی تجارت*، تهران: انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹، صص ۴۱۷-۴۱۶.

^۳ Article II:1.

^۴ Article V

^۵ Article II:2

^۶ Cranston, Ross, *Principles of Banking Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p 435.

۱.۳.۲. شفافیت

دومین اصل بنیادین موافقت‌نامه گتس، شفافیت است.^۱ در واقع، مانع اصلی مبادرت به تجارت در یک کشور خارجی معمولاً مربوط به فقدان اطلاعات در خصوص قوانین و مقررات آن کشور است.^۲ این مشکل در حوزه تجارت خدمات دارای اهمیت ویژه‌ای است، زیرا بسیاری از محدودیت‌های تجارت خارجی مرتبط، در قالب مقررات داخلی‌اند. اطلاعات کافی درباره قوانین و مقررات مرتبط برای انعقاد موافقت‌نامه‌های تجاری ضروری است. در همین راستا، موافقت‌نامه گتس در مقدمه خود و در مواد ۳ و ۶، اقدام به تأسیس اصل شفافیت نموده است. ماده ۳ اعضا را مکلف می‌کند تمام اقدامات مربوط به اعمال موافقت‌نامه گتس یا تمام اقدامات مؤثر بر آن فوراً منتشر شود.^۳

قوانین یک دولت باید شفاف باشند و استانداردهای واضحی را مقرر نمایند تا تجار خارجی به‌طور دقیق متوجه شوند که چه شرایطی برای فعالیت تجاری در حوزه کشور میزبان باید تأمین گردد.^۴ به‌منظور افزایش پابندی به تعهد شفافیت، ماده ۳ دولت‌های عضو را ملزم می‌کند مراجع استعلامی را تأسیس کنند تا در صورت تقاضای سایر اعضای سازمان تجارت جهانی، نسبت به انتشار آن اقدام نمایند. کشورها باید این مراجع استعلام را به‌منظور پاسخ‌گویی به سؤالات مرتبط با تجارت عرضه‌کنندگان خدمات در سایر کشور تأسیس نمایند.^۵ تعدادی از کشورها پیشنهاد نموده‌اند که نقش این مراکز استعلام را افزایش دهند؛ به این طریق که برای مثال، مقامات ملی کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی باید به سؤالات تمام «اشخاص ذی‌نفع»^۶ که به مراکز استعلام واصل می‌شود، پاسخ دهند. به‌طور کلی، مطابق مقررات ماده ۳ موافقت‌نامه گتس، هیچ استثنا یا معافیتی برای اعضای سازمان تجارت جهانی در اعمال تعهد شفافیت وجود ندارد.

۱.۴. تعهدات ویژه بانکی در سازمان تجارت جهانی

بخش سوم موافقت‌نامه گتس و به‌طور دقیق‌تر مواد ۱۶ و ۱۷، حاوی قواعد و مقرراتی در مورد رفتار ملی و دسترسی به بازار است. برخلاف تعهدات کلی دول کامله‌الوداد و شفافیت، اصول رفتار ملی و دسترسی به بازار تعهدات ویژه محسوب می‌شوند که باید بین دولت‌ها مورد مذاکره قرار بگیرند.^۷ تعهد رفتار ملی یا دسترسی به بازار در خصوص یک کشور اعمال نمی‌شود، مگر این که آن کشور در خصوص بخش یا زیربخشی از صنعت خدمات مالی خود به‌طور صریح به چنین تعهدی رضایت داده باشد.^۸ این روش با عنوان «روش فهرست مثبت»^۹ شناخته می‌شود و به این مفهوم است که تعهدات دسترسی به بازار و رفتار ملی در صورتی نسبت به یک کشور اعمال می‌شود که آن کشور صراحتاً برای بخش یا زیربخش مشخصی و نیز روش عرضه خدمات معینی، تعهد ویژه‌ای را بر عهده بگیرد و تا حدی اعمال می‌گردد که آن کشور محدودیتی نسبت به آن وارد ننموده باشد. در مقابل، «روش فهرست منفی»^{۱۰} هر نوع تجارتی آزاد است، مگر مواردی که در جدول مربوطه استثنا شده باشد. این روش به کشور اجازه می‌دهد که برای خودش جدول محدودیت‌های اعمال اصول دسترسی

^۱ Article III, III bis.

^۲ رضایی، محمدتقی، *نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی*، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۲۰.

^۳ Article III (1) GATS.

^۴ Article III:1.

^۵ صادقی، محسن، *اصول خدمات بیمه در سازمان تجارت جهانی و آثار الحاق ایران به آن*، ۱۳۸۴، شماره ۸، ص ۲۴۸.

^۶ Interested persons

^۷ قلی‌زاده منقوای، احد و دینا توسلی‌نیا، *تعهدات خاص اعضای سازمان تجارت تحت موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات و*

تعارضات آن با قوانین ایران، دوره اول، ۱۳۹۹، شماره ۴، ص ۵۲.

^۸ Herdgen, M, *Principles of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p 266.

^۹ Positive-list approach

^{۱۰} Negative-list approach

به بازار و رفتار ملی را تهیه کند؛ به این شرط که آن کشور در جدول تعهدات ویژه خود آن محدودیت‌ها را درج نموده باشد.^۱ موافقت‌نامه گتس از روش فهرست مثبت استفاده کرده و شرایط انعطاف‌پذیرتر و با اختیار بیشتری را برای کشورها فراهم نموده است. این روش، منفعت خاصی را برای کشورهای درحال توسعه به همراه دارد؛ زیرا این کشورها تخصص لازم را ندارند تا تشخیص دهند کدام محدودیت‌ها را باید در فهرست موجود در روش فهرست منفی درج کنند.^۲

۱.۴.۱. رفتار ملی

ماده ۱۷ موافقت‌نامه گتس در مورد اصل رفتار ملی است و دولت عضو را ملزم می‌کند که «با خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات یک دولت دیگر، رفتاری نامطلوب‌تر از آنچه با خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه خود می‌نماید، نداشته باشد».^۳ در حوزه خدمات بانکی، اصل رفتار ملی دولت‌های عضو سازمان تجارت جهانی را ملزم می‌کند با بانک‌های خارجی همان‌گونه رفتار کنند که با بانک‌های داخلی رفتار می‌کنند.^۴ این تعهد، یک نوع تعهد مذاکره شده است که فقط در خصوص آن دسته از بخش‌ها و روش‌های عرضه خدمات اعمال می‌گردد که آن تعهد مذاکره شده به‌طور صریح برعهده گرفته شده و تا حدی جریان پیدا می‌کند که آن دولت محدودیتی را جدول خود وضع ننموده باشد. موافقت‌نامه گتس مقرر می‌کند که «رفتار نامطلوب‌تر»^۵، هم‌معنای «دوژوره»^۶ و هم‌معنای «دوفاکتو»^۷ یک رفتار را در برمی‌گیرد.^۸ برای مثال، علی‌رغم این که یک دولت عضو ممکن است با خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات خارجی رفتاری برابر دوژوه داشته باشد، یعنی آن رفتار به‌طور رسمی یکسان باشد، اما در صورتی که این رفتار یکسان منجر به تغییر شرایط رقابتی به نفع عرضه‌کننده خدمت داخلی گردد، آن رفتار اصل رفتار ملی را نقض نموده است.^۹

اصل رفتار ملی در صدد تضمین این است که خارجی‌ها از فرصت برابر برای رقابت بهره‌مندند، در حالی که اعضا تعهدی مبنی بر تضمین موفقیت در بازار ندارند.^{۱۰} علاوه بر این، رفتار رسماً متفاوت با عرضه‌کنندگان خدمات خارجی، گاهی می‌تواند مطابق اصل رفتار ملی باشد و این درجایی است که قانون‌گذار کشور میزبان نگرانی مهمی در مورد توانایی شرکت‌های خارجی برای تأمین رضایت اهداف قانون‌گذار کشور میزبان داشته باشد. بنابراین، اقدامات قانون‌گذاری اضافی نسبت به خارجی‌ها ممکن است به این دلیل ضرورت داشته باشد که تضمین کند اهداف قانون‌گذاری تأمین شده است. در بخش بانکداری، قانون‌گذار کشور میزبان ممکن است در صدد این باشد که الزامات سرمایه‌گذاری سخت‌گیرانه‌تری را در مقایسه با بانک‌های کشور میزبان مقرر کند، بانک‌های خارجی را ملزم کند که نسبت به تأسیس شعبه اقدام نمایند، حضور فیزیکی در قلمرو کشور میزبان را به‌عنوان یکی از شرایط دسترسی به سیستم پرداخت کشور میزبان تلقی کند یا آن‌ها را ملزم کند که خدمات مالی به مصرف‌کنندگان کشور میزبان بفروشند.

قواعد و مقرراتی که نسبت به اصول رفتار ملی و دسترسی به بازار اعمال می‌گردد، با اختلاف مهم‌ترین قواعدی هستند که نوع خاصی از آزادسازی را مورد تعهداتی که هر کشور بر عهده می‌گیرد، تحت تأثیر قرار می‌دهند. این مقررات مفاهیمی

^۱ برای مثال، موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا) از روش فهرست منفی استفاده نموده است.

^۲ VanGrasstek, C, *The History and Future of the World Trade Organization*, Geneva: WTO Publication, 2013, p 326.

^۳ Art. XVII:1.

^۴ Cranston, op. cit., p 436.

^۵ treatment no less favourable

^۶ de jure

^۷ de facto

^۸ Chaisse J. et al., *Handbook of International Investment law and Policy*, Singapore, Springer, 2021, p 256.

^۹ Marchetti, Juan, "What Should Financial Regulators Know About the GATS?", *unpublished paper for the World Trade Organization*, 2003.

^{۱۰} Arup, Christopher, *The World Trade Organization Agreements* (Cambridge: Cambridge University Press), 1999.

را در مورد قانون‌گذاری در خصوص انتقال سرمایه به خارج از مرزها برای هر عضو وضع می‌کنند و ممکن است تعهدات دولت‌های عضو صندوق بین‌المللی پول را تحت تأثیر قرار دهد. اگرچه روش فهرست مثبت به کشورها اجازه می‌دهد که در آزادسازی تعهدات براساس صلاحیت خود اقدام نمایند، به سبب این‌که تمام بخش‌های خدماتی را تا زمانی که یک کشور به‌طور مشخص بخش خاصی را برای رفتار ملی یا دسترسی بازار اعلام کند از دستور کار آزادسازی خارج می‌کند، موردانتقاد قرار گرفته است.^۱ این دیدگاه برای تقویت استدلال خود معتقد است که دولت‌ها تحت فشارهای حمایت‌گرایی‌اند و تمایلی نخواهند داشت که بدون تعهد قانونی و سازمانی بخش‌های خدماتی خاصی را برای آزادسازی مشخص کنند. اکثر آن‌هایی که دیدگاه فوق را اتخاذ نموده‌اند، روش فهرست منفی را ترجیح می‌دهند که مطابق آن، فرض بر این است که اعضای سازمان تجارت جهانی رفتار ملی و دسترسی به بازار را به‌صورت کامل نسبت به تمام بخش‌های خدماتی اعمال خواهند کرد، به‌جز در مواردی که به‌طور صریح محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌هایی را در جدول تعهدات خود فهرست نموده باشند. این روش موجب سرعت گرفتن دستور کار موافقت‌نامه گتس می‌شود و به‌طور بالقوه توانایی قانون‌گذار داخلی را برای مدیریت بازارهای مالی داخلی کاهش می‌دهد. از طرف دیگر، روش فهرست منفی ممکن است منجر به عمیق‌تر شدن بازارهای سرمایه گردد، به این طریق که اجازه می‌دهد عرضه‌کنندگان خدمات مالی و وام‌دهندگان خارجی بیشتری به بازارهای داخلی وارد شوند. این امر می‌تواند منجر به انتقال فناوری و مهارت به اقتصادهای توسعه‌نیافته و تزریق سرمایه گردد که موجب افزایش نقدینگی شده و احتمالاً ثبات مالی را گسترش می‌دهد. قانون‌گذاران داخلی، در صورت بحران مالی یا سایر بحران‌ها همچنان اختیار اعمال محدودیت نسبت به انتقال برون‌مرزی سرمایه را دارند. علاوه بر این، دولت‌هایی که به‌صورت مستقل و خارج از چارچوب مذاکرات موافقت‌نامه گتس به باز نمودن بازارهای خود اقدام می‌نمایند، باید به سبب این تلاش‌های مستقل از اعتبار ویژه‌ای در موافقت‌نامه گتس برخوردار شوند.

۱.۴.۲. دسترسی به بازار

اصل دسترسی به بازار که در ماده ۱۶ موافقت‌نامه گتس مقرر شده، به ماهیت الزام‌آور بودن تعهدات ویژه دسترسی به بازار در جدول اعضا تأکید مجدد می‌کند و این موضوع را روشن می‌سازد که تعهدات ویژه اعضا معیار رفتاری حداقلی‌اند و باید نسبت به خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات تمام اعضای سازمان تجارت جهانی اعمال شوند.^۲ بند یک ماده ۱۶ اعضا را ملزم می‌کند با خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات اعضای دیگر «رفتاری نامطلوب‌تر از آنچه براساس عبارات، محدودیت‌ها و شرایط توافق‌شده و مشخص‌شده در جدول تعهدات خود نداشته باشد».^۳ در همین زمینه، پی‌نوشت شماره ۸ ماده ۱۶ گتس این موضوع را روشن می‌کند که اختیار مقامات یک دولت عضو برای محدود کردن انتقال سرمایه به خارج از کشور، تا حدی می‌تواند محدود گردد که آن دولت عضو تعهدی را برای عرضه خدمات برون‌مرزی (شیوه اول) برعهده گرفته است یا تا حدی که یک دولت عضو تعهد به صدور مجوز عرضه خدمات از طریق حضور تجاری فرامرزی (شیوه سوم) را برعهده گرفته باشد. قاعده مقرر شده برای شیوه اول بیان می‌کند که یک دولت عضو نمی‌تواند کنترل‌هایی را نسبت به انتقال سرمایه به داخل یا خارج از مرزهای خود اعمال کند، در وضعیتی که این انتقال سرمایه جزء اساسی عرضه خدمات باشد.^۴ در مقابل، در مورد شیوه حضور تجاری (شیوه سوم)، یک دولت عضو متعهد است که مجوز انتقال سرمایه به قلمرو

1. Dobson, op. cit.

2. Zleptnig, Stefan, *The GATS and internet-based services: between market access and domestic regulation*, Cambridge Review of International Affairs, 2007, p 143.

3. Article XVI:1.

4. Article XVI:1 note 8.

خود را صادر کند، در صورتی که آن سرمایه مربوط به تأسیس حضور تجاری در قلمرو کشور میزبان باشد، اما صرفاً تا حدی که آن کشور در جدول تعهدات خود حضور تجاری را برعهده گرفته است. از نوع بیان این قاعده می‌توان استنباط کرد که تعهد به محدود نکردن انتقال سرمایه، صرفاً در مورد ورود سرمایه برای تأسیس حضور تجاری است. الزام مقرر شده در شیوه‌اول مبنی بر این که سرمایه «بخش اساسی خدمت»^۱ باشد، یک نوع معیار ضروری ارائه می‌کند، برای تشخیص این که سرمایه واقعاً بخش اساسی عرضه خدمت بوده است. در مقابل، الزام مقرر شده در شیوه سوم تعهدی سنگین‌تر را برای کشور میزبان ایجاد می‌کند، مبنی بر این که «انتقال سرمایه مربوط»^۲ به عرضه خدمت برای تأسیس حضور تجاری را محدود نکند. برای مثال دولت متعاقد نباید ورود سرمایه‌ای را که مربوط به تأسیس شعبه بانک است، محدود کند. بند دوم ماده ۱۶، شش اقدام را مشخص نموده است که دسترسی به بازار را محدود می‌کند و هیچ دولت متعاهدی نمی‌تواند این محدودیت‌ها را نسبت به بخشی اعمال کند که مشمول تعهدات ویژه می‌گردد، مگر این که آن اقدام محدودکننده به نوع دیگری در جدول تعهدات مشخص شده باشد.^۳ چهار اقدام اول، محدودیت‌های مقداری نسبت به دسترسی به بازار را شامل می‌شوند؛ برای مثال تعداد عرضه‌کنندگان خدمات در یک بخش خاص محدود می‌گردد، یا تعداد اشخاصی که در یک بخش خاص امکان استخدام دارند، محدود شود. محدودیت پنجم کنترل‌هایی را شامل می‌شود که تأسیس سرمایه‌گذاری مشترک یا نوع خاصی از نهاد قانونی محدود یا الزام می‌کند که عرضه‌کننده خدمات از طریق آن می‌تواند نسبت به عرضه خدمات اقدام نماید، در حالی که اقدام ششم محدودیت‌هایی را منع می‌کنند که در مورد مشارکت سرمایه خارجی است. بنابراین محدودیت‌هایی از قبیل تعداد بانک‌ها، میزان سرمایه و نوع شخصیت حقوقی بانک می‌توانند مشمول مقررۀ فوق شوند.^۴

۲. تنظیم مقررات احتیاطی کلان در سازمان تجارت جهانی

همان‌طور که بحث شد، کشورها با هدف رسیدن به رشد اقتصادی بیشتر دست به آزادسازی‌های تجاری زدند. تجارت خدمات بانکی به سبب حساسیت بیشتری که برای کشورها داشت با اختلاف بیشتری وارد حوزه آزادسازی‌های تجاری سازمان تجارت جهانی شد. آزادسازی تجاری در حوزه خدمات بانکی مستلزم حذف موانع تجاری است و برای این کار باید بسیاری از مقررات محدودکننده تجارت خدمات بانکی حذف شوند. اما تجربه نشان داد که از دهه ۱۹۷۰ میلادی بحران‌های مالی دامن‌گیر کشورها شد. تدوین‌کنندگان موافقت‌نامه گتس که آگاه بودند سنگین شدن کفه آزادسازی تجاری به قیمت تهدید ثبات مالی کشورها و کاهش امنیت بانک‌ها و مشتریان تمام خواهد شد، سعی کردند با اعطای اختیار به کشورها برای تنظیم مقررات احتیاطی، تعادل لازم را بین رشد اقتصادی و ثبات مالی ایجاد کنند. در قسمت ذیل، ابتدا در مورد مفهوم مقررات احتیاطی در سازمان تجارت جهانی بحث می‌شود و سپس در مورد راهکار ایجاد تعادل بین آزادسازی و تنظیم مقررات احتیاطی در سازمان تجارت جهانی مطالعه می‌گردد.

۲.۱. مفهوم مقررات احتیاطی در سازمان تجارت جهانی

آزادسازی خدمات مالی و ورود بانک‌های کشورهای دیگر، پیامدهای بسیاری بر کشور میزبان دارد و به راحتی می‌تواند

^۱. an essential part of the service

^۲. Related transfers of capital

^۳. صادقی نشاط، امیر و مرتضی پورمیرغفاری، بانکداری بدون ربا و آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی، فصلنامه مطالعات خصوصی، دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۴، ص ۶۷۲.

^۴. Cranston, op. cit., p 435.

ثبات مالی را با بحران مواجه کند. برای رفع این نگرانی، در بند ۲ (الف) ضمیمه خدمات مالی گتس، استثنای مهمی ایجاد شده است. مطابق این مقرر، کشورهای عضو می‌توانند به منظور اقدامات احتیاطی از اجرای تعهداتی که برعهده گرفته‌اند، معاف شوند.^۱ هدف کلی از تنظیم مقررات احتیاطی این است که امنیت و عملکرد مطلوب نظام مالی حفظ شود.^۲ تنظیم مقررات احتیاطی با دو رویکرد خرد و کلان انجام می‌شود؛ در تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی خرد، هدف حفظ امنیت هر بانک است، در حالی که در تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان، هدف حفظ ثبات کل نظام مالی است.^۳ تنظیم مقررات احتیاطی نه تنها سبب می‌شود که درک صحیحی از میزان ریسکی که بانک‌ها برعهده گرفته‌اند و نیز ریسکی که در کل نظام مالی انباشته شده است، مشخص باشد؛ بلکه مقررات احتیاطی سبب می‌شود دولت‌ها به شکل بهتری از مزایایی آزادسازی تجارت خدمات بانکی بهره‌مند شوند. زیرا بازارهای رقابتی اصولاً در یک بستر باثبات محقق می‌شوند و در فقدان ثبات مالی، رسیدن به آزادسازی تجاری امکان‌پذیر نخواهد شد.

اگرچه اعضای سازمان تجارت جهانی در مذاکرات دور اروگوئه بر اهمیت تنظیم مقررات احتیاطی واقف بودند، در مورد اینکه مفهوم مقررات احتیاطی چیست میان کشورها اختلاف نظر فراوانی وجود داشت.^۴ کشورهای توسعه‌یافته بر این باور بودند که باید تعریف دقیقی از مفهوم مقررات احتیاطی در موافقت‌نامه گتس درج شود؛ زیرا این اقدام سبب افزایش شفافیت در میان عرضه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان خدمات بانکی می‌شود. به این ترتیب، این کشورها معتقد به ارائه تعریف مضیقی از مفهوم مقررات احتیاطی هستند. در نقطه مقابل، کشورهای در حال توسعه معتقدند که باید تفسیر موسعی از مفهوم مقررات احتیاطی کلان به عمل آید و دست دولت‌ها در تنظیم این مقررات باز گذاشته شود.^۵ استدلال این گروه این است که خدمات مالی و بانکی وضعیتی متفاوت و متمایز دارد و انباشت ریسک‌های بانکی می‌تواند ثبات مالی کشورها را به مخاطره اندازد.^۶ در نهایت نیز استدلال گروه اخیر پذیرفته شده است که مطابق این تفسیر، دولت‌ها مجازند به بهانه تنظیم مقررات احتیاطی از تعهدات مذاکره شده خود تحت موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات عدول نمایند. بند ۲ (الف) ضمیمه خدمات مالی گتس مقرر می‌دارد که: «دولت‌ها را نمی‌توان از اتخاذ آن دسته از تدابیر احتیاطی که درصدد حمایت از سرمایه‌گذاران، ذی‌نفعان یا سایر اشخاصی که بانک متعهد به ارائه خدمات مالی به آن‌ها است یا اینکه به دنبال تضمین یکپارچگی و ثبات مالی است، منع نمود. در شرایطی که این اقدامات با اصول موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات مطابقت نداشته باشد، اتخاذ این تدابیر احتیاطی نباید به ابزاری برای بی‌اثر کردن تعهدات دولت‌ها تحت این موافقت‌نامه باشد».^۷

مطابق مقرر فوق، تدابیر احتیاطی آن دسته از اقداماتی است که به منظور حمایت از سرمایه‌گذاران، ذی‌نفعان یا سایر اشخاصی است که بانک متعهد به ارائه خدمات مالی به آن‌ها، یا درصدد تضمین یکپارچگی و ثبات مالی است. هیچ

¹. GATS Annex on Financial Services, para. 2 (a).

². Eatwell, J. & Taylor, L., *Global Finance at Risk: The Case for International Regulation*, 2000.

³. Dill, Alexander, *Bank Regulation, Risk Management, and Compliance: Theory, Practice, and Key Problem Areas*, Informa Law from Routledge, New York, 2020.

⁴. برای نمونه نظر نماینده کشور کلمبیا این بود که منظور از تنظیم مقررات احتیاطی تنظیم مقرراتی است که ثبات و یکپارچگی نظام مالی را تضمین کند. در نقطه مقابل، مالزی معتقد بود که باید تفسیر مضیقی از مقررات احتیاطی انجام شود و صرفاً اختیارات دولت‌ها در تنظیم مقررات احتیاطی تا جای ممکن محدود شود. کشورهای آمریکا و ژاپن نیز معتقد بودند که تبیین مفهوم مقررات احتیاطی به صلاحدید دولت‌ها واگذار شده است. کشورهای عضو → اتحادیه اروپا نیز بر این باور بودند که مقررات احتیاطی باید تا جایی اعمال شود که موجب نقض تعهداتی نشود که هر کشور در مقابل سایر کشورها برعهده گرفته است.

⁵. Kireyev, Alexei, *Liberalization of Trade in Financial Services and Financial Sector Stability*, *IMF Working Paper*, WP/02/138, 2002, pp 15-16.

⁶. Dobson, op. cit.

⁷. GATS Annex on Financial Services, para. 2 (a).

راهنمایی دیگری در خصوص نوع این الزاماتی که برای حمایت از سرمایه‌گذاران و ذی‌نفعان وجود ندارد. همچنین مشخص نشده است برای حفظ ثبات مالی چه اقداماتی باید انجام شود. تنها محدودیت ایجاد شده این است که تنظیم مقررات احتیاطی نباید به قصد بی‌اثر کردن تعهدات عمومی و ویژه پذیرفته شده دولت‌ها تحت موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات باشد. البته در عمل، جواز تنظیم مقررات بانکی به دستاویزی برای گریز از آزادسازی تجاری بدل شده است. برای نمونه، کشور چین با این بهانه که اقدام به تنظیم مقررات احتیاطی می‌نماید، اقدام به نقض تعهدات خود در زمینه دسترسی به بازار یا رفتار ملی نموده است.^۱ در نهایت، اختلاف نظر بر سر این که اقدام یک دولت مشمول استثنای احتیاطی است یا مانع تجارت محسوب می‌گردد، توسط مرجع حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی تعیین خواهد شد.^۲ البته این که انتظار داشته باشیم نظام حل و فصل اختلافات مشکل ابهام مفهوم تنظیم مقررات احتیاطی را حل کند، انتظار نابجایی است؛ زیرا در زمان تدوین ضمیمه پنجم اختلاف نظرها مطرح شده و نتیجه‌ای به همراه نداشته است.^۳

۲.۲. راهکار ایجاد تعادل بین آزادسازی و تنظیم مقررات احتیاطی در سازمان تجارت جهانی

تدوین‌کنندگان گتس تلاش کرده‌اند در عین حال که اقدام به آزادسازی خدمات مالی در حیطه سازمان تجارت جهانی می‌نمایند، از این طریق استثنای فوق، دست قانون‌گذار دولت میزبان را برای تنظیم مقررات احتیاطی به منظور حفظ ثبات مالی باز بگذارند. به این ترتیب، دولت‌ها در صورتی که تشخیص دهند انجام اقدامات احتیاطی لازم است، می‌توانند تعهدات خود را اجرا نکنند، حتی اگر مخالف تعهدات خاص آن‌ها باشد. البته این موضوع نباید به وسیله‌ای برای فرار از تعهدات و الزامات موافقت‌نامه تبدیل شود.^۴ استثنای مندرج در صدر بند ۲ (الف) ضمیمه خدمات مالی گتس به دولت‌ها اختیار تنظیم مقررات احتیاطی می‌دهد و سبب دشوار شدن تجارت خدمات مالی است. پرواضح است که تنظیم مقررات احتیاطی از این قابلیت برخوردار است که در صورت استفاده نامناسب به عامل مختل‌کننده آزادسازی تجارت خدمات بانکی بدل شود.^۵ به منظور محدود کردن اختیارات دولت‌ها در تنظیم مقررات احتیاطی، مقرر فوق در ادامه شرطی را اضافه می‌کند که مطابق آن تنظیم مقررات احتیاطی نباید به ابزاری برای بی‌اثر کردن تعهدات پذیرفته شده تبدیل شود. وجود این شرط نه تنها ابهام چارچوب تعریف شده را کم نمی‌کند، بلکه بر ابهام آن نیز می‌افزاید.^۶

مرز بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و اختیار دولت‌ها برای تنظیم مقررات بانکی نسبتاً مبهم است. معیاری وجود ندارد که بر اساس آن بتوان تشخیص داد مقرراتی که توسط یک کشور تنظیم شده است، در راستای حمایت از امنیت مشتریان بانک و حفظ ثبات مالی است. برخی کشورها معتقدند باید الزامات بانکی منتشر شده توسط «نهادهای بین‌المللی تدوین‌کننده استاندارد»^۷ را معیار تشخیص قرار داد.^۸ پس از بحران‌های مالی و رویدادهای مهم در جهان، نهادهای

^۱ US-China Trade Relations Growing Steadily, Some Stumbling Blocks Remain', Issue 12, 28 June 2002.

^۲ Sydney, J., Op. Cit, p 68.

^۳ M Yokoi-Arai, *GATS Prudential Carve Out in Financial Services and its Relation with Prudential Regulation*, 57 International & Comparative Law Quarterly 623, 2008, p 640.

^۴ زارع، محمدحسین، میرهادی سیدی، مسعود کمالی‌اردکانی، فرزاد مرادپور و میترا نصیری، *دسترسی به بازار جهانی وظیفه‌ای ناتمام*، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۸، ص ۲۴۶.

^۵ Kireyev, Alexei, Liberalization of Trade in Financial Services and Financial Sector Stability, *IMF Working Paper*, WP/02/138, 2002, p 15.

^۶ Kalypso Nicolaidis and Joel Trachtman, "Policed Regulation to Managed Recognition" in P. Sauve & R.M. Stern, eds., *GATS 2000*, Washington DC: Brookings Institute, 2000. P 255.

^۷ International Standard-setting Bodies

^۸ World Trade Organization, WTO Doc.S/CSS/W/71, available at: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/S/CSS/W71.pdf&Open=True>, Last Visit: 12/10/2022; World Trade Organization, WTO Doc.S/CSS/W/27, available at: https://docs.wto.org/gtd/Default.aspx?pagename=Services_4&langue=e, Last Visit: 12/10/2022.

بین‌المللی متعددی در سطح جهان تأسیس شده‌اند که تنظیم مقررات احتیاطی را هدف خود می‌دانند. به ترتیب تاریخ تأسیس، مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از «کمیته نظارت بر بانکداری بازل»^۱، «سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار»^۲، «انجمن بین‌المللی ناظران بیمه»^۳، «کمیته پرداخت‌ها و زیرساخت‌های بازار»^۴، «انجمن بین‌المللی بیمه‌گران سپرده»^۵، «صندوق بین‌المللی پول»^۶ و «بانک جهانی»^۷. در نهایت و پس از وقوع بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۸ نیز، «هیئت ثبات مالی»^۸ اساساً با هدف تغییر رویکرد تدوین مقررات بانکی به رویکرد احتیاطی کلان تأسیس شد. به این ترتیب، برای تشخیص این‌که مقرراتی که یک کشور تنظیم نموده است، تدابیر احتیاطی محسوب می‌شود یا مانع تجارت، باید این مقررات را با الزامات تدوین‌شده توسط نهادهای بین‌المللی تدوین‌کننده استانداردهای بانکداری مقایسه نمود. همین امر سبب شده است که کشورها در تنظیم مقررات احتیاطی با آسودگی خاطر عمل کنند و نگران این نباشند که متهم به ایجاد مانع تجارت شوند؛ زیرا به سادگی می‌توانند توجیه کنند که اقدام آن‌ها در راستای تبعیت از الزامات بین‌المللی و به قصد حفظ امنیت و ثبات مالی بوده است.^۹

در بند سوم ضمیمه خدمات مالی گتس سازوکاری برای ایجاد تعادل بین آزادسازی تجارت خدمات بانکی و تنظیم مقررات احتیاطی پیش‌بینی شده است. مطابق این مقرره، اعضای سازمان تجارت جهانی تشویق شده‌اند که در زمان تنظیم مقررات احتیاطی که به منظور حمایت از امنیت مشتریان و حفظ ثبات مالی انجام شده است، با سایر اعضا مذاکره، و نسبت به «شناسایی»^{۱۰} متقابل استانداردهای تدوین‌شده اقدام نمایند. هدف از طراحی سازوکار شناسایی، این است که اعضا به راحتی نتوانند از تعهدات عمومی و تعهدات ویژه که در مقابل سایر اعضا پذیرفته‌اند، عدول نمایند. بر اساس بند ۳ (الف) ضمیمه خدمات مالی، هر کشور نحوه اعمال مقررات احتیاطی تدوین‌شده کشور دیگر را مورد شناسایی قرار می‌دهد. این اقدام از طریق مذاکره یا توافق با کشورهای مرتبط انجام می‌شود و نیز ممکن است به صورت خودمختار توسط دولت عضو انجام شود.^{۱۱} در ادامه و در بند ۳ (ب) تأکید شده است که باید سایر کشورها نیز امکان مذاکره و الحاق به توافق‌نامه فوق را داشته باشند و نظارت کافی را بر مقررات احتیاطی اعمال نمایند.^{۱۲}

نتیجه‌گیری

از اواسط دهه ۱۹۴۰ میلادی، کشورها تصمیم به ترسیم ساختار اقتصادی بین‌المللی گرفتند. سازمان تجارت بین‌المللی هرگز خلق نشد، اما موافقت‌نامه گات ۱۹۴۷، فرایند آزادسازی تجارت کالا را شروع نمود و در سال ۱۹۹۵ میلادی سازمان تجارت جهانی تأسیس شد. این‌که آزادسازی‌های تجاری شامل تجارت خدمات نیز بشود یا خیر، از همان ابتدا با تردیدهای مهمی همراه بود؛ زیرا کشورها حساسیت بیشتری روی آن داشتند. در تجارت خدمات، حوزه بانکی از اهمیت بیشتری برخوردار بود و ورود بانک‌های خارجی به کشور میزبان به راحتی می‌توانست نظام مالی کشور میزبان را با مشکل مواجه کند.

¹. Basel Committee on Banking Supervision (BSBS).

². International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

³. International Association of Insurance Supervisors (IAIS).

⁴. Committee on Payments and Market Infrastructures.

⁵. International Association of Deposit Insurers.

⁶. International Monetary Fund (IMF).

⁷. World Bank (WB).

⁸. Financial Stability Board (FSB)

⁹. Key, Op. Cit, pp 68-70.

¹⁰. Recognition

¹¹. GATS Annex on Financial Services, para. 3 (a).

¹². GATS Annex on Financial Services, para. 3 (b).

چالش کشورها بر سر این موضوع بود که در یک کفه ترازو برای ایجاد رشد اقتصادی، آزادسازی خدمات بانکی لازم است و برای این کار باید مقررات متعددی در حوزه بانکی حذف شوند. در کفه دیگر ترازو برای ایجاد ثبات مالی، کشورها نیاز به تنظیم مقررات احتیاطی دارند. تدوین کنندگان مقررات سازمان تجارت جهانی به خوبی بر این موضوع آگاه بودند که خدمات بانکی قابل مقایسه با تجارت کالا یا تجارت سایر خدمات نیست. به همین سبب، بعد از سالها مناقشه بر سر این موضوع، در نهایت ترجیح دادند مصالحه‌ای بین اهداف رشد اقتصادی و ثبات مالی انجام دهند. در نهایت مطابق بند ۲ (الف) ضمیمه خدمات مالی گتس، در عین حال که آزادسازی تجارت خدمات بانکی را به عنوان یک اصل در نظر می‌گیرند، خروج از این اصل را با استثنای تنظیم مقررات احتیاطی مجاز می‌دانند. به این ترتیب، کشورها به محض عضویت در سازمان تجارت جهانی، باید تعهدات عمومی، شامل اصل دول کامله الوداد و اصل شفافیت را رعایت نمایند و امکان مذاکره یا ایجاد استثنا در آن‌ها را ندارند. در خصوص تعهدات خاص، شامل اصل رفتار ملی و اصل دسترسی به بازار، اعضا بعد از مذاکره، این تعهدات را بر عهده می‌گیرند؛ اما با تنظیم مقررات احتیاطی مذکور در بند ۲ (الف) ضمیمه خدمات مالی گتس می‌توانند از اجرای این تعهدات خود را در برابر کشور دیگر معاف کنند.

بر اساس یافته‌های این پژوهش، موافقت‌نامه تجارت خدمات (گتس)، چارچوب منعطفی را برای مذاکرات اعضا در مورد آزادسازی تجارت خدمات ارائه نموده است؛ در عین حال، حق قانون‌گذاری کشورها را نیز به رسمیت شناخته است تا اعضا بتوانند اقدام به تنظیم مقررات احتیاطی برای محدود نمودن تجارت خدمات فرامرزی نمایند. به این ترتیب، می‌توان به این نتیجه رسید که کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی، مکلف به آزادسازی تجارت خدمات بانکی بر اساس تعهدات عمومی و تعهدات ویژه هستند؛ اما به منظور حمایت از امنیت مشتریان و نیز حفظ ثبات مالی می‌توانند اقدام به تنظیم مقررات احتیاطی نمایند. برای تشخیص این‌که چه اقدامی، مشمول استثنای احتیاطی است، می‌توان الزامات مقرر شده توسط نهادهای بین‌المللی تدوین‌کننده استانداردهای بانکی را ملاک قرار داد.

منابع

کتاب

۱. رضایی، محمدتقی، *نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت*، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴.
۲. زارع، محمدحسین، میرهادی سیدی، مسعود کمالی‌اردکانی، فرزاد مرادپور و میترا نصیری، *دسترسی به بازار جهانی وظیفه‌ای ناتمام*، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۸.
۳. لوفلد اف، آندریاس، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۴. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، *سازمان جهانی تجارت*، تهران: انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹.

مقاله

۵. باقری، محمود، علیرضا حجت‌زاده، و محمدتقی رضایی، *اجرای اصل آزادسازی تجاری در سازمان جهانی تجارت: چالش‌ها و فرصت‌ها*، پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، شماره ۲۷، ۱۳۸۸.
۶. سپهوند، مهرداد، *آزادسازی مالی و چالش‌های بخش بانکی ایران در مسیر الحاق به سازمان تجارت جهانی*، تازه‌های اقتصاد، سال هفتم، ۱۳۸۸، شماره ۱۲۵.
۷. صادقی نشاط، امیر و مرتضی پورمیرغفاری، *بانکداری بدون ربا و آزادسازی خدمات بانکی در سازمان تجارت جهانی*، فصلنامه مطالعات خصوصی، دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۴.

۸. صادقی، محسن، اصول خدمات بیمه در سازمان تجارت جهانی و آثار الحاق ایران به آن، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۸.
۹. قلی‌زاده منقوطای، احد و دینا توسلی‌نیا، تعهدات خاص اعضای سازمان تجارت تحت موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات و تعارضات آن با قوانین ایران، دوره اول، ۱۳۹۹، شماره ۴.
۱۰. گالاچر، اسکات، موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان تجارت جهانی و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی، ترجمه مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و پنجم، ۱۳۸۴، شماره ۳۹.

References

Books

- Alexander, K, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Business Studies and Research Institute, *World Trade Organization*, Tehran: Business Publishing Company, 2010. (in Persian)
- Chaisse J. et al., *Handbook of International Investment law and Policy*, Singapore, Springer, 2021.
- Christopher, A, *The World Trade Organization Agreements*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Cranston, R, *Principles of Banking Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007.
- Dill, A., *Bank Regulation, Risk Management, and Compliance: Theory, Practice, and Key Problem Areas*, Informa Law from Routledge, New York, 2020.
- Eatwell, J. & Taylor, L., *Global Finance at Risk: The Case for International Regulation*, Wiley, 2000.
- Gortsos, Ch, *Fundamentals of Public International Financial Law, International Banking Law within the system of Public International Financial Law*, Nomos, 2012.
- Herdegen, M, *Principles of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Jain, H, *Trade Liberalization, Economic Growth and Environmental Externalities*, Singapore, Palgrave Macmillan, 2017.
- Lowenfeld, A. *International Economic Law*, 2008, Translated by: Habibi Majandeh, M., Tehran: Jangal Publications, 2011. (in Persian)
- Rezaei, M. *The Legal System of the World Trade Organization*, Tehran: Mizan Publications, 2015. (in Persian)
- VanGrasstek, C, *The History and Future of the World Trade Organization*, Geneva: WTO Publication, 2013.
- Wendy, D & Pierre, J, *Financial Services Liberalization in the WTO*, 1998.
- Zare, M. and Mirhadi Sidi, Masoud Kamali-Ardakani, Farzad Muradpour, Mitra Nasiri, *Access to the Global Market: Unfinished Tasks*, Tehran: Trading Publishing Company, 2009. (in Persian)
- Zleptnig, S, *The GATS and internet-based services: between market access and domestic regulation*, Cambridge Review of International Affairs, 2007.

Articles

- Anwesen, John, "The Prudential Carve-out Clause: is risk the new corrupt moral?", *Pen State Journal of Law & International Affairs*, Volume 4, NO 2, 2016.
- Bagheri, M. and Alireza Hojatzadeh, MohammadTaghi Rezaei, "Implementation of the Principle of Trade Liberalization in the World Trade Organization: Challenges and Opportunities", *Law and Policy Research*, Year 11, No 27: 2009. (in Persian)
- Gallacher, S. "General Agreement on Trade in Services of the World Trade Organization and International Trade in Legal Services", Translated by: Kamali Ardakani, M., *International Legal Journal*, 25th year, No.39: 2005. (in Persian)

20. Kalypso Nicolaidis and Joel Trachtman, "Policed Regulation to Managed Recognition" in *P. Sauve & R.M. Stern, eds., GATS 2000*, Washington DC: Brookings Institute, 2000.
21. Key, Sydney, J., "Trade Liberalization and Prudential Regulation: The International Framework for Financial Services", *International Affairs* 75, 1999.
22. Kireyev, Alexei, "Liberalization of Trade in Financial Services and Financial Sector Stability", *IMF Working Paper*, WP/02/138, 2002.
23. M Yokoi-Arai, "GATS Prudential Carve Out in Financial Services and its Relation with Prudential Regulation", *57 International & Comparative Law Quarterly* 623, 2008.
24. Marchetti, Juan, "What Should Financial Regulators Know About the GATS?", *unpublished paper for the World Trade Organization*, 2003.
25. Qolizadeh Manqutai, A. and Dina Tavasoli Nia, "Special Obligations of Trade Organization Members under the General Agreement on Trade in Services and Its Conflicts with Iranian Laws", No.4: 2020. (in Persian)
26. Raghavan, Chakravarthi, "Financial Services, the WTO and Initiatives for Global Financial Reform", *International Governmental Group of Twenty-Four*, 2011.
27. Sadeghi Neshat, A. and Morteza Pourmir Ghafari, "No-Interest Banking and Liberalization of Banking Services in the World Trade Organization", *Private Studies Quarterly*, Volume 47, No.4: 2017. (in Persian)
28. Sadeghi, M. "Principles of Insurance Services in the World Trade Organization and the effects of Iran's Join to It", *Journal of Legal Research*, No.8: 2005. (in Persian)
29. Sefhovan, M. "Financial Liberalization and the Challenges of Iran's Banking Sector to Join the World Trade Organization", *New Economic News*, 7th year, No.125: 2009. (in Persian)

Documents

30. Annex on Financial Services, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/10-anfin_e.htm, accessed on: 2022, May 29.
31. Marrakesh Declaration of 15 April 1994, available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm, accessed on 2022, May 29.
32. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm, accessed on: 2022, May 29.
33. The General Agreement on Trade in Services (GATS), available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm, accessed on: 2022, May 29.
34. Senate Report number 44 to Congress on 106 Session, FINANCIAL SERVICES MODERNIZATION ACT OF 1999, available at: <http://www.congress.gov/>, accessed on 2022, May 29.
35. US-China Trade Relations Growing Steadily, Some Stumbling Blocks Remain', Issue 12, 28 June 2002.
36. World Trade Organization, WTO Doc.S/CSS/W/71, available at: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/S/CSS/W71.pdf&Open=True>, Last Visit: 12/10/2022.
37. World Trade Organization, WTO Doc.S/CSS/W/27, available at: https://docs.wto.org/gtd/Default.aspx?pagename=Services_4&langue=e, Last Visit: 12/10/2022.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal Recognition of Citizenship in Iran after the Revolution: Law or Culture? Uncovering the Missing Key

Hadi Salehi ¹, Mohammad Ali Tavana²

ABSTRACT

The post-revolutionary landscape of citizenship in Iran offers itself to multifaceted examination. This article aims to scrutinize the status of citizenship within the Islamic Republic of Iran through a legal-political lens, drawing on the tenets of modern citizenship. To achieve this, it places substantial emphasis on the constitution and its nuanced aspects, ultimately posing the question: Is the constitution the absent linchpin in post-revolutionary Iranian citizenship? The findings of this study reveal that while the Iranian Constitution encompasses elements of modern citizenship, it is riddled with fundamental issues, notably the dearth of transparency and inclusivity. However, the crux of the challenge lies within the realm of "culture" – the normative underpinnings of daily life. This entails that the failure to recognize differences and the perpetuation of violence against others constitute cardinal obstacles to the institutionalization of citizenship within Iranian society. Consequently, fostering citizenship in Iranian society hinges, above all else, on embracing others and eradicating violence from the overarching culture of the nation. A pivotal aspect in comparing the emergence of Iranian citizenship with its Western counterpart is its historical genesis intertwined with economic, legal, and cultural interplays among social strata.

KeyWords: Legal Recognition, Citizenship, Cultural Rights, Legal-Political Approach, Iran Post-Revolution

How to Cite: Salehi, M, Tavana, M.A, "Legal Recognition of Citizenship in Iran after the Revolution: Law or Culture? Uncovering the Missing Key", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:101-122.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232816.2566>

Received: 11/07/2023 - Accepted: 24/10/2023

1. Assistant Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran
Corresponding Author Email: hadi.salehi@shirazu.ac.ir

2. Associate Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



شناسایی حقوقی شهروندی در ایران پس از انقلاب: قانون یا فرهنگ کلید مفقوده؟

هادی صالحی^۱، محمد علی توانا^۲

چکیده

وضعیت شهروندی در ایران پس از انقلاب را می‌توان از منظرهای متفاوت بررسی کرد. مقاله حاضر تلاش می‌کند از منظر حقوقی-سیاسی و با مبنا قراردادن اصول شهروندی مدرن، وضعیت شهروندی در جمهوری اسلامی ایران را مورد واکاوی قرار دهد. بدین منظور، تأکید اصلی خود را بر روی قانون اساسی و خلأهای آن قرار داده و این پرسش را مطرح می‌کند که آیا کلید مفقوده شهروندی در ایران پس از انقلاب قانون اساسی است؟ یافته‌های مقاله حاضر نشان می‌دهد قانون اساسی ج.ا.ا تا حدودی حاوی اصول شهروندی مدرن است؛ هرچند مشکلات بنیادین هم در آن وجود دارد که از آن جمله عدم شفافیت و عدم شمولیت است. اما مشکل اصلی را باید در فرهنگ-به مثابه قواعد هنجاری بخش زندگی روزمره- جستجو نمود. بدین معنا که عدم شناسایی تفاوت و خشونت نسبت به غیر، یکی از معضلات اساسی در راه نهادینه‌شدن شهروندی در جامعه ایرانی است. نتیجه این که برای ارتقای شهروندی در جامعه ایران بیش از هر چیز باید بر روی پذیرش دیگری و رفع خشونت در فرهنگ عمومی جامعه ایران متمرکز شد. آنچه در تحلیل تولد شهروندی در ایران در مقایسه با غرب اهمیت می‌یابد، تبار تاریخی آن در بستر روابط اقتصادی، حقوقی و فرهنگی طبقات اجتماعی است.

کلید واژگان: شناسایی حقوقی، شهروندی، حقوق فرهنگی، رویکرد حقوقی- سیاسی، ایران پس از انقلاب.

استناد به این مقاله: صالحی، هادی، توانا، محمدعلی، «شناسایی حقوقی شهروندی در ایران پس از انقلاب: قانون یا فرهنگ کلید مفقوده؟»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۰۱-۱۲۲

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232816.2566>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: hadi.salehi@shirazu.ac.ir

۲. دانشیار، دانشکده علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

هر جامعه‌ای دارای نظم سیاسی- اجتماعی است که عناصر آشکار و پنهانی دارد. آشکارترین عنصر تعیین‌بخش به نظم سیاسی- اجتماعی در عصر مدرن، قانون اساسی است. قانون اساسی چهارچوبی رسمی برای کنش‌گری سوژه‌های قانونی تعریف می‌کند و درعین حال شبکه رسمی توزیع قدرت یا احیاناً تمرکز قدرت را در یک نظم سیاسی- اجتماعی مشخص می‌نماید. به تعبیر دیگر، قانون اساسی ساختار قانونی نظم سیاسی- اجتماعی را مشخص می‌سازد. اما این نظم سیاسی- اجتماعی عناصر پنهانی نیز دارد که مهم‌ترین آن فرهنگ عمومی است. فرهنگ عمومی، ذهنیت‌ها و کنشگری‌های سوژه در زندگی روزمره را می‌سازد. البته قوانین اساسی خود در بستر فرهنگ عمومی تدوین می‌شوند و درعین حال بر آن تأثیر می‌گذارند. در کل، ترکیب درهم‌تنیده قانون اساسی و فرهنگ عمومی، هسته سخت نظم سیاسی- اجتماعی را شکل می‌دهند. این هسته سخت جایگاه و هویت سوژه‌ها را به مثابه شهروند می‌سازد؛ سوژه‌ای که رابطه خود با دیگری را تنظیم می‌کند.^۱

با پیروزی انقلاب اسلامی ایران، قانون اساسی و متناسب با آن ساختار سیاسی ایران تغییر یافت. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را باید مهم‌ترین میثاق عمومی ملت ایران پس از رخداد انقلاب دانست. این میثاق چه تعریفی از شهروند ایرانی ارائه می‌دهد؟ آیا این میثاق حاوی اصول شهروندی مدرن است یا خیر؟ چه خلأهایی در این میثاق وجود دارد؟ و آیا گناه عدم نهادینه‌شدن شهروندی در ایران پس از انقلاب را باید به گردن قانون اساسی انداخت یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، مقاله حاضر ابتدا چهارچوب نظری برای فهم شهروندی مدرن فراهم می‌کند و سپس بر اساس همان چهارچوب، وضعیت شهروندی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را از منظر حقوقی- سیاسی بررسی می‌کند.^۲ محققان با رویکردهای متفاوت، از جمله حقوقی، جامعه‌شناختی، فرهنگی، فلسفی و همین‌طور تلفیقی وضعیت شهروندی در جامعه ایران پس از انقلاب، رویکردهایی را بررسی کرده‌اند که در این میان رویکرد حقوقی بیشتر به چشم می‌خورد. پژوهشگرانی از جمله طاهری،^۳ مصلح،^۴ فقیهی و همکاران،^۵ افشار احمدی و همکاران،^۶ غفاری انور،^۷ سلیمانی و همکاران،^۸

^۱. Schwarzmantel, J, *Citizenship and Identity: Toward a New Republic*, London: Routledge, 2003.

^۲. برای مطالعه در خصوص مولفه‌های بنیادگرایی دینی در تعیین رابطه دولت و مردم، ر.ک: هیوود، اندرو، *درآمدی بر ایده نولوژی‌های سیاسی: از لیبرالیسم تا بنیادگرایی دینی*، ترجمه محمد رفیعی مهرآبادی، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷.

^۳. طاهری، محسن، *نقد و بررسی جایگاه حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به منشور حقوق شهروندی*، همایش ملی تبیین حقوق شهروندی، ۱۳۹۵، قابل دسترس در:

<https://sid.ir/paper/893226/fa>

^۴. مصلح، محمد، *حقوق شهروندی در قوانین ایران و قوانین بین‌المللی*، همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۶، قابل دسترس در:

<http://sid.ir/paper/89605/fa>

^۵. حکیم، سید مجتبی، علی فقیهی و سید حسین ابراهیمیان، *بررسی حقوق شهروندی و عناصر آن در نظام حقوقی ایران*، مجله پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، دوره ۱۳، ویژه‌نامه آذر ۱۴۰۱، شماره ۵۲، صص ۱-۲۱.

^۶. افشار احمدی، ایرج، *حقوق فردی شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران با رویکرد فقهی امام خمینی (ره)*، فصل‌نامه اخلاق زیستی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

^۷. غفاری انور، عطیه، «مطالعه تطبیقی جایگاه حقوق شهروندی در ایران و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۰.

^۸. علی‌دادی سلیمانی، حسن و محمدرضا حاجی کرم رعیت، *حقوق شهروندی و میزان آگاهی شهروندان از آن (مورد مطالعه: کلان‌شهر تهران)*، اقتصاد و مدیریت شهری، سال هشتم، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳۱، صص ۷۹-۹۰.

جاوید و ابراهیمی،^۱ حسن‌پور آزاد^۲ و صادق‌خانی و همکاران^۳ از منظر حقوقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را مبنای تحلیل شهروندی در جامعه ایران پس از انقلاب قرار می‌دهند. عمده تحقیقات ایشان بر جنبه‌های صوری شهروندی در جامعه ایران متمرکز شده‌اند و به نظر می‌رسد با نگاهی خوشبینانه و عموماً تأییدگرایانه ریشه‌های پرلماتیک شهروندی در جامعه ایران را نادیده گرفته‌اند. برای مثال، در مقاله «انقلاب اسلامی و تحول مفهومی حقوق شهروندی در ایران»^۴ تأکید شده است، انقلاب اسلامی بر تحول مفهومی و روندهای حقوق شهروندی در ایران تأثیر مثبت داشته؛ زیرا با تعمیم مذهب در سیستم سیاسی جمهوری اسلامی، مردم‌سالاری را نهادینه کرده است. البته کارهای دیگری با رویکرد میان‌رشته‌ای و ماهوی نیز در این زمینه صورت گرفته است. برای مثال، در مقاله «منشور حقوق بشر و چالش‌های حقوق شهروندی زنان در ایران»^۵ مبحث حقوق شهروندی با مسئله فرهنگ پیوند زده و اعلام شده است، حقوق به تنهایی تضمین‌کننده شهروندی زنان نیست و برای نهادینه‌شدن این شهروندی، تغییر فرهنگ ضروری است. مقاله حاضر را می‌توان تداوم همین منطق دانست. با این تفاوت که چهارچوب نظری آن، شهروندی مدرن است و کلیت شهروندی را بررسی می‌کند و به زنان محدود نمی‌شود.

در مقابل، مطالعات با رویکرد اجتماعی و سیاسی معمولاً وضعیت شهروندی در ایران پس از انقلاب را در بستر اجتماعی، سیاسی و فرهنگی آن بررسی کرده‌اند. برای مثال، در مقاله «گونه‌شناسی شهروندی در ایران؛ فرصت‌ها و تهدیدهای آن»^۶ با بهره از روش پیمایشی وضعیت مدنی، سیاسی و اجتماعی شهروندی تهرانی بررسی شده است. نویسنده نشان می‌دهد در شهر تهران بر جنبه‌های تکلیف‌مدارانه شهروندی بیش از جنبه‌های حقوقی آن تأکید شده است. بر اساس این تحقیق، شهروندان تهرانی را می‌توان به شهروندان فعال (۲۰ درصد)، مطیع (۴۰ درصد)، آرمانی (۳۰ درصد) و بی‌تفاوت (۱۰ درصد) تقسیم کرد. این مقاله پیش‌بینی می‌کند در تهران با دیالکتیکی از وضعیت احساسی (شهروندی اجتماعی)، اعتراضی (شهروندی مدنی) و آرمانی (شهروندی سیاسی) روبرو خواهیم بود. همچنین در مقاله «تحلیلی بر چالش‌های حقوق شهروندی در شهرهای ایران (مطالعه موردی: شهر قزوین)»^۷ از منظر جامعه‌شناختی وضعیت حقوق شهروندی در شهر قزوین بررسی، و نشان داده شده است پایگاه اقتصادی و اجتماعی افراد با آگاهی آنان از حقوق شهروندی رابطه مستقیم دارد. علاوه بر این، در مقاله «شهر بی‌انضباط و محدودیت‌های ظهور شهروندی در ایران»^۸ از منظر جامعه‌شناختی نشان داده شده که سازوکار نظارتی و کنترلی در جامعه ایران منجر به شکل‌گیری خصایصی چون احساس بی‌هنجاری و

۱. جاوید، محمد جواد و محمود ابراهیمی، «تکالیف شهروندی» در **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره دوم، شهریور ۱۳۹۲، شماره ۴، صص ۲۵-۴۶.

۲. حسن‌پور آزاد، پیمان و رضا عبادی جامخانه، **مؤلفه‌های حقوق شهروندی در ایران**، انتشارات اراده، ۱۳۹۴.

۳. صادق‌خانی، نورالله، محمدجواد جعفری و ایرج رنجبر، **بررسی واکاوی حقوق شهروندی در قانون اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران**، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۳.

۴. فقیه حبیبی، علی، **انقلاب اسلامی و تحول مفهومی حقوق شهروندی در ایران**، جستارهای سیاسی معاصر، دوره نهم، مهر ۱۳۹۷، شماره ۳، شماره پیاپی ۲۹، صص ۱۶۳-۱۸۵.

۵. لطفی، توکل، حجت‌الله ابراهیمیان و مقصود رنجبر، **منشور حقوق بشر و چالش‌های حقوق شهروندی زنان در ایران**، نشریه اخلاق زیستی، دوره دهم، ۱۳۹۹، شماره ۱، صص ۱۰۵-۱۱۷.

۶. غیاثوند، احمد، **گونه‌شناسی شهروندی در ایران؛ فرصت‌ها و تهدیدهای آن**، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره ۲۲، خرداد ۱۳۹۴، شماره ۶۸، صص ۱۱۹-۱۵۱.

۷. نظری، ولی‌الله، محمد غلامی، علی صادقی و فاطمه طرلان، **تحلیلی بر چالش‌های حقوق شهروندی در شهرهای ایران (مطالعه موردی: شهر قزوین)**، پژوهش‌های جغرافیای انسانی، دوره ۵۳، فروردین ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۲۲۷-۲۴۱.

۸. کاظمی، عباس و محمد رضایی، **شهر بی‌انضباط و محدودیت‌های ظهور شهروندی در ایران**، مجله مطالعات اجتماعی ایران، دوره سوم، تیر ۱۳۸۸، شماره ۲، صص ۱۶-۳۰.

بی‌اعتمادی در شهروندان شده است.

همچنین در مقاله «مطالعه فراترکیب فرهنگ شهروندی در جامعه ایران»^۱ با بهره از منظر فرهنگی - سیاسی نشان داده شده است که بدون نگرش دموکراتیک، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، اخلاقی و توسعه‌ای شهروندی در جامعه ایران نهادینه نمی‌شود. در مقاله «هویت ملی و حقوق شهروندی در ایران: گفتمان دوسویه و چندسویه ملت - دولت»^۲ نیز با بهره از همان منظر فرهنگی - سیاسی تبیین شده است که بدون در نظر گرفتن لایه‌های هویت متکثر ایرانی، شهروندی عمیق و همه‌شمول ملی در ایران شکل نمی‌گیرد.

همچنین در مقاله «واقعیت اجتماعی شهروندی در ایران»^۳ از منظر جامعه‌شناختی - سیاسی فرایند شکل‌گیری شهروندی در ایران پس از انقلاب بررسی، و نشان داده شده که گفتمان قوانین موضوعه و قانون اساسی، جهت‌گیری‌های برنامه‌های توسعه و همچنین شکل‌گیری تقاضاهای سیاسی - اجتماعی در ایران پس از انقلاب به سوی شهروندی مدرن بوده است. البته این مقاله نیز بر جنبه‌های صوری شهروندی بیش از عمق شهروندی تأکید دارد.

در مقاله «زایش ایده شهروندی در ایران معاصر از منظر فلسفه سیاسی»^۴ از منظر فلسفی - سیاسی استدلال می‌کند یکی از دلایل اصلی ناکامی ایده شهروندی در ایران معاصر، ضعف رتوریک روشنفکران ایرانی در ترویج ایده فرد صاحب «حق» و رادیکالیسم روسویی در قالب انقلابی‌گرایی غیرمدنی آنان بوده است.

در کل، بیشتر این آثار به مبانی نظری شهروندی توجه کمتری داشته‌اند. بر همین مبنا، مقاله حاضر می‌کوشد در ابتدا مبانی نظری مشخص برای تحلیل شهروندی فراهم آورد. ضمن اینکه می‌کوشد رویکرد تلفیقی حقوقی - سیاسی - فرهنگی را به کار برد.

۱. مبانی نظری: شهروندی چیست؟

تی اچ مارشال شهروندی را عضویت کامل همگانی در یک جامعه مدنی می‌داند.^۵ کیت فالکس این تعریف را دقیق‌تر می‌کند: از نظر او شهروندی یک موقعیت عضویت است که شامل مجموعه‌ای از حقوق، وظایف و تعهدات است و بر برابری، عدالت و استقلال دلالت دارد (فالکس، ۱۳۸۱: ۲۴).^۶ استیونسون هم شهروندی را شامل حقوق، مسئولیت‌ها و نمادهای مشترک عضویت و مشارکت عمومی می‌داند که جامعه مدنی را می‌سازد.^۷ بر اساس تعریف‌های فوق، می‌توان چهار رکن را برای شهروندی ذکر نمود: عضویت، حقوق، وظایف و مسئولیت‌ها، و مشارکت.

۱- عضویت: عضویت ناظر بر پذیرش و تعلق افراد و گروه‌ها به یک جامعه مدنی^۸ است. مهم‌ترین مسئله درباره عضویت،

^۱ سهراب‌زاده، مهران، محسن نیازی و سمیه میری، مطالعه فراترکیب فرهنگ شهروندی در جامعه ایران، جامعه‌شناسی اقتصادی و توسعه، سال دهم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۲۵-۵۲.

^۲ سیف‌زاده، سید حسین و احد نوری اصل، هویت ملی و حقوق شهروندی در ایران: گفتمان دوسویه و چندسویه ملت - دولت، نشریه مطالعات سیاسی، دوره سوم، ۱۳۹۰، شماره ۱۱، صص ۱۶۳-۱۶۹.

^۳ توسلی، غلام عباس و سید محمود نجاتی حسینی، واقعیت اجتماعی شهروندی در ایران، جامعه‌شناسی ایران، ۱۳۹۳، شماره ۲.

^۴ مقیمی زنجانی، شروین، زایش ایده شهروندی در ایران معاصر از منظر فلسفه سیاسی، نشریه علوم سیاسی، دوره ۲۱، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۸۲، صص ۵۱-۷۶.

^۵ Marshall, T.H, "Afterthought on Value of Problems of Welfare-Capitalism", in Citizenship: Critical Concepts (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume 2, London and New York : Routledge 1994, P 17.

^۶ فالکس، کیت، شهروندی، ترجمه محمد تقی دلفروز، چاپ اول، کویر، ۱۳۸۱، ص ۲۴.

^۷ استیونسون، نیک، شهروندی فرهنگی: مسائل جهان شهری، ترجمه افشین خاکباز، تهران: تیسرا، ۱۳۹۲، ص ۳۰۷.

^۸ Politia

شمولیت^۱ و طرد^۲ است. بدین معنا که چه کسانی در جامعه مدنی پذیرفته می‌شوند و چه کسانی پذیرفته نمی‌شوند.^۳ همچنین مسئله طرد و شمولیت با مسئله سرکوب، به ویژه سرکوب تفاوت‌ها، درهم آمیخته شده است؛ زیرا عدم پذیرش یا عدم شناسایی تفاوت در یک جامعه خود گونه‌ای سرکوب ساختاری است.^۴ به‌رحال، مسئله عضویت و دامنه شمولیت همواره در تاریخ شهروندی مطرح بوده است. برای مثال، در یونان باستان فقط مردان بالغ طبقه ممتاز شهروند محسوب می‌شدند و زنان، کودکان، طبقات اقتصادی پایین (فقرا)، بیگانگان و ... شهروندان به شمار نمی‌آمدند.^۵ شهروندی مدرن با ادعای عضویت همه‌شمول ظهور نموده، اما در عمل هنوز موفق نشده است عضویت کامل را برای اقلیت‌های قومی، نژادی، فرهنگی، جنسی و ... به ارمغان بیاورد.^۶

۲- حقوق: شهروندان با عضویت در یک جامعه سیاسی صاحب حقوقی می‌شوند. حقوق شهروندی دائماً در حال تغییر بوده است. برای مثال، تنها در آغاز قرن بیستم بود که حق رأی زنان به رسمیت شناخته شد.^۷ از همین‌رو، در شهروندی مدرن از حقوق زنان، کودکان، بیماران، بیکاران، بی‌پناهان، حاشیه‌نشین‌ها، قومیت‌ها، نژادها و فرهنگی خاص سخن گفته می‌شود.^۸ حقوق شهروندی خود ابعاد متفاوتی را در برمی‌گیرد. از جمله: الف) حقوق مدنی: شامل آزادی‌های شخصی و مصونیت از تعرض غیر (بعد فردی و اجتماعی)، آزادی بیان، آزادی اندیشه و عقیده (بعد فرهنگی)، حق مالکیت، حق انعقاد قرارداد معتبر (بعد اقتصادی)، حمایت از شخص در برابر اقدامات غیرقانونی دولت، همچون حبس، تبعید و کار اجباری، برابری در قبال قانون، عدم تبعیض براساس جنس، نژاد، زبان، عقیده و موقعیت طبقاتی (بعد قضایی)؛^۹ ب) حقوق سیاسی: شامل حق رأی و تصدی مسئولیت در سطوح مختلف حکومتی، حق مشارکت در امور سیاسی، آزادی گردهمایی و تشکل انجمن و آزادی اطلاعات؛^{۱۰} ج) حقوق اجتماعی: شامل حق کار کردن، برابری در فرصت‌های آموزشی، اقتصادی، اجتماعی و غیره، برخورداری از خدمات بهداشتی، بهره‌مندی از مزایای رفاهی و خدمات اجتماعی همانند انواع بیمه، از جمله بیمه بیکاری و ازکارافتادگی و برخورداری از آموزش متناسب و همچنین امنیت.^{۱۱} همان‌گونه که رایلی می‌گوید، حقوق اجتماعی می‌تواند زمینه مشارکت فعالانه شهروندان در عرصه سیاسی، اجتماعی و ... را فراهم نماید؛^{۱۲} د) حقوق فرهنگی: شامل شناسایی (تأیید)^{۱۳} کامل گروه‌های فرهنگی، قومی، نژادی، زبانی و ...؛ حفظ هویت‌ها، زبان‌ها و فرهنگ‌های متمایز؛ امکان پیگیری شیوه‌های خاص زندگی گروه‌های متفاوت؛ حق ابراز هویت‌های فرهنگی متفاوت در

^۱. Inclusion

^۲. Exclusion

^۳. رایلی، دنیس، *شهروندی و دولت رفاه*، ترجمه ژیلای ابراهیمی، تهران: آگه، ۱۳۸۸، ص ۲۶.

^۴. Young, I. M, *Inclusion and Democracy*, Cambridge: Polity Press, 2002, p 189.

^۵. OByrne, D, *The Dimensions of Global Citizenship: Political Identity Beyond the Nation-State*, London: Frank Cass, 2003, p 6.

^۶. برای مطالعه در خصوص اثر حقوقی شناسایی گروه‌های اقلیت در عضویت افراد درون گروه‌های اقلیت ر.ک: صالحی، هادی و امیر نیک‌پی، *شناسایی حقوقی اقلیت‌های درون گروه‌های اقلیت از منظر ایلین شاتنار*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، اردیبهشت ۱۳۹۷، دوره ۲۱، شماره ۸۱.

Bosniak, L, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membershi*, Princeton: Princeton University Press, 2008, p 18.

^۷. کاستلز، استفن و آلیستر دیویدسون، *شهروندی و مهاجرت: جهانی شدن و سیاست تعلق*، ترجمه فرامرز تقی لوی، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۲، ص ۲۵۱.

^۸. Ibid, p7.

^۹. Marshall, T.H, Op,cit, p 8.

^{۱۰}. Ibid.

^{۱۱}. Ibid, p 9.

^{۱۲}. رایلی، دنیس، پیشین، ص ۹۶.

^{۱۳}. برای مطالعه در خصوص مبانی نظری مفهوم شناسایی حقوقی، ر.ک: صالحی، هادی، «تبارشناسی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

عرصه عمومی؛ مشارکت فعال همه گروه‌های فرهنگی در سیاست؛ امکان دسترسی گروه‌های فرهنگی خاص به فرهنگ و زبان اکثریت و نهایتاً امکان ارتباطات بین فرهنگی و بین‌المللی میان گروه‌های فرهنگی متفاوت.^۱ (ه) حقوق زیست محیطی: شامل احترام به طبیعت به عنوان زیست‌بوم مشترک تمامی موجودات و پایداری آن.^۲ (و) حقوق جنسی: شامل شناسایی همه گرایش‌های جنسی و امکان ابراز آن در عرصه عمومی.^۳ بر همین اساس، فمینیست‌ها (از نسل اول تا نسل سوم) به مسئله طرد، سرکوب، تقسیم حوزه خصوصی و حوزه عمومی و ناچیزشمردن ارزش‌های زنانه اعتراض دارند و خواهان مشارکت کامل زنان در زندگی اجتماعی و سیاسی هستند.^۴

۳- وظایف قانونی- مدنی و مسئولیت‌های اخلاقی- مدنی: شهروندان در ازای حقوقی که دریافت می‌کنند، باید وظایف قانونی و مسئولیت‌های اخلاقی در قبال جامعه مدنی بر عهده بگیرند. به بیان ساده، در هر حوزه‌ای که حقوقی برای شهروندان لحاظ می‌شود، متناسب با آن باید وظایف و مسئولیت‌هایی نیز وجود داشته باشد.^۵ آشکار است که وظایف و مسئولیت‌های مدنی نباید صرفاً بر رابطه شهروندان و جامعه مدنی (یا دولت) ناظر باشد؛ بلکه باید به روابط میان شهروندان، چه در عرصه عمومی و چه خصوصی، هم تسری بیابد؛^۶

۴- مشارکت: مشارکت تعیین‌کننده مرز شهروند و رعیت است.^۷ به بیان ساده، شهروند کسی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در امور جامعه خویش فعالانه و آزادانه مشارکت می‌کند. در حالی که رعیت کسی است که تحت سیطره کامل یک دولت یا قدرت برتر قرار دارد و صرفاً بر اساس خواست ارباب خود عمل می‌کند.^۸ اهمیت مشارکت چنان است که بسیاری از نظریه پردازان شهروندی، چه کلاسیک و چه مدرن، شهروندی را بر مبنای آن تعریف می‌کنند. برای مثال، از نظر ارسطو، شهروند کسی است که در امور شهر (از طریق عضویت در انجمن نمایندگی) مشارکت می‌نماید؛^۹ یا به قول برایان ترنر که جوهر شهروندی را مشارکت می‌داند.^{۱۰}

پس، شهروندی یک مجموعه است و قابل تقلیل به یک بُعد، مثلاً حقوق نیست. بدین معنا شهروندی شیوه‌ای زیست‌مدنی بر مبنای عضویت کامل، حقوق، وظایف و مسئولیت‌ها و نهایتاً مشارکت تمامی افراد و گروه‌های متعلق به یک جامعه است. بر همین مبنای، در این مقاله شهروندی در جامعه ایران پس از انقلاب در دو سطح قانونی اساسی و فرهنگ عمومی تحلیل می‌شود.

۱. کاستلز، استفن و آلیستر دیویدسون، پیشین، ص ۲۶۳.

۲. منظور از پایداری استفاده از منابع طبیعی به گونه‌ای است که نه تنها نیازهای نسل فعلی رفع گردد، بلکه برای آیندگان نیز قابل استفاده باشد. Dobson, D., "Political theory and the environment: the grey and the green (and the in-between)", in *Political Theory in Transition*, (Ed. Noel O'sullivan), London and New York: Routledge, 2000, p 2.

۳. Young, I. M., *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, in *Citizenship: Critical Concepts* (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume two, London and New York: Routledge, 1989, p 393.

۴. فریدمن، لارنس، *بازداندگی*، ترجمه عسگر قهرمان پور بناب و روح‌الله طالبی آرانی، چاپ اول، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶، صص ۴۳-۷۲.

Pateman, C., "Feminism and Democracy", in *Citizenship: Critical Concepts* (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume two, London and New York: Routledge, 1994, p 375.

۵. Delanty, G., *Citizenship in a Global Age: Society, Culture, Politics*, Buckingham: Open University Press, 2000, pp 9-10.

۶. فالکس، کیث، پیشین، ص ۱۶۱-۱۷۰.

۷. برای مطالعه در خصوص مبانی نظری شهروندی و تأثیر آن: در تشکیل تاریخی دولت مدرن در غرب، رک: لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشرنی، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

۸. Op,cit, p 9.

۹. ارسطو، *اخلاق نیکوماخس*، ترجمه سید ابوالقاسم پورحسینی، چاپ دوم، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۱۳۱.

۱۰. Turner, B.S., *Contemporary Problems in Theory of Citizenship*, in *Citizenship and Social Theory* (Ed. Turner, Bryan S.), London: Sage, 1993, p 199.

۲. حقوق شهروندی در قانون اساسی ج.ا.ا.

حقوق شهروندی را می‌توان به حقوق همگانی و خاص تقسیم نمود. حقوق همگانی به حقوقی اشاره دارد که به همه افراد و گروه‌های عضو یک جامعه تعلق می‌گیرد و حقوق خاص به حقوقی اشاره دارد که ناظر بر وضعیت گروهی خاص (مثلاً زنان، اقلیت‌ها، آسیب‌دیدگان و ...) می‌شود.

اگرچه قانون اساسی در اصول مختلفی به صورت کلی به شناسایی حقوقی عام شهروندی می‌پردازد، سیاست حقوقی قانون اساسی را باید از تحلیل هنجارهای خاص استخراج و تحلیل نمود.

در شهروندی مدرن، علاوه بر حقوق همگانی بر حقوق خاص فرهنگی نیز تأکید می‌شود. چه اینکه حقوق خاص فرهنگی نه تنها بی‌عدالتی ساختاری را تا حدودی جبران می‌کند، بلکه امکان استفاده از آزادی و دسترسی برابر به عرصه عمومی و نهایتاً مشارکت در ساخت فرهنگی، اجتماعی و سیاسی را نیز فراهم می‌آورد.^۱ بر همین اساس، اصل دوازدهم قانون اساسی ج.ا.ا. را می‌توان یکی از نخستین اصول درباره حقوق خاص فرهنگی دانست. در این اصل، ضمن اینکه «اسلام» و «مذهب جعفری اثنی‌عشری» به عنوان «دین رسمی ایران» معرفی می‌شود، دیگر مذاهب اسلامی، شامل «حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی» شناسایی می‌شود و درعین حال، «آزادی انجام مراسم» به این مذاهب نیز اعطا می‌گردد. همچنین این اصل تصریح می‌کند: «در هر منطقه‌ای که پیروان این مذاهب اکثریت داشته باشند، آنان می‌توانند به شرط حفظ حقوق سایر مذاهب، مقررات محلی را بر طبق مذهب خود وضع کنند». این موضوع بدین معناست که در قانون اساسی ج.ا.ا. خودآیینی مذهبی برای برخی از مذاهب و آن هم به صورت محلی، به رسمیت شناخته شده است. موضوع مهم این است که این اصل یادآوری می‌کند در ج.ا.ا. اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری ساخت زیرینی است که تعیین‌کننده سایر امور است و همچنین اعلام می‌کند که این ساخت زیرین «غیرقابل تغییر و خدشه» است. همچنین در اصل سیزدهم، اقلیت‌های دینی «زرتشتی، کلیمی و مسیحی» شناسایی می‌شوند، اما حق اداره محلی به آنان اعطا نمی‌شود. در واقع این اصل نشان‌دهنده محدودیت حقوق اقلیت‌های دینی در ج.ا.ا. است. به هر حال، این دو اصل دایره اقلیت‌های مذهبی و دینی رسمی در ج.ا.ا. را مشخص می‌سازند. از این دو اصل چنین برمی‌آید که سایر گروه‌های مذهبی و دینی که شناسایی نشده‌اند، از دایره شهروندی ایران خارج‌اند.^۲

علاوه بر این، اصل چهاردهم که مستند به آیه هشتم سوره ممتحنه است،^۳ دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان را موظف می‌کند تا نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه، قسط و عدل اسلامی رفتار نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. البته این حقوق شامل حال کسانی می‌گردد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند. این اصل متضمن چند نکته اساسی درباره حقوق خاص فرهنگی است: یکی اینکه فرهنگ اکثریت مسلمان به صورت عام و البته اکثریت شیعه به صورت خاص، مبنای اعطای حقوق فرهنگی به سایر اقلیت‌های مذهبی و دینی قرار می‌گیرد؛ دوم اینکه خواهان رفتار نیکو و عادلانه با غیرمسلمانان است. از این‌رو، از آن، گونه‌ای تساهل و احترام نسبت به اقلیت‌های دینی شناسایی شده قابل استنباط است؛ سوم اینکه حقوق انسانی اساسی - متمایز از سایر حقوق دینی - برای آنان به

^۱. Young, I. M, 2002, p 189; Parekh, Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Basingstoke: Macmillan, 2000, pp: 199-203; Kymlicka, W, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, New York: Oxford University Press, 1995, pp 34-48.

^۲. آریامنش، بشیر، *حقوق اقلیت‌ها از منظر قانون اساسی و موازین بین‌المللی*، تعالی حقوق، سال چهارم، مهر، آبان، آذر و دی ۱۳۹۰، شماره ۱۳، ص ۸۱.

^۳. خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در راه دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نرانند، نهی نمی‌کند؛ چرا که خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد.

رسمیت می‌شناسد که به انسان به واسطهٔ انسان بودن تعلق می‌گیرد؛ چهارم اینکه علاوه بر شرط عدم ضدیت با اسلام، شرط دیگری تحت عنوان عدم توطئه و اقدام بر علیه ج.ا.ا طرح می‌نماید که خود ساخت زیرین سیاسی-امنیتی دیگری برای هویت شهروندی در قانون اساسی ج.ا.ا محسوب می‌گردد. بدین معنا این اصل برتری اسلام بر سایر ادیان را مسلم فرض می‌نماید و صرفاً از سر خیرخواهی و در محدوده‌ای مشخص، حقوقی را برای سایر اقلیت‌های دینی شناسایی شده به رسمیت می‌شناسد.

شاید بتوان گفت این اصول به گونه‌ای نحیف، دیگری را شناسایی می‌کند؛ بدین معنا که حق برابر با اکثریت مسلمان شیعه را برای آنان به رسمیت نمی‌شناسد و صرفاً از منظر لطف، اجازهٔ فعالیت محدود به دیگری داده می‌شود. همچنین بر اساس این اصول، رفتار متساهلانه صرفاً با گروه‌های مذهبی و دینی شناسایی شده صورت می‌گیرد، نه سایرین. پس از این اصول شناسایی عمیق تفاوت‌ها، کسب موقعیت برابر اقلیت‌ها با اکثریت یا مشارکت برابر گروه‌های دینی و مذهبی در ساخت سیاسی، فرهنگی و اجتماعی ج.ا.ا به دست نمی‌آید.

همچنین اصل پانزدهم قانون اساسی ج.ا.ا ابعاد دیگری از حقوق خاص فرهنگی را نشان می‌دهد. این اصل بر حفظ زبان اقلیت‌های قومی تأکید می‌نماید و امکان «استفاده از زبان‌های محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات قومی و محلی در مدارس در کنار زبان فارسی» را به رسمیت می‌شناسد. این اصل به اقلیت‌ها این امکان را می‌دهد که تا حدودی بتوانند هویت قومی و محلی خود را در عرصهٔ عمومی محلی حفظ نمایند. فراموش نشود که زبان یکی از مهم‌ترین عناصر حفظ هویت قومی است.^۱ بر اساس این اصل، اقلیت‌های قومی می‌توانند مدارس دوزبانه تأسیس نمایند یا روزنامه‌ها و شبکه‌های تلویزیونی با زبان بومی و قومی خود به راه بیندازند؛ همان‌گونه که در شهروندی چندفرهنگی متأخر این امکان وجود دارد.^۲ از این‌رو، این اصل نه تنها تفاوت‌های قومی و زبانی را به رسمیت می‌شناسد، بلکه بر اساس سیاست شناسایی گسترده امکان دسترسی گروه‌های قومی و زبانی به عرصهٔ عمومی را فراهم می‌نماید.^۳

اصل نوزدهم نیز بر «حقوق مساوی مردم ایران فارغ از هر گونه قومیت، رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها» تأکید می‌کند. در واقع این اصل حقوق مدنی همگانی و حقوق فرهنگی خاص را توأمان در درون خود مستتر دارد؛ زیرا هم بر برابری حقوقی همهٔ ایرانیان تأکید دارد و هم اینکه حداقل از منظر قانونی اقلیت‌های فرهنگی و اجتماعی را در موقعیت برابر با اکثریت قرار می‌دهد. همچنین از این اصل می‌توان احترام برابر به گروه‌های فرهنگی را حداقل در حوزهٔ اجتماعی، نه ضرورتاً سیاسی، استنباط کرد که خود با سیاست شناسایی نحیف همخوانی دارد.^۴

اصل بیست و یکم قانون اساسی ج.ا.ا بر حقوق زنان- به عنوان یکی از گروه‌های فرهنگی و اجتماعی- دلالت دارد. بر اساس این اصل، «دولت باید: ۱- زمینهٔ مساعد رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او را فراهم کند؛ ۲- از مادران، به‌ویژه در دوران بارداری حمایت کند و امکان حضانت فرزند را برای آنان مهیا سازد؛ ۳- برای حفظ کیان و بقای خانواده دادگاه صالح ایجاد نماید؛ ۴- بیمهٔ خاص بیوگان، زنان سالخورده و بی‌سرپرست را تأسیس نماید؛ ۵- در صورت نبود ولی شرعی، قیمومت فرزندان را به مادران شایسته اعطا کند». این اصل نمایانگر توجه قانون اساسی به حقوق خاص زنان است و بر ارتقای توانمندی زنان و موقعیت خانوادگی و اجتماعی آنان دلالت می‌کند. به نظر می‌رسد از این اصل معافیت زنان

^۱ هرمداس باوند، داوود، *گفتارهای دربارهٔ زبان و هویت*، به اهتمام علی گودرزی، تهران: مطالعات ملی، ۱۳۸۴، ص ۲۷.

^۲ Young, I. M, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, 1989, p 404.

^۳ Gagnon, A and Iacovino, R. *Interculturalism: Expanding The Boundaries of Citizenship*, in *Democracy, Nationalism and Multiculturalism* (Ed. Ramon Maiz and Ferran Requejo), London and New York: Frank Cass, 2005.

^۴ Patten, A, *Equality of Recognition and the Liberal Theory of Citizenship*, in *The Demands of Citizenship* (Ed. C. McKinnon and I. Hampsher-Monk), London and New York: Continuum, 2000, p 193.

از برخی قوانین عمومی - که بر آنان تأثیر می‌گذارد - و حتی تبعیض مثبت به نفع زنان را می‌توان استنباط نمود؛ همان‌گونه که در سیاست‌شناسایی نحیف وجود دارد.^۱

همچنین اصل شصت و چهارم قانون اساسی، نمایندگی تضمین‌شده برای اقلیت‌های دینی (زرتشتیان، یهودیان و ارمنی‌های آشوری، کلدانی و شمال و جنوب) را به رسمیت می‌شناسد. این اصل شبیه نمایندگی‌های خاص است که یانگ طرح می‌نماید.^۲ هرچند کاملاً آشکار است که تعمیم نمایندگی خاص به سایر گروه‌های فرهنگی و اجتماعی، از جمله اهل سنت، زنان، معلولین و ... از این اصل استنباط نمی‌شود، به نظر می‌رسد این اصل لااقل موانع قانونی برای این تعمیم را از بین می‌برد. در کل، همان‌گونه که گالیوتی می‌گوید، اعطای نمایندگی تضمین‌شده به اقلیت‌ها و گروه‌های خاص، شرایطی فراهم می‌آورد تا آنها بتوانند نه تنها سرنوشت خویش را تعیین نمایند، بلکه به جامعه بزرگ‌تر نیز تعلق بیشتر بیابند.^۳ در عین حال، به نظر می‌رسد اصل نمایندگی خاص به منزله پلی میان سیاست‌شناسایی نحیف و گسترده است؛ بدین معنا که هم زمینه رفع تبعیض علیه اقلیت‌ها و هم امکان دسترسی آنان به عرصه عمومی را فراهم می‌آورد.

در مجموع می‌توان گفت، قانون اساسی ج.ا.ا. به حقوق فرهنگی خاص به صورت محدود و البته برای گروه‌های فرهنگی و اجتماعی شناسایی‌شده - از جمله اقلیت‌های دینی، مذهبی، قومی، زبانی، زنان و گروه‌های اجتماعی آسیب‌پذیر - توجه داشته است. همچنین باید گفت گروه‌های شناسایی‌شده در قانون اساسی ج.ا.ا. محدود است؛ برای مثال، صوفیان، درویشان، بهائیان، سیک‌ها و ... را دربر نمی‌گیرد. همچنین گروه‌های به رسمیت شناخته‌شده تا حدودی از شناسایی نحیف، همانند حقوق قانونی، خودآیینی محلی و ... برخوردارند؛ در عین حال، برخی از این گروه‌ها از جمله گروه‌های دینی و زبانی در برخی بخش‌ها همانند دسترسی به عرصه عمومی، از شناسایی گسترده سود می‌برند، اما شاید تعمیق و گسترش این شناسایی بتواند تعلق گروه‌های فرهنگی و اجتماعی به جامعه بزرگ‌تر را بیشتر نماید و همان‌گونه که پارخ می‌گوید، به غنی‌تر شدن فرهنگی و اجتماعی و سیاسی جامعه بزرگ‌تر کمک کند.^۴

۳. تبار شهروندی در ایران و غرب

نکته آخر اینکه تحقق شهروندی فرهنگی کامل در جامعه ایران مستلزم تمهیدات و پیش‌شرط‌های بنیادین است که یکی از مهم‌ترین آنها تعمیق شهروندی در فرهنگ عمومی است. به بیان ساده، تا زمانی که آداب، رسوم، آیین، هنجارها و ارزش‌هایی اجتماعی با حقوق و وظایف شهروندی فرهنگی سنخیت نیابد، هرگز شهروندی فراگیر و پایدار شکل نمی‌گیرد. بدون تغییر فرهنگ، هر قدر هم قوانین کامل باشند، شهروندی فرهنگی تحقق نخواهد یافت. البته به نظر می‌رسد راه تغییر فرهنگ نیز نه اجبار از بالا و نه واگذاری به دست نامرئی تاریخ، بلکه کنش اجتماعی پایدار (پراکسیس) در عرصه عمومی است. همان‌گونه که ترنر می‌گوید، شهروندی گونه‌ای پراکسیس مدنی، حقوقی، قضایی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی در درون جامعه سیاسی است.^۵ از این‌رو بدون شکل‌گیری جنبش‌های حقوق شهروندی و گسترش آن در درون جامعه ایرانی، نه تنها موانع قانونی شهروندی فرهنگی در قانون اساسی ج.ا.ا. رفع نخواهد شد، بلکه همین ظرفیت‌های موجود نیز می‌تواند بلااستفاده بماند.

¹ Young, I. M, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, 1989, p 386.

² Ibid, p 393.

³ Galeotti, A. E, *Neutrality and Recognition*, in *Pluralism and Liberal* (Ed. Richard Bellamy and Martin Hollis), Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp 44-45.

⁴ Parekh, Bhikhu, p 205.

⁵ Turner, B.S, *Contemporary Problems in Theory of Citizenship*, in *Citizenship and Social Theory* (Ed. Turner, Bryan . S), London: Sage, 1993, pp 2-3.

اگر به تاریخ جوامع غربی به مثابه جوامعی که مسئله حقوق شهروندی در آنها دارای سابقه‌ای طولانی است بنگریم، درمی‌یابیم که ابزار تحمیل حقوق سیاسی و فردی و مدنی اتباع این جوامع به دولت‌ها، همیشه با مسئله مالکیت خصوصی و متقابلاً نیاز دولت‌ها و پادشاهان اروپایی به پول و جلب رضایت اتباع برای اخذ مالیات از ایشان، آمیخته بوده است. برای مثال، در تاریخ حقوق اساسی انگلستان، منشور کبیر یا مگنا کارتا که مشتمل بر بسیاری از مصونیت‌های فردی افراد در قبال پادشاه و دولت است، اساساً از سوی باریون‌ها یا اشراف زمین‌دار به پادشاه وقت انگلستان تحمیل شده است. یعنی از سوی کسانی که مالک زمین به مثابه ابزار تولید بودند و برای صیانت از حق مالکیت و دیگر حقوق مدنی و اقتصادی و قضایی خود در مقابل اقدامات خودسرانه^۱ پادشاه، به تصویب متنی حقوقی مانند منشور کبیر احساس نیاز می‌کردند.

به عبارت دیگر، سلاطین انگلستان به عنوان یک نمونه تاریخی، هرچند مسیر تاریخی این کشور را در قامت حکامی مطلق‌العنان آغاز نمودند، تمایل عقلانی ایشان به بیشینه‌سازی ثروت و جمع‌آوری بیشترین میزان مالیات ممکن ایشان را به مصالحه‌های گاه و بیگاه با جامعه اتباعشان وادار کرده است. بدین ترتیب، در طول قرون متمادی، جامعه انگلستان با تشکیل گاه و بیگاه پارلمان‌هایی که نمایندگی شهروندان را بر عهده داشته و مستظهر به این نمایندگی، با کسب امتیازاتی از پادشاه، از سوی جامعه و موکلین خویش، درآمدهای مالیاتی‌ای را به پادشاه و دولت اعطا می‌کردند، شاهد تکامل یک بستر حقوق اساسی و نیز یک فرهنگ سیاسی و مدنی متناسب با این بستر حقوقی بوده است.^۲

این وابستگی تحدید قدرت دولت در مقابل بسط و گسترش قدرت جامعه و حقوق شهروندان حتی در خود تمدن غرب نیز دارای نشانه‌های مشهود و قانع‌کننده‌ای است، تا بدانجا که برخی از نویسندگان در علت‌یابی پایداری بیشتر اقتدار مطلق دولت و پادشاهی در فرانسه در مقابل تاریخ کهن محدودیت قدرت دولت در انگلستان، به تفاوت در ساختارهای اقتصادی، مالکیت و در نتیجه این دو، نظام‌های مالیاتی متفاوت در دو اقلیم سیاسی مذکور تمرکز کرده‌اند. برای مثال، سلاطین فرانسه عموماً مالیات‌ها را بر معادن و منابع خدادادی و طبیعی موجود درآمد وضع می‌کردند و بدین ترتیب برای گرفتن مالیات، به کسب اجازه کمتری از اصناف و طبقات مختلف نیاز داشتند. در مقابل، در انگلستان مالیات بر کسب و کارها و تجارت‌های مختلف وضع می‌شد و وضع چنین مالیات‌هایی نیازمند تأیید از سوی نمایندگان این اصناف و گروه‌ها در پارلمان بوده و به همین دلیل تکامل سنت مالیات‌ستانی در انگلستان به مرور به تکامل عنصر مشروطیت و دموکراسی پارلمانی در قرون وسطی و ابتدای قرون جدید انجامیده است.^۳

فارغ از جزئیات فوق، می‌توان مدعی شد که نظام‌های اقتصادی و نیز حقوق مالکیت خصوصی در طول تاریخ جوامع غربی دست به دست هم داده‌اند تا فرهنگی از تعاون مدنی و اتحاد سیاسی در تقابل با حکومت و صیانت از حقوق صنف، طبقه، شهر، گروه و اجتماع «خود» را خلق کنند. این پیوستگی خالقانه میان اقتصاد و فرهنگ در ایجاد حقوق شهروندی عنصری است که برخی از نویسندگان ایرانی نیز بدان تأکید داشته‌اند. برای مثال، محمود سریع‌القلم معتقد است که دموکراسی غربی قائم به دو عنصر سکولاریته و لیبرالیسم است و لیبرالیسم به طور خاص قائم بر نوعی حقوق فردی است که انسان غربی برای خود قائل بوده و فرهنگ و نظام‌های حقوقی و سیاسی غربی نیز این حق را برای او به رسمیت شناخته‌اند. او تأکید می‌کند که همین اعتقاد و تأکید بر اینکه فرد، حق داشتن هویت و عقیده سیاسی خود را دارد، به مرور به زمینه‌ای بدل شود تا افراد در بطن جامعه مدنی، بر اساس عقاید سیاسی شخصی که دارند، دست به تشکیل و تأسیس احزاب

^۱ Arbitrary

^۲ KISER and BARZEL, "The Origins of Democracy in England.", *Rationality and Society* 3, no. 4 (October 1, 1991): 396-422. <https://doi.org/10.1177/1043463191003004002>. pp 397-408.

^۳ Bates and Donald Lien, "A Note on Taxation, Development, and Representative Government.", *Politics & Society* 14, no. 1 (1985): 53-70, pp 2-12.

سیاسی بزنند و دولت‌ها نیز بدون اینکه برای این آزادی عقیده و تشکل سیاسی، هیچ محدودیت محتوایی قائل شوند، تشکیل این احزاب و حق آنها برای مشارکت در انتخابات و تأثیرگذاری بر روند حکمرانی را به رسمیت بشناسند.^۱ فرهنگ رجایی، نویسنده دیگری است که مشابه با سریع‌القولم، نگاهی فرهنگی به مقولهٔ تجدد دارد و تأکید می‌کند که تجدد یا مدرنیته، محصول رشد سوژگی یا فاعلیت فردی انسان است؛ فاعلیتی که در دو عنصر اساسی یعنی «فردیت مسئول» و «آزادی معقول» نمود می‌یابد. رجایی تأکید دارد که این دو عنصر به نوعی خود موجد روابط متقابل شهروندان با یکدیگر و نیز دولت و شهروندان با هم در جوامع مدرن است. او در توضیح سوژگی انسان مدرن و خصوصاً مسئولیت فردی شهروند در جامعهٔ مدرن، تأکید می‌کند که انسان در دنیای پیشامدرن، محتوا و معیار ایستایی برای تشخیص حقوق و تکالیف متقابل با دنیای اطراف خویش داشت. برای مثال، انسان مسلمان در صورتی که عملی را بر اساس شریعت حرام نمی‌دانست، دیگر به چربایی آن فکر نمی‌کرد و آن عمل را برای خود مجاز می‌شمرد. این در حالی است که انسان مدرن و واجد سوژگی، در هر بزنگاه تعاملی با پویایی بیشتر قادر به کشف نیک و بد و حسن و قبح رفتاری و در واقع رعایت حقوق و تکالیف متقابل خود و دیگران است.^۲

فرهنگ رجایی مدعی است که در بزنگاه انقلاب مشروطهٔ ایران، یعنی به‌طور خاص در انتهای قرن نوزدهم، علاوه بر نخبگان سنتی جامعهٔ ایران که شامل اعیان، علما و بازاریان می‌شدند، ارباب صنایع و صاحبان حرف نیز به جرگهٔ گروه‌هایی پیوستند که در جامعهٔ ایران واجد نفوذ بودند و در نتیجه از حاملان انقلاب مشروطه محسوب می‌شدند. باین حال، نویسنده اشاره‌ای مصادقی به اینکه این صاحبان صنایع و اصناف شامل چه گروه‌هایی شده و این گروه‌ها چه ابزارهایی در اعمال قدرت و نفوذ به دربار و دولت داشته‌اند، چیزی نمی‌گوید و در اثبات وجود و تأثیرگذاری این گروه‌ها صرفاً به خود متن قانون اساسی مشروطه اشاره می‌کند که بر اساس آن، علاوه بر شاهزادگان، علما و اعیان، تجار، ملاکین، فلاحین و اصناف مختلف نیز به عنوان گروه‌های ذی‌حق نام برده شده است.^۳

به عبارت دیگر، این واقعیت تاریخی که برخلاف تجربهٔ جوامع غربی، ایران فاقد یک ساختار با ثبات تحدید قدرت دولت در نظام حقوق اساسی خود است، به تنهایی بر این دلالت می‌کند که جامعهٔ ایران برخلاف جوامع غربی، فاقد اتکای مالی و اقتصادی دولت بر بخش خصوصی و جامعهٔ مدنی بوده است و در نتیجه دولت‌ها هر زمان که مایل بوده‌اند، دست به تزییع و تحدید حقوق شهروندان زده‌اند. عنصری که مجدداً در اثر خود رجائی در قالب فاز توسعهٔ آمرانه و مدرنیسم پهلوی خودنمایی می‌کند و دولت به صورت راهبر یگانهٔ جامعه، بدون توجه به خواست و ارادهٔ اصناف و نهادهای مدنی، دستورکار جامعه را در بزنگاه‌های مختلف به جامعه دیکته کرده است.^۴

اهمیت اصناف و اتحادهای مدنی با دستورکارهای اقتصادی در تحدید قدرت دولت‌ها و تحمیل حقوق شهروندی به ایشان، به‌خصوص زمانی بیشتر آشکار می‌شود که متوجه باشیم بخش بزرگی از فرهنگ و رویه و الگوهای رفتاری شهروندان در جامعه به صورت تاریخی، قائم بر جایگاه صنفی و طبقاتی ایشان شکل گرفته است. در این زمینه، حداقل تاریخ اروپا و به طور خاص انگلستان نشان می‌دهد که این اصناف بوده‌اند که مستظهر به قدرت و نفوذ اقتصادی و مالی خویش از دیرباز اصحاب قدرت را به تمکین و عقب‌نشینی واداشته و منویات معطوف به منافع گروهی و صنفی خویش را به بخشی

۱. سریع‌القولم، محمود، *عقلانیت و آینده توسعه یافتگی ایران*، تهران: مرکز پژوهش‌های علمی و مطالعات استراتژیک خاورمیانه، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، صص ۳۶۷-۳۷۳.

۲. رجایی، فرهنگ، *مشکل هویت ایرانیان امروز*، تهران: نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۹۲، صص ۱۶۸-۱۷۳.

۳. همان، صص ۲۱۱ و ۲۱۲.

۴. همان، صص ۲۱۵-۲۳۰.

همیشگی از فرهنگ سیاسی بدل کرده‌اند. در این خصوص بد نیست بدانیم که اصناف فعال در شهر لندن^۱ که به شرکت‌های رسمی^۲ شهرت دارند، از زمان ویلیام فاتح، در عمل مدیریت و حکمرانی بر شهر لندن را خود عهده‌دار بودند و نفوذ و قدرت ایشان که قائم بر توانایی تولید ثروت ایشان بوده، چنان برای پادشاهان آن سامان حیاتی بوده که امتیازات اعضای ایشان هرگز از سوی سلاطین مورد تعدی و نقض قرار نگرفته است.^۳

البته این جنگ قدرت دائمی بین اصناف و در واقع شهرنشینان و صاحبان کسب و کار با صاحبان سنتی قدرت در اروپای قرون وسطی، محدود و منحصر به انگلستان نیست و در اروپای قاره‌ای نیز در قالب شهرهای آزاد امپراتوری مقدس روم و نیز لیگ‌ها یا اتحادیه‌هایی که از اتحاد این شهرها به هم تشکیل شده است و به عنوان یک موجودیت و شخصیت حقوقی مستقل در عرصه بین‌الملل دست به بازیگری می‌زدند، نیز نمودها و مصادیق بسیار دارد. به عبارت دیگر، رعایای اشراف که در قالب رعیت سرف^۴ در املاک روستایی مشغول به کار بودند، فاقد حقوق شهروندی محسوب می‌شدند. باین‌حال، از همان دوران قرون وسطی، شهرنشینان که عمدتاً دارای کسب و کار شهری بودند و هر یک به علت عضویت در یک صنف شهری واجد نوعی سرمایه اجتماعی و شبکه‌های حمایتی بودند، به واسطه همین جایگاه مدنی-اقتصادی، واجد حقوق شهروندی بودند. اصناف شهری به سبب جایگاهی که در رهبری و مدیریت شهرها داشتند و نیز موقعیتی که در تولید ثروت و تجارت کسب کرده بودند، به مرور قدرت چانه‌زنی بسیاری در تقابل با سلاطین و دولت‌های قرون وسطی یافته و بدین ترتیب هر روز حقوق و امتیازات بیشتری برای اعضای خویش از ایشان مطالبه کرده‌اند.^۵

به عبارت دیگر، آنچه که در طول تاریخ جوامع غربی از دیرباز و به‌مرور حقوق انسان‌ها را اهمیت بخشیده و به تدریج ایشان را از رعیت به شهروند ارتقا داده، تحولات اقتصادی است. تحولاتی که کارل پولانی آن را تحول بزرگ^۶ می‌خواند و تأکید دارد که در همه عرصه‌های زیست مدنی و سیاسی جوامع غربی، مدرنیته و تجدد را به ارمغان آورده است.^۷ اما درباره ایران، این واقعیت که دولت مدرن از اوایل قرن بیستم و به موازات انکشاف امواج تجدد در ایران، در ساختار اقتصاد سیاسی به یک دولت رانتیر و متکی به درآمدهای نفتی بدل شده، تأثیری مهلک و پایدار بر قدرت چانه‌زنی و سرمایه اجتماعی شهروندان و اصناف و در کل جامعه مدنی گذاشته است. به عبارت دیگر، فارغ از همه عناصر صوری، شکلی و رسمی که در متون قانونی کشور، بر حقوق شهروندان تأیید و تأکید می‌کند، این واقعیت که «دولت» در ایران از حیث مالی از جامعه مستقل است، به او این اجازه را می‌دهد تا هر زمان که مایل بود، این حقوق شهروندی را وجه‌المصالحه قرار دهد.

این مسئله‌ای است که حمیدرضا جلائی‌پور در سنخ‌شناسی جامعه ایران در قالب یک جامعه کژمدرن^۸ به طور خاص بر آن تأکید دارد. او تأکید می‌کند که جامعه ایران از حیث اندازه نهادها و سازمانی‌های دولتی در مقایسه با سازمان‌ها و نهادهای مدنی و مردم‌نهاد، دچار نوعی بدریختی است. در جوامع مدرن از هر ده نفر، فقط یک تا دو نفر کارمند دولت هستند و باقی افراد در بخش خصوصی فعال‌اند. همچنین هر شهروند در جوامع مدرن معمولاً در پنج تا ده نهاد مدنی

1. The city of London

2. livery companies

3. Carlson, "The Golden Age of the English Guilds.", In *Workers, Collectivism and the Law*, 42-58. Edward Elgar Publishing, 2018.

4. Serf dom

5. Zanden and Prak, "Towards an Economic Interpretation of Citizenship.", : *The Dutch Republic between Medieval Communes and Modern Nation-States.* *European Review of Economic History* 10, no. 2 (August 2006): 111-45.

<https://doi.org/10.1017/S1361491606001651>, pp 113-142.

6. great transformation

7. Polanyi, *The Great Transformation*

8. *Malfomed Modern Society*

مستقل از دولت عضویت دارد. اما در ایران از هر دو نفر یک تن در استخدام دولت است و افراد نیز معمولاً در نهادهای مدنی عضویت ندارند و زیست اجتماعی‌شان به عضویت در گروه‌های ناپایدار رفاقتی و خانوادگی محدود می‌شود. در یک کلام، جامعه ایران برخلاف اکثر جوامع مدرن، یک جامعه دولت‌محور است و نهادهای مدنی و خصوصی جامعه در مقابل بخش غول‌پیکر دولت، بخشی کوچک از جامعه محسوب می‌شود.^۱

جلائی‌پور با رویکردی توصیفی، عناصر دیگری را نیز در توصیف ماهیت کژمدرن بودن جامعه ایران ذکر می‌کند که هرچند خود او در تبیین و تحلیل آنها، مستقیماً به عنصر رانتیر بودن ساختار اقتصاد سیاسی اشاره‌ای ندارد، باین‌حال در همه این موارد می‌توان ردپایی از استقلال مالی و اقتصادی دولت از جامعه را مشاهده کرد. برای مثال، او تأکید دارد که جامعه ایران از نوعی فقر مدنی در رنج است و با اینکه روند نوسازی در ایران بیش از یک قرن است که آغاز شده، اما روابط افراد با هم هنوز وجه و ماهیت مدنی ندارد. روابط مدنی مبتنی بر رعایت حقوق انسانی توسط شهروندان و دولت، و متکی بر مسئولیت‌پذیری متقابل افراد در قبال یکدیگر و در قبال دولت است. در این میان، حتی دولت نیز به روابط شهروندان با یکدیگر رویکرد مدنی ندارد؛ به این معنا که برای مثال، در نظام آموزشی، هدف دولت مشخصاً آموزش و تربیت افراد مدنی و آگاه نسبت به حقوق و تکالیف متقابل یکدیگر نیست و بیشتر توان نظام آموزشی در راستای بازتولید و درونی‌سازی گفتمان و ایدئولوژی حاکم صرف می‌شود. همچنین نه دولت و نه شهروندان در ایران چندان قانون‌گرا نیستند و به همین دلیل روابط بین افراد و نیز بین نهادهای دولتی و شهروندان همیشه به سمت وضعیت‌های غیررسمی و غیرقانونی میل می‌کند. یکی از نتایج این وضعیت، بی‌اعتمادی متقابل و شایع بین افراد جامعه و نیز بی‌اعتمادی افراد جامعه نسبت به نهادهای رسمی و دولتی است.

در نتیجه ضعف درونی قبل، سرمایه اجتماعی در ایران به‌سرعت تحلیل می‌رود و در کل، جامعه ایران از حیث سرمایه اجتماعی دچار فقر است. سرمایه اجتماعی پیش از هر چیز به وجود روابط اعتماد‌آمیز بین شهروندان با هم و بین شهروندان و دولت متکی است. مشخصاً نهادهای تربیتی در ایجاد این سرمایه و آموختن آن به افراد جامعه نقش اساسی دارند. در این بین، دو نهاد خانواده و مذهب در ایران نقش اصلی را در این عرصه بر عهده دارند. اما در سال‌های اخیر، خانواده‌های ایرانی عمدتاً موفقیت‌چندانی در جامعه‌پذیرکردن فرزندان خویش در این عرصه نداشته‌اند. نهاد مذهب نیز که وظیفه آموزش اخلاقی افراد را عهده‌دار است، از بحران‌های معرفتی، هویتی و مدیریتی در رنج است. رسانه‌ها و نیز دستگاه عمومی آموزش و پرورش نیز در ایران امروز بیش از اینکه در پی تربیت شهروند مدنی باشند، در پی ساختن انسان طراز نوین حافظ نظام هستند.^۲

در یک جمع‌بندی کلی و نهایی باید متذکر شد که هرچند دولت‌های ایران در طول دو قرن اخیر در راستای مدرنیزاسیون کشور و ترجمان آن در عرصه حقوق اساسی و از جمله تقنین اصولی که متضمن حقوق شهروندی باشند، بسیار کوشیده‌اند، نگاه به تاریخ تکامل روابط بین جامعه مدنی و دولت و نیز روابط شهروندان با یکدیگر در جوامع مدرن غربی حاکی از یک روند تکامل تاریخی است که شاید نزدیک به ده قرن به طول انجامیده است. در نتیجه، با وجود قوانین متضمن حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران، ساختارهای بنیادین اقتصادی-سیاسی و در نتیجه فرهنگ عمیقاً درونی‌شده‌ای که متضمن چنین حقوقی باشد، در ایران همچنان از نقصان‌های بسیار در رنج است.

۱. جلائی‌پور، حمیدرضا، *جامعه‌شناسی ایران: جامعه کژمدرن*، تهران: نشر علم، ۱۳۹۲، ص ۲۱۷.

۲. همان، صص ۲۳۰-۲۳۳.

نتیجه‌گیری

منطق توزیع قدرت در جمهوری اسلامی ایران اختیارات و وظایفی را دربرمی‌گیرد. یکی از مهم‌ترین موارد درباره ساختار سیاسی جمهوری اسلامی ایران، نقش مردان در قدرت واقعی و عملی است. آیا مردم همیشه شهروند هستند یا صرفاً در مواقع نیاز، از جمله انتخابات، یکباره شهروند می‌شوند؟ آیا مشارکت مردم مبتنی بر حق است یا تکلیف یا مسئولیت مدنی؟ آیا نظام مشروعیت خود را از مردم اخذ می‌کند یا از منابع الهی؟ آیا مشارکت مردم در قدرت بدون نظام حزبی وجه دموکراتیک به خود می‌گیرد یا خیر؟ احتمالاً بدون نظام حزبی نمی‌توان شهروندی کامل داشت. نظام حزبی امکان دسترسی به قدرت و پاسخگویی و مسئولیت‌های صاحبان قدرت را افزایش می‌دهد.

در سنت جمهورگرایی مدنی جامعه، هویت جمعی، دوستی مدنی، اخلاق اجتماعی شناسایی و پذیرش غیر، از عناصر بنیادین شهروندی محسوب می‌شود. در واقع شهروندی بدون دوستی مدنی و بدون پذیرش دیگری غیرممکن است. مشکلات فرهنگی که هویت اجتماعی جامعه ایران را تضعیف می‌کند، حتماً به شهروندی نیز صدمه می‌زند. خشونت فیزیکی و کلامی و نفرت نسبت به دیگری، حذف دیگری، عدم پذیرش دیگری، قید فرهنگ پدرسالارانه و غیره از مهم‌ترین مشکلات و مسائل فرهنگی جامعه ایران محسوب می‌شود.

کنترل خشونت بدون کنترل خشونت شهروندی غیرممکن است. راه‌حل کنترل خشونت از تساهل و مدارا می‌گذرد. ابتدا باید نسبت به دیگری تساهل به خرج داد؛ اما پیش از تساهل و مدارا باید دیگری را به رسمیت شناخت. شناسایی عمیق دیگری یکی از پیش‌فرض‌های اساسی کنترل خشونت محسوب می‌شود. برای این منظور آموزش و پرورش، چندفرهنگ‌گرایی، مقابله با فرهنگ پدرسالاری، حمایت قانونی از دیگری و امکان حضور دیگران متفاوت در عرصه عمومی، از جمله راهکارهای عملی محسوب می‌شود. راه‌حل دوم توازن قوا است. همواره در جامعه مدنی توازن قوا ضعیف بوده است. جامعه مدنی پیشین امکان گفت‌وگو و چانه‌زنی با حال را فراهم می‌آورد. قانون اساسی سال ۵۸ توافق توازن قوا را به رسمیت می‌شناسد. راه‌حل سوم تاریخی است. نقش سوژه در تاریخ و کنشگری چیست؟ بدون کنشگری امکان شهروندی وجود ندارد. باید شهروند کنشگر تربیت نمود تا شهروندی نیز در عمل امکان نهادینگی حقوقی-سیاسی بیابد. راه‌حل چهارم، توانمندسازی شهروندان است. بدون شهروندان توانمند اساساً شهروندی معنا ندارد. شهروندی با جامعه فروپاشیده ممکن نیست. پس نقش روشنفکران ضرورت آگاهی‌بخشی به جامعه یا حتی نقد قدرت، بلکه حفظ همبستگی اجتماعی، تزریق دوستی مدنی و ممانعت از فروپاشی اجتماعی و توانمندسازی زمینه همکاری باقی را فراهم می‌آورد.

کنشگری فرهنگی و فعالیت مدنی یکی از راه‌های ایجاد شهروندی قوی است. باید تغییر تدریجی از پایین و درون جامعه اتفاق بیفتد. پرهیز از اقدامات انقلابی و تأکید بر کنشگری تاریخی از مسائل مهم برای پیشبرد شهروندی در جامعه ایران است. در واقع بار اصلی شهروندی بر دوش مردم جامعه و فرهنگ است و دولت، قانون، و محلی که شهروندی در آن شکل می‌گیرد، همگی جامعه است، نه دولت به ما هو دولت. حرف آخر اینکه راه‌حل ارتقای شهروندی یا ایجاد شهروندی قوی در ایران ضرورت تغییر قانون اساسی یا تغییر نظام سیاسی نیست، بلکه تغییر فرهنگ اجتماعی، بدون شک مهم‌ترین عامل در ایجاد شهروندی است که باید و نهاده‌ینه شود.

شاید بتوان چهار ستون اصلی برای شهروندی مدرن برشمرد: ۱- شمولیت، یعنی پذیرش همه افراد متعلق به یک جامعه و برابری قانونی آنان از یک سو و از سوی دیگر، فراهم‌سازی فرصت‌های برابر برای همگان تا ظرفیت‌های فردی و گروهی شکوفا شود؛ ۲- ابتدای شهروندی بر تأمین اجتماعی و احترام (شناسایی) فرهنگی؛ بدین معنا که دسترسی همگان به امنیت، آموزش، احترام، رفاه، سلامت از یک سو و پذیرش برابری فرهنگ‌ها از سوی دیگر سنگ زیرین شهروندی است؛

۳- مسئولیت مدنی؛ بدین معنا که شهروندی گونه‌ای التزام درونی به جامعه مدنی است که نه تنها به افراد و گروه‌ها هويت می‌بخشد، بلکه سبب انسجام و به هم پیوستگی آنان می‌شود؛ ۴- مشارکت فعالانه و آزادانه؛ بدون کنش فعالانه و آزادانه شهروندان، شهروندی معنایی نخواهد داشت.

حال به پرسش‌های آغازین بازگردیم. راه‌حل خاص قانون اساسی ج.ا.ا برای ساخت فرهنگی و اجتماعی متنوع جامعه ایرانی چیست؟ و این راه‌حل دارای چه ظرفیت‌هایی است؟ به نظر می‌رسد راه‌حل خاص قانون اساسی ج.ا.ا بر ترکیبی از سیاست‌های فرهنگی متمرکز در لایه زیرین و سیاست‌شناسایی نحیف و گسترده در لایه بالاتر بنا شده است.

منابع

قرآن کریم

کتاب

۱. احمدی، حمید، *بنیادهای هویت ملی ایران*، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی وزارت علوم، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۲. ارسطو، *اخلاق نیکوماخس*، ترجمه سید ابوالقاسم پورحسینی، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۳. استیونسون، نیک، *شهروندی فرهنگی: مسائل جهان شهری*، ترجمه افشین خاکباز، تهران: تیساه، ۱۳۹۲.
۴. بالا‌زاده، زهره، *حقوق بین‌الملل خصوصی و مقررات ایران در زمینه تابعیت، اقامتگاه و وضعیت بیگانگان*، تهران: نشر مردم سالاری، ۱۳۸۳.
۵. برلین، آیزیا، «*دو مفهوم از آزادی*» در *فلسفه سیاسی*، ترجمه مرتضی اسعدی، تهران: الهدی، ۱۳۷۱.
۶. جلائی‌پور، حمیدرضا، *جامعه‌شناسی ایران: جامعه کژمدرن*، تهران: نشر علم، ۱۳۹۲.
۷. حسن‌پور آزاد، پیمان و رضا عبادی جامخانه، *مؤلفه‌های حقوق شهروندی در ایران*، انتشارات اراده، ۱۳۹۴.
۸. حقیقت، صادق، *مبانی اندیشه‌های سیاسی در اسلام*، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۹. رایلی، دنیس، *شهروندی و دولت رفاه*، ترجمه ژیلای ابراهیمی، تهران: آگه، ۱۳۸۸.
۱۰. رجایی، فرهنگ، *مشکله هویت ایرانیان امروز*، تهران: نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۹۲.
۱۱. سریع‌القلم، محمود، *عقلانیت و آینده توسعه یافتگی ایران*، تهران: مرکز پژوهش‌های علمی و مطالعات استراتژیک خاورمیانه، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
۱۲. فالکس، کیث، *شهروندی*، ترجمه محمد تقی دلفروز، چاپ اول، کویر، ۱۳۸۱.
۱۳. فریدمن، لارنس، *بازدارندگی*، ترجمه عسگر قهرمان‌پور بناب و روح‌الله طالبی آرانی، چاپ اول، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶.
۱۴. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
۱۵. کاستلز، استفن و آلیستر دیویدسون، *شهروندی و مهاجرت: جهانی شدن و سیاست تعلق*، ترجمه فرامرز تقی‌لو، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۲.
۱۶. لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشرنی، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۷. مدنی، جلال‌الدین، *حقوق و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مولف، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
۱۸. مقصودی، مجتبی، *قومیت و نقش آن در تحولات سیاسی سلطنت محمدرضا پهلوی*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۲.
۱۹. منصور، جهانگیر، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: نشر دوران، چاپ یکصدویکم، ۱۳۹۱.
۲۰. هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۳.

۲۱. هرمیداس باوند، داوود، **گفتارهای درباره زبان و هویت**، به اهتمام علی گودرزی، تهران: مطالعات ملی، ۱۳۸۴.
۲۲. هیوود، اندرو، **درآمدی بر ایده نئولوزی های سیاسی: از لیبرالیسم تا بنیادگرایی دینی**، ترجمه محمد رفیعی مهرآبادی، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷.

مقاله

۲۳. آریامنش، بشیر، **حقوق اقلیت‌ها از منظر قانون اساسی و موازین بین المللی**، تعالی حقوق، سال چهارم، مهر، آبان، آذر و دی، ۱۳۹۰، شماره ۱۳، صص ۷۷-۹۴.
۲۴. افشار احمدی، ایرج، **حقوق فردی شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران با رویکرد فقهی امام خمینی (ره)**، فصل‌نامه اخلاق زیستی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.
۲۵. توسلی، غلام عباس و سید محمود نجاتی حسینی، **واقعیت اجتماعی شهروندی در ایران**، جامعه‌شناسی ایران، ۱۳۹۳، شماره ۲.
۲۶. جاوید، محمد جواد و محمود ابراهیمی، **«تکالیف شهروندی» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره دوم، شهریور ۱۳۹۲، شماره ۴، صص ۲۵-۴۶.
۲۷. حکیم، سید مجتبی، علی فقهی و سید حسین ابراهیمیان، **بررسی حقوق شهروندی و عناصر آن در نظام حقوقی ایران**، مجله پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، دوره ۱۳، ویژه‌نامه آذر ۱۴۰۱، شماره ۵۲، صص ۱-۲۱.
۲۸. رستمی، ولی و میثم موسی‌پور، **تحلیلی بر اصل ۱۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص شرایط رئیس جمهوری**، مجله حقوق، دوره ۴۰، ۱۳۹۰، شماره ۱، صص ۲۲۵-۲۴۰.
۲۹. سهراب‌زاده، مهران، محسن نیازی و سمیه میری، **مطالعه فراترکیب فرهنگ شهروندی در جامعه ایران**، جامعه‌شناسی اقتصادی و توسعه، سال دهم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۲۵-۵۲.
۳۰. سیف‌زاده، سید حسین و احد نوری اصل، **هویت ملی و حقوق شهروندی در ایران: گفتمان دوسویه و چندسویه ملت - دولت**، نشریه مطالعات سیاسی، دوره سوم، ۱۳۹۰، شماره ۱۱، صص ۱۴۳-۱۶۹.
۳۱. صادق خانی، نورالله، محمدجواد جعفری و ایرج رنجبر، **بررسی واکاوی حقوق شهروندی در قانون اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران**، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۳.
۳۲. صالحی، هادی و امیر نیکپی، **شناسایی حقوقی اقلیت‌های درون گروه‌های اقلیت از منظر ایلین سائسار**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، اردیبهشت ۱۳۹۷، دوره ۲۱، شماره ۸۱.
۳۳. علیادای سلیمانی، حسن و محمدرضا حاجی کرم رعیت، **حقوق شهروندی و میزان آگاهی شهروندان از آن (مورد مطالعه: کلان‌شهر تهران)**، اقتصاد و مدیریت شهری، سال هشتم، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳۱، صص ۷۹-۹۰.
۳۴. غیاثوند، احمد، **گونه‌شناسی شهروندی در ایران؛ فرصت‌ها و تهدیدهای آن**، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره ۲۲، خرداد ۱۳۹۴، شماره ۶۸، صص ۱۱۹-۱۵۱.
۳۵. فقیه حبیبی، علی، **انقلاب اسلامی و تحول مفهومی حقوق شهروندی در ایران**، جستارهای سیاسی معاصر، دوره نهم، مهر ۱۳۹۷، شماره ۳، شماره پیاپی ۲۹، صص ۱۶۳-۱۸۵.
۳۶. کاظمی، عباس و محمد رضایی، **شهر بی انضباط و محدودیت‌های ظهور شهروندی در ایران**، مجله مطالعات اجتماعی ایران، دوره سوم، تیر ۱۳۸۸، شماره ۲، صص ۱۶-۳۰.
۳۷. لطفی، توکل، حجت الله ابراهیمیان و مقصود رنجبر، **منشور حقوق بشر و چالش‌های حقوق شهروندی زنان در ایران**، نشریه اخلاق زیستی، دوره دهم، ۱۳۹۹، شماره ۱، صص ۱۰۵-۱۱۷.
۳۸. مقیمی زنجانی، شروین، **زایش ایده شهروندی در ایران معاصر از منظر فلسفه سیاسی**، نشریه علوم سیاسی، دوره ۲۱، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۸۲، صص ۵۱-۷۶.

۳۹. نظری، ولی‌اله، محمد غلامی، علی صادقی و فاطمه طرلان، **تحلیلی بر چالش‌های حقوق شهروندی در شهرهای ایران (مطالعه موردی: شهر قزوین)**، پژوهش‌های جغرافیای انسانی، دوره ۵۳، فروردین ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۲۲۷-۲۴۱.

پایان‌نامه و رساله

۴۰. صالحی، هادی، «تبار شناسی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.
 ۴۱. غفاری انور، عطیه، «مطالعه تطبیقی جایگاه حقوق شهروندی در ایران و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰.

منبع اینترنتی

۴۲. طاهری، محسن، **نقد و بررسی جایگاه حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به منشور حقوق شهروندی**، همایش ملی تبیین حقوق شهروندی، ۱۳۹۵، قابل دسترس در: <https://sid.ir/paper/893226/fa>
 ۴۳. مصلح، محمد، **حقوق شهروندی در قوانین ایران و قوانین بین‌المللی**، همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۶، قابل دسترس در: <http://sid.ir/paper/89605/fa>

References

Books

1. Ahmadi, H. *Foundations of Iran's National Identity*, Tehran: Research Center for Cultural and Social Studies of the Ministry of Science, second edition, 2011. (in Persian)
2. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1566, Translated by: Pourhosseini, A., Tehran: University of Tehran Printing and Publishing Institute, second edition, 2002. (in Persian)
3. Balazadeh, Z. *Private International Law and Iran's Regulations in the Field of Nationality, Residence, and Status of Foreigners*, Tehran: Democracy Publishing House, 2004. (in Persian)
4. Berlin, I. *Two Concepts of Freedom" in Political Philosophy*, Translated by: Asaadi M., Tehran: Al-Hadi, 1992. (in Persian)
5. Bosniak, L, *The Citizen, and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membershi*, Princeton: Princeton University Press, 2008.
6. Bussemaker, J, *Citizenship and Welfare State Reform in Europe*, London, and New York: Routledge, 1999.
7. Carlson, Laura. "The Golden Age of the English Guilds." *In Workers, Collectivism and the Law*, 42-58. Edward Elgar Publishing, 2018.
8. Castells, S. and Alistair Davidson, *Citizenship and Immigration: Globalization and the Politics of Belonging*, 2000, Translated by Taghilou, F., Tehran: Research Center for Strategic Studies, 2003.
9. Delanty, G, *Citizenship in a Global Age: Society, Culture, Politics*, Buckingham: Open University Press, 2000.
10. Dobson, D, "Political theory and the environment: the grey and the green (and the in-between)", in *Political Theory in Transition*, (Ed. Noel O'Sullivan), London and New York: Routledge, 2000, pp 211-224.
11. Esman, M.J *An Introduction to Ethnic Conflict*, Cambridge: Polity Press, 2004.
12. Falks, K. *Citizenship*, Translated by: Delfrooz, M., Tehran: Kavir, first edition, 2002. (in Persian)
13. Fraser, N, *Rethinking Recognition*, New Left Review, 3, 2000.
14. Friedman, L. *Deterrence*, Translated by: Kahramanpour Bonab, A., and Ruhollah Talebi Arani, first edition, Strategic Studies Research Institute, 2007. (in Persian)

15. Gagnon, A and Iacovino, R. *Interculturalism: Expanding The Boundaries of Citizenship*, in Democracy, Nationalism and Multiculturalism (Ed. Ramon Maiz and Ferran Requeje), London and New York: Frank Cass, 2005.
16. Galeotti, A. E, *Neutrality and Recognition*, in Pluralism and Liberal (Ed. Richard Bellamy and Martin Hollis), Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
17. Ghazi, A. *Fundamental Rights and Political Institutions*, Tehran: Tehran University Press, third edition, 1994. (in Persian)
18. Haqiqat, S. *The Basics of Political Thoughts in Islam*, Tehran: Samt, 2008. (in Persian)
19. Hasanpour Azad, P. and Reza Ebadi Jamkhaneh, *Criteria of Citizenship Rights in Iran*, Eradeh Publications, 2015. (in Persian)
20. Hashemi, M. *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Volume 1, Tehran: Mizan, 8th edition, 2004. (in Persian)
21. Hermidas Bavand, D. *Speeches on the Language and Identity*, Tehran: National Studies, 2005. (in Persian)
22. Heywood, A. *An Introduction to Political Ideologies: from Liberalism to Religious Fundamentalism*, Translated by: Rafiei Mehrabadi, M., Tehran: Bureau of Political and International Studies of the Ministry of Foreign Affairs, 2008. (in Persian)
23. Jalaipour, H. *Sociology of Iran*, Tehran: Nasher Elm, 2013. (in Persian)
24. Kymlicka, W, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, New York: Oxford University Press, 1995.
25. Lister, R, *Citizenship: Feminist Perspective*, Basingstoke: Macmillan, 1997.
26. Lock, J. *An Article on Government*, Translated by Azodanlou, H., Tehran: Nashr-e-Ney, second edition, 2009. (in Persian)
27. Madani, J. *Laws and Political Institutions of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Moallem, third edition, 1995. (in Persian)
28. Maghsoodi, M. *Ethnicity and Its Role in the Political Events of the Reign of Mohammad Reza Pahlavi*, Tehran: Islamic Revolution Records Center, 2003. (in Persian)
29. Marshall, T.H, "Afterthought on Value of Problems of Welfare-Capitalism", in *Citizenship: Critical Concepts* (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume 2, London and New York: Routledge, 1994, PP 5-44.
30. Marshall, T.H, *Citizenship and Social Class*, (Ed. Tom Bottomore), London: Pluto Press, 1992.
31. Obyrne, D, *The Dimensions of Global Citizenship: Political Identity Beyond the Nation-State*, London: Frank Cass, 2003.
32. Parekh, Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Basingstoke: Macmillan, 2000.
33. Pateman, C, "Feminism and Democracy", in *Citizenship: Critical Concepts* (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume two, London and New York: Routledge, 1994, PP 372-385.
34. Patten, A, *Equality of Recognition and the Liberal Theory of Citizenship*, in *The Demands of Citizenship* (Ed. C. McKinnon and I. Hampsher-Monk), London and New York: Continuum, 2000.
35. Polanyi, Karl. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. Beacon Press, 2001.
36. Rajaei, F. *The Identity Problem of the Contemporary Iranians*, Tehran: Ney Publishing, 6th edition, 2013. (in Persian)
37. Riley, D. *Citizenship and Welfare State*, Translated by: Ebrahimi, Z., Tehran: Āgah, 2009. (in Persian)
38. Rosaldo, R, "Cultural Citizenship", In *Latino Cultural Citizenship: Claiming Identity, Space and Politics*, (Ed. William V. Flores and Rina Benmayor), Boston: Beacon Press, 1997, pp 27-38.
39. Saree Al-Qalam, M. *Rationality and the Future of Iran's Development*, Tehran: Middle East Center for Scientific Research and Strategic Studies, 4th edition, 2005. (in Persian)
40. Schwarzmantel, J, *Citizenship and Identity: Toward a New Republic*, London: Routledge, 2003.

41. Seglow, J, *Theorizing Recognition*, in Multiculturalism, Identity and Rights (Eds. Bruce Haddock and Peter Sutch), London: Routledge, 2003.
42. Stevenson, N. *Cultural Citizenship in a Global Mediated Culture*, 2003, Translated by: Khakbaz, A., Tehran: Tisa, 2013. (in Persian)
43. Taylor, C, *Multiculturalism and The Politics of Recognition*, Princeton: Princeton University Press, 1994.
44. Turner, B.S, *Contemporary Problems in Theory of Citizenship*, in Citizenship and Social Theory (Ed. Turner, Bryan . S), London: Sage, 1993.
45. Young, I. M, *Inclusion and Democracy*, Cambridge: Polity Press, 2002.
46. -----, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 1990.
47. -----, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, in Citizenship: Critical Concepts (Ed. Bryan S. Turner and Peter Hamilton), Volume two, London and New York: Routledge, 1989.

Articles

48. Afshar Ahmadi, I. "Individual Rights of Citizenship in the System of the Islamic Republic of Iran with the Jurisprudential Approach of Imam Khomeini", *Bioethics Quarterly*, 2018. (in Persian)
49. Alidadi Soleimani, H. and MohammadReza Haji Karam Ra'it, "Citizenship Rights and the Rate of Citizen's Awareness about That (Case Study: Tehran Metropolis)", *Economics and Urban Management*, Year 8, No. 31, 2019: 79-90. (in Persian)
50. Ariyamanesh, B. "Minority Rights from the Perspective of the Constitution and International Standards", *Excellence in Law*, 4th year, No.13, 2011: 77-94. (in Persian)
51. Bates, Robert H., and Da-Hsiang Donald Lien. "A Note on Taxation, Development, and Representative Government." *Politics & Society* 14, no. 1, 1985, pp 53-70.
52. Faqih Habibi, A. "Islamic Revolution and the Conceptual Evolution of Citizenship Rights in Iran", *Contemporary Political Review*, 9th period, NO.3, serial number 29, 2018:163-185. (in Persian)
53. Ghiathvand, A. "Typology of Citizenship in Iran; Its Opportunities and Challenges", *Social Sciences Quarterly*, Vol 22, No. 68, 2014: 151-119. (in Persian)
54. Hakim, M. and Ali Faqihi and Hossein Ebrahimian, "Survey of Citizenship Rights and Its Elements in Iran's Legal System", *Journal of Political and International Research*, Vol13, Special Issue, No.52, 2022: 1-21. (In Persian)
55. Javid, M. and Mahmoud Ebrahimi, "Citizenship Duties" in the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *Knowledge of Public Law Quarterly*, second vol, No.4, 2013: 25-46. (in Persian)
56. Kazemi, A. and Mohammad Rezaei, "The Undisciplined City and the Limitations of the Emergence of Citizenship in Iran", *Iranian Journal of Social Studies*, the third vol, No.2, 2009: 16-30. (in Persian)
57. Kiser, Edgar, Yorram Barzel. "The Origins of Democracy in England." *Rationality and Society* 3, no. 4 (October 1, 1991): pp 396-422.
58. Lotfi, T. and Hojatullah Ebrahimian, Maqsood Ranjbar, "Charter of Human Rights and Challenges of Women's Citizenship Rights in Iran", *Biological Ethics*, 10th Vol, No.1, 2019: 117-105. (in Persian)
59. Moghimi Zanjani, S. "Birth of the Idea of Citizenship in Contemporary Iran from the Perspective of Political Philosophy", *Journal of Political Sciences*, Vol 21, No.82, 2018:51-76. (in Persian)
60. Nazari, W. and Mohammad Gholami, Ali Sadeghi, Fateme Tarlan, "An Analysis of the Challenges of Citizenship Rights in Iranian Cities (Case Study: Qazvin City)", *Human Geography Research*, vol53, No.1, 2020: 227-241. (in Persian)
61. Rostami, V. and Maitham Musapour, "An Analysis of Principle 115 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran Regarding the Conditions of the President", *Law Journal*, Vol 40, No.1, 201: 225-240. (in Persian)
62. Sadegh Khani, N. and Mohammad Javad Jafari, Iraj Ranjbar, "Review and Analysis of Citizenship Rights in the Constitutional Law and the Islamic Republic of Iran", *Iranian Political Sociology Monthly*, 3rd Volume, No.3, 2020. (in Persian)

63. Salehi, H. and Amir Nikpey, "Legal Identification of Minorities within Minority Groups from the Perspective of Ailit Shashar", *Legal Research Quarterly*, Vol 21, No.81, 2018. (in Persian)
64. Seifzadeh, H. and Ahad Nouri Asal, "National Identity and Citizenship Rights in Iran: Mutual and Plural Discourse of Nation-State", *Journal of Political Studies*, Vol 3, No.11, 2011:169-143. (in Persian)
65. Sohrabzadeh, M. and Mohsen Niazi and Somayyeh Miri, "A Meta-Composite Study of Citizenship Culture in the Iranian Society", *Economic Sociology and Development*, Year 10, No. 1, 2021: 52-25. (in Persian)
66. Tavasoli, G. and Mahmoud Nejati Hosseini, "Social Reality of Citizenship in Iran", *Sociology of Iran*, No.2, 2013. (in Persian)
67. Zanden, Jan Luiten Van, and Maarten Prak. "Towards an Economic Interpretation of Citizenship: The Dutch Republic between Medieval Communes and Modern Nation-States." *European Review of Economic History* 10, no. 2 (August 2006): pp 45-111.

Thesis and Dissertation

68. Salehi, Hadi, "Genealogy of Legal Identification of Minorities", Doctoral Dissertation, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2017. (in Persian)
69. Ghafari Anwar, Atieh, "Comparative Study of the Status of Citizenship Rights in Iran and France", Master's Thesis, Allameh Tabatabai University, 2019. (in Persian)

Sites


70. Taheri, Mohsen, **Criticism of the Position of Citizenship Rights in Iran's Legal System with a View to the Charter of Citizenship Rights**, National Conference on Clarification of Citizenship, 2015, available at: <https://sid.ir/paper/893226/fa>
71. Mosleh, Mohammad, **Citizenship Rights in Iran and International Laws**, National Conference on Management and Humanities Research in Iran, 2016, available at: <http://sid.ir/paper/89605/fa>

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Comparative Study of the Protective Principle in the Criminal Law of Iran and England in the Line of International Instruments

Bahram Malekpour¹, Hasan Hajitabar Firoozjaei² , Mohammad Nabipour³

ABSTRACT

The Protective principle as one of the aspects of extraterritorial jurisdiction; is applied when the crime committed abroad is against its fundamental and vital interests. In this paper, by using the descriptive-analytical and library methods and adaptation around the protective principle in the criminal law of Iran and England by looking at international documents, such results have been obtained: firstly, in crimes under the protective principle, accepted subjects of international law in the criminal law of Iran and England have been developed, the application of the criminal law of the two countries is generally the same in terms of type and nature of crime, but, they are different in terms of legal punishment. Secondly, In English criminal law, the condition of trial in absentia was not accepted by the legislator in the application of this principle, but in Iranian criminal law, the implementation of the protective principle by eliminating the condition that the accused be found or extradited to the country is accepted as a kind of trial in absentia, which is more in line with international standards. Thirdly, In English criminal law, in line with human rights considerations, the condition of prohibiting retrial cannot be applied only in the case of some terrorist crimes, but the inclusion of previous punishments is accepted; however, in Iranian criminal law, the prohibition of retrial is not accepted, but the inclusion of previous punishments in penal punishments is accepted by the legislator.

KeyWords: The Protective Principle, International Instruments, Crimes, Territory of Sovereignty.

How to Cite: Malekpour, B, Hajitabar Firoozjaei, H, Nabipour, M, "A Comparative Study of the Protective Principle in the Criminal Law of Iran and England in the Line of International Instruments", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:123-140.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229645.2376>

Received: 28/11/2022 - Accepted: 27/02/2023

1. Ph.D. Candidate of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ayatollah Amoli Branch, Mazandaran, Iran
2. Associate Professor of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ghaemshahr Branch, Mazandaran, Iran
Corresponding Author Email: hajitabar@yahoo.com
3. Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities & Social Sciences, Shomal University, Mazandaran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مطالعه تطبیقی اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و
انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللیبهرام ملک‌پور^۱، حسن حاجی‌تبار فیروزجائی^۲، محمد نبی‌پور^۳

چکیده

اصل صلاحیت واقعی به‌عنوان یکی از جنبه‌های صلاحیت فراسرزمینی، هنگامی اعمال می‌گردد که جرم ارتكابی در خارج از کشور، علیه منافع اساسی و حیاتی آن باشد. در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای و با بررسی و تطبیق پیرامون اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی، چنین نتایج حاصل شده است که اولاً، از لحاظ جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی هرچند مصادیق مورد پذیرش حقوق بین‌الملل در حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان توسعه یافته‌اند، لکن در تطبیق حقوق جزای دو کشور عموماً از لحاظ نوع و ماهیت جرائم یکسان بوده، از لحاظ مجازات‌ها با هم متفاوت‌اند. ثانیاً، در حقوق جزای انگلستان شرط محاکمه غیابی در اعمال این اصل مورد پذیرش قانون‌گذار نبوده، ولی در حقوق جزای ایران با حذف شرط یافت‌شدن یا اعاده‌شدن متهم به کشور به‌نوعی محاکمه غیابی پذیرفته شده است که با موازین بین‌المللی در تطابق بیشتری قرار دارد. ثالثاً، در حقوق جزای انگلستان در راستای ملاحظات حقوق بشری، شرط منع محاکمه مجدد صرفاً در مورد برخی جرائم تروریستی قابل اعمال نیست، ولی احتساب مجازات‌های قبلی پذیرفته شده است؛ لیکن در حقوق جزای ایران، منع محاکمه مجدد پذیرفته نشده، ولی احتساب مجازات‌های قبلی نیز صرفاً در مجازات‌های تعزیری مورد پذیرش قانون‌گذار است.

کلید واژگان: اصل صلاحیت واقعی، اسناد بین‌المللی، جرائم، قلمرو حاکمیت.

استناد به این مقاله: ملک‌پور، بهرام، حاجی‌تبار فیروزجائی، حسن، نبی‌پور، محمد، «مطالعه تطبیقی اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۲۳-۱۴۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229645.2376>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت‌الله آملی، مازندران، ایران
۲. دانشیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر، مازندران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: hajitabar@yahoo.com
۳. استادیار، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه شمال، مازندران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

امروزه اغلب حقوق‌دانان پذیرفته‌اند که کشورها در موارد خاص و در چند حالت استثنایی حق اعمال قوانین کیفری خود را برای خارج از قلمرو حاکمیت دارند. به این معنی که در صورت ارتکاب جرم در خارج از قلمرو حاکمیت خود، قوانین و دادگاه‌های خود را واجد صلاحیت رسیدگی به آن می‌دانند. یکی از این موارد وقتی است که جرم ارتكابی در خارج از قلمرو، منافع اساسی و حیاتی آن‌ها را در معرض خطر قرار دهد؛ به صلاحیتی که در چنین حالتی ایجاد می‌شود، صلاحیت واقعی یا صلاحیت حمایتی و حفاظتی می‌گویند.^۱ بنابراین اصل صلاحیت واقعی در مورد اشخاصی است که خارج از کشور با ارتکاب جرائم در به مخاطره انداختن امنیت کشور متضرر از جرم، نقش دارند و موجب اعمال صدماتی بر نظم عمومی آن کشور می‌شوند. در واقع اصل صلاحیت حمایتی بر این نظریه استوار است که یک کشور می‌تواند صلاحیت قانونی خود را گسترش دهد تا جرائم علیه حاکمیت خود را نیز شامل شود.^۲ بر این اساس، دولت‌ها می‌توانند بر رفتاری که در خارج از قلمرو آن‌ها، منافع حیاتی و امنیتی و اقتصادی‌شان را تهدید می‌کند، اعمال صلاحیت نمایند.

در حقوق جزای ایران، در بحث اصل صلاحیت واقعی، در دوره‌های مختلف تاریخی، مقررات پراکنده‌ای در باب جرائم علیه منافع ملی، اعم از سیاسی و امنیتی، از جمله ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰، مواد ۶۱ و ۶۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و ماده ۳۱ قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸ و برخی قوانین دیگر وجود داشته که به مرور توسعه یافته و آخرین تغییرات آن در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

در حقوق جزای انگلستان، در خصوص اعمال این اصل برخلاف حقوق جزای ایران، قانون خاصی که مشمول جرائم این اصل باشد وجود ندارد، بلکه مصادیق جرائم این اصل به‌طور پراکنده در قوانین مختلف مشاهده می‌گردد. به‌عنوان مثال، قانون خیانت مصوب ۱۸۴۸^۳ و قانون جعل و قلب سکه مصوب ۱۹۸۱^۴ و برخی قوانین دیگر از قبیل قوانین مبارزه با تروریسم از این جمله‌اند.

بنابراین پرسش‌های اساسی پیرامون موضوع نوشتار این‌است که وضعیت حقوق جزای ایران از حیث مصادیق و شرایط حاکم بر اصل صلاحیت واقعی در مقایسه با حقوق جزای انگلستان و اسناد بین‌المللی چگونه است؟ آیا رسیدگی غیابی نسبت به جرائم موضوع این اصل در قوانین جزایی ایران و انگلستان پذیرفته شده است؟ علی‌رغم اینکه تحقیقاتی در زمینه این اصل صورت گرفته است، اما در هیچ‌یک از مقالات و تحقیقات پیشین به‌ویژه به تطبیق اصل مزبور در نظام حقوقی ایران و انگلستان به‌صراحت پرداخته نشده است؛ به عبارت دیگر، در هیچ‌یک از تحقیقات قبلی، موضوع از منظر حقوق جزای انگلستان بررسی نشده است. از این‌رو، پرداختن به موضوع در این نوشتار ضرورت دارد. نگارندگان در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای برآن‌اند تا ابتدا به مبانی و جایگاه قانونی، سپس به شرایط حاکم بر اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی پرداخته شود.

۱. پوربافرانی، حسن، تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی با نگاهی تطبیقی، فصلنامه علمی-پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۱، شماره ۵۸، ص ۷۳.

2. Moore, John Bassett, *Digest International Law*, Volume 2, Harvard Research in International Law, 1906, p 374.

3. Treason Act, 1848.

4. Forgery and Counterfeiting Act, 1981.

۱. مبانی اعمال اصل صلاحیت واقعی

حقوق دانان برای توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی کشور به خارج از قلمرو حاکمیت در مواقعی که منافع حیاتی و اساسی مملکت دچار لطمه گردیده است، توجیهاتی را ذکر نموده‌اند که اهم آن‌ها عبارت‌اند از: اعمال حق دفاع مشروع، اقتدار دولت، اجرای عدالت، تأمین منافع دولت متضرر و ضرورت جلوگیری از بی‌مجازات ماندن مجرمین.

برخی از حقوق دانان، اعمال این اصل را برای دولتی که در معرض تهدید و خطر واقع شده باشد، به مثابه حق طبیعی و از مصادیق دفاع مشروع تلقی می‌کنند. همان‌گونه که دیدیم کشورها عمدتاً جرائمی را مشمول توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی خویش، به اعتبار این اصل قرار می‌دهند که لطمه شدیدی به امنیت و مصالح دولت وارد می‌آورد. به خاطر همین لطمه، دولت‌ها بدون توجه به تابعیت مجرم یا محل وقوع جرم اعمال صلاحیت می‌نمایند؛ زیرا اعمال ارتكابی قدرت اعتبار و امنیت یک کشور را در معرض خطر و تزلزل قرار می‌دهد. از این رو عکس‌العمل جزایی دولت‌ها در این‌گونه موارد نوعی دفاع مشروع محسوب می‌گردد.^۱ لذا به استناد این مبنا می‌توان صلاحیت رسیدگی به جرم را اعمال نمود.

نظریه اقتدار دولت، یکی دیگر از مبانی اصل صلاحیت واقعی است که به استناد آن دولت با تکیه بر قدرت عالی و شخصیت حقوقی داخلی و بین‌المللی در قلمروی خود به مجموعه‌ای از افراد حکمرانی می‌کند.

اجرای عدالت نیز یکی از قدیمی‌ترین اصول حاکم بر مجازات‌ها در جوامع بشری بوده است؛ بنابراین، اعمال اصل صلاحیت واقعی به تحقق عدالت در عرصه بین‌الملل کمک خواهد کرد و موجب اجرای عدالت خواهد شد، زیرا در عرصه روابط میان دولت‌ها سنتی پایدار از یک سده پیش، شکل گرفته است که استرداد بزه‌کاران سیاسی را هم منع می‌کند.^۲ لذا ضروری است که دولت‌ها با مجرمینی که با اقدامات مجرمانه علیه منافع حیاتی، امنیتی و اقتصادی کشور دیگری اقدام می‌نمایند و به منظور جلوگیری از بی‌مجازات ماندن این‌گونه مجرمین و اجرای عدالت نسبت به مجازات آنان بدون در نظر گرفتن تابعیت مجرم و محل وقوع جرم اقدام نمایند. همچنین دولت‌ها به منظور تأمین، حفظ و ایجاد نظم سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، اقدام به قانون‌گذاری و اتخاذ تدابیری برای مجازات اشخاصی که به این نظم و منافع عمومی لطمه وارد می‌سازند، می‌کنند. لذا عدم اعمال صلاحیت جزایی دولت متضرر از جرم و واگذاری مسئله به دولت محل وقوع جرم، نادرست به نظر می‌رسد؛ زیرا منافع اساسی و حیاتی‌اش مورد تهاجم واقع می‌شود و بر همین اساس صلاحیت تقنینی و قضایی وی بر سایر صلاحیت‌ها از جمله صلاحیت سرزمینی دولت محل وقوع جرم در اولویت قرار دارد.

نهایتاً جلوگیری از بی‌مجازات ماندن مجرمین یکی دیگر از مبانی ضروری در اعمال اصل صلاحیت واقعی است. زیرا گاهاً بعضی ممالک، نسبت به جعل پول و اسناد دولتی و اخلال در امنیت کشور دیگر چندان سخت‌گیری نمی‌کنند، یا این اعمال را جرم نمی‌دانند و یا مجازات خفیفی برای آن قائل می‌شوند؛ زیرا آن‌ها از این جرائم خسارتی نمی‌بینند، لذا دولتی که از این نوع جرائم متضرر می‌شود و نظم عمومی آن مختل می‌گردد، صالح به تعقیب است.

۲. جایگاه قانونی اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای ایران و انگلستان

به منظور آشنایی بیشتر با اساس اجرای اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای دو کشور ایران و انگلستان، قوانین و

۱. دندیو دووایر، *حقوق جنایی و قانون‌گذاری جزایی*، ترجمه: علی آزمایش، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۶۸، ص ۹۵.

۲. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، ویراست چهارم، تهران: نشر میزان، چاپ پنجاه و چهارم، ۱۳۹۷، ص ۲۱۷.

مقررات مربوطه در این زمینه به‌عنوان منابع اصلی و جایگاه قانونی این اصل ارائه می‌گردد.

۲.۱. در حقوق ایران

اصل صلاحیت واقعی در نظام کیفری ایران در قوانین مختلف تکوین یافته و در نهایت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌عنوان یکی از منابع اصلی اعمال این اصل پذیرفته شده است. در اینجا ابتدا به قوانین و مقررات مربوط به این اصل که قبل از تصویب قانون مذکور مطرح بوده و برخی از آنها در حال حاضر نیز اجرایی‌اند، می‌پردازیم و سپس به اعمال این اصل در ماده ۵ قانون مذکور و تطبیق آن با قوانین جزایی مختلف و پراکنده انگلستان در این خصوص پرداخته می‌شود.

اولین قانون مدون در خصوص اعمال اصل صلاحیت واقعی، قانون راجع به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران مصوب ۱۳۱۰ است که در بندهای ۱، ۲ و ۴ ماده ۱۵ این قانون به جعل اسناد هویتی مانند گذرنامه، جواز اقامتی و امثالهم اشاره دارد و در بند ۶ این ماده مقرر می‌دارد: «... هرکس برای استفاده از حقوقی که به موجب این قانون و یا نظامات مربوطه به آن می‌توان تحصیل نمود در خارجه مرتکب یکی از اعمال مذکوره در فقرات ۱، ۲ و ۴ این ماده بشود پس از آمدن به ایران تعقیب و مجازات خواهد شد مگر در مورد ذیل: الف - در صورتی که در خارجه به موجب حکم قطعی محکوم و مجازات شده باشد. ...» و سپس در ماده ۳۱ قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸ مقرر گردید: «به جنحه و جنایاتی که در داخل هواپیمای خارجی حین پرواز ارتکاب شود در صورت وجود یکی از شرایط ذیل محاکم ایران رسیدگی خواهند کرد، الف- جرم مخل انتظامات یا امنیت عمومی ایران باشد...». همچنین، بند (ج) ماده ۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ در خصوص اعمال این اصل مقرر می‌دانست: «هر ایرانی یا بیگانه‌ای که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرائم زیر شود، طبق قانون ایران مجازات می‌شود و هرگاه نسبت به آن جرم در خارج مجازات شده باشد بابت مجازاتی که در دادگاه‌های ایران تعیین می‌گردد احتساب خواهد شد: ۱- اقدام علیه حکومت مشروطه سلطنتی و امنیت داخلی و خارجی و تمامیت ارضی یا استقلال کشور ایران. ۲- جعل فرمان یا دستخط و یا مهر و یا امضاء رئیس مملکت یا استفاده از آنها. ۳- جعل نوشته رسمی نخست‌وزیر یا هر یک از رؤسای مجلسین سنا و شورای ملی و یا هر یک از وزیران یا استفاده از آنها. ۴- جعل اسکناس رایج ایران یا اسناد بانکی ایران مانند برات‌های قبول شده از طرف بانک‌ها یا چک‌های صادر شده از طرف بانک‌ها و یا اسناد تعهدآور بانک‌ها و همچنین جعل اسناد خزانه و اوراق قرضه صادر و یا تضمین شده از طرف دولت یا شبیه‌سازی و هرگونه تقلب در مورد مسکوکات رایج داخله.» و ماده ۴ قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو راجع به جرائم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما مصوب ۱۳۵۵ نیز مقرر می‌دارد: «دولت متعاهدی که دولت تثبیت‌کننده هواپیما نباشد، نمی‌تواند به منظور اعمال صلاحیت جزایی خود در مورد جرم ارتكابی در داخل هواپیما در امر پرواز مداخله نماید مگر در موارد، ... ج- جرم، امنیت آن دولت را به مخاطره اندازد ...»؛ همچنین بند (ب) ماده ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ نیز با کمی تغییرات شکلی در نوع حکومت و رؤسای مملکت، مشابه همان مفاد بند (ج) ماده ۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ بوده، و ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز جایگزین مقررۀ قبلی شده بود. سپس ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نیز در خصوص اعمال این اصل مقرر نمود: «علاوه بر موارد پیش‌بینی شده در دیگر قوانین، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به موارد زیر را دارند: ... پ- جرم توسط تبعۀ ایران و غیر آن در خارج از ایران علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و تارنماهای مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه‌گانه یا نهاد رهبری یا

نماینده‌های رسمی دولت یا نهاد یا مؤسسه‌ای که خدمات عمومی ارائه می‌دهد یا علیه تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران در سطح گسترده ارتکاب یابد...» که همه قوانین فوق به اعمال اصل صلاحیت واقعی اشاره داشتند.

نهایتاً ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هر شخص ایرانی یا غیرایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرائم زیر و یا جرائم مقرر در قوانین خاص گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود و هرگاه رسیدگی به این جرائم در خارج از ایران به صدور حکم محکومیت و اجرا آن منتهی شده باشد، دادگاه ایران در تعیین مجازات‌های تعزیری، میزان محکومیت اجرا شده را محاسبه می‌کند. الف- اقدام علیه نظام، امنیت داخلی یا خارجی، تمامیت ارضی و یا استقلال جمهوری اسلامی ایران. ب- جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دستخط مقام رهبری یا استفاده از آن، پ- جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دستخط رسمی رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضائیه، رئیس و نمایندگان مجلس شورای اسلامی، رئیس مجلس خبرگان، رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، اعضای شورای نگهبان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، وزرا یا معاونان رئیس‌جمهور یا استفاده از آن‌ها، ت- جعل آراء مراجع قضایی یا اجرائیه‌های صادره از این مراجع یا سایر مراجع قانونی و یا استفاده از آن‌ها. ث- جعل اسکناس رایج یا اسناد تعهدآور بانکی و همچنین جعل اسناد خزانه و اوراق مشارکت صادر شده یا تضمین شده از طرف دولت یا تهیه یا ترویج سکه قلب در مورد مسکوکات رایج داخل.»

در این ماده، قانون‌گذار ضمن پرداختن به مصادیق جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی در خصوص اقدام علیه امنیت، جعل اسناد، اسکناس و قلب سکه، دادگاه‌های ایران را بدون پذیرش شرط «یافت یا اعاده شدن مرتکب به ایران»، صالح به رسیدگی و محاکمه غیابی مرتکبین این جرائم می‌داند. با توجه به اینکه در این قانون در خصوص جرائم موضوع ماده ۵، منع محاکمه مجدد پذیرفته نشده، ولی احتساب مجازات‌های اعمال شده بر متهم در دادگاه‌های کشورهای خارجی در قلمرو مجازات‌های تعزیری پذیرفته شده است، بنابراین قانون‌گذار با توجه به جرائم موضوع ماده فوق و بندهای مربوطه در راستای حمایت از منافع اساسی و امنیت کشور، به اعمال اصل صلاحیت واقعی تصریح نموده است. همچنین، مطابق ماده ۶ قانون مذکور، در صورتی که جرائم اشخاص مورد اشاره در این ماده^۱ از جرائم مذکور در ماده ۵ باشد، مطابق این اصل با آنان رفتار خواهد شد.

۲.۲.۲. در حقوق انگلستان

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، در حقوق جزای انگلستان مصادیق جرائم و شرایط اعمال اصل صلاحیت واقعی برخلاف حقوق جزای ایران (که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است) در قوانین و مقررات مختلف و پراکنده آمده است. در ذیل به برخی منابع و مستندات قانونی پیرامون این اصل در حقوق جزای انگلستان و مطابقت آن‌ها با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پرداخته شده است:

۲.۲.۱. قانون خیانت مصوب ۱۸۴۸

در فصل ۱۲ این قانون که به منظور امنیت بهتر دولت بریتانیا تصویب شده است، به اصل صلاحیت واقعی تصریح دارد.

^۱ اشخاص موضوع ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عبارت‌اند از: مستخدمین دولت اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران هستند، مأمورین سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند.
^۲ Treason Felony Act 1848.

ماده ۳ این قانون، در خصوص جرائمی که به موجب آن مرتکب محکوم به تبعید یا حبس می‌شود، اعلام می‌دارد که: «اگر شخصی، در داخل بریتانیا یا در خارج از آن، از طریق نقشه کشیدن، سوءنیت و طراحی کردن، قصد سلب یا خلع ید یا محروم کردن ملکه انگلستان را از نام و تاج سلطنتی بریتانیا داشته باشد، یا برای تحمیل جنگ علیه اعلی حضرت، در هر یک از قلمروها و کشورهای دیگر اعلی حضرت، یا در هر بخشی از بریتانیا، به منظور وادار کردن او با زور به تغییر تدابیر یا توصیه‌هایش و یا با اعمال هر گونه محدودیت به منظور ارباب یا بی‌اعتنایی به هر دو مجلس یا هر یک از مجلسین اقدام نماید، یا با تحریک هر بیگانه‌ای با زور برای حمله به انگلستان یا هر یک از قلمروهای دیگر اعلی حضرت یا کشورهای دیگر که تحت قلمرو اعلی حضرت هستند، اقدام نماید و این قبیل نقشه‌ها، تصورات، طراحی‌ها و مقاصد یا هر یک از آنها را با انتشار هر گونه نوشته‌ای بیان یا با هر عمل آشکاری اعلام نماید، مرتکب جرم شده و محکوم به مجازات آن خواهد بود و برای مدتی تبعید یا حبس خواهد شد.» که در این ماده به مصادیق اصل صلاحیت واقعی در بحث امنیت پرداخته شده است. به نظر می‌رسد در حقوق انگلستان یکی از مصادیق بارز اصل صلاحیت واقعی توجه به بحث براندازی و خیانت می‌باشد که در قوانین دیگر کشورها جایگاه دیگری در قانون برای آن تعریف شده است. در مطابقت این قانون با حقوق جزای ایران نیز در بند (الف) ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به بحث اقدام علیه نظام و اقدام علیه امنیت داخلی یا خارجی تأکید دارد که به مصادیق جرائم این بند در فصل اول کتاب پنجم تعزیرات در خصوص جرائم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور مطابق قانون مذکور پرداخته شده است.

در ماده ۷ این قانون در خصوص کیفرخواست‌های مربوط به خیانت به موجب این قانون اعلام داشته است: «اگر در کیفرخواست برای هر جرمی به موجب این قانون، حقایقی ادعا شده باشد که از نظر قانون خیانت باشد، چنین کیفرخواستی باطل تلقی نمی‌شود و اگر در محاکمه هر شخصی که به موجب این قانون به چنین جرائمی متهم شده باشد، موضوعاتی مطرح شود که به منزله خیانت وی باشد، حق تبرئه شدن از این جرم را نخواهد داشت. لکن هر فردی که برای چنین جرائمی محاکمه شده باشد، پس از آن به دلیل همان جرم تحت پیگرد قانونی قرار نخواهد گرفت.» در این ماده منع محاکمه مجدد مورد پذیرش قانون‌گذار بوده است. مطابق ماده ۹ این قانون، جرائم موضوع این قانون در اسکاتلند قابل وثیقه نیستند، به گونه‌ای که اگر فردی برای جرمی که به موجب این قانون مرتکب شده، در اسکاتلند محاکمه شود، حق اصرار بر آزادی با وثیقه را نخواهد داشت، مگر با موافقت مدعی‌العموم یا با حکم دادگاه عالی یا دادگاه ناحیه دادگستری، به ترتیبی که در قانون مشخص شده است. طبق این قانون: «افرادی که در اسکاتلند متهم به جعل و خیانت شده‌اند، مستحق وثیقه نخواهند بود مگر در موارد خاص.»^۱ بنابراین در خصوص اعمال این اصل در بحث خیانت در انگلستان، هر فردی که مدیون وفاداری به ولیعهد باشد، اگر توسط وی در هر جا که جرم خیانت انجام شده باشد، مرتکب خیانت است.^۲ نتیجتاً کشور انگلستان در بحث خیانت با شدت عمل بالایی برخورد و آن را اقدام علیه امنیت کشور تلقی کرده است که از مصادیق اعمال اصل صلاحیت واقعی می‌باشد و به استناد ماده ۷ قانون فوق هر گونه کیفرخواستی را که برای این گونه اعمال مجرمانه صادر گردد، به هیچ وجه قابل گذشت ندانسته، و طبق ماده ۹ این قانون، وثیقه در این خصوص را جایز نمی‌داند. در تحلیل این ماده می‌توان گفت که مهم بودن جرم و برخورد با جرائم شدید در حقوق انگلستان مورد تأکید بوده که قانون‌گذار این گونه جرائم را غیرقابل گذشت و غیرقابل تأمین کیفری می‌داند، ولی با وجود این، قاعده منع محاکمه مجدد مورد توجه قانون‌گذار است که در حقوق جزای ایران در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی

^۱ Treason Felony Act 1848, Chapter 12, at: legislation.gov.uk. (Accessed 5 February 2020).

^۲ <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/exploring-the-boundaries-international-law/content-section-4.2>. (Accessed 20 May 2021).

صرفاً در تعیین مجازات‌های تعزیری، محاسبه میزان محکومیت اجرا شده قبلی مورد توجه قانون‌گذار بوده است و منع محاکمه مجدد مورد پذیرش قانون‌گذار نیست.

۲.۲.۲. قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸

قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸^۱، به جرائم گوناگونی اشاره دارد. برخی از جرائمی که به امنیت کشور صدمه وارد می‌کنند و تحت اعمال اصل صلاحیت واقعی می‌باشند، با ذکر قوانین مرتبط با آن به منظور اعمال صلاحیت و پیگرد قانونی مجرمین مرتکب به آن قید شده است. از جمله جرائم مندرج در این قانون که امنیت و آسایش عمومی را به خطر می‌اندازد، می‌توان به جرائمی از قبیل، ایجاد انفجار و توطئه برای ایجاد انفجار که تحت مقررات قانون مواد منفجره ۱۸۸۳ و به کارگیری مواد هسته‌ای که تحت مقررات قانون مواد هسته‌ای ۱۹۸۳ اعمال صلاحیت می‌گردند، اشاره کرد. قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸ نه تنها برخی از جرائم شدید را بدون در نظر گرفتن محل وقوع جرم قابل محاکمه می‌داند، بلکه صریحاً این صلاحیت را به تلاش‌ها و توطئه‌هایی که در خارج از کشور اتفاق می‌افتد نیز گسترش می‌دهد. به‌عنوان مثال دزدی دریایی یا دزدی هوایی از جمله جرائمی‌اند که در هر کجا ارتکاب یابند قابل محاکمه توسط دادگاه‌های انگلستان هستند. همان‌گونه که مشاهده می‌شود انگلستان در بحث جرائم تروریستی که از جرائم بسیار مهم است، با مرتکبین به این جرائم برخورد شدید نموده است؛ به طوری که همانند حقوق جزای ایران که قاعده منع محاکمه مجدد را نپذیرفته، در انگلستان نیز با جرائم موضوع قانون مذکور، با شدت بیشتری برخورد می‌کند و خود را صالح به رسیدگی به مرتکبین این جرائم می‌داند و قاعده منع محاکمه مجدد را در این جرائم نمی‌پذیرد.

۲.۲.۳. قانون جعل و قلب سکه مصوب ۱۹۸۱

قبل از تصویب این قانون عمل سکه‌سازی در مقررۀ قانونی در سال ۱۲۹۲ منع شده و در قانون خیانت مصوب ۱۳۵۱ قلب مهر مقام سلطنتی و سکه را خیانت به پادشاه محسوب نموده بود. سپس قانون جعل و قلب سکه مصوب ۱۹۸۱^۲ به منظور ایجاد مقررات جدید برای انگلستان، ولز و ایرلند شمالی در رابطه با جعل اسکناس، قلب سکه و جرائم مشابه تصویب شد. به موجب ماده ۱ فصل ۴۵ این قانون در خصوص جرم جعل آمده است: «هرگاه شخصی وسیله‌ای یا سندی ساختگی یا بدلی بسازد به قصد اینکه کسی را وادار کند که آن را به‌عنوان نسخه اصلی بپذیرد و یا اینکه از آن برای انجام یا عدم انجام کاری برای خودش استفاده کند، مجرم است.»

همچنین، در ماده ۵ این قانون اسناد مورد جعل عبارت‌اند از: «الف- حواله‌ها، ب- سفارشات پستی، پ- تمبرهای پستی بریتانیا، ت- تمبرهای درآمد داخلی، ث- گواهی سهام، ج- چک، چ- چک‌های مسافرتی، ح- سفته، خ- چک کارت، د- کارت اعتباری، ذ- گواهی‌های صادرشده از دفاتر ثبت و اسناد در خصوص ثبت تولد، فرزند خواندگی، ازدواج و فوت.» و به موجب مواد ۱۴ و ۱۵ این قانون در خصوص جرائم جعل اسکناس و قلب سکه آمده است: «۱- هر شخصی که از اسکناس یا سکه رسمی به منظور اینکه، او یا دیگری از آن به‌عنوان اصل استفاده نموده و یا عرضه نماید، مجرم است. ۲- جعل اسکناس و قلب سکه رسمی، بدون مجوز یا عذر قانونی برای هر شخصی، جرم می‌باشد.» بنابراین جرم جعل اسناد و قلب سکه یکی دیگر از مصادیق بارز اصل صلاحیت واقعی علیه امنیت اقتصادی در حقوق جزای انگلستان محسوب می‌گردد. در مقایسه با حقوق جزای ایران می‌توان گفت که در ایران قانون‌گذار در این مورد در بند (ث) ماده ۵ قانون

1. Suppression of Terrorism Act, 1978.

2. The Forgery and Counterfeiting (Protected Coins) Order, 1981.

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به مصادیق جعل از جمله، جعل اسکناس و اسناد خزانه و اوراق مشارکت و ترویج سکه قلب تأکید دارد. در صورتی که در قانون مذکور در انگلستان علاوه بر جعل اسکناس و چک و اسناد دولتی، بر جعل ثبت تولد، فرزند خواندگی، ازدواج و فوت که با دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی مطابقت دارد، نیز اشاره شده است که خود نشانگر توجه بیشتر قانون‌گذار در حقوق انگلستان به موضوع جعل است.

۲.۲.۴. قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۹۸۲

در ماده ۹۲ این قانون، در خصوص قوانین جزایی در هواپیما، در صورتی که نتیجه جرم در هر بخشی از انگلستان واقع شود، دادگاه‌های آن کشور صالح به رسیدگی‌اند و حتی در صورتی که نتیجه آن در مستعمرات کشور انگلستان باشد، انگلستان نمی‌تواند به آن جرم رسیدگی کند، بلکه رسیدگی می‌بایستی در حوزه قضایی آن مستعمره انجام شود، مگر در بعضی جرائم که دارای شدت بیشتری بوده و امنیت کشور انگلستان را به مخاطره می‌اندازد، انگلستان می‌تواند به دور از محل وقوع جرم نسبت به آن اقدام نماید. بنابراین در جرائم شدید مشمول این قانون که به امنیت کشور لطمه وارد می‌کند، براساس اعمال اصل صلاحیت واقعی، دادگاه‌های انگلستان بدون در نظر گرفتن محل وقوع جرم صالح به رسیدگی‌اند. قانون مذکور در تطابق با بند (ج) ماده ۴ کنوانسیون بین‌المللی راجع به جرائم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما مصوب ۱۹۶۳ که به کنوانسیون توکیو نیز معروف است، می‌باشد که در حقوق جزای ایران نیز این کنوانسیون در قانون الحاق به آن در سال ۱۳۵۵ مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است. براساس اصل صلاحیت واقعی، جرائمی که در داخل هواپیما امنیت دولت را به خطر می‌اندازد، به استناد این قانون، قابل رسیدگی در کشور متضرر است.

۲.۲.۵. جرم پول شویی در قوانین انگلستان

جرم پول شویی از مصادیق جرائم مهم اقتصادی است که در حقوق جزای انگلستان در قوانین و مقررات مختلف از جمله، قانون جرائم راجع به قاچاق مواد مخدر مصوب ۱۹۸۶، قانون جلوگیری از تروریسم (مقررات موقت) مصوب ۱۹۸۹، قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۳ و مقررات راجع به پول شویی مصوب ۱۹۹۴ به آن پرداخته شده است. در کشور انگلستان، اولین قانون در زمینه مبارزه با جرم پول شویی، قانون جرائم راجع به قاچاق مواد مخدر مصوب سال ۱۹۸۶ است. در این قانون، در بحث پول شویی علاوه بر مباشرین جرم، به معاونین و شرکای جرم نیز توجه شده و عمل آنان در کمک به پول شویی مجرمانه قلمداد شده است. بنابراین جرم پول شویی که در قوانین فوق‌الذکر به آن اشاره شده، یکی از جرائم مهمی است که به اقتصاد کشور لطمه می‌زند و مصداق بارز اعمال اصل صلاحیت واقعی است.

۲.۳. در اسناد بین‌المللی

منابع و مستندات قانونی پیرامون اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای بین‌الملل با مطابقت آن‌ها در قوانین ایران و انگلستان به شرح ذیل عبارت‌اند از:

۲.۳.۱. قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۳۱

مؤسسه حقوق بین‌الملل، در بحث تعارض قوانین جزایی در امور صلاحیتی، در جلسه مورخ ۳ اوت ۱۹۳۱، قطعنامه فوق

¹. Drug Trafficking Offences Act 1986.

را مصوب نمود.^۱ به موجب ماده ۴ این قطعنامه: «هر کشوری حق دارد جرائم زیر را که بیگانگان در خارج از سرزمین آن مرتکب شوند مجازات نماید: الف- اقدام علیه امنیت آن دولت؛ ب- جعل پول رایج، مهر، اسناد و نشان رسمی آن دولت؛ این قاعده، حتی اگر اعمال مورد نظر به وسیله قانون کیفری دولتی که جرم در آن واقع شده، قابل مجازات نباشد، قابل اعمال است.»^۲ قطعنامه فوق با در نظر گرفتن مصادیق جرائم مرتبط با اعمال اصل صلاحیت واقعی در جرائم مندرج در ماده ۴ تأکید بر اعمال این اصل داشته که مورد پذیرش بسیاری کشورها نیز قرار گرفته است، لیکن برخی از کشورها جرائم بیشتری را در اعمال این اصل در قوانین کیفری خود پذیرفته‌اند. قوانین منطبق با این قطعنامه در حقوق جزای ایران، بندهای پنج‌گانه ماده ۵ قانون مجازات اسلامی و در حقوق جزای انگلستان، قانون خیانت مصوب ۱۸۴۸ و قانون جعل و قلب سکه مصوب ۱۹۸۱ است.

۲.۳.۲. کنوانسیون راجع به جرائم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما (توکیو) ۱۹۶۳^۳

فصل دوم این کنوانسیون در مورد صلاحیت دولت ثبت‌کننده هواپیما و هریک از دول متعاقد است. در ماده ۴ این کنوانسیون آمده است: «دولت متعاهدی که دولت ثبت‌کننده هواپیما نباشد، نمی‌تواند به منظور اعمال صلاحیت جزایی خود در مورد جرم ارتكابی در داخل هواپیما در امر پرواز آن مداخله نماید، مگر در موارد مشروحه ذیل: ... ج - جرم امنیت آن دولت را به مخاطره اندازد.» بنابراین در بند (ج) ماده ۴ این کنوانسیون در راستای اعمال اصل صلاحیت واقعی به تمام دولت‌ها صلاحیت رسیدگی به جرائم ارتكابی در داخل هواپیما که امنیت آن‌ها را به خطر می‌اندازد، داده شده است. قوانین منطبق با آن در حقوق جزای ایران، قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو مصوب ۱۳۵۵ و در حقوق جزای انگلستان، قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۹۸۲ است.

۳. شرایط اعمال اصل صلاحیت واقعی در حقوق ایران و انگلستان

تمایل کشورها در اعمال بدون قید و شرط اصل صلاحیت واقعی، به معنای فقدان شروط ایجابی در اعمال این اصل نیست. به این معنا که شرط وقوع جرم در خارج از قلمرو حاکمیت و ارتكاب جرائم معین و مشخص از جمله شروطی است که بدون این شرایط، اساساً اصل صلاحیت واقعی مطرح نخواهد شد که در این خصوص برخی از کشورها حضور متهم در کشور را نیز از شروط این اصل می‌دانند. در ذیل به این شرایط و تطبیق آن در حقوق جزای ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللی پرداخته شده است.

۳.۱. وقوع جرم در خارج از کشور

یکی از شرایط اولیه و اساسی برای اعمال این اصل، وقوع رفتار مجرمانه در خارج از قلمرو حاکمیت دولت است. در حقوق جزای ایران مصادیق جرائم مشمول اعمال اصل صلاحیت واقعی همان‌گونه که قبلاً گفته شد، در بندهای ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تصریح شده است، که به مسائل امنیتی، سیاسی و اقتصادی می‌پردازد. در حقوق جزای انگلستان علی‌رغم اینکه شدیداً به اصل صلاحیت سرزمینی پایبند است و با داشتن دیدگاه سنتی دید خوشی نسبت به صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت ندارد، ولی جرائم علیه امنیت انگلیس و جعل

^۱. <https://www.idi-iil.org/en/sessions/cambridge-1931/> (Accessed 20 may 2022).

^۲. Sorensen, Max, *Manual of public International Law*, Macmillan, New York, 1968, pp 362-363.

^۳. The Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, 1963.

پول مملکت را که در خارج از کشور واقع شده باشد تعقیب می‌کند؛ خواه مرتکب تبعه داخلی باشد یا تبعه خارجی.^۱ به‌عنوان مثال، در پرونده جویس علیه یک شهروند آمریکایی که با وسایل متقلبانه گذرنامه انگلیسی دریافت کرده بود و در طول جنگ جهانی دوم در رادیو آلمان کار می‌کرد، از طرف متهم استدلال شد که انگلستان صلاحیت رسیدگی به اتهام وی را ندارد که به ارتکاب جرم در خارج از خاک انگلیس متهم شده است. دادگاه این استدلال را به این دلیل رد کرد که هیچ اصلی احترام متقابلی ایجاب نمی‌کند که یک دولت، جرم خیانتی را که در خارج از قلمرو خود مرتکب شده است، نادیده بگیرد. برعکس، توجه به امنیت، مستلزم آن است که همه کسانی که مرتکب آن جرم می‌شوند، چه در داخل و چه در خارج از قلمرو باشند، باید از قوانین آن تبعیت نمایند.^۲

لذا در مقایسه و تطبیق، در حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان، جرائم علیه امنیت و اقتصاد کشور مورد توجه قانون‌گذاران بوده و صلاحیت رسیدگی به این‌گونه جرائم به دادگاه‌ها داده شده است. مصادیق این جرائم در تطابق با اسناد بین‌المللی با بند (ج) ماده ۴ کنوانسیون توکیو مصوب ۱۹۶۳ در بحث امنیت و همچنین با بندهای (الف) و (ب) ماده ۴ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۳۱ اسناد بین‌المللی در بحث امنیتی و اقتصادی مطابقت دارد.

۳.۲. حصری بودن جرائم

یکی دیگر از استثنائات اعمال این اصل، ارتکاب به جرائم معین یعنی جرائم علیه امنیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور و نیز مواردی چون جعل مهرها و اسکناس رایج و اسناد اعتباری، است. لذا ضروری است کشورها برای اعمال این اصل در حقوق جزای خود، مصادیق جرائمی را که به منافع حیاتی و اساسی آنها صدمه می‌زند، برشمارند. بنابراین دامنه تحول این نوع صلاحیت محدود به مواردی است که ارتکاب آن‌ها امنیت و تمامیت ارضی یک کشور را با مخاطره مواجه می‌نماید. لذا براساس اصول حقوق بین‌الملل، همه کشورها خود در تعیین میزان صلاحیت محاکم خویش آزادند.^۳ در حقوق جزای ایران، مصادیق این جرائم در بند (الف) ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جرائم علیه منافع امنیتی و تمامیت ارضی کشور و در بندهای (ب)، (پ) و (ت) جرائم علیه اعتبار و حیثیت بین‌المللی و بند (ث) نیز جرائم علیه منافع اقتصادی کشور آمده است.

در حقوق جزای انگلستان، اصل صلاحیت واقعی برای تعقیب جرائم فرامرزی مربوط به جعل ارز، هتک حرمت پرچم‌ها، جرائم اقتصادی، جعل اسناد رسمی مانند گذرنامه و روایید و جرائم امنیتی، خیانت و برخی جرائم تروریستی اعمال می‌گردد.

بنابراین در تطابق با اسناد بین‌المللی، حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان منطبق با موازین قانونی بین‌المللی از جمله ماده ۴ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۳۱ در خصوص جرائم علیه امنیتی و اقتصادی مانند جعل پول رایج، مهر، اسناد و نشان رسمی، می‌باشند؛ با این توضیح که در حقوق ایران مصادیق بارز موضوعه علاوه بر جعل امضا و فرمان و حکم و دستخط رهبری و دیگر مقامات که در بندهای ماده ۵ قانون مجازات اسلامی به آن اشاره شده است، می‌باشد، ولی در حقوق انگلستان به جرائم فرامرزی مشخصی که در بالا بدان پرداخته شد، اشاره شده است.

۱. گارو، رنه، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه: سید ضیاءالدین نقابت، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۲۲۲.

۲. Danielle Ireland-Piper LLB/BIR (Bond), LLM (Cantab), Accountability in Extraterritoriality: Principles, Means and Ends. A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at The University of Queensland, 2014, pp 53-64.

۳. کلودلومبوا، *حقوق جزای بین‌الملل*، ترجمه: علی آزمایش، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۶۸، ص ۶.

۳.۳. حضور متهم در کشور

قوانین برخی از کشورها برای اعمال اصل صلاحیت واقعی شرط حضور مجرم در کشور را پیش‌بینی نموده‌اند. اگر قانون کشوری این شرط را برای اعمال اصل مذکور ضروری بداند محاکمه غیابی مجرمی که به منافع حیاتی و اساسی کشور صدمه زده است، غیرممکن خواهد بود. اما در صورتی که حضور مجرم شرط اعمال این اصل نباشد، محاکمه غیابی نیز امکان‌پذیر است.^۱ با این وصف دو رویکرد در قوانین کشورهای مختلف قابل مشاهده است:

مطابق رویکرد اول، مجرم باید در کشوری که خواهان اعمال این اصل است، حضور داشته باشد. براساس رویکرد دوم، لزوم دفاع از حاکمیت، استقلال، تمامیت ارضی و تمامیت اقتصادی کشورها اقتضا دارد، تمام اعمالی که به‌نحو مضر به مصالح و نظم عمومی، امنیت داخلی و حکومت‌اند تحت تعقیب قرار گیرند؛ اعم از این که امکان دسترسی به متهم وجود داشته باشد یا خیر. لذا دولتی که صلاحیت واقعی خود را اعمال می‌کند، در صورت عدم دسترسی به مرتکب نیز می‌تواند متهم را غیاباً محاکمه و حکم مقتضی را صادر نماید.^۲ با توجه به این که کشورها صرفاً در راستای حمایت از منافع اساسی خود مطابق با این اصل، اعمال صلاحیت می‌کنند، بنابراین تفسیر این اصل به حضور مجرم در کشور علاوه بر این که با مبانی اصل صلاحیت واقعی همسو نیست، موجب تجری مرتکب و سایرین در ارتکاب جرائم و تضعیف اقتدار و حاکمیت دولت در صحنه بین‌المللی خواهد شد، در حالی که اگر محاکمه غیابی وجود داشته باشد و مجرمین در دادگاه‌های کشور متضرر محکومیت پیدا کنند، این محکومیت غیابی برای آنها بار منفی اجتماعی و بین‌المللی خواهد داشت. همچنین در برخی از معاهدات، استرداد مشروط شده است که رسیدگی در دادگاه داخلی انجام و حکم محکومیت توسط دادگاه صادر شده باشد تا کشور بتواند تقاضای استرداد نماید؛ لذا حکم محکومیت غیابی مقدمه‌ای بر تقاضای استرداد است.^۳ بنابراین می‌توان گفت محاکمه غیابی بی‌فایده نیست.

در حقوق جزای ایران قانون‌گذار در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، با نپذیرفتن شرط «یافت یا اعاده‌شدن متهم به ایران» برای محاکمه، امکان محاکمه غیابی را فراهم نموده است.

در حقوق جزای انگلستان، با پیگیری قوانین مربوط به این اصل، می‌توان گفت که به پیمان استرداد بین دول متعهد است، ولی محاکمه غیابی طبق قوانین موجود در این اصل وجود ندارد. کشور انگلستان با پذیرش حضور متهم در کشور، فقط کسانی را که وارد آن کشور می‌شوند، تحت پیگرد قانونی قرار می‌دهند و این بحث به‌عنوان یک اصل صلاحیت واقعی (حمایتی) در مقررات انگلستان کاملاً مشهود است. همچنین، همه کسانی را که در برنامه‌ریزی ارتکاب جرم دخالت داشتند، چه بسا در خارج از انگلستان به سر می‌بردند، مجرم می‌داند و حتی در بحث تروریسم اعتقاد بر این است که در هر جای دنیا این جرم ارتکاب یافته باشد، به عنوان مجرم شناخته می‌شود؛ ولی همین متهم برای رسیدگی به جرمش یا باید به صورت ارادی یا غیرارادی از طریق استرداد به کشور انگلستان مراجعت کند، تا محاکمه گردد. به‌عنوان مثال، در دادگاه حقوق بشر در خصوص پرونده «بابر احمد و دیگران علیه انگلستان» که اولین محکوم آن «بابر احمد» تبعه انگلستان بوده و متهم به اقدامات تروریستی در ایالات متحده آمریکا شده بود، در لندن دستگیر شد و سفارت آمریکا در لندن طی یادداشتی اعلام نمود که می‌بایست مطابق ماده ۴ پیمان استرداد منعقد بین دولت‌های آمریکا، انگلیس و ایرلند شمالی،

۱. اصل‌پورنوجده، حمیده، «بررسی اصل صلاحیت واقعی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تبریز: دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۲، ص ۴۶.

۲. پوریافرانی، حسن، *حقوق جزای بین‌الملل*، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲.

۳. فخر، حسین، *حقوق بین‌الملل*، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۰، ص ۲۲.

وی را به دولت آمریکا مسترد نمایند و به دولت انگلیس اطمینان داد که ایالات متحده آمریکا در صورت استرداد بابر احمد، مجازات اعدام علیه وی را اجرا نخواهد کرد و مطابق با موازین قانونی و حقوقی و حمایت‌هایی که در مورد هر متهمی ارائه می‌شود، در دادگاه فدرال تحت پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت. کیفرخواست علیه وی در دادگاه فدرال آمریکا انجام شد. استدلال دادگاه این بود که ضروری است نشان داده شود جرمی که در مورد آن تقاضای استرداد شده، در قلمرو صلاحیت واقعی ایالات متحده آمریکا انجام شده است.^۱ سپس بابر احمد از انگلستان به ایالات متحده استرداد شد. ایالات متحده وی را با اتهام به جرم توطئه و تهیه مواد منفجره برای حمایت از تروریسم محکوم نمود که در زندان انفرادی به سر می‌برد و در نهایت قاضی فدرال آمریکا با اعتقاد به اینکه بابر احمد ارتباطی با تروریسم نداشته است و هیچ تهدیدی برای عموم نیست، به حکم وی تخفیف داد و بابر احمد در ژوئیه ۲۰۱۵، از زندان ایالات متحده آمریکا آزاد شد. لذا از پرونده بابر احمد، این نتیجه حاصل می‌شود که با توجه به این که وی تبعه انگلیس بوده و در انگلستان دستگیر شده بود و دادگاه انگلستان صلاحیت محاکمه وی را داشته است، لیکن با توجه به اینکه جرم وی علیه امنیت ایالات متحده آمریکا ادعا شده بود، انگلستان به موجب مقررات استرداد مجرمین و احترام به حقوق سایر کشورها نسبت به استرداد وی اقدام نموده است.

در نتیجه با توجه به شرط مذکور در حقوق جزای ایران محاکمه غیابی در جرائم این اصل مورد پذیرش قانون گذار است. همچنین، با توجه به اسناد بین‌المللی از جمله قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۳۱ و کنوانسیون توکیو مصوب ۱۹۶۳ در خصوص جرائم علیه امنیت، محاکمه غیابی در این اسناد نیز پذیرفته شده است؛ ولی در حقوق جزای انگلستان تأکید بیشتر به حضور متهم و یا استرداد وی دارد که در بحث استرداد منطبق با موازین بین‌المللی بوده و در خصوص محاکمه غیابی ساکت است. لیکن حقوق جزای ایران در خصوص محاکمه غیابی با اسناد بین‌المللی در تطابق بیشتری قرار دارد.

۳.۴. صلاحیت انحصاری دولت متضرر

در صلاحیت انحصاری دولت متضرر می‌توان گفت، فقط دولتی که جرم علیه منافع حیاتی و اساسی آن انجام گرفته و از بابت آن جرائم متضرر شده است، صلاحیت رسیدگی به این جرائم را دارد؛ زیرا اساساً توسعه صلاحیت قانون گذاری و صلاحیت قضایی دولت نسبت به جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی به دلیل حمایت از منافع به خطر افتاده دولت متضرر، صورت پذیرفته است یا به عبارت دیگر، در این قبیل موارد متضرر اصلی از ارتکاب جرم، خود کشور مورد نظر است.^۲ در نتیجه اعمال اصل صلاحیت سرزمینی مانع از اعمال اصل صلاحیت واقعی نیست.

در تحلیل این بند می‌توان گفت که در حقوق جزای ایران موضوع بندهای پنج‌گانه ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شامل اصل صلاحیت واقعی قوانین کیفری ایران است که شرط اعمال این اصل، ارتکاب یکی از جرائم انحصاری مذکور در ماده ۵ این قانون است.

در حقوق جزای انگلستان، نقطه شروع صلاحیت قضایی و به‌ویژه اعمال صلاحیت کیفری بر جرائم فرامرزی «اصل برابری حاکمیت دولت‌ها» است که در موازین بین‌المللی تأکید فراوانی بر آن شده است. صلاحیت انحصاری دولت انگلستان در جرائم خیانت، جعل اسناد و قلب سکه و تروریسم مطابق با قوانین مربوطه که در منابع به آن اشاره شده است، اعمال

^۱. The case of Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom, (2012), *The European Court of Human Rights (Fourth Section)*, Judgment Strasbourg 10 April 2012, pp. 3-9.

^۲. ولیدی، محمد صالح، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۵، ص ۱۲۵.

می‌گردد. به‌عنوان نمونه، مطابق قانون جنایات جنگی ۱۹۹۱، در قوانین ملی انگلستان، افرادی که به دلیل قتل و جرائم مرتبط با نقض قوانین و آداب و رسوم جنگی که در جنگ جهانی دوم مرتکب شده و هم‌اکنون شهروند بریتانیا بوده یا در بریتانیا مقیم باشند، تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرند. براساس این قانون، دادگاه‌های انگلیس صلاحیت رسیدگی به اموری را دارند که در حقوق بین‌الملل جرم محسوب می‌شوند. در تطابق با اسناد بین‌المللی، حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان در بحث صلاحیت انحصاری دولت متضرر با موازین بین‌المللی مطابقت دارند.

۳.۵. عدم رعایت قاعده مجرمیت متقابل

قاعده مجرمیت متقابل، قاعده‌ای است که مجرمانه بودن عمل در هر دو کشور محل وقوع جرم و کشور متبوع، مورد تأیید باشد که این قاعده در اصل صلاحیت واقعی رعایت نمی‌گردد.^۱ دلیل آن هم این است که معمولاً این قبیل جرائم که علیه منافع عالی کشور است، در قوانین جزایی کشورهای دیگر مجرمانه شناخته نشده است. لذا دولت متضرر نمی‌تواند تعقیب جزایی خود را مشروط به جرم بودن این اعمال در دولت محل وقوع آن بداند.^۲ زیرا با توجه به ماهیت اصل صلاحیت واقعی، در مورد مصادیق جرائم موضوع این اصل در قوانین کشورها اتفاق نظر وجود ندارد و هر کشور، خود به تعیین جرائم مشمول اصل مذکور می‌پردازد که ممکن است عملی جزء جرائم علیه منافع حیاتی در کشوری باشد، اما در کشور محل وقوع جرم، مجرمانه تلقی نشود. بنابراین اصلح است که این شرط برای حفظ منافع اساسی و حیاتی کشورها، توسط دولت‌ها رعایت گردد.

در حقوق جزای ایران در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در اعمال این اصل هیچ اشاره‌ای به مجرمیت متقابل نشده است. از محتوای ماده فوق چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار ایرانی برای اعمال اصل صلاحیت واقعی، چنانچه رفتار ارتكابی به موجب بندهای ماده ۵ قانون مذکور جرم باشد، اعتقاد دارد.

در حقوق جزای انگلستان نیز همانند حقوق ایران به یک‌طرفه بودن مجازات توسط قوانین انگلستان تکیه دارد که مصادیق بارز آن را می‌توان در بحث تروریسم مشاهده نمود. قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸، مفهوم بسیار وسیعی برای تروریسم در نظر گرفته که محدود و مقید به اقدام علیه کشور انگلستان نیست، بلکه هر اقدام طراحی شده برای تأثیر قراردادن سیاست هر دولتی در هر نقطه دنیا باشد، توسط انگلستان قابل مجازات است. در اسناد بین‌المللی نیز تأکیدی بر مجرمیت متقابل نشده است و بیشتر بر مجازات مجرمین در ارتكاب به مصادیق جرائم مورد اعمال اصل صلاحیت واقعی که به منافع امنیتی و اقتصادی کشورها لطمه وارد می‌کنند، پرداخته شده است. بنابراین نتیجه می‌گیریم در قاعده مجرمیت متقابل، هر دو کشور ایران و انگلستان در مصادیق بعضی جرائم توجه به قاعده مجرمیت متقابل نداشته‌اند و دیدگاه آنان بیشتر به مجازات یک‌طرفه توسط کشور متبوع خودشان است؛ لذا در اعمال این شرط، حقوق جزای هر دو کشور با اسناد بین‌المللی مطابقت دارند.

۳.۶. عدم رعایت قاعده منع محاکمه مجدد و احتساب مجازات‌های قبلی

قاعده منع محاکمه مجدد، جنبه منفی اعتبار امر مختومه کیفری است. این موضوع به یکی از حقوق اساسی متهمان

^۱ الفاضل، محمد، *المبادئ العامة في التشريع الجزائي*، دمشق: مطبعة الداودي، ۱۹۷۶، ص ۱۳۵؛ محمود ابراهیم، اسماعیل، *شرح الاحكام*

العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، قاهره: دارالفکر العربی، ۱۹۵۹، ص ۲۰۲.

^۲ Frederic Desportes et Francis le Gunch cc, *Le nouveau droit penal*, tom 1, Economica, 1996, pp 304-306.

مربوط می‌شود.^۱ هنگامی که دولتی این قاعده را می‌پذیرد، اعمال صلاحیت داخلی خود را تا حدودی محدود می‌کند؛ زیرا وجود اصل منع تعقیب مجدد در جرائم ایجاب می‌کند که از تعقیب کسانی که در خارج از کشور تعقیب و محاکمه شده و حکم قطعی هم درباره آنان صادر گردیده و حکم به مرحله اجرا درآمده است یا به علت قانونی قدرت اجرایی را از دست داده، خودداری شود.^۲ برخی از کشورها برای تعدیل در عدم رعایت قاعده منع محاکمه مجدد به منظور اجرای عدالت نسبت به متهم، در موقع محاکمه متهم و اعمال صلاحیت واقعی، محاکمه قبلی او را مورد توجه قرار داده و چنانچه متهم برای همین اعمال در کشور محل وقوع جرم متحمل مجازاتی شده باشد، آن مجازات را در هنگام صدور رأی بابت او احتساب خواهند کرد. بنابراین نظریه احتساب مجازات‌های قبلی که هم تأمین‌کننده نفع دولت متضرر است و هم شامل نوعی انصاف نسبت به متهم است، نسبت به قاعده منع محاکمه مجدد ترجیح دارد.^۳

در حقوق جزای ایران در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار با توجه به پذیرش قاعده محاکمه غیابی در این‌گونه جرائم، به نوعی قاعده منع محاکمه مجدد را نپذیرفته، ولی احتساب مجازات‌های قبلی را نیز صرفاً در تعیین مجازات‌های تعزیری پذیرفته است.

در حقوق جزای انگلستان طبق قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۲۰۰۰، اگر شخصی حتی برای یک بار در خاک بریتانیا قابل پیگرد قانونی باشد و او همچنان به خاطر ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای که در خارج از بریتانیا انجام داده است، مجدداً قابل پیگرد قانونی خواهد بود. لذا اگر شخصی کاری را در خارج از انگلستان انجام دهد و اقدام او اگر در بخشی از سرزمین بریتانیا انجام شود به منزله جرم باشد، او در آن بخش از بریتانیا مجرم خواهد بود.^۴ بنابراین، عدم رعایت قاعده منع محاکمه مجدد در این قانون و صرفاً در جرائم تروریستی در اعمال اصل صلاحیت واقعی مورد پذیرش است و این نتیجه حاصل می‌شود که در حقوق جزای انگلستان، قاعده منع محاکمه مجدد صرفاً در برخی جرائم تروریستی پذیرفته نشده است، ولی در خصوص سایر جرائم مشمول این اصل، منع محاکمه مجدد مورد پذیرش قانون‌گذار است.

نتیجه‌گیری

با توجه به مبانی و اهداف حاکم بر اصل صلاحیت واقعی مطابق با حقوق بین‌الملل، اعمال بدون قید و شرط آن، به نفع منافع ملی کشورهاست، لذا اهمیت جرائم موضوع این اصل موجب پذیرش بی‌قید و شرط آن در قوانین کیفری بسیاری از کشورها از جمله ایران (ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قوانین مترقیه جزایی) و انگلستان (مواد ۳، ۷ و ۹ قانون خیانت مصوب ۱۸۴۸، ماده ۲۰ قانون مصونیت دولتی مصوب ۱۹۷۸ و غیره) گردیده است. با این توضیح که در پاسخ به سؤال نخست مطرح‌شده در ابتدای این پژوهش، در خصوص وضعیت حقوق جزای ایران از حیث مصادیق و شرایط حاکم بر این اصل در مقایسه با حقوق جزای انگلستان و اسناد بین‌المللی می‌توان گفت، جرائم موضوع این اصل، از لحاظ نوع و ماهیت در هر دو کشور یکسان بوده و مصادیق آن در حقوق جزای ایران در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صراحت آمده است؛ ولی در حقوق جزای انگلستان جرم‌انگاری در این اصل با استناد به قوانین مختلفی، از جمله مواد ۳، ۷ و ۹ قانون خیانت مصوب ۱۸۴۸، مواد ۱، ۵، ۱۴ و ۱۵ قانون جعل اسناد و قلب سکه مصوب ۱۹۸۱ و جرائم

۱. میرمحمد صادقی، حسین، *حقوق جزای انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۴۷.

۲. محسنی، مرتضی، *دوره حقوق جزای عمومی (کلیات حقوق جزا)*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۶، ص ۴۰۲.

۳. پوربافرانی، حسن، *اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای بین‌الملل و ایران*، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۸۲، شماره ۴۲، ص ۷۱.

۴. Orakhelashvili, Alexander, *state Jurisdiction in international Law complexities of a basic concept*, 2015, p 28.

مندرج در قوانین و مقررات مختلف مبارزه با تروریسم از جمله قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸ صورت گرفته است. همچنین، در حقوق جزای انگلستان برخلاف ایران، جعل امضای مقامات و مسئولان به تمام مقامات بسط داده نشده است و علی‌رغم تشابه در ماهیت جرائم در هر دو کشور، از لحاظ مجازات قانونی متفاوت‌اند. لذا حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان در خصوص مصادیق اصل صلاحیت واقعی تا حدودی با اسناد و موازین بین‌المللی از جمله (ماده ۴ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۳۱ و ماده ۴ کنوانسیون توکیو مصوب ۱۹۶۱) در تطابق‌اند. اما از لحاظ شرایط حاکم بر اصل صلاحیت واقعی و از وجوه اشتراک آن در حقوق جزای دو کشور ایران و انگلستان در نظر گرفتن منافع اساسی و حیاتی کشور و احتساب مجازات‌های قبلی و صلاحیت انحصاری دولت متضرر از جرم است. این در حالی است که در حقوق جزای ایران، منع محاکمه مجدد در اصل صلاحیت واقعی کماکان مورد پذیرش قانون‌گذار واقع نشده است، ولی در حقوق جزای انگلستان بجز در جرائم تروریستی قاعده منع محاکمه مجدد در سایر قوانین از جمله ماده ۷ قانون خیانت مصوب ۱۹۸۱ پذیرفته شده است. همچنین، در راستای ملاحظات حقوق بشری، احتساب مجازات اجرا شده در خارج از کشور، در حقوق جزای انگلستان در کلیه جرائم موضوع این اصل مورد پذیرش قانون‌گذاران است، ولی در حقوق جزای ایران صرفاً در مجازات‌های تعزیری پذیرفته شده است.

در پاسخ به سؤال دوم، در خصوص رسیدگی غیابی نسبت به جرائم موضوع این اصل، نتایج حاصله دال بر این است که با توجه به عدم پذیرش شرط یافت شدن یا اعاده شدن به ایران در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در واقع، محاکمه غیابی در این قانون مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است که این شرط از جمله امتیازات این قانون در خصوص اصل صلاحیت واقعی محسوب می‌شود که در قوانین قبلی به آن اشاره نشده بود و موجب تطابق بیشتری بین حقوق کیفری ایران و موازین بین‌المللی به شمار می‌رود؛ ولی محاکمه غیابی در حقوق جزای انگلستان با توجه به بحث استرداد به صراحت مورد توجه قرار نگرفته است.

در پایان پیشنهاد می‌گردد:

۱. مباشرت یا مشارکت یا معاونت نیز در ارتکاب به جرائم موضوع ماده ۵ قانون مجازات اسلامی، به این ماده اضافه گردد.
۲. در بند ۴ ماده ۵ قانون مجازات اسلامی عبارت «ارز» در کنار اسکناس رایج ایران گنجانده شود، زیرا با توجه به توسعه روابط تجاری و تأثیر زیاد ارز بر اقتصاد داخلی، حمایت قانون‌گذار از ساختار اقتصادی کشور ضروری است.
۳. ذکر عبارت مبهم «جرائم مقرر در قوانین خاص» در قانون مشخص گردد، زیرا یکی از شرایط اصل صلاحیت واقعی، وجود جرائم معین و مشخص در قوانین موضوعه است.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، ویراست چهارم، تهران: نشر میزان، چاپ پنجاه و چهارم، ۱۳۹۷.
۲. پوربافرانی، حسن، *حقوق جزای بین‌الملل*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۳. گارو، رنه، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه: سید ضیاءالدین نقابت، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۴. محسنی، مرتضی، *دوره حقوق جزای عمومی (کلیات حقوق جزا)*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۶.

۵. میرمحمد صادقی، حسین، *حقوق جزای انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
 ۶. ولیدی، محمد صالح، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۵.

مقاله

۷. پوربافرانی، حسن، *اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای بین الملل و ایران*، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، فصل بهار، ۱۳۸۲، شماره ۴۲، صص ۸۶-۶۱.
 ۸. پوربافرانی، حسن، *تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی با نگاهی تطبیقی*، فصل نامه علمی-پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۱، شماره ۵۸، صص ۹۴-۷۳.

پایان نامه

۹. اصل پورنورجده، حمیده، «بررسی اصل صلاحیت واقعی در حقوق کیفری ایران». پایان نامه کارشناسی ارشد، تبریز: دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۲.

جزوه درسی

۱۰. دندیو دووابر، *حقوق جنایی و قانون گذاری جزایی*، ترجمه: علی آزمایش، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۶۸.
 ۱۱. کلودلومبوا، *حقوق جزای بین الملل*، ترجمه: علی آزمایش، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۶۸.
 ۱۲. فخر، حسین، *حقوق بین الملل*، جزوه درسی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۰.

عربی

کتاب

۱۳. محمد، *المبادئ العامة في التشريع الجزائي*، دمشق: مطبعة الداودي، ۱۹۷۶.
 ۱۴. محمود ابراهیم، اسماعیل، *شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات*، الطبعة الرابعة، قاهره: دارالفکر العربی، ۱۹۵۹.

References

Books

- Ardebili, M. *General Criminal Law*, Volu 1, Tehran: Mizan, 54th edition, 2017. (In Persian)
- Francis le Gunch cc F. *New Penal Law*, volume 1, Economica, 1996. (In French)
- Garo, R. *Theoretical and Practical Studies in Criminal Law*, Translated by: Niqabat, Z., Vol 1, Tehran: Majd Publications, First edition, 2019. (In Persian)
- Mahmoud Ibrahim, I. *Explanation of General Provisions in the Penal Code*, Fourth Edition, Cairo: Dar Al-Fikr Al-Arabi, 1959. (In Arabic)
- Mir Mohammad Sadeghi, H. *English Criminal Law and the Role of Criminal Law in Society*, Tehran: Jangal Publications, Second edition, 2015. (In Persian)
- Mohammad, *General Principles in Criminal Legislation*, Damascus: Al-Dawudi Press, 1976. (In Arabic)
- Mohseni, M. *General Criminal Law (General Criminal Law)*, Vol 1, Tehran: Ganj-e-Danesh Publications, 5th edition, 2016. (In Persian)
- Moore, J. *Digest International Law*, Vol 2, Harvard Research in International Law, 1906.
- Orakhelashvili, A. *State Jurisdiction in International Law Complexities of a Basic Concept*, 2015.
- Pourbafarani, H. *International Criminal Law*, Tehran: Jangal Publications, third edition, 2011. (In Persian)
- Sorensen, M. *Manual of Public International Law*, Macmillan: New York, 1968.

12. The case of Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom, *The European Court of Human Rights (Fourth Section)*, Judgment Strasbourg 10 April 2012.
13. Walidi, M. *General Criminal Law*, Vol 1, Tehran: Samt Publications, 9th edition, 2006. (In Persian)

Articles

14. Pourbafarani, H. "The Evolution of the Principle of Real Jurisdiction in the New Islamic Punishment Bill in a Comparative View", *Scientific-Research Quarterly of Judicial Law Perspectives*, No. 58, 2012:73-94. (In Persian)
15. ----- "Real Jurisdiction in the International Criminal Law and Iran", *Journal of Judicial and Legal Affairs*, No. 42, 2003: 61-86. (In Persian)

Dissertation

16. Aslpoornoujedeh, Hamideh, "The Principle of Real Jurisdiction in the Iranian Criminal Law". Master's thesis, Tabriz: Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, 2013. (In Persian)
17. Danielle Ireland-Piper LLB/BIR (Bond), LLM (Cantab), *Accountability in Extraterritoriality: Principles, Means and Ends. A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at The University of Queensland*, 2014.

Pamphlets

18. Dandio Duwaber, *Criminal Law and Penal Legislation*, Translated by: Ali Azmayesh, Master's textbook, Tarbiat Modares University, 1989. (In Persian)
19. Fakhr, Hossein, *International Law*, Master's textbook, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, academic year 2011-2012. (In Persian)
20. Klodlombova, *International Criminal Law*, Translated by: Ali Azmayesh, Master's textbook, Tarbiat Modares University, 1989. (In Persian)

Acts

21. Drug Trafficking Offences Act 1986, at: <http://www.legislation.gov.uk>. (Accessed on 20 May 2021).
22. Forgery and Counterfeiting Act 1981, at: <http://www.legislation.gov.uk>. (Accessed on 20 May 2021).
23. Suppression of Terrorism Act 1978, at: www.legislation.gov.uk. (Accessed 20 May 2021).
24. Treason Felony Act 1848, Chapter 12, at: <http://www.legislation.gov.uk> (Accessed 5 February 2020).
25. The Forgery and Counterfeiting (Protected Coins) Order 1981, at: <http://www.legislation.gov.uk> (Accessed 22 May 2021).


Websites

26. <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/exploring-the-boundaries-nternational-law/content-section-4.2>, (Accessed 20 May 2021).
27. <https://www.idi-iil.org/en/sessions/camberidge-1931/> (Accessed 20 May 2022).



Original Article

Economic Approaches to the Interpretation of Texts and Comparing them with the *Isālat-al-dhuhūri* and *Maqāsidi* Viewpoints

Seyed Alireza Shokuhyan¹, Mojtaba Ghasemi²

ABSTRACT

This research seeks to answer the question of how can the reconciliation between economic approaches of interpretation and Islamic interpretative views be established and presented as an interpretation with the highest degree of realization of the public interest. Economic approaches to the interpretation of texts can be divided into three main categories. In the first approach, more emphasis is placed on text and literal interpretation of it. From this perspective, with the acceptance of the principle of Costless Legislature, it is assumed that the necessary examinations and analysis have been carried out in the course of enactment and the re-examination of the consequences of applying and seeking an optimal interpretation, merely leads to double costs and waste of resources. The second approach focuses on the origin of enactment. Therefore, the role of Interest Groups or Public Interest in the enactment process emphasizes the Imaginative reconstruction of the enactment process. The third approach also takes the interpretation as a function of the consequences, costs, and benefits of it, and chooses an interpretation that is economically optimal and efficient. Now, the preference for one of these interpretive rules or the combination of them and the identification of the economic theory of interpretation provides Exquisite points like using the social concept of damage in *Isālat-al-Dhuhūr* viewpoint and Highlighting some of the Sharia purposes, such as keeping property in *Maqāsidi* viewpoint for confirmation of using economic analysis before Literal Interpretation.

KeyWords: Economic Analysis, Imaginative reconstruction, Costless Legislature, Interest Groups, Literal Interpretation.

How to Cite: Shokuhyan, S.A, Ghasemi, M, "Economic Approaches to the Interpretation of Texts and Comparing them with the *Isālat-al-dhuhūri* and *Maqāsidi* Viewpoints", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:141-158.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226900.2186>

Received: 25/06/2023 - Accepted: 02/01/2023

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: Shokuyan_sbu@yahoo.com

2. Assistant Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رویکردهای اقتصادی به تفسیر متون و مقایسه آنها با دیدگاه‌های اصالة الظهوری و مقاصدی

سیدعلیرضا شکوهیان^۱، مجتبی قاسمی^۲

چکیده

این تحقیق در پی پاسخگویی به این پرسش است که چگونه می‌توان میان رویکردهای اقتصادی تفسیر و دیدگاه‌های تفسیری در اسلام، سازگاری برقرار کرد و تفسیری با بیشترین میزان تحقق منافع عمومی ارائه نمود؟ رویکردهای اقتصادی در تفسیر متون، به سه قسم عمده تقسیم می‌شوند؛ در رویکرد نخست، بیش از هر چیز بر متن و تفسیر لفظی آن تأکید می‌شود. از این منظر، با پذیرش اصل «قانون‌گذار کم‌هزینه»، فرض بر این است که بررسی‌ها و تحلیل‌های لازم در جریان وضع انجام پذیرفته است و بررسی مجدد پیامدهای اعمال و جستجوی تفسیر بهینه، صرفاً به ایجاد هزینه‌های مضاعف و اتلاف منابع می‌انجامد. رویکرد دوم به منشأ وضع توجه دارد و با مدنظر قرار دادن نقش «گروه‌های ذی‌نفع» یا «منفعت عمومی» در وضع قانون، بر «بازسازی ذهنی» فرایند وضع تأکید می‌کند. رویکرد سوم نیز تفسیر را تابع بررسی پیامدها و هزینه‌ها و منافع آن می‌داند و تفسیری را ترجیح می‌دهد که به لحاظ اقتصادی بهینه و کارا باشد. حال، ترجیح یکی از این قواعد تفسیری یا جمع میان آنها و شناسایی نظریه اقتصادی تفسیر، نکات بدیعی چون بهره‌مندی از مفهوم اجتماعی ضرر (در رویکرد اصالة‌الظهوری) و یا پررنگ کردن برخی مقاصد شرع از قبیل حفظ مال (در رویکرد مقاصدی) برای تأیید استفاده از تحلیل‌های اقتصادی پیش از تفسیر لفظی، فراهم می‌آورد.

کلید واژگان: تحلیل اقتصادی، بازسازی ذهنی، قانون‌گذار کم‌هزینه، گروه‌های ذی‌نفع، تفسیر لفظی.

استناد به این مقاله: شکوهیان، سید علیرضا، قاسمی، مجتبی، «رویکردهای اقتصادی به تفسیر متون و مقایسه آنها با دیدگاه‌های اصالة الظهوری و مقاصدی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۴۱-۱۵۸.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226900.2186>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۰۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۲

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: Shokuyan_sbu@yahoo.com

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تفسیر قانون را می‌توان کشف مقصود قانون‌گذار از طریق به کار بردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا استفاده از سوابق تاریخی دانست که اساساً در دو فرض به کار گرفته می‌شود؛ زمانی که مفهوم قانون روشن نباشد یا علی‌رغم روشن بودن مفهوم قانون، سعه یا ضیق مدلول آن محل تردید باشد.^۱ به منظور تبیین این اجمال که ضرورتاً نه به خاطر ضعف مؤلف، بلکه به سبب گذشت زمان و فاصله زمانی میان وضع و تفسیر رخ می‌دهد،^۲ نظام‌های حقوقی مختلف، راهکارهای تفسیری متفاوتی را برگزیده‌اند. در نظریات اصولیین مسلمان نیز طیفی از رویکردهای لفظ‌گرا، زمینه‌گرا، قصدگرا و مقصدگرا استخدام شده‌اند تا به حل این اجمال بپردازند. در حقوق کامن‌لا نیز قواعدی برای تعیین شفاف یا مبهم و قابل تفسیر بودن یک متن ارائه شده است؛ قواعدی مانند «معنای ساده»،^۳ «تفسیر قانون با توجه به اهداف آن»^۴ و «قاعده طلایی».^۵ در کنار این نظریات، در جریان ظهور و توسعه مکتب «حقوق و اقتصاد»^۶ یا «تحلیل اقتصادی حقوق»^۷ نظریات تفسیری جدیدی نیز با اکتفا به یافته‌های نظریه‌پردازان این حوزه شکل گرفت. اگر تاکنون حقوق‌دانان معتقد بودند که حقوق در پی تحقق ارزش‌هایی متعالی همچون نظم و امنیت و عدالت است و مفسر مکلف به در نظر داشتن این ارزش‌ها در انتخاب روش تفسیری متناسب،^۸ اکنون نظم اقتصادی بازار، امنیت اقتصادی کنشگران و عدالت اقتصادی نیز به‌طور ویژه مورد توجه قرار گرفته است. علاوه بر این، این رویکرد، تقسیم‌بندی سنتی قواعد تفسیر را نیز دستخوش تغییراتی کرد.

نظریات اقتصادی، گاهی عیناً بر نظریات سنتی تفسیر منطبق می‌شوند و در واقع، ادله و توجیهات جدیدی را برای دفاع از آن ارائه می‌کنند، گاهی بین دو نظریه تفسیری قرار می‌گیرند و گاهی نیز قلمروی جدیدی را برای حکومت انتخاب می‌کنند. در اینجا، تعامل و تقابلی میان نظریه اقتصادی تفسیر و نظریات تفسیری اصولیین مسلمان شکل می‌گیرد که تبیین آن می‌تواند منشأ نوآوری‌های فقهی و حقوقی عدیده‌ای در تفاسیر اصولی گردد؛ بنابراین، در این پژوهش سعی خواهد شد تا در قالب دو مبحث مجزا، بدواً به رویکردهای اقتصادی در تفسیر متون (شامل نظریه قانون‌گذار کم‌هزینه،

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱، ص ۱۷۱.

۲. الشریف، محمد مهدی و حمید آرای، *پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض*، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۰۷، ص ۱۵.

۳. Plain meaning rule

به‌موجب این قاعده که گاهی از آن تحت عنوان «تفسیر لفظی» یا همان «تفسیر ادبی» یاد می‌شود، زمانی یک عبارت را شفاف و بی‌نیاز از تفسیر قلمداد می‌کنند که یک معنای معمول داشته باشد. در واقع، این قاعده بیان می‌دارد که باید الفاظ را بر معانی معمول آن حمل کرد. برای مطالعه بیشتر، ر.ک:

Burton, Steven J., "A Lesson On Some Limits of Economic Analysis: Schwartz and Scott on Contract Interpretation", *Indiana Law Journal*, Vol.88, Issue.1, Article6, 2013, p.343.

۴. به‌موجب این قاعده که به قاعده «دعوی هیدون» شهرت دارد، در موارد ابهام قانون، دادگاه می‌تواند با مراجعه به وضع پیش از تصویب و بررسی خلل و نواقصی که قانون مزبور به‌منظور تدارک و چاره‌جویی آن به تصویب رسیده، درصدد رفع ابهام و کشف مراد مقنن برآید. (برای مطالعه بیشتر در این خصوص؛ ر.ک: امیدی، جلیل، *تفسیر قانون در حقوق انگلستان*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۷۶، شماره ۳۸، صص ۹۶ و ۹۷).

۵. Golden rule

«قاعده طلایی» یا همان «رویکرد هدف‌گرا» در دو مورد به کار گرفته می‌شود: (۱) هنگامی که الفاظ و عبارات قانون، دارای دو یا چند معنی باشد و بتوان تفسیرهای گوناگون از آن به عمل آورد. در اینجا دادگاه از میان معانی محتمل و تفاسیر گوناگون، تفسیری را برمی‌گزیند که به نتایج نامعقول منتهی نمی‌گردد. لذا از این حیث تعارضی با قاعده تفسیر لفظی یا ادبی نخواهد داشت. (۲) گاهی متن قانون بیش از یک معنی را برنمی‌تابد، اما دادگاه تفسیری معقول‌تر از معنی ظاهری از آن به عمل می‌آورد. در اینجا تفسیر لفظی به نفع قاعده طلایی کنار می‌رود. (برای مطالعه بیشتر در این خصوص؛ ر.ک: همان، صص ۹۲ و ۹۳).

۶. Law and Economics

۷. Economic Analysis of Law

۸. کاتوزیان، ناصر، *سبوه تجربی تحقیق در حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۸۱.

بازسازی ذهنی با تأکید بر منشأ وضع و توجه به هزینه‌ها و منافع در مقام تفسیر) و سپس به مقایسه آن با دو دیدگاه مشهور اصولی (رویکردهای اصالة الظهوری و مقاصدی)، پرداخته شود.

۱. رویکردهای اقتصادی در تفسیر متون

رویکرد اقتصادی در تفسیر متون را می‌توان در قالب سه رویکرد عمده پیگیری کرد: نخست، نظریه «قانون‌گذار کم‌هزینه» است که با استفاده از ابزارهای اقتصادی، سعی در تأکید مجدد بر همان نظریات سنتی دارد؛ دوم، نظریه «بازسازی ذهنی» است که به منابع و ریشه‌های اقتصادی وضع اشاره و بر همین اساس، سعی در تکرار تجربه واضع دارد؛ سوم، نگاهی پیامدگرا به تفسیر است که رویکرد تفسیری برتر را با عیار بیشینه‌سازی منفعت می‌سنجد. شرح این سه عنوان، اساس بحث در این مبحث را شکل می‌دهد.

۱.۱. قانون‌گذار کم‌هزینه

بیشتر تحلیل‌های اقتصادی مربوط به فرایند قانون‌گذاری، خواه به‌صراحت و خواه به‌صورت ضمنی، فرض کرده‌اند که قوانین در زمان انشای آن‌ها واضح نگارش شده‌اند؛^۱ اما رویکرد دیگری که در فهم حقوقی سنتی از تفسیر قضایی وجود داشته، آن است که چه زمانی نظام قضایی باید به ساختار قانون پایبند باشد و یا چه زمانی نظام قضایی باید نگاهی وسیع‌تر به‌قصد مقنن داشته باشد؛ به‌طوری‌که برخی وضعیت‌ها که در محدوده الفاظ قانون نمی‌گنجد، کماکان در ظرف این الفاظ تعریف شود.

یکی از مهم‌ترین معیارهایی که تحلیل‌گران اقتصادی حقوق ارائه کرده‌اند، نظریه «قانون‌گذار کم‌هزینه»^۲ است؛ بنابر این نظریه، دادگاه‌ها باید به‌گونه‌ای تصمیم‌گیری کنند که کمترین انحراف را از تصمیم و الفاظ مقنن داشته باشند؛ چراکه مقنن برای تعیین اینکه در چه پرونده‌هایی و تحت چه شرایطی یک مقرر باید اعمال شود، زمان، منابع و اطلاعات کافی را در اختیار داشته است؛ بنابراین، پیرو این گزاره اثباتی، گزاره‌ای هنجاری مبنی بر ضرورت تلاش نظام قضایی برای کاهش هزینه‌ها و تبعیت از طریق مقنن شکل گرفته است.

حال، اگر فرض بنیادین ما در خصوص فعل مقنن تغییر یابد، نتایج حاصله نیز تغییر خواهند کرد. از این‌رو، اگر فرایند قانون‌گذاری در زمان محدود و بر اساس اطلاعات، بصیرت و آینده‌نگری محدود انجام پذیرد، ضرورتاً با قوانینی مبهم مواجه خواهیم بود. الفاظ قانون برای اشخاص مختلف، معانی متفاوتی دارد؛ مفاهیم قانونی برای برخی موسّع و برای دیگری مضیق پدیدار می‌شود و تغییر در اوضاع و احوال موجب می‌شود که این قوانین نتوانند در پرونده‌های جدید به کار گرفته شوند. لذا قضات از مسیر حرکت چنین قوانینی منحرف می‌شوند. در اینجا است که تحلیل‌های اقتصادی ورود می‌کنند. این تحلیل‌ها نشان خواهند داد که چگونه می‌توان کم‌هزینه‌ترین انحراف را از قانون داشت.^۳ پس شاید بتوان این نظریه را به‌عنوان راهکار اولیه در نظر گرفت، اما یقیناً باید این نظریه را نقطه شروع بررسی‌ها در نظر گرفت و با احتمال زیاد، امکان توقف در این نقطه وجود نخواهد داشت؛ زیرا در این رویکرد، پیش‌فرض‌هایی مقبول انگاشته شده‌اند که پذیرش آن‌ها محل تردید است.

^۱. Rizzo, Mario J. and Arnold, Frank S., "An Economic Framework for Statutory Interpretation", *Law and Contemporary Problems*, Vol.50, No.4, Autumn 1987, p 165.

^۲. Costless Legislature

^۳. Ibid, pp 166-169.

نقص مقررات یک واقعیت اجتناب‌ناپذیر است و به‌سختی می‌توان مقرره‌ای را یافت که بتواند تمامی حالات محتمل از یک واقعیت را پوشش دهد و با گذشت زمان نیز خللی در اعمال آن رخ ندهد. حتی برخی نظریه‌پردازان معتقدند که عدم ذکر برخی جزئیات در وضع مقرره ابزاری برای بهینه‌سازی فرایند مقررره‌گذاری است و با این کار، قانون‌گذار به‌صورت پیشینی برخی تکالیف خود را بر عهده قاضی قرار داده است که او باید با در نظر گرفتن شرایط خاص هر پرونده آن را تعیین تکلیف کند. لذا آشکار می‌شود که تفسیر قضات و ورود برداشت‌های شخصی آن‌ها بعضاً اجتناب‌ناپذیر و حتی منبعث از اراده مقنن است.^۱

۱.۲. بازسازی ذهنی با تأکید بر منشأ وضع

بنا بر نظر جانانان مکی، قضاتی که به روش‌های سنتی وضع قانون تمسک می‌جویند، بیش از آنکه بر ریشه‌ها و مآخذ قانون تمرکز کنند، بر الفاظ آن تأکید دارند. این قضات هرچند که قوانین تضمین‌کننده منفعت عمومی را به‌طور موسع تفسیر می‌کنند و از این حیث کارکرد مطلوبی دارند، اما در تفسیر قوانین متضمن منفعت خصوصی موفق نخواهند بود.^۲ لذا تفسیر دقیق قوانین، از طریق شناخت اساس و منشأ وضع آن میسر خواهد بود؛ بنابراین، همین نقطه به سرآغاز دیدگاه تفسیری برخی تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، بدل می‌شود.

یکی از این نظریه‌پردازان، قاضی پازنر است. نظریه پازنر، با تحقیق در موجبات و اهداف وضع آغاز می‌شود. اقتصاددانان در این خصوص که هدف از قانون‌گذاری چیست، از نظریات مختلفی پیروی می‌کنند. رویکرد پازنر نیز ترکیبی از این دو نظریه مهم اقتصاددانان است: «نظریه منفعت عمومی»^۳ و «نظریه گروه‌های ذی‌نفع».^۴ بر اساس نظریه منفعت عمومی، فرایند قانون‌گذاری برای خاتمه دادن به شکست‌های بازاری^۵ قابل رفع است؛ اما در نظریه گروه‌های ذی‌نفع، اعتقاد بر این است که قوانین نیز کالاهایی هستند که مانند سایر کالاها، مورد معامله واقع می‌شوند و برای آن عرضه و تقاضا وجود دارد. در بازاری که برای این کالا وجود دارد، گروه‌های ذی‌نفع، به دلیل قدرت و نفوذ خود در دستگاه قانون‌گذاری، قانون‌گذار را تحریک می‌کنند تا به محرک‌هایی حقوقی و غیرحقوقی پاسخ دهد و از این رهگذر، قواعدی وضع شود تا بتواند ثروت را به سمت این گروه‌ها بازتوزیع کند.^۶

پازنر بر این باور است که گروه‌های ذی‌نفع، هیچ ارتباطی با منفعت عمومی ندارند؛ آن‌ها می‌خواهند تا با توسعه بازتوزیع ثروت از گروه‌های بزرگ به سمت گروه‌های کوچک، قانون را به‌صورت هدفمند از منفعت عمومی منحرف سازند؛ بنابراین، منفعت عمومی، کارآمدی و برابری را توسعه می‌دهند، درحالی‌که گروه‌های ذی‌نفع به دنبال «بازتوزیع ضداخلاقی» هستند.^۷ نکته قابل توجه آنکه به عقیده پازنر و ایستربروک، بسیاری - اگر نگوئیم اغلب - قوانین مبتنی بر همین منافع‌اند

۱. Parisi, Francesco and Fon, Vincy, *The Economics of Lawmaking*, Oxford University Press, 2009, p.9.

۲. Wald, Patricia, "Limits On the Use of Economic Analysis in Judicial Decision-making", *Law and Contemporary Problems*, Vol.50, No.4, Autumn 1987, p.242.

۳. Public interest theory

۴. Interest group theory

۵. «شکست بازار (Market Failure)» به نواقص کارکردی بازار گفته می‌شود که سازوکارهای خودتنظیم بازار به نحو مؤثری امکان رفع آن را نداشته و مداخله دولت در بازار با حل این نواقص توجیه می‌شود (برای مطالعه بیشتر، → ر.ک: سن، میریام، **تنظیم بازار بدون مداخله دولت (شناخت تغییرات نهادی)**، ترجمه سیدعلیرضا شکوهیان، حامد ادریسیان و حیدر سلامی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۲۸-۳۳).

۶. این نظریه را می‌توان فرعی از «قاعده مزایده (Auction Rule)» قاضی پازنر دانست. بر این اساس، قانون هم‌مانند هر کالای دیگری، به کسی تعلق خواهد گرفت که بیشترین ارزش را برای آن قائل است و می‌تواند برای به دست آوردن آن بیشتر هزینه کند.

۷. Cohen, George M., "Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.133, Iss.5, 1985, pp 1128,1129.

و با فشار گروه‌های خاص به تصویب رسیده‌اند.^۱ لذا بر پایهٔ چنین مفهومی از قانون و منشأ وضع آن، پازنر معتقد است که باید طوری قانون مبتنی بر نفع عمومی را تفسیر کرد که بتواند به بهترین شکل منفعت عمومی را حاصل کند؛ همچنین، باید قانون مبتنی بر گروه‌های ذی‌نفع را به گونه‌ای تفسیر کرد تا صرفاً منفعت محدودی را که قانون‌گذار به دنبال آن بوده است، حاصل کند؛^۲ بنابراین، تفسیر قوانین مبتنی بر منفعت عمومی، به نحو موسّع و تفسیر قوانین مبتنی بر منافع گروه‌های خاص، به نحو مضیق خواهد بود.^۳ البته مزیت تفکیک این دو منشأ، تنها به موسّع یا مضیق بودن تفسیر محدود نمی‌شود؛ بلکه پازنر، روش تفسیری خود، یعنی «بازسازی ذهنی»^۴ را نیز بر این اساس پایه‌گذاری می‌کند.

در دیدگاه تفسیری پازنر، آنچه بسیار حائز اهمیت است، بازسازی ذهنی مذاکرات قانونی است و اینکه قاضی، قانون‌گذار را در مقام حل‌وفصل خصومت تصور کند؛ لذا باید تصور کند که اگر قانون‌گذار با این مقرر در مقام فصل خصومت مواجه می‌شد، چگونه آن را تفسیر می‌کرد.^۵ در این رویکرد، الفاظ، تاریخچه قانون و ارزش‌ها و خصایص حاکم بر زمان وضع و همچنین توجه قانون‌گذار به تفسیرهای قضایی آتی مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.^۶ در واقع او قانون‌گذار و قضات را به فرمانده و سربازان او تشبیه می‌کند؛ لذا اگر ابزار ارتباطی میان فرمانده و سربازان قطع شود، یقیناً سربازان باید در کارزار جنگ تصور کنند که اگر اوامر به آن‌ها واصل می‌شد، مضمون آن چه می‌بود؟^۷

پازنر تأکید می‌کند که شناسایی منشأ وضع قانون برای قضات کاری دشوار است و با توجه به غلبهٔ قوانین مبتنی بر منفعت گروه‌های ذی‌نفع، در مقام شک، باید اولویت را بر این قسم از قوانین نهاد. البته او نمی‌خواهد تفسیر را به شناسایی «قصد نگارندگان آن» خلاصه کند، بلکه شناسایی مراد از وضع قانون، مستلزم تحقیقاتی تاریخی است که عموماً مراجع قضایی چنین امکانی ندارند. حتی اگر قضات بتوانند چنین تحقیقاتی را به انجام رسانند، باز هم عدم اطمینان موجود در این تحقیقات، به نتایج غیرقابل اتکایی منجر خواهد شد.^۸

۱.۳. توجه به هزینه‌ها و منافع در مقام تفسیر

«آینده‌نگر»^۹ یا «گذشته‌نگر»^{۱۰} بودن نسبت به مسائل، تفاوت حقوق سنتی و روش اقتصادی را نشان می‌دهد. حقوق دانان به گذشته و مآووقع توجه دارند. از منظر تصمیمات قضایی نیز به پیامدهای واقعی سطح خرد توجه می‌شود و به پیامدهای واقعی سطح کلان چندان اعتنایی نمی‌شود؛ اما از منظر اقتصادی، وضعیت متفاوت است و بیشتر توجهات بر پیامدهای واقعی سطح کلان و اینکه کیفیت اجرای قانون و رویه قضایی چه تأثیری بر رفتارهای آینده دارد، متمرکز است. به این

1. Wald, Patricia, op.cit., p.240.

2. Cohen, George M., op.cit., p.1129.

3. Wald, Patricia, op.cit., p.240.

4. Imaginative reconstruction.

5. Posner, Richard A., "Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review*, Vol.50, No.800, 1983, p 817.

۶. دیدگاه پازنر در رابطه با تفسیر را شاید بتوان، ارجاعی هوشمندانه به دیدگاه تفسیری «امیلیو بتی»، مورخ ایتالیایی علم حقوق دانست. از نظر بتی، «تأویل، ضرورتاً بازشناسی و بازسازی معنایی است که مؤلف آن با استفاده از مواد خاصی که دارای وحدت است، توانسته تجسم ببخشد. البته مراد از این سخن آن است که ناظر، باید به صورت فاعلی بیگانه درآید و از طریقی معکوس، با عمل خلق، به آن اندیشه یا تأویل متجسم در موضوع تأویل بازگردد». جهت مطالعه بیشتر نظریات تفسیری بتی، ر.ک: پالمر، ریچارد ا.، **علم هرمنوتیک: نظریه تأویل در فلسفه‌های**

تسلایر ماخر، دیلتای، هایدگر، گادامر، ترجمه محمدسعید حنایی کاشانی، تهران: هرمس، چاپ نهم، ۱۳۹۵، صص ۶۴-۷۰.

7. Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, p 270.

8. Cohen, George M., op.cit., pp 1129,1130.

9. Prospective

10. Retrospective

روش ارزیابی «کارایی تخصیصی»^۱ نیز گفته می‌شود؛^۲ بنابراین، در تفسیر اقتصادی تنها به تفسیر مقررهای خاص توجه نمی‌شود، بلکه مجموعه مواردی که ممکن است در آینده موضوع تفسیر قرار گیرند، نیز مدنظر قرار می‌گیرد.^۳ به‌عنوان مثال، برخی نویسندگان از «قاعده هند»^۴ در تفسیر مفهوم «تقصیر» در قواعد مسئولیت مبتنی بر تقصیر، به‌عنوان یکی از اقسام به‌کارگیری پیامدگرایی و توجه به منطق اقتصادی در تفسیر یادکرده‌اند.^۵ تعریف تقصیر و اینکه چه زمانی می‌توان یک شخص را مقصر و متعاقباً مسئول دانست، همواره از موارد چالش‌برانگیز و غیرقطعی در ادبیات حقوقی بوده است؛ اما با ظهور این قاعده، سعی شد تا با توجه به پیامدهای ناشی از تفسیر بر رفتار دیگر کنشگران و هزینه‌های اجتماعی منبعث از آن، کارآمدترین تفسیر برای این مفهوم انجام پذیرد. لذا النهایه این مفهوم چنین تفسیر شد که دادگاه تنها زمانی باید یک شخص را مقصر بداند که انجام اقدامات احتیاطی برای او، کم‌هزینه‌تر از خساراتی باشد که در اثر بی‌احتیاطی وی به بار می‌آید.^۶ تفسیری که در رفتار آتی کنشگران نیز اثر خواهد داشت و سطح احتیاط و سطح فعالیت آن‌ها را در حدی بهینه حفظ خواهد کرد.^۷

چنان‌که ملاحظه شد، با این رویکرد، قاضی هم‌زمان تحلیلی اقتصادی از کیفیت تفسیر قانون و اعمال آن در هر مورد خاص را ارائه می‌دهد. لذا از این منظر، نظریه اقتصادی تفسیر، بسیار به رویکرد عمل‌گرایانه^۸ نزدیک خواهد شد و قانون در خدمت نیازهای انسانی قرار خواهد گرفت.^۹ با در نظر گرفتن هزینه‌ها و منافع هریک از راهکارهای تفسیری موجود، تفسیر بهینه انتخاب می‌شود^{۱۰} و ابزارگرایی^{۱۱} (استفاده ابزاری از قواعد حقوقی)، کارکردگرایی^{۱۲} و نگاه فایده‌گرایانه^{۱۳} جای خود را در عالم تفسیر، پررنگ‌تر خواهد یافت.^{۱۴}

بنابراین، موسع و مضیق تفسیر کردن متون، دیگر تابع سلیقه مفسر نخواهد بود، بلکه باید با هزینه‌ها و منافع آن همخوانی

۱. Allocative efficiency

۲. Mathis, Klaus, Consequentialism in Law, in «Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations», Klaus Mathis (Ed), Springer, 2011, p.6.

همچنین، برای شناخت مفهوم «کارایی تخصیصی»، ر.ک: دادگر، یدالله، *اصول تحلیل اقتصادی: خرد و کلان*، تهران: آماره، چاپ دوم، ۱۳۹۲، صص ۷۳ و ۷۴.

۳. برای مطالعه بیشتر؛ ر.ک: یوری، اسدالله، مهدی مرادی برلیان و پرهام مهرآرام، *اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۵۱.

۴. این قاعده به نام قاضی «لیرند هند» نام‌گذاری شده است؛ بر اساس این قاعده، تنها وقتی باید شخص زیان‌زننده را مقصر و مسئول جبران خسارات وارده تلقی کنیم که هزینه‌های احتیاطی او (B)، کمتر از احتمال وقوع حادثه (P) ضربدر میزان خسارات ناشی از آن حادثه (L) باشد؛ یعنی: $B < PL$. (برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک: فار، مایکل، *تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی (بخش نخست: قواعد مسئولیت مدنی کارا)*، ترجمه سیدعلیرضا شکوهیان و حامد ادریسیان، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶، صص ۱۵ و ۱۶).

۵. Mathis, Klaus, op.cit, p 20.

۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص معیار لیرند هند و تحلیل‌های اقتصادی و حقوقی مربوط به آن، ر.ک: شکوهیان، سیدعلیرضا، *تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی پزشکی*، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۵۸-۵۲.

۷. برای مطالعه بیشتر؛ ر.ک: امینی، منصور و سیدعلیرضا شکوهیان، *بهینه‌یابی در کارکرد قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر؛ با تأکید بر مسئولیت مدنی پزشکی*، تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۷۶.

۸. Pragmatism

۹. کیوانفر، شهرام، *پراگماتیسم حقوقی*، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، شماره ۴۶، ص ۱۶۵.

۱۰. گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، *مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق*، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست و دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۷، ص ۵۹.

۱۱. Instrumentalism

۱۲. Functionalism

۱۳. Utilitarianism

۱۴. همان، ص ۶۰.

داشته باشد. گاهی موسع تفسیر کردن یک قانون، نسبت به مضیق تفسیر کردن آن، هزینه کمتری را به دنبال دارد و بالعکس؛ چنان‌که در خصوص شناسایی و عدم شناسایی حقوق بنیادین این‌گونه است و نادیده گرفتن آن پرهزینه‌تر از شناسایی ناصواب آن خواهد بود.^۱

فارغ از محاسن انکارناپذیر به‌کارگیری این قواعد تفسیری، این ملاحظات با انتقاداتی از جمله عدم «قطعیت حقوقی»،^۲ عدم «برابری حقوقی»،^۳ «تحمیل باری مضاعف بر دادگاه‌ها»^۴ و به خطر انداختن «استقلال آن‌ها»^۵ مواجه بوده‌اند.^۶ هرچند می‌توان به سایر انتقادات پاسخ داد،^۷ اما کماکان این اشکال باقی است که ضرورت بررسی کارایی تفسیر مدنظر قاضی در هر پرونده مستلزم صرف وقت و هزینه بسیار زیاد است که بر جامعه و بودجه عمومی تحمیل می‌شود. البته علی‌رغم این انتقاد، کماکان نمی‌توان به‌طور کلی استفاده از ابزارهای اقتصادی در تفسیر را کنار گذاشت.^۸

۲. مقایسه نظریه اقتصادی تفسیر با رویکردهای اصالة الظهوری و مقاصدی

در مبحث نخست، نظریه اقتصادی تفسیر و رویکردهای متفاوت به آن مورد بحث قرار گرفت؛ اما آنچه باید مدنظر قرار گیرد، کیفیت تعامل این نظریه با رویکردهای مهم تفسیری اصولیین است. بدین منظور، رویکرد اصالة الظهوری به جهت کثرت استعمال و رویکرد مقاصدی به دلیل قرابت بیشتر آن با یافته‌های تحلیل اقتصادی حقوق، انتخاب شده‌اند.

۲.۱. رویکرد اصالة الظهوری و تعامل آن با نظریه اقتصادی تفسیر

رویکرد اصالة الظهوری به‌عنوان یکی از پرکاربردترین قواعد تفسیری، بیشترین مدافعان و منتقدان را به خود اختصاص داده است. لذا مقایسه آن با نظریه اقتصادی تفسیر می‌تواند این دفاعیات و انتقادات را از منظر دیگری به بحث بگذارد. لذا بند نخست به تبیین این رویکرد و بند دوم به مقایسه آن با نظریه اقتصادی تفسیر می‌پردازد.

۲.۱.۱. رویکرد اصالة الظهوری و نسبت آن با دیگر رویکردهای تفسیری

بنابر دیدگاه اصالة الظهوری اصولیین، در مقام شک میان معنای ظاهری و سایر معانی محتمل، باید به اصول لفظیه مانند اصالة الحقیقه، اصالة العموم، اصالة الاطلاق، اصالة عدم تقدیر و اصالة الظهور مراجعه کرد.^۹ البته در نگاهی دقیق‌تر می‌توان تمام این اصول را از تجلیات اصالة الظهور دانست. مورد این اصل آنجا است که لفظ در معنای خاصی ظهور داشته باشد، اما صریح نباشد و اراده خلاف ظاهر محتمل باشد؛ اما با احتمالی ضعیف.^{۱۰} پس در ظهور دو احتمال وجود دارد: احتمال راجح و احتمال مرجوح؛ اما معنای راجح، همان معنای ظاهری است.^{۱۱} لذا در اینجا است که اصل بر ظاهر کلام قرار گرفته و از آن

1. Rizzo, Mario J. and Arnold, Frank S., op.cit, p.175.

2. Legal certainty

3. Legal equality

4. Overburdening the courts

5. Independence of the courts

6. Mathis, Klaus, op.cit, p.6.

۷. برای مطالعه انتقاد «عدم قطعیت حقوقی» و پاسخ به آن؛ رک: شهابی، مهدی؛ «تحلیل اقتصادی حقوق» در کشاکش مدرنیته حقوقی و پست مدرنیته حقوقی، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۱، صص ۲۷۲-۲۷۰.

8. Mathis, Klaus, op.cit, p.8.

۹. فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۹، ص ۸۹.

۱۰. گرجی، ابوالقاسم، *ادوار اصول فقه*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۲۲۰.

۱۱. جعفری تبار، حسن، *فلسفه تفسیری حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۴۳.

تبعیت می‌شود^۱ و این رهیافت به ظهور، از لفظ ضابطه‌ای جمعی^۲ به دست می‌دهد و با وضعی بودن الفاظ نیز تناسب دارد.^۳ واضح است که این معنای برگرفته از ظاهر، ظنی است و به عبارت بهتر، ظن معتبری است که بنای عقلا و شارع بر آن صحه گذاشته است. این ظن تا جایی معتبر است که قرینه‌ای برخلاف آن نباشد؛ اما آیا آثار سوء ناشی از ظاهر حکم قانون یا وجود مقاصد دیگر در روح و جان دیگر قوانین، نمی‌تواند عاملی برای عبور از معنای ظاهری باشد؟ اصالة‌الظهور در معنای عرفی آن، آخرالدواء است و جایی که معنای دیگری را نتوان از کلام شارع یا مقنن برداشت کرد، می‌توان بدان تمسک کرد. پس این اصل مستمسکی برای عافیت‌طلبی، راحت‌جویی و دوری از تدبّر و تفقه نیست؛ بلکه پس از کنکاش‌های لازم برای فهم معنای لفظ و عدم حصول به نتیجه مطلوب، در صورتی که ظنی برخلاف معنای ظاهری و عرفی نباشد، می‌توان به این ظن استناد و معنای ظاهری را ملاک عمل قرار داد.^۴

رویکرد تاریخی به موضوع نیز مؤید نتایج فوق است. به نظر می‌رسد با توسعه یک‌باره قلمروی حکومت اسلامی و ضرورت ایجاد نظم و وحدت در امور تابعان این نظام، تفسیر و خوانشی از اسلام ضروری بود که به کار حکمرانی بیاید و کثرت قومی را تا حد ممکن، به یک واحد سیاسی، اداری و حقوقی در کنترل قدرت مرکزی بدل کند. لذا روشی تفسیری با عناصر ذهنی و شخصی هرچه کم‌رنگ‌تر و عناصر عینی و بین‌الذهانی هرچه فربه‌تر مدنظر قرار گرفت.^۵ با این مقدمات مشخص می‌شود که اصالة‌الظهور، به جای آنکه به عنوان آخرین چاره برای استنباط معنا از کلام به کار گرفته شود، به عنوان تنها اصل تفسیری به کار گرفته شد؛ به بیان دیگر، معنای نهایی متن، به دلالت الفاظ متن پیوند خورد و همین امر، اسباب حدوث مناقشات جدی هرمنوتیک معاصر با این شیوه تفسیری را فراهم آورد؛^۶ اما اگر امثال به امر شارع مدنظر باشد، بیان مرحوم بهبهانی جان تازه‌ای می‌یابد. ایشان در فایده بیست‌ونهم از کتاب *الفوائد الحائریه* می‌فرمایند: «همان‌طور که تعدی ناروا، افترا به خداوند است، عدم تعدی و جمود بر لفظ نیز گاه همین حکم را دارد».^۷

۲.۱.۲. تعامل رویکرد اصالة‌الظهور با نظریه اقتصادی تفسیر

تدقیق در عبارات فوق نشان می‌دهد که آنچه به اصالة‌الظهور مشهور است، صرفاً راهی جبرای رفع تحیر و عدم مواجهه با

۱. مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، جلد ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰، ص ۲۷.

۲. ضابطه‌ای که با «قواعد زبانی» در ارتباط است و از دانش دقیقی به نام «زبان‌شناسی» کمک می‌گیرد. لذا علاوه بر اینکه از قطعیت بالاتری برخوردار است، سهل‌الوصول نیز خواهد بود؛ برای مطالعه بیشتر، رک:

Gleave, Robert, *Islam and Literalism: Literal meaning and Interpretation In Islamic Legal Theory*, Edinburgh University Press, 2012, pp 1,2.

۳. آقایی، کامران، *مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۲۳۲. در این خصوص لازم به ذکر است که موضوع حجیت ظهور، حجیت «موضوعی» است که تابع قواعد زبانی بوده و نزد عرف ثابت است؛ نه حجیت «ذاتی» که امری نسبی است و در ذهن هر شخص به نحوی مجزا شکل می‌گیرد؛ عاملی، حسن محمد فیاض حسین؛ *شرح الحلقه الثالثة*، جلد ۲، شرکه دارالمصطفی (ص) لاجیاء التراث، ۱۴۲۸ هـ.ق، صص ۳۶۱ و ۳۶۲.

۴. جعفری تبار، حسن، پیشین، صص ۱۵۳ و ۱۵۴.

۵. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، *رویکرد عدلیه‌ای به نظریه مقاصد و پیامدهای حقوق بشری آن*، تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۷۵، ص ۱۷.

۶. واسعی، سید محمد، *جایگاه عرف در فقه*، تهران: کانون اندیشه جوان، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۵۹ و ۶۰.

۷. سیمایی صراف، حسین، *قیاس در استدلال حقوقی؛ مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن‌لا*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۱۳۵. همین موضوع در ادبیات حقوقی و تفسیر اراده مقنن نیز قابل تصور است؛ چنان‌که به عقیده مؤلف کتاب دیو در شیشه، تفسیر ظاهر گرایانه و متعاقب آن «رأی ساخت‌گرا»، تقلیل حقوق به ساده‌ترین و روشن‌ترین وجه آن است. برای مطالعه بیشتر در خصوص تفکیک رأی «ساخت‌گرا»، «پساساخت‌گرا» و «ساخت‌شکن»؛ رک: جعفری تبار، حسن، *دیو در شیشه؛ در فلسفه رویه قضایی*، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۶، صص ۲۳۰-۲۱۹.

عتاب شارع و مقنن در مقام امتثال به حکم است؛^۱ اما آیا راه برای ارائه تفسیری فایده‌گرایانه و احیاناً موافق با تحلیل‌های اقتصادی بسته است؟ از یک‌سو، لفظ‌گرایان متن را حداقل نقطه شروع تلقی می‌کنند (اگر آن را نقطه پایان ندانند) و عزیمت از معنای ظاهری به معنایی دیگر را مستلزم وجود قرینه می‌دانند و از سوی دیگر تکلیف مفسر را اعلام حکم مقنن یا شارع در نظر می‌گیرند، نه ساختن و پرداختن آن.^۲ این امر را می‌توان پیش‌فرض تفسیر لفظی قانون دانست. کنار گذاشتن متن قانون و تفسیر لفظی نیز با توجه به اینکه به بهانه ناسازگاری نتایج تفسیر با قصد قانون‌گذار، مراد مقنن را در منابع خارج از متن قانون جست‌وجو می‌کند، همواره مورد اتهام است و برخی این اقدام را برخورد ذهنی محض قاضی با قانون می‌دانند.^۳

اما اعتقاد قاضی پازنر در خصوص تفاسیر لفظی نیز قابل توجه است. به عقیده پازنر، قضات، به ندرت تحلیل‌های خود را با توجه به الفاظ قانون پی می‌گیرند و شاید حتی بتوان چنین ادعا کرد که آن‌ها اغلب اصلاً به متن قانون توجه ندارند.^۴ غالباً، قضات با توجه به رویه قضایی و پرونده‌های مطروحه تفسیر خود را آغاز می‌کنند و ممکن است هیچ‌گاه به الفاظ قانونی رجوع نکنند. حتی در تفسیر قوانینی که پرونده‌های مربوط به آن بسیار اندک‌اند، قضات باز هم گام نخست خود را در سرزمین الفاظ برنخواهند داشت؛ بلکه به برخی موضوعات وابسته به آن متن و اهداف احتمالی متن رجوع خواهند کرد. چنین رویکردی، صحیح است؛ زیرا فهم متن بدون توجه به برخی «زمینه‌های وضع، امکان‌پذیر نخواهد بود. لذا قاضی پازنر نهایتاً چنین بیان می‌کند که قرار دادن ریشه‌های لفظی به‌عنوان نقطه شروع تفسیر، بیش از آنکه بر «تقدم منطقی»^۵ استوار باشد، بر «تقدم عرفی»^۶ قوام یافته است. البته الفاظ قانون، همواره مرتبط، اغلب تعیین‌کننده و معمولاً مهم‌ترین دلیل برای فهم مراد قانون‌گذار است.^۸

پس علی‌رغم اختلاف ظاهری دو نظریه تفسیری فوق، هر دو در یک نقطه اشتراک دارند؛ آن‌هم اینکه سفر مفسر از سرزمین الفاظ شروع می‌شود. اما می‌توان گفت که این دو نظریه ناظر بر دو مرحله متفاوت‌اند. نظریه اقتصادی تلاش‌های خود را انجام می‌دهد تا مفسر به آخرین دواء محتاج نشود و اگر این تلاش مؤثر نباشد، چاره‌ای جز رفع تحیر با استفاده از رجوع به لفظ نیست.

از سوی دیگر، می‌توان از عموماً «قاعده لاضرر» نیز در توجیه تحلیل‌های اقتصادی استفاده کرد؛ قاعده‌ای که هم ناظر به مرحله تشریح است و هم مرحله اجرا.^۹ لذا این سؤال مطرح می‌شود آیا شاری که حکم ضرری ندارد و ضرری را غیرمتدارک باقی نمی‌گذارد، صرفاً زیان‌های وارده به اشخاص را نهی کرده است یا به طریق اولی، بر نهی از ورود ضرر به حکومت و کلیت جامعه اسلامی و منابع محدود آن نیز نظر داشته است؟ در این معنا حتی شاید بتوان آستانه مفهوم ضرر

^۱ حتی برخی نظریه‌پردازان با اشاره به این رویکرد، قاعده «معنای ساده» یا «معنای معمول» و آنچه تحت عنوان «لفظ‌گرایی» مطرح می‌شود، واجد اوصاف یک نظریه تفسیری نمی‌دانند؛ برای مطالعه بیشتر؛ ر.ک:

Post, Robert, *Theories of Constitutional Interpretation, Representation*, University of California Press, No.30, Special Issue: Law and the Order of Culture, Spring 1990, p 14.

^۲ امید، جلیل، «همان منبع»، ص ۹۱؛ در واقع، بنا بر نظر دورکین، تفسیر باید تفسیر متن باشد و این امر مستلزم آن است که تا حد امکان، با ارجاع به متن صورت پذیرد. در غیراین صورت، با ابداع متن جدید مواجه خواهیم بود و نه تفسیر آن (برای مطالعه بیشتر؛ ر.ک: مرمور، آندره، **تفسیر و نظریه حقوقی**، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹).

^۳ امید، جلیل، پیشین، ص ۹۴.

^۴ Posner, Richard A., "Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review*, Vol.50, No.800, 1983, pp 807, 808.

^۵ Context

^۶ Logical priority

^۷ Temporal Priority

^۸ Ibid.

^۹ محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۰.

را تا فقد منفعت و هر آنچه که عرفاً ضرر تلقی شود، توسعه داد. به نظر می‌رسد قاضی و مفسر بتواند با استفاده از تحلیل‌های اقتصادی و استفاده از تفسیری که بیشترین منافع را برای جامعه به دنبال دارد، هم تصمیم و هم ابزار تفسیری خود را توجیه کند.^۱ لذا می‌توان این‌گونه برداشت کرد همان‌طور که در مرحله ورود ضرر به اشخاص این قاعده کارایی دارد، اگر تفسیری پیامدهای اجتماعی مطلوبی را در پی نداشته باشد و موجب اتلاف منابع و ورود زیان به اجتماع شود، باید از آن اجتناب شود.^۲ بنابراین، با استفاده از ارائه مفهومی جدید از قاعده لاضرر، مبتنی بر مفهوم اجتماعی ضرر، می‌توان مؤیدی برای استفاده از تحلیل‌های اقتصادی، پیش از به‌کارگیری تفسیر لفظی یافت.

۲.۲. رویکرد مقاصدی و تعامل آن با نظریه اقتصادی تفسیر

یکی از رویکردهای تفسیری بسیار مشهور در نظر اهل سنت، رویکرد مقاصدی است. این رویکرد به دلیل قرابت بسیار زیادی که با نظریه اقتصادی تفسیر دارد، انتخاب شده است و سعی خواهد شد تا ضمن تشریح آن، تعامل میان این دو رویکرد تفسیری به بحث گذاشته شود.

۲.۲.۱. رویکرد مقاصدی و نسبت آن با دیگر رویکردهای تفسیری

از قرن دوم هجری، برخی کوشیدند مقاصد شریعت را مشخص کنند. ابتدا جوینی و سپس غزالی و پس از آن‌ها فخر رازی و آمدی به بحث از نظریه مقاصد پرداختند. اما شاطبی مقاصد پنج‌گانه غزالی را به قواعد فقهیه تبدیل کرد و اجتهاد غایت‌نگر را مطرح نمود. در واقع، نظریه شاطبی، تعدیلی است میان جمود بر ظواهر الفاظ و تأویل بی‌قیدوبند. شاطبی برخلاف ظاهریه که فقط اعتقاد به حمل کلام بر ظواهر داشته‌اند و همچنین برخلاف باطنیه که تمام اعتبار را به قصد می‌دادند و قصد را صددرصد در ورای الفاظ جست‌وجو می‌کردند، به اعتبار لفظ و معنا معتقد است و به نوعی گذر از لفظ را نیازمند رعایت ضوابطی می‌داند.^۳ بنابراین، فقه مقاصدی با تکیه بر کلیات شریعت‌پردازی بنیان نهاده شد و از آن در استحکام بخشیدن به فهم نصوص جزئی استفاده کرد. به بیان دیگر، فقه مقاصدی نوعی برگرداندن متشابهات به محکمت و فروع به اصول است.^۴

شاطبی تکالیف شرعی را ناظر بر حفظ مقاصدی می‌داند و این مقاصد را نیز در سه گروه «ضروریات»، «حاجیات» و «تحسینیات» تقسیم‌بندی می‌کند. مقصود او از ضروریات، آن دسته از قواعدی است که مصلحت دین و دنیا در گرو آن است؛ مجموع این ضروریات نیز شامل حفظ «دین»، «نفس»، «نسل»، «مال» و «عقل» بوده و حتی ایشان بر این باور است که این ضروریات در تمام ملل مراعات می‌شود.^۵ حاجیات نیز به مجموعه قواعدی اطلاق می‌شود که در مقام رفع ضیق و مشقت از مکلفین است؛ اما درجه اهمیت آن و توالی فاسد ناشی از ترک آن، به اهمیت ضروریات نیست. تحسینیات نیز از قسم مکارم اخلاق است.^۶ به‌طور خلاصه، به بیان برخی اصولیین، ضروریات با درء مفسد، حاجیات با جلب منافع

^۱. Post, Robert, op.cit., pp 14,15.

^۲. برای بررسی نمونه‌ای از این برداشت‌ها، ر.ک: محقق داماد، سیدمصطفی: **الهیات محیط زیست**، تهران: موسسه پژوهشی حکمت و فلسفه ایران، چاپ دوم، ۱۳۹۴، صص ۲۲۹ و ۲۳۰.

^۳. پورسعید، رامین، **بررسی مهم‌ترین چالش‌های اصالة الظهور**، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال دوم، بهار ۱۳۸۴، شماره ۳، صص ۳۶.

^۴. حسینی (ژرفا)، سید ابوالقاسم، **مقاصد‌های شریعت**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸، صص ۱۸۴.

^۵. از نظر غزالی، هر آنچه متضمن حفظ این مقاصد باشد، مصلحت و هر آنچه که در مخالفت با آنها باشد مفسده است که دفع آن در زمره مصالح قرار می‌گیرد؛ برای مطالعه بیشتر، ر.ک: غزالی طوسی، ابوحامد محمد بن محمد، **المستصفی**، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۳ هـ.ق، صص ۱۷۴.

^۶. شاطبی، ابواسحاق، **المواقفات فی اصول الشریعه**، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۵ هـ.ق، صص ۲۲۳-۲۱۹.

و تحسینیات با مکارم اخلاق پیوند خورده است.^۱

برخی نیز به حصر مقاصد شریعت به پنج مورد پیش‌گفته قائل نیستند؛^۲ گروهی «عرض» را به این پنج مورد اضافه می‌کنند؛^۳ برخی نیز مانند ابن‌عاشور و قرضاوی، این ضروریات را تنها ناظر بر زندگی شخصی می‌دانند و از ضرورت شناسایی ضروریاتی اجتماعی مانند مساوات و عدالت یاد می‌کنند.^۴ اما نقطه مشترک و جوهره مباحث طرفداران نظریه مقاصد، آن است که شرع مقدس مقاصد کلانی دارد که متن را باید پیوسته ذیل این مقاصد تعریف کرد و تعارض نص با این مقاصد کلان از موجبات ضعف متن خواهد بود.^۵ اما در اینجا صرفاً به این مختصر کفایت شده و شرح و بسط این مقاصد و انتقادات وارده بر آن، به جای خود واگذار می‌شود.^۶

۲.۲.۲. تعامل رویکرد مقاصدی با نظریه اقتصادی تفسیر

با توجه به ترتیبات فوق، باید بررسی شود که آیا می‌توان پیوندی میان نظریه مقاصد و رویکرد اقتصادی در تفسیر ایجاد کرد؟ به نظر می‌رسد پاسخ مثبت است. این پاسخ، با قبول تقدم و تأخر میان مصالح و اهداف وضع قواعد، حاصل خواهد شد.^۷ بدین شرح که اگر «حفظ مال» به عنوان یکی از ضروریات و مقاصد کلی شرع در نظر گرفته شد، پس تفاسیری که در خصوص قواعد و قوانین مالی به عمل می‌آیند، باید به کیفیتی انجام گیرند که موجب تفویت اموال (به‌ویژه اموال و منابع عمومی) نشوند؛^۸ و قس علی‌هذا. بنابراین، به عنوان مثال، اگر با بررسی‌های اقتصادی، این نتیجه حاصل شود که نظر نهی از غیرمتدارک ماندن ضرر بر دیگر نظریات رجحان دارد، باید فارغ از دیگر ادله لفظیه، بدان توسل جست؛ زیرا در حفظ «مال» به عنوان یکی از مقاصد شریعت، کاراثر است؛ از سوی دیگر می‌توان میان مفهوم اجتماعی «ضرر» یا

۱. شتیطی، محمد الامین، *المصالح المرسله*، مدینه منوره: الجامعه الاسلامیه، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۶؛ حتی به بیان برخی اصولیین، مقاصد شریعت را می‌توان ناظر بر جلب منفعت و درء مفسده دانست.

Ibn Ashur, Muhammad Al-Tahir, *Ibn Ashur Treaties on Maqasid al-Shari'ah*, Translated from the Arabic and Annotated by: Mohamed El-Tahir El-Mesawi, London: International Institute of Islamic Thought, 2006, p 94.

۲. البته راه‌حل دیگری نیز برای توسعه دامنه «مقاصد شریعت» اندیشیده شده است. یکی از این راهکارها، بسط دامنه مفهوم «حفظ» است؛ لذا با بازتعریف مقصود از «حفظ»، حتی بعضاً حکم به جواز سانسور برخی مسائل توسط حکومت، برای «حفظ عقل» شده است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک:

Opwis, Felicitas, *New Trends in Islamic Legal Theory: Maqasid al-Sharia as a New Source of Law*, Die Welt Des Islams, Vol.57, Iss.1, 2017, p 29.

۳. شتیطی، محمد الامین، *اصول البیان فی ایضاح القرآن بالقرآن*، جلد ۳، مجمع الفقه الاسلامی، بی‌تا، ذیل تفسیر سوره بنی اسرائیل، ص ۵۳۴.

۴. نقشبندی، سید نوید، *نظریه حصر ضروریات در مقاصد خمسسه*، مقالات و بررسی‌ها، پاییز ۱۳۸۶، شماره ۸۵، صص ۱۰۶-۱۰۴.

۵. نوبهار، رحیم، *اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن*، تهران: میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۵، صص ۳۱ و ۳۲.

۶. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، پیشین صص ۲۱-۱۹؛ همچنین، ر.ک: محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

۷. یکی از راهکارهای پذیرش تقدم و تأخر، توجه به تقسیم‌بندی ارائه‌شده از سوی قرضاوی است. وی احکام شریعت را در راستای تحقق اهدافی می‌داند که می‌توان برای آن‌ها نوعی تقدم و تأخر رتبی قائل شد. از نظر او، این احکام برای تربیت «انسان»، «خانواده»، «جامعه»، «امت» یا «جامعه بشری» صالح هستند.

Duderija, Adis, *Maqasid Al Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*, Palgrave MacMillan, 2014, p 55.

۸. البته باید توجه شود که گاهی هرچند ظاهر احکام در بررسی‌های خرد مغایر با مقاصد است، اما در سطح کلان ممکن است بتوان وضع آن را در حمایت از آن مقصد تحلیل کرد، به‌عنوان مثال، برخی قصاص نفس قاتل در مقام صیانت از نفس از این سنخ ارزیابی کرده‌اند. (حلاق، وائل، *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی؛ مقدمه‌ای بر اصول فقه سنتی*، ترجمه دکتر محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، ص ۲۴۸).

همان اتلاف منابع و مفهوم فردی آن، به سبب تقدم مصالح مهم‌تر، تقدم و تأخر رتبی قائل شد؛^۱ یعنی می‌توان در مواردی که اضرار فرد از اضرار جامعه جلوگیری می‌کند، به جواز اضرار فرد در بادی امر حکم داد و النهایه از او جبران خسارت کرد.

از این حیث می‌توان ردّ پایی از تحلیل اقتصادی حقوق را، چه در عالم جعل گزاره‌های هنجاری و چه در جایگاه بیان گزاره‌های اثباتی، در نظریه مقاصد یافت. البته باید این نکته را در نظریه مقاصد در ذهن داشت که این رویکرد، عقل را قانون‌گذار نمی‌داند و به دنبال تضعیف علت فاعلی یا اراده تشریحی الهی نیست؛^۲ اما با توجه به نقش عقل در فهم احکام معاملات، می‌توان در این حوزه بیشتر از مقاصد شریعت استفاده کرد^۳ و در راستای اجتناب از پیامدهای جانبی منفی ناشی از تفاسیر لفظی، به تفاسیر فرامتنی پناه برد.

نتیجه‌گیری

در ادبیات حقوق و اقتصاد، راهکارهای مختلفی برای تفسیر متون مبهم ارائه شده است. با دقت نظر در این راهکارها و ابزارهای تفسیری، می‌توان تمامی این نظریات را ناظر بر بررسی هزینه‌ها و منافع انتخاب یک تفسیر از میان چند تفسیر ممکن دانست و از نظریه‌ای واحد تحت عنوان «نظریه اقتصادی تفسیر» نام برد. اما صرف معرفی این نظریه در مقام نظر، چندان منشأ اثر نخواهد بود و باید راهی برای ورود آن به عمل یافت.

هر یک از نظام‌های حقوقی، رویکردی را برای تفسیر برگزیده‌اند و سال‌ها است که همان ابزار، ملاک عمل آن‌ها در مقام تفسیر بوده است. نظام‌های حقوقی مبتنی بر احکام اسلامی نیز راهکارهایی را برگزیده‌اند و البته از حیث تکثر، طیف گسترده‌ای از رویکردها، از متن‌گرایی محض گرفته تا عبور موجه از آن را پوشش می‌دهند. در این میان نظریه اصالت ظهور در فقه اهل شیععه و نظریه مقاصد در فقه اهل سنت بسیار مشهورند و به نظر می‌رسد که بتوان تحلیل‌های اقتصادی را در جوار آن‌ها به کار گرفت.

نظریه اصالت ظهور و نظریه اقتصادی تفسیر ناظر به دو مرحله متفاوت‌اند. لذا می‌توان نظریات اقتصادی را مقدم بر رجوع به متن و الفاظ (به‌عنوان آخرین چاره در امثال حکم آمر) به کار گرفت و همین امر می‌تواند منشأ تحولات بسیاری در قواعد حقوقی برآمده از شرع انور اسلام، خصوصاً در بحث مسئولیت مدنی، باشد؛ بدین نحو که با عبور از معنای مضیق لاضرر، به ضرر جنبه اجتماعی بخشید و سپس، تفسیری از یک قاعده را برگزید که کمترین زیان را به لحاظ اجتماعی ایجاد می‌کند. اما در نظریه مقاصد، این پیوند راحت‌تر برقرار می‌شود. یکی از مقاصد خمسه، حفظ «مال» است (امری که به نوعی هدف نظریات اقتصادی تفسیر نیز - آن هنگام که بحث حداکثرسازی منافع عمومی و جلوگیری از اتلاف منابع عمومی در جریان است - بدان معطوف است) و با استناد به آن می‌توان بدون عدول از نظریه حصر مقاصد (به مقاصد خمسه)، به راهکارهای مدنظر تفاسیر اقتصادی دست یافت. لذا در میان تفاسیر متعدد، می‌توان تفسیری را ملاک عمل قرار داد که با ضرورت حفظ مال سازگاری بیشتری داشته باشد؛ و این یعنی تقدم منافع بر هزینه‌های تفسیر.

۱. جهت مطالعه «اصل تقدم مصلحت جمع بر مصلحت فرد»؛ ر.ک: دارینی، علی، **مصلحت و جایگاه فقهی آن**، راهبرد، بهار ۱۳۸۰، شماره ۱۹، صص ۲۵۵ و ۲۵۶.

۲. شهبابی، مهدی، **فلسفه حقوق: مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۱۱۹.

۳. عظیمی گرکانی، هادی؛ **مصلحت شناسی با رویکرد حکومتی**، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال پنجم، بهار ۱۳۸۸، شماره ۱۹، ص ۱۱۴.

منابع

فارسی

کتاب

۱. آقای، کامران، *مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۲. پالمر، ریچارد ا.، *علم هرمنوتیک: نظریه تأویل در فلسفه‌های شلایر ماخر، دیلتای، هایدگر، گادامر*، ترجمه محمدسعید حنایی کاشانی، تهران: هرمس، چاپ نهم، ۱۳۹۵.
۳. جعفری تبار، حسن، *دیو در تئیسه؛ در فلسفه رویه قضایی*، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۴. جعفری تبار، حسن، *فلسفه تفسیری حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱.
۶. حسینی (ژرفا)، سید ابوالقاسم، *مقصد‌های شریعت*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۷. حلاق، وائل، *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی؛ مقدمه‌ای بر اصول فقه سنتی*، ترجمه دکتر محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.
۸. دادگر، یدالله، *اصول تحلیل اقتصادی: خرد و کلان*، تهران: آماره، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۹. سن، میریام، *تنظیم بازار بدون مداخله دولت (تسناخت تغییرات نهادی)*، ترجمه سیدعلیرضا شکوهیان، حامد ادریسیان و حیدر سلامی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۰. سیمایی صراف، حسین، *قیاس در استدلال حقوقی؛ مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن‌لا*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۱. شکوهیان، سید علیرضا، *تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی بزنسک*، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۲. شهبایی، مهدی، *فلسفه حقوق: مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۳. فار، مایکل، *تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی (بخش نخست: قواعد مسئولیت مدنی کارا)*، ترجمه سیدعلیرضا شکوهیان و حامد ادریسیان، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۴. فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۹.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *تئیه تجربی تحقیق در حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۶. گرجی، ابوالقاسم، *ادوار اصول فقه*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *الهیات محیط زیست*، تهران: موسسه پژوهشی حکمت و فلسفه ایران، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲.
۱۹. محقق داماد، سیدمصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰.
۲۰. مرمور، آندره، *تفسیر و نظریه حقوقی*، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۲۱. نوبهار، رحیم، *اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن*، تهران: میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۵.
۲۲. واسعی، سید محمد، *جایگاه عرف در فقه*، تهران: کانون اندیشه جوان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۲۳. یآوری، اسدالله، مهدی مرادی برلیان و پرهام مهرآرام، *اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶.

مقاله

۲۴. الشریف، محمدمهدی و حمید آرای، *پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض*، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۰۷.
۲۵. امیدی، جلیل، *تفسیر قانون در حقوق انگلستان*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۷۶، شماره ۳۸.
۲۶. امینی، منصور و سیدعلیرضا شکوهیان، *بهینه‌یابی در کارکرد قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر؛ با تأکید بر مسئولیت مدنی پزشکی*، تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۷۶.
۲۷. پورسعید، رامین، *بررسی مهمترین چالش‌های اصالة‌الظهور*، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال دوم، بهار ۱۳۸۴، شماره ۳.
۲۸. دارینی، علی، *مصلحت و جایگاه فقهی آن*، راهبرد، بهار ۱۳۸۰، شماره ۱۹.
۲۹. شهابی، مهدی، «*تحلیل اقتصادی حقوق*» در *کشاکش مدرنیته حقوقی و پست‌مدرنیته حقوقی*، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۱.
۳۰. عظیمی گرکانی، هادی، *مصلحت‌شناسی با رویکرد حکومتی*، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال پنجم، بهار ۱۳۸۸، شماره ۱۹.
۳۱. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، *رویکرد عدلیه‌ای به نظریه مقاصد و پیامدهای حقوق بشری آن*، تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۷۵.
۳۲. کیوانفر، شهرام، *پراگماتیسم حقوقی*، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، شماره ۴۶.
۳۳. گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، *مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق*، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست‌ودوم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۷.
۳۴. نقشبندی، سید نوید، *نظریه حصر ضروریات در مقاصد خمس*، مقالات و بررسی‌ها، پاییز ۱۳۸۶، شماره ۸۵.

عربی

۳۵. شاطبی، ابواسحاق، *الموافقات فی اصول الشریعه*، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۳۶. شقیطی، محمد الامین، *اصول البیان فی ایضاح القرآن بالقرآن*، مجمع الفقه الاسلامی، بی‌تا.
۳۷. شقیطی، محمد الامین، *المصالح المرسله*، مدینه منوره: الجامعه الاسلامیه، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۸. عاملی، حسن محمد فیاض حسین، *شرح الحلقه الثالثه*، شرکه دار المصطفی (ص) لاحیاء التراث، ۱۴۲۸ هـ.ق، جلد ۲.
۳۹. غزالی طوسی، ابوحامد محمد بن محمد، *المستصفی*، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۴۰. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

References

Books

1. Aghaei, K. *Interpretation Schools in Law Based on the Legal Hermeneutics*, Tehran: Mizan, second edition, 2013. (In Persian)
2. Dadgar, Y. *Principles of Economic Analysis: Micro and Macro*, Tehran: Amareh, 2nd edition, 2013. (In Persian)
3. Duderija, Adis, *Maqasid Al Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*, Palgrave MacMillan, 2014.
4. Farr, M. *Economic Analysis of Civil Liability Laws (Part One: Rules of Effective Civil Liability)*, Translated by Shekouhian, A., and Hamed Idrisian, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, First edition, 2017. (In Persian)
5. Feiz, A. *Fundamentals of Jurisprudence and Principles*, Tehran: Tehran University Press, 4th edition, 1990. (In Persian)
6. Garji, A. *Usul Fiqh Periods*, Tehran: Mizan, First edition, 2006. (In Persian)

7. Gleave, Robert, *Islam And Literalism: Literal meaning and Interpretation In Islamic Legal Theory*, Edinburgh University Press, 2012.
8. Hallaq, W. *History of Islamic Legal Theories; An Introduction to the Principles of Traditional Jurisprudence*, Translated by Rasekh, M., Tehran: Ney Publishing, 4th edition, 2016. (In Persian)
9. Hosseini, A. *Sharia Goals*, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publishing Organization, first edition, 2009. (In Persian)
10. Ibn Ashur, Muhammad Al-Tahir, *Ibn Ashur Treaties on Maqasid al-Shari'ah*, Translated from the Arabic and Annotated by: Mohamed El-Tahir El-Mesawi, London: International Institute of Islamic Thought, 2006.
11. Jafari Langroudi, M. *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 24th edition, 2012. (in Persian)
12. Jafari Tabar, H. *The Interpretive Philosophy of Law*, Tehran: Sahami Publication Company, First edition, 2009. (In Persian)
13. ----- *Devil in Glass; In the Philosophy of Judicial Procedure*, Tehran: Neghah-e-Moaser, first edition, 2017. (In Persian)
14. Katouzian, N. *The Experimental Method of Research in Law*, Tehran: Publishing Company, First edition, 2010. (In Persian)
15. Marmor, A. *Legal Interpretation and Theory*, Translated by: Jafari, M., and Mahsa Shabani, Tehran: Majd, First edition, 2011. (In Persian)
16. Mathis, Klaus, *Consequentialism in Law, in «Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations»*, Klaus Mathis (Ed), Springer, 2011.
17. Mohaghegh Damad, M. *Discussions on the Principles of Jurisprudence*, second book, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 16th edition, 2011. (In Persian)
18. ----- *Environmental Theology*, Tehran: Hikmat and Philosophy Research Institute of Iran, second edition, 2015. (In Persian)
19. ----- *Jurisprudence's Rules: Civil Section (Ownership and Responsibility)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 2013. (In Persian)
20. Nobahar, R. *Principles of Jurisprudence: Discussion on the Words and Rules of Text Interpretation*, Tehran: Mizan, First edition, 2016. (In Persian)
21. Palmer, R. *Science of Hermeneutics: Theory of Interpretation in the Philosophies of Schleier, Macher, Dilthey, Heidegger, Gadamer*, Translated by: Hanai Kashani, M., Tehran: Hermes, 9th edition, 2016. (In Persian)
22. Parisi, Francesco and Fon, Vincy, *The Economics of Lawmaking*, Oxford University Press, 2009.
23. Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993.
24. Sen, M. *Market Regulation without Government Intervention (Recognition of Institutional Changes)*, Translated by: Shekouhian, A., Hamed Idrisian and Haider Salami, Tehran: Majd, First edition, 2018. (In Persian)
25. Shahabi, M. *Philosophy of Law: The Theoretical Foundations of the Evolution of the Legal System from Traditional Law to Modern Law*, Tehran: Islamic Thought Research Institute Publishing Organization, 1st edition, 2017. (In Persian)
26. Shekohian, A. *Economic Analysis of Physician's Civil Liability*, Tehran: Khorsandi Publications, First edition, 2016. (In Persian)
27. Simaei Saraf, H. *Analogy in Legal Reasoning: A Comparative Study in Jurisprudence, Iran's Legal System and Common Law*, Tehran: Shahr-e Danesh Institute of Legal Studies and Research, First edition, 2013. (In Persian)
28. Vasei, M. *The Place of Custom in Jurisprudence*, Tehran: Young Thought Center, Second edition, 2008. (In Persian)
29. Yavari, A. and Mehdi Moradi Berelian and Parham Mehraram, *Principles and Criteria of Judicial Interpretation in Public Law*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, First edition, 2017. (In Persian)
30. Ameli, H. *Explanation of the Third Episode*, Dar Al-Mustafa (PBUH) Company for Reviving Heritage, Vol 2, 2007. (In Arabic)
31. Ghazali Tusi, M. *Al-Mustasfa*, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, 1992. (In Arabic)

32. Muzaffar, M. Principles of Jurisprudence, Volume 1, Qom: Islamic Notifications Office, 1991. (In Arabic)
33. Shatibi, I. *Al-Muwafaqat in the Principles of Sharia*, Beirut: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, 2004. (In Arabic)
34. Shinqiti, M. *Al-Masale Al-Morsalah*, Medina: The Islamic University, 1989. (In Arabic)
35. ----- *The Principles of Explanation in Explaining the Qur'an with the Qur'an*, Islamic Jurisprudence Assembly, n.d. (In Arabic)

Articles

36. Al-Sharif, M. and Hamid Araei, "Pluralism of Legal Reasoning in the Light of Conflicting Interpretations", *Comparative Law Quarterly*, Vol 5, No. 107, 2016. (In Persian)
37. Omidi, J. "Law Interpretation in English law", *Tehran University Faculty of Law and Political Science Journal*, No. 38, 1997. (In Persian)
38. Amini, M. and Alireza Shekohian, "Optimization in the Function of the Rule of Responsibility Based on Fault; With an Emphasis on the Civil Responsibility of Doctor", *Legal Research Quarterly*, No. 76, 2016. (In Persian)
39. Poursaid, R. "The Most Important Challenges of al-Zahur Principle", *Jurisprudential Foundations of Islamic Law*, second year, No.3, 2005. (In Persian)
40. Darini, A. "Expediency and Its Jurisprudential Position", *Strategy*, No. 19, 2001. (In Persian)
41. Shahabi, M. "Economic Analysis of Law" in the Challenge between Legal Modernity and Legal Post-Modernity", *Comparative Law Studies*, Vol 9, No.1, 2018. (In Persian)
42. Azimi Garakani, H. "Expediency in a Governmental Approach", *Specialized quarterly of jurisprudence and history of civilization*, Fifth year, NO.19, 2009. (In Persian)
43. Qari Seyed Fatemi, M. "Judicial Approach to the Theory of Sharia Goals and Its Human Rights Consequences", *Legal Research Quarterly*, No.5, 2016. (In Persian)
44. Keyvanfar, S. "Legal Pragmatism", *Legal Research Quarterly*, No.46, 2007. (In Persian)
45. Golshani, E. and Mehdi Hosseini Modares, "Comparison of the Effects of Economic and Formalist Schools of Interpretation on Law", *Encyclopedia of Economic Law*, 22nd year, No.7, 2015. (In Persian)
46. Naqshbandi, N. "Theory of Limitation of Necessities in the Quintupl Goals", *Articles and Reviews*, No85, 2007. (In Persian)
47. Burton, Steven J., "A Lesson On Some Limits of Economic Analysis: Schwartz and Scott on Contract Interpretation", *Indiana Law Journal*, Vol.88, Issue.1, Article6, 2013.
48. Cohen, George M., "Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench", the *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.133, Iss.5, 1985.
49. Opwis, Felicitas, "New Trends in Islamic Legal Theory: Maqasid al-Sharia as a New Source of Law", *Die Welt Des Islams*, Vol.57, Iss.1, 2017.
50. Posner, Richard A., "Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review*, Vol.50, No.800, 1983.
51. Post, Robert, "Theories of Constitutional Interpretation", *Representation*, No.30, Special Issue: Law and the Order of Culture, University of California Press, Spring 1990.
52. Rizzo, Mario J. and Arnold, Frank S., "An Economic Framework for Statutory Interpretation", *Law and Contemporary Problems*, Vol.50, No.4, Autumn 1987.
53. Wald, Patricia, "Limits On the Use of Economic Analysis in Judicial Decision-making", *Law and Contemporary Problems*, Vol.50, No.4, Autumn 1987.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Approach of German Courts towards the Sanctions with Foreign Origin in Contractual Disputes

Saeid Baghban Kondori¹, Hossein Sadat Meidani²

ABSTRACT

The increase in sanctions during the last two decades has created numerous legal issues in contractual disputes, especially in national courts. It is clear that national courts of the sanctioning country, take into account the sanctions enacted by the foreign government, and in case the sanctions conflict with the rights and obligations of dispute parties, they adjust the final verdict in compliance with their internal sanctions laws. Nevertheless, the question is whether a court can, in the process of describing, interpreting, and applying the legal and contractual obligations of the litigants, consider, sanctions imposed by foreign countries or entities in its decision-making process to issue a judgment in the case. In this article, an attempt has been made to examine this legal question with a case study of the approach and procedure of German courts that have significant contractual relations with Iranian individuals. The findings show that the courts of this country, in contractual disputes in which there is an element of sanctions of foreign origin, do not refer to private international law and the rules of conflict of laws, and directly use the capacity of the domestic substantive laws of Germany. Simultaneously, they pay attention to the considerations of German foreign policy to issue the final verdict in such cases. German courts also pay attention to the goals and interests of the European Union's foreign policy and European values in the decision-making process to give effect to sanctions of foreign origin.

KeyWords: Sanctions, Germany, Jurisprudence, Contractual Obligations.

How to Cite: Baghban Kondori, S, Sadat Meidani, H, "The Approach of German Courts towards the Sanctions with Foreign Origin in Contractual Disputes", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:159-176.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.228002.2257>

Received: 14/07/2022 - Accepted: 14/03/2023

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: s.bk@dr.com

2. Assistant Professor of Law, School of International Relations of Ministry of Foreign Affairs, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رویکرد دادگاه‌های آلمان در مواجهه با تحریم با منشأ خارجی در اختلافات قراردادی

سعید باغبان کندی^۱، حسین سادات میدانی^۲

چکیده

افزایش تحریم‌ها طی دو دهه اخیر مسائل حقوقی متعددی را در اختلافات قراردادی به ویژه نزد دادگاه‌های ملی ایجاد کرده است. روشن است که دادگاه‌های ملی کشور واضع تحریم، در فرایند تصمیم‌گیری، قوانین تحریمی را که از سوی دولت ثالث وضع شده اند، مورد توجه قرار می‌دهند و در صورت تعارض این قوانین با حقوق و تعهدات طرفین دعوی، حکم نهایی را با رعایت قوانین تحریمی داخلی خود تنظیم می‌کنند. با وجود این، این سؤال مطرح است که آیا یک دادگاه می‌تواند در فرایند توصیف، تفسیر و اعمال تعهدات قانونی و قراردادی اصحاب دعوا، قوانین تحریمی با منشأ خارجی را که توسط کشورها یا نهادهای ثالث وضع شده‌اند، در فرایند تصمیم‌گیری خود برای صدور رأی مورد توجه قرار دهند. در این مقاله تلاش شده تا این سؤال حقوقی با مطالعه موردی رویکرد و رویه دادگاه‌های آلمان که روابط قراردادی قابل توجهی با اشخاص ایرانی دارند، بررسی شود. یافته‌های ناشی از بررسی رویه قضایی آلمان نشانگر این است که دادگاه‌های این کشور، در اختلافات قراردادی که در آن‌ها عنصر تحریم با منشأ خارجی وجود دارد، به حقوق بین‌الملل خصوصی و قواعد تعارض قوانین مراجعه نمی‌کنند و مستقیماً از ظرفیت قوانین ماهوی داخلی آلمان استفاده می‌کنند و هم‌زمان برای صدور رأی نهایی در چنین قضایی به ملاحظات سیاست خارجی آلمان توجه ویژه‌ای می‌کنند. دادگاه‌های آلمان همچنین در فرایند تصمیم‌گیری به اهداف و منافع سیاست خارجی اتحادیه اروپا و نیز ارزش‌های اروپایی برای ترتیب اثر دادن به تحریم‌ها با منشأ خارجی توجه می‌کنند.

کلید واژگان: تحریم، آلمان، رویه قضایی، تعهدات قراردادی.

استناد به این مقاله: باغبان کندی، سعید، سادات میدانی، حسین، «رویکرد دادگاه‌های آلمان در مواجهه با تحریم با منشأ خارجی در اختلافات قراردادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۵۹-۱۷۶.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.228002.2257>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۳

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

ایمیل نویسنده مسئول: s.bk@dr.com

۲. استادیار، دانشکده روابط بین‌الملل وزارت خارجه، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

طی دو دهه اخیر، اعمال تحریم از سوی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی افزایش یافته است.^۱ همچنین در کنار مباحث سیاسی، مسائل حقوقی پرشماری مطرح شده است، از جمله اینکه تحریم بر اجرای تعهدات قراردادی و تجاری چه تأثیری دارد.^۲ پر واضح است که تحریم بر اجرای برخی تعهدات قراردادی و تجاری اشخاص و شرکت‌ها تأثیر می‌گذارد و در صورت عدم تعیین تکلیف موضوع در قراردادها با استفاده از قیود تحریم، بی‌تردید می‌تواند موجب مختل شدن اجرای تعهدات قراردادی و تجاری شود. لذا بازیگران عرصه قراردادها، از جمله طرف‌های قرارداد و نیز دادگاه‌ها باید از تأثیر چارچوب‌های قانونی شکل‌گرفته ذیل قوانین تحریمی بر ترتیبات حقوق خصوصی و همچنین از چگونگی تعامل با آن چارچوب‌ها آگاهی داشته باشند. در این زمینه تفکیک بین نظام‌های مختلف حقوقی، داخلی یا خارجی و متعاقباً شناسایی ماهیت تحریم‌های واجد اثر در یک قرارداد، اهمیت بسزایی دارد. برای مثال، وقتی قراردادی ذیل قوانین یکی از دولت‌های عضو اتحادیه اروپا منعقد شده است، رویکرد دادگاه‌های سایر دولت‌های عضو در مواجهه با تحریم‌های وضع‌شده توسط ایالات متحده یا اتحادیه اروپا، متفاوت از رویکرد دادگاه‌های آن دولت در مواجهه با تحریم‌های داخلی خود در ارتباط با آن قرارداد خواهد بود.

در این راستا، قراردادهایی که در پرتو حقوق آلمان منعقد می‌شوند، نیز می‌توانند تحت تأثیر تحریم‌هایی قرار گیرند که خارج از آلمان و توسط دولت‌های ثالث یا سازمان‌های چندجانبه وضع می‌شوند. در این پژوهش پس از بررسی تأثیر منشأ تحریم بر رویکرد دادگاه‌ها در فرایند رسیدگی به اختلاف قراردادی و نیز ارزیابی قابلیت اعمال تحریم‌ها با منشأ خارجی در اختلافات قراردادی، بررسی می‌شود که دادگاه‌های آلمان در این خصوص در چارچوب رویه قضایی موجود چه رویکردی دارند. البته پیش از بررسی آثار تحریم‌ها بر قراردادها در پرتو رویه قضایی دادگاه‌های آلمان، لازم است شرایطی معرفی شوند که ذیل آن دادگاه‌ها می‌توانند به محدودیت‌های ناشی از نظام‌های تحریمی ترتیب اثر بدهند. در مرحله اول تعیین رابطه میان قانون کشور واضع تحریم و قانون حاکم بر قرارداد اهمیت دارد.^۳ این رابطه می‌تواند در چهار حالت مختلف ظاهر شود: اول اینکه تحریم می‌تواند بخشی از «قانون ماهوی»^۴ قابل اعمال باشد؛ دوم اینکه، تحریم می‌تواند ذیل قانون مقر دادگاه یا داوری^۵ الزام‌آور باشد؛ سوم اینکه، امکان دارد تحریم توسط کشوری که قرار است تعهدات قراردادی در آن اجرا شود، وضع شده باشد؛ چهارم اینکه، تحریم در هیچ‌یک از چهار حالت فوق قرار نگیرد، اما همچنان با اختلاف مطروحه، ارتباط داشته باشد. اگر تصمیم‌گیرندگان در یک اختلاف قراردادی «رویکرد مبتنی بر داده‌های پرونده»^۶ را اتخاذ کنند و با تحریم‌ها به‌عنوان وقایع پیرامونی پرونده برخورد کنند، حالت‌های بعدی مطرح نخواهند شد. با وجود این، اتخاذ رویکرد مبتنی بر قانون نیازمند بررسی‌های بیشتری هستند. نقطه شروع مهم برای انجام «بررسی مبتنی بر هنجارهای قانونی»، شناسایی یک تحریم یکجانبه به‌عنوان قاعده امری است. تقریباً می‌توان گفت که ماهیت چنین ممنوعیت‌هایی آمره است؛ حتی با توجه به اهمیت اهداف سیاست خارجی دولت که تحریم‌های مرتبط بر مبنای آن‌ها وضع می‌شوند، می‌توان گفت که این نوع ممنوعیت‌ها نسبت به دیگر قواعد امری جایگاه بالاتری دارند و صرف‌نظر از قوانین حاکم بر معاملات، قابل اعمال هستند. باین حال، در سطح بین‌المللی اجماعی در خصوص تعریف واحد از قواعد امری از این قسم و متعاقباً پیامدهای این

¹. Felbermayr, G., Kirilakha, A., Syropoulos C., Yalcin, E and Yotov, Y., *The Global Sanctions Data Base: Mapping international sanction policies from 1950-2019*, 2021; Tamás, S., *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Bloomsbury Publishing, 2020; Azaredo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales*, Kluwer, 2014.

². Beaucillon, C., *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing, 2021.

³. Azaredo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales*, Kluwer, 2014, pp 106-126.

⁴. Substantive Law

⁵. Lex fori

⁶. Datu

نوع قواعد وجود ندارد.

برای پاسخ به سؤال اصلی مقاله مبنی بر اینکه دادگاه آلمانی در فرایند توصیف، تفسیر و اعمال تعهدات قانونی و قراردادی اصحاب دعوا، چگونه قوانین تحریمی وضع شده توسط کشورها یا نهادهای خارجی را مورد توجه قرار دهند؟ فرضیه پژوهشگران این است که دادگاه‌های آلمان در فرایند رسیدگی به تحریم‌های خارجی ترتیب اثر می‌دهند. باوجوداین، در پایان این فرضیه اثبات نشد، چون این دادگاه‌ها در اکثر موارد ملاحظات مربوط به سیاست خارج آلمان را به صورت مورد به مورد مد نظر قرار می‌دهند و لزوماً به تحریم‌های خارجی در فرایند رسیدگی ترتیب اثر نمی‌دهند.

۱. رویکرد دادگاه در خصوص محل وضع تحریم: اولویت هنجارهای قانونی یا داده‌ها پرونده

اعمال تدابیر تحریمی می‌تواند اجرای برخی تعهدات قراردادی را برای یک یا چند طرف قرارداد دشوار کند. این وضعیت زمانی رخ می‌دهد که یکی از طرف‌های قرارداد در معرض تحریم قرار گرفته باشد. در حقوق بین‌الملل خصوصی، تحریم‌های اقتصادی «قواعد امری مرجح»^۱ محسوب می‌شوند. از این رو، این تحریم‌ها استقلال طرف‌های قرارداد را متأثر می‌کنند. برخی معتقدند که می‌توان هنجارهای موجود در چارچوب حقوق عمومی دولت مقر دادگاه و نیز «قانون حاکم بر دعوی»^۲ آن دولت را در یک قضیه اعمال کرد؛ این در حالی است که برخی دیگر بر این نظرند اعمال قواعد حقوق عمومی کشور خارجی در نظام حقوقی داخلی کشور دیگر در صورتی مجاز است که میان قاعده خارجی اعمالی از سوی کشور خارجی و قضیه مطروحه نزد دادگاه یک «ارتباط خاص»^۳ وجود داشته باشد. باین حال، این ارتباط خاص توسط صاحب‌نظران مختلف به اشکال گوناگون تعریف شده است و درباره آن اجماع وجود ندارد.

در این خصوص باید گفت تدابیر تحریمی وضع شده از سوی شورای امنیت ملل متحد و اتحادیه اروپا بدون شک موجب تهدد حقوقی برای دولت‌های عضو اتحادیه اروپا است و لذا باید نزد تمامی دادگاه‌ها داخلی دولت‌های عضو و نیز داوری‌های بین‌المللی به عنوان نظم عمومی فراملی در نظر گرفته شوند. در مواردی که تحریم‌ها توسط قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد یا در چارچوب قانون ماهوی کشوری وضع شده باشد که قانون آن کشور حاکم بر قرارداد است، تکلیف قابلیت اعمال آن تحریم‌ها تا حدود زیادی روشن است و معمولاً لازم‌الاتباع هستند.

برخلاف تحریم‌های وضع شده توسط نهادهای بین‌المللی که معمولاً در فرایند رسیدگی دادگاه‌ها اثر گذارند، با این حال زمانی که ممنوعیت خارجی یا تحریم توسط یک دولت خارجی وضع شده است، ماهیت قانونی آن ممنوعیت برای دادگاه اهمیت زیادی خواهد داشت. مواجهه با تدابیر تحریمی یک‌جانبه پیچیدگی‌های بیشتری دارد و اعمال فراسرزمینی این تحریم‌های یک‌جانبه در دعوی مطروحه نزد دادگاه‌ها قاعده‌مند نیست. برای نمونه در قضیه Sensor در سال ۱۹۸۲، یک شرکت هلندی با استناد به فرس‌ماژور ناشی از اعمال تحریم‌های ایالات متحده، از ایفای تعهدات قراردادی خود استنکاف کرد؛ در این قضیه دادگاه هلندی قانون هلند را بر قرارداد حاکم دانست؛ دادگاه اعلام کرد که تحریم‌های ایالات متحده اصولاً می‌توانند به عنوان دلیلی برای بروز فورس‌ماژور برای طرف قرارداد تلقی شوند، اما در آن قضیه از آنجایی که ایالات متحده صلاحیت وضع تحریم‌های فراسرزمینی الزام‌آور را علیه شرکت‌های اروپایی نداشت، دادگاه در رأی خود به تدابیر تحریمی ایالات متحده ترتیب اثر نداد.^۴ باین حال در آوریل سال ۲۰۲۰ این دادگاه اعلام کرد که تحریم‌های

1. Overriding Mandatory Rules

2. Lex causa

3. Special Connection

4. 'Note: Extraterritorial Subsidiary Jurisdiction', (1987) 50 Law & Contemp Probs 71, 74; President District Court, The Hague. 17, September 1982, (1982) 22 International Legal Materials 66.

فراسرزمینی ایالات متحده متضمن وصف فورس‌ماژور نیست.^۱ از این رو باید اذعان کرد که در حوزه چگونگی مواجهه دادگاه‌ها مختلف با تحریم‌های یک‌جانبه پیچیدگی‌های قابل توجهی وجود دارد.

علاوه بر این، دادگاه‌ها به شرط اینکه ارتباط نزدیکی میان ممنوعیت‌های خارجی از جمله تحریم‌ها با محتوای پرونده وجود داشته باشد، به آن ممنوعیت‌ها به‌عنوان داده‌های اثرگذار بر پرونده توجه می‌کنند؛ این «رویکرد مبتنی بر داده‌های پرونده»^۲ است. در سوی دیگر این سؤال‌ها مطرح می‌شود که آیا دادگاه‌ها باید تحریم‌ها را یک الزام حقوقی بدانند؟ آیا دادگاه باید از منظر «هنجارهای قانونی»^۳، امکان اعمال آن تحریم‌ها را در فرایند تصمیم‌گیری از طریق قواعد تعارض قوانین بررسی کند و سپس در خصوص ترتیب اثر دادن یا ندادن به آن تحریم‌ها تصمیم بگیرد؟

اگر به این موضوع به‌طور کلی از منظر قواعد امری مرجح خارجی نگریسته شود، تفاوت‌ها چندان به نظر نمی‌رسد.^۴ باین حال اهمیت چنین تفکیکی زمانی مشخص می‌شود که تحریم‌های یک‌جانبه به‌طور خاص علیه دولت مقرر دادگاه وضع شده‌اند، یا اینکه دولت مقرر دادگاه برای آن تحریم‌ها اعتباری قائل نیست، و یا اینکه دولت مقرر دادگاه آن تحریم‌ها را معتبر می‌داند، اما براساس قانون ماهوی حاکم بر دعوا که توسط طرف‌های قرارداد انتخاب شده است، در فرایند رسیدگی به این تحریم‌ها ترتیب اثر نمی‌دهند. اگر دادگاه‌ها مجبور به اعمال مکانیکی ممنوعیت خارجی نباشند و در این رابطه برای انتخاب «رویکرد مبتنی بر داده‌های پرونده» و یا «رویکرد مبتنی بر هنجارهای قانونی» مخیر باشند، ماهیت آرای صادره می‌تواند متفاوت باشد. در واقع برای تعیین اعتبار یک قرارداد، دسته‌بندی قواعد امری مرجح یا ممنوعیت‌های خارجی، به‌عنوان «داده» یا «هنجار قانونی»، از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ به‌ویژه زمانی که طرف‌های قرارداد از طریق انتخاب قانون ماهوی، قانون مقرر دادگاه یا دیگر ابزارها، درصد دور زدن حقوقی قوانین تحریمی برمی‌آیند. برخی حقوق دانان بر این باورند که وقتی ممنوعیت یا تحریم پس از انعقاد قرارداد و در حین اجرای قرارداد برقرار می‌شود، مناسب است دادگاه با چنین ممنوعیتی به‌عنوان «داده‌های پرونده» برخورد کند تا اینکه آن را به مثابه قانون لازم‌الاتباع در نظر بگیرند.^۵ البته معلوم نیست که چنین تفکیکی به‌عنوان یک قاعده جهانی موردقبول واقع شده باشد؛ باین حال، برخی صاحب‌نظران دیگر معتقدند از لحاظ نظری «رویکرد مبتنی بر هنجارهای قانونی» بهتر به نظر می‌رسد.^۶

دادگاه‌ها برای ترتیب اثر دادن به محدودیت‌های ناشی از نظام‌های تحریمی شرایطی را در نظر می‌گیرند. در مرحله اول تعیین رابطه میان قانون کشور واضع تحریم و قانون حاکم بر قرارداد مهم است.^۷ این رابطه ممکن است در چهار حالت مختلف ظاهر شود: اول اینکه تحریم امکان دارد بخشی از قانون ماهوی^۸ قابل اعمال باشد یا به بیان دیگر تحریم توسط دولت مقرر دادگاه وضع شده باشد؛ دوم اینکه، تحریم ممکن است توسط دولت مقرر دادگاه یا داوری وضع نشده باشد، اما بر اساس قانون دولت مقرر دادگاه یا داوری^۹ الزام‌آور تلقی شود؛ سوم اینکه، امکان دارد تحریم توسط کشوری که قرار است

^۱. Payesh Gostaran Pishro Ltd v Pipe Survey International CV and P&L Pipe Survey, (2020), Court of Rotterdam, Case No C / 10/572099 / HA ZA 19-352.

^۲. Datum Theory

توجه به قوانین خارجی در سطح ارزیابی ماهوی پرونده اغلب در چارچوب نظریه داده مورد بحث قرار می‌گیرد. نظریه داده روشی است برای در نظر گرفتن هنجارهای خارجی در سطح حقوق ماهوی، صرف نظر از قوانین حاکم داخلی. جهت مطالعه در این خصوص رک:

Kinsch, P., *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994, p 383.

^۳. Legal Norm

^۴. Bermann, G., "Mandatory Rules of Law in International Arbitration". in F Ferrari and Kröll S, Conflict of Laws in International Commercial Arbitration. New York: JurisNet, 2019, p 525.

^۵. Brunner, C. J. H. "Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration," *Kluwer Law International* 168, 2008; Barraclough, A. & Waincymer, J. "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration," *Melbourne Journal of International Law* 6, 2005, p 217.

^۶. Azaredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales*. Netherlands: Kluwer, 2014, pp 47-48.

^۷. Ibid, pp 106-126.

^۸. Substantive Law

^۹. Lex fori

تعهدات قراردادی در آن اجرا شود، وضع شده باشد و چهارم اینکه، تحریم در هیچ‌یک از چهار حالت فوق قرار نگیرد، اما همچنان با دعوای مطرح‌شده نزد دادگاه، ارتباط داشته باشد. اگر تصمیم‌گیرندگان در یک اختلاف قراردادی «رویکرد مبتنی داده‌های پرونده» را اتخاذ کنند و با تحریم‌ها به‌عنوان «وقایع پیرامونی» پرونده برخورد کنند، موضوعات متعاقب مطرح نخواهند شد. باوجوداین، اتخاذ «رویکرد مبتنی بر هنجارهای قانونی» نیازمند بررسی بیشتر هستند؛ نقطه شروع مهم برای انجام این نوع بررسی، شناسایی یک تحریم یک‌جانبه به‌عنوان «قاعده امری» است. تقریباً می‌توان گفت که ماهیت چنین ممنوعیت‌هایی امری است؛ حتی با توجه به اهمیت اهداف سیاست خارجی دولت که تحریم‌ها را بر مبنای آن وضع می‌کنند، می‌توان گفت که این نوع ممنوعیت‌ها نسبت به دیگر قواعد امری جایگاه بالاتری دارند و صرف‌نظر از قوانین حاکم بر قرارداد، قابل‌اعمال هستند. بااین‌حال هنوز در سطح بین‌المللی اجماعی برای ارائه یک تعریف واحد از قواعد امری از این قسم و متعاقباً پیامدهای این نوع قواعد وجود ندارد.

۲. رویکرد دادگاه‌های آلمان با تحریم‌های وضع‌شده توسط دولت خارجی

برخی از کشورها و به‌طور ویژه کشور آلمان، سابقه‌ای طولانی در ترتیب اثر دادن به قواعد امری مرجع خارجی، از جمله تحریم‌های اقتصادی وضع‌شده توسط سایر کشورها، در سطح قانون ماهوی خود دارند. پیش از تأسیس اتحادیه اروپا و تصویب قواعد مشترک حل تعارض قوانین، در رویه قضایی آلمان مشخص نبود که تا چه میزان تحریم‌های اقتصادی خارجی می‌توانند در قلمرو صلاحیتی آلمان اعمال شوند.

برخی از آرای صادرشده توسط دادگاه‌های کشور آلمان نشان می‌دهند که این دادگاه‌ها در صورتی قواعد امری مرجع خارجی را اعمال می‌کنند که قید نظم عمومی به‌عنوان بخشی از قانون قابل‌اعمال بر دعوا احراز شده باشد. این مسئله در قضیه‌ای مربوط به قرارداد فروش گاو میان دو شهروند اتریشی در سال ۱۹۲۱ مطرح شد؛ در این قضیه هرچند فروش گاو می‌توانست ممنوعیت صادرات وضع‌شده از سوی هلند را نقض کند، اما دادگاه عالی آلمان با در نظر گرفتن قید نظم عمومی ملی آلمان ذیل ماده ۳۰ «قانون مدنی آلمان»^۱ و همچنین مشکلات آلمان برای تأمین مواد غذایی که ناشی از محاصره آلمان طی جنگ جهانی اول بود، به ممنوعیت موجود از سوی هلند در رسیدگی به دعوای مطرح‌شده ترتیب اثر نداد.^۲ این رأی در مورد تعیین قانون قابل‌اعمال بر دعوا بود^۳ که در آن دادگاه عالی آلمان^۴ محدودیت‌های مقرر در قانون قابل‌اعمال بر دعوا در مورد مبادلات خارجی، از جمله مقررات مبادلات خارجی روسیه یا مقررات مبادلات خارجی اتریش، را درخصوص قرارداد وام منعقدشده میان طرفین قرارداد نافذ اعلام کرد؛ در آن قضیه قانون اتریش حاکم بود.^۵ بااین‌حال باید گفت که پیش‌تر «نظریه ارتباط نزدیک»^۶ در ادبیات حقوقی آلمان قالب بود که این مانع از اعمال خودکار قواعد قانون عمومی خارجی یا محدودیت‌های اعمالی کشور خارجی به‌عنوان بخشی از قانون حاکم در آلمان می‌شد.

در آن زمان وقوع جنگ جهانی اول اجرای قراردادهای پرشماری را تحت تأثیر قرار داد. در طول جنگ جهانی اول بریتانیا

¹ Introductory Act to the Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 2494, last amended by Article 2 of the Act of 25 June 2021 (Federal Law Gazette I p. 2133); Article 240 last amended by Article 10 of the Act of 22 December 2020 (Federal Law Gazette I, p. 3328).

² Reichsgericht, 21.10.1921, II. Zivilsenat, II 245/21, Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht, 33, Kiel: Gedruckt bei Schmidt & Klaunig, 1924, p 452.

³ Großfeld B. and Junker A., *Das CoCom im internationalen Wirtschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, p 112.

⁴ Reichsgericht, Urteil vom, 1.7.1930, VII 643/29. – *Wirtschaft und Recht*, 5, 15 Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts, 1930, p 49; Reichsgericht, Urteil vom, 28.5.1936 – IV 272/35, 10 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1936, pp 385-387.

⁵ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, 2. ZS, Urteil vom 1.4.1954 – 3 U 7/53, 163 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1954 and 1955, pp 464–66.

⁶ Sonderanknüpfungstheorie

ذیل «قانون تجارت با دشمن»، کالاهای موجود در کشتی‌های آلمانی را توقیف می‌کرد.^۱ دادگاه‌های بریتانیا آرای متعددی را در چنین قضایایی صادر کردند. در این اثنا معمولاً ممنوعیت‌های مربوط به تجارت خارجی از طریق قواعد ماهوی حقوق قرارداد آلمان اعمال می‌شدند. از این رو «قانون تجارت با دشمن» بریتانیا نمی‌توانست به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا توسط دادگاه‌های آلمانی در فرایند رسیدگی اعمال شود، اما در عوض پیامدهای «قانون تجارت با دشمن» بریتانیا به‌عنوان «داده‌های پرونده»، در فرایند رسیدگی مورد توجه دادگاه‌های آلمان قرار گرفت. در واقع قانون بریتانیا با نظم عمومی آلمان تعارض داشت؛ از این رو «قانون تجارت با دشمن» به‌عنوان مانعی جهت ایفای قرارداد ذیل قانون آلمان^۲ تلقی شد. بر اساس این رویکرد، دادگاه‌های آلمانی برای قوانین خارجی از جمله ممنوعیت‌ها، هیچ‌گونه اعتبار هنجاری قائل نشد، اما واقعیت‌های ناشی از پیامدهای قانون خارجی را که منجر به غیرممکن شدن ایفای قرارداد می‌شد، شناسایی کرد.^۳ این قضایا نشان می‌دهد که مدنظر قرار دادن قانون خارجی به‌عنوان قانون ماهوی، لزوماً به منافع دولت‌های طرف قرارداد یا به ارزش‌های مقرر توسط هنجارها ارتباطی ندارد؛^۴ در واقع دادگاه باید قانون خارجی را به علت پیامدهایی که بر روابط قراردادی طرف‌ها دارد، اعمال کند.^۵ لذا سؤالی که باید به آن پاسخ داده شود، این است که آیا آن هنجار اقتضا می‌کند آن قانون در دعوا اعمال شود یا خیر و یا دولت واضع قانون یا ممنوعیت صلاحیت لازم برای اجرای مقررات مربوطه را دارد یا نه.^۶

در همین رابطه، دادگاه عالی آلمان در رأی خود در قضیه دیگری اشعار داشت که با توجه به قانون وضع شده توسط فرماندار جزایر فالکلند مبنی بر منع صادرات روغن نهنگ و از سوی دیگر لزوم تحویل این کالا به بریتانیا، ایفای تعهدات قرارداد غیرممکن شده است.^۷ لذا دادگاه، قانون جزایر فالکلند را در سطح قانون ماهوی آلمان مدنظر قرار داد. در قضیه دیگر که مربوط به قرارداد میان شرکت آلمانی و انگلیسی برای تأمین عصاره کبراجو بود، دادگاه عالی آلمان پذیرفت که وقوع جنگ جهانی اول اجرای قرارداد را ذیل قانون آلمان ناممکن کرده است؛^۸ در این قضیه دادگاه عالی آلمان به تصمیم دادگاه استیناف اشاره و اعلام کرد که «قانون تجارت با دشمن» بریتانیا، به‌عنوان قانون قابل اعمال بر دعوا، قابلیت اعمال ندارد؛ هرچند در این قضیه دادگاه «رویکرد مبتنی بر قانون» را اتخاذ نکرد، اما چون براساس «داده‌های پرونده»، ایفای تعهدات غیرممکن بود، «قانون تجارت با دشمن» بریتانیا را به‌عنوان مانعی در ایفای تعهدات از منظر قانون آلمان مدنظر قرار داد؛ دادگاه آلمان اعلام کرد که در آن قضیه نمی‌توانست قانون بریتانیا را نادیده بگیرد. همچنین در یک قضیه دیگر که مربوط به قراردادی جهت فروش روغن کتان بود، فروشنده محموله را به خریدار تحویل نداده بود؛ علت استنکاف این

^۱. Mankowski, P., "Drittstaatliche Embargonormen, Außenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall (zu Cour d'appel de Paris, 25.2.2015 – 12/23757)", 36 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2016, pp 485-490; Mankowski, P. "Deutscher Versicherer und das US-Embargo gegen Iran – ein kleines Lehrstück zu ausländischen Eingriffsnormen" *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2015, p 406.

^۲. Civil Code of August 18, 1896. (n.d.). § 275 BGB. Exclusion of the obligation to perform. In *Law of Obligations: Book 2, Section 1, Title 1*.

^۳. Lehmann, R., *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht* Frankfurt: Peter Lang, 1986, p 59; Zimmer, D., "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen" 13 *IPRax*, 1993, pp 67–68.

^۴. Zimmer, D., "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen" 13 *IPRax*, 1993, pp 67–68.

^۵. Ibid.

^۶. Ibid.

^۷. Reichsgericht, Urteil vom, 13.11.1917- II 167/17, RGZ 91, Verpflichtung des Verkäufers zur Bereitstellung von Ersatz, 1917, p 260.

^۸. Reichsgericht, Urteil vom, 28.06.1918- II. 86/18, RGZ 93, 1918, pp 182–185.

بود که فروشنده این محصول را از کشور سوئد تأمین می‌کرد و پس از انعقاد قرارداد میان خریدار و فروشنده، سوئد صادرات روغن کتان را ممنوع اعلام کرد.^۱ هرچند دادگاه عالی آلمان اعلام کرد که پس از وضع آن ممنوعیت، اجرای قرارداد وصف قانونی خود را از دست داده است، اما با وجود این تصریح کرد که این قرارداد اصل «اخلاق حسنه» و نیز ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمان را که تنها بر ممنوعیت‌های مقرر توسط قانون آلمان قابل اعمال است، نقض نمی‌کند. دادگاه عالی اعلام کرد که دادگاه‌های آلمان نمی‌توانند از ممنوعیت‌های صادرات وضع شده از سوی دولت‌های خارجی در طول جنگ حمایت کنند که مغایر با منافع آلمان هستند. باین‌حال، از فروشنده انتظار نمی‌رود که کالاها را در خاک آلمان تحویل دهد، چون پیامدهای ممنوعیت صادرات کشور سوئد این اجازه را نمی‌دهد. در قضیه‌ای دیگر مقامات انگلیسی یک کشتی حامل اقلام خاص را به بندر هدایت و کالاهای آن را توقیف کردند. در آن قضیه دادگاه عالی آلمان ایفای تعهدات ذیل قرارداد را غیرممکن اعلام کرد.^۲ دادگاه اشعار داشت که این ممنوعیت‌های وضع شده توسط بریتانیا به عنوان مقررات متعارض با قانون آلمان از قبل و در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته و این مقررات مشابه ممنوعیت صادرات بوده‌اند. علاوه بر این، در قضیه‌ای دیگر ممنوعیت صادرات روسیه بر غلات، که در آلمان از لحاظ قانونی لازم‌الاتباع نبود، توسط دادگاه عالی ماربینور در آلمان در سطح قانون ماهوی آلمان تلقی شد و دادگاه بر اساس آن عدم امکان ایفای تعهدات را توسط فروشنده تأیید کرد.^۳ این قضا با نشان می‌دهند تحریم‌های اقتصادی که توسط کشورهای خارجی وضع می‌شدند و منافع دولت آلمان را به عنوان مقرر دادگاه نقض می‌کردند، می‌توانستند همچنان در فرایند رسیدگی توسط دادگاه به عنوان «داده‌های پرونده» واجد اثر تلقی شوند. لذا نمی‌توان از آثار پیامدهای تحریم‌های اقتصادی خارجی غافل شد، حتی اگر این تحریم‌ها مغایر با منافع دولت محل استقرار دادگاه باشند؛ البته این مشروط به این است که کالاهای موضوع قرارداد در قلمرو دولت واضع تحریم قرار داشته باشد که بر اساس آن قدرت اجرای ممنوعیت را از جمله از طریق ضبط کردن کالاها داشته باشد.^۴

لذا در آن رأی دادگاه فدرال مقرر کرد که اصل عدم اعمال حقوق عمومی خارجی^۵ در قلمرو صلاحیتی آلمان، حداقل در مواردی که هنگام حقوق عمومی خارجی مربوط به اهداف سیاسی و اقتصادی دولت واضع ممنوعیت یا تحریم است و ارتباطی به ایجاد تعادل میان منافع اشخاص خصوصی ندارد، شایسته است که تا حدودی در فرایند رسیدگی مورد توجه قرار گیرند. در قضیه‌ای دیگر دادگاه ضمن ارجاع به قضایی که در آن دولت واضع ممنوعیت صلاحیت و قدرت واقعی برای اجرای قانون عمومی خود را در کنار تعدیل منافع خصوصی داشت، قابلیت اعمال استثنایی هنگامی حقوق عمومی خارجی را بررسی کرد؛^۶ این رویکرد اساساً «تئوری قدرت»^۷ را وارد رویه قضایی آلمان کرد. در این خصوص رأی دادگاه فدرال آلمان در سال ۱۹۵۹ یک رویه قضایی محدودکننده ایجاد کرد؛ دادگاه از این طریق مانع از ورود قواعد امری مرجح

^۱. Reichsgericht, Urteil vom, 22.11.1916- II 265/16, 460 Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot), 1917, p 460.

^۲. Reichsgericht, Urteil vom, 20.09.1918- II 137/18, 217 Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, 1918, p 323.

^۳. Marienwerder Oberlandesgericht, 14.10.1892, 20 Journal de droit international privé, 1892:p 908.

^۴. Basedow, J., "Private Law Effects of Foreign Export Controls", 27 German Yearbook of International Law, 1984, pp 109-139.

^۵. Bundesgerichtshof, Urteil vom, 17.12.1959, Az: VII ZR 198/58, BGHZ 31, 367, 371, 1959, pp 367-371; Behr. A., *Deutsche Unternehmen und der Israel-Boycott*, Verlag Recht und Wissenschaft, 1994, pp 92-93; Anderegg, K., *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 1989, pp 9-18; Großfeld B. and Junker A., *Das CoCom im internationalen Wirtschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, p 112; Bundesgerichtshof, Urteil vom, 19.4.1962 – VII ZR 162/60, 1962/63. 163 Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des International Privatrechts, 1965, p 523.

^۶. BGH, Urteil vom 16.4.1975. – I ZR 40/73, BGHZ 64, 183, NJW 1975, p 1220; Bundesgerichtshof, Urteil vom, 17.11.1994 – III ZR 70/93, DtZ, 1995, p 250.

^۷. Machttheorie

خارجی، که ماهیت آنها در حوزفل حقوق عمومی است، به حوزه تعارض قوانین شد؛ بر این اساس اعلام شد که یک نظام تعارض قوانین برای هنجارهای حقوق عمومی خارجی وجود دارد.^۱ هرچند آرای بعدی دادگاه‌های آلمان از جمله تصمیمات دادگاه فدرال، حکم به عدم اعمال قواعد حقوق عمومی خارجی دادند،^۲ اما دادگاه‌های آلمان به‌طور کلی امکان اعمال هنجارهای حقوق عمومی خارجی را در فرایند رسیدگی رد نکرده‌اند؛ از این رو دادگاه‌های آلمان مجبور بودند که راه دیگری را انتخاب کنند.

شایان گفتن است که در نظام حقوقی آلمان به قواعد امری مرجح خارجی از طریق مقررات ماهوی قانون قرارداد آلمان ترتیب‌بندی داده می‌شود. این امر اصولاً از دو طریق انجام می‌شود:^۳ اول اینکه نقض قانون خارجی ذیل ماده ۱۱۳۸ (۱) قانون مدنی آلمان غیراخلاقی تلقی شود؛ و دوم اینکه داده‌های ناشی از پیامدهای ممنوعیت خارجی یک مانع^۴ برای ایفای تعهدات ایجاد کند که منجر به غیرممکن شدن^۵ (مواد ۲۷۵، ۳۰۷، ۲۸۱، ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی آلمان) یا انتفای^۶ هدف قرارداد شود.^۷

۲.۱. توجه دادگاه‌های آلمان به تحریم‌های خارجی از طریق قانون ماهوی آلمان

در قضیه براکس^۸ دادگاه فدرال آلمان ممنوعیت‌های وضع‌شده توسط ایالات‌متحده بر فروش کالا به بلوک شرق را از طریق قانون ماهوی مدنظر قرارداد. در آلمان محصولی با عنوان براکس از مواد پایه‌ای با عنوان راسوریت تولید می‌شد که از ایالات‌متحده وارد می‌شدند. مقامات ایالات‌متحده به شرطی که این محصول به کشورهای سوسیالیست ارسال نشود، یک فقره مجوز صادرات صادر کردند. لازم به گفتن است که در آن زمان هدف از کنترل صادرات راسوریت و مشتقات آن، محدود کردن رشد تسلیحات بلوک شرق بود. فروشنده متعهد شده بود که براکس را برای خریدار ارسال کند؛ هم خریدار و هم فروشنده تجاری اتباع آلمان غربی بودند و قانون آلمان بر آن قرارداد حاکم بود؛ هر دو طرف از مقصد نهایی براکس که آلمان شرقی بود آگاه بودند، اما توافق کرده بودند که دانمارک را به‌عنوان مقصد معرفی کنند تا از این طریق قصد خود را مخفی کنند. با وجود این، فروشنده از تأمین محصول استنکاف کرد؛ از این رو خریدار دعوای خسارت اقامه کرد. دادگاه فدرال دعوای رد کرد؛ چون قرارداد «اخلاق حسنه» را نقض کرده بود؛ طرف‌ها به شیوه‌ای متقابلانه قصد دور زدن ممنوعیت مقرر شده را داشتند. دادگاه قرارداد را با استناد به ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان، باطل و بی‌اثر اعلام کرد. در ادامه به علت ماهیت غیراخلاقی اقدامات طرفین قرارداد، دادگاه محدودیت صادرات وضع‌شده از سوی ایالات‌متحده را در فرایند رسیدگی مدنظر قرار داد؛ دادگاه فدرال به رویکرد تعارض قوانین اتکا نکرد، اما در عوض به غیراخلاقی بودن اقدام طرف‌ها ذیل قانون آلمان به‌عنوان قانون حاکم بر دعوای استناد کرد.^۹

علت این رویکرد دادگاه فدرال آلمان، تداخل منافع ایالات‌متحده و آلمان با یکدیگر تداخل پیدا کرد. دادگاه فدرال در

^۱ Bundesgerichtshof, Urteil vom, 17.11.1994 – III ZR 70/93, DtZ, 1995, p 395.

^۲ Bundesgerichtshof, Urteil vom, 28.01.1965 – Ia ZR 273/63, 1965; Bundesgerichtshof, Urteil vom, 16.4.1975 – I ZR 40/73, 64 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 183, NJW, 1975:p 1220.

^۳ Großfeld B. and Junker A., *Das CoCom im internationalen Wirtschaftsrecht*. Tubingen: Mohr Siebeck, 1991, pp 100–101.

^۴ Leistungshindernis

^۵ Unmöglichkeit

^۶ Wegfall der Geschäftsgrundlage

^۷ Bundesgerichtshof, Urteil vom 08.02.1984 – VIII ZR 254/82, *RabelsZ*, 1989, p 146; Baum, H., “Anmerkung: Faktische und potentielle Eingriffsnormen”, 53 *RabelsZ*, 1989, p 152.

^۸ Bundesgerichtshof, Urteil vom, 21.12.1960 – VIII ZR 1/60, NJW, 1961, p 822.

^۹ Basedow, J., *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2013, p 329.

رأی خود به استدلال‌های مربوط به سیاست خارجی آلمان اشاره کرد. هرچند دادگاه آلمان آشکارا به ممنوعیت صادرات ایالات متحده ترتیب اثر نداده بود، اما به غیراخلاقی بودن اقدامی که علیه جامعه انجام شده بود، از جمله اقدامی که ناقض منافع جامعه می‌شد، استناد کرد.^۱ در آن زمان هدف از تحریم‌های ایالات متحده این بود که از طریق محدود کردن صادرات کالاهای غربی توانایی‌های جنگی بالقوه بلوک شرق را مهار کند. به زعم ایالات متحده این تحریم‌های جامع موجب حفظ صلح و استقرار نظم لیبرال کشورهای غربی می‌شد. این تدابیر نه تنها منافع ایالات متحده را ارتقا می‌داد، بلکه منافع تمامی کشورهای لیبرال غربی از جمله جمهوری فدرال آلمان را نیز تأمین می‌کرد. لذا این تحریم‌ها حافظ منافع حیاتی جامعه بود. هرکسی که فریبکارانه علیه این منافع به دنبال کسب منفعت شخصی بود، در واقع اقدامی غیراخلاقی انجام داده بود. آن‌هایی که اقدامات فریبکارانه انجام می‌دادند، تنها منافع مالی خود را تأمین می‌کردند و نیاز جامعه در جهت آزادی و صلح را نادیده می‌گرفتند. از این رو در رأی دادگاه فدرال آلمان، تحریم‌های اقتصادی خارجی در سطح قانون ماهوی آلمان در نظر گرفته شد. همچنین دادگاه در آن قضیه پیامدهای ناشی از بی‌اخلاقی را در پرتو قانون ماهوی آلمان در نظر گرفت. آن رأی می‌توانست به گونه‌ای تفسیر شود که گویی دادگاه فدرال آلمان تحریم‌های ایالات متحده را به صورت مستقیم اعمال نکرده، بلکه نظم عمومی دولت محل استقرار دادگاه را اعمال کرده است.^۲ پس از جنگ جهانی دوم، ایالات متحده تحریم‌های وسیع‌تری را از طریق ابزارهای مختلف وضع کرد تا متحدان اروپایی خود را ملزم به پیروی از محدودیت‌های تجاری ایالات متحده کند. این در حالی بود که کشورهای اروپایی رویکردهای سهل‌انگارانه‌تر را در قبال این محدودیت‌ها ترجیح می‌دادند.^۳

دادگاه فدرال اندکی بعد در قضیه اسید بوریت از استدلال‌های مطروحه در رأی بوراکس استفاده کرد، هرچند واقعیت‌های این دو پرونده اندکی با هم تفاوت داشت. در آن قضیه یک شرکت آمریکایی و یک شرکت آلمانی برای فروش ۵۰۰ تن اسید بوریت^۴ قراردادی منعقد کرده بودند؛^۵ انتقال کالاها از لس‌آنجلس به هامبورگ تحت پوشش بیمه بود؛ با این حال، اسید بوریت مشمول محدودیت‌های تجاری ایالات متحده می‌شد؛ خریدار به مقامات ایالات متحده اعلام کرد که از این مواد در آلمان غربی استفاده خواهد کرد؛ با وجود این هدف اصلی خریدار ارسال محموله به لهستان بود. از این رو مقامات ایالات متحده مجوز صادرات را تعلیق و کالاها را توقیف کردند. سپس شرکت بیمه به سبب عدم پرداخت مبلغ بیمه برای اتلاف کالاها به سبب توقیف، تحت پیگرد قرار گرفت. دادگاه فدرال آلمان به رأی دادگاه در قضیه براکس استناد و دوباره بر استدلال‌های مربوط به سیاست خارجی آلمان تأکید کرد.^۶ در آن شرایط محدودیت‌های صادرات ایالات متحده با هدف مهار توان تسلیحاتی بالقوه بلوک شرق و حفظ صلح و نظم لیبرال غرب اعمال شده بود و علاوه بر منافع ایالات متحده، منافع کشورهای غربی از جمله جمهوری فدرال آلمان را نیز تأمین می‌کرد. دادگاه اعلام کرد که چنین قرارداد بیمه‌ای با حس نجات کسانی که منصفانه و عادلانه فکر می‌کنند، مغایرت دارد. دادگاه تکرار کرد که افرادی که تحریم‌های ایالات متحده را فریبکارانه دور می‌زنند تا منافع مالی شخصی خود را تأمین کنند، در واقع خواسته‌های جامعه در حوزه آزادی و صلح را نادیده می‌گیرند. علاوه بر این، دادگاه اشاره کرد که قانون‌گذار آلمانی از سیاست تحریمی ایالات متحده حمایت و ممنوعیت متناظری را در آلمان وضع و در چارچوب آن ممنوعیت به ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمان اشاره کرده

^۱ Bundesgerichtshof, Urteil vom, 21.12.1960 – VIII ZR 1/60, NJW, 1961, p 823.

^۲ Basedow, J., "Private Law Effects of Foreign Export Controls", 27 German Yearbook of International Law, 1984, pp 109-123.

^۳ Knüppel, N., *Zwingendes materielles Recht und internationale Schuldverträge*, Bonn, 1988, pp 143-44.

^۴ Borates

^۵ Bundesgerichtshof, Urteil vom 24.5.1962 – II ZR 199/60, NJW, 1962, p 1436.

^۶ Ibid, p 1437.

است. دوباره لازم به ذکر است که در آن قضیه قرارداد بیمه با هدف کاهش خطر مربوط به محدودیت‌های اعمالی از جانب ایالات متحده و توقیف بالقوه کالاها، منعقد شده بود. لذا دادگاه اعلام کرد که ماهیت قرارداد بیمه غیراخلاقی بوده است. ذیل ماده ۱۱۳۸ (۱) قانون مدنی آلمان، اگر هر دو طرف قرارداد از ممنوعیت وضع شده از سوی ایالات متحده آگاه بودند، قرارداد بیمه حمل اقلام استراتژیک از ایالات متحده که ناقض قواعد تحریمی ایالات متحده بود، باطل و بی اثر می‌شد. حتی اگر بیمه‌کننده از این ممنوعیت آگاه نبود، قرارداد به خاطر عدم وجود منفعتی که قابلیت بیمه شدن داشته باشد، بی اعتبار اعلام می‌شد. در قضایای براکس و اسید بوریث دادگاه فدرال آلمان تحریم‌های ایالات متحده را اعمال نکرد، اما در چارچوب قانون آلمان که حاکم بر آن قضیه بود، آن تحریم‌ها را مدنظر قرارداد.^۱ در ادبیات حقوقی موجود، ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان به‌عنوان یک قاعده تعارض قوانین ضمنی دیده می‌شود که اجازه اعمال قانون خارجی را با اثر حقوقی بی اعتبار شدن قرارداد فراهم می‌کند.^۲

ذیل ماده ۸۲۶ قانون مدنی آلمان نیز غیراخلاقی بودن قرارداد مورد توجه قرار گرفته است که بر اساس آن صدور حکم پرداخت خسارت در مواردی امکان‌پذیر می‌شود که ورود آسیب به دیگری مغایر با «اخلاق حسنه» باشد. دادگاه فدرال به‌طور خلاصه در قضیه مربوط به قرارداد حمل نقل فولاد که در آن طرف آلمانی تحریم‌های جامع فولاد علیه آفریقای جنوبی را نقض کرده بود، اعلام کرد که مالک کشتی می‌تواند ذیل ماده ۸۲۶ قانون مدنی ادعای خسارت کند. هرچند مقصد واقعی آن محموله آفریقای جنوبی بود، اما بارنامه نشان می‌داد که محل بارگیری هامبورگ آلمان است. این وضعیت موجب توقیف کشتی توسط مقامات ذی‌ربط شد. دادگاه فدرال اعلام کرد که خواننده از تحریم آگاه بوده است و مقامات تایلندی نیز با تغییر مقصد در بارنامه فریب خورده‌اند. دادگاه اضافه کرد که اعمال ماده ۸۲۶ از پیش مستثنا نشده است، چون هدف از وضع یک تحریم در وهله نخست ملاحظات سیاست خارجی و بازرگانی است؛ در مقابل، نقض یک تحریم می‌تواند ذیل این ماده مورد ارزیابی قرار گیرد. در آن قضیه با در نظر داشتن وجود اراده خواننده برای زدن تحریم، اموال خواهان عامدانه به خطر افتاده بود. از نگاه دادگاه بی‌مولاتی در مورد اموال دیگران می‌تواند ورود خسارت را تبدیل به نقض «اخلاق حسنه» کند. لازم به ذکر است که در آن زمان جامعه اقتصادی اروپا نیز تحریم‌هایی را علیه آفریقای جنوبی وضع کرده بود، که بنیاد آن‌ها همان ارزش‌هایی بود که ممنوعیت‌های وضع شده از سوی تایلند بر آن‌ها قرار گرفته بود؛ از این‌رو، دادگاه آلمانی آن ممنوعیت را در فرایند رسیدگی مورد توجه قرار داد.^۳

دادگاه آلمانی هنجارهای قانون عمومی خارجی را که به قانون قابل اعمال بر دعوا ارتباطی نداشت، در سطح بررسی‌های ماهوی آن قضیه مدنظر قرارداد و نقض آن هنجارها را مبنایی برای غیراخلاقی شدن قرارداد یا عدم امکان اجرای قرارداد اعلام کرد. مزیت استناد به اخلاق حسنه این است که حتی اگر اجرای قرارداد از منظر «داده‌های پرونده» غیرممکن نباشد، نقش اخلاق حسنه می‌تواند به‌عنوان مبنای حقوقی مناسب برای توجیه عدم اجرای قرارداد تلقی شود. دادگاه‌های آلمانی از این طریق از مواجهه با تعارض قوانین ناشی از تحریم‌های اقتصادی خارجی و اعمال مستقیم آن تحریم‌ها

^۱ Junker, A., "Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 20.11.1990", 46 *JuristenZeitung*, 1991, pp 699, 701.

^۲ Lehmann, R., *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht* Frankfurt: Peter Lang, 1986, p 59; Zimmer, D., "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen" 13 *IPRax*, 1993, pp 67–68.

^۳ Junker, A., "Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 20.11.1990", 46 *JuristenZeitung*, 1991, pp 699, 701.

به‌عنوان قواعد‌آمره مرجع خودداری می‌کنند.^۱ لذا برای اینکه بتوان یک قرارداد را غیراخلاقی یا اجرای آن را غیرممکن اعلام کرد، لازم است که ارزیابی قضیه در سطح قانون ماهوی بررسی شود. همچنین لازم به گفتن است که کنوانسیون رم بر رویه قضایی آلمان در مورد تحریم‌های اقتصادی تأثیر نداشته است، چون آلمان در مورد ماده ۷(۱) کنوانسیون رم اعلام تحفظ کرده است. هرچند که اعلام تحفظ آلمان به خاطر ملاحظات مربوط به قطعیت قانونی مربوط به عبارات کنوانسیون رم و صلاحیت دادگاه بود،^۲ اما به نظر می‌رسد که رویه قضایی آلمان دست دادگاه‌ها را در زمان تصمیم‌گیری در خصوص ملاحظات ماهوی مربوط به قواعد امری مرجع باز گذاشته است. دادگاه‌های آلمان از این طریق در مورد تحریم‌های اقتصادی خارجی و اعمال مستقیم آن‌ها به‌عنوان قواعد امره مرجع به مشکل حل تعارض قوانین برخورد نخواهند کرد.^۳ رویکرد قانون ماهوی در آلمان تا زمان اعمال مقرر رم از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بود.

۲.۲. عدم توجه دادگاه‌های آلمان به تحریم‌های خارجی از طریق قانون ماهوی آلمان

با این حال، در رویه حقوقی آلمان مدنظر قراردادن تحریم‌های اقتصادی خارجی در سطح قانون ماهوی ضروری نیست. برای نمونه می‌توان به تصمیم آلمان در مورد تحریم‌های وضع شده از سوی ایالات متحده علیه ایران به دنبال ماجرای کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران اشاره کرد. در رأی دادگاه منطقه‌ای کرفلد، شعب فرعی آلمانی یک شرکت آمریکایی قراردادی را برای تأمین تجهیزات مولد برق با خریداری منعقد کرده بود که قصد تحویل آن محموله را به ایران داشت.^۴ هرچند فروشنده به‌عنوان شعبه فرعی شرکت آمریکایی استدلال می‌کرد که آن شرکت موضوع تحریم‌های ایالات متحده علیه ایران بوده است، اما دادگاه تأمین‌کننده کالا را از اجرای تعهدات خود معاف ندانست. دادگاه مقرر کرد فروشنده شرکتی است که ذیل قانون آلمان فعالیت می‌کند و نمی‌تواند به ممنوعیت‌های صادرات ایالات متحده استناد کند. لذا محدودیت‌های صادرات ایالات متحده در فرایند رسیدگی به دعوا مدنظر دادگاه قرار نگرفت؛ شایان توجه است که رویکرد این دادگاه متفاوت از آرای دادگاه فدرال آلمان در قضیه بوراکس و اسید بوریت بود.

برخی اوقات خودداری دادگاه‌های آلمانی از ترتیب اثر دادن به تحریم‌های اقتصادی خارجی بر اثر ملاحظات سیاست خارجی تقویت می‌شود. این موضوع در رأی دادگاه منطقه‌ای هامبورگ مشهود است.^۵ این قضیه مربوط به صادرات ۴۰۰ کیسه پودر شیرین‌بیان ایرانی به هامبورگ بود که این کالاها دچار آسیب شده بودند. ارسال این محموله توسط یک شرکت آلمانی بیمه شده بود که در آن زمان به تحریم‌های ایالات متحده پایبند بود. در خصوص عدم پوشش خسارت وارده علیه این شرکت بیمه‌گر اقامه دعوا شد. شرکت بیمه ورود آسیب را احراز کرد و آن را تحت پوشش سیاست‌های

^۱. Allwörden, S., *US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht: zur kollisions- und sachrechtlichen Problematik drittstaatlicher Sperrlisten mit extraterritorialer Wirkung*, Mohr Siebeck, 2014, 71; Vetter, E., 'Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmensverträgen im Industrieanlagenbau', 87 ZVglRWiss, 1988, p 271.

^۲. Stellungnahme des Bundesrates zur Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, 10/504, 20.10.83, 1983.

^۳. Allwörden, S., *US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht: zur kollisions- und sachrechtlichen Problematik drittstaatlicher Sperrlisten mit extraterritorialer Wirkung*, Mohr → ← Siebeck, 2014: p 71; Neumann, N., *Internationale Handelsembargos und privatrechtliche Verträge*, Nomos, 2000: p 213; Vetter, E., 'Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmensverträgen im Industrieanlagenbau', 87 ZVglRWiss, 1988, p 271.

^۴. Landgericht Krefeld, Urteil vom 24.9.1980, 7 O 190/80, 1980; Knüppel, N., *Zwingendes materielles Recht und internationale Schuldverträge*, Bonn, 1988: p 62 & 140; Kreuzer, K., *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, CF Müller, 1986, 27; Forwick, C., *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen Folgen für die Vertragsgestaltung*, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993, p 125; Mankowski, P. "Deutscher Versicherer und das US-Embargo gegen Iran – ein kleines Lehrstück zu ausländischen Eingriffsnormen" *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2015, p 406.

^۵. Landgericht Hamburg, 03.12.2014 - 401 HKO 7/14 RIW 2015, 458, Reichweite des EU-Embargos gegen den Iran – keine materiell-rechtlichen Auswirkungen des entsprechenden US-Embargos, 2015.

شرکت بیمه اعلام کرد. با این حال، پیش از پرداخت مبلغ خسارت اعلام کرد که کسب موافقت مقامات آمریکایی ضروری است، چون قرارداد در مورد ایران است و این شرکت نیز موضوع تحریم‌های ایالات متحده است. دادگاه استدلال کرد که قید تحریم مندرج در سیاست‌های بیمه‌کننده صرفاً محدود به تحریم‌های وضع شده توسط جامعه اروپایی است؛ دادگاه اضافه کرد که در قضایایی که روابط حقوقی آن تحت حاکمیت قانون آلمان است، به ممنوعیت‌های خارجی ترتیب اثر داده نمی‌شود. در مقابل خوانده استدلال کرد که شرکتی است که ذیل یک شرکت آمریکایی تأسیس شده است و لذا لازم است که به تحریم‌های آمریکا علیه ایران پایبند باشد. خوانده همچنین مدعی بود که انجام پرداخت به بیمه‌شده زمانی امکان‌پذیر است که مجوز آن توسط اوفک صادر شود.

در این قضیه دادگاه منطقه‌ای هامبورگ به نفع خواهان رأی داد و اعلام کرد که قوانین خارجی در آلمان الزام‌آور نیستند و این قوانین وصف قانون منع‌کننده در قالب تعریف ارائه شده در ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمان را ندارند. تحریم‌های جامعه اروپا صرفاً تجارت اقلام با کاربری دوگانه را که کاربری هسته‌ای داشتند، ممنوع می‌کرد و محصولات غذایی مشمول این تحریم‌ها نمی‌شدند، و همچنین تجارت مواد غذایی نقض ارزش‌ها و اصول موجود ذیل قانون آلمان و نظم عمومی نبود؛ دادگاه به این جمع‌بندی رسید که چون اختلاف قراردادی مربوط به انتقال پودر شیرین‌بیان است، لذا نقض ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان یا انعقاد قرارداد غیراخلاقی رخ نداده است؛ با این حال شرکت بیمه تعهدات قراردادی فرعی خود مبنی بر اطلاع‌رسانی به خواهان در خصوص اینکه آن شرکت شعبه فرعی شرکت آمریکایی است و نیز این وضعیت چه پیامدهایی خواهد داشت، نقض کرده بود. از نظر دادگاه خطر ناشی از عضویت شرکت آلمانی بیمه‌گر در یک گروه آمریکایی به عهده شرکت بیمه‌گر بود و ارتباطی با بیمه‌شده نداشت. دادگاه به این جمع‌بندی رسید که ایفای تعهدات قراردادی شرکت بیمه‌گر وابسته به تأیید اوفک نیست.

در این قضیه، قانون آلمان بر قرارداد حاکم بود و محل نهایی اجرای قرارداد هامبورگ بود. لذا، ذیل ماده ۹(۳) مقرره رم، از آنجایی که آمریکا محل اجرای قرارداد نبود، امکان ترتیب اثر دادن به تحریم‌های ایالات متحده وجود نداشت. از این رو، قابلیت اعمال تحریم‌های ایالات متحده در سطح قانون ماهوی قراردادی آلمان از طریق مواد ۱۳۴ و ۱۳۸ قانون مدنی آلمان توسط دادگاه بررسی شد؛ دادگاه آلمانی گفت که این مواد قابل اعمال نیستند. رأی نهایی دادگاه منطقه‌ای هامبورگ که از لحاظ حقوقی الزام‌آور بود در راستای اهداف سیاست تحریمی اتحادیه اروپا صادر شد که بر اساس آن سیاست، تحریم‌ها علیه ایران محدود به محصولات حساسی همچون اقلام با کاربری دوگانه بود و کلیت تجارت با ایران ممنوع نشده بود.

در خصوص شرایطی که در آن چند تحریم به صورت هم‌زمان و موازی وضع شده‌اند، دادگاه باید میان آن‌ها یکی را برگزیند. در قضیه دیگر دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت به تحریم‌های ایالات متحده ترتیب اثر نداد،^۱ و به تحریم‌های وضع شده از سوی اتحادیه اروپا ارجحیت داد. بانک شاکی درخواست انتقال پول را وفق دستورالعمل‌های مشتری انجام داده بود. با این حال بانک خوانده که زیرمجموعه یک بانک آمریکایی بود، پرداخت‌ها را از طریق شعبات خود در لندن مسدود کرد. بانک خوانده مدعی بود که به‌عنوان زیرمجموعه بانک آمریکایی موظف به مسدود کردن مبلغ انتقالی بوده است و این اقدام را در راستای پایبندی به فرمان اجرایی رئیس‌جمهور آمریکا که علیه ایران وضع شده بود، انجام داده است.^۲ خواهان در این قضیه درخواست بازپرداخت مبلغ مسدود شده را مطرح کرده بود.

دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت اعلام کرد که به سبب اینکه بانک آمریکایی در داخل آلمان تأسیس شده است، لذا

^۱. Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 9.5.2011 – Az. 23 U 30/10, ZIP 2011, 1354.

^۲. Executive Order 13382 of the US President of 28 June 2005.

دادگاه‌های آلمان می‌توانند صلاحیت خود را بر آن اعمال کنند؛ از نظر دادگاه بر اساس ماده ۲۸ قانون مدنی آلمان قانون قابل‌اعمال قانون آلمان است و ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم نمی‌تواند اعمال شود؛ چون آلمان در مورد آن اعلام تحفظ کرده است. دادگاه به اصل سرزمینی بودن و رویه قضایی آلمان استناد کرد که بر آن اساس اعمال هنجارهای آمره مرجع خارجی استثنا شده‌اند و داده‌های موجود در یک پرونده استفاده کرد. باین‌حال، برای ترتیب اثر دادن به هنجارهای آمره مرجع خارجی، ضروری است که ملاحظات داخلی آلمان بررسی شوند، از جمله ارزیابی اینکه آیا آن هنجارها مستقیماً منافع آلمان را تأمین می‌کنند یا خیر. خواننده همچون در قضایای براکس و اسید بوریث، به استدلال‌ات مربوط به سیاست خارجی استناد کرد که بر اساس آن تحریم‌های ایالات‌متحده با هدف تضمین صلح و محدود کردن قدرت اتمی ایران برای اهداف نظامی آن کشور وضع شده بودند و این اهداف همان اهدافی است که سیاست و ارزش‌های آلمان به دنبال تحقق آن هستند. دادگاه در این مورد به قانون اتحادیه‌اروپا ارجحیت داد. دادگاه اعلام کرد که انتقال اقلام تنها مشمول محدودیت‌های وضع شده توسط قانون اتحادیه‌اروپا علیه ایران یعنی آیین‌نامه ۴۲۳ سال ۲۰۰۷^۱ و آیین‌نامه ۹۶۱ سال ۲۰۱۰^۲ می‌شود، اما مشمول تحریم‌های ایالات‌متحده نمی‌شود.

از لحاظ اهداف کلی، این آیین‌نامه‌های اتحادیه‌اروپا متناظر با تحریم‌های ایالات‌متحده بودند، اما نظام مجزایی در مورد تعیین اشخاص تحت شمول تحریم‌ها و شیوه آزادسازی مبالغ مسدود شده داشتند. دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت به این نتیجه رسیده بود که هیچ دلیلی ندارد که یک نظام دقیق و دارای تضمینات رویه‌ای با مقرراتی جایگزین شود که منشأ آن خارج از اتحادیه‌اروپا است. لذا دادگاه استدلال‌ات خواننده را مبنی بر اینکه اجرای قرارداد از لحاظ قانونی غیرممکن شده بود، نپذیرفت. دادگاه اشاره کرد که ممنوعیت ایالات‌متحده اجرای قرارداد را استثنا نکرده است. سپس دادگاه به شمار متعددی از نقض تحریم‌ها اشاره می‌کند که در آن‌ها ایفای تعهدات قراردادی همچنان امکان‌پذیر بوده است. دادگاه به بیان این موضوع بسنده کرد که اگر شخص اثبات کند که پایبندی به تحریم‌های آمریکا منجر به نقض تعهدات حقوقی آن اشخاص ذیل قانون دولت محل اقامت آن می‌شود و امکان کسب معافیت از آن تعهد را از دولت محل اقامت نداشته باشد، در آن صورت دادگاه‌های و مقامات ایالات‌متحده از اجرای تحریم‌های فراسرزمینی آمریکا صرف‌نظر می‌کنند.

همچنین دادگاه عالی فرانکفورت به قضایای بانکرز تراست^۳ و هانور تراست^۴ اشاره کرد که دادگاه‌های بریتانیا به آن رسیدگی کرده بودند. اشتراکاتی میان قضایای مطروحه نزد دادگاه‌های بریتانیا و دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت دیده می‌شود. این شباهت‌ها در وهله اول به این علت است که تمامی قضایا، مربوط به اعمال محدودیت بر حساب‌های بانکی هستند. علاوه بر این قضایایی که در آن دادگاه‌های انگلیسی حکم به رد تحریم‌های ایالات‌متحده داده‌اند، تأییدی بر رویکرد دادگاه‌های آلمانی مبنی بر رد تحریم‌های ایالات‌متحده است. دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت از این دو قضیه برای نشان دادن اینکه اوفک علی‌رغم تحریم‌های فراسرزمینی ایالات‌متحده، مجوز پرداخت مبالغ مسدود شده را داده است، استفاده کرد. البته برخلاف قضیه مطرح شده نزد دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت، دادگاه‌های انگلیسی آرای خود را بر اساس قواعد تعارض قوانین صادر می‌کردند و درخواست ترتیب اثر دادن به تحریم‌های ایالات‌متحده به مرحله بررسی قانون ماهوی نمی‌رسید.

بر اساس رأی دادگاه فرانکفورت، زیرمجموعه یک بانک آمریکایی که در اتحادیه‌اروپا قرار دارد، نمی‌تواند برای امتناع از انتقال

1. Council Regulation (EC) No 423/2007 of 19 April 2007 concerning restrictive measures against Iran [2007] OJ L103/1.

2. Council Regulation (EU) No 961/2010 of 25 October 2010 on restrictive measures against Iran and repealing Regulation (EC) No 423/2007 [2010] OJ L281/1.

3. Libyan Arab Foreign Bank v Manufacturers Hanover Trust Co (No 2), QB (Com Ct) [1989] 1 Lloyd's Law Reports.

4. Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust [1989] QB.

پول در داخل اتحادیه اروپا به تحریم‌های فراسرزمینی ایالات متحده استناد کند. لذا دادگاه تصمیم گرفت مبالغ مسدودشده به حسابی منتقل شوند که خواهان در بانک فدرال آلمان دارد، که البته آن حساب خود مشمول تحریم‌های اتحادیه اروپا می‌شد. اهمیت این قضیه آن بود که دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت به قانون اتحادیه اروپا ارجحیت داد.^۱ دادگاه استنباط کرد که وقتی قانون اتحادیه اروپا محدودیت‌های موازی وضع می‌کند، قانون خارجی قابلیت اعمال و مدنظر قرار گرفتن ندارد. هرچند این نتیجه‌گیری دادگاه فرانکفورت کاملاً منطقی بود، اما بر اساس رویه قضایی موجود وجود چنین حکمی باعث نمی‌شود که طرف‌های قرارداد از مجازات وضع شده توسط مقامات ایالات متحده در امان بمانند.^۲ علاوه بر این بانک‌های آلمانی از تحریم‌های فراسرزمینی ایالات متحده در امان نیستند. دویچه بانک آلمان به خاطر انجام تراکنش از سوی اشخاص ایرانی، لیبیایی، سوری، برمه‌ای و سودانی که مشمول تحریم‌های ایالات متحده بودند، ۲۵۸ میلیون دلار جریمه پرداخت کرده است.^۳

به طور کلی رویکرد رویه قضایی آلمان در مورد قانون ماهوی پس از لازم‌الاجرا شدن مقررۀ رم تغییر چندانی نکرده است.^۴ اگر تحریم‌های اقتصادی خارجی مربوط به قانون محل اجرای قرارداد یا ذیل قانون ماهوی قانون حاکم بر قرارداد باشند، بر اساس ماده ۹(۳) می‌توان به آن‌ها ترتیب اثر داد. ملاک این‌که یک تحریم ذیل ماده ۹(۳) است یا نه، مشابه همان ملاک‌هایی است که در رویکرد «مبتنی بر قانون ماهوی» به آن توجه می‌شود. این ملاک‌ها شامل ارزیابی این موضوع می‌شود که آیا ترتیب اثر دادن به این هنجار لزوماً به منظور حفاظت از منافع و ارزش‌های بنیادین آلمان است یا نه.^۵ باید گفت که دادگاه فدرال هامبورگ و دادگاه عالی فدرال فرانکفورت در فرایند تصمیم‌گیری، اهداف و منافع سیاست خارجی اتحادیه اروپا و نیز ارزش‌های اروپایی را برای ترتیب اثر دادن به تحریم‌های ایالات متحده مدنظر قرار دادند. در هر دو رأی بر استقلال سیاست تحریمی اتحادیه اروپا و منافع سیاست خارجی اتحادیه اروپا تأکید و اعلام شد که این سیاست‌ها و منافع بر سیاست‌ها و منافع ایالات متحده ارجحیت دارد.

نتیجه‌گیری

در رویه قضایی آلمان دادگاه‌ها برای ترتیب اثر دادن به تحریم‌های اقتصادی خارجی در دعوی مربوط به اختلافات قراردادی، قواعد تعارض قوانین را در پرتو حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح نمی‌کنند و مستقیماً به قوانین ماهوی آلمان ارجاع می‌دهند. در این راستا رأی دیوان دادگستری آلمان در قضایای براکس و اسید بوریث نشان می‌دهد که ملاحظات مربوط به منافی که آلمان در حوزه سیاست خارجی دارد، نقش تعیین‌کننده‌ای در فرایند تصمیم‌گیری در خصوص ترتیب اثر دادن به تحریم‌های اقتصادی خارجی ایفا می‌کند. این قضایا مربوط به دوره‌ای است که همکاری‌های نزدیکی میان آلمان و ایالات متحده وجود داشت.^۶ در دوران جنگ سرد، این دو کشور سیاست خارجی و منافع امنیتی مشترکی در قبال گسترش اقتصادی و نظامی روسیه داشتند. اختلافات مختصر میان این دو کشور به ندرت بر همکاری‌ها تأثیرگذار

¹. Wöhlert, H., "EU-Verordnungen genießen beim Einfrieren von Geldern gegenüber einer Exekutiv-Order des Präsidenten der USA Anwendungsvorrang", *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2011, p 340.

². Mayer, B. and Albrecht, M., "Bankvertrag und Finanzsanktionen: Leistungsverweigerungsrecht bei drohendem Verstoß gegen US-Verordnungen?", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 26, 2015, pp 1229-30.

³. Ibid.

⁴. Prieß, H. and Schaper, M., "Erfüllung oder Nichterfüllung – Zur Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche bei entgegenstehendem ausländischen Embargorecht" in Ehlers, D. and Wolfgang, H., (eds), *Recht der Exportkontrolle: Bestandsaufnahme und Perspektiven; Handbuch zum Exportkontrollrecht – Festschrift für Dr Arnold Wallraff*, Fachmedien Recht & Wirtschaft, 2015, p 273.

⁵. Ibid.

⁶. Großfeld B. and Junker A., *Das CoCom im internationalen Wirtschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, p 131.

بود. با این حال اختلافات پس از جنگ سرد هر روز بیش از قبل بروز پیدا می‌کرد. این تغییرات در آرای دادگاه‌های آلمان، از جمله دادگاه فدرال هامبورگ و دادگاه منطقه‌ای فدرال فرانکفورت، به چشم می‌خورد که در آن‌ها دادگاه‌های از ترتیب اثر دادن به تحریم‌های ایالات متحده خودداری کردند. این آرا نشان می‌دهد که استناد به اهداف سیاست تحریمی اتحادیه اروپا می‌تواند مبنایی برای خودداری از ترتیب اثر دادن به تحریم‌های اقتصادی خارجی قرار گیرد. این قضایا اثبات می‌کنند که هم پذیرش و هم رد تحریم‌های اقتصادی خارجی می‌تواند تأمین‌کننده ملاحظات مربوط به سیاست خارجی آلمان باشد. همچنین هر دو رأی تأیید می‌کنند که در زمان تصمیم‌گیری در خصوص ترتیب اثر دادن به تحریم‌های اقتصادی خارجی، نه تنها منافع و ارزش‌های ملی تعیین‌کننده‌اند، بلکه منافع و ارزش‌های مشترک در سطح اتحادیه اروپا نیز مهم هستند. چنین منافع و ارزش‌های مشترکی طبیعتاً بخشی از ارزش‌ها و منافع ملی آلمان است، اما تمرکز دادگاه‌ها بر بُعد اروپایی این قضایا بود.

References

Books

- Allwörden, S., US terror lists in German private law: on the conflict of law and substantive problems of third-country blacklists with extraterritorial effect, Mohr Siebeck, 2014. (In German)
- Anderegg, K., *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 1989. (In German)
- Azaredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales*. Netherlands: Kluwer, 2014.
- Basedow, J., *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijho, 2013.
- Beaucillon, C., *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing, 2021.
- Behr, A., *German companies and the Israel boycott*, Law and Economics Publishing House, 1994. (In German)
- Bermann, G., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”. In F Ferrari and Kröll S, *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*. New York: JurisNet, 2019.
- Felbermayr, G., Kirilakha, A., Syropoulos C., Yalcin, E and Yotov, Y., *The Global Sanctions Data Base’: Mapping international sanction policies from 1950-2019*, 2021.
- Forwick, C. *Extraterritorial US export controls Consequences for the drafting of contracts*, Law and Economics publishing house, 1993. (In German)
- Großfeld B. and Junker A., *The CoCom in international business law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991. (In German)
- Kinsch, P., *The Act of the Foreign Prince*, LGDJ, 1994. (In French)
- Knüppel, N., *Mandatory substantive law and international contractual obligations*, Bonn, 1988. (In German)
- Kreuzer, K., *Foreign commercial law before German courts*, CF Müller, 1986. (In German)
- Lehmann, R., *Mandatory law of third countries in international contract law: On the meaning and application of Art. Frankfurt*, Peter Lang, 1986. (In German)
- Neumann, N., *International Trade Embargoes and Private Law Contracts*, Nomos, 2000. (In German)
- Tamás, S., *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Bloomsbury Publishing, 2020.

Articles

- Barraclough, A. & Waincymer, J. “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration,” *Melbourne Journal of International Law* 6, 2005.

18. Basedow, J., "Private Law Effects of Foreign Export Controls", 27 *German Yearbook of International Law*, 1984.
19. Baum, H., "Note: Actual and potential overriding norms", 53 *RabelsZ*, 1989. (In German)
20. Brunner, C. J. H. "Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration," *Kluwer Law International* 168, 2008.
21. Junker, A., "Obligation to pay damages in the event of a violation of a foreign embargo - At the same time a discussion of the decision of the Federal Court of Justice of 20.11.1990", 46 *JuristenZeitung*, 1991. (In German)
22. Mankowski, P. "German insurer and the US Sanctions against Iran - a small lesson on foreign Mandator norms" *Law of the international economy*, 2015. (In German)
23. Mankowski, P., "Third-country Sanctions Norms, foreign policy in International Private Law, consideration of facts instead of norms: Art. 9 Para. 3 Rome I-VO in the practical case, (at the Paris Court of Appeal, 25.2.2015 – 12/23757)", *Rabel's journal for foreign and international private law* 36, 2016. (In German)
24. Mayer, B. and Albrecht, M., "Bank Contracts and Financial Sanctions: Right to Refusal in Case of Imminent Violation of US Regulations?" *Journal of Business and Banking Law* 26, 2015. (In German)
25. Prieß, H. and Schaper, M., "Performance or non-performance - On the enforceability of contractual claims in the event of conflicting foreign Sanctions law" in Ehlers, D. and Wolfgang, H., (eds), *Export Control Law: Inventory and Perspectives; Handbook on export control law - Festschrift for Dr Arnold Wallraff, Specialist media for law and economics*, 2015. (In German)
26. Vetter, E., "Conflict of laws issues in cross-border subcontractor contracts in industrial plant construction", 87 *ZVglRWiss*, 1988. (In German)
27. Wöhlert, H. "EU regulations take precedence over an executive order of the US President in freezing funds", *Company and Business Law*, 2011. (In German)
28. Zimmer, D., "Foreign commercial law before German civil courts. On the distinction between a normative consideration of foreign mandatory norms and a mere consideration of their actual consequences", *Practice of International Private and Procedural Law* 13, 1993. (In German)

Judicial Practices

29. Federal Court of Justice, Judgment of 08.02.1984 – VIII ZR 254/82, *RabelsZ*, 1989. (In German)
30. Federal Court of Justice, Judgment, 24.5.1962 – II ZR 199/60, *NJW*, 1962. (In German)
31. Federal Court of Justice, Judgment, 16.4.1975 – I ZR 40/73, 64 Decisions of the Federal Court of Justice in civil matters, 183, *NJW*, 1975. (In German)
32. Federal Court of Justice, Judgment, 17.11.1994 – III ZR 70/93, *DtZ*, 1995. (In German)
33. Federal Court of Justice, Judgment, 17.12.1959, Az: VII ZR 198/58, *BGHZ* 31, 367, 371, 1959. (In German)
34. Federal Court of Justice, Judgment, 19.4.1962 – VII ZR 162/60, 1962/63, 163 German Court Rulings in Private International Law, 1962. (In German)
35. Federal Court of Justice, Judgment, 21.12.1960 – VIII ZR 1/60, *NJW*, 1961. (In German)
36. Federal Court of Justice, Judgment, 28.01.1965 – Ia ZR 273/63, 1965. (In German)
37. Krefeld Regional Court, judgment of 24.9.1980, 7 O 190/80, 1980. (In German)
38. Hamburg Regional Court, Judgment, 03.12.2014 - 401 HKO 7/14 RIW 2015, 458, Scope of the EU embargo on Iran - no substantive implications of the corresponding US embargo, 2015. (In German)
39. Marienwerder Higher Regional Court, 14.10.1892, 20 *Journal of Private International Law*, 1892. (In German)
40. Frankfurt Higher Regional Court, Judgment 9.5.2011 – Az. 23 U 30/10, *ZIP* 2011, 1354. (In German)
41. *Payesh Gostaran Pishro Ltd v Pipe Survey International CV and P&L Pipe Survey*, (2020), Court of Rotterdam, Case No C / 10/572099 / HA ZA 19-352.

42. Supreme Court, 21.10.1921, II. Civil Senate, Report No. II 245/21, 33 Niemeyer's Journal of International Law, Kiel: Gedruckt bei Schmidt & Klaunig, 1924. (In German)
43. Supreme Court, judgment, 1.7.1930. – Economic and Legal. 5, 15 German jurisprudence in the field of international private law, 1930. (In German)
44. Supreme Court, judgment, 13.11.1917, II 167/17, RGZ 91, 260, obligation of the seller to provide a replacement, 1917. (In German)
45. Supreme Court, judgment, 20.09.1918 - II 137/18, 217 Warneyers yearbook of decisions, 1918. (In German)
46. Supreme Court, judgment, 22.11.1916, II 265/16, 460 contributions to the explanation of German law (Gruchot), 1917. (In German)
47. Supreme Court, judgment, 28.06.1918- Rep II. 86/18, RGZ 93, 182, 185, 1918. (In German)
48. Supreme Court, judgment, 28.5.1936. – IV 272/35, 10 Rabel's journal for foreign and international private law, 1936. (In German)
49. Schleswig-Holstein Higher Regional Court, 2. ZS, judgment, 1.4.1954 – 3 U 7/53, 163 Rabel's journal for foreign and international private law, 1954 and 1955. (In German)
50. Opinion of the Federal Council on the draft of a law for the new regulation of international private law, 10/504, 10/20/83, 1983. (In German)
51. The Netherlands: District Court at the Hague Judgment in *Compagnie Europeenne Des Petroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.* (Extraterritoriality of U.S. Export Administration Regulations; Contractual Obligations). (1983). International Legal Materials, 22(1), 66-74. doi:10.1017/S002078290005837X/
52. *Libyan Arab Foreign Bank v Manufacturers Hanover Trust Co* (No 2), QB (Com Ct) [1989] 1 Lloyd's Law Reports.
53. *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust* [1989] QB.


Other Authorities

54. Introductory Act to the Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 2494, last amended by Article 2 of the Act of 25 June 2021, (Federal Law Gazette I p. 2133); Article 240 last amended by Article 10 of the Act of 22 December 2020 (Federal Law Gazette I, p. 3328).
55. "Extraterritorial Subsidiary Jurisdiction," *Law and Contemporary Problems* 50, 1987.
56. Civil Code of August 18, 1896. (n.d.). § 275 BGB. Exclusion of the obligation to perform. In Law of Obligations: Book 2, Section 1, Title 1.
57. Executive Order 13382 of the US President of 28 June 2005.
58. European Council Regulation (EC) No 423/2007 of 19 April 2007 concerning restrictive measures against Iran, OJ L103/1, 2007.
59. European Council Regulation (EU) No 961/2010 of 25 October 2010 on restrictive measures against Iran and repealing Regulation (EC) No 423/2007, OJ L281/1, 2010.
60. Gabriel Felbermayr, Aleksandra Kirilakha, Constantinos Syropoulos, Erdal Yalcin, Yoto Yotov, The 'Global Sanctions Data Base': Mapping international sanction policies from 1950-2019, 18 May 2021.



Original Article

The Protection Strategies for Children in Digital Environment; A Comparative Study

Maryam G. Bafghi¹ , Soodabeh Rezvani²

ABSTRACT

The digital environment whether alongside or continues of real life, although does not designed for children, plays an important role in their lives, and a considerable rate of its users are children. Nowadays, the environment has changed to a base for their social and growing activities. Thus we need safe use, families' empowerment, protection, prevention instruments, dealing with risks, and changing to digital citizens more than before. This issue is reflected in domestic, regional, and international instruments as well. Considering general protection strategies for children in the digital environment and suggesting special strategies for criminal and non-criminal harms and risks prevention are the goals of the paper that can be achieved in three levels of surveying the recent situations, desirable situations, and the comparative solutions which link these two. Findings show that socio-protection and affairs, setting up hotlines, including the cooperation of other influencers and decision-makers, and designing sufficient infrastructures are the main international protection strategies for children.

KeyWords: Digital Environment, Damages of Digital Environment, Violated Rights of Children, Digital Citizenship, Protection Strategies.

How to Cite: G. Bafghi, M. Rezvani, S, "The Protection Strategies for Children in Digital Environment; A Comparative Study", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:177-194.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226833.2173>

Received: 25/04/2022 - Accepted: 09/02/2024

1. Assistant Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: m.ghb@khu.ac.ir
2. Assistant Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



راهبردهای حمایت از حقوق کودکان در محیط دیجیتال

مریم غنی‌زاده بافقی^۱، سودابه رضوانی^۲

چکیده

در عصر کنونی، محیط دیجیتال در کنار یا در ادامه زندگی واقعی، هر چند برای کودکان و نوجوانان طراحی نشده، نقش مهمی در زندگی آنان که میزان قابل توجهی از کاربران این محیط را تشکیل می‌دهند، ایفا می‌کند. همچنین، محیط دیجیتال به فضایی ضروری، به‌ویژه برای انجام فعالیت‌های اجتماعی و تربیتی تبدیل شده است. بنابراین، بیش از هر زمان دیگر فراهم آوردن شرایط استفاده ایمن از این فضا و نیز مجهز کردن خانواده‌ها و کودکان، ارائه حمایت‌ها و ابزارهای لازم برای پیشگیری و مقابله با خطرات مربوط به محیط دیجیتال و تبدیل شدن به شهروند مطلوب دیجیتال، دارای اهمیت است. این مسئله در اسناد و مقررات بین‌المللی، منطقه‌ای و داخلی نیز نمود یافته و به اهمیت آن توجه شده است. بررسی راهبردهای حمایتی عام در حمایت از حقوق کودکان در محیط دیجیتال و نیز ارائه راهبردهای خاص برای مقابله و پیشگیری از آسیب‌های کیفی و غیرکیفی از اهداف این پژوهش است که از رهگذر واکاوی وضعیت موجود، وضعیت مطلوب و طراحی راهکارهای حمایتی تطبیقی بدان توجه شده است. یافته‌ها حاکی از آن است که سازوکار پیشگیرانه اجتماعی و موقعیت‌مدار، پیش‌بینی خطوط تلفن تماس اضطراری و مشاوره، جلب مشارکت سایر کنشگران و ایجاد زیرساخت‌های مناسب، از مهم‌ترین راهکارهای بین‌المللی حمایت از کودکان و نوجوانان در محیط دیجیتال می‌باشند.

کلیدواژگان: محیط دیجیتال، آسیب‌های محیط دیجیتال، حقوق نقض شده کودکان، شهروندی دیجیتال، راهکارهای حمایتی.

استناد به این مقاله: غنی‌زاده بافقی، مریم، رضوانی، سودابه، «راهبردهای حمایت از حقوق کودکان در محیط دیجیتال»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۷۷-۱۹۴.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226833.2173>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۰

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m.ghb@khu.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

امروزه، وسایل ارتباط جمعی مانند تلفن همراه، رایانه، تبلت، اینترنت، شبکه‌های اجتماعی و سایر ابزارهای هوشمند، نقش مؤثری در آموزش، پرکردن اوقات فراغت و حتی تربیت و شکل‌گیری شخصیت کودکان و نوجوانان دارد.^۱ از یک‌سو، حضور کودکان در فضای مجازی و مواجهه با انواع سرگرمی‌ها و بازی‌ها در این فضا، سبب سلب یا کاهش فعالیت‌های فیزیکی آنان در محیط‌های طبیعی و مانع کسب مهارت‌های اجتماعی، تحرک و اختلال در آموزش، فرهنگ رفتاری، تربیت اخلاقی و مهارت‌های گفتاری می‌شود و از سوی دیگر، استفاده از فضای مجازی به‌عنوان یکی از ابزارهای تحقق حق بر آموزش، حق بر بازی و پیشرفت‌های کودکان اجتناب‌ناپذیر است. از این‌رو، حق دسترسی برابر به فضای مجازی ایمن، سالم،^۲ کارآ و بدون تبعیض به‌عنوان یک حق بنیادین کودک در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای مانند کنوانسیون حقوق کودک و سند راهبردی شورای اروپا در مورد فضای مجازی، مورد تأکید قرار گرفته است. در این راستا و برای پیشگیری از آسیب‌های مختلف مانند مواجهه با محتوای نامناسب یا مجرمانه همچون محتوای مستهجن یا غیرمجاز، زورگویی سایبری، سرقت هویت، کلاهبرداری، نقض حریم خصوصی، اعتیاد اینترنتی، ارتباط مجازی و ملاقات حضوری با افراد ناآشنای خطرناک، اسناد ملی و بین‌المللی متعددی به تصویب رسیده است. باوجوداین، به دلیل سرعت بالای تغییرات در محیط دیجیتال، به نظر می‌رسد روش‌های سیاست‌گذاری سنتی با هدف حمایت از کودکان در این محیط سازگاری نداشته باشد. از این‌رو، لازم است سیاست‌گذاران چارچوب قانونی منطبق، جامع و متناسب با هدف و محیط مزبور، برای حمایت از کودکان ترسیم نمایند.^۳ هرچند که از بدو ورود و گسترش فضای مجازی و فناوری‌های مرتبط با آن در ایران، نگاه به این فضا خوش‌بینانه نبوده و در طول چند دهه اخیر که از حضور و امکان دسترسی به این فناوری در کشور می‌گذرد، چنین نگاه بدبینانه‌ای، به نحو شایسته اصلاح نشده، لذا همواره سیاست‌گذاری‌های کلان صورت گرفته در این خصوص، هرچند تلاش نموده تا حدودی رویکردی ایجابی اتخاذ نماید، اما در عمل این اتفاق نیفتاده است. سیاست‌های سلبی را می‌توان شامل سیاست‌ها و برنامه‌هایی معطوف به حذف، کنترل و نظارت دانست. با توجه به غیرقابل اجتناب بودن گسترش فضای مجازی، رویکرد محدودکننده نسبت به این فضا، عقلانی نیست و شاید به همین منظور اسناد و مقرراتی مانند سند «صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی» در راستای تبیین «شبکه ملی اطلاعات» مصوب جلسه شماره ۶۶ ۱۳۹۹/۰۶/۲۵ تدوین و هدف خود را صیانت و پیشگیری از آسیب‌های احتمالی فضای مجازی برای کودکان و نوجوانان در عین حفظ استفاده مناسب از آن دانسته است. نوشتار کنونی ضمن تبیین تهدیدها و آسیب‌های حقوق کودکان در محیط دیجیتال به بررسی راهبردهای لازم برای پیشگیری و مبارزه با آسیب‌های مجرمانه و غیرمجرمانه می‌پردازد.

۱. وفق آمارها، ۱۹ میلیون از ۴۰ میلیون کاربر اینترنت در ایران، زیر ۱۸ سال هستند. در سند مشترک یونسف و اتحادیه جهانی ارتباطات در سال ۲۰۱۴، حدود یک‌سوم کاربران اینترنت، کودکان و نوجوانان هستند. ر.ک: پژوهشگاه ارتباطات و فناوری اطلاعات. همچنین، به گزارش یونسف ۷۱٪ جوانان در جهان برخط هستند.

۲. فضای مجازی سالم، مفید و ایمن عبارت است از «فضایی است متشکل از شبکه‌های ارتباطی که در آن محتوا و خدمات مفید در چارچوب مبانی و ارزش‌های اسلامی و قوانین و مقررات کشور ارائه می‌شود و کاربران می‌توانند براساس ویژگی‌های جمعیتی، از قبیل سن، جنس، شغل و تحصیلات از محتوا و خدمات موردنیاز بهره‌مند شوند و حتی امکان در برابر محتوا و رفتاری‌های آسیب‌زا محفوظ بمانند». ر.ک: «توسعه فضای مجازی سالم، مفید و ایمن» مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۰ شورای عالی مجازی کشور.

۳. Guidelines for policy-makers on Child Online Protection 2020, International ITU Publications, available at: < <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/pr10-2020-Guidelines-Child-Online-Protection.aspx> >, last visited on (30.8.2021), P16.

۱. تهدیدها و آسیب‌های حقوق کودک در نسبت با محیط دیجیتال

اتحادیه بین‌المللی مخابرات در راستای حمایت از کودکان در برابر تهدیدهای محیط دیجیتال در سال ۲۰۲۰ اقدام به انتشار سه فهرست راهنما نمود^۱ که در فهرست راهنمای مربوط به سیاست‌گذاران، تهدیدهای موجود در فضای دیجیتال در سه سطح طبقه‌بندی شده است.^۲ همچنین، در سال ۲۰۱۸ و در بازطراحی طبقه‌بندی تهدیدهای محیط دیجیتال برای کودکان توسط کودکان آنلاین اتحادیه اروپا، طبقه جدیدی اضافه شد. از این رو در ادامه به بررسی چهار سطح از تهدیدها علیه کودکان در محیط دیجیتال خواهیم پرداخت.

۱.۱. تهدید در سطح محتوا (کودک به‌مثابه دریافت‌کننده)

محتوای تهدیدآمیز در قالب محتوای غیرقانونی، محتوای نامتناسب با سن و ظرفیت‌های در حال تکامل کودکان و ارائه اطلاعات و مشاوره زیان‌آور است.

۱.۱.۱. محتوای غیرقانونی

بیان برخی مطالب و محتواها به دلیل ماهیت خود حتی اگر قانون مناسبی آن را منع نکرده باشد، مخل حقوق کودک و تهدید نسبت به آن محسوب می‌شود که نژادپرستی، بیان مطالب مبتنی بر نفرت‌پراکنی و خشونت از مهم‌ترین مصادیق است. در کنار آن، ارائه هرگونه محتوای خلاف قانون در هر کشور مانند تبلیغات مرتبط به استثمار جنسی و سوءاستفاده از کودک، زورگویی سایبری، انتشار تصاویر جنسی، اخاذی، شرط‌بندی، اخبار نادرست و جعلی و دانلود غیرقانونی از اهم تهدیدها شمرده می‌شود.^۳

۱.۱.۲. محتوای نامتناسب با سن و ظرفیت‌های در حال تکامل کودک

هر محتوایی که بدون توجه به وضعیت رشدی کودک به او ارائه شود، آسیب‌زا است و باید از دسترس ایشان خارج شود. محتوای نامناسب شامل اطلاعات و تصاویر ناراحت‌کننده و گیج‌کننده، اطلاعات ویژه بزرگسالان، اطلاعات نادرست و یا اطلاعاتی است که منجر به رفتارهای خطرناک یا خلاف قانون کودک می‌شود.^۴ محتوای نامناسب ممکن است در قالب تبلیغات، بازی‌های رایگان، ویدئوهایی که شخصیت‌های کارتون را در موقعیت‌های بزرگسالان به نمایش می‌گذارد و یا یک اتاق گفت‌وگو با هدف آسیب به خود باشد. همچنین، خشونت و پورنوگرافی بزرگسالان اگرچه در بسیاری از کشورها منع قانونی ندارد، دسترسی کودکان بدان می‌تواند آثار مخربی به دنبال داشته باشد. به گزارش سایت گاردچیلد، در آمریکا ۷۰ درصد کودکان ۱۸-۸ ساله به‌طور تصادفی و حین انجام تکالیف درسی با پورنوگرافی آنلاین مواجه شده‌اند و ۹۰ درصد ایشان پورنوگرافی آنلاین دیده‌اند.^۵ در سال ۲۰۱۶ نیز یک‌سوم کودکان بریتانیایی در جست‌وجوهای اینترنتی

۱. فهرست راهنمای والدین و معلمان، فهرست راهنمای صنعت و فهرست راهنمای سیاست‌گذاران.

۲. Guidelines for policy-makers on Child Online Protection 2020, International ITU Publications, available at: <<https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/pr10-2020-Guidelines-Child-Online-Protection.aspx>>, last visited on (30.8.2021).

۳. European commission, A Digital Decade for children and youth: the new European strategy for a better internet for kids (BIK+), Brussels, 2022, p 5.

۴. Ronchi, Elettra, Robinson, Lisa, "Child protection online", EDUCATING 21ST CENTURY CHILDREN: EMOTIONAL WELL-BEING IN THE DIGITAL AGE, OECD, 2019, p190.

۵. <https://www.guardchild.com>, last visited on (26.8.2021).

با محتوای جنسی، نژادپرستانه و تبعیض‌آمیز مواجه شده‌اند.^۱

۱.۱.۳. مشاورهٔ زبان آور

ارائهٔ اطلاعات و مشاوره در باب موضوعاتی چون خودکشی، صدمه به خود و خودآزاری از جمله مواردی است که سلامت جسم و روان کودکان را در معرض خطر قرار می‌دهد و ورود کودکان به اتاق‌های گفت‌وگو با چنین موضوعاتی نقش مؤثری در ارتکاب این اقدامات دارد. همچنین، استفادهٔ گستردهٔ کودکان و نوجوانان از رسانه‌های اجتماعی سبب ایجاد حس ناخوشایند، نارضایتی نسبت به زندگی و پایین آمدن عزت‌نفس می‌شود،^۲ و در برخی موارد به اقدام به خودکشی خصوصاً توسط دختران می‌انجامد.

۱.۲. تهدید در سطح تماس (کودک به‌مثابه شرکت‌کننده)

تهدید در این سطح مربوط به وضعیت کودک در جایگاه قربانی یا مشارکت در برخوردی تعاملی است و معمولاً، زمانی رخ می‌دهد که کودک آنلاین باشد. مورد زورگویی واقع شدن، آزار دیدن، به اشتراک گذاشتن مطالب دارای حق تکثیر، شرط‌بندی و قمار، مورد تمجید و حمایت شکارگران جنسی قرار گرفتن، ردیابی یا برداشت اطلاعات شخصی و سوءاستفاده از داده‌های شخصی از مهم‌ترین مصادیق تهدید در سطح تماس است. در محیط دیجیتال گاه کودکان مخاطب پیام‌های بازاریابی برخط، به‌ویژه درخصوص محصولات محدود به سن مانند سیگار و الکل و یا مواردی که مخصوص بزرگسالان است، مانند خدمات دوست‌یابی و شرط‌بندی قرار می‌گیرند. به گزارش مرکز تحلیل رسانه‌های اجتماعی در دموس، حدود ۴۱۰۰۰۰ دنبال‌کنندهٔ قمار احتمالاً، کودکان زیر ۱۶ سال هستند. در تحلیل این مرکز آمده است که این نتایج نشان‌گر آن است که بخشی از کودکان نه‌تنها به‌طور ناخواسته نسبت به تبلیغات برخط قمار در وبگاه‌ها اطلاعات کسب می‌کنند، بلکه به صورت عملی نیز در این حوزه فعال‌اند.^۳ در صورتی که کودکان به یک کارت اعتباری یا سایر روش‌های پرداخت مانند تلفن همراه دسترسی داشته باشند، احتمال شرط‌بندی توسط آن‌ها بسیار خواهد بود و این حالت، یک تهدید مالی برای والدین خواهد بود. این مسئله رفتارهای پرخطر را که ممکن است منجر به زیان مالی و یا درخواست جنسی شود، افزایش می‌دهد. به نظر می‌رسد اذیت و آزار برخط، شایع‌ترین ریسک تماس است که کودکان با آن مواجه می‌شوند و محدوده‌هایی از ارباب، شرم و حقارت تا تهدیدهای شدید از طریق وسایل الکترونیکی را دربرمی‌گیرد. این کار می‌تواند به شکل زورگویی سایبری به اوج خود برسد که به موجب آن، افراد یا گروه‌ها با استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات به طور عمدی و مکرر به دیگران آسیب می‌رسانند.

۱.۳. تهدید در سطح اقدام و عمل (کودک به‌مثابه کنش‌گر)

در این سطح کودک به‌عنوان کنش‌گر و در تعامل با همسالان خود دست به اقداماتی می‌زند که سبب آسیب به دیگر کودکان می‌شود؛ انجام دادن اقدامات غیرقانونی مانند دانلود غیرقانونی، هک کردن، آزار و اذیت دیگران، تهیه و به‌اشتراک‌گذاری محتوای آسیب‌زا مانند پورنوگرافی، ارائهٔ اطلاعات و مشاوره‌های خطرناک مانند اطلاعات مربوط به

^۱ *Children's Media Use and Attitudes*, available at: < <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/media-literacy-research/childrens>>, last visited on (13.8.2021).

^۲ Osad'an, Robert, Hanna, Hanna, "The Effects of the Media on Self-Esteems of Young Girls", *Acta Technologica Dubnicae*, Volume 5, 2015, Issue 1, p5.

^۳ <https://www.ipsos.com/ipsos-mori/en-uk/examining-safety-children-online-across-europe>>, last visited on (22.12.2021).

روش‌های خودکشی و اختلالات اشتها.^۱

۱.۴. تهدید در سطح قرارداد و توافق (کودک به‌مثابه مصرف‌کننده)

این نوع تهدید که گاهی از آن به‌عنوان تهدید مربوط به مصرف‌کننده یاد می‌شود، به‌طور مستقیم و غیرمستقیم ارائه‌دهندگان خدمات دیجیتال و کودکان را به یکدیگر مرتبط می‌سازد و نشان‌گر وضعیت رو به رشد تجاری‌سازی داده‌های شخصی کودکان و در نهایت پردازش داده‌های ایشان است. در این سطح از تهدید کودکان وارد توافقاتی می‌شوند که به دلیل پیچیده و نامتناسب بودن با سن و یا نوع طراحی سایت و محتوا قادر به درک آن نیستند. این توافقات در نهایت، منجر به سوءاستفاده تجاری یا دسترسی به کالاهای نامناسب برای کودکان مانند چاقو، مواد مخدر و... می‌شود.^۲ همچنین در وضعیت برخط، کودک به دلیل عدم توانایی در پیش‌بینی عواقب احتمالی افشای اطلاعات ممکن است خود به افشای اطلاعات در قالب ثبت اطلاعات شخصی در کوکی‌ها به‌هنگام ثبت‌نام در سایت‌های مختلف یا ارائه داوطلبانه اطلاعات اقدام نمایند. عدم آگاهی و مهارت نسبت به بدافزارها و جاسوس‌افزارها نیز حریم خصوصی و داده‌های شخصی کودکان را تهدید می‌کند.^۳ دزدی هویت، جعل و کلاهبرداری، اخاذی، تهدیدهای امنیتی، فیشینگ، قاچاق با هدف استثمار جنسی، جریان سوءاستفاده جنسی از کودکان از مهم‌ترین مصادیق می‌باشند.^۴

۲. راهبردهای مقابله با آسیب‌ها در فضای مجازی

برخی ویژگی‌های فضای مجازی از جمله ناشناختگی افراد، فرازمانی و فرامکانی بودن، وجود محتوای مجرمانه یا آسیب‌زا باعث شده تا این محیط افزون بر مزایا، معایب و آسیب‌های بسیاری برای کودکان و نوجوانان داشته باشد که با توجه به گستردگی و تنوع باید بتوان با اقدام‌های پیشگیرانه مختلف و تنبیهی با آن‌ها مقابله نمود.

۲.۱. بالابردن سواد رسانه‌ای؛ سازوکار پیشگیرانه اجتماعی

یکی از سازوکارهای پیشگیری اجتماعی، به‌عنوان یکی از انواع پیشگیری بلندمدت و پایدار، آموزش و آگاهی‌بخشی به افراد جامعه اعم از بزه‌کاران یا بزه‌دیدگان بالقوه است. آموزش و توانمندسازی والدین و مربیان در منزل و مدرسه برای ایفای نقش نظارت و مراقبت از کودکان و نوجوانان و نیز، ارتقای سواد رسانه‌ای و مهارت‌افزایی کودکان و نوجوانان^۵ از مهم‌ترین سازوکارهایی است که در کلیه کشورهای دنیا و نیز در سند صیانت مورد توجه قرار گرفته است؛ کشورهای اتحادیه اروپا نیز بر این نظر هستند که با افزایش استفاده و فعالیت کودکان در فضای مجازی به جای محدودسازی دسترسی کودکان (فیلترینگ) می‌توان از اقدام‌های مؤثری همچون آگاه‌سازی استفاده نمود. در این میان، کودکانی که در محل سکونت خود دسترسی به اینترنت ندارند و به این دلیل از مکان‌های عمومی مانند کتابخانه‌ها، کافی‌نت‌ها و...

^۱ Livingstone, Stoilova, **The impact of digital experiences on adolescents with mental health vulnerabilities**, available at: < <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2021/12/13/the-impact-of-digital-experiences-on-adolescents-with-mental-health-vulnerabilities/>>, last visited on (22.12.2021), p12.

^۲ Council of Europe(2018). "Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment - Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers", available at: <https://edoc.coe.int/> last visited: 13.11.2022.

^۳ European commission, Op.cit, p7.

^۴ Ronchi, Elettra, Robinson, Lisa, Op.cit, p187.

^۵ وفق بند ۱۳ سند تبیین الزامات شبکه ملی اطلاعات مصوب ۱۳۹۵/۰۹/۲۰، یکی از اهداف مهم سند، پشتیبانی از آموزش، فرهنگ‌سازی عمومی و ارتقای سواد دیجیتال و رسانه‌ای آحاد مردم و کاربران داخلی است.

استفاده می‌کنند، باید از بیشترین سطح آگاهی برخوردار شوند^۱ و هم‌زمان والدین و سایر مراقبان آن‌ها نیز باید در این راستا، توانمند شوند. وفق قانون حفاظت از کودکان در اینترنت مصوب ۲۰۰۰ در ایالات متحده امریکا، مدارس و کتابخانه‌هایی که از تخفیف‌های اینترنت استفاده می‌کنند یا تحت قانون خدمات موزه و کتابخانه کمک‌های خاصی دریافت می‌کنند، باید سیاست ایمنی اینترنت- استفاده از نرم‌افزار فیلتر در رایانه‌هایی است که به اینترنت دسترسی دارند- را بپذیرند. مدارس مشمول این قانون نیز، باید: (۱) سیاست‌های ایمنی اینترنت شامل نظارت بر فعالیت‌های برخط کودکان داشته باشند؛ (۲) آموزش‌های صحیح در مورد رفتارهای برخط مناسب، از جمله تعامل با سایر افراد در وبسایت‌ها، شبکه‌های اجتماعی و اتاق‌های چت به کودکان ارائه و اقدام به آگاهی‌رسانی و پاسخ مناسب به رفتارهایی مانند آزار سایبری ارائه دهند.

۲.۲. توانمندسازی و هشیارنمودن والدین و مربیان مدرسه

محیط دیجیتال به‌طور مداوم در حال تکامل و گسترش است و شامل اطلاعات و تعاملات فناوری مانند شبکه‌های دیجیتال، محتواها، خدمات، ابزار و محیط‌های به هم متصل، فضای مجازی، هوش مصنوعی، رباتیک، سیستم‌های خودکار، تحلیل الگوریتم‌ها و داده‌های بیومتریک است. از این‌رو برگزاری کلاس‌های آموزشی و سمینار برای خانواده‌ها و آموزش مداوم معلمان و مربیان در مدرسه با توجه به سرعت بالای تحولات در عرصه فناوری اطلاعات و ارتباطات و ارتقای دانش ایشان درخصوص گونه‌های متنوع خطرات و آسیب‌های این فضا برای تمامی کودکان از جمله کودکان توان‌یاب^۲ یکی از روش‌های مهم برای ایفای وظیفه حمایت و مراقبت آنان است.^۳ در کشورهایی مانند ژاپن و انگلستان برنامه‌های دیگری مانند پیش‌بینی واحدهای درسی همچون آموزش فناوری اطلاعات و ارتباطات که گامی مهم در راستای آموزش «شهروندی دیجیتال» است، مدنظر قرار گرفته است.^۴ همچنین، در کشور پرو در سال ۲۰۱۱ براساس قانون، بر محیط امن در مدارس تأکید شده است. در این قانون بر لزوم حضور یک روان‌شناس برای پاسخ‌گویی به کودکان و پیشگیری از خشونت در فضای مجازی و واقعی تصریح شده است.^۵

۲.۳. ارتقای سواد دیجیتال کودکان و نوجوانان؛ آموزش پایدار

یکی از مهم‌ترین روش‌های پیشگیری از ورود آسیب به کودکان و نوجوانان در فضای مجازی خودتنظیمی به معنای آموزش مناسب به کودکان برای چگونگی استفاده از فضای مجازی و مراقبت از خویش در برابر آسیب‌های روزافزون آن

۱. بادامی، محمد مهدی، **کودکان آنلاین و حق آنان بر امنیت همه‌جانبه در فضای مجازی، با تأکید بر لزوم قانون‌گذاری در این زمینه: چالش‌ها و راهکارها**، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۹، ص ۱۵۶.

۲. European Commission, Children's rights in the digital environment: Moving from theory to practice, Best-practice guideline, December 2021, p 28.

۳. راهگشا، امیرحسین، ایمان موسوی، محمدرضا علوی اردکانی، **پیشگیری رشدمدار از بزهکاری کودکان و نوجوانان در فضای سایبر**، نشریه آفاق علوم انسانی، بهمن ۱۳۹۶، شماره ۱۰، ص ۹.

Burns, Tracey, Gottschalk, Francesca, "Educating 21st Century Children EMOTIONAL WELL-BEING IN THE DIGITAL AGE", OECD, 2019, p244.

۴. زاهدنیا، محمدحسن، **سیاست‌ها و راهبردهای کودک و نوجوان در کشورهای غیراسلامی**، <<http://koodak.tv/4151>>، (۲۵/۱۴۰۰/۳)، ص ۹.

۵. بادامی، محمد مهدی، **کودکان آنلاین و حق آنان بر امنیت همه‌جانبه در فضای مجازی، با تأکید بر لزوم قانون‌گذاری در این زمینه: چالش‌ها و راهکارها**، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۹، ص ۱۶۴.

است.^۱ چارچوب حمایتی برای تحقق خودتنظیمی مشارکتی در گردهمایی روز اینترنت ایمن ۲۰۱۷ شامل اقدام‌هایی مانند توانمندسازی کاربران برای ارتقای استفاده از ابزارهای کنترل والدین، دسته‌بندی محتوا و دیگر ابزارهای ایمنی برخط و در دسترس قراردادن ابزارهای گزارش‌دهی و ارتقای شاخص‌های اعلان و بازخورد، خودآگاهی و افزایش دسترسی به محتوای برخط مثبت، آموزشی و متنوع و مشارکت در افزایش همکاری و توجه به ورودی‌های مرتبط از سازمان‌های مردم‌نهاد و غیرانتفاعی، جامعه مدنی و نهادهای حاکمیتی ملی و منطقه‌ای اروپا و سازمان‌های بین‌المللی است. به این ترتیب، توانمندسازی کودکان، کاربران و استفاده از ظرفیت‌های جامعه مدنی در کنار آموزش، مورد توجه قرار گرفته است.

دولت‌ها باید سواد دیجیتال شامل سواد اطلاعات و آموزش شهروندی دیجیتال را توسعه دهند و تضمین نمایند.^۲ آموزش سواد دیجیتال باید از سال‌های اولیه و متناسب با ظرفیت‌های در حال تکامل ایشان در برنامه درسی کودکان گنجانده شود.^۳ آگاه‌سازی و ارائه اطلاعات به کودکان از مهم‌ترین سرمایه‌گذاری‌ها در راستای حمایت از کودکان و تحقق حق بر امنیت کودکان در فضای مجازی است. این آگاهی‌بخشی و ارائه اطلاعات پیشگیرانه می‌تواند به صورت پیام‌های امنیتی باشد که براساس تجزیه و تحلیل دقیق خطرها و آسیب‌های فضای مجازی با مشارکت کودکان تهیه و منتشر می‌شود تا تأثیر خود را در ایجاد امنیت سایبری کودکان بگذارد. از دیدگاه یونیسف، مهم‌ترین پیام‌های اطلاعاتی در راستای آگاهی‌بخشی در خصوص موضوعاتی از قبیل حق کودک بر دریافت اطلاعات، حمایت از حریم خصوصی سایبری، نحوه استفاده از اینترنت و امنیت سایبری است.

ارتقای مهارت‌های خودکنترلی، آموزش شناسایی محتوای نامناسب،^۴ انتخاب‌های هوشمندانه برخط، تقویت توانایی تفسیر محتوای اینترنتی، تقویت مهارت‌های تفکر انتقادی، شناسایی اطلاعات گمراه‌کننده، درک خطرات برخط و انعطاف‌پذیری، ایجاد شاخص‌های سنجش سواد اینترنتی مانند آنچه که در ژاپن وجود دارد و نیز توزیع جزوه‌ها و بروشورهای آموزشی رایگان در مدارس مانند مدارس ترکیه^۵ از جمله شیوه‌های افزایش مهارت کودکان و نوجوانان است. یکی از روش‌های قابل توجه در برخی کشورها مانند ژاپن و کره جنوبی در این راستا، برپایی کمپ‌ها و اردوگاه‌های ترک اعتیاد برخط است که با جداسازی کودکان و نوجوانان از گوشی تلفن همراه و رایانه یا تبلت، آنان را به سمت بازی‌های جمعی، پیوستن به فعالیت‌های باز و ورزش‌های تیمی سوق می‌دهد. بنابر برخی آمارها در ژاپن حدود ۸/۰۳٪ از کودکان و نوجوانان اعتیاد اینترنتی شدید دارند که منجر به اختلال خواب یا سایر اختلال‌ها در آن‌ها شده است و برپایی این کمپ‌ها برای مقابله با چنین مشکلاتی در آنان است.^۶

۱. زاهدنیا، محمدحسن، پیشین، ص ۴.

۲. Burns, Tracey Op.cit, p 211.

۳. وفق پروژه «مشاوره، طراحی و راه‌اندازی گوهر حوزه صیانت از کودکان و خانواده توسط سازمان در اینترنت کوا (سامانه ملی اینترنت و کودک). فناوری اطلاعات مصوب ۱۳۹۵، برنامه‌های اجرایی مدنظر این پروژه، شامل اجرای کارگاه‌های دانش‌آموزی آشنایی با آسیب‌های فضای مجازی، تولید کتاب، کتاب مصور برای کودکان، مقالات علمی، طراحی و راه‌اندازی وب‌سایت کوا و تولید محتوای چندرسانه‌ای است. این پروژه براساس برنامه حفاظت از کودکان اتحادیه اروپا (CEOP) اجرا شده و در کشورهایی مانند انگلستان با همکاری پلیس و مرکز حمایت از کودکان در فضای مجازی طی مدت فعالیتش با مقابله با بارگذاری مطالب مستهجن و نامناسب برای کودکان، «توانسته است مطالب حاوی سوءاستفاده از کودکان در انگلستان را از ۱۸ درصد در سال ۱۹۹۷ به ۱ درصد در سال ۲۰۱۰ کاهش دهد. برای اطلاعات بیشتر، رک: <https://books.google.com>

۴. حسینی، محمدرضا، **مسئولیت دولت‌ها و سازوکارهای حمایت از حقوق کودک در فضای مجازی**، نشریه حقوق کودک، ۱۳۹۸، شماره ۴، ص ۴۶.

۵. Guvenlicocuk.org.tr, last visited on (10.8.2021).

۶. زاهدنیا، محمدحسن، پیشین، ص ۱۹.

۲.۴. سازوکارهای فنی - وضعی؛ سازوکار پیشگیری موقعیت مدار

استفاده از ابزارهای پیشگیری وضعی یا موقعیت مدار نیز یکی از راهبردهای حمایت و مراقبت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی است که عموماً از طریق دولت‌ها یا نهادهای متولی یا از رهگذر نظارت و مراقبت والدین انجام می‌شود. می‌توان گفت واگذاری نظارت به والدین شامل سه شیوه فیزیکی، سخت‌افزاری و نرم‌افزاری است. در ماده ۱ طرح صیانت از کاربران در فضای مجازی نیز، پیام‌رسان‌ها موظف شده‌اند در چارچوب سند صیانت، قابلیت نظارت والدین و امکان رده‌بندی و پالایش محتوای متناسب با کودک و نوجوان را فراهم آورند. ابزارهای کنترل والدین به‌طور عمده در دو سطح سخت‌افزار (سیم کارت،^۱ مودم و...) و نرم‌افزار (سیستم عامل و برنامه کاربردی) عرضه و پیاده‌سازی می‌شوند و این امکان را در اختیار والدین قرار می‌دهند که بتوانند بر حضور فرزندانشان در فضای مجازی مدیریت، نظارت و برنامه‌ریزی کنند.^۲ از آنجا که کنترل مستقیم والدین می‌تواند سبب آسیب‌های جدی به روان فرزندان و سلب اعتماد بین والدین و فرزندان شود، در ایران نیز همچون، بسیاری از کشورها نرم‌افزارها و برنامه‌هایی^۳ برای کنترل غیرمستقیم فرزندان از سوی والدین طراحی شده است.^۴ از جمله ویژگی‌های مشترک این نرم‌افزارها و برنامه‌ها، محدود نمودن برخی محتویات، اعمال محدودیت زمانی برای استفاده کودکان از اینترنت، نمایش مکان، نمایش فعالیت‌ها، امکان کنترل تماس‌ها و پیامک‌های ورودی و خروجی، نمایش تاریخچه مرورگرها، امکان پاک کردن اطلاعات دستگاه از راه دور، امکان روشن و یا خاموش نمودن صفحه نمایش از راه دور، مسدودسازی برنامه‌ها و وبسایت‌ها و ... است که می‌تواند در کنار سایر شیوه‌ها مانند خطوط تلفنی مشاوره یا گزارش‌دهی در پیشگیری از ورود آسیب‌ها تأثیرگذار باشد.

۲.۵. پیش‌بینی خطوط تلفن تماس اضطراری و مشاوره

خطوط تماس اضطراری برای دریافت گزارش‌های مربوط به ارتکاب جرم در فضای مجازی، به‌ویژه موارد سوءاستفاده جنسی یا پورنوگرافی از کودکان و نوجوانان، یکی از راهکارهایی است که در بیشتر کشورها و همچنین، در سند صیانت در بند ۴-۹ قسمت د مورد اشاره قرار گرفته است. مثلاً در ایالات متحده آمریکا، بزه‌دیدگان با یکی از گروه‌های حامی بزه‌دیدگان برخط، از جمله گروه «تلاش برای توقف سوءاستفاده برخط»^۵ یا «فرشتگان سایبر»^۶ برای یاری، پشتیبانی و راهنمایی پیرامون برخی آسیب‌ها، مانند مزاحمت سایبری مشورت نمایند. به نظر برخی نظریه‌پردازان در این زمینه، فرشتگان سایبر، مسلماً، بهترین نهاد شناخته‌شده در زمینه اینترنت و یکی از بزرگ‌ترین گروه‌های حامی بزه‌دیدگان در

۱. براساس مصوبه صیانت از کودکان و نوجوانان در خدمات تلفن همراه باند پهن، اپراتور موظف است سیم کارت کودک و نوجوان با قابلیت دسترسی به بسته‌های خدماتی جذاب تلفن همراه باند پهن متناسب با گروه‌های سنی آن‌ها ارائه کند.

۲. کنترل‌ها به چند دسته تقسیم‌بندی می‌شوند؛ پالایش محتوا که محتوا را براساس سن فرزند محدود می‌کند، کنترل‌های کاربردی یا اعمال محدودیت زمانی و دسترسی، مدیریت استفاده از اینترنت یا رایانه که به معنای محدود نمودن قابلیت‌های استفاده از اینترنت یا رایانه براساس زمان، محتوا یا سن فرزند است و در نهایت، نظارت که دربردارنده مشاهده موقعیت مکانی و نوع فعالیت و دسترسی‌های کودکان و نوجوانان است.

۳. از جمله برخی از مهم‌ترین نرم‌افزارها و برنامه‌ها در این خصوص در ایران، می‌توان به نرم‌افزار «امین یا انارستان»، «دنیای دُرسا»، «نرم‌افزار کنترل والدین سانیا»، محصول شرکت آروکو فناوران پیشگام، «سامانه مراقبت از خانواده در دنیای مجازی (sfp)»، «برنامه کنترل فرزند شقایق»، «برنامه کنترل تماس و پیامک فرزند، محصول گروه شارکو» نام برد. از جمله نرم‌افزارهای کنترل والدین رایج در دنیا، qustodio، webwatcher، Net Nanny، PC Pandora، SafeKiddo، Spyagent، Salfeld Child Control است.

۴. وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، **ابزارهای کنترل والدین**، ۱۳۹۶، last visited on (22.12.2021). https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52768_orig.pdf

۵. Working to Halt Online Abuse (WHOA).

۶. Cyber Agnells.

دنیا است.^۱

وفق «مصوبه ضوابط صیانت از کودکان و نوجوانان در خدمات تلفن همراه باند پهن» که جزء مصوبات کمیسیون تنظیم مقررات محسوب می‌شود، در جلسه ۲۰۳م، شماره‌های ۱۲۳ و ۱۱۰ برای تماس اضطراری و گزارش‌دهی در نظر گرفته شده است. البته، ناگفته پیداست که با توجه به عمومی بودن این شماره‌ها که یکی اختصاص به موارد همسرآزاری و کودک‌آزاری دارد و دیگری برای گزارش فوری کلیه جرایم، به‌ویژه، در فضای واقعی است، باید مانند سایر کشورها خطوط تلفن ویژه ۲۴ساعته با پشتیبان‌های متخصص برای گزارش‌دهی مورد جرم یا تخلف در فضای مجازی در نظر گرفته شود. مثلاً، در آلبانی شماره ۱۱۶ و در اتریش شماره ۱۴۷ برای گزارش موارد زورگویی اینترنتی، زورگویی از طریق تلفن همراه، محتوای غیرمجاز در اینترنت و پیامک‌ها اختصاص داده شده است.^۲ امروزه، به‌منظور افزایش حمایت از کودکان از طریق ایجاد سازوکار گزارش‌دهی توسط مردم در فضای مجازی، می‌توان از ظرفیت و توانایی شبکه‌های اجتماعی استفاده نمود. زیرا بدون تردید، گزارش‌دهی برخط می‌تواند تأثیر قابل توجهی را در فرایند انتقال اطلاعات و گسترش آن داشته باشد. همچنین، کمیته حقوق کودک نیز تأکید فراوانی بر اجرای این سازوکار دارد، به گونه‌ای که توصیه می‌کند همه کشورهای عضو کنوانسیون حقوق کودک باید سیستم گزارش‌دهی قابل دسترسی را به‌منظور گزارش هرگونه خشونت علیه کودکان اجرایی نمایند. از آنجا که نظارت همه‌جانبه برای پلیس با دشواری‌های زیادی همراه است، استفاده از ظرفیت مشارکت مردمی در این بخش بسیار سودمند است. تحقق این امر مستلزم افزایش سطح دانش و آگاهی شهروندان نسبت به عواقب پیام‌هایی است که در فضای مجازی تولید می‌شود و هم‌زمان، فراخوان پلیس برای جلب مشارکت‌های مردمی در فضای مجازی پیشنهاد می‌شود. با این اوصاف، پلیس فتا نقش کلیدی در حمایت از کودکان بزه‌دیده در شبکه‌های مجازی خواهد داشت.^۳

خطوط تلفنی مشاوره برخط یا پیش‌بینی وبسایت‌های مشاوره نیز یکی دیگر از سازوکارهای مراقبتی از کودکان و نوجوانان و حفاظت از آنان در فضای مجازی است. در سند صیانت نیز این مسئله در بند ۴-۸ قسمت د پیش‌بینی شده است. با توجه به تخصصی بودن مسائل مربوط به فضای مجازی و مشکلات ناشی از آن، برقراری خطوط تماس یا وبسایت‌های مشاوره با حضور متخصصان و پاسخ‌دهی به پرسش‌های مختلف در این راستا، اقدام لازمی است. در سند مزبور، به راه‌اندازی خطوط تماس ارزان برای کمک به خانواده‌ها، کودکان و نوجوانان اشاره شده است. تماس با این خطوط در اغلب کشورها رایگان است. همچنین، در این بند و بند ۳-۷ به کودکان در معرض خطر اشاره شده است.

۲.۶. جرم‌انگاری و حمایت قانونی؛ سازوکار پیشگیرانه کیفری

تصویب و به‌روز نمودن قوانین و مقررات ملی مطابق با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر و حقوق مندرج در کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل‌های اختیاری آن یکی از مواردی است که به آن تأکید شده است.^۴ پرداختن به فضای مجازی در

۱. رستمی تبریزی، لمیاء، سودابه رضوانی و مرضیه آقا میرسلیم، *مزارعت سایبری، گونه‌شناسی، علت‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی* در: نجفی ابرنآبادی، علی حسین (زیرنظر)، *دایره‌المعارف علوم جنایی*، کتاب دوم، انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۸۹.

۲. وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، *ابزارهای کنترل والدین*، ۱۳۹۶ last visited on

(22.12.2021). https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52768_orig.pdf ص ۳۴.

۳. منصورآبادی، عباس، محمود میرخلیلی و هادی کرامتی معز، *پیشگیری از بزه‌دیدگی کودکان در شبکه‌های اجتماعی مجازی با تأکید بر نقش نظارتی شورای عالی فضای مجازی و پلیس فتا*، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، دوره دوازدهم، ۱۴۰۰، شماره ۴۶، ص ۴۶.

۴. General comment No. 25 (2021) on **children's rights in relation to the digital environment**, available at: < →

سال‌های اخیر در ایران نیز مورد توجه قرار گرفته، به گونه‌ای که در لوایح و طرح‌های مختلف مجلس یا قانون برنامه ششم توسعه نیز به این مسئله توجه شده و در کنار ضرورت مراقبت از کودکان و نوجوانان و سایر اقشار آسیب‌پذیر،^۱ به هوشمندسازی مدارس^۲ نیز پرداخته شده است. به نظر می‌رسد، ضرورت‌های حفظ و صیانت از حقوق کاربران از جمله کودکان در فضای مجازی نباید به عنوان مستمسک نقض حق دسترسی عموم به اینترنت یا برخی نرم‌افزارها و پیام‌رسان‌های خاص باشد.

حمایت قانونی از بزه‌دیدگی کودکان در فضای مجازی و ایجاد سازوکار قانونی سلامت محتوا در راستای پیشگیری از ورود آسیب‌های مختلف آن به کودکان و نوجوانان، یکی دیگر از شیوه‌های مورد تأکید در اسناد و مقررات مختلف است.^۳ در ایران، قوانین و مقررات مربوط به جرم‌انگاری در حوزه حمایت از کودکان و نوجوانان، به لحاظ کمی و کیفی چندان فراوان نیست و افزون بر سند صیانت، در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، مواردی چون تشویق به خودکشی یا آنچه که مشاوره‌های مجرمانه نامیده می‌شود یا برخی جرایم جنسی مورد توجه قرار گرفته است. مثلاً، افزون بر سند صیانت در بندهای ماده ۱، مواردی چون فحشا، هرزه‌نگاری در بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۹۹، «برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور هرگونه آزار جنسی یا ارتباط جنسی نامشروع به یکی از مجازات‌های درجه شش قانون مجازات اسلامی» محکوم می‌شود. در ماده ۱۴ این قانون نیز به تأسی از ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، فراهم نمودن یا تسهیل موجبات ارتکاب به خودکشی طفل یا نوجوان به هر نحو، بسته به آثار آن مجازات مختلفی دارد. بند ب ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای، رویکرد موسّع‌تری دارد و ویژه اطفال و صرف خودکشی نیست. در ایران در برهه‌های زمانی مختلف، چالش‌هایی چون «نهنگ آبی» و «مومو» در تشویق کودکان و نوجوانان به خودکشی یا حتی منتهی شدن به آن بار دیگر این مسئله را پررنگ و اهمیت آن را دوچندان نمود. وفق یافته‌های یک نظرسنجی از ۱۵۶۰ نوجوانان ۱۰ تا ۱۷ ساله در ایالات متحده آمریکا، پس از تعدیل عوامل خطر مشخص شد که افرادی که از وب‌سایت‌های مشوق خودکشی و صدمه به خود بازدید نموده بودند، احتمال وجود افکار خودکشی به ترتیب ۷ و ۱۱ برابر بیشتر بود.^۴ حفظ حریم خصوصی و عدم افشای اطلاعات کودکان و نوجوانان نیز ارزش بسیار مهمی است که مورد حمایت قرار گرفته است. در ماده ۱۹ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان^۵ نیز این مسئله مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. در اکثر موارد،

last visited on (19.8.2021), p 6. <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>>

۱. قسمت الف بند ۱۷ «بخش‌های اول و دوم سند راهبردی جمهوری اسلامی در فضای مجازی»، مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۱۷ شورای عالی فضای مجازی نیز توجه به اقشار و گروه‌های اجتماعی خاص اعم از کودکان، نوجوانان، سالمندان، کم‌توانان جسمی و ذهنی مورد توجه قرار گرفته است.

۲. ماده ۶۹ قانون برنامه ششم توسعه مقرر می‌دارد: «وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (سازمان فناوری اطلاعات) با رعایت مصوبات شورای عالی فضای مجازی مکلف است با همکاری وزارت آموزش و پرورش تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه هوشمندسازی مدارس، امکان دسترسی الکترونیک (سخت‌افزاری - نرم‌افزاری و محتوا) به کتب درسی، کمک آموزشی، رفع اشکال، آزمون و مشاوره تحصیلی، بازی‌های رایانه‌ای آموزشی، استعدادسنجی، آموزش مهارت‌های حرفه‌ای، مهارت‌های فنی و اجتماعی را به صورت رایگان برای کلیه دانش‌آموزان شهرهای زیر بیست‌هزار نفر و روستاها و حاشیه شهرهای بزرگ فراهم نماید. دولت برای تأمین هزینه‌های این ماده می‌تواند از مشارکت بخش غیردولتی استفاده نماید. هزینه‌های مذکور به‌عنوان هزینه‌های قابل قبول مالیاتی تلقی می‌شود.»

۳. حسینی، محمدرضا، **مسئولیت دولت‌ها و سازوکارهای حمایت از حقوق کودک در فضای مجازی**، نشریه حقوق کودک، ۱۳۹۸، شماره ۴، صص ۴۸-۴۹.

۴. Moore, Melinda, et al. (2013), "Challenges and opportunities for suicide bereavement research: The experience of ethical board review", *Crisis: The Journal of Crisis Intervention and Suicide Prevention*, 34(5), pp 297-304.

۵. وفق این ماده، هرکس هویت یا اطلاعات و اسرار طفل یا نوجوان بزه‌دیده یا در وضعیت مخاطره‌آمیز را افشا یا جزئیات جرم ارتكابی توسط طفل و نوجوان یا علیه وی را از طریق رسانه‌های گروهی و یا با توزیع، تکثیر، انتشار و نمایش فیلم یا عکس و مانند آن تشریح کند، به‌گونه‌ای

تعرّض به جنبه‌های مختلف حریم خصوصی اطفال، زمینه‌ساز بزه‌دیده واقع شدن و انواع سوءاستفاده، آزاروآذیت و بهره‌کشی از آنان می‌شود. در این راستا، اهمیت صیانت از حریم خصوصی کودکان و نوجوانان به اندازه‌ای است که کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹، پیش از پرداختن به موضوعاتی مانند حمایت از کودک در برابر استثمار و سوءاستفاده جنسی از کودکان، مواد مخدّر، شکنجه و هرگونه سوءرفتار و کودک‌آزاری، ماده ۱۶ را به حفظ حریم خصوصی کودک^۱ اختصاص داده است.^۲ همچنین، در کشورهایی مانند ایالات متحده امریکا، با وضع قوانینی همچون قانون «حفاظت از حریم شخصی کودکان»^۳ بر اهمیت حمایت از حریم خصوصی و امنیت اطلاعات آنان، تأکید شده است. وفق این قانون، اطلاعات شخصی کودکان ۱۲ سال و پایین‌تر باید حفاظت شود و کسی حق اطلاع یا فروش آن‌ها را ندارد. اگر پایگاه یا ارائه‌کننده خدمات به این اطلاعات نیاز داشته باشد، باید رضایت والدین یا سرپرست کودک را اخذ نمایند.

۲.۷. جلب مشارکت سایر کنش‌گران

استفاده از ظرفیت‌های بخش غیردولتی یا خود نوجوانان متخصص و علاقه‌مند در زمینه‌هایی مانند تولید محتوا یا توزیع آن، یکی از مواردی است که در بیشتر کشورهای دنیا و از جمله در سند صیانت به آن اشاره شده است. در بندهای ۳-۴ و ۳-۸ ماده ۳ سند تحت عنوان سیاست‌های کلان، به این امر توجه شده است. مثلاً، در اتریش وبسایت اینترنت امن‌تر بستری را که در آن کودکان و جوانان می‌توانند دیدگاه‌های خویش را بیان و تبادل دانش و تجربیات مربوط به استفاده از فناوری‌های برخط نمایند، فراهم می‌کند و در طراحی اقدام‌های آگاهی‌رسانی و ابزارها مشارکت می‌کنند. پلتفرم جوانان شامل سه عنصر مشارکتی کارشناسان و سفیران جوان، گروه‌های تمرکز جوانان و نظارت بر اینترنت آنان است.^۴ این مسئله سبب شده است که موفقیت‌های کلیدی و مهمی به دست آید؛ از جمله این که نه نفر از هر ده کودک در اتریش با مراکز خطوط تلفنی مشاوره آشنایی پیدا نموده‌اند، کارگاه‌های آموزشی در سراسر کشور برگزار می‌شوند، مطالب آگاهی‌بخش و نوآورانه شامل دستورالعمل‌های حفظ حریم خصوصی، آموزش‌های ویدئویی برای کودکان و نوجوانان فراهم شده‌اند.^۵ به نظر می‌رسد هدف از مشارکت کودکان، نوجوانان و جوانان، تشویق آنان به مشارکت فعال و تعاملی در استفاده خلاق و مسئولانه از اینترنت است؛ به گونه‌ای که آنان بر روی محتوا و تولید آن و بهبود مهارت‌های رسانه‌ای نیز تأثیرگذار باشند. در کشورهای دیگر اروپا، مانند فنلاند، بلژیک، دانمارک و... نیز مرکز اینترنت امن‌تر فعال و در حال جلب نظر و مشارکت نوجوانان است. برای مثال، این مرکز پذیرفته است که دیدگاه‌ها و نقطه‌نظرهای کودکان و جوانان، اهمیت کلیدی در یک کمپین آگاهی‌رسانی موفق و توسعه منابع آموزشی دارد. در سال ۲۰۱۶، مجموعه‌ای از جوانان ۱۳ تا ۱۷ ساله، به بحث‌های عمومی در مورد رفتار برخط کودکان و نوجوانان برای دستیابی آنان به آگاهی بیشتر، در مورد نیاز به تفکر

که موجب تجری دیگران، اشاعه جرم، آموزش شیوه ارتکاب آن یا بروز هرگونه ضرر یا آسیب به طفل یا نوجوان یا خانواده وی شود، به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود...

۱. وفق این ماده، ۱- در امور خصوصی، خانوادگی، یا مکاتبات هیچ کودکی نمی‌توان به صورت خودسرانه یا غیرقانونی دخالت یا هتک حرمت نمود. ۲- کودک در برابر این گونه دخالت‌ها یا هتک حرمت‌ها مورد حمایت قانون قرار دارد.

۲. محسنی، فرید، سهم کودکان و نوجوانان از حمایت کیفری در فضای مجازی و حقیقی، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره جدید، ۱۳۹۰، شماره ۱، ص ۱۴۱.

۳. Children's Online Privacy Protection Act 1998.

۴. وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، ابزارهای کنترل والدین، ۱۳۹۶، last visited on (22.12.2021) <https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52768_orig.pdf> ص ۳۵.

۵. همان.

انتقادی از رفتار دیجیتال خود و ارائه توصیه‌هایی در مورد این که چگونه والدین و نوجوانان با رسانه‌های دیجیتال در ارتباط باشند، پرداختند. تمرکز اصلی بر روی آماده‌سازی توصیه‌نامه، در مورد سواد رسانه‌ای برای گروه‌های مختلف هدف، شامل سیاستمداران، والدین، متخصصان و به‌ویژه، کودکان و نوجوانان است؛ هرچند که سایر ابزارها مانند ایجاد زیرساخت‌های لازم نیز از اهمیت شایانی برخوردار است.

۲.۸. ایجاد زیرساخت‌های مناسب و محیط‌های صیانت‌شده خاص

ایجاد زیرساخت‌های مناسب، حمایت از ارائه‌دهندگان محتوا و خدمات فضای مجازی برای تولید محتوا اعم از تخصیص اعتبار ویژه به آنان و تشویق و رتبه‌بندی شرکت‌ها و اپراتورهای برتر در این راستا و طراحی نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای ویژه کودکان و نوجوانان، ایجاد جویسگرهای ایمن و سالم مناسب کودکان، الزام پلتفرم‌ها و ارائه‌دهندگان محتوا و خدمات در محیط دیجیتال به صیانت از داده‌ها، نظارت، رده‌بندی و تفکیک محتوا و خدمات ویژه هر گروه سنی خاص از جمله دیگر حفاظت‌های ساختاری در مراقبت از کودکان و نوجوانان است.^۱

نتیجه‌گیری

مؤلفه‌های حمایت از کودک بر محورهای مشترکی مبتنی است که گرایش‌های کلی سیاست‌گذاری‌ها و راهبردها را مشخص می‌سازد. سیاست‌های عمومی باید تحول جایگاه و بازنمایی کودک را در نظر بگیرند. آگاه‌سازی و آموزش به والدین، امری ضروری برای حفظ روابط کودک و خانواده وی است که می‌تواند نشان‌دهنده جنبه‌های جدید نقش خانواده و اهمیت آن در عرصه حمایت از حقوق کودکان و حفاظت از آنان در برابر آسیب‌های کیفی و غیرکیفی این فضا باشد. کودک معاصر، در عصر دیجیتال، از جایگاهی تناقض‌آمیز میان بالاترین میزان توجه به حقوق وی از یک سو و ضرورت وجود نظارت و سرپرستی حمایت‌گر قرار دارد. به این ترتیب، دولت‌ها موظف‌اند از کودکان و نوجوانان، نه تنها در فضای واقعی، بلکه در فضای مجازی نیز حمایت کنند. هرچند که نخستین سیاست‌گذاری‌های عمومی، محدود نمودن مشارکت کودکان در فناوری‌های دیجیتال را پیشنهاد می‌کرد، اما امروزه، این فرضیه ساده‌انگارانه به نظر می‌رسد و نمی‌توان کاربردها و کارکردهای مفید و مثبت فناوری‌های دیجیتال در حوزه کودکان را نادیده گرفت. همچنین، ایجاد یک محیط دیجیتال که ضمن حمایت از کودکان، آن‌ها را توانمند سازد، شرط ضروری هرگونه سیاست‌گذاری است که قصد دارد کودکان را از مزایا و فرصت‌های ایجاد شده توسط فناوری دیجیتال بهره‌مند سازد. وجود یک مرجع یا نهاد متولی، یکی از سیاست‌ها و راهبردهای مهم در راستای پیشگیری از انجام امور موازی و تشتت در این خصوص است. برای شمول نتایج پراکنده در محیط دیجیتال برای حقوق کودکان لازم است دولت‌های عضو دولتی را که مأمور هماهنگی سیاست‌ها، فهرست راهنماها و برنامه‌های مربوط به حقوق کودکان است، در سازمان‌های دولتی ایجاد کنند تا از طریق تعامل با مدارس و بخش‌های مربوط به ارتباط فناوری و همکاری با تجار، جامعه مدنی، محیط‌های دانشگاهی و نهادها

۱. وفق بندهای مختلف ماده ۴ سند صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی زیرساخت‌های لازم پیش‌بینی شده است: ب- ایجاد محیط صیانت‌شده، ایجاد زیرساخت و خدمات پایه و پیشران ویژه محیط‌های صیانت‌شده مجازی اعم از احراز هویت، امکان دسترسی طبقه‌بندی‌شده، امکان نظارت اولیا، گزارش‌دهی، خدمات پرداخت و مقررات‌گذاری برای ترغیب دارندگان پروانه‌های ارایه خدمات ارتباطی و فناوری اطلاعات به توسعه زیرساخت و خدمات پایه در این محیط توسط وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات با همکاری نهادهای ذی‌ربط ظرف مدت شش ماه؛ تبصره: دارندگان پروانه ارائه خدمات ارتباطی ثابت و سیار می‌بایست ضمن پیاده‌سازی محیط/ محیط‌های مجازی صیانت‌شده در شبکه خود، دسترسی به محتوا و خدمات موجود در این محیط‌ها را به‌صورت ساده و ارزان فراهم نمایند. .

حقوق کودکان را در سطح میانی، ملی، منطقه‌ای و محلی تأمین نماید و در این راستا از کارشناسان دولتی و غیردولتی بهره گیرد. همچنین، چارچوب‌های سیاسی مانند شورای اروپا در حمایت از کودکان در برابر محتوای زیان‌آور و مهارت‌های سواد رسانه‌ای کودکان به سطح بالایی از هماهنگی‌های سیاسی در سطح منطقه‌ای دست یافته است. بنابراین، همکاری‌های بین‌المللی برای حفاظت برخط از کودکان مهم و ضروری است؛ امری که در بند و ماده ۴ سند صیانت نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

منابع

کتاب

۱. بادامی، محمدمهدی، **کودکان آنلاین و حق آنان بر امنیت همه‌جانبه در فضای مجازی**، با تأکید بر لزوم قانون‌گذاری در این زمینه: چالش‌ها و راهکارها، تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۲. رستمی تبریزی، لمیاء سودابه رضوانی و مرضیه آقا میرسلیم، **مزاحمت سایبری، گونه‌شناسی، علت‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی**، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین (زیرنظر)، دایره المعارف علوم جنایی، کتاب دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵.

مقاله

۳. ابوذری، مهرانوش، **امکان‌سنجی مسئولیت کیفری اصحاب رسانه در خودکشی نوجوانان**، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۳۱۱-۳۳۰.
۴. حسینی، محمدرضا، **مسئولیت دولت‌ها و سازوکارهای حمایت از حقوق کودک در فضای مجازی**، نشریه حقوق کودک، ۱۳۹۸، شماره ۴، صص ۳۳-۵۹.
۵. راهگشا، امیرحسین و ایمان موسوی و محمدرضا علوی اردکانی، **پیشگیری رشدمدار از بزهکاری کودکان و نوجوانان در فضای سایبر**، نشریه آفاق علوم انسانی، ۱۳۹۶، شماره ۱۰، صص ۱-۱۳.
۶. شریفی، مهدی، بیتا مرزبان و سمیه لبافی، **آسیب‌شناسی سیاست‌گذاری تولید محتوای فضای مجازی در ایران**، فصلنامه مدیریت دولتی، دوره ۱۰، ۱۳۹۷، شماره ۲، صص ۲۵۱-۲۶۸.
۷. ماندگار، مصطفی، رضا زارعی، مسعودرضا رنجبر صحرائی و مهرزاد رزمی، **استنادپذیری داده‌ها و سوابق الکترونیک در مقابل حقوق کودک در فضای مجازی**، نشریه حقوق کودک، ۱۳۹۹، شماره ۵، صص ۱۳-۴۲.
۸. محسنی، فرید، **سهم کودکان و نوجوانان از حمایت کیفری در فضای مجازی و حقیقی**، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره جدید، ۱۳۹۰، شماره ۱، صص ۱۳۷-۱۷۰.
۹. منصورآبادی، عباس و محمود میرخلیلی و هادی کرامتی معز، **پیشگیری از بزه‌دیدگی کودکان در شبکه‌های اجتماعی مجازی با تأکید بر نقش نظارتی شورای عالی فضای مجازی و پلیس فتا**، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، دوره ۱۲، ۱۴۰۰، شماره ۴۶، صص ۳۰-۵۲.

منبع اینترنتی

۱۰. زاهدنیا، محمدحسن، **سیاست‌ها و راهبردهای کودک و نوجوان در کشورهای غیراسلامی**، <http://koodak.tv/4151>، (۲۵/۱۴۰۰/۳/)
۱۱. وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (۱۳۹۶). **ابزارهای کنترل والدین**. last visited on (22.12.2021). https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52768_orig.pdf

۱۲. وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (۱۳۹۶). *مطالعه تطبیقی در توسعه خدمات فضای مجازی کودک و نوجوان*,

available at:

< https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52766_orig.pdf>, last visited on (22.12.2021)

References

Books

1. Badami, M. *Online Children and Their Right to Comprehensive Security in Cyberspace, Emphasizing the Need for Legislation in This Field: Challenges and the Solutions*, Tehran: Judicial Research Institute Publications, First edition, 2020. (in Persian)
2. Lievens, Eva, et al. *Children's Rights and Digital Technologies*, vol 1, Singapore: Springer, 2018.
3. Rostami Tabrizi, L. and Soudabe Rezvani, Marzieh Agha Mirslim, *Cyber Harassment, Typology, Etiology and Victimology*, Encyclopedia of Criminal Sciences, second book, second edition, Tehran: Mizan Publication, 2016. (in Persian)

Articles

4. Abu Zari, M. "Feasibility of Criminal Liability of Media in the Suicide of Teenagers", *Journal of Criminal Law and Criminology Studies*, Vol49, No.2, 2019:311-330. (in Persian)
5. Burns, Tracey and Francesca Gottschalk. "Educating 21st Century Children Emotional Well-Being In The Digital Age", OECD, 2019, available at: <https://www.oecd.org/>. last visited: 13.11.2022.
6. Hosseini, M. "Government's Responsibility and Mechanisms to Protect Children's Rights in Cyberspace", *Children's Rights Journal*, No.4, 2019: 59-33. (in Persian)
7. Jones, Lisa M, et al. "Evaluation of Internet Child Safety Materials Used by ICAC Task Forces in School and Community Settings, Final Report", 2013 available at: <https://login.microsoftonline.com/common/oauth2/authorize?client_id>, last visited on (22.10.2021).
8. Livingstone, Stoilova, "The impact of digital experiences on adolescents with mental health vulnerabilities", available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/mediase/2021/12/13/the-impact-of-digital-experiences-on-adolescents-with-mental-health-vulnerabilities/>>, last visited on (22.12.2021).
9. Mandegar, M. and Reza Zarei, Massoud Reza Ranjbar Sahraei, Mehrzad Razmi, "Citiability of Electronic Data and Records against Children's Rights in Cyberspace", *Children's Rights Journal*, No.5, 2020: 42-13. (in Persian)
10. Mansour Abadi, A. and Mahmoud Mirkhalili, Hadi Karamati Moez, "Prevention of Child Abuse in Virtual Social Networks with an Emphasis on the Supervisory Role of the Supreme Council of Cyber Space and FATA Police", *Scientific Quarterly of International Police Studies*, Vol 12, No. 46, 2021:30-52. (in Persian)
11. Mohseni, F. "The Contribution of Children and Teenagers to Criminal Protection in Virtual and Real Space", *Criminal Law Teachings*, No.1, 2011:137-170. (in Persian)
12. Moore, Melinda, et al, "Challenges and opportunities for suicide bereavement research: The experience of ethical board review", *Crisis: The Journal of Crisis Intervention and Suicide Prevention*, 34(5), 2013: 297-304.
13. Osad'an, Robert and Rania Hanna. "The Effects of the Media on Self-Esteems of Young Girls", *Acta Education Generalis*, Volume5, Issue1, 2015: 37-44.
14. Rahgoshia, A. and Iman Mousavi, Mohammad Reza Alavi Ardakani, "Developmental Prevention of Children and Adolescent Delinquency in Cyber Space", *Afaq Journal of Human Sciences*, No. 10, 2017:1-13. (in Persian)
15. Ronchi, Elettra and Lisa Robinson. "Child protection online", *Educating 21st Century Children: Emotional Well-Being In The Digital Age*, OECD. 2019, Available at: [oecd-library.org](https://www.oecd.org/). last visited: 13.11.2022.

16. Sharifi, M. and Bita Marzban, Samieh Labafi, "Pathology of Cyberspace Content Production Policy in Iran", *Government Management Quarterly*, Vol10, No.2, 2018: 251-268. (in Persian)

Sites

17. Zahidania, Mohammad Hassan, **Policies and strategies of children and adolescents in non-Islamic countries**, available at: <http://koodak.tv/4151/>, (25/3/1400).
18. Ministry of Communications and Information Technology (2016). **Parental control tools**, last visited on (22.12.2021). available at: https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52768_orig.pdf
19. Ministry of Communication and Information Technology (2016). **A comparative study in the development of child and adolescent virtual space services**, available at:
20. https://www.ict.gov.ir/ICTContent/media/image/2017/10/52766_orig.pdf, last visited on (22.12.2021)
21. "Child safety online global challenges and strategies", available at: <https://www.unicef-irc.org/publications/650-child-safety-online-global-challenges-and-strategies.html>, last visited on (22.12.2021).
22. "Child Sexual Abuse Material: Model Legislation & Global Review", available at: <https://www.icmec.org> , last visited on (12.8.2021).
23. "Children's Media Use and Attitudes", available at: <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/media-literacy-research/childrens>, last visited on (13.8.2021).
24. "Examining the Safety of Children Online Across Europe", available at: <https://www.ipsos.com/ipsos-mori/en-uk/examining-safety-children-online-across-europe>, last visited on (22.12.2021).
25. "Guidelines for policy-makers on Child Online Protection2020", International ITU Publications, available at: <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/pr10-2020-Guidelines-Child-Online-Proteccion.aspx> , last visited on (30.8.2021).
26. "Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment - Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers" (2018), available at: <https://edoc.coe.int/en/children-and-the-internet/7921>, last visited on(5.6.2021).
27. "More than a third of young people in 30 countries report being a victim of online bullying", available at: <https://www.unicef.org>, last visited on (7.7.2021).
28. "Violence against children", available at: <https://www.unicef.org/protection/violence-against-children-online>, last visited on (25.7.2021).
29. "Working to Halt Online Abuse (WHOA)", available at: <http://www.haltabuse.org>, last visited on (20.12.2021).
30. <http://www.cyberangels.org>, last visited on (4.7.2021).
31. <https://www.childnet.com> , last visited on (23.6.2021).
32. [Guvenlicocuk.org.tr](https://www.guvenlicocuk.org.tr), last visited on (10.8.2021).
33. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf.> last visited on (5.7.2021).
34. <https://www.digitalcitizenship.net>, last visited on (22.12.2021).
35. <https://www.guardchild.com>, last visited on (26.8.2021).
36. <https://www.internetmatters.org>, last visited on (27.8.2021).
37. <https://www.newswise.com>, last visited on (14.8.2021).
38. <https://www.statista.com/statistics/937051>, last visited on (27.8.2021).
39. www.betterinternetforkids.eu, last visited on (17.6.2021).
40. Council of Europe(2018). "Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment - Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers", available at: <https://edoc.coe.int/> last visited: 13.11.2022.

41. European Commission (2022), A Digital Decade for children and youth: the new European strategy for a better internet for kids (BIK+), Brussels. Available at: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/> last visited: 13.11.2022.
42. European Commission, (2021) Children's rights in the digital environment: Moving from theory to practice, Best-practice guideline. Available at: <https://www.betterinternetforkids.eu/documents/> last visited: 13.11.2022.
43. Ohchr, "General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment", available at: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>, last visited: 19.8.2021.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Challenges of Article 91 of the Islamic Penal Code (1392) in Judicial Procedure

Mostafa Bagheri¹, Hassam Alipour²✉, Mahdi Fazli³

ABSTRACT

Article 91 of the Islamic Penal Code approved in 2012 has brought about a serious and effective development in the way of criminal response and appropriate treatment of crimes requiring punishment or retribution for minors under the age of eighteen. According to the ruling provided in this article: "In crimes that cause punishment or retribution, when adults under the age of eighteen years have committed the nature of the crime, or they do not understand the sanctity of it, or there is doubt about their development and intellectual perfection, as the case may be, with consideration according to their age, the punishments foreseen in this chapter will be sentenced." However, considering that specific criteria have not been determined to determine the lack of understanding of the nature of the crime or its sanctity and the doubt in the development and perfection of the juvenile mind, it has caused numerous and challenging disagreements in the ruling jurisprudence, which can be caused by the decisions And the different and contradictory opinions of forensic experts and judges dealing with such juvenile crimes and their mental tendencies are in the course of the proceedings. Therefore, according to the mentioned challenges, it is suitable to create a single judicial procedure and prevent the issuance of mixed and contradictory, and arbitrary judgments in this regard, a certain age as the age of criminal responsibility in such crimes is determined in line with international regulations with This type of crime should be dealt with by juveniles under the age of eighteen.

KeyWords: Juveniles, Nature of Crime, Criminal Development, Sanity, Criminal Responsibility, Judicial Procedure.

How to Cite: Bagheri, M, Alipour, H, Fazli, M, "Challenges of Article 91 of the Islamic Penal Code (1392) in Judicial Procedure", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:195-210.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.230168.2425>

Received: 11/01/2023 - Accepted: 14/03/2023

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Naragh Branch, Markazi, Iran

Corresponding Author Email: Hassan.Alipour@gmail.com

2. Assistant Professor of Law, Faculty of Law, College of Farabi University of Tehran, Tehra, Iran

3. Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Malard Branch, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



چالش‌های ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در رویه قضایی

مصطفی باقری^۱، حسن عالی‌پور^۲، مهدی فضلی^۳

چکیده

ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تحولی جدی و مؤثر در نحوه واکنش کیفری و برخورد مناسب با جرایم مستوجب حد یا قصاص نوجوانان بالغ زیر هجده سال به وجود آورده است. به موجب حکم مقرر در این ماده: «در جرایم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند.»

لیکن به لحاظ اینکه معیارهای مشخصی برای احراز عدم درک ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن و شبهه در رشد و کمال عقل نوجوانان تعیین نگردیده، باعث به وجود آمدن اختلاف‌نظرهای متعدد و چالش‌برانگیز در رویه قضایی حاکم شده است که می‌تواند ناشی از تصمیمات و اظهارنظرهای متفاوت و متناقض کارشناسان پزشکی قانونی و قضات رسیدگی کننده به این گونه جرایم نوجوانان و گرایش‌های ذهنی آن‌ها در جریان دادرسی باشد. بنابراین با توجه به چالش‌های مورد اشاره، مناسب است به منظور ایجاد رویه قضایی واحد و جلوگیری از صدور احکام متهاافت و متناقض و سلیقه‌ای در این خصوص، سن مشخصی به عنوان سن مسئولیت کیفری در این گونه جرایم تعیین شود تا همسو با مقررات بین‌المللی با این نوع از جرایم نوجوانان زیر هجده سال برخورد گردد.

کلیدواژه‌گان: نوجوانان، ماهیت جرم، رشد جزایی، کمال عقل، مسئولیت کیفری، رویه قضایی.

استناد به این مقاله: باقری، مصطفی، عالی‌پور، حسن، فضلی، مهدی، «چالش‌های ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در رویه قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۱۹۵-۲۱۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.230168.2425>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۳

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، مرکزی، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: Hassan.Alipour@gmail.com
۳. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ملارد، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

هرچند که یکی از اهداف اجرای مجازات موضوع بازدارندگی آن است و در مورد جرایم مستوجب حد یا قصاص نظیر قتل عمدی، این مجازات‌ها باید به نحوی اعمال گردد که هدف مذکور را علاوه بر حفظ حقوق مجنی‌علیه (اولیاء دم مقتول) نسبت به حقوق جامعه رعایت نماید، لیکن این بحث زمانی که در مورد اطفال و نوجوانان مطرح می‌گردد، متفاوت بوده و با توجه به سن این افراد و شرایط فردی و اجتماعی و جسمانی و روانی که هر یک به نحوی مؤثر در ارتکاب جرایم مستوجب حد و قصاص از ناحیه آن‌ها باشند، متفاوت است. قانون‌گذار ایران سعی نموده با الهام از مقررات و قوانین بین‌المللی و همسو با کنوانسیون حقوق کودک که اعدام افراد زیر هجده سال را ممنوع اعلام نموده است، در تصویب ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به نحوی این اختیار را به قضات دهد که تحت شرایطی و با احراز مواردی که در حکم یادشده به آن اشاره شده است، این نوجوانان مرتکب جرایم حد و قصاص را از مجازات‌های سنگین معاف، و به مجازات‌های جایگزین تعزیری مشخص شده محکوم کنند.

در این راستا، عناوین و شرایط به کار رفته در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی نظیر احراز رشد و کمال عقل نوجوان به لحاظ عدم وجود معیار و ملاک مشخص و قابل تفسیر بودن از سوی کارشناسان پزشکی قانونی و قضات دادگاه‌ها موجب برداشت‌های مختلف و صدور احکام متهافت و متعارض مختلف شده است که با هدف اصلی قانون‌گذار همسو نیست.

با توجه به اینکه تحقیقات و بررسی‌های به عمل آمده در خصوص موضوع ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی حول و محور شرایط و چگونگی اعمال این حکم قانونی است و به اختلاف نظرهای موجود در رویه قضایی پرداخته نشده است، از این حیث تحقیق پیش‌رو دارای نوآوری است.

نگارنده در این مقاله سعی دارد پس از بررسی و تجزیه و تحلیل مفاهیم به کاررفته در ماده ۹۱ که با احراز آن به دادگاه اختیار داده به تبدیل مجازات‌های مستوجب حد و قصاص به مجازات‌های جایگزین تعزیری اقدام نماید، رویه‌های قضایی فعلی در نحوه اعمال این حکم قانونی را با استناد به آرای قضایی صادره از مراجع ذیصلاح (شامل دادگاه‌های کیفری یک استان تهران و شعب دیوان عالی کشور) بررسی، و عوامل مؤثر در وقوع این اختلاف نظرها را ارزیابی کند و پیشنهاد لازم را برای ایجاد رویه واحد قضایی ارائه دهد.

۱. شناخت مفاهیم

همان‌طور که اشاره شد، مفاهیم به کاررفته در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شامل عدم درک ماهیت جرم و حرمت عمل ارتكابی، شبهه در رشد و کمال عقل نوجوانان که در صورت احراز هر یک از آن‌ها، دادگاه می‌تواند مرتکبان جرایم موجب حد و یا قصاص افراد بالغ کمتر از هجده سال را با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های تعزیری تعیینی در فصل دهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محکوم نماید، به لحاظ قابل تفسیر بودن و عدم وجود معیار و ملاک مشخص در تشخیص آن‌ها نیازمند بحث و بررسی است. عدم درک ماهیت جرم و عمل ارتكابی و شبهه در رشد و کمال عقل در حقیقت ارتباط نزدیکی با مفاهیم «شبهه موضوعی و شبهه حکمی» در حقوق کیفری دارند. در حقیقت قانون‌گذار با بیان مفاهیم به کاررفته مورد اشاره در این ماده سعی نموده تا مفهوم نوینی را به مبانی حقوق جزای اطفال و نوجوانان بیفزاید که به دلیل قابل تفسیر بودن، موضوعات مجادله‌برانگیزی است.

در ادامه به بررسی این مفاهیم می‌پردازیم:

۱.۱. عدم درک ماهیت جرم و حرمت عمل ارتكابی

یکی از عوامل مهم مذکور در ماده ۹۱ که می‌تواند با احراز آن حکم به سقوط مجازات حد و قصاص در ارتكاب این نوع جرایم صادر نمود «عدم درک ماهیت جرم یا حرمت آن» است که مانند شرایط احراز مسئولیت کیفری مندرج در مواد ۱۴۰ و ۱۴۴ و ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی است.

درواقع تردیدی نیست که «عدم درک ماهیت جرم ارتكابی» ارتباط مفهومی نزدیکی با شبهه موضوعی مندرج در ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی دارد که مقرر می‌دارد: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتكاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه با علم به وقوع آن نیز باید محرز شود.»

همچنین «درک حرمت جرم ارتكابی» نیز نزدیکی معنایی با شبهه حکمی مقرر در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی دارد که بیان می‌دارد: «جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود.»

در ماده ۱۵۵ ق.م.ا. در خصوص شبهه حکمی، «جهل به حکم» در شرایطی که تحصیل علم عادتاً برای فرد ممکن نباشد یا با عذر موجه شرعی همراه باشد، مطرح شده و در ماده ۱۴۴ نیز در خصوص شبهه موضوعی، مسئله عدم علم به موضوع یا همان «جهل به موضوع» مقرر شده است. این دو عبارت در فقه اسلامی به ترتیب تحت عنوان «شبهه حکمیه» و «شبهه موضوعیه» مطرح می‌شوند.^۱

در عین قربات معنایی مفاهیم یادشده، لازم به ذکر است که میان آن‌ها یک وجه تمایز اساسی وجود دارد و آن مفهوم «ادراک» است. در ماده ۹۱ صراحتاً از واژه «درک» استفاده شده است که مفهومی پیچیده در حوزه عصب و روان‌شناسی دارد. ادراک از مقولات شناختی مغز و وابسته به عملکرد ذهنی است که یک مفهوم انتزاعی در میان روان‌شناسان و متخصصان علوم شناختی است. به این لحاظ، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با بیان مقوله درک ماهوی و موضوعی جرم مذکور، صرفاً مفهوم «شبهه موضوعی و حکمی» را منظور نظر نداشته، بلکه امری فراتر از آن را مد نظر قرار داده است. درواقع، تلاش نموده تا مقوله ادراک را به عنوان یکی از اجزای حاضر مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان مطرح نماید، لذا این مفاهیم، معادل هم نیست و مفاهیم «عدم درک ماهیت و حرمت جرم»، افزون به احکام «شبهه موضوعی و حکمی» شامل ضوابطی در احراز قدرت ادراکی لازم در ارتكاب جرم نیز است؛ چراکه در غیر این صورت، توجه خاص قانون‌گذار به موضوع درک ماهوی و موضوعی در ماده ۹۱ امری بیهوده، و همان احکام مورد اشاره در مواد ۱۴۴ و ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی نسبت به بزهکاری اطفال و نوجوانان نیز قابل تسری می‌بود.

همچنین به کاربردن مفهوم «درک ماهیت و حرمت جرم» به جای «علم به موضوع و حکم» در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی نمی‌تواند یک مسئله تصادفی یا بی‌دلیل باشد و یقیناً مقنن حکیمانه در تصریح مقوله درک در خصوص کودکان، تلاش نموده که قانون مجازات اسلامی را به شاخص‌های نوین دانش کنونی اعصاب و روانشناسی کودک نزدیک سازد و مسئله ضعف توان شناختی کودک را در قیاس با بزرگسالان مد نظر قرار دهد.

«درک» موضوع و حکم، یک مسئله است و «علم» بدان‌ها مسئله‌ای دیگر. درحقیقت، درک مقدم بر علم است و برای بزرگسالان برخلاف کودکان، دارا بودن حداقل قدرت ادراکی لازم در جرم ارتكابی به سبب فرض بلوغ عقلی اصولاً مفروض است. این نکته را هم باید افزود که حکم ماده ۹۱ به ارزیابی میزان «درک» کودک و نوجوان، منحصرراً در رابطه با جرایم حدی و قصاص نیست، بلکه کلیه جرایم تعزیری را نیز در برمی‌گیرد. بنابراین درمورد بزهکاری کودکان و نوجوانان، افزودن

۱. محمدی، فرزاد، *مبانی فلسفی حقوق جزا*، نشرزین اندیشمند، ۱۳۹۹، صص ۳۸۹-۳۹۰.

بر احکام شبهه حکمی و موضوعی، ارزیابی درک او نسبت به جرم ارتكابی نیز باید در تعیین مسئولیت کیفری مد نظر دادگاه قرار گیرد.

البته با توجه به پیچیدگی و ذهنی بودن مفهوم «ادراک» و نبود شاخص‌های عینی مطلق برای احصای دقیق آن، تشخیص این موضوع به مراتب با دشواری‌های بسیار زیادی همراه است. بدین دلیل تشخیص دقیق و موثکافانه این مفاهیم، کمک می‌کند تا از عملکرد سلیقه‌ای و گاه تبعیض‌آمیز از سوی قضات و کارشناسان پزشکی قانونی جلوگیری به عمل آید.

۱.۲. رشد

رشد در اصلاح فقهی و حقوقی به معنای عقل کامل و درک و عدم سفاهت است و به دارنده آن رشید می‌گویند که در مقابل سفیه است. به همین دلیل نویسنده ترمینولوژی حقوق بیان می‌کند که رشید را بالغ کامل می‌گویند. هر رشیدی عاقل است، ولی هر عاقلی رشید نیست، مانند سفیه که عاقل محسوب می‌شود، ولی رشید نیست. به همین دلیل، عنوان کمال عقلی را برای رشید به کار برده‌اند. ایشان همچنین بیان کرده‌اند که رشید، کیفیت نفسانی است که دارنده آن می‌تواند نفع و ضرر (در رشد مدنی) یا حسن و قبح (در رشد جزایی) را تشخیص دهد. چنین شخصی را رشید می‌گویند و فاقد این وصف اگر به حدّ جنون نرسیده باشد و صغیر نباشد، همواره سفیه خوانده می‌شود و صفت او را سفیه می‌گویند. اما باید توجه داشت که عقل در مقابل جنون، غیر از عقل یا رشد در مقابل سفیه است؛ چراکه سفیه، نقصان عقل و نداشتن کمال عقل است، ولی جنون، فقدان عقل است.^۱

اغلب فقها و حقوق‌دانان بین رشد در امور مدنی و رشد در امور کیفری، تفاوت قائل شده و در امور مدنی رشد را شرط دانسته‌اند و در امور کیفری آن را شرط نمی‌دانند.

برخی اساتید حقوق بیان می‌کنند که ملاک رشد و سفیه تشخیص نفع و ضرر مالی است نه حسن و قبح غیرمالی. در حالت کلی می‌توان گفت که رشد در اصطلاح کیفیت نفسانی است که دارنده آن می‌تواند نفع و ضرر (در رشد مدنی) و حسن و قبح (در رشد جزایی) را تشخیص دهد. چنین کسی را رشید می‌گویند و فاقد این وصف اگر به جنون نرسد و صغیر هم نباشد، سفیه خوانده می‌شود.^۲

در قرآن کریم، رشد غالباً در مقابل «غی» و به معنای خیر و صلاح و هدایت استعمال شده است. از آن جمله که در آیه ۵۱ سوره انبیا به معنای ادراک و به معنای حسن تصرف در اموال در آیه ۶ سوره نساء نیز استعمال شده است. از مقایسه معنایی که در قرآن کریم برای رشد آمده است، می‌توان نتیجه گرفت که رشد به معنای هدایت و درک و تشخیص در امر مختلف مفهومی عرفی است و دارای حقیقتی واحد است که این درک و تشخیص و هدایت با توجه به مصادیق و موضوعات مختلف مالی و غیرمالی و از جمله امور کیفری متفاوت می‌شود و علاوه بر این تبیین می‌شود که رشد مفهوم عامی است که اختصاص به امور مالی ندارد و امور کیفری را هم در برمی‌گیرد.

امروزه حقوق‌دانان و صاحب‌نظران کیفری، مسئله شرط بودن رشد در مسئولیت کیفری را مطرح و تبیین کرده‌اند. در این صورت به مفهوم رشد در امور کیفری باید پرداخته شود؛ بدین معنی که رشد جزایی در مقابل سفیه که در رشد مدنی است، نیست؛ زیرا رشد جزایی عبارت است از آن که عقل به مرتبه‌ای از کمال برسد که بتواند مسئولیت کیفری را تشخیص بدهد، اما اگر کسی عاقل باشد، ولی نتوانسته باشد به مسئولیت کیفری خود در مقابل عملی که انجام می‌دهد،

^۱ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علمی حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۳، ص ۳۳۴.

^۲ مرعشی شوشتری، محمد حسن، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، ۱۳۷۹، ص ۵.

آگاهی داشته باشد، رشد جزایی ندارد؛ به این دلیل که شخصی که نمی‌تواند تشخیص دهد عمل وی جرم است، با دیوانه که او نیز این تشخیص را ندارد، تفاوتی نمی‌کند و اگر بنا باشد چنین شخصی را که قدرت تشخیص ندارد، بتوانیم مجازات نماییم، لازم است که شخص دیوانه را نیز بتوانیم به مجازات برسانیم؛ زیرا ملاک در مجازات، تشخیص مجرم است.^۱ اما مسئله مهمی که در عبارت بالا بدان اشاره نشد، این است که معمولاً از چه سنی کودک و نوجوان می‌تواند مسئولیت کیفری و عواقب اعمال خود را تشخیص دهد. به نظر می‌رسد انسان در سنین پایین‌تر حتی قبل از بلوغ، می‌تواند زشتی و نادرست بودن عمل را تشخیص دهد؛ چه این که یکی از حقوق‌دانان در بیان رشد کیفری به این نکته توجه کرده است و بیان می‌کند میزان رشد کیفری، تشخیص بدی و خوبی کارهاست.^۲

همچنین در مورد رشد مدنی که میزان آن شناخت نفع و ضرر است، سن در معیار جزایی، کمتر از معیار مدنی است؛ در نتیجه به نظر می‌رسد مسئله تشخیص خوبی و بدی، به تنهایی کافی نباشد، بلکه باید فرد به میزانی از درک و شعور برسد که فهم قبیح عمل را تشخیص دهد و هم آثار و نتایج زبان‌بار عمل خود را پیش‌بینی نماید و در نتیجه، تشخیص حداقلی خوبی و بدی عمل، به تنهایی کافی نیست. کودکان تا حدی درک می‌کنند، ولی برای پذیرش مسئولیت کیفری این میزان کافی نیست.^۳

همان‌طور که ذکر شد، رشد به معنای درک و توانایی فکری و عقل است و رشد کیفری نیز مصداقی از این درک و عقل است. مطابق نظر فقها و حقوق‌دانان، ملاک تشخیص رشد کیفری با رشد مدنی فرق می‌کند؛ چون ملاک رشد در امور مدنی تشخیص نفع و ضرر است، ولی در امور کیفری حسن و قبح و خوبی و بدی است. در این خصوص، یکی از اساتید حقوق بیان می‌نماید رشد کیفری حالت نفسانی است که دارنده آن توانایی تشخیص خوبی از بدی و حسن و قبح را دارد.^۴

این که رشد کیفری به معنای صرف تشخیص خوب از بد و حسن و قبح باشد، قابل مناقشه است که در بحث جایگاه رشد در تحقق مسئولیت کیفری به آن پرداخته می‌شود. البته در اینجا لازم است بیان گردد که رشد کیفری به معنای عقل و درک و تمیز است، ولی این معنا نباید موجب این تصور شود که مراد از عقلی که در موارد مربوط به حدود و قصاص به کار برده شده است و از عقل به عنوان یک از شرایط ثبوت حد و قصاص اسم برده شده، همین ادراک و تمیز است، بلکه مراد از عقل در این موارد، فعالیت و روند طبیعی قوای ادراک و عدم ابتلا به جنون است و منظور از رشد جزایی درک و تمیز بوده که شرایط مسئولیت کیفری است. به نظر می‌رسد که رشد کیفری عبارت باشد از آن که عقل به مرتبه‌ای از کمال برسد که بتواند مسئولیت کیفری را تشخیص دهد؛ اما اگر کسی عاقل باشد ولی نتواند به مسئولیت کیفری خود در مقابل عملی که انجام می‌دهد آگاهی داشته باشد، رشد کیفری ندارد.^۵

این جنبه از رشد کیفری قابل توجه است که رشد کیفری، به خصیصه تکامل‌پذیری عقل نظر داشته باشد و در واقع، تکامل قدرت درک و تمیز در امور جزایی را باید به معنای رشد کیفری دانست. یکی دیگر از حقوق‌دانان در این زمینه می‌نویسد که رشد کیفری به خصیصه تکامل‌پذیری عقل مربوط می‌شود. این واژه در حقوق جزا به مقطعی از فرایند تکامل جسمی و عقلی انسان اطلاق می‌شود که از آن مقطع به بعد، تشخیص در برابر جرایم ارتكابی دارای مسئولیت

۱. همان، ص ۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۳۳۴.

۳. همان، صص ۳۲۵ و ۲۰۵۱.

۴. همان.

۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، *اندیشه‌های حقوقی*، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶، ص ۲۳۲.

جزایی و برخوردار از اهلیت جزایی می‌گردد. از تعاریفی که برای رشد کیفی گفته شد، نکته مهمی قابل برداشت است و آن توجه به این تعاریف به تکامل تدریجی قوای عقل انسان است.^۱ این حقوق‌دانان همچنین آورده‌اند که چون سرعت رشد و قوای جسمی و عقلی در افراد مختلف یکسان نیست، قانون‌گذار برای اجرای یکسان و هماهنگ مقررات جزایی ناگزیر به استفاده از ملاکی است که از یک سو سهل‌الوصول و برای همگان قابل فهم بوده و از سوی دیگر، بیشترین مطابقت را با درجه لازم از رشد ادراکی و جسمی داشته باشد. این ملاک و عامل، چیزی جز سن نیست؛ به این دلیل نظام‌های مختلف سن خاصی را به عنوان سن رشد یا سن قانونی یا سن کبر پیش‌بینی کرده‌اند.^۲

۱.۳. کمال عقل

منظور از این اصطلاح، بلوغ و عدم جنون است.^۳ برطبق مطالب پیشین، رشد در امور کیفی را که در بحث مجازات‌ها مطرح است، باید همان کمال عقل یا رسیدن فرد بالغ به مرحله‌ای که برخوردار از تفکر آگاهانه شده بوده و قادر به درک ماهیت عمل مجرمانه باشد، دانست و این مرحله‌ای است که شخص مستعد پذیرش مسئولیت تام کیفی بوده و در واقع شخصی است که از بلوغ کیفی برخوردار است و شایسته است که مانند افراد بزرگسال مورد بازخواست و مجازات قرار گیرد و اگر بخواهیم میانگین سنی را برای رشد کیفی در نظر بگیریم، هجده سال سن قابل قبولی می‌تواند باشد. با عنایت به این مسئله که باید برای رشد در تحقق مسئولیت کیفی جایگاه ویژه‌ای قائل شد و نمی‌توان آن را مختص امور مالی دانست.

اصلاح رشد به معنای عقل و بلوغ فکری نیز به کار رفته است و اصلاح «سفیه» و «ضعیف» اختصاص به مسائل مالی که در قرآن و برخی روایات ذکر شده است، ندارد و براساس روایات، رشد شامل مسائل کیفی نیز می‌شود و در واقع، آنچه در تفسیر آیه رشد مطرح شده است و آن را به امور مالی و توانایی به حفظ مال تعریف نموده‌اند، فقط بیان و تفسیر مورد آیه است. از این رو رشد یک مفهوم «عام» است و نه یک مفهوم خاص، تا فقط شامل امور مدنی شود، بلکه شامل امور کیفی نیز می‌شود، بدین معنی که رشد در امور کیفی نیز شرط است.

۲. چالش‌های موجود در دیدگاه قضایی

با عنایت به اینکه قانون‌گذار در تقنین ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی و جایگزینی مجازات تعزیری به جای مجازات‌های مستوجب حد و قصاص با احراز شرایط مقرر در ماده مذکور، رویکردی را دنبال کرده تا همسو با مقررات بین‌المللی و جلوگیری از اجرای مجازات‌های سالب حیات نوجوانان، رویه قضایی به سمت عدم تعیین و اجرای این‌گونه مجازات‌ها سوق پیدا کند، لیکن با بررسی رویه قضایی حاکم ملاحظه می‌گردد با دو رویه قضایی موافق با اعمال ماده ۹۱ و تعیین مجازات‌های جایگزین حدود و قصاص و رویه قضایی مخالف با آن مواجه هستیم.

در آرای قضایی موافق با تعیین مجازات‌های جایگزین حد و قصاص با الهام از ظرفیت ماده ۹۱ و چراغ سبزی که قانون‌گذار برای جایگزینی مجازات‌های این‌گونه جرایم اطفال و نوجوانان به قضات و دادگاه‌ها نشان داده است و با توجه به قوانین و مقررات بین‌المللی و کنوانسیون حقوق کودک که ایران نیز به آن ملحق گردیده و با محوریت سن مرتکبین این نوع

۱. میر سعیدی، سید منصور، *مسئولیت کیفی*، قلمرو و ارکان، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۱۱۴.

۲. همان، ص ۱۱۱.

۳. رهامی، محسن، *اقدامات تامینی و تربیتی*، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۶۷.

جرایم که افراد بالغ زیر هجده سال می‌باشند، با استناد به نظریه کارشناسان پزشکی قانونی که همسو با شرایط مقرر در ماده ۹۱، معمولاً نظر به عدم درک ماهیت جرم یا شبهه در رشد و کمال عقل نوجوان مرتکب جرم دارند و یا حتی برخلاف نظریه پزشکی قانونی که شرایط فوق را احراز نموده‌اند و با استدلال در رد نظریه پزشکی قانونی در شرایطی که به ضرر متهمان نوجوان است و با اشاره به ادله و مستندات که موضوعات درک ماهیت جرم یا حرمت عمل ارتكابی و یا احراز رشد و کمال عقل را با شبهه مواجه می‌نماید، حکم به سقوط مجازات‌های حدی یا قصاص داده و نسبت به تعیین مجازات‌های جایگزین تعزیری اقدام می‌نمایند.

در مقابل رویه قضایی مخالف با تعیین مجازات‌های جایگزین حدود و قصاص با رویکرد سنتی و بدون توجه به سن مرتکبین که افراد بالغ زیر هجده سال می‌باشند، به بررسی ادله و مستندات و قرائن و شواهد موجود در پرونده می‌نمایند و به دلیل اینکه حق قصاص را حق الناس دانسته و از گذشته‌های دور تاکنون آن را به موجب حکم شرع، حق اولیای دم می‌دانند، در مقابل تعیین مجازات‌های جایگزین حدود و قصاص مقاومت نشان داده و اعتقادی به اعمال آن ندارند. این رویه ضمن اینکه مخالف نظر مقنن در تصویب ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مبنی بر جایگزینی جرایم مستوجب حد و قصاص افراد بالغ کمتر از هجده سال در صورت عدم درک ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن و یا شبهه در رشد و کمال عقل آن‌ها است، با قوانین و مقررات بین‌المللی نیز سازگار نیست و موجب تضییع حقوق نوجوانان مرتکب اینگونه جرایم می‌گردد. در ادامه به نمونه آرای صادره از هر دو دیدگاه اشاره می‌گردد تا با تجزیه و تحلیل استدلال‌های به عمل آمده در رویه‌های متفاوت مورد اشاره، عوامل مؤثر در بروز این اختلاف نظر مشخص گردیده و راهکار مناسب برای رفع آن پیشنهاد گردد.

۲.۱. آرای قضایی موافق با تعیین مجازات‌های جایگزین

در آرای قضایی موافق، قضات دادگاه‌ها معتقدند که با استفاده از ظرفیت موجود در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی و با احراز شرایط مقرر در آن می‌توان در جرایم موجب حد یا قصاص اطفال و نوجوانان بالغ زیر هجده سال مرتکب این‌گونه جرایم را در صورتی که ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکرده باشند یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، به مجازات‌های جایگزین محکوم نمود.

به‌عنوان نمونه در دادنامه شماره ۳۳۲۰۰۳۳۲۰۲۳۳۲۰۹۹۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۰۷ صادره از شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان تهران (ویژه جرایم اطفال و نوجوانان) آمده است که:

متهم (الف) متولد ۱۳۷۹/۱۰/۲۴ که در زمان وقوع جنایت حدود ۱۶ ساله بوده و دارای رشد و کمال نبوده و ماهیت جرم انجام شده و ماهیت جرم انجام شده و حرمت آن را درک نمی‌کرده، به پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیای دم و تحمل پنج سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم گردیده است. پس از فرجام‌خواهی از این رأی، پرونده به شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور ارجاع که شعبه مرجوع‌الیه طی دادنامه صادره شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۵۳۸ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۷ مبادرت به نقض رأی فرجام‌خواسته و ارجاع به شعبه هم‌عرض می‌نماید. استدلال شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور در نقض رأی شعبه پنجم به این شرح است: «استدلال دادگاه محترم صادرکننده رأی دائر بر اینکه با توجه به نظریات پزشکی قانونی و تحقیقات انجام شده از متهم در جلسات رسیدگی نامبرده در زمان ارتکاب قتل، دارای رشد و کمال عقلی نبوده و ماهیت جرم انجام شده و حرمت آن را درک نمی‌کرده است.» مخدوش و غیر قابل ابرام است. بنابراین مراتب فرجام‌خواهی آقای وکیل اولیای دم از دادنامه شماره ۹۷۰۰۳۳۲ - ۱۳۹۷/۰۹/۰۷ صادره از شعبه پنجم

دادگاه کیفری یک تهران موجه تشخیص و ضمن نقض دادنامه فرجام‌خواسته، رسیدگی مجدد به دادگاه هم‌عرض صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌گردد.

پرونده به شعبه هم‌عرض که شعبه هفتم دادگاه کیفری یک استان تهران (ویژه جرایم اطفال و نوجوانان) است ارجاع شده و شعبه مذکور طی دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۲۲۵۵۰۰۵۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۲۸ با این استدلال که: «به دلالت محتویات پرونده و مستنبط از متون قانونی امر مسجل و محرز می‌باشد که متهم در زمان ارتکاب جرم از کمال عقل و رشد برخوردار نبوده و حرمت عمل ارتكابی را نمی‌دانسته، چرا که:

الف) اماره قانونی رشد، سن رشد را هجده سال بیان می‌کند هرچند این اماره عموماً به معاملات و تصرف شخصی در اموال و صلاحیت و اهلیت وی اطلاق می‌گردد، ولیکن از نقطه‌نظر جزایی این نیز منعی در جهت توجه و استناد به آن وجود ندارد.

ب) قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی در ماده ۹۱ مصوب ۱۳۹۲ شرط بار نموده که مجازات قصاص و حدود درمورد نوجوانان بالغ زیر هجده سال با احراز رشد و کمال عقل از یک سو و عدم علم به حرمت شرعی از سوی دیگر لازم و به آن تصریح نموده و این به آن معنا است که هرچند مطابق با مواد دیگر قانون مجازات اسلامی نظیر مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ صرف رسیدن به بلوغ کفایت در توجه به مسئولیت کیفری می‌نماید، ولیکن در حدود و قصاص علاوه بر احراز بلوغ و رشد و کمال عقل مرتکب، احراز علم وی به حرمت رفتار ارتكابی نیز تکلیف محکمه است و بر همین اساس صرف بلوغ در زمان ارتکاب جرم یا جنایت محکمه را بی‌نیاز از احراز رشد و کمال در متوجه نمودن مجازات شرعی و قانونی نمی‌نماید. در نتیجه دادگاه علاوه بر احراز بلوغ مرتکب می‌بایستی رشد و کمال عقل را نیز بر نظیر مانحن فیه احراز نماید.

ج) از مذاقه در بعضی مواد قانون مجازات اسلامی نظیر ماده ۱۸۹ آن قانون نیز مستحق کیفر و تعزیر و مجازات ندانسته و اصلاح تربیت آن را تجویز و تأکید نموده است و این به آن معنا است که از نظر قانون‌گذار حتی در این قبیل جرایم نیز عدم تربیت یا تربیت ناقص یا ناصواب دلیل ارتکاب جرم فرض شده است که به جای مجازات، اصلاح و تربیت تجویز گردیده است و به عقیده این محکمه یکی از مصادیق تربیت آگاه نمودن نوجوانان به ماهیت و یا حرمت رفتارهای ارتكابی است که از نظر قانونی و شرعی صبغه مجرمانه دارند و در نتیجه در جرایم مستوجب حد یا قصاص که احتیاط در اعمال آن‌ها از تأکیدات شرع مقدس و قانون است و با صرف حدوث شبهه این قبیل مجازات‌ها مرتفع می‌شود و می‌بایست اصل را به عدم کمال عقل و یا اطلاع مرتکب غیررشد از حرمت و ماهیت رفتار ارتكابی استوار نمود و برای رفع شبهه تحصیل یا اقامه دلیل نمود و به عبارت دیگر ارتکاب جنایت از سوی فرد غیررشد با وجه غالب دلالت بر عدم رشد و کمال عقل وی و جهل وی به حرمت ماهیت رفتار ارتكابی دارد و بر همین اساس اثبات رشد و کمال عقل وی محتاج تحقیق و کسب دلیل است و نه عدم آن.

د) انگیزه بیان شده از سوی متهم در طول تحقیقات مقدماتی و دادرسی در جهت ارتكابی جنایت، بیانگر این است که متهم جاهل به حرمت و ماهیت رفتار ارتكابی بوده و حتی از تربیت ابتدایی صحیح نیز برخوردار نبوده است و کمیسیون ۷ نفره پزشکی قانونی اظهار نظر نموده رشد و کمال عقلانی در زمان ارتکاب جرم احراز نگردید، لذا متهم را به پنج سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت تهران با احتساب و کسر ایام بازداشت قبلی و پرداخت یک دیه کامل مرد مسلمان ظرف مهلت یک سال از تاریخ جنایت در حق اولیای دم محکوم نموده است.»

این رأی در شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور طی دادنامه ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۸۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۴ ابرام شده است. ملاحظه می‌گردد در آرای قضایی همسو با هدف مقنن و رعایت مصالح فردی و اجتماعی و بین‌المللی، با تعیین مجازات‌های

جایگزین جرایم مستوجب حد و قصاص در مورد نوجوانان بالغ زیر هجده سال، ضمن استفاده از این ظرفیت قانونی از تعیین مجازات‌های سالب حیات و ... در ارتکاب این‌گونه جرایم نسبت به اطفال و نوجوانان خودداری شده و نسبت به تعیین مجازات‌های جایگزین تعزیری مبادرت نموده که اقدامی مناسب و همسو با نظر مقنن به نظر می‌رسد.

۲.۲. شاخص‌های مهم ماده ۹۱ در آرای قضایی موافق جهت تعیین مجازات‌های جایگزین

با نگاهی به منطوق ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ که مقرر می‌دارد: «در جرائم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آن شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند». ملاحظه می‌گردد مشخصاً سن خاصی مورد نظر قانون‌گذار بوده و آن هم نوجوان زیر هجده سال است که در صورت ارتکاب جرایم مستوجب حد یا قصاص، در صورتی که ماهیت جرم ارتكابی یا حرمت شرعی رفتار ارتكابی را درک نکرده باشند و یا در رشد و کمال عقل آن‌ها شبهه وجود داشته باشد، به‌جای حد (شلاق) یا قصاص به مجازات‌های جایگزین پیش‌بینی شده در قانون (مواد ۸۸ و ۸۹) محکوم می‌گردند. بنابراین سن زیر هجده سال که به‌عنوان یک اصل در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان شاخصه جایگزینی جرایم حدود و قصاص نوجوانان تعیین گردیده، یکی از معیارهای اصلی مورد توجه از سوی قضات دادگاه‌ها در رسیدگی به جرائم نوجوانان مشمولان این حکم قانونی است. همچنین شاخص‌هایی نظیر عدم درک ماهیت جرم یا حرمت عمل ارتكابی و شبهه در رشد و کمال عقل نوجوانان این امکان را به دادگاه‌ها می‌دهد که همگام با هدف قانون‌گذار نسبت به تعیین مجازات‌های جایگزین حد و قصاص این گروه سنی اقدام نمایند.

۲.۳. آرای قضایی مخالف با تعیین مجازات‌های جایگزین

در مقابل، رویه دیگری وجود دارد که اعتقادی به تعیین مجازات‌های جایگزین در عمل ندارد و با رویکردی سنتی و بدون توجه به معیار اساسی سن اطفال و نوجوانان در جرایم حد و قصاص، نسبت به تعیین مجازات مشابه افراد بزرگسال می‌نماید و تفاوتی از این نظر بین آن‌ها قائل نیستند، به‌واقع وجود و تصویب ماده ۹۱ هیچ تأثیری در عقیده قضایی آن‌ها ندارد و هیچ خاصیتی برای آن قائل نیستند و کماکان با رویکردی سنتی و بر اساس بررسی نحوه ارتکاب جرم و ادله موجود در پرونده بدون در نظر گرفتن شخصیت و سن نوجوانان مرتکب این‌گونه جرایم مبادرت به صدور احکام مستوجب حد و قصاص می‌نمایند.

به عنوان نمونه، در پرونده‌ای که موضوع آن ارتکاب قتل عمدی از سوی نوجوان ۱۷ساله‌ای بوده و مقتول نیز جوان ۲۱ساله‌ای بوده است، در دو مرحله شعب دهم و هفتم دادگاه کیفری یک استان تهران با احراز عدم رشد و کمال عقل نوجوان مرتکب قتل عمدی حکم به پرداخت دیه و پنج سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت صادر نموده که در هر دو مرحله شعبه اول دیوان عالی کشور نسبت به نقض دادنامه‌های مورد اشاره اقدام و پرونده را به شعبه هم‌عرض ارجاع نموده است که در مرحله سوم، شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان تهران (ویژه جرایم اطفال و نوجوانان) طی دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۲۳۳۵۲۳۱ مورخ ۱۳۹۷/۰۶/۲۴ چنین رأی داده است: «با توجه به اقرار صریح و مقرون به واقع متهم در کلیه مراحل رسیدگی و جلسه این دادگاه مبنی بر قتل عمدی مقتول گزارش معاینه جسد درخصوص علت فوت که منطبق با اظهارات متهم در چگونگی ارتکاب قتل دارد این دادگاه بزهکاری وی را محرز و مسلم دانسته، اگرچه متهم در

برخی جلسات دادسرا و دادگاه اظهار داشته قصد کشتن مرحوم را نداشته و صرفاً قصد ترساندن داشته، لیکن توصیفی که وی از نحوه اقدام خود داشته از قبیل نزدیک شدن به متهم و تهیه حشیش برای ایشان و تدارک ابزار لازم برای عملی کردن تصمیم خود حاکی از سبق تصمیم در به قتل رساندن مرحوم داشته است. همچنانکه ایشان پس از اینکه با دستمال دورگردن مرحوم را فشار داده، به جهت اینکه تردید داشته که هنوز زنده باشد اقدام به بستن تسمه دورگردن مرحوم نموده است و مجموع اقدامات ایشان علاوه بر اینکه مؤید قصد ایشان در کشتن بوده حاکی از دارا بودن شرایط مسئولیت کیفری شامل عقل، بلوغ و اختیار است و نظریه پزشکی قانونی نیز وی را در زمان ارتکاب بزه دارای قوه تمیز و اراده دانسته و از رشد و کمال عقلی لازم نیز برخوردار بوده و در جلسه این دادگاه نیز با وجود تفهیم نظریه پزشکی قانونی به وکیل متهم اعلام داشته‌اند نسبت به آن اعتراضی ندارند. همچنین دفاعیات متهم و وکیل ایشان نیز در ارتباط با اعتقاد متهم به مهدورالدم بودن قابل پذیرش نیست؛ چراکه متهم در هیچ یک از مراحل رسیدگی اولیه اشاره‌ای به این موضوع ننموده است.» به این ترتیب ادعای متهم و وکیل ایشان مبنی بر قتل مرحوم به اعتقاد به مهدورالدم بودن قابل پذیرش نیست. لذا با توجه به احراز ارتکاب قتل مرحوم توسط متهم با سبق تصمیم با اقرار صریح و مقرون به واقع وی و جمع شرایط مسئولیت کیفری و عدم وجود و احراز موانع مسئولیت کیفری و تقاضای اولیاءدم مقتول مبنی بر قصاص متهم، حکم بر قصاص متهم صادر و اعلام شده است.

همان‌طور که اشاره شد، شعبه اول دیوان عالی کشور پس از اینکه دو بار آرای صادره در مورد این نوجوان ۱۷ ساله را که از سوی شعبه دهم و هفتم دادگاه کیفری یک استان تهران با استناد به ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی صادر گردیده بوده و نسبت به تعیین دیه و مجازات جایگزین قصاص که پنج سال حبس و نگهداری در کانون اصلاح و تربیت بوده است، پس از صدور حکم قصاص از سوی شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان به شرحی که گذشت، طی دادنامه شماره ۹۰۰۵۳۸ مورخ ۱۳۹۷/۰۸/۲۳ به شرح ذیل ابرام نموده است:

«آنچه در دادنامه فرجام‌خواسته مبنی بر قصاص علیه آقای الف مورد لحوق حکم قرار گرفته است، با توجه به رسیدگی‌های معموله، جهات و مبانی صدور آن صائب و منطبق با محتویات پرونده محاکماتی و ادله ابرازی در آن می‌باشد و فرجام‌خواهی وکیل نام‌برده و مراتب اشعاری در لایحه ابرازی که عمدتاً تکرار مدافعات قبلی و مورد لحاظ در دادرسی می‌باشد مؤثر در مقام نقض رأی تشخیص داده نمی‌شود و چون از حیث مغایرت با موازین شرعی و قانونی ایراد و اشکالی نیز ملاحظه نمی‌گردد با رد اعتراض فرجامی دادنامه فرجام‌خواسته را تائید و ابرام می‌نماید.»

ملاحظه می‌شود این گروه از قضات بدون توجه به فلسفه تقنین ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و سن نوجوانان مرتکب جرایم مستوجب حد و قصاص و بر اساس نحوه ارتکاب جرم و ادله اثباتی و مطابق رویه سنتی و تحت تأثیر گرایش‌های ذهنی و مسائل فقهی و احکام شرع مبادرت به صدور احکام قصاص می‌کنند و اعتقادی به تعیین مجازات‌های جایگزین این‌گونه جرایم ندارند که نتیجه آن صدور احکام سالب حیات و اجرای حدود در مورد این قبیل اطفال و نوجوانان بزهکار است که دارای تبعات فردی و اجتماعی و بین‌المللی است.

۲.۴. عوامل مؤثر در اختلاف رویه موجود

با بررسی هر دو دیدگاه در رویه قضایی فعلی نسبت به اعمال مقررات ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد عدم تعیین سن مشخص و خاصی به عنوان مبنای تعیین مجازات‌های حدود و قصاص برای نوجوانان در این ماده موجب گردیده، نوجوانان بزهکار در شرایط یکسان در مقابل تصمیمات متهافت و متناقض کارشناسان پزشکی قانونی و قضات

دادگاه‌ها که ناشی از گرایش‌های ذهنی آن‌ها در روند رسیدگی به پرونده قرار گیرد و به صورت سلیقه‌ای با آن‌ها رفتار شود و در این موارد شاهد صدور احکام چالش‌برانگیز باشیم. همچنین از عوامل مهم دیگر در این خصوص می‌توان به عدم وجود آزمون استاندارد و قابل اعتمادی که بتوان مطابق آن نسبت به سن رشد و کمال عقل نوجوانان بزهکار اقدام نمود، اشاره کرد که در عمل موجب می‌شود معیار و سنجش مشخص و همسو با مقررات بین‌المللی در اختیار نباشد.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که ملاحظه شد، موضوع رشد و کمال عقل در نوجوانان بالغ زیر هجده سال و عدم درک ماهیت جرم یا حرمت عمل ارتكابی از سوی آن‌ها در جرایم مستوجب حد و قصاص که در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان یک نوآوری و تلاش در جهت همسو نمودن قوانین داخلی با مقررات بین‌المللی و کنوانسیون حقوق کودک به تصویب رسیده است، به جهت اینکه معیار مشخص و قابل اعتمادی برای تعیین سن رشد وجود ندارد و در عمل نیز تصمیمات متفاوتی از سوی کارشناسان پزشکی قانونی و روانشناسان و قضات دادگاه‌ها به جهت گرایش‌های ذهنی متفاوت آن‌ها در این رابطه اتخاذ می‌گردد، از موضوعات چالش‌برانگیز در ارتكاب این جرایم از سوی نوجوانان است و همین امر باعث گردیده مشکلات و ابهامات زیادی در عمل به وجود آید و موجب چالش‌های مختلف و اختلاف‌نظرهای عمده‌ای شود و به صدور آرای متهاافت و متناقض در رابطه با اینگونه جرایم نوجوانان بالغ زیر هجده سال بینجامد. در حال حاضر، برخی از قضات با استناد به ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی و همسو با اهداف قانون‌گذار در تقنین این ماده و رعایت مصلحت نوجوانان بزهکار مشمول مجازات‌های حدی و قصاص و مصالح اجتماعی و بین‌المللی مبادرت به تعیین مجازات‌های جایگزین مورد نظر در خصوص این افراد می‌نمایند و در رویه قضایی دیگری با نگاه سنتی و بدون توجه به سن نوجوانان بالغ زیر هجده سال، منجر به صدور احکام سالب حیات و قصاص می‌گردد که تبعات خاص خود را دارد و با فلسفه تقنین ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مخالف است. از این‌رو به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی و جلوگیری از صدور آرای متهاافت و متناقض در برداشت از این ماده قانونی مناسب است، مقنن با اصلاح ماده ۹۱ و تعیین سن مشخص به عنوان تنها معیار تعیین مجازات جایگزین حدود و قصاص برای نوجوانان بالغ زیر هجده سال به این اختلاف نظر در رویه قضایی خاتمه داده، همسو با قوانین و مقررات بین‌المللی ضمن حمایت از اطفال و نوجوانان بزهکار زمینه اصلاح و بازگشت آن‌ها را به جامعه فراهم نماید.

منابع

فارسی

کتاب

۱. آقای جنت مکان، حسین، *حقوق کیفری عمومی (کیفر شناسی نو)*، جلد ۳، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
۲. اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، گنج دانش، ۱۳۸۳.
۴. رهامی، محسن، *اقدامات تأمینی و تربیتی*، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۵. صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱.
۶. فرهی، بابک، *آئین دادرسی کیفری*، تهران: انتشارات طرح نوین، چاپ اول، ۱۳۹۳.

۷. محمدی، فرزاد، **مبانی فلسفی حقوق جزا**، نشر زرین اندیشمند، ۱۳۹۹.
۸. محقق هرچقان، علیرضا، **سن مسئولیت کیفری از منظر جرم شناسی**، نشر دادگستری، ۱۳۹۰.
۹. مرعشی شوشتری، محمد حسن، **دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام**، نشر میزان، ۱۳۷۹.
۱۰. موسوی بجنوردی، سید محمد، **اندیشه های حقوقی**، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶.
۱۱. میر سعیدی، سید منصور، **مسئولیت کیفری؛ قلمرو و ارکان**، نشر میزان، ۱۳۸۳.

مقاله

۱۲. آبروشن، هوشنگ، علی رضا سایبانی، بهزاد رضوی فرد و حسین غلامی، **چالش‌های حقوقی ناظر بر رشد نوجوانان در قانون مجازات اسلامی**، تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۰.
۱۳. اسدی، لیلا سادات، **بررسی مفهوم «کودک با رویکرد به حوزه کیفری**، فصلنامه فقه و حقوق خانواده، (ندای صادق)، ۱۳۸۶، سال دوازدهم، شماره ۴۵.
۱۴. پتفت، آدین، محمود عباسی و علیرضا زالی، **واکاوی مفهوم درک « موضوع ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی تحلیلی میان رشته‌های حقوق و علوم اعصاب شناختی**، آموزه‌های حقوق کیفری، تیر ۱۴۰۰، دوره ۱۸، شماره ۲۱، صص ۲۸-۳.
۱۵. تدین، عباس و زینب باقری نژاد، **سن مسئولیت کیفری در کشورهای اروپایی و ایران**، مجله تعالی حقوق، ۸۶، شماره ۱۸.
۱۶. حسینی آهق، مریم و حسین مهرپور، **رابطه بلوغ با مسئولیت کیفری**، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، ۸۹، شماره ۶.
۱۷. شیرخوانی، پیمان، **اعدام افراد زیر ۱۸ سال در قانون مجازات اسلامی**، اولین همایش ملی آینده پژوهی، علوم انسانی و امنیت اجتماعی، ۱۳۹۵.
۱۸. صیوری پور، مهدی و فاطمه علوی صدر، **سن مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۹۲**، پژوهش نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۴.
۱۹. محمدی، اصغر، **بررسی تطبیقی سن مسولیت کیفری در جهان**، فصلنامه دادرسی، ۱۳۸۵، شماره ۵۹.
۲۰. مختاری، محمد حسین، حامد رستمی نجف آبادی و یحیی جهانگیری سهرودی، **واکاوی معنایی اعتبار رشد و کمال عقل در مسئولیت کیفری نوجوانان**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲۴، صص ۳۸۵-۴۱۰.
۲۱. مهاجر پور، امیر محمد و حمید رضا دانش پرور، **گزیده پزشکی قانونی برای قضات**، واحد آموزش و پژوهش پزشکی قانونی استان تهران، ۱۳۹۰.
۲۲. نجفی توانا، علی، **سن مسئولیت کیفری در اطفال در مقررات حقوق داخلی و بین المللی**، فصلنامه تربیت مدرس علوم انسانی، شماره ۸۴.
۲۳. موسوی فر، حسین و عاطفه حامدی، **نقش سن در تعیین مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان**، اولین همایش ملی جهانی سازی حقوق کودکان و نوجوانان از دیدگاه حقوقی و روانشناسی، ۱۳۹۷.
۲۴. نگهبی، مرجان، **مقابله با هرزه نگاری کودکان**، بررسی تطبیقی اسناد بین المللی و قوانین کیفری ایران، پژوهشگاه حقوق کیفری، سال سوم، پائیز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۲، صص ۱۳۵-۱۵۹.
۲۵. هاشمی، نگین، محمد رضا توحیدی و مریم لطفی، **مقاله رشد جرایمی و کمال عقل کودک در جرائم مستوجب قصاص در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی بین المللی، دوره ۱۰، اسفند ۱۳۹۶، شماره ۲۸، صص ۲۱۱-۲۳۵.

قوانین

۲۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۲۷. قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۲۸. کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹.

References

Books

1. Aghaei Jannet Makan, H. *General Criminal Law (Novel Criminology)*, Vol 3, Tehran: Jangal Publications, 2013. (in Persian)
2. Ardabili, M. *General Criminal Law*, Vol 1, 3rd edition, Tehran: Mizan Publishing, 2001. (in Persian)
3. Farahi, B. *Criminal Procedure*, first edition, Tehran: Tarh-e-Novin Publications, 2014. (in Persian)
4. Jafari Langroudi, M. *General Introduction to the Science of Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2003. (in Persian)
5. Marashi Shushtari, M. *New Perspectives in Islamic Criminal Law*, Tehran: Mizan Publishing, 2000. (in Persian)
6. Mir Saeedi, M. *Criminal Responsibility; Territory and Principles*, Tehran: Mizan Publishing, 2004. (in Persian)
7. Mohagheg Harchaghan, A. *Age of Criminal Responsibility from the Perspective of Criminology*, Tehran: Justice Press, 2011. (in Persian)
8. Mohammadi, F. *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Tehran: Zarin Andishmand Publishing, 2020. (in Persian)
9. Mousavi Bojnurdi, M. *Legal Thoughts*, Tehran: Majd, 2007. (in Persian)
10. Rohami, M. *Provisional and Educational Measures*, Tehran: Mizan, 2013. (in Persian)
11. Sanei, P. *General Criminal Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1992. (in Persian)

Articles

12. Abroshan, H. and Ali Reza Saibani, Behzad Razavi Fard and Hossein Gholami, "Legal Challenges Related to the Adolescents Growth in the Islamic Penal Code", *Legal Research Quarterly*, 2021. (in Persian)
13. Asadi, L. "Examining the Concept of Child in Criminal Field", *Fiqh and Family Law Quarterly*, year 12, No.45, 2007. (in Persian)
14. Hashemi, n. and Mohammad Reza Tawhidi, Maryam Lotfi, "Development and Perfection of the Child's Intellect in Crimes Requiring Retribution in the Islamic Penal Code 1392", *International Legal Research Quarterly*, Vol 10, No.38, 2017: 211- 235. (in Persian)
15. Hosseini, M. and Hossein Mehrpour, "The Relationship between Puberty and Criminal Responsibility", *Journal of Fiqh and Islamic Law*, No.6, 2010. (in Persian)
16. Mohajerpour, A. and Hamid Reza Danesh Parvar, "Selection of Forensic Medicine for Judges", *Forensic Medicine Education and Research Unit of Tehran Province*, 2011. (in Persian)
17. Mohammadi, A. "Comparative Study of the Age of Criminal Responsibility in the World", *Judicial Quarterly*, No.59, 2006. (in Persian)
18. Mokhtari, M. and Hamed Rostami Najafabadi and Yahya Jahangiri Sohrevardi, "Semantic Analysis of the Validity of Growth and Perfection of Intellect in the Criminal Responsibility of Juveniles", *Journal of Fiqh and Islamic Law Studies*, year 13, No.24, 2021:385-410. (in Persian)
19. Mousavifar, H. and Atefeh Hamed, "The Role of Age in Determining the Criminal Responsibility of Children and Adolescents", *The First National Conference on the Globalization of Children and Adolescents' Rights from a Legal and Psychological Perspective*, 2018. (in Persian)
20. Najafi Tawana, A. "Age of Criminal Responsibility for Children in Domestic and International Laws", *Tarbiat Modares Human Sciences Quarterly*, No. 84. (in Persian)
21. Negahi, M. "Dealing with Child Pornography, Comparative Review of International Documents and Iranian Criminal Laws", *Criminal Law Research Institute*, third year, No.2, 2012: 135-159. (in Persian)

22. Patfat, A. and Mahmoud Abbasi and Alireza Zali, "Analysis of the Concept of Understanding; the Subject of Article 91 of the Islamic Penal Code, an Analysis between the Fields of Law and Cognitive Neuroscience", *Criminal Law Doctrines*, Vol18, No.21, 2021:3-28. (in Persian)
23. Sabouripour, M. and Fateme Alavi Sadr, "Age of Criminal Responsibility of Children and Adolescents in Islamic Penal Code 92", *Criminal Law Research*, 2015. (in Persian)
24. Shirkhani, P. "Execution under 18 years old in the Islamic Penal Code" " The *first National Conference on Future Studies, Humanities and Social Security*, 2016. (in Persian)
25. Tadayyon, A. and Zainab Bagherinejad, "Age of Criminal Responsibility in European Countries and Iran", *Journal of Excellence in Law*, No.18, 2007. (in Persian)

Laws

26. Islamic Penal Code (1392)
27. Criminal Procedure Law (1392)
28. United Nation Convention on the Rights of Child- UNCRC (1989)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The South China Sea Arbitration Award and Its Confrontation with the Maximalist Approach of Coastal States to the Meaning of “Rock Islands”; a Critical Attitude

Rezvan Bagherzadeh¹ , Reza Jalili², Majid Saeedi³

ABSTRACT

Under The Article 121(3) of Convention on the law of the Sea (UNCLOS) rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf. Therefore, the article implies that rock islands are divided into two categories including those enjoying exclusive economic zone and continental shelf and those not. The ambiguity of the article beside the great variety of geographical formations resulted in diverse interpretations of the text concerning the type of rock islands. The South China Sea Arbitration Award (2016) which decided on the Philippines-China dispute is a thorough example among international legal hearings of interpreting rocks, mentions in the 3rd paragraph of the article 121 of UNCLOS. This article clarifying the key terms in the legal regime of island in Law of the Sea including islands, rock islands, reefs, low-tides elevations, and Artificial islands, interprets the article 121(3) and customary rules on it, and then, influential elements in distinction of rock islands on the basis of capacity of human habitation or economic life of their own from the perspective of the arbitration tribunal.

KeyWords: Rock Islands, Exclusive Economic Zone, Continental Shelf, The South China Sea Arbitration, Maximalist Approach of Coastal States.

How to Cite: Bagherzadeh, R, Jalili, R, Saeedi, M, "The South China Sea Arbitration Award and Its Confrontation with the Maximalist Approach of Coastal States to the Meaning of “Rock Islands”; a Critical Attitude", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:211-228.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226768.2162>

Received: 14/07/2022 - Accepted: 13/03/2023

1. Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina Univrsity, Hamedan, Iran

Corresponding Author Email: r.bagherzadeh@basu.ac.ir

2. L.L.M, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

3. L.L.M, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رای داوری دریای چین جنوبی و مقابله با رویکرد بیشینه‌گرای دولت‌های ساحلی در تفسیر «جزایر صخره‌ای»؛ رهیافتی انتقادی

رضوان باقرزاده^۱، سید رضا جلیلی^۲، مجید سعیدی^۳

چکیده

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، ذیل بند سوم ماده ۱۲۱، جزایر صخره‌ای را به دو نوع صخره‌های برخوردار و نابرخوردار از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره تقسیم نموده و ملاک آن، ظرفیت سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خوداتکا تعیین شده است. نوع نگارش این بند و چالش‌های انطباق آن با واقعیت‌های جغرافیایی بسیار متنوع در کره زمین، تفاسیر گوناگون دولت‌های ذی‌نفع را در خصوص ملاک تعیین و تشخیص نوع صخره‌ها رقم زده است و در این میان، دولت‌های ساحلی رویکردی بیشینه‌گرا و به‌نوعی زیادخواهانه را پی گرفته‌اند. یکی از مهم‌ترین دادرسی‌های این حوزه، دادگاه داوری دریای چین جنوبی است. رأی صادره در ۲۰۱۶ به حل اختلافات فیلیپین و چین در مورد جزایر صخره‌ای دریای چین جنوبی با تفسیر ماده ۱۲۱ پرداخت. نوشتار حاضر، با توجه به مفاهیم عام و خاص جزیره و جزیره صخره‌ای، ماده ۱۲۱ کنوانسیون را عمدتاً پاسخی به بیشینه‌گرایی دولت‌های ساحلی می‌داند و در عین حال، فقدان مفاد آن در حقوق بین‌الملل عرفی را مقاومت این دولت‌ها در برابر این ماده می‌شمارد. دادگاه داوری ۲۰۱۶ تلاش می‌کند با ارائه تفسیری مضیق از شرایط برخورداری جزایر صخره‌ای از مناطق دریایی دوگانه در ماده ۱۲۱، ورق را به نفع جهانی‌گرایی برگرداند و در این مسیر نهایتاً هیچ‌یک از مدعاهای چین را، با اعمال نوعی سختگیری آرمان‌گرایانه، جزیره صخره‌ای برخوردار از مناطق دوگانه نمی‌داند و ادعاهای چین را گراف ارزیابی می‌نماید.

کلیدواژگان: جزایر صخره‌ای، منطقه انحصاری اقتصادی، فلات قاره، داوری دریای چین جنوبی، رویکرد بیشینه‌گرای دولت‌های ساحلی.

استناد به این مقاله: باقرزاده، رضوان، جلیلی، سیدرضا، سعیدی، مجید، «رای داوری دریای چین جنوبی و مقابله با رویکرد بیشینه‌گرای دولت‌های ساحلی در تفسیر «جزایر صخره‌ای»؛ رهیافتی انتقادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۲۱۱-۲۲۸.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226768.2162>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: r.bagherzadeh@basu.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

براساس مقررات حقوق بین‌الملل دریاها، پهنه آبی کره زمین به مناطق مختلف دریایی تقسیم می‌شود و بدیهی است هر آنچه می‌تواند بر تعیین حقوق دولت ساحلی و سایر دولت‌ها تأثیر نهد، در این نظام حقوقی از اهمیت بالایی برخوردار است. یکی از پدیده‌های طبیعی مهم، جزایر هستند که تعیین آن‌ها هم از نظر ترسیم خط مبدأ^۱ و اختصاص مناطق دریایی تحت صلاحیت ملی^۲ و هم از جهت تعلق مناطق دریایی به خود آن‌ها، حقوق دولت ساحلی و سایر دولت‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

در خصوص جنبه اخیر، ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها،^۳ ضمن تعریف جزیره و اعلان برخورداری آن از مناطق دریایی، صخره‌هایی را که نمی‌توانند سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خود را حفظ کنند، نابرخوردار از منطقه انحصاری اقتصادی یا فلات قاره می‌شمرد. اما این ماده با بیان حکمی کلی، چگونگی تعیین ماهیت و حقوق مربوط به جزایر و صخره‌ها را به روشنی مطرح ننموده و همین، تفاسیر مختلفی را سبب شده است؛ چه، حدوداً نیم‌میلیون ساختار جزیره‌ای متنوع در کره زمین وجود دارد و این میزان تنوع جغرافیایی، در تقابل با عمومیت قواعد حقوقی، ابهام‌ها و چالش‌های حقوقی و عینی متعددی را برمی‌انگیزد.^۴

در سال‌های اخیر دریای جنوبی چین به یکی از مهم‌ترین نگرانی‌ها و تنش‌ها برای امنیت بین‌المللی بدل شده است. این دریا افزون بر داشتن منابع دریایی و ذخایر نفت و گاز، یکی از آبراه‌های مهم کشتیرانی و تجارت بین‌الملل است که سالانه هزاران کشتی از آن می‌گذرد. این منطقه حاوی صدها جزیره مورد مناقشه کشورهای ساحلی است. قدرت‌های فرامنطقه‌ای نظیر آمریکا، انگلستان و استرالیا نسبت به تحولات این منطقه حساس بوده، حتی اقدام به برگزاری رزمایش‌های مشترک نظامی با برخی کشورهای ساحلی کرده‌اند. از جمله اختلافات دولت‌های ساحلی در این حوزه آبی، تنش‌های دیرپا و همچنان جاری چین و کشورهای حاشیه این دریا در تعیین ماهیت و نوع برخی جزایر ذیل بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ و تعیین محدوده‌های سرزمینی حاکمیتی است. در این منطقه بیش از ۲۰۰ جزیره شامل نه مجمع‌الجزایر وجود دارد و تعدادی از آن‌ها مورد مناقشه کشورهای مختلف است. این جزایر مورد مناقشه در پنج گروه جزایر پراتا، پاراسل، اسپرتلی، اسکاربورو شول و جزایر مک‌کلسفیلد بنک قابل دسته‌بندی‌اند. ادعاهای ویتنام به جزایر پاراسل و اسپارتلی و ادعاهای مالزی و برونئی به تعداد کمی از جزایر اسپارتلی محدود می‌شود، اما همه این جزایر مورد ادعای چین و تایوان

^۱ نک: لویی بی سون و همکاران، *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، صص ۸۹-۸۷.

^۲ اگرچه اصولاً احتساب جزیره به‌عنوان بخشی از قلمرو خشکی یک کشور ساحلی، سبب تعلق منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره گسترده‌تر برای آن کشور می‌شود، با ابداع «روش سه‌مرحله‌ای» (Three-stage delimitation methodology) در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، اثر جزایر به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اوضاع و احوال مؤثر بر تحدید حدود دریایی، بسیار پیچیده، غیرقابل پیش‌بینی و انصاف‌محور شده است. نک: صیرفی، ساسان، *کاربرد خطوط مبدأ مستقیم در تحدید حدود دریایی؛ با نگاه ویژه به تحدید حدود دریایی بین ایران و کویت*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۷، شماره ۳، صص ۴۸۳-۵۰۵؛ سالاری، اسماء، *اثر جزایر در تحدید حدود مناطق دریایی*

از دیدگاه رویه قضایی بین‌المللی، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۴، صص ۱۰۵۸-۱۰۵۱؛
Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports (2018) paras. 135 et seq; D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 2 (Stevens & Sons Limited, 1982) at 318.
^۳ ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها مقرر می‌دارد: «۱- یک جزیره، یک منطقه به‌صورت طبیعی شکل‌گرفته از زمین [و] محاط در آب است که هنگام مد، بالای آب قرار دارد؛ ۲- به‌جز مورد مقرر در بند سوم، دریای سرزمینی، منطقه نظارت، منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره یک جزیره، مطابق مقررات قابل اعمال این کنوانسیون بر سایر قلمروهای سرزمینی تعیین می‌گردد؛ ۳- صخره‌هایی که نمی‌توانند سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خود را حفظ کنند، منطقه انحصاری اقتصادی یا فلات قاره نخواهند داشت.»

^۴ Yushifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3rd ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019, at 329, 358.

قرار دارند و فلیپین نیز بر تعداد زیادی از جزایر اسپارتلی، جزایر مک کلسفیلد بنک و اسکارورو شول ادعای مالکیت دارد.^۱ بدیهی است اساساً تعیین جزیره بودن یا نبودن این ساختارهای مورد مناقشه، بر دامنه حقوق دولت‌های ساحلی ذیل ماده (۳) ۱۲۱ کنوانسیون اثرگذار خواهد بود.

در سال ۲۰۱۳، پس از کشمکش‌های فراوان و با وجود نارضایتی چین،^۲ فلیپین با ادعای محق بودن برای کسب حقوق اعطایی کنوانسیون ۱۹۸۲ و با هدف خاتمه دادن به اختلاف‌های حاکمیتی، به دیوان دائمی داوری و به طور مشخص دادگاه داوری دریای چین جنوبی،^۳ توسل جست. ^۴ بخشی از اختلاف فلیپین و چین در دریای چین جنوبی، ناظر به ادعای حاکمیت چین بر برخی جزایر (جزایر اسپارتلی و پاراسل)،^۵ با توجه به فعالیت‌های عمرانی چین در آن‌ها، و بخشی ناظر به مسکونی بودن یا نبودن برخی جزایر مرجانی و آب‌سنگ‌ها بود. دولت چین که با طرح فعالیت‌های بالغ بر ۲۰۰۰ ساله خود در این دریا همواره ادعای حقوق تاریخی بر دریا داشته است،^۶ همه جزایر را متعلق به خود می‌داند.^۸ این دولت با استناد به قانون منطقه انحصاری اقتصادی خود و با تسری آن به تمامی سرزمین‌های تحت کنترل خود شامل جزایر، ۲۰۰ مایل دریایی را به این منطقه اختصاص داده، با عنایت به وجود منابع فسیلی بسیار پراهمیت،^۹ فلات قاره نیز اعلام نموده است؛ گرچه که به‌طور کلی بهره‌برداری دولت ساحلی از فلات قاره نیازمند اعلام نیست.^{۱۰} از همین رو، فلیپین با درک نگرش دولت چین، با دادخواست رسیدگی به وضعیت بهره‌مندی چین از حقوق استاندارد ذیل کنوانسیون ۱۹۸۲ وارد جریان حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلاف از طریق سازکار داوری کنوانسیون شد. با وجود اعتراض‌های صلاحیتی چین^{۱۱} و غیبت چین در روند رسیدگی،^{۱۲} محکمه داوری طی رأی ۲۰۱۶ اختلاف‌های طرفین دعوا را از جمله در خصوص

۱. مسرور، محمد و محمدحسن خانی، **بازآرایی ژئوپلیتیکی در دریای جنوبی چین**، فصلنامه ژئوپلیتیک، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۲، صص ۱۷۲-۱۶۹.

۲. به باور سفیر چین در فلیپین در ۲۰۱۳، اختلافات این دو دولت در خصوص دریای چین جنوبی باید از طریق مذاکره حل شود؛ همچنان‌که چین هم در هیچ‌یک از مراحل رسیدگی داوری حاضر نشد.

Alex G. Oude Elferink, "Arguing International Law in the South China Sea Disputes: The Haiyang Shiyou 981 and USS Lassen Incidents and the Philippines v. China Arbitration", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31, 2016, at 228-229.

3. *The South China Sea Arbitration* (2016); SCSA

۴. در خصوص آیین‌های حل‌وفصل اختلافات کنوانسیون حقوق دریاها نک: صیرفی، ساسان، **دامنه شمول آیین‌های اجباری حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها در پرتو آرای قضایی و داوری**، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۴۰۰، شماره ۶۴، صص ۲۱۴-۱۸۱.

5. Spratly and Parasel Islands

۶. H. L. Roque, "China's Claim to the Spratlys Islands under International Law", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 15, 1997, at 189-195.

7. Capt Aaron S. Wood, "Historically Mine: The (Potentially) Legal Basis for China's Sovereignty Claims to Land in the South China Sea", *Journal of Indo-Pacific Affairs*, **Air University Press, March 8 (2021) at:** <https://www.airuniversity.af.edu/JIPA/Display/Article/2528218/historically-mine-the-potentially-legal-basis-for-chinas-sovereignty-claims-to/> >2022-09-25; H. E. Cong Peiwu, *The History and Reality of the South China Sea Issue*, September 13 (2020) at: http://ca.china-embassy.gov.cn/eng/sgxw/202009/t20200913_4615002.htm >2022-09-25.

۸. Teh-Kuang Chang, "China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective", *CASE W. RES. J. INT'L L.*, Vol. 23:399, 1991, at 400 fn 3.

۹. این دریا به‌عنوان بزرگ‌ترین پهنه آبی جهان پس از اقیانوس‌ها، دارای بیلیون‌ها بشکه نفت و تریلیون‌ها فوت مکعب منابع گازی تخمین زده شده است. نک:

Tim Daiss, **Why The South China Sea Has More Oil Than You Think**, 22 May (2016) at: <https://www.forbes.com/sites/timdaiss/2016/05/22/why-the-south-china-sea-has-more-oil-than-you-think/?sh=79adab17dd8f> >2022-09-25.

۱۰. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجاه‌وششم، ۱۳۹۶، ص ۳۱۲.

۱۱. Stefan Talmon, "The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15, 2016, at 311 et seq.

۱۲. Sondra Faccio, "Human Habitation or Economic Life of their Own": The Definition of Features between History, Technology and the Law", *Liverpool Law Review*, Vol. 42, 2021, at 18 fn. 10.

تعیین مناطق انحصاری اقتصادی و نیز ماهیت برخی ساختارهای دریایی از حیث جزیره یا صخره بودن بررسی کرد.^۱ حال سؤال اصلی این است: آیا دولت چین بر اساس حقوق بین‌الملل موضوعه می‌تواند برای جزایر تحت‌نفوذ خود که اغلب صخره‌ای هستند، منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره تعیین نماید؟ در صورت پاسخ مثبت به این پرسش، با توجه به پراکندگی مجمع‌الجزایر پاراسل و اسپارتلی و سایر جزایر در کل دریا با عرض کمتر از ۲۰۰ مایل، کل آن منطقه انحصاری اقتصادی چین خواهد بود. حال آنکه کشورهای اطراف از جمله فیلیپین، از دیرباز دارای برخی حقوق سنتی در این دریا بوده‌اند. مطابق فرضیه مقدماتی، دادگاه داوری دریای چین جنوبی با انطباق وضعیت جزایر این دریا با شروط مندرج در حقوق موضوعه بین‌المللی، اعم از ماده (۳) ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ و حقوق بین‌الملل عرفی، برخی از موارد، و نه همه، را واجد شرایط برخورداری از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره خواهد دانست.

با وجود آنکه تفاسیر محدودی از بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ از جمله توسط دیوان بین‌المللی دادگستری - که شرح آن‌ها خواهد آمد - صورت گرفته است، رأی داوری ۲۰۱۶ نخستین و مهم‌ترین تفسیر قضایی از این بند به شمار می‌آید که بی‌گمان می‌تواند بر تفسیر آتی دولت‌ها و مراجع قضایی بین‌المللی و نهایتاً عملکرد بعدی دولت‌ها تأثیرگذار باشد. از همین رو، مطالعه این نوشتار مفید می‌نماید. چنان‌که خواهد آمد، یکی از دلایل اهمیت این داوری بین‌المللی، نوآوری‌های رأی در تفسیر بند یادشده از جمله در خصوص پدیده‌های زمین‌شناختی غیرقابل سکونت و فاقد ظرفیت حیات اقتصادی خوداتکا است.^۲

نوشتار حاضر نخست به معیارهای برخورداری جزایر صخره‌ای از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره در حقوق موضوعه می‌پردازد تا ابتدا مبنای حقوقی رأی داوری ۲۰۱۶ دریای چین جنوبی طبق مقررات بین‌المللی حقوق دریاها، اعم از معاهداتی و عرفی، روشن شود. سپس تحلیل و تفسیر دادگاه داوری از حقوق موضوعه در این زمینه و نیز تطبیق وضعیت جزایر و صخره‌های مورد ادعای چین با مقررات بین‌المللی موجود از منظر این مرجع رسیدگی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. معیارهای برخورداری جزایر صخره‌ای از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره در حقوق بین‌الملل موضوعه

به منظور ارزیابی حکم دادگاه داوری دریای چین جنوبی در خصوص شناسایی جزایر صخره‌ای برخورداری از مناطق دریایی، بررسی مبانی و مستندات حقوقی موجود در حقوق بین‌الملل موضوعه، اعم از حقوق معاهداتی و عرفی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید که در ادامه به ترتیب بدان‌ها پرداخته خواهد شد.

۱.۱. ماده (۳) ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲: پاسخی به بیشینه‌گرایی دولت‌های ساحلی

ضمن یادآوری بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ (صخره‌هایی که نمی‌توانند سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خود را حفظ کنند، منطقه انحصاری اقتصادی یا فلات قاره نخواهند داشت^۳)، ملاحظه می‌شود که این بند بر عوامل اجتماعی -

^۱. Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef and Fiery Croos Reef, Gaven Reef (North), MecKennan Reef and Spratly Islands, including Itu Aba; *The South China Sea Arbitration*, PCA Case N 2013-19, 2016, paras. 7-11.

^۲. Yushifumi Tanaka, "Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)", *Ocean Development & International Law*, Vol. 48:3-4, 2017, at 6.

^۳. "... Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf".

اقتصادی صخره‌ها تأکید می‌کند و البته آن‌ها را، در ادامه تعریف جزیره،^۱ عملاً یکی از انواع جزیره می‌شمرد.^۲ بنابراین، جزایر صخره‌ای دارای یک‌سری ویژگی‌های عام ذیل بند اول و برخی ویژگی‌های خاص، شامل توانایی حفظ سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خوداتکا، هستند که مبنای برخورداری این جزایر از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره است.^۳ البته هیچ‌گونه تعریفی از صخره و جزایر صخره‌ای در معاهدات ۱۹۵۸ و پیش از آن و حتی در کنوانسیون ۱۹۸۲ وجود ندارد. خواهیم دید که دادگاه داوری دریای چین جنوبی، ضمن گنجاندن «جزایر صخره‌ای» در شمول جزایر، به‌درستی قائل به هم‌ترازی مفهوم جزیره و صخره نیست و اوصاف متفاوتی را برای آن‌ها برمی‌شمرد.^۴

در جریان تدوین کنوانسیون ۱۹۸۲، در کمیسیون تعیین مناطق دریایی یکی از شروط مهمی که درخصوص تعیین تکلیف جزایر مطرح شد، بند چهارم بود: «به منظور تعیین مناطق دریایی مربوط به جزایر، مجموعه‌ای معیارها باید در نظر گرفته شود؛ از جمله جمعیت، ساختار و پیکربندی ژئومورفولوژیک و نیازمندی‌های مربوط به ظرفیت جزایر و صخره‌ها به‌ویژه در مورد سکونت و حیات اقتصادی». برای حذف یا حفظ این شرط که در ارتباط مستقیم با بند سوم کنونی ماده ۱۲۱ قرار داشت، موافقت‌ها و مخالفت‌هایی از سوی دولت‌ها مطرح شد^۵ و اختلافاتی بر سر اعطای مناطق دوگانه مندرج در ماده ۱۲۱ شکل گرفت؛ به‌ویژه آنکه دولت‌ها خواهان جلوگیری از زیاده‌خواهی‌های احتمالی دولت‌های ساحلی در تعیین مناطق دریایی بودند و احتیاط‌ورزی آن‌ها درخصوص جزایر طبیعی می‌نمود. البته مواضع دولت‌های ساحلی، درباره رژیم‌های حقوقی مختلف نسبت به جزایر متفاوت، متنوع بود و حتی برخی دولت‌های ساحلی دارای پدیده‌های جزیره‌ای غیرمسکونی متعدد در آب‌های مجاور سرزمین‌هایشان هم موافق تفکیک جزایر به منظور برخورداری از مناطق دریایی وسیع‌تر بودند.^۶

^۱ در خصوص پیشینه تعریف حقوقی جزیره در کنفرانس‌های اول، دوم و سوم حقوق دریاهای ناک: سالاری، اسماء، پیشین، ص ۱۰۴۵؛ ملکم ان شوا، *حقوق بین‌الملل دریاهای با نگاهی به مسائل ایران*، ترجمه و تألیف علیرضا ابراهیم گل و حسن خسروشاهی، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴، صص ۵۶-۵۵؛

Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the UN, *The Law of the Sea; Regime of Islands Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea* (New York: United Nations Publication, 1988) at 6-21; Tanaka, op. cit. (2019) at 331-333.

^۲ بدیهی است جزایر مصنوعی (Artificial islands) اساساً خارج از شمول بحث حاضر قرار می‌گیرند. نک: مواد ۱۱ و ۶۰ کنوانسیون حقوق دریاهای (۱۹۸۲)؛

Dadandish & H. Rahnavard, "The Artificial Islands in the Persian Gulf: A Political and Legal Analysis", *Iranian Review of Foreign Affairs*, Vol. 3, No. 4 (2013) 105;

اما در برخی دادرسی‌های بین‌المللی، اختلاف‌هایی میان دولت‌ها بر سر برآمدگی جزری (Low-Tide elevation) یا جزیره بودن برخی پدیده‌های دریایی مطرح شده است که از آن جمله است، داوری ۱۹۷۷ انگلیس و فرانسه در خصوص صخره‌های سنگی ادیستون و داوری ۲۰۱۶ دریای جنوبی چین میان فیلیپین و چین درخصوص برخی → پدیده‌های دریایی که در مورد اخیر، دادگاه داوری با ملاحظه شرایط این پدیده‌ها قبل از دستکاری‌های مصنوعی، آن‌ها را برآمدگی جزری و نه جزیره دانست. نک:

Tanaka, op. cit., 2019, at 350-355; *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 306, 382-383;

ماده ۱۳ کنوانسیون ۱۹۸۲، همانند ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۵۸، برآمدگی جزری را یک منطقه به طور طبیعی شکل‌گرفته از زمین می‌داند که محاط در آب بوده، در هنگام جزر بیرون از آب و به هنگام مد زیر آب قرار می‌گیرد و تحت شرایطی می‌تواند در ترسیم خط مبدأ دریای سرزمینی مؤثر واقع شود. دره میر حیدر و همکاران، *جغرافیای سیاسی و حقوق بین‌الملل دریاهای*، پژوهش‌های جغرافیای انسانی، دوره ۴۶، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۳۴۸؛

همچنین درخصوص آب‌سنگ‌ها (Reefs) یا جزایر مرجانی (Coral Islands) نک: مواد ۶ و ۴۷ کنوانسیون حقوق دریاهای (۱۹۸۲)؛ B. P. Beazley, "Reefs and the 1982 Convention on the Law of the Sea", *6 Int'l J. Estuarine & Coastal L.* (1991) at 281; Tanaka, op. cit. 2019, at 346-348.

^۳ سالاری، اسماء، *وضعیت صخره در حقوق بین‌الملل دریاهای با تکیه بر رأی داوری دریای چین جنوبی*، فصلنامه اقیانوس‌شناسی، سال یازدهم، ۱۳۹۹، شماره ۴۱، صص ۳۳-۲۹.

^۴ *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para. 480.

^۵ Y-h. Song, "The application of article 121 of the law of the sea convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, 2010, at 676.

^۶ Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the UN, op. cit., at 23 et seq.;

نهایتاً یکسان‌سازی رژیم پدیده‌های جزیره‌ای بسیار متنوع و پرشمار موجود در دریاها در ماده ۱۲۱، حاصل آشتی میان دیدگاه‌های مختلف است.^۱ البته دو اشکال عمده به بند سوم وارد است: اول اینکه حتی برخلاف توافق کمیته بر سر تعیین شاخص‌های تشخیص و تفکیک صخره‌های مورد نظر بندهای سوم و دوم، به ذکر دو شرط کلی و اجمالی مبهم بسنده شده است؛ دوم اینکه معلوم نیست چرا میان منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره در بند سوم واژه «یا» قرار گرفته است؛ چه، چنان که خواهد آمد، منطقاً ظرفیت حفظ سکونت انسانی و حیات اقتصادی با هم ملازمه و هم‌بستگی دارند و بنابراین، انتظار می‌رفت از حرف ربط «و» استفاده شود.^۲

تاکنون مفصل‌ترین تفسیر از ماده ۱۲۱، در فقدان تفاسیر دقیق دولتی، به تصریح رأی داوری دریای چین جنوبی،^۳ توسط این رأی ارائه شده است. برای برون‌رفت از ابهام‌های بند سوم در شرح جزایر صخره‌ای پیشنهاد‌های مختلفی از سوی صاحب‌نظران ارائه شده است؛^۴ از جمله، مذاکرات در چارچوب کمیسیون حدود فلات قاره^۵ (کمیسیون تعیین حد خارجی فلات قاره) که با توجه به شرایط عینی در فضای حقوق بین‌الملل دریاها چندان کارآمد به نظر نمی‌رسید؛ چه، کشورها طی مذاکرات کنوانسیون، کنترل وسیع بین‌المللی بر تعیین حدود فلات قاره را نپذیرفتند^۶ و در عمل چنین پیشنهادهایی با استقبال مواجه نشد.

نکته مهم در ملاحظه بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون، توجه به ارتباط آن با بندهای پیشین است. صخره‌های مشمول بند سوم همچنان سایر ویژگی‌های جزایر مندرج در بند نخست را دارند و از حیث جغرافیایی همانند سایر جزایر و متفاوت از برآمدگی‌های جزری یا آب‌سنگ‌ها هستند و در همین راستا، جزایر صخره‌ای اعم از برخوردار و نابرخوردار از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره‌اند. حال آنکه برخی نویسندگان، به نادرستی، بند سوم را «صخره» در مقابل «جزیره» می‌شمارند؛^۷ چه، عبارت پردازی بند سوم (صخره‌هایی که...) بدین رهنمون می‌شود که صخره‌هایی فاقد این ویژگی‌ها نیز وجود دارند و همچنان جزیره به شمار می‌آیند.^۸

۱.۲. جایگاه عرفی مفاد ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲؛ مقاومت دولت‌های ساحلی در برابر ماده (۳) ۱۲۱

ملاحظه اختلاف نظرهای دولت‌ها در زمان نگارش ماده ۱۲۱ کنوانسیون، آشکارا خبر از فقدان یک‌دستی عملکرد دولت‌ها و عدم اعتقاد به عرفی بودن بند سوم می‌داد. همچنان که انتظار می‌رفت، دولت‌های ساحلی از وارد ساختن این بند در قوانین داخلی خویش پرهیز نموده‌اند و ماده ۵۱ قانون فدرال مکزیک، تنها استثنای موجود در این زمینه است. حتی

یکی دیگر از اعلامیه‌های تفسیری ایران در زمان امضای کنوانسیون در مونتگویی، در کنار قراردادی دانستن مقررات منطقه انحصاری اقتصادی، میراث مشترک بشریت و عبور ترانزیتی تنگه‌ها، مربوط به نظام حقوقی جزایر از جمله بند سوم ماده ۱۲۱ و به نظر ناظر به ابوموسی بود. ایران مدافع پیشنهاد انگلستان مبنی بر حذف بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون نیز بود.

Ibid, at 108.

¹. Tanaka, op. cit. at 358.

². Robin Rolf Churchill et al., *The Law of the Sea*, Manchester: Manchester University Press, 1998, at 150-151, 163-164.

³. *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para. 553.

⁴. A. G. Oude Elferink, "Clarifying Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention: The Limits Set by the Nature of International Legal Process", *IBRU Boundary and Security Bulletin*, 1998, at 64-65.

⁵. Commission on the Limits of the Continental Shelf

این کمیسیون طبق بند ۸ ماده ۷۶ و پیوست دوم کنوانسیون حقوق دریاها ایجاد شده و در خصوص حد خارجی فلات قاره از ۲۰۰ مایل دریایی، توصیه‌هایی برای دولت‌ها دارد.

⁶. Oude Elferink, op. cit., at 64.

⁷. Faccio, op. cit., at 15.

⁸. Michael Sheng-ti Gau, "The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A critique", *Ocean Development & International Law*, Vol. 50:1, 2019, at 12-15; Tanaka, op. cit. 2017, at 3; *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para. 481.

مکزیک هم در عمل برای بسیاری از جزایر بسیار کوچک خود نیز منطقه انحصاری اقتصادی اعلام نموده است.^۱ عملکرد بریتانیا استثنای دیگری است. این دولت به ترتیب در سال‌های ۱۹۷۴ و ۱۹۷۷ جزیره راکل^۲ را دارای فلات قاره و منطقه انحصاری ماهیگیری^۳ اعلام نمود که مورد اعتراض ایرلند، دانمارک و ایسلند واقع شد. متعاقباً بریتانیا پس از الحاق به کنوانسیون ۱۹۸۲ از ادعای خود در خصوص منطقه انحصاری ماهیگیری دست کشید.^۴ در سطح قضایی نیز در یک مورد خاص، دیوان عالی نروژ جزیره ابل^۵ با ۱۳/۲ کیلومتر مربع مساحت را بزرگ‌تر از آن دانست که به‌عنوان یک صخره ذیل بند سوم ماده ۱۲۱ قرار گیرد و بر امکان شکار خرس قطبی در آن نیز تأکید کرد^۶ و این چنین، به ظرفیت فعالیت اقتصادی در کنار اندازه جزیره نیز توجه نمود.^۷

کمیسیون سازش در پرونده ژان ماین در سال ۱۹۸۱ با اشاره به نسخه پیش‌نویس ماده ۱۲۱، مفاد این ماده را، بدون اشاره صریح به عرفی بودن، بازتاب‌دهنده وضعیت موجود حقوق بین‌الملل^۸ دانست و ژان ماین را جزیره‌ای مشمول بندهای اول و دوم ماده ۱۲۱ شمرد.^۹ همچنین به باور دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ۲۰۰۱^{۱۰} تعیین حدود قطر علیه بحرین، بند دوم ماده حقوق عرفی را منعکس می‌سازد.^{۱۱} دیوان در پرونده ۲۰۱۲ کلمبیا-نیکاراگوئه نیز، ضمن تأکید بر یکپارچگی و جدایی‌ناپذیری بندهای این ماده، همه آن‌ها را دارای ماهیت عرفی شمرد.^{۱۱}

با وجود تصریح دیوان در رأی ۲۰۱۲، عملکرد دولت‌ها در تفسیر و اجرای این مقرره بسیار گونه‌گون است و این، مسئله‌ای است که دادگاه داوری ۲۰۱۶ بر آن صحنه می‌گذارد.^{۱۲} برای مثال، دولت‌هایی نظیر فرانسه، استرالیا و مکزیک برای برخی جزایر غیرمسکونی خود، منطقه انحصاری اقتصادی اعلام نموده‌اند که گاه اعتراض‌هایی بدان در خصوص برخی از این جزایر کوچک صورت گرفته است؛ از جمله اعتراض‌های چین، جمهوری کره و تایوان به ژاپن و اعتراض‌های سنت کیتس و برخی دولت‌های دیگر به فرانسه.^{۱۳} در مجموع، عملکرد دولتی ما را به یک تفسیر و اجرای یک‌دست از ماده (۳) ۱۲۱ رهنمون نمی‌گرداند^{۱۴} و شناسایی آن به‌عنوان یک قاعده عرفی را در هر دو رکن آن با چالش‌های جدی مواجه می‌سازد.

۲. جزایر صخره‌ای در رأی داوری دریای چین جنوبی و تفسیر مضیق ماده (۳) ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲

در ادامه خواهیم دید که دادگاه داوری دریای چین جنوبی چگونه با اتخاذ دیدگاهی حقوقی، اجزای این بند را جزء به

¹. Tanaka, op. cit, at 344 fn. 168.

². Rockall

³. EFZ

⁴. Tanaka, , at 335.

⁵. Abel Island

⁶. Norway: Supreme Court Judgment on Law of the Sea Issues' 11 *JMCL*, 1996, at 579.

⁷. Tanaka, op. cit. 2019, at 331 fn. 115.

⁸. Present status of international law

⁹. *Conciliation Commission on the Continental Shelf area between Iceland and Jan Mayen: Report and recommendations to the governments of Iceland and Norway*, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, 1981, at 804;

به نظر می‌رسد تاناکا به دلالت مفهوم مخالف، معتقد است کمیسیون سازش، مفاد بند سوم را برخلاف بندهای اول و دوم، عرفی ندانسته است.
نک:

Tanaka, op. cit. at 344.

¹⁰. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports, 2001, para. 185.

¹¹. به باور دیوان، بند سوم، پیوندی اساسی میان این اصل دیرپا که جزایر، فارغ از اندازه‌شان، از وضعیت یکسانی برخوردار بوده و بنابراین حقوق دریایی یکسانی را ایجاد می‌کنند با حقوق دریایی گسترده‌تر که توسط کنوانسیون ۱۹۸۲ شناسایی شده، برقرار می‌سازد.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), ICJ Reports, 2012, para. 139.

¹². *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 552-553.

¹³. Tanaka, op. cit. 2017, at 9.

¹⁴. Ibid.

جزء بررسی می‌کند و سپس می‌کوشد یافته‌های خود را در دریای چین جنوبی اعمال نماید.

۲.۱. وضعیت جزایر صخره‌ای دریای چین جنوبی در پرتو ابهام‌زدایی از ماده (۳) ۱۲۱

چنان‌که در مقدمه گفته شد، بخش عمده‌ای از مدعای فیلیپین علیه چین در مراجعه به دادگاه داوری عملاً این بود که چین برخلاف کنوانسیون ۱۹۸۲ برای همه جزایر مورد ادعای خود منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره تعریف نموده است و بنابراین، تمامی آب‌های دریای چین جنوبی تحت حقوق حاکمه آن دولت قرار می‌گیرد. با توجه به ابهام‌های بند سوم ماده ۱۲۱ و تفاسیر قضایی بسیار محدود در این زمینه، دادگاه داوری ۲۰۱۶ ضرورت تفسیر آن را احساس کرد. بنابراین، دادگاه نخست تلاش می‌کند مؤلفه‌های حقوقی نظام جزایر صخره‌ای را تبیین نماید.

در تفسیر «صخره»، دادگاه داوری با بهره‌گیری از رأی نیکارگوئه- کلمبیا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری، اظهار می‌دارد از لحاظ زمین‌شناختی ممکن است صخره از شن، و نه صرفاً سنگ، ساخته شده باشد، اما اصولاً صخره، سازندی^۱ طبیعی، سنگی و متجانس با محیط اطراف است.^۲ مراد ماده ۱۲۱ از صخره، لزوماً ستون‌های سنگی دریایی یا صخره‌های دریایی به لحاظ جغرافیایی نیست. همچنین، نه نام پدیده‌های دریایی، بلکه واقعیت موجود و سازنده در نوع صخره مهم است؛ همچنان‌که در دریای چین جنوبی به برخی صخره‌ها، آب‌سنگ^۳ اطلاق می‌شود.^۴ به لحاظ اندازه نیز هیچ مقیاسی برای تعیین صخره یا جزیره وجود ندارد و می‌توان یک سطح شنی یا سنگی بسیار کوچک را صخره شمرد.^۵

دادگاه در بررسی واژه «نمی‌توانند» بر مسئله «ظرفیت» تأکید می‌کند؛ اینکه آیا یک پدیده دریایی بیرون از آب در شکل طبیعی خود می‌تواند انسان را با اتکا به امکانات و منابع خود دربرگیرد، به طوری که نیازمند منابع خارج از جزیره نباشد؟ چنانچه پاسخ منفی باشد، ما با یک صخره و نه جزیره صخره‌ای مواجهیم. بنا به تأکید برخی نویسندگان، در چنین شرایطی اگر مصنوعات و امکانات برای زندگی و سکونت انسانی به کار رود، صخره از حقوق مربوط به جزایر بهره‌مند نمی‌گردد.^۶

«نمی‌تواند» حفظ کند» آنجاست که یک صخره نتواند به طور پایدار زندگی انسانی را حفظ نماید. رأی داوری با اشاره به معنای لغوی «حفظ کردن»، معنای متداول آن را «حمایت، حفظ و تقویت» می‌داند. این مفهوم در ارتباط با مکان، به معنای تأمین منبع غذا، نوشیدنی و مانند این‌ها برای زنده نگه‌داشتن و سلامتی انسان و همین‌واژه در ارتباط با یک شخص، به معنای حفاظت از زندگی و سلامت، تهیه غذا، نوشیدنی و سایر مواد لازم برای زنده ماندن او است.^۷ دادگاه، معنای متداول «حفظ کردن» را شامل سه مؤلفه می‌داند: پشتیبانی و تهیه ملزومات، تداوم پشتیبانی و تأمین بیش از یک دوره محدود زمانی (مؤلفه زمانی)؛ فراهم آوردن یک استاندارد حداقلی مناسب (مؤلفه کیفی). بنابراین، در ارتباط با حفظ سکونت انسان، حفظ کردن به معنای فراهم‌سازی شرایطی برای زنده نگه داشتن و سالم ماندن انسان طی یک دوره زمانی مداوم، با یک استاندارد مناسب است. در ارتباط با زندگی اقتصادی پایدار هم جریان داشتن امور، نه تنها برای

¹ Formation

² *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para 480.

³ e.g. McKennan Reef

⁴ *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para. 482.

⁵ Y-H. Song, "Okinotorishima: A "Rock" or an "Island"? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan And Taiwan/China", in: *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, ed. by Jon M. van Dyke, Brill; *Series: Publications on Ocean Development*, Vol. 65, 2009, at 166.

⁶ Robert Kolb, "L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer: les "rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre..."", *Annuaire Francais de Droit International*, Vol. 40 (1994) at 908; at: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1994_num_40_1_3227 >2022-09-25.

⁷ *The South China Sea Arbitration*, op. cit., para. 485.

شروع، بلکه به شکلی که به طور مداوم، طی یک دوره زمانی، قابلیت استمرار داشته باشد، ملاک است.^۱

معنای عادی «سکونت انسانی»، اقامت یا ساکن شدن است در یک جا به‌عنوان مقیم یا ساکن شدن در محل زندگی با هدف سکنی‌گزیدن یا گزینش زیستگاه.^۲ مطابق رأی، استفاده از «سکونت» در ماده ۱۲۱، یک‌سری عناصر کیفی ذاتی اسکان و اقامتگاه را در برمی‌گیرد که برخی جنبه‌های مهم آن، نیازمند تبیین است؛ نظیر تعداد افراد ساکن، کفایت یا عدم کفایت گروه منسجم و یک‌دست که هنوز به سطح یک جامعه نرسیده‌اند، وضعیت اجتماعی و حرفه‌ای ساکنین نظیر کارگر، کشاورز، ماهیگیر، تکنسین، مهندس و هدف از سکونت.^۳ با عنایت به ضرورت تفسیر این بند در راستای بند اول ماده و خودکفایی اغلب جزایر طبیعی، نمی‌توان با اعمال تغییراتی در صخره‌ها، قابلیت سکونت را در آن‌ها ایجاد کرد^۴ و این تفسیر دادگاه، با هدف و غایت بند سوم نیز سازگار است.^۵ همچنین، اصولاً سکونت، حضور غیرموقتی افرادی است که به قصد اقامت آن مکان را برگزیده‌اند. این بیان دادگاه، معطوف به گذران موقتی امور ماهیگیران چینی صخره‌های اسپارتلی یا سایر جزایر در محدوده ادعایی خطوط نه‌گانه^۶ است. مطابق رأی، تأمین نیازها باید در حد قابلیت اسکان بشری باشد و صرف بقا و زنده ماندن کفایت نمی‌کند. همچنین سکونت عموماً ناظر به سکونت یک گروه یا جامعه‌ای از افراد است و دادگاه نمی‌تواند تعداد دقیقی از افراد را تعیین کند^۷ که رویه قضایی هم آن را تأیید می‌کند. در قضیه ژان ماین،^۸ با وجود وسعت قابل توجه جزیره، صرفاً حدود ۲۰ نفر در آن به امور فنی ناوبری و هواشناسی می‌پرداختند و این، مانع شناسایی جزیره نشد.^۹ دادگاه ضمن مهم نشمردن وسعت و بزرگی جامعه ساکن، این جامعه را حتی شامل تنها یک خانواده می‌داند و بررسی موردی را مطرح می‌نماید. همچنین، به باور دادگاه، اینکه افراد بومی چینی ساکن در این صخره‌ها مواد غذایی خود از محل زندگی دائمی خود، کیلومترها دورتر، با خود حمل می‌کنند، گواه عدم سکونت دائمی آن‌ها در صخره است و در صورت تأمین امکانات لازم کوچ‌روهای چینی توسط دولت از مکان‌های دیگر، نمی‌توان این صخره‌های کوچک و بزرگ را حائز شرط مسکونی بودن آن‌ها دانست؛ چه، در سکونت انسانی نوعی زاینده‌گی وجود دارد که در پدیده‌های دریایی مذکور چنین نیست.^{۱۰} به‌علاوه، صرف فراهم‌سازی نیازهای اساسی یک فرد به معنای سکونت انسانی نیست و سکونت غیرموقتی انسانی، نیازمند اجتماع و مشارکت اجتماعی نیز هست.^{۱۱} البته جمعیت انسانی می‌تواند بر عشایر که اقامت دوره‌ای دارند و یا حتی افراد غیربومی هم صادق باشد؛^{۱۲} موضعی که مورد تأیید صاحب‌نظران مدافع

^۱. Ibid., para. 487.

^۲. Ibid., para. 488.

^۳. برای ملاحظه بخشی از نظرات ایران و سایر دولت‌ها نک:

Song, op. cit. at 667.

^۴. *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 541-542.

^۵. Faccio, op. cit., at 28.

^۶. Nine-dash line

این محدوده به ادعای حاکمیت تاریخی جمهوری چین بر منطقه عمومی دریای چین جنوبی، به‌ویژه با توجه به بهره‌برداری مقدماتی چین از منابع این دریا و اعمال حاکمیت مستمر آن، برمی‌گردد که نخستین بار در سال ۱۹۴۷ در یک نقشه رسمی چینی دیده شد. سالاری، اسماء، پیشین، ص ۳۷.

Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations to the Secretary-General of the United Nations, New York: UN, 2009, at 2.

^۷. برخی حقوق‌دانان، با اتخاذ دیدگاهی غیرقابل دفاع، معتقدند تعداد لازم برای معیار زندگی انسانی در صخره‌ها حدود ۵۰ نفر است.

Y-H. Song, "Chapter 4: Article 121(3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed offshore Island in East Asia: A tribute to Judge Choon-Ho Park", in: Jon M. Van Dyke et al. (eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regimes: A Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, at 73.

^۸. ژان ماین (Jan Mayen) جزیره آتشفشانی متعلق به نروژ با ۳۷۷ کیلومتر مربع مساحت و فاقد جمعیت دائمی است.

^۹. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ICJ Reports, 1993, paras. 15, 80.

^{۱۰}. *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 554, 563.

^{۱۱}. Ibid., paras. 488-489.

^{۱۲}. Ibid., para. 542.

حفاظت از میراث مشترک بشریت نیز بود.^۱

درج «توانایی داشتن حیات اقتصادی خود» در بند سوم ماده ۱۲۱، معیار قابلیت صخره‌ها برای حفظ سکونت انسانی یا حیات اقتصادی، و نه وضعیت عینی آن‌ها را ارائه می‌دهد که این ظرفیت باید پیوسته و مداوم باشد. درخصوص طبیعی بودن حیات اقتصادی خوداتکا یا امکان دخالت فناورانه انسان در ایجاد ظرفیت، برخی مانند چارنی، با تفسیر موسع ماده، فعالیت اقتصادی صخره‌ها مبتنی بر فناوری‌های آینده را قابل قبول می‌دانند.^۲ اما مطابق رأی داوری، با توجه به اینکه معمولاً جزایر طبیعی خودکفا هستند و بند سوم هم ضرورتاً در راستای بند اول تفسیر می‌شود، نمی‌توان با اعمال تغییراتی در صخره‌ها حیات اقتصادی را پدید آورد.^۳ این رأی معنای معمول «اقتصادی» را ناظر به توسعه و تنظیم منابع مادی یک جامعه در پیوند با فرایند یا سیستم تولید، خرید، فروش یا مبادله کالاها و خدمات می‌شمرد. واژه «حیات» نیز گواه آن است که صرف حضور منابع کافی نبوده و برخی فعالیت‌های محلی برای بهره‌برداری، توسعه و توزیع این منابع ضروری است. حال، آیا وجود شبکه اقتصادی پیرامون دریای سرزمینی یا محدوده منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره‌ای که جزیره در آن است، می‌تواند مثبت کفایت برای ثبوت مناطق دریایی باشد؟ از نظر دادگاه، این عبارت مستلزم وجود پیوندی میان حیات اقتصادی و خود پدیده دریایی، و نه صرفاً آب‌های مجاور آن است. بر این اساس، فعالیت اقتصادی در دریای سرزمینی، چنانچه به نوعی با خود ساختار آن صخره، از طریق جمعیت محلی یا غیر آن، ارتباط داشته باشد، می‌تواند بخشی از زندگی اقتصادی یک صخره را تشکیل دهد. بنابراین ماهیگیری در اطراف یک صخره کوچک، شرط کافی برای اثبات یک زندگی اقتصادی خاص آن نیست.^۴ دادگاه تأکید می‌نماید اگر گذران معیشتی جمعیت محلی و ساکن و یا کسب منافع بلندمدت آن‌ها، وابسته به چندین ساختار باشد، باید کل شبکه را مورد نظر قرار داد. ویژگی‌های صخره‌ها باید ذاتی آن‌ها باشد تا جمعیت انسانی بتواند در آن صخره زندگی انسانی را ایجاد و حفظ نماید. توجه به سابقه تاریخی نیز حائز اهمیت است؛ چه، ممکن است سابقاً در صخره‌های جمعیتی ساکن بوده باشد که اینک به دلایلی نظیر جنگ کوچنده شده‌اند. از انجام دادن فعالیت‌هایی برای استخراج منابع در صخره‌ها بدون حضور افراد محلی نیز معنای حیات اقتصادی مستفاد نخواهد شد. همچنین، با توجه به جمع بودن واژه صخره در ابتدای بند سوم، گروهی از صخره‌ها که جمعاً قادر به حفظ سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خود هستند، می‌توانند به‌عنوان یک کل واحد از مناطق دریایی دوگانه برخوردار شوند.^۵ بدین ترتیب، یک صخره برخوردار، دارای ویژگی‌های طبیعی اقتصادی برای تداوم حیات یا ظرفیتی مبتنی بر همین ویژگی‌های طبیعی است و برای مثال، برداشت منابع فسیلی از یک صخره برای جمعیتی در مکان دیگر، حیات اقتصادی خود آن صخره به‌شمار نمی‌آید.^۶

به باور برخی، «یا» در میان «سکونت انسانی» و «حیات اقتصادی»، به معنای کفایت یکی از این شروط برای دستیابی به وصف پدیده دریایی ذیل بند سوم ماده ۱۲۱ است.^۷ همسو با نظر برخی نویسندگان،^۸ فیلیپین با این استدلال که وقتی

^۱ Jon M. Van Dyke & Robert A. Brooks, "Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Ocean Resources", *Ocean Development & International Law*, Vol. 12:3-4, 1983, at 288.

^۲ J. I. Charney, "Rocks that Cannot Sustain Human Habitation", *AJIL*, Vol. 93, No. 4, 1999, at 868.

^۳ *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 541-542.

^۴ *Ibid.*, paras. 500-503.

^۵ Gau, op. cit., at 12.

^۶ نمونه رویه قضایی ناهمخوان با کنوانسیون، جزیره ژان ماین نروژ است که تمامی فعالیت‌ها در آن محدود به تعدادی تکنسین در حوزه پژوهش، کاربردهای فنی دریانوردی، ترابری هوایی و هواشناسی است و نیازمندی‌های جزیره با یک خط هوایی منتقل می‌شود.

Conciliation Commission on the Continental Shelf area between Iceland and Jan Mayen: Report and recommendations to the governments of Iceland and Norway, op. cit., at 803-804.

^۷ Charney, op. cit., at 868.

^۸ Kolb, op. cit., at 906.

قانون‌گذار فعل منفی را با جداکننده «یا» آورده، ارادهٔ تجمیع شروط را دارد، بر ضرورت وجود هر دو شرط برای به-رسمیت‌شناختن منطقهٔ انحصاری اقتصادی و فلات قاره برای پدیدهٔ دریایی موردنظر تأکید داشت. حال آنکه دادگاه ضمن تأیید ضرورت تفسیر منطقی، آن‌چنان‌که فیلیپین استدلال می‌کند، نتیجهٔ متفاوتی می‌گیرد. دادگاه با اشراف به کاربرد عملی واژگان، با خوانشی معمول از این بند، معتقد است نگارندگان برای پرهیز از طولانی شدن جمله، جملهٔ اصلی را مختصر ساخته‌اند. مطابق جملهٔ اصلی: «صخره‌هایی که نمی‌توانند سکونت انسانی را حفظ کنند یا صخره‌هایی که نمی‌توانند حیات اقتصادی خود را حفظ کنند، منطقهٔ انحصاری اقتصادی یا فلات قاره نخواهند داشت»^۱.

البته این دو شرط عملاً مکمل یکدیگر به نظر می‌رسند و اغلب اگر یکی وجود داشته باشد، دیگری نیز وجود خواهد داشت. با قبول این استدلال، در صورت نفی یکی از شروط قابلیت اسکان بشری یا حیات اقتصادی، آن دیگری نیز اعتبار خود را از دست خواهد داد. رأی به‌درستی تصریح می‌کند اگر صخره‌ای بتواند گروهی انسانی را در خود جای دهد، باید بتواند آن‌ها را به لحاظ اقتصادی تأمین نماید و صخرهٔ دارای حیات اقتصادی می‌تواند پذیرای جمعیت انسانی باشد. بنابراین، این رابطه مبتنی بر رابطهٔ منطقی تساوی است و به نظر می‌رسد دعوای حقوقی بر سر اینکه آیا در زمان تنظیم بند سوم به جای «یا» باید از «و» استفاده می‌شده و یا یک یا هر دو شرط نیازمند احراز است، فاقد اثر عملی است و این دو شرط مکمل و لازم و ملزوم یکدیگرند.^۲ البته دادگاه اصل را بر این می‌گذارد که صخره علی‌القاعده نمی‌تواند زندگی اقتصادی را چه مقدمتاً و چه مداوماً حفظ کند. دادگاه تأکید می‌کند این عوارض زمینی باید طبیعتاً قابلیت حفظ حیات انسانی را داشته باشند تا جزیرهٔ برخوردار از منطقهٔ انحصاری اقتصادی و فلات قاره تلقی شوند. درست است که ماهیگیران چادر نشین چینی از این مناطق استفاده می‌کرده‌اند، اما استفادهٔ آن‌ها دائمی نبوده است. به باور دادگاه، منظور ماده از «سکونت انسانی» یک جامعهٔ باثبات و پایدار از مردمانی است که آن سازندهای زمینی را خانهٔ خود می‌شمرند. بی‌تردید چنین عارضه‌ای قابلیت حفظ سکونت انسانی و یک حیات اقتصادی خوداتکا را دارا است و دارای منطقهٔ انحصاری اقتصادی و فلات قاره خواهد بود.^۳

نهایتاً دادگاه داوری، فایری کراس و همچنین اسکاربورگ شول را مشمول بند سوم مادهٔ ۱۲۱ ندانست و بدین‌سان، هیچ‌یک از موارد مورد اختلاف فیلیپین و چین را نه جزیرهٔ صخره‌ای، بلکه همه را صخره شمرد.^۴



فایری ریف به ترتیب از چپ در سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۵ و ۲۰۱۷

¹. *The South China Sea Arbitration*, op. cit., paras. 493-495.

². Ibid. paras. 496-497.

³. Ibid. para. 504.

⁴. Ibid. paras. 554-570.



اسکاربورگ شول قبل و بعد از بازسازی توسط چین به ترتیب از چپ در سال‌های ۲۰۱۵ و ۲۰۱۶



موقعیت تمامی صخره‌ها و جزایر پهنه آبی دریای چین جنوبی

۲.۲. بررسی انتقادی رأی دادگاه داوری دریای چین جنوبی در پیوند با جهانی‌گرایی و منافع دولت‌های ساحلی

چنان‌که ملاحظه شد، دادگاه با تأسی به ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، دست به کالبدشکافی و تفسیر لفظی بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ زد^۱ و در این بررسی، علاوه بر اینکه از تشخیص دقیق ضوابط جزایر صخره‌ای قدری بازماند، تنها بند سوم را بررسی نمود و دچار غفلتی نسبی از متابعت فرع و استثنا از اصل (بندهای ۱ و ۲) گردید.^۲ بدیهی است اصولاً چنین تفسیری باید مضیق باشد؛ «صخره‌هایی که ...» ذیل بند سوم گواه آن است که هر صخره‌ای را نباید براساس این دو ضابطه بررسی کرد و صرفاً موارد مشکوکی که در ارتباط غیرمنطقی با جزیره اصلی قرار دارند، نیازمند بررسی‌اند.^۳ اما به نظر می‌رسد دادگاه در نتیجه‌گیری فوق، سختگیرانه عمل نموده است. در خصوص ملاک‌های تشخیص جزیره برخوردار از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره از صخره غیربرخوردار، در جلسه توجیهی سازمان بین‌المللی بستر دریا (مقام) در ژوئن ۲۰۰۹، طبق اظهارات نماینده اندونزی چهار عامل این دو را متمایز می‌کند: قابلیت حفظ و نگهداری آب شیرین را حفظ و نگهداری؛ قابلیت رشد گیاهانی قادر به حفظ سکونت انسانی؛ قابلیت تولید برخی مواد قابل استفاده برای زندگی انسانی؛ و قابلیت جامعه انسانی حداقل پنجاه نفری.^۴ دادگاه داوری با تمرکز بر شرایط سکونت انسانی به‌عنوان ملاک تشخیص صخره در مفهوم بند دوم و یا سوم، اهمیت چندانی برای زندگی اقتصادی قائل

^۱ گرچه دادگاه برخی ظرافت‌های لفظی نظیر جمع بودن لفظ صخره را نادیده می‌گیرد. سالاری، اسماء، پیشین، ص ۳۴.

^۲ همان، صص ۳۵-۳۴.

^۳ Gau, op. cit., at 15.

^۴ Song, op. cit. at 694-695.

نشده و بنابراین، به نظر برخی، از نص بند سوم ماده ۱۲۱ فاصله گرفته است. به عقیده گائو، اولاً دادگاه واقعیت سکونت یا عدم سکونت انسان را ملاک حیاتی اثبات ظرفیت سکونت می‌شمرد و صرفاً حول حضور جمعیت انسانی، به بند سوم می‌نگرد؛ ثانیاً دادگاه غافل از این واقعیت است که یک کشور مستقل ممکن است مانع سکونت غیرنظامیان در پدیده دریایی مورد ادعای خود شود و این، نافی قابلیت سکونت صخره نیست؛ ثالثاً مؤلفه‌های حفظ سکونت انسانی یا حیات اقتصادی، بُعدی کیفی دارد که دادگاه استاندارد مناسبی را برای تفسیر آن به کار نگرفته است؛ چنین برداشت دلخواهانه‌ای از سوی دادگاه، مبهم و عملاً چالش‌برانگیز است و احتمال تنش‌های متعاقب را افزایش می‌دهد. از نظر دادگاه، «سکونت انسانی» دلالت بر «حضور غیرموقت افرادی دارد که تصمیم به اقامت در آن پدیده دریایی دارند» و از نظر گائو، این به معنای نادیده انگاشتن حقوق دولت و افراد محلی با قصد اقامت غیردائم در صخره‌های مورد بحث است.^۱

تاناکا نیز اظهار می‌دارد در تفسیر دادگاه از ماده (۳) ۱۲۱، دو مفهوم نفع مردم محلی در منطقه انحصاری اقتصادی و پاسداری از میراث مشترک بشریت محوریت دارد. او با اشاره به اینکه توسعه حقوق بین‌الملل دریاها پس از جنگ جهانی دوم در نوسان میان یکجانبه‌گرایی دولت‌های ساحلی و چندجانبه‌گرایی جامعه بین‌المللی در راستای حفظ منافع همه دولت‌ها بوده است، تفسیر دادگاه داوری را منعکس‌کننده پیشرفت متری حقوق دریاها در جهت «جهانی‌گرایی»^۲ آن می‌داند. در عین حال، او با تأکید بر تبعیت تفسیر بند سوم ماده ۱۲۱ از اوضاع و احوال زمان تفسیر و با طرح برخی چالش‌ها، ذهن خوانندگان خلاق را به سمت غیرقطعی بودن حکم صادره جهت می‌دهد؛ چه، در تعیین برخورداری یا نابرورداری صخره‌ها از مناطق انحصاری اقتصادی و فلات قاره، برخی فاکتورهای دیگر نیز می‌توانند مؤثر واقع شود که از آن جمله است فاصله با سرزمین اصلی، وجود اختلاف ارضی میان دولت‌ها، مساحت جزیره، امکان پرورش منابع زنده یا غیرزنده در آب‌های اطراف، وجود آب آشامیدنی و غذا، وجود زمین و ساکنان، مسیر اصلی حمل‌ونقل در نزدیکی یا در مسیر اصلی.^۳

به هر روی، با وجود نقاط قوت رأی داوری ۲۰۱۶، انتقادات دیگری نظیر بی‌توجهی دادگاه به قلمرو دریانوردی دولت‌ها و عملکرد دولت‌ها به عنوان رکن مادی عرف، وارد است.^۴ البته نباید از یاد برد که دادگاه داوری دریای چین جنوبی اولین مرجعی است که به تفسیر ماده (۳) ۱۲۱ کنوانسیون پرداخته است و باید منتظر واکنش سایر مراجع قضایی بین‌المللی نسبت به این رأی در مواجهه با موارد مشابه ماند؛ گرچه با توجه به انتقادهای وارده و نیز مغایرت تفسیر دادگاه با رویه برخی دولت‌ها و مذاکرات کنفرانس سوم حقوق دریاها، برخی از جمله الفریک، واقع‌بینانه، اعتراض چین به رأی داوری را پیش‌بینی کرده بودند؛^۵ همچنان که با توجه به ظرفیت نسبی برخی جزایر چین برای قرار گرفتن در شمار صخره‌های برخوردار ذیل بند سوم ماده ۱۲۱، نهایتاً چین نسبت به حکم داوری توجه لازم را نداشت.^۶

نتیجه‌گیری

پیشرفت قابل توجه فناوری در بهره‌برداری از دریاها و بسترهای آبی، دولت‌ها، به‌ویژه دولت‌های ساحلی در حال توسعه را به منظور حفاظت از منابع متعلق به خود و کنترل بیشتر بر مناسبات امنیتی مناطق پیرامونی خویش، به نوعی انحصارطلبی سوق داده و همین مسئله، طی دهه‌های گذشته حقوق بیش‌و کم نوینی را در مناطق انحصاری اقتصادی و فلات قاره پدید آورده است. در این میان، حساسیت بالای نظام حقوقی جزایر و اهمیت فزاینده مناطق دریایی برای همه

^۱. Gau, op. cit., at 16.

^۲. Universalism

^۳. Tanaka, op. cit. at 13-15.

^۴. Faccio, op. cit., at 20-25.

^۵. Elferink, op. cit. at 229.

^۶. Gau, op. cit., at 15.

دولت‌ها، اختلاف‌هایی را میان آن‌ها در خصوص تأثیر جزایر بر ترسیم خطوط مبدأ دریای سرزمینی و همچنین اختصاص مناطق دریایی به خود جزایر رقم زده است. این نظام که تا زمان تنظیم کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۵۸ حقوق دریاها کم‌وبیش شکل عرفی یافته بود، در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها وارد مسیر تازه‌ای شد؛ چه، برخلاف دو بند اول ماده ۱۲۱ که دارای ارزش عرفی بودند، بند سوم حاصل مذاکرات مشارکت‌کنندگان در کنفرانس سوم حقوق دریاها و یکی از گام‌های این کنوانسیون در مسیر توسعه حقوق بین‌الملل بود. این بند، صخره‌های فاقد ظرفیت حفظ سکونت انسانی یا حیات اقتصادی خوداتکا را نابرخوردار از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره می‌شمرد. چنان‌که ملاحظه شد، نحوه نگارش و عبارت‌پردازی این بند، تفاسیر مختلفی را سبب شده و در این میان، رویکرد بیشینه‌گرایانه دولت‌های ساحلی، به‌ویژه در دهه‌های اخیر، تفسیر بند سوم توسط این دولت‌ها را به نفع حقوق صلاحیتی و حاکمه آن‌ها جهت داده است. در مقابل، طبیعتاً چنین تفاسیر دست‌و‌دل‌بازانه‌ای، حقوق سایر دولت‌ها را در معرض مخاطره قرار داده و مخالفت آن‌ها را برمی‌انگیزد که از آن جمله است اعتراض‌های فیلیپین و چین به توصیف ژاپن از ساختار اوکینوتوریشیما ذیل بند سوم در تعیین محدوده ۲۰۰ مایلی برای مناطق انحصاری اقتصادی و فلات قاره. با وجود پیشنهادهایی نظیر تشکیل جلسات کمیته کارشناسی بخش امور اقیانوس و حقوق دریاها در ملل متحد و صدور دستورالعمل‌هایی به منظور ارائه تفسیری مقبول از ماده ۱۲۱، گاه مراجع رسیدگی بین‌المللی وارد میدان حل‌وفصل این اختلافات میان‌دولتی می‌شوند.

در سال ۲۰۱۶ دادگاه داورای دریای چین جنوبی جدیدترین تفسیر قابل‌توجه در خصوص تبیین ماهیت جزایر صخره‌ای را ارائه نموده است. این دادگاه، در راستای حل اختلافات فیلیپین و چین در مورد برخی ساختارهای دریایی چین جنوبی، همچون اسکاربورگ‌شول، جوهانسون‌ریف و کارترون‌ریف، دست به تفسیر تقریباً تمام‌عیار بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ زد و با تأکید بر ملازمه دو شرط ظرفیت سکونت انسانی و حیات اقتصادی خوداتکا، با عملاً حتی وجود یکی از آن‌ها برای برخورداری ساختار جغرافیایی مربوط از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره را بسنده ارزیابی نمود. این رأی با اتخاذ رویکردی جهان‌شمول در جهت محافظت از میراث مشترک بشریت و آزادی دریانوردی تلاش می‌کند در مقابل زیاده‌خواهی‌ها و اعمال فشار دولت‌های ساحلی بایستد. گرچه تلاش این مرجع برای احترام به حاکمیت قانون و ارائه تفسیری مبتنی بر اصول حقوقی ستودنی است، چنین می‌نماید که رویکرد سختگیرانه آن برای نیل به این هدف ارزشمند، آن را از مسیر صحیح حقوقی اندکی منحرف ساخته است؛ چه، مطابق واژه‌پردازی بند سوم ماده ۱۲۱ کنوانسیون، اصل بر برخورداری جزایر، حتی جزایر صخره‌ای، از منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره است. از مرجعی که تفسیر خود را با کندوکاو دقیق واژگان این بند آغاز کرده بود و آغوش خود را به روی پیشنهاد فیلیپین مبنی بر ارائه یک تفسیر منطقی‌بنیان گشوده بود، انتظار می‌رفت، در عین توجه به مناسبات قدرت در روابط بین‌المللی، با کنار گذاشتن سختگیری بدین‌سان غایت‌گرایانه، از قواعد منطق حقوقی دقیق‌تر پیروی کند؛ چه، نگرشی چنین آرمانی نسبت به حفاظت از منافع عموم در سطح بین‌المللی، به سادگی ممکن است رویگردانی دولت‌ها از پذیرش و اجرای حقوق بین‌الملل و احکام صادره را به‌ویژه در حوزه حقوق اقتصادی و امنیت دریایی به همراه داشته باشد؛ همچنان‌که این اتفاق رقم خورد و مطابق پیش‌بینی‌ها، روند رسیدگی داورای در غیاب چین دنبال شد و نهایتاً رأی صادره هم مقبول این دولت قرار نگرفت. این در حالی است که برخی جزایر چین می‌توانست با خروج از شمول بند سوم ماده ۱۲۱، از مناطق دریایی دوگانه برخوردار شود. البته بی‌تردید مفاد این رأی و اجزای تحلیلی آن می‌تواند در درازمدت به‌مثابه الگویی سازنده در تفسیر حقوقی، مورد توجه دولت‌ها، مراجع رسیدگی بین‌المللی و سایر نهادهای مربوط قرار گیرد.

منابع

کتاب

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجاه‌وششم، ۱۳۹۶.
۲. سون، لویی‌بی و همکاران، **حقوق بین‌الملل دریاها**، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۳. شاو، ملکم ان، **حقوق بین‌الملل دریاها با نگاهی به مسائل ایران**، ترجمه و تألیف علیرضا ابراهیم‌گل و حسن خسروشاهی، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.

مقاله

۴. سالاری، اسماء، **اثر جزایر در تحدید حدود مناطق دریایی از دیدگاه رویه قضایی بین‌المللی**، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۴.
۵. سالاری، اسماء، **وضعیت صخره در حقوق بین‌الملل دریاها با تکیه بر رأی داوری دریای چین جنوبی**، فصلنامه اقیانوس‌شناسی، سال یازدهم، ۱۳۹۹، شماره ۴۱.
۶. صیرفی، ساسان، **دامنه شمول آیین‌های اجباری حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها در پرتو آرای قضایی و داوری**، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۴۰۰، شماره ۶۴.
۷. صیرفی، ساسان، **کاربرد خطوط مبدأ مستقیم در تحدید حدود دریایی؛ با نگاه ویژه به تحدید حدود دریایی بین ایران و کویت**، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۷، شماره ۳.
۸. مسرور، محمد و محمدحسن خانی، **بازآرایی ژئوپلیتیکی در دریای جنوبی چین**، فصلنامه ژئوپلیتیک، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۲.
۹. میرحیدر، دره و همکاران، **جغرافیای سیاسی و حقوق بین‌الملل دریاها**، پژوهش‌های جغرافیای انسانی، دوره ۴۶، ۱۳۹۳، شماره ۲.

References

Books

1. Churchill, Robin Rolf et al., *The Law of the Sea*, Manchester: Manchester University Press, 1998.
2. O'connell, D. P., *The International Law of the Sea*, Vol. 2, Stevens & Sons Limited, 1982.
3. Shaw, M. *International Law of the Seas with a View to Iranian Issues*, Translated and edited by: Ebrahim-Gol, A., and Hassan Khosroshahi, Tehran: Khorsandi Publications, 2015. (in Persian)
4. Son, L et al., *International Law of the Seas*, Translated by: Habibi Majandeh, M., 4th edition, Tehran: Jangal Publishing, 2017. (in Persian)
5. Tanaka, Yushifumi, *The International Law of the Sea*, 3rd ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019.
6. Ziaei Bigdeli, M. *Public International Law*, 56th edition, Tehran: Ganj-e- Danesh Publications, 2017. (in Persian)

Articles

7. Beazley, B. P., "Reefs and the 1982 Convention on the Law of the Sea", *6 Int'l J. Estuarine & Coastal L.* 1991.
8. Chang, Teh-Kuang, "China 's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective", *CASE W. RES. J. INT'L L.*, Vol. 23:399, 1991.
9. Charney, J. I., "Rocks that Cannot Sustain Human Habitation", *AJIL*, Vol. 93, No. 4, 1999.
10. Dadandish, P. & H. Rahnavard, "The Artificial Islands in the Persian Gulf: A Political and Legal Analysis", *Iranian Review of Foreign Affairs*, Vol. 3, No. 4, 2013.
11. Daiss, Tim, "Why The South China Sea Has More Oil Than You Think", 22 May, 2016.

12. Faccio, Sondra, "Human Habitation or Economic Life of their Own": The Definition of Features between History, Technology and the Law", *Liverpool Law Review*, Vol. 42, 2021.
13. Gau, Michael Sheng-ti, "The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A critique", *Ocean Development & International Law*, Vol. 50:1, 2019.
14. Kolb, R., "The interpretation of Article 121", paragraph 3, of the Montego Bay Convention on the Law of the Sea: "rocks which are not suitable for human habitation or own economic life", *Annuaire Francais de Droit International*, Vol. 40, 1994. (in French)
15. Masrou, M. and Mohammad Hassan Khani, "Geopolitical Realignment in the South China Sea", *Geopolitics Quarterly*, No.2, 2017. (in Persian)
16. Mirheidar, D. et al., "Political Geography and International Law of the Seas", *Human Geography Research*, Vol 46, No. 2, 2013. (in Persian)
17. Moore, John Norton, "Navigational Freedom: The Most Critical Common Heritage", *International Law Studies*, Vol. 93, 2017, at: <https://www.unclosdebate.org/evidence/2291/law-sea-important-achievement-establishing-international-rule-law>2022-09-25>.
18. Oude Elferink, Alex G., "Arguing International Law in the South China Sea Disputes: The Haiyang Shiyou 981 and USS Lassen Incidents and the Philippines v. China Arbitration", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31, 2016.
19. Oude Elferink, Alex G., "Clarifying Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention: The Limits Set by the Nature of International Legal Process", *IBRU Boundary and Security Bulletin*, 1998.
20. Peiwu, H. E. Cong, "The History and Reality of the South China Sea Issue", September 13, 2020; at: http://ca.china-embassy.gov.cn/eng/sgxw/202009/t20200913_4615002.htm ; >2022-09-25.
21. Roque, H. L., "China's Claim to the Spratlys Islands under International Law", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol.15, 1997.
22. Salari, A. "The Effect of Islands in Determining the Limits of Maritime Areas from the Perspective of International Jurisprudence", *Public Law Studies Quarterly*, Vol 49, No.4, 2019. (in Persian)
23. Salari, A. "The Status of the Reef in the International Law of the Seas based on the South China Sea Arbitration Award", *Oceanography Quarterly*, 11th year, No.41, 2020. (in Persian)
24. Seirafi, S. "Scope of Coverage of Mandatory Dispute Resolution Procedures of the Convention on the Law of the Sea in the Light of Judicial and Arbitration Decisions", *International Legal Journal*, No. 64, 2021. (in Persian)
25. ----- "The Use of Direct Lines of Origin in the Delimitation of Maritime Boundaries; with a Special View on the Demarcation of Maritime Boundaries between Iran and Kuwait", *Public Law Studies Quarterly*, No. 3, 2017. (in Persian)
26. Song, Y-H., "Chapter 4: Article 121(3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed offshore Island in East Asia: A tribute to Judge Choon-Ho Park", in: Jon Van Dyke, M. et al. (eds.), *Governing Ocean Resources; New Challenges and Emerging Regimes: A Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
27. Song, Y-H., "Okinotorishima: A "Rock" or an "Island"? Recent *Maritime Boundary Controversy between Japan And Taiwan/China*", in: *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, ed. by Jon M. van Dyke, Brill/Series Publications on Ocean Development; Vol. 65, 2009.
28. Song, Y-H., "The application of article 121 of the law of the sea convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, 2010.
29. Talmon, Stefan, "The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15, 2016.
30. Tanaka, Yushifumi, "Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)", *Ocean Development & International Law*, Vol. 48:3-4, 2017.

31. Van Dyke, Jon M. & Robert A. Brooks, "Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Ocean Resources", *Ocean Development & International Law*, Vol. 12:3-4, 1983.
32. Wood, Capt Aaron S., "Historically Mine: The (Potentially) Legal Basis for China's Sovereignty Claims to Land in the South China Sea", *Journal of Indo-Pacific Affairs*, Air University Press, March 8, 2021; at: <https://www.airuniversity.af.edu/JIPA/Display/Article/2528218/historically-mine-the-potentially-legal-basis-for-chinas-sovereignty-claims-to/> >2022-09-25

Instruments

33. *Conciliation Commission on the Continental Shelf area between Iceland and Jan Mayen: Report and recommendations to the governments of Iceland and Norway*, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, 1981.
34. *Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations to the Secretary-General of the United*, New york: UN, 2009.
35. Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the UN, *The Law of the Sea; Regime of Islands Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, New York: United Nations Publication, 1988.

Cases

36. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports, 2001.
37. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (Denmark v. Norway), ICJ Reports, 1993.
38. *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean* (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports, 2018.
39. Norway: Supreme Court Judgment on Law of the Sea Issues' 11 *IJMCL*, 1996.
40. *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), ICJ Reports, 2012.
41. *The South China Sea Arbitration*, PCA Case N° 2013-19, 2016.

Internet sites

42. <https://www.airuniversity.af.edu>
43. <http://ca.china-embassy.gov.cn>
44. <https://www.forbes.com>
45. <https://www.unclosdebate.org>



Original Article

Organized legal and Historical Confrontation of Britain against Iran (a Case Study of Three Iranian Islands in the Persian Gulf)

Naghi Tabarsa¹ 

ABSTRACT

The present research aims to investigate the organized confrontation of the British government against three Iranian islands in the Persian Gulf. In this research, the author intends to briefly answer the following three questions: 1- What are the most important historical documents and proofs of the anti-Iranian policy and the English theory of "common ownership of Qawasem"? 2- What are the inconsistencies in England's behavior towards the two theories of "common ownership of Qawasim" and "principle of unowned land"? 3- Was Britain's anti-Iranian policy accepted by Iran in occupying the Iranian islands of Tunb and Abu Musa? And during the 67 years of British occupation of these islands, has Iran's protest against England continued? The current research is a type of qualitative research that is conducted using the document analysis method and using the tools of data and information available in historical documents. The findings of the research show these things: 1- The approach of British policy has always been based on basic elements and principles such as denial of Iran's rights contradiction in speech and behavior and occupation of a part of Iran's territorial integrity and the continuation of the 67-year occupation of these islands by the British government. 2-According to the historical documents, the theory of common ownership of Qawasem claims of England has not been accepted.

KeyWords: Iranian Islands, Tunb, Abu Musa, England, Persian Gulf.

How to Cite: Tabarsa, N, "Organized legal and Historical Confrontation of Britain against Iran (a Case Study of Three Iranian Islands in the Persian Gulf)", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:229-246.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229876.2396>

Received: 20/12/2022 - Accepted: 13/03/2023

1. Assistant Professor, School of International Relations of Ministry of Foreign Affairs, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: naghitabarsa7@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تقابل سازمان یافته حقوقی و تاریخی انگلیس علیه ایران (مورد مطالعه سه جزیره ایرانی خلیج فارس)

نقی طبرسا^۱

چکیده

تحقیق حاضر درصدد بررسی تقابل سازمان یافته حقوقی تاریخی دولت انگلستان علیه سه جزیره ایرانی در خلیج فارس است. نگارنده در این پژوهش به دنبال آن است تا به اجمال، به دو پرسش زیر پاسخ دهد:

۱- تناقض‌های رفتاری انگلیس در قبال دو نظریه «مالکیت مشاع قواسم» و «اصل سرزمین بلاصاحب» چیست؟

۲- آیا سیاست ضدایرانی انگلیس در اشغال جزایر ایرانی تنب و ابوموسی توسط ایران مورد پذیرش قرار گرفته و طی ۶۷ سال دوران اشغالگری انگلیس در این جزایر، اعتراض ایران به انگلیس تداوم داشته است؟

تحقیق حاضر از نوع تحقیقات کیفی است که با استفاده از روش تحلیل اسنادی و با بهره‌گیری از ابزار داده‌ها و اطلاعات موجود در اسناد تاریخی انجام می‌گیرد.

یافته‌های تحقیق بیانگر این موارد است: ۱- رویکرد سیاست انگلیس همواره بر عناصر و اصول اساسی همچون: انکار حق ایران و تناقض در گفتار و رفتار و اشغال بخشی از تمامیت ارضی ایران و تداوم اشغالگری ۶۷ ساله این جزایر توسط دولت انگلیس، استوار بوده است؛ ۲- بر اساس مستندات حقوقی- تاریخی، نظریه مالکیت مشاع قواسم، یعنی همان ادعای انگلیس، هرگز مورد پذیرش ایران قرار نگرفته است.

کلید واژگان: جزایر ایرانی، تنب، ابوموسی، انگلیس، خلیج فارس.

استناد به این مقاله: طبرسا، نقی، «تقابل سازمان یافته حقوقی و تاریخی انگلیس علیه ایران (مورد مطالعه سه جزیره ایرانی خلیج فارس)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۲۲۹-۲۴۶.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229876.2396>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

۱. استادیار، دانشکده روابط بین‌الملل وزارت امور خارجه، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: naghitabarsa7@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

مجلس عوام انگلیس به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مراکز اصلی تصمیم‌گیری این کشور، جلسه‌ای ویژه دربارهٔ جزایر ایرانی ابوموسی، تنب کوچک و تنب بزرگ (در ژوئن ۲۰۰۹ - خرداد ۸۸) داشت که طی آن نمایندگان احزاب کارگر و محافظه‌کار و همچنین ایوان لوئیس، معاون وقت وزارت امور خارجه، به‌عنوان نمایندهٔ دولت انگلیس از ادعای امارات در این خصوص حمایت نمودند. نکتهٔ جالب توجه آنکه با وجود اختلاف و تفاوت دیدگاه‌ها و عدم همسانی و هم‌پوشانی احزاب مذکور در موضوعات مختلف داخلی و خارجی، مواضع همگی این نمایندگان و معاون وقت وزارت امور خارجه انگلیس در این خصوص یکسان بوده و هرکدام بخشی از یک صفحهٔ پازل و جورچینی را تکمیل نمودند و متون هر یک از آن‌ها مکمل هم و از وحدت رویه‌ای خاص انگلیسی، پیروی می‌کردند. با نگاهی به عملکرد انگلیس در قبال جزایر سه‌گانهٔ ایرانی در خلیج فارس در عصر استعمار و معاصر، می‌توان گفت که تقابل سازمان‌یافتهٔ انگلیس با حاکمیت ملی ایران در این جزایر، متعلق به یک عصر و دوران خاص نبوده و از عصر استعمار در زمان صفویان، قاجاریه و پهلوی گرفته تا دوران معاصر جمهوری اسلامی ایران، این رویکرد از یک وحدت‌رویه و سیاست یکسان پیروی می‌کرده که برآیند آن سیاست فرار به جلو و انکار حقوق حاکمه و ضدیت با ایران بوده و اگر جایی انگلیس نتوانسته به اهداف راهبردی‌اش برسد، رأساً وارد عمل شده و به اشغال جزایر ایرانی مبادرت نموده که ۶۷ سال متوالی از این سیاست خصمانه و اشغالگری در قبال ایران پیروی کرده است و عجیب آنکه سیاستمداران قبلی و فعلی انگلیس در اظهارات متوالی خود همواره به‌جای متهم، خود را مدعی و طلبکار معرفی می‌کنند.

در این بخش براساس رویکردهای نظری مورد استناد انگلستان، محقق ضمن نقد و بررسی آن رویکردها و نتایج مترتب بر آن‌ها تلاش دارد تا با بهره‌گیری از روش تحلیل اسنادی، ابطال و نادرست بودن ادعاهای آن کشور را در این زمینه اثبات نماید.

۱. تئوری انگلیسی مالکیت مشاع و انکار حقوق حاکمه ایران

یکی از مواردی که انگلیسی‌ها از عصر استعمار تاکنون، به‌رغم تناقض‌های موجود در شیوه و عملکردشان بر آن تأکید می‌ورزند، «تئوری مالکیت مشاع قواسم» و حمایت نهادینهٔ آن‌ها از ادعای دروغین وابستگی قواسم لنگه به قواسم رأس‌الخیمه و شارجه است که به‌کرات مسبوق به سابقه می‌باشد. نقطهٔ آغازین این ادعای عجیب از سوی انگلیسی‌ها زمانی مطرح شد که هنوز شش ماه از اعمال حاکمیت مستقیم دولت ایران بر جزایر ایرانی تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی در تاریخ ۲۵ شهریور ۱۲۶۶ (۱۶ سپتامبر ۱۸۸۷) و برچیده شدن بساط حکومت قواسم لنگه نگذشته بود و سفارت انگلیس در تهران با مداخلهٔ آشکار در امور داخلی ایران یادداشتی برای وزارت امور خارجه فرستاد که طی آن بر مالکیت مشاع یا دوگانگی حاکمیت قواسم شارجه و لنگه بر جزایر یاد شده، تأکید نمود. البته دولت ایران نیز در پاسخ قاطع خود، ضمن رد استدلال انگلیس بر تعلق جزایر یادشده به ایران پافشاری نمود. استدلال انگلیس آن‌قدر سست و بی‌اساس بود که حتی کارشناسان رسمی آن کشور را نیز متقاعد نکرد و آن‌ها نیز ادعای انگلیس را نپذیرفتند. ضمن آنکه دولت انگلیس نیز در رفتار و گفتارش دچار تناقض شد و عملاً با سیاست و دیپلماسی بعدی خود دچار اعمالی شد که ماهیت دروغین این ادعا را آشکار نمود. با این حال، این روند ناموجه در عصر استعمار و معاصر از سوی مقامات انگلیس تداوم یافت؛ لیکن هر بار که این ادعای دروغین مطرح شده است، دولت ایران آن را رد کرده و می‌کند. در این حال، سیاست عصر حاضر انگلیس نیز بر همین امر استوار بوده است، به‌نحوی که سیاستمداران فعلی انگلیس نیز

از این روند پیروی می‌کنند. از مصادیق بارز آن می‌توان به مواضع جان گروگن^۱ (نماینده وقت از حزب کارگر انگلیس در جلسه ۹ ژوئن ۲۰۰۹-۱۹ خرداد ۱۳۸۸) در مجلس عوام این کشور اشاره نمود که گفت: «این سه جزیره از اوایل تا اواسط قرن ۱۸ به‌طور فصلی توسط قبایل عرب وفادار به قواسم که قبیله‌ای در رأس‌الخیمه بود، مورد استفاده قرار می‌گرفت... دولت‌های بریتانیا نیز پی در پی و بدون ابهام ادعاهای شارجه و رأس‌الخیمه بر این سه جزیره را تأیید می‌کردند. این در حالی بود که بر اساس معاهده ۱۸۹۲ این امارات تحت‌الحمايه بریتانیا بودند. ایران این ادعاها را قبول نداشت.» برای آنکه بتوان به جوانب این ادعای دروغین و رد تئوری انگلیسی مالکیت مشاع و جدایی کامل قلمرو و ماهیت قواسم دو سوی ساحل ایرانی و عربی و وابستگی قطعی قواسم لنگه به دولت ایران، پی برد، شواهد و اسناد تاریخی از جمله یادداشت‌های مبادله‌شده بین دولت‌های انگلیس و ایران، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. وضعیت قواسم لنگه

قواسم لنگه اساساً رعیت و کارگزار رسمی دولت ایران در لنگه بودند و شخصیت حقوقی مستقل از قواسم رأس‌الخیمه داشتند. ضمن آنکه به‌جمال می‌توان گفت استقرار اولیه قواسم مستقل در بندرلنگه و بندرکنگ به سال ۱۷۲۷ برمی‌گردد. ضمن آنکه طی سه بار دست‌اندازی پراکنده قواسم جلفار یا رأس‌الخیمه به سواحل ایران در سه مقطع زمانی متفاوت (۱۷۳۷ توسط نیروهای نادرشاه افشار و ۱۷۶۳ و ۱۷۶۷ به دست قوای کریم خان زند) به سواحل ایران سرکوب شده و به جلفار برگشتند و برخی از آنان با انعقاد قرارداد با محمدخان بستکی رعیت و کارگزار دولت ایران در لنگه درآمدند.^۲ به این ترتیب از مقطع تاریخی (۱۷۶۳) و پس از پذیرش شروط محمدخان بستکی توسط قواسم، قاسمی‌های لنگه به‌عنوان کارگزار و رعیت دولت ایران بر لنگه و مناطق تابعه آن از جمله جزایر تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی حکومت می‌کردند و اعمال حاکمیت ایران بر جزایر مذکور از طریق حکام قاسمی بندرلنگه صورت می‌گرفت. «جزایر تنب و ابوموسی تحت نظارت مستقیم حاکم بندر لنگه قرار داشتند و مقرر حکومتی ضابط، در یکی از شهرهای پس‌کرانه‌ای به نام بستک بود.»^۳

۱.۲. یادداشت‌های مبادله شده میان ایران و انگلیس درباره مالکیت مشاع و رد آن

سفارت انگلیس در تهران طی چند یادداشت ارسالی به وزارت امور خارجه ایران، کوشید تا ادعای ناموجه خود درباره مالکیت مشاع قواسم بر جزایر را یادآور گردد که هربار با پاسخ سخت و قاطع دولت ایران مواجه شد: اول: یادداشت نخست سفارت انگلیس: «اگرچه در سنه ۱۸۷۹ دولت علیه ایران، شیخ یوسف را به نایب‌الحکومگی لنگه تصدیق نمود و آن وقت مشارالیه بنای دخل و تصرف در جزایر سری و تمب را گذارد، طرف ایراد شیخ جواسمی رأس‌الخیمات واقع شده بود. حقوق شیخ جواسمی در سیری قدیمی است و تابه‌حال آن حقوق منظور شده شیوخ جواسمی بندرلنگه غالباً از جانب دولت علیه ایران نایب‌الحکومه آنجا بوده‌اند و فرمانروایی جزیره سری را می‌نمودند و در تصرف

^۱. John Grogan

^۲. Alqasimi, Sultan, Power struggles and trade in the Persian Gulf, fores Row, 1999, p33; . Mirfenderski, G., The Tamba Islands Controversy: 1887-1971, 1985, p 316.

گزارش سوم شهریور ۱۳۴۹ سفارت ایران در لندن، به نقل از گزارش شماره ۹۴/۸۴۲ وزارت امور خارجه بریتانیا.

^۳. سدیدالسلطنه کبابی، محمد علی خان، ۱۳۷۱، بندرعباس و خلیج فارس، ترجمه احمد اقتداری، تهران: دنیای کتاب، ص ۷۳۳ به نقل از فرمان سال‌های ۱۱۴۹ ش/ ۱۷۶۳ و ۱۷۶۷/۱۱۵۳ کریم خان زند به شیخ محمد بستکی حاکم بندرعباس و جهانگیره.

شیوخ جواسمی بوده و دخلی به حکومت لنگه نداشته است.^۱

دوم: وزارت امور خارجه ایران قاطعانه اولین یادداشت سفارت انگلیس را پاسخ داد و یادداشت آن سفارت را نیز به همراه این جوابیه عودت داد که در دیپلماسی و امور دیپلماتیک این عمل ایران معنا و مفهوم خودش را داشت: «این مسئله واضح و بالقطع مستغنی از توضیح است... نوشته‌جات مزبوره مصرح عدم اقدام جدید و موضع تصرفات مالکانه قدیمه صحیحه حکام ایران مثل سایر بنادر دیگر در تمب و سیری بوده و به هیچ وجه از برای ادعای جدیدی نبوده است... هیچ وقت دو جزیره مزبوره خارج از تحت تصرفات مالکانه و حکومت حکام ایران نبوده و در این صورت به هیچ وجه من الوجوه به تصدیق منصفانه خود آن جناب لزوم نخواهد داشت؛ زیرا که هرگاه حرفی خارج از مذاکرات شفاهی شد، به وزارت امور خارجه اظهار خواهید فرمود. لهذا با کمال احترام تمام رقعہ محترمه آن جناب را عودت داد.»^۲

سوم: یادداشت دوم سفارت انگلیس: «چندی قبل بیرق ایران در یکی از جزایر بحر عمان موسوم به سری نصب شد. این جزیره، ملک و مال شیوخ جواسمی می‌باشد و آنها در تحت حمایت دولت انگلیس هستند. دلایلی که حقانیت دولت علیّه ایران در تصرف این جزیره به ثبوت می‌رساند، اقامه و به این سفارت ارسال دارند.»^۳

چهارم: یادداشت سوم سفارت انگلیس در تهران: «این مسئله درست است که نایب‌الحکومه‌های بندرلنگه، ریاست جزیره سری را می‌نموده‌اند و لیکن نه این است که چون حاکم بندر مزبور بوده، حکومت جزیره سری را می‌نموده، بلکه چون از مشایخ جاسمی بوده در آن جزیره فرمانروایی داشته‌اند. دور نیست که دولت علیّه ایران ملتفت باشند که مشایخ جاسمی در بندرلنگه از جانب ایران نایب‌الحکومه بوده‌اند، مشایخ جاسمی حق موروثی و روایتی در جزیره سری داشته و هیچ وقت در حقانیت آن‌ها شک و شبهه احداث نشده و حقوق آن‌ها مطلقاً منظور شده است.»^۴

پنجم: دولت ایران در بالاترین سطح ممکن پاسخ دو یادداشت سفارت انگلیس را داد و ناصرالدین شاه ذیل یادداشت سوم انگلیس نوشت: «دلایل همان بود که نوشته شد، دیگر چه دلیلی بالاتر از آن است که نوشته شود.»^۵

ششم: وزارت امور خارجه ایران طی پاسخ محکمی به سفارت انگلیس در یادداشتی، نوشت: «اگر سفارت محترمه تجدید نظری فرمایند، از روی کمال نصفت و حقانیت تصدیق خواهند فرمود که ملکی که سال‌ها در تصرف دولتی بوده باشد و در تحت حکومت عمال و نواب آن دولت باشد، بالبداهه ملک طلق بلامنازعه آن دولت محسوب خواهد بود و حاجت به دلیل دیگری نخواهد داشت.»^۶

هفتم: در راستای پاسخ‌های دولت ایران، وزارت امور خارجه طی یادداشتی به سفارت انگلیس نوشت: «اولاً این فقره مورث کمال تعجب و حیرت گردید که سفارت محترمه فخریه انگلیس با کمال آگاهی و بصیرت و احاطه اطلاع بر جمیع نقاط و اماکن سواحل بحر عمان، خاصه بنادر خلیج فارس، چگونه این مسئله را محتاج به اقامه دلیل و ادعای واهی مشایخ جواسم را قابل استماع دانسته و در مقام استعلام دلایل برآمده‌اند. ثانیاً، محض احترام خواهش سفارت محترمه زحمت‌افزاست که به همه قانون‌های دول متمدنه منتظمه اقوی دلیل بر مالکیت هر دولتی تصرف آن ملک است و این

۱. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۱۸ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵/۱۲ اسفند ۱۲۶۶/۲ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران. (اداره کل اسناد وزارت امور خارجه ایران).

۲. یادداشت وزارت امور خارجه ایران مورخ ۲۱ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵/۱۵ اسفند ۱۲۶۶/۵ مارس ۱۸۸۸ به سفارت انگلیس در تهران. (اداره کل اسناد وزارت امور خارجه ایران).

۳. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۲۶ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵/۲۰ اسفند ۱۲۶۶/۱۰ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران.

۴. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۵ رجب ۱۳۰۵/۲۸ اسفند ۱۲۶۶/۱۸ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران.

۵. نوشته ناصرالدین شاه ذیل یادداشت سفارت انگلیس در تهران، مورخ ۵ رجب ۱۳۰۵/۲۸ اسفند ۱۲۶۶/۱۸ مارس ۱۸۸۸.

۶. یادداشت وزارت امور خارجه ایران مورخ ۱۲ ذیقعد ۱۳۰۵/۳۰ تیر ۱۲۶۷/۲۱ ژوئیه ۱۸۸۸ به شماره ۴۴۱۹، به سفارت انگلیس در تهران.

دلیل ابدأ محتاج به دلیل دیگر نیست و سفارت محترمه و کارگزاران دولت هندوستان بالحس و العیان مشهود دارند که جزیره سری جزء بندرلنگه و همیشه در تحت حکومت بندرلنگه بوده و هست و از وقتی که بندرلنگه تعلق به دولت علیه داشته و حاکم از دربار دولت به بندرلنگه رفته، همیشه از جزیره مزبور مالیت دریافت نموده‌اند. علاوه بر این، بنادر اطراف خلیج فارس و متعلقات آن‌ها، موسوم به بنادر فارس می‌باشند و البته جای شبهه نیست که متعلقات مملکت فارس حکم کلیه مملکت فارس [را] دارد. مگر اینکه موضوع مخصوصی را دولت علیه به موجب حکم و سند مخصوص، ملک دولت و ملت علی حده واگذارد و از ممالک محروسه خود موضوع فرموده باشد. چون این دلیل از فرط وضوح محتاج به دلیل دیگر نبوده، به ایراد ادله دیگر عجلانته [عجالتاً] زحمت‌افزا نمی‌شود و آلا ادله بسیار است و پس از اینکه یک محلی تعلقش به دولت علیه به این وضوح باشد، معلوم است هر نحو تصرف در هر زمان کارگزاران دولت مقتضی دانند و به عمل آورند، کسی را مجال کلامی نیست و دولت را اقامه دلیل تازه برای آن تصرف حاجت نخواهد افتاد. نصب بیرق را از قدیم‌الایام در هیچ‌یک از بنادر خلیج فارس مقتضی ندانسته بودند و حال چندی است که مقتضی دانسته و البته در همه آن بنادر نصب بیرق نموده‌اند. در جزیره سری نیز که جزو بندرلنگه است، معمول داشته‌اند.^۱

نکته قابل توجه اینکه، دولت انگلیس در آغاز قرن بیستم از نظریه خودساخته مالکیت مشاع دست برداشت و به اصل دیگر، یعنی اشغال سرزمین بلاصاحب، متوسل شد؛ درحالی که تا سال ۱۹۰۳ تلاش داشت قواسم را به صورت ناموجه صاحب این جزایر معرفی کند و حقوق حاکمه ایران را در جزایر ابوموسی و تنب انکار نماید که البته این ادعای جدید انگلیس در سال ۱۹۰۳ و ۱۹۰۴ مبنی بر بلاصاحب بودن تنب و ابوموسی در تعارض با مواضع قبلی انگلیس بوده است.

۲. اشغال جزایر سه‌گانه ایرانی توسط انگلیس (از سال ۱۲۸۲ تا ۱۳۵۰ - ۱۹۰۳ تا ۱۹۷۱)

با روی کار آمدن «مظفرالدین شاه» در ۱۸ خرداد ۱۲۷۵ (۸ ژوئن ۱۸۹۶) و بیماری و سفر وی به اروپا و استقراض از روسیه و انگلیس، دولت ایران دچار ضعف بیشتر قدرت مرکزی شد و این ضعف به سواحل خلیج فارس نیز سرایت کرد. در این میان، دولت بریتانیا با آگاهی کامل از تحولات درون دربار و ضعف دولت مرکزی ایران و بستن قراردادهای تحت‌الحمایگی با شیوخ سواحل عمان، از وضعیت موجود برای تحکیم و تثبیت موقعیت خود در خلیج فارس بهره‌برداری کرد و در پی این بود که با توجه به این شرایط نابسامان، مانع حاکمیت ایران بر جزایر تنب و ابوموسی گردد. بریتانیا از اواخر سده نوزدهم به بهانه گسترش نفوذ روس‌ها در ایران و احتمال ورود رقیب نیرومند در خلیج فارس از راه ایران، درصدد زمینه‌سازی برای جدایی مالکیت جزایر مذکور از دولت ایران برآمد. این سیاست خصمانه انگلیس زمانی شکل گرفت که راهبرد انکار حقوق حاکمه دولت ایران در این جزایر دیگر کارایی نداشت. البته ضعف دولت مرکزی و در نتیجه کم‌توجهی آنان به سه جزیره مذکور، مزید بر علت بود تا شرایط به‌گونه‌ای پیش رود که انگلیس شرایط را برای اجرای نقشه خود آماده ببیند.

با وجود نگرانی‌های موجود و مطامع آشکار بریتانیا در تسلط بر جزایر تنب و ابوموسی، دولت ایران از نصب مجدد پرچم خود در جزایر تنب و ابوموسی غفلت کرد. این امر باعث شد تا بریتانیا در آوریل ۱۹۰۳، از این فرصت سوءاستفاده کند و براساس دستوری که به شیوخ شارجه و رأس‌الخیمه داد، پرچم قواسم در ابوموسی و تنب نصب شد. کمال، کارگزار سیاسی بریتانیا در خلیج فارس، به حکومت کشورش پیشنهاد کرد به شیخ شارجه گفته شود نصب پرچم را به نشانه مالکیت انجام دهد که این اقدام از سوی لندن پذیرفته شد. سرهنگ کمال در ۳۰ آوریل ۱۹۰۳، افزون بر شیخ شارجه، به شیخ

^۱ پاسخ دولت ایران به یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۲۶ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۲۰ اسفند ۱۲۶۶ / ۱۰ فوریه ۱۸۸۸.

رأس الخیمه برای انجام اقدامی مشابه دربارهٔ جزیرهٔ تنب دستور داد.^۱

دولت بریتانیا به استناد معاهدات تحت‌الحمایگی با شیوخ سواحل عمان، اشغال جزایر تنب و ابوموسی را توجیه کرد. در حالی که با امضای قراردادهای تحت‌الحمایگی میان انگلیس و شیوخ، آزادی عمل شیوخ در روابط بین‌المللی سلب شد؛ زیرا براساس معاهدات تحت‌الحمایگی از جمله معاهدهٔ ۸ مارس ۱۸۹۲، شیوخ یادشده همهٔ اختیارات خود را در زمینهٔ روابط بین‌المللی به انگلیس واگذار کردند و صلاحیت اشغال را نداشتند. بر این اساس، دو امارت شارجه و رأس الخیمه دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی نبودند و از اهلیت دولتمداری بهره‌ای نداشتند. این سخن به معنای آن است که شیوخ مذکور صلاحیت ادعا بر سرزمینی را نداشتند و بریتانیا نیز صلاحیت وکالت و نمایندگی آن‌ها را در طرح ادعای سرزمینی نداشت. از این رو، این دو امارت نمی‌توانستند جایگزین دولت ایران شوند؛ چون دارای اهلیت حقوقی بر ادعای سرزمینی نبودند و فعالیت‌های آن‌ها به گونه‌ای غیرمستقل و زیر پوشش نیروی دریایی بریتانیا و تهدیدات مداوم بریتانیا در توسل به زور علیه ایران در موارد گوناگون بود. ضمن آنکه نه ایران و نه بریتانیا و نه هیچ دولت دیگر، این شیوخ را به‌عنوان دولت به رسمیت نمی‌شناختند.

حال پرسش دوم پژوهش مبنی بر «آیا سیاست ضدایرانی انگلیس در اشغال جزایر ایرانی تنب و ابوموسی توسط دولت ایران مورد پذیرش قرار گرفت؟ طی ۶۷ سال دوران اشغالگری انگلیس در این جزایر، اعتراض ایران به انگلیس تداوم داشته است؟»، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱. واکنش دولت ایران در قبال اشغال جزایر سه‌گانهٔ ایرانی توسط انگلیس

پس از نصب پرچم شارجه در جزایر تنب و ابوموسی، که به دستور بریتانیا صورت گرفت، دولت ایران به این امر اعتراض کرد و به مأموران خود در جنوب دستور داد تا پرچم شارجه را از فراز جزایر یادشده پایین بکشند و به جای آن پرچم ایران را نصب کنند.

چند ماه بعد، در آوریل ۱۹۰۴ مسیو دامبرن، مدیر گمرکات ایران، با کشتی مظفری و متعلق به گمرک، از ابوموسی و تنب دیدن کرد و پرچم‌های شارجه و رأس الخیمه را پایین کشید و به جای آن پرچم ایران را برافراشت و در هر یک از این جزایر دو ایرانی به عنوان نگهبانان گمرک گماشت. این اقدام به ابتکار مشیرالدوله، وزیر خارجه وقت ایران بود. در نامهٔ وزیر مالیه به مسیونوز، وزیر گمرکات، به تاریخ ربیع الاول ۱۳۲۲/ اردیبهشت ۱۲۸۳/ مه ۱۹۰۴ آمده است: «راپورت مسیو دامبرن، رئیس گمرکات بنادر در خلیج فارس، را مشعر به شرح اقدامات مشارالیه در انتظام عمل گمرکات بنادر و نصب بیرق دولت ایران در جزایر ابوموسی و تنب و سری [سیری] و برداشتن بیرق عرب از جزایر ابوموسی و سیاحتی را که در آنجا کرده و فرستاده بودید، به عرض خاک پای مهر اعتلای مبارک اقدس همایون ملوکانه ارواحنا فداه رساندم. زائدالوصف موقع تحسین و تمجید گردیده و مقرر فرمودند مقتضی دولت‌خواهی آن جناب جلالت‌مآب است که اشخاص امین و بصیر و کافی برای انتظام عمل گمرکات آنجا معین نمایند. خدمت دولت را به نحوی انجام داده که موجب استرضای خاطر مبارک گردد.»^۲

به این ترتیب، وضعیت جزایر تنب و ابوموسی، بدون هیچ‌گونه زحمتی از سوی مأموران گمرکی ایران به قبل برگشت و تحت دولت ایران درآمدند. «با مذاکراتی که سه ماه بعد میان نمایندگان دولت انگلیس و دولت ایران در تهران به عمل

^۱. "Memorandum Respecting British Interesse in the Persian Gulf", *Confidential*, No, 9161, January 1914, CAB 16/94, pp 38-39.

^۲. دوسیه شماره ۱۹، کارتن ۱۴ سیاسی، اسناد راکد وزارت امور خارجه.

آمد، نماینده انگلیس وعده داد موضوع جزایر مزبور را در زمان خود مطرح و حل کند و لذا از دولت ایران خواست تا پرچم خود را از این جزایر پایین آورد. دلایلی که دولت ایران درباره حاکمیت خود بر جزایر تنب و ابوموسی ارائه کرد، از سوی انگلیس ناکافی خوانده شد و مذاکرات بی نتیجه ماند.^۱

با وجود بی نتیجه بودن مذاکرات ایران و انگلیس، دولت این کشور ایران را تحت فشار قرار داد و با این حربه عین الدوله صدراعظم به مسیو نوز وزیر گمرکات، نوشت: «در باب جزیره تنب و ابوموسی این طور به رئیس گمرکات تلگراف نمایید که بیرق ایران را که در آن جزیره بلند کرده و بیرق شیخ شرغان [شارجه] را خوابانیده‌اند، عجالتاً بیرق ایران را برداشته و بیرق شیخ شرغان هم نباشد، بلکه آن دو جزیره بی بیرق باشد تا با سفارت انگلیس مذاکره و این کار تمام شود. درست دقت نمایید در درون این دستورالعمل مثل آن دفعه، سهوی اتفاق نیفتد. مقصود این است هیچ طرف آنجا بیرق نداشته باشند تا رسیدگی شود.» مسیو نوز به مسیو دامبرن در نامه شماره ۱۹۸۰۸ مورخه ۲۴ مه ۱۹۰۴/۳ خرداد ۱۲۸۳ نوشت: «حکومت انگلیس به نام شیخ اعتراضاتی راجع به جزیره تمب و ابوموسی اظهار و مقرر گردید دولت ایران بیرق‌های خود را از جزایر مزبور برداشته و ترتیبات فعلی به حال سابق ماند تا اینکه مالکیت جزایر محرز و مسلم گردد. لذا هر چه زودتر جهاز بخار اعزام دارید که بیرق‌ها را بردارند.»^۲

بنابراین، متعاقب فشارهای دولت استعماری انگلیس به دولت ایران و به‌رغم دستور روشن صدراعظم وقت ایران، حاصل توافق ایران و بریتانیا در پایین آوردن پرچم‌های دو طرف بود، لیکن انگلیس با به‌کار بستن حيله و مکر عمروعاصی و با حواله صاحب حق، یعنی دولت ایران، به مذاکرات خیالی در آینده، به شیوخ قواسم دستور داد پرچم خویش را به اهتزاز درآورند و از این تاریخ به بعد دولت انگلیس این جزایر را رسماً به اشغال خود درآورد، لیکن برای اینکه از تبعات حقوقی آن به دور باشد این اقدام ضدایرانی خود را تحت پوشش شیوخ رأس الخیمه و شارجه که تحت‌الحمایه این کشور بوده، درآورد.

همچنان که گفته شد، این جزایر اساساً توسط انگلیس اشغال گردید، و گرنه اسناد زیادی وجود دارد که شیوخ رأس الخیمه و شارجه به دلیل شناخت ماهیت موضوع می‌دانستند که این جزایر ایرانی است و ارتباطی با آن‌ها ندارد؛ لیکن دامنه فشار انگلیس علیه شیوخ مذکور بسیار گسترده بود، باین حال به‌دنبال پافشاری بریتانیا مبنی بر نگهداری جزایر یادشده از سوی شیوخ شارجه و رأس الخیمه، آن‌ها بارها به خواست انگلیس بی توجهی نموده و از برافراشتن پرچم خود طفره رفتند. از میان انبوه اسناد می‌توان به این سند اشاره کرد. به‌دنبال بی‌علاقگی شیخ شارجه به اجابت درخواست انگلیس رخ داده، سرگرد سرپرسی کاکس در ۵ اوت ۱۹۰۵ نامه‌ای تند به شیخ شارجه نوشت: «من از بی‌توجهی شما به جزایر و نپرداختن به حقوق افراد و عدم رسیدگی به اینکه چرا افراد شما جزایر را ترک کردند، شکایت دارم و چنانچه به این روش ادامه دهید، جزایر را از دست خواهید داد.»^۳

این سند و ده‌ها سند دیگر نشانگر آن هستند که شیوخ یادشده هیچ‌گونه احساس تعلق و مسئولیتی نسبت به این جزایر نداشتند و به اقتضای منافع بریتانیا، باید به‌ناچار فرمانبرداری می‌کردند.

پس از یک سال، مظفرالدین شاه به عین‌الدوله صدراعظم، نوشت: «... به وزیر خارجه ابلاغ نمایند که به سفارت انگلیس بگوید پارسال در این باب مذاکرات شد. دولت انگلیس از ما خواهش کرده که بیرق [پرچم] خودمان را از این دو جزیره

^۱. J. C. Lorimer, Gazetteer of the Persian Gulf, Oman and Central Arabia Vol, IIB, Historical, Calcutta superintendent Government printed India 1915; Republished in 1970 by Gregg International Publishers Ltd, West mead, England, 2138.

^۲. سند شماره ۵-۲۳-۵۳-۱۳۰۵ ش اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.

^۳. F.O. 248/843. R/15/1/253, Cox to Ruler of Sharjah, 5 Aug 1905.

برداریم تا رسیدگی و گفتگو شود، در صورتی که ما خودمان می‌دانیم که این دو جزیره ملک مسلمه دولت ایران است. در این صورت حالا چطور دولت انگلیس در عالم دوستی راضی می‌شود که ما ملک مطلق خودمان را به شیخ واگذار کنیم و او بیرق در آنجا بیفزارد. شما باز هم گفتگو کنید و ما به هیچ وجه از حق خود نخواهیم گذشت.^۱

به‌هر حال دولت ایران با پایین کشیدن پرچم شیوخ از جزایر تنب و ابوموسی و برافراشتن پرچم ایران در سال ۱۹۰۴ تصمیم به اعمال حاکمیت بر جزایر یادشده را داشت؛ اما دولت انگلیس مانع اعمال حاکمیت ایران شد. دولت ایران قصد، اراده و نیت اعمال حاکمیت داشت و در مواردی نیز به‌طور عملی آن را انجام داد، لیکن انگلیسی‌ها در راستای سیاست ضدایرانی خود از حاکمیت ایران جلوگیری نمودند.

۲.۲. تناقض در رفتار و گفتار انگلیس

دولت بریتانیا تا پیش از سال ۱۲۸۲ (۱۹۰۳) برای توجیه اقدام ضدایرانی خود در نفی حاکمیت ایران بر جزایر تنب و ابوموسی، اعتقاد به دوگانگی شخصیت حقوقی شیخ لنگه داشت و مدیریت اداره جزایر تنب و ابوموسی به وسیله حکام ایرانی بندرلنگه را به نمایندگی از شیوخ قاسمی شارجه تفسیر می‌کرد و جزایر مذکور را در رویکردی شاذ به‌عنوان ملک مشاع قاسمی‌های لنگه و عمان قلمداد می‌کرد، اما چندی بعد به سبب سست و متزلزل بودن پایه‌های این فرضیه، آن را کنار گذاشت و اصل تازه‌ای مطرح کرد.

پس از آنکه بریتانیا در اواخر سال ۱۹۰۳ به حکومت شارجه دستور داد در جزایر تنب و ابوموسی پرچم خود را به اهتزاز درآورد، این امر موجب واکنش دولت ایران شد و در ماه مه ۱۹۰۴ ایران به مأموران گمرک مستقر در بوشهر دستور داد پرچم شارجه و رأس‌الخیمه را از فراز جزایر مذکور به پایین کشیده و پرچم ایران را به اهتزاز درآورند و سربازانی در این جزایر مستقر شوند.

یکی از مواردی که در این بخش مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد، پاسخ به پرسش سوم پژوهش مبنی بر آنکه «تناقض‌های رفتاری انگلیس در قبال دو نظریه «مالکیت مشاع قواسم» و «اصل سرزمین بلاصاحب» چیست؟» است که ذیلاً به این موارد اشاره می‌گردد:

«اول: به‌کارگیری دو اصل متعارض مالکیت مشاع و بلاصاحب بودن جزایر تنب و ابوموسی توسط انگلیس.

پس از آنکه «مشیرالدوله» وزیر امور خارجه ایران، در نامه‌ای به سر آرتور هاردینگ، وزیرمختار انگلستان در تهران، به تاریخ ۵ ربیع‌الاول ۱۳۲۲/۳۰ اردیبهشت ۱۲۸۳/۲۰ مه ۱۹۰۴ نوشت: «در باره جزیره تنب و ابوموسی که دولت علیّه ایران آن دو جزیره را متعلق به خود می‌داند، اقدام مباشرین گمرک در آن دو محل آنچه شده بدین موجب بوده است، ولی چون نتیجه مذاکراتی را که چند روز قبل در حین ملاقات با آن جناب جلالت‌مآب به عمل آمد، به عرض حضور همایون شاهنشاهی رسانید، امر و مقرر شد که عجالاً اقدامی را که مباشرین گمرک در آنجا نموده‌اند، موقوف باشد تا بعد رسیدگی در خصوص آن‌ها بشود.»^۲

«سر آرتور هاردینگ، وزیر مختار انگلیس، در یادداشتی به وزیر امور خارجه ایران به تاریخ ۲۱ مه ۱۹۰۴/۳۱ اردیبهشت ۱۲۸۳ نوشت: مراسله مورخه دیروز [۵ ربیع‌الاول ۱۳۲۲/۳۰ اردیبهشت ۱۲۸۳/۲۰ مه ۱۹۰۴] جناب مستطاب اجل عالی در باب جزیره تنب و ابوموسی شرف وصول بخشید.... کاری که مشارالیه کرده فقط این بوده است که بیرق خود را

۱. *گزیده اسناد خلیج فارس*، جلد ۱، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ دوم، ۱۳۷۲، ص ۲۷۸.

۲. سند شماره ۹۱-۴/۲-۳-۱۳۲۳ ق. اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.

در جزایری که هنوز رسماً در تصرف هیچ یک از دول نبوده، نصب کرده است و به ملاحظه این که اول کسی بوده که آنجا را تصرف نموده است، حق دارد بیرق خود را به حال خود نگاه دارد تا اینکه حق تصرف شرعیه مشارالیه جرح گردد.» [در نسخه دیگر در سطر پایانی یادداشت ارسالی سفارت انگلیس آمده است: تا اینکه در حقانیت شرعیه مشارالیه بر سه جزیره مزبور اختلافی به میان آید.]¹

شاهد و دلیل این تعارض از یادداشت اخیرالذکر سرآرتور هاردینگ به مشیرالدوله استنباط می‌گردد؛ چراکه از سویی به دنبال اعمال حاکمیت دولت ایران بر جزایر ابوموسی و تنب در تاریخ ۲۵ شهریور ۱۲۶۶ (۱۶ سپتامبر ۱۸۸۷)، سفارت انگلیس در تهران طی یادداشت رسمی به وزارت امور خارجه ایران در تاریخ ۱۸ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۱۲ اسفند / ۱۲۶۶ / ۲ مارس ۱۸۸۸ نوشت: «اگرچه در سنه ۱۸۷۹ دولت علیه ایران، شیخ یوسف را به نایب‌الحکومگی لنگه تصدیق نمود و آن وقت مشارالیه بنای دخل و تصرف در جزایر سری و تمب را گذارد، شیوخ جواسمی بندرلنگه غالباً از جانب دولت علیه ایران نایب‌الحکومه آنجا بوده‌اند و ... در تصرف شیوخ جواسمی بوده و دخلی به حکومت لنگه نداشته است.» و از سوی دیگر گزاره‌ای در یادداشت همان سفارت در تهران مورخ ۱۸ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۱۲ اسفند / ۱۲۶۶ / ۲ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران، می‌آید که در تناقض آشکار با هم است؛ زیرا اگر جایی به نص صریح یادداشت انگلیسی‌ها در سال ۱۲۶۶ شمسی / ۱۸۸۸ میلادی در دخل و تصرف فرد یا حکومتی بوده، چگونه است که مجدداً سفارت انگلیس در سال ۱۲۸۳-۱۹۰۴ ادعا کند که «اول کسی بوده که آنجا را تصرف نموده است، حق دارد بیرق خود را به حال خود نگاه دارد.»

به‌علاوه با توجه به اینکه مفاد یادداشت‌های دوم و چهارم هاردینگ که تأکید دارد نخست شیخ شارجه متصرف جزایر تنب و ابوموسی بوده و بیرق خود را در جزایری که هنوز رسماً در تصرف هیچ دولتی نبوده، نصب کرده است، با مفاد یادداشت همان سفارت به وزارت امور خارجه ایران، [در تاریخ ۱۴ سپتامبر ۱۹۶۱ / ۲۳ شهریور ۱۳۴۰] و همچنین یادداشت سفارت انگلیس در تهران [در یادداشت مورخ ۱۳ ژانویه ۱۹۶۸] تناقض آشکار دارد. این گونه بازی دیپلماتیک انگلیس نشانگر آن است که دولت بریتانیا دلیل محکم برای اثبات حاکمیت شیوخ بر جزایر مذکور نداشت و لذا به ضد و نقیض‌گویی پرداخته است. به‌علاوه دولت ایران بارها این ادعاهای انگلیس را رد کرد و تأکید نمود: این ادعا از جانب دولت ایران مردود است.

دوم: فشار انگلیس به ایران و تهدید طرح همزمان جزایر سیری با تنب و ابوموسی.

دولت بریتانیا در تهدید آشکار به دولت ایران فشار آورد که چنانچه موضوع جزایر تنب و ابوموسی را پیگیری کند، آن کشور نیز مسئله جزیره سیری را مطرح خواهد کرد. در این راستا وزیرمختار انگلیس در مقام رد یادداشت وزارت خارجه ایران راجع به ابوموسی برآمد و اظهار داشت که «هرگاه دولت ایران بخواهد ادعای خود را به آنجا که در تصرف شیخ شارجه است، طرح کند، ما هم ناگزیریم که جزیره سیری را از طرف دولت ایران مطالبه کنیم.»^۲

بنابراین قرار بود پرچم هیچ‌یک از دو طرف به‌طور موقت در جزایر تنب و ابوموسی در اهتزاز نباشد، تا زمانی که موضوع مالکیت و حاکمیت بر جزایر مذکور از سوی بریتانیا و ایران رسیدگی شود؛ اما دولت بریتانیا به وعده‌اش عمل نکرد و در مذاکرات با طرف ایرانی از موضوع جزیره سیری (که ارتباطی هم به جزایر تنب و ابوموسی نداشت)، به‌عنوان اهرم فشار استفاده کرد. در پاسخ به این قلدری و زورگویی سفارت انگلیس، وزیر امور خارجه ایران [در یادداشت مورخ ۱۵

۱. سند شماره ۲۳ تا ۲۲-۱۴-۱۲-۱۳۲۲ و سند شماره ۳۳-۱۴-۱۲-۱۳۲۲ اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.

۲. سند شماره ۳-۲۳-۵۳-۱۳۰۵ ش اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.

ربیع‌الثانی ۱۳۲۳ / ۲۹ خرداد ۱۳۸۴ / ۱۹ ژوئن ۱۹۰۵] نوشت: «در باب تنب و ابوموسی با وزیرمختار انگلیس مذاکرات مفصل داشتم. حرف وزیرمختار انگلیس این است: ... سیری هرگز با تنب و ابوموسی شباهت ندارد که هر معامله در تنب و ابوموسی شود، در سیری هم شود. دولت ایران سیری، تنب و ابوموسی و تمام بنادر و جزایر خلیج فارس را ملک مخصوص خود می‌داند. شیخ شارجه به تازگی در این دو جزیره تنب و ابوموسی تصرفات کرد و بیرق بلند کرد و حقش همان بود که بیرق او موقوف و بیرق ایران افراشته شود.»^۱

۲.۳. تسلیم نقشه ایران ۱۸۸۶ توسط وزارت جنگ بریتانیا، تناقضی دیگر از دیپلماسی انگلیس

هنوز ده ماه از بیرون راندن جاسمی‌های لنگه و برچیده شدن بساط آن‌ها به دست دولت ایران نگذشته بود که لرد سالزبری، وزیر امور خارجه بریتانیا، به «درآموند وولف» وزیرمختار آن کشور در تهران، دستور داد نقشه رسمی ۱۸۸۶ که توسط اداره اطلاعات وزارت جنگ، ترسیم شده بود، از سوی ملکه بریتانیا به‌عنوان پادشاه ایران، به وزارت خارجه ایران تسلیم نماید. نکته قابل توجه در این نقشه رسمی آن بود که برخلاف ادعای دولت این کشور در طرح مالکیت مشاع این جزایر توسط قواسم، جزیره سیری و جزایر سه‌گانه ابوموسی و تنب به رنگ ایران بود و از رسمیت کامل نیز برخوردار بود. نقشه اهدایی وزیر خارجه بریتانیا به نمایندگی از ملکه آن کشور، که در آن جزایر به رنگ ایران مشخص شده، دارای اهمیت بسیار است. این نقشه در تاریخ ۲۷ ژوئیه ۱۸۸۸ از سوی وولف، وزیر مختار انگلیس، به قوام‌الدوله، وزیر امور خارجه ایران، اهدا شد. در این راستا و به‌منظور ارائه تصویری صحیح و مبتنی بر اسناد و مدارک تاریخی می‌توان گفت:

اول: وزارت امور خارجه انگلیس در نامه شماره ۶۴ مورخ ۲۲ ژوئن ۱۸۸۸ خطاب به سر درآموند وولف، وزیرمختار آن کشور در تهران، دستور داد: «نقشه ایران را در شش برگ که به وسیله شعبه اطلاعات وزارت جنگ بریتانیا تهیه شده، به شاه ایران تقدیم نمایید.»^۲

در این نقشه رسمی که توسط اطلاعات وزارت جنگ بریتانیا ترسیم شده است، جزایر سری، تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی با همان رنگی که دیگر قسمت‌های قلمرو خاک اصلی و جزایر ایران مشخص شده، رنگ‌آمیزی شده‌اند که حاکمیت ایران بر این جزایر را اثبات می‌کند. نامه ۲۲ ژوئیه ۱۸۸۸ از سر درآموند وولف، وزیرمختار انگلیس، به وزیر امور خارجه ایران برای تحویل نقشه جغرافیایی یادشده حاکی است: «من آخرین پست سیاسی را از لرد سالزبری دریافت کردم که در آن یک نقشه ایران در شش ورقه که اخیراً به وسیله بخش اطلاعات وزارت جنگ بریتانیا ترسیم و صادر شده، وجود داشت. لرد سالزبری به من دستور داده است این نقشه را به اعلی حضرت پادشاه ایران از طرف ملکه انگلستان اهدا نمایید، به امید آنکه اطلاعات جغرافیایی آن برای شما مفید و جالب باشد.»^۳

در این حال «سر درآموند وولف، وزیر مختار انگلیس، طی نامه شماره ۱۶۰ مورخ ۲۱ اوت ۱۸۸۸ به‌عنوان لرد سالزبری، وزیر امور خارجه آن کشور، و عطف به دستورنامه شماره ۶۴ مورخ ۲۲ ژوئن ۱۸۸۸ نوشته و فرستاده شده، حاکی از اجرای دستور وزیر خارجه مبنی به تسلیم نقشه ایران به دولت ایران است. به پیوست نامه یادشده، نامه‌ای که نقشه ایران به ضمیمه آن ارسال شده و نیز پاسخ دولت ایران مبنی بر اظهار تشکر از ارسال نقشه از سوی وزیر امور خارجه انگلیس، آمده است.»^۴

^۱ گزیده اسناد خلیج فارس، پیشین، ص ۲۷۴.

^۲ Marquis of Salisbury, 22 Jun, 1888, Enclosing map of Persia to Mr Wolf No, 64 Public Records Library.

^۳ Wolf, 22 July, 1888. Enclosing Map of Persia, Public Records Library

^۴ Wolf, 21 Aug, 1888 to Mr Marquis of Salisbury No 160, Public Records Library.

ضمناً وزیرمختار انگلیس هم‌زمان نسخه‌ای از این نقشه را بر اساس تقاضای آن دولت یک نسخه نقشه ایران در شش برگ را به وزیرمختار ایالات متحده آمریکا در ایران فرستاد.

این نقشه جغرافیایی نتایج غیرقابل پیش‌بینی برای انگلیس به بار آورد و برخلاف آنکه عده‌ای سعی داشتند انگلیسی‌ها را بدون خطا و اشتباه به دیگران معرفی نمایند، سند زیر که بیانگر خطا و تناقض آشکار در دیپلماسی انگلیس بوده، نشانگر بیان یکی از واقعیت‌ها و عمق اشتباه راهبردی انگلیس باشد. در نامه شماره ۶۴ مورخ ۱۷۶ مورخ ۷ سپتامبر ۱۸۸۸ به امضای سر درآموند وولف به عنوان لرد سالزبری آمده است: «طبق دستور شماره ۶۴ مورخ ۲۲ ژوئن ۱۸۸۸ آن جناب، نقشه مذکور تسلیم شد، ولی نتایج غیرمنتظره‌ای به بار آورده است. اعلی حضرت پادشاه ایران این نقشه را دلیلی برای ادعای خود نسبت به منطقه هشتادان در مرز ایران و افغانستان قرار داده و به‌علاوه چون جزایر تنب و ابوموسی و سیری به همان رنگی نشان داده شده که قلمرو ایران به‌طور کلی در آن نقشه رنگ‌آمیزی شده، شاه ایران این مطلب را دلیل قاطعی می‌داند بر اینکه هرگونه ادعای شیوخ نسبت به این جزایر غیرمسموع و مردود است. به پیوست این نامه، یادداشت‌های اداری دیگری است دائر بر اینکه طبق دستور لرد سالزبری هیچ‌گونه نقشه‌ای نباید بدون اجازه او به دولت‌های دیگر تسلیم شود و اضافه شده که این نقشه ایران بر حسب دستور خود لرد سالزبری به مقامات ایرانی تسلیم شده است. نقشه سال ۱۸۸۶ در سال ۱۸۹۱، به وسیله وزارت جنگ تجدید چاپ شد و دومین بار نیز در سال ۱۸۹۸ به وسیله اداره نقشه‌برداری دولت هندوستان تجدید چاپ شد که در همه نسخه آن جزایر سیری، تنب و ابوموسی با همان رنگی که قلمرو کشور ایران رنگ‌آمیزی شده، مشخص شده بود. این نقشه به‌دنبال درخواست شاه ایران از دولت بریتانیا که بارها خواستار دریافت اطلاعات در این زمینه بود، ارسال شد و این در حالی بود که انگلستان از اقدامات ایران در اعمال حاکمیت مستقیم بر جزایر تنب و ابوموسی به‌طور کامل آگاهی داشت.

در این حال، ناصرالدین شاه به نقشه‌هایی که از سوی سالزبری، وزیر امور خارجه بریتانیا، به دولت ایران هدیه شده بود، پیوسته استناد می‌کرد: «وزیر مختار بریتانیا گزارش کرد. همتای ایرانی‌اش با مشاهده نقشه‌ها بسیار ابراز خرسندی کرد، چراکه جزایر با همان رنگی که سرزمین ایران کشیده، رنگ‌آمیزی شده بود. وزیر ایرانی گفت: این نقشه بدان معناست که دولت انگلستان ادعان دارد که جزایر تنب و ابوموسی ایرانی‌اند و او بدین سبب بسیار ممنون است. درعین حال، وزیر ایرانی از اینکه در نقشه مذکور بحرین به رنگ ایران نبوده است به وولف اعتراض نمود. در کنار این گزارش، وزیر بریتانیایی نوشته بود: «درسی که از این موضوع آموختم این است که دیگر هرگز به کسی نقشه هدیه نکنم.»^۱

از سوی دیگر، نقشه‌ها برای اینکه به عنوان سند حاکمیت به شمار آیند باید از شرایط و مختصات زیر برخوردار باشند: الف) برهان و استدلال لازم را با دقت جغرافیایی فراهم آورند. ب) با واقعیات موجود مغایرت نداشته باشند. ج) با اطلاعات دقیق مساحان تهیه شده و هدف آن تعیین سیاسی قلمرو سرزمینی باشد. د) رسمی و یا نیمه رسمی باشند که با قاطعیت از حاکمیت کشوری دفاع کنند که دولت آن مبادرت به چاپ نقشه کرده است. تمامی این شروط در نقشه اهدایی ملکه انگلیس به ناصرالدین شاه وجود دارد. چنان‌که نخست: از سوی وزارت جنگ بریتانیا تهیه و از دقت و استدلال لازم برخوردار است؛ دوم: رنگ‌آمیزی جزایر به رنگ سرزمین ایران صورت گرفته و با واقعیات‌های تاریخی و حقوقی به‌طور کامل منطبق است؛ سوم: نقشه با مساحی و اطلاعات دقیق تهیه شده است، زیرا اگر این نقشه ایراد و اشتباه داشت، در چاپ‌های بعدی اصلاح می‌شد و چهارم: نقشه مذکور رسمی بود.

^۱ گزارش ایلی، نورتکوت ایلی (انگلیسی و مشاور حقوقی شیخ خالد، حاکم شارجه، در سال‌های ۱۹۷۰ تا ۱۹۷۲) صص ۵ تا ۷، مورخ ۵ دسامبر ۱۹۸۶/۱۴ آذر ۱۳۶۴، ص ۱۳.

از سوی دیگر، بر اساس اصل «استاپل»^۱ که یکی از اصول حقوق بین‌الملل است، ناظر بر این است که هرگاه دولتی در قبال مسئله یا دعوی حقوقی در داخل و خارج از مراجع رسیدگی کننده، موضع‌گیری کرده باشد، دیگر نمی‌تواند در موارد مشابه با آن مسئله یا دعوی، برخلاف موضع‌گیری قبلی خود رفتار کند. این اصل در داوری‌های بین‌المللی مورد استناد است. برای نمونه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اختلاف معبد پری‌ویهار میان کامبوج و تایلند در ۱۵ ژوئن ۱۹۶۲ به اصل استاپل استناد کرد و چنین رأی داد: «مطابق قاعده کلی ادله اثبات دعوی مطالب متناقض یک طرف باید علیه خود او تفسیر و تعبیر گردد و یا به نفع طرف مقابل. هیچ‌کس نمی‌تواند از تناقض‌گویی خود به ضرر طرف مقابل استفاده کند.»^۲

بر این اساس، نقشه رسمی ۱۸۸۶ بریتانیا می‌تواند به‌عنوان یکی از مراجع مستند و اثبات‌کننده حاکمیت ایران بر جزایر تنب و ابوموسی مورد بهره‌برداری قرار گیرد؛ ضمن آنکه به دلیل گذشت زمان و اصل استاپل، دولت بریتانیا نمی‌تواند نظر قطعی خود را درباره نقشه ۱۸۸۶ تقدیمی به ناصرالدین شاه تغییر دهد.

نتیجه‌گیری

این تحقیق درصدد پاسخ به دو پرسش اساسی زیر بود: «اول: تناقض‌های رفتاری انگلیس در قبال دو نظریه «مالکیت مشاع قواسم» و «اصل سرزمین بلاصاحب» چیست؟ دوم: آیا سیاست ضدایرانی انگلیس در اشغال جزایر ایرانی تنب و ابوموسی توسط ایران مورد پذیرش قرار گرفت و طی ۶۷ سال دوران اشغالگری انگلیس در این جزایر، اعتراض ایران به انگلیس تداوم داشته است؟»، همچنان‌که اشاره گردید:

در این حال اهم دلایل رد دوگانگی شخصیت حقوقی شیخ لنگه و مالکیت مشاع مورد ادعای انگلیس عبارت‌اند از: یکم ساختار اجتماعی سیاسی شیوخ لنگه با قبایل قاسمی تفاوت دارد؛ دوم سابقه‌ای از مالکیت مشاع قواسم بر این جزایر وجود ندارد؛ سوم حکام بندرلنگه وفاداری سیاسی به دولت ایران داشته و رعیت و کارگزار ایران بودند؛ چهارم هیچ‌گونه سابقه‌ای از مشارکت شیوخ قاسمی لنگه در معاهدات با سایر شیوخ وجود ندارد، زیرا آن‌ها تابع دولت ایران بودند و بدون اجازه ایران نمی‌توانستند وارد این معاهدات شوند و حکومتی که مشایخ قاسمی بندرلنگه در جزایر یادشده داشتند، تنها به دلیل پیروی و تبعیت آنان از دولت ایران بود و گرنه آن‌ها ارتباطی با قواسم عمان نداشت.

برکناری قواسم بندرلنگه که از سوی دولت ایران به اقتضای منافع و مصالح ایران صورت گرفت، دلیل کافی بر اثبات رعیتی آن‌ها و نیز اختصاص داشتن لنگه و جزایر تابعه آن به دولت ایران است. پس از برکناری قواسم لنگه، نصب حکام جدید از سوی دولت ایران صورت گرفت.

ساکنان بندرلنگه و جزایر تابع آن از جمله تنب و ابوموسی، تنها منحصر به قبیله قاسمی نیست که مشایخ آن ریاست و نمایندگی کنند، بلکه مانند برخی از مناطق ایران مرکب از نژاد گوناگون از جمله فارس و عرب است. برای نمونه، اگر فردی یا افرادی از ساکنان آن جزیره یا فردی از مشایخ قبیله قاسمی، خود را به حمایت حکومت دیگر نایل سازد یا مدعی تبعیت دولت دیگر بشود، اسباب حقی برای آن‌ها نیست و دلیل اثباتی بر حمایت شدن ساکنان لنگه و جزایر تابعه آن نخواهد بود. مشایخ بندرلنگه هرگز مستقل نبوده و دارای هیچ‌گونه امتیازی از سوی دولت ایران نبوده‌اند. با توجه به این امر چگونه می‌توان فرض کرد که قواسم بندرلنگه نماینده خانواده خودشان تصور شده یا طرف حمایت می‌توانند باشند.

^۱. Estoppel

^۲. Latin Words & Phrases for Lawyers, Law and Business Publications Canada, Inc. 1980, p 26.

روزنامه اطلاعات ضمیمه ۳۰ بهمن و اول اسفند ۱۳۷۵ به نقل از :

با توجه به اینکه شیوخ لنگه تابع حاکمیت دولت ایران و از سوی ایران به عنوان والی بندرلنگه منصوب شده بودند، همه اعمال آن‌ها براساس اصول حقوق بین‌الملل از سوی دولت ایران انجام می‌گرفت و عواقب سیاسی یا حقوقی اعمال ایشان نیز ناشی از قدرت حاکمه مستقلی محسوب می‌شد که تابع آن بودند و ارتباطی به پیوندهای نژادی یا قبیله‌ای آن‌ها نداشت و وابستگی آن‌ها به قواسم (که قدرت‌های گسسته و پراکنده بودند) جایگاهی در حقوق بین‌الملل نداشت.

تصور دو وضعیت جداگانه برای شیوخ لنگه غیرمنطقی است؛ چرا که حاکمیت، تفکیک‌ناپذیر و تقسیم‌ناپذیر است؛ این قدرت حاکمیت است که شعاع اختیارهای خود را محدود می‌کند، درحالی‌که چنین حقی به افراد و جوامع غیرمستقل لنگه داده نشده بود؛ زیرا شیوخ لنگه زیر حاکمیت ایران بودند. از نظر حقوق بین‌الملل همه اقدام‌های حکام لنگه و آثار ناشی از آن به اعتبار تبعیت آن‌ها از دولت و حاکمیت مستقل ایران بود.

اقدام‌های تحریک‌آمیز انگلیس در لنگه و انجام برخی اقدام‌های ناهماهنگ شیوخ لنگه، سبب شد دولت ایران بر لغو کامل رژیم پیشین در بندرلنگه تصمیم بگیرد و لنگه را تحت حاکمیت مستقیم خود درآورد. صدراعظم، امین‌السلطان، به سرتیپ حاجی احمدخان و حاج ملک‌التجار دستور پایان کامل و قطعی حکومت قواسم را در بندرلنگه صادر کرد که این کار در تاریخ ۲۵ شهریور ۱۲۶۶ (۱۶ سپتامبر ۱۸۸۷) صورت گرفت و شیخ قزیب بن راشد آخرین بازمانده قواسم لنگه دستگیر و به تهران اعزام و اموال وی نیز مصادره شد. از آن تاریخ به بعد، بندرلنگه زیر حاکمیت و اقتدار مستقیم حکومت مرکزی ایران قرار گرفت و حاکم آن از تهران یا شیراز دستور می‌گرفت. از این‌رو، اینکه گفته می‌شود قواسم به صورت مستمر بندر لنگه را حفظ کردند، درست نیست؛ زیرا آن‌ها چندبار از مناطق مذکور اخراج شدند و لذا هرگونه اشاره به استقلال قواسم بندرلنگه از حکومت مرکزی ایران فاقد وجهت و شواهد مستند است؛ زیرا حکمرانی و صلاحیت آنان از سوی حکومت مرکزی ایران واگذار می‌شد. اذعان به اینکه قواسم، رعیت و تابع دولت ایران بودند، نشانگر درستی ادعای ایران است که آن‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقل از قواسم رأس‌الخیمه بوده‌اند. ضمن آنکه پدیده مهاجرت متقابل در دو سوی شمال و جنوب خلیج فارس از ویژگی‌های مردم‌شناسی منطقه به‌شمار می‌رود. درباره بندر و سواحل ایران نیز این مهاجرت هرگز به مفهوم یک حرکت سیاسی نیست و قوم و قبیله مهاجر، حامل هیچ نوع نمایندگی حقوقی و سیاسی نبوده‌اند؛ زیرا از دیدگاه حقوق بین‌الملل، واحد سیاسی مستقل به‌شمار نمی‌روند. از سوی دیگر، در بخش شمالی خلیج فارس، حاکمیت سیاسی و حقوقی مشخص با پشتوانه چندین سده تمدن بشری شناخته‌شده حضور داشت و این رفت و آمدها نمی‌توانست در مسئله حاکمیت سرزمینی ایران خللی ایجاد کند. دولت‌ها تنها بازیگران اصلی در صحنه سیاست بین‌الملل هستند که از استقلال کامل در اداره امور داخلی و آزادی عمل در روابط خارجی برخوردارند و حکومت‌های تحت‌الحمایه که قدرت عالی یا اقتدار ندارند، دارای حاکمیت نیستند. حال با توجه به این امر می‌توان پذیرفت که قواسم با بافت قبیله‌ای و پراکنده و انعقاد معاهدات گوناگون با بریتانیا، از جمله قرارداد تحت‌الحمایگی، از عناصر حاکمیت و تملک سرزمینی بر جزایر سه‌گانه برخوردار بوده‌اند. لذا ادعای بریتانیا مبنی بر دارا بودن مالکیت دوگانه قواسم لنگه و هم‌زمان قواسم شارجه و رأس‌الخیمه بر جزایر ایرانی تنب و ابوموسی فاقد وجهت حقوقی و مردود است، این استدلال انگلیسی آنقدر سست و بی‌پایه بود که حتی نتوانست کارشناسان حقوقی وزارت امور خارجه بریتانیا را متقاعد نماید.

تناقض در سیاست ضدایرانی انگلیس نیز امر دیگری است که از یک‌سو دولت بریتانیا اشغال جزایر تنب و ابوموسی در سال ۱۹۰۳ را با توجه به اصل تقدم در اشغال و بلاصاحب بودن آن‌ها اعلام و سفارت آن کشور در تهران (در تاریخ ۲۱ مه ۱۹۰۴) تأکید کرد: «کاری که مشارالیه [شیخ شارجه] کرده، فقط این بوده است که بیرق خود را در جزایری که هنوز رسماً در تصرف هیچ یک از دول نبوده، نصب کرده است و به ملاحظه این که اول کسی بوده که آنجا را تصرف نموده

است، حق دارد بیرق خود را به حال خود نگاه دارد تا اینکه حق تصرف شرعی مشارالیه بر این جزایر جرح گردد.»
 در حالی که این سیاست با اقدامات سابق انگلیس در سال‌های پس از ۱۸۸۸ در تضاد بود و از سوی دیگر جزایر تنب و ابوموسی در تاریخ ۱۹۰۳، مشمول اصل تقدم در اشغال نبودند؛ یعنی نه خلیج فارس دریایی ناشناخته بود و نه جزایر بحث شده جدیدالاکتشاف، بلاصاحب یا رها شده بودند. به اعتراف مقام‌های رسمی بریتانیا در تمامی طول سده نوزدهم، این جزایر زیر اداره حکام لنگه قرار داشتند و فراتر از همه اینکه آن‌ها تحت حاکمیت دولت ایران بودند و این حقیقت در بسیاری از گزارش‌ها، اسناد و نقشه‌های جغرافیایی رسمی دولت انگلیس و حکومت هند نیز منعکس شده است. از این رو ادعای تقدم اشغال درباره جزایر ابوموسی و دوتنب نمی‌تواند از دیدگاه حقوق بین‌الملل پذیرفته شده باشد. همچنین این ادعا با ادعای بریتانیا مبنی بر اعمال حاکمیت جزایر مذکور به وسیله حکام لنگه به‌عنوان شیوخ جاسمی و نه دولت ایران مغایرت دارد. ضمن آنکه انبوه اسناد همگی دلالت بر آن دارند که این جزایر هرگز بی‌صاحب نبوده‌اند. ضمن آنکه دولت انگلیس با بی‌صاحب اعلام کردن جزایر تنب و ابوموسی این واقعیت را تأیید کرد که تئوری خودساخته و تناقض آشکار در سیاست خارجی بریتانیا مبنی بر مالکیت مشاع، خالی از هرگونه استدلال حقوقی است و قبایل عرب سواحل متصله از جمله قواسم، واحدهای سیاسی دارای شخصیت بین‌المللی نبودند که بتوانند به اداره مستقل بر این جزایر اعمال حاکمیت کنند و مشروعیت ظاهری آن‌ها را در سالیان طولانی به طور کامل زیر سؤال برد و منتفی دانست.
 از سوی دیگر، شواهد مهم دیگر مانند نقشه‌ای که در ۱۸۸۶ از سوی بخش اطلاعات وزارت جنگ بریتانیا منتشر و در ۲۲ ژوئیه ۱۸۸۸ از سوی درآموند وولف، وزیر مختار بریتانیا، به نام ملکه ویکتوریا به ناصرالدین شاه تقدیم شد، نشان داد که ایران همواره بر جزایر تنب و ابوموسی حاکمیت داشته است و اینکه پایه‌های استدلال دولت انگلیس آنقدر ضعیف بوده که حتی مقام‌های آن کشور مانند رندل و بکت می‌کوشیدند با اتخاذ چنین موضعی به نادرست بودن نظریه‌های خودساخته و متناقض انگلیسی‌ها نظیر مالکیت مشاع و بی‌صاحب بودن جزایر، اذعان کنند.
 در این حال، سیاست ضدایرانی انگلیس در اشغال جزایر ایرانی تنب و ابوموسی توسط دولت ایران هرگز مورد پذیرش قرار نگرفت و طی ۶۷ سال دوران اشغالگری انگلیس در این جزایر، اعتراض ایران به انگلیس تداوم داشته است. به‌نحوی که طی این مدت، دولت ایران قریب ۳۰ یادداشت رسمی اعتراض‌آمیز از مجاری دیپلماتیک به سفارت و دولت انگلیس داد که همگی اشغالگری انگلیس را مردود دانست و بر حاکمیت دولت ایران بر جزایر تنب و ابوموسی تأکید نمود. تا اینکه پس از سه سال مذاکرات فشرده میان دولت‌های ایران و انگلیس به این اشغال پایان داده شد و جزایر تنب و ابوموسی پس از ۶۷ سال در ۹ آذر ۱۳۵۰ به مام میهن بازگشت.

منابع

فارسی

کتاب

۱. بنی عباسیان بستکی، محمداعظم، *تاریخ جهانگیریه و بنی عباسیان بستک*، تهران: چاپ کاویان، ۱۳۳۹.
۲. پری، جان، *کریم‌خان زند*، ترجمه محمد ساکی، تهران: نشر نو، ۱۳۶۹.
۳. سدیدالسلطنه کبابی، محمدعلی خان، *بندرعباس و خلیج فارس*، ترجمه احمد اقتداری، تهران: دنیای کتاب، ۱۳۷۱.
۴. کرزن، لرد جرج ناتانیل، *ایران و قضیه ایران*، ترجمه وحید مازندرانی، جلد ۲، تهران: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۲.
۵. *گزیده اسناد خلیج فارس*، جلد ۱، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ دوم، ۱۳۷۲.

۶. موجد محمدعلی، *مبالغه مستعار*، تهران: دفتر خدمات حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳.
۷. محمود، محمود، *تاریخ روابط سیاسی ایران و انگلیس در سده نوزدهم*، جلد ۱، تهران: اقبال، ۱۳۳۲.
۸. هرمیداس باوند داود، *مبانی تاریخی سیاسی و حقوقی حاکمیت ایران بر جزایر تنب و ابوموسی*، ترجمه بهمن آقایی، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷.

اسناد و گزارش

۹. پاسخ دولت ایران به یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۲۶ جمادی‌الثانی ۱۳۰۵ / ۲۰ اسفند ۱۲۶۶ / ۱۰ فوریه ۱۸۸۸ نمبر ۲۶.
۱۰. دوسیه شماره ۱۹، کارتن ۱۴ سیاسی، اسناد راکد وزارت امور خارجه.
۱۱. سند شماره ۱۲-۲۳-۱۹-۱۳۰۴ق، اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۲. سند ۱-۲۳-۱۹-۱۳۰۴ اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۳. نوشته ناصرالدین شاه ذیل یادداشت سفارت انگلیس در تهران، مورخ ۵ رجب ۱۳۰۵ / ۲۸ اسفند ۱۲۶۶ / ۱۸ مارس ۱۸۸۸.
۱۴. سند ۴-۲۳-۱۹-۱۳۰۴ق، اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۵. سند شماره ۵-۲۳-۵۳-۱۳۰۵ش اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۶. سند شماره ۲۳ تا ۲۲-۱۴-۱۲-۱۳۲۲ اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۷. سند شماره ۳-۲۳-۵۳-۱۳۰۵ش اداره کل اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه.
۱۸. فرمان سال‌های ۱۱۴۹ ش / ۱۷۶۳ م و ۱۱۵۳ ش / ۱۷۶۷ م کریم‌خان زند به شیخ محمد بستکی، حاکم بندرعباس و جهانگیره.
۱۹. گزارش ایلی، نورتکوت ایلی (انگلیسی و مشاور حقوقی شیخ خالد، حاکم شارجه، در سال‌های ۱۹۷۰ تا ۱۹۷۲) صص ۵ تا ۷، مورخ ۵ دسامبر ۱۹۸۶ / ۱۴ آذر ۱۳۶۴.
۲۰. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۱۸ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۱۲ اسفند ۱۲۶۶ / ۲ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران.
۲۱. یادداشت وزارت امور خارجه ایران مورخ ۲۱ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۱۵ اسفند ۱۲۶۶ / ۵ مارس ۱۸۸۸ به سفارت انگلیس در تهران.
۲۲. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۲۶ جمادی‌الآخر ۱۳۰۵ / ۲۰ اسفند ۱۲۶۶ / ۱۰ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران.
۲۳. یادداشت سفارت انگلیس در تهران مورخ ۵ رجب ۱۳۰۵ / ۲۸ اسفند ۱۲۶۶ / ۱۸ مارس ۱۸۸۸ به وزارت امور خارجه ایران.
۲۴. یادداشت وزارت امور خارجه ایران مورخ ۱۲ ذیقعد ۱۳۰۵ / ۳۰ تیر ۱۲۶۷ / ۲۱ ژوئیه ۱۸۸۸ به شماره ۴۴۱۹، به سفارت انگلیس در تهران.

عربی

۲۵. حمدی الاعظمی ولید، *النزاع بین الدوله الامارات العربیه المتحده و ایران حول جزر ابوموسی، طناب الکبری و طناب الصغری فی الوثائق البریطانیه*، ۱۷۶۴ الی ۱۹۷۱، دارالحکمه لندن، ۱۹۹۳.

References

Books

1. *Persian Gulf Pilot*, Admiralty 2837 a-b, Lieut. A.w. Steef and Capt, CG Constable, 1854.
2. Alqasimi, Sultan, *Power struggles and trade in the Persian Gulf*, fores Row, 1999.
3. Bani Abbasian Bestaki, M. *History of Jahangiriyeh and Bani Abbasian Bestaki*, Tehran: Kavian Publishing, 1960. (in Persian)
4. Curzon, G. *Iran, and Iran's Case*, Translated by: Mazandarani, V., vol 2, Tehran: Center for Scientific and Cultural Publications, 1983. (in Persian)
5. Hamdi Al-Azami Walid, *The Dispute between the United Arab Emirates and Iran over the Islands of Abu Musa, Greater Tunb and Lesser Tunb in British Documents, 1764 to 1971*, Dar Al-Hikma, London, 1993. (in Arabic)

6. Hermidas Bavan, D. *Historical, Political and Legal Basis of Iran's Sovereignty over Tonb and Abu Musa Islands*, Translated by: Aghayi, B., Tehran: Ganj-e- Danesh, 1998. (in Persian)
7. J. C. Lorimer, *Gazetteer of the Persian Gulf, Oman and Central Arabia Vol, IIB*, Historical, Calcutta superintendent Government printed India 1915; Republished in 1970 by Gregg International Publishers Ltd, West mead, England.
8. Latin Words & Phrases for Lawyers, *Law and Business Publications Canada*, Inc. 1980.
9. Mahmoud, M. *The History of Political Relations between Iran and England in the 19th Century*, Vol1, Tehran: Iqbal, 1953. (in Persian)
10. Mirfenderski, G., *The Tamb Islands Controversy: 1887-1971*, 1985.
11. Movahed, M. *Metaphoric Exaggeration*, Tehran: Legal Services Office of the Islamic Republic of Iran, 1374. (in Persian)
12. Pari, Jan, Karim Khan Zand, Translated by: Saki, M., Tehran: New Publishing, 1990. (in Persian)
13. Sadid al-Saltaneh Kababi, M. *Abbas Port and the Persian Gulf*, Translated by: Eghtedari, A., Tehran: Duniyai Ketab, 1992. (in Persian)
14. *Selected Documents of the Persian Gulf*, Vol1, second edition, Tehran: Office of Political and International Studies, 1993. (in Persian)

Articles

15. "Marquis of Salisbury", 22 Jun 1888, Enclosing map of Persia to Mr. Wolf No, 64 Public Records Library.
16. Memorandum Respecting British Interested in the Persian Gulf', *Confidential*, No, 9161, January 1914, CAB 16/94.

Documents and Reports

17. Case No. 19, Carton 14 Political, Stagnant Documents of the Ministry of Foreign Affairs. (in Persian)
18. Decree of 1149/1763 AD and 1153/1767 AD by Karim Khan Zand to Sheikh Mohammad Bastaki, ruler of Abbas Port and Jahangireh. (in Persian)
19. Document 1-23-19-1304 of the General Department of Diplomatic Records and Ministry of Foreign Affairs History. (in Persian)
20. Document 4-23-19-1304 AH, Department of Diplomatic History and Ministry of Foreign Affairs Documents. (in Persian)
21. Document No. 12-23-19-1304 AH, Department of Diplomatic Records and History of the Ministry of Foreign Affairs. (in Persian)
22. Document No. 23 to 22-14-12-1322 of the General Department of Diplomatic Records and History of the Ministry of Foreign Affairs. (in Persian)
23. Document No. 3-23-53-1305 of the General Department of Diplomatic Records and History of the Ministry of Foreign Affairs. (in Persian)
24. Document No. 5-23-53-1305 of the General Department of Diplomatic Records and History of the Ministry of Foreign Affairs. (in Persian)
25. Memorandum from the British Embassy in Tehran dated 18 Jumada al-Akhr 1305/12 Esfand 1266/2 March 1888 to the Ministry of Foreign Affairs of Iran. (in Persian)
26. Memorandum from the British Embassy in Tehran dated 20 March 1266/10 March 1888 to the Ministry of Foreign Affairs of Iran. (in Persian)
27. Memorandum from the British Embassy in Tehran dated 28 March 1266/ 18 March 1888 to the Ministry of Foreign Affairs of Iran. (in Persian)
28. Memorandum of the Ministry of Foreign Affairs of Iran dated /15 March 1266/15 March 1888 to the British Embassy in Tehran. (in Persian)
29. Memorandum of the Ministry of Foreign Affairs of Iran dated 30 July 1267/ 21 July 1888, No. 4419, to the British Embassy in Tehran. (in Persian)

30. Report of Ili, Northcoat Ili (Englishman and legal advisor of Sheikh Khaled, Ruler of Sharjah, from 1970 to 1972) pp. 5-7, dated December 5, 1986. (in Persian)
31. The response of the Iranian government to the note of the British Embassy in Tehran dated 26 Jumada al-Thani, February 1888. (in Persian)
32. Written by Naser al-din Shah in Response to the note from the British Embassy in Tehran, dated 18 March 1888. (in Persian)

Documents

33. F.O. 248/843. R/15/1/253, Cox to Ruler of Sharjah, 5 Aug 1905.
34. 39. Wolf, 22 July, 1888. Enclosing Map of Persia, Public Records Library.
35. 40. Wolf, 21 Aug, 1888 to Mr Marquis of Salisbury No 160, Public Records Library.
36. 41. Wolf, 7 Sep, 1888 to Mr Marquis of Salisbury No 176, Public Records Library.



Original Article

Legal Status of Internally Displaced Persons in International Law

Arghavan Ghobadi Langroudi¹, Fatemeh Keyhanlou²

ABSTRACT

One of the challenges of the 21st century is the massive flow of Internally Displaced Persons who have been forced to flee their homes as a result of armed conflicts, situations of generalized violence, violations of human rights, natural or human-made disasters, or execution of development and infrastructure projects and seek safe shelters within the borders of their country. Unlike refugees who cross international borders and benefit from a special legal status under international law, IDPs remain within the borders of their home country thus granting them a legal status analogous to refugees face with uncertainty. This article seeks to examine the legal status of IDPs under international law and find out if they benefit from a distinct legal status or not. By investigating different approaches and examining the definition of IDPs in the light of the UN Guiding Principles on Internal Displacement, it is concluded that this group does not enjoy a special legal status in international law. The increased number of IDPs proves that there are still some major gaps and challenges that need to be overcome.

KeyWords: Internally Displaced Persons, Refugees, Armed conflicts, UN Guiding Principles on Internal Displacement.

How to Cite: Ghobadi Langroudi, A, Keyhanlou, F, "Legal Status of Internally Displaced Persons in International Law", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:247-262.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.185141.1674>

Received: 27/07/2020 - Accepted: 12/05/2022

1. L.L.M, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: Ghobadi.arghavan1@gmail.com

2. Assistant Professor of law, Faculty of Law & Political Sciences, Islamic Azad University, Karaj Branch, Alborz, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



وضعیت حقوقی آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل

ارغوان قبادی لنگرودی^۱، فاطمه کیهانلو^۲

چکیده

از جمله چالش‌های عصر معاصر، جمعیت انبوه آوارگان داخلی است که به عللی همچون مخاصمات مسلحانه، خشونت‌های گسترش یافته، نقض‌های حقوق بشر، بلایای طبیعی و انسانی یا اجرایی شدن برنامه‌های زیرساختاری و توسعه‌ای، به‌ناچار از خانه و کاشانه خود آواره گشته و به دنبال سرپناهی امن در داخل سرزمین خود برآمده‌اند. درحالی‌که عبور پناهندگان از مرزهای بین‌المللی، آن‌ها را از وضعیت حقوقی ویژه‌ای در حقوق بین‌الملل بهره‌مند می‌نماید، باقی ماندن آوارگان داخلی در مرزهای داخلی، برخورداری آنان را از وضعیت حقوقی مشابه با پناهندگان با تردید مواجه می‌سازد. مقاله حاضر با مذاقه در جایگاه حقوقی آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل به دنبال پاسخگویی به این پرسش است که این گروه از چه وضعیتی در نظام حقوق بین‌الملل برخوردارند. بررسی رویکردهای مختلف در این زمینه و واکاوی تعریف این گروه در پرتو اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل، نشان می‌دهد که در حال حاضر آن‌ها از یک وضعیت حقوقی خاص در حقوق بین‌الملل برخوردار نیستند و افزایش تعداد آن‌ها گواهی بر خلأها و چالش‌های حمایتی عمده‌ای است که باید درصدد رفع آن برآمد.

کلید واژگان: آوارگان داخلی، پناهندگان، مخاصمات مسلحانه، اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل.

استناد به این مقاله: قبادی لنگرودی، ارغوان، کیهانلو، فاطمه، «وضعیت حقوقی آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۲۴۷-۲۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.185141.1674>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۲

۱. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: Ghobadi.arghavan1@gmail.com

۲. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، البرز، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

از مهم‌ترین مشکلات جامعه بین‌المللی امروز، معضل آوارگان داخلی است. بنا بر آخرین گزارش ارائه‌شده توسط مرکز نظارت بر آوارگان داخلی^۱، در پایان سال ۲۰۱۹ تعداد این جمعیت، حدود ۵۱ میلیون نفر در سراسر جهان تخمین زده شده که از این تعداد حدود ۴۶ میلیون نفر بر اثر مخاصمات و خشونت‌ها و حدود ۵ میلیون نفر در نتیجه انواع بلایا جابه‌جا شده‌اند.^۲ شدت و گستردگی ابعاد این معضل در مقایسه با تعداد پناهندگانی که روزانه در صدر اخبار قرار دارند، بیش از پیش نمایان می‌گردد. براساس گزارش فوق‌الذکر، تعداد آوارگان داخلی در سال ۲۰۱۹ نزدیک به ۲۰ میلیون نفر بیش از تعداد پناهندگان بوده است. سه‌چهارم این آوارگی تنها به ۱۰ کشور جهان اختصاص دارد که در رأس آن‌ها دول سوریه، کلمبیا و جمهوری دموکراتیک کنگو قرار دارند.^۳ همچنین در میان اسباب مختلف آوارگی داخلی، بیشترین تعداد به مخاصمات، خشونت‌های گسترش‌یافته، نقض‌های حقوق بشری و همچنین بلایای طبیعی اختصاص داشته است.

اگرچه تمام مهاجران اجباری تجربه‌های سختی را پشت سر می‌گذارند، در این حین گروهی با عبور از مرزهای بین‌المللی، از یک وضعیت حقوقی شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل برخوردار می‌شوند و تحت حمایت رژیم پناهندگی قرار می‌گیرند؛ حال آنکه گروه دیگر با جابه‌جایی داخل مرزها، همچنان تحت صلاحیت و حمایت دولت خویش باقی می‌مانند. این امر به‌ویژه زمانی مشکل‌ساز می‌شود که دولت مربوطه قادر یا مایل به حمایت از آن‌ها نبوده و گاه حتی خود عامدانه مسبب چنین آوارگی‌هایی شود که در چنین حالتی، مفاهیم حاکمیت و اصل عدم مداخله، دسترسی جامعه بین‌المللی و تدارک کمک‌های انسان‌دوستانه را دشوار می‌کند و آن‌ها را به آسیب‌پذیرترین اقشار جامعه مبدل می‌سازد. مقاله حاضر به دنبال واکاوی وضعیت حقوقی این گروه در حقوق بین‌الملل بوده و فرضیه مطرح‌شده آن است که آن‌ها از یک وضعیت حقوقی مجزا مشابه با پناهندگان در حقوق بین‌الملل برخوردار نیستند و همچنان چالش‌ها و خلأهای عمده‌ای در حمایت از آن‌ها وجود دارد. شایان ذکر است که تمرکز این نوشتار، بر حقوق بین‌الملل بوده و به وضعیت آوارگان داخلی در نظام‌های ملی که حسب قوانین داخلی و سیاست‌های هر کشور متفاوت است، نمی‌پردازد.

در این مقاله، ابتدا با بیان نحوه ورود سازمان ملل به بحث آوارگان داخلی به تعریف این گروه پرداخته و سپس رویکردهای سه‌گانه پیرامون ضرورت یا عدم ضرورت اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آوارگان داخلی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در پایان، تلاش می‌شود تا با بررسی رویکرد اتخاذی در تدوین اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل و مشخصه این اصول، وضعیت حقوقی کنونی این گروه در حقوق بین‌الملل روشن، و به نتیجه‌گیری پرداخته شود.

۱. ورود سازمان ملل به بحث آوارگی داخلی و تعریف این گروه

داغ شدن موضوع آوارگان داخلی در اوایل دهه ۱۹۹۰ به قرار گرفتن این گروه در دستور کار جامعه بین‌المللی منجر شد. متعاقب درخواست مجمع عمومی و همچنین شورای اقتصادی اجتماعی سازمان ملل، دبیرکل وقت در سال ۱۹۹۰ مسئولیت یافت تا تحقیقی را پیرامون تجربه و ظرفیت نهادهای مختلف سازمان ملل در کمک‌رسانی و حمایت از پناهندگان، آوارگان و بازگشت‌کنندگان آغاز نماید که این امر به تهیه گزارشی انجامید که در آن با اشاره به خلأهای موجود در این زمینه بر مداخله بیشتر نهادهای حقوق بشری سازمان ملل تأکید شد.^۴

^۱. Internal Displacement Monitoring Centre

^۲. Internal Displacement Monitoring Centre, **Global Report on Internal Displacement-2020**, April 2020, available at: www.internal-displacement.org/publications/2020-global-report-on-internal-displacement (last visited on 06/03/2020).

^۳. Ibid.

^۴. ECOSOC, Report on Refugees, Displaced Persons and Returnees, Prepared by Mr. Jacques Cuénod, Consultant.

در گزارش دیگری نیز که دبیرکل، متعاقب درخواست کمیسیون حقوق بشر در قطعنامه مورخ ۲۵ مارس ۱۹۹۱ تهیه نمود، به نتایج گزارش پیشین در خصوص ضرورت مداخله فعالانه‌تر نظام حقوق بشری سازمان ملل صحنه گذارده شد.^۱ یک سال بعد، فرانسیس دنگ^۲ به عنوان نماینده آوارگان داخلی سازمان ملل تعیین شد و مسئولیت یافت تا به تکمیل گزارش‌ها در این زمینه بپردازد.

نخستین تعریف از «آوارگان داخلی» توسط دبیرکل سازمان ملل در سال ۱۹۹۲ ارائه و بر اساس آن، از آوارگان داخلی به‌عنوان افرادی یاد شد که «به سبب مخاصمه مسلحانه، ناآرامی‌های داخلی، نقض‌های سازمان‌یافته حقوق بشر یا بلایای طبیعی یا ساخته دست بشر، در شمار زیاد، به شکل ناگهانی یا غیرمنتظره مجبور به فرار از منزل خویش شده و در کشور خود حضور دارند». این تعریف، به علت دربرداشتن قیودی چون «شمار زیاد»، «به شکل ناگهانی و غیرمنتظره»، «اجبار به فرار» و همچنین دامنه وسیع آن مورد انتقاد و بازبینی قرار گرفت و درنهایت به تعریفی منجر شد که در «اصول راهنمای آوارگی داخلی»^۳ سازمان ملل در سال ۱۹۹۸ گنجانده شده است. مطابق با این تعریف آوارگان داخلی:

«افراد و یا گروه‌هایی از افراد می‌باشند که به‌ویژه در نتیجه و یا به منظور اجتناب از عواقب مخاصمه مسلحانه، شرایط فراگیر خشونت، نقض‌های حقوق بشری یا بلایای طبیعی یا ساخته دست بشر، مجبور به فرار و یا ناگزیر به ترک خانه یا اقامتگاه عادی خود شده و از مرزهای به رسمیت شناخته بین‌المللی عبور نکرده‌اند».

در تعریف فوق، پیش‌شرط‌های زمانی و عددی حذف شد. باوجوداین، واژه «به ویژه»، امکان تعمیم علل احتمالی منجر به آوارگی را به سایر اسباب فراهم ساخت. در این تعریف، از دو خصیصه اصلی به‌عنوان معیار تفکیک آوارگان داخلی از تمام گروه‌های مشابه نام برده شد که عبارت‌اند از: ۱- ماهیت قهری جابه‌جایی؛ ۲- درون‌مرزی بودن جابه‌جایی. پس از آشنایی با تعریف آوارگان داخلی، در مبحث بعد به تشریح رویکردهای موجود در خصوص وضعیت حقوقی این گروه پرداخته می‌شود.

۲. تشریح رویکردهای سه‌گانه پیرامون وضعیت حقوقی آوارگان داخلی

ضرورت یا عدم ضرورت اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آوارگان داخلی بسیار بحث‌برانگیز بوده و حقوق‌دانان و صاحب‌نظران را حول سه رویکرد زیر، گرد هم آورده است.

۲.۱. رویکرد مخالفان

دسته اول کسانی هستند که با طرح‌ریزی یک چهارچوب حقوقی مجزا و اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آوارگان داخلی به شدت مخالف بوده و در راستای اثبات عقیده خود استدلال‌ات ذیل را مطرح می‌نمایند.

۲.۱.۱. کفایت قواعد موجود در حمایت از آوارگان داخلی

مخالفان بر این باورند که شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل دارای قواعد جامعی است که به شکل غیرمستقیم به آوارگان داخلی نیز مربوط است و از آن‌ها حمایت کافی به عمل می‌آورد. به‌عنوان مثال، در وضعیت‌های آوارگی ناشی از مخاصمات مسلحانه، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عمدتاً از طریق کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی

^۱. Analytical report of the Secretary-General on internally displaced persons, E/CN.4/1992/23 (1992), para.109.

^۲. Francis Deng

^۳. Guiding Principles on Internal Displacement

آن از جمعیت غیر نظامی حمایت می‌نماید. ضمن آنکه بسیاری از اصول مذکور در این کنوانسیون‌ها به عرف بین‌المللی بدل می‌شود و برای همه دولت‌ها الزام آورند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ را نیز می‌توان از مدافعان چنین رویکردی دانست.^۱

استدلال دیگر مخالفان به قابلیت اعمال هم‌زمان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه معطوف می‌گردد. به دیگر سخن، آوارگان داخلی علاوه بر حقوق بشردوستانه می‌توانند در همه زمان‌ها از حمایت‌های موجود در بدنه غنی حقوق بشر که در اسناد بسیاری گنجانده شده است، برخوردار شوند. تعهدات موجود در این حوزه هم تعهدات منفی، از جمله آواره نساختن افراد، تحمیل نکردن درد و رنج به آوارگان و عدم رفتار تبعیض‌آمیز با آنان و هم تعهدات مثبتی مانند فراهم نمودن پناهگاه، غذا، خدمات بهداشتی و غیره را بر دوش دولت‌ها می‌گذارد.

همچنین مخالفان به تحولات ایجادشده با تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری و همچنین رویه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا توجه دارند. برای مثال، به موجب مواد ۷ و ۸ اساسنامه رم هرگونه تبعید یا انتقال اجباری غیرمجاز افراد تحت شرایطی می‌تواند از مصادیق جنایت علیه بشریت و همچنین جرائم جنگی قلمداد گردد. همچنین به عقیده مخالفان، آوارگان داخلی می‌توانند مانند تمامی شهروندان از حمایت‌های ناشی از قانون‌گذاری ملی خود بهره‌مند گردند و چنین امری، وضع قواعد جدید برای حمایت از آن‌ها را خالی از وجه می‌سازد.

۲.۱.۲. مشکل ارائه تعریف حقوقی از آوارگان داخلی

مخالفان بر این باورند که اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آوارگان داخلی، مستلزم ارائه یک تعریف حقوقی جامع و مانع از آن‌ها می‌باشد، این در حالی است که ارائه چنین تعریفی که جامع تمام اسباب متعدد آوارگی داخلی است و در عین حال مانع از ورود اغیار و دیگر گروه‌های مهاجران اجباری گردد، امکان‌پذیر نیست.

مانع دیگر، دشواری‌های ناشی از شناسایی دقیق آوارگان داخلی در وضعیت‌های متفاوت است. بروز ناگهانی حوادث خشونت‌بار و جنگ‌ها، شبکه پیچیده‌ای از الگوهای جابه‌جایی را به همراه دارد که در خلال آن تشخیص آوارگان از غیر آن‌ها غالباً دشوار است. به‌علاوه واژه «جابه‌جایی» می‌تواند از پناه بردن شبانه محلی تا اسکان نیمه‌دائم در محل دیگر را دربرگیرد. ضمن آنکه پراکندگی این گروه بین جمعیت محلی نیز تمایز آن‌ها را از دیگر گروه‌ها مشکل می‌سازد.

قهری بودن جابه‌جایی به‌عنوان مشخصه کلیدی شناسایی آوارگان داخلی نیز همواره وصف ثابتی نیست و می‌تواند اشکال متفاوتی به خود بگیرد. برای مثال یک جابه‌جایی قهری اولیه ممکن است با جابه‌جایی‌های ارادی بعدی به منظور جست‌وجوی فرصت‌های بهتر معیشتی همراه باشد.^۲ همچنین یک جابه‌جایی ارادی اولیه به علت نامقدور شدن شرایط بازگشت می‌تواند به جابه‌جایی اجباری بدل گردد. عامل تعیین‌کننده، وجود عنصر اجبار و میزان تأثیرگذاری آن در جابه‌جایی است که در بسیاری از وضعیت‌ها تشخیص آن از انتخاب آگاهانه افراد دشوار خواهد بود.

همچنین یک تعریف حقوقی باید حاوی زمانی برای اختتام یک وضعیت حقوقی باشد. حال آنکه تعیین زمان دقیق اختتام آوارگی داخلی، به‌خصوص در شرایط آوارگی‌های متمادی و طولانی‌مدت بسیار بحث‌برانگیز است. وضعیت آوارگی در غالب موارد نه به شکل ناگهانی، بلکه به‌آرامی دگرگون می‌شود و به پایان می‌رسد؛ در نتیجه تعریف زمانی برای اختتام آوارگی مانند آنچه که در کنوانسیون پناهندگی وجود دارد، امکان‌پذیر نبوده، حتی کار صحیحی نیست.^۳

^۱. ICRC, "Internally Displaced Persons: The Mandate and Role of the International Committee of the Red Cross", *International Review of the Red Cross*, 838, 2000, p 491.

^۲. Ibid.

^۳. Kälén, W. "The Legal Dimension", *Forced Migration Review*, 17, 2003, p 16.

و می‌تواند از انگیزه‌های سیاسی متأثر گردد. برای مثال، می‌توان به فشار سیاسی دولت رواندا برای پایان دادن اجباری به وضعیت آوارگان داخلی^۱ یا سلب خودسرانهٔ چنین عنوانی از آوارگان داخلی با تصمیم به انحلال اردوگاه آنان در بونیای^۲ کنگو اشاره کرد. حتی وجه سیاسی دیگر روایت زمانی نمایان می‌شود که آوارگان متشکل از یک گروه خاص قومیتی و نژادی باشند. در این موارد تلاش برای اسکان آن‌ها در مکان آوارگی می‌تواند خطر اعمال سیاست پاک‌سازی قومی را به همراه داشته باشد.

در بعضی شرایط، برچسب ننگین آوارگی داخلی، خطر فقر و استیصال همراه آن و همچنین ارتباط آوارگان با یکی از طرفین درگیر در مخاصمات مسلحانه و ترس از مجازات سبب می‌شود که بسیاری از آن‌ها حاضر نباشند که خود را آواره معرفی نمایند. چنین امری به‌ویژه زمانی رایج‌تر است که این گروه تمایل به انجام دادن فعالیت‌های اجتماعی داشته یا دارای سوابق و پیوندهای پیشین در محل استقرار خود باشند.

۲.۱.۳. تبعیض نسبت به غیر آوارگان

طرح این پرسش که چرا باید برای آوارگان داخلی در مقایسه با دیگر قربانیان نقض‌های حقوق بشری در داخل، امتیاز بیشتری قائل شد، موجب گشت تا گروهی از حقوق‌دانان با استناد به اصل عدم تبعیض با اختصاص یک وضعیت حقوقی مجزا برای آن‌ها به شدت مخالفت نمایند. این گروه، جایگاه رفیع اصل برابری و عدم تبعیض را به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین اصول حقوق بشر یادآور شده و به موادی که در این خصوص در اسناد مختلف حقوق بشری گنجانده شده است، اشاره می‌کنند.^۳ به عقیدهٔ این گروه، جملگی افراد فارغ از وصف آوارگی، انسان بوده و از تمامی حقوق مندرج در اسناد حقوق بشری به‌طور برابر برخوردارند.

حقوق بشردوستانه نیز در مقررات متعددی به موضوع رفتار برابر می‌پردازد. ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو بیان می‌کند، با افرادی که در مخاصمات شرکت ندارند باید رفتاری انسانی شود؛ بدون آنکه از نظر نژاد، رنگ، مذهب، جنس، ملیت و دیگر ملاک‌ها مورد تبعیض واقع شوند. همچنین در بند ۳ ماده ۲۷ کنوانسیون چهارم ژنو، ماده ۷۵ پروتکل اول، بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ ماده ۴ پروتکل دوم نیز می‌توان مفاهیم مشابهی را یافت. در این زمینه حتی می‌توان به نیازمندی و آسیب‌پذیری اقشار دیگر نیز در کنار آوارگان داخلی اشاره نمود. چه‌بسا افرادی که زمان جنگ‌ها در کانون حوادث به دام افتاده‌اند، در مقایسه با جابه‌جاشدگان به‌مراتب با خطرات بیشتری مواجه شوند.^۴ در نتیجه، رجحان آوارگان داخلی بر آن‌ها تبعیض‌آمیز و حتی بلاوجه خواهد بود.

کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ را می‌توان نمایندهٔ مکتبی دانست که به تعریف حقوقی آوارگان داخلی نمی‌پردازد؛ چراکه هدف خود را کاستن از درد و رنج افرادی می‌داند که فارغ از عنصر جابه‌جایی، در صحنهٔ مخاصمات نیازمند حمایت‌اند. به همین دلیل نیز بر این اعتقاد است که به‌جای تلاش برای ایجاد قواعد جدید برای گروه خاص آوارگان داخلی، باید همهٔ تلاش‌ها بر تقویت اجرای قواعد حقوق بشردوستانه متمرکز یابد.^۵

^۱. Zeender, G, "Narrowing Criteria Cannot Solve IDP Problems", *Forced Migration Review*, 17, 2003, p 30.

^۲. Bunia

^۳. برای مثال می‌توان به مواد ۱ و ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مواد ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ۲۴ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و ۳ منشور آفریقای حقوق بشر و مردم اشاره نمود.

^۴. Black, R and Collyer, M, "Populations "trapped" at times of crisis", *Forced Migration Review*, 2014, p 52.

^۵. Lavoyer, J, "Guiding Principles on Internal Displacement: A Few Comments on the Contribution of IHL," *International Review of the Red Cross*, 324, 1998, pp 467-80.

۲.۱.۴. تنش بین حاکمیت دولت‌ها و حمایت از آوارگان داخلی

در سال ۱۹۹۳ ساداکو اوگاتا،^۱ کمیسر عالی سابق سازمان ملل در امر پناهندگان، در پاسخ به این پرسش که چرا سازمان ملل قادر به حمایت بیشتر از آوارگان داخلی نیست، مشکل را حاکمیت کشورها دانست. از آنجا که آوارگی داخلی، موضوعی داخل در مرزهای کشورها و تحت صلاحیت آنها است، طرح هرگونه مبحثی در این زمینه باید در وهله نخست با پرداختن به مسئله حاکمیت دولت‌ها و چگونگی پایه‌ریزی مفهوم آن آغاز گردد.

حقوق بین‌الملل عمومی بر پایه مفهوم دولت‌های مستقل، برابری و عدم مداخله بنا شده است که این اصل در قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های متعددی از سوی مجمع عمومی مورد شناسایی قرار گرفته است و مخالفان با اتکا به چنین مفهومی از حاکمیت دولت‌ها، ایجاد یک سند بین‌المللی مستقل را که به تنظیم حقوق آوارگان داخلی در داخل مرزهای کشورشان بپردازد، مداخله‌ای خارجی در امور داخلی خود و نقض بند ۷ ماده ۲ منشور می‌دانند.^۲ به عبارت دیگر، به عقیده مخالفان، پناهندگان با عبور از مرزهای کشور خود که چهارچوب حاکمیت کشورها است، وارد قلمروی حقوق بین‌الملل می‌شوند؛ حال آنکه آوارگان داخلی با باقی ماندن در این مرزها، همچنان تحت صلاحیت دولت خود قرار دارند. به همین دلیل، مخالفان در اواخر دهه ۱۹۹۰، یعنی زمانی که توسعه اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل مطرح شد، در مقابل آن مقاومت نموده، از آن پشتیبانی چندانی نکردند.^۳ اهمیت این دلیل تا جایی است که امروزه می‌توان گفت تنش بین حاکمیت دولت‌ها و مسئولیت جامعه بین‌المللی، مهم‌ترین مانع در مسیر تصویب یک کنوانسیون بین‌المللی الزام‌آور در حمایت از آوارگان داخلی محسوب می‌شود.^۴

۲.۲. رویکرد موافقان

در مقابل رویکرد نخست، موافقان قرار دارند که با استدلال‌های زیر، از اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آوارگان داخلی دفاع می‌نمایند.

۲.۲.۱. آسیب‌پذیری آوارگان داخلی

گریز اجباری از خانه، از دست دادن مسکن، اراضی، اشتغال، منبع درآمد و وسایل امرار معاش، از اولین پیامدهای آسیب‌پذیری آوارگان بوده که به شدت بر بهره‌مندی آنها از حقوق بنیادین خویش تأثیرگذار است. چنانچه جابه‌جایی اجباری افراد، عامدانه و در نتیجه سیاست‌های دولت‌ها صورت گیرد، ریسک فجایی همچون پاک‌سازی قومی را نیز به همراه خواهد داشت. در چنین حالتی، آوارگان اغلب بدون حمایت رها شده، ممکن است ترس از آزار موجب شود که تا مدت‌ها خود را پنهان نمایند و این اختفا به شدت به آسیب‌پذیری آنها بیفزاید.

آوارگان داخلی ناشی از جنگ‌ها، به‌مراتب تجربه‌های تلخ‌تری را پشت‌سر می‌گذارند. آنها در مقایسه با پناهندگان، اغلب به صحنه مخاصمه نزدیک‌ترند یا ممکن است در این وضعیت‌ها گیر افتاده باشند؛ چنین امری ریسک قرار گرفتن آنها در معرض مستقیم حملات مسلحانه، بازداشت‌های خودسرانه، سربازگیری اجباری و آزار جنسی را افزایش می‌دهد و

^۱. Sadako Ogata

^۲. «هیچ‌یک از مقررات مندرج در این منشور به ملل متحد اجازه نمی‌دهد در اموری که اساساً در صلاحیت داخلی دولت‌ها می‌باشد، مداخله نمایند و اعضا را نیز ملزم نمی‌کند این قبیل امور را برای حل‌وفصل اختلافات تابع مقررات مندرج در این منشور قرار دهند...».

^۳. Statement by Mr. A. Gopinathan, Joint Secretary to the Government of India at the 56th Session of the Commission on Human Rights, Geneva, 2000.

^۴. Magaji, T, Ahmad, M, & Apandi, L.S.B, "Assessing the Legal Frameworks for the Protection of Internally Displaced Persons in the North-Eastern Nigeria", *Asian Research Journal of Arts & Social Sciences*, 2018, p 5.

بیشترین آسیب را متوجه زنان و کودکان خواهد نمود. به‌علاوه از دست دادن امکان تحصیل و چشم‌اندازهای ضعیف شغلی در هنگام آوارگی بر شدت این آسیب‌پذیری خواهد افزود. در نتیجه جای شگفتی نیست که میزان مرگ‌ومیر در این گروه بالاتر از مردم عادی گزارش شده است. شیوع بیماری‌های مسری همچون وبا و سل که به علت شرایط بهداشتی ضعیف اردوگاه‌ها ایجاد می‌شود، سبب شده است تا سازمان بهداشت جهانی، آوارگان داخلی را از جمله «گروه‌های خاص» و آسیب‌پذیر در مقابل تهدیدات مربوط به سلامت بداند.

غالباً آوارگان در خلال آوارگی، اسناد هویتی خود را از دست می‌دهند یا حتی در برخی از موارد از ترس آزار و اذیت، آن‌ها را عامدانه از بین می‌برند. فقدان این مدارک ممکن است سبب محروم شدن از دسترسی به خدمات بهداشتی، تحصیلی و دیگر خدمات دولتی شود و در عین حال مشکلاتی را از نظر استرداد اموال یا پرداخت خسارت به دنبال داشته باشد. محرومیت از حق رأی و عدم دخالت در تصمیم‌گیری‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی که از جهات مختلف بر زندگی آوارگان تأثیرگذار است، نیز از ابعاد دیگر این آسیب‌پذیری محسوب می‌شود.

افزون بر موارد فوق، بازگرداندن اجباری آوارگان داخلی، خطری است که همواره در کمین آن‌ها است. همچنین مطابق با تحقیقات کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، آسیب‌پذیری آوارگان داخلی نه تنها لزوماً با گذشت زمان از بین نمی‌رود، بلکه چه‌بسا با گذشت یک دهه نیز همچنان ادامه یافته است. به‌علاوه حتی در صورت فراهم شدن شرایط بازگشت، این گروه به‌ندرت می‌توانند به حمایت‌هایی همچون پناهندگان در زمینه اسکان مجدد و نظارت بر شرایط ایمن بازگشت داوطلبانه که از سوی کمیساری عالی پناهندگان ارائه می‌شود، دست یابند. به این ترتیب ابعاد چندوجهی آوارگی و آسیب‌پذیری ناشی از آن، آوارگان را به گروهی مبدل می‌سازد که شایسته توجه مستمر از سوی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی می‌باشند.

۲.۲.۲. خلاصه قواعد حمایتی

گزارش تدوین و تحلیل هنجارهای حقوقی^۱ که توسط نماینده دبیرکل سازمان ملل در سال ۱۹۹۶ تهیه شد، آشکار ساخت که اگرچه قواعد حقوقی موجود، بسیاری از جوانب آوارگی داخلی را در برمی‌گیرد، همچنان در حوزه‌هایی فاقد حمایت کافی از آن‌ها است. مدافعان رویکرد دوم با استناد به نتایج گزارش مزبور، حمایت موجود را ناکافی دانسته و خلأهای حمایتی را به چند دسته عمده تقسیم می‌نمایند که عبارت‌اند از: خلأهای اجرایی، معاهداتی و فقدان هنجارهای صریح در خصوص آوارگان داخلی.

موافقان به وضعیت‌هایی اشاره می‌کنند که اعمال قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه امکان‌پذیر نیست یا دست‌کم با مشکلاتی روبه‌رو است. برای مثال، می‌توان به عدم قابلیت اعمال حقوق بشردوستانه در وضعیت‌هایی همچون تنش‌ها و ناآرامی‌های داخلی که به آستانه مخاصمات مسلحانه نمی‌رسند یا محدودیت اجرای حقوق بشر در وضعیت‌های اضطراری مانند جنگ اشاره کرد که دولت‌ها براساس نظام تعلیق در حقوق بشر مجازند که اجرای بعضی از قواعد حقوق بشری را به حالت تعلیق درآورند. علاوه بر آن، از آنجا که معاهدات حقوق بشری تنها برای دولت‌ها الزام‌آورند، نقض حقوق آوارگان داخلی توسط بازیگران غیردولتی در وضعیت تنش‌ها و ناآرامی‌های داخلی، حمایت از این گروه را با مشکل مواجه می‌سازد. چنین مطلبی در هنگام بروز مخاصمات مسلحانه داخلی در خصوص اعمال نیروهای مخالفی که تحت پوشش پروتکل دوم نیز قرار نمی‌گیرند، صادق است. حقوق‌دانان روی هم‌رفته از این مشکلات به عنوان خلأ اجرایی یاد می‌کنند.^۲

^۱. Compilation and analysis of the legal norms

^۲. Magaji, T, Ahmad, M, & Apandi, L.S.B, op.cit, para. 412.

دومین حوزه از خلأهای حمایتی به فقدان هنجارها و قواعدی برمی‌گردد که خاص آوارگان داخلی است. برای مثال می‌توان به عدم وجود هنجارهایی مانند حق اعاده اموال یا جبران خسارت اموال از دست‌رفته در خلال مخاصمات مسلحانه اشاره کرد.^۱ همچنین حق بر آزادی رفت‌وآمد، حقی است که به‌شکل کلی در حوزه حقوق بشر وجود دارد. با وجود این، در خصوص آوارگان داخلی قاعده‌ای که صراحتاً مانع بازگرداندن اجباری آن‌ها به نقاط مخاطره‌آمیز شود، وجود ندارد و تنها با قیاس قاعده منع اعاده در حقوق پناهندگی^۲ و تفسیر ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است که می‌توان چنین حقی را برای آوارگان داخلی قائل شد. از این‌رو فقدان قواعد شفاف در خصوص این گروه، آثار منفی عمده‌ای را در حمایت از آن‌ها بر جا خواهد گذاشت.^۳

عدم تصویب معاهدات حقوق بشری یا کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های آن نیز یک خلأ دیگر است. در حالی که کنوانسیون‌های ژنو توسط تقریباً تمامی کشورها پذیرفته شده‌اند، چنین وضعیتی در خصوص پروتکل‌های الحاقی به آن‌ها وجود ندارد. همچنین با وجود امکان استناد به حقوق بین‌الملل عرفی در موارد فقدان وجود حقوق معاهداتی، تمامی قواعد موجود در اسناد حقوق بشری و حقوق بشردوستانه تبدیل به عرف بین‌المللی نمی‌شود و چنین امری ممکن است مشکل‌ساز باشد.^۴

بر این اساس، موافقان نتیجه می‌گیرند، با وجود آنکه حقوق بین‌الملل می‌تواند در بسیاری از زمینه‌ها از آوارگان داخلی حمایت نماید، بسیاری از تضمین‌های موجود در آن و همچنین تعمیم آن‌ها به این گروه نیازمند شفافیت بیشتر و بازبینی به فراخور نیازهای خاص آن‌ها است.

۲.۲.۳. حق بر ماندن یا حق بر آواره نشدن خودسرانه^۵

موافقان از حقی به نام حق بر ماندن یا حق بر آواره نشدن خودسرانه در عرصه حقوق بشر یاد کرده و تلاش می‌کنند تا با برجسته کردن آن، از یک رویکرد حق‌محور برای وضعیت مختص آوارگان داخلی بهره‌جویند. تا دهه ۱۹۸۰ به مسئله آوارگی به‌عنوان یک موضوع حقوق بشری نگریسته نشده، بیشتر بر کمک‌های انسان‌دوستانه پس از آوارگی تأکید می‌گشت. به تدریج در خلال دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ چنین نگرش خیرخواهانه‌ای جای خود را به یک رویکرد حق‌محور داد. از آن پس حقوق‌دانان تلاش نمودند تا بین پدیده آوارگی و حقوق بشر پیوند زده، توجه خود را به اسباب مهاجرت اجباری جلب کنند و با حمایت از افراد در برابر علل مبنایی آوارگی از حقی به نام حق بر ماندن و یا حق بر آواره نشدن صحبت نمایند. اولین تلاش آکادمیک، حق بر آواره نشدن را چنین تعریف نمود: «هیچ‌کس نباید مجبور به ترک خانه خود شود و هیچ‌کس نباید به اجبار جابه‌جا شده و یا از کشور متبوع و یا از محل سکونت دائمی خود اخراج شود؛ مگر تنها بنا به دلایل قانع‌کننده امنیت ملی و یا نیازهای خاص و آشکار رفاه آن‌ها و یا در وضعیت‌های اضطراری مانند بلایای طبیعی و یا ساخته دست بشر و مطابق شرایط مقرر قانونی. در چنین مواردی تمامی تدابیر ممکن

¹Cohen, R. "Developing an International System for Internally Displaced Persons", *International Studies Perspectives*, 7, 2006, p 92.

² Non-refoulement

³ Kälin, W. "The Guiding Principles on Internal Displacement as International Minimum Standard and Protection Tool", *Refugee Survey Quarterly*, 24, 2005:29; UNCHR, *Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng*, 1995, "Compilation and Analysis of Legal Norms", para. 411.

⁴ Phuong, C. *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, 2005, p 49.

⁵ The right not to be arbitrarily displaced.

⁶ Morel, Michele, "The Right not to be Displaced in International Law", PhD diss, Ghent University, 2013, p 57.

باید به منظور تضمین عزیمت ایمن و اسکان مجدد آن‌ها در نقاط دیگر اتخاذ شود...»^۱. حق بر ماندن، سخن چندان جدیدی نیست؛ زیرا چنین حقی ارتباط بسیار نزدیکی با دیگر حقوق موجود در حقوق بین‌الملل دارد. جنبه مثبت آن را می‌توان به حقوقی همچون آزادی رفت‌وآمد و انتخاب اقامتگاه پیوند زد که در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۲ پروتکل چهارم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۲۲ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و ماده ۱۲ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم به رسمیت شناخته شده‌اند و جنبه منفی آن نیز به ممنوعیت آوارگی خودسرانه پیوند می‌خورد. وجود این حق را می‌توان به‌طور ضمنی از مقررات حقوق بشر، حقوق بشردوستانه و همچنین حقوق بین‌الملل کیفری نیز استنباط نمود. برای مثال می‌توان به آرای صادره از دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در این زمینه اشاره کرد.^۲ همچنین با وجود آنکه جابه‌جایی افراد، به خودی خود جز در ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و آن هم تنها در خصوص انتقال کودکان یک گروه به گروه دیگر به‌عنوان نسل‌کشی قلمداد نشده است، ولی می‌توان آن را از ممنوعیت‌های دیگری که در جرم نسل‌کشی با هدف نابودی فیزیکی افراد رخ داده و در فرایند جابه‌جایی اجباری افراد نیز قابل وقوع است، استنباط نمود. به‌علاوه حمایت از افراد در برابر آوارگی خودسرانه با در نظر گرفتن جابه‌جایی اجباری افراد به‌عنوان جرم جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز تقویت شده است.

در زمان مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نیز ماده ۱۷ پروتکل دوم کنوانسیون ژنو از افراد در برابر آوارگی حمایت نموده و تخلیه جمعیت را فقط در صورتی که امنیت غیرنظامیان یا دلایل نظامی ایجاب نماید، مجاز دانسته است. در نتیجه، مدافعان رویکرد دوم با استناد به چنین حقی در تلاش‌اند به آوارگان داخلی اجازه دهند تا بر اساس این حق و دیگر حقوق بشری اقامه دعوا کنند^۳ و مسئولیت دولت‌های خود را مطرح نمایند. با وجود این، باید اذعان نمود که تا به رسمیت شناختن صریح این حق و شناسایی کامل آن در عرصه حقوق بشر همچنان مسیر زیادی پیش‌رو است.

۲.۳. رویکرد جامع

در نظر گرفتن یک وضعیت حقوقی مجزا برای آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل این پرسش را مطرح ساخته است که چه چیزی در نظام حقوق بین‌الملل سبب در نظر گرفتن یک وضعیت حقوقی مجزا برای پناهندگان می‌شود که در خصوص آوارگان داخلی صادق نیست. از این‌رو، گروهی از حقوق‌دانان به مقایسه بین آوارگی داخلی و پناهندگی پرداخته و با واکاوی تعریف پناهنده در کنوانسیون ۱۹۵۱ و به‌ویژه تحلیل ضوابط آزار و عبور از مرز به عنوان دو عنصر کلیدی آن، درصدد پاسخگویی به این پرسش برآمده‌اند که چرا آوارگان داخلی در تعریف کنوانسیون ۱۹۵۱ از پناهنده جایی ندارند. این مباحث، سبب شکل‌گیری دو موضع‌گیری متفاوت شده است: عده‌ای با در نظر گرفتن شباهت‌های بین آوارگان داخلی و پناهندگان و تحلیل ضوابط موجود در کنوانسیون پناهندگی و همچنین دلایل سیاسی پنهان، در پی توسعه مفهوم پناهنده و گسترش شمول کنوانسیون پناهندگی برآمده و در مقابل، عده‌ای دیگر با پایبندی به تعریف مضیق پناهنده و تأکید بر ویژگی‌های منحصر به فرد آن در حقوق بین‌الملل و به‌ویژه قرار گرفتن این گروه در خارج از قلمروی مرزهای ملی، با هرگونه گسترش تعریف پناهنده مخالفت کرده و مرزهای بین آن‌ها و آوارگان داخلی را غیرقابل عدول دانسته‌اند.

¹. Stavropoulou, M., "The right not to be displaced", *American University Journal of International Law and Policy*, 9, 1994, pp 689-749.

². *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, ICTY, Appeals Chamber, Judgement, (09/17/2003) para. 218; *Prosecutor i., Simic, Tadic and Zaric*, Case No. IT-95-9-T, Judgement, (10/17/2003) para.130.

³. Stavropoulou, M., Op.cit, p 749.

در این میان، دسته دیگری از حقوق دانان بر این اعتقادند که در عین وجود تمایز بین آوارگان داخلی و پناهندگان، این مرزها در حال کمرنگ شدن است^۱ و می‌توان آن‌ها را دو روی یک سکه محسوب کرد و نظام حمایتی هر دو حوزه را در سطح عملی و حتی هنجاری مکمل یکدیگر تلقی نمود. مطابق با این رویکرد، تمایز بین این دو حوزه به قدری نیست که مفاهیم و مکانیزم‌های رژیم پناهندگی را نتوان با جرح و تعدیل مناسب نسبت به آوارگان داخلی به کار برد.^۲ تجربه گسترده حمایت از پناهندگان می‌تواند منبع ارزشمندی از اصول، مفاهیم و استراتژی‌های عملی باشد که با پذیرشی صحیح نسبت به آوارگان داخلی نیز قابل اعمال است.^۳ از نظر این حقوق دانان، فواید این رویکرد، تنها به سود آوارگان داخلی نیست و می‌تواند به افزایش حمایت از پناهندگان نیز منجر شود. به‌عنوان مثال، اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل با برداشتن مجموعه‌ای از قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه می‌تواند در بعضی از زمینه‌ها مانند موضوع بازگشت پناهندگان مفید واقع شود و حتی رژیم در حال تکامل حمایت از آوارگان داخلی، در شرایط خاصی مکمل نهاد پناهندگی باشد. نمونه آن، حضور گسترده آوارگان در کشور خود است که می‌تواند امکان تقاضای پناهندگی را افزایش دهد و دفاع برای جلوگیری از بازگشت زودهنگام را تقویت نماید. چنین امری را می‌توان در تانزانیا و برون‌دی دید که توجه جامعه بین‌المللی به بحران آوارگان سبب شد که نهاد پناهندگی در تانزانیا نیز مورد حمایت قرار گیرد.^۴ فایده دیگر این رویکرد، آن است که تمام اشکال مختلف جابه‌جایی اجباری را مورد توجه قرار می‌دهد و حمایت از افراد در برابر جابه‌جایی، حق برخورداری از کمک‌ها و بازگشت به اقامتگاه و همچنین پیشگیری از آوارگی اجباری و راه‌حل‌های آن را در چهارچوب وسیع‌تری دنبال خواهد نمود.^۵

طرف‌داران رویکرد جامع، به عملکرد کمیساریای عالی پناهندگان در سال‌های اخیر که نشانگر گسترش دامنه آن به سایر مهاجران اجباری بوده، توجه داشته‌اند. این نهاد در سیاست‌نامه خود که در خصوص دخالت در وضعیت‌های آوارگی داخلی در سپتامبر ۲۰۱۹ منتشر نمود، ضمن در نظر گرفتن مسئولیت‌های متفاوت خویش در قبال پناهندگان و سایر گروه‌های مهاجران اجباری و با لحاظ نمودن ترتیبات نهادی مربوطه، تأکید داشت که برنامه‌های کمیساریا و تخصیص منابع آن معطوف به تمامی طیف‌های مهاجرت‌های اجباری است و این نهاد از تمام ابزارها و امکانات خود برای پیشگیری و همچنین یافتن راه‌حل برای مشکل تمام مهاجران اجباری استفاده می‌نماید.^۶

۳. وضعیت حقوقی کنونی آوارگان داخلی در حقوق بین‌الملل در پرتو اصول راهنما

نماینده دبیرکل در امر آوارگی داخلی در گزارش تدوین و تحلیل هنجارهای حقوقی خود در سال ۱۹۹۶ با اشاره به خلأهای حقوق بین‌الملل در زمینه حمایت از آوارگان داخلی، به این نتیجه دست یافت که قواعد موجود در حقوق بین‌الملل باید مجدداً به فراخور نیازهای خاص آوارگان داخلی بازگو و خلأها و نقاط مبهم آن شفاف گردد.^۷ این امر منجر به ایجاد دیدگاه‌های متضادی درباره نحوه تدوین استانداردهای حقوقی لازم شد که پیش‌تر مورد بررسی قرار گرفت. در این

^۱. Cantor, DJ, "The IDP in international law? Developments, debates, prospects", *International Journal of Refugee Law*, 2018, p 212.

^۲ M Kingsley-Nyindah, "What may be borrowed; what is new?", *Forced Migration Review*, 4, 1999, p 32.

^۳. Ibid., p 33.

^۴. Bayefsky, A. *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

^۵. UNHCR, "Internal Conflict and Displacement," in *The State of the World's Refugees: a Humanitarian Agenda*, 1997, p 13.

^۶. UNHCR, *Policy on UNHCR's Engagement in Situations of Internal Displacement*, 2019, available at: (www.refworld.org/docid/5d83364a.html) (Last visited on 06/22/2020)

^۷. Cohen, R. "The Guiding Principles on Internal Displacement: an innovation in international standard setting," *Global Governance* 10, 2004, p 464.

میان، رویکردی که توسط نماینده دبیرکل اتخاذ گشت، تنظیم یک سند غیرالزام‌آور با گردآوری، تفسیر و بیان مجدد قواعد موجود در حقوق بین‌الملل بود که می‌توان آن را دست‌کم به سه دلیل دانست:^۱

نخست آنکه نگرانی حاصل از امکان مخدوش شدن حاکمیت کشورها، مانع از آن می‌شد تا آن‌ها از تدوین یک کنوانسیون الزام‌آور در این زمینه حمایت نمایند؛ به همین دلیل نیز کمیسیون حقوق بشر با خودداری از به‌کار بردن عبارت «چهارچوب حقوقی» از نماینده دبیرکل خواست تا «چهارچوب مناسبی» را در این خصوص تدارک ببیند. نهادهای بین‌المللی همچون کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز با ابراز نگرانی نسبت به تحت‌الشعاع قرار گرفتن حمایت‌های موجود در کنوانسیون‌های ژنو، جوانب احتیاط را در پیش گرفتند و با ایجاد یک سند حقوقی جدید به مخالفت پرداختند. دلیل دوم، عامل زمان بود؛ چرا که از یک سو، تنظیم یک سند جدید و در پیش گرفتن اقدامی فوری ضروری تلقی می‌شد و از سوی دیگر، فرایند ایجاد یک معاهده، امری زمان‌بر بود و نمی‌توانست به پاسخی فوری و قاطع منجر شود. سومین دلیل نیز به دیدگاه کفایت قواعد حقوقی قابل اعمال در حمایت از آوارگان داخلی معطوف بود.

بدین ترتیب بود که اولین استاندارد بین‌المللی برای حمایت از آوارگان داخلی با عنوان «اصول راهنمای سازمان ملل در امر آوارگی داخلی»، به تعریفی حقوقی از این گروه نپرداخت و بدون آنکه قصد اعطای یک وضعیت حقوقی مجزا به آن‌ها را داشته باشد به تعریفی توصیفی، بسنده و از آوارگان داخلی به‌عنوان قربانیانی نام برده شد که نیازمند توجه می‌باشند. ضمن آنکه ارائه چنین تعریفی در مقدمه سند به‌جای متن آن نیز، گواهی بر ماهیت غیر حقوقی آن است.^۲

سند مزبور نه با مذاکره دولت‌ها بلکه توسط تیمی از حقوق‌دانان با مشورت نهادها و سازمان‌های مختلف تهیه شد. این تیم با تمرکز بر مشکلات آوارگان، آن‌ها را گروهی نیازمند کمک توصیف نموده و به‌جای یک رویکرد حق‌محور، رویکردی را که مبتنی بر نیازهای خاص آوارگان داخلی باشد، به‌عنوان شیوه مناسب برای نگارش این اصول انتخاب نمود.^۳ در آغاز اصول راهنما نیز بر این امر صحنه گذارده شده و آمده است که هدف از این اصول، پرداختن به نیازهای خاص آوارگان داخلی است. همچنین در این راستا فرانسویس دنگ^۴ تأکید نمود که منظور از این اصول، اعطای یک وضعیت حقوقی ممتاز به آوارگان داخلی یا اشاره به وخامت اوضاع آنان نسبت به غیر آوارگان نیست، بلکه اصول مذکور تنها تضمین می‌نمایند که در یک وضعیت مشخص، نیازهای خاص آوارگان داخلی نیز در کنار دیگر افراد باید مورد توجه قرار گیرد.

در حال حاضر اصول راهنما با پذیرش و استقبال جهانی گسترده‌ای روبه‌رو بوده و به‌عنوان مبنایی برای سیاست‌گذاری و تدوین قوانین و برنامه‌های عملی است. مجمع عمومی سازمان ملل و کمیسیون حقوق بشر، انتشار و اجرای این اصول را تشویق کرده^۵ و کوفی عنان، دبیرکل وقت سازمان ملل، از این اصول به‌عنوان یکی از چشمگیرترین دستاوردهای سال ۱۹۹۸ یاد نمود و انتشار آن را در کشورهای مختلف برای تحقق اعلامیه هزاره ضروری دانست.^۶ وی در مارس ۲۰۰۵ از دولت‌ها خواست که اصول راهنما را به‌عنوان «هنجار بین‌المللی پایه برای حمایت از آوارگان داخلی» مورد پذیرش قرار دهند. سپس در نشست جهانی همان سال در نیویورک، سران دولت‌ها این اصول را به‌عنوان یک چهارچوب بین‌المللی مهم برای حمایت از آوارگان داخلی مورد تأیید قرار دادند.^۷ به‌علاوه انعکاس این اصول را می‌توان در بیانیه‌ها، قطعنامه‌ها

^۱. Ibid.

^۲. Kälin, W. "Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations", *American Society of International Law and the Brookings Institution Project on Internal Displacement*, 2008, p 5.

^۳. Cohen, op.cit, p 463.

^۴. Francis M. Deng

^۵. Report of the Representative of the Secretary-General on IDPs to the Commission on Human Rights at its fifty-ninth session.

^۶. Strengthening of the Coordination of Emergency Humanitarian Assistance of the United Nations, U.N ESCOR, 53rd Session, A/53/139-E/1998/67/

^۷. World Summit Outcome, A/RES/60/1(2005).

و اجلاس متعدد شورای امنیت^۱ و همچنین در قوانین و سیاست‌های بسیاری از کشورها از جمله کلمبیا، آنگولا و گرجستان مشاهده نمود.^۲ اتحادیه آفریقا در سال ۲۰۰۹ در یک اقدام بی‌سابقه، بر مبنای چنین اصولی، کنوانسیون کامپالا^۳ را تصویب نمود. همچنین ارجاع به این اصول را می‌توان در عملکرد کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، یونیسف، برنامه جهانی غذا و دیگر نهادها مشاهده کرد.^۴

اگرچه اقبال گسترده از اصول راهنما و ابتنای بسیاری از مواد آن بر قواعد موجود در حقوق بین‌الملل که برای دولت‌ها، مسئولیت‌زا هستند، ممکن است فرض برخورداری آوارگان داخلی را از یک وضعیت حقوقی مجزا در حقوق بین‌الملل به ذهن متبادر سازد؛ ولی این موضع‌گیری، زودهنگام است و تا زمان رفع موانع عملی، حقوقی و درک حساسیت‌هایی که مانع از تدوین یک سند حقوقی الزام‌آور بین‌المللی در حمایت از این گروه شده است، به دشواری قابل پشتیبانی می‌باشد.

همان‌گونه که ذکر شد، اصول راهنما یک سند غیرالزام‌آور، و تعریف موجود از آوارگان داخلی در آن نیز تعریفی توصیفی است. اتخاذ چنین موضعی صرف‌نظر از عامل زمان، در پرتو بررسی ضرورت و سودمندی برخورداری آوارگان داخلی از یک وضعیت حقوقی ویژه و همچنین قرار گرفتن آن‌ها تحت صلاحیت دولت متبوع و نگرانی‌های مربوط به حاکمیت و عدم مداخله قابل درک است. نهاد نظارت بر آوارگان داخلی در رهنمودی که برای وضع قوانین و سیاست‌گذاری ملی در امر آوارگی داخلی تدوین نموده است، در نظر گرفتن وضعیت خاص حقوقی برای آوارگان داخلی را غیرضروری خوانده و اعلام داشته است که این امر حتی می‌تواند ریسک بدآوازه نمودن و تبعیض را افزایش دهد و رفع مشکل آن‌ها را با مانع مواجه سازد.^۵

افزون بر مطلب فوق، مسئول شناختن دولت‌ها برای نقض قواعد کلی موجود در بدنه حقوق بین‌الملل که اختصاص به آوارگان داخلی ندارد، نمی‌تواند به معنای پذیرش یک وضعیت حقوقی خاص برای آن‌ها باشد. به دیگر سخن، برخوردار بودن یک گروه از یک وضعیت حقوقی ویژه در حقوق بین‌الملل، نیازمند مختصات و ویژگی‌های دیگری است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها، ارائه یک تعریف حقوقی دقیق، جامع و مانع از افراد مورد بحث است. همچنین این تعریف باید بتواند معیارهایی را برای زمان آغاز و پایان دقیق یک وضعیت ارائه دهد و برای کشورهای میزبان، حقوق و تعهدات الزام‌آوری را در برداشته باشد و با تعریف نمودن ضمانت‌اجراها و مکانیسم‌های دقیق اجرایی و همچنین تعیین چهارچوب‌های نهادی و سازمانی مشخص، مبنای قابل استنادی را برای صاحبان حق فراهم آورد تا بتوانند بر اساس آن و با اتکا به جایگاه به رسمیت شناخته خود در حقوق بین‌الملل، حقوق خود را مطالبه و پیگیری نمایند. این در حالی است که اصول راهنما فاقد چنین مختصات و مکانیسم‌هایی است و با ارائه تعریفی توصیفی از آوارگان داخلی، تنها رهنمودی را برای نماینده دبیرکل در امر آوارگان داخلی و همچنین تمام دولت‌ها، نهادها و اشخاص مرتبط با پدیده آوارگی داخلی فراهم آورده است.

خروج پناهندگان از مرزهای ملی، آن‌ها را از یک وضعیت حقوقی شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل برخوردار می‌کند و

¹. SC Resolution 1286, 55th Session, 4091st mtg. 2000; Meeting of the SC to address the humanitarian situation in Angola, Doc. S/PV.4472, 2002, 4; Meeting of the SC on the protection of civilians in armed conflict, Doc. S/PV/4312, 2001, pp 24-28.

². Kuo, Yung-hua, **Implementing International Laws for Internally Displaced Persons in Situation of Natural Disasters**, Disasterlaw.ifrc.org, available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/125745/Implementing%20International%20Laws%20for%20Internally%20Displaced%20Persons%20in%20Situation%20of%20Natural%20Disasters.pdf>, (last visited on 25/03/2021).

³. Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention).

⁴. Cohen, op.cit, p 468.

⁵. Norwegian Refugee Council/IDMC, **National Instruments on Internal Displacement: A Guide to their Development**, (2013) available at: www.refworld.org/docid/5242d02d4.html (last visited on 03/22/2020).

ایجادکننده حقوق و تکالیف مشخص است، حال آنکه آوارگان داخلی با باقی ماندن در محدوده مرزهای ملی، همچنان تحت صلاحیت دولت متبوع خود قرار دارند و با وجود پذیرش آن‌ها به‌عنوان یک گروه آسیب‌پذیر و نیازمند توجه، دولت‌های مربوطه در چهارچوب حقوق بین‌الملل، الزامی به اعطای یک وضعیت حقوقی ویژه به آن‌ها ندارند و تنها موظف به اجرای حقوق و تعهداتی‌اند که به شکل کلی نسبت به تمام شهروندان و مقیمان خود به عهده دارند. به‌علاوه هیچ نهادی که به شکل اختصاصی متولی این گروه باشد، در نظام حقوق بین‌الملل وجود ندارد و مداخله کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل در سال‌های اخیر در امر آوارگان داخلی نیز بدون آنکه به شکل انحصاری باشد، در قالب رویکردی گروهی^۱ و مشترک با دیگر نهادهای سازمان ملل صورت گرفته است.

شایان ذکر است که فقدان وضعیت حقوقی ویژه برای این گروه در حقوق بین‌الملل به معنای فقدان چنین وضعیتی در حقوق داخلی کشورها نیست. چه‌بسا دولتهایی که در سطح ملی، اصول راهنما را ملاک وضع قوانین خویش قرار داده و با ارائه تعریفی حقوقی از آوارگان داخلی و تبیین حقوق و تعهدات مشخص، مبنایی را برای برخورداری آن‌ها از یک وضعیت حقوقی ویژه فراهم نموده‌اند.^۲ به‌عنوان مثال، می‌توان از تصویب قانون «تضمین حقوق و آزادی‌های آوارگان داخلی»^۳ در کشور اوکراین و همچنین قانون کشور گرجستان در خصوص آوارگان داخلی سرزمین‌های اشغالی آن^۴ در سال ۲۰۱۴ نام برد. باوجوداین، رویه کشورها در این خصوص بسیار متشتت است و بسیاری از آن‌ها بدون وضع قوانین خاص، صرفاً به دنبال اتخاذ سیاست‌های عملی برآمده‌اند.

نتیجه‌گیری

اعطای یک وضعیت حقوقی خاص به آوارگان داخلی و ضرورت توسعه یک چهارچوب حقوقی مختص به آنان، مباحث زیادی را بین موافقان و مخالفان برانگیخته است. در این میان، رویکردی که در تدوین اصول راهنمای آوارگی سازمان ملل در سال ۱۹۹۸ به کار رفته، مبتنی بر تنظیم یک سند غیرالزام‌آور با گردآوری، تفسیر و بیان مجدد قواعد موجود در حقوق بین‌الملل بوده که بدون اعطای یک وضعیت حقوقی مجزا به آوارگان داخلی، تنها به ارائه تعریفی توصیفی از این گروه بسنده نموده است.

با وجود آنکه اقبال گسترده از اصول راهنما، اتکای آن بر قواعد موجود در حقوق بین‌الملل و انعکاس آن در قوانین و سیاست‌گذاری‌های ملی، می‌تواند شناسایی یک وضعیت حقوقی خاص برای این گروه در حقوق بین‌الملل را به ذهن متبادر سازد، ولی تردیدها در اصل ضرورت و سودمندی برخورداری این گروه از یک وضعیت حقوقی ویژه، اصل عدم تبعیض، غیرالزام‌آور بودن اصول راهنما و ارائه تعریفی توصیفی و نیازمحور از آن‌ها، عدم وجود یک تعریف حقوقی واحد و جهان‌شمول از این گروه، وجود دیدگاه‌های متفاوت در خصوص مفهوم «حمایت» و مقتضیات آن، خلأهای هنجاری، اجرایی، فقدان وجود یک نهاد متولی اختصاصی، برخورد گزینشی، باقی ماندن آن‌ها در مرزهای داخلی و در صلاحیت دولت متبوع خویش و تأکید بر اصول حاکمیت و منع مداخله، حقایقی غیرقابل انکار است که دفاع از وضعیت حقوقی ویژه آوارگان داخلی به مثابه پناهندگان را در حقوق بین‌الملل دشوار می‌کند و سخن از الزام دولت‌ها به شناسایی این گروه به عنوان یک طبقه مجزا در حقوق بین‌الملل و بار شدن حقوق و تعهدات الزامی ناشی از پذیرش چنین وصفی را

¹. Cluster approach

². Basova, I. "Internally Displaced Persons and Their Legal Status: The Ukrainian Context", *Juridica International*, 2017, p 114.

³. Law of Ukraine on Ensuring Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons, No. 1706-VII, 2014.

⁴. Law of Georgia on Internally Displaced Persons - Persecuted from the Occupied Territories of Georgia, No. 1982-Iis, 2014.

در مقطع حاضر زود هنگام می‌نماید.

جمعیت فزاینده آوارگان داخلی در جهان امروز و تداوم نقض کرامت و حقوق انسانی آنان با گذشت بیش از بیست سال از تصویب اصول راهنما، گواهی بر وجود موانع و ناکارآمدی نظام حمایت از آنها است. در این میان هرچند تلاش‌ها و ابتکاراتی در سطح ملی و منطقه‌ای برای اعطای یک وضعیت حقوقی خاص به آوارگان داخلی صورت گرفته، در سطح بین‌المللی این موضوع همچنان محل مناقشه بوده و عمده اقدامات صورت گرفته نیز به جای تدوین یک کنوانسیون الزام‌آور در این زمینه، به تقویت راهکارهای عملی و اجرایی معطوف بوده است. تلاش‌های کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل در بهبود نقش خود در قبال آوارگان داخلی و رونمایی از برنامه عملی ۲۰۲۰-۲۰۱۸ را می‌توان نمونه‌ای از این موارد دانست.

با توجه به وضعیت حاضر، تلاش برای وارد کردن اصول راهنمای آوارگی داخلی سازمان ملل به قوانین داخلی کشورها، تقویت اجرای قواعد موجود، ایجاد پایگاه‌های داده‌ای مناسب، تدوین سیاست‌های عملی، وارد کردن آوارگان در فرایند تصمیم‌گیری، همکاری بیشتر دولت‌ها در مسیر ارائه کمک‌های بشردوستانه بین‌المللی، به اشتراک گذاشتن بهترین رویه‌ها، تخصیص بیشتر منابع، مسئولیت‌پذیری بیشتر نهادی و فهم مجدد اصول حاکمیت و عدم مداخله در پرتو موازین حقوق بشر، از جمله راهکارهای عملی مناسب برای بهبود وضع آوارگان داخلی در زمان حاضر است.

References

Books

1. Phuong, C. *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press. 2005.
2. Bayefsky, A. *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*: Martinus Nijhoff Publishers. 2006.

Articles

3. Basova, I. "Internally Displaced Persons and Their Legal Status: The Ukrainian Context", *Juridica International*, 2017.
4. Black, R and Collyer, M, 'Populations "trapped" at times of crisis', *Forced Migration Review*, 2014.
5. Cantor, DJ. "The IDP in international law? Developments, debates, prospects", *International Journal of Refugee Law*, 2018.
6. Cohen, R. "Developing an International System for Internally Displaced Persons", *International Studies Perspectives*, 7, 2006.
7. Cohen, R. "The Guiding Principles on Internal Displacement: an innovation in international standard setting," *Global Governance* 10, 2004.
8. ICRC. "Internally Displaced Persons: The Mandate and Role of the International Committee of the Red Cross", *International Review of the Red Cross*, 2000.
9. Kälin, W. "Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations", American Society of International Law and the Brookings Institution Project on Internal Displacement, 2008.
10. Kälin, W. "The Guiding Principles on Internal Displacement as International Minimum Standard and Protection Tool", *Refugee Survey Quarterly*, 3, 2005.
11. Lavoyer, J. "Guiding Principles on Internal Displacement: A Few Comments on the Contribution of IHL," *International Review of the Red Cross*, 324, 1998.
12. Magaji, T., Ahmad, M., & Apandi, L.S.B, "Assessing the Legal Frameworks for the Protection of

¹. A Plan of Action for Advancing Prevention, Protection and Solutions for Internally Displaced People 2018-2020.

Internally Displaced Persons in the North-Eastern Nigeria”, *Asian Research Journal of Arts & Social Sciences*, 2018.

13. Stavropoulou, M, “The right not to be displaced”, *American University Journal of International Law and Policy*, 9, 1994.
14. UNHCR. “Internal Conflict and Displacement,” in *The State of the World’s Refugees: a Humanitarian Agenda*, 1997.

Thesis

15. Morel. Michele. “The Right not to be Displaced in International Law”, PhD diss, Ghent University, 2013.

Instruments

16. Convention Relating to the Status of Refugees.
17. ECOSOC, Analytical report of the Secretary-General on internally displaced persons, E/CN.4/1992/23/
18. ECOSOC, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis Deng submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/57, Compilation and analysis of legal norms, E/CN. 4/1996/52/Add.2.
19. ECOSOC, Report on Refugees, Displaced Persons and Returnees, prepared by Mr. Cuénod, E/1991/109/Add.1.
20. ECOSOC, Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the UN, A/53/139-E/1998/67/
21. GA resolution 60/1, World Summit Outcome, A/RES/60/1 (2005).
22. Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.2.
23. Law of Georgia on Internally Displaced Persons - Persecuted from the Occupied Territories of Georgia, No. 1982-Iis, 2014.
24. Law of Ukraine on Ensuring Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons, No. 1706-VII, 2014.

Websites

25. Global Protection Cluster, **Handbook for the Protection of IDPS June 2010**, available at: www.refworld.org/docid/4790cbc02.html (last visited on 06/09/2020).
26. IDMC, **Global Report on Internal Displacement - 2020**, April 2020, available at: www.internal-displacement.org/publications/2020-global-report-on-internal-displacement (last visited on 06/03/2020).
27. Kálin, W, **The Legal Dimension**, *Forced Migration Review*, 17 (2003): available at: www.fmreview.org/when-does-internal-displacement-end/kalin (last visited on 06/03/2020).
28. Kuo, Yung-hua, **Implementing International Laws for Internally Displaced Persons in Situation of Natural Disasters**, *Disasterlaw. ifrc. org*, available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/125745/Implementing%20International%20Laws%20for%20Internally%20Displaced%20Persons%20in%20Situation%20of%20Natural%20Disasters.pdf> (last visited on 25/03/2021).
29. M Kingsley-Nyinah, **What may be borrowed; what is new**, *Forced Migration Review*, 4 (1999), available at: www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/security-at-work/debate.pdf (last visited on 06/09/2020).
30. Norwegian Refugee Council/IDMC, **National Instruments on Internal Displacement: A Guide to their Development**, (2013) available at: www.refworld.org/docid/5242d02d4.html (last visited on 03/22/2020).
31. **UNHCR, Policy on UNHCR's Engagement in Situations of Internal Displacement**, 18 Sep 2019, available at: www.refworld.org/docid/5d83364a4.html (last visited on 06/22/2020).
32. Zeender, G, **Narrowing Criteria Cannot Solve IDP Problems**, *Forced Migration Review*, 17 (2003), available at: www.fmreview.org/when-does-internal-displacement-end (last visited on 06/03/2020).



Original Article

The Role of International Space Law in the Use of Space Technologies to Deal with Infectious Diseases – COVID-19

Hamid Kazemi¹

ABSTRACT

Infectious diseases, especially COVID-19, have spread rapidly all over the world in recent years and have caused serious human, financial, economic, etc. damages to countries. Space technologies have been an important factor in dealing with the disease and providing services to all people. However, using the technologies raises some legal issues. The provision of services and information resulting from space technologies without discrimination among all countries and their availability will be an important factor in curbing these diseases. Do the existing space rights provide the necessary platform for using space technologies to deal with diseases and develop international corporations? Also, what kind of legal regulations are necessary to make the required information available to everyone and to protect privacy in the future? The international space community should develop new regulations and guidelines to monitor data transfer and international cooperation between countries. In this way, firstly, international cooperation in the field of space information transmission should be facilitated for all countries, and secondly, it should prevent the violation of privacy. This article, while examining some principles of the existing international space laws that provide the use of space technologies to deal with infectious diseases, deals with legal issues and solutions.

KeyWords: International law, Space Technology, COVID-19.

How to Cite: Kazemi, H, "The Role of International Space Law in the Use of Space Technologies to Deal with Infectious Diseases – COVID-19", Legal Research, Vol.26, No. 104, 2024, pp:263-280.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.228898.2322>

Received: 21/09/2022 - Accepted: 03/03/2023

1. Assistant Professor of Law, Aerospace Research Institute, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: h.kazemi@ari.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

نقش حقوق بین‌الملل فضا در استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با
بحران بیماری‌های واگیردار - کووید ۱۹حمید کاظمی^۱

چکیده

بیماری‌های واگیردار، بالاخص کووید ۱۹ در سال‌های اخیر، به سرعت در سرتاسر جهان شیوع یافته و به‌طور جدی آسیب‌های جانی، مالی، اقتصادی و... به کشورها وارد کرده است. فناوری‌های فضایی مانند سایر فناوری‌های نوین توانسته عامل مهمی در برخورد با این بیماری و ارائه خدمات به مردم باشد. لکن با بهره‌برداری از این فناوری‌ها برخی مسائل حقوقی مطرح می‌شود. در اختیار گذاشتن خدمات و اطلاعات حاصل از فناوری‌های فضایی بدون تبعیض بین همه کشورهای و در دسترس بودن آن‌ها عامل مهمی در توسعه همکاری‌های بین‌المللی فضایی برای مهار این بیماری‌ها خواهد بود. آیا حقوق فضایی موجود بستر لازم برای استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با این بیماری‌ها و توسعه این همکاری‌ها را فراهم می‌نماید؟ همچنین چه نوع تمهیدات حقوقی برای بهتر شدن دسترسی به این اطلاعات برای همه در شرایط بحران و حمایت از حریم خصوصی افراد با توجه به توزیع اطلاعات آن‌ها در آینده لازم است؟ جامعه بین‌الملل فضایی باید مقررات و دستورالعمل‌های جدیدی را به‌منظور نظارت بر انتقال داده‌ها و نحوه همکاری‌های بین‌المللی کشورها تدوین نماید. از این رهگذر اولاً همکاری بین‌المللی در زمینه انتقال اطلاعات فضایی برای همه کشورهای تسهیل گردد و ثانیاً مانع از نقض حریم خصوصی افراد شود. این مقاله ضمن بررسی برخی اصول حقوق بین‌الملل فضایی موجود که استفاده از فناوری‌های فضایی را برای مقابله با بیماری‌های واگیردار مهیا می‌کند، به مسائل و راه‌حل‌های حقوقی فراروی این بهره‌برداری می‌پردازد.

کلیدواژه‌گان: حقوق بین‌الملل، فناوری فضایی، کووید ۱۹.

استناد به این مقاله: کاظمی، حمید، «نقش حقوق بین‌الملل فضا در استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با بحران بیماری‌های واگیردار - کووید ۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴، بهمن ۱۴۰۲، صص: ۲۶۳-۲۸۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.228898.2322>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۲

۱. استادیار، پژوهشگاه هوافضا، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: h.kazemi@ari.ac.irCopyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

کووید ۱۹ (کرونا ویروس) در سه سال اخیر جهان را به شدت تحت تأثیر قرار داده است. شیوع کووید ۱۹ میلیاردها نفر را مجبور کرد که در خانه‌های خود بمانند یا با ابتلا به این بیماری در مراکز بهداشتی تحت معالجه قرار بگیرند. دولت‌ها اقدامات مختلفی را برای مهار این بیماری در پیش گرفتند. محدودیت‌های مربوط به تجمع و رفت‌وآمد مردم به شدت اعمال شد. دولت‌ها اقدام به بسته‌شدن مرزها، مشاغل، مدارس و قرنطینه خانوادها کردند. بدون توجه به سن، جنسیت، حرفه، دین، گرایش جنسی یا سیاسی افراد بر روی نسل حاضر اثرات مختلف جدی اعم از اقتصادی، اجتماعی و... گذاشت. از فناوری‌های نوین از جمله فناوری‌های فضایی و هوایی مثل پهپادها در کنار اقدامات فوق‌الذکر برای مقابله با این بیماری و کاهش اثرات آن استفاده شد.^۱

فناوری فضایی اصطلاحی فراگیر است که به‌عنوان فناوری مربوط به اکتشاف و فعالیت در فضا تعریف می‌شود و اشاره به زیرساخت‌های ماهواره‌ای و صنعت هوافضا دارد که به تدریج خود را در زندگی روزمره بشر داخل کرده و از آن در امور اقتصادی، تجاری، اجتماعی و... استفاده می‌کنند. فناوری‌های فضایی نظیر مشاهده زمین، ناوبری و ارتباطات ماهواره‌ای برای مقابله با تأثیرات شیوع کووید ۱۹، هم از نظر شناسایی، مدیریت و کاهش بیماری و هم بازایی بیماران بسیار مفید بوده‌اند. اگرچه در گذشته، از فناوری‌های فضایی به‌طور خیلی محدود برای ردیابی بیماران مبتلا به بیماری وبا در بنگلادش یا شناسایی و ردیابی شیوع وبا در آمریکای جنوبی در سال ۱۹۹۱ و همچنین شیوع مالاریا در منطقه صحرای آفریقا استفاده شده بود؛ لکن در دوران شیوع کووید ۱۹ امکان استفاده بهتر و بهینه از فناوری‌های فضایی نوین مثل ماهواره‌های سنجشی یا ارتباطی و غیره در حوزه‌های مختلف علاوه بر امور بهداشتی، در فعالیت‌های حمل‌ونقل، آموزش و پرورش و برقراری ارتباط مردم با یکدیگر مهیا گردید و عملاً بهره‌برداری شد.^۲

با توجه به امکان‌پذیری استفاده از فناوری‌های فضایی در مقیاس جهانی و مخصوصاً استفاده از داده و اطلاعات فضایی در زمینه‌های مختلف زندگی مردم، از جمله مبارزه با پاندمی‌های مختلف، برخی پیامدهای حقوقی جدیدی نیز در استفاده از این فناوری‌ها و اطلاعات نمایان شد.^۳ اولاً این سؤال مطرح شد که آیا مقررات و اسناد حقوق بین‌الملل فضایی امکان توسعه همکاری‌ها و کمک‌های بین‌المللی را برای استفاده از فناوری‌های فضایی به‌منظور مقابله با بیماری‌های عفونی مثل کووید ۱۹ می‌دهند. ثانیاً کمک‌ها و همکاری‌های فضایی ارتباط مستقیم با اخذ، انتشار و انتقال داده‌ها و اطلاعات افراد پیدا می‌کند و تحقیق و توسعه و توسعه نرم‌افزاری اطلاعات ذاتاً^۴ و ماهیتاً امری خطرناک است و عدم سوءاستفاده از این اطلاعات مسئله اصلی در جامعه معاصر است. چه راهکاری در تنظیم این فعالیت‌ها در حقوق فضا باید دیده شود. نقض احتمالی حریم خصوصی افراد در اثر استفاده از داده‌های موقعیت جغرافیایی برای ردیابی تماس‌ها و شرایط دسترسی و توزیع داده‌های مشاهده زمین توسط ماهواره‌های سنجش‌ازدور، از جمله چالش‌هایی اصلی در استفاده و بهره‌برداری از فناوری‌های فضایی برای مقابله با کووید ۱۹ است.

بنابراین، این مقاله به چگونگی اعمال قواعد حقوقی نظیر اصول توسعه همکاری‌های بین‌المللی و حق دسترسی آزاد به

1. Langton, K. Lockdown: Which countries are in lockdown? How many people?, Express, 2020, available at: <https://www.express.co.uk/news/world/1260709/lockdown-which-countries-are-in-lockdown-how-many-people-coronavirus-cases>.

2. Stefoudi D., "Space Data in the Fight against Pandemics: Privacy Concerns and Sharing of Benefits from the Use of Space Technology for Decision-Making", *Air and Space Law*, Volume 45, Special issue, 2020, pp 108.

3. Legal aspects of the use of satellites for Earth observation, navigation and communications, T. Masson-Zwaan & M. Hofmann, Introduction to Space Law (Kluwer 2019), Chs 10,12 and 13.

4. UN High Level Forum: The Way Forward After UNISPACE+50 and on Space2030, (Nov. 2018), Bonn, available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/hlf/2018/hlf-bonn.html/>

داده‌ها و اطلاعات در حقوق فضایی در مورد ذی‌نفعان در شرایط می‌پردازد، و نشان می‌دهد که چگونه سیستم‌های فضایی برای نشان‌دادن و به‌اشتراک‌گذاری قابلیت خود با شرایط بحرانی بر اساس رعایت اصول حقوقی سازگار می‌شوند. در کنار این بررسی تبیین می‌شود که حقوق بین‌الملل فضایی باید به طور خاص موضوع دسترسی آزاد به اطلاعات افراد و احتمال نقض حریم خصوصی آن‌ها را در صورت استفاده از فناوری‌های فضایی نظام‌دهی نماید.

۱. فناوری‌های فضایی مورد استفاده برای مقابله با کووید ۱۹

چهار حوزه مختلف فناوری فضایی یعنی سنجش‌ازدور، سیستم ماهواره‌ای ناوبری جهانی (GNSS)، ارتباطات ماهواره‌ای و نهایتاً پرواز فضایی انسان توسط کمیته استفاده صلح‌آمیز از فضا (کوپوس)^۱ معرفی شده‌اند که می‌توانند به بهداشت و سلامت جهانی کمک کنند.^۲ در زیر هر یک از حوزه‌های کلیدی در فعالیت‌های فضایی را که مستقیماً در بخش‌های سلامت مورد استفاده قرار می‌گیرند، بررسی می‌شوند.

۱. یکی از فناوری‌های فضایی که برای کمک به کاهش شیوع کووید ۱۹ مورد استفاده قرار گرفته، ماهواره‌های سنجش‌ازدور هستند. سنجش‌ازدور به‌عنوان جمع‌آوری اطلاعات از راه دور بدون تماس با جسم مشاهده شده، مشابه نحوه عملکرد چشم انسان یا لنز دوربین عمل می‌کند و فناوری‌های فضایی مورد استفاده برای سنجش‌ازدور به حسگرهایی مجهزند که دانشمندان می‌توانند از آن‌ها برای مشاهده خواص امواج الکترومغناطیسی ساطع شده، منعکس توسط اجسام حس شده استفاده کنند. سپس این امواج برای شناسایی یا طبقه‌بندی اشیای فوق‌الذکر مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرند.^۳ فناوری فضایی در قالب سنجش‌ازدور به افزایش تصاعدی قابلیت‌های نقشه‌برداری برای مراقبت‌های بهداشتی کمک می‌نماید. اساساً، ماهواره‌هایی که سنجش‌ازدور را انجام می‌دهند، می‌توانند نقشه‌هایی باکیفیت بالا (بسته به پیشرفت فناوری) از یک منطقه معین ارائه نمایند؛ ماهواره‌هایی که می‌توانند به‌صورت دوره‌ای یا پیوسته از یک مکان خاص عکس‌برداری کنند، و امکان ردیابی جسم یا ناحیه محسوس را داشته باشند؛ لذا سنجش از راه دور در مورد مراقبت‌های بهداشتی، معمولاً برای نظارت بر تغییرات محیطی استفاده می‌شوند که می‌تواند در پیش‌بینی بیماری‌ها مفید باشد.^۴

از طریق ماهواره‌های سنجشی چارچوب‌های زمانی که در آن احتمال شیوع بیماری وجود دارد شناسایی می‌شود و به کارکنان بهداشت عمومی اطلاع می‌دهد که کدام اقدامات لازم را برای بهداشت و کاهش بیماری انجام دهند. رصد شیوع بیماری واگیردار از طریق یک ناقل بیماری از جمله کاربردهای استفاده از تصاویر ماهواره‌ای است. تصاویر ماهواره‌ای در خصوص کووید ۱۹ برای تجزیه و تحلیل نحوه تعامل انسان با سایر انسان‌ها و حیوانات مورد استفاده قرار گرفت. تصاویر ماهواره‌ای همچنین می‌توانند برای مطالعه ناهنجاری‌های محیطی استفاده شود؛ مانند تفاوت‌های آب‌وهوایی، دما و سایر عواملی که ممکن است بر مهاجرت حیوانات تأثیر بگذارد و باعث ایجاد و گسترش بیماری‌ها شوند.^۵

۲. سامانه ماهواره‌ای ناوبری جهانی (GNSS) یک سیستم فضایی است که برای انتقال سیگنال‌ها طراحی شده است. این سیستم دارای سه عملکرد کلیدی، یعنی موقعیت‌یابی، ناوبری و زمان‌بندی است و از سه بخش فضا، زمین و بهره‌بردار

1. COPUOS

2. Dietrich, D. et al. (2018) 'Applications of space technologies to global health: Scoping review', *Journal of Medical Internet Research*, 20(6), P 167.

3. Dunk, F. von der and Tronchetti, F. *Handbook of space law, Handbook of Space Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

4. Ford, T. E. et al. 'Using Satellite Images of Environmental Changes to Predict Infectious Disease Outbreaks', *Emerging Infectious Diseases*, 15(9), 2009, pp 1341-1346.

5. Rodríguez, H., Quarantelli, E. L. and Dynes, R. R. *Handbook of Disaster Management Research*. New York: Springer, 2007. P 272.

تشکیل شده است.^۱ این بخش فضایی از گروهی از ماهواره‌ها تشکیل شده است که به آن‌ها منظومه ماهواره‌ای می‌گویند. هر منظومه ماهواره‌ای در سامانه ماهواره‌ای نوابری جهانی قابلیت موقعیت‌یابی در مدار را به طور مستقل دارد. آن‌ها بسته به میزان پیشرفته بودن سیستم، یک جسم را با دقتی از چند متر تا چند سانتی‌متر می‌تواند شناسایی و مکان‌یابی کند و به دلیل شکل منظومه‌ای خود قادر به ارسال یک سیگنال پیوسته به گیرنده خود در زمین است. این سیستم امکان استفاده از تجزیه و تحلیل فضایی را برای شناسایی عوامل اکولوژیکی، محیطی، و عوامل مختلف دیگر می‌دهد که در گسترش بیماری‌های منتقله از طریق ناقل و نظارت بر الگوی بیماری نقش دارند؛ بنابراین، کاربران می‌توانند مناطقی را تعریف کنند که نیاز به برنامه‌ریزی کنترل بیماری دارند.

اطلاعات و داده‌های جدید و به‌روز شده برای اطمینان از دریافت تسهیلات و مایحتاج اولیه مورد نیاز بیماران و ساکنان محلی بدون مسافرت بسیار مهم است. این فناوری اجازه می‌دهد تا چندین اطلاعات، از جمله ورودی داده‌های دستی توسط ساکنان، بیماران، کارگران و داده‌های مکانی به دست آمده توسط ماهواره‌ها با هم ترکیب شوند. با توجه به فاصله‌گذاری اجتماعی، قرنطینه، و سایر اقدامات تحدیدی انجام شده در سراسر جهان، خرید آنلاین تنها گزینه مناسب برای بسیاری از مردم برای تأمین مایحتاج روزانه خود بوده است. فناوری سامانه ماهواره‌ای نوابری جهانی می‌تواند امکاناتی مانند بانک‌های مواد غذایی، رستوران‌های باز، یا حتی فروشگاه‌های مواد غذایی را که تحویل آنلاین دارند، رصد و در دسترس مردم قرار دهد. در آخر باید خاطرنشان کرد که فناوری سامانه ماهواره‌ای نوابری جهانی، مانند سنجش‌ازدور، همچنین می‌تواند برای تجزیه و تحلیل تأثیر کووید ۱۹ بر صنایع مختلف تجاری، از جمله اما نه محدود به پروازهای هوایی، گردشگری و تجارت استفاده شود.^۲ اطلاعات رادار پرواز نشان می‌دهد که تعداد پروازها کاهش یافته است و حرکت کشتی‌های گردشگری که هنوز فعالیت می‌کنند، نیز از این روند پیروی می‌کنند.^۳

۳. هنگام بحث از ارتباطات ماهواره‌ای، باید آن را از روش‌های ارتباطی دیگر که فقط از سیگنال‌های رادیویی برای ارسال و دریافت پیام استفاده می‌کنند، متمایز کرد. آن‌ها باید از ماهواره‌های طراحی شده خاص به عنوان بخشی از زیرساخت برای انتقال پیام استفاده کنند. سهم اصلی ارتباطات ماهواره‌ای در مراقبت‌های بهداشتی جهانی از طریق فناوری پزشکی از راه دور (تله مدی سین) است. پزشکی از راه دور در ارائه مراقبت‌های بهداشتی معمولاً در زمانی استفاده می‌شوند که تخصص یا منابع پزشکی به دلایل مختلف به راحتی در محل قابل دسترس نباشند و به دلایلی نظیر فاصله جغرافیایی، وجود موانع فیزیکی مانند مناطق کوهستانی یا مناطق پرخطر، و نداشتن منابع کافی هنگام انتقال بیمار به مراکز درمانی مورد نیاز باشد. از طریق پزشکی از راه دور، بیماران تحت درمان قرار می‌گیرند. تمام بیمارستان‌های داخل شبکه پزشکی از راه دور با یک پیوند ارتباطی مستقیم با پایگاه دولتی دسترسی دارند. این پیوند ارتباطی به معنای دسترسی تضمین شده به نظرات متخصصان در میان پزشکان عمومی، پرستاران، پیراپزشکان یا متخصصانی است که اغلب با تصاویر رادیوگرافی و... همراه است. پزشکی از راه دور برای کشورهای در حال توسعه در ارائه خدمات بهداشتی امر کلیدی است. از پزشکی از راه دور به طور خاص نیز می‌توان برای جلوگیری از انتشار ویروس استفاده کرد. کارشناسان محلی سلامت و بهداشت می‌توانند گوشی پزشکی، دماسنج یا حتی دستگاه‌های اشعه ایکس متصل را از طریق بلوتوث استفاده کنند و سپس

¹ Jakhu, R. S. and Dempsey, P. S. *Routledge Handbook of Space Law*, Routledge Handbook of Space Law. Edited by R. S. Jakhu and P. S. Dempsey. London, New York: Routledge, 2017, p 56.

² European Global Navigation Satellite Systems Agency GNSS for Crisis, European Global Navigation Satellite Systems Agency, (2020) available at: <https://www.gsa.europa.eu/GNSS4Crisis> (last visited on 7 May 2022).

³ Scatteia, L. and Ravichandran, A. Leading insights on the space sector Prepared by PwC Insights from Space: Assessing Impacts of the Covid-19 Crisis, (2020) available at: <https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2020/04/en-france-pwc-covid-19-insights-from-space.pdf>.

اطلاعات را برای تشخیص به متخصص ریه ارسال کنند؛ بنابراین بیماران می‌توانند همان‌طور که در قرنطینه‌اند، همچنان از خدمات بهداشتی بهره ببرند.

۴. حوزه پرواز فضایی انسان تا حدودی به رفع نگرانی‌های عمومی سلامت و بیماری‌های خاص کمک می‌کند. منابع و ابزارهای مورد استفاده در پروازهای فضایی بیش از آنچه در ابتدا تصور می‌شد، با همه‌گیری کووید ۱۹، مرتبط است. این حوزه خاص طیف وسیعی از فناوری‌های مورد استفاده در پرواز فضایی انسان را به خود اختصاص می‌دهد که ممکن است به سایر موضوعات بهداشتی مرتبط باشد. پزشکی از راه دور عنصری است که استفاده از فناوری را هم در مراقبت‌های بهداشتی و هم در پرواز فضایی انسان، با وجود اینکه در حوزه ارتباطات ماهواره‌ای قرار می‌گیرد، شامل می‌شود. هر دو مأموریت، مانند داشتن اتصال پهنای باند کم که منجر به سیگنال ضعیف می‌شود، کسب و حفظ منبع انرژی پایدار، اطمینان از ذخیره‌سازی کافی اطلاعات، نیاز به توسعه نرم‌افزار هوشمند و آموزش کاربر برای اطمینان از در دسترس بودن منابع انسانی قابل اعتماد با مشکلات مشابهی روبه‌رو هستند.

مهندسان سازمان ملی هوانوردی و فضایی امریکا (ناسا) در سال‌های اخیر پیشرفت قابل توجهی در آزمایشگاه پیشرفته جت در جنوب کالیفرنیا داشته‌اند. آن‌ها فناوری تهویه هوا را در فضاپیماها توسعه داده‌اند که این فناوری یک دستگاه تنفس مصنوعی جدید با فشار بالا است که در درمان بیماران کووید ۱۹، مؤثر است.^۱ این سیستم از یک فرایند تأیید سریع برای شرایط بحرانی استفاده می‌کند. صنعت فضایی و آژانس‌های فضایی در سرتاسر جهان به تبع در حال تغییر و اعمال این فناوری برای پرواز فضایی انسانی به منظور کمک به بیماران مبتلا به کووید ۱۹، و کارکنان بهداشتی گام برداشته‌اند.^۲ همچنین مشخص شده است که مهندسان فضایی می‌توانند فناوری‌های مورد استفاده برای ایجاد لباس‌های فضاوردی و دستگاه‌های تنفسی برای فضاوردان را به نحوی اصلاح کنند که بتوان از آن‌ها برای بیماران و کارکنان بهداشتی که به دلیل قرار گرفتن در معرض ویروس نیاز به محافظت بیشتری دارند، بهره برد.^۳

بنا بر بررسی این چهار حوزه فناوری فضایی می‌توان اذعان نمود که اگرچه این چهار حوزه فناوری مستقل ظاهر می‌شوند، اما ارتباط غیرقابل انکاری بین آن‌ها وجود دارد و این حوزه‌ها براساس کاربرد ایجاد می‌شوند. یک ماهواره ممکن است به چندین نوع فناوری مختلف فضایی مجهز باشد و بنابراین می‌تواند بیش از یک عملکرد را داشته باشد. برای مثال می‌توان به فناوری‌های فضایی در حوزه سنجش‌ازدور و سیستم ناوبری ماهواره‌ای جهانی اشاره کرد که از ماهواره برای ثبت اطلاعات روی سطح زمین با تولید تصاویر استفاده می‌کنند؛ بنابراین، سیستم ناوبری ماهواره‌ای جهانی می‌تواند عملکرد یک جسم فضایی را برای انجام سنجش‌ازدور انجام دهد. البته باید توجه داشت که بین چهار حوزه فناوری‌های فضایی همچنان تفاوت عملکرد و کاربرد وجود دارد. مثلاً سیستم ناوبری ماهواره‌ای جهانی برای حفظ پخش سیگنال ثابت از چندین ماهواره تشکیل شده است، در حالی که در سنجش‌ازدور استفاده از یک ماهواره امری معمول است یا در زمانی که سیستم ناوبری ماهواره‌ای جهانی قادر است اجسام متحرک را ردیابی کند، ماهواره‌های سنجش‌ازدور بر جمع‌آوری داده‌ها برای بازتولید آنچه که در یک مکان خاص و در یک زمان خاص اتفاق می‌افتد، تمرکز پیدا می‌کنند.

¹. Good, A. NASA Develops COVID19 Prototype Ventilator in 37 Days, NASA, (2020) available at: <https://www.nasa.gov/feature/jpl/nasa-develops-covid-19-prototypeventilator-in-37-days> (last visited on 29 April 2021).

². de Naray, A. Space Companies Alter Course to Boost Ventilator Production in Fight Against COVID19, Space Foundation News (2020) available at: <https://www.spacefoundation.org/2020/04/22/space-companies-altercourse-to-boost-ventilatorproduction-in-fight-against-covid-19/> (last visited on 7 May 2022).

³. Porter, J. Tesla previews ventilator powered by Model 3 tech, The Verge, (2020) available at: <https://www.theverge.com/2020/4/6/21209370/tesla-ventilator/>

۲. نقش حقوق بین‌الملل فضایی در استفاده از فناوری‌های فضایی

در این بخش به برخی اصول حقوقی و نظام نهادهای حقوقی پرداخته می‌شود که قابلیت حقوق فضا را در استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با بیماری‌های همه‌گیر نشان می‌دهد. در این راستا همچنین به اقدامات نهادهای بین‌المللی مخصوصاً کوپوس اشاره می‌شود که از ظرفیت‌های حقوقی و اجرایی خود به‌منظور جمع‌آوری، پردازش و توزیع عادلانه داده‌ها و اطلاعات فضایی و توزیع آن‌ها بین کشورها بهره برد تا نقش مؤثری در مقابله با بیمارهای واگیردار به طور خاص کووید ۱۹ ایفا نماید.

۲.۱. اسناد بین‌المللی فضایی

اسناد حقوقی اصلی سازمان ملل در رابطه با فضا شامل پنج معاهده بین‌المللی، یعنی معاهده فضای ماورای جو ۱۹۶۷، موافقت‌نامه نجات فضاورد و بازگشت فضاپیما ۱۹۶۸، کنوانسیون مسئولیت ۱۹۷۲، کنوانسیون ثبت اشیا فضایی ۱۹۷۴ و موافقت‌نامه ماه ۱۹۷۸ است. این معاهدات به‌عنوان بیانگر قواعد اساسی فعالیت‌های فضایی در نظر گرفته می‌شوند و شامل اصول اصلی در راهنمایی کشورها برای در استفاده و کاوش در فضا تدوین شده‌اند. علاوه بر این معاهدات به‌عنوان حقوق سخت، تعدادی از قطعنامه‌ها و دستورالعمل‌های ملل متحد غیر الزام‌آور تحت حقوق نرم وجود دارند که تأثیر در ارائه خدمات فضایی بین کشورها و توسعه همکاری بین‌المللی دارند. هیچ یک از معاهدات و سایر اسناد حقوقی مرتبط با فعالیت‌های فضایی حاوی مفاد خاص و صریحی در مورد استفاده از فناوری فضایی برای مقابله با موارد همه‌گیری، بلایای طبیعی نیستند. دغدغه اصلی در زمان تهیه پیش‌نویس این مقررات بین‌المللی فضایی، بیشتر ایجاد رژیم حقوقی به‌منظور اطمینان از استفاده صلح‌آمیز و اکتشاف از فضای ماورای جو و جلوگیری از تبدیل شدن به یک صحنه جنگ بین دو ابرقدرت آن زمان، یعنی آمریکا و اتحادیه جماهیر شوروی سابق، بود. با این حال، می‌توان از برخی اصول مندرج در اسناد بین‌المللی همچون معاهده ۱۹۶۷ و اعلامیه اصول مربوط به سنجش‌ازدور زمین از فضا نظیر اصل «به سود و نفع همه کشورها» و یا «همکاری‌های بین‌المللی» و... توزیع عادلانه داده‌ها و اطلاعات فضایی میان کشورها، استنباط نمود که بستر لازم حقوقی برای استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با بیماری‌های همه‌گیر و بلایای طبیعی و از جمله کووید ۱۹ وجود دارد.

۱. از برخی مقررات معاهده فضای ماورای جو ۱۹۶۷ و همچنین برخی اسناد دیگر حقوق فضا به طور غیرمستقیم به‌منظور تسهیل استفاده از فناوری فضایی به‌منظور پشتیبانی از فرایند بهداشت و سلامت برای عبور از بیماری‌های واگیردار می‌توان استفاده نمود. ماده اول معاهده فضای ماورای جو مقرر می‌دارد: «کاوش و بهره‌برداری از فضای ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی، باید برای منفعت و سود همه کشورها، صرف‌نظر از میزان توسعه‌یافتگی اقتصادی یا علمی آنان انجام شود، و باید قلمرو کل بشریت باشد. فضای ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی، باید برای کاوش و بهره‌برداری تمامی دولت‌ها، بدون هیچ‌گونه تبعیض و بر اساس اصل برابری و مطابق با حقوق بین‌الملل، آزاد باشد و دسترسی آزاد به همه بخش‌های اجرام آسمانی وجود داشته باشد. آزادی تحقیقات علمی در فضای ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی، باید وجود داشته باشد و همه دولت‌ها باید همکاری بین‌المللی در چنین تحقیقاتی را تسهیل و تشویق نمایند.»

به‌طور کلی از مفاد ماده ۱ معاهده فضای ماورای جو استنباط می‌شود که فعالیت‌های فضایی باید اثرات مثبتی برای همه کشورها داشته باشند و وظیفه اخلاقی و تا حدودی قانونی دولت‌ها در استفاده و بهره‌برداری از فضای ماورای جو و توسعه

فعالیت‌های فضایی باید در راستای کمک و حمایت از کشورهای کمتر توسعه‌یافته باشد؛ لذا استفاده از فناوری فضایی برای مقابله با کووید ۱۹ می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. معاهده فضاى ماورای جو در موارد متعددی، از کشورهای عضو درخواست همکاری و کمک به یکدیگر را دارد و همکاری بین‌المللی را در زمینه اکتشاف و استفاده از فضا بین کشورهای متعهد تشویق می‌کند که می‌تواند به‌عنوان تشویقی برای مبارزه با بیماری‌های همه‌گیر با کمک فناوری فضایی تلقی شود.

همچنین در راستای مقابله با خطرات و پیامدهای بیماری‌های همه‌گیر نظیر کووید ۱۹، هماهنگی و همکاری بین‌المللی از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. در این ارتباط می‌توان به طور خاص به ماده ۹ معاهده فضاى ماورای جو اشاره نمود. ماده ۹ مقرر می‌دارد: «اصل همکاری و کمک متقابل، باید دول عضو معاهده را در کاوش و بهره‌برداری از فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی رهنمون سازد و باید همه فعالیت‌های خود را در فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی با توجه ویژه به منافع سایر دول عضو معاهده به انجام رسانند. دول عضو معاهده، باید به‌گونه‌ای به مطالعه فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی و همچنین کاوش در آن بپردازند که از آلودگی مضر و همچنین تغییرات نامطلوب در محیط‌زیست زمین که در نتیجه انجام فعالیت‌های فرازمینی به وجود می‌آید، جلوگیری نمایند و هر زمانی که ضرورت ایجاد گردید، باید اقداماتی متناسب را برای این منظور اتخاذ نمایند. هرگاه یک دولت عضو معاهده به این باور می‌رسد که فعالیت یا آزمایشی که توسط خود آن دولت یا اتباع آن در فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی برنامه‌ریزی شده است، موجب ایجاد تداخل زیان‌بار بالقوه‌ای در فعالیت‌های سایر دول که به کاوش و بهره‌برداری از فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی مشغول‌اند، می‌گردد، قبل از انجام دادن چنین فعالیت یا آزمایشی، باید از مشاوره‌های متناسب بین‌المللی بهره‌گیرد. هرگاه یک دولت عضو معاهده که بنا بر دلایلی اعتقاد دارد که فعالیت یا آزمایشی در فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی که توسط دولتی دیگر برنامه‌ریزی شده است، موجب ایجاد تداخل زیان‌بار بالقوه‌ای در فعالیت‌های صلح‌آمیز کاوش و بهره‌برداری از فضاى ماورای جو، شامل ماه و سایر اجرام آسمانی می‌گردد، می‌تواند در خصوص آن فعالیت یا آزمایش درخواست مشاوره نماید.»

۲. یکی از قطعنامه‌های فضایی سازمان ملل متحد که می‌تواند برای مقابله با بیمارهای همه‌گیر مثل کووید ۱۹ مرتبط باشد، قطعنامه ۴۱/۶۵ تحت عنوان «اعلامیه اصول مربوط به سنجش‌ازدور زمین از فضا» است^۱ که مشاهده زمین را مورد توجه قرار می‌دهد. اصل اول این قطعنامه، «سنجش از دور» را به‌عنوان سنجش سطح زمین از فضا باهدف بهبود مدیریت منابع طبیعی، استفاده از زمین و حفاظت از محیط‌زیست تعریف می‌کند،^۲ از این‌رو مفاد این قطعنامه مستقیماً برای استفاده از اطلاعات مشاهده زمین برای مبارزه با یک بیماری همه‌گیر قابل‌استفاده است. لکن می‌توان با تفسیر موسع از این اصول اعمال سنجش‌ازدور را برای اهداف بهداشت جهانی نیز مورد نظر قرارداد. می‌توان بر این باور بود که اصول فوق در حال حاضر محدود و منحصر به مباحث مندرج در اصل اول نیستند، زیرا به‌عنوان مثال اصل ۱۰ قطعنامه بیان می‌دارد که «سنجش از دور باید باعث محافظت از محیط طبیعی زمین شود» و در اصل ۱۱ نیز آمده است که «سنجش از دور باید از بشر در برابر بلایای طبیعی محافظت کند». از این نظر، واقعاً می‌توان این اصول را در زمینه‌های

^۱. A/RES/41/65 (3 Dec. 1986), available at: https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/resolutions/1986/gen_eral_assembly_41st_session/res_4165.html (last visited on 19 May 2022).

^۲. محمودی، سید هادی، *تصویر برداری ماهواره‌ای در حقوق بین‌الملل*، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۰۷.

پدیدار شده در آینده مانند مبارزه با یک بیماری همه‌گیر، مانند کووید ۱۹ اعمال کرد.^۱

۳. اعلامیه دیگر سازمان ملل در حوزه فضایی که باید ذکر شود، مربوط به «اعلامیه اصول مربوط به همکاری بین‌المللی دولت‌ها در زمینه کاوش و بهره‌برداری از فضای ماورای جو با در نظر گرفتن منافع مشترک بشریت با بذل توجه ویژه به منافع کشورهای کمتر توسعه‌یافته ۱۹۹۶» است.^۲ این اعلامیه اصول و دستورالعمل‌هایی را برای دولت‌ها در مورد نحوه همکاری‌های بین‌المللی ارائه می‌دهد که در بند دوم خود تصریح می‌کند شرایط قراردادی در این‌گونه همکاری‌ها باید منصفانه و معقول باشد و مطابقت کامل با حقوق و منافع مشروع طرفین مربوطه، مثلاً با حقوق مالکیت معنوی داشته باشد. این اعلامیه همچنین در ادامه بیان می‌دارد که به‌ویژه کشورهایی با توانایی‌های فضایی مربوطه باید در ارتقا و تقویت همکاری‌های بین‌المللی بر مبنای عدالت و قابل قبول و متقابل باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، با تفسیر موسع می‌توان این بیانیه را به نفع توسعه همکاری میان کشورها در ارائه خدمات حاصل از فناوری فضایی در مقابله با بیماری‌های واگیردار و بالاخص کووید ۱۹ توجیه نمود.

۲.۲. اقدامات بین‌المللی فضایی

در کنار اصول و مبانی حقوق فضایی موجود حاکم بر استفاده از فناوری فضایی برای مقابله با بیماری‌های واگیردار و از جمله کووید ۱۹، نظام مقرراتی بین‌المللی فضایی راهکارهایی به منظور نظام‌دهی و تسهیل‌گیری استفاده از فناوری‌های فضایی برای ارائه خدمات مختلف و از جمله مقابله با کووید ۱۹ تبیین نموده است. از آنجا که انتقال و پیوستن کووید ۱۹ به کشورهایی با سیستم بهداشتی ضعیف به نسبت کشورهای توسعه‌یافته زیادتر است، نقش سازمان ملل به‌طور کلی در مقابله با کووید ۱۹ از اهمیت بیشتری برخوردار شد. سازمان ملل متحد در کنار اقدامات بهداشتی^۳ و کمک‌های دیگر در حوزه حمل‌ونقل، آموزش، و کمک‌های مالی^۴ نگاهی نیز به ارائه این خدمات از طریق بخش فضایی نیز داشته است که یا توسط خود یا توسط نهادی زیرمجموعه خود مثل دفتر فضایی ملل متحد و یا کوپوس اقدامات خاصی در خصوص ارتقای بهداشت جهانی و مقابله با بیماری‌های واگیردار نظیر کووید ۱۹ انجام داده‌اند که در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. سومین کنفرانس سازمان ملل (یون اسپیس ۳ / UN SPACE III)^۵ در سال در وین اتریش ۱۹۹۹، در مورد اکتشاف و استفاده صلح‌آمیز از فضای ماورای جو برگزار شد و در پایان اعلامیه تصویب شده که به «اعلامیه وین» مشهور است. اعلامیه مشتمل بر سی‌وسه توصیه به‌عنوان عناصر استراتژیک برای توجه و رفع چالش‌های جدید در فعالیت‌های فضایی ماورای جو است.^۶ توصیه‌های اصلی مندرج در اعلامیه وین و برنامه اقدام شامل اجرای یک سیستم جهانی برای مدیریت کاهش میزان بلایای طبیعی و کمک‌های امدادی و پیشگیرانه از طریق فعالیت‌های فضایی است. در بند یک اعلامیه استفاده از کاربردهای فضایی برای امنیت، توسعه و رفاه بشر همراه با ایجاد یک هسته استراتژیک برای حل چنین

^۱ A. Ito, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing (Nijhoff 2011) and M. Williams, The UN Principles on Remote Sensing Today, Proceedings of the Forty-Eighth Colloquium on the Law of Outer Space, 2005, pp 2-9.

^۲ A/RES/51/122 (13 Dec. 1996), available at:

https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/resolutions/1996/general_assembly_51st_session/ares_51122.html (last visited on 19 May 2022).

^۳ 'COVID-19: Major Airlift Operation, Part of Wider UN Supply Chain Effort, Reaches 'Most Vulnerable' African Nations, (2020) available at:

<https://news.un.org/en/story/2020/04/1061662> (last visited on 19 May 2022).

^۴ COVID-19 Response Information from the UN System,

<https://www.un.org/en/coronavirus/information-un-system> (last visited on 8 May 2022).

^۵ Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space, (2020) available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/about-us/history/unispace.html> (last visited on 8 May 2022).

^۶ Space Millennium: Vienna Declaration on Space and Human Development, (2020) available at: <https://www.unoosa.org/pdf/reports/unispace/viennadeclE.pdf> (last visited on May 2022).

چالش‌های جدید جهانی تأکید شده است. این بند مقرر می‌دارد که اقدامات لازم برای «بهبود خدمات سلامت و بهداشت عمومی» از طریق گسترش و هماهنگی خدمات فضاپایه برای پزشکی از راه دور و کنترل بیماری‌های عفونی باید انجام شود. این اولین شاخص واقعی برای اهمیت‌دادن به استفاده از فناوری فضایی برای مبارزه با بیماری همه‌گیری و توسعه بهداشت عمومی تلقی می‌گردد که بستر اولیه و اصلی ارائه خدمات بهداشتی برای مقابله با کووید ۱۹ شناخته می‌گردد.

۲. کوپوس در سال ۲۰۱۶، هفت «اولویت موضوعی» برای کمیته «یون اسپیس ۵۰+» را، در بزرگداشت پنجاهمین سالگرد یون آی اسپیس (UNISPACE+50)، در سال ۲۰۱۸ پذیرفت. اولویت موضوع در این اجلاس «تقویت همکاری فضایی برای سلامت و بهداشت جهانی» بود که اهداف آن به‌طور خلاصه بهبود و تقویت استفاده از فناوری‌های فضایی و اطلاعات و سیستم‌های فضاپایه در حوزه بهداشت جهانی، ارتقای همکاری و اشتراک بیشتر اطلاعات در موارد اضطراری، همه‌گیری و حوادث هشداردهنده اولیه و همچنین پارامترهای زیست‌محیطی، ارتقای قابلیت جمع‌آوری و ادغام اطلاعات بهداشتی در برنامه‌های مدیریت بلایا، تقویت ظرفیت‌سازی در پیشرفت فناوری‌های فضایی در اقدامات جهانی بهداشت، و نهایتاً شناسایی مکانیسم‌های حکمرانی و همکاری برای حمایت از این اهداف برشمرده شده است. کمیته فرعی علمی و فنی کوپوس (STSC) بنا بر مراتب فوق مکانیزمی تحت عنوان گروه متخصص در زمینه فضایی و سلامت جهانی تحت نظارت خود انتخاب نمود که اساساً توسط دفتر امور فضایی سازمان ملل متحد (UNOOSA) پشتیبانی و حمایت می‌شود.^۱

۳. هنگامی که سازمان ملل متحد «دستور کار سند ۲۰۳۰ برای توسعه پایدار (SPACE4SDGS)» را تصویب کرد تا بر بسیاری از چالش‌های اجتماعی برای ارتقای توسعه انسانی غلبه کند، سند توسعه پایدار اهداف و نشانه‌های مرتبط را شناسایی کرد. ملل متحد تصریح نمود که مشاهده زمین و ناوبری ماهواره‌ای می‌تواند تا حدودی در دستیابی به این اهداف کمک کند. در واقع فناوری‌های فضاپایه و ارائه خدمات فضایی می‌توانند اهداف را در بخش بسیار گسترده پشتیبانی کنند.^۲ در خصوص حمایت برای مقابله با بیماری‌های همه‌گیر و بالاخص کووید ۱۹، مفید است که به هدف شماره ۳ این سند، یعنی سلامتی و تندرستی، توجه گردد. این هدف شماره ۳ به دنبال تضمین بهداشت و سلامتی و رفاه برای همه انسان‌ها در هر مرحله از زندگی است. فناوری‌های فضایی به‌وضوح در طیف وسیعی از برنامه‌های بهداشتی برای مبارزه با کووید ۱۹، مساعد هستند. در این راستا می‌توان به همه‌گیری‌شناسی بیماری با استفاده از تجزیه و تحلیل داده‌ها و اطلاعات مکانی برای شناسایی عوامل زیست‌محیطی، محیطی و سایر عواملی اشاره نمود که در بررسی گسترش بیماری‌های واگیر و همه‌گیر از طریق ویروس‌ها و در تعیین و تعریف مناطقی که به برنامه‌ریزی کنترل بیماری نیاز دارند و مراقبت‌های بهداشتی از راه دور ضروری است.

۴. دفتر فضایی سازمان ملل متحد در مارس ۲۰۲۰، یک صفحه مرورگر برای پاسخ به شرایط اضطراری کووید ۱۹ در صفحه پورتال دانشی یو ان اسپایدر^۳ ایجاد کرد. یو ان اسپایدر یک «پورتال دانشی» است که در سال ۲۰۰۶ توسط مجمع عمومی ملل متحد به‌عنوان برنامه دفتر فضایی ملل متحد تأسیس شد^۴ و در بیان مأموریتش آمده است که «حصول اطمینان از این که همه کشورهای به همه انواع اطلاعات فضاپایه برای حمایت از چرخه کامل مدیریت بلایا دسترسی داشته و توانایی استفاده از آن‌ها را دارند.» هدف اخیر اقدام یو ان اسپایدر «تسهیل در کشف نمونه‌هایی از کمک‌ها با نگاه به

1. As contained in the Report of the Scientific and Technical Subcommittee on its fifty-second session, A/AC.105/1088, annex I, para. 7, available (2015) at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/stsc/2015/index.html/>

2. M. Simpson, Links Between Space Resources Development and the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs), Symposium on Legal Aspects of Space Resource Utilization, Leiden University (2016), available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/space4sdgs/index.html/>

3. UN-SPIDER

4. A/RES/61/110 of 14 Dec. 2006. available at: <http://www.un-spider.org/>

استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با کووید ۱۹ بود که توسط نهادهای دولتی آژانس‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای، دانشگاهی، جامعه ملی کشورها و بخش خصوصی منتشر شد.^۱ دفتر فضایی ملل متحد همچنین در ۱۴ مه ۲۰۲۰، میزبان متخصصانی تحت عنوان «فضا برای تأمین سلامت»^۲ بود. در این نشست مطرح شد که چگونه کاربردهای فضایی می‌توانند ظرفیت همه کشورهای، به ویژه کشورهای در حال توسعه را برای هشدار سریع، کاهش خطر و مدیریت بیماری‌های همه‌گیر و سایر خطرات بهداشتی، با توجه ویژه به بیماری همه‌گیر فعلی یعنی کووید ۱۹ تقویت کنند. اهداف این نشست افزایش آگاهی در مورد برنامه‌های موجود فضایی برای سلامتی بهتر و بهترین روش‌ها؛ کشف نقش فضا در مدیریت حوادث، به ویژه برای کاهش تأثیرات بهداشتی بلایا؛ ایجاد هم‌افزایی در میان ابتکارات و اقدامات موجود و ارتقای شبکه و همکاری‌های جهانی در مورد فضا برای سلامتی است.^۳

۵. استفاده از فناوری فضایی به‌طور کلی و اطلاعات مشاهده زمین به‌طور خاص در برابر بحران‌های بهداشتی، برای جامعه جهانی، از جمله محافظت از بهداشت عمومی نقش مهمی دارند. گروه مشاهده زمین از فعالیت دولت‌ها و سازمان‌های تخصصی برای رصد زمین حمایت می‌کند.^۴ گروه مشاهده زمین یک مشارکت بین‌دولتی است که با حضور بیش از صد دولت و نهاد غیردولتی تشکیل می‌شود و با هدف «چشم‌اندازی بر آینده دارد که تصمیمات و اقدامات به نفع بشریت، مشاهدات هماهنگ شده جامع و پایدار زمین اطلاع‌رسانی شود». گروه مشاهده زمین درگیر موضوعات اولویت‌داری می‌شود که شامل اهداف توسعه پایدار سازمان ملل متحد است. این گروه نقش اساسی در تصمیم‌گیری‌های اهداف توسعه پایدار در ارتباط با «نظارت بر بهداشت و سلامت عمومی» دارد. او هشدارهای بهداشت عمومی در مورد کیفیت هوا، شیوع بیماری و ارزیابی دسترسی به امکانات سلامت و بهداشت با مشاهدات زمین و با کمک به دستیابی به هدف شماره ۳ توسعه پایدار (بهداشت و تندرستی) را فراهم می‌کند. در این زمینه گروه در پی درخواست ارائه نتایج حاصله از مشاهده زمین در حمایت و پشتیبانی از کنترل، بهبود و جبران و یا پاسخ‌دهی به کووید ۱۹، با هدف به اشتراک گذاشتن این اطلاعات همکاری نمود.^۵ تصاویر مشاهده زمین که برای رصد مستقیم مناطق در سراسر جهان مورد استفاده قرار می‌گرفت، در مراحل ابتدایی شیوع کووید ۱۹، توانست تأثیر شیوع این بیماری را نیز در سرتاسر مناطق مختلف جهان نمایان سازد. خدمات سیستم‌های ماهواره‌ای ناوبری جهانی و مأموریت مشاهده زمین با بودجه عمومی و با در نظر گرفتن فواید و منافع برنامه‌های فضایی، امکان دسترسی به مجموعه داده‌ها و خدمات آن‌ها را تا حد زیادی رایگان و مجانی فراهم می‌کند.^۶ آن‌ها مجموعه‌ای از اصول و قواعد برای تسهیم داده‌ها پیشنهاد می‌کنند که شامل مبادله آزاد داده‌ها با حداقل هزینه نیز می‌شود.^۷

۳. مسائل حقوقی و پیشنهادها

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، مزایا و منافع حاصله از فناوری‌های فضایی در ارائه اطلاعات در زمان بحران‌های بهداشت جهانی به‌طور خاص مقابله با بیماری کووید ۱۹ کاملاً مشهود است. قابلیت‌های فناوری‌های فضایی نظیر ماهواره‌ها امکان جمع‌آوری اطلاعات و داده‌های زیادی را درباره موقعیت‌های مکانی و جمعیتی و همچنین مکان استقرار و حرکت آن‌ها

^۱ <http://www.un-spider.org/advisory-support/emergency-support/covid-19> (last visited on 19 May 2022).

^۲ SPACE4HEALTH

^۳ <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/space4health/2020/summary.html> (accessed 19 May 2020).

^۴ <https://www.earthobservations.org/geoss.php> (last visited on 5 June 2022).

^۵ See, http://www.earthobservations.org/geo_blog_obs.php?id=421 (last visited on 19 May 2022).

^۶ L. J. Smith, C. Doldirina, Remote sensing: A Case for Moving Space Data Towards the Public Good, 37 Space Pol'y 162-170 (2016), p 167.

^۷ Group on Earth Observations, GEO Data Sharing Principles Implementation, https://www.earthobservations.org/geoss_dsp.shtml (last visited on 5 June 2022).

ارائه می‌دهد که برای مطالعه و ایجاد محدودیت‌های لازم در جلوگیری از شیوع ویروس‌های واگیردار، چه در مراحل اولیه و چه در مراحل بعدی آن، امری حیاتی است. بحران کووید ۱۹ اولین موردی بوده که از فناوری فضایی برای مقابله با بیماری واگیردار در مقیاس وسیع و گسترده استفاده شد. چالش‌های حقوقی استفاده از فناوری فضایی و به طور خاص کسب داده‌ها و اطلاعات مرتبط با کووید ۱۹ و داده‌کاوی آن‌ها با دسترسی آزاد برای همه کشورهای و استفاده همه مردم از آن‌ها مخصوصاً کشورهای در حال توسعه و همچنین پیامدهای کسب این اطلاعات و تأثیر آن بر حریم خصوصی افراد است که در زیر به آن پرداخته می‌شود.

۳.۱. دسترسی آزاد به داده‌ها و اطلاعات فضایی

بر مبنای مفاد معاهده فضای ماورای جو ۱۹۶۷ و اعلامیه اصول سنجش‌ازدور سازمان ملل آزادی اکتشاف و استفاده از فضای ماورای جو را که اصل قلمرو کل بشریت را ارائه داده است، از کشورها می‌خواهد که منافع حاصله از فعالیت‌هایی که در فضای ماورای جو به دست می‌آورند، بین خود تسهیم نمایند.^۱ معاهده فضای ماورای جو تعریف خاصی از اصطلاح «قلمرو همه بشریت» ارائه نداده است.^۲ اعلامیه اصول سنجش‌ازدور سازمان ملل متحد نیز اگرچه برخی از راهنمایی‌ها را در مورد دسترسی و توزیع داده‌های سنجش‌ازدور، از جمله تصاویر رصد زمین را ارائه می‌دهد و همانند معاهده فضای ماورای جو، از کشورها می‌خواهد که فعالیت‌های سنجش‌ازدور را به نفع همه کشورهای انجام دهند و در ایجاد و ارائه امکانات جمع‌آوری، ذخیره‌سازی و پردازش داده‌ها، به‌ویژه برای افزایش مزایای حاصله از فعالیت‌های سنجش‌ازدور، همکاری کنند. لکن این اسناد بین‌المللی در ایجاد یک مکانیزم و نظارت بین‌المللی در فراهم کردن دسترسی آزاد ناکام بوده‌اند. اصول سنجش‌ازدور یک استاندارد کلی برای دسترسی آزاد به داده‌های سنجش‌ازدور ایجاد می‌کند، لکن تعریف آن‌ها از اصطلاح اخیر محدود به فعالیت‌های انجام‌شده برای حفاظت از محیط‌زیست و بهبود مدیریت منابع طبیعی و استفاده از زمین است و اهداف دیگر مانند بهداشت عمومی خارج از محدوده اعلامیه اصول فعالیت‌های سنجش‌ازدور خارج است و در نتیجه، حقوق بین‌الملل فضایی صریحاً زمینه‌ای برای دسترسی آزاد به داده‌های رصد زمین و سایر حقوق و تعهدات مربوط به دسترسی و انتشار داده‌ها ایجاد نمی‌کند.

در حال حاضر، بخش بزرگی از تصاویر ماهواره‌ای که در برنامه‌ها و تجزیه و تحلیل‌ها در مقابله با شیوع کووید ۱۹ عملاً استفاده می‌شوند، توسط شرکت‌های تجاری مشاهده زمین ارائه می‌شوند که سیاست‌های مختلف در قیمت‌گذاری و شرایط دسترسی را به داده‌های رصد زمین برای اهداف مختلف و از جمله داده‌های مربوط به بهداشت عمومی اعمال می‌کنند. دولت‌های سنجشگر در به اشتراک‌گذاری داده‌ها برای استفاده غیر موارد اضطراری، تنها بر طبق اصولی، با شرایط مقرون‌به‌صرفه بودن و البته با اخذ هزینه‌های مربوطه دسترسی به داده‌ها و اطلاعات سنجش‌ازدور را، از جمله داده‌های خام، پردازش شده و تجزیه و تحلیل شده را به دولت سنجش شده فراهم می‌کنند. در حقیقت مقررات مندرج در اعلامیه اصول سنجش‌ازدور سازمان ملل متحد لازم‌الاجرا نیستند و هیچ تعهدی برای به اشتراک‌گذاری داده‌ها و اطلاعات به دست‌آمده برای دولت‌ها ایجاد نمی‌کنند، چه رسد به این که دولت‌ها و یا بخش خصوصی آن‌ها را رایگان توزیع کنند؛ لذا فقط برای دسترسی بدون تبعیض در صورت درخواست و شرایط پرداخت هزینه‌های مناسب برای سنجشگر الزامی

¹ F. Tronchetti, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing, in *Handbook of space law* 525–541 (F. von der Dunk & F. Tronchetti eds, Edward Elgar Publishing 2015), p 107.

² S. Gorove, "Earth Resources Satellites and International Law", 1(1) J. Space L. 80–85 (1973), p 83.

شده است.^۱ در حال حاضر، دسترسی آزاد و رایگان به داده‌های رصد زمین فقط برای مأموریت‌های رصد زمین با بودجه عمومی و دولتی فراهم می‌شود که عمدتاً به‌عنوان ابزاری برای توجیه سرمایه‌گذاری اولیه عمومی و لزوماً بر اساس حقوق بین‌المللی فضایی نیست.^۲ بنا بر مراتب فوق، به نظر مطلوب است کپی‌رایت یا نهادی مشابه، با دستور کار قراردادن موضوع دسترسی آزاد و رایگان به داده‌های فضایی برای موضوعاتی نظیر توسعه بهداشت عمومی در صدد ارائه مکانیزمی حقوقی در چارچوب قطعنامه و در صورت امکان به‌عنوان یک سند الزام‌آور بین‌المللی برآید.

۳.۲. حفاظت از داده‌های شخصی و حریم خصوصی

اگرچه برای مبارزه با بحران‌های بهداشت جهانی استفاده از فناوری‌های ضروری به نظر می‌رسد، لکن استفاده بی‌حد و حصر از آن‌ها ممکن است منجر به نقض حریم خصوصی افراد جامعه شود. همان‌طور که به داده‌های فضایی نقش مهمی در نظارت و مدیریت بیماری همه‌گیر فعلی، یعنی جمع‌آوری سریع و انتشار اطلاعات قابل اعتماد می‌دهند، امکان مداخله در زندگی خصوصی مردم را نیز افزایش می‌دهند؛ به‌ویژه در مناطقی که از فناوری فضایی برای کنترل حرکت هر فرد استفاده می‌شود. ویژگی‌های مشترک حقوق مربوط به حریم خصوصی به اخذ رضایت افراد برای پردازش اطلاعات و داده‌های مربوط به آن‌ها بر می‌گردد و لذا استفاده از آن‌ها برای اهداف از پیش تعریف‌شده و انتقال آن داده‌ها به دیگران در شرایط خاص از نظر موضوعی از جمله مشکلات حقوقی است که پدیدار می‌شود.^۳

پذیرفته شده است که در موارد استثنا استفاده از داده‌های شخصی توسط دولت‌ها و به دلایل تأمین منافع و امنیت عمومی در اغلب قوانین بدون لحاظ اخذ رضایت پیش‌بینی شده است. لکن مسئله حدود استفاده از داده‌های مربوط به اماکن و استقرار افراد توسط دولت‌ها و نقض حریم خصوصی اشخاص است. در مرحله واکنش به روند بهبود بیماری‌های همه‌گیر مثل کووید ۱۹، ردیابی تماس و نظارت بر حرکت و جابه‌جا شدن بیمار به‌عنوان ابزار اصلی مشخص شده است. هر دو روش متکی بر کسب مداوم و پیوسته اطلاعات مکان‌یابی جغرافیایی در زمان واقعی است، بنابراین عمدتاً به اطلاعات مکانی ذخیره‌شده در دستگاه‌ها و سیستم‌های ارتباطی، در درجه اول به تلفن‌های هوشمند مربوط می‌شوند. در مواردی که استفاده از چنین برنامه‌هایی اجباری باشد، الزام به اخذ رضایت قابل تصور نیست.^۴ دولت‌ها به‌غیر از برنامه‌های ردیابی و مشاهده، همچنین می‌توانند از روش‌های دیگری برای دسترسی به داده‌های مکانی استفاده کنند، چنانچه می‌توانند از شرکت‌های مخابراتی یا اشخاص دیگر درخواست نمایند که به داده‌های موقعیت مکانی دستگاه‌های شخصی دسترسی دارند. این رفتار و عملکرد دولت‌ها نیز بدون الزام به اخذ رضایت‌نامه از افراد انجام می‌شود و ممکن است با شرایط فوق‌العاده برای استفاده از داده‌های شخصی مردم، مثل این که برای اهداف بهداشت عمومی استفاده شوند، توجیه‌پذیر باشند.^۵ لکن موضوع حریم خصوصی همچنان بدون راه‌حل باقی مانده است.

باید توجه داشت که فناوری فضایی فقط جمع‌آوری داده‌های شخصی را امکان‌پذیر می‌کند و توجهی به عملکرد و استفاده

¹ A. Ito, "Improvement to the Legal Regime for the Effective Use of Satellite Remote Sensing Data for Disaster Management and Protection of the Environment", 34(1) J. Space L. 45-66 (2008), p 46.

² F. von der Dunk, "Earth Observation Data Policy in Europe – An Inventory of Legal Aspects and Legal Issues", in Earth Observation Data Policy and Europe 24-27 (R. Harris ed., Balkema 2002), p 25.

³ F. Von der Dunk, Europe and the 'Resolution Revolution': 'European' Legal Approaches to Privacy and Their Relevance for Space Remote Sensing Activities", XXXIV Annals Air & Space L. 809-844 (2009), p 822.

⁴ P. Achilleas, High-Resolution Remote Sensing Imagery and Human Rights, Proc. Int'l Inst. Space L. 234-241 (2002), p 237.

⁵ L. Rocher, J. M. Hendrickx & Y. A. de Montjoye, Estimating the Success of Re-Identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models, 10 Nature Comm. 3069 (2019), available at: <https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3/> (last visited on 5. June 2022).

بازیگران دولتی و خصوصی از آن‌ها ندارد. پاسخ به بیماری‌های واگیردار بر مبنای داده‌های خصوصی نمونه‌ای است که هدف اصلی مربوط به منافع عمومی در استفاده از داده‌ها است که می‌تواند بر حفظ حریم خصوصی و حفاظت از داده‌ها غلبه نماید.^۱ برای اینکه این اقدام دولت‌ها بر عدم رعایت اخذ رضایت افراد توجیه شود، لازم است که جمع‌آوری و استفاده از داده‌ها اولاً ضروری باشند و ثانیاً به نحو مطلوب و مناسبی از اشخاص اخذ شوند.

در مورد رعایت یا عدم رعایت حق حریم خصوصی و محافظت از اطلاعات شخصی، با استفاده از فناوری فضایی برای اهداف بهداشت عمومی می‌توان اصل تناسب را ملاک عمل قرارداد و بر مبنای یک الزام حقوقی در سطح بین‌الملل کشورها را ترغیب نمود تا از این اصل پیروی نمایند.^۲ تا آنجا که انتشار داده‌ها منبعی قابل‌دسترس از اطلاعات به موقع و قابل‌اعتماد برای مقابله با شیوع کووید ۱۹ موردنیاز باشد، ماهیت فناوری فضایی متناسب می‌تواند تعیین‌کننده باشد. علاوه بر این، حفظ سطحی از شفافیت، با اطلاع‌رسانی به کسانی که از آن‌ها اطلاعات گرفته شده است، در مورد استفاده از داده‌های موقعیت جغرافیایی و سایر اقداماتی که ممکن است با حقوق فوق‌الذکر تداخل داشته باشد، می‌تواند برخی از نگرانی‌های موجود را برطرف کند و استفاده قانونی از اطلاعات شخصی را تضمین کند.^۳

نتیجه‌گیری

معاهدات و اسناد حقوق فضایی سازمان ملل متحد اشاره خاص و مستقیم به همکاری بین‌المللی برای مهار بیماری‌های واگیردار مانند کووید ۱۹ ندارند. اما مفاد برخی مقررات در معاهده فضای ماورای جو و برخی دیگر از اسناد حقوق فضا می‌توانند به‌عنوان مبانی تجویز همکاری بین‌المللی در ارائه خدمات فضایی برای مقابله با کووید ۱۹ استفاده شوند. نهادهای بین‌المللی فضایی نظیر دفتر فضایی سازمان ملل و کوپوس مانند سایر نهادهای دولتی راهکارهای حقوقی برای تسهیل ارائه این خدمات را نشان داده‌اند. این راهکارها در حقیقت برای همکاری نهادهای بین‌المللی فضایی موجود یا ایجاد نهادهای جدید فضایی در استفاده از فناوری‌های فضایی در جهت مدیریت و کاهش اثرات جهانی و فاجعه‌بار همه‌گیری کووید ۱۹ است. با وجود مزایای بسیار زیادی که استفاده از فناوری‌های فضایی در مقابل با بیماری‌های واگیردار از جمله کووید ۱۹ وجود دارد، به علت فقدان یک رویکرد حقوقی در سطح بین‌الملل در مورد استفاده از برنامه‌های مربوط به اطلاعات و داده‌های فضایی برای پاسخگویی به مشکلات جهانی، برخی نگرانی‌های حقوقی نمایان شده است.

اگرچه اصولی همچون همکاری و معاضدت بین کشورها در سطح بین‌الملل و همچنین به نفع و سود همه بشریت و در دسترس قراردادن اطلاعات و داده‌های فضایی به همه کشورها از جمله اصولی‌اند که راه را برای ارائه این خدمات فضایی در سطح بین‌الملل هموار می‌سازند، در شرایط حاضر تنها برخی کشورهای صنعتی صاحب فناوری‌های نوین فضایی هستند و دیگر کشورها هنوز به شرایط و توانایی‌های علمی و فنی لازم نرسیده‌اند که خود مستقلاً در ساخت و بهره‌برداری از این فناوری اقدام کنند. دولت‌های صاحب فناوری الزامی به ارائه داده‌ها ندارند و این مانع دسترسی همه به این اطلاعات می‌گردد. دولت‌ها در سطح بین‌الملل نیازمند همکاری جدی و الزامی با دیگر کشورها و بالاخص کشورهای توسعه‌یافته در ارائه خدمات بهداشتی با فناوری‌های فضایی نوین هستند. نهادهای بین‌المللی در حقیقت نقش راهبری توسعه

¹. O. Nyren, M. Stenbeck & H. Grönberg, The European Parliament Proposal for the New EU General Data Protection Regulation May Severely Restrict European Epidemiological Research, 29 Eur. J. Epidemiology 227–230 (2014), available at: <https://rm.coe.int/covid19-joint-statement/16809e09f4> (last visited on 5 June 2022).

². C. Doldirina, Privacy, Earth Observations and Legal Ways to Reconcile the Two, Proc. Int'l Inst. Space L. 633–648 (2015) p 641.

³. M. Leiser, Giving Privacy a Bad Name, Leiden Law Blog (8 May 2020), available at: <https://leidenlawblog.nl/articles/giving-privacy-a-bad-name> (last visited on 5 June 2022).

همکاری‌های بین‌المللی کشورها صاحب فناوری‌های نوین فضایی و کشورهای در حال توسعه را در چارچوب حقوقی و مقرراتی به عهده دارند. این نهادهای بین‌المللی باید مکانیزم حقوقی برای نظارت بر اجرای این همکاری را به نفع همه بشریت ایجاد کنند.

همچنین استفاده از فناوری‌های فضایی برای مقابله با بیماری‌های واگیردار و به‌طور خاص کووید ۱۹ مستلزم جمع‌آوری و پردازش داده‌ها و اطلاعات از اشخاص و امکان آن‌ها است؛ لذا موضوع کسب اطلاعات و پردازش آن‌ها با موضوع حق حریم خصوصی افراد مداخله می‌کند. استفاده از اطلاعات و داده‌های ماهواره‌ای مستلزم یافتن راه‌حل حقوقی در ایجاد تعادل و توازن ظریف بین حفظ حق حریم خصوصی شهروندان و نیاز دولت‌ها برای محافظت از مردم در زمینه بهداشت لازم است. استفاده از فناوری فضایی پس از بحران بیماری‌های واگیردار مثل کووید ۱۹، نه تنها در خدمات بهداشت عمومی، بلکه در سایر اهداف عمومی، توسعه بیشتری خواهد یافت و باید پس از بحران اولیه رویکردی متعادل برای تنظیم مقررات برای حفظ حریم خصوصی افراد ایجاد گردد.

بنابراین، یک رویکرد هماهنگ برای استفاده از فناوری‌های فضایی بر مبنای حقوق و مقررات یکنواخت و صریح بین‌المللی، یعنی استفاده از آن اطلاعات و داده‌های فضایی در سطح بین‌المللی و در دسترس قرار گرفتن این اطلاعات برای همه، و رفع نگرانی در مورد سوءاستفاده‌های احتمالی از اطلاعات حاصله لازم است. تا آنجا که داده‌های فضایی بر تصمیم‌گیری‌ها تأثیرگذار خواهد بود، توجه جدی به آن و تناسب‌سازی بین حق حریم خصوص و افشای آن‌ها برای مقابله با بیماری‌های واگیردار از اهمیت برخوردار است.

منابع

کتاب

۱. محمودی، سید هادی، *تصویربرداری ماهواره‌ای در حقوق بین‌الملل*، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵.

References

Books

1. Mahmoudi, H. "A Description of the Differences between Religions, Tehran: Shahr-e Danesh Publications, 2017. (in Persian)
2. Dunk, F. von der and Tronchetti, F. *Handbook of space law*, Handbook of Space Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.
3. F. Tronchetti, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing, *Handbook of space law* 525–541 (F. von der Dunk & F. Tronchetti eds, Edward Elgar Publishing, 2015).
4. Jakhu, R. S. and Dempsey, P. S. *Routledge Handbook of Space Law*, *Routledge Handbook of Space Law*. Edited by R. S. Jakhu and P. S. Dempsey. London, New York: Routledge, 2017.
5. Rodríguez, H., Quarantelli, E. L. and Dynes, R. R. *Handbook of Disaster Management Research*. New York: Springer, 2007.

Articles

6. Achilleas P., "High-Resolution Remote Sensing Imagery and Human Rights", *Space L*, 234–241, 2002.
7. Dietrich, D. et al. 'Applications of space technologies to global health: Scoping review', *Journal of Medical Internet Research*, 20(6), 2018.
8. Doldirina C., "Privacy, Earth Observations and Legal Ways to Reconcile the Two". *Space L*. 633–648, 2015.

9. Dunk F. von der, "Earth Observation Data Policy in Europe – An Inventory of Legal Aspects and Legal Issues", *Earth Observation Data Policy and Europe* 24–27, 2002.
10. Dunk F. Von der, "Europe and the 'Resolution Revolution': 'European' Legal Approaches to Privacy and Their Relevance for Space Remote Sensing Activities", *XXXIV Annals Air & Space L.* 809–844, 2009.
11. Ford, T. E. et al. 'Using Satellite Images of Environmental Changes to Predict Infectious Disease Outbreaks', *Emerging Infectious Diseases*, 15(9), 2009.
12. Ito A., "Improvement to the Legal Regime for the Effective Use of Satellite Remote Sensing Data for Disaster Management and Protection of the Environment", 34(1) *J. Space L.* 45–66, 2008.
13. Jung Lukas C., Jane Smith Lesley, "COVID-19 and Its Impact on Space Activities: Force Majeure and Further Legal Implications", *Air and Space Law Volume 45*, Special issue, Volume 45, Special issue, 2020.
14. L. J. Smith, C. Doldirina, "Remote sensing: A Case for Moving Space Data Towards the Public Good", 37 *Space Pol'y* 162–170, 2016.
15. Masson-Zwaan T, "Combating COVID-19: The Role of Space Law and Technology", *Air and Space Law*, Volume 45, Special issue, Volume 45, Special issue, 2020.
16. S. Gorove, "Earth Resources Satellites and International Law", 1(1) *J. Space L.* 80–85, 1973.
17. Stefoudi D., "Space Data in the Fight against Pandemics: Privacy Concerns and Sharing of Benefits from the Use of Space Technology for Decision-Making", *Air and Space Law Volume 45*, Special issue, 2020.

Websites

18. 'COVID-19: Major Airlift Operation, Part of Wider UN Supply Chain Effort, Reaches 'Most Vulnerable' African Nations, (2020) <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061662>.
19. A/AC.105/1088, annex I, para. 7, (2020) available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/stsc/2015/index.html/>
20. A/RES/61/110 of 14 Dec. (2006). available at: <http://www.un-spider.org/>
21. Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space, (2020) available at: [https://www.unoosa.org/oosa/en/about us/history/unispace.html](https://www.unoosa.org/oosa/en/about%20us/history/unispace.html).
22. **COVID-19 Response Information from the UN System**, (2021) available at: <https://www.un.org/en/coronavirus/information-un-system>.
23. de Naray, A. **Space Companies Alter Course to Boost Ventilator Production in Fight Against COVID19**, Space Foundation News, available at: <https://www.spacefoundation.org/2020/04/22/space-companies-altercourse-to-boost-ventilatorproduction-in-fight-against-covid-19/> (last visited on 7 May 2022).
24. **European Global Navigation Satellite Systems Agency GNSS for Crisis**, European Global Navigation Satellite Systems Agency, (2020) available at: <https://www.gsa.europa.eu/GNSS4Crisis>.
25. Good, A. (2020) **NASA Develops COVID19 Prototype Ventilator in 37 Days**, NASA, available at: <https://www.nasa.gov/feature/jpl/nas-a-develops-covid-19-prototypeventilator-in-37-days>.
26. **Group on Earth Observations, GEO Data Sharing Principles Implementation**, (2022) available at: https://www.earthobservations.org/geoss_dsp.shtml/
27. http://www.earthobservations.org/geo_blog_obs.php?id=421/
28. [http://www.un-spider.org/advisory-support/emergency-support/covid-19 /](http://www.un-spider.org/advisory-support/emergency-support/covid-19/)
29. <https://www.earthobservations.org/geoss.php/>
30. L. Rocher, J. M. Hendrickx & Y. A. de Montjoye, **Estimating the Success of Re-Identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models**, 10 *Nature Comm.* 3069 (2019), available at: <https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3/>
31. Langton, K. **Lockdown: Which countries are in lockdown? How many people?**, Express (2020) available at: <https://www.express.co.uk/news/world/1260709/lockdown-whichcountries-are-in-lockdown-howmany-people-coronavirus-cases>.

32. M. Leiser, **Giving Privacy a Bad Name**, Leiden Law Blog (8 May 2020), available at: <https://leidenlawblog.nl/articles/giving-privacy-a-bad-name> (last visited on 5 June 2022).
33. M. Simpson, **Links Between Space Resources Development and the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**, Symposium on Legal Aspects of Space Resource Utilization, Leiden University (2016), available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/space4sdgs/index.html>.
34. O. Nyren, M. Stenbeck & H. Grönberg, **The European Parliament Proposal for the New EU General Data Protection Regulation May Severely Restrict European Epidemiological Research**, 29 Eur. J. Epidemiology 227–230 (2014), available at: <https://rm.coe.int/covid19-joint-statement/16809e09f4/>
35. Porter, J. Tesla, **previews ventilator powered by Model 3 tech**, (2020) available at: <https://www.theverge.com/2020/4/6/21209370/tesla-ventilator/>
36. Scatteia, L. and Ravichandran, A. (2020) **Leading insights on the space sector Prepared by PwC Insights from Space: Assessing Impacts of the Covid-19 Crisis**, available at: [available at: https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2020/04/en-france-pwc-covid-19-insights-from-space.pdf](https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2020/04/en-france-pwc-covid-19-insights-from-space.pdf)
37. **Space Millennium: Vienna Declaration on Space and Human Development**, available, (2020) at: <https://www.unoosa.org/pdf/reports/unispace/viennadeclE.pdf>
38. **UN High Level Forum: The Way Forward After UNISPACE+50 and on Space2030**, Bonn, (Nov. 2018) available at: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/hlf/2018/hlf-bonn.html>

*This page is intentionally
left blank.*



Legal Research
Volume 26, Issue 104, 2024

Table of Contents

The Role of Democracy in the Legitimacy, Policy-Making and Criminal Process	1
<i>Mehdi Mousazadeh Koufi, Ali Hossein N. Abrandabadi, Bagher Shamlou, Firouz Mahmoudi Janaki</i>	
Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Requirements and Restrictions of Public Trial before National Courts	21
<i>Morteza Rasteh, Hassan Ali Moazenzadegan, Peyman Dolatkah Pashaki</i>	
Bio Law V. Bio-Ethics	41
<i>Mohammad Rasekh, Fatemeh Domanloo</i>	
Analyzing the Concept of "Ensure Respect" in Common Article One of the 1949 Geneva Conventions in a Different Approach	63
<i>Seyed Hesamoddin Lesani</i>	
Legal Framework of Prudential Regulation and Liberalization of Banking Services in World Trade Organization	83
<i>Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi , Mojtaba Mohammadi</i>	
Legal Recognition of Citizenship in Iran after the Revolution: Law or Culture? Uncovering the Missing Key	101
<i>Hadi Salehi, Mohammad Ali Tavana</i>	
A Comparative Study of the Protective Principle in the Criminal Law of Iran and England in the Line of International Instruments.....	123
<i>Bahram Malekpour, Hasan Hajitabar Firoozjaei , Mohammad Nabipour</i>	
Economic Approaches to the Interpretation of Texts and Comparing them with the Isalat-al-dhuhūri and Maqāsidi Viewpoints.....	141
<i>Seyed Alireza Shokuhyan , Mojtaba Ghasemi</i>	
The Approach of German Courts towards the Sanctions with Foreign Origin in Contractual Disputes	159
<i>Saeid Baghban Kondori , Hossein Sadat Meidani</i>	
The Protection Strategies for Children in Digital Environment; A Comparative Study	177
<i>Maryam G. Bafghi , Soodabeh Rezvani</i>	
Challenges of Article 91 of the Islamic Penal Code (1392) in Judicial Procedure	195
<i>Mostafa Bagheri, Hassam Alipour , Mahdi Fazli</i>	
The South China Sea Arbitration Award and Its Confrontation with the Maximalist Approach of Coastal States to the Meaning of “Rock Islands”; a Critical Attitude.....	211
<i>Rezvan Bagherzadeh , Reza Jalili, Majid Saedi</i>	
Organized legal and Historical Confrontation of Britain against Iran (a Case Study of Three Iranian Islands in the Persian Gulf)	229
<i>Naghi Tabarsa</i>	
Legal Status of Internally Displaced Persons in International Law	247
<i>Arghavan Ghobadi Langroudi , Fatemeh Keyhanlou</i>	
The Role of International Space Law in the Use of Space Technologies to Deal with Infectious Diseases – COVID-19.....	263
<i>Hamid Kazemi</i>	

Legal Research

Volume 26, Issue 104, 2024

Scientific Journal of the Law Faculty of Shahid Beheshti University in Cooperation with Iranian Association of Comparative Law, Iranian Association of Penal law, Iranian Association of Arbitration, Iranian Association of Administrative Law



Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Owner and Publisher: Shahid Beheshti University

Director in Charge: Abbas Ghasemi Hamed

Editor-in-Chief : Ebrahim Beygzadeh

Executive Director: Asadolah Yavari

Editorial Board

Mohammad Ashouri, *Professor of Criminal Law and Criminology, Tehran University, Tehran, Iran*

Nejad Ali Almasy, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abdollah Shams, *Private Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Hossein Safaie, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Hedayatollah Falsafi, *International Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Mostafa Mohaghegh-Damad, *Islamic Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Ali Hossein Nnadjafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: *Maryam Ghanizadeh, Manzar Vahdanifar*

Layout managing: *Marzieh Barekat*

Cover Design: *Zahra Ghanizadeh*

Address: Journal of Legal Research, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Evin, Tehran, Iran

Postal Code: 1983969411

Website: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/> and Email: law.res.mag@gmail.com

Phone: +982122431681, Mobile: +98 910 145 8348, Fax: +982122431759



Legal Research

- ▶ **The Role of Democracy in the Legitimacy, Policy-Making and Criminal Process** / Mehdi MOUSAZADEH KOUFI, AliHossein N. ABRANDABADI, Bagher SHAMLOU, Firouz MAHMOUDI JANAKI
- ▶ **Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Requirements and Restrictions of Public Trial before National Courts** / Morteza RASTEH, HassanAli MOAZEN ZADEGAN, Peyman DOLATKHAH PASHAKI
- ▶ **Bio Law V. Bio-Ethics** / Mohammad RASEKH, Fatemeh DOMANLOO
- ▶ **Analyzing the Concept of "Ensure Respect" in Common Article One of the 1949 Geneva Conventions in a Different Approach** / Hesamoddin LESANI
- ▶ **Legal Framework of Prudential Regulation and Liberalization of Banking Services in World Trade Organization** / MohammadJafar GHANBARI JAHROMI, Mojtaba MOHAMMADI
- ▶ **Legal Recognition of Citizenship in Iran after the Revolution: Law or Culture? Uncovering the Missing Key** / MohammadAli TAVANA, Hadi SALEHI
- ▶ **A Comparative Study of the Protective Principle in the Criminal Law of Iran and England in the Line of International Instruments** / Bahram MALEKPOUR, Hasan HAJITABAR FIROOZ-JAEI, Mohammad NABIPOUR
- ▶ **Economic Approaches to the Interpretation of Texts and Comparing them with the Isālat-al-dhuhūri and Maqāsidi Viewpoints** / Alireza SHOKUHYAN, Mojtaba GHASEMI
- ▶ **The Approach of German Courts towards the Sanctions with Foreign Origin in Contractual Disputes** / Saeid BAGHBAN KONDORI, SeiedHossein SADAT MEIDANI
- ▶ **The Protection Strategies for Children in Digital Environment; A Comparative Study** / Maryam G. BAFGHI, Soodabeh REZVANI
- ▶ **Challenges of Article 91 of the Islamic Penal Code (1392) in Judicial Procedure** / Mostafa BAGHERI, Hassam ALIPOUR, Mahdi FAZLI
- ▶ **The South China Sea Arbitration Award and Its Confrontation with the Maximalist Approach of Coastal States to the Meaning of "Rock Islands"; a Critical Attitude** / Rezvan BAGHERZADEH, Reza JALILI, Majid SAEEDI
- ▶ **Organized legal and Historical Confrontation of Britain against Iran (a Case Study of Three Iranian Islands in the Persian Gulf)** / Naghi TABARSA
- ▶ **Legal Status of Internally Displaced Persons in International Law** / Arghavan GHOBADI LANGROUDI, Fatemeh KEYHANLOU
- ▶ **The Role of International Space Law in the Use of Space Technologies to Deal with Infectious Diseases – COVID-19** / Hamid KAZEMI