

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ مفهوم و کاربرد رگولاسیون در نهاد خانواده؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه
سیدمصطفی محقق داماد، مهرانگیز شاهمرادی زواره، اسدالله یآوری، غلامعلی سیفی زیناب
- ◀ حق مشارکت کودکان در فرایند پناهندگی
ابراهیم بیگزاده، احمدرضا آذرپندار
- ◀ تحلیل فقهی-حقوقی سنجه و مبدأ شناسایی جنسیت در تراجنسیتی ها
محمد روشن، ماهرو غدیری، حمیدرضا سعیدعرب
- ◀ تعامل مفهومی و تأثیر متقابل تئوری های اقتصادی قرارداد ناقص و هزینه معاملاتی با سیستم ثبت ثانویه املاک
نسرین طباطبایی حساری، امیر خناری نژاد
- ◀ بررسی امکان تحدید صید ترال در قوانین مرتبط با محیط زیست با تأکید بر اصل پنجاهم قانون اساسی ایران
محمد مظہری، رضا حسین زاده
- ◀ ره گیری مفهوم و جایگاه «مراقبت مقتضی» در حقوق بین الملل سرمایه گذاری
سیدمحمد حسینی، محمد حبیبی مجنده
- ◀ رویکرد نظارتی در قوانین و مقررات ملی و بین المللی ناظر به ایمنی / سلامت دارو
افسانه قنبری، امیر محمودی، بهنام حبیبی درگاه
- ◀ ارزیابی شروط خاص قراردادهای استفاده از بازارگاه های دروازه بان از منظر حقوق رقابت درون پلتفرمی
ابراهیم رهبری، آرین مسعودی تفرشی
- ◀ انحلال آبشاری مجموعه های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه
محمدعلی سعیدی، صدیقه محمدحسینی
- ◀ رنج زمین؛ نگاهی به مبنا و سرنوشت حق زارعانه در نظام حقوقی اصلاحات ارضی ایران
علی محمودیان، سید عبدالله جهان بین
- ◀ جرم، رسانه و جرم شناسی انتقادی
نسترن خواجه نوری، رویا آسیایی
- ◀ ماهیت و آثار تصمیمات دادگاه در تفسیر رأی داور
رضا رئیسی، علیرضا ایرانشاهی، حمیدرضا صالحی
- ◀ امکان سنجی توصیف رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر: رأی در نوع مجهول به حکم یا قرار
مصطفی مظفری، جمشید زرگری
- ◀ معیار نقض در علائم تجاری مرکب: تحلیل و نقد رویه قضایی
حسن لجم اورک، احمد همتی، عادل ترازو زر

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 ۴۰، شماره ۱۰۶، تابستان ۱۴۰۳



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

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: منصور امینی

مدیر داخلی: شهرزاد حدادی

دستیاران مدیر داخلی: بهاره عرب، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

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

نجادعلی 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)

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

صفحه‌آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: مریم غنی‌زاده بافقی، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: مرضیه برکت

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
تیتربهای 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 به اختصار 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 ارائه شده در مقاله باشد.
 - ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده 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 دویه به بعد. عنوان کتاب. شمارگان 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.

پایان نامه و رساله فارسی:

- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/ پایان نامه، 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 می باشد.



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۰، شماره ۱۰۶، تابستان ۱۴۰۳

فهرست مطالب این شماره

- مفهوم و کاربرد رگولاسیون در نهاد خانواده؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه ۱
سیدمصطفی محقق داماد، مهرانگیز شاهمرادی زواره، اسدالله یآوری، غلامعلی سیفی زیناب
- حق مشارکت کودکان در فرایند پناهندگی ۱۹
ابراهیم بیگزاده، احمدرضا آذرپندار
- تحلیل فقهی-حقوقی سنجه و مبدأ شناسایی جنسیت در تراجنسیتی ها ۳۵
محمد روشن، ماهرو غدیری، حمیدرضا سعیدعرب
- تعامل مفهومی و تأثیر متقابل تئوری های اقتصادی قرارداد ناقص و هزینه معاملاتی با سیستم ثبت ثانویه املاک ۵۷
نسرین طباطبایی حصاری، امیر خناری نژاد
- بررسی امکان تحدید صید ترال در قوانین مرتبط با محیط زیست با تأکید بر اصل پنجاهم قانون اساسی ایران ۷۵
محمد مظهری، رضا حسین زاده
- ره گیری مفهوم و جایگاه «مراقبت مقتضی» در حقوق بین الملل سرمایه گذاری ۹۷
سیدمحمد حسینی، محمد حبیبی مجنده
- رویکرد نظارتی در قوانین و مقررات ملی و بین المللی ناظر به ایمنی / سلامت دارو ۱۱۷
افسانه قنبری، امیر محمودی، بهنام حبیبی درگاه
- ارزیابی شروط خاص قراردادهای استفاده از بازارگاه های دروازه بان از منظر حقوق رقابت درون پلتفرمی ۱۳۵
ابراهیم رهبری، آرین مسعودی تفرشی
- انحلال آبخاری مجموعه های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه ۱۵۵
محمدعلی سعیدی، صدیقه محمدحسینی
- رنج زمین؛ نگاهی به مینا و سرنوشت حق زارعانه در نظام حقوقی اصلاحات ارضی ایران ۱۶۹
علی محمودیان، سید عبادالله جهان بین
- جرم، رسانه و جرم شناسی انتقادی ۱۸۷
نسترن خواجه نوری، رویا آسیایی
- ماهیت و آثار تصمیمات دادگاه در تفسیر رأی داور ۲۰۳
رضا رئیسی، علیرضا ایرانشاهی، حمیدرضا صالحی
- امکان سنجی توصیف رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر: رأی در نوع مجهول به حکم یا قرار ۲۲۱
مصطفی مظفری، جمشید زرگری
- معیار نقض در علائم تجاری مرکب: تحلیل و نقد رویه قضایی ۲۳۹
حسن لجم اورک، احمد همتی، عادل ترازو زر



Original Article

The Concept and Application of Regulation in The Institution of Family; A Comparative Review in Iranian and French Laws

Mostafa Mohaghegh Damad¹, Mehrangiz Shahmoradi Zavareh² , Asadollah Yavari³,
Gholamali Seifi Zeynab⁴

ABSTRACT

Family policy is a remarkable example of regulation in its special meaning. There are different theories and approaches to regulation in the Institution of family. In consideration of the state theory and the supporting theoretical basis, Iran and France's States, have justified their family regulation based on the prioritizing public interest on individuals, public order and good morals, legal paternalism and legal moralism, protecting the rights and individual freedoms, especially for the minorities, guarantying human's dignity, equality, justice, and considering The Harm Principle. However, there are fundamental differences between the two legal systems despite some similarities in the quality, the quantity and the basis (criteria) of the regulation in the Institution of family. Although the family is included in the governmental regulation, this needs to be exceptional, regulatory, protective, minimal and based on the necessities, rationality and law. Regulation in the Institution of family should not be in the form of incumbency and maximalist; but it should have supportive and minimal aspects. The debate is how and what extent regulation in the family field can be accepted. The main issue of this research, from the legitimacy of regulation, focuses on the method and scope of regulation by the government, as well as the quantity and limits of this regulation.

KeyWords: Maximalist Regulation, Minimal Regulation, Desirable Regulation, Regulator, Family Policy.

How to Cite: Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Shahmoradi Zavareh, Mehrangiz, Yavari, Asadollah, Seifi Zeynab, Gholamali, "The Concept and Application of Regulation in The Institution of Family; A Comparative Review in Iranian and French Laws", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:1-18.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233387.2604>

Received: 09/10/2023-Accepted: 21/01/2024

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

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

Corresponding Author Email: mehrangiz.sh71@gmail.com

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

4. Assistant Professor, 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/>).



مفهوم و کاربرد رگولاسیون در نهاد خانواده؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه

سیدمصطفی محقق داماد^۱، مهرانگیز شاهمرادی زواره^۲، اسدالله یآوری^۳، غلامعلی سیفی زیناب^۴

چکیده

سیاست‌گذاری خانواده از مصادیق ملموس رگولاسیون به معنای اخص آن است. نظریات و رویکردهای متفاوتی درباره رگولاسیون توسط دولت در نهاد خانواده مطرح شده است. دولتین ایران و فرانسه با عطف توجه به نظریه دولت و مبانی نظری پشتیبان و توجیه‌کننده خویش، رگولاسیون خود را در نهاد خانواده در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه بر رعایت ملاحظات از قبیل تقدم منافع عمومی بر حقوق و منافع فردی، نظم عمومی و اخلاق حسنه، اصل پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی، حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص (به‌ویژه حمایت از حقوق طرف ضعیف)، تضمین کرامت انسانی و اصل برابری، تضمین عدالت و استناد به اصل ضرر، توجیه می‌کنند. بدیهی است که چگونگی، میزان (حدود و ثغور) و مبانی (شاخص‌ها و معیارهای) رگولاسیون در نهاد خانواده در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه، باوجود برخی تشابهات، تفاوت‌های بنیادین با یکدیگر دارد. نهاد خانواده در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه، از رگولاسیون توسط دولت مصون نیست؛ اما این رگولاسیون باید جنبه استثنایی، تنظیم‌گرایانه، حداقلی و مبتنی بر ضرورت، عقلانیت و قانون داشته باشد. رگولاسیون در نهاد خانواده نباید به شیوه تصدی‌گری و حداکثری باشد، بلکه باید جنبه حمایتی و حداقلی داشته باشد. بحث بر سر این است که رگولاسیون در حوزه خانواده به چه شیوه و تا چه مرزی قابلیت پذیرش دارد. مسئله اصلی این پژوهش از اصل مشروعیت رگولاسیون بر نحوه و حوزه رگولاسیون توسط دولت و همچنین میزان و حدود و ثغور این رگولاسیون متمرکز است.

کلید واژگان: رگولاسیون حداکثری، رگولاسیون حداقلی، رگولاسیون مطلوب، رگولاتور، سیاست‌گذاری خانواده.

استناد به این مقاله: محقق داماد، سیدمصطفی، شاهمرادی زواره، مهرانگیز، یآوری، اسدالله، سیفی زیناب، غلامعلی، «مفهوم و کاربرد رگولاسیون در نهاد خانواده؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱-۱۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233387.2604>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
/ایمیل نویسنده مسئول: mehrangiz.sh71@gmail.com
۳. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۴. 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

رگولاسیون مفهومی است که تحولات اقتصادی گوناگون، بستر پیدایش و تکامل آن بوده است؛ ضمن آنکه نسبت به گذشته، تفاوت معنایی داشته است.^۱ سیاست‌گذاری خانواده، به‌عنوان یکی از مصادیق رگولاسیون در معنای اخص در اتحاد بسیاری از حوزه‌های تصمیم‌گیری در حوزه سیاست‌گذاری و ارائه خدمات اجتماعی، محور گفتمان‌های عمومی زیادی قرار گرفته است.^۲ به‌صورت مختصر، شاید بتوان آن را مجموعه‌ای از سیاست‌ها درباره خانواده دانست که به‌منظور حمایت از رفتارهای مطلوب اجتماعی تنظیم می‌شود.

هر دولتی (به معنای عام کلمه، اعم از تمامی نهادهای عمومی قوای حاکمه) ناگزیر است در نهاد خانواده مداخله و بسان سایر بخش‌ها برای خانواده نیز سیاست‌گذاری و مقررات‌گذاری کند. اما این امر به آن معنا نیست که با رگولاسیون نابه‌جا و ناروای خود، موجب اضمحلال نهاد خانواده و به تبع آن جامعه شود. بنابراین، رگولاسیون حداکثری دولت در نهاد خانواده ممکن است آثار و نتایج نامطلوبی به دنبال بیاورد.

درباره چگونگی تنظیم‌گری حقوقی دولت در اداره امور خانواده، برخی بر این اعتقادند که اساساً، دولت نباید در نهاد خانواده تنظیم‌گری کند و نهاد خانواده خود با توجه به ماهیت درونی، توانایی اداره شدن را دارد. باین‌حال، نقش رگولاسیون دولت در نهاد خانواده در اداره بهینه خانواده و تنظیم روابط موجود در آن نهاد مورد انکار واقع نگردیده است. ازاین‌رو، مداخله تنظیم‌گرایانه و بجا در تنظیم روابط خانوادگی، برای ایجاد استحکام روابط و برقراری توازن در جامعه ضروری است. بر این اساس، مناسب است با رویکرد تطبیقی و روش استقرایی، مفهوم رگولاسیون (تنظیم‌گری حقوقی)، ابزار و سطوح و انواع رگولاسیون در نهاد خانواده (سیاست‌گذاری خانواده) در ایران و فرانسه مورد مطالعه قرار گیرد و سپس مصادیق رگولاسیون در نهاد خانواده در حقوق ایران و فرانسه در مراحل تشکیل، تداوم و انحلال نهاد خانواده تبیین گردد.

۱. نهاد خانواده؛ حوزه خصوصی - عمومی (نظریه دو وجهی)

پرسش مهمی که درخصوص تقسیم‌بندی خصوصی - عمومی به ذهن متبادر می‌گردد، حدود و ثغور رگولاسیون توسط دولت در نهاد خانواده و روابط خانوادگی است. آیا بر پایه معیار خصوصی - عمومی، خانواده و روابط خانوادگی، داخل در قلمرو خصوصی^۳ و بنابراین خارج از گستره رگولاسیون حداکثری (مداخلات جرم‌انگاری به‌عنوان شیوه حداکثری رگولاسیون) است یا آنکه خانواده نهادی عمومی و مشمول مداخلات دولتی و از آن جمله جرم‌انگاری است؟ به‌طور کلی، درباره ماهیت نهاد خانواده و عمومی یا خصوصی بودن آن، دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد. این نگرش‌ها در گذر زمان درحال تغییر و تحول بوده است.^۴ هانا آرنت قانون‌مند کردن خانواده را خطرناک و ویران‌گر دانسته است. اما فمینیست‌ها در این باره دیدگاه متفاوتی دارند؛ یکی از اعتراض‌های آنان به تقسیم‌بندی عمومی - خصوصی این است که تلقی خانواده، همچون قلمروی خصوصی، به فقدان نظارت دولت بر آن و گسترش خشونت خانوادگی و مسئولیت الزامی

۱. برای مطالعه تبیین دقیق مفهوم تنظیم‌گری حقوقی در حقوق ایران و فرانسه نک: یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۶۴۷-۶۲۹.

۲. مهرآرام، پرهام و بدیع فتحی، «سیاست‌گذاری خانواده با تأکید بر حقوق آلمان»، *فصلنامه قضاوت*، دوره ۱۵، شماره ۸۴، ۱۳۹۴، صص ۱۵۷-۱۲۷.

۳. Schmitt, Mélanie., *La protection de la vie privée et la famille*, AJ Famille, 2008, p.191.

۴. نوبهار، رحیم، *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۷، صص ۳۰۲-۲۹۶.

زنان برای کار در خانواده می‌انجامد.^۱ برخی نیز با گزینش راهی میانه، خانواده را آمیزه‌ای از امر عمومی و خصوصی دانسته‌اند.^۲

به نظر می‌رسد در قلمرو روابط خانوادگی اموری یافت می‌شود که عمومی است و رگولاسیون دولت در آن، نه فقط دارای جواز، بلکه ضروری نیز می‌نماید.^۳ (اتخاذ رویکرد کارکردگرایانه)^۴

۲. اصل مشروعیت رگولاسیون دولت در نهاد خانواده

واژه مداخله ارتباط نزدیکی با واژه محافظت دارد؛ زیرا هدف از مداخله را محافظت از آنچه در آن مداخله می‌شود، بیان می‌کنند.^۵ از این رو، رگولاسیون در نهاد خانواده ناقض یک قاعده است و نیاز به توجیه دارد؛ البته باید توجه داشت، آنچه به توجیه آن پرداخته می‌شود، اصل رگولاسیون توسط دولت است.^۶ در تمامی انتقادات، اصل رگولاسیون به چالش کشیده می‌شود و برای حفظ آن، گریزی از توجیه ضرورت وجود آن نیست.^۷ درباره اینکه کدام نوع دولت قابل توجیه است، ادعا شده که تنها دولت حداقلی قابل توجیه است و دولت حداکثری را نمی‌توان توجیه کرد. البته حداقلی بودن یک دولت، به معنای پدید آمدن یک دولت به شیوه اخلاقی قابل قبول نیست.^۸

۳. ابزارها و سطوح رگولاسیون در نهاد خانواده

از نگاه تحلیل سیستمی، درخصوص مفهوم رگولاسیون، تا حد زیادی اتفاق نظر وجود دارد. در یک رویکرد عام، تنظیم یک حوزه یا فعالیت دارای دو مفهوم مضیق و موسع است: در مفهوم موسع، مبین به‌کارگیری سازوکارهای نظم‌دهنده و اصلاح‌کننده یک سیستم است و در مفهوم مضیق، عمل تعیین سیاست‌ها و مدیریت و اداره یک سیستم است. رگولاسیون دارای سه سطح گوناگون است: نخست، سطح عام رگولاسیون که به معنای تنظیم الزام‌آور رفتار اجتماعی است. در این معنا، رگولاسیون به هدایت و سامان‌دهی کلی زندگی اجتماعی با اتکا به اقتدار سیاسی است و درواقع، از آن برای اشاره به چارچوب قانون و نظام حقوقی استفاده می‌کنند. دوم، سطح خاص رگولاسیون که به معنای نظام حقوقی

^۱. همان.

^۲. Laslett, B. "The Family as a Public and Private Institution: An Historical Perspective", *Journal of Marriage and Family*, Volume. 35, Issue 3, Special Section: New Social History of the Family, 1973, PP 480-492.

-Vie privée, Fiches d'orientation, Dalloz, Novembre 2019.

-Civ. 1re, 17 mars 2016, n° 15-14.072

-Civ. 1re, 31 oct. 2012, n° 11-17.476

-Cons. const. 23 juill. 1999, n° 99-416

^۳. نوبهار، پیشین.

^۴. اسدی، لیلا سادات و زهرا میرزازاده، «نسبت خانواده با دو حوزه عمومی و خصوصی؛ با رویکردی به کارکردهای خانواده و مفهوم حریم خصوصی»، *فصلنامه تعالی حقوق*، سال ۵، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۰۲.

^۵. محمودی جانکی، فیروز و مهرانگیز روستایی، «توجیه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۲، صص ۳۵-۶۶.

^۶. Von Hirsch, Andrew. "Direct Paternalism: Criminalizing Self-Injurious Conduct", *Criminal Justice Ethics*, Volume 21, Issue 1, 2008, P 25.

^۷. محمودی جانکی و روستایی، پیشین.

^۸. همان.

ناظر بر جامعه است. در این معنا، هم به نظام حقوقی تنظیم جامعه اطلاق می‌شود و هم به مداخله از طریق تقنین در جامعه (بازار و خانواده). در سنت فرانسوی، از این نوع رگولاسیون برای تنظیم اقتصاد با هدف سامان‌دهی و تعیین مرزهای پذیرفتنی، برای مداخله از پیش موجود دولت در سازوکار آزاد اقتصادی استفاده می‌شود که بیشتر دغدغه کاهش مداخله‌های بی‌اساس در بازار را دارد، تا توجیه چنین مداخله‌هایی. به هر حال، در قلمرو معنای خاص رگولاسیون، دولت مکمل بازار است، نه جانشین آن که از این ملاک برای توجیه رگولاسیون در نهاد خانواده نیز تا حدود زیادی می‌توان بهره برد. اما مداخله دولت در جامعه به دو طریق حقوقی و فراحقوقی متصور است. رگولاسیون حقوقی طیف گسترده‌ای از اعمال و مقررات حقوقی نظیر قانون، اساسنامه نهادهای عمومی، تدابیر فردی مقام‌های عمومی، مذاکرات، اعمال اجرایی و اسناد چشم‌انداز را دربر می‌گیرد. سوم، سطح اخص رگولاسیون که بنابر دیدگاه برخی از حقوق‌دانان^۱ به معنای تنظیم جامعه با ابزار مقرر است. با توجه به سطوح معنایی رگولاسیون، ابزارهایی که دولت‌ها برای رگولاسیون به کار می‌گیرند نیز یکسان نیست. منظور از ابزارهای دولت در رگولاسیون تدابیری است که دولت برای اجرای سیاست‌های تنظیمی و مداخله در جامعه در اختیار دارد. برای نمونه، قدیمی‌ترین ابزاری که دولت برای رگولاسیون مورد استفاده قرار می‌دهد، ابزارهای دستورمحور است.

امروزه در کنار شیوه‌ها، ابزارها و نهادهای کلاسیک رگولاسیون توسط دولت در اداره امور عمومی از طریق قانون‌گذاری، اجرا و امر قضا، اشکال و ابزار دیگری نیز پیش‌بینی شده است.

قابل ذکر آن که انتخاب معادل فارسی «مقررات‌گذاری» در آثار برخی نویسندگان، ناشی از ترجمه تحت‌اللفظی آن در انگلیسی بوده که بر اساس معنای عام Régulation انتخاب شده است. این در حالی است که در زبان فرانسه، برای مقررات گذاری کلمه مستقل "Réglementation" به کار می‌رود.^۲

در ایران نیز شورای عالی انقلاب فرهنگی در سال ۱۳۹۱، اقدام به تصویب «نقشه مهندسی فرهنگی کشور» و «تبیین، تشکیل، تحکیم، تعالی و ایمن‌سازی خانواده» به عنوان راهبردی کلان اشاره و بر «ترویج الگوی خانواده طراز جمهوری اسلامی» تصریح می‌کند. ذیل این راهبرد بر تبیین «هویت قدسی نظام خانواده و نقش آن در کمال‌آفرینی و تسهیل ازدواج به هنگام و مبتنی بر ارزش‌ها و آموزه‌های اسلامی و سنت‌های ملی» تأکید می‌شود.^۳ قابل ذکر آنکه اقدامات این شورا در حوزه خانواده نظیر اقدامات شورای رقابت در اقتصاد، یکی از مصادیق رگولاسیون به معنای اخص است.

۴. سیاست‌گذاری خانواده؛ به عنوان مصداقی از سیاست‌گذاری اجتماعی

سیاست‌گذاری خانواده مولود رگولاسیون خانواده توسط دولت و در واقع، گونه‌ای از سیاست‌گذاری اجتماعی است یا حداقل با آن هم‌پوشانی بسیار دارد. بر این اساس، می‌توان سیاست‌گذاری اجتماعی را شکلی از مداخله دولت دانست که

^۱ راسخ، محمد و سید مجتبی حسینی، «مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، سال ۲۲، شماره ۸، ۱۳۹۴، صص ۳۹-۲۳.

- برای دیدن دیدگاه متفاوت نک: یآوری، پیشین.

^۲ یآوری، پیشین.

- چهار شاخص اصلی دولت فراتنظیمی در نهاد خانواده: ۱- تنوع هنجاری؛ ۲- تنوع مکانیزم‌های کنترلی؛ ۳- تنوع کنترل‌کننده‌ها؛ ۴- تنوع تنظیم‌شونده‌ها.

^۳ منوری، نوح، «تقلیل سیاست‌گذاری به الگودهی: نقدی بر سیاست‌های مربوط به خانواده در ایران»، مجموعه مقالات / اولین همایش ملی (علمی- پژوهشی) تغییرات خانواده و چالش‌های آن در ایران، شیراز: ارم، ۱۳۹۴، صص ۱۷۸-۱۷۷.

در اهداف اجتماعی، مانند عدالت اجتماعی، حمایت از مردم آسیب‌پذیر و برنامه‌ریزی مدیرانه زندگی، تجلی می‌یابد.^۱ در این راستا، نظریه‌های گوناگونی مطرح شده است که به اختصار بیان می‌شوند:^۲

نخست؛ نظریه‌های بازنمایی^۳. درواقع، این نظریه‌ها درصدد گونه‌شناسی و الگوبندی نظام‌های رفاهی‌اند، از جمله: ۱- الگوی پسماندی^۴ که در آن، تأمین رفاه اجتماعی بر عهده خانواده، خیریه‌ها و بازار است و دولت، تنها زمانی در حوزه سیاست‌گذاری اجتماعی مداخله می‌کند که خدمات بخش غیردولتی برای پوشش دادن گروه‌های فقیر ناکافی است. ۲- الگوی نهادی^۵ که در آن، دولت با تأسیس نهادها و سازمان‌های رفاهی در راستای کاهش پیامدهای منفی اقتصاد آزاد در حوزه سیاست‌گذاری اجتماعی مداخله می‌کند. ۳- الگوی لیبرال که در آن، ارائه خدمات رفاهی در درجه نخست بر عهده بازار و سپس مؤسسات خیریه و خانواده‌هاست و نقش دولت، محدود به نظارت بر عملکرد بازار است و جمعیت فقیر را هدف قرار می‌دهد و بر ارائه خدمات محدود مبتنی است. ۴- الگوی صنفی‌گرا^۶ که در آن بر اشتغال و مشارکت افراد در تأمین مالی سیاست‌های رفاهی تأکید می‌شود و به لحاظ نظری بر اصل همبستگی یا مسئولیت متقابل تأکید می‌کند. در این الگو، بر حفظ خانواده هسته‌ای تأکید می‌شود. بر این اساس، ارائه مزایا براساس منزلت و انسجام اجتماعی و حمایت از خانواده است و مداخله دولت زمانی است که خانواده‌ها قادر به اداره امور خود نباشند. ۵- الگوی سوسیال-دموکرات^۷ که در آن، برنامه‌های رفاهی به صورت عمومی و فراگیر اجرا می‌شوند و بر مقوله شهروندی و حقوق اجتماعی با هدف مساوات‌طلبی تأکید می‌شود. ۶- الگوی مبتدی^۸ که در آن، خدمات و حمایت‌های اجتماعی به عنوان حق شهروندی نهاده شده است، اما مداخله دولت در زمینه ارائه خدمات رفاهی محدود است.^۹

دوم، نظریه‌های تبیینی یا تحلیلی که می‌توان آن‌ها را در چهار دسته کلی صنعتی شدن، رویکرد منابع قدرت، رویکرد نهادگرایی تاریخی و چشم‌انداز فرهنگی و اندیشه‌ای جای داد.^{۱۰}

سوم، نظریه‌های هنجاری که نشان‌دهنده رابطه سیاست‌گذاری اجتماعی با ایدئولوژی‌های سیاسی است و می‌توان آن‌ها را به چهار گروه لیبرالیسم (کلاسیک و اجتماعی)، محافظه‌کاری، سوسیالیسم و سوسیال-دموکراسی دسته‌بندی کرد.^{۱۱} اما یکی از رایج‌ترین شیوه‌های تقسیم سیاست‌گذاری خانواده، براساس اثری است که سیاست‌ها، بر مسئولیت‌های اعضای

۱. وصالی، سعید و رضا امیدی، «سیاست‌گذاری اجتماعی: زمینه‌ها و رویکردها»، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، سال ۱۹، شماره ۱، ۱۳۹۳، صص ۱۷۹-۲۰۶.

برای مطالعه بیشتر نک:

- Jordan, B. *What's wrong with social policy and how to fix it*, Cambridge: Polity, 2010, P 13;
- Beland, D. *What is social policy? Understanding the welfare state*, Cambridge: Polity, 2010, P 83;

۲. وصالی و امیدی، پیشین.

۳. Representational Theory

۴. Residual

۵. Institutional

۶. Corporatist

۷. Social Democratic

۸. Rudimentary Model

۹. Frédérique, F. "Droit de la famille et obligations alimentaires- Aperçu comparatif", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65, N°3, 2013, PP 637- 680; doi: <https://doi.org/10.3406/ridc.2013.20264>;

-Korpi, W. Palme, J. "The paradox of redistribution and strategies of equality: Welfare state institutions", *Inequality and poverty in the western countries: American Sociological Review*, 63 (5), 1998, PP 661- 688.

۱۰. Beland, op.cit.

۱۱. سیاست‌گذاری خانواده در نظام‌های لیبرال، بیشتر به منظور فقرزدایی است و مداخله در آن، به صورت حداقلی است؛ در حالی که نظام محافظه‌کار بر شکل سنتی خانواده تأکید دارد و نظام سوسیال-دموکرات نیز تأکید بیشتری بر نقش پررنگ دولت، برابری جنسیتی، افزایش نرخ اشتغال زنان، سعادت کودکان و آشتی دادن کار و خانواده دارد.

خانواده در قبال یکدیگر می‌گذارند: ۱- خانواده‌گرایی به صورت غیررسمی: زمانی است که حمایت‌ها حداقلی است یا اساساً وجود ندارد. ۲- خانواده‌گرایی حمایت شده: هنگامی است که سیاست‌ها غالباً از طریق حمایت‌های مالی (مانند مرخصی‌های با حقوق یا معافیت‌ها و تخفیف‌های مالیاتی)، به اعضای خانواده در ایفای مسئولیت‌های خود کمک می‌کنند. ۳- خانواده‌زدایی: هنگامی که سیاست‌ها از مسئولیت‌های اعضای خانواده و وابستگی‌های آن‌ها به یکدیگر می‌کاهند و بخشی از آن را به حوزه عمومی واگذار می‌کنند.^۴ هر کدام از این سیاست‌ها اثرهای خود را بر جنبه‌های مختلف زندگی خانوادگی و اجتماعی دارند. (سیاست‌های افزایش جمعیت و محافظت از زنان در فرانسه). در الگوی ایرانی نیز یکی از اهداف سند چشم‌انداز بیست‌ساله جمهوری اسلامی ایران، «برخورداری جامعه ایرانی از نهاد مستحکم خانواده» است (۱۳۸۴-۱۴۰۴). در همین راستا، سیاست‌های کلی ابلاغی مقام معظم رهبری (سیاست‌های خانواده، سیاست‌های کلان برنامه‌های پنج‌ساله توسعه و سیاست‌های جمعیت)، همچنین سند «اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن» مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی و «منشور حقوق و مسوولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران»، از جمله اسناد مهمی است که در آن نهاد خانواده مورد توجه قرار گرفته است.^۵

۵. مصادیق رگولاسیون در نهاد خانواده در ایران و فرانسه

در این قسمت به تبیین برخی مصادیق مهم رگولاسیون دولت در نهاد خانواده از زمان تشکیل تا تداوم و انحلال آن در حقوق ایران و فرانسه پرداخته خواهد شد.

۵.۱. تشکیل نهاد خانواده

در مواد ۱۰۳۴ تا ۱۲۰۶ قانون مدنی به موضوع خانواده پرداخته، اما در هیچ یک از مواد مطروحه خانواده را تعریف نکرده است.^۶ یکی از مهم‌ترین سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی، محدودسازی روابط جنسی افراد جامعه به روابط مشروع در چهارچوب ازدواج است؛^۷ به طوری که در قوانین و مقررات بسیاری به آن اشاره شده است.^۸ به طور کلی، نحوه مواجهه دولت‌ها با پدیده همسان‌گرایی در طیفی از برخوردها (از حمایت تا جرم‌نگاری) قرار دارد: ۱- کشورهایی نظیر فرانسه،

^۱. familialism de facto.

^۲. supported familialism.

^۳. defamilization.

^۴. Saraceno, C. "Family Policies, Concepts, Goals and Instrument", *Collegio Carlo Alberto*, 230, 2011, PP 2-7.

^۵. حاجیان مقدم، فاطمه، رضا صالحی امیری و غلامرضا غفاری، «طراحی الگوی خانواده مستحکم» موضوع سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی، فصلنامه مطالعات اجتماعی ایران، دوره ۱۱، شماره ۱، ۱۳۹۶، صص ۷۰-۴۲.

^۶. مهدوی زاهد، مهدی، *جامعه‌شناسی حقوق عمومی، مورد کاوی تأثیر و تأثر تحولات خانواده و نظریه دولت در ایران معاصر*، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۷.

^۷. موسوی ویایه، فاطمه، مهران سهرابزاده، محسن نیازی، «بررسی مختصات سیاست خانواده در ایران بر اساس تحلیل مضمون اسناد بالادستی»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۲۴۱-۲۲۳؛

- عزیزی، مینا و سید حسن حسینی، «تحلیل ظرفیت‌های سیاست‌گذاری نهاد خانواده در ایران برای گسترش اشکال مشروع خانواده»، *مجله مطالعات اجتماعی ایران*، دوره ۱۱، شماره ۳، ۱۳۹۶، صص ۱۰۳.

^۸. برای مطالعه مقررات تشکیل خانواده در فرانسه نگاه کنید به: «مقررات قانون مدنی فرانسه در باب پنجم (ازدواج)»، نگاه کنید به مواد ۱۴۳ تا ۲۲۸ قانون مدنی فرانسه؛

- برای مطالعه حقوق و تکالیف مالی زوج در اشکال قانونی موجد زندگی زناشویی در حقوق ایران و فرانسه، نک: شاهمرادی زواره، مهرانگیز، *الگوهای حقوقی مدیریت خانواده در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷، صص ۱۲۳-۷۶.

ازدواج همسان‌گرایان را شناسایی و حقوقی برابر با زوج‌های دگرجنس‌گرا برای آن‌ها قائل شده‌اند.^۱ ۲- نسبت به شناسایی پیمان مدنی زندگی مشترک و روابط زناشویی بدون ازدواج همسان‌گرایان، اقدام و حق‌ها و تکالیف مشخصی را در هنگام جدایی ایشان وضع کرده‌اند. ۳- در صورت جرم‌انگاری همسان‌گرایی در قوانین پیشین، از آن جرم‌زدایی کرده و اینک نظام حقوقی نسبت به این پدیده، فاقد هرگونه هنجاری اعم از ایجابی مانند به رسمیت شناختن ازدواج و سلبی نظیر جرم‌انگاری و کیفردهی است. ۴- در کشورهایی نظیر جمهوری اسلامی ایران، هرگونه رفتار هم‌جنس‌گرایانه، جرم‌انگاری شده و متناسب با آن، کیفر تعیین شده است.^۲ می‌توان گفت که ازدواج بین همسان‌گرایان که با هدف رفع هرگونه تبعیض بر پایه گرایش جنسی انجام می‌شود، به منازعه‌ای فراتر از حوزه خصوصی بین دو شخص، به موضوعی در حوزه عمومی مبدل و به دلیل تضاد و تعارض دیدگاه‌های مختلف در این خصوص، به امری سیاسی تبدیل شده است.

۵.۲. استحکام نهاد خانواده

اعمال سیاست‌های تحکیم نهاد خانواده در فرانسه، در چهار گروه اصلی: اعطای کمک‌های مالی، سیستم اعطای مرخصی، حمایت‌های مراقبتی و آموزشی و مراقبت‌های سلامتی خانواده دسته‌بندی می‌گردند.

۵.۲.۱. رگولاسیون در حوزه سیاست‌های افزایش و کاهش جمعیتی

کاهش نرخ رشد جمعیت یکی از دغدغه‌های سیاست‌گذاران بوده و در راستای این امر، کشورهای مختلف اقدام به تأسیس نهادهای سیاست‌گذار کرده یا برنامه‌های تشویقی جهت افزایش زادوولد یا منع سقط جنین در نظر گرفته‌اند.^۳ در مسئله سقط جنین، کشورهای مختلف، رویه‌ها و سیاست‌های مختلفی را اتخاذ کرده‌اند. انواع سیاست‌های سقط جنین، شامل سیاست مجاز، منع (این سیاست به دولت اجازه می‌دهد تا کنترل انحصارگرایانه هم بر اراده و خواست افراد و هم بر اجرای آن داشته باشد)، محدود و سیاست دوگانه (سیاست دوگانه وقتی است که دولت انتخاب شخصی را محدود کرده اما در اجرای آن مشارکت می‌کند) است. مسئله سقط جنین موافقان و مخالفان بسیاری دارد.^۴

در ایران «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» (مصوب ۱۴۰۰)، متضمن برخی تدابیر کیفری بوده و تلاش کرده در کنار استفاده از تدابیر تشویقی از طریق سازوکارهای کیفری، افزایش جمعیت کشور را محقق کند.^۵ به رغم هدف

^۱ مهدوی زاهد، پیشین، صص ۱۱۰-۱۰۶.

^۲ مواد ۲۳۴، ۲۳۵، ۲۳۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

^۳ مقدسی، محمد باقر و مهرانگیز روستایی، «افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛ نگاهی به فرآیند تصویب و چالش‌های اجرای قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت»، *فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، صص ۲۸۵-۳۱۲.

^۴ ابراهیمیان، منیره، «آزادی سقط جنین در ایران، ایرلند و کانادا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، صص ۳۳-۱.

- میلانی، علیرضا و راضیه شفیعی، «بررسی سقط جنین در حمایت از نفس مادر»، *نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۲۷۸-۲۷۰.

^۵ به رغم الزام قانونی پیش‌بینی شده در اسناد بالادستی مانند بند ۱۴ سیاست‌های کلی قضایی (۱۳۸۲)، ماده ۱۳۰ قانون برنامه پنج‌ساله چهارم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۳)، ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه (۱۳۸۹)، بند ج ماده ۱۱۹ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه (۱۳۹۶) و بند الف ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (۱۳۹۶) که همگی با ادبیات مشابه، بر ضرورت کاهش عناوین مجرمانه تأکید کرده‌اند، پیشنه‌دهندگان و تصویب‌کنندگان قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، نه تنها در این جهت حرکت نکرده‌اند، بلکه چندین عنوان مجرمانه جدید به مجموعه عناوین کیفری افزوده‌اند. جرم‌انگاری در مواد ۵۱، ۵۲، ۵۸، ۵۹، ۶۰، تبصره ۲ ماده ۶۱، ۷۱ و تبصره ۱ ماده ۷۱ این قانون ملاحظه شود.

مطلوب قانون‌گذار در تدوین قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، نگاهی به مواد مختلف این قانون نشان می‌دهد که دغدغه‌های متخصصان برخی از حوزه‌ها مغفول مانده است (نگرانی در زمینه افزایش آمار تولد نوزادان غیرسالم و افزایش آمار بیماری‌های آمیزشی مانند ایدز، در اثر تغییر در ضوابط غربالگری و ارایه وسایل پیشگیری از بارداری). حذف دسترسی رایگان به وسایل کنترل بارداری در خانه‌های بهداشت روستایی و تشویق به افزایش جمعیت با حمایت‌های مالی وعده داده شده، هرچند اندک، می‌تواند موجب افزایش جمعیت غیربرخوردار در این مناطق شود و در نتیجه بر جمعیت مستمند بیفزاید و در عمل، توزیع جمعیتی را از وضع کنونی غیرموزون‌تر کند. سیاست‌های تنبیهی این قانون سه دسته رفتار را برمی‌گیرد: ۱- اعمالی که ارتباطی به سقط جنین نداشته و فقط می‌تواند مانعی برای فرزندآوری باشد (ملاحظه مواد ۵۱ و ۵۲). ۲- سقط جنین بدون وجود هیچ‌گونه توجیه پزشکی یا ضرورت اجتناب‌ناپذیر که قانون‌گذار در آن، اقدام به تشدید مجازات و وضع جرایم جدید مرتبط با آن کرده است (ماده ۵۶). ۳- اقداماتی که می‌تواند سقط جنین را به‌عنوان پیامد احتمالی خود به همراه داشته باشد، اما هدف اصلی و نخستین از انجام آن‌ها سقط جنین نیست، بلکه بررسی وضعیت سلامتی جنین است؛ مانند غربالگری‌های دوران بارداری که در قانون مذکور محدودیت‌هایی را مستقیم یا غیرمستقیم و از طریق حذف حمایت‌های بیمه‌ای بر آن بار کرده است (ماده ۵۳).^۱ از سوی دیگر، به موجب این قانون، مشروط کردن حق اشتغال بر «ازدواج» و «فرزندآوری» و نادیده گرفتن تخصّص‌گرایی، علاوه بر تنافی با عدالت جنسیتی و شایسته‌سالاری، تبعیض‌های ناروایی را در قوانین استخدامی ایجاد می‌کند.^۲

۵.۲.۲. رگولاسیون در حوزه قرارداد رحم جایگزین

نظام‌های حقوقی دنیا در زمینه رحم جایگزین به دو دسته عمده تقسیم می‌شوند:

الف: برخورداری از قوانین خاص در این زمینه: ۱- کشورهای دارای جواز قانونی: نظارت قضایی پیشینی با کسب مجوز از دادگاه نظارت پیشینی با نظارت وکیل دادگستری، مدیریت حقوق پیشینی (به‌صورت ارائه مشاوره ضمن مراحل اداری است و نه در قالب تکلیف قانونی نظارت و تأیید)، مداخله قضایی پسینی (ضرورت وجود حکم دادگاه و مداخله قضایی برای انتقال نسب به زوج متقاضی) و روش تلفیقی (مداخله حقوقی- اداری پیشینی و مداخله قضایی پسینی)؛ ۲- کشورهای دارای ممنوعیت قانونی: دسته نخست، صرفاً ممنوعیت قرارداد و بدون مجازات؛ دسته دوم ممنوعیت قرارداد به همراه مجازات و ضمانت اجرای کیفری (مانند فرانسه)^۳ که مجازات کیفری طرف‌های قرارداد مانند مادر حامل، زوج یا فرد متقاضی رحم جایگزین و واسطه‌ها را نیز شامل می‌شود.

ب: عدم برخورداری از متن قانونی خاص در این خصوص: ۱- وجود دستورالعمل‌های کلینیک‌های درمانی و انجمن‌های حرفه‌ای؛ ۲- وجود تصویب‌نامه‌های دولتی/ وزارت برای رحم جایگزین؛ ۳- به رسمیت شناختن یا ممنوعیت قراردادهای

^۱ مقدسی و روستایی، پیشین.

^۲ مهدوی زاهد، پیشین، صص ۷۹-۷۲.

- یکی از مصادیق رگولاسیون حداکثری در حوزه حریم خصوصی نهاد خانواده، بخشنامه وزارت علوم در رابطه با فرزندآوری و مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی در مورد جذب اعضای هیئت علمی است. تاریخ انتشار مطلب در سایت: ۴ اردیبهشت ۱۴۰۲، تاریخ استفاده از سایت: ۱۰ اردیبهشت ۱۴۰۲.

<https://www.entekhab.ir/fa/news/723806/%D8%A8%>

^۳ ماده ۱۲-۲۲۷ قانون جزای فرانسه و ۱۳-۲۲۷ قانون جزای فرانسه؛

- Cass. civ. 1re, 13 déc. 1989, n.88-15.655; Ass. plén, 31 mai 1991, n.90-20.105;

رحم جایگزین از طریق رویه قضایی (ایران برای تجویز این قرارداد).^۱

۵.۲.۳. رگولاسیون در حوزه خشونت‌های خانگی

۵.۲.۳.۱. کودک‌همسری و ازدواج اجباری

در فقه اسلامی، دربارهٔ اختیار ولی قهری در تزویج خردسالان نابالغ، نظریه‌های متعددی وجود دارد. نظام قانون‌گذاری ایران به پیروی از رویکرد غالب فقهی، تزویج کودکان و استمتاع از کودک همسران را به صورت مشروط و محدود (البته با اذن دادگاه) روا می‌شمارد. امروزه یکی از مسایل چالش برانگیز، مسئلهٔ کودک‌همسری است که یکی از جهات اختلاف آن سن کودکی است. جهت دیگر اختلاف، جواز یا منع تزویج کودکان است. نظام تقنینی ایران از آغاز تاکنون، سیاست‌های متفاوتی را نسبت به کودک همسری تجربه کرده است (ملاحظه تغییر مکرر متن ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی).^۲ ازدواج اجباری^۳ حق آزادی انتخاب همسر را نقض می‌کند و از مصادیق خشونت خانگی است.^۴ به نظر می‌رسد که مداخلهٔ قانون‌گذار و افزایش حداقل سن ازدواج به ۱۸ سال (فارغ از جنسیت فرد) و جرم‌انگاری ازدواج‌هایی که کمتر از این سن منعقد می‌شوند، می‌تواند اثر بازدارنده داشته و منافع این گروه آسیب‌پذیر را تأمین کند. در فرانسه ازدواج اجباری یکی از علل مشددهٔ جرم است. براساس «قانون خشونت علیه زنان»^۵ فرانسه، مجازات جرایم خشونت، شکنجه، اقدامات وحشیانه و قتل در زمانی که مرتکب این اقدامات را به منظور اجبار فردی به ازدواج یا ممانعت وی از ازدواج انجام داده باشد، تشدید می‌شود^۶ (همچنین ملاحظه مواد ۱۴۴ و ۱۴۵ قانون مدنی فرانسه در خصوص سن ازدواج).^۷

۵.۲.۳.۲. خشونت خانگی علیه کودکان

سیاست‌های تنظیمی توسط مراجع رسمی، نقشی انکارناپذیر بر کودک‌آزاری دارد. به این ترتیب، تحت‌تأثیر شیوه و عملکرد دولت، اشکال وقوع، قربانیان بالقوه، میزان ارتکاب و شدت آسیب وارده در این نابه‌هنجاری اجتماعی تغییر پیدا می‌کند؛^۸ به‌ویژه در دوران شیوع بیماری کووید ۱۹، خشونت اعضای خانواده نسبت به یکدیگر بیش از گذشته شده است.^۹

^۱. محسنی، الهه، «بررسی رحم جایگزین در حقوق تطبیقی؛ با تأکید بر حقوق فرانسه، ایران، انگلیس و یونان»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ۱۳، شماره ۴۸، ۱۳۹۸، صص ۱۱۳-۱۱۴.

^۲. هدایت نیا، فرج الله، «تجویز مشروط یا تحریم مطلق کودک همسری؟»، فصلنامه دین و قانون، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۳۵-۱۱.

^۳. Forced Marriage.

^۴. نک: ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی و ماده ۳۴ لایحهٔ پیش‌گیری از آسیب‌دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوءرفتار، مصوب ۱۴۰۱.

– ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۹۶)، ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، ماده ۱۶ کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹) و سایر اسناد بین‌المللی بر حق آزادی ازدواج تأکید کرده‌اند.

^۵. Violence Against Women Act (2010).

^۶. مقدسی، محمد باقر و زهرا عامری، «ازدواج اجباری؛ از ممنوعیت‌انگاری تا جرم‌انگاری»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۳، شماره ۱۲، ۱۳۹۵، صص ۱۶۹-۱۶۸.

^۷. شاهمرادی، پیشین، صص ۲۶۳-۲۵۷.

^۸. صفاری، علی و امیر ایروانیان، «نقش سیاست‌گذاری‌های دولتی بر تشدید روند کودک‌آزاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴۹، ۱۳۸۸، صص ۲۸۰-۲۳۹.

^۹. عبداللهی، محمدجواد و سپیده همت، «تأثیر کرونا و قرنطینه بر افزایش کودک‌آزاری و راهکارهای حقوقی مقابله با آن»، فصلنامه فلسفه و کودک، شماره ۲۱، ۱۳۹۹، صص ۵۰-۴۳.

در این راستا، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ را می‌توان به عنوان قانونی خاص، در راستای حمایت از کودکان در نظر گرفت.^۱ فرزندآزاری و به‌ویژه خشونت علیه فرزند دختر، به بهانه مسائل ناموسی که ریشه در دیدگاه پدرسالاری دارد و معافیت پدر از تحمل کیفر کامل در قبال ضرب و جرح فرزند و حتی کشتن او یا ازدواج تحمیلی و اجباری برای فرزند دختر، نمونه‌ای از این خشونت‌هاست.^۲

در فرانسه، به استناد ماده ۳۷۸ قانون مدنی اقتدار ابوینی ممکن است به واسطه حکم صریح کیفری، از پدر و مادر (یا دیگر اولیا) با تحقق موارد مذکور در ماده به‌طور کامل از ایشان سلب شود.^۳

۵.۲.۳.۳. خشونت خانگی علیه زنان

قانون‌گذار ایران در سال ۱۴۰۱، اقدام به تصویب لایحه پیشگیری از آسیب‌دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوءرفتار کرد. قانون‌گذار در ماده ۱، زنان را در برابر هرگونه آسیب ناشی از سوءرفتار فرد دیگری که به بدن، روان، حیثیت، حقوق و آزادی‌های قانونی آنان وارد شود، از تدابیر پیشگیرانه، حمایتی و کیفری این قانون برخوردار می‌سازد. تدابیر حمایتی در این قانون، (اقداماتی نظیر شناسایی زنان و دختران آسیب دیده یا در معرض آسیب، اسکان و سرپرستی زنان و دختران بی‌سرپرست و بدسرپرست، مددکاری، درمان و روان‌درمان‌گری، توانمندسازی، حمایت اقتصادی، حمایت قضایی و کیفری، مداخله فوری مددکاری و قضایی) است.

به موجب قانون مدنی فرانسه، هرگاه خشونت‌های اعمال شده میان زوجین یا توسط همسر سابق، شریک سابق پیمان مدنی مشارکت یا همسر غیررسمی سابق باعث ایجاد خطر شود، قاضی امور خانواده می‌تواند به طور فوری قرار حمایت از این قربانیان را صادر کند (استناد به مواد ۹-۵۱۵ تا ۱۳-۵۱۵).

از جمله خشونت‌ها علیه زنان، رابطه جنسی با همسر قانونی، بدون رضایت او (تجاوز جنسی زناشویی)^۴ است. در برخی از کشورها مانند فرانسه، رویکرد سخت‌گیرانه‌ای اتخاذ شده است.^۵ حقوق ایران اصولاً رفتارهای جنسی اکراهی زوج علیه

۱. ماده ۳ و ۳۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹.

۲. سیفی، آناهیتا، «کودکان و خشونت خانگی با تأکید بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و اسناد بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات جنسیت و خانواده، دوره ۸، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۱۸۹-۱۴۹.

- صادق‌پور، محمد جعفر، حسن‌علی مؤذن‌زادگان و یوسف فاطمی‌نیا، «تأملی در کیفر تکرار جرم فرزندکشی و اعتیاد به آن با تکیه بر ظرفیت‌های فقه امامیه»، فصلنامه کاوشی نو در فقه، سال ۲۴، شماره ۲، ۱۳۹۶، صص ۱۷۴-۱۵۳.

۳. شاهمرادی، پیشین، صص ۲۱۲-۲۲۲.

- محسنی، الهه، «روش‌های حمایت از کودکان بدسرپرست و بی‌سرپرست در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق کودک، جلد ۲، شماره ۶، ۱۳۹۹، صص ۱۸۳-۱۴۷؛

- تقی‌زاده زانوقی، مرتضی، «نوآوری‌های ماهوی و شکلی قانون جدید حمایت از اطفال و نوجوانان»، فصلنامه فقه و حقوق نوین، سال ۱، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۳۲۱-۲۹۵.

4. Marital rape

۵. در قانون مجازات ۱۸۱۰ فرانسه، تجاوز زناشویی جرم‌انگاری نشده بود. با این حال در سال ۱۹۹۱، شعبه کیفری دیوان عالی کشور فرانسه، برای نخستین بار، قابل مجازات بودن تجاوز زناشویی را به رسمیت شناخت. تمایل قضات فرانسوی به تبعیت از این رویه قضایی، قانون‌گذار را وادار کرد تا در سال ۲۰۰۶، با افزودن ماده‌ای به قانون مجازات، رسماً مفهوم تجاوز در بستر ازدواج را به حقوق فرانسه وارد کند. (ماده ۲۲۲-۲۲۲ قانون مجازات فرانسه).

همچنین به موجب بند ۱۱ ماده ۲۲۲-۲۴ این قانون، ارتکاب تجاوز از سوی همسر رسمی یا غیررسمی یا شریک زندگی (بر اساس پیمان مدنی همبستگی) یکی از کیفیات مشدده مجازات جرم تجاوز است.

زوجه را به طور مستقل جرم‌انگاری نکرده، اما به صراحت هم آن را تجویز نمی‌کند.^۱ به بیان دیگر، عدم جرم‌انگاری تجاوز زناشویی به عنوان یک جرم مستقل در حقوق ایران، به معنای اذن به شوهر برای خشونت جنسی علیه همسر و تجاوز به وی نیست.^۲

مورد دیگر که قانون‌گذار با جواز خود بر انجام عمل مجرمانه محیط امن خانه را به مکانی برای کینه و خشونت‌ورزی مبدل کرده است، مواد ۶۳۰ تعزیرات و ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (با عنوان جواز قتل در فراش) که از مصادیق بارز خشونت خانگی علیه زنان به شمار می‌آید.^۳

با توجه به موارد مزبور، حقوق زنان نیاز به یک تبعیض مثبت برای حمایت از این حوزه دارد که البته در اسناد بین‌المللی متعددی مانند ماده ۴ معاهده امحای همه اشکال تبعیض نسبت به زنان، معاهده اروپایی حقوق بشر و... می‌توان یافت.^۴ (ملاحظه برنامه چهارم، پنجم و ششم توسعه در حقوق ایران).^۵

۵.۳. انحلال نهاد خانواده

یکی از شیوه‌های انحلال نهاد خانواده طلاق توافقی است. اما آیا این حوزه در دایره زندگی شخصی و خصوصی افراد بوده و اشخاص، فارغ از فشارهای اجتماعی و هنجارهای ثابت، از آزادی اندیشه و ابتکار عمل فردی برخوردارند یا از موضوعات مرتبط با حوزه عمومی (که فرد در آن تابع هنجارها، قواعد و مقررات از پیش تعیین شده و الزام‌آور برای حفظ نظم اجتماعی و منافع عمومی) است؟ دولت با حساسیت ویژه‌ای در جهت پیش‌گیری از طلاق‌های خودسرانه و نابه‌جا، اقدام به تنظیم و تدوین قوانین خود می‌کند و این موضوع را به توافق صرف زوجین واگذار نمی‌کند. با چنین رویکردی، انحلال خانواده، همچون فسخ یک قرارداد خصوصی یا اقاله آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد و وارد حوزه قانون‌گذاری عمومی می‌شود.^۶ از این رو، سیاست اعلام‌شده در قانون اساسی و دیگر اسناد بالادستی، استواری روابط همسری و پیشگیری از

۱. جرم‌انگاری فضای همسر نابالغ در اثر مقاربت در ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و جرم‌انگاری مواجهه منتهی به فوت، نقص عضو یا مرض دایم با همسر زیر ۱۳ سال در ماده ۵۰ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱.

۲. نعمتی، زهرا، محمد فرجی‌ها، رحیم نوبهار و جلیل امیدی، «الگوهای مداخله کیفری تقنینی در قلمرو تجاوز زناشویی؛ مطالعه تطبیقی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۱۴۱-۱۱۳.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه (بخش عمومی)، (سیاسی-اداری-حقوق شهروندی)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۹، صص ۱۲۲ و ۱۲۴؛ صادق‌ان لمراسکی، محدثه، کیومرث کلانتری و ایرج گلدوزیان، «قتل در فراش؛ مهدورالدم دانستن زانی و زانیه، مصادق بارز خشونت خانگی با نگرشی بر فقه و اخلاق»، فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی، سال ۹، شماره ۴، ۱۳۹۸، صص ۱۷۶-۱۵۹.

۴. ویژه، محمدرضا، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی «دوره پیشرفته حقوق عمومی (۱)»**، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶، صص ۳۷۰.

۵. زارعان، منصوره، معصومه زارعی و عطیه هنردوست، «توانمندسازی زنان سرپرست خانوار با تأکید بر برنامه‌های چهارم، پنجم و ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه زن در توسعه و سیاست، دوره ۱۶، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۳۳۸-۳۱۹.

۶. درگاهی، حسن، مجتبی قاسمی و امین بیرانوند، «عوامل اقتصادی و اجتماعی موثر بر طلاق در ایران با تأکید بر ادوار تجاری، آموزش و اشتغال زنان»، فصلنامه اقتصاد و الگوسازی، جلد ۹، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۱۲۰-۹۵؛

- بالوی، مهدی و مهناز بیات کمیتکی، «طلاق توافقی؛ حوزه خصوصی یا قلمرو عمومی؟»، فصلنامه خانواده‌پرویی، سال ۴، شماره ۱۶ (ویژه نامه)، ۱۳۸۷، صص ۵۸۴-۵۶۵.

- برای مطالعه ماهیت طلاق توافقی در حقوق ایران، نک:

خوئینی، غفور، مریم غنی‌زاده بافقی و شیرین دشتیان روزبهانی، «تحلیل حقوقی ماهیت توافقات در ضمن طلاق توافقی»، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۷، شماره ۷۶، ۱۴۰۱، صص ۱۴۳-۱۱۹ و صص ۱۴۱-۱۳۹.

طلاق است؛ با وجود این، سیر تحولات قوانین و مقررات طلاق در جهت تسهیل طلاق است.^۱ قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۲۲۹ طلاق توافقی را به رسمیت شناخته است.^۲

نتیجه‌گیری

امروزه دیگر تردیدی در اصل مداخله دولت در نهاد خانواده وجود ندارد. اما اختلاف دیدگاه‌ها به میزان و حدود و ثغور رگولاسیون به معنای خاص باز می‌گردد. رابطه میان دولت و خانواده از جنس ریاست مطلق دولت یا تنظیم محدود و اتفاقی نیست، بلکه از نوع تعامل فعال، مستمر و گسترده است. هدف از رگولاسیون خانواده که مستلزم مداخله دولت به روش‌های گوناگون، به ویژه از رهگذر تقنین و سیاست‌گذاری است، تحکیم نهاد خانواده است. به این ترتیب، برای آنکه رگولاسیون در نهاد خانواده بتواند موفق و کارآمد عمل کند و اهداف موردنظر تحقق یابد، باید نه فقط سطوح معنایی رگولاسیون را مشخص کند تا ابزارهای متناسب با هر سطح را انتخاب کند، بلکه مناسب است که حوزه و هدف رگولاسیون را نیز به خوبی مشخص کند و نسبت به آن شناخت دقیق حاصل کند. بی‌گمان، رگولاسیون امری چن معنا و لایه‌لایه است که در حوزه‌های گوناگون معانی مختلفی به خود می‌گیرد؛ از این رو، نیازمند ابزارهای متفاوتی است. درباره دامنۀ سیاست‌گذاری خانواده (و این که آیا تمامی مسایل مربوط به خانواده را در بر می‌گیرد یا آنکه موضوع آن خاص‌تر است) تردید وجود دارد.

سیاست‌گذاری خانواده را به صورت گوناگون دسته‌بندی کرده‌اند: سیاست‌گذاری آشکار مستقیماً به اهداف مشخصی در خصوص افراد خانواده یا کلّ نهاد خانواده می‌پردازد (نظیر فرانسه و بلژیک). سیاست‌گذاری ضمنی (غیرصریح) شامل سیاست‌گذاری‌ها در ابعاد مختلف و به منظور اهداف بعضاً نامرتبط با خانواده است که بر کودکان اثر می‌گذارد (کشورهای انگلیسی زبان). در مواردی که سیاست‌گذاری آشکار و مستقیم وجود دارد، ابزارهای مورد استفاده (نظیر معافیت‌های مالیاتی، سیاست‌های مرتبط با مسکن، مراکز مشاوره خانواده و کودکان، پرداخت‌های مالی و مراقبت از کودکان، سیاست‌های اشتغال و مسایل مرتبط با بهداشت) است. سیاست خاص غیرمستقیم نیز (نظیر تصمیمات درباره مراکز صنعتی، احداث راه‌ها و ساختمان‌ها و تنظیم تعرفه‌ها و سیاست‌های مهاجرتی) است.

تقسیم‌بندی دیگر براساس نگرشی است که این سیاست‌ها به نهاد خانواده دارند. در این خصوص، دو دیدگاه مدنظر است: ۱- آیا خانواده به مجموعه‌ای که غیرمستقیم بر اعضای خود هم اثر می‌گذارد، اشاره دارد یا آنکه این سیاست‌ها مربوط به افراد موجود در خانواده (یعنی فرد فرد آن‌ها و نه با دیدی کل‌گرایانه) است. ۲- چه شکلی از خانواده مورد پذیرش است؟ ایران دارای سیاست خانواده ضمنی است، اما سیاست سلامت و اشتغال صریح دارد. همچنین باید اذعان داشت که بسیاری از سیاست‌ها مانند سیاست‌های مسکن، آموزش، بهداشت، سلامت با سیاست‌های مربوط به خانواده مرتبط است. در ایران، دولت از طریق تأمین مزایای شغلی محدود، در خانواده مداخله می‌کند و همچنین مداخلۀ دولت برای ارائه یارانه زمانی صورت می‌گیرد که خانواده در ارائه خدمت به اعضایش به‌طور کامل قادر نباشد (نظیر برخی کشورهای محافظه‌کار). درنهایت، اگرچه نگرشی سنتی برای حفظ نهاد خانواده وجود دارد، حمایت‌های دولتی از این نهاد، مطلوب و کافی نمی‌نماید.

۱. هدایت‌نیا، فرج‌الله، «تسهیل طلاق یا طلاق‌زدایی در حقوق خانواده ایران»، مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی علوم انسانی/اسلامی، دوره ۳، شماره ۶، ۱۳۹۶، صص ۳۷۵-۴۰۰.

۲. برای مطالعه دقیق در خصوص مقررات طلاق، جدایی جسمانی، انحلال پیمان مدنی همبستگی و کونکوبیناژ در حقوق فرانسه، ر. ک: - مواد ۲۲۹ تا پایان ماده ۳۰۹ قانون مدنی فرانسه.
- شاهمرادی، پیشین، صص ۱۸۱-۱۷۱.

با لحاظ مطالب پیشین، اصل بر عدم مداخلات دولت در نهاد خانواده است. مداخله دولت در نهاد خانواده، استثنا بر اصل محسوب می‌شود. دولت در برخی حوزه‌ها بهتر است که اساساً مداخله‌ای نداشته باشد. رگولاسیون در نهاد خانواده باید تنظیم‌گرایانه، حداقلی، مبتنی بر ضرورت و قانون باشد. به علاوه، برای تحقق الگوی مطلوب مداخله دولت در نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران، شناخت مبانی فقهی و حقوقی، لازم است دولت در رگولاسیون خود شرایط فقهی را ملاحظه و رعایت کند. بدیهی است که بررسی و شناخت مبانی نظام حقوقی در یک کشور اسلامی، بدون در نظر گرفتن آموزه‌های دینی و شرایط و واقعیات فرهنگی و اجتماعی آن جامعه، امکان‌پذیر نیست.

قابل ذکر آنکه نهاد خانواده در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه، از مداخله دولت مصون نیست؛ اما این مداخله، استثنایی، تنظیم‌گرایانه، حداقلی و مبتنی بر ضرورت، عقلانیت و قانون است (الگوی مطلوب مداخله بر اساس این پژوهش). مطابق اصل دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، لازم است که دولت برای تحکیم و حفاظت از نهاد خانواده، حمایت حداکثری داشته باشد. مداخله دولت در نهاد خانواده، نباید به شیوه تصدی‌گری و حداکثری باشد، بلکه باید دارای جنبه حمایت‌گرایانه و حداقلی باشد. بنابراین پیشنهاد می‌شود، مداخله دولت از طریق سیاست‌گذاری، قانون‌گذاری و مقررات‌گذاری دولت به سوی الگوی حداقلی در عین حمایت حداکثری از نهاد خانواده (حتی‌الامکان به شکل غیرمستقیم و از طریق فرهنگ‌سازی) انجام شود. همچنین مناسب است سیاست‌گذاران اصلی حوزه رفاه در کشور، براساس یک چهارچوب پارادایمی مشخص در امر سیاست‌گذاری خانواده عمل کنند و از تحول پارادایمی مکرر در حوزه سیاست‌های رفاهی خود امتناع کنند.

منابع

کتاب

۱. شاه‌مرادی زواره، مهرانگیز، *الگوهای حقوقی مدیریت خانواده در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۲. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه ۵ (بخش عمومی)*، (سیاسی-اداری-حقوق شهروندی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۳. مهدوی زاهد، مهدی، *جامعه‌شناسی حقوق عمومی، مورد کاوی تأثیر و تأثر تحولات خانواده و نظریه دولت در ایران معاصر*، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۴. نوبهار، رحیم، *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۵. ویژه، محمدرضا، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی «دوره پیشرفته حقوق عمومی (۱)»*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

مقاله

۶. اسدی، لیلا سادات و زهرا میرزازاده، «نسبت خانواده با دو حوزه عمومی و خصوصی؛ با رویکردی به کارکردهای خانواده و مفهوم حریم خصوصی»، *فصلنامه تعالی حقوق*، سال ۵، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۷. بالوی، مهدی و مهناز بیات کمیتکی، «طلاق توافقی؛ حوزه خصوصی یا قلمرو عمومی؟»، *فصلنامه خانواده‌پژوهی*، سال ۴، شماره ۱۶ (ویژه نامه)، ۱۳۸۷.
۸. تقی‌زاده زانوقی، مرتضی، «نواوری‌های ماهوی و شکلی قانون جدید حمایت از اطفال و نوجوانان»، *فصلنامه فقه و حقوق نوین*، سال ۱، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۹. حاجیان مقدم، فاطمه، رضا صالحی امیری و غلامرضا غفاری، «طراحی الگوی خانواده مستحکم» موضوع سند چشم‌انداز جمهوری

- اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی»، فصلنامه مطالعات اجتماعی/ایران، دوره ۱۱، شماره ۱، ۱۳۹۶.
۱۰. خوئینی، غفور، مریم غنی‌زاده بافقی و شیرین دشتیان روزبهانی، «تحلیل حقوقی ماهیت توافقات در ضمن طلاق توافقی»، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۷، شماره ۷۶، ۱۴۰۱.
 ۱۱. درگاهی، حسن، مجتبی قاسمی و امین بیرانوند، «عوامل اقتصادی و اجتماعی موثر بر طلاق در ایران با تأکید بر ادوار تجاری، آموزش و اشتغال زنان»، فصلنامه اقتصاد و الگوسازی، جلد ۹، شماره ۴، ۱۳۹۷.
 ۱۲. راسخ، محمد و سید مجتبی حسینی، «مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، سال ۲۲، شماره ۸، ۱۳۹۴.
 ۱۳. زارعان، منصوره، معصومه زارعی و عطیه هنردوست، «توانمندسازی زنان سرپرست خانوار با تأکید بر برنامه‌های چهارم، پنجم و ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه زن در توسعه و سیاست، دوره ۱۶، شماره ۲، ۱۳۹۷.
 ۱۴. سیفی، آناهیتا، «کودکان و خشونت خانگی با تأکید بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و اسناد بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات جنسیت و خانواده، دوره ۸، شماره ۲، ۱۳۹۹.
 ۱۵. صادق‌پور، محمد جعفر، حسن‌علی مؤذن‌زادگان و یوسف فاطمی‌نیا، «تأملی در کیفر تکرار جرم فرزندکشی و اعتیاد به آن با تکیه بر ظرفیت‌های فقه امامیه»، فصلنامه کاوشی نو در فقه، سال ۲۴، شماره ۲، ۱۳۹۶.
 ۱۶. صادقیان لمراسکی، محدثه، کیومرث کلانتری و ایرج گلدوزیان، «قتل در فراش؛ مهدورالدم دانستن زانی و زانیه، مصداق بارز خشونت خانگی با نگرشی بر فقه و اخلاق»، فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی، دوره ۹، شماره ۴، ۱۳۹۸.
 ۱۷. صفاری، علی و امیر ایروانیان، «نقش سیاست‌گذاری‌های دولتی بر تشدید روند کودک‌آزاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴۹، ۱۳۸۸.
 ۱۸. عبداللهی، محمدجواد و سپیده همت، «تأثیر کرونا و قرنطینه بر افزایش کودک‌آزاری و راهکارهای حقوقی مقابله با آن»، فصلنامه فلسفه و کودک، شماره ۲۱، ۱۳۹۹.
 ۱۹. عزیزی، مینا و سید حسن حسینی، «تحلیل ظرفیت‌های سیاست‌گذاری نهاد خانواده در ایران برای گسترش آشکال مشروع خانواده»، مجله مطالعات اجتماعی/ایران، دوره ۱۱، شماره ۳، ۱۳۹۶.
 ۲۰. محسنی، الهه، «بررسی رحم جایگزین در حقوق تطبیقی؛ با تأکید بر حقوق فرانسه، ایران، انگلیس و یونان»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ۱۳، شماره ۴۸، ۱۳۹۸.
 ۲۱. محسنی، الهه، «روش‌های حمایت از کودکان بدسرپرست و بی‌سرپرست در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق کودک، جلد ۲، شماره ۶، ۱۳۹۹.
 ۲۲. محمودی جانکی، فیروز و مهرانگیز روستایی، «توجیه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۲.
 ۲۳. مقدسی، محمد باقر و زهرا عامری، «ازدواج اجباری؛ از ممنوعیت‌انگاری تا جرم‌انگاری»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۳، شماره ۱۲، ۱۳۹۵.
 ۲۴. مقدسی، محمد باقر و مهرانگیز روستایی، «افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛ نگاهی به فرآیند تصویب و چالش‌های اجرای قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰.
 ۲۵. منوری، نوح، «تقلیل سیاست‌گذاری به الگودهی: نقدی بر سیاست‌های مربوط به خانواده در ایران»، مجموعه مقالات اولین همایش ملی (علمی-پژوهشی) تغییرات خانواده و چالش‌های آن در ایران، شیراز: ارم، ۱۳۹۴.
 ۲۶. مهرآرام، پرهام و بدیع فتحی، «سیاست‌گذاری خانواده با تأکید بر حقوق آلمان»، فصلنامه قضاوت، دوره ۱۵، شماره ۸۴، ۱۳۹۴.
 ۲۷. موسوی ویایه، فاطمه، مهران سهراب‌زاده، محسن نیازی، «بررسی مختصات سیاست خانواده در ایران بر اساس تحلیل مضمون اسناد بالادستی»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹.
 ۲۸. میلانی، علیرضا و راضیه شفیعی، «بررسی سقط جنین در حمایت از نفس مادر»، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره

۶، شماره ۲، ۱۳۹۹.

۲۹. نعمتی، زهرا، محمد فرجی‌ها، رحیم نوبهار و جلیل امیدی، «الگوهای مداخله کیفری تقنینی در قلمرو تجاوز زناشویی؛ مطالعه تطبیقی»،

فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۱، ۱۴۰۰.

۳۰. هدایت‌نیا، فرج‌الله، «تجویز مشروط یا تحریم مطلق کودک همسری؟»، فصلنامه دین و قانون، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸.

۳۱. هدایت‌نیا، فرج‌الله، «تسهیل طلاق یا طلاق‌زدایی در حقوق خانواده ایران»، مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی،

دوره ۳، شماره ۶، ۱۳۹۶.

۳۲. وصالی، سعید و رضا امیدی، «سیاست‌گذاری اجتماعی: زمینه‌ها و رویکردها»، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، سال ۱۹، شماره ۱،

۱۳۹۳.

۳۳. یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۳.

پایان‌نامه

۳۴. ابراهیمیان، منیره، «آزادی سقط جنین در ایران، ایرلند و کانادا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی،

۱۳۹۶.

References

Books

1. Beland, D. *What is social policy? Understanding the welfare state*, Cambridge: Polity, 2010.
2. Jordan, B. *What's wrong with social policy and how to fix it*, Cambridge: Polity, 2010.
3. Mahdavi Zahed, Mahdi, *Sociology of public law, the case study of the impact and influence of family developments and the theory of the state in contemporary Iran*, Tehran: Negah Bayyeneh, First Edition, 2018. (in Persian)
4. Modern, F. and Marcu, G. *Regulatory Law*, Harmattan, 2005, In: Rambaud. R. *The legal institution of regulation*, Harmattan, 2013. (in French)
5. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *The Rules of Islamic Jurisprudence, Public Section (5)*, Tehran: Islamic Law Centre, 2020. (in Persian)
6. Nobahar, Rahim, *Protection of criminal law from public and private spheres*, Tehran: Jungle, First Edition, 2008. (in Persian)
7. Shahmoradi Zavareh, Mehr-Angiz, *The Legal Models of Family Management in Iranian and French Law*, Tehran : Mizan, 2018. (in Persian)
8. Vijeh, Mohammadreza, *Theoretical bases and structure of the rule of law, (Advanced public law course 1)*, Tehran : Jungle, 2017. (in Persian)

Articles

9. Abdollahi, Mohammad Javad and Sepideh Hemmat, "The Impact of Corona virus and Quarantine on the Rise of Child Abuse and their Legal Solution", *Quarterly Journal of Philosophy and Children*, 21, 2020. (in Persian)
10. Asadi, Leila Sadat and Zahra Mirza-Zadeh, "The relationship of the family with two public and private spheres; With an approach to family functions and the concept of privacy", *Journal of Culmination of Law*, 5 (4), 2014. (in Persian)
11. Azizi, Mina and Sayyed Hassan Hosseini, "Capacities of Policy Making in Legitimizing Cohabitation", *Journal of Iranian Social Studies*, Volume 11, Issue 3, 2017. (in Persian)
12. Balavi, Mehdi and Mahnaz Bayat Komitaki, "Compromising Divorce ; Private Domain or Public Domain ? ", *Journal of Family Research*, 4 (16), 2008. (in Persian)

13. Dargahi, Hassan, Mojtaba Ghasemi and Amin Beyranvand, "The Impacts of Economic and Social Factors on Divorce Rate in Iran with Emphasis on Business Cycles, Women's Education and Employment", *Journal of Economics and Modeling*, Volume 9, Issue 4, 2019. (in Persian)
14. Frederique, F. "Family Law and Maintenance Obligations - Comparative Overview", *International Journal of Comparative Law*, Volume 65, Issue 3, 2013. (in French)
15. Frison-Roche, M. A. "Definition of the law of economic regulation", *Dalloz Collection*, 2, 2004. (in French)
16. Hajian Moghaddam, Fatemeh, Reza Salehi Amiri and Golam Reza Ghaffari, "Designing a model of a stable family «the subject of the vision document of the Islamic Republic of Iran in the horizon of 2025 »", *Journal of Iranian Social Studies*, Volume 11, Issue 1, 2017. (in Persian)
17. Hedayat-Nia, Farajollah, "Conditional prescription or absolute ban on child marriage", *Religion and Law Quarterly*, Volume 7, Issue 26, 2020. (in Persian).
18. Hedayat-Nia, Farajollah, "Facilitating divorce or divorce-elimination in Iranian family law", *Collections of the International Congress of Islamic Humanities*, Volume 3, Issue 6, 2017. (in Persian)
19. Khoeini, Ghafour, Maryam Ghani-ZadeH Bafghi and Shirin Dashtian Roozbahani, "Legal Analysis of the Nature of Agreements in a Consensual Divorce", *Family Law and Jurisprudence Journal*, Volume 27, Issue 76, 2022. (in Persian)
20. Korpi, W., Palme, J. "The paradox of redistribution and strategies of equality: Welfare state institutions", *Inequality and poverty in the western countries :American Sociological Review*, 63 (5), 1998.
21. Laslett, B. "The Family as a Public and Private Institution: An Historical Perspective", *Journal of Marriage and Family*, Volume. 35, Issue 3, Special Section: New Social History of the Family, 1973.
22. Mahmoudi Janaki, Firouz and Mehr-Angiz Roustae, "Justification of Criminal Intervention; Principles and Necessities", *Journal of Criminal Law Research*, Volume 1, Issue 3, 2013. (in Persian)
23. Mehr-Aram, Parham and Badi' Fathi, "Family Policy with Emphasis on Germany Law", *Judgment Quarterly*, Volume 15, Issue 84, 2016. (in Persian)
24. Milani, Alireza and Razieh Shafi'ei, "A review of abortion in support of the mother's ego", *Studies of political science, law and jurisprudence*, Volume 6, Issue 2, 2020. (in Persian)
25. Moghadas, Mohammad Bagher and Zahra Ameri, Forced Marriage; "From the Prohibited Act to Criminalization", *Criminal Law Doctrines*, Volume 13, Issue 12, 2017. (in Persian)
26. Moghaddasi, Mohammad Bagher and Mehr-Angiz Roustae, "Population Growth through Criminal Interventions; A Look to the Approval Process and the Challenges of the Implementation of the Youthful Population and Protection of the Family Law", *Criminal Law Doctrines*, Volume 18, Issue 22, 2022. (in Persian)
27. Mohseni, Elaheh, "Methods of Fostering Orphaned Children and Children with Unqualified Parents in Iranian Law", *Child's Law Quarterly*, Volume 2, Issue 6, 2020. (in Persian)
28. Mohseni, Elaheh, "Surrogacy in Comparative law; With Emphasis on French, Iranian, English and Greek Law", *Medical Law Journal*, Volume 13, Issue 48, 2019. (in Persian)
29. Monavvari, Nooh, "Reducing policy-making to modeling: a critique of family-related policies in Iran", *Collections of the first national (scientific-research) conference on family changes and its challenges in Iran*, Shiraz: Eram, 2015. (in Persian)
30. Mousavi viayeh, Fatemeh, Mehran Sohrab-Zadeh, and Mohsen Niazi, "Study of Role Model of Family Policy through Analysis of Islamic Republic of Iran Upstream Documents", *Iranian Journal of Public Policy*, Volume 6, Issue 1, 2020. (in Persian)
31. Nemati, Zahra, Mohammad Farajiha, Rahim Nobahar and Jalil Omid, "Criminal Intervention Patterns in the Scope of Marital Rape; Comparative Study", *Comparative Law Researches*, Volume 25, Issue 1, 2021. (in Persian)
32. Rasekh, Mohammad and Sayyed Mojtaba Hosseini Korabi, "The Concept of Regulation in the

- Legal Field”, *Encyclopedia of Economic Law Bi-Quarterly Journal*, Volume 22, Issue 8, 2016. (in Persian)
33. Sadeghian Lamasaki, Mohaddseh, Kiumars Kalantari and Iraj Goldouzian, “Murder in marriage bed; believing in shedding adulterer’s and adulteress blood with immunity; an explicit instance of family violence”, *Ethical Research*, Volume 9. Issue 4, 2019. (in Persian)
 34. Sadegh-Pour, Mohamad Jafar, Hassan Ali Moa’zen-Zadegan and Yousef Fatemi-Nia, “A contemplation on punishing recidivism of filicide based on Imamate jurisprudence’s capacities”, *A new exploration in jurisprudence*, Volume 24, Issue 90, 2017. (in Persian)
 35. Saffari, Ali and Amir Iravanian, “The Effects of State Policies on Exacerbation of Child Abuse”, *Legal Research Quarterly*, Volume 12, Issue 49, 2009. (in Persian)
 36. Saraceno, C. “Family Policies, Concepts, Goals and Instrument”, *Collegio Carlo Alberto*, 230, 2011.
 37. Seifi, Anahita, “Children and Domestic Violence with Emphasis on the Law on the Protection of Children and Adolescents Approved in 2020 and International Documents”, *The Bio-Quarterly Journal of Gender and Family Studies*, Volume 8, Issue 2, 2021. (in Persian)
 38. Taghizadeh Zanoughi, Morteza, “Substantive and formal innovations of the new law for the protection of children and adolescents”, *Modern Jurisprudence and Law*, Volume 1. Issue 3, 2020. (in Persian)
 39. Timsit, G. “The Regulation”, *Revue française de l’administration publique*, 109, 2004. (in French)
 40. Vesali, Saeed, Reza Omid, “Social Policy: Themes and Approaches”, *Planning and Budgeting Quarterly*, Volume 19, Issue 1, 2014. (in Persian)
 41. Von Hirsch, Andrew. “Direct Paternalism: Criminalizing Self-Injurious Conduct”, *Criminal Justice Ethics*, Volume 21, Issue 1, 2008.
 42. Yavari, Asadollah, “An introduction to concept of legal regulation”, *Comparative Law Review*, Volume 5, Issue 2, 2015. (in Persian)
 43. Zarea’n Mansoureh, Ma’soumeh Zare’i and Atieh Honardoost, “Empowering the women headed family with regards to policy making, an emphasis on 4th, 5th and 6th development plans”, *Woman in Development and Politics*, Volume 16, Issue 2, 2018. (in Persian)

Thesis

44. Ebrahimian, Monireh, “Abortion freedom in Iran, Ireland and Canada”, Master's thesis, Faculty of Law, *Shahid Beheshti University*, 1396. (in Persian)



Original Article

Children's Right to Participate in Asylum Procedure

Ebrahim Beig Zadeh¹, Ahmad Reza Azar Pendar²

ABSTRACT

Children are very vulnerable in asylum procedure. This vulnerable situation requires the inclusion of effective rights for them in asylum procedure. For this purpose, the right to participate can strengthen the legal position of these children and transform them from passive objects to active agents and rights holders. However, the question that arises is, what are the examples of the child's rights to participate and how should the right of participation be applied so that it can fulfill the rights of the child? It seems that the rights of the child in asylum procedure are fully satisfied only when the child has the right to participate correctly; in this regard, legal documents related to the child's right to participate in asylum procedure are analyzed; After that, and since the child has not yet reached maturity to be able to use the right to participate in all asylum procedure, the relationship between this right and the principle of the his/her best interests is examined. Finally, it is clear that the right to participate only acts in the direction of fulfilling the rights of the child when all its elements are correctly applied, and if this happens, the child's right to participate will work in the direction of the best interests.

KeyWords: Child's Rights, Right to Participate, Best Interests of Child, Asylum Procedure.

How to Cite: Beig Zade, Ebrahim, Azar Pendar, Ahmad Reza, "Children's Right to Participate in Asylum Procedure", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:19-34.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233481.2608>

Received: 23/10/2023-Accepted: 17/02/2024

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

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

Corresponding Author Email: a_azarpendar@sbu.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/>).



حق مشارکت کودکان در فرایند پناهندگی

ابراهیم بیگزاده^۱، احمدرضا آذرپندار^۲

چکیده

کودکان در فرایند پناهندگی بسیار آسیب‌پذیرند. این وضعیت آسیب‌پذیری ایجاب می‌کند تا حقوق مؤثری برای ایشان در این رویه‌ها لحاظ کرد. برای این منظور، حق مشارکت می‌تواند موقعیت حقوقی این کودکان را تقویت و آنان را از یک شیء منفعل به کارگزاری فعال و دارنده حق تبدیل کند. با این حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که حق مشارکت کودک چه مصادیقی دارد و باید چگونه اعمال شود تا بتواند در جهت ایفای حقوق او باشد؟ به نظر می‌آید حقوق کودک در فرایند پناهندگی صرفاً زمانی به‌طور کامل استیفا می‌شود که کودک از حق مشارکت به‌طور صحیح برخوردار باشد. در این راستا اسناد حقوقی مرتبط به حق مشارکت کودک در فرایند پناهندگی مورد تحلیل قرار می‌گیرند؛ پس از آن و از آنجاکه کودک هنوز به بلوغ ذهنی کافی نرسیده تا بتواند در کلیه فرایند پناهندگی از حق مشارکت استفاده کند، رابطه میان این حق و اصل مصالح عالیه او بررسی می‌شود. درنهایت مشخص می‌شود، حق مشارکت صرفاً هنگامی در جهت ایفای حقوق کودک کاربری دارد که کلیه مصادیق آن به‌صورت صحیح اعمال شده باشند و اگر چنین شود، حق مشارکت کودک هم‌جهت با مصالح عالیه عمل خواهد کرد.

کلید واژگان: حقوق کودک، حق مشارکت، مصالح عالیه کودک، فرایند پناهندگی.

استناد به این مقاله: بیگزاده، ابراهیم، آذرپندار، احمدرضا، «حق مشارکت کودکان در فرایند پناهندگی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۹-۳۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233481.2608>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۸

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: a_azarpendar@sbu.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

حدود ۸۹.۳ میلیون نفر، تا پایان سال ۲۰۲۱ در سراسر جهان درگیر در فرایند پناهندگی بوده‌اند؛ از این تعداد حدود ۳۶.۵ میلیون نفر کودک‌اند.^۱ شاخص چهل درصدی حضور کودکان در فرایند پناهندگی در حالی است که کودکان کمتر از یک سوم جمعیت جهان را شامل می‌شوند؛ همین امر احترام و تضمین حقوق کودک در فرایند پناهندگی را مهم می‌کند. از سوی دیگر، کودکان تجاربی از فرایند پناهندگی دارند که می‌توانند یک رخداد رنج‌آور برای ایشان تلقی شوند؛^۲ آن‌ها یک سفر خطرناک و حوادث آسیب‌زا را تجربه می‌کنند و اغلب به نیازهای ضروری همچون غذا، سرپناه، کمک‌های پزشکی و محیطی سالم و محرک برای رشد، دسترسی ندارند.^۳

همچنین از آنجا که کودک هنوز به بلوغ ذهنی کافی نرسیده است، مقامات دولت پناه‌پذیر به بهانه اصل مصالح عالیه، شخصیت مستقل کودک را نادیده می‌گیرند؛ همین امر موجب می‌شود، کودک به‌عنوان دارنده حقوق در فرایند پناهندگی به رسمیت شناخته نشود و مورد احترام قرار نگیرد.^۴ باین حال قواعد و استانداردهای بین‌المللی، کودکان را دارای شخصیت مستقل و حقوق کامل لحاظ کرده‌اند.^۵ یکی از مهم‌ترین حق‌هایی که این شخصیت مستقل را متبلور می‌کند، حق مشارکت کودک است. باین حال سؤالی که پیش می‌یابد آن است که حق مشارکت کودک دارای چه عناصری است و باید چگونه اعمال شود و آیا مشارکت کودک در جهت مصالح عالیه وی عمل می‌کند؟

با توجه به اسناد بین‌المللی، رویه قضایی و دکتین، به نظر می‌رسد، به‌منظور ایفای کامل حقوق کودک باید دیدگاه قیّم‌آبانه برای کودک کنار گذاشته شده، کلیه مصادیق حق مشارکت به‌طور کامل محترم شمرده شوند. بر همین اساس، ابتدا حق مشارکت کودک تحلیل خواهد شد، سپس مشارکت از جمله حق دسترسی به اطلاعات، حق شنیده شدن و بها دادن به نظرهای کودک، حق داشتن نمایندگی قانونی و حق دسترسی به عدالت بررسی خواهد شد. در بخش پایانی نیز بیان خواهد شد که چنانچه تمامی عناصر تشکیل‌دهنده حق مشارکت کودک به‌طور کامل رعایت شود، این حق در جهت مصالح عالیه کودک خواهد بود.

۱. کودکان در فرایند پناهندگی

کودکان در فرایند پناهندگی اغلب پس از تجربه تعقیب‌آزارمند، محروم از مراقبت والدین یا در سایر موقعیت‌های مخاطره‌آمیز وارد کشور پناه‌پذیر می‌شوند. ایشان پس از ورود به کشور پناه‌پذیر، وارد یک رویه رسمی پناهندگی می‌شوند. مرحله اول این رویه شامل شناسایی، ارزیابی سن، ثبت‌نام، ثبت درخواست پناهندگی و اغلب یک دوره استراحت برای متقاضیان است. مرحله دوم وضعیت پناهندگی متقاضیان را براساس کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان مصوب سال ۱۹۵۱ بررسی می‌کند؛ در این مرحله مشخص می‌شود آیا متقاضیان نیازی به حمایت در مقابل تعقیب‌آزارمند یا آسیب جدی در کشور خود دارند یا نه؟ در پایان این مرحله برای هر پناه‌جو وضعیت حق اقامت یا بازگشت به کشور خاستگاه تعیین خواهد شد.

¹. UNICEF, Child Displacement, 2022, Available at: <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/displacement>.

². Darmanaki, Farahani, L. and Graham, L. "The Role of Psychosocial Resources in the Adjustment of Migrant Adolescents", *Journal of the Pacific Rim Psychology*, 12 (e3), 2018, P 1.

³. Council of Europe, Council of Europe Strategy for the Rights of the child (2016-2021), Strasbourg: Council of Europe, 2016.

⁴. Muftee, M. "Children's Agency in Resettlement: A Study of Swedish Cultural Orientation Programs in Kenya and Sudan", *Children's Geographies*, 13 (2), 2015, P 131.

⁵. Doek, J. E. "The eighteenth birthday of the Convention on the Rights of the child: Achievements and Challenges", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 41 (1), 2017, P 61.

هنگامی که تصمیم اخیر گرفته شود، هر فرد حق دارد پیش از شروع مراحل بازگرداندن درخواست تجدیدنظر کند. باینکه ماده ۱(۲)(الف) کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان هیچ اشاره مستقیمی به کودکان نداشته است، باین حال کنوانسیون برای افراد در هر سنی، از جمله کودکان، اعمال می‌شود؛^۱ از سوی دیگر بر مبنای ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک، کلیه کودکان، از جمله کودکان در فرایند پناهندگی، از کلیه حقوق مندرج در کنوانسیون بهره‌مند خواهند بود و صرف‌نظر از اینکه دولت‌ها آن‌ها را قانونی یا غیر قانونی بدانند، در گروه حمایت‌شده جهانی «کودکان» ظاهر خواهند شد.^۲ کمیته حقوق کودک سه دسته از کودکان در فرایند پناهندگی را از یکدیگر متمایز کرده است: دسته اول، کودکان بدون همراه هستند که از هر دو والد و سایر خویشاوندان خود جدا شده‌اند و توسط بزرگسالانی که مطابق با قانون یا عرف مسئول مراقبت ایشان‌اند مراقبت نمی‌شوند؛ دسته دوم کودکان جدا شده هستند که باینکه از دو والد یا مراقبین خود جدا شده‌اند، باین حال از سایر بستگان خویش جدا نیستند^۳ و سومین دسته کودکان همراه با خانواده هستند که با والدین یا مراقبین اصلی خود وارد کشور پناه‌پذیر می‌شوند. در این پژوهش هر سه دسته از این کودکان مدنظر قرار خواهند گرفت و بسته به شرایطشان حق مشارکت ایشان تشریح می‌شود. از سوی دیگر سنی برای کودکان به‌منظور اعمال حق مشارکت تعیین نشده است و هر کودکی حق مشارکت خواهد داشت؛ با این حال به‌منظور بها دادن به مشارکت کودکان باید به سن و رشد ذهنی ایشان توجه شود.

هنگامی که کودکان وارد کشور پذیرنده می‌شوند، این سؤال کلیدی بروز می‌کند که چگونه باید با آن‌ها رفتار شود؟ درحالی‌که آسان‌تر است کودکان را به‌عنوان اشیایی در نظر بگیریم که نیاز به حمایت و نظارت بزرگسالان دارند، اما تعهدات حقوقی دولت‌ها ایشان را به‌عنوان دارندگان حقوق در نظر گرفته است که باید در کلیه مراحل رسیدگی شنیده شوند و به سخنان ایشان بها داده شود.^۴ از آنجاکه کودکان پناه‌جو و پناهنده خود را در موقعیت آسیب‌پذیری می‌بینند و اغلب حوادث آسیب‌زایی را تجربه کرده‌اند که باعث ناامنی و اضطراب ایشان شده است، از این‌رو چنانچه آن‌ها به‌عنوان مشارکت‌کنندگان فعال در رویه‌های قانونی در نظر گرفته شوند، منافع بسیاری برای ایشان در پی خواهد داشت.^۵

۲. حق مشارکت و مصادیق آن

۲.۱. حق مشارکت

حق مشارکت را می‌توان به‌عنوان حقی اساسی برای کودکان در نظر گرفت، زیرا ایشان را قادر می‌کند تا به‌طور مؤثر از حقوق خود بهره‌مند شوند. این حق می‌تواند به‌عنوان یک راهبرد کلیدی عمل کند تا از طریق آن کودکان بتوانند روابط

¹. CRC Committee, Joint general comment No.4 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 of the Committee on the Rights of the Child, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017.

در بند ۶۴ این سند، کمیته حمایت از حقوق کلیه کارگران مهاجر و اعضای خانواده ایشان و کمیته حقوق کودک به این امر صحنه گذارده‌اند که کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان و پروتکل آن باید درمورد کودکان در فرایند پناهندگی به کار بسته شود.

². Crock, E. Justice for the Migrant Child: The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child, In: Mahmoudi, Said., Pernilla, Leviner., Anna, Kaldal and Katrin, Lainpelto (Editors). Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child, Brill Nijhoff, 2015, P 223.

³. CRC Committee, General Comment No.6., CRC/GC/2005/6, 2005.

⁴. Crock, op.cit., P 237.

⁵. Kalverboer, Margrite., et al. "Unaccompanied Minors in the Netherland and the Care Facility in Which they Flourish Best", Child and Family Social Work, 2016, P 1.

خود را با بزرگسالان بازتعریف کنند و خود را به عنوان شخصیت دارای حقوق کامل بروز دهند. بر مبنای همین حق، کودک باید به عنوان دارنده حقوق که قادر به شکل دادن و ابراز عقاید، مشارکت در فرایندهای تصمیم‌گیری و تأثیرگذاری بر راه‌حل‌هاست، دیده شود.

در این راستا کمیسیون اروپا اعلام کرد که باید تدابیر مناسبی برای کودکان در تمام مراحل روبه پناهندگی اعمال شوند که این امر دسترسی به اطلاعات، نمایندگی قانونی و سرپرستی، حق شنیده شدن و حق دسترسی به راه‌حل مؤثر را شامل می‌شود.^۱ در همان سال، شورای اتحادیه اروپا نیز برنامه اقدام به منظور حمایت از کودکان پناهنده و مهاجر در اروپا را تصویب کرد و در آن بر اهمیت دسترسی به حقوق، دسترسی به اطلاعات و رویه‌های دوستدار کودک^۲ تأکید کرد.^۳ بسیاری از عناصر شیوه‌های حساس به کودک، که در این اسناد آورده شده است، به حق مشارکت اشاره دارد.

علاوه بر این واقعیت که حق شنیده شدن یک تعهد معاهداتی است که از کنوانسیون حقوق کودک ناشی می‌شود، مطالعات بسیاری نشان می‌دهند که مشارکت برای کودکان، آثار مثبت فراوانی در پی داشته است. این مشارکت از تبدیل شدن کودکان به یک گروه به حاشیه رانده شده، از آغاز زندگی در یک کشور جدید و در نتیجه عدم اعتماد به نفس و تعامل فعال با جامعه مانع می‌شود.^۴ مضافاً مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها ممکن است تأثیر مثبتی بر افزایش قدرت انتخاب‌گری و تبدیل شدن به فرد بالغ مستقل را داشته باشد که قادر به دفاع از خود است.^۵ کودکان همچنین با مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها، مهارت‌های مهمی همچون مهارت‌های استدلال، یادگیری تنظیم عقاید و همکاری با دیگران را می‌آموزند.^۶ مشارکت کودکان را توانمند و به آن‌ها کمک می‌کند تا تصمیم‌های متخذه را بهتر درک کنند، آن‌ها را بپذیرند و همچنین به ایشان کمک می‌کند تا به عنوان بزرگسالانی مسئولیت‌پذیر رشد کنند. عدم توجه به عاملیت کودکان، این حس را به ایشان القا می‌کند که توسط بزرگسالان جدی گرفته نمی‌شوند.^۷

باین حال، علی‌رغم تأثیرات مثبتی که به مشارکت در رویه‌های تصمیم‌گیری داده می‌شود، برخی مطالعات نشان می‌دهد، به دلیل آنکه مشارکت کودکان چالش‌ها و دشواری‌های مهمی را یدک می‌کشد، کودکان باید در برابر برخورداری از حق مشارکت محافظت شوند.^۸

دو چالش اساسی در زمینه اعمال حق مشارکت کودک وجود دارد: نخست، متخصصین که سخنان کودک را می‌شنوند و

^۱. European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the protection of children in migration, COM 2011 final, Brussels, 2017, P 9.

^۲. بند ۱ این سند با عنوان «تضمین دسترسی به حقوق و رویه‌های دوستدار کودک» بیان می‌دارد که در درجه اول باید با کودکان پناهنده و مهاجر به عنوان یک کودک رفتار شود. در این راستا پیشنهاد شده است که سمینار یا میزگردی در مورد اطلاعات مربوط به مهاجرت کودک سازمان‌دهی شود و مقامات دولتی و سایر ذی‌نفعان همچون آموذمن کودکان و سایر سازمان‌های غیردولتی گردهم آیند تا بهترین روش‌های برخورد با کودکان را شناسایی و توصیه‌هایی را ارائه کنند. همچنین یک واحد آموزشی در مورد کودکان پناهنده و مهاجر توسعه یابد.

^۳. Council of Europe, Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019), Strasbourg: Council of Europe, 2017, PP 1-2.

^۴. Rap, Stephanie. *Participation of Children in Asylum Procedures*, In: Klaassen, M., Rap, S., Rodrigues, P., and Liefwaard, T. (Editors). *Safeguarding Children's Rights in International Law*, Intersentia, 2020, P 26.

^۵. Hanson, K. "Children's Participation and Agency when They Don't Do the Right Thing", *Childhood*, 23 (4), 2016, P 474.

^۶. Collins, T. M. "A Child's Right to Participate: Implications for International Child Protection", *The International Journal of Human Rights*, 21 (1), 2017, PP 14-16.

^۷. Lansdown, G. *The Evolving Capacities of the Child*, Florence, UNICEF Innocenti Research Centre, 2005, P 24.

^۸. Bijleveld, G. V. B., et al., "Children's and Young People's Participation within Child Welfare and Child Protection Services: A State-of-the-art Review", *Child and Family Social Work*, 20, 2015, PP 129-131.

از کودکان درک و احساس درستی ندارند^۱ و دوم، متخصصان مهارت و زمان کافی را برای شنیدن سخنان کودک را ندارند؛^۲ بنابراین مهم است که متخصصان اهمیت مشارکت کودکان را درک کنند و مشارکت را صرفاً راهی برای جمع‌آوری اطلاعات یا تأیید تصمیمی، که قبلاً توسط متخصص گرفته شده است، نبینند.^۳ در این زمینه آموزش حرفه‌ای در مهارت‌های ارتباطی، به‌ویژه با هدف برقراری ارتباط با کودکان، از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا این امر می‌تواند به‌طور قابل‌توجهی مشارکت مؤثر کودکان را افزایش دهد.^۴ از سوی دیگر کوهلی، یکی از متخصصان حقوق کودک، استدلال می‌کند که کودکان بدون همراه ممکن است توسط والدین جامانده یا قاچاقچیان دستور داشته باشند که داستان خاصی را به مقامات ارائه دهند.^۵ همچنین استالفورد، یکی دیگر از متخصصان حقوق کودک، معتقد است سوال‌هایی که اغلب از کودکان به‌عنوان مشارکت ایشان پرسیده می‌شود، ظاهراً تلاشی برای افشای ناهماهنگی در گفتار ایشان و بزرگسالان همراه ایشان است.^۶

مشارکت کودک در عمل نیز بسیار متفاوت از مشارکت ایشان در اسناد حقوقی است. همان‌گونه که لاندی، یکی از کارشناسان حقوق کودک، اشاره کرده است: «بهره‌مندی کودکان از ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک^۷ به همکاری بزرگسالانی بستگی دارد که ممکن است به آن متعهد نباشند یا منافعی در عدم رعایت آن داشته باشند».^۸ این نگرانی در گزارش‌های کمیته حقوق کودک نیز به‌صراحت بیان شده است؛ به‌عنوان مثال، در کشور مالاوی کودکان برای اعمال حق مشارکت خود مشکل دارند و در شرایطی که ممکن است سخنان خود را ابراز کنند، این سخنان با محدودیت همراه می‌شوند؛^۹ یا در کشور هند از کودکان انتظار می‌رود که مطیع سخنان بزرگسالان باشند و در تصمیم‌هایی که برای ایشان گرفته می‌شود، مشارکتی نداشته باشند؛ این امر معمولاً تا هنگامی که بزرگسالان تصمیم‌گیر زنده باشند، ادامه خواهد داشت.^{۱۰} بنابراین، واضح است که اجرای حق مشارکت در برخی از کشورها تا حد زیادی با چالش مواجه است. با تمام این تفصیل و بیان کلیه مشکلات مربوط به حق مشارکت کودک در فرایند پناهندگی، همچنان حق مشارکت

¹. Muench, K. et al., "Children and Parent Participation in Child Protection Conferences: A Study in One English Local Authority", *Child Care in Practice*, 23 (1), 2017, PP 49-51.

². Kennan, D., et al. "Supporting Children's Participation in Decision-Making: A Systematic Literature Review Exploring Effectiveness of Participatory Processes", *British Journal of Social Work*, 2018, PP 1-18.

³. Bijleveld, et al., Op.cit., PP 129-138; Leviner, P. "Child Participation in the Swedish Child Protection System", *International Journal of Children's Rights*, 2 (1), 2018, PP 154-155.

⁴. Reilly, L. and Pat, D., "The Role of Social Work Education and Training in Supporting Practitioners to Communicate with Children in an Age-Appropriate Manner", *British Journal of Social Work*, 47, 2017, PP 2438-2440.

⁵. Kohli, R. "The Sound of Silence: Listening to What Unaccompanied Asylum-seeking Children Say and Do Not Say", *British Journal of Social Work*, 36, 2006, P 711.

⁶. Stalford, H. "David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate", *Immigration, Asylum and Nationality Law*, 32, 2018, PP 265-268.

^۷. ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک بیان می‌دارد: «۱. دولت‌های طرف کنوانسیون، به کودکی که قادر به شکل دادن دیدگاه‌های خویش است، اطمینان خواهند داد تا از حق ابراز آزادانه این دیدگاه‌ها در کلیه مسائلی که وی را متأثر می‌سازد، برخوردار گردد؛ به دیدگاه کودک با در نظر داشتن سن و بلوغ ذهنی کودک بها داده می‌شود.

^۲. برای این منظور، به کودک فرصتی داده خواهد شد تا خصوصاً در هر دادرسی قضایی یا اجرایی که بر وی تأثیرگذار است، به صورت مستقیم یا از طریق یک نماینده یا از طریق نهاد مناسب، با روشی مطابق با قواعد آیین دادرسی حقوق داخلی، شنیده شود.

⁸. Lundy, L. "Voice is not Enough: Conceptualising Article 12 of United Nation Convention on the Rights of the Child", *British Educational Research Journal*, 33 (6), 2007, P 929.

⁹. CRC Committee, Initial State Party Report: Malawi, CRC/C/8/Add.43, 2001, para.106.

¹⁰. CRC Committee, Initial State Party Report: India, CRC/C/28/Add.10, 1997, para.94.

به عنوان حق بنیادین در اسناد بین‌المللی برای کودکان شناخته می‌شود؛ سؤالی که مطرح است اینکه چگونه می‌توان از مشارکت کودک در راستای حقوق و مصالح عالیه وی استفاده کرد؟ برای این منظور، ابتدا باید کودک از فرایند و گزینه‌ها در فرایند پناهندگی آگاه شود و به اطلاعات آن دسترسی داشته باشد؛ پس از آن باید زمان و فضای لازم برای شکل‌دهی و به اشتراک‌گذاری نظرهای خود به کودک داده شود و سپس نظرهای کودک مستندسازی و به آن بها داده شود.^۱

۲.۲. مصادیق حق مشارکت

۲.۲.۱. حق دسترسی به اطلاعات

حق دسترسی به اطلاعات کامل و متناسب با سن کودک یکی از حقوقی است که کودک از آن بهره‌مند است؛^۲ این اطلاعات باید به گونه‌ای باشند که درمورد محتوای پرونده مربوط، تصمیم‌های احتمالی و پیامدهای آن تصمیم‌ها، اطلاعاتی را به صورت قابل فهم و جذاب برای کودک بیان کند.^۳ علاوه بر این، کودکان باید این رویه و پیامدهای آن را درک کنند، به اطلاعات حساس به سن درمورد پذیرش، ثبت نام، تعیین وضعیت پناهندگی یا بی‌تابیتی و سایر رویه‌ها و خدمات دسترسی داشته باشند. همچنین تصمیم‌ها باید به زبان و روشی که کودک درک می‌کند به وی تفهیم شود.^۴ از سوی دیگر کودکان باید از تصمیم‌هایی که «شخصاً» در حضور سرپرست، نماینده قانونی و یا سایر افراد حامی، در یک محیط حمایتی و غیرتهدیدکننده» گرفته می‌شوند، آگاهی یابند؛ در صورت یک تصمیم منفی، باید دقت خاصی در برقراری پیام و توضیح اقدام‌های بعدی، که می‌توان در این رویه عمل کرد، انجام شود.^۵

همچنین عدم دسترسی به اطلاعات کافی می‌تواند موجب نقض حق دسترسی به عدالت شود؛ به عنوان مثال در پرونده رحیمی علیه یونان، دیوان اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید از آنجاکه زبان مادری کودک فارسی است، بروشور اطلاعاتی مربوط به جبران خسارات موجود به زبان عربی برای کودک متقاضی غیرقابل درک است؛ همچنین این بروشور حاوی اطلاعاتی درمورد روند شکایت نیست و کودک قادر به تماس با وکیل نبوده است. از این رو دیوان دریافت که حتی اگر راه‌حل‌های جبران خسارت می‌توانست مؤثر باشد، متقاضی نمی‌توانست به دلیل کمبود اطلاعات و مساعدت حقوقی به آن‌ها دسترسی داشته باشد.^۶

علاوه بر این، در پرونده عبداللهی علمی و آویس ابوبکر علیه مالت، درمورد بازداشت دو کودک در مالت به دلیل مهاجرت غیرقانونی، دسترسی به اطلاعات نقش مهمی در صدور حکم ایفا کرد. این دو متقاضی پس از ورود به مالت بازداشت شدند و حکم بازگرداندن و اخراج ایشان به زبان انگلیسی صادر شد. متقاضیان در این پرونده ادعا کردند که اطلاعات

^۱ UNHCR, UNHCR Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child, Geneva, UNHCR, 2021, part 2.3, part 3.2 & 3.4.

^۲ CRC Committee, General Comment No.12, 2009, CRC/C/GC/12, para.134(a).

^۳ Ibid., paras 25,45,47-48.

^۴ UNHCR, A Framework for the Protection of Children, Geneva: UNHCR, 2012.

^۵ UNHCR, 2009, op.cit., para.77.

^۶ ECtHR, Rahimi Vs Greece Application No 8687/08, 5 April 2011.

در این پرونده، کودک پانزده ساله برای فرار از مخاصمات مسلحانه از افغانستان فرار کرد و به یونان رسید و در آنجا بازداشت شد. پس از آن حکم اخراج وی صادر شد و مقامات هیچ کمکی به متقاضی به منظور تجدیدنظرخواهی یا شکایت از پروسه و همچنین اسکان ارائه نکردند. او پس از اخراج چندین روز بی‌خانمان بود تا متعاقباً با کمک سازمان‌های غیردولتی محلی در یک خوابگاه اسکان یافت. دیوان در این قضیه دولت یونان را به دلیل نقض حق دسترسی به اطلاعات کافی و حق دسترسی به عدالت مقصر تشخیص داد.

محدودی از جمله در مورد روش ارزیابی سن در مراحل اولیه فرایند پناهندگی دریافت کرده‌اند و اطلاعات مکتوب به زبان عربی برای ایشان نامفهوم بوده است. هر دو متقاضی ادعا کردند که زبان انگلیسی را نمی‌فهمند و مفاد تصمیم‌های مندرج در حکم برای ایشان توضیح داده نشده است. دیوان در این پرونده به این نتیجه رسید که عدم دسترسی به اطلاعات کافی برای به چالش کشیدن قانونی بودن بازداشت و جست‌وجوی راه‌حل در اختیار متقاضیان قرار نگرفته است و بر همین اساس، نقض مواد ۳، ۵(۱) و ۵(۴) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را تشخیص داد.^۱

همچنین پیمان جهانی سازمان ملل برای مهاجرت ایمن، منظم و قانونی مصوب ۲۰۱۸، در ماده ۱۹ (د) تأیید می‌کند که باید اطلاعات و راهنمایی‌های قانونی پاسخگوی جنسیتی، حساس به کودکان، در دسترس و جامع و راهنمایی حقوقی در مورد حقوق و تعهداتشان به مهاجران ارائه شود.^۲ دریافت اطلاعات کافی به‌عنوان پیش‌شرط برای کودک در نظر گرفته می‌شود تا بتواند نظرهای آگاهانه خود را ارائه دهد و تصمیم‌های روشنی بگیرد.^۳ به این ترتیب، حق دسترسی به اطلاعات ارتباط نزدیکی با حق شنیده شدن دارد و باید به‌عنوان عنصر اساسی حق مشارکت در نظر گرفته شود.

۲.۲.۲. حق شنیده شدن و بها دادن به نظرهای کودک

مطابق ماده ۱۲(۱) کنوانسیون حقوق کودک، حق شنیده شدن مستلزم آن است که کودکانی که قادر به شکل دادن به دیدگاه‌های خویش هستند، حق داشته باشند آن نظرها را آزادانه در کلیه مسائلی که ایشان را متأثر می‌کند، ابراز کنند؛ این امر موجب می‌شود استقلال روبه‌رشد کودکان و امکان مشارکت در تصمیم‌هایی که بر زندگی ایشان تأثیر می‌گذارد، به رسمیت شناخته شود. کمیته حقوق کودک نیز توضیح داده است، عبارت «اطمینان خواهند داد» در ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک، دولت‌های طرف کنوانسیون را متعهد می‌کند تا تدابیر مناسبی را برای اجرای کامل این حق برای کلیه کودکان انجام دهند و هیچ‌گونه آزادی عملی برای صلاح‌دید دولت‌ها باقی نمی‌گذارد.^۴ همچنین شنیدن نظرهای کودکان نباید به‌خودی‌خود یک هدف در نظر گرفته شود، بلکه این حق وسیله‌ای است که از طریق آن کودکان می‌توانند از سایر حقوق خود استفاده کنند.^۵

علاوه بر این، در ماده ۱۲(۲) کنوانسیون نیز به‌طور خاص مقرر شده است که کودکان باید در هرگونه رسیدگی قضایی و اداری که بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد، فرصت شنیده شدن داشته باشند. این حق هم در مورد رسیدگی‌هایی که توسط کودک آغاز می‌شود و هم در خصوص اقدام‌هایی که توسط سایرین آغاز می‌شود و کودک را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مانند رویه تعیین پناهندگی، اعمال می‌شود.^۶ همچنین اجرای کامل حق کودکان برای بیان نظرهای خود در مورد تمام مراحل فرایند پناهندگی، از جمله هرگونه تصمیم درباره مراقبت، سرپناه یا وضعیت مهاجرتی، باید تضمین شود. کمیساریای عالی

¹ ECtHR, Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar Vs Malta, Applications Nos 25794/13 & 28151/13, 22 November 2016.

این پرونده درباره دو کودک سومالیایی است که در مالت درخواست پناهندگی دادند. آن‌ها درحالی که در انتظار آزمون سنجش سن بودند، بازداشت شدند. ایشان چند ماه پس از مشخص شدن آنکه کودک بوده‌اند نیز در بازداشت ماندند. ایشان پس از آزادی درخواستی را برای دیوان ارسال کردند و از شرایط بسیار بد بازداشت مهاجرتی خود، بازداشت خودسرانه و غیرقانونی شکایت کردند و در نهایت استدلال کردند که هیچ راه‌حل مؤثری برای به چالش کشیدن قانونی بودن بازداشت خود نداشته‌اند. دیوان نیز در این پرونده نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را تشخیص داد.

² OHCHR (2018), Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM), Art 19 (2).

³ CRC Committee, op.cit, 2009, paras. 25 & 80.

⁴ Ibid., para.19.

⁵ CRC Committee, General Comment No.5, 27 November 2003, CRC/C/GC/2003/5, para.12.

⁶ Ibid.

پناهندگان نیز مشارکت مؤثر کودکان را به عنوان صاحبان حقوق خویش به رسمیت می‌شناسد و بیان می‌دارد مشارکت مؤثر می‌تواند ظرفیت و انعطاف‌پذیری کودکان را افزایش و به آن‌ها اجازه دهد از خود و همسالان محافظت کنند.^۱ باین حال باید در نظر داشت که حق شنیده شدن یک انتخاب است، نه تکلیف، به این معنا که هر کودکی می‌تواند از حق خود برای شنیده شدن انصراف دهد.^۲

در این خصوص دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار داشته است که کودکان درگیر در دادرسی باید به اندازه کافی در فرایند تصمیم‌گیری مشارکت داشته باشند.^۳ باین حال دیوان همچنین بیان می‌کند که هیچ الزام مطلق برای شنیده شدن کودکان وجود ندارد و این امر بستگی به وضعیت هر پرونده دارد؛ هنگامی که کودک شنیده می‌شود، بسیار ضروری است که با او به گونه‌ای برخورد شود که سن، سطح بلوغ ذهنی، ظرفیت‌های فکری و عاطفی او در نظر گرفته شود و گام‌هایی برای ارتقای توانایی او برای درک و مشارکت در امور دادرسی، به گونه‌ای که تا حد امکان از احساس ارباب وی بکاهد، برداشته شود.^۴

محیطی که در آن صدای کودک شنیده می‌شود، تأثیر مهمی بر این موضوع دارد که کودک بتواند نظرهای خود را آزادانه بیان کند. تحقیقات نشان می‌دهد که کودکان به جای شرکت در یک محیط رسمی، اشکال غیررسمی مشارکت با متخصصان معتمد را ترجیح می‌دهند. محیط هیجان‌انگیز و حضور تعداد بیشتری از بزرگسالان، بیان نظرها و خواسته‌های کودکان را دشوارتر می‌کند؛ همچنین عدم استفاده مصاحبه‌کنندگان از توصیه‌های بین‌المللی در مورد چگونگی جلوگیری از تأثیرگذاری بر پاسخ‌های کودکان هنگام مصاحبه می‌تواند فرصت‌های دستیابی به اطلاعات دقیق را کاهش دهد.^۵ از سوی دیگر، برای درک کامل کل فرایند و مشارکت، باید شرایط سفر و نحوه ورود نیز در نظر گرفته شود و در مصاحبه از روش‌های ارتباطی مناسب استفاده شود؛ این روش‌ها می‌تواند روش‌های غیرکلامی همچون نقاشی، نقش‌آفرینی، قصه‌گویی، آواز خواندن و بازی را دربرگیرد.^۶ همچنین صدای کودکان باید جدا از والدینشان شنیده شود و مصالح عالیۀ ایشان در این خصوص یک ملاحظه اولیه باشد؛ این امر در فرایند پناهندگی و هنگامی که حق همبستگی خانوادگی نیز دخیل است، از اهمیت بسزایی برخوردار خواهد بود.^۷

علاوه بر این، هیچ نسخه قانونی در سطح بین‌المللی در مورد سنی که باید کودکان در آن شنیده شوند، وجود ندارد؛ در این زمینه کمیته حقوق کودک به دولت‌ها توصیه کرده است که محدودیت‌های سنی ثابتی را برای اعمال این حق تعیین نکنند.^۸ برای این منظور به طور خاص، کمیته حقوق کودک توصیه کرده است که باید به کودکان با توجه به بلوغ ذهنی کودک اجازه داده شود تا نظرها و خواسته‌های خود را در رویه پناهندگی بیان کنند.^۹

پیامد مهم حق شنیده شدن این است که به نظرهای کودک بها داده شود؛ علاوه بر این به منظور تضمین اینکه به نظرهای کودک به طور جدی بها داده شود، تصمیم‌گیرنده باید بازخوردی را در مورد نتیجه فرایند، میزان و نحوه در نظر گرفتن نظرهای کودک در اختیار وی قرار دهد؛ باین حال ذکر این نکته حائز اهمیت است که برای کودکان توضیح داده شود،

^۱ UNHCR, A Framework for the Protection of Children, Geneva, UNHCR, 2006, p 16.

^۲ CRC Committee, op.cit., 2009, para.16.

^۳ ECtHR, M&M Vs Croatia Application No. 10161/13, 2015.

^۴ ECtHR, S.C. Vs the United Kingdom Application No 60958/00, 2004.

^۵ Lamb, M.E., et al., 'Children's Testimony: A handbook of psychological research and forensic practice', Child & Family Social Work, 2011, NO.8(1).

^۶ UNHCR, op.cit., 2009, para.71.

^۷ CRC Committee, op.cit., 2017, paras. 37-38.

^۸ CRC Committee, op.cit., 2009, para.21.

^۹ CRC Committee, General Comment No.6, CRC/GC/2005/6. 2005, para.25.

نظر او لزوماً تعیین کننده نخواهد بود و ممکن است عوامل دیگر نظر وی را تحت الشعاع قرار دهند.

۲.۲.۳. حق داشتن نمایندگی قانونی

کودکان ممکن است درک و تجربیات محدودی از مشارکت در فرایندهای قانونی داشته باشند و بنابراین مهم است برای کلیه کودکان نماینده قانونی منصوب شود تا نمایندگی در کلیه مراحل دادرسی تضمین شود و کودکان بتوانند آزادانه با نمایندگان قانونی ارتباط برقرار کنند.^۱

نظر کودک ترجیحاً باید به صورت مستقیم شنیده شود؛ با این حال چنانچه کودکی بتواند نظر خود را در یک رویه خاص به مقام مربوط ارائه دهد؛ بنابراین این انتخاب را نیز دارد که این کار را از طریق یک نماینده انجام دهد. نماینده کودک می تواند پدر، مادر، وکیل، سرپرست یا مددکار اجتماعی وی باشد. چنانچه این امر از طریق مداخله یک بزرگسال انجام می شود، این شخص باید دانش و درک کافی از این روش و تجربه کار با کودکان را داشته باشد؛ با این حال کمیته حقوق کودک خاطرنشان می کند که خطرهای تضاد منافع میان کودک و والدین یا نمایندگانشان همواره وجود دارد؛ لذا نمایندگان باید این امر در نظر داشته باشند که ایشان منحصراً موظفاند مصالح کودک را نمایندگی کنند و منافع سایر افراد، همچون والدین، نیازی به نمایندگی ایشان ندارد.^۲ تحقیقات اخیر نشان می دهد که داشتن نماینده در قالب وکیل یا سرپرست به مشارکت مثبت در رویه های قانونی کمک می کند. نماینده می تواند به کودک کمک کند تا در تصمیم گیری تأثیر بگذارد و می تواند سایر متخصصان را ترغیب کند تا در مورد تصمیمی که گرفته می شود به کودک بازخورد بدهند.^۳ کمیته حقوق کودک بیان می کند که کودکان بدون همراه صرفاً زمانی باید به پناهندگی یا سایر مراحل اداری یا قضایی ارجاع داده شوند که هم سرپرست و هم نماینده قانونی برای ایشان به صورت رایگان منصوب شده باشد. سرپرست باید به محض شناسایی کودک تعیین شود و تا زمانی که کودک به بلوغ ذهنی کافی نرسیده یا به طور دائم از کشور پذیرنده خارج نشده است، به کار خود ادامه دهد.^۴ سرپرست کودک در تمام مراحل رسیدگی عمل کرده، ظرفیت محدود قانونی کودک را تکمیل می کند.

در اسناد منطقه ای اروپا نیز به حق داشتن نمایندگی قانونی اشارات مفصلی شده است. این امر در ماده ۲۵ (۱) الف دستورالعمل فرایند پناهندگی، ماده ۲۴ دستورالعمل شرایط پذیرش^۵ و ماده ۶ مقررات دوبلین سه^۶ ذکر شده است. از سوی دیگر، دیوان اروپایی حقوق بشر نیز تأکید کرده است که کنوانسیون حقوق کودک از دولت ها می خواهد که تدابیر مناسبی را اتخاذ کنند تا تضمین شود که کودکان پناهجو از حمایت و مساعدت های بشردوستانه برخوردار شوند.^۷ بر همین مبنا، دیوان در استدلال خود بازداشت دوماهه یک کودک بدون همراه را در مرکزی، که برای بزرگسالان طراحی

^۱. CRC Committee, op.cit., 2017, para 17(f).

^۲. CRC Committee, op.cit., 2009, paras. 35-37.

^۳. Kennan, et al., op.cit., pp 1-18.

^۴. CRC Committee, op.cit., 2005, paras. 21,33,36,68.

^۵. هر دو مقررۀ پیشین با زبانی یکسان بیان می کنند: «دولت های عضو باید در سریع ترین زمان ممکن با اتخاذ تدابیری تضمین کنند، یک نماینده برای کودک بدون همراه انتخاب شده تا کودک را کمک کند که از حقوق و تعهدات مقرر در این دستورالعمل تبعیت کند. کودک بدون همراه فوراً از تعیین نماینده مطلع خواهد شد (...).»

^۶. این مقررۀ بیان می کند که «دولت های عضو باید تضمین کنند که یک نماینده، هر کدام بدون همراهی را با توجه به کلیه مراحل مقرر در این مقررات، نمایندگی و/یا کمک می کند. نماینده باید صلاحیت و تخصص لازم را داشته باشد تا تضمین کند که مصالح عالیه کودک در طی مراحل انجام شده مطابق این مقررات در نظر گرفته می شود (...).»

^۷. ECtHR, Tarakhel Vs Switzerland, Application No.29217.12, Judgment of 4 November 2014, para.99.

شده بود، محکوم و تأکید کرد که مقامات دولتی اقدام‌های مناسبی برای حمایت از کودک، از جمله دریافت مشاوره و مساعدت قانونی مناسب از سوی کارکنان واجد شرایط، را انجام نداده‌اند.^۱ از سوی دیگر، دیوان فقدان نمایندگی را به‌عنوان عامل غالب در بررسی حق پناهجویان برای جبران خسارت عادلانه بیان می‌کند. درواقع دیوان از دولت‌های عضو خواسته است که فرایند پناهندگی را، که شامل مجموعه‌ای از حداقل تضمینات، از جمله حق شنیده شدن است، ایجاد کنند.^۲

۲.۲.۴. مشارکت کودک در فرایندهای دادرسی

پیشگیری‌های دادرسی در رویه پناهندگی، فقدان سیستم عدالت دوستدار کودک^۳ و دانش حقوقی محدود کودکان، دسترسی به عدالت را برای کودکان با مشکلات عدیده‌ای مواجه کرده است؛ ازاین‌رو در دسترس بودن رویه‌های حساس به کودک^۴ می‌تواند به‌عنوان یک الزام برای دسترسی کودک به عدالت در نظر گرفته شود.^۵ دسترسی به عدالت برای کودکان به «توانایی دستیابی به راه‌حل عادلانه و به‌موقع برای نقض حقوق» کودک اشاره دارد؛^۶ بر همین اساس دولت‌ها باید تضمین کنند که دسترسی کودکان به مقامات و تسهیلاتی فراهم شود تا به شنیده شدن و نمایندگی ایشان کمک کند. همچنین، کودکان باید به درخواست تجدیدنظر، مراحل شکایت و به یک آمبودزمن یا کمیسر حقوق کودکان دسترسی داشته باشند.^۷ در این خصوص کمیته حقوق کودک بیان داشته است که بدون دسترسی به قاضی، کودکان قادر به درخواست تجدیدنظر درمورد بازداشت اداری (Administrative detention) نیستند و به‌تبع آن، این کودکان از تدابیر لازم برای شنیده شدن مؤثر در یک رویه رسمی پناهندگی برخوردار نخواهند بود.^۸ کمیته همچنین در پرونده C.E علیه بلژیک، بیان داشت که کودک فرصتی برای بیان نظرهای خود در دادرسی نداشته است و همین امر در میان باقی

^۱ ECtHR, *Muskhadzhiyeva & others Vs Belgium*, Application No.41442/07, Judgment of 19 January 2010, para.50.

^۲ Smyth, C. *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants*, In: Bhabha, J., Jyothi, Kanics and Daniel, Senovilla (Editors). *Research Handbook on child Migration*, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, P 141.

^۳ درخصوص عدالت دوستدار کودک (justice child-friendly) مهم‌ترین سند، برنامه اقدام شورای اروپا به منظور حمایت از کودکان پناهنده و مهاجر است که در بند ۱ خود با عنوان «تضمین دسترسی به حقوق و رویه‌های دوستدار کودک» بیان می‌دارد که در درجه اول باید با کودکان پناهنده و مهاجر به‌عنوان یک کودک رفتار شود. در این راستا پیشنهاد شده است که سمینار یا میزگردی درمورد اطلاعات مربوط به مهاجرت کودک سازمان‌دهی شود و مقامات دولتی و سایر ذی‌نفعان همچون آمبودزمن کودکان و سازمان‌های غیردولتی گردهم آیند تا بهترین روش‌های برخورد با کودکان را شناسایی و توصیه‌هایی را ارائه کنند. همچنین یک واحد آموزشی درمورد حقوق کودکان پناهنده و مهاجر توسعه یابد. اقدام پیشنهادی بعدی نیز ایجاد تلفیقی از روش‌های خوب برای فرایند مربوط به مهاجرت کودکان است که شامل رسیدگی‌های قضایی، تجدیدنظر اداری، بررسی اولیه درخواست‌های پناهندگی و همچنین اخراج یا بازگرداندن، و سایر رویه‌های اجرای قانون، از جمله رویه‌های حمایت از قربانیان استثمار و سوءاستفاده با روشی مناسب کودک است.

^۴ اصطلاح «حساس به کودک» (Child-sensitive) از دستورالعمل سازمان ملل متحد در مورد عدالت در امور مربوط به کودکان قربانی و شاهدان جنایت نشئت می‌گیرد. این اصطلاح به عنوان «رویکردی که حق کودک برای حمایت را با نیازها و دیدگاه‌های فردی کودک متعادل می‌سازد»، تعریف شده است؛ این اصطلاح از یک‌سو حول به رسمیت شناختن عاملیت کودکان می‌چرخد و از سوی دیگر حمایت از حقوق و منافع کودک را در نظر می‌گیرد.

^۵ Liefwaard, T. "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *International Journal of Children's Rights*, 27, 2019, P 195.

^۶ UN Human Rights Council, Access to justice for Children, Report of the United Nation High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/25/35, 2013, para.4.

^۷ CRC Committee, op.cit., 2009, paras 46-47.

^۸ CRC Committee, Concluding Observation of France, 23 February 2016, CRC/C/FRA/CO/5, para.73.

موارد، موجب نقض ماده ۱۲ کنوانسیون توسط مقامات ملی است.^۱

علاوه بر این، دسترسی به عدالت برای کودکان باید هم به عنوان یک مسئله رویه‌ای (همچون دسترسی به دادگاه‌ها و وکالت قانونی) و هم به عنوان یک مفهوم ماهوی (همچون غرامت مالی یا جبران خسارت) درک شود. باین حال در بسیاری از شرایط این حق نادیده گرفته می‌شود و کودکان در استفاده از دسترسی به هر دو شکل دسترسی به عدالت با چالش‌هایی مواجه‌اند. لیفارد به منظور حل این چالش و دسترسی به عدالت برای کودکان سه عنصر را نام برده است: دسترسی به سیستم عدالت باید دوستدار کودک باشد، کودک در رویه‌های دادرسی مشارکت داشته باشد و نتایج و راه‌حل‌ها برای کودک مناسب باشد.^۲

کمیته حقوق کودک همچنین بیان کرده است: «سیستم‌ها و/یا رویه‌هایی را برای مشارکت کودکان، آموزش مددکاران اجتماعی و مقامات اجرایی یا دادگاهی و ارائه پشتیبانی توسط یک متخصص فراهم آورند.» علاوه بر این، توصیه کرده است: «دولت راه‌های مؤثری برای شنیده شدن نظرهای کودکان ایجاد کند و کودکان را به اندازه کافی از چنین راه‌هایی آگاه سازند.»^۳ به این ترتیب، دسترسی به عدالت دوستدار کودک، راهکاری برای پاسخگویی بیشتر درباره حق کودک برای مشارکت در کلیه تصمیم‌گیری‌های رسمی و غیررسمی را فراهم می‌کند و بر حقوق کودکان به طور کلی متمرکزتر می‌شود.^۴

۳. تعادل میان مشارکت و اصل مصالح عالیه کودک

کودکان به عنوان مشارکت‌کنندگان فعال، اهلیت اعمال حق مشارکت خویش را دارند؛ باین حال به دلیل عدم بلوغ ذهنی کافی باید از ایشان حمایت‌هایی صورت گیرد؛ همچنین کودکان پناهجو و پناهنده گروه آسیب‌پذیر خاصی را تشکیل می‌دهند که احتمالاً خشونت، سختی و رنج را در کشورهای خود و در طول سفر تجربه کرده‌اند و ممکن است با اعمال حق مشارکت در رویه‌های قضایی، بار دیگر قربانی شوند. به ویژه، درباره کودکان قربانی آزار جنسی شواهد قوی وجود دارند که نشان می‌دهند مشارکت در روند قضایی برای رفاه آنان مضر است^۵ و باید اقدام‌های ویژه‌ای در خصوص مشارکت کودکان قربانی در رویه‌های دادگاه اتخاذ شود. از این رو لزوم ایجاد تعادل میان مشارکت و مصالح عالیه کودک اهمیت دوچندان می‌یابد.

این واقعیت که کودکان به طور سنتی به عنوان یک گروه آسیب‌پذیر، ناتوان در تصمیم‌گیری و نیازمند حمایت در نظر گرفته می‌شدند، باعث شده است که بسیاری از دولت‌ها به بهانه اصل مصالح عالیه از مشارکت کودک غافل شوند. کمیته حقوق کودک نیز اذعان می‌کند که بها دادن به نظرهای کودکان، همواره موضوعی چالش‌برانگیز درباره حقوق کودک

¹ ECtHR, C.E. Vs Belgium, 27 September 2018, CRC/C/79/D/12/2017, para.8.

C.E. در مراکش از پدری ناشناس متولد و در بدو تولد توسط مادرش رها شد. سپس NS (دارای تابعیت دوگانه بلژیکی-مراکشی) و NB (تبعه بلژیک) وی را در چارچوب حقوقی کفاله سرپرستی کردند. ایشان در ۲۱ دسامبر ۲۰۱۱ درخواستی برای ورود و اقامت در بلژیک به دلایل بشردوستانه ارائه کردند. این درخواست از سوی بلژیک رد شد؛ چرا که بلژیک نهاد کفاله را فرزندخواندگی نمی‌دانست و هیچ حقی برای اقامت به ایشان اعطا نمی‌کرد. در نهایت مدعیان شکایت خود را بر مبنای کنوانسیون ۱۹۹۶ لاهه ثبت کردند و کمیته نقض حقوق کودک به وسیله بلژیک را مورد شناسایی قرار داد.

² Liefwaard, op.cit., PP 220-222.

³ CRC Committee, op.cit., 2016, para.30.

⁴ Liefwaard, T. "Child-friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, 88 (4), 2016, PP 906-908.

⁵ Liefwaard, T. "Child-friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, 88 (4), 2016, PP 392-395.

بوده است.^۱ در این خصوص تبیین اصل مصالح عالیه کودک نمود می‌یابد. هنگام تبیین این اصل در مورد کودکان درگیر در فرایند پناهندگی، باید میان کودکان همراه با خانواده و بدون همراه یا جداشده تمایز قائل شد. این واقعیت که کودکان همراه خانواده به درخواست پناهندگی خانواده خود وابسته‌اند،^۲ در بسیاری از دولت‌ها حاکی از آن است که می‌توان نظرهای کودک در مورد درخواست پناهندگی یا ارزیابی مصالح عالیه را ناشنیده گذاشت. این امر هنگامی که یک ادعای جداگانه برای حمایت از کودک در نظر گرفته می‌شود، می‌تواند مشکل‌ساز باشد. پو‌بجوی تا آنجا پیش می‌رود که استدلال می‌کند در صورت رد درخواست پناهندگی و در جایی که هیچ تعیین وضعیت فردی کودک انجام نشده است، این امر منجر به نقض تکلیف عدم بازگرداندن و حق شنیده شدن می‌شود؛^۳ با این حال این مسئله مطرح شده است که شنیدن جداگانه این کودکان، آن‌ها را در موقعیت دشواری قرار می‌دهد و باعث تضادهای وفاداری میان والدین و کودکان و عملکرد غیراخلاقی دولت می‌شود که ممکن است سعی کنند داستان والدین را از طریق شنیدن کودکانشان آزمایش کنند.^۴ برای حل این مسئله، دالی اصل استقلال کودکان^۵ را سامان بخشیده است؛ این اصل نشان می‌دهد که کودکان باید بتوانند خودشان انتخاب کنند که آیا مایل‌اند در تصمیم‌گیری (استقلال فرایند) و نتیجه آن (مستقل بودن نتیجه) شرکت کنند یا نه.^۶ علاوه بر این، یک مفهوم گسترده از مشارکت با اذعان به اینکه مشارکت به معنای شنیدن مستقیم، آزار کودک نیست، بلکه شامل اطلاع‌رسانی به کودک، نمایندگی کودک و دسترسی به راه‌حل برای کودک است و ممکن است مفید باشد.^۷

در پایان باید بیان شود، چنانچه اجزای ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک رعایت نشود، نمی‌توان از ماده ۳ کنوانسیون به‌درستی استفاده کرد. به همین ترتیب، ماده ۳ کارایی ماده ۱۲ را تقویت می‌کند و نقش اساسی کودکان را در کلیه تصمیم‌هایی که بر زندگی آن‌ها تأثیر می‌گذارد، تسهیل می‌کند.^۸ هنگامی که از کودکان در مورد نظرهایشان سؤال می‌شود، با توجه به ارزیابی مصالح عالیه، این امر باید به شیوه‌ای مناسب و دوستدار کودک انجام شود؛ در غیر این صورت، می‌توان ادعا کرد که شنیدن نظرهای کودک در جهت مصالح عالیه او نیست؛ چراکه پیامدهای نامطلوبی برای رفاه روانی کودک در پی خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

با افزایش مشکلات اقتصادی، بحران‌های محیط‌زیستی و مخاصمات مسلحانه در کشورهای جهان سوم، سیل عظیمی از پناهجویان به‌سوی کشورهای پناه‌پذیر روان شده و خواهند شد. بسیاری از این پناهجویان یا خود کودک‌اند یا کودکانی دارند که مشکلات عدیده‌ای را در طول سفر از سر گذرانده‌اند. این کودکان بر مبنای ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک،

^۱. CRC, op.cit., 2009, paras 49,76&136.

^۲. UNHCR/UNICEF, Safe & Sound, What States can do to Ensure Respect for the Best Interests of Unaccompanied and Separated Children in Europe, UNHCR/UNICEF, 2014, P 31.

^۳. Pobjoy, J. M. *The Child in International Refugee Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, PP 101-156.

^۴. Tobin, J. "Justifying Children's Rights", *International Journal of Children's Rights*, 21 (3), 2013, PP 395-398.

^۵. Children Autonomy

^۶. Daly, A. *Children, Autonomy and the Courts. Beyond the Right to be Heard*, Leiden: Brill Nijhoff, 2017, PP 15-19.

^۷. Mannion, K. *Child Migration Matters. Children and Young People's Experiences of Migration*, Dublin: Immigrant Council of Ireland, 2016.

^۸. CRC Committee, op.cit., 2009, para.37.

مستحق بهره‌مندی از کلیه حقوق مندرج کنوانسیون حقوق کودک هستند. مشارکت کودک یکی از این حقوق است. با این حال در طول فرایند پناهندگی همواره مسائل به‌سادگی قابل حل نیستند.

در این زمینه، دولت‌ها به دو دسته حمایت‌محور و حقوق‌محور تفکیک می‌شوند: دسته اول بر این اعتقاد است که کودکان به دلیل عدم بلوغ ذهنی کافی هنوز نمی‌توانند به‌طور مؤثر در فرایند پناهندگی مشارکت جویند و باید براساس ماده ۳(۱) کنوانسیون حقوق کودک، مقامات تصمیم‌گیر به‌تنهایی، مصالح عالیه ایشان را بررسی و برایشان تصمیم‌گیری کنند. از سوی دیگر، دسته دوم معتقدند که کودکان حق دارند در فرایند پناهندگی مشارکت و نظرهای خود را بیان کنند. در این مقاله، سعی شده است که میان این دو دیدگاه پلی برقرار شود تا هم محتوای صحیح مشارکت کودک در فرایند پناهندگی و هم رابطه مشارکت کودک با مصالح عالیه کودک مشخص شود. در این خصوص، برای ایفای حق مشارکت کودک باید چهار مرحله را در نظر داشت:

مرحله اول دسترسی به اطلاعات است: به این مفهوم که کودک پناه‌جو یا پناهنده باید از کلیه اطلاعاتی که ممکن است در طول فرایند پناهندگی به وی کمک کند مطلع شود. پس از اطلاع از کلیه اطلاعات ممکن، مرحله دوم آغاز می‌شود؛ در این مرحله کودک باید شنیده شود: به این معنا که هر کودکی با هر سنی حق دارد نظرهای خود را در هر قالبی به گوش تصمیم‌گیران برساند. اثری که بر این حق مترتب است، این است که باید با توجه به بلوغ ذهنی کودک به این سخنان بها داده شود و بازخورد این سخنان به کودک اطلاع داده شود. در مرحله سوم، در صورتی که کودک به‌شخصه نخواهد سخنان خود را بیان کند، باید از مساعدت یک نمایندگی قانونی برخوردار باشد. این نمایندگی قانونی باید همواره در نظر داشته باشد، مصالح عالیه کودک ملاحظه‌ای اولیه است و بر منافع دیگران ارجحیت دارد؛ در مرحله آخر دسترسی به عدالت در مشارکت کودک نقش ایفا می‌کند. به این معنا که کودک باید به راه‌حل‌های عادلانه و جبران خسارت برای نقض حق مشارکت خود دسترسی داشته باشد؛ این امر به معنای تضمین آن است که در فرایند پناهندگی، کودک از حق مشارکت بهره‌مند خواهد شد.

با این حال بسیاری معتقدند که مشارکت کودک، مخصوصاً کودکان قربانی آزار، ممکن است در جهت مصالح عالیه وی نباشد یا ممکن است مقامات دولتی به‌منظور آزمودن داستان‌های والدین از کودکان سوءاستفاده کنند. در این خصوص باید به استقلال کودک اشاره کرد. به این معنا که کودک باید هم در اعمال حق خود به‌عنوان مشارکت‌کننده اختیار داشته باشد و هم درمورد نتیجه‌ای که از آن حاصل می‌شود، فارغ از نتیجه‌ای که برای خانواده وجود دارد، مختار باشد. در پایان باید اشاره شود، مشارکت کودک و مصالح عالیه کودک دو مفهوم جدا از یکدیگر نیستند. چنانچه مشارکت کودک در فرایند پناهندگی شناسایی نشود یا به‌طور ناقص ایفا شود، یکی از مهم‌ترین عناصر تبیین مصالح عالیه کودک نقض شده است. از سوی دیگر چنانچه مشارکت کودک تنها پارامتر در جهت تصمیم‌گیری در فرایند پناهندگی باشد و مسائلی همچون همبستگی خانوادگی حمایت نشود، بازهم تبیین مصالح عالیه ناقص است و این امر ایفای حقوق کودک را به مخاطره می‌اندازد.

References

Books

1. Crock, E. *Justice for the Migrant Child: The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child*, In: Mahmoudi, Said., Pernilla, Leviner., Anna, Kaldal and Katrin, Lainpelto (Editors). *Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff, 2015.

2. Daly, A. *Children, Autonomy and the Courts. Beyond the Right to be Heard*, Leiden: Brill Nijhoff, 2017.
3. Lansdown, G. *The Evolving Capacities of the Child*, Florence, UNICEF Innocenti Research Centre, 2005.
4. Mannion, K. *Child Migration Matters. Children and Young People's Experiences of Migration*, Dublin: Immigrant Council of Ireland, 2016.
5. Pobjoy, J. M. *The Child in International Refugee Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
6. Rap, Stephanie. *Participation of Children in Asylum Procedures*, In: Klaassen, M., Rap, S., Rodrigues, P., and Liefwaard, T. (Editors). *Safeguarding Children's Rights in International Law*, Intersentia, 2020.
7. Smyth, C. *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants*, In: Bhabha, J., Jyothi, Kanics and Daniel, Senovilla (Editors). *Research Handbook on child Migration*, Edward Elgar Publishing Limited, 2018.

Articles

8. Bijleveld, G. V. B., et al., "Children's and Young People's Participation within Child Welfare and Child Protection Services: A State-of-the-art Review", *Child and Family Social Work*, 20, 2015.
9. Collins, T. M. "A Child's Right to Participate: Implications for International Child Protection", *The International Journal of Human Rights*, 21 (1), 2017.
10. Darmanaki, Farahani, L. and Graham, L. "The Role of Psychosocial Resources in the Adjustment of Migrant Adolescents", *Journal of the Pacific Rim Psychology*, 12 (e3), 2018.
11. Doek, J. E. "The eighteenth birthday of the Convention on the Rights of the child: Achievements and Challenges", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 41 (1), 2017.
12. Hanson, K. "Children's Participation and Agency when They Don't Do the Right Thing", *Childhood*, 23 (4), 2016.
13. Kalverboer, Margrite., et al. "Unaccompanied Minors in the Netherland and the Care Facility in Which they Flourish Best", *Child and Family Social Work*, 2016.
14. Kennan, D., et al. "Supporting Children's Participation in Decision-Making: A Systematic Literature Review Exploring Effectiveness of Participatory Processes", *British Journal of Social Work*, 2018.
15. Kohli, R. "The Sound of Silence: Listening to What Unaccompanied Asylum-seeking Children Say and Do Not Say", *British Journal of Social Work*, 36, 2006.
16. Lamb, M. E., et al. "Children's Testimony: A handbook of psychological research and forensic practice", *Child and Family Social Work*, 8 (1), 2011.
17. Leviner, P. "Child Participation in the Swedish Child Protection System", *International Journal of Children's Rights*, 2 (1), 2018.
18. Liefwaard, T. "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *International Journal of Children's Rights*, 27, 2019.
19. Liefwaard, T. "Child-friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, 88 (4), 2016.
20. Lundy, L. "Voice is not Enough: Conceptualising Article 12 of United Nation Convention on the Rights of the Child", *British Educational Research Journal*, 33 (6), 2007.
21. Muench, K. et al., "Children and Parent Participation in Child Protection Conferences: A Study in One English Local Authority", *Child Care in Practice*, 23 (1), 2017.
22. Muftee, M. "Children's Agency in Resettlement: A Study of Swedish Cultural Orientation Programs in Kenya and Sudan", *Children's Geographies*, 13 (2), 2015.
23. Quas, J. A., and Gail, S. G. "Consequence of Criminal Court Involvement of Child Victims", *Psychology, Public Policy and Law*, 18 (3), 2012.

24. Reilly, L. and Pat, D., "The Role of Social Work Education and Training in Supporting Practitioners to Communicate with Children in an Age-Appropriate Manner", *British Journal of Social Work*, 47, 2017.
25. Stalford, H. "David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate", *Immigration, Asylum and Nationality Law*, 32, 2018.
26. Tobin, J. "Justifying Children's Rights", *International Journal of Children's Rights*, 21 (3), 2013.

Documents and Judgments

27. Council of Europe, Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019), Strasbourg: Council of Europe, 2017.
28. Council of Europe, Council of Europe Strategy for the Rights of the child (2016-2021), Strasbourg: Council of Europe, 2016.
29. CRC Committee, Concluding Observation of France, 23 February 2016, CRC/C/FRA/CO/5, 2016.
30. CRC Committee, General Comment No.12, CRC/C/GC/12, 2009.
31. CRC Committee, General Comment No.5, 27 November 2003, CRC/C/GC/2003/5, 2003.
32. CRC Committee, General Comment No.6, CRC/GC/2005/6, 2005.
33. CRC Committee, Initial State Party Report: India, CRC/C/28/Add.10, 1997.
34. CRC Committee, Initial State Party Report: Malawi, CRC/C/8/Add.43, 2001.
35. CRC Committee, Joint general comment No.4 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 of the Committee on the Rights of the Child, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017.
36. ECtHR, Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar Vs Malta, Applications Nos 25794/13 & 28151/13, 22 November 2016.
37. ECtHR, C.E. Vs Belgium, 27 September 2018, CRC/C/79/D/12/2017, 2018.
38. ECtHR, M&M Vs Croatia Application No. 10161/13, 2015.
39. ECtHR, Muskhadzhiyeva & others Vs Belgium, Application No.41442/07, Judgment of 19 January 2010.
40. ECtHR, Rahimi Vs Greece Application No 8687/08, 5 April 2011.
41. ECtHR, S.C. Vs the United Kingdom Application No 60958/00, 2004.
42. ECtHR, Tarakhel vs. Switzerland, Application No.29217.12, Judgment of 4 November 2014.
43. European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the protection of children in migration, COM 2011 final, Brussels, 2017.
44. UN Human Rights Council, Access to justice for Children, Report of the United Nation High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/25/35, 2013.
45. UNHCR, A Framework for the Protection of Children, Geneva, UNHCR, 2006.
46. UNHCR, A Framework for the Protection of Children, Geneva: UNHCR, 2012.
47. UNHCR, UNHCR Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child, Geneva, UNHCR, 2021.
48. UNHCR/UNICEF, Safe & Sound, What States can do to Ensure Respect for the Best Interests of Unaccompanied and Separated Children in Europe, UNHCR/UNICEF, 2014.
49. UNICEF, Child Displacement, 2022, Available at: <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/displacement>.



Original Article

Jurisprudential-Legal Analysis About Criterion and Origin of the Transsexuals' Gender Recognition

Mohammad Roshan¹, Mahrou Ghadiri², Hamid Reza Saeed Arab³ 

ABSTRACT

A group of rights and duties are imposed on people based on their gender. Therefore, gender recognition is a requirement for belonging this part of rights and duties to people. In most of the cases, it is possible to identify the gender easily and without the requirement of specialized precision, but in some cases, gender and sexual ambiguities make the identification difficult. One of these cases is transsexual status. Transsexuals consider themselves to have a different gender from their physical structure and therefore, they want to harmonize their body structure with their self-conscious gender. The advancement of medical science and the possibility of gender reassignment surgery prompted a group of jurists to consider the changed body structure as the basis for identifying a new gender and decide to change the rules related to gender. Following the custom, they considered the apparent gender to be the criterion of recognition and because of changing of gender due to the surgery, they considered the surgery to be the origin of the new gender recognition; An approach that is currently accepted in the legal system of our country. On the other hand, the results of scientific studies, rejecting the effectiveness of the previous criterion, indicated the key role of gender identity in identifying the gender of transsexuals. Revealing the effectiveness of gender identity in the identification of transsexuals and also the greater compatibility of this criterion with jurisprudential-legal foundations, all testify to the superiority of this criterion. It is appropriate for the legislator to adopt an effectiveness approach for the identification of transsexuals while trying to enter the concept of gender identity into legal concepts and consider to public order and good morals.

KeyWords: Sex Change, Changing the Issue, Transgender Children, Public Order, Gender Identity.

How to Cite: Roshan, Mohammad, Ghadiri, Mahrou, Saeed Arab, Hamid Reza, "Jurisprudential-Legal Analysis About Criterion and Origin of the Transsexuals' Gender Recognition", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:35-56.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230362.2438>

Received: 13/02/2023-Accepted: 23/10/2023

1. Associate Professor, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

3. L.L.M, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: h.saeedarab@mail.sbu.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 فقهی-حقوقی سنجه و مبدأ شناسایی جنسیت در تراجنسیتی‌ها

محمد روشن^۱، ماهرو غدیری^۲، حمیدرضا سعیدعرب^۳

چکیده

دسته‌ای از حقوق و تکالیف بر مبنای جنسیت بر افراد بار می‌گردند؛ بنابراین شناسایی جنسیت لازمه‌ی تعلق این بخش از حقوق و تکالیف بر افراد است. در اکثر مواقع، شناسایی جنسیت به سهولت و بی‌نیاز از دقت‌های تخصصی شدنی است؛ اما در برخی موارد، ابهامات جنسی و جنسیتی امر شناسایی را با دشواری روبه‌رو می‌کند. یکی از این موارد وضعیت تراجنسی است. تراجنسی مبین وضعیت افرادی است که خود را دارای جنسیتی متفاوت از ساختار بدنی‌شان می‌دانند و از این رو، تمایل به هماهنگ‌سازی ساختار بدنی با جنسیت خودآگاه‌شان دارند. پیشرفت علم پزشکی و امکان‌پذیری بازآرایی جنسی، گروهی از فقیهان و حقوق‌دانان را بر آن داشت تا ساختار بدنی پدیدآمده را مبنای شناسایی جنسیت جدید قرار دهند و به تغییر احکام مربوط به جنسیت حکم کنند. اینان به تبعیت از عرف، جنسیت ظاهری را سنجۀ شناسایی و به دلیل تبدل موضوع جنسیت بر اثر جراحی، جراحی را مبدأ شناسایی جنسیت جدید دانستند؛ رویکردی که هم‌اکنون در نظام حقوقی کشور ما پذیرفته شده است. در مقابل، نتایج برآمده از مطالعات علمی با رد کارآمدی سنجۀ پیشین، از نقش کلیدی هویت‌جنسیتی برای شناسایی جنسیت تراجنسی‌ها حکایت می‌کند. نمایان کردن کارآمدی هویت‌جنسیتی در امر شناسایی تراجنسی‌ها و همچنین اثبات سازگاری بیشتر این سنجه با مبانی فقهی-حقوقی، دستاوردهایی است که گواه از برتری این سنجه می‌دهند. شایسته است قانون‌گذار ضمن ورود مفهوم هویت‌جنسیتی به ادبیات قانونی و با لحاظ نظم عمومی و اخلاق حسنه، رویکرد کارآمدی برای شناسایی جنسیت در تراجنسی‌ها اتخاذ کند.

کلید واژگان: تغییر جنسیت، تبدل موضوع، کودکان تراجنسیتی، نظم عمومی، هویت جنسیتی.

استناد به این مقاله: روشن، محمد، غدیری، ماهرو، سعیدعرب، حمیدرضا، «تحلیل فقهی-حقوقی سنجه و مبدأ شناسایی جنسیت در تراجنسی‌ها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۳۵-۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230362.2438>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱

۱. دانشیار، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ۲. استادیار، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ۳. کارشناس ارشد، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
- /ایمیل نویسنده مسئول: h.saeedarab@mail.sbu.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

«عمل تغییر جنسیت زیر نظر پزشک متخصص اشکال شرعی ندارد.»^۱ در سال ۱۳۶۴ این فتوای تاریخی در پاسخ به وضعیت خانم ملک‌آرا صادر شد. ایشان به‌رغم تولد با ساختار بدنی مردانه، جنسیت خود را زنانه می‌دانست؛ از این‌رو، بیزار از کالبد جسمانی مردانه‌اش، مشتاق به زندگی و پذیرش به‌عنوان یک زن بود.

در پی این فتوا، معرکه‌ای از آرای فقهی-حقوقی به‌وجود آمد. گروهی از فقیهان و حقوق‌دانان به جهاتی همچون حرمت نابودی اعضای بدن، منع شرعی و البته ناتوانی انسان در دگرگونی آفرینش الهی، ناسازگاری با نظم و مصالح عمومی، ناممکن بودن استناد به قاعده تسلیط برای چنین جراحی‌هایی و نبود منفعت عقلایی مشروع، نه جراحی را مجاز می‌دانند و نه در صورت انجام دادن، تغییر در جنسیت را می‌پذیرند.^۲ گروهی دیگر با فرض ضرورت جراحی، حکم به جواز می‌دهند، لیکن به دلیل صوری دانستن دگرگونی‌های رخ داده بر اثر جراحی تغییر در جنسیت را نمی‌پذیرند.^۳ در برابر این دو گروه، فقیهان و حقوق‌دانانی قرار دارند که به دلایلی مانند نبود حرمت یا منع قانونی، اصل حلیت و اباحه، قاعده تسلیط و قاعده اضطرار، انجام دادن جراحی را پذیرفته و افزون بر آن، دگرگونی‌های رخ داده بر اثر جراحی را واجد اوصاف تبدل موضوع دانسته‌اند و باور دارند جنسیت فرد در پی جراحی تغییر می‌کند.^۴ برخی از ایشان با نظر به پژوهش‌های جدید چنین بیان می‌دارند: «روح انسانی بر جسم فائق بوده و علت عمده برتری انسان بر سایر مخلوقات است و اگر به دلایل روانی این دو با یکدیگر هم‌خوانی نداشته باشند، باید جسم را با روح که در انسان دارای اصالت است، تطبیق داد.»^۵

این جمله به شیوایی از برتری روح و روان انسان نسبت به جسم او سخن می‌گوید؛ اما تطبیق جسم با روح را شرط شناسایی جنسیت می‌داند. به دلالت التزامی از این شرط، دو مدلول لازم می‌آید. نخست آنکه سنجه شناسایی ظاهر جسمانی است. دیگر آنکه مبدأ شناسایی جراحی بازآرایی جنسی^۶ است؛ بنابراین فقیهان و حقوق‌دانان باورمند به امکان تغییر جنسیت، جنسیت تراجنسی‌ها را پس از انجام دادن کامل جراحی و ایجاد صورت ظاهری جنسیت مطلوب به رسمیت می‌شناسند. در حالی که شناسایی تراجنسی‌ها از منظر متخصصان حوزه جنسیت به گونه‌ای دیگر است. اینان با گذر از سنجه جنسیت ظاهری، هویت جنسیتی^۷ (جنسیتی که فرد خود را مطلق به آن می‌داند) را هم سنجه و هم مبدأ شناسایی جنسیت می‌دانند. به دیگر سخن، متخصصان نه از تغییر جنسیت، بلکه از شناسایی جنسیت تراجنسی‌ها بر اساس هویت جنسیتی‌شان سخن می‌گویند. ناهمسانی سنجه و مبدأ شناسایی جنسیت در این دو نهاد، از رویکرد متفاوتشان در موضوع شناسی برآمده است.

در رویکرد فقیهان، جنسیت موضوع غیرمستنبط عرفی و عرف، مرجع صالح برای تبیین مفهوم و تعیین مصداق جنسیت است و از آنجاکه عرف، جنس و جنسیت را با سنجه‌ای واحد (جنسیت ظاهری) شناسایی می‌کند، این دو هم‌پوشانی مفهومی دارد و در شناسایی هر دو صورت ظاهری ملاک است. در برابر، رویکردی است که از دیدگاه متخصصان حوزه

۱. کریمی‌نیا، محمد مهدی، **تغییر جنسیت با تأکید بر دیدگاه امام خمینی**، تهران: موسسه چاپ و نشر عروج، چاپ نخست، ۱۳۹۱، ص ۲۱۶.

۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، **اندیشه‌های حقوقی (۱): حقوق خانواده**، تهران: مجد، ۱۳۸۶، صص ۱۲۷-۱۲۹.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، **الفتاوی الجدیده**، قم: مدرسه الامام امیرالمومنین، چاپ دوم، ۱۳۸۵ (۱۴۲۷ ه.ق)، ص ۴۳۳.

۴. موسوی بجنوردی، پیشین، صص ۱۲۷-۱۲۹.

۵. روشن، محمد و محمد صادقی، **دانشنامه حقوق خانواده**، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۵، ص ۲۶۹.

۶. Sex Reassignment Surgery

۷. Gender Identity

جنسیت و مثنی نظریه‌پردازان باورمند به پویایی فقه الهام گرفته است. این رویکرد چهارچوب متفاوتی برای شناسایی مفاهیم جنس، جنسیت و هویت جنسیتی دارد و علی‌رغم اذعان به خاستگاه عرفی موضوع جنسیت، مختصات موضوع‌شناسی ایستا را نقد می‌کند و بر پایهٔ طریقت داشتن مرجع در امر شناسایی، صلاحیت انحصاری عرف را به چالش می‌کشد. در این رویکرد، موضوع جنسیت تراجنسیتی‌ها، موضوعی تخصصی و متخصص، مرجع صالح و هویت جنسیتی، سنجه شناسایی جنسیت تراجنسیتی‌هاست.^۱

موضوع‌شناسی متفاوت این دو رویکرد پیامدهای آشکاری بر وضعیت حقوقی فرد و حتی افراد مرتبط با او دارد. برای نمونه، در رویکرد کنونی فقیهان و حقوق‌دانان، دلیلی بر انحلال نکاح تراجنسیتی‌ها پیش از بازآرایی جنسی وجود ندارد و فقط پس از ایجاد صورت ظاهری جنسیت مطلوب به بطلان یا انفساخ نکاح حکم می‌دهند؛ اما با سنجهٔ متخصصان، پس از قطعیت تشخیص تراجنسیتی بودن فرد، دلیلی بر ادامهٔ زوجیت وجود ندارد و چون جنسیت همسان زوجین محرز شود، شایسته نیست وضعیت نکاح در برزخی قانونی قرار گیرد و منوط به پشت‌سر نهادن جراحی شود. لذا سنجش کارآمدی و سازگاری این دو رویکرد با مبانی فقهی-حقوقی هدف انجام دادن این پژوهش است. بدین منظور، در قسمت نخست به ارزیابی رویکرد کنونی فقیهان و حقوق‌دانان و در قسمت دوم به ارزیابی رویکرد متخصصان حوزهٔ جنسیت پرداخته خواهد شد.

۱. ارزیابی جراحی به مثابه مبدأ شناسایی تراجنسیتی‌ها

جراحی بازآرایی جنسی در تراجنسیتی‌ها از دو منظر اهمیت دارد: از یک‌سو، گرایش به دگرگونی ساختار جسمانی یکی از خصیصه‌های مشهود در تراجنسیتی‌ها است که آنان را وامی‌دارد تا فرایند بازآرایی جنسی را پشت‌سر گذارند. از سوی دیگر، جراحی بازآرایی جنسی به دلیل ایجاد دگرگونی در ساختار جسمانی فرد (با ایجاد صورت ظاهری جنسیت مطلوب) مبدأ و شرط شناسایی فقیهان و حقوق‌دانان باورمند به تغییر جنسیت است. این بخش به ارزیابی این شاخص برای شناسایی تراجنسیتی‌ها می‌پردازد.

۱.۱. سنجش کارآمدی جراحی در جداسازی تراجنسیتی‌ها از دیگر وضعیت‌ها

یکی از نشانه‌ها برای ارزیابی کارآمدی و قابلیت یک سنجه در امر شناسایی، تشخیص صحیح یک وضعیت و ارائهٔ چهارچوبی دقیق برای جداسازی آن وضعیت از وضعیت‌های مشابهش است. با این ملاک، ارزیابی شاخص جراحی نیازمند بررسی این پرسش است که آیا جراحی بازآرایی جنسی و صورت ظاهری برآمده از آن، نشان‌گر تراجنسیتی بودن فرد و متمایزکنندهٔ تراجنسیتی‌ها از دیگر وضعیت‌های جنسی و جنسیتی است؟

پژوهش‌هایی که در حوزهٔ روان-جنسی انجام شده است، گواهی می‌دهد که غیر از تراجنسیتی‌ها، افراد دیگری نیز به دگرگونی ساختار جسمانی گرایش دارند. مبتلایان به اختلال هویت‌بی‌نقص‌بدن^۲ دسته‌ای از این افرادند که فقط پس از جداسازی عضو یا توقف کارکرد ارگانی از بدنشان خود را کامل می‌یابند.^۳ حال اگر اختلال این فرد متوجه قطع عضو

۱. غدیری، ماهرو، محمد روشن و حمیدرضا سعیدعرب، «پرسیمان فقهی-حقوقی موضوع‌شناسی جنسیت تراجنسیتی‌ها»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۷، شماره ۵۸، ۱۴۰۲، صص ۳۲۵-۳۴۱.

۲. Body Integrity Identity Disorder

۳. Turbyne, C., Koning, P., Zantvoord, J., Denys, D. "Body Integrity Identity Disorder Using Augmented Reality: A Symptom Reduction Study", *BMJ Case Rep*, 14 (1), 2021, p 1.

تناسلی‌اش شود، او را به دگرگونی در ساختار جسمانی‌اش تشویق می‌کند. هذیان‌های دگرجنس‌پندار نیز مشوقی برای دگرگونی ساختار جسمانی است. برای نمونه، گرفتاری یک اسکیزوفرن به هذیان‌های دگرجنس‌پندار می‌تواند به پافشاری او مبنی بر داشتن جنسیتی غیر از جنسیت زیستی‌اش بینجامد.^۱ وضعیت دیگری که ممکن است فرد مبتلا را به دام بازآرایی جنسی بیندازد، خودزن‌پنداری^۲ است. اینان با تصور اندام زنانه برای خود به برانگیختگی جنسی می‌رسند.^۳ روشن است که انگیزه جراحی در مبتلایان به اختلال هویت بی‌نقص بدن، نه شناسایی به‌عنوان جنس مخالف، که زندگی به‌عنوان فرد معلول یا قطع عضو شده است. دگرجنس‌پنداری برآمده از هذیان‌های افراد اسکیزوفرن نیز ریشه در بیماری آنان دارد. هدف از جراحی و زنانه‌سازی بدن در خودزن‌پنداران نیز خیال‌پردازی برای برانگیختگی جنسی است و چون جراحی به اختگی می‌انجامد، تکانه‌های جنسی که فرد را به انجام دادن جراحی سوق داده‌اند، بر اثر جراحی از میان می‌روند.^۴ بنابراین، ساختار بدنی برآمده از جراحی بازآرایی جنسی برای افراد غیر تراجنسی مطلوبیت ندارد و فقط به تنقیص جنسیت ایشان منجر می‌شود؛ چراکه تمایل یک ترازن به جراحی از جنسیت زنانه او برخاسته است، درحالی‌که وضعیت‌های دیگر خواهان جراحی، به‌واقع مشکلی با هویت جنسیتی‌شان ندارند و فقط به دلیل اختلال، هذیان یا تکانه‌های جنسی بازآرایی جنسی می‌کنند. فرجام اینکه هر نوع گرایش به دگرگونی در ساختار بدن را نباید گواه تراجنسی بودن و مبنای جواز برای بازآرایی جنسی دانست. همچنین ظاهر ایجادشده در پی جراحی، شاخصی دقیق و کارا برای الحاق به جنسیت جدید نیست.

۱.۲. سنجش کارآمدی جراحی در تبیین ماهیت بازآرایی جنسی تراجنسی‌ها

دقت سنجه در تبیین ماهیت وضعیت مدنظر، سنگ محکی دیگر برای ارزیابی اعتبار و ارزش یک سنجه است. از آنجاکه سنجۀ فقیهان در شناسایی جنسیت دستگاه تناسلی است، نزد ایشان جراحی‌ای که به ایجاد آلت تناسلی جنسیت مطلوب می‌انجامد، موضوعیت دارد و مبدأ تغییر جنسیت است. این ملاک از دو جهت درخور نقد است: نخست: غفلت از ماهیت فرایندی بازآرایی جنسی که به معنای نادیده گرفتن روان‌درمانی^۵ و هورمون‌درمانی^۶ است. روان‌درمانی به دلیل نقشی که در کاهش آثار ملال جنسیتی و توانمندسازی فرد در برقراری ثبات و پسند جنسیت مطلوب دارد، جایگاهی ویژه در تبیین ماهیت بازآرایی جنسی دارد^۷ و غفلت از آن شایسته نیست. اما غفلت از هورمون‌درمانی بین جنسی^۸ به اعتبار شاخص فقیهان، لطمه‌ای دوچندان می‌زند؛ چراکه هورمون‌درمانی بین جنسی، فقط بر ساحت روان نمود ندارد، بلکه آشکارا آثار غیرقابل‌انکاری بر ساختار جسمانی بر جای می‌گذارد؛ بنابراین اگرچه غفلت از جایگاه روان‌درمانی در فرایند بازآرایی جنسی قابل نکوهش است، اما غفلت از هورمون‌درمانی با ملاک جنسیت ظاهری نیز غیرقابل‌پذیرش است. به عبارت دیگر، اگر ساختار جسمانی ملاک تشخیص جنسیت است، چگونه می‌توان آثاری را که

۱. انجمن روان‌پزشکی آمریکا، *راهنمای تشخیصی و آماری اختلالات روانی (نسخه پنجم)*، ترجمه یحیی سید محمدی، تهران: نشر روان، ۱۳۹۳، ص ۶۸۹.

۲. Autogynaephilia

۳. حکیم، آز، *ترنس و تراجنسی*، ترجمه حسین شاره، تهران: نشر متخصصان، چاپ چهارم، ۱۴۰۰، ص ۶۹.

۴. همان.

۵. Psychological Treatment

۶. Hormone Therapy

۷. همان، ص ۱۰۵.

۸. Cross-Sex Hormone Therapy

هورمون‌درمانی برجای می‌گذارد نادیده انگاشت؟ برای نمونه، هورمون‌درمانی در یک ترامرد^۱ با سرکوب عملکرد تخمدان و هورمون‌های زنانه‌اش، از رشد سینه‌ها و سایر ویژگی‌های جسمانی زنانه جلوگیری می‌کند و با تزریق هورمون‌های مردانه نظیر هورمون تستوسترون نقش برجسته‌ای در مردانه‌سازی بدن دارد.^۲

دوم: غفلت از تعدد عمل‌های جراحی در بازآرایی جنسی و تأثیر برجسته هرکدام از این جراحی‌ها در پدیدآوری ساختار جسمانی جنسیت مطلوب. برای نمونه، فرایند بازآرایی جنسی در یک ترازن به جراحی‌هایی که به پدیدآوری واژن، کلیتوریس و ایجاد پستان (با جاسازی ایمپلنت در جلو یا پشت ماهیچه‌های سینه)^۳ می‌انجامد، منحصر نیست. بلکه پیش از آن، انجام دادن جراحی‌هایی برای از میان بردن دستگاه تناسلی مردانه لازم است. افرون‌بر این، در فرایند بازآرایی جنسی مجموعه‌ای دیگر از جراحی‌ها رخ می‌دهد که در زنانه‌سازی ساختار جسمانی نقش دارند. برای نمونه، اصلاح خط مو، پیوند مو، پدیداری ترکیب زنانه پیشانی، کشیدن ابرو، کاشت گونه، جراحی بینی، تقویت چانه، جراحی‌های فک، غضروف تیروئید و تراشه سیب آدم.^۴

با توضیحات بالا، روشن است که نه می‌توان از فرایند بودن بازآرایی جنسی غفلت کرد و نه از تعدد عمل‌های لازم برای آن. اگر در یک ترامرد، به دلیل سنگین بودن عوارض جراحی (برداشتن رحم و پستان) یا به دلیل تهاجمی بودن آثار تستوسترون (که باعث تقویت فکر خودکشی می‌شود)، جراحی کاشت آلت تناسلی مردانه به تأخیر افتد، وضعیت فرد چگونه با سنجۀ قرار دادن دستگاه تناسلی قابل‌شناسایی است؟ آیا می‌توان براساس ظاهر فعلی، او را به جنسیت خنثی ملحق کرد؟ یا اینکه فرد را در برزخی قانونی قرار داد تا فرایند بازآرایی جنسی را به اتمام رساند؟ اگر بازآرایی جنسی فرایندی نبود و فقط با یک جراحی به پایان می‌رسید، سنجۀ فقیهان کارا بود؛ چراکه فرد پیش از جراحی ملحق به جنسیت پیشین و بی‌درنگ پس از جراحی ملحق به جنسیت جدید می‌شد؛ ولی فرایندی بودن هم از حیث ضرورت توجه به روان‌درمانی و هورمون‌درمانی و هم از حیث توجه به تعدد عمل‌های جراحی از سنجۀ جنسیت ظاهری و مبدأ شناسایی بودن جراحی نفی خصوصیت می‌کند.

۱.۳. سنجش کارآمدی جراحی در تبیین مبنای تغییر جنسیت

فقیهان باورمند به تغییر جنسیت بر این پایه که با استحالة موضوع، حکمش هم منقلب می‌شود، برای جراحی خصوصیت قائل می‌شوند و به تغییر جنسیت پس از بازآرایی جنسی حکم می‌دهند. به دیگر سخن، آنان معتقدند شخصی که ظاهر جسمانی مردانه دارد و به این سبب جنسیت مردانه به او منتسب شده، در صورت زنانه‌سازی بدن به وسیله جراحی، موضوع جنسیت او تبدل می‌یابد و دارای جنسیت زنانه می‌شود.^۵

پیش از ورود به بحث رابطه جراحی و تبدل موضوع، شایسته است اشاره شود که به‌وارونه فقهای متقدم^۶، در این پژوهش

^۱ فرد تراجنسی که ساختار بدنی زنانه دارد، اما جنسیت خود را مردانه می‌داند.

^۲ T'Sjoen, G., Arcelus, J., Gooren, L., Klink, D. T., Tangpricha, V. "Endocrinology of Transgender Medicine", *Endocr Rev*, 40 (1), 2019, pp 104-114.

^۳ Amend, B., Seibold J., Toomey P., Stenzl A., Sievert K. D. "Surgical Reconstruction for Male-to Female Sex Reassignment", *European Urology*, 64 (1), 2013, pp 141-2.

^۴ Pittman, T. A., Economides J. M. "Preparing for Facial Feminization Surgery: Timing", *Facial Plast Surg Clin North Am* 27 (2), 2019, p 195.

^۵ کریمی‌نیا، محمدمهدی، **تغییر جنسیت با تأکید بر دیدگاه امام خمینی**، پیشین، ص ۱۲۶.

^۶ نراقی، احمد، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، جلد نخست، مشهد: موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۳۳۲.

انقلاب و استحاله موضوع (که از اسباب تبدل موضوع اند) یکی انگاشته نشده است؛ سنجۀ انقلاب، دگرگونی ماهیت موضوع و سنجۀ استحاله، دگرگونی صورت نوعیۀ عرفیه دانسته شده است؛^۱ بنابراین اگر صورت نوعیۀ عرفیه تبدل یابد، بی آنکه ماهیت موضوع منقلب شده باشد، استحاله محقق شده و موضوع تبدل یافته است.^۲

از آنجا که تبدل ماهیت موضوع سنجۀ انقلاب است، جراحی زمانی به انقلاب در موضوع جنسیت می انجامد که ماهیت زنانه یا مردانه فرد را دگرگون و جنسیت جدیدی برای فرد ایجاد کند. فقیهان با استناد به این مطلب، تبدل موضوع جنسیت را منوط به تغییر جنسیت واقعی دانسته اند،^۳ اما مراد خود از صوری یا واقعی بودن را به روشنی و در سرفصلی مستقل نیاورده اند.

از نوشته هایی که در این باره موجود است، می توان پی برد که دو دیدگاه حداکثری و حداقلی برای تشخیص صوری یا واقعی بودن دگرگونی های رخ داده به اثر جراحی وجود دارد. در ملاک حداقلی، هنگامی به واقعی بودن دگرگونی های رخ داده در جراحی حکم می شود که یا دستگاه تناسلی جنسیت مورد نظر برای فرد ایجاد شده یا آلت تناسلی نامشهود پدیدار شده باشد.^۴ پدیداری آلت تناسلی نامشهود که از بحث این پژوهش خارج است؛ اما باید اشاره کرد که در شرط ایجاد دستگاه تناسلی، فقط ایجاد شباهت ظاهری کفایت نمی کند و ایجاد کارکردهای طبیعی این دستگاه نیز اهمیت دارد.^۵ در دیدگاه حداکثری، افزون بر ایجاد دستگاه تناسلی جنسیت مطلوب، واقعی بودن تغییر جنسیت منوط به دگرگونی تمامی شاخص های دیگر هویت جنسی^۶ همچون دگرگونی ژنوتیپ، هورمون ها و پدیدآوردن کارکردهایی مانند باروری و شیردهی شده است.^۷

اگر تغییر واقعی را بنابر دیدگاه حداکثری منوط به دگرگونی در تمامی شاخص های هویت جنسی بدانیم، مصادیق امروزی جراحی های بازآرایی جنسی بی تردید به تغییر در جنسیت فرد منجر نمی شود. تغییر در جنسیت کروموزومی، هورمونی و تمامی خصوصیات جنسی با دانش امروزی بشر ناشدنی است. اگر برابر با دیدگاه حداقلی، فقط ایجاد دستگاه تناسلی جنسیت مطلوب را شاخص واقعی بودن دگرگونی قلمداد کنیم، به نظر باز هم نمی توان بر واقعی بودن تغییر جنسیت حکم کرد؛ زیرا دستگاه تناسلی ایجاد شده در جراحی، قابلیت های دستگاه تناسلی طبیعی را ندارد.^۸ پس چه بر مبنای دیدگاه حداکثری و چه بر مبنای دیدگاه حداقلی، دگرگونی های رخ داده در اثر جراحی واجد وصف صوری بودن است. گزارش کمیته فقه خانواده شورای فقهی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی هم مؤید این نظر است؛ چراکه هیچ فقهی به واقعی بودن دگرگونی در مصادیق امروزی جراحی های بازآرایی جنسی اشاره نکرده است.^۹

۱. غروی تبریزی، علی، *کتاب الطهاره (تقریر درس آیت الله سید ابوالقاسم خویی)*، جلد ۲، قم: دارالهادی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ه.ق، صص ۱۳۳-۱۳۴.

۲. فرحناک، علیرضا، «نقش انتقال، انقلاب و استهلاک در تبدل موضوع»، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، شماره ۴ (پیاپی ۷۸)، ۱۳۹۲، ص ۹۱.

۳. امامی، مسعود، *پژوهش های فقهی در حوزه قانون گذاری*، قم: مرکز تحقیقات مجلس شورای اسلامی، چاپ نخست، ۱۳۹۷، ص ۲۶۷.

۴. خدادادی، غلامحسین، *احکام پزشکان و بیماران (فتاوی آیت الله محمدفاضل لنکرانی)*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ نخست، ۱۳۸۵، ص ۱۳۸.

۵. مکارم شیرازی، پیشین، ص ۴۳۳.

6. Sexual Identity

۷. امامی، اسدالله، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۰۷.

۸. سبحانی، جعفر، «تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی»، فصلنامه فقه/هل بیت، سال ۱۸، شماره ۶۹، ۱۳۹۱، صص ۸-۹.

۹. امامی، مسعود، پیشین، ص ۲۷۰.

آشکار است که پدید آوردن شباهت ظاهری را نمی‌توان انقلاب در ماهیت موضوع دانست. آیت‌الله منتظری، که به جواز تبدیل موضوع جنسیت حکم داده‌اند، به روشنی پذیرش تغییر جنسیت را متوقف به تبدل واقعی موضوع کرده‌اند. «و اما تغییرها بالکلیه و تبدیل الموضوع حقیقه، فلا یصدق علیه التشبه كما هو واضح»^۱ درواقع زمانی می‌توان از انقلاب در جنسیت فرد سخن گفت که دگرگونی‌های جراحی به‌اندازه‌ای باشد که گویی از روز نخست، فرد با جنسیت جدید (جنسیتی که خواهان الحاق به آن است) آفریده شده و با شناختی که از این جراحی‌ها به‌دست می‌آید، روشن است آنان فاقد چنین وصفی‌اند. حتی در فرض شک، به حکم اصل استصحاب باید ابقای مکان و به عدم انقلاب موضوع^۲ و تغییر جنسیت حکم کنیم.

ظاهراً صرف دگرگونی‌های رخ داده بر اثر جراحی به استحاله موضوع نیز منتهی نمی‌شود. توضیح بیشتر اینکه هر نوع دگرگونی موضوع را نمی‌توان دال بر استحاله آن قلمداد کرد، بلکه دگرگونی باید به درجه‌ای باشد که عرف به تبدل صورت نوعیه حکم کند. اگر تبدل صورت نوعیه عرفیه موضوع جنسیت در گرو همان شاخص‌های آمده برای تغییر جنسیت واقعی باشد، از تبدل موضوع نیز نمی‌توان سخن گفت؛ اما چالش هنگامی است که سنجۀ عرف در شناسایی جنسیت ریخت ظاهری دستگاه تناسلی دانسته شود، بی‌آنکه قابلیت‌های این دستگاه در نظر باشد. به عبارت دیگر، با استناد بر این مطلب که جنسیت، موضوعی عرفی است و عرف با نظر به ظاهر دستگاه تناسلی جنسیت را به فرد منتسب می‌کند، صرف ایجاد شباهت از این حیث، مبنای داوری عرف در تبدل صورت نوعیه دانسته شود.

از این دید جزم‌اندیشانه در داوری عرف نیز باید گذر کرد. ظاهراً عرف صرف شباهت ظاهری را ملاک قرار نمی‌دهد. برای نمونه، جراحی به منظور تخلیه پستان و رحم، در صورتی که به دلیلی چون سرطان باشد، سبب تبدل صورت نوعیه جنسیت زنانه در منظر عرف نیست و عرف صورت ظاهری پدیدآمده را مستمسک الحاق فرد به جنسیت خنثی نمی‌کند. از بین رفتن دستگاه تناسلی مردانه در رخدادی مانند تصادف نیز سبب الحاق فرد به جنسیت خنثی نمی‌شود. حتی بازآرایی جنسی به دلایل نامعقول همچون هذیان‌های دگرجنس‌پندار نیز سبب چشم‌پوشی عرف از بیماری فرد و انگیزۀ نامشروع او نمی‌شود. پس از این حیث نیز نمی‌توان حکم به تغییر جنسیت داد.

۴.۱. سنجش کارآمدی جراحی در شناسایی تراجنسیتی‌ها پیش از بازآرایی جنسی

آسیب‌پذیری و حساسیت‌های سنین کودکی هنگامی که با وضعیتی مخاطره‌آمیز همراه می‌شود، ضرورت پاسداری از کودک در معرض خطر را دوچندان می‌کند. یکی از این وضعیت‌های مخاطره‌آمیز که در بند (د) ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹) به آن اشاره شده، اختلال هویت جنسی^۳ است. واژه منسوخ اختلال هویت جنسی که در ادبیات تخصصی جای خود را به ملال جنسیتی^۴ داد، مبین وضعیت افرادی است که ساختار جسمانی‌شان با جنسیتی که خود را از آن می‌دانند یا نموده‌های جنسیتی^۵ که از خود بروز می‌دهند، ناهم‌خوانی دارد.^۶ در کودکان، هنگامی که این ناهم‌خوانی

۱. احمدی، سید محمد مهدی، سید مهدی طباطبایی عینکی و سید حسن عابدیان کلخوران، «تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترانس سکسوال‌ها»، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، سال ۲۷، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۹، ص ۱۹۱.

۲. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه، جلد ۲، قم: مکتبه آیة‌الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۹۵.

۳. Gender Identity Disorder

۴. Gender Dysphoria

۵. Gender Expression

۶. Sadock, B.J., V.A. Sadock, and P. Ruiz. *Kaplan & Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences / Clinical Psychiatry*. Wolters Kluwer, 2015, p 600.

به آشفتگی و پریشانی بینجامد، می‌توان از بروز ملال جنسیتی سخن گفت.^۱ سوءاستفاده‌های جنسی، خشونت‌های کلامی، جسمی و جنسی، رانده شدن از خانواده و خودکشی، بخشی از پیامدهای ناگواری است که کودکان تراجنسیتی^۲ در معرض آن‌اند. به همین دلیل، وضعیت این کودکان در زمرهٔ وضعیت‌های مخاطره‌آمیز آورده شده است. بدیهی است که بهره‌مندی این کودکان از امتیازاتی که در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹) آورده شده، منوط به شناسایی‌شان است. پس پرسش بنیادین این است که آیا جراحی بازآرایی جنسی برای شناسایی این کودکان، شاخصی دقیق، صحیح و کارآمد است؟

به چند دلیل نمی‌توان از این شاخص برای شناسایی کودکان تراجنسیتی بهره برد: نخست آنکه جراحی‌های بازآرایی جنسی فراتر از توان کودک است و صحت جسمانی و روانی او را به مخاطره می‌اندازد؛ دوم آنکه برابر پژوهش‌ها، فقط ۱۰ تا ۳۰ درصد از کودکانی که آثار ملال جنسیتی را از خود بروز می‌دهند، پس از بلوغ همچنان ملال جنسیتی دارند.^۳ پس تشخیص نادرست در سنین کودکی بسیار محتمل است؛ سوم آنکه، دگرگونی‌هایی که در این جراحی رخ می‌دهند، برگشت‌ناپذیرند و در صورت تشخیص نادرست، امکان جبران میسر نیست.^۴ بنابراین، این جراحی‌ها به‌روشنی با مصالح عالیۀ کودک ناسازگار است و از آنجایی که مصالح عالیۀ کودک فرای دیگر ملاحظات برای تصمیم‌گیری دربارهٔ اوست،^۵ ناکارآمدی این شاخص در شناسایی کودکان آشکار می‌شود.

ناکارآمدی سنجهٔ جنسیت ظاهری و مبدأ قرار دادن جراحی در امر شناسایی، منحصر به کودکان نمی‌شود. ناتوانی این سنجه در شناسایی تراجنسی‌ها پیش از بازآرایی کامل ساختار بدنی، نه‌فقط با حبس تراجنسی‌ها در کالبد جسمانی ملازمه دارد، بلکه با بی‌اعتنایی به برهه‌ای از زندگی آنان، وضعیت قانونی ایشان و نیز وضعیت قانونی افراد مرتبط با وی را (در این برههٔ زمانی) در برزخی قانونی قرار می‌دهد.

همان‌طور که گفته شد، بازآرایی جنسی فرایند است و نمی‌توان پس از قطعیت تراجنسی بودن فرد، بلافاصله با انجام دادن جراحی او را به جنسیت جدید ملحق کرد؛ زیرا از یک‌سو، افزون بر جراحی، روان‌درمانی و هورمون‌درمانی نیز بخشی از فرایند بازآرایی جنسی‌اند که باید مورد توجه قرار گیرند. از سوی دیگر، در این فرایند مجموعه‌ای از عمل‌های جراحی صورت می‌گیرد، نه‌فقط یک عمل؛ پس بسیار محتمل است که پشت‌سر گذاردن فرایند بازآرایی جنسی مدت زمانی طولانی را طلب کند. برای نمونه، خانم مریم ملک آرا که در سال ۱۳۶۴ اجازهٔ بازآرایی جنسی یافته بود، در نهایت دوازده سال بعد، یعنی در سال ۱۳۷۶، موفق به بازآرایی کامل ساختار بدنی خود شد.^۶

فرجام اینکه، شایسته است این محدودهٔ زمانی که از هنگام احراز تراجنسی بودن فرد شروع می‌شود و تا پشت‌سر گذاردن آخرین مرحله از بازآرایی ساختار جسمانی ادامه می‌یابد، مورد توجه قرار گیرد. حال آنکه این برههٔ زمانی در سنجهٔ جنسیت ظاهری و مبدأ بودن جراحی بازآرایی جنسی مورد غفلت قرار می‌گیرد. غفلت این رویکرد در شناسایی پیش از

۱. حکیم، آز، پیشین، ص ۱۳۲.

۲. Transgender Youth

۳. کروکلز، بودینج، توماس ستینزما و آنلودی وریس، *اختلال هویت و رشد جنسی*، ترجمهٔ محمد آرش رضانی و همکاران، تهران: انتشارات تزکیه، چاپ نخست، ۱۳۹۷، ص ۲۳۸.

۴. همان، صص ۴۴۷-۴۶۶.

۵. غدیری، ماهرو و محمد روشن، «فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتوی مصالح عالیۀ کودک»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه ۱۴، ۱۳۹۲، ص ۸۷.

۶. روشن، محمد، *حقوق خانواده*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۴۷۹.

بازآرایی جنسی هنگامی به ناکارآمدی تعبیر می‌شود که از پیامدهای منفی‌اش پرده برداشته شود. یکی از این پیامدها امکان وقوع نکاح اجباری است. توضیح بیشتر اینکه در سنجۀ جنسیت ظاهری و مبدأ دانستن جراحی برای شناسایی، جنسیت فرد براساس ساختار بدنی وی شناسایی می‌شود؛ پس چون از لحاظ ساختار بدنی شبهه‌ای در جنسیت تراجنسیتی‌های غیربیناجنسی وجود ندارد، شرط اختلاف جنس مانع نکاح ایشان نمی‌شود. همچنین اصل صحت اقتضا دارد تا هنگامی که دلیلی بر اجباری یا اکراهی بودن اراده‌ی اظهارشده نداشته باشیم، در صحت یا نفوذ نکاح تردید نکنیم؛ بنابراین، جنسیتی که فرد خود را از آن می‌داند نادیده گرفته می‌شود و نمی‌تواند مبنایی برای جلوگیری از نکاح باشد. ناکارآمدی این سنجه در جلوگیری از نکاح اجباری هنگامی نمود بیشتر می‌یابد که از امکان‌پذیری نکاح اجباری کودکان تراجنسیتی آگاه شویم.

افزون بر این، برای اثبات ناکارآمدی این معیار، می‌توان به پیامدهای این وضعیت بر روابط زوجین توجه کرد. در منظر فقیهان باورمند به تغییر جنسیت، تراجنسی بودن یا ملال جنسیتی یکی از زوجین تا زمانی که بازآرایی جنسی رخ نداده است، هیچ اثری بر نکاح ندارد. حال آنکه درجات شدید ملال جنسیتی همانند آنچه در تراجنسی‌ها وجود دارد، ممکن است فرد تراجنسی را از انجام دادن وظایف زناشویی بازدارد. برای نمونه، یک ترازن متأهل را تصور کنید که به‌رغم بدنی مردانه، هویت جنسیتی زنانه‌اش تکانه‌های جنسی او را متوجه مردان می‌کند؛ بنابراین بسیار محتمل است که نبود شور جنسی این فرد در برقراری ارتباط با همسرش، او را در انجام دادن وظایف زناشویی ناتوان کند. هویت جنسیتی ترامرد متأهل نیز ممکن است به عدم تمکین او بینجامد و حتی ممکن است چنین فردی ارتباط جنسی تحمیلی از جانب زوج را تجاوز جنسی (تجاوز در بستر زناشویی)^۱ بداند و این نزدیکی پیامدهای تجاوز را بر روح و روان او تحمیل کند. از طرف دیگر، پیامدهای فوق یک‌سویه نیست و همسر فرد تراجنسی را نیز متضرر می‌کند. برای نمونه، اگر زوج ترازن باشد و بنابر دلایلی حاضر به جدایی از زوجه نباشد، ناممکن بودن درخواست بطلان چنین نکاحی پیش از بازآرایی جنسی، همچنین دشواری امکان جدایی زوجه به‌موجب طلاق و انحصار موارد عیوب موجب خیار فسخ، مجموعاً به کلافی سردرگم می‌انجامد که نتیجه‌اش ماندگاری زوجه در نکاحی است که زوج خود را هم‌جنس او می‌داند.

۲. ارزیابی هویت جنسیتی به‌مثابه مبدأ شناسایی تراجنسیتی‌ها

در بخش پیشین سنجۀ جنسیت ظاهری و مبدأ شناسایی قرار دادن جراحی نقد شد. در این بخش از برتری سنجۀ هویت جنسیتی در امر شناسایی تراجنسیتی‌ها سخن گفته می‌شود. بدیهی است که یکی از دلایل این برتری رفع ناکارآمدی‌های گفته‌شده درخصوص سنجۀ جنسیت ظاهری باشد. افزون بر این، دقت و کارآمدی این سنجه در گرو احراز شرایط لازم برای شناسایی جنسیت مطلوب و رفع شبهات مطرح‌شده از جانب مخالفان شناسایی تراجنسیتی‌هاست.

۲.۱. سنجش کارآمدی هویت جنسیتی در شناسایی و جداسازی تراجنسیتی‌ها

اشاره شد که یکی از موارد ناکارآمدی سنجۀ جنسیت ظاهری و جراحی، عدم توفیق در جداسازی تراجنسیتی‌ها از دیگر وضعیت‌هاست. برای ارزیابی در این خصوص، لازم است خصوصیات تراجنسیتی‌ها یک‌به‌یک بررسی شود تا خصیصۀ متمایزکننده و سنجۀ صحیح برای شناسایی جنسیتشان به‌دست آید. همان‌طور که گفته شد، دگرجنس‌پنداری و گرایش به دگرگونی ساختار جسمانی گرچه از خصوصیات و نمودهای وضعیت تراجنسیتی است، به دلیل ناتوانی در جداسازی

^۱. Marital Rape

تراجنسی‌ها از دیگر وضعیت‌ها نمی‌تواند سنجۀ شناسایی قرار گیرند.

یکی دیگر از خصوصیات تراجنسی‌ها، ناهم‌خوانی میان هویت جنسی و هویت جنسیتی آنان است که به ملال جنسیتی می‌انجامد.^۱ نکته مهم این است که تراجنسی‌ها تنها افرادی نیستند که از ملال جنسیتی رنج می‌برند. ریشۀ ملال جنسیتی در برخی از افراد، داشتن ویژگی‌هایی از هردو جنس یا به تعبیر دیگر عدم قرارگیری در چارچوب تعریفی عرف از جنسیت زنانه و مردانه است. این افراد را اصطلاحاً جنسیت نامتعارف^۲ می‌نامند.^۳ گروه دیگری که به ملال جنسیتی دچارند، مبدل‌پوشان‌اند.^۴ پوشیدن لباس‌هایی نامتعارف و رفتار برخلاف انتظارات اجتماعی نمودهایی است که ریشه در خواست مبدل‌پوشی این افراد دارد.^۵ این سه دسته به همراه وضعیت‌هایی دیگر ذیل چتر واژه تراجنسیتی جای می‌گیرند که خصوصیت مشترکشان همین ملال جنسیتی است. افزون‌براین، گاه ملال جنسیتی در غیر تراجنسیتی نیز رخ می‌دهد. نمونه آن زنانی که به علت اختلال در ترشح هورمون‌های جنسی زنانه به این ملال گرفتار می‌شوند. اگر ملال جنسیتی ریشه در این علت داشته باشد، با رجوع به متخصص غدد و هورمون‌درمانی از بین می‌رود.^۶ در نتیجه این خصیصۀ تراجنسی‌ها (ملال جنسیتی) نیز نمی‌توان جداساز آنان از دیگر وضعیت‌ها باشد.

یکی دیگر از خصوصیات تراجنسی‌ها، که بسیار مشهود است، پوشش یا رفتار نامتعارف با ساختار جسمانی است. گزینش لباس یا رفتار به‌وارونه کلیشه‌های اجتماعی طیف وسیعی از وضعیت‌ها را دربر می‌گیرد. برای روشن‌گری بیشتر در این باره، به دستاورد پژوهشی که دلیل مبدل‌پوشی افراد را جست‌وجو می‌کرد، اشاره می‌شود. در این پژوهش فقط ۱۲ درصد از شرکت‌کنندگان به تراجنسی بودن خود باور داشتند، ۸۷ درصد دلیل مبدل‌پوشی خود را احساس تبدیل شدن به شخصیتی دیگر می‌دانستند و ۶۹ درصد مردان شرکت‌کننده ابراز جنبه‌های وجودی زنانه را، بی‌آنکه مشکلی در جنسیت داشته باشند، دلیل مبدل‌پوشی خود دانستند.^۷ بنابراین، رفتار مبدل‌پوشانه نیز انگیزه‌های گوناگونی دارد که در شناسایی تراجنسی‌ها نمی‌تواند سنجۀ جداساز باشد.

هویت جنسیتی خصیصۀ دیگر تراجنسی‌هاست. پژوهش‌های صورت‌گرفته درباره تراجنسی‌ها بر کارایی این سنجۀ در امر شناسایی گواهی می‌دهند. یکی از دلایل کارآمدی این سنجۀ در ارائه ملاکی صحیح برای تمایز میان ایشان و اقلیت‌های جنسی و جنسیتی گفته شده است. به‌وارونه دیگر وضعیت‌های ذکر شده، ملال جنسیتی، مبدل‌پوشی، دگر جنس‌اندیشی و خواست بازآرایی جسمانی تراجنسی‌ها، ریشه در هویت جنسیتی‌شان دارد؛ بنابراین سنجۀ جداساز تراجنسی‌ها از دیگر وضعیت‌های گرفتار به ملال جنسیتی، دیگر مبدل‌پوشان و دیگر افراد خواهان بازآرایی جنسی، هویت جنسیتی آنان است. افزون‌براین، این سنجۀ اذهان را از کژفهمی‌های رایج درباره تراجنسی‌ها بازمی‌دارد.

یکی از کژفهمی‌های رایج همسان‌انگاری تراجنسی‌ها و بیناجنسی‌ها^۸ است. اختلال در رشد جنسی و عدم جای‌گیری

۱. حکیم، آز، پیشین، ص ۴۲.

۲. Gender Queer

۳. Richards, Christina., Walter Pierre Bouman., Leighton Seal., Meg John Barker., Timo O. Nieder., Guy T'Sjoen. "Non-Binary or Genderqueer Genders", *International Review of Psychiatry*, 28 (1), 2016, p 95.

۴. Transvestism

۵. Sadock, Op.cit., p 600.

۶. امامی، اسدالله، *آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دوجنسی*، مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر لنگرودی، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۸، ص ۱۱۹۴.

۷. دنی، نانسو و دیوید کاداگنو، *جنسیت انسان: همه چیز درباره مسائل جنسی انسان*، ترجمه حسن مرنودی، تهران: نشر ثالث، چاپ نخست، ۱۳۹۶، ص ۲۶۳.

۸. Intersex

افراد در کالبد جسمانی کاملاً مردانه یا زنانه، دلیل قرارگیری در دسته بیناجنسی (دسته‌ای از بیناجنسی‌ها در فقه، خنثی نامیده می‌شوند) است.^۱ درحالی‌که تراجنسیتی‌ها ممکن است ساختار جسمانی کاملاً مردانه یا زنانه داشته باشند. درواقع سنجۀ هویت جنسیتی نشان‌گر تمایز تراجنسیتی‌ها از بیناجنسی‌ها و باعث پیراستن اذهان از کژفهمی همسان‌انگاری این دو وضعیت است.

کژفهمی دیگر، هم‌جنس‌گرا تلقی کردن تراجنسیتی‌هاست. توجه به هویت جنسیتی تراجنسیتی‌ها در این خصوص نیز کارآمد است. وضعیت هم‌جنس‌گرایی ریشه در گرایش جنسی فرد به هم‌جنس خود دارد؛ درحالی‌که تمایل یک تراجنسیتی به برقراری ارتباط با فردی که ساختار بدنی مشابه با او دارد، ریشه در هویت جنسیتی‌اش دارد. به دیگر سخن، اگر یک ترامرد به‌رغم متولد شدن با ساختار بدنی زنانه، گرایش به برقراری ارتباط با زنان دارد، این گرایش ریشه در هویت جنسیتی مردانه او دارد و ازاین‌رو که او خود را یک مرد می‌داند، تمایل به برقراری رابطه با جنس مخالف خود دارد.

خنثی‌روان نامیدن تراجنسیتی‌ها^۲ دیگر کژفهمی رایج است. به‌نظر می‌رسد این واژه را با فرض وجود وجه تشبه میان تراجنسیتی‌ها با افراد خنثی به‌کار گرفته باشند. به‌عبارت دیگر، همان‌گونه که افراد خنثی در بُعد جسمانی ویژگی‌های از هر دو جنس دارند، افراد تراجنسیتی نیز در بُعد روانی ویژگی‌هایی از هر دو جنس بروز می‌دهند. به‌وارونه این برداشت، تراجنسیتی‌ها به‌روشنی خود را دارای جنسیتی مشخص (براساس هویت جنسیتی‌شان) می‌دانند و صفات مبتنی بر آن را بروز می‌دهند.

فرجام اینکه خصیصۀ هویت جنسیتی آن هنگام که به‌مثابه سنجۀ شناسایی جنسیت تراجنسیتی‌ها قرار می‌گیرد، ملاک صحیحی برای تمایز میان تراجنسیتی‌ها از دیگر اقلیت‌های جنسی و جنسیتی ارائه می‌دهد و با دوری از کژفهمی‌های رایج، برتری خود را در امر شناسایی به اثبات می‌رساند.

۲.۲. سنجش کارآمدی هویت جنسیتی در احراز شاخص معقول بودن و شاخص ضرورت

وارونه سنجۀ پیشین، سنجۀ هویت جنسیتی هم ضرورتِ روان‌درمانی را به دلیل توجه به ناهم‌خوانی هویت جنسی و هویت جنسیتی اثبات می‌کند و هم با نگاهی فرایندی به هورمون‌درمانی و جراحی به دلیل نفی خصوصیت از ظاهر جسمانی، توجیه‌گر فرایندی بودن بازآرایی جنسی است. افزون‌براین، توجیه‌گر جواز تصرف تراجنسیتی‌ها در ساختار جسمانی‌شان و رفع حکم اولیۀ حرمت نگاه و لمس آلت تناسلی در جراحی است.

قاعده تسلیط در شمار یکی از دلایل حکم به جواز بازآرایی جنسی آمده است.^۳ اما مفاد این قاعده برای جواز تصرف، هرگونه تصرفی را برنمی‌تابد؛ بلکه تصرف باید واجد ویژگی‌های معقول، متعارف و مشروع باشد تا بتوان با استناد به این قاعده به جوازش حکم داد.^۴

آشکار شد که برخی افراد برای جراحی و تصرف در ساختار بدنی خود دلایل نامعقول، نامتعارف و نامشروع دارند. برای نمونه، انگیزۀ معلول‌سازی در مبتلایان به اختلال هویت بی‌نقص بدن، هذیان‌های دگرجنس‌پندار اسکیزوفرن‌ها و تکانه‌های جنسی خودزن‌پنداران که محرکشان برای انجام دادن جراحی است، نه‌فقط مطلوبیت جراحی را برای ایشان به اثبات

^۱. MacGillivray, M. H., Mazur, T. "Intersex", *Adv Pediatr*, 52, 2005, p 295.

^۲. کریمی‌نیا، محمد مهدی، *تغییر جنسیت: از منظر فقه و حقوق*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ نخست، ۱۳۸۹، ص ۴۴.

^۳. خرازی، سید محسن، «تغییر الجنس»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۲۳، ۱۳۹۷، شماره ۲۳، ص ۱۰۴.

^۴. حلی، محمد بن ادریس، *سرائر*، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ص ۲۸۶.

نمی‌رساند، بلکه به تنقیص جنسیت در ایشان می‌انجامد. آنچه جراحی را برای تراجنسی‌ها مطلوب می‌کند و گواه معقول و مشروع بودن آن است، هویت‌جنسیتی‌شان است. ساختار بدنی ایجادشده بر اثر جراحی به این دلیل برای تراجنسی مطلوبیت دارد که نمایانگر جنسیتی است که خود را متعلق به آن می‌دانند؛ بنابراین دلیل جواز تصرف تراجنسی‌ها در بدنشان که بر معقول و مشروع بودن تصرفشان گواه است، هویت‌جنسیتی‌شان است.

دیگر آنکه جراحی بازآرایی جنسی مستلزم نگاه و لمس دستگاه تناسلی فرد خواهان جراحی است. حکم اولیه چنین فعلی حرمت است، اما فقیهان باورمند به جواز بازآرایی جنسی با استناد به قاعده اضطرار و با توجه به جنبه درمانی این جراحی، به رفع حرمت نظر و از حکم ثانویه اباحه خبر می‌دهند.^۱

«الظاهر انه لا دلیل علی حرمته ذاتاً و لکن اذا کانت مقدماته محرمة شرعاً کانظر الاجنبی الی عورته او لمسه لها فلا يجوز الا مع صدق الضرورة»^۲

ترس از اتلاف جان خود یا دیگری یا اضرار به عرض و مال سنجۀ احراز اضطرارند.^۳ بر این پایه، تداوی به حرام در شرایط اضطرار جایز می‌شود، پس برای حکم به جواز جراحی بایسته است تا ثابت شود وضعیت تراجنسی، فرد را مضطر می‌کند و جراحی برای خروج او از این وضعیت لازم است. برخی با رد اضطرار تراجنسی‌ها چنین گفته‌اند که حالات روحی و روانی تراجنسی‌ها نظیر احساس تنگنا از نظر جنسی نوعی کج‌رفتاری است و نمی‌توان صرف وضعیت روحی- روانی را بدون مبنایی دیگر مجوز جراحی دانست. ایشان چنین استدلال می‌کنند که اگر فرد به صرف حالات روحی و روانی مضطر شناخته می‌شد، حد لواط یا مساحقه از هم‌جنس‌گرایان نیز باید برداشته می‌شد.^۴

کارآمدی سنجۀ هویت‌جنسیتی در همین نکته است که این سنجۀ ثابت می‌کند، اضطرار تراجنسی‌ها نه به سبب انگیزه‌های جنسی یا کج‌رفتاری، بلکه به دلیل ناهماهنگی ساختار بدنی با جنسیت خودآگاه فرد رخ می‌دهد و رفع این اضطرار نیز در گرو پشت‌سر گذاردن فرایند بازآرایی جنسی و شناسایی جنسیت بر مبنای هویت‌جنسیتی است. پس سنجۀ هویت‌جنسیتی هم توجیه‌گر وضعیت اضطراری و رفع مقدمات حرمت و هم توجیه‌گر ضرورت جراحی برای خروج از این وضعیت است.

۲.۳. سنجش کارآمدی هویت‌جنسیتی در رفع شبهات حرمت

در این بخش، دو مورد از مهم‌ترین شبهات مطرح‌شده از سوی باورمندان به ممنوعیت مطلق بازآرایی جنسی بررسی می‌شود. یکی از دلایل ایشان استناد به آیات شریفه ۱۱۷-۱۱۹ سوره مبارکه نساء و حکم حرمت تغییر در آفرینش الهی است؛ براین‌مبنای، تغییر در خلقت را دعوتی از سوی شیطان و تغییر در جنسیت را مصادیقی از مصادیق آن می‌دانند و به همین دلیل به حرمت بازآرایی جنسی حکم می‌کنند.^۵ در مقابل، باورمندان به جواز بازآرایی جنسی در پاسخ به این شبهه بیان می‌دارند که تصرف و تغییر و دگرگونی جوهره جامعه انسانی است؛ پس نمی‌توان گفت که دایره این نهی و حرمت

^۱ کریمی‌نیا، پیشین، ص ۱۲۰-۱۲۱.

^۲ منتظری، حسین‌علی، *دراسات فی الکاسب المحرمه*، جلد ۲، قم: مکتبه منتظری، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۵۱۷.

^۳ مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام صادق*، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۳۹۳.

^۴ احمدی، پیشین، ص ۱۹۶.

^۵ «إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنَّا وَ إِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا» لَعَنَهُ اللَّهُ وَ قَالَ لَا تَتَّخِذْ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَ لَأُضِلَّهُمْ وَ لَأَمْرُهُمْ فَلْيَبْتَئِكُنْ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَ لَأَمْرُهُمْ فَلْيَغْيِرْ خَلْقَ اللَّهِ وَ مَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا.

^۶ کریمی‌نیا، پیشین، صص ۱۰۸-۱۰۹.

مذکور در آیه تمامی تغییرات را دربر می‌گیرد. دیگر آنکه، بازآرایی جنسی سبب تغییر در جوهرهٔ انسانی (نفس ناطقه) نمی‌شود، بلکه جنسیت را که از عوارض جسمانی است تغییر می‌دهد؛ پس نمی‌توان آن را تغییر در خلقت الهی دانست.^۱ یکی دیگر از دلایل برتری سنجهٔ هویت جنسیتی در تبیین وضعیت تراجنسیتی‌ها در اینجا نمود می‌یابد؛ چراکه این سنجه بی‌آنکه وارد مجادلهٔ مذکور شود، توجیهی برای خروج موضوعی بازآرایی جنسی تراجنسیتی‌ها از شمول حرمت مذکور در این آیه است. در این رویکرد، دلیل بازآرایی جنسی تراجنسیتی‌ها نه تغییر، بلکه زدودن عوارض ناسازگار و هماهنگ‌سازی ساختار بدنی با جنسیت حقیقی‌شان (هویت جنسیتی) است. کارایی و برتری سنجهٔ هویت جنسیتی نسبت به سنجهٔ جنسیت ظاهری در این نکته است که با سنجه گرفتن هویت جنسیتی، از این روی که تغییر جای خود را به هماهنگ‌سازی می‌دهد، شبههٔ حرمت تغییر در آفرینش الهی بلاموضوع می‌شود و اساساً قابلیت طرح ندارد تا بحثی از آن در میان باشد. یکی دیگر از دلایل باورمندان به حرمت بازآرایی جنسی، حرمت تنقیص جنسیت است. چندان‌که نوشته‌اند، جراحی‌های بازآرایی جنسی مصداق بارز تنقیص است؛ زیرا در اثر این جراحی‌ها، اعضای از بدن به صورت برگشت‌ناپذیری حذف می‌شود و مردانگی مرد و زنانگی زن از میان می‌رود.^۲ پس از این رو که تنقیص جنسیت، اضرار به نفس و به هلاکت انداختن خود (نهی در آیهٔ ۱۹۵ سوره بقره) است، حرام بوده و انجام دادن آن جایز نیست.^۳

بی‌گمان، اگر از هویت جنسیتی فرد تراجنسیتی چشم‌پوشی کنیم، جراحی‌های بازآرایی جنسی به دلایلی واهی تنقیص جنسیت و اضرار به نفس است. برای نمونه، انگیزهٔ فرد اسکیزوفرن برای جراحی هذیان‌های دگرجنس‌پندار اوست، پس دگرگونی‌های رخ داده به‌واقع برای او مطلوبیت ندارد و به تنقیص جنسیت او می‌انجامد.

نکتهٔ حائز اهمیت این است که موجه و مشروع بودن دلیل بازآرایی جنسی شبههٔ تنقیص را برطرف می‌کند. همان‌گونه که از منظر فقیهان، بازآرایی جنسی خنثی‌ها به‌منظور تطبیق جنسیت، بروز آثار جنسیت غالب و زدودن آثار جنسیت مغلوب است و مصداق تنقیص جنسیت نیست؛^۴ در رویکردی که جنسیت تراجنسیتی‌ها با سنجهٔ هویت جنسیتی شناسایی می‌شود نیز هدف جراحی، بازآرایی ساختار بدنی (همان جنسیت مغلوب) برابر با هویت جنسیتی (جنسیت حقیقی تراجنسیتی‌ها) است؛ پس از این حیث نمی‌توان به تنقیص جنسیت حکم داد.

۲.۴. سنجش کارآمدی هویت جنسیتی در رفع شبههٔ ناسازگاری با نظم عمومی و اخلاق حسنه

شناسایی کودکان تراجنسیتی و تعیین آثار حقوقی احراز تراجنسیتی بودن فرد پیش از بازآرایی کامل ساختار جسمانی در گرو شناسایی مفهوم هویت جنسیتی است. ملال جنسیتی کودکان یا به تعبیر قانون‌گذار اختلال هویت جنسی، به‌دلیل ناهماهنگی میان هویت جنسی و هویت جنسیتی است؛ بنابراین برای شناسایی این وضعیت لازم است که هویت جنسیتی به مفاهیم حقوقی راه یابد. دیگر آنکه پیش از پشت‌سر گذاشتن جراحی، تنها نشانه‌ای که از تراجنسیتی بودن فرد حکایت دارد، هویت جنسیتی اوست؛ پس از این حیث نیز شناسایی بدون در نظر گرفتن هویت جنسیتی ناشدنی است. به‌رغم دستاوردهای فراوان این رویکرد در شناسایی تراجنسیتی‌ها، پرسش این است که آیا این رویکرد شناسایی مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست؟

۱. موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۱۲۶.

۲. ترابی، مرتضی، «تغییر جنسیت: تحقیقی در تغییر جنسیت و حکم شرعی آن»، دو فصلنامهٔ مطالعات فقه/مامیه، دورهٔ ۹۸، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۱۲.

۳. احمدی، پیشین، ص ۱۹۲.

۴. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، جلد ۲، بیروت: دارالهدی، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۶۴۲.

برخی با اذعان به نقش نظم عمومی در تعیین وضع مدنی افراد، از ناسازگاری نظم عمومی و تغییر جنسیت تراجنسیتی سخن می‌گویند و از این رو، بازآرایی جنسی را ممنوع می‌دانند و حتی در فرض انجام دادن به عدم شناسایی جنسیت جدید معتقدند. یکی از دلایل ایشان ایجاد ابهام در پیوند زوجیت، ولایت، حضانت و دیگر حقوق و تکالیف خانوادگی یا حقوق و تکالیف اجتماعی افراد است.^۱

ظاهراً این باور با غفلت از سه پیش‌فرض شکل گرفته است: نخست اینکه بازآرایی جنسی تراجنسیتی‌ها نه به‌منظور تغییر در جنسیت، بلکه با هدف هماهنگ‌سازی ساختار جسمانی با هویت جنسیتی است؛ پس اساساً تغییر در جنسیت مطرح نیست تا سخن از سازگاری یا ناسازگاری باشد.

دوم اینکه نمی‌توان هر گونه تغییر و اعمال اراده‌ای را به بهانه ناسازگاری با نظم عمومی محکوم کرد. هنگامی سخن از ناسازگاری پذیرفتنی است که ماحصل اراده فرد، مصالح و منافع عمومی را به مخاطره اندازد.^۲ حال آنکه به نظر می‌رسد شناسایی تراجنسیتی‌ها برپایه هویت جنسیتی‌شان نه فقط مصالح و منافع عمومی را به مخاطره نمی‌اندازد، بلکه در جهت پاسداری از منافع تراجنسیتی‌ها و سایر آحاد جامعه است. برای نمونه، شناسایی پیش از جراحی بازآرایی جنسی هم در جهت حمایت از کودکان تراجنسیتی مفید است و هم از نکاح اجباری جلوگیری می‌کند. افزون بر این‌ها، برزخ قانونی همسر و فرزندان تراجنسیتی‌ها را رفع می‌کند و به روابط ایشان سامان می‌دهد.

سوم اینکه، در تفسیر نظم عمومی باید چنان دقت کرد که به‌رغم حراست از منافع و مصالح عمومی، محدودیت‌های بارشده بر حقوق فردی و اصل حاکمیت اراده آن چنان نباشد که عملاً این حقوق و اصل حاکمیت اراده را بلا موضوع کند.^۳ به دیگر سخن، اگر پذیرش برخی از پیامدهای این نحوه از شناسایی با نظم عمومی جامعه ناسازگار باشد، نباید حکم کلی مبنی بر ناسازگاری شناسایی تراجنسیتی‌ها (برپایه هویت جنسیتی‌شان) با نظم عمومی داد. برای نمونه، در برخی از حقوق و تکالیف مرتبط با جنسیت، ویژگی‌های جسمانی دلیل بار شدن حکم بر جنسیتی مشخص است. یکی از این موارد رقابت در عرصه ورزش است. بی‌شک اصل رقابت عادلانه و سالم، روح ورزش است. از آنجایی که قدرت و استقامت برای برتری در رشته‌های ورزشی نقش بسزایی دارد و جنس مرد و زن به علت تفاوت قد، وزن، اندازه قلب، گنجایش ریه‌ها و دیگر ویژگی‌های جسمی، توان جسمانی متفاوتی دارند، محرومیت یک تراز از رقابت ورزشی با زنان در راستای پاسداری از نظم عمومی و حقوق افراد و از این رو، تبعیضی روا است. این محرومیت نه فقط پیش از بازآرایی جنسی، بلکه پس از آن نیز اعمال می‌شود؛ چراکه جسم یک تراز تحت تأثیر هویت جنسی مردانه‌اش شکل می‌گیرد و از بین بردن تمامی آثار هویت جنسی ناشدنی است. در برابر، استناد به ویژگی‌های جسمانی برای محروم کردن تراجنسیتی‌ها از دسته‌ای از حقوق نارواست. محرومیت از حق بر آموزش و حق بر بهداشت و درمان متناسب با هویت جنسیتی نه فقط ناروا، بلکه ناسازگار با نظم عمومی است؛ زیرا یکی از شاخص‌های نظم عمومی مصالح آحاد جامعه است،^۴ حال آنکه مصلحت تراجنسیتی‌ها در گرو شناسایی‌شان بر مبنای هویت جنسیتی و برخورداری از حق بر فرایند بازآرایی جنسی است.

۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد نخست، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵.

۲. عدالت‌جو، تهمینه و زینب عصمتی، «جایگاه نظم عمومی در معاهدات بین‌المللی حقوق بشری و نظام حقوقی ایران و اسلام»، *فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۹۰۵.

۳. همان، ص ۹۱۰.

۴. رضازاده‌مقدم، حسن، عباس‌علی سلطانی و محمدتقی فخلعی، «بررسی احکام مغایر نظم عمومی در فقه»، *مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد*، سال ۵۳، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۵۰.

کلیت شناسایی تراجنسیتی‌ها بر پایه هویت جنسیتی و پشت سر گذاردن فرایند بازآرایی جنسی در ایشان با اخلاق حسنه نیز ناسازگار نیست. بی تردید در جامعه اسلامی که گزاره‌های دینی بخش مهمی از چارچوب اخلاق حسنه را تشکیل می‌دهد،^۱ هم‌خوانی این معیار با مستندات شرعی دلیلی بر سازگاری با اخلاق حسنه است؛ اما باید دقت کرد که این حکم کلی را نمی‌توان دال بر سازگاری با تمام پیامدها دانست. برای نمونه، شناسایی بر پایه هویت جنسیتی به تنهایی برای بهره‌مندی فرد از حق بر نکاح کفایت نمی‌کند. اخلاق حسنه در جامعه ما اقتضا دارد که فرد نخست ساختار جسمانی‌اش را مطابق با هویت جنسیتی خود بازآرایی کند و سپس اقدام به نکاح کند. ظاهراً همین حکم درباره فرزندپذیری نیز جاری است. اگرچه قانون درخواست پذیرش فرزند را برای زنان مجرد بالای ۳۰ سال مجاز دانسته است، اما اخلاق حسنه و مصالح عالیۀ کودک ایجاب می‌کند که تنها زمانی پذیرش فرزند را برای یک ترازن مجاز بدانیم که ساختار بدنی مردانه‌اش را بازآراییده باشد.

نتیجه‌گیری

سنجۀ فقیهان برای شناسایی جنسیت به تبعیت از داوری عرف عام جنسیت ظاهری است. شناسایی بر مبنای این سنجه با نگاه به ساختار جسمانی، به‌خصوص دستگاه تناسلی، صورت می‌گیرد. بدیهی است که تغییر جنسیت در این رویکرد، متوقف بر جراحی بازآرایی جنسی است؛ زیرا در فرض امکان‌پذیری تغییر جنسیت، جراحی در دگرگونی و ایجاد ساختار بدنی جدید نقش اساسی دارد و مبدأ برای الحاق به جنسیت مطلوب است. در برابر این دیدگاه، رویکردی است که بر مبنای پژوهش‌ها و دیدگاه متخصصان حوزه جنسیت هویت جنسیتی را سنجۀ شناسایی جنسیت تراجنسیتی‌ها می‌داند. این رویکرد بر این پایه که تعریف مفهوم و تعیین مصداق از جمله کاربردهای آلی یا ابزارگونه عرف است، موضوعیت مرجعیت عرف را در امر شناسایی جنسیت، زیر سؤال می‌برد و از آنجاکه جنسیت تراجنسیتی‌ها در زمرۀ مصادیق پیچیده و شناسایی جنسیت در ایشان خارج از توان عرف است، به تخصصی بودن موضوع جنسیت در تراجنسیتی‌ها اشاره می‌کند.^۲ در مواجهۀ این دو رویکرد چهار دلیل در اثبات برتری سنجۀ هویت جنسیتی آمد.

نخست اینکه، سنجۀ جنسیت ظاهری ناتوان در جداسازی تراجنسیتی‌ها از دیگر وضعیت‌های خواهان بازآرایی جنسی همچون افراد مبتلا به هویت بی‌نقص بدن، اسکیزوفرن‌های گرفتار به هذیان‌های دگرجنس‌پندار و خودزن‌پنداران است. به‌وارونه، سنجۀ هویت جنسیتی نه‌فقط در جداسازی تراجنسیتی‌ها از وضعیت‌های مذکور توانا بوده، بلکه شناسایی و جداسازی تراجنسیتی‌ها از مبدل‌پوشان و گرفتاران به ملال جنسیتی نیز در گرو سنجه قراردادن هویت جنسیتی است. افزون‌براین، توجه به هویت جنسیتی تراجنسیتی‌ها اذهان را از کژفهمی‌های رایج درباره ایشان همچون یکسان‌انگاری با بیناجنسیتی‌ها، هم‌جنس‌گرایان و بی‌جنس‌گرایان می‌پیراید.

دوم اینکه، بی‌توجهی به فرایند بودن بازآرایی جنسی در رویکرد کنونی فقیهان و حقوق‌دانان به‌خودی‌خود دو پیامد را در پی دارد: نخست آنکه به‌وارونه جراحی که نمایان شدن آثارش تنها به سپری شدن مدت زمان جراحی بستگی دارد، آثار هورمون‌درمانی و روان‌درمانی که بخشی از فرایند بازآرایی جنسی‌اند، به‌صورت تدریجی بروز می‌یابد و ممکن است زمانی

۱. محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، ص ۲۵۰.

۲. سعیدعرب، حمیدرضا، «حقوق خانواده و چالش تراجنسیتی‌ها با تأکید بر هویت جنسیتی»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۱، صص ۳۲-۳۹.

طولانی را اقتضا کند. دیگر آنکه بازآرایی جنسی فقط در گرو یک جراحی نیست، بلکه مجموعه‌ای از عمل‌های جراحی را اقتضا می‌کند. اگر به هر دلیلی بازآرایی جنسی در مرحله خاصی از جراحی که ساختار جسمانی دیگر نه کاملاً زنانه و نه کاملاً مردانه است، متوقف شود، بر مبنای جنسیت ظاهری چگونه می‌توان به شناسایی جنسیت پرداخت؟ درحالی‌که در رویکرد مبتنی بر دیدگاه‌های تخصصی، جنسیت تراجنسیتی‌ها با هویت جنسیتی‌شان که امری ثابت است، شناسایی می‌شود که نه فقط توجیه‌گر فرایند بودن بازآرایی ساختار جسمانی است، بلکه با احراز سنجه معقول و مشروع بودن توجیه‌گر تصرف برای جراحی به موجب قاعده تسلیط و احراز ملاک ضرورت برای حکم ثانویه اباحه مقدمات جراحی همچون نگاه و لمس دستگاه تناسلی است.

سوم اینکه، مبنای باورمندان به تغییر جنسیت، تبدل موضوع جنسیت بر اثر جراحی است. حال آنکه جراحی نه به‌واقع ماهیت جنسیت کروموزومی و هورمونی فرد را تغییر می‌دهد و نه کارکردهای طبیعی جنسی را برای فرد به ارمغان می‌آورد؛ به همین دلیل به‌صوری بودن دگرگونی‌های رخ داده بر اثر آن حکم می‌کنند. هنگامی که صوری بودن دگرگونی‌ها مشخص شد، سخن از انقلاب در ماهیت موضوع و تبدل صورت نوعیه عرفیه بر اثر جراحی پذیرفتنی نیست. اما شناسایی جنسیت در رویکرد نوین فقط نیازمند شناسایی هویت جنسیتی است و کارکرد جراحی تنها هماهنگ‌سازی ساختار بدنی با جنسیت حقیقی فرد است؛ بنابراین این رویکرد نه فقط ضرورت بحث از تبدل موضوع را منتفی می‌کند، بلکه به دلیل نحوه نگرش به بازآرایی جنسی سبب خروج موضوعی این فرایند از شمول نهی مذکور درباره حرمت تغییر آفرینش الهی و حرمت تنقیص بدن می‌شود.

چهارم اینکه، با سنجه جنسیت ظاهری شناسایی تراجنسیتی‌ها پیش از جراحی بازآرایی جنسی امکان‌پذیر نیست. یکی از پیامدهای منفی این رویکرد ناتوانی در شناسایی کودکان تراجنسیتی است. ضرورت شناسایی این کودکان باعث شد تا قانون‌گذار در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹) به مخاطره‌آمیز بودن وضعیتشان تصریح کند و اختلال هویت جنسی را مبنای حمایت قانونی از این کودکان قرار دهد. درحالی‌که با سنجه جنسیت ظاهری، مبنای قرار دادن اختلال هویت جنسی برای شناسایی توجیه‌پذیر نیست. افزون‌براین، رویکرد کنونی شناسایی، به دلیل اصرار بر ظاهر جسمانی، زندگی تراجنسیتی‌ها و افراد مرتبط با ایشان را پیش از بازآرایی کامل جنسی در برزخی قانونی قرار می‌دهد. در برابر، سنجه هویت جنسیتی با لحاظ نظم عمومی و اخلاق حسنه، الگویی برای داوری درخصوص وضعیت حقوقی تراجنسیتی‌ها ارائه می‌دهد. به این ترتیب که وضعیت حقوقی تراجنسیتی را بر مبنای هویت جنسیتی‌شان شناسایی می‌کند و فقط حقوق و تکالیفی را که پیامدهای پذیرش بر مبنای هویت جنسیتی در آن‌ها ناسازگار با نظم عمومی و اخلاق حسنه است، به انجام دادن جراحی موکول می‌کند یا به محرومیت دائمی حکم می‌شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، اسدالله، *مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر لنگرودی: آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دوجنسی*، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۸.
۲. امامی، اسدالله، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۳. امامی، مسعود، *پژوهش‌های فقهی در حوزه قانون‌گذاری*، قم: مرکز تحقیقات مجلس شورای اسلامی، چاپ نخست، ۱۳۹۷.

۴. انجمن روان‌پزشکی آمریکا، راهنمای تشخیصی و آماری اختلالات روانی (نسخه پنجم)، ترجمه یحیی سید محمدی، تهران: نشر روان، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۵. حکیم، آز، ترنس و تراجنسیتی، ترجمه حسین شاره، تهران: نشر متخصصان، چاپ چهارم، ۱۴۰۰.
۶. خدادادی، غلام‌حسین، احکام پزشکان و بیماران (فتاوی آیت‌الله محمدفاضل لنکرانی)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ نخست، ۱۳۸۵.
۷. دنی، ناسی و دیوید کاداگنو، جنسیت انسان: همه چیز درباره مسائل جنسی انسان، ترجمه حسن مرنودی، تهران: نشر ثالث، چاپ نخست، ۱۳۹۶.
۸. روشن، محمد و محمد صادقی، دانشنامه حقوق خانواده، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۵.
۹. روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵.
۱۱. کروکزر، بودینج، توماس ستینزما و آنلودی وریس، اختلال هویت و رشد جنسی، ترجمه محمد آرش رضانی و همکاران، تهران: انتشارات ترکیه، چاپ نخست، ۱۳۹۷.
۱۲. کریمی‌نیا، محمدمهدی، تغییر جنسیت با تأکید بر دیدگاه امام خمینی، تهران: موسسه چاپ و نشر عروج، چاپ نخست، ۱۳۹۱.
۱۳. کریمی‌نیا، محمدمهدی، تغییر جنسیت: از منظر فقه و حقوق، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ نخست، ۱۳۸۹.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنوازی، سید حسن وحدتی‌شیری و ابراهیم عبدی‌پور، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۲.
۱۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه‌های حقوقی (۱): حقوق خانواده، تهران: مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۶.

مقاله

۱۶. احمدی، سید محمدمهدی، سید مهدی طباطبایی عینکی و سید حسن عابدیان کلخوران، «تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترنس‌سکشوال‌ها»، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، سال ۲۷، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۹، صص ۱۷۸-۲۰۵.
۱۷. ترابی، مرتضی، «تغییر جنسیت: تحقیقی در تغییر جنسیت و حکم شرعی آن»، دو فصلنامه مطالعات فقه امامیه، دوره ۹۸، شماره ۲، ۱۳۹۸، صص ۶۵-۹۲.
۱۸. خرازی، سیدمحسن، «تغییر الجنس»، فصلنامه فقه اهل‌بیت، شماره ۲۳، ۱۳۷۹، صص ۱۰۴-۱۴۷.
۱۹. رضازاده مقدم، حسن، عباس‌علی سلطانی و محمدتقی فخلی، «بررسی احکام مغایر نظم عمومی در فقه»، مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۵۳، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۴۷-۷۱.
۲۰. سبحانی، جعفر، «تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی»، فصلنامه فقه اهل‌بیت، سال ۱۸، شماره ۶۹، ۱۳۹۱، صص ۵-۱۶.
۲۱. عدالت‌جو، ته‌مین و زینب عصمتی، «جایگاه نظم عمومی در معاهدات بین‌المللی حقوق بشری و نظام حقوقی ایران و اسلام»، فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۸۹۴-۹۱۳.
۲۲. غدیری، ماهر، محمد روشن و حمیدرضا سعیدعرب، «پرسمان فقهی-حقوقی موضوع‌شناسی جنسیت تراجنسیتی‌ها»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۷، شماره ۵۸، ۱۴۰۲، صص ۳۲۵-۳۴.
۲۳. غدیری، ماهر و محمد روشن، «فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتوی مصالح عالییه کودک»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه ۱۴، ۱۳۹۲، صص ۷۳-۱۰۲.
۲۴. فرحناک، علیرضا، «نقش انتقال، انقلاب و استهلاک در تبدل موضوع»، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، شماره ۴ (پیاپی ۷۸)، ۱۳۹۲، صص ۹۱-۱۱۲.

پایان نامه

۲۵. سعیدعرب، حمیدرضا، «حقوق خانواده و چالش تراجنسی‌ها با تأکید بر هویت جنسیتی»، *پایان نامه کارشناسی/ارشد*، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۱.

عربی

کتاب

۲۶. قرآن کریم
۲۷. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروه*، جلد ۲، قم: مکتبه آیةالله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۸. حلی، محمدبن‌ادریس، *سرائر*، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۲۹. طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، جلد ۲، بیروت: دارالهدی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۳۰. غروی تبریزی، علی، *کتاب الطهاره (تقریر درس آیت‌الله سید ابوالقاسم خویی)*، قم: دارالهادی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۱. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام صادق*، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ ه.ق.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *الفتاوی الجدیده*، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، چاپ دوم، ۱۳۸۵ (۱۴۲۷ ه.ق).
۳۳. منتظری، حسین علی، *دراسات فی المکاسب المحرمه*، جلد ۲، قم: مکتبه منتظری، ۱۴۱۷ ه.ق.
۳۴. نراقی، احمد، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد ۱، مشهد: موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ه.ق.

References

Books

1. Holy Qur'an
2. American Psychiatric Association, *The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, Translated by: Yahya Sayyed Mohammadi, Third Edition, Tehran: Ravan Publications, 2014. (in Persian)
3. Denney, N. W., Quadagno, D. *Human Sexuality; Everything about human sexual issues*, Translated by Hassan Marandi, Tehran: Saales Publication, First Edition, 2017. (in Persian)
4. Emami, Asadollah, *A Collection of Dedicated Essays in National Conference as a Mark of Honour to Prof Jafari Langroudi*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2019. (in Persian)
5. Emami, Asadollah, *A Comparative Study of Ancestry and Sex Change in Iran and France law*, Tehran: Mizan, 2013. (in Persian)
6. Emami, Masoud, *Jurisprudential Research in the Field of Legislation*, Qom: Islamic Council Research Center, First Edition, 2018. (in Persian)
7. Gharavi Tabrizi, Ali, *The Book of Purity (Abu Al-Qasim Al-Musawi Al-Khoei)*, Qom: Dar Al-Hadi, Third Edition, 1989. (in Arabic)
8. Hakim, Az, *Trans and Transgender*, Translated by Hossein Shareh, Tehran: Specialists Publication, Fourth Edition, 2021. (in Persian)
9. Hakim, Sayyed Mohsen, *Mostamsek Al-Orveh*, Volume 2, Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi School, 1983.
10. Hilli, Mohammad Ibn Idris, *Saraeer*, Volume 3, Qom: Islamic Press Institute, 1991. (in Arabic)
11. Karimi-Nia, Mohammad Mehdi, *Gender Reassignment from The Perspective of Jurisprudence and Law*, Qom: Jurisprudential Center of the Imams, First Edition, 2010. (in Persian)
12. Karimi-Nia, Mohammad Mehdi, *Sex Change whit Emphasis on Imam Khomeini's Point of view*, Tehran: Orouj Publishing Institute, First Edition, 2012. (in Persian)

13. Katouzian, Nasser, *Overview of civil law: General Rules on Contracts*, volume 1. Tehran: Sahami Enteshar Company, 13th Edition, 2016. (in Persian)
14. Khodadadi, Gholam Hossein, *Rulings on Physicians and Patients (Fatwas of Ayatollah Mohammad Javad Fazel Lankarani)*, Qom: Jurisprudential Center of the Imams, First Edition, 2006. (in Persian)
15. Kreukels, B., Steensma, T., Vries, A. *Gender Dysphoria and Disorders of Sex Development*, Translated by Mohammad Arash Ramezani et al, Tehran: Tazkiyeh Publications, First edition, 2018. (in Persian)
16. Makarem Shirazi, Nasser, *New Fatawi*, Qom: Emam Ali School, Second Edition, 2006. (in Arabic)
17. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, Jalil Ghanavati, Sayyed Hassan Vahdati Shobeyri and Ibrahim Abdi-Pour, *Contracts Law in The Imamieh Jurisprudence*, Volume 1, Tehran: Samt, Fifth Edition, 2013. (in Persian)
18. Montazeri, Hossein Ali, *Lessons in Forbidden Businesses*, Volume 3, Qom: Montazeri School, 1996. (in Arabic)
19. Mousavi Bojnourdi, Sayyed Mohammad, *Legal thoughts (1): Family Law*, Tehran: Majd, First Edition, 2007. (in Persian)
20. Mughniyeh, Mohammad Javad, *Jurisprudence of Imam Sadiq*, Qom: Ansarian, 2000. (in Arabic)
21. Naraqi, Ahmad, *Al-Shi'a document in the rules of Sharia*, Volume 1, Mashhad: Al Al-Bayt li Ihya' Al-Turath Institute: 1994. (in Arabic)
22. Roshan, Mohammad and Mohammad Sadeghi, *Encyclopedia of Family Law*, Tehran: Jungle, First Edition, 2016. (in Persian)
23. Roshan, Mohammad, *Family Law*, Tehran: Jungle, Second Edition, 2017. (in Persian)
24. Sadock, B. J., Sadock, V. A., Ruiz, P. *Kaplan & Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry*, Wolters Kluwer, 2015.
25. Tabatabaei, Sayyed Ali, *Difficulty of Problems*, Volume 2, Beirut: Dar Al-Hoda, 1991. (in Arabic)

Articles

26. Ahmadi, Sayyed Mohammad Mehdi, Mehdi Tabatabaei Eynaki and Sayyed Hassan Abedian Kalkhoran "A Critical Analysis of the Ruling of Transgender Permission in Transsexuals", *The Quarterly Journal of Jurisprudence*, 27(102), 2020. (in Persian)
27. Amend, B., Seibold J., Toomey P., Stenzl A., Sievert K. D. "Surgical Reconstruction for Male-to Female Sex Reassignment", *European Urology*, 64 (1), 2013.
28. Edalatjoo, Tahmineh. and Zeynab Esmati, "The position of public order in international agreements on human rights and Iran-Islam legal system," *Journal of Research and Development in Comparative Law*, Issue 1, 2018. (in Persian)
29. Farahnak, Alireza, "The Role of Transfer, Revolution and Depreciation in The Transformation of Subject Matter", *The Quarterly Journal of Jurisprudence*, Issue 4 (continuous 78), 2013. (in Persian)
30. Ghadiri, Mahroo and Mohammad Roshan, "Adoption and The Right to Family in Light of The Best Interests of The Child", *Legal Research Quarterly*, Special Issue14, 2013. (in Persian)
31. Ghadiri, Mahroo, Mohammad Roshan and Hamid Reza Saeed Arab, "Jurisprudence and Legal Discourse About Subjectology of Transsexuals' Gender", *Medical Law Journal*, Volume 17, Issue 58, 2023. (in Persian)
32. Kharazi, Sayyed Mohsen, "Gender reassignment", *Ahl Al-Bayt Jurisprudence Quarterly*, Issue 23, 2000. (in Persian)
33. MacGillivray, M. H., Mazur, T. "Intersex", *Adv Pediatr*, 52, 2005.
34. Pittman, T. A., Economides, J. M. "Preparing for Facial Feminization Surgery: Timing", *Facial Plast Surg Clin North*, 27 (2), 2019.

35. Rezazadeh Moghaddam, Hassan., Abbas Ali Soltani and Mohammad Ali Fakhlaei, "A Study on the Jurisprudential Precepts Contradicting the Public Order", *Journal of Fiqh and Usul*, 53 (1), 2021. (in Persian)
36. Richards, Christina., Walter Pierre Bouman., Leighton Seal., Meg John Barker., Timo O. Nieder., Guy T'Sjoen. "Non-Binary or Genderqueer Genders", *International Review of Psychiatry*, 28 (1), 2016.
37. Sobhani, Jafar, "Gender reassignment from the perspective of Islamic jurisprudence", *Ahl Al-Bayt Jurisprudence Quarterly*, 18 (69), 2012. (in Persian)
38. Torabi, Morteza, "Gender Reassignment: Research on Gender Reassignment and Its Legal Ruling in Islamic jurisprudence", *Two Quarterly of Imamiyah Jurisprudence Studies*, Volume 98, Issue 2, 2019. (in Persian)
39. T'Sjoen, G., Arcelus, J., Gooren, L., Klink, D. T., Tangpricha, V. "Endocrinology of Transgender Medicine", *Endocr Rev*, 40 (1), 2019.
40. Turbyne, C., Koning, P., Zantvoord, J., Denys, D. "Body Integrity Identity Disorder Using Augmented Reality: A Symptom Reduction Study", *BMJ Case Rep*, 14 (1), 2021.

Thesis

41. Saeed Arab, Hamid Reza, "The Family Law and Transsexuals Challenge with an Emphasis on the Gender Identity", Master Thesis, Faculty of Law, *Shahid Beheshti University*, 2022. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Conceptual Interaction and Mutual Influence of Economic Theories of Imperfect Contract and Transaction Cost with Secondary Real Estate Registration System

Nasrin Tabatabaee Hesari¹, Amir Khenari Nezhad² 

ABSTRACT

In terms of economic analysis of law, one of the goals of legal institution for registration of real estate transactions, is reducing and correcting “Imperfect Contracts” and “Transaction Costs” to optimal use of scarce resources i.e. real estate. It is important to analyze the relationship and mutual influence of the economic theories of incomplete contract and transaction costs with the legal system of secondary real estate registration, in order to prevent contractual defect and the economic inefficiency of these contracts; because the real estate is one of the most important assets of people and its transactions face legal and economic risks and also unregistered real estate transaction is one of the most important examples of imperfect contract. On the other hand, the efficiency of the registration system and the stability of the legal status of real estate also require attention to the economic foundations of this system (including the above theories) in establishing or amending the relevant rules. Therefore, the question arises that how does the existence of secondary registration system help to correct imperfect contracts and reduce the costs of real estate transactions? This article is a theoretical-practical research that used Library research method and investigating about problem and analyzing the data is based on descriptive-analytical method. Finally, it was concluded that the lack of a secondary real estate registration system or the existence of an incomplete registration system leads to the conclusion of legal imperfect contracts and increasing the cost of transaction. It is desirable, in economic perspective, not to have an “absolutely imperfect real estate contract”. So, it is necessary to exist the principle of mandatory registration of transactions with the sanction of non-acceptance the transactions that have ordinary documents. In fact, a secondary registration system with complete legal effect (concluding an effective sanction for registering the real estate transaction and the unity of legal system in identifying the owner), leads to the conclusion of the legal perfect contract and the economic partially imperfect contract and causes to reduction of real estate transaction costs.

KeyWords: Economic Analysis, Secondary Registration, Absolute Imperfect Contract, Imperfect Registration System, Transaction Cost.

How to Cite: Tabatabaee Hesari, Nasrin, Khenari Nezhad, Amir, "Conceptual Interaction and Mutual Influence of Economic Theories of Imperfect Contract and Transaction Cost with Secondary Real Estate Registration System", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:57-74.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235127.2705>

Received: 16/03/2024-Accepted: 31/08/2024

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

2. Ph.D., Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: Amir_khenari@ut.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/>).



تعامل مفهومی و تأثیر متقابل تئوری‌های اقتصادی قرارداد ناقص و هزینه معاملاتی با سیستم ثبت ثانویه املاک

نسرین طباطبایی حساری^۱، امیر خناری نژاد^۲✉

چکیده

از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از اهداف نهاد حقوقی ثبت معاملات املاک، کاهش و اصلاح قراردادهای ناقص و هزینه معاملاتی جهت استفاده بهینه از منابع کمیاب یعنی املاک است. توجهاً به اینکه املاک یکی از مهم‌ترین دارایی‌های افراد بوده و معاملات آن با ریسک حقوقی و اقتصادی مواجه است و اینکه معامله املاک ثبت‌نشده از مهم‌ترین مصادیق قرارداد ناقص است، لذا تحلیل ارتباط و تأثیر متقابل تئوری‌های اقتصادی قرارداد ناقص و هزینه‌های معاملاتی با سیستم حقوقی ثبت ثانویه املاک، در جلوگیری از نقص قراردادی و عدم کارایی اقتصادی این قراردادها اهمیت دارد. از طرفی، کارآمدی سیستم ثبتی و ثبات وضعیت حقوقی املاک نیز مستلزم توجه به مبانی اقتصادی این سیستم (از جمله تئوری‌های فوق) در وضع یا اصلاح مقررات مربوطه است. لذا این مسئله مطرح می‌شود که وجود سیستم ثبت ثانویه چگونه به اصلاح قراردادهای ناقص و کاهش هزینه‌های معاملات املاک کمک می‌کند؟ این پژوهش نظری-کاربردی بوده و روش تحقیق در آن کتابخانه‌ای و روش بررسی مسئله و تجزیه و تحلیل داده‌ها نیز توصیفی-تحلیلی است. نهایتاً این نتیجه حاصل شد که فقدان سیستم ثبت ثانویه املاک یا وجود سیستم ثبتی ناقص، منجر به انعقاد قراردادهای ناقص از منظر حقوق و سبب افزایش هزینه معامله می‌شود. مطلوب این است که قرارداد املاک به صورت ناقص مطلق از منظر اقتصاد نداشته باشیم و برای این هدف، وجود اصل الزامی بودن ثبت معاملات با ضمانت اجرای عدم پذیرش معاملات با سند عادی ضروری است. درواقع، یک سیستم ثبت ثانویه با اثر کامل حقوقی (حاوی ضمانت اجرای موثر برای ثبت معامله املاک و یگانگی سیستم حقوقی در شناسایی مالک)، موجب انعقاد قرارداد کامل از منظر حقوق و قرارداد ناقص نسبی از منظر اقتصاد و سبب کاهش هزینه‌های معاملاتی املاک می‌شود.

کلید واژگان:

تحلیل اقتصادی، ثبت ثانویه، قرارداد ناقص مطلق، سیستم ثبتی ناقص، هزینه معاملاتی.

استناد به این مقاله: طباطبایی حساری، نسرین، خناری نژاد، امیر، «تعامل مفهومی و تأثیر متقابل تئوری‌های اقتصادی قرارداد ناقص و هزینه معاملاتی با سیستم ثبت ثانویه املاک»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۷۴-۵۷.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235127.2705>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۰

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: Amir_khenari@ut.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

از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از اهداف نهاد ثبت معاملات املاک، کاهش هزینه معاملاتی و کاهش قراردادهای ناقص جهت استفاده بهینه از منابع کمیاب املاک است. امری که نیازمند توجه به مبانی اقتصادی در کنار مبانی حقوقی در فرایند ایجاد آن است.^۱ بی تردید، نهاد ثبت املاک و ضوابط آن، دارای آثار اقتصادی بوده و از جمله شیوه‌های مورد توجه در تعیین آثار ناشی از نهاد حقوقی ثبت معاملات املاک از منظر اقتصاد، توجه به نظریه قرارداد ناقص و نظریه هزینه‌های -معاملاتی است.

نظام ثبت املاک^۲ مجموعه سازوکاری است که سیستم‌های حقوقی به منظور ثبت مالکیت املاک و انتقالات آن و حفاظت و اجرای بهتر حق مالکیت در نظر می‌گیرند.^۳ نظام ثبت املاک خود مشتمل بر دو نظام زیرمجموعه است: ثبت اولیه که ملک برای اولین بار وارد فرایند ثبت و به صدور سند رسمی مالکیت ختم می‌شود (ماده ۲۲ ق.ث) و مرحله ثبت ثانویه یا ثبت معاملات املاک ثبت شده که با هدف ثبت تغییر در وضعیت حقوقی املاک و به روزرسانی اطلاعات ثبت شده در مرحله ثبت اولیه است که در متون قانونی با الزامی نمودن ثبت معاملات املاک پیش‌بینی شده است (مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه و ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول). بنابراین نظام ثبت ثانویه مکمل نظام ثبت املاک در مفهوم عام و تضمین‌کننده به روزرسانی شدن اطلاعات مندرج در آن است و ضمانت اجرای آن نقش تعیین‌کننده در عملکرد مطلوب اقتصادی معاملات املاک و تضمین امنیت اقتصادی ایفا می‌کند.

در اهمیت نقش سیستم ثبتی در رشد اقتصادی باید به این نکته توجه شود که تولد نظریه قرارداد ناقص در حقوق آمریکا و توسعه آن، ریشه در عدم تقارن اطلاعاتی میان متعاقدين به عنوان یکی از علل اصلی عدم کارایی اقتصادی قراردادی دارد. امری که قرارداد را با نقص جدی مواجه می‌کند و سبب می‌شود کارایی اقتصادی لازم را نداشته باشد.^۴ با عنایت به اینکه اصلاح قرارداد ناقص تا حد ممکن و نیز کاستن از هزینه‌های معاملاتی، از جمله اهداف تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها می‌باشند^۵ و املاک یکی از مهم‌ترین دارایی‌های افراد بوده و معاملات آن با ریسک حقوقی و اقتصادی بالایی مواجه است، تحلیل و بررسی ارتباط و تأثیر متقابل نظریه قرارداد ناقص و نظریه هزینه‌های معاملاتی با سیستم حقوقی ثبت املاک و به طور خاص ثبت ثانویه در جلوگیری از نقص قراردادی و عیب عدم کارایی اقتصادی این قراردادها اهمیت ویژه‌ای دارد و این مسئله را مطرح می‌کند که بررسی این دو نظریه به عنوان مبانی اقتصادی نظام ثبت ثانویه املاک، وجود چه قواعد حقوقی را در سیستم ثبت املاک در راستای دستیابی به کارایی اقتصادی قراردادهای املاک الزامی می‌کند.

تحقیق پیش‌رو، هزینه‌های معاملاتی را هم با مفهومی وسیع‌تر به عنوان یک تئوری در تحلیل اقتصادی حقوق بحث کرده و هم ارتباط آن با نظریه قرارداد ناقص را تحلیل کرده است. در تحقیقاتی که در خصوص قرارداد ناقص تاکنون منتشر شده، نوع خاصی از قرارداد و یا قرارداد با موضوع خاصی مدنظر نیست،^۶ لیکن رویکرد این تحقیق، قرارداد ناقص در حوزه

۱. انصاری، مهدی، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران: جنگل، ۱۳۹۰، صص ۹-۷.

۲. Land Registration System.

۳. Zevenbergen, J. *Systems of Land Registration – Aspects and Effects*, United States: Publication on Geodesy, 2002, P 87.

۴. Posner, R. *Economics Analysis of Law*, New York: Aspen Casebook, Eighth Edition, 2010, P 3.

۵. انصاری، پیشین، ص ۱۳۹.

۶. عزیزی، ناصر، سروش رستم‌زاده اصل و سید حسن موسوی هاشمی، «بررسی تطبیقی قراردادهای ناقص، خلاءهای قراردادی و نحوه تکمیل آن در حقوق ایران و آمریکا»، *تعالی حقوق*، سال ۸، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۹.

املاک و سیستم ثبت ثانویه املاک است که در قلمرو موضوعی حقوق ثبت قرار دارد. لذا مسئله اصلی آن است که وجود سیستم ثبت معاملات املاک و به‌ویژه ثبت ثانویه چگونه و با چه سازوکارهای حقوقی، به حل مسئله قراردادهای ناقص و نیز به کاهش هزینه‌های معاملات در حوز املاک کمک می‌کند؟ پژوهش حاضر با روش کتابخانه‌ای و با بررسی مسئله به شیوه تطبیقی و تحلیلی و با تکنیک تحلیل اقتصادی حقوق، ابتدا به این امر پرداخته که چه ارتباطی بین نظریه قرارداد ناقص و نیز نظریه هزینه‌های معاملاتی با سیستم ثبت املاک و به‌طور خاص ثبت ثانویه وجود دارد و سپس تبیین می‌کند که چرا و چگونه فقدان سیستم ثبتی کامل و مؤثر، منجر به افزایش قراردادهای ناقص-املاک و افزایش هزینه‌های معاملاتی قرارداد املاک می‌شود. همچنین، ضمن تبیین عوامل ایجاد هزینه‌های معاملاتی در حوزه املاک، این مطلب مورد بحث قرار می‌گیرد که وجود یک سیستم ثبتی کامل و مؤثر چگونه موجب انعقاد قرارداد کامل به مفهوم حقوقی و نیز سبب کاهش هزینه‌های معاملاتی در قراردادهای املاک می‌شود.

۱. تعامل مفهومی و تأثیر متقابل نظریه قرارداد ناقص و سیستم ثبت املاک: عدم تقارن اطلاعاتی

ممکن است قراردادی از منظر حقوقی کامل، ولی از منظر اقتصادی، ناقص باشد. لذا مفهوم قرارداد ناقص از هر دو منظر و عوامل مسبب نقص قرارداد املاک و به‌ویژه تأثیر وجود و فقدان نظام ثبت ثانویه املاک بر آن باید بررسی شود.

۱.۱. نظریه قرارداد ناقص از دو منظر حقوقی و اقتصادی و علل پیدایش آن

از منظر حقوقی، قرارداد ناقص،^۱ قراردادی است که با عیبی (خلأ^۲ حقوقی) مواجه است دارد که مانع اثرگذاری قرارداد حداقل به‌طور کامل خواهد بود^۳ و در صورت عدم آن عیب، از منظر حقوق تعهدات، قرارداد کامل محسوب می‌شود. این نظریه در نظام کامن‌لا مطرح شد که حقوق عرفی، قراردادی را که با نقص‌های جدی در شرایط مهم معامله روبه‌رو بود، منجر به نامعلوم ماندن قصد طرفین و غیرقابل اجرا می‌دانست و با تصویب قانون متحدالشکل تجاری که براساس آن ابهام، با قواعد تکمیلی قابل رفع است،^۴ این نظریه رسمیت یافت.

از دیدگاه اقتصادی حتی یک قرارداد کامل از منظر حقوقی، باز هم ناقص محسوب شود؛ چراکه اقتصاد، نقص قراردادی را ناظر به حالتی می‌داند که مجموعه‌ای از تعهدات کارا برای هر یک از وضعیت‌های احتمالی در آینده پیش‌بینی نمی‌شود.^۵ درواقع از منظر حقوقی، اگر حقوق و تعهدات طرفین به‌طور کامل و منطبق با شرایط قانونی باشد، قرارداد کامل است. حال آنکه از منظر اقتصاد، قراردادی کامل محسوب می‌شود که سرانجام هر وضعیت احتمالی آینده برای رسیدن به پیامدهای مطلوب اقتصادی برای متعاملین پیش‌بینی شود. فلذا از منظر اقتصاد، همه قراردادها ناقص هستند.^۶

در تحلیل اقتصادی حقوق نقص قرارداد از منظر اقتصادی مشکل اصلی محسوب نمی‌شود، بلکه نقص قرارداد از منظر حقوقی باید حل شود و مهم این است که سیستم حقوقی، بهترین راه حل را برای کاهش میزان نقص قراردادی از منظر

^۱ Imperfect Contract Theory.

^۲ Gap

^۳ Scott, R. E. and George, G. Triantis. "Incomplete Contracts and The Theory of Contract Design", *Case Western Reserve Law Review*, Volume 56, Issue 1, 2005, P 190.

^۴ Ben-Shahar, O. "Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts", *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Papers*, 2004, P 3.

^۵ Ibid.

^۶ Craswell, R. "The Incomplete Contracts Literature and Efficient Precautions", Volume 56, Issue 1, *Case Western Reserve Law Review*, 2005, P 153.

اقتصاد ارائه کند.^۱ چون امکان حذف آنها به طور مطلق و پیش‌بینی همه شرایط اقتصادی آینده نیست. اقتصاددانان تفاهم طرفین بر مذاکره دوباره برای تکمیل قرارداد را راهکاری برای رفع نقص می‌دانند. درواقع، انعقاد قراردادی که در آینده قابل بازبینی براساس شرایط محیطی باشد، راهکاری پربازده در تضمین حقوق قراردادی طرفین است و سبب می‌شود طرفین شروطی انتخاب کنند که مسیرهای فرعی و تبعی معامله و امکان ترمیم آن را به‌دقت مشخص و مانعی برای نقض قرارداد ایجاد می‌کند.^۲ همچنین، نویسندگانی که نقص قراردادها را ناشی از توان محدود طرفین در پیش‌بینی وضعیت آینده می‌دانستند، برای رفع خلأهای قراردادی، پیشنهادهایی چون تکیه بر معامله فرضی^۳ و تمسک به قاعده تکمیلی کفیری افزایش‌دهنده انگیزه افشای اطلاعات در آینده داشتند.

لذا با فرض نقص همه قراردادها از منظر اقتصاد (هرچند کامل از نظر حقوقی) و اهمیت عدم نقض قرارداد از منظر حقوقی می‌توان نتیجه گرفت که از منظر اقتصاد، قرارداد ناقص از منظر حقوقی، یک قرارداد ناقص مطلق است و قرارداد کامل از منظر حقوقی، یک قرارداد ناقص نسبی است و در معاملات، مطلوب حذف قرارداد ناقص مطلق از منظر اقتصاد است؛ زیرا امکان حذف قرارداد ناقص نسبی از بازار وجود ندارد؛ چراکه دنیای واقعی قرارداد کامل از منظر اقتصاد -بدین معنی که بتواند همه شرایط را پیش‌بینی کند و مطلوب عمل کند- وجود ندارد، اما باید جهت کاهش نقص اقتصادی و بالاترین میزان کارایی اقتصادی، با کمک ابزارهای و نهادهای حقوقی مناسب تا حد ممکن تلاش شود. البته هرچند قراردادها به دو قسم کامل و ناقص تقسیم می‌شود و هر قراردادی ذیل یکی از این دو عنوان می‌گنجد، اما ممکن است نسبی بودن این مفهوم را نیز بتوان ادعا کرد، به این معنا که قراردادی از جهتی کامل و از حیثی دیگر ناقص باشد و نیز علیرغم کامل بودن قرارداد، با رخ دادن شرایط پیش‌بینی نشده ذیل عنوان قرارداد ناقص جای گیرد.^۴

برخی از این عوامل نقص قراردادی ناشی از عقلانیت محدود طرفین و عدم امکان پیش‌بینی همه احتمالات است. اما بی‌تردید یکی از مهم‌ترین دلایل آن عدم تقارن اطلاعاتی طرفین است که تعادل قراردادی را برهم می‌زند؛ زیرا ممکن است طرفین همه اطلاعات را برای سود اقتصادی ابراز نکنند.^۵ در قرارداد ناقص، فرض بر نابرابری اطلاعات متعاملین است که منجر به افزایش هزینه‌های معاملاتی قرارداد ناقص اقتصادی می‌شود.

نظام‌های حقوقی به دنبال پیش‌بینی قواعد و ضمانت‌اجراهایی حقوقی مانند تعهد به اطلاع‌رسانی و رعایت حسن‌نیت و... به عنوان طرق کاستن از استفاده فرصت طلبانه از چنین اطلاعاتی هستند و از تعهد به اطلاع‌رسانی در قرارداد صحبت می‌کنند.^۶ به منظور ایجاد تعهد مزبور دو شرط لازم است: اول اینکه عدم تعادل اطلاعاتی طرفین در تعادل قرارداد مؤثر باشد و دوم اینکه طرف مقابل ناخودآگاه در جهل خود کوتاهی نکند. نظام‌های حقوقی به پیش‌بینی این تعهد اکتفا نکرده و گاهی نهادهای حقوقی را به عنوان نهاد واسط جهت برقراری تقارن اطلاعاتی پیش‌بینی می‌کنند. مسئله‌ای که در معاملات املاک توجه به نهاد ثبت املاک را به منظور کاهش نقص قراردادی ناشی از عدم تقارن اطلاعاتی مورد توجه

^۱ Ibid, P 8.

^۲ Hart, O. and J. Moore. "Incomplete Contracts and Renegotiation", 56, *Econometrica*, 1985, P 37.

^۳ Easterbrook, F. H. and Daniel, R. Fischel. "Close Corporation and Agency Costs", 38, *Stanford Law Review*, 1986, P 297.

^۴ Kostritsky, J. P. "Taxonomy for Justifying Legal Intervention in an Imperfect World: What to do When Parties Have Not Achieved Bargains or Have Drafted Incomplete Contracts", *Case Western University School of Law*, 3, 2004, P 324.

^۵ Katz, A. W. "Contractual Incompleteness: A Transactional Perspective", Volume 56, Issue 1, *Case Western Reserve Law Review*, 2005, P 172.

^۶ Ibid, P 223.

قرار می‌دهد.

۱.۲. تولید قرارداد ناقص املاک خارج از سیستم ثبتی

در حقوق ثبت، نظام‌های ثبت عینی که تضمین‌کننده امنیت حق مالکیت‌اند، متکی بر پنج اصل بنیادین: اصل لزوم ثبت،^۱ «اصل اعلان اطلاعات ثبتی و حق دسترسی اطلاعات،^۲ اصل قانونی بودن فرایند ثبت،^۳ اصل اختصاصی بودن ثبت^۴ و اصل عینی بودن ثبت^۵ هستند. اصل اول با عنوان اصل لزوم ثبت بدین معناست که شرط تحقق کامل همه آثار حقوقی یک انتقال، از وقوع میان متعاقدين (صحت) تا اثرگذاری در برابر ثالث (قابلیت استناد) بر حسب نوع نظام ثبتی، ثبت انتقال در دفتر املاک است.^۶ اصل لزوم ثبت که صرف اراده متعاقدين را برای انعقاد یک قرارداد کامل انتقال ملک از نظر حقوقی کافی نمی‌داند، بر تأثیر ثبت در مرحله ثبوت انتقالات املاک ثبت شده از طریق ایجاد پیوند میان ثبت و صحت یا قابلیت استناد نقل و انتقالات ملکی دلالت دارد و به‌عنوان یکی از اصول بنیادین نظام‌های ثبت املاک پذیرفته شده است. در ماده ۲۲ قانون ثبت ایران، قانون‌گذار با تصریح به این امر که دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد که ملک مزبور به او منتقل شده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، این اصل را وارد نظام حقوقی ایران کرده است. حکم اصلی مندرج در ماده ۶۲ قانون احکام‌دائمی توسعه (صرف‌نظر از استثنا مندرج در ذیل آن) و مفاد ماده ۱ قانون الزام به تنظیم سند رسمی معاملات غیرمنقول نیز (صرف‌نظر از ضمانت اجرای آن)، اصل لزوم که در ارتباط با اصل دوم یعنی اصل اعلان اطلاعات ثبتی و حق دسترسی به اطلاعات در سیستم‌های ثبت عینی است، نشان می‌دهد هر نوع معامله املاک فاقد هرگونه سابقه ثبتی، به دلیل عدم تقارن اطلاعات طرفین و عدم تضمین مالکیت فروشنده، یک قرارداد ناقص به مفهوم حقوقی و البته ناقص مطلق از منظر اقتصادی است که ناشی از عدم ورود ملک مزبور به نظام ثبت اولیه املاک است.

همچنین عدم ثبت اولین معامله املاک ثبت شده یا دارای سابقه ثبتی، حتی اگر سیستم حقوقی قائل به دیدگاهی باشد که ثبت را فاقد اثر در ثبوت معامله و در نتیجه صحیح می‌داند، اگرچه این معامله قرارداد ناقص به مفهوم حقوقی نیست، اما بی‌تردید به ایجاد قراردادهای ناقص مطلق از منظر اقتصادی در آینده می‌انجامد، زیرا ممکن است معاملات دیگری درخصوص ملک مزبور صورت پذیرد، درحالی‌که معامله اول در دفاتر ثبتی منعکس نشده و در نتیجه وضعیت حقوقی ملک به درستی منعکس نشده و منجر به نقص قراردادهای بعدی می‌شود (معاملات معارض). علت نقص آن است که نابرابری اطلاعاتی میان طرفین درخصوص وضعیت حقوقی ملک مورد معامله در معاملات بعدی وجود دارد و عدم رعایت اصل لزوم ثبت، امکان اجرای اصل اعلان ثبت را که در راستای تقارن اطلاعاتی متعاملین است از بین می‌برد. عدم وجود ابزارهای اطلاعاتی از وضعیت حقوقی ملک مورد معامله، سبب بروز رفتار فرصت‌طلبانه طرفین قرارداد و تقلب از طریق عدم ارائه اطلاعات کامل راجع به وضعیت حقوقی ملک می‌شود. از طرفی، با فرض در دسترس بودن همه اطلاعات

¹ The Principle of Necessity of Registration

² The principle of notification of registered information and the right to access information

³ The Principle of Legality of the Registration Process

⁴ The Principle of Exclusive Registration

⁵ The Principle of Objectivity of Registration

⁶ Henssen, J. "Basic principles of the main cadastral systems in the world", In: Modern Cadastres and Cadastral Innovations, Proceedings of the One Day Seminar in Delft, FIG Commission 7 and University of Melbourne, 1995.

راجع به ملک، عقلانیت محدود سبب می‌شود تا معاملات املاک ثبت‌نشده یا معاملات بعد از عدم ثبت اولین معامله املاک- ثبت‌شده، کامل نباشند.^۱ لذا باید در جهت اصلاح معامله املاک ثبت‌نشده که نوعی قرارداد ناقص از منظر حقوقی و ناقص مطلق از منظر اقتصادی است، حرکت کرد. درواقع، فقدان وجود سیستم ثبت به‌ویژه ثبت ثانویه املاک یا نقص آن منجر به افزایش قراردادهای ناقص (به مفهوم عدم کارایی اقتصادی به دلیل نقص تقارن اطلاعاتی) و افزایش هزینه معاملات می‌شود.

علاوه بر لزوم به‌روزرسانی اطلاعات ثبتی جهت تأمین تقارن اطلاعاتی، دسترسی به اطلاعاتی که ریسک خسارات آینده ملک را کاهش دهد، نیز مهم و دشوار است.^۲ درواقع، ایفای کارکرد اطلاع‌رسانی نظام ثبتی نیازمند سازوکار حقوقی مناسب برای دستیابی به اطلاعات ثبت‌شده علاوه بر به‌روزرسانی آنهاست.

در طبقه‌بندی خانواده‌های حقوقی ثبت‌املاک، سه شاخص الگوی ثبتی، اثر ثبت بر معاملات و دسترسی به اطلاعات در نظر گرفته می‌شود و بر مبنای شاخص اخیر، نظام‌های ثبت املاک به سه دسته اراده‌محور، ظاهرمحور و مبتنی بر اصالت ظاهر حداکثری تقسیم می‌شوند و در چارچوب شاخص محدود دسترسی به اطلاعات نیز، نظام‌های ثبت املاک در قالب یک طبقه‌بندی تک‌بعدی به نظام‌های (دسترسی عمومی و آزاد)^۳ و نظام‌های (دسترسی محدود)^۴ تقسیم می‌شوند و محدوده دسترسی به اطلاعات (دسترسی آزاد یا محدود) به نوع سیستم ثبتی بستگی دارد که بسته است یا باز یا میانه. درواقع، علی‌رغم هدف دستیابی به اطلاعات در همه سیستم‌های ثبتی، هنگامی که یک نظام ثبتی معتقد به محدودیت دسترسی است، این ویژگی جزئی از عناصر اساسی آن نظام ثبتی محسوب می‌شود و همچنین، اصل یا استثنا تلقی شدن حق دسترسی نیز، معیار تفکیک نظام‌ها از یکدیگر است.^۵ در حقوق فرانسه که جزو خانواده ثبتی اراده‌محور است (یعنی سیستم ثبت املاک بر مبنای الگوی ثبت شخصی و دسترسی محدود به اطلاعات سازمان‌دهی شده است)،^۶ قانون‌گذار در سال ۲۰۰۴، قانونی را وضع کرد که در آن دسترسی به اطلاعات ثبتی بر مبنای لزوم رعایت حریم خصوصی از مدل دسترسی محدود پیروی می‌کند. در دیگر کشورهای تابع این مدل، مانند بلژیک، لوکزامبورگ، لهستان، اسپانیا نیز این‌گونه است.^۷ از آن طرف، در کشورهای عضو کامن‌لا، یعنی انگلستان و ولز، استرالیا و برخی از ایالات آمریکا، در حوزه ثبت املاک که جزو خانواده ثبتی اصالت ظاهر حداکثری هستند (یعنی نظام ثبتی با وصف ثبت حقوق یا عینی و دسترسی آزاد به اطلاعات)،^۸ سیستم اطلاعات ملی املاک، امکان جست‌وجوی آنلاین در دفتر ثبت املاک را هم از طریق نام مالک و هم شماره ثبتی ملک با پرداخت مبلغی امکان‌پذیر می‌داند. در اسکاتلند نیز از سال ۱۶۱۷ که سیستم (ثبت اسناد) پایه‌گذاری

1. Williamson, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*, United States: Simon and Schuster, 1985, P 7.

2. Deininger, K. and G. Feder. "Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications for Policy", *The World Bank Research Observer*, 2009, P 236.

3. Public Access

4. Restricted Access

5. طباطبایی حصاری، نسرين و سروش صفی‌زاده، «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مؤلفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۴، ۱۴۰۰، ص ۲۴۷.

6. Zevenbergen, J. "A Systems Approach to Land Registration and Cadastre", *Nordic Journal of Surviving and Real Estate Research*, 1, 2004, pp 55-60.

7. Schmid, H., Hertel, C. and Wicke, H. "EUI-Real property Law project (General Report)", European University Institute (EUI) Florence/ European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, 2005, P 44, Available at: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/Europen Private Law /Real Property Project/GeneralReport.pdf>.

8. طباطبایی حصاری و صفی‌زاده، پیشین، ص ۲۵۵.

شد، درهای ثبت برای بازرسی از اطلاعات دفاتر ثبتی به روی همگان باز بوده و امکان جست‌وجو هم به صورت الکترونیک و هم به صورت حضوری در ازای پرداخت مبلغی امکان‌پذیر است.^۱

لذا دولت باید در جهت ایجاد مکانیسمی که اطلاعات بیشتری به طرفین معامله املاک می‌دهند، علاوه بر وضع ضمانت اجرای قوی برای اصل لزوم ثبت با فراهم کردن امکان دسترسی به اطلاعات ثبت شده مانع انعقاد قراردادهای ناقص شود. در غیر این صورت، قرارداد نمی‌تواند به عنوان ابزاری جهت توزیع عادلانه ثروت و تحکیم مالکیت در جامعه و نیز به عنوان ابزار ارادی تخصیص منبع مهم مانند زمین در جامعه عمل کند. از نظر اقتصاد، قرارداد ناقص نسبی در حوزه املاک مطلوب است.

۱.۳. مکانیسم سیستم جامع ثبتی در جلوگیری از ایجاد قرارداد ناقص املاک و نابرابری اطلاعاتی

در خصوص اینکه نظام ثبت اولیه و ثانویه^۲ چگونه در جهت جلوگیری از ایجاد قرارداد ناقص مطلق عمل می‌کنند، باید گفت که نظام ثبتی به‌ویژه ثبت ثانویه، با ارائه اطلاعات صحیح در خصوص وضعیت حقوقی ملک به طرفین معامله (وصف اطلاع‌رسانی ثبت)^۳ و نیز حمایت از دارنده حقوق ثبت شده نسبت به یک ملک، در برابر دارنده حقوق ثبت نشده از طریق تأثیر بر اعتبار عمل حقوقی (وصف حمایتی ثبت)،^۴ از آنها در برابر ریسک‌های معاملاتی حمایت می‌کند.^۵

نظام ثبت، حقوق مالکیت موجود در املاک و سایر اطلاعات مورد نیاز در معامله املاک را فراهم می‌کند و با ارائه حمایت‌های حقوقی لازم ریسک معاملاتی را کاهش می‌دهد.^۶ لذا نظام ثبت ثانویه در جهت کاهش اطلاعات نامتقارن که عامل نقص قراردادی است، حرکت و نقص قرارداد را مرتفع می‌کند. البته در ابتدا این کارکرد به نظام ثبت اولیه بازمی‌گردد. این نظام مستقیماً در جهت کاهش اطلاعات نامتقارن و اصلاح قرارداد ناقص ملکی یا جلوگیری از انعقاد آن در آینده عمل می‌کند که مصداق آن در معاملات راجع به مربوط به حقوق عینی تبعی ملک (بعنوان مثال در قرارداد وام) است. نظام ثبت سبب کاهش اطلاعات ناقص می‌شود، فلذا نقش مهمی در بازارهای اعتباری ایفا می‌کند.^۷ همچنین نظام ثبت ثانویه املاک در اولین معامله بعد از ثبت اولیه ملک، به‌طور مستقیم در جهت انعقاد یک قرارداد کامل از منظر حقوقی و ناقص نسبی از منظر اقتصادی و جلوگیری از ایجاد قرارداد ناقص مطلق از منظر اقتصاد، عمل می‌کند.

در خصوص اینکه نظام ثبت اولیه و ثانویه املاک با چه مکانیسمی سبب شکل‌گیری قراردادهای کامل از نظر حقوقی می‌شوند، باید گفت که کاهش اطلاعات غیرمتقارن میان متعاملین و اطلاع‌رسانی صحیح در خصوص وضعیت حقوقی املاک یکی از ابزارهای مهم نظام ثبت رسمی مالکیت است. فلذا خرید و فروش املاک با سند عادی و در فرض فقدان سیستم ثبتی یا

1. Sparkes, P. "EUI-Real Property Law (Report from England and Wales)", European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, 2004, P 35, Available at: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/European/Private Law /Real Property Project/England%20and%20Wales. PDF>.

۲. در پاراگراف دوم مقدمه تحقیق، به مفهوم سیستم ثبتی و انواع آن (اولیه و ثانویه) پرداخته شد.

3. Description of Registration Notification

4. Description of Registration Support

۵. طبایبایی حصاری، نسرين و محمد حسن صادقی مقدم، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۹۶.

۶. طبایبایی حصاری، نسرين، «عوامل محیطی و انسانی هزینه معاملات ملکی و راهکارهای کنترلی حقوق ثبت ایران»، دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۵، ص ۹.

7. Byamugisha, F. K. "The Effect of Land Registration on Financial Development and Economic Growth: A Theoretical and Conceptual, Framework", policy research working paper, 1999, P 3-4.

فرض وجود سیستم ثبت بدون ضمانت اجرای مؤثر عدم ثبت معامله، تحت عنوان معامله ناقص مطلق املاک از منظر اقتصاد نام برد. درواقع، به منظور اصلاح معامله املاک ثبت نشده که نوعی قرارداد ناقص از منظر حقوقی و ناقص مطلق از منظر اقتصادی است، نظام ثبت اولیه و ثانویه املاک با رفع نابرابری اطلاعاتی (که ناشی از رفتار فرصت طلبانه طرفین و عقلانیت محدود است) در جهت جلوگیری از انعقاد قراردادهای فوق عمل می کنند و مکمل هم هستند.

کارکرد سیستم ثبتی در جهت ایجاد تقارن اطلاعاتی با ضمانت اجرای اصل لزوم ثبت ارتباط مستقیم دارد؛ یعنی دخالت ثبت در ایجاد یا اثرگذاری کامل عمل حقوقی. در غیر این صورت نمی توانیم از تعداد قراردادهای ناقص از منظر اقتصادی بکاهیم. در مقررات ثبتی ایران، مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، ثبت را در ثبوت دخالت دادند و قطعاً چنین ضمانت اجرایی می تواند مانع شکل گیری قراردادهای ناقص حقوقی در حوزه املاک شود. لکن رویه قضایی با تأکید بر تعارض ناپذیری اسناد عادی و رسمی و حکم بر جبران خسارت دارنده سند عادی و جلوگیری از ابطال اسناد رسمی می تواند از شکل گیری قراردادهای ناقص حقوقی در حوزه املاک جلوگیری کند. متأسفانه مقنن در آخرین اراده خود در ماده ۱ قانون الزام، دچار خطا شده و علاوه بر ابهام در ضمانت اجرا در انتهای ماده یک، ظاهراً این ضمانت اجرا را بیشتر بر قلمرو اثبات (عدم اعتبار دعوا و عدم پذیرش ادله) متمرکز دانسته است. هرچند ضمانت اجرای ثبوتی نیز از ماده نیز قابل برداشت است. فلذا، قانون گذار باید مقررات قانونی را در جهت تسهیل انعقاد و ایجاد معاملات املاک وضع کند تا طرفین معامله از حمایت قانونی از قرارداد مطمئن شوند. نهاد حقوقی ثبت رسمی املاک (سیستم ثبت اولیه و ثانویه املاک) این کارکرد را ایفا می کند.^۱

۱.۴. کارآمدی سیستم ثبتی در جهت اصلاح قراردادهای ناقص و رفع نابرابری اطلاعاتی در قرارداد

در جهت کارآمدی نظام ثبت املاک به منظور اصلاح قراردادهای ناقص و ایجاد قراردادهای کامل از حیث حقوقی ناگزیریم نوع خاصی از نظام ثبتی را طراحی کنیم که سیستم اتخاذ شده در آن به گونه ای باشد که اطلاعات در آن بر پایه املاک مورد ثبت و ضبط قرار گیرد و اطلاعات مربوط به هر ملک در پرونده مربوط به همان ملک به ثبت برسد (نظام ثبت عینی).^۲ این نوع از نظام ثبتی که به جای نظام ثبتی بر پایه اشخاص دارنده حق (سیستم ثبت شخصی)^۳ به کار می رود، ضبط معاملات هر شخص در پرونده همان ملک و بازایی اطلاعات را آسان تر می کند.^۴ با تعریف دقیق حقوق و منافع

^۱. North, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, England: Cambridge University Press, 1990, P 34-37.

^۲. Torrens System

در نظام عینی، مال غیرمنقول موضوع و عنصر اصلی ثبت است. بدین معنا که در هر منطقه که تصمیم به ثبت املاک گرفته می شود، آگهی های ثبتی نشر می یابد که نهایتاً طی فریند عملیات ثبتی، مشخصات ملک، حدود و نام مالکان و صاحبان حقوق در دفتر املاک ثبت می شود و پس از آن هر نوع تغییر و تبدیل حقوقی درخصوص آن ملک در دفتر ثبت املاک درج می شود، در این خصوص:

Van Doren, D. H. "The Torrens System of Land Title Registration", *Columbia law review*, Volume 17, 1917, P 356.

^۳. Record System

در نظام ثبت شخصی، مبنای اصلی ثبت، مالک بوده و بر اساس نام مالکان انجام می شود و با مراجعه به بایگانی های ثبتی و ملاحظه نام شخص، می توان اطلاعاتی درخصوص اموال غیرمنقول وی کسب کرد. یعنی ضبط معاملات مربوط به حق و حقوق و نه خود حق و حقوق. در این خصوص: طباطبایی حساری، نسرين، «بررسی تطبیقی نظام های ثبت املاک با تأکید بر نظام ثبت املاک ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۲۶.

^۴. طباطبایی حساری، نسرين، «عوامل محیطی و انسانی هزینه معاملات ملکی و راهکارهای کنترلی حقوق ثبت ایران»، پیشین، ص ۱.

موجود در املاک و صاحبان آن و امکان دسترسی کم‌هزینه به اطلاعات مطمئن حق مالکیت افراد در سیستم ثبتی، عدم قطعیت ملک مورد معامله کاهش می‌یابد.^۱ سیستم کاداستر با تعیین اطلاعات مربوط به اندازه و موقعیت قطعات زمین از طریق نقشه‌های جغرافیایی^۲ به‌عنوان جزئی از سیستم ثبتی در دستیابی به اطلاعات موردنیاز راجع به ملک نقش مهمی دارد. البته حق دسترسی به این اطلاعات هم باید برای عموم فراهم شود تا تقارن برقرار شود.^۳

یک نظام ثبتی هرچقدر که بیشتر بتواند بر مشکل اطلاعات نامتقارن فائق آید، یعنی اینکه راه حل نظام حقوقی در جهت اصلاح قرارداد ناقص مطلق از حیث اقتصادی مناسب‌تر است. در همین راستا، نظام ثبت عینی به‌همراه نظام کاداستر در جهت اصلاح قرارداد ناقص مطلق و تبدیل آن به قرارداد ناقص نسبی به مفهوم اقتصادی و کامل به مفهوم حقوقی کارا تر عمل می‌کند. البته نظام ثبتی با کارکرد حمایتی خود نیز از طریق حمایت‌های قانونی از مالکیت و تضمین آن و همچنین وضع ضمانت‌اجراهای حقوقی، قرارداد منعقد در خصوص املاک را به یک قرارداد کامل به مفهوم حقوقی تبدیل می‌کند.

۲. تعامل مفهومی و تأثیر متقابل نظریه هزینه معاملاتی با سیستم ثبت املاک

هزینه‌های معاملاتی از جهتی ناشی از اطلاعات نابرابر متعاملین و لذا خود از عوامل نقص قراردادی از منظر اقتصاد است،^۴ لیکن در تحلیل اقتصادی حقوق، به‌صورت یک نظریه مستقل مطرح می‌شود.

۲.۱. هزینه‌های معاملاتی (مصادیق، عوامل ایجاد و راهکار کاهش آن در معاملات املاک)

در اقتصاد نئوکلاسیک فرض است که بازار، اطلاعات را به‌صورت کامل و بدون هزینه در اختیار متعاقدين قرار می‌دهد و این امر را زیربنای اصلی بازارهای کامل و رقابتی می‌دانند که ذیل مدل تعادل عمومی^۵ در اقتصاد یا مدل والراس تعریف می‌شود (تعادل والراسی بازار). در مدل تعادل عمومی،^۶ قیمت‌ها و مقادیر در بازار با احتساب اثرهای متقابل، تعامل‌ها و بازخوردها، به‌طور هم‌زمان تعیین می‌شوند. قیمت‌ها با تنظیم سریع و بی‌هزینه تغییرات عرضه و تقاضا، هم در جهت رسیدن به تعادل و حفظ آن ایفای نقش می‌کنند و هم در مسئله مهم تخصیص صحیح منابع کمیاب کارکرد مؤثر دارند. در نتیجه از منظر اقتصاد نئوکلاسیک، شیوه‌های تخصیص صحیح منابع کمیاب بدون در نظر گرفتن نقش قیمت‌ها کارکردی ندارد و همچنین، نهادهای مربوطه (شامل حقوق مالکیت) نیز نقشی در جهت تخصیص منابع ندارند. لیکن

^۱ Deininger, op.cit.

^۲ Stoter, J. "Needs, Possibilities and Constraints to Develop a 3D Cadastral Registration System". In: Proceedings of UDMS 2000; 22nd Urban Data Management Symposium, Delft: *Urban Data Management Society*, 2000, P 1.

^۳ طبایبایی حصاری، نسرین، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک با تأکید بر نظام ثبت املاک ایران»، پیشین، ص ۲۳۰.

^۴ Transaction Costs Theory

^۵ General Equilibrium

^۶ نظریه تعادل عمومی یعنی بررسی شرایطی که تحت آن، تصمیمات مستقل مصرف‌کننده‌ها و بنگاه‌های حداکثرکننده سود، به‌صورت غیرقابل اجتناب، منجر به تعادل هم‌زمان در تمامی بازارها می‌شود. تعادل عمومی تلاش می‌کند تا شکل‌گیری عرضه، تقاضا و قیمت را در کل اقتصاد با در نظر گرفتن ارتباط بین بازارهای مختلف توضیح دهد و شرط تحقق آن، بازارهای رقابتی کامل است. مواردی وجود دارند که سبب غیررقابتی شدن و نارسایی بازار می‌شوند. مانند عدم تقارن اطلاعات که مانع مبادله می‌شود. مثلاً اگر در خصوص زمین، فروشندگان نسبت به خریداران اطلاعات بیشتری داشته باشند، می‌گوییم که اطلاعات در بازار به‌صورت نامتقارن توزیع شده است. در این خصوص: کوتر، رابرت و توماس یولن، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگر، تهران: پژوهشکده اقتصاد، ۱۳۹۲، ص ۶۵.

مکتب اقتصاد نهادی جدید فرض می‌کند که اطلاعات و بهای معاملات (از جمله هزینه‌های تحمل خطر)، مثبت بوده^۱ و در حالت وجود معاملات مثبت و هزینه‌های اطلاعاتی، تاسیس و نیز تغییرات نهادهای موجود از جمله ثبت املاک، قابل توجیه است. لذا با انتخاب قرارداد، قوانین و نظام مناسب حقوق مالکیت، باید مجموع هزینه‌های معاملاتی را به حداقل رساند.

از آنجا که هزینه معاملات قابل توجه است، آنها می‌توانند بر نهادهایی که عاملان اقتصادی در آن فعالیت می‌کنند، تأثیر بگذارند. مجموعه‌ای از مدل‌ها و رویکردها وجود دارد که بر مبنای اصولی تکامل یافته‌اند که در آنها، هزینه‌های معامله و اطلاعات دارای اهمیت می‌باشند. این مدل‌ها شامل مدل حقوق مالکیت، هزینه‌های معامله، نظریه نمایندگی، نظریه بازی و عقلانیت محدود است.^۲ توجه‌ها به اهمیت مدل (یا نظریه) هزینه‌های معاملاتی و نیز به جهت مثبت بودن هزینه‌های مزبور و تأثیر آن بر قراردادهای املاک و به لحاظ ارتباط و تأثیر نهاد ثبت‌اولیه و ثانویه املاک بر هزینه‌های معاملاتی، ذیلاً، انواع، مصادیق و عوامل ایجاد هزینه‌های معاملاتی در معاملات املاک، شیوه‌های کاهش هزینه‌های مزبور و مقایسه هزینه‌های -معاملاتی در دو حالت فقد و وجود یک سیستم ثبتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱.۱. مصادیق هزینه معاملاتی از منظر اقتصاد با تأکید بر معاملات املاک

منظور از هزینه‌های معاملاتی، هزینه انجام و اجرای (مفاد قرارداد و قدام حقوقی مناسب) یک مبادله اقتصادی و هزینه کسب اطلاعات راجع به وضعیت و مناسبت‌ترین قیمت مورد معامله است که باید به حداقل برسند.^۳ به‌طور دقیق‌تر، هزینه‌های معاملاتی به دو دسته هزینه‌های قبلی و بعدی تقسیم می‌شوند. هزینه‌های نخست، در زمان مذاکره قرارداد به طرفین وارد می‌شود که شامل هزینه‌های مذاکره و تولید اطلاعات مرتبط، هزینه‌های طراحی سند، هزینه‌های حفظ توافق و هرگونه هزینه‌های غیرمستقیمی که از عوارض جانبی^۴ به‌وجود می‌آیند و هزینه بحث بر سر شروط قراردادی ... است. البته از منظر اقتصاد، انعقاد قرارداد کاملی که در آن نحوه توزیع تمام هزینه‌ها پیش‌بینی شده باشد، غیرممکن است، چرا که ارزیابی هزینه‌ها دشوار می‌باشد. هزینه‌های معاملاتی بعدی نیز شامل هزینه‌هایی است که رعایت تعهدات توسط طرفین را تضمین می‌کنند. هزینه‌ها از منظری دیگر در تئوری هزینه‌های معاملاتی، به دو دسته هزینه تولید و هزینه مبادله نیز تقسیم می‌شود.^۵

هدف از نظریه هزینه‌های معاملاتی رسیدن به نظامی است که در صورت عدم وجود آن، در منافع قراردادی تعارض وجود دارد. در معامله املاک، نهاد حقوقی ثبت رسمی املاک نظم فوق را برآورده می‌سازد. از دیدگاه کوز، در وضعیت بازار، هزینه‌های معاملاتی به خودی خود کاهش می‌یابند، زیرا در روابط مستقیم بین افراد هیچ هزینه ساختاری وارد نمی‌شود. در صورتی که هزینه‌های معاملاتی، به کارگیری ساختار اداری همانند نهاد ثبت املاک باشد، باید از راه حل بازار استفاده کرد تا هزینه‌های معاملاتی کاهش یابند.^۶

البته همان‌طور که خواهیم گفت، در صورت عدم اعمال سیستم ثبت، هزینه‌های معاملاتی بیشتر است و از طرفی، سازوکار

^۱ Coase, R. "The New Institutional Economics", *American Economic Review*, 88 (2), 1998, P 72.

^۲ Barzel, Y. *Economic Analysis of Property Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press, Second Edition, 2003, P 57.

^۳ انصاری، پیشین، ص ۲۰۴.

^۴ Adverse Effects

^۵ Williamson, op.cit., PP 18-19.

^۶ Coase, op.cit., P 75.

بازار برای کنترل هزینه‌های مبادله مشخص نیست؛ به‌ویژه اینکه مکانیسم قیمت‌ها خود سبب افزایش هزینه معامله است. اما از دیدگاهی دیگر، هدف از طرح نظریه هزینه‌های معاملاتی طراحی نهادهای حقوقی همانند ثبت املاک است که سبب بهبود استمرار یا تمديد روابط معاملاتی می‌شوند.^۱ بر مبنای دیدگاه اخیر، می‌توان این‌طور تحلیل کرد که هزینه معاملاتی جامعه را در خصوص معاملات املاک به سوی تأسیس نظام ثبتی سوق می‌دهد، با این هدف که نظام مزبور بتواند هزینه‌های معامله املاک را کاهش دهد و در نتیجه سبب رونق معاملات و گردش ثروت شود. اما هزینه معامله در خصوص املاک، شامل هزینه‌های قبل از انعقاد قرارداد یا هزینه‌های مربوط به بررسی و سنجش ملک (هزینه کسب اطلاعات، هزینه تعیین قیمت و صفات ملک همانند نقشه‌برداری، هزینه مذاکره و انعقاد قرارداد) و هزینه‌های بعد از انعقاد یا هزینه‌های اجرای قرارداد (حمایت حقوقی و ضمانت‌اجراها) را شامل می‌شود.^۲

۲.۱.۲. عوامل ایجاد هزینه معاملاتی در معاملات املاک

دوگانگی نظام حقوقی در شناسایی حق مالکیت املاک (عامل ناشی از اقدام دولت) و نیز رفتار فرصت‌طلبانه (عامل ناشی از اقدام متعاملین) و عقلانیت محدود هزینه‌های معامله را درباره املاک افزایش می‌دهد و طرفین را در سنجش ریسک قرارداد با چالش روبه‌رو می‌کند. درواقع از منظر اقتصاد، رفتار فرصت‌طلبانه در مبادله یک عامل ناشی از اقدام طرفین بوده و عقلانیت محدود در دسترسی به اطلاعات و بررسی آن نیز مرتبط به خصلت انسانی است که هر دو سبب افزایش هزینه مبادله است.

۲.۱.۲.۱. عامل ناشی از اقدام متعاملین (رفتار فرصت‌طلبانه) و عقلانیت محدود طرفین

در خصوص اینکه ریشه رفتار فرصت‌طلبانه چیست و چگونه سبب مشکلات انتخاب نامطلوب می‌شود، باید گفت که اقتصاد نهادی جدید همانند نظریه اقتصادی نئوکلاسیک بر نقش تصمیم‌گیری افراد در تغییرات سازمان‌ها و نظام اقتصادی تأکید می‌کند. فرض بر این است که عوامل اقتصادی سعی در به حداکثر رساندن منافع شخصی کوتاه‌مدت در پاسخ به تغییر مؤلفه‌های اساسی نظام اقتصادی دارد.^۳

فرض بر این است که آنها تا حدی با اطلاعات ناقص یا تحریف‌شده جلو می‌روند و یا تقلب می‌کنند تا سود بیشتری نسبت به طرف دیگر معامله به‌دست بیاورند. رفتار فرصت‌طلبانه متعاملین در ترکیب با عدم تقارن اطلاعات، هزینه‌های معامله را در معاملات املاک افزایش می‌دهد. در نتیجه، خریدار در تلاش برای کنترل رفتارهای فرصت‌طلبانه فروشنده، منابع بیشتری را صرف می‌کند. رفتار فرصت‌طلبانه ممکن است به شکل انتخاب نامطلوب دیده شود. پس رفتار فرصت‌طلبانه و عقلانیت طرفین مبادله از عوامل مهم ایجاد هزینه مبادله است که امکان بروز آن در فقدان یک سیستم ثبتی مؤثر و انجام معامله عادی بسیار بیشتر است؛ زیرا دستیابی به ابزارهای اطلاع از وضعیت حقوقی مال مورد مبادله با محدودیت همراه است که این مسئله به محدودیت عقل انسان در بررسی اطلاعات مربوط است. حال، عقلانیت محدود نیز در کنار پیچیدگی حقوق موجود نسبت به ملک، عدم پیش‌بینی تمام فروض در خصوص معامله و ویژگی‌های دارایی خاص، سبب

^۱ Williamson, op.cit., P 46.

^۲ طبایبایی حصاری، نسرین، «عوامل محیطی و انسانی هزینه معاملات ملکی و راهکارهای کنترلی حقوق ثبت ایران»، پیشین، ص ۷.

^۳ Field, A. J. "The Problem with Neoclassical Institutional Economics: A Critique with Special Reference to the North/Thomas Model of pre-1500 Europe", *Explorations in Economic History*, 18, 1981, P 174.

ایجاد هزینه مبادله می‌شود.^۱ توضیح اینکه هرچند رفتار فرصت طلبانه، اقدام ارادی و عقلانیت محدودیت یک امر غیرارادی است، از آنجا که اقتصاد بر رفتار و اعمال انسانی تمرکز دارد، لذا اثر هر دو رفتار مزبور بر هزینه‌های مبادله مورد تحلیل قرار گرفته است.

۲.۱.۲.۲. عامل ناشی از اقدام دولت و دوگانگی نظام حقوقی در شناسایی مالکیت املاک

عامل فوق یکی از مهم‌ترین مصادیق ایجاد هزینه معاملات املاک است که خود در بروز رفتارهای فرصت طلبانه ناشی از اقدام متعاملین و کارایی تخصیصی^۲ مؤثر است.^۳ اینکه نظام تقنینی یا قضایی معاملات عادی را دارای اعتبار بداند، زمینه رفتار فرصت طلبانه و در نتیجه هزینه معاملاتی برای اطمینان از کاهش خطر معاملاتی را افزایش می‌دهد. در نظام حقوقی ایران با توجه به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه و رویه قضایی، سیستم یکسانی در شناسایی و حمایت از حقوق مالکیت وجود ندارد و در این خصوص با چارچوب‌های حقوقی متفاوتی روبه‌رو هستیم. البته ماده ۶۲ اخیر توسط قانون الزام، نسخ شده و ماده یک قانون الزام نیز هرچند دعاوی مربوط به املاک را قابل استماع ندانسته و در نتیجه به سمت سیستم یگانه تعیین مالکیت پیش رفته است، استثنائات متعدد در تبصره‌های همین ماده و ماده ۱۰، سبب نارکارآمدی سیستم ثبتی خواهد شد و تشخیص حقوق مالکیت موجود در ملک را دشوار می‌کند و هزینه‌های معامله را افزایش می‌دهد، چراکه منتقل‌الیه نمی‌تواند صرفاً با اتکا به نظام ثبت، نسبت به وضعیت حقوقی ملک آگاهی یابد و باید با روش‌های دیگر که خارج از سیستم ثبتی قرار می‌گیرند نیز راجع به ملک مورد معامله و حقوق عینی اصلی و تبعی موجود در آن آگاهی یابد.

۲.۱.۳. راهکار کاهش هزینه معاملاتی در معاملات املاک

سیاست تقنینی و قضایی دولت (به معنای عام) می‌تواند مشکل هزینه معاملاتی املاک را کاهش دهد؛ به این معنا که نهاد ثبت طوری طراحی شود که صراحتاً فقط مالک ثبت شده را به رسمیت بشناسد (ماده یک قانون الزام) و با وضع ضمانت اجرای مؤثر در ثبوت معامله و نه اثبات، مانع شکل‌گیری نظام موازی شناسایی مالکیت املاک مبتنی بر سند عادی در کنار سیستم ثبتی شود که خود هزینه معاملاتی را افزایش می‌دهد و ضمناً سیاست قضایی نیز به گونه‌ای باید پیش رود که دعاوی مبتنی بر سند عادی پذیرفته نشود. با توجه به اینکه مهم‌ترین هزینه‌های معاملاتی در خصوص معاملات املاک هزینه دستیابی به اطلاعات مطمئن است، سیستم ثبت با نقش اطلاع‌رسانی خود این هزینه را کاهش می‌دهد.^۴ این امر سبب می‌شود تا به جای صرف هزینه و فرصت برای دستیابی به اطلاعات، افراد بیشتر به چانه‌زنی بپردازند، چرا که چانه‌زنی در این فرض کارا است و سبب می‌شود منابع، یعنی ملک، به کسی منتقل شود که امکان بهره‌وری مطلوب‌تری از آن را داشته باشد.

در سیستم ثبتی عینی، با توجه به اینکه مالکیت فروشنده تضمین شده و ریسک معامله پایین است، این سیستم سبب ارزش بالاتر ملک و کاهش هزینه‌های جانبی مبادله همانند هزینه دعاوی حقوقی و تضمین اجرای قرارداد می‌شود. در

^۱ Williamson, op.cit., PP 43-52.

^۲ Allocative Efficiency

^۳ Coase, R. "Economics and Contiguous Disciplines", *The Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 2, 1978, P 44.

^۴ طباطبایی حساری، پیشین، ص ۵.

واقع، ریسک معاملاتی خریدار از مهم‌ترین و بارزترین هزینه‌های معامله محسوب می‌شود که در سیستم عینی کاهش چشمگیری می‌یابد.^۱ البته این امر در پرتو حمایت کامل قانون از ثبت معاملات املاک ثبت شده -از طریق تأثیر ثبت در ثبوت- ممکن است (در هر دو سیستم ثبت ثانویه از نوع ایجادى و تاییدى، بحث از تأثیر ثبت بر ثبوت است نه اثبات).^۲

۲.۲. نظریه هزینه معاملاتی و مداخله دولت جهت تحدید حاکمیت اراده در معامله املاک

الزام به ثبت معامله املاک از مصادیق دخالت دولت در قرارداد املاک از طریق تحدید اصل حاکمیت اراده و یکی از مبانی مداخله مزبور نیز نظریه اقتصادی هزینه‌های معامله است (همچنین تحدید اصل حاکمیت اراده در گزاره اخیر بر این مبنای حقوقی استوار است که ثبت واجد جنبه و اثر ثبوتی دانسته می‌شود و نه صرفاً اثباتی؛ چراکه اصل حاکمیت اراده ناظر به زمان انعقاد عقد یا به بیانی دیگر، ثبوت عقد است).^۳

از منظر اقتصاد خرد، در شرایطی که کارگزاران بازاری عاقل وجود داشته و اطلاعات کامل نیز درخصوص املاک وجود دارد، به حداکثر رساندن ثروت موجب تخصیص کارآمد منابع محدود همانند ملک می‌شود. در نتیجه در این فرض، معاملات واقع شده نیز کارآمد است. منطق اقتصادی برای مداخله در اصل آزادی قراردادی از فرض بازار کامل نشئت می‌گیرد که در آن ضرورتی به وضع قوانین نیست، اما در صورت بالا بودن هزینه معامله ملکی، قراردادهای منعقد در این حوزه، به‌صورت ناقص به مفهوم حقوقی منعقد می‌شوند و لذا دخالت دولت از حیث تدوین نظام ثبت و الزامی نمودن ثبت معاملات املاک می‌تواند کارایی را افزایش دهد.^۴

امروزه در حوزه املاک ما با بازار کامل مواجه نیستیم؛ یعنی طرفین با مشکل عقلانیت محدود و اطلاعات نامتقارن مواجه هستند و لذا اتکای صرف به حقوق قراردادهای و اصل آزادی قراردادی، راه حل مناسبی برای هزینه‌های معاملاتی نیست.^۵ دخالت دولت در معاملات، از جمله در معاملات ملکی، عمدتاً مبتنی بر ملاحظات اقتصادی است و بدین منظور ما با نظم عمومی اقتصادی سروکار داریم. در نظم عمومی اقتصادی، دولت در پی این است تا بر معاملات به‌عنوان عامل توزیع ثروت نظارت کند. دولت در این راستا، گاهی شرایط و تشریفاتى برای انعقاد معامله در نظر می‌گیرد که الزام به ثبت در معاملات املاک از این دسته است. از منظر اقتصاد، دخالت دولت در معامله املاک مبتنی بر نارسایی بازار یا بازار غیرکامل است. وفق دیدگاه اخیر، مبنای مداخله دولت در مبادله املاک با مفاهیمی همانند هزینه معاملاتی و اطلاعات نامتقارن بیان می‌شود. از طرفی، وجود هزینه معاملاتی نیز عامل نارسایی بازار است.^۶ البته، این مطلب به معنای موافقت با افزایش حداکثری دولت در اقتصاد نیست، بلکه بدین معناست که دولت در قراردادهای املاک از طریق اجرای سیستم ثبتی مداخله می‌کند که این مداخله و نیز مداخلات دیگر بر مبنای قرارداد اجتماعی صورت گرفته و البته واجد آثار اقتصادی

^۱ Miceli, T. J., Munneke, H. J., Sirmans, C. F. and Turnbull, G. K. "Title Systems and Land Values", *Journal of Law and Economics*, 45 (2), 2002, P 566.

^۲ برای مطالعه بیشتر در این زمینه، نک: طباطبایی حصارى، نسرین، **مبانی و آثار نظام ثبت املاک**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، صص ۱۶۴-۱۷۴.

^۳ درواقع، اگر ما ثبت را صرفاً واجد جنبه اثباتی بدانیم (و نه ثبوتی)، دیگر نمی‌توان گفت که مداخله دولت در معامله املاک و الزامی نمودن ثبت این‌گونه معاملات، به‌معنای تحدید اصل حاکمیت اراده است.

^۴ Maria Vogerl, C. "Unfair Terms in Standard Forms Contracts A Law and Economics Analysis of Key Issues in the Implementation of the Consumer Directive on Unfair Terms", 2007, P 23, Available at: http://europea.eu/Consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_en.htm (15 6 2007).

^۵ Ibid.

^۶ Cserne, P. "The Behavioral Law and Economics of Contract Regulation: Explaining Procedural Limits on Freedom of Contract", *paper Presented at the second ISLE Conference*, Rome, 2006, P 3.

نیز است. ضمن اینکه مداخله مزبور باید دقیق و مطابق با مبانی حقوقی باشد؛ یعنی طراحی و اعمال یک سیستم ثبتی جامع و کارا. درهرحال، اعمال و اجرای یک سیستم ثبتی، نیازمند دخالت دولت است و ثبت خصوصی وجود ندارد (کما اینکه دولت در برخی دیگر از حوزه‌ها نیز از باب تنظیم‌گری، ورود و مداخله کرده است، همانند قراردادهای کار، اجاره املاک و...)¹.

با توجه به اینکه پیش‌تر بیان شد الزام به ثبت املاک خود دارای هزینه است، اما در مجموع هزینه‌های مبادله را کاهش می‌دهد. لذا نهادی کارآمد محسوب می‌شود، چراکه میزان فایده ناشی از آن بیشتر از هزینه‌های آن است. به لحاظ عدم تحقق بازار کامل درخصوص املاک، نظام ثبت اولیه و ثانویه املاک ابزار حقوقی کاهش هزینه‌های مزبور هستند.

نتیجه‌گیری

- فقدان سیستم ثبتی ثانویه یا وجود یک سیستم ثبتی ثانویه ناقص از منظر حقوقی (به ویژه از حیث عدم وجود ضمانت اجرای مؤثر ثبت معاملات املاک و دوگانگی نظام حقوقی در شناسایی مالکیت)، منجر به تولید قراردادهای ناقص از منظر حقوقی و قراردادهای ناقص مطلق املاک به مفهوم اقتصادی (معامله املاک با سند عادی) و نیز افزایش هزینه‌های معاملاتی در قرارداد املاک می‌شود و وجود یک سیستم ثبت ثانویه کامل یا دارای اثر کامل از منظر حقوقی (یعنی وجود یک ضمانت اجرای مؤثر برای ثبت معامله املاک و یگانگی سیستم حقوقی در شناسایی مالک)، موجب انعقاد قرارداد کامل از منظر حقوقی و قرارداد ناقص نسبی به مفهوم اقتصادی و نیز کاهش هزینه‌های معاملاتی املاک می‌شود.

- از آن طرف، بین نظریه قرارداد ناقص املاک به مفهوم اقتصادی و نیز نظریه هزینه‌های معاملاتی، با سیستم ثبت اولیه املاک، هم از حیث مفهومی، ارتباط و اثر متقابل وجود دارد؛ از این جهت که فقدان سیستم ثبتی اولیه یا وجود یک سیستم ثبتی اولیه ناقص از منظر حقوقی به دلیل تزلزل و تردید در شناسایی مالکیت شخصی که نامش در دفتر املاک ثبت شده و عدم لزوم ثبت نقل و انتقالات زمین و تغییراتی که بعد از ثبت نیز در وضعیت زمین ایجاد می‌شود، منجر به تولید قراردادهای ناقص مطلق املاک و نابرابری اطلاعاتی در قرارداد املاک (در مرحله ثبت ثانویه) به مفهوم اقتصادی و نیز سبب افزایش هزینه‌های معاملاتی در قرارداد املاک (از منظر اقتصاد) می‌شود و وجود یک سیستم ثبت اولیه کامل از منظر حقوقی به منظور شناسایی مالکیت شخصی که نامش در دفتر املاک ثبت و نیز لزوم ثبت نقل و انتقالات زمین و تغییراتی که بعد از ثبت نیز در وضعیت زمین ایجاد می‌شود، موجب انعقاد قرارداد ناقص نسبی به مفهوم اقتصادی و کاهش نابرابری اطلاعاتی در قرارداد (در مرحله ثبت ثانویه) نیز کاهش هزینه‌های معاملاتی در قرارداد املاک می‌شود.

- در نهایت در جهت کاهش قراردادهای ناقص املاک و هزینه‌های معاملاتی در این حوزه، رعایت موارد ذیل در نظام حقوقی ثبت املاک در ایران ضروری است:

نخست: تحولات مرتبط با نظام ثبت با مطالعه در قوانین ثبتی کشورهای توسعه‌یافته در نظام ثبتی ایران اعمال شود؛ از جمله ایجاد دادگاه‌های تخصصی املاک برای حل و فصل دعاوی راجع به معاملات املاک اعم از عین و منفعت؛ به‌نحوی که یک مکانیسم مطمئن و مبتنی بر قانون برای انتقال حقوق مالکانه وجود داشته باشد و نقل و انتقال املاک به شکل صحیح و قانونی صورت پذیرد.

۱. خناری نژاد، امیر، نسرین طباطبایی و محسن صادقی، «تحلیل رابطه حقوقی و رفتار بازیگران سیستم حقوقی ثبت اولیه املاک بر مبنای نظریه بازی‌ها و معیار پازنر در کارایی اقتصادی»، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۷۸، ۱۴۰۲، ص ۷۳.

دوم: اصلاح مقرراتی که به‌نحوی دوگانگی حق مالکیت را اجازه می‌دهد و اجرای دقیق قانون ثبتی. اجرای مقطعی و ناقص نظام ثبت، اهداف ثبت را محقق نمی‌سازد و اجرای مجدد آن مستلزم صرف هزینه و زمان چندباره خواهد بود. البته در راستای حذف دوگانگی نظام حقوقی در شناسایی مالکیت، قانون الزام به ثبت معاملات غیرمنقول تصویب و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه نیز نسخ صریح شده است. قانون الزام، گامیست در جهت تقویت قانون و نظام ثبتی است. سوم: استفاده از ابزارهای نوین در نظام ثبتی ایران، همانند: ۱- استفاده از سیستم کاداستر؛ در واقع اجرای قانون جامع حدنگار، ضمن ایجاد تقارن اطلاعاتی از وقوع بسیاری از دعاوی ملکی جلوگیری می‌کند. ۲- ایجاد و اجرای سیستم الکترونیکی املاک و ثبت الکترونیکی اسناد همانند کشورهای پیشرفته که منتهی به صدور سند مالکیت الکترونیکی می‌شود و البته هزینه اجرای نظام ثبت را کاهش می‌دهد و در نهایت منجر به افزایش امنیت ثبت رسمی و کاهش هزینه‌ها در نهاد ثبتی ایران می‌شود. استفاده از ابزارهای نوین بر شاخص کاهش هزینه معاملات و نقش ثبت در افزایش امنیت معاملات و تضمین استحکام حقوقی معاملات در ایران مؤثر است.

منابع

کتاب

۱. انصاری، مهدی، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران: جنگل، ۱۳۹۰.
۲. طبایبایی حصری، نسرين، *مبانی و آثار نظام ثبت/املاک*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶.
۳. کوتر، رابرت و توماس یولن، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگر، تهران: پژوهشکده اقتصاد، ۱۳۹۲.

مقاله

۴. خناری نژاد، امیر، نسرين طبایبایی حصری و محسن صادقی، «تحلیل رابطه حقوقی و رفتار بازیگران سیستم حقوقی ثبت اولیه املاک بر مبنای نظریه بازی‌ها و معیار پازنر در کارآیی اقتصادی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۲۰، شماره ۷۸، ۱۴۰۲، صص ۸۲-۷.
۵. طبایبایی حصری، نسرين و سروش صفی‌زاده، «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مؤلفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۴، ۱۴۰۰، صص ۲۶۵-۲۳۹.
۶. طبایبایی حصری، نسرين و محمدحسن صادقی مقدم، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص ۶۹۸-۶۷۷.
۷. طبایبایی حصری، نسرين، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک با تأکید بر نظام ثبت املاک ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۲۳۷-۲۱۹.
۸. طبایبایی حصری، نسرين، «عوامل محیطی و انسانی هزینه معاملات ملکی و راهکارهای کنترلی حقوق ثبت ایران»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۵، صص ۲۰-۱.
۹. عزیزی، ناصر، سروش رستم‌زاده اصل و سید حسن موسوی هاشمی، «بررسی تطبیقی قراردادهای ناقص، خلاءهای قراردادی و نحوه تکمیل آن در حقوق ایران و آمریکا»، *تعالی حقوق*، سال ۸، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۳۱-۷.

References

Books

1. Ansari, Mehdi, *Economic Analysis of Contract Law*, Tehran: Jungle, 2011. (in Persian)
2. Barzel, Y. *Economic Analysis of Property Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press, Second Edition, 2003.

3. Kotter, Robert and Thomas, Yolen, *Law and Economics*, Translated by: Yadollah Dadgar, Tehran: Economics Research Institute, 2013. (in Persian)
4. North, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, England: Cambridge University Press, 1990.
5. Posner, R. *Economics Analysis of Law*, New York: Aspen Casebook, Eighth Edition, 2010.
6. Tabatabaei Hesari, Nasrin, *Basics and Effects of Real Estate Registration Systems*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2017. (in Persian)
7. Williamson, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*, United States: Simon and Schuster, 1985.
8. Zevenbergen, J. *Systems of Land Registration –Aspects and Effects*, United States: Publication on Geodesy, 2002.

Articles

9. Abab, S. A., et al. "Factors Influencing the Formalization of Rural Land Transactions in Ethiopia:A Theory of Planned Behavior Approach", *Land*, 11 (5), 2022.
10. Agyei-Holmes, A., et al. "The effects of land title registration on tenure security,investment and the allocation of productive resources", *Global Poverty Research Lab Working Paper* 20-107, 2020.
11. Azizi, Nasser, Soroush Rostam-Zadeh Asl and Sayyed Hassan Mousavi Hashemi, "A Comparative Study of Imperfect Contracts; Contract Gaps and Methods of completing Them, In Iranian and American law", *Journal of Culmination of Low*, 8 (2), 2016. (in Persian)
12. Ben-Shahar, O. "Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts", University of Michigan Law School, *Law & Economics Working Papers*, 2004.
13. Byamugisha, F. K. "The Effect of Land Registration on Financial Development and Economic Growth: A Theoretical and Conceptual, Framework", *policy research working paper*, 1999.
14. Coase, R. "Economics and Contiguous Disciplines", *The Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 2, 1978.
15. Coase, R. "The New Institutional Economics", *American Economic Review*, 88 (2), 1998.
16. Craswell, R. "The Incomplete Contracts Literature and Efficient Precautions", Volume 56, Issue 1, *Case Western Reserve Law Review*, 2005.
17. Cserne, P. "The Behavioral Law and Economics of Contract Regulation: Explaining Procedural Limits on Freedom of Contract", *paper Presented at the second ISLE Conference*, Rome, 2006.
18. Deininger, K. and G. Feder. "Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications for Policy", *The World Bank Research Observer*, 2009.
19. Easterbrook, F. H. and Daniel, R. Fischel. "Close Corporation and Agency Costs", 38, *Stanford Law Review*, 1986.
20. Field, A. J. "The Problem with Neoclassical Institutional Economics: A Critique with Special Reference to the North/Thomas Model of pre-1500 Europe", *Explorations in Economic History*, 18, 1981.
21. Hart, O. and J. Moore. "Incomplete Contracts and Renegotiation ", 56, *Econometrica*, 1985.
22. Henssen, J. "Basic principles of the main cadastral systems in the world", In: *Modern Cadastres and Cadastral Innovations, Proceedings of the One Day Seminar in Delft, FIG Commission 7 and University of Melbourne*, 1995.
23. Katz, A. W. "Contractual Incompleteness: A Transactional Perspective", Volume 56, Issue 1, *Case Western Reserve Law Review*, 2005.
24. Khenari-Nezhad, Amir, Nasrin Tabatabaei Hesari and Mohsen Sadeghi, "Analyzing the Behavior of Actors in the Secondary Registration Legal System (Registered Real Estate Transactions) Based on Bargaining Strategy in Game Theory Emphasizing on Article 62 of the Law on Permanet Development Ordrs", *Islamic Law Quarterly*, Volume 20, Issue 78, 2023. (in Persian)

25. Kostritsky, J. P. "Taxonomy for Justifying Legal Intervention in an Imperfect World: What to do When Parties Have Not Achieved Bargains or Have Drafted Incomplete Contracts", *Case Western University School of Law*, 3, 2004.
26. Miceli, T. J., Munneke, H. J., Sirmans, C. F. and Turnbull, G. K. "Title Systems and Land Values", *Journal of Law and Economics*, 45 (2), 2002.
27. Nyarko, J. "Stickiness and Incomplete Contracts", *University of Chicago: Law Review*, Volume 88, Issue 1, 2021.
28. Sánchez, R. J. and Gabriel, Pérez-SalaS. "The 'incomplete contracts' condition on the next port concessions stage in the Caribbean and Latin America", *Dinámicas portuarias*, 378 (2), 2021.
29. Scott, R. E. and George, G. Triantis. "Incomplete Contracts and The Theory of Contract Design", *Case Western Reserve Law Review*, Volume 56, Issue 1, 2005.
30. Stoter, J. "Needs, Possibilities and Constraints to Develop a 3D Cadastral Registration System". In: Proceedings of UDMS 2000; 22nd Urban Data Management Symposium, *Delft: Urban Data Management Society*, 2000.
31. Tabatabaei Hesari, Nasrin and Mohammad Hassan Sadeghi Moghadam, "Effects of Land Registration on Validity of Juridical Acts (Emphasis on Functions of Land Registration System)", *Comparative Law Review*, Volume 6, Issue 2, 2015. (in Persian)
32. Tabatabaei Hesari, Nasrin and Soroush Safi-Zadeh, "An Introduction to Large Contemporary Registration Family of Real Estate (Based on macro-comparative classification components)", *Legal Research Quarterly*, Volume 24, Issue 94, 2021. (in Persian)
33. Tabatabaei Hesari, Nasrin, "Comparative Consideration of land Registration Systems (with Emphasis on Iranian Land Registration System)", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 40, Issue 2, 2011. (in Persian)
34. Tabatabaei Hesari, Nasrin, "Environmental and Human Factors of Real Estate Transactions Costs and Control Measures in Iran Registration Law", *Encyclopedia of Economic Law Journal*, Volume 23, Issue 9, 2017. (in Persian)
35. Van Doren, D. H. "The Torrens System of Land Title Registration", *Columbia law review*, volume 17, 1917.
36. Zevenbergen, J. "A Systems Approach to Land Registration and Cadastre", *Nordic Journal of Surviving and Real Estate Research*, 1, 2004.

Electronic Resources

37. Maria Vogerl, C. "Unfair Terms in Standard Forms Contracts A Law and Economics Analysis of Key Issues in the Implementation of the Consumer Directive on Unfair Terms", 2007, Available at: http://europe.eu/Consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_en.htm (15 6 2007). Last visited: 23/07/2020.
38. Schmid, H., Hertel, C. and Wicke, H. "EUI-Real property Law project (General Report)", European University Institute (EUI) Florence/ European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, 2005, Available at: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/European Private Law/Real Property Project/GeneralReport.pdf>. Last visited: 25/05/2024.
39. Sparkes, P. "EUI-Real Property Law (Report from England and Wales)", European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, 2004, Available at: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/European Private Law/Real Property Project/England%20and%20Wales.PDF>, Last visited: 23/05/2024.



Original Article

Investigating the Limitation of Trawl Net Fishing in Environment-Related Laws with Emphasis on the 50th Principle of Iran's Constitution

Mohammad Mazhari¹, Reza Hosseinzadeh²

ABSTRACT

The right to a healthy environment reflects fundamental values such as the right to life, the right to health, and the right to a healthy and standard quality life that belongs to different generations of humans in the present and future. Trawl net fishing has been carried out in the Persian Gulf for some time, which, according to experts, violates the right to a healthy environment and its fundamental values. In trawl net fishing, a large fish trapping net in the shape of a funnel is used, which is attached to the back of a floating vessel and catches marine organisms at different depths with a coverage coefficient of 90%, causing serious damage to the marine ecosystem. Preservation of the environment is done by supporting the protection, improvement of the environment and preventing and prohibiting any kind of pollution and destructive action that disturbs the balance and suitability of the environment. Preservation of various animal species, including aquatic animals, is an example of environmental protection. In this research, through a descriptive and library method of investigation, by analysing laws and regulations, we aim to answer the question whether it is possible to impose restrictions or prohibitions on this type of fishing in the Iranian legal system? Which laws and regulations can be relied upon to address the damage caused by trammel net fishing to the environment and natural resources? To this end, the constitution, ordinary laws and regulations are first examined, followed by the general policies of the Islamic Republic of Iran, the 1404 Vision Document and the Environmental Protection and Restoration Act. Finally, regional and international conventions and international documents are studied.

KeyWords: Sustainable Development, Trawl Net Fishing, Constitutional Law, Environment, Prohibition.

How to Cite: Mazhari, Mohammad, Hosseinzadeh, Reza, "Investigating the Limitation of Trawl Net Fishing in Environment-Related Laws with Emphasis on the 50th Principle of Iran's Constitution", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:75-96.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232985.2574>

Received: 19/09/2023-Accepted: 23/12/2023

1. Associate Professor, Faculty of Law & Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran
Corresponding Author Email: email

2. L.L.M, Faculty of Law & Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, 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/>).



بررسی امکان تحدید صید ترال در قوانین مرتبط با محیط‌زیست با تأکید بر اصل پنجاهم قانون اساسی ایران

محمد مظهری^۱، رضا حسین زاده^۲

چکیده

حق بر محیط‌زیست سالم منعکس‌کننده ارزش‌های متعالی و پایه‌ای همانند حق به حیات، حق به سلامتی، حق بر زندگی سالم با کیفیت استاندارد و متعلق به نسل‌های مختلف بشر در حال و آینده است. چندی است صید ترال در خلیج فارس انجام است که به اعتقاد کارشناسان، حق بر محیط‌زیست سالم و ارزش‌های متعالی آن را مخدوش می‌کند. در روش صید ترال، از تور ماهیگیری بزرگی به شکل قیف استفاده می‌شود که به پشت شناور بسته می‌شود و در اعماق مختلف آب‌زیان را با ضریب پوشش ۹۰٪ صید می‌کند و به زیست‌بوم دریایی آسیب جدی وارد می‌کند. حفظ محیط‌زیست با حمایت از حفاظت، بهبود و بهسازی محیط‌زیست و پیشگیری و ممانعت از هر نوع آلودگی و اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط‌زیست می‌شود، انجام می‌گیرد. حفظ گونه‌های مختلف جانوری، از جمله آب‌زیان، از مصادیق حفاظت محیط‌زیست است. در این پژوهش به روش توصیفی و کتابخانه‌ای بر آنیم تا با تدقیق در قوانین و مقررات به این پرسش پاسخ دهیم که آیا در نظام حقوقی ایران می‌توان برای این‌گونه صیادی محدودیت یا ممنوعیتی ایجاد کرد؟ برای برخورد با آسیب صید ترال به محیط‌زیست و منابع طبیعی به کدامین قوانین و مقررات می‌توان استناد کرد؟ به این منظور ابتدا قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات بررسی و سپس سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، سند چشم‌انداز افق ۱۴۰۴ و قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست بیان می‌شود. در آخر نیز کنوانسیون‌های منطقه‌ای و بین‌المللی و اسناد بین‌المللی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

کلید واژگان: توسعه پایدار، صید ترال، قانون اساسی، محیط‌زیست، ممنوعیت.

استناد به این مقاله: مظهری، محمد، حسین‌زاده، رضا، «بررسی امکان تحدید صید ترال در قوانین مرتبط با محیط‌زیست با تأکید بر اصل پنجاهم قانون اساسی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۷۵-۹۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232985.2574>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۲

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m.mazhari@tabrizu.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، 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

یکی از حقوق اولیه و مسلم هر شهروندی حق حیات است. بدیهی است، اگر محیطی که انسان در آن زندگی می‌کند آسیب ببیند، حق زندگی او، کیفیت و شرایط آن و شخصیت و کرامت او نیز با خطرهایی مواجه می‌شود. بدین دلیل حق حیات و حق کرامت مبنای حق داشتن محیط‌زیست سالم است. حقوق محیط‌زیست، اعم از داخلی و بین‌المللی، از قواعد و مقررات مربوط به حمایت و حفظ محیط‌زیست و مبارزه با آلودگی آب، هوا، خاک، پوشش گیاهی، و جانوری و محیط پیرامون انسان در داخل و خارج از کشور سخن می‌گوید. پیشرفت علم زیست‌شناسی، بوم‌شناسی، پزشکی و نظایر آن و درعین‌حال، تجارب ناشی از وقایع تلخ زیست‌محیطی مانند حوادث بوهال هند و چرنوبیل شوروی سابق تأثیر ناگواری بر حیات نسل‌های حال و آینده بشر و همچنین بقای سایر گونه‌های گیاهی و جانوری بر جای می‌گذارد.^۱ حق برخورداری از محیط‌زیست سالم و حق بهره‌مندی از توسعه که تحقق هم‌زمان آن مستلزم توسعه پایدار است، یکی از جلوه‌های حیثیت و کرامت انسانی تلقی می‌شود که مکمل حقوق بشر برای نسل حاضر و شرط تحقق آن برای نسل‌های آینده است.

حقوق محیط‌زیست همانند حقوق بشر، ناظر بر عملکردها و اقدامات بشر است و کلیه اقدامات وی را تحت پوشش قرار می‌دهد، حق برخورداری از محیط‌زیستی سالم به‌عنوان یکی از نتایج مکمل انسان‌مداری در یک روند تحول بیست‌ساله، امروزه به‌عنوان یک حق مستقر و دارای وضعیت ثابت در حقوق بین‌الملل و همچنین در حقوق داخلی اغلب کشورها تلقی می‌شود.^۲ به دلیل چنین تأثیر عمیقی که محیط‌زیست بر زندگی نوع بشر بر جای می‌گذارد، حق بر محیط‌زیست سالم یکی از حقوق طبیعی و مسلم انسان به شمار می‌آید. این مسئله در نسل‌های حقوق بشر با حقوق نسل سوم^۳ به جهانیان معرفی شد تا همگان در حفاظت از آن بکوشند و حفاظت از آن را یک تکلیف مسلم واجب بدانند. چراکه کره زمین دارای منابع طبیعی محدود و محصور است و امروزه نیز با رشد روزافزون جمعیت می‌توان گفت، چنانچه به‌طور صحیح و اصولی از منابع موجود استفاده نشود، چه‌بسا زودتر از آنکه بتوان حدس زد، امکانات و منابع آن به اتمام برسد. بنابراین تمامی مردم و دولت‌ها موظف‌اند برای بقا و سلامت محیط طبیعی پیرامون خود به‌طور جدی بکوشند و از تخریب بی‌رویه و یا بهره‌برداری ناصحیح آن پرهیز کنند.^۴ اما باوجوداین، حدود ده سال است که پدیده شومی به نام ترال^۵ با صید کردن تمامی ماهیان دریای جنوب کشور، محیط‌زیست و صیادان را با مشکلات فراوانی روبه‌رو کرده است. استفاده از ترال به‌واسطه آثار زیست‌محیطی بحث‌برانگیز است. از آنجا که ترال کف، شامل کشیدن ابزار سنگین ماهیگیری در کف دریاست، می‌تواند تخریب‌هایی در مقیاس بزرگ در کف اقیانوس‌ها ایجاد کند که از آن جمله شکستن مرجان‌ها، خسارت

۱. حبیبی، محمد حسن، «حق برخورداری از محیط زیست سالم به عنوان حق بشریت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۰، ۱۳۸۲، صص ۱۳۶، ص ۱۴۵.

۲. همان، ص ۱۵۴.

۳. باید اشاره کرد که سازمان یونسکو در سال ۱۹۸۰ در همایش حقوق بشر جدید در مکزیکوسیتی، در کنار سایر مصادیق حق نسل سوم، حق بر محیط‌زیست سالم را نیز از مصادقات این نسل معرفی کرده است (UNESCO, 1980: P14).

D. The right to a healthy environment

1. Summary of study

It is today widely accepted that a healthy and balanced environment is vital to respect for human dignity and the exercise of individual rights and freedoms. The content of the right to the environment many be defined as follows: - the right to enjoy and use a healthy and balanced environment, which.

۴. شعبانی، قاسم، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۰، ص ۲۴۶.

۵. Trawl or Trawling

به زیستگاه و حذف جلبک‌های دریایی است.^۱ در اتحادیه اروپا نیز گام‌هایی برای محدودیت صید ترال برداشته شده است که در جای خود به آن اشاره خواهد شد.

موضوع حقوق محیط زیست از مباحث جدید در حقوق ایران است و بحث ممنوعیت صید ترال تهدیدی برای محیط زیست مورد توجه انجمن‌ها، سازمان‌های مردم‌نهاد و اقشار مختلف، و بیشتر جنبه فنی آن مورد مذاقه قرار گرفته، اما بحث حقوقی آن به خصوص با توجه به اسناد بالادستی، قوانین و مقررات مورد پژوهش علمی قرار نگرفته است. نظر به اینکه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۴۳، ۴۵ و به خصوص ۵۰ حفاظت از محیط زیست را وظیفه عمومی دانسته و استفاده از ثروت عمومی را با رعایت مصلحت همه اقشار و نسل‌های آتی کشور وظیفه نظام در راه توسعه دانسته است؛ پس با تدقیق در این اصول می‌توان احکامی برای صید ترال و به‌طور کلی حفاظت از محیط زیست و ثروت‌های عمومی و توزیع انفال به دست آورد. به این منظور، در نوشتار حاضر تلاش می‌شود، به بررسی صید ترال و ممنوعیت آن در قوانین مرتبط با محیط زیست جمهوری اسلامی ایران پرداخته شود. در این باره سؤال اصلی تحقیق این است که صید ترال چه تأثیری بر محیط زیست دارد؟ قوانین و مقررات موضوعه چه موضعی درخصوص صید ترال دارند؟ در راستای پاسخ به سؤالات مطرح‌شده، ابتدا صید ترال تعریف و بررسی می‌شود (بند ۱). سپس آثار آن بر محیط زیست مورد تحلیل قرار می‌گیرد (بند ۲). در بند سوم به بررسی صید ترال در قوانین و مقرراتی داخلی پرداخته می‌شود. در بند چهارم نیز مقررات بین‌المللی و کنوانسیون‌ها خواهد آمد. در نهایت مهم‌ترین نتایج بحث همراه با پیشنهادهایی ارائه خواهد شد.

۱. صید ترال

گوفه‌کشی یا ترالینگ نوعی روش ماهیگیری است که در آن به وسیله کشیدن تور در آب توسط یک یا چند شناور، ماهیگیری می‌کنند. توری که برای این کار استفاده می‌شود، نیز ترال^۲ نامیده می‌شود. شناوری که برای ترال استفاده می‌شود گوفه‌کش^۳ نام دارد. این شناورها در اندازه‌های متفاوت وجود دارند؛ از قایق‌های کوچک با قدرت فقط ۳۰ اسب بخار موتور یا شناورهایی با کارخانه‌های بزرگ با بیش از ۱۰۰۰۰ اسب بخار را شامل می‌شود. ترال را می‌توان با یک قایق صیادی کوچک (ترال تکی) یا دو شناور (ترال جفتی) مخصوص ترال انجام داد. ترال عمدتاً برای صید تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرد. نمونه‌برداری‌های علمی یا مطالعاتی یکی دیگر از موارد استفاده از ترال است. به کمک ترال می‌توان فانوس ماهیانی که جزء ماهیان میان‌زی هستند و میگوی شیشه‌ای را که در اعماق بیشتر از ۲۰۰ متر زندگی می‌کند، صید کرد. ترال را می‌توان بسته به چگونگی قرارگیری تور ترال در آب به ترال کف و میانی تقسیم کرد. ترال میانی نیز نوعی ترال سطحی شناخته شده است. از ترال میانی برای صید ماهیانی مانند آنچوی، تن و ماکرل، استفاده می‌شود، درحالی‌که با ترال کف، ماهیان کف‌زی و نزدیک کف مانند روغن ماهی، ماهی مرکب، کفشک ماهیان و ماهی صخره‌ای صید می‌شود.^۴ زنجیرهای کفی تورهای ترال نیز به‌خودی‌خود بسیار متفاوت‌اند. زنجیر در تور ترال میانی کم یا به‌کلی حذف شده است. اندازه تور ترال میان‌سطحی معمولاً بسیار بزرگ‌تر از ترال کف است و دهانه‌های این تور بسیار بزرگ و چشمه‌ها کوچک‌اند.

^۱ Rijnsdorp, A. D., Hiddink, J. G., Denderen, P. D., Hintzen, N. T., Eigaard, O. R. "Different bottom trawl fisheries have a differential impact on the status of the status of the North Sea seafloor habitats", ICES Journal of Marine Science, 77, 2020. pp 1775.

^۲ . Trawl

^۳ . Trawler

^۴ . کشاورزی‌فرد، مهرزاد و همکاران، «تأثیر تور ترال میگوگیر بر زیست‌بوم دریایی: مشکلات و راه‌حل‌های پیشنهادی»، مجله میگو و سخت پوستان، دوره ۶، شماره ۱۴، ۱۴۰۰، ص ۴۶.

علاوه بر این، درب ترال میانی (تخته صید) در اشکال گوناگون تری از درهای ترال کف وجود دارد. درهایی نیز وجود دارد که می‌تواند برای هر دو ترال استفاده شود. روش صید ترال دارای قدمتی طولانی است (در حدود ۱۵ قرن). این موضوع درمورد وجود این روش صید نگرانی‌ها را زیاد کرده است. تورهای کششی غیرگزینشی عمل می‌کنند و سبب جارو کردن هر دو نوع ماهی قابل عرضه در بازار و ماهی نامطلوب و از هر دو اندازه قانونی و غیرقانونی آن‌ها می‌شود. در هر بار عملیات صیادی به این روش، قسمتی از صید بی‌مصرف است که صید ضمنی نامیده می‌شود. برخی از گونه‌هایی که به صورت صید ضمنی گرفتار می‌شوند نیز به طور تصادفی توسط فرایند ترال کشته می‌شوند. گونه‌هایی که به این صورت صید می‌شوند، معمولاً ممکن است شامل گونه‌های باارزشی از قبیل دلفین‌ها، لاک‌پشت‌های دریایی، و کوسه‌ها، و همچنین گونه‌های صید ممنوع یا ماهی نابالغ شود. بسیاری از مطالعات نشان داده است حجم زیادی از صید ضمنی دور ریخته می‌شود. به عنوان مثال، محققان در یک مطالعه سه ساله در رودخانه کلارنس متوجه شدند که حدود ۱۷۷ تن صید ضمنی (از جمله ۷۷ گونه مختلف) هر ساله دور ریخته می‌شود.^۱

با توجه به اندازه صید دلخواه می‌توان با تعیین و قرار دادن اندازه مناسب چشمه در «کیسه انتهایی» بخشی از ماهیان را از صید شدن حفظ کرد. ماهیگیران شکایت دارند که اندازه چشمه علاوه بر آنکه به ماهیان کوچک‌تر از معمول برای فرار اجازه می‌دهد، سبب فرار برخی از ماهی‌ها که از نظر قانونی صید آن‌ها مشکلی ندارد، نیز می‌شود. تعدادی راه‌حل برای این مشکل وجود دارد؛ مانند گره زدن یک طناب دور کیسه انتهایی برای جلوگیری از باز شدن شبکه به طور کامل که با توجه به اندازه دلخواه می‌توان آن را تنظیم کرد. تنها مشکل وقتی است که چشمه‌ها به جای مربع به شکل الماس باریک کشیده می‌شود.

۲. آثار صید ترال بر محیط زیست

صید ترال به واسطه آثار زیست محیطی که دارد بسیار بحث برانگیز است. از آنجا که ترال کف، شامل کشیدن ابزار سنگین ماهیگیری در کف دریاست، می‌تواند تخریب‌هایی در مقیاس بزرگ در کف اقیانوس‌ها ایجاد کند. از آن جمله شکستن مرجان‌ها، خسارت به زیستگاه و حذف جلبک‌های دریایی است. مهم‌ترین اجزای تأثیرگذار ترال تخته‌های صید هستند که ممکن است چندین تن وزن داشته باشند و شیارهای عمیقی در کف دریا ایجاد کنند و ساختار زنجیر پایینی نیز که معمولاً به لبه پایین تور متصل است و همیشه با کف دریا در تماس باقی می‌ماند. بسته به نوع ساختار زنجیر پایینی، ممکن است سبب جابه‌جایی سنگ‌های بزرگ یا تخته‌سنگ‌ها شود، آن‌ها را همراه با کشیدن تور برهم بزند یا به موجوداتی که حرکتی از خود ندارند صدمه بزند و همچنین رسوبات بستر را برهم بزند. این عملکردها باعث کاهش تنوع گونه‌ها و تغییرات زیست محیطی به سمت رشد موجودات زنده فرصت طلب می‌شود. این تخریب بسیار شبیه به برش یکسره درختان در جنگل است.

در بین سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۷ وی هم حدود ۲۹ هزار قطعه ماهی توسط طور ترال کف صید شد و مورد شناسایی و زیست‌سنجی طولی و وزنی قرار گرفت. ماهیان بررسی شده ۶۴ گونه از ۴۰ خانواده میگوها و ۳ گونه از یک خانواده بودند. بیشتر گونه‌ها از ماهیان غیراقتصادی و غیرهدف در گروه‌های طولی و وزنی پایین و نابالغ بودند.^۲ فشار صیادی بالا و حذف ماهیان درشت از جمعیت ذخایر و آثار متعدد دیگر روی جمعیت ماهیان هدف و غیرهدف در مجموع نشان‌دهنده

^۱. به نقل از پایگاه خبری مارین نیوز، پایگاه خبری تحلیلی دریایی ایران، ۲۶ فروردین ۱۳۹۷، کد خبر ۳۵۲۰۳.

^۲. به نقل از پایگاه خبری عصر هامون، ۲۱ خرداد ۱۳۹۹، کد خبر ۱۲۵۴۳۲.

آسیب جدی به محیط زیست دریایی منطقه است. به منظور ترمیم آسیب های ناشی از صید ترال اصلاحات فنی در تور و روش های قاطع مدیریتی ضروری است. از دیگر زیان های صید ترال کشتی های ترال با تخریب کف دریا، زیستگاه ها و بستر زندگی ماهی ها را از بین می برند. لذا صید غیرمجاز ترال اکوسیستم زیست جانوری را به خطر می اندازد، دست و زیستگاه های دریایی را از بین می برد و باعث کاهش تولید ماهی دریایی می شود. به طوری که گفته شده است با ادامه صید ترال احیا کردن حداقل یک هکتار زیستگاه غیرطبیعی برای کشور هزینه و زمان بسیاری را صرف می کند؛ چراکه بستر دریا دارای درخت و جلبک است که تغذیه ماهیان را تأمین می کند و با از بین بردن به روش صید ترال این منبع تغذیه از بین خواهد رفت. روش ترال گونه های صید را که اهل مهاجرت نیستند یا به سختی مهاجرت می کنند از بین می برد. عدم وجود مرجان ها و جلبک ها در محیط زیست دریایی و از بین رفتن زیستگاه ماهیان با روش صید ترال ماهیان نابالغ و کمیاب از بین می روند. به همین دلیل است که صید با روش ترال هیچ توجیهی با هر بند و تبصره و تفسیری ندارد و در دنیا منسوخ شده است. روشی که در کل دنیا حتی کشورهای خیلی عقب افتاده منسوخ و ممنوع شده است و به شدت با آن برخورد می شود.

در اتحادیه اروپا نیز سعی شده است تا صید ترال به طور کلی یا حداقل در مناطق حفاظت شده ممنوع شود، ولی تاکنون عملی نشده است. پیشنهاد برای حذف تدریجی ترال (صید توری کف کشی در اعماق دریا) ابتدا توسط کمیسیون اروپا ارائه شد. در پارلمان اروپا از حمایت کمیته محیط زیست برخوردار بود، اما پس از یک سری تأخیر توسط کمیته شیلات رد شد. نمایندگان پارلمان از چندین گروه سیاسی تلاش کردند تا این ممنوعیت را در اصلاحیه ای به جلسه عمومی پارلمان اروپا بازگردانند، اما موفق نشدند.^۱ در سال ۲۰۲۲ نیز اما براساس اطلاعات مندرج در سایت پارلمان این اتحادیه، صید ترال در مناطق حفاظت شده دریای اتحادیه اروپا تا سال ۲۰۳۰ میلادی ممنوع خواهد شد.^۲

۳. بررسی صید ترال در قوانین و مقررات داخلی مرتبط با محیط زیست

قوانین و مقررات مختلفی در زمینه مسائل محیط زیست و نیز در راستای اصل پنجاهم قانون اساسی تصویب شده اند که هرکدام از این قوانین به نوعی به مسئله حفاظت از محیط زیست پرداخته اند. لازم به ذکر است، با استناد به این قوانین و مقررات که از احکام دائمی و مهم محیط زیست و به منظور حفظ محیط زیست و ثروت های عمومی و منابع ملی هستند، می توان ممنوعیت صید ترال را استنباط کرد و از آن ممانعت به عمل آورد.

۳.۱. قانون اساسی

قوانین اساسی بسیاری از کشورها به صورت صریح یا تلویحی موضوع حفاظت از محیط زیست را مورد شناسایی قرار داده اند. در ایران نیز قبل از انقلاب اسلامی، مقررات عادی متعددی در باب محیط زیست تدوین شده بود؛ اما بعد از انقلاب،

۱. به نقل از سایت اینترنتی PEW به آدرس اینترنتی: <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/articles/2014/01/14/european-parliament-rejects-ban-on-deepsea-bottom-trawling>.

دیده شده در تاریخ ۱۴۰۲/۰۹/۲۵.

۲. به نقل از سایت اینترنتی این پارلمان به آدرس: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2023-001531_EN.html?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=fa&_x_tr_hl=en-US&_x_tr_pto=wapp همچنین در سایت <https://www.la Tribune.fr/economie/union-europeenne/peche-la-commission-europeenne-interdit-le-chalutage-de-fond-dans-les-aires-marines-protgees-952678.html> مراجعه شده در تاریخ ۱۴۰۲/۰۹/۲۵.

حفاظت از محیط‌زیست به‌طور صریح در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درج شد.^۱ در این راستا، اصل پنجاهم قانون اساسی ایران در راستای حفاظت از محیط‌زیست از اهمیت زیادی برخوردار است. تدوین اصل پنجاهم نشان از درایت پیشنهاددهندگان چنین اصلی در قانون اساسی است؛ زیرا از طریق این اصل مبانی حفاظت از محیط‌زیست در نظام حقوقی ایران شکل گرفت. محتوای اصل مزبور از این حیث حائز اهمیت است که به‌طور مستقیم توسعه پایدار و حقوق نسل‌های فعلی و آینده را مورد شناسایی قرار می‌دهد. رجوع به مشروع مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی درباره اصل پنجاهم فعلی جالب توجه است؛ زیرا مذاکرات چندانی درخصوص این اصل صورت نگرفت و فقط به ذکر اصل مذکور اکتفا کردند. لازم به ذکر است که عده حاضر در جلسه هنگام اخذ رأی ۶۴ نفر بودند که به اتفاق آرا و بدون رأی ممتنع مورد موافقت اعضای حاضر قرار گرفت.^۲ اصل پنجاهم قانون اساسی در زمینه محیط‌زیست مقرر داشته است: «در جمهوری اسلامی ایران، حفاظت از محیط‌زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه‌رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌شود. از این‌رو، فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». این اصل در فصل چهارم قانون اساسی تحت عنوان اقتصاد و امور مالی درج شده است. پیش‌بینی این موضوع در فصل چهارم قدری سوال‌برانگیز است؛ زیرا قرائت این اصل قبل از هر چیز گویای شناسایی بهره‌مندی از محیط‌زیست سالم به‌عنوان یک حق اساسی است. لذا از حیث شکلی بهتر بود موضوع اصل پنجاهم قانون اساسی در فصل سوم (حقوق ملت) درج می‌شد. بی‌تردید تلقی حق بر محیط‌زیست سالم به‌عنوان یکی از مصادیق مقوله سوم حقوق بشر می‌تواند در فصل سوم قانون اساسی تحت عنوان حقوق ملت در کنار سایر حقوق و آزادی‌های بنیادین بشر قرار گیرد. اما اینکه اصل یادشده در فصل چهارم درج شده، احتمالاً ناشی از تعمد مقنن بوده و با توجه به قسمت اخیر اصل پنجاهم که مقرر داشته است: «از این‌رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است»، صورت گرفته است. به نظر می‌رسد درج این اصل در فصل چهارم (اقتصاد) به این دلیل باشد که در قسمت اخیر بر فعالیت‌های اقتصادی تأکید شده است. از طرف دیگر، چنین رویکردی از طرف مقنن اساسی کشور به این دلیل بوده که ایران همچنان کشوری درحال توسعه است و پیشرفت و توسعه اقتصادی در دستور کار آن قرار دارد. لذا به نظر می‌رسد، مقایسه مسائل زیست‌محیطی با موضوعات اقتصادی و توسعه‌ای نشانگر ارجحیت و برتری موضوعات اخیر باشد.^۳ اما به ترتیبی که در اصل مذکور ملاحظه می‌شود، محیط‌زیست از آن نظر که زندگی و حیات اجتماعی را شامل می‌شود، در ردیف یکی از حقوق مسلم اجتماعی تلقی می‌شود. بنابراین، همه باید در حفظ آن کوشا باشند و از تخریب آن جلوگیری کنند.^۴

اما مراد از وظیفه عمومی برای حفاظت از محیط‌زیست چیست؟ در پاسخ باید اظهار داشت که نه قانون اساسی و نه هیچ قانون عادی دیگری تعریف روشنی از عبارت وظیفه عمومی ارائه نمی‌دهد. تلقی حفاظت از محیط‌زیست به‌عنوان وظیفه عمومی یکی از ابهاماتی است که در پرتو تفاسیر قانون اساسی قابل رفع است. شاید در ظاهر چنین استنباط شود که حفاظت نه وظیفه دولت، بلکه وظیفه ملت است. اما قانون اساسی در قالب دو اصل به‌طور مستقیم به وظایف و تکالیف

۱. مهرپور، حسین، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۸.

۲. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ۱۳۶۴، ص ۱۴۹۸.

۳. رضائی قوام‌آبادی، محمد حسین، «حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، صص ۹۴-۹۸.

۴. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۰۰.

عمومی و همگانی اشاره کرده است: یکی اصل هشتم (امر به معروف و نهی از منکر) و دیگری اصل پنجاهم (محیط‌زیست). تفاوت اساسی بین این دو اصل این است که در اصل نخست در قالب وظیفه امر به معروف و نهی از منکر علاوه بر مردم به دولت نیز اشاره می‌کند؛ در حالی که اصل پنجاهم صرفاً وظیفه عمومی را مطرح می‌کند و هیچ‌گونه تصریحی بر وظیفه دولت ندارد. اگر وظیفه حفاظت از محیط‌زیست فقط بر عهده مردم باشد، در این صورت دچار گمراهی بزرگی در حوزه حفاظت از محیط‌زیست شده‌ایم. دولت و نهادهای دولتی بزرگ‌ترین مخربان و آلوده‌سازان محیط‌زیست محسوب می‌شوند. لذا محدود کردن چنین وظیفه‌ای به ملت با واقعیات عینی سازگاری ندارد. لذا دولت‌ها به‌عنوان نماینده جامعه نقش محوری در کنترل و نظارت و پیشگیری از فعالیت‌های مخرب و آلاینده بازی می‌کنند و به‌صورت انحصاری همچنان از اختیارات زیادی در تدوین مقررات و نظارت و اجرای آن برخوردارند.^۱ به ترتیبی که ملاحظه می‌شود، محیط‌زیست با توجه به اصل یادشده، از آن نظر که زندگی و حیات اجتماعی را شامل می‌شود، در ردیف یکی از حقوق مسلم اجتماعی تلقی می‌شود؛ از این رو همه باید در حفظ آن کوشا باشند و از تخریب آن جلوگیری کنند.^۲ در اصل فوق این که حفاظت از محیط‌زیست را یک وظیفه عمومی دانسته است، به این معنی نیست که فقط مردم باید در حفظ آن کوشا باشند، بلکه اهمیت این مسئله به حدی است که جزء وظایف حاکمیتی دولت‌ها قرار دارد. بنابراین، وظیفه اصلی در این زمینه متوجه دولت، نهادها و سازمان‌های ذی‌ربط است. همان‌گونه که قانون مدیریت خدمات کشوری بر مسئله یادشده صحه گذاشته و مقرر کرده است: «امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود». پس می‌توان چنین جمع‌بندی کرد که حفظ محیط‌زیست وظیفه‌ای عمومی و شامل همه ساکنان کشور و دولت است و از طرف دیگر اجرای ممنوعیت تخریب و آسیب به محیط‌زیست با دولت به‌عنوان حاکمیت است. به عبارت دیگر، اگر شهروندان و ساکنان به وظیفه عمومی و ملی خود در حفاظت از محیط‌زیست عمل نکنند، دولت به‌عنوان حاکمیت وظیفه دارد قوانین مرتبط با این امر را تصویب کند و به موقع به اجرا درآورد و با متخلفان برخورد قانونی کند. از طرف دیگر، اگر حفظ محیط‌زیست برابر این اصل را وظیفه ملت قلمداد کنیم به طریق اولی حاکمیت وظیفه بیشتری در این خصوص بر عهده خواهد داشت و حتی اگر شهروندان نیز در تخریب محیط‌زیست اقدامی نکنند حاکمیت ملزم به جلوگیری از آن است و باید با متخلفان برخورد کند.

حال با مطالبی که بیان شد، مشخص می‌شود که صید ترال هم موجب تخریب محیط‌زیست دریایی و هم در صید ضمنی، گونه‌های غیرهدف نیز شکار می‌شود. از طرف دیگر با برداشت بی‌رویه آبزیان، به‌خصوص آبزیان نابالغ، باعث کاهش جمعیت و حتی به احتمالی نابودی برخی گونه‌ها شود. پس صید ترال هم باعث در خطر افتادن گونه‌های جانوری دریایی، که بخشی از محیط‌زیست است، و هم موجب تخریب بستر دریا می‌شود؛ از این رو آسیب و تخریب غیرقابل جبران در اثر صید ترال محرز است و مشمول قسمت اخیر اصل پنجاهم قانون اساسی می‌شود. بنابراین، شهروندان براساس این اصل به‌منظور انجام دادن وظیفه عمومی خود باید از انجام دادن صید ترال خودداری کنند و از آن مهم‌تر دولت نیز باید با تصویب قوانین این نوع صیادی را ممنوع کند و با متخلفان برخورد قانونی به عمل داشته باشد.

از طرف دیگر، برابر اصل چهل و پنج قانون اساسی، انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد تا براساس مصالح عامه عمل کند؛ لذا چون صید ترال بدون محدودیت نمی‌تواند مصلحت باشد، زیرا هم آسیب به

۱. رضائی قوام‌آبادی، پیشین، ص ۱۱۳-۱۱۵.

۲. هاشمی، پیشین، ص ۳۰۰.

محیط‌زیست وارد می‌کند و هم این ثروت عمومی را، که متعلق به نسل‌های مختلف شهروندان است، فقط در اختیار اقلیت خاص یا در حالت خوش‌بینانه فقط در اختیار نسل حاضر قرار می‌دهد و نسل‌های بعدی را از آن محروم می‌کند، لذا بر این اساس حاکمیت به‌منظور حفظ حقوق نسل‌های بعدی نیز ملزم به تحدید صید ترال و به طور کلی مصرف بی‌رویه ثروت‌های عمومی است. این نظر را اصل پنجاه قانون اساسی، آنجا که حفاظت از محیط‌زیست را برای حیات روبه‌رشد نسل امروز و نسل‌های بعد وظیفه عمومی دانسته است، تأیید می‌کند که حاکمیت وظیفه دارد تا در استفاده از محیط‌زیست و ثروت‌های عمومی مصلحت، منافع و حقوق نسل‌های بعدی را نیز رعایت کند.

با توجه به اینکه بند ۲ اصل چهل و سوم قانون اساسی بیان می‌دارد: «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به‌صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد»، لذا می‌توان صید ترال را در صورتی که فقط مجوز آن برای قشر، گروه یا فرد خاصی داده شود، موجب تمرکز و تداول ثروت دانسته و به موجب این بند از اصل چهل و سه قانون اساسی شرایط تحدید آن را پیش‌بینی کرد.

به‌طور خلاصه می‌توان چنین نتیجه گرفت که حاکمیت به استناد اصل ۴۳ قانون اساسی برای پیشگیری از تمرکز و تداول ثروت در دست افراد یا گروه‌های خاص، به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی برای حفظ حقوق نسل‌های آتی در ثروت‌های عمومی و محیط‌زیست سالم و به تکلیف اصل ۵۰ این قانون برای حفاظت از محیط‌زیست و جلوگیری از تخریب آن ملزم است محدودیت‌هایی برای صید ترال به عنوان تهدید محیط‌زیست و برداشت بی‌رویه از ثروت‌های عمومی تعیین کند.

۳.۲. قانون شکار و صید

زیبایی محیط‌زیست و طبیعت، به وجود جانداران و حیوانات وحشی بستگی دارد که در این محیط زندگی می‌کنند. لذا شکار و صید بی‌رویه (به‌خصوص به روش ترال) این موجودات چهره طبیعت را کریه و بی‌نمود می‌کند و نسل گونه‌های کمیاب و نادر حیوانات با خطر انقراض و نابودی مواجه می‌شوند. از این رو لازم است که قانون‌گذار برای حفاظت از گونه‌های گیاهی و جانوری، که در اقلیم محیط‌زیست قرار دارند، اقدامات اساسی به انجام رساند. در این راستا قانونی تحت عنوان قانون شکار و صید در تاریخ ۱۳۴۶/۰۳/۱۶ به تصویب رسید و در تاریخ ۱۳۵۳/۱۰/۳۰ و ۱۳۷۵/۰۹/۲۵ اصلاحاتی در آن صورت گرفت. قانون مذکور به منظور حفظ و حمایت از گونه‌های مختلف حیوانات و حفاظت از محیط‌زیست طبیعی، چگونگی تشکیل سازمان حفاظت محیط‌زیست زیر نظر شورای عالی حفاظت محیط‌زیست، وظایفی را بر عهده سازمان یادشده قرار داده است. در این راستا، ماده ۱ قانون یادشده مقرر داشته است: «برای حفظ و حمایت و تکثیر جانوران وحشی سازمان شکاربانی و نظارت بر صید تشکیل می‌شود. سازمان مزبور دارای شخصیت حقوقی بوده و زیر نظر شورای عالی شکاربانی و نظارت بر صید است». این قانون به منظور حفظ محیط‌زیست مجازات‌هایی هم مقرر کرده است که شامل حبس و پرداخت جزای نقدی به دلیل شکار حیوانات وحشی حمایت شده، شکار بدون پروانه، از بین بردن و قطع درختان و گونه‌های گیاهی، تخریب چشمه‌ها و آبشخورهای حیوانات، آلوده کردن آب رودخانه‌ها و تالاب‌ها، آتش‌سوزی عمدی پارک‌های ملی و... می‌شود. شاید به استناد بند اخیر ماده ۱۰ این قانون که «شکار و صید با وسایل و از طریق ممنوعه» را قابل مجازات دانسته است یا بندهای ماده ۱۳ که «شکار جانوران وحشی کمیاب و در معرض انقراض» و

«کشتار به طریق جرگه محاصره دسته جمعی» را ممنوع و مشمول مجازات حبس شمرده است، بتوان صید ترال را نیز ممنوع دانست. ولی چون ماده ۲۹ همین قانون اصلاحی سال ۱۳۵۳/۱۰/۳۰ صید در آبهای خلیج فارس، دریای عمان، مرداب پهلوی و رودخانه‌هایی که به دریای خزر می‌ریزد تا مسافتی از مصب هر یک از رودخانه‌ها خارج از شمول این قانون دانسته است،^۱ پس نمی‌توان برای ممنوعیت صید ترال به این قانون استناد کرد.

۳.۳. قانون تشکیل وزارت منابع طبیعی

این قانون در ۱۳۴۶/۰۹/۲۷ به تصویب مجلس وقت رسید و در ماده ۱ هدف از تشکیل وزارت منابع طبیعی را این‌گونه مقرر داشته بود: «به منظور حفظ و حمایت و اصلاح خاک‌های کشور و فراهم آوردن موجبات بهره‌برداری از آنها و هم چنین حفظ و حمایت و توسعه و تکثیر و بهره‌برداری از سایر منابع طبیعی (جنگل‌ها، مراتع، حیوانات وحشی و آبزیان دریاها و همچنین آبزیان آب‌های داخلی) وزارت منابع طبیعی تشکیل می‌شود.» به موجب قانون مذکور، سازمان جنگل‌بانی با کلیه کارکنان و بودجه و دارایی به وزارت منابع طبیعی منتقل شده بود و شرکت‌هایی همانند شرکت سهامی شیلات ایران و همچنین شرکت بهره‌برداری و صنایع چوب گیلان وابسته به وزارت منابع طبیعی بودند (ماده ۲). در مقام بیان وظایف و اختیارات گسترده وزارت منابع جدید، ماده ۳ مقرر داشته بود: «وظایف و اختیارات وزارت و وزیر دارایی مذکور در قانون شرکت سهامی شیلات ایران مصوب خرداد ماه ۱۳۳۹ و وظایف و اختیارات وزارت و وزیر کشاورزی مذکور در قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مصوب دی ماه ۱۳۴۱ و قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب مرداد ماه ۱۳۴۶ و قانون اراضی مستحذئه ساحلی مصوب مرداد ماه ۱۳۴۶ و سایر قوانین مربوط به منابع مذکور در ماده ۱ و همچنین وظایف و اختیارات وزارت و وزیر کشاورزی مذکور در قانون شکار و صید با رعایت مقررات مندرج در آن قانون و همچنین کلیه وظایف و اختیارات سازمان جنگل‌بانی و مراتع ایران و رئیس آن سازمان مذکور در قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مصوب دی ماه ۱۳۴۱ و قانون حفاظت و بهره‌برداری جنگل‌ها و مراتع مصوب مرداد ماه ۱۳۴۶ به وزارت وزیر منابع طبیعی واگذار می‌شود». بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، وزارت منابع طبیعی دارای اختیارات وسیعی در پیشبرد اهداف مذکور در ماده و برای حفاظت از منابع دریایی و شیلات و ممنوعیت صید ترال در ایران بوده است. اما وزارت منابع طبیعی با تصویب قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان‌های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۱۲ و اصلاحات بعدی آن منحل شد. براساس ماده ۴ این قانون، نظارت بر صید به سازمان حفاظت محیط زیست محول و بهبود محیط زیست از طریق پیشگیری و ممانعت از هر اقدام مضر و نظارت بر حسن اجرای مقررات موضوعه به موجب ماده ۱۷ از وظایف وزارت کشاورزی و منابع طبیعی برشمرده شده بود. با استناد به این موارد، شاید امکان داشت صید ترال را به دلیل مضر بودن بر محیط زیست ممنوع دانست، لکن بخش عمده این دو قانون از جمله مواد مطرح شده به موجب قانون فهرست قوانین و احکام منسوخ در حوزه محیط زیست مصوب ۱۳۹۹/۰۶/۱۹ نسخ شده‌اند.

در لایحه قانونی مجازات صید غیرمجاز از دریای خزر و خلیج فارس مصوب ۱۳۵۸/۰۵/۰۴ نیز نمی‌توان ممنوعیت کلی

^۱. امور مربوط به صید در رودخانه‌هایی که به دریای خزر می‌ریزد تا مسافتی از مصب هریک از رودخانه‌ها که به پیشنهاد شرکت سهامی شیلات ایران و تصویب شورای عالی حفاظت محیط زیست تعیین می‌شود و همچنین امور مربوط به صید در آبهای خلیج فارس و دریای عمان و مرداب بندر پهلوی از شمول مقررات مربوط به صید آبزیان مندرج در این قانون مستثنی است. شرکت سهامی شیلات ایران و شرکت سهامی شیلات جنوب وظایف مربوط را طبق قوانین و مقررات خود عهده‌دار خواهند بود.

برای صدور مجوز صید ترال یافت و فقط در صورتی می‌توان به این قانون استناد کرد که مجوزی برای صید ترال اخذ نشده باشد، ولی سخن ما ممنوعیت صدور مجوز صید ترال به دلیل آسیب به محیط‌زیست است تا از صدور مجوز این نوع صیادی جلوگیری شود.

۳.۴. قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست مصوب ۱۳۵۳

اگرچه از تصویب این قانون مدت به نسبت مدیدی می‌گذرد و قانون مذکور در سال ۱۳۵۳ تصویب و در سال ۱۳۷۱ اصلاح شده است، به لحاظ فراگیر بودن موضوعات زیست‌محیطی و فرابخشی بودن قلمرو آن یک قانون کلی در زمینه محیط‌زیست و برای ممنوعیت صید ترال است.^۱ در ماده ۱ قانون فوق‌الذکر مقرر شده است: «حفاظت و بهبود و بهسازی محیط‌زیست و پیشگیری و ممانعت از هر نوع آلودگی و اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط‌زیست می‌شود، همچنین کلیه امور مربوط به جانوران وحشی و حتی آب‌زیان داخلی از وظایف سازمان حفاظت محیط‌زیست است. سازمان حفاظت محیط‌زیست، وابسته به ریاست جمهوری و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است و زیر نظر شورای عالی حفاظت محیط‌زیست انجام وظیفه می‌کند». این قانون را می‌توان مهم‌ترین و اساسی‌ترین قانون ایران درباره محیط‌زیست دانست. به موجب این قانون، سازمان حفاظت محیط‌زیست مهم‌ترین نهاد مسئول و متولی اجرای این قانون و فعالیت‌های مخرب محیط‌زیست از جمله ترال به شمار می‌آید. همچنین ماده یک این قانون بهترین استناد برای ممنوعیت صید ترال است؛ زیرا به موجب این ماده پیشگیری و ممانعت از هر اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط‌زیست شود، از وظایف سازمان حفاظت محیط‌زیست است و چنانچه گذشت، صید ترال هم باعث تخریب زیست دریایی و هم باعث برهم خوردن تعادل و تناسب زیستی جانوران دریایی می‌شود. برابر بند ۱ ماده ۶ این قانون، سازمان علاوه بر وظایف و اختیاراتی که در قانون شکار و صید برای سازمان شکاربانی و نظارت بر صید مقرر است، وظیفه دارد که با انجام دادن تحقیقات و بررسی‌های علمی و اقتصادی در زمینه حفاظت و بهبود و بهسازی محیط‌زیست و جلوگیری از آلودگی و برهم خوردن تعادل محیط‌زیست از طریق حفظ تعادل اکولوژیک طبیعت (حفظ مناسبات محیط‌زیست) اقدام کند. این امر می‌تواند شامل بررسی تأثیرات اکولوژیک صید ترال بر دریا و زیست دریایی باشد. پس از وظایف قطعی سازمان حفاظت محیط‌زیست است که با مطالعه علمی تأثیرات زیست‌محیطی صید ترال، در صورت مخرب بودن درباره محیط‌زیست یا برهم زدن تعادل و تناسب زیستی و ممنوعیت قانونی صید ترال اقدام کند. همچنین این سازمان به موجب بند ۲ ماده ۶ این قانون موظف است از تغییرات در آب و خاک و تغییر و تخریب مسیر رودخانه‌ها و تخریب جنگل‌ها و... جلوگیری کند و طبق بند ۳ ماده ۶، حفظ محیط‌زیست و حفظ ظواهر طبیعت و چگونگی زیباسازی آن جزو همین وظایف به شمار می‌رود.^۲

۳.۵. قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران

این قانون در تاریخ ۱۳۷۴/۰۶/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و آیین‌نامه اجرایی آن نیز در ۱۳۷۸/۰۲/۰۵ از تصویب هیئت وزیران گذشت. این اسناد قانونی به لزوم اخذ مجوز صیادی اعم از صیادان داخلی و خارجی توجه داشته

۱. رجب زاده، محمد علی، *حقوق محیط زیست، طرح مدیران سبز اندیش*، تهران: سازمان محیط زیست، ۱۳۸۷، ص ۱۰.

۲. بهرامی احمدی، حمید و عزیزالله فهیمی، «مبنای مسئولیت مدنی زیست محیطی در فقه و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی (معارف اسلامی و حقوق سابق)*، شماره ۲، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷.

و صید بدون مجوز را جرم تلقی کرده است. از نقاط قوت این قوانین می توان به ممنوعیت استفاده از ادوات صیادی غیرمجاز در ماده ۱۲ این قانون اشاره کرد که ظاهراً شامل ادوات صید ترال نیز می شود. با توجه به زمان تصویب این قانون انتظار می رفت توجه بیشتری به مسائل محیط زیست و حفاظت از آن داشته باشد، ولی در این راه چندان موفق عمل نکرده است. در آیین نامه به مطالعات اکولوژیکی اشاره شده، ولی محدودیت های لازم برای حفظ زیست بوم، گونه های در معرض خطر و حفظ منابع ملی برای نسل های بعدی پیش بینی نشده است.

ماده ۱۴ قانون فوق بیان می کند: «طرح مدیریت ذخایر آب های مندرج در ماده (۲) این قانون با هدف شناسایی و معرفی ذخایر قابل بهره برداری بر اساس مطالعات و تحقیقات علمی شیلات تهیه می شود. این طرح باید دربرگیرنده شرایط زمانی، مکانی، مقداری، روشی، گونه ای و ابزاری صید آبیان باشد؛ به نحوی که بهره برداری پایدار از منابع آبی را تضمین کند.» هرچند این ماده به تضمین بهره برداری پایدار در تهیه طرح مدیریت ذخایر آب ها تکلیف کرده و این نیز درواقع نوعی حفاظت از محیط زیست باشد؛ ولی به جنبه زیست محیطی آن تصریح نکرده است.

۳.۶. قانون مدیریت خدمات کشوری

یکی از قوانینی که به مسئله محیط زیست و حفاظت از آن اشاره کرده، قانون مدیریت خدمات کشوری است. این قانون حفاظت از محیط زیست را جزء امور حاکمیتی قلمداد کرده است. امور حاکمیتی به موجب ماده ۸ قانون یادشده این گونه تعریف شده است: «آن دسته از اموری که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه شده و بهره مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی شود» و در ادامه فهرستی از امور حاکمیتی مقرر کرده که در بند «ط» همین ماده «حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی» است. به عبارت دیگر، حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی در ایران موجب اقتدار و حاکمیت کشور می شود و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه می شود و بهره مندی از حفظ محیط زیست موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی شود. بنابر آنچه گفته شد، از نظر قانون مدیریت خدمات کشوری حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی از امور حاکمیتی و انجام دادن امور حاکمیتی از وظایف و اختیارات دولت است. پس حفاظت از محیط زیست و منابع طبیعی از چنان اهمیتی برخوردار است که در صدر امور کشور و تحت عنوان امور حاکمیتی قرار گرفته است؛ چراکه حیات نسل های آینده در گرو حفاظت موثر، کارآمد و مستمر محیط زیست ایران در اقصی نقاط آن به شمار می رود. با این وصف صید ترال نیز به عنوان تهدیدی بر محیط زیست و ناقض یک امر حاکمیتی باید مورد توجه دولت قرار گیرد و در جهت حفظ محیط زیست و حقوق نسل های مختلف ایرانیان از سوی دولت ممنوع اعلام و با ناقضان برخورد قانونی شود.

۳.۷. قوانین برنامه ای جمهوری اسلامی ایران

قوانینی را که ناشی و منبعث از اهداف آرمانی، چشم انداز و سیاست های نظام است و در قالب برنامه ای مشخص و برای یک دوره زمانی عمدتاً میان مدت تدوین و تصویب شود، در اصطلاح قوانین برنامه ای می نامند. به طور کلی حفاظت محیط زیست در قوانین برنامه ای کشور از رشد چشم گیری برخوردار بوده است؛ به طوری که با قوانین برنامه ای می توان از صید ترال، که آثار مخربی بر دریا و ساحل نشینان دارد، ممانعت به عمل آورد. جایگاه محیط زیست در چهار برنامه توسعه پس از انقلاب به طور مستمر ارتقا یافته است؛ به گونه ای که موضوع محیط زیست

از درج یک تبصره با ضمانت اجرای بسیار محدود در برنامه اول، با رشد قابل توجه به حدود ۲۴ ماده با تأثیرگذاری‌ها و دایره نفوذ به نسبت وسیع در قانون برنامه چهارم توسعه تبدیل شده بود، که به طور مختصر به مواردی اشاره می‌شود: در ماده ۵۸ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۱۱، دولت موظف شده بود شاخص‌های تنوع زیستی را تا پایان برنامه به سطح استانداردهای جهانی نزدیک کند. اگر توجه شود که شاخص‌های جهانی برای حفظ محیط زیست، شالوده توسعه پایدار و حفظ منابع طبیعی موجود بوده و در ارتقای ملی نیز از ضروریات حفظ ثروت‌های ملی است، اعتبار این ماده مشخص می‌شود. در ماده ۵۹ نیز رویکرد جدیدی در اقتصاد محیط زیست به چشم می‌خورد. برای اولین بار در کشور برآورد ارزش‌های اقتصادی منابع طبیعی و زیست محیطی و هزینه‌های ناشی از آلودگی و تخریب محیط زیست در فرایند توسعه و محاسبه آن در حساب‌های ملی کشور مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته بود. به موجب ماده ۶۳ قانون مذکور، دولت موظف بود حداکثر تا پایان برنامه چهارم به منظور سامان‌دهی جلوگیری از آلودگی و تخریب سواحل با اولویت دریای خزر، طرح جامع سامان‌دهی سواحل را، که متضمن اقدامات ضروری همچون تعیین و آزادسازی حریم، استقرار مدیریت یکپارچه سواحل، ضوابط و استانداردهای زیست محیطی و دریانوردی صیادی و آبرزی پروری است، در زمینه سیاست‌گذاری بازبینی، اجرا و نظارت کند. به موجب تبصره همین ماده، دولت باید ترتیبی اتخاذ می‌کرد که تا پایان برنامه عقب‌نشینی ۶۰ متر حریم دریا تحقق پیدا می‌کرد.^۱ البته زمان اجرای این برنامه سپری شده است و همچنین این مواد قانون به موجب قانون فهرست قوانین و احکام منسوخ در حوزه محیط زیست مصوب ۱۳۹۹/۰۶/۱۹ نسخ شده‌اند. اما از این نظر که به حفاظت محیط زیست توجه ویژه‌ای شده بود، حایز اهمیت است. در برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۰-۱۳۹۴) نیز به موضوع محیط زیست از زوایای دیگری توجه جدی شده بود. در بخش توسعه‌ای منطقه‌ای این برنامه ۷ ماده با ۱۶ موضوع مهم محیط زیستی به تصویب رسیده و در بخش‌های دیگر برنامه پنجم ۱۳ ماده با تبصره‌های گوناگون به محیط زیست اختصاص یافته بود. در این بخش مواد قانونی مربوط به آموزش همگانی و اطلاع‌رسانی محیط زیستی در سطح ملی و منطقه‌ای، جلوگیری از شکار بی‌رویه و ارزش‌گذاری اقتصادی منابع طبیعی از برنامه چهارم توسعه تنفیذ شده بود. در بخش محیط زیست، همچنین مواد قانونی دیگری با موضوعاتی مثل مدیریت یکپارچه زیست‌بومی و اجرای برنامه عمل تنوع زیستی، حفاظت، ساماندهی و مدیریت یکپارچه سواحل، ارزیابی محیط زیستی پروژه‌ها، خوداظهاری، کاهش آلودگی هوا، کاهش حجم پسماندهای ورودی به محل‌های دفن، شناسایی کانون‌های انتشار ریزگردها و مهار آن، کنترل و کاهش میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای، ممنوعیت بهره‌برداری صنعتی و معدنی از تالاب‌های داخلی، مدیریت یکپارچه تالاب‌های کشور مورد توجه قرار گرفته بود. در بخش توسعه منطقه‌ای برای اولین بار نظام ارزیابی محیطی و اجرای نظام شاخص‌های پایداری به صورت دو ماده قانونی مهم تصویب شد که در صورت اجرای کامل آن‌ها، محیط زیست کشور کاملاً از شرایط تهدید خارج خواهد شد و تحولات اساسی در توسعه مبتنی بر حفظ محیط زیست صورت خواهد گرفت. در سایر بخش‌ها نظیر کشاورزی، حمل و نقل، انرژی و صنعت فعالیت‌های توسعه‌ای با لحاظ حفظ محیط زیست مصوب شده بود. اما زمان اجرای این برنامه نیز سپری شده و علاوه بر آن بسیاری از موارد مورد اشاره به موجب قانون فوق‌الذکر نسخ شده‌اند. پس دیگر نمی‌توان برای ممنوعیت صید ترال به احکام این برنامه تمسک جست و ناگزیر باید به قوانین پیش‌گفته و عموماً مسلم حقوقی استناد کرد.

^۱. رجب زاده، پیشین، ص ۱۱-۱۲.

۳.۸. سیاست‌های کلی نظام و سند چشم‌انداز

یکی از منابع پراهمیت و مورد توجه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، سیاست‌های کلی نظام است که در زمره وظایف خاص رهبری قرار دارد و با اساس و کلیت نظام جمهوری اسلامی ارتباط تنگاتنگی دارد. به استناد بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، یکی از وظایف و اختیارات رهبری تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام است. به‌طور اجمالی مقصود از این اختیار آن است که تعیین خط‌مشی کلی نظام جمهوری اسلامی ایران در حوزه اختیارات رهبری است که پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام، آن خطوط کلی را مشخص و به‌منظور تقنین و اجرا به دستگاه‌های حکومتی ابلاغ می‌کند. با توجه به اصول قانون اساسی قانون‌گذاری و اجرا باید براساس این سیاست‌های ابلاغی از سوی رهبری صورت گیرد. آنچه به‌عنوان سیاست کلی از سوی رهبری تصویب و ابلاغ می‌شود، همانند قانون اساسی به شمار می‌آید. بنابراین نباید در مقام تصویب قانون یا هرگونه دستورالعمل و نیز اجرا، امری مخالف با آن صورت گیرد. تصویب قانون مغایر با آن هم در واقع مغایر با قانون اساسی است.^۱ در این راستا، سیاست‌های کلی حفظ محیط‌زیست هم جزو مسائلی است که مورد توجه ویژه قرار گرفته است. سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۵/۰۹/۰۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغی از سوی رهبری در ۵۲ بند که هریک ناظر بر امور خاصی از کشور و توسعه‌اند، تدوین شده و در بند ۱۹ حفاظت محیط‌زیست مورد اشاره قرار گرفته است. در این بند، حفاظت از محیط‌زیست و احیای منابع طبیعی یکی از اصول آمایش سرزمینی محسوب و به رسمیت شناخته شده است. در سند سیاست‌های کلی محیط‌زیست ابلاغی ۱۳۹۴/۰۸/۲۶ رهبری نکات قابل توجهی درخصوص حفاظت از محیط‌زیست وجود دارد که برای ممنوعیت صید ترال نیز می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. در این سند بر مدیریت جامع، هماهنگ و نظام‌مند منابع حیاتی و ایجاد نظام یکپارچه ملی محیط‌زیست تأکید شده است. بند یک «اصلاح شرایط زیستی به منظور برخورداری ساختن جامعه از محیط‌زیست سالم و رعایت عدالت و حقوق بین‌نسلی» را بیان کرده است که صید ترال به دلیل برهم زدن عدالت بین نسل‌ها در برخورداری از منابع دریایی می‌تواند مخالف صریح این بند از سیاست‌های کلی محیط‌زیست باشد. زیرا در صید ترال منابع دریایی برای نسل‌های بعدی از بین خواهد رفت و آنان فرصت استفاده از این منابع را نخواهند داشت. جرم‌انگاری تخریب محیط‌زیست و مجازات مؤثر و بازدارنده تخریب‌کنندگان محیط‌زیست و الزام آنان به جبران خسارت، تهیه اطللس زیست‌بوم کشور و حفاظت، احیا، بهسازی و توسعه منابع طبیعی تجدیدپذیر (مانند دریا، دریاچه، رودخانه، مخزن سدها، تالاب، آبخوان زیرزمینی، جنگل، خاک، مرتع و تنوع زیستی به‌ویژه حیات وحش) و اعمال محدودیت قانون‌مند در بهره‌برداری از این منابع متناسب با توان اکولوژیک (ظرفیت قابل تحمل و توان بازسازی) آن‌ها براساس معیارها و شاخص‌های پایداری، مدیریت اکوسیستم‌های حساس و ارزشمند (از قبیل پارک‌های ملی و آثار طبیعی ملی) و حفاظت از منابع ژنتیک و ارتقای آن‌ها تا سطح استانداردهای بین‌المللی و استقرار نظام حسابرسی زیست‌محیطی در کشور با لحاظ ارزش‌ها و هزینه‌های زیست‌محیطی (تخریب، آلودگی و احیا) در حساب‌های ملی از دیگر نکات قابل ذکر در سند سیاست‌های کلی محیط‌زیست است. براساس این اصول کلی باید قوانین در راستای جرم‌انگاری تخریب محیط‌زیست تهیه و محدودیت قانونی در بهره‌برداری از منابع متناسب با توان اکولوژیک اعمال شود که همه این موارد به‌نوعی در تأیید ممنوعیت صید ترال است. زیرا در صید ترال بهره‌برداری از منابع متناسب با توان اکولوژیک نیست و علاوه بر آن آسیب به زیست‌بوم دریایی و تخریب محیط‌زیست را ناشی می‌شود.

در سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ ابلاغی از سوی رهبری به سران قوا در ۱۳/۰۸/۱۳۸۲، که ایران

^۱ . مهرپور، پیشین، ص ۱۲۵-۱۲۶.

را در بیست سال آینده کشوری توسعه یافته ترسیم کرده است، ویژگی جامعه ایرانی را در چشم انداز و افق ۱۴۰۴ برخوردار از سلامت و بهره‌مند از محیط زیست مطلوب توصیف می‌کند. به این ترتیب، حفاظت از محیط زیست برای رسیدن به موقعیتی که موجبات بهره‌مندی جامعه ایرانی از محیط زیست مطلوب باشد، یک هدف آرمانی یا چشم انداز قابل حصول تلقی می‌شود.^۱ لذا با استناد به سیاست‌های کلی نظام که در سلسله مراتب قوانین جایگاه ویژه‌ای دارد و همچنین به سند چشم انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ می‌توان از صید ترال و موارد مشابه، که اثرهای مخربی بر محیط زیست دارند، ممانعت به عمل آورد.

۳.۹. آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب

آب یکی از منابع ضروری برای ادامه حیات بر سیاره زمین است. این طلای آبی رنگ بیش از ۷۰ درصد از سطح زمین را فراگرفته است که متأسفانه هرروزه حجم زیادی از آن آلوده می‌شود. این در حالی است که آلودگی آب آشامیدنی و بیماری‌های ناشی از آن هر ساله جان انسان‌های زیادی را می‌گیرد. آلودگی آب گاهی منشأ شهری دارد، مانند پساب‌ها و فاضلاب‌های خارج شده از منازل و مراکز تجاری و گاهی منشأ صنعتی دارد، مثل آلاینده‌های صنعتی توسط لوله‌هایی که از کارخانه‌ها به بیرون ریخته می‌شود و منابع آبی را آلوده می‌کنند. از دیگر موارد آلوده کننده آب می‌توان به کشتی‌های صید ترال نام برد که ماهیان و سایر جانداران گیرافتاده در تورهای وسیع خود را در آب دریا رها می‌کنند. بنابراین، تدوین مقررات صحیح در این راستا می‌تواند علاوه بر جلوگیری از آلودگی آب، زمینه مجازات افرادی را، که بی‌درنگ بدان مبادرت می‌ورزند، فراهم آورد. در این راستا و در اجرای ماده ۴۶ قانون توزیع عادلانه آب، هیئت دولت در تاریخ ۱۳۷۳/۰۲/۱۸ آیین‌نامه‌ای با عنوان «آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب» تصویب کرده است. به موجب ماده ۱ این آیین‌نامه، آلودگی آب عبارت است از «تغییر مواد محلول یا معلق یا تغییر درجه حرارت و دیگر خواص فیزیکی و شیمیایی و بیولوژیکی آب در حدی که آن را برای مصرفی که برای آن مقرر است مضر یا غیر مفید سازد». لذا هرگونه اقدامی که موجبات آلودگی آب اعم از منابع سطحی یا تحت‌الارضی را فراهم کند، به موجب این آیین‌نامه ممنوع است.^۲ تدابیر کنترل کننده آلودگی آب به لحاظ وجود ضمانت‌اجراهای مناسب، عمدتاً از طریق مواد ۱۰۴ و ۱۳۴ قانون برنامه سوم توسعه که در برنامه چهارم تنفیذ شده است و همچنین ماده ۶۸۸ قانون مجازات، که بیشتر مورد توجه و آشنایی قضات دادگستری است، اعمال می‌شود.^۳ اما ماده ۱۰۴ قانون برنامه سوم توسعه نسخ شده و به دو ماده مذکور نیز در ممنوعیت صید ترال نمی‌توان تمسک جست. باین حال چون در صید ترال بیشتر صیدهای غیرهدف (ضمنی) در دریا رها می‌شوند و سبب آلودگی آب دریاها می‌شود به استناد ماده ۲ آیین‌نامه فوق‌الذکر ممنوع و قابل پیگرد است.

۴. بررسی صید ترال در اسناد بین‌المللی

حفظ محیط زیست دریایی و ممنوعیت صید بی‌رویه مورد توجه کشورهای منطقه‌ای و جوامع بین‌الملل نیز قرار گرفته است. در جهت حفاظت و پاسداری از منابع آبی تلاش‌های گسترده‌ای در سطح منطقه و بین‌المللی در قالب کنوانسیون و توافق‌نامه صورت گرفته است که برخی به‌طور عام به حفاظت از محیط زیست اختصاص دارد. ذخایر آبی و زیستگاه آن‌ها

^۱ . رجب‌زاده، پیشین، ص ۱۰.

^۲ . ماده ۲ - «اقدام به هر عملی که موجبات آلودگی آب را فراهم نماید ممنوع است».

^۳ . همان، ص ۱۳.

یکی از گسترده ترین مصادیق زیست بوم به شمار می رود و کنوانسیون هایی مانند کنوانسیون تجارت بین المللی گونه های حیوانات و گیاهان وحشی در معرض انقراض^۱، کنوانسیون تنوع زیستی^۲، کنوانسیون سازمان ملل درباره چارچوب تغییر اقلیم یا کنوانسیون چارچوب تغییر اقلیم در سازمان ملل^۳، کنوانسیون رامسر^۴، کنوانسیون لندن برای جلوگیری از آلودگی دریایی ناشی از دفع مواد زائد و دیگر مواد^۵، کنوانسیون بین المللی جلوگیری از آلودگی دریا ناشی از کشتی ها (مارپل)^۶، کنوانسیون حقوق دریاها^۷، کنوانسیون بین المللی آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی نفتی^۸، کنوانسیون سازمان تون ماهیان اقیانوس هند^۹، کنوانسیون سازمان ملل راجع به حفظ و مدیریت ذخایر ماهیان مهاجر و دوکاشانه ای^{۱۰}، کنوانسیون بین المللی کنترل و مدیریت آب توازن کشتی ها^{۱۱} و مجموعه قواعد صید مسئولانه فائو^{۱۲} بر حفاظت از این منابع و زیست بوم تأکید دارند.^{۱۳}

سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد (فائو)^{۱۴} در ماده ۶.۵ قواعد صید مسئولانه از دولت ها، سازمان های ماهیگیری ناحیه ای و منطقه ای می خواهد تا با رویکردی احتیاطی از منابع طبیعی و موجودات زنده محیط زیست دریاها حفاظت کنند.^{۱۵} ماده ۶.۶ این دستورالعمل اقدامات احتیاطی بیشتری را برمی شمارد و از دولت ها می خواهد در فرایند ماهیگیری، تمهیدات احتیاطی لازم برای حفظ محیط زیست دریایی را مد نظر قرار دهند و ابزارها و شیوه های ماهیگیری انتخابی و ایمن برای محیط زیست را تا حد امکان توسعه دهند تا تنوع زیستی و ساختار جمعیت و زیست بوم آبی حفظ شود. کشورها و استفاده کننده گان از زیست بوم آبی باید ضایعات، صید گونه های غیرهدف، اعم از گونه های ماهی و غیرماهی و تأثیرات بر گونه های وابسته را به حداقل برسانند.^{۱۶}

^۱ . Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora 1973 (CITES).

^۲ . Convention on Biological Diversity 1992 (CBD).

^۳ . United Nations Framework Convention on Climate Change 1992 (UNFCCC).

^۴ . The Ramsar Convention on the Wetlands 1971.

^۵ . London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter 1972.

^۶ . **Marine Pollution 1973/1978 (MARPOL).**

^۷ . United Nations Convention on the Law of the Sea 1982.

^۸ . International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation 1990 (OPRC).

^۹ . Convention on the Western Indian Ocean Tuna Organization 1991 (WIOTO).

^{۱۰} . The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks 1995.

^{۱۱} . International Convention for the Control and Management of Ship's Ballast Water and Sediments 2004 (BWM).

^{۱۲} . Code of Conduct for Responsible Fisheries 1995.

^{۱۳} . خالقی، ابوالفتح، «سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال صید غیر مسئولانه آبزیان با مطالعه تدابیر فراملی»، نشریه پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۳، شماره ۳۲، ۱۳۹۰، صص ۳۹-۴۱.

^{۱۴} . Food and Agriculture Organization of the United (FAO).

^{۱۵} . States and subregional and regional fisheries management organizations should apply a precautionary approach widely to conservation, management and exploitation of living aquatic resources in order to protect them and preserve the aquatic environment, taking account of the best scientific evidence available. The absence of adequate scientific information should not be used as a reason for postponing or failing to take measures to conserve target species, associated or dependent species and non-target species and their environment.

^{۱۶} . Selective and environmentally safe fishing gear and practices should be further developed and applied, to the extent practicable, in order to maintain biodiversity and to conserve the population structure and aquatic ecosystems and protect fish quality. Where proper selective and environmentally safe fishing gear and practices exist, they should be recognized and accorded a priority in establishing conservation and management measures for fisheries. States and users of aquatic ecosystems should minimize waste, catch of non-target species, both fish and non-fish species, and impacts on associated or dependent species.

کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد جمعیت ماهی‌های تجاری و جمعیت ماهی‌های مهاجر (۱۹۹۵) از دولت‌های عضو و سازمان‌های تجاری می‌خواهد تا با اتخاذ رویکردی احتیاطی و ارتقای سطح علمی و کیفی ماهیگیری به محیط زیست دریایی آسیب کمتری وارد کنند. این کنوانسیون در بند (g) ماده ۵ به حفاظت از تنوع زیستی و محیط‌زیست دریایی^۱ و در بند (۱) ماده ۶ بر اتخاذ رویکرد احتیاطی در بهره‌برداری از منابع دریایی به منظور حفظ منابع زنده دریایی و حفاظت از محیط‌زیست دریایی^۲ تأکید می‌کند.

با توجه به اینکه ایران از سال ۱۹۵۳ م. (۱۳۳۲/۰۹/۰۷ ه.ش) به عضویت فائو درآمده است^۳ و در تاریخ ۱۳۷۶/۰۷/۲۳ «قانون موافقت‌نامه مربوط به اجرای مفاد کنوانسیون سازمان ملل متحد در زمینه حقوق دریاها مصوب ۱۹ آذر ۱۳۶۱ ه.ش برابر با ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ م. راجع به حفظ و مدیریت ذخایر ماهیان مهاجر و دوکاشانه‌ای» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، بنابراین مفاد قواعد صید مسئولانه و کنوانسیون فوق در ایران نیز لازم‌الاجرا است و براساس این اسناد بین‌المللی نیز حفاظت از محیط‌زیست و تنوع زیستی، استفاده از ابزار و شیوه‌های ماهیگیری ایمن برای محیط‌زیست الزامی است و چون صید ترال به دلیل آثاری که بیان شد با این الزامات قواعد بین‌المللی در تضاد است، پس صید ترال از نظر این قواعد بین‌المللی نیز باید ممنوعیت داشته باشد.

در بخش منطقه‌ای نیز کنوانسیون «ممنوعیت ماهیگیری با تورهای بلند در اقیانوس آرام جنوبی»^۴ با درک اهمیت منابع زنده دریایی برای مردم منطقه اقیانوس آرام جنوبی، با تأکید بر مضر بودن صیادی با تورهای بلند (بیش از دو و نیم کیلومتر) با راندن در کف دریا یا داخل آب، ممنوعیت برای اعضای این کنوانسیون قرار داده است. این کنوانسیون اعلام می‌دارد عمیقاً نگران آسیبی است که در حال حاضر توسط ماهیگیری با تور دریایی دریایی به منابع تن ماهی آلباکور و محیط زیست و اقتصاد منطقه اقیانوس آرام جنوبی وارد شده است. براساس این کنوانسیون، هریک از طرفین متعهد شده‌اند که اتباع و کشتی‌های خود را از شرکت در فعالیت‌های ماهیگیری با تور در منطقه کنوانسیون منع کنند.

نتیجه‌گیری

صید ترال در اعماق آب و در نقاطی که تنوع زیستی بیشتری وجود دارد، انجام می‌شود و چون طیف وسیع‌تری از آبزیان و گونه‌های در معرض خطر انقراض را شامل می‌شود، از این رو بسیار مخرب است و محیط‌زیست را تهدید می‌کند. لذا باید جلوی صیدهای بی‌رویه ترال گرفته شود تا دریا فرصتی برای تجدید ذخایر خود داشته باشد. تعیین میزان آسیب صید ترال به گونه‌های مختلف جانوران و زیستگاه دریایی یک کار تخصصی و خروج از حوزه حقوق است. ولی اگر این نوع صیادی بر اساس نظر اهل فن مخرب و مضر شناخته شود - که به اعتقاد بسیاری از کارشناسان این حوزه مخرب است - باید در مسیر آن ممنوعیت یا محدودیت قانونی ایجاد شود. همچنان که پیش‌تر نیز بیان شده، یک بار در اتحادیه اروپا گامی برای ممنوعیت صید ترال برداشته شد، ولی با اختلاف کم در تعداد آراء، به تصویب نرسید. اما این اتحادیه هنوز

^۱ . (g) protect biodiversity in the marine environment.

^۲ . States shall apply the precautionary approach widely to conservation, management and exploitation of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks in order to protect the living marine resources and preserve the marine environment.

^۳ . به نقل از نرم‌افزار جامع قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران منتشر شده توسط معاونت تدوین، تنقیح و انتشارات قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

^۴ . Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific 1989.

طرحی برای ممنوعیت صید ترال، به خصوص در مناطق حفاظت شده، از سال ۲۰۳۰ میلادی در دست دارد که به احتمال فراوان به تصویب خواهد رسید. اگرچه سند قانونی که به صراحت صید ترال را ممنوع یا محدود کرده باشد ملاحظه نمی شود. با وجود این، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی و سند چشم انداز بیست ساله افق ۱۴۰۴ به عنوان اسناد مادر و لازم الاجرا، حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی برای نسل های مختلف بشر را از تکالیف قانون دولت قرار داده است. پس دولت در معنای عام آن ملزم است قوانین محدود یا ممنوع کننده برای این نوع صیادی تصویب و اجرا کند. چنانچه در مقاله حاضر بحث شد، هرچند قانون شکار، قانون تشکیل وزارت منابع طبیعی و قوانین برنامه ای جمهوری اسلامی ایران به علت نسخ یا پایان مدت اجرای آن قادر به ایجاد محدودیت برای صید ترال نیستند، در جایی که صید ترال به محیط زیست آسیب وارد کند و منابع دریایی را معرض خطر دریایی قرار دهد، نهادهای حاکمیتی و قضایی با استناد به اصول ۴۳، ۴۵ و ۵۰ قانون اساسی به ترتیب برای پیشگیری از تمرکز و تداول ثروت در دست افراد یا گروه های خاص، حفظ حقوق نسل های آتی در ثروت های عمومی و محیط زیست سالم و حفاظت از محیط زیست و جلوگیری از تخریب آن، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، قانون مدیریت خدمات کشوری، آیین نامه جلوگیری از آلودگی آب و اسناد بین المللی - که ایران نیز به عضویت آن ها در آمده است - می توانند ممانعت یا محدودیت به عمل آورند. در این خصوص، قانون اساسی به دلیل شمولیت بسیار بالای خود می تواند بسیار مؤثر واقع شود. همچنین قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ مهم ترین قانون در خصوص حمایت از محیط زیست و ممانعت از صید ترال است.

پیشنهاد می شود، با وضع موجود دستگاه های حاکمیتی، از جمله دستگاه های قضایی و ضابطان مربوطه، با استناد به قوانین و مقرراتی که گفته شد، روی موضوع صید ترال تمرکز بیشتری داشته باشند و سازمان شیلات در پی یافتن راه حلی برای انجام دادن صید با کمترین آسیب باشد. البته در این خصوص باید اطلاعات لازم در حوزه ذخایر دریایی به روز شود تا بتوان صید و صیادی پایداری را در کشور داشته باشیم. به طور قطع در هر حال، فعالیت هایی مانند صید ترال که بی رویه و خارج از توان و تحمل اکوسیستم باشند، آسیب های زیادی را برای محیط زیست و آینده ما به دنبال دارند. اما اگر با آگاهی و انجام دادن مطالعات دقیق تصمیم گیری شود، آسیب ها به حداقل خواهد رسید. همچنین دستگاه قانون گذاری نیز برای صید ترال و موارد مشابه باید قوانین شفاف، به روز و کارآمدتری را تهیه و تصویب کنند تا بتوان با استناد به نص صریح و شفاف گام مؤثرتری در مواردی، که محیط زیست و منابع طبیعی در خطر قرار می گیرد، برداشت و از حقوق عامه مردم و نسل های مختلف به دفاع برخاست.

منابع

کتاب

۱. رجب زاده، محمد علی، *حقوق محیط زیست، طرح مدیران سبز اندیش*، تهران: انتشارات سازمان محیط زیست، ۱۳۸۷.
۲. شعبانی، قاسم، *حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۰.
۳. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ۱۳۶۴.
۴. عباسی، بیژن، *حقوق بشر و آزادی های بنیادین*، تهران: دادگستر، ۱۳۹۰.
۵. مهرپور، حسین، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۶. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، ۱۳۸۶.

مقاله

۷. بهرامی احمدی، حمید و عزیزالله فهیمی، «مبنای مسئولیت مدنی زیست محیطی در فقه و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی (معارف اسلامی و حقوق سابق)، شماره ۲۶، ۱۳۸۶، صص ۱۲۱-۱۵۰.
۸. حبیبی، محمد حسن، «حق برخورداری از محیط زیست سالم به عنوان حق بشریت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۰، ۱۳۸۲، صص ۱۳۱-۱۷۰.
۹. خالقی، ابوالفتح، «سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال صید غیر مسئولانه آبزیان با مطالعه تدابیر فراملی»، نشریه پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۳، شماره ۳۳، ۱۳۹۰، صص ۳۱-۶۲.
۱۰. رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین، «حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، صص ۹۳-۱۴۰.
۱۱. فهیمی، عزیزالله و علی مشهدی، «نسبت دین و حقوق محیط زیست: رویکرد اسلامی»، نشریه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۸، ۱۳۹۴، صص ۶۳-۸۰.
۱۲. فهیمی، عزیزالله، «فلسفه حقوق محیط زیست و آثار آن»، نشریه پژوهش‌های فلسفی کلامی، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۱۰۷-۱۱۷.
۱۳. فیروزی، مهدی، «مبنای حق برخورداری از محیط زیست سالم در قرآن کریم»، رواق/اندیشه، شماره ۴۲، ۱۳۸۴، صص ۶۵-۷۸.
۱۴. کشاورزی فرد، مهرزاد و همکاران، «تأثیر تور ترال میگوگیر بر زیست‌بوم دریایی: مشکلات و راه‌حل‌های پیشنهادی»، مجله میگو و سخت پوستان، دوره ۶، شماره ۱۴، ۱۴۰۰، صص ۴۵-۵۲.
۱۵. مرادی نوده، سیرالله، «بهره‌مندی از محیط زیست سالم-حق بنیادین بشر»، فصلنامه دانشکده ادبیات و علوم انسانی، شماره ۱۰، ۱۳۸۷، صص ۲۲۳-۲۵۰.

منبع اینترنتی

۱۶. پایگاه خبری عصر هامون، ۲۱ خرداد ۱۳۹۹.
۱۷. پایگاه خبری مارین نیوز، (پایگاه خبری تحلیلی دریایی ایران)، ۲۶ فروردین ۱۳۹۷.
۱۸. سایت اینترنتی PEW به آدرس: <https://www.pewtrusts.org/>، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵.
۱۹. سایت اینترنتی: <https://www.europarl.europa.eu>
۲۰. سایت اینترنتی: <https://www.latribune.fr>، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵.
۲۱. نرم‌افزار جامع قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران

References

Books

1. Abbasi, Bijan, *Human rights and fundamental freedoms*, Tehran: Dadgostar, 2011. (in Persian)
2. *Explanatory form of the parliament's negotiations in Final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran*, 1985. (in Persian)
3. Hashemi, Sayyed Mohammad, *The constitutional law of the Islamic republic of Iran*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2007. (in Persian)
4. Mehr-Pour, Hossein, *A concise of the constitutional law of the Islamic republic of Iran*, Tehran: Dadgostar, 2013. (in Persian)
5. Rajab-Zadeh, Mohammad Ali, *Environmental law; Environmental Managers' Plan*, Tehran: Department of Environment Press, 2008. (in Persian)

6. Sha'bani, Ghasem, *Constitution law and government structure of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Ettela'at Press, 2011. (in Persian)

Articles

7. Bahrami Ahmadi, Hamid and Aziz-Allah Fahimi, "The basis of environmental civil responsibility in Iranian law and jurisprudence", *The Quarterly Journal of Islamic law Research (Islamic Knowledges and Law)*, Issue 26, 2007. (in Persian)
8. Fahimi, Aziz-Allah and Ali Mashhadi, "The relationship between religion and environmental law; Islamic approach", *Islamic Human Rights Studies*, Issue 8, 2015. (in Persian)
9. Fahimi, Aziz-Allah, "The Philosophy of environmental law and Diverge Effects", *Journal of Philosophical Theological Research*, Volume 9, Issue 3, 2008. (in Persian)
10. Firoozi, Mehdi, "Foundations of the right to have a healthy environment in the Holy Quran", *Rawaq Andisheh Magazine*, Issue 42, 2005. (in Persian)
11. Habibi, Mohammad Hassan, "The right to have a healthy environment as a human right", *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, Issue 60, 2003. (in Persian)
12. Keshavarzi-Fard, Mehrzad, et al, "The impact of shrimp trawling on the marine ecosystem: problems and proposed solutions", *Shrimp and Crustaceans Journal*, Volume 6, Issue 14, 2021. (in Persian)
13. Khaleghi, Abolfath, "Iranian legal criminal policy against the irresponsible fisheries and study of international actions", *Journal of Public Law Research*, 13 (32), 2011. (in Persian)
14. Moradi Nowdeh, Seir-Allah, "Having a healthy environment: a fundamental human right", *Journal of the Faculty of Literature and Humanities (Shahr-e-kord University)*, Issue 10, 2008. (in Persian)
15. Ramezani Ghavamabadi, Mohammad Hosseian, "The preservation of the environment in Iran's constitution", *The Quarterly Journal of judicial law views*, Issue 63, 2013. (in Persian)
16. Rijnsdorp, A. D., Hiddink, J. G., Denderen, P. D., Hintzen, N. T., Eigaard, O. R. "Different bottom trawl fisheries have a differential impact on the status of the status of the North Sea seafloor habitats", *ICES Journal of Marine Science*, 77, 2020.

Internet Resources

17. Asr-e-Hamoon News Agency, 10 June 2020. (in Persian)
18. Comprehensive software of laws and regulations of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
19. Internet Site: <https://www.pewtrusts.org/>, Last Visited: 16 December 2023. (in Persian)
20. Internet Site: <https://www.europarl.europa.eu>. (in Persian)
21. Internet Site: <https://www.latribune.fr>, Last Visited: 16 December 2023. (in Persian)
22. Marine News Agency, 15 April 2018. (in Persian)

International legal documents

23. Code of Conduct for Responsible Fisheries, 1995.
24. Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific, 1989.
25. Convention on Biological Diversity 1992 (CBD).
26. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 1973, (CITES).
27. Convention on the Western Indian Ocean Tuna Organization, 1991, (WIOTO).
28. Food and Agriculture Organization of the United (FAO).
29. International Convention for the Control and Management of Ship's Ballast Water and Sediments, 2004, (BWM).

30. International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation, 1990, (OPRC).
31. London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972.
32. Marine Pollution 1973/1978 (MARPOL).
33. The Ramsar Convention on the Wetlands, 1971.
34. The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, (1995).
35. UNESCO, (1980), Symposium on the Study of New Human Rights: The Rights of Solidarity, Mexico.
36. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982.
37. United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992, (UNFCCC).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Understanding the Concept and Position of "Due Diligence" in International Investment Law

Seyed Mohammad Hoseini¹, Mohammad Habibi Mojande²

ABSTRACT

Today, due diligence criterion has a special significance and undeniable role in international law. One of the first and most important fields of emergence of this criterion is international investment law. The present Article tries to express the importance of this fundamental criterion in this field of international law by analysing the position of due diligence criterion in international investment law. Since international investment is a two-sides process between a state as the target of capital and on the other hand a foreign investor; The due diligence criterion has been revised in the form of an obligation on both sides of this process. In order to clarify the position of the said criterion, this Article compares the support obligations of host state (FPS, FET & IMS) and due diligence criterion and on the other hand, citing the procedure of arbitral tribunals, it also proves due diligence as an obligation on the foreign investor. The due diligence criterion, considering the specific conditions of each case and situation, as a general obligation, is a duty on the host state to support the foreign investor/investment and an obligation on the foreign investor to balance the obligations of the investor-state. As a result, there is no field in international investment law in which this important criterion has not play a role.

KeyWords: International Investment, Due Diligence, International Minimum Criterion, Fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security

How to Cite: Hoseini, Seyed Mohammad, Habibi Mojande, Mohammad, "Understanding the Concept and Position of "Due Diligence" in International Investment Law", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:97-116.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232359.2540>

Received: 14/07/2023-Accepted: 24/02/2024

1. PhD, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran
Corresponding Author Email: mh_smh@yahoo.com

2. Associate Professor, Faculty of law, Mofid University, Qom, 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/>).



ره‌گیری مفهوم و جایگاه «مراقبت مقتضی» در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

سیدمحمد حسینی^۱، محمد حبیبی مجنده^۲

چکیده

ضابطه مراقبت مقتضی امروزه جایگاه ویژه و نقشی انکارناپذیر در حقوق بین‌الملل به خود اختصاص داده است. یکی از اولین و مهم‌ترین زمینه‌های بروز و ظهور این ضابطه را می‌توان حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دانست. نوشتار پیش‌رو از رهگذر بررسی جایگاه معیار مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، درصدد بیان اهمیت این معیار بنیادین در این زمینه از حقوق بین‌الملل است. از آنجایی که سرمایه‌گذاری بین‌المللی فرایندی (دو سویه) میان یک کشور به‌عنوان دولت هدف سرمایه و از سوی دیگر سرمایه‌گذار خارجی است؛ معیار مراقبت مقتضی در قالب یک تعهد در دو سوی این فرایند مورد بازبینی قرار گرفته است. تحقیق حاضر در راستای روشن شدن جایگاه ضابطه مزبور، تعهدات حمایتی دولت میزبان (FPS, FET & IMS) را در قیاس با ضابطه مراقبت مقتضی قرار می‌دهد و از سوی دیگر با استناد به رویه محاکم داوری، مراقبت مقتضی را به‌عنوان تعهدی بر سرمایه‌گذار خارجی نیز اثبات می‌کند. ضابطه مراقبت مقتضی با لحاظ شرایط خاص هر پرونده و موقعیت، به‌عنوان یک تعهد کلی، وظیفه‌ای بر دولت میزبان در راستای حمایت از سرمایه‌گذار/ سرمایه‌گذاری خارجی و تعهدی بر سرمایه‌گذار خارجی در راستای تعادل تعهدات دولت- سرمایه‌گذار است. در نتیجه هیچ زمینه‌ای از حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری باقی نمی‌ماند که این معیار مهم در آن نقش ایفا نکرده باشد.

کلید واژگان: سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مراقبت مقتضی، معیار حداقلی بین‌المللی، رفتار عادلانه و منصفانه، حفاظت و امنیت کامل.

استناد به این مقاله: حسینی، سیدمحمد، حبیبی مجنده، محمد، «ره‌گیری مفهوم و جایگاه «مراقبت مقتضی» در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۹۷-۱۱۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232359.2540>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۵

۱. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: Mh_smh@yahoo.com

۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، 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

مراقبت مقتضی در شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل امروزه حائز نقش برجسته‌ای است. در این بین، چهار یا پنج شاخه از حقوق بین‌الملل وجود دارند که ضابطه مراقبت مقتضی در آن‌ها نقشی انکارناشدنی و برجسته‌تر از دیگر زمینه‌ها به خود اختصاص داده است. یکی از این چند زمینه، حقوق بین‌الملل اقتصادی و اختصاصاً سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.^۱ از جمله اولین زمینه‌های بروز و ظهور ضابطه مراقبت مقتضی حمایت از اتباع خارجی و دارایی آنان توسط کشور میزبان بوده است.^۲ و این دقیقاً همان چیزی است که در سرمایه‌گذاری بین‌المللی با آن سروکار خواهیم داشت. مقاله حاضر ضابطه مراقبت مقتضی را ابتدا به عنوان تعهدی برای دولت میزبان و پس از آن به عنوان تعهد سرمایه‌گذار خارجی مورد بحث قرار داده است. در نهایت با مقایسه‌ای میان این دو سنخ تعهد و تغییرات نگرشی که نسبت به تعادل میان این دو ایجاد شده است به هدف نوشتار حاضر نائل آمده‌ایم. گفتنی است که رجوع به تحقیقات صورت گرفته در زمینه بررسی مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، که حتی به زبان انگلیسی نوشته شده است، نیز محدوده دقیق این تعهد و دیگر قواعد حمایتی و احتیاطی مرتبط را آن‌چنان که باید به خواننده ارائه نمی‌دهد. قابل‌انعطاف بودن معیارها و تفاوت گستره شمول آن‌ها باعث پیچیدگی مفهومی و اغلب سردرگمی خواننده خواهد شد. مقاله حاضر در تلاش بوده است با ترسیم اشکال در ارتباط با گستره تعهدات و هم‌پوشانی هریک با دیگری، تا حدودی از این پیچیدگی مفهومی بکاهد و محدوده هریک از تعهدات را به نحو روشن‌تری به خواننده معرفی کند.

مفاهیم محوری

سرآغاز نوشتار پیش‌رو به بررسی اجمالی دو مؤلفه اساسی مقاله، یعنی مفهوم مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل و مفهوم سرمایه‌گذاری بین‌المللی اختصاص دارد. اگرچه این نکته شایان توجه است که مفهوم‌شناسی مراقبت مقتضی نیازمند یک کار علمی مستقل است، به نحو اختصار و به عنوان مقدمه‌ای در ابتدای نوشتار بدان پرداخته شده است تا از این رهگذر مسیر برای هدف اصلی تحقیق هموارتر شود.

۱.۱. مراقبت مقتضی

مراقبت مقتضی یا معادل انگلیسی آن “due diligence” که در یک بیان ساده معادل واژگانی همچون مراقبت و احتیاط است.^۳ نقطه مقابل احتیاط و مراقبت، سهل‌انگاری، قصور و اهمال دانسته شده است؛^۴ جان راگی^۵، معمار «اصول راهنمای ملل متحد راجع به تجارت و حقوق بشر»^۶، مراقبت مقتضی را این‌گونه تعریف کرده است: «مراقبت مقتضی به میزانی از اهتمام، اقدام یا توجه مداوم اطلاق می‌شود که به نحو شایسته انتظار می‌رود «یک فرد

^۱ . با استناد به گزارش اول انجمن حقوق بین‌الملل راجع به مراقبت مقتضی که منحصراً به بررسی مفهومی مراقبت مقتضی در موارد زیر پرداخته است: مسئولیت دولت، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق بین‌الملل محیط زیست، ن ک:

ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014.

^۲ . See: Ollino, A. *Due Diligence Obligations in International Law*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2022, p 17.

^۳ . Krieger, Heike., Anne, Peters., Leonhard, Kreuzer (Editors). *Due Diligence in the International Legal Order*, United Kingdom: Oxford University Press, 2020, 2. See also: Ollino, Op.cit., p 3.

^۴ . Krieger, Op.cit. p 2.

^۵ John Ruggie

^۶ . Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, Human Rights Council (A/HRC/17/31), 2011.

معقول و محتاط» عادتاً در شرایط خاصی از خود بروز دهد. میزان و کیفیت این عملکرد و اهتمام با هیچ ابزار مطلق و از پیش تعیین‌شده‌ای قابل تعیین و ارزیابی نیست، بلکه شرایط و موقعیت هر پرونده تعیین‌کننده میزان این اهتمام، توجه یا عملکرد است.^۱

نظر به تعریف ارائه‌شده می‌توان مدعی شد: مراقبت مقتضی ضابطه‌ای است که تعمداً انعطاف‌پذیر وضع شده است. در نتیجه این استاندارد در حقوق بین‌الملل مجموعه‌ای از تعهدات روشن و از پیش تعیین‌شده نیست، بلکه طیف و گستره‌ای از تعهدات است که در موارد و موقعیت‌های مختلف می‌تواند متفاوت جلوه کند. تنها شاخصه بارز این تعهد رفتار معقول و همراه با احتیاط و اهتمام است.

۱.۲. سرمایه‌گذاری بین‌المللی

اگرچه به دلیل اختلاف موضوع و هدف سرمایه‌گذاری، نمی‌توان به‌سادگی تعریف واحدی برای سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حقوق بین‌الملل یافت^۲، در این بین می‌توان به تعریف سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) در «منشور آزادسازی جریان سرمایه» اشاره کرد که اذعان داشته است: عنصر اصلی در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی کنترل سرمایه‌گذار بر شرکت است.^۳ سرمایه‌گذاری خارجی درواقع پروسه‌ای است که در آن دارایی‌های مشهود یا غیرمشهود^۴ از کشوری به کشور دیگر به‌منظور استفاده از آن‌ها در کشور میزبان در راستای تولید ثروت، تحت کنترل کامل یا جزئی مالک ثروت، منتقل می‌شود.^۵

پس از بیان اجمالی مفاهیم، پیکره اصلی مقاله متمرکز بر دو ساحت از حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است: بخش نخست به بررسی ضابطه مراقبت مقتضی به‌عنوان مسئولیتی بر عهده دولت میزبان اختصاص داشته و بخش دوم معیار مراقبت مقتضی را به‌عنوان تعهدی بر سرمایه‌گذار خارجی مد نظر قرار داده است. از این رهگذر جایگاه و نقش ضابطه مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری روشن شده است.

۲. مراقبت مقتضی به‌عنوان مسئولیتی بر عهده «دولت میزبان»

تحقیقات و مقالات مستقلی را می‌توان یافت که اختصاصاً به موضوع مراقبت مقتضی به‌عنوان تعهدات دولت میزبان پرداخته‌اند.^۶ تحقیقاتی از این دست نشان‌دهنده اهمیت بررسی ضابطه مراقبت مقتضی در حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری از یک سو و از سوی دیگر اهتمام اخیر اندیشمندان این حوزه به ضابطه مراقبت مقتضی است. بی‌تردید یک سوی ضابطه مراقبت مقتضی به‌عنوان مجموعه‌ای از تعهدات، متوجه دولت میزبان است. گفتنی است شاید این منظر دارای پیشینه

^۱ . The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide, United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, 6.

^۲ . OECD, *International Investment Law Understanding Concepts and Tracking Innovations a companion volume to International Investment Perspectives*, Paris: OECD Publications, 2008, p 46.

^۳ . OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, Annex A, 29.

^۴ . Tangible or intangible

^۵ . Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, New York: Cambridge University Press, 2010, p 8.

^۶ . See: De Brabandere, E. "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment law", *Journal of International Law and Commerce* 42, 2015; Dumberry, P. "Host States' Due Diligence Obligation towards Foreign Investors in the Context of Rebellion and Civil Wars", *Journal of World Investments and Trade*, 22, 2021, pp 705-731; Anozie N. "The Full Security and Protection due diligence obligation", University of Ottawa, 2016.

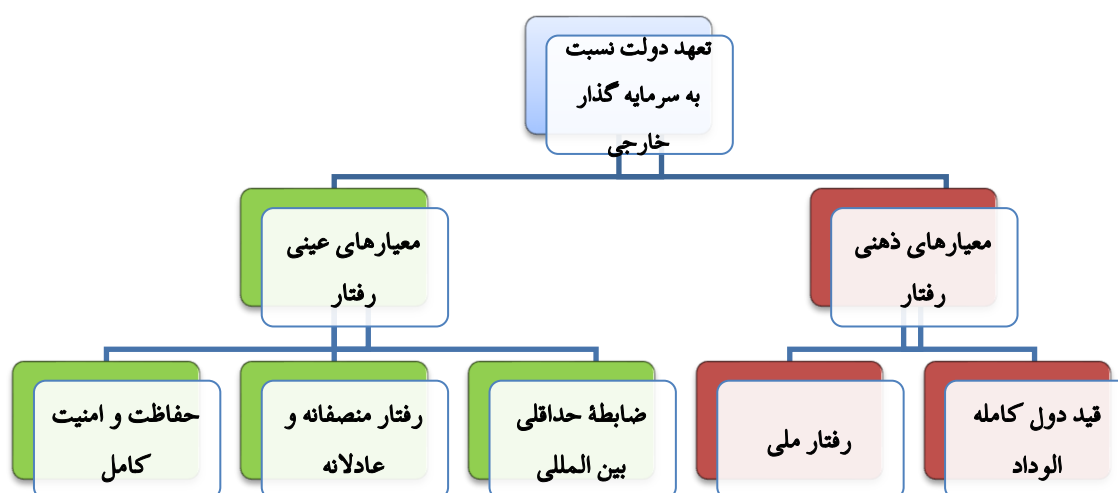
بیشتری از تعهد سرمایه‌گذار خارجی باشد. به تعبیر گویاتر، گفتمان امروز ضابطه مراقبت مقتضی به سمت یک تعهد دوسویه (هم تعهد دولت میزبان و هم تعهد سرمایه‌گذار خارجی) پیش رفته است. این در حالی است که قبل از شکل‌گیری این رویکرد جدید، تنها تعهدی که در زمینه مراقبت مقتضی وجود داشته، همان وظیفه یکجانبه دولت میزبان در حمایت از افراد و اموال خارجی تحت قلمرو بوده است. مفهوم مراقبت مقتضی نقش مهمی را در چندین جنبه از حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی ایفا می‌کند. ضوابط معین و شناخته‌شده‌ای در این زمینه وجود دارد که به قرار ذیل‌اند:

«حفاظت و امنیت کامل»

«ضابطه حداقلی بین‌المللی»

«رفتار منصفانه و عادلانه»

این سه ضابطه عموماً به عنوان ضوابط عینی رفتار^۱ شناخته می‌شوند. ضوابط و معیارهای عینی (مطلق) صرف‌نظر از اینکه با دیگر سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری‌ها چگونه رفتار می‌شود، دولت را ملزم می‌کنند که در یک شیوه تعریف‌شده خاص و طبق قواعد حقوق بین‌الملل عمل کند. هنگامی که با یک معیار عینی سروکار داریم؛ ضابطه اصلی سنجش عملکرد یک دولت در مقایسه با دولتی است که در شرایط مشابه حداکثر تلاش خود را به کار گرفته باشد. در مقابل ضوابطی وجود دارند که آن‌ها را به عنوان ضوابط ذهنی (نسبی، محتمل)^۲ می‌شناسند که شامل رفتار ملی و رفتار دول کامله‌الوداد هستند. در این قسم از معیارها برخلاف معیارهای عینی، رفتار مشابه با سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری‌های دیگر ملاک و معیار است.^۳ برای روشن‌تر شدن این تقسیم‌بندی و مجموعه قواعد مرتبط با آن شکل ۱ را ملاحظه کنید.



شکل ۱

^۱ . گاهی از این ضوابط به عنوان ضوابط غیرمشروط (Non-contingent) یا مطلق رفتار نیز یاد می‌شود. ن ک:

De Brabandere, Op.cit., p 329.

^۲ . Contingent, relative or subjective standards. Ibid.

^۳ . See: First Report, 7 March 2014, pp 6-7.

قید دول کامله‌الوداد و رفتار ملی در حقیقت رویه‌ای است که دولت در قبال سرمایه‌گذاران اعم از داخلی و خارجی پیش گرفته است، فارغ از اینکه تا چه میزان این رویه مطابق با استانداردهای بین‌المللی است؛ در ادامه با تفصیل بیشتری بدان پرداخته شده است. درحالی‌که ضوابط عینی رفتار (ضابطه حادقلی بین‌المللی، رفتار عادلانه و منصفانه و حفاظت و امنیت کامل) بدون نظر به پیشینه رفتار دولت با سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی، یک نرم رفتاری پذیرفته‌شده بین‌المللی را تحت عنوان «عملکرد یک حاکمیت خوب و معقول» پیش‌روی دولت می‌گذارد و رفتار دولت را در شرایط مشابه با حاکمیت خوب و معقول مورد سنجش قرار می‌دهد. اگر کیفیت رفتار دولت در این مقایسه به‌اندازه کافی مطلوب نباشد، دولت مسئول شناخته خواهد شد. با این توضیح بحث نوشتار حاضر، ذیل عنوان ضابطه مراقبت مقتضی به‌عنوان مسئولیتی بر عهده دولت میزبان بر سه ضابطه حادقلی بین‌المللی، رفتار عادلانه و منصفانه و حفاظت و امنیت کامل تمرکز خواهد داشت که هر سه ضابطه مذکور به‌عنوان معیارهای عینی رفتار با مراقبت مقتضی مرتبط‌اند.

۲.۱. مراقبت مقتضی و ضابطه «حفاظت و امنیت کامل (Full Protection and Security: FPS)»

در همین ابتدا باید به این نکته اذعان داشت که قلمرو این سه ضابطه و محدوده دقیق هریک هنوز محل بحث و تبادل نظر است^۱ و چه‌بسا نتوان برای هریک از این معیارها تعریف دقیقی ارائه کرد. ضابطه حفاظت و امنیت کامل نیز از این قاعده مستثنی نیست.^۲ درحقیقت همین عدم مشخص بودن محدوده حفاظت و امنیت کامل است که میزان و درجه‌ای از مراقبت را، که دولت میزبان باید برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی اعمال کند، مبهم یا شاید به تعبیر دقیق‌تر انعطاف‌پذیر کرده است.

می‌توان مدعی شد ضابطه حفاظت و امنیت کامل به این معناست: دولت میزبان در صورتی ناقض تعهدات بین‌المللی خود شناخته می‌شود که حمایت و حفاظت «فیزیکی» از سرمایه‌گذاری‌ها و سرمایه‌گذاران به‌عمل نیاورده باشد. خواه منشأ آسیب خود دولت باشد یا از جانب شخص ثالث ارتکاب یافته باشد. درحقیقت این تعهد هم بر دولت و هم بر اشخاص ذیل حاکمیت دولت اعمال می‌شود.^۳ همین جاست که ارتباط میان این معیار و ضابطه مراقبت مقتضی روشن می‌شود. دولت متعهد است در حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها و سرمایه‌گذاران مراقبت مقتضی را به کار گیرد. به تعبیر دیگر، عمل به معیار حفاظت و امنیت کامل منوط به اعمال ضابطه مراقبت مقتضی در حق سرمایه‌گذاری‌ها و سرمایه‌گذاران است. در یک تعریف دیگر، نه‌فقط این ضابطه مستلزم رعایت مراقبت مقتضی است بلکه تحمیل‌کننده مسئولیت مطلق - تحت شرایط خاص - بر دولت میزبان است.^۴ (اگر رعایت مراقبت مقتضی را تعهد به نتیجه بدانیم با مسئولیت مطلق به یک معنا خواهد بود. ولی درحقیقت تعهد به مراقبت مقتضی - در یک مفهوم پذیرفته‌شده - تعهد به رفتار است و نه تعهد به نتیجه، که البته باید در جای خود مورد بحث قرار گیرد). با این توصیف نسبت معیار حفاظت و امنیت کامل و مراقبت مقتضی در یک تعریف، تساوی است و در تعریف موسع این نسبت به عموم و خصوص مطلق بازگشت دارد.^۵ برای روشن‌تر شدن ارتباط این ضابطه با گستره تعهدات مراقبت مقتضی اشکال ۲ و ۳ را ملاحظه کنید.

^۱ . See: First Report, 7 March 2014, p 7.

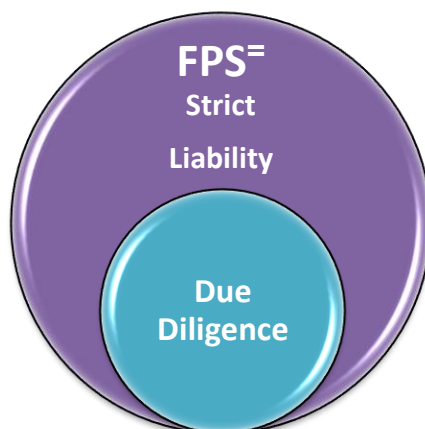
^۲ . See: Mantilla Blanco, S. *Full Protection and Security in International Investment Law*, Volume 8. European Yearbook of International Economic Law, Switzerland: Springer, 2019, V.

^۳ . Ibid, p 8.

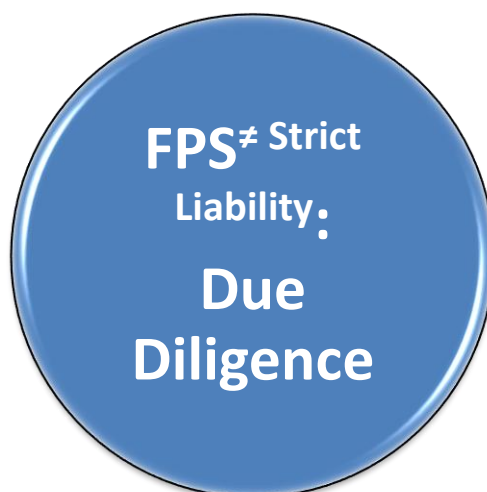
^۴ . برخی معتقدند حفاظت و امنیت کامل به‌معنای مسئولیت مطلق یا کامل دولت (Strict or absolute liability) در حفاظت فیزیکی از سرمایه‌گذاری خارجی است. ن ک:

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3. P 2, Para 9.

^۵ . See: Mantilla, Op.cit., p 327.



شکل ۲: در صورتی که معیار حفاظت و امنیت کامل را معادل مسئولیت مطلق تلقی کنیم دامنه تعهدات گسترده‌تر از تعهداتی است که ذیل ضابطه مراقبت مقتضی بر دوش دولت خواهد آمد (چراکه مراقبت مقتضی قید رفتار است و نه قید نتیجه؛ ولی در مسئولیت مطلق، دولت در قبال نتیجه نیز مسئول خواهد بود).



شکل ۳: در صورتی که معیار حفاظت و امنیت کامل را قید رفتار بدانیم و نه قید نتیجه؛ در این تعریف این تعهد منطبق با تعهد به مراقبت مقتضی خواهد بود

بر طبق دو دیدگاه مذکور، یا ضابطه مراقبت مقتضی بخشی از معیار حفاظت و امنیت کامل است (در صورتی که حفاظت و امنیت کامل به معنای مسئولیت مطلق باشد) یا مساوی با آن است (مشروط بر اینکه دولت میزبان متعهد به مسئولیت مطلق نباشد). استناداتی به برخی از آرای محاکم بین‌المللی وجود دارد که صراحتاً اشاره داشته‌اند: معیار حفاظت و امنیت کامل به معنای مسئولیت مطلق نیست، بلکه به معنای اعمال مراقبت مقتضی است. به عنوان مثال، دعوای اسرائیل علیه مصر مربوط به یک قرارداد نفتی-گازی؛ یکی از ادعاهای خواهان در این پرونده این است که مصر مراقبت لازم از لوله‌های انتقال گاز را اعمال نکرده و در نتیجه حمله و آسیب به این خطوط لوله، نتوانسته میزان گازی را که متعهد به تحویل آن بوده است، به طرف مقابل برساند. داوران چنین استدلالی را مردود می‌شمرند.^۱

^۱ . Ampal-American Israel Corp. EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, and BSS-EMG Investors LLC, ICSID Case No. ARB/12/11. 2017. P: 54, Para: 241- 244.

شاهدی دیگر بر اینکه تعهد دولت به حفاظت و امنیت کامل به معنای مسئولیت مطلق نیست، می‌توان در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده کارخانه‌ال سی^۱ مشاهده کرد. کارخانه‌ای در پالرمو ایتالیا که سهامداران آن دو شرکت آمریکایی^۲ هستند. پس از تصمیم سهامداران به انحلال، کارگران کارخانه را اشغال می‌کنند. ایالات متحده معتقد است ایتالیا تعهدات خود را نقض کرده است و یکی از موارد نقض نیز این است که به کارگران اجازه داده است کارخانه را اشغال کنند.^۳ دیوان ادعای ایالات متحده را رد می‌کند و اظهار می‌دارد معیار حفاظت و امنیت کامل تضمین‌کننده این نیست که هیچ خطری دارایی‌های سرمایه‌گذار خارجی را تهدید نمی‌کند و هیچ آسیبی به چنین سرمایه‌هایی نخواهد رسید و در ادامه نیز بیان می‌دارد که دو شرکت آمریکایی مالک کارخانه‌ال سی باید متوجه این امر می‌بودند که اخراج بیش از ۸۰۰ کارگر کارخانه بدون اعتراض نخواهد بود.^۴

مشابه همین مضمون را در قضیه‌ای ای پی ال (AAPL) علیه سریلانکا نیز می‌توان دید. در این پرونده دقیقاً اشاره شده است که معیار حفاظت و امنیت کامل همان عمل به مراقبت مقتضی است و مسئولیت مطلق را به دولت تحمیل نمی‌کند.^۵ با این اوصاف می‌توان بیان کرد اگر حفاظت و امنیت کامل متمرکز بر حمایت و حفاظت فیزیکی است از یک سو و از سوی دیگر همان اعمال ضابطه مراقبت مقتضی و تعهد به رفتار است. در نتیجه دولت‌ها متعهدند تمامی اقدامات معقول و متناسب را درباره حفظ امنیت سرمایه‌گذار خارجی و سرمایه آنان به کار بندند. به تعبیر دیگر، هر آنچه در شرایط مشابه از یک حاکمیت خوب و معقول قابل انتظار است، انجام داده باشد، ولو اینکه در نهایت به سرمایه‌گذار خارجی هم زانی برسد.

۲.۲. مراقبت مقتضی و ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه (Fair and Equitable Treatment: FET)

برخی از اندیشمندان معیار رفتار منصفانه و عادلانه را مهم‌ترین ضابطه‌ای دانسته‌اند که در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در راستای حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذار خارجی مورد شناسایی قرار گرفته است.^۶ به نظر می‌رسد تعریف ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه متکی به تعریف انصاف و عدالت باشد. بلکه بازگشت این ضابطه به اصل کلی حسن‌نیت در حقوق بین‌الملل عام نیز دانسته شده است.^۷ اگر بخواهیم فارغ از مباحث دامن‌داری که در اصل تعریف این ضابطه صورت گرفته است، حدود و ثغور اجمالی این ضابطه را روشن کنیم، باید تعهدات دولت میزبان به سرمایه‌گذار خارجی را به دو بخش تقسیم کنیم:

ابتدا پیش از وقوع صدمه، زیان یا خسارت به سرمایه یا سرمایه‌گذار خارجی. دولت میزبان باید مراقبت فیزیکی لازم را داشته باشد. چنین وظیفه‌ای به نظر بازگشت به قاعده حفاظت و امنیت کامل دارد؛ چنانچه در تعریف این ضابطه حمایت فیزیکی مورد تأکید قرار گرفت. وظیفه دوم دولت زمانی آغاز می‌شود که صدمه یا زانی به سرمایه یا سرمایه‌گذار خارجی وارد آمده باشد.

^۱ . Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) ICJ Judgment of 20 July 1989.

^۲ . Raytheon & Machlett.

^۳ . Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) ICJ Judgment of 20 July 1989. P: 48, Para 65.

^۴ . Ibid, P 65, Para 108.

^۵ . Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3. P 2, Para 8.

^۶ . Jacob, M., Stephan W. S. "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method", *Amsterdam Center for International Law*, 20, 2017, P 2.

^۷ . See: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 Para: 154.

در اینجا به حفاظت و حمایت فیزیکی نیازی نیست، بلکه حفاظت و حمایت قانونی و رفتار عادلانه و منصفانه راجع به جبران خسارت، پیگیری، تعقیب و مجازات مرتکبین ضرورت می‌یابد. با این توصیف به نظر می‌رسد ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه بیشتر ناظر به پس از وقوع خسارت و آسیب باشد. از همین رو به شهادت گزارش اول انجمن حقوق بین‌الملل ارجاع آرا و احکام داوری ذیل این معیار به ضابطه مراقبت مقتضی به مراتب کمتر از ارجاع به آن، ذیل رابطه حفاظت و امنیت کامل است.^۱ چراکه ضابطه اخیر بیشتر ناظر به شرایط پیش از وقوع آسیب و در راستای جلوگیری و ممانعت از آن است.

مسئولیت دولت میزبان نسبت به سرمایه گذار خارجی

پس از وقوع آسیب یا زیان

پیش از وقوع آسیب یا زیان

ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه

ضابطه حفاظت و امنیت کامل

شکل ۴: بیشترین کاربرد معیارهای حمایتی را به نسبت زمان قبل و بعد از وقوع آسیب یا زیان به سرمایه و یا سرمایه‌گذار خارجی نشان می‌دهد

۲.۳. مراقبت مقتضی و معیار حداقلی بین‌المللی (International Minimum Standard: IMS)

شایان ذکر است که حمایت از اتباع بیگانه در حقوق بین‌الملل و به رسمیت شناخته شدن آن بی‌ارتباط با دوران استعمارگری و امپریالیسم نیست.^۲ ناگزیر دول استعمارگر اتباع خود را به کشورهای مستعمره می‌فرستادند و باید برای آن‌ها حقوقی در نظر گرفته می‌شد که جان و مال ایشان محفوظ بماند. در اوایل قرن بیستم، آمدورفت اتباع دول-به اصطلاح- متمدن به کشورهای دیگر تا اندازه‌ای گسترش یافت که کشورهای عمده صادر کننده سرمایه (ایالات متحده و انگلستان) موضعی را اتخاذ کردند تا به موجب آن، اتباع خارجی در کشورهای دیگر طبق قوانین عرفی بین‌المللی از استانداردهای رفتاری خاصی برخوردار باشند.^۳ این قبیل استانداردها با معیارهایی برابری می‌کنند که توسط دول متمدن، از جمله ایالات متحده و دولت‌های اروپایی، پذیرفته شده باشد.^۴ در حقیقت همین جنبش، جرقه شکل‌گیری معیار

^۱ . See: First Report, 7 March 2014, P 7.

^۲ . See: Bungenberg, Marc., Jörn, Griebel., Stephan, Hobe., August, Reinisch., Yun-I Kim. (Editors). *International Investment Law*, Germany: Nomos, 2015, 8, Para 4.

همچنین ن ک: قنبری جهرمی، محمد جعفر و محمود منصور وصالی، «تحول نظام مسئولیت بین‌المللی دولت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۷۱، ۱۳۹۴، ص ۳۴۹.

^۳ . برای اطلاع از قوانین سخت‌گیرانه و به تعبیری تبعیض ظالمانه قانونی (Ruthless legal discrimination) که اروپای قرون وسطی برای بازرگانان و تجار خارجی وضع کرده بود، منبع زیر پیشنهاد می‌شود:

Keechang, k. *Aliens in Medieval Law, the origins of modern citizenship*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, pp 31-35.

^۴ . Bungenberg, Op.cit., p 9.

حداقلی بین‌المللی رفتار با بیگانگان (IMS) را تشکیل داد. در مقابل ضابطه حداقلی بین‌المللی، کشورهای آمریکای لاتین که از سالیان پیش طعم استعمار را چشیده بودند و موضعی تدافعی به قواعد وضع شده توسط ملل متدین داشتند، دکترین کالوو را که توسط حقوق‌دان و دیپلمات آرژانتینی، کارلوس کالوو، ارائه شد مورد پذیرش قرار دادند. هنوز هم به دلیل ماندگار شدن شرط کالوو^۱ در قراردادهای سرمایه‌گذاری کشورهای آمریکای لاتین، این کشورها عموماً از عضویت در ایکسید بازمانده‌اند.^۲

درحقیقت در مقابل ادعای رفتار حداقلی بین‌المللی، دکترین کالوو درصدد تأیید و تقویت نظریه رفتار ملی (NT) بود و نظریه وی علیه حمایت دیپلماتیک قد علم کرد. کالوو معتقد بود با توجه به اصل برابری ملت‌ها، اتباع دول بیگانه مستحق رفتار بهتری با اتباع دولت میزبان نیستند. در نتیجه همان حمایتی که از شهروندان خودی وجود دارد، در حق اتباع بیگانه نیز جاری خواهد بود. اگرچه دیدگاه کالوو هیچ‌گاه جایگاه خود را در عرصه بین‌الملل پیدا نکرد و ضابطه حداقلی بین‌المللی، پیروز این نبرد نه‌چندان برابر بود.^۳ برای تبیین بهتر معیار حداقلی بین‌المللی رفتار (IMS) لازم است به اختصار نظریه رفتار ملی (NT) از نظر گذرانیده شود و پس از آن بیان شود که شرط کالوو به چه صورت در راستای تقویت نظریه اخیر وضع شده و در نهایت در تقابل با رفتار حداقلی بین‌المللی قرار گرفته است:

نظریه رفتار ملی شرایطی را حاکم می‌دارد که بر تبعیض ظالمانه و ناروایی که بر سرمایه‌گذاران و تجار خارجی تا پیش از آن تحمیل می‌شد پایان دهد.^۴ این دیدگاه جدید کشورها را به تعاملی همانند آنچه شهروندان (اتباع) آن کشور مستحق آن در زمینه سرمایه‌گذاری اند موظف می‌کرد. تبعیض میان خودی و بیگانه^۵ را از میان برمی‌داشت^۶ و قانون داخلی را، که تا پیش از این فقط از سرمایه‌گذار داخلی حمایت می‌کرد، در حق سرمایه‌گذار خارجی نیز با همان کیفیت تسری می‌داد.^۷ پس از انقلاب صنعتی در اروپا ارسال سرمایه به کشورهای جهان سوم فزونی یافت و در همین مسیر عموماً کشورهای سرمایه‌پرست دریافتند حمایت‌های ملی کشور هدف سرمایه‌چندان مناسب به نظر نمی‌رسد و ریسک سرمایه‌گذاری در کشورهای خارجی فقط بر مبنای حمایت‌هایی، که در قانون داخلی کشورهای هدف سرمایه وجود دارد، بالا خواهد بود. از این‌رو در پی ایجاد یک استاندارد بین‌المللی حمایتی از سرمایه‌گذاری خارجی برآمدند تا در این زمینه متکی به حمایت‌های داخلی بعضاً ناکافی دولت هدف سرمایه نباشند. به تعبیر دیگر، حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی مطالبه شد

^۱ . Calvo Clauses

^۲ . See: Baker, J., Lois, Yoder. "ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Journal on Dispute Resolution*, 5 (1), 1989, p 90.

برخی از اندیشمندان معتقدند اختصاصاً در کشورهای آمریکای لاتین اخیراً جنبشی در راستای تقویت و تأیید مجدد دکترین کالوو صورت گرفته است. در این باره ن ک: سویدی، سوریا، *حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری آئستی سیاست و اصول*، ترجمه دکتر محمد حبیبی مجنده، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۸، ص ۳۲۷.

^۳ . See: Bungenberg, Op.cit., PP 9-10.

^۴ . انگلستان همچون دیگر مناطق اروپا برای تاجر خارجی سلسله‌ای از قواعد را وضع می‌کرد که حتی ایشان را موظف به پیش کش هدایایی برای فتودال‌ها و لردهای مناطق منظور می‌کرد تا بدو اجازه تجارت و بازرگانی بیابند.

Keechang, k. *Aliens in Medieval Law, the origins of modern citizenship*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, P 32.

^۵ . گفتنی است واژه (Aliens) از ریشه لاتین (Alius) به معنای "دیگران Other" -در مقابل خودی- گرفته شده است.

Bungenberg, Op.cit., P 7.

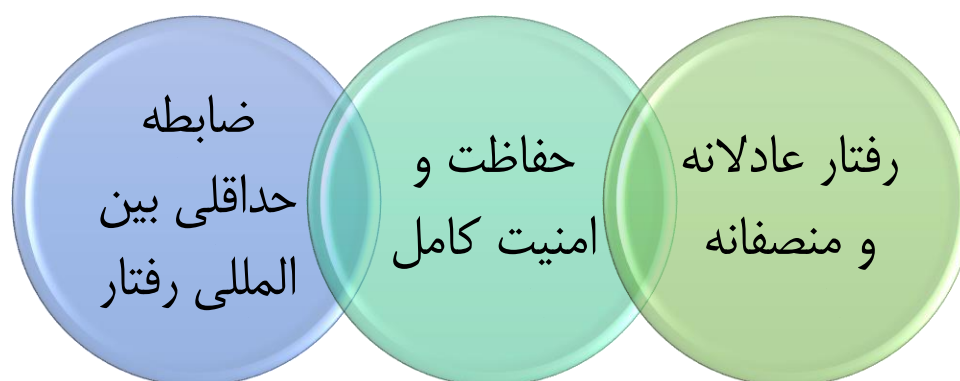
^۶ . اساساً ضابطه رفتار ملی ریشه در اصل منع تبعیض دارد. ن ک: نیک‌بخت، حمیدرضا، مهدی هفتانی و سارا میرمحمد صادقی، «حق اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی در دسترسی به شبکه انرژی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۱، ۱۳۹۷، ص ۲۴۹.

^۷ . حبیبی، به‌آذین، «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، *فصلنامه پژوهش حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۳۳، ۱۳۹۰، ص ۴۵.

که بالاتر از رفتار ملی دولت‌ها با سرمایه‌گذار، چه داخلی و چه خارجی، تا پیش از آن بود. رفتار برابر و عدم تبعیض بین سرمایه‌گذار داخلی و خارجی که تا پیش از این دنبال می‌شد جای خود را به تبعیض مثبت در حق سرمایه‌گذار خارجی داد و این چرخش مهم در حمایت از سرمایه‌گذار/سرمایه‌گذاری خارجی در ضابطه حداقلی بین‌المللی رفتار گنج‌انیده شد.^۱

در مقابل اغلب کشورهای سرمایه‌پذیر-اختصاصاً کشورهای آمریکای لاتین- به ضابطه حداقلی بین‌المللی که سرمایه‌گذاران خارجی را در اصل تافته‌ای جدابافته به حساب می‌آورد و حمایت‌های حقوق داخلی از سرمایه‌گذاری خارجی را کافی نمی‌داند، معترض شدند. اصل برابری حاکمیت کشورها و اتباع آن‌ها ایجاب می‌کند دولت میزبان سرمایه تفاوتی در حمایت بین اتباع خود و سرمایه‌گذار خارجی قائل نباشد. از همین رو کارلوس کالوو آرژانتینی در سال ۱۸۶۸ نظریه خویش را در مقابل استاندارد بین‌المللی رفتار و همچنین حمایت دیپلماتیک ارائه کرد. کالوو مؤکداً بر این اعتقاد بود که بیگانگان و اتباع خارجی دارای تساوی مطلق بوده و حقوق و محاکم داخلی دولت سرمایه‌پذیر حاکم بر آن‌هاست. اگرچه می‌دانیم آنچه امروز به‌عنوان قاعده‌ای عرفی بین‌المللی شناخته می‌شود، ضابطه حداقلی بین‌المللی رفتار است و نظریه کالوو هیچ‌گاه مبدل به یک نرم حقوقی بین‌المللی نشده است.^۲

بعد از بررسی زمینه بروز ضابطه حداقلی بین‌المللی باید به دیدگاه‌هایی راجع به ارتباط این معیار، با دو ضابطه «حفاظت و امنیت کامل» و «رفتار عادلانه و منصفانه» بپردازیم. عمدتاً نظرها در این باره به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند که در اشکال ۵ و ۶ می‌توان آن‌ها را خلاصه کرد. دیدگاه نخست که معتقد است هر سه ضابطه دارای استقلال است، اگر چه در مواردی با یکدیگر هم‌پوشانی داشته باشند و دیدگاه دوم که معتقد است «ضابطه حداقلی بین‌المللی» معیاری عام و فراگیر است که مشتمل بر ضوابط «حفاظت و امنیت کامل» و «رفتار عادلانه و منصفانه» خواهد بود.^۳



شکل ۵: هر سه ضابطه مستقل و مفهوم و مصادیق جداگانه‌ای را شامل شده، ولی در عین حال در محدوده‌های خاصی با یکدیگر هم‌پوشانی دارند

^۱. بنیان‌گذار این اندیشه سیاست‌مدار و حقوق‌دان آمریکایی الیهو روت (Elihu Root) است. لوفلد، آندریاس اف، *حقوق بین‌الملل*

اقتصادی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: جنگل، ۱۳۹۵، ص ۴۹۲. همچنین:

Bungenberg, Op.cit., P 158.

^۲. Ibid, P 9, Para 8.

^۳. De Brabandere, Op.cit., P 330.



شکل ۶: معیارهای رفتار عادلانه و منصفانه و حفاظت و امنیت کامل بخشی از ضابطه حداقلی بین‌المللی محسوب می‌شوند

مؤیداتی می‌توان یافت که نظریه دوم (شکل ۶) را تأیید می‌کند و بیان می‌دارد که حفاظت و امنیت کامل جزئی از ضابطه حداقلی بین‌المللی رفتار است.^۱ هر ارتباطی با یکدیگر داشته باشند قدر متیقن این است که در هر دو رعایت مراقبت مقتضی در حمایت از سرمایه و سرمایه‌گذار خارجی به‌عنوان مسئولیتی برای دولت شناخته شده است؛ چه این تعهد را ذیل حفاظت و امنیت کامل معنا کنیم و چه آن را تحت معیار حداقلی بین‌المللی جای دهیم. علاوه بر این با توجه به توضیحی که در ارتباط با ضابطه حفاظت و امنیت کامل و ارتباط نزدیک به تساوی این دو معیار بیان شد، می‌توان مدعی شد معیار مراقبت مقتضی تعهدی ذیل ضابطه حداقلی بین‌المللی یا لااقل در موارد هم‌پوشانی دو ضابطه حفاظت و امنیت کامل و معیار حداقلی بین‌المللی معیار مراقبت مقتضی لازم‌الرعایه توسط دولت میزبان است.



شکل ۷: ضابطه حداقلی بین‌المللی معیاری فراگیر و تعهدی کلی‌تر از ضوابط دیگر

^۱. Ibid, p 331.

پس از تشریح نسبت ضابطه حداقلی بین‌المللی یک نکته دیگر نیز در این مجال شایان توجه است که با چه معیاری باید رفتار دولت در خصوص رعایت یا عدم رعایت ضابطه مراقبت مقتضی مورد سنجش قرار گیرد؟ آیا با یک چارچوب معین باید رفتار همه دولت‌ها را مورد ارزیابی قرار داد (معیار عینی) یا شرایط موجود در پرونده و موضوع، معیار ارزیابی را تحت تأثیر قرار خواهد داد (ارزیابی نسبی). هر دو نظریه طرفداران خودش را دارد. برخی معتقدند عملکرد یک حاکمیت خوب و معقول در شرایط مشابه را باید معیار قرار داد و در صورتی که رفتار دولت موردنظر با چنین حاکمیت فرضی مغایر یا متفاوت باشد، این دولت ناقض ضابطه مراقبت مقتضی شناخته می‌شود. در تأیید این دیدگاه می‌توان به بیان ۱۹۵۵ فریمن در آکادمی لاهه استناد جست که مؤید همین مضمون است.^۱

از سوی دیگر، برخی بر این اعتقادند که نمی‌توان یک معیار ثابت و عینی را مدنظر قرار داده و در همه شرایط آن را اعمال کرد. استدلال طرفداران نظریه ارزیابی ذهنی بر این است که نمی‌توان توانایی دولت‌ها و ابزار و شرایطی که برای اعمال مراقبت مقتضی در اختیار دارند را نادیده گرفت و همه آن‌ها را با یک معیار واحد ارزیابی کرد. به‌عنوان مثال نمی‌توان مسئولیت دولتی که حداکثر توانایی اعمال مراقبت مقتضی را دارد با دولتی که زیرساخت لازم برای اعمال چنین حمایت حداکثری را ندارد یکسان دانست. بنابراین می‌توان مدعی شد معیار ارزیابی نسبی معیاری عادلانه‌تر به نظر می‌رسد.

برای تأیید این ادعا می‌توان به رأی پرونده تریل اسملتر (ایالات متحده علیه کانادا) اشاره کرد. در این رأی قابلیت کانادا و ظرفیت موجود در این کشور برای کنترل آسیب‌های زیست‌محیطی در نظر گرفته شده و از همین رو کانادا ناقض تعهد به مراقبت مقتضی تشخیص داده شده است.^۲ به نظر می‌رسد لحاظ شرایط و موقعیت خاص پرونده، عاملی تأثیرگذار در میزان مراقبتی است که باید اعمال شود. در اینکه هر دولتی به‌عنوان میزبان سرمایه‌گذار خارجی متعهد به اعمال مراقبت مقتضی است، تردیدی وجود ندارد و این تعهد مشترکی محسوب می‌شود. درعین حال دول میزبانی که توانایی و زیرساخت بیشتری برای حمایت از سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی در دست داشته باشند، متعهد به همان میزان حمایت خواهند بود.

چنین معیار ارزیابی را می‌توان به معیار مسئولیت‌های مشترک و درعین حال متفاوت^۳ دولت‌ها در حمایت از محیط زیست شبیه دانست. به‌عنوان آخرین دلیل برای تأیید معیار ارزیابی ذهنی می‌توان به تعریف مقام بین‌المللی بستر دریا از مراقبت مقتضی استناد جست. نهاد مزبور در رأی مشورتی خود مراقبت مقتضی را معیاری می‌داند که به‌آسانی قابل تعریف نیست و مفهومی متغیر است.^۴ در نتیجه در تعریف و تعیین محدوده تعهدات ذیل آن باید شرایط پرونده مورد لحاظ و مد نظر قرار گیرد. با این مقدمه معیار ذهنی معیاری عادلانه‌تر برای ارزیابی ضابطه مراقبت مقتضی در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی خواهد بود.

مراقبت مقتضی به‌عنوان مسئولیتی بر سرمایه‌گذار خارجی

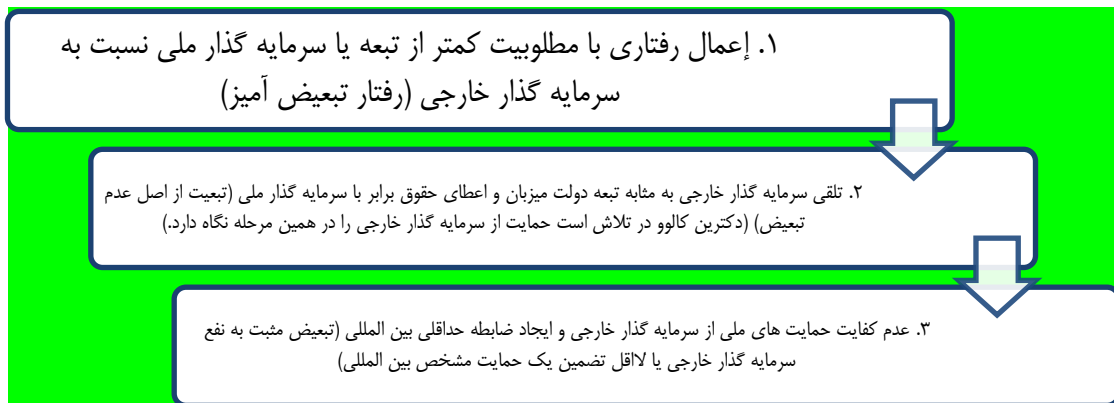
باید دانست نگرش سنتی در حقوق بین‌الملل به شیوه نامتعادلی تنها حمایت خود را معطوف به سرمایه‌گذار خارجی کرده و رفته‌رفته تعهد دولت میزبان سرمایه را افزایش داده بود. تا مدت‌ها سرمایه‌گذار خارجی فقط از این بهبود شرایط بهره‌مند شده و هیچ تکلیفی نیز بردوش نگرفته است. سیر تحول حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در قواعد ملی و بین‌المللی در شکل شماره ۸ قابل مشاهده است.

^۱. Ibid, Op.cit., p 355.

^۲. See: ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014, p 6.

^۳. عبداللہی، محسن و سعیدہ معرفی، «اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، فصلنامه پژوهش حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱.

^۴. See: Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, P 10, Para 117.



شکل ۸: روند توسعه بهره‌مندی‌های حمایتی سرمایه‌گذار خارجی

اگر بخواهیم فقط یک مورد از مصائب و مشکلاتی را که بی‌تعهدی سرمایه‌گذار خارجی برای کشور میزبان را در قالب یک پرونده به تصویر بکشیم، باید از دعوای داوری شوفلد^۱ - گواتمالا و ایالات متحده آمریکا - نام ببریم.^۲ سرمایه‌گذار آمریکایی که در گواتمالا به استخراج صمغ نوعی درخت که در تهیه آدامس استفاده می‌شود مبادرت داشت، به شیوه‌ای اقدام کرده بود که درختان را در معرض از بین رفتن قرار می‌داد. گواتمالا قرارداد سرمایه‌گذاری شوفلد را لغو می‌کند، با استناد به اینکه شیوه استحصال صمغ به گونه‌ای است که درختان را در معرض نابودی قرار داده است. در نهایت گواتمالا نه فقط خسارتی برای درختان آسیب‌دیده دریافت نمی‌کند، بلکه به دلیل ممانعت از ادامه کار سرمایه‌گذار محکوم به پرداخت غرامت هم می‌شود. علاوه بر این، دیوان داوری به درخواست ایالات متحده (کشور متبوع سرمایه‌گذار) مبنی بر اتلاف زمان، صدمه به اعتبار و فشار عصبی وارد آمده بر شوفلد را صحه گذارده است.^۳

همین مهم نشان می‌دهد که رویه پیشین در حقوق سرمایه‌گذاری فقط در صدد حمایت بی‌قید و شرط از سرمایه‌گذار خارجی بوده و در این میان اهمیتی نداشته است که دولت میزبان تا چه میزانی می‌تواند از رفتارهای غیرمتعهدانه سرمایه‌گذار خارجی دچار آسیب، زیان و صدمه شود. پس از مشکلات و آسیب‌هایی که بی‌تکلیفی سرمایه‌گذار خارجی برای کشورهای میزبان به ارمغان آورد،^۴ نگرش نوین به سوی متعهد کردن سرمایه‌گذار خارجی روی آورده است تا از این رهگذر به یک تعادل حقوقی تکلیفی نزدیک شود. به تعبیر دیگر، در نگرش نوین به حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی محاکم داوری مشتاق‌اند که اطمینان یابند قواعد سرمایه‌گذاری بین‌المللی به یک رویکرد حمایت‌گرانه صرف برای امیدها و آرزوهای غیرواقعی سرمایه‌گذاران بدل نمی‌شود.^۵ روند روبه‌رشد مسئول تلقی شدن سرمایه‌گذار خارجی امروزه تا جایی پیش رفته است که پیش‌شرط تحقق «انتظارات مشروع» رعایت مراقبت مقتضی در سرمایه‌گذاری است.^۶

^۱ Shufeldt

^۲ Reports of International Arbitral Award, Shufeldt Claim (Guatemala, USA): 24 July 1930.

^۳ Ibid.

^۴ See also: Sornarajah, p 158.

^۵ Matos, Shaun. "Investor Due Diligence and Legitimate Expectations." *Journal of World Investment and Trade* 23, 2020, p 314; Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, (9 November 2000) Para 64.

^۶ برای اطلاع بیشتر درباره مفهوم انتظارات مشروع نک به: ابراهیم گل، علیرضا و محسن نیک‌بین، «جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق در

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۶

^۷ First Report, 7 March 2014, p 10.

۳.۱. تعهد به مراقبت مقتضی برای سرمایه‌گذار، پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری

با یادآوری مجدد این مؤلفه اساسی که: «پیش‌شرط تحقق انتظارات مشروع^۱ سرمایه‌گذار خارجی، انجام دادن تعهدات مراقبت مقتضی است.» به توضیح و تبیین آن در این بخش پرداخته شده است. سرمایه‌گذار خارجی پیش از اینکه فرایند سرمایه‌گذاری را آغاز کند باید با حداکثر اهتمام و دقت همه شرایط دولت میزبان را رصد کند و تمامی خطرهایی را که ممکن است بر سرمایه‌گذاری آتی وی اثرگذار، برشمرده باشد. نتیجه اهمال و سهل‌انگاری (عدم اعمال تعهدات ضابطه مراقبت مقتضی) در چنین امری از جانب سرمایه‌گذار، درنهایت ممکن است به عدم استحقاق وی برای مطالبه حقوق و بهره‌مندی‌های مشروع ختم شود. به‌عنوان مثال، اگر یک سرمایه‌گذار خارجی به سرمایه‌گذاری در کشوری مبادرت کند که فرار مالیاتی، قاچاق کالا و امثال آن وجود داشته باشد، اگر رفتارهای غیرقانونی از این دست، منافع سرمایه‌گذار را پس از سرمایه‌گذاری مورد تهدید یا لطمه قرار دهد، حق اعتراض نخواهد داشت. بدین معنا که اگر چنین شرایطی بر حقوق این سرمایه‌گذار اثر منفی گذاشته باشد استحقاق مطالبه خسارت و تعهد دولت میزبان برای جبران چنین خسارتی وجود ندارد.

تأیید این ادعا را می‌توان در رأی داوری یک شرکت نفتی یونانی علیه آلبانی به وضوح مشاهده کرد.^۲ دیوان داوری ایکسید در این رأی بیان داشته است که نظر به اطلاع سرمایه‌گذار خارجی از شرایط موجود در آلبانی و تخلفات قانونی موجود، شرکت مزبور استحقاق مطالبه خسارت در قبال چنین رفتار غیرقانونی را نخواهد داشت؛ چراکه علی‌رغم اطلاع از وجود چنین تخلفاتی در کشور میزبان، اقدام به سرمایه‌گذاری کرده است. به تعبیر دیگر، شرکت نفتی مزبور تعهدات خود ذیل ضابطه مراقبت مقتضی را برای سرمایه‌گذاری انجام نداده است، درنتیجه انتظارات مشروعی را، که مستحق آن بوده است، از دست خواهد داد.^۳

قضیه مهم پلاما علیه بلغارستان که در زمینه تعهدات سرمایه‌گذار خارجی در تحقیق حاضر پرونده‌ای کلیدی محسوب می‌شود نیز در این بخش همانند قسمت بعدی قابل توجه است. دیوان داوری در این پرونده، سرمایه‌گذار را به علت عدم شناخت کافی از وضعیت حقوقی کشور میزبان (بلغارستان) دارای قصور می‌داند.^۴ از آنجایی که شناخت و اطلاع کافی درباره وضعیت حقوقی حاکم بر کشور میزبان از جمله مسائلی است که باید پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری مورد توجه و اهتمام سرمایه‌گذار قرار داشته باشد، از همین رو می‌توان این مورد را نیز شاهدهی بر عدم رعایت تعهدات مراقبت مقتضی پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری دانست.

چنانچه روشن است، در این مجال سخن از مسئولیت سرمایه‌گذار خارجی در قبال تعهدات مراقبت مقتضی در میان نیست، بلکه در صورت عدم رعایت اقدامات احتیاطی لازم توسط سرمایه‌گذار خارجی پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری، و در نتیجه تأثیرپذیری سوء از شرایط حاکم، مسئولیت دولت میزبان در گام اول و درنهایت مسئولیت حمایت فراملی از سرمایه‌گذاری خارجی برداشته شده است. دولت میزبان در قبال چنین سرمایه‌گذاری، که پیش از اقدام تعهدات مراقبت مقتضی را نادیده گرفته است، تکلیف و مسئولیتی نخواهد داشت و انتظارات مشروع وی قابل مطالبه نیست. توضیحات لازم به روشنی نشان می‌دهد که پیش‌شرط مطالبه انتظارات مشروع رعایت مراقبت مقتضی از جانب سرمایه‌گذار خارجی

^۱ Legitimate Expectations

^۲ . See: Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24

^۳ . Ibid. Para: 823.

^۴ . Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24). Para: 220.

لااقل پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری است. در بیانی ساده‌تر می‌توان گفت سرمایه‌گذار خارجی درنهایت اهتمام و با یک تلاش معقول به پیش‌بینی تمامی ریسک‌های موجود در مسیر سرمایه‌گذاری در یک کشور خاص اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند. صرف اقدام به سرمایه‌گذاری به مثابه پذیرش ضمنی همه خطرات احتمالی است که این عملیات اقتصادی پیش‌روی خود دارد. چنانچه خطری از پیش موجود یا محتمل، سودآوری شرکت مزبور را تحت‌تأثیر قرار دهد یا ضرر و زیانی به سرمایه‌گذار وارد آورد، درحالی‌که سرمایه‌گذار نسبت به آن غافل بوده و آن را پیش‌بینی ننموده باشد، حق مطالبه جبران خسارت از دولت میزبان را نخواهد داشت.

۳.۲. استمرار تعهد به مراقبت مقتضی سرمایه‌گذار در طول مدت فعالیت اقتصادی

مراقبت مقتضی تکلیفی است که در فرایند سرمایه‌گذاری و در طول مدت فعالیت اقتصادی در کشور میزبان نیز باید مدنظر سرمایه‌گذار باشد. تا مادامی که سرمایه‌گذار بخواهد در چتر حمایتی قوانین ملی و فراملی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی قرار گیرد، باید حداکثر اهتمام و دقت را در امور ویژه‌ای، که بارزترین آن را می‌توان ملاحظات حقوق بشری و مسائل مرتبط با محیط زیست دانست، به کار بسته باشد. در قضیه پیش‌گفته پلاما علیه بلغارستان، دیوان داوری ایکسید سرمایه‌گذار خارجی را متعهد به رعایت ضابطه مقتضی برشمرده^۱ و به جهت قصور در اعمال آن، دولت بلغارستان را از مسئولیت مبرا دانسته است. سرمایه‌گذار خارجی نه‌فقط پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری موظف به اعمال ضابطه مراقبت مقتضی است - چنان که در بخش قبل بیان شد - بلکه در طول مدت سرمایه‌گذاری نیز باید این معیار را مد نظر قرار دهد و مطابق با آن عمل کند.^۲ در صورتی که سرمایه‌گذار خارجی در قبال ملاحظات زیست محیطی سهل‌انگاری یا قصوری داشته باشد، از چتر حمایتی قواعد ملی فراملی خارج شده است؛ همچنان که ملاحظات حقوق بشری نیز شرایط مشابهی را رقم خواهد زد. برای اثبات و توضیح این مدعی باید به شرح اقدامات تنظیمی دولت میزبان اختصاصاً در قبال محیط زیست و حقوق بشر که حقوقی به مراتب مترقیانه‌تر از دیگر تعهدات بین‌المللی در این دو زمینه یافت می‌شود، پرداخت و از این رهگذر تعهدات سرمایه‌گذار خارجی به مراقبت مقتضی در زمینه‌های مزبور را تشریح کرد.

۳.۲.۱. انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی در تقابل با اقدامات تنظیمی (Regulatory Measures)

دولت میزبان

در صورتی که سرمایه‌گذار خارجی از رفتار معقول و محتاطانه خود در قبال محیط زیست و مسائل حقوق بشری عدول کرده و با اعمال اقدامات تنظیمی دولت میزبان در هریک از این زمینه‌ها بر اثر سهل‌انگاری که در آن زمینه داشته است، خسارتی بر وی وارد آید، استحقاق مطالبه انتظارات مشروع حمایتی خود را از دست خواهد داد. در توضیح باید به اختصار چنین بیان داشت که چنانچه یک دولت اقدامات تنظیمی در جهت حفاظت از محیط زیست یا کنترل آلودگی اتخاذ کند، اقداماتی معتبر تلقی خواهند شد؛ حتی اگر اثرهای زیان‌باری بر سرمایه‌گذاران خارجی تحمیل کند.^۳ مشخص است که اقدامات تنظیمی دولت میزبان برای حفاظت از محیط زیست، فقط در صورتی بر سرمایه‌گذار خارجی اثرهای زیان‌بار خواهد داشت که خود سرمایه‌گذار ملاحظات لازم در این باره را به کار نبسته باشد. در نتیجه مراقبت مقتضی توسط

^۱ . Ibid, Para: 268.

^۲ . Rajput, A. *Due Diligence in International Investment Law*, Edited by: Krieger Heike, Anne Peters and Leonhard Kreuzer, United Kingdom: Oxford University Press, 2020, P 279.

^۳ . سویدی، پیشین، ص ۲۸۷.

سرمایه‌گذار خارجی در قبال محیط زیست حین فعالیت اقتصادی از تکالیف و تعهدات سرمایه‌گذار دانسته شده است. علاوه بر عدم استحقاق مطالبه انتظارات مشروع، در زمینه محیط زیست، سرمایه‌گذار بین‌المللی می‌تواند مستقیماً مسئولیت بین‌المللی را نیز متحمل شود. به عنوان مثال، می‌توان به «منشور جهانی طبیعت» اشاره داشت که به حفظ و حراست از محیط زیست توسط بازیگران غیردولتی و مسئولیت داشتن مستقیم آلوده‌کننده محیط زیست تأکید دارد.^۱

در حقوق بشر نیز سرمایه‌گذار خارجی متعهد به رعایت مراقبت مقتضی است و دولت میزبان در همین راستا متعهد است عملکرد بازیگران غیردولتی را تحت کنترل داشته باشد و قاعده‌مند سازد. فقدان رعایت تعهدات مراقبت مقتضی در زمینه حقوق بشر توسط سرمایه‌گذار خارجی، که به عنوان مثال منجر به نقض حقوق افراد انسانی شده است، وفق ماده هشتم طرح مسئولیت بین‌المللی دولت^۲ اقدامات سرمایه‌گذار خارجی را قابل انتساب به دولت میزبان می‌داند؛ چراکه این قبیل اقدامات تحت کنترل و نفوذ دولت میزبان صورت گرفته است. در نتیجه دولت در قبال جلوگیری از چنین اقداماتی ممکن است آسیب مادی نیز به سرمایه‌گذار خارجی وارد آورد یا تعهدات حمایتی خود را در این باره تقلیل دهد. همه این شرایط در صورتی رخ می‌دهد که خود سرمایه‌گذار تعهدات مراقبت مقتضی خود در قبال حقوق بشر را صورت نداده باشد.

با نظر به آنچه بیان شد می‌توان ادعا کرد که روند رسیدگی در دعاوی سرمایه‌گذاری بدین قرار است:

(الف) پس از وصول ادعا و شکایت سرمایه‌گذار مبنی بر عدم رعایت تعهدات توسط دولت میزبان، عموماً محکمه داوری به بررسی این نکته پرداخته است که آیا سرمایه‌گذار خارجی پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری و حین مدت فعالیت اقتصادی تعهدات مراقبت مقتضی را انجام داده است یا خیر؛

(ب) در صورتی که اعمال مراقبت مقتضی پیش و حین سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌گذار تأیید و محرز شود، رعایت مراقبت مقتضی توسط دولت میزبان مورد سنجش قرار خواهد گرفت و در نهایت بررسی خواهد شد که تا چه میزان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی توسط دولت میزبان تحت تأثیر قرار گرفته است.

در صورتی که اثبات شود در هریک از مراحل پیش‌گفته سرمایه‌گذار خارجی اهمال یا سهل‌انگاری مرتکب شده است، در نتیجه استحقاق حمایت دولت میزبان را از دست خواهد داد. در مواردی مانند مسائل زیست محیطی و حقوق بشری نیز ممکن است سرمایه‌گذار به عنوان مباشر، مسئول تلقی شود. با همه پیچیدگی‌های موجود ثابت شد مراقبت مقتضی تعهداتی بر دوش سرمایه‌گذار است که در موارد نقض این تعهدات انتظارات مشروع قابل مطالبه نیست و در مواردی هم مستقیماً برای سرمایه‌گذار خارجی مسئولیت در پی خواهد داشت. بنابراین تعهدات مراقبت مقتضی تکالیفی بنیادین و اساسی بر هر دو بال سرمایه‌گذاری بین‌المللی (دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی) تحمیل می‌کند.

در حقیقت می‌توان مدعی شد شناسایی ضابطه مراقبت مقتضی برای سرمایه‌گذار خارجی به عنوان ابزاری برای تعادل میان مسئولیت دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی مورد لحاظ قرار گرفته است. اینکه هریک از طرفین سرمایه‌گذاری (دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی) متعهد به عمل وفق مراقبت مقتضی باشند، از یک سو به ممانعت از آسیب به سرمایه‌گذاری خارجی و از سوی دیگر حفظ منافع دولت میزبان انجامیده است. در نتیجه اگر مدعی شویم در این بین ضابطه مراقبت مقتضی به عنوان یک کاتالیزور قدرتمند و کارا دست به تقسیم مسئولیت‌ها در فرایند سرمایه‌گذاری خارجی میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار زده است، ادعای گزافی نخواهد بود و از سوی دیگر همین رویکرد تکلیف دوسویه دولت و در مقابل افراد خصوصی مسیری در راستای توسعه حقوق بین‌الملل و آن‌هم با برجسته شدن تعهدات ذیل ضابطه مراقبت مقتضی است.

^۱ . World Charter for Nature. UNGA Res 37/7: 1983.

^۲ . Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. Art: 8.

نتیجه‌گیری

ضابطه مراقبت مقتضی در فرایند سرمایه‌گذاری بین‌المللی نقشی بسیار مهم و کلیدی دارد. دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی متعهد به سه ضابطه شناخته‌شده حفاظت و امنیت کامل، رفتار عادلانه و منصفانه و ضابطه حداقلی بین‌المللی است. پس از تحقیق در معنا و محدوده این ضوابط به این مهم دست می‌یابیم که هیچ‌یک از آن‌ها را نمی‌توان بی‌ارتباط با مراقبت مقتضی، که همان درجه‌ای از احتیاط و هوشمندی است، دانست. اگرچه میزان وابستگی هرکدام از این معیارها متفاوت است و درجه‌ای از وابستگی، که در حفاظت و امنیت کامل به مراقبت مقتضی دیده می‌شود، در دو ضابطه دیگر به این اندازه وجود ندارد. با این حال بسیاری بر این نظرند که رفتار عادلانه و منصفانه معیار اصلی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است، ولی نباید از این نکته غافل شد که اقبال اخیر محاکم و اندیشمندان حقوق بین‌الملل به ضابطه مراقبت مقتضی و تلاش برای تعریف آن در هریک از ساحات حقوق بین‌الملل، از جمله حقوق بین‌الملل اقتصادی، نمایانگر این مهم است که جنبه حمایتی پیش از وقوع آسیب، دغدغه‌های بیشتری را به خود جلب کرده است. این ادعا زمانی تأیید بیشتری دریافت خواهد کرد که لزوم رعایت ضابطه مراقبت مقتضی توسط سرمایه‌گذار خارجی نیز در کنار مراقبت مقتضی توسط دولت میزبان مورد لحاظ قرار گیرد.

متعهد شدن سرمایه‌گذار خارجی به معنای مخاطب قرار گرفتن افراد خصوصی در حقوق بین‌الملل است. افراد خصوصی در این زمینه، هم صاحبان حق تلقی شده‌اند^۱ و هم متعهدان به تکلیف^۲. آن هم در نظام حقوقی بین‌المللی که تا پیش از این موجودیتی غیر از دولت را مورد خطاب قرار نمی‌داد. در نتیجه، اولاً نفس مخاطب قرار گرفتن فرد خصوصی (سرمایه‌گذار خارجی) یک تغییر ساختاری در حقوق بین‌الملل عمومی به حساب می‌آید و ثانیاً اینکه در سرمایه‌گذاری بین‌المللی محتوای این خطاب تعهدات مراقبت مقتضی است، پرده از اهمیت این ضابطه و تأثیر آن بر توسعه حقوق بین‌الملل عمومی به وجه عام و سرمایه‌گذاری بین‌المللی به‌طور خاص برمی‌دارد.

درنهایت، تلاش این نوشتار در برجسته کردن جایگاه و نقش ضابطه مراقبت مقتضی به‌عنوان یک تعهد دوسویه (هم تعهدی بر سرمایه‌گذار خارجی و هم بر دولت میزبان) به این مهم ختم می‌شود: اولاً در توسعه نظام حقوق بین‌الملل به‌طور کلی و درنهایت در فرایند سرمایه‌گذاری بین‌المللی ضابطه مراقبت مقتضی حائز اهمیت برجسته‌ای است. به این ترتیب که رعایت این ضابطه در تار و پود سرمایه‌گذاری خارجی تنیده شده است و نمی‌توان تعهدات دولت میزبان و سرمایه‌گذار را بدون رعایت این ضابطه تصور کرد. همین مهم است که مسیری در جهت توسعه نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و به تبع نظام حقوق بین‌الملل ترسیم می‌کند.

منابع

کتاب

۱. سویدی، سوریا، *حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری آئینی سیاست و اصول*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۸.
۲. لوفلد، آندریاس اف، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: جنگل، ۱۳۹۵.

^۱ . Individuals as Holders of Rights.

^۲ . Individuals as Bearers of Duties.

مقاله

۳. ابراهیم گل، علیرضا و محسن نیک‌بین، «جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۶۳۹-۶۱۹.
۴. حسینی، به آذین، «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، فصلنامه پژوهش حقوق، دوره ۱۳، شماره ۳۳، ۱۳۹۰، صص ۸۲-۴۶.
۵. عبداللهی، محسن و سعیده معرفی، «اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، فصلنامه پژوهش حقوق، دوره ۱۲، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، صص ۲۲۴-۱۹۹.
۶. قنبری جهرمی، محمد جعفر و محمود منصور وصالی، «تحول نظام مسئولیت بین‌المللی دولت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۷۱، ۱۳۹۴، صص ۱۸۱-۱۴۵.
۷. نیک‌بخت، حمیدرضا، مهدی هفتانی و سارا میرمحمد صادقی، «حق اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی در دسترسی به شبکه انرژی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، شماره ۱۰۱، ۱۳۹۷، صص ۲۵۸-۲۳۳.

References

Books

1. Bungenberg, Marc., Jörn, Griebel., Stephan, Hobe., August, Reinisch., Yun-I, Kim. (Editors). *International Investment Law*, Germany: Nomos, 2015.
2. Keechang, k. *Aliens in Medieval Law, the origins of modern citizenship*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.
3. Krieger, Heike., Anne, Peters., Leonhard, Kreuzer (Editors). *Due Diligence in the International Legal Order*, United Kingdom: Oxford University Press. 2020.
4. Lowenfeld, Andreas, F. *International economic law*, Translated by: Mohammad Habibi Mojandeh, Tehran: Jungel, 2016. (in Persian)
5. Mantilla, Blanco, S. *Full Protection and Security in International Investment Law*, Volume 8, European Yearbook of International Economic Law, Switzerland: Springer, 2019.
6. OECD, *International Investment Law Understanding Concepts and Tracking Innovations a companion volume to International Investment Perspectives*, Paris: OECD, 2008.
7. Ollino, A. *Due Diligence Obligations in International Law*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2022.
8. Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, New York: Cambridge University Press. 2010.
9. Subedi, Surya. *International Investment Law; Reconciling Policy and Principles*, Translated by: Mohammad Habibi Mojandeh, Qom: Mofid University, 2019. (in Persian)

Articles

10. Abdollahi, Mohsen and Saeedeh Mo'arefi, "The principle of common but differentiated responsibility in international environmental law", *public Law research Quarterly*, Volume 12 Issue 29, 2010. (in Persian)
11. Anozie, N. "The Full Security and Protection due diligence obligation", *University of Ottawa*, 2016.
12. Baker, J., Lois, Yoder. "ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Journal of Dispute Resolution*, 5 (1), 1989.
13. De Brabandere, E. "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment law", *International Law and Commerce Journal*, 42, 2015.
14. Dumberry, P. "Host States' Due Diligence Obligation towards Foreign Investors in the Context of Rebellion and Civil Wars", *World Investments and Trade Journal*, 22, 2021.

15. Ebrahim-Gol, Alireza and Mohsen Nik-Bin, "The Role and Function of General Principles of Law in International Investment Law", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 53, Issue 2, 2023. (in Persian)
16. Ghanbari Jahromi, Mohammad Jaffar and Mahmoud Mansour Vesali, "Evolution of the State Responsibility Regime in International Investment Law", *Legal Research Quarterly*, Volume 18, Issue 71, 2015. (in Persian)
17. Hasibi, Beh-Azin, "International minimum standard and support foreign investors", *Public Law Research Quarterly*, Volume 13, Issue 33, 2011. (in Persian)
18. Jacob, M., Stephan, W. S. "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method", *Amsterdam Center for International Law*, 20, 2017.
19. Kulesza, J. "Human Rights Due Diligence", *William & Mary Bill of Rights Journal*, 30, 2022.
20. Matos, Shaun, "Investor Due Diligence and Legitimate Expectations", *Journal of World Investment and Trade*, 23, 2020.
21. Nik-Bakht, Hamid Reza, Mehdi Haftani and Sara Mir-Mohammad Sadeghi, "Right of Foreign Nationals and Investors in Access to Energy Grid", *Judiciarys Law Journal*, Volume 82, Issue 101, 2018. (in Persian)
22. Rajput, A. "Due Diligence in International Investment Law", *Due Diligence in the International Legal Order*, Edited by: Krieger Heike, Anne Peters and Leonhard Kreuzer, Oxford University Press, 38 (6), 2020.

Documents, Cases & Electronic Resources

23. Ampal-American Israel Corp. EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, and BSS-EMG Investors LLC, ICSID Case No. ARB/12/11. 2017.
24. Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3.
25. Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C. J. Reports 1949.
26. Dissenting opinion (Lotus case) by Mr. Moore. Available at:
27. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.
28. Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) ICJ Judgment of 20 July 1989.
29. Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, (9 November 2000).
30. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, Human Rights Council (A/HRC/17/31), 2011. https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf (last visited on: 17 Aug 2022).
31. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014.
32. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; Second Report, July 2016.
33. Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24.
34. OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, Last updated 2023. Available at: <https://www.oecd.org/investment/codes.htm>.
35. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.
36. Reports of International Arbitral Awards, Volume IV, Decisions of Claims Commissions Mexico—United States, United Nations Publications. 1951.
37. Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011.
38. SS Lotus case (France v. Turkey) 1927 PCIJ.
39. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.
40. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide, United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights.
41. World Charter for Nature. UNGA Res 37/7: 1983.



Original Article

Supervisory Approach in National and International Laws and Regulations Regarding Drug Safety/Health

Afsaneh Ghanbari¹, Amir Mahmoudi² , Behnam Habibi Dargah³

ABSTRACT

In the ecosystem of the health system, it is very sensitive and necessary for people's health to ensure quality control, safety and effectiveness of drugs. After the Covid-19 pandemic, counterfeit vaccine and drugs are circulating and seriously threatening public health around the world. This situation needs to pay more attention to the quality and more effective safety of medicine with the aim of combating drug counterfeiting. The current measures are not effective and sufficient to deal with all the problems associated with counterfeit drugs. In this Article, by analysing the importance of drug safety monitoring, it was observed that developing countries do not have adequate and standard regulatory rules to evaluate drugs quality and safety and finally due to lack of control over the supply chain, drugs will easily enter the flow of counterfeit and fraud. It is necessary to exist powerful and supervisor institutions in according to standards of national or international rules, as well as the applying of deterrent punishments in each stage of drug production, distribution and delivery cycle. This Research is based on the analytical-descriptive method and authentic library documents and sources. The theoretical framework of the Research is rights based on justice.

KeyWords: Safety, Drug, Monitoring, International Rules, Counterfeiting

How to Cite: Ghanbari, Afsaneh, Mahmoudi, Amir, Habibi Dargah, Behnam, "Supervisory Approach in National and International Laws and Regulations Regarding Drug Safety/Health", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:117-134.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230122.2423>

Received: 08/01/2023-Accepted: 23/10/2023

1. Department of International Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran

2. Department of International Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran

Corresponding Author Email: Amir.mahmoudi@kiauo.ac.ir

3. Department of Private Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, 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 نظارتی در قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی ناظر به ایمنی / سلامت دارو

افسانه قنبری^۱، امیر محمودی^۲، بهنام حبیبی درگاه^۳

چکیده

در اکوسیستم نظام سلامت، اطمینان از کنترل کیفیت، ایمنی و اثربخشی داروها برای سلامتی مردم بسیار حساس و ضروری است. پس از بیماری همه‌گیر کووید ۱۹، داروها و واکسن‌های تقلبی در چرخه گردش‌اند و سلامت عمومی را در سراسر جهان به‌طور جدی تهدید می‌کنند. این وضعیت با هدف مبارزه با جعل دارو، نیاز به توجه بیشتر به کیفیت و ایمنی مؤثرتر دارو دارد. اقدامات فعلی برای مقابله با تمام مشکلات مرتبط با داروهای تقلبی مؤثر و کافی نیست. در این نوشتار با بررسی اهمیت نظارت بر ایمنی دارو مشاهده شد که کشورهای در حال توسعه از مقررات نظارت کافی و استاندارد برای ارزیابی کیفیت و ایمنی داروها برخوردار نیستند و با عدم کنترل بر روی زنجیره تأمین داروها به‌راحتی وارد جریان جعل و تقلب خواهند شد. وجود نهادهای نظارتی قوی و پایش‌کننده مطابق با استانداردهای قواعد ملی یا بین‌المللی و همچنین اعمال مجازات‌های بازدارنده در هر یک از مراحل چرخه تولید، توزیع و تحویل دارو مورد نیاز است. این تحقیق بر اساس روش تحلیلی - توصیفی و بر پایه اسناد و منابع معتبر کتابخانه‌ای است. چارچوب نظری تحقیق، حقوق مبتنی بر عدالت است.

کلید واژگان: ایمنی، دارو، نظارت، قواعد بین‌المللی، جعل.

استناد به این مقاله: قنبری، افسانه، محمودی، امیر، حبیبی درگاه، بهنام، «رویکرد نظارتی در قوانین و مقررات بین‌المللی ناظر به ایمنی/سلامت دارو»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۱۷-۱۳۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230122.2423>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱

۱. گروه حقوق بین‌الملل، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران
۲. گروه حقوق بین‌الملل، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: Amir.mahmoodi@kiaau.ac.ir
۳. گروه حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، 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

کیفیت داروها از سال ۱۹۴۶ مورد توجه سازمان بهداشت جهانی^۱ بوده است. داروهای تقلبی یک مشکل بهداشت عمومی جهانی است که منجر به مرگ، ناتوانی و آسیب در بزرگسالان و کودکان می‌شود. حدود یک میلیون نفر در سال به دلیل داروهای تقلبی جان خود را از دست می‌دهند.^۲ راه‌های مختلفی برای جعل در محصولات دارویی وجود دارد، از جمله افزودنی‌های غیرمجاز، رقیق‌سازی، جایگزینی، برچسب‌گذاری اشتباه، عدم افشا و پنهان‌سازی. سازمان بهداشت جهانی تخمین می‌زند که سالیانه ۴۳۰,۷۲ مورد مرگ‌ومیر به دلیل استفاده از داروهای تقلبی برای ذات‌الریه و ۱۱۶,۰۰۰ مورد مرگ برای مالاریا رخ می‌دهد.^۳

در فوریه ۲۰۰۶، کارگروه بین‌المللی منع جعل محصولات پزشکی^۴ یا ایمپکت برای رسیدگی به داروهای تقلبی به رهبری سازمان بهداشت جهانی با تمرکز بر حوزه‌های کلیدی مانند ایجاد زیرساخت‌های قانونی و نظارتی، انطباق با مقررات، اجرای قانون، فناوری و ارتباطات ایجاد شد، اما علیرغم تلاش‌های این سازمان، ایمپکت به بن‌بست رسید. از طرفی، شورای اروپا در سال ۲۰۱۰ پیش‌نویس کنوانسیون پزشکی را تهیه کرد تا اولین استاندارد بین‌المللی جرم‌انگاری برای ساخت و توزیع داروهای تقلبی را ایجاد کند. اما این رویکرد نیز محدود بود؛ زیرا این استاندارد، مانع معرفی داروهای ژنریک جدید به این بازارها بود.

همچنین، شصت و پنجمین مجمع جهانی بهداشت در سال ۲۰۱۲ ابزارهای جدیدی را برای مبارزه با داروهای غیراستاندارد و تقلبی ارائه کرد. علاوه بر این، کشورهای عضو متعهد شدند که ایجاد سیستم‌های نظارتی را با در نظر گرفتن بافت ملی خود توسعه دهند؛ اما پس از گذشت سال‌ها از نشست‌های بین‌المللی دربارهٔ منع جعل دارو هنوز هم این تجارت مرگ، پررونق است و همچنان قربانی می‌گیرد. شناخت جاعلان به‌اندازهٔ ردیابی محصولات تقلبی، سخت و پیچیده است؛ اما زنجیرهٔ تأمین برای داروها به‌عنوان عاملی برای کمک به شناسایی بازارهای داروهای تقلبی تبدیل شد. از آنجایی که عدم شفافیت در اطلاعات زنجیرهٔ تأمین غالباً منجر به عدم شفافیت داده‌ها و به دست آوردن اطلاعات صحیح در مورد داروها می‌شود، بنابراین وظایف اصلی نظارت بر کیفیت و ایمنی دارو، مبارزه با جعل اطلاعات دارو و حفظ قابلیت ردیابی در زنجیرهٔ تأمین دارو است. در همین راستا برخی از محققان در سال‌های اخیر، رژیم امنیتی دارویی حاکم بر جریان داروها، بازارها و حرفه‌مندان نظام سلامت را مورد بررسی قرار داده‌اند و آن را مستلزم تغییر ابزارهای نظارتی با هدف گیری فزاینده و مستمر متخلفان، از طریق اقدامات شدید حاکمیتی و با هدف حذف کالاهای تقلبی و افراد مرتبط با آن‌ها دانسته‌اند.^۵ همچنین نتایج پژوهشی در مورد وضعیت داروهای تقلبی در چین^۶، از نظر کیفیت، ایمنی و اثربخشی آن‌ها نشان می‌دهد که تشخیص و ردیابی هرگونه نقص و عوارض جانبی مرتبط با آن‌ها، پیچیده و در پیشگیری از داروهای تقلبی حائز اهمیت خواهد بود.

1. World Health Organization (WHO)

2. Forzley, M. "Combating counterfeit drugs: A concept paper for an international framework convention and related strategies", *World Health Organization*, 2004, P 2.

3. White, C. Michael. "Counterfeit drugs: A major issue for vulnerable citizens throughout the world and in the United States", *Journal of the American Pharmacists Association*, Volume 61, Issue 1, 2021, P 93.

4. The International Medical Products Anti-Counterfeiting Task Force (IMPACT)

5. Hornberger, Julia. "From drug safety to drug security: A contemporary shift in the policing of health", *Medical Anthropology Quarterly*, Volume 32, Issue 3, 2018, P 365.

6. Zhang, Li., Jingbo, Yan., Xinmin, Liu., Zuguang, Ye., Xiaohui, Yang., Ronald, Meyboom., Kelvin, Chan., Debbie, Shaw and Pierre, Duez. "Pharmacovigilance practice and risk control of Traditional Chinese Medicine drugs in China: current status and future perspective", *Journal of ethnopharmacology*, Volume 140, Issue 3, 2012, P 519.

در فرایند جعل داروها، فراورده‌های دارویی، فاقد کیفیت، ایمنی و اثربخشی هستند؛ بنابراین بررسی ایمنی دارو نقش مهمی در مقابله با جعل دارو ایفا می‌کند؛ ازجمله می‌تواند به شناسایی داروهای غیراستاندارد و تقلبی با تجزیه و تحلیل ویژگی‌های شیمیایی و بسته‌بندی و حذف آن‌ها از گردش تولید و توزیع دارو کمک کند. از طرفی ضعف امنیت زنجیره تأمین دارویی می‌تواند منجر به سرقت و معرفی داروهای غیراستاندارد یا تقلبی به شبکه‌های توزیع قانونی شود. درواقع مشکلات اصلی در زمینه کیفیت و ایمنی دارو بر جعل سوابق داده‌ها در نقاط مختلف زنجیره تأمین دارو متمرکز است. لذا با توجه به اهمیت کیفیت و ایمنی دارو و اثر آن در وقوع عمل جعل محصولات دارویی، در این پژوهش به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا مقررات نظارت کافی و استاندارد برای ارزیابی و کنترل کیفی داروها در کشورهای درحال توسعه باهدف مقابله با جعل دارو وجود دارد؟ این تحقیق بر اساس روش تحلیلی – توصیفی و بر پایه اسناد و منابع معتبر کتابخانه‌ای است. چارچوب نظری تحقیق، حقوق مبتنی بر عدالت است. در این نوشتار ابتدا به تعریف مفاهیم اصلی ایمنی و جعل داروها و سپس به بررسی قوانین نظارت و ارزیابی بر کیفیت و ایمنی محصولات دارویی در اسناد بین‌المللی و کشورهای درحال توسعه می‌پردازیم.

۱. مفاهیم

۱.۱. ایمنی دارویی

مهم‌ترین قسمت یک دارو از نظر وزن شامل دوز، پایداری و فراهم زیستی ماده فعال است. اجزایی که به‌عنوان پرکننده استفاده می‌شوند، باید از نظر ایمنی مناسب باشند^۱. هنگام انتخاب دارو، تکیه بر چهار معیار اصلی ضروری است. دارو باید دارای کیفیت بالا، به اندازه کافی مؤثر، دارای مشخصات ایمنی بالا و شاخص‌های اقتصادی دارویی رضایت بخش باشد^۲. ارزیابی ایمنی دارو شامل آزمایش فارماکولوژیک ایمنی^۳ و نظارت بر واکنش‌های نامطلوب دارویی^۴ است.

۱.۲. جعل محصولات دارویی

افزایش مرگ و میر و عوارضی مانند مقاومت دارویی از پیامدهای خطرناک داروهای تقلبی است^۵. اگر مصرف کنندگان از قیمت بالا و یا دسترسی سخت کالاها ناراضی باشند، تأمین کنندگان جعلی ظاهر می‌شوند. هنگامی که قیمت یک محصول به دلیل انحصار، تحریم و یا مالیات افزایش می‌یابد، عرضه تقلبی اغلب رشد می‌کند. جعل داروهای تامی فلو^۶ و

^۱. Pifferi, Giorgio and Patrizia, Restani. "The safety of pharmaceutical excipients", *Il Farmaco*, Volume 58, Issue 8, 2003, P 541.

^۲. Davis, Karen, D., Nima, Aghaeepour., Andrew, H. Ahn., Martin, S. Angst., David, Borsook., Ashley, Brenton, Michael, E. Burczynski., et al. "Discovery and validation of biomarkers to aid the development of safe and effective pain therapeutics: challenges and opportunities", *Nature Reviews Neurology*, Volume 16, Issue 7, 2020, P 384.

^۳. Li, Lisha and Jia, Yin. "Drug safety evaluation in China, *Current Allergy and Asthma Reports*, Volume 19, 2019, P 1.

^۴. Adverse Drug Reaction (ADR)

^۵. بیرانوندی، نعمت اله و قباد کاظمی، «بزه دیدگان قاچاق دارو»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۴، شماره ۲۹، ۱۴۰۱، ص ۵۴.

^۶. Tamiflu -Osetamivir; Roche

داروهای ضد نعوظ و مهار کننده‌های فسفودی استراز نوع ۵^۱ نمونه‌هایی هستند که نشان دهنده اختلال در زنجیره تامین داروهای اصلی است.^۲ زنجیره تأمین دارو شامل مجموعه فرایندهای تولید دارو تا مرحله نهایی رسیدن به دست مصرف کننده می‌باشد. عمل جعل می‌تواند برای هر دو محصول مارکدار و عمومی به کار گرفته شود و محصولات تقلبی ممکن است شامل ترکیبات صحیح یا با مواد اشتباه، بدون ترکیبات فعال، با ترکیبات فعال ناکافی و یا با بسته‌بندی‌های جعلی باشند. آنچه باعث جعل دارو می‌شود، طبیعت آگاهانه یا عمدی (جنایتکارانه) عدم برچسب‌گذاری صحیح محصول است.

۱.۳. داروی تقلبی

سازمان بهداشت جهانی داروی تقلبی را این‌گونه تعریف می‌کند: «دارویی که متقلبانه تولید می‌شود، دارای برچسب نامناسب است، بی‌کیفیت است و اطلاعات منبع یا هویت آن پنهان شده است و مطابق با استانداردهای خاص نیست»^۳، این تعریف شامل محصولاتی با داروی اشتباه، بدون هیچگونه ترکیب فعال، با مقدار ناکافی ماده مؤثره یا با ترکیبات صحیح به مقدار مناسب اما در بسته‌بندی‌های جعلی است.^۴ در ایران، ماده ۶۲ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارو و مواد خوراکی و آشامیدنی مصوب سال ۱۳۳۴، شرایط احصای تقلبی بودن ماده یا فرآورده دارویی اعم از ژنریک یا اختصاصی یک محصول را در ۷ بند تعریف کرده است.

۲. ظهور داروهای تقلبی

در سال ۱۹۹۵، به دنبال شیوع اپیدمی مننژیت، کشور آفریقای غربی واکسن‌های اهدایی را پذیرفت که با دریافت آنها، ۲۵۰۰ نفر جان خود را از دست دادند به دلیل اینکه واکسن‌ها تقلبی بودند. در سال ۱۹۹۸، ۳۰ نوزاد پس از دریافت شربت سرفه که حاوی دی اتیلن گلیکول^۵ ماده شیمیایی سمی مورد استفاده در ضدیخ بود، در هند درگذشتند. در سال ۱۹۹۹، حداقل ۳۰ نفر در کامبوج پس از مصرف داروهای ضد مالاریای تقلبی جان خود را از دست دادند.^۶ در نوامبر ۲۰۱۷، طبق بررسی سازمان بهداشت جهانی از مطالعات آزمایشگاهی ده‌ها هزار دارو در کشورهای با درآمد کم و متوسط در سراسر جهان، مشخص شد که ۳۳.۶٪ از داروهای فشار خون بالا، سرطان، صرع و مسکن‌ها، تقلبی یا بی‌کیفیت بودند. همچنین، ۱۱.۸٪ از داروهای ضد مالاریا، ۷.۲٪ آنتی‌بیوتیک‌ها، ۶.۷٪ داروهای ضدسل و ۴.۲٪ داروهای ضد ویروس نقص سیستم ایمنی انسانی، تقلبی بوده یا بدون استانداردها بودند. سرانجام، مرگ ۸۹ کودک در هائیتی (و ۵۰۰ نفر در سراسر جهان) زمانی رخ داد که گلیسیرین در محصولات ضدسرفه آن‌ها با دی اتیلن گلیکول^۷ جایگزین شده بود.^۸

^۱. PDE5Is

^۲. Sugita, Minoru and Michiko, Miyakawa. "Economic analysis of use of counterfeit drugs: health impairment risk of counterfeit phosphodiesterase type 5 inhibitor taken as an example", *Environmental health and preventive medicine*, Volume 15, 2010, P 245.

^۳. Tseng, J. H., Liao, Y. C., Chong, B. and Liao, S. W. "Governance on the drug supply chain via gcoin blockchain", *International journal of environmental research and public health*, 15 (6), 2018, 1055.

^۴. Isles, Mike. "What's in a Word? Falsified/Counterfeit/Fake Medicines-The Definitions Debate", *Medicine Access@ Point of Care*, 1 (1), 2017, P 43.

^۵. Diethylene glycol

^۶. Sholy, Lydia., Paul, Gard., Sian, Williams and Angela, MacAdam. "Pharmacist awareness and views towards counterfeit medicine in Lebanon", *International Journal of Pharmacy Practice*, Volume 26, Issue 3, 2018, P 274.

^۷. Diethylene glycol

^۸. Ibid.

همان‌طور که مشاهده می‌شود تجارت دارو به دلیل تقاضای زیاد، سودآور بودن و فقدان قوانین مناسب و مقررات دقیق در بسیاری از کشورها نوعی ترغیب به فعل جعل برای جاعلان به شمار می‌آید. آیا نظارت دارویی و قوانین ملی و بین‌المللی به کمک افراد قربانی خواهد آمد؟ برای پاسخ به این سؤال در ادامه به‌طور مختصر به برخی از روش‌های نظارتی منع جعل دارو اشاره می‌کنیم و سپس به بررسی حق بر سلامت و ایمنی محصولات دارویی می‌پردازیم.

۳. روش‌های نظارتی منع جعل دارو

در صنعت داروسازی برای جلوگیری از جعل دارو، از تکنولوژی‌های مختلفی در زمینه بسته‌بندی مانند بارکد، هولوگرام، نوارهای نشانه‌گذاری و دستگاه‌های شناسایی فرکانس رادیویی استفاده می‌شود. از اقدامات دیگر برای کاهش وقوع داروهای تقلبی در زمینه بهبود و نظارت بر فرایندهای زنجیره تأمین داروها، استفاده ترکیبی از مدل‌ها و تکنیک‌هایی مانند مدل مرجع عملیات زنجیره تأمین^۱، مدل برون‌سپاری فرایند کسب‌وکار^۲، فرایند تحلیل سلسله‌مراتب فازی^۳ و ارزیابی نسبت افزودنی^۴ است.

مدل مرجع عملیات زنجیره تأمین، برای تجزیه و تحلیل و ارزیابی عملکرد زنجیره تأمین یک شرکت استفاده می‌شود. این مدل بر پنج حوزه زنجیره تأمین تمرکز دارد: برنامه‌ریزی، منبع، ساخت، تحویل و بازگشت^۵. با استفاده از این مدل، شرکت‌ها می‌توانند داده‌های زنجیره تأمین را شناسایی کنند، مانند بهبود فرایند خرید و تولید، انبارداری و توزیع^۶. از آنجایی که سیستم زنجیره تأمین معیوب در صنعت داروسازی یکی از دلایل اصلی جعل دارویی است، این مدل می‌تواند برای ردیابی دارو از زمان تولید تا زمان مصرف مورد استفاده قرار بگیرد.

از تکنیک‌های نظارتی دیگر می‌توان از مدل برون‌سپاری فرایند کسب‌وکار نام برد. این مدل می‌تواند فرایندهای زنجیره تأمین را بهبود ببخشد و خطاها را در اجرای فرایندها به حداقل برساند. همچنین، تحلیل سلسله‌مراتب فازی، یک ابزار تصمیم‌گیری است که می‌تواند برای ارزیابی اهمیت عوامل مختلف در جلوگیری از جعل دارو، مانند امنیت زنجیره تأمین، انطباق با مقررات و احراز هویت محصول مورد استفاده قرار گیرد^۷. ارزیابی نسبت افزودنی، یک روش دیگر از تصمیم‌گیری چندمعیاره است که می‌تواند برای رتبه‌بندی استراتژی‌های مختلف در پیشگیری از جعل دارو بر اساس اثربخشی، امکان‌سنجی و هزینه آن‌ها استفاده شود.

این روش‌ها می‌توانند به صنعت داروسازی کمک کنند تا اقدامات مؤثرتری از طریق رویکرد نظارت برای بهبود ایمنی مصرف‌کنندگان ایجاد کنند. با این حال، توجه به این نکته ضروری است که این روش‌ها باید همراه با اقدامات دیگر، مانند بهبود سیستم‌های زنجیره تأمین و به‌کارگیری فناوری‌های جدید مانند زنجیره بلوکی یا بلاکچین^۸ برای جلوگیری مؤثر

^۱. Supply Chain Operations Reference (SCOR)

^۲. Business Process Outsourcing (BPO)

^۳. Fuzzy Analytic Hierarchy Process (FAHP)

^۴. Additive Ratio Assessment (ARAS)

^۵. Erkan, Turan, Erman and Ugur, Bac. "Supply chain performance measurement: a case study about applicability of SCOR model in a manufacturing industry firm", *International journal of business and management studies*, Volume 3, Issue 1, 2011, P 381.

^۶. Setyadi, Antonius., Erry, Rimawan., Ivan, Kristanto and Puspita, Eka Rohmah. "A proposed conceptual framework of supply chain operations reference (SCOR) model in Indonesian industries: a literature review", *SINERGI*, Volume 26, Issue 3, 2022, P 387.

^۷. Gölcük, İlker. "An interval type-2 fuzzy axiomatic design method: A case study for evaluating blockchain deployment projects in supply chain", *Information Sciences*, 602, 2022, P 159.

^۸. Blockchain

از جعل دارو در صنعت داروسازی استفاده شوند. اقدام مهم دیگر بهبود تبادل اطلاعات بین سازمان‌ها و تأمین کنندگان در زنجیره تأمین است که می‌تواند تأثیر مثبتی بر توسعه قابلیت‌ها و عملکردهای تأمین کنندگان داروها داشته باشد.

۴. حق بر سلامت و ایمنی محصولات دارویی در اسناد بین‌المللی

هدف اساسی در هر نظام حقوقی استقرار عدالت اجتماعی است. یکی از فرایندهای رسیدن به این هدف، ارزیابی حقوق مادی و معنوی مصرف‌کنندگان و بیماران آسیب‌دیده است و این مهم در سایه برجسته‌سازی و اهمیت جایگاه ویژه حق بر سلامت و ایمنی محصولات دارویی در بین طرف‌های درگیر در سیستم مراقبت‌های بهداشتی حاصل می‌شود.^۱

چارچوب قانونی الزام‌آور حق بر سلامت را می‌توان در بند ۱ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مشاهده کرد که حق بر سلامت را به عنوان حق شخصی برای بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل دستیابی از سلامت جسمی و سلامت روانی تعریف می‌کند^۳ و کمیته نظارت بر اجرای حق بر سلامت، آن را به این شرح توصیف می‌کند: «سلامت یک بنیاد اساسی بشری است که برای اعمال سایر حقوق بشر ضروری است.^۴ همچنین حق بر سلامت در پنج معاهده قانونی الزام‌آور بیان شده و شامل موارد زیر است:^۵

- کنوانسیون حذف همه اشکال تبعیض علیه زنان^۶.

- کنوانسیون حقوق کودک^۷.

- کنوانسیون بین‌المللی حذف همه اشکال تبعیض نژادی^۸.

- کنوانسیون حقوق معلولین^۹.

- کنوانسیون بین‌المللی حمایت از حقوق همه مهاجران کارگران و اعضای خانواده آن‌ها^{۱۰}.

همچنین این حق بنیادین، در اعلامیه‌های غیر الزام‌آور (حقوق نرم)، مانند اعلامیه سازمان ملل در مورد حقوق مردم بومی^{۱۱}، اعلامیه آلمان-آتا^{۱۲}، اعلامیه پکن^{۱۳} و اعلامیه آستانا^{۱۴} ذکر شده است.

بنابراین با توجه به تأثیر غیرقابل انکار داروی ایمن و سالم بر اکوسیستم مراقبت‌های بهداشتی و سلامت جامعه بشری، می‌توان امکان وجود این حق را بر محصولات دارویی منتسب کرد. به‌طور مثال در بند ۱ ماده ۵۵ منشور ملل متحد با

^۱ Acuna-Johnson, Patricia. "Drug safety in Chile", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020, P 587.

^۲ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

^۳ UN Assembly General. "International covenant on economic, social and cultural rights", *United Nations, Treaty Series*, 993 (3), 1966, 2009-2057.

^۴ General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. E/C, 12 (2000).

^۵ قنبری، محمدعلی، کورش دل‌پسند و افسانه قنبری، «شمول طب سنتی و مکمل در استراتژی سازمان ملل متحد و سازمان بهداشت جهانی»، *مجله تاریخ پزشکی*، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۹، ص ۶.

^۶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

^۷ Convention on the Rights of the Child (CRC)

^۸ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)

^۹ Convention of the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

^{۱۰} International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (ICRMW)

^{۱۱} United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)

^{۱۲} Declaration of Alma-Ata (DAA)

^{۱۳} Beijing Declaration (BD)

^{۱۴} Declaration of Astana (DA)

موضوع بالا بردن سطح زندگی و بند ۴ و ماده ۲۱ اساسنامه سازمان بهداشت جهانی^۱ با موضوع استانداردهایی درباره سلامت، خلوص و قدرت محصولات بیولوژیکی، دارویی و محصولات مشابه رایج در تجارت بین‌المللی و تبلیغ و برچسب‌گذاری محصولات بیولوژیکی، دارویی و محصولات مشابه جاری در تجارت بین‌المللی.

۵. قوانین نظارت و ارزیابی بر کیفیت و ایمنی محصولات دارویی در اسناد بین‌المللی

در برخی از اسناد بین‌المللی مانند بند ۲۱ ماده ۲، فصل دوم از آیین‌نامه‌های اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، و همچنین در دیگر اسناد بین‌المللی مانند بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۳ ماده ۳۱ مکرر ضمیمه موافقت‌نامه راجع به جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)^۲ بند ۲ از ماده ۱۴ اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر^۳، به‌طور صریح به موضوعات تأمین سلامتی و رفاه، از جمله مراقبت‌های پزشکی، ایجاد و ترویج استانداردهای بین‌المللی محصولات بیولوژیک دارویی، دسترسی به داروهای ضروری با کیفیت پرداخته است؛ اما تنها در کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و کرامت انسان در رابطه با کاربرد زیست‌شناسی و پزشکی: (کنوانسیون حقوق بشر و پزشکی)^۴ ضمن بیان ماده ۳ با موضوع دسترسی عادلانه به مراقبت‌های بهداشتی با کیفیت مناسب در ماده ۴، هرگونه مداخله در زمینه سلامت را فقط با تطبیق تعهدات و استانداردهای حرفه‌ای مربوطه امکان پذیر می‌داند.

درمورد تولید محصولات دارویی، استاندارد عملکرد خوب تولید^۵ حداقل استاندارد است که یک تولیدکننده دارو باید در فرایندهای تولید خود رعایت کند. محصولات دارویی تقلبی با برچسب‌گذاری جعلی، فاقد استانداردهای عملکرد خوب تولید، ایمنی، کارایی و کیفیت مطمئن هستند. در این زمینه آژانس دارویی اروپا^۶ بازرسی‌هایی را برای تأیید انطباق با این استانداردها هماهنگ می‌کند و نقش کلیدی در هماهنگ کردن فعالیت‌های عملکرد خوب تولید در سطح اتحادیه اروپا ایفا می‌کند؛ اما این فقط در سطح اروپا امکان‌پذیر است درمورد سایر کشورها به نظر می‌آید باید به اساسنامه سازمان بهداشت جهانی توجه شود؛ چنانچه کیفیت داروها از سال ۱۹۴۶ یکی از دغدغه‌های سازمان بهداشت جهانی بوده است.

۵.۱. سازمان بهداشت جهانی

ماده ۲ اساسنامه سازمان بهداشت جهانی تعهد خود را برای تعیین استانداردهایی که درمورد داروها توسط برنامه تضمین کیفیت اجرا شده است تعیین می‌کند. این سازمان مسئول تنظیم هنجارها، توسعه دستورالعمل‌ها و مشاوره به کشورهای عضو درمورد تضمین کیفیت دارویی در بازارهای ملی و بین‌المللی است؛ بنابراین اولین قدم در مبارزه و پیشگیری از داروهای تقلبی تضمین کیفیت داروها در بازارهای ملی و بین‌المللی است.

سازمان بهداشت جهانی تلاش کرده است تا رویکردهای حقوق ملی را در جهت قوانین نظارت و ارزیابی بر کیفیت و ایمنی محصولات دارویی، هماهنگ کند، اما با محدودیت‌هایی روبه‌رو است؛ زیرا وظیفه این سازمان، بهداشت عمومی است، نه اجرای قانون. به‌علاوه، در این زمینه از قوانین بهداشت عمومی استفاده کافی نشده است. فقط تعداد کمی از کشورها (۲۰٪)

¹. World Health Organization, *Health legislation at the dawn of the 21st century*, Manual published by the World Health Organization, Volume 49, Number 1, 1998.

². Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

³. Universal Declaration of Bioethics and Human Rights

⁴. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine - Oviedo Convention

⁵. good manufacturing practice (GMP)

⁶. The European Medicines Agency (EMA)

تنظیمات قانونی خوبی در زمینه داروها دارند، در حالی که اکثریت (۵۰٪) مقررات محدودی دارند و برخی از کشورها (۳۰٪) عملاً از هیچ قانونی برخوردار نیستند و در نتیجه فساد و حاکمیت ناکارآمد در دسته اخیر رشد می‌کند. فقیرترین کشورهای در حال توسعه، مانند کنیا یا جمهوری دموکراتیک کنگو، منابع کافی برای ارزیابی کیفیت داروها ندارند و بسیاری از آن‌ها در مراجع نظارتی دارو ثبت نشده‌اند. روابطی که به نظر می‌رسد فروشندگان داروهای تقلبی را با شخصیت‌های تأثیرگذار در دولت هم‌دست می‌کند.^۱ کمیته تخصصی سازمان بهداشت جهانی با مشارکت کارگروه اجرای نظارتی در مورد کیفیت محصولات دارویی در اکتبر ۲۰۰۹، دستورالعمل‌های عملکرد صحیح در توزیع محصولات دارویی را توصیه کرد تا اقدامات لازم برای مبارزه با ورود محصولات پزشکی تقلبی به زنجیره تأمین و توزیع داروها انجام شود.

در سال ۱۹۸۸، برنامه‌هایی برای شناسایی و منع واردات، صادرات و قاچاق داروهای تقلبی مطابق با قطعنامه شماره ۴۱.۱۶ سازمان بهداشت جهانی آغاز شد. پس از آن، اولین نشست بین‌المللی به‌طور مشترک توسط سازمان بهداشت جهانی و فدراسیون بین‌المللی انجمن‌های تولیدکنندگان دارویی^۲ در سال ۱۹۹۲ برگزار شد. در سال ۱۹۹۴، مطابق با قطعنامه شماره ۴۷.۱۳ سازمان بهداشت جهانی، برنامه‌ای با کمک ژاپن برای کمک به کشورهای عضو در حصول اطمینان از کیفیت عرضه دارو، تحت پروژه مشترک^۳ آغاز شد. همچنین سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۱۷، یک چالش جهانی را برای ارتقای ایمنی داروها با عنوان "داروی بی‌ضرر"، با هدف کاهش آسیب‌های شدید و قابل‌پیشگیری ناشی از مصرف داروها به میزان ۵۰ درصد و در طی ۵ سال در تمام کشورها اجرا کرد.

به‌طور کلی به نظر می‌رسد سازمان بهداشت جهانی شاید بتواند حداقل استانداردهای بین‌المللی برای نیل به اهداف موجود در ماده ۲ اساسنامه را از طریق بررسی استراتژی‌های ملی صادرات دارو، تنظیم مقررات نظارت ملی در مناطق در معرض خطر، از جمله کشورهای در حال توسعه، تأمین کند. این امر می‌تواند هم‌راستا با تقویت مقامات نظارتی، که مسئول ثبت و بازبینی داروهای تولید شده و وارداتی محلی‌اند باشد و با اطمینان از این که داروهای ایمن و مؤثر برای رفع نیازهای بهداشتی اولیه شهروندان در دسترس است، موارد توصیه‌شده در قطعنامه شماره ۹۹.۱^۴ را تضمین کند. همچنین اقداماتی نظیر ایجاد طرح صدور گواهینامه کیفیت سازمان بهداشت جهانی برای محصولات دارویی هماهنگ با استانداردهای تجارت بین‌المللی و قواعد الزام‌آور اسناد کالا، مانند اسناد منتشرشده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی و سازمان تجارت جهانی، می‌تواند اهرم مناسبی برای تقویت مقامات نظارتی دارو و مبارزه با داروهای تقلبی باشد.

۵.۲. اتحادیه اروپا

مقامات ذی‌صلاح نظارت بر دارو در اتحادیه اروپا، عبارت‌اند از کمیسیون اروپا، به‌عنوان نهاد مصوب در تنظیم گردش داروها و آژانس داروهای اروپا^۵ که مسئول داروهای ثبت‌شده در اتحادیه اروپا است. این آژانس یک کارگروه مراقبت دارویی دارد که به کمیته محصولات دارویی برای مصارف انسانی مشاوره می‌دهد. وظایف این کارگروه، شناسایی گزارش‌های عوارض جانبی دارو، نظارت بر فرایندها، بازرسی، تنظیم استانداردها و روش‌ها برای اطمینان از عملکردهای درست نظارت

1. Attaran, Amir. Roger Bate and Megan Kendall. "Why and how to make an international crime of medicine counterfeiting", *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2), 2011, P 6.

2. WHA41.16

3. The International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA)

4. WHA47.13

5. MDP-DAP

6. WHO/EDM/QSM/99.1

7. European Medicines Agency (EMA)

دارویی و هماهنگی اقدامات در اتحادیه اروپا و فراتر از آن است. در دسامبر ۲۰۱۰، پارلمان و شورای اروپا دستورالعمل جدید نظارت بر دارو و آیین‌نامه اجرایی را، که تعریفی از سیستم مدیریت ریسک ارائه می‌دهد^۱، تصویب کردند که مجموعه‌ای از اقدامات نظارت بر دارو با هدف شناسایی، توصیف، پیشگیری و به حداقل رساندن خطرات مرتبط با محصولات پزشکی و همچنین اثربخشی این اقدامات است.

در زمان شیوع بیماری کرونا، آژانس دارویی اروپا و مرکز اروپایی پیشگیری و کنترل بیماری^۲ ابتکارات جدیدی را با هدف تقویت نظارت پس از بازاریابی بر ایمنی، اثربخشی و تأثیر واکنش‌های کووید ۱۹ در اتحادیه اروپا و منطقه اقتصادی اروپا آغاز کردند^۳.

نهاد مجری قانون اتحادیه اروپا، یوروپول^۴ است که حمایت‌های فنی و مالی برای پیشگیری و مبارزه با جرائم بین‌المللی و تروریسم را به کشورهای عضو ارائه می‌دهد. در مارس ۲۰۱۳، اختیارات مرکز هماهنگی یوروپل^۵ (مبارزه با جعل و نقض حق نسخه برداری) برای تحقیق در مورد جعل و تقلب گسترش یافت و اکنون مرکز هماهنگی مجاز به تحقیق در مورد کالاهای نامرغوب و خطرناک است^۶. در گزارش یوروپل، اولویت با جرائم تقلبی است که قوانین بهداشت، ایمنی و کیفیت غذا و دارو را نقض می‌کنند.

۵.۳. مؤسسه ایمنی دارویی

مؤسسه ایمنی دارویی^۷ سازمانی است که در سراسر جهان برای پیگیری تولید داروهای تقلبی و غیرقانونی تأسیس شده است و زنجیره تأمین دارویی را از تولید تا توزیع برای شناسایی هرگونه فعالیت مشکوک یا محصولات غیرمجاز نظارت می‌کند. این امر شامل انجام بازرسی‌های منظم، ممیزی و تحقیقات برای اطمینان از یکپارچگی زنجیره تأمین داروها است. این مؤسسه پایگاه داده‌ای به نام "سیستم حوادث تقلبی مؤسسه امنیت دارویی"^۸ دارد که داده‌های مربوط به حوادث تقلبی را جمع‌آوری و تجزیه و تحلیل می‌کند^۹.

۵.۴. مؤسسه بین‌المللی تحقیقات علیه داروهای تقلبی

مؤسسه بین‌المللی تحقیقات علیه داروهای تقلبی^{۱۰} که در سال ۲۰۱۰ ایجاد شد، تنها سازمان بین‌المللی مستقل است که منحصراً به مبارزه با تقلب و جعل دارو می‌پردازد و درمورد توزیع داروهای غیراستاندارد و تقلبی آموزش‌هایی را به منظورافزایش آگاهی افراد ارائه می‌دهد. این مرکز با بیش از ۱۵ عضو که نماینده متخصصان مراقبت‌های بهداشتی،

¹. Mammi, Maria., Rit, Citraro., Giovanni, Torcasio., Gennaro, Cusato., Caterina, Palleria and Eugenio Donato, di Paola. "Pharmacovigilance in pharmaceutical companies: An overview", *Journal of Pharmacology and Pharmacotherapeutics*, Volume 4, Issue 1_suppl, 2013, P 34.

². The European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)

³. Mammi, et al, op.cit., 1133.

⁴. The European Union Agency for Law Enforcement Cooperation(Europol)

⁵. Anti-Counterfeiting and Copyright Infringement (COPY)

⁶. Lebed, Serhii., Alla Nemchenko and Viktoria Nazarkina. "Actuality of the implementation of international practice in proliferation of counterfeit medicines involving Interpol", *Journal of Advanced Pharmacy Education and Research*, Volume 10, Issue 2, 2020, P 58.

⁷. Pharmaceutical Security Institute (PSI)

⁸. Pharmaceutical Security Institute Counterfeit Incident System (PSI CIS)

⁹. Issa, Sara Mahmoud. "The Prospects of Blockchain Technology on the Counterfeit Drugs in Jordan", Doctoral dissertation, *Middle East University*, 2020.

¹⁰. International Institute of Research against Counterfeit Medicines (IRACM)

تولیدکنندگان، عمده‌فروشان، محققان و بیماران هستند، به‌طور منحصربه‌فردی در زمینه اقدامات منع تهدید داروهای تقلبی برای سلامتی و رفاه مردم فعالیت می‌کند.

۵.۵. قوانین نظارت و ارزیابی بر کیفیت و ایمنی محصولات دارویی در کشورهای در حال توسعه

در کشورهای در حال توسعه، ۱۰ تا ۳۰ درصد توزیع دارو، جعلی است و ایمنی بیماران بسیار تهدید می‌شود.^۱ شیوه‌های ایمنی دارویی در کشورهای در حال توسعه از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. درحالی‌که بسیاری از آنها، سیستم‌های ایمنی و دارویی یا فارماکوژیلا^۲ را ایجاد کرده‌اند، بسیاری دیگر یا به‌هیچ‌وجه سیستم ایمنی و دارویی ندارند یا هنوز در مراحل نوزادی خود هستند.^۳

درخصوص این موضوع به‌طور اجمالی و خلاصه به مقایسه قوانین نظارت و ارزیابی بر کیفیت و ایمنی محصولات دارویی در بین چند کشور در حال توسعه در سال ۲۰۲۰ می‌پردازیم. قصد ما بررسی موارد فوق از نظر وجود مقررات و قواعد ایمنی داروها و نظارت بر چرخه تأمین و داروهای تقلبی است. با توجه به اینکه کشورهای بسیاری در این محدوده قرار می‌گیرند، به دلیل محدودیت در نوشتار به اجمال به برخی از آنها به‌عنوان نمونه‌ای از مناطقی که دارای نقص سیستم ایمنی دارویی و مشکلات متعدد مربوط به ارزیابی و نظارت کافی بودند، اشاره شده است.

۵.۵.۱. ایران

جعل دارو برای سلامتی و تمامیت جسمانی اشخاص زیانبار است و از این رو در تعارض با ارزش‌های اخلاقی جامعه ایرانی است که اضرار به دیگری را پسندیده نمی‌داند.^۴ بنابراین نظر به اهمیت این موضوع، در حقوق ایران حق بر ایمنی محصولات دارویی در قانون اساسی در موارد متعددی بیان شده است:

بند ۱۲ اصل سوم با موضوع ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های بهداشتی و بند ۱ اصل چهل و سوم با موضوع تأمین نیازهای اساسی از جمله بهداشت و درمان و اصل ۲۹ با موضوع نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی. همچنین مطابق با فصل دوم قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در مورد وظایف عرضه‌کنندگان کالا و خدمات نص ماده ۲ در مورد صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده^۵ و طبق ماده ۲۸ مقررات مربوط به امور دارو^۶، بازرسان وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در امور نظارت بر تولید، ورود، صدور، توزیع، تهیه و عرضه مواد و فراورده‌های دارویی، به موجب حکم مأموریتی که از طرف ادارات ذی‌ربط صادر می‌شود، در حدود اختیارات و وظایف محوله به‌عنوان ضابطین خاص دادگستری موضوع بند ۵ ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی ۱۳۷۸ احصاء می‌شوند.

^۱. Zhu, Peng., Jian, Hu., Yue, Zhang and Xiaotong, Li. "A blockchain based solution for medication anti-counterfeiting and traceability", *Ieee Access*, 8, 2020, P 1.

^۲. Pharmacovigilance (PV)

^۳. Al-Worafi, Yaser Mohammed., Wafa Mohammed, Alseragi, Long Chiau, Ming and Khalid, M. Alakhali. "Drug safety in China", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020, P 382.

^۴. وروایی، اکبر، رضا سعادت و حمید هاشمی، «تأثیر اخلاق در جرم انگاری و جرم زدایی در نظام حقوق کیفری اسلامی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ۳، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۴۹.

^۵. قانون حمایت از مصرف‌کننده، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مصوبات مجلس شورای اسلامی، تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۰/۰۷.

^۶. مقررات مربوط به امور دارو و فراورده‌های زیست‌شناختی (بیولوژیک) و مواد خوردنی آشامیدنی، آرایشی، بهداشتی، ملزومات و تجهیزات پزشکی. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. تاریخ تصویب: ۱۳۳۴/۳/۲۹.

در موضوع توزیع دارو طبق ماده ۷۵ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی، توزیع، عرضه و فروش هر نوع ماده و فراورده دارویی در داخل کشور فقط در شبکه رسمی توزیع و از طریق مجاری اعلام شده از سوی وزارت بهداشت، مجاز است. ثبت محصول و صدور مجوز معتبر تولید یا ورود با تاریخ مصرف معتبر و مندرج بر بسته‌بندی و برچسب مشخصات محصول و قیمت مصوب کمیسیون موضوع ماده ۸۱ این قانون، در شرایط بهداشتی و فنی مورد تأیید وزارت بهداشت، است و طبق ماده ۱۸ همان قانون، اشخاصی که در تهیه مواد دارویی به هر کیفیتی مرتکب تقلب شوند از قبیل آنکه جنسی را به جای جنس دیگر قلمداد یا آن را با مواد خارجی مخلوط کنند و همچنین با علم به فساد و تقلبی بودن آن مواد به فروش برسانند یا دارویی را به جای داروی دیگر بدهند، به مجازات ذیل بندهای یک تا هشت ماده فوق محکوم خواهند شد.

از آنجایی که وفق ماده ۷۱ مقررات مربوط به دارو، وزارت بهداشت مرجع صلاحیتدار ملی برای نظارت بر تضمین کیفیت و ایمنی مواد و فراورده‌های دارویی قابل عرضه در داخل کشور و اعلام مقررات، الزامات و استانداردهای مربوط و همچنین انجام بازرسی و تأیید موارد فوق، محسوب می‌شود و با توجه به اینکه مهم‌ترین قسمت از فرایند توزیع دارو، مرحله نهایی آن، یعنی تحویل دارو به بیمار، است؛ لذا نحوه مدیریت توزیع محصولات پزشکی بسیار مهم است. به نظر می‌آید یک ساختار سازمان‌دهی شده با تحقق عوامل ایجاد ثبات اقتصادی و جلوگیری از ایجاد بازارهای آزاد و غیرقانونی فروش دارو با منع نفوذ جاعلان و کلاهبرداران تجارت دارو که به دلایل مختلفی چون وجود تحریم‌ها و تورم قیمت کالاهای اساسی در زمینه پزشکی و درمانی، امکان تعقیب آن‌ها در حوزه محصولات پزشکی به خصوص در بخش عرضه‌کنندگان کالا و خدمات وجود داشته باشد، ضروری می‌نماید؛ اما فقط مدیریت کافی نیست؛ ضرورت نظارت کافی بر کیفیت و سلامت داروها در اکوسیستم مراقبت‌های بهداشتی عامل اساسی و اولیه‌ای است که قبل از ورود به بازارها و حتی پس از تحویل کالاها به مقصد، نمایان می‌شود و این امر بر عهده مهم‌ترین مهره‌های امنیت زنجیره تأمین دارو وفق ماده ۲۸ مقررات مربوط به امور دارویی یعنی بازرسان وزارت بهداشت در امور نظارت بر چرخه تأمین داروها در نظر گرفته می‌شوند؛ اما سؤال این است که آیا این بازرسی‌ها در تمام قسمت‌های زنجیره به‌طور کامل اعمال می‌شود و آیا امکان ردیابی محصولات تقلبی و جاعلان در هر قسمت وجود دارد و آیا کدام قواعد و استانداردهای نظارت کیفی و ایمنی پاسخگوی کالایی خواهد بود که با برچسب‌های جعلی مسیرهای طولانی و پیچیده بین عرضه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان را پیموده است؟ بنابراین با توجه به نقش حیاتی دارو، ضروری است نظام حقوقی ایران با تمرکز بر وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی که مجرای اصلی صدور دستورالعمل‌ها و تنظیم‌کننده‌های نظارتی است، قوانین و ضوابط دارویی کارآمد را به‌طور مشخص و تعریف شده، حاکم بر تمام مراحل زنجیره تأمین از تولید، توزیع، واردات و صادرات تا خرید و فروش دارو و ملزومات وابسته به آن، به‌طور عادلانه و دقیق برشمارد. همچنین ضرورت همکاری وزارت بهداشت با سازمان غذا و دارو به‌منظور تسهیل و تسریع دسترسی بیماران به داروها از نظر رعایت استانداردهای معتبر کیفی، ایمنی و اثربخشی بالینی در درمان بیماری‌ها غیرقابل اجتناب است.

۵.۵.۲. سایر کشورهای در حال توسعه

محصولات دارویی تقلبی ممکن است شامل مقادیر نادرست از مواد فعال دارویی باشند؛ مثل نمونه‌هایی از داروهای ارزان‌تر یا از تاریخ مصرف گذشته که ممکن است دوباره بسته‌بندی شوند، مانند شربت دیازپام^۱ که در نیجریه به فروش می‌رود

^۱. Diazepam

و یا آرتسونات^۱ در آسیای جنوب شرقی که به عنوان ضد مالاریا فروخته می شود.^۲ علاوه بر این، بروشورها به زبان انگلیسی ضعیف، بدون هیچ گونه شناسه تولیدکننده و با بسته بندی تقلبی هستند.

در کشورهای در حال توسعه، عواملی مانند تعدد داروهای موجود برای پیشگیری یا درمان بیماری ها، منجر به افزایش خطا در داروهای و عوارض جانبی مرتبط با مصرف دارو شده است مانند کشور لبنان^۳. کاربرد بیش از حد و نامناسب داروها در بین مردم پاکستان مشکل پیش بینی نشده ای برای ایمنی دارو است. مشکلات ناشی از واکنش های مکرر دارویی، عوارض جانبی دارویی، اقدامات نامطلوب خود درمانی، سوء استفاده از مواد مخدر، استفاده از داروهای بدون استاندارد و تقلبی و کمبود همیشگی بسیاری از داروهای حیاتی، نگرانی های مربوط به ایمنی دارویی را در این کشور بیشتر کرده است. با وجود تأسیس سازمان تنظیم دارویی در پاکستان و مرکز ملی داروسازی، چالش هایی در قالب موانع اداری و عملیاتی وجود دارد.^۴ در کشور بورکینافاسو، بستر فنی برای رفع این معضل مهم سلامتی وجود ندارد. تجویز دارو در مراکز بهداشتی به پرستاران واگذار می شود که این امر خطر تجویز نامناسب دارو را افزایش می دهد.^۵ در نیجریه، بسیاری از مسائل و چالش های مربوط به فرهنگ سلامت و اصالت دارو در بین بیماران و متخصصان مراقبت های بهداشتی به دلیل وجود برخی از هنجارهای سنتی، از جمله عدم گزارش خطاهای دارویی و یا واکنش های نامطلوب دارویی وجود دارد.^۶ از سال ۱۹۹۵ سیستم ایمنی دارو در مصر یک مرکز داروسازی مصری^۷ را به موجب دستورالعمل های موجود برای تصدی این شغل به کار گرفته است. باین حال توزیع غیرقانونی دارو معمولاً رایج است و داروهای تقلبی سی درصد از بازار مصر را تشکیل می دهند.^۸

به دلیل مشکلات متعدد در توزیع داروها، ایمنی داروها از خط تولید یا واردات آنها تا استفاده از آنها، یک هدف بهداشتی در شیلی است. انستیتوی بهداشت عمومی این کشور، به کیفیت و ایمنی داروها برای مصارف انسانی، اهمیت می دهد. ایجاد یک بانک اطلاعاتی به عنوان یک ابزار جدید که قادر به ارائه اطلاعات در مورد ایمنی داروها و کمک به آن در بهداشت عمومی شیلی است، توسط سیستم داروسازی ملی این کشور اجازه داده شده است.^۹ در امارات متحده عربی اقدامات ایمنی دارو در مرحله اولیه است و با چالش های زیادی در رابطه با داروسازی واکنش های دارویی نامطلوب و گزارش آنها خطاهای دارویی، خود درمانی و سایر موارد ایمنی روبه رو است. طبق تحقیقات انجام گرفته، بهبود سیستم ایمنی دارو، از جمله کلیه فعالیت های ایمنی دارو توصیه می شود.^{۱۰} در کشور یمن، علی رغم تلاش های فراوان هیئت عالی

¹. Artesunate

². Glass, Beverley, D. "Counterfeit drugs and medical devices in developing countries", *Research and Reports in Tropical Medicine*, 2014, pp 1-13.

³. Sacre, Hala., Aline, Hajj., Randa, Aoun., Souheil, Hallit., Abeer, Zeitoun and Pascale, Salameh. "Drug safety in Lebanon", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020, P 449.

⁴. Atif, Muhammad., Iram, Malik., Muhammad, Asif., Muhammad, Qamar-Uz-Zaman., Nafees, Ahmad and Shane, Scahill. "Drug safety in Pakistan", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020, pp 287-325.

⁵. Tinto H. and Rouamba, T. "Drug safety in Burkina Faso", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier, 2020, P 569.

⁶. Yakubu R., Isa, A. M., Abubakar, I. J., Oreagba, I. and Awaisu, A. "Drug safety in Nigeria", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier, 2020, P 525.

⁷. Egyptian Pharmacovigilance Center (EPVC)

⁸. Elsayed, Tarek and Yaser Mohammed, Al-Worafi. "Drug safety in Egypt", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020, P 511.

⁹. Acuna-Johnson, op.cit.

¹⁰. Al-Worafi, Yaser Mohammed. "Drug safety in United Arab Emirates", In: *Drug safety in developing countries*, Elsevier, 2020, PP 427-28.

دارویی و لوازم پزشکی^۱ و وزارت بهداشت عمومی و جامعه برای بهبود شیوه‌های ایمنی دارویی، چالش‌های بسیاری درخصوص سیستم‌های آموزشی، اطلاع‌رسانی، پژوهش، داروهای تقلبی، خوددرمانی و سایر موارد ایمنی داروها وجود دارد. طبق تحقیقات انجام‌شده، برای بهبود اقدامات ایمنی مواد دارویی در یمن برنامه بلندمدتی باید توسط سیاست‌گذاران اجرا شود. در فلسطین چالش‌های بسیاری درباره اقدامات ایمنی دارو وجود دارد و از مهم‌ترین این چالش‌ها، عدم وجود سیستم ایمنی دارو در سطح ملی و همچنین عدم وجود برنامه‌های ایمنی دارو در کلیه مراکز مراقبت‌های بهداشتی است. نیاز به فوریت برای ایجاد یک سیستم ملی داروسازی و ایمنی دارو در فلسطین آشکار می‌شود.^۲

در سودان، تلاش‌های سودمندی در راستای بهبود ایمنی داروها و بیماران وجود ندارد. این کشور فاقد بسیاری از استانداردها و اقدامات ایمنی دارویی است. بهبود روش‌ها، ارتقای تحقیقات ایمنی دارو و مشارکت متخصصان مراقبت‌های بهداشتی و بیماران به منظور بهینه‌سازی ایمنی دارو، نیازی ضروری تلقی می‌شود.^۳ در کشور مالی، سه بیمارستان آموزشی-درمانی، مطالعه‌ای را در زمینه بررسی ارزیابی وضعیت فعلی سیستم ایمنی دارویی و واکنش‌های نامطلوب دارویی انجام داده‌اند. این مطالعه نمایه واکنش‌های نامطلوب دارویی متداول و مشکلات بالقوه اطلاع‌رسانی سیستماتیک را برجسته کرد.^۴

در سال ۲۰۱۹، با یک بررسی سیستماتیک که در کشورهای در حال توسعه انجام یافت، اقدامات عمده برای کاهش وقوع داروهای تقلبی در زنجیره تأمین سنتی ارزیابی شد. سه عامل در کاهش تعداد داروهای تقلبی مؤثر بود. دو مورد اول و دوم از داروهایی استفاده می‌کردند که قبلاً همراه با یک نهاد نظارتی در کشور دیگری ثبت شده بودند (مانند آژانس پزشکی اروپا) یا از پیش توسط سازمان بهداشت جهانی تعیین شده بودند. مورد سوم، استفاده از برنامه شبیه‌ساز چندمنظوره، برای توسعه بین‌المللی بود که برنامه ارتقای کیفیت دارو را، پیشنهاد می‌داد. در این برنامه از تقویت و افزایش ظرفیت سازمان‌های محلی برای تشخیص مسائل و بهینه‌سازی منابع با پشتیبانی و به حداکثر رساندن مشارکت‌های استراتژیک در زمینه کاهش تقلب دارویی استفاده می‌شد. فدراسیون بین‌المللی دارویی^۵ و سازمان بهداشت جهانی به‌طور مشترک یک برنامه آموزشی را در ۴ کشور آفریقایی به‌عنوان بخشی از یک پروژه آزمایشی برای حل این مسئله توسعه دادند.^۶

همان‌طور که گفته شد، زمینه‌های اقتصادی و اجتماعی که نشانگر فقر و جهل است، باعث می‌شود که مردم برای مراقبت‌های اساسی خود یا به‌سمت خوددرمانی بروند یا از داروهایی بی کیفیت و ارزان یا بدون اطلاع از کیفیت آن، استفاده کنند. این امر نشان‌دهنده نیاز به ارتقای صنعت داروسازی است. سیستم ایمنی دارو در کشورهای فوق با مشکلات زیادی روبه‌رو است. میزان گزارش‌ها درمورد واکنش‌های دارویی نامطلوب در بین داروسازان به‌طور کلی کم است. اکثر کشورهای فوق از یک سیستم نظارت قوی و استاندارد برای ارزیابی کیفیت داروها برخوردار نیستند و با عدم کنترل بر روی زنجیره تأمین داروها به‌راحتی وارد جریان جعل و تقلب خواهند شد. فقدان مقررات مؤثر و عدم نظارت اجرایی کافی

¹. Supreme Board of Drugs and Medical Appliances (SBDMA)

². Ibid, P 419.

³. Mahmoud, Mansour, Adam. "Drug safety in Sudan", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020: P 501.

⁴. Oumar, A. A., Sangare, M., Fofana, S., Cissoko, Y., Diallo, D., Maiga, M., et al. "Drug safety in Mali", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier, 2020, P 565.

⁵. International Pharmaceutical Federation

⁶. White, C., op.cit., e93-e98.

به افزایش تعداد جاعلان دارو کمک می‌کند. در حال حاضر، اقدامات و برنامه‌های هماهنگ جهانی در جهت ایمنی مصرف‌کنندگان در مراقبت‌های بهداشتی و به حداقل رساندن آسیب‌های قابل پیشگیری، توصیه می‌شود.

نتیجه‌گیری

تأثیر مراقبت‌های پزشکی و دارویی تا حد زیادی توسط کیفیت داروها تعیین می‌شود. با این حال، اخیراً در کشورهای مختلف در تأمین داروهای با کیفیت برای مردم وضعیت بسیار نامساعدی وجود دارد. زمینه‌های اقتصادی و اجتماعی، که نشانه فقر و جهل است، وجود تحریم‌های اقتصادی، افزایش مستمر گرانی، تورم، رکود و به هم ریختگی‌های اقتصادی باعث می‌شود که مردم برای نیازهای اولیه و اساسی خود در مراقبت‌های بهداشتی و درمانی یا به سمت خوددرمانی بروند یا از داروهایی با کیفیت پایین و ارزان استفاده کنند و همین نقطه، محل ورود جاعلان و کلاهبرداران است. روند روبه‌رشد جرائم در جهان در سال‌های اخیر در این زمینه نیازمند توجه دقیق دولت‌هاست.

موضوع سلامت و ایمنی محصولات دارویی در ایران باید مورد توجه و دقت نظر بیشتر توسط قانون‌گذاران قرار بگیرد. از آنجایی که تولید ملی در صنعت دارویی به واردات مواد خام وابسته است، نتیجه چنین وابستگی‌هایی در دوران تحریم‌های ظالمانه با افزایش چشمگیر کمبود دارو و همچنین تحمیل هزینه‌های هنگفت به مردم نمایان می‌شود. علاوه بر آن، وجود چالش‌های موجود در نظام دارویی کشور مانند، تجویز و فروش غیرقانونی دارو، تمایل به مصرف داروهای جایگزین، اکثراً جعلی و ارزان قیمت به دلیل هزینه زیاد داروهای اصلی، افزایش داروخانه‌های آنلاین و فروش بدون نسخه دارو، عدم امکان پیگیری اطلاعات در زنجیره تأمین داروها و در نهایت عدم آموزش و اطلاع رسانی کافی به مصرف‌کنندگان، باعث گسترش پدیده جعل دارویی خواهد شد.

در کشورهای در حال توسعه، وجود داروهای بی‌کیفیت و تقلبی به دلیل مسائل مرتبط با عدم دسترسی به دارو، ضعف مقررات و عدم کنترل و نظارت کافی، رواج یافته است. اگرچه چالش‌های جهانی شامل افزایش روزافزون جاعلان، فقدان معاهده بین‌المللی داروهای تقلبی، فقدان قوانینی برای تعقیب جاعلان دارو و گسترش جعل در تمام زمینه‌های درمانی وجود دارد، رفع این معضل در کشورهای در حال توسعه پیچیدگی بیشتری دارد.

اکثر کشورهای فوق از یک سیستم نظارت قوی و استاندارد برای ارزیابی کیفیت داروها برخوردار نیستند و با عدم کنترل بر زنجیره تأمین داروها به راحتی وارد جریان جعل و تقلب خواهند شد. کشورهای در حال توسعه اغلب منابع محدودی برای مبارزه با جعل دارو دارند. این امر می‌تواند سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌ها، فناوری و نیروی انسانی لازم برای شناسایی و ممنوعیت تولید و توزیع داروهای تقلبی را دشوار کند.

در نهایت، با توجه به اهمیت موضوع ایمنی و سلامتی داروها و نظارت بر آن‌ها، که نقش تعیین‌کننده‌ای در ردیابی و تشخیص داروهای تقلبی دارد، وجود نهادهای نظارتی قوی و پایش‌کننده مطابق با استانداردهای قواعد ملی یا بین‌المللی و همچنین اعمال مجازات‌های بازدارنده در هریک از مراحل چرخه تولید، توزیع و تحویل دارو مورد نیاز است. ایجاد سیستم یکپارچه‌سازی، به خصوص سیستم ایمنی داروها، علاوه بر اقداماتی که باعث افزایش ایمنی مصرف‌کنندگان در همه سطوح می‌شود، باید به وضوح از نظر ارزیابی، برنامه‌ریزی استراتژیک و مقررات تعریف شود و توسط مقامات مربوطه با هدف نهایی خدمت به سلامتی افراد اجرا شود. همچنین نظارت‌های دقیق و منظم در زمینه ثبت و کنترل داروهای وارداتی الزامی است. در نهایت، در سطح ملی و بین‌المللی، دولت‌ها، سازمان‌های مجری قانون، حرفه‌مندان سلامت، صنایع دارویی و کلیه ذی‌نفعان باید مسئولیت مشترکی را در مبارزه با داروهای تقلبی بر عهده بگیرند.

منابع

مقاله

۱. بیرانوندی، نعمت‌الله و قباد کاظمی، «بزه‌دیدگان قاچاق دارو»، *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۴، شماره ۲۹، ۱۴۰۱، صص ۶۴-۳۷.
۲. قنبری، محمدعلی، کورش دل‌پسند و افسانه قنبری، «شمول طب سنتی و مکمل در استراتژی سازمان ملل متحد و سازمان بهداشت جهانی»، *مجله تاریخ پزشکی*، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۸، صص ۲۲-۷.
۳. وروایی، اکبر، رضا سعادت و حمید هاشمی، «تأثیر اخلاق در جرم‌انگاری و جرم‌زدایی در نظام حقوق کیفری اسلامی ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ۳، شماره ۸، ۱۳۹۳، صص ۶۲-۳۳.

References

Book

1. World Health Organization, *Health legislation at the dawn of the 21st century*, Manual published by the World Health Organization, Volume 49, Number 1, 1998.

Articles

2. Acuna-Johnson, Patricia. "Drug safety in Chile", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020.
3. Al-Worafi, Yaser Mohammed. "Drug safety in United Arab Emirates", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020.
4. Al-Worafi, Yaser Mohammed., Wafa Mohammed, Alseragi., Long Chiau, Ming and Khalid, M. Alakhali. "Drug safety in China", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020.
5. Atif, Muhammad., Iram, Malik., Muhammad, Asif., Muhammad, Qamar-Uz-Zaman., Nafees, Ahmad and Shane, Scahill. "Drug safety in Pakistan", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020.
6. Attaran, Amir. Roger Bate and Megan Kendall. "Why and how to make an international crime of medicine counterfeiting", *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2), 2011.
7. Bate, Roger and Kimberly, Hess. "Assessing website pharmacy drug quality: safer than you think?", *PloS one*, 5 (8), 2010.
8. Beyranvandi, Nematollah and Qabad Kazemi, "Victims of Medication trafficking", *Journal of studies in Islamic law and Jurisprudence*, 14 (29), 2022. (in Persian)
9. Davis, Karen, D., Nima, Aghaeepour., Andrew, H. Ahn., Martin, S. Angst., David, Borsook., Ashley, Brenton., Michael, E. Burczynski., et al. "Discovery and validation of biomarkers to aid the development of safe and effective pain therapeutics: challenges and opportunities", *Nature Reviews Neurology*, Volume 16, Issue 7, 2020.
10. Elsayed, Tarek and Yaser Mohammed, Al-Worafi. "Drug safety in Egypt", In: *Drug safety in developing countries*, Academic Press, 2020.
11. Erkan, Turan, Erman and Ugur, Bac. "Supply chain performance measurement: a case study about applicability of SCOR model in a manufacturing industry firm". *International journal of business and management studies*, Volume 3, Issue 1, 2011.
12. Ferreira-da-Silva, Renato., Inês Ribeiro-Vaz., Manuela Morato and Jorge Junqueira Polónia. "Guiding axes for drug safety management of pharmacovigilance centres during the COVID-19 era", *International Journal of Clinical Pharmacy*, Volume 43, Issue 4, 2021.
13. Forzley, M. "Combating counterfeit drugs: A concept paper for an international framework convention and related strategies", *World Health Organization*, 2004.

14. Ghanbari, Mohammad Ali; Kourosh Delpasand and Afsaneh Ghanbari, "Inclusion of Traditional and Complementary Medicine in the United Nations Strategy and the World Health Organization", *Journal of Medical History*, Volume 11, Issue 41, 2020. (in Persian)
15. Glass, Beverley, D. "Counterfeit drugs and medical devices in developing countries", *Research and Reports in Tropical Medicine*, 2014.
16. Gölcük, İlker. "An interval type-2 fuzzy axiomatic design method: A case study for evaluating blockchain deployment projects in supply chain", *Information Sciences*, 602, 2022.
17. Hornberger, Julia. "From drug safety to drug security: A contemporary shift in the policing of health", *Medical Anthropology Quarterly*, Volume 32, Issue 3, 2018.
18. Isles, Mike. "What's in a Word? Falsified/Counterfeit/Fake Medicines-The Definitions Debate", *Medicine Access@ Point of Care*, 1 (1), 2017.
19. Lebed, Serhii., Alla Nemchenko and Viktoriya Nazarkina. "Actuality of the implementation of international practice in proliferation of counterfeit medicines involving Interpol", *Journal of Advanced Pharmacy Education and Research*, Volume 10, Issue 2, 2020.
20. Li, Lisha and Jia, Yin. "Drug safety evaluation in China, *Current Allergy and Asthma Reports*, Volume 19, 2019.
21. Mahmoud, Mansour, Adam. "Drug safety in Sudan", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020.
22. Mammì, Maria., Rita, Citraro., Giovanni, Torcasio., Gennaro, Cusato., Caterina, Palleria and Eugenio Donato, di Paola. "Pharmacovigilance in pharmaceutical companies: An overview", *Journal of Pharmacology and Pharmacotherapeutics*, Volume 4, Issue 1_suppl, 2013.
23. Oumar, A. A., Sangare, M., Fofana, S., Cissoko, Y., Diallo, D., Maiga, M., et al. "Drug safety in Mali", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier, 2020.
24. Pifferi, Giorgio and Patrizia, Restani. "The safety of pharmaceutical excipients", *Il Farmaco*, Volume 58, Issue 8, 2003.
25. Przyswa, Eric. "Counterfeit medicines and criminal organisations", *IRCAM*, 2013.
26. Sacre, Hala., Aline, Hajj., Randa, Aoun., Souheil, Hallit., Abeer, Zeitoun and Pascale, Salameh. "Drug safety in Lebanon", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Academic Press, 2020.
27. Setyadi, Antonius., Erry, Rimawan., Ivan, Kristanto and Puspita, Eka Rohmah. "A proposed conceptual framework of supply chain operations reference (SCOR) model in Indonesian industries: a literature review", *SINERGI*, Volume 26, Issue 3, 2022.
28. Sholy, Lydia., Paul, Gard., Sian, Williams and Angela, MacAdam. "Pharmacist awareness and views towards counterfeit medicine in Lebanon", *International Journal of Pharmacy Practice*, Volume 26, Issue 3, 2018.
29. Sugita, Minoru and Michiko, Miyakawa. "Economic analysis of use of counterfeit drugs: health impairment risk of counterfeit phosphodiesterase type 5 inhibitor taken as an example", *Environmental health and preventive medicine*, Volume 15, 2010.
30. Tinto, H. and Rouamba, T. "Drug safety in Burkina Faso", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier, 2020.
31. Tseng, J. H., Liao, Y. C., Chong B. and Liao, S. W. "Governance on the drug supply chain via gcoin blockchain", *International journal of environmental research and public health*, 15 (6), 2018.
32. UN Assembly General. "International covenant on economic, social and cultural rights", *United Nations, Treaty Series*, 993 (3), 1966
33. Varurai, Akbar; Reza Sa'adati and Hamid Hashemi, "Influence of Morality on Criminalization and Decriminalization in the Legal System of Iran", *Jornal of Criminal Law Research*, 3 (8), 2014. (in Persian)
34. White, C. Michael. "Counterfeit drugs: A major issue for vulnerable citizens throughout the world and in the United States", *Journal of the American Pharmacists Association*, Volume 61, Issue 1, 2021.

35. Yakubu R., Isa, A. M., Abubakar, I. J., Oreagba, I. and Awaisu, A. "Drug safety in Nigeria", In: *Drug Safety in Developing Countries*, Elsevier; 2020.
36. Zhang, Li., Jingbo, Yan., Xinmin, Liu., Zuguang, Ye., Xiaohui, Yang., Ronald, Meyboom., Kelvin, Chan., Debbie, Shaw and Pierre, Duez. "Pharmacovigilance practice and risk control of Traditional Chinese Medicine drugs in China: current status and future perspective", *Journal of ethnopharmacology*, Volume 140, Issue 3, 2012.
37. Zhu, Peng., Jian, Hu., Yue, Zhang and Xiaotong, Li. "A blockchain based solution for medication anti-counterfeiting and traceability", *Ieee Access*, 8, 2020.

Thesis

38. Issa, Sara Mahmoud, "The Prospects of Blockchain Technology on the Counterfeit Drugs in Jordan", Doctoral dissertation, *Middle East University*, 2020.



Original Article

Evaluation of the Specific Conditions of Gatekeeper Marketplaces Contracts from the Perspective of Intra-Platform Competition Law

Ebrahim Rahbari¹, Arian Masoudi Tafreshi²

ABSTRACT

Digital markets have seen the rise of some online marketplaces that besides having a dominant position in the online intermediary market, are unavoidable gateways for optimal sale of goods and digital content. Some gatekeeper marketplaces, as well as operating in the relevant platform market, have a direct presence in the downstream market and compete with the commercial users of the marketplace. It is possible that these marketplaces, considering their gatekeeping position, impose conditions on the business users that change flow of competition in the downstream market in its favor. The most important examples of these conditions are Anti-Steering provision, mandatory use of marketplace's payment processor and marketplace's right to use of non-public user data that although through which the gatekeeper can protect their interests, but under certain conditions, they can also leave some anti-competitive effects. Given the increasing use of businesses and consumers from marketplaces such as "Digikala", "Cafebazar", "Alibaba" and "Snappfood" in Iran, this article is aiming to analyse the abovementioned imposed conditions in the light of Iranian competition law norms with regard to guaranteeing intra-platform competitiveness and protecting the legitimate interests of market owners. The results of the study show that although these arrangements are sometimes restrictive of competition, they cannot always be considered as an example of abuse of a dominant position and simply imposing them on exploiting businesses, which are in direct intra-platform competition with the owner of the marketplace, is considered anti-competitive in some cases.

KeyWords: Gatekeeper Marketplace, Competition Law, Intellectual Property Law, Intra-Platform Competition, Abuse of Dominant Position.

How to Cite: Rahbari, Ebrahim, Masoudi Tafreshi, Arian, "Evaluation of the Specific Conditions of Gatekeeper Marketplaces Contracts from the Perspective of Intra-Platform Competition Law", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:135-154.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232298.2537>

Received: 07/07/2023-Accepted: 12/05/2024

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

Corresponding Author Email: e_rahbari@sbu.ac.ir

2. L.L.M, 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/>).



ارزیابی شروط خاص قراردادهای استفاده از بازارگاه‌های دروازه‌بان از منظر حقوق رقابت درون پلتفرمی

ابراهیم رهبری^۱، آرین مسعودی تفرشی^۲

چکیده

برخی پلتفرم‌های بازارگاه را به واسطه قبضه بازارهای دیجیتال می‌توان به دروازه‌هایی تشبیه کرد که برای فروش بهینه کالا و محتوای دیجیتال بر بستر اینترنت، عبور از این دروازه‌ها اجتناب‌ناپذیر بوده و مبادی ورود به بازار پایین‌دست، تحت نظارت آن‌هاست. بعضی بازارگاه‌های دروازه‌بان علاوه بر فعالیت در بازار پلتفرمی مربوطه، در بازار پایین‌دست نیز حضور مستقیم دارند و با کاربران تجاری بازارگاه رقابت می‌کنند. این احتمال وجود دارد که چنین بازارگاهی با استفاده از جایگاه دروازه‌بانی خود، شروطی در قرارداد خود با کاربران تجاری پیش‌بینی کند که جریان رقابت در بازار پایین‌دست را به نفع خود تغییر دهد. مهم‌ترین نمونه‌های این شروط، ممنوعیت هدایت کاربران نهایی به خارج از پلتفرم، الزام به استفاده از درگاه پرداخت متعلق به بازارگاه و حق بازارگاه بر استفاده از داده‌های کاربران است که درعین حال که محملی برای حفاظت از منافع بازارگاه‌ها هستند، تحت شرایطی می‌توانند آثاری ضد رقابتی نیز به همراه داشته باشند. نظر به استفاده روزافزون کسب‌وکارها و مصرف‌کنندگان از بازارگاه‌هایی نظیر «دیجی کالا»، «کافه بازار»، «علی بابا» و «اسنپ‌فود» در ایران، این مقاله در نظر دارد تا ضمن توجه به دیدگاه‌ها و رویه‌های رقابتی نظام‌های پیش‌رو، شروط فوق را در پرتو انگاره‌های حقوق رقابت ایران و با توجه توأمان به تضمین رقابت‌پذیری درون پلتفرمی و حفظ منافع مشروع مالکان بازارگاه‌ها تحلیل کند. نتایج مطالعه نشان می‌دهد که اگرچه این ترتیبات گاه محدودکننده رقابت‌اند، اما همواره نمی‌توان آن‌ها را مصداق سوءاستفاده از موقعیت مسلط دانست و صرفاً تحمیل آن‌ها به کسب‌وکارهای بهره‌بردار، که در حال رقابت مستقیم درون پلتفرمی با صاحب بازارگاه هستند، در مواردی ضد رقابتی محسوب می‌شود.

کلید واژگان: بازارگاه دروازه‌بان، حقوق رقابت، حقوق مالکیت فکری، رقابت درون پلتفرمی، سوءاستفاده از موقعیت مسلط.

استناد به این مقاله: رهبری، ابراهیم، مسعودی تفرشی، آرین، «ارزیابی شروط خاص قراردادهای استفاده از بازارگاه‌های دروازه‌بان از منظر حقوق رقابت درون پلتفرمی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۳۵-۱۵۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232298.2537>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۳

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

ایمیل نویسنده مسئول: e_rahbary@sbu.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، 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

«بازارگاه‌های برخط»^۱ دسترسی فروشندگان کالاها و محتواهای دیجیتال به مصرف‌کنندگان را تسهیل کرده و فرصت‌های اقتصادی جدیدی برای آن‌ها به ارمغان آورده‌اند. پلتفرم‌های بازارگاه علاوه بر فعالیت «واسطه‌گری» در پاره‌ای موارد، خود نیز در بازارهای پایین دست پلتفرم، مستقیماً فعالیت دارند و با کاربران تجاری بازارگاه^۲ رقابت می‌کنند.^۳ رسیدن یک بازارگاه به موقعیت مسلط و پیرو آن، تبدیل شدن به یک «بازارگاه دروازه‌بان»^۴، که در غالب موارد از ویژگی‌های کارکردی پلتفرم‌های بزرگ نشئت می‌گیرد، موجب وابستگی چشمگیر کسب‌وکارها به خدمات بازارگاه دروازه‌بان می‌شود و این وابستگی، قدرت چانه‌زنی زیادی در تعیین مفاد قرارداد و شرایط استفاده از خدمات پلتفرم^۵ به مالک بازارگاه می‌دهد. این احتمال وجود دارد که برخی بازارگاه‌های دروازه‌بان با هدف قبضه بعضی بازارهای پایین دست پرسود، شروطی قراردادی به کاربران تجاری سکو تحمیل کنند که رقابت «درون پلتفرمی»^۶ یعنی رقابت میان کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو را به نفع کسب‌وکار وابسته به مالک بازارگاه تضعیف کند.^۷ در این مقاله، با نگاهی به آخرین تحولات حقوق رقابت در بازارهای دیجیتال در کشورهای پیشرو و پرونده‌های مطروح در این عرصه، ابتدا مفهوم بازارگاه دروازه‌بان را روشن می‌کند و سپس شروطی را که برخی بازارگاه‌ها در قرارداد استفاده از خدمات سکو به کاربران تجاری تحمیل کرده و مظنون به اخلاف رقابت درون پلتفرمی‌اند، تحلیل می‌کنیم. در قسمت سوم، رویکرد سند جدیدی را که شورای عالی فضای مجازی ایران درباره ابعاد رقابتی چنین ترتیباتی دارد، بررسی و نقد و در خاتمه، نتایج حاصل از مطالعه را ارائه خواهیم کرد.

۱. شناخت بازارگاه‌های دروازه‌بان

بازارگاه‌های دیجیتال، که برخی با عناوین «پلتفرم بازارگاه» و «سکوی تجارت الکترونیک» از آن‌ها یاد کرده‌اند،^۸ سیستم‌های نرم‌افزاری پیشرفته‌اند که با فراهم کردن بستری اینترنتی برای عرضه و تقاضای اموال فیزیکی، محتواهای دیجیتال یا برنامه‌های نرم‌افزاری، حداقل دوسویه از کاربران، یعنی کاربران تجاری (فروشندگان کالا یا محتوای دیجیتال) و کاربران نهایی (مصرف‌کنندگان کالا یا محتوای دیجیتال) را به یکدیگر متصل می‌کنند. بازارگاه‌های خرده‌فروشی کالا نظیر «آمازون» و «دیجی کالا»، بازارگاه‌های سفارش آنلاین غذا نظیر «اسنپ‌فود»، بازارگاه‌های خرید و فروش تور و بلیط هواپیما نظیر «علی بابا»، بازارگاه‌های کتاب الکترونیک نظیر «کیندل استور» و «فیدیبو» و بازارگاه‌های نرم‌افزارهای موبایلی (یا همان آپ‌استورها) مانند «اپل آپ‌استور»، «کافه‌بازار» و «مایکت» از مصادیق بازارگاه‌های اینترنتی‌اند که نقش بسیار

^۱ Online marketplaces

^۲ منظور از کاربران تجاری بازارگاه، اشخاص حقیقی یا حقوقی‌اند که برای عرضه اینترنتی کالا یا محتوای دیجیتال خود به مصرف‌کنندگان، از خدمات پلتفرم بازارگاه استفاده می‌کنند. این سویه از کاربران بازارگاه‌ها در ماده ۵ سند منتشره شورای عالی فضای مجازی در سال ۱۳۹۹ (سند سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوها فضای مجازی) «کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو» خوانده شده‌اند. بند ۲۱ ماده ۲ قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا (مصوب ۲۰۲۳) نیز این گروه را کاربر تجاری (Business user) نام نهاده است.

^۳ Australian Competition and Consumer Commission, *Digital platform services inquiry (Interim report No.4 – General online retail marketplaces)*, 2022, p 9.

^۴ Gatekeeper marketplace

^۵ Platform terms and conditions

^۶ Intra-platform competition

^۷ Kokkoris, Ioannis., Lemus, Claudia. *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2022, p 177.

^۸ قاسمی، مجتبی و مصطفی عبداللہی نیسانی، «تنظیم‌گری بهینه اقتصادی در حوزه سکوها فضای اینترنتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، شماره ۹۴، ۱۴۰۰، ص ۲۷۰.

مهمی در ایجاد اعتماد و اطمینان میان کاربران برای انجام دادن معاملات از راه دور و تراکنش‌های مالی الکترونیک ایفا می‌کنند.^۱

برخی بازارگاه‌ها همانند بازارگاه خرده‌فروشی «آمازون» و بازارگاه‌های نرم‌افزار موبایلی «اپل آپ‌استور» و «گوگل پلی‌استور»، در سایه ویژگی‌های اقتصادی بازارهای پلتفرمی بالأخص چندسویه بودن، اثر شبکه‌ای و مقیاس‌پذیری خدمات توانسته‌اند کاربران بسیار زیادی را به پلتفرم خود جذب کنند و این در شرایطی است که اکثر کاربران نهایی تمایلی به استفاده هم‌زمان از چندین بازارگاه برای رفع نیاز واحد خود ندارد و در بیشتر مواقع از یک بازارگاه مشخص استفاده می‌کنند.^۲ با لحاظ این موضوع، کاربران تجاری برای عرضه اینترنتی کالا یا محتوای دیجیتال خود، وابستگی چشمگیری به آن بازارگاه مشخص پیدا می‌کنند و آن بازارگاه را می‌توان به دروازه‌ای تشبیه نمود که پیشبرد بهینه کسب‌وکار کاربران تجاری، منوط به استفاده و عبور از آن دروازه خواهد بود. همچنین بنگاه مالک آن بازارگاه را می‌توان به‌عنوان نگهبان آن دروازه یا دروازه‌بان بازار تصور کرد.^۳

مفاهیم بنگاه دروازه‌بان و موقعیت دروازه‌بانی، برای اولین بار در اتحادیه اروپا و به موجب ماده ۳ «قانون بازارهای دیجیتال»^۴ (که از سال ۲۰۲۳ اجرایی شده) تعریف قانونی پیدا کرده است.^۵ که مطابق آن هر بنگاهی که پلتفرم متعلق به وی معیارهای دروازه‌بانی بازار به شرح ماده ۳ قانون را داشته باشد^۶ کمیسیون اروپا پلتفرم اساسی آن را به‌عنوان «دروازه‌بان» معرفی می‌کند و پس از گذشت شش ماه از اعلان عمومی نام پلتفرم، مالک پلتفرم دروازه‌بان ملزم به تبعیت از الزامات رقابتی حساس و پیشگیرانه مواد ۵ و ۶ این قانون خواهد بود. شایان ذکر است کمیسیون اروپا در سال ۲۰۲۳ سکوه‌های معروفی نظیر بازارگاه‌های نرم‌افزارهای موبایلی «گوگل پلی استور» و «اپل آپ‌استور» و بازارگاه خرده‌فروشی کالای «آمازون» را واجد معیارهای دروازه‌نگهداری قانون بازارهای دیجیتال دانسته و به‌عنوان دروازه‌بان معرفی کرده است.^۸

در ایران، سندی تحت عنوان «دستورالعمل عدالت رسانه‌ای و حفاظت از رقابت در رسانه‌های صوت و تصویر فراگیر» از سوی ساترا در سال ۱۴۰۰ منتشر شده است که بند «ح» ماده ۱ آن، با توسل به یک معیار مبهم، ناقص و ناکارآمد، از مفهومی به نام «رسانه کاربرمحور دروازه‌بان» در بازار پلتفرم‌های رسانه صوت و تصویر یاد کرده و نهاد یا مرجع مشخصی

^۱. Casado, Maria, *E-FOOD: Closing the Online Enforcement Gap in the EU Platform Economy*, Germany: Springer, 2021, pp 46-7.

^۲. European Commission, "Digital Markets Act", 2022, para.2 & 13.

^۳. Australian Competition and Consumer Commission, op.cit., p 81.

^۴. Digital Markets Act

^۵. Liu, Z., Vryna, S. "New antitrust tools for the digital economy in China and the EU—a comparative view of the Platform Antitrust Guidelines in China and the Digital Markets Act in the EU", *European Competition Law Review*, 43 (10), 2022, p 459.

^۶. علاوه بر قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا، نظام حقوق رقابت ملی کشور آلمان نیز با تصویب قانون دیجیتالی‌سازی قانون رقابت آلمان در سال ۲۰۲۱ مفهوم تقریباً مشابهی با عنوان «موقعیت بازاری سرآمد» را در بخش 19(a) قانون تاسیس کرد و تکالیف رقابتی مهمی برای پلتفرم‌های دیجیتالی که واجد اهمیت سرآمد (Paramount significance) شناخته شوند، شناسایی کرده است:

Bundeskartellamt, "GWB Digitalization Act", 2021.

^۷. از مهم‌ترین این ویژگی‌ها، تأثیر چشمگیر پلتفرم بر بازار داخلی اروپا و قرار گرفتن در موقعیت ممتاز و پایداری است که آن پلتفرم را به دروازه‌ای مهم و ضروری برای دسترسی کاربران تجاری به مصرف‌کننده نهایی تبدیل می‌کند.

^۸. Pepper, R et al, "The European Commission designates six gatekeepers under the Digital Markets Act", 2023.

را نیز برای تعیین و اعلان عمومی رسانه‌های کاربرمحور دروازه‌بان پیش‌بینی نکرده است.^۱ به‌هرروی از آنجا که این دستورالعمل بدون رعایت الزامات قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی^۲ و خارج از فرایند معمول مقررات‌گذاری در کشور به تصویب رسیده، فاقد اعتبار است.^۳

در مجموع منظور از بازارگاه دروازه‌بان در این مقاله، سکوی بازارگاهی است که علاوه بر قرار گرفتن در موقعیت مسلط، از جایگاهی در بازار پلتفرمی خود برخوردار است که کسب‌وکارهای بهره‌بردار در صورت عدم استفاده از خدمات آن، تعداد قابل‌توجهی از مصرف‌کنندگان را از دست می‌دهند و حجم فروش برخط کالا یا محتوای دیجیتال آن‌ها کاهش قابل‌توجهی می‌یابد.

۲. تحلیل شروط مظنون به اخلاص رقابت درون‌پلتفرمی در بازارگاه‌ها

دیری نیست که مراجع رقابتی برخی کشورها، فرایندهای ارزیابی مستقل خود را در رابطه با تحمیل شروط قراردادی غیرمنصفانه^۴ به کاربران تجاری از سوی بازارگاه‌های دروازه‌بان آغاز کرده‌اند. در شرایط و ضوابط استفاده از پلتفرم‌های بازارگاه، سه شرط قراردادی بیش از دیگر ترتیبات تجاری، رقابت در بازار درون‌پلتفرمی را متأثر می‌کند و نیازمند توجه حقوق‌دانان رقابتی است. با توجه به صدر ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا، این ترتیبات و شروط قراردادی هر میزان غیرمنصفانه و بهره‌جویانه به‌نظر برسند، نباید بدون در نظر گرفتن توجیهات و منافع احتمالی آن برای مصرف‌کنندگان و صرفاً با استناد به عنوان کلی و موسع «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» منع شوند و شورای رقابت در اخذ تصمیم

۱. بند «ح» ماده ۱: «رسانه کاربرمحوری که از قدرت بازاری بالا برخوردار بوده و بیش از یک میلیون کاربر یا بیش از هشتصد هزار بازدید روزانه دارد».

۲. از این پس: ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا.

۳. مطابق مواد ۵۹ و ۶۲ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا، شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی بنگاه‌ها است و در صورتی که به تشخیص شورای رقابت، بازار مشخصی در وضعیت انحصار قرار داشته باشد، شورا می‌تواند پیشنهاد تشکیل یک نهاد «تنظیم‌کننده بخشی» را به هیئت وزیران بدهد و بخشی از وظایف و اختیارات خود را به تنظیم‌گر بخشی واگذار کند. ساترا به‌عنوان نهاد زیرمجموعه سازمان صداوسیما، بدون طی فرایند قانونی فوق، خود را به‌عنوان تنظیم‌گر رقابت در بازار پلتفرم‌های رسانه صوت‌و تصویر معرفی و در اقدامی عجیب به انتشار دستورالعمل «عدالت رسانه‌ای و حفاظت از رقابت در رسانه‌های صوت‌و تصویر فراگیر» اقدام کرده است. علاوه بر آنکه دلیلی بر صلاحیت قانون‌گذاری ساترا در حوزه حقوق رقابت وجود ندارد، ساترا به دلیل ارتباط مستقیم با سازمان صداوسیما و نفع غیرمستقیم در سکوی «تلویزیون»، حتی با پلتفرم‌های صوت‌و تصویر همچون «فیلیمو»، «نماوا» و «آپارات» تعارض منافع نیز دارد:

پایگاه خبری و تحلیلی انصاف، «یک مقام اتاق بازرگانی: ساترا ضد رقابت است»، ۱۴۰۱، قابل دسترسی در:

<https://ensafnews.com/359921/%DB%8C%DA%A9-%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%82-%D8%A8%D8%A7%D8%B2%D8%B1%DA%AF%D8%A7%D9%86%DB%8C-%D8%B3%D8%A7%D8%AA%D8%B1%D8%A7-%D8%B6%D8%AF%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%AA-%D8%A7%D8%B3.1402/11/12> / آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲

۴. اصطلاح «شروط قراردادی غیرمنصفانه» علاوه بر کاربرد آن در حقوق رقابت و بند ط ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا، در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی (از این پس: اختصاراً ق.ت.ا) نیز به کار رفته است. مع‌الوصف «شروط غیرمنصفانه» موضوع ق.ت.ا، مجرای قانونی کاملاً متفاوتی با «شروط غیرمنصفانه» مورد اشاره در ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا دارد؛ چراکه ماده ۴۶ ق.ت.ا به دنبال تضمین حقوق مصرف‌کننده در معاملات از راه دور و خریدهای اینترنتی است و منظور از «مصرف‌کننده» در ق.ت.ا نیز مطابق بند «س» ماده ۲ این قانون، افراد غیرصنفاً و مصرف‌کنندگان حقیقی‌اند؛ درحالی‌که بند ط ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا با منع سوءاستفاده بنگاه‌ها از موقعیت مسلط و ایجاد شرایط فعالیت در بازار برای دیگر کسب‌وکارها، از بنگاه‌های اقتصادی غیرمسلط حمایت به‌عمل می‌آورد. مضافاً آنکه تشریفات رسیدگی و مراجع رسیدگی‌کننده به تخلفات بنگاه‌ها از ماده ۴۶ ق.ت.ا و ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا نیز متفاوت هستند: (السان، مصطفی، *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، صص ۱۸۲، ۲۴۲ و ۲۴۷).

درباره این شروط باید آثار مثبت و منفی هر شرط را در پرتو قدرت بازاری بازارگاه مشروط له ارزیابی و سپس احراز کند که آیا در نتیجه محدودیت‌های تحمیلی شرط قراردادی، اخلاص رقابت در بازار عمودی^۱ رخ خواهد داد یا خیر.^۲ به این ترتیب در این قسمت سه شرط قراردادی مورد اشاره را تحلیل رقابتی می‌کنیم.

۲.۱. تعهد کاربر تجاری به هدایت نکردن کاربران نهایی به خارج از پلتفرم

۲.۱.۱. شرح شرط قراردادی

برخی بازارگاه‌ها با هدف جلوگیری از دور زدن کارمزد خدمات بازارگاه از سوی کاربران تجاری، شرطی موسوم به «شرط منع هدایت کاربران نهایی»^۴ را در قرارداد خود با کاربران تجاری پیش‌بینی می‌کنند. به موجب این شرط، کاربر تجاری متعهد می‌شود چنانچه برای فروش محصول خود، علاوه بر پلتفرم بازارگاه از دیگر راه‌های ارتباطی نظیر وبسایت شخصی خود یا سفارش‌های تلفنی نیز استفاده می‌کند، کاربران نهایی بازارگاه را از وجود راه‌های جایگزین سفارش‌گیری و خرید مطلع نکند.^۵ به عنوان مثال، بازارگاه اسنپ‌فود در قرارداد خود با رستوران‌ها مقرر کرده است: «مجموعه نباید هرگونه ارتباطی با مشتری‌های اسنپ‌فود، برای دریافت مستقیم سفارش‌ها، خارج از بستر اسنپ‌فود برقرار کند».^۶ همچنین مشابه این شرط قراردادی در «قرارداد توزیع اپلیکیشن‌های غیررایگان در اپل‌آپ‌استور»^۷ و «سیاست‌نامه برنامه‌نویسان بازارگاه گوگل‌پلی‌استور»^۸ وجود دارد که به موجب آن، توسعه‌دهندگان برنامه‌های کاربردی متعهد می‌شوند اگر برای فروش محتوای دیجیتال اپلیکیشن خود (نظیر حق اشتراک آن) راهی غیر از «خرید درون‌برنامه‌ای»^۹ وجود دارد، در طول مدت قرارداد خود با «اپل‌آپ‌استور» یا «گوگل‌پلی‌استور» کاربران را به راه‌های جایگزین خرید محتوا، راهنمایی و هدایت نکنند.

۲.۱.۲. تحلیل حقوق رقابتی شرط

از یک سو برخی به طور کلی نگاه مطلوب رقابتی به شرط منع هدایت کاربر ندارند؛ زیرا معتقدند چنین الزامی بی‌جهت به هزینه‌های بنگاه‌ها می‌افزاید و فرصت ارائه محصول یا خدمات به بهای کمتر را در خارج از بازارگاه از آن‌ها سلب می‌کند.^{۱۰}

۱. در پلتفرم‌های چندسویه، علاوه بر بازار واسطه‌گری برخط، بازارهایی نیز درون پلتفرم شکل می‌گیرند که کاربران تجاری پلتفرم در این بازارها با یکدیگر رقابت می‌کنند. این بازارها در حقوق رقابت پلتفرم‌های دیجیتال، بازار عمودی پلتفرم به حساب می‌آیند:

Australian Competition and Consumer Commission, op.cit., pp 80-81.

۲. غفاری فارسانی، بهنام، **حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، صص ۳۰۰ و ۳۳۶.

۳. رهبری، ابراهیم و وحید حسینی سنگانی، **حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری**، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۳۳.

۴. Anti-steering provision

۵. Manganeli, Antonio., Nicita, Antonio. *Regulating Digital Markets: The European Approach*, Switzerland: Springer, 2022, p.15.

۶. شرکت اسنپ‌فود، «انواع قراردادها»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در:

<https://vendors.snappfood.ir/%D8%A7%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%AF%D8%A7%D8%AF%D9%87%D8%A7>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۱۵.

۷. Apple Inc., "Paid Applications Agreement (Schedules 2 and 3 of the Apple Developer Program License Agreement)", 2020.

۸. Google Inc., "Google Play Policy Center (Payments)", 2022.

۹. In-app purchase

۱۰. United States District Court (Northern District of California), "Epic Games Inc. v. Apple Inc. (Case No.4:20-cv-05640-YGR)", Rule 52 order after trial on the merits, 2021, p 168.

اما موضوع را از زاویه دیگری نیز می‌توان بررسی کرد: بعضی بر این باورند که در ارزیابی رقابتی این تمهید باید دید که آیا چنین شرطی باعث می‌شود که قیمت‌ها به صورت فرارقابتی تعیین شوند؟ تأثیر آن بر سویه دیگر بازار چیست و از همه مهم‌تر این شرط تا چه میزان بر رقابت درون‌پلتفرمی در بازار مربوطه تأثیر می‌گذارد؟^۱

در وهله اول باید توجه داشت که با توجه به مدل کسب‌وکار سکوها، در نبود شرط قراردادی فوق، بازارگاه در وصول کارمزد خدمات خود دچار مشکل می‌شود. مستفاد از ماده ۲ «آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» و ماده ۶۲ ق.ت.ا، سکوه‌ای بازارگاه، «نرم‌افزار رایانه‌ای» محسوب می‌شوند.^۲ حیات و درآمدزایی برنامه‌نویسان این نرم‌افزارها نیز وابسته به مبالغ کارمزدهایی است که به‌ازای هر تراکنش مالی بر بستر بازارگاه از کاربران تجاری دریافت می‌شود. چنانچه شرط منع هدایت کاربر نهایی در زمره تعهدات کاربر تجاری نباشد، این احتمال وجود دارد که فروشنده کالا یا محتوای دیجیتال خود را بر روی سکوی بازارگاه به نمایش بگذارد و پس از آشنایی کاربر نهایی با محصول وی و اقدام برای خرید، به اطلاع خریدار برساند که امکان خرید ارزان‌تر همان محصول از دیگر مبادی، نظیر وب‌سایت شخصی فروشنده یا سفارش تلفنی، فراهم است. در این صورت با توجه به اینکه تراکنش مالی خریدار و فروشنده بر بستر پلتفرم بازارگاه انجام نمی‌شود تمام مبلغ پرداختی مستقیماً به حساب فروشنده واریز می‌شود و در عمل، کارمزدی به بازارگاه پرداخت نمی‌شود. مالکان بازارگاه‌ها معتقدند ارتکاب چنین رفتاری نوعی «سواری مجانی گرفتن»^۳ از دارایی‌های فکری ایشان محسوب می‌شود؛ چراکه طی این رفتار، فروشنده توجه و اطمینان خریدار برای انجام دادن یک خرید الکترونیکی ایمن را به‌واسطه پلتفرم بازارگاه جلب می‌کند، اما مابه‌ازای خدمات بازارگاه را نمی‌پردازد؛ درحالی‌که کماکان درحال استفاده از سکو و نمایش محصول خود به کاربران نهایی است.^۴ بنابراین وجود شرط منع هدایت کاربران نهایی موجب بازگشت سرمایه‌گذاری مالک بازارگاه در حوزه نوآوری مخاطره‌آمیز خود می‌شود و می‌توان گفت از این حیث، توجیهاتی همسو با دغدغه‌های موجه رقابتی مصرح در بند ۲۰ ماده ۱ ق.ا.ج.س.ک.ا. ق.۴۴ یعنی تشویق ابتکار و نوآوری در جامعه دارد.

باوجوداین، اعمال این شرط قراردادی در معدود فروضی ممکن است برخی آثار ضدرقابتی نیز در پی داشته باشد: هنگامی که مالک بازارگاه دروازه‌بان در بازار پایین‌دست و در کسب‌وکار زیرمجموعه خود، مستقیماً با کاربران تجاری رقابت می‌کند، ممکن است بتواند با عدم تقبل کارمزد سکو، محصول خود را به قیمتی پایین‌تر از محصولات کاربران تجاری در پلتفرم عرضه کند. درعین حال، کاربران تجاری رقیب به دلیل التزام به شرط پیش‌گفته نمی‌توانند به اطلاع کاربران نهایی برسانند که امکان خرید محصول ایشان با قیمت‌های ارزان‌تر نیز با مراجعه به منابع جایگزین، نظیر وب‌سایت شخصی فروشنده، فراهم است. در پرونده‌ای در سال ۲۰۱۹ شرکت «اسپاتیفای» مدعی اخلاف رقابت از سوی مالک بازارگاه اپل‌آپ‌استور در بازار اپلیکیشن‌های پخش آنلاین موسیقی شد و اظهار کرد که شرکت اپل قادر است حق‌اشتراک اپلیکیشن اپل میوزیک را که در رقابت با برنامه اسپاتیفای است، به قیمت کمتری عرضه کند و سهمش را از این بازار افزایش دهد. این درحالی است که مادام‌که برنامه اسپاتیفای قابلیت خرید درون‌برنامه‌ای حق‌اشتراک را داشته باشد، شرکت اسپاتیفای به‌دلیل

^۱ Jennings, Marianne et al. *Business Law & The Legal Environment*, United Kingdom: Cengage Learning, 2021. pp 80, 515.

^۲ ماده ۶۲ ق.ت.ا، نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای را که به صورت «داده‌پیام» باشند به رسمیت شناخته و مشمول قانون «حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» قرار داده است که بازارگاه‌های دیجیتال و سکوه‌ای اینترنتی را می‌توان مصداق بارز آن دانست.

^۳ Free riding

^۴ The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), "Market study into mobile app stores", A report by ACM for the Case no:18/032693, The Netherlands, 2019, p 93.

التزام به شرط فوق نمی‌تواند به اطلاع کاربران برساند که به‌جای خرید حق اشتراک به مبلغ ۱۲.۹۹ دلار از طریق محیط کاربری اپلیکیشن، امکان خرید آن به مبلغ ۹.۹۹ دلار از طریق وبسایت شرکت اسپاتیفای نیز فراهم است.^۱ در اوایل سال ۲۰۲۳، کمیسیون اروپا پس از تحقیقاتی گسترده، طی ارسال بیانیه اعتراضی خود برای اپل به این شرکت اعلام کرد که رویه اپل نوعی شرط غیرمنصفانه و سوءاستفاده از موقعیت مسلط محسوب می‌شود و نقض صریح ماده ۱۰۲ معاهده کارکرد اتحادیه اروپاست و به اپل قویاً توصیه می‌کند که این شرط را از گستره توافقات خود حذف کند وگرنه با رسیدگی نهایی و جرایم سنگین مواجه خواهد شد. سکوی اپل اپ‌استور در پرونده مشابهی در مرجع رقابتی ژاپن نیز در سال ۲۰۲۲ طی مصالحه‌ای برای بستن پرونده رقابتی خود، از درج این شرط برای کاربران تجاری ژاپنی صرف‌نظر کرده است.^۲ در پرونده دیگری در حقوق امریکا شرکت «اپیک گیمز» به دلیل ممنوعیت معرفی وبسایت خود به کاربران بازی «فورت‌نایت» و لزوم استفاده از سیستم پلتفرمی اپل اپ‌استور، دعوی علیه اپل اقامه کرد که طی آن دادگاه منطقه‌ای و تجدیدنظر در سال ۲۰۲۱ دستوری صادر کردند تا اپل نتواند توسعه‌دهندگان بازی‌های موبایلی از جمله «اپیک گیمز» را از گذاشتن لینک پرداخت در آپ خود یا حتی خارج از سیستم اپ استور منع کند. اپل با این ادعا که این رویه دارای کارایی اقتصادی است و تبعات ضدرقابتی در بر ندارد، به این تصمیم در دیوان عالی امریکا اعتراض کرد، اما دیوان عالی در سال ۲۰۲۴ دفاعیات اپل در این موضوع حساس را رد کرد و تصمیم دادگاه تالی در بخش مربوط به شرط منع هدایت کاربر را معتبر تشخیص داد.^۳

در حقوق ایران، با لحاظ توجهات و آثار نهفته در شرط به نظر می‌رسد در فرض حضور مستقیم بازارگاه دروازه‌بان در بازار پایین‌دست و توانایی در عرضه محصول با قیمتی پایین‌تر از محصولات رقبا از طریق اتکا به توانایی‌های سکوی بازارگاه، اعمال شرط قراردادی موضوع بحث، رقابت در بازار درون پلتفرمی را از جریان رقابت براساس شایستگی‌ها خارج می‌کند و می‌تواند زمینه‌ساز تعمیم ناروای قدرت بازاری بازارگاه دروازه‌بان به بازار عمودی باشد. در محکومیت این رویه می‌توانیم به لسان موسع قسمت ۴ بند ط ماده ۴۵ استناد جوییم که «ایجاد مانع به‌منظور مشکل کردن ورود رقبا یا جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص» را از مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط می‌داند. لذا در این فرض، رقبا محصول عمودی بازارگاه دروازه‌بان باید معاف از اجرای شرط فوق شناخته شوند. اما به نظر می‌رسد اعمال این شرط درباره کاربران تجاری غیررقیب، با توجه به عدم تحقق ارکان اخلال در رقابت مطابق بند ۲۰ ماده ۱ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا، مجاز است و محملی برای اجرای قسمت ۲ بند «ط» ماده ۴۵ این قانون، با عنوان تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه، باقی نخواهد ماند. به‌خصوص که با توجه به مفهوم مخالف قسمت ۵ بند «ط» ماده ۴۵ که «مشروط کردن قراردادهای به پذیرش شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری، ارتباطی با موضوع چنین قراردادهایی نداشته باشد» را منع می‌کند، می‌توان بر پیوند متعارف و متضمن کارایی اقتصادی این تمهید با توافق استفاده از پلتفرم تأکید کرد و اعتبار شرط را پذیرفت. با چنین تفکیکی میان فرض رقابت درون پلتفرمی بازارگاه دروازه‌بان با کاربران تجاری و فرض عدم رقابت آن‌ها، در عین حفظ منافع مشروع پدیدآورندگان پلتفرم‌های بازارگاه و پابندی به مبانی انگیزه‌محور حقوق رقابت، رقابت‌پذیری بازار پایین‌دست نیز حفظ می‌شود.

¹. Borgogno, O., Colangelo, G. "Platform and Device Neutrality Regime: The Transatlantic New Competition Rulebook for App Stores?", *Stanford TTLF Working Papers*, 83, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2022, p 23.

². Vincent, James, "EU says Apple breached antitrust law in Spotify case, but final ruling yet to come", 2023.

³. Chung, Andrew. "US Supreme Court snubs Apple-Epic Games legal battle", 2024.

۲.۲. الزام به استفاده از درگاه پرداخت متعلق به بازارگاه

۲.۲.۱. شرح شرط قراردادی

درآمدهای بازارگاه‌ها از طریق دریافت کارمزد واسطه‌گری برخط و حیات کسب‌وکار آن‌ها، وابسته به وصول بهینه مبالغ کارمزد است. بازارگاه‌ها با هدف فراهم کردن شرایطی برای محاسبه مبلغ واقعی تراکنش‌های مالی کاربران بازارگاه و وصول بهتر کارمزد خود، ساختار پلتفرم را به نحوی طراحی کرده‌اند که تراکنش مالی مربوط به خرید و فروش‌های کاربران، منحصراً از طریق درگاه پرداخت متعلق به خود بازارگاه پردازش شود. با این شیوه بازارگاه می‌تواند کارمزد خود را رأساً و مطابق توافق برداشت و عواید باقیمانده را به فروشنده مربوطه پرداخت کند.^۱

برای مثال شرکت آمازون در بند ۲ ماده ۱ سند «شرایط فروش در بازارگاه آمازون» ضمن آنکه حق انحصاری پردازش تراکنش‌های مالی مربوط به خرید کالاها را برای خود پیش‌بینی کرده، مقرر کرده است تمام مبلغ حاصل از فروش کالا، به‌نیابت از فروشنده و به حساب وی مستقیماً توسط بازارگاه آمازون دریافت می‌شود.^۲ همچنین بازارگاه دیجی‌کالا در بندهای ۵ و ۶ ماده ۳ قرارداد خود با فروشندگان چنین مقرر کرده است: «وجه ناشی از فروش کالا توسط خریدار به حساب دیجی‌کالا واریز می‌شود و مسئولیت صدور فاکتور فروش ... بر عهده دیجی‌کالا است». بند ۱ ماده ۲ این قرارداد نیز مقرر می‌دارد «دیجی‌کالا می‌تواند درباره وصول کمیسیون خود از محل مطالبات فروشنده به همراه مالیات بر ارزش افزوده متعلقه اقدام نماید».^۳ همچنین آپاستور اندرویدی کافه‌بازار در سند «قوانین انتشار برنامه‌ها»، درگاه پرداخت کافه‌بازار را بخش جدایی‌ناپذیر گردش کار پرداخت دانسته و در فرایند فروش درون‌برنامه‌ای محتواهای دیجیتالی اپلیکیشن‌ها (مانند کتاب‌های الکترونیک یا قابلیت‌های اضافی در بازی‌ها)، پردازش و مدیریت جریان پرداخت را خود برعهده گرفته است.^۴ همین‌طور استور اندرویدی مایکت در ماده ۱ «متمم قرارداد عرضه برنامه و محتوای دیجیتال»، در خصوص فرایند فروش محتواهای دیجیتالی در اپلیکیشن‌ها، صدور صورت حساب الکترونیکی و کسر کارمزد انتشار برخط اپلیکیشن را منحصر به خود دانسته است.^۵

۲.۲.۲. تحلیل حقوق رقابتی شرط

کارمزدهای دریافتی بازارگاه‌ها عوضی است که در ازاء اعطای اجازه بهره‌برداری از نرم‌افزار بازارگاه و میزبانی از کاربران تجاری دریافت می‌شود.^۶ مطالبه عوض و حق امتیاز در ازای بهره‌برداری اقتصادی از نرم‌افزار نیز مطابق ماده ۵ «آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» و ماده ۱ «قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان

^۱. Jouglex, Philippe et al, *EU Internet Law in the Digital Single Market*, Germany: Springer, 2021, pp 525-6.

^۲. Amazon Inc. "Amazon Services Business Solutions Agreement", 2023.

^۳. دیجی‌کالا، «شرایط همکاری»، ۱۴۰۱، قابل دسترس در:

<https://seller.digikala.com/registration/termsconditions>. ۱۴۰۲/۰۳/۲۲ آخرین بازدید:

^۴. کافه‌بازار، «قوانین انتشار (پرداخت)»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <https://developers.cafebazaar.ir/fa/app-publish-guidelines/rules/payment>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲.

^۵. مایکت، «آشنایی با مفاهیم پرداخت درون برنامه‌ای مایکت»، بی‌تا، قابل دسترس در: <https://myket.ir/kb/pages/myket-iab-intro>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲.

^۶. Borgogno and Colangelo, op.cit., p 86.

نرم‌افزارهای رایانه‌ای» از حقوق مادی پدیدآورنده و مالک نرم‌افزار محسوب می‌شود. نمی‌توان انکار کرد که در نبود شرط قراردادی فوق، بازارگاه‌های دیجیتال در محاسبه کارمزد واسطه‌گری خود دچار مشکل می‌شوند. همین‌طور ابتکار عمل خود در وصول مابه‌ازای لیسانس نرم‌افزار و خدمات میزبانی را از دست می‌دهند و برای وصول مطالبات خود از کاربران تجاری ممتنع از پرداخت، پیوسته باید به اقداماتی نظیر طرح دعوای حقوقی یا تعلیق حساب کاربری کاربر تجاری متخلف متوسل شوند.^۱ لذا در وهله اول، استفاده تمام کاربران تجاری از درگاه پرداخت منتسب به بازارگاه دروازه‌بان، در راستای تضمین اجرای حقوق مادی مشروع مالک سکو بوده و موجه می‌کند.

در سوی دیگر، برخی معتقدند هنگامی که بازارگاه دروازه‌بان در بازار پایین دست پلتفرم با کاربران تجاری رقابت می‌کند، الزام کاربران تجاری به استفاده از درگاه پرداخت متعلق به بازارگاه موجب می‌شود اطلاعات مالی رقبا نظیر میزان فروش و اطلاعات مشتریان آن‌ها در اختیار بازارگاه دروازه‌بان قرار گیرد و این احتمال می‌رود که مالک بازارگاه از این اطلاعات به نفع کسب‌وکار وابسته خود استفاده کند.^۲ در پرونده اختلاف اسپاتیفای و اپل، اسپاتیفای مدعی شد که اپل با الزامی دانستن استفاده از درگاه پرداخت خود، به اطلاعات مالی شرکت اسپاتیفای دسترسی پیدا کرده و از این اطلاعات در بازار پایین دست، به نفع اپلیکیشن اختصاصی خود یعنی اپل میوزیک و در راستای بهبود سیاست‌های قیمت‌گذاری و فعالیت‌های تبلیغاتی آن استفاده می‌کند.^۳ در ایران نیز اختلاف تقریباً مشابهی در سال ۱۳۹۷ میان مالک اپلیکیشن شیپور و آپاستور کافه‌بازار رخ داد.^۴ در این اختلاف، مالک شیپور مدعی بود که برای انتشار اپلیکیشن شیپور بر روی آپاستور کافه‌بازار، شیپور ملزم است پردازش فروش‌های درون برنامه‌ای اپلیکیشن خود را از رهگذر درگاه پرداخت کافه‌بازار انجام دهد که این امر داده‌های درآمدی شیپور را در اختیار کافه‌بازار قرار می‌دهد و بیم آن می‌رود که بازارگاه یادشده این داده‌ها را در اختیار کسب‌وکار هم‌گروه خود، یعنی شرکت دیوار، که در بازار پلتفرم‌های نیازمندی‌های برخط با اپلیکیشن شیپور در رقابت است، قرار دهد.^۵

با دقت در ملاحظات ذیل به نظر می‌رسد شرط قراردادی مورد بحث، فارغ از آنکه در بازارهای دیجیتال متعارف و مرسوم است، به دو دلیل، معتبر و لازم‌الاجراست و پیش‌بینی آن در قرارداد بازارگاه با کاربران تجاری، در غالب موارد از مظاهر سوءاستفاده از موقعیت مسلط نیست. دلیل اول آن است که استفاده از درگاه پرداخت بازارگاه، صرفاً فرصت دسترسی به داده را برای پلتفرم ایجاد می‌کند و به صرف دسترسی به داده‌های مالی کاربران تجاری، اثر ضد رقابتی خاصی بروز نمی‌کند؛ بلکه آن نحوه استفاده بازارگاه از داده‌های کاربران است که بسته به قلمرو آن، در برخی موارد می‌تواند رقابت درون پلتفرمی را تضعیف کند. بازارگاه‌ها از داده‌های کاربران برای اهداف مختلفی استفاده می‌کنند که بسیاری از این اهداف، نظیر فراهم کردن تجربه کاربری مناسب و تأمین امنیت مالی کاربران بازارگاه به رفاه مصرف‌کنندگان می‌انجامد. بنابراین آنچه موضوع اصلی حقوق رقابت قرار می‌گیرد، نه استفاده از درگاه اختصاصی پرداخت و دسترسی به داده، بلکه رویه‌های بازارگاه دروازه‌بان در استفاده از داده‌های کاربران و سوءاستفاده از کلان داده‌های تجاری است که باید به‌طور مستقل،

^۱. United States District Court (Northern District of California), op.cit., p 150.

^۲. Geradin, D., Dimitrios, K. "The antitrust case against the Apple App Store", *Journal of Competition Law & Economics*, 17 (3), 2021, p 552.

^۳. European Commission, "Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules", 2019.

^۴. ترابی، آرش، «کلاویز شدن دو غول مجازی ایران، چرا شیپور از کافه بازار تعلیق شد؟»، ۱۳۹۷، قابل دسترس در:

<https://way2pay.ir/108396.۱۴۰۲/۰۳/۲۲> / آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲

^۵. همان.

تحلیل رقابتی شده و از مصادیق سوءاستفاده آمیز آن پیشگیری شود.^۱ دلیل دوم اعتبار آن است که اعمال این شرط همراه با برخی توجیهات مشروع و همسو با مبانی رقابتی است. اجرای این شرط، محاسبه دقیق کارمزد خدمات میزبانی و وصول حق امتیاز استفاده از نرم افزار را تضمین می کند. این شرط با فراهم آوردن امکان استیفای سریع و سهل حقوق مادی پدیدآورنده نرم افزار، ضمن حفظ انگیزه ابتکار و نوآوری، سرمایه گذاری در حوزه توسعه بازارگاه های اینترنتی را تشویق می کند.

اگرچه برخی از صاحب نظران این شرط را محدودکننده رقابتی می دانند^۲ و بند ۷ ماده ۵ قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا نیز بنگاه های دروازه بان را از الزام کاربران به استفاده از سیستم خاص پرداخت درون برنامه ای پلتفرم دروازه نگدار منع کرده است، با لحاظ استدلال های پیش گفته به نظر نمی رسد که بتوان همواره این شرط قراردادی را ضد رقابتی انگاشت و گاه ارکان اخلاص در رقابت، به شرح بند ۲۰ ماده ۱ ق.ا.ج.س.ک.ا.ق.۱ جمع نیست و دلیل کافی بر غیرمنصفانه بودن و سوءاستفاده آمیز شناختن آن وجود ندارد. با توجه به مفهوم مخالف قسمت ۵ بند ط ماده ۴۵ نیز مشروعیت رقابتی این دست ترتیبات در مواردی موجه می کند. از همین روست که در اعلامیه جدید اعتراضی کمیسیون اروپا خطاب به اپل در سال ۲۰۲۳، این مرجع از اتهام نقض مقررات رقابتی به دلیل الزام کاربران به استفاده انحصاری از درگاه پرداخت این بازارگاه، عقب نشینی کرده است.^۳

۲.۳. حق بازارگاه بر استفاده از داده های کاربران

۲.۳.۱. شرح شرط قراردادی

مطابق گزارش کمیسیون اروپا در سال ۲۰۱۷، تمام بازارگاه های اینترنتی داده های شخصی کاربران را جمع آوری می کنند.^۴ موضوع استفاده از داده های کاربران توسط بازارگاه ها برای اهداف رقابتی درون پلتفرمی از زمانی حساسیت رقابتی پیدا کرد که در سال ۲۰۱۹ تعدادی از فروشندگان فعال در بازارگاه آمازون، نزد کمیسیون اروپا مدعی شدند که شرکت آمازون در قرارداد خود با کاربران تجاری، حق جمع آوری و استفاده از داده های کاربران در زمینه ها و اهداف گسترده ای را برای خود محفوظ می دارد و با رویه های خود درباره این مجموعه داده ها، شرایط بازار پایین دست را به نفع کسب و کار خرده فروشی آمازون تغییر می دهد.^۵ شرکت آمازون در حال حاضر مطابق ماده ۱ «قرارداد راهکارهای تجاری و خدمات آمازون» داده هایی نظیر محصولات عرضه شده بر بستر بازارگاه و قیمت ها و ویژگی های محصولات، بازخوردها، نظرات و سوابق جست و جو و خریدهای کاربران را جمع آوری می کند و مطابق سند «اعلامیه حریم خصوصی کاربران آمازون» در اهدافی چون راه اندازی، ارتقا یا توسعه محصولات خود و شرکت های زیرمجموعه خود مورد استفاده قرار می دهد.^۶ همچنین

^۱ رهبری، ابراهیم، «ارزیابی رقابتی مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان داده ها»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۵، شماره ۸۱، ۱۴۰۲، ص ۲۴۳.

^۲ Geradin and Dimitrios, op.cit., p 552.

^۳ Vincent, op.cit.

^۴ European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017, p 187.

^۵ European Commission, "Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon", 2019.

^۶ Amazon Inc. "Amazon.com Privacy Notice", 2023.

بازارگاه‌های اپل‌آپ‌استور و گوگل‌پلی‌استور مطابق سند حریم خصوصی کاربران خود، اطلاعاتی از قبیل فهرست نرم‌افزارهای نصب و حذف‌شده در دستگاه، سوابق جست‌وجو و خریدهای درون‌برنامه‌ای کاربران را جمع‌آوری و از آن‌ها برای ارتقای خدمات خود و تحلیل بازار استفاده می‌کنند.^۱

۲.۳.۲. تحلیل حقوق رقابتی شرط

بازارگاه‌های اینترنتی از اطلاعات جمع‌آوری‌شده، در وهلهٔ اول برای ارائهٔ خدمات پلتفرمی خود، شامل صدور صورت‌حساب الکترونیکی فروش کالا یا محتوا، ارائهٔ پیشنهادهای خرید شخصی‌سازی‌شده، بهبود تجربهٔ کاربری پلتفرم و جلوگیری از کلاهبرداری‌های احتمالی استفاده می‌کنند.^۲ که این موارد، منافع قابل‌توجهی برای کاربران بازارگاه دارد و از این حیث، حساسیت رقابتی چندانی ندارد.^۳ اما اگر بازارگاه دروازه‌بان در قرارداد خود با کاربران، حق استفاده از این داده‌ها در کسب‌وکارهای زیرمجموعه را برای خود پیش‌بینی کند، اعتبار رقابتی آن تا چه میزان مورد قبول است؟

با کنار هم قرارگرفتن داده‌هایی که به مناسبت استفادهٔ کاربران از بازارگاه دروازه‌بان در اختیار مالک بازارگاه قرار می‌گیرد، مجموعه‌داده‌های حجیمی ایجاد می‌شود که اطلاعات جامعی دربارهٔ وضعیت لحظه‌به‌لحظه بازارهای پایین‌دست، یعنی بازارهای فروش اینترنتی کالاها و محتواهای دیجیتال به‌دست می‌دهد. نمی‌توان انکار کرد که چنانچه این کلان‌داده‌ها در اختیار یکی از فعالان بازار پایین‌دست باشد، اطلاعات حساس رقابتی محسوب می‌شود و به دارندهٔ آن، مزیت رقابتی فوق‌العاده‌ای می‌بخشد. اگر یک بازارگاه دروازه‌بان، به‌عنوان تنها دارندهٔ این داده‌ها، مجموعه‌داده‌های مربوط به فعالیت درون‌پلتفرمی کاربران خود را مستقیماً در بازار پایین‌دست پلتفرم مورد استفاده قرار دهد، می‌تواند با دسترسی آنی به قیمت کالاها و نوسانات تقاضا در برابر تغییرات قیمتی، کالاها را با بهترین قیمت‌های لحظه‌ای به بازار عرضه کند. همچنین از سلاقی روز مصرف‌کنندگان و کالاها را پر بازدید، مطلع شود و می‌تواند با ارائهٔ پیشنهادهای خرید شخصی‌سازی‌شده به مصرف‌کنندگان، میزان فروش خود را افزایش دهد. مزایای استفاده از کلان‌داده‌ها در بازارهای درون‌پلتفرمی به میزانی است که برخی نویسندگان دسترسی یک یا محدود بنگاه‌ها به کلان‌داده‌ها را از موانع ورود و فعالیت کسب‌وکارهای کوچک و متوسط در بازارهای دیجیتال دانسته‌اند.^۴

اگرچه استفاده از کلان‌داده‌ها برای موفقیت در بازار پایین‌دست ممکن است کارایی‌های اقتصادی از حیث تخصیص بهینه منابع داشته باشد، با ایجاد دسترسی تبعیض‌آمیز به کلان‌داده‌ها می‌تواند موقعیت مسلط بازارگاه دروازه‌بان را به بازار پایین‌دست تعمیم و با کاهش تعداد رقبا در بلندمدت، رفاه مصرف‌کنندگان را کاهش دهد. در قسمت «ج» بند ۲ مادهٔ ۵ قانون بازارهای دیجیتال اتحادیهٔ اروپا، پلتفرم‌های دروازه‌بان از بهره‌برداری از داده‌های کاربران در کسب‌وکار عمودی منع شده‌اند. پیش از آن نیز کمیسیون اروپا در سال ۲۰۲۰ یک اعلامیهٔ اعتراضی خطاب به شرکت آمازون ارسال کرد و به این شرکت پیشنهاد داد تا پیش از صدور رأی نهایی، ضمن اصلاح شرط قراردادی فوق، رفتار خود را مبنی بر اشتراک‌گذاری مجموعه‌داده‌های کاربران با پرسنل کسب‌وکار خرده‌فروشی شرکت آمازون متوقف کند. پس از آن در سال ۲۰۲۲، آمازون طی مصالحه‌ای با کمیسیون متعهد شد این اقدامات را به نحوی متوقف کند یا تغییر رویه بدهد؛ به‌نحوی که دغدغهٔ

^۱ The Netherlands Authority for Consumers and Markets, op.cit., p 93.

^۲ Ibid.

^۳ Reverdin, V. M. K. "Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 3, 2021, p 184.

^۴ Ibid, p 198.

رقابتی کمیسیون برطرف شود.^۱ در دعوای دیگری، مرجع رقابتی ترکیه بازارگاه اینترنتی «ترندیول» را، که در این کشور بیشترین سهم بازار سکوهاى تجارت الکترونیک دارد، از اشتراک‌گذاری داده‌های کاربران ترندیول با کارکنان شرکت زیرمجموعه خود، یعنی «ترندیول میلا» که در زمینه فروش مستقیم پوشاک و صنعت مد در پلتفرم ترندیول فعالیت داشت، منع کرد.^۲

بنابراین با توجه هم‌زمان به اهمیت جمع‌آوری داده برای حیات و عملکرد بهینه بازارگاه‌های اینترنتی و حساسیت بالای کلان‌داده‌ها برای رقابت در بازارهای پایین‌دست، به نظر می‌رسد استفاده بازارگاه دروازه‌بان از داده‌های غیرعمومی کاربران خود برای پیشی گرفتن در بازار عمودی، مصداقی از جزء ۴ بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا.۴۴.ق.ا و سوءاستفاده از موقعیت مسلط خواهد بود و شرط قراردادی مبنای آن را نیز تا حدی که با رویه فوق مرتبط است و مجوز انجام دادن آن را به بازارگاه دروازه‌بان می‌دهد، می‌توان به موجب جزء ۲ بند «ط» ماده ۴۵ باطل قلمداد کرد. اما مادام که بازارگاه دروازه‌بان داده‌های کاربران را صرفاً برای ارتقای خدمات پلتفرم اصلی خود مورد استفاده قرار دهد، به دلیل همسویی این اقدام با منافع مصرف‌کنندگان و فقدان آثار ضدرقابتی چشمگیر، رفتار و شرط مبنای آن از اعتبار حقوقی برخوردار است.

۳. رویکرد سند شورای عالی فضای مجازی درباره شروط قراردادی استفاده از پلتفرم‌ها

قراردادهای یکجانبه استفاده از بازارگاه‌های اینترنتی و سه شرط قراردادی پیش‌گفته، به دلیل عدم گستردگی بازارهای دیجیتال در زمان تصویب ق.ا.ج.س.ک.ا.۴۴.ق.ا، مستقلاً در این قانون مورد توجه نبوده‌اند. به‌ظاهر برای رفع این کاستی‌ها در ایران، یک سند جدید رقابتی با محوریت بازارهای پلتفرمی تحت عنوان «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوهاى فضای مجازی»^۳ در سال ۱۳۹۹ توسط شورای عالی فضای مجازی منتشر شده که هدف از این اقدام نیز مطابق ماده ۲ سند، حمایت از رقابت در بازار سکوها بوده است. بااینکه تنظیم رقابت درون‌پلتفرمی در سکوهاى بازارگاه از مهم‌ترین نیازمندی‌های بازارهای دیجیتال است، در سند شورای عالی فضای مجازی، نشانی از شروط قراردادی موضوع بحث دیده نمی‌شود و وضعیت رقابتی این شروط قراردادی برخلاف قانون بازارهای دیجیتال اروپا در سند شورا مغفول مانده است. متأسفانه سند شورای عالی فضای مجازی در ماده ۵، برای مدیریت تعارض منافی که احتمال دارد میان مالک بازارگاه و کاربران تجاری سکوا ایجاد شود، به جزئیات روابط تجاری سکوها با کسب‌وکارهای بهره‌بردار توجه نمی‌کند و به جای آن، مواضع کلی و غیردقیق اتخاذ می‌کند که در ادامه به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

۳.۱. مواضع مورد انتقاد

سند شورای عالی فضای مجازی، گاه از الفاظ بسیار موسع استفاده و احکامی سطحی ایجاد می‌کند که چه بسا اعمال آن‌ها در بازارهای دیجیتال در تعارض با منافع مصرف‌کنندگان و ناهمسو با مقوله تشویق ابتکار و کارآفرینی در کشور خواهد بود. برای مثال، سند مذکور در بند ۳ ماده ۷ بدون ذکر هیچ‌گونه ضابطه‌ای، این جواز را ایجاد کرده است که شورای رقابت در هر زمان بتواند ورود یک پلتفرم دارای موقعیت مسلط به بازار درون‌پلتفرمی و آغاز فعالیت در بازار مجاور

^۱ European Commission, "Antitrust: Commission accepts commitments by Amazon barring it from using marketplace seller data, and ensuring equal access to Buy Box and Prime", 2022.

^۲ Turkish competition authority, "Trendyol Case (Decision Number: 21-46/669-334)", Decision of The Competition Board, 2021, p.18.

^۳ از این پس: سند شورای عالی فضای مجازی

را رویهٔ ضد رقابتی تشخیص دهد. این در حالی است که در تمام کشورها به دلیل سرعت بالای تحولات در بازارهای دیجیتال و تغییر مستمر نیازهای مصرف کنندگان، کسب و کارهای فعال در این بازارها بخش بزرگی از درآمد خود را به جای تقسیم میان سهامداران به تحقیق و توسعه و نوآوری اختصاص می‌دهند تا از جریان پویایی حاکم بر بازارهای دیجیتال باز نمانند و قادر به گسترش کسب و کار و ادامه حیات خود باشند. اگر یک بازارگاه دروازه‌بان با تحلیل آیندهٔ بازار، دست به خلق آفرینش‌های فکری نوین بزند و به بازار دیجیتال جدیدی ورود کند، منطقی نیست که رفع نیاز مصرف کننده به شیوه‌ای نوین، رویه‌ای ضد رقابتی خوانده شود.^۱ معنای غیرمنطقی که این بند به کسب و کارهای نوآور و استارت‌آپ‌ها القا می‌کند این است که در صورت موفقیت در خلق یک پلتفرم و رسیدن به موقعیت مسلط، احتمال دارد تا پایان عمر شرکت و انحلال آن مجبور به فعالیت در بازار پلتفرمی نخست باشند. به نظر می‌رسد صحیح آن باشد که به جای ایجاد محدودیت‌های بی‌ضابطه برای بازارگاه‌ها در ورود به بازارهای پایین دست، شروطی که تحمیل آن‌ها به کسب و کارهای بهره‌بردار از بازارگاه می‌تواند موجب اخلال رقابت درون پلتفرمی شود، به روشنی تعیین و تصریح شود و کسب و کارهای بهره‌بردار رقیب از اجرای آن‌ها معاف باشند.

یکی دیگر از موارد قابل انتقاد سند شورای عالی فضای مجازی، بند ۷ مادهٔ ۵ در خصوص ممنوعیت حق استفاده از داده‌های کاربران توسط سکوهاست. این بند که ظاهراً در مقام منع خودترجیحی^۲ در سکوهاى بازارگاه است، استفاده از داده‌های کاربران را برای تمام سکوها و به نحو مطلق و بدون تفکیک قلمرو استفاده، از مصادیق رفتارهای ضد رقابتی می‌داند که رهیافت قابل دفاعی نیست. چنان‌که گفته شد بهره‌برداری از داده‌های کاربران، عمده‌تاً در فرضی ممکن است به تضعیف رقابت منجر شود که این استفاده به منظور پیشی گرفتن کسب و کار وابستهٔ بازارگاه در بازار پایین دست باشد. شایسته است در وضع الزام رقابتی مشابه، به این تفکیک تصریح شود و زمینه‌های استفاده از مجموعه داده‌ها در بازار اصلی نظیر بهبود تجربهٔ کاربری پلتفرم یا تهیهٔ گزارش‌های سالانه از عملکرد بازارگاه، خارج از شمول رفتارهای مظنون به نقض مقررات رقابتی قرار گیرد. علاوه بر این، برای صدق مفهوم کلان داده و امکان اخلال در رقابت در بازار درون پلتفرمی با استفاده از آن‌ها، بازارگاه جمع‌آوری کنندهٔ داده‌ها باید جایگاه سرآمد و قدرتمندی در بازار سکو داشته باشد^۳ که بند فوق سند به این رکن مهم نیز توجه نکرده است.

۳.۲. دیدگاه‌های قابل دفاع

قراردادها و شرایط استفاده از بازارگاه‌های دروازه‌بان که توسط مالک بازارگاه پیش‌نویس شده و معمولاً برای کسب و کارهای کوچک و متوسط غیرقابل مذاکره‌اند، به درستی در مادهٔ ۵ سند شورای عالی فضای مجازی به رسمیت شناخته شده‌اند.^۴ بندهای ۱ و ۵ و ۹ مادهٔ ۵ این سند، سکوهاى اینترنتی، از جمله بازارگاه‌ها را ملزم کرده تا شرایط استفاده از خدمات سکو

^۱. Germany Monopolies Commission, "Competition policy: The challenge of digital markets", Special Report by the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) (4) ARC, Germany, 2015, p 23.

^۲. Self-preferencing

^۳. رهبری، همان، ص ۲۴۱.

^۴. دستورالعمل عدالت رسانه‌ای و حفاظت از رقابت ساترا به جای رفع ابهام از قسمت ۲ بند «ط» مادهٔ ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا و ارائهٔ معیار برای تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط، عبارت غیرمنصفانه را حذف کرده و در بند ۱۴ مادهٔ ۲، بدون در نظر گرفتن واقعیات بازار و اقتضائات طبیعی تجارت، صرف تحمیل شرایط قرارداد از سوی پلتفرم رسانه را سوءاستفاده از موقعیت مسلط محسوب کرده است! حال ابهام اینجاست که پلتفرم مسلط، که سهم بازار بالا و تعداد کاربران زیادی دارد، چگونه می‌تواند با یکایک چند ده میلیون کاربر با خواسته‌ها و انتظارات مختلف مذاکره کند؟ و همچنین مشخص نیست چه میزان باید از خواسته‌ها و ضوابط استفاده از پلتفرم خود عقب بنشیند تا شرایط قرارداد، تحمیلی محسوب نشود.

را به صورت شفاف در قرارداد خود با کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو تبیین کنند و اعمال هرگونه محدودیت خارج از قرارداد به کاربران تجاری را غیرمجاز اعلام کرده است. یکی از مواضع قابل دفاع سند شورای عالی فضای مجازی، الزام مقرر در بند ۳ ماده ۵ این سند است. این بند مقرر می‌دارد: «زمینه‌های تعلیق یا حذف نمایش کالاها و خدمات کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکوها باید پیش از آغاز همکاری به اطلاع آن‌ها برسد و ترتیبات مربوط به عدم نمایش کالا یا خدمت، در قرارداد، تصریح شود». هنگامی که یک بازارگاه دروازه‌بان بازار پایین‌دست محسوب شود و کسب‌وکارها برای عرضه اینترنتی کالا یا محتوای دیجیتال خود سکوی مشابهی در اختیار نداشته باشند، یکی از مواردی که می‌تواند منجر به اخلال رقابت درون‌پلتفرمی شود، ابهام در موارد خاتمه همکاری با کاربر تجاری و حق مطلق بازارگاه دروازه‌بان بر حذف محصول وی از سکو است. به عنوان مثال، مرجع رقابتی کشور هلند در گزارش سال ۲۰۱۹ خود، فقدان شفافیت شرایط استفاده از اپل‌آپ‌استور برای برنامه‌نویسان نرم‌افزارهای موبایلی آی.او.اس را یکی از نگرانی‌های رقابتی موردنظر خود اعلام کرده است. این مرجع رقابتی به مقدمه سند «قوانین بازنگری اپلیکیشن‌ها در اپل‌آپ‌استور» استناد کرده است که خطاب به برنامه‌نویسان مقرر می‌کند: «ما اپلیکیشن‌هایی را که باور داشته باشیم محتوا یا عملکرد آن از مرزهای مورد قبولمان فراتر رفته بر بستر اپل‌آپ‌استور منتشر نمی‌کنیم. ممکن است سوال کنید که آن مرز کجاست؟ همان‌طور که یک قاضی دیوان عالی آمریکا در پرونده‌ای متذکر شد که زمانی که آن را ببینم آن را خواهیم فهمید، ما هم فکر می‌کنیم شما زمانی که آن مرز را رد کنید، خودتان متوجه آن خواهید شد».^۱ پیش‌بینی موارد خاتمه همکاری با این میزان از ابهام از سوی یک بازارگاه دروازه‌بان، دست پلتفرم را در رفتارهای تبعیض‌آمیز باز می‌گذارد و می‌تواند زمینه‌ساز تضعیف رقابت درون‌پلتفرمی باشد.^۲

نتیجه‌گیری

با ورود مالک بازارگاه دروازه‌بان به بازار شکل‌گرفته درون‌پلتفرم و آغاز رقابت مستقیم با کاربران تجاری دور از انتظار نیست که مالک سکو با سوءاستفاده از قدرت بالای چانه‌زنی و تحمیل برخی شروط قراردادی یکجانبه به کسب‌وکارهای بهره‌بردار، شرایط بازار پایین‌دست را به نفع کسب‌وکار وابسته خود، تغییر دهد و با خارج کردن جریان بازار از مسیر معمول، رقابت درون‌پلتفرمی را تضعیف کند.

بررسی قراردادها و شرایط استفاده از بازارگاه‌های دروازه‌بان حکایت از آن دارد که پیش‌بینی شروط تعهد کاربر تجاری به عدم هدایت کاربران نهایی و حق بازارگاه دروازه‌بان بر استفاده از داده‌های کاربران، ضمن داشتن منافع و توجیهات همسو با مبانی رقابتی به‌ویژه حفاظت از حقوق مالکیت فکری پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای و افزایش رفاه مصرف‌کننده، در برخی موقعیت‌ها آثاری ضد رقابتی نیز دارند. تحلیل این شروط قراردادی در پرتو قانون سنتی رقابت ایران، یعنی فصل نهم ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا، نشان می‌دهد که با توجه به نوین بودن این شروط و عدم ارائه معیار در قسمت ۲ بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا در تشخیص شروط منصفانه از غیرمنصفانه، شورای رقابت در تحلیل شروط قراردادی فوق و استناد به ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا باید به مبانی حقوق رقابت و ارکان تحقق اخلال در رقابت موضوع بند ۲۰ ماده ۱ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴.ق.ا توجه ویژه داشته باشد و تحقق منافع بلندمدت رقابتی، به‌خصوص حمایت از رقابت‌پذیری بازارهای درون‌پلتفرمی و حفظ انگیزه کارآفرینی و سرمایه‌گذاری در بازار سکوها را در اولویت قرار دهد؛ البته مادام که اقدامات

^۱ Apple Inc. «App Store Review Guidelines (Introduction)», 2021.

^۲ The Netherlands Authority for Consumers and Markets, op.cit., pp 76-77.

سکوی دروازه‌بان باعث محو رقابت درون‌پلتفرمی نشود.

درخصوص شرط الزام کاربران تجاری به استفاده از درگاه پرداخت متعلق به بازارگاه دروازه‌بان، پیشنهاد می‌شود شورای رقابت در رسیدگی به پرونده‌های رقابتی مرتبط، با توجه به ضرورت وجود این شرط برای محاسبه و وصول صحیح کارمزد خدمات سکو و با در نظر داشتن این نکته که به صرف دسترسی بازارگاه دروازه‌بان به داده‌های مالی کاربران تجاری، آثار ضدرقابتی قابل توجهی بروز نمی‌کند و تنظیم‌گری حقوق رقابت باید ناظر به مرحله بهره‌برداری از داده‌ها باشد، شرط فوق را از اعتبار رقابتی ساقط نداند. در باب پیش‌بینی حق استفاده از داده‌های کاربران برای بازارگاه دروازه‌بان، به شورای رقابت پیشنهاد می‌شود به تفکیک بازار بالادست، یعنی بازار واسطه‌گری آنلاین فروشندگان و خریداران، از بازار پایین دست، یعنی بازار فروش مستقیم اینترنتی کالا یا محتوای دیجیتال، توجه شایانی کند. چنین به نظر می‌رسد که با توقف استفاده از داده‌ها از سوی بازارگاه دروازه‌بان در کسب و کارهای وابسته و توقف اتخاذ تصمیمات تجاری راهبردی داده‌محور برای پیشی گرفتن در بازار پایین دست پلتفرم، هم‌زمان با اینکه منافع نهفته در شرط قراردادی از حیث افزایش رفاه مصرف‌کننده و ارتقای خدمات بازارگاه‌های اینترنتی در کشور حفظ می‌شود، آثار ضدرقابتی رویه و شرط مبنای آن نیز محو می‌شود. همچنین راجع به تحمیل شرط «منع هدایت کاربران نهایی»، نظر به ضرورت حمایت از حقوق مادی پدیدآورندگان پلتفرم‌های بازارگاه، به عنوان مصداقی از نرم‌افزارهای رایانه‌ای و اهمیت وجود این شرط در استیفای جنبه مادی حق، پیشنهاد می‌شود مرجع رقابتی در تحلیل این شرط، فرض رقابت درون‌پلتفرمی مالک بازارگاه دروازه‌بان با کاربران تجاری را مستقل از فرض عدم رقابت طرفین بررسی کند و فقط در فرض نخست و در شرایطی که بازارگاه دروازه‌بان با عرضه مستقیم محصول خود به قیمت پایین تر از محصول کاربران تجاری، مسیر رقابت در بازار پایین دست را به نفع خود تغییر می‌دهد، به اعتبار رقابتی شرط خلل وارد شود. اما در فرض عدم رقابت بازارگاه با کسب و کارهای بهره‌بردار، با توجه به ضرورت تضمین اجرای حقوق مادی پدیدآورندگان سیستم‌های رایانه‌ای و فقدان آثار ضدرقابتی قابل توجه در نتیجه اعمال این توافقات، شرط منع هدایت کاربران نهایی در فرض اخیر واجد اعتبار شمرده شود.

منابع

کتاب

۱. السان، مصطفی، *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۲. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، *حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۳. غفاری فارسانی، بهنام، *حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.

مقاله

۴. رهبری، ابراهیم، «ارزیابی رقابتی مصادیق خاص سوءاستفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان داده‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۵، شماره ۸۱، ۱۴۰۲.
۵. قاسمی، مجتبی و مصطفی عبداللهی نیسانی، «تنظیم‌گری بهینه اقتصادی در حوزه سکوی اینترنتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، شماره ۹۴، ۱۴۰۰.

منبع اینترنتی

۶. پایگاه خبری و تحلیلی انصاف، «یک مقام اتاق بازرگانی: ساترا ضد رقابت است»، ۱۴۰۱، قابل دسترس در: <https://ensafnews.com/359921/%DB%8C%DA%A9-%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%82-%D8%A8%D8%A7%D8%B2%D8%B1%DA%AF%D8%A7%D9%86%DB%8C-%D8%B3%D8%A7%D8%AA%D8%B1%D8%A7-%D8%B6%D8%AF%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%AA-%D8%A7%D8%B> آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴
۷. ترابی، آرش، «گلاویز شدن دو غول مجازی ایران، چرا شیپور از کافه بازار تعلیق شد؟»، ۱۳۹۷، قابل دسترس در: <https://way2pay.ir/108396>; آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴
۸. شرکت آوای همراه هوشمند هزارستان (کافه بازار)، «قوانین انتشار (پرداخت)»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <https://developers.cafebazaar.ir/fa/app-publish-guidelines/rules/payment>; آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴
۹. شرکت اسنپفود، «انواع قراردادها»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <https://vendors.snappfood.ir/%D8%A7%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%AF%D8%A7%D8%AF%D9%87%D8%A7> آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴
۱۰. شرکت نوآوران فن آوازه (دیجی کالا)، «شرایط همکاری»، ۱۴۰۱، قابل دسترس در: <https://seller.digikala.com/registration/termsconditions>; آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴
۱۱. شرکت هوشمندگستر هوتن پارس (مایکت)، «آشنایی با مفاهیم پرداخت درون برنامه‌ای مایکت»، بی‌تا، قابل دسترس در: <https://myket.ir/kb/pages/myket-iab-intro>; آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴

References

Books

1. Casado, Maria. *E-FOOD: Closing the Online Enforcement Gap in the EU Platform Economy*, Germany: Springer, 2021.
2. Elsan, Mostafa, *E-Commerce Law*, Thran: Samt, Fourth Edition, 2017. (in Persian)
3. Ghaffari Farsani, Behnam, *Competition Law and its Civil Remedies*, Thran: Mizan, First Edision, 2014. (in Persian)
4. Jennings, Marianne et al. *Business Law & The Legal Environment*, United States: Cengage Learning, 2021.
5. Jougleux, Philippe et al. *EU Internet Law in the Digital Single Market*, Germany: Springer, 2021.
6. Kokkoris, Ioannis., Lemus, Claudia. *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, United Kingdom: Edward Elgar, 2022.
7. Manganelli, Antonio., Nicita, Antonio. *Regulating Digital Markets: The European Approach*, Switzerland: Springer, 2022.
8. Rahbari, Ebrahim and Vahid Hassani Sangani, *Competition Law in The Realm of Intellectual Properties*. Volume 2, Tehran: Samt, First Edition, 2019. (in Persian)

Articles

9. Borgogno, O., Colangelo, G. "Platform and Device Neutrality Regime: The Transatlantic New Competition Rulebook for App Stores?", *Stanford TTLF Working Papers*, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 83, 2022.

10. Geradin, D., Dimitrios, K. "The antitrust case against the Apple App Store", *Journal of Competition Law & Economics*, 17 (3), 2021.
11. Ghasemi, Mojtaba and Mostafa Abdollahi Neysani, "Optimal Economic Regulation of the Online Platforms", *Legal Research Quarterly*, Volume 24, Issue 94, 2021. (in Persian)
12. Liu, Z., Vryna, S. "New antitrust tools for the digital economy in China and the EU; A comparative view of the Platform Antitrust Guidelines in China and the Digital Markets Act in the EU", *European Competition Law Review*, 43 (10), 2022.
13. Rahbari, Ebrahim, "An Evaluation of the Particular Examples of the Abuse of Dominant Position by the Use of Big Data in Competition Law", *Public Law Research Quarterly*, Volume 25, Issue 81, 2023. (in Persian)
14. Reverdin, V. M. K. "Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 3, 2021.

Reports and Contributions

15. Australian Competition and Consumer Commission, "Digital platform services inquiry (Interim report No.4; General online retail marketplaces)", Australia, 2022.
16. European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017.
17. Germany Monopolies Commission, "Competition policy: The challenge of digital markets", Special Report by the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) (4) ARC, Germany, 2015.
18. The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), "Market study into mobile app stores", A report by ACM for the Case no:18/032693, The Netherlands, 2019.

Antitrust Cases and Regulations

19. European Commission, "Digital Markets Act", Brussels, 2022.
20. Turkish competition authority, "Trendyol Case (Decision Number: 21-46/669-334)", Decision of The Competition Board, 2021.
21. United States District Court (Northern District of California), "Epic Games Inc. v. Apple Inc. (Case No.4:20-cv-05640-YGR)", Rule 52 order after trial on the merits, 2021.

Internet sources

22. Amazon Inc., "Amazon Services Business Solutions Agreement", 2023, Available at: https://www.abilityone.gov/laws_regulations_and_policy/documents/Amazon%20Services%20Business%20Solutions%20Agreement.pdf, Last visited: 2024/09/04
23. Amazon Inc., "Amazon.com Privacy Notice", 2023, Available at: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=468496&ref_=footer_privacy, Last visited: 2023/06/06.
24. Apple Inc., "App Store Review Guidelines (Introduction)", 2021, Available at: <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>, Last visited: 2024/09/04.
25. Apple Inc., "Paid Applications Agreement (Schedules 2 and 3 of the Apple Developer Program License Agreement)", 2020, Available at: <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/schedules/Schedule-2-and-3-20220225-English.pdf>, Last visited: 2023/06/06.

26. Bundeskartellamt. “GWB Digitalization Act”, 2021, Available at: <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2021/0001-0100/0038-21.html> ,Last visited: 2024/09/04.
27. Cafe-Bazaar Inc. “App publishing rules (payment)”, 2021, Available at: <https://developers.cafebazaar.ir/fa/app-publish-guidelines/rules/payment> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
28. Chung, Andrew, “US Supreme Court snubs Apple-Epic Games legal battle”, 2024; Available at: <https://www.reuters.com/legal/us-supreme-court-snubs-epic-games-legal-battle-with-apple-2024-01-16/> ,Last visited: 2024/09/04.
29. Digi-Kala Inc. “Sellers Terms & Conditions”, 2022, Available at: <https://seller.digikala.com/registration/termsconditions/> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
30. Ensaf News Agency, “A Member of Iran Chamber of Commerce: SATARA Is Against Competition”, 2022, Available at: <https://ensafnews.com/359921/%DB%8C%DA%A9-%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%82-%D8%A8%D8%A7%D8%B2%D8%B1%DA%AF%D8%A7%D9%86%DB%8C-%D8%B3%D8%A7%D8%AA%D8%B1%D8%A7-%D8%B6%D8%AF%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%AA-%D8%A7%D8%B3/> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
31. European Commission, “Antitrust: Commission accepts commitments by Amazon barring it from using marketplace seller data, and ensuring equal access to Buy Box and Prime”, 2022; Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777 Last visited: 2024/09/04.
32. European Commission, “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”, 2019, Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_429 ,Last visited: 2024/09/04.
33. European Commission, “Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules”, 2019, Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073 ,Last visited: 2024/09/04.
34. Google Inc., “Google Play Policy Center (Payments)”, 2022, Available at: <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/9858738> ,Last visited: 2024/09/04.
35. Myket Inc. “Introduction to Myket App Store (In-App Billing)”, 2022, Available at: <https://myket.ir/kb/pages/myket-iab-intro/> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
36. Pepper, Richard et al., “The European Commission designates six gatekeepers under the Digital Markets Act”, 2023, Available at: [https://www.macfarlanes.com/what-we-think/in-depth/2023/the-european-commission-designates-six-gatekeepers-under-the-digital-markets-act/#:~:text=The%20Commission's%20designations%20confer%20gatekeeper,Apple%20\(App%20Store%2C%20Safari%20and](https://www.macfarlanes.com/what-we-think/in-depth/2023/the-european-commission-designates-six-gatekeepers-under-the-digital-markets-act/#:~:text=The%20Commission's%20designations%20confer%20gatekeeper,Apple%20(App%20Store%2C%20Safari%20and) .Last visited: 2024/09/04.
37. SnappFood Inc., “Contract Models”, 2021, Available at: <https://vendors.snappfood.ir/%D8%A7%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%AF%D8%A7%D8%AF%D9%87%D8%A7/> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
38. Torabi, Arash, “The Battle Between Two Tech Giants of Iran: How Come Sheypoor Was Suspended from Café-Bazaar App Store?”, 2018, Available at: <https://way2pay.ir/108396/> ,Last visited: 2024/09/04. (in Persian)
39. Vincent, James “EU says Apple breached antitrust law in Spotify case, but final ruling yet to come”, 2023; Available at: <https://www.theverge.com/2023/2/28/23618264/eu-antitrust-case-apple-music-streaming-spotify-updated-statement-objections> Last visited: 2024/09/04.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Cascading Liquidation of Contractual Collections in the French Legal System

Mohammad Ali Saeedi¹, Sedigheh Mohammad Hassani² 

ABSTRACT

Economic developments caused French law to move from the opinion of the inviolable independence of contracts to the acceptance of the concept of “contractual groups” including contractual chains and contractual collections. This movement evolved with the identification of contractual collections and the declaration of Caducité as a sanction for them in Articles 1186 and 1187 of the 2016 amendments to the Civil Code. Contractual collections are a group of contracts that take part in the implementation of unit operation and are connected – with objective unilateral or mutual dependence links (the impossibility of executing the contract in the event of the dissolution of other contracts of collection) or subjective (will of the parties to contracts of collection). In case of liquidation of one contract of the collection contracts and proving the knowledge of the party -against whom the Caducité is invoked- to existence of the overall operation, the sanction of “Caducité” will be activated and will cause the cascading liquidation of the other contracts of collections. “Caducité” is “automatic” and “complete” sanction that eliminates all provisions of contracts and related conditions such as dispute resolution conditions. Determining the scope of Caducité in terms of regressive effects is left to the judges. Paying attention to the achievements of French law regarding contractual collections accelerates the design and evolution of this theory in Iran's legal system; therefore, the present article examines the contractual collections in the French legal system by an analytical-descriptive method.

KeyWords: Caducité, Cascading Liquidation, Contractual Groups, Contractual Collections.

How to Cite: Saeedi, Mohammad Ali, Mohammad Hassani, Sedigheh, "The Cascading Liquidation of Contractual Collections in the French Legal System", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:155-168.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232788.2565>

Received: 16/08/2023-Accepted: 18/11/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

2. Ph.D., Faculty of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Corresponding Author Email: mohamadhasani600@yahoo.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/>).



انحلال آبخاری مجموعه‌های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه

محمدعلی سعیدی^۱، صدیقه محمدحسینی^۲

چکیده

تجولات اقتصادی سبب حرکت حقوق فرانسه از دیدگاه استقلال خدشه‌ناپذیر قراردادهای به‌سوی پذیرش مفهوم گروه‌های قراردادی شامل زنجیره‌های قراردادی و مجموعه‌های قراردادی شد. این جنبش با شناسایی مجموعه‌های قراردادی و اعلام ضمانت‌اجرای انتفا برای آن در مواد ۱۱۸۶ و ۱۱۸۷ اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی تکامل یافت. مجموعه‌های قراردادی گروهی از قراردادهای هستند که در تحقق عملیات واحدی مشارکت دارند و با پیوندهای وابستگی یکجانبه یا متقابل عینی (ناممکن شدن اجرای قرارداد در صورت انحلال سایر قراردادهای مجموعه) یا ذهنی (اراده اطراف قراردادهای مجموعه) به یکدیگر مرتبط می‌شوند. در صورت انحلال یکی از قراردادهای مجموعه و اثبات علم طرفی که علیه وی به انتفا استناد شده به وجود عملیات مجموعی، ضمانت‌اجرای انتفا فعال شده و سبب انحلال آبخاری سایر قراردادهای مجموعه خواهد شد. انتفا یک ضمانت‌اجرای خودکار و اتوماتیک و کامل است که تمام مفاد قراردادهای و شروط ضمن آن، مانند شروط حل و فصل اختلاف را منتفی می‌کند. تعیین قلمرو انتفا از حیث آثار قهقرایی به قضات واگذار شده است. توجه به دستاوردهای حقوق فرانسه درمورد گروه‌های قراردادی، طرح و تکامل این نظریه در نظام حقوقی ایران را تسریع می‌بخشد؛ لذا مقاله حاضر با روش تحلیلی-توصیفی به بررسی مجموعه‌های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه می‌پردازد.

کلید واژگان: انتفا، انحلال آبخاری، گروه‌های قراردادی، مجموعه‌های قرارداد.

استناد به این مقاله: سعیدی، محمدعلی، محمدحسینی، صدیقه، «انحلال آبخاری مجموعه‌های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۵۵-۱۶۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232788.2565>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۷

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
 ۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
 /ایمیل نویسنده مسئول: mohamadhasani600@yahoo.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

تحولات روزافزون اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی ضرورت تحول در عرصه‌ای حقوقی را بیش از پیش آشکار می‌کند. یکی از این عرصه‌ها لزوم گذار حقوق قراردادهای از دیدگاه استقلال تام قراردادهای به سمت شناسایی گروه‌های قراردادی است. دیگر دیدگاه کلاسیک مبتنی بر استقلال خدشه‌ناپذیر قراردادهای پاسخ‌گوی نیازهای اقتصادی نیست. به عنوان مثال تحقق یک پروژه کلان اقتصادی از طریق انعقاد تک قراردادهای مستقل ممکن نیست، بلکه انجام دادن آن منوط به انعقاد ده‌ها یا حتی صدها قراردادی است که ارتباط تامی با یکدیگر دارند و به نحو غیرقابل‌انکاری بر یکدیگر مؤثرند.

حقوق کشور فرانسه نیز ابتدا براساس اصل تئوری استقلال تام قراردادهای شکل گرفته بود. دکترین مفصل و پرسابقه اصل نسبی بودن^۱ و قابلیت استناد قراردادهای^۲، که آثار قرارداد را جز در موارد استثنایی محدود به طرفین آن می‌داند، مؤید این دیدگاه در حقوق کشور فرانسه است.^۳ اما تحولات اقتصادی، توجه دکترین، رویه قضایی و قانون‌گذار کشور فرانسه را به تدریج به موضوع گروه‌های قراردادی جلب کرد.

در سطح دکترین، برنارد تسییه نخستین حقوق‌دانی بود که ارزش حقوقی این واقعیت اقتصادی را تشخیص داد و گروه‌های قراردادی^۴ را به زنجیره‌های قراردادی^۵ و مجموعه‌های قراردادی^۶ تقسیم کرد؛^۷ تقسیمی که همچنان ملاک عمل حقوق‌دانان فرانسوی است.

زنجیره‌های قراردادی گروهی از قراردادهای هستند که در طول زمان به دنبال یکدیگر منعقد می‌شوند؛ مشخصه اصلی آن‌ها وجود حداقل یک قرارداد میانی و واسط است و در آن عقد سابق، علت یا موضوع عقد لاحق را تشکیل می‌دهد. در مقابل، مجموعه‌های قراردادی گروهی از قراردادهای هستند که در تحقق عملیات واحدی مشارکت دارند و با پیوندهای وابستگی یکجانبه یا وابستگی متقابل به یکدیگر مرتبط می‌شوند.^۸

به منظور تبیین هرچه بیشتر انواع مختلف گروه‌های قراردادی به ذکر مثال برایهریک می‌پردازیم. قراردادهای پیمانکاری فرعی مثالی برای زنجیره‌های قراردادی مرتبط از طریق علت است که در آن قرارداد اصلی منعقد بین کارفرما و پیمانکار اصلی، علت انعقاد قرارداد پیمانکاری فرعی است. اجاره‌های فرعی در فرضی که عین واحد، موضوع چندین قرارداد اجاره متوالی قرار می‌گیرد، مثالی برای زنجیره‌های قراردادی مرتبط از طریق موضوع است. قراردادهایی که برای استخراج یک معدن مس منعقد می‌شود مثالی برای مجموعه‌های قراردادی است. در مثال مزبور، عملیات کلی استخراج معدن، هدف و علت اصلی انعقاد قراردادهای متعدد پیمانکاری، حمل و نقل، بیمه و غیره محسوب می‌شود تا هدف اقتصادی مورد نظر محقق شود.^۹

در سطح رویه قضایی کشور فرانسه نیز شناسایی پدیده گروه‌های قراردادی ، مسیری پرفرازونشیب را طی کرده است. علیرغم طرح دعاوی مهم و مکرر پیرامون گروه‌های قراردادی، دیوان عالی

۱. L'effet relatif du contrat

۲. Opposabilité des contrats aux tiers

۳. Carbonnier, Jean. *Les obligations*, Paris: PUF (Presses universitaires de France), 22ème édition, 2000, P 345.

۴. groupes de contrats

۵. les chaînes de contrats

۶. les ensembles contractuels

۷. Teyssié, Bernard. "Les groupes de contrats", Thèse de doctorat Droit, Montpellier, 1975, P 78.

۸. Serageldin, Sami. "Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats", Thèse de doctorat, Lyon: Université Jean Moulin, 2014, P 120.

۹. Ibid, P 88.

کشور فرانسه برای مدت طولانی از به رسمیت شناختن وابستگی متقابل بین قراردادهایی که در راستای تحقق یک عملیات اقتصادی مشترک منعقد شده بود، امتناع می‌ورزید. چنان‌که در سال ۱۹۷۲ شعبه بازرگانی دیوان عالی کشور فرانسه^۱ در رأی خود از به رسمیت شناختن هرگونه تقسیم‌ناپذیری قراردادی استنکاف ورزید. این مجموعه قراردادی متشکل از دو قرارداد فروش منعقد شده توسط یک شرکت و یک قرارداد دریافت تسهیلات به منظور تأمین مالی قراردادهای فروش بود که به‌طور هم‌زمان منعقد شده بود. علیرغم از بین رفتن سودمندی و توجیه اقتصادی قرارداد دریافت تسهیلات به دنبال انحلال قراردادهای اصلی فروش، دیوان عالی کشور بقای قرارداد تأمین مالی را تأیید کرد. دیوان براساس اصل نسبی بودن قراردادهای معتقد بود اگر یک قرارداد به‌صورت مجزا و جداگانه از سایر قراردادهای منعقد شود، علیرغم تعلق همه این قراردادهای به یک عملیات اقتصادی واحد از استقلال خاص خود برخوردار است.

اما رویه فوق به تدریج تغییر یافت؛ تا آنجا که در دو رأی معروف شعبه مختلط دیوان عالی کشور فرانسه در ۱۷ می ۲۰۱۳، دیوان عالی کشور فرانسه به‌وضوح وابستگی متقابل ناشی از نظم عمومی^۲ را در عملیات قراردادی حاوی اجاره مالی^۳ تأیید^۴ و مقرر کرد: «قراردادهایی که به‌طور هم‌زمان یا متوالی انعقاد یافته‌اند و بخشی از یک عملیات قراردادی حاوی اجاره مالی هستند به یکدیگر وابسته‌اند؛ به گونه‌ای که شروط مبنی بر مستقل بودن این قراردادهای مندرج در قراردادهای مزبور که مغایر با این وابستگی متقابل است نانوشتہ تلقی می‌شوند».

در سطح قانون‌گذاری نیز نخستین آثار حقوقی زنجیره‌های قراردادی (مانند دعوای مستقیم مالک علیه مستأجر فرعی (ماده ۱۷۵۳) و دعوای موکل اصلی علیه وکیل فرعی (بند ۲ ماده ۱۹۹۴)) از زمان تدوین قانون مدنی آشکار شد. مجموعه‌های قراردادی نیز نخستین بار در دو قانون معروف یعنی قانون اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان و حمایت از آنها در زمینه برخی عملیات اعتباری مصوب دهم ژانویه ۱۹۷۸^۵ و قانون اطلاع‌رسانی و حمایت از دریافت‌کنندگان تسهیلات در زمینه اموال غیرمنقول (املاک و مستغلات) مصوب ۱۹۷۹ شناسایی شد که به موجب آن سرنوشت دو قرارداد دریافت تسهیلات و بیع به یکدیگر پیوند خورد. به گونه‌ای که انحلال هریک از این دو قرارداد انحلال قرارداد دیگر را در پی دارد. نهایتاً در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی، مقنن فرانسوی در راستای ارائه یک رژیم حقوقی منسجم، به موضوع مجموعه‌های قراردادی و وابستگی متقابل قراردادی پرداخت؛ موضوعی که مدت‌ها پیش از این، محل عدم قطعیت و اختلافات فراوان بود.

بر نظریه گروه‌های قراردادی آثار متعدد تئوریک و عملی مترتب است که مورد توجه حقوق فرانسه قرار گرفته است.^۶ یکی از مهم‌ترین این مسائل این پرسش است که انحلال یک قرارداد بر سرنوشت سایر قراردادهای مجموعه چه تأثیری خواهد داشت؟ آیا انحلال یکی از قراردادهای مجموعه سبب انحلال سایر قراردادهای خواهد شد یا اساساً تأثیری بر وجود سایر قراردادهای نخواهد داشت، حتی اگر سایر قراردادهای توجیه وجودی خود را کاملاً از دست بدهند؟

^۱ . Cass., com., 21 mars 1972, pourvoi n°70-12.836, publié au Bulletin.

^۲ . d'ordre public

^۳ . opérations incluant une location financière

^۴ . Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.768 et n° 11-22.927, publiés au Bulletin, R., p. 507 ; Bull. ch. Mixte n°1; D. 2013, p 1273, obs. Delpech ; - <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027424507/> (last visited on 2023/ 07/ 23).

^۵ . Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

^۶ . از جمله آثار مربوط به تسری شروط داوری در گروه‌های قراردادی

Pellé, Sébastien. "La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat", thèse pour le doctorat en droit. *l'Université Panthéon-Assas*, 2007, P 468.

توجه به دستاوردهای حقوق فرانسه در مورد گروه‌های قراردادی، طرح و تکامل این نظریه در نظام حقوقی ایران را تسریع خواهد کرد؛ لذا در مقاله حاضر پس از تبیین شرایط تحقق مجموعه‌های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه به ضمانت‌اجرای مجموعه‌های قراردادی می‌پردازیم و به این پرسش پاسخ خواهیم داد که انحلال یک قرارداد چه تأثیری بر سرنوشت سایر قراردادهای مجموعه قراردادی خواهد داشت؟ پدیده‌ای که از آن در حقوق فرانسه تحت عنوان انحلال آبشاری^۱ یاد می‌شود.

۱. شرایط تحقق مجموعه‌های قراردادی در قانون مدنی فرانسه

اصلاحات قانون مدنی در سال ۲۰۱۶ با وضع مفهوم وابستگی متقابل قراردادی در مواد ۱۱۸۶ و ۱۱۸۷ تکامل آهسته و تدریجی رویه قضایی را تکمیل کرد و جست‌وجوی مبنای حقوقی برای این نهاد را غیرضروری ساخت؛ چراکه وابستگی متقابل به یک مفهوم مستقل حقوقی دارای مبنای قانونی خاص تبدیل شد.

ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی جدید مقرر می‌دارد: «اگر یکی از عناصر اساسی قراردادی که صحیحاً منعقد شده از بین برود قرارداد منتفی خواهد شد. هرگاه اجرای چندین قرارداد برای اجرای یک عملیات ضروری باشد و یکی از آن‌ها منحل شود، قراردادهایی که اجرای آن‌ها با این انحلال غیرممکن می‌شود و قراردادهایی که اجرای عقد منحل شده شرط تعیین‌کننده رضایت و توافق یکی از طرفین بوده است نیز منتفی می‌شوند. لکن انتفا محقق نمی‌شود مگر آنکه متعهدی که علیه وی به انتفا استناد شده، هنگام رضایت، به وجود عملیات کلی و مجموعی عالم باشد»^۲.

از ماده فوق‌الذکر استنباط می‌شود که تحقق مجموعه‌های قراردادی منوط به تحقق دو شرط است: ۱. وجود یک عملیات کلی، منجسم و هماهنگ. ۲. وابستگی متقابل عینی یا ذهنی بین قراردادهای مزبور.

۱.۱. وجود یک عملیات کلی^۳

مجموعه‌های قراردادی به‌عنوان یک مفهوم نوپیدا می‌تواند موقعیت‌های گوناگونی را نشان دهد که در آن‌ها چندین قرارداد در تحقق یک عملیات کلی مشارکت دارند. مانند قرارداد اجاره اعتباری^۴ و اجاره مالی^۵ که شامل قراردادهای فروش و قراردادهای تأمین مالی است؛ قرارداد چارچوب^۶ که شرایط عمومی روابط طرفین را در دراز مدت معین می‌کند و قراردادهای اجرا^۷ که به تعیین تعهدات طرفین براساس روابط قراردادی آن‌ها می‌پردازند؛ قراردادهای فروش و تأمین یا نگهداری تجهیزات رایانه‌ای یا قرارداد فروش یا اجاره تجهیزات کامپیوتری و لیسانس نرم‌افزار تنها نمونه‌های ساده‌ای از مجموعه‌های قراردادی است که تحقق یک عملیات کلی را دنبال می‌کنند.^۸

^۱. anéantissements en cascade

^۲. Article 1186: «Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement».

^۳. Une opération d'ensemble

^۴. Le crédit-bail

^۵. la location financière

^۶. un contrat-cadre

^۷. les contrats d'application

^۸. Benhamou, Elsa. «L'interdépendance contractuelle», La thèse de master, The Université Grenoble Alpes, 2018, P 30.

دکترین حقوقی معتقدند عملیات کلی با قراردادهایی توصیف می‌شود که در تحقق عملیات اقتصادی مشترکی سهیم‌اند؛ به گونه‌ای که کلیه این قراردادها هدف واحدی را دنبال می‌کنند و مستقل از یکدیگر معنایی ندارند؛ این قراردادها هیچ جایگزینی ندارند و سایر قراردادهای مجموعه نمی‌تواند جای آن‌ها را پر کند.^۱ مقنن فرانسوی به لزوم وجود عملیات کلی با این عبارت اشاره می‌کند: «در صورتی که انعقاد چندین قرارداد برای اجرای یک عملیات ضروری باشد».

۱.۲. وابستگی متقابل عینی یا ذهنی بین قراردادهای یک مجموعه^۲

پس از احراز وجود یک عملیات کلی، ضروری است وابستگی متقابل بین قراردادهای تشکیل‌دهنده مجموعه محقق شده باشد. به بیان دیگر، احراز تقسیم‌ناپذیری بین قراردادهای مجموعه قراردادی است؛ به گونه‌ای که قراردادها را به یکدیگر مرتبط می‌کند و انحلال هریک منجر به انتفای سایر قراردادها می‌شود. مقنن فرانسوی در بند ۲ ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی دو معیار شناسایی وابستگی متقابل قراردادی را بیان کرده است.

معیار عینی: وابستگی متقابل عینی^۳ فراتر از اراده طرفین عبارت است از تشخیص اینکه کلیه قراردادها تحقق یک عملیات اقتصادی واحد و منحصر به فرد را دنبال می‌کنند و انحلال یکی از قراردادهای مجموعه، اجرای سایر قراردادها را «غیرممکن»^۴ می‌کند. قانون مدنی این معیار را این گونه بیان می‌کند: «قراردادهایی که اجرای آن‌ها با این انحلال (قرارداد نخست) غیرممکن می‌شود»^۵.

به منظور احراز تقسیم‌ناپذیری عینی که در ضمن قراردادها وجود دارد قضات محاکم می‌توانند به امارات ذیل استناد کنند: انعقاد قراردادها توسط نماینده واحد؛ امضای قراردادها در یک روز واحد؛ انعقاد قراردادها برای یک دوره یا انعقاد قراردادها برای هدف مشترک.

نمونه‌هایی از این وابستگی متقابل عینی را می‌توان در رویه قضایی یافت که پیش از تصویب قانون مدنی شکل گرفته است. به عنوان مثال، فسخ قهقری^۶ قرارداد تأمین نرم‌افزار، اجرای قراردادهای تعمیر و نگهداری، آموزش و اجرا را غیرممکن کرد.^۷ در این پرونده بدون لحاظ اراده و قصد مشترک طرفین، دیوان عالی کشور فرانسه مقرر کرد که قراردادهای مزبور به طور عینی^۸ به یکدیگر وابسته‌اند؛ زیرا قراردادهای تعمیر و نگهداری و اجرای نرم‌افزار در صورت انحلال قرارداد تأمین نرم‌افزار، هیچ توجیه و منطق دیگری نداشت و اجرای آن‌ها به دلیل انحلال قرارداد نخست غیرممکن شده بود. به بیان روشن‌تر، وقتی نرم‌افزاری وجود ندارد نگهداری و تعمیر آن دیگر بی‌معناست.

معیار ذهنی: وابستگی متقابل ذهنی^۹، که در بند ۲ ماده ۱۱۸۶ نیز به آن اشاره شده، عبارت است از اینکه اجرای قرارداد

^۱ . Deshayes, Olivier., Genicon, Thomas., Laithier, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prevue des obligations*, Paris: Dalloz, 2018, P349.

^۲ . Interdépendance objective ou subjective entre les contrats

^۳ . l'interdépendance objective

^۴ . impossible

^۵ . «les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition».

^۶ . la résolution

^۷ . Cass., com., 13 février 2007, pourvoi n°05-17.407, Bull. civ. IV, n°43: admettant une indivisibilité fondée sur un lien objectif entre les contrats, ces contrats n'ayant aucun sens indépendamment les uns des autres.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017635684/> (last visited: 2023/07/23).

^۸ . objectivement

^۹ . l'interdépendance subjective

منحل شده «شرط تعیین کننده و قاطع برای رضایت یکی از طرفین قرارداد دوم باشد»^۱. اگرچه با انحلال قرارداد نخست، امکان اجرای قرارداد دوم از نظر مادی کاملاً فراهم است، طرف قرارداد مشروط به اجرای قراردادی، که در حال حاضر منحل شده، راضی به انعقاد قرارداد شده بود و اگر قرار بود این قرارداد اجرا نشود، اساساً قرارداد دوم را منعقد نمی کرد. وابستگی متقابل ذهنی را می توان از اشتراط شرط تقسیم ناپذیری^۲ توسط طرفین در متن قرارداد استنباط کرد. اما باید توجه داشت که شرط مزبور برای قضات محاکم الزام آور نیست؛ به این معنا که برای اثبات وابستگی متقابل ذهنی باید قاضی را متقاعد کرد که قرارداد منحل شده، ماهیت تعیین کننده ای نسبت به اجرای قرارداد دوم دارد. ضمن اینکه ممکن است قضات محاکم با رفتاری که طرفین پس از انعقاد قرارداد اتخاذ کرده اند به امری برخلاف این تقسیم ناپذیری هدایت شوند. بنابراین قانون مدنی یکی از دو رویکرد وابستگی متقابل عینی یا ذهنی را به طور مسلم و جزمی انتخاب نمی کند، بلکه هر دو رویکرد را به عنوان مبنای وابستگی متقابل قراردادی پذیرفته که قضات محاکم می توانند به آن تمسک کنند. این وابستگی متقابل قراردادی را می توان از طریق تلفیق دو معیار فوق شناسایی کرد: «عناصر عینی اثبات کننده وجود اراده مشترک طرفین»^۳.

۲. انحلال آبشاری؛ ضمانت اجرای مجموعه های قراردادی

ماده ۱۱۸۶ ق.م.ف^۴ یا انتفا را به عنوان ضمانت اجرای مجموعه های قراردادی معرفی می کند. به این مفهوم که انحلال یکی از قراردادهای مجموعه سبب فعال شدن ضمانت اجرای مجموعه های قراردادی می شود و انتفای سایر قراردادهای مجموعه را در پی دارد و اصطلاحاً دچار انحلال آبشاری می شوند.

۲.۱. تعریف «caducité» و تمایز آن با فسخ و بطلان

با اصلاح قانون مدنی در سال ۲۰۱۶ ضمانت اجرای «caducité» در مواد ۱۱۸۶ و ۱۱۸۷، وارد قانون مدنی شده و در کنار بطلان^۵ جایگاه بی سابقه ای به عنوان یکی از دو ضمانت اجرای ممکن برای شرایط صحت قرارداد را به دست آورده است؛ بدون آنکه مقنن فرانسوی تعریف مشخصی از آن ارائه کند. واژه caducité از فعل لاتین cadere به معنی رفع شدن و از بین رفتن گرفته شده است. طبق دکترین حقوقی و رویه قضایی، caducité ضمانت اجرای یک عمل حقوقی است که در ابتدا صحیحاً تشکیل شده، اما در اثر وقوع شرایط بعدی، عنصر اساسی وجود خود را از دست می دهد. این ضمانت اجرا حتی اگر قرارداد قبلاً اجرا شده باشد، نیز قابلیت اعمال دارد. در نتیجه این ضمانت اجرا از بطلان^۶ و فسخ قهقری^۷، که دو ضمانت اجرای مجزای دیگر در حقوق قراردادها هستند، متمایز می شود.

وجه اشتراک بطلان و انتفا انحلال عمل حقوقی است. اما بطلان و انتفا در اسباب با یکدیگر متفاوت اند. بطلان ضمانت اجرای

^۱. «condition déterminante du consentement d'une partie».

^۲. une clause d'indivisibilité

^۳. V. Rapport de Madame Kamara- Chambre mixte 11-22.768 sur le site internet de la Cour de cassation. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027424507/> (last visited on 2023/ 07/ 23).

گزارش مادام کامرا. شعبه مختلط ۱۱. ۲۲. ۷۶۸. سایت رسمی دیوان عالی کشور فرانسه.

^۴ caducité

^۵. nullité

^۶. la nullité

^۷. la résolution

فقدان شرط صحت از لحظه انعقاد قرارداد به شمار می‌رود؛ اما انتفا، ضمانت‌اجرای قراردادی است که در لحظه انعقاد معتبر است، اما یکی از شرایط اعتبار یا حداقل یکی از شرایط اثربخشی آن در طول اجرای قرارداد از بین می‌رود. بطلان ضمانت‌اجرای مقرر در ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی^۱، مستلزم انحلال کلی و ماسبق عقد باطل شده است که در این صورت «فرض می‌شود که قرارداد هرگز وجود نداشته است». بر این اساس طبق مواد ۱۳۵۲ تا ۱۳۵۲-۹ قانون مدنی موجب استرداد می‌شود.

فسخ و انتفا هر دو ضمانت‌اجرای اجرای قراردادی هستند که صحیحاً منعقد شده و از لحظه انعقاد، نافذ و لازم‌الاجرا بوده است. باوجوداین، فسخ با توجه به سبب آن از انتفا متمایز می‌شود. فسخ ضمانت‌اجرای عدم اجرا یا اجرای غیرمنطبق قرارداد (اجرای ناقص یا معیوب)، اما انتفا ضمانت‌اجرای از بین رفتن شرایط صحت قرارداد است.^۲

۲.۲. شرایط تحقق انحلال آبشاری

از ماده ۱۱۸۶ استنباط می‌شود که تحقق این ضمانت‌اجرا منوط به تحقق دو شرط است: ۱. انحلال یکی از قراردادهای مجموعه؛ ۲. علم به عملیات مجموعی توسط شخصی که علیه وی به انتفا استناد می‌شود.

۲.۲.۱. انحلال یکی از قراردادهای مجموعه قراردادی^۳

طبق ماده ۱۱۸۶ ق.م.ف و رأی ۴ نوامبر ۲۰۱۴ دیوان عالی کشور فرانسه، انحلال یکی از قراردادهای مجموعه قراردادی، شرط ضروری برای فعال شدن ضمانت‌اجرای مجموعه‌های قراردادی یعنی ادعای انتفا سایر قراردادهای مجموعه است.^۴ اما چه نوع انحلالی^۵ می‌تواند منجر به انحلال آبشاری^۶ مجموعه‌های قراردادی شود؟ متن ماده ۱۱۸۶ صرفاً به عبارت انحلال^۷ تصریح می‌کند. بنابراین اولاً عدم اجرای ساده^۸ یک قرارداد نمی‌تواند انتفا سایر قراردادهای مجموعه را توجیه کند. ثانیاً انحلال یک قرارداد به هر علتی که باشد، آثار انحلال آبشاری مجموعه قراردادی را به همراه خواهد داشت. انحلال قرارداد می‌تواند ناشی از فسخ یکجانبه^۹، فسخ قهری قراردادی^{۱۰}، فسخ قهری قضایی^{۱۱} یا حتی بطلان قرارداد^{۱۲}

^۱ . Art. 1178: Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.

ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی: قراردادی که شرایط ضروری برای اعتبار را نداشته باشد باطل است. این بطلان باید توسط قاضی محکمه اعلام شود، جز در مواردی که طرفین در مورد آن توافق داشته باشند. قرارداد باطل این‌گونه تصور می‌شود که هیچ‌گاه وجود نداشته است. پرداخت‌های انجام‌شده یا تعهدات انجام‌شده تحت شرایط مواد ۱۳۵۲ الی ۹-۱۳۵۲ قانون مدنی مسترد می‌گردد.

^۲ .Dissaux, N, et Jamin, C. “Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, *Dalloz*, préc. n° 2, spéc, P 87.

^۳ . La disparition d'un contrat

^۴ . Cass., Com., 4 nov. 2014, n° 13-24.270, absence de caducité des contrats en cours par l'ouverture d'une procédure collective, faisant de la disparition du contrat principal le préalable nécessaire à la caducité de l'autre contrat.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029741655/> (last visited on 2023/ 07/ 23).

^۵ . de disparition

^۶ . l'anéantissement en cascade

^۷ . de disparition

^۸ . une simple inexécution

^۹ . résiliation unilatérale

^{۱۰} . résolution conventionnelle

^{۱۱} . résolution judiciaire

^{۱۲} . nullité

باشد.

پرسش دیگر آنکه آیا ممکن است انحلال قرارداد نخست به عنوان شرط اعمال ضمانت اجرای وابستگی متقابل قراردادی قابل انتساب به طرف تعهد باشد؟ به عنوان مثال اگر انحلال عقد نخست براساس تدلیس^۱ یا نقض قراردادی^۲ باشد که حسب مورد منجر به بطلان یا فسخ قرارداد شود، آیا همچنان باید انحلال آبشاری را که به نفع متعهد مقصر است اجازه نمود؟ در واقع، ممکن است طرف تعهدی، که انحلال عقد نخست منتسب به اوست، به انتفای قرارداد دوم استناد کند تا به راحتی خود را از قید تعهدات قرارداد دوم رهایی بخشد.

قانون مدنی به این پرسش پاسخی نداده است. به عقیده پروفسور هوگو باربیه در ماده ۱۱۸۶ ق.م.ف بر معیار عینی انحلال قرارداد تأکید شده است، لذا صرف انحلال قرارداد صرف نظر از دلیل آن، انتفای قرارداد دوم را در پی خواهد داشت. بنابراین در این زمینه نمی توان معیارهای ذهنی از جمله تقصیر طرفین را به عنوان ملاک اتخاذ کرد و حتی اگر انحلال قرارداد ناشی از تقصیر طرف قرارداد باشد باز هم می توان به اعمال ضمانت اجرای انتفا استناد کرد^۳. البته پر واضح است که مسئولیت جبران خسارت طرف مقصر بر جای خود باقی است.

۲.۲.۲. علم به مجموعه عملیات هماهنگ قراردادی توسط کسی که علیه وی به انتفا استناد می شود^۴

ماده ۱۱۸۶ یک شرط حمایتی از اعضای غیرمستقیم مجموعه قراردادی را می افزاید که از تحقق آثار وابستگی متقابل قراردادی درباره آن ها جلوگیری کند. این شرط که پیش از این در رویه قضایی سال ۱۴۰۱^۵ وضع و شناسایی شده بود؛ اکنون در ماده ۱۱۸۶ پیش بینی شده که مقرر می دارد: «لکن انتفا محقق نمی شود، مگر آنکه متعهدی که علیه وی به انتفا استناد شده هنگام توافق از وجود عملیات کلی آگاه باشد»^۶.

بنابراین صرف نظر از معیار عینی یا ذهنی، وابستگی متقابل صرفاً زمانی می تواند مؤثر باشد که طرفی که علیه وی به انتفا قرارداد استناد شده در لحظه انعقاد قرارداد از وجود عملیات کلی قراردادی مطلع باشد. بنابراین مقنن فرانسوی، علم متعهد را شرط لازم و ضروری برای اجرای وابستگی متقابل قراردادی و انتفای ناشی از آن قرار داده است.

در عمل روشن است که در مجموعه های قراردادی دوجانبه، که قراردادهای توسط طرفین یکسان منعقد می شود، هر دو طرف مطمئناً درباره مجموعه عملیات کلی آگاه هستند. در مقابل در مجموعه های قراردادی چندجانبه، ضروری است تعیین شود که آیا طرفی، که متحمل انحلال آبشاری قراردادهای شده، به تقسیم ناپذیری موجود بین قراردادهای عالم بوده است یا خیر^۷. باید توجه کرد که در این زمینه علم بسیط^۸ به وجود عملیات کلی کافی است و لازم نیست متعهد تحمل ریسک ناشی از انحلال قرارداد را قبول کرده باشد.

^۱ . le dol

^۲ . manquement

^۳ . Barbier, H. "Le point sur l'interdépendance contractuelle , son empire et ses fonctions", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, P 846.

^۴ . La connaissance de l'opération par le contractant

^۵ . Cass., 3e civ., 29 janvier 2014, pourvoi n°12-28.836, publié au Bulletin: imposant de rechercher si le cocontractant avait connaissance de l'opération d'ensemble.

^۶ . «La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement».

^۷ . Cass., com., 15 juin 1999, pourvoi n°97-12.122.

^۸ . La simple connaissance

۲.۳. اوصاف ضمانت اجرای انتفا در مجموعه‌های قراردادی

از رویه قضایی و دکترین حقوقی سه وصف برای ضمانت اجرای انتفا در مجموعه‌های قراردادی قابل استنباط است.

۲.۳.۱. یک ضمانت اجرای خودکار و اتوماتیک^۱

طبق آرای صادره در رویه قضایی از دهه ۱۹۸۰ به نظر می‌رسد در صورتی که قراردادی مبتلا به انتفا شود، قرارداد مزبور به‌طور خودکار و اتوماتیک پایان می‌یابد؛ بدون آنکه ضروری باشد که ابتدا اعلام فسخ قهری^۲ قراردادهای دیگر را از دادگاه تقاضا کرد^۳.

آیا انتفا به‌طور مستقیم عمل می‌کند یا اعمال آن مستلزم ورود قاضی و دستگاه قضایی است؟ ماده ۱۱۸۷ در این باره ساکت است. مانند سایر ضمانت‌اجراها، در صورت عدم اختلاف طرفین، اعمال ضمانت اجرای مزبور بدون دخالت دادگاه فراهم است و انتفا به‌طور مستقیم اعمال می‌شود. در مقابل، در صورت حصول اختلاف بین طرفین، اعمال انتفا، مستلزم مداخله دادگاه به‌منظور ارزیابی واقعیت انحلال قرارداد و ماهیت اساسی یا تعیین‌کننده قرارداد منحل شده است. به نظر می‌رسد که این امر موجب سلب اختیار از قاضی در ارزیابی می‌شود؛ یعنی اعم از اینکه رفتار طرفین تقصیرآمیز باشد یا نباشد، قاضی صرفاً می‌تواند انتفا را اعلام کند و رأی مزور صرفاً یک رأی اعلامی است^۴. با این حال، در صورت درج شرط تقسیم‌ناپذیری^۵، قاضی می‌تواند قدرت حاکمیتی خود را باز یابد. او قادر خواهد بود در این فرض اثربخشی شرط را ارزیابی کند و در نتیجه احتمالاً مانع انتفا قرارداد شود^۶.

۲.۳.۲. یک ضمانت اجرای کامل^۷

در مواجهه با انتفا هیچ‌یک از مفاد قرارداد از جمله شروط آن باقی نمی‌ماند؛ یعنی برخلاف اراده و قصد طرفین مبنی بر بقای برخی شروط از جمله شروط حل و فصل اختلاف^۸، شرط عدم رقابت^۹ و شرط حفظ محرمانگی^{۱۰}، هیچ شرطی باقی نمی‌ماند. شرط خسارت برای فسخ پیش از موعد^{۱۱} نیز اعمال نمی‌شود؛ زیرا قرارداد منتفی شده است و دیگر شرط مزبور سالبه به انتفا موضوع خواهد بود. این موضوع صریحاً در آرای معروف ۱۲ ژوئیه ۲۰۱۷ درمورد اجاره مالی^{۱۲} بیان شده است. دیوان عالی کشور نیز اخیراً تأیید کرده که شروط پیش‌بینی شده در صورت فسخ قرارداد^{۱۳} غیرقابل اجراست^{۱۴}. رأی

^۱. Une sanction automatique

^۲. la résolution

^۳. V. p. ex Cass., com., 28 avril 1982, pourvoi n°80-16.678, : considérant que la caducité opérait de manière automatique en cas d'impossibilité d'exécution!

در صورت تعذر اجرای قرارداد، انفساخ قرارداد به‌صورت خودکار اعمال می‌شود.

^۴. Bros, S. "Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016", *La semaine juridique*, 2016, P 458.

^۵. une clause d'indivisibilité

^۶. Benhamou, op.cit., P 47.

^۷. Une sanction intégrale

^۸. les clauses de règlement des différends

^۹. non-concurrence

^{۱۰}. confidentialité

^{۱۱}. résiliation anticipée

^{۱۲}. de location financière

^{۱۳}. les clauses prévues en cas de résiliation du contrat

^{۱۴}. V. Cass., ch. mixte, 13 avril 2018, pourvois n°16-21.345 et 16.21-947, publié au Bulletin, JCP 2018, n°543, note Frédéric Buy.

دیوان در این پرونده^۱ درمورد شرط ضمانت^۲ و شرط اسقاط حق اقامه دعوا^۳ پیش‌بینی شده در یک قرارداد حاوی اجاره اعتباری^۴ است. البته این راه‌حل کاملاً جدید و مبتکرانه نبود؛ زیرا شعبه مختلط دیوان عالی کشور قبلاً در آرای خود در سال ۱۹۹۰ به این مطلب اشاره کرده بود.^۵

اگرچه مواد ۱۱۸۶ و ۱۱۸۷ قانون مدنی درمورد سرنوشت شروط فوق‌الذکر در حقوق عرفی و قلمرو انتفا ساکت است، بی‌اثر ساختن شروط مزبور تا آنجا که پیش‌بینی آنها با هدف تنظیم نتایج و عواقب فسخ قرارداد^۶ است، منطقی است؛ زیرا شروط مزبور برای تنظیم روابط طرفین بعد از فسخ پیش‌بینی شده‌اند؛ اما اکنون طرفین با انتفا روبه‌رو هستند. به‌علاوه به نظر می‌رسد راهکارهای شناسایی شده در زمینه اجاره مالی^۷ و اجاره اعتباری^۸ به‌سهولت قابل انتقال به حقوق متداول قراردادهاست تا در مجموعه‌های قراردادی انعقاد یافته قبل یا بعد از لازم‌الاجرا شدن اصلاحات جدید قانون مدنی اعمال شود. شایان ذکر است که در اجاره‌های مالی و اعتباری شروط مغایر با وابستگی متقابل نانوشته تلقی می‌شوند. باین‌حال متخصصان حقوقی می‌توانند با پیش‌بینی شروطی جهت اعمال در فرض انتفای قرارداد، از ایجاد مشکلات احتمالی در فرض انتفای قرارداد جلوگیری کنند^۹.

۲.۳.۳. یک ضمانت اجرای قهقرایی^{۱۰}

علیرغم جنبش قانونی کردن رژیم وابستگی متقابل قراردادی و انتفا در قانون مدنی، ابهامات عمده‌ای درمورد قلمرو تأثیرات انتفا در طول زمان، هم در رویه قضایی و هم در دکتترین حقوقی باقی است. آیا ضمانت اجرای مزبور فقط درباره آینده مؤثر است یا دارای آثار قهقرایی است؟

ماده ۱۱۸۷ مقرر می‌دارد: «انتفا باعث پایان یافتن و انحلال قرارداد می‌شود»^{۱۱}. مفاد ماده ناقص به نظر می‌رسد؛ به‌نحوی که تشخیص قلمرو این ضمانت اجرا از حیث زمانی دشوار است. این نکته مسلم است که طرفین از انجام خدمات آتی معاف خواهند شد: انتفا قرارداد را برای آینده از بین می‌برد و منحل می‌کند.

ماده ۱۱۸۷ در ادامه مقرر می‌دارد: «انتفا می‌تواند وفق مقررات مقرر در مواد ۱۳۵۲ تا ۱۳۵۲-۹ موجب استرداد شود»^{۱۲}. استعمال فعل (peut) به معنای «ممکن است» در متن ماده، حاکی از آن است که این استرداد (وضع سابق) اجباری و ضروری نیست. باین‌حال به دلیل فقدان جزئیات و توضیحات تکمیلی در این زمینه، تعیین اینکه قانون‌گذار تا چه اندازه خواستار اعمال ضمانت اجرای قهقرایی بوده که عطف بما سبق می‌شود، دشوار است.

^۱ Ibid.

^۲ une clause de garantie

^۳ une clause de renonciation à recours

^۴ de crédit-bail

^۵ V. en ce sens Cass., ch. mixte, 23 novembre 1990, pourvois n°86-19.396, 87-17.044 et 88-16.883, Bull. civ. ch. mixte, n°2 et 3 ; JCP G 1991: refusant de maintenir une clause de non-recours d'un contrat résilié.

^۶ résiliation. اثر این فسخ نسبت به آینده است.

^۷ de location financier

^۸ de crédit-bail

^۹ Cass., com., 22 mars 2011, pourvoi n°09-16.660, la caducité d'un contrat n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive d'une partie.

^{۱۰} Cass., com., 10 mars 2015, n°13-27.993, non publié au Bulletin, RTD civ. 2015. 378, obs. H. Barbier; Cass., 1e civ., 11 mai 2017, n°15-21.456, publié au Bulletin.

^{۱۱} Une sanction rétroactive

^{۱۲} «La caducité met fin au contrat».

^{۱۳} Article 1187: «La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9».

به عقیده دکتربین حقوقی، عدم قطعیت موجود در متن ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی عامدانه است. به دلایل واقع‌گرایانه و عمل‌گرایانه، به قاضی این آزادی و اختیار عمل را داده شده تا در هر مجموعه قراردادی که نزد وی مطرح می‌شود امکان عطف‌بماسبق شدن انتفا را با توجه به شرایط و اوضاع و احوال ارزیابی کند^۱. بنابراین آثار انتفا می‌تواند بر حسب موقعیت و شرایط، یعنی بر حسب عواملی مانند تاریخ هر قرارداد، بخشی که از مجموعه‌های قراردادی از بین رفته یا بسته به نوع قرارداد متفاوت و متغیر باشد. خصوصاً که در ماده ۱۱۳۱ پیش‌نویس پروژه کاتالا این اختیار به قضات واگذار شده بود. این ماده مقرر می‌داشت: «عطف بما سبق شدن با توجه به شرایط هر مورد اعمال می‌شود»؛ بنابراین قاضی باید سودمندی اجراهای گذشته برای طرفین یا عدم امکان برخی استردادها را در نظر بگیرد. این اختیار اعطاشده در ماده ۱۱۸۷ ممکن است با توجه به طیف وسیعی از مجموعه‌های قراردادی که مانع ایجاد یک راه‌حل واحد است عاقلانه و منطقی باشد.

نتیجه‌گیری

تحولات روزافزون اقتصادی، گذار از دیدگاه استقلال خدشه‌ناپذیر قراردادهای به‌سوی پذیرش مفهوم گروه‌های قراردادی را ناگزیر کرده است. در همین راستا نظام حقوقی فرانسه تقریباً از سال ۱۹۷۰ در سطح دکتربین، رویه قضایی و قانون‌گذاری به این موضوع توجه کرده و ضمن فاصله گرفتن از دیدگاه استقلال تام قراردادهای به تئوری‌پردازی در زمینه گروه‌های قراردادی و تبیین انواع مختلف ارتباط بین قراردادهای متعدد و آثار مترتب بر این تئوری پرداخته‌است. بر همین اساس، با توجه به نوع ارتباط بین قراردادهای در نظام حقوقی فرانسه، گروه‌های قراردادی به دو دسته زنجیره‌های قراردادی و مجموعه‌های قراردادی تقسیم شده است. زنجیره‌های قراردادی قراردادهایی متوالی‌اند که از طریق موضوع یا علت مشترکی با یکدیگر مرتبط شده‌اند. اما در مجموعه‌های قراردادی، یک هدف عمده اقتصادی وجود دارد که سبب ارتباط قراردادهای با یکدیگر می‌شود به گونه‌ای که تمام قراردادهای مجموعه تحقق آن هدف واحد اقتصادی را دنبال می‌کنند. حرکت نظام حقوقی فرانسه در شناسایی مجموعه‌های قراردادی بسیار پرفراز و شیب بوده است. تا مدت‌های مدید حقوق فرانسه از پذیرش این مفهوم، که در تعارض آشکار با اصل نسبی بودن قراردادهای بود، سر باز می‌زد. اما تحولات اقتصادی پذیرش مفهوم گروه‌های قراردادی، خصوصاً مجموعه‌های قراردادی، را ناگزیر ساخت. چراکه تحقق یک پروژه کلان اقتصادی جز از طریق انعقاد ده‌ها یا حتی صدها قراردادی، که ارتباط تامی با یکدیگر دارند، محقق نمی‌شود.

با پذیرش تدریجی مفهوم مجموعه‌های قراردادی در نظام حقوقی فرانسه، گام‌های جدی و ارزشمندی در این مسیر برداشته و آرای متعدد و معتابهی از دیوان عالی کشور فرانسه صادر شد. این تحولات نهایتاً سبب شد که مقنن فرانسوی در مواد ۱۱۸۶ و ۱۱۸۷ قانون مدنی در اصلاحات ۲۰۱۶ مفهوم مجموعه‌های قراردادی را شناسایی کند و ضمانت‌اجرای حقوقی انتفا را به آن اختصاص دهد؛ به گونه‌ای که اگر یکی از قراردادهای مجموعه منحل شود، سایر قراردادهای مجموعه به نحو آبخاری منتفی خواهند شد؛ البته مشروط بر اینکه طرفین مجموعه به وجود عملیات کلی بین قراردادهای عالم باشند.

علی‌رغم خلأهای قانونی موجود در این حوزه، جنبش حقوق فرانسه خصوصاً در سال ۲۰۱۶ بسیار تحسین‌برانگیز و جرأت‌مندانه بوده است که می‌تواند سرلوحه تحولات نظام حقوقی ایران در زمینه شناسایی گروه‌های قراردادی و وضع ضمانت‌اجرای مناسب برای آن باشد.

^۱ . Chenede, Francois. *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - innovations - perspectives*, (édition 2019/2010) (2e édition), Paris: Dalloz, 2019, P 223.

شایان ذکر است همان ضرورت‌های اقتصادی، که پذیرش مفهوم گروه‌های قراردادی را در حقوق فرانسه ناگزیر کرد، در مورد حقوق ایران نیز صادق است. تحولات چشمگیر اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی و لزوم تحقق اهداف اقتصادی از طریق انعقاد و اجرای چندین قرارداد مرتبط، عدول از دیدگاه استقلال تام و خدشه‌ناپذیر قراردادها و حرکت به سمت پذیرش تئوری گروه‌های قراردادی در حقوق ایران را نیز به یک ضرورت ناگزیر مبدل کرده است.

در همین راستا بهره‌گیری از تجربیات حقوق فرانسه در زمینه شناسایی گروه‌های قراردادی طرح تئوری گروه‌های قراردادی را تسریع می‌بخشد. البته باید توجه داشت که حقوق ایران خصوصاً در زمینه فقه معاملات چندان هم با این مفهوم نوین حقوقی بیگانه نیست. فقه معاملات از دیرباز به برخی مصادیق قراردادهای مرتبط، از جمله وکالت فرعی، اجاره فرعی و معاملات متعدد در مباحثی مانند عقود مترتبه در بیع فضولی و تعاقب ایادی در بیع مال مغضوب پرداخته است. بهره‌گیری از دستاوردهای حقوق فرانسه در کنار توجه به ظرفیت عظیم فقه معاملات در این حوزه، ارائه طرحی جامع و کامل از تئوری گروه‌های قراردادی، خصوصاً در بحث مجموعه‌های قراردادی را در حقوق ایران میسر و ممکن خواهد ساخت.

References

Books

1. Carbonnier, Jean. *The Obligations*, Paris: PUF (University Press of France), 22th Edition, 2000. (in French)
2. Chenede, Francois. *The new obligations and contracts Law; Consolidations - Innovations - Perspectives*, Paris: Dalloz, Second Edition, 2019. (in French)
3. Deshayes, Olivier, Genicon, Thomas, Laithier, Yves-Marie. *Reform of contract law, general regime and proof of obligations*, Paris: Dalloz, 2018. (in French)

Articles

4. Barbier, H. "The point on contractual interdependence, its empire and its functions", *Review of Civil Law Quarterly*, 2017. (in French)
5. Bros, S. "Interdependent contracts in the order of 10 February 2016", *Legal Week*, 2016. (in French)
6. Dissaux, N. and Jamin, C., "Reform of contract law, general regime and proof of obligations", *Dalloz*, Previous 2, on spec. (in French)

Thesis

7. Benhamou, Elsa. "Contractual interdependence", Master's thesis, *The University of Grenoble Alpes*, 2018. (in French)
8. Pelle, Sebastien. "The concept of contractual interdependence, contribution to study of contracts collection", Law Doctorate Thesis, *Pantheon-Assas University*, 2007. (in French)
9. Serag-Aldin, Sami. "Clauses having effect at the level of groups of contracts", Doctorate Thesis, *Lyon: The University of Jean Moulin*, 2014. (in French)
10. Teyssie, B. "The groupes de contrats", Law Doctorate Thesis, Montpellier, 1975. (in French)

Cases

11. Cass., com., 21 March 1972, Appeals No. 70-12.836, Published in the Bulletin (last visited: 2023/07/23). (in French)
12. Cass., com., 28 April 1982, Appeals No. 80-16.678. Cass., ch. mixed, 13 avril 2018, pourvois n°16-21.345 et 16.21-947, publié au Bulletin, JCP 2018, n°543, note Frédéric Buy. (in French)
13. Cass., ch. mixed, 23 November 1990, Appeals No. 86-19.396, 87-17.044 and 88-16.883, Bull. civ. ch. mixed, No 2 and 3 ; JCP G 1991. (in French)

14. Cass., com., 15 June 1999, Appeals No. 97-12.122. (in French)
15. Cass., com., 13 February 2007, Appeals No. 05-17.407, Bull. civ. IV, No. 43; <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017635684/> (last visited: 2023/ 07/ 23). (in French)
16. Cass., com., 22 March 2011, Appeals No. 09-16.660. (in French)
17. Cass., ch. mixed, 17 May 2013, Appeals No. 11-22.768 and No. 11-22.927, Published in the Bulletin, R., P 507 ; Bull. ch. Mixed No.1; D. 2013. 1273, obs. Delpech <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027424507/> (last visited: 2023/ 07/ 23). (in French)
18. Cass., Third civ., 29 January 2014, Appeals No.12-28.836, Published in the Bulletin. (in French)
19. Cass., Com., 4 November. 2014, No. 13-24.270, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029741655/> (last visited: 2023/ 07/ 23). (in French)
20. Cass., com., 10 March 2015, No. 13-27.993, Not Published in the Bulletin, RTD civ. 2015. 378, obs. H. Barbier. (in French)
21. Cass., First civ., 11 May 2017, No. 15-21.456, Published in the Bulletin. (in French)
22. Cass., ch. mixed, 13 April 2018, Appeals No. 16-21.345 and 16.21-947, Published in the Bulletin, JCP 2018, No. 543, Note Frederic Buy. (in French)
23. Report by Mrs. Kamara - Joint Chamber 11-22.768 on the website of the Court of Cassation <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027424507/> (last visited: 2023/ 07/ 23). (in French)



Original Article

Earth Suffering; A View to the Basis and Destiny of the Farmer's Right in Iranian Legal System of Land Reforms

Ali Mahmoudian¹, Seyed Ebadollah Jahan Bin²

ABSTRACT

Recognizing people's rights in a legal system is not easily possible due to various issues such as statutory inflation and etc. One of these rights is Farmer's Right that is vague due to absence of any clear legal text, attributes, function and basis as well as its destiny. This situation has caused the courts to issue different judgments. In this article, with a view to the true basis of the farmer's right, it is attempted -in addition to analyzing theories and different point-view to the problem- to examine the basis and destiny of this right in the current legal system. As a result, Farmer's right is one of the farmers' rights -owner of the "Nasaq Right"- in the agricultural lands which is rooted in Iranian tradition and custom of ancient agriculture. By carrying out the land reforms, the farmer's right is changed and upgraded to the right of possession. In current situation, there is not such a right and people who claim to violate and deny such a right in other people's lands, should claim their rights only in the process of land reforms regulations and specifically the single article of the Expediency Discernment Council regarding the determination of the remaining of farms and properties subject to the land reforms law approved in 1991.

KeyWords: Farmer's Right, Land Reforms, The Right to Possession, Statutory Inflation, Basis of the Right, Farmer Nasaq.

How to Cite: Mahmoudian, Ali, Jahan Bin, Seyed Ebadollah, "Earth Suffering; A View to the Basis and Destiny of the Farmer's Right in Iranian Legal System of Land Reforms", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:169-186.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.224786.2061>

Received: 14/12/2021-Accepted: 24/06/2022

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

2. Assistant Professor, Faculty of Literature and Humanities, University of Yasouj, Yasouj, Iran

Corresponding Author Email: a.jahanbin@yu.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/>).



رنج زمین؛ نگاهی به مبنا و سرنوشت حق زارعانه در نظام حقوقی اصلاحات ارضی ایران

علی محمودیان^۱، سید عبادالله جهان بین^۲

چکیده

شناخت دقیق حقوق افراد در یک نظام حقوقی به دلیل مسائل گوناگون از جمله تورم قانون و ... به راحتی امکان پذیر نیست. یکی از این حقوق حق زارعانه است که به دلیل فقدان هرگونه نص صریح قانونی، اوصاف، کارکرد و مبنا همچنین سرنوشت آن مبهم مانده است. همین موضوع سبب شده است تا در رسیدگی به دعاوی، محاکم با این موضوع با آرای متفاوتی فصل خصومت نمایند. در این مقاله با نگاهی به مبنا و واقعی حق زارعانه تلاش شده تا ضمن تحلیل نظریات و نگاهی متفاوت به موضوع، مبنا و سرنوشت این حق در نظام حقوقی کنونی بررسی شود. حاصل آنکه، حق زارعانه یکی از حقوق زارعین صاحب نسق در اراضی زراعی بوده که ریشه در سنت و عرف قدیم کشاورزی جامعه ایران داشته است. با انجام اصلاحات ارضی حق زارعانه به حق تملک زمین تبدیل شده و ارتقا یافته است و در شرایط امروزی، چنین حقی دیگر موجودیت ندارد و افرادی که ادعای تضییع و انکار چنین حقی را در اراضی دیگران دارند، می بایست فقط در فرایند مقررات اصلاحات ارضی و مشخصاً ماده واحد مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تعیین تکلیف باقی مانده قراء مزارع و املاک مشمول قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۷۰ حقوق خود را استیفا نمایند.

کلید واژگان: حق زارعانه، اصلاحات ارضی، حق تملک، تورم قانون، مبنا و حق، نسق زراعی.

استناد به این مقاله: محمودیان، علی، جهان بین، سید عبادالله، «رنج زمین؛ نگاهی به مبنا و سرنوشت حق زارعانه در نظام حقوقی اصلاحات ارضی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۶۹-۱۸۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.224786.2061>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۰۳

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

۲. استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: a.jahanbin@yu.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

در طول تاریخ، کشاورزی و بهره‌وری از طبیعت در زندگی بشر اهمیتی ویژه‌ای داشته است و از دوره‌های گذشته تاکنون فقط شیوه‌های این نوع تعامل با محیط پیرامون برای انسان تغییر یافته است؛ اما ضرورت پرداختن به فعالیت کشاورزی هنوز هم اهمیت خاص خود را حفظ کرده است و با گذشت قرن‌ها انسان خود را نیازمند طبیعت می‌داند و طبق عادت بدون بهره‌گیری از آن امکان ادامهٔ زندگانی وجود ندارد. حتی کشورهای صنعتی که در آنها سازه‌های بشری بیش از الطاف الهی مورد توجه قرار گرفته است، در تأمین ابتدایی‌ترین نیاز خویش نمی‌توانند به نحوهٔ ارتباط و تعامل با طبیعت بی‌تفاوت باشند. به این ترتیب کشاورزی و شکل رونق‌یافتهٔ آن همیشه یکی از عوامل مهم قدرت و ثروت جوامع گذشته بوده است. در فرایند تعامل انسان‌ها با طبیعت، وضعیت خاصی تحت شرایط گوناگون حاصل می‌شود؛ به این گونه که انسان‌ها برای رفع نیاز خویش وابسته به زمین‌اند و در آن به کشت و زرع، غرس اشجار و پرورش محصولات گوناگون می‌پردازند. برای تداوم این تعامل و نظام‌مند شدن آن براساس سازوکارهای اولیه در جوامع ابتدایی نوعی رابطه میان انسان و عوامل تولیدی ایجاد می‌شد که معنای آن، ایجاد حق انحصاری در بهره‌برداری برای شخص و محرومیت دیگران از آن عامل تولید را فراهم می‌کرد. این حق به تعبیر امروزی مالکیت شناخته می‌شود. بیشترین نمود این نوع حق را در میان عوامل تولید باید در مالکیت زمین دید. درحقیقت با سیر در تاریخ غالب جوامع، عوامل متعددی مانند: جنگ و خونریزی، حمله و دسیسه، غصب و استیلای خارج از عرف یا حتی سیر تدریجی و مشروع تحصیل زمین سبب می‌شد^۱ که شخص یا اشخاص خاصی در یک جامعه مالکیت بیشتر اراضی را در قیاس با سایرین به دست آورند و همین تمرکز شدید مالکیت به تحولات و تبعات اجتماعی و اقتصادی بی‌شماری در آن جوامع می‌انجامید؛ به نحوی که این محدود اشخاص خود را انسان‌هایی والا و مستحق حکمرانی و فرمان‌دهی و دیگران را با عزت نفسی تنزل‌یافته و سرخورده از این وضعیت، موجوداتی متبوع و مستحق فرمانبری می‌پنداشتند. این تصویر از جامعه تنها به اندیشه‌های ذهنی فوق محدود نمی‌شد، بلکه کُنه روابط اجتماعی برخاسته از آن و تحولات جوامع تا حدی تحت‌تأثیر این وضعیت قرار می‌گرفت. پذیرش این شرایط برای بسیاری از آزادی‌خواهان و روشنفکران جوامع انسانی به هیچ‌وجه مقدور نبود^۲ و همیشه تلاش داشتند تا صاحبان قدرت سیاسی جامعه را به تغییر وضعیت اقتصادی و اجتماعی مجاب کنند. به این ترتیب، راهی را که جوامع متأثر از اندیشه‌های غیرخواهی روشنفکران خود برای تغییر این وضعیت انتخاب کردند، اصلاحات ارضی بود. به علت اهمیت و ویژگی شبه‌انقلابی اصلاحات ارضی، برخی آن را صرفاً برنامهٔ سیاسی می‌دانند؛^۳ به‌ویژه اینکه مجریان آن برنامه صاحبان قدرت‌ها بودند که به روش بالا مجاب به اجرای این برنامه می‌شدند.

با عنایت به مطالب پیش گفته درخصوص خاستگاه و منشأ و مفهوم اصلاحات ارضی دربارهٔ ایران نیز باید گفت که مالکیت اراضی کشاورزی متأثر از عوامل متعدد در دست عده‌ای قلیل متمرکز بود و وضعیتی را برای قرن‌ها در این سرزمین به وجود آورد که در آن کشتکاران مباشران امور زراعی و باغبانی زندگی رقت‌بار داشتند؛ لذا برای رسیدن به وضعیت مطلوب

۱. انگلس، فردیک، **منشاء خانواده، مالکیت خصوصی و دولت**، ترجمه خسرو پارسا، تهران: جامی، ۱۳۸۰، صص ۱۳۴-۱۳۲.

۲. به‌عنوان نمونه: «اگر در ممالکی که دچار استبداد سیاسی و مذهبی مطلق بوده‌اند، مانند مملکت ما، دقت و تأمل کنیم، پایه و اساس تملکات ارضی عموماً بخشش سلطانی یا تصرف عدوانی بوده و کار به جایی کشید که ملک‌دار اطلاع صحیحی از کیفیت و وسعت املاک خود نداشت و به‌خاطر همین اوضاع و احوال، بی‌علاقگی‌ها و جلب نفع بسیار سریع و بدون رعایت شرایط خرم و عقل کار به جایی نرسید که مملکت ایران با آن همه زمین و مرتع و ثروت فقیرترین، گرسنه‌ترین و برهنه‌ترین ملت‌های عالم باشد». (جمال‌زاده، محمد علی، زمین، **ارباب و دهقان**، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ دوم، ۱۳۹۴، صص ۱۶۰-۱۵۲).

۳. Doreen, Warriner, *Land reform in principle and practice*, oxford, 1969, xv (in introduction).

اقتصادی و مقاصدی خاص، تصمیم‌های توسط حاکمان وقت گرفته و اجرا شده است. یکی از این تصمیم‌های قانونی برای آزاد کردن میلیون‌ها زارع از یوغ و استثمار اربابان آنها در دههٔ چهل شمسی اجرای برنامهٔ اصلاحات ارضی بود که همگام با دیگر کشورها و با تأخیر از برخی کشورهای توسعه‌یافتهٔ امروزه تدوین و اجرا شد.

تاریخ معاصر ایران در برههٔ زمانی اجرای مقررات اصلاحات ارضی (دههٔ چهل) نشان می‌دهد که دوران پرتلاطمی بوده است. عمده‌ترین عامل این موضوع هم اثرهای شگرف و بسیار زیاد این برنامه بر بنیان اجتماعی جامعهٔ ایران بود؛ به‌طوری‌که اگر گفته شود اصلاحات ارضی در ایران می‌تواند منشأ و ملاکی برای تقسیم تاریخ ایران به دوران پیش و پس از اجرای این برنامه باشد، سخنی بیهوده نخواهد بود؛ زیرا این تحول را می‌توان بزرگ‌ترین جنبش اجتماعی، جامع‌ترین و اساسی‌ترین تحول در نظام کشاورزی ایران از ابتدا تا دوران حاضر دانست. این ادعا بر تحولات ساختاری در جامعهٔ بزرگ روستایی ایران پس از اجرای مقررات اصلاحات ارضی متکی است.

برنامهٔ اصلاحات ارضی تأثیرات عمیقی بر مناسبات ارضی و تحولات اجتماعی در ایران داشته است و برآیند مجموعه‌ای از قوانین است که از سال ۱۳۳۸ تا سال ۱۳۵۴ دربارهٔ مالکیت زراعی، حق زارعانه و تقسیم اراضی توسط مراجع مختلف به تصویب رسید. نحوهٔ اجرا و حجم وسیعی از قوانین، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های مربوطه در کنار فقدان بنیهٔ فقهی مأنوس و رایج همانند دیگر قوانین در بین حقوقدانان ایرانی سبب شد تا عموماً فهم نظام حقوقی اصلاحات ارضی در ایران تا حد زیادی دشوار شود. نمونه‌های این‌گونه سختی‌ها بارها در برخوردها و تجربیات شخصی برای نگارنده به اثبات رسید و همین امر سبب شد تا با انتخاب موضوع حاضر کوشش شود با توصیف و تشریح وضعیت حقوقی مالک و زارع در تاریخ اجرای مقررات اصلاحات ارضی بتوان تا حد توان به تردیدها و مسائل فعلی پاسخی قانع‌کننده داد و با توصیف مقررات اصلاحات ارضی، راه برای قضاوت‌های صحیح در دادرسی‌های قضایی آسان شود. این پژوهش به دنبال پاسخ‌گویی به این مقولهٔ مهم است.

آثار اجرای مقررات اصلاحات ارضی بسیار گسترده است؛ اما باید به اثری مهم (حق زارعانه) که وجود و تداوم آن محل تردید است، پرداخته و درنهایت دربارهٔ بقا و عدم بقای آن اظهارنظر شود؛ زیرا هنوز هم در محاکم قضایی دعاوی قابل توجهی با محوریت این حق مطرح می‌شود و مدعیان چنین حقی به دنبال شناسایی و بهره‌برداری از آن هستند. موضوع مورد بحث حق زارعانه است.^۱

۱. رأی صادره از «دادگاه عمومی حقوقی رودهن» با موضوع مطالبهٔ حق زارعانه:

«پیرامون دادخواست ب.ش. برابر سازمان اموال و املاک بنیاد مستضعفان انقلاب اسلامی به خواستهٔ محکومیت خوانده به پرداخت حقوق زارعانه از تاریخ ۱۳۲۰ تا اجرای حکم، زمین واقع در انتهای... به همراه پرداخت هزینهٔ دادرسی، چکیدهٔ سخن خواهان این است که سالیان متمادی و بیش از یکصد سال نسبت به احیا و عمران اراضی (که در کارشناسی بیش از دو هکتار تعیین شده است) پرداخته و این تصرفات از باب احیا و تملک بوده است و نیاکان وی این اقدامات را به‌عنوان احیا و تملک انجام دادند. النهایه از روی نبود قدرت اداری و حاکمیت رژیم گذشته، اسناد این زمین‌ها به نام خانوادهٔ پهلوی ثبت گردیده و پس از انقلاب به نام خوانده شده است؛ ازاین‌رو ارزش و هزینهٔ اقدامات خود را خواستار شد و از خوانده دفاعی که استدلال خواهان را مخدوش نماید، به عمل نیامد. دادگاه برای بررسی مراتب یادشدهٔ قرار کارشناس صادر که پاسخ کارشناس نخستین بر تأیید سخنان خواهان بوده و آثار کشت و زرع گندم، جو، نخود و نیز پایهٔ درخت گیلاس سی‌ساله، ساختمان، چاه آب و مستحقات دیگر در آن دیده شده است و ارزش مجموع اقدامات را معادل ۷۵۱/۴۹۶/۰۳۴ ریال برآورد کرده است..... دادگاه خواهان را مستحق حقوق زارعانه (به معنای اجرت‌المثل زحمات انجام گرفته شده) دانسته است و اذن یا اجازهٔ مالک رسمی تأثیری در آن ندارد (چرا که خواهان خود را مالک واقعی می‌داند)؛ بنابراین حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت ۷۵۱/۴۹۶/۰۳۴ ریال به همراه هزینهٔ دادرسی به سود خواهان صادر و اعلام می‌نماید.»

دادنامهٔ قطعی «دادگاه تجدیدنظر استان» به شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۵۶۲ مورخ ۳۰/۰۴/۱۳۹۲: «تجدیدنظرخواهی بنیاد مستضعفان نسبت به دادنامهٔ شمارهٔ ۹۰۱ مورخ ۹۱/۹/۱۹ صادره از شعبهٔ اول دادگاه عمومی رودهن که به موجب آن حکم به محکومیت آن بنیاد به پرداخت مبلغ ۷۵۱/۴۹۶/۰۳۴ ریال و خسارت دادرسی صادر شده است، وارد و موجه می‌باشد؛ زیرا حقوق زارعانه باید مبنای قانونی یا عرفی داشته باشد و صرف تصرف در ملک غیر و کشت و زرع در آن حق زارعانه ایجاد نمی‌کند...». منتشر شده در سامانهٔ ملی آرای قضایی به آدرس: <https://ara.jri.ac.ir>

۱. چیستی حق زارعانه

در مناسبات عرفی زراعی-کشاورزی حق زارعانه در مناطق مختلف ایران نام‌های متفاوتی دارد. در مازنداران آن را «تبراشی»، «دستارمی»^۱ و «کارافه» می‌نامند؛ در آذربایجان به «جور» معروف است؛ در اصفهان به آن «کارکرد» گفته می‌شود؛ در گرگان به «حق ونگه کنی»؛ در تهران با نام «قراپشک» و در دیگر نقاط ایران نیز به نام‌هایی از جمله: «تعب»، «حق آبادانی»، «حق بُنه» و «حق چماچم» مصطلح است. در مقررات به تبعیت از عرف به نام‌های «دسترنج رعیتی»، «کارافه»، «حق اولویت»، «حق ریش» و «حق آب و گل» نامیده شده است.^۲

به هرروی، تعاریف گوناگونی برای این حق بیان شده است.^۳ در فرهنگ‌های لغت موجود فارسی تحت این عنوان تعریفی یافت نمی‌شود، اما ذیل برخی از کلمات مرتبط و مشابه، اشاره‌هایی به این حق شده است. به عنوان مثال گاوبندی حقی دانسته شده که بعضی در املاک دیگران دارند و به موجب این حق، آنها می‌توانند همه‌ساله مقداری از اراضی را به نفع خود زراعت و بهره‌برداری کنند. زرع در دهی که مالک آن دیگری است، با اجازه صاحب ده مجاز است در قسمتی از ملک دیگری با ادای حقی زراعت کند و بهره بردارد.^۴ معنی اصطلاحی آن در ترمینولوژی حقوق در بیان معنای حق ریشه آمده است: «حقی است که شخص در ملک (مال غیر منقول) دیگری اعم از دکان، حمام، کاروانسرا، مزرعه و مانند اینها بر اثر به کار انداختن نیروی بازو و سرمایه مرغوبیتی به وجود آورد و یا مرغوبیتی را که قبلاً به وجود آمده بود، ابقا کند و در نتیجه، این کار دارای حقی بر آن ملک شود که ما در عرف عام به آن حق آب و گل می‌گوییم».^۵ در تعریف اصطلاحی دیگر بیان شد که حق زارعانه: «حقی است مالی برای زارع در ملک مزروعی مالک که به تبع تصرفات مستمر و طولانی زارع در ملک دیگری (مالک) همراه با کار یا فعالیت و یا ایجاد مرغوبیت یا ابقای مرغوبیت سابق و در اثر اذن مالک یا یکی از عقود زراعی مانند اجاره یا مزارعه ایجاد می‌شود؛ خواه این حق در عقد تصریح شده باشد یا به عنوان شرط ضمنی از عرف اقتباس گردد».^۶ در برخی از نوشته‌های دیگر نیز در **تبیین** و تعریف از این حق تفاوت‌هایی به سبب نوع ملک، نوع محصول، زراعت، مناطق و... قائل شدند که اینجا بدون در نظر گرفتن این تفاوت‌ها به موضوع می‌پردازیم و مسئله مورد بحث حقی است که زارع در ملک مالک به جهت آبادانی آن به دست می‌آورد.

۱. برخی این حق را مخصوص مناطق شمال کشور می‌دانند. نک: محمدی، سام و سودابه اسدیان، «ماهیت و آثار حق دستارمی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۸، شماره ۱۴، ۱۳۹۵، ص ۲۴۳.

۲. لمبتن، آن.ک.اس، *مالک و زارع در ایران*، ترجمه منوچهر امیری، تهران: شرکت انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۷، صص ۵۱۸-۵۲۱.

۳. تعاریف ارائه‌شده در برخی از قوانین و مقررات به این شرح است:

الف) ماده ۳۱ آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷: «دسترنج رعیتی، حق اولویت، گلوپندی و غیره که در املاک معمول و بین رعایا خریدوفروش می‌شود، از حقوق راجعه به عین املاک نبوده است و قابل درخواست ثبت و اعتراض ثبت نیست و صدور سند مالکیت به نام مالک هم تغییری در وضع حقوق مزبور در هر جا که معمول است، نمی‌دهد».

ب) هیئت وزیران در تبصره ۱ بند الف از ماده اول تصویب‌نامه ۱۳۴۱/۱۱/۱۸: «حق زارعانه عبارت است از حق ریشه، بهای شخم، کود و ارزش زحماتی که زارع برای آباد کردن زمین متحمل شده است».

۴. دهخدا، علی اکبر، *فرهنگ لغت*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ذیل واژه گاوبندی.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ سی‌وهشتم، ۱۴۰۳.

۶. عموزاد مهدرجی، قدرت، *حق زارعانه در حقوق ایران (همراه با رویه قضایی)*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۲۸.

۲. مبناى حق زارعه

درخصوص مبناى این حق، عمده نویسندگان معتقدند که حق زارعه به موجب قوانین قبل از انقلاب^۱ و بعد از آن^۲ پذیرفته شده است؛ درحالی که به جهت عدم اطلاع زارعان از حق زارعه سبب تضییع آن شدند.^۳ همچنین این نویسندگان بیان می دارند که از مطالعات انجام شده معلوم شد، حق زارعه که در قوانین متعددی مورد اشاره و پذیرش واقع شده، در رویه قضایی کشور نیز نظر به پذیرش آن داشته و در آرای بسیاری که از دادگاه ها صادر شده، حکم به پرداخت حق زارعه به نفع زارع داده است؛^۴ البته رویه قضایی که در این خصوص اشاره می شود، به صورت وحدت رویه وجود ندارد^۵ و تصمیم های قضایی به صورت موردی و تنها یک اختلاف و دعوا بود.^۶

در تحلیل مبناى این حق از جنبه دیگر گفته می شود که حق زارعه مبتنی بر نوعی شرط ضمنی است^۷ که برحسب عرف و عادت محلی که در کلیه قراردادهای موضوع تصرف اراضی زراعی لحاظ می گردد، جزء لوازم عرفی قرارداد است (ماده ۲۲۰ ق.م) و در تحلیل نهایی این حق را به اراده دو طرف ختم می کنند.^۸ برای این حق نیز اقسام و ویژگی هایی برشمردند^۹ و حق زارعه را متشکل از اجزا و عناصری می دانند که مهم ترین آن عبارت است از: زمین مزروعی، عمل زارع، مالک و استمرار عمل زارع که همه این موارد را از عناصر حق مزبور می دانند.^{۱۰} پژوهشگران یادشده در ادامه تحلیل خود و در توصیف کامل این نهاد حقوقی بیان می کنند که این حق همه اوصاف حق مالی از قبیل قابلیت نقل و انتقال، اعراض و توقیف را دارد؛ به گونه ای که در فرض استمرار فعالیت زارع در یک دوره نسبتاً طولانی، که توأم با حفظ آبادانی باشد، فارغ از اولویت و حق تقدم زارع در بهره برداری و انتفاع از ملک زراعی، در صورت ترک همکاری از سوی زارع، عرفاً مالک ملزم به جبران زحمات و

۱. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷، ماده ۳۱ آیین نامه اجرایی قانون ثبت ۱۳۱۷، آیین نامه قانون فروش خالصجات ۱۳۳۶، قانون اصلاحات ارضی ۱۳۳۹، قانون طرز تقویم و تملک اراضی مورد نیاز سد فرحناز پهلوی، قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷، قانون خرید اراضی، ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۱۳۴۷، قانون خرید اراضی کشاورزی برای تأمین نیازمندی های صنعتی و معدنی مصوب ۱۳۴۸، لایحه قانونی طریقه رفع مشکلات پیش بینی نشده در قوانین و مقررات اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۹.

۲. اصل ۴۶ قانون اساسی، قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸ و اصلاحی آن، قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه ها یا مؤسسات و شرکت های دولتی یا وابسته به دولت مصوب ۱۳۵۸، قانون ابطال اسناد فروش رقیات آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳ و ۱۳۷۱، ماده ۱۹ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱، مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام درخصوص تعیین تکلیف باقی مانده قراء، مزارع و املاک مشمول قانون اصلاحات مورخ ۱۳۷۰/۳/۲.

۳. پارسى پور، علی، «حق کارافه و دهقان و مشکلات آنان»، *کانون وکلا*، شماره ۹۶، ۱۳۴۴، ص ۱۰۴.

۴. همتی، عباس، «بررسی مبنا و ماهیت حق زارعه در فقه و حقوق ایران»، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، *دانشگاه قم*، ۱۳۸۵.

۵. خسروی، علی، «حق زارعه از منظر منابع حقوق ایران»، *نشریه ادبیات و علوم انسانی*، دانشگاه شهرکرد، شماره ۱۰ و ۱۱، ۱۳۸۷، صص ۶۴-۳۳.

۶. به عنوان نمونه، دادنامه صادره به شماره ۱۴۰۰۳۲۳۹۰۰۰۱۰۰۳۶۰۲ صادره از شعبه هشتم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهرکرد؛ به موجب این دادنامه حکم به پرداخت وجه بابت اجرت المثل امورات زراعی شامل آبیاری، کانال کشی، کوددهی سالیانه درخت ها، لای روبی، هرس کردن و... صادر شد. این اعمال مصداق از اقدامات منشأ ایجاد حق زارعه اند.

۷. بشیری، عباس و محمد صادق چاوشی، *حقوق کاربردی نسق، حق زارعه، حق ریشه، کارافه، اراضی، املاک و باغات؛ جنگل*، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۴۵۶.

۸. صفیان، سعید، «خدایان و رعایا (ملاحظات مختصری راجع به حق زارعه و یک رأی اصراری دیوان عالی کشور)»، *مجله حقوق دادگستری*، دوره ۶۵ شماره ۳۶، ۱۳۸۰، ص ۱۳۷. روحانی، سید مجید و فاطمه اژدری، «حق زارعه در حقوق ایران»، *ماهنامه مهندسی کشاورزی*، شماره ۳۷، ۱۳۹۱، ص ۳۷.

۹. عراقی، اکبر، *حق زارعه یا اولویت رعیتی در حقوق ایران*، تهران: پردیس دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵.

۱۰. عموزاد مهدرجی، پیشین، صص ۳۲ به بعد.

تلاش زارع است و در فرض امتناع، امکان مطالبه آن وجود دارد و مالک نیز تا پیش از پرداخت حق زارعه یا جلب رضای زارع امکان انتزاع ید مشارالیه از ملک را ندارد و تصرف ملک از جانب مالک با پرداخت کامل حقوق زارع امکان‌پذیر است؛^۱ زیرا زارع شخصی است که با رضایت دیگری در زمین او مبادرت به کشاورزی با ابزارها و امکانات خویش می‌کند. محصولی که با دسترنج زارع به دست آمده، میان مالک و زارع مشترک است. سهم مالک از منافع بابت مالکیت او بر زمین و سهم زارع از منافع بابت کار، ابزارآلات و هزینه‌هایی است که برای دستیابی به محصول به کار برده است؛ ولی پس از پایان قرارداد آنچه در زمین ایجاد شده از جمله درخت، بنا، ریشه‌های قابل بقا و ... متعلق به زارع است. این مالکیت حق تقدم در استفاده از زمین را برای او به وجود می‌آورد که در قوانین به صراحت بیان نشده است؛ ولی واقعاً این حق وجود دارد. حق یادشده باعث می‌شود رابطه میان زارع و مالک زمین بعد از پایان قرارداد نیز ادامه یابد و هیچ‌یک از طرفین نتواند یک‌طرفه آن را منحل کند^۲ و طبیعی است در فرضی که زارع نخواهد به تصرف خود ادامه دهد، مالک باید حقوق وی را بپردازد؛ بنابراین به‌طور خلاصه باید گفت: زارعی که برای مالک زراعت کرده و ملک را آباد یا آبادانی آن را استمرار بخشیده است، بدین سبب حتی در ملک دارد که مالک نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. به این حق حق زارعه می‌گویند و هرگاه به هر نحوی، هر شخصی اعم از مالک یا دولت در مقام خلع زارع از ملک آبادشده برآید، باید حتی را که برای زارع مزبور به وجود آمده، رعایت و با روشی مانند پرداخت معادل آن با وجه رایج^۳ زمینه احقاق حق مزبور را فراهم کند تا بتواند خلع ید وی را از ملک بخواهد. درخصوص اینکه آیا در نظام حقوقی اساساً چنین حقی را می‌توان برای زارع به رسمیت شناخت یا خیر، بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد.

در دیدگاه اول، اعتقاد این است که با توجه به عرف حاکم در جامعه ایران به عنوان یک منبع از منابع حقوق این حق به رسمیت شناخته شده و به تبع عرف، این حق در قوانین^۴ انعکاس یافته است؛ لذا باید وجود این حق را در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخت و زمینه رعایت حقوق زارعان را فراهم کرد و در روابط بین زارع و مالک این امر لازم‌الرعايه است.^۵ در دیدگاه دوم، نظر این است که حق زارعه هیچ‌گونه مبنای شرعی ندارد^۶ و حتی استفتائات صورت گرفته از برخی

۱. حسینی، مصطفی، «تحلیل حقوق زارعه در حقوق ایران و فقه اسلامی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۲، ص ۸۵ به بعد.

۲. جهانگیری، محسن، محمد حسن امام‌وردی و مجید حدادی‌منش، «کاوشی در حقوق زارع در برابر مالک زمین»، نشریه آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۰۲.

۳. حق زارعه را با در نظر گرفتن عوامل متعدد مانند: طول مدت فعالیت، نوع ملک، میزان محصول، شرایط محیطی ابزار و امکانات زراعت، وضعیت، مرغوبیت ملک و ... با وجه نقد تقدیم و ارزیابی می‌کنند.

۴. لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت: «تبصره ۲ ماده ۵ - در صورتی که طبق نظر اداره کشاورزی و عمران روستایی محل، زارعین حقوقی در ملک مورد بحث داشته باشند، حقوق زارعین ذی‌نفع به تشخیص اداره مذکور از محل ارزش کل ملک به آنان پرداخت و بقیه در هنگام انجام معامله به مالک پرداخت خواهد شد...». اهمیت این مقرر آن است که بعد از انقلاب اسلامی تصویب گردید و به‌گونه‌ای برداشت می‌شود که به موجب این لایحه این حق به رسمیت شناخته شد و بحث خلاف شرع نبودن این حق هم با این لایحه تثبیت و اعلام گردید.

آیین‌نامه قانون ثبت اسناد املاک ۱۳۱۷ در ماده ۳۱ آن که قبلاً اشاره شد؛ به همین ترتیب، در مقررات اصلاحات ارضی (مانند تبصره یک ماده ۲۲ قانون اصلاحی) نیز به این حق اشاره شد.

۵. ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران.

۶. میان حق زارعه و حق کسب و پیشه به جهت محل تعلق حق که ملک دیگری است، شباهت بسیاری قائل هستند. با وحدت ملاک از این تشابه نظر شورای نگهبان هم در این خصوص قابل تعمیم است. مطابق نظریه شماره ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ شورای محترم نگهبان: «اولاً حق کسب، پیشه و تجارت وجه شرعی ندارد...». مجموعه نظرات حقوقی، ریاست جمهوری، تهران: اداره کل حقوقی نشر اداره کل قوانین و مقررات کشور، چاپ دوم، ۱۳۸۹، نظریه شماره ۱۴۸۸.

مراجع تقلید نیز حکایت از عدم جواز شرعی در به رسمیت شناختن این حق دارد.^۱ علاوه بر این، عمده مناسبات زراعی در ایران تحت دو عقد اجاره و مزارعه بود، با این وصف که عقد اخیر رواج بیشتری داشت و قواعد این عقد هم در قانون مدنی در مواد ۵۱۸ به بعد بیان شد. در قانون مدنی، در روابط بین مزارع (مالک زمین) و عامل (مباشر امر زراعت که معمولاً زارع است) احکامی پیش‌بینی شد که به هیچ‌وجه با شناسایی حق زارعه قابل جمع نیست؛^۲ مانند تکلیف به خلع زارع در پایان عقد مزارعه، تحویل مالک به مالک و عدم امکان واگذاری موضوع (ملک) به شخص ثالث.^۳ این احکام نشان‌دهنده این است که اجرای آنها با تصور وجود حقی برای زارع در همان ملک کمی منافات دارد؛ زیرا نمی‌توان بدون در نظر گرفتن حق مزبور، حکم به خلع زارع از ملک داد؛ بنابراین قانون مدنی هم در مقام تنسیق روابط مالک و زارع در قالب عقد مزارعه چنین حقی را مورد شناسایی قرار نداد.

۳. تحلیل نظریات؛ مبنای واقعی حق زارعه

در داوری بین این دو دیدگاه به نظر می‌رسد دیدگاه نخست با کمی تعدیل پذیرفتنی است؛ به این دلیل که در جامعه سنتی ایران از دیرباز روابط بر مبنای نظام ارباب - رعیتی تکوین یافته بود و در این نظام دادن حق به زارع برای آبادانی کشت و زرع اساس است و اصولاً حیات زارع به وجود چنین حقی وابسته است. عرف حاکم بر امور زراعی، آن قدر در این باره صراحت و جبر نانوشته داشت که کوچک‌ترین تردیدی در آن نمی‌توان کرد. از طرف دیگر اشاره نشدن به وجود این حق در قانون مدنی نمی‌تواند به معنای مشروعیت نداشتن این حق باشد؛ زیرا در یک روابط قراردادی همه تکالیف و حقوق دو طرف از خود قرارداد ناشی نمی‌شود، بلکه برخی از تعهدات و حقوق در یک قرارداد ممکن است از منابع دیگر مانند عرف نشئت بگیرد و این قاعده امری مسلم است که خود قانون مدنی نیز بر آن تأکید دارد (ماده ۲۲۰ قانون مدنی). در عین حال نویسندگان قانون مدنی در بحث عقود معین، عمده مواد آن را از فقه امامیه اقتباس کردند که این امر پذیرفتنی و دارای شهرت در بین مفسران حقوق مدنی است؛ چون حق زارعه مختص جامعه کشاورزی ایران قبل از نگارش قانون مدنی بوده و در فقه چنین امری مصداق نداشت؛ لذا مورد حکم نیز قرار نگرفت و در نتیجه، با این اقتباس در قانون حکم حق زارعه مسکوت ماند. به تعبیر برخی همین که در فقه مخالفت با این حق پیدا نشده، نمی‌توان از لحاظ شرعی به این حق ایرادی وارد کرد^۴ و باید گفت که از لحاظ شرعی این حق پذیرفتنی است.

علی‌رغم اینکه باید نظر دیدگاه نخست را تأیید کرد؛ اما این تصدیق و همراهی تا میانه راه صورت می‌گیرد، با این توضیح که بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی، دیگر حق زارعه موجودیتی ندارد. به عبارت دیگر، از ابتدای شروع روابط بین مالک و زارع این حق وجود داشت و بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی این حق دیگر مبنایی برای بقا ندارد. حقیقت این است که در نظام ارباب - رعیتی، حلقه اتصال مالک و زارع یک قطعه زمین بود. این قطعه زمین را زارع کشت می‌کرد و محصول تحت سنن موجود توزیع می‌شد. در کنار این روابط زراعی، پیوندهایی نیز بین مالک و

۱. خسروی، پیشین، ص ۶۳.

۲. ماده ۵۱۹ قانون مدنی.

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین (۲) مشارکت‌ها و صلح، تهران: گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۲۰۴.

۴. خسروی، پیشین، ص ۶۹.

زارع وجود داشت و بر اساس چنین ارتباطاتی زارع باید تعهداتی بی شماری را برای مالک به نحو رایگان انجام می داد.^۱ بیگاری در طول سال، پرداخت مالیات های نقدی و جنسی بسیار متعدد که گاهی آن را تا چهل نوع برشمردند.^۲ دادن مالیات های جنسی که از محصول کسر می شد، باعث می شد که سهم ناچیزی برای زارع بماند و تمام درآمد وی باید خرج معاش می شد و مصایب زندگی وی به نحوی بود که دایم به فکر حوایج ضروری خود بود و در این سیستم استقرار برای وی ضرورت داشت. در اکثر موارد نیز خانه هایی که زارع در آن سکونت داشت، متعلق به مالک بود. پایین بودن سطح زندگی سبب می شد دهقان نتواند با اتکا به نیروی خودیاری دریافت کننده خدمات فرهنگی و بهداشتی شود و به طور خلاصه زارع هیچ گونه امنیتی در زندگی نداشت و فقر و تهیدستی همراه همیشگی وی بود و این ناامنی و مشقت زندگی بارزترین خصلت حیات وی بود.^۳ این مطالب تصویر مختصری از زندگی زارع در تاریخ جامعه ما بود؛ اما آنچه زارع را با زندگی در وضعیت فوق امیدوار می کرد تا به همه این سختی ها تن دهد و زندگی مشقت بار را تحمل نماید، امکان کشت زمین متعلق به مالک بود. این امکان برای بسیاری از زارعان حکم حیات را داشت؛ زیرا در گذشته محور اقتصاد کشاورزی بود و خاستگاه آن هم در روستاها بود و فرد فقط در این حوزه می توانست با توسل و ورود در نظام ارباب - رعیتی شرایط را برای تداوم حیات با حداقلی از امکانات فراهم نماید. راهی برای وی جز تن دادن به جبر محیطی و زندگی فوق باقی نماند و شیوه های احتمالی برای گذر از این موقعیت مانند مهاجرت، نیز نهایتاً فایده ای به دنبال نداشت؛ زیرا در این اقدام به هر جا که عزیمت می کرد، همین شرایط حاکم بود و فقط ارباب وی تغییر می کرد. به ویژه اینکه در مقصد به علت نبود سابقه در خدمتگزاری عادتاً شرایط از مبدأ نامطلوب تر بود؛ بنابراین اعطای حق کشت زمین به زارع ماهیتاً برای جبران همه ستم هایی بود که در سازوکار نظام ارباب - رعیتی بر رعیت وارد می شد و بدون وجود این حق، موجبی هم برای تداوم و نقل این سنت ها و ستم ها در طول حیات اجتماعی جامعه ایران وجود نداشت. این شکل از دادوستد حق و تکلیف اجتماعی (حق کشت در برابر موقعیت زارع بودن با همه آلام و رنج ها) بنیان و شاکله نظام ارباب - رعیتی برای قرن ها بود. به عبارت دیگر، دادن زمین به زارع برای کشت، محنت و رنجی به دنبال داشت که زارع می بایست در برابر به این لطف مالک برای وی به شکل برده عمل و زندگی کند. همین دادوستد اجتماعی عامل قوام نظام ارباب - رعیتی در طول قرن ها بود.

در دهه سی قانون گذار وقت، برای تحول اجتماعی و اعطای حیثیتی انسانی به زارع، اقدام به مداخله کرد^۴ و در این کار،

^۱. چنین برداشتهایی را می توان در مراجعه به منابع مربوطه - که به تعدادی از آنها اشاره می شود - ملاحظه نمود: از کیا، مصطفی، *جامعه شناسی توسعه و توسعه نیافتگی روستایی ایران*، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۶۵، ص ۹۰ به بعد؛ شهبازی، اسماعیل، *توسعه و ترویج روستایی*، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، صص ۲۰۲-۱۹۵؛ خسروی، خسرو، *جامعه شناسی روستایی ایران*، تهران: انتشارات دانشگاه، چاپ دوم، ۱۳۵۶، صص ۱۳۱ به بعد.

^۲. پطروشفسکی، ایلیا پائولوویچ، *کشاورزی و مناسبات ارضی در ایران عهد مغول*، ترجمه کریم کشاورز، تهران: نیل، چاپ دوم، (شاهنشاهی)، ۱۳۵۵، صص ۱۵۵ به بعد.

^۳. لمبتن، پیشین، صص ۶۱۷ به بعد.

^۴. حسب مقدمه قانون اصلاحات ارضی: «همگام و همزمان با تحولات سریع اجتماعی و صنعتی ضرورت ایجاد می کند که برای تحکیم پایه های اقتصادی کشور و بهبود زندگی مردم این سرزمین، تحولی بزرگ در امر کشاورزی نیز پدید آید. بدین منظور لایحه اصلاحات ارضی تقدیم مجلس شورای ملی می گردد که در آن دو مقصود اساسی وجود دارد: یکی ازدیاد تولید و دیگری تعمیم عدالت، اجرای برنامه های مربوط به اصلاحات ارضی موجب خواهد شد.... در روابط مالک و زارع بر اساس عدالت و به تناسب سهم واقعی که هر یک در امر تولید به عهده دارند، اصلاحات اساسی به عمل آید». نک: طباطبایی، علی محمد، «درباره لایحه اصلاحات»، *کانون وکلا*، شماره ۶۷ و ۶۸، ۱۳۳۸.

حق کشت زمین آباد شده را به حق تملک همان زمین ارتقا داد^۱ و بر این باور بود که زارعی که نسل در نسل متحمل بی‌عدالتی‌ها و رنج‌هایی شده است، باید همین زمینی را که آباد کرده است، تملک کند و هر کس زمینی را آباد کرده، مالک آن است؛ چون این آبادانی به قیمت ویرانی زندگی زارع است. در نتیجه، همان‌طور که گفته شد، باید تأکید کرد که اعطای حق تملک به زارع توسط دولت، درواقع ماهیتاً جبران ستم‌های تاریخی بود که مالک بر زارع خود روا داشته بود. بر همین مبنا هم اصلاحات ارضی در ایران انجام شد.

از طرف دیگر، در دوره نظام ارباب - رعیتی، مالکان املاک بی‌شماری داشتند. این املاک شامل اراضی دایر، بایر، موات و... بود و زراعت هم به روش سنتی انجام می‌شد. این وضعیت در کارکرد حق زارعه مؤثر بود. با این توضیح که چون در قدیم مالکیت اراضی موات و بایر هم برای اشخاص به رسمیت شناخته می‌شد (مالکان بزرگ)؛ بنابراین زارع آنها را برای مالک احیا می‌کرد. احیای آنها توسط مالکان با بهره‌گیری از خدمات زارع انجام می‌شد و اقدامات احیا برحسب روش متعارف شامل: تسطیح و خاک‌برداری، قطع اشجار و کندن بوته‌ها و علف‌های هرز، پی‌چینی، احداث دیواره‌های نگهدارنده، جوی‌کشی، لای‌روبی و... بوده است که همه این خدمات را زارع با مشقت تمام و به کرات در طول سال زراعی، برای حفظ قابلیت بهره‌برداری اراضی انجام می‌داد. از سوی دیگر، در زمین‌های احیاشده نیز می‌بایست در سطحی و شدتی پایین‌تر همه اقدامات فوق انجام داده می‌شد؛ چون این اقدامات در غیاب ماشین و صنعت و با ابزار و وسایل ابتدایی و سنتی مانند بیل و کلنگ و... انجام می‌گرفت و وقت و انرژی زیادی برای این کار صرف می‌شد؛ در نتیجه، تصور وجود حقی برای زارعی که با این همه رنج و زحمت زمینی را احیا و مرغوب کرده یا مرغوبیت گذشته آن را ابقا کرده است، دور از انصاف نبود. برای همین امر نیز دولت این حق را به حق تملک همین اراضی تحت قیود و شرایط در نظام اصلاحات ارضی تغییر و ارتقا داد تا زارع از این طریق گنج رنج خویش را دریافت کند.

بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی اساساً با یک وضعیت متفاوت‌تری روبه‌رو هستیم و تمام پیوندهای میان مالک و زارع با اجرای شقوق مقررات اصلاحات ارضی از میان رفت و آنچه مبنای اعطای حق کشت در نظام ارباب - رعیتی شد (رنج احیا و آباد کردن یا آباد نگه داشتن املاک)، دیگر در شرایط بعد از اصلاحات ارضی وجود نداشت؛ زیرا اولاً: زارع در راستای اجرای مقررات زمین‌هایی را دریافت کرد و حقوق ناشی از کشت و زرع و فعالیت مکمل زراعت مبنای اعطای چنین اموالی به وی بود و از این شیوه حقوق وی استیفا شد. ثانیاً: بخش زیادی از املاک با اصلاحات ارضی و هم‌زمان با اجرای این مقررات و بخش دیگری از املاک تحت نام «راضی ملی» (مانند مراتع و بیشه‌ها) از مالکیت افراد خارج شدند.^۲ اراضی موات با خروج از مالکیت افراد، نظام حقوقی خاص (در رابطه با مالکیت و تصرف) پیدا کردند.^۳ مالکان اراضی بایر هم در طول اجرای مقررات اصلاحات ارضی، مکلف به احیای آنها در فرجه‌های قانونی شدند^۴ و چون حین اجرای مقررات

۱. ماده شانزدهم قانون اصلاحی قانون اصلاحات ارضی: «زمین‌هایی که بنا به مقررات این قانون تقسیم می‌شود، به رئیس خانوار انتقال داده و در واگذاری اراضی از لحاظ تقدم ترتیب زیر رعایت می‌شود: الف - زارعین هر ده که در همان زمین به زراعت مشغول اند، مقیم ده باشند...».

۲. ماده یک تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌های کشور (مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ هیئت وزیران).

۳. قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر: «ماده ۱۷- تشخیص اراضی موات خارج از محدوده شهرها طبق تعریف بند ۹ ماده اول قانون اصلاحات ارضی مصوب ۳۹ با وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستایی است. تشخیص و تصدی اراضی موات واقع در محدوده شهرها (طبق مصوبه وزارت کشور در مورد حدود هر شهر) و همچنین تا شعاع سی کیلومتر خارج از محدوده مذکور با وزارت آبادانی و مسکن می‌باشد».

۴. آیین‌نامه قانون اصلاحی قانون اصلاحات ارضی: «ماده ۴۰- املاک مسلوب‌المنفعه و بایره در اختیار مالکین آن گذارده می‌شود که حداکثر ظرف پنج سال برای آبادانی آن شخصاً یا به هر نحو مقتضی بدانند اقدام نمایند. چنانچه ظرف مدت فوق مالک یا مالکین به تعهدات خود عمل نکنند، ملک از ید آنها خارج و بلاعوض در اختیار دولت قرار گرفته و مشمول مقررات عمران اراضی بایر خواهد شد».

منظور قانون‌گذار از املاک مشمول و مستثنیات قانون روشن شد (که اراضی با زارعت ماشینی از شمول قانون مستثنی‌اند)، غالب عملیات احیای این اراضی توسط برخی مالکین به سمت زراعت مکانیزه رفت تا از شمول قانون خارج شوند. همان‌طور که می‌دانیم دیگر زارعی در این نوع املاک فعالیت نمی‌کرد. برخی دیگر از مالکان هم به علت جهل به تکلیف قانون نتوانستند مالکیت این املاک را حفظ کنند؛ لذا به مالکیت دولت درآمدند (در راستای ماده ۱۷ قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر مصوب ۱۳۴۷). در نتیجه احکام قانونی و اقدامات فوق، دیگر اراضی چندانی باقی نماند تا زمینه بقای مناسبات بین مالک و زارع در احیا و آبادانی زمین وجود داشته باشد؛ زیرا این املاک قابلیت و امکان احیا به شکل سابق را از شیوه‌های رنج و مشقت زارع نداشتند و آبادانی آنها از طریق نظام قانونی خاص اراضی بایر و موات بود.^۱

علاوه بر این، بعد از اصلاحات ارضی حتی تا زمان نگارش این سطور، کشاورزی روندی را به خود دیده و تجربه کرده است که به‌گونه‌ای می‌توان دخالت سرمایه را در آن ملاحظه کرد. ورود سرمایه به بخش کشاورزی افزایش بازدهی، مداخله تکنولوژی و ابزار و ادوات کشاورزی را به دنبال داشت. همه این تحولات حکایت از کاهش رنج انسان در فلاحه دارد و دیگر نمی‌توان گفت زارعی که امروزه زراعت می‌کند عمل زراعت وی سبب حفظ مرغوبیت زمین می‌شود، بلکه درحقیقت، کشاورزی شکلی تجاری به خود گرفته است که همانند سایر بخش‌های اقتصاد (مانند خدمات و صنعت)، افراد بی‌شماری به دنبال کسب منفعت در آن هستند. امروزه زراعت با بهره‌گیری از انواع کودهای شیمیایی، آفت‌زدایی‌ها و سموم مختلف نه فقط مرغوبیت زمین را حفظ نمی‌کنند؛ بلکه با ولع تمام برای کسب سود، هر روز از حاصلخیزی و مرغوبیت خاک اراضی برای کشاورزی می‌کاهد؛ به‌گونه‌ای که تحت آیش گذاشتن آن اراضی برای احیای دوباره زمین امری ضروری است و برخلاف گذشته‌های دور به هیچ وجه کشت نکردن اراضی موجب از دست رفتن قابلیت و حاصلخیزی خاک نمی‌شود. عمده این فعالیت‌ها را باید در اجاره کردن اراضی کشاورزی در سطح وسیع و اختصاص آنها به یک کشت خاص مانند سیب‌زمینی، چغندر و... دید. در این املاک مستأجر در مدت اجاره تمام تلاش خود را برای بهره‌برداری از زمین انجام می‌دهد؛ به شکلی که گاه در هر سال با توجه به شرایط اقلیمی هر منطقه، زمین را دو بار در فصل پاییز و بهار کشت و از معطل گذاشتن زمین در مدت اجاره خودداری می‌کند؛ لذا این‌گونه فضای حاکم بر کشاورزی، حکایت از کشاورزی «صنعتی - تجاری» دارد که مالک سعی می‌کند در واگذاری زمین به اشخاص ثالث، بهای مطلوب و بالایی را از وی بگیرد و در مقابل هم اجاره‌دار و سایر اشخاصی که زمین را تحت قراردادی تصرف می‌کنند (مانند مزارعه)، به دنبال نهایت بهره‌برداری از زمین هستند و در این وضعیت، دیگر اقدام مستأجر در راستای احیا یا ابقای آبادانی ملک نیست، بلکه به دنبال استفاده کامل خود است و نگاه ابزاری به زمین آن را به شکل کالا در روابط طرفین درآورده است. در نتیجه، عرف که پیش‌تر منبعی برای اعطای حق زارعه بود و حقوقی را در کنار منفعت و بهره‌برداری از زمین برای زارع به رسمیت می‌شناخت،^۲ امروزه دیگر چنین موضوعی را تأیید و تصدیق نمی‌کند؛ برای همین بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی، دیگر هیچ زارعی نمی‌تواند در صورت در اختیار گرفتن زمینی از شخصی، به داشتن حق زارعه تمسک کند.

۱. آیین‌نامه‌های متعددی برای عمران و احیای این ارضی تصویب و در طول زمان مورد نسخ و اصلاح قرار گرفتند. ازجمله می‌توان به این آیین‌نامه‌ها اشاره کرد: آیین‌نامه عمران اراضی بایر و موات شماره ۳۵۳۰۲ مورخ ۲۵۳۲/۱۰/۱۶ و مواد الحاقی به آن موضوع مصوبات شماره ۲۲۶۷/۴ مورخ ۲۵۲۵/۶/۲۰ و شماره ۱۵۵۳/۴ مورخ ۲۵۲۶/۵/۲۲ و شماره ۲۷۸۴ مورخ ۲۵۲۶/۶/۸ مورخ ۲۵۲۸/۱۱/۲۹ هیئت‌وزیران - آیین‌نامه عمران اراضی بایر هیئت‌وزیران مورخ ۲۵۳۵/۶/۱.

۲. عده‌ای نویسندگان حتی نقش عرف را در این زمینه مورد تردید قرار دادند: نک: همتی، پیشین، ص ۱۴۲.

مقررات مورد اشاره در نظر نویسندگان (که آن قوانین را مستند حق مزبور می‌دانند) هم نمی‌تواند دلیلی مستحکم برای بقای حق زارعه در وضعیت کنونی باشد؛ زیرا اولاً: بخشی از این مقررات در زمانی تصویب شدند که حسب توضیحات فوق، عرف و نظام ارباب - رعیتی موجود در زمان تدوین این مقررات، حق مورد بحث را کاملاً به رسمیت می‌شناخت؛ بنابراین این دسته قوانین براساس حکم عرف در زمان وضع قانون به بیان حکم پرداختند و به وجود این حق اشاره کردند؛ مانند آیین‌نامه قانون ثبت و سایر قوانین دهه سی و چهل شمسی که اتفاقاً این قوانین هم‌زمان با اجرای اصلاحات ارضی و اعطای حق زارع به زارع بودند و براساس اصلاحات ارضی به حق زارعه اشاره کردند. بخش دیگر این مقررات بعد از اجرای اصلاحات ارضی و حتی بعد از انقلاب اسلامی نگارش شدند که در تشریح و توضیح حق زارعه، بدون استثنا به مقررات اصلاحات ارضی احاله می‌دهند؛ مانند لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت که در این لایحه، آشکارا همانند سایر قوانین مورد استناد آن نویسندگان به مقررات و نظر مجریان اصلاحات ارضی درخصوص ادعای افراد درباره این نوع حق اشاره می‌کند و منظور از ذکر حق زارعه در قوانین دسته اخیر، رعایت حقوق زاعان براساس قوانین اصلاحات ارضی است. ملاحظه و دقت در متن مواد به این موضوع اشاره می‌کند. البته این قوانین را باید با همه نگاه حاکمیتی موجود به اصلاحات ارضی بررسی و اجرا کرد.

ثانیاً: باید در نظر داشت که صرف ذکر عبارت حق زارعه در متن یک قانون را نباید تأویل به بقا و موجودیت این حق در شرایط کنونی در کل نظام حقوقی دانست؛ زیرا این مقررات در مقام توصیف و پرداختن به این حق نیستند و فقط به فراخور قابلیت پیش‌بینی این نوع ادعاها در اجرای آن قوانین صرفاً به تعیین تکلیف مجریان قانون پرداخته است، به‌ویژه اینکه صراحتاً این مقررات اشاره و احاله به نظام حقوقی اصلاحات ارضی دارند.

با لحاظ سخنان پیش‌گفته، زارع هر حقی هم که داشت، قانون‌گذار در روند اصلاحات ارضی آن را به رسمیت شناخت و اراضی به زارعان انتقال داده شدند و فرض می‌شود که حقوق وی اعطا شد و نظام ارباب - رعیتی با اجرای برنامه اصلاحات ارضی از میان رفت و دیگر مناسبات بین مالک و زارع به شکل سابق وجود نداشت و حذف نظام کهن ارباب - رعیتی زمینه ستم به زارع را از بین برد و با از بین رفتن چنین نظامی ملحقات آن (از جمله حق زارعه) نیز دیگر حیاتی ندارند. آنچه زارعین امروزه به عنوان حق زارعه طلب می‌کنند، صرفاً باید در متون قوانین اصلاحات ارضی جستجو و استیفا شود. با این توضیح که اگر شخصی مدعی حق زارعه شود و بیان دارد که سالیان طولانی در زمین دیگری برای احیا و عمران آن فعالیت کرده است و مالک مکلف است که حقوق وی را ادا کند، در این صورت باید بین دو حالت تفکیک قائل شد:

حالت اول: اگر ادعای فرد مربوط به دوران بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی است، در این صورت، حسب توضیحات گذشته چنین ادعایی قابلیت استجابت نخواهد داشت و روابط فی مابین باید مطابق قواعد عام بررسی شود. به‌عنوان نمونه، اگر توافقی در این خصوص وجود داشته است، براساس آن عمل شود؛ اما در صورتی که مطابق قواعد عام هیچ مستندی برای استحقاق وی وجود نداشته باشد، به صرف ادعای حق زارعه وی را نباید ذی‌حق تلقی نمود؛ زیرا این حق هیچ مبنا قانونی و عرفی در شرایط بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی ندارد.

حالت دوم: اگر ادعای فرد مربوط به زمان پیش از اصلاحات ارضی است - که معمولاً افراد چنین ادعایی دارند - در این حالت عمدتاً با گذشت زمان و طولانی شدن این مدت خود فرد زارع در قید حیات نیست و وراثت چنین موضوعی را مطالبه می‌کند؛ در این فرض در حقیقت نامبرده درحالی که می‌بایست در فرایند اجرای مقررات اصلاحات ارضی زمین دریافت کند، به هر دلیلی جا مانده است؛ در این رابطه با توجه به همه مباحث مربوط به شرعی بودن یا نبودن ادامه

مقررات اصلاحات ارضی، النهایه در مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده واحد در خصوص تعیین تکلیف باقی مانده قراء مزارع و املاک مشمول قانون اصلاحات ارضی تصویب شد. به موجب این ماده واحد مقرر شد: «وزارت کشاورزی موظف است نسبت به اراضی مشمول قانون اصلاحات ارضی که به تصرف زارعین صاحب نسق درآمده و تاکنون اسناد رسمی مالکیت برای آنها صادر نشده است، اقدام نموده تا طبق قانون اسناد مالکیت آنها صادر شود». در حال حاضر، امور اراضی در مرکز استان‌ها مأموریت دارد تا با مراجعه افراد و بررسی سوابق در پرونده‌های اجرای مقررات در قراء، این تکلیف قانونی را انجام دهد. مطابق قواعد عام هم در صورت استنکاف سازمان، مدعی می‌تواند در مراجع ذیصلاح مطابق قواعد عام طرح دعوی مقتضی نماید. با این وصف، هیچ مبنایی برای محکومیت مالک یا ورثه وی به پرداخت وجوه به عنوان معوض حق زارعه (همانند آنچه در دادنامه‌های پیشین است) وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

اصلاحات ارضی جامع‌ترین و اساسی‌ترین برنامه در حوزه کشاورزی ایران بود. مبنا و هدف از اجرای این برنامه کمک به زارعین و ایجاد طبقه‌ای مستقل از زارعین بوده است تا از قبل آن فرایند تولید هم ازدیاد یابد. در طول اجرای مقررات در حقیقت معلوم می‌شود که اساساً زارعین صاحب نسق موضوع حکم قانون هستند و مقنن دغدغه رعایت حقوق نامبرداران را داشته است. مبنا و شیوه اعطای زمین به زارعین در اصلاحات ارضی نسق زراعی آنها بوده است. اجرای مقررات اصلاحات ارضی برآیند گوناگونی در جامعه داشته است؛ اما سرنوشت حق زارعه به عنوان مهم‌ترین اثر اجرای مقررات در حوزه حقوق قابل تأمل است. از آنجا که مبنای ایجاد حق زارعه در حقیقت در پاسخ به همه رنج‌های تاریخی بوده است که در نظام ارباب - رعیتی بر زارع روا داشته‌اند، با اجرای اصلاحات ارضی و از بین رفتن همه پیوندهای میان مالک و زارع این حق دیگر موجودیتی نخواهد داشت. در حال حاضر همچنان افراد بی‌شماری وجود دارند که به محاکم مراجعه می‌کنند و مدعی و خواستار رعایت حق مزبورند.

با توجه به همه مسائلی که در حوزه اصلاحات ارضی مطرح می‌شود، اگر ادعای این دسته از زارعین (یا حسب مورد وارث آنها) مربوط به دوران قبل از اصلاحات ارضی باشد، در حقیقت این حق باید در فرایند اجرای مقررات اصلاحات ارضی مورد بررسی و مطالبه قرار گیرد و براساس آخرین اراده قانون‌گذار در حوزه مقررات اصلاحات ارضی عمل شود و زمین به نامبرده واگذار شود؛ اما اگر این حق مربوط به دوران بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی است، درواقع هیچ‌گونه مبنای شرعی و عرفی در این خصوص وجود ندارد.

رویه متشست محاکم نیز حاوی نوعی سردرگمی در بررسی این مسائل است و به نظر می‌رسد با توضیحات فوق اساساً راهکاری مناسب و منطبق بر قوانین و ضوابط موجود در این خصوص همین است که بیان شد.

منابع

کتاب

۱. ازکیا، مصطفی، *جامعه‌شناسی توسعه و توسعه‌نیافتگی روستایی ایران*، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۶۵.
۲. انگلس، فردیک، *منشاء خانواده، مالکیت خصوصی و دولت*، ترجمه خسرو پارسا، تهران: جامی، ۱۳۸۰.
۳. بشیری، عباس و محمد صادق چاوشی، *حقوق کاربردی نسق، حق زارعه، حق ریشه، کارافه، اراضی، املاک و باغات؛ جنگل*، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۵.

۴. پطروشفسکی، ایلیا پاتولوویچ، **کشاورزی و مناسبات ارضی در ایران عهد مغول**، ترجمه کریم کشاورز، تهران: نیل، چاپ دوم، (شاهنشاهی)، ۱۳۵۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ سی و هشتم، ۱۴۰۳.
۶. جمالزاده، محمد علی، **زمین، ارباب و دهقان**، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۷. خسروی، خسرو، **جامعه‌شناسی روستایی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه، چاپ دوم، ۱۳۵۶.
۸. دهخدا، علی اکبر، **فرهنگ لغت**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۹. شهیازی، اسماعیل، **توسعه و ترویج روستایی**، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۱۰. عراقی، اکبر، **حق زارعه یا اولویت رعیتی در حقوق ایران**، تهران: پردیس دانش، ۱۳۹۱.
۱۱. عموزاد مهدربجی، قدرت، **حق زارعه در حقوق ایران (همراه با رویه قضایی)**، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین (۲) مشارکت‌ها و صلح**، تهران: گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۱۳. لمبتن، آن.ک.اس، **مالک و زارع در ایران**، ترجمه منوچهر امیری، تهران: شرکت انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۷.
۱۴. **مجموعه نظرات حقوقی، ریاست جمهوری**، تهران: اداره کل حقوقی نشر اداره کل قوانین ومقررات کشور، چاپ دوم، ۱۳۸۹.

مقاله

۱۵. پارسی‌پور، علی، «حق کارافه و دهقان و مشکلات آنان»، **کانون وکلا**، شماره ۹۶، ۱۳۴۴.
۱۶. جهانگیری، محسن، محمد حسن امام‌وردی و مجید حدادی‌منش، «کاوشی در حقوق زارع در برابر مالک زمین»، **نشریه آموزه‌های فقه مدنی**، دوره ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳.
۱۷. خسروی، علی، «حق زارعه از منظر منابع حقوق ایران»، **نشریه ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد**، شماره ۱۰ و ۱۱، ۱۳۸۷.
۱۸. روحانی، سید مجید و فاطمه اژدری، «حق زارعه در حقوق ایران»، **ماهنامه مهندسی کشاورزی**، شماره ۳۷، ۱۳۹۱.
۱۹. صفیان، سعید، «خدایان و رعایا (ملاحظات مختصری راجع به حق زارعه و یک رأی اصراری دیوان عالی کشور)»، **مجله حقوق دادگستری**، دوره ۶۵، شماره ۳۶، ۱۳۸۰.
۲۰. طباطبایی، علی محمد، «درباره لایحه اصلاحات»، **کانون وکلا**، شماره ۶۷ و ۶۸، ۱۳۳۸.
۲۱. محمدی، سام و سودابه اسدیان، «ماهیت و آثار حق دستداری»، **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، دوره ۸، شماره ۱۴، ۱۳۹۵.

پایان‌نامه

۲۲. حسینی، مصطفی، «تحلیل حقوق زارعه در حقوق ایران و فقه اسلامی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، **دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.
۲۳. همتی عباس، «بررسی مبنا و ماهیت حق زارعه در فقه و حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، **دانشگاه قم**، ۱۳۸۵.

منبع اینترنتی

۲۴. سامانه ملی آرای قضایی به آدرس: <https://ara.jri.ac.ir>

قوانین و مقررات (اسناد)

۲۵. آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت ۱۳۱۷.
۲۶. آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۰.
۲۷. آیین‌نامه عمران اراضی بایر و موات شماره ۳۵۳۰۲ مورخ ۲۵۳۲/۱۰/۱۶ و مواد الحاقی به آن.

۲۸. آیین‌نامه عمران اراضی بایر هیئت‌وزیران مورخ ۱۳۳۵/۶/۱.
۲۹. آیین‌نامه قانون اصلاحی قانون اصلاحات ارضی.
۳۰. آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷.
۳۱. آیین‌نامه قانون فروش خالصجات ۱۳۳۶.
۳۲. تصویب‌نامه قانون ملی‌شدن جنگل‌های کشور (مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ هیئت‌وزیران).
۳۳. تصویب‌نامه هیئت وزیران ۱۳۴۱/۱۱/۱۸ راجع به قانون اصلاحات ارضی.
۳۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۸).
۳۵. قانون اصلاحات ارضی ۱۳۳۹.
۳۶. قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر ۱۳۴۷.
۳۷. قانون خرید اراضی کشاورزی برای تأمین نیازمندی‌های صنعتی و معدنی مصوب ۱۳۴۸.
۳۸. قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۱۳۴۷.
۳۹. قانون طرز تقویم و تملک اراضی مورد نیاز سد فرحناز پهلوی، قانون آب و نحوه ملی‌شدن آن مصوب ۱۳۴۷.
۴۰. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷.
۴۱. قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی وزارت‌خانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت مصوب ۱۳۵۸.
۴۲. قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸ و اصلاحی آن.
۴۳. قوانین ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳ و ۱۳۷۱.
۴۴. لایحه قانونی طریقه رفع مشکلات پیش‌بینی‌نشده در قوانین و مقررات اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۹.
۴۵. لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت.
۴۶. ماده واحده تکلیف باقی‌مانده قراء، مزارع و املاک مشمول قانون اصلاحات مورخ ۱۳۷۰/۳/۲.

References

Books

1. Amou-Zad Mehderiji, Ghodrat, *Right to Cultivation in Iranian Law (along with judicial procedure)*, Tehran: Dadgstar, Second Edition, 2011. (in Persian)
2. Azkia, Mostafa, *Sociology of Rural Development and Underdevelopment in Iran*, Thran: Etl'a't Publication, 1986. (in Persian)
3. Bashiri, Abbas and MohamFmad Sadegh Chavoshi, *Practical Rights of Nasq, Agricultural Rights, Root Rights, Carafe, Land, Real Estate and Gardens*, Thran: Jungle, Third Edition, 2016. (in Persian)
4. *Collection of legal opinions, Presidency of the Republic*, General Legal Department, publication of the General Department of Laws and Regulations, Second Edition, 2010. (in Persian)
5. Dehkhoda, Ali Akbar, *Dictionary*, Thran: Tehran University Press, 2006. (in Persian)
6. Doreen, Warriner, *Land Reform in Principle and Practice*, Oxford, 1969.
7. Engels, Fardik, *Origin of the Family, Private Property and the State*, Translated by: Khosrow Parsa, Tehran: Jami, 2001. (in Persian)
8. Iraqi, Akbar, *The Right of Peasants or the Priority of Serfdom in Iranian Law*, Tehran: Pardis-e-Danesh, 2012. (in Persian)
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 38th Edition, 2024. (in Persian)
10. Jamal-Zadeh, Mohammad Ali, *Land, Lord and Peasant*, Tehran: Scientific and Cultural Publications, Second Edition, 2015. (in Persian)

11. Katouzian, Nasser, *Certain Contracts (2) Partnerships and peace*, Tehran: Ganj-e-Danesh Eighth Edition, 2009. (in Persian)
12. Khosravi, Khosro, *Rural Sociology of Iran*, Tehran: University Press, Second Edition, 1977. (in Persian)
13. Lambton, AN.K.S., *Owner and Farmer in Iran*, Translated by: Manouchehr Amiri, Tehran: Scientific and Cultural Publishing Company, 1998. (in Persian)
14. Petroshevsky, Ilya Pavlovich, *Agriculture and Agrarian Relations in Iran during the Mughal Era*, Translated by: Karim Keshavarz, Tehran: Nile, Second Edition, (Shahanshahi), 1976. (in Persian)
15. Shahbazi, Ismail, *rural development and promotion*, Tehran: Tehran University Publishing Institute, 1993. (in Persian)

Articles

16. Jahangiri, Mohsen, Mohammad Hassan Imam-Verdi and Majid Haddadi-Manesh, "A Research on Farmer' Rights to Landowners" *Civil Jurisprudence Doctrine*, Volume 6, Issue 10, 2014. (in Persian)
17. Khosravi, Ali, "Farmer's Right from the perspective of Iranian law sources", *Journal of Literature and Human Sciences*, (University of Shahr-e-Kord), 10 and 11, 2017. (in Persian)
18. Mohammadi, Sam and Soudabeh Asadian, "Nature and Effects of Dastarmi", *Journal of Studies in Islamic Law and jurisprudence*, Volume 8, Issue 14, 2016. (in Persian)
19. Parsi-Pour, Ali, "Carafe Right and the Farmer and their Problems", *Bar Association*, 96, 1965. (in Persian)
20. Rouhani, Sayyed Majid and Fatemeh Azhdri, "Farmer's Right in Iranian Law", *Agricultural Engineering Magazine*, 37, 2013. (in Persian)
21. Safian, Saeed, "Gods and Serfs (brief observations on the farmer's right of and an insistent decision of the Supreme Court)", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 65, Issue 36, 2001. (in Persian)
22. Tabatabaei, Ali Mohammad, "About the Reforms Bill", *Bar Association*, 67 and 68, 1959. (in Persian)

Thesis

23. Hemmti, Abbas, "Examination of the basis and nature of agricultural rights in jurisprudence and Iranian law", Master's thesis, University of Qom, 2006. (in Persian)
24. Hosseini, Mostafa, "Analysis of Farmer's Rights in Iranian Law and Islamic Jurisprudence", Master's Thesis, Central Tehran Branch, Faculty of Law and Political Sciences, Islamic Azad University, 2013. (in Persian)

Internet resource

25. National System of Judicial Judgments to the address: <https://ara.jri.ac.ir/> (in Persian)

Rules & Regulations (Documents)

26. Barren and Mowat Land Development Regulations No. 35302 dated 1973/01/06 and its supplementary materials. (in Persian)
27. Civil Law, Approved in 1928. (in Persian)
28. Construction of barren lands Regulations, Approved by the Council of Ministers in 1975/8/26). (in Persian)
29. Executive Regulations of the registration law, 1938. (in Persian)
30. Executive Regulations of the urban land law, Approved in 1991. (in Persian)

31. Land Reforms Law, 1960. (in Persian)
32. Law on how to purchase and acquire land and real estate for the implementation of public, civil and military programs of ministries or government or government-affiliated institutions and companies, Approved in 1979. (in Persian)
33. Laws of cancellation of documents about sale of competitors of water and endowment lands, Approved in 1984 and 1992. (in Persian)
34. Regulations of Nationalization of the country's forests law (approved by the Council of Ministers in 1963/1/17). (in Persian)
35. Regulations of the Amending Law on Land Reforms Law. (in Persian)
36. Regulations of the Pure Goods Sale Law, 1957. (in Persian)
37. Regulations of the Real Estate Registration Law, Approved in 1938. (in Persian)
38. Resolution of the Council of Ministers in 1963/2/7 regarding the Land Reforms Law. (in Persian)
39. The Constitution of the Islamic Republic of Iran (approved in 1989). (in Persian)
40. The law of dividing and selling properties rented to tenant farmers 1968. (in Persian)
41. The Law of purchasing agricultural land to meet industrial and mining needs, Approved in 1969. (in Persian)
42. The law on the method of calendaring and acquisition of lands required for the Farahnaz Pahlavi dam, the law on water and how to nationalize it, Approved in 1968. (in Persian)
43. The law on the method of transfer and restoration of lands in Islamic Republic government, Approved in 1979 and its amendments. (in Persian)
44. The law on the purchase of land and buildings and facilities for the preservation of historical and ancient monuments, Approved in 1968. (in Persian)
45. The legal bill on how to purchase and acquire land and real estate for the implementation of public, civil and military programs of the government. (in Persian)
46. The legal bill on the solving unforeseen problems in the land reforms laws and regulations, Approved in 1970. (in Persian)
47. The single article of the determination of the remaining of farms and properties subject to the land reforms law approved in 1991/5/23. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Crime, Media and Critical Criminology

Nastaran Khajeh Noori¹, Roya Asiaei² 

ABSTRACT

Critical criminology, from the very beginning of its establishment, has paid attention to how mass media participate in defining, displaying, social control and analyzing crime. Based on this, critical criminology's attention to issues such as media, culture, customs, etc., has led to the formation of a sub-branch called cultural criminology in this field of study. Cultural criminology, which its main issues focus on crime as culture, culture as crime, media representation of crime and crime carnival, considers the truth of crime and the process of criminalization as the result of media procedures. Based on this, certain behaviors are first criminalized by the media, and then, the official discourse of criminal justice institutions recognizes this process and analyzes the necessary measures for official criminalization. Therefore, the important finding of this research, in regard to cultural criminology approaches, is that the media can be considered the initiator of informal criminalization process and the facilitator of the formal criminalization process.

KeyWords: Critical Criminology, Media, Culture, Representation, Cultural Criminology.

How to Cite: Khajeh Noori, Nastaran, Asiaei, Roya, "Crime, Media and Critical Criminology", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:187-202.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234343.2651>

Received: 02/01/2024-Accepted: 03/03/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central Branch, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: r.asiaee@iauctb.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/>).



جرم، رسانه و جرم‌شناسی انتقادی

نسترن خواجه نوری^۱، رویا آسیایی^۲

چکیده

جرم‌شناسی انتقادی از ابتدای تأسیس خود نقش رسانه‌های گروهی را در تعریف، نمایش، کنترل اجتماعی و تحلیل جرم مورد بررسی قرار داده است. بر این پایه، تمرکز جرم‌شناسی انتقادی بر موضوعاتی مانند رسانه، فرهنگ، آداب و رسوم و غیره، منجر به ایجاد زیرشاخه‌ای به نام جرم‌شناسی فرهنگی در این حوزه مطالعاتی شده است. جرم‌شناسی فرهنگی که مهم‌ترین مسائل خود را به موضوعاتی مانند جرم به‌عنوان فرهنگ، فرهنگ به‌عنوان جرم، بازنمایی رسانه‌ای از جرم و کارناوال جرم متمرکز کرده است، حقیقت جرم و فرایند جرم‌انگاری را نتیجه رویه‌های رسانه‌ای می‌داند. بر این اساس، رفتارهای خاص ابتدا مورد جرم‌انگاری رسانه‌ای قرار می‌گیرند و سپس، گفتمان رسمی نهادهای عدالت کیفری نیز این فرایند را به رسمیت می‌شناسد و تدابیر لازم برای جرم‌انگاری رسمی را بررسی می‌کند. بنابراین، یکی از یافته‌های مهم این پژوهش این است که در راستای رویکردهای جرم‌شناسی فرهنگی، می‌توان رسانه‌ها را آغازگر فرایند جرم‌انگاری غیررسمی و تسهیل‌کننده فرایند جرم‌انگاری رسمی دانست.

کلید واژگان: جرم‌شناسی انتقادی، رسانه، فرهنگ، بازنمایی، جرم‌شناسی فرهنگی.

استناد به این مقاله: خواجه نوری، نسترن، آسیایی، رویا، «جرم، رسانه و جرم‌شناسی انتقادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۱۸۷-۲۰۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234343.2651>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: r.asiaee@iauctb.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

کارکرد رسانه‌ها در عصر اطلاعات، بی‌شک در همه عرصه‌ها انکارناپذیر است. یکی از عرصه‌ها و ابعاد مهم فعالیت رسانه‌ها، جمع‌آوری، تنظیم و انتشار اخبار است. از آنجا که روزنامه‌ها به ثبت وقایع و مسائل روز جامعه می‌پردازند، بررسی آن‌ها می‌تواند به ترسیم مهم‌ترین وقایع یک دوره خاص کمک کند. مطبوعات و رسانه‌ها علاوه بر به‌کارگیری اصول خاصی در خبرنگاری، از طریق نحوه انتشار و نشر آن‌ها نیز زوایای خاصی از اخبار متفاوت را که متناسب با دیدگاه‌های آن‌هاست، برجسته‌سازی می‌کند تا از این طریق، برای اذهان مخاطبان خود اولویت‌سازی کنند. این امر در انعکاس اخبار جنایی نیز صادق است؛ به‌طوری که باعث شده اخبار خشونت‌آمیز در صدر اخبار جنایی رسانه‌ها قرار گیرند و به شکل غیرواقعی احساس ناامنی و ترس را در مردم افزایش دهد و راه را برای اتخاذ سیاست‌های سخت‌گیرانه هموار کند. امروزه احزاب و گروه‌های سیاسی از قدرت رسانه‌ها برای ترسیم تصویر خاصی از خشونت و تأثیر بر واکنش‌های مقطعی و دوره‌ای در پاسخ به خشونت‌های خیابانی استفاده می‌کنند. دولت‌ها تلاش می‌کنند که از طریق افزایش ترس عمومی به افرادی که به‌طور علنی در خیابان‌ها به خشونت متوسل می‌شوند، توجه مردم را از بحران‌های سیاسی و اقتصادی منحرف و به‌سمت جرایم خشونت‌آمیز معطوف کنند. در نتیجه، سیاست‌مداران نه‌فقط با بازنمایی رسانه‌ای گسترده جرایم خشونت‌آمیز مخالفت نمی‌کنند، بلکه از آن استقبال می‌کنند. از سویی، جذابیت خبری این اخبار خشونت‌آمیز و تأثیر فراوان انتشار آن در جلب مخاطب، موجب می‌شود تا بخش اعظم اخبار حوادث جنایی رسانه‌ها به این اخبار اختصاص یابد. به‌عنوان نمونه، طبق تحقیقات انجام‌شده در زمینه میزان علاقه‌مندی خوانندگان مطبوعات کشور به حوادث جنایی، جرایم قتل، دزدی و آدم‌ربایی در رده نخست موضوعات مورد مطالعه قرار داشتند که چنین نتیجه‌ای، سردبیران و مدیران رسانه‌ها را به‌سمت انتشار اخبار جرایم خشونت‌آمیز سوق می‌دهد که این باعث استفاده رسانه‌ها از عبارات جذاب و عامه‌پسند در تشریح چگونگی وقوع حادثه بدون ارائه تحلیلی علمی در زمینه عوامل وقوع جرم و راه‌های پیشگیری از آن است. به‌عنوان نمونه، یافته‌های یک پژوهش درمورد روزنامه کیهان و ایران نشان می‌دهد که این دو روزنامه عموماً به تشریح چگونگی وقوع حوادث خشونت‌آمیز می‌پردازند و به شرایط اجتماعی و عوامل وقوع آن توجه نمی‌کنند. همچنین نقطه‌نظرات و دیدگاه‌های جامعه‌شناسان، جرم‌شناسان، روان‌پزشکان و سایر کارشناسان علوم انسانی جایگاهی در گزارش‌های حوادث این دو روزنامه ندارند.

نکته مهم این که رابطه منطقی بین الگوها و جریان انتشار اخبار جرایم خشونت‌آمیز در رسانه‌ها و آمار واقعی ارتکاب این جرایم وجود ندارد. به‌عنوان نمونه در آرژانتین، ۴۰ درصد از جرایم منتشرشده در روزنامه‌های پرتیراژ این کشور مربوط به جرایم علیه اشخاص است. این در حالی است که براساس آمارهای رسمی، میزان واقعی این جرایم از ۱۷ درصد تجاوز نمی‌کند. در مقابل، درحالی که جرایم علیه اموال حدود ۷۰ درصد جرایم ارتكابی این کشور را تشکیل می‌دهند، فقط ۱۸/۷ درصد از جرایم گزارش‌شده در رسانه‌ها به این گروه از جرایم اختصاص داشته است.^۱ بنابراین، برداشت‌های عمومی از جرم به واسطه پوشش اخباری که موضوع و چگونگی انتقال آن به مردم از طرف خبرنگاران، دبیران سرویس خبری روزنامه‌ها و مدیران مسئول تنظیم خبر به‌خوبی انتخاب شده است، سطحی از احساسات را به وجود می‌آورد که نه‌فقط ماهیت و گستره جرم را تعیین می‌کند، بلکه چگونگی برخورد و احساس مردم با پدیده‌های اخلاقی را نیز مشخص می‌کند؛ چنان که نقش مؤثری در تعیین محدوداً جرم و انحراف بازی می‌کند.^۲ با توجه به این نقش شگرف، برخی از جرم‌شناسان رسانه‌های گروهی، به‌ویژه مطبوعات، را منبع اساسی نشر ناامنی یا احساس ناامنی می‌دانند. نبود احساس امنیت اجتماعی می‌تواند زمینه‌ساز آسیب‌های

۱. فرجی‌ها، محمد، «بازتاب رسانه‌ای جرم»، فصلنامه رفاه اجتماعی، جلد ۶، شماره ۲۲، ۱۳۸۵، ص ۷۰.

۲. همان، ص ۵۸.

اجتماعی دیگر و از همه مهم‌تر به خطر افتادن نظم و انسجام اجتماعی در سطح جامعه شود. از این‌رو، این پژوهش سعی دارد پس از معرفی جرم‌شناسی انتقادی، رویکردهای آن در زمینه پوشش اخبار جنایی را تحلیل و نقش جرم‌شناسی خبرساز و فرهنگی را به‌طور ویژه بررسی کند. بدیهی است که دلیل تأکید بر این دو قلمروی مطالعاتی آن است که فقط این دو حوزه در جرم‌شناسی انتقادی به مسائل رسانه‌ای پرداخته‌اند.

۱. جرم‌شناسی انتقادی

این جرم‌شناسی پیش‌فرض‌ها و نظریه‌های جرم‌شناسی تحقیقی را رد کرده و رویکرد مطالعاتی خود را در زمینه بزهکاری بر نظام سیاسی (دولت) و نظام اقتصادی حاکم و به ویژه ساختار قانون‌گذاری و عدالت کیفری کشورها متمرکز کرده است. به‌طور کلی، جرم‌شناسی انتقادی بر این عقیده است که مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسی (با رویکرد مضیق علت‌شناختی)، صرفاً بر مجرمان و نه بر بزهکاری بنگاه‌های خصوصی و نهادهای رسمی و مدیریت و مهندسی اجتماعی دولت، برای کنترل جرم متمرکز است و از بررسی تأثیر خود دولت، صاحبان قدرت، عدالت کیفری و نظام اقتصادی و فرهنگی حاکم بر انحراف‌های اجتماعی (از جمله بزهکاری) غافل مانده است.^۱ شاخه‌های این جرم‌شناسی عبارت‌اند از: جرم‌شناسی رادیکال^۲ (که به‌نوعی از مارکسیسم الهام می‌گیرد و طرفدار گسست بنیادی با اصول و مفاهیم جرم‌شناسی تحقیقی است)، تعامل‌گرایی، کنترل‌شناسی یا جرم‌شناسی سازمانی و تا اندازه‌ای بزه‌دیده‌شناسی. ویژگی مشترک همه این جرم‌شناسی‌ها این است که نظریه‌ها و دورنماهایشان حاصل تحقیقات میدانی و تجربی نیست، بلکه بیشتر جنبه نظری، فلسفی و گاه سیاسی - ایدئولوژیک و مطالباتی دارد و به‌جای ارائه راهکارهای واقع‌بینانه برای جرم و انحراف، بیشتر تغییر قواعد و حتی «نظم» حاکم را برای عقب راندن موج بزهکاری و انحراف در حوزه‌های موردعلاقه خود دنبال می‌کنند.^۳ درواقع در این تئوری‌ها، تبیین جرم و شناخت عوامل موثر بر آن، برخلاف آن چیزی که در پارادایم‌های پیشین به آن توجه شد، فارغ از ارزش‌ها و منافع صورت نمی‌پذیرد. از منظر پارادایم انتقادی، جرم تعریف شدنی است و عنصر قدرت آن را علیه افراد حاشیه‌ای‌تر و ضعیف‌تر به کار می‌گیرد. به‌علاوه، جرم لزوماً در عالم واقعیت وجود ندارد، بلکه این افراد صاحب نفوذ و قدرتمندند که آن را برمی‌سازند.^۴ جرم‌شناسی انتقادی به‌عنوان رهیافتی نو در مکتب‌های جرم‌شناسی به تحلیل اقتصاد سیاسی جرم/ انحراف و تبیین رابطه میان ساختار اجتماعی نظام‌های سرمایه‌داری و رفتارهای بزهکارانه می‌پردازد. به باور متخصصان این حوزه، از سویی قانون تعیین‌کننده خوبی‌ها و بدی‌هاست و از سوی دیگر، سیاست‌گذاری عمومی در وضع قوانین تحت تأثیر فشارهای طبقه فرادست قرار دارد؛ از این‌رو، حقوق بازپچه سیاست می‌شود و در خدمت آن، موازین عدالت را نقض می‌کند. به باور جرم‌شناسان انتقادی، ماهیت فرایند جرم‌انگاری تبلور منافع گروه‌های قدرت در وضع قوانین جنایی و تداوم هژمونی طبقه فرادست است. بر این اساس، پژوهشگران انتقادی در فرایند جرم‌انگاری به مباح بودن رفتارهای زیان‌بار برخی گروه‌ها، از جمله رفتار شرکت‌های بازرگانی و کارگزاران دولتی، اشاره می‌کنند.^۵ جرم‌شناسان انتقادی در تحلیل فرایند جرم‌انگاری به گفتمان

۱. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، **جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم (درآمد ویراست دوم)**، در: دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۸.

۲. گسن، رمون، «گرایش‌های نو در جرم‌شناسی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۶۵، ص ۱۶۶.

۳. نجفی ابرنآبادی، پیشین.

۴. صادقی، سهیلا و ستار پروین، «جرم: برساخته ذهنیت، گفتمان و قدرت»، **فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست**، دوره ۱۳، شماره ۳۳، ۱۳۹۰، ص ۲۱۹.

۵. دکسدری، والتر، **جرم‌شناسی انتقادی معاصر**، ترجمه و تحقیق: مهرداد رایجیان اصلی و حمیدرضا دانش‌ناری، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۷.

ابزارگرایی کیفری می‌پیوندند. این گفتمان قانون کیفری را در بسترهای مختلف، ابزاری برای دستیابی به منافع گروهی خاص می‌پندارد. در شرایطی که از یک سو، اجماعی درخصوص منافع اجتماعی وجود نداشته باشد و از سوی دیگر، قانون به‌عنوان ابزاری قدرتمند تلقی شود، اشخاص و گروه‌های مختلف اجتماعی در پی آن‌اند که قانون را وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف خود قرار دهند. این امر به واسطه دخالت در امر قانون‌گذاری و جرم‌انگاری محقق می‌گردد.

۲. جرم‌شناسی خبرساز

جرم‌شناسی انتقادی از همان ابتدای تأسیس خود، چگونگی مشارکت رسانه‌های گروهی در تعریف، به نمایش گذاشتن، کنترل اجتماعی و تحلیل جرم و همچنین نوع برداشتی آن‌ها از ارتکاب جرم را مورد توجه قرار داده است. در این مورد، می‌توان به یکی از رویکردهای جدیدی که در جرم‌شناسی انتقادی معاصر با عنوان جرم‌شناسی خبرسازی^۱ ارائه شده است، اشاره کرد که عمدتاً از دهه پایانی ۱۹۹۰ به این سو ایجاد شده است. جرم‌شناسی خبرساز از جرم‌شناسان دعوت می‌کند که رویکرد جرم‌شناسی انتقادی به موضوعات جرم و عدالت کیفری را از طریق رسانه‌های گروهی (از جمله اینترنت)، در حوزه عمومی و در سطح وسیع‌تری با مردم (به‌ویژه جوانان) با زبان قابل‌درک برای عموم مردم مطرح کند تا تأثیر جرم‌شناسی بر رویه‌ها، تغییرات اجتماعی و رفتار اعضای جامعه در بهبود کنترل بزهکاری ملموس و واقعی شود.^۲ اگر اخبار و رویدادهای جنایی به‌سادگی حقیقت یک پدیده مجرمانه را بیان می‌کردند و به‌طور دقیق تصویری جامع از جرم ارائه می‌دادند، شاید موضوعی برای بحث و بررسی باقی نمی‌ماند؛ اما رسانه‌ها تصاویر جهان واقعی را تحریف می‌کنند.^۳ از سوی دیگر، رسانه‌های گروهی و معنایی که از آن‌ها افاده می‌شود، همواره تغییر می‌کند و محققان باید خود را با آن وفق دهند و به این تغییر و تحول‌ها (نظیر به وجود آمدن یوتوب، فیس‌بوک، تویتر و...) واکنش مناسب نشان دهند. در این میان، جرم‌شناسان انتقادی به برخی از ویژگی‌های این تغییر و تحول‌های فناوری مدرن و اینترنت اشاره می‌کنند که از آن میان، می‌توان به رشد صنعت پورنوگرافی اشاره کرد. آن‌ها برنامه‌های نژادپرستانه، جنسیت‌گرا و دیگر کلیشه‌های به وجود آمده توسط رسانه‌های گروهی درمورد جرم و مجرمان را نقد می‌کنند و اینکه ایشان برداشت، تحلیل، استدلال و تفاسیر خود را به کمک ابزار گسترده رسانه‌های جمعی به‌عنوان نظریه غالب ارائه می‌کنند، که از آن تحت عنوان «جرم‌شناسی خبرساز» یاد می‌شود، به چالش می‌کشند. از آنجایی که رسانه‌های اجتماعی به افراد بی‌شماری دسترسی دارند، جرم‌شناسی خبرساز عنوان می‌کند که جرم‌شناسان تجددطلب و فعالان حقوق بشر باید از هر فرصتی به منظور ارائه نظریات، تحقیقات، رویکردها و دیدگاه‌های خود در رسانه‌های گروهی با هدف «شنیده شدن صدایشان» استفاده کنند. مقالات جرم‌شناسی انتقادی به‌طور منظم در روزنامه‌ها و مجلات جرم‌شناسی به چاپ می‌رسد و برخی از جرم‌شناسان انتقادی به رادیو و تلویزیون دعوت می‌شوند که می‌توان از این مطلب به‌عنوان شاهی برای این مدعا یاد کرد که رسانه‌های گروهی تلاش‌های صورت‌گرفته برای مقابله با سرمایه‌داری، نژادپرستی و زن‌ستیزی را به‌طور کامل مورد اغماض قرار نداده است؛ این در حالی است که جرم‌شناسی خبرساز به گردهمایی روشنفکرانه اساتید دانشگاهی جرم‌شناسی در محیطی فارغ از ارزش‌گذاری اثبات‌گرایی علاقه‌ای ندارد.^۴

^۱. News Making Criminology

^۲. نجفی ابرندآبادی، پیشین.

^۳. فرجی‌ها، پیشین، ص ۶۴

^۴. Barak, Gregg. *Doing News making criminology from within the academy*, London: Sage publications, 2007, P 192.

گزارش جرم‌شناسی در جرم‌شناسی خبرساز به تلاش‌های آگاهانه و فعالیت‌های جرم‌شناسان برای تفسیر، تأثیر یا شکل دادن به بازنمایی مفاهیم ارزشمند جرم و عدالت اشاره می‌کند. به علاوه، یک گزارش جرم‌شناسی آشکال جنایت و مجازات را با پیدا کردن تصاویری از رسانه‌های گروهی به تصویر می‌کشد. این گزارش به منظور تسهیل یک مشی همگانی در مورد کنترل جرم و جنایت، براساس تحلیل‌های بنیادی و تاریخی پیشرفت‌های سازمانی و نگرش عموم، افکار و گفتار را درباره جنایت و عدالت تحت تأثیر قرار می‌دهد. این گزارش به جرم‌شناسان اجازه می‌دهد که با دانش خود به جلو بیایند و عقاید قابل قبول خود را در عرصه تشکیل سیاست رسانه‌های گروهی به اثبات برسانند. همچنین این گزارش جرم‌شناسان را به گسترش همگانی زبان‌ها و مهارت‌های فنی اساسی برای ارتباط به منظور شرکت در ایدئولوژی جنایت و عدالت دعوت می‌کند.^۱ برای نمونه، نخستین سال‌های عمر طلایی گزارش جرم و جنایت در اخبار تلویزیون محلی در ایالت متحده آمریکا در اواسط جنگ‌های مبارزه با کوکائین (۱۹۸۸ تا ۱۹۹۱) بود. در این زمان، آنچه در رسانه‌ها و مباحثات جنایی حاکم بر سیاست، خشونت و عدالت در تلویزیون و رسانه‌های گروهی قابل ملاحظه بود، کمبود دانشمندان اجتماعی و رفتارگرا به طور کلی و به ویژه، نبود جرم‌شناسان سرشناس بود. این زمان دقیقاً جزو ساعات پربیننده بود و همه مردم به تلویزیون دسترسی داشتند. اگرچه این موقعیت طی ۲۰ سال گذشته تغییر نکرد، همچنان جرم‌شناسی برخلاف سایر شاخه‌های علوم در مباحثات عمومی رسانه‌های گروهی حضور ندارد.

به طور خلاصه، جرم‌شناسی خبرساز از گذشته تا به امروز، یک فراخوان به عمل است؛ به طوری که از جرم‌شناسان می‌خواهد از بی طرفی و عدالت اظهار شده اجتناب کنند. برای مثال، به عنوان یک جرم‌شناس، درک انگیزه روزنامه‌نگاران و گزارشگران علیه جرم و جنایت، به ویژه که برای ساختن گزارش خبری مفید باشد، امری ضروری است و در گزارش اخبار جرم و عدالت دخالت دارد. حتی مهم‌تر از همه، توانایی جرم‌شناسان در ساخت گزارش خبری است تا منابع روزنامه‌نگاری و ارتباطات خود را با کسانی که روابط مطمئن و دوسویه آنان نیاز به حمایت دارد، توسعه دهند؛ به تعبیر دیگر، گزارش جرم‌شناسی امری تصادفی نیست. جرم‌شناسی چیزی ناگهانی مثل پاسخ دادن به تماس تلفنی یا ایمیل از یک گزارشگر ملی یا محلی نیست، بلکه چیزی است که گفت‌وگوهای اساسی دوجانبه و پایدار را در صورت امکان، با روزنامه‌نگارانی که به طور منظم درگیر گزارش‌های جنایت و عدالت هستند، بهبود می‌بخشد.^۲

به عقیده هنری، جرم‌شناسان مانند کارشناسان و روزنامه‌نگاران می‌توانند در محل‌های وقوع حادثه حضور یابند. سسیل گریک این گونه نظرپردازی می‌کند: «اینکه گزارش جرم‌شناسی سعی می‌کند از رسانه‌های گروهی به منظور آوردن یافته‌های حقیقی در مورد جرم برای اکثر مخاطبین استفاده و عموم مردم را آگاه کند، کاری دشوارتر نسبت به تصویری ابتدایی در مورد آن است. این امر نیازمند درکی کامل از چگونگی عملکرد رسانه‌ها و برقراری ارتباطی مفید در شرایط و آشکال مختلف و آمادگی‌های پیشرفته است.» نظریه گریک اساساً درست است. گریک و همکاران وی، براساس تجربیات و تلاش‌های خود اظهار می‌دارند که گزارش جرم‌شناسی امری دشوار است که در واقع، گاهی به موفقیت و اغلب به شکست می‌انجامد. در بازنگری، پی برده شده است که موفقیت معمولاً هنگامی اتفاق می‌افتد که گزارش جرم‌شناس به بررسی کامل اشکال خاص، ساختار و نوع رسانه‌های خصوصی بپردازد. همچنین برای به حداکثر رساندن تأثیرگذاری در به تصویر کشیدن عدالت، جرم، نظم و قانون، لازم است که جرم‌شناس بکوشد از یک گفت‌وگوی مناسب یا سبک گزارشی استفاده کند که با شیوه‌ها و جایگاه‌های مشخص روزنامه‌نگاری سازگار باشد.

^۱ Barak, Gregg. "News making Criminology: Reflections on the Media, Intellectuals, and Crime", *Justice Quarterly*, 5 (4), 1988, P 556.

^۲ فرجی‌ها، پیشین، ص ۶۴

گزارش جرم‌شناسی امکان پیشرفت سیاست‌های تدریجی درمورد قانون، نظم، عدالت و جرم را فراهم می‌آورد. درواقع، امروزه جرم‌شناسان در گزارش‌های خود می‌توانند کار خود را آن‌گونه که بود، انجام دهند. کار کردن با کسانی که در «تلاش برای عدالت» شرکت دارند، این امکان را برای جرم‌شناسان فراهم می‌آورد که در گزارش‌های خود گفتار تدریجی، زبان و تصویری از عدالت و جرم و سرانجام سیاست‌هایی را، که توسط جوامع در مبارزات خود علیه جرم و بی‌عدالتی اقتباس شده است، شکل دهند.

۳. جرم‌شناسی فرهنگی و رسانه‌ها

جرم موضوعی اجتماعی و اقتضای زندگی جمعی انسان‌هاست. مطالعات دقیق حاکی از آن است که ارتباط مستقیمی بین جرم، مجرم و در نتیجه شیوه‌های ارتکاب و پیشگیری با «فرهنگ» وجود دارد. بنابراین، جرم‌شناسی فرهنگی با مفاهیم مختلفی ارتباط می‌یابد که هر کدام از آن‌ها با وقوع یا پیشگیری از جرایم ارتباط تنگاتنگی پیدا می‌کنند. کیفر و اقدامات تأمینی و تربیتی نیز گاه بر همین اساس تعیین می‌شود یا باید با توجه به همین مبانی تعیین شوند. شناسایی تأثیر و تأثر فرهنگ جامعه و جرایم و تحقیق در فرهنگ گروه‌های مجرم، یکی از بهترین معیارها برای برنامه‌ریزی‌های آینده درباره جرم و مجرمان است و بی‌توجهی به این تعامل، ممکن است منجر به شکل‌گیری گروه‌های مجرم، سامان‌دهی و عضوگیری آن‌ها باشد. از لحاظ حقوق داخلی نیز بررسی جرم در بسترهای فرهنگی و ارائه تاریخچه‌ای از مباحث جرم‌شناسی در بسترهای فرهنگی، روش‌شناسی، وضعیت و موقعیت آن در جامعه امروز ایران و به‌ویژه ارتباط بین انعکاس جرایم در رسانه‌ها و مباحث مربوط به جرم‌شناسی فرهنگی بسیار مهم می‌نماید.

برای پی بردن به اهمیت عوامل فرهنگی، می‌توان به نظریه جرم‌شناسی فرهنگی^۱ اشاره کرد که از رویکردهای جدید جرم‌شناسی انتقادی معاصر محسوب می‌شود. جرم‌شناسی فرهنگی درواقع از تأثیرات پست‌مدرنیسم^۲ است. این جرم‌شناسی بر نقش ساختارهای فرهنگی جامعه در ارتکاب جرم و همچنین بازنمایی رسانه‌ای جرم تأکید دارد. این جرم‌شناسی رویکردی کلان و ساختاری دارد و به‌ویژه بر بحث تعارض‌های فرهنگی حاصل از وجود خرده‌فرهنگ‌های

1. Cultural Criminology

۲. اصطلاح پست‌مدرن که به‌عنوان وجه ممیز عرصه معاصر از عرصه مدرن تلقی می‌شود، ظاهراً مضمونی وام‌گرفته از نیچه است. این اصطلاح در علوم اجتماعی، برای دلالت بر رویکردی تازه به روش‌شناسی به کار رفته است. تلخیص معنای پست‌مدرن، دشوار و به عقیده بعضی غیرممکن است. اما به هر حال، برای درک بهتر این پدیده می‌توان پنج مضمون برجسته برای پست‌مدرن مشخص کرد که چهار مورد آن موضوع‌های نقادی آن است و یکی دیگر روش ایجابی آن را تشکیل می‌دهد. پست‌مدرنیسم نوعاً مضامین زیر را مورد نقادی قرار می‌دهد: حضور یا حاضر بودن (در مقابل بازنمایی و ساختن)، منشأ (در مقابل پدیده‌ها)، وحدت (در مقابل کثرت) و تعالی هنجارها (در مقابل درونی بودن آن‌ها). پست‌مدرنیسم نوعاً تحلیلی از پدیده‌ها از طریق غیریت‌سازنده «Constitutive Otherness» پیش می‌نهد. در این خصوص، انکار حضور گاه پست‌مدرنیسم‌ها را به جانشین کردن تحلیل بازنمایی‌های یک چیز به عوض بحث از خود چیز هدایت می‌کند. این بدین معناست که ما با مصداق‌های واقعی و فقط از طریق متن‌ها، بازنمایی‌ها و واسطه‌ها مواجه هستیم. پست‌مدرنیسم بر خلاف مدرنیسم منکر بازگشت یا حتی بازنمایی منشأ، سرچشمه یا هر واقعیت عمیق‌تری پشت پدیده است. پست‌مدرنیسم می‌کوشد تقریباً در همه انواع فعالیت‌های فکری نشان دهد که آنچه دیگران آن را یک واحد، یک وجود یا مفهومی منفرد و تام پنداشته‌اند، یک کثرت است. این تا حدودی انعکاسی است از ساختارگرایی که عناصر فرهنگی (کلمات، معانی، تجربه‌ها و جوامع) را ساخته روابط با عناصر دیگر می‌پندارد. انکار تعالی هنجارها برای پست‌مدرنیسم جنبه‌ای قاطع و تعیین‌کننده دارد. طبق برداشت آن‌ها، هنجارها در زمان و مکان معینی و برای خدمت به منافع معینی خلق شده‌اند و به بافت فکری و اجتماعی معینی وابسته‌اند. استراتژی ایده غیریت‌سازنده در تحلیل هر موجودیت فرهنگی به این معناست که محقق توجه خود را از مضامین مشهور و آشکار اعلام‌شده در یک متن به سوی مضامین به ندرت ذکرشده، عملاً غایب و تلویحاً یا تصریحاً ارزش‌زدایی‌شده معطوف می‌کند.

– کهون، لارنس، *از مدرنیسم تا پست‌مدرنیسم*، تهران: نشر نی، چاپ نهم، ۱۳۹۱، صص ۳ تا ۱۶.

مختلف موجود در جامعه تأکید دارد. جرم‌شناسی فرهنگی که به شکلی خاص در ارتباط با نظریه‌پردازی جرم‌شناس آمریکایی، جف فرل^۱، است، بر اهمیت تصویر، سبک و شیوه‌های ارائه^۲ و شیوه‌هایی تأکید دارد که به شکلی غیرمستقیم و باواسطه به ایجاد جرم و عدالت کیفری کمک کرده‌اند. در این رویکرد، جرم پدیده‌ای خُرده‌فرهنگی تلقی می‌شود که دربارهٔ تعامل‌گرایی نمادین^۳ سازمان می‌یابد. در اینجا، ساخت باواسطهٔ جرم و کنترل آن، با توجه به تعامل‌های میان نظام عدالت کیفری و رسانه‌های جمعی، مورد آزمون قرار می‌گیرد و به این مسئله نیز توجه می‌شود که چطور برخی اعمال جرم محسوب می‌شوند و اعمال دیگر این‌گونه نیستند.^۴ این دیدگاه تقارب فرایندهای فرهنگی و مجرمانه را در زندگی اجتماعی معاصر بررسی می‌کند. به بیان ساده‌تر، جرم‌شناسی فرهنگی به مطالعه و تدقیق شیوه‌های ساخت فرهنگ عمومی (ساختارهای فرهنگی جامعه) و به‌ویژه نقش رسانه‌های جمعی در ساخت جرم و کنترل آن می‌پردازد.^۵

رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی درصدد فهم علت شیفتگی و علاقهٔ مردم به خشونت و جرم در رسانه‌ها و نیز به نمایش گذاشتن جرم و خشونت به‌عنوان تفریح یا منظرهٔ جالب‌توجه است. از این دیدگاه، تمامی جرم‌ها ریشه در فرهنگ دارند و عادات فرهنگی در فرایندهای عمدهٔ قدرت جای گرفته‌اند. بنابراین، جرم‌شناسی فرهنگی آن نگرش‌های رادیکالی که جرم را رفتاری در برابر اقتدار طبقه حاکم می‌داند، مورد حمایت قرار می‌دهد؛ اما برخلاف دیدگاه‌های نخستین، جرم‌شناسی رادیکال، که مقاومت و ایستادگی در برابر طبقهٔ حاکم را امری درونی و فردی می‌دانست، جرم‌شناسی فرهنگی بر ابعاد خارجی این شور و هیجان تأکید دارد.^۶

رشد فرهنگ عامه‌پسند، ظهور سبک‌های جدید زندگی و اهمیت یافتن بازنمایی‌های رسانه‌ای در دو دههٔ اخیر، چشم‌انداز تازه‌ای را در پرداختن به مسائل بزهکاری گشوده است. جرم‌شناسی فرهنگی، به عنوان نقطه تلاقی جرم‌شناسی و مطالعات فرهنگی، با فاصله گرفتن از علت‌شناسی‌های عموماً بیرونی و تأکید مفرط بر زمینه‌های فردی و ساختاری، جرم و مجرم را برساختی اجتماعی نیز تلقی می‌کند که برای فهم آن‌ها الزاماً باید به زمینه‌ها، متن اجتماعی و روابط قدرت در جامعه تأملی جدی داشت.^۷

به شکلی کلی‌تر می‌توان گفت که جرم‌شناسی فرهنگی اشاره به تحلیلی در حال رشد دارد که بر مبنای آن، امروزه بسیاری از جرم‌شناسان نظر به نقش مائثر ساختارهای فرهنگی و به‌ویژه رسانه‌های جمعی^۸ در وقوع جرم دارند.^۹ این مسئله به خودی خود، طبق شواهد و مدارک، بررسی فرهنگی و رسانه‌ای جرم را به‌عنوان بخشی مستقل و حائز اهمیت در جرم‌شناسی مشخص می‌کند. برای مثال، تعداد زیاد مطالب منتشرشده در زمینهٔ رسانه، فرهنگ و جرم و وجود مفهومی به‌عنوان جرم‌شناسی فرهنگی، خود بر نفوذ ظریف تحلیل‌های رسانه‌ای و فرهنگی در زمینه‌های سنتی جرم‌شناسی در سال‌های اخیر تأکید دارد؛ به‌طوری که امروزه همایش‌های جرم‌شناسی دائماً فضا و مباحث بیشتری را به تحلیل‌های

^۱. Jeff Ferrell

^۲. Image, Style and Representation

^۳. Symbolic Interactionism

^۴. مارش، یان، گینور ملویل، کیت مورگان، گارت نوریس و ژنو والکینگتن، *نظریه‌های جرم*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۲۱.

^۵. برای مطالعه بیشتر درخصوص جرم‌شناسی فرهنگی ر.ک: نجفی ابرنآبادی، پیشین، ص ۱۶؛ فریل، جف، «جرم‌شناسی فرهنگی»، ترجمه زهرا نظری، *مجله حقوقی داور*، شماره ۸، ۱۳۹۱؛ دکسردی، پیشین.

^۶. فرجی‌ها، پیشین، ص ۶۲.

^۷. ذکایی، محمد سعید، «جرم‌شناسی فرهنگی و مسئله جوانان»، *مجله جامعه‌شناسی ایران*، دوره ۱۳، شماره ۱ و ۲، ۱۳۹۱، ص ۵۸.

^۸. Mass Media

^۹. Ferrell, Jeff. "Cultural Criminology", *Annual Review of Sociology*, Volume 25, 1999, P 396.

فرهنگی مربوط به بزهکاری نوجوانان، جرایم سازمانی و خشونت‌های خانوادگی اختصاص می‌دهند. از این رو، باید اذعان داشت که جرم‌شناسی فرهنگی بیشتر از آنکه تعریف و نمونه‌ای دقیق داشته باشد، شعاعی از دیدگاه‌های جدید است که به دلیل ارتباط با تصویر، معنا و نماد در مطالعه جرم به یکدیگر مرتبط شده‌اند.^۱ به بیان ساده، جرم‌شناسی فرهنگی سعی می‌کند تا دیدگاه‌های مطالعات فرهنگی را در جرم‌شناسی معاصر وارد کند.

جرم‌شناسی فرهنگی جرم را بر ساخته نظام‌های بازنمایی می‌داند. کلمات «برساخته بودن» و «نظام‌های بازنمایی» در این عبارت نیاز به توضیح دارد. تمامی جامعه‌شناسان و متخصصان علوم انسانی به لحاظ معرفت‌شناسی به دو گروه عمده تقسیم می‌شوند: گروه ذات‌گرایان^۲ و گروه برساخت‌گرایان^۳. ذات‌گرایان معتقدند، همچنان که در علوم طبیعی اشیاء نمادی بیرونی دارند، همه مفاهیم اجتماعی و انسانی نیز نمودی بیرونی و قابل اشاره دارند؛ پس جرم نیز یک واقعیت بیرونی دارد. اما در مقابل، برساخت‌گرایان معتقدند که مفاهیم اجتماعی و انسانی، از جمله جرم، به عنوان یک مفهوم انسانی و اجتماعی، برساخته‌ای فرهنگی و اجتماعی است؛ چیزی که در فرایند اجتماع ساخته می‌شود؛ یعنی برعکس مفاهیم طبیعی ذات خارجی ندارد. در خصوص بازنمایی نیز به صورت مشخص، جرم‌شناسی فرهنگی در سه حوزه، نظام‌های بازنمایی را توضیح می‌دهد:

نخست، حوزه «جرم به عنوان فرهنگ» است.^۴ در نوع جرم‌شناسی، با نظریات مربوط به فرهنگ، خرده‌فرهنگ و امثال این‌ها مواجهیم. در اینجا خرده‌فرهنگ به عنوان تعارض فرهنگی مورد تحلیل قرار می‌گیرد و عاملی است که بر فرد فشار ایجاد می‌کند و فرد بر اثر آن فشار، مرتکب رفتار مجرمانه می‌شود. اما در اثر چرخش فرهنگی، فرهنگ جایگاهی برای مقاومت در نظر گرفته می‌شود. هال و جفرسون کتاب معروفی می‌نویسند با عنوان *مقاومت از طریق مناسک*^۵ و در این کتاب نشان می‌دهند که چگونه جوانان طبقه کارگر فرهنگ را دستاویزی برای مقابله با فرهنگ سرمایه‌داری حاکم می‌کنند. آقای هبداچ کتاب معروفی می‌نویسد با عنوان *خرده‌فرهنگ؛ معنای سبک*.^۶ او در آنجا نشان می‌دهد که چگونه مادها، پانک‌ها و راکرها با نحوه پوشش خود فرهنگ رسمی و گفتمان رسمی را به چالش می‌گیرند و نقض کرده، در برابر آن مقاومت می‌کنند. خانم آنجلیا مک رابی نیز به استراتژی مقاومت زنان می‌پردازد^۷ و بیان می‌کند که خرده‌فرهنگ‌ها بیشتر مردانه و خیابان‌محور و زنان از آن غایب‌اند؛ البته بدین معنا نیست که زنان در مقابل فرهنگ رایج و گفتمان رسمی مقاومت نمی‌کنند؛ اتفاقاً زنان از طریق فضاهای کوچکی در اتاق خواب و فضاهای فشن و رقص، به صورت عمیق‌تری در مقابل فرهنگ رسمی مقاومت می‌کنند. آن چیزی که جرم‌شناسی فرهنگی از آن به «جرم به عنوان فرهنگ» تعبیر می‌کند، جرمی است که در درون یک فرهنگ معنا می‌شود. برای مثال، افرادی که در درون یک فرهنگ زندگی می‌کنند، آنچنان که دیگران رفتاری را مجرمانه می‌پندارند، در نظر نمی‌گیرند؛ به طوری که رفتار مجرمانه در آن فرهنگ عادی می‌شود. در کتاب بکر، با نام *غریبه‌ها: مطالعاتی در جامعه‌شناسی انحراف*،^۸ به خوبی نشان داده شده است که چگونه مصرف‌کنندگان ماری‌جوانا مصرف آن را عادی‌سازی می‌کنند و این مصرف برای آن‌ها معنی دیگری دارد، نه این معنایی

^۱ Ibid.

^۲ Essentialism

^۳ Constructionism

^۴ برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: آشوری، داریوش، *تعریف‌ها و مفهوم فرهنگ*، تهران، نشر آگه، ۱۳۸۰.

^۵ Hall, S. and Jefferson, T. (Editors), *Resistance Through Rituals: Youth Sub-Culture in Postwar Britain*, London: Hutchinson, 1976, P 23.

^۶ Hebdige, D. *Subculture: The Meaning of Style*, London: Methuen, 1979, P 56.

^۷ McRobbie, Angela. *Postmodernism and popular culture*, New York: Routledge, 1994.

^۸ Becker, H. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press, 1963.

که ما تصور می‌کنیم.

دوم، بازنمایی رسانه‌ای^۱ است. جرم‌شناسی فرهنگی نشان داده که معنا هم در نمایش^۲ و هم در بازنمایی^۳ قرار گرفته است. رسانه‌ها برعکس آن تصور ساده‌انگارانه نخستین، صرفاً جرم را نمایش نمی‌دهند؛ بلکه با بازنمایی فرایند مجرمانه، به‌گونه‌ای دستکاری^۴ در مفهوم جرم انجام می‌دهند. این دستکاری معمولاً یا به شکل بدنمایی^۵ یا بیش‌نمایی^۶ صورت می‌گیرد. در اینجا می‌شود به کار کلاسیک استنلی کوهن^۷ تحت عنوان «هراس اخلاقی و شیطان‌های محلی» اشاره کرد.^۸ وی در آنجا نشان می‌دهد که چگونه دو گروه از جوانان در ساحلی در کشور انگلیس منازعه خیلی کوچکی انجام دادند، اما رسانه‌ها با پردازش رسانه‌ای، این قضیه را به مسئله‌ای اجتماعی تبدیل کردند. آ‌هال و همکاران نیز نشان می‌دهند که کیف‌قاپی به‌عنوان مفهوم آمریکایی چگونه در انگلیس توسط رسانه‌های انگلیسی بازنمایی می‌شود و بستری برای مشکل انگاشتن جوانان سیاه‌پوست انگلیسی می‌شود.^۹

سوم، آنجایی که بازنمایی توسط خود نظام عدالت کیفری صورت می‌گیرد و از آن با نام فرهنگ به‌عنوان جرم^{۱۰} یاد می‌شود. در اینجا مداخله‌های کیفری که در فرهنگ صورت می‌گیرد، خودش معنای جدیدی از جرم تولید می‌کند. این مداخله‌های کیفری چه در سطح جرم‌انگاری و چه در سطح رویه‌های قضایی صورت می‌گیرد. به‌صورت خاص می‌توان به تحقیقات میلر اشاره کرد؛^{۱۱} ایشان در کتابش به‌خوبی نشان داده که چگونه سبک گنگ‌های خیابانی توسط اعضای این گنگ‌ها و مأموران تعلیق مراقبتی با مشارکت هم ساخته شده است. ایشان توضیح می‌دهد که مأموران تعلیق مراقبتی برای کنترل کردن گنگ‌های خیابانی بعضی از نمادها و نحوه پوشش این افراد را ممنوع تلقی می‌کنند و با ممنوع تلقی کردن این موارد، ناخواسته در شکل‌گیری آن چیزی که ما سبک گنگ‌های خیابانی می‌نامیم مشارکت دارند. فرل نیز همین تحقیق را در مورد گرافیتی و دیوارنگاره‌ها و سبک هیپ‌هاپ انجام و نشان می‌دهد که چگونه آرای قضایی و جرم‌انگاری‌ها جرم را برمی‌سازند.^{۱۲}

نتیجه آنکه جرم برساخته نظام‌های بازنمایی است؛ یعنی در سطح فرهنگی، رسانه‌ای و عملکرد خود نظام عدالت کیفری. جرم در این فرایند پیچیده که فرل برای توضیح آن از استعاره تالار آئینه^{۱۳} استفاده می‌کند، برساخته می‌شود. وقتی که فرد در تالار آئینه حرکت می‌کند، تصاویر اعوجاج دارند؛ جرم نیز چنین است. آنچه در خرده‌فرهنگ مجرمانه، توسط رسانه‌ها و خود نظام عدالت کیفری تولید شده، همه توسط همین‌ها به نحو دیالکتیک مصرف می‌شود؛ یعنی معنای جرم هم تولید و هم مصرف می‌شود. کسانی که مخاطب معنای جرم‌اند، به‌صورت صددرصد تصویر ارائه‌شده را قبول نمی‌کنند.

1. Media Representation

2. Presentation

3. Representation

4. Manipulate

5. Misrepresentation

6. Over Representation

7. Stanley Cohen

8. Cohen, S. *Folk Devils and Moral Panics*, London: MacGibbon and Kee, New edition, 1972, P 67.

9. Hall, S., Critcher, C., Jefferson, T., Clarke, J. and Roberts, B. *Policing the Crisis*, London: Macmillan, 1978, P 35.

10. Culture as Crime

11. Miller, J. A. *Struggles over the symbolic: gang style and the meanings of social control*, See Ferrell and Sanders, 1995, P 123.

12. Ferrell, Jeff. *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality*, Boston: Northeastern University Press, 1996, P 124.

13. Hall of Mirrors

تحقیقات متعدد این تصور ساده‌انگارانه را، که رسانه‌ها هر چیزی ارائه دهند مخاطبان کاملاً می‌پذیرند، رد کرده است. هال کتاب معروفی با عنوان *رمزگذاری و رمزگشایی در گفتمان تلویزیون*^۱ دارد که نشان می‌دهد بعضی مخاطبان تقابل ستیزه‌جویانه‌ای با این معانی دارند. در این فرایند پیچیده است که معنای جرم برساخته می‌شود. جرم‌شناسی فرهنگی همان‌طور که جرم‌شناسان فرهنگی می‌گویند، یک مکتب^۲ در عرض سایر مکاتب جرم‌شناسی نیست؛ بلکه یک منظر^۳ است. جرم‌شناسی فرهنگی جرم‌شناسی پوزیتیویستی را هم در نقطهٔ عزیمت، هم در متدولوژی و هم در نقطهٔ تأکید به چالش می‌کشد. بر این اساس، جرم‌شناسی فرهنگی در این معنا شاخه‌ای از جرم‌شناسی انتقادی^۴ و تا حدودی نزدیک به جرم‌شناسی پُست‌مدرن^۵ است.

درخصوص رابطهٔ رسانه و جرم، باید توجه داشت که این رابطه همواره در جرم‌شناسی کلاسیک مطرح است، اما جرم‌شناسی فرهنگی به عنوان رویکرد نظری برآمده از مطالعات فرهنگی، برداشت‌های ساده‌انگارانه از این رابطه را به کناری نهاد و معنای جرم را برساخته نظام‌های بازنمایی دانست. هراس اخلاقی تولیدشده توسط رسانه مفهوم جرم‌انگاری را از معنای سنتی آن، که در حقوق کیفری مورد نظر است، فراتر می‌برد و جنبه‌های جدیدی به آن می‌دهد.

تلویزیون به‌عنوان رسانه‌ای فراگیر و عامه‌پسند با پردازش‌های ایدئولوژیک از وقایع اجتماعی نقش مهمی در این فرایند جرم‌انگاری پنهان ایفا می‌کند. یافته‌های برخی از پژوهش‌ها نشان می‌دهد که در گفتمان تلویزیون ایران، تیپ گروهی از جوانان در قالب مصرف‌کنندگان منفعل نمادها، موسیقی زیرزمینی و فرقه‌ها رمزگذاری شده است. از سوی دیگر، گفتمان رسمی پلیسی و قضایی، نخست، خود در برساختن هراس اخلاقی از جوانان از طریق ایجاد دوگانه‌ها و بازتولید اسطوره‌هایی مانند جوانان «پاکدامن و سلیطه» تأثیر دارد و دوم، این برساخته رسانه‌ای را در قالب برساخته‌های حقوقی، مانند جرایم علیه عفت عمومی و اخلاق مصرف می‌کند.^۶

تلویزیون به دلیل گستردگی مخاطب، فراگیری و داشتن نقش کلیدی در برساختن فرهنگ عامه، با تولید و پخش برنامه‌هایی چون سریال‌ها، اخبار جنایی و فیلم‌های مستند، یکی از مهم‌ترین رسانه‌ها در نظام بازنمایی جرایم و انحرافات (به ویژه جوانان) است. این رسانه برنامه‌هایی آکنده از معانی نهفته را پخش می‌کند و می‌کوشد که با مهار این معانی، آن‌ها را به معنایی مرجح تبدیل کند؛ معنایی که کارکرد جهان‌بینی غالب را داشته باشد. دست‌اندرکاران تلویزیون شرح خاص خودشان از یک واقعهٔ پردازش‌نشدهٔ اجتماعی را به‌صورت گفتمان معنادار تلویزیونی ارائه می‌دهند و بدین‌سان تعیین می‌کنند که هر رویداد خام اجتماعی چگونه در گفتمان رمزگذاری شود. اگر این واقعیت رمزگذاری‌شده از تلویزیون به نمایش گذاشته شود، رمزهای فنی و عرف‌های بازنمایی تلویزیون بر آن تأثیر می‌گذارند تا آن برنامه هم به لحاظ فنی پخش‌کردنی باشد و هم واجد متن فرهنگی مناسبی برای بینندگان باشد. تلویزیون تمایل دارد که تصویری واقع‌گرایانه از جامعه عرضه کند و از این‌رو، گفته شده که تلویزیون ذاتاً رسانه‌ای واقع‌گراست؛ البته نه به این معنا که واقعیت محض را نمایش می‌دهد، بلکه به این معنا که توانایی ایجاد یک مفهوم اقناع‌کننده از امر واقعی را دارد. خواست ارائهٔ «تصویر

^۱ Hall, S. *Encoding and Decoding in the Television Discourse*, Birmingham: Centre for Contemporary Cultural Studies, 1973, P 56.

^۲ school

^۳ perspective

^۴ برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص ر.ک: نجفی ابرندآبادی، پیشین؛ دکسردی، پیشین.

^۵ برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص ر.ک: فروزش، روح الله، «جرم‌شناسی پست‌مدرن»، *نشریه زمانه*، دوره جدید، شماره ۹۴، ۱۳۸۹.

^۶ فرجی‌ها، محمد و فرهاد الله‌وردی، «جرم‌انگاری رسانه‌ای: رمزگذاری و رمزگشایی مستند شوک»، *مجله جهانی رسانه*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص ۲۴.

واقع‌گرایانه» در مستندهای تلویزیونی با تأکید بیشتری مورد نظر بوده و این‌رو، این نوع از برنامه‌ها به خوبی می‌توانند گفتمان تلویزیون را نمایندگی کنند. در ایران نیز مطالعه جنبه‌های مختلف بازنمایی رسانه‌ای جرایم و انحرافات اجتماعی که مورد غفلت پژوهش‌های دانشگاهی قرار گرفته، ضروری است. در بستر جامعه ایران، مفاهیم کلاسیک شده‌ای چون هراس اخلاقی و شیطان‌های محلی سویه‌های منحصربه‌فرد و پیچیده‌ای پیدا کرده‌اند که کاملاً قابل توجه و تحلیل است.^۱ یکی دیگر از عناصری که پست‌مدرنیسم بر آن تأکید دارد، رسانه است که منجر به رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی شد. سلطه رسانه در شکل‌دهی به فرهنگ موضوعی عمومی در ادبیات پست‌مدرنیستی است. رسانه‌ها دارای توان هژمونی بر معناها هستند؛ بنابراین می‌توانند یک موضوع را به‌عنوان جرم یا غیر آن معرفی کنند. نورمن دنزین^۲ استعاره جامعه‌شناختی «جامعه‌نمایشی»^۳ را مطرح می‌کند که از طریق آن، جامعه صحنه نمایش رسانه‌ها می‌شود.

به بیان دیگر، جرم‌شناسی فرهنگی رویکردی مداخله‌گرایانه، روش‌شناسانه و نظری در مطالعه رسانه‌ای شدن جرم است که مجرمیت^۴ و کنترل آن را در زمینه فرهنگی قرار می‌دهد و جرم نهادها و سازمان‌های مربوط به کنترل جرم را به‌عنوان فرآورده‌های فرهنگی در نظر می‌گیرد. جرم‌شناسی فرهنگی با تأکید بر موضوعاتی مانند معنای موقعیتی، فرهنگ جوانان، هویت، فضا، سبک و فرهنگ رسانه‌ای در تلاش برای ایجاد یک تئوری پست‌مدرن و مدرن متأخر است.

جرم‌شناسی فرهنگی به تبیین تعاملات چندگانه میان رسانه‌ها، عموم مردم، نقض‌کنندگان قانون و عوامل کنترل اجتماعی توجه می‌کند که از طریق آن‌ها معانی جرم به شکل جمعی ساخته می‌شود. مهم‌ترین ویژگی‌های این رویکرد عبارت‌اند از: تبیین‌های مربوط به همگرایی فرایندها و پویایی‌های جرم و فرهنگ در زندگی روزمره؛ ترکیب شدن موضوعات مطالعات فرهنگی، پست‌مدرنیسم، جرم‌شناسی انتقادی، تعامل‌گرایی، آنارشیسم و تحلیلی گفتمانی/متنی/رسانه‌ای؛ استفاده از روش‌شناسی مردم‌نگارانه برای آشکار کردن موضوعات معنا و بازنمایی؛ بررسی خرده‌فرهنگ‌های منحرف به‌عنوان جایگاه‌های جرم‌نگاری؛^۵ تبیین نقش احساسات عاطفی، اوقات فراغت و لذت‌جویی^۶ در فرایندهای جرم.

بنابراین از دید جرم‌شناسی فرهنگی، در مسیر مطالعه جرم علاوه بر خود عمل مجرمانه و صحنه جرم، اطلاعات، اخبار و بازنمایی‌های مربوط به آن در جامعه نیز حائز اهمیت‌اند. از این‌رو، جرم‌شناسان فرهنگی شبکه‌های ارتباطی نظیر رسانه‌ها و انواع خرده‌فرهنگ‌ها، مخاطبان و جریان بازخورد معانی و تصاویر را بررسی می‌کنند. بدین‌سان، جرم‌شناسان فرهنگی رسانه‌ها را به‌طور خاص مطالعه و نیز در بخشی دیگر از مطالعات خود، خرده‌فرهنگ‌های انحرافی را به‌عنوان پایگاه شکل‌گیری و وقوع فعالیت‌های مجرمانه بررسی می‌کنند. آنان به خرده‌فرهنگ‌های انحرافی به‌عنوان خرده‌فرهنگ‌هایی ضد‌مردمی و نیز عرصه‌های فرهنگی موازی با فرهنگ اصلی جامعه می‌نگرند. به‌طوری که فضا در این عرصه‌ها، تفکرات شیوه‌های رفتاری مخالف با فرهنگ اصلی اجتماع را ایجاد و ترویج می‌کنند.

بدین‌ترتیب، در شکل‌دهی جرم‌شناسی فرهنگی، دیدگاه‌های مختلف جامعه‌شناسی، مطالعات فرهنگی و پست‌مدرنیسم نقش‌آفرین‌اند و همین واقعیت علمی سبب توجه این دیدگاه به تفاوت‌های معنایی نزد افراد و گروه‌های مختلف اجتماعی، تأثیر ساختار قدرت در جهت‌دهی به تعریف جرایم و نیز دنیای متغیر نمادین امروزی می‌شود که به‌طور مداوم نمادها، معانی و الگوهای رفتاری جدیدی را با خود به همراه دارد. علاوه بر این، جرم‌شناسی فرهنگی تمرکز خاصی بر خرده‌فرهنگ‌ها

^۱. همان، ص ۲۷.

^۲. Norman Denzin

^۳. Dramaturgical

^۴. Criminality

^۵. Criminalization

^۶. Pleasure

و گروه‌های حاشیه‌ای و منحرف دارد و درصدد نشان دادن این واقعیت اجتماعی است که چگونه این گروه‌ها از طریق سبک‌ها، هنجارها و ارزش‌های فرهنگی خود به‌طور روزمره به نقض قوانین کیفری می‌پردازد و با این شیوه از خود مقاومت نشان می‌دهند.^۱

به عبارتی، سنت جرم‌شناسی فرهنگی با بیان ضرورت انتخاب نگاهی متفاوت به مسئله جرم و فراتر رفتن از نگاه‌های سنتی، متن اجتماعی و فرهنگی ظهور فعالیت‌های مجرمانه را مطالعه می‌کند و توجه ویژه‌ای به ساختارهای قدرت، تفاوت‌ها و تضادهای معنایی، انتقال پیام رسانه‌ای و خرده‌فرهنگ‌ها دارد که این تنوع مفهومی و نظری، جهت‌گیری روش‌شناسی جرم‌شناسی فرهنگی را در تفاوتی آشکار با سنت کمی‌گرایانه جرم‌شناسی‌های سنتی و متمایل به «روش‌شناسی کیفی» (به‌ویژه قوم‌شناسی، مشاهده و نشانه‌شناسی و تحلیل محتوای کیفی) قرار می‌دهد. جرم‌شناسی فرهنگی به بیان فرل، نیازمند فهمی جرم‌شناختی است که پژوهش‌گر را عمیقاً در میدان و صحنه مطالعه وارد و او را آماده ارائه تحلیلی فراتر از موقعیتی، که جرم در آن واقع شده است، می‌کند. از سویی دیگر، بررسی انتقادی و تیزبینانه اقسام متون تولیدشده در فرهنگ رسانه‌ای، همانند فیلم، کتاب، تصاویر تلویزیونی، فضای مجازی و...، روش جایگزینی را شکل می‌دهد که با فنون معمول تحلیل محتوا و نشانه‌شناسی هم‌خوانی بیشتری دارد.^۲

دیدگاه جرم‌شناسی فرهنگی مبنی بر اینکه معنای جرم همواره در حال ساخته شدن است، در مطالعه دنیای معاصر تماشاگران برنامه‌های رسانه‌ای، به‌ویژه ابررسانه‌ها، به‌طور خاص به چشم می‌آید؛ ابررسانه‌ها نیز فناوری‌های ارتباطی سازمان‌یافته و در ابعاد وسیع‌اند. دلیل تمایز و برتری ابررسانه‌ها توانایی آن‌ها در برقراری ارتباط میان گروه کوچکی از مردم با هزاران و حتی میلیون‌ها فرد است. در این رابطه، جرم‌شناسان فرهنگی توجه خاصی به رسانه‌های جمعی در سطوح مختلف دارند. جرم‌شناسی فرهنگی با اعتقاد به تأثیر تصاویر و معانی ارائه‌شده از سوی رسانه‌ها بر ذهن و رفتار مردم جامعه به بهره‌گیری از شیوه تحلیل محتوای متون رسانه‌ای سخت‌پایند و به‌ویژه، به مطالعه وحشت بزرگ‌نمایی‌شده از بزهکاری و ترس اخلاقی تولیدشده درباره این پدیده، که محصول فرایندهای رسانه‌ای است، توجهی خاص دارد.

البته با تمامی این اوصاف، جرم‌شناسی فرهنگی بر رابطه رسانه با جرم از طریق بررسی قابلیت پست‌مدرن جرم برای تبدیل شدن به سرگرمی و کالا تأکید می‌کند. جرم‌شناسان فرهنگی در این زمینه بیان می‌دارند که در جریان شکل‌گیری جرم به‌عنوان نگرانی‌های اجتماعی- فرهنگی و حقوقی، رسانه‌ها بدین پدیده‌ها، شکل سرگرمی نیز می‌بخشند. از منظر جرم‌شناسی فرهنگی، با توجه به حجم فعالیت رسانه‌ها در تبدیل جرم به سرگرمی، همه ما به‌عنوان مخاطبان محصولات رسانه‌ای نه‌فقط هدف تصاویر و برنامه‌های مشخصی درخصوص بزهکاری هستیم، بلکه به‌طور مشابه هدف فرایند کنایه‌آمیزی قرار می‌گیریم که سبب لذت بردن ما از مصیبت، مرگ و تباهی می‌شود؛ به‌گونه‌ای که خودمان درد، غم و ترس را به‌عنوان سرگرمی انتخاب می‌کنیم. به همین دلیل جرم‌شناسان فرهنگی، که به تحقیق پیرامون رسانه‌های معاصر می‌پردازند، به بررسی فیلم‌ها، موسیقی‌ها و برنامه‌های تلویزیونی عامه‌پسند همان اندازه تأکید و تمرکز دارند که بر مطالعه ساختار اخبار و اطلاعات جنایی منتشره از رسانه‌ها. پس فعالیت‌های اخیر جرم‌شناسان فرهنگی در این زمینه بیشتر متوجه برنامه‌ها و فیلم‌های محبوب و پربیننده تلویزیونی بوده است؛ برنامه‌هایی که به بازسازی رویدادهای جنایی واقعی می‌پردازند. از این منظر، با نمایش فیلم‌های مستند و صحنه‌های بازسازی‌شده از وقایع مجرمانه، تصاویر گوناگون و بعضاً

۱. آقایی، سارا، «تحلیل جرم در جرم‌شناسی فرهنگی»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳، ص ۵۰.

۲. ذکایی، پیشین.

متضادی از جرم، عدالت کیفری و فعالیت‌های نیروی پلیس ارائه می‌شود؛ تصاویری که در برخی موارد ترسی اغراق‌شده از بزهکاری را در بطن جامعه می‌پروراند.

نتیجه‌گیری

دولت‌ها تلاش می‌کنند که از طریق افزایش ترس عمومی دربارهٔ افرادی که به‌طور علنی در خیابان‌ها به خشونت متوسل می‌شوند، توجه مردم را از بحران‌های سیاسی و اقتصادی منحرف و به‌سمت جرایم خشونت‌آمیز معطوف کنند. در نتیجه، سیاست‌مداران نه‌فقط با بازنمایی رسانه‌ای گستردهٔ جرایم خشونت‌آمیز مخالفت نمی‌کنند، بلکه از آن استقبال می‌کنند. از این‌رو، اگرچه تهیهٔ یک گزارش خبری موفق در رویکرد جرم‌شناسی خبرساز کاری پیچیده است، کارشناسان باید گفت‌وگوهای خود را براساس نوع و ساختار مناسب طراحی کنند. همچنین آن‌ها باید از مطرح کردن موضوعاتی که برای مداخلهٔ جرم‌شناسی مناسب و هدایت‌کننده نیستند، پرهیز کنند. از آنجا که جرم‌شناسی انتقادی به‌عنوان رهیافتی نو در مکتب‌های جرم‌شناسی به تحلیل اقتصاد سیاسی جرم، انحراف و تبیین رابطه میان ساختار اجتماعی نظام‌های سرمایه‌داری و رفتارهای بزهکارانه می‌پردازد، گزارش خبری جرم‌شناسان باید به‌جای ساختارهای خبری یا رسانه‌های جمعی، ساختارهای متضاد و مغایر و همچنین ساختارهای گزارش‌نویسی و گزارش را دربر گیرد (ساختار گزارش‌نویسی کلاسیک که براساس چرخه‌های تولید روزانه اخبار تلویزیون عمل می‌کند، اطلاعات و وقایع روز را منتقل می‌کند که حقایق بی‌روح و پیچیده را بیان می‌کند. به عبارتی، ساختارهای گزارش‌نویسی دیدگاهی تک‌بعدی و جزئی از واقعیت را امکان‌پذیر می‌کنند که در آن تمرکز بر وقایع و واکنش‌های شدید است، نه بر شرایط اصلی، علت‌های احتمالی یا انگیزه‌ها. اما ساختار گزارش اغلب ساختاری مفید و نسبتاً پیچیده است که برای بررسی تضادها و منابع آن‌ها، پویایی و تأثیر را بیان می‌کند. این ساختار راه‌هایی را برای تولید درک عمیق‌تر فراهم می‌کند؛ همان‌طور که گزارش‌های خبری بیشتری را در نظر می‌گیرد تا گزارش‌های خبری کمتر. ساختارهای گزارش شبیه به سبک‌های مستند است و برخلاف ساختارهای گزارش‌نویسی، توصیفات ارزشمندی از واقعیت را ارائه می‌دهند و همیشه طرح گزارش و رویداد را از «آنچه که هست» به «آنچه که باید باشد» تغییر می‌دهند. ضمن آنکه با استفاده از فیلم، ویدئو و ابزارهای کمکی دیگر و سایر اسناد و مدارک، ساختارهای گزارش، خود را مانند ناظران حاضر در مکان یا فضای مجازی قرار می‌دهند و به‌عنوان شاهدان عینی از فراسوی ساختارهای دوگانهٔ حقیقت و توهم حرکت می‌کنند و وارد علم شناخت احساسات انسان می‌شوند). گزارش جرم‌شناسان در زمینهٔ ساختارهای گزارش، نسبت به ساختارهای گزارش‌نویسی، ممکن است نتیجه‌بخش باشد، اما این ساختارها پیچیده‌ترند، زیرا هریک از این ساختارهای نمونه می‌توانند به صورت‌های مختلف و براساس اشکال ارتباطی تحلیلی یا گزاره‌ای (مغایر) و هنری یا عاطفی (اجماع) سوق داده شوند.

جرم‌شناسان انتقادی در تحلیل فرایند جرم‌انگاری به گفتمان ابزارگرایی کیفری می‌پیوندند. این گفتمان قانون کیفری را در بسترهای مختلف، ابزاری برای دستیابی به منافع گروهی خاص می‌داند. ساختارهای پیشین بر ابزارهای کمکی دیداری مانند پیامد و تاکتیک‌های تروریسم تمرکز می‌کنند و ساختارهای دیگر، شامل موادی در مورد اهداف، غرایض و دلایل می‌شوند. این‌ها همگی نشان داده‌اند که خواه درمورد گزارش خبری تروریسم در خاورمیانه و خواه آمریکای شمالی صحبت کنیم، می‌توان ترکیبی از وقایع و عناوین و همچنین ساختارهای دیگر را برای نشان دادن تروریسم یا ضدتروریسم تشخیص داد. پس ارتباط میان گزارش جرم‌شناسی و شکل‌گیری سیاست عمومی قابل مشاهده است. باین‌حال، گزارش جرم‌شناسی به‌عنوان دیدگاهی در مورد نظریه، تجربه و مطالعهٔ ارتباطات گسترده و تصویر و ساختاری اجتماعی از عدالت و جرم، هنوز

به‌طور کلی روشی ارزشمند برای درک اساسی اعمال جرم‌شناسی گسترده‌تر و به‌ویژه جرم‌شناسی اجرایی است که نقش‌ها و عملکردهای مشترکی در اجرای بخشی از سیاست‌مداری سرمایه‌داری و لیبرالیسم خصوصی را بر عهده دارد.

منابع

کتاب

۱. آشوری، داریوش، **تعریف‌ها و مفهوم فرهنگ**، تهران: نشر آگه، ۱۳۸۰.
۲. دکسردی، والتر، **جرم‌شناسی انتقادی معاصر**، ترجمه و تحقیق: مهرداد رایجیان اصلی و حمیدرضا دانش‌ناری، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۳. کهون، لارنس، **از مدرنیسم تا پست‌مدرنیسم**، تهران: نشر نی، چاپ نهم، ۱۳۹۱.
۴. مارش، یان، گینور ملویله، کیت مورگان، گارت نوریس و ژنو والکینگتن، **نظریه‌های جرم**، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، **جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم (درآمد ویراست دوم)**، در: دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰.

مقاله

۶. ذکایی، محمد سعید، «جرم‌شناسی فرهنگی و مسئله جوانان»، *مجله جامعه‌شناسی ایران*، دوره ۱۳، شماره ۱ و ۲، ۱۳۹۱.
۷. صادقی، سهیلا و ستار پروین، «جرم: برساخته ذهنیت، گفتمان و قدرت»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، دوره ۱۳، شماره ۳۳، ۱۳۹۰.
۸. فرجی‌ها، محمد و فرهاد الله‌وردی، «جرم‌انگاری رسانه‌ای: رمزگذاری و رمزگشایی مستند شوک»، *مجله جهانی رسانه*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۳.
۹. فرجی‌ها، محمد، «بازتاب رسانه‌ای جرم»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، جلد ۶، شماره ۲۲، ۱۳۸۵.
۱۰. فروزش، روح‌الله، «جرم‌شناسی پست‌مدرن»، *نشریه زمانه*، دوره جدید، شماره ۹۴، ۱۳۸۹.
۱۱. فریل، جف، «جرم‌شناسی فرهنگی»، ترجمه زهرا نظری، *مجله حقوقی داور*، شماره ۸، ۱۳۹۱.
۱۲. گسن، رمون، «گرایش‌های نو در جرم‌شناسی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۶۵.

رساله

۱۳. آقای، سارا، «تحلیل جرم در جرم‌شناسی فرهنگی»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.

References

Books

1. Ashouri, Dariush, *Definitions and Concept of Culture*, Tehran: Agah Publishing, 2001. (in Persian)
2. Barak, Gregg. *Doing News making criminology from within the academy*, London: Sage publications, 2007.
3. Becker, H. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press, 1963.
4. Cohen, S. *Folk Devils and Moral Panics*, London: MacGibbon and Kee, New edition, 1972.
5. Dexerdi, Walter, *contemporary critical criminology*, translated and researched by: Mehrdad

- Rayejian Asli and Hamid Reza Danesh-Nari, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2015. (in Persian)
6. Ferrell, Jeff. *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality*, Boston: Northeastern University Press, 1996.
 7. Hall, S. *Encoding and Decoding in the Television Discourse*, Birmingham: Centre for Contemporary Cultural Studies, 1973.
 8. Hall, S., Critcher, C., Jefferson, T., Clarke, J. and Roberts, B. *Policing the Crisis*, London: Macmillan, 1978.
 9. Hall, S. and Jefferson, T. (Editors), *Resistance Through Rituals: Youth Sub-Culture in Postwar Britain*, London: Hutchinson, 1976.
 10. Hebdige, D. *Subculture: The Meaning of Style*, London: Methuen, 1979.
 11. Kahun, Lawrence, *From Modernism to Postmodernism*, Ninth Edition, Tehran: Ney Publishing, 2012. (in Persian)
 12. Marsh, Ian, Gainor Melville, Keith Morgan, Garth Norris and Zeo Walkington, *Theories of Crime*, Translated by Hamid Reza Malek Mohammadi, First Edition, Tehran: Mizan, 2010. (in Persian)
 13. McRobbie, Angela. *Postmodernism and popular culture*, New York: Routledge, 1994.
 14. Miller, J. A. *Struggles over the symbolic: gang style and the meanings of social control*, See Ferrell and Sanders, 1995.
 15. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Criminology at the beginning of the third millennium (Second Edition Introdtion)*, In: Encyclopedia of Criminology, Tehran: Ganj-e-Danesh, Second Edition, 2011. (in Persian)

Articles

16. Barak, Gregg. "News making Criminology: Reflections on the Media, Intellectuals, and Crime", *Justice Quarterly*, 5 (4), 1988.
17. Farajiha, Mohammad and Farhad Allah-Verdi, "A Study on the Media Construction of Criminality: Encoding and Decoding "Shock" Documentary Media coverage of crime", *The Global Network of Communicaion Scholars*, Volume 9, Issue 1, 2014. (in Persian)
18. Farajiha, Mohammad, "The Media Rflction of Crime", *Social Welfare Quarterly*, Volume 6, Issue 22, 2006. (in Persian)
19. Ferrell, Jeff. "Cultural Criminology", *Annual Review of Sociology*, Volume 25, 1999.
20. Friell, Jeff, "Cultural Criminology", Translated by: Zahra Nazari, *Legal Journal of Davar*, Issue 8, 2013. (in Persian)
21. Frouzesh, Rouhollah, "Post-modern criminology", *Zamaneh Magazine*, New Volume, Issue 94, 2010. (in Persian)
22. Gasan, Ramon, "New Trends in Criminology", Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand-Abadi, *Legal Research Quarterly*, Volme 2, Issue 2, 2016. (in Persian)
23. Henry, S. "News making Criminology as Replacement Discourse", In: Barak, Gregg, *Media, Process, and the Social Construction of Crime: Studies in News making Criminology*, New York: Garland, 1994.
24. Sadeghi, Soheila and Sattar Parvin, "Crime: Constructed by Mentality, Discourse and Power", *Law and Politics Research Quarterly*, Volume 13, Issue 33, 2011. (in Persian)
25. Zokaei, Mohammad Saeed, "Cultural criminology and the youth problem", *Iranian Journal of Sociology*, Volume 13, Issues 1 & 2, 2012. (in Persian)

Thesis

26. Aghaei, Sara, "Crime analysis in cultural criminology", Doctoral Dissertation in criminal law and criminology, Faculty of Law, *University of Tehran*, 2014. (in Persian)



Original Article

The Nature and Consequences of Court Decisions in Interpreting Arbitrator's Decision

Reza Raeisi¹, Alireza Iran Shahi², Hamidreza Salehi³

ABSTRACT

While the words of the arbitrator's decision at the time of issuance could be quite expressive and unequivocal, they may become vague at the time of its execution or even afterwards. Admittedly, there is no overall consensus amongst the jurists in determining the authority for interpreting the arbitration decision. Nonetheless, the courts in accordance with the obligation imposed upon them by Article 149 of the Constitution are—at least in cases of the arbitrator's death or occurrence of their incapacity thereof as well as in the case of secondary judicial supervision over their decision—compelled to interpret the arbitrator's decision and decide whether to endorse or rebut the application for enforcement and execution. In addition to the aforementioned decisions, the arbitration decision issued by a foreign arbitrator may need to be interpreted to clarify the arbitrator's intent. The nature and effects of the courts' decisions as the interpreters of the arbitrators' award are the focus of this study. Although unlike rectification it is highly likely to witness alterations in the nature of the decision during the interpretation of the arbitrator's decision, the nature of the court's decision as the interpreter of the arbitrator's decision is not transparent. In case this decision is made in a form other than court's verdict, the involved parties will be bereft of the right to appeal, thereby incurring injustice and violation of the rights. The present Article is aimed at explicating the nature of the courts' decisions as the authoritative agency in interpreting the arbitrator's decision.

KeyWords: Arbitrator's Decision, Interpretation of Decision, Court, Nature, Effects

How to Cite: Raeisi, Reza, Iran Shahi, Alireza, Salehi, Hamidreza, "The Nature and Consequences of Court Decisions in Interpreting Arbitrator's Decision", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:203-220.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232421.2551>

Received: 29/07/2023-Accepted: 24/12/2023

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Payam-e- Noor University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: reza.raeisi@student.pnu.ac.ir

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Payam-e- Noor University, Tehran, Iran

3. Assistant Professor, Faculty of Law, Payam-e- Noor 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/>).



ماهیت و آثار تصمیمات دادگاه در تفسیر رأی داور

رضا رئیسی^۱، علیرضا ایرانشاهی^۲، حمیدرضا صالحی^۳

چکیده

بسیار اتفاق می‌افتد که عبارات رأی داور در زمان صدور، کاملاً رسا و وافی به مقصود به نظر می‌رسند؛ ولی ابهام و اجمال آن، در زمان صدور اجرائیه یا حتی بعد از آن عیان می‌شود. صرف‌نظر از اختلافی که بین حقوق‌دانان در تعیین مرجع تفسیر رأی داور وجود دارد، محاکم به‌موجب تکلیفی که اصل ۱۴۹ قانون اساسی برعهده آن‌ها نهاده است، حداقل در موارد فوت داور یا عارض شدن حجر بر وی و همچنین در مقام اعمال نظارت قضایی ثانویه، ناگزیرند رأی داور را تفسیر و درباره پذیرش یا عدم پذیرش تقاضای صدور اجرائیه، اتخاذ تصمیم کنند. علاوه بر آرای مذکور، ممکن است آرای صادره از داوری خارجی نیز نیاز به تفسیر داشته باشند. ماهیت و آثار تصمیمات محاکم در مقام تفسیر رأی داور موضوع این مقاله است. اگرچه برخلاف تصحیح، احتمال تغییر ماهیت رأی هنگام تفسیر آن وجود دارد، ولی ماهیت تصمیم دادگاه در مقام تفسیر رأی داور به‌روشنی مشخص نیست. چنانچه این تصمیم در قالبی غیر از رأی اتخاذ شود، طرفین امکان اعتراض به آن را نخواهند داشت که می‌تواند منتهی به بی‌عدالتی و تضییع حقوق اصحاب دعوا شود. این نوشتار درصدد تبیین ماهیت تصمیمات دادگاه در مقام تفسیر رأی داور است.

کلید واژگان: رأی داور، تفسیر رأی، دادگاه، ماهیت، آثار.

استناد به این مقاله: رئیسی، رضا، ایرانشاهی، علیرضا، صالحی، حمیدرضا، «ماهیت و آثار تصمیمات دادگاه در تفسیر رأی داور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۲۲۰-۲۰۳.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232421.2551>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۳

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: reza.raeisi@student.pnu.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام‌نور، 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

اشخاص می‌توانند برای حل اختلافات موجود یا آتی خود توافق کنند که به‌جای مراجعه به دادگاه از نهاد داوری استفاده کند. بهترین داوران نیز مثل سایر افراد دچار اشتباه، نسیان و اجمال‌گرایی می‌شوند. برای رفع این اجمال و ابهام، تفسیر رأی اجتناب‌ناپذیر است. دربارهٔ داورهای بین‌المللی در قانون داوری تجاری بین‌المللی، داور ظرف سی روز بعد از صدور رأی، رأساً و سی روز پس از ابلاغ رأی به درخواست یکی از طرفین وظیفه دارد از رأی خود رفع ابهام و اجمال کند. در خصوص تفسیر آرای داوری ملی (داخلی صرف) و خارجی مطلقاً و داورهای بین‌المللی بعد از مهلت‌های مذکور، هیچ قانون و مصوبه‌ای وجود ندارد. دربارهٔ مرجع تفسیر آرای داوری بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. صرف‌نظر از این اختلاف‌نظرها، در برخی موارد که به دلیل حجر یا فوت داور یا مواقعی که رأی توسط داور خارجی انشا شده است؛ محاکم در مقام حمایت از رأی داور و اعمال نظارت قضایی ثانویه، ناگزیرند ابهام و اجمال رأی را مرتفع کنند. علاوه بر اختلاف نظر مذکور، در تعیین دادگاه صالح برای تفسیر نیز با چالش‌هایی مواجهیم. حال سؤال این است که تصمیم دادگاه در مقام تفسیر رأی داور چه مائتی دارد؟ این تصمیم چه آثاری در حقوق و تکالیف طرفین پرونده دارد؟ آیا دادگاه در قالب دستور قضایی اظهار نظر می‌کند؟ آیا این تصمیم در قالب رأی انشا می‌شود؟ اگر چنین است، حکم است یا قرار؟ آیا قابلیت تجدیدنظرخواه دارد؟ آیا از اعتبار امر مختومه برخوردار است؟ آیا می‌توان این تصمیم را موضوع دعوای ابطال قرار داد؟ در این نوشتار، موضوعات مذکور مورد کنکاش و بررسی قرار گرفته‌اند.

۱. تعیین مرجع صالح برای تفسیر رأی داور

تفسیر^۱ در لغت، معنی کلامی را بیان کردن، واضح و آشکار ساختن معنی سخن، شرح و بیان^۲ و پیدا کردن سخن و واکردن خبر پوشیده^۳ آمده است. تفسیر در اصطلاح فرایندی است که به موجب آن، معنی یک قانون، وصیت‌نامه، قرارداد یا هر مدرک دیگری مشخص می‌شود.^۴ در ادبیات حقوقی، تفسیر قرارداد یا هر مدرک دیگری به معنی تعیین و تشخیص مفاد آن به منظور رفع ابهام یا سکوت یا تناقض است.^۵ رأی زمانی مبهم به شمار می‌آید که عباراتی نظیر «ممکن است»، «فکر می‌کنم» و ... در آن به کار رفته باشد.^۶ ابهام و اجمال سبب سست شدن، کاهش اقتدار و احتمالاً غیرقابل اجرا شدن رأی می‌شود.^۷

اولین و بنیادی‌ترین مبنای داوری توافقی است که در این خصوص بین طرفین منعقد می‌شود.^۸ اگر طرفین در متن توافق‌نامه یا شرط داوری حق تفسیر رأی را برای داور در نظر گرفته باشند؛ بدون شک، هیچ مقام دیگری حق دخالت و تفسیر رأی را نخواهد داشت.^۹ مقنن در ماده ۲۸ قانون اجرای احکام مدنی تکلیف مرجع حل اختلاف‌های ناشی از اجرای

^۱. Interpretation

^۲. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، جلد ۱، تهران: اشجع، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۵۱۵.

^۳. پادشاه، محمد، *فرهنگ جامع فارسی (آندراج)*، جلد ۳، انتشارات کتاب فروشی خیام، چاپ دوم، ۱۳۶۳، ص ۱۱۴۴.

^۴. Henri, G. *Contracts for the Sale of Goods*, New York: Oceana Publication, 2004, P 420.

^۵. امینی، عیسی، ربیعا اسکینی و امید رشیدی، تفسیر شرط داوری اجباری، «فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی»، دوره ۹، شماره ۳۲، ۱۳۹۹، ص ۶۸.

^۶. Kahneman, D. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, First Edition, 1998, P 3.

^۷. Frisch, D. "The effect of Ambiguity on Judgment and Choice", *University of Pennsylvania*, 1988, P 9.

^۸. Born, B. G. *International Commercial Arbitration*, Volume 2, Kluwer Law International Netherlands, 2015, P 2130.

^۹. ایرانشاهی، علیرضا، *اعتراض به رأی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.

رأی داور را تعیین کرده است؛ ولی علی‌رغم این که در مقام بیان بوده، درباره رفع ابهام و اجمال از رأی داور سخنی به میان نیاورده است.

داور موظف است رأیی صادر کند که قابلیت اجرا داشته باشد.^۱ اما آیا می‌توان هر نوع اجمال و ابهامی در رأی داور را مشمول ماده ۱۱ قانون اجرای احکام مدنی دانست و قائل به عدم جواز صدور اجرائیه یا ابطال اجرائیه از سوی دادگاه صادرکننده اجرائیه شد؟ در این گونه موارد به استناد قاعده میسور^۲ «مَا لَا يُدْرِكُ كَلَّهُ لَا يُتْرَكُ كَلَّهُ»، تا جایی که امکان‌پذیر است باید راهی برای اجرای رأی داور پیدا کرد.^۳ در مواردی که با رأی مبهم و مجمل داور مواجهیم، بهترین گزینه برای پرهیز از ابطال استفاده از فرایند تفسیر است.^۴

درباره این موضوع، از یک سو داور با صدور رأی سَمَتَش منتفی شده است و حق دخالت ندارد و از سوی دیگر، دادگاه اگرچه حق دخالت دارد، چگونه می‌تواند ضمن تفسیر رأی داور از محدوده آن خارج نشود؟^۵ البته پذیرش حق دخالت برای دادگاه، آن‌چنان که این نویسنده بیان نکرده است، آشکار نیست. منطق تفسیر و اصل استقلال داور، پذیرش صلاحیت داور برای تفسیر را آسان می‌کند، ولی استثنایی بودن صلاحیت داور و عدم امکان قیاس داور با دادرس باعث نفی این عقیده می‌شود.^۶ درخصوص مرجعی که وظیفه رفع ابهام و اجمال رأی را برعهده دارد، اختلاف‌نظر وجود دارد.^۷ توجه به اصول حاکم بر داوری می‌تواند در تعیین مرجع صالح راه‌گشا باشد. از جمله اصول و ویژگی‌های حاکم بر داوری می‌توان به اصل سرعت،^۸ اصل تخصص، اصل محرمانگی^۹ و اصل بهینه بودن داوری (ارزان‌تر بودن داوری) اشاره کرد. برای توجیه تفسیر توسط داور می‌توان گفت، از آنجایی که داور وظیفه خود را در صدور یک رأی کامل و قابل اجرا به‌درستی انجام نداده است،^{۱۰} باید وظیفه ناتمام خود را کامل کند؛ زیرا تعهدی که داور براساس موافقت نامه داوری بر عهده گرفته است، تعهدی به نتیجه است.^{۱۱} علاوه بر این، قصد طرفین از مراجعه به داور عدم دخالت دادگاه در صدور رأی است. نکته دیگری که نباید از نظر دور داشت، این است که تفسیر متضمن بررسی مجدد رأی یا اقامه دلیل جدید نیست.^{۱۲} بنابراین تفسیر رأی توسط

۱. Moses, M. L. *Inherent and Implied Power of Arbitrators*, Loyola University Chicago School of law, 2014, P 1.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، *قواعد فقهیه*، جلد ۱، قم: نشر مدرسه امیرالمومنین، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۵۵۰.

۳. بجنوردی، محمد حسن، مهدی مهریزی و محمد حسین درایی، *قواعد فقهیه*، جلد ۴، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۱۲۷.

۴. خدابخشی، عبدالله و مریم عابدین‌زاده شهری، «نقش داور بعد از صدور رأی»، *فصلنامه حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، ص ۲۱۰.

۵. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۹، ص ۶۲۱.

۶. میرشکاری، عباس و محمد کاظم مهتاب‌پور، «مرجع صالح برای تفسیر رأی داور»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۰، شماره ۳،

۱۳۹۹، ص ۵۹۱.

۷. همان، ص ۵۹۲.

۸. آذربایجانی، علیرضا و محمدرضا سماواتی‌پور، «تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوری»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، شماره

۲، ۱۳۹۳، ص ۳۲۹.

۹. بهمنی، محمد علی و رضا باستانی‌نامقی، «اصل حاکمیت اراده و محدودیت‌های آن در تحصیل دلیل در داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری

بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹، ص ۱۰۰.

10. Homi, Kaiyan. *Interpretation and Revision of International Boundary Decision*, Cambridge University Press, 2007, P 103.

۱۱. میرشکاری، عباس و محسن سلیمی، «موضوع و ماهیت تعهد داور»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۴، ۱۳۹۷، ص ۷۵۲.

۱۲. خدابخشی، عبدالله، *حقوق دعاوی، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی*، جلد ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۳۵۵.

داور با قاعده فراغ دادرس مغایرتی ندارد و داور پس از اتمام داوری می‌تواند گرد ابهام و اجمال را از چهره رأی خود بزدايد.^۱ اختیار دیوان داوری برای تفسیر آرای خود در بسیاری از نظام‌های دارای حقوق‌نویشته، مانند برزیل، آلمان، سوئد، مکزیک و در برخی از کشورهای نظام کامن‌لا، از قبیل انگلستان، کانادا، آمریکا و مالزی به رسمیت شناخته شده است.^۲ ناگفته پیداست که اظهارات شخص نویسنده درباره متنی که نوشته است از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.^۳ بنابراین پذیرش صلاحیت داور برای تفسیر رأی، مطابق با رویه‌های مدرن دنیای داوری است.^۴

ممکن است ایراد شود که مقنن در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (ماده ۴۸۷)، بعد از اتمام مهلت داوری و در قانون داوری تجاری بین‌المللی (بند یک ماده ۳۲) یک ماه بعد از ابلاغ رأی، حتی اجازه تصحیح رأی را نیز به داور نداده است؛ پس چگونه می‌توان بعد از مهلت‌های مذکور به داور اجازه تفسیر رأی را داد؟ در پاسخ می‌توان مدعی شد که قانون‌گذار به دلیل کم‌اهمیت بودن تصحیح رأی و جلوگیری از اطاله دادرسی، لزومی به دخالت داور ندیده است؛ درحالی که تفسیر نادرست از رأی می‌تواند رأی داور را به کلی دچار تغییراتی کند که با هدف طرفین از ارجاع اختلاف به داوری مغایر باشد. گروهی مخالفت خود با تجویز تفسیر رأی توسط داور را به عدم احراز شایستگی‌های داوران در زمان استخدام و تبعات منفی ناشی از آن نسبت داده‌اند؛ ولی با استفاده از ملاک ماده ۴۸۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، صلاحیت داور برای تفسیر رأی خود تا پایان مهلت داوری به رسمیت شناخته شده است.^۵ اینکه چرا داوران تا قبل از پایان مهلت داوری صلاحیت تفسیر دارند، ولی به محض پایان مهلت فاقد صلاحیت می‌شوند، توضیح داده نشده است. قانون‌گذار فرانسه نیز از سال ۱۹۸۱ متابعت از مهلت تعیین‌شده برای اعلام رأی داور را درباره تفسیر رأی توسط داور، لازم‌الاتباع نمی‌داند.^۶

حتی اگر معتقد به صلاحیت داور باشیم، در مواردی نظیر در دسترس نبودن و فوت یا حجر داور، گریزی جز مراجعه به دادگاه به دلیل مرجعیت رسمی تظلمات (اصل ۱۵۹ قانون اساسی) وجود ندارد. همچنین است اگر طرفین قبل یا بعد از صدور رأی توافق کرده باشند که در صورت وجود ابهام در رأی داور، دادگاه صالح درباره تفسیر تصمیم‌گیری کند.^۷ با وجود همه استدلالاتی که تفسیر رأی توسط داور را موجه می‌کند؛ شعبه سیزده دادگاه عمومی حقوقی تهران در پرونده ۹۹۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۶۸۶ در مواجهه با دادخواست ابطال رأی داوری به دلیل مبهم بودن، بدون اشاره به این نکته که طرفین قبل از اقامه دعوی ابطال باید برای رفع ابهام به داور صادر کننده رأی مراجعه کنند، وارد رسیدگی شده و با صدور دادنامه ۹۹۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۳۵۱ به صورت ضمنی حق تفسیر رأی را برای داور به رسمیت نشناخته است. متن رأی دادگاه به شرح زیر است.

^۱. Babtista L. O. *Correction and Clarification of Arbitral Awards*, Discussion paper, ICCA Congress, 2010.

^۲. بختیاروند، مصطفی و میترا احمدی، «انواع رأی در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حقوق ایران»، *مجله حقوقی بین‌الملل*، سال ۳۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، ص ۲۷۶.

^۳. پاینده، حسین، «مرگ مؤلف در نظریه‌های ادبی جدید»، *نامه فرهنگستان*، دوره ۸، شماره ۴ (۳۲)، ۱۳۸۵، ص ۴۳.

^۴. مقدم ابریشمی، علی و مسعود محبوب، «نقش دادگاه در داوری بین‌المللی: نقدی بر لایحه جامع داوری از دیدگاه قوانین مدرن داوری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۶، شماره ۲۲، ص ۱۶۱.

^۵. میرشکاری و مهتاب‌پور، پیشین، ص ۶۰۰.

^۶. خزاعی حسین، «رأی داوری در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۷، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص ۱۱۶.

^۷. ایران‌شاهی، علیرضا، *حقوق داوری داخلی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۲۶۴.

«درخصوص دعوی آقای بهروز با وکالت آقای مهران به طرفیت آقای مهدی با وکالت خانم سبا و خانم معصومه به خواسته ابطال رأی داوری شماره ۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۶/۱۳ و خسارت دادرسی مقوم به ۲۰۱.۰۰۰.۰۰۰ ریال دادگاه با بررسی اوراق پرونده و استماع مدافعات وکلای محترم طرفین نظر به اینکه وکیل خواهان ادعا دارد: ۱- میزان محکوم به مبنی بر تحویل ۴۸۰۰ تن میلگرد فولادی در قسمت نتیجه رأی ذکر نشده است و رأی داور مشخص نمی‌باشد. ...» وکلای طرفین اعلام کردند: «وکیل خواهان ابطال اعلام نمود میزان میلگرد فولادی ۴۸۰۰ تن بوده که در متن رأی قید نشده است و از این حیث رأی قابلیت اجرا ندارد و سپس وکیل خوانده در این خصوص اعلام نمود از مصادیق اصلاح رأی است. ...» دادگاه با توجه به مراتب فوق و مجموع لوایح و دادخواست طرفین و مفاد رأی داوری، خواسته از داور الزام به تحویل ۴۸۰۰ تن میلگرد است. بنابراین به لحاظ عدم وجود هرگونه ابهام، اعتراض در این قسمت وارد نیست. ... بنابراین دادگاه اعتراض وارده ۱- درخصوص تحویل میزان میلگردهای فولادی را وارد ندانسته و به استناد ماده ۱۹۷ از قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوی صادر و اعلام می‌نماید. ۲- ... رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان می‌باشد.» همان‌گونه که ملاحظه شد، دادگاه خود را صالح به رسیدگی دانسته و با این پیش‌فرض اعلام کرده است که رأی داور فاقد ابهام است. درحالی‌که اگر دادگاه خود را صالح به رسیدگی نمی‌دانست و تفسیر رأی را برعهده داور قرار می‌داد، چه‌بسا داور صادرکننده رأی برخلاف نظر دادگاه، رأی را مبهم تشخیص می‌داد و اقدام به تفسیر آن می‌کرد.

۲. دادگاه صالح برای تفسیر رأی داور

برای بیان بهتر موضوع، ناچار به دسته‌بندی آرای داوری هستیم. برخی^۱ آرای داوری را در هشت نوع^۲ تقسیم‌بندی کرده‌اند. در این مقاله ما آرای داوری را با توجه به نیازمان در سه گروه دسته‌بندی می‌کنیم.

۲.۱. دادگاه صالح برای تفسیر رأی داوری ملی (داخلی صرف)

قانون‌گذار در مواد مختلف قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد اشاره کرده است. با استناد به قاعده «اذن در شیء اذن در لوازم آن است»^۳ و استفاده از وحدت ملاک می‌توان و چه‌بسا ناگزیریم صلاحیت دادگاهی را که برای رسیدگی به اصل موضوع صالح است، به رسمیت بشناسیم. همچنین اگر طرفین در موافقت‌نامه یا شرط داوری با رعایت صلاحیت ذاتی محاکم، درباره دادگاهی که صلاحیت اعمال نظارت قضایی را دارد، به توافق رسیده باشند، موضوع حل شده است و این بحث سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

۱. نیک‌بخت، حمیدرضا، *شناسایی و اجرای آراء داوری‌ها در ایران*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

ص ۲.

۲. این آرا عبارت‌اند از: ۱- آراء با موضوع مدنی یا تجاری صادره در ایران بدون هیچ عنصر خارجی ۲- آراء با موضوع مدنی یا تجاری صادره در ایران با وجود یک عنصر خارجی بجز تابعیت ۳- آراء با موضوع مدنی صادره در ایران دارای عنصر خارجی ولو تابعیت ۴- آراء با موضوع تجاری صادره در ایران با تابعیت خارجی یکی از طرفین داوری در زمان انعقاد قرارداد ۵- آراء با موضوع تجاری صادره خارج از ایران و عضو کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک ۶- آراء با موضوع تجاری یا مدنی صادره خارج از ایران و غیر عضو کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک ۷- آراء با موضوع مدنی صادره خارج از ایران ۸- آراء با موضوع عهدنامه یا معاهدات دو یا چندجانبه صادره در ایران یا خارج از ایران.

۳. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهل و ششم، ۱۳۹۱، ص ۲۲۷.

۲.۲. دادگاه صالح برای تفسیر رأی داوری تجاری بین‌المللی

قانون داوری تجاری بین‌المللی در چند مورد به صلاحیت دادگاه مقر داوری اشاره کرده است. مسئولیت دادگاه مقر داوری برای اجرای رأی داور در قانون داوری تجاری بین‌المللی بیان شده است و تفسیر رأی داوری، که دارای ابهام و اجمال است، از جمله لوازم اجرای رأی داور است.^۱ همان‌گونه که درباره رأی داوری ملی بیان شد، به دلیل سکوت قانون‌گذار درباره مرجع صالح برای تفسیر رأی داور، با استفاده از وحدت ملاک، دادگاه عمومی مرکز استان مقر داوری برای تفسیر رأی داور، صالح است و تا زمانی که مقر داوری مشخص نشده باشد، این وظیفه بر عهده دادگاه عمومی تهران است. به موجب بند ۳ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، «در صورتی که در معاهدات و توافق‌نامه‌های فی‌مابین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر دول ترتیبات و شرایط دیگری برای داوری‌های موضوع این قانون مقرر شده باشد، همان ترتیبات و شرایط متبّع خواهد بود.»

۲.۳. دادگاه صالح برای تفسیر رأی داوری خارجی

برخلاف داوری‌های ملی و بین‌المللی که رأی تحت مقررات آمره ایران صادر می‌شود، برخی آرا نیز وجود دارند که علی‌رغم اینکه در حاکمیت قوانین کشورهای خارجی صادر می‌شوند، ولی در زمان اجرا، به دلیل حضور محکوم‌علیه یا وجود اموال محکوم‌علیه در ایران با حقوق ایران ارتباط پیدا می‌کنند و محکوم‌له شناسایی و اجرای آن‌ها را از دادگاه‌های ایران تقاضا می‌کند. این‌گونه آرا چنانچه در کشوری که مانند ایران به عضویت کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک درآمده صادر شده باشند، وفق مفاد کنوانسیون مذکور قابلیت اجرا در ایران خواهند داشت. به جز آرای مشمول کنوانسیون، آرای دیگری نیز وجود دارند. از جمله این آرا می‌توان به آرای غیرتجاری صادره از کشورهای عضو کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک یا کلیه آرای داوری صادره از سایر کشورها اشاره کرد.

برخلاف دو دسته آرای سابق که مرجع صالح برای تفسیر رأی داور توسط قانون‌گذار ولو به صورت ضمنی معین شده بود، درباره رأی داوری خارجی، حتی چنین اشاره‌ای ضمنی هم وجود ندارد. با توجه به اینکه قانون برای دعاوی مورد بحث هیچ دادگاهی را پیش‌بینی نکرده است؛ لذا دادگاه صالح وفق مفاد ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تعیین می‌شود.

از آنجایی که محکوم‌له رأی داوری خارجی، زمانی اقدام به ارائه تقاضای صدور اجرائیه از محاکم ایران می‌کند که محکوم‌علیه یا در ایران اقامتگاه دارد یا موقتاً ساکن ایران است یا دارای مال، اعم از منقول یا غیرمنقول، در یکی از حوزه‌های قضایی ایران است (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). بنابراین، دادگاهی که صلاحیت صدور اجرائیه را دارد، برای تفسیر رأی داور نیز صالح خواهد بود؛ چراکه تفسیر رأی از لوازم اجرای آن است^۲ و اذن در شیء اذن در لوازم آن است.

برخلاف استدلال فوق، شعبه اول دیوان عالی کشور در مورد دادگاه صالح برای رسیدگی به درخواست اجرای رأی داوری صادره از دیوان داوری FIBA (FAT) در ژنو سوئیس، طی دادنامه ۹۹۰۹۹۷۹۰۶۱۰۲۸۵۶، این‌گونه اظهارنظر کرده است: «شعبه ۵۵ دادگاه حقوقی روابط بین‌الملل شهرستان تهران به موجب قرار شماره ۰۸۵۵ - ۱۳۹۸/۱۱/۲۹ مضموناً چنین اظهارنظر کرده است: «با توجه به اینکه در رأی داوری خارجی صرفاً ب و ف م س قید شده و اساساً اشاره‌ای به سایر

^۱ خدابخشی و عابدین‌زاده شهری، پیشین، ص ۲۰۶.

^۲ همان.

خواننده‌ها نشده است و با توجه به اینکه محل اقامت این خواننده اصفهان می‌باشد؛ قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی اصفهان صادر نموده است.^۱ متعاقباً شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع امور تجاری و بازرگانی شهرستان اصفهان به موجب قرار شماره ۰۳۲۲ - ۱۳۹۹/۰۲/۲۵ چنین اظهارنظر کرده است: «در خصوص درخواست خانم ب الف و آقای پ ص به وکالت از آقای س ب به طرفیت ب و ف م س به خواسته اجرای رأی داور خارجی به شماره BAT ۰۵۳۲/۱۴ تاریخ ۲۳ سپتامبر ۲۰۱۴ صادره از سوی دیوان داورى بسکتبال به انضمام خسارت دادرسی، اولاً با توجه به اینکه یکی از طرفین موضوع اختلاف در رأی داورى تبعه خارجی است؛ بنابراین داورى از نوع داورى بین‌المللی می‌باشد. ثانیاً به موجب قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داورى خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی محاکم ما موظف به اجرای آراء داورى بین‌المللی هستند. ثالثاً معیار تعیین صلاحیت مطابق بند ۱ ماده ۶ قانون داورى تجاری بین‌المللی، مقر داورى است و در آنجا گفته شده چنانچه مقر داورى مشخص نباشد؛ دادگاه صالح، دادگاه عمومی تهران است و منظور از اینکه مقر مشخص نباشد در ماده مذکور آن است که مقر در ایران مشخص نباشد، هر چند مقر در خارج از کشور مشخص است. بنابراین چون مقررات حاکم بر اجرای رأی داورى موضوع دادخواست، قانون داورى تجاری بین‌المللی و معاهده نیویورک می‌باشد؛ موضوع تخصیصاً از احکام عام مربوط به صلاحیت در قانون آیین دادرسی مدنی خارج است. دادگاه به استناد مقررات یادشده قرار عدم صلاحیت خود به شایستگی دادگاه تهران را صادر می‌نماید.» با وصول پرونده به دیوان عالی کشور و ارجاع به این شعبه، هیئت قضایی شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید، پس از قرائت گزارش عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده، مشاوره نموده و چنین رأی صادر می‌نماید. با توجه به مراتب فوق، نظر به اینکه استدلال شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان (مجتمع امور تجاری و بازرگانی) صحیح و منطبق با موازین قانونی می‌باشد؛ توجهاً به تبصره ذیل ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن تأیید استدلال مذکور، با اعلام صلاحیت شعبه ۵۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران حل اختلاف می‌گردد.»

ذکر این نکته خالی از لطف نیست که تفسیر ارائه شده توسط محاکم ایران از آرای داورى خارجی برای دادگاه‌های خارجی دیگری که محکوم‌له برای اجرای رأی داور به آن‌ها مراجعه می‌کند، الزام‌آور نیست؛ زیرا آرای دادگاه‌های هر کشور در قلمرو سرزمینی آن کشور مورد حمایت و تبعیت کامل قرار می‌گیرند.^۱

۳. ماهیت تصمیمات دادگاه در مقام تفسیر رأی داور

قانون‌گذار درباره ماهیت رأی اصلاحی، تکلیف محاکم و داور را مشخص کرده است؛ ولی درباره ماهیت تصمیم دادگاه و داور در تفسیر رأی داور سخنی به میان نیاورده است. تصمیم داور در تصحیح رأی، در داورى‌های ملی و بین‌المللی همانند رأی اصلی، «رأی» محسوب شده است. برخلاف این تصریح، قانون‌گذار درباره «تفسیر رأی داور» توسط دادگاه، هیچ اشاره‌ای به ماهیت تصمیم متخذ و ... نکرده است.

در ماده ۳۲ قانون داورى تجاری بین‌المللی به تصمیم داور در تفسیر رأی اصلی در مهلت مقرر، «رأی» اطلاق شده است؛ ولی درباره امکان تفسیر رأی داور توسط دادگاه و ماهیت تصمیم دادگاه در این باره، در هیچ کدام از قوانین سخنی به میان نیامده است.

برای تعیین ماهیت تصمیم دادگاه در تفسیر رأی داور، لاجرم باید با بررسی تصمیم دادگاه از بین حکم، قرار و دستور

۱. ایرانشاهی، علیرضا، *اعتراض به رأی داورى در داورى‌های تجاری بین‌المللی*، پیشین، ص ۳۵۹.

قضایی یکی را انتخاب کنیم. ناگفته پیداست، انتخاب هر کدام از ماهیت‌های اخیرالذکر دارای آثار متفاوتی خواهد بود. اولین شرطی که برای حکم بودن تصمیم دادگاه شمرده شده، این است که در امور ترافعی صادر شده باشد. امور ترافعی به اموری گفته می‌شود که رسیدگی به آن‌ها مستلزم وقوع اختلاف بین اشخاص باشد و یکی از این اشخاص به طرفیت دیگری حل اختلاف را از دادگاه تقاضا کرده باشد.^۱ ممکن است این شائبه به وجود آید که اختلاف و منازعه توسط داور، مرتفع شده و در این مرحله (مرحله تفسیر رأی داور) اختلافی وجود ندارد. واضح است که چنین سخنی قابل قبول نیست؛ در واقع، اختلافی که توسط داور مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار گرفته، با اختلافی که دادگاه درصدد رفع آن است کاملاً تفاوت دارد. البته در مواردی قانون‌گذار (ماده ۶۵ قانون امور حسبی) کلمه حکم را درباره تصمیمات دادگاه در امور حسبی نیز به کار برده است.

شرط دومی که برای تمیز حکم از سایر تصمیمات دادگاه آورده شده، صادر شدن آن از جانب دادگاه است. بر این اساس، تصمیماتی که از جانب داور صادر می‌شوند، به هیچ عنوان حکم محسوب نمی‌شوند، حتی اگر درباره ماهیت اختلاف باشند.^۲ ماده ۳۱ قانون داور تجاری بین‌المللی نیز تصمیمات داور را به رأی و دستور تقسیم کرده و اشاره‌ای به حکم یا قرار بودن این تصمیمات نکرده است. بنابراین رأی داور عمل قضایی نیست؛ زیرا داور سمت عمومی از جانب حکومت ندارد.^۳

از دیگر شرایطی که برای تمیز حکم از سایر تصمیمات دادگاه برشمرده شده است و اتفاقاً از مهم‌ترین خصائص آن نیز هست، عبارت است از این که راجع به ماهیت دعوا باشد. بنابراین هرگاه تصمیم دادگاه نفیاً یا اثباتاً راجع به ماهیت دعوا یعنی موضوع خواسته باشد، حکم است.^۴

شرط دیگری که به عنوان آخرین شرط برای تمایز حکم از قرار گفته شده، این است که قاطع دعوا باشد. منظور این است که تکلیف دعوا با صدور آن یک‌سره شود. واضح است که در برخی موارد، تکلیف دعوا با صدور قرار قاطع دعوا یک‌سره می‌شود که با توجه به سایر خصوصیات حکم قابل تفکیک خواهد بود.

در صورتی که طرفین در داورهای ملی به طور کلی و در داورهای بین‌المللی بعد از انقضای مهلت‌های مقرر در ماده ۳۲ قانون داور تجاری بین‌المللی، متوجه ابهام و اجمال رأی شوند، در چند مقطع می‌توانند خواستار رفع ابهام و اجمال از رأی داور شوند.

۳.۱. قبل از تقاضای محکوم‌له مبنی بر صدور دستور اجرا

ممکن است محکوم‌علیه رأی داور اصل محکومیت را بپذیرد، ولی هم‌زمان خواستار رفع ابهام و اجمال از آن باشد یا محکوم‌له بدون ارائه درخواستی مبنی بر صدور دستور اجرا، خواهان تفسیر رأی شود. در این فرض، متقاضی تفسیر باید با ارائه دادخواست به دادگاه صالح، رفع ابهام و اجمال از رأی داور را بخواهد. این دعوا یک دعوای تمام عیار است؛ به این معنی که خواهان برای رفع ابهام و اجمال از رأی داور باید در قالب دادخواست، تفسیر دادگاه درباره رأی داور را بخواهد. در این مقطع، تنها راه مکلف کردن دادگاه به رسیدگی، همین روش، یعنی ارائه دادخواست است (مواد ۲، ۳ و ۴۸ قانون

۱. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، جلد ۲، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۷۸، ص ۲۰۲.

۲. همان.

۳. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضایاوت شده*، تهران: میزان، ۱۳۹۹، چاپ یازدهم، ص ۱۲۹.

۴. نهرینی، فریدون، «تشخیص ماهیت و نوع رأی دادگاه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۳۰۴.

آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). اگر دادگاه به هر دلیل خود را صالح به رسیدگی نداند و تفسیر رأی داور را در صلاحیت داور صادرکننده رأی بداند، قرار عدم استماع دعوا صادر می‌کند. اگر داور در مقابل تقاضای طرفین مبنی بر تفسیر رأی، به هر دلیل اقدام نکرد، چه باید کرد؟ در اینکه داور با انجام ندادن وظیفه‌ای که به موجب قرارداد داوری مبنی بر صدور رأی و حل اختلاف برعهده گرفته، مواجه با مسئولیت مدنی می‌شود، تردیدی وجود ندارد. در این صورت متقاضی تفسیر ناگزیر است با استناد به امتناع داور و اصل ۱۵۹ قانون اساسی و مواد ۲، ۳ و ۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب از دادگاه صالح تفسیر رأی را تقاضا کند.

این نکته نیز نباید از نظر دور بماند که در این مقطع، تقاضای تفسیر رأی داوری خارجی قابلیت استماع ندارد. دلیل این ادعا، استثنایی بودن دخالت محاکم در روند داوری در کشورهای غیرمبدأ است. درواقع، بند یک ماده یک کنوانسیون نیویورک محاکم محل اجرای رأی داوری خارجی را صرفاً در مقام اجرای رأی صالح دانسته است. همان‌گونه که ملاحظه شد، تصمیم دادگاه در این فرض در قالب رأی اتخاذ می‌شود. به این معنی که اگر تصمیم دادگاه ضمن ورود به ماهیت دعوا و قاطع آن باشد، حکم و چنانچه بدون ورود به ماهیت دعوا باشد، قرار خواهد بود.

۳.۲. بعد از تقاضای محکوم‌له مبنی بر صدور دستور اجرا و قبل از صدور اجرائیه

مقطع دیگری که ممکن است رفع ابهام و اجمال از رأی داور لازم باشد، هنگامی است که محکوم‌له رأی داور، اجرای آن را تقاضا کرده است. در این مقطع، اگر دادگاه رأی داور را مبهم یا مجمل یافت و اخذ توضیح از طرفین باعث رفع ابهام نشد، موظف است به‌عنوان مقدمه‌ای برای اخذ تصمیم درباره اجرای رأی، ابتدا آن را تفسیر و اجمال آن را مرتفع کند؛ مگر اینکه ابهام رأی داور، منتهی به تردید در موضوع آن شود که در این صورت، وفق تجویز ماده ۲۸ قانون اجرای احکام مدنی، غیرقابل اجرا خواهد بود.

در این فرض نیز دادگاه رسیدگی‌کننده ناگزیر از اتخاذ تصمیم ماهوی و فراهم کردن مقدمات صدور دستور اجرائیه است. این تصمیم در حقوق و تکالیف طرفین تأثیر مستقیم دارد؛ به همین دلیل اتخاذ آن در قالب رأی اجتناب‌ناپذیر جلوه می‌کند. از اشاره‌هایی که در قوانین مختلف، راجع به تصحیح و تفسیر رأی داور به میان آمده است، می‌توان استفاده کرد و با وحدت ملاک، تفسیر مذکور را نیز رأی به حساب آورد. از نظر درجه اهمیت، تفسیر رأی داور از تصحیح آن مهم‌تر است. همان‌گونه که قانون مشخص کرده، از قلم افتادن یا زیاد شدن کلمه و اشتباه در محاسبه از جمله مواردی است که لزوم تصحیح رأی داور را توجیه می‌کند. در واقع این سهو قلم باید به‌راحتی قابل تشخیص باشد تا دادگاه یا داور مجوز تصحیح آن را داشته باشند. درباره تفسیر، موضوع به صراحت تصحیح نیست. به عبارت بهتر، قبل از تفسیر رأی توسط مرجع مربوط، هریک از طرفین عبارت مبهم را به نفع خود برداشت کرده‌اند و مرجع تفسیر ناچار به دخالت و حل ابهام موجود است. بنابراین می‌توان با استفاده از قیاس اولویت، ماهیت تفسیر دادگاه از رأی داور را نیز رأی، اعم از قرار یا حکم، به‌شمار آورد.^۱

البته در عمل این تفسیر در قالب دستور قضایی اتخاذ می‌شود. در این صورت می‌توان فرضی را تصور کرد که محکوم‌له خود را متضرر از تفسیر دادگاه ببیند و درخواست خود را مسترد کند تا امکان تجدید درخواست از دادگاهی دیگر میسر شود.

۱. خدابخشی عبدالله، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵، ۱۳۹۸، ص ۸۷.

۳.۳. بعد از صدور اجرائیه

ممکن است دادگاه در زمان صدور دستور اجرا، متوجه ابهام و اجمال رأی داور نشود. بنابراین، مدیر دفتر دادگاه اجرائیه را وفق دستور دادگاه و رأی داور صادر و به واحد اجرای احکام مدنی ارسال می‌کند. در این موقع است که دادورز اجرای حکم ابهام رأی داور و به تبع، ابهام اجرائیه را به دادگاه اعلام می‌کند. در این فرض نیز اگر دادگاه ابهام و اجمالی در رأی داور و اجرائیه مربوط به آن بیابد، مکلف به رفع این ابهام و اجمال است. به دلیل صدور اجرائیه، محدودیت دادگاه در تفسیر رأی داور در این فرض بیشتر از سایر فروض است. به عبارت دیگر، چهارچوب تفسیر دادگاه نمی‌تواند با مفاد اجرائیه در تضاد باشد؛ اگرچه دادگاه می‌تواند به استناد ماده ۱۱ قانون اجرای احکام مدنی، اجرائیه را ابطال یا آن را تصحیح کند. آشکار شدن اجمال رأی داور بعد از صدور اجرائیه حاکی از کم‌اهمیتی این اجمال است. درواقع، اگر ابهام موجود در رأی داور تأثیر زیادی در حقوق و تکالیف طرفین داشت، زودتر نمایان می‌شد. باین حال، اگر همین ابهام کوچک نیز در قالب رأی صادر شود که طرفین بتوانند اعتراض خود را نسبت بدان در دادگاه تجدیدنظر پیگیری کنند، به صواب نزدیک‌تر خواهد بود. ناگفته نماند که قانون‌گذار چنین اجازه‌ای به دادگاه‌ها نداده است. درواقع صدور رأی از جانب دادگاه‌ها در مواقعی مجاز دانسته شده است که یکی از طرفین رأی داوری در قالب دادخواست از دادگاه تقاضای رفع ابهام کند. البته درباره رویه حاکم در دادگاه‌ها بدون انجام دادن تحقیقی مستقل، نمی‌توان به طور کامل و قطعی اظهار نظر کرد؛ ولی محاکم به جز مواقعی که تفسیر رأی داور قبل از صدور اجرائیه تقاضا شده باشد، در بیشتر موارد تفسیر خود از رأی داور را در قالب دستور قضایی اتخاذ می‌کنند و بر این مبنا، متضرر از این تصمیم حق اعتراض به آن را نخواهد داشت؛ امری که به وضوح قابل انتقاد است. اگر تفسیر دادگاه در دو مقطع اخیرالذکر به ضرر محکوم‌له باشد، می‌تواند انصراف موقت خود را از اجرای رأی داور اعلام کند و شانس خود را در دادگاهی دیگر یا با ارائه دادخواست مستقل امتحان کند.

۴. آثار تصمیمات دادگاه در مقام تفسیر رأی داور

همان‌گونه که توضیح داده شد، تصمیم دادگاه در تفسیر رأی داور حسب مورد حکم، قرار یا دستور ساده قضایی است. همان آثاری که برای حکم و قرار صادره از محاکم در موضوعات عام و فراگیر بیان شده‌اند، درباره حکم یا قرار دادگاه در مقام تفسیر رأی داور نیز، البته با اندکی تفاوت و برخی مباحث که مختص این موضوع است، ساری و جاری خواهد بود. اثر حکم و قرار دادگاه نسبی است؛ به این معنی که رأی دادگاه فقط درباره اشخاصی که در دعوا حضور داشته‌اند، منشأ اثر است و اگرچه درباره سایر اشخاص هیچ‌گونه تأثیری ندارد، قابلیت استناد دارد.^۱ البته استثنائاتی (مثل حکم ورشکستگی و ...) وجود دارد که از موضوع بحث این تتبع خارج است. به دلیل همین نسبی بودن اثر رأی دادگاه است که قانون‌گذار اعتراض شخص ثالث درباره رأی را تجویز کرده است. صرف‌نظر از اثر مذکور، سایر آثار قرار قاطع دعوا و حکم، متعاقباً مورد بررسی قرار گرفته است.

۴.۱. قدرت اثباتی حکم یا قرار دادگاه

ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اسنادی که ... نزد ... مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است». بنابراین، حکم یا قرار که از دادگاه صادر می‌شود، سندی رسمی به شمار می‌آید.

^۱. شمس، پیشین، ص ۲۱۳.

بر همین اساس، احکام و قرارهای دادگاه می‌توانند در سایر دعاوی مورد استناد واقع شوند.^۱ به عبارت روشن‌تر، اگر دادخواستی مبنی بر تفسیر رأی داور به دادگاه تقدیم شود و دادگاه اتخاذ تصمیم کند، دادگاهی که به تقاضای صدور اجرائیه رسیدگی می‌کند، مکلف است مفاد حکم دادگاه تفسیرکننده را مدنظر قرار دهد.

۴.۲. قاعده فراغ دادرس

براساس قاعده‌ای که از حقوق رم وارد حقوق سایر کشورها از جمله ایران شده است، دادرس بعد از اتخاذ تصمیم درباره موضوع دعوا، حق تغییر نظر خود را ندارد. این قاعده به صراحت در هیچ‌یک از مواد قانونی بیان نشده است.^۲ معنی این قاعده این است که قاضی بعد از اتخاذ تصمیم، اعم از حکم یا قرار قاطع دعوا، نمی‌تواند حتی با رضایت طرفین پرونده، نظر و رأی خود را تغییر دهد. بنابراین، اگر قاضی رسیدگی‌کننده به دادخواست تفسیر رأی داور یا صدور اجرائیه، قرار رد دعوی تفسیر را صادر یا حکم به رد دعوا را انشا کند، قبل از ابلاغ آن به طرفین و بعد از ابلاغ به طریق اولی، نمی‌تواند در تصمیم خود تجدیدنظر کند و آن را تغییر دهد. قاعده فراغ دادرس را می‌توان از لابه‌لای الفاظ و عبارات ماده ۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی استنباط کرد.^۳

۴.۳. اعتبار امر قضاوت‌شده

قاعده اعتبار قضیه محکوم‌بها یا اعتبار امر قضاوت‌شده از موضوعات بدیهی و مسلم در فقه و حقوق است.^۴ در آیه ۳۶ سوره احزاب آمده است: «و ما کان لمومن ولا مومنه اذا قضی الله امرها ان یکون لهم الخیره من امرهم»؛ اگر خدا و رسول او درباره امری قضاوت کنند هیچ مؤمن و مؤمنه‌ای حق ندارد بر خلاف آن قضاوت کند. منظور از اعتبار امر قضاوت‌شده این است که چنانچه دعوی مطروح قبلاً بین اشخاص واحد یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم مقام آنها هستند، رسیدگی و حکم قطعی در آن خصوص صادر شده باشد، حکم مذکور مانع رسیدگی مجدد درباره آن دعواست.^۵ اعتبار امر قضاوت‌شده از خصائص مهم و مخصوص احکام است.^۶ قرارهای قاطع دعوا به استثنای قرار سقوط دعوا، از این ویژگی برخوردار نیستند. این اثر در بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بیان شده است. البته حتی اگر حکم یا قرار سقوط دعوا قطعی هم نشده باشد، اگرچه به صورت محدود، دارای اعتبار امر قضاوت شده است.^۷ اهمیت این قاعده تا حدی است که برخی آن را کنار اصل رعایت حقوق دفاعی، یکی از دو مبنای اجرای درست عدالت نام برده‌اند.^۸

برخی اعتبار امر قضاوت‌شده را یک اماره قانونی می‌دانند. به این معنی که براساس این قاعده فرض می‌شود که احکام

^۱. همان، ص ۲۱۴.

^۲. همان، ص ۲۱۵.

^۳. همان.

^۴. نبازی، عباس، «اعتبار امر قضاوت شده در رأی داور»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۵، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳.

^۵. مافی، همایون و حسین تازی، «اعتبار امرمختوم آرای داور در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال ۱۹، شماره ۴، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹.

^۶. کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴.

^۷. شمس، پیشین، ص ۲۱۵.

^۸. غمامی، مجید و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، ص ۱۷۷.

دادگاه همیشه بر واقع منطبق‌اند.^۱ عده‌ای دیگر آن را یک قاعده ماهوی به‌شمار آورده‌اند؛ بر این اساس، این قاعده بنابر ملاحظات اجتماعی وضع شده است و با نظم عمومی ارتباط نزدیکی دارد و امکان اثبات خلاف آن نیز وجود ندارد.^۲ بنابراین، حکمی که دادگاه درباره تفسیر رأی داور صادر می‌کند دارای اعتبار امر قضاوت‌شده است و دادگاه یا دادگاه‌هایی که بعد از این به دادخواست صدور اجرائیه برای رأی داور رسیدگی می‌کنند، مکلف‌اند به این امر توجه کنند. به‌عنوان مثال، اگر بعد از صدور حکم به رد دعوا، محکوم‌له رأی داور، مجدداً به‌منظور تفسیر رأی داور اقامه دعوا کند، محکوم‌علیه رأی داور و دادگاه رسیدگی‌کننده به‌محض اطلاع، باید با استناد به حکم مذکور صدور قرار رد دعوا را تقاضا کند. چنانچه دادگاه بدوی به رد دعوا صادر حکم کند و این حکم مورد تجدیدنظرخواهی واقع نشود و قطعی شود یا بعد از تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر تأیید شود، قاعداً خواهان نمی‌تواند مجدداً دادخواستی با خواسته تفسیر رأی داور مطرح کند. در چنین مواردی اگر دادگاهی که به تقاضای صدور اجرائیه رسیدگی می‌کند، بدون تفسیر رأی داور، صدور اجرائیه را میسر نداد، پاسخ به این سؤال که آیا دادگاه اخیر می‌تواند رأی داور را تفسیر کند یا خیر، به‌آسانی ممکن نیست. البته می‌توان گفت دادگاه بدوی رأی داور را واضح و روشن تشخیص داده و به همین دلیل حکم به رد دعوا صادر کرده است؛ بنابراین، دادگاهی که به تقاضای صدور اجرائیه رسیدگی می‌کند، چنانچه رأی داور را مبهم بداند، می‌تواند ضمن تفسیر رأی- در قالب حکم- آن را تفسیر و مقدمات اجرای رأی داور را فراهم کند. از سوی دیگر، ارائه تفسیر از رأی داور با حکم دادگاه بدوی مبنی بر رد دعوا در تعارض است.

۴.۴. قابلیت شکایت

قرارهای قاطع دعوا و احکام صادره از دادگاه، ممکن است از طرف شخص ذی‌نفع مورد شکایت واقع شوند. عمده طرق شکایت از این تصمیمات عبارت‌اند از: واخواهی، تجدیدنظرخواهی، فرجام‌خواهی، اعاده دادرسی و اعتراض شخص ثالث. تنها راه از بین بردن آثار احکام و قرارهای دادگاه، اعتراض در مهلت قانونی درباره آن‌هاست. بنابراین، اگر دادگاه در هریک از مقاطع اخیرالاشعار، تفسیری از رأی داور ارائه دهد و این تفسیر بعد از طی مراحل قانونی قطعی یا مهلت‌های قانونی اعتراض نسبت به آن سپری شود، جزئی غیرقابل‌انفکاک از رأی داور خواهد بود.

۴.۵. قابل ابطال نبودن

احکام و قرارهای قاطع دعوا را نمی‌توان موضوع دعوای ابطال یا بطلان قرار داد؛ به این معنی که وقتی این آرا از جانب دادگاه صادر شدند و طرق شکایت از آن‌ها که در قانون مقرر شده است در مورد آن‌ها طی شد یا بدون طرح این شکایات رأی دادگاه قطعی شد، در هیچ صورتی نمی‌توان دعوایی در دادگاه بدوی مطرح کرد که خواسته آن اعلام ابطال یا بطلان رأی دادگاه باشد.^۳ این قاعده همواره در حقوق فرانسه وجود داشته است.^۴ بنابه مراتب فوق، محکوم‌علیه تصمیم دادگاه می‌تواند ظرف بیست روز بعد از ابلاغ به آن تقاضای تجدیدنظر کند. رأیی که از دادگاه تجدیدنظر صادر می‌شود، اگر مبنی بر تأیید تصمیم دادگاه بدوی باشد، قطعی است. البته اگر تصمیم دادگاه بدوی در قالب حکم اتخاذ شده باشد، ممکن

^۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۶.

^۲. همان، ص ۳۳.

^۳. بهرامی، احسان، «عدول از قاعده صلاحیت محلی و غیر قابل ابطال بودن حکم دادگاه در دعوای تقسیم ترکه»، مجله پژوهش‌های حقوقی،

دوره ۲۱، شماره ۴۹، ص ۲۳۰.

^۴. شمس، پیشین، ص ۲۱۶.

است مورد درخواست اعاده دادرسی نیز واقع شود. همچنین با وجود شرایط، می‌توان اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری را نیز در مورد آن تقاضا کرد.

نتیجه‌گیری

درباره این موضوع که بعد از صدور رأی توسط داور، چه نهادی وظیفه تفسیر رأی داور را عهده‌دار است، اختلاف نظر وجود دارد. اگر قائل به صلاحیت محاکم عمومی حقوقی باشیم و در صورت عدم پذیرش این عقیده در مواقعی که داور یا داوران صادرکننده در قید حیات نباشند، دچار عارضه حجر شده باشند یا نخواهند یا نتوانند درباره موضوع اظهار نظر کنند، دادگاه‌های عمومی حقوقی ناگزیرند به درخواست یکی از طرفین دعوا، تصمیم خود را درباره موضوع اعلام کنند. به نظر می‌رسد در این حوزه نیاز به ورود قانون‌گذار احساس می‌شود. ارائه تفسیر از رأی داور بدون ابلاغ به طرفین و بدون داشتن حق تجدیدنظرخواهی درباره آن، با اصول حقوقی شناخته‌شده در قوانین و کنوانسیون‌ها مطابقت ندارد و شایسته تجدیدنظر است. در این قسمت از مقاله پیشنهاد می‌شود مواد ذیل توسط قانون‌گذار تصویب تا بخشی از تشتت موجود در مباحث داوری حل و فصل شود.

ماده ۱- تا قبل از اجرای کامل رأی داور، چنانچه به نظر طرفین داوری یا دادگاهی که وظیفه اعمال نظارت قضایی را برعهده دارد، مبهم تشخیص داده شد، داور مکلف است ظرف مدت بیست روز از تاریخ اعلام طرفین یا ابلاغ دادگاه، ابهام و اجمال رأی را برطرف کند.

تبصره: بعد از اجرای کامل رأی، تقاضای تفسیر پذیرفته نمی‌شود، مگر اینکه محکوم‌علیه مدعی شود از صدور اجرائیه و اجرای رأی مطلع نبوده و دادگاه صادرکننده اجرائیه ادعای وی را قبول کند.

ماده ۲- در صورتی که داور به دلیل فوت، حجر، بیماری و ... امکان اظهار نظر نداشته باشد و طرفین درباره شخص دیگری برای تفسیر رأی به توافق نرسند، دادگاه صالح وظیفه رفع ابهام را برعهده خواهد داشت. تبصره: اگر مدتی که داور امکان اظهار نظر ندارد؛ به تشخیص دادگاه کمتر از ۲۰ روز باشد، وظیفه تفسیر رأی کماکان برعهده داور صادرکننده رأی می‌باشد.

ماده ۳- درخواست تفسیر رأی داور از دادگاه، در قالب دادخواست تنظیم می‌شود و رعایت شرایط مربوط به آن الزامی است و به صورت خارج از نوبت رسیدگی می‌شود. تبصره: دعوای تفسیر رأی داور غیرمالی است.

ماد، ۴- مورد یا موارد ابهام باید به صورت واضح و مکتوب به داور یا داوران یا دادگاه صالح اعلام شود.

ماد، ۵- در مواردی که رأی اولیه داوران توسط بیش از یک نفر صادر شده باشد، چنانچه اکثریت داوران امکان اظهار نظر و رفع ابهام از رأی را داشته باشند، نظر اکثریت برای طرفین و دادگاه لازم‌الاتباع است.

تبصره: چنانچه اکثریت مذکور به دلایل فوق‌الذکر حاصل نشد، دادگاه ابهام رأی را مرتفع می‌کند.

ماد، ۶- چنانچه داور یا داوران بدون عذر موجه در مهلت قانونی ابهام رأی را برطرف نکنند، علاوه بر مسئولیت مدنی، به مدت یک سال از داوری محروم خواهند شد.

ماد، ۷- در مرحله تفسیر دلیل جدید پذیرفته نمی‌شود و تفسیر رأی نباید منته به تغییر ماهیت آن شود.

ماد، ۸- تفسیر رأی داور در قالب رأی صورت می‌پذیرد. مهلت اعتراض به رأی مذکور تابع رأی اولیه است. چنانچه تفسیر توسط دادگاه انجام شود، رأی دادگاه قطعی است.

منابع

کتاب

۱. ایرانشاهی، علیرضا، *اعتراض به رأی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲. ایرانشاهی، علیرضا، *حقوق داوری داخلی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۲.
۳. بجنوردی، محمد حسن، مهدی مهریزی و محمد حسین درابی، *قواعد فقهیه*، جلد ۴، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۴. پادشاه، محمد، *فرهنگ جامع فارسی (انندراج)*، جلد ۳، انتشارات کتاب فروشی خیام، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، جلد ۲، تهران: ابن سینا، ۱۳۵۱.
۶. جنیدی، لعلیا، *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، تهران: شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۷. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۹.
۸. خدابخشی، عبدالله، *حقوق دعاوی، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی*، جلد ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۹. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، جلد ۲، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۷۸.
۱۰. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، جلد ۳، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۷۸.
۱۱. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: سمت، چاپ یازدهم، ۱۴۰۰.
۱۲. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، جلد ۱، تهران: اشجع، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۳. غمامی، مجید و حسن محسنی، *آیین دادرسی مدنی فراملی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده*، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۹.
۱۵. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهل و ششم، ۱۳۹۱.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر، *قواعد فقهیه*، جلد ۱، قم: نشر مدرسه امیرالمومنین، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ه.ق.
۱۷. نیک‌بخت، حمیدرضا، *شناسائی و اجرای آراء داوری‌ها در ایران*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۸. احمدی، خلیل، «اعتبار امر قضاوت شده نسبت به دفاعیات خوانده»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۱۹۳-۲۱۰.
۱۹. امینی، عیسی، ربیعا اسکینی و امید رشیدی، «تفسیر شرط داوری اجباری»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۹، شماره ۳۲، ۱۳۹۹، صص ۵۳-۸۱.
۲۰. آذربایجانی، علیرضا و محمدرضا سماواتی‌پور، «تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوری»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۳۲۷-۳۵۷.
۲۱. بختیاروند، مصطفی و میترا احمدی، «انواع رأی در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حقوق ایران»، *مجله حقوقی بین‌الملل*، سال ۳۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، صص ۲۷۳-۲۹۸.
۲۲. بهرامی، احسان، «عدول از قاعده صلاحیت محلی و غیر قابل ابطال بودن حکم دادگاه در دعوای تقسیم ترکه»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۲۱، شماره ۴۹، ۱۴۰۱، صص ۲۲۹-۲۴۲.
۲۳. بهمنی، محمد علی و رضا باستانی نامقی، «اصل حاکمیت اراده و محدودیت‌های آن در تحصیل دلیل در داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹، صص ۷۳-۱۱۰.
۲۴. پاننده، حسین، «مرگ مؤلف در نظریه‌های ادبی جدید»، *نامه فرهنگستان*، دوره ۸، شماره ۴ (۳۲)، ۱۳۸۵، صص ۲۶-۴۴.

۲۵. خدابخشی عبدالله، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵، ۱۳۹۸، صص ۸۳-۱۰۹.
۲۶. خدابخشی، عبدالله و مریم عابدین‌زاده شهری، «نقش داور بعد از صدور رأی»، *فصلنامه حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، صص ۲۰۳-۲۲۶.
۲۷. خزاعی حسین، «رأی داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۷، شماره ۳، ۱۳۸۶، صص ۹۷-۱۲۶.
۲۸. رحیمی‌نژاد اسماعیل، «تصمیم دادگاه: حق یا تکلیف؟»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، سال ۲، شماره ۴، ۱۳۹۱، صص ۱۵۵-۱۷۲.
۲۹. طاهری سهیل و حسین شریفی علیایی، «داوری اجباری و مصادیق آن در حقوق ایران»، *دو فصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۷۷-۲۱۲.
۳۰. مافی، همایون و حسین تازی، «اعتبار امرمختوم آرای داور در حقوق ایران و آمریکا»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال ۱۹، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۱۴۲-۱۷۹.
۳۱. مقدم ابریشمی، علی و مسعود محبوب، «نقش دادگاه در داوری بین‌المللی: نقدی بر لایحه جامع داوری از دیدگاه قوانین مدرن داوری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۶، شماره ۲۲، ۱۳۹۷، صص ۱۳۹-۱۶۸.
۳۲. میرشکاری، عباس و محسن سلیمی، «موضوع و ماهیت تعهد داور»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۷۴۳-۷۵۹.
۳۳. میرشکاری، عباس و محمد کاظم مهتاب‌پور، «مرجع صالح برای تفسیر رأی داور»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۵۹۱-۶۰۷.
۳۴. نهرینی، فریدون، «تشخیص ماهیت و نوع رأی دادگاه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص ۳۰۱-۳۲۰.
۳۵. نیازی، عباس، «اعتبار امر قضاوت شده در رأی داور»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۵، ۱۳۹۰، صص ۱۳۰-۱۵۰.

References

Books

1. Amid, Hassan, *Amid Persian Dctionary*, Volume 1, Tehran: Ashja', First Edition, 2010. (in Persian)
2. Babtista, L .O. *Correction and Clarification of Arbitral Awards*, Discussion paper, ICCA Congress, 2010.
3. Bojnourdy, Mohammad Hasan, Mahdi Mahrizi and Mohammad Hosein Daraei, *Jurisprudence Rules*, Volume 4, Qom: Al-Hadi Publishing, 1998. (in Persian)
4. Born, B. G. *International Commercial Arbitratio*, Volume 2, Kluwer Law International Netherlands, 2015.
5. Ghamami, Majid and Hassan Mohseni, *Transnational Civil Procedure*, Tehran: Sahami Enteshar Company, Fourth Edition, 2017. (in Persian)
6. Henri, G. *Contracts for the Sale of Goods*, New York: Oceana Publication, 2004.
7. Homi, K. *Interpretation and Revision of International Boundary Decision*, Cambridge University Press, 2007.
8. Iranshahi Alireza, *Challenge of Arbitral Award in International Commercial Arbitration*, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2014. (in Persian)
9. Iranshahi Alireza, *Domestic Arbitration Law*, Tehran: Mizan, First Edition, 2023. (in Persian)
10. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Law Ensyclopedia*, Volume 2, Tehran: Ibn-e-Sina, 1972. (in Persian)
11. Joneidi La'ya, *Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Awards*, Tehran: Shahr-e Danesh, Third Edition, 2013. (in Persian)

12. Kahneman, D. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, First Edition, 1982.
13. Katouzian, Nasser, *Res Judicata*, Tehran: Mizan, 11th Edition, 2020. (in Persian)
14. Khodabakhshi, A, *Litigation Law, Necessity of Comparativ Arbitration Law*, Tehran: Sahami Enteshar Company, Sixth Edition, 2018. (in Persian)
15. Khodabakhshi, Abdollah, *Arbitration Law and It's Litigation in Precedent*, Tehran: Sahami Enteshar Company, Seventh Edition, 2020. (in Persian)
16. Makarem Shirazi, Nasser, *Jurisprudence Rules*, Volume 1, Qom: Amir Al-Mo'menin's school Publishing, Third Edition, 1990. (in Persian)
17. Mohammadi, Abolhassan, *Principels for Inference of Islamic Law*, Tehran: University of Tehran Press, 46th Edition, 2012. (in Persian)
18. Moses, M. L. *Inherent and Implied Power of Arbitrators*, Loyola University Chicago School of law, 2014.
19. Nik-Bakhat, Hamid Reza, *Recognition and Enforcement of Arbitration Awards in Iran*, Tehran: The Institute for Trade Studies and Research, Second Edition, 2014. (in Persian)
20. Padeshah, Mohammad, *Comprehensive Persian Dictionary (Anandraj)*, Volume 3, Kayyam Bookstore Press, Second Edition, 1984. (in Persian)
21. Shams, Abdollah, *Civil Procedure Code (Advanced)*, Volume 2, Tehran: Derak Press, 20th Edition, 1999. (in Persian)
22. Shams, Abdollah, *Civil Procedure Code (Advanced)*, Volume 3, Tehran: Derak Press, 20th Edition, 1999 (in Persian)
23. Shiravi, Abdolhossein, *International Commercial Arbitration*, Tehran: Samt, 11th Edition, 2021. (in Persian)

Articles

24. Ahmadi, Khalil, "The Validity of Res Judicatea from the View-Point of Defendant", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 2, 2018. (in Persian)
25. Amini, Isa, Rabia'a Eskini and Omid Rashidi, "Interpretation of The Compulsory Arbitration Clause", *Journal of Private Law Research*, Volume 9, Issue 32, 2020. (in Persian)
26. Azarbajehani, Alireza and Mohammad Samavati-Poor, "The Explanation of Litigation Principles and Formalities in Arbitration", *Private Law Journal*, Volume 11, Issue 2, 2015. (in Persian)
27. Bahmaei, Mohammad Ali and Reza Bastani Nameghi, "The Principle of Party Autonomy and Its Exceptions in the Taking of Evidence in International Commercial and Investment Arbitration", *International Law Review*, 37 (63), 2020. (in Persian)
28. Bahrami, Ehsan, "Deviation from local jurisdiction rule and impossibility of voidance court's verdict rule in the claim to admeasure heritage", *Journal of Legal Research*, Volume 21, Issue 49, 2022, (in Persian)
29. Bakhtiarvand, Mostafa and Mitra Ahmadi, "Different Types of Awards in International Commercial Arbitration with an Emphasis on Iranian Law", *International Law Review*, 35 (58), 2018. (in Persian)
30. Frisch, D. "The effect of Ambiguity on Judgment and Choice", *University of Pennsylvania*, 1988.
31. Khazaei, Hossein, "Arbitration Verdict in Domestic Law & International Trade", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 37, Issue 3, 2007. (in Persian)
32. Khodabakhshi, Abdollah and Maryam Abedin-Zadeh shahRi, "The Role of the Arbitrator after the Issuance of Award", *International Law Review Quarterly*, Volume 36, Issue 61, 2019. (in Persian)
33. Khodabakhshi, Abdollah, "The Cases and Effects of Unenforceable Final Judgment", *The Judiciarys law Journal*, Volume 83, Issue 105, 2019. (in Persian)

34. Mafi, Homayoun and Hossein Tari, "Validity of Res Judicata of Arbitration Awards in the Iranian and American Law", *Comparative Law Researches*, 19 (4), 2015. (in Persian)
35. Mir-Shekari, Abbas and Mohammad Kazem Mahtab-Poor, "Competent Authority to Interpret the Arbitrium", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 50, Issue 3, 2020. (in Persian)
36. Mir-Shekari, Abbas and Mohsen Salimi, "The Issue and Nature of Arbitrator's Obligation", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 4, 2019. (in Persian)
37. Moghadam Abrishami, Ali and Masoud Mahboob, "The Role of Courts in International Arbitration: A Critical Assessment on the Arbitration Draft Bill in Iran from the Perspective of Modern Arbitration Rules", *Private Law Research*, Volume 6, Issue 22, 2018. (in Persian)
38. Nahreyni, Fereydoun, "Identifying the Nature and Type of Court Judgment", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 41, Issue 2, 2011. (in Persian)
39. Niazi, Abbas, "Validity of Res Judicata in the arbitrator's decision", *Judicial Law views Quarterly*, 55, 2011. (in Persian)
40. Payandeh, Hossein, "Death of the Author in Modern Literary Theories", *Academy letter*, Volume 8, Issue 4 (32), 2006. (in Persian)
41. Rahimi-Nejad, Ismaeil, "Court Decision: Right or Duty?", *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*, 2 (4), 2012. (in Persian)
42. Taheri, Soheil and Hossein Sharifi Oliyai, "Compulsory Arbitration and Its Implications in Iranian law", *Legal Educations Govah Bi-Quarterly Journal*, Volume 6, Issue 1, 2020. (in Persian)



Original Article

Feasibility of Describing the Primary Decision in The Appeal Court: Judgment in Unknown Type to Verdict or Order

Mostafa Mozafari¹, Jamshid Zargari² 

ABSTRACT

The title selected by a judge for its final decision is one of the crucial elements in judicial proceedings and based on law, it may be Verdict or Order. Although there exists a legal standard for choosing a judicial title for decision, the jurisprudence of Iranian courts illustrates that the mistake and negligence in selecting the type of judicial decision are probable. It is impossible that the judge himself can change the type of decision after issuing it because such a change leads to modifying the basics of the decision. Given that any type of judicial decision has special effects on proceedings and rights of parties and if its type remains unknown, can violate their rights, it is necessary that the appellate court interfere to correct its type in respect of the jurisdiction of corrective proceedings. In this Article using the descriptive-analytical method and by library resources and jurisprudences, firstly, the theoretical basics and the source jurisdiction of the appeal court in describing the type of primary judicial decision and its legal criterion is investigated. Secondly, the feasibility of describing the primary decisions in unknown type to Verdict or Order is researched. To conclude, the Article shows that the appeal court is not allowed to describe the type of unknown primary judicial decision for protecting the rights of parties and the proper implementation of the current regulations, further more it presents several suggestions for amending civil procedural law.

KeyWords: Description of the Type of a Decision, Correcting of the Decision, Unknown Type Judicial Decision.

How to Cite: Mozafari, Mostafa, Zargari, Jamshid, "Feasibility of Describing the Primary Decision in The Appeal Court: Judgment in Unknown Type to Verdict or Order", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:221-238.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230455.2442>

Received: 16/02/2023-Accepted: 05/12/2023

1. PhD, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran. Iran

2. L.L.M, Faculty of Judicial Registration and Management, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: jamshidzargari94@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/>).



امکان سنجی توصیف رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر: رأی در نوع مجهول به حکم یا قرار

مصطفی مظفری^۱، جمشید زرگری^۲

چکیده

یکی از عناصر سرنوشت‌ساز در رسیدگی قضایی، عنوانی است که دادرس بر تصمیم نهایی خود می‌گذارد و طبق قانون می‌تواند قرار یا حکم باشد. با وجود معیاری قانونی در خصوص تقیید نوع رأی به یکی از انواع یادشده، رویه قضایی نشان داده که اشتباه یا تعلل در تعیین نوع رأی توسط دادرس بدوی، امری محتمل است. به دلیل آنکه پس از صدور رأی قاضی صادرکننده توانایی تغییر اساس رأی را ندارد و تغییر نوع رأی نیز از جمله تغییراتی است که به اساس رأی لطمه وارد می‌کند، امکان دگرگونی در خصوص نوع رأی توسط دادرس صادرکننده آن وجود ندارد. بر این اساس و با توجه به این مطلب که هر نوع از آرا آثار خاصی در روند دادرسی و همچنین در حقوق اطراف دعوا دارند و مجهول ماندن نوع تصمیم نهایی بدوی، حقوق آن‌ها را در معرض تضییع قرار می‌دهد، دخالت دادگاه تجدیدنظر برحسب مقتضای رسیدگی تصحیح در توصیف نوع رأی در گونه صحیح آن ضرورت می‌یابد. در این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و رویه قضایی، ضمن بررسی مبنای نظری و منبع صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در امر توصیف نوع تصمیم نهایی بدوی و معیار قانونی آن، توصیف تصمیمات بدوی در نوع مجهول به حکم، امکان سنجی شده است. نتیجه مقاله نشان داده که به لحاظ رعایت حقوق اطراف دعوا و قواعد آیینی در حاکمیت مقررات کنونی، دادگاه تجدیدنظر مجاز در توصیف نوع تصمیم بدوی با نوع مجهول نیست. همچنین پیشنهادهایی برای اصلاحات مقررات دادرسی مدنی ارائه شده است.

کلید واژگان: توصیف نوع رأی، تصحیح رأی، رأی در نوع مجهول.

استناد به این مقاله: مظفری، مصطفی، زرگری، جمشید، «امکان سنجی توصیف رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر: رأی در نوع مجهول به حکم یا قرار»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۲۳۸-۲۲۱.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230455.2442>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
 ۲. کارشناس ارشد، دانشکده ثبت و مدیریت قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: jamshidzargari94@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

یک رأی به دلیل ویژگی‌های گوناگونی که دارد، مانند نوع آن از حیث حکم یا قرار بودن، قابل توصیف است.^۱ از جمله تکالیف مقام قضایی در دادرسی، تعیین نوع رأی است؛ زیرا پیش از آن نمی‌توان از تأثیر رأی بر حقوق اطراف دعوا سخن گفت. قاضی در انتخاب هریک از انواع رأی اختیار مطلق ندارد، بلکه انتخاب هریک از انواع آرا نیازمند احراز شرایطی است و در صورت وجود آن‌ها، امکان صدور رأی در نوع مدنظر ممکن است.

باین‌حال، ممکن است دادرسی بدوی در تعیین نوع تصمیم نهایی خود، کوتاهی و تصمیمی نهایی صادر کند که از منظر نوع، مجهول باشد. به عنوان مثال، در یک دادرسی مشخص می‌شود که ادعای مطروحه متوجه خوانده نیست و علی‌رغم عنایت قاضی به ماده ۸۹ ق.ا.د.م.^۲ و اقتضای صدور قرار رد دعوا، تصمیمی تحت عنوان «رأی» صادر می‌کند. وضعیت دوچندان بغرنج می‌شود اگر قاضی بدوی عنوان رأی را هم بر تصمیم خود اطلاق نکند و به عناوینی مانند دادنامه پسندیده کند. این کوتاهی دادرسی آثاری منفی و بعضاً جبران‌ناپذیری بر حقوق خواهان و خوانده خواهد داشت؛ از جمله اینکه با عدم امکان اجرای چنین تصمیمی طبق ماده ۱ قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶، عملاً هزینه‌ها و زمان صرف‌شده برای احقاق حق توسط خواهان از بین می‌رود. همچنین به لحاظ عدم برقراری اعتبار امر قضاوت شده بر چنین تصمیماتی، با فاش شدن استراتژی، تاکتیک و تکنیک دفاعی خوانده، احتمال سوءاستفاده خواهان از آن‌ها را با طرح مجدد دعوا ممکن می‌کند. به همین دلیل تعیین صحیح نوع رأی بسیار حائز اهمیت است.

باید توجه کرد که از طرفی، پس از صدور تصمیم با نوع مجهول، امکان تعیین نوع آن توسط مقام صادرکننده وجود ندارد؛ زیرا مشمول قاعده فراغ دادرسی می‌شود. از طرفی دیگر، تعیین نوع تصمیم نهایی تحت عنوان تصحیح رأی نیز قرار نخواهد گرفت؛ چراکه تصحیح نوع تصمیم نهایی براساس آثار مترتب بر هریک از انواع آرا از مواردی است که به اساس تصمیم قضایی لطمه وارد می‌کند (ماده ۴۰۳ ق.ا.د.م.). در این مقام، امکان‌سنجی توصیف نوع تصمیم مجهول از لحاظ نوع در دادگاه تجدیدنظر ضرورت می‌یابد؛ چون رسیدگی تجدیدنظر به معنی بررسی دوباره دعوا از حیث کلیه امور دخیل در رسیدگی بدوی است.

در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و رویه قضایی، به منظور پاسخ به این پرسش که آیا دادگاه تجدیدنظر می‌تواند حسب جریان و اطلاعات موجود در پرونده، تصمیم بدوی با نوع مجهول صادرشده را براساس نوعی که قانون و حقیقت امر ایجاب می‌کند، توصیف کند؟، نخست به تبیین مبنا و منبع صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع آرای بدوی در دادگاه تجدیدنظر، سپس به امکان‌سنجی توصیف نوع تصمیم بدوی مجهول از لحاظ نوع به قرار یا حکم در دادگاه تجدیدنظر با تأکید بر رویه قضایی می‌پردازیم و در صورت نیاز پیشنهادهایی را برای اصلاح قوانین ارائه می‌کنیم.

۱. مبانی و صلاحیت توصیف نوع رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر

به منظور بررسی صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع رأی بدوی باید مبنا و منبع آن مشخص شود. در ذیل این مطلب، نخست مبنای صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع رأی صادره از دادگاه بدوی بررسی و سپس اشاره می‌شود که صلاحیت دادگاه مزبور در موضوع حاضر بر چه منبعی استوار است.

۱. محسنی، حسن، «توصیف رأی از منظر قابلیت شکایت (با نگاهی تطبیقی)»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۳۲۴.

۲. قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)، مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی.

۱.۱. مبنای صلاحیت

در رسیدگی‌های قضایی به دلیل وجود متغیرهای متعدد و وابستگی به نیروی انسانی، احتمال و درصد تحقق اشتباه یا سهل‌انگاری بسیار زیاد است.^۱ جلوگیری از چنین اشتباه‌ها یا کوتاهی در انجام دادن وظیفه بسیار با اهمیت است؛ زیرا اولاً، متقاضی تظلم‌خواهی و خواسته طرفین یک دعوا صدور حکم به نحو صحیح در خاتمه دادرسی است. ثانیاً، محصل دادرسی یعنی احقاق حق که همواره تبعاتی همچون هزینه‌های مالی و معنوی برای طرفین دعوا و عدلیه در پی دارد، به وسیله یک اشتباه یا تعلل در رسیدگی قضایی، که عمده‌تاً مدت مدیدی نیز روند آن به طول می‌انجامد، ممکن است بر باد رود. ثالثاً، پس از قطعیت احکام اصولاً نمی‌توان آن‌ها را نقض و پرونده متبوع را به روند بررسی بازگرداند؛ بر این اساس رأیی به عرصه اجرا وارد می‌شود و حقوق مکتسبه ایجاد می‌کند که بر مقدماتی نادرست قرار گرفته است.

به همین دلیل در نظام‌های دادرسی، اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی قضایی مورد پذیرش قرار گرفته است تا عملکرد دادرسان بدوی در مرجعی غیر از مرجع صادرکننده رأی ارزیابی و اشتباه‌ها یا قصور احتمالی وی مرتفع شود. پس فلسفه رسیدگی دو مرحله‌ای، رفع اشتباه‌ها و سهل‌انگاری احتمالی در جری تشریفات رسیدگی بدوی به دعوا است.^۲

در نظام دادرسی مدنی ایران، بخش مهمی از تشریفات رسیدگی معطوف به امور پیرامون رأی در رسیدگی بدوی بوده است؛ مانند مفاد، صدور و انتخاب عنوان یا نوع رأی. به گواه رویه قضایی، تحقق اشتباه یا تعلل در اجرای این تشریفات توسط دادرس بدوی، امری کاملاً محتمل است. باید توجه کرد که گرچه انتخاب عنوان یا نوع رأی از جمله تکالیف دادرس بدوی است، ایشان پس از انتخاب عنوان رأی، ولو از باب تصحیح رأی، دیگر نمی‌تواند به اصلاح انتخاب پیشین خود اقدام کند. درواقع، اولاً استفاده از نهاد تصحیح رأی به دلالت ماده ۳۰۹ ق.آ.د.م. زمانی ممکن است سهو قلمی به‌طور غیرعمدی صورت گرفته باشد و نمی‌توان در فرضی که دادرس عمده‌تاً اما به اشتباه یک تصمیم نهایی در نوع مجهول صادر کرده است، از باب تصحیح، نوع آن را تعیین کرد.^۳ ثانیاً، سنخ دگرگونی‌های ناشی از تصحیح معطوف به مسائل شکلی رأی است.^۴ ثالثاً، تصحیح درباره عنوان رأی می‌تواند سبب تغییر رأی^۵ شود که این امر مغایر با قاعده فراغ دادرس، ظاهر ماده ۳۰۹ و وحدت ملاک از نص صریح ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. است.^۶ یعنی تصحیح رأی زمانی انجام می‌شود که سبب تغییر در اساس رأی نشود^۷ و این در حالی است که توصیف عنوان رأی به هریک از انواع آن، سبب تغییر در اساس رأی خواهد شد.^۸ رابعاً، نهاد تصحیح معطوف

۱. واحدی، قدرت‌الله، *بایسته‌های آیین دادرسی مدنی*، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۹۵.

۲. مدنی، سید جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۵، ص ۵۳۷؛ کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: مجد، ۱۳۸۶، ص ۱۶۲.

۳. شریفی، علیرضا، «تغییر توصیف رأی دادگاه تالی در مراجع عالی»، *نشریه علمی پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۴۶، ۱۴۰۰، ص ۲۱۴.

۴. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۱۱۲.

۵. رأی ۵۹۰ مورخ ۱۳۰۹/۰۱/۲۵ محکمه عالی انتظامی قضاات: «تبدیل کلمه به کلمه دیگر در صورت مجلس و رأی محکمه پس از ابلاغ آن به طرفین در صورتی که تأثیری در کار نداشته باشد تغییر رأی محسوب نشده و تخلف نیست.»

۶. مهاجری، پیشین، ص ۱۱۲.

۷. یوسف‌زاده، مرتضی، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، ص ۵۴۴؛ رأی شماره ۵۹۰، مورخ ۱۳۰۹/۰۱/۲۵، محکمه عالی انتظامی قضاات: «تبدیل کلمه به کلمه دیگر در صورت مجلس و رأی محکمه پس از ابلاغ آن به طرفین در صورتی که تأثیری در کار نداشته باشد تغییر رأی محسوب نشده و تخلف نیست.» رأی شماره ۳۹۹، مورخ ۱۳۸۲/۰۳/۲۶، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: زندگی، محمدرضا، *تشریفات دادرسی - رویه دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران*، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۳۲۴.

۸. رأی شماره ۱۳۲۴، مورخ ۱۳۱۲/۱۰/۰۴، دادگاه عالی انتظامی قضاات: «اصولاً هیچ حاکمی پس از امضای رأی خود جز در موارد استثناییه حق تغییر آن را ندارد و تشکیل محاکمه در درجه دوم برای جبران و تدارک این قبیل اشتباهاتی که برای قضاات درجه اولی در رسیدگی و صدور احکام روی می‌دهد.»

به مواردی است که حداقل دادگاه بدوی تصمیم نهایی در نوع مجهول خود را رأی نامیده باشد، باوجوداین، به دلالت رویه قضایی در برخی از موارد، دادگاه مزبور تصمیم خود را حتی رأی نمی‌نامید، در چنین شرایطی نمی‌توان از نهاد تصحیح رأی بهره برد.

پس با لحاظ مقدمات فوق، باید در طول صلاحیت دادگاه نخستین برای دادگاه تجدیدنظر، درباره توصیف نوع رأی دادگاه نخستین نیز به عنوان عنصری از عناصر تشکیل‌دهنده رأی بدوی قائل به صلاحیت شد.^۱ از طرفی، این مسئله با توجه به ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. ریشه در استقلال دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع تصمیم دادگاه بدوی دارد.^۲ به عبارتی دیگر، دادگاه عالی ملزم به تبعیت از تصمیم دادگاه تالی در نوع رأی نیست. از طرفی دیگر، دادگاه تجدیدنظر همواره اقدام به رسیدگی تصحیحی به دعوا رسیدگی شده در مرحله نخست می‌کند. در غیر این صورت، با رأیی نادرست از نظر نوع یا عنوان، مواجه خواهیم بود که قابلیت آن را دارد که حقوق اطراف دعوا را به نحوی از انحا در آینده تضییع کند. به عنوان مثال، با لحاظ آن که اعتبار امر مختومه معطوف به احکام و برخی از قرارها است و اساساً تصمیمی با عنوانی نظیر رأی دارای اعتبار مزبور نیست. فاش شدن استراتژی، تاکتیک و تکنیک دفاعی خواننده در دعوای پیشین، این امکان را برای خواهان فراهم می‌کند که بدون محدودیت زمانی با تهیه تمهیدات لازم، مجدداً به طرح دعوا علیه خواننده اقدام کند. از طرفی دیگر، این امکان را به‌ویژه در دعوای مالی برای خواننده نیز فراهم کرده‌ایم که با عدم امکان اجرای تصمیم مزبور^۳، فرصت کافی برای اختفای اموال خود را داشته باشد.

بنابراین با در نظر گرفتن آنکه اصل رسیدگی دو درجه‌ای در ماده ۷ ق.آ.د.م. تجلی یافته و انتخاب نوع رأی از جمله تشریفات است که تصحیح آن توسط دادگاه بدوی مغایر با قاعده فراغ دادرسی و شاکله مواد ۳۰۹ و ۴۰۳ ق.آ.د.م. بوده، می‌توان بر این عقیده بود که مبنای صلاحیت توصیف نوع رأی بدوی در دادگاه تجدیدنظر «جلوگیری از اشتباهات و سهل‌انگاری دادگاه نخستین در انتخاب نوع رأی» است.

۱.۲. منبع صلاحیت

در نظام حقوقی ایران قانون منبع ایجاد صلاحیت برای مراجع قضایی است. (اصل ۱۵۹ ق.ا.^۴) قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ درخصوص صلاحیت مراجع عالی درباره توصیف نوع رأی، بنابر ماده ۴۰۳ صرفاً به صلاحیت دیوان عالی کشور اشاره کرده و درباره صلاحیت دادگاه تجدیدنظر ساکت است. همین امر سبب شده تا رویه قضایی گاهی به سمت عدم صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در این امر سوق پیدا کند^۵ اما عموماً رویه قضایی و دکتترین تردیدی در صلاحیت دادگاه مزبور در توصیف نوع رأی بدوی ندارند.^۶

^۱ حکم تمیزی شماره ۴۹۴-۲۰۹۳ مورخ ۱۳۰۸/۰۵/۰۷: «تشخیص حکم یا قرار بودن رأی محکمه تالی با محکمه بالاتر است.»

^۲ افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۶۶.

^۳ چراکه مستنداً به ماده ۱ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، اصولاً آن دسته از آرای قضایی که حکم نامیده می‌شوند، صرفاً قابلیت اجرا دارند.

^۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.

^۵ رأی ۰۱۱۳۹، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۶، شعبه ۲۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

^۶ بهرامی، بهرام، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۶، ص ۲۱۰؛ نهرینی، فریدون، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۴۰۹؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۲۹۸، مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۸، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۸۰، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۹، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ نشست قضایی استان خراسان رضوی، شهر طبقه مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۱.

با این اوصاف، بنابر اصل ۱۵۹ ق.ا. صلاحیت قضایی صرفاً به موجب قانون محقق می‌شود و رویه قضایی و دکترین نمی‌تواند موجد صلاحیت قضایی شود. ماده ۳۴۸ ق.آ.د.م. که اشاره به جهات صلاحیت دادگاه تجدیدنظر دارد، یکی از نصوصی است که می‌تواند منبع قانونی برای این مهم باشد. بند «ه» ماده یاد شده اشاره کرده است که دادگاه تجدیدنظر می‌تواند بنابر «ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی» رأی را مورد رسیدگی قرار دهد. یکی از مقررات قانونی که در خصوص رسیدگی قضایی وضع شده، ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. است که به معیار تعیین نوع رأی اشاره دارد. درواقع، تعیین ناصحیح نوع رأی یا عدم تعیین آن، مصداقی از مخالفت رأی با مقررۀ ماده ۲۹۹ است که می‌توان جهت رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر را بر آن بنا کرد.

علاوه بر منبع فوق، می‌توان از طریق قیاس اولویت حکم مقرر در ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. را نیز منبع صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف رأی بدوی دانست. قیاس اولویت دو شرط اساسی دارد: یک آنکه باید حکم اصل و فرع از یک سنخ و دیگری حکم اصل در فرع اقوی باشد^۱ که هر دوی این شرایط در مسئله مزبور وجود دارد. درواقع اولاً، حکم دیوان عالی کشور با دادگاه تجدیدنظر از یک سنخ، یعنی در خصوص ایجاد صلاحیت است و ثانیاً، ملاک حکم ماده ۴۰۳ در دادگاه تجدیدنظر به علت داشتن اثر انتقالی و صلاحیت عام در رسیدگی به شکایت از آراء اقوی از حکم ماده مزبور در خصوص دیوان عالی کشور است که حداقل در امور حقوقی فاقد اثر انتقالی بوده^۲ و دارای صلاحیت محدود در رسیدگی به اعتراض در خصوص آراء است. در رویه‌های قضایی نیز بسیار دیده شده که از ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. برای توصیف نوع رأی توسط دادگاه تجدیدنظر، وحدت ملاک گرفته می‌شود^۳.

۲. معیار دادگاه تجدیدنظر جهت توصیف رأی

گرچه در ادبیات آیین دادرسی مدنی، معیارهای متفاوتی از جمله عناصرشناسی حکم^۴، رویکرد حق یا همان موضوعی^۵ و توجه به آثار رأی^۶ برای تشخیص حکم مورد اشاره واقع شده است، بااین‌حال، دادگاه تجدیدنظر باید براساس معیار ارائه‌شده توسط قانون نوع رأی صادره را تبیین کند. در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ در خصوص معیار توصیف نوع رأی صادره، مواد ۲۹۹ و ۴۰۳ همواره مورد استناد در رویه قضایی بوده است.

۲.۱. معیار اول: ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م.

مستنبط از ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. تصمیم نهایی دادگاه در سه فرض قرار است: الف) رأی در ماهیت دعوا بوده، اما قاطع نباشد، مانند قرار کارشناسی، ب) رأی در ماهیت دعوا نبوده، ولی کلاً یا جزئاً قاطع آن است، مانند قرار رد دعوا و ج) گاه

۱. زهیر المالکی، محمد ابوالنور، *اصول الفقه*، جلد ۴. بیروت: دار المدار الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق، ص ۴۲.

۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی - (دوره پیشرفته)*، جلد ۲، تهران: دراک، ۱۳۹۳، ص ۳۹۳.

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۲۹۸، مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۸، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۳۶۱، مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۴، شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۸۱۵، مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۵، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۲۸۲.

۵. نهرینی، فریدون، «تشخیص ماهیت و نوع رأی دادگاه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)*، دوره ۲، شماره ۴۱، ۱۳۹۰، ص ۳۰۶.

۶. ابهری، حمید، *آیین دادرسی مدنی ۲*، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۴۵.

نیز رأی نه در ماهیت است و نه قاطع دعوا، مانند قرار توقیف دادرسی. در مقابل قرار، حکم بوده که معطوف به فرضی است که رأی توأمان هم در ماهیت دعوا بوده و هم کلاً یا جزئاً قاطع آن باشد.

در مفهوم قاطعیت رأی که همان خروج پرونده از مرجع رسیدگی است^۱، مناقشه‌ای وجود ندارد. اما درخصوص «راجع به ماهیت دعوا بودن» نکاتی مطرح است که می‌تواند دادگاه تجدیدنظر را درباره توصیف نوع رأی یاری کند. درحقیقت رسیدگی قضایی ملغمه‌ای از بررسی امور حکمی و موضوعی است که دادرس در خلال رسیدگی باید آن‌ها را بررسی و احراز کند. امور حکمی عبارت است از تشخیص حکم قانونی مناسب با موضوع دعوی مطروحه^۲ و امور موضوعی یا همان امور راجع به ماهیت دعوا درواقع احراز صحت و سقم ادعای مطرح شده در دعوا است. بنابراین وقتی دادگاه درمورد حق مبنای طرح دعوا، نفیاً یا اثباتاً اظهارنظر می‌کند، می‌توان عقیده بر ورود رسیدگی قضایی در ماهیت دعوا داشت. بدیهی است که چنین احرازی باید همراه با بررسی دلایل طرفین باشد؛ زیرا بدون آن، رسیدگی ماهوی محقق نخواهد شد^۳.

نکته دیگر این است که رویه قضایی درباره در ماهیت دانستن رأیی که نسبت به قسمتی از خواسته صادر شده یا فقط بخشی از دلایل طرفین مورد رسیدگی قرار گرفته، محل اختلاف است^۴. باوجوداین، به نظر این اختلافات بلاوجه است؛ زیرا اطلاق عبارت ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. و جواز تجزیه دعوا در ماده ۲۹۸ ق.آ.د.م. مانع از آن است که عبارت «راجع به ماهیت دعوا» منصرف از مواردی دانسته شود که به‌صورت جزئی دادگاه نخستین به امور موضوعی دعوا رسیدگی کرده است^۵.

شایان ذکر است که معیار ارائه‌شده در ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م.، به‌منظور تعیین نوع رأی، منصرف از مواردی است که نوع رأی صراحتاً توسط قانون تعیین شده است. مثل ماده ۵۷۱ قانون تجارت که اشاره دارد در فرضی که تاجر ورشکسته کلیه دیون خویش را تأدیه کند، با طرح دعوا به منظور اعاده اعتبار، دادگاه موظف است حکم به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته صادر کند و تعیین نوع رأی صادر بر طبق مقرر ۲۹۹ ق.آ.د.م. نخواهد بود^۶.

۲.۲. معیار دوم: ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م.

گرچه در میان دکترین اشاره‌ای به این معیار نشده است، برخی از محاکم صرفاً مستفاد از ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. در مرحله تجدیدنظر به توصیف نوع رأی بدوی اهتمام می‌ورزند^۷. براساس ماده مزبور که معطوف به مرحله فرجام‌خواهی است، در صورتی که رأی صادره توسط دادگاه تالی حکم دانسته شده اما از لحاظ استدلال یا اسباب موجهه و منطوق یا همان نتیجه رأی، منطبق بر قرار باشد، مرجع عالی صلاحیت دارد که آن حکم را به قرار توصیف کند.

باین‌حال، به نظر می‌رسد که تفسیر ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. به‌عنوان معیاری مستقل از معیار ارائه‌شده توسط ماده ۲۹۹

۱. شمس، پیشین، ص ۲۰۳.

۲. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۹۲.

۳. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، *پیشینه رویه قضایی این در ارتباط با آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۷، ص ۱۲۴.

۴. نشست قضایی استان اصفهان / شهر اصفهان، مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۲۸ به اتفاق چنین امری را تأیید کرده است.

۵. افتخار جهرمی و السان، پیشین، ص ۱۳۱.

۶. نهرینی، فریدون، «نقد و توجیه رویه های قضایی: تمیز نوع رأی دادگاه و آثار آن»، *کانون وکلا*، شماره ۲۱۳، ۱۳۹۰، ص ۲۱۵.

۷. رأی شماره ۱۲۷۸/۲۲۲۸۰۹۳۰۹۹۷۰۹۳۰۹۳/۰۹/۲۴، شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۶۵۱، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۹، شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۰۷۰، مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۸، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛

ق.آ.د.م. در توصیف نوع رأی، مستلزم تعطیلی حکم ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. است که برخلاف اصول مسلم تفسیر نصوص قوانین است. درواقع، علل موجه یا همان استدلال رأی مشتمل بر امور موضوعی و حکمی دعوا است و به عبارتی دیگر از این بخش از رأی می‌توان دریافت که آیا رأی صادره در ماهیت دعوا است یا خیر. همچنین نتیجه رأی بخشی است که می‌توان به دلالت آن پی برد که رأی قاطع دعوا است یا خیر. بنابراین مجموع این اجزا که باعث شده تا ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. و معیار اتخاذ شده در آن درخصوص نوع رأی اجرا شود، به‌عنوان مثال، اگر رأی صادره به دلالت استدلال موجود در آن در ماهیت دعوا و همچنین منطوقاً قاطع دعوا باشد، هرگز امکان توصیف نوع رأی صادره از حکم به قرار وجود ندارد؛ چراکه بر فرض امکان، ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. تعطیل خواهد شد و این امر برخلاف حکمت قانون‌گذار نیز است.

پس ظاهراً تنها منبع قانونی «معیار توصیف نوع رأی» توسط دادگاه تجدیدنظر و حتی دیوان عالی کشور همان ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. است و همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، ماده ۴۰۳ ق.آ.د.م. را باید صرفاً یکی از منابع قانونی «صلاحیت مراجع عالی درخصوص توصیف نوع رأی» دانست. همچنین این تفسیر موافق با رویکرد یکسان‌سازی قواعد حاکم بر دادرسی مدنی است که به عنوان دغدغه‌ای حقوقی ملی و فراملی تلقی می‌شود.

۳. ارزیابی و صور توصیف تصمیم بدوی با نوع مجهول

رویه قضایی نشان می‌دهد که دادگاه نخستین ممکن است در ضمن صدور یک تصمیم نهایی، نوع آن را انتخاب نکند، بلکه صرفاً درخصوص موضوع دعوا نفیاً یا اثباتاً تصمیم بگیرد. اولین مسئله‌ای که در مواجهه دادگاه تجدیدنظر با اظهارنظر در نوع مجهول مطرح است، این بوده که آیا امکان توصیف اظهارنظر مزبور به یکی از انواع حکم یا قرار توسط دادگاه عالی وجود دارد؟ این تردید از آن رو است که به فرضی دادگاه تجدیدنظر امکان توصیف رأی را می‌یابد که در انتهای جری یک رسیدگی قضایی رأی صادر شود و در فرضی که اساساً رأی صادر نشده است، مسئله توصیف آن نیز سالب به انتفاء موضوع است.^۱ به بیانی دیگر، آیا انتخاب نوع رأی در زمان اصدار آن با توجه به ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. از شرایط ایجاد رأی است یا شرط صحت آن؟ در صورتی که این شرط از جمله شرایط ایجاد رأی باشد، رأی بدون قید نوع قانونی آن، رأی در معنای مصطلح نیست و به تبع امکان توصیف آن توسط دادگاه تجدیدنظر وجود ندارد. در مقابل، اگر شرط مزبور از جمله شرایط صحت رأی باشد، مانند سایر موارد نقض که بر رأی عارض می‌شود، این مورد نیز فقط رأی را در معرض نقض قرار می‌دهد. آنچه از ظاهر ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م. و حتی پیشینه تاریخی آن، یعنی ماده ۱۹۶ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ برداشت می‌شود، شرط صحت بودن درج نوع رأی در دادنامه است.^۲

اظهارنظر در نوع مجهول توسط دادگاه بدوی به دو صورت ممکن است واقع شود: گاهی پیش می‌آید که دادگاه مزبور حتی تصمیم نهایی خود را «رأی» نیز نمی‌نامید. گاهی نیز صرفاً عنوان مطلق «رأی» را بر تصمیم مزبور تعیین می‌کند.

۱. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۸۳ در مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور: «...عمده نقض به سبب عدم انعقاد قانونی ختم دادرسی در شعبه دادگاه بدوی و در صدور (دادنامه بدوی ۹۲-۰۰۷۱۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۰۹) و ترک تمهید تحصیل نظر مشاور خانواده در دادنامه بدوی و تبعاً با عدم اعتبار رأی بدوی رأی مترتب بر آن نیز از سوی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان (موضوع دادنامه فرجام خواسته شماره ۰۰۸۴۶-۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۸) بلااعتبار است و آرای مذکور حکم مورد توصیف در ماده ۲۹۹ آ.د.م. شناخته نمی‌شود، زیرا انعقاد آن و ختم دادرسی آن به طرق قانونی نبوده...».

۲. تنها قانون دادرسی ایران که سابقاً آن هم به نحو تلویحی به شرط ایجاد بودن درج نوع رأی در دادنامه پرداخته بود قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ بوده که در بند ه تبصره ماده ۲۱۳ اشاره می‌داشت که دادگاه در زمان صدور رأی باید ماهیت رأی را مشخص کند. هرچند کلمه ماهیت چندپهلوی است و امکان تفاسیر متفاوت از آن می‌رود، با توجه به شاکله قانون مزبور می‌توان اعتقاد داشت که منظور قانون‌گذار از ماهیت رأی همان نوع رأی است.

قدر متیقن هر دو حالت دال بر نظر نهایی بدوی است.^۱ اما طرفین را در برزخ آثار و ویژگی‌های ناشی از هریک از انواع رأی، یعنی حکم یا قرار، وامی‌گذارد. باری، بنابر مراتب فوق باید که در مسئله امکان‌سنجی توصیف نوع رأی در نوع مجهول توسط دادگاه تجدیدنظر قائل به تفصیل شد.

۳.۱. عدم اطلاق عنوان مطلق «رأی» بر تصمیم صادره

نخستین فرض آن است که دادگاه صرفاً اقدام به تنظیم یک دادنامه کرده است و بر تصمیم مندرج در آن حتی عنوان «رأی» را اطلاق نکرده باشد. نیک پیداست که رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر حول محور رسیدگی به آرا می‌چرخد (مواد ۳۳۰ الی ۳۳۲ ق.آ.د.م.) و به‌عنوان مثال هرگز نمی‌توان از تصمیم ساده قضایی دادگاه بدوی در دادگاه تجدیدنظر پژوهش خواست. در فرض مبحث‌عنه با توجه به اینکه تصمیم دادگاه بر عنوان مطلق «رأی» نیز استوار نشده و عناوین فاقد مبنای قانونی نظیر «دادنامه» یا «تصمیم نهایی» بر آن اطلاق شده، ولو آنکه نفیاً یا اثباتاً در مدعی‌به‌نظر داده باشد چون در نوع مقرر قانونی قرار نگرفته است، به نظر از احکام یک تصمیم ساده قضایی پیروی می‌کند. بنابراین باید به منظور عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی از تصمیم مزبور، دادگاه تجدیدنظر در این رسیدگی به صدور قرار عدم استماع دعوا اقدام کند.^۲

باین‌حال، رویه قضایی در این باره بر محور تساهل بوده و در برخورد با چنین مواردی، با هدف عودت به دادگاه بدوی اقدام به نقض دادنامه کرده است!^۳ این رویه به لحاظ مواد ۳۵۳ و ۳۵۸ ق.آ.د.م. محل اشکال جدی است؛ زیرا نقض مزبور عارض بر عناوینی مانند «دادنامه» می‌شود نه رأی. همچنین با توجه به اینکه رأی از دادگاه تالی صادر نشده است، به نظر استفاده از نهاد تصحیح رأی توسط دادگاه یادشده نیز محل اشکال است؛ چراکه ماده ۳۰۹ ق.آ.د.م. صرفاً تصمیماتی را که عنوان رأی بر آن‌ها نهاده شده، قابل اصلاح دانسته است. به‌هرروی، به نظر با توجه به مقررات کنونی و عدم اعتبار قضیه محکوم‌بها در خصوص تصمیمات ساده قضایی، بهترین تصمیمی که در خصوص پژوهش‌خواهی از تصمیم مزبور دادگاه تجدیدنظر می‌تواند اتخاذ کند، قرار عدم استماع دعوا پژوهشی است. درحقیقت، هرگز نوبت به امکان توصیف نوع رأی صادره در این مقام نخواهد رسید؛ زیرا اولاً، امکان توصیف نوع رأی فرع بر قابل استماع بودن دعوا است و ثانیاً، اساساً رأیی صادر نشده که توصیف آن ممکن باشد.

چنین نقطه‌نظری با اذعان به ابتر شدن مجموع هزینه‌های مادی و معنوی معطوف به دعوا و زمان مصروف برای احقاق حق، در حاکمیت مقررات کنونی موافق با قانون است و نمی‌توان به دلیل مصلحت‌اندیشی از اجرای مرقانون اجتناب کرد. بنابراین پیشنهاد می‌شود در جمع مصلحت اطراف دعوا، جلوگیری از اطالة دادرسی و تولید پرونده، در اصلاحات آتی مقررات دادرسی مدنی، قانون‌گذار به این‌گونه از اشتباه و تعلل قضایی عنایت و آن را ملحق به فرضی کند که دادگاه عالی اقدام به نقض قرار صادره از دادگاه تالی کرده است. در این وضعیت، دادگاه بدوی با اعاده پرونده می‌تواند به تعیین نوع شایسته بر تصمیم اقدام کند.

^۱ یلفانی، علی اکبر، *تشریح و تفسیر قوانین دادرسی مدنی (حقوق دادرسی مدنی)*، جلد ۱، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۰، ص ۳۰۸.

^۲ شمس، پیشین، ص ۳۶۷.

^۳ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۶۴۶، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۱، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «تصمیم مرجع محترم رسیدگی بدوی در قالب هیچ‌گونه رأی (به‌ویژه ماهیتی و ایجابی) اصدار نیافته و مطابق با مقررات قانونی موضوع ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی پیش‌گفته نبوده، بنابراین به علت عدم اتصاف به رأی شایسته قانونی (اعم از ماهوی یا حتی شکلی) واجد آثار آرای قانونی نمی‌باشد ...ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر...عیناً به آن مرجع احاله و اعاده می‌گردد.»

۳.۲. اطلاق عنوان مطلق «رأی» بر تصمیم صادره

فرض دوم آن است که دادگاه نخستین به اعطای عنوان مطلق «رأی» بسنده کرده است. این اظهارنظر را مانند مورد گذشته نمی‌توان تصمیم ساده دانست. باین‌حال، آیا می‌توان چنین تفسیر کرد که اعطای عنوان رأی شامل هر دو نوع قرار و حکم می‌شود، پس دادگاه تجدیدنظر می‌تواند نوع رأی را از پیش خود معطوف به یکی از انواع مزبور و منصرف از نوع دیگر کند؟ به اختصار نمی‌توان به این سوال پاسخ داد؛ پس برای تنویر اذهان باید مطلب را به دو بخش تفکیک کرد:

۳.۲.۱. توصیف رأی به حکم

رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر یک رسیدگی تصحیحی بوده^۱ و هدف، آن است که رأی بدوی مطابق با قانون و عاری از هرگونه اشتباهی باشد. به همین دلیل تفاوتی ندارد که اشتباه در پرونده دعوی مزبور عارض بر چه عنصری باشد، بلکه هدف تنها قضایی شایسته و خروجی آن تصمیمی متقن و صحیح است. پس با تجدیدنظرخواهی از رأی صادره، دادگاه تجدیدنظر باید با ابتنا بر رسیدگی ماهوی صورت گرفته و قاطعیت تصمیم صادره، عنوان رأی را به حکم توصیف کند. در صورتی که از جهت و عنصر دیگر دعوا محل ایرادی نباشد، حکم توصیفی تأیید می‌شود و در فرضی که از جهت یا جهاتی دیگر ایرادی بر دعوا وارد باشد، مستنداً به ماده ۲۵۸ ق.آ.د.م. حکم توصیفی را نقض و خود به رسیدگی ماهوی اقدام خواهد کرد.

باوجوداین، باید توجه کرد که توصیف رأی صادره از دادگاه نخستین به حکم در مرحله تجدیدنظر دارای عوارض منفی است؛ زیرا توصیف مزبور ولو مطابق با واقعیت باشد، سبب می‌شود تا برخی از حقوق اطراف دعوا در معرض تضییع قرار گیرد. به عنوان مثال، صدور چنین تصمیمی با عنوان مطلق رأی اصولاً به علت نداشتن اعتبار قضیه محکوم‌بها، خواهان را در موقعیتی قرار می‌دهد که وی بتواند برای بار دیگر دعوا خویش را به امید اخذ حکم له خود، مطرح کند.^۲ از طرفی دیگر، اصولاً صدور چنین تصمیمی در وضعیت خوانده تأثیری ندارد؛ زیرا قابلیت اجرا معطوف به احکام است نه رأی. به عبارتی دیگر، گویی از ابتدا دعوا بر علیه وی مطرح نشده است.

حال در صورتی که دادگاه تجدیدنظر اقتضای رسیدگی دادگاه نخستین را به دلیل رسیدگی ماهوی و قاطع بودن تصمیم نهایی، صدور حکم دانست و رأی صادره را به حکم توصیف کند، وضعیت اطراف دعوا منقلب خواهد شد. خواهان که تا پیش از این حق طرح مجدد دعوا را داشته، پس از توصیف و به فرض قطعیت، به علت آن که احکام مشمول اعتبار قضیه محکوم بها می‌شود، دیگر امکان طرح دعوی مزبور برای وی میسر نیست.^۳ پس اگر رأی به حکم بی‌حقی خواهان در ادعای مطرح‌شده توصیف شود، به دلیل اعتبار قضیه محکوم‌بها، وی قادر نخواهد بود که بار دیگر دعوی مزبور را مطرح کند و حق خویش تضییع خواهد شد. در فرض عکس، یعنی عقیده بر توصیف رأی به حکمی در ظاهر به نفع خواهان نیز مناقشاتی چند مطرح است: از جمله آنکه پس از توصیف یادشده در مرحله تجدیدنظر اصولاً امکان بررسی دو مرحله حکم مزبور وجود ندارد و این مسئله برخلاف اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی است.^۴ (ماده ۷ ق.آ.د.م.). از زاویه‌ای دیگر، مقطع تبادل لوایح مستنداً به ماده ۳۴۶ ق.آ.د.م. پیش از ارسال دعوا به دادگاه تجدیدنظر است. حال اگر دادگاه تجدیدنظر

۱. متین دفتری، احمد، *آئین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: مجد، ۱۳۹۸، ص ۵۹۷.

۲. مردانی، نادر و محمد جواد بهشتی، *آیین دادرسی مدنی ۱-۲-۳*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۵۱۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۵۷.

۴. نهرینی، *آیین دادرسی مدنی*، ص ۴۰۸.

پس از مطالعه پرونده تصمیم به توصیف رأی صادره در دعوا به حکم بگیرد، خواننده در وضعیتی متفاوت قرار می‌گیرد، بی‌آنکه بتوان از خویش دفاعی مؤثر انجام دهد. این مسئله برخلاف اصل تناظر است؛ زیرا دادگاه تجدیدنظر تکلیفی به برگزاری جلسه دادرسی یا تبادل لوایح مجدد ندارد. علاوه بر این، اعتبار قضیه محکوم‌بها مانع از آن خواهد شد که خواننده بتواند در قالب طرح دعوای جدیدی حق تضییع شده خویش را احقاق کند.

با توجه به آنچه ابراز شد، ظاهراً امکان توصیف رأی بدوی به حکم توسط دادگاه تجدیدنظر وجود ندارد و در فرضی هم که دادگاه تجدیدنظر اقدام به این امر کند، علاوه بر به چالش کشیدن قواعد بنیادین آیین دادرسی، به ناروا حقوق اطراف دعوا را در معرض تضییع قرار خواهد داد.^۱ ظاهراً برای جلوگیری از آثار سوء توصیف فوق باید در اصلاحات آتی مقررات دادرسی مدنی، قانون‌گذار ضمن منع توصیف عنوان مطلق رأی به حکم در مرجع تجدیدنظر، چنین فرضی را ملحق به وضعیتی کند که دادگاه تجدیدنظر مستفاد از ماده ۳۵۳ ق.آ.د.م.، قرار صادره از دادگاه بدوی را به علت عدم رعایت موازین قانونی نقض می‌کند. در این حالت، با اعاده پرونده به دادگاه نخستین و متعاقباً صدور هرگونه تصمیمی از این دادگاه تالی، از ایرادات فوق‌الذکر اجتناب خواهد شد؛ زیرا امکان تجدیدنظر از تصمیمات بدوی و استفاده از امتیازات دو درجه‌ای بودن رسیدگی برای حسب مورد خواهان یا خواننده وجود دارد.

۳.۲.۲. توصیف رأی به قرار

اما درباره توصیف رأی مزبور به قرار نیز ایرادی وارد است که البته این ایراد بر قسم نخست نیز قابل تعمیم بوده است. باین‌حال پیش از بیان ایراد باید اشاره کرد که در این قسم رویه قضایی و دکترین دایر بر این مدار است که اگر دادگاه بدوی تصمیم خود را به صورت مطلق رأی بنامد، دادگاه تجدیدنظر این امکان را دارد که عنوان مطلق رأی را به قرار توصیف کند.^۲

باین‌وصف ایرادی جدی بر این رویه وارد است؛ زیرا درحقیقت توصیف عنوان رأی به قرار مستلزم آن است که دادگاه نخستین اقدام به صدور حکم نموده باشد؛ زیرا حدود و دایره بررسی ماهوی که منجر به انتخاب حکم به عنوان نوع رأی می‌شود به مراتب وسیع‌تر از قرار است و در بسیاری از موارد که منجر به صدور قرار شده، اساساً نوبت به رسیدگی ماهوی نمی‌رسد. پس توصیف حکم به قرار درواقع حرکت در دایره صلاحیت عاریتی دادگاه تجدیدنظر است. بنابراین می‌توان عقیده داشت که چون بنابر ماده ۳۴۹ ق.آ.د.م در امور ماهوی رسیدگی دادگاه تجدیدنظر منحصر به حدود رسیدگی دادگاه بدوی است و نمی‌توان پای خود را از آنچه دادگاه بدوی ترسیم کرده است، فراتر بگذارد. بنابراین در فرض مزبور

^۱ شریفی، پیشین، ص ۲۲۱.

^۲ افتخار جهرمی و السان، پیشین، ص ۲۶۶؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۴۱۰، مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۳۱، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ «اصولاً و مطابق موازین قانونی، صدور رأی بر بطلان دعوا فاقد موقعیت قانونی می‌باشد و تصمیم در قالب یادشده از وجاهت قانونی برخوردار نمی‌باشد، زیرا مطابق مقررات قانونی موضوع ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، رأی اعم از حکم یا قرار بوده که در مانحن فیه، مرجع بدون توجه به مفهوم رأی که عنوان مطلق و اعم از حکم یا قرار می‌باشد، مبادرت به صدور رأی بر بطلان دعوا و آن هم خارج از خواسته نموده که با تزلزل و نارسایی همراه بوده، بناء علی هذا و با عنایت به مراتب معنونه مارالذکر و از آنجاکه این بخش از دادنامه تجدیدنظر خواسته، به نحو صحیح و مطابق موازین و مقررات قانونی اصدار نیافته و از حیث موضوع و مفهوم دارای نارسایی و نقیصه بوده، لذا دادگاه بدواً و به استناد بخش اخیر ماده ۲۹۹ قانون پیش‌گفته، ضمن شناسایی و تلقی از رأی بر بطلان دعوا به قرار رد دعوا ... عیناً به آن مرجع (بدوی) اعاده می‌گردد.»؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۵۰۱، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۰۶، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۳۲۰، مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۶، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۱۹، مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۳، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

نیز دادگاه تجدیدنظر امکان توصیف و انصراف رأی صادره به قرار را نخواهد داشت.

این نکته شایان توجه است که دادگاه تجدیدنظر مستفاد از ماده ۳۵۱ ق.آ.د.م. نمی‌تواند از باب تصحیح رأی نیز به تبیین نوع رأی به قرار اقدام کند؛ چراکه به دلالت مواد ۳۰۹، ۳۵۱، ۳۶۰ و ۴۰۳ ق.آ.د.م. مرتبط با نهاد تصحیح رأی، می‌توان دریافت که بهره‌مندی از این نهاد مستلزم آن است که رأی صادره حاوی اشتباهی سهوی و غیرعمدی باشد. در فرض حاضر که تعمداً اما به اشتباه دادگاه بدوی، تصمیم نهایی خود را با عنوان رأی صادر کرده است، ظاهراً اقتضای استفاده از نهاد تصحیح رأی مستنداً به ماده ۳۵۱ ق.آ.د.م. وجود ندارد.

گرچه در مواجهه با چنین مواردی مانند قسم پیشین، دادگاه تجدیدنظر باید بتواند با نقض تصمیم صادره، آن را به دادگاه بدوی برای انتخاب نوع رأی صادره اعاده کند، اما در حال حاضر این مسئله مبنای قانونی ندارد؛ زیرا تنها در فرضی دادگاه تجدیدنظر می‌تواند یک رأی را نقض و به دادگاه بدوی اعاده کند که براساس ماده ۳۵۳ ق.آ.د.م. رأی صادره از نوع قرار باشد. باوجوداین، از بُعد نظری نیز نمی‌توان دادگاه تجدیدنظر را در مواجهه با انتخاب اشتباه نوع رأی صادره از دادگاه نخستین موظف به تمکین دانست؛ چراکه برخلاف مقتضای ذات رسیدگی تصحیحی است. به همین علت پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات آتی، به موردی که دادگاه بدوی در خصوص نوع رأی اتخاذ تصمیم نکند و صرفاً عنوان رأی را بر تصمیم خود قرار دهد، توجه شود و آن را در حکم فرضی بدانند که دادگاه تجدیدنظر قرار صادره از دادگاه بدوی را براساس ماده ۳۵۳ ق.آ.د.م. به علت عدم رعایت موازین قانونی، نقض کند تا بتواند با اعاده آن به دادگاه نخستین، جری رسیدگی قضایی را به سرمنزل مقصود رساند.^۱

پیشنهادهای مطرح‌شده در بخش حاضر، به منظور گشودن جریان دادرسی در مرحله بدوی، کلیه ایراد پیش‌تر گفته‌شده را رفع می‌کند. شایان ذکر است که اعاده پرونده در فرض یادشده، دلالتی بر تکلیف دادگاه نخستین به صدور حکم ندارد^۲، ولو آنکه دادگاه تجدیدنظر اذعان کند که استعداد رسیدگی صورت‌گرفته صدور حکم بوده؛ زیرا اصل بر استقلال قضات در تصمیم‌گیری است^۳. مطابق اصل یادشده، قاضی نباید در تصمیم‌گیری و تفسیر مقررات پیرو و تحت‌تأثیر نظرات دیگران، ولو دیگر قضات، در مراجع عالی قرار گیرد^۴؛ بلکه ایشان باید به‌طور مستقل و براساس ارزیابی خود، که مبتنی بر حقایق موجود در پرونده است، درباره تمامی امور، از جمله تصمیم‌گیری درباره نوع رأی در چهارچوب قانون، اقدام کند^۵. به عبارتی دیگر، دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند نظر خود درباره نوع رأی را بر دادگاه نخستین در خصوص کیفیت رسیدگی

^۱ این پیشنهاد در خصوص حکم بودن قرار بدوی در دادگاه تجدید نظر دارای پشتوانه رویه قضایی است: رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۸۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۹، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «استدلال دادگاه بدوی در ماهیت موضوع دعوا بوده و دعوای مطروحه را غیر ثابت دانسته لیکن مبادرت به صدور قرار کرده است، نظر به اینکه مستنبط از ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور کلی یا جزئی باشد حکم، و در غیر این صورت قرار نامیده می‌شود. لهذا با عنایت به اینکه کیفیت اصدار رأی دادگاه، اقتضای صدور حکم را دارد و صدور قرار واجد ایراد قانونی بوده و درخور نقض است، بنابراین با پذیرش تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۳ از قانون مرقوم ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه پرونده جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه بدوی اعاده می‌شود این رأی قطعی است.» رأی شماره ۱۹۰۳، مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۳، شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: زندی، محمدرضا، **تشریفات دادرسی- رویه دادگاه های تجدیدنظر استان تهران**، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۴۸۵.

^۲ حیاتی، علی عباس، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۷۸.

^۳ پژوهشگاه قوه قضاییه، **استقلال و بی طرفی قضات، دادستان ها و وکلا**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۹، ص ۱۸.

^۴ دهقان، علی، «استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون گذاری»، **پژوهش های حقوقی**، ۱۳۸۸، دوره ۸، شماره ۱۵، ص ۹۷.

^۵ The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002.

دیکته کند. درحقیقت، چه‌بسا طواری پدید آید که اساساً در رسیدگی دوباره، امکان ورود ماهوی و تبعاً صدور حکم وجود نداشته باشد؛ مانند آنکه در دعوا الزام به تمکین زوجه در خلال رسیدگی ثانویه زوجه فوت کند که در این صورت به دلیل سقوط حق اصلی دادگاه موظف است به جای حکم، قرار سقوط دعوا صادر کند.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد:

۱. بر مبنای فلسفه رسیدگی دو مرحله‌ای به دعوا و آنکه تصحیح نوع رأی توسط دادگاه بدوی سبب تغییر اساس رأی بوده که مغایر با قاعده فراغ دادرس و مقررات است، ظاهراً می‌تواند با توجه به این موضوع که تعیین نادرست نوع رأی از موارد نقض مقررۀ ماده ۲۹۹ ق.ا.د.م. بوده، بنابر بند «ه» ماده ۳۴۸ ق.ا.د.م. و از طریق قیاس اولویت حکم مقرر در ماده ۴۰۳ ق.ا.د.م. قائل به صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع رأی بود. باوجوداین، پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات آتی به مسئله صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع رأی صراحتاً توجه شود.
۲. دادگاه تجدیدنظر در توصیف نوع رأی مقید به معیاری بوده که قانون تعیین کرده است. برخلاف برخی از رویه‌های قضایی، ظاهراً دوگانگی در معیار مزبور وجود ندارد، بلکه ماده ۴۰۳ ق.ا.د.م. جلوه‌ای از ماده ۲۹۹ ق.ا.د.م. را بیان می‌کند؛ زیرا حکم به لحاظ استدلال و منطوق آن، صرفاً هنگامی به قرار توصیف می‌شود که معیار ماده ۲۹۹ درخصوص حکم محقق نشده باشد.
۳. اگر تصمیم نهایی دادگاه بدوی مجهول‌النوع باشد، یعنی مقید به نوع قرار یا حکم نباشد، حسب دلایلی همچون رأی نبودن تصمیم مزبور و تضییع حقوق اطراف دعوا به عللی، از جمله مشمول اعتبار قضیه محکوم‌بها شدن، عدم رعایت اصل تناظر و عدم اجرای قاعده دو درجه‌ای بودن رسیدگی ماهوی، دادگاه تجدیدنظر صلاحیت توصیف نوع آن را ندارد. با توجه به وجود رویۀ قضایی، گرچه بهتر بود که دادگاه تجدیدنظر با نقض تصمیم مجهول‌النوع جهت تعیین نوع بتواند آن را به دادگاه بدوی اعاده کند، اما این مسئله اکنون به لحاظ ماده ۳۵۳ ق.ا.د.م. مبنای قانونی ندارد. بنابراین خواه دادگاه بدوی به تصمیم نهایی خود عناوین فاقد مبنای قانونی مانند «دادنامه» را اعطا کند و خواه عنوان مطلق «رأی» به آن دهد، پیشنهاد می‌شود در اصلاحات آتی، این فروض ملحق به صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در نقض قرار صادره از دادگاه بدوی شود تا بتوان با اعاده آن، علاوه بر رفع ایرادات مطرح‌شده در حاکمیت مقررات کنونی، با عینیت‌بخشی به استقلال قضایی در تصمیم‌گیری، امکان تعیین نوع تصمیم را برای دادگاه بدوی فراهم کرد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. ابهری، حمید، *آیین دادرسی مدنی ۲*، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۲. افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. بهرامی، بهرام، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۶.
۴. پژوهشگاه قوه قضاییه، *استقلال و بی‌طرفی قضات، دادستان‌ها و وکلا*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.

۶. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۷. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۸. زندی، محمدرضا، *تشریفات دادرسی - رویه دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران*، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۹. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی - (دوره پیشرفته)*، جلد ۲، تهران: دراک، ۱۳۹۳.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۱۱. کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: مجد، ۱۳۸۶.
۱۲. متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۱۳. مدنی، سید جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۵.
۱۴. مردانی، نادر و محمد جواد بهشتی، *آیین دادرسی مدنی ۱-۲-۳*، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۱۵. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، *پیشینه رویه قضایی این در ارتباط با آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۱۶. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۲.
۱۷. نهرینی، فریدون، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۱۸. واحدی، قدرت الله، *بایسته‌های آیین دادرسی مدنی*، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۱۹. یلفانی، علی اکبر، *تشریح و تفسیر قوانین دادرسی مدنی (حقوق دادرسی مدنی)*، جلد ۱، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۰.
۲۰. یوسف‌زاده، مرتضی، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.

مقاله

۲۱. دهقان، علی، «استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون‌گذاری»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۸، شماره ۱۵، ۱۳۸۸، صص ۸۲-۱۰۲.
۲۲. شریفی، علیرضا، «تغییر توصیف رأی دادگاه تالی در مراجع عالی»، نشریه علمی پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۰، شماره ۴۶، ۱۴۰۰، صص ۲۰۳-۲۲۳.
۲۳. محسنی، حسن، «توصیف رأی از منظر قابلیت شکایت (با نگاهی تطبیقی)»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶، صص ۳۴۲-۳۲۳.
۲۴. نهرینی، فریدون، «نقد و توجیه رویه‌های قضایی: تمیز نوع رأی دادگاه و آثار آن»، *کانون وکلا*، شماره ۲۱۳، ۱۳۹۰، صص ۱۹۷-۲۴۶.
۲۵. نهرینی، فریدون، «تشخیص ماهیت و نوع رأی دادگاه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)*، دوره ۲، شماره ۴۱، ۱۳۹۰، صص ۳۰۱-۳۲۰.

منبع الکترونیکی

۲۶. سامانه ملی آرای قضایی، قابل دسترس در: <https://ara.jri.ac.ir>، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۱۰/۳۰.
۲۷. سامانه نشست‌های قضایی، قابل دسترس در: <https://www.neshast.org>، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۱۰/۳۰.

آرای قضایی

۲۸. حکم تمیزی شماره ۴۹۴-۲۰۹۳، مورخ ۱۳۸۸/۰۵/۰۷.
۲۹. رأی شماره ۰۱۱۳۹، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۶، شعبه ۲۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۳۰. رأی شماره ۱۳۲۴، مورخ ۱۳۱۲/۱۰/۰۴، دادگاه عالی انتظامی قضاات.
۳۱. رأی شماره ۱۹۰۳، مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۳، شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۲. رأی شماره ۳۹۹، مورخ ۱۳۸۲/۰۳/۲۶، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۳. رأی شماره ۵۹۰، مورخ ۱۳۰۹/۰۱/۲۵، محکمه عالی انتظامی قضاات.
۳۴. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۸۱۵، مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۵، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۵. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۰۷۰، مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۸، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۶. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۸۰، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۹، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۷. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۱۹۰، مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۳، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۸. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۳۲۰، مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۶، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳۹. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۲۹۸، مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۸، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۰. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۵۰۱، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۰۶، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۱. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۴۱۰، مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۳۱، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۲. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۶۴۶، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۱، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۳. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۷۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۴، شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۴. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۳۶۱، مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۴، شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۵. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۶۵۱، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۹، شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴۶. نشست قضایی استان اصفهان، شهر اصفهان، مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۲۸.
۴۷. نشست قضایی استان خراسان رضوی، شهر طرکبه، مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۱.

عربی

کتاب

۴۸. زهیر المالکی، محمد ابوالنور، *اصول الفقه*، جلد ۴، بیروت: دار المدار الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق.

References

Books

1. Abhari, Hamid, *Civil Procedure code 2*, Tehran: Majd, 2017. (in Persian)
2. Bahrami, Bahram, *Civil Procedure code*, Volume 2, Tehran: Bayyeneh Look, 2017. (in Persian)
3. Eftekhari Jahromi, Goodarz and Mostafa Elsan, *Civil Procedure code*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)
4. Hayati, Ali Abbas, *Civil Procedure code in the Current Legal System*, Tehran: Mizan, 2013. (in Persian)
5. Hayati, Ali Abbas, *Civil Procedure code*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)
6. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Elements Science Dictionary*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2013. (in Persian)
7. Judiciary Press and Publications Center, *Judicial Precedents in Civil Procedure*, Volume 2, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2018. (in Persian)
8. Karimi, Abbas, *Civil Procedure Code*, Tehran: Majd, 2007. (in Persian)
9. Katouzian, Nasser, *The Validity of Res Judicata in Civil Cases*, Tehran: Dadgostar, 1997. (in Persian)
10. Madani, Sayyed Jalal-Aldin, *Civil Procedure Code*, Volume 2, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1996. (in Persian)

11. Mardani, Nader and Mohammad Javad Beheshti, *Civil Procedure Code 1-2-3*, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
12. Matin Daftari, Ahmad, *Civil and Commercial Procedure Code*, Tehran: Majd, 2019. (in Persian)
13. Mohajeri, Ali, *Expanded Civil Procedure Code*, Volume 3, Tehran: FekrSazan, 2013. (in Persian)
14. Nahreini, Fereydoun, *Civil Procedure Code*, Volume 3, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2019. (in Persian)
15. Research Institute of the Judiciary, *Judges', Prosecutors' and Lawyers' Independence and Impartiality*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2020. (in Persian)
16. Shams, Abdollah, *Civil Procedure code (Advanced)*, Volume 2, Tehran: Derak, 2014. (in Persian)
17. Vahedi, Ghodrattollah, *Essentials of Civil Procedure Code*, Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)
18. Yalfani, Ali Akbar, *Commentary on Civil Procedure Rules (Civil Procedure Law)*, Volume 1, Tehran: Amir Kabir, 2001. (in Persian)
19. Yousefzadeh, Morteza, *Civil Procedure Code*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2015. (in Persian)
20. Zahir-Almaliki, Mohammad Abolnoor, *Principles of Jurisprudence*, Volume 4, Beirut: Islamic Dar Al-Madaar, 2004. (in Arabic)
21. Zandi, MohammadReza, *Trial Procedures-Practices of the Tehran Court of Appeals*, Tehran: Jangal, 2012. (in Persian)

Articles

22. Dehghan, Ali, "Judicial Independence in the Iranian Legal System in Light of Legislative Developments", *Journal of Legal Research*, Volume 8, Issue 15, 2009. (in Persian)
23. Mohseni, Hassan, "Judgment Description from the Perspective of Appealability (A Comparative Study)", *Comparative Law Review*, Volume 8, Issue 1, 2017. (in Persian)
24. Nahreini, Fereydoun, "Critique and Justification of Judicial Practices: Distinguishing the Type of Court Rulings and Their Effects", *Bar Association*, Issue 213, 2011. (in Persian)
25. Nahreini, Fereydoun, "Identifying the Nature and Type of Court Judgments", *Private Law Studies Quarterly (Law Quarterly)*, Volume 2, Issue 41, 2011. (in Persian)
26. Sharifi, Alireza, "Changing the lower court's description of a judgement in the Supreme Court", *Journal of Legal Research*, Volume 20, Issue 46, 2021. (in Persian)

Electronic Resources

27. Judiciary Sessions System, Available at: <https://www.neshast.org>, Last visited 20 January 2023 (in Persian)
28. National Judicial Decisions System, Available at: <https://ara.jri.ac.ir>, Last visited 20 January 2023 (in Persian)

Judgements

29. Decision No. 590, dated 14 April 1930, High Judicial Disciplinary Court. (in Persian)
30. Decision No. 1324, dated 25 December 1933, High Judicial Disciplinary Court. (in Persian)
31. Decision No. 399, dated 16 June 2003, Tehran Court of Appeals Branch 10. (in Persian)
32. Decision No. 1903, dated 04 March 2006, Tehran Court of Appeals Branch 35. (in Persian)
33. Decision No. 9109970222500815, dated 15 September 2012, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)
34. Decision No. 01139, dated 04 February 2013, Tehran Public Civil Court Branch 214. (in Persian)
35. Decision No. 9209970222500298, dated 8 June 2013, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)
36. Decision No. 9209970221500320, dated 16 June 2013, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)

37. Decision No. 9209970220101070, dated 9 November 2013, Tehran Court of Appeals Branch 1. (in Persian)
38. Decision No. 9209970221001190, dated 24 November 2013, Tehran Court of Appeals Branch 10. (in Persian)
39. Decision No. 9209970220101380, dated 30 December 2013, Tehran Court of Appeals Branch 1. (in Persian)
40. Decision No. 9209970222501501, dated 26 January 2014, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)
41. Decision No. 9309970223300361, dated 14 June 2014, Tehran Court of Appeals Branch 33. (in Persian)
42. Decision No. 9309970222500410, dated 21 June 2014, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)
43. Decision No. 9309970222500646, dated 12 August 2014, Tehran Court of Appeals Branch 25. (in Persian)
44. Decision No. 9309970269500651, dated 20 August 2014, Tehran Court of Appeals Branch 52. (in Persian)
45. Decision No. 9309970222801278, dated 15 December 2014, Tehran Court of Appeals Branch 28. (in Persian)
46. Judicial Session of Esfahan Province, City of Esfahan, dated 19 August 2002. (in Persian)
47. Judicial Session of Razavi Khorasan Province, City of Torghabe, dated 12 July 2018. (in Persian)
48. Supreme Court Decision No. 494-2093, dated 29 July 1929. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Infringement Criterion in Composite Trademarks: Analysis and Criticism of Jurisprudence

Hassan Lajm Orak¹, Ahmad Hemmati², Adel Tarazoo Zar³

ABSTRACT

Legislator's support for the trademark owner leads to creation of business and its prosperity by the investor and entrepreneur and this support should not prevent the creation of business by competitors of the trademark owner without a legitimate reason. Since combined trademarks have different components, they may conflict with the rights of competitors and third parties. This research tries to obtain the criteria related to the infringement of the owners's rights of combined trademarks, through thinking about fundamental standards and approaches of the law of leading systems, by analysing and criticizing the domestic and foreign jurisprudence. Therefore, in this Article, domestic and foreign jurisprudence are reviewed and the indivisibility rule and dominant feature rule are investigated by analysing the cases related to the infringement of the owners's rights of such marks. Results of this Article indicate that in the cases related to the infringement of combined trademarks, courts thoroughly examine and compare combined marks and on the other hand, they may consider one of the characteristics of the mark more important in the analysis of the likelihood of confusion.

KeyWords: Composite Trademark, The Indivisibility Rule, The Dominant Feature Rule.

How to Cite: Lajam Orak, Hassan, Hemmati, Ahmad, Tarazoo Zar, Adel, "Infringement Criterion in Composite Trademarks: Analysis and Criticism of Jurisprudence", Legal Research, Vol. 27, No. 106, 2024, pp:239-256.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234369.2652>

Received: 05/01/2024-Accepted: 18/03/2023

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

Corresponding Author Email: lajmorak@yahoo.com

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

3. PhD, Student, Faculty of Law, Tehran University: Kish International Campus, Hormozgan, 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/>).



معیار نقض در علائم تجاری مرکب: تحلیل و نقد رویه قضایی

حسن لجم اورک^۱، احمد همتی^۲، عادل ترازو زر^۳

چکیده

حمایت قانون‌گذار از صاحب علامت تجاری در راستای ایجاد کسب‌وکار و رونق آن توسط سرمایه‌گذار و کارآفرین است و این حمایت نباید بدون دلیل موجه مانع ایجاد کسب‌وکار توسط رقبای صاحب علامت شود. علائم تجاری ترکیبی مصداقی از علائم تجاری‌اند که به دلیل داشتن اجزای مختلف احتمال برخورد و تعارض با حقوق رقبا و اشخاص ثالث را دارند. این پژوهش می‌کوشد تا با تأمل در موازین بنیادین و رهیافت‌های حقوق نظام‌های پیشرو، با تحلیل و نقد رویه قضایی داخلی و خارجی به استخراج معیارهای مربوط به نقض حقوق دارندگان علائم تجاری ترکیبی بپردازد. در همین راستا، در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی رویه قضایی داخلی و خارجی و تحلیل قواعد منع تجزیه و ویژگی غالب با تحلیل پرونده‌های مربوط به نقض حقوق صاحبان این‌گونه علائم پرداخته می‌شود. نتایج حاصل از این نوشتار حکایت از آن دارد که در پرونده‌های مربوط به نقض علائم تجاری ترکیبی دادگاه‌ها علائم ترکیبی را به‌طور کامل بررسی و مقایسه می‌کنند و از سویی ممکن است یکی از ویژگی‌های علامت را در تحلیل احتمال سردرگمی مهم‌تر در نظر بگیرند.

کلید واژگان: علامت تجاری ترکیبی، قاعده منع تجزیه، قاعده ویژگی غالب.

استناد به این مقاله: لجم اورک، حسن، همتی، احمد، ترازو زر، عادل، «معیار نقض در علائم تجاری مرکب: تحلیل و نقد رویه قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۶، شهریور ۱۴۰۳، صص: ۲۳۹-۲۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234369.2652>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۸

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

/ایمیل نویسنده مسئول: lajmorak@yahoo.com

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

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: پردیس کیش، هرمزگان، 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

نقش ذاتی و دلیل موجه حمایت از علامت تجاری تمایز بین کالاها و خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی رقیب به منظور جلوگیری از سردرگمی مصرف‌کنندگان درباره منشأ کالاها و خدمات، ممانعت از ترویج تقلب و حمایت از دارندگان علامت تجاری است. حقوق علائم تجاری با منع استفاده‌های گمراه‌کننده از علامت، قابل اطمینان بودن اطلاعاتی را که علامت تجاری منتقل می‌کند، تضمین و از این طریق مصرف‌کننده را از فرایند پرهزینه جست‌وجوی محصول موردنظر رها می‌کند.^۱ علائم تجاری می‌توانند به عنوان پیوندهای ارتباطی بین شرکت‌ها و مشتریان‌شان در نظر گرفته شوند که به شرکت‌ها اجازه می‌دهد تا اطلاعات خود را منتقل کنند. علائم تجاری به مصرف‌کنندگان و مشتریان قدرت انتخاب می‌دهد تا بین کالاهایی با مارک‌های تجاری مختلف تفاوت قائل شوند و در نتیجه شناسایی محصول را تسهیل می‌کند. بنابراین، علائم تجاری با کارکرد ارتباطی و پیام‌رسانی خود باعث کاهش هزینه جست‌وجوی مصرف‌کنندگان و اعتماد و اطمینان مصرف‌کنندگان می‌شوند.^۲ امروزه با توجه به گسترش تجارت و رقابت تولیدکنندگان و کارآفرینان در بازار و بهره‌برداری وسیع آنان از علائم تجاری به منظور تمایز کالاها و خدمات خود از دیگران، بهره‌برداری به ناحق و رایگان سواری از علائم تجاری رقبا و سوءاستفاده از شهرت علائم آنان و در نتیجه نقض حقوق دارنده علائم تجاری افزایش یافته است. یکی از این موارد شبیه‌سازی مربوط به علائم تجاری ترکیبی است.^۳ علامت تجاری ترکیبی علامت تجاری‌ای است که از ترکیبی از عناصر تشکیل شده است. این عناصر می‌توانند شامل کلمات، وسایل، اشکال، صداها، رایحه‌ها یا رنگ‌ها باشند. بهترین نمونه از علائم تجاری ترکیبی لوگو است. به این دلیل که لوگو معمولاً از کلمات، اشکال، رنگ‌های خاص و گاهی اوقات تصاویر تشکیل شده است. این نوع از علامت به ظاهر کلی^۴ آن دلالت دارد.^۵ می‌توان گفت که علائم ترکیبی احتمالاً ظرفیت بالاتری برای تمایز دارند و احتمالاً در ابتدا قادر به تمایزند.^۶ به عبارت دیگر، علائم تجاری درهم‌آمیخته عبارت است از ترکیب و گردآوری عناصر مختلف همچون نام‌گذاری همراه با یک عدد یا یک رنگ، یک واژه خارجی همراه با یک علامت تصویری یا حتی شعار و عبارت.^۷ ممکن است بیشتر جزئیات علائم ترکیبی و درهم‌آمیخته با یکدیگر متفاوت باشند، اما مراجع قضایی هنگام اخذ تصمیم در مورد شباهت بین دو علامت «شباهت مجموعی» را در نظر بگیرند. از سوی دیگر ممکن است با وجود شباهت اجزای فرعی علائم ترکیبی و درهم‌آمیخته دادگاه‌ها و مراجع قضایی به شباهت مجموعی دو علامت توجه نکنند و قسمت‌های شاخص و غالب علامت‌ها را که بر ذهن مصرف‌کننده تأثیرگذار است، ملاک شباهت و احراز نقض بدانند. این مقاله می‌کوشد تا با روش توصیفی-تحلیلی به ارزیابی و نقد رویه قضایی در خصوص معیار نقض در شباهت علائم تجاری ترکیبی را بپردازد. به همین منظور در این مقاله می‌کوشیم تا به بررسی قواعد حاکم بر این مقوله یعنی «قاعده منع تجزیه»^۸ و «جزء برتر»^۹ بپردازیم و حدود و ثغور آن‌ها را در دعاوی نقض علائم تجاری

^۱ کسنوی، شادی، *مبانی حقوق علائم تجاری*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۲۳۳ به بعد.

^۲ لجم اورک، حسن، *اصول حاکم بر علائم تجاری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۲۳.

^۳ Composite/Compound/Combined trade mark.

^۴ overall appearance/ the trademark 'taken as a whole'.

^۵ <https://lawpath.com.au/blog/what-is-a-composite-trademark>

^۶ See: Ip Australia, **Trademarks manual of practice and procedure**, 19 Dec 2022, available at: <https://manuals.ipaustralia.gov.au/trademark/26.-composite-trade-marks>.

^۷ - شمس، عبدالحمید، *حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۰۲.

^۸ The Anti Dissection Rule

^۹ Dominant Component

مرکب و مشابهت آن‌ها ارزیابی و تحلیل کنیم.^۱

۱. تمایز بخشی کارکرد اساسی علامت تجاری

علامت تجاری برای اینکه بتواند از قابلیت ثبت یا حمایت قانونی برخوردار شود، بسته به نظام حقوقی کشورها باید تمایزبخش باشد؛ یعنی بتواند کالاها و خدمات تحت پوشش خود را از کالاها و خدمات سایرین متمایز کند.^۲ موافقت‌نامه^۳ ترپس^۴ در ماده (۱) ۱۵ مقرر می‌دارد که هرگونه نشان یا ترکیبی از نشان‌ها که قادر باشد کالاها و خدمات یک طرف را از کالاها و خدمات طرف دیگر متمایز کند، می‌تواند علامت تجاری محسوب شود. این گونه نشان‌ها، به‌ویژه کلمات، شامل نام‌های شخصی، حروف، اعداد، عناصر نمادین، ترکیب رنگ‌ها همانند هرگونه ترکیب از این نشان‌ها می‌تواند واجد شرایط به‌عنوان علامت تجاری باشد. علامت تجاری درحقیقت یک نشان تمیز کالاها و خدمات از موارد مشابه است که درعمل، مبدأ یک کالا یا خدمت را مشخص می‌کند.^۴ بند یک ماده ۹۵ قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳ نیز آن را «نشان قابل‌رؤیتی که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص را از هم متمایز کند» می‌داند. به‌طور سنتی توجیه حمایت از علامت تجاری به خاطر نقش و عملکرد علامت تجاری به‌عنوان نشانگر منشأ کالا و خدماتی است که به آن‌ها ضمیمه است. این بدان معنی است که علامت تجاری ثبت شده^۵ برای نوشیدنی باید به‌صورت اطمینان‌آوری به مصرف‌کننده بگوید که همه نوشیدنی‌ها با علامت X از یک مالک نشئت می‌گیرد، نه موسسه دیگری. این حمایت هم برای منفعت مالک علیه رقبایش و هم به‌عنوان تضمین کیفیت برای خرید عموم اتخاذ شده است. نقش و عملکرد ضروری علائم تجاری ثبت‌شده و موضوع ویژه آن‌ها (یعنی حقوق اعطاشده به مالک به وسیله ثبت) توسط دادگاه اروپایی در تعداد زیادی از پرونده‌ها مورد تأیید قرار گرفته است.^۵

در پرونده‌ای^۶ به‌صورت خلاصه آمده است: علامت تجاری از یک سو از منفعت مالک- با قادر کردن وی در منع رقبا از اخذ مزیت غیرمنصفانه از اعتبار تجاری‌اش حمایت می‌کند. از سوی دیگر علامت تجاری از حقوق مصرف‌کننده به وسیله تضمین این امر که همه کالاهای حاوی علامت دارای منشأ تجاری یکسان‌اند، حمایت می‌کند. این امر در ترمینولوژی دادگاه‌ها به‌عنوان نقش ضروری و اصلی علامت تجاری شناخته شده است. این دو جنبه حمایت از علامت تجاری دو روی یک سکه‌اند.^۷ این که علامت درواقع موفق به ثبت خواهد شد یا خیر، بستگی به این دارد که در عمل آیا قدرت تمایز کالاها و خدمات یک تاجر خاص را برای مصرف‌کنندگان در بازار دارد یا خیر؟^۸ متقاضی باید مرجع ثبت علامت تجاری یا دادگاه‌ها را متقاعد کند که نشان وی می‌تواند به‌عنوان علامت تجاری عمل کند. این نقش زمانی که کلمه به‌صورت کلی ابداعی باشد (یک علامت قوی)، همانند گوگل، آسان‌تر است تا زمانی که کلمه ضرورتاً توصیف‌کننده محصول باشد.

^۱. سیدین، علی و مهدی کارچانی، **حقوق مالکیت صنعتی در آیینہ اندیشه‌های قضایی**، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۱۱۹.

^۲. شاکری، زهرا و مریم مهربان‌پور آذر، «تمایز بخشی اکتسابی علائم تجاری و معیارهای احراز آن با نگاه تطبیقی به نظام‌های ایالات متحده، اتحادیه اروپا و ایران»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۹۹.

^۳. Agreement ON Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights.

^۴. Kalamadi, Sh. "Intellectual Property and the Business of Sports Management", *Journal of Intellectual Property Rights*, Volume 17, 2012. pp 437-442.

^۵. (for an example, see Arsenal Football Club plc v Reed (2002)).

^۶. Bristol-Myers Squibb v Paranova (1996).

^۷. Davis, Jennifer. *Intellectual property law*, Oxford University press, Fourth Edition, 2012, p.200.

^۸. Koninklijke Philips Electronics NV v Remington\ Consumer Products Ltd (2002) (ECJ).

درخصوص اظهارنامه علامت تجاری Linde AG's دادگاه اروپایی اظهار کرد که هیچ گونه منفعت عمومی در ثبت نشان هایی که کارکرد ضروری خود را انجام نمی دهند و به عنوان نشان گر منبع عمل نمی کنند وجود ندارد.^۱

۲. تشخیص شباهت، تمایزبخشی و گمراهی

شباهت مؤلفه های اساسی در تحقق تعارض منافع دارندگان علامت تجاری است.^۲ در حقوق آمریکا تحلیل و ارزیابی تشابه علائم در دعوی نقض علامت تجاری شامل ملاحظات متعددی است. این تجزیه و تحلیل هنگام مقایسه علائمی که شامل کلمات متمایز، چندگانه یا گرافیک اند، که معمولاً به عنوان علائم تجاری ترکیبی شناخته می شوند، پیچیده تر می شود. اصل ادعای نقض علامت تجاری احتمال اشتباه بین دو علامت است. تشخیص احتمال سردرگمی براساس نظر مصرف کننده صورت می گیرد و این به عهده قاضی است تا معیار تمایزبخشی و گمراهی را فراهم کند.^۳ رویه قضایی آمریکا هشت معیار برای تشخیص گمراهی و شباهت بین علامت ارائه داده است: ۱- قدرت علامت^۴، ۲- شباهت علائم^۵، ۳- حدود کالاها و خدمات^۶، ۴- قصد متهم نقض^۷، ۵- دلیل گمراهی واقعی^۸، ۶- طرق بازاریابی استفاده شده^۹، ۷- احتمال گسترش به سایر بازارها^{۱۰}، ۸- سطح دقتی که ممکن است خریدار احتمال داشته باشد^{۱۱}. بنا بر معیارهای هشت گانه فوق الذکر، دومین عامل در تحلیل احتمال سردرگمی، محاکم را ملزم به ارزیابی شباهت علائم می کند. با انجام دادن این کار، دادگاه ها شباهت علائم را در بازار و شباهت اجزای غالب علائم را ارزیابی می کنند. اجزای مستقل علائم تجاری را نمی توان جداگانه ارزیابی کرد، بلکه باید در زمینه ای که علائم در بازار با آن ها مواجه می شوند، با در نظر گرفتن شرایط خرید کالا مورد بررسی و مقایسه قرار گیرند.^{۱۲} برای مثال، در پرونده ای دادگاه به این نتیجه رسید که در جایی که از علامت تجاری دیزنی در کتاب های مصور بزرگسالان استفاده می شود، احتمال سردرگمی بسیار کمی در بازار وجود دارد؛ زیرا علامت تقلیدی متهمان فقط در وسط ظاهر می شود. با توجه به بازاری که کتاب های طنز در آن فروخته می شد، دادگاه هیچ نقضی را احراز نکرد.^{۱۳} در پرونده ای دیگر دادگاه مقرر کرد که هیچ گونه احتمال گمراهی بین استفاده تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده از علامت آلفا به همراه سایر لغات از جمله Tube, steel, Shapes وجود ندارد. دادگاه اظهار داشت که تجدیدنظرخواه آلفا را به همراه نشان و لوگوی فانتزی تمایزبخش استفاده می کند و در مقابل تجدیدنظرخوانده آلفا را به همراه کلمات دیگر بهره برداری می کند و این کلمات منشأ دیگر کالا را نشان می دهند و توصیفی هم نیستند. علاوه بر

^۱ . Davis, op.cit., p. 210.

^۲ . شاکری، زهرا و زهرا بهادری جهرمی، «خوانشی بر مسئله تعارض ناشی از حقوق علامت تجاری و نام تجاری با تأکید بر رویه قضایی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۴، ۱۴۰۲، صص ۳۳۶.

^۳ . Nelson, J. D., Pam, Kohli, J. "Composite Trademarks: Deconstructing the Similarity of Marks Element in a Trademark Infringement Action", *Defense counsel Journal*, Volume 72, Issue 4, 2005, p 347

^۴ . the Strength of the mark

^۵ . the similarity of the marks.

^۶ . the proximity of the goods or services.

^۷ . the intent of the accused

^۸ . Evidence of actual confusion

^۹ . the marketing channels used

^{۱۰} . the likelihood of expansion in to other market.

^{۱۱} . the degree of care purchaser are likely to exercise.

^{۱۲} . Ibid.

^{۱۳} . Walt Disney Productions v. Air Pirates.

این، دادگاه اعلام کرد که خریداران کالاها در این مورد افرادی با معلومات بالا، تحصیل کرده و متخصص در آن حوزه‌اند.^۱ در ارزیابی و داوری تمایزبخش بودن به علامت باید به‌عنوان یک کل نگریست، نه اینکه به اجزای تشکیل‌دهنده آن توجه کرد. در پرونده‌ای^۲ علامت متنازع‌فیه 'SAT.2' برای دیش‌های ماهواره بود. دادگاه عمومی اظهار داشت که چون SAT برای دیش‌های ماهواره کوچک است و 1 به‌صورت گسترده در تجارت برای شناسایی کالا مورد استفاده قرار گرفته است، علامت فاقد تمایزبخشی است و نمی‌تواند ثبت شود. با این حال دادگاه اروپایی اظهار داشت که دادگاه عمومی در ارزیابی این ارکان به‌صورت جداگانه به خطا رفته است. این‌ها روی هم‌رفته به اندازه‌کافی برای ثبت متمایز محسوب می‌شوند. همچنین مسئولان مربوطه نباید بدون بررسی مناسب تصور کنند که فهرست‌های معینی از نشان‌ها فاقد تمایزبخشی‌اند. برای مثال در پرونده‌ای^۳ خواهان در تلاش برای ثبت حرف یونانی 'α' به‌صورت تنها(تک) برای نوشیدنی‌های الکلی به‌عنوان علامت جمعی بود. دادگاه اروپایی اظهار داشت که OHIM (مرجع ثبت) نباید بر این مبنا که یک نشانی و حاوی یک حرف تک است علی‌الاصول تمایزبخش نیست، از ثبت خودداری می‌کرد. درعوض ضروری است که به امور موضوعی ویژه حول اظهارنامه از جمله نوع کالا و خدماتی که علامت برای آن‌ها ثبت می‌شود، نگاه مشتری یا مصرف‌کننده عادی و ادله ارائه‌شده توسط متقاضی توجه می‌کرد.^۴

۳. قاعده منع تجزیه^۵ در علائم ترکیبی

علامت تجاری از دو جزء تشکیل شده است: عنصر متمایز (که مالک علامت تجاری بر آن حقوق انحصاری دارد) و عنصر غیرمتمایز (که مالک علامت تجاری هیچ حقی بر آن ندارد؛ زیرا در تجارت مشترک و متداول رایج است). قاعده منع تجزیه یک تئوری قانون علامت تجاری است که بیان می‌کند هرگونه مقایسه بین دو علامت بالقوه متعارض باید به‌طور کلی انجام شود یا اینکه علائم توسط مصرف‌کنندگان در بازار به‌طور کلی درک می‌شوند، نه با تجزیه و تحلیل عناصر علامت به‌طور جداگانه.^۶ دادگاه‌ها از «قاعده منع تجزیه» در هنگام تفسیر علائم ترکیبی استفاده می‌کنند. این قاعده مقرر می‌دارد که دادگاه‌ها باید علائم ترکیبی را به‌طور کامل بررسی و مقایسه کنند. علامت مرکب را نمی‌توان تشریح و جزء جزء کرد یا به اجزای سازنده آن تقسیم کرد و با قسمت‌های متناظر علامت متعارض برای تشخیص گمراهی مقایسه کرد.^۷ در پرونده‌ای^۸ دادگاه علامت "FRUIT OF THE LOOM" را با علامت "FRUIT FLOPS" و "FRUIT CUPS" مقایسه کرد و این علائم را متفاوت تشخیص داد. دادگاه بر این باور بود که خریداران علامت "FRUIT OF THE LOOM" را به‌عنوان یک کل به‌جای قطعات جداشده می‌بینند. یک علامت باید به‌طور کامل در نظر گرفته شود؛ زیرا تصور تجاری از یک علامت تجاری مرکب در یک خریدار احتمالی معمولی به‌عنوان یک کل ایجاد می‌شود، نه توسط اجزای سازنده آن. بخش ۱۷ (۲) (ب) [۱] از قانون علائم تجاری هند^۹ بیان می‌کند: «هرگاه یک علامت تجاری حاوی هر موضوعی باشد که در تجارت متداول یا غیرمتمایز باشد، ثبت آن در این مورد که تنها بخشی از کل علامت تجاری ثبت‌شده را تشکیل

^۱. Alpha Industries, Inc. v. Alpha Steel Tube & Shapes, Inc.

^۲. SAT.1 v OHIM (2004)

^۳. OHIM v BORCO (2010)

^۴. Davis, op.cit, p 210.

^۵. The Anti Dissection Rule.

^۶. <https://www.lawyered.in/legal-disrupt/articles/rule-anti-dissection-trademark-law/>.

^۷. Nelson Pam, op.cit.

^۸. In Fruit of the Loom Inc. v. Girouard

^۹. Section 17(2)(b) [1] of the India Trade Marks Act, 1999.

می‌دهد به هیچ وجه منجر به حق انحصاری نمی‌شود. این بخش تصریح می‌کند که یک علامت تجاری باید به عنوان یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر گرفته شود. سؤالات اساسی که مطرح می‌شود عبارت‌اند از: آیا مالک می‌تواند حق انحصاری را در قسمت غالب کل علامت تجاری ادعا کند؟ و آیا یک علامت تجاری مرکب را می‌توان به عناصر تشکیل‌دهنده آن برای تعیین نقض تقسیم کرد؟^۱ ماده قانونی فوق از قاعده ضدتجزیه در علائم تجاری مرکب سخن می‌گوید. در دعاوی نقض علائم تجاری ترکیبی قاعده ضد تجزیه دادگاه‌ها را ملزم می‌کند که علائم مرکب را به عنوان یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر بگیرند، نه اینکه آن‌ها را جزء به جزء ببینند تا تشابه فریبنده بین علائم را تعیین کنند. این قانون مبتنی بر این تصور است که یک مشتری بالقوه معمولی تحت تأثیر علامت ترکیبی به عنوان یک کل قرار می‌گیرد نه اجزای جداگانه آن. این گونه تجزیه و تشریح یک علامت تجاری توسط دادگاه عالی توسط دادگاه عالی هند^۲ در حالی که دستورالعمل‌هایی برای مقایسه علائم تجاری ارائه می‌دهد، همان‌طور که در ادامه برشمرده شده - منع شده است.^۳

۱- علامت تجاری باید به عنوان یک کل در نظر گرفته شود. در نظر گرفتن بخشی از علامت تجاری و مقایسه آن با بخشی از علامت تجاری دیگر درست نیست.

۲- نیازی به مقایسه دقیق یا حرف به حرف نیست. مقایسه کنار هم آزمون درستی نیست.

۳- مقایسه را باید از دیدگاه فردی با هوش متوسط یا حافظه ناقص انجام داد.

۴- تشابه و شباهت کلی ساختاری، بصری و آوایی ایده در دو علامت و این واقعیت که آیا احتمال معقولی برای ایجاد سردرگمی وجود دارد، باید در نظر گرفته شود. دادگاه عالی هند قاعده قانونی ضدتجزیه را با تعیین اینکه یک علامت باید به عنوان یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر گرفته شود، در حالی که آن را با علامت دیگری مقایسه می‌کند، تقویت کرد. با این حال، از آنجایی که هیچ فرمول دقیقی برای تعیین شباهت فریبنده نمی‌تواند وجود داشته باشد، دادگاه‌ها اغلب از قانون ضدتجزیه منحرف شده و قاعده ویژگی غالب را تکامل داده‌اند.^۴

۴. رویه قضایی ایران

در خصوص معیار نقض در علائم تجاری مرکب و قاعده منع تجزیه در قوانین و ادبیات حقوقی ایران اشاره‌ای نشده است. ولی رویه قضایی با استفاده از رهیافت‌های کشورهای پیشرو در این زمینه خلأهای قانونی را پر کرده است. در این گفتار به نمونه‌ای از پرونده‌های مطرح شده در سیستم قضایی ایران می‌پردازیم و ضمن ارائه آرای صادره به تحلیل و نقد آن‌ها می‌پردازیم.

۴.۱. پرونده مربوط به علامت تجاری رنگارنگ

شرکت صنعتی پارس مینو علیه شرکت آذر شهد و مدیر عامل آن طرح دعاوی نقض علامت تجاری کرده است؛ بدین شرح که مشتکی‌عنه کالای مشابه کالای شاکی را (ویفر رنگارنگ) در لفاف و بسته‌بندی که دارای کلیه اجزای رنگی و تصویر علامت ثبت‌شده شاکی است، روانه بازار کرده و باعث نقض علامت تجاری شاکی و گمراهی مصرف‌کنندگان شده و تقاضای تعقیب متهم را داشته است. تصاویر محصولات شاکی و مشتکی‌عنه جهت توضیح و تقریب به ذهن در ذیل آورده می‌شود.

^۱ . Former, Intern., Jahnvi, Sharma. "Can A Composite Trademark Be Dissected In to Its Constituent Elements to Determine Infringement?" 2 November 2021.

^۲ . *Cadilla Healthcare Ltd. v. Cadilla Pharmaceuticals Ltd.* [2001 (2) PTC 541 SC].

^۳ . Former, Jahnvi, op.cit.

^۴ . Ibid.

محصول شاکی



محصول مشتکی عنه



۴.۱.۱. قرار جلب به دادرسی^۱

درخصوص شکایت شرکت پارس مینو علیه شرکت آذر شهید و مدیرعامل آن دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری رنگارنگ (RANGARANG) نظر به اینکه در مقوله علائم تجاری مرکب باید شباهت مجموعی دو علامت مدنظر قرار گیرد و آنچه به ذهن مصرف کننده می رسد ترکیب علامت است و نه جزئیات آن و در بررسی این گونه علائم باید دیدگاه

۱. قرار نهایی به شماره ۱۸۸۲۶۹۶/۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۱، صادره از شعبه سوم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲۶ تهران. همچنین قرار نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۲۱۲۰۲۰۰۷۷۷، صادره از شعبه دوم دادرسی دادسرای ناحیه ۲۶ تهران (درخصوص شکایت شرکت تولیدی بهداشتی و آرایشی گلان علیه شرکت.... دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری نظر به اینکه در مقوله علائم تجاری مرکب باید شباهت مجموعی دو علامت موردنظر قرار گیرد و آنچه به ذهن مصرف کننده می رسد ترکیب علامت است و نه جزئیات آن و در بررسی این گونه علائم باید دیدگاه مصرف کننده عادی را به کل علامت در نظر گرفت و نه بررسی جزئی آن و نظریه کارشناسی نیز که بر مبنای آن صادر شده و حکایت از آن دارد که مشتکی عنه کالای مشابه شاکی (شامپو) را در قوطی ای که دارای کلیه اجزای تصویری و رنگ علامت ثبت شده شاکی است، عرضه می کند؛ هرچند بر روی کالای مذکور کلمه کریستال به لاتین درج شده، شباهت فی مابین بسته بندی کالاهای طرفین از حیث اجزای تفسیری و رنگی و چیدمان اجزا به حدی است که ممکن است موجب اشتباه مصرف کننده در منشأ تولید کالا شود بنا به مراتب فوق و حسب شکایت شاکی، گواهینامه ثبت علامت تجاری، نظریه کارشناس رسمی دادگستری، گزارش مرجع انتظامی و تصاویر مآخوذه مستنداً به مواد ۳۱ و ۳۲ و ۴۰ و ۶۰ و ۶۱ از قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و الحاقات بعدی قرار جلب به دادرسی نامبرده را صادر و اعلام می دارد.)

*دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۱۹۱۸۰۱۱۷۱ صادره از شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری دو شهرستان تهران (مربوط به پرونده فوق است که به موجب آن حکم بر محکومیت متهم صادر شده است)

مصرف‌کننده عادی را درباره کل علامت در نظر گرفت و نه بررسی جزئیات آن و نظریه کارشناسی نیز که بر مبنای آن صادر شده و حکایت از آن دارد که متهمان کالای مشابه شاکی را در لفافی که دارای کلیه اجزای رنگی و تصویر علامت ثبت‌شده شاکی است، عرضه می‌کنند و هرچند روی کالای مذکور کلمات کارامکلین رانا (RANA CARAMELIN) به فارسی و لاتین درج شده، لکن شباهت فی‌مابین بسته‌بندی کالاهای طرفین از حیث اجزای تفسیری و رنگی و چیدمان اجزا در حدی است که می‌تواند موجب اشتباه، گمراهی و سردرگمی مصرف‌کنندگان در خصوص منشأ تولید کالا شود. بنا به مراتب فوق، ضمن رد اعتراض متهم به نظریه کارشناسی بزه انتسابی را محرز و مسلم دانسته و به استناد مواد ۶۱ ناظر به ۴۰ از قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۲۶۵ از قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی قرار جلب به دادرسی نام‌برندگان را صادر می‌کند و اعلام می‌دارد.

۴.۱.۲. تحلیل رأی

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این پرونده قاضی با توجه به قاعده منع تجزیه علامت تجاری مورد تنازع را یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر گرفته است. در این خصوص قاضی معیار را یک مشتری بالقوه معمولی دانسته که تحت تأثیر علامت ترکیبی به‌عنوان یک کل قرار می‌گیرد، نه اجزای جداگانه آن. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در رأی صادره به گمراهی مصرف‌کننده عادی اشاره شده و متهمی را که قصد شبیه‌سازی یک علامت تجاری ترکیبی را برای به اشتباه انداختن مشتری عادی داشته، مجرم شناخته است. متهم با شبیه‌سازی رنگ بسته‌بندی و اندازه آن عیناً از رنگ و بسته‌بندی محصول رنگارنگ، که یکی از معروف‌ترین محصولات بیسکویت است، سوءاستفاده کرده و قصد رایگان سواری از شهرت علامت مزبور را داشته است.

۴.۱.۳. رأی دادگاه کیفری دو تهران^۱

در خصوص اتهام ۱- آقای ... ۲- شرکت آذر شهید دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری رنگارنگ، موضوع شکایت شرکت پارس مینو با عنایت به محتویات پرونده، از جمله توجه به شکایت شاکی و مستندات ارائه‌شده از سوی ایشان، گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری، نظریه کارشناس، اظهارات متهم در دادسرا و اظهارات وکیل ایشان در دادگاه و فقد کفایت دفاعیات ایشان و با توجه به کیفرخواست صادره از دادسرا و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده، بزهکاری نامبرندگان محرز است؛ بنابراین با استناد به مواد ۴ و ۶۱ از قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و مواد ۲۰ و ۲۱ و ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۲۸ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹/۲/۲۳ و با رعایت مصوبه هیئت وزیران در تعیین میزان مبالغ نقدی جرایم و تخلفات مندرج در قوانین و مقررات مختلف مورخه ۱۳۹۹/۱۱/۸ حکم بر محکومیت آقای ... به پرداخت مبلغ یکصد میلیون ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت و همچنین حکم بر محکومیت شرکت آذر شهید به پرداخت دویست میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت صادر و اعلام می‌شود. همچنین در خصوص علامت تجاری مورد استفاده متهم به شرح مندرج در نظریه کارشناسی با استناد به ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، حکم بر معدوم کردن علامت تجاری مذکور، پس از قطعیت دادنامه، صادر و اعلام می‌شود.

^۱ . دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۶۳۹۵۰۲۷، مورخ ۱۴۰۱/۵/۴، صادره از شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری دو تهران.

۴.۱.۴. تحلیل و نقد رأی

همان گونه که ملاحظه می شود قاضی محترم صرفاً به بیان ادله وقوع جرم و بدون هیچ گونه تحلیل و استدلالی صرفاً براساس امور موضوعی موجود در پرونده به صدور رأی پرداخته است. این گونه آرا مبتنی بر دادرسی تشخیصی است. وقتی قاضی ایرانی می خواهد یک نوآوری داشته باشد، بیم آن دارد بر نوآوری اش، هر چند عادلانه هم باشد، برچسب تخلف زده شود. این بیم تا جایی نفوذ کرده که گاهی قضات به جای اینکه بیشتر در مسیر عدالت حرکت کنند، به دنبال این اند که عملکرد آن ها تخلف محسوب نشود و منطبق با قانون باشد. در چنین شرایطی عمل به نص و شکل قانون اولویت دارد.^۱

۴.۱.۵. رأی دادگاه تجدید نظر استان تهران

تجدیدنظرخواهی آقای ... به وکالت از آقای ... و شرکت آذر شهد به طرفیت شرکت صنعتی پارس مینو از دادنامه شماره ۵۰۲۷ مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۲ دادگاه کیفری دو تهران ... دادگاه با مطالعه لایحه تجدیدنظرخواهی و گواهی نامه ثبت علامت در کشور افغانستان به شماره ۲۴۲۴۷ مورخ ۲۰۲۲/۳/۲۳ میلادی و گزارش کارشناس و نتیجه آن در برگ ۹۱ تا ۹۳ و برگ ۲ تا ۲۲ و کپی گواهی نامه تمديد ثبت علامت شرکت صنعتی پارس مینو در برگ ۱۸ و ۱۹ که گواهی نامه متهمان کاراملین رانا به زبان فارسی و RANA CARAMELIN به لاتین است، النهایه این دادگاه با مطالعه تحقیقات و بررسی اولیه از شرکت آذر شهد و آقای ... کالا و محصول تولید شده کشف نشده است. تبصره ۱ ماده ۱۸۳ آیین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مقرر می دارد که دادرسی می تواند رأساً دستور توقیف کالای دارای علامت تقلبی را، اعم از اینکه وارد چرخه تجاری شده یا نشده باشد، صادر کند، گزارش توقیف محصول در پرونده مشهود نیست؛ ثانیاً بند ب ماده ۴۰ قانون ثبت اختراعات و طرح های صنعتی مالک علامت ثبت شده می تواند علیه هر شخصی که بدون موافقت وی از علامت استفاده کند یا شخصی که مرتکب عملی شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت شود، در دادگاه اقامه دعوا کند. این حقوق شامل موارد استفاده از علامتی می شود که شبیه علامت ثبت شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمات مشابه، موجب گمراهی عموم می شود. منظور از گمراهی عمومی به نظر این دادگاه گمراهی عموم شهروندان ایرانی در سطح ملی و منطقه ای است که فریب یا گمراهی با تحقیقات معموله به علت عدم عرضه محصول در ایران استنباط و اجرا نمی شود. هر چند قانون گذار بر استفاده از علامت تجاری ثبت شده است، قسمت پایانی بند ۲ ماده ۱۱۱ آیین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری، النهایه این دادگاه عقیده دارد عنصر مادی جرم تحقق پیدا نکرده، یعنی تولید و عرضه و فریب یا گمراهی به وجود نیامده است، ممکن است لبیل های چاپ شده شبیه لبیل شرکت شاکی باشد، می تواند از طریق اقامه دعوی حقوقی مانع تولید و عدم ساخت یا فروش یا صادر شود. با بررسی معموله ایراد وکیل متهمان منطبق با ماده ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن قبول ایراد و اعتراض و به استناد بند ب ماده ۴۵۵ قانون مذکور دادنامه معترض عنه نقض و به استناد ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی و اصل سی و هفتم قانون اساسی به علت فقدان عنصر مادی و معنوی حکم بر برائت متهم صادر و اعلام می شود. رأی صادره حضوری و قطعی است.^۲

^۱ . شیدائیان، مهدی و امیرحسین بحیرایی، «دادرسی تشخیصی در ایران و آمریکا»، مجله حقوق اسلامی، دوره ۱۸، شماره ۶۹، ۱۴۰۰، ص

۹۴

^۲ . دادنامه شماره ۱۲۵۴۹۵۶۴/۱۶۸۳۹۰۰/۱۴۰۱، صادره از شعبه ۱۰۳۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران.

۴.۱.۶. تحلیل و نقد رأی

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در رأی صادره توسط دادگاه تجدیدنظر ایرادات نگارشی زیادی وجود دارد. علاوه بر این، ادبیات نامطلوب رأی خواننده را گیج و سردرگم می‌کند. رأی صادره مبتنی بر مبنای حقوق علائم تجاری و قاعده منع تجزیه نیست. در رأی صادره قضات محترم اعلام کرده‌اند که «منظور از گمراهی عمومی به نظر این دادگاه گمراهی عموم شهروندان ایرانی در سطح ملی و منطقه ای است که فریب یا گمراهی با تحقیقات معموله به علت عدم عرضه محصول در ایران استنباط و اجرا نمی‌شود.» این در حالی است که ایران به کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی پیوسته است و این کنوانسیون حسب ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون داخلی است و حتی براساس ماده ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ این کنوانسیون بر قانون داخلی مقدم است. با توجه به اینکه ایران عضو کنوانسیون پاریس است نمی‌توان گمراهی شهروندان ایرانی را ملاک وقوع نقض دانست و ملاک احتمال گمراهی و سردرگمی اتباع کشورهای عضو اتحادیه پاریس است. از سوی دیگر، منظور قانون‌گذار از اصطلاح گمراهی عموم در بند ب ماده ۴۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ باید به احتمال گمراهی تعبیر کرد؛ همان‌گونه که در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه مقرر شده است.^۱ از سوی دیگر، قضات محترم در رأی صادره اعلام کرده‌اند: «ممکن است لیبل‌های چاپ‌شده شبیه لیبل شرکت شاکی باشد» که این امر برحسب بند ب ماده ۴۰ قانون صدرالذکر عادتاً منجر به گمراهی می‌شود. از طرف دیگر، عدم توقیف کالا به دلیل فقدان دستور قضایی به‌منظور جمع‌آوری و توقیف محصولات ناقض علامت تجاری شاکی نبوده و تبلیغات شرکت متهم در فضای مجازی و وجود محصولات ناقض در بازار و ارائه نمونه محصولات ناقض در پرونده دلایل وقوع جرم بوده است. از منظری دیگر، در رأی صادره اظهار شده است که «به علت فقدان عنصر مادی و معنوی حکم بر براءة متهم صادر و اعلام می‌گردد.» این در حالی است که اگر عنصر مادی جرم وجود نداشته باشد نوبت به بررسی رکن معنوی جرم نمی‌رسد. بدین معنی که وقتی رفتار مجرمانه (عملیات اجرائی مجرمانه) رخ نداده است، عنصر معنوی جرم منتفی است و نمی‌توان نبودن این دو عنصر را هم‌زمان احراز کرد. از طرف دیگر در رأی اشاره شده است: «شاکی می‌تواند از طریق اقامه دعوی حقوقی مانع تولید و عدم ساخت یا فروش یا صادر شود.» از آنجا که مرجع صادرکننده رأی دادگاه تجدیدنظر و دعوا کیفری بوده است، اقامه دعوی حقوقی نیز منتفی است. چراکه مرجع کیفری رکن مادی جرم را احراز نکرده و شباهت گمراه‌کننده‌ای بین علامت شاکی و مشتکی عنه ندیده است و دادگاه حقوقی باید از این رأی تبعیت کند و عملاً شاکی فرصت طرح دعوی حقوقی را نیز ندارد.

۵. قاعده ویژگی غالب^۲

گرچه یک علامت ترکیبی باید به‌طور کامل در نظر گرفته شود، دادگاه‌ها ممکن است یکی از ویژگی‌های علامت را در تحلیل احتمال سردرگمی مهم‌تر در نظر بگیرند. در بررسی ویژگی‌های یک علامت ترکیبی، دادگاه‌ها ممکن است علامتی را بررسی کنند تا مشخص شود که آیا بخشی از علامت غالب است یا خیر. اگر یک کلمه یا ویژگی یک علامت ترکیبی

^۱. ر.ک. ماده ۱۱۱۰ قانون لئهام ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۴۶، بند دوم ماده ۲-۷۱۳ قانون مالکیت فکری فرانسه به نقل از: عزیزثانی، حمیدرضا، حمید ابهری و سید حسن حسینی مقدم، «شاخص‌های احراز احتمال گمراهی در نقض علائم تجاری بر مبنای حقوق ایالات متحده آمریکا و ایران»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۳۳۵-۳۶۸.

^۲. The Rule of Dominant Feature.

به وضوح بر همه چیزهای دیگر تسلط داشته باشد، وزن بیشتری نسبت به اجزای همراه آن در تعیین شباهت علائم دارد.^۱ قاعده ویژگی غالب بیان می‌کند که اصل بر این است که تاجر یک علامت را نقض کرده است، حتی اگر از یک یا چند عنصر غالب آن بدون استفاده از کل علامت استفاده کند. دادگاه‌ها خاطرنشان کرده‌اند که ویژگی‌های غالب مهم‌اند، زیرا توجه را به خود جلب می‌کنند و مصرف‌کنندگان بیشتر به خاطر می‌آورند و برای شناسایی محصول به آن‌ها اعتماد می‌کنند. قاعده ویژگی غالب در بخش ۱۱ (۱) (ب) [۳] قانون علامت تجاری هند منعکس شده است که مقرر می‌دارد: «ثبت یک علامت تجاری در صورتی که به دلیل شباهت آن به علامت تجاری قبلی یا تشابه کالاها یا خدمات تحت پوشش علامت تجاری، احتمال سردرگمی برای عموم دارد، نباید انجام شود.» می‌توان چنین استنباط کرد، در جایی که یک علامت از ویژگی غالب علامت دیگری کپی می‌کند، می‌توان گفت به دلیل شباهت فریبنده، علامت را نقض می‌کند. بنابراین، از نظر فنی، قاعده ویژگی غالب به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد که یک علامت ترکیبی را تشریح و تجزیه کنند و فقط بخشی غالب از کل علامت تجاری را برای تعیین شباهت فریبنده در نظر بگیرند، نه اینکه علامت تجاری را به عنوان یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر بگیرند. ماهیت این قاعده باعث مخالفت با قاعده ضدتجزیه و در نتیجه منجر به ناهنجاری در تصمیمات قضایی می‌شود. با این حال، دادگاه‌ها تصریح کرده‌اند که این دو قانون متضاد با یکدیگر نیستند. این تصور که قاعده ضدتجزیه مانعی برای در نظر گرفتن عناصر تشکیل دهنده در یک علامت ترکیبی نیست، توسط دادگاه عالی دهلی در جنوب هند کاملاً روشن شد.^۲ دادگاه عملاً اعلام کرده بود که «اصل «ضدتشریح» و شناسایی «علامت غالب» با یکدیگر متضاد نیستند و ... اصول مذکور بیشتر از یکدیگر تمجید می‌کنند ...». بنابراین، قاعده ویژگی غالب مخالف قاعده ضدتجزیه نیست و این دو قاعده در کنار هم عمل می‌کنند. اجزای غالب علائم ترکیبی معمولاً قوی و ذاتاً متمایزند. با این حال، هیچ قاعده ثابتی وجود ندارد که با آن بتوان از قبل پیش‌بینی کرد کدام قسمت از یک علامت غالب است. با تبلیغات متقاعدکننده ممکن است توجه عموم به ویژگی خاصی از یک علامت جلب شود.^۳ معیار رایج‌تر برای غلبه و تسلط این است که آیا یک جزء مبدأ محصول را برای خریدار نشان می‌دهد یا خیر. دادگاه‌ها قدرت اجزای مختلف یک علامت تجاری ترکیبی را بررسی می‌کنند تا این تصمیم را بگیرند. علائم تجاری اغلب در دسته‌های زیر طبقه‌بندی می‌شوند: عام^۴، توصیفی^۵، دلالت‌کننده^۶، اختیاری^۷ و خیالی^۸. در پرتو این طبقه‌بندی‌ها، اجزای عمومی علائم تجاری ترکیبی کمترین و ضعیف‌ترین تمایزبخشی را دارند. اجزای اختیاری یا خیالی علائم تجاری ذاتاً متمایز و قوی تر تلقی می‌شوند. اجزای عمومی و توصیفی علائم ترکیبی معمولاً غالب نیستند؛ زیرا نقش آن‌ها چیزی غیر از منع را نشان می‌دهد.^۹ در پرونده ای^{۱۰} دادگاه تشخیص داد که عنصر مشترک "REPRO" بین علامت "MADISON REPRO" و علامت "REPRO PLUS" عمومی است و نه غالب. در نتیجه، تمرکز دادگاه در بررسی تشابه علائم، بر شباهت همراه‌کننده عناصر غیر عمومی بود. از آنجایی که دادگاه چیزی مشابه بین عنصر "MADISON" و عنصر "PLUS" پیدا نکرد، دادگاه هیچ‌گونه نقضی را احراز نکرد.

^۱ Nelson and Pam, op.cit., p 349.

^۲ Beverages Ltd. v. General Mills Marketing Inc [2015 (61) PTC] [4]

^۳ Pacific Telesis Group v. International Telesis Communications.

^۴ generic.

^۵ descriptive.

^۶ suggestive.

^۷ arbitrary.

^۸ fanciful.

^۹ Nelson and Pam, op.cit., p 350.

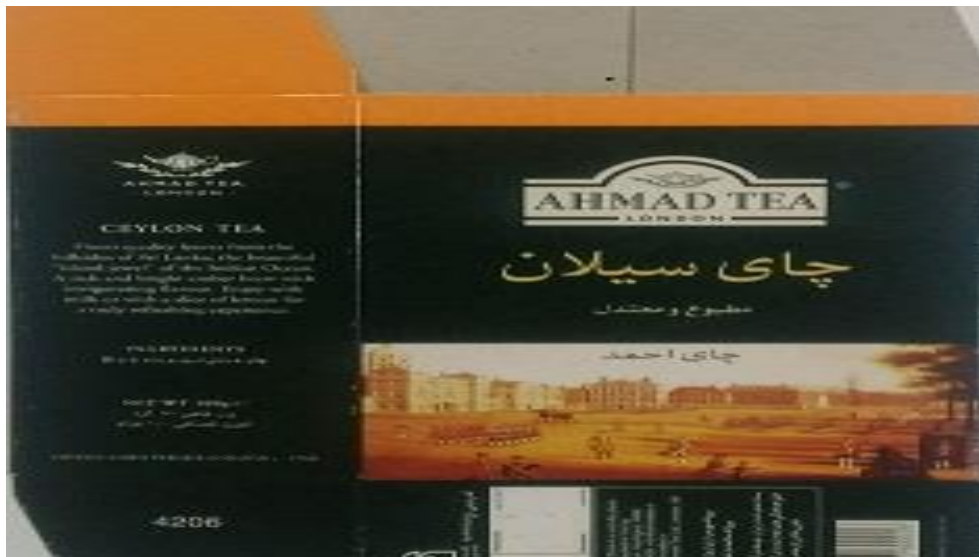
^{۱۰} Madison Reprographics, Inc. v. Cook's Reprographics, Inc.

۶. رویه قضایی ایران

۶.۱. پرونده مربوط به علامت تجاری احمد (چای احمد)

شرکت چای احمد لندن شکایتی را علیه آقای الف دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری مطرح کرده بود. بدین شرح که وکیل شاکی اعلام کرده بود موکل مالک علامت تجاری احمد به فارسی و لاتین است و آن را به همراه تصویری مستطیلی و یک نیم‌دایره به شماره‌های ثبتی ۹۴۹۵۱ و ۹۴۹۵۲ در ایران ثبت کرده و مشتکی‌عنه با بسته‌بندی چای کیسه‌ای، طبق نمونه‌ای که پیوست شده است، اقدام به نقض حقوق مالک علامت کرده است. ایشان عین تصاویر و رنگ‌بندی علائم شرکت را برای گمراه کردن مصرف‌کننده عادی استفاده می‌کند و این اقدام سبب ورود خسارت به شرکت موکل می‌شود. تصاویر محصولات شاکی و مشتکی‌عنه جهت توضیح و تقریب به ذهن در ذیل آورده می‌شود.

محصول شاکی



محصول مشتکی‌عنه



۶.۱.۱. قرار منع تعقیب

درخصوص شکایت شرکت چای احمد لندن علیه برادران ... دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری ... هرچند در مقوله علائم تجاری مرکب باید شباهت مجموعی دو علامت را در نظر گرفت و آنچه به ذهن مصرف کننده می رسد ترکیب علامت است و نه جزئیات آن و در بررسی این گونه علائم باید دیدگاه مصرف کننده عادی را درباره کل علامت در نظر گرفت نه بررسی جزئی آن، به نظر می رسد که استفاده مشتکی عنه از علامت مزبور موجب گمراهی و سردرگمی مصرف کنندگان درخصوص منشأ کالا نمی شود؛ چراکه استفاده مشتکی عنه از عبارت چای دوگول سیلان احتمال اثرگذاری بیشتری بر مشتری عادی دارد و این قسمت از علامت مورداستفاده از سوی مشتکی عنه غالب است و اینکه مشتری مؤلفه های دیگر (اجزای فرعی علامت) را به عنوان نشانگر مبدأ تلقی کند و دچار ابهام شود، بسیار اندک خواهد بود. از منظر دیگر، مشتری عادی و متعارف و با ضریب هوشی متوسط می تواند «چای احمد» متعلق به شاکي و «چای دوگول سیلان» متعلق به مشتکی عنه را از هم تشخیص دهد و دیگر اجزای فرعی علامت ها که با هم مشابه اند، نمی تواند از این تمایز و تشخیص جلوگیری کند. بنابه مراتب فوق و رد نظریه کارشناسی نظر به عدم وقوع بزه مستنداً به اصل کلی براءت و اصل رقابت آزاد موضوع اصول ۳۷ و ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۴ و ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی قرار منع تعقیب نام برده صادر می شود. ^۱ این قرار در دادگاه کیفری دو شهرستان تهران عیناً مورد تأیید قرار گرفت. ^۲

۶.۱.۲. تحلیل رأی

محدوده استفاده انحصاری مالک علامت و در نتیجه آن جلوگیری از استفاده دیگران در چهارچوب گمراهی مشتری تعریف می شود؛ بنابراین مالک علامت تجاری حق ندارد مانع از هرگونه استفاده از علامت تجاری توسط دیگران شود. ^۳ در این رأی قاضی با توجه به قاعده ویزگی غالب یکی از اجزای علامت را (کلمه) در تحلیل احتمال سردرگمی مهم تر در نظر گرفته است. بر این اساس، به نظر می رسد استفاده ثالث از علامت ثبت شده در صورتی تجاوز به حقوق انحصاری قانونی مالک تلقی می شود که موجب گمراهی مشتریان بالقوه و بالفعل صاحب علامت شود؛ والا استفاده مزبور همچنان در قلمرو استفاده عموم باقی مانده است. در رأی صادره معیار مشتری عادی و متعارف با ضریب هوشی متوسط در نظر

^۱ . قرار نهایی شماره ۹۷۰۹۹۷۲۱۲۰۲۰۰۱۷۵، مورخ ۱۳۹۷/۲/۲۵، صادره از شعبه دوم دادرسی ناحیه ۱۹ تهران (ناحیه ۲۶ فعلی).

^۲ . دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۲۱۹۲۰۰۰۴۰۰، مورخ ۱۳۹۷/۳/۲۹، صادره از شعبه ۱۰۴۵ دادگاه کیفری ۲ شهرستان تهران. همچنین قرار نهایی شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۸۵۱۲۴۷۹، صادره از شعبه سوم بازپرسی دادرسی ناحیه ۲۶ تهران (در خصوص شکایت با وکالت ... علیه دایر بر نقض حقوق دارنده علامت تجاری ... به نظر می رسد که در مانحن فیه استفاده مشتکی عنه از علامت مزبور موجب گمراهی و سردرگمی مصرف کنندگان در خصوص منشأ کالا نمی گردد که این موضوع یکی از فلسفه های ذاتی حمایت از علامت تجاری است؛ چراکه استفاده مشتکی عنه از عبارت «طلایی لبریز» به فارسی و لاتین Labriz Golden احتمال اثرگذاری بیشتری بر مشتری دارد و این قسمت از علامت مورد استفاده از سوی مشتکی عنه غالب است و اینکه مشتری مؤلفه های دیگر اجزای فرعی علامت را به عنوان نشانگر مبدأ تلقی کند و دچار ابهام شود، بسیار اندک خواهد بود؛ زیرا عنصر مشابهت میان علامت ها به طور انتزاعی مورد بررسی قرار نمی گیرد، بلکه باید این شباهت را از نگاه مشتری عادی احراز کرد. از منظری دیگر مشتری عادی و متعارف با ضریب هوشی متوسط می تواند چای ارسلان Arsalan Tea متعلق به شاکي و چای لبریز Labriz Golden متعلق به مشتکی عنه را از هم تشخیص دهد و دیگر اجزای فرعی علامت ها که با هم مشابه اند نمی تواند از این تمایز و تشخیص جلوگیری کند، نظر به عدم وقوع بزه مستنداً به اصل کلی براءت موضوع اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۴ و ۲۶۵ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی قرار منع تعقیب نام برده صادر و اعلام می گردد).

^۳ . افراسیاب، محبوب، *مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران*، نشر علم و دانش، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۲۲.

گرفته شده است. مبنای نظری این تحدید قانونی این است که اکثر نشان‌های تجاری با الهام و بهره‌گیری از منابع زبانی و تصویری عمومی و فاقد هنر نوع خلایق‌اند و به همین دلیل اصولاً استفاده از آن‌ها باید آزاد و برای همگان قابل دسترس باشد. در رأی صادره سعی شده است تا بخش‌های عام علامت همچنان در قلمرو عمومی باقی بماند و حقوق انحصاری دارنده گواهینامه ثبت علامت تجاری محدود به حق قانونی مضیق خود شود تا استفاده متجاوزانه از آن حق و مبتنی بر منافع عموم در حوزه عمومی باقی بماند و به مجرد ثبت همه صور و اشکال علامت‌ها و استفاده از نشان‌ها به ملکیت خصوصی صاحبان علائم ثبت‌شده درنیایند.^۱ این‌گونه تفسیرها به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا در تصمیمات خود به حمایت از رقابت آزاد توجه بیشتری نشان دهند و بر این مبنا مانع از آن شوند که هرگونه استفاده از علامت تجاری در انحصار دارنده گواهینامه ثبت علامت قرار گیرد و مانع فعالیت دیگر رقبا و همچنین استفاده افراد جامعه از منابع طبیعی زبانی و تصویری شود.

نتیجه‌گیری

علامت تجاری یکی از رایج‌ترین مصادیق مالکیت‌های فکری است که اعتماد، اطمینان و وفاداری را به محصولات و خدمات به وجود می‌آورد. تعیین دامنه حمایت از صاحب علامت از یک‌سو و پیش‌گیری از سوءاستفاده‌های احتمالی از این حمایت قانونی از سوی دیگر با هدف برقراری موازنه‌ای معقول فی‌مابین منافع سرمایه‌گذار و کارآفرین از یک طرف و منافع رقبا و عموم از طرف دیگر از مباحث بحث‌برانگیز حقوق علائم تجاری است. علائم تجاری ترکیبی به دلیل داشتن اجزای مختلف احتمال برخورد و تعارض با حقوق رقبا و اشخاص ثالث را دارند. از آنجا که اجزای مختلف علائم تجاری ترکیبی در بسیاری از مواقع عام هستند و با الهام و بهره‌گیری از منابع زبانی و تصویری عمومی تشکیل شده‌اند، بخش‌های عام علامت همچنان باید در قلمرو عمومی باقی بماند و حقوق انحصاری دارنده گواهینامه ثبت علامت تجاری محدود به حق قانونی مضیق خود شود تا استفاده متجاوزانه از آن حق و مبتنی بر منافع عموم در حوزه عمومی باقی بماند و این‌گونه تحلیل‌ها در راستای ماهیت حقوق علائم تجاری و محدود کردن حقوق انحصاری دارنده علائم تجاری است. در بررسی و تحلیل معیار نقض در علائم تجاری مرکب با دو قاعده منع تجزیه و ویژگی برتر مواجهیم که در مقام حل و فصل این دعاوی قاعده ضدتجزیه دادگاه‌ها را ملزم می‌کند که علائم مرکب را به‌عنوان یک کل تقسیم‌ناپذیر در نظر بگیرند، نه اینکه آن‌ها را جزء به جزء ببینند تا تشابه فریبنده بین علائم را تعیین کنند. از سوی دیگر، هیچ مانعی برای در نظر گرفتن عناصر تشکیل‌دهنده یک علامت برای تعیین شباهت فریبنده وجود ندارد. دادگاه‌ها مجازند یک علامت ترکیبی را تشریح کنند و قاعده ویژگی غالب را برای تشخیص شباهت فریبنده بین دو علامت در صورت لزوم اعمال کنند. بنابراین قاعده ویژگی غالب یک استثنا نیست و با قاعده قانونی ضدتشریح منافات ندارد. همان‌گونه که در متن ملاحظه شد رویه قضایی ایران نیز در حل و فصل این دعاوی به قواعد مزبور عنایت دارد و در حل و فصل آن‌ها از این قواعد الهام می‌گیرد. اما از آنجا که قضات رسیدگی‌کننده به پرونده‌های مربوط به حوزه مالکیت فکری همگی دانش و تخصص لازم در این حوزه را ندارند، در برخی از مواقع با تشتت‌آرا در این زمینه مواجهیم و با تفسیرهای نادرست و فاقد مبنای علمی مشکلات زیادی را برای دارندگان دارایی‌های فکری ایجاد می‌کنند.

^۱. جعفرزاده، میرقاسم و حسن لجم اورک، «تحلیل نظری حق بر علامت تجاری، حق انحصاری مطلق یا مقید»، حقوق خصوصی، دوره ۱۷، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۳۲۹.

منابع

کتاب

۱. افراسیاب، محبوب، *مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران*، تهران: علم و دانش، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۲. سیدین، علی و مهدی کارچانی، *حقوق مالکیت صنعتی در آیینہ اندیشه‌های قضایی*، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۳. شمس، عبدالحمید، *حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۴. کسنوی، شادی، *مبانی حقوق علائم تجاری*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۵. لجم اورک، حسن، *اصول حاکم بر علائم تجاری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۲.

مقاله

۶. جعفرزاده میرقاسم و حسن لجم اورک، «تحلیل نظری حق بر علامت تجاری، حق انحصاری مطلق یا مقید»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۷، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۷. شاکری، زهرا و زهرا بهادری جهرمی، «خوانشی بر مسئله تعارض ناشی از حقوق علامت تجاری و نام تجاری با تاکید بر رویه قضایی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۱۵، شماره ۴، ۱۴۰۲.
۸. شاکری، زهرا و مریم مهربان‌پور آذر، «تمایزبخشی اکسپانسی علائم تجاری و معیارهای احراز آن با نگاه تطبیقی به نظام‌های ایالات متحده، اتحادیه ی اروپا و ایران»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۴۰۲.
۹. شیدائیان، مهدی و امیرحسین بحیرایی، «دادرسی تشخیصی در ایران و آمریکا»، *مجله حقوق اسلامی*، دوره ۱۸، شماره ۶۹، ۱۴۰۰.
۱۰. عزیزنانی، حمیدرضا، حمید ابهری و سید حسن حسینی مقدم، «شاخص‌های احراز احتمال گمراهی در نقض علائم تجاری بر مبنای حقوق ایالات متحده آمریکا و ایران»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲.

رویه قضایی داخلی

۱۱. دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۶۳۹۵۰۲۷، مورخ ۱۴۰۱/۵/۴، صادره از شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری دو تهران.
۱۲. دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۱۲۵۴۹۵۶۴، صادره از شعبه ۱۰۳۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران.
۱۳. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۱۹۱۸۰۱۱۷۱، صادره از شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری دو شهرستان تهران.
۱۴. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۲۱۹۲۰۰۰۴۰۰، مورخ ۱۳۹۷/۳/۲۹، صادره از شعبه ۱۰۴۵ دادگاه کیفری دو شهرستان تهران.
۱۵. قرار نهایی به شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۱۸۸۲۶۹۶، مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۱، صادره از شعبه سوم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲۶ تهران.
۱۶. قرار نهایی شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۸۵۱۲۴۷۹، صادره از شعبه سوم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲۶ تهران.
۱۷. قرار نهایی شماره ۹۷۰۹۹۷۲۱۲۰۲۰۰۱۷۵، مورخ ۱۳۹۷/۲/ ۲۵، صادره از شعبه دوم دادرسی دادسرای ناحیه ۱۹ تهران (ناحیه ۲۶ فعلی).
۱۸. قرار نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۲۱۲۰۲۰۰۷۷۷، صادره از شعبه دوم دادرسی دادسرای ناحیه ۲۶ تهران.

References

Books

1. Afrasiab, Mehboob, *Industrial Property in Iran Legal System*, Tehran: Science and Knowledge, First Edition, 2018. (in Persian)
2. Davis, Jennifer. *Intellectual property law*, United Kingdom: Oxford University press: Fourth Edition, 2012.

3. Kasnavi, Shadi, *Foundations of Trademark Law*, Tehran: Sahami Enteshar Company, First Edition, 2016. (in Persian)
4. Lajm Orak, Hassan, *Principles Governing Trademarks*, Tehran: Mizan, First Edition, 2023. (in Persian)
5. Seyyedini, Ali and Mehdi Karchani, *Industrial Property Rights in the light of Judicial Thoughts*, Judiciary Research Institute, First Edition, 2021. (in Persian)
6. Shams, Abdol-Hamid, *Property Rights on Commercial and Industrial marks*, Tehran: Samt, First Edition, 2003. (in Persian)

Articles

7. Aziz-Sani, Hamid Reza, Hamid Abhari and Sayyed Hassan Hosseini Moghadam, "The Criteria of Ascertainment of the Likelihood of Confusion in Trademarks Infringement based on U.S. and Iran Law", *Comparative Law Review Journal*, Volume 14, Issue 1, 2023. (in Persian)
8. Former, Intern., Jahnvi Sharma. "Can A Composite Trademark Be Dissected In to Its Constituent Elements to Determine Infringement?", 2 November 2021.
9. Jafarzadeh Mir-Qasem and Hassan Lajm-Orak, "Theoretical Analysis of Trademark Rights: Absolute or Conditional Exclusive Right?", *Private Law Journal*, Volume 17, Issue 2, 2019. (in Persian)
10. Kalamadi, Sh. "Intellectual Property and the Business of Sports-Management", *Journal of Intellectual Property Rights*, Volume 17, 2012.
11. Nelson J. D., Pam, Kohli, J. "Composite Trademarks: Deconstructing the Similarity of Marks Element in a Trademark Infringement Action", *Defense counsel Journal*, Volume 72, Issue 4 2005.
12. Shakeri, Zahra and Maryam Mehraban-Pour Azar, "A Comparative Analysis of Acquired Distinctiveness of Trademarks and Its Criteria in the Legal Systems of the United States, the European Union and Iran", *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 10 Issue 2, 2023. (in Persian)
13. Shakeri, Zahra and Zahra Bahadri Jahromi, "Navigating the Complex Terrain of Trademark and Trade Name Conflicts: A Comprehensive Analysis", *Journal of Legal Studies*, Volume 15, Issue 4, 2023. (in Persian)

Cases

14. Alpha Industries, Inc. v. Alpha Steel Tube & Shapes, Inc.
15. Arsenal Football Club plc v Reed (2002).
16. Beverages Ltd. v. General Mills Marketing Inc [2015 (61) PTC] [4].
17. Bristol-Myers Squibb v Paranova (1996).
18. Cadilla Healthcare Ltd. v. Cadilla Pharmaceuticals Ltd. [2001 (2) PTC 541 SC].
19. In Fruit of the Loom Inc. v. Girouard.
20. India Trade Marks Act, 1999.
21. Ip Australia, Trademarks manual of practice and procedure, 19 Dec 2022.
22. Judgment No. 140168390006395027, dated 2022/07/26, issued by Branch 1043 of the second Criminal Court of Tehran. (in Persian)
23. Judgment No. 140168390012549564, issued by Branch 1039 of the Court of Appeals of Tehran Province. (in Persian)
24. Judgment No. 9609972191801171, issued by Branch 1043 of the Second Criminal Court of Tehran City. (in Persian)
25. Judgment No. 970992192000400, dated 2018/06/19, issued by Branch 1045 of the second Criminal Court of Tehran. (in Persian)

26. Koninklijke Philips Electronics NV v Remington\ Consumer Products Ltd (2002) (ECJ).
27. Madison Reprographics, Inc. v. Cook's Reprographics, Inc.
28. OHIM v BORCO (2010).
29. Pacific Telesis Group v. International Telesis Communications.
30. SAT.1 v OHIM (2004).
31. Verdict No. 140068390018512479, issued by the third investigation branch of the 26th District Prosecutor's Office of Tehran. (in Persian)
32. Verdict No. 140168390001882696, dated 2022/05/11, issued by the third investigation branch of the 26th district of Tehran. (in Persian)
33. Verdict No. 9709972120200175, dated 2018/05/15, issued by the second prosecutor branch of the 19th District Prosecutor's office of Tehran (currently the 26th district). (in Persian)
34. Verdict No. 9909972120200777, issued by the second prosecutor branch of the 26th District Prosecutor's Office of Tehran. (in Persian)
35. Walt Disney Productions v. Air Pirates.



Legal Research
Volume 27, Issue 106, 2024

Table of Contents

The Concept and Application of Regulation in The Institution of Family; A Comparative Review in Iranian and French Laws	1
<i>Mostafa Mohaghegh Damad, Mehrangiz Shahmoradi Zavareh, Asadollah Yavari, Gholamali Seifi Zeynab</i>	
Children's Right to Participate in Asylum Procedure	19
<i>Ebrahim Beig Zadeh, Ahmad Reza Azar Pendar</i>	
Jurisprudential-Legal Analysis About Criterion and Origin of the Transsexuals' Gender Recognition	35
<i>Mohammad Roshan, Mahrou Ghadiri, Hamid Reza Saeed Arab</i>	
Conceptual Interaction and Mutual Influence of Economic Theories of Imperfect Contract and Transaction Cost with Secondary Real Estate Registration System	57
<i>Nasrin Tabatabaee Hesari, Amir Khenari Nezhad</i>	
Investigating the Limitation of Trawl Net Fishing in Environment-Related Laws with Emphasis on the 50th Principle of Iran's Constitution	75
<i>Mohammad Mazhari, Reza Hosseinzadeh</i>	
Understanding the Concept and Position of "Due Diligence" in International Investment Law.....	97
<i>Seyed Mohammad Hoseini, Mohammad Habibi Mojande</i>	
Supervisory Approach in National and International Laws and Regulations Regarding Drug Safety/Health.....	117
<i>Afsaneh Ghanbari, Amir Mahmoudi, Behnam Habibi Dargah</i>	
Evaluation of the Specific Conditions of Gatekeeper Marketplaces Contracts from the Perspective of Intra-Platform Competition Law	135
<i>Ebrahim Rahbari, Arian Masoudi Tafreshi</i>	
The Cascading Liquidation of Contractual Collections in the French Legal System.....	155
<i>Mohammad Ali Saeedi, Sedigheh Mohammad Hassani</i>	
Earth Suffering; A View to the Basis and Destiny of the Farmer's Right in Iranian Legal System of Land Reforms	169
<i>Ali Mahmoudian, Seyed Ebadollah Jahan Bin</i>	
Crime, Media and Critical Criminology	187
<i>Nastaran Khajeh Noori, Roya Asiaei</i>	
The Nature and Consequences of Court Decisions in Interpreting Arbitrator's Decision	203
<i>Reza Raeisi, Alireza Iran Shahi, Hamidreza Salehi</i>	
Feasibility of Describing the Primary Decision in The Appeal Court: Judgment in Unknown Type to Verdict or Order	221
<i>Mostafa Mozafari, Jamshid Zargari</i>	
Infringement Criterion in Composite Trademarks: Analysis and Criticism of Jurisprudence	239
<i>Hassan Lajm Orak, Ahmad Hemmati, Adel Tarazoo Zar</i>	

Legal Research

Volume 27, Issue 106, 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 : Mansour Amini

Executive Director: Shahrzad Haddadi

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: Marzieh Barekat

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 Concept and Application of Regulation in The Institution of Family; A Comparative Review in Iranian and French Laws**
Mostafa Mohaghegh Damad, Mehrangiz Shahmoradi Zavareh, Asadollah Yavari, Gholamali Seifi Zeynab
- ▶ **Children's Right to Participate in Asylum Procedure**
Ebrahim Beig Zadeh, Ahmad Reza Azar Pendar
- ▶ **Jurisprudential-Legal Analysis About Criterion and Origin of the Transsexuals' Gender Recognition**
Mohammad Roshan, Mahrou Ghadiri, Hamid Reza Saeed Arab
- ▶ **Conceptual Interaction and Mutual Influence of Economic Theories of Imperfect Contract and Transaction Cost with Secondary Real Estate Registration System**
Nasrin Tabatabaee Hesari, Amir Khenari Nezhad
- ▶ **Investigating the Limitation of Trawl Net Fishing in Environment-Related Laws with Emphasis on the 50th Principle of Iran's Constitution**
Mohammad Mazhari, Reza Hosseinzadeh
- ▶ **Understanding the Concept and Position of "Due Diligence" in International Investment Law**
Seyed Mohammad Hoseini, Mohammad Habibi Mojande
- ▶ **Supervisory Approach in National and International Laws and Regulations Regarding Drug Safety/Health**
Afsaneh Ghanbari, Amir Mahmoudi, Behnam Habibi Dargah
- ▶ **Evaluation of the Specific Conditions of Gatekeeper Marketplaces Contracts from the Perspective of Intra-Platform Competition Law**
Ebrahim Rahbari, Arian Masoudi Tafreshi
- ▶ **The Cascading Liquidation of Contractual Collections in the French Legal System**
Mohammad Ali Saeedi, Sedigheh Mohammad Hassani
- ▶ **Earth Suffering; A View to the Basis and Destiny of the Farmer's Right in Iranian Legal System of Land Reforms**
Ali Mahmoudian, Seyed Ebadollah Jahan Bin
- ▶ **Crime, Media and Critical Criminology**
Nastaran Khajeh Noori, Roya Asiaei
- ▶ **The Nature and Consequences of Court Decisions in Interpreting Arbitrator's Decision**
Reza Raeisi, Alireza Iran Shahi, Hamidreza Salehi
- ▶ **Feasibility of Describing the Primary Decision in The Appeal Court: Judgment in Unknown Type to Verdict or Order**
Mostafa Mozafari, Jamshid Zargari
- ▶ **Infringement Criterion in Composite Trademarks: Analysis and Criticism of Jurisprudence**
Hassan Lajm Orak, Ahmad Hemmati, Adel Tarazoo Zar