

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- مسئولیت مدنی محض در نظام حقوقی هندوستان: ملاحظات تاریخی، بنیان‌های نظری
سهراب سیفی، مهدی میهمی، حسین مهرپور
- کیفرگرایی اولیای دم بر اساس چگونگی و شرایط پیرامونی قتل عمد (تحلیل موردی پرونده های قتل عمد در استان تهران)
شقایق اکبری، قاسم قاسمی، نسرین مهرا، محمدعلی مهدوی ثابت
- کیفرگذاری افتراقی اطفال و نوجوانان در انگاره «حق بر بازپروری»
محمدرضا عدالتخواه، اکبر وروایی، محمدجواد جعفری
- تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)
محمدحسین زارعی، سعیده مزینانین
- نظریه «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در حقوق شرکت‌های تجاری ایران
مصطفی کوشکی، حسن بادینی
- مفهوم عمل اداری و تفسیر قضایی از آن در رأی شعبه (رأی شماره ۱۴۵۲-۱۳۹۴/۹/۲ شعبه دهم) دیوان عدالت اداری
سیدمجیب دیانت، کورش استوار سنگری، سیدمجتبی واعظی
- عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی و دریای آزاد در پرتو دستورالعمل تالین ۲
شهرام زرنشان، موسی کرمی، ریحانه زندی
- توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر
محمد سلطانی، امیرحسین جوان مولایی
- بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف
علی خواجه نایینی، میثم نریمانی، امیر لطفی، محمد صاحبکار خراسانی
- اعمال قواعد امره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی
عصمت گلشنی، سید مهدی حسینی مدرس
- چالش‌های اعمال اصل تحدید مسئولیت در دعاوی آلودگی دریایی
فریبرز صفری
- حل اختلاف در قراردادهای هوشمند با توجه به ویژگی خوداجرایی آن‌ها
سحر کریمی، یگانه سادات میرحسینی
- جستاری بر نظام حمایتی مناسب از آشپزی و دستورپخت غذا در حقوق مالکیت فکری
عمید محمدی
- تحلیل انتقادی مبانی رأی وحدت رویه ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور
مهدیه صادقیان، علی ضیاء الاسلامی، مهدی صادقی راد

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 ۱۰۷، پاییز ۱۴۰۳



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

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)

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

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

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

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

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

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

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

صفحه آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: مریم غنی‌زاده بافقی، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: 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
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Nazanin	منابع انگلیسی	۱۰	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

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

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

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

• **صفحه سوم: مقدمه**

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

• **صفحات بعدی: بدنه مقاله**

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

• **صفحه آخر: فهرست منابع**

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

کتاب فارسی:

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

کتاب انگلیسی:

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

مقاله فارسی:

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

مقاله انگلیسی:

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

پایان‌نامه و رساله فارسی:

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

پایان نامه و رساله انگلیسی:

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

مثال:

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

منبع الکترونیک:

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

مثال:

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

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



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۰، شماره ۱۰۷، پاییز ۱۴۰۳

فهرست مطالب این شماره

- ۱.....مسئولیت مدنی محض در نظام حقوقی هندوستان: ملاحظات تاریخی، بنیان‌های نظری سهراب سیفی، مهدی میهمی، حسین مهرپور
- ۱۹.....کیفرگرایی اولیای دم بر اساس چگونگی و شرایط پیرامونی قتل عمد (تحلیل موردی پرونده‌های قتل عمد در استان تهران) شقایق اکبری، قاسم قاسمی، نسرین مهرا، محمدعلی مهدوی ثابت
- ۴۱.....کیفرگذاری افتراقی اطفال و نوجوانان در انگاره «حق بر بازپروری» محمدرضا عدالتخواه، اکبر وروایی، محمدجواد جعفری
- ۶۱.....تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران) محمدحسین زارعی، سعیده مزینانین
- ۸۵.....نظریه «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در حقوق شرکت‌های تجاری ایران مصطفی کوشکی، حسن بادینی
- ۱۰۳.....مفهوم عمل اداری و تفسیر قضایی از آن در رأی شعبه (رأی شماره ۱۴۵۲-۱۳۹۴/۹/۲ شعبه دهم) دیوان عدالت اداری سیدمجیب دیانت، کورش استوار سنگری، سیدمجیبی واعظی
- ۱۲۱.....عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی و دریای آزاد در پرتو دستورالعمل تالین ۲ شهرام زرنشان، موسی کرمی، ریحانه زندی
- ۱۳۹.....توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر محمد سلطانی، امیرحسین جوان مولایی
- ۱۵۷.....بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف علی خواجه نایینی، میثم نریمانی، امیر لطفی، محمد صاحبکار خراسانی
- ۱۷۹.....اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی عصمت گلشنی، سید مهدی حسینی مدرس
- ۲۰۱.....چالش‌های اعمال اصل تحدید مسئولیت در دعاوی آلودگی دریایی فریبرز صفری
- ۲۱۹.....حل اختلاف در قراردادهای هوشمند با توجه به ویژگی خوداجرایی آن‌ها سحر کریمی، یگانه سادات میرحسینی
- ۲۳۷.....جستاری بر نظام حمایتی مناسب از آشپزی و دستورپخت غذا در حقوق مالکیت فکری عمید محمدی
- ۲۵۵.....تحلیل انتقادی مبانی رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مهدیه صادقیان، علی ضیاء الاسلامی، مهدی صادقی راد



Original Article

Strict Liability in Indian Legal System: Historical Considerations, Theoretical Foundations

Sohrab Seifi¹, Mahdi Meyhamy² , Hossein Mehrpour³

ABSTRACT

Among the constituent parts of law, shared between public and private law, is civil liability, which has a long history and each legal system has contributed to it. This Article tries to explain the historical roots and theoretical foundations of civil liability in the Indian legal system by emphasizing the theory of strict liability, which is one of the four major theories in this field. In fact, the purpose of this research is to investigate the formation of civil liability in India based on the mentioned theory. This theoretical research, in addition to adopting a historical approach, is based on the descriptive-analytical research method and has collected information in a library form by referring to existing books, documents and articles. The findings of this research indicate that civil liability in India – centered on the theory of strict liability – has been influenced by British law in most of its aspects. However, its foundations are various which have affected the evolution of the traditional legislative and legal system of this country, and as a result, the Indian legislator has not and does not ignore the conditions of the Indian society in the implementation of the relevant rules. One of the most important evidences of this difference is absolute liability, which is derived from strict liability and is used in the field of ultrahazardous activities.

KeyWords: Civil Liability, India, England, Tort, Strict Liability

How to Cite: Seifi, Sohrab, Meyhamy, Mahdi, Mehrpour, Hossein, "Strict Liability in Indian Legal System: Historical Considerations, Theoretical Foundations", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:1-18.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231948.2519>

Received: 07/06/2023-Accepted: 10/10/2023

1. Ph.D. Candidate, Department of Law, Islamic Azad University: UAE Branch, Dubai, United Arab Emirate.
2. Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad university: North Tehran Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: dr.mihami@iau-tnb.ac.ir
3. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



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



مسئولیت مدنی محض در نظام حقوقی هندوستان: ملاحظات تاریخی، بنیان‌های نظری

سهراب سیفی^۱، مهدی میهمی^۲، حسین مهرپور^۳

چکیده

از جمله اجزای تشکیل‌دهنده علم حقوق، مشترک بین حقوق عمومی و خصوصی، مسئولیت مدنی است که از پیشینه تاریخی طولانی‌ای برخوردار است و هریک از نظام‌های حقوقی به سهم خود به آن پرداخته‌اند. مقاله حاضر می‌کوشد تا ریشه‌های تاریخی و شالوده‌های نظری مسئولیت مدنی در نظام حقوقی هندوستان را با تأکید بر نظریه مسئولیت محض، که یکی از چهار نظریه عمده در این حوزه است، تبیین کند و تحولات صورت‌گرفته در این زمینه را نشان دهد. در واقع هدف از این پژوهش، بررسی شکل‌گیری مسئولیت مدنی در هندوستان بر اساس نظریه مذکور است. این پژوهش نظری در کنار اتخاذ رویکرد تاریخی بر روش تحقیق توصیفی - تحلیلی استوار بوده و با ارجاع به کتب، اسناد و مقالات موجود، اطلاعات را به صورت کتابخانه‌ای جمع‌آوری کرده است. یافته‌های این پژوهش حاکی از آن‌اند که مسئولیت مدنی در هندوستان - با محوریت نظریه مسئولیت محض - تقریباً در بیشتر ابعاد خود از قانون انگلستان تأثیر پذیرفته است. باین‌حال، مبانی آن متعددند که همین امر بر تحول نظام تقنینی و حقوقی سنتی این کشور مؤثر است و در نتیجه قانون‌گذار هندی در اجرای قواعد مربوطه، شرایط جامعه هند را از نظر دور نداشته و نمی‌دارد. یکی از مهم‌ترین شواهد این تفاوت، مسئولیت مطلق است که از مسئولیت محض منبعت شده و در زمینه فعالیت‌های فوق‌العاده خطرناک کاربرد دارد.

کلید واژگان: مسئولیت مدنی، هندوستان، انگلستان، خطای مدنی، مسئولیت محض.

استناد به این مقاله: سیفی، سهراب، میهمی، مهدی، مهرپور، حسین، «مسئولیت مدنی محض در نظام حقوقی هندوستان: ملاحظات تاریخی، بنیان‌های نظری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱-۱۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231948.2519>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۱۸

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد امارات متحده عربی، دبئی، امارات متحده عربی
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران شمال، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: dr.mihami@iau-tnb.ac.ir
۳. استاد، 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

مبانی و ارکان مختلف مسئولیت مدنی تابعی از شرایط زمانی - مکانی و نیز اوضاع اقتصادی و سیاسی - اجتماعی اند که بر جوامع و کشورهای مختلف حاکم‌اند و در نتیجه بر نظام‌های قضایی تأثیر می‌گذارند، به چهار گروه عمده تقسیم می‌شوند که به آنها نظریه‌ها یا نظام‌های مسئولیت مدنی می‌گویند:

- ۱) نظریه تقصیر (مسئولیت مبتنی بر تقصیر)^۱ که در آن، اشخاص مقصر مسئول شناخته می‌شوند و باید ضرر ناشی از رفتار خود را جبران کنند. در این نظریه، زمانی مسئولیت معنا پیدا می‌کند که خطایی از انسان سرزده باشد. علاوه بر این، وجود فاعل زیان‌رسان مترادف با بدیهی‌ترین و عقلانی‌ترین مبنا برای مسئولیت مدنی است.^۲
- ۲) نظریه مسئولیت محض^۳ (نظریه خطر): شخصی که با رفتار خود خطری را به وجود آورده و موجبات ضرر به دیگران را فراهم کرده است، باید ضرر وارده را جبران کند، حتی اگر مقصر نباشد.
- ۳) نظریه مختلط: این نظریه با ترکیب دو نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر و مسئولیت محض، می‌کوشد تا بین هر دو رویکرد پیوند برقرار کند.

- ۴) نظریه قابلیت انتساب (نظریه تضمین حق): این نظریه بر حقوق اشخاص متضرر و ضمانت قانون‌گذار در این زمینه تأکید و کوشش می‌کند تا اولویت و ارجحیت را به حقوق انسان‌ها بدهد.^۴

قانون مسئولیت مدنی یا همان خطای مدنی در هندوستان که موضوع این پژوهش است، تقریباً به‌طور کامل برگرفته از قانون انگلستان می‌باشد و تحت عنوان قواعد مرتبط با عدالت، انصاف و وجدان خوب^۵ به کار گرفته شده و اجرا می‌شود. باین‌حال، دادگاه‌های هند، قبل از اعمال هر قاعده که برگرفته از حقوق انگلستان است، از این اختیار و قدرت برخوردارند تا ببینند که آیا قاعده مزبور با جامعه هند و شرایط موجود در آن سازگار است یا خیر. به عبارت دیگر، باید سناریوهای اجتماعی و اقتصادی در زمان مربوطه و شرایط حاکم بر جامعه را لحاظ کرد.^۶ همان‌طور که امروزه می‌دانیم مفهوم خطای مدنی طی قرن‌ها تکامل یافته و در کشورهایمانند روم باستان، انگلستان، ایالات متحده آمریکا و سایر کشورهای مرفعی و نیز تا حدی در هندوستان رشد قابل توجهی داشته است. بنابراین شناخت منشأ و تکامل نظریه خطر در هندوستان، امری ضروری به نظر می‌رسد که پژوهش حاضر آن را از نظر دور نخواهد داشت. اصطلاح Tort معادل فرانسوی کلمه انگلیسی غلط و اشتباه و ترجمه واژه آلمانی غیرقانونی است که در حقوق رومی تحت عنوان delict از آن یاد می‌شود. ضمناً دیگر اصطلاح لاتین، یعنی tortum که ریشه کلمه tort است به ما می‌گوید، خطای مدنی رفتاری است پیچیده؛ چراکه از یک‌سو جرم محسوب نمی‌شود و از سوی دیگر، بعضی صفات و ویژگی‌های جرم را دارا می‌باشد.^۷ به عبارت دیگر، رفتاری را نشان می‌دهد که عادی نیست، بلکه از حالت عادی یا مقرر منحرف می‌شود. خطای مدنی نوعی ظلم است که شخص در حق دیگری مرتکب می‌شود و زمانی اتفاق می‌افتد که شخصی کاری را انجام دهد که قرار نبوده انجام دهد یا

^۱ Fault-based liability

^۲ کاتوزیان، ناصر، *وقایع حقوقی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۹، ص ۹.

^۳ Strict liability

^۴ سعادت مصطفوی، سید مصطفی و محمدجواد پایکاری، «نگرشی جدید به مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فقه امامیه»، *آموزه‌های حقوقی گواه*، سال ۳، شماره ۱ (پیاپی ۴)، ۱۳۹۶، صص ۱۸۵-۱۵۹، ص ۱۷۴.

^۵ Justice, equity and good conscience

^۶ Upadhyay, Minal. H. "The Law of Torts in India", *International Journal of Research in all Subjects in Multilinguals*, Volume 2, Issue 2, 2014, P 27.

^۷ به همین دلیل عده‌ای از مترجمان از کلمه «شبه‌جرم» برای ترجمه Tort استفاده می‌کنند.

به گونه‌ای رفتار کند که به دیگران آسیب برساند.^۱ در مقاله حاضر، با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و همچنین با اتخاذ رویکردی تاریخی، ابتدا ریشه‌های نظریه مسئولیت محض در انگلستان و سپس تأثیر آن بر نظام حقوقی هندوستان مورد مطالعه قرار می‌گیرند. پس از آن، ضمن بحث از تأثیرپذیری سه نظریه عمده مسئولیت محض^۲ بر حقوق هندوستان، تحولات پیش‌آمده در این نظام قضایی و به‌ویژه ظهور و کاربرد دکترین مسئولیت مطلق را مورد توجه قرار خواهیم داد. این دکترین نقطه عطفی در تاریخ قضایی معاصر هندوستان به شمار می‌رود و شاهی بر پویایی این نظام و نیز استقلال آن از کامن‌لا و حقوق انگلستان محسوب می‌شود و می‌توان از آن به‌عنوان دستاورد حقوقی نام برد و در مطالعات تطبیقی از آن استفاده کرد.

۱. تاریخچه نظریه مسئولیت محض در هندوستان

۱.۱. ریشه‌های تاریخی نظریه مسئولیت محض

در انگلستان، یک سده پس از فتح نورمن، یعنی در سال ۱۱۶۶، هانری دوم^۳ که نوه ویلیام فاتح بود، قانون جدیدی وضع کرد که بر طبق آن هیئت منصفه‌ای مشتمل بر دوازده مرد در هر شهرستان برای تصمیم‌گیری در این زمینه که آیا جرایم ادعا شده واقعاً انجام شده‌اند یا نه، منصوب شدند تا بدین وسیله، هم ماهیت و هم میزان محکومیت متهمان را بررسی کنند. از طرف دیگر، وقتی حقوق کامن‌لا^۴ به مجموعه‌ای از الزامات مشخص بدل شد، متهمان چاره را در این دیدند که به آن دست از راه‌حلی متوسل شوند که سخت‌گیری و شدت کمتری داشتند. از جمله راه‌هایی که عملاً به دور زدن محاکم کامن‌لا منجر می‌شد، عضویت افراد در طبقه روحانی بود که از آن با عنوان بهره‌مندی روحانیت^۵ یاد می‌شود. در واقع کسانی که بهره‌مند از این امتیاز بودند، این امکان را در اختیار داشتند تا توسط دادگاه‌های کلیسایی با قوانین نرم‌تر محاکمه شوند. پس تمایل به پیوستن به روحانیت در راستای منفعت بردن از آن، با علاقه بیشتری دنبال می‌شد و در عمل، گریز از عدالت و تضعیف اقتدار سلطنتی را به دنبال داشت که مورد پسند هنری دوم نبود و نهایتاً به انشقاق بین کلیسا و دولت منجر شد. هم‌زمان با وقایع پیش‌رو، دادگاه‌های برپا شده توسط اسقف توماس بکت^۶ در آغاز دادگاه‌های صنفی^۷ و سپس دادگاه‌های عدالت^۸ نامیده شدند و امروزه نیز دادگاه‌های مدنی^۹ نامیده می‌شوند. در دادگاه‌های عدالت، دعاوی مطروحه به جای زبان لاتین، به زبان انگلیسی مورد رسیدگی قرار می‌گرفتند و این یعنی اینکه سخنرانی‌های بیان‌شده در این دادگاه‌ها برای همه به یکسان قابل فهم بود. من‌حیث‌المجموع، از قانون عدالت با اصطلاح تفسیر کامن‌لا^{۱۰} یاد کرده‌اند.^{۱۱}

1. On, Alexandru-Daniel. "Prevention and the Pillars of a Dynamic Theory of Civil Liability: A Comparative Study on Preventive Remedies", *Research Papers*, 1, 2013.

2. Absolute liability

3. Henry II

4. Common Law

5. Benefit of clergy

6. Thomas Becket

7. Courts of chancery

8. Courts of equity

9. Civil courts

10. Gloss on the common law

11. Arnold-Baker, Charles, *the Companion to British History*, London: Longcross Denholm Press, 2008, P 484.

با گذشت زمان، از محوریت اصل انتخاب اخلاقی در دادگاه‌های عدالت به نفع گسترش یک سیستم منظم که از اصول عادلانه نشئت گرفته باشد، کاسته شد و قوانین مدونی در همین رابطه شکل گرفتند. در واقع، آنچه قوانین گذشته را از قوانین امروزی جدا می‌کند، تفکیک عملی است که امکان انجام دادن آن توسط متهم وجود داشته باشد، به‌علاوه نیت وی برای دست زدن به عمل مد نظر؛ چراکه این تنها اعمال و رفتارهای انسان است که لحاظ می‌شود.^۱ علاوه بر موارد نام‌برده شده پیش از این، اهمیت نیت در خطای مدنی نیز نکته دیگری است که باید در اینجا بدان اشاره شود. از نقطه نظر تاریخی، نیت ابتدا به شکل آزمون و خطا به رسمیت شناخته شد. در سال ۱۶۸۱، یکی از قضات انگلستان در جریان پرونده‌ای که در دست داشت، این گونه حکم صادر کرد که قانون آن اندازه که به ضرر طرف مقابل (یا همان فرد زیان‌دیده) می‌پردازد، به نیت فاعل (زیان‌رسان) نمی‌پردازد. از این منظر، نیت به‌عنوان پتانسیلی در نظر گرفته می‌شود که اگر هنوز از مرکزیت و محوریت برخوردار نبوده است، از این به بعد دیگر نمی‌توان آن را مغفول گذاشت. در قانون انگلستان، از نظر هر دو نظام مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی، نیت تقریباً در هر قسم از تصمیمات قضایی تأثیرگذار است. اگر در مواردی بتوان نشان داد که فعل زیان‌بار عمدی بوده یا به دلیل سهل‌انگاری اتفاق افتاده است، این امر ممکن است منجر به زیان کیفری و همچنین جبران خسارت شود. منظور از خسارات جبرانی در این زمینه، وادار کردن متهمان به پرداخت خسارت واقعی است. همچنین خسارات تنبیهی به منظور مجازات نیز در نظر گرفته شده است، یعنی در مواردی که عمد یا قصور نزدیک به عمد می‌تواند توسط قاضی یا هیئت منصفه قابل تشخیص باشد. به زبان امروزی باید گفت که بیشتر پرونده‌های مجرمانه توسط قضات حل و فصل می‌شود؛ مگر اینکه موضوع به قدری جدی باشد که به وجود هیئت منصفه نیاز شود.

۱.۲. ریشه‌های نظریه مسئولیت محض در هندوستان تا پیش از دوران جدید

در روزگار کنونی، مسئولیت محض به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی در هندوستان، بخشی از کامن‌لا محسوب شده و براساس آن دسته از اخلاقیاتی به وجود آمده است که همچون انگیزه‌ای قانونی در بین افراد برای انجام دادن وظایف خود در قبال یکدیگر عمل کرده و در صورت تخلف از وظیفه و تکلیف مربوطه، چاره‌اندیشی می‌کند و راه‌حلی ارائه می‌دهد؛ یعنی به شاکی غرامت پرداخت و ضرر وارده توسط فاعل زیان‌رسان جبران می‌شود. کلمه سانسکریت جیمها، که به معنای خمیده و پیچیده است، در متن قوانین باستانی هندو در زمینه رفتارها و کنش‌های متخلفانه و متقلبانانه استفاده می‌شده است. بنابراین رویکرد فلسفی به قانون جرایم در هند به واسطه مسئولیت دولت از زمان هند باستان شروع شده است که در آن، دولت و پادشاه دو ابزار ضروری برای ارتقای صلح‌آمیز زندگی محسوب می‌شدند. متون متعددی نیز وجود دارد که قانون و نهادهای قانونی، مسئولیت و مصونیت پادشاه، ایده‌های مربوط به منشأ دولت، ماهیت جامعه، مسئولیت‌های حاکمان در قبال افراد و ارائه راه‌حل‌های عادلانه برای افراد آسیب‌دیده و زیان‌دیده را از طریق به‌کارگیری روش‌های آزمون و خطا تعقیب می‌کردند. بعضی از مهم‌ترین این متون عبارت‌اند از واداها، سوتراها، اسمریتیس‌ها،

¹. Sing, Sangram. "Foundation of Torts Law in Britain and India", *Legal Service India E-journal*, 2022, p 3. Available in: <https://www.legalserviceindia.com/legal/article-1734-foundation-of-torts-law-in-britain-and-india.html#:~:text=British%20empire%20brought%20Common%20Law,but%20it%20was%20never%20passed/>

². Jimha

³. Vedas

⁴. Sutras

⁵. Smritis

حماسه‌ها و آرتاساشترا کائوتیلیا^۱. علاوه بر این، در دوران باستان، دولت در قبال پرداخت غرامت به قربانیان تحت تأثیر مقامات سلطنتی بوده است که در امر قضاوت صاحب صلاحیت بوده و بر رای دادگاه‌ها و نظر قضات نفوذ داشته‌اند.^۲ مفهوم مسئولیت نیابتی در هند در دوره ودایی توسعه پیدا کرد و بر طبق آن، پادشاه باید از جان و مال مردم محافظت می‌کرد. اگر اشتباه یا قصوری بر مردم تأثیر سوء می‌گذاشت، پادشاه موظف بود از خزانه شاهی غرامت لازم را پرداخت و ضرر وارده را جبران کند. بر طبق قوانین مانو^۳، که از جمله بانفوذترین و قدیمی‌ترین معاهدات قانونی در شبه‌قاره هند به شمار می‌آیند، در بعضی از موارد، در قیاس با مردم عادی که به پرداخت غرامت با مبالغ عادی جریمه می‌شوند، شاه موظف است چند برابر بیشتر غرامت بپردازد. همچنین اگر خدمتکاری که از طرف اربابش مأمور به انجام دادن کاری شده است، به نفع وی مرتکب عمل ناشایستی شود، این ارباب وی است که مسئول شناخته خواهد شد. پس به محض اینکه معلوم شود عمل خدمتکار در حین اشتغال به نفع ارباب بوده است، مسئولیت معطوف به ارباب می‌شود. هنری مین^۴ در این زمینه می‌نویسد: «قانون مجازات جوامع باستانی قانون جنایت نیست؛ بلکه قانون خطاها یا اگر بخواهیم از اصطلاح تکنیکی استفاده کنیم، قانون تخلفات است».^۵

۳.۱. تکامل نظریه مسئولیت محض در هند در قرن بیستم

در حال حاضر، مسئولیت مدنی یا همان قانون خطای مدنی در هند عمدتاً متأثر از قانون مشابه در انگلستان است که خود در اصول کامن‌لا ریشه دارد. امپراتوری بریتانیا، کامن‌لا و قانون خطای مدنی را به‌طور رسمی از طریق سه دادگاه ریاست جمهوری با تلاش‌های سر هنری مان^۶ و سر جیمز استفنز^۷ به هندوستان برد. در سال ۱۸۸۶ نیز قانون مزبور توسط سر فردریک پولاک^۸ در قالب لایحه تخلفات مدنی^۹ به تصویب رسید، اما هیچ‌وقت عملی نشد. در واقع پولاک بر لغو صور اقامه دعوا و جایگزینی آن با اصول مبتنی بر عقل و اخلاق تأکید دارد که باید توسط وظیفه شهروندی مبنی بر رعایت حقوق سایر شهروندان تحت هر شرایطی تضمین شود تا بدین وسیله، آسیب نزدن و زیان وارد نکردن به دیگری در مقام یک معیار حقوقی و یک هنجار اجتماعی پذیرفته شود.^{۱۰} علاوه بر کامن‌لا به عنوان منبع حقوقی اصلی، قوانین قضائی انگلیسی - هندو و انگلیسی - مسلمان نیز پدید آمدند که تا پیش از استقلال هند در سال ۱۹۴۷، در دادگاه‌های این کشور به کار برده می‌شدند.^{۱۱}

در طول حکومت بریتانیا، دادگاه‌ها در هندوستان به موجب قوانین پارلمان بریتانیا و قوانین هندی موظف شدند که بر اساس «عدالت، انصاف و وجدان خوب» عمل کنند؛ مشروط به اینکه قاعده خاصی برای قانون قابل اجرا که وضع شده است، برای اختلاف در دعوا وجود نداشته باشد. در مورد دعاوی برای جبران ضرر ناشی از تخلفات، دادگاه‌ها از کامن‌لا تا

1. Kautilya's Arthasashtra

2. Malik, Summet, *EBC's V D Kulshreshtha Landmarks in Indian Legal and Constitutional History*, Eastern Book Company, 2023, Part I, P 1.

3. Laws of Manu

4. Henry Maine

5. Sing, Ibid, P 5.

6. Sir Henry Mane

7. Sir James Stephens

8. Sir Frederick Pollock

9. Civil Wrong's Bill

10. Pollock, Frederic, *The Law of Torts*, London: Steven and Sons, 1920, P 4.

11. Krishnan, Jayanth K. and Galanter, Marc. "Personal Law and Human Rights in India and Israel", *Articles by Maurer Faculty*, 2000, PP 106-107. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/419/>

آنجا که با عدالت، انصاف و وجدان خوب سازگار بود پیروی می‌کردند و فقط زمانی از چارچوب آن خارج شدند که هریک از قوانین وضع شده برای شرایط هندوستان نامعقول و نامناسب به نظر می‌رسید و در نتیجه از کارآمدی برخوردار نبود. در جریان پرونده جنجالی ام.سی.مهتا علیه اتحادیه هند^۱ که بدان خواهیم پرداخت، قاضی باگواتی^۲ اظهار داشت که ما باید اصول حقوقی جدیدی را توسعه دهیم و هنجارهای جدیدی را وضع کنیم که به اندازه کافی با مشکلات جدیدی که در یک اقتصاد صنعتی مثل هند به وجود می‌آیند، مقابله کند. به اعتقاد وی، نمی‌توان اجازه داد تفکر قضایی هند با استناد به قانون، چنان که در انگلستان حاکم است، دست به اقدام بزند. بنا به گفته وی، مطمئناً هند اگر احساس نیاز کند به سمت سایر منابع الهام بخش حقوقی می‌رود؛ اما نهایتاً باید علم حقوق خود را داشته باشد.^۳

نکته مهم دیگری که نباید از یاد برد این است که مقرر شده تا بند ۹ قانون آیین دادرسی مدنی (که دادگاه مدنی را قادر می‌کند تا به همه دعاوی مدنی رسیدگی کند)، به طور ضمنی صلاحیت اعمال قانون جرایم را به عنوان اصول عدالت، انصاف و وجدان خوب ارائه کند. بنابراین دادگاه می‌تواند اختیارات ذاتی خود تحت بخش نهم را برای توسعه در زمینه مسئولیت مدنی به کار برد. علاوه بر این، در جریان پرونده موسوم به Jay Laxmi Salt Works (p) Ltd. v. State of Gujarat می‌توان به این واقعیت پی برد که شالوده قانون خطای مدنی، مسائل اخلاقی است. پس طبیعتاً در نظام قضایی هندوستان که در حال ترسیم و گسترش چارچوبی مناسب برای مسئولیت‌های مدنی مبتنی بر مسئولیت محض است، این امر به منظور توسعه اجتماعی، تحولات فرهنگی و رشد جامعه انجام شده است. علاوه بر اینکه قانون خطای مدنی اهداف مختلفی دارد که بعضی از مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: عدالت اصلاحی^۴، عدالت توزیعی^۵، بهره‌وری اقتصادی، اجتناب از هزینه‌های آتی، رعایت انصاف و استمرار برابری، ایجاد یک سیستم عقلانی برای مواجهه با بدشانسی و غیره.^۶

۲. سه نظریه خطای مدنی و تأثیر آنها بر مسئولیت مدنی در حقوق هندوستان

۲.۱. نظریه پولاک

طبق نظر پولاک، خطای مدنی برابر است با فعلی که به صورت عامدانه یا غیرعامدانه موجب آسیب به یک شخص معین می‌شود. پولاک همچنین دو نکته را در تبیین نظری خود از خطای مدنی اضافه می‌کند: (۱) خطای مدنی نقض وظیفه منبعت از روابط شخصی یا قراردادهای شخصی نیست. (۲) خطای مدنی یا با قانون در تضاد است یا غفلت از یک وظیفه قانونی یا اینکه نقض حقوق مطلق^۷ است.^۸

^۱ M. C. Mehta vs Union of India

^۲ Bhagwati

^۳ Bhagwati P. N. "Judicial Activism and Public Interest Litigation", *Columbia Journal of Transnational Law*, 23, 1985, P 575.

^۴ Corrective justice

^۵ Distributive justice

^۶ Babbitt, Ted. "Why tort law is so important", 2017. Available at: <https://www.palmbeachpost.com/marketing/why-tort-law-important/xSNBNudY1nilmLLzAnaSGJ/>

^۷ Absolute right

^۸ بابایی، ایرج و اسماعیل کشاورز، «بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن لا و اسلام»، فصلنامه پژوهشی - تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۹-۱۰.

۲.۲. نظریهٔ قانون خطای مدنی وینفیلد^۱

وینفیلد را باید حامی اصلی نظریهٔ خطای مدنی به حساب آورد. او می‌گوید تمام صدماتی که به شخص دیگری وارد می‌شود، جرم است، مگر اینکه توجیه قانونی وجود داشته باشد. پس بر طبق این نظریه، جرم نه فقط شامل آن دسته از جرایمی است که نام‌ها و صفات خاصی پیدا کرده‌اند، بلکه شامل این اصل گسترده‌تر نیز می‌شود که همهٔ آسیب‌های غیرقابل توجیه مجرمانه‌اند. این نکته به دادگاه‌ها کمک می‌کند تا جرایم جدیدی تعریف کنند. وینفیلد چنین نتیجه‌گیری می‌کند که قانون خطای مدنی مدام در حال رشد است و گاهی دادگاه‌ها چاره‌ای جز این ندارند که براساس جرایم جدیدی حکم صادر کنند. قابل ذکر است که نظریهٔ ارائه‌شده توسط وینفیلد توسط بسیاری از قضات برجسته مورد حمایت واقع شده است. در واقع باید گفت که وینفیلد هم به وحدت‌گرایی گرایش دارد و هم خواهان نوعی کثرت‌گرایی است. به این معنا که وقتی وی بیان می‌دارد که مسئولیت مدنی را نباید متشکل از بخش مشخص و معینی از خطاهای مدنی به حساب آورد، بلکه باید آن را بر یک‌سری از اصول کلی‌تر استوار کرد که «عبارت است از نقض تعهد قانونی از پیش موجود به نحوی که همه خسارت‌ها را دربر می‌گیرد»^۲ اینجاست که رویکرد وی حالتی وحدت‌گرایانه به خود می‌گیرد. با وجود این، وی اعتقاد دارد که اصل مزبور به معنای از بین بردن مصادیق خطاهای مدنی نیست. علاوه بر این، نمی‌توان ادعا کرد که تعدد خطاهای مدنی امری تثبیت‌شده است، چون این ظرفیتِ دعوی ارائه‌شده است که نشان می‌دهد چگونه خطاهای مدنی می‌توانند از موردی به مورد دیگر متفاوت باشند و در نتیجه با روند افزایش آنها مواجه باشیم.

نظام قضایی هندوستان نظریهٔ خطای مدنی وینفیلد را پذیرفته است که مهم‌ترین گواه آن، جایگزینی مفهوم مسئولیت مطلق به جای مسئولیت محض در بعضی از موارد حقوقی است که در بحث از پروندهٔ ام.سی.مهتا علیه اتحادیهٔ هند مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲.۳. نظریهٔ سالموند^۳

بر اساس این نظریه که به نظریهٔ لانه کبوتر^۴ هم مشهور است، اصل کلی مسئولیت وجود ندارد و اگر شاکی بتواند خطای شکل‌گرفته را ذیل هر یک از خطاهای مدنی موجود تعریف کند، موفق خواهد شد. به گفتهٔ سالموند، خطای مدنی خطایی است که جبران آن مستلزم برقراری دعوی عرفی برای جبران خسارت و زیان غیر منصفانه است و منحصرأ به معنی نقض قرارداد، نقض امانت یا نقض سایر تعهدات صرفاً منصفانه نیست. در واقع سالموند به دنبال یافتن پاسخی به این سؤالات است: آیا قانون خطای مدنی باید محدود به جرائمی باشد که کاملاً در حیطهٔ اختیاراتش است؟ آیا هر عملی که غیرقانونی است و بدون هیچ دلیلی مرتکب شده است، باید در زمرهٔ جرم قرار بگیرد؟^۵

به نظر سالموند، هیچ اصل واحدی را نمی‌توان برای تعیین مسئولیت متخلف به کار برد. فقط خطاهایی که به خوبی تعریف شده‌اند باید جرم تلقی شوند و به زبان تمثیل، در قفس کوچکی به نام لانهٔ کبوتر محبوس شوند. سالموند دامنهٔ خطای

^۱. Winfield

^۲. همان، ص ۱۰.

^۳. Salmond

^۴. Pigeonhole theory

^۵. Verma, Ria. "Analysis of pigeonhole theory under law of torts", 2021. Available in: <https://blog.ipleaders.in/analysis-pigeon-hole-theory-under-law-torts/#:~:text=According%20to%20Salmond%2C%20%E2%80%9CTort%20is,%2C%20other%20merely%20equitable%20obligation.%E2%80%9D/>

مدنی را با تعداد سوراخ‌های تعبیه‌شده در لانه کبوتر مقایسه می‌کند. سوراخ‌های کوچک‌تر بر افعالی مانند حمله، تهمت، ضرب و جرح، تعقیب بدخواهانه و تمام خطاهای شناخته‌شده در این وادی دلالت دارند. سالموند مخالف رویکرد کلی به قانون خطای مدنی است و اعتقاد دارد فقط برای آن دسته از خطاهایی که مشمول جرائم تثبیت‌شده‌اند، راه‌حلی وجود خواهد داشت و بار اثبات بر عهده شاکی خواهد بود تا ثابت کند اشتباه در محدوده یک تخلف مشخص قرار می‌گیرد. اگر خطا در هیچ‌کدام از حفره‌های مزبور قرار نگیرد، پس هیچ ادعایی نمی‌تواند مطرح شود.

در تبیین نظریه سالموند آمده است که این نظریه به معنی اعمال محدودیت بر دادگاه‌ها در زمینه ایجاد جرائم جدید نیست. در عوض، جرائم جدید باید شباهتی به موارد موجود در پرونده‌ها داشته باشند. علاوه بر این، نظریه سالموند تعدد خطاهای مدنی و نیز اضافه شدن به آنها را انکار نمی‌کند. به عبارت دیگر، فضای کافی برای پوشش دادن خطاهای مدنی جدید وجود دارد و بنابراین می‌توان به تعداد سوراخ‌های لانه کبوتر اضافه کرد.^۱

با این حال، نظریه سالموند بسیار مورد انتقاد هم واقع شده است؛ به‌ویژه به این دلیل که خطاهای مدنی جدید زیادی وجود دارند که از نظر قانونی به رسمیت شناخته نشده‌اند و به‌هیچ‌وجه مشابه آنچه قبلاً وجود داشته است نیستند. همچنین به دلیل محصور و محدود شدن شمول، قانون خطای مدنی مورد انتقاد قرار گرفته است؛ چون در دنیای امروزی، تعداد اشتباه‌ها، قصورات و تخلفات با سرعتی تصاعدی در حال افزایش است. در پرونده چاپمن علیه پیکرزگیل^۲، که مربوط به سال ۱۷۶۲ است، اعتقاد بر این است که تعداد خطاهای مدنی بسیار زیاد است و به‌هیچ‌وجه محدود به تعداد خاص و از قبل مشخصی نیست. در پرونده پیزلی علیه فریمن^۳ (۱۷۸۹)، خطای مدنی فریب به‌طور قانونی به رسمیت شناخته شد. دکتین مسئولیت محض در جریان پرونده مشهور رایلندز علیه فلچر^۴ ایجاد شد و خطای مدنی مورد نظر اساساً مشابه هیچ جرم موجود دیگری نبود. در جریان این پرونده، که به نفی خطای عمدی و سهل‌انگاری منجر شد،^۵ شخصی که به‌خاطر مقاصد شخصی در زمین خود چیزهایی مثل سگ را، که احتمالاً کارهای خطرآفرینی انجام دهند، نگهداری کند، باید از فرار آن چیز جلوگیری کند. در غیر این صورت، بدیهی است که برای خساراتی که نتیجه طبیعی نگهداری چنین چیزهایی است، مسئولیت مدنی شکل بگیرد. مسئولیت مدنی تحت این قانون، بدون تقصیر است و فرار چیز خطرآفرین، چه به صورت غیرارادی یا با غفلت یا با نقص یا با عدم آگاهی از وجود آن، دفاعی برای وی محسوب نمی‌شود. این قانون فقط بر استفاده‌های غیرطبیعی (نامتعارف) از زمین دلالت دارد و بر چیزهایی که به‌صورت طبیعی (متعارف) در زمین هستند، دلالت نمی‌کند. قانون مسئولیت مدنی بدون تقصیر به مواردی که در آن فرار یا خروج چیز (مثل سگ) به‌خاطر عمل خدا (مثلاً صاعقه) یا عمل یک بیگانه یا خطای شخص آسیب‌دیده یا رضایت شخص آسیب‌دیده از حضور آن چیز یا در موارد معین مثل حضور آن چیز در جایی که قدرت‌های قانونی حضور دارند، اطلاق نمی‌شود.^۶ در پرونده دیگری موسوم به دونوگوه علیه استیونسون^۷ (۱۹۳۲)، شخص شاکی بعد از آنکه یک حلزون در ته آبجوی خریداری شده پیدا کرد، به دادگاه شکایت کرد. دادگاه هم چنین اظهار داشت که از آنجایی که مورد به‌وجودآمده دال بر ضرری است که به‌طور منطقی قابل پیش‌بینی نبوده است، بنابراین مالک مسئول شناخته نمی‌شود؛ بلکه این سازنده است که باید

^۱ Ibid.

^۲ Chapman v. Pickersgill

^۳ Pasely v. Freeman

^۴ Rynalds vs Fletcher

^۵ قاسم‌زاده، سید مرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۸۱.

^۶ Murphy, John. "The merits of Rylands v Fletcher", *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford University Press, 24 (4), 2004, PP 643-669.

^۷ Donoghue v. Stevenson

مسئولیت رفتار سهل انگارانه خود را بر عهده بگیرد. به دنبال تشکیل این پرونده، قاعده همسایگی^۱ و قوانین مربوط به حقوق مصرف کنندگان تدوین شد. در مورد سهل انگاری نیز باید گفت که چنین چیزی متعاقب قضاوت تاریخی شکل گرفت. در جریان پرونده فرنیس علیه فیچت^۲ در سال ۱۹۵۸، چنین اظهار شد که خطاهای مدنی سنتی معروف از یک اصل کلی که مسئولیت ناشی از آنها را تعیین می کند، ناشی نمی شوند. در پرونده روکس علیه برنارد (۱۹۸۶) نیز خطای مدنی ارباب^۳ به رسمیت شناخته شد.

با علم به این تفصیل، دادگاهها به طور صریح یا ضمنی نظریه سالموند را به دلیل ماهیت محدودکننده آن کنار گذاشته اند؛ چون از یک طرف در این نظریه، هیچ زمینه و بستری برای ادغام یا ایجاد خطاهای مدنی جدید وجود ندارد و از طرف دیگر، شاکی بیشتر متضرر می شود زیرا او از داشتن حق اقدام علیه متخلف در دادگاه محروم می شود. به عبارت دیگر، با پیروی از نظریه سالموند، رسیدگی به نیازهای مردم دشوار خواهد بود و چارچوبی قانونی که باید به صورت فوری تدوین شود، به این دلیل که اشتباه قبلاً تشخیص داده نشده است کنار گذاشته می شود. در عوض، نظریه قانون خطای مدنی وینفیلد گسترده تر و کارآمدتر از نظریه سالموند و همین امر دلیلی بر پذیرش این نظریه در حوزه مسئولیت مدنی در نظام قضایی هندوستان است.

۳. ظهور نظریه مسئولیت مطلق و اهمیت آن

حکم دیوان عالی^۴ هند در پرونده معروف ام.سی.مهتا، مفهوم مسئولیت مطلق را مطرح کرد. این پرونده جنجالی به دنبال نشت گاز اولتوم از مجتمع غذایی شیرام^۵ در دهلی در سال ۱۹۸۵ آغاز شد. نشت گاز بلافاصله پس از نشت گاز بوپال^۶ که به فاجعه انسانی بزرگی ختم شد، رخ داده بود و وحشت زیادی را در بین ساکنان دهلی ایجاد کرد. در این حادثه یک نفر جان باخت و تعدادی نیز در بیمارستان بستری شدند. پرونده نامبرده که اصل مسئولیت مطلق و نسبت آن با ثروت و منابع مالی گسترده را بیان می کند،^۷ یکی از نقاط عطف در تاریخ مسئولیت مدنی در قرن بیستم به شمار می آید. بنا بر حکم دیوان عالی هندوستان، در پاسخ به اینکه به کدام ضرورت باید اهمیت بیشتری داد، حق حیات بر حق ضرورت صنعتی ارجح شمرده شده و به این ترتیب، اصل جدیدی تحت عنوان مسئولیت مطلق ایجاد شد: «ما معتقدیم در جایی که یک شرکت درگیر انجام فعالیتی خطرناک یا ذاتاً خطرناک است و به دلیل بروز حادثه در حین انجام دادن چنین فعالیت خطرناک یا ذاتاً خطرناکی، به شخص یا اشخاصی ضرر وارد می شود (به عنوان مثال، نشت گاز سمی)، پس شرکت مزبور اکیداً و مطلقاً موظف به پرداخت غرامت به همه کسانی است که تحت تأثیر حادثه قرار می گیرند و چنین مسئولیتی مشمول هیچ یک از استثنائاتی نیست که براساس اصل ستمگرانه مسئولیت محض تحت قاعده رایلندز علیه فلچر اعمال می شود»^۸.

¹. Neighbor rule

². Furniss v. Fitchett

³. Intimidation

⁴. Supreme Court

⁵. Shriram

⁶. Bhopal

⁷. Mishra, Arun. *M.C. Mehta vs Union of India on 13 January, 2020*. Available in: <https://indiankanoon.org/doc/16059052/>

⁸. Ghosh, Indranil. "The concept of strict and absolute liability: A critique", *Lawyersclubindia*, 2009. Available in: <https://www.lawyersclubindia.com/articles/strict-and-absolute-liability-a-critique-1451.asp>.

به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی مطلق، وظیفه‌ای مطلق و غیرقابل تفویض در برابر جامعه است تا بلکه اطمینان حاصل شود هیچ آسیبی به علت انجام دادن فعالیت‌های خطرناک یا ذاتاً خطرناک به کسی وارد نمی‌شود. بنابراین نمی‌توان گفت که شرکت مربوطه تمام مراقبت‌های معقول را انجام داده است و آسیب وارده بدون هیچ قصوری از سوی او بوده و در نتیجه مسئولیتی بر او وارد نیست. به همین دلیل دیوان عالی هند اعلام کرده است که استنباط مبانی جدید امری ضروری است و قانون‌گذاران هندی باید اصول قانونی^۱ جدیدی را عرضه کنند تا بدین وسیله به مسائل جدیدی، که در جامعه صنعتی پیشرفته هند امروزی رخ می‌دهد، پردازند. دادگاه عالی هند همچنین تصریح کرده است که اجازه نمی‌دهد تفکر قضایی در هند به قوانین انگلستان یا سایر نظام‌های قضایی بیگانه محدود شود؛ چراکه این محدودیت هم می‌تواند استقلال نظام قضایی هند را مخدوش کند و هم از عهده حل و فصل بعضی از مسائل و مشکلات قانونی و حقوقی پیچیده برنیاید. بنابراین استفاده از سایر منابع حقوقی که می‌توانند راهگشا باشند، هیچ مشکلی ندارد و قانون مسئولیت مدنی هند به روی آن باز است؛ اما در همان حال، تأکید بر ساخت نظام قضایی خود کشور هند است که تکرر و تعدد مسائل را پوشش دهد. از این نقطه نظر باید گفت که قانون جدید مسئولیت مدنی که در هند ارائه شده است و بهترین مثال آن را می‌توان در پرونده نشت گاز سولفوریک اولنوم یافت، در دادگاه‌های انگلستان مابه‌ازایی نداشته است.

وجود مسئولیت مطلق در نظام حقوقی هند را باید نقطه عطفی در مباحث مسئولیت مدنی در این کشور به شمار آورد که عملاً آن را از کامن‌لا جدا می‌کند؛ به دلیل اینکه قاعداً نباید در کامن‌لا به دنبال مسئولیت مطلق شد، چون «هیچ مصدق‌ای یافت نمی‌شود که در آن به صرف ورود ضرر، مسئولیت محقق شده و خواننده دعوی جبران خسارت، راهی برای معافیت از مسئولیت نداشته باشد».^۲ در همین زمینه باید یادآوری کرد که این مسئولیت محض (بدون تقصیر) است که به عنوان مثال در مورد افراد غاصب یا افراد بیمه‌گر صدق می‌کند؛ زیرا مسئولیت جبران زیان بر عهده بیمه‌گر نیست؛ بلکه بنا بر بیمه‌نامه، در صورتی که بیمه‌گذار با ریسک مسئولیت مواجه شد، می‌توان به جای او دست به جبران زیان زد. رد پای فقدان مسئولیت مطلق در کامن‌لا را حتی می‌توان در مسئولیت‌های ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای نیز مشاهده کرد؛ زیرا مسئولیت مطلق بر رعایت یکسری معیارها و استانداردهای مراقبتی و نظارتی تأکید دارد و علاوه بر این، استثنائات قانونی نیز بر آن مترتب است.^۳

اغراق نیست اگر بگوییم که حکم دادگاه عالی هند در پرونده ام.سی.مهتا، که ذکر آن قبلاً گذشت، معیار منحصر به فردی از مسئولیت مدنی مطلق در نظام حقوقی هند بنیان گذاشت. در واقع از این منظر، تفاوت اساسی بین معیار مسئولیت مدنی مطلق و مسئولیت مدنی بدون تقصیر در این است که مسئولیت مدنی مطلق به استثنائاتی، که در جریان پرونده رایلندز علیه فلچر فهرست شده‌اند، محدود نیست. دادگاه عالی هند در پرونده مزبور دو واکنش از خود نشان داد:

(۱) دادگاه عالی اعلام کرد که اگر یک فعالیت، مخاطره‌آمیز شدید یا مخاطره‌آمیز ذاتی و طبیعی (مثل کارخانه شیمیایی) باشد و خساراتی از این فعالیت مخاطره‌آمیز به دیگری وارد شود، مسئولیت مدنی بدون تقصیر و مطلق نسبت به جبران تمام خساراتی که از طریق اتفاق حادث شده است، داراست. چنین مسئولیت مدنی مشمول هیچ استثنایی که قانون خطای مدنی در مسئولیت مدنی بدون تقصیر محدود تحت پرونده رایلندز

^۱ Norms

^۲ پارساپور، محمد باقر و سید احمد حسینی، «مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی در کامن‌لا و حقوق ایران با توجه ویژه به مسئولیت امین»، نشریه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

^۳ یزدانیان، علیرضا و هدیه حبیبیان، «مسئولیت جبران خسارات ناشی از حوادث هسته‌ای در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۱۵۵-۱۸۶.

علیه فلچر عنوان کرده است، نیست.

۲) دادگاه عالی هند همچنین اعلام کرده است که میزان جبران زیان در موارد مسئولیت مدنی مطلق مطابق با

اندازه و حجم فعالیت مخاطره‌آمیز سنجیده می‌شود.

مثال زیر می‌تواند در این زمینه مفید باشد: فرد الف به‌دنبال نشت گاز سمی کارخانه شیمیایی تولید حشره‌کش که از آن فرد ب می‌باشد، آسیب دیده و دستخوش زیان می‌شود. فرد ب مسئولیت مدنی مطلق نسبت به فرد الف جهت جبران خسارات وارده به وی دارد. ذکر جزئیات بدین قرار است: کارخانه شیمیایی متعلق به فرد الف، در کار تولید محصولات و فراورده‌های حشره‌کش و آفت‌کش است. یک روز، بر اثر برخورد صاعقه به یکی از تانکرهای کارخانه، گاز سمی نشت می‌کند و منجر به آسیب به فرد الف می‌شود. اگر براساس رویه‌های قضایی قبلی عمل کنیم و اگر برای مثال پرونده رایلندز علیه فلچر را ملاک در نظر بگیریم، فرد ب مسئولیت مدنی بدون تقصیر نسبت به فرد الف ندارد؛ چون خروج گاز سمی تحت مقوله قضا و قدر قرار می‌گیرد. باوجوداین، تحت قانون مدنی هند، فرد ب، به علت آسیب و زیانی که نسبت به فرد الف به وجود آورده است، پس درقبال او مسئولیت مدنی مطلق دارد.

از سوی دیگر، اشاره به نظریه سببیت نسبی نیز می‌تواند ما را در فهم هرچه بیشتر مسئولیت مطلق در نظام حقوقی هند یاری رساند. بر طبق این نظریه، مواردی وجود دارند که در آنها ما نه با یک سبب، بلکه با اسباب مختلف و متعددی روبه‌رو هستیم که به انحای گوناگون ایجاد شده و به سبب به وجود آوردن فعل یا رفتار زیان‌باری شده‌اند که می‌توان آن را تحت مقوله مسئولیت مدنی قرار داد. از نگاه نظریه سببیت نسبی، این خطای مدنی نسبی است که مورد پذیرش واقع می‌شود و در نتیجه خود فرض خطر ملغی خواهد شد. از این منظر، در مسئولیت مطلق، با تأکید بر امکان وجود خطرات تعدیل‌شده و فرض وجود آنها در مواردی که برای مثال ما با فراورده‌ها یا مواد تولیدی خطرناک مواجهیم، تقسیم زیان بین طرفین بر انداختن تمام مسئولیت بر دوش خوانده اولویت پیدا می‌کند. در هند که وجود فعالیت‌های صنعتی با ریسک بالا امری است که عیناً مشاهده می‌شود، بسط و گسترش مسئولیت مطلق (که در واقع همان شکل تعدیل‌یافته تقصیر است)، می‌تواند از کارآمدی بیشتری برخوردار باشد. «این توسعه می‌تواند با این استدلال توجیه شود که فقط خواننده نباید بار اثبات را بر عهده داشته باشد، زیرا سببیت نسبی خواهان را مکلف به اثبات می‌کند، قبل از اینکه قواهد مسئولیت مطلق آنها را از بار اثبات خسارت معاف کند»^۱.

در هر صورت، مسئولیت مطلق، براساس قاعده ماهیش شانترام مهتا علیه اتحادیه هند در قانون شبه‌جرم هند، نتیجه منحصربه‌فردی از دکتترین مسئولیت محض در قبال فعالیت‌های فوق خطرناک به دست می‌دهد. براساس سابقه پرونده رایلندز علیه فلچر، یعنی پرونده‌ای که دکتترین هندی مسئولیت مطلق بر آن استوار است، هرکسی که در مسیر استفاده غیرطبیعی از زمینی که مایملک وی است هر چیزی را که ممکن است برای وصول به اهداف خود مورد استفاده قرار دهد، پاسخگوی تمام خسارات مستقیم ناشی از آن است.^۲ در جریان پرونده علیه شرکت شیرام، فقط یک اعتراض مقدماتی توسط وکیل متهم مطرح شد و آن هم اینکه دادگاه نباید در مورد مسائل مربوط به قانون اساسی تصمیم‌گیری کند، زیرا در اصل در دادخواست کتبی ادعای غرامت وجود نداشته است و بنابراین نمی‌توان گفت که چنین مسائلی مطرح است. باین حال در دادخواست کتبی، دیوان ضمن رد ایراد مزبور اظهار داشت که اگرچه این نکته بدون شک درست است که خواهان می‌توانسته تقاضای اصلاح دادخواست کتبی برای گنجاندن دعوای غرامت کند؛ اما صرفاً به دلیل اینکه

^۱. اسکندری، حسین، «مبانی رابطه سببیت در مسئولیت مدنی»، رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴، ص ۲۴۳.

^۲. Murphy, Ibid, PP 643-669.

چنین کاری را انجام نداده است، پس نمی‌توان تقاضای جبران خسارت را مطرح کرد. درخواست غرامت برای استیفای حق اساسی حیات، مندرج در اصل ۲۱ قانون اساسی است و در برخورد با این‌گونه درخواست‌ها نمی‌توان رویکرد فوق‌فنی اتخاذ کرد که می‌تواند به زیر پا گذاشتن غایات عدالت و عدالت‌خواهی و در نتیجه آسیب رسیدن به بنیاد قانون منجر شود.^۱ در نهایت، دیوان عالی کشور هند موارد زیر را مطرح کرد: «از آنجا که ما در حال تصمیم‌گیری در مورد این موضوع نیستیم که آیا شریرام مرجعی است به مفهوم ماده ۱۲ که مشمول نظم و انضباط حقوق اساسی براساس ماده ۲۱ باشد، پس فکر نمی‌کنیم که راه‌اندازی یک دستگاه ویژه برای تحقیق از غرامت مطالبه‌شده توسط کسانی که ادعا می‌کنند قربانی نشت گاز اولئوم شده‌اند، امری توجیه‌پذیر باشد. اما ما به هیئت مشاوره و دستیاران حقوقی در دهلی دستور می‌دهیم که به پرونده همه کسانی که ادعا می‌کنند به دلیل نشت گاز اولئوم متضرر شده‌اند، رسیدگی کند و از طرف آنها در دادگاهی مناسب برای مطالبه غرامت علیه شریرام شکایت کند. چنین اقداماتی با ادعای غرامت ممکن است توسط هیئت مشاوره و دستیار حقوقی دهلی در عرض دو ماه از تاریخ امروز ثبت شود و اداره امور قضایی شعبه دهلی موظف است بودجه لازم را به هیئت مشاوره و دستیار حقوقی دهلی به منظور تشکیل پرونده و پیگرد قانونی، ارائه نماید».^۲

بنابراین به دادگاه عالی دستور داده شد تا یک یا چند قاضی را که وجودشان ممکن است برای رسیدگی به چنین اقداماتی ضروری باشد معرفی کند تا پرونده حل و فصل و مرگ و بستری شدن شماری از مردم به نحوی جبران شود. در حالی که در انگلستان و بسیاری دیگر از حوزه‌های قضایی کامن‌لا از سابقه رایلندز علیه فلچر برای تحمیل مسئولیت مطلق بر حوزه‌های خاصی از قوانین مرتبط با خسارات استفاده می‌شود و اکیداً هم بر وجود «یک راه حل برای جبران خسارت به زمین یا منافع مربوط به مالکیت زمین» متوسل می‌شود و در نتیجه «خسارات ناشی از صدمات شخصی» را شامل نمی‌شود، دادگاه‌های هند این قاعده را به یک اصل متمایز از مسئولیت مطلق تبدیل کرده‌اند که بر طبق آن، هر شرکت یا نهادی بدون استثنا مسئول است تا غرامت هر کسی را که از حوادث ناشی از افعال خطرناک دچار زیان شده است، جبران کند. همان‌طور که دیده می‌شود، بازتفسیر و استفاده مجدد قوانین هند از سابقه رایلندز علیه فلچر به شدت با رویکرد انگلیسی متفاوت است؛ زیرا شامل انواع مسئولیت‌های ناشی از آن است و نه اینکه محدود به خسارات وارده به زمین باشد.

مخلص کلام آن که دکترین مسئولیت مطلق و اهمیت آن در نظام قضایی هندوستان، بر جدایی تدریجی حقوق این کشور از حقوق انگلستان علی‌رغم تأثیرپذیری از کامن‌لا گواهی می‌دهد. در همین رابطه می‌توان به سخن قاضی باگواتی - که پیش از این ذکر او رفت - اشاره کرد: «قوانین انگلوساکسون معامله‌گرایانه و عمیقاً فردگرا هستند و به قسمی از عدالت‌اتمیزه شده که قادر به پاسخگویی به مطالبات و خواسته‌های جمعی و مقاوم نسبت به تغییرات نیست، گره خورده‌اند. این نظام قضایی به خصوص با هدف حل و فصل موقعیت‌هایی که براساس حقوق خصوصی/ تکالیف شکل گرفته‌اند، توسعه پیدا کرده است و با چالش‌هایی که از دغدغه‌های جدید نشئت گرفته‌اند و به حقوق اجتماعی و دعاوی جمعی افراد ضعیف مربوط‌اند، منطبق نیست».^۳ پس با اینکه مفهوم خطای مدنی در نظام حقوقی هندوستان برگرفته از احکام قضایی دادگاه‌های انگلستان است، اما این کشور به تدوین اصول قانونی جدید و مستقل پرداخته و با مردود اعلام کردن تفکر قضایی محدود به قوانین انگلستان، به اعمال اصلاحات برای خطای مدنی قانونی دست زده است که نتایج آن

¹. Singh, Aditya. "Oleum gas leak case – a case study", 2020. Available in: <https://blog.ipleaders.in/oleum-gas-leak-case-case-study/>

². Ibid.

³. Bhagwati, op.cit., P 570.

را می‌توان از جمله در قانون حمایت از مصرف‌کننده^۱ (۱۹۸۶)، قانون وسایل نقلیه^۲ (۱۹۸۸) یا قانون مسئولیت مدنی عمومی بیمه^۳ (۱۹۹۲) مشاهده کرد.^۴

نتیجه‌گیری

چنانچه دیدیم، در حال حاضر نظریه مسئولیت محض (نظریه خطر) به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در هندوستان به رسمیت شناخته شده است که خود، بخشی از کامن‌لای انگلستان محسوب می‌شود و براساس آن دسته از اخلاقیاتی سازمان یافته است که به‌عنوان انگیزه قانونی در بین افراد برای انجام دادن وظایفشان در قبال یکدیگر عمل و در صورت تخلف از وظیفه و تکلیف مربوطه، چاره‌اندیشی می‌کند. در این نظام حقوقی، به شاکی غرامت پرداخت شده و خسارت توسط فاعل خسارت جبران می‌شود. در واقع از نقطه‌نظر تاریخی، در طول حکومت بریتانیا بر شبه‌قاره هند، دادگاه‌ها در این کشور به موجب قوانین پارلمان در بریتانیا و قوانین هندی موظف بودند که براساس سه اصل «عدالت، انصاف و وجدان خوب» عمل کنند، مشروط به اینکه قاعده خاصی از قانون وضع شده قابل اجرا برای اختلاف در دعوا وجود نداشته باشد. در مورد دعوی برای جبران خسارت ناشی از تخلفات، دادگاه‌ها از کامن‌لای انگلیسی تا آنجا که با عدالت، انصاف و وجدان سازگار بود پیروی می‌کردند و فقط زمانی از چارچوب آن خارج شدند که هر یک از قوانین وضع شده برای شرایط هند نامعقول و نامناسب به نظر می‌رسید و در نتیجه از کارآمدی برخوردار نبود. اینجاست که بحث مسئولیت مطلق در رویه قضایی هند مطرح شد و قانون‌گذاران و قضات طراز اول هند اظهار داشتند که باید اصول حقوقی جدیدی را توسعه داده و هنجارهای جدیدی را وضع کرد که به اندازه کافی با مشکلات اقتصاد صنعتی روبه رشد در کشور پرجمعیتی مثل هندوستان، مقابله کنند. پس نمی‌توان اجازه داد که تفکر قضایی هندوستان با استناد به قانون آن‌طور که در انگلستان حاکم است، به اقدامات مشابه مبادرت ورزد. بر طبق این نظر، قطعاً اگر نظام حقوقی هند احساس نیاز کند به سمت سایر منابع الهام‌بخش حقوقی نیز می‌رود تا از آنها استفاده کند؛ اما نهایتاً باید علم حقوق خود را در اختیار داشته باشد.

در همین راستا، نکته مهم دیگری که نباید فراموش کرد این است که در هندوستان مقرر شده است تا بند ۹ قانون آیین دادرسی مدنی که دادگاه‌های مدنی را قادر می‌کند تا به همه دعوی مدنی رسیدگی کنند، به‌طور ضمنی صلاحیت اعمال قانون جرایم را به‌عنوان اصول عدالت، انصاف و وجدان خوب ارائه می‌کند. بنابراین دادگاه‌ها می‌توانند از اختیارات ذاتی خود تحت بخش نهم برای توسعه در زمینه مسئولیت مدنی استفاده کنند. علاوه بر این، از منظری وسیع‌تر، تمام قانون خطای مدنی مبتنی بر اصول اخلاقی است. پس بدیهی به نظر می‌رسد که در هندوستان، افق در حال گسترش مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه مسئولیت محض را بتوان به‌خوبی صورت‌بندی و براساس واقعیات ملموس و عینی مانند توسعه اجتماعی، رشد جامعه هندوستان، فعالیت‌های فرهنگی مختلف و نیز مسائل و نگرانی‌های زیست‌محیطی ۵ به کار گرفت. بنابراین می‌توان بحث را این‌گونه به اتمام رساند که از منظر حقوق تطبیقی، اگر نظام حقوقی هندوستان در زمینه مسئولیت مدنی پیشرفت قابل توجهی داشته است، علت این امر در تفکیک اقسام تقصیر و نظریه‌های مرتبط با مسئولیت مدنی و خطای مدنی است؛ چون تفکیک مزبور باعث شده تا ارزیابی خسارت با درجه و شدت تقصیر ارتباط نزدیکی

1. Consumer Protection Act

2. Motor Vehicles Act

3. Public Liability Insurance Act

4. Ramanathan, Usha. "Tort Law in India 1994", in: *Annual Survey of Indian Law*, 1998, PP 485-512.

5. Sharma, Charu. "Civil Liability for Environmental Damage: An Assessment of Environmental Claims under Private and Public Law in India", PhD Thesis, Macquarie University, 2012.

داشته باشد. در حقوق هندوستان، برخلاف عدم تفکیک دقیق بین درجات مسئولیت مدنی و نیز ارزیابی معیار حاکم بر این تقسیم‌بندی در حقوق کشورهای مانند ایران، تمرکز بیشتر بر تبیین خطاهای مدنی مستقل و توجه به شرایط خاص هر دعواست تا بدین طریق بتوان رأی صادره را بر عدالت و مصلحت استوار کرد. پس کندوکاو در نظام حقوقی هندوستان می‌تواند به ما در رسیدن به نظامی جامع در راستای سامان‌دهی مجدد مسئولیت مدنی کمک کند.

منابع

کتاب

۱. صفایی، سید حسن و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۲. قاسم‌زاده، سید مرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۳. کاتوزیان، ناصر، *الزامات خارج از قرارداد*، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۴. کاتوزیان، ناصر، *وقایع حقوقی*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۹.

مقاله

۵. بابایی، ایرج و اسماعیل کشاورز، «بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن لا و اسلام»، *فصلنامه پژوهشی - تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۶. پارساپور، محمد باقر و سید احمد حسینی، «مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی در کامن لا و حقوق ایران با توجه ویژه به مسئولیت امین»، *نشریه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۲۶-۳.
۷. روانان، علی، «رابطه سببیت سبب مجمل در حقوق ایران، انگلستان و هندوستان»، *دوفصلنامه مطالعات شبه‌قاره*، دوره ۱۲، شماره ۳۸، ۱۳۹۹، صص ۴۹-۶۶.
۸. سعادت مصطفوی، سید مصطفی و محمدجواد پایکاری، «نگرشی جدید به مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فقه امامیه»، *آموزه‌های حقوقی گواه*، سال ۳، شماره ۱ (پیاپی ۴)، ۱۳۹۶، صص ۱۸۵-۱۵۹.
۹. یزدانیان، علیرضا و هدیه حبیبیان، «مسئولیت جبران خسارات ناشی از حوادث هسته‌ای در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق ایران»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۱۸۶-۱۵۵.

پایان‌نامه

۱۰. اسکندری، حسین، «مبانی رابطه سببیت در مسئولیت مدنی»، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.

References

Books

1. Arnold-Baker, Charles, *the Companion to British History*, London: Longcross Denholm Press, 2008.
2. Bangia, R. K. *The Law of Torts*, Faridabad (Haryana): Allahabad Law Agency, 2008.
3. Garner, Brian A. *Black's Law Dictionary*, 2004.
4. Ghasem-Zadeh, Sayyed Morteza, *Foundations of Civil Liability*, Tehran: Mizan, 2008. (in Persian)
5. Katouzian, Nasser, *Legal events*, Tehran: Dadgostar, 2000. (in Persian)
6. Katouzian, Nasser, *Obligations outside of contract*, Volume 1, Tehran: University of Tehran Press, 1999. (in Persian)

7. Malik, Summet, *EBC's V D Kulshreshtha Landmarks in Indian Legal and Constitutional History*, Eastern Book Company, 2023.
8. Mishra, Arun. *M.C. Mehta vs Union of India on 13 January*, 2020. Available in: <https://indiankanoon.org/doc/16059052/>
9. Pollock, Frederic, *The Law of Torts*, London: Steven and Sons, 1920.
10. Safaei, Sayyed Hassan and Habibollah Rahimi, *Civil Liability (Obligations Outside of Contract)*, Tehran: Samt, 2019. (in Persian)
11. Walker, David, *Oxford Companion to Law*, Oxford: Oxford University Press, 1980.

Articles

12. Babaei, Iraj and Esmaeil Keshavarz, "A Comparative Study of Structure of Civil Liability in Common Law System and Law of Islam", *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 5, Issue 1, 2018. (in Persian)
13. Babbitt, Ted. "Why tort law is so important", 2017. Available at: <https://www.palmbeachpost.com/marketing/why-tort-law-important/xSNBNudY1nilmLLzAnaSGJ/>
14. Bhagwati, P. N. "Judicial Activism and Public Interest Litigation", *Columbia Journal of Transnational Law*, 23, 1985.
15. Ghosh, Indranil. "The concept of strict and absolute liability: A critique", *Lawyersclubindia*, 2009. Available in: <https://www.lawyersclubindia.com/articles/strict-and-absolute-liability-a-critique-1451.asp/>
16. Krishnan, Jayanth K. and Galanter, Marc. "Personal Law and Human Rights in India and Israel", *Articles by Maurer Faculty*, 2000. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/419/>
17. Murphy, John. "The merits of Rylands v Fletcher", *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford University Press, 24 (4).
18. On, Alexandru-Daniel. "Prevention and the Pillars of a Dynamic Theory of Civil Liability: A Comparative Study on Preventive Remedies", *Research Papers*, 1, 2013.
19. Parsa-Pour, Mohammad Bagher and Sayyed Ahmad Hosseini, "A Comparative Study of the Basis of Civil Liability in Common Law and Iran's Law with Special Consideration of Bailee's Liability", *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 7, Issue 1, 2020. (in Persian)
20. Ramanathan, Usha. "Tort Law in India 1994", in: *Annual Survey of Indian Law*, 1998.
21. Ravanan, Ali, "The relationship between Inconclusive Cause in respect of the Law of Iran and Britain", *Bi-quarterly Journal of Subcontinent Researches*, Volume 12, Issue 38, 2020. (in Persian)
22. Sa'adat Mostafavi, Sayyed Mostafa and Mohammad Javad Paykari, "New approach to civil liability basics in Iran law and Imamieh jurisprudence", *Legal Educations Govah Bi-quarterly Journal*, 3(1), 2017. (in Persian)
23. Sing, Sangram. "Foundation of Torts Law in Britain and India", *Legal Service India E-journal*, 2022. Available at: <https://www.legalserviceindia.com/legal/article-1734-foundation-of-torts-law-in-britain-and-india.html#:~:text=British%20empire%20brought%20Common%20Law,but%20it%20was%20never%20passed/>
24. Singh, Aditya. "Oleum gas leak case – a case study", 2020. Available at: <https://blog.iplayers.in/oleum-gas-leak-case-case-study/>
25. Upadhyay, Minal. H. "The Law of Torts in India", *International Journal of Research in all Subjects in Multilanguages*, Volume 2, Issue 2, 2014.

26. Verma, Ria. "Analysis of pigeonhole theory under law of torts", 2021. Available in: <https://blog.ipleaders.in/analysis-pigeon-hole-theory-under-law-torts/#:~:text=According%20to%20Salmond%2C%20%E2%80%9CTort%20is,%2C%20other%20merely%20equitable%20obligation.%E2%80%9D/>
27. Yazdani, Alireza and Hedyeh Habibian, "Some Considerations on the Compensation for the Nuclear Damages Based on International Conventions of Nuclear Civil Liability", *Journal of Legal Research*, Volume 6, Issue 9, 2014. (in Persian)

Thesis

28. Eskandari, Hosein, "Foundations of the causal relationship in civil liability" Ph.D. Thesis, *University of Tehran*, 2015. (in Persian)
29. Sharma, Charu. "Civil Liability for Environmental Damage: An Assessment of Environmental Claims under Private and Public Law in India", Ph.D. Thesis, *Macquarie University*, 2012.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Punitivness of the Avengers of Blood Based on Conditions and Circumstances Surrounding Premeditated Murder (Case Study of Premeditated Murder Cases in Tehran Province)

Shaghayegh Akbari¹, Ghasem Ghasemi² , Nasrin Mehra³, Mohammad Ali Mahdavi Sabet⁴

ABSTRACT

Numerous factors, including individual and social factors, may be related to the demand or non-demand of the right of punishment by avengers of blood. The purpose of this study is to investigate the relationship between the variables of murder method, precedent of decision and collective quarrel with the decision of the avengers of blood. The present research is conducted by survey method and Chi-square and Phi Kramer correlation tests were used. The statistical society is premeditated murder cases in Tehran occurred in March 2004 to September 2015 in Tehran and executed to September 2016 in which 100 cases were selected by convenience sampling method and SPSS software was used. According to the research findings, in cases where murder is considered cruel due to indicators such as the use of clubs and swords, inflicting more than two blows, sexual harassment of the victim and burning and amputation of the corpse, in %57/1 of cases leading to retribution, while in cases where the murder was not brutal, retaliation happen in only %24/6 and in %64/9 it has led to receiving blood money and in %8/8, it has led to free forgiveness. The analysis of the data finally led to the conclusion that there is a statistically direct and significant relationship between the decision of the avengers of blood and the method of committing the murder. The findings also showed that there is no significant relationship between the precedent of the killer's decision and also the mass conflict with the decision of the avengers of blood.

KeyWords: Punitivness, Murder Style, Premeditated Murder, Collective Quarrel, Brutal Murder.

How to Cite: Akbari, Shaghayegh, Ghasemi, Ghasem, Mehra, Nasrin, Mahdavi Sabet, Mohammad Ali, "Punitivness of the Avengers of Blood Based on Conditions and Circumstances Surrounding Premeditated Murder (Case Study of Premeditated Murder Cases in Tehran Province)", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:19-40.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.226323.2134>

Received: 17/03/2022-Accepted: 13/07/2022

1. PhD, Faculty of Law, Theology & Political Sciences, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Theology & Political Sciences, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: ghasem.ghasemi@srbiau.ac.ir

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

4. Assistant Professor, Faculty of Law, Theology & Political Sciences, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran



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



مقاله علمی- پژوهشی

کیفرگرایی اولیای دم بر اساس چگونگی و شرایط پیرامونی قتل عمد (تحلیل موردی پرونده های قتل عمد در استان تهران)

شقایق اکبری^۱، قاسم قاسمی^۲، نسرین مهرا^۳، محمدعلی مهدوی ثابت^۴

چکیده

عوامل متعددی اعم از عوامل فردی و اجتماعی می توانند در مطالبه یا عدم مطالبه حق کیفر توسط اولیای دم در پرونده های قتل ارتباط داشته باشند. هدف از این نوشتار بررسی ارتباط متغیرهای کیفیت ارتکاب قتل، سبق تصمیم و نزاع دسته جمعی با تصمیم اولیای دم در پرونده های قتل عمد است. پژوهش حاضر به شیوه پیمایشی انجام شده و برای توصیف و تحلیل داده ها از روش های آمار توصیفی و آزمون های همبستگی خی دو و فی کرامر استفاده شده است. جمعیت تحقیق، پرونده های قتل عمد استان تهران است که در فاصله اسفند ۱۳۸۳ لغایت شهریور ۱۳۹۴ در استان تهران رخ داده و تا شهریور ۱۳۹۷ مختومه شده است که ۱۰۰ پرونده به شیوه نمونه گیری در دسترس انتخاب شدند و از نرم افزار SPSS به عنوان ابزار تحلیل اطلاعات استفاده شده است. مطابق با یافته های تحقیق، در مواردی که کیفیت ارتکاب قتل با استفاده از شاخص هایی نظیر استفاده از قمه و شمشیر، وارد کردن بیش از دو ضربه، آزار جنسی مقتول و سوزاندن و بریدن اعضای جسد، بی رحمانه محسوب گردیده است، در ۵۷/۱ درصد، پرونده ها منتهی به قصاص شده، در حالی که در مواردی که قتل بی رحمانه نبوده است، فقط در ۲۴/۶ درصد، قصاص صورت گرفته و در ۶۴/۹ درصد منتهی به دریافت خون بها و در ۸/۸ درصد نیز منتهی به بخشش رایگان شده است. واکاوی داده ها در نهایت به این نتیجه انجامید که میان تصمیم اولیای دم با شیوه ارتکاب قتل، به لحاظ آماری، ارتباط مستقیم و معناداری وجود دارد. یافته ها همچنین نشان داد که میان سبق تصمیم قاتل و نیز نزاع دسته جمعی با تصمیم اولیای دم ارتباط معناداری وجود ندارد.

کلید واژگان: کیفرگرایی، کیفیت ارتکاب قتل عمد، قتل با سبق تصمیم، قتل در اثنای منازعه، قتل بی رحمانه.

استناد به این مقاله: اکبری، شقایق، قاسمی، قاسم، مهرا، نسرین، مهدوی ثابت، محمدعلی، «کیفرگرایی اولیای دم بر اساس چگونگی و شرایط پیرامونی قتل عمد (تحلیل موردی پرونده های قتل عمد در استان تهران)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۹-۴۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.226323.2134>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۲

۱. دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: ghasem.ghasemi@srbiau.ac.ir
۳. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۴. استادیار، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، 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

نگرش جامعه درباره مسئله مجازات تحت تأثیر عوامل متعدد خرد و کلان قرار دارد.^۱ دانش شهروندان درباره مسائل کیفری، اعتقادات مذهبی یا جایگاه اجتماعی آن‌ها عمیقاً بر داوری ایشان در خصوص مجازات تأثیرگذار است.^۲ ویژگی‌های فردی همچون جنسیت، سن، سطح تحصیلات، احساس ترس از جرم، کیفیت ارتکاب جرم، سابقه بزه‌دیدگی و باورهای نژادی نیز از دیگر عوامل تأثیرگذار بر نگرش جامعه در خصوص واکنش‌های کیفری‌اند.^۳ در این حوزه، تمایل یا مخالفت افکار عمومی جامعه با انواع مجازات در مورد جرایم مختلف مورد سنجش قرار می‌گیرد تا ذائقه کیفری جامعه ارزیابی شود؛ اعم از اینکه پرسش‌شوندگان در تحقیقات پیمایشی، خود، بزه‌دیده جرمی واقع شده یا نشده باشند.

شناخت اراده کیفری جامعه زمانی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که اساساً اختیار تعیین مجازات به دستان بزه‌دیده یا نزدیکان وی سپرده می‌شود. در این فرض، اراده اولیای دم به‌عنوان بخشی از جامعه مستقیماً در تعیین مجازات بزه‌کار نقش اساسی ایفا می‌کند. در واقع در این‌گونه موارد، اراده کیفری بزه‌دیده یا نزدیکان وی به شکل بدون واسطه، تعیین‌کننده میزان مجازات استحقاقی فرد خاطی است و نظام رسمی کیفری کاملاً رنگ می‌بازد. به‌عنوان مثال، در جرم قتل عمد، که قانون‌گذار جنبه خصوصی آن را بر جنبه عمومی غلبه بخشیده و از حیث جنبه خصوصی تصمیم‌گیری در مورد قاتل عمدی را با جمع شرایط قانونی و فقدان موانع قانونی به اولیای دم واگذار کرده است، پرسش اصلی این است در جایی که به اولیای دم چنین اختیاری داده شده است که شدیدترین مجازات، یعنی قصاص نفس، را برای قاتل انتخاب کند یا حتی بدون دریافت هیچ مبلغی وی را مورد بخشش رایگان قرار دهد، آن‌ها چه نوع کیفری را برای فرد خاطی برمی‌گزینند؟ براساس چه شرایط و اوضاع و احوالی، اولیای دم گرایش به مطالبه کیفر و اجرای قصاص پیدا می‌کند و در برخی موارد از حق قانونی و طبیعی خویش صرف‌نظر می‌کند؟ آیا میان اوصاف و ویژگی‌های قاتل، مقتول و اولیای دم از جمله سن، جنسیت، تابعیت آن‌ها، رابطه خویشاوندی میان قاتل و مقتول و سابقه کیفری قاتل با تصمیم اولیای دم ارتباط وجود دارد؟ وضعیت اقتصادی خانواده قاتل و اولیای دم به چه کیفیتی می‌تواند با مطالبه حق اجرای قصاص یا صرف‌نظر کردن از آن ارتباط داشته باشد؟ باورهای مذهبی و قومیتی چگونه؟ آیا کیفیت ارتکاب جرم و شرایط پیرامونی وقوع جرم از جمله سبق تصمیم و وجود نزاع دسته‌جمعی می‌تواند تصمیم اولیای دم را متأثر کند؟

نویسنده به این امر اذعان دارد که سنجش رفتار اولیای دم به‌عنوان بزه‌دیده غیرمستقیم جرم قتل عمد، اگرچه واجد وصف عمومیت سنجش افکار نیست، به این معنی که در این پژوهش نگرش جامعه در مطالبه اجرای مجازات‌های سنگین و از جمله قصاص نفس، به صورت کلی مورد سنجش قرار نمی‌گیرد، اما در عین حال، این اولیای دم بخشی از همان جامعه‌ای است که افکار آن جامعه در مورد مجازات‌های شدید سنجش می‌شود و در واقع فرد مورد سنجش در پژوهش حاضر بخشی از جامعه است که تجربه بزه‌دیدگی دارد و تصمیم آن‌ها در مطالبه اجرای قصاص مورد سنجش قرار گرفته است.

۱. نورپور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سید محمد جواد ساداتی، تحلیل جامعه‌شناختی تعامل میان سیاست کیفری رسمی و وجدان تنبیهی وجدان جمعی (مطالعه موردی افکار عمومی شهرستان مشهد در مجازات‌های شدید بدنی)، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۲، ص ۱۵۵.

۲. پیشین.

۳. نورپور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سید محمد جواد ساداتی، تأثیر جنسیت بر میزان گرایش به اجرای مجازات‌های شدید جسمانی (مطالعه موردی: شهرستان مشهد)، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۸، ۱۳۹۹، شماره ۳۰، ص ۱۰۹.

پرواضح است که در این مقاله مجال پرداختن به تمامی عوامل مرتبط با تصمیم اولیای دم وجود ندارد؛ به همین دلیل پژوهش حاضر تلاشی برای پاسخ به این پرسش است که آیا میان کیفیت ارتکاب قتل بی‌رحمانه، وجود سبق تصمیم و نزاع دسته‌جمعی در حین قتل با گرایش اولیای دم به سمت اجرای قصاص ارتباط برقرار است؟ در واقع، این پژوهش به دنبال بررسی این مطلب است که متأثر از اخلاق تنبیهی، آیا لزوماً قتل‌های سرزنش‌آمیزتر و دارای قیاحت بیشتر از حیث شیوه قتل بی‌رحمانه یا ارتکاب قتل با سبق تصمیم یا در حین نزاع دسته‌جمعی، مجازات‌های سنگین‌تری دریافت کرده‌اند یا خیر؟ مقصود از اخلاق تنبیهی شیوه خاصی از پاسخگویی به نقض نظام هنجاری و ارزشی توسط وجدان جمعی است. اینکه وجدان جمعی چگونه به نقض ارزش‌های تعیین‌یافته خود پاسخ می‌دهد، انعکاس‌دهنده همان پدیده‌ای است که از آن با عنوان اخلاق تنبیهی یاد می‌شود.^۱ وجدان جمعی نیز مجموعه‌ای از احساسات، اعتقادات و باورهایی است که بخش‌های زیادی از جامعه درباره آن اشتراک نظر دارند.^۲ آنچه در اینجا مدنظر است، سنجش نظام کیفری غیررسمی یا همان واکنش جامعه، به‌ویژه بزه‌دیدگان در مورد ارتکاب جرم، خاصه شدت جرم ارتکابی است؛ امری که مشابه آن در نظام کیفری رسمی نیز وجود دارد.

یکی از اصول تعیین مجازات در نظام کیفری رسمی این است که نوع و میزان مجازات باید تابعی از شدت زشتی، ناپسندی و قیاحت فعل و قصد مجرمانه باشد.^۳ از این منظر، مجازات باید تابعی از استحقاق محکوم برای سرزنش شدن باشد که در نظام کیفری رسمی در قالب اصل اولیه و قدیمی تناسب جرم و مجازات^۴ دیده می‌شود و خاستگاه این اصل در نظریه سزادهی و عدالت استحقاقی^۵ است. مسئله این است که در نظام کیفری غیررسمی در برخی جرایم، از جمله قتل، نوع مجازات تعیین‌شده از سوی اولیای دم تابعی از استحقاق قاتل برای دریافت مجازات است؟ آیا در رخداد قتل عمد هرچه قاتل در رفتار ارتکابی و در ذهن، نقش و قصدی شروانه‌تر و رفتاری توأم با قساوت و بی‌رحمی بیشتری داشته باشد، اولیای دم پاسخی شدیدتر به قاتل خواهند داد؟

ضرورت پاسخ و تأمل در مورد عواملی که به نظر می‌رسید در مطالبه حق کیفر توسط اولیای دم به‌عنوان بزه‌دیده غیرمستقیم تأثیر داشته باشد، محقق را بر آن داشت که برای دستیابی به ارائه توصیفی، از آنچه در عمل در پرونده‌های قتل عمد رخ می‌دهد و در مرحله بعد برای بیان چرایی و تحلیل آنچه اتفاق می‌افتد، به پرونده‌های مختومه اجرای احکام مراجعه کند تا با مطالعه پرونده‌ها و حضور در جلسه‌های صلح و سازش شعبات اجرای احکام، حقیقت امر روشن و تمامی آنچه در پرونده منعکس می‌شود، استخراج شود. چراکه یقیناً بخش قابل توجهی از اطلاعات در پرونده اجرای احکام دادگستری موجود است که تمامی اقدامات مقامات قضایی از روز وقوع قتل یا روز اطلاع از وقوع قتل تا روز اجرای حکم، اعم از آزادی یا قصاص قاتل، در پرونده مضبوط است؛ ضمن اینکه بخش قابل توجهی از اظهارات قاتل و خانواده وی و اولیای دم در جریان مذاکره به‌منظور اجرا یا عدم اجرای قصاص نفس در پرونده منعکس بوده و در تمام مواردی که دو طرف پرونده در شعب اجرای احکام حضور دارند، قاضی اجرای احکام به تنظیم صورت جلسه مکلف بوده است.

^۱ نوریور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بخوردی و سید محمد جواد ساداتی، پیشین، ص ۵۳۴.

^۲ Garland, David, *Punishment and modern society: A study in social theory*, University of Chicago Press, 2012.

^۳ مهر، نسرن، تأثیر مشخصه‌های جرم بر تعیین مجازات، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۸، ص ۶۳.

^۴ Proportionality of offence and punishment

^۵ Just deserts

^۶ رحمدل، منصور، *تناسب جرم و مجازات*، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

۱. مبانی نظری پژوهش

ریشه کیفرگرایی از کلیدواژه یونانی Poena به معنای «ارزش خون ریخته شده» یا به تعبیری خون بهاست که درحقیقت به معنای انتقام و سزای عمل انجام شده است.^۱ برخی نیز کیفرگرایی را به معنای اعمال مجازات برای خون خواهی می‌دانند.^۲ در تعریف دیگری چنین آمده که کیفرگرایی میل باطنی به اعمال کیفر علیه بزهکار به دلیل خطایی است که از سوی او سر زده است؛ خواه در راستای بازدارندگی و سلب توان بزهکاری و خواه رنج دادن او به تناسب خسارتی که از عملش به بار آمده است.^۳ در این پژوهش این تعریف از کیفرگرایی مدنظر است.

به دلیل پیچیدگی مفهومی و ابهام در مصادیق «کیفرگرایی» نویسندگان تمایلی به ارائه تعریف از آن ندارند.^۴ در تعریف دیگری کیفرگرایی «تمایل افراطی به کیفر و سازوکارهای کیفری در پاسخ به رفتار مجرمانه یا منحرفانه» تعریف شده است.^۵ قید افراطی موجب می‌شود تا این انتخاب و رفتار تا حد غیرافراطی آن، منطقی و معقول تلقی شود، اما اگر توسل به کیفر و سازوکارهای کیفری به صورت افسارگسیخته استفاده شود، گفته می‌شود، چنین جامعه‌ای با چنین مختصاتی «کیفرگرا»^۶ است.^۷ کیفرگرایی اصطلاحی جامعه‌شناختی- جرم‌شناختی است که تعریف آن نیازمند بررسی نشانه‌های کیفرگرایی در جامعه‌ای مشخص و در یک برش زمانی خاص با تکیه بر ملاحظات تجربی و آماری است.^۸ از منظر بنیان‌شناسانه، کیفرگرایی را در دو سطح حکومتی و عمومی می‌توان مورد مطالعه قرار داد.^۹

برخی مفهوم کیفرگرایی را به پیازی تشبیه می‌کنند که دارای لایه‌های مختلفی است.^{۱۰} براساس این الگو، لایه نخست بیانگر نقل‌قول‌های مرسوم در پیام‌های رسانه‌ای و مباحث سیاسی در زمینه کیفر است. لایه میانی نمایانگر کیفرگرایی قضایی یا دولتی است که در آرای محاکم جلوه‌گر می‌شود و لایه درونی حاکی از عقاید افراد، دیدگاه‌ها و ارزش‌هایی است که براساس آن، مجازات را تعبیر و تفسیر می‌کنند که درحقیقت، کیفرگرایی در مباحث جرم‌شناسی بیشتر متمرکز بر لایه نهانی این حلقه پیچیده است.^{۱۱} به تعبیری دیگر، کیفرگرایی از دو دیدگاه عینی و ذهنی قابل بررسی است. دیدگاه عینی کیفرگرایی را مقوله‌ای سیاسی-اجتماعی دانسته که به فراخور هر نظام سیاسی می‌تواند کمابیش در کنترل کیفری

۱. نیکوکار، حمیدرضا، شهلا معظمی و پروین ستار، مطالعه تطبیقی الگوهای بازنمایی بزهکاری در مطبوعات ایران و آلمان با

تأکید بر کیفرگرایی، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۰، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۵۵۲.

۲. همان.

۳. Kury, H; Ferdinand, T N. and Oberfell-Fuchs, J “Does severe punishment mean less criminality?”, *International Criminal Justice Review*, Vol. 13, 2002, pp 110–148.

۴. غلامی، حسین، کیفرگرایی: مفهوم و گونه‌های آن، در: حسین غلامی (به کوشش)، علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی، مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلویا تلنباخ، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۳۶۱.

۵. میرسعیدی، منصور و حسین محمد کوره‌پز، نقش رهبران سیاسی - اجتماعی در سطح کیفرگرایی عمومی (مطالعه موردی کیفر مرگ)، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۱۸۹.

۶. Punitive

۷. همان، ص ۱۹۰.

۸. همان.

۹. Kutateladze, Besiki, *Measuring State Punitiveness in the United States*, in: Kury, Helmut and Shea, Evelyn, *Punitivity: International Developments*, vol 1, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2011, P 159.

۱۰. Adriaensse, An and Aertsen, Ivo, “Punitive attitudes: Towards an operationalization to measure individual punitivity in a multidimensional way”, *European Journal of Criminology*, Vol. 12(1), 2014, p 93.

۱۱. Ibid.

ظهور کند و دیدگاه ذهنی این پدیده را مؤلفه‌های فرهنگی می‌داند.^۱ از این رو، بسیاری از پژوهشگران نگرش سختگیرانهٔ عموم مردم دربارهٔ پدیدهٔ جنایی را به‌عنوان کیفرگرایی فرهنگی، موضوعی که با جامعه‌شناسی کیفری پیوند دارد، تلقی می‌کنند و مورد پژوهش قرار می‌دهند؛^۲ پیوندی که بیانگر تأثیر افکار عمومی بر ظهور قوانین کیفری، رویهٔ قضایی و اجرای کیفر است.^۳ از این منظر «کیفرگرایی ذهنی یا فرهنگی» و «هستهٔ درونی کیفرگرایی» پیوند ذاتی با جامعه‌شناسی کیفری به معنی نقش خواست عمومی جامعه و واکنش آن دربارهٔ بزهکاری و تأثیر آن بر رویه‌های کیفرگرایی دارد.^۴ منظور از کیفرگرایی فرهنگی این است که تمایل به استفاده از کیفر و شیوهٔ سرکوبگرانه در پاسخ به جرایم در میان مردم، برای کنترل جرایم و اعمال دقیق عدالت به‌صورت یک باور و عادت درآید.^۵ بنابراین کیفرگرایی فرهنگی به افکار عمومی مردم در زمینهٔ نقش مؤثر کیفر و کیفردهی بیشتر برمی‌گردد.^۶ این امر از آن نظر مخاطره‌آمیز است که اساساً عوام درک دقیقی از اهداف کیفر، تأثیر آن‌ها بر پیشگیری از جرم و نیز اندیشه‌ها و راهبردهای نوین کیفردهی، همچون عدالت ترمیمی و پاسخ‌های جامعه‌مدار ندارد و عمدهٔ توجه آنان حول محور اندیشه‌های سزادهی و بازدارندگی است؛ چراکه بخش عمده‌ای از درک و دریافت عوام متأثر از تجربیات شخصی و نقل قول‌های مرسوم است.^۷

از منظر کیفرگرایی فرهنگی، عوامل متعددی اعم از عوامل فردی و اجتماعی می‌توانند در گرایش شهروندان و از جمله بزه‌دیده و نزدیکان وی در گرایش به مطالبه و استفاده از حق کیفر نقش داشته باشند که در ذیل پیشینهٔ تجربی، به این عوامل و پژوهش‌های انجام‌شده اشاره می‌شود.

۲. پیشینهٔ تجربی پژوهش

در سطح کیفرگرایی فرهنگی، عوامل مؤثر بر کیفرگرایی را می‌توان در دو دستهٔ عوامل فردی و اجتماعی قرار داد.^۴ از جمله عوامل اجتماعی مؤثر بر میزان کیفرگرایی می‌توان به باورهای مذهبی شهروندان اشاره کرد. برای مثال، در اکثر کشورهای اسلامی آشکارا این باور قابل مشاهده است که مجازات مرگ در مورد برخی جرایم، از فرامین روشن و غیرقابل تغییر الهی است. به‌عنوان نمونه، شهروندان در کشورهای اسلامی کیفرهایی چون قصاص را حکم خداوند تلقی و به علت جو التهابی ناشی از وخامت عمل مجرمانه، خانوادهٔ مقتول و اطرافیان، بر لزوم اعمال قصاص تأکید می‌کنند.^۸ استقبال عمومی از مجازات اعدام علنی که گاه همراه با حضور چند صد یا چند ده هزار نفری است، فقط بیانگر تمایل اجتماع به اجرای عدالت نیست، بلکه به نحوی، بیانگر کیفردوستی و تمایل عمومی به سیراب کردن عطش انتقام و تغذیه

^۱ کیفرگرایی به تعبیری به تقنینی، قضایی، اجرایی و فرهنگی تقسیم می‌شود. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: غلامی، حسین، *کیفرگرایی: مفهوم و گونه‌های آن*، پیشین.

^۲ در این پژوهش مقولهٔ کیفرگرایی فرهنگی و هستهٔ درونی کیفرگرایی مورد توجه قرار گرفته است.

^۳ نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۲۱۴.

^۴ نیکوکار، حمیدرضا، شهلا معظمی و پروین ستار، پیشین، ص ۵۵۳.

^۵ مرادی پسند، گلناز، تهمورث بشیریه، و حسین غلامی دون، *بررسی تطبیقی جلوه‌های کیفرگرایی در نظام‌های حقوقی و تاثیر*

آن بر الگوهای کیفرزدا؛ فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، شماره ۵۱، ص ۱۹۹.

^۶ همان.

^۷ نیکوکار، حمیدرضا، شهلا معظمی و پروین ستار، پیشین، ص ۵۵۴.

^۸ مرادی پسند، گلناز، تهمورث بشیریه، و حسین غلامی دون، پیشین، ص ۲۰۰.

تمایل به خشونت در ملاعام نیز هست.^۱ در چنین جامعه‌ای که بزهدکار مورد حمایت مردم قرار می‌گیرد، زمانی که از سیاست کیفرزدایی سخن به میان می‌آید، مردم فکر می‌کنند که از خطای مرتکب چشم‌پوشی و به او اجازه داده می‌شود هرگونه که بخواهد در جامعه رفتار کند.^۲

البته باور به مجازات‌های بدنی شدید، نظیر اعدام، به صورت یکسان در میان شهروندان دیده نمی‌شود.^۳ به عنوان نمونه، براساس پژوهشی که در دانشگاه تربیت معلّم تهران انجام شد، حتی در بین کسانی که در سطوح بالای دین‌داری قرار داشتند، اتفاق نظر در خصوص تحمیل این مجازات‌ها وجود نداشته است.^۴ در پژوهش قاسمی، که با هدف نگرش‌سنجی نسبت به مجازات‌های شرعی در ایران انجام شده است، دانشجویان در مقایسه با طلبان تمایل کمتری به مبنا قرار دادن شرع برای نظام حقوقی دارند. همچنین، وکلا کمتر از قضات و نیروهای پلیس به مجازات‌های بدنی تمایل دارند.^۵

مطابق نتایج تحقیقی که در بین دانشجویان دانشگاه‌های دولتی در ایران انجام شده است، افکار عمومی درباره جرمی که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کنند، حساسیت بیشتری از خود بروز می‌دهد.^۶ براساس یافته‌های پیمایشی که در خصوص تعامل بین مجازات ادراکی، شدت و ارتباط آن با عقاید و فرهنگ اسلامی در ایران انجام شده است، دانشجویان در مقایسه با دیگر اقشار جامعه، موافقت کمتری درباره مجازات‌های خشن بدنی نظیر اعدام داشته‌اند؛ به علاوه زنان در مقایسه با مردان، کمتر با مجازات قصاص نفس در قتل عمد و قطع انگشتان دست در سرقت حدی موافق بوده‌اند.^۷

از طرفی ویژگی‌های فردی مانند جنسیت، سن، میزان تحصیلات، سابقه بزه‌دیدگی و غیره در شمار عوامل تأثیرگذار بر میزان کیفرگرایی هستند.^۸ در کشورهایی که مجازات مرگ را لغو کرده‌اند، نیز سن به عنوان یک عامل مهم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. پژوهش‌ها در این جوامع نشان می‌دهند، نسل جدید که بدون اعدام، اجتماعی می‌شوند، در مقایسه با بزرگ‌ترها تمایل کمتری به اعدام دارند.^۹ براساس پژوهشی که در ایران درباره جدی‌انگاری جرم از دو طبقه جوان و بزرگسال صورت گرفته، به اثبات رسیده است که افراد جوان جرایم را در مقایسه با بزرگ‌ترها کمتر جدی می‌گیرند.^{۱۰}

۱. غلامی، حسین، **الغاگرایی و کنترل جرم، تناقض در اصطلاحات**، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۷، صص ۳۴۸-۳۳۴.

۲. مرادی پسند، گلناز، تهمورث بشیریه، و حسین غلامی دون، پیشین، ص ۲۰۱.

۳. نورپور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سید محمد جواد ساداتی، **تأثیر جنسیت بر میزان گرایش به اجرای مجازات‌های شدید جسمانی (مطالعه موردی: شهرستان مشهد)**، پیشین، ص ۱۱۴.

۴. جعفری، احمد و سید حسین سراجزاده، **جرم و مجازات: مقایسه مجازات‌های اجتماعی پیشنهادی نمونه ای از دانشجویان با قوانین مجازات در ایران**، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، سال دوم، ۱۳۹۰، شماره ۵ و ۶.

۵. Ghassemi, Ghassem, "Criminal punishment in Islamic societies: empirical study of attitudes to criminal sentencing in Iran", *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2009, vol. 15, p 173.

۶. Serajzadeh, SeyedHossein. (2008). "Social determinants of the seriousness of crime: an examination of a Muslim sample", *Social Compass*, 55, no. 4.

۷. Ghassemi, Ghassem, "Criminal punishment in Islamic societies: empirical study of attitudes to criminal sentencing in Iran", *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2009, vol. 15.

۸. محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن آبادی، **افکار عمومی و کیفرگرایی**، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، ۱۳۹۰، شماره ۲، ص ۱۸۹.

۹. هود، راجر و هویل، کرولین، **مجازات مرگ**، فراز شهلائی، تهران: انتشارات نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۱.

۱۰. قاضی نژاد، مریم و مینا ذبیحی، **نسل و جدی‌انگاری جرم**، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، دوره ۶، ۱۳۹۴، شماره ۱.

میزان تحصیلات نیز می‌تواند از عوامل فردی مؤثر بر کیفرگرایی باشد. نتایج برخی تحقیقات نشان می‌دهد که با بالا رفتن سطح تحصیلات، میزان کیفرگرایی در افراد کاهش می‌یابد. رشته تحصیلی افراد و محتوای برنامه‌های آموزشی نیز، احتمالاً بر نگرش آنها نسبت به کیفر تأثیر می‌گذارد.^۱

از جمله پژوهش‌های پیمایشی که به‌ویژه در زمینه قتل عمد صورت گرفته است، پیمایشی است که به بررسی وجود و فقدان سبق‌تصمیم و تأثیر آن بر افکار جامعه اشاره می‌کند. این پیمایش درباره قتل با تصمیم قبلی، نشان می‌دهد که دیدگاه اکثر نمونه آماری موافق با اعدام است؛ به عبارتی ۷۱ درصد از مردان و ۷۰ درصد از زنان مجازات اعدام درباره قتل با سوءنیت قبلی را عادلانه می‌دانند؛ در حالی که فقط ۴ درصد از زنان و ۸ درصد از مردان موافق اجرای اعدام در ملاءعام برای قتل بدون قصد قبلی بوده‌اند.^۲

بر اساس آنچه گذشت، در ایران پژوهش‌هایی در زمینه ارزیابی میزان کیفرگرایی عمومی در مجازات‌های متعدد انجام شده، لیکن پژوهش‌ها در غالب موارد به‌طور کلی ناظر بر مجازات‌های شدید بدنی و به‌طور کلی سالب حیات بوده است، نه به‌صورت ویژه در مورد قصاص نفس. از طرفی، عمده پژوهش‌های انجام‌شده در این حوزه که به آن‌ها اشاره شد، ناظر به افکار سنجی عمومی بوده است؛ با این توضیح که در اغلب پیمایش‌های مورد اشاره، نحوه نگرش افکار عمومی درباره مجازات‌های سخت و شدید بدنی، مورد پرسش واقع شده است؛ حال آنکه صرف‌نظر از اینکه در پیمایش‌ها، نحوه طرح سؤال و نوع گزینه‌های در دسترس و تکمیل پرسش‌نامه و عوامل متعددی ممکن است نتایج پیمایش را تغییر دهد. همچنین در فرضی که فرد مورد پرسش، شخصاً بزه‌دیده جرمی قرار گرفته باشد، نتایج این پیمایش ممکن است متفاوت باشد؛ ضمن اشاره به این موضوع که موضوع پیمایش کماکان نظرسنجی و سنجش افکار است؛ خواه پرسش‌شونده از عموم جامعه باشد، خواه بزه‌دیده و نزدیکان او. در حالی که موضوع پژوهش حاضر واقعیت‌سنجی است و نوع تصمیم‌نهایی اجراشده نزدیکان بزه‌دیده، با توجه به چگونگی وقوع قتل ارزیابی شده است و انجام دادن چنین امری نیازمند داده‌های عینی و تجربی بوده که از مطالعه پرونده‌های قتل عمد حاصل شده است. پژوهش حاضر تلاش می‌کند تا با رویکردی جامعه‌شناختی به مطالب حق کیفر از سوی اولیای دم در خصوص جرم قتل عمد به‌طور جزئی و بر اساس چگونگی و شرایط پیرامونی قتل بپردازد و مستند به محتویات و مندرجات پرونده‌های قتل عمد مختومه در دادسرای جنایی تهران، ارتباط میان کیفیت ارتکاب قتل، وجود سبق‌تصمیم و وجود منازعه با تصمیم اولیای دم را مورد سنجش قرار دهد.

۳. روش‌شناسی تحقیق

در این پژوهش بر اساس بینش اثباتی-تجربی و نیز توجه به این مسئله که در پژوهش اثبات‌گرا و کمی، دانش از طریق گردآوری داده‌های عددی و مشاهده‌ی نمونه‌ها و سپس عرضه این داده‌ها به تحلیل عددی فراهم می‌شود، از رویکرد تعمیمی، پنهانگر یا کمی استفاده شده است. به این ترتیب پس از جمع‌آوری داده‌ها از تکنیک‌های آماری برای ایجاد و توصیف الگوهای عددی و رابطه‌هایی که بین داده‌ها وجود دارد، استفاده شده است.

از آنجاکه در این پژوهش با مطالعه نمونه آماری از پرونده‌های قتل عمد، از میزان اجرای قصاص یا دریافت خون‌بها یا

۱. اکبری، عاطفه، *قانونگذاری مبتنی بر وقایع مجرمانه*، تهران: مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۸۹.

۲. نیکوکار، حمیدرضا، مژگان امراللهی بیوکی و مهدی بزرگر، *نقش ترس از جرم بر اجرای علنی مجازات مرگ با تأکید بر نقش رسانه‌ها (مطالعه موردی اعدام قاتل روح‌الله داداشی)*، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال ۸، ۱۳۹۲، شماره ۲۶، ص ۱۶۹.

بخشش رایگان، براساس متغیرهای مستقل مورد بررسی، توصیفی کمی و عددی به عمل آمده است، بنابراین روش اتخاذ شده از نوع پیمایش است و از روش‌های توصیفی مانند فراوانی، درصد، میانگین، انحراف معیار برای توصیف داده‌ها و از آزمون خی دو و فی کرامر به وسیله نرم‌افزار SPSS برای تجزیه و تحلیل داده‌ها استفاده شده است. سطح معناداری آزمون‌ها کمتر از ۰/۰۵ و در سطح اطمینان ۹۵ درصد در نظر گرفته شده است.

جامعه آماری پرونده‌های قتل عمد استان تهران است که در فاصله اسفند ۱۳۸۳ لغایت شهریور ۱۳۹۴ در استان تهران رخ داده و تا شهریور ۱۳۹۷ مختومه شده است که تعداد ۱۰۰ پرونده به عنوان حجم نمونه آماری تعیین شد.^۱ برای تعیین افراد نمونه از روش نمونه‌گیری در دسترس انتخاب شد. پژوهشگر به منظور دسترسی به پرونده‌ها، به تمام ۵ شعبه از شعبه‌های اجرای احکام مستقر در دادسرای جنایی تهران مراجعه کرد که تمامی پرونده‌های قتل عمد رخ داده در استان تهران برای اجرا به این شعب ارسال می‌شود. ارجاع به پنج شعبه متفاوت، از حیث ایجاد تنوع در انتخاب نمونه‌ها و قابلیت تعمیم بیشتر داده‌ها صورت گرفته است. تعداد نمونه آماری ۱۰۰ پرونده قتل عمد است که ۳۸ پرونده به قصاص نفس، ۴۹ پرونده به دریافت خون‌بها، ۱۱ پرونده به بخشش رایگان و ۲ مورد به فوت در زندان منتهی شده است.

متغیر وابسته در این پژوهش تصمیم اولیای دم در مورد سرنوشت قاتلان عمدی است. متغیرهای مستقل عبارت‌اند از: کیفیت ارتکاب قتل عمد، وجود یا فقدان سبق تصمیم و همچنین نزاع دسته‌جمعی در حین قتل عمد.

فرضیه پژوهش حاضر این است که میان کیفیت ارتکاب قتل عمد، وجود یا فقدان سبق تصمیم و همچنین نزاع دسته‌جمعی در حین قتل عمد با مطالبه کیفر از ناحیه اولیای دم ارتباط معنادار برقرار است.

۴. ارتباط چگونگی و شرایط پیرامونی قتل با تصمیم اولیای دم

در حقوق کیفری ایران، مجازات قتل عمد اصلتا قصاص است؛ به این معنی که برخلاف سایر نظام‌های کیفری که مجازات قتل عمدی، برحسب سبق تصمیم، هیجان، التفات یا عدم التفات مرتکب به پیامدهای جرم ارتكابی درجه بندی شده است، مجازات قتل عمدی در ایران قصاص نفس است و هیچ‌یک از موارد مذکور موجبی برای تخفیف یا تبدیل نخواهد بود.^۲ لذا ثابت بودن مجازات قصاص، به منظور تبعیت نظام کیفری ایران از شرع و نظام اسلامی، موجب عدم ترتیب اثر دادن به کیفیات وقوع قتل در نظام کیفری ایران در خصوص قتل عمد شده است. از طرفی با توجه به این امر که با جمع

^۱ به علت عدم ارائه آمارهای رسمی در خصوص تعداد پرونده‌های قتل عمد مختومه شده در استان تهران و مشخص نبودن جامعه آماری، مبنای محاسبه حجم نمونه آماری، براساس فرمول کوکران ۳۸۴-۳۸۵ تعداد پرونده در نظر گرفته شد. لیکن متأسفانه به علت دشواری دسترسی به پرونده‌ها و عدم امکان مطالعه آن‌ها حتی به تعداد محدود، به دلیل فضای حاکم بر دادسرای مربوطه، علی‌رغم تلاش‌های پژوهشگر، امکان مطالعه این حجم نمونه میسر نشد؛ به نحوی که مطالعه ۱۰۰ پرونده نیز، از اسفند ۹۵ تا شهریور ۹۷، یعنی حدود یک سال و هفت ماه به طول انجامید. از نظر توجیه آماری، با توجه به اینکه در پژوهش‌های اجتماعی همواره محدودیت‌هایی از قبیل نیروی انسانی ماهر، زمان کافی، هزینه و اعتبار و عدم همکاری ارگان‌های قضایی و اداری مربوط وجود دارد، گاهی به محقق اجازه داده می‌شود که اندازه نمونه را بر حسب شرایط و امکانات پژوهش انتخاب کند. در حال حاضر در مجموع درست است که حجم نمونه آماری حاضر ۱۰۰ پرونده بوده و از فرمول کوکران تخطی شده است، لیکن براساس قاعده کلی که حداقل حجم نمونه در تحقیق پیمایشی ۱۰۰ عدد است، به ناچار به همین تعداد بسنده شده است. در نهایت محقق با علم به محدودیت‌های پژوهش انجام شده و نیز توجه به پیچیدگی و چندبعدی بودن موضوع مورد بررسی، ادعایی در تعمیم‌دهی این داده‌ها به تمام پرونده‌های قتل عمد نداشته و ندارد و صرفاً الگوی حاکم بر این ۱۰۰ پرونده را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است.

^۲ سلیمانی میمندی و روح الامینی، نجمه، محمود امینی زاده، و حمید امینی زاده، بررسی قتل عمد در حقوق ایران و کانادا، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، دوره پنجم، ۱۳۹۸، شماره ۴۹، ص ۶۱.

شرایط قانونی، نوع مجازات قاتل عمدی را اولیای دم تعیین می‌کنند، لذا پرسشی که ذهن پژوهشگر را درگیر کرده بود، این بود که آیا در مقام تصمیم‌گیری توسط اولیای دم، کیفیات وقوع قتل تأثیرگذار بوده‌اند یا خیر؟ در این خصوص، ارتباط میان کیفیت وقوع قتل، وجود یا فقدان سبق تصمیم و درنهایت ارتباط میان وجود یا فقدان نزاع دسته‌جمعی در حین قتل با تصمیم اولیای دم مورد سنجش قرار می‌گیرد.

۴.۱. شاخص‌های تعریف کیفیت ارتکاب قتل و ارتباط آن با تصمیم اولیای دم

برای سنجش ارتباط میان کیفیت وقوع قتل و گرایش اولیای دم به مطالبه کیفر، محقق تلاش کرده است تا از مفاهیم قتل بی‌رحمانه و غیربی‌رحمانه استفاده کند؛ هرچند نویسنده اذعان دارد که صرف وقوع قتل با هر نوع کیفیتی همراه با درجاتی از بی‌رحمی است. با توجه به انتزاعی بودن مفهوم قتل بی‌رحمانه و امکان برداشت‌های متفاوت از این مفهوم، محقق کوشیده است تا با توجه به صورت‌جلسات تنظیمی در اجرای احکام دادسرای جنایی تهران، با اتکا بر اظهارنظرهای اولیای دم درخصوص دلیل انجام دادن قصاص یا صرف‌نظر کردن از قصاص، با استفاده از مفاهیم عینی، شاخص‌هایی برای این مفهوم انتزاعی تعیین کند.

۴.۱.۱. شاخص‌های تعریف شیوه قتل

پژوهشگر برای ارائه مفهوم دقیقی از عنوان «بی‌رحمانه» و خارج کردن این عنوان از کیفیت انتزاعی، براساس صورت‌جلسات حاوی درخواست‌های اولیای دم که در پرونده‌های مورد مطالعه موجود بوده است، کوشید تا شاخص‌هایی را برای تعریف مفهوم «کیفیت قتل بی‌رحمانه» استخراج کند. علت درنظرگرفتن این شاخص‌ها، به‌منظور سنجش بی‌رحمانه بودن قتل، درواقع اظهارات اولیای دم درمورد این شاخص‌ها در صورت‌جلسات اجرای احکام بوده است؛ بدین توضیح که در پرونده‌های مربوطه، اولیای دم با اشاره به تعابیری از جمله مثله کردن، تکه‌تکه کردن، آزار جنسی دادن مقتول، نوع ابزار به‌کار گرفته شده برای قتل و تعداد ضربات وارده، علت انتخاب تصمیم خویش برای اجرای قصاص را خاطر نشان کرده‌اند. بدین ترتیب، آنچه به‌عنوان شاخص برای بی‌رحمانه بودن قتل در نظر گرفته شده است، از زاویه نگاه اولیای دم و دنیای ذهنی ایشان است؛ زیرا آن‌ها هستند که با توجه به فاکتورهای متعدد، از جمله شیوه قتل، درخصوص سرنوشت قاتل تصمیم‌گیری می‌کنند. توضیح اینکه آنچه در صورت‌جلسات فوق‌الذکر به‌عنوان بی‌رحمانه بودن قتل از منظر اولیای دم توصیف می‌شد، در ۴ شاخص ارائه‌شده، فهرست شده است. در ادامه به‌طور خلاصه به تعدادی از پرونده‌ها و شاخص مطرح‌شده از نگاه اولیای دم اشاره می‌شود:

۱. پرونده شماره ۱۴: اولیای دم درخواست اجرای قصاص داشته، اما عنوان می‌دارند که ما توانایی پرداخت تفاضل دیه را نداریم. آن‌ها اظهار می‌دارند که قتل فجیع بوده و قاتل با بی‌رحمی فرزند آن‌ها را به قتل رسانده است. «این نامرد به فرزند ما تجاوز کرده است.» (شاخص آزار جنسی مقتول)
۲. پرونده شماره ۱۹: اولیای دم طی نامه‌ای خواستار قصاص قاتل شده و اعلام می‌دارند که او با بی‌رحمی تمام و با قمه، فرزند ما را کشته و او را به بیمارستان نرسانده است. (شاخص استفاده از قمه و شمشیر)
۳. پرونده شماره ۲۶: مادر متوفی به‌عنوان تنها ولی دم اظهار داشته است: «تحت هیچ شرایطی گذشت نمی‌کنم و قصاص هر دو را می‌خواهم و خواستارم که دیه صدماتی که به مقتول وارد کرده‌اند، با تفاضل دیه محاسبه و تهاتر شود. آنها با بی‌رحمی تمام، چند ضربه چاقو به فرزند من زده‌اند.» (شاخص تعدد ضربات)

۴. پرونده شماره ۶۶: در این پرونده در هیچ‌یک از اوراق پرونده تمایلی از طرف اولیای دم (پدر و مادر مقتول) در جهت دریافت دیه مطرح نشده بود. اولیای دم اظهار داشته‌اند: «دلماں از این می‌سوزد که حتی جسد را سالم نگذاشته و آن را سوزانده است. تقاضای قصاص داریم و از خون فرزندان نمی‌گذریم.» (شاخص سوزاندن جسد) با عنایت به توضیحات مطروحه، وجود هریک از شاخص‌های زیر به منزله بی‌رحمانه بودن قتل در نظر گرفته شده است:

- ۱- در فرضی که وسیله به کار گرفته شده، قمه و شمشیر بوده است.
- ۲- در فرضی که تعداد ضربات وارده به مقتول بیش از دو ضربه بوده است.
- ۳- در فرضی که قتل توأم با آزار جنسی مقتول بوده است.
- ۴- در فرضی که بریدن اعضا و سوزاندن جسد رخ داده است.

بر اساس داده‌های حاصل از مطالعه پرونده‌ها، نوع وسیله به کار گرفته شده در قتل به شش گروه تقسیم شده است که بدین شرح است: انواع چاقو، قمه و شمشیر، اسلحه گرم، سم، اعضای بدن نظیر دست‌وپا، جسم سخت اعم از میله آهنی و سنگ که فراوانی استفاده از هریک از وسایل، به شرح جدول شماره ۱ مشخص است.

جدول شماره ۱: میزان وسیله به کار گرفته شده در قتل

وسیله به کار گرفته شده	چاقو	قمه و شمشیر	اسلحه گرم	سم	اعضای بدن	جسم سخت	داده معتبر
فراوانی	۶۰	۴	۲	۱	۱۹	۱۳	۹۹
درصد معتبر	٪۶۰/۶	٪۴	٪۲	٪۱	٪۱۹/۲	٪۱۳/۱	٪۱۰۰

داده‌های جدول شماره ۱ نشان می‌دهد که بیشترین فراوانی آلت قتاله با میزان ۶۰/۶ درصد متعلق به چاقو است؛ بدین معنی که بیش از نیمی از قتل‌ها با استفاده از چاقو صورت گرفته است. اعضای بدن نظیر دست‌وپا که برای خفگی مورد استفاده قرار گرفته است، دارای فراوانی ۱۹/۲ درصد است که بیشترین فراوانی پس از چاقو و کمترین فراوانی مربوط به استفاده از سم با ۱ درصد فراوانی است.

جدول شماره ۲: تعداد ضربات

تعداد ضربات	دو ضربه و کمتر	سه ضربه و بیشتر	میانگین ضربات	کمترین تعداد ضربه	بیشترین تعداد ضربه	داده معتبر
فراوانی	۶۳	۳۶	۲/۶	۱	۱۸	۹۹
درصد معتبر	٪۶۳/۶	٪۳۶/۴	-	-	-	٪۱۰۰

در مورد تعداد ضربات وارده در ابتدا باید مطرح کرد که ۹۹ داده معتبر وجود دارد. میانگین ضربات وارده ۲/۶ و بیشترین فراوانی متعلق به یک ضربه است. کمترین میزان ضربه وارده ۱ و بیشترین ضربه وارده ۱۸ ضربه بوده است. اگر تعداد ضربات وارده کمتر از سه ضربه را در یک گروه یا کد یک و تعداد ضربات سه و بالاتر را در گروه دوم یا کد دو قرار دهیم، داده‌های جدول شماره ۲ حاکی است که در اکثریت موارد، میزان ضربه وارده به مقتول دو ضربه و کمتر بوده است.

جدول شماره ۳: وجود یا فقدان آزار جنسی مقتول

متغیر	قتل توأم با آزار جنسی مقتول	قتل بدون آزار جنسی مقتول	داده معتبر
فراوانی	۹۴	۶	۱۰۰
درصد معتبر	٪ ۹۴	٪ ۶	٪ ۱۰۰

از دیگر مفاهیم عینی و قابل سنجش برای تعریف قتل بی رحمانه، براساس صورت جلسات تنظیمی در دادسرای جنایی تهران، آزار جنسی مقتول قبل از قتل بوده است. موارد آزار جنسی مقتول، فارغ از جنسیت مقتول و قاتل در نظر گرفته شده است. لذا ممکن است مقتولی که مورد آزار جنسی قرار گرفته است، زن یا مرد و به همین ترتیب قاتل آزاررسان زن یا مرد بوده باشد.

اطلاعات جدول شماره ۳ نشان می دهد که در موارد بسیار اندکی، قاتل قبل از قتل مبادرت به آزار جنسی مقتول کرده است.

جدول شماره ۴: نحوه رفتار با جسد

نحوه رفتار با جسد	رها کردن بدون هیچ اقدامی	دفن کردن	سوزاندن	بریدن اعضای بدن	داده معتبر
فراوانی	۸۵	۲	۵	۷	۹۹
درصد معتبر	٪ ۸۵/۸	٪ ۲	٪ ۵/۱	٪ ۷/۱	٪ ۱۰۰

جدول شماره ۴ نشان می دهد در موارد قابل توجهی، که ۸۵/۸ درصد است، جسد بدون اینکه اقدامی بر آن انجام شود، رها شده است و در ۱۲/۲ درصد، مقتول سوزانده یا مثله شده است.

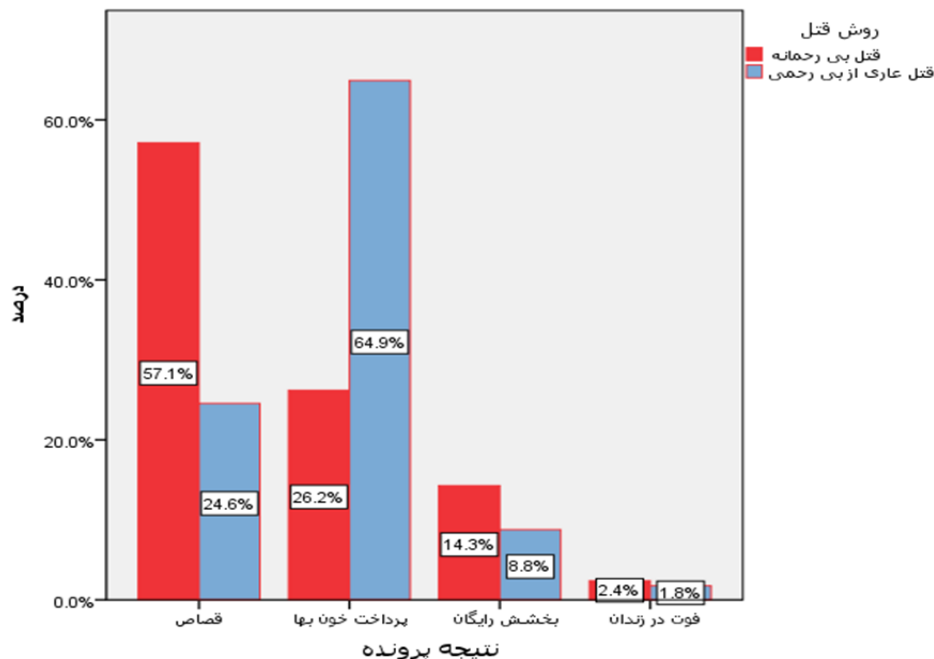
۴.۲. ارتباط شیوه قتل با تصمیم اولیای دم

از میان ۱۰۰ پرونده مطالعه شده، در ۹۹ پرونده شیوه قتل با توجه به شاخص های تعیین شده مشخص است.

جدول شماره ۵: تصمیم اولیای دم بر حسب روش قتل

روش قتل / سرنوشت قاتل	قصاص	پرداخت خون بها	بخشش رایگان	فوت در زندان	داده معتبر
فراوانی	۲۴	۱۱	۶	۱	۴۲
درصد معتبر	٪ ۵۷/۱	٪ ۲۶/۲	٪ ۱۴/۳	٪ ۲/۴	٪ ۴۲/۴
فراوانی	۱۴	۳۷	۵	۱	۵۷
درصد معتبر	٪ ۲۴/۶	٪ ۶۴/۹	٪ ۸/۸	٪ ۱/۸	٪ ۵۷/۶
فراوانی کل	۳۸	۴۸	۱۱	۲	۹۹
درصد کل	٪ ۳۸/۴	٪ ۴۸/۵	٪ ۱۱/۱	٪ ۲	٪ ۱۰۰
سطح معناداری	۰/۰۰۲				

نمودار شماره ۱: توزیع فراوانی تصمیم اولیای دم برحسب بی رحمانه بودن یا نبودن قتل:



اطلاعات جدول شماره ۵ و نمودار شماره ۱ نشان می‌دهد که از میان ۹۹ داده معتبری که در مورد قتل وجود دارد، در ۴۲/۴ درصد، قتل‌ها با توجه به شاخص‌های در نظر گرفته شده، توأم با بی‌رحمی و در ۵۷/۶ درصد غیربی‌رحمانه بوده است که موارد قتل بی‌رحمانه قابل توجه است. همچنین اطلاعات جدول شماره ۵ حاکی از این مطلب است که در بیش از ۵۷/۱ درصد، پرونده به قصاص منتهی شده و در مواردی که قتل غیر بی‌رحمانه بوده، در ۶۴/۹ درصد، پرونده به دریافت خون‌بها و در ۸/۸ درصد نیز به بخشش رایگان انجامیده است.

شایان ذکر است، مقدار سطح معناداری مندرج در جدول که $p=0/002$ است، نشان می‌دهد که ارتباط معناداری میان شیوه قتل و تصمیم اولیای دم وجود دارد؛ با این توضیح که قتل بی‌رحمانه یکی از فاکتورهای تصمیم‌گیری اولیای دم در مورد قاتلان عمدی بوده که در بیش از نیمی از پرونده‌ها، پرونده را به سمت قصاص رهنمون کرده است. حال آنکه در قتل‌های غیربی‌رحمانه، تمایل بیشتری به دریافت خون‌بها و بخشش رایگان وجود داشته است.

آنچه از یافته‌های این جدول استنباط می‌شود، این است که در مواردی که قاتل وسیله قتاله‌ای نظیر قمه و شمشیر را به کار برده، ضربات متعددی را به مقتول وارد کرده و در مواردی که قتل همراه با آزار جنسی مقتول بوده و در نهایت در مواردی که قاتل به قتل اکتفا نکرده و اقدامی شنیع و منزجرکننده را بر جسد مقتول روا داشته، گرایش اولیای دم به قصاص، به نحو قابل توجهی افزایش داشته است. برعکس در مواردی که قتل از میزان خشونت کمتری درباره مقتول برخوردار بوده است، اولیای دم تمایل بیشتری به انصراف از قصاص از خود نشان داده‌اند؛ چراکه ماهیت وحشیانه و نفرت‌انگیز این اعمال به شدت احساسات اولیای دم را جریحه‌دار می‌کند، ضمن اینکه حکایت از حالت خطرناک مرتکب دارد و به همین جهت این خوف وجود خواهد داشت که با بخشش چنین فردی، افراد دیگری در معرض این بزه‌دیدگی قرار گیرند. اگرچه در نظام کیفری ایران به تبعیت از منابع فقهی مجازات قصاص برای تمامی انواع قتل ثابت دانسته شده است، در عمل مشاهده می‌شود که درجه و شدت بی‌رحمی و خشونت در فعل ارتكابی، بر تصمیم اولیای دم تأثیرگذار است. از طرفی به کارگیری ابزار خشن و ضدانسانی نظیر قمه و شمشیر و وارد کردن ضربات متعدد که آسیب

بیشتری را بر بدن مقتول وارد می‌کند، از دیگر عوامل تأثیرگذار بر تصمیم اولیای دم بوده است. یافته‌های پژوهش سراج‌زاده نیز تأیید می‌کند که شهروندان بیشتر در مورد جرایمی حساسیت دارند که آسیب‌های شدید جسمانی و قابل رؤیت بر بدن قربانی وارد می‌آورد.^۱ خشونت نهفته در تعرض و تجاوز جنسی از دیگر موجبات عدم تسامح درباره قاتلان بوده است. شماری از پژوهش‌های صورت گرفته در خصوص میزان کیفرگرایی افکار عمومی نسبت به جرم تجاوز به عنف، نتایج این پژوهش را تأیید می‌کنند. به عنوان نمونه در تحقیقی که میرسعیدی و جوادی حسین آبادی انجام داده‌اند، تمایل افکار عمومی برای تحمیل مجازات شدید درباره مرتکبان جرایم جنسی به عنف تأیید شده است.^۲

۴.۳. ارتباط سبق تصمیم قاتل با تصمیم اولیای دم

قبل از ورود به بحث ارتباط سبق تصمیم قاتل با تصمیم اولیای دم، به نظر می‌رسد توضیح مفهوم «سبق تصمیم»^۳ لازم و ضروری می‌نماید. در حقوق کیفری ایران، قانون‌گذار تعریفی از سبق تصمیم ارائه نکرده است، اما قانون فرانسه در ماده ۷۲-۱۳۲ سوءنیت پیشینی یا به عبارتی سبق تصمیم را چنین تعریف کرده است: «سبق تصمیم یا طرح‌ریزی از قبل، عبارت از طرح شکل گرفته، قبل از اقدام به ارتکاب یک جنایت یا جنحه معین». به عبارت دیگر، برای سبق تصمیم باید مجموعه افعالی وجود داشته باشد که نشان دهد «قصد ارتکاب جرم» و سرانجام «اراده عملی»، مدتی قبل از وقوع عنصر مادی به خوبی شکل گرفته و در عالم خارج ظهور کرده است.^۴ در نظام کیفری ایران، تفاوتی میان وجود و فقدان سبق تصمیم نیست و هر دو، تحت شرایط مقرر در قانون مجازات اسلامی، منتهی به حکم قصاص خواهند شد. مسئله مورد بررسی این است که در جایی که تصمیم‌گیرنده اولیای دم پرونده‌اند، آیا الزاماً در قتل‌هایی که قاتل دارای سبق تصمیم بوده است، اولیای دم تمایل بیشتری به قصاص نشان داده‌اند؟

جدول شماره ۶: تصمیم اولیای دم بر حسب سبق تصمیم

وجود یا فقدان سبق تصمیم / سرنوشت قاتل	قصاص	پرداخت خون بها	بخشش رایگان	فوت در زندان	داده معتبر
فراوانی درصد معتبر	۱۵ ٪ ۵۰	۱۱ ٪ ۳۶/۷	۳ ٪ ۱۰	۱ ٪ ۳/۳	۳۰ ٪ ۳۰
فقدان سبق تصمیم درصد معتبر	۲۳ ٪ ۳۲/۹	۳۸ ٪ ۵۴/۳	۸ ٪ ۱۱/۴	۱ ٪ ۱/۴	۷۰ ٪ ۷۰
فراوانی و درصد کل	۳۸ ٪ ۳۸	۴۹ ٪ ۴۹	۱۱ ٪ ۱۱	۲ ٪ ۲	۱۰۰ ٪ ۱۰۰
سطح معناداری	۰/۳۳۷				

^۱ Serajzadeh, SeyedHossein. (2008). "Social determinants of the seriousness of crime: an examination of a Muslim sample", *Social Compass*, 55, no. 4, p 543.

^۲ میرسعیدی، سیدمنصور و حسین جوادی حسین آبادی، *بررسی تناسب بین جرم و مجازات*، مطالعه موردی (دانشجویان دانشگاه اصفهان)، علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی، مجموعه مقالات نكوداشت سیلویا تلنباخ، به کوشش: دکتر حسین غلامی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.

^۳ Premeditated murder

^۴ رضوی فرد، بهزاد، *کیفیات مشدده در فرایند کیفردهی جنایات بین‌المللی*، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۲، ۱۳۹۳، شماره ۶.

داده‌های جدول شماره ۶ حاکی از این مطلب است که از ۱۰۰ داده معتبری که در زمینه سبق تصمیم یا عدم سبق تصمیم قاتلان وجود دارد، در ۳۰ درصد موارد قاتل دارای سبق تصمیم و در ۷۰ درصد قاتل فاقد سبق تصمیم بوده است. همان‌طور که اطلاعات جدول نشان می‌دهد، در مواردی که قاتل دارای سبق تصمیم بوده، دقیقاً در نیمی از پرونده‌ها قاتل قصاص شده و در ۴۶/۷ درصد در مجموع، پرونده منتهی به دریافت خون‌بها و بخشش رایگان شده است. در پرونده‌هایی که قتل بدون سبق تصمیم صورت گرفته است، در ۶۵/۷ درصد در مجموع اولیای دم از قصاص انصراف داده و صرفاً در ۳۲/۹ درصد، قاتل را قصاص کرده‌اند. اگرچه در مواردی که سبق تصمیم وجود داشته، نسبت به مواردی که سبق تصمیم وجود نداشته است، قاتلان به میزان بیشتری مورد قصاص قرار گرفته‌اند و موارد انصراف از قصاص در مورد قاتلانی که فاقد سبق تصمیم بوده‌اند، بیشتر از قاتلانی بوده است که دارای سبق تصمیم بوده‌اند؛ لیکن با توجه به مقدار سطح معنادار مندرج در جدول، که $p=0/337$ است، به لحاظ آماری میان سبق تصمیم قاتل و تصمیم اولیای دم ارتباط معناداری مشاهده نشده است.

۴.۴. ارتباط وقوع قتل در حین نزاع دسته‌جمعی با تصمیم اولیای دم

ابتدا، روشن شدن مفهوم نزاع دسته‌جمعی ضروری به نظر می‌رسد. در تعریفی از نزاع دسته‌جمعی این‌گونه آمده است: «نزاع جمعی به‌عنوان ناسازگاری اهداف یا ارزش‌های بین دو یا گروه بیشتری در یک رابطه اجتماعی تعریف می‌شود که با تلاش برای کنترل دیگران و احساسات متخاصم به همدیگر همراه است.^۱ در تعریف دیگری از نزاع دسته‌جمعی چنین آمده است: «نزاع عبارت است از کشمکش مشهود و مستقیماً قابل رویت، حداقل بین دو نفر یا کشمکش بین افراد یا جمعی بر سر ارزش‌ها، ادعا، وضعیت، قدرت و یا منابع کمیاب است که در آن، گروه درگیر در نزاع از برتری ارزش یا ادعاهای خود حمایت می‌کند.^۲ آنچه در این قسمت از مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد، این مطلب است که آیا وجود یا فقدان منازعه دسته‌جمعی در حین قتل می‌تواند در تصمیم اولیای دم در مورد قاتلان عمدی تأثیرگذار باشد یا خیر؟

جدول شماره ۷: تصمیم اولیای دم بر حسب وجود یا فقدان نزاع دسته‌جمعی

دادنه معتبر	فوت در زندان	بخشش رایگان	پرداخت خون‌بها	قصاص	نزاع دسته‌جمعی / سرنوشت قاتل		
۱۴	۰	۰	۷	۷	فراوانی	وجود نزاع دسته‌جمعی	
%۱۴	۰	۰	%۵۰	%۵۰	درصد معتبر		
۸۶	۲	۱۱	۴۲	۳۱	فراوانی	فقدان نزاع دسته‌جمعی	
%۸۶	%۲/۳	%۱۲/۸	%۴۸/۸	%۳۶	درصد معتبر		
۱۰۰	۲	۱۱	۴۹	۳۸	فراوانی کل	فراوانی و درصد کل	
۱۰۰	%۲	%۱۱	%۴۹	%۳۸	درصد کل		
						۰/۴۳۴	سطح معناداری

^۱ Fitcher, Ron, *Sources of Conflict and Methods of conflict, Resolution, International Peace and Conflict Resolution School of International Service, The American University, c. 1677, Rev. 1625, 2000.*

38. Green, David A. (2009), "Feeding Wolves: Punitiveness and Culture", *European journal of Criminology*, Vol. 6 (6), pp 459-480.

^۲ بیرو، آن، فرهنگ علوم اجتماعی، باقر ساروخانی، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۵، ص ۴۵۶.

داده‌ها نشان می‌دهد که از ۱۰۰ داده معتبر در مورد این فاکتور، در ۱۴ درصد موارد قتل در اثر نزاع دسته‌جمعی صورت گرفته و در ۸۶ درصد نزاع دسته‌جمعی در بین نبوده است که میزان نزاع دسته‌جمعی در نمونه آماری میزان قابل توجهی است. اگرچه آمار مندرج در جدول گویای این مطلب است که قتل‌هایی که در جریان نزاع دسته‌جمعی رخ داده، نسبت به قتل‌هایی که در حین نزاع دسته‌جمعی اتفاق نیفتاده، در موارد بیشتری به قصاص منتهی شده است و تمامی موارد بخشش رایگان مربوط به قتل‌هایی است که در حین نزاع دسته‌جمعی صورت نگرفته است، لیکن با توجه به مقدار سطح معنادار مندرج در جدول، که $p=0/434$ است، میان وقوع نزاع دسته‌جمعی یا فقدان آن با تصمیم اولیای دم ارتباط معناداری مشاهده نشده است.

نتیجه‌گیری

در نظام کیفری ایران، در برخی موارد از جمله جرایم علیه تمامیت جسمانی، اختیار تعیین عکس‌العمل در مقابل بزه ارتكابی به دستان بزه‌دیده و نزدیکان وی سپرده می‌شود و نظام رسمی کیفری نقش کم‌رنگی ایفا می‌کند. در این پژوهش تلاش شد که ارتباط میان چگونگی و شرایط پیرامونی قتل، از جمله روش قتل، وجود و فقدان سبق تصمیم و همچنین وجود یا فقدان نزاع دسته‌جمعی با تصمیم اولیای دم مورد بررسی قرار گیرد. در واقع مسئله مورد بحث در این پژوهش این بود که آیا میزان کیفرگرایی اولیای دم در پرونده‌های قتل عمد می‌تواند متأثر از چگونگی و شرایط پیرامونی قتل عمد باشد؟ داده‌های حاصل از مطالعه پرونده‌ها نشان داد که میان کیفیت ارتكاب قتل با تصمیم اولیای دم ارتباط معنادار وجود دارد. توضیح اینکه در مواردی که قتل با توجه به شاخص‌های در نظر گرفته شده، همچون استفاده از قمه و شمشیر، وارد کردن بیش از دو ضربه، آزار جنسی مقتول و سوزاندن و بریدن اعضای جسد، بی‌رحمانه محسوب شده، بیش از نیمی از پرونده‌ها منتهی به قصاص شده و همچنین در مواردی که قتل شامل این شاخص‌ها نبوده و به عبارتی بی‌رحمانه محسوب نشده، تمایل زیادی به دریافت خون‌بها و بخشش رایگان وجود داشته است.

بدیهی است در این پژوهش، این تصور و ادعا وجود نداشته است که به شکل مطلق، شیوه قتل، تنها عامل مرتبط با تصمیم اولیای دم است؛ چراکه در این صورت باید تمام قتل‌های بی‌رحمانه منتهی به قصاص می‌شده است، بلکه فراوانی بالای قصاص در قتل‌های بی‌رحمانه و فراوانی بالای پرداخت خون‌بها و بخشش رایگان در قتل‌های غیربی‌رحمانه، حاکی از اهمیت این عامل در تصمیم اولیای دم دارد.

بررسی و تجزیه و تحلیل داده‌ها همچنین نشان داد که با توجه به سطح معنادار به دست آمده میان وجود و فقدان سبق تصمیم قاتل با تصمیم اولیای دم ارتباط معناداری وجود ندارد؛ اگرچه در مواردی که سبق تصمیم وجود داشته، نسبت به مواردی که سبق تصمیم وجود نداشته است، قاتلان به میزان بیشتری مورد قصاص قرار گرفته‌اند و قاتلانی که فاقد سبق تصمیم بوده‌اند، در موارد بیشتری نسبت به قاتلان دارای سبق تصمیم با پرداخت خون‌بها و بخشش رایگان از طناب دار نجات یافته‌اند.

نتایج حاصل از تحلیل داده‌ها همچنان نشان داد که با توجه به مقدار سطح معنادار به دست آمده، ارتباطی میان وجود و فقدان نزاع دسته‌جمعی با تصمیم اولیای دم وجود ندارد.

می‌توان نتیجه گرفت از منظر اولیای دم، که بزه‌دیده غیرمستقیم جرم قتل عمد محسوب می‌شوند، در مواردی که رفتار ارتكابی مرتکب واجد اوصافی بوده که در مجموع رفتار وی را شنیع‌تر و بی‌رحمانه‌تر کرده و حاکی از قساوت قلب مرتکب بوده است، متأثر از اخلاق تنبیهی، نسبت به رفتار وی، عکس‌العمل شدیدتری ابراز شده و در واقع شدت جرم ارتكابی یکی

از ملاک‌هایی بوده است که اولیای دم برای تعیین مجازات قاتل، آن را مدنظر قرار داده‌اند؛ حال آنکه در قتل‌هایی که اولیای دم تألمات روحی کمتری متحمل شده‌اند، عطوفت بیشتری نشان داده و به سمت دریافت خون‌بها پیش رفته و حتی در مواردی قاتل را مورد بخشش رایگان قرار داده‌اند.

یافته‌های حاصل از بررسی متغیر سبب تصمیم، که حاکی از عدم وجود ارتباط آماری میان این متغیر و تصمیم اولیای دم است، نکته قابل تأملی را به ذهن متبادر می‌کند و آن نکته این است که طراحی و برنامه‌ریزی قاتل در ارتکاب جرم قتل عمد، تصمیم اولیای دم را متأثر نکرده است؛ به عبارت دیگر اینکه قاتل در یک حادثه و به‌طور ناگهانی مرتکب قتل شده، با اینکه مقدمات ارتکاب جرم را از قبل آماده کرده و با نقشه و طرح قبلی مبادرت به ارتکاب جرم کرده، از منظر اولیای دم، عامل مهمی در تصمیم‌گیری نبوده است و این امر می‌تواند موجب به صدا درآمدن زنگ خطری باشد، مبنی بر اینکه آنجا که واکنش در مقابل جرم به بزه‌دیده و نزدیکان وی سپرده می‌شود، ممکن است واکنش اندیشمندانه و متناسب با رفتار ارتكابی اتخاذ نشود و در واقع آنچه عدالت قضایی است محقق نشود؛ چه بسا که قتل با سبب تصمیم با واکنشی سهل‌تر و قتل فاقد سبب تصمیم با عکس‌العمل شدیدتری مواجه شود. مشابه این امر را می‌توان در مورد متغیر نزاع دسته‌جمعی نیز مطرح کرد.

البته باید به این امر اذعان کرد که برای حصول به درک واقع‌بینانه‌ای از آنچه در پرونده‌های قتل عمد رخ می‌دهد، به علت پیچیدگی و چندبعدی بودن، موضوع از منظر عوامل متعددی باید مورد بررسی قرار بگیرد که از جمله این عوامل می‌توان به اوصاف و ویژگی‌های مربوط به قاتلان، نظیر سن، جنسیت، تابعیت، درجه رابطه خویشاوندی با مقتول و اوصاف، اوصاف مربوط به مقتولان، اوصاف مربوط به خود اولیای دم، نظیر درجه رابطه خویشاوندی آن‌ها با مقتول، جنسیت، باور مذهبی، تعصبات قومی و قبیله‌ای و به‌ویژه شرایط اقتصادی و اجتماعی طرفین درگیر در پرونده اشاره کرد که می‌توانند نقشی قابل توجه را در این تصمیم ایفا کنند؛ امری که مستلزم پژوهش‌های میدانی متعدد در این حوزه است و بذل توجه پژوهشگران را در این حوزه می‌طلبد.

منابع

کتاب

۱. استراوس، انسلم و کرین، جولیت، *مبانی پژوهش کیفی*، ترجمه ابراهیم افشار، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸.
۲. اکبری، عاطفه، *قانونگذاری مبتنی بر وقایع مجرمانه*، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۳. بیرو، آلن، *فرهنگ علوم اجتماعی*، ترجمه باقر ساروخانی، تهران: کیهان، ۱۳۷۵.
۴. رحمدل، منصور، *تناسب جرم و مجازات*، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۵. زهر، هوار، *عدالت ترمیمی*، حسین غلامی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۶. ساروخانی، باقر، *روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی بینش و فنون*، تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات علوم فرهنگی تهران، ۱۳۸۷.
۷. ساعی ارسى، ایرج، *مهارت‌های نوشتاری پژوهش در علوم اجتماعی*، تهران: بهمن برنا، چاپ پنجم، ۱۳۹۵.
۸. سعدی‌پور، اسماعیل، *روش‌های تحقیق در روان‌شناسی و علوم تربیتی*، تهران: دوران، ۱۳۹۶.
۹. غلامی، حسین، *کیفرشناسی: کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم*، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۰. غلامی، حسین، *کیفرگرایی: مفهوم و گونه‌های آن*، در: حسین غلامی (به کوشش)، *علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی*، مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلویا تلنباخ، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

۱۱. غلامی، حسین، **کیفرگرایی: معیار و شاخص ها**، در: علی حسین نجفی ابرندآبادی (زیرنظر)، دایره المعارف علوم جنایی: کتاب چهارم علوم جنایی تجربی، ۱۳۹۸.
۱۲. کرس ول، جان دلبیو، **طرح پژوهش رویکردهای کمی، کیفی و ترکیبی**، علیرضا کیامنش و مریم دانای طوس، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه طباطبایی، ۱۳۹۸.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی، **دانشنامه جرم شناسی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۱۴. نیکوکار، حمیدرضا و بهار همت پور، **ترس از جرم**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۵. هابز، توماس، **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۵.
۱۶. هود، راجر و کرولین هویل، **مجازات مرگ**، فراز شهلائی، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۱.

مقاله

۱۷. جعفری، احمد و سید حسین سراج زاده، **جرم و مجازات: مقایسه مجازات‌های اجتماعی پیشنهادی نمونه‌ای از دانشجویان با قوانین مجازات در ایران**، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، سال دوم، ۱۳۹۰، شماره ۵ و ۶.
۱۸. رضوی فرد، بهزاد، **کیفیات مشدده در فرایند کیفردهی جنایات بین المللی**، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۲، ۱۳۹۳، شماره ۶.
۱۹. سلیمانی میمندی و روح الامینی، نجمه، محمود امینی‌زاده، و حمید امینی‌زاده، **بررسی قتل عمد در حقوق ایران و کانادا**، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، دوره پنجم، ۱۳۹۸، شماره ۴۹.
۲۰. شیری، عباس، **حق بزه دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۷، شماره ۸۱.
۲۱. غلامی، حسین، **الفاگرایی و کنترل جرم، تناقض در اصطلاحات**، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۷، صص ۳۲۴-۳۴۸.
۲۲. فرجیها، محمد، **بازتاب رسانه‌های جرم**، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، سال ششم، ۱۳۸۵، شماره ۲۲.
۲۳. قاضی نژاد، مریم و مینا ذبیحی، **نسل و جدی‌انگاری جرم**، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، دوره ۶، ۱۳۹۴، شماره ۱.
۲۴. کریمی منجمویی و علیرضا افشانی، **بررسی عوامل اجتماعی مؤثر بر گرایش به نزاع دسته‌جمعی در شهر لردگان**، فصلنامه انتظام اجتماعی، سال دهم، ۱۳۹۷، شماره ۶.
۲۵. محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن‌آبادی، **افکار عمومی و کیفرگرایی**، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، ۱۳۹۰، شماره ۲.
۲۶. مرادی، حسن و علی شهبازی، **عنصر معنوی قتل عمد در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۴، ۱۳۹۴، شماره ۱۳.
۲۷. مرادی پسند، گلناز، تهمورث بشیریه و حسین غلامی دون، **بررسی تطبیقی جلوه‌های کیفرگرایی در نظام‌های حقوقی و تاثیر آن بر الگوهای کیفرزدا**، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، شماره ۵۱، صص ۱۹۷-۲۱۵.
۲۸. مهرا، نسرین، **تأثیر مشخصه‌های جرم بر تعیین مجازات**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، صص ۸۳-۶۳.
۲۹. میرسعیدی، منصور و حسین محمد کوره‌پز، **نقش رهبران سیاسی - اجتماعی در سطح کیفرگرایی عمومی (مطالعه موردی کیفر مرگ)**، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۱.
۳۰. نورپور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سید محمد جواد ساداتی، **تأثیر جنسیت بر میزان گرایش به اجرای مجازات‌های شدید جسمانی (مطالعه موردی: شهرستان مشهد)**، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۸، ۱۳۹۹، شماره ۳۰.

۳۱. نورپور، محسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سید محمد جواد ساداتی، تحلیل جامعه‌شناختی تعامل میان سیاست کیفری رسمی و وجدان تنبیهی وجدان جمعی (مطالعه موردی افکار عمومی شهرستان مشهد در مجازات های شدید بدنی)، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۴۹، ۱۳۹۸، شماره ۲.
۳۲. نیکوکار، حمیدرضا، شهلا معظمی و پروین ستار، مطالعه تطبیقی الگوهای بازنمایی بزهکاری در مطبوعات ایران و آلمان با تأکید بر کیفرگرایی، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۵۰، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۳۳. نیکوکار، حمیدرضا، مژگان امراللهی بیوکی و مهدی برزگر، نقش ترس از جرم بر اجرای علنی مجازات مرگ با تأکید بر نقش رسانه ها (مطالعه موردی اعدام قاتل روح الله داداشی)، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال هشتم، ۱۳۹۲، شماره ۲۶.

References

Books

1. Akbari, Atefeh. *Legislation Based on Criminal Events*. Tehran: Majd, 2015. (in Persian)
2. Birou, Alan. *Culture of Social Sciences*. Translated by Baqer Sarukhani. Tehran: Keyhan, 1996. (in Persian)
3. Creswell, John W. *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*. Translated by Alireza Kiamanesh and Maryam Danay Tavas. Tehran: Jihad Daneshgahi Publications, Allameh Tabatabai University, 2019. (in Persian)
4. Fitcher, Ron, *Sources of Conflict and Methods of conflict, Resolution, International Peace and Conflict Resolution School of International Service, The American University, c. 1677, Rev. 1625.*
5. Gholami, Hossein. *Criminology: General Principles and Criminal Response Foundations*. Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
6. Gholami, Hossein. *Penology: Concepts and Types*. In: Hossein Gholami (Ed.), *Comparative Criminal Sciences in the Light of International Cooperation: A Collection of Articles Honoring Dr. Sylvia Tellenbach*. 1st ed., Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
7. Gholami, Hossein. *Penology: Criteria and Indicators*. In: Ali Hossein Najafi Abrand Abadi (Ed.), *Encyclopedia of Criminal Sciences: Volume Four of Experimental Criminal Sciences*. 2019. (in Persian)
8. Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Translated by Hossein Beshirieh. Tehran: Nashr Ney, 2006. (in Persian)
9. Holland Winifred. *Homicide law in Comparative Perspective: Murder and Related Issues: An Analysis of the Law in Canada*. Published in North America (US and Canada) by Hart Publishing. C/o International Specialized Book Services, 920 NE 58th Avenue, Suite 300, Portland, OR 97213-3786, The editor and contributors severally, 2007.
10. Hood, Roger & Caroline Hoyle. *The Death Penalty*. Translated by Faraz Shahlaei. Tehran: Negah Bineh, 1st ed., 2012. (in Persian)
11. Kutateladze, Besiki, *Measuring State Punitiveness in the United States, in: Kury, Helmut and Shea, Evelyn, Punitivity: International Developments*, vol 1, Universitatsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2011.
12. Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein & Hamid Hashemi Beigi. *Encyclopedia of Criminology*. Tehran: Ganj Danesh, 2018. (in Persian)
13. Nikoukar, Hamid Reza & Bahar Hemmatpour. *Fear of Crime*. Tehran: Mizan, 1st ed., 2012. (in Persian)
14. Rahmandel, Mansoor. *The Proportionality of Crime and Punishment*. Tehran: Samt, 3rd ed., 2015. (in Persian)
15. Saadi Pour, Ismail. *Research Methods in Psychology and Educational Sciences*. Tehran: Douran, 2017. (in Persian)

16. Saei Arsi, Iraj. *Writing Skills in Social Science Research*. Tehran: Bahman Borna, 5th ed., 2016. (in Persian)
17. Sarukhani, Baqer. *Research Methods in Social Sciences: Insights and Techniques*. Tehran: Publications of the Research Institute for Humanities and Cultural Studies, 2008. (in Persian)
18. Strauss, Anselm & Corbin, Juliet. *Basics of Qualitative Research*. Translated by Ebrahim Afshar. Tehran: Nashr Ney, 2019. (in Persian)
19. Zahr, Howard. *Restorative Justice*. Translated by Hossein Gholami. Tehran: Majd, 1st ed., 2004. (in Persian)

Articles

20. Adriaensse, An, Aertsen, Ivo, "Punitive attitudes: Towards an operationalization to measure individual punitivity in a multidimensional way", *European Journal of Criminology*, Vol. 12(1), 2014.
21. CORNU, Gérard. *Legal Vocabulary*, Puf, 2005. (in French)
22. Farajhia, M. "Media Reflection of Crime". *Scientific-Research Quarterly Journal of Social Welfare*, Vol. 6, 2006, No 22. (in Persian)
23. Ghassemi, Ghassem. "Criminal punishment in Islamic societies: empirical study of attitudes to criminal sentencing in Iran", *European Journal of Criminal Policy and Research*, vol. 15, 2009.
24. Ghazi Nejad, M & Zibahi, M "Generational and Historical Perspectives on Crime". *Journal of Social Issues in Iran*, Vol. 6, 2015, No 1. (in Persian)
25. Gholami, H. "Penology and Crime Control: Terminological Contradictions". **Journal of Law and Politics Research**, 2008. (in Persian)
26. Jafari, A & Sarajzadeh, S H, "Crime and Punishment: Comparing Proposed Social Punishments with Iranian Penal Laws". *Journal of Social Issues in Iran*, Vol. 2, 2011, No 5 & 6. (in Persian)
27. Karimi M & Afshani, A "Examination of Social Factors Affecting Collective Disputes in Lordegan". *Quarterly Journal of Social Order*, Vol. 10, 2018, No 6. (in Persian)
28. Kury, Helmut; Ferdinand, Theodore N. & Obergfell-Fuchs, Joachim (2002), "Does severe punishment mean less criminality?", *International Criminal Justice Review*, Vol. 13, 2002, pp 110–148.
29. Mahmoudi Janki, F & Moradi Hassanabadi, M, "Public Opinion and Penology". *Journal of Legal Studies*, Vol. 3, 2011, No 2. (in Persian)
30. Mehra, N. "The Impact of Crime Characteristics on Determining Punishment". *Quarterly Journal of Legal Research*, No. 88, 2019. (in Persian)
31. Mirsaiidi, M & Mohammad Kurehpaz, H "The Role of Political-Social Leaders in General Penology (Case Study of the Death Penalty)". *Journal of Legal Studies and Criminology*, Vol. 49, 2019, No 1. (in Persian)
32. Moradi Pasand, G, Beshirieh, T & Gholami Don, H "Comparative Study of Penology Aspects in Legal Systems and Its Impact on Crime Reduction Patterns". *Scientific Quarterly Journal of Free Legal Research*, Vol. 14, 2021, No 51. (in Persian)
33. Moradi, H & Shahbazi, A "The Mental Element of Intentional Murder in the Islamic Penal Code of 2013". *Journal of Criminal Law Research*, Vol. 4, 2015, No 13. (in Persian)
34. Nikoukar, H R, Amrollahi Biouki, M & Barzegar, M, "The Role of Fear of Crime on the Public Execution of the Death Penalty with Emphasis on Media Role (Case Study: Execution of the Murderer Rouhollah Dadashi)". *Quarterly Journal of Crime Prevention Studies*, Vol. 8, 2013, No 26. (in Persian)
35. Nikoukar, H R, Moazami, SH & Setar, P "Comparative Study of Crime Representation Models in Iranian and German Media with Emphasis on Penology". *Journal of Legal Studies and Criminology*, Vol. 50, 2020, No 2. (in Persian)

36. Nourpoor, M, Javan-Jafari Bojnourdi, A & Javad Sadati, S M "The Effect of Gender on the Tendency to Implement Severe Physical Punishments (Case Study: Mashhad)". *Journal of Criminal Law Research*, Vol. 8, 2020, No 30. (in Persian)
37. Nourpoor, M, Javan-Jafari Bojnourdi, A Javad Sadati, S M "Sociological Analysis of Interaction between Formal Penal Policy and Collective Conscience (Case Study: Public Opinion in Mashhad on Severe Physical Punishments)". *Journal of Legal Studies and Criminology*, Vol. 49, 2019, No 2. (in Persian)
38. Rezvifard, B. "Aggravating Circumstances in the Process of International Criminal Prosecution". *Journal of Criminal Law Research*, Vol. 2, 2014, No 6. (in Persian)
39. Serajzadeh, SeyedHossein. "Social determinants of the seriousness of crime: an examination of a Muslim sampl", *Social Compass*, 55, 2008, no. 4.
40. Shiri, A. "The Victim's Right in Determining and Executing Punishment". *Quarterly Journal of Judicial Perspectives*, 2018, No 81. (in Persian)
41. Soleimani Mimandi, N, Aminizadeh, M & Aminizadeh, H, "Review of Intentional Murder in Iranian and Canadian Law". *International Journal of Nations Research*, Vol. 5, 2019, No 49. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Differential Sentencing of Children and Adolescents in the Notion of "Right to Rehabilitation"

Mohammad Reza Adalatkhah¹, Akbar Varvai², Mohammad Javad Jafari³

ABSTRACT

The ideological foundations governing the penal system of any country have a direct impact on the formulation of criminal responses and criminal policy in the fight against crime. Children and adolescents as a subject of criminal policy in any society, who play a decisive role in the fate of any country, are very important that necessitate the adoption of defamatory criminal policy in the field of punishment. One of the differential manifestations of the intellectual foundations of responding to the criminal behavior of offenders is the acceptance of the idea of the "right to rehabilitation" instead of the "right to be punished" for children and adolescents. The right to rehabilitation is one of the most prominent human rights; in such a way that a person has these rights from childhood and in all stages of his life, even when he is convicted of a crime. Therefore, all governments and rulers, regardless of the religion of the members of society, while respecting their equal rights in political, economic, social and cultural terms, are committed to provide a suitable environment for the growth and excellence of children, especially delinquent children. One of the fundamental rights of the human family is the right to reform and rehabilitation. The exercise of this right plays an important role in replacing values and norms commensurate with social developments in a collective and widespread way in collective life. This right is based on humanitarian, religious, and criminalistic principles that require the existence of such a right for delinquent children and has unique effects and results, such as the priority of implementing reform programs instead of punishment for delinquent children and the participation of non-legal institutions in the process of responding to them.

KeyWords: The Right to Rehabilitation, Children and Adolescents, Criminal Responding, The Right to Punishment

How to Cite: Adalatkhah, Mohammad Reza, Varvai, Akbar, Jafari, Mohammad Javad, " Differential Sentencing of Children and Adolescents in the Notion of "Right to Rehabilitation", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:41-60.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.226641.2152>

Received: 10/04/2022-Accepted: 30/04/2022

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Kermanshah Branch, Kermanshah, Iran

Corresponding Author Email: edalatkhah.mr@gmail.com

2. Professor of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University: Kermanshah Branch, Kermanshah, Iran

3. Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Kermanshah Branch, Kermanshah, 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/>).



کیفرگذاری افتراقی اطفال و نوجوانان در انگاره «حق بر بازپروری»

محمد رضا عدالتخواه^۱، اکبر وروایی^۲، محمد جواد جعفری^۳

چکیده

مبانی فکری حاکم بر نظام کیفری هر کشوری تأثیر مستقیم در تدوین پاسخ‌های کیفری و سیاست‌گذاری جنایی در مبارزه با بزهکاری دارد. اطفال و نوجوانان به‌عنوان موضوع سیاست‌گذاری جنایی در هر جامعه‌ای از آن نظر که نقش تعیین‌کننده‌ای در سرنوشت هر کشوری دارند، از اهمیت بسزایی برخوردار بوده و ضرورت اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در زمینه کیفردهی را ایجاب می‌کند. یکی از جلوه‌های افتراقی در مبانی فکری پاسخدهی به رفتار مجرمانه بزهکاران، پذیرش اندیشه «حق بر بازپروری» به جای «حق بر مجازات شدن» برای اطفال و نوجوانان است. حق برخورداری از بازپروری یکی از بارزترین حقوق بشری به شمار می‌رود؛ به‌گونه‌ای که فرد از سنین کودکی و در تمام مراحل زندگی خود، حتی زمانی که به دلیل ارتکاب جرم محکوم به مجازات می‌شود، از این حقوق برخوردار است. از این‌رو، تمامی دولت‌ها و حاکمان صرف‌نظر از آنکه اعضای جامعه تابع چه دین و آیینی هستند، ضمن رعایت حقوق برابر آنان از جهات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، متعهدند زمینه‌ای مناسب را برای رشد و تعالی کودکان و به‌ویژه کودکان بزهکار فراهم آورند. از جمله حقوق بنیادین خانواده بشری، حق برخورداری از اصلاح و بازپروری است. اجرای این حق نقش بسزایی در جایگزین کردن ارزش‌ها و هنجارهای متناسب با تحولات اجتماعی به‌صورت همگانی و گسترده در زندگی جمعی ایفا می‌کند. این حق مبتنی بر مبانی انسانی، دینی و کیفرشناختی است که ضرورت وجود چنین حقی را برای کودکان بزهکار ایجاب کرده و دارای آثار و نتایج منحصر به فرد همچون اولویت اجرای برنامه‌های اصلاحی به جای مجازات درمورد اطفال بزهکار و مشارکت نهادهای غیرحقوقی در فرایند پاسخدهی به آنان نیز خواهد بود.

کلید واژگان: حق بر بازپروری، اطفال و نوجوانان، پاسخدهی کیفری، حق بر مجازات.

استناد به این مقاله: عدالتخواه، محمد رضا، وروایی، اکبر، جعفری، محمد جواد، «کیفرگذاری افتراقی اطفال و نوجوانان در انگاره «حق بر بازپروری»»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۴۱-۶۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.226641.2152>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۰

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد کرمانشاه، کرمانشاه، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: edalatkahh.mr@gmail.com
۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد کرمانشاه، کرمانشاه، ایران
۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد کرمانشاه، کرمانشاه، 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

تنبیه و کیفر از ابتدایی‌ترین و بارزترین و درعین حال اصلی‌ترین ابزار حتی در عصر معاصر برای مبارزه با پدیده جرم و بزهکاری شناخته شده و دولت‌ها برای برقراری نظم در جامعه، قوانین و مقررات کیفری را به‌عنوان مقوله مؤثر در کاهش بزهکاری معرفی و از آن استفاده می‌کنند. اما تجربه استفاده از کیفر، دلالت بر آن دارد که این ابزار در مبارزه با بزهکاری همواره با شکست مواجه شده و نه فقط موجب کاهش بزهکاری نشده، بلکه علی‌رغم تشدید کیفر، بزهکاری افزایش یافته است. به‌کارگیری کیفر در خصوص اطفال و نوجوانان به لحاظ ویژگی‌های شخصیتی، روانی و اجتماعی آنها به‌مراتب آثار سوء و زیان‌باری در مقایسه با بزرگسالان خواهد داشت.

بدیهی است پرداختن به مسائل کودکان و نوجوانان در جامعه از جوانب مختلف حائز اهمیت است. کودکان و نوجوانان از یک‌سو به دلیل ضعف در همه ابعاد جسمی و فکری نیازمند حمایت و توجه‌اند و جامعه مکلف به تأمین و تضمین حقوق رشدی آنهاست. علاوه بر تکلیفی که جامعه در خصوص حمایت از کودکان و نوجوانان بر عهده دارد، سرمایه‌گذاری اجتماعی کودک‌محور نیز تدبیری اساسی و آینده‌ساز برای جامعه است.^۱ در این میان اساسی‌ترین سرمایه‌گذاری کودک‌محور، اتخاذ تدابیر واکنشی مناسب در قبال بزهکاری آنان است تا به مدد این واکنش‌ها بتوان از تباهی آینده کودکان و نوجوانان کاست که با این وصف رویکرد بازپروری و برخورد درمان‌محوری در خصوص کودکان بزهکار اهمیت بسزایی پیدا می‌کند.

به‌طوری که اگرچه سیاست‌گذاری افتراقی درباره اطفال و نوجوانان در قوانین بالادستی سیاست‌های کلی نظام برنامه‌های پنج‌ساله توسعه قوانین بودجه سنواتی مورد بی‌اعتنایی قرار گرفته است و موارد مرتبط با بزهکاری اطفال و نوجوانان در این اسناد اندک است، قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و لایحه تشکیل پلیس اطفال ابعاد مهمی از سیاست‌گذاری جنایی افتراقی را بازتاب داده و گام‌های مؤثری در این باره برداشته است.^۲ در این میان آموزه‌های کیفرشناسی و مطالعات جرم‌شناختی که به تبیین و توجیه بنیادهای فلسفی مربوط به مجازات و سپس اتخاذ رویکردهای مناسب در سیاست جنایی قانون‌گذار درباره بزهکاران می‌پردازند، عمده‌ترین آموزه‌ها بر توجیه پاسخ‌های کیفری اتخاذشده از سوی قانون‌گذار متمرکز شده و آنگاه که موضوع پاسخ‌های سیاست جنایی، اطفال و نوجوانان است، سیاست‌گذاران در انتخاب نوع واکنش‌های کیفری و سیاست‌های منطقی همواره دچار مناقشه و چالش بوده و لذا برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری در این مورد را مشکل و پیچیده می‌کند. به موجب مطالعات جرم‌شناختی و حقوق بشری، اطفال و نوجوانان ویژگی‌های خاصی دارند که مستلزم اتخاذ رویکرد افتراقی در پاسخ‌دهی به بزهکاری آنان است. به دلیل جنبه‌های جامعه‌شناختی، زیست‌شناختی و روان‌شناختی اطفال و نوجوانان و تأثیر تحولات آنها در آینده کشور، نوع و به‌منظور سیاست‌گذاری نسبت به آنها از اهمیت فراوان برخوردار است. لذا دغدغه اصلی عدالت کیفری هر کشوری، بیش از هر چیزی، اصلاح و بازپروری بزهکاران و به‌ویژه اطفال و نوجوانان بزهکار است و به همین دلیل در عرصه عدالت کیفری در راستای بازپروری اطفال بزهکار، حقوق کیفری به شکل‌های مختلفی به

۱. مهدوی، محمود، *پیشگیری از جرم (پیشگیری رشد‌مدار)*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۳.

۲. شیری، عباس، «سیاست گذاری جنایی افتراقی درباره اطفال و نوجوانان»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۸، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۱۰۴.

رفتار مجرمانه آنها پاسخ می‌دهد^۱ که قدیمی‌ترین این پاسخ‌ها، معرفی به کانون اصلاح و تربیت است. اندیشه بازپروری بر این موضوع تأکید دارد که اطفال و نوجوانان از نظر ویژگی‌های شناختی و احساسی متفاوت از بزرگسالان و بنابراین شایسته اعطای فرصت دوباره برای بازگشت به جامعه‌اند. از سوی دیگر، این قشر از جامعه دارای وضع روانی و اجتماعی حساس‌تر و به مراتب آسیب‌پذیرتری نسبت به سایر اقشارند و لذا ضرورت اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در اصلاح و بازپروری آنان تأکید می‌شود. در این میان، واکنش کیفری در قبال رفتارهای مجرمانه آنها از سوی قانون‌گذار بخش مهمی از این سیاست جنایی افتراقی را تشکیل می‌دهد.

در حالی که نظریه‌های اخلاق هنجاری سزاگرایی و فایده‌گرایی^۲ که در توجیه مجازات درمورد بزهکاران بر مبنای حق بر مجازات شدن^۳ شکل گرفته‌اند، نظریه‌ها و سیاست‌های ناظر بر بازپروری و عدالت ترمیمی مبتنی بر رویکرد بنیادین دیگری که از آن تحت عنوان حق بر مجازات نشدن یاد می‌شود، استوار است.^۴ در تشریح این مطلب، محور اصلی بحث آن است که آیا حقوق اولیه بزهکاران در زمان ارتکاب جرم حق بر مجازات شدن آنها بوده و جامعه تکلیف به اعمال این حق برای آنان دارد یا اینکه حق اولیه آنان در زمان ارتکاب جرم حق بر مجازات نشدن است؟ اگر مبنای اول را بپذیریم، مجازات به‌عنوان یک حق برای مجرم محسوب شده که جامعه تکلیف به اعمال این حق برای بزهکار داشته است و مکلف به مجازات کردن بزهکاران است که در این راستا برای توجیه و مشروعیت آن نظریه‌های سزاگرایی و فایده‌مندی مطرح می‌شود؛ اگر مبنای دوم را قائل باشیم، در این صورت جامعه تکلیف به مجازات ندارد، بلکه حق اولیه بزهکار، حق بر بازپروری و باز اجتماعی شدن وی است که می‌بایست جامعه آن را فراهم کند و ابزارهای لازم را ببیند.

بنابراین، حق بر بازپروری به‌عنوان یک رویکرد فلسفی در سیاست کیفری برای بزهکاران شناخته شده است که این حق در ارتباط با اطفال و نوجوانان تکلیف بیشتری را به جامعه بار می‌کند. حال با توجه به اینکه در غالب زمینه‌ها و نهادهای کیفری، به منظور وضع خاص این قشر از شهروندان، سیاست جنایی افتراقی اتخاذ شده، لذا در مبنای نظری توجیه پاسخ‌های کیفری و بنیان‌های مورد پذیرش، افتراقی بودن آن نیز درمورد اطفال و نوجوانان امری ضروری است. به عبارت دیگر، مبنای نظری پاسخ‌های کیفری درمورد سایر بزهکاران، هرچه باشد آثاری بر آن مترتب خواهد بود؛ اما درمورد اطفال

۱. علی‌رغم اینکه در نظام‌های عدالت کیفری واکنش رسمی و پاسخ‌دهی در قبال رفتار مجرمانه کودکان بزهکار عموماً در قالب بازپروری و تدابیر اصلاحی انعکاس یافته و حتی در اسناد بین‌المللی گوناگون نیز بر اهمیت بازتوانبخشی نوجوانان و وضع مقررات در راستای اصلاح، بازپذیری و حفظ منافع عالیّه آنان تأکید کرده‌اند، همواره گرایش‌های مخالف این رویکرد به دلایلی از جمله عوام‌گرایی و ارائه پاسخ‌های فوری و مطابق با خواست مردم در برهه‌های مختلف رشد کرده و موجب می‌شوند تا سیاست‌های سخت‌گیرانه‌ای در این حوزه تدوین شود. (جهت مطالعه بیشتر در سیاست کیفری عوام‌گرایی نک به: فرجی‌ها، محمد و محمد باقر مقدسی، «رویکرد عوام‌گرایی کیفری به عدالت کیفری نوجوانان و جوانان»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۸۹؛ محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن‌آبادی، «افکار عمومی و کیفرگرایی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۰؛ مقدسی، محمد باقر، «عوام‌گرایی و جلوه‌های آن در سیاست کیفری ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۰؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «تقریبات درس سیاست جنایی، درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا»، مقطع دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم زینب باقری نژاد، نیمسال نخست ۹۰-۱۳۸۹، قابل دسترسی در www.lawtest.ir).

۲. جهت مطالعه بیشتر در خصوص نظریه‌های اخلاق هنجاری توجیه کیفر نک به: نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هادی رستمی، «رویکرد سزاگر به کیفر در نظریه لیبرالیسم»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۵، شماره ۳، (ویژه نامه شماره ۱۰)، ۱۳۹۱؛ رستمی، هادی، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده محور در توجیه کیفر»، *نشریه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵؛ فرح بخش، مجتبی، *جرم‌انگاری فایده‌گرایانه*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.

۳. جهت مطالعه بیشتر نک به: غلامی، حسین، *کیفرشناسی، کلیات، پاسخ‌شناسی جرم*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۱۱۱-۱۸۸.

۴. همان، ص ۱۷۳.

و نوجوانان باید توجیه پاسخ‌دهی مبتنی بر رویکردی باشد که متفاوت از سایر بزهکاران بوده و افتراقی بودن سیاست جنایی در مورد آنان، در این عرصه نیز لحاظ شود. به همین دلیل از بنیادی‌ترین مباحث فلسفی حق بر بازپروری به‌عنوان رویکرد افتراقی در پاسخ‌دهی کیفری اطفال و نوجوانان است که بی‌شک ابتدای سیاست‌گذاران به چنین مبنایی، آثار و نتایجی را به دنبال خواهد داشت؛ به همین منظور در این مقاله ضمن تبیین مفهوم حق بر بازپروری از حیث معناشناسی واژه حق و ماهیت آن در این عبارت^۱، به مبانی، آثار و نتایج ناشی از به‌کارگیری چنین مبنای فکری در سیاست‌گذاری کیفری در مواجهه با بزهکاری اطفال و نوجوانان پرداخته خواهد شد.

۱. مفهوم‌شناسی «حق بر بازپروری»

بازپروری به‌عنوان پاسخی انسان‌دوستانه برای جرم، در اسناد مختلف حقوق بشری تبلور یافته است^۲ که با هدف بازگرداندن بزهکاران به اجتماع و ایجاد امکان زیست مسالمت‌آمیز در جامعه به‌عنوان هدف اصلی عدالت کیفری مورد توجه قرار گرفته است. این رویکرد در بدو شکل‌گیری به‌طور ویژه در قلمرو عدالت کیفری اطفال و نوجوانان مطرح شد و سپس به سایر بزهکاران نیز تسری یافت. حق بر بازپروری به‌عنوان رویکرد مبنایی و بنیادین برای اطفال و نوجوانان وجه غالب سیاست‌گذاری افتراقی در زمینه پاسخ‌دهی کیفری مطرح است.

۱.۱. مفهوم حق

اساساً بدون تبیین دقیق مفهوم حق، درک سایر پدیده‌ها به‌ویژه در مباحث فلسفی دشوار است. برای واژه حق معانی متعددی در لغت ذکر شده است. حق در لغت به معنای راست کردن سخن، درست کردن وعده، یقین کردن ثابت (که انکار آن روا نباشد) است.^۳ در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت است از سلطه و توانایی شخص بر چیزی یا کسی، به طوری که ب اساس آن بتواند در آن چیز یا شخص تصرف کند^۴ مفهوم حق در اصطلاح، موقعیت یا امتیازی است که دارنده آن دارای منفعتی شده یا از ضرری دور می‌شود و به‌طور کلی حق می‌تواند از یک فرد در مقابل دیگران حمایت و مصلحت یا منفعتی برای فرد در مقابل سایرین تأمین کند.

از منظر هوفلد، فیلسوف و حقوقدان آمریکایی، واژه حق می‌تواند معنای مختلف مطالبه، آزادی، قدرت (اختیار) و مصونیت را داشته باشد. حق در معنای مطالبه، در پیوند با تکلیف متقابل است؛ بدین معنا که صاحب حق ادعایی علیه غیر دارد و غیر مکلف به اجرای آن است (مانند حق طلبکار به بدهکار)؛ منظور از حق در معنای آزادی آن است که نظام حقوقی برای افراد امتیازاتی قائل می‌شود و بهره‌مندی از آن امتیازها لزوماً تکلیف فرد سوم را در پی ندارد؛ مانند حق انتخاب شغل یا حق شرکت در انتخابات. حق در معنای قدرت به معنای توانایی انجام کاری است؛ به طوری که فرد اختیار انجام دادن یا ندادن امری را داشته باشد؛ مانند حق مدعی بر اقامه دعوا یا حق انسان بر معامله کردن. درنهایت مراد از حق در معنای مصونیت، حمایت صاحب حق در قبال اعمال دیگران و جلوگیری از اعمال قدرت آنان به صاحب حق است؛ به‌عنوان

^۱ منظور عبارت حق بر بازپروری است.

^۲ نیک پرور، مسعود، «حق بازپروری بزهکاران در حقوق داخلی و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۱، ص ۲.

^۳ دهخدا، علی‌اکبر، *لغتنامه دهخدا*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳، (ذیل واژه حق).

^۴ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ سی و هشتم، ۱۳۹۱.

نمونه، حق پیوستن کارگر به اتحادیه‌های کارگری یا حقوق انسان دربارهٔ حیثیت و حرمت خود.^۱ بنابراین سؤال اصلی این است که در مفهوم حق در عبارت حق بر بازپروری کدام یک از معانی مذکور به کار رفته است. هنگامی که گفته می‌شود حق اولیهٔ اطفال و نوجوانان، در صورت ارتکاب جرم، حق بر بازپروری منظور چه نوع حقی است.

۱.۲. مفهوم «بازپروری»

بازپروری بزهکاران برای نخستین بار در قالب درمان پزشکی مجرمان از سوی بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی مطرح شد. آنان عقیده داشتند بزهکاری نوعی بیماری زیستی سرشتی است که باید با استفاده از مجازات به درمان این دسته از افراد مبادرت ورزید. بدین‌سان، بازپروری مجرمان از نظر بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی، به‌ویژه سزار لمبروزر، به اقدام‌های درمان پزشکی محدود می‌شود.^۲ این اصطلاح از حیث لغوی به معنای بازتوانی و دوباره‌میزان کردن است و در ادبیات جرم‌شناسی و کیفرشناسی، ناظر به آماده کردن بزهکاران برای حضور مجدد در جامعه به‌عنوان شهروندانی قانونمند و مولد است.^۳ بنابراین بهسازی اجتماعی یا اصلاح اخلاقی توأم با حسن‌رفتار را می‌توان به‌عنوان معنای بازپروری دانست. به عبارت دیگر، اصلاح و بازپروری، که از جمله کارکردهای فایده‌گرایی مجازات محسوب می‌شود، «یعنی لحاظ شخصیت مرتکب جرم در فرایند عدالت کیفری و به منظور متناسب کردن پاسخ کیفری با نیازهای روانی، جسمانی و اجتماعی او»^۴ این مفهوم از بازپروری در خصوص اطفال و نوجوانان به منظور نقش تربیتی و تأثیر بر رشد آنها اهمیت بسزایی دارد. بازپروری به دنبال آن است که اصلاحات اساسی در بزهکار و رفتار وی ایجاد کند و هنجارپذیری و رعایت قانون که به‌نوعی نتیجهٔ مثبت اصلاح و بازپروری است در شخص شکل بگیرد؛ به همین دلیل است که از بازپروری به‌عنوان فرایندی نتیجه‌گرا یاد می‌شود.

امروزه بازپروری حقی برای بزهکار شناخته شده است و حتی در اسناد بین‌المللی، بازپروری حقی معرفی شده که تکلیف برای دولت‌ها ایجاد می‌کند. حال باید دید که ماهیت حق بر بازپروری چیست و در تقسیم‌بندی از مفهوم حق در کدام نوع قرار می‌گیرد.

۱.۳. ماهیت «حق بر بازپروری»

حق بر بازپروری در اسناد حقوق بشری یکی از حقوق اولیهٔ بزهکاران شناخته شده است. اما سؤال این است که این حق برای بزهکاران چگونه حقی است؟ همهٔ ما می‌دانیم که بارزترین مفهوم حق، که در متون حقوقی کاربرد دارد، به معنای «امتیازی که به شخص داده می‌شود» است؛ از طرفی اعمال و به‌کارگیری برنامه‌های بازپروری مستلزم ایجاد محدودیت‌ها و گاه محرومیت شخص موضوع بازپروری از برخی حقوق اجتماعی خواهد بود. حال چگونه می‌توان این دو را با هم جمع کرد و از حق بازپروری برای اطفال و نوجوانان صحبت کرد. آیا می‌توان قائل به این امر شد که بزهکار می‌تواند از این حق خود عدول کند و اجرای برنامه‌های اصلاحی را بر خود نپذیرد؟ زیرا وصف حق بودن ناگزیر نتیجهٔ مذکور را در پی خواهد داشت؛ یا اینکه اعمال چنین برنامه‌هایی بر بزهکار به‌طور قهری از سوی دولت اجرا می‌شود و بزهکار حق امتناع ندارد؛

^۱. فرح‌بخش، پیشین، ص ۱۱۴.

^۲. صفاری، علی، *کیفرشناسی؛ تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، تهران: جنگل، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۱۱۵.

^۳. غلامی، پیشین، ص ۱۹۰.

^۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *زندندان درمانگاه بزهکاری و بزهکاران*، (دیباچه) در: برنار بولک، کیفرشناسی، تهران: مجد، چاپ پنجم،

اگر چنین باشد، آنگاه صحبت از حق بودن بازپروری برای بزهکار بی معنی خواهد بود. فرد با داشتن چنین حقی چه امتیاز و منفعتی به دست می‌آورد؟ آیا حق بر محرومیت و تحمل محدودیت است؟ چگونه فردی براساس چنین حقی، خود را در معرفی رفتارها و اقداماتی قرار می‌دهد که ایجاد محدودیت در حقوق وی می‌کند.^۱ حال به سؤال اصلی برمی‌گردیم؛ اینکه ماهیت حق بر بازپروری چیست و حق در چه معنایی به کار رفته است؟ یکی از معانی حق در تقسیم‌بندی هوفلد قابل‌مطالبه است؛ حق در این معنا در پیوند با تکلیف متقابل است و صاحب حق می‌تواند طرف مقابل را مکلف به اعمال آن کند. به نظر می‌رسد حق بر بازپروری برای بزهکاران از این مقوله باشد. با این وصف و در این مفهوم می‌توان گفت بزهکاران حق مطالبه و الزام به ادای تکلیف طرف مقابل (جامعه) را بر اصلاح و بازپروری دارند. به عبارت دیگر، جامعه تکلیف به اعمال برنامه‌های اصلاحی و بازاجتماعی برای بزهکاران خواهد داشت و نمی‌تواند به بهانه ارتکاب جرم با رویکرد سزادهی به مجازات آنها بپردازد؛ بلکه این حق بزهکاران و تکلیف جامعه است که ابتدائاً از اقدامات بازپروری و بازاجتماعی به‌جای اقدامات قهرآمیز در سامان‌دهی کیفر در برابر بزهکاری استفاده کند. اعمال این حق در خصوص اطفال و نوجوانان از سوی جامعه اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. زیرا شرایط و وضع روانی، جسمانی و اجتماعی این اشخاص ایجاب می‌کند که حمایت‌های بیشتری از آنها صورت گیرد. نوجوانان برخلاف بزرگسالان به دلیل عدم برخورداری از قوه ادراک و فقدان اهلیت، قادر بر مطالبه حقوق خود از جامعه نیستند و این امر تکلیف جامعه را در قبال آنها دوچندان می‌کند.

حال سؤال اساسی این است که حق بر بازپروری که حق مطالبه شهروندان و تکلیف دولت در مقابل آن شناخته می‌شود، آیا می‌توان بدون رضایت بزهکاران و به‌طور ویژه اطفال و نوجوانان بزهکار برای اجرای برنامه‌های باز پرورانه اقدام کرد یا خیر؟ به عبارتی، آیا شخص می‌تواند این حق را ساقط و از تحمیل آن بر خود امتناع کند؟ حقوقدانان^۲ درباره این موضوع را با عنوان حق بر بازپروری اجباری یا اختیاری و حتی حق بر عدم درمان^۳ یا عدم بازپروری که در برخی نظام‌های حقوقی مطرح شده است، بحث کرده‌اند.

نتیجه آنکه می‌توان گفت چیزی که از آن تحت عنوان حق بر بازپروری یاد می‌شود، همانا حق بر بازپروری اختیاری یا آزادانه است و بازپروری اجباری یا الزام به پذیرش برنامه‌های بازپروری، خارج از قلمرو چنین حقی است.^۴ این نتیجه با مبانی حق تلقی کردن بازپروری برای بزهکاران کاملاً سازگار است؛ زیرا حق نباید مستلزم ایجاد محدودیت و الزام برخلاف میل فرد باشد و درست به همین دلیل است که اجرای برنامه‌های بازپرورانه در مورد زندانیان را، که با استفاده از ابزارهای اجبارکننده صورت می‌گرفت، در ایالات متحده آمریکا آن را نوعی شست‌وشوی مغزی و تخریب انسان^۵ یاد می‌کنند.^۶ اما طرح این سؤال در خصوص اطفال و نوجوانان قدری مشکل و پاسخ به آن میسر نیست؛ زیرا در خصوص بزرگسالان می‌توان گفت که این افراد به دلیل برخورداری از قوه ادراک و شعور، حسن و قبح رفتار و مصلحت خود را تشخیص می‌دهند و با لحاظ این مصلحت و تلقی کردن بازپروری به عنوان حق، به‌صورت آزادانه تصمیم می‌گیرند که آیا برنامه‌های اصلاحی و بازپرورانه را دریافت کنند یا خیر؟ اطفال و نوجوانان به دلیل عدم برخورداری از قوه ادراک، مصلحت خود را در اجرا یا

۱. غلامی، پیشین، ص ۱۷۷.

۲. غلامی، پیشین، صص ۱۹۵-۱۹۸.

۳. Right to not treatment

۴. همان، ص ۱۹۸.

۵. Human destructiveness

۶. Williams, V. L. Dictionary of american penology, an introductory Guide, Greenwood press, West Part, 1979, PP 225-227.

عدم اجرای چنین برنامه‌هایی تشخیص نمی‌دهند؛ به عبارتی اصولاً این افراد قدرت تصمیم‌گیری و مشارکت در تصمیمات اتخاذی ندارند.^۱ آیا می‌توان اجرای این برنامه‌ها را در مورد این افراد اجباری تلقی کرد یا خیر؟ که اگر چنین تلقی شود، دیگر نمی‌توان صحبت از حق بر بازپروری برای اطفال و نوجوانان سخن گفت. شاید بتوان قائل به این امر شد که برای جمع بین این دو، اجرای برنامه‌های بازپروری در خصوص اطفال و نوجوانان را با رضایت اولیای آنها، که تشخیص مصلحت آنان را می‌دهند، اجرا کرد تا بدین ترتیب ضمن حفظ حق تلقی کردن آن برای اطفال و نوجوانان، حق مطالبه برای آنها باقی و تکلیف دولت را ایجاب کند.

آخرین بحث در خصوص ماهیت حق بر بازپروری آن است که خاستگاه این حق برای بزهکاران و به‌طور ویژه برای کودکان بزهکار چیست؟ آیا این حقی است که به موجب قوانین اساسی و موضوعه کشور به بزهکاران اعطا شده یا اینکه به موجب اصول اخلاقی فراتر از قوانین موضوعه، چنین حقی را برای بزهکاران ایجاب کرده است و حتی اگر قوانین این حق را پیش‌بینی نکرده باشند، بزهکاران چنین امتیازی را دارا خواهند بود؟ حق بر بازپروری بزهکاران یکی از مهم‌ترین حق‌های بشری به شمار می‌رود و در واقع زیرمجموعه حقوق بشر قرار می‌گیرد. حقوق بشری نیز اگرچه امروزه در اکثر قوانین داخلی کشورها پیش‌بینی شده و به رسمیت شناخته شده است و از این حیث حقوق مبتنی بر قانون است، واقعیت آن است که باید گفت این حقوق مقدم بر وضع هر قانون است و آدمیان حقوقی مقدم بر قانون وضعی را بدون اینکه در قوانین به عنوان یک حق شناخته شده باشد دارند که تحت عنوان حقوق اخلاقی و طبیعی از آنها یاد می‌شود. به عبارت دیگر، این حقوق امتیازاتی است که به صرف انسان بودن و به حکم اصول اخلاقی به شخص متصف می‌شود؛ بنابراین خاستگاه حق بر بازپروری بزهکاران صرف‌نظر از اینکه در قوانین موضوعه پیش‌بینی شده باشند یا خیر، دارای خاستگاه اخلاقی و طبیعی و مبتنی بر اصول اخلاقی است. در واقع اساس یک سلسله مطالبات افراد، اصول الزام آور اخلاقی است که مردم باید در ارتباط با یکدیگر مطابق آن اصول رفتار کنند و نهادهای اجتماعی، سیاسی و حقوقی کشور و جامعه خود را براساس آن اصول سامان دهند. در واقع به موجب حقوق مبتنی بر اخلاق است که افراد خواهان حقوق از نوع اول (حقوق مبتنی بر قانون) می‌شوند و به موجب این حقوق، قوانین و نهادهای سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی موجود را نقد می‌کنند.^۲

۱. یکی از خصیصه‌های ویژه کنوانسیون حقوق کودک این است که حقوق اقتصادی و اجتماعی کنوانسیون حقوق کودکان که حاصل سال‌ها کار متخصصان حوزه کودکان در رشته‌ها و گرایش‌های مختلف است با پذیرش حق مشارکت و تصمیم‌گیری برای کودکان تصویری جدید از کودکان ارائه کرد که در جهت مخالف تصویر مرسوم و رایج از آنان است. در این دیدگاه کودکان به عنوان موجودات و ظرفیت‌های در حال تحول فرض می‌شوند که نه فقط ذی‌حق هستند، بلکه حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌هایی را که بر آنها تأثیر می‌گذارد نیز دارا باشند. پذیرش حق مشارکت در تصمیم‌گیری برای کودکان از جانب کنوانسیون بر این فرض مبتنی است که کودکان توانایی مستقل فکر کردن برای تصمیم‌گیری مستقلانه را دارا می‌باشند. این در حالی است که عموماً فرض بر این است که بزرگسالان فقط قابلیت تصمیم‌گیری مستقل را دارند (ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک).

۲. یکی از مباحث چالشی در بحث حق، علاوه بر مفهوم آن «خاستگاه حق» در نوشته‌های فلسفی است. منظور از خاستگاه اینکه حق در هر مفهومی که به کار گرفته می‌شود، از کجا نشئت گرفته و به انسان اعطا می‌گردد به عبارت دیگر این حقوق را ما بر چه اساسی دارا هستیم یا می‌توانیم داشته باشیم؟ در این خصوص فیلسوفان سیاست و اخلاق مفهوم حق را از این حیث به دو نوع کاملاً متفاوت به کار می‌برند: یکی حق مبتنی بر قانون موضوعه که در آن قانون یک سرزمین به افراد حق استفاده از پاره‌ای از آزادی‌ها، فرصت‌ها و منافع را می‌دهد. دوم حق مبتنی بر اصول اخلاقی. گاهی ممکن است قوانین کشوری حق یا حقوقی خاص را برای تمام یا پاره‌ای از شهروندان خود به رسمیت شناخته باشند؛ این‌گونه حقوق مبتنی بر قانون نیست، بلکه مبتنی بر اصول اخلاقی است. در واقع اساس یک سلسله مطالبات افراد، اصول الزام آور اخلاقی است که مردم باید در ارتباط با یکدیگر مطابق آن اصول رفتار کنند و نهادهای اجتماعی، سیاسی و حقوقی کشور و جامعه خود را براساس آن اصول سامان دهند. در واقع به موجب حقوق مبتنی بر اخلاق است که افراد خواهان حقوق از نوع اول می‌شوند و به موجب این حقوق، قوانین و نهادهای سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی موجود را نقد می‌کنند (Jeremy Waldron, *The philosophy of Rights*, in: *An Encyclopaedia of Philosophy*, ed. G. H. R. Parkinson, Routledge, 1989, PP 713-721).

بدین ترتیب بازپروری و باز اجتماعی سازی اطفال و نوجوانان به عنوان یک حق، مبتنی بر قانون یا مبتنی بر اخلاق، برای آنها محسوب شده و از حق های بشر « آدمیان تلقی می شود که جامعه در مقابل آن تکلیف به اعمال دارد. در نتیجه چنین رویکرد بنیادی و نگرش حق گونه نسبت به بازپروری، دارای مبانی متعددی از جمله مبانی کیفرشناختی، انسانی و دینی بوده که به بررسی آنها پرداخته می شود.

۲. مبانی «حق بر بازپروری»

واژه مبانی از جمله اصطلاحاتی است که در پژوهش های حقوقی به کرات به چشم می خورد. همچنین این اصطلاح در فقه نیز معنای خاص خود را دارد که متفاوت از مفهوم آن در علم حقوق است. لذا حقوقدانان و دکترین در کاربرد این اصطلاح معنای واحدی را مدنظر قرار نداده و اتفاق نظر ندارند. برخی از آن به عنوان نیروی الزام آور حقوقی و گروهی به دلیل اعتبار یاد کرده اند. همچنین برخی آن را قاعده حقوقی نامصرح در قوانین یا نامستنبط از قوانین دانسته اند و گروهی دیگر از آن به عنوان چرایی یک قاعده حقوقی استفاده کرده اند.^۱ در تعریفی دیگر مبانی را دلایل جواز و مشروعیت یک نظریه، موضوع یا علمی دانستند. به نظر می رسد خاستگاه این برداشت همان معنای لغوی واژه مبانی است که به معنای پایه و بنیان معنا شده است و دلایل جواز و مشروعیت یک امر نیز پایه و بنیان آن موضوع است که هستی و موجودیت آن مستلزم اثبات این دلایل است.^۲ در این پژوهش، منظور ما از مبانی حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان، در مفهوم فلسفی آن به معنای چرایی برخوردار از این حق است. به عبارت دیگر به دنبال یافتن پاسخ هایی بنیادین و پایه ای به این پرسش که چرا باید اطفال و نوجوانان بزهکار علی رغم ارتکاب جرم، که تنبیه و تأدیبه نتیجه قهری و لاینفک مجرم است، از حق بر بازپروری برخوردار باشند؟ از جمله مهم ترین مبانی که ضرورت حق بر بازپروری را ایجاب می کند می توان در سه دسته مبانی دینی، مبانی کیفرشناختی و مبانی انسانی مورد بررسی قرار داد.

۲.۱. مبانی دینی حق بر بازپروری

در جهان معاصر، احترام به حقوق کودک، اندیشه ای اساسی در تربیت آنان و حمایت و مساعدت همه جانبه در رشد فکری و سلامت روحی و روانی آنان به شمار می رود. بنا بر جهان بینی دینی و نگرش اسلامی شخصیت آدمی دوران گوناگون کودکی، نوجوانی، بزرگسالی، پیری و ... را دارد. در دین اسلام اهمیت زیادی به وجود و هستی کودک شده است. در اسلام و بر مبنای رویکرد دینی فرزند از والاترین و ارزشمندترین جایگاه و مقام برخوردار است و فرزندآوری از خطیرترین مسئولیت ها و رسالت ها است. بنابراین توجه به محبت کردن به کودکان و نوجوانان متناسب با موقعیت آنها از جمله ضرورت هایی است که در صورت عدم توجه، خسارات جبران ناپذیری را به بار خواهد آورد. در نظام حقوقی اسلام حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان، یکی از نتایج توجه و اهمیت دادن به فرایند اجتماعی سازی و رشد آنها در جامعه است. شاید از بین قواعد مختلف دینی قاعده لاضرر را بتوان از مهم ترین مبانی حق بر بازپروری قلمداد کرد.

قاعده لاضرر یکی از قواعد مهم حاکم بر نظام حقوق خانواده در اسلام است. در بحث حق اطفال و نوجوانان بر بازپروری نیز قاعده لاضرر بسیار راهگشا خواهد بود و می توان بر مبنای این قاعده، حکم به تکلیف و الزام جامعه به بازپروری آنها

۱. جهت بررسی این دیدگاه ها و تفسیرها از مفهوم مبانی، ر، ک: منصورآبادی، عباس و جواد ریاحی، «مفهوم شناسی مبانی در پژوهش های حقوقی»، مجله پژوهش های حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۲۲، ۱۳۹۱.

۲. روحی دهکردی، احسان و محمد علی تجری، «اصطلاح شناسی مبانی تفسیر»، فصلنامه پژوهش های قرآنی، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ۱۳۹۴.

کرد. از سوی دیگر دادگاه‌ها نیز مکلف می‌شوند، در حکم صادره خود به این امر مهم توجه کنند. در خصوص مفهوم ضرر در این قاعده، اقوال و نظریه‌های مختلفی، مطرح شده که مجال بحث آن در این مقاله نیست؛^۱ لیکن یکی از معنایی که فقها برای ضرر در این قاعده ارائه کرده‌اند، نقض در حق است. به شرطی که از این نقض، تنگنا و سختی برای صاحب آن ایجاد شود.^۲ حال اگر ضرر را به معنای نقض در حق بدانیم، چنانچه حق کودکان بزهکار بر بازپروری به‌طور کامل استیفا نشود، می‌توان با قاعده لاضرر، از حق وی دفاع کرده و در نتیجه، از زیان دیدن کودکان بزهکار جلوگیری کرد و با اعمال حق بر بازپروری زمینه‌ای در جهت استیفا از دیگر حقوق خود مانند حق بر زندگی سالم، حق کرامت انسانی فراهم کرد. برای این منظور لازم است که ابتدا چنین حقی را برای کودک به رسمیت شناخته، سپس براساس لاضرر از تمامیت این حق دفاع کنیم. بنابراین بر مبنای این قاعده، لازم است دولت به منظور جلوگیری از ورود ضرر معنوی به آینده کودکان بزهکار که در اسلام نیز نفی شده است، حق بر بازپروری را به عنوان حق اولیه شهروندان در صورت ارتکاب جرم تلقی و برنامه‌های بازپرورانه مقدم بر اعمال کیفر را تدبیر کند.

۲.۲. مبانی کیفرشناختی حق بر بازپروری

بزهکاری پدیده‌ای است که در طول تاریخ زیست بشر، ابعاد فردی و اجتماعی زندگی وی را تحت تأثیر قرار داده است. به همین دلیل همواره پیشگیری از ارتکاب جرم مورد توجه جوامع مختلف بوده و رویکردهای گوناگونی برای نیل به این هدف به کار گرفته شده است. عدم توفیق رویکردهای کیفری و وضعی در پیشگیری از جرم و تلاش جامعه‌شناسان، جرم‌شناسان و روان‌شناسان در شناخت بهتر زمینه‌های ارتکاب جرم، رویکرد نوین پیشگیری رشدمدار را محور مطالعات و اقدامات پیشگیرانه سازمان‌ها قرار داده است. این رویکرد معتقد است که گرایش به ارتکاب جرم مسیری است که از دوران کودکی و نوجوانی آغاز می‌شود^۳ و بدین‌سان بازپروری و اصلاح نیز باید از همان دوران آغاز و مورد توجه قرار گیرد. بازپروری مبتنی بر نظریه‌های جرم‌شناختی و کیفرشناختی از یک طرف و اجرای آن در عمل از طرف دیگر است. بهترین وضعیت برای اجرای تدابیر بازپرورانه وضعیتی است که از آن تحت عنوان همگرایی عالی برنامه یاد می‌شود؛ در این وضعیت حداکثر همگرایی میان نظریه‌ای که مبنای شکل‌گیری برنامه بازپرورانه شده و چگونگی عملکرد و اجرای آن برنامه ایجاد می‌شود^۴ اجرای این تدابیر با اصلاح مقصر و با این هدف که او دوباره به راه خطا باز نگردد، از طریق علت‌شناسی و تشخیص راهبرد مناسب تنظیم می‌شود. اهمیت حق بر بازپروری نه‌فقط ناظر بر تربیت و اصلاح اطفال و نوجوانان بزهکار، بلکه از آن نظر است که تأمین این حق منوط به تأمین حقوق متعدد دیگر از جمله حق بر آموزش، ارتباط با خانواده و دسترسی به امکانات بهداشتی و غیره است و از حقوق اساسی اطفال و نوجوانان برخوردار از حق‌های یادشده است که بدون تأمین و اعتقاد به حق بر بازپروری این هم میسر نخواهد بود و اجرای سایر حقوق منوط به اجرای حق بر بازپروری است. با این وصف، تکلیف جامعه و مراجع قضایی و قانون‌گذاری در مرحله وضع قانون، توجه و اهمیت دادن به این حق است که از مبنای کیفرشناختی و جرم‌شناختی برخوردار است و این حق در راستای کرامت انسانی به

^۱ برای مطالعه منابع بیشتر در خصوص مفهوم ضرر در قاعده «لاضرر» نک به: محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

^۲ صدر، سید محمد باقر، *(القواعد الفقهیه) بحوث فی علم الأصول*، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه‌السلام،

چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۴۵۰.

^۳ مهدوی، پیشین، ص ۲.

^۴ غلامی، پیشین، ص ۱۹۸.

عنوان بخشی از حقوق انسانی و بزهکاران تلقی می‌شود.

توسل به بازپروری بزهکاران به‌ویژه اطفال و نوجوانان و پیشگیری از تکرار جرم آنان یکی از راه‌های تحقق امنیت و سلامت جامعه به مثابه یک حق همگانی است که دولت مکلف به تأمین آن است و بدون اعمال حق بر بازپروری این امر مقدور نخواهد بود (بنابراین بازپروری به عنوان حق بزهکاران برای دریافت حداقلی از خدمات از مراجع ارائه‌کننده خدمات اصلاحی و تربیتی درآمده است و هدف چنین حقی ارائه فرصتی به بزهکار جهت ادغام و بازپروری در جامعه به عنوان یک انسان مفید است.^۱ بدین ترتیب و نظر به اهمیت مبانی این حق و ضرورت وجودی آن برای جامعه، دولت تکلیف به اجرای برنامه‌های بازپروری درمورد بزهکاران دارد و این حق برای اطفال و نوجوانان یکی از مصادیق حق در مفهوم مطالبه است که همه شهروندان و به‌طور خاص شهروندان اطفال و نوجوانان بزهکار حق دارند که از دولت اجرای آن را مطالبه کنند و وظیفه دولت بازپروری و توانمندسازی بزهکاران برای بازگشت به جامعه و انطباق‌پذیر کردن مجرمان است. بدیهی است مراد از بازپروری و بازاجتماعی کردن اطفال و نوجوانان بزهکار «بهبودی اخلاقی بزهکار نیست؛ زیرا برای حقوق کیفری، بهبودی اجتماعی که مجرم سابق را به پیروی از قواعد اولیه زندگی در جامعه سوق می‌دهد کافی است.» این حق در بند ۳ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی نیز مورد اشاره قرار گرفته که به موجب آن، ندامتگاه باید متضمن رفتاری با زندانیان باشد که هدف آن اصلاح و بازپروری اجتماعی است و جوانان بزهکار از بزرگسالان جدا نگهداری شود. اهمیت این حق درمورد اطفال و نوجوانان از آن نظر که آینده هر کشوری در گرو سلامت و اجتماعی‌پذیری این قشر از جامعه است، اهمیت بیشتری داشته و از مبانی کیفرشناختی قابل توجهی برخوردار است که لازم است تصمیم‌سازان سیاست جنایی و تصمیم‌گیران در عرصه سیاست‌گذاری به آن توجه کنند.^۲

۳.۳. مبانی انسانی حق بر بازپروری

موجود انسانی صرف‌نظر از وجه انسانی، در راستای حفظ کرامت انسانی از حقوق بنیادین خود مانند حق آزادی، برابری و تساوی در مقابل قانون و غیره که به صرف انسان بودن از آن برخوردار می‌شود، دارا است.^۳ در اسناد بین‌المللی و حقوق بشری از جمله کنوانسیون جهانی حقوق کودک، از این حقوق بنیادین تحت عنوان حق‌های بشری یاد می‌شود که

^۱. Rotman, E. *Beyond punishment: a new view of rehabilitation of criminal offenders*, New York: Greenwood press, 1990, P 6.

^۲. صحبت از حق بازپروری بزهکاران در لایه‌های سیاست جنایی نظام عدالت کیفری داخلی کشورها نیز قابل تامل و بررسی است و این حق اگرچه ابتدا درمورد اطفال و نوجوانان مطرح شد؛ لیکن رفته‌رفته به سایر بزهکاران نیز تسری پیدا کرد. به عنوان نمونه تصمیم‌گیرندگان سیاست جنایی ایران با الهام از آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی تلاش کرده‌اند تا جنبه اصلاحی درمانی کیفر را در پاسخ به برخی از گونه‌های جرائم مورد توجه قرار دهند. از این‌رو، نویسندگان قانون اساسی سال ۱۳۵۸ در بند ۱۵۶ اصل ۱۵۶ این قانون و تدوین‌کنندگان مقررات تقنینی و فروع تقنینی به پیروی از آنان، بازپروری بزهکاران را در شماری از قوانین، آیین‌نامه‌ها، اساسنامه‌ها و دستورالعمل‌ها به عنوان اهداف و وظایف دستگاه قضایی و اجرایی پیش‌بینی کرده‌اند. بدین‌سان، در حقوق ایران به دلیل توجه شماری از مقررات فراتقنینی، تقنینی و فروع تقنینی به اصلاح و درمان مجرمان می‌توان از حقوق بر بازپروری بزهکاران سخن گفت.

^۳. در برخی از نظام‌های سیاسی، حقوقی و ایدئولوژیک برخی از این حقوق انسانی و بنیادین شهروندان به دلایل زیستی، جنسیتی، مذهبی انسان‌ها توسط حکومت نادیده گرفته می‌شود و از طرف جامعه نقض می‌گردد. این موضوع بیشتر در نظام‌های حقوقی با رویکردهای امنیت‌مدار حقوق کیفری و نظام‌های اقتدارگرایی فراگیر دیده می‌شود. (جهت مطالعه بیشتر در این خصوص نک به: رحیمی‌نژاد، اسماعیل، *کرامت انسانی در حقوق کیفری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷؛ امامی‌آرندی، حبیب، «حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی؛ در آمدی بر نظریه سیاسی مجازات»، *نشریه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۵؛ مین یون وو، «درآمدی بر سیاست جنایی توتالیتز؛ جرم و مجازات در کره شمالی با تأکید بر نقش پلیس»، ترجمه حسین غلامی، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، دوره ۶، شماره ۱۹، ۱۳۹۰).

حکومت‌ها نمی‌توانند به بهانه امنیت در سیاست‌گذاری‌های خود آنها را نادیده بگیرند. بدیهی است که در نتیجه ارتقای اصل حداقل بودن حقوق کیفری و پیوند آن با حقوق شهروندی، حق بر مجازات نشدن متولد شده و به عنوان قاعده‌ای مبنای عمل قرار گرفته است. در واقع مطابق این اصل باید راه‌حلی را اتخاذ کرد که اعمال مجازات، آخرین راه قانون‌گذار باشد.^۱ به همین دلیل برخی از حقوق بنیادین و اولیه بزهکاران ناشی از به‌کارگیری همین اصل و نیز تمرکز اولیه در سیاست پاسخ‌دهی کیفری به‌ویژه در خصوص اطفال و نوجوانان بر بازپروری مرتکب جرم که به عنوان جلوه‌ای از حق بر بازپروری است، خواهد بود. در این پژوهش، حقوق بنیادین مذکور به عنوان یکی از مبانی حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان تلقی می‌شود که لازمه انسان بودن و تمایز آن از سایر موجودات داشتن و برخورداری از حق بازپروری است. به عبارت دیگر، یکی از نتایج و آثار حقوق بنیادین و حق‌های بشری، مانند حق بر کرامت انسانی، حق بر زندگی، حق آزادی و امنیت، داشتن حق بر بازپروری است؛ به دیگر سخن، حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان مبتنی بر انواع دیگری از حق‌های بشری بوده که ضرورت رعایت آنها، مستلزم تکلیف و الزام دولت به اعمال برنامه‌های بازپرورانه درمورد بزهکاران است. حق بر زندگی و حق کرامت انسانی از مفاهیم اساسی و بنیادی‌ترین حق‌های بشری شناخته شده‌اند. حق بر زندگی، به‌عنوان اصل اخلاقی، مستلزم آن است که برای شهروندان امکان زیست سالم در جامعه با حداکثر امکانات فراهم شود و لذا اعمال این حق درمورد اطفال و نوجوانان ایجاب می‌کند که دولت حق ندارد به بهانه ارتکاب جرم، چتر حمایتی را از آنان بردارد و آنان را از این حق محروم کند، بلکه برعکس، مقدمه واجب برای اعمال و اجرای حق بر زندگی شهروندانی که مرتکب جرم شده‌اند و به لحاظ انسان بودن از حق بر زندگی برخوردارند، اعمال و اجرای حق بر بازپروری آنان و به‌طور خاص اطفال و نوجوانان است. دولت باید شرایطی را فراهم کند که هر شخصی از برنامه‌های بازپرورانه برخوردار باشد و آمادگی برای حق بر زندگی را پیدا کند. همچنین است در خصوص سایر حق‌های انسانی و بنیادی که به عنوان مبانی حق بر بازپروری شناخته می‌شوند.

۳. آثار حق بر بازپروری

هرگاه نظام کیفری حاکم بر اطفال و نوجوانان مبتنی بر دیدگاه نظری حق بر بازپروری شکل گرفته باشد، لاجرم آثار و نتایج منحصر به فرد از آن ناشی خواهد شد؛ به عبارت دیگر، نظام‌های کیفری اصولاً بر مبنای اعتقاد به اصل اولیه حق بر مجازات شدن بزهکار شکل گرفته است و با توسل به این ایده، در درجه اول به مجازات‌های کیفری و تنبیه می‌پردازد؛ چراکه آثار و نتایج اولیه ناشی از این اعتقاد توسل به مجازات است ولیکن آنگاه که مبنای اولیه قانون‌گذار، اعتقاد به داشتن حقی برای بزهکار به عنوان حق بر بازپروری شکل گرفته باشد، اعمال برنامه‌های بازپروری و اصلاحی درمورد بزهکار مقدم بر اعمال مجازات و اقدامات قهرآمیز کیفری خواهد بود؛ این اندیشه به‌مراتب در خصوص اطفال و نوجوانان به دلیل ویژگی‌های خاص آنها، اهمیت بیشتری می‌یابد. برنامه‌های بازپروری و اصلاحی که نتیجه حق تلقی شدن بازپروری برای اطفال و نوجوانان است می‌توان در چند بند برشمرد و همچنین تکالیفی را برای تصمیم‌سازان سیاست‌جنایی در تدوین سیاست کیفری برای این قشر از شهروندان ایجاب کرد.

۳.۱. اصلاح و درمان دغدغه اصلی نظام کیفری

در توجیه و مشروعیت کیفر، نظریه‌های متعددی برای نظام‌های عدالت کیفری مطرح شده است. هدف اصلی از توسل به

^۱ نک به: پیاده‌سازی نشست حق بر مجازات نشدن، مبانی و آثار، قابل دسترسی در سایت به آدرس: www.lawtest.ir

کیفر، رویکردهای سزادهی (مکافات گرای) ^۱ و فایده‌مندی (سودانگاری) که عمدتاً جرم‌محور بوده و بر پایه انتقام شکل گرفته، تأکید بر اجرای عدالت و سلب توان بزهکاری است. در حالی که بازپروری و اصلاح بزهکار در درجه دوم مورد توجه قرار می‌گیرد. این اهداف از کیفر، عمدتاً بر پایه بنیان نظری حق بر مجازات شدن بزهکاران شکل می‌گیرد؛ آنگاه که اعتقاد اولیه نظام عدالت کیفری بر پایه حق بر بازپروری شکل گرفته باشد، لاجرم دغدغه اصلی نظام، بازپروری و اصلاح بزهکار خواهد بود نه مجازات. به عبارت دیگر، درمان اطفال و نوجوانان بزهکار یکی از اهداف اصلی رویکرد بازپروری خواهد بود. بدیهی است، وقتی که نظام عدالت کیفری بر این پایه شکل گرفته باشد، برای نیل به این هدف، نیازمند انعطاف و تجدیدنظر در تصمیماتی است که محاکم در مورد اطفال و نوجوانان اتخاذ می‌کنند. چنین تصمیماتی برخلاف الزامات اصل قانونی بودن مجازات، غیرقابل تغییر نخواهند بود؛ بلکه به اصطلاح نامعین و از لحاظ محتوا و زمان اجرا قابل تغییرند. بنابراین حکم به مجازات که باید از اصل قانونی بودن تبعیت کنند و غیر قابل انعطاف باشند، حکم بر برنامه‌های بازپروری و اصلاحی، در خصوص مجرمان اطفال و نوجوانان باید قابلیت انعطاف داشته باشد و قاضی هر زمان بتواند تغییر در آن برنامه‌ها ایجاد کند و لذا قاعده فراغ دادرس در این رویکرد جایگاهی نخواهد داشت؛ زیرا از لوازمات نیل به هدف بازپروری است.

بدین ترتیب در معادله حق - مطالبه، در مفهوم حق بر بازپروری، اطفال و نوجوانان بزهکار حق بر اصلاح و درمان و مطالبه آن از دولت را دارد و لذا اعمال این حق به معنی عدم مجازات و عدم پاسخگویی به رفتار ارتكابی مجرمانه مجرم نیست، بلکه موجب تکالیف متعددی برای بزهکار، نظام عدالت کیفری و سایر ارکان مدیریت مسائل اجتماعی است.^۲ بنابراین اولویت توسل به برنامه‌های اصلاحی و درمانی دغدغه اصلی نظام عدالت کیفری است و تصمیم‌سازان سیاست جنایی مکلف‌اند نسبت به بزهکار، اجتماع و حتی بزه‌دیده، نقش حمایتی که وجه بارز عدالت ترمیمی است را ایفا کنند.

۳.۲. لزوم مشارکت نهادهای غیرحقوقی در فرایند رسیدگی

برای نیل به هدف اصلاح و درمان بزهکار، ابتدا نیازمند شناخت نیازها و ضرورت‌هایی است که زمینه‌های اجرایی برنامه‌های بازپروری را برای اطفال و نوجوانان بزهکار فراهم کند. پی بردن به علل ارتکاب جرم، شناخت عوامل خطرزای جرم در نزد شخص، شرایط و وضعیت حاکم بر بزهکار از ضرورت‌هایی است که برای تجویز برنامه‌های اصلاحی لازم است و لذا شناخت این ضرورت‌ها به‌تنهایی از عهده مقام قضایی محض خارج است و نیازمند مشارکت جمعی از متخصصان در حوزه‌های روان‌شناسی، مددکاری و جامعه‌شناسی و غیره است. در نتیجه در فرایند رسیدگی، علاوه بر بررسی قضایی و حقوقی محض، بررسی‌های غیرحقوقی و غیرقضایی و درعین حال تخصصی لازم است.

همچنین یکی دیگر از نتایج توسل به حق بر بازپروری به‌عنوان رویکرد مبنایی نظام عدالت کیفری در خصوص اطفال و نوجوانان بزهکار، موجب ورود ابزارها و مفاهیم غیرحقوقی و غیرقضایی به قلمرو تصمیم‌گیری راجع به آنها می‌شود. ارزیابی

^۱ در نظام تقنینی ایران نیز می‌توان رد پای اندیشه‌های سخت‌گیرانه را در خصوص کودکان بزهکار در مواردی همچون تعیین کیفر بر اساس شدت جرم، تأکید اولیه بر نگهداری در کانون اصلاح و تربیت و قلمرو استفاده از آن مشاهده نمود. البته این سخت‌گیری احتمال بزهکاری اطفال و نوجوانان را افزایش می‌دهد (نک به: صادقی، آزاده، «ارزیابی رویکرد بازپروری در کیفرگذاری جرائم اطفال و نوجوانان»، *مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹).

^۲ Shepherd, J. D. *A human right not to be punished? Punishment as derogation of rights*, published online: 16 October 2011, Springer science business media, b.v. crime law and philos (6), 2011, P 43.

خطر، پیش‌بینی جرم، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت از جمله این مفاهیم و ابزارهاست که چنین مفاهیمی در دادرسی‌های کیفری جایگاهی نداشته، تأثیری در تصمیم‌گیری قاضی در حکم به مجازات ندارند.

۳.۳. اولویت برنامه‌های درمانی و آموزشی نسبت به مجازات

نتیجه پذیرش حق بازپروری ضرورت توصل به انواع پاسخ‌های بازپرورانه و ترمیمی و توصل به فرایندهای غیرکیفری است. ترجیح فرایندها و پاسخ‌های غیرکیفری به فرایند و پاسخ‌های کیفری نه فقط ناشی از اصل حداقلی بودن حقوق جزا، بلکه ناشی از حق بر مجازات نشدن نیز است. توصل به مجازات هزینه‌زاترین فرایند و زیان‌بارترین پاسخ به جرم است و بدیهی است که توصل به آن باید در صورت احراز ناکارآمدی یا عدم تناسب سایر فرایندها و پاسخ‌ها صورت گیرد. حق بر بازپروری یکی از حق‌های بنیادی و از نتایج و آثار توصل به حق بر مجازات نشدن است که به موجب آن، تکلیف دولت به اعمال برنامه‌های اصلاحی و بازپرورانه و تقدم این برنامه‌ها بر اعمال مجازات در مورد اطفال و نوجوانان است. برنامه‌های آموزش علمی، درمانی و حتی برنامه‌های ایمان‌محور مجموعه‌ای از پروتکل‌های اصلاحی و درمانی برای اطفال و نوجوانان بزهکار خواهد بود که حسب تشخیص متخصصان طراحی، تنظیم و اجرا می‌شوند. نقش و تأثیر آموزش‌های اصلاحی در قالب انواع برنامه‌های علمی، فنی و حرفه‌ای، مهارت‌افزایی و بازپروری بزهکاران، درمان و معالجه آن دسته از اطفال و نوجوانان که نیاز به استفاده از تدابیر درمانی در نهادهای اصلاحی و تربیتی برای بزهکاران دارند و موجب ارتقای سلامت آنان و نیز سلامت عمومی خواهد شد و همچنین آموزش‌های مذهبی و باورهای معنوی و تقویت ارزش‌هایی مانند گذشت، صبر و مدارا و غیره به عنوان برنامه‌های ایمان‌محور که در عین حال مؤثرترین و ارزان‌ترین آموزش‌ها محسوب می‌شود، از مهم‌ترین برنامه‌های بازپرورانه‌ای است که نظام عدالت کیفری مبتنی بر رویکرد اعتقاد به حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان اتخاذ می‌کند.

۴. مصادیق و جلوه‌های قانونی «حق بر بازپروری»

هرگاه قانون‌گذار در یک جامعه اولویت خود را در پاسخ‌انگاری کیفری بر مبنای حق بر بازپروری قرار دهد، ناگزیر آثار متعددی در سیاست جنایی آن جامعه خواهد داشت. برخی از آثار توجه به این مبنا به شرح مذکور اشاره شد؛ لیکن در این قسمت به جنبه‌های عملی و جلوه‌های قانونی که نتیجه تمرکز تصمیم‌سازان سیاست جنایی به حق بر بازپروری بزهکاران اطفال و نوجوانان است، می‌پردازیم. با نگاهی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار برخی نهادها و احکامی که در خصوص اطفال و نوجوانان پیش‌بینی کرده است می‌تواند ناشی از اعتقاد قانون‌گذار به این باشد که حق اولیة اطفال و نوجوانان در صورت ارتکاب جرم، حق بر بازپروری است و نه مجازات شدن. به عبارت دیگر، سیاست جنایی به سمتی می‌رود که تکلیف خود در برابر این افراد را اصلاح و بازپروری می‌داند. به همین دلیل است که در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مذکور پاسخ‌های پیش‌بینی شده برای آنان جنبه درمانی و اصلاحی دارد. همچنین در باب مسئولیت کیفری این افراد نیز قانون‌گذار مسئولیت تدریجی را پذیرفته است. به طوری که در ماده ۱۴۶ ق. م. ا در یک اصل کلی افراد نابالغ را از مسئولیت مبرا دانسته است، ولیکن در ماده ۱۴۸ همان قانون بیان داشته که افراد نابالغ بر اساس مقررات این قانون، در موردشان اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود و در مواد ۸۸ و ۸۹ که حتی‌المقدور با

مقررات بین‌المللی حقوق کودک^۱ سازگار است، برحسب سن این افراد نوع اقدامات تأمینی و تربیتی متفاوت قائل شده است. این درجه‌بندی و تدریجی بودن مسئولیت اطفال و نوجوانان که با هدف اصلاح و بازپروری آنان صورت گرفته است، می‌تواند یکی از مصادیق و آثار توجه به اصل مذکور باشد. همچنین است مقررات و احکام مربوط به عدم اجرای قاعده فراغ دادرس درمورد تصمیمات اتخاذ شده راجع به آنها، عدم احتساب سوء پیشینه کیفری، تخفیف و تبدیل مجازات و حتی آیین دادرسی به جرایم آنها^۲ از مصادیق و جلوه‌های پایبندی قانون‌گذار به حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان است. این مصادیق و جلوه‌های قانونی درواقع انعکاس عملی اولویت برنامه‌های درمانی و آموزشی درباره مجازات و مشارکت نهادهای غیرحقوقی در فرایند رسیدگی و داشتن دغدغه اصلاح و درمان این بزهکاران برای سیاست‌گذاران به‌عنوان برخی از آثار حق بر بازپروری است.

نتیجه‌گیری

ضرورت اتخاذ رویکرد افتراقی برای اطفال و نوجوانان با هدف حمایت هرچه بیشتر از این گروه شهروندان، در هر زمینه‌ای برای تصمیم‌گیران سیاست جنایی بیش از پیش احساس می‌شود. قانون‌گذار درخصوص شیوه دادرسی و تحقیقات مقدماتی جرایم اطفال و نوجوانان سیاست جنایی افتراقی و درعین حال حمایتی اتخاذ کرده است و حتی در حوزه حقوق کیفری نیز، الگوهای متعددی برای پاسخ‌دهی به بزهکاری آنها وجود دارد. اصل حمایت ویژه از اطفال و نوجوانان، پایه و اساس سیاست کیفری افتراقی اطفال در همه زمینه‌هاست. الگوی جهانی پذیرفته شده در زمینه پاسخ به بزهکاری اطفال الگوی حمایتی است. الگوی حمایتی با نگرش اصلاحی - درمانی درصدد پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال است. بدیهی است، وضع و تحمیل هر نوع پاسخ به جرم و بزهکاری، ولو درخصوص اطفال و نوجوانان، مبتنی بر بنیادهای نظری مورد پذیرش هر نظام کیفری است. هر نظام کیفری پاسخ‌های تبیینی خود را با اتکا بر یک اصل نانوشته بنیان می‌نهد. نوع نگرش جامعه و حکومت به بزهکاران و به‌طور خاص در بحث این نوشتار اطفال و نوجوانان، حسب مورد ممکن است متفاوت باشد. هرگاه جامعه خود را مدیون بزهکاران نداند و احساس تکلیف در جامعه‌پذیری اطفال و نوجوانان بزهکار نداشته باشد و از طرفی قصور و کوتاهی خود را درخصوص تأمین امنیت در جامعه، منتسب به بزهکاران کند و آنان را بدهکاران به جامعه فرض و استیفای حق را در مجازات کردن بزهکاران جست‌وجو کند، در این صورت بنیاد نظری مورد پذیرش برای چنین جامعه‌ای مبتنی بر اصل حق بر مجازات شدن بزهکاران شکل گرفته است؛ اما آنگاه که اعتقاد اولیه بر این پایه بنیان نهاده شده باشد که اطفال و نوجوانان بزهکار حقی بر ذمه جامعه دارند و جامعه در قبال آنها احساس مسئولیت و تکلیف کند و وظیفه خود را اصلاح و بازپروری آنان و متقابلاً این موضوع را به عنوان حق اولیه برای کودکان به شمار آورد، در این صورت از اصل نانوشته‌ای تحت عنوان حق بر بازپروری اطفال و نوجوانان می‌توان سخن گفت. این حق برای اطفال و نوجوانان که بر مبانی کیفرشناختی، انسانی و دینی استوار است، دارای آثار و نتایجی بوده که سیاست جنایی افتراقی را در تدوین پاسخ‌گذاری کیفری در مبارزه با بزهکاری اطفال و نوجوانان رقم می‌زند. رویکرد حق‌محوری بودن بازپروری در اندیشه سیاست‌گذاران در عرصه عدالت کیفری اطفال و نوجوانان وجه بارز الگوی حمایتی در سامانه پاسخ

۱. یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در تثبیت حقوق کودکان، کنوانسیون جهانی حقوق کودک است. در ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد این کنوانسیون را تصویب کرد. این کنوانسیون که با توافق تمامی دولت‌های عضو سازمان ملل به تصویب رسید، معتبرترین سند بین‌المللی محسوب می‌شود که به‌طور خاص برای حمایت از حقوق کودکان تصویب شده است.

۲. به مواد ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳ و ۹۵ از قانون مجازات اسلامی و نیز ۲۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه شود.

به بزهکاری آنان است.

بدین‌سان از مهم‌ترین آثار ابتنا به اصل بنیادی حق بر بازپروری اولویت برنامه‌های درمانی و آموزشی بر مجازات، لزوم مشارکت نهادهای غیرحقوقی در فرایند رسیدگی و اصلاح و درمان به عنوان دغدغه اصلی نظام کیفری است. بنابراین تلقی، بازپروری به‌عنوان حقی برای کودکان بزهکار، یکی از مصادیق بارز الگوی حمایتی پذیرفته‌شده در زمینه پاسخ به بزهکاری اطفال است که امروزه دارای پایه‌های حقوق بشری بوده و از حق‌های بشری شناخته‌شده است و جنبه جهانی به خود گرفته است. بدین ترتیب، فلسفه و نتیجه پذیرش چنین حقی برای کودکان بزهکار و با لحاظ مفهوم حق - مطالبه، تکلیف اولیه دولت بر اصلاح کودکان بزهکار در تمام مراحل است. بدیهی است، بازپروری اطفال و نوجوانان بزهکار مستلزم دخالت در مرحله جامعه‌پذیری و تعیین ضمانت‌اجراهایی به منظور اصلاح آنان است؛ نه اینکه قانون‌گذار براساس اندیشه بازپروری و بدون التزام به بسترهای تحقق این سیاست درصدد اصلاح آنها باشد. در نهایت، هرچقدر اهمیت بازپروری در یک نظام کیفری بیشتر باشد، و آن را حق برای بزهکاران تلقی کند، مجازات‌های معمول در آن نظام کمتر ماهیت سخت‌گیرانه خواهند داشت. بر این اساس، هر نظام عدالت کیفری‌ای که به دنبال بازپروری است، باید به مبانی آن معتقد و به اجرای آن پایبند باشد. در پایان، به‌عنوان پیشنهاد حاصل از پژوهش حاضر، از آنجایی که حقوق کودک و نوجوان از مهم‌ترین حقوق انسانی بوده و در سایه رعایت این حقوق است که اطفال می‌توانند حضوری مفید و کارساز در جامعه داشته باشند، لذا لازم است همان‌گونه که قانون‌گذار در مرحله کیفرگذاری بر اصل حق بر بازپروری کودکان ابتنا و بر آن اساس پاسخ‌گذاری کرده است، قضات نیز در مرحله کیفردهی با چنین نگاهی برای مرتکب پاسخ مناسب برگزینند که این امر مستلزم ایجاد زمینه‌های لازم از قبیل آموزش و نهادینه کردن این موضوع در ذهن قضات و ایجاد سازوکارهای اجرایی لازم است.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. ابراهیمی فرانی، قدرت‌الله، **حق بر امنیت**، در: لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، (به کوشش)، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، نشر معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۲. بابایی، محمدعلی، **جرم‌شناسی بالینی**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۳.
۳. پورمحمی‌آبادی، حسین، **سیاست کیفری و کودکان و نوجوانان بزه دیده و بزهکار**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ سی و هشتم، ۱۳۹۱.
۵. خواجه‌نوری، یاسمن، **جهانی شدن حقوق کیفری اطفال بزهکار**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
۶. دهخدا، علی اکبر، **لغتنامه دهخدا**، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۷. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۸. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، **کرامت انسانی در حقوق کیفری**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۹. صبوری‌پور، مهدی و سید پوریا موسوی، **حقوق کیفری عمومی اطفال و نوجوانان**، تهران: میزان، ۱۴۰۲.
۱۰. صفاری، علی، **کیفرشناسی؛ تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی**، تهران: جنگل، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۱۱. غلامی، حسین، **کیفرشناسی، کلیات، پاسخ‌شناسی جرم**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۲. فرح‌بخش، مجتبی، **جرم‌انگاری فایده‌گرایانه**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.

۱۳. مهدوی، محمود، *پیشگیری از جرم (پیشگیری رشدمدار)*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۴. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا*، (دییاجه) در: کریستین لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۱۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *زندان در مانگاه بزهکاری و بزهکاران*، (دییاجه) در: برنار بولک، کیفرشناسی، تهران: مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

مقاله

۱۶. ابراهیمی، شهرام، «بازپروری عادلانه مجرمان»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۹۱.
۱۷. امامی آرندی، حبیب، «حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی؛ در آمدی بر نظریه سیاسی مجازات»، *نشریه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۵.
۱۸. رستمی، هادی، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده محور در توجیه کیفر»، *نشریه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.
۱۹. روحی دهکردی، احسان و محمد علی تجری، «اصطلاح‌شناسی مبانی تفسیر»، *فصلنامه پژوهش‌های قرآنی*، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ۱۳۹۴.
۲۰. شیر، عباس، «سیاست گذاری جنایی افتراقی درباره اطفال و نوجوانان»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۸، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۲۱. صادقی، آزاده، «ارزیابی رویکرد بازپروری در کیفرگذاری جرائم اطفال و نوجوانان»، *مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹.
۲۲. فرجی‌ها، محمد و محمد باقر مقدسی، «رویکرد عوام‌گرایی کیفری به عدالت کیفری نوجوانان و جوانان»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۸۹.
۲۳. فرح‌بخش، مجتبی، «مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵.
۲۴. قماش، سعید و الناز جهانگیری، «بررسی کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در زندان‌های استان اصفهان»، *نشریه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۸، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۲۵. محمودی جانکی، فیروز و محسن مرادی حسن‌آبادی، «افکار عمومی و کیفرگرایی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۲۶. منصورآبادی، عباس و جواد ریاحی، «مفهوم‌شناسی مبانی در پژوهش‌های حقوقی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۱۱، شماره ۲۲، ۱۳۹۱.
۲۷. مین یون وو، «درآمدی بر سیاست جنایی توتالیترا؛ جرم و مجازات در کره شمالی با تأکید بر نقش پلیس»، *ترجمه حسین غلامی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، دوره ۶، شماره ۱۹، ۱۳۹۰.
۲۸. نجفی ابرنآبادی، علی حسین و هادی رستمی، «رویکرد سزاگر به کیفر در نظریه لیبرالیسم»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۵، شماره ۳، (ویژه نامه شماره ۱۰)، ۱۳۹۱.
۲۹. نیازپور، امیرحسین، «بازپروری بزهکاران در مقررات ایران»، *مجله فقه و حقوق*، دوره ۳، شماره ۱۱، ۱۳۸۵.

پایان نامه

۳۰. مقدسی، محمد باقر، «عوام‌گرایی و جلوه‌های آن در سیاست کیفری ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۰.
۳۱. نیک پرور، مسعود، «حق بازپروری بزهکاران در حقوق داخلی و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۱.

جزوه درسی

۳۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «تقریرات درس جرم‌شناسی؛ بازپروری بزهکاران»، مقطع دکتری، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۸۷-۱۳۸۶.

۳۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «تقریرات درس سیاست جنایی، درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا»، مقطع دکتری، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم: زینب باقری‌نژاد، نیمسال نخست ۹۰-۱۳۸۹، قابل دسترسی در www.lawtest.ir.

ب) عربی

کتاب

۳۴. صدر، سید محمد باقر، *(القواعد الفقهیه) بحوث فی علم الأصول*، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیہ‌السلام، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ه. ق.

References

Books

1. Babaei, Mohammad Ali, *Clinical Criminology*, Tehran: Mizan, fourth edition, 2024. (in Persian)
2. Dehkoda, Ali Akbar, *Dehkoda Dictionary*, Tehran: Publishing and Printing Institute of Tehran University, first edition, 1994. (in Persian)
3. Ebrahimi Farani, Qodratollah, *The right to security*, In: *La'ya Joneydi and Amirhassan Niazipour*, (edited), Publication of the vice president's legal vice president's drafting, revision and publication of laws and regulations, first edition, 2020. (in Persian)
4. Farah-Bakhsh, Mojtaba, *utilitarian criminalization*, Tehran: Mizan, first edition, 2013. (in Persian)
5. Gholami, Hossein, *Criminology, Generalities, Crime Responsiveness*, Tehran: Mizan, first edition, 2016. (in Persian)
6. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Legal terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 38th Edition, 2012. (in Persian)
7. Jeremy Waldron, *The philosophy of Rights*, in: *An Encyclopaedia of Philosophy*, ed. G. H. R. Parkinson, Routledge, 1989.
8. Khajeh-Nouri, Yasaman, *Globalization of criminal law for juvenile delinquents*, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
9. Mahdavi, Mahmoud, *crime prevention (growth-oriented prevention)*, Tehran: Samt, first edition, 2012. (in Persian)
10. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *An Introduction to Populist Criminal Policy*, (Preface) in: Christian Lazarge, *An Introduction to Criminal Policy*, Tehran: Mizan, ninth edition, 2021. (in Persian)
11. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *The Prison for Offenders and Offenders*, (Foreword) in: Bernar Bolek, *Criminology*, Tehran: Majid, 5th edition, 2006. (in Persian)
12. Pirner, Manfred, L, *Human Rights and Religion in Educational Contexts*, Springer International Publishing, 2016.
13. Pour Mohei-Abadi, Hossein, *Criminal policy and delinquent and delinquent children and teenagers*, Tehran: Mizan, first edition, 2016. (in Persian)
14. Rahimi-Nejad, Esmail, *Human dignity in criminal law*, Tehran: Mian, first edition, 2008. (in Persian)
15. Rasakh, Mohammad, *Right and Expediency*, Tehran: New Plan, first edition. 2002. (in Persian)
16. Rotman, E. *Beyond punishment: a new view of rehabilitation of criminal offenders*, New York: Greenwood press, 1990.

17. Sabouri-Pour, Mehdi, Sayyed Pouria Mousavi, *General Criminal Law of Children and Adolescents*, Tehran: Mizan, 2023. (in Persian)
18. Sadr, Sayyed Mohammad Bagher (*Al-Qawam al-Fiqhiyyah*), *Researches on Fundamental Principles*, Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopaedia on the Religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them, Fifth edition, 1996. (in Arabic)
19. Saffari, Ali, *Criminology; Developments, principles and implementation of the penalty of deprivation of liberty*, Tehran: Jungel, ninth edition, 2010. (in Persian)
20. Shepherd, J. D. *A human right not to be punished? Punishment as derogation of rights*, published online: 16 October 2011, Springer science business media, b.v. crime law and philos (6), 2011.
21. Von Hirsch, A. Ashworth. A. and Roberts, J. (editors), *Principled sentencing, reading on theory and policy*, Oxford: Hart publishing, 2009.
22. Williams, V. L. *Dictionary of american penology, an introductory Guide*, Greenwood press, West Part, 1979.

Articles

23. Ebrahimi, Shahram, "Just Rehabilitation of Criminals", *Journal of Criminal Law Doctrines*, Volume 9, Issue 3, 2013. (in Persian)
24. Emami Arandi, Habib, "Criminal Law and Political Authority: An Introduction to Political Theory of Punishment", *Journal of Criminal Law and Criminology Studies*, Volume 3, Issue 2, 2017. (in Persian)
25. Farah-Bakhsh, Mojtaba, "Concept and Basics of Defense Rights of the Accused", *Legal Journal of Justice*, Volume 70, Issue 56 and 57, 2006. (in Persian)
26. Farajiha, Mohammad and Mohammad Bagher Moghaddasi, "Criminal populism approach to criminal justice for teenagers and young adults", *Journal of Criminal Law Doctrines*, Volume 7, Issue 14, 2010. (in Persian)
27. Ghomashi, Saeed and Elnaz Jahangiri, "Analysis of Rehabilitation Function of Implementation of the Right of Education in the Prisons of Isfahan Province", *Bi-quarterly research journal of criminal law*, Volume 8, Issue 2, 2018. (in Persian)
28. Mahmoudi Janaki, Firouz and Mohsen Moradi Hassan-Abadi, "Public Opinion and Punitivity", *Journal of Legal Studies*, Volume 3, Issue 2, 2011. (in Persian)
29. Mansour-Abadi, Abbas and Javad Riahi, "Recognizing the Concept of 'Foundations' in Legal Studies", *Journal of Legal Research*, Volume 11, Issue 22, 2012. (in Persian)
30. Min Yoon-Woo, "an introduction to totalitarian criminal politics; Crime and punishment in North Korea with an emphasis on the role of the police", Translated by: Hossein Gholami, *Crime Prevention Studies Quarterly*, Issue 19, 2011. (in Persian)
31. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein and Hadi Rostami, "Punitive Approach to Punishment in the Theory of Liberalism", *Legal Research Quarterly*, Volume 15, Issue 3, (Special Issue10) 2012. (in Persian)
32. Niaz-Pour, Amirhassan, "Rehabilitating Criminals in the Iranian Laws", *Jurisprudence and Law Journal*, Volume 3, Issue 11, 2017. (in Persian)
33. Rostami, Hadi, "The Mutuality of Teleologism and utility-based Deontologism in Punishment Justification", *Bi-quarterly research journal of criminal law*, Volume 7, Issue 2, 2016. (in Persian)
34. Rouhi Dehkordi, Ehsan and Mohammad Ali Tajari, "Terminology of the Principles of Interpretation", *Qur'anic Researches Quarterly*, Volume 20, Issue 77, 2015. (in Persian)
35. Sadeghi, Azadeh, "Evaluation of Rehabilitation Approach in Sentencing Juvenile Offenders", *Journal of Criminal Law and Criminology Studies*, Volume 50, Issue 1, 2020. (in Persian)
36. Shiri, Abbas, "Differential Criminal Policy about Children and Adolescents", *Public Policy Quarterly*, Volume 8, Issue 3, 2022. (in Persian)

Thesis

37. Nik-Parvar, Mass'oud, "The Right to Rehabilitation of Offenders in Domestic Law and International Documents", Master's Thesis, Tehran: *Allameh Tabatabai University*, 2012. (in Persian)
38. Moghaddasi, Mohammad Bagher, "Populism and Its Manifestations in Iran's Criminal Policy", PhD thesis, Tehran: *Tarbiat Modarres University*, 2011. (in Persian)

TextBook

39. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, "Lectures on Criminal Policy, an Introduction to Populist Criminal Policy", Doctoral Course, Criminal Law and Criminology, Tehran: Shahid Beheshti University, Prepared and edited by: Zainab Bagheri-Nejad, first half of 2010-2011, Available at: www.lawtest.ir. (in Persian)
40. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, "Lectures on Criminology; Rehabilitation of Offenders", Doctoral Course, Criminal Law and Criminology, Tehran: Tarbiat Modarres University, 2007-2008. (in Persian)



Original Article

Regulation of Freedom of Speech in Cyberspace: A Comparative Study in United States, European Union and Iranian Law

Mohammad Hossein Zarei¹, Saeedeh Mazinanian²

ABSTRACT

Cyberspace is rapidly turning into a major tool for exercising the right to freedom of speech. Cyberspace amalgamates in the media the right to receive and the right to release information, ideas, and beliefs in the form of a written text, audio or video file. In parallel with the creation of access and the possibility of broadcasting a huge amount of information for millions of audiences to the extent of all people who have access to a computer and a telephone line, the virtual space brings new challenges and legal issues that require their correct and optimal regulation. Therefore, in this Article, by resorting to an interdisciplinary approach, it has been investigated and evaluated the methods of regulating freedom of expression in the two fields of child pornography and spreading hatred in cyberspace. The results of this research determine how effective the regulation methods are currently and also how effective and efficient regulation methods should be in the field in question.

KeyWords: Freedom of Speech, Cyberspace, Regulation, Spreading Hatred, Pornography

How to Cite: Zarei, Mohammad Hossein, Mazinanian, Saeedeh, "Regulation of Freedom of Speech in Cyberspace: A Comparative Study in United States, European Union and Iranian Law", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:61-84.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184500.1501>

Received: 08/12/2019-Accepted: 16/08/2019

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

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

Corresponding Author Email: saeede.mazinani@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/>).



مقاله علمی-پژوهشی

تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا،
اتحادیه اروپا و ایران)محمدحسین زارعی^۱، سعیده مزینانین^۲

چکیده

فضای مجازی به سرعت به ابزار کلیدی استیفای حق آزادی بیان تبدیل شده است. فضای مجازی هم حق دریافت و هم حق بیان و انتشار اطلاعات، ایده‌ها و عقاید، به صورت نوشتاری یا از طریق صدا یا ویدئو را در یک رسانه با هم ترکیب می‌کند. فضای مجازی به موازات ایجاد دسترسی و امکان پخش حجم عظیمی از اطلاعات برای مخاطبان میلیونی تا گستره همه افرادی که به رایانه و خط تلفن دسترسی دارند، چالش‌ها و موضوعات حقوقی جدیدی به همراه دارد که تنظیم‌گری صحیح و مطلوب آنها را الزامی می‌کند. از این رو، در این مقاله تلاش شده است با توسل به رویکرد میان‌رشته‌ای، روش‌های تنظیم‌گری آزادی بیان در دو حوزه هرزه‌نگاری کودکان و نفرت‌پراکنی در فضای مجازی مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد. نتایج این تحقیق مشخص می‌کند روش‌های تنظیم‌گری در حال حاضر تا چه حد کارآمد است و همچنین روش موثر و کارآمد برای تنظیم‌گری در حوزه مورد بحث چگونه باید باشد.

کلید واژگان: آزادی بیان، فضای مجازی، تنظیم‌گری، نفرت‌پراکنی، هرزه‌نگاری.

استناد به این مقاله: زارعی، محمدحسین، مزینانین، سعیده، «تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۶۱-۸۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184500.1501>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۲۶

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: saede.mazinani@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

آزادی بیان یکی از حقوق اولیه انسان‌هاست که به افراد امکان می‌دهد در کمال آزادی دیدگاه‌ها و عقاید خود را ابراز، در مباحث سیاسی یا غیرسیاسی شرکت و از مفاهیم قدیمی انتقاد و مفاهیم جدیدی ارائه کنند. آزادی بیان فقط مربوط به سیاست نیست، بلکه پیش‌شرطی برای برخورداری از دیگر آزادی‌ها و حقوق انسانی است. باین‌حال، این آزادی حق مطلق نیست؛ زیرا حدود آن به واسطه دیگر حقوق اساسی انسان و منافع عمومی مشروع تعیین می‌شود. به همین دلیل، هیچ فرمولی برای تعیین دامنه و محدودیت‌های آزادی بیان وجود ندارد. به‌علاوه، آزادی بیان مقوله‌ای ساکن نیست، بلکه در طول تاریخ به تدریج شکل گرفته است و آنچه امروز به نام آزادی بیان می‌شناسیم، چند قرن پیش یا حتی چند سال پیش فراخوانی برای انقلاب محسوب می‌شد. یکی از مشکلاتی که بر سر راه تعریف آزادی بیان وجود دارد، وجود تعابیر مختلف در سراسر جهان است؛ چیزی که در یک کشور مناسب تلقی می‌شود، در کشور دیگری ممکن است این‌گونه محسوب نشود. اعضای جامعه بین‌المللی-کشورها- سیستم‌های سیاسی خودشان را دارند و این سیستم‌ها هستند که مقیاس احترام به آزادی بیان را تعیین می‌کنند.

برای مثال، هرچند سازمان‌های بین‌المللی تلاش زیادی کرده‌اند تا توهین را از حالت غیرقانونی خارج کنند، در بسیاری از کشورها توهین یا بدگویی از سایرین باعث می‌شود افراد تحت دادرسی کیفری قرار بگیرند.^۱ بنابراین، در برخی موارد، «نقض» حق آزادی بیان و عقیده می‌تواند عواقب شدیدی در پی داشته باشد.

افزون بر این، با توجه به جنبه‌های جهانی فضای مجازی، تعریف واحدی از آزادی بیان- دامنه و حدود آن- دست‌نیافتنی به نظر می‌رسد و از آنجایی که سیستم سیاسی یک کشور بر مبنای قانون اساسی شکل گرفته و پایه و اساس وضع دیگر قوانین، نظام‌نامه‌ها و غیره است، دولت‌ها حق خود می‌دانند آنها را در قلمرو خود کنترل و تنظیم کنند. آنها با قانون‌گذاری‌های ملی، چارچوب آزادی بیان را معین و وظایف و مسئولیت‌ها، حقوق و تعهدات را تعریف می‌کنند. باین‌حال، در مورد فضای مجازی این روش چندان کارآمد نیست؛ چراکه اعمال و اجرای هر قانونی در این زمینه، به تدوین و تصویب قانون از سوی بیش از یک کشور نیاز دارد. از این‌رو تردیدی وجود ندارد که توسعه و گسترش فضای مجازی و همچنین بهره‌مندی از فواید آن، نیازمند اتخاذ سیاست‌هایی است که از آن به عنوان تنظیم‌گری یاد می‌شود. آزادی بیان نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ تنظیم‌گری صحیح در جهت تضمین آزادی بیان از سوءاستفاده‌های احتمالی از این حق جلوگیری می‌کند و به مردم اطمینان دسترسی و استفاده از فضای مجازی امن را می‌دهد.

طی سالیان اخیر استفاده از فضای مجازی در کشور ایران مانند سایر کشورها گسترش پیدا کرده است؛ بنابراین در این شرایط برای پاسخگویی به نیازهای در حال رشد جامعه، باید تنظیم‌گری صحیح و مطلوب برای تضمین حقوق بنیادین اشخاص از جمله حق آزادی بیان اتخاذ شود. با توجه به وضعیت موجود و مسائلی که در حال بروز است، روشن است که تدابیر قانونی جامعی در کشور ایران وجود ندارد. در این مقاله تلاش شده تا چالش‌های موجود در تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی و راهکارهای خروج از وضعیت موجود شناسایی و تبیین شود. به همین لحاظ در بخش نخست این مقاله به نقش دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای در حمایت از آزادی بیان پرداخته می‌شود، سپس در بخش دیگر روش‌های تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی مورد بحث و تحلیل قرار می‌گیرد و در نهایت در بخش پایانی مقاله به ارزیابی آثار تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی به‌عنوان رویکردی نظام‌مند برای ایجاد تحول در فرایند

^۱. Baker, C. E. *Human Liberty and Freedom of Speech*, London: Oxford University Press, 1989, P 73.

تنظیم‌گری در این حوزه خواهیم پرداخت. با ارزیابی آثار تنظیم‌گری توجه نهادهای تنظیم‌گر به موضوعاتی مانند هزینه، فایده قوانین و مقررات و جایگزین‌های آنها جلب می‌شود که انجام این موضوع موجب نهادینه‌سازی آیین‌ها و روش‌های تنظیم‌گری جدید خواهد شد.

۱. نقش دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای در حمایت از آزادی بیان

فارغ از اینکه در سال‌های اخیر قوانین و مقرراتی به صورت خاص در زمینه حق آزادی بیان در فضای مجازی به تصویب رسیده است، در ادامه با توجه به اینکه فرض ما بر این است که فضای مجازی صرفاً بستر و ابزاری نوین برای آزادی بیان است و از بُعد مبانی تضمین‌کننده حق آزادی بیان تفاوت چندانی با فضای حقیقی ندارد؛ لذا مقررات و کنوانسیون‌های تصویب‌شده در قلمرو ملی کشورها حوزه‌های منطقه‌ای و بین‌المللی به‌عنوان تبلور رسمیت یافته مبانی حقوقی حق آزاد بیان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. حقوق بین‌الملل

در این بخش کنوانسیون‌های بین‌المللی سازمان ملل متحد و منطقه‌ای شورای اروپا در حوزه آزادی بیان در فضای مجازی مورد بحث و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱.۱.۱. سازمان ملل متحد

در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، مجمع عمومی سازمان ملل متحد اعلامیه جهانی حقوق بشر را تصویب و منتشر کرد. ماده ۱۹ این اعلامیه تصریح می‌کند که آزادی بیان مشمول ملاحظات مرزی نمی‌شود. این اعلامیه تنها سند با بالاترین اهمیت سیاسی و دیپلماتیک است که منبعی برای قانون و حقوق عرفی به شمار می‌رود؛ چراکه از سوی تمامی کشورهای عضو پذیرفته شده و به شیوه‌های مختلف در سیستم‌های قضایی ملی گنجانده شده است. با وجود این، اعلامیه جهانی در شرایط مختلفی که لازم است بین آزادی بیان و حدود آن توازن برقرار شود، کاری از پیش نمی‌برد. به عبارت دیگر، این اعلامیه صرفاً آزادی بیان را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی همه انسان‌ها مطرح می‌کند. با تمام اینها، در مورد آزادی بیان در اینترنت کاربرد دارد؛ چراکه صراحتاً اعلام می‌کند این آزادی «در هر رسانه و صرف‌نظر از تمام مرزها» وجود دارد.^۱

یکی دیگر از اسناد مهم سازمان ملل، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است که در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ تصویب شد و در ۲۳ مارس ۱۹۷۶ به اجرا درآمد. در ماده ۱۹ این میثاق^۲ به حق آزادی بیان اشاره شده است و با توجه به عموم و اطلاق ماده موصوف قابل استناد در خصوص آزادی بیان در فضای مجازی است.

^۱. Bollinger, Lee. *The Tolerant Society*, USA: Oxford University Press, 1988, PP 41-42.

^۲. ماده ۱۹. ۱. هیچ‌کس نباید به‌خاطر عقایدش مورد آزار و اذیت قرار گیرد. ۲. هر کسی حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی در تحصیل و تفحص، انتشار هر نوع ایده و اطلاعات بدون توجه به سرحدات مرزی، به‌صورت شفاهی یا مکتوب، در قالب هنر یا با وسیله دیگری به انتخاب خود فرد است. ۳. اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده مستلزم حقوق و مسئولیت‌های خاص است و لذا ممکن است تابع محدودیت‌های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت داشته باشد:

الف) احترام به حقوق یا حیثیت دیگران

ب) حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت و اخلاق عمومی.

<http://www.unic-ir.org/hr/convenant-cp.htm> (last visited on 2/04/2019)

۱.۱.۲. شورای اروپا

رکن اصلی شورای اروپا و سندی که به دادگاه اروپایی حقوق بشر امکان می‌دهد در صورت نقض حقوق بشر وارد عمل شود، کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی اروپا و ماده ۱۰ آن است^۱ و از نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر و کشورهای عضو آن، آزادی بیان نامحدود نیست؛ چراکه براساس پاراگراف ۲ ماده ۱۰ این کنوانسیون، اعمال آزادی بیان ممکن است با برخی «فرمول‌ها، شرط‌ها، محدودیت‌ها یا جریمه‌ها» توأم باشد. با این حال، این محدودیت‌ها باید از پیش توسط قانون شرح داده شده باشد و همه از آن مطلع باشند.^۲

همچنین هر محدودیتی باید هدف مشروع و برحق داشته و منفعتی که حمایت از آن را مشروع می‌کند در پی داشته باشد. این منافع مشروع شامل حمایت از امنیت ملی، تمامیت ارضی یا امنیت، سلامت و اخلاق عمومی، حمایت از آبرو یا حقوق سایرین، پیشگیری از بروز اختلال و جنایت، افشا اطلاعات محرمانه، بی‌طرفی در قضاوت یا ابقا مرجع ذی صلاح است.

در یکی از مهم‌ترین اقدامات، شورای اروپا کنوانسیون جرایم سایبری را در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱ تأسیس کرد. این کنوانسیون حاصل تلاش‌های متعدد سازمان‌ها، دولت‌های ملی و بخش‌های خصوصی برای حل معضل سوءاستفاده از تکنولوژی‌های جدید و خطر روبه رشد جرایم کیفری بود که از طریق شبکه‌های کامپیوتری صورت می‌گرفت. بعد از این معاهده، در ۲۸ ژانویه ۲۰۰۳، شورای اروپا پروتکلی الحاقی به کنوانسیون ضمیمه کرد که مربوط به جرم‌انگاری علیه اعمال نژادپرستانه و بیگانه‌ستیزی از طریق سیستم‌های کامپیوتری بود. این کنوانسیون برای کشورهای عضو شورای اروپا و «کشورهای غیرعضو که در تعیین جزئیات آن شرکت داشته‌اند و سایر کشورهای غیرعضو که می‌توانند به آن دسترسی داشته باشند» ایجاد تعهد می‌کند.^۳

کشورهای عضو پروتکل الحاقی توافق کرده‌اند در مواردی که با اشاعه مفاد نژادپرستانه و بیگانه‌هراسی، تهدید و توهین‌هایی که با انگیزه‌های نژادپرستانه و یا بیگانه‌هراسی صورت می‌گیرند، مقررات و شروط قانونی را رعایت کنند و حتی مسئولیت‌های کیفری را در این خصوص پیش‌بینی کنند. بر این اساس، پروتکل الحاقی یک نمونه از اسناد الزام‌آور است که قوانینی در زمینه آزادی بیان در اینترنت - از طریق دستگاه‌های کامپیوتری - در آن تصویب شده است. این پروتکل مطالب مربوط به بیگانه‌هراسی و نژادپرستی را تهدیدی جدی برای جامعه می‌داند. براساس ماده ۲: «مطالب نژادپرستانه و بیگانه‌هراسی» به معنی هر متن مکتوب، تصویری و به‌طور کلی ارائه ایده‌ها یا نظریات به روش‌های مختلف و به‌گونه‌ای است که تفاوت‌های نژادی، رنگ، پیشینه نسلی، ملی یا اخلاقی و همین‌طور مذهبی را به‌عنوان دستاویزی برای طرفداری، تشویق یا تحریک دشمنی، تبعیض یا خشونت علیه یک یا گروهی از افراد قرار دهد.

شورای اروپا علاوه بر کنوانسیون‌ها (حقوق بشر و جرایم سایبری) و پروتکل‌های مربوط به آن، اسناد دیگری نیز دارد که

۱. ماده ۱۰: هرکس از حق آزادی بیان برخوردار است. این حق باید شامل آزادی داشتن عقاید و دریافت و بیان اطلاعات و ایده‌ها بدون دخالت مقامات دولتی و بدون در نظر گرفتن مرزبندی‌های جغرافیایی باشد. این ماده مانع تقاضای دولت‌ها برای دریافت مجوز برای انتشار اخبار یا فعالیت‌های بنگاه‌های تلویزیونی و سینمایی نخواهد بود.

۲. <http://www.maqsoumi.ir> (Last visited on 2/04/2019). -حقوق بشر- کنوانسیون اروپایی -حمایت از- حقوق بشر- (Last visited on 2/04/2019).

۳. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/ (last visited on 10/07/2019).

این کنوانسیون پس از تصویب، از ۱ جولای ۲۰۰۴ اجرا شده است. همچنین پروتکل الحاقی به عنوان یکی از معاهدات وابسته به کنوانسیون جرایم سایبری برای همه کشورهای اروپایی که این کنوانسیون را امضا کرده‌اند، همچنان باز است. شرایط امضای پروتکل الحاقی در مقایسه با کنوانسیون، پیچیده‌تر است؛ پنج کشور عضو کنوانسیون پروتکل را امضا نکردند.

مستقیم یا غیرمستقیم به مسئله آزادی بیان در اینترنت می‌پردازند. هرچند قدرت اجرایی این اسناد با کنوانسیون برابری نمی‌کند، آنها نیز منبع قدرتمندی از استانداردهای آزادی بیان و تکنولوژی‌های جدید هستند.

در ۵ سپتامبر ۲۰۰۱، کمیته وزرا شورای اروپا، توصیه‌نامه‌ای در خصوص خودتنظیمی محتواهای سایبری (خودتنظیمی و حفاظت از کاربران در برابر محتواهای غیرقانونی یا آسیب‌زا سرویس‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی نوین)^۱ تصویب کرد. این توصیه‌نامه تعریفی از محتواهای غیرقانونی یا آسیب‌زا ارائه نکرده و خواستار تأسیس سازمان‌های خودتنظیم‌شونده همچون شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی و تهیه منشور اخلاقی مربوط به آنهاست. براساس ماده ۱۲ این توصیه‌نامه، سیستم‌هایی همچون خط تلفن ویژه باید توسط شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی و تولیدکنندگان محتوا به منظور حفاظت از کاربران در برابر محتوای غیرقانونی ایجاد شود. به علاوه، از آنجا که نقش این مؤسسات کپی، جمع‌آوری و ارسال «محتوای غیرقانونی برای مقامات مجری قانون» است، لازم است مزایای خاصی به آنها تعلق گیرد.^۲

سند دیگری که به تعریف نقش بخش خصوصی در زمینه آزادی بیان در اینترنت می‌پردازد، اعلامیه آزادی ارتباطات در اینترنت است^۳ که در ۲۸ می ۲۰۰۳ به تصویب کمیته وزرا رسید. یکی از قواعد این اعلامیه این است که مکانیسم‌های خودتنظیمی را برای نشر محتوا در اینترنت ترویج دهد. براین اساس، این اعلامیه از شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی می‌خواهد قواعد و اصول خود را در همان چارچوبی که از سوی دولت‌های ملی تعریف شده است، پیاده کنند. هرچند کشورها نباید دست به فیلتر یا بلاک بزنند، ممکن است فیلترهایی در مکان‌های خاصی نظیر مدارس و کتابخانه‌ها که برای خردسالان قابل دسترس است به منظور حمایت از آنها نصب شود (اصل شماره ۳).^۴ همچنین براساس اصل ۶، اعلامیه سطح بالایی از مسئولیت‌پذیری از جانب شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی مطالبه شده است؛ به طوری که آنها را ملزم می‌داند «در صورت مشاهده مطالب اینترنتی با محتوای غیرقانونی یا درخواست خرابکاری یا مواجهه با شرایطی دال بر غیرقانونی بودن فعالیت یا اطلاعات منتشرشده، سریعاً در راستای حذف یا قطع دسترسی به اطلاعات یا خدمات اقدام کنند». درنهایت، یکی از اصول اعلامیه به مسئله ناشناس بودن کاربران و تجسس‌های آنلاین می‌پردازد و ضمن تأکید بر اهمیت احترام به حق ناشناس ماندن افراد، روش‌هایی را که برای شناسایی و ردیابی آنلاین مجرمان به کار می‌رود مشروع و قانونی می‌داند. از آنجا که این کار بدون همکاری متقابل شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی امکان‌پذیر نیست، این شرکت‌ها هستند که باید داده‌های مربوط به کاربران یا مشتریان‌شان را محفوظ نگه دارند و ردیابی کنند.^۵

درنهایت، کمیته وزرا اعلامیه حقوق بشر و حاکمیت قانون در جامعه اطلاعاتی^۶ را در ۳ می ۲۰۰۵ تصویب کرد. اولین ماده این اعلامیه به آزادی بیان می‌پردازد. این ماده صراحتاً در خصوص اهمیت آزادی بیان و جایگاه آن در سیستم حقوق بشر شورای اروپا بحث می‌کند. بنابر این اعلامیه، آنچه به صورت آنلاین غیرقانونی تلقی می‌شود، در دنیای آنلاین هم غیرقانونی است. مکانیسم‌های خودتنظیمی باید از سانسور مطالب توسط دولت یا بخش خصوصی ممانعت به عمل آورد

1. Recommendation (Rec (2001)8) on Self-Regulation Concerning Cyber Content (Self-Regulation and User Protection against Illegal or Harmful Content on New Communications and Information Services.

2. <https://www.osce.org/fom/31584?download=true> (Last visited on 10/09/2019).

3. Declaration on Freedom of Communication on the Internet, 2003.

4. Organization for Security and Co-operation in Europe, Declaration on freedom of communication on the Internet, (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies), May 2003, P 2.

5. Ibid, P 3.

6. Declaration on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society Internet, 2005.

و در عین حال، از انتشار مطالبی که بر اساس تعریف پروتکل الحاقی، نژادپرستانه یا بیگانه‌هراسی محسوب می‌شوند، پیشگیری کند.^۱

۱.۲. حقوق داخلی

در ادامه و در این بخش به‌طور اخص قوانین دو کشور ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران در حوزه آزادی بیان در فضای مجازی مورد بحث و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱.۲.۱. ایالات متحده آمریکا

پیش از آنکه گونه‌های خاصی از گفتارهای آسیب‌رسان در اینترنت مورد تحلیل قرار گیرد، بحث دربارهٔ متمم اول قانون اساسی ایالات متحده ضروری است. طبق این متمم، «کنگره نباید قانونی در رابطه با نهادینه‌سازی دین یا اجرای آزادانهٔ اعمال دینی، محدودسازی آزادی بیان یا مطبوعات، حق اجتماع مردم به‌صورت مسالمت‌آمیز یا درخواست از دولت برای رفع بی‌عدالتی تصویب کند.»^۲ هدف از این متمم حمایت از آزادی اندیشه و بیان افراد است؛ به‌گونه‌ای که حق آزادی بیان وجود دارد، اما مطلق نیست. حال این پرسش مطرح می‌شود که گستردگی این حق باید تا چه حد باشد؟ دامنهٔ این حق مدنی برای آزادی بیان تا چه اندازه است؟

در پاسخ می‌توان گفت که طی سال‌ها، چندین اصل برای آزادی بیان از درون پرونده‌های متعددی پدید آمده‌اند که به موضوعات متمم اول قانون اساسی مربوط بوده‌اند. این اصول مقرر می‌دارند که دولت چه زمانی می‌تواند در موضوعات مربوط به آزادی بیان ورود و محدودیت‌هایی بر آزادی اعمال کند.^۳ در ذیل رئوس کلی اصول مهم‌تر را می‌بینیم:

۱. اگر قانون برای محدودسازی آزادی بیان، بیش از حد ضرورت در راستای منافع الزام‌آور دولت باشد، آن قانون مغایر با قانون اساسی است.
۲. دولت نمی‌تواند کسی را ملزم به تأیید نماد، شعار یا نشان کند.
۳. محدودیت‌های دولت در زمان، مکان و شیوهٔ بیان فقط در صورت تحقق این سه شرط، قانونی خواهد بود:
 - محتوای آن باید بی‌طرفانه^۴ باشد.
 - امکان ارائهٔ مطلب برای دیگران باید وجود داشته باشد.
 - این مطالب باید به موضوع مهمی در خصوص منافع عمومی بپردازد.
۴. محدودیت‌هایی که دولت در خصوص محتوای مطالب اعمال می‌کند، غیرقانونی است، مگر آنکه در راستای منافع الزام‌آور دولت باشد. باین‌حال، شش استثنا وجود دارد؛ یعنی شش شکلی از محتوا که متمم اول قانون اساسی از آنها حمایت نمی‌کند:
 - مطلبی که احتمال می‌رود باعث ترغیب به عمل غیرقانونی قریب‌الوقوعی شود.

¹ Human Rights in the Information Society, Spring 2011, P 8, Available at: <https://danubetech.com> (Last visited on 12/04/2019).

² Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

³ Kevin F. O'Neill. "A First Amendment Compass: Navigating the Speech Clause with a Five-Step Analytical Framework", *Southwestern University Law Review*, Volume 223, 2000, P 225.

⁴ Neutral

- کلمات جنگ‌افروزانه؛ یعنی کلمات توهین‌آمیزی که موجب آغاز دعوا یا اختلاف می‌شود.
- حرف رکیک: مطلب صراحتاً موهن که فاقد ارزش ادبی، هنری، سیاسی یا علمی است.
- هرزه‌نگاری کودکان.
- اظهارات افتراآمیز که به صورت مطلبی تعریف می‌شود که هدف از آن، خدشه وارد کردن به شهرت افراد است تا جایگاه آن افراد در نظر عموم تنزل یابد.

• انواع خاصی از مطالب تجاری که فریبنده‌اند یا به محصولات غیرقانونی مربوط می‌شوند.^۱

باید توجه کرد که متمم اول قانون اساسی از شهروندان در برابر تلاش‌های دولت برای اعمال محدودیت در حقوق آزادی بیان حمایت می‌کند. با وجود این، احزاب خصوصی از آزادی عمل بیشتری برای محدود کردن آزادی بیان برخوردارند. برای مثال، ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی ممکن است وبسایت‌هایی را که مطالب شنیع دارند، فیلتر کند؛ اما اگر دولت چنین سیاستی را اعمال می‌کرد، احتمالاً اقدام دولتی محسوب می‌شد و بحث متمم اول قانون اساسی پیش می‌آمد. برمن^۲ معتقد است اینترنت باید ما را به بازنگری در این اعتقاد به اقدام ملی وادار کند؛ زیرا ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی و دیگران به واسطه ابزارهای فنی خود از قدرت فوق‌العاده‌ای برای ایجاد محدودیت در آزادی بیان برخوردارند و باین حال، اقدامات محدودکننده آنها مشمول متمم اول قانون اساسی نمی‌شود. او خواهان بازنگری در اعتقاد به اقدام ملی است تا بهتر از حقوق آزادی بیان دفاع کرد.^۳

در این راستا لازم به ذکر است اصول ابتدایی قانون اساسی، مانند متمم اول قانون اساسی، تحت تأثیر فناوری‌های جدید قرار نمی‌گیرند. در این موقعیت‌های کاملاً جدید شبکه‌های دیجیتال، حق آزادی بیان در چارچوب تعیین‌شده تغییر نمی‌کند. طبق گفته ترایب، «اینترنت تقریباً به هر فردی امکان کسب یا انتقال اطلاعات را به‌طور آنی در هر جای زمین می‌دهد، اما شایستگی اینترنت در حمایت از آزادی بیان، بیشتر یا کمتر از رسانه‌های قدیمی‌تر نیست.»^۴

۱.۲.۲. جمهوری اسلامی ایران

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌صراحت از عبارت آزادی بیان یادی به میان نیامده است، اما در اصل سوم این قانون، آزادی هم به‌عنوان ارزشی متعالی و والا شناخته شده و هم به‌عنوان ابزاری برای تعالی و تکامل اجتماعی به رسمیت شناخته شده است. اصل دیگری که به آزادی بیان اشاره دارد، اصل بیست و سوم قانون اساسی^۵ است، در واقع این اصل به یکی از مصادیق برجسته و بارز آزادی بیان، یعنی آزادی مطبوعات و نشریات، اشاره دارد.

اصل بیست و چهارم این قانون^۶ نیز فقط به آزادی عقیده اشاره دارد، اما به نظر می‌رسد منظور از تدوین این اصل، آزادی بیان و عقیده است؛ چراکه این امر بدیهی است که یک عقیده و اندیشه‌ای تا زمانی ظاهر و ابراز نشود، نمی‌توان آن را مورد مؤاخذه و تعرض قرار داد؛ بنابراین می‌توان آزادی بیان عقیده و اندیشه را از این اصل استنباط کرد.^۷ در این راستا

^۱. Fisher, W. *freedom of expression on the internet*, 2001, Available at: <http://eon.law.harvard.edu/ilaw/speech> (Last visited on 7/07/2018).

^۲. Berman

^۳. Berman, P. "How (If at all) to regulate the internet: cyberspace and the state action debate", *university of colorado law review* 71, 2000, P 1263.

^۴. Tribe, L. "The internet vs. the first amendment", *New York Times*, April 1999, P 32.

^۵. نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می‌کند.

^۶. تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد... .

^۷. انصاری، باقر، *حقوق رسانه*، تهران: سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۰، ص ۱۳.

در مواد ۲۵، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ منشور حقوق شهروندی که در سال ۱۳۹۵ به تصویب رسیده، به صراحت از حق آزادی بیان حمایت شده است.^۱

۲. تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی

تنظیم‌گری اساساً به مداخله دولت در اقتصاد از طریق وضع و اعمال مقررات قانونی یاد می‌شود و در این راستا نظریه‌های تنظیم‌گری برای توضیح چگونگی ظهور استانداردها و معیارهای تنظیم‌گری تنظیم می‌شوند. نظریه‌های تنظیم‌گری براساس منفعت محور بودن آنها، به دو دسته عمده - نظریه منفعت عمومی و نظریه منفعت خصوصی - تقسیم می‌شوند. این دو نظریه می‌توانند این امر را توضیح دهند که چه موضوعی دولت را به وضع مقررات برای کنترل رفتار بازیگران بازار وادار می‌کند. برخی از صاحب‌نظران نظریه منفعت عمومی را در پاسخ به کاستی‌های بازار^۲ می‌دانند و تنظیم‌گری را به‌عنوان پاسخ درستی به این کاستی‌ها تجویز می‌کنند. اصلاح کاستی‌های بازار رفاه عمومی جامعه را افزایش می‌دهد و به نفع جامعه است. از آنجا که یکی از مشکلات و کاستی‌هایی که دولت در نظریه منفعت عمومی اقدام به تنظیم‌گری آن می‌کند آثار خارجی - هزینه‌هایی که جامعه ناخواسته متحمل آن می‌شود - است.^۳

در خصوص موضوع مورد بررسی در این مقاله، برخی از ضررهای اجتماعی ناشی از آزادی بیان مانند نفرت‌پراکنی و هرزه‌نگاری برای کودکان را می‌توان از این منظر ملاحظه کرد. بنابراین، در خصوص بهترین روش‌های جبران آثار جانبی و نحوه تنظیم‌گری آن بحث‌های دقیقی صورت گرفته است که در ذیل این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرند. سؤالی که در این قسمت قابل طرح است این است که آیا فضای مجازی دارای کیفیت متفاوتی است که ما را قادر به جبران آثار جانبی، به شیوه‌ای متفاوت کند؟ آیا در فضای مجازی همچنان نیازمند مداخلات گسترده دولت در تنظیم‌گری هستیم؟

در این قسمت ابتدا درباره بررسی قوانین و مقررات مصوب (تنظیم‌گری کنترل - دستوری) در خصوص محدودیت‌های حق آزادی بیان در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی پرداخته می‌شود. سپس روش دیگر تنظیم‌گری آزادی بیان، خودتنظیمی مورد بحث و تحلیل قرار خواهد گرفت و در قسمت پایانی روش‌های تنظیم‌گری مورد بحث و ارزیابی قرار خواهند گرفت.

۱. ماده ۲۵: شهروندان از حق آزادی اندیشه برخوردارند. تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به‌صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مواخذه قرارداد.

ماده ۲۶: هر شهروندی از حق آزادی بیان برخوردار است. این حق باید در چارچوب حدود مقرر در قانون اعمال شود. شهروندان حق دارند نظرات و اطلاعات راجع به موضوعات مختلف را با استفاده از وسایل ارتباطی، آزادانه جست‌وجو، دریافت و منتشر کنند. دولت باید آزادی بیان را به‌طور خاص در عرصه‌های ارتباطات گروهی و اجتماعی و فضای مجازی از جمله روزنامه، مجله، کتاب، سینما، رادیو، تلویزیون و شبکه‌های اجتماعی و مانند اینها طبق قوانین تضمین کند.

ماده ۲۷: شهروندان حق دارند اندیشه، خلاقیت و احساس خود را از طرق مختلف آفرینش فکری، ادبی و هنری با رعایت قوانین و حقوق دیگران بیان کنند.

ماده ۲۸: شهروندان از حق نقد، ابراز نارضایتی، دعوت به خیر، نصیحت در مورد عملکرد حکومت و نهادهای عمومی برخوردارند. دولت به ترویج و گسترش فرهنگ انتقادپذیری، تحمل و مدارا موظف است.

<http://citizensrights.ir> (Lasted visited on 10/10/2018).

۲. کاستی‌های بازار شامل: انحصارات، عملکرد نامتوازن بازار، توزیع نامتوازن اطلاعات، آثار خارجی و کالاهای عمومی است.

۳. زارعی، محمدحسین و عرفان شمس، «درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۲، صص ۱۷۹-۱۸۱.

۲.۱. تنظیم‌گری کنترل - دستوری محدودیت‌های آزادی بیان

آرتور سسیل پیگو^۱، از برجسته‌ترین اقتصاددانان حوزه اقتصاد رفاه، از اتکای بیشتر بر دولت در جبران و رفع کاستی‌های بازار حمایت می‌کند.^۲ براین اساس می‌توان از نیروی قهری قانون، برای محافظت در برابر شکل‌های ناخواسته گفتار بهره جست.

در راستای توضیح این دیدگاه لازم است بیان شود که براساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و دادگاه اروپایی حقوق بشر، هر محدودیتی باید متناسب و با نظارت قانون همراه باشد تا از حقوق مشروع حمایت شود. مرز این تناسب، می‌تواند از موردی تا مورد دیگر و از کشوری تا کشور دیگر متفاوت باشد. با این حال، این تفاوت‌ها نباید خیلی چشمگیر باشد، همه آنها باید همسان و مبتنی بر ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر باشند.^۳

همچنین براساس رساله «درباره آزادی» جان استوارت میل، هرکس می‌تواند بدون هرگونه مزاحمتی برای دولت یا جامعه آزادانه عمل کند (یعنی عقایدش را آزادانه بیان کند)، مگر اینکه باعث آسیب به سایرین شود. به علاوه، دولت‌ها باید از کنترل رسانه و سرکوب عقایدی که در مورد عملکرد خود آنهاست، خودداری کنند.^۴

از آنجایی که آزادی بیان محدودیت‌هایی دارد در این قسمت بر دو محدودیت نفرت‌پراکنی و هرزه‌نگاری متمرکز خواهیم شد. در این راستا لازم به توضیح است که از یک سو نفرت‌پراکنی اغلب با هدف آسیب به یک گروه یا اعضا آن صورت می‌گیرد؛ در نتیجه لازم است جامعه را از آن در امان نگه داریم و از سوی دیگر، جلوگیری از نفرت‌پراکنی، یکی از محدودیت‌های بحث‌برانگیز آزادی بیان است. از دیگر محدودیت‌های آزادی بیان، هرزه‌نگاری برای کودکان است. هرزه‌نگاری - چه آنلاین و چه آفلاین - برای کودکان ممنوع است؛ هرچند محدوده سنی کودکان متغیر است، اما در بیشتر کشورها یکی از سخت‌ترین جرایم کیفری به حساب می‌آید.^۵

۲.۱.۱. نفرت‌پراکنی در فضای مجازی

همان‌طور که پیش از این گفتیم، حق آزادی بیان باید با محدودیت‌های خاصی همراه باشد و نفرت‌پراکنی یکی از آنهاست. بیشتر کشورها به هر طریق ممکن، توهین‌های کلامی علیه فرد یا گروهی از افراد را که صرفاً به دلیل برخی تفاوت‌ها از بیشتر افراد مجزا هستند، قدغن می‌کنند. این تفاوت‌ها می‌توانند نژادی، قومی، ملی و مذهبی و در دیگر موارد سیاسی یا عقیدتی باشد. براساس تعریف ریچارد دلگادو، «نفرت‌پراکنی واژه‌ای بحث‌برانگیز برای سخنانی است که موجب تحقیر، ارباب یا خشونت یا عمل تبعیض‌آمیز علیه شخص یا گروهی از اشخاص می‌شود و می‌تواند مربوط به نژاد، جنس، سن، قومیت، ملیت، مذهب، هویت جنسی، ناتوانی، دیدگاه‌های اخلاقی یا سیاسی و غیره باشد. این واژه ارتباطات مکتوب و شفاهی را دربر می‌گیرد».^۶

هرچند بعد از جنگ جهانی دوم، جامعه بین‌المللی دریافت که افراطی‌ها چطور می‌توانند از رسانه استفاده و با تجاوز به

^۱. Arthur Cecil Pigou

^۲. Aronsson, Thomas and Karl-Gustaf Löfgren. "Welfare Theory: History and Modern Results, Department of Economics Umeå University", 2007, P 4.

^۳. <https://www.aihrc.org.af/media/files/Laws/Elamia%20ha/Elamiya%20huquqe%20bashar.pdf> (Lasted visited on 10/10/2018).

^۴. Mill, John Stuart. *On Liberty in focus*, Routledge 11 New Fetter Lane, London EC4P 4EE, First Edition, 1991, P 23.

^۵. <http://www.inhope.org/en/facts/age.html>. (Lasted visited on 10/10/2018).

^۶. Hate Speech

^۷. Delgado, Richard and Jean Stefancic, "Hate Speech in Cyberspace", *Wake Forest Law Review*, 2014, P 9.

حقوق دیگران از آزادی بیان سوءاستفاده کنند. از این رو براساس ماده ۲۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، هرگونه تبلیغ برای جنگ و همچنین دعوت به دشمنی‌های ملی، نژادی و مذهبی که محرک تبعیض، دشمنی یا اعمال زور باشد، به موجب قانون ممنوع است؛ اما هیچ قانون بین‌المللی و مجازات کیفری مشخصی برای نفرت‌پراکنی وجود ندارد. اینترنت و نحوه گسترش آن، این مسئله را بغرنج‌تر کرده است.

به‌عنوان مثال می‌توان به پروندهٔ یاهو اشاره کرد که در آوریل سال ۲۰۰۰، اتحادیهٔ ضدنژادپرستی و یهودستیزی^۱ و اتحادیهٔ دانشجویان یهودی فرانسه^۲ به دلیل حراج اشیای نازی در یاهو^۳ دادخواهی مدنی علیه یاهو مطرح کردند. آنها نامه‌ای به شرکت یاهو فرستادند و درخواست کردند صفحات اینترنتی حاوی این مطالب را ببندند. از آنجا که یاهو با درخواست آنها موافقت نکرد، این دو اتحادیه دعوی قضایی در فرانسه به راه انداختند. در ۲۲ می ۲۰۰۰، دادگاه فرانسه دستور موقتی را در خصوص اجناسی که به‌صورت غیرقانونی و مغایر با قانون فرانسه به فروش رسیده بودند صادر کرد. بنابراین یاهو براساس قوانین فرانسه به‌خصوص قانون کیفری فرانسه و قانون سمبل نازی، همهٔ مطالب و اشیای مربوط به نازی را از سایتش برداشت و در ادامه سیاست نفرت‌پراکنی خود را تعدیل کرد.^۴

پروندهٔ یاهو مسائل متعددی به دنبال داشت. یکی از مهم‌ترین مسائل، فیلترینگ و راهکارهای فنی برای بلاک کردن برخی سایت‌ها و صفحات اینترنتی بود. همهٔ متخصصان هم‌عقیده‌اند که هیچ راه‌کار فنی نمی‌تواند قابلیت اطمینان فیلترینگ صددرصد را تضمین کند. این پرونده باعث شد شرکت‌های ارائه‌دهندهٔ خدمات اینترنتی درمورد مطالب اهانت‌آمیز، سیاست «اخطار و سپس مسدود کردن سایت» را در پیش بگیرند.^۵

روش اخطار و مسدود کردن سایت توسط قانون کیفری رایب هزارهٔ دیجیتال^۶ ۱۹۹۸، در بخش ۵۱۲ (محدودیت‌هایی بر مسئولیت‌های مربوط به مطالب آنلاین) قانون کیفری ۱۹۷۶ تغییراتی به عمل آورد. براساس این قانون، اگر شرکت‌های ارائه‌دهندهٔ خدمات اینترنتی بتوانند مطالب غیرمجاز را کنترل کنند، اما مستقیماً از منافع مالی حاصل از این فعالیت غیرمجاز سودی نبرند، مسئولیتی متوجه آنها نیست. علاوه بر این، اگر از محتویات یا فعالیت‌های غیرمجاز واقعاً اطلاعی نداشته باشند، مسئولیتی متوجه آنها نیست. باین حال، اگر بعد از اطلاع از چنین مطالبی «سریعاً برای حذف آن وارد عمل نشوند یا آن را غیرقابل دسترس نکنند» مسئول‌اند.^۷ باید به خاطر داشت که عکس‌العمل فوری در تمام موارد به‌راحتی امکان‌پذیر نیست و همیشه احتمال زیرپا گذاشتن حقوق سایرین وجود دارد.

در موارد مربوط به حقوق بشر و آزادی بیان نیز از همین روش‌ها استفاده می‌شود. آنجا نیز مسئولیت متوجه شرکت‌های ارائه‌دهندهٔ خدمات اینترنتی است. در برخی کشورها، منع ترویج نفرت و دشمنی بین مردم و گروه‌ها در یکی از قوانین اساسی کشور لحاظ شده است. بنابراین، می‌توان انتظار داشت مؤسسهٔ فنی که قانوناً در یک کشور به ثبت رسیده است، با تعاریفی که در هر مورد به کار می‌رود آشنایی دارد تا در کوتاه‌ترین فرصت، هر وب‌سایتی را که اقدام به نفرت‌پراکنی می‌کند شناسایی کند و درخصوص روش‌های برخورد و متناسب بودن این روش‌ها تصمیم بگیرد. به‌علاوه اگر یک شرکت

¹ Ligue Contre la Racisme et l'Antisémitisme (LICRA)

² Union des Etudiants Juifs de France (UEJF)

³ www.Yahoo.com

⁴ <http://www.techlawjournal.com/topstories/2006/20060112.asp/>

⁵ Le Menestral, M., Hunter, M. and de Bettignies, H-C. "Internet e-ethics in Confrontation with an Activists' Agenda: Yahoo! on Trial", *Journal of Business Ethics* 39, Netherlands: Kluwer Academic Publisher, 2002, P 2.

⁶ Digital Millennium Copyright

⁷ THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. Copyright Office Summary, No. 105-304, 112 Stat. 2860, 1998, P 11.

ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی از عهده این کار برنیايد، خود را در معرض ريسک دعوای قضایی، احکام دادگاه، جریمه و موارد دیگری از این دست قرار می‌دهد.

از سوی دیگر، در واقع باید به شکلی ماهرانه با جرایم نفرت‌محور برخورد شود. اینترنت به فضایی برای بی‌شمار مطلب موهن و آزارنده تبدیل شده است و برخی از این محتویات در دنیای آفلاین نیز منجر به مجازات‌های کیفری می‌شود. جامعه بین‌المللی برای حل این مسئله خواستار همکاری‌های مشترک بین مجریان قانون و بخش خصوصی، برای وضع قوانین سخت‌گیرانه‌تر و همچنین روش‌های مثبت در مبارزه با نژادپرستی و دیگر اشکال نفرت‌پراکنی است.^۱ همان‌طور که اشاره کردیم، در بسیاری از کشورها نفرت‌پراکنی به موجب قانون ممنوع است و در ایالات متحده نیز برخی اشکال نفرت‌پراکنی، که در قانون شرح داده شده، ممنوع است و در این خصوص نمی‌توان اهمیت اصلاحیه نخست قانون اساسی را انکار کرد. یکی از اولین پرونده‌ها در ایالات متحده، نفرت‌پراکنی از طریق ایمیل در سال ۱۹۹۶ است. در این پرونده یکی از دانشجویان دانشگاه کالیفرنیا در ایروین^۲ پیام تهدیدآمیزی برای ۵۹ دانشجوی آسیایی ارسال کرد. وی با وجود اظهار اینکه ایمیل‌ها را به‌خاطر آسیایی بودن این افراد برای آنها فرستاده است، به استفاده آگاهانه و بدون مجوز از سرویس‌های کامپیوتری متهم شد.^۳

در جمهوری اسلامی ایران نیز طبق ماده ۲۲ قانون جرایم رایانه‌ای، وظیفه پالایش فضای مجازی که از جمله آن محتوایی که علیه مقامات و نهادهای دولتی و عمومی به کار می‌رود، بر عهده کمیته تعیین مصادیق مجرمانه^۴ است. طبق ماده ۲۱ و ۲۳ قانون مذکور اگر ارائه‌دهنده خدمات دسترسی و خدمات میزبانی عمداً از پالایش محتوای مجرمانه خودداری کند، منحل خواهند شد و چنانچه از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی، زمینه دسترسی به محتوای غیرقانونی را فراهم آورد، در مرتبه نخست به جزای نقدی از ۲۰ تا ۱۰۰ میلیون ریال، در مرتبه دوم به جزای نقدی از ۱۰۰ میلیون تا یک میلیارد ریال و در مرتبه سوم به یک تا ۳ سال تعطیل موقت محکوم خواهد شد.

همچنین در ماده ۱۷ آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی مصوب هیئت وزیران در سال ۱۳۸۵ به موضوع تخلفات پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی اشاره شده است که انتشار هرگونه مطالب توهین‌آمیز به اسلام، ادیان دینی، انبیا و معصومین، رهبری، اقلیت‌های مذهبی، اشخاص حقیقی و حقوقی، افترا و نشر اکاذیب ممنوع اعلام شده است. طبق ماده ۹ آیین‌نامه موصوف رسیدگی به انتشار این داده‌ها با توجه به نوع و آثار آن منجر به تذکر رسمی به مسئول سایت‌ها برای حذف مطالب یا جبران آن مانند اصلاح یا عذرخواهی یا ارسال گزارش به کارگروه تعیین مصادیق مجرمانه به‌منظور مسدود کردن به مدت محدود یا تعطیل دائمی منجر خواهد شد. همچنین پیرو تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای از سوی رهبر معظم انقلاب اسلامی

^۱. Delgado and Stefancic, op.cit, P 10.

^۲. Irvine

^۳. Machado Case History. Available at:

http://computingcases.org/case_materials/machado/case_history/case_history.html (Last visited on 11/08/2019).

^۴. اعضای این کارگروه عبارتند از: دادستان کل کشور (رئیس کارگروه) - رئیس یا نماینده سازمان صدا و سیما - وزیر یا نماینده وزیر اطلاعات - وزیر یا نماینده وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی - وزیر یا نماینده وزیر دادگستری - وزیر یا نماینده وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات - وزیر یا نماینده وزیر علوم تحقیقات و فناوری - وزیر یا نماینده وزیر آموزش و پرورش - فرمانده نیروی انتظامی - یک نفر خبره در فناوری اطلاعات و ارتباطات به انتخاب کمیسیون صنایع و معادن مجلس شورای اسلامی - یک نفر از نمایندگان عضو کمیسیون قضایی و حقوقی به انتخاب این کمیسیون به تأیید مجلس شورای اسلامی - رئیس سازمان تبلیغات اسلامی.

<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/135717> (Last visited on 11/08/2019).

(نامه‌های شماره ۱/۱۰۳۳ مورخ ۱۳۸۰/۳/۹ و شماره ۱/۱۰۷۲ مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۳ دفتر مقام معظم رهبری) شورای عالی انقلاب فرهنگی مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای را در سال ۱۳۸۰ به تصویب رساند. این مقرر شامل چندین آیین‌نامه است. در ماده ۶ آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا به ممنوعیت تولید و عرضه توهین و افترا به مقدسات اسلامی و رهبری و مقامات حکومتی و اشخاص حقیقی و حقوقی اشاره شده است. ضمانت اجرای تخلفی از موارد مندرج در آیین‌نامه طبق ماده ۹ شامل تذکر، قطع موقت مجوز، لغو پروانه و طرح در دادگاه‌ها و محاکم قانونی، براساس نوع «تخلف براساس قوانین و ضوابط ذی‌ربط بر عهده کمیسیون راهبردی می‌باشد که براساس گزارش نظارت وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات بررسی و اعلام نظر می‌نماید». همچنین در ماده ۷ آیین‌نامه دفاتر خدمات اینترنت مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی، تولید و عرضه توهین و افترا به مقدسات اسلامی، مقامات حکومتی توسط شبکه‌های انتقال اطلاعات رایانه‌ای ممنوع اعلام شده است. در راستای تحقق این موضوع، کمیسیون راهبردی شورای عالی اطلاع‌رسانی در استان تهران و کمیته‌های استانی در استان‌ها بر کار این دفاتر نظارت دارند و در صورت تخلف دفاتر وفق تبصره‌های ۱ و ۲ همین ماده لغو موقت و دائم پروانه صورت خواهد گرفت.^۱

۲.۱.۲. هرزه‌نگاری کودکان در فضای مجازی

حمایت از کودکان همیشه نقطه تمرکز سیاست‌های بین‌المللی و دولتی بوده است؛ لذا جرایم کیفری که علیه خردسالان صورت می‌گیرد، مجازات سخت‌تری در پی دارد.^۲ کنوانسیون حقوق کودکان سازمان ملل متحد مصوب سال ۱۹۸۹ یکی از اسناد مهمی است که به‌طور اخص به حمایت از کودکان می‌پردازد. بیشتر کشورها نیز در خصوص محتویات مناسب برای کودکان در سنین مختلف قوانین و مقررات مشخصی دارند.

در سال ۱۹۹۶، کنگره آمریکا قانون نزاکت در ارتباطات^۳ را که در خصوص بی‌نزاکتی و هرزگی در اینترنت بود، تصویب کرد. بلافاصله بعد از آن، اتحادیه آزادی‌های مدنی آمریکا^۴ با این ادعا که این قانون مغایر با قانون اساسی است، دعوا در دادگاه مطرح کرد. در فوریه سال ۱۹۹۶، دادگاه پنسیلوانیا قرار منع موقتی صادر کرد که به موجب آن، دولت ایالات متحده آمریکا را از اجرای قانون نزاکت منع می‌کرد.^۵

به موجب ماده ۲۲۳ این قانون، «مخابره هرگونه کامنت، درخواست، پیشنهاد، پروپوزال، تصویر یا هر ارتباط بی‌ادبانه یا گستاخانه به‌صورت عمدی و با اطلاع از اینکه دریافت‌کننده زیر ۱۸ سال است، صرف‌نظر از اینکه تولیدکننده این گونه محتواها ارتباط را آغاز کرده باشد» مشمول جریمه کیفری است. به‌علاوه، بند (د) این ماده، ارسال یا نمایش، تجسم یا توصیف «هرگونه مطلبی را که براساس استانداردهای جامعه امروزی، آشکارا موهن است» ممنوع می‌داند. اینها فقط چند نمونه از مقررات است که نقض‌کننده اصلاحیه نخست قانون اساسی ایالات متحده آمریکا است. در ۲۶ ژوئن ۱۹۹۷، دادگاه

^۱. جهانگرد، نصرالله و خسرو سلجوقی، *مجموعه قوانین و مقررات فناوری اطلاعات و ارتباطات ایران*، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳، صص ۲۱۸ و ۲۲۲.

^۲. Program in Comparative Law and Policy (PCMLP), 2004, Self-Regulation of Digital Media Converging on the Internet: Industry Codes of Conduct in Sectoral Analysis, P 15.

PCMLP, Retrieved November 20, 2006, Available at:

<http://www.selfregulation.info/iapocoda/0405-iapocode-final.pdf> (Last visited on 10/07/2019)

^۳. Communications Decency Act

^۴. American Civil Liberties Union

^۵. Cyber-Rights and Cyber-Liberties (UK), 1997, Retrieved August 1, 2006, Available at: <http://www.cyber-rights.org/censorship/aclu.htm> (Last visited on 10/09/2019).

عالی ایالات متحده آمریکا رأی دادگاه ایالتی را تأیید و اعلام کرد که بند فوق حق آزادی بیان را نقض می‌کند.^۱ همچنین در سال ۱۹۹۸ کنگره ایالات متحده آمریکا قانون حفاظت آنلاین از کودکان^۲ را تصویب کرد و برای هرگونه انتشار محتویات آسیب‌زا برای خردسالان جزای نقدی در نظر گرفت. در فوریه ۱۹۹۹، دادگاه ایالتی فدرال در فیلادلفیا با صدور رأی نهایی، دولت را به دلیل مغایرت با قانون اساسی از اجرای قانون حفاظت آنلاین از کودکان منع کرد و این رأی از سوی سومین دادگاه استیناف تأیید شد. دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا در خصوص دادخواست وزارت دادگستری، خواستار لغو تصمیمات بالا شد. بنا بر رأی این دادگاه «ممنوعیت‌هایی که به واسطه جرایم کیفری سخت‌گیرانه بر محتواها اعمال می‌شود، می‌تواند به سرکوب زندگی و افکار انسان‌های آزاد شود و نقض صریح آزادی بیان است».^۳ بنا بر رأی دادگاه عالی، دولت موظف است هریک از موارد محدودسازی آزادی بیان را به‌دقت بررسی کند؛ در نتیجه، مسئولیت اثبات ادعا در این خصوص با دولت است. دستور قانون حفاظت آنلاین از کودکان هنوز در حالت تعلیق است.^۴

در ۲۰ ژانویه ۲۰۰۶، کمیسیون اروپا پیش‌نویس توصیه‌نامه‌ای برای حفاظت از خردسالان تصویب کرد که در سپتامبر ۲۰۰۶، شورای اروپا موضع مشترکی در قبال پذیرش این توصیه‌نامه در پیش گرفت. این توصیه‌نامه همچون بیشتر اسناد اتحادیه اروپا، خواستار استفاده از مکانیسم‌های خودتنظیمی و نظارت والدین بر محتوای مضر برای خردسالان است.^۵ در ادبیات تقنینی ایران اصطلاح هرزه‌نگاری به کار نرفته و قانونی در خصوص حمایت از کودکان در برابر هرزه‌نگاری به تصویب نرسیده است. فقط هرزه‌نگاری در چند متن قانونی مورد حکم قرار گرفته و با عباراتی چون منافی عفت عمومی، جریحه‌دارکردن عفت و اخلاق عمومی، مبتذل یا مستهجن مورد اشاره قرار گرفته است. در میان این اصلاحات نیز قانون‌گذار بر تفکیک میان دو واژه مستهجن و مبتذل تأکید داشته است. آن‌گونه که از میان تمامی این عبارات صرفاً همین دو اصطلاح دارای تعریف قانونی هستند که در ادامه به مقایسه آنها می‌پردازیم.

تاکنون در سه متن قانون، عبارت (مبتذل) توسط قانون‌گذار تعریف شده است. نخستین بار در تبصره ۱ بند ب ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کنند، مصوب ۱۳۷۲، آثار سمعی و بصری مبتذل به آثاری که دارای صور قبیحه‌اند و مضامین آن مخالف شریعت و اخلاق اسلامی باشد اطلاق شده‌اند.

1. US Supreme Court - Reno, 1997, Attorney General of the United States, et al. V. American Civil Liberties Union et al. No. 96-511, Retrieved October 2, 2006. Available at: http://www.epic.org/cda/cda_decision.html#majority (Last visited on 10/09/2019).

2. Child Online Protection Act

3. US Supreme Court, Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union et al. No. 03-218, 2004.

4. بنا بر رأی دادگاه عالی، یکسری دلایل عملی مهم ایجاب می‌کند دستور کتبی دادگاه تا زمان دادرسی کامل به حالت تعلیق درآید. «ابتدا، آسیب‌های احتمالی ناشی از لغو تصمیم دادگاه بر آسیب‌های ناشی از اجرای آن در محل اشتباه غلبه دارد. در مواردی که امکان پیگرد قانونی وجود دارد، اما فقط مجازات مثبت امکان‌پذیر است، گوینده به‌جای پذیرفتن مسئولیت دادرسی، دست به خودسانسوری می‌زند. در این گونه موارد، احتمال بروز آسیب‌های جدی وجود دارد (Cf. *Playboy Entertainment Group, supra*, at 817). در برابر، آسیب ناشی از تعلیق دادرسی به واسطه دستور کتبی دادگاه خیلی حاد نخواهد بود. دوم اینکه مشاجرات اساسی زیادی در این پرونده باقی مانده است؛ از جمله شکاف جدی در شواهد مربوط به کارایی نرم‌افزارهای فیلترینگ. با تعلیق رأی اولیه و اعاده دادرسی، دادگاه، دولت را ملزم می‌کند تمام تلاش خود را برای اثبات ادعا و جایگزین روشی که افراد را کمتر محدود کنند، به کار گیرد، به‌جای اینکه از انجام این وظیفه سرباز زند. سوم، صورت‌جلسات نشان‌دهنده واقعیت تکنولوژیکی امروزی نیست؛ جریانی جدی در هر پرونده مرتبط با اینترنت که با سرعت بسیار زیادی در حال تکامل است.

Ashcroft, Attorney General v. ACLU et al. No. 03-218, 2004, P 22.

5. Ahlert, C., Marsden, C. and Yung, C. *How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation*, 2004, P 38.

همچنین در تبصره ۱ بند ب ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کنند مصوب ۱۳۸۶ همین تعریف عیناً و بدون هیچ‌گونه تغییری تکرار شده است. مهم‌ترین ایرادی که به این تعریف وارد است، استفاده از عبارت مبهم صور قبیحه است؛ به‌ویژه هنگامی که در کنار تعریف آثار مستهجن قرار می‌گیرد، دارای مفهومی نامأنوس می‌شود. ابهام دیگر آنکه، مبتذل محسوب شدن یک اثر حاوی صور قبیحه مشروط به آن شده است که این اثر مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ کند. پرسش این است که مقصود از شریعت چیست؟ آیا مقصود فقط قرآن است یا صرف احادیث، احکام فقهی، احکام اخلاقی یا ترکیبی از همه یا برخی از موارد؟ همچنین طبق تعریف ارائه‌شده برای مبتذل بودن، یک اثر باید هم دارای صور قبیحه باشد و هم متضمن مخالفت با اسلام و شریعت. پرسش دیگری که مطرح می‌شود آن است که آیا قابل تصور است که یک اثر حاوی صور قبیحه باشد، لکن مضامین مخالف اسلام و شریعت را تبلیغ نکند؟

با توجه به این ابهامات و مسائل مطروح در خصوص عبارت مبتذل موجب شد قانون‌گذار در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ این ایراد را رفع کند و در تعریف عبارت مبتذل به صرف داشتن صور قبیحه اکتفا و مخالفت با مضامین شریعت و اسلام را حذف کند.^۱

عبارت (مستهجن) نیز در تبصره ۵ ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز مصوب ۱۳۸۶ تعریف و بیان شده است که منظور از آثار مستهجن آثاری است که محتوای آن «نمایش برهنگی زن و مرد یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی باشد».^۲ در تبصره ۴ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای^۳ تعریف موسع‌تری از ناحیه قانون‌گذار ارائه شده است. طبق تعریف ارائه‌شده در این قانون تصاویر غیرواقعی و دستکاری شده نیز مشمول این ماده است. بنابراین، طبق تعبیر قانون‌گذار نباید میان واقعی یا غیرواقعی بودن یک اثر تفاوت قائل شد. لذا با عنایت به آنکه واژه مستهجن در قانون جرایم رایانه‌ای به‌صورت کلی تعریف شده و محدود به جرایم رایانه‌ای نشده است، بنابراین می‌بایست جدیدترین تعریف قانون‌گذار را ملاک قرار داد و تعریف قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کنند مصوب ۱۳۸۶ منسوخ اعلام کرد.

از آنجا که وظیفه پالایش فضای مجازی (محتوای علیه عفت و اخلاق عمومی) طبق ماده ۲۲ قانون جرایم رایانه‌ای بر عهده کمیته تعیین مصادیق مجرمانه است، ضمانت اجرای عدم پالایش محتوای مبتذل و مستهجن توسط شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی طبق ماده ۲۱ و ۲۳ قانون جرایم رایانه‌ای است.^۴ در ماده ۷ آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی مصوبه هیئت وزیران در سال ۱۳۸۵ به موضوع تخلفات فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی اشاره شده است که در این ماده اشاعه منکرات و ترویج فحشا و مطالب مغایر با عفت و اخلاق ممنوع اعلام شده است.^۵

در بند الف ماده ۶ آیین‌نامه نحوه اخذ و ضوابط فنی نقطه تماس بین‌المللی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز اعلام شده است. کلیه ایجادکنندگان نقطه تماس بین‌المللی موظفاند امکانات فنی لازم در حفاظت و کنترل متمرکز از

۱. باباخانی، مرضیه و احمد قاسمی، «بررسی حقوقی هرزه‌نگاری از منظر قانون مجازات اسلامی و راه‌های مقابله قانونی با آن در ایران»، پژوهشنامه مطالعات راهبردی در علوم انسانی و اسلامی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۵۸-۵۹.

۲. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/130025> (Last visited on 11/08/2019).

۳. تبصره ۴ محتویات مستهجن به تصویر، صوت یا متن واقعی یا غیرواقعی اطلاق می‌گردد که بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان است.

۴. <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/135717> (Last visited on 11/08/2019).

۵. <https://www.aepdc.ir/portal/file/?248268/E-310002.pdf> (last visited on 12/08/2019).

شبکه‌های مزبور برای ایجاد سیستم پالایش و ممانعت از دسترسی به پایگاه ممنوع اخلاقی را ایجاد کنند. در ماده ۶ آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا مصوب آن شورا نیز اشاعه فحشا و انتشار تصاویر و مطالب خلاف اخلاق و عفت عمومی ممنوع اعلام شده است. همچنین شورای عالی انقلاب فرهنگی در ماده ۷ آیین‌نامه دفاتر خدمات اینترنت نیز اشاعه فحشا و انتشار عکس‌ها و مطالب خلاف اخلاق و عفت عمومی را توسط شبکه‌های انتقال اطلاعات رایانه‌ای ممنوع اعلام کرده است. ضمانت اجرای تخلف از مواد مذکور در این آیین‌نامه در مبحث قبل توضیح و شرح داده شده است.^۱ بنابراین در قوانین و آیین‌نامه‌های مصوب در کشور ایران هزینه‌نگاری هم برای کودکان و هم برای افراد بالغ ممنوع اعلام شده و قانون‌گذار تفکیکی در ممنوع تلقی کردن این آثار بین کودکان و بزرگسالان قائل نشده است.

۲.۲. خودتنظیمی آزادی بیان در فضای مجازی

بسیاری از اسناد برای حل معضل محتواهای «غیرقانونی یا آسیب‌رسان» در اینترنت، مکانیسم‌های خودتنظیمی را توصیه می‌کنند. معمولاً خودتنظیمی مبتنی بر اصل حق تصمیم‌گیری است؛ یعنی مداخله حکومت باید تنها در شرایطی صورت بگیرد که افراد جامعه نتوانند خودشان راه‌حل‌های مناسب را پیدا کنند.

در حال از منظر آزادی بیان، خودتنظیمی مسئله بسیار حساس و بحث‌برانگیزی است. دلیل این امر در این حقیقت محض نهفته است که آزادی بیان یکی از حقوق اساسی و متعلق به همه انسان‌هاست. آزادی بیان به‌عنوان حق بشری فقط در موارد خاصی می‌تواند محدود شود.

از آنجا که شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی نمی‌توانند برخی از قواعد اصلی حقوق بشر را نادیده بگیرند، راهکارهای خودتنظیمی به شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی مربوط می‌شود که متعهدند به حق آزادی بیان احترام بگذارند و آن را ترویج کنند.^۲

در خصوص نحوه خودتنظیمی لازم است بیان شود: از نظر لسیگ، قدرتمندترین نیروی تنظیم‌گری در فضای مجازی قانون نیست، بلکه کد (پروتکل‌ها و برنامه‌های نرم‌افزاری است که ساختار اینترنت را تشکیل می‌دهند) است. از این رو نویسنده کد، که همان تولیدکننده نرم‌افزار است، به مثابه تنظیم‌گر و ناظر بالفعل در فضای مجازی ظاهر می‌شود. در این بستر، خودتنظیمی به‌طور ضمنی، به معنای خودانضباطی و خودتعیین‌گری است که به کاربران و سازمان‌ها امکان می‌دهد درباره آنچه زیان‌آور است تصمیم‌گیری کنند و با کمک کدهایی همچون فیلترها اقدامات اصلاحی را انجام دهند.^۳

۲.۲.۱. نفرت‌پراکنی در فضای مجازی

طرح انتخاب محتوای اینترنتی^۴ پروتکلی برای رتبه‌بندی و فیلتر کردن محتوا در فضای مجازی به شیوه خودتنظیمی است. این طرح وظیفه فیلتر کردن را به دو فعالیت تقسیم می‌کند: برچسب‌گذاری که شامل رتبه‌بندی محتوا و سپس فیلتر کردن محتوا براساس آن برچسب‌هاست. طرح انتخاب محتوای اینترنتی فرمت استاندارد را در اختیار افراد می‌گذارد

^۱ جهانگرد و سلجوقی، پیشین، صص ۲۱۸ و ۲۲۲.

^۲ Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, E12, 2003, P 10.

^۳ Lessig, Lawrence. CODE Version 2.0, New York, 2006, P 61.

^۴ Platform for Internet content selection (PICS).

و از طرح‌های برچسب‌گذاری یا خدمات رتبه‌بندی متعددی پشتیبانی می‌کند. تولیدکنندگان محتوای اینترنتی می‌توانند برچسبی را در وب‌سایت خودشان نصب کنند یا شخص ثالثی وب‌سایت را برچسب‌گذاری می‌کند و برچسب را برایشان می‌فرستد. در هر صورت، واژگان مشترکی برای برچسب‌گذاری موجود است. وقتی محتوا رتبه‌بندی شد، کاربران باید برنامه‌هایی برای خواندن آن برچسب‌ها داشته باشند تا تعیین کنند کدام سایت‌ها باید مسدود شوند. هم‌نت‌اسکیپ و هم‌مرورگرهای اینترنت اکسپلورر^۱ از طرح انتخاب محتوای اینترنتی استفاده می‌کنند و موتور جستجوی محبوب آلتا ویستا^۲ توانایی محدودسازی نتایج جستجو به سایت‌های مطلوب براساس رتبه‌بندی‌های طرح انتخاب محتوای اینترنتی را دارد. طرح انتخاب محتوای اینترنتی مخالفت بسیاری از حقوق‌دانان را برانگیخته است. به نظر لسیگ، طرح انتخاب محتوای اینترنتی مشکلاتی دارد: اول، این سیستم سانسور همگانی‌ای است که می‌تواند نه فقط کلمات رکیک، بلکه هرگونه مطلبی را سانسور کند. در نتیجه، طرح انتخاب محتوای اینترنتی ممکن است برای از دسترس خارج کردن همه مطالب سیاسی ناخوشایند به کار برود. همچنین، طرح انتخاب محتوای اینترنتی کاملاً به صورت بی‌طرفانه و خنثی عمل نمی‌کند: این طرح تا اندازه‌ای تحت تأثیر ذهنیت و تعصب سازندگان قرار دارد. سرانجام، سیستم‌های رتبه‌بندی شخص ثالث نیازمند به‌روزرسانی و بازنگری دائم هستند؛ بنابراین، کار سختی است که آن‌ها بتوانند همگام با تغییرات سریع در اینترنت پیش بروند.^۳

اما مشکل اساسی به نظر لسیگ این است که دولت‌ها و شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی به‌عنوان صاحبان اختیار، در خصوص حق بر آزادی بیان تلقی می‌شوند که محتواها را رتبه‌بندی می‌کنند (صنایع خصوصی، گروه‌های منافع همگانی و...). به علاوه، فیلترینگ غالباً برای کاربر نهایی غیرقابل‌رویت است، به‌ویژه زمانی که شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی در ابتدا این کار را انجام می‌دهند. همچنین یک مشکل احتمالی دیگر درباره ساختار این نوع فیلترینگ وجود دارد: از یک سو، طرح انتخاب محتوای اینترنتی گاهی بسیار جامع و کامل عمل می‌کند. از سوی دیگر، با استفاده از این طرح، امکان فیلتر کردن مطالب زیادی از اینترنت وجود دارد.^۴

با توجه به مطالب مذکور، نحوه خودتنظیمی دو شرکت برتر ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی، یعنی گوگل و یاهو، در خصوص موضوع مورد بحث بیان می‌شود:

گوگل براساس شرایط و ضوابط خدمات اعلام می‌دارد: «گوگل در خصوص درستی، محتوا، تمامیت، مشروعیت، اعتبار یا قابلیت بهره‌برداری یا دسترسی به اطلاعات یا مطالبی که در قسمت نتایج خدمات گوگل آمده، از خود رفع مسئولیت می‌کند».^۵ یاهو نیز همچون گوگل شرایط و ضوابط خودش را دارد. آنجا نیز کم‌وبیش همین مقررات حاکم است. هر کس قصد داشته باشد از یاهو و خدماتش استفاده کند، باید با یکسری مقررات موافقت کند و از این خدمات برای یکسری اقدامات استفاده نکند از جمله:

۱- آپلود، پست، ایمیل، ارسال یا به هر وسیله انتشار هرگونه مطالب نامشروع، آسیب‌زننده، تهدیدآمیز، موهن، آزاردهنده، فریبکارانه، افتراآمیز، رکیک، ناپسند، هجوآمیز، نفرت‌انگیز، قومی، نژادپرستانه، هرگونه مطلب قابل اعتراض و تجاوز به

¹ Internet Explorer browsers

² Alta Vista

³ Resnick, P. and Miller, J. "PICS: Internet Access Controls Without Censorship", *Communications of the ACM*, 39 (10), 1996, PP 87-93.

⁴ <http://www.w3.org/Press/PICSREC-PR.html> (last visited on 12/08/2019).

⁵ شرایط و ضوابط گوگل در آدرس زیر در دسترس است:

http://www.google.com/intl/sr/terms_of_service.html (Last visited on 10/08/2019).

حریم خصوصی دیگران.

۲- آزار اقلیت‌ها.

۳- آپلود، پست، ایمیل، ارسال یا هر وسیله انتشار هرگونه تبلیغات ناخواسته یا بی‌اجازه، ایمیل‌های ناخواسته، اسپم، نامه‌های زنجیری، طرح‌های هرمی یا هر شکل دیگری از روش‌های جلب مشتری به‌جز در بخش‌هایی (مثل بخش خرید) که به همین منظور طراحی شده‌اند.^۱

یاهو با استناد به این قوانین می‌تواند مطالبی را که از طریق سرویس‌هایش منتشر می‌شود، غربال و هر مطلبی را که با ضوابط و شرایطش مغایر است، حذف کند. بر عهده کاربران است که همه ریسک‌ها از جمله درستی، کامل بودن یا کارایی مطالب را بپذیرند. این عبارات یک معافیت کامل برای یاهو هستند و با استناد به آن، یاهو مسئولیت را متوجه کاربر می‌کند.

در این راستا لازم به ذکر است که فیلترینگ در ایران به‌صورت دولتی انجام می‌پذیرد. به این معنا که مسئول فیلترینگ سایت‌های اینترنتی در ایران، کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه است که طبق ماده ۲۲ قانون جرائم رایانه‌ای از ۱۳ عضو حقوقی و حقیقی تشکیل شده است. بررسی عملکرد این کارگروه در سال‌های اخیر نشان‌دهنده اتخاذ رویکرد حداکثری در فیلترینگ است؛ به طوری که در حوزه‌های اخلاقی، سیاسی، اعتقادی و... به دو روش استفاده از لیست سیاه و فیلترینگ براساس کلیدواژه‌ها، سایت‌های مورد نظر را غیرقابل دسترس می‌کند. بنابراین در کشور ایران از روش خودتنظیمی در حوزه آزادی بیان استفاده نمی‌شود.

۲.۲.۲. خودتنظیمی هرزه‌نگاری کودکان در فضای مجازی

طبق گفته لسیگ، کد می‌تواند تا حدودی بر شبکه ارتباطی کنترل کاملی داشته باشد که در این کنترل، فیلتر به قدرتمندترین تنظیم‌گر در حوزه آزادی بیان تبدیل می‌شود.^۲ تعداد بی‌شماری نرم‌افزار فیلترینگ وجود دارد که برای حمایت از کودکان طراحی شده‌اند. اولین نوع آنها فیلترهای محتوا هستند. سایبرپاترول^۳، سایبرسیترا^۴، نت ننی^۵، فیلترینگ اینترنت ان ۲ اچ ۲^۶ و اکس‌استاپ^۷ محصولات محبوب و کارآمدی هستند. این برنامه‌ها سایت‌ها را بر حسب محتوایشان دسته‌بندی می‌کنند. نحوه عملکرد آنها به این گونه است که ابتدا می‌بایست فهرستی از سایت‌های هرزه‌نگاری تهیه شود. بنابراین هنگامی که کاربری سایتی را تقاضا می‌کند، برنامه اقدام به بررسی آن سایت می‌کند و اگر این سایت در آن فهرست قرار داشت، دسترسی ناممکن خواهد شد. به این فرایند «مسدودسازی براساس سایت» می‌گویند.^۸

برای فیلترینگ کارآمد براساس سایت یکی از مهم‌ترین موانع موجود، بی‌ثباتی ذاتی در وب‌سایت‌هاست. فهرست‌ها همیشه ناقص هستند. به این گونه که سایت‌های هرزه‌نگاری راه می‌افتند و بعد از مدتی بسته می‌شوند و به همین علت، حتی برای دقیق‌ترین نرم‌افزارها هم شناسایی سایت‌های هرزه‌نگاری کار دشواری است.^۹

^۱ <https://policies.yahoo.com/us/en/yahoo/terms/index.htm> (Last visited on 10/08/2019).

^۲ Lessig, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace, New York, 1999, P 129.

^۳ Cyber patrol

^۴ Cyber Sitter

^۵ Net Nanny

^۶ N2H2

^۷ X-Stop

^۸ https://web.archive.org/web/20160103042134/http://www.isoc.org/inet2000/cdproceedings/8k/8k_5.htm/

^۹ Lessig, CODE Version 2.0, op.cit., P 256 (Last visited on 10/08/2019).

۳. ارزیابی روش‌های تنظیم‌گری آزادی بیان در فضای مجازی

ضررهای اجتماعی ناشی از آزادی بیان مانند هرزه‌نگاری و نفرت‌پراکنی به منزله شکست بازار است. برای این شکست بازار چه باید کرد؟ آیا در پاسخ، نیازمند سیاستی اجباری است که مقررات تنظیمی سختگیرانه را به ما اعمال کند؟ آیا این نوع مداخله دولت باعث افزایش رفاه می‌شود؟

در موضوع مورد بحث، ما نمی‌توانیم فرض کنیم که مداخله کامل دولت باعث افزایش رفاه کل جامعه می‌شود. تنظیم‌گری کنترل - دستوری باید فقط زمانی به کار گرفته شوند که هزینه معامله برای حل این مشکلات بدون دخالت دولت بالا باشند. راهکارهای خصوصی‌سازی شده عموماً بر راهکارهای تحمیلی دولت ارجح‌اند. شاید بتوان بدون قوانین مفصل و بوروکراسی ناشی از آن، بتوان مشکل را در این حوزه حل کرد. وجود و دسترسی به فناوری‌هایی همچون استفاده داوطلبانه از فیلترهای اینترنت (نرم‌افزارهایی برای فلیترکردن محتوای اینترنت) با محدود ساختن دسترسی کاربران، اثربخشی راهکارهای خصوصی‌سازی شده را تقویت می‌کند.^۱

خودتنظیمی در ترکیب با فناوری‌های اجرا شده مسئولانه می‌تواند نقش پررنگی در حفاظت از آزادی بیان داشته باشد؛ بدون اینکه هزینه‌های بیش‌ازحد و آثار منفی تنظیم‌گری کنترل - دستوری را تحمیل کند. هیچ‌کس بحثی ندارد که باید از هرزه‌نگاری کودکان در فضای مجازی جلوگیری کرد؛ اما باید ساده‌ترین و مقرون به صرفه‌ترین رویکردی را یافت که مصرف‌کنندگان را توانمند و خیر جامعه را بهینه می‌سازد.

مشکل تنظیم‌گری کنترل - دستوری به سبک کشور ایران موجب هزینه‌های معامله^۲ بالا زیرساخت‌های تنظیم‌گری است که می‌تواند به نتایجی غیربهبوده منجر شود. به این معنا که اگر تنظیم‌گری سنگین (کنترل - دستوری) برای آزادی بیان وضع و از (رویکرد) کشور ایران استفاده شود، دولت‌ها مجبور می‌شوند نوعی بوروکراسی ایجاد کنند و شاید رژیم دولتی بر آزادی بیان بگمارند که قوانین گسترده آزادی بیان را اعمال کند. براین اساس هزینه اعمال چنین تنظیم‌گری نسبتاً بالا بوده و بار سنگینی را بر اقتصاد تحمیل خواهد کرد. با توجه به اندازه این هزینه‌ها، احتمال ناکارآمدی تخصیصی اغلب مقررات دولتی وجود خواهد داشت و دسترسی به راه‌حل‌های جایگزین بادوام برای توانمندسازی کاربران و کدهای موجود امکان‌پذیر نخواهد بود.

در مقابل این روش، همان‌طور که بیان شد، روش خودتنظیمی است. در فضای مجازی، درست همانند دنیای فیزیکی آثار جانبی فراوان‌اند. اما احتمال پیدا کردن راه‌حل‌های خصوصی در فضای مجازی بسیار بیشتر است. دلیلش آن است که کاربران اینترنت برای حذف این هزینه‌های اجتماعی به صورت مستقل و بدون نیاز به تنظیم‌گری دولت، بسیار توانمندتر از هم‌تایان خود در دنیای واقعی هستند.

همان‌طور که لسیگ یادآوری می‌کند، قدرتمندترین نیروی تنظیم‌گری در فضای مجازی قانون نیست، بلکه کد است. بینش اصلی لسیگ این است که کد قانون است.^۳ بنابراین در فضای مجازی، بسیاری از مشکلات مانند هرزه‌نگاری یا سایر شکل‌های گفتار ناپسند را می‌توان فوراً توسط افرادی مدیریت کرد که می‌توانند تصمیم بگیرند فیلتر نصب کنند. از این رو تصمیم والدین، مدارس محلی و جوامع محلی، خودشان درباره کنترل کردن محتوای اینترنتی مفیدتر است. نصب نرم‌افزارهای فیلترینگ برای کاربر نهایی راه‌حل عملی‌تری برای مشکل هرزه‌نگاری در فضای مجازی است.

^۱. Ahlert, Marsden and Yung, op.cit., P 38.

^۲. Transaction cost

^۳. Lessig, op.cit., P 25.

هرچند که فیلترها یا طرح‌های رتبه‌بندی سایت‌ها ناقص هستند و ناهماهنگی‌های موثق فراوانی در نرم‌افزارهای فیلترینگ وجود دارد. علت این امر آن است که فیلترها بعضی سایت‌ها را به اشتباه مسدود می‌کنند، زیرا آنها نمی‌توانند بافتی را که در آن زبان خاصی به کار رفته است متوجه شوند. باین‌حال، تصور بر این است که ابزارهای فیلترینگ و طرح‌های برچسب‌گذاری در آینده کارآمدی بیشتری خواهند داشت؛ از این‌رو، تا حد امکان، اطلاعات مجاز کمتر سانسور خواهد شد. این امر که سیستم‌ها بتوانند به تخصص لازم برای شناخت بافت به بهترین شکل ممکن دست یابند، موضوعی بحث‌برانگیز است.^۱

همچنین، به علت احتمال آسیب‌های جانبی، خودتنظیمی از طریق سازوکارهای فیلترینگ باید با دقت و مسئولیت‌پذیری اجرا شود. البته فروشندگان نرم‌افزارها باید هنگام طراحی این برنامه مسئولانه عمل کنند و کاربران باید در نحوه استفاده از این سیستم‌ها وظیفه‌شناس باشند. بنابراین اولاً استفاده از ابزارهای کنترل محتوا باید کاملاً داوطلبانه باشد. به عبارت دیگر، والدین یا مدارس باید مجاز به تصمیم‌گیری برای محدود کردن محتوای اینترنتی باشند، درحالی‌که طراحان سایت می‌توانند برای برچسب‌گذاری سایت‌هایشان تصمیم بگیرند. در مقابل، فیلتر کردن به صورت دسته‌بندی یا رتبه‌بندی توسط دولت نامناسب و نسنجیده است. این شیوه راه‌حل یکسانی برای این مشکل تحمیل می‌کند. هم‌زمان، شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی و دیگر واسطه‌ها باید از فیلتر کردن اینترنت به علت هزینه‌نگاری در فضای مجازی خودداری کنند؛ اگرچه آنها می‌توانند به والدین در دفاع از کودکانشان در مقابل محتواهای مستهجن کمک کنند.

ثانیاً سایتی که خودش برچسب‌گذاری می‌کند، برای برچسب‌گذاری صحیح باید صداقت داشته باشد؛ این نوع رتبه‌بندی که به آن شخص اول می‌گویند، بر رتبه‌بندی شخص ثالث ارجحیت دارد؛ زیرا این کار به تولیدکنندگان محتوا امکان دسته‌بندی سایت خودشان را می‌دهد.

ثالثاً، شخص ثالثی که سایت‌ها را رتبه‌بندی می‌کند، باید بکوشد رتبه‌بندی‌های عادلانه، دقیق و هماهنگی انجام دهد. همچنین، باید در قبال سایت‌هایی که مدعی‌اند برچسب‌گذاری‌شان به اشتباه صورت گرفته است و تقاضای بازنگری دارند، به اندازه کافی انعطاف‌پذیر باشد.

رابعاً، باید شفافیت کافی در نرم‌افزارهای مسدودسازی یا طرح‌های رتبه‌بندی وجود داشته باشد. به این معنا که دست‌کم فروشندگان نرم‌افزارهای مسدودسازی باید دسته‌بندی‌هایشان را (مثلاً، فقط برای بزرگ‌سالان، برهنگی) با نمونه‌های فراوان همراه با روش رتبه‌بندی‌شان (مثلاً آیا سایت‌ها با ارزیابی عامل انسانی به فهرست اضافه شده‌اند؟) نشان دهند. در گذشته، فیلترها سایت سازمان ملی زنان و دیگر سایت‌ها را که به دفاع از مضامین فمینیستی می‌پرداختند، مسدود می‌کرد. این مسدودسازی، که زمینه‌آیدئولوژیکی داشت، تحت هر شرایطی نادرست است، مگر آنکه رتبه‌بندی برنامه سیاسی خاصی را اعمال کند که آن را علناً به مراجعه‌کنندگان نشان دهد.

النباهه، از آنجا که کد نقش قانون در فضای مجازی را ایفا می‌کند، باید بتوان آن را رسیدگی و بررسی کرد. شرکت‌های فیلترینگ دلیل می‌آورند که فهرست دسته‌بندی سایت‌های مسدودشده اطلاعات انحصاری است، اما شخص ثالث بی‌طرف را می‌توان برای بررسی و تأیید آن فهرست‌ها به کار گماشت.^۲

^۱. Geoffrey, R, Stone. "Anti-Pornography Legislation as Viewpoint-Discrimination", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1986, PP 473-474 .

^۲. Ibid, P 475.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در این مقاله بیان شد، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای بی‌شماری وجود دارد که حق آزادی بیان را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی و جهانی انسان به رسمیت می‌شناسند. با این حال، تفسیر این اصل از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. بنابراین، پیش از هر چیز، مهم‌ترین نکته این است که تفسیرها یکدست شوند.

حق آزادی بیان، همچون بسیار از حقوق دیگر، مطلق نیست و نه فقط محدودیت‌هایی که توضیح داده شد، بلکه تمام محدودیت‌های آن باید روشن شوند و مهم‌تر از آن، بین همه ذی‌نفعان خصوصاً کشورها همسان باشند. کشورها باید برای عمل به وظیفه خود و حمایت از حق آزادی بیان، نه فقط در قلمرو خودشان، بلکه در سرتاسر جهان فعال‌تر باشند. به‌علاوه، این فرصت باید به فرصتی مشروع تبدیل شود که برای هر جامعه دموکراتیکی مهم است. همان‌طور که در کنوانسیون اروپا آمده، برای انجام دادن تمام تعهدات مثبت و منفی مربوط به این حق، کشورها باید خود را وقف توسعه و بهبود مؤسسات دموکراتیک در سرتاسر جهان کنند. آنها باید موضع یکسان داشته باشند، مبنی بر اینکه آزادی بیان یکی از پیش‌شرط‌های جای اساسی برای هر جامعه باز است. بنابراین، لازم است سند مشترک بین‌المللی تصویب شود که احترام به حق آزادی بیان را به رسمیت بشناسد و به هر فردی امکان دهد بدون ارتکاب هرگونه عمل نامشروع به آن مبادرت ورزد. بحث‌های جدید پیرامون راهبری فضای مجازی باید شتاب بیشتری به خود بگیرد و همه ذی‌نفعان باید در خصوص راهبرد فضای مجازی به نتیجه مشترکی برسند و بلافاصله پس از این مرحله، سایر مسائل (جزئیات حقوق بشر، محاکمه قضایی، قابلیت اعتماد و غیره) باید برطرف شود. همان‌طور که پرونده‌های مختلف نشان می‌دهند، فضای مجازی در خصوص مقررات و سیاست‌ها نه می‌تواند خودآموز باشد و نه می‌تواند با کشورها یا احزاب خاصی کار کند؛ بلکه به همه اعضای جامعه نیاز دارد.

در خصوص نفرت‌پراکنی به‌عنوان یکی از سوءاستفاده‌های احتمالی از آزادی بیان، کشورهای مختلف مقررات قانونی متفاوتی دارند؛ چیزی که در فرانسه یا آلمان غیرقانونی است، در ایالات متحده آمریکا قانونی به شمار می‌رود. باید بین سخنانی که سایرین را آزار می‌دهند و سخنانی که در محدوده حق آزادی بیان هستند، تمایز قائل شد. شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی باید از قوانین کشوری که در آن فعالیت می‌کنند مطلع باشند. کشورها باید قوانین خود را بازبینی کنند و به‌جای روش‌های منفی، راهکارهای فعال را در پیش بگیرند. لذا از آنجا که غالباً همین‌طور است، نفرت‌پراکنی هیچ توجیه و استدلالی ندارد. دولت‌ها و دیگر ذی‌نفعان، خصوصاً سازمان‌های حقوق بشر، باید در افزایش آگاهی مردم از اهمیت، مزایا و زیبایی تنوع، نقش فعالی داشته باشند.

در خصوص حمایت از کودکان، همه ذی‌نفعان باید در کنار هم همکاری و حمایت‌های لازم را فراهم کنند. این مسئله به‌طور اخص به سوءاستفاده از کودکان در هرزه‌نگاری برمی‌گردد؛ در این گونه موارد، دولت‌ها و سازمان‌ها باید باهم همکاری کنند تا مانع از انتشار این مطالب شوند و با پیدا کردن مجرمان، آنها را تحت پیگرد قانونی قرار دهند. برخورد با هرزه‌نگاری بزرگ‌سالان یا مطالب آسیب‌زننده به همه اعضای جامعه مربوط است؛ در این میان، خانواده و جوامع محلی نقش بسیار مهمی ایفا می‌کنند. با این حال دولت باید پروژه‌هایی با هدف تأمین اطلاعات و مهارت بیشتر برای جامعه (یعنی بزرگ‌سالان) و افزایش کارایی کاربران در پیش بگیرد.

در کشور ایران نیز تاکنون دولت در زمینه کنترل اینترنت صرفاً به برخوردهای قضایی بسنده کرده و از به‌کارگیری سایر نهادهای مرتبط بازمانده و در زمینه کنترل آسیب‌های اینترنتی موفقیتی چندانی نداشته است؛ لذا استفاده از ظرفیت‌های نهادهای مدنی می‌تواند رسیدن به نتیجه را تسهیل کند.

منابع

کتاب

۱. انصاری، باقر، *حقوق رسانه*، تهران: سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۰.
۲. جهانگرد، نصرالله و خسرو سلجوقی، *مجموعه قوانین و مقررات فناوری اطلاعات و ارتباطات ایران*، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳.

مقاله

۳. باباخانی، مرضیه و احمد قاسمی، «بررسی حقوقی هرزه‌نگاری از منظر قانون مجازات اسلامی و راه‌های مقابله قانونی با آن در ایران»، *پژوهشنامه مطالعات راهبردی در علوم انسانی و اسلامی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۵.
۴. زارعی، محمدحسین و عرفان شمس، «درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۲.

منبع الکترونیک

۵. سایت مجلس شورای اسلامی ایران: <https://rc.majlis.ir/> (آخرین بازدید: ۱۳۹۸/۰۵/۲۰)

References

Books

1. Ahlert, C., Marsden, C. and Yung, C. *How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation*, 2004.
2. Ansari, Bagher, *Media Laws*, Tehran: Samt, 10th edition, 2011. (in Persian)
3. Baker, C. E. *Human Liberty and Freedom of Speech*, London: Oxford University Press, 1989.
4. Bollinger, Lee. *The Tolerant Society*, USA: Oxford University Press, 1988.
5. Jahangard, Nasrollah and Khosro Saljoughi, *Collection of Laws and Regulations of Information and Communication Technology of Iran*, Tehran: Secretariat of the Supreme Council of Information, 2004. (in Persian)
6. Lessig, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.
7. Lessig, Lawrence. *CODE Version 2.0*, New York, 2006.
8. Mill, John Stuart. *On Liberty in focus*, Routledge 11 New Fetter Lane, London EC4P 4EE, First Edition, 1991, P 23.

Articles

9. Aronsson, Thomas and Karl-Gustaf Löfgren. "Welfare Theory: History and Modern Results, Department of Economics Umeå University", 2007.
10. Babakhani, Marzieh and Ahmd Ghasemi, "legal review of pornography from the perspective of Islamic Penal Code and legal ways to deal with it in Iran", *Research Paper of Strategic studies in humanities and Islamic sciences*, Volume 1, Issue 2, 2016. (in Persian)
11. Berman, p. "How (If at all) to regulate the internet: cyberspace and the state action debate", *university of colrado law review* 71, 2000.
12. Delgado, Richard and Jean Stefancic, "Hate Speech in Cyberspace", *Wake Forest Law Review*, 2014.
13. Geoffrey, R, Stone. "Anti-Pornography Legislation as Viewpoint-Discrimination", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1986.

14. Kevin F. O'Neill. "A First Amendment Compass: Navigating the Speech Clause with a Five-Step Analytical Framework", *Southwestern University Law Review*, Volume 223, 2000.
15. Le Menestral, M., Hunter, M. and de Bettignies, H-C. "Internet e-ethics in Confrontation with an Activists' Agenda: Yahoo! on Trial", *Journal of Business Ethics* 39, Netherlands: Kluwer Academic Publisher, 2002.
16. Resnick, P. and Miller, J. "PICS: Internet Access Controls Without Censorship", *Communications of the ACM*, 39 (10), 1996.
17. Tribe, L. "The internet vs.the first amendment", *New York Times*, April 1999.
18. Zarei, Mohammad Hossein and Erfan Shams, "An Introduction to the Concepts and Theories of Economic Regulation", *Legal Research Quarterly*, Volume 16, Issue 61, 2013. (in Persian)

Documents

19. Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, E12, 2003.
20. Declaration on Freedom of Communication on the Internet, 2003.
21. Declaration on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society Internet, 2005.
22. Human Rights in the Information Society, Spring 2011.
23. Organization for Security and Co-operation in Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies), May 2003.
24. THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. Copyright Office Summary, No. 105-304, 112 Stat. 2860, 1998.

Internet Sources

25. Fisher, W. *freedom of expression on the internet*, 2001, Available at: <http://eon.law.harvard.edu/ilaw/speech/> (Last visited on 7/07/2018).
26. http://www.epic.org/cda/cda_decision.html#majority/ (Last visited on 10/09/2019).
27. <http://www.techlawjournal.com/topstories/2006/20060112.asp/>
28. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest/ (last visited on 10/07/2019)
29. <https://www.osce.org/fom/31584?download=true> (Last visited on 10/09/2019)
30. <https://www.aihrc.org.af/media/files/Laws/Elamia%20ha/Elamiya%20huquqe%20bashar.pdf> (Lasted visited on 10/10/2018).
31. <https://www.aepdc.ir/portal/file/?248268/E-310002.pdf> (last visited on 12/08/2019).
32. http://www.google.com/intl/sr/terms_of_service.html (Last visited on 10/08/2019).
33. <https://policies.yahoo.com/us/en/yahoo/terms/index.htm> (Last visited on 10/08/2019)
34. <http://www.selfregulation.info/iapcoda/0405-iapcode-final.pdf> (Last visited on 10/07/2019).
35. Yahoo! Terms of Service; n.d., Retrieved October 22, 2006 from: <http://info.yahoo.com/legal/us/yahoo/utos/utos-173.html/>
36. <http://citizensrights.ir> (Lasted visited on 10/10/2018).
37. <http://www.maqsoumi.ir/> (Last visited on 2/04/2019).
38. <https://rc.majlis.ir/> (Last visited on 11/08/2019). (in Persian).
39. <http://www.w3.org/Press/PICSREC-PR.html> (last visited on 12/08/2019).
40. <http://www.unic-ir.org/hr/convenant-cp.htm> (last visited on 2/04/2019).
41. Cyber-Rights and Cyber-Liberties (UK), 1997, Retrieved August 1, 2006 form: <http://www.cyber-rights.org/censorship/aclu.htm/> (Last visited on 10/09/2019).
42. <http://www.inhope.org/en/facts/age.html/> (Lasted visited on 10/10/2018).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Theory of “Corporate Governance of Labor and Capital” in the Law of Iranian Commercial Companies

Mostafa Kooshki¹, Hasan Badini²

ABSTRACT

Through the use of descriptive analytical approach, this Article has tried to answer the basic question whether the corporate governance model based on labor and capital participation in the structure of Iranian commercial companies can be applied or not? The results of the Article show that despite the fact that Iran's legal system has not had an explicit provision regarding labor participation in the board of directors of commercial companies, however, the initial idea of paying attention to the labor participation in the legal regulations governing the commercial companies of Iran has existed, but unlike some legal systems such as Germany, it has never come to a direct participation of the labor in the management structure of commercial companies. This is despite the fact that the corporate governance model of labor and capital can be a useful mechanism for realizing the goals of corporate governance in Iran's legal system and it brought positive consequences in terms of reducing information asymmetry, encouraging specific investment of labor in the company, securing the interests of other corporate stakeholders and sustainable development of the commercial company. By presenting a gradual mechanism and in accordance with the context of the legal regulations governing Iran's commercial companies, this Article has introduced the joint governance model of labor and capital as an alternative method - at least in some commercial companies with unlimited labor.

KeyWords: Employees, Co-Determination, Corporate Governance, Participation of Labor and Capital, Law and Economics

How to Cite: Kooshki, Mostafa, Badini, Hasan, "The Theory of “Corporate Governance of Labor and Capital” in the Law of Iranian Commercial Companies", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:85-102.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231300.2473>

Received: 12/04/2023-Accepted: 30/09/2023

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

Corresponding Author Email: kooshki@ut.ac.ir

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



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



نظریه «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در حقوق شرکت‌های تجاری ایران

مصطفی کوشکی^۱، حسن بادینی^۲

چکیده

این مقاله با یک شیوه توصیفی و تحلیلی سعی در پاسخ به این پرسش اساسی داشته است که آیا مدل حاکمیت شرکتی مبتنی بر مشارکت نیروی کار و سرمایه در ساختار شرکت‌های تجاری ایران قابلیت اعمال را دارد یا خیر؟ نتایج مقاله نشان می‌دهد که علیرغم آنکه نظام حقوقی ایران تاکنون مقرر صریحی در خصوص مشارکت نیروی کار در هیئت‌مدیره شرکت‌های تجاری نداشته، لیکن ایده اولیه توجه به نیروی کار در مقررات قانونی حاکم بر شرکت‌های تجاری ایران وجود داشته، اما برخلاف برخی سیستم‌های حقوقی نظیر آلمان هیچگاه منتهی به مشارکت مستقیم نیروی کار در ساختار مدیریت شرکت‌های تجاری نشده است. این در حالی است که مدل حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه هم از منظر هنجاری و هم از حیث ابزاری می‌تواند سازوکار مفیدی در جهت تحقق اهداف حاکمیت شرکتی در نظام حقوقی ایران باشد و پیامدهای مثبتی از حیث کاهش عدم تقارن اطلاعاتی، تشویق سرمایه‌گذاری خاص نیروی کار در شرکت، تأمین منافع سایر ذی‌نفعان شرکتی و توسعه پایدار شرکت تجاری به ارمغان آورد. این مقاله با ارائه یک سازوکار تدریجی و منطبق با بافت مقررات حقوقی حاکم بر شرکت‌های تجاری ایران مدل حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه را به‌عنوان شیوه‌ای جایگزین - دست‌کم در برخی شرکت‌های تجاری با نیروی کار معتدله - معرفی کرده است.

کلید واژگان: نیروی کار، تصمیم‌گیری مشترک، حاکمیت شرکتی، مشارکت نیروی کار و سرمایه، حقوق و اقتصاد.

استناد به این مقاله: کوشکی، مصطفی، بادینی، حسن، «نظریه «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در حقوق شرکت‌های تجاری ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۸۵-۱۰۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231300.2473>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

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

ایمیل نویسنده مسئول: kooshki@ut.ac.ir

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

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

مقدمه

«تصمیم‌گیری مشترک»^۱ به‌عنوان یک سیستم حاکمیت شرکتی که در آن سهامداران و نیروی کار کنترل شرکت تجاری را به اشتراک می‌گذارند، مدت‌هاست که در تضاد با سیستم انگلیسی-آمریکایی برتری سهامداران قرار گرفته است. این تضاد در اواسط قرن بیستم، زمانی که مدیران شرکت‌ها با استقلال نسبی به مدیریت شرکت می‌پرداختند، چندان واضح نبود. اما از آنجایی که نفوذ سهامداران بر روی مدیران بیشتر شد و دانشگاهیان برای پابندی قوی‌تر به هنجار برتری سهامداران فشار آوردند، حضور نمایندگان کارکنان در هیئت‌مدیره شرکت به نقطه اختلاف بین شرکت‌های انگلیسی-آمریکایی و اروپای قاره‌ای تبدیل شد.^۲ توجه دانشگاهی به مدل حکمرانی مداخله مدیریتی، در بهترین حالت، تا حدودی مبهم بوده است. از دهه ۱۹۷۰، مداخله مدیریتی در تحقیقات حقوقی ایالات متحده در درجه اول به‌عنوان نمونه‌ای متقابل، و گاهی به‌عنوان نمونه‌ای غیرقابل اعتنا برای طرفداران پارادایم مسلط-یعنی پارادایم برتری سهامداران- ظاهر شده است. حتی حامیان حاکمیت ذی‌نفعان^۳ که چشم‌انداز شرکت را شامل توجه به ثروت همه ذینفعان شرکت می‌دانند- توجه زیادی به آن نداشته‌اند. با این حال، برتری سهامداران در حال از دست دادن بخشی از درخشش خود است و حاکمیت شرکتی نوین شروع به جست‌وجوی مدل‌های دیگر کرده است.^۴ در حالی که بحران مالی ۲۰۰۸-۲۰۰۹ اقتصادهای سراسر جهان را فلج کرد، نظام‌های مبتنی بر مداخله مدیریتی انعطاف‌پذیرتر از سایرین بودند. به‌ویژه، آلمان با نسخه متمایز و شناخته‌شده خود از مشارکت کارگران در سال‌های گذشته جزیره ثبات اقتصادی بوده است و محاکم قضایی این کشور نیز با قاطعیت از مدل مداخله مدیریتی حمایت کرده‌اند.^۵ اکنون که مدل برتری سهامداران پیوسته در حال از دست دادن جایگاه خود در میان سرمایه‌گذاران محیطی، اجتماعی و حاکمیتی است، بررسی عمیق‌تر در کارکرد مداخله مدیریتی بسیار مهم است.^۶

نویسندگان حقوق تجارت و به‌طور خاص حقوق شرکت‌های تجاری ایران توجه اندکی به مشارکت نیروی کار و سرمایه در مدیریت شرکت‌های تجاری داشته‌اند و به‌طور قابل توجهی ادبیات حقوقی در این خصوص، به‌ویژه نسبت به توجهی

^۱. Codetermination.

^۲. Bruner, Christopher, M. *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

^۳. Stakeholder governance.

^۴. David, Gelles and David, Yaffe-Bellany. "Shareholder Value Is No Longer Everything, Top C.E.O.s Say", *N.Y. TIMES*, 2019.

^۵. دادگاه قانون اساسی آلمان در رأی اعلام داشته است که هدف مشارکت کارگران در مدیریت شرکت، ترویج ثروت عمومی یا خیر عمومی در شرکت‌های بزرگ آلمانی است. بنابراین، قانون مداخله مدیریتی نه‌تنها مطابق با قانون اساسی فدرال است، بلکه در راستای ارتقای ثروت مشترک یا خیر عمومی امری ضروری است (Collection of Decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfGE) volume 50, 290) متعاقباً دیوان عالی آلمان در امور مدنی نیز بر رای دادگاه قانون اساسی آلمان صحنه گذاشته و بیان داشته است که مشارکت نیروی کار در مدیریت شرکت تجاری در واقع در خدمت دارایی مشترک جامعه است (...). و هدف آن کل اقتصاد ملی است.

Collection of Decisions of the German Federal Supreme Court in Civil Matters (BGHZ) volume. 83, 106.

^۶. لازم به ذکر است امروزه بحث مداخله مدیریتی نیروی کار حتی در کشورهای با پیشینه سرمایه‌داری قوی نیز در کانون توجه قرار دارد. به‌عنوان مثال، در ایالات متحده آمریکا اخیراً (سال ۲۰۱۸) طرحی تحت عنوان «قانون سرمایه‌گذاری پاسخگو» مطرح شده است که امکان حضور نمایندگان کارگران را در هیئت‌مدیره فراهم می‌کند. قانون سرمایه‌گذاری پاسخگو امکان تصاحب ۴۰ درصد کرسی‌های هیئت‌مدیره شرکت‌هایی را که بیش از ۱ میلیارد دلار درآمد ناخالص دارند توسط نمایندگان کارکنان فراهم می‌کند. همچنین لایحه دیگری که توسط سناتور بالدوین تحت عنوان «قانون پاداش کار» تنظیم شده است که امکان حضور یک‌سوم نمایندگان نیروی کار در هیئت‌مدیره را برای تمام شرکت‌های سهامی عام در نظر می‌گیرد. این لوایح منعکس‌کننده احساسات عمومی در حمایت از مشارکت کارکنان در حاکمیت شرکتی است:

- Matthew, Yglesias. "Elizabeth Warren Has a Plan to Save Capitalism", *VOX*, 2018.

که به جزئیات اولویت سهامداران شده است، کم‌حجم است. بنابراین، این مقاله سعی دارد به‌عنوان یک گام ابتدایی به بررسی مدل مداخله مدیریتی نیروی کار در ساختار شرکت‌های تجاری ایران، با تمرکز بر مدل مداخله مدیریتی آلمان بپردازد. پرسش اساسی مقاله آن است که آیا مدل حاکمیتی مبتنی بر مشارکت نیروی کار و سرمایه در ساختار شرکت‌های تجاری ایران قابلیت اعمال مؤثر و کارا را دارد یا خیر؟ فرض آن است که نظر به مبانی نظریه مداخله مدیریتی، به‌خصوص مبانی اقتصادی و آثار مثبت آن از حیث بهره‌وری و مزایایی که برای تمام ذی‌نفعان شرکتی و توسعه پایدار شرکت دارد، اعمال آن در ساختار شرکت‌های تجاری ایران می‌تواند واجد نتایج مثبتی باشد.^۱ برای شروع، قسمت نخست مفهوم مداخله مدیریتی را بررسی می‌کند و به‌طور خلاصه تجربه ایران و آلمان را در مورد نمایندگی نیروی کار مرور می‌کند. بخش دوم مبانی مداخله مدیریتی نیروی کار را از منظر اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی مورد تحلیل قرار می‌دهد. درنهایت، بخش سوم تأثیرات مداخله مدیریتی را بر عملکرد اقتصادی شرکت، سهامداران و سایر ذی‌نفعان با نگاه به حقوق شرکت‌های تجاری ایران مورد بحث قرار خواهد داد.

۱. مفهوم و پیشینه «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در شرکت‌های تجاری

تصمیم‌گیری مشترک یا مداخله مدیریتی اصطلاحی است که برای نظام‌هایی به‌کار گرفته می‌شود که در آن کارگران نقش رسمی در حاکمیت شرکتی دارند. آلمان شناخته‌شده‌ترین رژیم مداخله مدیریتی را دارد؛ اما سایر کشورهای اروپایی مانند اتریش، لهستان، دانمارک و سوئد نیز انواع خاص خود را دارند.^۲ این اصطلاح خود منعکس‌کننده اصل حاکمیت مشترک - یعنی مدیریت مشترک شرکت توسط سرمایه و نیروی کار - است. به‌عبارتی دیگر، بر اساس مدل مداخله مدیریتی، کارگران اعضای شرکت تلقی می‌شوند و به دلیل مشارکت در تولید و سودآوری آن حق دارند که در تصمیم‌گیری‌های آن صدایی داشته باشند.^۳ به‌عنوان یک اصل گسترده‌تر، مداخله مدیریتی گاهی روش‌های دیگری از همکاری کارگران مانند شوراها یا کاری را دربر می‌گیرد. باین‌حال، مداخله مدیریتی به‌طور خاص دلالت بر نمایندگی کارگران تعیین‌شده در هیئت‌مدیره شرکت‌ها اشاره دارد.^۴ این مقاله به دلیل شهرت، ماهیت جامع و اهمیت مدل حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه آلمان برای اقتصاد بین‌الملل، بر نظام مداخله مدیریتی آلمان تمرکز دارد.

با ملاحظه مجموعه قوانین تجاری ایران (قانون تجارت سال ۱۳۱۱، لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷) و حتی دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱ می‌توان گفت که در یک نظام سنتی به‌مانند حقوق ایران، روابط شرکت و شاغلان، تحت عنوان کارفرما و کارگران صرفاً تابع قانون کار است. کارگران طبق قرارداد در اختیار شرکت قرار دارند. کار آنها پیروی از دستورهای کارفرما در ازای

^۱. ذکر این نکته ضروری است که مشارکت نیروی کار در ساختار شرکت‌های تجاری یکی از مهم‌ترین ابزارهای تحقق «سند ملی کار شایسته و سیاست‌های اشتغال مبتنی بر سند ملی کار شایسته» است که به استناد قانون ششم برنامه توسعه و در راستای نیل به رشد و توسعه اقتصادی و اجتماعی در سال ۱۳۹۸ تصویب گردیده است، (بند ز ماده ۴ و بند الف (۱) ماده ۱۲۰ قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و بند الف (۱)، بند پ (۳) و بند ت سند ملی کار شایسته مصوب ۱۳۹۸).

^۲. Jens, Dammann. "The Mandatory Law Puzzle: Redefining American Exceptionalism in Corporate Law", 65 HASTINGS L. J, 2014, PP 441, 478.

^۳. Clyde, W. Summers. "Employee Voice and Employer Choice: A Structured Exception to Section 8(a)(2)", 69 CHI.-KENT L. REV, 1993, PP 129, 133.

^۴. Julian, Constain, Note. "A New Standard for Governance: Reflections on Worker Representation in the United States", 24 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 2019, PP 412-13.

حق السعی و استفاده از مزایای تأمین اجتماعی است. به همین دلیل اصولاً نیروی کار خارج از بنگاه اقتصادی منظور می‌گردد. بنابراین، نیروی کار در اداره بنگاه مشارکتی ندارد و دستمزدشان به سودی که در نتیجه فعالیت شرکت حاصل شده است مرتبط نیست.^۱ به عبارتی دیگر، در حقوق شرکت‌های تجاری ایران نیروی کار جایگاهی در ترکیب مدیریت شرکت خواه هیئت مدیره یا مدیریت اجرایی شرکت ندارد. البته از آنجایی که مطابق قانون کار ایران، کارگاه مفهوماً شامل شرکت تجاری نیز می‌گردد (ماده ۴ قانون کار مصوب ۱۳۶۸)، برخی تصمیمات شرکت که ناظر به حقوق استخدامی کارگران با شرکت است، منوط به دخالت مراجع مقرر در قانون کار است (مواد ۱۵۸ به بعد قانون کار مصوب ۱۳۶۸).^۲

لازم به ذکر است که در برخی قوانین خاص به نیروی کار در شرکت‌های تجاری اشاره‌هایی شده است. به عنوان مثال، در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب سال ۱۳۱۸ برای نیروی کار شرکت تجاری ورشکسته (که از آنها تحت عنوان خدمه، خدمتگزاران و کارگر نام برده شده است) حق رجحانی در وصول مطالبات نسبت به سایر بستانکاران پیش‌بینی شده است. علاوه بر این ماده ۶۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه ۱۳۹۰-۱۳۹۴ و آیین‌نامه نحوه واگذاری سهام ترجیحی، سهامی توسط شرکت‌های دولتی به کارکنان این واحدها با نرخ مشخص و در راستای اجرای برنامه‌های خصوصی‌سازی در ایران اعطا می‌شود. همه کارکنان فعلی و قبلی شرکت به میزان برابر حق دارند که بخشی از سهام شرکت را خریداری کنند و شرکت نیز با اعطای تسهیلات مختلف خرید سهام برای ایشان را امکان‌پذیر می‌کند. لیکن باید توجه داشت که حمایت پیش‌بینی شده در قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی یک نوع حمایت پسینی - و البته ناقص - از نیروی کار است و منجر به مشارکت فعال نیروی کار در مدیریت شرکت‌های تجاری نمی‌شود. علاوه بر این، آیین‌نامه نحوه واگذاری سهام ترجیحی با هدف خصوصی‌سازی نهادهای دولتی تصویب شده است و چنین مقرره‌ای در خصوص شرکت‌های خصوصی وجود ندارد. به عبارتی دیگر، در شرکت‌های غیردولتی، که سهامداران آن اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی‌اند، الزام ایشان به واگذاری بخشی از سهام به منظور اختصاص آن به نیروی کار در غیاب مصوبه قانونی به لحاظ قانونی محل ایراد است.^۳ بنابراین، می‌توان گفت که در ایران هیئت مدیره شرکت‌های تجاری تقریباً منحصرأ در حوزه تسلط سهامداران هستند. طرح‌های مالکیت سهام کارکنان نیز هیچ‌گونه توجهی به نیروی کار به عنوان کارگر - نه به عنوان سهامدار - کارگر - نمی‌کند و امکان مشارکت واقعی در حاکمیت شرکتی را فراهم نمی‌آورد.

برخلاف نظام حقوقی ایران، سیستم مداخله مدیریتی آلمان قوی‌ترین حفاظت را از نمایندگی نیروی کار در هیئت مدیره شرکت‌های تجاری ارائه می‌دهد. مداخله مدیریتی آلمانی برای چندین دهه به عنوان بخشی از یک اقتصاد بزرگ و مدرن وجود داشته است و آن را به نمونه بارز چنین نظامی تبدیل کرده است.^۴ اصطلاح مداخله مدیریتی برای توصیف دو ویژگی متفاوت مورد استفاده قرار گرفته است: از یک سو، مداخله مدیریتی دلالت بر

۱. صقری، محمد، *حقوق بازرگانی، شرکت‌ها*، جلد ۱ و ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۴.

۲. طوسی، عباس، *تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۸۶.

۳. بهشتی، شقایق، ربیعا اسکینی، محمدرضا پاسبان و علی زارع، «طرح تشویقی کارکنان شرکت: سهام تشویقی و سهام ترجیحی با مطالعه در نظام حقوقی انگلستان و ایران»، *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، دوره ۱۱، شماره ۴۰، ۱۳۹۷، ص ۶۱.

۴. Robert, Scholz and Sigurt, Vitols. "Board-level Codetermination: A Driving Force for Corporate Social Responsibility in German Companies?", 25 *EUR. J. INDUS. RELS*, 2019, PP 233-34.

مشارکت اجتماعی^۱ دارد که شامل نمایندگی کارکنان در شوراهای کار شرکت‌هایی است که حداقل پنج نفر نیروی کار دارند. این شوراها دارای طیف وسیعی از حقوق در محیط کار هستند؛ از حق دریافت اطلاعات اقتصادی و مالی گرفته تا حق مشاوره در امور مربوط به سازمان و ساختار مشاغل و همچنین قدرت مذاکره در مورد قراردادهای کاری. از سویی دیگر، مداخله مدیریتی دلالت بر مشارکت نظارتی^۲ دارد که نمایندگی کارکنان را در سطح هیئت‌مدیره شرکت توصیف می‌کند.^۳ برخلاف ایران، آلمان از ساختار هیئت‌مدیره شرکتی دولایه^۴ استفاده می‌کند. هیئت نظارت نظارت کلی‌تری را بر شرکت انجام می‌دهد و اعضای هیئت‌مدیره را منصوب می‌کند.^۵ هیئت‌مدیره نیز شرکت را اداره، منابع را هدایت و تصمیمات تجاری روزانه را اتخاذ می‌کند. میزان مداخله مدیریتی نیروی کار در هیئت‌مدیره شرکت‌های آلمانی به نوع صنعت، تعداد کارکنان و چند عامل دیگر بستگی دارد. شرکت‌هایی با کمتر از ۵۰۰ نیروی کار دارای اعضای هیئت نظارتی‌اند که صرفاً توسط سهامداران انتخاب می‌شوند.^۶ باین‌حال، شرکت‌هایی با ۵۰۰ تا ۲۰۰۰ نیروی کار معمولاً یک‌سوم اعضای هیئت‌مدیره خود را توسط کارکنان انتخاب می‌کنند (مشارکت یک‌سوم) و شرکت‌هایی با بیش از ۲۰۰۰ نیروی کار، نیمی از اعضای هیئت نظارت خود را توسط کارکنان انتخاب می‌کنند.^۷ لذا در این شرکت‌ها برابری کامل بین نیروی کار و سرمایه وجود دارد و نمونه بارز یک سیستم حاکمیتی واقعاً مشترک است.^۸ این شیوه مداخله مدیریتی نیروی کار باعث شد که در بحران مالی سال ۲۰۰۸ تلاش‌ها برای نزدیک‌تر کردن آلمان به سیستم انگلیسی-آمریکایی کند یا حتی معکوس شود. سبک خاص آلمان در تعیین مداخله مدیریتی به‌طور محکم در سیستم اقتصادی آلمان و همچنین اقتصاد سیاسی اروپایی و بین‌المللی جا افتاده است. کارایی، انعطاف‌پذیری و مزایای سیستم مداخله مدیریتی برای سایر ذی‌نفعان سبب شده است که امروزه حاکمیت شرکتی مبتنی بر مداخله مدیریتی نیروی کار به‌عنوان جایگزینی برای مدل برتری سهامداران مورد بررسی قرار گیرد.^۹

۲. مبانی «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در شرکت‌های تجاری

در یک طبقه‌بندی کلی می‌توان مبانی مشارکت نیروی کار و سرمایه در شرکت‌های تجاری را در دو دسته مبانی هنجاری و مبانی ابزاری تقسیم‌بندی کرد. در واقع، مدل حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه در شرکت‌های تجاری صرفاً مبتنی بر مبانی اجتماعی و اخلاقی و کثرت‌گرایی هنجاری در حمایت از نیروی کار نیست، بلکه بر مبانی اقتصادی و کثرت‌گرایی ابزاری نیز استوار است به‌گونه‌ای که مشارکت نیروی کار در مدیریت شرکت، می‌تواند شرکت‌های کارآمدتری را به وجود آورد و راهی برای دستیابی به رفاه کل ذی‌نفعان شرکت و جامعه باشد. در ذیل، طی سه بند مبانی اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی مشارکت نیروی کار و سرمایه مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

^۱. Social Codetermination.

^۲. Supervisory Codetermination.

^۳. Sandrock, Otto & Jean J. du Plessis, *The German System of Supervisory Codetermination by Employees, in German Corporate Governance in International and European Context*, 2017, pp 167-169.

^۴. Two-tiered corporate board structure.

^۵. Du Plessis J. J. and Ingo Saenger. *The Supervisory Board as Company Organ*, in: *German Corporate Governance in International and European Context*, at 15, 2017, PP 133-53.

^۶. *Ibid*, at 17, PP 48-49.

^۷. Sandrock and Du Plessis, *op.cit.*, PP 175-178.

^۸. *Ibid*, PP 173-174.

^۹. Andreas, Rühmkorf., Felix, Spindler and Navajyoti, Samanta. "Evolution of German Corporate Governance (1995-2014): An Empirical Analysis", *19 CORP. GOVERNANCE*, 2019, PP 1042-1043.

۲.۱. مبانی اقتصادی

برای چندین دهه، سیستم‌های حاکمیت شرکتی به‌عنوان وسیله‌ای برای میانجی‌گری در مبارزات بالقوه بین مدیران اجرایی و سهامداران تلقی شده‌اند.^۱ موضوع اصلی حاکمیت شرکتی نیز معمولاً از طریق روابط نمایندگی بین سهامداران و مدیران مورد بررسی قرار می‌گیرد. این تضادهای نمایندگی بالقوه بین مدیران و سهامداران، موضوع اصلی حاکمیت شرکتی را تشکیل می‌دهد.^۲ به‌طور دقیق‌تر ساختار حاکمیت شرکتی ایدئال انگیزه‌هایی را برای به حداقل رساندن هزینه‌های نمایندگی و به حداکثر رساندن ثروت سهامداران ایجاد می‌کند. این مدل که در ادبیات حقوق و اقتصاد به مدل برتری سهامداران نیز معروف است، تأکید می‌کند که سهامداران باید به‌عنوان «مالکین» شرکت در نظر گرفته شوند و در نتیجه هدف اصلی شرکت نیز تأمین رفاه سهامداران باشد.^۳

در طرف دیگر، برخی نظریه‌پردازان استدلال می‌کنند که مشارکت نیروی کار در مدیریت شرکت، شرکت‌های کارآمدتری را به وجود می‌آورد و راهی برای دستیابی به رفاه کل ذی‌نفعان شرکت است. نظریه تیم تولید در این راستا قدم برداشته است. مطابق نظریه تیم تولید، نیروی کار به‌موازات سهامداران، از طریق سرمایه‌گذاری خاص خود در شرکت^۴ به ارزش شرکت می‌افزایند. بنابراین یک استدلال کارآمدی قوی در برابر دادن «حق مالکیت انحصاری در سود مازاد تیم (شرکت) به سهامداران» وجود دارد.^۵ از این رو، پیشنهاد می‌کند که تمرکز کل عملیات شرکت و قانون شرکت‌ها باید از رویکرد متعارف سهامدار محور به سمت دیدگاه ذی‌نفع‌محوری تغییر یابد.

یکی از اولین تلاش‌های جدی اقتصاددانان برای توضیح شرکت به‌عنوان یک تیم تولید مقاله‌ای است که در سال ۱۹۷۲ توسط آرمن آلچیان و هارولد دمستز انتشار یافت.^۶ در این مقاله، نویسندگان تیم تولیدی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «تولیدی که در آن (۱) از چندین نوع منبع استفاده می‌شود... (۲) مشخص نیست که محصول خروجی مربوط به کدام منبع همکاری است... [و] (۳) همه منابع مورد استفاده در تیم تولیدی متعلق به یک نفر نیست». اگر اعضای تیم پیشاپیش توافق کنند که هرگونه سودی را براساس برخی از قوانین اشتراک ثابت تخصیص دهند، مشکلات واضحی برای اعضای تیم پیش می‌آید: هر یک از اعضای تیم انگیزه‌ای برای شانه خالی کردن از انجام وظیفه خواهند داشت؛ زیرا چه فعالیتی انجام دهند یا خیر، سهم یکسانی از کل را کسب خواهند کرد. از سوی دیگر، اگر اعضای تیم هیچ قرارداد اشتراک‌گذاری ثابتی نداشته باشند و صرفاً توافق کنند که پس از تولید، سود مازاد را تقسیم کنند، زمان تقسیم سود مازاد، همه آنها انگیزه‌هایی برای تخصیص سهم بیشتری از کل تولید برای خود دارند که منجر به اتلاف وقت و تلاش برای چانه‌زنی می‌شود که در هر دو مورد نتیجه کمتر از حد مطلوب است.

آلچیان و دمستز به این نتیجه رسیدند که شرکت‌ها یک نظام سلسله‌مراتبی بوده و به‌عنوان راهی برای حل این مشکلات به وجود می‌آیند. آنها استدلال کردند که در یک سیستم تولید سلسله‌مراتبی، باید به یکی از اعضای تیم نقش ناظر^۷

1. Bower, J. and Payne, L. "The error at the heart of corporate leadership", *Harvard Business Review*, 95 (3), 2017, PP 50-60.

2. Hodgson, G. "Much of the economics of property rights devalues property and legal rights", *Journal of Institutional Economics*, 11 (4), 2015, PP 683-709.

3. Hansmann, H. and Kraakman, R. "The end of history of corporate law", *Georgetown Law Journal*, 89, 2001, PP 439-468.

4. Firm-specific investments.

5. Meese, A. J. "The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment", *William and Mary Law Review*, 43, 2002, at 1632.

6. Alchian, A. A. and Demsetz, H. "Production, Information Costs, and Economic Organization", *62 Am, Econ, Rev*, 1972, P 777.

7. Monitor.

اختصاص داده شود که اطمینان حاصل گردد هیچ‌کس از انجام دادن کار خود طفره نمی‌رود.^۱ به‌منظور ایجاد انگیزه در شخص ناظر برای انجام دادن این کار به نحو احسن، سلسله‌مراتب باید به‌گونه‌ای تنظیم شود که سایر اعضای تیم به کارکنانی تبدیل شوند که دستمزد ثابتی برابر با هزینه فرصت خود دریافت می‌کنند. به‌این ترتیب، ناظر کلیه سودهای باقی‌مانده پس از پرداخت دستمزد ثابت کارکنان را دریافت می‌کند و انگیزه قوی برای نظارت بر کارکنان و جلوگیری از شانه خالی کردن آنها از انجام دادن وظایف دارد؛ درحالی‌که پرداخت دستمزد ثابت به سایر اعضای تیم، رانت‌جویی آنها را نیز غیرممکن می‌کند. مطابق این نظریه، نیروی کار به‌عنوان واحدهای قابل تعویض نگریده می‌شوند که هیچ مهارت خاصی برای تیم به ارمغان نمی‌آورند و مهم‌تر از آن سرمایه‌گذاری خاصی در تیم انجام نمی‌دهند. بنابراین، به همه می‌توان دستمزد ثابتی برابر با هزینه‌های فرصتشان در یک بازار رقابتی پرداخت کرد و تمام مازاد تلاش‌های مشترکشان متعلق به شخص ناظر باشد. بنابراین، مدل آلچیان و دمستز این موضوع را توجیه کرد که چرا در ساختار تیم تولید یک شخص باید به‌عنوان اصیل بر فعالیت سایر اعضای تیم نظارت کند.

سهم مهم بعدی در تئوری تیم تولید و نحوه کنترل شانه خالی کردن در تیم تولید با انتشار مقاله‌ای در سال ۱۹۸۲ توسط بنگت هولمستروم ارائه شد. رویکرد آلچیان و دمستز مفروض می‌داشت که ناظر می‌تواند به‌طور مؤثری شانه خالی کردن از انجام دادن وظایف را در میان کارکنان تشخیص دهد و مجازات کند. با این حال، این فرض مشکل کلیدی را که در نظریه اصیل-نماینده به آن پرداخته شده است، یعنی مشکل نظارت بر عامل، را نادیده می‌گیرد.^۲ به‌طور خاص، هولمستروم بررسی کرد که آیا امکان طراحی قراردادی وجود دارد که از شانه خالی کردن کارکنان جلوگیری کند و تمام خروجی مشترک تیم تولید به اعضای تیم تخصیص یابد؟ نتیجه‌گیری هولمستروم - که گاهی قضیه غیرممکن هولمستروم^۳ نامیده می‌شود - این بود که چنین قراردادی را نمی‌توان نوشت. بنابراین این‌گونه نتیجه‌گیری شد که جدایی مالکیت شرکت از نیروی کار قابل توجیه است.

علیرغم هر دو نظریه اقتصادی فوق، در حال حاضر در نظریه تیم تولید استدلال می‌شود که اعضای تیم ترجیح می‌دهند کنترل بر دارایی‌ها و خروجی تیم را به یک شخص ثالث، یک «میانجی سلسله‌مراتبی»، واگذار کنند. اما کنترل باید به‌گونه‌ای باشد که رفاه مشترک کل تیم را به حداکثر برساند. این تجزیه و تحلیل نشان می‌دهد اگرچه حقوق مالکیت می‌تواند حداقل از سرمایه‌گذاری تخصصی یکی از اعضای تیم (سهامداران) محافظت کند، همچنین می‌تواند با بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری‌های خاص اعضای دیگر بدون زحمت انجام دادن چنین سرمایه‌گذاری‌هایی به آن شخص «مالک» قدرت دهد تا سودها را تصاحب کند. به‌عنوان یک راه‌حل جایگزین، هر دوی اعضای تیم می‌توانند رفاه خود را با توافق بر واگذاری حقوق کنترل به شخص ثالث بهبود بخشند. این ایده به چند دلیل جذاب است: اول، برخلاف نظریه آلچیان و دمستز، این نظریه تأکید می‌کند که افراد فقط در صورتی می‌خواهند بخشی از یک تیم باشند که بتوانند در مازاد اقتصادی حاصل از تولید تیم سهیم باشند. دوم، اعضای تیم به‌طور شهودی درک می‌کنند که اگر فرار و رانت‌جویی کنترل نشده باشد، متقاعد کردن دیگران برای سرمایه‌گذاری منابع خاص خود در شرکت دشوار خواهد بود. بنابراین، آنها متوجه می‌شوند که ایجاد یک مقام بالاتر - یک سلسله‌مراتب - که می‌تواند شانه خالی کردن از انجام دادن وظایف را محدود کند و از رفتار رانت‌جویانه در میان اعضای تیم جلوگیری کند، به نفع شخصی آنهاست. به عبارتی واضح‌تر، هنگامی که اعضا یک شرکت را تشکیل دادند و هیئت‌مدیره‌ای را انتخاب کردند، اعضای تیم یک نهاد

^۱. Ibid, at 781.

^۲. Ibid, at 783.

^۳. Holmstrom's impossibility theorem.

جدید و مجزا ایجاد کرده‌اند که به‌طور بالقوه می‌تواند برخلاف منافع آنها عمل کند و منجر به از دست دادن آنچه سرمایه‌گذاری کرده‌اند، شود. اما چرا هریک از اعضای تیم این کار را انجام می‌دهند؟ پاسخ این است که اعضای تیم می‌دانند اگر از حقوق کنترلی خود چشم‌پوشی نکنند، احتمال کمتری وجود دارد که همکاری کامل و سرمایه‌گذاری خاص شرکت را با سایر اعضا جلب کنند. بنابراین، آنها احتمال می‌دهند که اگر کنترل را به سلسله‌مراتب تصمیم‌گیری مرکب از نمایندگان نیروی کار و سرمایه واگذار کنند، شانس گرفتن برخی از سودهای قابل توجهی که می‌تواند از تیم تولید سرازیر شود، بیشتر از زمانی است که بخواهند با نیروی کار قرارداد بنویسند و برای آنها حقوق ثابتی را در نظر بگیرند.

۲.۲. مبانی اجتماعی

مشارکت کارکنان در ساختار شرکت‌های تجاری مطمئناً به‌نوعی از مسئولیت اجتماعی پیوند دارد. مشارکت نیروی کار در ساختار شرکت ارتباط مستقیمی با مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها چه در مفهوم داخلی خود (تعامل شرکت با ذی‌نفعانی که خارج از شرکت نیستند و یک رابطه بلندمدت و سرمایه‌گذاری خاص با شرکت دارند مانند کارکنان) و چه در مفهوم خارجی آن (رفتار شرکت با ذی‌نفعان در معنای وسیع‌تر و منافع عمومی و اجتماعی) دارد. به‌عبارتی دیگر، می‌توان تصور کرد اگر سهامداران بر شرکت‌ها فشار بیاورند تا صرفاً منافع مالی برای سهامداران ایجاد کنند، شرکت‌ها ممکن است شروع به استثمار محیط، کارگران یا مصرف‌کنندگان برای سود مالی خود کنند؛ درحالی‌که مشارکت کارکنان در ساختار شرکت می‌تواند وزنه تعادلی را در این خصوص ایجاد کند.^۱

استدلال‌های مختلفی مسئولیت اجتماعی را در زمینه مشارکت کارکنان توجیه می‌کنند و دلایل مختلفی وجود دارد که مدیران را برای ارتقای مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها ترغیب می‌کند. مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها یکی از مهم‌ترین انگیزه‌های بیرونی جذب کارکنان است. در کنار نشان دادن سطوح بالای رفتار اخلاقی، نشان داده شده است که مسئولیت اجتماعی برای شرکت‌ها مزایای ابزاری و انواع مختلفی از مزیت‌های رقابتی مانند کارکنان با انگیزه بیشتر، توانایی جذب و حفظ کارکنان موردنظر، افزایش شهرت و عملکرد مالی برتر را به همراه دارد.^۲ یک دیدگاه مبتنی بر توجه به منابع، نشان می‌دهد که با کنترل و دست‌کاری کارآمد منابع یا قابلیت‌هایی که ارزشمند و کمیاب‌اند و به راحتی قابل تقلید نیستند و هیچ جایگزین کاملی برای آنها وجود ندارد، شرکت‌ها می‌توانند مزیت‌های رقابتی پایدار ایجاد کنند.^۳ فعالیت‌های نیروی کار می‌تواند با ایجاد نیروی کار ماهر که قادر به تحقق استراتژی تجاری شرکت باشد، منبع مزیت رقابتی باشد. از این رو، فعالیت‌های منابع انسانی می‌تواند به یک شرکت مزیت‌های رقابتی بدهد که منجر به بهبود عملکرد مالی شود.^۴ علاوه بر این، ابعاد خاصی از مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، مانند روابط محیطی و روابط با کارکنان، مهم‌تر از سایر ابعاد در نظر گرفته می‌شوند و تأثیرات متفاوتی بر نحوه ارزیابی کارکنان آینده‌نگر شرکت‌ها دارند. به‌طور خاص، شرکت‌هایی با سوابق محیطی ضعیف، احتمالاً در استخدام با مشکلاتی مواجه خواهند شد؛ زیرا این موضوع

¹. Gelter, M. "Employee Participation in Corporate Governance and Corporate Social Responsibility", *ECGI Working Paper Series in Law*, 2017, P 23.

². Albinger, H. S. and Freeman, S. J. "Corporate Social Performance and Attractiveness as an Employer to Different Job Seeking Populations", *28 Journal of Business Ethics*, 2000, PP 243–246.

³. Ibid, PP 3–4; Barney, J. B. "Firm resources and sustained competitive advantage", *17 Journal of Management* 99, 1991.

⁴. Wright, P. M., Dunford, B. B. and Snell, S. A. "Human Resources and the Resource Based View of the Firm", *27 Journal of Management*, 2001, 701 at 708.

به‌ویژه برای کارکنان آینده مهم است.^۱ انجام دادن فعالیت‌های که از نظر اجتماعی قابل پذیرش‌اند نظیر ارائه دستمزد منصفانه و مشارکت نیروی کار در ساختار شرکت، می‌تواند با افزایش بهره‌وری و روحیه و درعین حال کاهش غیبت، سبب برخورداری شرکت‌ها از مزیت شود. با حفظ کارکنان، شرکت‌ها همچنین می‌توانند در هزینه‌های مربوط به آموزش و جذب کارکنان جدید صرفه‌جویی کنند.^۲ علاوه بر این، یکی دیگر از انگیزه‌های کلیدی بیرونی حفظ شهرت شرکت است. شهرت شرکت یک دارایی نامشهود بسیار مهم است و می‌تواند منبع مزیت رقابتی باشد. نیروی کار ترجیح می‌دهد برای شرکت‌هایی کار کنند که شهرت خوبی دارند و ممکن است مایل به کار سخت‌تر در برابر دستمزد کمتر باشند که این خود می‌تواند یک مزیت باشد.^۳

۲.۳. مبانی اخلاقی

اصل مشارکت نیروی کار در مدیریت شرکت‌های تجاری مبتنی بر هدف‌های انسانی-اخلاقی یا معنوی است. در این جنبه، توجه به مقام والای انسان و حقوق او و ارتقای شخصیت ایشان تأکید شده است. همان هدفی که در اعلامیه جهانی حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته است. هدف آن است که نیروی کار به‌عنوان افراد بشر از طریق مشارکت در مدیریت شرکت تجاری امکان یابند به ارتقای شخصیت خویش بپردازند؛ زیرا نیروی کار به‌عنوان انسان مطرح است.^۴ اکثر رویکردهای اخلاقی که بر حقوق تأکید دارند، معتقدند که افراد به‌نوعی دارای ارزش ذاتی و کرامت هستند. یک سنت دیرینه این ارزش ذاتی را به‌عنوان توانایی تعمق عقلانی و انتخاب آزادانه نحوه زندگی توضیح می‌دهد. الگوهای سلسله‌مراتبی سنتی شرکت‌ها، کارکنان را به‌عنوان منابع انسانی غیرضروری و قابل جایگزین می‌دانند که باید با هدف افزایش سود شرکت مدیریت شوند. تعهد اجتماعی اصیل به کرامت و استقلال افراد، این سنت را به چالش خواهد کشید. از آنجایی که کار نقش مسلطی در تعریف نیروی کار به‌عنوان یک فرد و تثبیت ارزش‌های اجتماعی آن‌ها دارد، لذا تعهد به کرامت و استقلال افراد منجر به این نتیجه می‌شود که کارگران باید توانایی اعمال کنترل بر زندگی کاری خود را داشته باشند.^۵ به‌عبارتی دیگر، نسبتاً منطقی است که کارکنان نماینده یا صدای خاصی در حکمرانی و مدیریت خود داشته باشند.^۶

علاوه بر این، حق مشارکت نیروی کار را می‌توان از هنجارهای اخلاقی مدرن، که تعهد به کرامت برابر هر فرد را ابراز می‌کنند، استخراج کرد. تعهد به برابری مستلزم آن است که تصمیمات مؤثر منافع نیروی کار، به‌ویژه تصمیماتی که بر منافع مهم یا اساسی تأثیر می‌گذارد، به‌طور عادلانه اتخاذ شوند. واضح است که بسیاری از تصمیمات اتخاذ شده در شرکت‌ها می‌تواند تأثیر زیادی بر اساسی‌ترین منافع نیروی کار شرکت داشته باشد.^۷ برای تحقیق اصل انصاف و مسئولیت‌پذیری، چه تضمینی مؤثرتر از اینکه به نیروی کار اجازه دهیم منافع خود را در فرایند تصمیم‌گیری نمایندگی

^۱. Backhaus, K. B., Stone, B. A. and Heiner, K. "Exploring the Relationship Between Corporate Social Performance and Employer Attractiveness", *Business and Society*, 41, 2002, PP 309-313.

^۲. Branco, M. C. and Rodrigues, L. L. "Corporate Social Responsibility and Resource-Based Perspectives", *J Bus Ethics* 69, 2006, no 130, at 121.

^۳. Roberts and Dowling, "Corporate Reputation and Sustained Superior Financial Performance", *Strategic Management Journal*, Volume 23, Issue 12, 2002, no 146, at 1079.

^۴. رستمی، ولی، «مشارکت کارگران در اداره کارگاه»، نشریه کار و جامعه، شماره ۲۰، شماره ۲۰، ص ۱۱.

^۵. McCall, J. J. "Employee Voice in Corporate Governance: A Defense of Strong Participation Rights", *Business Ethics Quarterly*, 11 (1), 2001, P 197.

^۶. Dahl, R. A Preface to Economic Democracy, University of California Press, 1985.

^۷. McCall, op.cit., P 197.

کنند. از آنجایی که در نظر گرفتن متوازن و منصفانه همه منافع در صورتی قابل تحقق است که احزاب مختلف شرکتی قدرت نهادی تقریباً برابری داشته باشند، کارکنان مستحق آن میزان اختیار هستند که آن‌ها را قادر می‌کند در برابر سیاست‌هایی که ناعادلانه به منافع آنها آسیب می‌زند مقاومت کنند. این البته به معنای حق مشارکت مدیریتی در همه سطوح است.^۱ مضاف بر مطالب فوق، مشارکت در تأسیس اولیه شرکت وزن اخلاقی کافی برای توجیه حذف سایر مشارکت‌کنندگان از اظهار نظر در مورد عملیات شرکت را ندارد و سهامداران شرکت نمی‌توانند ادعا کنند که مشارکت نیروی کار در ساختار شرکت از منظر اخلاقی خلاف اصل انصاف و استقلال آنهاست؛ بلکه آنچه مرتبط‌تر به نظر می‌رسد این است که مشارکت هر دو (نیروی کار و سرمایه) منطقاً برای هر تولیدی ضروری است. بنابراین، به نظر نمی‌رسد که ارزش انصاف و استقلال، خواه مبتنی بر مشارکت در تأسیس شرکت باشد یا خواه به دلیل به دوش کشیدن ریسک آن، زمینه‌های نظری کاملی را برای این ادعا فراهم کند که حقوق مالکیت سهامداران بر حق کارکنان برای تصمیم‌گیری مشترک غلبه می‌کند. در عوض، به نظر می‌رسد از آنجایی که ریسک و مشارکت بین مالکان و کارکنان تقسیم می‌شود، هر دو باید بتوانند بر تصمیمات شرکت کنترل داشته باشند.

۳. پیامدهای «حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه» در شرکت‌های تجاری

علی‌رغم تحقیقات تجربی غیرقطعی که در تأیید و رد سیستم مشارکت نیروی کار و سرمایه وجود دارد، امروزه کاملاً پذیرفته شده است که مداخله مدیریتی نیروی کار در ساختار شرکت‌های تجاری به آلمان این امکان را داده است که تعدادی از مزایای مهم اقتصادی و غیراقتصادی را برای خود حاصل کند. آسیب جنگ طبقاتی، که توسط کارل مارکس و پیروان جزی می‌او القا شده بود، با این سیستم مدیریت اجماع‌ساز جایگزین شده است که در آن سهامداران و کارکنان می‌توانند به دنبال راه‌حل‌های مسالمت‌آمیز در هنگام اتخاذ تصمیمات سخت باشند و سپس آن را اجرا کنند.^۲ در واقع، مشارکت نیروی کار و سرمایه سبب کاهش عدم تقارن اطلاعاتی، تشویق سرمایه‌گذاری خاص نیروی کار در شرکت و تحقق توجه به منافع تمام ذی‌نفعان شرکتی می‌شود که در ذیل طی سه بند هر یک از پیامدهای فوق را با نگاه به حقوق ایران مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۳.۱. کاهش عدم تقارن اطلاعاتی

یکی از پیامدهای اساسی مرتبط با کیفیت اطلاعات، عدم تقارن اطلاعاتی است که به برتری اطلاعاتی یکی از طرفین معامله بر دیگری اشاره دارد. تقارن اطلاعات به این معناست که طرفین مبادله‌کننده به یک اندازه از کیفیت و شرایط و اطلاعات مورد معامله اطلاع داشته باشند.^۳ در سیستم برتری سهامداران، با توجه به این امر که مدیران از جانب سهامداران انتخاب می‌شوند و تحت نظارت آنها می‌باشند، لذا ساختار مدیریت به‌گونه‌ای است که ممکن است تصمیمات شرکت بدون توجه به منافع سایر ذی‌نفعان شرکتی اتخاذ شود. در نتیجه این واقعیت، که کسب اطلاعات مناسب در خصوص تصمیمات شرکت برای نیروی کار بسیار هزینه‌بر و گاه غیرممکن است، لذا عدم جریان تقارن اطلاعاتی بین نیروی کار و

^۱. Gould, Carol, C. Rethinking Democracy, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

^۲. Du Plessis J. J., Großfeld, B., Luttermann, C., Saenger, I., Sandrock, O. *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin: Springer Verlag, 2017, P 189.

^۳. طباطبایی‌نژاد، سید محمد، محمود باقری و هدایت فرخانی، «عدم تقارن اطلاعات در حقوق بانکی (مطالعه موردی: قراردادهای تسهیلات سندی‌کابی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۷، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۵۳.

سرمایه ممکن است پیامدهای منفی برای شرکت و حتی کل بازار داشته باشد. این درحالی است که در مدل مشارکت نیروی کار و سرمایه، مدیران و نمایندگان کارکنان فرصت‌های زیادی دارند تا درمورد اقدامات لازم برای پاسخگویی به تغییرات بازار (رونق یا رکود) با یکدیگر تبادل نظر کنند. به همین دلیل است که برخی نویسندگان استدلال کرده‌اند مداخله مدیریتی ممکن است مزایای کارایی مهمی را در زمینه مذاکره جمعی به همراه داشته باشد.^۱ هیئت‌مدیره شرکت‌ها معمولاً بیشتر از اتحادیه‌های کارگری که با آنها بر سر دستمزد چانه‌زنی می‌کنند، درباره وضعیت مالی شرکت‌های خود می‌دانند. این عدم تقارن اطلاعاتی می‌تواند طرفین چانه‌زنی را از دستیابی به توافق بازدارد. پیامد چنین وضعیتی ممکن است اعتصابات باشد که می‌تواند هم برای طرف‌های درگیر و هم برای سایر شرکت‌ها در بالا یا پایین زنجیره تأمین پرهزینه باشد.^۲ با این حال، تعیین مداخله مدیریتی نیروی کار در سطح هیئت‌مدیره باعث می‌شود که نمایندگان کارکنان به اطلاعاتی مشابه با سایر اعضای هیئت‌مدیره دسترسی داشته باشند.^۳ در نتیجه، مداخله مدیریتی اجباری می‌تواند عدم تقارن اطلاعاتی بین کارفرمایان و کارگران را کاهش دهد یا از بین ببرد.^۴ ممکن است استدلال شود که در نظام حقوقی ایران، علیرغم آنکه پذیرش سیستم مداخله مدیریتی منجر به کاهش عدم تقارن اطلاعاتی می‌شود، در عوض ممکن است سبب تضعیف همگرایی هیئت‌مدیره و امکان کنش جمعی و نظارت بر مدیران منتخب کارکنان را دشوار و در نتیجه هزینه‌های نمایندگی در قالب فرصت‌طلبی مدیریتی به ضرر سهامداران و کارکنان به یک نتیجه محتمل تبدیل شود. علیرغم اینکه قابل کتمان نیست در سیستم مداخله مدیریتی ممکن است مدیرانی با اهداف متفاوت وجود داشته باشد، امروزه ادبیاتی غنی وجود دارد که بر مزایای هیئت‌مدیره‌های متنوع در شرکت‌های تجاری تأکید دارد. به‌ویژه، داشتن مدیرانی با تجربیات و دیدگاه‌های متفاوت، اصولاً می‌تواند از مشکلاتی مانند تفکر گروهی جلوگیری کند و در نتیجه تصمیم‌گیری را بهبود بخشد.^۵

^۱. Hansmann, H. "When Does Worker Ownership Work? ESOPs, Law Firms, Codetermination, and Economic Democracy", 99 *YALE L.J.*, 1749, 1803, 1990.

شایان ذکر است که در نظام حقوق کار ایران پیمان‌های دسته‌جمعی کار یکی از مهم‌ترین منابع جهت متعادل کردن منافع نیروی کار و سرمایه است که به موجب ماده ۱۴۰ قانون کار به رسمیت شناخته شده است. از آنجایی که هیئت‌مدیره شرکت‌ها معمولاً بیشتر از اتحادیه‌های کارگری که با آنها بر سر مسائل کارگری چانه‌زنی می‌کنند، درباره وضعیت مالی شرکت‌های خود می‌دانند و با عنایت به اینکه درصد بالایی از کارگران بخش خصوصی تحت پوشش قراردادهای دسته‌جمعی هستند، منطقی است که استنباط نماییم پذیرش مداخله مدیریتی در ایران در مقایسه با پیمان‌های جمعی کار (از حیث کاهش عدم تقارن اطلاعاتی) دارای مزایای قابل توجه و آثار مثبتی خواهد بود. کاهش عدم تقارن اطلاعاتی و امکان مذاکره جمعی، که در مدل مداخله مدیریتی وجود دارد، امر بسیار بااهمیتی است که در زمان رونق و رکود اقتصادی شرکت‌های تجاری می‌تواند مفید واقع شود. به‌عنوان مثال در شرایط رونق اقتصادی و لزوم انجام اضافه‌کار توسط کارکنان، درجایی که نمایندگان کارکنان در هیئت‌های نظارت حضور دارند، رضایت آنها راحت‌تر به دست می‌آید و متقابلاً در زمان رکود و مواقعی که شرکت در آستانه ورشکستگی است سیستم مداخله مدیریتی مدیریت را قادر می‌کند تا به راحتی رضایت نیروی کار خود را برای انجام اقدامات کم‌وبیش شدید جلب کند.

- Sandrock, O. "German and international perspectives of the German model of codetermination", *Eur Bus Law Rev* 26, 2015, PP 133-134.

^۲. Hansmann, op.cit., P 1766.

^۳. Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), Judgment of Feb. 25, 1982 (II ZR 145/80)

^۴. نقش مداخله مدیریتی نیروی کار در کاهش اطلاعات نامتقارن در زمینه مذاکره جمعی اکنون به‌طور گسترده پذیرفته شده است:

- Luca Enriques, Lca, et al. *The Basic Governance Structure; Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies*, in: *The Anatomy of Corporate Law*, Edited by: Reinier, Kraakman, et al, third edition, 2017; Jens, op.cit, P 479.

^۵. ماده ۸۸ لایحه قانونی ۱۳۴۷ نمونه بارز چنین سیاستی است که با پذیرش امکان رأی‌گیری انباشته به سهامداران اقلیت کمک کرده است تا نمایندگانی در هیئت‌مدیره شرکت داشته باشند.

۳.۲. سرمایه‌گذاری خاص نیروی کار در شرکت^۱

استدلال شده است که مداخله مدیریتی ممکن است کارکنان را تشویق کند که به اصطلاح به سرمایه‌گذاری‌های خاص در شرکت بپردازند.^۲ ایده اصلی سرمایه‌گذاری خاص شرکتی ساده است: شرکت‌ها اغلب می‌توانند بهره‌وری خود را با متقاعد کردن کارکنان به کسب مهارت‌ها یا افزایش دانش خود در یک حوزه خاص ارتقا دهند. از منظر نیروی کار، سرمایه‌گذاری‌های خاص شرکت به‌طور بالقوه خطرناک است. با این توضیح که کارفرما می‌داند نیروی کار نمی‌تواند تخصص خاص شرکتی خود را به‌جای دیگری ببرد؛ زیرا کارکنان معمولاً نمی‌توانند بدون هزینه از یک کارفرما به کارفرمای دیگر نقل مکان کنند. در نتیجه، کارفرما ممکن است کارکنان را تشویق کند تا سرمایه‌گذاری‌های خاص شرکت را انجام دهند؛ اما پس از آن از جبران افزایش بهره‌وری آنها خودداری کند؛ زیرا کارکنانی که در شرکت سرمایه‌گذاری خاص کرده‌اند، اگر توسط پادمان‌های سازمانی یا قراردادی محافظت نشوند، ممکن است مورد استثمار قرار گیرند و آسیب‌های اقتصادی جدی متحمل شوند. دورنمای فرصت‌طلبی کارفرما ممکن است باعث شود نیروی کار در وهله اول از انجام دادن سرمایه‌گذاری‌های خاص شرکت خودداری کند؛ حتی در مواردی که چنین سرمایه‌گذاری‌هایی بازده مشترک مثبتی را برای طرفین به همراه داشته باشد. بر اساس این استدلال، مداخله مدیریتی مکانیزمی است که به کارفرمایان اجازه می‌دهد تعهد معتبری در جهت پاداش دادن به کارکنان برای سرمایه‌گذاری‌های خاص شرکت خود داشته باشند.^۳

یکی از انتقادهایی که بر سرمایه‌گذاری خاص نیروی کار در شرکت وارد شده، این است که آلمان قوانین مختلفی را اتخاذ کرده است که از کارکنان در برابر سلب مالکیت توسط کارفرمایان محافظت می‌کند و سرمایه‌گذاری‌های خاص شرکت را تشویق می‌کند. به‌عنوان مثال، درحالی‌که شرکت‌ها نمی‌توانند نیروی کار خود را به‌دلخواه اخراج کنند، قانون کار آلمان به خاتمه کار به علت موجه پایبند است که طبق آن کارفرمایان برای پایان دادن به یک رابطه کاری به دلیل مشخص (شخصی یا تجاری) نیاز دارند. علاوه بر این، قانون کار آلمان ساختار نهادی کاملاً متمایز شورای کار را بر شرکت‌ها تحمیل می‌کند که برای محافظت از حقوق کارکنان طراحی شده است. کارکنان در شرکت‌های پنج‌نفره یا بیشتر حق انتخاب شورای کار دارند و کارفرمایان طبق قانون موظفاند در مورد بسیاری از مسائل مهم مدیریتی یا به شورای کار اطلاع دهند و یا حتی تأیید آن را بگیرند. به‌طور کلی، این قوانین سطح بالایی از محافظت را برای نیروی کار آلمانی ارائه می‌دهند. اتخاذ یک سیستم مداخله مدیریتی به سبک آلمانی ممکن است گامی در جهت تشویق سرمایه‌گذاری بیشتر برای شرکت باشد. با این حال، به‌هیچ‌وجه مشخص نیست که صرف مداخله مدیریتی اجباری به‌تنهایی (بدون وجود سایر مقررات حمایتی از نیروی کار) عاملی برای دستیابی به این هدف باشد.^۴ به نظر می‌رسد که ایراد فوق در نظام حقوقی ایران وارد نیست، زیرا در ایران نیز به‌مانند آلمان برای خاتمه کار باید دلیل موجه ارائه شود و مطابق ماده ۱۵ قانون تشکیل شورای اسلامی کار مصوب ۱۳۶۳ در شرکت‌های با بیش از ۳۵ نیروی کار تشکیل شورای اسلامی کار ضروری است. علاوه بر این، بر اساس این دیدگاه، ناتوانی نسبی کارگران در محافظت از حقوق خود دلیلی برای حفظ ویژگی اصلی ساختار حاکمیتی است که از همان ابتدا از کارگران سلب اختیار می‌کند، امری که به نظر نمی‌رسد چندان معقول و مرتبط باشد.

1. Firm- specific investments.

2. Erik, G. Furubotn. "Codetermination and the Modern Theory of the Firm: A Property-Rights Analysis", *61 J. BUS.*, 1988, PP 165, 170-174.

3. Han, Kim, E., Maug, E. and Scheider, C. "Labor Representation in Governance as an Insurance Mechanism", *REV. FIN.*, 2018. "Labor Representation in Governance as an Insurance Mechanism", *REV. FIN.*, 2018, PP 1251, 1256.

4. Jens, Dammann and Horst, Eidenmüller. "Codetermination: A Poor Fit for U.S. Corporations", *COLUM. BUS. L. REV.*, 2020, PP 33, 35.

۳.۳. تامین منافع سایر ذی‌نفعان شرکتی

یکی از مهم‌ترین پرسش‌هایی که می‌توان در خصوص مشارکت نیروی کار و سرمایه در حاکمیت شرکتی مطرح کرد این موضوع است که چرا در میان طیف وسیعی از ذی‌نفعان باید کارگران در مدیریت شرکت مداخله داشته باشند؟ علی‌الاصول یکی از مبانی حاکمیت شرکتی توجه به منافع تمام ذی‌نفعان شرکت (و نه صرفاً کارکنان) در راستای رشد پایدار و ثبات شرکتی است (بند ۳ ماده ۲ دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱). لذا ضرورت مداخله مدیریتی نیروی کار چیست؟ در پاسخ به این پرسش اساسی می‌توان گفت شیوه مداخله مدیریتی نیروی کار نه فقط واجد آثار مثبتی برای کارکنان است بلکه سایر ذی‌نفعان و به‌طور کلی شرکت از آثار مثبت آن بهره‌مند می‌شوند. نخست اینکه کارکنان در شرایط مداخله مدیریتی، وضعیت بهتری دارند. همان‌طور که در بالا توضیح داده شد، بازگشت آلمان از بحران مالی تا حد زیادی نتیجه توانایی شرکت‌های آن‌ها در حفظ سطح اشتغال نسبتاً پایدار بود. کارکنان در شرکت‌هایی با مشارکت نیروی کار و سرمایه در طول دوران رکود در برابر اخراج بهتر محافظت می‌شوند. باین‌حال، به لطف تسهیل مذاکره جمعی در سیستم مداخله مدیریتی این امنیت شغلی به قیمت دستمزدهای کمتر خود کارکنان است. این نکته مهمی است؛ چراکه مبادله دستمزد برای تضمین امنیت شغلی هیچ تأثیری بر حقوق سهامداران ندارد.^۱ لذا اولین استدلالی که در خصوص حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه مطرح می‌شود این است که هزینه‌ای برای سهامداران به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین ذی‌نفعان شرکت ندارد.

علاوه بر این، مدل مداخله مدیریتی واجد آثار مثبتی بر منافع سایر ذی‌نفعان شرکت است. به‌عنوان مثال، نمایندگی کارکنان برای بستانکاران شرکت مفید است. کارکنان دارای منافع اند که در چند بعد با منافع بستانکاران همسو است. نمایندگان نیروی کار که هدفشان حفاظت از منافع کارکنان شرکت است، می‌توانند (ناخواسته) به حفاظت از منافع بانک‌ها (به‌عنوان یکی از مهم‌ترین بستانکاران) نیز کمک کنند؛ زیرا هر دو ذی‌نفع به منافع بلندمدت و ثبات شرکت علاقه دارند.^۲ نتیجه این همسویی سود هم به نفع شرکت (از حیث شرایط تأمین مالی مطلوب، اخذ وام با هزینه‌های کمتر و سررسید طولانی‌تر) و هم به نفع بانک‌هاست. همچنین مشخص شده است که شرکت‌های دارای مدیریت مشترک نیروی کار و سرمایه وارد معاملات ادغام و تصاحب کمتر (و بهتر) شده‌اند، جریان‌های نقدی پایدارتری دارند و کمتر در معرض ریسک‌های خاص قرار دارند. به عبارتی «صدای مستقیم کارکنان در ساختار حاکمیتی شرکت‌ها می‌تواند مکانیزم قدرتمندی برای کاهش تعارضات نمایندگی بین ارائه‌دهندگان بدهی و شرکت‌ها و بهبود فرصت‌ها و شرایط تأمین مالی آن‌ها باشد».^۳ لازم به ذکر است که بستانکاران تنها ذی‌نفعانی نیستند که ممکن است از نمایندگی کارکنان بهره‌مند شوند. مداخله مدیریتی بر تعهدات شرکت به اقدامات بنیادی در خصوص مسئولیت اجتماعی شرکتی مؤثر است. قدرت مداخله مدیریتی ارتباط مثبتی با سیاست‌های مسئولیت اجتماعی شرکت، از جمله سیاست امنیت شغلی دارد.^۴ در مجموع، تحقیقات اقتصادی جدید نشان می‌دهد که نمایندگی کارکنان در هیئت‌مدیره شرکت‌ها از طریق پیگیری اقدامات معنادار مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها به نفع کارکنان، طلبکاران و جامعه است. همچنین نمایندگی کارکنان از طریق مکانیسم‌های مختلف، از جمله ارتقای جریان اطلاعات بیشتر در شرکت و این واقعیت که سایر ذی‌نفعان اغلب منافع همسو با منافع

1. Han Kim, Maug and Scheider, op.cit., PP1251, 1286.

2. Chen, Lin., Thomas, Schmid and Yuhai, Xuan. "Employee Representation and Financial Leverage", *127 J. FIN. ECON*, 2018, PP 303, 321.

3. Ibid, P 322.

4. Robert and Sigurt, op.cit., PP 233-34.

کارکنان دارند (مانند نگرانی در خصوص توجه به منافع بلندمدت) به سایر ذی‌نفعان شرکت کمک می‌کند.^۱

نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین جنبه‌های حقوق شرکت‌های تجاری مدرن تلاش برای توسعه پایدار شرکت و توجه به منافع تمام ذی‌نفعان شرکتی و به‌طور خاص نیروی کار شرکت است. با مطالعه مقررات قانونی حاکم بر شرکت‌های تجاری ایران ملاحظه می‌شود که در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ (مواد ۵۹، ۶۲، ۵۲۰ و ۵۵۷) و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ (مواد ۵، ۳۳، ۱۱۱، ۱۲۷، ۱۴۱، ۱۵۳، ۲۰۵ و ۲۷۰) توجه به منافع ذی‌نفعان مورد عنایت قانون‌گذار بوده است. این موضوع در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۱ (بند ۳ و ۶ ماده ۳) به صراحت مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است. مجموع مقررات قانونی فوق دلالت بر آن دارد چارچوب حقوقی حاکمیت شرکتی باید نسبت به هدایت راهبردی شرکت، نظارت اثربخش مدیریت و پاسخگویی اعضای هیئت‌مدیره نسبت به سهامداران و ذی‌نفعان اطمینان لازم را فراهم کند. مدل حاکمیت شرکتی مبتنی بر مشارکت نیروی کار و سرمایه یکی از مهم‌ترین ابزارهای حاکمیتی موجود جهت تحقق اهداف فوق در حقوق شرکت‌های تجاری است. این شیوه حاکمیت شرکتی سابقه طولانی در نظام حقوقی آلمان دارد و بخشی از پیشرفت اقتصادی این کشور مرهون مشارکت نیروی کار و سرمایه در مدیریت شرکت‌های تجاری است. محاکم قضایی این کشور نیز (از جمله دادگاه قانونی اساسی و دیوان عالی) با قاطعیت از این شیوه حکمرانی شرکتی حمایت کرده‌اند. پذیرش مشارکت نیروی کار و سرمایه در شرکت‌های تجاری ایران نیز علی‌رغم آنکه در ادبیات حقوق شرکت‌های تجاری ایران مورد غفلت واقع شده است، اما می‌تواند واجد آثار مثبتی برای نیروی کار و سایر ذی‌نفعان از جمله بستانکاران بوده و مکانیزم قدرتمندی برای کاهش تعارضات نمایندگی بین ارائه‌دهندگان بدهی و شرکت‌ها و بهبود فرصت‌ها و شرایط تأمین مالی آنها باشد. همچنین این شیوه حکمرانی ابزار مهمی برای نیل به اهدافی است که در مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها بر آن تأکید شده است. بنابراین می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت حاکمیت مشترک نیروی کار و سرمایه و حضور نماینده کارگران در هیئت‌مدیره شرکت‌های تجاری قابلیت آن را دارد که به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای تحقق «سند ملی کار شایسته و سیاست‌های اشتغال مبتنی بر سند ملی کار شایسته» و همچنین توجه به منافع ذی‌نفعان شرکتی و در راستای نیل به رشد و توسعه اقتصادی و اجتماعی معرفی شود. در نتیجه ما استدلال می‌کنیم که عدم توجه به مشارکت کارکنان در مدیریت شرکت‌های تجاری ایران را می‌توان به سوگیری رفتاری و کوتاه‌مدت‌گرایی سهامداران نسبت داد و نه کارایی پایین این شیوه حکمرانی شرکتی. البته با توجه به ریسک پیامدهای ناخواسته و فقدان شواهد تجربی قطعی در ایران مبنی بر اینکه مشارکت کارکنان از نظر اقتصادی سودمند است باید گام‌های نخست همراه با احتیاط برداشته شوند. نظر به مراتب فوق، در این مقاله پیشنهاد می‌شود در وهله نخست، تغییر فرهنگ شرکتی در مقابل مشارکت نیروی کار و تقویت گفت‌وگوی سازنده بین مدیریت شرکت و کارکنان، و ایجاد مواضع بلندمدت‌تر سرمایه‌گذاران نهادی از طریق ایجاد پنل‌های مشاوره کارکنان در شرکت‌های تجاری با نیروی کار معتدله (بیش از ۲۰۰ نفر) و شرکت‌های پذیرفته‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار صورت گیرد. چنین پنل‌هایی می‌توانند از طریق وضع الزاماتی در دستورالعمل‌های مربوط به حاکمیت شرکتی گنجانده شوند و این ظرفیت را دارند که تصمیم‌گیری شرکتی را از طریق گنجاندن دیدگاه کارکنان بهبود بخشند و کارکنان و نمایندگان آنها را قادر سازند تا مهارت‌های لازم را برای عمل به‌عنوان بازیگران حاکمیتی مؤثر

^۱. Ibid, PP 243-244.

توسعه دهند. در وهله دوم، از آنجایی که طرح‌های مالکیت سهام کارکنان یک عنصر موجود در چارچوب حقوق شرکت‌های تجاری ایران است، می‌توان از ظرفیت این نهاد به‌عنوان یک ابزار استفاده کرد و به کارکنان مالکیت سهام با حق ویژه انتخاب تعدادی از اعضای هیئت‌مدیره را اختصاص داد. اعطای مالکیت سهام کارکنان می‌تواند توسط دولت با گسترش مزایای مالیاتی مربوطه تسهیل شود. منافع عمومی که گسترش سودمندی طرح‌های مالکیت سهام کارکنان توسط قانون مالیات را توجیه می‌کند، مزایای اقتصادی بلندمدت برای سهامداران شرکت و جامعه به‌عنوان یک کل خواهد بود که ناشی از بهبود کارایی شرکت و مزایای ویژه‌ای است که به کارکنان تعلق می‌گیرد. گام نهایی و بلندمدت می‌تواند شامل انتصاب مستقیم برخی از مدیران شرکت (تا یک‌سوم اعضای هیئت‌مدیره) توسط کارکنان باشد. البته ضروری است که در مقررات قانونی قید شود که چنین مدیرانی باید به‌مثابه مدیران مستقل بوده و وظایفی مشابه سایر مدیران داشته باشند. چنین امری این خطر را به حداقل می‌رساند که مدیران منصوب‌شده توسط کارگران به نفع کل شرکت عمل نکنند. رویکرد تدریجی فوق علاوه بر آنکه با بافت شرکت‌های تجاری ایران تطابق دارد، بلکه واجد این مزیت است که به‌جای ایجاد تغییرات ناگهانی و سخت‌گیرانه در قوانین شرکتی با نتایج غیرقابل‌پیش‌بینی به توانمندسازی تدریجی کارکنان از درون شرکت پرداخته و به درک قوانین شرکت به‌عنوان ابزاری برای به حداکثر رساندن کارایی اقتصادی بینجامد.

منابع

کتاب

۱. صقری، محمد، *حقوق بازرگانی، شرکت‌ها*، جلد ۱ و ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۲. طوسی، عباس، *تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، چاپ اول، ۱۳۹۳.

مقاله

۳. بهشتی، شقایق، ربیعا اسکینی، محمدرضا پاسبان و علی زارع، «طرح تشویقی کارکنان شرکت: سهام تشویقی و سهام ترجیحی با مطالعه در نظام حقوقی انگلستان و ایران»، *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، دوره ۱۱، شماره ۴۰، ۱۳۹۷.
۴. رستمی، ولی، «مشارکت کارگران در اداره کارگاه»، *نشریه کار و جامعه*، شماره ۲۰، ۱۳۷۶.
۵. طباطبایی‌نژاد، سید محمد، محمود باقری و هدایت فرخانی، «عدم تقارن اطلاعات در حقوق بانکی (مطالعه موردی: قراردادهای تسهیلات سندیکایی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۷، شماره ۱، ۱۳۹۶.

References

Books

1. Bruner, Christopher, M. *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
2. Dahl, R. *A Preface to Economic Democracy*, University of California Press, 1985.
3. Du Plessis J. J. and Ingo Saenger. *The Supervisory Board as Company Organ*, in: German Corporate Governance in International and European Context, 2017.
4. Du Plessis J. J., Großfeld, B., Luttermann, C., Saenger, I., Sandrock, O. *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin: Springer Verlag, 2017.
5. Gould, Carol, C. *Rethinking Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

6. Luca Enriques, Lca, et al. *The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies*, in: *The Anatomy of Corporate Law*, Edited by: Reinier, Kraakman, et al, third edition, 2017.
7. Saghri, Mohammad, *Commercial Laws, Companies*, volume 1 and 2, Tehran: Tehran: Sahami Enteshar Company, first edition, 2014. (in Persian)
8. Sandrock, O. and Du Plessis J. J. *The German System of Supervisory Codetermination by Employees*, in: *German Corporate Governance in International and European Context*, 2017.
9. Tousi, Abbas, *Economic Analysis of Corporate Law*, Tehran: Institute of Legal Studies and Research, first edition, 2014. (in Persian)

Articles

10. Albinger, H. S. and Freeman, S. J. "Corporate Social Performance and Attractiveness as an Employer to Different Job Seeking Populations", 28 *Journal of Business Ethics*, 2000.
11. Alchian, A. A. and Demsetz, H. "Production, Information Costs, and Economic Organization", 62 *Am, Econ, Rev*, 1972.
12. Andreas, Rühmkorf., Felix, Spindler and Navajyoti, Samanta. "Evolution of German Corporate Governance (1995–2014): An Empirical Analysis", 19 *CORP. GOVERNANCE*, 2019.
13. Backhaus, K. B., Stone, B. A. and Heiner, K. "Exploring the Relationship Between Corporate Social Performance and Employer Attractiveness", *Business and Society*, 41, 2002.
14. Barney, J. B. "Firm resources and sustained competitive advantage", 17 *Journal of Management* 99, 1991.
15. Beheshti, Shaghayegh, Rabi'a Eskini, Mohammadreza Paseban and Ali Zare', "Incentive plan for company employees: Incentive shares and preferred shares with a study in the legal system of England and Iran", *International legal research*, Volume 11, Issue 40, 2018. (in Persian)
16. Bower, J. and Payne, L. "The error at the heart of corporate leadership", *Harvard Business Review*, 95 (3), 2017.
17. Branco, M. C. and Rodrigues, L. L. "Corporate Social Responsibility and Resource-Based Perspectives", *J Bus Ethics* 69, 2006.
18. Chen, Lin., Thomas, Schmid and Yuhai, Xuan. "Employee Representation and Financial Leverage", 127 *J. FIN. ECON*, 2018.
19. Clyde, W. Summers. "Employee Voice and Employer Choice: A Structured Exception to Section 8(a)(2)", 69 *CHI.-KENT L. REV*, 1993.
20. David, Gelles and David, Yaffe-Bellany. "Shareholder Value Is No Longer Everything, Top C.E.O.s Say", *N.Y. TIMES*, 2019.
21. Erik, G. Furubotn. "Codetermination and the Modern Theory of the Firm: A Property-Rights Analysis", 61 *J. BUS*, 1988.
22. Gelter, M. "Employee Participation in Corporate Governance and Corporate Social Responsibility", *ECGI Working Paper Series in Law*, 2017.
23. Han, Kim, E., Maug, E. and Scheider, C. "Labor Representation in Governance as an Insurance Mechanism", *REV. FIN*, 2018.
24. Hansmann, H. "When Does Worker Ownership Work? ESOPs, Law Firms, Codetermination, and Economic Democracy", 99 *YALE L.J*, 1990.
25. Hansmann, H. and Kraakman, R. "The end of history of corporate law", *Georgetown Law Journal*, 89, 2001.
26. Hodgson, G. "Much of the economics of property rights devalues property and legal rights", *Journal of Institutional Economics*, 11 (4), 2015.
27. Jens, Dammann and Horst, Eidenmüller. "Codetermination: A Poor Fit for U.S. Corporations", *COLUM. BUS. L. REV*, 2020.

28. Jens, Dammann. "The Mandatory Law Puzzle: Redefining American Exceptionalism in Corporate Law", 65 *HASTINGS L.J.*, 2014.
29. Julian, Constan, Note. "A New Standard for Governance: Reflections on Worker Representation in the United States", 24 *FORDHAM J. CORP. & FIN. L.* 2019.
30. Matthew, Yglesias. "Elizabeth Warren Has a Plan to Save Capitalism", *VOX*, 2018.
31. McCall, J. J. "Employee Voice in Corporate Governance: A Defense of Strong Participation Rights", *Business Ethics Quarterly*, 11 (1), 2001.
32. McWilliams, D. Siegel and P. M. Wright. "Corporate Social Responsibility: Strategic Implications", 43 *Journal of Management Studies* 1, 2006.
33. Meese. A. J. "The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment", *William and Mary Law Review*, 43, 2002.
34. Robert, Scholz and Sigurt, Vitols. "Board-level Codetermination: A Driving Force for Corporate Social Responsibility in German Companies?", 25 *EUR. J. INDUS. RELS.*, 2019.
35. Roberts and Dowling, "Corporate Reputation and Sustained Superior Financial Performance", *Strategic Management Journal*, Volume 23, Issue 12, 2002.
36. Rostami, Vali, "labors' participation in the management of workshop", *work and society magazine*, Issue 20, 1997. (in Persian)
37. Sandrock, Otto, Jean J. du Plessis, "German and international perspectives of the German model of codetermination", *Eur Bus Law Rev* 26, 2015.
38. Tabatabaie-Nejad, Sayyed Mohammad, Mahmoud Bagheri and Hedayat Farkhani, "Information Asymmetry in Banking (Case Study: Syndicated Loans Contracts)", *Private Law Studies*, Volume 47, Issue 1, 2016. (in Persian)
39. Wright, P. M., Dunford, B. B. and Snell, S. A. "Human Resources and the Resource Based View of the Firm", 27 *Journal of Management*, 2001.



Original Article

The Concept of Administrative Act and Its Judicial Interpretation in the Decision of (Vote No. 1452-2/9/1394 of the 10th Branch) Court of Administrative Justice Branch

Seyed Mojib Dianat¹, Kourosh Ostovarsangari² , Seyed Mojtaba Vaezi³

ABSTRACT

Administrative act as a central concept in administrative law, despite having many effects in the implementation of administrative law and recognizing the jurisdiction of courts, is not defined in Iranian laws. The doctrine is in the early stages of revision and the judicial procedure has not been established. Therefore, in order to achieve the goal of explaining the concept of administrative act, this Article has analyzed the decision of one of the branches of the Administrative Court of Justice with the method of decision analysis. The judge issuing the decision believes in the exclusive jurisdiction of the court in dealing with administrative act and he has considered legality and legitimacy in line with the duty to be one of the conditions for the formation of administrative act and believes that there is administrative act in the acts of governance with the aim of establishing public order or performing public service. The authors of this Article believe that although the principle is to control the administrative act in such institutions and the administrative act must also have conditions, but this does not violate the jurisdiction of the court. Legality, in line with its duty, seeking to maintain public order and perform public service can be among the conditions of correctness of administrative act, but their absence does not negate the jurisdiction of the court. Finally, this Article explains the concept of administrative act as follows: "It is a decision or action, whether it is an act or an omission, that government and public administrative officials make with the intention of creating legal effects on certain persons and cases in a nonlitigious manner."; It comes to the conclusion that the concept of administrative act referred to by the judicial decision does not exactly correspond to the rules and some other criteria, including the conditions of correctness of administrative act, have been mixed in the definition.

KeyWords: Administrative Act, The Concept of Administrative Act, Administrative Justice Court, Judicial Procedure, Branches.

How to Cite: Dianat, Seyed Mojib, Ostovarsangari, Kourosh, Vaezi, Seyed Mojtaba, "The Concept of Administrative Act and Its Judicial Interpretation in the Decision of (Vote No. 1452-2/9/1394 of the 10th Branch) Court of Administrative Justice Branch", *Legal Research*, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:103-120.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.185096.1648>

Received: 01/07/2020-Accepted: 07/11/2023

1. Ph.D., Faculty of Law & Humanities, Islamic Azad University: Shiraz Branch, Shiraz, Iran

2. Associate Professor, Faculty of Law & Humanities, Islamic Azad University: Shiraz Branch, Shiraz, Iran

Corresponding Author Email: Kourosh.Ostovarsangari@iau.ac.ir

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



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

مفهوم عمل اداری و تفسیر قضایی از آن در رأی شعبه (رأی شماره ۱۴۵۲-۱۳۹۴/۹/۲-
شعبه دهم) دیوان عدالت اداریسیدمجیب دیانت^۱، کورش استوار سنگری^۲، سیدمجتبی واعظی^۳

چکیده

عمل اداری به عنوان مفهومی محوری در حقوق اداری به رغم داشتن آثار متعدد در اجرای حقوق اداری و تشخیص صلاحیت دادگاه‌ها، در قوانین ایران تعریف نشده، دکترین در مراحل اولیه و بازنگری است و رویه قضایی نیز ایجاد نشده است. لذا این مقاله برای نیل به هدف تبیین مفهوم عمل اداری، رأی یکی از شعب دیوان عدالت اداری را با روش تحلیل رأی بررسی کرده است. قاضی صادرکننده رأی اعتقاد به انحصار صلاحیت دیوان در رسیدگی به عمل اداری داشته و قانونی بودن و در راستای انجام وظیفه قانونی بودن را از شروط شکل‌گیری عمل اداری دانسته است و عقیده دارد، عمل اداری در اعمال حاکمیتی با هدف برقراری نظم عمومی یا انجام خدمت عمومی وجود دارد. نویسندگان این مقاله معتقدند گرچه اصل بر نظارت بر عمل اداری در چنین نهادهایی است و عمل اداری نیز باید شرایطی داشته باشد، این امر ناقض صلاحیت دیوان نیست. قانونی بودن در راستای انجام وظیفه بودن آن، دنبال کردن حفظ نظم عمومی و انجام خدمت عمومی می‌تواند از شرایط صحت عمل اداری باشد، ولی فقدان آنها نافی صلاحیت دیوان نیست. در نهایت این مقاله ضمن تبیین مفهوم عمل اداری بدین شرح «یک تصمیم یا اقدام اعم از فعل یا ترک فعل است که مقامات و مأموران اداری دولتی و عمومی با قصد ایجاد آثار حقوقی بر اشخاص و موارد معین و بصورت غیر ترافیعی انجام می‌دهند»؛ به این نتیجه می‌رسد که مفهوم عمل اداری مورد نظر رأی مطابقت دقیقی با قواعد نداشته و برخی معیارهای دیگر از جمله شروط صحت عمل اداری در تعریف خلط شده است.

کلید واژگان: عمل اداری، مفهوم عمل اداری، دیوان عدالت اداری، رویه قضایی، شعب.

استناد به این مقاله: دیانت، سیدمجیب، استوار سنگری، کورش، واعظی، سیدمجتبی، «مفهوم عمل اداری و تفسیر قضایی از آن در رأی شعبه (رأی شماره ۱۴۵۲-۱۳۹۴/۹/۲- شعبه دهم) دیوان عدالت اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۰۳-۱۲۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.185096.1648>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۶

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد شیراز، شیراز، ایران
۲. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد شیراز، شیراز، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: Kourosh.Ostovarsangari@iau.ac.ir
۳. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

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

مقدمه

عمل اداری از مفاهیم محوری و بنیادین در حقوق اداری است که تبیین و تشخیص آن دارای آثار متعدد است. از جمله این آثار، تفکیک موضوع‌های مشمول حقوق اداری در اجرای حقوق اداری و تشخیص مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی مربوط به آن است. ضرورت امر، به طور خاص زمانی اهمیت پیدا می‌کند که عمل یا اقدامی در دیوان عدالت اداری مورد شکایت واقع می‌شود، در اینجا دیوان باید ابتدا وجود عمل اداری را احراز کند و سپس وارد رسیدگی شود. لذا تبیین مفهوم عمل اداری از آن نظر اهمیت دارد که در صلاحیت دیوان نقش بسزایی را بازی می‌کند. اما مسئله و معضل اینجاست که تبیین مفهوم عمل اداری امری سهل و ممتنع است. در دید نخست، آسان و بدیهی است همان‌گونه که بسیاری از کتب اداری آن را یک پیش‌فرض معلوم دانسته و به سادگی از آن عبور کرده‌اند یا بعد از گذر از مفهوم، صرفاً به تقسیمات آن پرداخته‌اند اما ممتنع است بدین دلیل که اولاً قوانین آن را تعریف نکرده‌اند؛ دوم اینکه مفاهیم دیگری که می‌توانند پایه این تعریف قرار گیرند خود از جایگاه چندان محکمی برخوردار نیستند؛ سوم اینکه نمی‌توان تعریف را کاملاً با تعاریف نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر منطبق دانست و از آنها عیناً کپی برداری کرد؛ زیرا گرچه حقوق اداری دارای اعتباری گسترده و فراملی است، آنچه به عنوان مفاهیم و موضوعات حقوق اداری در یک کشور محسوب می‌شود ممکن است در کشورهای دیگر اینگونه قلمداد نگردد.^۱ از طرف دیگر، در ایران نوعی تشمت و ناهمگنی در رویه تقنینی، قضایی و نظریات علمی به چشم می‌خورد^۲ که کار را دشوارتر می‌سازد.

لذا نظر به اهمیت و ضرورت تبیین مفهوم و آثار عمل اداری در نگارش قوانین آتی، همچنین صلاحیت دادگاه‌ها و توجه به مشکلات تبیین این مفهوم در گام نخست، باید به این پرسش پاسخ داد که تفسیر قضایی از مفهوم عمل اداری چیست و این تعریف تا چه حد با اصول و معیارهای حقوق اداری قرابت دارد. مسئله این است که دیوان عدالت اداری رأی وحدت رویه یا ایجاد رویه‌ای در این خصوص ندارد. شعب نیز در این خصوص آرای چندان‌ی که در دسترس هم باشند، ندارند. این مقاله یکی از معدود آرای صادره که در شعبه صادر شده و دغدغه تبیین این مفهوم را داشته، انتخاب کرده است^۳ تا با این مسئله، که معیار و تحلیل شعبه دیوان در رأی صادره را که به صراحت مفهوم و معیار عمل اداری را ذکر و تعریف کرده، چه بوده است، بررسی کند. اینجا فرض بر این است که دیوان اصولاً اعمال یکجانبه را عمل اداری به شمار می‌آورد و شعبه دهم دیوان در تعریف خود از عمل اداری مواردی چون صحت عمل اداری و اعمال حاکمیتی را دخیل کرده است. این مقاله سعی کرده که سرآغازی بر بررسی مفاهیم اصلی حقوق اداری در آرای شعب دیوان باشد؛ لذا با تدقیق در کلیات این مفهوم، پس از بررسی دکترین و ارائه پیشنهاد برای مفهوم عمل اداری، رأی شعبه دهم دیوان عدالت اداری را بررسی و نقد کند تا از این رهاورد قدمی در حصول هدف تعریف جامع مفهوم عمل اداری در ایران بردارد. برای بررسی موضوع را در دو بخش مفهوم عمل اداری از نظر دکترین در ایران و مفهوم عمل اداری در رأی شعبه دیوان عدالت اداری تقسیم کرده و بحث خواهیم کرد.

۱. کاسز، ساینو، *شکل‌گیری حقوق اداری*، ترجمه سید مجتبی واعظی، شیراز: نشر شهرداد، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۱۴ و ۱۵.

۲. واعظی، سیدمجتبی، *مبانی حقوق اداری؛ فقر نظریه پردازی در ایران*، مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری، تهران: مجد، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۷۴.

۳. اصولاً آرای شعب دیوان جز در موارد معدود منتشر نمی‌شود؛ چه بسا در شعب دیوان به این موضوع پرداخته شده باشد، اما در دسترس همگان از جمله نویسندگان مقاله نیست.

۱. مفهوم عمل اداری از نظر دکترین در ایران

حقوق اداری این ویژگی را دارد که از زمان تولد به دنبال تعریف خود است. به عبارت دیگر، برای استعمال و استفاده از قواعد آن یک ویژگی عینی وجود ندارد؛ یعنی خصیصه‌ای که بااطمینان اجازه دهد که در چه مواقعی حقوق اداری قابلیت اجرایی دارد و در چه مواقعی قاضی اداری دارای صلاحیت است و با توجه به عدم وجود چنین خصیصه‌ای برخی نویسندگان گفته‌اند که ما محتوای حقوق اداری را به‌درستی نمی‌شناسیم.^۱ این عدم شناخت طبیعتاً درمورد اجزای حقوق اداری و یکی از مهم‌ترین مفاهیم آن، یعنی عمل اداری به عنوان «مفهوم مرکزی حقوق اداری»^۲ نیز وجود دارد و ملموس است.

قلمرو حقوق اداری تا حد زیادی بستگی به تعریف عمل اداری در قوانین مربوط به این رشته دارد^۳ و از آنجا که در دعاوی از صنف اداری، دیوان عدالت اداری دارای صلاحیت عام در رسیدگی است، اعمال اداری قابل شکایت هستند. باید دید که کدام اعمال اداری محسوب می‌شوند و تحت سیطره حقوق اداری قرار دارند؛ زیرا از میان اعمال متعددی که نهادهای دارای شخصیت حقوق عمومی انجام می‌دهند، آنچه در دعاوی اداری واجد اهمیت است اعمال اداری محسوب می‌شود.^۴ اهمیت تعریف مفهوم عمل اداری در رسیدگی به شکایات، از آنجا نشئت می‌گیرد که غالب اعمال اداری قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری است؛ گرچه لزوماً هر عمل اداری قابل شکایت در دیوان نیست؛ کما اینکه برخی اعمال اداری اصولاً در هیچ مرجعی قابل شکایت نیستند، مانند انتصاب‌های اداری صرف‌نظر از رعایت فرایندها، آیین‌ها و شروط عینی قانونی^۵، یا برخی اعمال اداری در دیگر مراجع قضایی قابل شکایت‌اند، مانند تشخیص منابع ملی از مستثنیات. در صنف اداری، شناخت اعمال اداری برای شناسایی اعمال قابل شکایت در دیوان عدالت اداری به‌عنوان یک ضابطه لازم است.^۶ بدین لحاظ، شناخت عمل اداری مقدمه کار قضایی دیوان را برای ورود یا عدم ورود به رسیدگی تشکیل می‌دهد؛ از این‌رو که قاضی اداری در ذهن خود موضوع را با عمل اداری تطبیق می‌دهد؛ اگر موضوع با مفهوم عمل اداری منطبق بود، به بررسی موضوع وارد می‌گردد و اگر نبود خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند. با این وصف، تعریف عمل یا تصمیم اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری مؤثر است، ولی با وجود این در مقررات موجود عمل یا تصمیم اداری تعریف نشده است.^۷ دکترین نیز یا به‌سادگی از کنار این مفهوم عبور کرده یا برداشتهای متفاوت و متعددی ارائه کرده است که مروری بر آن خواهیم داشت.

برخی نویسندگان حقوق اداری عمل اداری را معادل عمل اجرایی دانسته و آن را به وضع احکام و قواعد کلی و قضاوت و عمل اداری و اجرایی محض تقسیم کرده‌اند و ایقاعات اداری را نیز مستقل از آن مشتمل بر مقررات صدور پروانه و گواهینامه، ایقاعات قضایی و شبه‌قضایی، امریه اداری، نصب و عزل مأمورین و عطایا و جوایز دانسته‌اند.^۸ از دید این نویسندگان، عمل اداری از سویی موسع فرض شده که قضاوت را نیز در خود جای داده و از طرفی به گونه‌ای دیده شده که صدور پروانه و انتصاب مأمورین اداری از حیطة آن خارج شده است. برخی نیز بدون پرداختن به مفهوم، اعمال اداری را

۱. رضایی‌زاده، محمد جواد، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۳۹.

۲. Mahendra p.singh, *German administrative law in common law perspective*, 2001, P 63.

۳. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، **حقوق اداری**، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۲۴.

۴. امامی، محمد، سید مجتبی واعظی و مهستی سلیمانی، **ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری**، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۷۳.

۵. فلاح‌زاده، علی محمد و مرتضی نجابت‌خواه، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر انتصاب های اداری»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۹، شماره ۶۶، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳.

۶. امامی، واعظی و سلیمانی، پیشین، ص ۲۷۲.

۷. امامی و استوار سنگری، پیشین، ص ۲۴.

۸. سنجایی، کریم، **حقوق اداری ایران**، با تصحیح و تحشیه علی اکبر گرجی از ندریانی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۶.

به دو بخش اعمال اداری یکجانبه (تصمیمات اداری عام و خاص) و اعمال اداری دو جانبه یا قراردادهای اداری تقسیم کرده‌اند.^۱ بدین لحاظ عملاً مرزهای عمل اداری را تا قراردادهای اداری توسعه داده‌اند و بعضی عمل اداری را متمایز از امور خصوصی، اعمال سیاسی و اعمال قضایی ذکر کرده‌اند^۲ که می‌توان برداشت کرد در این نگاه منظور از عمل اداری، عمل اداره عمومی در جهت تمشیت امر اجرایی بوده است.

در موسع‌ترین تعریف عمل اداری، عمل اداره عمومی برای ایجاد آثار حقوقی است؛ براساس این تعریف، عمل اداری، دارای این ویژگی‌ها و اوصاف حقوقی است: ۱- عمل حقوقی است، یعنی عمل مادی و واقعه حقوقی نیست؛ ۲- عمل اداری است، بنابر این عمل تقنینی و عمل قضایی نیست، ولی ممکن است عمل سیاسی یا غیرسیاسی باشد؛ ۳- توسط اداره عمومی، یعنی واحدها و مأمورانی که تصدی اداره کردن امور عمومی را بر عهده دارند، انجام می‌شود؛ ۴- قصد اداره عمومی از انجام آن ایجاد آثار حقوقی است.^۳ گرچه برخی از این موارد از جمله تقنینی و شبه تقنینی بودن عمل اداری را نمی‌توان از این تعریف موسع و کلی برداشت کرد.

در تعریفی سلبی و موسع چنین گفته شده که عمل اداری همه آن اعمال عمومی است که قضایی و تقنینی نباشند^۴ یا همه اعمالی که از سوی اداره صورت می‌گیرد و گستره وسیعی را از تصمیمهای مربوط به افزایش کارآمدی اداره و اجرایی (اعمال مادی) تا اعمالی که واجد آثار حقوقی (اعمال حقوقی) هستند، اعمال اداری محسوب شده است.^۵ در نتیجه از نظر این نویسنده صرف انجام عمل توسط اداره برای شناسایی عمل به عنوان عمل اداری کافی دانسته شده است؛ به عبارتی عمل اداری و عمل اداره مترادف تلقی شده است. برخی دیگر گرچه اعمال شبه تقنینی و شبه قضایی را عمل اداری محسوب نموده‌اند؛ اعمال اداری را در سه دسته کلی اجرایی، شبه تقنینی و شبه قضایی دسته‌بندی کرده‌اند و در ادامه ایقاع اداری را عمل اداری صحیح غیرمادی بیرونی یکجانبه موردی غیرترافعی اثباتی معرفی می‌کنند^۶ و با توجه به اینکه ایقاع اداری را عمل اداری دانسته‌اند که خصوصیات دیگری نیز داشته باشد، لذا رابطه عمل اداری و ایقاع اداری را عموم و خصوص مطلق تلقی کرده‌اند و به عبارتی عمل اداری را از اعم از ایقاع اداری دانسته‌اند که عمل اداری را شامل اعمال شبه تقنینی و قضایی می‌دانند؛ ولی ایقاع را موردی و غیرترافعی تلقی کرده و به عبارت دیگر ایقاع را معادل عمل اداری یکجانبه شمرده‌اند و به‌طور تلویحی همچون بسیاری از دیگر صاحب نظران این حوزه عمل اداری دوجانبه را نیز به رسمیت شناخته‌اند.

گرچه همان‌گونه که ذکر آن رفت، اکثر حقوقدانان اداری به تلویح اشاراتی به این مفهوم داشته‌اند؛ لیکن از جمله منابع و کتب حقوق اداری نسبتاً جدید آنرا چنین تعریف کرده است: «عمل اداری هر تصمیم یا اقدام و یا فعل و ترک فعل است که مقامات و مأمورین اداری دولتی و عمومی در مقام انجام وظیفه و برطبق قانون انجام می‌دهند و ناظر بر اشخاص و موارد معین است و آثار حقوقی دارد».^۷ همچنین این منبع حقوق اداری بین عمل اداری و عمل اداره قائل به تفکیک

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، ویراست سوم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.

۲. انصاری، ولی الله، *کلیات حقوق اداری*، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

۳. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۴، ۱۳۹۶، صص ۱۹۷-۲۱۷.

۴. همان، صص ۱۹۷-۲۱۷.

۵. ویژه، محمدرضا، «اصل قانونمداری در اعمال اداری»، *نشریه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۱۲، ۱۳۸۸، صص ۸۵-۱۱۴.

۶. هداوند، مهدی و فرامرز عطریان، «اصل لزوم در ایقاعات اداری»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۱۱۳-۱۴۷.

۷. امامی و استوار سنگری، پیشین، ص ۲۷.

است.^۱ نتیجه چنین تعریفی این امر خواهد بود که برخی اعمال ماهیت غیراداری دارند؛ گرچه از طرف اداره صورت پذیرد؛ لذا وضع مقررات از قبیل آیین‌نامه و رفع ترافع در این تعریف نمی‌گنجد و اعمال اداره به سه دسته اداری، شبه‌تقنینی و شبه‌قضایی تقسیم می‌شود.

نگارندگان مقاله حاضر این تعریف را با کمی تغییر جامع و مانع دانسته‌اند. پس منظور از عمل اداری تصمیم یا اقدامی اعم از مثبت یا منفی است که مقامات و مامورین عمومی به قصد ایجاد آثار حقوقی بر اشخاص و موارد معین و به صورت غیرترافعی انجام می‌دهند. این تعریف کلی نیست و جزئیات بیشتری را دربر دارد و همچنین می‌توان مستند قانونی نیز برای آن یافت. بند یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۲ صلاحیت و حدود اختیارات دیوان را در رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها، سازمان تأمین اجتماعی، تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها همچنین تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در امور راجع به وظایف آنها دانسته است. مقامات و مأموران عمومی اعم از دولتی و غیردولتی عامل انجام آن هستند؛ از آن جهت که گرچه عمل اداری در حوزه خصوصی نیز موضوعیت دارد، ولی به علت ارائه این تعریف در حوزه عمومی، موضوع تعریف ما نیست. با قصد ایجاد آثار حقوقی است؛ چراکه از اعمال مادی محسوب نمی‌شود و می‌تواند مورد اعتراض و شکایت واقع شود. ناظر بر اشخاص معین و موردی است؛ یعنی عام‌الشمول و نوعی نیست؛ لذا آیین‌نامه و دستورالعمل و امثال آن را دربر نمی‌گیرد. غیر ترافعی است؛ چراکه در مقام حل اختلاف و رفع تنازع نیست.

لازم به ذکر است، صحیح بودن عمل اداری را، به این معنی که معیوب نباشد، نمی‌توان از ارکان تعریف عمل اداری دانست؛ چراکه عمل اداری معیوب نیز، همان‌گونه که از نامش پیداست، یک عمل اداری است که به جهاتی ناقص زاده شده و با شرایطی قابل ترمیم است^۳ و معیوب بودن، آن را از جمله اعمال اداری منفک نمی‌کند. همچنین واجد آثار خارجی بودن عمل یا تصمیم را نمی‌توان از ارکان تعریف دانست؛ به دلیل اینکه اعمالی را که در درون سازمان شکل گرفته و دارای آثار حقوقی بر مستخدمان سازمان است، مشمول نمی‌شود و نیز در حوزه صلاحیت بودن عمل و بر طبق قانون بودن آن را در تعریف منظور نمی‌کنیم؛ چراکه مورد مذکور به‌رغم اهمیت نمی‌تواند از ارکان تعریف باشد؛ بدان علت که این موارد از شرایط صحت عمل اداری است.

۲. مفهوم عمل اداری در رأی شماره ۱۴۵۲-۱۳۹۴/۹/۲ شعبه دهم دیوان عدالت اداری

در آرای دیوان عدالت اداری یا حداقل آرای هیئت عمومی دیوان که منتشر و در دسترس عموم قرار می‌گیرد تعریف عمل اداری و نظریه‌پردازی در این خصوص کمتر به چشم می‌خورد. به همین لحاظ تعریفی از عمل اداری در آرای وحدت رویه

۱. همان، ص ۲۲؛ استوارسنگری، کورش، *اعمال اداره یا اعمال اداری*، در تکاپوی حقوق عمومی (مجموعه مقالات سلسله نشست‌های حقوق عمومی)، جلد ۱، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.

۲. بند یک قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری؛

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها

ب - تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند «الف» در امور راجع به وظایف آنها.

۳. هداوند، پیشین، صص ۱۹۷-۲۱۷.

مشاهده نمی‌شود. اما یکی از محدود آرای که در این خصوص ملاحظه شد، رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۱۴۵۲-۹۴۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۱۴۵۲ شعبه دهم دیوان عدالت اداری است که به لحاظ تعارض با رأی شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۰۸۰۰۵۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲ شعبه هشتم در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار گرفته و منجر به صدور دادنامه شماره ۴۴ مورخ ۹۶/۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان شده است؛ به همین لحاظ رأی در دسترس عموم قرار گرفت. اهمیت این رأی در این است که قاضی صادرکننده رأی سعی در تبیین مفهوم عمل اداری کرده، سپس از این تعبیر و توصیف مفهوم عمل اداری نتیجه گرفته و رأی را صادر نموده است.

۲.۱. موضوع رأی

شعبه ۱۰ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۹۳۰۹۹۸۰۹۰۱۰۰۰۴۳۳ با موضوع دادخواست خانم الهام جوینده به وکالت از موکلین خود و به طرفیت اداره کل راه و شهرسازی استان همدان و به خواسته الزام به تحویل حدنصاب مالکانه، به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۱۴۵۲-۹۴۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۱۴۵۲ به شرح زیر به صدور رأی مبادرت کرده است:

این دیوان در رسیدگی به دعوی تحویل حدنصاب خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند و برای اثبات این موضوع دو گونه استدلال می‌آورد: الف: استدلال مبتنی بر تحلیل عمل اداری؛ ب: استدلال مبتنی بر تحلیل قرارداد و واگذاری.

الف: استدلال مبتنی بر تحلیل عمل اداری: ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری را معین کرده است و اگرچه از دو لفظ اقدام و تصمیم نامبرده که از گویایی لازم برخوردار نمی‌باشد، ولی از به کارگیری در راستای انجام وظیفه در بند ب ماده مذکور می‌توان نتیجه گرفت صلاحیت دیوان منحصر در رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از عمل اداری مراجع و مقامات عمومی منحصر در ماده ۱۰ است و در تبیین عمل اداری می‌توان سه خصیصه را برای آن برشمرد: ۱- عملی اداری است که در راستای انجام وظیفه قانونی باشد؛ زیرا مستفاد از اصول ۱۳۸ و ۵۸ و ۵۷ قانون اساسی و مواد ۹۰ و ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری صلاحیت تکلیفی یا تشخیصی مقامات یا مراجع عمومی را قانون، مقررات و امر قانونی تعیین می‌نماید. یعنی مقام یا مستخدم عمومی تا زمانی که در چارچوب قانون، مقررات یا امر قانونی انجام وظیفه یا اعمال اختیار می‌نماید عمل وی اداری می‌باشد. اما هرگاه عمداً مرتکب فعل زیان‌بار گردد یا از حوزه صلاحیت ذاتی خود خارج شود یا دست به انجام اقدامی زند که الزام آن ناشی از حکم مستقیم قانون، مقررات یا امر قانونی نباشد؛ مثلاً ناشی از الزام قراردادی می‌باشد این عمل اداری نمی‌باشد. ۲- عملی اداری است که هدف از آن برقراری نظم عمومی یا خدمت عمومی باشد؛ بنابراین اقدامات کارمندانی که با هدف مطامع شخصی یا عداوت دنیوی صورت می‌پذیرد عمل اداری تلقی نمی‌شود (اصول ۳ و ۲۰ قانون اساسی و ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری. ۳- عملی اداری است که در آن برتری یک طرف رابطه (دولت) بر طرف دیگر رابطه (مردم) مشهود است. آنگاه که دولت مالیات می‌گیرد، ملک مردم را بدون رضایت آنها تملک می‌کند، برای ورود کالا عوارض اخذ می‌نماید، در همه موارد این برتری دولت مشهود است. حالا که خصایص عمل اداری مشخص شد، می‌خواهیم بدانیم تحویل حدنصاب عمل اداری است یا خیر و به نظر می‌رسد تحویل حدنصاب عمل اداری نمی‌باشد؛ زیرا، اولاً: ناشی از حکم مستقیم قانون نمی‌باشد، بلکه ناشی از انعقاد قرارداد و واگذاری است؛ کما اینکه در حقوق خصوصی هم تحویل مبیع ناشی از عقد بیع صحیح است (بند ۳ ماده ۳۶۲ قانون مدنی)؛ ثانیاً: در آن برتری یک طرفه رابطه (دولت) بر طرف دیگر ملاحظه نمی‌گردد (اگرچه در تملک همان طور که اشاره شد این برتری مشهود است)، اما در تحویل

حدنصاب که پس از انعقاد قرارداد واگذاری صورت می‌پذیرد، الزام دولت به تحویل حدنصاب ناشی از الزام قراردادی است، نه اعمال قدرتی که قانون به وی بخشیده است.

ب: استدلال مبتنی بر تحلیل قرارداد واگذاری: جهت جلوگیری از اطالۀ کلام، عدم ارتباط موضوعی با مقاله و بدان جهت که این پژوهش در مقام تحلیل و نقد کل رأی صادره نیست، از ذکر این قسمت از رأی خودداری می‌شود.

قاضی پس از ذکر دو نوع استدلال چنین رأی خود را صادر می‌کند:

با توجه به دو استدلال مذکور که نشان می‌دهد تحویل حدنصاب عمل اداری نبود و اثر ناشی از قرارداد است و با توجه به آرای وحدت رویه شماره ۵۹ - ۳۰/۴/۱۳۷۱، ۳۳ - ۲۹/۲/۱۳۷۵، ۱۹۷ - ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸ - ۲۶/۴/۱۳۹۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که دعاوی ناشی از عقود و قراردادهای را در صلاحیت دیوان عدالت اداری ندانسته (البته استدلال هیئت عمومی مبنی بر اینکه دعاوی ناشی از عقود و قراردادهای ترافیعی است و از این جهت در صلاحیت دیوان عدالت اداری نمی‌باشد محل ایراد است؛ زیرا دیوان عدالت اداری هم به امور ترافیعی که در اثر اختلاف طرفین ایجاد می‌شود رسیدگی می‌نماید و به امور حسبی که در آنها اختلاف وجود ندارد رسیدگی نمی‌کند؛ اما از آن جهت که دعاوی ناشی از قرارداد چون ناشی از الزام قانون (حکم مستقیم قانون) نمی‌باشد، عمل اداری تلقی نمی‌شود صحیح به نظر می‌رسد) و مستنداً به ماده ۴۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ قرار عدم صلاحیت به شایستگی و صلاحیت محاکم عمومی حقوقی شهرستان همدان صادر و اعلام می‌دارد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، موضوع پرونده دادخواست‌های اشخاص به طرفیت اداره کل مسکن و شهرسازی و به خواسته الزام به تحویل نصاب مالکانه بوده است، قاضی اداری با استدلال‌های خود در مفهوم عمل اداری، صلاحیت دیوان را نپذیرفته است. این رأی در تعارض با رأی شعبه هشتم دیوان است که خود را در رابطه با موضوع صالح به رسیدگی دانسته و سپس تعارض آرا در هیئت عمومی دیوان طرح گردیده و در نهایت هیئت عمومی رأی وحدت رویه ۹۶/۱/۲۹-۴۴ را به استناد به رأی وحدت رویه ۹۶۳-۸۶/۹/۱۱ دیوان صادر کرده است. رأی اخیرالذکر مقرر داشته است: «نظر به اینکه طبق تبصره ماده ۷ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ درمورد کسانی که به تاریخ قبل از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ با اسناد عادی دارای زمین بوده و در مهلت‌های تعیین‌شده قبلی از طرف مراجع مربوطه تشکیل پرونده داده‌اند و یا در شهرهایی که تاکنون مهلت‌های مذکور برای تشکیل پرونده اعلام نشده است، در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع ذی‌صلاح قضائی تأیید گردد، برابر ضوابطی که در آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور تعیین شده است، اجازه عمران داده می‌شود. بنابراین حکم مقرر در تبصره فوق‌الذکر که درخصوص مورد انشای شده مبین تکلیف سازمان مسکن و شهرسازی به واگذاری زمین به میزان نصاب مالکانه به منتقل‌الیه زمین براساس احکام قطعی مراجع قضایی به شرح مندرج در تبصره ماده ۷ قانون مذکور و تحقق کلیه شرایط و ضوابط قانونی مربوط و عدم واگذاری نصاب مالکانه به مالکین واجد شرایط قبل از ارائه احکام مراجع قضایی ذی‌صلاح است و دادنامه شماره ۱۱۰۱ مورخ ۱۳۸۴/۸/۲۵ شعبه هشتم تجدیدنظر مبنی برتأیید دادنامه شماره ۲۹۳۰ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۴ شعبه هفدهم بدوی دیوان منحصراً در حدی که مفید این معنی است صحیح و موافق قانون تشخیص داده می‌شود.»

در رأی وحدت رویه شماره ۹۶/۱/۲۹-۴۴ استدلال و رأی شعبه ۱۰ مبنی بر عدم صلاحیت دیوان به رسیدگی به خواسته تحویل نصاب مالکانه پذیرفته نشد، لیکن این امر موجب عدم توجه به استدلال‌های شعبه نمی‌شود و در این مقاله استدلال‌های مزبور به‌عنوان یک نظریه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۲. تحلیل و نقد مفهوم عمل اداری در رأی

رأی شعبه دهم دیوان عدالت اداری را به عنوان رأی خاص در زمینه تفسیر قضایی از مفهوم عمل اداری که سعی نموده با تبیین این مفهوم تصمیم قضایی مقتضی اتخاذ کند، از ابعاد ذیل مورد تجزیه، تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد. لذا در ادامه استدلال و توجیهات شعبه دهم دیوان در مورد مفهوم عمل اداری و تحلیل و نقد آن را می‌آوریم:

۲.۲.۱. انحصار صلاحیت دیوان در رسیدگی به عمل اداری

قاضی دیوان در صدور رأی با مستند قراردادن ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ (بند یک ماده) و با این استدلال که از به‌کارگیری دو لفظ اقدام و تصمیم در بند ب چنین نتیجه‌گیری کرده است که صلاحیت دیوان منحصر در رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از عمل اداری مراجع و مقامات منحصر در ماده ۱۰ است که مفهوم مخالف این استدلال اینست که الزاماً هر موضوعی که شعب دیوان مورد رسیدگی قرار می‌دهد عمل اداری است. چنان‌که برخی از حقوقدانان نیز گفته‌اند: «دعاوی اداری که قابل طرح در دیوان عدالت اداری بوده و در صلاحیت عام این مرجع قرار دارند، در رابطه با اعمال اداری اداره قابل وقوع‌اند.» بنابراین، به عنوان نخستین ضابطه ماهوی تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان باید توجه داشت که تنها علیه اعمالی می‌توان در دیوان شکایت کرد که در تعریف اعمال اداری قرار می‌گیرند.^۲

باید به این نکته توجه داشت که بند ۳ ماده ۱۰ مواردی را در صلاحیت دیوان قرار می‌دهد که رسیدگی به شکایات از حیث تضييع حقوق استخدامی است که با تعریفی که ارائه شد، می‌توان آن را در چارچوب عمل اداری قرار داد. ولی قطعاً بند ۲ ماده ۱۰، یعنی رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آرا و تصمیمات قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده (۱۰۰) قانون شهرداری‌ها، عمل اداری تلقی نمی‌شود؛ بلکه آرا و تصمیمات قطعی مراجع مذکور در این بند عمل شبه قضایی محسوب می‌شود. البته بند یک ماده ۱۲ قانون نیز رسیدگی به آیین‌نامه‌های دولتی و... را در صلاحیت دیوان می‌گذارد که دسته‌بندی آیین‌نامه‌ها به عنوان عمل اداری نیز قابل تأمل است و برخی آن را عمل شبه‌تقنینی می‌دانند.^۳ لذا موضوع بند یک ماده ۱۲ در تعریف ارائه‌شده در این مقاله نیز نمی‌گنجد. گرچه ایده انحصار صلاحیت دیوان به عمل اداری به عنوان یک اصل مطرح است، رسیدگی به اعمال شبه‌تقنینی و شبه‌قضایی را مقنن به صلاحیت‌های ذاتی دیوان افزوده است؛ لذا این استدلال که دیوان فقط به عمل اداری رسیدگی می‌کند صحیح به نظر نمی‌رسد و صلاحیت رسیدگی در دیوان منحصر به عمل اداری نیست و موارد دیگری را نیز شامل می‌شود. گرچه باید توجه داشت که رأی شعبه ۱۰ در خصوص صلاحیت شعب در رسیدگی به موضوع است نه کلیت دیوان که هیئت عمومی را نیز دربرمی‌گیرد.

۱. ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری - صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است:

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از: الف- تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها. ب- تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند «الف» در امور راجع به وظایف آنها... .

۲. امامی، واعظی و سلیمانی، پیشین، ص ۲۷۵.

۳. امامی و استوار سنگری، پیشین، صص ۲۴ و ۲۵.

۲.۲.۲. انجام عمل در چارچوب قانون و در راستای انجام وظیفه قانونی

استدلال دیگر شعبه دهم این است که عمل زمانی اداری است که مقام یا مستخدم عمومی در چارچوب قانون، مقررات یا امر قانونی انجام وظیفه یا اعمال اختیار می‌کند. شعبه دیوان در تبیین این امر چنین استدلال می‌کند: مستفاد از اصول^۱ ۱۳۸ و ۵۸ و ۵۷ قانون اساسی و مواد ۲۹۰ و ۲۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری صلاحیت تکلیفی یا تشخیصی مقامات یا مراجع عمومی را قانون، مقررات و امر قانونی تعیین می‌کند. یعنی مقام یا مستخدم عمومی تا زمانی که در چارچوب قانون، مقررات یا امر قانونی انجام وظیفه یا اعمال اختیار می‌کند، عمل وی اداری است.

در این خصوص باید گفت، گرچه اصل قانونمداری اداره را در اتخاذ و اعمال تصمیم‌های خویش محدود می‌کند،^۴ به‌هرحال حاکمیت قانون بیانگر ترجیح نظم و قانون بر ستیز و کشمکش در جامعه است.^۵ این امر ریشه در تبعیت قوه مجریه از قوه مقننه دارد و دستگاه قضا را در کنترل خود یاری می‌دهد؛ همان‌گونه که قانون‌گذار نیز تخلف در اجرای قوانین و مقررات را از موجبات رسیدگی دانسته است.^۶

حاکمیت قانون در اعمال اداری یا «قانون‌مداری اعمال اداری از دو سو تهدید می‌شوند: نخست در حوزه صلاحیت تصمیم‌گیری و روند اجرای این تصمیم‌ها و دوم مفاد تصمیم‌های اداری که حاوی نقض اعمال اداری هستند».^۷ عدم رعایت قانون در اعمال اداری از هر سو که تهدید شود می‌تواند منجر به یک نتیجه شود و آن اعلام بطلان آن از طرف مرجع صالح قضایی است که در مورد عدم صلاحیت مرجع عامل را می‌توان از شرایط صحت عمل اداری دانست و قائل به عدم تشکیل عمل اداری بود.

با توجه به مستند قرار دادن ماده ۹۶ قانون مدیریت کشوری در رأی، آیا اگر مغایرت امر امر اداری با قانون توسط مآدون به مافوق اطلاع داده شد و مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد و مآدون آن را انجام داد، آن عمل اداری نیست؟ آیا امکان رسیدگی به این امر در دیوان میسر نیست؟!

۱. اصل ۱۳۸: علاوه بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد؛ ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجرا است. تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیئت وزیران بفرستد.

۲. ماده ۹۰ - کارمندان دستگاه‌های اجرائی موظف می‌باشند که وظایف خود را با دقت، سرعت، صداقت، امانت، گشاده‌رویی، انصاف و تبعیت از قوانین و مقررات عمومی و اختصاصی دستگاه مربوطه انجام دهند و در مقابل عموم مراجعین به‌طور یکسان و دستگاه ذی‌ربط پاسخگو باشند. هرگونه بی‌اعتنایی به امور مراجعین و تخلف از قوانین و مقررات عمومی ممنوع می‌باشد. ارباب رجوع می‌توانند در برابر برخورد نامناسب کارمندان با آنها و کوتاهی در انجام وظایف به دستگاه اجرایی ذی‌ربط و یا به مراجع قانونی شکایت نمایند.

۳. ماده ۹۶ - کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند، اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلف‌اند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجراء دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخگویی با مقام دستوردهنده می‌باشد.

۴. لوران، پش و احمد مرکز مالگیری، «حاکمیت قانون در فرانسه»، مجلس و راهبرد، شماره ۵، ۱۳۸۵، صص ۲۱۱-۲۵۸.

۵. ویژه، پیشین.

۶. ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲.

۷. همان.

با این استدلال بسیاری از پرونده‌های دیوان نباید مورد رسیدگی قرار گیرند؛ چراکه یکی از مهم‌ترین شکایات به دیوان زمانی است که عمل انجام شده قانونی نبوده یا در راستای وظیفه قانونی نباشد. دیوان در حقیقت ممکن است به لحاظ عدم تشکیل^۱ یا عدم صحت عمل اداری حکم به ابطال و دقیقتر بگوییم اعلام بطلان بدهد؛ پس وقتی گفته شود صلاحیت دیوان منحصر به عمل اداری است و سپس بگوییم: به لحاظ اینکه آن عمل در مقام انجام وظیفه و برطبق قانون نبوده، عمل اداری تشکیل نشده است، لذا در صلاحیت دیوان نیست، راه را به اشتباه رفته و نقض غرض کرده‌ایم. با توجه به اینکه «در عمل اداری نیز مانند عقود باید اصل را بر صحت عمل اداری گذاشت»^۲ و درحقیقت تا مرجع صالح قضایی آن عمل را مورد بررسی قرار ندهد مشخص نمی‌شود که ارکان تشکیل وجود داشته و شرایط صحت عمل اداری رعایت شده یا خیر، لذا شاید بتوان گفت غالب اعمالی که به عنوان عمل اداری صورت می‌گیرند، صرف‌نظر از تشکیل یا عدم تشکیل، صحت یا عدم صحت آن با این عنوان در صلاحیت دیوان عدالت اداری هستند. پس بهتر است که مطابقت با قانون را از شرایط صحت عمل اداری منظور کرد.

۲.۲.۳. برقراری نظم عمومی یا خدمت عمومی به عنوان هدف عمل

شعبه دیوان در قسمت دیگری از رأی خود چنین آورده است: «اقدامات کارمندانی که با هدف مطامع شخصی یا عداوت دنیوی صورت می‌پذیرد عمل اداری تلقی نمی‌شود (اصول ۳ و ۲۰ قانون اساسی^۳ و ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری^۴) این استدلال صحیح است و اقدامات منبعت از اهداف شخصی کارمندان عمل اداری نیست»^۵. به‌طور کلی حفظ نظم عمومی و ارائه خدمات عمومی از اهداف اعمال عمومی است و از آنجا که عمل اداری نیز یکی از اعمال عمومی محسوب می‌گردد، نسبت این دو عموم و خصوص مطلق است و اهداف اعمال عمومی هدف اعمال اداری نیز تلقی می‌شود. همچنین اختیارات حکومت‌کنندگان محدود به انجام خدمات عمومی است. موضوع خدمات عمومی به نظر بعضی از عالمان حقوق اداری مبنا و اساس اختیارات حکومت‌کنندگان است و از طرف دیگر حدود این اختیارات و میزان مسئولیت آنها را معلوم می‌کند.^۶ لذا در صورتی که عملی در راستای خدمت عمومی نباشد خارج از اختیار اداره است. برای حفظ نظم و تأمین نیازمندی‌های عمومی، ادارات از اختیارات ویژه‌ای برخوردار شده‌اند که به اختیارات قدرت حاکمه تعبیر می‌شود. اختیاراتی که مقامات عمومی از آن برخوردارند باید فقط در جهت منافع عمومی استفاده شود نه در جهت منافع شخصی. در صورتی که تصمیمات مقامات عمومی برگرفته از ملاحظات خارج از منافع عمومی باشد حسب شکایت

۱. عباسی، بیژن، «تحلیل قواعد و شرایط شکل‌گیری اعمال اداری یکجانبه»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۳، ۱۳۹۲، صص ۱۲۵-۱۴۶.

۲. هداوند، مهدی، «جزوه تحقیق در متون و اسناد حقوق عمومی و تحلیل محتوای آرای دیوان عدالت اداری»، ۱۳۹۳.

۳. اصل بیستم قانون اساسی: همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.

۴. ماده ۲۵ ق.م.خ.ک. - مدیران و کارمندان دستگاه‌های اجرائی، خدمتگزاران مردم هستند و باید با رعایت موازین اخلاق اسلامی و اداری و طبق سوگندی که در بدو ورود ادا نموده و منشور اخلاقی و اداری که امضاء می‌نمایند وظایف خود را به نحو احسن در راه خدمت به مردم و با در نظر گرفتن حقوق و خواسته‌های قانونی آنها انجام دهند.

تبصره ۱ - اصول و مفاد منشور فوق‌الذکر، متن سوگند نامه و تعهدات کارمندان دستگاه‌های اجرائی با پیشنهاد سازمان به تصویب هیئت‌وزیران می‌رسد.

تبصره ۲ - دستگاه‌های اجرائی می‌توانند متناسب با وظایف و شرایط خاص دستگاه مربوط علاوه بر موارد فوق، مواردی را با رعایت منشور اخلاقی مصوب هیئت وزیران به آن اضافه نمایند.

۵. به همین لحاظ در حقوق اداری در بحث مسئولیت مدنی اداره، خطای شخصی کارمند از خطای اداری تفکیک می‌شود.

۶. Chapus, Rene. *Droit administratif*, Tome 1, montchrestien, 15e Edition, 2001, P 578.

شاکی توسط مرجع صالح باطل می‌شود.^۱

عمل اداری نیز از زمره اعمالی است که موضوع یا هدف از انجام آن، حفظ نظم عمومی و انجام خدمت عمومی است؛ اما تمام اعمالی که در راستای این دو هدف انجام می‌گیرند، اداری نیستند، بلکه برای اداری بودن عمل، شرط دیگری نیاز است و آن شرط استفاده از حقوق و امتیازات ویژه، برای حفظ نظم عمومی و انجام خدمت عمومی است.^۲ این امر عمل اداری باید در راستای نظم عمومی و انجام خدمت عمومی باشد و از این لحاظ که بخش خصوصی و تعاونی را از تعریف عمل اداری کنار گذاشتیم می‌تواند صحیح تلقی شود و گرچه بخش خصوصی و تعاونی نیز خدمت انجام می‌دهند، ممکن است این خدمت عمومی یا در راستای نظم عمومی نباشد. همچنین منفعت عمومی را نیز نمی‌توان از نظر دور داشت؛ چراکه منفعت عمومی از اولویت‌های اصلی وضع قانون است و پس از وضع قوانین و مقررات تأمین منفعت عمومی با سازمان‌های اداری و دستگاه‌های اجرایی است که از راه‌های گوناگون از جمله ارائه خدمات عمومی صورت می‌گیرد.^۳ لیکن اول اینکه اصل بر این است که منفعت عمومی در قانون در نظر گرفته شده است؛ دوم اینکه در مواردی که قانون به موضوعی ورود نکرده باشد شاید بتوان آن را از شرایط صحت عمل اداری دانست.

۲.۲.۴. برتری یک طرف رابطه (دولت) بر طرف دیگر رابطه (مردم)

این استدلال بدین معنی است که صرفاً اعمال یکجانبه دولت که جنبه حاکمیتی دارند، عمل اداری است و عمل دوجانبه اداری و عمل تصدی، اعمال اداری محسوب نمی‌شود و صرفاً جایی که عمل یکجانبه بوده و دولت از اقتدار عمومی خود استفاده می‌کند عمل اداری است. گرچه برخی از حقوقدانان گفته‌اند برای اداری بودن عمل، شرط دیگری نیاز است و آن شرط استفاده از حقوق و امتیازات ویژه برای حفظ نظم عمومی و انجام خدمت عمومی است.^۴ عمل اداری ارکانی چون استفاده از امتیازات ویژه و در واقع همان عنصر نابرابری یا برتری را نمی‌تواند الزاماً در کنار خود داشته باشد؛ چراکه لزوماً عمل اداری در مقام انجام عمل حاکمیتی نیست (برخلاف حقوق اداری آلمان)، بلکه در مقام انجام عمل تصدی نیز عمل اداری موضوعیت دارد.^۵ صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز محدود به اعمال حاکمیتی نیست که خود اماره‌ای بر این امر است.

بطور کلی؛ چنان‌که ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته است، از تصمیمات و اقدامات واحدهای مذکور می‌توان به دیوان شکایت برد و دیوان صلاحیت رسیدگی به آن را خواهد داشت. همان‌گونه که از نص قانون برمی‌آید واژه «تصمیمات» و واژه «اقدامات» به صورت مطلق ذکر شده و قیدی بر آن آورده نشده؛ برای مثال مقرر نشده است تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران واحدهای مذکور که ناشی از وظایف قانونی آنها بوده است یا تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران واحدهای مذکور که هدف از آن برقراری نظم عمومی یا خدمت عمومی باشد یا تصمیمات و اقدامات واحدهای مذکور که در مقام اعمال حاکمیت است. لذا به نظر می‌رسد هرگونه تصمیم و اقدامی اعم از اینکه ناشی از وظایف قانونی واحدها و مأموران دولتی بوده باشد یا نباشد، در راستای نظم

۱. امامی و استوار سنگری، پیشین، صص ۲۴ و ۲۵.

۲. امامی، واعظی و سلیمانی، پیشین، ص ۲۷۴.

۳. دیانت، سید مجیب، نقش و جایگاه منفعت عمومی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری حوزه اراضی ملی، مجموعه

سخنرانی‌ها و مقالات در تکاپوی منفعت عمومی، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۵، صص ۲۳۵-۲۶۲.

۴. امامی، واعظی و سلیمانی، پیشین.

۵. امامی و استوار سنگری، پیشین، ص ۲۷.

عمومی یا خدمت عمومی بوده باشد یا نباشد و ... داخل در صلاحیت دیوان عدالت اداری است که به واقع وظیفه ذاتی دیوان تشخیص این است که تصمیم و اقدام (عمل اداری) صورت پذیرفته در چارچوب وظایف قانونی بوده یا خارج از اختیار عمل کرده است. در راستای نظم عمومی یا خدمت عمومی بوده است یا خیر؟ که با استفاده از این معیارها بتواند شرایط تشکیل و شروط صحت عمل اداری را ارزیابی و رأی شایسته صادر کند؛ لذا اگر قائل به این باشیم که دیوان صرفاً به اقدام و تصمیمی رسیدگی می‌کند که در راستای وظیفه قانونی، نظم عمومی یا خدمت عمومی و در مقام اعمال حاکمیت باشد، در حقیقت دیوان را از درون تهی کرده‌ایم. اگر قبل از رسیدگی دیوان این موارد محرز باشد، چه نیاز به رسیدگی در دیوان است و در صورت وجود این موارد اصولاً ظلمی صورت نگرفته که تظلم‌خواهی در پی داشته باشد.

در این راستا باید ابتدا عمل اداری را تعریف کرد، ارکان تشکیل‌دهنده آن را شناخت و شرایط صحت آن را به صورت مستقل بیان کرد. اگر بخواهیم به طور مطلق بگوییم عملی اداری تشکیل شده است یا خیر که بتوانیم براساس آن صلاحیت دیوان را تعیین کنیم، باید آن را در ارکان سازنده عمل اداری جست‌وجو کرد. «ارکان سازنده عمل اداری عبارت‌اند از: اول-اراده انشایی اداره عمومی برای صدور عمل اداری به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن نماید؛ دوم-عدم مغایرت آشکار (فاحش) بین عمل اداری با یک قاعده صریح، اساسی و امری قانونی و از جمله مواردی که مقنن به صراحت نبود برخی شرایط صحت را موجب بطلان و بی اعتباری عمل اداری دانسته است.»^۱

بعد از اینکه دیوان بر اساس ارزیابی ارکان تشکیل‌دهنده عمل اداری خود را صالح به رسیدگی دانست، باید شرایط صحت عمل اداری را بررسی کند. در کنترل قضایی دیوان نسبت به هر یک از اعمال اداری، باید شرایط صحت هر یک از تصمیمات و حدود صلاحیت مرجع تصمیم‌گیرنده توجه شود تا در صورت عدم رعایت قواعد و ضوابط حاکم بر تصمیم‌گیری در آن مورد نسبت به اعلام بطلان آن اقدام شود.

۲.۲.۵. اداری بودن یا نبودن عمل متنازع فیه

شعبه دهم دیوان عدالت اداری دعوی الزام به واگذاری حدنصاب مالکانه را دارای منشأ قراردادی دانسته و به استناد آرای وحدت رویه دیوان از جمله رأی ۷۱/۴/۳۰-۵۹ هیئت عمومی که دعاوی ناشی از قراردادهای در صلاحیت دیوان ندانسته، قرار عدم صلاحیت صادر کرده است. شعبه در توجیه رأی خود استدلال کرده است که چون متقاضی درخواست خود را تقدیم سازمان زمین شهری (سابق) می‌کند و مقامات عمومی راجع به موضوع بررسی می‌کنند، اگر ملک طبق قانون تملک شده و ذی‌نفع نیز از مزایای قانون بهره‌مند نشده با وی قرارداد واگذاری حدنصاب منعقد و فرایند اداری پایان می‌پذیرد. بنابراین تحویل حدنصاب از آثار قرارداد واگذاری است، لذا دعوی شاکی منشأ قراردادی دارد و قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست.

در این خصوص باید گفت بر طبق قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ کلیه اراضی دایر، بایر و موات اشخاص در اختیار دولت جمهوری اسلامی قرار گرفت، ولی به موجب ماده ۷ و تبصره ۲ ماده ۹ قانون، مالکان اراضی بایر و دایر شهری حق دارند که قطعه یا قطعاتی از زمین خود و حداکثر تا هزار مترمربع را انتخاب و تفکیک کنند یا به دولت بفروشند. به بیان دیگر، تا هزار متر اراضی که مشمول قانون زمین شهری شده و در اختیار دولت قرار گرفته است، در سهم و متعلق به مالک است و طبق ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی قانون، مالکان می‌توانند برای تفکیک و اخذ پروانه ساختمانی برای یک یا

۱. هداوند، مهدی، *درآمدی بر نظریه عمومی ترمیم پذیری عمل اداری*، پیشین، صص ۱۹۷-۲۱۷.

چند قطعه از زمین‌های خود به شهرداری محل مراجعه کنند. در این صورت شهرداری از اداره زمین شهری استعلام می‌کند و اداره مذکور پس از احراز عدم استفاده مالک از مزایای قانون و اخذ تعهد رسمی مبنی بر عدم استفاده از مزایای قانون به استعلام پاسخ داده و سپس پروانه ساختمانی توسط شهرداری صادر می‌شود. بنابراین منشأ حقوق مالکین با هر عنوان اعم از سهام یا نصاب مالکیت یا واگذاری معادل نصاب مالکانه به آنها از اراضی دیگر دولتی، قانون است و این موضوع جنبه قراردادی ندارد که دعاوی ناشی از آن در دیوان را دارای منشأ قراردادی بدانیم. گرچه برخی حقوقدانان اعمال دوجانبه را نیز در شمار اعمال اداری می‌دانند،^۱ شاید بتوان بین قرارداد مستقل و قراردادی، که ناشی از الزام قانون یا ابزار اجرای قانون است، تفاوت قائل شد و نوع اخیر قراردادها را عمل اداری دانست؛ کمالینکه در خصوص رأی، تبصره ۲ ماده ۹ اجازه عمل را صادر کرده و اداره صرفاً جهت انجام شایسته آن مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کند و چه بسا اداره قادر باشد بدون عقد قرارداد نیز حکم قانون را انجام دهد. در خصوص قراردادها باید قراردادهای اداری را از دیگر انواع قرارداد تفکیک کرد؛ چنانچه موضوع و هدف قرارداد تأمین منافع عمومی جامعه باشد قرارداد اداری است و چنانچه تنظیم قرارداد جهت منافع و تأمین خدمات اجتماعی نباشد، آن قرارداد اداری تلقی نمی‌شود.^۲

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۳۳ مورخ ۷۵/۲/۲۹ مقرر داشته است که با توجه به قید عبارت «تصمیمات و اقدامات» رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها که مسائل حقوقی است، باید به صورت توافقی در محاکم مورد رسیدگی قرار گیرد، خارج از شمول ماده ۱ قانون دیوان عدالت اداری است و قابل طرح و استماع در دیوان عدالت اداری نیست. گرچه تبصره ۳ ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ تا حدودی این مشکل را حل کرده و رسیدگی به شکایات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از وقوع تخلف و عدم رعایت قوانین و مقررات در مراحل انعقاد قرارداد توسط دستگاه‌های اجرایی را در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار داده است.

با این اوصاف، صرفاً تصمیمات یکجانبه در دیوان قابل شکایت است و رویه عملی دیوان عدالت اداری نیز براساس این تفسیر قرار گرفته است، لیکن همان‌گونه که گفته شد، در خصوص قراردادهای اداری به علت غلبه حاکمیت قانون بر حاکمیت اراده باید قائل به تفکیک شد و آنها را در صلاحیت دیوان دانست؛ چرا که در قراردادهای اداری شروط یکطرفه اداره ذکر می‌شود و به نوعی بر طرف قرارداد تحمیل می‌شود و علی‌الاصول عملی که ماهیت آن اعمال حاکمیت اداره را در پی دارد، چه به لحاظ تحمیلی بودن، این‌گونه قراردادها را از اعمال یکجانبه بدانیم یا با توجه به طرفینی بودن این اعمال، آن را دوجانبه تلقی کنیم، باید حداقل با همین معیار برتری دولت، عمل اداری تلقی شود و «اگر اداره در راه رسیدن به هدف خود از طرق ویژه و اقتداری بهره برده باشد، عمل مذکور به عنوان عمل حاکمیت شناخته شده و رسیدگی به دعوی مربوط بدان، اصولاً در صلاحیت قاضی اداری قرار می‌گیرد.»^۳

بنابراین الزام دولت بر پذیرفتن نصاب مالکانه یا واگذاری سهم مالک به وی ناشی از الزام قانونی است؛ هرچند برای اجرای بهتر تکلیف قانونی مبادرت به انعقاد قرارداد شده باشد. لذا عمل اداری در اینجا موضوعیت دارد و بدین لحاظ دادرسی اداری باید به دعوی مطروحه رسیدگی می‌کرد.

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۳۶۶.

۲. مولایی، غلامرضا، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۳۸.

۳. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، *نشریه مطالعات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص ۱۹۹-۲۲۰.

نتیجه گیری

در این مقاله با هدف برداشتن گامی به منظور تبیین مفهوم عمل اداری از نظر تفسیر قضایی، نویسندگان تلاش کردند با بررسی اجمالی دکترین و ضمن ارائه تعریف پیشنهادی مفهوم عمل اداری، یکی از آرای صادره در شعب دیوان عدالت اداری را با وجود محدودیت عدم وجود معیارهایی چون تعاریف قانونی، دکترین تثبیت شده و رویه قضایی به نقد کشد تا از این رهاورد بتوان در نگارش قوانین، صلاحیت‌های دادگاه‌ها و آرای قضایی از آن استفاده کرد. در نهایت موارد زیر به عنوان یافته‌ها و نتایج این نوشتار بدست آمد:

۱- صرف نظر از نقدهایی که بر رأی شعبه دهم دیوان عدالت اداری وارد شد که برای پیشبرد و باز نمودن فضای تحلیل در خصوص مفهوم عمل اداری لازم می‌نمود، اهمیت رأی در نظریه پردازی و تلاش در تبیین مبانی نظری و تفسیری و آغاز ایجاد رویه قضایی در خصوص مفهوم عمل اداری است که از این نظر قابل توجه و شایسته تقدیر است.

۲- منظور و مصداق بند یک ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، عمل اداری است که شعبه دیوان به درستی به آن پرداخته است؛ لیکن ضمن توجه به این امر که دیوان صالح به رسیدگی در کلیه اعمال اداری نیست، باید توجه کرد که هر رسیدگی در دیوان عدالت اداری صرفاً در خصوص عمل اداری نیست؛ چراکه دیوان موظف به رسیدگی به دعوی دیگری نیز هست که مصداق عمل اداری نیست. اعمال شبه‌تقنینی و شبه‌قضایی ناظر به این موارد است.

۳- عمل در چارچوب قانون و در راستای انجام وظیفه قانونی از شرایط صحت عمل اداری است و نمی‌تواند جزئی از تعریف مفهوم عمل اداری تلقی شود و تا زمانی که موضوع مورد رسیدگی قرار نگیرد مشخص نمی‌شود که عمل قانونی یا در صلاحیت عامل بوده یا خیر.

۴- هدف از انجام عمل اداری حفظ نظم عمومی و انجام خدمت عمومی است؛ لیکن این امر را باید از شرایط صحت عمل اداری دانست و نباید با مفهوم عمل اداری به اشتباه گرفت.

۵- برتری یک طرف رابطه (دولت) به طرف دیگر رابطه (مردم) به عبارت عمل حاکمیتی دولت نمی‌تواند جزئی از تبیین مفهوم عمل اداری باشد. همان‌گونه که از صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز برداشت می‌شود، اعمال تصدی دولت و بخش عمومی نیز از جمله اعمال اداری است.

۶- اداری بودن یا نبودن عمل متنازع‌فیه بدین وصف که صرفاً اعمال یکجانبه اعمال اداری است و اعمالی که منشأ قراردادی دارند نمی‌تواند عمل اداری باشد؛ با این توضیح که در مورد اعمال یکجانبه تردیدی وجود ندارد، ولی از اعمال دوجانبه، قراردادهای اداری که سیطره مقامات و مامورین دولتی و عمومی بسیار بوده و به نوعی قرارداد الحاقی است یا قراردادهایی را که برای اجرای قانون توسط آن مراجع با مردم منعقد می‌شوند، می‌توان عمل اداری به حساب آورد.

۷- اگر بیان شود دیوان صرفاً به شکایت علیه اقدام و تصمیمی رسیدگی می‌کند که در راستای وظیفه قانونی، نظم عمومی یا خدمت عمومی و در مقام اعمال حاکمیت باشد، در این صورت عمل معیوب یا باطل اداری نباید قابل رسیدگی در دیوان باشد و این امر خلاف فلسفه وجودی دیوان است؛ چون دیوان پس از بررسی قانونی بودن یا نبودن عمل اداری، رأی مقتضی را صادر می‌کند و آنگاه مشخص می‌شود که اقدام یا تصمیم شرایط لازم را داشته است یا خیر.

۸- محدودیت‌های موجود در استفاده کاربردی از مفهوم عمل اداری ناشی از عدم وجود تعریف قانونی و رویه قضایی است که می‌توان برای رفع این نقیصه پیشنهاد کرد که قضات دیوان عدالت اداری این مفهوم را بیش از پیش مدنظر قرار داده تا در نتیجه رویه قضایی واحدی در دیوان ایجاد شود. همچنین حقوقدانان اداری پژوهش‌های بیشتری را در این خصوص به انجام رسانند تا در نهایت با دست یافتن به کمال مطلوب در تبیین مفهوم عمل اداری، قانون‌گذار نیز در ایجاد تعریف

قانونی این مفهوم همت کند.

۹- نویسندگان مقاله تعریف زیر را برای طرح یا لایحه‌ای که در مقام تعریف عمل اداری تنظیم می‌شود، پیشنهاد می‌کنند: «عمل اداری یک تصمیم یا اقدام مثبت یا منفی است که مقامات و مأمورین عمومی با قصد ایجاد آثار حقوقی بر اشخاص و موارد معین و به صورت غیر ترافیعی انجام می‌دهند.»

منابع

کتاب

۱. استوارسنگری، کورش، *اعمال اداره یا اعمال اداری*، در تکاپوی حقوق عمومی (مجموعه مقالات سلسله نشست‌های حقوق عمومی)، جلد ۱، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری*، جلد ۱، تهران: نشر میزان، چاپ بیست و یکم، ۱۳۹۷.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۴. امامی، محمد، سید مجتبی واعظی و مهستی سلیمانی، *ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری*، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۵. انصاری، ولی الله، *کلیات حقوق اداری*، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
۶. دیانت، سید مجیب، *نقش و جایگاه منفعت عمومی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری حوزه اراضی ملی*، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات در تکاپوی منفعت عمومی، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۵.
۷. رضایی‌زاده، محمد جواد، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۸. سنجایی، کریم، *حقوق اداری ایران*، تصحیح و تحشیه علی اکبر گرجی از ندریانی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۶.
۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، ویراست سوم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۱۰. کاسز، ساینو، *شکل‌گیری حقوق اداری*، ترجمه سید مجتبی واعظی، شیراز: نشر شهرداد، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۱. مولاییگی، غلامرضا، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۱۲. واعظی، سیدمجتبی، *مبانی حقوق اداری: فقر نظریه پردازی در ایران*، مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری، تهران: مجد، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۳. عباسی، بیژن، «تحلیل قواعد و شرایط شکل‌گیری اعمال اداری یکجانبه»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۳، شماره ۳، ۱۳۹۲.
۱۴. فلاح‌زاده، علی محمد و مرتضی نجابت‌خواه، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر انتصاب های اداری»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۹، شماره ۶۶، ۱۳۹۳.
۱۵. لوران، پش و احمد مرکز المیربی، «حاکمیت قانون در فرانسه»، *مجلس و راهبرد*، شماره ۵، ۱۳۸۵.
۱۶. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، *نشریه مطالعات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۱۷. ویژه، محمدرضا، «اصل قانونمداری در اعمال اداری»، *نشریه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۱۲، ۱۳۸۸.
۱۸. هداوند، مهدی و فرامرز عطریان، «اصل لزوم در ایقاعات اداری»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۳.
۱۹. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۴، ۱۳۹۶.

جزوه درسی

۲۰. هداوند، مهدی، «جزوه تحقیق در متون و اسناد حقوق عمومی و تحلیل محتوای آرای دیوان عدالت اداری»، ۱۳۹۳.

References

Books

1. Ansari, Valiollah, *Generalities of administrative law*, Tehran: Mizan, 2005. (in Persian)
2. Cassez, Sabino, *Formation of administrative law*, translated by Sayyed Mojtaba Vae'zi, Shiraz: Shahrddad Publishing, first edition, 2012. (in Persian)
3. Chapus, Rene. *Administrative Law*, Volume 1, montchrestien, 15th edition, 2001 (in French)
4. Dianat, Sayyed Mojib, *the role and position of public interest in the judicial procedure of the Administrative Court of National Lands*, a collection of lectures and articles on the pursuit of public interest, Tehran: Fekrsazan, 2016. (in Persian)
5. Emami, Mohammad and Kouros Ostovar-Sangri, *administrative law*, Volume 1, Tehran: Mizan, 21st edition, 2018. (in Persian)
6. Emami, Mohammad and Kouros Ostovar-Sangri, *administrative law*, Volume 2, Tehran: Mizan, second edition, 2014. (in Persian)
7. Emami, Mohammad, Sayyed Mojtaba Vae'zi and Mahasti Soleimani, *rules of lawsuits that can be filed in the Court of Administrative Justice*, Tehran: Mizan, first edition, 2012. (in Persian)
8. Mahendra p. singh. *German administrative law in common law perspective*, 2001.
9. Molla-Beigi, Gholamreza, *Jurisdiction and Procedure of the Court of Administrative Justice*, Tehran: Jungle, 2014. (in Persian)
10. Ostovar-Sangari, Kouros, *agency acts or administrative acts, in the pursuit of public law* (Articles Collection of the series of public law meetings), Volume 1, Tehran: Jungel, 2014. (in Persian)
11. Rezaei-Zadeh, Mohammad Javad, *Administrative Law*, Tehran: Tehran University Press, first edition, 2012. (in Persian)
12. Sanjabi, Karim, *correction and revision of Ali Akbar Gurji Azandriani, Administrative Law of Iran*, Tehran: Khorsandi, 2017. (in Persian)
13. Tabatabaei Mo'tameni, Manouchehr, *Administrative Law*, Tehran: Samt, third edition, 2008. (in Persian)
14. Vae'zi, Sayyed Mojtaba, *Basics of Administrative Law; Theorizing Poverty in Iran, Collection of Articles on Thoughts of Administrative Law*, Tehran: Majd, second Edition, 2014. (in Persian)

Articles

15. Abbasi, B, "Analysis of the rules and conditions for the formation of unilateral administrative actions", *Law Quarterly*, Volume 43, Issue 3, 2013. (in Persian)
16. Fallah-Zadeh, Ali Mohammad and Morteza Nejabat-Khah, "judicial supervision of the Court of Administrative Justice on administrative appointments", *Judicial Law Perspectives Quarterly*, Volume 19, Issue 66, 2014. (in Persian)
17. Hadavand, Mehdi and Faramar Atrian, "the principle of necessity in administrative matters", *Administrative Law Quarterly*, Volume 1, Issue 3, 2014. (in Persian)
18. Hadavand, Mehdi, "An introduction to the general theory of the reparability of administrative act", *Public Law Research*, Volume 18, Issue 54, 2016. (in Persian)
19. Laurent, Pech and Ahmad Markaz Malmiri, "rule of law in France", *Legislature and Strategy*, Issue 5, 2006. (in Persian)
20. Vae'zi, Sayyed Mojtaba, "the criterion of the practice of sovereignty in Iranian administrative law", *Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 2, 2015. (in Persian)
21. Vizheh, Mohammadreza, "The principle of rule of law in administrative acts", *Criminal Law Teachings Journal*, Volume 6, Issue 12, 2209. (in Persian)

Text Book

22. Hadavand, Mehdi, "Research booklet on public law texts and documents and analysis of the content of the opinions of the Administrative Court", 2013. (in Persian)



Original Article

Cyber Operations in Territorial Sea and the High Seas in the Light of Tallinn Manual 2.0

Shahram Zarneshan¹, Mousa Karami², Reyhaneh Zandi³

ABSTRACT

Cyber space and activities such as cyber operations which are conducted in it are one of the new challenges facing the contemporary international law. Accordingly, exploration and determination of issues relating to this space and its related activities, inter alia, from the perspective of international law, has an undeniable significance and necessity. One of the issues raised in this field is the standards for conducting cyber operations in seas. In this regard, the present study, through the descriptive-analytical method, has attempted to examine the requirements of cyber operations in the two maritime areas of the territorial sea and high seas, in the light of the Tallinn Directive 2 regarding applicable international laws in cyber operations (2017). The findings of this paper imply that conducting cyber operations in the said maritime zones should be compatible with the governing principles and rules from international law perspective. Generally, cyber space is not a new territory or area for human activities in the framework of international law. Consequently, cyber operations are considered cyber activities which are conducted by human beings in land, sea, air and outer space and, as a result, are governed by international law standards applicable in these territories.

KeyWords: Cyber Operations, Territorial Sea, The High Seas, International Law, Tallinn Manual 2.0

How to Cite: Khajeh Naieni, Ali, Narimani, Meisam, Lotfi, Amir, Sahebkar Khorasani, Mohammad, "Comparative Study of the Role and Function of Cabinet Offices in Different Countries", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:121-138.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231191.2471>

Received: 01/05/2023-Accepted: 07/11/2023

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

Corresponding Author Email: zarneshan@atu.ac.ir

2. Ph.D., Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

3. Ph.D., Candidate, Faculty of Law, University of Qom, 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/>).



عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی و دریای آزاد در پرتو دستورالعمل تالین ۲

شهرام زر نشان^۱، موسی کریمی^۲، ریحانه زندی^۳

چکیده

فضای سایبر و فعالیت‌هایی همچون عملیات‌های سایبری که در آن انجام می‌گیرند، یکی از چالش‌های نوپدید است که فراروی حقوق بین‌الملل کنونی قرار گرفته‌اند. بر این پایه، تبیین و تعیین مسائل مرتبط با این فضا و فعالیت‌های ذی‌ربط، از جمله از چشم‌انداز حقوق بین‌الملل، اهمیت و بایستگی انکارناشدنی دارد. یکی از موضوع‌های مطرح در این زمینه، موازین ناظر بر انجام دادن عملیات‌های سایبری در دریاهاست. در این راستا، در این نوشتار تلاش شده است تا از رهگذر روش توصیفی-تحلیلی، بایسته‌های عملیات‌های سایبری در دو منطقه دریایی دریای سرزمینی و دریای آزاد در پرتو دستورالعمل تالین ۲ راجع به حقوق بین‌الملل قابل‌اعمال در عملیات‌های سایبری (۲۰۱۷) به مطالعه درآید. نتایج این پژوهش نشانگر آن است که انجام دادن عملیات‌های سایبری در مناطق یادشده باید با اصول و قواعد کلی حاکم بر آنها از چشم‌انداز حقوق بین‌الملل سازگار باشد. روی‌هم‌رفته، فضای سایبر، قلمرو یا منطقه‌ای جدید برای فعالیت‌های انسانی در چارچوب حقوق بین‌الملل به شمار نمی‌رود. از این‌رو، عملیات‌های سایبری فعالیت‌هایی سایبری محسوب می‌شوند که به دست انسان‌ها در زمین، دریا، هوا و فضای ماورای جو انجام می‌شوند و به این دلیل، تحت حاکمیت موازین حقوق بین‌الملل قابل‌اعمال بر این مناطق هستند.

کلید واژگان: عملیات سایبری، دریای سرزمینی، دریای آزاد، حقوق بین‌الملل، دستورالعمل تالین ۲.

استناد به این مقاله: خواجه نایینی، علی، نریمانی، میثم، لطفی، امیر، صاحبکار خراسانی، محمد، «بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۲۱-۱۳۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231191.2471>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۶

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

ایمیل نویسنده مسئول: zarneshan@atu.ac.ir

۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه قم، 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

در روزگار کنونی، فعالیت‌های سایبری به بخش جدایی‌ناپذیر روابط بین‌الملل، به‌عنوان بستر پیدایش و تحول حقوق بین‌الملل، مبدل شده است. به گفته کارشناسان، «گسترش سریع زیرساخت‌های سایبری جهان، موجب تغییراتی شگرف در نظم ژئوپلیتیک شده»^۱ و از جمله به «انقلاب در امور نظامی» انجامیده است.^۲ فناوری‌های جدید، تجلیگاه هم‌زمان فرصت‌ها و چالش‌ها هستند. سپهر گسترده حقوق بین‌الملل و حوزه‌های گوناگون آن نیز میزبان این فرصت‌ها و چالش‌های تا اندازه‌ای ناخوانده به شمار می‌روند. همان‌گونه که برخی نویسندگان نیز گفته‌اند، فضای سایبر قواعد بازی را در حوزه‌های گوناگون متحول کرده^۳ و مسائل نوپدیدی را در شاخه‌های علمی گوناگون و از جمله حقوق بین‌الملل مطرح و چالش‌های تازه‌ای را بر هنجارهای متنوع آن تحمیل کرده است؛^۴ به‌گونه‌ای که برخی ظرفان ورود حقوق بین‌الملل به فضای سایبر و جهان ناروشن آن را به وضعیت آلیس در سرزمین عجایب تشبیه کرده‌اند.^۵ چنین روندی این پرسش را مطرح می‌کند که تا چه حد می‌توان هنجارهای بین‌المللی موجود را به حوزه فعالیت‌های سایبری منتقل کرد. بی‌گمان، به‌عنوان یک اصل، قواعد بین‌المللی بر فعالیت‌های دولتی در هرکجا که انجام می‌شوند، از جمله در فضای سایبر حاکم است. باین‌حال، به‌کارگیری قوانین کنونی برای یک فناوری جدید ممکن است با توجه به ویژگی‌های خاص آن، مشکلات خاصی را به همراه داشته باشد.^۶ یکی از حوزه‌های متأثر از این تحول را می‌توان دریا و مسائل آن و از جمله حقوق بین‌الملل دریاهای دانست. عملیات‌ها و حمله‌های سایبری دریایی، افزون بر تهدیدهایی مانند دزدی دریایی، فعالیت‌های غیرقانونی، تروریسم دریایی و تصادم‌های دریایی از تهدیدهای نوپدیدی‌اند که بر پیچیدگی‌های موجود در این عرصه افزوده‌اند.^۷

اگرچه اصطلاح عملیات سایبری^۸ در ابتدا در عرصه نظامی به کار می‌رود و به فعالیت‌های آفندی و پدافندی مرتبط با راهبرد جنگ سایبری اشاره دارد،^۹ مفهوم آن گسترده‌تر و اعم از جنگ سایبری^{۱۰} است که به استفاده از فناوری‌های سایبری برای انجام اقدام‌های خصمانه در مخاصمات مسلحانه گفته می‌شود.^{۱۱} در فرهنگ اصطلاحات نظامی وزارت دفاع ایالات متحده آمریکا، عملیات سایبری یعنی «به‌کارگیری قابلیت‌های فضای سایبر که در آن هدف اولیه، دستیابی به

۱. Patrick, C. "Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations", *Washington International Law Journal*, Volume 28, Issue 2, 2019, P 581.

۲. Biller, J. T. and Schmitt, N. Michael, "Classification of Cyber Capabilities and Operations as Weapons, Means, or Methods of Warfare", *International Law Studies*, Volume 95, 2019, P 180.

۳. شایگان، فریده و سید حامد صفوی کوهساره، «عملیات سایبری به مثابه توسل به زور»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۴۱۹.

۴. Delerue, François. *Cyber Operations and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, P 5.

۵. رنجبر، علیرضا و علی گرشاسبی، «موانع بنیادین فراروی تدوین حقوق بین‌الملل حاکم بر حملات سایبری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹، ص ۲۳۷.

۶. Melzer, Nils. "Cyberwarfare and International Law", *UN IDIR Resources*, 2011, P 3.

۷. Neo, M. "The Rising Threat of Maritime Cyber-Attacks: Level of Maritime Cyber-Security Preparedness Along the Straits of Malacca and Singapore", *Sea Power Soundings*, Issue 42, 2021, P 3.

۸. Cyber operation

۹. Lemieux, Frederic (ed.). *Current and Emerging Trends in Cyber Operations: Policy, Strategy and Practice*, London: Palgrave Macmillan, 2015, P 1.

۱۰. Cyber warfare

۱۱. Roscini, Marco. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, PP 10-11.

مقاصد در یا از طریق فضای سایبر است»^۱. در بخش اصطلاح‌نامه دستورالعمل تالین در خصوص حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر نبردهای سایبری،^۲ عملیات سایبری این‌چنین تعریف شده است: «به‌کارگیری قابلیت‌های سایبری با هدف اولیه دستیابی به مقاصد در یا با استفاده از فضای سایبر»^۳. بالاخره، دستورالعمل تالین ۲ (از این پس، دستورالعمل یا دستورالعمل تالین ۲) راجع به حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر عملیات سایبری،^۴ در تعریف عملیات سایبری بیان می‌دارد: «به‌کارگیری قابلیت‌های سایبری برای دستیابی به اهداف در یا از طریق فضای سایبر»^۵.

دستورالعمل تالین ۲ راجع به حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر عملیات سایبری، اثری است که به دعوت مرکز عالی پدافند مشترک سایبری ناتو^۶ و به دست گروه بین‌المللی کارشناسان با مدیریت پروفیسور مایکل اشمیت،^۷ کارشناس بلندآوازه حوزه حقوق بین‌الملل سایبری، در سال ۲۰۱۷ آماده و از سوی انتشارات دانشگاه کمبریج منتشر شد و به‌نوعی مکمل دستورالعمل تالین در خصوص حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر نبردهای سایبری است که در سال ۲۰۱۳ انتشار یافت و به دستورالعمل تالین ۱ نامور شده است. در واقع، دستورالعمل تالین ۲، برخلاف دستورالعمل تالین ۱، که تنها عملیات‌های سایبری در بافت درگیری‌های مسلحانه را مطرح‌نظر قرار می‌داد، به عملیات‌های سایبری، که در خارج از بافت درگیری‌های مسلحانه انجام می‌شوند، نیز پرداخته است.^۸ اگرچه این دستورالعمل سندی الزام‌آور نیست،^۹ ادعا شده که قواعد آن بازتاب حقوق بین‌الملل عرفی است^{۱۰} و هم‌اکنون یکی از مهم‌ترین متون موجود در حقوق بین‌الملل و فضای سایبر قلمداد می‌شود؛^{۱۱} به‌گونه‌ای که حتی سخن از نقش آن و نیز دستورالعمل تالین ۱، در قاعده‌گذاری بین‌المللی در عرصه حقوق بین‌الملل سایبری در میان است.^{۱۲} در واقع، معتبرترین و پراستنادترین اثر در زمینه حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر عملیات‌های سایبری، بی‌گمان همین دستورالعمل است که از نظر علمی نیز اثری بسیار ارزشمند محسوب می‌شود و تحلیل‌های انجام‌گرفته ذیل قواعد آن گواه این مدعاست.

نظر به جذابیت و اهمیت مسائل مرتبط با حقوق بین‌الملل دریاها و مسائل گوناگون مطرح در خصوص آن از یک‌سو و بایستگی پرداخت به موضوعات نوپدید هم‌چون عملیات‌های سایبری در گستره پهناور حقوق بین‌الملل و از جمله در

¹. US Department of State. *US DoD Dictionary of Military and Associated Terms*, Available at: <https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>, Date of Release: 2021, Accessed: 21 February 2023, P 55.

². Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare

³. Schmitt, Michael (ed.). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, P 258.

⁴. Tallinn Manual 0.2 on International Law Applicable to Cyber Operations

⁵. Schmitt, Michael (ed.). *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, P 564.

⁶. NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (NATO CCD COE)

⁷. Michael N. Schmitt

⁸. Talbot, Jensen, E. "Sovereignty and Neutrality in Cyber Conflict", *Fordham International Law Journal*, Volume 35, Issue 3, 2012, P 735.

گفتنی است این کتاب در ۴ بخش و در قالب ۱۵۴ قاعده کلی، به مهم‌ترین مباحث مطرح حقوق بین‌الملل در رابطه با عملیات‌های سایبری پرداخته و قواعد حاکم بر عملیات و حمله سایبری در بافت مباحث ذی‌ربط را بررسی کرده است.

⁹. Lotrionte, C. "Reconsidering the Consequences for State-Sponsored Hostile Cyber Operations Under International Law", *The Cyber Defense Review*, Volume 3, Issue 2, 2018, P 76.

¹⁰. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.it., PP 2-3.

¹¹. Chircop, L. "Territorial Sovereignty in Cyberspace after Tallinn Manual 2.0.", *Melbourne Journal of International Law*, Volume 20, 2019, P 5; Barnsby, Robert and Shane Reeves, "Give Them an Inch, They'll Take a Terabyte: How States May Interpret Tallinn Manual 2.0's International Human Rights Law Chapter", *Texas Law Review*, Volume 95, 2019, PP 1515; Colin, op.cit., P 581.

¹². Tanodomdej, P. "The Tallinn Manuals and the Making of the International Law on Cyber Operations", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Volume 13, Issue 1, 2019, P 85.

زمینه دریاها از سوی دیگر، نگارندگان در این پژوهش کوشیده‌اند در پرتو قواعد دستورالعمل تالین ۲ (۲۰۱۷)، انجام دادن عملیات‌های سایبری در دو منطقه دریایی، یعنی دریای سرزمینی و دریای آزاد، را به کندوکاو بگذارند که اصولاً اولی جولانگاه کشورهای ساحلی است و حقوق و اختیارات و صلاحیت‌های این کشورها در آن چیرگی دارد و دومی، محملی برای خودنمایی جامعه بین‌المللی و حقوق و آزادی‌های آن است.^۱ بایسته یادکرد است که به سبب مختصر بودن مطالب مرتبط در دستورالعمل و نیز به علت محدودیت واژگانی مقاله و به منظور ادای مطلوب حق مطلب، از پرداختن به سه منطقه آب‌های مجمع‌الجزایری^۲ منطقه مجاور یا نظارت^۳ و منطقه انحصاراً اقتصادی^۴ و نیز تنگه‌های بین‌المللی^۵ خودداری ورزیدیم و به دو منطقه دریایی یادشده بسنده کردیم که امیدواریم در پژوهشی دیگر به آنها پرداخته شود. بر این اساس، مقاله در دو گفتار، در پرتو قواعد دستورالعمل تالین ۲، به ترتیب مباحث مرتبط با عملیات‌های سایبری دریای سرزمینی و دریای آزاد را بررسی خواهد کرد.

۱. عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی در پرتو دستورالعمل تالین ۲

اعمال حاکمیت دولت‌ها بر کمربندی از دریا در مجاورت ساحل خود گزاره‌ای است که به باور ناموران حقوق بین‌الملل از دیرباز مطرح بوده است.^۶ به همین دلیل است که به بیان چیره‌دستان این عرصه، بیشتر تاریخ حقوق دریاها تا امروز، بر محور تعیین حدود دریای سرزمینی متمرکز بوده است.^۷ درواقع، مسئله دریای سرزمینی و به‌ویژه عرض آن از خط مبدأ به سوی دریا، یکی از مناقشه‌برانگیزترین موضوعات حقوق بین‌الملل دریاها به شمار می‌رود و از مهم‌ترین عوامل شکست تدوین حقوق دریاها در کنفرانس ۱۹۳۰ لاهه و پیوستن تعداد انگشت‌شماری از کشورها به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۵۸ ژنو درخصوص مسائل مربوط به حقوق بین‌الملل دریاها محسوب می‌شود.^۸ تاریخچه مباحث حقوقی دریاها به

^۱. Office of the Staff Judge Advocate. "General Principles of the Law of the Sea", *International Law Studies*, Volume 97, Issue 27, 2021, P 28.

^۲. طبق قاعده شماره ۵۳ دستورالعمل: «عملیات‌های سایبری در آب‌های مجمع‌الجزایری باید با رژیم حقوقی مجری در آنجا سازگار باشند».

^۳. مطابق با قاعده ۵۱ دستورالعمل: «در رابطه با شناورهای مستقر در منطقه مجاور دولت ساحلی، آن دولت می‌تواند به منظور پیشگیری از یا مقابله با نقض قوانین مالی، مهاجرتی، بهداشتی یا گمرکی در قلمرو یا دریای سرزمینی خویش و از جمله نقض‌های ارتکاب‌یافته از طریق ابزارهای سایبری، از ابزارهای سایبری استفاده نماید».

^۴. پیرو قاعده ۴۷ دستورالعمل: «دولتی که در منطقه انحصاراً اقتصادی دولتی دیگر به انجام عملیات‌های سایبری دست می‌زند، باید در اعمال حقوق و تکالیف خویش توجه مقتضی را به حقوق و تکالیف آن دولت در منطقه ذی‌ربط مبذول دارد و عملیات‌های سایبری مربوط می‌بایست برای اهداف صلح‌آمیز انجام پذیرند، مگر اینکه در حقوق بین‌الملل به گونه‌ای دیگر مقرر شده باشد».

بایسته یادکرد است که به باور ما، به‌رغم تداول استفاده از «انحصاری» درخصوص این منطقه در نوشتگان حقوقی فارسی، به کارگیری «انحصاراً» دست‌کم از دو لحاظ دقیق‌تر و درست‌تر است. یکم اینکه استفاده از انحصاری موجب شده است برخی با بی‌دقتی، گاه ترکیب‌های «اقتصادی انحصاری»، «انحصاری-اقتصادی» و ... را به کار ببرند، حال آنکه استفاده از «انحصاراً» می‌تواند به این تشتت پایان دهد. دوم آنکه، چون حقوق دولت ساحلی در این منطقه کاملاً از جنس اقتصادی است، «انحصاراً» بهتر می‌تواند این نکته را مشخص سازد. ضمن اینکه ترجمه صفت به قید و در کل تغییر نقش دستوری واژگان در زبان مقصد، از لحاظ فن ترجمه نادرست نیست و بلکه گاه ضرورت دارد.

^۵. بر اساس قاعده ۵۲ دستورالعمل: «عملیات‌های سایبری در تنگه‌ای که برای دریانوردی بین‌المللی به کار می‌رود، باید با حق عبور ترانزیت سازگار باشند».

^۶. براونلی، یان، *اصول حقوق بین‌الملل عمومی* (ویرایش: جیمز کرافورد)، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم: دانشگاه مفید، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۳۷۱.

^۷. شاو، ملکم ناتان، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه محمدحسین وقار، تهران: اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۳۴.

^۸. چرچیل، رابین و آلن لو، *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه بهمن آقایی، تهران: گنج دانش، چاپ دهم، ۱۴۰۰، صص ۱۱۴-۱۰۷.

سال ۱۵۹۰ برمی‌گردد. بحث‌ها و اختلافات بین‌المللی بر سر تعیین مرزهای دریایی بود که باعث شد حقوق بین‌الملل دریاها ایجاد شود.^۱ به‌طور خلاصه، این منطقه به این منظور مورد شناسایی قرار گرفته است که دولت ساحلی را قادر می‌سازد تا لایه‌ای از حفاظت از منافع ملی خود را در بخش‌های دریایی مرتبط با سرزمین خویش اعمال کند.^۲ رژیم حقوقی حاکم بر عبور از دریای سرزمینی، تابع عبور بی‌ضرر^۳ است و اصولاً کشتی‌های تمامی کشورها، اعم از ساحلی یا بدون ساحل، بدون تفاوت از حیث نوع کشتی، از حق عبور در منطقه برخوردارند.^۴ عبور بی‌ضرر، قاعده‌ای قدیمی و عرفی است که در حقوق بین‌الملل دریاها به رسمیت شناخته شده و در کنوانسیون دریای سرزمینی و منطقه نظارت ۱۹۵۸ و به‌طور خاص در بخش سوم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، از ماده ۱۷ تا ۳۲، پذیرفته شده است.^۵

دستورالعمل، قاعده ۴۸ خود را به بحث دریای سرزمینی اختصاص داده است. این قاعده با عنوان «عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی» چنین بیان می‌دارد: «برای اینکه یک شناور ادعای عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی دولتی ساحلی داشته باشد، کلیه عملیات‌های سایبری انجام‌شده توسط شناور ذی‌ربط باید شروط بارشده بر آن حق را رعایت کنند». حق عبور بی‌ضرر برای کشورهای غیرساحلی مهم‌ترین محدودیت وارد بر حاکمیت دولت ساحلی در دریای سرزمینی است.^۶ دستورالعمل نامبرده، پیرو ماده (۳) ۲۵ کنوانسیون حقوق دریاها به بحث تعلیق عبور بی‌ضرر پرداخته و پیوند آن با عملیات‌های سایبری را مورد اشاره قرار داده است که بر پایه آن، دولت ساحلی می‌تواند در صورتی که چنین تعلیقی برای حراست از امنیت آن ضروری باشد، موقتاً عبور بی‌ضرر را در مناطقی معین به حالت تعلیق درآورد؛ تعلیق باید بدون تبعیض میان شناورهای خارجی انجام پذیرد. یک کشور می‌تواند به‌منظور انجام تمرین‌های نظامی مشتمل بر عملیات‌های سایبری، در صورتی که امکان حضور سایر شناورها موجب بروز مخاطره امنیتی سایبری باشد، موقتاً عبور را تعلیق کند.^۷ به باور ما، در اینجا می‌توان به‌روشنی اعمال موازین حقوق دریاها بر فضای سایبر و عملیات‌های سایبری از سوی کارشناسان تهیه‌کننده دستورالعمل تالین ۲ را با هدف تأمین و تضمین امنیت سایبری دولت ساحلی مشاهده کرد.

حقوق بین‌الملل دریاها روی هم‌رفته بر شانه‌های سترگ حقوق بین‌الملل عرفی استوار است.^۸ به باور کارشناسان دستورالعمل، مبانی گوناگون رفع حالت «بی‌ضرر» عبور، مقرر در ماده (۲) ۱۹ کنوانسیون حقوق دریاها بازتاب حقوق

۱. میرحیدر، ذره، بهادر غلامی و فاطمه سادات میراحمدی، «جغرافیای سیاسی و حقوق بین‌الملل دریاها»، فصلنامه پژوهش‌های جغرافیایی انسانی، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۳۳۷.

۲. Nalisha Kum, Savita. "Maritime Zones (Contiguous Zone) Regulations", A Legislation Drafting Project submitted in partial fulfillment of the requirements, for the award of the Degree of Master of Humanities, Supervisor: Norman Martinez Gutierrez, 2020, P 5.

۳. Innocent passage

۴. البته خاطرنشان می‌کنیم که مسئله حق عبور بی‌ضرر کشتی‌های جنگی از دریای سرزمینی، همچنان محل مناقشه است و میان کشورها در این زمینه اختلاف نظر جدی وجود دارد. نمونه نامدار چنین اختلافی، قانون مناطق دریایی ایران در خلیج فارس و دریای عمان، مصوب ۳۱ فروردین ۱۳۷۲ و اعتراض آمریکا به آن و به‌ویژه شرط موافقت قبلی ایران برای عبور کشتی‌های جنگی از دریای سرزمینی است. در این زمینه بنگرید به:

ممتاز، جمشید، «تفسیر دوگانه از کنوانسیون حقوق دریاها، قانون مناطق دریایی ایران و اعتراض آمریکا»، در: ممتاز، جمشید (با همکاری امیرحسین رنجبریان)، ایران و حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق: امیرحسین رنجبریان، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.

۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: گنج دانش، چاپ هفتاد و پنجم، ۱۴۰۱، ص ۲۷۷.

۶. فضائلی، مصطفی و مهدی کیخسروی، «مطالعه تطبیقی آب‌های سرزمینی و الزامات حاکم بر آن در کنوانسیون وضعیت حقوقی دریای خزر و کنوانسیون حقوق دریاها»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۲۹۶.

۷. Schmitt, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, op.cit., P 242.

۸. رسول‌پور نالکیاشری، سمیه، افشین جعفری و عبدالکریم شاحیدر، «تحدید حدود مناطق دریایی در پرتو قواعد عرفی»، مجله پژوهش‌های حقوقی میان رشته‌ای، دوره ۱، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۳۴.

بین‌الملل عرفی هستند. برای نمونه، فعالیت‌های سایبری زیر بر مبنای مادهٔ ذی‌ربط، عبور را از حالت بی‌ضرر خارج و آن را مضر می‌کنند: (۱) تهدید یا به‌کارگیری زور به‌صورت غیرقانونی از طریق ابزارهای سایبری علیه دولت ساحلی؛ (۲) مانور یا تمرینِ مشتمل بر تسلیحاتِ مبتنی بر فضای سایبر که صرفاً محدود به کشتی و سامانه‌های آن نیست؛ (۳) فعالیت‌های سایبری طراحی شده برای گردآوری اطلاعاتی که امنیت دولت ساحلی را مخدوش می‌کنند؛ (۴) تبلیغات انتشار یافته به وسیلهٔ ابزارهای سایبری که بر دفاع یا امنیت دولت ساحلی تأثیر سوء می‌گذارند؛ (۵) پرواز، فرود یا حمل هواپیما یا هر تجهیزاتِ نظامی دیگر از جمله تجهیزاتی که مبادرت به عملیات‌های سایبری می‌کنند یا قابلیت انجام عملیات‌های سایبری را دارند؛ (۶) فعالیت‌های تحقیقاتی و مطالعاتی از جمله تحقیقات یا مطالعاتی که از طریق فضای سایبر یا روش‌های تسهیل‌شده به وسیلهٔ فضای سایبر انجام می‌گیرند؛ (۷) عملیات‌های سایبری که هدف از آنها اخلاص در سامانه‌های مخابراتی یا سایر تجهیزات و تأسیسات دولت ساحلی است؛ (۸) هرگونه فعالیت سایبری دیگر که با عبور رابطهٔ مستقیم ندارد.^۱ البته طبق دستورالعمل، این فهرست حصری نیست. برای نمونه، فراهم آوردن نقاط دسترسی بی‌سیم برای یک گروه شورشی که ارتباطات آن توسط دولت ساحلی مسدود شده است نیز ممنوع خواهد بود؛ چون فعالیت مربوط آشکارا امنیت دولت ساحلی را مخدوش می‌کند.^۲ در واقع، هر اقدام سایبری که به شکلی باعث خدشه به امنیت دولت ساحلی باشد، موجب منتفی شدن سرشت بی‌ضرر عبور و موجد حق تعلیق برای کشور ساحلی می‌شود.

کارشناسان تدوین‌کنندهٔ دستورالعمل به مسئلهٔ اجرای عملیات‌های سایبری علیه دولت‌های ثالث یا بازیگران غیردولتی مستقر در آن دولت‌ها در حین عبور از دریای سرزمینی نیز پرداخته‌اند. به باور این کارشناسان، فعالیت‌های سایبری انجام‌شده در حین عبور بی‌ضرر باید به امنیت و نظم دولت ساحلی و از جمله مناسبات آن با سایر دولت‌ها و تکالیفش در قبال آنها خدشه‌ای وارد نکنند. برای نمونه، نفوذ در شبکهٔ دفاعی دولت ثالث در مغایرت با عبور بی‌ضرر خواهد بود و می‌تواند نظم حسنهٔ دولت ثالث را از رهگذر تحت‌الشعاع قرار دادن روابط آن با سایر دولت‌ها به مخاطره افکند.^۳ در مقابل، اقلیت کارشناسان به‌طور خاص با تأکید بر اینکه موضوع و هدف رژیم عبور بی‌ضرر حراست از منافع کلیدی دولت ساحلی و نه دولت‌های ثالث یا بازیگران غیردولتی است، قائل به این هستند که هر مورد را باید با توجه به اوضاع و احوال آن سنجید. عملیات‌های سایبری علیه دول ثالث یا بازیگران غیردولتی به‌صورت مستقیم با رژیم عبور بی‌ضرر تعارض پیدا نمی‌کنند. این دسته در خصوص تحت‌الشعاع قرار دادن روابط دولت ساحلی با دیگر دولت‌ها ابراز داشتند که به منظور تعیین زیان‌بار بودن یا نبودن عملیات‌های سایبری موردنظر در عمل برای نظم و امنیت دولت ساحلی، مجموعه‌ای از عوامل را باید مطرح نظر قرار داد. به‌ویژه، ماهیت عملیات‌های سایبری، میزان علنی و آشکار بودن آنها، وضعیت کنونی مناسبات میان دولت ساحلی و دولت ثالث یا بازیگران غیردولتی عواملی واجد اهمیت هستند.^۴ با توجه به اینکه عملیات‌های سایبری زیان‌بار علیه دولت‌های ثالث یا بازیگران غیردولتی می‌تواند به‌صورت غیرمستقیم فلسفهٔ عبور بی‌ضرر را مخدوش کند، نظر ما به اکثریت کارشناسان دستورالعمل تالین ۲ نزدیک‌تر است. چون به هرروی، هدف از پیش‌بینی عبور بی‌ضرر در دریای سرزمینی، ایجاد تعادلی نسبی میان امنیت و حاکمیت دولت ساحلی از یک‌سو و منابع دولت‌های غیرساحلی از سوی دیگر است و بدیهی است محدودیتِ ناشی از عبور بی‌ضرر بر حاکمیت دولت ساحلی را فقط تا زمانی می‌توان توجیه کرد که حاکمیت و امنیت دولت ساحلی از جمله از رهگذر فضای سایبر تهدید و مخدوش نشود.

1. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 242.

2. Ibid, PP 242-243.

3. Ibid, P 243.

4. Ibid.

طبق نظر کارشناسان دستورالعمل، شناورهای درحال عبور به عبور بی‌ضرر، مادامی که فعالیت‌های سایبری ایشان به آرامش، نظم و امنیت دولت ساحلی خدشه‌ای وارد نکنند، می‌توانند به فعالیت‌های سایبری ضروری برای تضمین ایمنی و امنیت خود و شناورهایشان دست بزنند. یک شناور می‌تواند در راستای تضمین اینکه زیرساخت سایبری او در معرض عملیات‌های سایبری خصمانه قرار ندارد، اقدام به پایش آن و قطعاتی را برای تعمیر آسیب‌پذیری‌ها دریافت کند. به علاوه، در صورتی که شناور مربوط هدف عملیات‌های سایبری خصمانه قرار گیرد، می‌تواند با استفاده از ابزارهای سایبری که به طریقی دیگر با رژیم‌های حقوقی بین‌المللی و عندالاقترضا دفاع از خود سازگارند، به منظور پایان بخشیدن به آنها اقدام کند.^۱ به‌عنوان مثال، اگر دولتی ساحلی مبادرت به انجام عملیات‌هایی سایبری کند که تعهد آن دایر بر عدم اختلال در عبور بی‌ضرر یک کشتی جنگی را نقض کند و از رهگذر آن مرتکب یک عمل متخلفانه بین‌المللی شود، دولت صاحب پرچم می‌تواند از طریق اقدام‌های متقابل به این عمل پاسخ دهد.^۲ در واقع، در این زمینه، یکی از اصول حقوق مسئولیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل مطرح می‌شود که براساس آن، در نبود ابردولتی سازمان‌یافته در پهنه روابط بین‌الملل، دولت زیان‌دیده از یک عمل متخلفانه ناقض تعهدی بین‌المللی می‌تواند در مقام واکنش به تخلف و نقض یادشده به اقدام متقابل دست بزند.^۳

به باور کارشناسان، هرگونه عملیات سایبری انجام‌شده از شناوری خارجی در دریای سرزمینی که واجد آثار گسترده باشد و موجب اختلال در دولت ساحلی شود، آن دولت را مستحق اعمال صلاحیت اجرایی خویش بر عرشه شناور مربوط می‌گرداند. نقض «نظم حسنه دریای سرزمینی» می‌تواند استفاده از ابزارهای سایبری برای مداخله در سامانه‌های دریانوردی دیگر شناورها در دریای سرزمینی و ایجاد اختلال در ارتباطات میان آنها یا ایستگاه‌های ساحلی ضروری برای دریانوردی ایمن را دربرگیرد.^۴ همچنین فعالیت سایبری مرتبط با قاچاق غیرقانونی مواد مخدر، مبنای دیگری را برای اعمال صلاحیت اجرایی کیفری در عرشه شناورهای خارجی در دریای سرزمینی فراهم می‌آورد. در وضعیت ارتباطات سایبری پیشی دولت در برخی شناورهای حاضر در دریای سرزمینی که بر اصول راهنمای مقرر برای ضابطان یا مجریان قانون مبتنا دارد، در صورتی که مقامات مربوط ارتباطاتی را مورد شناسایی قرار دهند که حاکی از به کار گرفته شدن شناور مربوط برای حمل غیرقانونی مواد مخدر باشند، می‌توانند به منظور تسهیل متوقف ساختن آن شناور از ابزارهای سایبری استفاده کنند.^۵ به سخنی دیگر، دولت‌ها می‌توانند فضای سایبر و امکانات آن را به‌منظور اعمال حقوق خویش در چارچوب حقوق بین‌الملل سنتی به کار گیرند و بدیهی است که این کار نباید موجب نقض حقوق دیگر کشورها و تخطی از دیگر قواعد حقوقی بین‌المللی شود.

ملهم از ماده (۲) ۲۷ کنوانسیون مونته‌گوبی، اگر پیش از ترک آب‌های سرزمینی دولت ساحلی در عرشه یک شناور متخلف فاقد مصونیت حاکمیتی جرمی مشتمل بر فعالیت سایبری رخ دهد، دولت ذی‌ربط می‌تواند به گونه‌ای که در حقوق داخلی آن مقرر شده، در حین حضور شناور مربوط در دریای سرزمینی، در عرشه آن به اعمال صلاحیت اجرایی مبادرت کند. به جز برخی استثنائات، مقامات دولت ساحلی نمی‌توانند در خصوص جرایم مشتمل بر فعالیت‌های سایبری ارتکاب یافته پیش از ورود شناورها به دریای سرزمینی، مدعی اعمال صلاحیت اجرایی بر آنها شوند. مادامی که شناور

^۱. Ibid, P 242.

^۲. Ibid, P 243.

^۳. حسن‌خانی، علی و سید جمال سیفی، «اقدامات متقابل در قبال تهدات حقوق بشری»، مجله پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

^۴. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 247.

^۵. Ibid.

ذی ربط بدون ورود به آب‌های داخلی دولت ساحلی، به عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی مبادرت کند، وضعیت از این قرار است.^۱ همچنین مستنبت از ماده ۲۸ کنوانسیون ۱۹۸۲، بر خلاف صلاحیت اجرایی کیفری، دولت ساحلی نمی‌تواند از طریق متوقف یا منحرف کردن شناورهای خارجی در حال عبور از دریای سرزمینی خویش، بر فعالیت‌های سایبری یا افراد دخیل در فعالیت‌های سایبری صلاحیت اجرایی مدنی اعمال کند. به علاوه، پیرو بند سوم همین ماده، اگرچه نمی‌توان در راستای اعمال صلاحیت مدنی بر شخص حاضر در عرشه شناور موجود در دریای سرزمینی مانع از عبور بی‌ضرر شد یا آن را متوقف کرد، این قاعده دولت ساحلی یا هر شخص حقوقی دیگر را از اقامه دعوی مدنی علیه شناور، خدمه یا یکی از مسافران در عزیمت متعاقب بازمی‌دارد. وانگهی، محدودیت وارد بر اعمال صلاحیت اجرایی مدنی بر وضعیت‌هایی که خود شناور در جریان یا با هدف عبور از دریای سرزمینی واجد تعهدات یا متحمل مسئولیت‌هایی است، اعمال می‌شود. طبق دستورالعمل، وجود اختیار یا مجوز شورای امنیت بر اساس فصل هفتم، انجام دادن عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی را مجاز می‌کند، حتی اگر آن عملیات‌ها در حالتی دیگر نقض عبور بی‌ضرر به شمار آیند.^۲ امری مهم که حکایت از جایگاه رفیع منشور ملل متحد و به‌ویژه فصل هفتم آن و در واقع تصمیمات شورای امنیت این سازمان در حقوق بین‌الملل دارد و مقررات منشور ملل متحد را در صدر تعهدات بین‌المللی دولت‌ها قرار می‌دهد.

شوربختانه مهم‌ترین معضلی که جهان امروز همچنان با آن دست به‌گریبان است، درگیری‌های مسلحانه داخلی و بین‌المللی است.^۳ نبردهای دریایی از جمله حوزه‌هایی است که تحت‌تأثیر عملیات‌های سایبری قرار گرفته‌اند و در شرح جدید کمیته بین‌المللی صلیب سرخ بر کنوانسیون دوم ژنو هم بازتاب یافته است.^۴ موضوع مهم عملیات‌های سایبری در زمان مخاصمات مسلحانه، دیگر مسئله‌ای است که تدوین‌کنندگان دستورالعمل در خصوص دریای سرزمینی به آن ورود داشته‌اند. در این زمینه، قاعده ۴۹ دستورالعمل، ذیل عنوان عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی در خلال مخاصمات مسلحانه، اعلام می‌دارد «در خلال یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی، یک دولت ساحلی بی‌طرف نمی‌تواند در رابطه با عملیات‌های سایبری در دریای سرزمینی خود، میان متخاصمان قائل به تبعیض شود».^۵ در خلال مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، حقوق جنگ دریایی و بی‌طرفی به‌جای رژیم حقوق دریاهای قابل‌اعمال در زمان صلح می‌نشیند. گفتنی است طبق ماده ۵ کنوانسیون سیزدهم لاهه راجع به حقوق و تکالیف قدرت‌های بی‌طرف در جنگ دریایی (۱۹۰۷)،^۶ حقوق بی‌طرفی که هنگامی از هنگامه جنگ و آتش سربرافراشت که جنگ از معنای آنارشی مطلق در روابط میان دولت‌های متخاصم و غیرمتخاصم دور شد،^۷ متخاصمان را از به‌کارگیری بندرگاه‌ها و آب‌های بی‌طرف به‌عنوان پایگاهی برای عملیات علیه دشمنان بازمی‌دارد. با وجود این، طبق مواد ۹ و ۱۰ کنوانسیون سیزدهم لاهه، دولت‌های ساحلی بی‌طرف می‌توانند اجازه «عبور صرف» از دریای سرزمینی خویش را به کشتی‌های جنگی متخاصمان اعطا کنند.

1. Ibid, P 247.

2. Ibid, P 248.

۳. زمانی، سید قاسم، *تأملی بر رعایت حقوق بی‌طرفی در جنگ تحمیلی عراق علیه ایران*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۵.

4. Biller, J. "Cyber Operations and the Second Geneva Convention", *International Review of the Red Cross*, Volume 10, Issues 1-2-3, 2018, P 165.

5. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 245.

6. Convention (XIII) Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War

۷. زمانی، پیشین، ص ۱۶.

۲. عملیات‌های سایبری در دریای آزاد در پرتو دستورالعمل تالین ۲

دریای آزاد، همچنان که نام آن به ذهن متبادر می‌کند، بخشی از دریاها و اقیانوس‌ها و رای مناطق تحت صلاحیت ملی است.^۱ به گفته‌ای فنی‌تر، به موجب ماده ۸۶ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، دریای آزاد به آن قسمت از دریاها و اقیانوس‌ها اطلاق می‌شود که ماورای منطقه انحصاراً اقتصادی، دریای سرزمینی یا آب‌های داخلی یک دولت و همچنین فراتر از آب‌های مجمع‌الجزایری یک کشور مجمع‌الجزایری قرار گرفته باشد. لازم به ذکر است که اعماق دریاها، اعم از بستر و زیر بستر، هرچند در دریای آزاد و در همان محدوده قرار دارند، ولی به‌عنوان منطقه^۲ تابع نظام حقوقی خاص و جدا از نظام حقوقی دریای آزاد هستند. ۶۰ درصد پهنه آبی دریاها به‌عنوان آب‌های آزاد برآورد شده است و این یعنی این میزان پهنه آبی دریاها تحت مالکیت هیچ کشوری نیست یا همه کشورهای، اعم از ساحلی و غیرساحلی و حتی بدون ساحل^۳، در آنجا حقوق برابر دارند.^۴

«آزادی دریاها»^۵ و صلاحیت محدودی که دولت ساحلی نسبت به آب‌های مجاور خود از آن برخوردار بوده، از سوی هوگو گروسیوس^۶ و در کتاب شناخته‌شده دریای آزاد^۷ مطرح شده است.^۸ گفتنی است تعلق دریاها به آزاد به همه و باز بودن آن برای تمام ملت‌ها و عدم تملک یا حاکمیت اختصاصی کشوری خاص در خصوص آن که یادگار دیدگاه گروسیوس برای روزگار کنونی حقوق دریاهاست،^۹ از سوی نخستین نویسندگان حقوق بین‌الملل در ایران نیز مورد اشاره قرار گرفته است.^{۱۰} هرچند، آزاد بودن دریاها به معنی خودسرانه عمل کردن دولت‌ها در آن نیست، بلکه حقوق بین‌الملل قواعد مختلفی را جهت حفظ محیط زیست، حفظ انواع جانداران دریایی و انضباط ترافیکی پیش‌بینی کرده است.^{۱۱} طبق ماده ۸۷ کنوانسیون حقوق دریاها، که در آن به اصل آزادی دریاها پرداخته شده است، مهم‌ترین آزادی‌های دولت‌ها در دریاها آزاد عبارت‌اند از: (۱) آزادی درینوردی؛ (۲) آزادی پرواز؛ (۳) آزادی کابل‌کشی و لوله‌گذاری؛ (۴) آزادی ساخت جزایر مصنوعی؛ (۵) آزادی ماهیگیری؛ (۶) آزادی تحقیقات علمی. در این میان، آزادی درینوردی از اصول متکی به آموزه‌های حقوق بین‌الملل عرفی و مقبول کشورهای توسعه‌یافته بوده که ضمانت اجرای خاصی ندارد. حال آنکه، میان

1. Tarigan, M. I. and Tirtamulia, T. "Strengthening International Law as a Guarantee for High Seas Fisheries Conservations", *Bian Hukum Lingkungan*, Volume 4, Issue 2, 2020, P 329.

2. Area

3. Land-locked

۴. امیدی، علی، *حقوق بین‌الملل: از نظریه تا عمل*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۸۳.

5. The freedom of the high seas

6. Hugo Grotius

7. Mare Liberum

گفتنی است که این اثر در آغاز بدون نام نویسنده منتشر شد و تنها در میانه‌های سده نوزدهم میلادی بود که مشخص شد گروسیوس نگارنده آن است. بنگرید به: ذوالعین، پرویز، *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ ششم، ۱۳۸۸، ص ۴۰۰.

۸. توحیدی، احمدرضا و ریحانه زندی، «کنکاشی در رأی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در قضیه نورستار»، *فصلنامه اقیانوس‌شناسی*، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۴۰۱، ص ۶۵.

9. Aalberts, Tanja E. and Gammeltoft-Hansen, Thomas. "Sovereignty at Sea: The Law and Politics of Saving Lives in Mare Liberum", *Journal of International Relations and Development*, Issue 17, 2014, P 240.

۱۰. نک: متین دفتری، احمد، *سیر تحول حقوق بین‌الملل دریایی: از گروسیوس تا کنفرانس‌های ژنو*، تنظیم و ویرایش: هوشنگ زندی، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۸۹؛ پیرنیا (مشیرالدوله)، حسن، *حقوق بین‌الملل*، به اهتمام محمد گلبن، تهران: دیدار، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۵۳.

۱۱. امیدی، پیشین، ص ۱۸۴.

حق آزادی دریانوردی و نظم بین‌المللی پیوندی مستقیم برقرار است. حق آزادی دریانوردی هم بر نظم بین‌المللی تأثیر می‌گذارد و هم از آن تأثیر می‌پذیرد. به همین خاطر است که طبق کنوانسیون مونته‌گوبی، دریاهای آزاد به روی همه دولت‌ها و کشتی‌های حامل پرچم‌های آنها باز است.^۱

عملیات‌های سایبری در دریای آزاد، از موضوع‌های بسیار مهم حقوق بین‌الملل کنونی به شمار می‌روند. در این زمینه، قاعده ۴۵ دستورالعمل بیان می‌دارد: «عملیات‌های سایبری در دریای آزاد تنها می‌توانند برای اهداف صلح‌آمیز انجام شوند، مگر اینکه در حقوق بین‌الملل به گونه‌ای دیگر مقرر شده باشد». قید اخیر در این قاعده به منظور تأکید بر این نکته که حقوق جنگ دریایی در سیاق یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی، پاره‌ای عملیات‌های سایبری در دریاهای آزاد را، که در دوران صلح ممنوع هستند، مجاز می‌شمارد، تعبیه شده است. به‌عنوان مثال، عملیات‌های نظامی سایبری می‌توانند در پشتیبانی از محاصره انجام شوند. به همین شکل، حمله‌ای سایبری علیه شناوری تجاری که منطقیاً اعتقادی دال بر نقض محاصره به‌وسیله آن وجود دارد، در صورتی که شناور ذی‌ربط پس از اخطار اولیه در مقابل توقیف مقاومت کند، قانونی است.^۲ به گفته‌ای دیگر، زمانی که طبق حقوق بین‌الملل استفاده از زور فیزیکی برای متوقف کردن یک عمل متخلفانه مجاز باشد، به‌کارگیری فضای سایبر و مبادرت به حمله سایبری به این منظور نیز مشروع خواهد بود.

طبق نظر گروه بین‌المللی کارشناسان دستورالعمل، هیچ منطقی برای کنار گذاشتن فعالیت‌های سایبری از دامنه مفهوم «آزادی دریاهای آزاد» مندرج در ماده ۸۷ کنوانسیون حقوق دریاهای آزاد و سایر استفاده‌های مشروع از دریاهای وجود ندارد. ملهم از ماده (ج-الف)(۱) ۸۷ کنوانسیون، در عرصه سایبر، آزادی‌های دریانوردی، پرواز بر فراز منطقه و کار گذاشتن کابل‌های زیردریایی در دریای آزاد، حائز یادکرد ویژه‌اند. برای نمونه، براساس دو آزادی نخست، هم هواپیماها و هم شناورها حق دارند مادامی که حقوق بین‌الملل مجری را نقض نکنند، بر و در دریاهای آزاد به انجام عملیات‌های سایبری دست بزنند.^۳ کارشناسان همدل بودند که عملیات‌های سایبری نظامی به خودی خود این قاعده را نقض نمی‌کنند. با وجود این، کارشناسان همچنین ابراز داشتند که در مقیاس جغرافیایی محدودتر، برخی عملیات‌های نظامی معین - از جمله عملیات‌های سایبری - می‌توانند موجب شکل‌گیری نقض تعهدی معاهداتی در رابطه با منطقه‌ای دریایی (و از جمله بخش‌هایی از دریای آزاد) گردند. نمونه این مورد، رژیم معاهده قطب جنوب^۴ است که در ماده ۱، عملیات‌های نظامی را برای طرف‌های توافق در آن منطقه ممنوع می‌کند.^۵ تنها دولت‌ها در عملیات‌های سایبری به‌وسیله این قاعده ملتزم می‌شوند. فعالیت‌های بازیگران غیردولتی در دریا ممکن است تحت عنوان یک جرم در حقوق بین‌الملل یا حقوق داخلی غیرقانونی باشند، ولی محدودیت انعکاس‌یافته در این قاعده را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهند، مگر اینکه به یک دولت قابل انتساب باشند.^۶

دامنه اقداماتی که دولت بازدیدکننده می‌تواند متعاقباً اتخاذ کند، به شرایط مربوط، از جمله اینکه کدام یک از وضعیت‌های پنج‌گانه پیش‌گفته مطرح است، بستگی دارد. به باور کارشناسان، سه مورد از مرتبط‌ترین فعالیت‌های سایبری در این زمینه دزدی دریایی، پخش غیرمجاز و تغییر متقلبانه تابعیت هستند. درخصوص «دزدی دریایی» بسان اصلی‌ترین جرم

^۱ صالحی، جواد، «آزادی دریاهای آزاد در تقابل با اعمال صلاحیت دولت ساحلی با اتکا به پرونده نوراستار در دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای»،

مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹، ص ۲۸۴.

^۲ Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 233.

^۳ Ibid, P 234.

^۴ Antarctic Treaty

^۵ Ibid.

^۶ Ibid, P 235.

تحت صلاحیت جهانی،^۱ براساس مواد ۱۰۱ و ۱۰۵ کنوانسیون مونته‌گوبی، یک کشتی جنگی یا دیگر شناوری که استحقاقاً مجوز این کار را دارد می‌تواند شناوری را که در دریای آزاد یا منطقه انحصاراً اقتصادی مبادرت به آن فعالیت غیرقانونی می‌کند توقیف و اشخاص مظنون را دستگیر کند. به این منظور، طبق ماده (الف)(۱) ۱۱۰، کشتی جنگی یا شناور مربوط می‌تواند در اعمال حق بازدید خویش به شناور هدف وارد شود. بنا به نظر کارشناسان دستورالعمل، ابزارهای سایبری می‌توانند در راستای تسهیل دزدی دریایی به کار روند. برای نمونه، آنها ممکن است برای غیرمتحرک کرن یا ناتوان کردن یک شناور در برقراری ارتباط با کشتی‌های جنگی که می‌توانند برای مساعدت او رهسپار شوند، مورد استفاده قرار گیرند. در صورت وجود دلایل منطقی برای وقوع این فعالیت‌ها یا سایر فعالیت‌های سایبری مرتبط با دزدی دریایی، حق بازدید اعمال خواهد شد.^۲ نکته‌ای که در این زمینه به ذهن می‌رسد، امکان استفاده از نظام حقوقی حاکم بر دزدی دریایی در حقوق بین‌الملل کنونی برای مبارزه با جرائمی است که امنیت سایبری را در سطح جهان به مخاطره می‌افکنند. با توجه به مسائل و دشواری‌های موجود در مسیر مقابله با حملات و فعالیت‌های مضر سایبری علیه یک کشور در مناطق خاصی از قلمروی تحت صلاحیت یا موضوع حقوق حاکمه آن دولت، استفاده از رژیم حقوقی ناظر بر دزدی دریایی و اعمال اصل صلاحیت جهانی در مقابله با مرتکبان چنین اعمالی که قطعاً به راحتی از سوی دولت قربانی حملات، قابل دستگیری و محاکمه نخواهند بود، موقعیت قابل قبول و مناسبی، حتی اگر نه کافی، برای مقابله با و ایجاد بازدارندگی در قبال ارتکاب این دست اقدامات فراهم خواهد کرد.

دیگر زمینه حق بازدید در ارتباط با عملیات‌های سایبری، به پخش غیرمجاز بازمی‌گردد. همان‌گونه که ماده (۲) ۱۰۹ کنوانسیون حقوق دریاهای اشعار دارد، «پخش غیرمجاز»^۳ با عنوان «پخش صدای رادیویی یا تصویر تلویزیونی از یک کشتی یا تأسیسات در دریاهای آزاد به قصد دریافت آن توسط عموم مردم بر خلاف مقررات بین‌المللی، به استثنای پخش درخواست‌های اضطراری» تعریف شده است.^۴ همچنین پیرو مواد (ج) ۱۱۰(۱) و (۲) ۵۸، یک کشتی جنگی یا دیگر شناوری که استحقاقاً مجاز به این کار است، مادامی که برای چنین هدفی صلاحیت داشته باشد، حق بازدید و پایان بخشیدن به پخش غیرمجاز را داراست. افزون بر این، بر پایه ماده (۳-۴) ۱۱۰ این سند برجسته مرتبط با مسائل دریاهای، چنین شناورهایی، شناورهای «هر دولتی که آن پیام‌ها را بتوان در آنجا دریافت کرد» یا «هر دولتی که ارتباطات رادیویی مجاز آن متحمل تداخل امواج می‌گردند» را دربر می‌گیرد. طبق دستورالعمل، پدیده انتشار محتوای رادیویی و تلویزیونی از عرشه یک شناور در دریاهای آزاد یا منطقه انحصاراً اقتصادی به وسیله اینترنت، از اعمال این اقتدار در عرصه سایبر پشتیبانی می‌کند. باوجود این، کارشناسان ابراز داشتند که ممنوعیت ذی‌ربط به پخش طراحی شده برای مصرف عمومی محدود است.^۵

کارشناسان تدوین‌کننده دستورالعمل تالین ۲، درخصوص امکان یا عدم امکان اعمال حق بازدید به صورت مجازی اختلاف نظر داشتند. برخی از آنان قائل به این بودند که این «بازدید مجازی»^۶ اعمال منطقی حق سنتی بازدید است. به‌عنوان مثال، شناورهای واجد شرایط لازم می‌توانند به منظور بررسی تابعیت شناور ذی‌ربط، از طریق پایش ارتباطات یا

^۱ موسوی، سید فضل‌الله، سید مهدی موسوی و انسبه جدیدی، «چالش‌های کنونی حقوق بین‌الملل در مورد اعمال صلاحیت نسبت به دزدی دریایی»، فصلنامه پژوهش حقوق، دوره ۱۳، شماره ۳۲، ۱۳۹۰، ص ۳۶۷.

^۲ Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 236.

^۳ Unauthorized broadcasting

^۴ Ibid, PP 236-237.

^۵ Ibid, PP 237.

^۶ Virtual visit

تفتیش زیرساخت سایبری آن از راه دور، زمانی که شک مربوط به مبادرت شناور ذی ربط به فعالیت‌های مقرر در این قاعده کماکان به قوت خود باقی است، از ابزارهای سایبری استفاده کنند. اینان قائل به این بودند که بازدید مجازی درباره بازدید فیزیکی مداخله‌گری کمتری دارد و بنابراین به درستی ذیل مفهوم «حق بازدید» قرار می‌گیرد.^۱ به علاوه، ایشان ابراز داشتند که تفتیش مجازی با موضوع و هدف حق بازدید سازگار است و ماده ۱۱۰ کنوانسیون حقوق دریاها، ابزارهایی را که برای انجام بازدید مورد استفاده قرار می‌گیرند محدود نمی‌کند. کارشناسان خاطرنشان کردند که اگر بتوان حق بازدید را هم به صورت فیزیکی و هم به شکل مجازی اعمال کرد، توانایی انجام بازدید مجازی به حق مبادرت به بازدید فیزیکی خدشه‌ای وارد نمی‌کند.^۲ در واقع، می‌توان گفت مهم تحقق هدف بازدید مهم است و نه نوع آن و البته چنان که گفته‌اند، این حق باید بر پایه زمین‌های متقن درباره سوءظن به تابعیت کشتی اعمال شود.^۳ این مورد و البته بسیاری موارد دیگر که در سرتاسر دستورالعمل تالین ۲ قابل مشاهده است، نشان از این واقعیت دارد که فضای سایبر را نباید قلمرویی جداگانه در کنار چهار قلمرو زمین، دریا، هوا و فضای ماورای جو برای فعالیت‌های انسانی به‌شمار آورد؛ بلکه می‌بایست قواعد چهار قلمرو ذی ربط را، البته با نظر داشت ویژگی‌های فضای سایبر بر این فضا بار کرد.

به باور دیگر کارشناسان تدوین‌کننده دستورالعمل، بازدید مقرر در ماده (۲) ۱۱۰ پس از واریسی اسناد شناور نوعی از واریسی است که «در عرشه کشتی» رخ می‌دهد و تسری تفتیش به شکلی که ابزارهای سایبری را دربر گیرد، با نص صریح ماده ذی ربط مغایرت دارد. از این رو، آنان امکان اعمال حق انجام بازدید مجازی را رد کردند. افزون بر این، ایشان بر این موضع بودند که احتمال می‌رود تفتیش مجازی درباره انجام تفتیش اسناد در عرشه کشتی سطح مداخله‌گری بیشتری باشد، زیرا دسترسی به اطلاعاتی بیش از آنچه برای بررسی تابعیت ضروری است را شامل می‌شود. اگر بازدید به دسترسی به اطلاعاتی که ذیل حق بازدید مشمول تفتیش فیزیکی هستند محدود باشد، این کارشناسان قانونی بودن اعمال حق بازدید به شکل مجازی را به رسمیت خواهند شناخت.^۴ بایسته یادکرد است که طبق دستورالعمل، این قاعده به سایر مبانی موجود در حقوق بین‌الملل برای وارد شدن به یک شناور همچون رضایت دولت صاحب پرچم یا مجوز شورای امنیت ملل متحد خدشه‌ای وارد نمی‌کند.^۵ گفتنی است در خصوص فقره اخیر، یعنی بازدید از شناورها و کشتی‌ها در دریای آزاد، می‌توان به مجوز شورای امنیت برای بازرسی از شناورهای مشکوک به حمل تسلیحات غیرقانونی به سواحل لیبی اشاره کرد.

نتیجه‌گیری

اهمیت تقویت حاکمیت قانون در روابط بین‌الملل را با شناسایی سه عنصر اساسی ذاتاً مرتبط و تقویت‌کننده می‌توان مورد تأکید قرار داد: اول، مجموعه قوانین به‌خوبی توسعه‌یافته؛ دوم، مجموعه‌ای از نهادهای توسعه‌یافته برای اعمال چنین قوانینی به شیوه‌ای منصفانه و منسجم؛ سوم، نگرش مثبت جامعه بین‌المللی درباره حاکمیت قانون. حقوق کشورهای ساحلی برای تنظیم و بهره‌برداری از مناطق مختلف دریاهای تحت صلاحیت خود یکی از پایه‌های حقوق بین‌الملل دریاهاست. این حقوق باید با آزادی دریانوردی و دسترسی به منابع خارج از کنترل دولت - آزادی دریاها - متعادل شود.

^۱. Ibid, P 238.

^۲. Ibid.

^۳. چرچیل و لو، پیشین، ص ۲۶۱.

^۴. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op.cit., P 239.

^۵. Ibid.

فضای سایبر و فناوری‌های جدید سکه‌ای دو روی‌اند که هم فرصت‌هایی را برای انسان و زندگی او و دولت‌ها فراهم می‌آورند و هم چالش‌هایی را فراروی آنان قرار می‌دهند. فعالیت‌های انجام‌شده در فضای سایبر و از جمله انجام دادن عملیات‌های سایبری یکی از چالش‌های نوپدید در عرصه‌های فنی، سیاسی و حقوقی است. در این میان، بحث عملیات‌های سایبری در مناطق گوناگون دریایی از مسائل مهم پیش‌روی سیاستمداران و حقوق‌دانان است. فضای سایبر را نمی‌توان قلمرویی جداگانه همچون زمین، دریا، هوا یا فضای ماورای جو دانست. بلکه بستری است که انسان‌ها و دولت‌ها با استفاده از آن در قلمروهای چهارگانه پیش‌گفته مبادرت به انجام فعالیت‌های خود می‌کنند. بر این پایه، از چشم‌انداز حقوق بین‌الملل، موازین ناظر بر قلمروهای یادشده بر فعالیت‌های سایبری انجام‌پذیرفته در آن مناطق حکومت دارند و اعمال می‌شوند. بررسی موازین حاکم بر انجام عملیات‌های سایبری در دو منطقه دریایی دریای سرزمینی و دریای آزاد نشان از آن دارد که با تفاوت‌هایی اندک، فعالیت‌های سایبری این مناطق می‌بایست با اصول و قواعد کلی حاکم بر آنها از منظر حقوق بین‌الملل سازگار باشند. در واقع، کارشناسان تدوین‌کننده دستورالعمل، با باوری راسخ به عرفی بودن بیشتر موازین کنوانسیون ۱۹۸۲، قواعد مربوط به مناطق دریایی را با الهام از این سند حقوقی برجسته که به حق «قانون اساسی دریاها» نام گرفته است، تنظیم کرده‌اند. به نظر می‌رسد اگرچه دستورالعمل راجع به حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر عملیات‌های سایبری، تدوین گروه کارشناسان بین‌المللی وابسته به مرکز عالی پدافند مشترک سایبری ناتو است و هم‌اکنون سندی الزام‌آور شمرده نمی‌شود، نمی‌توان از امکان عرفی بودن یا دست‌کم شدن آن برای دولت‌ها به آسانی گذر کرد. از این‌رو، بایسته است قواعد و مباحث آن مورد بررسی موشکافانه قرار گیرند و ضمن نظرداشت آن در تدوین راهبردهای پدافند سایبری کشور در فعالیت‌های سایبری و اقدامات مرتبط با عملیات‌های سایبری علیه کشورمان، مورد توجه مقامات و مسئولان امر جمهوری اسلامی ایران واقع شوند. اهمیت این امر از آنجا روشن‌تر می‌شود و بایستگی برنامه‌ریزی بلندمدت در خصوص آن دوچندان می‌شود که حملات سایبری رخ‌نموده در چند سال اخیر علیه تأسیسات هسته‌ای و زیرساخت‌های سایبری کشورمان را به یاد آوریم.

منابع

کتاب

۱. امید، علی، *حقوق بین‌الملل: از نظریه تا عمل*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۲. براونلی، یان، *اصول حقوق بین‌الملل عمومی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، (ویرایش: جیمز کرافورد)، قم: دانشگاه مفید، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۳. پیرنیا (مشیرالدوله)، حسن، *حقوق بین‌الملل*، (به اهتمام محمد گلبن)، تهران: دیدار، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۴. چرچیل، رابین و آلن لو، *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه بهمن آقایی، تهران: گنج دانش، چاپ دهم، ۱۴۰۰.
۵. ذوالعین، پرویز، *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ ششم، ۱۳۸۸.
۶. زمانی، سید قاسم، *تأملی بر رعایت حقوق بی‌طرفی در جنگ تحمیلی عراق علیه ایران*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۷. شاو، ملک‌ناتان، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه محمدحسین وقار، تهران: اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، چاپ هفتاد و پنجم، ۱۴۰۱.
۹. متین دفتری، احمد، *سیر تحول حقوق بین‌الملل دریایی: از گروسیوس تا کنفرانس‌های ژنو*، (تنظیم و ویرایش: هوشنگ زندی)، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷.

مقاله

۱۰. توحیدی، احمدرضا و ریحانه زندی، «کنکاشی در رأی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در قضیه نورستار»، فصلنامه *اقتصادشناسی*، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۴۰۱.
۱۱. حسن‌خانی، علی و سید جمال سیفی، «اقدامات متقابل در قبال تعهدات حقوق بشری»، *مجله پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ۱۳۹۶.
۱۲. رسول‌پور نالکباشری، سمیه، افشین جعفری و عبدالکریم شاحیدر، «تحدید حدود مناطق دریایی در پرتو قواعد عرفی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی میان‌رشته‌ای*، دوره ۱، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۱۳. رنجبر، علیرضا و علی گرشاسبی، «موانع بنیادین فراروی تدوین حقوق بین‌الملل حاکم بر حملات سایبری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹.
۱۴. شایگان، فریده و سید حامد صفوی کوهساره، «عملیات سایبری به مثابه توسل به زور»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۱۵. صالحی، جواد، «آزادی دریاها در تقابل با اعمال صلاحیت دولت ساحلی با اتکا به پرونده نوراستار در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۷، شماره ۶۳، ۱۳۹۹.
۱۶. فضائی، مصطفی و مهدی کیخسروی، «مطالعه تطبیقی آب‌های سرزمینی و الزامات حاکم بر آن در کنوانسیون وضعیت حقوقی دریای خزر و کنوانسیون حقوق دریاها»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰.
۱۷. ممتاز، جمشید، «تفسیر دوگانه از کنوانسیون حقوق دریاها، قانون مناطق دریایی ایران و اعتراض امریکا»، در: ممتاز، جمشید (با همکاری امیرحسین رنجبریان)، *ایران و حقوق بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق: امیرحسین رنجبریان، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۱۸. موسوی، سید فضل‌الله، سید مهدی موسوی و انسیه جدیدی، «چالش‌های کنونی حقوق بین‌الملل در مورد اعمال صلاحیت نسبت به دزدی دریایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، دوره ۱۳، شماره ۳۲، ۱۳۹۰.
۱۹. میرحیدر، دُرّه، بهادر غلامی و فاطمه سادات میراحمدی، «جغرافیای سیاسی و حقوق بین‌الملل دریاها»، *فصلنامه پژوهش‌های جغرافیایی انسانی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۳.

References

Books

1. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (Edition: James Crawford)*, Translated by: Mohammad Habibi Mojandeh, Qom: Mofid University, First Edition, 2017. (in Persian)
2. Churchill, Robin and Allen Lowe, *International Law of the Sea*, Translated by: Bahman Aghaie, Tehran: Ganj-e-Danesh, 10th edition, 2021. (in Persian)
3. Delerue, François. *Cyber Operations and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
4. Lemieux, Frederic (ed.). *Current and Emerging Trends in Cyber Operations: Policy, Strategy and Practice*, London: Palgrave Macmillan, 2015.
5. Matin Daftari, Ahmad, *Evolution of International Law of the Sea: From Grotius to Geneva Conferences*, (Setting and Editing: Houshang Zandi), Tehran: Ganj-e-Danesh, First Edition, 2008. (in Persian)
6. Omidi, Ali, *International Law: From Theory to Practice*, Tehran: Mizan, Second Edition, 2015. (in Persian)

7. Pir-Nia (MoshiroDouleh), Hassan, *International Law*, (by effort of Mohammad Golban), Tehran: Didar, First Edition, 2006. (in Persian)
8. Roscini, Marco. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
9. Schmitt, Michael (ed.). *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
10. Schmitt, Michael (ed.). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
11. Shaw, Malcolm Natan, *International Law*, Translated by: Mohammad Hossein Vaghar, Tehran: Ettela'at, First Edition, 2010. (in Persian)
12. US Department of State. *US DoD Dictionary of Military and Associated Terms*, Available at: <https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>, Date of Release: 2021, Accessed: 21 February 2023.
13. Zamani, Sayyed Ghasem, *A Reflection on the Observance of Law of Neutrality in the War Imposed against Iran by Iraq*, Tehran: Shahr-e-Danesh, First Edition, 2001. (in Persian)
14. Ziaei Bigdeli, Mohammad Reza, *Public International Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 75th Edition, 2022. (in Persian)
15. Zol'eyin, Parviz, *Fundamentals of Public International Law*, Tehran: Publication Center of Ministry of Foreign Affairs, Sixth Edition, 2009. (in Persian)

Articles

16. Aalberts, Tanja E. and Gammeltoft-Hansen, Thomas. "Sovereignty at Sea: The Law and Politics of Saving Lives in *Mare Liberum*", *Journal of International Relations and Development*, Issue 17, 2014.
17. Barnsby, Robert and Shane Reeves, "Give Them an Inch, They'll Take a Terabyte: How States May Interpret Tallinn Manual 2.0's International Human Rights Law Chapter", *Texas Law Review*, Volume 95, 2019.
18. Biller, J. "Cyber Operations and the Second Geneva Convention", *International Review of the Red Cross*, Volume 10, Issues 1-2-3, 2018.
19. Biller, J. T. and Schmitt, N. Michael, "Classification of Cyber Capabilities and Operations as Weapons, Means, or Methods of Warfare". *International Law Studies*, Volume 95, 2019.
20. Chircop, L. "Territorial Sovereignty in Cyberspace after Tallinn Manual 2.0.", *Melbourne Journal of International Law*, Volume 20, 2019.
21. Fazaeli, Mostafa and Mehdi Keykhosravi, "A Comparative Study of Territorial Waters and Its Governing Requirements in the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea and the Convention on the Law of the Sea", *Journal of Comparative Law Review*, Volume 12, Issue 1, 2021. (in Persian)
22. Hassan-Khani, Ali and Sayyed Jamal Seyfi, "Countermeasures for Human Rights Obligations", *Journal of Public Law Research*, Volume 19, Issue 56, 2017. (in Persian)
23. Lotrionte, C. "Reconsidering the Consequences for State-Sponsored Hostile Cyber Operations Under International Law", *The Cyber Defense Review*, Volume 3, Issue 2, 2018.
24. Mir-Heydar, Dorreh, Bahador Gholami and Fatemeh Sadat Mir-Ahmadi, Political Geography and International Law of the Sea, *Human Geography Research Quarterly*, Volume 46, Issue 2, 2014. (in Persian)
25. Momtaz, Jamshid, "Dual Interpretation of Convention on Law of the Sea, Iran's Maritime Zones Act and the US Objection, In: Momtaz, Jamshid (with the cooperation of Amir Hossein Ranjbarian)", *Iran and International Law*, Translation and Research: Amir Hossein Ranjbarian, Tehran: Dadgostar, First Edition, 1997. (in Persian)

26. Mousavi, Sayyed Fazlollah, Mehdi Mousavi and Ensieh Jadidi, "Current Challenges of International a Law concerning the Jurisdiction over Piracy", *Law Research Quarterly*, Volume 13, Issue 32, 2011. (in Persian)
27. Neo, M. "The Rising Threat of Maritime Cyber-Attacks: Level of Maritime Cyber-Security Preparedness Along the Straits of Malacca and Singapore", *Sea Power Soundings*, Issue 42, 2021.
28. Office of the Staff Judge Advocate. "General Principles of the Law of the Sea", *International Law Studies*, Volume 97, Issue 27, 2021.
29. Patrick, C. "Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations", *Washington International Law Journal*, Volume 28, Issue 2, 2019.
30. Ranjbar, Alireza and Ali Garshasbi, "Fundamental Obstacles Facing the Codification of International Law Governing Cyber-Attacks", *Journal of International Law Review*, Volume 37, Issue 63, 2021. (in Persian)
31. Rasoul-Pour Nalkiashari, Somayeh, Afshin Jafari, Abdolkarim Shaheidar, "Maritime Delimitation Zones in the Framework of Customary Rules", *Journal of Interdisciplinary Legal Researches*, Volume 1, Issue 4, 2021. (in Persian)
32. Salehi, Javad, "Freedom of the High Seas in Conflict with Coastal State Jurisdiction with Reference to "Norstar" Case", *Journal of International Law Review*, Volume 37, Issue 63, 2021. (in Persian)
33. Shayegan, Farideh and Sayyed Hamed Safavi Kouhsareh, "Cyber Operations as Use of Force", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 2, 2018. (in Persian)
34. Talbot, Jensen, E. "Sovereignty and Neutrality in Cyber Conflict", *Fordham International Law Journal*, Volume 35, Issue 3, 2012.
35. Tanodomdej, P. "The Tallinn Manuals and the Making of the International Law on Cyber Operations", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Volume 13, Issue 1, 2019.
36. Tarigan, M. I. and Tirtamulia, T. "Strengthening International Law as a Guarrantee for High Seas Fisheries Conservations", *Bian Hukum Lingkungan*, Volume 4, Issue 2, 2020.
37. Towhidi, Ahamd Reza and Reyhaneh Zandi, "An Investigation into the Ruling of International Tribunal for the Law of the Sea in the Norstar Case", *Journal of Oceanography*, Volume 13, Issue 51, 2022. (in Persian)

Thesis

38. Melzer, Nils. "Cyberwarfare and International Law", *UN IDIR Resources*, 2011.
39. Nalisha Kum, Savita, "Maritime Zones (Contiguous Zone) Regulations", *A Legislation Drafting Project submitted in partial fulfillment of the requirements*, for the award of the Degree of Master of Humanities, Supervisor: Norman Martinez Gutierrez, 2020.

Instrument Sites

40. UN General Assembly; *Convention on the Law of the Sea*, 10 December 1982. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3dd8fd1b4.html/>

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Exit Agreements Affecting the Transfer of Shares to Third Parties in Venture Capital

Mohammad Soltani¹ , Amirhossein Javan Molaei²

ABSTRACT

Contractual agreements in venture capital, which are the primary sources of financing for startups, can be divided into three categories: financial, control and exit agreements. Exit agreements refer to provisions that aim to facilitate investor's access to a successful and efficient exit from a venture-backed business, which is the ultimate and most important phase of venture capital process. Among the exit agreements, two provisions directly affect the transfer of shares to third parties, which is one of the primary and common strategies of the exit of venture capitalists and the liquidity of their shares. These two provisions, which are called the "exit agreements affecting the transfer of shares to third parties in venture capital", are the "Drag-Along Right" and "Tag-Along Right". Investigating nature and function of the aforementioned contractual provisions and examining their conformity with the relevant legal rules and jurisprudential principles, reveals that despite doubts, in Iranian legal system, implementing these important and useful provisions as legitimate and specified agreements that do not conflict with imperative provisions, will not face any legal obstacle relying on the principles of freedom and validity of contracts.

KeyWords: Exit Agreements, Exit Agreements Affecting the Transfer of Shares, Transfer of Shares, Venture Capital, Exit Stage.

How to Cite: Soltani, Mohammad, Javan Molaei, Amirhossein, "Exit Agreements Affecting the Transfer of Shares to Third Parties in Venture Capital", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp: 139-156.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.231954.2518>

Received: 05/06/2023-Accepted: 26/08/2024

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

Corresponding Author Email: m_soltani@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/>).



مقاله علمی- پژوهشی

توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر

محمد سلطانی^۱، امیرحسین جوان مولایی^۲

چکیده

توافقات قراردادی در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، که منبع اصلی تأمین مالی کسب و کارهای نوپا به شمار می‌رود، به سه دسته توافقات مالی، کنترلی و خروج قابل تقسیم هستند. توافقات خروج به توافقات و شروطی اطلاق می‌شوند که با هدف تسهیل دستیابی سرمایه‌گذار به خروجی موفق و پربازده از کسب و کار سرمایه‌پذیر پیش‌بینی می‌شوند که آخرین و مهم‌ترین مرحله از فرایند سرمایه‌گذاری خطرپذیر است. از میان توافقات خروج، دو شرط به‌طور مستقیم بر نقل و انتقال و فروش سهام به اشخاص ثالث، که یکی از طرق اصلی و متداول خروج سرمایه‌گذاران خطرپذیر و نقدشوندگی سهام ایشان است، تأثیر گذارند. دو شرط مزبور که از آن‌ها تحت عنوان توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام در سرمایه‌گذاری خطرپذیر یاد می‌شود عبارت‌اند از: شرط «حق الزام سهامداران به فروش سهام» و شرط «حق پیوستن به سهامداران فروشنده». تحلیل ماهیت و کارکرد شروط قراردادی مزبور و تطبیق آن با مواد قانونی مربوطه و اصول فقهی نشان می‌دهد که علی‌رغم تردیدهای وارده، اعمال این شروط مهم و کاربردی در نظام حقوقی ایران به‌عنوان توافقاتی مشروع و معین که مغایرتی با مقررات آمره ندارند، با تکیه بر اصل آزادی اراده و اصل صحت، با مانع قانونی مواجه نخواهد بود.

کلید واژگان: توافقات خروج، توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام، انتقال سهام، سرمایه‌گذاری خطرپذیر، مرحله خروج.

استناد به این مقاله: سلطانی، محمد، جوان مولایی، امیرحسین، «توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۳۹-۱۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.231954.2518>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۵

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

ایمیل نویسنده مسئول: m_soltani@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

سرمایه‌گذاری خطرپذیر^۱ به نوعی از سرمایه‌گذاری اطلاق می‌شود که طی آن سرمایه‌گذار با ترکیب دو مؤلفه مهارت و سرمایه، با هدف دستیابی به سود و بازدهی بالا و چند برابری، از طریق سازوکار تملک سهام شرکت سرمایه‌پذیر، به تأمین مالی کسب‌وکارهای نوپا و مبتنی بر نوآوری و دارایی‌های نامشهود که دارای پتانسیل رشد چشمگیر و خلق ارزش بالا و درعین حال، ریسک شکست قابل توجه‌اند، اقدام می‌کند.^۲ این نوع از سرمایه‌گذاری که منبع مهم تأمین مالی کسب‌وکارهای نوپا تلقی می‌شود، با شناسایی فرصت‌های مطلوب سرمایه‌گذاری و ورود به کسب و کار هدف آغاز می‌شود و با نقد شدن سهام و خروج از سرمایه‌گذاری خاتمه می‌یابد. سرمایه‌گذار خطرپذیر در مرحله خروج، به منظور دریافت اصل سرمایه به همراه سود و منافع ناشی شده از پیشرفت شرکت سرمایه‌پذیر و همچنین تحصیل مزد مشارکت و خدمات مالی و غیرمالی خود در طول مدت سرمایه‌گذاری، به نقد کردن سرمایه‌گذاری^۳ و سهام خود در شرکت سرمایه‌پذیر اقدام می‌کند.^۴ از آنجا که سرمایه‌گذاران خطرپذیر عموماً از طریق دستیابی به خروجی موفق، امکان دریافت سود و عواید سرمایه‌گذاری انجام شده را دارند، مرحله خروج برای ایشان واجد اهمیت بسیار است.^۵ سرمایه‌گذاران به واسطه اهمیت مرحله خروج در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، به هنگام انجام سرمایه‌گذاری و انعقاد قرارداد سهامداران^۶ که سند تنظیم‌کننده روابط کارآفرینان و سرمایه‌گذار در شرکت سرمایه‌پذیر^۷ است، همواره بر پیش‌بینی توافقات خروج^۸ اصرار می‌ورزند.^۹ منظور از توافقات خروج، شروط و توافقاتی است که بر نقدشوندگی سهام سرمایه‌گذار در شرکت سرمایه‌پذیر و خروج آن از کسب و کار بیشترین تأثیر را دارند و خروج سرمایه‌گذار را مطابق زمان‌بندی و بازدهی مورد انتظار وی تسهیل و تسریع می‌کنند^{۱۰} که عبارت‌اند از: حق الزام سهامداران به فروش سهام^{۱۱}، حق پیوستن

1. Venture Capital or Venture-Based Investment

2. Gompers, Paul., Josh, Lerner. "The Venture Capital Revolution", *The Journal of Economic Perspectives* 15 (2), 2001, p.145; Cremades, A. *The Art of Startup Fundraising: Pitching Investors, Negotiating the Deal, And Everything Else Entrepreneurs Need to Know*. New Jersey: Wiley, 2016, p 79.

3. Cash-Out

4. Cumming, Douglas J., Sofia, A. Johan. *Venture Capital and Private Equity Contracting: An International Perspective*, Second Edition, United States: Elsevier, 2014, p 301.

5. Lemley, Mark A., Andrew, McCreary. "Exit Strategy", *Boston University Law Review* 101 (1), 2021, pp 1,6.

6. Shareholders Agreement (SHA)

۷. شایان ذکر است شرکت‌های سرمایه‌پذیر و مبتنی بر سرمایه‌گذاری خطرپذیر عمدتاً در قالب شرکت سهامی خاص تأسیس می‌شوند. به همین دلیل است که بررسی‌ها و مباحث مطروحه در پژوهش حاضر غالباً محدود به فرضی است که کسب و کار در قالب شرکت سهامی خاص تشکیل شده است. (ن.ک به بند ۱.۲)

۸. قراردادهای سهامداران اصولاً شامل سه دسته توافقات کلیدی است که عبارت‌اند از: توافقات مالی، توافقات کنترل و توافقات خروج. منظور از توافقات مالی شروط و توافقاتی است که دارای آثار مالی و اقتصادی، و تعیین‌کننده ابعاد مالی همکاری طرفین در کسب و کار است. توافقات کنترل نیز به توافقاتی اطلاق می‌شود که به کنترل و تسلط سهامداران بر تصمیم‌گیری‌ها و نقش و جایگاه ایشان در اداره کسب و کار مربوط می‌شوند (ر.ک: سلطانی، محمد و محمدطاهر اعظم‌پور، «توافقات کنترل در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۲۰۷).

9. Bussgang, J. *Mastering the VC Game; A Venture Capital Insider Reveals How to Get from Start-Up to IPO on Your Terms*. New York: Penguin Group, 2010, p 170.

10. Smith, Janet K., Richard, L. Smith. *Entrepreneurial Finance: Venture Capital, Deal Structure & Valuation*. Second Edition. United States: Stanford University Press, 2019, p 146.

11. Drag-Along Right

به سهامداران فروشنده^۱، حق بازخرید سهام^۲، تبدیل سهام ممتاز به عادی^۳ و حق ثبت سهام^۴. از میان پنج توافق مزبور، دو شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام و حق پیوستن به سهامداران فروشنده به نحو مستقیم بر نقل و انتقال و فروش سهام به اشخاص ثالث مؤثر واقع می‌شوند و بدین ترتیب در دسته‌بندی توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث جای می‌گیرند. با عنایت به آنکه فروش و انتقال سهام به اشخاص ثالث یکی از طرق اصلی و مطلوب خروج در سرمایه‌گذاری خطرپذیر است^۵ و تعداد چشمگیری از خروج‌های موفق از این طریق انجام می‌شود^۶، پیش‌بینی توافقات خروج مؤثر بر انتقال سهام در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر بسیار متداول است. با وجود این، علی‌رغم اهمیت قابل توجه توافقات خروج مؤثر بر انتقال سهام و کاربرد چشمگیر آن در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر، تاکنون پژوهشی در باب بررسی ماهیت این دسته از توافقات و امکان اعمال آن‌ها در نظام حقوقی ایران به رشته تحریر درنیامده است^۷. از این رو بر آن شدیم تا در پژوهش حاضر ضمن بررسی و مذاقه در مفهوم و کارکرد هر یک از توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، با تحلیل ماهیت توافقات مزبور و تطبیق آن با مقررات فقهی و حقوقی موجود، اعمال آن‌ها در نظام حقوقی ایران را امکان‌سنجی و بررسی کنیم. در این راستا، در قسمت اول پژوهش، شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده و در قسمت دوم، شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام بررسی و تحلیل می‌شود.

۱. حق پیوستن به سهامداران فروشنده

به منظور بررسی جامع شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده، ابتدا در بند اول به تبیین مفهوم و کارکرد این شرط پرداخته خواهد شد و سپس در بند دوم، ضمن تحلیل ماهیت شرط مزبور، قابلیت اعمال آن در نظام حقوقی ایران مورد مذاقه و امکان‌سنجی قرار می‌گیرد.

^۱. Tag-Along Right

^۲. Redemption Right

شرط حق بازخرید سهام شرطی است که به موجب آن سهامداران شرکت سرمایه‌پذیر ملتزم و متعهد به خریداری سهام سرمایه‌گذار تحت شرایط معین و توافق شده و بر مبنای قیمتی قابل تعیین در آینده می‌شوند.

^۳. Conversion Right

مطابق شرط تبدیل سهام ممتاز به عادی که ممکن است به شکل اجباری یا اختیاری در قرارداد سهامداران پیش‌بینی شود، سهام ممتاز سرمایه‌گذار با حدوث شرایط از پیش تعیین شده یا به صرف درخواست دارنده سهام، تبدیل به سهام عادی و کلیه حقوق ممتاز آن ساقط می‌شود.

^۴. Registration Right

به موجب شرط حق ثبت سهام، سهامداران شرکت سرمایه‌پذیر متعهد می‌شوند تحت شرایطی معین و به درخواست سرمایه‌گذار، تعداد معینی از سهام شرکت را نزد بورس ثبت کنند و کلیه تشریفات و اقدامات لازم برای عرضه عمومی اولیه سهام مزبور در بورس را انجام دهند.

^۵. Baumeister, Alexander., Maximilian, Muelke. "Private Equity Exits: German Trade and Secondary Sales in the Financial Crisis", *The Journal of Private Equity* 13 (3), 2010, p 48.

^۶. National Venture Capital Association, *NVCA 2022 Yearbook*, United States: National Venture Capital Association, 2022, p.38; Demaria, C. *Introduction to Private Equity, Debt and Real Assets: From Venture Capital to LBO, Senior to Distressed Debt, Immaterial to Fixed Assets*, Third Edition, United Kingdom: Wiley, 2020, p 29.

^۷. فقدان پژوهشی منسجم راجع به توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر محدود به کشور ایران نیست و حتی در کشورهای خارجی نظیر اندونزی، چک، مجارستان و غیره نیز به‌تازگی پژوهش‌هایی در باب توافقات مزبور و قابلیت اعمال آن‌ها در نظام حقوقی مربوطه انجام شده است. برای نمونه ن.ک به:

Justisiana, Rinna., Togi, Pangaribuan. "Drag-Along and Tag-Along Rights in the Perspective of Indonesian Company Law", *Sociological Jurisprudence Journal (Faculty of Law University of Indonesia)* 5 (1), 2022; Horakova, Bohuslava. "Drag-Along and Tag-Along Clauses in Shareholder Agreements-Czech Law Perspective", *Perspectives of Law in Business and Finance*, 1, 2023.

۱.۱. مفهوم و کارکرد

شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده^۱ شرطی قراردادی است که به موجب آن، سهامداری که حق مزبور به نفع وی پیش‌بینی شده است قادر می‌شود سهام خود را به سهام سهامدار یا حدنصاب معینی از سهامداران که قصد فروش سهام خود را به شخص ثالث دارند (سهامداران فروشنده)، ضمیمه کند و درصدی از سهام خود را تحت شرایط و قیمت یکسان، که به سهامداران فروشنده پیشنهاد شده است، به فروش رساند و از کسب و کار، ولو به صورت جزئی، خارج شود.^۲ به بیانی ساده‌تر، مطابق شرط پیوستن به سهامداران، سهامدارانی که شرط مزبور به نفع ایشان پیش‌بینی شده است، می‌توانند در صورتی که شرایط، قیمت و مفاد معامله فروش سهام پیشنهاد شده به سایر سهامداران را مطلوب ارزیابی کنند، ظرف مدت زمانی معین، سهام تحت مالکیت خود را به نسبت سهامداری در شرکت^۳، به معامله مزبور، که توسط سهامداران دیگر مهیا شده است، ضمیمه و از طریق انتقال به خریدار ثالث نقد کنند.

شرط پیوستن به سهامداران اصولاً به صاحبان اقلیت سهام اجازه می‌دهد که سهام خود را هم‌زمان با صاحبان اکثریت سهام در یک معامله و با شرایط مشابه به شخص ثالث منتقل و از پذیرش شرکت با ترکیب ساختاری جدید و ناخواسته اجتناب کنند.^۴ علاوه بر آن، صاحبان اقلیت سهام اصولاً به واسطه قدرت چانه‌زنی پایین‌تری که نسبت به صاحبان اکثریت سهام شرکت دارند، به فروش سهام خود به ارزش و شرایطی مشابه صاحبان اکثریت سهام موفق نمی‌شوند و فقط به کمک حق پیوستن به سهامداران فروشنده است که می‌توانند از معامله‌ای با شرایط و قیمت ایدئال، که به صاحبان اکثریت سهام و کارآفرینان به واسطه برخورداری ایشان از اکثریت سهام و قدرت مدیریتی و کنترلی پیشنهاد شده است، منتفع شوند.^۵ بنابر توضیحات مذکور، این شرط به‌طور مستقیم بر نقل و انتقال سهام سرمایه‌گذار به اشخاص ثالث مؤثر واقع می‌شود و فروش سهام توسط مشروط‌له را به واسطه حذف پیش‌نیازهایی نظیر یافتن خریدار و انجام دادن مذاکرات و چانه‌زنی تسهیل می‌کند و در مقابل، منجر به ایجاد تعهد برای سهامداران متعهد و محدود شدن حق نقل و انتقال سهام توسط ایشان به شرح مذکور در بند بعد می‌شود.

۱.۲. قابلیت اعمال در نظام حقوقی ایران

شرط پیوستن به سهامداران، در اغلب قراردادهای سهامداران و سایر قراردادهای مشابه در اکوسیستم سرمایه‌گذاری خطرپذیر در نظام حقوقی ایران^۶ و جهان از جمله نمونه قرارداد سهامداران اتاق بازرگانی بین‌المللی^۷ اصولاً به نحوی تنظیم می‌شود که ماهیتاً ایجادکننده حقی قراردادی برای سرمایه‌گذار خطرپذیر و سه تعهد معین اصلی از جنس شرط

^۱ از این پس برای رعایت اختصار، شرط پیوستن به سهامداران نامیده می‌شود.

^۲ Klonowski, D. *The Venture Capital Investment Process*. United States: Palgrave Macmillan, 2010, p 152; Bienz, Carsten, Uwe, Walz. "Venture Capital Exit Rights", *Journal of Economics & Management Strategy* 19 (4), 2010, p 1072.

^۳ Pro-Rata

^۴ Leavitt, J. M. "Burned Angels: The Coming Wave of Minority Shareholder Oppression Claims in Venture Capital Start-up Companies", *Journal of Law and Technology* 6 (2), 2012, p 235.

^۵ Horakova, op.cit., p 32.

^۶ مستند این مدعا، استقرای انجام شده بر روی قراردادهای منعقد شده توسط سرمایه‌گذاران خطرپذیر ممتاز ایران از جمله سرآوا، رهنما ونچرز، بهمن، کران، دیاموند و داوین می‌باشد.

^۷ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) با هدف پاسخگویی به نیاز اکوسیستم استارت‌آپی به مجموعه‌ای استاندارد از قراردادهای نمونه در حوزه استارت‌آپ‌ها، مجموعه‌ای را در سال ۲۰۲۱ تحت عنوان «قراردادهای نمونه اتاق بازرگانی بین‌المللی برای استارت‌آپ‌ها» عرضه کرد که یکی از مهم‌ترین نمونه قراردادهای آن نمونه قرارداد سهامداران است.

فعل بر عهده سایر سهامداران است^۱ که به ترتیب عبارت‌اند از^۲:

(۱) تعهد سهامداران به اعلام دریافت پیشنهاد تملک سهام از سوی خریدار ثالث به سرمایه‌گذار به همراه شرایط و مفاد پیشنهاد مزبور از جمله قیمت پیشنهادی و شرایط معامله. اصولاً سهامداران فروشنده شرایط و قیمت نهایی پیشنهاد شده را به سرمایه‌گذار اعلام می‌کنند و سرمایه‌گذار صرفاً در خصوص پیوستن یا عدم پیوستن به معامله پیشنهاد شده تصمیم‌گیری می‌کند و خود بنابر دلایل مشروحه در پاراگراف دوم بند ۱.۱ به چانه‌زنی و مذاکره نمی‌پردازد.

(۲) تعهد سهامداران فروشنده به مذاکره با خریدار ثالث و مهیا کردن شرایط برای پیوستن سرمایه‌گذار به معامله فروش سهام با شرایط واحد و یکسان، در صورتی که سرمایه‌گذار ظرف مدت زمانی معین، تمایل خویش مبنی بر فروش سهام به خریدار ثالث مطابق شرایط پیشنهادی را اعلام کرده باشد. در این مرحله چنانچه خریدار ثالث مایل به تملک درصد بیشتری از سهام شرکت باشد، سهام سرمایه‌گذار به همراه سهام سهامداران فروشنده به فروش می‌رسد و تعهد مقرر شده به موجب شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده ایفا می‌شود.

(۳) چنانچه خریدار ثالث تمایل یا بودجه کافی برای تملک درصد بیشتری از سهام عرضه شده را نداشته باشد، سهامداران فروشنده مکلف‌اند به منظور سهیم کردن سرمایه‌گذار در معامله فروش سهام، از فروش درصد معینی از سهام خود چشم‌پوشی کنند تا سرمایه‌گذار بتواند در معامله فروش سهام وارد شود و متناسب با نسبت سهامداری خود در شرکت، امکان فروش و انتقال سهام تا سقف مدنظر خریدار ثالث را بیابد^۳.

از آنجا که با پیش‌بینی شرط پیوستن به سهامداران و تعهدات ناشی شده از آن، حق انتقال سهام توسط عده‌ای از سهامداران در فرضی که خریدار ثالث مایل به تملک تعداد بیشتری از سهام شرکت نباشد محدود می‌شود، مهم‌ترین چالشی که ممکن است در خصوص صحت شرط پیوستن به سهامداران مطرح شود، بحث مشروعیت ایجاد محدودیت مزبور برای سهامداران متعهد است. فلذا لازم است بررسی شود که آیا در نظام حقوقی ایران اساساً امکان محدود کردن حق نقل و انتقال سهام سهامداران در شرکت سهامی خاص وجود دارد یا خیر. مستند به ماده ۴۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت، مشروط کردن نقل و انتقال سهام به موافقت هیئت‌مدیره یا مجامع عمومی صاحبان سهام در شرکت‌های سهامی

^۱. با عنایت به رویه سخت‌گیرانه اداره ثبت شرکت‌ها در ثبت امتیازات سهام ممتاز که طی آن، صرفاً ثبت دو امتیاز «حق دریافت سود بیشتر» و «حق رأی بیشتر» در سامانه مربوطه امکان‌پذیر است، در حال حاضر ثبت «حق پیوستن به سهامداران» به عنوان امتیاز سهام ممتاز ممکن نیست و صرفاً می‌توان این حق را به عنوان یک حق قراردادی پیش‌بینی کرد. با توجه به رویه سابق‌الذکر و همچنین ماهیت این حق، که به صورت موردی و به منظور رفع دغدغه خاص سرمایه‌گذار اعطا می‌شود، حق مزبور اصولاً قائم به شخص سرمایه‌گذار است و به عنوان امتیاز سهام تلقی نمی‌شود.

^۲. اتاق بازرگانی بین‌المللی، *نمونه قراردادهای اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی‌سی‌سی)* برای استارت‌آپ‌ها، ترجمه سعید حقانی، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، صص ۵۹-۶۲.

^۳. به منظور فهم دقیق‌تر وضعیت مذکور، شرکتی را فرض کنید که از ۳ سهامدار (الف)، (ب) و (ج) تشکیل شده است که به ترتیب مالک تعداد ۴۰۰، ۲۰۰ و ۴۰۰ سهم در شرکت می‌باشند و سهامدار (ج) از حق پیوستن به سهامداران فروشنده برخوردار است. حال چنانچه سهامداران (الف) و (ب)، خریداری پیدا کنند که مایل به تملک مجموعاً ۴۰۰ سهم از سهام شرکت باشند، سهامدار (ج) می‌تواند با اعمال حق خویش، به نسبت سهام خود در شرکت (۲۰ درصد)، سهام خود را به معامله فروش ضمیمه و ۸۰ سهم خود را به خریدار مزبور عرضه کند. بدین ترتیب، با اعمال حق توسط سهامدار (ج)، سایر سهامداران موفق به فروش کامل ۴۰۰ سهم خود به خریدار نمی‌شوند و صرفاً می‌توانند مجموعاً ۳۲۰ سهم را به فروش رسانند.

عام صراحتاً ممنوع اعلام شده است. ماده مزبور دارای مفهوم مخالف است و مطابق آن، برخلاف شرکت‌های سهامی عام، ایجاد محدودیت در نقل و انتقال سهام شرکت‌های سهامی خاص و مشروط کردن آن امری پذیرفته شده است.^۱ علاوه بر جواز محدود کردن انتقال سهام در شرکت‌های سهامی خاص، باید توجه داشت با پیش‌بینی شرط پیوستن به سهامداران به صورت متداول، اصولاً نقل و انتقال سهام صاحبان اکثریت سهام شرکت منوط یا مشروط به موافقت نامحدود سرمایه‌گذار نمی‌شود، بلکه سهامداران با اراده آزاد خود می‌پذیرند که تحت شرایطی خاص تعداد کمتری از سهام خود را به فروش رسانند و برای فروش باقیمانده آن، به پیدا کردن خریدار دیگری اقدام کنند. بدین ترتیب، حق نقل و انتقال سهام و خروج سهامداران از شرکت به طور کلی سلب نمی‌شود و ایشان همچنان می‌توانند سهام خود را ولو به تعداد کمتر و طی چند معامله به اشخاص ثالث منتقل کنند و از شرکت سرمایه‌پذیر خارج شوند. بنابراین، از آنجا که محدودیت ایجاد شده در اثر پیش‌بینی شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده، محدودیتی جزئی و معین است و سلب‌کننده حق نقل و انتقال سهام سهامداران به طور کلی نیست، شرط مزبور هیچ‌گونه تعارضی با ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز نخواهد داشت. محدودیت نقل و انتقال سهام ناشی شده از شرط حق پیوستن به سهامداران را از آن نظر باید جزئی دانست که اولاً، شرط مزبور صرفاً تحت شرایطی معین از جمله حصول حدنصاب لازم برای اعمال حق^۲ و آن هم در یک فرض خاص که طی آن، سرمایه‌گذار خواهان پیوستن به معامله فروش باشد و خریدار قصد تملک تعداد بیشتری از سهام را نداشته باشد، ممکن است فقط مانع از انتقال بخشی از سهام سهامداران فروشنده شود؛ ثانیاً شرط مزبور و محدودیت ناشی شده از آن، اصولاً محدود به مدت زمانی معین می‌شود؛ ثالثاً، این شرط هیچ‌گاه مانع از انتقال کلیه سهام سهامداران متعهد نمی‌شود، بلکه سهامداران فروشنده در هر حال می‌توانند بخشی از سهام خود را به فروش برسانند و برای مابقی آن معامله جدیدی منعقد کنند. با توجه به جزئی بودن محدودیت ایجاد شده، شرط مزبور تعارضی با مقتضای مالکیت صاحبان سهام، ماده ۳۰ قانون مدنی و اصل تسلیط ندارد؛^۳ چرا که تحدید جزئی حق مالکیت توسط مالک به موجب توافقات قراردادی امری پذیرفته شده است.^۴

بنابر تحلیل انجام شده درباره ماهیت شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده، مشخص می‌شود تعهدات مزبور همگی تعهداتی مقدور و از جنس شرط فعل‌اند و تعهد به فعل ثالث نیز تلقی نمی‌شوند. چراکه در تعهدات مزبور، کارآفرینان تعهدی مبنی بر تملک سهام سرمایه‌گذار توسط خریدار ثالث نمی‌دهند. در ضمن، شرط قراردادی حق پیوستن به سهامداران فروشنده، هیچ‌گونه تعهدی برای خریدار ثالث نیز ایجاد نمی‌کند و خریدار حق دارد ایجاب جدید سهامداران فروشنده را آزادانه رد کند. افزون بر مراتب مذکور، شرط حق پیوستن به سهامداران شرطی معلوم و معین، نافع و مشروع است و همچنین خلاف مقتضای ذات عقد و یا شرطی مجهول، که منجر به جهل به عوضین قرارداد شود، نیز تلقی

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*، جلد ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۴، صص ۷۹ و ۱۰۲.

۲. اگرچه به طور متداول و مرسوم، اعمال حق پیوستن به سهامداران از سوی سرمایه‌گذار منوط به حصول حدنصابی معین می‌شود، اما در فرض عدم مشروط بودن اعمال حق به حصول حدنصاب معین نیز شرط مزبور مطابق استدلال تشریح شده صحیح است و خدشه‌ای به صحت آن وارد نخواهد بود. چراکه مبنای اصلی استدلال ارائه شده جزئی بودن محدودیت ایجاد شده در اثر شرط پیوستن به سهامداران است و عدم مشروط بودن آن به حصول حدنصاب، با عنایت به سایر مؤلفه‌های معنونه، سبب کلی تلقی شدن محدودیت حادث شده نمی‌شود.

۳. حتی شورای عالی ثبت طی رأی وحدت رویه شماره ۳۱۷ مورخ ۱۳۴۲/۱۱/۳، شرط ضمن عقدی را با این مضمون که «هر گاه فرزند (منتقل‌لیه) بخواهد ملک موضوع انتقال را در زمان حیات پدرش (منتقل‌کننده) به فروش رساند، باید رضایت پدر را اخذ نماید»، علی‌رغم اطلاق و کلی بودن محدودیت حادث شده برای فروش ملک از سوی خریدار در اثر شرط صحیح تلقی کرده است. حال آنکه محدودیت ایجاد شده برای فروش سهام در اثر شرط پیوستن به سهامداران به مراتب مضیق‌تر و جزئی‌تر از شرط مذکور است.

۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷.

نمی‌شود؛ لذا در دسته‌بندی شروط باطل معرفی شده در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی جای نمی‌گیرد و شرطی معتبر در نظام حقوقی ایران قلمداد می‌شود.^۱

متعاقب اثبات صحت و اعتبار شرط پیوستن به سهامداران در نظام حقوقی ایران، نوبت به تبیین اثر این شرط می‌رسد. شرط پیوستن به سهامداران گاه ممکن است از جنس شرط فعل و واجد تعهد به فعل منفی حقوقی بر عهده سهامداران مبنی بر خودداری از فروش سهام بدون رعایت الزامات مقرر شده در شرط باشد. در این موارد، چنانچه سهامداران بدون رعایت الزامات پیش‌بینی شده از جمله لزوم مطلع کردن سرمایه‌گذار از معامله فروش پیشنهاد شده و ضمیمه کردن سهام وی به معامله در صورت اعلام تمایل، به فروش سهام خود اقدام کنند، معامله فروش صحیح است؛ اما از آنجا که تعهد منفی آنی نقض شده است و دیگر امکان اجبار متعهد وجود ندارد، مشروط‌له وفق مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ و ملاک ماده ۴۹۲ قانون مدنی حق فسخ قرارداد پایه (قرارداد سهامداران یا خرید سهام منعقد میان سهامداران و سرمایه‌گذار) و در صورت اثبات ورود ضرر، حق مطالبه خسارت خواهد داشت. به نظر می‌رسد حق فسخ قرارداد پایه ضمانت اجرای مطلوبی برای سرمایه‌گذار نباشد؛ چراکه در غالب موارد با گذشت زمان، ارزش و قیمت سهام شرکت سرمایه‌پذیر رشد کرده، اما ارزش سرمایه نقدی پرداخت شده به واسطه تورم تنزل پیدا کرده است؛ لذا فسخ قرارداد و استرداد سرمایه پرداختی فاقد توجیه اقتصادی برای سرمایه‌گذار خواهد بود. از طرف دیگر، علاوه بر پیچیدگی‌های عملی حادث شده در اثر فسخ قرارداد^۲، شروط ارزشمند و مهم متعددی در قرارداد پایه به نفع سرمایه‌گذار پیش‌بینی می‌شود که اصولاً چشم‌پوشی و گذشت از آن‌ها به واسطه نقض یک شرط، برای سرمایه‌گذار چندان قابل قبول نیست. بنابراین توصیه می‌شود در مواردی که شرط پیوستن به سهامداران به صورت شرط فعل منفی در قرارداد درج می‌شود، به منظور تأمین منافع سرمایه‌گذار و تقویت بازرندگی شرط، وجه التزام قراردادی متناسبی برای نقض تعهد به نفع سرمایه‌گذار پیش‌بینی شود.

در مقابل، گاه ممکن است شرط پیوستن به سهامداران به صورت شرط نتیجه منفی تنظیم شود و به موجب آن حق فروش سهام توسط سهامداران در فرض عدم رعایت الزامات مقرر شده در شرط، سلب شده باشد. در این فرض، از آنجا که به محض اشتراط شرط نتیجه، حق فروش سهام جزئاً از مشروط‌علیهم سلب شده است، در نتیجه معامله فروش سهام، که بدون رعایت الزامات شرط پیوستن به سهامداران فی‌مابین مشروط‌علیهم و خریدار ثالث منعقد شده است، غیرنافذ و تنفیذ آن در اختیار مشروط‌له خواهد بود^۳. بدین ترتیب به نظر می‌رسد، پیش‌بینی این شرط به صورت شرط نتیجه، با هدف شرط و منافع سرمایه‌گذار سازگاری بیشتری داشته باشد. سرمایه‌گذار در این فرض نیز می‌تواند به منظور تقویت بازرندگی از پیش‌بینی وجه التزام نقض تعهد بهره‌جوید.

^۱. نمونه شرط استاندارد و مختصر شرط پیوستن به سهامداران به شرح ذیل است:

«چنانچه شخص ثالث پیشنهاد خرید بیش از (x) درصد از سهام شرکت را به یک یا چند سهامدار ارائه کرده باشد، سهامداران مزبور (مشروط‌علیهم) صرفاً در صورتی قادر به فروش سهام خود به خریدار خواهند بود که پیشنهاد خریدار را به اطلاع سایر سهامداران، که شرط به نفع ایشان پیش‌بینی شده است (مشروط‌له)، رسانده باشند و ایشان ظرف مدت معین شده تمایل خویش مبنی بر فروش سهام خود و پیوستن به معامله فروش را اعلام نکرده باشند. در غیر این صورت، سهامداران مشروط‌علیهم مکلف‌اند امکان فروش سهام توسط سایر سهامداران را به نسبت سهامداری ایشان در شرکت با شرایط و قیمت یکسان فراهم آورند.»

^۲. برای نمونه، پیچیدگی‌های عملی ناشی از اعمال حق فسخ در فرضی که طی آن، عده‌قلیلی از سهامداران (مشروط‌علیهم) تعهد ناشی از شرط پیوستن به سهامداران را نقض کرده‌اند و قرارداد پایه صرفاً برای ایشان فسخ می‌شود، کاملاً قابل تصور و مشهود است.

^۳. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۳: تعهدات**، تهران: مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹.

۲. حق الزام سهامداران به فروش سهام

دومین شرط از توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام به اشخاص ثالث در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام است. به سیاق گفتار قبل، طی بند اول به مفهوم و کارکرد شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام و در بند دوم ضمن تحلیل ماهیت شرط مزبور، به امکان‌سنجی اعمال این شرط در نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود.

۲.۱. مفهوم و کارکرد

حق مالکیت مهم‌ترین حق عینی است که انسان می‌تواند بر مالی داشته باشد و به صاحب آن اجازه می‌دهد منحصرأ هرگونه تصرفی در مال خود بکند و براساس ماده ۳۰ قانون مدنی و قاعده تسلیط، مانع از تصرفات و دخالت‌های دیگران در مایملک خود شود.^۱ به همین دلیل است که اساساً هیچ سهامدار یا اکثریتی حق ندارد سهامدار دیگر را به فروش سهام خود در شرکت ملزم و به حق مالکیت ایشان خدشه وارد کند، مگر آنکه مالک سهام (سهامداران شرکت) توافق صریح خود را مبنی بر تعهد به فروش سهام تحت شرایطی معین از قبل اعلام کرده باشد.^۲ سهامداران به‌طور معمول در قرارداد سرمایه‌گذاری، رضایت و تعهد خویش به فروش سهام را به موجب شرطی اعلام می‌کنند که بدان حق الزام سهامداران به فروش سهام^۳ گفته می‌شود. شرط حق الزام سهامداران شرطی قراردادی است که به موجب آن سهامداران شرکت سرمایه‌پذیر، به‌ویژه کارآفرینان، متعهد می‌شوند تا چنانچه صاحبان اکثریت معینی از سهام، تحت شرایط مشخص شده از جمله تحقق حداقل قیمت مورد توافق، وضعیت را برای فروش کامل شرکت مناسب تشخیص دادند و برای فروش سهام شرکت به خریدار ثالث تصمیم‌گیری کردند، برای فروش و انتقال سهام خود به آن خریدار اقدام کنند.^۴ بدین ترتیب، سهامداران اقلیت، که مخالف فروش شرکت‌اند، با الزام صاحبان اکثریت معینی از سهام شرکت به معامله فروش سهام به خریدار ثالث با شرایط یکسان و مشابه اضافه می‌شوند و کسب‌وکار سرمایه‌پذیر به‌طور کامل و با ارزشی به مراتب بالاتر (نسبت به فرض فروش بخشی از سهام شرکت)^۵ فروخته می‌شود.^۶ بنابراین، شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام با همراه کردن سهامداران مخالف در فروش کامل سهام شرکت به خریدار ثالث، خروج سرمایه‌گذار از طریق انتقال کامل سهام به شخص ثالث را تسهیل می‌بخشد و مانع از متوقف شدن خروج یا از دست رفتن پیشنهاد ثالث مبنی بر تملک کامل سهام شرکت به‌واسطه مخالفت صاحبان اقلیت سهام می‌شود.^۷

۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، پیشین، صص ۱۱۰-۱۱۱.

۲. Bienz and Walz, op.cit., p 1076.

۳. پس از این به اختصار شرط حق الزام سهامداران نامیده می‌شود.

۴. Ibid, p.1072; Rosplock, K. *The Complete Direct Investing Handbook: A guide for Family offices, Qualified Purchaser, and Accredited Investors*. United States: Bloomberg Press, 2017, p 187.

۵. از آنجا که با تملک صددرصدی شرکت هدف، خریدار بدون مزاحمت و حضور سهامداران سابق (ولو اقلیت) در ترکیب سهامداری و مجامع که مجوز دسترسی مستمر ایشان به اطلاعات شرکت به‌واسطه حفظ سهامداری است، قادر به کنترل کامل از شرکت می‌شود، طبیعتاً ارزشی به مراتب بالاتر برای خرید کامل شرکت برای خرید ناقص آن پیشنهاد می‌دهد. علاوه بر آن، خریداران استراتژیک، که تملک‌کنندگان اصلی شرکت‌های نوپا هستند، نیز به منظور ایجاد هم‌افزایی میان شرکت هدف و کسب و کار خود، اغلب صرفاً به دنبال تملک کامل شرکت هستند.

۶. Ramsinghani, M. *The Business of Venture Capital: Insights from Leading Practitioners on the Art of Raising a Fund, Deal Structuring, Value Creation, and Exit Strategies*, Second Edition, New Jersey: Wiley, 2021, p 343.

۷. Bienz and Walz, op.cit., p 1077.

۲.۲. قابلیت اعمال در نظام حقوقی ایران

شرط حق الزام سهامداران در قراردادهای منعقد در اکوسیستم سرمایه‌گذاری خطرپذیر کشور ایران^۱ و نمونه قراردادهای بین‌المللی^۲ به‌طور معمول به‌صورت شرط فعل و تعهد به بیع سهام در آینده بر عهده کلیه سهامداران شرکت سرمایه‌پذیر پیش‌بینی می‌شود و به موجب آن، سهامداران متعهد می‌شوند در صورتی که اکثریت معینی از صاحبان سهام شرکت (برای مثال صاحبان حداقل ۸۰ درصد سهام)، پیشنهاد خریدار ثالث مبنی بر تملک شرکت را، که اصولاً باید معادل قیمت بازاری سهام در روز فروش یا قیمت دیگری که مطابق فرمولی مشخص تعیین می‌شود، باشد، مناسب تشخیص دادند و درباره فروش شرکت به خریدار ثالث تصمیم‌گیری کردند، سهام خود را به همراه صاحبان اکثریت سهام با شرایطی یکسان به خریدار به فروش رسانند.

به منظور تحلیل صحت توافق مزبور، لازم است ابتدا بررسی شود که آیا این شرط از شرایط صحت معاملات مطابق قانون برخوردار است یا خیر. در نظام حقوقی ایران شرایط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی معرفی شده است که عبارت‌اند از: برخورداری طرفین از قصد و رضا و اهلیت قانونی، معلوم و معین بودن مورد معامله و مشروعیت جهت معامله. از میان چهار شرط مذکور، آنچه ممکن است بیش از همه در خصوص صحت توافق حق الزام سهامداران محل سوال و تردید واقع شود و لازم است مورد مذاقه بیشتر قرار گیرد، شرط معلوم و معین بودن مورد معامله است که در مواد ۲۱۶ و ۳۴۲ قانون مدنی نیز بر آن تأکید شده است. با عنایت به ماهیت شرط حق الزام سهامداران، که تعهد به بیع سهام است و مورد معامله مزبور از دو جزء مبیع و ثمن تشکیل شده است، به منظور کسب اطمینان از صحت این شرط، لازم است مبیع و ثمن معامله فروش سهام در آینده، که موضوع تعهد واقع شده است، به نحو معلوم و معین پیش‌بینی شده یا ضابطه‌ای مشخص برای تعیین آن تدارک دیده شده باشد^۳؛ چراکه وجود ابهام در هر یک از دو جزء مزبور، منجر به مبهم و غرری شدن بیع موضوع تعهد و به تبع آن بطلان کل تعهد و شرط می‌شود^۴.

در شرط حق الزام سهامداران، از آنجا که متعهدان شرط صراحتاً مکلف به فروش کلیه سهام خود در شرکت سرمایه‌پذیر می‌شوند، مبیع بیع موضوع تعهد کاملاً معلوم است؛ اما ثمن فروش سهام اصولاً به نحو مقطوع پیش‌بینی نشده و تعیین آن به آینده موکول می‌شود. پیش‌بینی ثمن سهام بیع موضوع تعهد به شکل قابل تعیین در آینده و نه به‌صورت مقطوع به هنگام انعقاد شرط، صحت این شرط را با چالش و تردید مواجه ساخته است. لذا ضروری است که در این قسمت با تفصیل بیشتر به بررسی چالش مزبور و رد یا تأیید تردید وارده پرداخته شود.

در عقدی که ثمن آن به شکل قابل تعیین در آینده مشخص شده است، طرفین به‌جای آنکه ثمن را در زمان انعقاد قرارداد به نحو مقطوع و مشخص معین کنند، ضوابط و شاخص‌هایی در قرارداد مورد پیش‌بینی قرار می‌دهند که بر مبنای آن

^۱ از جمله در قراردادهای سهامداران منعقد توسط شرکت‌های ممتاز سرمایه‌گذاری خطرپذیر نظیر سراوا، رهنما ونچرز، بهمن، کران، دیاموند، داوین.

^۲ Feld, Brad., Jason, Mendelson. *Venture Deals: Be Smarter Than Your Lawyer and Venture Capitalist*. Third Edition, New Jersey: Wiley, 2016, p 76.

^۳ برای صحت معامله وجود برخی اوصاف دیگر نظیر موجود، مملوک، مقدورالتسليم و قابل خرید و فروش بودن مبیع و ثمن نیز لازم است که درباره شرط حق الزام محل تردید و بحث نمی‌باشند.

^۴ لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله اختصاص به عقد بیع و مبیع ندارد و در خصوص ثمن و سایر عقود و تعهدات معاوضی نیز لازم‌الرعایه است (صفایی، حسین، «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹، ۱۳۹۱، ص ۴۴).

می‌توان ثمن معامله را تعیین و محاسبه کرد^۱. ضوابط تعیین ثمن به دو دسته ضابطه شخصی و ضابطه عینی قابل تقسیم است. در ضابطه شخصی، تعیین ثمن به اراده مستقیم انسانی، اعم از آنکه یکی از طرف‌های قرارداد باشد یا شخص ثالث، وابسته می‌شود و در مقابل، در ضابطه عینی یا نوعی، ثمن معامله نه با تکیه بر اراده انسانی و شخصی، بلکه براساس ضوابط و معیارهایی توافقی نظیر مظنه بوری و قیمت بازار و یا فرمول مشخص دیگری، که به توافق طرفین رسیده است، تعیین می‌شود.

اساساً درباره صحت و قابلیت اعمال عقدی، که ثمن آن به شکل مشخص و مقطوع در زمان انعقاد تعیین شده است، و همچنین در خصوص بطلان قراردادی، که ثمن آن به طور کلی نامعلوم و مجهول مانده است، از آنجا که بی‌شک منجر به غرر و جهل طرفین می‌شود، مستند به مواد ۲۱۶، ۳۴۲ و بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی تردیدی وجود ندارد^۲. در مقابل، چنین اتفاق نظر متقنی در نظام حقوقی و فقهی ایران در خصوص تأیید یا رد اعتبار معامله‌ای، که ثمن آن به شکل قابل تعیین پیش‌بینی شده است، وجود ندارد و این امر به‌ویژه در میان فقها و حقوقدانان متأخر و معاصر محل اختلاف نظر است. غالب فقهای سنتی امامیه معتقدند، از آنجا که در عقد با ثمن قابل تعیین نیز مانند عقد با ثمن نامعلوم، متعاملین در زمان انعقاد قرارداد درباره میزان مقطوع ثمن جاهل اند و نتیجتاً این امر منجر به غرری شدن معامله و تعهد می‌شود، باید با تکیه بر حدیث نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» به بطلان چنین معامله‌ای حکم داد^۳. در مقابل، آن دسته از حقوقدانان و فقهای امامیه متأخر، که قائل بر صحت معاملات با ثمن قابل تعیین در آینده هستند، این‌گونه استدلال کرده‌اند که علت اصلی باطل دانستن معاملات با ثمن نامعلوم در زمان تشکیل قرارداد، ایجاد غرر برای طرفین معامله در اثر مبهم بودن ثمن است؛ لذا چنانچه محرز شود که مجهول بودن اجمالی مورد معامله در زمان تشکیل قرارداد موجب غرر برای طرفین نمی‌شود، دلیلی بر بطلان چنین معاملاتی وجود نخواهد داشت^۴. ضابطه و معیار در تشخیص غرر و چگونگی رفع آن از معامله نیز، عرف و عادت جاری مردم است و هرگاه غرر به حدی باشد که عرفاً قابل توجه نباشد، معامله صحیح تلقی می‌شود^۵؛ چراکه غرر امری موضوعی و عرفی است که مبتنی بر سیره عقلاست، نه مبنای نقلی^۶. حال امروزه با توجه به شرایطی نظیر نرخ تورم بالا، نوسانات اقتصادی در بازارهای مختلف و در نتیجه عدم امکان پیش‌بینی دقیق قیمت در آینده، انعقاد معاملات و تعهدات بلندمدت بر پایه ثمن قابل تعیین در آینده، به امری متداول و رایج تبدیل شده است و عرف کنونی جامعه نیز هم‌راستا با نیازهای تجاری و اقتصادی، با توجه به وجود علم اجمالی به ثمن، این میزان جهل را، به‌ویژه در تعهدات بلندمدت، منجر به غرر تشخیص نداده و صحت معاملات با ثمن قابل تعیین را پذیرفته

۱. امینی، عیسی، *مطالعه تطبیقی روش‌های تعیین ثمن*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۵۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها: اعتبار و انعقاد قرارداد*، جلد ۲، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۹، ص ۱۷۸؛ شعاریان، ابراهیم، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش موانع حقوقی و فقهی-راهکارها»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵، ۱۳۹۱، ص ۹۱.

۳. الجبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، *مباحث حقوقی شرح لمعه*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۷، ص ۶۳ (بیشتر علم الثمن قدرأ و جنساً و وصفاً قبل إیقاع عقد البیع)؛ انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸هـ.ق، صص ۲۰۶-۲۰۸.

۴. داراب‌پور، مهربان، «ثمن شناور»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۱، ۱۳۷۱، ص ۲۴۹.

۵. مستنبط از ماده ۳۴۲ قانون مدنی نیز هدف از معلوم نمودن مورد معامله، از بین بردن غرر از منظر عرف با هر وسیله‌ای که باشد است. در همین رابطه استدلال شده است: «هدف از معلوم و معین نمودن مورد معامله، مسدود نمودن باب منازعه و خارج شدن معامله از صورت گروبنندی و بازی با احتمال است، فلذا نباید در معلوم کردن مورد معامله بیش از حد سختگیری کرد و حدود علم به مورد معامله را باید به عرف واگذار نمود.» (کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها: اعتبار و انعقاد قرارداد*، پیشین، ص ۱۸۶).

۶. محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۳، ص ۶۹.

است.^۱ برای نمونه، در حال حاضر در بسیاری از قراردادهای فروش کارخانه‌ای خودرو، ثمن در زمان انعقاد قرارداد معلوم نمی‌شود و ثمن قطعی در تاریخ تحویل مبیع به خریداران مشخص می‌شود.^۲ افزون بر آن، در عرف بین‌المللی و دکترین حقوقی معاصر نیز صحت معاملات با ثمن قابل تعیین در آینده امری پذیرفته شده است که گواه این مدعا می‌تواند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین باشد که مطابق ماده ۱۴ آن، پیش‌بینی ثمن بیع به شکل قابل تعیین در آینده امری پذیرفته شده است.

البته باید توجه داشت در خصوص صحت و اعتبار ثمن قابل تعیین براساس معیارهای شخصی تردیدهای بیشتری نسبت به تعیین ثمن بر پایه معیارهای عینی وارد شده است؛ چراکه برخلاف معیارهای عینی که طی آن ثمن معامله براساس فرمول‌ها و ضوابط مشخص که خارج از اراده انسانی است تعیین می‌شود، در معیارهای شخصی تعیین ثمن به‌طور مستقیم به اراده انسانی (طرفین یا اشخاص ثالث) وابسته است و میزان عدم قطعیت و پیش‌بینی‌ناپذیری ثمن و همچنین احتمال وقوع تبانی در تعیین آن بسیار بیشتر از معیارهای عینی است. به همین دلیل است که بسیاری از فقهای امامیه و اهل سنت معامله‌ای را که ثمن آن قابل تعیین براساس معیارهای شخصی باشد، متفقاً باطل و غرری دانسته‌اند.^۳ اما در مقابل، دسته‌ای از فقها و حقوق‌دانان معتقدند ارجاع تعیین ثمن به یکی از طرفین عقد یا شخص ثالث صرفاً زمانی موجب بطلان معامله می‌شود که طرفین برای شخص مزبور اختیار مطلق در تعیین ثمن پیش‌بینی کرده باشند، اما چنانچه اختیار طرف قرارداد یا شخص ثالث محدود به تعیین یا به تعبیر بهتر کشف قیمت بازاری متعارف شده باشد، با عنایت به محدود شدن اراده ثالث، افزایش قابلیت پیش‌بینی‌پذیری و در نتیجه از بین رفتن غرر، می‌توان با تکیه بر مستندات نظیر روایت صحیح‌السند «رفاعه نخاس»^۴ قائل بر صحت چنین معامله‌ای بود.^۵

از آنجا که در مانحن‌فیه، سهامداران متعهد به فروش سهام در آینده‌ای نسبتاً بلندمدت می‌شوند و با عنایت به آنکه ارزش سهام کسب‌وکارهای مبتنی بر سرمایه‌گذاری خطرپذیر و نوآوری (مبیع) به شدت دچار نوسان است و با موفقیت کسب‌وکار در بازار ممکن است به ارزشی چندصد برابر ارزش زمان انعقاد قرارداد برسد، عملاً امکان پیش‌بینی قیمت برای تعهد به فروش سهام در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد و چه‌بسا تعیین ثمن به‌طور مقطوع در این وضعیت، منجر به مغرور و متضرر شدن متعاملین شود، لذا رفع غرر ایجاب می‌کند طرفین تعهد با پیش‌بینی ضابطه‌ای معین برای تعیین ثمن در آینده، متحمل ریسک کمتری شوند و از خطر مضاعف ناشی از جهل خویش‌رهایی یابند.^۶ با توجه به تداول و رواج

^۱ صفایی، پیشین، ص ۵۷؛ آیت‌الله خویی در کتاب مصباح الفقاهه، ارجاع تعیین ثمن به قیمت بازاری (قیمت سوقیه) را با این استدلال که در چنین معامله‌ای خطر و غرر وجود ندارد، صحیح تلقی کرده‌اند (الخویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، جلد ۵، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۶۸، ص ۳۲۲).

^۲ برای نمونه ن. ک به: بخشنامه فروش شرکت ایران خودرو به شماره ۴۵۷۷ مورخ ۱۳۰/۰۱/۳۰ (البته باید توجه داشت در قراردادهای پیش‌فروش خودرو برخلاف شرط حق الزام سهامداران، خریداران از حق انصراف برخوردارند).

^۳ برای نمونه ن. ک به: النجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲۲، بیروت: نشر دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲، (۱۴۰۳ ه. ق)، ص ۴۰۶ (فلو باع بحکم احدهما أو ثالث لم یعتقد البیع بلاخلاف).

^۴ مطابق این روایت، امام صادق (ع) حکم بیعی را که تعیین ثمن آن به مشتری واگذار شده با توجه به انصراف آن به قیمت بازاری صحیح دانسته‌اند. ن. ک به: حر عاملی، محمد، *وسائل الشیعه*، جلد ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۶ ه. ق، صص ۳۶۴-۳۶۵.

^۵ یحیی پور، جمشید و مهدی الهویی نظری، «مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۸۰، ۱۳۹۱، ص ۱۳۴.

^۶ Ramsinghani, op.cit., pp 318-319.

^۷ داراب‌پور، پیشین، صص ۲۲۹-۲۳۰.

چشمگیر پیش‌بینی شرط الزام سهامداران با ثمن قابل تعیین در آینده در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر، به‌نظر می‌رسد عرف کنونی جامعه نیز که ملاک تشخیص غرر است، این میزان از علم اجمالی را دربارهٔ مورد معامله، به‌ویژه زمانی که ضابطهٔ تعیین ثمن سهام در آینده ضابطهٔ عینی نظیر قیمت بازاری سهام در روز اجرای تعهد باشد، کافی تشخیص داده است. بنابراین با عنایت به استدلال‌های معروضه درخصوص اعتبار درج ثمن به شکل قابل تعیین در آینده، می‌توان نتیجه گرفت در صورت پیش‌بینی ضوابط عینی مشخص برای تعیین ثمن در شرط حق الزام سهامداران یا تلفیق ضابطهٔ عینی و شخصی به نحوی که تصمیم‌گیری سهامداران کاشف از قیمت بازاری متعارف و محدود به آن باشد، خدشه‌ای به صحت شرط مزبور از حیث معلوم بودن مورد تعهد وارد نخواهد بود.^۱

افزون بر مراتب فوق، شرط حق الزام سهامداران از شرایط صحت مقرر در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی، که مختص شروط ضمن عقد است، نیز برخوردار است و شرطی نافع، مقدور، مشروع و موافق مقتضای ذات عقد سهامداران قلمداد می‌شود. بدین ترتیب، با توجه به برخورداری شرط حق الزام سهامداران از کلیهٔ شرایط صحت مقرر در مواد ۱۹۰، ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی و با تکیه بر اصل صحت مطابق مادهٔ ۲۲۳ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده وفق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی می‌توان نتیجه گرفت این شرط در نظام حقوقی ایران معتبر و صحیح تلقی می‌شود و اعمال آن با مانع قانونی مواجه نیست.

دربارهٔ اثر تعهد موضوع شرط حق الزام سهامداران نیز باید گفت، از آنجا که شرط مزبور موجب تعهدی از جنس شرط فعل است، در صورت تخلف هریک از سهامداران از انجام دادن تعهد موضوع شرط و عدم انتقال سهام تحت تملک خود، مستند به مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی و مادهٔ ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، دادگاه ابتدا متخلف را به انجام دادن تعهد اجبار می‌کند و در صورت استنکاف وی، با عنایت به آنکه تعهد موضوع شرط (انتقال سهام تحت تملک) از جنس تعهدات قائم به شخص نیست و اجرای آن توسط دادگاه ذیل قاعدهٔ فقهی «الحاکم ولی الممتنع» امکان‌پذیر است، دادگاه به نیابت از متعهد، سهام موضوع تعهد را، که مال معین و در ملک ملتزم است، منتقل و اسناد مربوطه را امضا می‌کند.^۲ امروزه به منظور اجرای راحت‌تر شرط حق الزام سهامداران و مواجههٔ کمتر با چالش‌های قانونی و قراردادی به شرح سابق‌الذکر، سرمایه‌گذارانی که از قدرت چانه‌زنی بالاتری برخوردارند، از سایر سهامداران وکالت رسمی و بلاعزل در فروش سهام با اسقاط حق انجام مستقل موضوع وکالت توسط موکل دریافت می‌کنند.

نتیجه‌گیری

آن‌گونه که از نظر گذشت، یکی از طرق مطلوب و متداول نقد کردن سهام و خروج در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، نقل‌وانتقال و فروش سهام به اشخاص ثالث است. پیش‌بینی دو شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام و حق پیوستن به سهامداران

^۱ نمونه شرط استاندارد حق الزام سهامداران که می‌تواند سبب رهایی از چالش‌های مشروحه شود به ترتیب ذیل است:

«در صورتی که دارندگان حداقل (X) درصد از سهام شرکت تصمیم به فروش کامل سهام شرکت به خریدار ثالث بگیرند، به شرطی که قیمت پیشنهادی ثالث برای تملک سهام، معادل قیمت بازاری روز فروش سهام، که بر اساس فرمول مورد توافق ارزش‌گذاری سهام توسط «مؤسسهٔ ارزش‌گذاری (الف)» کشف می‌شود، باشد، سایر سهامداران متعهدند به منظور تحقق فروش کامل شرکت، سهام خود را با قیمت و شرایط یکسان به خریدار ثالث عرضه نمایند.»

^۲ با استدلالی مشابه، درخصوص تخلف متعهد از دادن رهن، که تا حدودی مشابه تعهد موضوع شرط حق الزام سهامداران است، گفته شده است: «در صورتی که مال مورد رهن، معین و در ملک ملتزم باشد، خودداری مدیون از دادن رهن به طرف او حق فسخ نمی‌دهد؛ زیرا دادگاه می‌تواند به نیابت از مدیون مال را به رهن دهد و اسناد لازم را امضا کند.» (کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای آثار قرارداد**، جلد ۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۶، صص ۲۲۰-۲۲۱).

فروشنده در قرارداد سهامداران، که از آن‌ها با عنوان توافقات خروج مؤثر بر انتقال سهام یاد می‌شود، سبب تسهیل انتقال و فروش سهام توسط سرمایه‌گذار خطرپذیر به اشخاص ثالث می‌شود و بدین ترتیب، به افزایش احتمال دستیابی سرمایه‌گذار به هدف غایی خود، که همانا تحقق خروجی مطلوب از کسب و کار سرمایه‌پذیر و در نتیجه آن، دریافت سود و عواید حاصله از سرمایه‌گذاری است، می‌انجامد.

طی پژوهش حاضر، ضمن معرفی مفهوم و کارکرد شرط حق الزام سهامداران به فروش سهام و شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده، مهم‌ترین شباهت و تردیدهای وارده بر قابلیت اعمال شروط مذکور در نظام حقوقی ایران، از جمله نامعلوم بودن مورد تعهد در شرط حق الزام سهامداران و تحدید حق انتقال سهام سهامداران مشروط‌علیه در شرط حق پیوستن به سهامداران فروشنده، بررسی شد. در خصوص شرط حق الزام سهامداران محرز شد که با توجه به ماهیت این شرط، که تعهد به بیع سهام در آینده تعهدی بلندمدت است و همچنین با توجه به نوسانات شدید قیمت سهام در شرکت‌های مبتنی بر سرمایه‌گذاری خطرپذیر، عملاً امکان پیش‌بینی قیمت مقطوع برای فروش سهام در آینده ممکن نیست و چنانچه طرفین ثمن سهام موضوع تعهد را برپایه ضوابط عینی نظیر قیمت بازاری سهام در روز فروش (بر اساس فرمول‌های ارزش‌گذاری مشخص) یا تلفیقی از ضوابط عینی و شخصی به شکل قابل تعیین در آینده پیش‌بینی کنند، عرف چنین معامله‌ای را واجد غرر تشخیص نمی‌دهد و در نتیجه تردیدی از این حیث به صحت شرط حق الزام وارد نخواهد بود. در خصوص شرط حق پیوستن به سهامداران نیز، با عنایت به مفهوم مخالف ماده ۴۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت و جزئی بودن محدودیت ایجادشده برای حق انتقال سهام در شرط مزبور، شبهه ایرادشده بر صحت این شرط مردود است. در نتیجه با عنایت به استدلال‌های مشروحه در پژوهش حاضر و رد مهم‌ترین تردیدهای ایرادشده، از آنجا که شروط مزبور شروطی نافع، مقدور، معلوم و معین و موافق مقضای ذات عقد سهامداران و قواعد آمره‌اند و بدین ترتیب از کلیه شرایط صحت مقرر در مواد ۱۹۰، ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی برخوردارند، فلذا اعمال آن‌ها در نظام حقوقی ایران با تأکید بر اصل حاکمیت اراده و اصل صحت، با مانع قانونی مواجه نیست و شروطی معتبر قلمداد می‌شوند.

با توجه به کثرت و رواج پیش‌بینی توافقات خروج مؤثر بر نقل و انتقال سهام در قراردادهای سهامداران منعقد در نظام حقوقی ایران و انطباق این دو شرط با مقررات فقهی و حقوقی موجود، شایسته است مراجع قضایی و ثبتی ایران هم‌سو با بسیاری از نظام‌های حقوقی خارجی صراحتاً درباره شناسایی شروط مزبور به عنوان توافقاتی معتبر در قرارداد سهامداران، که به شدت مورد نیاز و کاربرد در زیست‌بوم سرمایه‌گذاری خطرپذیر کشورند، اقدام کنند.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. اتاق بازرگانی بین‌المللی، *نمونه قراردادهای اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی‌سی‌سی)* برای استارت‌آپ‌ها، ترجمه سعید حقانی، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
۲. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*، جلد ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۴.
۳. امینی، عیسی، *مطالعه تطبیقی روش‌های تعیین ثمن*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴.
۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳: تعهدات*، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد-ایقاع*، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، تهران: میزان، ۱۳۹۴.

۷. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها: اعتبار و انعقاد قرارداد**، جلد ۲، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
۸. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها: آثار قرارداد**، جلد ۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۹. محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۳.

مقاله

۱۰. داراب‌پور، مهرباب، «ثمن شناور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱، ۱۳۷۱، صص ۲۲۱-۲۸۳.
۱۱. سلطانی، محمد و محمدطاهر اعظم‌پور، «توافقات کنترل در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، صص ۲۰۱-۲۲۸.
۱۲. شعاریان، ابراهیم، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش موانع حقوقی و فقهی-راهکارها»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵، ۱۳۹۱، صص ۸۳-۱۲۱.
۱۳. صفایی، حسین، «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹، ۱۳۹۱، صص ۴۱-۶۱.
۱۴. یحیی‌پور، جمشید و مهدی الهویی نظری، «مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۰، ۱۳۹۱، صص ۱۱۹-۱۴۰.

پایان‌نامه

۱۵. جوان مولایی، امیرحسین، «خروج در سرمایه‌گذاری خطرپذیر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۱.

ب) عربی

کتاب

۱۶. الجبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، **مباحث حقوقی شرح لمعه**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۷.
۱۷. النجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد ۲۲، بیروت: نشر دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲ (۱۴۰۳ ه.ق.).
۱۸. انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، جلد ۴، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۸ ه.ق.
۱۹. حر عاملی، محمد، **وسائل الشیعه**، جلد ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۰. خویی، السید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، جلد ۵، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۶۸.

References

Books

1. Al-Joba'i Al-Amili, Zayn Al-Din, *Legal Discussions on Sharh Luma'a*, Tehran: Majd, 2018. (in Arabic)
2. Al-Najafi, Mohammad Hassan, *Jawahir Al-Kalam in Explaining of Islamic Sharia'a*, Volume 22, Beirut: Dar Ihya' Al-Turath Al-Arabi, 1943. (in Arabic)
3. Amini, Isa, *Comparative Study of Methods for Determining the Price*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2015. (in Persian)
4. Ansari, Morteza, *The Book of businesses*, Volume 4, Qom: Majma' al-Fikr al-Islami, 2007. (in Arabic)

5. Bussgang, J. *Mastering the VC Game; A Venture Capital Insider Reveals How to Get from Start-Up to IPO on Your Terms*, New York: Penguin Group, 2010.
6. Cremades, A. *The Art of Startup Fundraising: Pitching Investors, Negotiating the Deal, And Everything Else Entrepreneurs Need to Know*, New Jersey: Wiley, 2016.
7. Cumming, Douglas., Sofia A. Johan. *Venture Capital and Private Equity Contracting: An International Perspective*, Second Edition, United States: Elsevier, 2014.
8. Demaria, C. *Introduction to Private Equity, Debt and Real Assets: From Venture Capital to LBO, Senior to Distressed Debt, Immaterial to Fixed Assets*, Third Edition, United Kingdom: Wiley, 2020.
9. Eskini, Rabiaa, *Commercial Law: Commercial Companies*, Volume 2, Tehran: Samt, 2015. (in Persian)
10. Feld, Brad., Jason, Mendelson. *Venture Deals: Be Smarter Than Your Lawyer and Venture Capitalist*, Third Edition, New Jersey: Wiley, 2016.
11. Hurr Amili, Mohammad, *Wasa'il al-Shi'aa*, Volume 17, Qom: Al-Bayt Institute, 1985. (in Arabic)
12. International Chamber of Commerce, *Model Contracts of International Chamber of Commerce (ICC) for Startups*, Translated by: Saeed Haghani, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2021. (in Persian)
13. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts: Effects of Contract*, Volume 3, Tehran: Sahami Enteshar Company, 1997. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts: Validity and conclusion of Contract*, Volume 2, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2000. (in Persian)
15. Katouzian, Nasser, *Introductory Course in Civil Law: Assets and Ownership*, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
16. Katouzian, Nasser, *Introductory Course in Civil Law: Legal Actions: Contract-Unilateral Acts*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2016. (in Persian)
17. Khu'i, Sayyed Abu Al-Qasem, *Misbah Al-Fiqahah in Al-Mu'amalat*, Volume 5, Qom: Wijdani, 1989. (in Arabic)
18. Klonowski, D. *The Venture Capital Investment Process*, United States: Palgrave Macmillan, 2010.
19. Mohammadi, Abolhassan, *Jurisprudential Rules*, Tehran: Yalda Publishing, 1994. (in Persian)
20. National Venture Capital Association, *NVCA 2022 Yearbook*, United States: National Venture Capital Association, 2022.
21. Ramsinghani, M. *The Business of Venture Capital: Insights from Leading Practitioners on the Art of Raising a Fund, Deal Structuring, Value Creation, and Exit Strategies*, Second Edition, New Jersey: Wiley, 2021.
22. Rosplock, K. *The Complete Direct Investing Handbook: A guide for Family offices, Qualified Purchaser and Accredited Investors*, United States: Bloomberg Press, 2017.
23. Shahidi, Mehdi, *Civil Law 3: Obligations*, Tehran: Majd, 2015. (in Persian)
24. Smith, Janet K., Richard, L. Smith. *Entrepreneurial Finance: Venture Capital, Deal Structure & Valuation*, Second Edition, United States: Stanford University Press, 2019.

Articles

25. Baumeister, Alexander., Maximilian, Muelke. "Private Equity Exits: German Trade and Secondary Sales in the Financial Crisis", *Private Equity Journal*, 13 (3), 2010.
26. Bienz, Carsten., Uwe, Walz. "Venture Capital Exit Rights", *Journal of Economics & Management Strategy Journal*, 19 (4), 2010.
27. Darab-Pour, Mehrab, "Floating Price", *Legal Research Quarterly*, Issue 21, 1992. (in Persian)
28. Gompers, Paul., Josh, Lerner. "The Venture Capital Revolution", *Economic Perspectives Journal*, 15 (2), 2001.
29. Horakova, Bohuslava. "Drag-Along and Tag-Along Clauses in Shareholder Agreements-Czech Law Perspective", *Perspectives of Law in Business and Finance*, 1, 2023.

30. Justisiana, Rinna., Togi, Pangaribuan. "Drag-Along and Tag-Along Rights in the Perspective of Indonesian Company Law", *Sociological Jurisprudence Journal (Faculty of Law University of Indonesia)*, 5 (1), 2022.
31. Leavitt, J. M. "Burned Angels: The Coming Wave of Minority Shareholder Oppression Claims in Venture Capital Start-up Companies", *Law and Technology Journal*, 6 (2), 2012.
32. Lemley, Mark, A., Andrew, McCreary. "Exit Strategy", *Boston University Law Review* 101 (1), 2021.
33. Safaei, Hossein, "Another Perspective on the Criterion of Sufficiency of General Knowledge in the Object of Transaction: Interpretation of Article 216 of the Civil Code Based on the Rule of Gharar", *Legal Research Quarterly*, Issue 59, 2012. (in Persian)
34. Sho'arian, Ibrahim, "Uncertain Price in Pre-Sale Contracts, Legal and Jurisprudential Obstacles-Solutions", *Islamic Jurisprudence and Law Journal*, Issue 5, 2012. (in Persian)
35. Soltani, Mohammad and Mohammad Taher Azam-Pour, "Control Agreements in Venture Capital Contracts", *Legal Research Quarterly*, Issue 88, 2019. (in Persian)
36. Yahya-Pour, Jamshid and Mehdi Alhooei Nazari, "A Comparative Study of the Ability to Determine the Price in Iran and England Legal Systems", *The Judiciary's Law Journal*, Issue 80, 2012. (in Persian)

Thesis

37. Javan Molaei, Amir Hossein, "Exit in Venture Capital", Master's Thesis, Tehran: Faculty of Law, *Shahid Beheshti University*, 2022. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Comparative Study of the Role and Function of Cabinet Offices in Different Countries

Ali Khajeh Naieni¹, Meisam Narimani², Amir Lotfi³, Mohammad Sahebkar Khorasani⁴

ABSTRACT

One of the basic duties of the government is to make decisions in order to achieve results and realize the desired political vision. The cabinet offices, which are one of the most important institutions of the executive branch and at the same time the most unknown of them, play an essential role in the decision-making process of the executive branch and perform different roles and functions. The purpose of this research is to compare the cabinet offices in different countries from the perspective of their duties, function and structure. For this purpose, different countries with different government systems, population, culture, history and political power have been investigated. Relevant data were extracted by referring to the websites of cabinet offices or the website of the government and the executive branch and other related sources. The results show that the cabinet office has operated in different countries with different names such as the office of the board of ministers, the office of the cabinet, the government secretariat, the secretariat of the board of ministers and the general government secretariat, and from the legal point of view, the source of the creation of the organization of the cabinet office and the appointment of the secretary of the office and the determination of duties and the functions of that office are different according to the requirements of each country. Also, the main role of this office in different countries is to coordinate, monitor, control and evaluate ministries and government agencies and executive programs of the government, which is done through "Cabinet Committees" and "Inclusion of Stakeholders" as two decision-making tools.

KeyWords: Cabinet Offices, Executive Policy, Structure of Cabinet Offices, Function of Cabinet Offices

How to Cite: Khajeh Naieni, Ali, Narimani, Meisam, Lotfi, Amir, Sahebkar Khorasani, Mohammad, "Comparative Study of the Role and Function of Cabinet Offices in Different Countries", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp: 157-178.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234551.2665>

Received: 22/01/2024-Accepted: 09/03/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: naieniali@atu.ac.ir
2. Assistant Professor, Technology Studies Institute, Tehran, Iran
3. PhD., Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
4. Assistant Professor, Technology Studies Institute, 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/>).



بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف

علی خواجه نایینی^۱، میثم نریمانی^۲، امیر لطفی^۳، محمد صاحبکار خراسانی^۴

چکیده

یکی از وظایف اساسی دولت، تصمیم‌گیری به منظور دستیابی به نتایج و تحقق چشم‌انداز سیاسی مورد نظر است. دفاتر هیئت دولت که از مهم‌ترین نهادهای قوه مجریه و درعین حال ناشناخته‌ترین آنهاست، نقش اساسی را در فرایند تصمیم‌گیری قوه مجریه ایفا کرده و نقش و کارکردهای متفاوتی را ایفا می‌کنند. هدف این پژوهش بررسی مقایسه‌ای دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف از منظر وظایف، کارکرد و ساختار آن است. به این منظور، کشورهای مختلف با نظام‌های حکومتی، جمعیت، فرهنگ، تاریخ و قدرت سیاسی متفاوت مورد بررسی قرار گرفته است. داده‌های مرتبط با مراجعه به وبگاه‌های دفاتر دولت یا وبگاه دولت و قوه مجریه و سایر منابع مرتبط استخراج شدند. نتایج نشان می‌دهد دفتر هیئت دولت در کشورهای مختلف با اسامی متفاوتی مثل دفتر هیئت وزیران، دفتر کابینه، دبیرخانه دولت، دبیرخانه هیئت وزیران و دبیرخانه کل دولت فعالیت کرده و از نظر حقوقی منبع ایجادکننده تشکیلات دفتر هیئت دولت و انتصاب دبیر دفتر و تعیین وظایف و کارکردهای آن دفتر بنا به مقتضیات هر کشور متفاوت است. همچنین اصلی‌ترین نقش این دفتر در کشورهای مختلف عبارت است از هماهنگی، نظارت، کنترل و ارزیابی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های دولتی و برنامه‌های اجرایی دولت که از طریق «کمیته‌های کابینه» و «شمول ذی‌نفعان» به‌عنوان دو ابزار تصمیم‌ساز صورت می‌گیرد.

کلید واژگان: دفاتر هیئت دولت، سیاست اجرایی، ساختار دفاتر هیئت دولت، کارکرد دفاتر هیئت دولت.

استناد به این مقاله: خواجه نایینی، علی، نریمانی، میثم، لطفی، امیر، صاحبکار خراسانی، محمد، «بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۵۷-۱۷۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234551.2665>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۹

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
/ایمیل نویسنده مسئول: naieni@atu.ac.ir
۲. استادیار، پژوهشکده مطالعات فناوری، تهران، ایران
۳. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
۴. استادیار، پژوهشکده مطالعات فناوری، 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

در میان قوای سه‌گانه، قوه مجریه اصلی‌ترین نهاد در حیطة اجراست. در حقوق اساسی به کلیه افراد از نهادها و دستگاه‌ها و سازمان‌هایی که عملیاتشان جنبه اجرایی دارد، قوه مجریه اطلاق می‌شود. در مفهومی وسیع قوه مجریه به مجموعه سازوکارهایی اطلاق می‌شود که عهده دار امور اجرایی کشور است. نهادهای تأثیرگذار در قوه مجریه عبارت‌اند از پادشاه، رئیس‌جمهور یا شورا و هیئت‌مدیره‌های ملی، نخست‌وزیر، هیئت وزیران، استانداران، فرمانداران، بخشداران و کارشناسان فنی و تخصصی واحدهای اجرایی. انتخاب نخست‌وزیر، تشکیل دولت، انعقاد معاهدات در حیطة وظایف قوه مجریه است. خطی‌مشی‌گذاری و تنظیم سیاست‌های اجرایی در حوزه‌های مختلف نیز از مهمترین وظایف قوه مجریه است.^۱ مطابق فصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز که به قوه مجریه اختصاص دارد، پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد. مطابق اصل ۱۳۴، ریاست هیئت وزیران با رئیس‌جمهور است که بر کار وزیران نظارت دارد و با اتخاذ تدابیر لازم به هماهنگی ساختن تصمیم‌های وزیران و هیئت دولت می‌پردازد و با همکاری وزیران، برنامه و خط‌مشی دولت را تعیین و قوانین را اجرا می‌کند. همچنین مطابق اصل ۱۳۸، علاوه بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. اما پرسش اینجاست که چه نهادی در دولت وظیفه رهبری، هماهنگی و تصمیم‌سازی برای اتخاذ تصمیمات نهایی در هیئت دولت را برعهده دارد؟ این نهاد چه وظایف و کارکردهایی را در حوزه سیاست‌های اجرایی انجام می‌دهد؟ در پاسخ به این پرسش باید از نهادی به نام «دفتر هیئت دولت یا کابینه» نام برد که در کشورهای مختلف با نام‌های نسبتاً مشابه فعالیت می‌کند. به‌عنوان مثال در ایران، این نهاد مطابق آیین‌نامه داخلی هیئت دولت با عنوان «دفتر هیئت دولت» فعالیت کرده و کارکردهای متنوعی در فرایند تدوین سیاست‌های اجرایی و نظارت و ارزیابی سیاست‌ها بر عهده دارد. دفتر هیئت دولت با اسامی مختلفی چون دفتر هیئت وزیران، دفتر کابینه، دبیرخانه دولت، دبیرخانه هیئت وزیران و دبیرخانه کل دولت و... در کشورهای مختلف شناخته می‌شود، از مهم‌ترین نهادهای دولت (قوه مجریه) و درعین‌حال ناشناخته‌ترین آنهاست. این نهاد که در ابتدای شکل‌گیری آن عبارت بود از فردی که به‌عنوان منشی جلسات عهده‌دار ثبت و ضبط مذاکرات جلسه هیئت وزیران است به تدریج با گسترش وظایف قوه مجریه و افزایش وزارتخانه‌ها و پیچیده‌شدن کارکردهای حکومت در امر حکمرانی به دستگاهی با وظایف و کارویژه‌های متعدد، بخش‌های مختلف و تعداد کارمندان زیاد تبدیل شد. دفتر هیئت دولت به‌عنوان یک چرخ‌دنده ضروری در جریان عملکرد و ارتباطات در درون قوه مجریه و ارتباط با کل دستگاه حکومت عمل می‌کند. وظیفه اولیه دفتر دولت در تمام کشورها پشتیبانی از هیئت وزیران از طریق ارائه خدمات دبیرخانه‌ای به مانند ثبت و ضبط و بایگانی مذاکرات و صورت جلسات است، اما وظایف دفتر دولت به این موارد محدود نمی‌شود و در کشورهای مختلف طیف گسترده‌ای از وظایف و مأموریت‌ها را بر عهده دارد. اینکه «این نهاد در کشورهای مختلف چه ماهیت و ساختاری داشته و کارکردهای مختلف آن چگونه است؟» پرسشی است که در این پژوهش درصدد پاسخ‌گویی به آن هستیم.

^۱. بابایی‌مهر، علی، «قوای سه‌گانه در ایران و مسئله حقوق بشر»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، دوره ۱۴، شماره ۳، ۱۳۹۶، صص ۱-۴۷.

^۲. آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، مصوب ۱۳۶۸/۰۹/۸ و اصلاحی ۱۳۷۰/۰۲/۱۱، ۱۳۸۶/۳/۲، ۱۳۸۶/۰۹/۱۸، ۱۳۸۷/۰۸/۰۱، ۱۳۸۸/۰۹/۲۲ و الحاقی ۱۴۰۲/۳/۲۷.

۱. ماهیت سیاست اجرایی

در زبان فارسی، واژه سیاست برای دو مفهوم سیاسی و سیاست‌گذاری به کار می‌رود. در حالی که در زبان انگلیسی، برای این دو مفهوم دو واژه پالیسی^۱ و پالیتیکس^۲ به کار گرفته می‌شود. واژه پالیتیکس معطوف به علوم سیاسی و مبارزه قدرت و نفوذ یا فعالیت برای دستیابی به قدرت و نفوذ است؛ اما واژه پالیسی به حوزه مطالعاتی علوم سیاست‌گذاری عمومی اشاره دارد. در فرهنگ لغات زبان انگلیسی در برابر واژه پالیسی از واژگان متفاوتی همچون راهبرد^۳، برنامه^۴، رویکرد^۵، راهنما^۶ و برخی واژه‌های دیگر استفاده شده است که این خود نشان‌دهنده دامنه‌ای از وضعیت‌ها و سلیقه‌های متفاوت پژوهشگران در این حوزه است. مسئله‌ای مشابه نیز گریبان‌گیر زبان‌های دیگر از جمله فرانسوی، آلمانی، ایتالیایی و اسپانیایی است.^۷ پژوهشگران مختلف تعاریف متنوعی از ماهیت سیاست ذکر کرده‌اند. در یک دسته‌بندی از تعاریف، سیاست از جنس خواسته‌هاست. در واقع خواسته‌های سیاست‌گذاران که به شکل آرمان‌ها، چشم‌اندازها، اهداف و... بیان می‌شوند، سیاست محسوب می‌شوند. سیاست در این دسته از تعاریف، ماهیت کلان و انتزاعی دارد. در دسته دوم تعاریف که در مقابل تعاریف قبل قرار دارد، سیاست از جنس اقدامات عملیاتی است. فعالیت‌ها و اقدامات عملیاتی کاملاً عینی و ملموس‌اند. دسته سوم تعاریف به شکل سخت‌گیرانه‌ای، سیاست را نتایج و اثرات اقدامات در نظر می‌گیرد. اما دسته چهارم تعاریف که مورد اجماع بیشتری است، تعاریف اول و دوم را کنار هم دیده و سیاست را به‌عنوان «مجموعه اقدامات در راستای اهداف» تعریف می‌کند. هرچقدر درجه انتزاع سیاست کمتر باشد سیاست ماهیت اجرایی‌تر و عملیاتی‌تر پیدا می‌کند.^۸

۲. وضع‌کننده سیاست اجرایی

سیاست از سوی اقتدار عمومی وضع می‌شود. در واقع نهادی که از حق اعمال قدرت از سوی شهروندان برخوردار باشد می‌تواند به وضع سیاست عمومی بپردازد. مهم‌ترین تجلی این نهاد دولت است. نافذترین تعریف درباره دولت را ماکس وبر ارائه کرده است. وی در تعریف خود از دولت بر سه وجه اصلی دولت مدرن تأکید دارد که عبارت‌اند از: قلمرو سرزمینی، انحصار تملک قوه قهریه و مشروعیت^۹. به زعم وبر، دولت یک جامعه انسانی است که به گونه‌ای موفقیت‌آمیز داعیه انحصار استفاده مشروع از نیروهای مادی و امکانات و ابزار لازم برای اعمال اختیارات خود را در محدوده قلمرو معینی دارد. بنابراین مفهوم انحصار خشونت یا قهر مشروع در حقیقت بیان علمی حق حاکمیت و استقلال دولت به شمار می‌رود. براساس ماهیت و ساخت قدرت سیاسی و حقوق اساسی، تجلی عینی و مظاهر نهادهای رسمی دولت در کشورهای مختلف متفاوت است؛ هرچند در همه کشورها و پس از مباحث تفکیک قوا در عصر جدید، قوای سه‌گانه در زمره مهم‌ترین مظاهر عینی نهادهای دولت هستند.^{۱۰} در میان این قوا و براساس حقوق اساسی به کلیه نهادها، دستگاه‌ها و سازمان‌هایی که عملیاتشان جنبه اجرایی دارد، قوه مجریه اطلاق می‌شود. قوه مجریه مهم‌ترین واضع سیاست اجرایی در کشورهای مختلف است.

^۱. Policy

^۲. Politics

^۳. Strategy

^۴. Plan

^۵. Approach

^۶. Guideline

^۷. اشتربان، کیومرث، *نظریه‌های سیاست‌گذاری عمومی*، تهران: میزان، ۱۴۰۲.

^۸. خواجه‌نایینی، علی، *مبانی سیاست‌گذاری عمومی با تأکید بر ایران*، تهران: میزان، ۱۴۰۳ (در دست انتشار).

^۹. وینسنت، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، ۱۳۷۱.

^{۱۰}. بدیع، برتران و پیر بیرن بوم، *جامعه‌شناسی دولت*، ترجمه احمد نقیب‌زاده، تهران: باز، ۱۳۷۹.

۳. فرایند سیاست‌گذاری اجرایی

این موضوع که سیاست‌ها چگونه ساخته شده و با طی کردن چه مراحل خود را به منصه ظهور می‌گذارند، همواره پرسشی اساسی بوده که ذهن پژوهشگران را به خود مشغول کرده است. اینکه کدام نهاد در دولت چه مرحله‌ای را طی می‌کند تا سیاست اجرایی را تدوین کند و پس از تدوین، چه مراحل دیگری صورت می‌گیرد؟ ذیل مفهومی به نام فرایند سیاست‌گذاری اجرایی مورد بررسی قرار می‌گیرد. شناخت فرایند سیاست‌گذاری به روش‌های مختلفی ممکن است که یکی از رایج‌ترین آنها مدل چرخه‌ای یا مدل مرحله‌ای یا مدل فرایندی است. این مراحل یک طرح ذهنی‌اند که از سوی اندیشمندان مختلف به اشکال متفاوتی بیان شده که در مجموع از آن به‌عنوان مدل چرخه‌ای یا مرحله‌ای یاد می‌شود. به‌عنوان مثال، بریجمن و دیویس از مراحل هشت‌گانه فرایند سیاست‌گذاری شامل تبیین مشکل، تحلیل سیاست، تدوین سند حاوی سیاست، مشاوره، هماهنگی، اتخاذ تصمیم، اجرا و ارزیابی سیاست نام برده‌اند. مونیر از مراحل سه‌گانه تدوین، اجرا و مشاهده نتایج به‌عنوان فرایند سیاست‌گذاری یاد کرده و برخی نویسندگان دیگر نیز از مراحل تدوین، پذیرش، اجرا، ارزیابی، تغییر و انقضای سیاست نام برده‌اند. صرف‌نظر از این تعاریف باید گفت که دنیای واقعی بسیار پیچیده‌تر از آن است که با این مراحل شفاف و منظم، به‌صورت مراحل پی‌درپی و کنار هم درست شود. اما مدل چرخه‌ای یا مرحله‌ای به رغم این ساده‌سازی و کاستی‌هایش، به‌عنوان ابزار آموزشی مزیت‌هایی دارد که مخاطب تازه‌کار را به‌خوبی یا یک تصویر کلی از فرایند سیاست‌گذاری اجرایی آشنا می‌کند. به‌عنوان یک جمع‌بندی از تعاریف فوق‌الذکر، فرایند سیاست‌گذاری عمومی را می‌توان شامل مراحل زیر-متناسب با مدل مرحله‌ای یا مدل چرخه‌ای- دانست: دستور کارگذاری، تعریف و صورت‌بندی مسئله، ارائه گزینه‌های سیاستی، تصمیم‌گیری یا اتخاذ سیاست، اجرا و ارزیابی.^۱

۴. روش پژوهش

رویکرد این پژوهش بررسی تطبیقی است. مطالعات تطبیقی میان‌رشته‌ای و انعطاف‌پذیر بوده و برای مقایسه دو یا چند موضوع با هدف کشف نتایجی درباره ماهیت‌هایی متفاوت صورت می‌گیرد.^۲ ماهیت مورد مقایسه در این پژوهش دفاتر هیئت دولت بوده و منظر مقایسه نیز وظایف، کارکرد و ساختار آن است. به این منظور کشورهای مختلف با نظام‌های حکومتی، جمعیت، فرهنگ، تاریخ و قدرت سیاسی متفاوت انتخاب شده و مطالعه تطبیقی مورد نظر صورت گرفته است. ویژگی‌های کشورهای مورد بررسی به این شرح‌اند:

- در این پژوهش ۵۶ کشور از پنج قاره جهان از منظر وظایف و کارکردهای دفتر هیئت دولت مورد بررسی قرار گرفتند که در این میان ۲۰ کشور از قاره آسیا، ۱۶ کشور از قاره اروپا، ۱۲ کشور از قاره آفریقا، شش کشور از قاره آمریکا (شمالی و جنوبی) و دو کشور از قاره استرالیا هستند.
- از نظر نوع حکومت در میان این ۵۶ کشور ۱۷ کشور دارای سیستم پادشاهی (شامل چهار کشور هم‌سود با پادشاهی بریتانیای کبیر یعنی استرالیا، کانادا، نیوزلند و جامائیکا به همراه اسکاتلند که بخشی از پادشاهی بریتانیای کبیر است و نیز جزایر برمودا که جزئی از سرزمین‌های فرادریایی پادشاهی بریتانیا محسوب می‌شود) و ۳۹ کشور جمهوری هستند (به استثنای دولت لیبی، حکومت خودگردان فلسطین و جزایر ویرجین آمریکا).

^۱ Jones, C. *Introduction to the Study of Public Policy*, Belmont: Wadsworth, 1970 / Lasswell, Harold, D. *The Decison Process: Seven Categories of Functional Analysis*, College park, MD: Bureau of Governmental Research, University of Maryland, 1956.

^۲ Heidenheimer, Arnold J. and Hugh Hecl. *Carolyn Teich Adams, Comparative Public Policy*, St. Martin's Press, 1983.

- در یک تقسیم‌بندی دیگر از نظر نوع حکومت ۱۰ کشور دارای نظام حکومتی ریاستی (آمریکا، برزیل، کره جنوبی، الجزایر، اندونزی، اوگاندا، زامبیا، ساحل عاج، فیلیپین، کنیا و قبرس) و هشت کشور دارای نظام حکومتی نیمه‌ریاستی (روسیه، فرانسه، بوركینافاسو، سریلانکا، کامرون، کنگو، رومانی و اوکراین) و ۳۸ کشور دیگر دارای نظام حکومتی پارلمانی هستند.

در ادامه داده‌های مرتبط با مراجعه به وبگاه‌های دفاتر دولت و یا وبگاه قوه مجریه، دولت و سایر منابع مرتبط استخراج می‌شوند.

۵. یافته‌های پژوهش

۵.۱. مرجع ایجادکننده دفتر هیئت دولت

از نظر حقوقی مرجع ایجادکننده تشکیل دفتر هیئت دولت و انتصاب دبیر دفتر و یا وظایف و کارکردهای آن در برخی از کشورهای مورد بررسی، قانون اساسی است (کشورهایی چون الجزایر، اوگاندا، جزایر برمودا، جزایر ویرجین، جزایر موریس، هند، زامبیا، قبرس و کانادا). در برخی کشورها مرجع ایجادکننده، آیین‌نامه‌ها و مصوبه‌های دولت است (کشورهایی مثل فرانسه، مغولستان، لیبی، رومانی، هلند، تایلند، روسیه، رژیم اشغال‌گر قدس و اندونزی) و در برخی دیگر از کشورها مرجع ایجادکننده، فرمان ریاست جمهوری است (کشورهایی چون برزیل، یونان، فیلیپین، کنگو و کنیا). همچنین در چین، دفتر کل شورای دولتی خلق چین که نقش دفتر هیئت دولت را بر عهده دارد، براساس مصوبه جلسه کنگره ملی خلق چین که نهاد قانون‌گذاری کشور چین محسوب می‌شود، تأسیس شده است.

۵.۲. ساختار دفتر هیئت دولت

با توجه به اینکه دفتر هیئت دولت یک نهاد عمدتاً غیر سیاسی و فنی است و دستگاهی ضروری برای به کار افتادن چرخ دولت محسوب می‌شود، تفاوت در شیوه و ساختارهای حکومت در کشورهای مختلف آسیبی به فلسفه وجودی دفتر هیئت دولت نمی‌زند. بنابراین دفتر هیئت دولت در کشورهای پادشاهی یا جمهوری و با نظام‌های حکومتی مختلف ریاستی، نیمه‌ریاستی و پارلمانی وجود دارد. در کشورهای مورد بررسی دفتر هیئت دولت با اسامی مختلفی مانند دفتر کابینه، دفتر شورای وزیران، دبیرخانه کابینه، دبیرخانه کل دولت، دفتر اجرایی دولت و... تحت مدیریت فردی است که با سمت‌هایی چون دبیر هیئت دولت، دبیر شورای وزیران، وزیر کابینه وزیران، دبیرکل و وزیر دفتر کابینه فعالیت می‌کند. دفتر هیئت دولت از نظر سازمانی به صورت طبیعی دستگاهی وابسته به دولت (قوه مجریه) است و ریاست عالی آن بر عهده رئیس دولت است و دبیر هیئت دولت نیز تحت امر رئیس دولت یا هر شخصی است که رئیس دولت اختیاراتش را در این زمینه به او تفویض کند. بنابراین در حکومت‌های پارلمانی که معمولاً نخست وزیر رئیس دولت محسوب می‌شود دفتر هیئت دولت و دبیر هیئت دولت پاسخگو به نخست وزیر هستند و دبیر توسط نخست وزیر عزل و نصب می‌شود و در کشورهای ریاستی که رئیس کشور، رئیس دولت نیز هست و فردی معمولاً با سمت رئیس‌جمهور عهده‌دار این سمت است؛ دفتر هیئت دولت و دبیر هیئت دولت تحت نظر رئیس‌جمهور قرار دارند و دبیر توسط رئیس‌جمهور عزل و نصب می‌شود. در کشورهای نیمه‌ریاستی به مانند حکومت‌های پارلمانی معمولاً نخست‌وزیر ریاست دولت را بر عهده دارد و دفتر هیئت دولت به نخست‌وزیر پاسخگوست ولی رئیس کشور که معمولاً یک رئیس‌جمهور ریاست آن را بر عهده دارد، سمتی

تشریفات به مانند حکومت‌های پارلمانی نیست؛ از این رو دفتر هیئت دولت در برخی از کشورهای نیمه‌ریاستی مورد بررسی با رئیس جمهور نیز هماهنگ است. مثلاً در روسیه رئیس ستاد دفتر اجرایی دولت و در سریلانکا دبیر دولت با حکم رئیس جمهور عزل و نصب می‌شوند یا در بورکینافاسو دبیر هیئت دولت علاوه بر نخست‌وزیر به رئیس‌جمهور نیز گزارش می‌دهد. در میان کشورهای مورد بررسی، آلمان، سوئد و فنلاند دارای ساختار دفتر دولت مجزا نبودند و وظایف دفتر دولت توسط دفتر نخست‌وزیر یا دفتر صدراعظم انجام می‌شود. همچنین عمان و مجارستان جزو کشورهایی بودند که در این پژوهش اطلاعات چندانی در خصوص دفتر دولت آنها به دست نیامد، اما با توجه به اینکه در وبگاه اطلاع‌رسانی دولت مجارستان به «دفتر کابینه نخست‌وزیر» و در وبگاه اطلاع‌رسانی دولت عمان به سمت «معاون نخست‌وزیر در امور شورای وزیران» اشاره شده بود، جزء کشورهای مورد بررسی این پژوهش قرار گرفتند. به نظر می‌رسد دو کشور اخیر نیز دارای ساختار مستقل دفتر دولت نیستند و دفتر نخست‌وزیر وظایف دفتر دولت را بر عهده دارد. نتایج به دست آمده در خصوص ابعاد مختلف ساختاری دفتر هیئت دولت به شرح زیر است:

جدول ۱: کشورهایی که دبیر دفتر کابینه سمت وزیر یا معاون وزیر را داراست و یا دبیرخانه زیرمجموعه یک وزارتخانه است.

نام کشور	جایگاه سازمانی دبیر یا دفتر کابینه
اسپانیا	وزیر ریاست (شورای وزیران)
برزیل	وزیر دبیرخانه کل
مجارستان	وزیر دفتر نخست‌وزیر و کابینه
اوکراین	وزیر کابینه
بریتانیا	وزیر دفتر کابینه
استرالیا	زیرمجموعه «وزارت نخست‌وزیر و کابینه»
امارات	زیرمجموعه «وزارت امور کابینه»
نیوزلند	زیرمجموعه «وزارت نخست‌وزیر و کابینه»

جدول ۲: کشورهایی که دبیر دفتر کابینه معاون نخست‌وزیر محسوب می‌شود.

نام کشور	سمت دبیر دفتر کابینه
ایتالیا	دبیر شورای وزیران و معاون نخست‌وزیر
کانادا	دبیر کابینه و معاون نخست‌وزیر

جدول ۳: کشورهایی که دبیر دفتر کابینه هم‌رتبه وزیر است یا در کابینه حضور دارد.

نام کشور	سمت دبیر دفتر کابینه
بورکینافاسو	دبیر کل کابینه (هم‌رتبه وزیر)
رومانی	دبیر کل کابینه (هم‌رتبه وزیر)
فلسطین	دبیر کل کابینه (هم‌رتبه وزیر)
کنگو	دبیر کل کابینه (هم‌رتبه وزیر)
فیلیپین	دبیر کابینه (هم‌رتبه وزیر)
موریس	دبیر کابینه (حضور در کابینه بر اساس قانون اساسی)
لبنان	دبیر کل مجلس وزیران
هلند	دبیر کابینه
رژیم اشغال‌گر قدس	دبیر کابینه

جدول ۴: کشورهای که دبیر دفتر کابینه زیر نظر دفتر رئیس جمهور یا دفتر نخست وزیری هستند.

نام کشور	سمت دبیر دفتر کابینه
مالزی	دبیر ارشد دولت و رئیس دفتر نخست‌وزیر
زامبیا	زیرنظر «دفتر رئیس‌جمهور»
بوتان	زیرمجموعه «دفتر نخست‌وزیر و کابینه»
نیپال	زیرمجموعه «دفتر نخست‌وزیری و شورای وزیران»

جدول ۵: ساختار و اعضای دفاتر کابینه

نام کشور	ساختار و اعضای دفتر کابینه
آمریکا	اعضای حوزه مدیریت دفتر امور کابینه: دبیر کابینه- معاون دبیر کابینه- سه معاون- یک دستیار ویژه
اوگاندا	اعضای حوزه مدیریت دفتر کابینه: دبیر کابینه- دبیر دائمی- معاون دبیر دائمی دارای کمیته‌های کابینه
بریتانیا	اعضای حوزه مدیریت (وزارت) دفتر کابینه: صدراعظم دوک نشین لنگستر- وزیر دفتر کابینه- معاون وزیر دفتر کابینه- دبیر پارلمانی- وزیر مشاور- دبیردائم (رهبان دفتر کابینه)- کارمند ارشد عملیاتی- کارمند ارشد مالی- چهار عضو غیراجرایی دفتر کابینه- رهبان دولت غیراجرایی دارای کمیته‌های کابینه
اندونزی	اعضای حوزه مدیریت دفتر کابینه: دبیر کابینه معاونان: معاون دبیر- معاون امور سیاسی حقوقی امنیتی- معاون اقتصادی- معاون توسعه انسانی و امور فرهنگی- معاون امور دریانوردی و سرمایه‌گذاری- معاون پشتیبانی کابینه- معاون امور اداری مشاوران: مشاور امور اقتصادی و رفاه عمومی- مشاور امور سیاسی- مشاور ارتباطات- مشاور اصلاحات بوروکراتیک- مشاور امور دریانوردی، سرمایه‌گذاری و روابط بین‌الملل سایر بخش‌ها: بخش بازرسی- مرکز داده و فناوری اطلاعات- مرکز پرورش کارمند مترجم- ستاد ویژه دبیر
برزیل	بخش‌های (وزارت) دبیرخانه کل: سازمان‌های یاری‌دهنده مستقیم: کابینه- دبیرخانه اجرایی- مشاور حقوقی- مشاور ویژه- مشاور ویژه در امور ارتباطات اجتماعی- مشاور ویژه در امور پارلمانی و فدرال- مشاور ویژه در امور «اقتصاد اجتماعی» سازمان‌های منحصر به فرد خاص: دبیرخانه ملی مشارکت اجتماعی- دبیرخانه ملی گفت‌وگوهای اجتماعی و بیان سیاست‌های عمومی- دبیرخانه ملی جوانان- دبیرخانه روابط سیاسی اجتماعی نهادهای دانشگاهی: کمیسیون ملی اهداف توسعه پایدار- شورای ملی ترویج و همکاری- شورای ملی امنیت غذایی و تغذیه- شورای ملی جوانان- کمیسیون ملی کشاورزی و تولیدات
بوتان	بخش‌های دفتر نخست‌وزیر و کابینه: بخش دستیاران و خدمات رسانه‌ای نخست‌وزیر- بخش امور کابینه- بخش خدمات حقوقی- بخش ارائه خدمات عمومی- واحد اداری و مالی- واحد برنامه‌ریزی راهبردی- واحد هماهنگی سیاست ملی- واحد ارزیابی
بورکینافاسو	اعضای حوزه مدیریت دبیرخانه کل دولت و هیئت وزیران: دبیرکل- معاون دبیرکل- مدیران پروژه
پاکستان	بخش‌های دبیرخانه کابینه: بخش هوانوردی- بخش تأسیس- بخش امنیت ملی- بخش فقرزدایی و امنیت اجتماعی- بخش امنیت ملی. کمیته‌های کابینه: کمیته رسیدگی به پرونده‌های حقوقی- کمیته پروژه‌های سرمایه‌گذاری چین- کمیته انرژی.
فیلیپین	بخش‌های دبیرخانه کابینه: ستاد امور فنی- ستاد امور کنفرانس‌ها- ستاد امور پشتیبانی دارای کمیته‌های کابینه
کره جنوبی	بخش‌های دفتر هماهنگی سیاست‌های دولت: دفتر اصلاح مقررات- دفتر برنامه‌ریزی و هماهنگی- دفتر هماهنگی سیاست‌های اقتصادی- دفتر ارزیابی عملکرد دولت- دفتر هماهنگی سیاست‌های اجتماعی- دبیرخانه کمیسیون کربن خنثی ۲۰۵۰- دفتر حمایت از قربانیان حادثه «کشتی سوول» و پروژه یادبود- دفتر هماهنگی سیاست‌های جوانان- اداره کل نظم و بررسی بخش خدمات دولتی- اداره کل امور اداری- مدیریت امور حقوقی و حسابرسی- دفتر مشترک پیشگیری از فساد دولتی

ادامه جدول ۵: ساختار و اعضای دفاتر کابینه

نام کشور	ساختار و اعضای دفتر کابینه
لبنان	بخش‌های اداره کل مجلس وزیران: شعبه امور وزیران - شعبه پروتکل و روابط عمومی - شعبه امور حقوقی - شعبه امور فنی - ریاست آرشيو مرکزی و اسناد ملی - بخش کابینه - بخش روزنامه رسمی - مرکز انفورماتیک
لیبی	بخش‌های دفتر کابینه: دفتر امور کمیته وزیران - دفتر مدیریت جلسات - دفتر برنامه‌ریزی و پیگیری
تایلند	اعضای حوزه مدیریت دفتر کابینه: دبیر کل - یک معاون - یک مشاور - یک دستیار بخش‌های دفتر کابینه: دفتر دبیر - دفتر امور حقوقی - دفتر مدیریت اطلاعات - دفتر توسعه استراتژی و نظارت بر سیاست‌های خاص - دفتر تجزیه و تحلیل لوایح کابینه - دفتر امور کابینه - دفتر کاتبان سلطنتی و نشان‌های سلطنتی - بخش تدارکات جلسات کابینه.
چین	بخش‌های دفتر کل شورای دولتی: دفتر دبیر - دفتر دوم دبیر - دفتر سوم دبیر - دفتر مدیریت اضطراری شورای دولتی - اتاق بازرسی - دفتر دولت الکترونیک - بخش پرسنل - بخش اداری - دفتر مالی
زامبیا	اعضای حوزه مدیریت دفتر کابینه: دبیر کابینه - معاون اداری - معاون امور مالی و توسعه اقتصادی بخش‌های دفتر دولت: دفتر دبیر - بخش اداری - بخش توسعه و مدیریت - بخش تحلیل و هماهنگی سیاست - اداره دبیران کابینه
ژاپن	بخش‌های دفتر کابینه: شورای سیاست اقتصادی و مالی - شورای سیاست‌گذاری علم و فناوری - شورای مرکزی مدیریت بلایا - شورای برابری جنسیتی
ساحل عاج	اعضای دفتر دبیر کل دولت: دبیر کل - معاون دبیر کل - رئیس امور کابینه - مدیر پروژه - کارمند پروتکل - چند مشاور فنی - چند مسئول مطالعه و بررسی. بخش‌های دبیرخانه کل دولت: کابینه - دبیرخانه شورا - بخش خدمات و ساختارهای وابسته. بخش‌های خدماتی وابسته به دفتر دبیر کل: - بخش اسناد، آرشيو و انفورماتیک - بخش اداری و حقوقی - بخش روزنامه رسمی جمهوری ساحل عاج. دارای شوراهای دولتی و بین‌وزارتی
مغولستان	بخش‌های دفتر کابینه: واحد مدیریت و هماهنگی بخشی - واحد حقوقی - واحد مدیریت و هماهنگی حکومت‌های محلی - واحد مدیریت منابع انسانی، اداری و خدمات دولتی (بایگانی، اطلاعات محرمانه، و بخش دفتری) - واحد مالی و اقتصادی - واحد پروتکل استانی - واحد رسانه و روابط عمومی - دفتر نخست‌وزیری - دفتر معاون نخست‌وزیر.
موریس	اعضای دفتر کابینه: دبیر کابینه - دبیر دائم - دبیرخانه - کارکنان پشتیبانی
نیپال	بخش‌های دفتر کابینه: کمیته سیاسی - کمیته اداری - کمیته اجتماعی - کمیته اقتصادی و زیربنایی - کمیته لوایح
یونان	بخش‌های دبیرخانه کل حقوقی و امور مجلس: بخش مدیریت رویه‌های تقنینی - دفتر قانون‌گذاری خوب - دفتر حقوقی و امور مجلس
برمودا	بخش‌های دفتر کابینه: بخش ارتباطات - اداره توسعه اقتصادی - توسعه سازمانی و کارکنان - اطلاعات و فناوری‌های دیجیتال - دفتر مدیریت پروژه و تدارکات - سیاست و راهبرد - اداره پست - حسابرسی داخلی - دفتر لندن
هند	دارای کمیته‌های کابینه
فرانسه	دارای کمیته‌های کابینه
هلند	دارای کمیته‌های کابینه
نیوزلند	دارای کمیته‌های کابینه
کنیا	دارای کمیته‌های کابینه

ادامه جدول ۵: ساختار و اعضای دفاتر کابینه

نام کشور	ساختار و اعضای دفتر کابینه
سریلانکا	دارای کمیته‌های کابینه
جاماییکا	دارای کمیته‌های کابینه
اوکراین	دارای کمیته‌های کابینه
رژیم اشغال‌گر قدس	دارای کمیته‌های کابینه
امارات	دارای کمیته‌های کابینه
عراق	دارای کمیته‌های کابینه
کامرون	دارای کمیته‌های کابینه
فلسطین	دارای کمیته‌های کابینه

۵.۳. کارکردهای دفاتر هیئت دولت

با بررسی‌های صورت‌گرفته، نزدیک به ۳۰ کارکرد مختلف برای دفتر هیئت دولت در کشورهای مختلف شناسایی شد. این کارکردها شامل حمایت اداری و دبیرخانه‌ای از رئیس دولت، وزرا و کابینه شامل: آماده‌سازی جلسات کابینه، کمیته‌ها، شورای وزیران و جلسات بین‌وزارتی، تنظیم دستور جلسه، تنظیم صورت جلسه، ثبت تصمیمات، ایجاد سوابق و بایگانی تصمیمات و مذاکرات و...، نظارت، کنترل، هماهنگی و ارزیابی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های دولتی و برنامه‌ها و سیاست‌های اجرایی دولت، ارائه خدمات حقوقی به دولت (شامل نمایندگی دولت در دادگاه‌های قانون اساسی، دادگاه عالی و...)، ارائه تجزیه و تحلیل، پیشنهاد، راه‌حل و برنامه‌های راهبردی در مورد سیاست‌ها و طرح‌های دولت، انتشار قوانین، مقررات و مصوبات دولت در روزنامه رسمی کشور و پایگاه اطلاع‌رسانی، تهیه پیش‌نویس قوانین و مقررات و کنترل انطباق آنها با قوانین بالادستی و اطمینان از صحت حقوقی و زبانی آنها، ابلاغ تصمیمات کابینه به وزارتخانه‌ها و نهادهای ذی‌ربط، کمک به توسعه و تقویت ارائه خدمات بخش عمومی (دولتی)، تنظیم روابط بین دولت و مجلس (شامل ارائه لایحه به مجلس، تعیین مواضع دولت در رابطه با قوانین مصوب، حضور در جلسات مجلس، نظارت بر روند قانون‌گذاری مجلس و...)، خدمات اداری، مالی و مدیریت منابع انسانی در دفتر دولت، رابط میان رئیس دولت، وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های دولتی با یکدیگر، انجام وظایف بازرسی و حسابرسی، ارائه مشاوره به رئیس دولت و کابینه در مورد موضوعات ملی و جهانی در جهت بهبود وضعیت کشور، تلاش در جهت ایجاد دولت الکترونیک و توسعه فناوری‌ها و شیوه‌های نوین برگزاری جلسات و ایجاد پایگاه‌های اطلاع‌رسانی مرتبط با دولت، کمک به رئیس دولت، وزرا و معاونان برای آمادگی حضور در جلسات دولت، ارائه نظر و تعامل با سیستم، پرورش نیروی متخصص و شناسایی و معرفی افراد کارآمد برای جانشینی در دفتر دولت، آماده‌سازی و کمک به تشکیل دولت جدید، هماهنگی سیاست‌های امنیت ملی، سخنگوی دولت، انجام برخی امور مربوط به مقام سلطنتی، ارائه خدمات ترجمه و آموزش مترجمان رسمی، مدیریت اموال عمومی و خصوصی دولت، رسیدگی به درخواست‌های شهروندان و ارسال درخواست‌ها به دستگاه‌های ذی‌ربط، ارائه مشاوره به کل دولت، بخش خصوصی و جوامع غیرانتفاعی، کمک به هماهنگی و اجرای اختیارات قانون اساسی رئیس‌جمهور، هماهنگی و مدیریت بحران‌های بزرگ، هماهنگی و نظارت بر سفرها و برنامه‌های وزرا و حمایت از دولت برای مشارکت فعال در اتحادیه اروپا و سازمان‌های بین‌المللی هستند. خلاصه نتایج به این شرح است:

جدول ۶: مهم‌ترین و پرکاربردترین وظایف و کارکردهای دفاتر کابینه^۱

کشور		بریتانیا	تایلند	رومانی	زامبیا	عراق	کنگو	یونان	ایتالیا	چین	فرانسه	لیبی	مراکش	الجزایر	موریس	مغولستان	آمریکا	امارات	
کارکردها																			
حمایت اداری و دبیرخانه‌ای (آماده‌سازی جلسات - تهیه پیش‌نویس، ابلاغ، انتشار)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
نظارت، کنترل، هماهنگی و ارزیابی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ارائه خدمات حقوقی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ارائه تجزیه و تحلیل، پیشنهاد، راه‌حل و برنامه‌های راهبردی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
کمک به توسعه و تقویت ارائه خدمات بخش عمومی (دولتی)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
تنظیم روابط بین دولت و مجلس	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
رابط میان رئیس دولت، وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های دولتی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
انجام وظایف بازرسی و حسابرسی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ارائه مشاوره به دولت در مورد موضوعات ملی و جهانی و مدیریت بحران‌های بزرگ و امنیت ملی	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
سخنگوی دولت	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

^۱ در این جدول کشورهایی که دفاتر کابینه آنها بیشترین وظایف را برعهده داشته، به ترتیب از راست به چپ لیست شده است.

ادامه جدول ۶: مهم‌ترین و پرکاربردترین وظایف و کارکردهای دفاتر کابینه

کشور و وظایف	فنلاند	بوتان	بورکینافاسو	جامایکا	نیپال	استرالیا	اندونزی	پرتغال	روسیه	سوئد	فلسطین	کره جنوبی	لبنان	آلمان	کانادا	نیوزلند
حمایت اداری و دبیرخانه‌ای (آماده‌سازی جلسات - تهیه پیش‌نویس، ابلاغ، انتشار)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
نظارت، کنترل، هماهنگی و ارزیابی...	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓			
ارائه خدمات حقوقی		✓	✓					✓	✓	✓			✓			
ارائه تجزیه و تحلیل، پیشنهاد، راه‌حل و برنامه‌های راهبردی...	✓	✓			✓							✓		✓		
کمک به توسعه و تقویت ارائه خدمات بخش عمومی (دولتی)		✓	✓	✓						✓					✓	
تنظیم روابط بین دولت و مجلس	✓		✓		✓											
رابط میان رئیس دولت، وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های دولتی...														✓		
انجام وظایف بازرسی و حسابرسی					✓			✓				✓				
ارائه مشاوره به دولت در مورد موضوعات ملی و جهانی و مدیریت بحران‌های بزرگ و امنیت ملی	✓	✓				✓										
سخنگوی دولت																

ادامه جدول ۶: مهم‌ترین و پرکاربردترین وظایف و کارکردهای دفاتر کابینه

کشور وظایف	رژیم اشغال‌گر قدس	آفریقای جنوبی	اوگاندا	ساحل عاج	سريلانكا	ويرجين	هند	اوکراین	قبرس	کامرون	کنیا	مالزی	ژاپن	فیلیپین
حمایت اداری و دبیرخانه‌ای (آماده‌سازی جلسات - تهیه پیش‌نویس، ابلاغ، انتشار)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
نظارت، کنترل، همانگی و ارزیابی...		✓	✓	✓			✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓
ارائه خدمات حقوقی		✓						✓		✓				
ارائه تجزیه و تحلیل، پیشنهاد، راه‌حل و برنامه‌های راهبردی...			✓					✓				✓	✓	
کمک به توسعه و تقویت ارائه خدمات بخش عمومی (دولتی)						✓	✓					✓		
تنظیم روابط بین دولت و مجلس	✓													
رابط میان رئیس دولت، وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های دولتی...	✓			✓				✓						
انجام وظایف بازرسی و حسابرسی														
ارائه مشاوره به دولت در مورد موضوعات ملی و جهانی و مدیریت بحران‌های بزرگ و امنیت ملی							✓							
سخنگوی دولت	✓													

ادامه جدول ۶: مهم‌ترین و پرکاربردترین وظایف و کارکردهای دفاتر کابینه

کشور وظایف	اسپانیا	برمودا	برزیل	هلند	پاکستان	اسکاتلند	سنگاپور
حمایت اداری و دبیرخانه‌ای (آماده‌سازی جلسات - تهیه پیش‌نویس، ابلاغ، انتشار)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
نظارت، کنترل، هماهنگی و ارزیابی...							
ارائه خدمات حقوقی			✓				
ارائه تجزیه و تحلیل، پیشنهاد، راه‌حل و برنامه‌های راهبردی...					✓		
کمک به توسعه و تقویت ارائه خدمات بخش عمومی (دولتی)							
تنظیم روابط بین دولت و مجلس		✓	✓				
رابط میان رئیس دولت، وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های دولتی ...							
انجام وظایف بازرسی و حسابرسی							
ارائه مشاوره به دولت در مورد موضوعات ملی و جهانی و مدیریت بحران‌های بزرگ و امنیت ملی							
سخنگوی دولت				✓			

۶. بحث

همان‌طور که یافته‌های پژوهش نشان داد ساختار و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف از تنوع زیادی برخوردار است. در برخی کشورها دفتر هیئت دولت نقشی حداکثری را در سیاست‌گذاری اجرایی کابینه ایفا می‌کند. به عنوان مثال در آمریکا، «دفتر امور کابینه»^۱ رابط اصلی بین رئیس‌جمهور و کابینه وی است. دبیر کابینه کاخ سفید به‌عنوان یک مقام عالی‌رتبه در دفتر اجرایی رئیس‌جمهور ایالات متحده رئیس این دفتر محسوب می‌شود که توسط رئیس‌جمهور به این سمت منصوب می‌شود. این دفتر ارتباطات، سیاست‌ها و تدارکات بین کاخ سفید و کابینه را هماهنگ و مسائلی را که بر چندین آژانس فدرال تأثیر می‌گذارد، مدیریت می‌کند. همچنین دفتر رابط اصلی میان رئیس‌جمهور و دبیر کابینه با وزارتخانه‌ها و آژانس‌ها محسوب و مطمئن می‌شود هیچ موضوعی از چشم رئیس‌جمهور دور نمی‌ماند. اعضای حوزه مدیریت دفتر امور کابینه شامل دبیر کابینه، معاون دبیر کابینه، سه معاون و یک دستیار ویژه است. حوزه مدیریت و قلمرو هر اداره از اداره‌های دیگر متفاوت است.

مسئولیت‌های دفتر امور کابینه در آمریکا به این شرح است:

- رابط میان وزرای کابینه و کاخ سفید؛
 - مدیریت ارتباطات با وزرای کابینه و حصول اطمینان از یکپارچگی و مشارکت در تصمیم‌گیری در کاخ سفید و پاسخگویی وزرا در قبال ابتکارات ریاست‌جمهوری؛
 - راهنمایی وزرا در خصوص انجام دادن وظایفشان در کابینه؛
 - کمک به وزرا برای آمادگی حضور در جلسات کابینه از طریق شناسایی موضوعات مهم و حیاتی پس از بحث و تبادل نظر با معاون سیاست‌گذاری ستاد کاخ سفید؛
 - کمک به وزرای کابینه در ارائه نظرات به شورای سیاست‌گذاری؛
 - مسئول کمک به سازمان‌ها و اداره‌های مربوطه در هنگام پیگیری یک تصمیم سیاستی؛
 - تهیه و مدیریت گزارش‌های هفتگی کابینه برای رئیس‌جمهور؛
 - نظارت و هماهنگی بر سفرها و برنامه‌های وزرا با همکاری «دفتر زمان‌بندی و قرارها»^۲.
- آلمان نیز در زمره کشورهای قرار دارد که دفتر هیئت دولت دارای جایگاهی قدرتمند در تصمیم‌گیری‌های کابینه است. در آلمان، دفتر صدراعظم فدرال آلمان^۳ و کارکنان آن نقش فراوانی در دولت دارند و تصمیم‌گیری کابینه را تضعیف کرده‌اند. آنها دارای وظایف بسیار گسترده‌ای هستند و آشکارا و عمیقاً در تنظیم فعالیت‌های صدراعظم و ادارات دولتی دخالت دارند. در واقع، دفتر صدراعظم نقش مهمی در ساختار تصمیمات کابینه مطابق با تصمیم صدراعظم دارد.^۴ کارکنان دفتر صدراعظم جلسات کابینه را آماده و به‌ویژه جریان ارتباطات بین صدراعظم و وزرا را سازمان‌دهی می‌کنند. علاوه بر این، این دفتر پیشنهادها و وزیران را جمع‌آوری، توزیع و تا حدی کنترل می‌کند. همچنین دفتر، دستور کار کابینه را تنظیم و تصمیمات هیئت وزیران را ثبت و بر اجرای این تصمیمات نظارت می‌کند و اغلب در ایجاد ایده‌های بلندمدت در مورد فعالیت‌های دولتی نقش دارد. با انجام دادن این کار، کارکنان دفتر کارایی تصمیم‌گیری در دولت را بهبود می‌بخشند.

1. Office of Cabinet Affairs (OCA)

2. Appointments and scheduling Office

3. German Chancellor's Office (Bundeskanzleramt)

4. https://www.researchgate.net/publication/346469374_Management_of_Politics_in_the_German_Chancellor's_Office/

بدین ترتیب، سبک مدیریت در دفتر هم اداری و هم سیاسی است.^۱ «رئیس دفتر صدراعظم آلمان»^۲ در جلسات کابینه شرکت می‌کنند و در صورتی که پست وزیر امور ویژه نیز به آنها داده شود، می‌توانند به‌عنوان یکی از اعضای کابینه در کابینه حضور یابند. آنها در این صورت وزیر صدراعظم نامیده می‌شوند. در غیر این صورت دارای رتبه معاون وزیر هستند. به‌طور معمول یک رئیس دفتر صدر اعظم مشاور بسیار نزدیک صدراعظم است و رابط اصلی تماس صدراعظم با وزرای کابینه است. بسیاری از رؤسای دفتر صدراعظم بعدها خودشان تبدیل به وزیر کابینه شدند.^۳ اما انگلیس از یکی از کارآمدترین دفاتر هیئت دولت در جهان برخوردار است. دفتر کابینه یک «بخش وزارتی»^۴ در دولت بریتانیا محسوب می‌شود. وظیفه دفتر کابینه حمایت از نخست‌وزیر و تضمین عملکرد مؤثر دولت است. دفتر دولت با همکاری وزارت خزانه‌داری دفتر مرکزی مشترک دولت محسوب می‌شود و در برخی از حوزه‌های حیاتی خاص سیاست‌گذاری نقش رهبری را ایفا می‌کند. دفتر کابینه حدود ۲۰۵۰ کارمند دارد. همچنین حدود ۷۰۰ نفر برای خدمات بازرگانی سلطنتی، که یک آژانس اجرایی است، کار می‌کنند. اداره‌های اصلی دفتر در لندن هستند، اما کارکنانی در سراسر کشور نیز برای این ارگان کار می‌کنند. همچنین دفتر کابینه توسط تعدادی از نهادهای مشاوره غیر وزارتی حمایت می‌شود. مسئولیت‌های دفتر کابینه به این شرح است:

- حمایت از دولت جمعی، کمک به تضمین توسعه مؤثر، هماهنگی و اجرای سیاست؛
 - حمایت از شورای امنیت ملی و سازمان اطلاعات مشترک، هماهنگی واکنش دولت به بحران‌ها و مدیریت امنیت سایبری بریتانیا؛
 - ارتقای کارایی و اصلاحات در سراسر دولت از طریق نوآوری، تدارکات بهتر و مدیریت پروژه و تغییر در ارائه خدمات؛
 - ارتقای انتشار داده‌های دولتی و شفاف‌تر کردن نحوه عملکرد دولت؛
 - ایجاد یک خدمت عمومی فوق العاده و بهبود قابلیت و اثربخشی آن؛
 - اصلاحات سیاسی و اصلاحات مربوط به قانون اساسی.
- اولویت‌های این دفتر نیز شامل این موارد است:
- حمایت از نخست‌وزیر و کابینه برای اجرای برنامه دولت؛
 - هدایت کارآمدی و اصلاحاتی که باعث می‌شود دولت بهتر کار کند؛
 - ایجاد یک دموکراسی متحدتر؛
 - تقویت امنیت بریتانیا در داخل و خارج از کشور.^۵

در بریتانیا دفتر هیئت دولت، هدایت راهبردی و عملیاتی جمعی وزارتخانه را برعهده دارد. این کار با گردآوری و گردآوری وزرای دفتر کابینه و اعضای ارشد تیم رهبری اجرایی وزارتخانه با افراد غیراجرایی ارشد خارج از دولت انجام می‌شود. اعضای دفتر هیئت دولت در این کشور شامل این موارد هستند: معاون نخست‌وزیر و «صدراعظم دوک نشین لنکستر»^۶، «رئیس

¹. https://www.researchgate.net/publication/346469374_Management_of_Politics_in_the_German_Chancellor's_Office/

². Chef des Bundeskanzleramts

³. https://en.wikipedia.org/wiki/German_Chancellery

⁴. Ministerial department

⁵. <https://www.gov.uk/government/organisations/cabinet-office/about>

⁶. Chancellor of the Duchy of Lancaster

اداره پرداخت خزانه‌داری و وزیر دفتر کابینه»^۱، معاون وزیر دفتر کابینه، «دبیر پارلمانی»^۲، وزیر بدون پورتفولیو^۳ (وزیر مشاور)، دبیر دائم (دبیر دائم مسئول رهبری و اداره دفتر کابینه است. وی همچنین مسئول حسابداری دفتر کابینه است که مسئولیت تنظیم امور مالی دفتر را بر عهده دارد)، «کارمند ارشد عملیاتی»^۴، کارمند ارشد مالی و مدیر بیمه، مالی و کنترل دفتر کابینه، چهار عضو غیراجرایی دفتر کابینه و «رهبر دولت غیراجرایی»^۵ (منظور از دولت غیراجرایی، اعضای هیئت‌های غیراجرایی از خارج از دولت شامل مشاغل، دانشگاه‌ها، اتاق‌های فکر و بخش داوطلبانه است که برای حضور در هیئت مدیره‌های دپارتمان انتخاب می‌شوند. نقش آنها حمایت از وزرا و مقامات برای تقویت حکمرانی اداره‌هاست. آنها با بررسی سازنده به بهبود کار دولت کمک می‌کنند).

در انگلیس، کمیته‌های دفتر کابینه دارای نقش‌های گسترده‌ای به این شرح‌اند:

- «کمیته حسابرسی و ریسک دفتر کابینه»^۶: کمیته حسابرسی و ریسک دفتر کابینه یک کمیته فرعی هیئت دولت است. نقش آن حمایت از هیئت دولت و مسئول حسابداری با ارائه دیدگاه مستقل از ریسک، کنترل و ترتیبات حاکمیتی در وزارتخانه، از جمله آژانس‌های اجرایی آن است. این کمیته همچنین بررسی و توصیه‌هایی را در مورد تصویب حساب‌های دفتر کابینه، «دفتر ثبت لابی‌گران مشاور»^۷، بازنشستگی کارمندان دولت و طرح بازنشستگی قانونی پست سلطنتی ارائه می‌کند.

- «کمیته نامزدها»^۸: دفتر هیئت دولت توسط کمیته نامزدها پشتیبانی می‌شود. این کمیته مسئول اطمینان از وجود سیستم‌های رضایت‌بخش برای شناسایی و توسعه رهبری با پتانسیل بالا، بررسی ساختار انگیزشی و برنامه‌ریزی موفق در زمینه جان‌شین‌پروری برای دفتر هیئت دولت و رهبری ارشد وزارتخانه است.

- «هیئت تصویب دفتر کابینه»^۹: هیئت تصویب دفتر کابینه، کمیته فرعی هیئت دفتر کابینه است و پیشنهادهای بالای یک میلیون پوند، هزینه مشاوره حداقل ۱۰۰۰۰ پوند یا با حداقل مدت زمان سه ماه و خدمات حرفه‌ای حداقل ۵۰۰۰۰ پوند را بررسی و تأیید می‌کند.

- کمیته اجرایی: کمیته اجرایی رهبری ارشد اجرایی دفتر کابینه را بر عهده دارد. این سازمان بر ارائه خدمات و عملکرد وزارتخانه‌ها نظارت می‌کند، تصمیمات اتخاذ شده توسط دبیر دائمی را ابلاغ می‌کند و تصمیمات جمعی را در مورد مسائل مشترک مؤثر بر وزارتخانه‌ها می‌گیرد. کمیته اجرایی دارای این کمیته‌هاست:

«کمیته عملکرد و ریسک»^{۱۰}: کمیته عملکرد و ریسک یک کمیته فرعی کمیته اجرایی است. هدف کمیته نظارت بر

1. Paymaster General and Minister for the Cabinet Office

وزیر دفتر کابینه یک سمت در دفتر کابینه بریتانیا است و مسئول کار و سیاست‌های دفتر کابینه است و در جلسات کابینه حضور دارد.

2. Parliamentary Secretary

3. minister without portfolio تقریباً معادل وزیر مشاور در دولت ایران در اوایل دهه ۶۰ شمسی

4. Chief Operating Officer

5. Government Lead Non-Executive

6. Cabinet Office Audit & Risk Committee

7. Office of the Registrar of Consultant Lobbyists

لابی‌گر مشاور فردی است که برای لابی کردن از طرف مشتری استخدام می‌شود. لابی‌گرهای مشاور می‌توانند شامل وکلا، حسابداران و دیگر متخصصان باشند. مشتری شخص، شرکت یا سازمانی است که لابی‌گر مشاور را استخدام می‌کند. دفتر ثبت لابی‌گران مشاور توسط قانون شفافیت لابی‌گری، کمپین‌های غیرحزبی و اداره اتحادیه‌های کارگری در سال ۲۰۱۴ راه‌اندازی شد تا از شفافیت کار لابی‌گران مشاور و تعامل آنها با وزرا و دبیران دائمی به نمایندگی از مشتریان اطمینان حاصل شود.

8. Nominations Committee

9. Cabinet Office Approvals Board (COARC)

10. Performance and Risk Committee

عملکرد وزارتخانه، ایجاد فرایندهایی برای رسیدگی به حوزه‌هایی با عملکرد ضعیف و اطمینان از وجود اقدامات مؤثر به منظور کاهش ریسک‌های استراتژیک وزارتخانه است.

«کمیته مردم و عملیات»^۱: کمیته مردم و عملیات یک کمیته فرعی کمیته اجرایی است و نظارت راهبردی بر نظرات افراد دفتر کابینه را فراهم می‌کند.

«کمیته تاب‌آوری و امنیت»^۲: کمیته تاب‌آوری و امنیت یک کمیته فرعی کمیته اجرایی است. این سازمان که در سال ۲۰۲۲ تأسیس شد، راهبردهای فراگیر را برای کاهش خطر، بهبود مسائل امنیتی و نظارت بر اطلاعات راهبردی و امنیت فیزیکی، شخصی و سایبری در سرتاسر دفتر کابینه را تدوین خواهد کرد.^۳

در نهایت باید گفت در روسیه نیز چهارمین کشوری است که دفتر هیئت دولت دارای کارکردی اساسی در فرایند سیاست‌گذاری اجرایی است. «دفتر اجرایی دولت فدراسیون روسیه»^۴ یک نهاد دولتی است که برای حمایت از فعالیت‌های دولت فدراسیون روسیه و نخست وزیر فدراسیون روسیه و همچنین نظارت بر اجرای تصمیمات دولت توسط دستگاه‌های اجرایی تشکیل شده است. اساس نامه این دفتر با مصوبه شماره ۲۶۰ دولت فدراسیون روسیه در ۱ ژوئن ۲۰۰۴ مورد تأیید قرار گرفت. دفتر اجرایی دولت با دفتر اجرایی رئیس‌جمهور فدراسیون روسیه، کارکنان دوما ایالتی و شورای فدراسیون مجلس فدرال فدراسیون روسیه تعامل دارد و به همراه نهادهای اجرایی و سایر نهادهای دولتی، اعمال قدرت دولت روسیه را تضمین می‌کند. «رئیس ستاد دفتر اجرایی دولت»^۵ توسط رئیس‌جمهور فدراسیون روسیه و به توصیه رئیس (نخست وزیر) دولت فدراسیون روسیه منصوب و عزل می‌شود. وظایف اصلی دفتر اجرایی دولت روسیه به این شرح است:

- نظارت بر انطباق قوانین دولت با پیش‌نویس قوانین فدرال، فرامین و دستورات اجرایی رئیس‌جمهور روسیه، قطعنامه‌ها و دستورهای اجرایی دولت روسیه، معاهدات بین‌المللی فدراسیون روسیه و سایر اسناد مورد بررسی دولت روسیه؛ تدوین و ارائه پیش‌نویس دستورالعمل‌های فعالیت‌های دولت روسیه در اجرای سیاست‌های داخلی و خارجی فدراسیون روسیه و نظارت بر اجرای آنها توسط دستگاه‌های اجرایی به رئیس (نخست‌وزیر) دولت روسیه؛ نظارت بر انطباق دستگاه‌های اجرایی با تصمیمات دولت روسیه و همچنین دستورالعمل‌های رئیس (نخست‌وزیر) دولت روسیه و معاونان وی؛ نمایندگی منافع دولت فدراسیون روسیه در دادگاه قانون اساسی، دادگاه عالی^۶ و دادگاه عالی داوری^۷ فدراسیون روسیه و رسیدگی به درخواست‌های شهروندان و سازمان‌ها از دولت و ارسال این درخواست‌ها به ارگان‌های دولتی و محلی برای بررسی.

نتیجه‌گیری

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد در اکثر قریب‌به‌اتفاق کشورهای مورد بررسی، ساختار دفتر دولت با اسامی مختلف یا سازمان‌دهی متفاوت وجود دارد. این امر از آنجا نشئت می‌گیرد که در ساختار دولت‌های مدرن به علت گستردگی، پیچیدگی و تخصصی شدن امور و وجود سازمان‌ها و دستگاه‌ها و وزارتخانه‌های متعدد وابسته به دولت، وجود مرکزی برای هماهنگی دستگاه‌های دولتی در اجرای سیاست‌های مورد نظر دولت و اداره امور جاری دولت امری واجب و ضروری محسوب می‌شود.

1. People & Operations Committee

2. Resilience and Security Committee

3. <https://www.gov.uk/government/organisations/cabinet-office/about/our-governance>

4. The Executive Office of the Government of the Russian Federation

5. The Chief of Staff of the Government Executive Office

6. Constitutional Court

7. Supreme Court

8. Higher Arbitration Court

با توجه به اینکه دفتر هیئت دولت یک نهاد عمدتاً غیرسیاسی و فنی است و دستگاہی ضروری برای به کار افتادن چرخ دولت محسوب می‌شود، تفاوت در شیوه و ساختارهای حکومت در کشورهای مختلف آسیبی به فلسفه وجودی آن نمی‌زند. در خصوص کارکردهای این دفتر نیز همان‌طور که گفته شد در برخی کشورها از جمله آمریکا، آلمان، انگلیس و روسیه، دفتر هیئت دولت با ایفای وظایف مختلفی بیشترین کارکرد را در فرایند سیاست‌گذاری اجرایی ایفا می‌کند. این دفتر در کشورهای مختلف از ابزارهای گوناگونی در جهت ایفای کارکردهای خود بهره می‌گیرد. نظام کمیته کابینه و جلسات بین‌وزارتی یک ابزار رایج در دفاتر هیئت دولت کشورهاست که در هر کمیته‌ای موضوعات خاص پیش از تصویب در هیئت‌وزیران با حضور وزرا و نمایندگان ارشد وزارتخانه‌ها و بخش‌های مرتبط به صورت تخصصی مورد بحث و تبادل نظر قرار می‌گیرد. در کشورهای مورد بررسی این پژوهش به وجود نظام کمیته‌های کابینه در ساختار دفتر هیئت دولت حدود یک‌سوم از کشورها (۲۰ کشور) اشاره شده است. این کشورها شامل بریتانیا، فرانسه، هلند، هند، نیوزلند، نپال، کنیا، فیلیپین، فلسطین، سریلانکا، ساحل عاج، ژاپن، جامائیکا، پاکستان، اوکراین، اوگاندا، امارات، عراق و کامرون هستند. درنهایت باید گفت در بریتانیا با تعریف سازوکار نوآورانه‌ای تحت عنوان «رهبر دولت غیراجرایی»^۱ از دانش کارشناسی ذی‌نفعان مختلف خارج از دولت در بهبود فرایندهای مرتبط با سیاست‌های اجرایی بهره گرفته می‌شود. منظور از دولت غیراجرایی، اعضای هیئت‌های غیراجرایی خارج از دولت شامل مشاغل، دانشگاه‌ها، اتاق‌های فکر و بخش داوطلبانه است که برای حضور در هیئت‌مدیره‌های دپارتمان‌های دولتی انتخاب می‌شوند. نقش آنها حمایت از وزرا و مقامات برای تقویت حکمرانی اجرایی است. به‌عنوان نکته پایانی می‌توان گفت که مطابق با یافته‌های پژوهش در خصوص جایگاه ساختاری دفتر هیئت دولت در کشورهای مختلف، ساختار دفتر دولت در ایران که در حال حاضر در ذیل معاون اول رئیس‌جمهور قرار دارد می‌تواند ارتقا یافته و به‌عنوان «معاونت رئیس‌جمهور در امور دولت» قرار گیرد و در واقع دبیر هیئت دولت به‌عنوان معاون رئیس‌جمهور در امور دولت فعالیت کند. استدلال مرتبط با این ارتقای ساختار نیز این است که اصل یکصد و بیست و چهارم به رئیس‌جمهور اجازه داده تا برای انجام بعضی وظایف، معاونینی منصوب و به تناسب، اختیار انجام شماری از وظایف را به ایشان واگذار کند. در شرایط فعلی خلأ وجود معاونت رئیس‌جمهور در امور دولت وجود داشته و این ارتقای ساختار، هم‌راستا با این نیاز است. همچنین این ارتقای ساختاری می‌تواند همراه با تقویت کارکرد این دفتر در امور سیاست‌گذاری اجرایی، نظارت بر اجرا و ارزیابی اجرای مصوبات نیز باشد. این ارتقا ساختار و کارکرد، هم‌راستا با اصل ۱۳۴ قانون اساسی است که بر کارکرد هماهنگ‌سازی تصمیم‌های وزیران و هیئت دولت و تعیین برنامه و خط‌مشی دولت با همکاری وزیران تأکید می‌کند. استفاده کارآمدتر از کمیته‌های دفتر کابینه، تنوع بخشی به کارکردهای آنها و شمول بیشتر ذی‌نفعان در فرایند سیاست‌گذاری اجرایی از دیگر پیشنهادهاى منطبق بر یافته‌های پژوهش است که دفتر هیئت دولت ایران می‌تواند در جهت ایفای آنها عمل کند.

منابع

کتاب

۱. اشتریان، کیومرث، *نظریه‌های سیاست‌گذاری عمومی*، تهران: میزان، ۱۴۰۲.
۲. بدیع، برتران و پیر بیرن بوم، *جامعه‌شناسی دولت*، ترجمه احمد نقیب‌زاده، تهران: باز، ۱۳۷۹.
۳. خواجه‌نابینی، علی، *مبانی سیاست‌گذاری عمومی با تأکید بر ایران*، تهران: میزان، ۱۴۰۳ (در دست انتشار).
۴. وینسنت، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، ۱۳۷۱.

1. Government Lead Non Executive

مقاله

۵. بابایی‌مهر، علی، «قوای سه‌گانه در ایران و مسئله حقوق بشر»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، دوره ۱۴، شماره ۳، ۱۳۹۶.

References

Books

1. Ashtarian, Kioumars, *Theories of Public policy*, Tehran: Mizan, 2023. (in Persian)
2. Badi'e, Bertrand, and Pierre Birnbaum, *Sociology of State*, Translated by: Ahmad Naghib-Zadeh, Tehran: Baz, 2000. (in Persian)
3. Heidenheimer, Arnold J. and Hugh Hecl. *Carolyn Teich Adams, Comparative Public Policy*, St. Martin's Press, 1983.
4. Jones, C. *Introduction to the Study of Public Policy*, Belmont: Wadsworth, 1970.
5. Khajeh Naieni, Ali, *Principle of Public Policy*, Tehran: Mizan, 2024. (in Persian)
6. Lasswell, Harold, D. *The Deciston Process: Seven Categories of Functional Analysis*, College park, MD: Bureau of Governmental Research, University of Maryland, 1956.
7. Vincent, Andrew, *Theories of the State*, Translated by: Hossein Bashirieh, Tehran Ney Publishing, 1992. (in Persian)

Article

8. Babaei Mehr, Ali, "The Separation of Power in Iran's and in Human Rights", *International Studies Journal*, Volume 14, Issue 3, 2018. (in Persian)

Websites of government offices in different countries

9. Cabinet Affairs, White house, access in https://presidentialtransition.org/wpcontent/uploads/sites/6/2019/03/PD_EOP_Cabinet-Affairs.docx (United States of America)
10. <http://archive.government.ru/eng/staff/base/52.html> (Russian Federation)
11. <http://www.cabinetoffice.gov.lk/cab/index.php?lang=en> (Democratic Socialist Republic of Sri Lanka)
12. http://www.cm.gov.cy/cm/cm.nsf/page02_en/page02_en?OpenDocument (Republic of Cyprus)
13. <http://www.palestinecabinet.gov.ps/portal/Government/GeneralSecretariatEn> (Palestinian Authority)
14. <http://www.pcm.gov.lb/arabic/subpg.aspx?pageid=18> (Republic of Lebanon)
15. <http://www.sgg.gouv.ci/sgg.php?id=3> (Republic of Ivory Coast)
16. <http://www.sgg.gov.ma/LeSGG.aspx> (Kingdom of Morocco)
17. <https://2015-2019.kormany.hu/en/cabinet-office-of-the-prime-minister/information-in-the-public-interest> (Republic of Hungary)
18. <https://bvi.gov.vg/departments/cabinet-office-0> (US Virgin Islands)
19. <https://cabinet.gov.jm/the-cabinet-secretary> (Jamaica)
20. <https://cabinet.gov.mn/about-us?lang=en#top6> (Republic of Mongolia)
21. [https://cabinet.gov.pk/SiteImage/Misc/files/services/LoM-D-14-10-22\(1\).pdf](https://cabinet.gov.pk/SiteImage/Misc/files/services/LoM-D-14-10-22(1).pdf) (Islamic Republic of Pakistan)
22. <https://cabsec.gov.in/aboutus/functions/> (Federal Republic of India)
23. <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4276472> (Republic of Portugal)

24. https://en.wikipedia.org/wiki/Chief_Secretary_to_the_Government_of_Malaysia (Kingdom of Malaysia)
25. <https://english.www.gov.cn> (People's Republic of China)
26. <https://fm.gov.om/about-oman/government/council-of-ministers/> (Kingdom of Oman)
27. <https://gslegal.gov.gr/> (Republic of Greece)
28. <https://pmo.govmu.org/Pages/Cabinet-Office.aspx> (Republic of Mauritius)
29. https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/ArticolazioneUffici/Dipartimenti/uff_segreteria_CDM.html (Republic of Italy)
30. <https://security-legislation.ly/en/law/32080> (Libyan Government)
31. <https://security-legislation.ly/law/31817> (Libyan Government)
32. <https://setkab.go.id/en/about-cabinet-secretariat> (Republic of Indonesia)
33. <https://sgg.gov.ro/1/structura-organizatorica-si-atributii-principale/> (Republic of Romania)
34. <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-uae-cabinet> (United Arab Emirates)
35. <https://uaecabinet.ae/en/general-secretariat-of-the-cabinet> (United Arab Emirates)
36. <https://vnk.fi/en/responsibilities> (Republic of Finland)
37. https://www.cabinet.gov.zm/?page_id=1202 (Republic of Zambia)
38. <https://www.cabinet.iq/PageViewer.aspx?id> (Republic of Iraq)
39. <https://www.cabinetsecretariat.go.ug> (Republic of Uganda)
40. <https://www.canada.ca/en/privy-council.html> (Canada)
41. <https://www.cao.go.jp/en/importantcouncil.html> (Kingdom of Japan)
42. <https://www.directory.gov.au/portfolios/prime-minister-and-cabinet/departments/prime-minister-and-cabinet> (Australia)
43. <https://www.dpnc.govt.nz/units/cabinet-office/roles-and-responsibilities> (New Zealand)
44. <https://www.gouvernement.fr/fonctions-du-sgg> (Republic of France)
45. <https://www.gov.bm/ministry/government-reform> (Bermuda Islands)
46. https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura_organizacional (Federal Republic of Brazil)
47. [https://www.gov.cn/zwgk/2008-07/17/content_1047512.htm\(chinese\)](https://www.gov.cn/zwgk/2008-07/17/content_1047512.htm(chinese)) (People's Republic of China)
48. https://www.gov.il/en/departments/about/about_secretary#1
49. <https://www.gov.uk/government/organisations/cabinet-office/about> (Kingdom of Great Britain)
50. <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-general-affairs/organisation> (Kingdom of the Netherlands)
51. <https://www.government.se/government-of-sweden/prime-ministers-office/organisation-of-the-prime-ministers-office/> (Kingdom of Sweden)
52. <https://www.joradp.dz/HEN/Index.htm> (Republic of Algeria)
53. <https://www.kmu.gov.ua/en/sekretariat-kabinetu-ministriv-ukrayini> (Republic of Ukraine)
54. <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/council-functioning/Paginas/functions.aspx> (Kingdom of Spain)
55. <https://www.officialgazette.gov.ph/about/gov/exec/bsaiii/cabinet/the-cabinet-secretary> (Republic of the Philippines)
56. https://www.opm.go.kr/en/office/opc_chart.do (Republic of South Korea)
57. <https://www.opmcm.gov.np> (Federal Democratic Republic of Nepal)
58. https://www.pmo.gov.bt/?page_id=6238#1682051083668-44cbb768-1064 (Kingdom of Bhutan)
59. <https://www.pmo.gov.sg/The-Cabinet> (Republic of Singapore)
60. <https://www.president.go.ke/administration/office-of-the-prime-cabinet-secretary> (Republic of Kenya)

61. https://www.researchgate.net/publication/346469374_Management_of_Politics_in_the_German_Chancellor's_Office (Federal Republic of Germany)
62. <https://www.scotlandsppeople.gov.uk/guides/record-guides/scottish-cabinet-records> Scotland (United Kingdom of Great Britain)
63. <https://www.sg.pcm.gov.pt/en/secretariat-general.aspx> (Republic of Portugal)
64. <https://www.sgg.cg/fr/le-secretaire-general/le-secretaire-general.html> (Democratic Republic of the Congo)
65. <https://www.sggcm.gov.bf/le-sgg-cm/organisation> (Republic of Burkina Faso)
66. <https://www.spm.gov.cm/site/?q=en/content/secretariat-cabinet-meetings> (Kingdom of Thailand)
67. <https://www.spm.gov.cm/site/?q=en/node/296> (Republic of Cameroon)
68. <https://www.thepresidency.gov.za/content/chief-director%3A-cabinet-secretariat> (Republic of South Africa)



Original Article

Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations

Esmat Golshani¹, Seyed Mahdi Hosseini Modarres²

ABSTRACT

Overriding Mandatory Rules (OMR), which claim to be applied regardless of the application of conflict of laws rules, are a widely used yet relatively new concept in the legal literature that has not been thoroughly examined from the perspective of private international law. Due to the fact that international commercial arbitration has become the main forum for resolving contractual disputes, from a theoretical perspective, it is necessary to clarify the approach of arbitration bodies to the issue of OMR and complete the research literature of this field. From a practical perspective, due to Iran's exposure to multiple examples of OMR in international commercial disputes (such as rules on sanctions, consumer protection, competition law, and currency control), understanding the limits of the applicability of OMR, especially third-country, can help to protect national interests of Iran in these disputes. In this study, using a descriptive-analytical research method, library and internet sources related to the subject were reviewed with an emphasis on arbitral awards. The findings of the study indicate that third-country OMR are generally applied with stricter standards than OMR of the governing law, based on conflict of laws analyses and arbitrator's duty to render a binding award. In contrast, the non-application of third-country OMR in arbitration practice has occurred due to several reasons: the lack of adherence by arbitrators to conflict of laws rules, the lack of a close connection between the OMR and the dispute, the non-superiority of the goals provided by the OMR over those of the law of the place of arbitration, the facts of the case not falling within the scope of application of OMR, the unacceptable effects and results of applying the OMR, and in some cases, the relevance of OMR to purely national economic and political interests (type of OMR).

KeyWords: Overriding Mandatory Rules, Conflict of Laws, Arbitrability, Render a Binding Award, Third Country.

How to Cite: Golshani, Esmat, Hosseini Modarres, Seyed Mahdi, "Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp: 179-200.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234538.2664>

Received: 21/01/2024-Accepted: 31/07/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Imam Sadiq University: Girl's Campus, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: email

2. 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/>).



اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی

عصمت گلشنی^۱، سید مهدی حسینی مدرس^۲

چکیده

قواعد آمره برتر به‌عنوان قواعدی که صرف‌نظر از اعمال قواعد تعارض قوانین، ادعای اعمال دارند، مفهوم پرکاربرد و نسبتاً جدیدی در ادبیات حقوقی است که ابعاد مختلف آن از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی تبیین نشده است. با توجه به تبدیل شدن داوری تجاری بین‌المللی به اصلی‌ترین مرجع حل اختلافات قراردادی، ضرورت نظری ایجاب می‌کند نوع مواجهه نهاد داوری با مسئله قواعد آمره برتر به‌دقت روشن شود و ادبیات پژوهشی این حوزه تکمیل گردد. از باب ضرورت کاربردی، به‌دلیل مواجهه ایران با مصادیق متعددی از قواعد آمره برتر در اختلافات تجاری بین‌المللی (مانند قواعد مربوط به تحریم‌ها، حمایت از مصرف‌کنندگان، حقوق رقابت، کنترل ارز)، آشنایی و حدود قابلیت اعمال قواعد آمره برتر به‌خصوص قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث، می‌تواند به حفظ منافع ملی ایران در این اختلافات کمک کند. در این پژوهش، با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی مرتبط با موضوع با تأکید بر آرای داوری مورد مطالعه قرار گرفت. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که قواعد آمره برتر ثالث در رویه داوری، به‌طور کلی براساس تحلیل‌های مبتنی بر تعارض قوانین و نیز وظیفه داور به صدور رأی لازم‌الاجرا، با استانداردهای سختگیرانه‌تری نسبت به قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم اعمال می‌شوند. در مقابل، عدم التزام داوران به قواعد تعارض قوانین، نبود ارتباط نزدیک بین قواعد آمره برتر و اختلاف، برتر نبودن اهداف تأمین‌شونده توسط قاعده آمره برتر نسبت به اهداف قانون محل داوری، قرار نگرفتن حقایق پرونده در دامنه شمول اعمال قواعد آمره برتر، غیرقابل قبول بودن آثار و نتایج اعمال قواعد آمره برتر و در برخی پرونده‌ها، مربوط شدن قواعد آمره برتر به منافع اقتصادی و سیاسی صرفاً ملی (نوع قواعد آمره برتر) مواردی است که در رویه داوری موجب عدم اعمال قواعد آمره برتر ثالث شده است.

کلید واژگان: قواعد آمره برتر، تعارض قوانین، قابلیت داوری، صدور رأی لازم‌الاجرا، کشور ثالث.

استناد به این مقاله: گلشنی، عصمت، حسینی مدرس، سید مهدی، «اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۷۹-۲۰۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234538.2664>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۰

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق (ع): پردیس خواهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: esmat.golshani@isu.ac.ir

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

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

مقدمه

قواعد آمره برتر یا همان قواعد انتظامی قواعدی ماهوی اند که ادعا دارند بر همه حالت‌هایی که در قلمرو اعمالشان قرار بگیرند، حاکم‌اند؛ قطع نظر از اینکه قانون حاکم و محتوای آن چه باشد؛ یعنی قطع نظر از اعمال قواعد تعارض قوانین.^۱

در حقوق بین‌الملل خصوصی، سه دسته اصلی از قواعد آمره برتر وجود دارند: قواعد آمره برتر قانون مقر، قانون حاکم^۲ و قانون خارجی. طبق اکثر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی دنیا، قواعد آمره برتر مقر و قانون حاکم معمولاً به صورت اتوماتیک و رسمی اعمال می‌شوند.^۳ در مقابل، اعمال قواعد آمره برتر خارجی معمولاً برای دادگاه مقر اختیاری است.^۴ این تمایز، اهمیت انتخاب دادگاه توسط طرفین را بیشتر نشان می‌دهد.

از طرف دیگر در حال حاضر، داوری بین‌المللی به مکانیزم پیش فرض برای حل اختلافات قراردادی تجاری بین‌المللی تبدیل شده است. حجم گسترده دعاوی مطرح شده در داوری بین‌المللی، به خصوص در تعامل با موضوع قواعد آمره برتر، مسائل متعددی را ایجاد کرده است؛ از جمله امکان و چگونگی اعمال قواعد آمره برتر توسط داوران و به طور کلی نحوه برخورد داوران بین‌المللی با موضوع اعمال قواعد آمره برتر.

از جمله این مسائل، مطرح شدن سؤالات ذیل است:

۱- آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث که به قانون قابل اعمال در ماهیت دعوی تعلق ندارند، اساساً

قابل داوری هستند؟

۲- در صورت مثبت بودن پاسخ سؤال نخست، این قواعد چه زمانی و با داشتن چه ویژگی‌هایی در داوری بین‌المللی

اعمال می‌شوند؟

۳- و چه زمانی داوران بین‌المللی از اعمال قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث خودداری می‌کنند؟

باتوجه به نسبتاً جدید بودن طرح مفهوم قواعد آمره برتر در سطح جهان، بهترین راه برای پاسخ به این سؤالات، تجزیه و تحلیل آرای داوری است و هرچه تعداد آرای مورد بررسی بیشتر باشد، پاسخ‌های ارائه شده هم دقیق‌تر خواهد بود. در این راستا، در مقاله حاضر تعداد معتناهایی از آرای داوری تجاری بین‌المللی بررسی شده‌اند. اکثر آرای داوری مورد بررسی در این پژوهش، عمدتاً در اروپا یا ایالات متحده صادر شده‌اند. زیرا اکثر آرای که حداقل خلاصه‌های آن به صورت عمومی منتشر شده و می‌توانسته در دسترس نویسندگان قرارگیرد، متعلق به این حوزه‌های قضایی است.

^۱. گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، «شمول تحریم‌ها به عنوان قواعد آمره برتر در ارجاع به قانون حاکم»، مجله پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، شماره ۶۹، ۱۳۹۹، صص ۲۳۷ و ۲۳۸.

Lois de police اصطلاح فرانسوی و Overriding Mandatory Rules معادل انگلیسی قواعد آمره برتر است.

لازم به توضیح است که مفهوم عمیق قواعد آمره برتر، خود موضوع پژوهش دیگری است و در این مقاله برای تمرکز بر مسئله خاص و اجتناب از طرح مطالب کلی و موازی، آگاهی مخاطب از مفهوم تفصیلی این قواعد، مفروض دانسته شده، لذا به معرفی این قواعد در حدی که در شماره ۱ آمده است، اکتفا می‌شود.

^۲. منظور از قانون حاکم در این مقاله قانون حاکم بر ماهیت دعواست.

^۳. Shehata, I. "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration and Mediation Review*, 2017, P 386.

^۴. Ibid.

جدید بودن مسئله قواعد آمره برتر، قلت ادبیات پژوهشی تولیدشده در این موضوع به زبان فارسی و این واقعیت که مصادیقی از قواعد آمره برتر مانند تحریم‌ها، در دهه‌های اخیر به‌طور فزاینده‌ای در مورد ایران مصداق پیدا کرده‌اند، پرداختن به موضوع را توجیه می‌کند. برای شروع، ابتدا لازم است مفاهیم «قواعد آمره برتر» و «کشور ثالث» به اختصار تبیین گردد.

۱. مفهوم قواعد آمره برتر

قواعد آمره برتر نهادی است در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی که به خصوص با قواعد آمره^۱ متفاوت است. «قواعد بین‌المللی آمره برتر ماهیت آمره دارند و بدون توجه به قانون قابل‌اعمال بر قرارداد (قانون لازم‌الاجرا)^۲، ادعای قابلیت اعمال آن‌ها می‌شود.»^۳ به بیان دیگر، «قواعدی که ماهیت نظم‌عمومی دارند و بر قانون قابل‌اجرا حاکم‌اند [تفوق دارند] و به‌طور خودکار در مورد هر اختلافی که در محدوده حوزه اعمالشان قرارگیرد اعمال می‌شوند.»^۴ «هدف قواعد آمره برتر، حفاظت از منافع عمومی، مانند منافع اقتصادی، اجتماعی، یا سیاسی یک دولت یا در مقیاس گسترده‌تر، کل اتحادیه اروپا، و رای منافع طرفین خصوصی است. قواعد آمره برتر به خصوص در مجموعه قوانین تجارت خارجی، مبادلات خارجی، کار، حمایت از مصرف‌کننده، ضدانحصار، مالیاتی، بازار بورس اوراق بهادار^۵، حمایت از آثار فرهنگی، و نیز قوانین حاکم بر خارجیان، ضد فساد، پلیس (شهربانی)، اراضی و قانون اساسی، وجود دارند.»^۶ هدف این قواعد وضع کنترل بر روابط قراردادی برای حفظ منافع عمومی یا اشخاص ثالث است.»^۷

۲. مفهوم کشور ثالث

منظور از کشور ثالث برای دادگاه داخلی یک کشور، کشور غیر از (۱) کشور مقر دادگاه یا (۲) کشوری است که قانون آن بر قرارداد حاکم است.

در داوری، براساس نظریه غیرمحملی کردن داوری^۸، چون داوری مقر ندارد، مفهوم موسع‌تری برای کشور ثالث در نظر گرفته شده و قانون محل داوری^۹ (مبدأ) به‌عنوان قانون ثالث مدنظر قرار می‌گیرد. طبق این نظر، دیوان داوری مقر ندارد و وفاداری به

¹ Mandatory Rules

² Lois d'application nécessaire

³ Mayer, P. "Mandatory rules of law in international arbitration," *Arbitration International* 2.4, 1986, P 275.

⁴ Shehata, op.cit., P 384.

⁵ Securities market

⁶ Brunner, C. "Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration", *Kluwer Law International BV*, 18, 2009, P 266.

⁷ El-Kosheri, A. S. and Tarek F. R. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", *ICSID Review* 1.2, 1986, PP 257-274.

برای مطالعه بیشتر درخصوص مفهوم قواعد آمره برتر، ببینید: گلشنی حسینی مدرس، پیشین، صص ۲۳۷-۲۴۰.

⁸ Delocalization

⁹ lex arbitri

نظم عمومی هیچ کشوری از او انتظار نمی‌رود.^۱ به این معنی که دیوان‌های داوری قواعد آمره برتر مقرر را ندارند.^۲ این نظریه که نویسندگان با آن هم‌نظرند و مبنای این پژوهش قرار گرفته است، با نظریه غیرمحملی کردن داوری و نیز اجرای آرای داوری ابطال شده در مبدأ ارتباط پیدا می‌کند.

بنابراین، قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث، که ازین پس در مقاله مختصراً قواعد آمره برتر ثالث نامیده می‌شود، یعنی قواعدی که ویژگی‌های آمره برتر بودن را دارند، اما توسط کشورهای مقرر دادگاه، قانون حاکم و قانون محل داوری وضع نشده‌اند.

پس از روشن شدن مفهوم قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث، نوبت پاسخ دادن به سه سؤال محوری مطرح شده در ابتدای پژوهش است.

۲.۱. امکان یا عدم امکان رسیدگی به دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث در داوری

اسپیللا،^۳ کنوانسیون رم^۴ و مقررہ رم یک^۵ حاوی مقررات خاصی هستند (به ترتیب: ماده ۱۹، بند ۱ ماده ۷، و بند ۳ ماده ۹) که به دادگاه‌های داخلی در اوضاع و احوال خاصی اختیار می‌دهند که به قواعد آمره برتری که بخشی از قانون حاکم نیستند، توجه کنند. اما در مورد دیوان‌های داوری، این اعطای صلاحیت در هیچ یک از مقررات فوق به صورت صریح نیست.

با این حال نویسندگان در پاسخ به نخستین پرسش پژوهش مبنی بر اینکه آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث، اساساً

^۱ شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسائی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷.

جهت کسب اطلاعات تفصیلی در تأیید این تئوری یا نظریه مخالف، از جمله به منابع ذیل رجوع کنید:

Paulsson, Jan, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC Bulletin*, Volume 9, Issue 1, 1998; Van Den Berg, Albert Jan, "Annulment of Award In International Arbitration", In: Richard B. Lillich and Charles N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*, Twelfth Sokol Colloquium, Transnational Publishers Inc., New York, 1994; Albert Jan Van Den Berg, "Enforcement of Annulled Awards?", *ICC Bulletin*, Volume 9, Issue 2, 1998; Gaillard, Emmanuel, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Volume 14, 1999; Gharavi, Hamid, G. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, *Kluwer Law International*, Netherland: The Hague, 2002; Abedian Hossein, "Judicial review of arbitral awards in international arbitration – A case For an efficient system of judicial review", *Journal of International Arbitration Law*, Netherlands: Kluwer Law International, 2011, PP 589–626;

جنیدی، لیا، «مسئله اجرای آرای داوری ابطال شده»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷، صص ۱۵۹–۱۳۷؛ بهمنی، محمدعلی و فیض‌الله جعفری، «رویه قضایی فرانسه و اجرای آرای داوری ابطال شده در محل صدور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ویژه‌نامه شماره ۷، ۱۳۹۰، صص ۱۷۸–۱۳۳؛ اسماعیل پور فداکار، شاهین، «اجرای آرای داوری خارجی ابطال شده در کشور محل صدور»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

^۲ Bentolila, D. Arbitrators as lawmakers. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017, supra note 1, at 119.

^۳ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (SPILA) ۱۹۸۷.

^۴ کنوانسیون رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (۱۹۸۰).

هرچند جایگزین شدن مقررہ رم ۱ تا حد زیادی حوزه اعمال این کنوانسیون را محدود کرده است، لیکن هنوز نسبت به دانمارک که عضویت کامل در اتحادیه اروپا ندارد و همچنین نسبت به قلمروهای فراسرزمینی کشورهای عضو اتحادیه اروپا اعمال می‌گردد.

^۵ مقررہ شماره ۵۹۳ پارلمان و شورای اروپا در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (۲۰۰۸).

قابل داوری‌اند یا خیر، به دلایل ذیل قائل به پاسخ مثبت هستند.^۱

دلیل ۱: اگرچه ماده ۱۹ اسپيلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رم یک مستقیماً بر داوری قابل‌اعمال نیستند، از طریق قیاس قابلیت اعمال دارند یا حداقل داوران باید از اصول مبنای آن‌ها به‌صورت ارشادی و نه الزامی راهنمایی بگیرند؛ با در نظر گرفتن هدف اصلی این مقررات، داوران اصولاً از صلاحیت توجه کردن به قواعد آمره برتری که توسط کشوری غیر از کشور قانون حاکم وضع شده‌اند، محروم نیستند. همان‌طور که برمن گفته است، «احتمالاً منطبق این فرض این است که حتی در خصوص دعاوی تجاری کاملاً خصوصی، دیوان داوری نقش و کارکردی عمومی برای انجام دادن دارد و نمی‌تواند مطلقاً نسبت به ارزش‌های بنیادینی که قواعد آمره قانون با هر منبع یا منشأیی - حقیقتاً در پی تأمین آن‌ها هستند ناشنوا باشد.»^۲

دلیل ۲: با توجه به اینکه دادگاه‌های ملی علاوه بر قانون حاکم موظف‌اند نظم عمومی قوانین دیگر مانند قانون مقر دادگاه را هم اعمال کنند، اگر فرض را بر این بگیریم که داوران جانشین قضاوت و نهاد داوری جانشین دادگاه‌های ملی است، محدود کردن داور به اینکه فقط قواعد آمره برتر قانون حاکم و مقر را اعمال کند (و نه قواعد آمره برتر ثالث)، باعث می‌شود نهاد داوری حمایت دولت‌ها را از دست بدهد و رویکرد دولت‌ها ضد داوری شود؛ حمایتی که طی دهه‌ها تلاش برای تثبیت جایگاه نهاد داوری در کنار رسیدگی‌های دادگاهی به دست آمده است.

«محدود کردن قدرت و اختیار داور فقط به اعمال قواعد آمره برتر قانون حاکم و مقر، حمایت مقامات قضایی از نهاد داوری را که طی دهه‌ها تلاش صبورانه به دست آمده است، تضعیف می‌کند؛ و تردید سابقه‌دار آن‌ها را به اینکه داوری واقعاً باعث تضعیف احترام به هنجارهای نظم عمومی می‌شود، دوباره زنده می‌کند.»^۳

نیاز به یادآوری است که وجود مکانیسم داوری بین‌المللی در درجه نخست به کمکی که از مقامات قانونی و قضایی دولت‌ها دریافت می‌کند بستگی دارد.^۴ از نظر پژوهشگران حوزه داوری، گسترش موضوعات قابل داوری در سال‌های اخیر، مستلزم اجرای قواعد آمره برتر است، خواه این قواعد متعلق به قانون قابل اجرا در ماهیت باشد یا خیر.^۵ مثلاً پروفسور مایر با این فرض که داوران جانشین قضاوت‌اند، مدافع این است که اعمال یک قاعده آمره برتر خارج از قانون قابل اعمال در ماهیت توسط داور، ممکن است واقعاً خوب باشد، چراکه اگر جایگزینی داور به جای قاضی منجر به قربانی شدن منافع عمومی‌ای شود که در صورت رسیدگی به اختلاف نزد یک قاضی ملی، محافظت می‌شد، رویکرد دولت‌ها برضد داوری بین‌المللی خواهد شد.^۶

شناسایی صلاحیت دیوان‌های داوری به توجه کردن به قواعد آمره برتر وضع شده توسط کشوری غیر از کشور قانون

¹. Radicati Di Brozolo, L. "Mandatory Rules and International Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb* 23.1, 2012; Kaufmann-Kohler, G. and Rigozzi, A. *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Second Edition, Bern: Weblaw, 2010, P 425, n. 661; Voser, N. "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable to International Commercial Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 7, 1996, PP 329-330; Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, P 112.

². Bermann, G. A. "Mandatory Rules of Law in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, 18, 2007, P 8.

³. Werner, J. "Application of Competition Laws by Arbitrators-The Step Too Far," *J. Int'l Arb.* 12, 1995, P 21.

⁴. Ibid.

⁵. Seraglini, Christophe. "Lois de police et justice arbitrale internationale", PhD Thesis, Paris, 1, 2000, supra note 1.

⁶. Mayer, op.cit., supra note 1, at 285.

حاکم، می‌تواند نهاد داوری را در طولانی‌مدت تقویت کند. اگر دیوان‌های داوری صلاحیت توجه کردن به چنین قواعدی را برای خود قائل نبودند و آن را حیطة ممنوعه تلقی می‌کردند، ممکن بود دولت‌ها متمایل شوند که در همه دعاوی دربردارنده قواعد آمره برتر به دادگاه‌های داخلی‌شان صلاحیت انحصاری اعطا کنند، تا از رعایت شدن آن قواعد مطمئن شوند. «اگر از ... داوران به‌عنوان ابزاری برای اجتناب از اعمال سیاست‌های مرتبط کشورهای ذی‌نفع در موضوع دعوا استفاده شود، اعتبار داوری دستخوش تغییر می‌شود. داوری تا وقتی می‌تواند رونق داشته باشد که به‌وسیله دولت‌ها حمایت شود.»^۱

دلیل ۳: نتیجه مقرر نداشتن داوری این است که داوران به قواعد حقوقی هیچ نظام حقوقی به‌طور کامل ملتزم نیستند حتی قواعد قانون منتخب طرفین؛ یعنی داوران برعکس قضات دادگاه‌های ملی اجباری به رعایت قواعد حقوقی کشوری خاص ندارند. لذا به‌لحاظ نظری، امکان و موارد اعمال قواعد آمره برتری غیر از قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم، در داوری بیش از دادگاه‌های ملی است.^۲

همچنین وقتی مبانی قانونی در حقوق موضوعه این امکان را فراهم آورده‌اند که دادگاه‌های داخلی در شرایط خاصی صلاحیت توجه کردن به قواعد آمره برتر ثالث را داشته‌باشند، هیچ دلیلی وجود ندارد که داوران از چنین صلاحیتی محروم باشند. «بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، بیانگر یکپارچگی بین‌المللی است. کشورها باید در اجرای سیاست‌های دولتی مربوط به یکدیگر کمک کنند. داور باید با اثربخشی به مقررات الزام‌آوری که ادعای اعمال [در همه شرایط] دارند، به این وحدت بین‌المللی کمک کند؛ به شرطی که آن قواعد توسط کشوری وضع شده باشند که رابطه نزدیکی با قرارداد دارند و اثربخشی به آن قواعد، منصفانه و منطقی باشد.»^۳

دلیل ۴: طبق اکثر قواعد نهاد‌های داوری یکی از وظایف داوران صدور رأی قابل‌اجراست.^۴ برای مثال، دیوان‌های داوری در صورت امکان می‌توانند حوزه‌های قضایی بالقوه اجرای رأی داوری را از قبل شناسایی کنند و قواعد آمره برتر این حوزه‌ها را برای جلوگیری از هرگونه رد احتمالی شناسایی یا اجرای رأی اعمال کنند یا حداقل در نظر بگیرند. بر این اساس، اگر داوران صرفاً قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم را مورد توجه قرار دهند، امکان دارد رأی خود را در معرض ریسک ابطال یا اجرا نشدن قرار دهند؛ مثلاً اگر قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم با قواعد آمره برتر متعلق به قانون محل اجرا مغایرت داشته باشد.^۵

لذا پاسخ اولیه به پرسش نخست این است که دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث، به‌طور کلی قابل‌داوری‌اند؛ اما

¹ Lando, O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: Šarčević (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston etc: Graham and Trotman: Martinus Nijhoff, 1989, P 158.

² Bermann, G. A. and Mistelis, L. A. *Mandatory rules in international arbitration*, New York: Juris, 2011, supra note 39, at 333.

³ Lando, op.cit., P 159.

⁴ مثلاً قواعد داوری آی‌سی‌سی (۲۰۱۷) در ماده ۴۲ مقرر می‌دارد: «در تمام مواردیکه به صراحت در قوانین پیش‌بینی نشده است، دادگاه و دیوان داوری باید تمام تلاش خود را به‌کار گیرد تا اطمینان حاصل شود که رأی از نظر قانون قابل‌اجراست.»

همچنین قوانین داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن (LCIA) در ماده ۳۲.۲ مقرر می‌دارد: «درمورد همه مواردی که به‌صراحت در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی نشده است، دیوان LCIA خود LCIA ثبت‌کننده، دیوان داوری و هر یک از طرفین باید همیشه با حسن‌نیت و با رعایت روح موافقت‌نامه داوری عمل کنند و باید تمام تلاش معقول خود را بکار گیرد تا مطمئن شود که هر رأی [صادر] در محل داوری، از نظر قانونی به رسمیت شناخته می‌شود و قابل اجرا است.»

همچنین منبع ذیل را ملاحظه کنید:

Mantilla-Serrano, F. "Towards a Transnational Procedural Public Policy, Towards a Uniform International Arbitration Law?", *Arbitration international* 20.4, 2004.

⁵ Ibid, P 379.

پاسخ تکمیلی این است که این امکان داوری در شرایط خاصی رخ می‌دهد.^۱ واکاوی این شرایط موضوع دو سؤال بعدی است.

۲.۲. موارد اعمال قواعد آمره برتر ثالث

در پاسخ به این سؤال که چه زمانی داوران بین‌المللی قواعد آمره برتر ثالث را اعمال می‌کنند، از طریق بررسی و تحلیل آرای داوری، دو معیار را می‌توان مطرح کرد:
(۱) معیارهای ارائه‌شده براساس تحلیل تعارض قوانین و (۲) وظیفه دیوان داوری برای صدور رأی لازم‌الاجرا.

۲.۲.۱. امکان اعمال قواعد آمره برتر ثالث براساس تحلیل تعارض قوانین

در پرونده‌های ذیل با نگاهی مبتنی بر تحلیل تعارض قوانین می‌توان ویژگی‌هایی را احراز کرد که اگر در پرونده موجود باشد، دیوان داوری قواعد آمره برتر ثالث را هم اجرا می‌کند:

- در پرونده ۵۶۲۲ آی‌سی‌سی (رأی اول هیلمارتون)،^۲ که هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال در ماهیت متعلق به سوئیس بود، دیوان با این توضیح که هدف قانون الجزایر صرفاً تأمین منافع الجزایر نیست، بلکه هدف آن تضمین رویه‌های تجاری سالم و منصفانه و به‌طور کلی مبارزه با فساد است، حکم کرد که قرارداد متنازع‌فیه، قواعد آمره برتر محل اجرای قرارداد (قانون الجزایر) و نیز نظم عمومی بین‌المللی و اخلاق حسنه قانون قابل اعمال (سوئیس) را نقض می‌کند.^۳
- در پرونده ۸۵۲۸ آی‌سی‌سی، دیوان ماده ۱۹ اسپیلا را اعمال و البته به ماده ۷ کنوانسیون رم^۴ هم اشاره و حکم کرد که قرارداد قواعد آمره برتر ترکیه (محل اجرای قرارداد) را که ارتباط نزدیکی با اختلاف داشت و از دیدگاه رویه حقوقی سوئیس، هدفش را که حفاظت از منافع مشروع و ارزش‌های حیاتی (بسیار مهم) بوده، نقض می‌کند. دیوان، قانون ترکیه را اعمال و اعلام کرد که منافع مالیاتی، امتیازاتی غیرقابل انتقال بین دولت ترکیه و خواننده است. در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال در ماهیت متعلق به سوئیس بود.^۵
- در پرونده ۹۲۴۰ آی‌سی‌سی، خواننده استدلال کرد که قرارداد، قانون رقابت اروپا یا قانون رقابت ایالت اوهایو (قانون قابل اعمال در ماهیت) را نقض می‌کند. داور منفرد مستقر در بروکسل، قانون رقابت اروپا را تنها قانون

^۱ پروفیسور رادیکاتی با در نظر گرفتن اینکه «فقط آن دسته از قواعد آمره برتری که عنوان واقعی و معقول دارند، باید در پرتو شرایط پرونده اعمال شوند»، یک پاسخ عملیاتی پیشنهاد می‌کند. چنین قواعدی معمولاً متعلق است به «محتمل‌ترین محل جایگزین برای حل و فصل اختلاف، با توجه به محل کسب و کار طرفین و سایر عوامل قضایی مربوطه، هستند و اینکه کدام قواعد آمره در چنین محلی اعمال می‌شود [در گام بعد باید تعیین شود].»

Radicati Di Brozolo, L. "When, Why and How must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions?," In: *The Impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris Publishing, 2016, P 377.

^۲ Case No. 5622 of 1988, 19 Y.B. Comm. Arb. 105 (Icc Int'l Ct. Arb.).

^۳ Ibid.

^۴ ماده ۷: «به هنگام اعمال قانون یک کشور به موجب این کنوانسیون، این امکان وجود دارد که به قواعد آمره برتر قانون کشور دیگری که با آن وضعیت ارتباط نزدیکی دارد، ترتیب اثر داده شود. مشروط بر اینکه طبق قانون کشور اخیر، آن قواعد قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد قابل اعمال باشند. در خصوص ترتیب اثر دادن یا ندادن به این قواعد آمره، بایستی به ماهیت، هدف و نتایج اعمال یا عدم اعمال آن‌ها توجه شود.»

^۵ Case No. 8528 of 1996, 25 Y.B. Comm. Arb. 432 (ICC Int'l Ct. Arb.).

- رقابت قابل اجرا در این اختلاف تشخیص داد؛ زیرا کشور عضو جوامع اروپایی^۱ محل اجرای قرارداد بود.^۲
- در رأی نهایی ۲۰۱۱/۱۵۸ اتاق بازرگانی استکهلم^۳، داور ابتدا تأیید کرد که قاعده مورد بحث، یک قاعده آمره برتر متعلق به قانون فرانسه است و سپس با استناد به مواد ۷ کمیسیون اروپا و ۹ مقررات رم ۱، حکم داد که داوران موظفاند صرف نظر از قوانین حاکم، قواعد آمره برتر نظام حقوقی را که ارتباط مهمی با اختلاف دارند، اعمال کنند. البته در نهایت، براساس اعمال قوانین بر حقایق پرونده، داور احراز نکرد که قرارداد، قواعد آمره برتر محل اجرای قرارداد، یعنی فرانسه، را نقض کرده است. در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون حاکم متعلق به سوئد بود.^۴
- در پرونده ۱۶۶۵۵ آی سی سی، طبق قانون امارات متحده عربی (قانون محل اجرای قرارداد)، یک نمایندگی باید در آژانس نظارتی مربوطه ثبت شود تا بتواند از حمایت قوانین امارات بهره مند شود. در مورد پرونده، خواهان ثبت نشده بود و بنابراین، دیوان ادعای او را در مورد نقض قواعد آمره برتر قانون امارات رد کرد.^۵ در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال متعلق به فرانسه بود.
- در پرونده باشگاه‌های فوتبال آ.ا.ک. آتن و اسلاویا پراگ علیه اتحادیه فوتبال اروپا (یوفا)^۶ و نیز پرونده باشگاه فوتبال سلطیک علیه یوفا^۷، هر دو دیوان داوری قواعد آمره برتر اتحادیه اروپا (قوانین حقوق رقابت اتحادیه اروپا) را اعمال کردند؛ چون آنها را به عنوان قواعد انتظامی که ارتباط نزدیکی با دعوا دارند توصیف کردند و اینکه از دیدگاه نظام حقوقی سوئیس، هدف این قواعد حفاظت از منافع مشروع و ارزش‌های حیاتی است. علاوه بر این، هر دو دیوان ماده ۱۹ اسپیل را اعمال کردند و به ماده ۷ کنوانسیون رم ارجاع دادند.
- جمع‌بندی اینکه، در آرای داوری صادره در اروپا دیوان‌های داوری قواعد آمره برتر ثالث را در صورتی اعمال کرده‌اند که با (۱) ارتباط نزدیکی با اختلاف داشته (مانند قانون محل اجرای قرارداد) یا (۲) در راستای نظم عمومی بین‌المللی (همان تأمین منافی مشروع و ارزش‌های حیاتی و بسیار مهم) یا مقررات مقر یا قانون قابل اعمال در ماهیت بوده‌اند. مورد دوم همان است که تحت عنوان «شایستگی اعمال» قاعده آمره برتر برای اعمال شدن در ادبیات حقوقی مطرح می‌شود.^۸ توضیح آنکه، قواعد آمره برتر ثالثی قابلیت اعمال در یک دعوا را دارند که هدف آنها شایسته باشد و برای رسیدن به این هدف

۱. این نهاد در حال حاضر وجود ندارد. در زمان صدور این رأی داوری، جوامع اروپایی (The European Communities (EC)) از سه سازمان بین‌المللی جامعه زغال سنگ و فولاد اروپا (ECSC)، جامعه انرژی اتمی اروپا (EAEC یا Euratom)، و جامعه اقتصادی اروپا (EEC) تشکیل شده بود. جامعه اقتصادی اروپا (EEC) در سال ۱۹۹۳ توسط معاهده ماستریخت به جامعه اروپایی (European Community EC) تغییر نام داد. جامعه زغال سنگ و فولاد اروپا (ECSC) هم در سال ۲۰۰۲ منحل شد.

۲. Case No. 9240 of 1998, 14 (2) ICC Bull. 59.

۳. SCC

۴. Case No. 158 of 2011, 38 Y.B. Comm. Arb. 253 (Arb. Inst. Stockholm Chamber of Com.).

۵. Case No. 16655 of 2011, 4 (2) Intl. J. Arab Arb. 125 (Int'l Ct. Arb.).

۶. AEK Athens & SK Slavia Prague v. (UEFA), Case No. 1998/0/200 (Ct. Arb. For Sport, Aug. 20, 1999), Digest of CAS Awards II 1998-2000 38 (2002).

۷. Celtic Plc v. (UEFA), Case No. 1998/0/201 (Ct. Arb. For Sport, Jan. 7, 2000), Digest of CAS Awards II 1998-2000 106 (2002).

۸. به عنوان مثال تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث به عنوان یک قاعده آمره برتر زمانی شایسته اعمال است که هدف و موضوع تحریم توجه به آن را ایجاب کند. یعنی براساس استانداردهای کشور مقر (در رسیدگی‌های دادگاهی) و استانداردهای قابل قبول از نظر جامعه بین‌المللی (در رسیدگی‌های داوری) منافع تأمین‌شونده به وسیله تحریم‌ها باید «مشروع و شایسته حمایت» باشند، همچنین تحریم باید ابزاری «ضروری» و «متناسب» برای دستیابی به هدفش باشد. برای مطالعه بیشتر رک به:

جعفرزاده، میرقاسم، عصمت گلشنی و سید مهدی حسینی مدرس، «جایگاه "شرط شایستگی اعمال" در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰.

ابزاری مناسب و ضروری باشند.

۲.۲.۲. امکان اعمال قواعد آمره برتر ثالث بر اساس وظیفه به صدور رأی قابل اجرا

در پرونده‌های ذیل با نگاه به یکی از مهم‌ترین وظایف دیوان داوری یعنی صدور رأی که در نهایت اجرا هم بشود، می‌توان امکان اجرای قواعد آمره برتر ثالث را احراز کرد:

- در پرونده ۸۶۲۶ آی‌سی‌سی، خواننده ادعا کرد که قرارداد ناقض پیمان کمیسیون اروپاست. دیوان مستقر در سوئیس حکم داد که قانون قابل اجرا (قانون نیویورک) داوران را ملزم می‌کند که بر اساس حکم میتسویشی، مقررات ضدانحصار خارجی را در نظر بگیرند.^۱ از طرف دیگر، آلمان در آن پرونده یک مکان بالقوه برای اجرای رأی بود؛ لذا نادیده گرفتن مقررات حقوق رقابت اتحادیه اروپا، که آلمان هم موظف به رعایت آنهاست، منجر به رد اجرای چنین رأی در آلمان می‌شد. لذا دیوان با این استدلال که یکی از وظایف او صدور رأی لازم‌الاجراست، مقررات حقوق رقابت اتحادیه اروپا را به عنوان نوعی قواعد آمره برتر اعمال کرد.^۲
 - در پرونده ۱۵۹۷۷ آی‌سی‌سی^۳ راجع به اعمال قواعد نمایندگی تجاری، داور وظیفه خود برای صدور رأی قابل اجرا آن‌طور که طبق قوانین آی‌سی‌سی مقرر شده تصدیق کرد. باین حال، اشاره کرد که چنین تعهدی به معنای دخالت دادن قواعد آمره برتر همه کشورهای مختلف نیست که ممکن است رأی داوری به‌طور بالقوه به آن کشورها برای شناسایی و اجرا ارائه شود؛ این تعهد صرفاً یک «استاندارد نظم عمومی» بین‌المللی را در حداقل سطح مجاز برای هر رأی داوری ایجاد می‌کند. با وجود این، داور نقض یا عدم نقض قواعد آمره برتر قانون امارات متحده عربی را بررسی کرد و چنین نقضی را احراز نکرد.
- در این پرونده، محل داوری اشتوتگارت آلمان و قانون حاکم قانون آلمان با استثنای کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بود.^۴

با توجه به آرای داوری فوق، می‌توان استنباط کرد که هم کنوانسیون رم و هم اسپلا تأثیر قابل توجهی بر نگرش دیوان‌های داوری نسبت به اعمال قواعد آمره برتر «خارجی» ای که به قانون قابل اجرا در ماهیت تعلق ندارند، داشته‌اند. البته مجدداً تأکید می‌شود که این نتیجه ممکن است تحت تأثیر این امر باشد که اکثر آرای داوری بررسی شده در این مقاله، در اروپا صادر شده‌اند. قدر متیقن می‌توان استنباط کرد که هر زمان که دیوان داوری در اروپا مستقر باشد، طرفین می‌توانند درخواست اعمال قواعد آمره برتر خارج از قانون قابل اعمال در ماهیت را بدهند. طرف درخواست‌دهنده باید بکوشد دیوان را متقاعد کند که قواعد آمره برتر مورد ادعا سه شرط مهم ذیل را دارند: (۱) شایستگی اعمال دارند، (۲) بین قرارداد و کشور واضع قاعده رابطه نزدیکی وجود دارد و (۳) نتایج حکم به اثربخشی به قاعده نسبت به نتایج حکم به نادیده گرفتن آن برتری دارد.^۵

^۱ Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).

^۲ Case No. 8626 of 1996, 14 (2) ICC Bull. 55

^۳ Case No. 15977 of 2010, 1 ICC Bull. 92 (2016).

^۴ Ibid.

^۵ مثلاً شهاتا می‌نویسد: «در برخی موارد، طرف ممکن است نیاز داشته باشد که به‌طور خاص به ماده ۱۹ اسپلا استناد و ثابت کند که منافع قواعد آمره برتر ثالث نسبت به نظم عمومی خود سوئیس بسیار برتر است.» (Shehata, op.cit., P 401).
واکاوی تفصیلی سه شرط مذکور، خود محل پژوهش‌های دیگر است. جهت مطالعه، رک به: همان.

۲.۲.۳. رویکرد نظام حقوقی ایران

در چهارچوب نظام حقوقی ایران از دو منظر می‌توان به تحلیل قواعد آمره برتر کشور ثالث پرداخت: (الف) آیا نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اجازه اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث را به مرجع رسیدگی‌کننده اختلاف قراردادی (اعم از دادگاه یاداوری) می‌دهد؟ (ب) آیا در نظام حقوقی ایران مصادیقی از قواعد آمره برتر وجود دارند که درجایی که قانون ایران به‌عنوان قانون قابل‌اعمال در ماهیت دعوی قراردادی تعیین نشده، بتوان به آنها استناد کرد.

۲.۲.۳.۱. اعمال قواعد آمره برتر

به علت عدم طرح موضوع اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعوی قراردادی در رویه داوری و قضایی ایران که تاکنون به صورت عمومی در دسترس قرار گرفته است، امکان تبیین رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به موضوع از این رهگذر - به‌مانند آنچه در قسمت ۲-۲ و ۱-۲ انجام شد - وجود ندارد. اما می‌توان پاسخ به این پرسش را از رهگذر تحلیل قوانین، مقررات و قواعد موجود ارائه داد.

از یک سو، در نظام حقوقی ایران مبانی قانونی که به‌صراحت اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث را تجویز کنند (مانند ماده ۱۹ اسپیل، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رم ۱) و شرایط اعمال آن را تبیین کنند^۱ وجود ندارد. اما از سوی دیگر به دلایل ذیل نمی‌توان فوراً چنین نتیجه گرفت که امکان اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث در نظام حقوقی ایران وجود ندارد.

دلیل ۱: عدم منحصر کردن قانون حاکم به نتیجه اعمال قاعده حل تعارض: نظام حقوقی ایران برای اتباعش دو قاعده مهم حل تعارض قوانین در حوزه تعهدات قراردادی دارد که حوزه اعمال متفاوتی دارند. ماده ۹۶۸ قانون مدنی با عدم پذیرش اصل آزادی اراده، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را قانون محل وقوع آن دانسته و در مقابل ماده ۲۷ قانون داوری در بند یکم اصل آزادی اراده را در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته است.

در الفاظ هیچ‌کدام از این دو ماده صراحتاً قانون قابل‌اعمال برای حل اختلاف قراردادی منحصر در «قانون محل وقوع عقد» یا «قانون مورد توافق طرفین» نشده است. به‌عبارت‌دیگر می‌توان گفت که این دو ماده صراحتاً اعمال قاعده آمره برتر ثالث در کنار قانونی را که در نتیجه اعمال قاعده حل تعارض مربوطه تعیین می‌شود، منع نکرده‌اند.

دلیل ۲: تصریح به امکان اعمال در کنار قانون حاکم: در بند ۱ ماده ۳۱ نسخه ۱۴۰۲^۲ و بند «الف» ماده ۴۲ نسخه ۱۳۸۶^۳ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران با اندک اختلافی به امکان اعمال «قواعد حقوقی» در کنار «قانون حاکم» اشاره شده است.

دلیل ۳: تعهد داور به صدور رأی قابل اجرا: هرچند در نظام حقوقی ایران نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی و نه در قانون آیین دادرسی مدنی، تصریحی در خصوص تعهد داور به صدور رأی قابل اجرا وجود ندارد؛ لیکن داور(ان) با پذیرش داوری یک اختلاف، خود را ملتزم به این تعهد ضمنی در هر توافق داوری می‌کنند که رأیی صادر کنند تا حد امکان در کشور مبدأ قابل ابطال نباشد و در کشور مقصد قابل اجرا باشد.^۴ زیرا صدور رأی غیرقابل اجرا نقض غرض طرفین قرارداد از توافق برای حل اختلاف قراردادی از طریق داوری است.

۱. البته تفصیل شرایط اعمال قواعد آمره برتر در سایر نظام‌های حقوقی نیز در دکترین و رویه داوری صورت گرفته است نه در قانون.

۲. «داور» مکلف است براساس قانون حاکم یا قواعد حقوقی قابل‌اعمال رأی صادر کند.

۳. «داور» مکلف است براساس قانون حاکم یا قواعد حقوقی قابل‌اعمال رأی دهد.

۴. طباطبائی‌نژاد، سید محمد، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۹۲-۲۹۳.

ماهیت این تعهد داور را حتی اگر تعهد به فعل یعنی صرف انجام دادن نهایت کوشش و تلاش برای صدور رأی لازم‌الاجرا هم بدانیم، باز هم عدم التزام به آن می‌تواند موجب مسئولیت مدنی برای داور(ان) باشد؛ بنابراین در نظام حقوقی ایران، داور می‌تواند با استناد به اینکه لازمه اجرای تعهد قراردادی‌اش به صدور رأی قابل اجرا، مدنظر قراردادن قواعد آمره ثالث است این قواعد را در صورت احراز شرایط در کنار قانون حاکم اعمال کند.

۲.۲.۳.۲. مصادیق قواعد آمره برتر

در نظام حقوقی ایران می‌توان قواعدی را یافت که ویژگی‌های گفته شده برای قواعد آمره برتر را دارند لذا در داوری‌های بین‌المللی در جایی که نظام حقوقی ایران به‌عنوان قانون قابل اعمال در ماهیت تعیین نشده، می‌توان به آنها استناد کرد. برای مثال در نظام حقوقی ایران اخذ هرگونه پورسانت در معاملات بین‌المللی دولت یا نهادهای عمومی به‌موجب «قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی»، ماده ۱۰۹ «قانون مجازات نیروهای مسلح» و ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم) ممنوع است.^۱ این ممنوعیت را می‌توان یک قاعده آمره برتر در نظر گرفت؛ زیرا محتوای آن به‌گونه‌ای است ادعای حاکم بودن قطع نظر از اعمال قاعده حل تعارض را دارند. زیرا اگر طرفین یک قرارداد بتوانند به گونه‌ای توافق کنند که هیچ‌گاه قانون ایران حاکم نباشد، این قاعده آمره هرگز اعمال نخواهد شد؛ بنابراین فقط در صورتی وضع چنین قاعده‌ای منطقی است که ماهیت آمره برتر داشته باشد. همچنین می‌توان چنین نیز استدلال کرد که این قاعده نظم عمومی بین‌المللی ایران را تأمین می‌کند که لازمه آن داشتن ویژگی اعمال بی‌واسطه قاعده حل تعارض است. هرچند تاکنون مواردی از استناد به قواعد آمره برتر نظام حقوقی ایران در داوری‌های بین‌المللی به‌صورت عمومی منتشر نشده است، موضوع دو شرکت فرانسوی و نروژی را که قراردادهای پیمانکاری در حوزه انرژی با دولت ایران داشتند می‌توان از این حیث بررسی کرد.

هر دو شرکت که در بورس نیویورک پذیرفته شده بودند، با اتهام پرداخت مبالغی به مقامات دولتی ایران در ایالات متحده از سوی وزارت دادگستری و کمیسیون بورس و اوراق بهادار تحت تعقیب قرار گرفتند و سرانجام به توافقی برای پرداخت جریمه دست پیدا کردند.^۲ شرکت فرانسوی برای پرداخت رشوه در فرانسه نیز محکوم شد. اگر فرض کنیم دولت ایران تعهدات خود را درقبال این شرکت‌ها انجام نمی‌داد و شرکت‌ها ایران را برای عدم انجام تعهدات قراردادی به داوری می‌کشاندند، حتی اگر قانون حاکم بر قرارداد قانون ایران نباشد، می‌توان به عدم امکان الزام ایران به اجرای تعهداتش در مقابل طرف خارجی به سبب نقض قاعده آمره برتر ممنوعیت پرداخت پورسانت در معاملات خارجی توسط طرف‌های قرارداد استناد کرد؛ زیرا از جنبه ثبوتی این قاعده هر سه ویژگی «شایستگی اعمال»، «رابطه نزدیک بین قرارداد و کشور واضع قاعده» و «تفوق نتایج حکم به اثربخشی به قاعده نسبت به نتایج حکم به نادیده گرفتن آن» را دارد و می‌تواند مستقیم و بی‌واسطه اعمال قاعده حل تعارض قوانین اعمال شود. همچنین جنبه اثباتی آن با پذیرش پرداخت رشوه به مقامات دولتی ایران نیز محقق شده است.

^۱. برای مطالعه بیشتر رک: آذری متن، افشین، «جرم پورسانت در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۱، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.

^۲. U.S.A. V. Total S.A., 05/29/2013, available at: <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>, last visited 7/24/2024. The Securities and Exchange Commission against Total, S.A., (cease-and-desist proceedings), 05/29/2013, available at: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2013/34-69654.pdf>, last visited 7/24/2024, last visited 7/24/2024.

The Securities and Exchange Commission against Statoil ASA, 2006/13/10, (cease-and-desist proceedings) available at: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf>, last visited 7/24/2024. https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html, , last visited 7/24/2024.

۳. موارد عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث در رویه دیوان‌های داوری

پس از روشن شدن اینکه در چه مواردی داوران قواعد آمره برتر ثالث را اجرا می‌کنند، نوبت پاسخ به این پرسش است که داوران بین‌المللی در چه مواردی از اعمال قواعد آمره برتری، که بخشی از قانون قابل اعمال در ماهیت نیستند، خودداری می‌کنند؟

برای پاسخ به این پرسش، در ادامه با تجزیه و تحلیل آرای داوری مختلف، موارد عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث روشن شده است:

۳.۱. عدول براساس تحلیل قواعد تعارض قوانین

۳.۱.۱. داوران به قواعد تعارض قوانین ملتزم نیستند

- در پرونده ۶۸۵۸ آی‌سی‌سی^۱ محل داوری و قانون حاکم سوئیس بود و طرفین دعوا و داور از اتباع کمیسیون اروپا بودند. خواننده درخواست اعمال قانون جامعه اروپا را براساس ماده ۱۹ اسپیلا کرد. داور حکم کرد که چون داوری مقرر ندارد، داوران مستقر در سوئیس ملزم به اعمال ماده ۱۹ اسپیلا نیستند و متعاقباً او ملزم به اعمال قانون جامعه اروپا هم نیست.

این رأی مسئله پیچیده‌ای را ایجاد می‌کند؛ بدین صورت که از یک طرف داوران معمولاً طبق قوانین سازمانی حاکم در داوری ملزم به اعمال قواعد تعارض قوانین محل داوری یا هر حوزه قضایی دیگری نیستند و این دقیقاً همان چیزی است که این رأی به درستی به آن اشاره می‌کند. از طرف دیگر، آیا این بدان معناست که قواعد آمره برتر ثالث در هیچ موردی قابل اجرا نخواهد بود، حتی اگر ارتباط نزدیکی با پرونده داشته باشد؟ قطعاً این طور نیست.

چنین رویکردی این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که این امکان را به طرفین می‌دهد که با انتخاب داوری به‌عنوان مرجع حل اختلاف، به‌منظور اجتناب از اعمال قواعد آمره برتر، از نهاد حل اختلاف داوری سوءاستفاده کنند. این درحالی که است که وظیفه داوران به صدور رأی لازم‌الاجرا، اعمال قواعد آمره برتری را، که ارتباط تنگاتنگی با اختلاف دارند، ایجاد می‌کند؛ البته تا زمانی که این قواعد در راستای نظم عمومی بین‌المللی محل داوری یا قانون قابل اجرا در ماهیت باشند. بنابراین، به نظر نویسندگان، این استدلال که داوران به قواعد تعارض قوانین ملتزم نیستند، نباید به‌عنوان مبنایی برای عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث در نظر گرفته شود. همچنین رأی شماره ۶۸۵۸ به سبب تالی فاسد تبیین شده نباید به‌عنوان یک رأی داوری رویه‌ساز در آرای داوری آتی مورد استناد قرار بگیرد.

۳.۱.۲. قواعد آمره برتر چندان بر منافع قانون محل داوری برتری ندارد

در پرونده آی‌سی‌سی در ۱۹۸۹ (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)^۲، دیوان به این نتیجه رسید که براساس ماده ۱۹ اسپیلا، منافع کشور خارجی در خصوص قانون سوئیس آن قدر برتر نبود که توجه به آن را توجیه و قرارداد را باطل کند. این تحلیل هم مانند تحلیل قبل مبتنی بر رویکرد تعارض قوانین است.

¹. Case No. 6858, 1 ICC Bull. Special Supplement 40-41 (1994).

². K Ltd. v. M S.A., ICC Case of 1989, 11(2) ASA BULL. 216 (1993).

۳.۲. عدول به علت عدم احراز شرایط

۳.۲.۱. قواعد آمره برتری که ارتباط نزدیکی با اختلاف ندارند یا نتایج اثر نبخشیدن به آنها بر اثر بخشیدن به آنها تفوق دارد

- در سال ۱۹۸۱، دیوان داوری انجمن سلطنتی غلات و خوراک هلند^۱ در رأی دعوی که در آن هلند هم محل داوری و هم قانون حاکم بود، ابتدا اعلام کرد که قانون اتریش قابل اعمال نیست؛ زیرا طرفین توافق کرده بودند که قرارداد منحصراً تحت قانون هلند باشد. سپس، دیوان استدلال کرد حتی بدون توجه به توافق طرفین هم، دیوان نباید قانون اتریش را در نظر بگیرد؛ زیرا در این مورد قرار بود کالا در هلند به خریدار هلندی فروخته شود و لذا قانون اتریش هیچ ارتباط نزدیکی با اختلاف ندارد.
- در پرونده‌ای دیگر، در ۱۱ ژانویه ۱۹۸۲، در رأی انجمن تجارت غلات آمستردام راجع به بیعی که در آن هلند هم محل داوری و هم قانون حاکم بود، دیوان اعلام کرد که براساس حقوق بین‌الملل خصوصی هلند، داوران می‌توانند در صورت وجود ارتباط نزدیک بین پرونده، به قواعد آمره برتر قانون کشوری دیگر (در این پرونده، اتریش) اثر بخشند و البته ماهیت و وسعت مقررات مذکور و همچنین پیامدهای اعمال یا عدم اعمال آنها هم باید در نظر گرفته شود.
- دیوان ارتباط بین قرارداد و قانون اتریش را کافی ندانست؛ چون فقط بایع در اتریش قرار داشت، در حالی که مبدأ مبیع و محل خریدار آمستردام بود، بیع از طریق یک کارگزار آلمانی انجام شد و قرار بود پرداخت هم به یک بانک آلمانی انجام شود.
- داور علاوه بر احراز نکردن رابطه نزدیک بین قانون اتریش و پرونده، به پیامدهای اعمال یا عدم اعمال قانون اتریش هم توجه کرد و چون اعمال قانون اتریش منجر به بی اعتباری قرارداد می‌شد، تصمیم به عدم اعمال قاعده آمره برتر مندرج در قانون اتریش گرفت.^۲
- در پرونده ۱۳۶۹۶ آی‌سی‌سی که در آن سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود،^۳ خواننده استدلال کرد که پرداخت حق امتیاز، نقض حقوق رقابت کمیسیون اروپا^۴ است. دیوان اعلام کرد که حق امتیاز مربوط به گواهینامه‌های اختراع منقضی شده‌ای در ایالات متحده و ژاپن است که دو کشور غیر اتحادیه اروپا هستند. بنابراین محصول از حمایت‌های ناشی از یک گواهینامه اختراع معتبر در قلمرو کمیسیون اروپا برخوردار نیست و این دو کشور نیز ارتباط نزدیکی با دعوا ندارند. با این حال، دیوان داوری در مورد اعمال شدن یا نشدن الزامات بند ۱ ماده ۸۱ معاهده تأسیس جامعه اقتصادی اروپا (رم ۱۹۵۷)^۵ به عنوان یک قاعده آمره برتر اظهار نظری نکرد. این بند راجع به اعمالی و توافقاتی است که در روابط تجارت بین کشورهای عضو تأثیر منفی قابل ملاحظه بر رقابت دارد. در واقع دیوان نتایج اثر نبخشیدن به قواعد آمره برتر ثالث را بررسی نکرد.^۶
- در پرونده ۹۳۳۳ آی‌سی‌سی (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، داور منفرد ادعان داشت که این

^۱ Dutch Co. v. Austrian Co. 7 Y.B. Comm. Arb. 141 (ICC Int'l Ct. Arb. 1981).

^۲ Dutch Co. v. Austrian Co. 8 Y.B. Comm. Arb. 160 (ICC Int'l Ct. Arb. 1982).

^۳ Case No. 13696 of 2207, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).

^۴ EC Competition Law

^۵ در سال ۲۰۰۹، معاهده لیسبون این معاهده را به «معاهده عملکرد اتحادیه اروپا» تغییر نام داد و ماده ۸۱ به ماده ۱۰۱ تغییر پیدا کرد.

^۶ Case No. 13696 of 2007, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).

امکان وجود دارد که یک قانون خارجی بتواند وضعیت «قواعد انتظامی» را به خود بگیرد. داور بر این عقیده بود که اعمال «قانون منع ارتشا در رویه‌های بازرگانی خارجی» ایالات متحده^۱ به‌عنوان یک قاعده آمره در این پرونده به‌سادگی قابل توجیه نیست؛ زیرا این قانون به اندازه کافی به اختلاف مرتبط نیست (خواننده یک شرکت فرانسوی تابعه یک شرکت آمریکایی و خواهان تابعه یک کشور آفریقایی بود). از این رو، داور حکم داد که این قانون در مورد شرکت‌های خارجی تابعه شرکت‌های آمریکایی «قابل» اعمال نیست، حتی اگر هم باشد، بدان معنا نیست که یک دیوان داوری بین‌المللی «ملزم» به اعمال آن و عدم اعمال هر قانون دیگری باشد. در واقع داور تحمیل «قانون منع ارتشا در رویه‌های بازرگانی خارجی» بر مشاغل خارج از ایالات متحده را مناسب ندانست، با وجودی که این قانون هدفی شرافتمندانه برای مبارزه با فساد داشت.^۲

- در پرونده ۶۳۲۰ آی‌سی‌سی با محل داوری پاریس و قانون حاکم برزیل،^۳ خواهان برزیلی (غیر آمریکایی) درخواست غرامت سه‌برابری از خواننده آمریکایی داشت. دیوان داوری با بررسی قانون «سازمان‌های فاسد و تحت نفوذ اخاذی» (ریکو)^۴ ایالات متحده، هدف این قانون را محافظت از اقتصاد و جامعه آمریکا در برابر تأثیرات منفی اخاذی سازمان‌یافته دانست که به نوعی، نظم عمومی اساسی ایالات متحده است. دیوان در خصوص الزام اعمال قانون ریکو در این پرونده، اذعان کرد که ممکن است تحت سه شرط سختگیرانه ذیل، قواعد آمره خارج از قانون محل انعقاد قرارداد^۵ قابل اعمال باشد:

(۱) آن قاعده آمره به‌وضوح یک «قاعده انتظامی» باشد.

(۲) حوزه قضایی مربوطه باید در اجرای قاعده، دارای آنچنان منافع قوی و مشروعی باشد که اجرای چنین قاعده‌ای را ایجاب کند.

(۳) یا قاعده منعکس‌کننده یک اصل «نظم عمومی بین‌المللی» باشد.

در پرونده ۶۳۲۰، دیوان به دلیل فقدان شرط دوم از اعمال قواعد آمره برتر قانون ریکو خودداری کرد. داوران در آرای دسته دوم، بر تحلیل مبتنی بر تعارض قوانین تکیه کرده‌اند تا تعیین کنند که قاعده مورد نظر تا چه حد با واقعیت‌های پرونده مرتبط است. در این موارد، پیوند حقایق پرونده‌ها به قانون مورداذا از نظر دیوان‌های داوری ضعیف بود و ارتباط نزدیکی وجود نداشت تا بتوان قاعده آمره برتر را اعمال کرد.

۳.۲.۲. محدوده اعمال قواعد آمره برتر به حقایق پرونده نمی‌رسد

در داوری موردی در سال ۱۹۸۹ که در آن سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود،^۶ داور قرارداد دلالتی موضوع پرونده را براساس قانون حاکم معتبر دانست و در ادامه بررسی کرد که آیا قانون عمومی یک کشور ثالث چنین قراردادی را باطل می‌کند یا خیر. استنباط داور بر این بود که این قانون عمومی خارجی متعلق به نظم عمومی بین‌المللی نیست و علاوه بر این، قانون‌گذار آن کشور خارجی هم قصدی برای تعمیم قابلیت اعمال قانون خود به قراردادهای تحت حاکمیت قوانین دیگر نداشته است. بنابراین، حکم کرد که ممنوعیت دلالتی در قوانین عمومی خارجی برای داوران مستقر در

^۱ Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)-1977

^۲ Case No. 9333, 19 (4) ASA BULL. 757.

^۳ Case No. 6320 of 1992, 20 Y.B. Comm. Arb. 62-109 (ICC Int'l Ct. Arb., 1995).

^۴ The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act (1970).

^۵ lex contractus

^۶ Ad hoc Award of 1989, 9 (3) ASA BULL. 239, 244 (1991).

سوئیس الزامی نیست؛ زیرا چنین قوانینی به منافع فردی یا اجتماعی بسیار بااهمیت و اساسی مربوط نمی‌شود؛ یعنی بخشی از نظم عمومی فراملی را تشکیل نمی‌دهد.^۱ لذا داور در این پرونده از اعمال قواعد آمره برتر قانون ثالثی که نسبت به قانون سوئیس خارجی محسوب می‌شد خودداری کرد؛ زیرا حقایق پرونده در دامنه شمول آنها قرار نمی‌گرفت.

۳.۲.۳. آثار اعمال قواعد آمره برتر ثالث غیر قابل قبول است

در ۳ پرونده ذیل، دیوان داوری براساس تحلیل‌هایی با ماهیت تعارض قوانین، قواعد آمره برتر ثالث را به دلیل نتایج و آثار نامناسب غیر قابل اعمال دانسته است:

- پرونده ۶۵۰۳ آی‌سی‌سی، راجع به دو عضو جوامع اروپایی بود که تصمیم گرفته بودند قراردادشان در سوئیس توسط داوران سوئیس با اعمال قوانین سوئیس داوری شود. به عبارت دیگر، آنها می‌خواستند یک چارچوب غیر اتحادیه اروپا برای اختلافات ناشی از قرارداد خود داشته باشند. طرفین همچنین توافق کرده بودند که دیوان این اختیار را داشته باشد که براساس قواعد انصاف و کدخدا منشانه^۲ به اختلاف رسیدگی کند. در این راستا، مدعی استدلال کرد که قرارداد به دلیل نقض قواعد رقابت اتحادیه اروپا (قواعد آمره برتر ثالث نسبت به این پرونده) باطل است. دیوان باطل تلقی کردن قرارداد براساس قواعد انصاف و کدخدا منشی را یک نتیجه بد و غیر منصفانه و لذا قرارداد را صحیح دانست.

در این پرونده مدعی به درستی ادعا نکرد که قواعد رقابت اتحادیه اروپا نظم عمومی فراملی هستند، زیرا چنین نبود.^۳

در این پرونده گویی دو طرف قرارداد در تلاش برای فرار از اجرای قواعد آمره برتر کمیسیون اروپا هستند. ترکیبی از انتخاب مقر (سوئیس)، قانون قابل اعمال بر ماهیت (سوئیس)، انتخاب داوران (سوئیس) و اعطای قدرت به داوران برای عمل براساس انصاف و کدخدا منشانه، در نهایت باعث شد طرفین بتوانند از اعمال قواعد آمره برتر کمیسیون اروپا فرار کنند.

ظاهراً داوران باید این رویکرد طرفین را در نظر می‌گرفتند و قواعد آمره برتر اتحادیه اروپا را اعمال می‌کردند، البته فقط در صورتی که این قواعد به اندازه کافی با پرونده مرتبط بود و دامنه اعمال آنها هم به حقایق پرونده می‌رسید.^۴

- در پرونده ۱۲۴۷۲ آی‌سی‌سی (فرانسه هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، دیوان داوری اذعان کرد که قواعد انتظامی خارجی‌ای که به قانون محل انعقاد قرارداد تعلق ندارند، همیشه از مشکل عدم مشروعیت رنج می‌برند. نظر غالب در داوری بین‌المللی هم در مورد اعمال سیستماتیک قواعد انتظامی مثبت نیست. ولی این بدان معنا نیست که قواعد انتظامی هرگز نباید اعمال شوند. گرچه داوران «تعهدی» به اعمال قواعد انتظامی ندارند، هیچ چیز هم مانع از آن نیست که با ارجاع به ماده ۷ کنوانسیون رم، پیامدهای اعمال یا عدم اعمال

^۱ داور همچنین اذعان داشت که اگرچه ماده ۱۹ اسپيلا پس از حصول این توافق لازم‌الاجرا شده است، نتیجه یکسان خواهد بود. او همچنین تأکید کرد که داوران بین‌المللی در هیچ موردی ملزم به اعمال اسپيلا نیستند.

^۲ Amiable compositeurs

^۳ Case No. 6503 of 1990, ICC BULL. Special Supplement 39-41 (1994).

^۴ پیش فرض نویسنده برای این پاسخ، وظیفه داوران برای حفظ یکپارچگی رژیم داوری بین‌المللی است.

قواعد انتظامی کشوری در خاورمیانه^۱ در خصوص این اختلاف، توسط دیوان مورد بررسی قرار گیرد. در مورد این پرونده، اعمال قواعد آمره برتر خارجی (کشور خاورمیانه‌ای) عواقب نامناسبی دارد؛ چراکه در صورت اعمال آن قواعد، قرارداد باطل می‌شد و خواننده از تعهداتی که خود آزادانه در قرارداد پذیرفته، رها می‌شد؛ به خصوص که خواننده در قرارداد با خواهان توافق کرده بود قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور خاورمیانه نباشد.^۲

در این پرونده دیوان نتایج اعمال قواعد آمره برتر را با توجه به حقایق پرونده ناعادلانه دانست.

- در پرونده ۱۵۹۱۳ آی‌سی‌سی (با محل داوری پاریس و قانون حاکم الجزایر)^۳، دیوان داوری اعلام کرد که مقررات کنترل مبادلات الجزایر می‌تواند به‌عنوان قاعده انتظامی در نظر گرفته شود؛ زیرا هدف از آن «حفاظت از منافع اقتصادی مهم دولت الجزایر» است. اما پیچیدگی قانون کنترل مبادلات الجزایر، توصیف کل کنترل‌های مبادلاتی الجزایر به‌عنوان قواعد انتظامی را دشوار می‌کند. علاوه بر این، اعمال این‌گونه قواعد انتظامی خارجی در کنار امکان دادن به خواننده برای فرار از تعهدش به پرداخت طبق توافق، منجر به نتایج افراطی می‌شود.

همان‌طور که اشاره شد، در این چند پرونده، در عمل، غیرقابل قبول بودن نتایج و آثار اعمال قاعده آمره برتر خارجی (ثالث) به‌عنوان مبنایی برای عدم اعمال قاعده تلقی شده است. اما لازم به ذکر است که در آرای مذکور، برای تشخیص نامناسب یا غیرقابل قبول بودن یا افراطی بودن نتایج و آثار اعمال قاعده آمره برتر خارجی، ملاک و معیار مشخصی که به صورت عام مورد شناسایی قرار گرفته باشد، ذکر نشده است؛ بر این اساس، به نظر می‌رسد چنین رویکردی منجر به اعمال نظر و سلیقه شخصی در دعاوی خواهد شد.

۳.۳. عدول با استناد به نوع قواعد آمره برتر

در بعضی از پرونده‌ها، نوع قواعد آمره برتر موجب امتناع از اعمال آنها شده است.

- در پرونده ۱۳۹۹ آی‌سی‌سی، داوران تأیید کردند که قانون مکزیکی یک قاعده انتظامی بوده است، ولی دامنه اعمال آن نباید به محل اجرای قرارداد (فرانسه) برسد؛ چون قانون مکزیکی یک قاعده انتظامی خارجی (ثالث) است که بخشی از نظم عمومی بین‌المللی نیست. دیوان داوری همچنین اشاره کرد که قراردادی که منجر به فساد مقامات دولتی خارجی می‌شود، احتمالاً باطل و بلااثر شناخته می‌شود، اما قراردادی که مغایر قوانین مالیاتی یا مقررات وارداتی یک کشور خارجی باشد، لزوماً باطل نمی‌شود.^۴

باتوجه به حقایق این پرونده، دلیل عدم اعمال قانون گمرکی مکزیکی نرسیدن دامنه اعمال آن به حقایق پرونده است که در قسمت (ب) از شماره ۳-۲ توضیح داده شد. با این حال، به نظر می‌رسد نوع قانون مذکور در این رأی تأثیرگذار بوده است؛ زیرا دیوان در حکم خود تصریح کرده است که اگر قانون مکزیکی یک قانون ضدفساد بود، احتمالاً تصمیم آنها متفاوت می‌بود.

- خریدار در دعوای مربوط به یک رأی منتشر نشده در ۱۹۸۱ (سوئیس قانون حاکم بود)، به‌عنوان دفاع به مقررات

^۱ در منابع مربوط به رأی، نام دقیق کشور ذکر نشده است.

^۲ Case No. 12472 of 2004, 24 ICC BULL. Special Supplement 46 (2013).

^۳ Derains, Y. and Jarvin, S. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Netherlands: ICC Publ, 1994, supra note 61, at 458, 461, 465.

^۴ Case No. 1399 of 1967 (ICC Int'l Ct. Arb.); Lew, J. D. *Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration awards*, Netherlands: Oceana Publications Dobbs Ferry, 1978, PP 550-552.

کنترل ارز رومانی استناد کرد. دیوان داوری مقررات رومانی را مشابه مصادره دارایی‌های سرمایه‌گذار خارجی و نسبت به او تبعیض‌آمیز دانست و از این رو از اعمال این مقررات خودداری کرد. در واقع برای دیوان این تبعیض مهم‌تر از ملاحظات معمول برای چنین مقرراتی، مانند نگرانی دولت برای تثبیت تراز پرداخت‌ها و جلوگیری از خروج نامطلوب ارزهای خارجی بود.^۱

در واقع در این پرونده، دیوان نخواست به اعمال قوانین کنترل مبادلات رومانیایی، به عنوان قیم و نماینده دولتی خارجی عمل کند.

- در پرونده ۱۵۹۷۲ آی‌سی‌سی (با محل داوری و قانون حاکم سوئیس)، دیوان قواعد آمره برتر خارجی (نیجریه - محل اجرای قرارداد) را به محدودیت‌های تجاری و وارداتی را صرفاً در خدمت اجرای منافع اقتصادی یا سیاسی ملی نیجریه دانست که نباید اعمال شود و اعلام کرد مهم نیست که چقدر ارتباط پرونده با آن کشور نزدیک است.^۲

- در پرونده ۱۴۲۶۶ آی‌سی‌سی (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، داور با استناد به ماده ۱۹ اسپلا اشاره کرد که داوران بین‌المللی مستقر در سوئیس، موظف به اعمال قوانین خارجی (در این پرونده، بلژیک) در مورد تعهدات قراردادی نیستند و صرفاً اگر قواعد انتظامی خارجی ارتباط نزدیکی با اختلاف داشته باشد و دامنه اعمال آنها هم ایجاب کند، باید آنها را در نظر گرفت.

ضمناً داور بین دو نوع قواعد انتظامی به روشنی تمایز قائل شد: (۱) قواعد ضد انحصار و ضد فساد که باید توسط دیوان اعمال شود (قواعد ضد انحصار، اگر بر قلمرو کشور واضح تأثیر بگذارند، اعمال خواهند شد) و (۲) قواعد انتظامی‌ای که به منافع اقتصادی یا سیاسی ملی مربوط می‌شوند، مانند تحریم‌های تجاری یکجانبه، محدودیت‌های موجود بر واردات یا صادرات، و محدودیت‌های پولی که این قواعد انتظامی الزامی برای اعمال برای داوران ایجاد نمی‌کنند.

بنابراین، داور با این استدلال که او به قوانین مالیاتی بلژیک که صرفاً قصد حمایت از منافع اقتصادی ملی بلژیک را دارد متعهد نیست، از اعمال مقررات آمره قانون بلژیک امتناع کرد.^۳

در واقع جالب‌ترین پرونده در این دسته همین مورد است. با مطالعه این پرونده و البته سه رأی دیگر این سؤال پیش می‌آید که آیا داوران بین‌المللی باید بین قواعد آمره برتری که به نظم عمومی فراملی مربوط می‌شوند (مانند قواعد ضد فساد و احتمالاً قواعد ضد انحصار) و سایر قواعد آمره برتری که به منافع سیاسی و اقتصادی صرفاً ملی مربوط می‌شوند، تمایز قائل شوند؟ آیا اگر چنین تمایزی صحیح باشد، تفکیک فقط زمانی اعمال می‌شود که قواعد آمره برتر به قانون قابل اعمال در ماهیت تعلق نداشته باشند؟ یا اگر قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم هم فقط به منافع اقتصادی یا سیاسی ملی آن کشور مربوط شوند، برای داوران الزام ایجاد نمی‌کنند؟

ظاهراً محققان حوزه داوری با چنین تمایزی قائل به مخالفت‌اند.^۴ گرچه داوران در چهار رأی فوق‌الذکر این تمایز را ایجاد کرده‌اند، اما به نظر نمی‌رسد در آینده بتوان از این چهار رأی قاعده عامی استخراج و در آرای بعدی به نحو مشابه عمل کرد.

¹. Blessing, M. *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, 9 Swiss Com. L. Series 1, 1999.

². Case No. 15972 of 2011, 1 ICC BULL. 92, 130-132 (2016).

³. Case No. 14266, 24 ICC BULL. Special Supplement 83 (2013).

⁴. Shehata, op.cit., P 416.

نتیجه گیری

در این مقاله تلاش شد دیدگاهی درمورد رویکردها درباره اعمال قواعد آمره برتر ثالث در داوری تجاری بین‌المللی ارائه شود.

۱- در پاسخ به سؤال نخست این مقاله مبنی بر اینکه آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث اساساً قابل داوری اند یا خیر؟ بررسی‌ها نشان داد که قابلیت داوری (داوری پذیری) قواعد آمره برتر در داوری بین‌المللی تا حد زیادی به قانون قابل اجرا در داوری بستگی دارد که معمولاً قانون محل داوری است.

براساس رویه داوری، در داوری‌هایی که در اتحادیه اروپا، سوئیس یا ایالات متحده انجام شود، به احتمال زیاد قواعد آمره برتر کاملاً قابل داوری تلقی خواهند شد. اما از سوی دیگر، آرای داوری‌های خارج از این سه حوزه ممکن است همچنان با خطر مداخله دادگاه‌های ملی کشورها براساس غیرقابل داوری بودن قواعد آمره برتر مواجه باشند.

قیاس از قابلیت رسیدگی دادگاهی، از دست ندادن حمایت دولت‌ها از نهاد داوری، محتمل بودن امکان و موارد اعمال قواعد آمره برتر ثالث در داوری بیش از دادگاه‌های ملی به لحاظ تئوری و عدم وجود دلیل برای تمایز بین رسیدگی‌های دادگاهی و داوری در این خصوص، و وظیفه داوران به صدور رأی قابل اجرا، دلایلی است که داوران و نویسندگان براساس آنها قواعد آمره برتر ثالث را به‌طور کلی قابل داوری می‌دانند؛ گرچه این امکان داوری در شرایط خاصی رخ می‌دهد که موضوع پاسخ دو سؤال بعدی است.

۲- در پاسخ به سؤال دوم مبنی بر اینکه قواعد آمره برتر ثالث چه زمانی و با داشتن چه ویژگی‌هایی در داوری بین‌المللی اعمال می‌شوند؟ آرای داوری نشان داد که این قواعد یا براساس یک تجزیه و تحلیل مبتنی تعارض قوانین اعمال می‌شوند (که در اکثر موارد بر این اساس است) یا براساس وظیفه داور به صدور رأی لازم‌الاجرا.

در تحلیل‌های مبتنی بر تعارض قوانین، وجود ارتباط نزدیک بین قاعده آمره برتر و اختلاف یا تأمین منافع مشروع و ارزش‌هایی حیاتی و بسیار مهم توسط قاعده (هدف قاعده) تأثیرگذار بوده‌اند.

۳- در پاسخ به سؤال سوم مبنی بر اینکه چه زمانی داوران بین‌المللی از اعمال قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث خودداری می‌کنند؟ می‌توان شش دلیل ذیل را از آرای داوری برای امتناع داوران از اعمال قواعد آمره برتری، که به قانون مربوط به ماهیت تعلق نداشته، استخراج کرد:

الف) عدم التزام داوران به قواعد تعارض قوانین؛ ب) عدم وجود ارتباط نزدیک بین قواعد آمره برتر و اختلاف؛ ج) برتر نبودن منافع تأمین‌شونده توسط قاعده آمره برتر نسبت به قانون محل داوری؛ د) نرسیدن دامنه اعمال قواعد آمره برتر به حقایق پرونده؛ ه) غیرقابل قبول بودن آثار و نتایج اعمال قواعد؛ و) نوع قواعد آمره برتر (قواعدی که به منافع اقتصادی و سیاسی صرفاً ملی مربوط می‌شود در مقابل قواعد ضدانحصار و ضدفساد).

یافته‌ها تأثیر قابل توجه قواعد تعارض قوانین را بر داوری تجاری بین‌المللی در این زمینه نشان می‌دهد. به‌طور خلاصه، قواعد آمره برتری که به قانون قابل اعمال در ماهیت تعلق نداشتند (قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث)، عموماً و به‌درستی تحت نظارت بالاتر و معیارهای سختگیرانه‌تری نسبت به قواعد متعلق به قانون حاکم بودند.

منابع

مقاله

۱. آذری متن، افشین، «جرم پورسانت در حقوق کیفری ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۱، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.
۲. جعفرزاده، میرقاسم، عصمت گلشنی و سید مهدی حسینی مدرس، «جایگاه "شرط شایستگی اعمال" در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۵۱-۷۵.
۳. شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسائی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص ۹۳-۱۱۱.
۴. طباطبائی‌نژاد، سید محمد، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره: مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۷۷-۳۰۰.
۵. گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، «شمول تحریم‌ها به‌عنوان قواعد آمره برتر در ارجاع به قانون حاکم»، *مجله پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۲، شماره ۶۹، ۱۳۹۹، صص ۲۳۳-۲۵۷.

References

Books

1. Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2014.
2. Bentolila, D. *Arbitrators as lawmakers*. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017.
3. Bermann, G. A. and Mistelis, L. A. *Mandatory rules in international arbitration*, New York: Juris, 2011.
4. Blessing, M. *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, 9 Swiss Com. L. Series 1, 1999.
5. Derains, Y. and Jarvin, S. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Netherlands: ICC Publ. 1994.
6. Kaufmann-Kohler, G. and Rigozzi, A. *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Second Edition, Bern: Weblaw, 2010.
7. Lando, O. The Law Applicable to the Merits of the Despute, in: Šarč ević (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston etc: Graham and Trotman: Martinus Nijhoff, 1989.
8. Lew, J. D. *Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration awards*, Netherlands: Oceana Publications Dobbs Ferry, 1978.
9. Radicati Di Brozolo, L. "When, Why and How must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions?," In: *The Impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris Publishing, 2016.

Articles

10. Azari Matan, Afshin, "Percentage as Crime in Iranian Criminal Law", *the Judiciary Law Journal*, Volume 71, Issue 61, 2007. (in Persian)
11. Bermann, G. A. "Mandatory Rules of Law in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, 18, 2007.
12. Brunner, C. "Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration", *Kluwer Law International BV*, 18, 2009.
13. El-Kosheri, A. S. and Tarek F. R. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process," *ICSID Review* 1.2, 1986.

14. Golshani, Esmat, Sayyed Mahdi Hosseini Modarres, "Inclusion of the Sanctions as the Overriding Mandatory Rules in Referring to the Governing law", *Journal of Public Law Research*, Volume 22, Issue 69, 2021. (in Persian)
15. Jafarzadeh, Mir-Ghasem, Esmat Golshani and Sayyed Mahdi Hosseini Modarses, "The Role of 'Application worthiness requirement' for applying sanctions enacted by a third country", *Comparative Law Researches Quarterly*, Volume 25, Issue 2, 2021. (in Persian)
16. Mantilla-Serrano, F. "Towards a Transnational Procedural Public Policy, Towards a Uniform International Arbitration Law?", *Arbitration international* 20.4, 2004.
17. Mayer, P. "Mandatory rules of law in international arbitration," *Arbitration International* 2.4, 1986.
18. Radicati Di Brozolo, L. "Mandatory Rules and International Arbitration," *Am. Rev. Int'l Arb* 23.1, 2012.
19. Shahbazi-Nia, Morteza, Mohammad Iesaei Tafareshi and Hossein Elmi, "The concept of public order in private international law and its place in international commercial arbitration", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 43, Issue 1, 2013. (in Persian)
20. Shehata, I. "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration & Mediation Review*, 2017.
21. Tabatabaei-Nejad, Sayyed Mohammad, "International commercial Arbitration and the challenge of mandatory rules of law: the case of arbitration in antitrust claims", *Journal of Comparative Law Review*, Volume 6, Issue 1, 2015. (in Persian)
22. Voser, N. "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable to International Commercial Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 7, 1996.
23. Werner, J. "Application of Competition Laws by Arbitrators-The Step Too Far", *J. Int'l Arb.* 12, 1995.

Thesis

24. Seraglini, Christophe. "Lois de police et justice arbitrale internationale", PhD Thesis, Paris, 1, 2000.

Acts and Regulations

25. ICC Arbitration Rules, 2017.
26. London Court of International Arbitration (LCIA).
27. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).
28. Swiss Private International Law Act (SPILA), 1987.
29. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention), 1980.
30. The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act (1970).
31. U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)- 1977.
32. The Racketeer Influenced and Corruption Organization Act (RICO)- 1970.

Cases

33. Ad hoc Award of 1989, 9 (3) ASA BULL. 239, 244 (1991).
34. AEK Athens & SK Slavia Prague v. (UEFA), Case No. 1998/0/200 (Ct. Arb. For Sport, Aug. 20, 1999), Digest of CAS Awards II 1998-2000 38 (2002).
35. Case No. 12472 of 2004, 24 ICC BULL. Special Supplement 46 (2013).
36. Case No. 13696 of 2207, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).
37. Case No. 1399 of 1967 (ICC Int'l Ct. Arb).
38. Case No. 14266, 24 ICC BULL. Special Supplement 83 (2013).

39. Case No. 158 of 2011, 38 Y.B. Comm. Arb. 253 (Arb. Inst. Stockholm Chamber of Com.).
40. Case No. 15972 of 2011, 1 ICC BULL. 92, 130 (2016).
41. Case No. 15977 of 2010, 1 ICC Bull. 92 (2016).
42. Case No. 16655 of 2011, 4 (2) Intl. J. Arab Arb. 125 (ICC Int'l Ct. Arb.).
43. Case No. 5622 of 1988, 19 Y.B. Comm. Arb. 105 (Icc Int'l Ct. Arb.).
44. Case No. 6320 of 1992, 20 Y.B. Comm. Arb. 62-109 (ICC Int'l Ct. Arb., 1995).
45. Case No. 6503 of 1990, ICC BULL. Special Supplement 39-41 (1994).
46. Case No. 6858, 1 ICC Bull. Special Supplement 40-41 (1994).
47. Case No. 8528 of 1996, 25 Y.B. Comm. Arb. 432 (Icc Int'l Ct. Arb.).
48. Case No. 8626 of 1996, 14 (2) ICC Bull. 55.
49. Case No. 9240 of 1998, 14 (2) ICC Bull. 59.
50. Case No. 9333, 19 (4) ASA BULL. 757.
51. Celtic Plc v. (UEFA), Case No. 1998/0/201 (Ct. Arb. For Sport, Jan. 7, 2000), Digest of CAS Awards II 1998-2000 106 (2002).
52. Dutch Co. v. Austrian Co. 7 Y.B. Comm. Arb. 141 (ICC Int'l Ct. Arb. 1981).
53. Dutch Co. v. Austrian Co. 8 Y.B. Comm. Arb. 160 (ICC Int'l Ct. Arb. 1982).
54. K Ltd. v. M S.A., ICC Case of 1989, 11(2) ASA BULL. 216 (1993).
55. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).
56. The Securities and Exchange Commission against Statoil ASA, 2006/13/10, (cease-and-desist proceedings) available at: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf>, last visited 7/24/2024.
57. The Securities and Exchange Commission against Total, S.A., (cease-and-desist proceedings), 05/29/2013, available at: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2013/34-69654.pdf>, last visited 7/24/2024, last visited 7/24/2024.
58. U.S.A. V. Total S.A., 05/29/2013, available at: <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>, last visited 7/24/2024.



Original Article

Challenges of Applying the Principle of Limitation of Liability in Marine Pollution Lawsuits

Fariborz Safari¹ 

ABSTRACT

Marine accidents, such as the Sanchi oil tanker accident, cause many losses, including human, financial and environmental losses. Such accidents, on one hand, raise technical issues and prevention of future incidents and on the other hand, the issue of international responsibility of shipowners and the limitation of their responsibility. Until now, various researches have examined the issue of responsibility or limiting the responsibility of a specific type of pollution. However, some main challenges in the field of liability limitation have not been investigated yet. Regardless of the origin of pollution, this Article examines the three main challenges of applying the principle of limitation of liability. First, why should maritime liability be limited? In this regard, this research evaluates the reasons for and against the limitation of civil liability using an analytical method, while evaluating and analyzing the contents of the reports of the IMO Legal Committee as well as the reports of the Marine Pollution Compensation Fund. The second challenge is the issue of the uniform limitation of responsibility of ship owners despite the existing different regulations in the national and international arena for financial responsibility for pollution damages, which generally involves several countries. The third challenge is the coverage of marine pollution claims under Article 2 of the 1976 Convention on Limitation of Liability, which has divided the claims subject to limitation into six categories. In this regard, the main question is whether the provisions of this article of the Limitation of Liability Convention, which is a general convention related to all types of maritime claims, cover marine pollution regardless of the form and type of pollution?

KeyWords: Marine Accidents, Environmental Damages, Limitation of Liability, Marine Pollution, Maritime Claims

How to Cite: Safari, Fariborz, "Challenges of Applying the Principle of Limitation of Liability in Marine Pollution Lawsuits", *Legal Research*, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:201-218.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231115.2466>

Received: 17/03/2023-Accepted: 15/07/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Theology & Law, Hazrat-e Masoumeh University, Qom, Iran
Corresponding Author Email: f.safari@hmu.ac.ir



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



چالش‌های اعمال اصل تحدید مسئولیت در دعاوی آلودگی دریایی

فریبرز صفری^۱

چکیده

حوادث دریایی، همچون سانحه نفتکش سانچی، خسارات بسیاری از جمله خسارات جانی، مالی و زیست محیطی به بار می‌آورند. این حوادث از یک سو مسائل فنی و پیشگیری از حوادث آبی و از سوی دیگر موضوع مسئولیت بین‌المللی مالکان کشتی‌ها و میزان یا تحدید مسئولیت آنها را مطرح می‌کند. تاکنون تحقیقات گوناگونی موضوع مسئولیت یا تحدید مسئولیت یک نوع خاص از آلودگی را بررسی کرده‌اند. اما باین حال برخی چالش‌های اصلی در حوزه تحدید مسئولیت تاکنون مورد بررسی قرار نگرفته‌اند. این مقاله صرف‌نظر از منشأ آلودگی، سه چالش اصلی اعمال اصل تحدید مسئولیت را مورد بررسی قرار می‌دهد. اول اینکه چرا باید مسئولیت دریایی تحدید گردد. در این خصوص، این پژوهش به روش تحلیلی، ضمن ارزیابی و تحلیل مفاد گزارش‌های کمیته حقوقی آی‌مو و نیز گزارش‌های صندوق جبران خسارت آلودگی دریایی، دلایل له و علیه تحدید مسئولیت مدنی را ارزیابی می‌کند. چالش دوم موضوع تحدید یکسان مسئولیت مالکان کشتی‌ها با وجود مقررات متفاوت در عرصه ملی و بین‌المللی برای مسئولیت مالی درقبال خسارات آلودگی است که عموماً چند کشور را درگیر می‌کند. چالش سوم، پوشش دعاوی آلودگی دریایی تحت ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت است که دعاوی مشمول تحدید را به شش دسته تقسیم کرده است. در این خصوص، سؤال اصلی این است که آیا مفاد این ماده از کنوانسیون تحدید مسئولیت، که یک کنوانسیون عام مربوط به انواع دعاوی دریایی است، آلودگی دریایی را صرف‌نظر از شکل و نوع آلودگی، تحت پوشش قرار می‌دهد؟

کلید واژگان: حوادث دریایی، خسارات زیست محیطی، تحدید مسئولیت، آلودگی دریایی، دعاوی دریایی.

استناد به این مقاله: صفری، فریبرز، «چالش‌های اعمال اصل تحدید مسئولیت در دعاوی آلودگی دریایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۲۱۸-۲۰۱.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231115.2466>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۴

۱. استادیار، دانشکده الهیات و حقوق، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: f.safari@hmu.ac.ir



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

مقدمه

مطالعات نشان می‌دهد از سال ۱۹۷۰ تاکنون بیش از ۵ میلیون تن مشتقات نفتی به دریا ریخته شده است.^۱ یکی از این حوادث، سانحه نفتکش سانچی متعلق به شرکت نفتکش جمهوری اسلامی ایران در دی ماه ۱۳۹۶ در محدوده آب‌های چین شرقی و ژاپن است.^۲ این حادثه دارای ویژگی‌های متعددی بوده، از جمله اینکه به لحاظ میزان نشت میعانات، یکی از بزرگ‌ترین حوادث و نهمین حادثه بزرگ از سال ۱۹۶۷ تاکنون بوده که در عین حال، خوشبختانه از نظر آلودگی در مقایسه با سایر حوادث مشابه، میزان آلودگی آن کم بوده است.^۳ این‌گونه حوادث از یک‌سو مسئولیت مالک کشتی و از سوی دیگر حدود و تحدید مسئولیت او را مطرح می‌کند. تحدید مسئولیت یک اصل دیرینه در حقوق دریایی است. اما طبق گزارش‌های سالیانه مربوط به جبران خسارت آلودگی دریایی، اعمال این اصل در عمل در مورد حوادث دریایی همواره با چالش‌های مختلفی توأم بوده است.^۴ از نظرگاه حقوقی، آنچه عموماً تاکنون مورد توجه قرار گرفته است یا در مورد شرایط و میزان تحدید مسئولیت به‌طور کلی^۵ یا در خصوص مسئولیت در قبال یک نوع خاصی از آلودگی دریایی در چارچوب کنوانسیون‌های بین‌المللی بوده است.^۶ تحقیقات انجام‌شده متمرکز بر مفاد و مواد کنوانسیون‌های متعدد دریایی سازمان بین‌المللی دریانوردی (ایمو) اند. به همین شیوه، اخیراً تحقیقاتی در مورد موضوعات خاص، همچون نجات دریایی،^۷ انجام شده است.^۸ اما هیچ‌یک از این تحقیقات و مقالات به‌طور ویژه به موضوع چالش‌های اعمال اصل تحدید مسئولیت نپرداخته‌اند. با توجه به این امر، محور اصلی این مقاله شرایط و میزان تحدید مسئولیت نیست، بلکه تمرکز بر سه موضوع چالش‌برانگیز در خصوص تحدید مسئولیت در قبال آلودگی دریایی است. ما در این مقاله بر آنیم تا این سه چالش حقوقی را از طریق ارجاع به مفاد گزارش‌های کمیته حقوقی ایمو، صندوق جبران خسارت آلودگی دریایی و مقررات کلپ‌های پی‌اند‌آی، مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهیم. اولین چالش مربوط است به دلایل وجودی اعمال اصل تحدید مسئولیت مدنی در حوزه آلودگی دریایی. در این خصوص، دلایل له و علیه ایجاد و اعمال تحدید مسئولیت برای انواع آلودگی، صرف‌نظر از منشأ آن را ارزیابی می‌کنیم. لازم به ذکر است، این پژوهش با ذکر و تحلیل مهم‌ترین دلایل، می‌پذیرد که اعمال این اصل در قلمرو آلودگی دریایی ضروری است. چالش دوم مربوط می‌شود به تحدید یکسان مسئولیت مالکان کشتی‌ها در برابر آلودگی‌های دریایی. بررسی این امر، از این نظر ضروری است که در برخی موارد، مقررات متفاوتی

^۱. Chen, J., et al. "Oil Spills from Global Tankers: Status Review and Future Governance", *Journal of Cleaner Production*, Volume 227, 2019.

^۲. گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «سانحه نفتکش سانچی و بررسی جنبه‌های فنی و مالی سانحه»، معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، دفتر مطالعات انرژی، صنعت و معدن، شماره مسلسل، ۱۵۷۷۷۲، ۱۳۹۶.

^۳. DelaRue, C., Anderson, C. B. and Hare, J. *Shipping and the Environment: Law and Practice*, London: Taylor and Francis, Third Edition, 2022, P 123; Chen, J., et al. "Marine Oil Spill Pollution Causes and Governance: A Case Study of Sanchi Tanker Collision and Explosion", *Journal of Cleaner Production*, Volume 273, 2020, 122978.

^۴. IOPC FUND, *Report on the Activities of the International Oil Pollution Compensation Funds*, Annual Report 2022, P 23.

^۵. جعفری، فیض‌الله و مهرناز مختاری، «شرایط اعمال تحدید مسئولیت صاحبان کشتی دریایی (بررسی کنوانسیون بین‌المللی تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی ۱۹۷۶)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۳، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، صص ۲۱۱-۲۳۲.

^۶. پورنوری، منصور، مهدی یوسفی صادقلو و شهرام بادسار، «تحدید مسئولیت مالکان کشتی نفتکش در جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی در حقوق دریایی ایران و کنوانسیون مسئولیت مدنی (CLC)»، *مجله حقوق و مطالعات نوین*، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱-۲۱.

^۷. Salvage

^۸. مظلوم ترشیزی، بنفشه و غلام نبی فیضی چکاب، «شرایط و آثار تحدید مسئولیت نسبت به نجات دهنده دریایی»، *مجله پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۹، شماره ۳۵، ۱۴۰۰، صص ۹۴-۱۱۸.

در عرصه ملی یا بین‌المللی برای مسئولیت مالی در قبال خسارات آلودگی، که در بیشتر موارد دو یا چند کشور را درگیر می‌کند، ایجاد شده‌اند. چالش سوم، امکان‌سنجی پوشش دعاوی آلودگی دریایی ذیل ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت است. ماده ۲ این کنوانسیون، که مربوط به تحدید مسئولیت دریایی برای انواع دعاوی دریایی است، دعاوی مشمول تحدید را به‌طور کلی به شش دسته تقسیم کرده است. در این خصوص، سؤال اختصاصی که در این مقاله مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، این است که آیا دعاوی آلودگی دریایی، صرف‌نظر از شکل و نوع آلودگی، تحت پوشش دعاوی شش‌گانه ماده ۲ کنوانسیون تحدید مسئولیت قرار می‌گیرد یا خیر.

با توجه به مقدمه فوق، این مقاله به سه قسمت اصلی تقسیم می‌شود: اول، دلایل اعمال اصل تحدید مسئولیت در مقابل مسئولیت نامحدود برای آلودگی دریایی؛ دوم، چالش‌های تحدید یکسان مسئولیت؛ سوم، مسئله حل دعاوی آلودگی دریایی تحت کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت و پروتکل آن. در قسمت سوم بحث، عناوین شش‌گانه دعاوی تحت پوشش کنوانسیون مطرح می‌شود و سپس امکان شمول دعاوی آلودگی دریایی ذیل هر یک از عناوین مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. دلایل اعمال اصل تحدید مسئولیت در مقابل مسئولیت نامحدود برای آلودگی دریایی

۱.۱. جذب سرمایه‌گذاران و ایجاد رقابت در صنعت کشتیرانی

یکی از دلایل اصلی وجود حق تحدید مسئولیت در صنعت کشتیرانی عمدتاً به ماهیت و میزان خطرات حمل و نقل دریایی مربوط می‌شود، زیرا کشتیرانی همواره تجارتی بسیار مخاطره‌انگیز است^۱ و حق تحدید مسئولیت به منظور جذب افراد برای سرمایه‌گذاری در صنعت کشتیرانی و ایجاد یک دریای تجارتی رقابتی است.^۲ در مقابل این نظر، برخی با این استدلال که مالکان کشتی‌ها، که مسئولیت اصلی آلودگی دریایی بر عهده آنهاست، مستقیماً از فعالیت دریایی منتفع می‌شوند، بنابراین معتقدند که خود آنها تمام هزینه‌های ناشی از آلودگی را باید به عهده بگیرند.^۳ اما نکته‌ای که وجود دارد آن است که اشخاص متعددی از حمل و نقل دریایی منتفع می‌شوند و مالکان کشتی‌ها ذی‌نفعان انحصاری این نوع تجارت نیستند. البته باوجوداین، مقررات کنوانسیون‌های مربوط به آلودگی دریایی، مسئولیت مالک کشتی در قبال چنین خساراتی را در درجه اول مفروض داشته است و تسهیم مسئولیت فقط از طریق مشارکت در صندوق جبران خسارت صورت گرفته است. در تمام کنوانسیون‌های دریایی مصوب آیمو، مالک کشتی مسئول خسارات آلودگی خواهد بود. مبنای مسئولیت مالک کشتی بر اساس کنوانسیون‌های مذکور، مسئولیت مبتنی بر خطر^۴ است و بر همین مبنای این کنوانسیون‌ها به‌منظور اعمال اصل جبران کامل و سریع خسارات به زیان‌دیدگان حوادث آلودگی، سیستم پرداخت خسارت را با توجه به نوع آلودگی به مراحل یا لایه‌های گوناگون همراه با شرایط خاص، تقسیم کرده‌اند. طبقه یا لایه اول توسط مالک کشتی و بیمه‌گر او پرداخت می‌شود. طبقه دوم و سوم توسط صندوق پرداخت خسارت براساس مقررات مصوب صندوق انجام می‌شود که مافوق لایه اول‌اند.^۵

^۱ IMO, *Status of Treaties*, Maritime Knowledge Centre, IMO Publishing, 2011; Martínez Gutiérrez, N. A. *Limitation of Liability in International Maritime Conventions: The Relationship Between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes*, London: Taylor and Francis, 2010, PP 152-160; UNCTAD, *Review of Maritime Transport 2021*, New York: United Nation publication, 2021, P 4.

^۲ Gauci, G. "Limitation of Liability in Maritime Law: An Anachronism?", *Maritime Policy*, Volume 19, Issue 1, 1995, PP 65-74.

^۳ IMO Legal Committee Docs: IMO LEG 74, IMO LEG 75/5/1.

^۴ Strict Liability

^۵ IMO, *Status of Treaties*, Maritime Knowledge Centre, IMO Publishing, 2011; Martínez Gutiérrez, op.cit; UNCTAD, op.cit.

همچنین، مالک کشتی می‌تواند ترتیباتی را اتخاذ کند تا این مسئولیت با سایر افراد دخیل در حمل‌ونقل تقسیم شود. به‌عنوان مثال، مالک کشتی می‌تواند قیمت اجاره کشتی را افزایش دهد تا بدین وسیله بار مسئولیت خسارت آلودگی احتمالی شدید را تقسیم کند.

۱.۲. جذب بیمه‌گران

در دسترس قرار دادن بیمه مسئولیت برای مالکان کشتی یکی دیگر از مهم‌ترین دلایل برای ایجاد حق تعیین مسئولیت است. مسئولیت گسترده مالک کشتی مستلزم ترتیبات و مقررات بیمه‌ای است؛ زیرا غیرممکن است که او تمام خسارت را بتواند جبران کند. از سوی دیگر، از دید صنعت بیمه، با توجه به حجم خسارات احتمالی و تنوع خسارات آلودگی دریایی، تقبل بیمه مسئولیت توسط بیمه‌گران دشوار است، مگر اینکه حداکثر میزان مسئولیت از پیش مشخص و ثابت باشد. در این راستا مباحث مطروحه در طی تدوین کنوانسیون‌های مسئولیت مدنی بیانگر آن است که اصل تعیین مسئولیت همواره با مباحث بیمه توأم بوده است.^۱ برای نمونه، در طی مراحل و مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون ۱۹۶۹ مسئولیت مدنی، مؤسسه حقوق دریایی آلمان خاطر نشان کرد که اصل تعیین مسئولیت باید حفظ شود؛ زیرا حجم زیاد مخاطراتی که در عملیات تجاری دریایی وجود دارد، نیازمند وجود بیمه برای این مخاطرات است و بقای اصل تعیین مسئولیت منوط به وجود بیمه است. مؤسسه حقوق دریایی انگلیس نیز اظهار کرد که در جهت حصول مقاصد کاربردی، برای آنکه بتوان خطرهای مسئولیت را بیمه کرد، باید حداکثر مسئولیت از پیش مشخص و تعیین شود.^۲ در طول مذاکرات کنوانسیون بانکرز^۳ نیز تأکید شد که آنچه مورد خواست کشورهای است تدوین مقررات شفاف در مورد تعیین مسئولیت است؛ زیرا در چنین حالتی خطرهای دقیقاً محاسبه می‌شود و می‌توان بیمه مسئولیت را تحصیل کرد.

به‌طور کلی، خطرهای دریایی در اکثر موارد قابل بیمه هستند. روش عملی بیمه‌گران دریایی این است که قبل از اتخاذ تصمیم برای بیمه کردن، محدوده و دامنه خطرات را مشخص می‌کنند. لذا حداکثر خسارات مالی در معرض خطر برای بیمه‌گر مسئولیت قابل پیش‌بینی است. برای مثال، برای آنکه بیمه‌گران مسئولیت بتوانند یک سفر دریایی را بیمه کنند، براساس سن کشتی، محموله، سوابق بیمه‌گزار، سوابق ریس‌کهای مالی گذشته و غیره، پیش‌بینی خود از خطرهای موجود و سقف پذیرش مسئولیت خود را در قبال هر سفر دریایی پایه‌گذاری می‌کنند.

۱.۳. حمایت از محیط زیست دریا

در برابر حامیان اصل تعیین مسئولیت، طرفداران نظریه مسئولیت نامحدود، پایه اصلی نظرهای خود را حمایت از محیط زیست قرار داده‌اند. در طی برگزاری هفتاد و چهارمین جلسه کمیته حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی (آی‌مو)، برخی با بیان لزوم حمایت از محیط زیست و جبران خسارات کامل زیست محیطی، پیشنهاد مسئولیت نامحدود در قبال خسارات ناشی از آلودگی‌ها را ارائه کردند. آنها با هدف پوشش کامل چنین خساراتی پیشنهاد دادند مسئولیت مالک کشتی نامحدود باشد. باوجود جنبه زیست‌حمایتی این نظر، به‌دلیل آنکه بیمه‌گران با فرض نامحدود بودن مسئولیت، تمایلی به ارائه پوشش بیمه‌ای خود در قبال چنین خساراتی نداشتند، موجب شد که برای خسارات آلودگی دریایی نیز مسئولیت مالک

^۱. DelaRue, Anderson and Hare, op.cit., P 9.

^۲. Comité Maritime International (CMI), Documentation 1968.I., Documentation 1968. III, PP 37-38.

^۳. International Convention on Civil Liability and Compensation for Bunker Oil Spills, (Bunkers), 2001.

کشتی و به تبع آن مسئولیت بیمه‌گر محدود و تا سقف معینی مشخص باشد.^۱

۱.۴. امکان جبران خسارت از طریق دسترسی به منابع مالی

از جمله عللی که در خصوص تعارض بین تحدید مسئولیت و مسئولیت نامحدود مطرح شده است، قابلیت دسترسی به منابع مالی و همچنین محاکم کشورهاست. یکی از نگرانی‌هایی که در مورد آلودگی دریایی، به‌ویژه در خصوص کشتی‌های خارجی، وجود دارد، دسترسی به مالک کشتی و اموال او برای جبران خسارت است. در این زمینه باید به زیان دیده کمک کرد تا بر مشکلات مربوط به پیگیری دعاوی خود علیه یک شخص حقیقی یا حقوقی در حوزه قضایی کشور متبوع خوانده یا کشور محل اقامه دعوا- کشوری غیر از محل اقامت خواهان- فائق آید، به‌ویژه اگر حکمی که صادر شده در مورد اموال، وجوه و دارایی‌های مالک کشتی است که در کشوری قرار دارد که آن حکم در مورد آن وجوه و اموال قابل اجرا نیست.^۲ این موضوع برای چند دسته از خسارت‌دیدگان اهمیت خاص دارد: اول، قربانیانی که اشخاص حقیقی یا شرکت‌های حقوقی کوچک هستند و دیگری دولت یا دولت‌های کمتر توسعه‌یافته که از ابزار و تجهیزات لازم برای مقابله با آلودگی دریایی برخوردار نیستند. در این زمینه، پذیرش اصل تحدید مسئولیت و افزودن حق دعاوی مستقیم علیه بیمه‌گر تحت سیستم بیمه اجباری، مشکلات مربوط به دسترسی به منابع مالی و همچنین محاکم کشورها برطرف می‌شود. در این چارچوب، قربانیان حوادث حق دارند به‌طور مستقیم تا سقف معین به بیمه‌گر مراجعه کنند. مالک کشتی ممکن است در دسترس نباشد، اما تا زمانی که بیمه‌گر در دسترس است، جبران خسارت آسان می‌شود. بر طبق گزارش سالانه صندوق جبران خسارت،^۳ که براساس مقررات کنوانسیون ۱۹۹۲ صندوق^۴ پدید آمده، ثابت شده است که چنین سیستمی روشی کارآمد برای حل مشکل دسترسی است و بسیار ساده‌تر از تلاش برای تعقیب مالک ذی‌نفع کشتی است که باعث خسارت شده است.^۵ در این ارتباط نکته اساسی این است که روش مذکور تضمین می‌کند که واقعاً بودجه و وجوهی برای جبران خسارت قربانیان حادثه در دسترس است. این معمولاً بسیار راحت‌تر از تعقیب مالک کشتی است.

در خصوص بحث دسترسی به منابع مالی، یکی از مواردی که اغلب مورد اشاره قرار می‌گیرد مربوط به حوادثی است که توسط شرکت‌های تک‌کشتی^۶ ایجاد شده است. این‌گونه شرکت‌ها، شرکت‌هایی‌اند که فقط یک کشتی دارند؛ مثل وضعیت کشتی اسلاپس،^۷ که در چنین مواردی منابع تأمین مالی و جبران خسارت صرفاً متشکل از ارزش یک کشتی است.^۸ در این‌گونه موارد، قربانیان حادثه آلودگی دریایی معمولاً فقط می‌توانند بقایای شکسته کشتی را دریافت کنند و گاهی اصلاً هیچ چیزی دریافت نمی‌کنند.^۹ بنابراین، اعمال تحدید مسئولیت به همراه حق دعاوی مستقیم علیه بیمه‌گر تحت سیستم بیمه اجباری، به‌ویژه در قالب سیستم بیمه پی‌اند‌آی، می‌تواند بر این مشکلات و چالش‌ها فائق

^۱. IMO LEG 77/4/3, IMO LEG 77/4/4, IMO, IMO LEG 76/WP.3 Agenda item 4.

^۲. Zhu, L. *Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage*, Hamburg: Springer, 2007, P 54.

^۳. IOPC Funds, Annual Report

^۴. FUND Convention, 1992

^۵. IOPC FUND, *Report on the Activities of the International Oil Pollution Compensation Funds, Annual Report*, 2020, PP 10-12.

^۶. single-ship company

^۷. Slops (Greece, 2000)

^۸. IOPC FUND 1992, *Incidents Involving The 1992 Fund: Slops*, April 2008, PP 1-5.

^۹. Ibid.

آید.^۱ در چنین مواردی، مسئولیت نامحدود بدون پشتیبان بیمه، تا آنجا که به منافع قربانیان مربوط می‌شود، گزینه مناسبی نخواهد بود.

در خصوص مسئولیت نامحدود، شاید یک راه‌حل ایجاد مسئولیت نامحدود برای مالک کشتی اما همراه با بیمه اجباری تا سقف مبلغ مشخص باشد. به عبارت دیگر، درحالی که کل مسئولیت نامحدود است، پوشش بیمه را محدود می‌کنیم. اما این پیشنهاد در جریان تصویب کنوانسیون‌های دریایی از سوی کشورها مورد پذیرش قرار نگرفته است. آنچه مورد پذیرش کشورها قرار گرفته، بیمه اجباری مسئولیت مالک کشتی تا سقف مبلغ معین است. چنین مسئولیتی براساس بیمه اجباری در برابر قربانیان احتمالی حادثه، تا آنجا که به منافع حادثه دیدگان مربوط می‌شود، گزینه بسیار مناسب‌تری برای جبران خسارات خواهد بود.^۲ با توجه به آنچه بیان شد، اگرچه همواره در خصوص آلودگی نفتی، بحث مسئولیت نامحدود به‌عنوان یک گزینه در طول مذاکرات تصویب کنوانسیون‌ها مطرح بوده است، اساساً مسئولیت نامحدود برای آلودگی دریایی به‌ویژه بدون ترتیبات بیمه ای، مورد پذیرش قرار نگرفته است. در این ارتباط، گستردگی خسارات وارده و سطح بالای غرامت برای قربانیان آلودگی نفتی موضوع بسیار مهم و قابل توجهی برای حقوق دانان و کمیته حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی بوده است.^۳ به همین لحاظ و با توجه به لزوم پوشش بیمه برای خسارات آلودگی، نظریه مسئولیت نامحدود برای تدوین‌کنندگان کنوانسیون‌های دریایی و شرکت‌های بیمه، به‌ویژه کلپ‌های پی‌اند‌آی، هیچ‌گاه مورد توجه نبوده است. دلیل اصلی آن‌ها این بوده است که بیمه‌پذیری خطرهای دریایی تا حد زیادی به وجود تحدید مسئولیت مالکان کشتی بستگی دارد که در این باب، موضع کلپ‌های بیمه پی‌اند‌آی همواره مبتنی بر تحدید مسئولیت تا سقف معین بوده است.^۴ علاوه بر این، بنابر اظهار نظر کمیته حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی، اگر مالکان کشتی نتوانند بیمه یا سایر تضمین‌های مالی را تهیه کنند، ممکن است قربانیان حادثه در هر پرونده برای دعاوی به حق خود، در دریافت غرامت دچار مشکل شوند.^۵ با توجه به خسارات احتمالی سنگین ناشی از آلودگی نفتی در دریا، تحدید مسئولیت یا به عبارت دیگر تعیین سقف مواجهه با ریسک حوادث فاجعه‌آمیز دریایی، برای صنعت بیمه نوعی اطمینان‌خاطر ایجاد می‌کند.^۶ همچنین، تحدید مسئولیت می‌تواند پرداخت غرامت و تسویه مطالبات ناشی از خسارات را تسریع بخشد؛ چراکه این امر عموماً همراه با اجرای اصل مراجعه مستقیم به بیمه‌گر بوده است. با وجود تحدید مسئولیت، هم بیمه‌گر و هم مالک کشتی در برابر مسئولیت خود آرامش و اطمینان بیشتری دارند. اما این امر نباید به قیمت از بین بردن منافع قربانیان آلودگی باشد. بنابراین از یک‌سو، باید قربانیان حوادث به‌طور شایسته و مناسب در قبال هرگونه تلف، خسارت یا آسیبی که متحمل شده‌اند، جبران خسارت شوند و از سوی دیگر به مالکان کشتی اجازه داده شود تا مسئولیت خود را تا حد معینی محدود کنند.^۷ براساس نظر

¹. Correia, M. *Shipowners' Limitation of Liability*, United States: Wolters Kluwer, 2013, PP 15-20; Basedow, J. and Magnus, U. *Pollution of the Sea - Prevention and Compensation*, Hamburg: Hamburg Studies on Maritime Affairs, 2007, P 177.

². Wetterstein, P. "P&I and Environmental Damage", *P&I Insurance*, 1993, PP 115-163; DelaRue, Anderson and Hare, op.cit., PP 1-3.

³. DelaRue, C. *Liability for Damage to the Marine Environment*, London: Lloyd's London Press, 1993, P 45.

⁴. Chen, X. *Limitation of Liability for Maritime Claims: A Study of US Law, Chinese Law and International Conventions*, The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2001, P 98.

⁵. IMO LEG 74 و IMO LEG 75/5/1

⁶. Steel, D. "Ships are Different: The Case for Limitation of Liability", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1995, PP 77-87.

⁷. Griggs, P. Williams, R. and Farr, J. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, London: Lloyd's of London Press, Third Edition, 2020, P 113.

کمیته حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی، این تحدید مسئولیت، که مبتنی بر کنوانسیون‌های دریایی است، سطحی از رضایت برای طرف‌های درگیر در حادثه و قربانیان خسارات آلودگی به‌وجود می‌آورد.^۱ اجرای اصل تحدید مسئولیت در کنار تشکیل صندوق جبران خسارت که در چارچوب کنوانسیون‌های دریایی تدوی ایجاد می‌شوند، می‌تواند میان منافع مالک کشتی، بیمه‌گر او و منافع شاکیان یا قربانیان حوادث آلودگی تعادل ایجاد کند.^۲

۲. چالش‌های تحدید یکسان مسئولیت

زمانی که اصل موضوع تحدید مسئولیت پذیرفته شد، موضوع سقف مسئولیت به‌عنوان یک نگرانی مهم به‌ویژه از سوی صنعت کشتیرانی مطرح شد. بدون یک نظام واحد بین‌المللی، قوانین ملی کشورها ممکن است مقررات متفاوتی برای مسئولیت مالی درقبال خسارات آلودگی تدوین کنند. نتیجه چنین عملکردی این خواهد بود که در یک سطح وسیع، مالکان کشتی‌ها در معرض قوانین مختلف ملی قرار می‌گیرند و ماحصل آن تنوع قوانین در خصوص موضوع واحد خواهد بود. این امر اصل یکنواختی و یکسانی مقررات دریایی را به خطر می‌اندازد. درحالی‌که با توجه به ماهیت بین‌المللی حمل و نقل دریایی، وجود یک سیستم یکسان در زمینه مینا و میزان مسئولیت ضروری است.^۳ هریک از قوانین ملی کشورها ممکن است مقررات متفاوت و مختلفی درمورد بیمه آلودگی یا سایر تضمینات مالی برای کشتی‌ها ایجاد کنند. درحالی‌که با تصویب مقررات واحد و یکسان توسط کشورها، مالکان کشتی‌ها با توجه به میزان مسئولیت خود، براساس مقررات از قبل مشخص و معین که مالکان نیز از آن مطلع‌اند، می‌توانند بیمه‌نامه کافی خریداری کنند. بر همین اساس، کنوانسیون‌های بین‌المللی آلودگی دریایی در چارچوب یک نهاد بین‌المللی، یعنی سازمان بین‌المللی دریانوردی، نظام یکسان تحدید مسئولیت را تصویب کردند و کشورها نیز به این کنوانسیون‌ها ملحق شدند. نتیجه آن، اجرای مقررات یکسان در اغلب کشورهاست. شایان ذکر است، چنین الزامات واحدی درمورد تمامی کشتی‌هایی که در بنادر کشورهای عضو کنوانسیون‌ها حضور دارند یا به ترمینال‌های فراساحلی آن کشورها وارد یا خارج می‌شوند، در صورت وجود سایر شرایط لازم اعمال می‌شود.^۴ تنها چالش اساسی در این زمینه مربوط به بخشی از انواع آلودگی نفتی، یعنی آلودگی ناشی از سوخت کشتی‌هاست. این نوع آلودگی توسط کنوانسیون ۲۰۰۱ بانکرز پوشش داده شده است.^۵ در کنوانسیون بانکرز حق مالک کشتی برای تحدید مسئولیت پذیرفته شده است، اما اجرای این حق موکول به تصویب و اجرای قوانین ملی و کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت یا پروتکل ۱۹۹۶ آن توسط کشورها است. به موجب مفاد کنوانسیون بانکرز، مالک کشتی و بیمه‌گر او حق تحدید مسئولیت دارند. مالک کشتی ملزم است که بیمه یا تضمین مالی دیگری مانند ضمانت‌نامه بانکی یا مؤسسه مالی مشابه را برای پوشش مسئولیت خود درقبال خسارت آلودگی ارائه کند و میزان تضمین‌شده غرامت از طرف بیمه‌گر در همه موارد، از مقدار محاسبه‌شده بر طبق کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت، تجاوز نخواهد کرد.^۶

^۱. IMO LEG 74; IMO LEG 75/5/1.

^۲. Wu, C. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, London: Kluwer Law International, 1996, P 4; IMO, Focus on IMO: Liability and Compensation London: IMO Publishing, June 1998, P 1.

^۳. Van Erp, J., Faure, M., Nollkaemper, A. and Philipsen, N. *Smart Mixes for Transboundary Environmental Harm*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, P 299.

^۴. بند ۱۱ ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۹۲ مسئولیت مدنی

^۵. یکی از بهترین کتب در زمینه کنوانسیون بانکرز که انواع دعاوی تحت پوشش را مورد بررسی و تحلیل قرار داده است، کتاب ذیل است: Gunasekera, M. *Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage*, Bern: Peter Lang, 2010.

^۶. مواد ۶ و ۷(۱).

به عبارت دیگر، سقف غرامت مشخص شده است، اما میزان غرامت موجود برای قربانیان مشخص نیست و بستگی به قوانین ملی یا بین‌المللی حاکم و قابل اجرا در مورد تحدید مسئولیت دارد. با توجه به ارتباط مفاد کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت و کنوانسیون ۲۰۰۱ بانکرز، مالک کشتی حق دارد بر طبق شرایط مندرج در این دو کنوانسیون، مسئولیت خود را محدود کند. اما سؤال اصلی آن است که آیا دعاوی مربوط به آلودگی نفتی مندرج در کنوانسیون بانکرز، تحت پوشش دعاوی مندرج در کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت قرار دارند؟ چگونه می‌توان دعاوی نفتی را در قالب کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت تحلیل کرد؟ این سؤالاتی‌اند که در بخش بعدی به آنها خواهیم پرداخت.

۳. مسئله حل دعاوی آلودگی دریایی تحت کنوانسیون تحدید مسئولیت

آلودگی دریا توسط کشتی‌ها به دو شکل صورت می‌گیرد: یکی از طریق حادثه و دیگری در حین عملیات کشتیرانی.^۱ دعاوی مربوط به آلودگی ناشی از نفت محموله موجود در تانکر تحت پوشش کنوانسیون مسئولیت مدنی ۱۹۶۹ (CLC) و پروتکل ۱۹۹۲ آن، آلودگی ناشی از نفت موجود در مخزن کشتی تحت عنوان سوخت کشتی در چارچوب کنوانسیون ۲۰۰۱ بانکرز (Bunkers) و دعاوی مربوط به آسیب ناشی از حمل مواد خطرناک و سمی در چارچوب کنوانسیون HNS قرار می‌گیرند. در چارچوب کنوانسیون‌های فوق، کلیه دعاوی مربوط به آلودگی ناشی از نفت محموله و مواد سمی و خطرناک در داخل کنوانسیون‌های مورد اشاره به‌عنوان دعاوی مشمول تحدید قرار گرفته‌اند و صرفاً در خصوص دعاوی مربوط به آلودگی سوخت کشتی‌ها، به کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت ارجاع داده شده است.

به این نکته باید توجه شود که کنوانسیون‌های مسئولیت مدنی فوق، به‌عنوان مبنای مسئولیت، مسئولیت مالک کشتی را مسئولیت مبتنی بر خطر^۲ می‌دانند. بنابراین، مبنای مسئولیت مالک کشتی در خود کنوانسیون بانکرز مطرح شده است و کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت، مقرر می‌کند که در خصوص مبنای مسئولیت وضع نمی‌کند و صرفاً یک نظام تحدید مسئولیت ایجاد می‌کند. با توجه به این امر، در چارچوب کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت، بحث در مورد مبنای مسئولیت، اینکه آیا مسئولیت مالک مبتنی بر تقصیر، یا خطر یا مسئولیت مطلق است، خطاست و در کنوانسیون تحدید مسئولیت چنین موضوعی مطرح نشده است. ارجاع کنوانسیون بانکرز به این کنوانسیون با دو هدف انجام شده است: اول آنکه چارچوب تحدید مسئولیت مالک کشتی در قالب کنوانسیون تحدید مسئولیت قرار می‌گیرد و دیگر آنکه دعاوی مربوط به خسارت آلودگی نفتی به دعاوی مندرج در کنوانسیون تحدید مسئولیت ارجاع شده است.^۳

بر اساس بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۷۶، دعاوی مشمول تحدید به شش دسته تقسیم شده‌اند: (اول) دعاوی مربوط به از دست دادن جان یا جراحت شخصی یا تلف یا خسارت به اموال (از جمله خسارت به تجهیزات لنگرگاهی، حوضچه‌ها و آبراه‌ها و وسایل کمک ناوبری)، که در کشتی یا در رابطه مستقیم با عملیات کشتی یا عملیات نجات روی دهد و خسارات

^۱. Khee-Jin Tan, A. *Vessel-source Marine Pollution: The Law and Politics of International Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, P 34; Hakapää, K. *Marine Pollution in International Law: Material Obligations and Jurisdiction with Special Reference to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia, 1981, P 136.

^۲. Strict Liability

^۳. DelaRue, op.cit.

به‌طور کلی در مورد کنوانسیون تحدید مسئولیت ر.ک. جعفری و مختاری، پیشین؛ فخاری، امیرحسین، «سخنی درباره رأیی که در زمینه مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی صادر شده است»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۲، دوره ۴۹، ۱۳۸۸، صص ۵۵-۸۳.

تبعی ناشی از این موارد؛ (دوم) دعاوی مربوط به خسارت ناشی از تأخیر در حمل کالا، مسافری یا بار آنها از طریق دریا؛ (سوم) دعاوی مربوط به سایر خسارت‌های ناشی از نقض حقوقی غیر از حقوق قراردادی که در ارتباط مستقیم با بهره‌برداری از کشتی یا عملیات نجات روی می‌دهد؛ (چهارم) دعاوی مربوط به بالا آوردن، انتقال، انهدام یا بی‌خطر کردن کشتی‌ای که غرق شده، تبدیل به لاشه شده، به گل نشسته یا از آن اعراض شده، از جمله هر چیزی که در چنین کشتی‌ای وجود دارد یا وجود داشته است؛ (پنجم) دعاوی مربوط به انتقال (جاب‌جایی)، انهدام یا بی‌ضرر کردن کالای کشتی؛ (ششم) دعاوی شخصی غیر از شخص مسئول درمورد اقدامات متخذه به‌منظور پیشگیری یا تقلیل خسارت برای چیزی که شخص مسئول می‌تواند مسئولیت خود را طبق این کنوانسیون محدود کند و ضرر و زیان بعدی ناشی از چنین اقداماتی.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، هیچ‌یک از دعاوی شش‌گانه فوق‌الذکر به‌طور خاص اشاره به حق تحدید مسئولیت درمورد آلودگی دریایی نمی‌کنند. سؤال بسیار مهمی که به ذهن خطور می‌کند آن است که محاکم چگونه دعاوی آلودگی را براساس مقررات فوق‌رسیدگی می‌کنند. به عبارت دیگر، تا آنجا که به موضوع این مقاله ارتباط دارد، حق تحدید مسئولیت در ارتباط با خسارت آلودگی نفتی دریایی در حیطه کدام‌یک از موارد شش‌گانه دعاوی مندرج در کنوانسیون تحدید مسئولیت قرار می‌گیرند؟ برای پاسخ به این سؤال، هریک از انواع دعاوی را به شرح زیر به تفکیک مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳.۱. دعاوی مربوط به فوت یا صدمهٔ بدنی یا تلف یا خسارت به اموال، که در کشتی یا در رابطه

مستقیم با عملیات کشتی یا عملیات نجات روی دهد و خسارات تبعی ناشی از این موارد

درمورد ارتباط این دسته از دعاوی با دعاوی آلودگی نفتی باید اظهار داشت، از منظر خسارت آلودگی محض، دعاوی خسارات فوت و صدمه بدنی بی‌ارتباط‌اند. همچنین دعاوی مربوط به خسارات مالی نیز باید بر روی کشتی یا در رابطه مستقیم با عملیات کشتی یا عملیات نجات و خسارت تبعی ناشی از این موارد روی داده باشند. کنوانسیون ۱۹۷۶، تعریف بیشتری از عبارت بر روی کشتی یا در رابطه مستقیم با عملیات کشتی یا عملیات نجات ارائه نمی‌دهد. علاوه بر این، اصطلاح عملیات معنی گسترده‌ای دارد و ممکن است به هرگونه فعالیت یا عملیات دریایی از جمله عملیاتی که صرفاً جنبهٔ تجاری دارد، نیز اطلاق شود. بنابراین، با توجه به سایر مواد کنوانسیون تحدید مسئولیت، شاید صحیح به نظر برسد که نظر گرگز^۱ و ویلیامز را در این مورد بپذیریم: «تحدید مسئولیت محدود به فعل یا ترک فعل‌های صورت گرفته‌ای است که توسط یک فرد بر روی کشتی یا در هنگام هدایت و مدیریت کشتی، یا در هنگام بارگیری، حمل یا تخلیهٔ کالای کشتی یا در هنگام سوار کردن، حمل یا پیاده کردن مسافر کشتی انجام گرفته است»^۲. علاوه بر این، این دسته از دعاوی به خسارات تبعی ناشی از آنها نیز تعمیم می‌یابد. براین‌اساس، اگر خسارت اقتصادی پیامد و تبع خسارت مالی باشد، دعوا از این نظر می‌تواند در این دسته دعاوی قرار گیرد. اما حسب گزارش‌های کمیتهٔ حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی، خسارت اقتصادی محض مانند از دست دادن درآمدی که ماهیگیران یا صاحبان هتل‌ها پس از نشت نفت متحمل می‌شوند، ممکن است تحت پوشش این بند قرار نگیرد؛ چراکه خسارتی به اموال وارد نشده است.^۳

^۱. Griggs

^۲. Griggs, Williams and Farr, op.cit., PP 8-16.

^۳. IMO LEG 2/4/74

۳.۲. دعاوی مربوط به خسارت ناشی از تأخیر در حمل کالا، مسافرین یا بار آنها از طریق دریا

در اینجا موضوع، اعمال قواعد تحدید درمورد خسارت ناشی از تأخیر در حمل است. تعریف بیشتری از خسارت در این بند ارائه نشده است. در این خصوص، سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که به‌عنوان مثال، اگر یک کشتی باری به دلیل حادثه نفتی تأخیر کرده، آیا کلیه دعاوی مربوط به این حادثه تحت شمول این بند قرار می‌گیرند؟ برای پاسخ باید اظهار داشت که اگر کشتی باری کالایی روی خود دارد، در سه حالت مشمول دعاوی قرار می‌گیرد: اول اینکه کالا توسط نفت آلوده شده و خسارت در حین انجام عملیات پاکسازی ایجاد شده؛ دوم، کالا از نوع کالاهایی بوده که پس از انجام دادن عملیات پاکسازی، صاحب کالا به دلیل نوسانات بازار متحمل خسارات مالی تبعی شده است؛ سوم، کالا از نظر ماهیت، فاسدشدنی بوده و پس از عملیات پاکسازی ارزش خود را از دست داده یا به دلیل کاهش ارزش، باید قیمت آن را کاهش داد. این سه دسته از خسارات را می‌توان در زمره خسارت ناشی از تأخیر قرار داد. اما سؤال اصلی هنوز باقی است و آن اینکه آیا این خسارت همان خسارت آلودگی مشمول کنوانسیون بانکرز است یا خیر؟ درمورد دسته اول، خسارت آلودگی که به کالا وارد شده در درون کشتی است. در این ارتباط، بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون بانکرز صراحتاً تأکید می‌کند که خسارت به بار آمده در خارج از کشتی از طریق آلودگی می‌بایست باشد که در فرض مذکور خسارت به کالا در درون کشتی بوده است؛ پس بنابراین، این نوع خسارات مشمول آلودگی تحت کنوانسیون بانکرز قرار نمی‌گیرد. در بررسی موارد دوم و سوم، ابتدا باید دانست مطابق کنوانسیون بانکرز، خسارت اقتصادی محض در مفهوم خسارت آلودگی به معنی از بین رفتن درآمدها در نتیجه آلوده شدن محیط زیست است. درحالی که خسارت در مثال‌های مطروحه ناشی از نوسانات بازار یا کاهش ارزش خود کالا بوده است. بنابراین دو مورد مذکور نیز مشمول دعاوی کنوانسیون بانکرز قرار نمی‌گیرند. باین حال، در این گونه موارد، باید میان دعاوی خسارت آلودگی و دعاوی عام دریایی تمایز قایل شد. همان‌طور که برخی از محققان اظهار داشته‌اند، اگر خسارت ناشی از تأخیر باشد، این امر خللی به حق مالک کشتی برای تحدید مسئولیت خود طبق کنوانسیون ۱۹۷۶ وارد نخواهد کرد.^۱

۳.۳. دعاوی مربوط به سایر زیان‌های ناشی از نقض حقوقی غیر از حقوق قراردادی

عبارت سایر زیان‌ها^۲ در این بند نشان‌دهنده زیان‌هایی غیر از موارد ذکر شده در دو بند اول و دوم قبلی است. از سویی معنای واقعی عبارت نقض حقوق^۳ واضح و روشن نیست. آنچه مشخص است این است که حق نقض شده شامل حقوق قراردادی نیست، اما دامنه حقوق غیرقراردادی مذکور در این بند به‌وضوح مشخص نشده است.^۴ با توجه به این امر، اجرا و اعمال این پاراگراف در عمل دشوار است. به‌عنوان مثال، هنگامی که حادثه نفتی رخ می‌دهد، وجود سواحل آلوده موجب کاهش توریسم در منطقه خواهد شد که خود منجر به کاهش درآمد برای صاحبان هتل‌ها و رستوران‌ها و غیره می‌شود. آیا این نوع ضررها تحت شمول این دسته دعاوی قرار می‌گیرند؟ پاسخ به این سؤال به تفسیر عبارت نقض حقوق، به غیر از حقوق قراردادی بستگی دارد و از آنجا که توضیح بیشتری در کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت وجود ندارد، پاسخ این سؤال بستگی به تشخیص دادگاه‌ها و موضع قوانین ملی دارد. در قانون ملی کشورمان هیچ‌گونه تفسیر یا شرحی در

1. DelaRue, op.cit., P 175.

2. Other loss

3. Infringement of rights

۴. برای شرح بیشتر در خصوص این نوع دعاوی ر.ک.

Geoffrey Brice, Q. C. *The Scope of the Limitation Action*, In: *The Limitation of Shipowners' Liability*, The New Law, London: Sweet and Maxwell, 1986, PP 18-32.

این خصوص ارائه نشده است و بهتر آن است که سازمان بنادر و دریانوردی ایران به‌عنوان نهاد مسئول در این زمینه با ارائه پیشنهادها و راهکارهای مناسب، مساعدت لازم به منظور برطرف شدن ابهامات و حل دعاوی را فراهم کند.

۳.۴. دعاوی مربوط به بالا آوردن، انتقال، انهدام یا بی‌خطر کردن کشتی‌ای که غرق شده، تبدیل به لاشه شده، به گل نشسته یا از آن اعراض شده از جمله هر چیزی که در چنین کشتی‌ای وجود دارد یا وجود داشته است

لازم به ذکر است، دعاوی شش‌گانه مندرج در کنوانسیون، در صورتی که مربوط به هرگونه اجرت^۱ براساس قرارداد با شخص مسئول خسارت باشد، مشمول تحدید مسئولیت نخواهد بود. در مورد ارتباط این دسته از دعاوی با دعاوی آلودگی نفتی باید اظهار داشت، در موارد غیرقراردادی، با وقوع حوادث نفتی، هزینه‌های پاکسازی و مخارج انتقال کشتی، در صورتی که کشتی غرق شده تبدیل به لاشه شده، به گل نشسته یا از آن اعراض شده باشد، تحت پوشش این دسته دعاوی قرار خواهند گرفت. در صورتی که چنین شرایطی وجود نداشته باشد، قاعده تحدید مسئولیت نیز قابل اجرا نخواهد بود. براساس گزارش کمیته حقوقی آی‌مو، در مورد تصادمی که منجر به نشت نفت شود، اما موجب لاشه شدن کشتی نشود، قاعده تحدید اعمال نمی‌شود.^۲

۳.۵. دعاوی مربوط به انتقال (جابه‌جایی)، انهدام یا بی‌ضرر کردن کالای کشتی

به نظر می‌رسد میان این دسته از دعاوی و دعاوی دسته چهارم تعارض وجود دارد. زیرا کالای کشتی در بند پنجم ممکن است مشمول دسته چهارم تحت عنوان «هر چیزی که بر روی چنین کشتی هست یا بوده است» قرار بگیرد. در خصوص این بند، نکته دیگری که لازم است اشاره شود، این است که مطابق مقررات کنوانسیون تحدید مسئولیت،^۳ دولت‌ها می‌توانند از حق رزرو استفاده کنند و از اعمال برخی بندهای این ماده صرف‌نظر کنند. گاهی کشوری مثل ایران، درباره دو دسته دعاوی چهارم و پنجم رزرو انجام داده و توسط این دولت اعمال نمی‌شوند (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی) و گاهی ممکن است برخی دولت‌ها فقط در مورد یکی از این دو دسته رزرو را انجام داده باشند. چنان‌که انگلیس درباره دسته چهارم حق شرط اعمال کرده، اما در مورد دسته پنجم هیچ رزروی انجام نداده است. نتیجه این‌گونه رزرو این است که دعاوی مربوط به جابه‌جایی کالا مشمول تحدید قرار می‌گیرند، قبل از اینکه کشتی غرق یا متلاشی یا به گل بنشیند یا رها شود.^۴

۳.۶. دعاوی مربوط به هزینه‌های اقدامات انجام‌شده برای پیشگیری و کاهش خسارت

در مورد ارتباط این دسته از دعاوی با دعاوی آلودگی نفتی باید اظهار داشت، در جریان یک حادثه نفتی، اقدامات پیشگیرانه برای جلوگیری یا کاهش خسارت آلودگی ممکن است به‌طور مکرر انجام گیرد. دعاوی مرتبط با چنین اقداماتی باید توسط فردی به غیر از شخص مسئول حادثه اقامه شود. اما باید توجه شود که در چنین حوادثی، مالک کشتی، به‌عنوان

^۱. Remuneration

^۲. Selvig, E. *An Introduction to the 1976 Convention*, In: *The Limitation of Shipowners' Liability: The New Law*, London: Sweet and Maxwell, 1986, PP 3-17.

^۳. بند ۱ ماده ۱۸.

^۴. Zhu, op.cit., PP 8-15, 54.

شخص مسئول، غالباً در پیشگیری یا کاهش خسارات آلودگی دخالت دارد و در واقع او همیشه در خط مقدم انجام چنین اقداماتی است. در عین حال، زبانی که او ممکن است در فرایند چنین اقداماتی متحمل شود، تحت شمول این ماده قرار نخواهد گرفت.

نتیجه‌گیری

این مقاله به سه چالش حقوقی مهم در حوزهٔ تحدید مسئولیت می‌پردازد. در خصوص دلایل اعمال تحدید مسئولیت در مقابل مسئولیت نامحدود برای آلودگی دریایی، این مقاله ضمن پذیرش اعمال اصل تحدید مسئولیت در حوزهٔ آلودگی دریایی، دلایل اصلی اعمال اصل تحدید را بدین شرح بیان می‌کند: اول، از آنجایی که همواره ماهیت عملیات دریانوردی همراه با مخاطره بوده، حق تحدید مسئولیت برای جذب افراد برای سرمایه‌گذاری در صنعت کشتیرانی و ایجاد یک دریای تجاری رقابتی نیازمند آن است که مسئولیت آنها در این زمینه تحدید شود. در مقابل، برخی با این استدلال که کسانی که مستقیماً از فعالیت دریایی منتفع می‌شوند باید تمام هزینه‌های ناشی از آلودگی را نیز به عهده گیرند، بنابراین مسئولیت آنها نباید محدود باشد. اما باید اظهار داشت که اشخاص متعددی از حمل و نقل دریایی منتفع می‌شوند و مالکان کشتی‌ها تنها ذی‌نفعان این نوع تجارت نیستند و از سویی دیگر، در هر حادثهٔ آلودگی، تضاد منافع میان قربانیان حادثه، مالک کشتی و بیمه‌گر او وجود دارد و مقررات دریایی از طریق تحدید مسئولیت و الزامات بیمه‌ای درصدد ایجاد تعادل بین آنهاست. بنابراین، طی دهه‌های اخیر، این امر توسط جامعهٔ بین‌المللی پذیرفته شده است که نظام مسئولیت باید دارای سطح معقولی از محدودیت باشد؛ به نحوی که ضمن ایجاد تعادل میان منافع اشخاص درگیر در هر حادثه، به‌طور مناسب پاسخگوی تمامی دعاوی باشد. دلیل دوم تحدید مسئولیت، حجم خسارات احتمالی و تنوع خسارات آلودگی دریایی است؛ به نحوی که تقبل بیمهٔ مسئولیت توسط بیمه‌گران را دشوار می‌گرداند، مگر اینکه حداکثر میزان مسئولیت از پیش مشخص و ثابت شده باشد. در عملیات تجاری دریایی حجم مخاطرات و خسارات احتمالی بسیار زیاد است و این امر به معنای ضرورت وجود بیمه در این زمینه است و با هدف بیمه کردن این خطر، بقای اصل تحدید مسئولیت ضروری است. به همین دلیل، در جریان تدوین کنوانسیون‌های مسئولیت مدنی همواره اصل تحدید مسئولیت توأم با مباحث بیمه بوده است. در این مقاله نظرهای مثبت و تأییدکننده کشورهای مختلف در این زمینه ارائه شد. در مقابل، طرفداران نظریهٔ مسئولیت نامحدود با بیان لزوم حمایت از محیط زیست و بر طرف کردن خسارات کامل زیست محیطی، پیشنهاد مسئولیت نامحدود در قبال خسارات ناشی از آلودگی‌های مذکور را ارائه کردند. اما با وجود جنبهٔ زیست‌محیطی این نظر، به دلیل آنکه بیمه‌گران با فرض نامحدود بودن مسئولیت آلودگی زیست محیطی، تمایلی به ارائهٔ پوشش بیمه‌ای خود در قبال چنین خساراتی نخواهند داشت، موجب شد که برای این‌گونه خسارات نیز مسئولیت مالک کشتی و به تبع آن مسئولیت بیمه‌گر محدود و تا سقف معینی مشخص باشد. علت دیگری که در خصوص تعارض بین تحدید مسئولیت و مسئولیت نامحدود مطرح است، نگرانی‌ها و مشکلات مربوط به قابلیت دسترسی به منابع مالی و همچنین محاکم کشورها در جبران خسارت است. در این خصوص، با تحلیلی که ارائه شد با پذیرش اصل تحدید مسئولیت و افزودن حق دعاوی مستقیم علیه بیمه‌گر تحت سیستم بیمهٔ اجباری، این‌گونه نگرانی‌ها و مشکلات را به‌ویژه در مورد شرکت‌های تک‌کشتی می‌توان برطرف کرد.

در خصوص چالش‌های تحدید یکسان مسئولیت و سؤال مربوط به امکان شمول دعاوی آلودگی دریایی تحت کنوانسیون تحدید مسئولیت، توجه به نکات ذیل ضروری است:

یکی از چالش‌های اصلی، اعمال اصل یکنواختی و یکسانی مقررات دریایی در عرصه بین‌المللی است. با توجه به ماهیت بین‌المللی حمل و نقل دریایی، وجود یک سیستم یکسان ضروری است که راه‌حل آن، تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی آلودگی دریایی در چارچوب یک نهاد بین‌المللی، یعنی سازمان بین‌المللی دربانوردی و الحاق کشورها به کنوانسیون‌های مذکور است که این امر طی سال‌های ۱۹۶۹ تاکنون با تصویب کنوانسیون‌های متعدد محقق شده است. تنها چالش باقی‌مانده اساسی در این زمینه مربوط به بخشی از انواع آلودگی نفتی، یعنی آلودگی ناشی از سوخت کشتی‌هاست. این نوع آلودگی توسط کنوانسیون ۲۰۰۱ بانکرز پوشش داده شده است. در کنوانسیون بانکرز، حق مالک کشتی برای تحدید مسئولیت پذیرفته شده است، اما اجرای این حق موکول به تصویب و اجرای قوانین ملی و کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت است. در این خصوص در این مقاله با بررسی دعاوی شش‌گانه مندرج در کنوانسیون ۱۹۷۶، مشخص شد که باینکه کنوانسیون بانکرز دعاوی مربوط به خسارت آلودگی ناشی از نشت نفت را تحت شمول کنوانسیون ۱۹۷۶ تحدید مسئولیت قرار داده، اما هیچ‌یک از موارد شش‌گانه دعاوی فوق‌الذکر به‌طور خاص به حق تحدید مسئولیت درمورد آلودگی دریایی اشاره نمی‌کنند. باین‌حال، هریک از دعاوی مذکور دارای شرایطی هستند که با بررسی آن شرایط این امکان وجود دارد که برخی از دعاوی مرتبط با آلودگی نفتی تحت پوشش کنوانسیون تحدید مسئولیت قرار گیرند. از این‌رو در هر مورد باید برای حل دعاوی آلودگی براساس کنوانسیون تحدید مسئولیت، به شرایط مشروح در این مقاله توجه شود.

منابع

مقاله

۱. پورنوری، منصور، مهدی یوسفی صادقلو و شهرام بارسار، «تحدید مسئولیت مالکان کشتی نفتکش در جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی در حقوق دریایی ایران و کنوانسیون مسئولیت مدنی (CLC)»، *مجله حقوق و مطالعات نوین*، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱-۲۱.
۲. جعفری، فیض‌الله و مهرناز مختاری، «شرایط اعمال تحدید مسئولیت صاحبان کشتی دریاییما (بررسی کنوانسیون بین‌المللی تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی ۱۹۷۶)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۳، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، صص ۲۱۱-۲۳۲.
۳. فخاری، امیرحسین، «سخنی درباره رأیی که در زمینه مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی صادر شده است»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۲، شماره ۴۹، ۱۳۸۸، صص ۵۵-۸۳.
۴. گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «ساخته نفتکش سانچی و بررسی جنبه‌های فنی و مالی سانحه»، *معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی*، دفتر مطالعات انرژی، صنعت و معدن، شماره مسلسل، ۱۳۹۶، ۱۵۷۷۷۲.
۵. مظلوم ترشیزی، بنفشه و غلام نبی فیضی چکاب، «شرایط و آثار تحدید مسئولیت نسبت به نجات دهنده دریایی»، *مجله پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۹، شماره ۳۵، ۱۴۰۰، صص ۹۴-۱۱۸.

قوانین، مقررات و اسناد

۶. قانون اصلاح قانون دریایی ایران، مصوب ۱۳۹۱/۰۸/۱۶ مجلس شورای اسلامی ایران.

۷. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی تأسیس یک صندوق بین‌المللی برای جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی با اعمال اصلاحات پروتکل (۱۹۹۲)، مصوب ۱۳۸۹/۰۱/۱۵ مجلس شورای اسلامی ایران.
۸. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی درباره مسئولیت مدنی برای خسارت آلودگی نفت سوخت کشتی، مصوب ۱۳۸۹/۰۲/۲۸ مجلس شورای اسلامی ایران.
۹. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی مسئولیت مدنی ناشی از خسارت آلودگی نفتی با اعمال اصلاحات پروتکل (۱۹۹۲)، مصوب ۱۳۸۹/۰۱/۱۵ مجلس شورای اسلامی ایران.
۱۰. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تعیین مسئولیت برای دعاوی دریایی، مصوب ۱۳۹۳/۰۳/۰۵ مجلس شورای اسلامی ایران.
۱۱. قانون دریایی ایران، مصوب ۱۳۴۳/۰۶/۲۹ کمیسیون مشترک مجلسین.

References

Books

- Attard, D., Fitzmaurice, M. and Martínez Gutiérrez, N. A. *The IMLI Manual on International Maritime Law*, Volume 1, London: Oxford University Press, 2014.
- Basedow, J. and Magnus, U. *Pollution of the Sea - Prevention and Compensation*, Hamburg: Hamburg Studies on Maritime Affairs, 2007.
- Chen, X. *Limitation of Liability for Maritime Claims: A Study of US Law, Chinese Law and International Conventions*, The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- Correia, M. *Shipowners' Limitation of Liability*, United States: Wolters Kluwer, 2013.
- DelaRue, C. *Liability for Damage to the Marine Environment*, London: Lloyd's London Press, 1993.
- DelaRue, C., Anderson, C. B. and Hare, J. *Shipping and the Environment: Law and Practice*, London: Taylor and Francis, Third Edition, 2022.
- Geoffrey Brice, Q. C. *The Scope of the Limitation Action*, In: *The Limitation of Shipowners' Liability*, The New Law, London: Sweet and Maxwell, 1986.
- Griggs, P. Williams, R. and Farr, J. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, London: Lloyd's of London Press, Third Edition, 2020.
- Gunasekera, M. *Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage*, Bern: Peter Lang, 2010.
- Hakapää, K. *Marine Pollution in International Law: Material Obligations and Jurisdiction with Special Reference to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia, 1981.
- Khee-Jin Tan, A. *Vessel-source Marine Pollution: The Law and Politics of International Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Martínez Gutiérrez, N. A., *Limitation of Liability in International Maritime Conventions: The Relationship Between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes*, London: Taylor and Francis, 2010.
- Selvig, E. *An Introduction to the 1976 Convention*, In: *The Limitation of Shipowners' Liability: The New Law*, London: Sweet and Maxwell, 1986.
- Van Erp, J., Faure, M., Nollkaemper, A. and Philipsen, N. *Smart Mixes for Transboundary Environmental Harm*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Wu, C. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, London: Kluwer Law International, 1996.

Zhu, L. *Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage*, Hamburg: Springer, 2007.

Articles

16. Chen, J., *et al.* "Marine Oil Spill Pollution Causes and Governance: A Case Study of Sanchi Tanker Collision and Explosion", *Journal of Cleaner Production*, Volume 273, 2020.
17. Chen, J., *et al.* "Oil Spills from Global Tankers: Status Review and Future Governance", *Journal of Cleaner Production*, Volume 227, 2019.
18. Fakhari, Amirhossein, "A Speech About the Judgment Issued in The Field of Responsibility of The Maritime Transport Operator", *Legal Research Quarterly*, Volume 12, Issue 49, 2009. (in Persian)
19. Gauci, G. "Limitation of Liability in Maritime Law: An Anachronism?", *Maritime Policy*, Volume 19, Issue 1, 1995.
20. Ja'fari, Feyzollah and Mehrnaz Mokhtari, "The Conditions for the Limitation of Liability of Owner of Sea-going Ships (The Survey of International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976)", *International Law review and Academic Quarterly Journal*, Volume 33, Issue 55, 2017. (in Persian)
21. Mazloun Torshizi, Banafsheh and Gholam Nabi Feyzi Chakab, "Conditions and effects of limitation of liability to the Salvor", *Private Law Research*, Volume 9, Issue 35, 2021. (in Persian)
22. Pournouri, Mansou., Mehdi Yousefi Sadegh-lou and Shahram Badsar, "Limiting the liability of tanker owners in compensating for oil pollution In Iranian Maritime Law and the Civil Liability Convention (CLC)", *Law and Modern Studies*, Volume 2, Issue 3, 2021. (in Persian)
23. Report of Islamic Council Research Center, *Sanchi Oil Tanker Accident and Investigation f The Technical and Financial Aspects of The Accident*, Vice President of Infrastructure Research and Production Affairs, Office of Energy, Industry and Mining Studies, Serial number: 157772, 2017. (in Persian)
24. Steel, D. "Ships are Different: The Case for Limitation of Liability", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1995.
25. Wetterstein, P. "P&I and Environmental Damage", *P&I Insurance*, 1993.

Laws, Regulations and Documents

26. Comité Maritime International (CMI), Documentation 1968.I., Documentation 1968. III.
27. Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 (LLMC).
28. IMO, Focus on IMO: Liability and Compensation London: IMO Publishing, June 1998.
29. IMO, *Status of Treaties*, London: Maritime Knowledge Centre, IMO Publishing, 2011.
30. International Convention on Civil Liability and Compensation for Bunker Oil Spills, (Bunkers), 2001.
31. International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1969).
32. International Convention on Liability and Compensation for Damage in connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (HNS), 1996.
33. International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (FUND), 1992.
34. IOPC FUND, *Incidents Involving The 1992 Fund: Stops*, Doc. 92FUND/EXC.26/6, London: IOPC Fund, April 2008.
35. IOPC FUND, *Report on the Activities of the International Oil Pollution Compensation Funds*, Annual Report 2022.
36. ITOPF, *A Summary of Oil Spills Response Arrangements & Resources Worldwide*, London: ITOPF, 2001.

37. Protocol to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 (LLMC Prot. 1996).
38. The Iranian Maritime Law, approved on 1964/09/20, by Joint Commission of the Houses of Representatives. (in Persian)
39. The law of accession of the Islamic Republic of Iran to International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1992), approved on 2010/04/04, by the Islamic Council of Iran. (in Persian)
40. The Law of Accession of the Islamic Republic of Iran to Protocol to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (FUND 1992), approved on 2010/04/04, by the Islamic Council of Iran. (in Persian)
41. The Law of Amendment of the Iranian Maritime Law, approved on 2012/11/06, by the Islamic Council of Iran. (in Persian)
42. The law of the accession of the Islamic Republic of Iran to International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER), approved on 2010/05/18, by the Islamic Council of Iran. (in Persian)
43. The law of the accession of the Islamic Republic of Iran to the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC), approved on 2014/05/26, by the Islamic Council of Iran. (in Persian)
44. UNCTAD, *Review of Maritime Transport 2021*, New York: United Nation publication, 2021.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Dispute Resolution in Smart Contracts Considering Their Self-Executing Feature

Sahar Karimi¹, Yegane Sadat Mirhosseini²

ABSTRACT

Despite that smart contracts are new achievements which have been widely used, there is still disagreement regarding their legal nature. Moreover, considering the self-executing feature of these contracts and the philosophy of eliminating third parties, the methods of disputes resolution have become very important due to the increase in the use of this technology. In this research, firstly it was explained the definitions of smart contracts and how to ensure their self-execution features in the blockchain platform, secondly it was expressed the possible dispute resolution methods in this type of contracts, including dispute resolution referring to judicial authorities and alternative methods. After considering the advantages of arbitration, finally, the above method was proposed as an appropriate dispute resolution method in smart contracts and its specific conditions were clarified. Moreover it was investigated examples of electronic arbitration with a mechanism specific to this technology that people can access internationally, and it was proposed the dispute resolution methods that are online, decentralized, fair and compatible with blockchain structure.

KeyWords: Smart Contract, Blockchain, Self-Executing, Dispute Resolution, Arbitration

How to Cite: Karimi, Sahar, Mirhosseini, Yegane Sadat, "Dispute Resolution in Smart Contracts Considering Their Self-Executing Feature", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:219-236.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232840.2568>

Received: 21/08/2023-Accepted: 02/06/2024

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

Corresponding Author Email: karimi_sahar@khu.ac.ir

2. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran



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



حل اختلاف در قراردادهای هوشمند با توجه به ویژگی خوداجرایی آن‌ها

سحر کریمی^۱، یگانه سادات میرحسینی^۲

چکیده

قراردادهای هوشمند از دستاوردهای جدیدی است که مورد استقبال زیادی واقع شده، ولی همچنان در خصوص ماهیت حقوقی آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد. به علاوه، با توجه به ویژگی خوداجرایی این قراردادها و وجود فلسفه حذف اشخاص ثالث، شیوه حل اختلافات ناشی در این قراردادها از مواردی است که با گسترش استفاده از این فناوری، اهمیت روزافزونی پیدا کرده است. در پژوهش حاضر، بعد از تبیین تعاریف ارائه شده از قراردادهای هوشمند و تشریح چگونگی تأمین خصیصه خوداجرایی در آن‌ها در بستر بلاک چین، به بیان طرق حل اختلاف ممکن در این نوع از قراردادها، اعم از حل اختلاف از طریق مراجعه به مراجع قضایی و روش‌های جایگزین پرداخته شد. در پایان، پس از بررسی مزایای داوری، روش فوق به عنوان روش حل اختلاف مناسب در قراردادهای هوشمند مطرح و شرایط مختص به آن بیان شد و همچنین نمونه‌هایی از داوری الکترونیکی با سازوکار مختص به بستر این فناوری که افراد می‌توانند در سطح بین‌المللی به آن‌ها دسترسی داشته باشند، مورد بررسی واقع شد و روش‌های حل اختلافات آنلاین، غیرمتمرکز، منصفانه و سازگار با ساختار بلاک چین پیشنهاد شد.

کلید واژگان: قرارداد هوشمند، بلاک چین، خوداجرایی، حل اختلاف، داوری.

استناد به این مقاله: کریمی، سحر، میرحسینی، یگانه سادات، «حل اختلاف در قراردادهای هوشمند با توجه به ویژگی خوداجرایی آن‌ها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۲۱۹-۲۳۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232840.2568>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۳

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: karimi_sahar@khu.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

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

مقدمه

فناوری بلاک‌چین و به تبع آن قراردادهای هوشمند از جمله مواردی است که پیشرفت چشمگیری داشته و مورد اقبال هر چه بیشتر واقع شده است. از آنجایی که قبل از ورود و استفاده از هر فناوری ایجاد شده، نظام حقوقی هر کشوری باید از پیش به تعیین آثار حقوقی آن بپردازد، این موضوع مورد توجه پژوهشگران حقوقی به‌ویژه در سال‌های اخیر واقع شده است. یکی از ویژگی‌های این از دسته از قراردادها که آن‌ها را متمایز و مطلوب کرده، ویژگی خوداجرایی این قراردادهاست. باین حال و با وجود ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند، به نظر می‌رسد تکنولوژی فوق هنوز تا حدی پیشرفت نکرده که بتواند بدون اراده اشخاص ثالث و به صورت کامل و در تمامی زمینه‌ها خوداجرا اعمال شود. این امر به طور خاص در خصوص قراردادهایی که دارای موضوعات مادی و خارج از بستر الکترونیکی می‌باشند، نمود بیشتری پیدا می‌کند. علاوه بر شرایط خاص این قراردادها، که بررسی حل اختلافات ناشی از آن‌ها را به صورت مجزا لازم می‌کند، ویژگی خوداجرایی فرصت‌ها و همچنین چالش‌هایی را در این زمینه ایجاد می‌کند و در نتیجه پژوهش حاضر به بررسی حل اختلاف ناشی از قراردادهای هوشمند براساس ویژگی خوداجرایی آن‌ها می‌پردازد.

با وجود اینکه پژوهش‌هایی در زمینه داوری الکترونیکی و مقایسه آن‌ها با داوری‌های سنتی بیشتر در حد توصیفی انجام پذیرفته است،^۱ همچنان مطالعه‌ای تطبیقی با نظام‌های حقوقی پیشرو در این زمینه لازم است تا با تبیین راه‌های حل اختلاف موجود در قراردادهای هوشمند، به روش حقوقی حل اختلاف مطلوب با تکیه بر ویژگی خوداجرایی آن‌ها دست یافت. در این راستا، پژوهش حاضر ابتدا به بررسی مفهوم قرارداد هوشمند پرداخته و همچنین ویژگی خوداجرایی این قراردادها را به تفصیل تبیین کرده است (مبحث نخست). در ادامه به روش‌های حل اختلاف در این قراردادها با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آن‌ها پرداخته شده و علاوه بر تبیین مراجعه به مراجع قضایی در صورت بروز چنین اختلافاتی، روش‌های حل اختلاف خارج از دادگاه مانند میانجی‌گری و ارجاع به داوری نیز به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است (مبحث دوم). همچنین در پایان، نمونه‌هایی از داوری الکترونیکی با سازوکار مختص به بستر این فناوری را، که وسیله‌ای برای حل و فصل اختلافات ناشی از آن است، مورد بررسی قرار می‌دهد و راه‌حلی برای حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند را، که با ظرفیت‌ها و امکانات این فناوری همخوانی بیشتری دارد، پیشنهاد می‌دهد.

۱. مفهوم و ماهیت قراردادهای هوشمند و تبیین ویژگی خوداجرایی در آن‌ها

با وجود تعاریف متفاوتی که از قراردادهای هوشمند تا به امروز بیان شده است، همچنان در خصوص تعریف و ماهیت حقوقی آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین باید بررسی کرد که چه چیزی به عنوان قرارداد هوشمند به معنای خاص آن نامیده می‌شود. همچنین با توجه به ویژگی خوداجرایی این قراردادها و وجود فلسفه و ویژگی مذکور مبنی بر حذف اشخاص ثالث، باید بررسی کرد که آیا به هنگام بروز اختلافات حل آنان چگونه صورت خواهد گرفت. در این راستا مبحث حاضر ابتدا به بررسی مفهوم قرارداد هوشمند پرداخته (۱-۱) و در ادامه ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند و تأثیر آن در حذف واسطه‌ها و اشخاص ثالث را تبیین می‌کند (۱-۲).

^۱ کاظمی جلیسه، فریا، عاطفه امینی‌نیا و جمیل حسن‌پور، «از حل و فصل الکترونیکی اختلافات تا بلاک‌چین و عدالت در دادگاه‌های رمزنگاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره ۱۴، شماره ۵۲، ص ۲۰۹.

۱.۱.۱. مفهوم و ماهیت قرارداد هوشمند

در رابطه با مفهوم و ماهیت آنها همچنان اختلاف نظر وجود دارد که بند حاضر به بررسی این دو به تفکیک پرداخته تا زمینه را برای تبیین روش‌های حل اختلافات حاکم بر آنها فراهم نماید.

۱.۱.۱.۱. مفهوم قراردادهای هوشمند

مفهوم قراردادهای هوشمند جدید نبوده و هرکجا یک الگوریتم خودکار برای اجرای یک قرارداد مانند خرید قوطی نوشابه از دستگاه خودکار است، قرارداد هوشمندی وجود دارد؛ اما در سال‌های اخیر و با ظهور فناوری بلاکچین،^۱ آنچه امروزه به عنوان قرارداد هوشمند موضوع تحقیقات فنی و حقوقی بسیاری قرار گرفته، آن دسته از قراردادهایی است که در بستر بلاکچین منعقد می‌شوند. بلاکچین یک پایگاه داده توزیع شده از سوابق یا دفتر کل عمومی تمام تراکنش‌هاست که به صورت خودکار اجرا شده و بین طرفین شرکت کننده به اشتراک گذاشته شده است.^۲ هر تراکنش در دفتر کل با اجماع اکثریت شرکت کنندگان در سیستم تأیید می‌شود و پس از وارد کردن، اطلاعات هرگز پاک نمی‌شوند و می‌توان گفت که توزیع شده بودن و ناشناس بودن (حفظ حریم خصوصی) دو ویژگی مهم این فناوری است.^۳ قراردادهای هوشمند نیز پروتکل‌هایی در بستر بلاکچین‌اند که اطلاعات از پیش تعیین شده را جمع‌آوری کرده و در صورت احراز شرایط لازم اقدامات خاصی را انجام می‌دهد و هدف اصلی آن ایجاد آثار حقوقی معین بین طرفین درگیر است.^۴ در واقع، قراردادهای هوشمند می‌توانند به جای یک قرارداد سنتی، به صورت دیجیتالی روابط قانونی مرتبط به قرارداد را بازسازی کنند و به صورت الگوریتمی و از طریق کدهای کامپیوتری بر اجرای شرایط به صورت خودکار نظارت کنند.^۵

۱.۱.۱.۲. ماهیت قراردادهای هوشمند

برخی اعتقاد دارند که قراردادهای هوشمند تماماً دارای ماهیت قراردادی بوده و لازم است تا ارکان ضروری یک قرارداد را دارا باشد^۶ و در مقابل، عده‌ای دیگر از حقوق دانان قراردادهای هوشمند را به عنوان ابزاری برای دیجیتالی کردن ابزار کسب‌وکار مانند ابزار پرداخت می‌دانند.^۷ حتی گاهی ادعا شده است که قراردادهای هوشمند اساساً قرارداد نیست و فقط نرم‌افزاری است که تعهدات از پیش تعیین شده را انجام می‌دهد.^۸ در تبیین این دو نظر باید بین قرارداد هوشمند به معنای اعم کلمه و معنای اخص آن تفاوت قائل شد. قرارداد هوشمند به معنای اعم کلمه، تراکنش‌های متفاوتی است که در بستر بلاکچین انجام می‌شود که نمی‌توان آن را قرارداد به معنای حقوقی، یعنی یک عمل حقوقی دو یا چندطرفه، که ایجاد اثر حقوقی می‌کند^۹، به حساب آورد. برای مثال، ممکن است یک رأی‌گیری در بستر بلاکچین انجام شود که نوعی

^۱. Capisizu, L. "Smart Contracts: Terminology and Legal Nature", 2019, p 651.

^۲. Hayes, A. "Blockchain Facts: What is it, How It Works, and How It Can Be Used", 2023.

^۳. Ibid.

^۴. Clusit, "Blockchain & Distributed Ledger: Aspetti di Governance, Security e Compliance", 2018.

^۵. Janssen, A. U., Vennmanns, T. "Smart Dispute Resolution in the Digital Age: The Potential of Smart Contract and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases", *Radboud University Nijmegen*, 2021, P 55.

^۶. Crosby, M., Pattanayak, P., Verma, S., Kalyanaraman, V. "Blockchain Technology: Beyond Bitcoin", *Air Applied Innovation Review*, Issue 2, 2016, p 8.

^۷. Murphy, Sean, "Can Smart Contracts Be Legally Binding Contracts?", 2016, p 1.

^۸. Kaulartz, M., "Blockchain Arbitration", 2023.

^۹. کریمی، عباس و سحر کریمی، *اندیشه‌هایی نو در حقوق قراردادها*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۱، ص ۲۹.

تلاقی اراده به حساب نمی‌آید. همچنین گاه طرفین برخی از تعهدات حقوقی را که در جایی دیگر ایجاد شده، در بستر بلاک‌چین می‌آورند که بتوانند علاوه بر مستندسازی، از قابلیت خوداجرایی آن استفاده کنند.^۱ این در حالی است که عمل فوق انشای اراده نیست و نهایت اخبار به آن حساب می‌آید.

قرارداد هوشمند به معنای خاص، قرارداد در معنای حقوقی آن است و آن دسته از تراکنش‌هایی است که در بستر بلاک‌چین برای انشای اراده دو یا چند طرف و با تلاقی اراده آن‌ها به منظور ایجاد اثر حقوقی منعقد می‌شود. تمام انواع قراردادهای هوشمند، اعم از آن‌هایی که به قراردادهای حقوقی محسوب می‌شوند و آن دسته که قرارداد به معنای حقوقی خود نیستند، در ادبیات رایج امروز با عنوان قرارداد هوشمند بیان می‌شوند که می‌توان این دایرهٔ مصادیق را قرارداد هوشمند به معنای اعم کلمه دانست. با این حال آنچه موضوع پژوهش حاضر است، قراردادهای هوشمند به معنای اخص خود، یعنی در جایی‌اند که قرارداد به معنای حقوقی آن منعقد شده است. در این موارد، قراردادهای هوشمند از نظر ماهیت تفاوتی با قراردادهای مکتوب امروزی ندارند و قواعد مرتبط با حقوق قراردادهای بر آن‌ها بار می‌شود، هرچند به دلیل ویژگی‌های خاص آن‌ها ممکن است در مواردی نیازمند قانون‌گذاری خاص باشند.

۱.۲. ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند و تأثیر آن در حذف واسطه‌ها و اشخاص ثالث

همان‌طور که گفته شد، قراردادهای هوشمند مجموعه‌ای از تعهدهای معین‌شده به شکل دیجیتال‌اند که به‌طور خودکار توسط یک الگوریتم انجام می‌پذیرد.^۲ با این حال، لازم است ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند به‌طور ویژه مورد تبیین واقع شود. همچنین یکی از آثار مهم این ویژگی که در خصوص اختلافات ناشی از این قراردادهای و حل آن‌ها باید مورد توجه واقع شود، حذف واسطه‌ها و اشخاص ثالث در قراردادهای هوشمند است که به این موضوع در قسمت دوم پرداخته شده است.

۱.۲.۱. ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند

یکی از ویژگی‌های قراردادهای هوشمند، که ناشی از انعقاد آن‌ها در بستر بلاک‌چین است، خوداجرایی است که اثرات مثبتی در توسعهٔ نظام مبادلاتی دارد.^۳ خوداجرایی بودن بدان معنا است که عمل کردن به آن وابسته به ارادهٔ طرفین و اشخاص ثالث نیست و از دیگر ویژگی‌های آن خودکفایی است که موجب می‌شود نیاز به هیچ واسطه‌ای نداشته باشد. به عبارت دیگر، قراردادهای هوشمند کدهای کامپیوتری ایجادشده در بستر بلاک‌چین‌اند که تحت مجموعه‌ای از شرایط و دستورالعمل‌هایی عمل می‌کنند که کاربران با آن موافقت می‌کنند و هنگامی که این شرایط برآورده شود، موارد توافق‌نامه به‌طور خودکار اجرا می‌شود.^۴ عده‌ای بر این باورند که در آینده قراردادهای هوشمند جایگزین بسیاری از عملکردهایی شوند که در حال حاضر توسط واسطه‌های گران‌قیمت یا کند اجرا می‌شود.^۵ از پتانسیل‌های تحول‌آفرین این فناوری می‌توان

^۱. Capiello, B., Carullo, G. *Blockchain, Law and Governance*, Springer Cham, First Edition, 1, 2021, p 210.

^۲. Schmitz, A. "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, Issue 8, 2019, P 112.

^۳. صادقی، محسن و مهدی ناصر، «ملاحظات برای سیاست‌گذاری حقوقی قراردادهای هوشمند»، *نشریه سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۴، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۱۴۶.

^۴. Hayes, A. "Guide to Blockchain", 2022.

^۵. Mougayar, William. "9 Myths Surrounding Blockchain Smart Contracts", *River Publishers*, 2016 (updated in 2021).

به این امر اشاره کرد که بستر بلاک‌چین می‌تواند قراردادهای مالی را در یک پلتفرم مشترک کدگذاری کند و ضمانت‌اجرای آن را براساس توافق طرفین بر مبنای اقدامات یکجانبه طرف مقابل تضمین کند که در نتیجه تلاش‌های انسانی برای تضمین اجرای تعهدات مالی کاهش پیدا می‌کند.^۱

ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند آن قدر اهمیت دارد که برخی با تصور اینکه در تمام موارد سیستم اجرایی قراردادهای سنتی به همان نحو در قراردادهای هوشمند کاملاً به‌صورت خودکار اجرا خواهند شد، عنوان کرده‌اند که این نوع از قراردادها با توجه به این ویژگی به دلیل آنکه تعهدات خود را در بستر بلاک‌چین به اجرا درمی‌آورد، نیاز به یک سیستم حقوقی خاص برای عمل کردن به آن و اجرا کردنشان نخواهند داشت.^۲ با این حال، با وجود خوداجرا بودن این قراردادها، تمام جوانب آن خوداجرا نیست و همچنان اختلافات بسیاری در آن‌ها ایجاد می‌شود.^۳ به‌علاوه، کدهای کامپیوتری را، که بیانگر محتوای قراردادهای هوشمند است، نمی‌توان به‌عنوان قانون در نظر گرفت.^۴ به عبارت دیگر، درست است که عده‌ای از قراردادها، مانند قراردادهای مرتبط با وام، می‌توانند به‌صورت کامل در بستر بلاک‌چین خوداجرا باشند ولی این امر آن‌ها را از تبعیت از قوانین امری حاکم بر آن‌ها بی‌نیاز نمی‌کند. مثلاً در قرارداد هوشمند اجاره در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها توسط مستأجر، می‌توان کلیدهای مربوط به ورود به آپارتمان مربوطه را مسدود کرد؛ به‌طوری که مستأجر دیگر به آن دسترسی نداشته باشد.^۵ با این حال، قوانین امری مرتبط با موجر و مستأجر باید همچنان در خصوص روابط حقوقی طرفین اعمال شود.

۱.۲.۲. تأثیر ویژگی خوداجرایی در حذف واسطه‌ها و اشخاص ثالث در قراردادهای هوشمند

در حال حاضر قراردادهای هوشمند با برخورداری از بستر بلاک‌چین برای اجرای خودکار دو دسته از ضمانت‌اجراهای قراردادی بسیار مناسب است: اطمینان از پرداخت وجوه و اعمال جریمه‌های مالی در صورت عدم اجرای اهداف و شروط قراردادی. در این دو حالت حتی نیاز به سازمان‌های قضایی نیز پیدا نخواهد شد.^۶ هرچند باید توجه داشت که مشکلات فنی این ماهیت خوداجرایی قراردادهای هوشمند این است که موجب می‌شود حتی خطاهای کوچک نیز پیامدهای قابل توجهی داشته باشند و برای مثال با یک اشتباه در برنامه‌نویسی ممکن است آثار گسترده و بدی را بر جای گذارد. این مورد به‌طور ویژه راجع به مشاغل صدق می‌کند که خدمات مبتنی بر قرارداد هوشمند ارائه می‌دهند و باید به مسئولیت قانونی بالقوه ناشی از اشتباهات برنامه‌نویسی توجه داشته باشند که ممکن است موجب نقض قوانین شود.^۷

همچنین، برخی از قراردادها را نمی‌توان به‌صورت کاملاً خودکار در قالب قرارداد هوشمند منعقد کرد؛ برای مثال، قراردادهایی که تعهد به فعل مانند تعمیر یک هتل در مدت معین در آن وجود دارد، زمانی شروط آن محقق می‌شود که متعهد تعهد خود را، که انجام یک عمل مادی است، ایفا کند. در این موارد امکان تأمین خوداجرایی قراردادهای هوشمند

¹. R McWaters, J. "The Future of Financial Infrastructure: An Ambitious Look at How Blockchain Can Reshape Financial Services", *World Economic Forum*, 2016, p.29.

². Schiller, Kai, V. "Was sind Smart Contracts? Definition und Erklärung", *Blockchainwelt*, 2018.

³. Vein Cardozo's Blockchain Project, "Smart Contracts and Legal Enforceability", 2018, p 9.

⁴. Mik, Eliza. "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity", *Law Innovation and Technology*, 9 (2), 2017, p 272.

⁵. Möslein, F. "Conflicts of Laws and Codes: Defining the Boundaries of Digital Jurisdictions", *Philipps-Universität Marburg*, May 2018, p 4.

⁶. Levi, S. D., Lipton, A. B. "An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations", *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2018.

⁷. J. Hansen, D., "Legal Aspects of Smart Contract Applications", *Perkins Coie LLP*, 2018, p 6.

در بستر بلاک‌چین وجود نخواهد داشت. در نتیجه، با توجه به ویژگی خوداجرایی قراردادهای هوشمند، این نوع از قراردادها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد که توجه به این دسته‌بندی می‌تواند در تبیین روش‌ها و قواعد حاکم بر حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند راهگشا باشد. یک دسته از قراردادهای هوشمند شامل تمام قراردادهایی می‌شود که می‌تواند تمام ارکان آن در بستر بلاک‌چین اتفاق افتد و ویژگی خوداجرایی جزء ذات آن‌هاست. دسته دیگر قراردادهایی مانند ساخت خانه است که صرفاً می‌توانند با توجه به پیش‌فرض‌های تعیین‌شده در این بستر منعقد شوند، ولی اجرای تمام یا برخی از تعهدات ناشی از آن‌ها نیازمند اراده طرفین یا یکی از آن‌ها یا شخص ثالث است.

۲. روش‌ها و قواعد حاکم بر حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آن‌ها

این تفکر که به دلیل ماهیت خوداجرایی قراردادهای هوشمند، اختلافی وجود نخواهد داشت، اشتباه است؛ به این دلیل که هرگاه دو یا چند اراده دخیل در امری شود، اختلاف چه به صورت مجازی و چه واقعی به وجود خواهد آمد. بروز اختلاف در قراردادهای هوشمند در دو حالت اصلی ممکن است: نخست اینکه احتمال وجود خطا در برنامه‌نویسی و کدنویسی کامپیوتری وجود خواهد داشت و وجود باگ در کدها و وجود نوسان در ارزش ارزهای دیجیتال با توجه به ویژگی تغییرناپذیری مفاد بعد از ورود به بلاکچین، می‌تواند تعارضات جدی به وجود آورد.^۱ برای مثال، در خصوص قرارداد هوشمند پرداخت خسارت به مسافران در صورت لغو شدن پروازها از کیف پول ارزهای دیجیتال شرکت هواپیمایی، در صورت وجود نقص نرم‌افزاری و انتقال غرامت نادرست به مسافر، ایجاد اختلاف قابل‌تصور است.^۲ دوم اینکه با گسترش حوزه قراردادهای هوشمند به قراردادهایی که در آن‌ها تعهد به فعل شخصی شرط شده باشد، با عدم اجرای تعهدات امکان بروز اختلاف بین طرفین وجود خواهد داشت. همان‌طور که بیان شد، از آنجا که در حال حاضر، در برخی قراردادها امکان خوداجرایی کامل آن‌ها در بستر بلاک‌چین وجود ندارد، ممکن است اختلافاتی ایجاد شود که ناچار نیاز به اراده طرفین و یا اشخاص ثالث، اعم از مراجع قضایی و هیئت داور، ایجاد شود؛ زیرا در این نوع از قراردادها هنوز ضمانت‌اجراها و امکاناتی مبنی بر کنترل تمام ارکان و شرایط قرارداد وجود ندارد و بنابراین کنترل برخی از شرایط مرتبط با این امور خارج از فضای مطرح‌شده قرار می‌گیرد. برای مثال، ممکن است طرفین ضمن قرارداد اجاره‌ای که در قالب قرارداد هوشمند منعقد شده، موافقت کنند که به محض پرداخت ودیعه توسط مستأجر، کد درب آپارتمان به‌طور خودکار در اختیار وی قرار گیرد و با سپرده‌تضمینی مبادله شود. در این حالت، اگر موجر تا تاریخ اجاره کد درب را ارائه نکند، قرارداد هوشمند ودیعه را بازپرداخت می‌کند. درست است که این کار هزینه‌ها و فرایندهایی را، که معمولاً با استفاده از دفتر اسناد رسمی، میانجی شخص ثالث یا وکلا مرتبط است، حذف می‌کند؛^۳ اما این به معنای حذف تمام اختلافات احتمالی ناشی از این قرارداد نیست. برای نمونه، در مثال فوق ممکن است مستأجر بخواهد دعوی مبنی بر دریافت خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدات این قرارداد هوشمند را مطرح کند. به عبارت دیگر درست است که قسمتی از کار به صورت خوداجرا انجام می‌شود، ولی این موضوع موجب از بین رفتن امکان ایجاد اختلاف، به خصوص در مواردی که تعهدات به صورت انجام فعل بیرونی است، نخواهد بود.

¹. Rainy, D. "Smart Contract Panel Ppening Comments", *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2, 2017, p 59.

². Janssen and Vennmanns, *supra note*, p 69.

³. Hayes, *supra note*.

از این نظر، تبیین روش‌ها و قواعد حاکم بر حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند ضروری است. از همین رو است که در ایالت متحده آمریکا در برخی از ایالات، مانند آریزونا و تنسی، قوانینی را با هدف شناسایی اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند و معرفی آنها به دادگاه‌های خود وضع کرده‌اند.¹ بنابراین، مبحث دوم از پژوهش حاضر درصدد است تا با استفاده از بررسی‌های ماهوی صورت‌گرفته در مبحث نخست، به تبیین روش‌ها و قواعد حاکم بر حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آنها بپردازد. در این راستا، بند نخست به حل اختلاف در قراردادهای هوشمند از طریق مراجعه به مراجع قضایی با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آنها پرداخته و در بند دوم، حل اختلاف در این قراردادها از طریق شیوه‌های جایگزین مورد مطالعه قرار گرفته است.

۲.۱. حل اختلاف در قراردادهای هوشمند از طریق مراجعه به مراجع قضایی با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آنها

قراردادهای هوشمند به دلیل داشتن ماهیتی خاص، نیازمند قانون‌گذاری خاص در زمینه حل اختلافات ناشی از آنها در قراردادهای هوشمند از طریق مراجعه به مراجع قضایی نیز است. بنابراین نمی‌توان بدون مطالعه دقیق و تطبیق شرایط و الزامات آنها، برخی از قوانینی را، که تا به امروز کشورها در زمینه قراردادهای منعقد کرده‌اند، درباره این نوع از قراردادها نیز اعمال کرد. همان‌طور که گفته شد، از خصیصه‌های مهم قراردادهای هوشمند و بستر بلاک‌چین ویژگی خوداجرایی است. گویی فلسفه ایجاد قراردادهای هوشمند این است که طرف‌های قرارداد از سراسر جهان بتوانند از یک طرف با کمترین هزینه و در کمترین زمان ممکن بدون آنکه نیاز به اراده اشخاص ثالث داشته باشند، قرارداد خود را منعقد کنند و از طرف دیگر با استفاده از امضای دیجیتالی و عدم امکان جعل آن از بروز برخی مشکلات مانند ادعای انکار و تردید و جعل درباره قرارداد جلوگیری کنند. بنابراین، اگر قرار باشد اشخاص ثالث حضوری به پرننگی حضورشان در قراردادهای سنتی و کتبی داشته باشند، این امر با فلسفه وجودی قراردادهای هوشمند در تعارض قرار می‌گیرد.

این در حالی است که مراجعه به مراجع قضایی در صورت وجود اختلاف، در وجود هزینه‌ها تغییری ایجاد نخواهد کرد. به‌علاوه، ویژگی‌های این نوع از قراردادها مانند غیرمتمرکز بودن و صعوبت تشخیص مکان انعقاد قرارداد در آنها، تعیین قانون حاکم بر قرارداد و در نتیجه دادگاه صالح را با دشواری روبه‌رو می‌کند. در نتیجه، مراجعه به مراجع قضایی راه‌حل مناسبی برای حل اختلاف در این مورد به نظر نمی‌رسد یا می‌توان گفت در اولویت قرار نمی‌گیرد. همچنین، قضات در دادگاه‌ها طبق روش‌های سنتی و از پیش موجود به بررسی پرونده و صدور رأی می‌پردازند و آموزش قضات درباره قراردادهای هوشمند و بستر بلاک‌چین امری دشوار و زمان‌بر است. همچنین، ارجاع این دعاوی به دادگاه‌ها موجب کاهش چشم‌گیر استقبال طرف‌های قرارداد در عرصه بین‌الملل درباره انعقاد این نوع از قراردادها می‌شود؛ چراکه شرایط بستن این قراردادها با وقوع اختلاف سخت‌تر خواهد شد و طرفین برای حل اختلاف ممکن است مجبور باشند از کشوری به کشور دیگر سفر کنند که این امر تسهیل و سریع بودن ویژگی این قراردادها را زیر سؤال خواهد برد. بنابراین، اولویت حل اختلاف در این نوع از قراردادها از طریق شیوه‌های جایگزین دادگاه است. چنانچه در عمل هم در حال حاضر همین اتفاق در جریان است که تفصیل آن در بند بعدی خواهد آمد.

¹. Smart Contracts Alliance, Chamber of Digital Commerce, "Smart Contracts: Is the Law Ready?", 2018, P 23.

۲.۲. حل اختلاف در قراردادهای هوشمند از طریق شیوه‌های جایگزین با تأکید بر ویژگی خوداجرایی آنها

همان‌طور که گفته شد، در حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند، استفاده از روش‌های جایگزین حل و فصل اولویت دارد و چنانچه در ادامه تبیین می‌شود، در عرصه عملی نیز دیده می‌شود که با توجه به ویژگی خوداجرایی این قراردادها، طرق مذکور مورد اقبال بیشتری قرار گرفته است. بند حاضر در راستای بررسی حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند از طریق شیوه‌های جایگزین دادگاه، نخست میانجی‌گیری و سازش را بررسی می‌کند و سپس به مطالعه و تبیین روش داوری برای حل اختلافات ناشی از نوع از قراردادها می‌پردازد.

۲.۲.۱. میانجی‌گیری و سازش در قراردادهای هوشمند

در راستای حل اختلافات ناشی از اجرای قراردادها، گاه شروط چندمرحله‌ای^۱ وجود دارد؛ شروطی که چند مرحله به صورت طولی برای حل اختلافات پیشنهاد می‌دهند. هدف این شروط در مرحله اولیه رسیدن به یک راه حل دوستانه است که صورت عدم حصول سازش در مراحل مقدماتی اختلاف به داوری یا دادرسی قضایی ارجاع داده می‌شود که تصمیم آن‌ها الزام‌آور است.^۲ این مراحل ممکن است شامل مذاکره، میانجی‌گری، تعیین کارشناس و غیره باشند که طرفین آن‌ها را به اقتضای اختلافات محتمل به صورت طولی پیشنهاد می‌دهند.^۳ این شروط طولی در قراردادهای هوشمند نیز ممکن است و در صورت وجود شرط میانجی‌گری در آن‌ها، این امر به‌عنوان یکی از مراحل حل اختلافات ناشی از قرارداد است که البته در صورت عدم موفقیت آن، امر حل اختلاف به مرحله بعدی ارجاع داده خواهد شد.

میانجی‌گری دارای خصلت توافقی است و در قراردادهای هوشمند، طرف‌های اختلاف به صورت آنلاین و بدون نیاز به حضور در زمان و مکان خاص می‌توانند در اتاق‌های طراحی شده در یک پلتفرم آنلاین حضور یابند و اختلافات خود را برای میانجی‌گر مطرح کنند.^۴ همچنین، می‌توان سیستم را به گونه‌ای طراحی کرد که در صورت بروز مشکل و عدم حل اختلاف در هر مرحله‌ای، به صورت خودکار وارد فرایند میانجی‌گری شود.^۵ باین‌حال، همان‌طور که گفته شد، میانجی‌گری فقط در صورتی منجر به امری الزام‌آور برای طرفین خواهد شد که خود آن‌ها به توافق برسند و برخلاف داوری، منجر به صدور یک رأی الزام‌آور و قطعی نخواهد شد. بنابراین، در صورت عدم وجود شرط چندمرحله‌ای یا عدم حل اختلاف توسط سازش و میانجی‌گری باید راه دیگری وجود داشته باشد تا بتوان از طریق آن مسائل را حل و فصل و ضمانت‌اجرای جدی‌تر و سازمان‌یافته‌ای را ایجاد کرد. در نتیجه با وجود استفاده از میانجی‌گری در قراردادهای هوشمند، راه حل قطعی دیگری نیز نیاز است که مراجعه به داوری است و در مبحث بعدی به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

^۱ Multi-tiered Clauses

^۲ جنیدی، لعیبا و ایوب منصور رضی، «ماهیت و اثر شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای در قراردادها»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۴، ۱۴۰۰، ص ۱۰۰.

^۳ همان.

^۴ Mania, K. "Online Dispute Resolution: The Future of Justice", *International Comparative Jurisprudence*, 2015, p 79.

^۵ Kafeza, I. "An Intelligent Mediation Platform for Smart Contracts in Blockchain", *Online faculty, University of Liverpool*, Volume 3052, 2021, p 4.

۲.۲.۲. داوری در قراردادهای هوشمند

با توجه به مواردی که مطرح شد و با نظر به خاصیت بین‌المللی و فرامرزی بودن قراردادهای هوشمند، بهترین راه برای حل اختلافات ناشی از آنها، ارجاع به داوری است و امکان قرار دادن ضمانت‌اجراهای درست و قطعی در این نوع از روش حل اختلاف در بستر بلاکچین اجرایی‌تر است. بند حاضر این موضوع را بررسی و از این‌رو ابتدا فرصت‌ها و چالش‌های داوری در قرارداد هوشمند (۱-۲-۲-۲) را مطالعه می‌کند و سپس به تبیین بسترهای موجود داوری در این نوع از قراردادها می‌پردازد (۲-۲-۲-۲).

۲.۲.۲.۱. فرصت‌ها چالش‌های داوری در قرارداد هوشمند

در قراردادهای سنتی و کتبی می‌توان بندی را به‌عنوان بند حل اختلاف و مراجعه به داور پیش‌بینی کرد که در صورت بروز اختلاف بین طرف‌های قرارداد و عدم اجرای بخشی از قرارداد مذکور، به شخص یا اشخاصی به عنوان داور ارجاع دهند. روشن است که وجود چنین شیوه حل اختلافی می‌تواند یکی از بهترین روش‌های حل اختلاف در قراردادهای هوشمند باشد. دلایلی که داوری را به‌عنوان یک شیوه متمایز کرده است عبارت‌اند از: عدم وابستگی این قراردادهای دارای ماهیت بین‌المللی و فراملی به یک سیستم قضایی ملی، سرعت و سهولت دسترسی به این روش برای افراد و هزینه بسیار کمتر آن به نسبت سایر روش‌های حل اختلاف، محرمانه ماندن اطلاعات طرفین از دولت‌ها و امکان استفاده از داوران متخصص در این امر است. به‌علاوه در روش‌های حل اختلاف خارج از دادگاه، عدم پایبندی به یک قانون ملی خاص به‌عنوان قانون حاکم کمتر زیر سؤال می‌رود و داوران می‌توانند از قواعد عرفی بین‌المللی تجاری استفاده کنند.

این فرصت‌ها با ایجاد یک روش داوری مستقر شده در بستر سیستم بلاکچین پررنگ‌تر نیز می‌شود؛ چراکه می‌تواند در این حالت به‌صورت غیرمتمرکز و با جمع‌آوری افراد از نقاط مختلف دنیا، هیئت‌های منصفه غیرمتمرکز، ناشناس و دارای فکر و دید حقوقی متنوع در عرصه بین‌المللی فراهم آورد که در راستای خواسته‌های افرادی است که ابتدا به انعقاد قرارداد در قالب قراردادهای هوشمند و در بستر بلاکچین اقدام کرده‌اند. به‌علاوه، ارجاع امر به داوری و اجرای قسمتی از آرای صادره را نیز می‌توان به صورت خودکار انجام داد و این قابلیت بلاکچین را نیز در این حوزه استفاده کرد. از این‌رو، در حال حاضر نیز نرم‌افزارهای^۱ متفاوتی برای حل اختلاف در قراردادهای هوشمند ارائه شده است که تمامی آنها مبتنی بر داوری است و از جمله می‌توان به هیئت منصفه^۲ و کلروس^۳ اشاره کرد.

اولین مسئله‌ای که برای استفاده از برنامه‌های فوق ضروری است، ایجاد یک توافق‌نامه بین طرفین است، یعنی طرفین باید توافق کنند که در صورت بروز اختلاف از طریق ارجاع امر به داوری و استفاده از یک برنامه مشخص، مشکل خود را حل خواهند کرد. یکی از روش‌های ارجاع امر به داوری به‌صورت خودکار و در بستر بلاکچین از طریق هش^۴ اختصاصی مربوط به هر فرد است؛ هش یک تابع ریاضی است که با هر ورودی دلخواهی از اعداد و حروف را به خروجی رمزگذاری شده ثابت تبدیل می‌کند که بنابراین صرف‌نظر از مقدار اصلی داده یا اندازه فایبل ورودی، هش منحصر به فرد آن همیشه به یک اندازه خواهد بود و بدین‌گونه هر فرد حساب کاربری مخصوص به خود را طبق یک فرمول ریاضی خواهد داشت.^۵ در این راستا، یک بستر خاص به‌صورت مرجع داوری اختلافات ناشی از آن قرارداد هوشمند در ضمن عقد قرارداد تعیین و

1. Application

2. JUR

3. Kleros

4. Hash

5. Hash, <https://www.investopedia.com/terms/h/hash.asp>.

اختلافات ناشی از آن به صورت خودکار به آن مرجع ارسال می‌شود و به این صورت است که در صورت بروز اختلاف، هریک از طرفین قرارداد هوشمند متن قرارداد هوشمند و اختلاف خود را با استفاده از حساب کاربری منحصربه‌فرد خود به اعضای هیئت منصفه ارسال می‌کنند که با این ترتیب، با استفاده از هش منحصربه‌فرد، هیئت منصفه متوجه درستی این ارجاع از سمت طرف قرارداد می‌شود و به عبارت دیگر، ارجاع دعوا از طریق حساب کاربری فرد برای هیئت منصفه واضح است و همچنین با استفاده از رمزگذاری نامتقارن، فقط اعضای هیئت منصفه و آن هم به صورت محرمانه متن قرارداد و گزینه‌ها را دریافت می‌کنند.^۱

بنابراین به هنگام مواجه شدن با اختلاف، به دلیل آنکه ارجاع به داوری به یک پلتفرم یا بستر مشخص، از ابتدا داخل قراردادهای هوشمند بین طرف‌های قرارداد پیش‌بینی شده است، اختلاف خودبه‌خود به این بسترها ارسال خواهد شد. بعد از ایجاد اختلاف و ارجاع آن به برنامه‌های پلتفرم‌های خاص داوری قراردادهای هوشمند، طرفین هرگونه مدرکی را که برای تقویت استدلال خود دارند، به صورت آنلاین بارگزاری می‌کنند. سپس، فرایند انتخاب داوران و هیئت منصفه متناسب با هر زیرساخت یا پلتفرمی، که در برنامه‌های مذکور وجود دارد، انجام می‌شود و با انتخاب داوران رسیدگی به پرونده صورت می‌گیرد.^۲ نام داوران در تمام مراحل رسیدگی کاملاً به صورت مستعار است و این داوران به دلیل گذاشتن پاداش مالی برای آن‌ها تحت شرایط خاصی به قبول داوری و صدور رأی تشویق می‌شوند.^۳

علاوه بر بحث ارجاع به داوری و ایجاد پلتفرم‌های ویژه داوری در قراردادهای هوشمند، چالش دیگری که در بحث داوری قراردادهای هوشمند وجود دارد، در بحث الزام‌آوری آرای صادره است. ممکن است آرای صادره یا قسمتی از آن‌ها در بردارنده احکامی باشند که بتوان به صورت خودکار و در بستر الکترونیکی به موقع اجرا گذاشته شوند، مانند بازگرداندن مالکیت یک توکن به نفر قبل یا انتقال مبلغی بیت‌کوین به یکی از طرفین، اما اگر آرای داوری در بردارنده احکامی باشند که برای اجرایی شدن نیازمند ارتباط با دنیای بیرون است، اجرای خودکار آن‌ها امکان ندارد. در همین راستا و جهت الزام‌آور کردن اجرای رأی، هر برنامه باید با توجه به ظرفیت‌های خود تلاش برای ایجاد راهی کند تا آرای صادر شده توسط هیئت منصفه و داوران قابلیت اجرایی داشته باشند و ارزشمند باشد (البته به غیر از مواقعی که طرفین خود از طریق مذاکره مجدد یا از طریق رأی داوری به صورت خودمختار به اجرای رأی می‌پردازند و اختلاف بدین صورت حل‌وفصل می‌شود). به علاوه، بدون پشتوانه دولتی و بدون ذکر موارد مذکور در مواد قانونی این‌گونه آرا به رسمیت شناخته نشده‌اند و قابلیت اجرایی نخواهند داشت.

۲.۲.۲.۲. بسترهای موجود داوری در قراردادهای هوشمند

بخشی از سازمان‌های بین‌المللی دارای بخش داوری الکترونیکی‌اند که می‌توان ایده‌ای برای تنظیم سازوکار مشخص برای داوری در قراردادهای هوشمند استفاده کرد (۲.۱). و به علاوه برخی فضاهای اختصاصی مبتنی بر بلاک‌چین هم طراحی و اجرا شده است که به طور خاص برای حل اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند است (۲.۲). بررسی این دو مورد می‌تواند دید قابل قبولی از بسترهای موجود داوری در قراردادهای هوشمند را فراهم کند تا با ایجاد پلتفرم‌های مورد نیاز به حل‌وفصل اختلافات به بهترین و سریع‌ترین شکل ممکن پرداخت.

^۱. Lesaege, Ast and George, "Kleros", 2019, p 11.

^۲. Buchwald, M. "Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 2020, p 1389.

^۳. Ibid.

۲.۲.۲.۱. بسترهای موجود داوری الکترونیکی قابل استفاده در قراردادهای هوشمند

بسترهای گوناگونی برای حل و فصل الکترونیکی اختلافات از طریق داوری توسط سازمان‌های معتبر ارائه شده است که البته متناسب با فضای بلاکچین طراحی نشده‌اند، اما می‌توان از سازوکارهای موجود برای ایجاد پلتفرم خاص قراردادهای هوشمند بهره برد. یکی از مهم‌ترین این موارد، مرکز داوری و میانجیگری سازمان جهانی مالکیت فکری است که از سال ۲۰۱۰ رسیدگی الکترونیکی را انجام داده است. سازوکار مطرح شده در این مرکز بدین گونه است که شکایت در داخل سامانه مطرح می‌شود و در ظرف سه روز مهلت برای بیان اشکالات شکایت‌نامه وجود دارد که در صورت وجود نقص به خواهان پنج روز مهلت داده می‌شود تا آن نقص را برطرف کند و پس از آن رسیدگی به پرونده در قالب یک رسیدگی اداری رسمی آغاز می‌شود و طرف مقابل نیز از طریق وسایل ارتباطی الکترونیکی از آن مطلع می‌شود و ظرف بیست روز فرصت دارد که پاسخ خود را ارسال کند که در صورت عدم ارائه پاسخ، هیئتی که در مورد اختلاف تصمیم‌گیری می‌کند، براساس شواهد ارائه شده توسط هیئت داوری رأی صادر می‌کند.^۱

فرایند داوری در سازمان جهانی مالکیت معنوی^۲ بدین گونه است که فقط با توافق طرفین می‌توان برای حل و فصل اختلافات به مرجع داوری این سازمان مراجعه کرد. طبق قواعد داوری در این سازمان، طرفین می‌توانند داور منتخب خود را داشته باشند و در غیر این صورت سازمان اصولاً یک داور را از بین اعضای انجمن داوران خود انتخاب می‌کند و در صورت وجود دو یا چند خواهان یا خوانده، هر کدام یک داور تعیین می‌کنند و جلسه داوری با حضور سه داور تشکیل می‌شود که در صورت عدم توافق طرف‌ها بر تعیین داور، سازمان خود به تعیین دو داور می‌پردازد و پس از آن، دو داور منتخب داور سوم را انتخاب می‌کند و رأی براساس تصمیم اکثریت گرفته خواهد شد؛ حداکثر زمان ممکن برای صدور رأی توسط داور واحد یا هیئت داوری سه ماه است و قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در وهله اول توسط طرفین انتخاب می‌شود و در غیر این صورت دیوان خود قانونی را، که متناسب با اوضاع و احوال قرارداد و عادات تجاری است، به عنوان قانون حاکم انتخاب می‌کند.^۳ با بررسی چنین سازمان‌هایی که بخش داوری الکترونیکی دارند می‌توان ایده‌ای برای تنظیم سازوکار مشخص برای داوری در قراردادهای هوشمند استفاده کرد تا با ایجاد پلتفرم‌های مورد نیاز به حل اختلافات به بهترین و سریع‌ترین شکل ممکن پرداخت.

۲.۲.۲.۲. بسترهای اختصاصی داوری در قراردادهای هوشمند

بلاکچین فناوری لازم برای ایجاد فضایی را ارائه می‌کند که در آن افراد می‌توانند در مورد اختلاف بین دو طرف، که نمی‌توانند راه حل قابل قبولی برای بحث خود پیدا کنند، داوری و اقدام به صدور رأی کنند. در حال حاضر سیستم‌های داوری برای قراردادهای هوشمند در بستر بلاکچین تعبیه شده است و به تعداد زیادی از دعاوی مرتبط با این دعاوی در این فضا رسیدگی می‌شود که مورد استقبال کاربران نیز قرار گرفته است. در این راستا، همان‌طور که گفته شد، در بحث ارجاع اختلاف به داوری در بستر بلاکچین، تاکنون دو روش در دو بستر اصلی با عنوان هیئت منصفه^۴ و کلروس^۵ مورد توجه و استقبال کاربران قرار گرفته است.

¹ Mania, *supra note*, p 80.

² WIPO

³ The World Intellectual Property Organization (WIPO), "WIPO Arbitration Rules", Effective from July 1, 2021.

⁴ Jur. "Jur's Debut: The Token of Justice (JUR) Is on Public Sale from 28th August", 2022

⁵ Kleros, Available at <https://kleros.io/>.

هیئت منصفه یا همان ژور یک سیستم حل اختلاف در مقیاس جهانی است که با تکیه بر تمرکززدایی، به عنوان یک ارزش اساسی به منظور ایجاد شفافیت، کیفیت و فسادناپذیری، اولین پروژه‌ای است که با هدف ایجاد ابزارهای دیجیتالی جدید به منظور استفاده از مزایای قراردادهای هوشمند و بلاک‌چین در زندگی روزمره با فناوری حقوقی درآمیخته و از راه‌حل‌های بلاک‌چین و قانونی به صورت جهانی استفاده می‌کند.^۱ درحقیقت، ژور به دنبال آن است که از یک طرف بتوان در آن به راحتی از بهترین بخش‌های یک سیستم جایگزین حل اختلافات در فضای آنلاین استفاده کند و از طرف دیگر، از مداخله یک سیستم متمرکز، که به راحتی قابل فساد است، اجتناب کند.^۲ به عبارت دیگر، یک سیستم حل اختلافات به صورت آنلاین و همچنین غیرمتمرکز تعبیه کرده است. شروع حل اختلاف در ژور بدین گونه است که طرفی که دعوا را آغاز می‌کند، باید پس از شروع، یک راه‌حل خاص پیشنهاد کند و سپس طرف مدافع بیست و چهار ساعت فرصت دارد تا با یک راه‌حل جایگزین مقابله کند.^۳ در این فضا، استفاده از هیئت منصفه برای حل اختلافات کوچک برای طرفین رایگان است و درباره اختلافات بزرگ نیز فرایند داوری دیجیتالی، به طور کامل و به صورت آنلاین مدیریت و توسط فناوری بلاک‌چین پشتیبانی می‌شود و تصمیماتی را ارائه می‌دهد که در بیش از ۱۵۰ کشور قابل اجرا و تشخیص‌اند؛ همچنین دارای یک ویرایشگر است که به کاربران امکان می‌دهد به راحتی قراردادهای حقوقی هوشمند را از ابتدا یا با استفاده از قالب‌های آماده توسط وکلای معتبر ایجاد و تنظیم کنند.^۴

بنابراین، افراد می‌توانند در هر جای دنیا به ژور دسترسی داشته باشند و علاوه بر اینکه از این روش حل اختلافات آنلاین، غیرمتمرکز، منصفانه و سازگار با ساختار بلاک‌چین برخوردار شوند، از قراردادهای متن باز و استانداردی که به کاربران در این بستر پیشنهاد می‌شود نیز استفاده کنند که این امر خود می‌تواند از ابزار حقوق نرم به حساب آید و به یکسان سازی قراردادهای تجاری بین‌المللی کمک شایانی کند. حال دغدغه مطرح شده چگونگی اجرای آرای صادره در بستر هیئت منصفه و درحقیقت چگونگی پیوند الزام‌آوری آن‌ها با دنیای بیرون است. به این دغدغه این گونه پاسخ داده شده است که هیئت منصفه یا همان ژور سفارت‌هایی^۵ را ایجاد خواهد کرد که تصمیم‌گیری‌ها را در حوزه‌های قضایی دیجیتال و مرتبط با مکان ایجاد می‌کند تا شرکت‌های حقوقی، مجری قانون، و دادگاه‌های محلی بتوانند این حلقه را تکمیل کنند.^۶

همان‌طور که گفته شد، مرجع دیگر داوری در قراردادهای هوشمندی که در بستر بلاک‌چین وجود دارد، کلروس است که همه مراحل، از قبیل شرط داوری و ارجاع اختلاف به داوری توسط کاربران برنامه در حین استفاده از کلروس انجام می‌شود.^۷ کلروس ادعا دارد که با ایجاد هیئت منصفه در ایجاد یک دادرسی منصفانه به همراه عدالت می‌کوشد تا با ایجاد یک مدل تجاری جدید که زنجیره بلوکی را در مرکز فناوری‌های اختلاف قرار می‌دهد، به حل اختلافات به صورت آنلاین اقدام کند.^۸ در این حالت، طرفین شرط ارجاع به داوری به این بستر را، که بر پایه بلاک‌چین است، از پیش در قرارداد خود می‌گنجانند و در صورت بروز اختلاف، اختلاف از طریق هش^۹ اختصاصی مربوط به فرد به این بستر ارسال می‌شود و

1. Jur, "Jur's Debut: The Token of Justice (JUR) Is on Public Sale from 28th August", 2022.

2. Ibid.

3. Ibid.

4. Ibid.

5. Embassy

6. Ibid.

7. Lesaege, Ast and George, *supra note*, P 11.

۸. کاظمی جلیسه، امینی نیا و حسن پور، پیشین، صص ۳۰۳-۳۰۱.

9. Hash

به این ترتیب و با استفاده از رمزگذاری نامتقارن، فقط اعضای هیئت منصفه متن قرارداد و گزینه‌ها را دریافت خواهند کرد و با بررسی اختلاف به صدور رأی با اکثریت آرا می‌پردازند.^۱ در نتیجه، این بستر، که در قالب الگوریتم‌های بلاک‌چین تعریف شده است، نیز امروزه مورد استقبال افراد زیادی از استفاده‌کنندگان قراردادهای هوشمند قرار گرفته است و طرفین در عمل، به طریق بالا به حل اختلافات خود مشغول‌اند و بیشترین منبع مورد استفاده در چنین بستری عرف تجاری بین‌المللی است.

نتیجه‌گیری

پیش از قانون‌گذاری در خصوص فناوری بلاک‌چین و قراردادهای هوشمند، باید با مفاهیم و تعاریف خاص هر کدام آشنایی پیدا کرد تا بعد از تصویب قانون مذکور نیازی به تفسیرهای گوناگون و مجدد به منظور مشخص کردن محدوده هر کدام نباشد. قراردادهای هوشمند به معنای عام کلمه، که در بسیاری موارد به صورت فنی استفاده می‌شود، عبارت است از هر تراکنشی که در بستر بلاک‌چین رقم می‌خورد که در این صورت، هرگونه پرداخت یا حتی رأی‌گیری الکترونیک هم مشمول عنوان قراردادهای هوشمند خواهد شد. به علاوه، حتی در مواردی که طرفین قرارداد خود را قبلاً منعقد کرده‌اند و صرفاً برای استفاده از مزایای فضای بلاک‌چین آن را بعداً در آن وارد می‌کنند و به عبارت دیگر، عمل آن‌ها انشای اراده نیست و بلکه حالت اخباری دارد، نیز در این تعریف قرارداد هوشمند به حساب می‌آید. اما اگر معنای خاص حقوقی از قراردادهای هوشمند مورد نظر باشد، باید قرارداد به معنای خاص آن، یعنی توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی (و نه اخبار به وجود آن) را در نظر گرفت و فقط آن دسته از تراکنش‌ها را، که دارای شرایط مذکور می‌باشند، قرارداد هوشمند در معنای حقوقی قرارداد به حساب آورد.

همچنین، وجود ویژگی خوداجرایی خصیصه‌ای خاص برای این نوع از قراردادها محسوب می‌شود و بسیاری از قراردادهایی که در این قالب منعقد می‌شوند، از این ویژگی برخوردارند. برای مثال، قرارداد خرید و فروش یک کالای الکترونیکی در مقابل رمزارز که جابه‌جایی و انتقال عوضین به طرفین کاملاً خوداجرا و بدون دخالت اشخاص ثالث و حتی بدون نیاز به اراده طرفین اتفاق می‌افتد. اما با گسترش این فناوری، استفاده از آن در زمینه‌های دیگر که لزوماً امکان خوداجرایی کامل در آن‌ها وجود ندارد، نیز راه یافته است و در نتیجه قراردادهایی که در آن‌ها تعهد به فعل یکی از طرفین مطرح است نیز در این بستر واقع می‌شود. بنابراین، بحث رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند و نحوه انجام دادن آن از مواردی است که اهمیت زیادی پیدا کرده است.

در تحلیل نحوه حل اختلاف این قراردادها باید در نظر گرفت، هدف از ایجاد این تکنولوژی، افزایش دقت، سرعت و کاهش هزینه (مخصوصاً با حذف کردن اراده اشخاص ثالث) و فسادناپذیری است. مانند دیگر قراردادها، دو حالت کلی مراجعه به مراجع قضایی و حل اختلاف از طریق شیوه‌های جایگزین دادگاه در بدو امر به منظور حل چنین اختلافاتی به ذهن متبادر می‌شود. در خصوص مراجعه به مراجع قضایی، از یک سو ویژگی‌های این نوع از قراردادها مانند غیرمتمرکز بودن و صعوبت تشخیص مکان انعقاد قرارداد در آن‌ها، تعیین قانون حاکم بر قرارداد و در نتیجه دادگاه صالح را با دشواری روبه‌رو می‌کند. از سوی دیگر، ارجاع این دعوی به دادگاه‌ها موجب کاهش چشمگیر استقبال طرف‌های قرارداد در عرصه بین‌الملل نسبت به انعقاد این نوع از قراردادها می‌شود؛ چراکه فلسفه وجودی چنین قراردادهایی را، که تسهیل و تسریع است، زیر سؤال خواهد برد. بنابراین، از آنجایی که مراجعه به مراجع قضایی با اهداف ذکر شده راجع به این فناوری همخوانی ندارد، اولویت

¹. Lesaege, Ast and George, *supra note*, P 11.

حل اختلاف در این نوع از قراردادها از طریق شیوه‌های جایگزین دادگاه است که در میان آن‌ها پس از بررسی میانجی‌گری دریافتیم که با وجود مفید بودن این روش، نمی‌تواند به‌عنوان گام نهایی در حل اختلافات مطرح شود؛ چراکه الزام کافی را برای اجرایی شدن ندارد.

در شیوه‌های مطرح‌شده، داوری بهترین روش حل اختلافی است که می‌توان متناسب با ساختار این فناوری پیشنهاد داد. باین‌حال، از آنجایی که داوری در تمامی قراردادهایی که جنبه تجاری بین‌المللی دارند یکی از شیوه‌های حل اختلاف ممتاز است، باید بیان کرد که داوری درخصوص قراردادهای هوشمند دارای شرایط خاصی است که باید براساس نیازهای طرفین این قراردادها تنظیم شود. درست است که فناوری مورد بحث نمی‌تواند بدون حضور اشخاص ثالث به حل اختلافات ناشی از خود بپردازد، باین‌حال شیوه‌های خاصی می‌تواند برای آن‌ها تعبیه شود که کار ارجاع به داوری و انتخاب داور تا حدی تسریع داده شود. برای مثال، با درج شرط ارجاع به یک نهاد داوری خاص در قرارداد هوشمند، در صورت بروز اختلاف، هریک از طرفین بتواند با فعال کردن گزینه ارجاع دعوا به داوری، اختلاف خود را به داوری ارجاع دهد.

در حال حاضر، برنامه‌هایی به نام هیئت منصفه (ژور) و کلروس وجود دارند که با ارجاع پرونده به آن‌ها و وجود سازوکارهایی مخصوص به خود تحت داوری الکترونیکی و در بستر بلاک‌چین با کمک داوران و هیئت منصفه‌ای که از افراد حاضر در سراسر دنیا هستند، می‌توانند اختلاف مطرح‌شده را حل کنند. به عبارت دیگر، افراد می‌توانند در سطح بین‌المللی به آن‌ها دسترسی داشته باشند و از این روش حل اختلافات آنلاین، غیرمتمرکز، منصفانه و سازگار با ساختار بلاک‌چین برخوردار شوند. به‌علاوه این بسترها دارای قراردادهای متن باز و استاندارد برای پیشنهاد به افراد هستند که این امر خود می‌تواند از ابزار حقوق نرم به حساب آید و به یکسان‌سازی قراردادهای تجاری بین‌المللی کمک شایانی کند. باین‌حال گام بعدی به رسمیت شناختن قدرت اجرایی این آرا در مواردی است که نیاز به اجرای آن‌ها در بستر فیزیکی و خارج از حالت الکترونیکی باشد. برنامه‌های مذکور راه‌حل الزام‌آور کردن آرای صادره را در حد پیشنهاد باقی گذاشته‌اند. باین‌حال با گسترش استفاده از این بسترها به نظر می‌رسد قوانین کشورهای مختلف نیز در آینده‌ای نه چندان دور رویکرد مثبتی درباره اجرای آرای صادره از آن‌ها خواهند داشت.

منابع

کتاب

۱. کریمی، عباس و سحر کریمی، *اندیشه‌هایی نو در حقوق قراردادها*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۱.

مقاله

۲. جنیدی، لعلیا و ایوب منصوری‌رضی، «ماهیت و اثر شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای در قراردادها»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۴، ۱۴۰۰، صص ۹۷-۱۲۱.
۳. کاظمی‌جلیسه، فریبا، عاطفه امینی‌نیا و جمیل حسن‌پور، «از حل‌وفصل الکترونیکی اختلافات تا بلاک‌چین و عدالت در دادگاه‌های رمزنگاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۴، شماره ۵۲، ۱۴۰۰، صص ۲۸۷-۳۰۵.
۴. صادقی، محسن و مهدی ناصر، «ملاحظات برای سیاست‌گذاری حقوقی قراردادهای هوشمند»، نشریه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۴، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۱۶۷-۱۴۳.

References

Books

1. Cappiello, B., Carullo, G. *Blockchain, Law and Governance*, Springer Cham, First Edition, 2021, Available at: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-52722-8>, Last Seen: 30 June 2023.
2. Karimi, Abbas and Sahar Karimi, *New Thoughts in Contracts Law*, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2022. (in Persian)

Articles

3. Buchwald, M. "Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 2020.
4. Capisizu, L. "Smart Contracts: Terminology and Legal Nature", 2019, Available at: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cidstue2019&div=73&id=&page=>, Last Seen: 28 March 2023.
5. Chamber of Digital Commerce, "Smart Contracts: Is the Law Ready?", 2018, Available at: <https://lowellmilkeninstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2018/08/Smart-Contracts-Whitepaper.pdf>, Last Seen: 6 July 2022.
6. Clusit, "Blockchain & Distributed Ledger: Aspetti di Governance, Security e Compliance", 2018, Available at: <https://clusit.it/blog/blockchain-distributed-ledger-aspetti-di-governance-security-e-compliance/>.
7. Crosby, M., Pattanayak, P., Verma, S., Kalyanaraman, V., "Blockchain Technology: Beyond Bitcoin", *Air Applied Innovation Review*, Issue 2, 2016, Available at: <https://j2-capital.com/wp-content/uploads/2017/11/AIR-2016-Blockchain.pdf>, Last seen: 7 July 2022.
8. Hayes, A. "Blockchain Facts: What is it, How It Works and How It Can Be Used", 2023, Available at: <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp>, Last Seen: 16 July 2023.
9. Hayes, A. "Guide to Blockchain", 2022, Available at : <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp>, Last Seen: 8 July 2022.
10. J. Hansen, D. "Legal Aspects of Smart Contract Applications", *Perkins Coie LLP*, 2018, Available at: <https://www.perkinscoie.com/en/news-insights/more-legal-aspects-of-smart-contract-applications.html>, Last Seen: 8 July 2023.
11. Janssen, A. U., Vennmanns, T. "Smart Dispute Resolution in the Digital Age: The Potential of Smart Contract and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases", *Radboud University Nijmegen*, 2021.
12. Joneidi, La'ya and Ayoub Mansouri Razi, "Nature and Effect of Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts", *Private Law Research Quarterly*, Volume 9, Issue 34, 2021. (in Persian)
13. Jur. "Jur's Debut: The Token of Justice (JUR) Is on Public Sale from 28th August", 2022, Available at: <https://medium.com/jur-io/jurs-debut-the-token-of-justice-jur-is-on-public-sale-from-28th-august-ab0ffd8cbb59>, Last Seen: 4 July 2023.
14. Kafeza, I. "An Intelligent Mediation Platform for Smart Contracts in Blockchain", *Online faculty, University of Liverpool*, Volume 3052, 2021, Available at: <https://ceur-ws.org/Vol-3052/paper26.pdf>, Last Seen: 16 July 2023.
15. Kaulartz, M. "Blockchain Arbitration", 2023, Available at: <https://youtu.be/N4jtK4HaKfQ>, Last Seen: 1 July 2023.
16. Kazemi Jaliseh, Fariba, Atefeh Amini-Nia and Jamil Hassan-Pour, "From Electronic Dispute Resolution to Blockchain and Justice in Cryptographic Courts", *Comparative Legal Studies in Iran and International Law*, Volume 14, Issue 52, 2021. (in Persian)
17. Lesaege, C., Ast, F., George, W. "Kleros", 2019. Available at: <https://kleros.io/whitepaper.pdf>, Last Seen: 6 July 2022.

18. Levi, S. D., Lipton, A. B. "An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations", *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2018, Available at: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>, Last seen: 30 June 2022.
19. Mania, K. "Online Dispute Resolution: The Future of Justice", *International Comparative Jurisprudence*, 2015.
20. Mik, Eliza. "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity", *Law Innovation and Technology*, 9 (2), 2017, Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2341/, Last Seen: 30 June 2023.
21. Möslein, Florian. "Conflicts of Laws and Codes: Defining the Boundaries of Digital Jurisdictions", *Philipps-Universität Marburg*, 2018, Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3174823>, Last Seen: 1 August 2023.
22. Mougayar, William. "9 Myths Surrounding Blockchain Smart Contracts", *River Publishers*, 2016 (updated in 2021), Available at: <https://www.coindesk.com/markets/2016/03/23/9-myths-surrounding-blockchain-smart-contracts/>, Last Seen: 8 April 2023.
23. Murphy, Sean. "Can Smart Contracts Be Legally Binding Contracts?", 2016, Available at: <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/a90a5588/can-smart-contracts-be-legally-binding-contracts>, Last Seen: 30 June 2023.
24. R, McWaters, J. "The Future of Financial Infrastructure: An Ambitious Look at How Blockchain Can Reshape Financial Services", *World Economic Forum*, 2016.
25. Rainy, D. "Smart Contract Panel Opening Comments", *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2, 2017.
26. Sadeghi, Mohsen and Mehdi Nasser, "Considerations for Legal Policy in Smart Contracts", *Iranian Journal of Public Policy*, Volume 4, Issue 2, 2018. (in Persian)
27. Schiller, Kai, V. "Was sind Smart Contracts? Definition und Erklärung", *Blockchainwelt*, 2018, Available at: <https://blockchainwelt.de/smart-contracts-vertrag-blockchain/>, Last Seen: 1 July 2023.
28. Schmitz, A. "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, Issue 8, 2019.
29. The World Intellectual Property Organization (WIPO), "WIPO Arbitration Rules", Effective from July 1, 2021, Available at: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>, Last Seen: 25 March 2022.
30. Vein Cardozo's Blockchain Project, "Smart Contracts and Legal Enforceability", 2018, Available at: <https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=blockchain-project-reports>, Last Seen: 7 July 2023.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Research on Suitable Legal Framework to Protect Culinary and Recipes under the Intellectual Property Law

Amid Mohammadi¹

ABSTRACT

Today, culinary is considered as an intellectual creation and manifestation of derivative art. Taste, smell, and passion have always been a mixture of culinary art, and innovative dishes combined with innovation and creativity have a significant contribution to the emergence of restaurants and their income. It is obvious that the prosperity and continuity of such a business requires attention to cooking methods and recipes as intellectual property. The current paper tries to verify the different forms of intellectual property rights to support cuisine and recipes and introduce the appropriate legal regime that can provide proper and appropriate protection. In this regard, the manner of supporting is examined in the light of legal issues such as copyright, patent, trademark, trade dress and trade secrets. The achievement presented proves the effectiveness of trade secret rights and attention to confidentiality agreements in the field of cooking. This paper concludes that extending of intellectual property rights on cuisine and recipes, as well as the requirements of such support, are very different depending on the form of protection and sometimes lack the necessary efficiency.

KeyWords: Culinary, Recipe, Copyright, Patent, Trademark and Trade dress, Trade Secret

How to Cite: Mohammadi, Amid, "Research on Suitable Legal Framework to Protect Culinary and Recipes under the Intellectual Property Law", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:237-254.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233155.2592>

Received: 17/09/2023-Accepted: 27/01/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Jahrom University, Jahrom, Iran
Corresponding Author Email: amid_mohammadi@jahromu.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/>).



مقاله علمی- پژوهشی

جستاری بر نظام حمایتی مناسب از آشپزی و دستوریخت غذا در حقوق مالکیت فکری

عمید محمدی^۱

چکیده

امروزه آشپزی به‌عنوان یک آفریننده فکری و جلوه‌ای از هنر اشتقاقی تلقی می‌شود. همواره ذوق و قریحه و اشتیاق آمیزه‌ای از هنر آشپزی بوده است و غذاهای نوین با چاشنی ابتکار و خلاقیت سهمی بسزا در پیدایش رستوران‌ها و درآمدزایی آنها دارند. بدیهی است که رونق و استمرار چنین کسب و کاری مستلزم توجه به روش‌های آشپزی و دستورهای پخت به‌مثابه دارایی معنوی است. پژوهش پیش‌رو می‌کوشد تا مصادیق مختلف حقوق مالکیت فکری را جهت حمایت از آشپزی و دستورهای پخت غذا امکان‌سنجی کند و رژیم حقوقی مناسبی که بتواند حمایت بایسته و شایسته به عمل آورد معرفی کند. در این رهگذر نحوه حمایت در بستر تأسیسات حقوقی همچون کی‌رایت، حق اختراع، علامت تجاری، لباس تجاری و اسرار تجاری بررسی می‌شود. دستاورد ارائه‌شده در این نوشتار، کارآمدی حقوق اسرار تجاری و توجه به قراردادهای محرمانگی را در حوزه آشپزی گواهی می‌دهد. این مقاله نتیجه می‌گیرد که تسری نظام‌های حمایتی حقوق مالکیت فکری بر آشپزی و دستورهای آن و نیز الزامات چنین حفاظتی بسته به شکل حمایت بسیار متفاوت و بعضاً فاقد کارآمدی لازم است.

کلید واژگان: آشپزی، دستورالعمل، کی‌رایت، حق اختراع، علامت و لباس تجاری، سر تجاری.

استناد به این مقاله: محمدی، عمید، «جستاری بر نظام حمایتی مناسب از آشپزی و دستوریخت غذا در حقوق مالکیت فکری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۲۳۷-۲۵۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233155.2592>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۷

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه جهرم، جهرم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: amid_mohammadi@jahromu.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

ذهن خلاق انسان می‌تواند در هر زمینه پدیده‌ای زیبا بیافریند و اگر با طبع زیبادوستی عجین شود می‌تواند در برآوردن معمولی‌ترین نیاز روزمره، یعنی خوردن و آشامیدن، قابلیت ممتازی برجای گذارد. این ذوق تا آنجا پیش می‌رود که به جز تنوع در خوراک به فکر آراستگی و مزین کردن غذای خویش باشد و از این رهگذر هنر و صنعت آشپزی شکل می‌گیرد.^۱ بدین ترتیب، در سال‌های اخیر دنیای غذا شاهد ظهور سبک جدیدی از آشپزی، همراه با مهارت، دانش و البته فناوری بوده است. به باور بسیاری نیز آشپزی جلوه‌ای از هنر بیانی^۲ توصیف می‌شود، زیرا به آشپز اجازه می‌دهد تا احساسات و ارتباطات را در یک سالن غذا برانگیزاند.^۳ در این میان هستند اشخاصی که آشپزی را مانند کیمیاگری و بازتابی از توجه و تحقیق تلقی می‌کنند و مجری آن را هنرمند می‌شناسند، زیرا علی‌رغم اینکه منبعث از قوه تخیل است، آشپز آن را با هنر درمی‌آمیزد و بر مزه‌ها می‌افزاید.^۴

به‌هرروی، شگفتی‌های غذایی شاهکار سرآشپه‌هایی هستند که با فقدان امنیت در حیطه مالکیت فکری مواجه‌اند. دلیل عمده این است که چنین صنعتی ترکیبی از میراث و نوآوری است. میراث از این نظر که به اشتراک گذاشتن دستورالعمل‌ها در حوزه آشپزی امری رایج است و اصولاً بر مبنای یک مدل منبع باز^۵ عمل می‌کند. حتی آشپزهای فوق‌ستاره و چیره‌دست نیز مبدع اولیه یا نهایی هیچ غذایی نیستند و خود را وام‌دار هنر دست‌پخت سایرین می‌شمارند؛ تنها کاری که صورت می‌گیرد این است که غذای خود را با طعم و عطر یا ظاهری متفاوت عرضه می‌دارند. از طرف دیگر، سرآشپه‌های مشهور با ترکیبی از تکنیک‌های منحصر به فرد و نوآوری در منوها سبک غذایی خاصی خلق کرده‌اند که نه فقط با شخصیتشان آغشته شده است، بلکه به‌عنوان امضای کار^۶ خود آن را شناسانده‌اند. فکر، زمان و هزینه هنگفتی صرف انتخاب مواد تشکیل‌دهنده، توسعه فرایند تهیه غذا، چیدمان و برانگیختن حس جذابیت برای یک وعده غذایی می‌شود که سزاوار حمایت است. بنابراین، در این مجال سؤال اساسی این است که آیا می‌توان آشپزی و دستورهای پخت غذا را در پرتو مصادیق متعدد حقوق مالکیت فکری مورد حمایت قرار داد؟ در صورت پاسخ مثبت کدام قالب حقوقی می‌تواند حمایت مناسب‌تری را ارائه دهد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها تحقیق حاضر سعی دارد با روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد کتابخانه‌ای به بررسی ابعاد مختلف مالکیت فکری در چارچوب آشپزی و لوازم آن بپردازد. گفتنی است در سال‌های اخیر برخی از نویسندگان به امکان‌سنجی حمایت از ابتکارات آشپزی در پرتو حق مؤلف اهتمام ورزیده‌اند.^۷ همچنین نگاه نویسندگان به سمت حمایت از آثار بویایی در قالب کپی‌رایت و علائم تجاری گسترش یافته است؛^۸ لیکن فرصت مطالعه امکان و نحوه گسترانیدن چتر حمایتی موضوعات مختلف مالکیت فکری در قلمرو آشپزی و در قالب مقاله مستقل تاکنون

۱. فرمند، رضوان، *هنر آشپزی*، تهران: نشر جاجرمی، ۱۳۸۹، ص ۸.

۲. Expressive Art

۳. Buccafusco, Ch. J. "On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Perse Copyrightable?", *CARDOZO ARTS & ENT. L. J.*, Volume 24, 2007, P 1139.

۴. جعفرپور، فاطمه، *آشپزی و شیرینی‌پزی دلارام*، تهران: نشر کشف‌الغطا، ۱۳۸۸، ص ۱۳.

۵. Open source

۶. Signature dish

۷. قبولی درفشان، سید محمد هادی، «غذا با طعم حق مؤلف: امکان‌سنجی حقوق مالکیت ادبی و هنری از ابتکارات آشپزی (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰.

۸. روحانی، حسین، محمود حکمت‌نیا و سید یونس نورانی مقدم، «امکان‌سنجی حمایت کپی‌رایت از آثار بویایی در نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی: با نگاهی به حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۷، شماره ۶۷، ۱۳۹۹؛ صالحی، جواد و احسان مؤمنی تدرجی، «علائم تجاری بویایی: جلوه‌ای نوین در حمایت حقوقی از علائم تجاری»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۴.

فراهم نشده است و این امر نویسنده را بر آن داشت تا خلأ موجود در ادبیات حقوقی کشورمان را برطرف کند. چالش اصلی عمدتاً بر بنیان دو انگاره استوار است. از یک طرف، آشپزی هنری ذاتاً زودگذر است و فرآورده آن در مدت ساعتی مصرف می‌شود و اثری از آن باقی نمی‌ماند، جز تشکر مصرف‌کنندگان!؛ و از طرف دیگر ایده اشتراک‌گذاری و میهمان‌نوازی همراه با ایجاد مالکیت انحصاری برای دستورالعمل‌ها و غذاها در تضاد است.^۱ بنا به مراتب معنونه، نوشتار حاضر تلاش می‌کند تا ضمن ارتباط میان آشپزی و مالکیت فکری، چگونگی اعمال اشکال مختلف حقوق مالکیت فکری مانند کپی‌رایت، حق اختراع، علامت و لباس تجاری و نهایتاً اسرار تجاری را مورد واکاوی قرار دهد و قالب حمایتی را، که بیشترین قابلیت تطبیق و هماهنگی با آشپزی و دستورهای غذایی دارد، معرفی کند.

۱. پیوند آشپزی با مالکیت فکری

پخت‌وپز و تهیه غذا تلاشی خلاقانه و بعضاً نوآورانه است. این موضوع محل تلاقی حقوق مالکیت فکری و شیوه‌های آشپزی است. بر این اساس، خلاقیت آشپزی شامل سه مرحله روشمند دستور پخت (فهرست اقلام غذایی)، آماده‌سازی (روش انجام پخت) و چیدمان غذا (جنبه زیبایی‌شناختی) است.^۲ در دنیای آشپزی در خصوص تأثیر مثبت یا منفی حمایت از مالکیت فکری بر صنایع غذایی اختلاف نظر جدی وجود دارد.^۳ به زعم برخی، آشپزی در فضای منفی^۴ مالکیت فکری واقع است؛ فضایی که هنر خلاقانه بدون محافظت رشد می‌کند.^۵ بدین ترتیب، برای اینکه سرآشپزها جایگاهی در این وادی داشته باشند، ناگزیر باید بر سیستم مبتنی بر معیارها، که نوع به خصوصی از کپی‌برداری را مجاز و اشکال فاحش کپی‌برداری را محدود می‌کند، بسنده کنند. در مقابل، گروهی نگاه مثبت داشته و بر این عقیده‌اند که از طریق سازوکار و مصادیق متفاوت حقوق مالکیت فکری می‌توان فرایند آشپزی، دستورالعمل‌ها و سایر خلاقیت‌های خرج‌شده را در مقابل سودجویی رقبا محافظت کرد.^۶ بدین ترتیب، برای یافتن جایگاه حمایت از آشپزی در حقوق مالکیت فکری باید آمیزه‌ای از عناصر نظیر دستور پخت غذا، روش انجام پخت غذا، خود غذا و سفره‌آرایی را مدنظر قرار داد. هرچند میان اجزای این فرایند ناهمگونی و چندگانگی وجود دارد، اما هر کدام شرط و مقتضای دیگری است. در نگاه عام دستورالعمل‌ها،^۸ فهرستی از اقلام مواد غذایی و رهنمون‌ها برای تهیه و آماده کردن غذا هستند که خود مشتمل بر نام غذا، مواد اولیه برای آماده‌سازی، تجهیزات لازم (در صورت نیاز)، مراحل مختلف تهیه و درنهایت نکات یا فوت‌وفن‌های مهم می‌شوند؛ به طوری که بدون آنها، بازآفرینی

1. Cunningham, E. "Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?", *J. HIGH TECH. L.*, Volume 9, Issue 1, 2009, P 21.

2. Shastri, A. and Udupudi, Sh. "Visual Art in Culinary Creations: Venturing into the Negative Spaces of Intellectual Property Rights", *International Journal of Modern Agriculture*, Volume 10, Issue 2, 2021, P 2555.

3. Hyland, M. G. "A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy", *Cybaris@AN INTELLECTUAL PROPERTY LAW REVIEW*, Volume 8, Issue 1, Article 7, 2007. P 162.

4. Negative Space

5. Dolen, S. "Chef's Canvas: Recognizing Rights as Artists under Copyright Law", *COLO. TECH. L.J.*, Volume 18, 2020, P 393.

6. Norms-based System

7. Ciani, J. "Intellectual property rights and the growing interest in legal protection for culinary creations", *World Food Trends and the Future of Food*, 2016, P 1.

8. Recipe, *DICTIONARY.COM*, <http://dictionary.reference.com/browse/recipe?s=t> (last visited Sept. 22, 2015).

ظرف غذا دشوار خواهد بود.^۱ بنابراین، میان دستور غذا و برون داد آن در قالب ظرف غذا سنخیت و رابطه علی و معلولی وجود دارد. با وجود این، قوانین نیز به صراحت از دستورالعمل‌ها به عنوان موضوع قابل حمایت یاد نمی‌کنند و دادگاه‌ها نیز به جز موارد خاص تمایل چندانی به حمایت از آنها نداشته و در صورت لزوم و برای احراز حقانیت صرفاً خود دستور غذا را مورد کنکاش قرار داده‌اند.

بنابراین، دنیای آشپزی در موقعیتی متعارض واقع است. از یک سو، آشپزها سعی می‌کنند بین دو دیدگاه متضاد آشپزی، یعنی هنر در برابر مهارت^۲، خلاقیت در قبال آموزش^۳ یا محرمانگی مقابل افشا^۴ آشتی برقرار کنند؛ زیرا اولاً دستورالعمل‌ها عبارات اختصاصی و متعلق به سرآشپزند و بنابراین باید به سرآشپز منتسب شوند یا کنترلی برای استفاده از آنها تمهید شود. ثانیاً، آشپزها برای توسعه مهارت‌های خود به شدت به دستورهای یکدیگر متکی‌اند که همین امر می‌تواند راه نوآوری‌های آینده را مسدود کند. از سوی دیگر، دیدگاه سنتی پخت‌وپز را ضرورتی عملی می‌داند و لذا اعتقادی به حمایت از آن ندارد.^۵ مکانیزمی که می‌تواند این تعارض را سامان بخشد، نگاه به آشپزی از دریچه انواع متفاوت حقوق مالکیت فکری است که هر یک به فراخور طبع حمایتی می‌توانند جنبه و بُعدی از آشپزی را مشمول شوند.

۲. نحوه حمایت از آشپزی و دستور پخت غذا در قالب حقوق مالکیت فکری

به طور کلی، مصادیق قابل تطبیق و حمایت احتمالی حقوق مالکیت فکری از آشپزی و دستورهای پخت غذا عبارت‌اند از کپی‌رایت، حق اختراع، علامت و لباس تجاری و نیز اسرار تجاری که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم.

۲.۱. کپی‌رایت

نظام حقوقی کپی‌رایت عبارت است از مجموع حقوقی که به پدیدآورنده اثر اصیل ادبی و هنری اعطا می‌شود و عمدتاً به ساختار، چینش و نحوه تکون آن معطوف است. سئوالی که در بدایت امر طرح می‌شود این است که آیا می‌توان در حیطه حمایتی کپی‌رایت (و از جمله نظام حق مؤلف) برای آشپزی و دستورهای پخت غذا محملی متصور شد؟ به عبارت دیگر، آیا آشپزی و دستورهای پخت می‌توانند به عنوان ابزاری برای بیان و آفرینش هنری به کار روند؟ در پاسخ به پرسش مذکور باید یادآوری کنیم آشپزی حرفه‌ای است که همواره بر یک یا چند دستورالعمل قبلی مبتنی است و به عنوان یک اثر اقتباسی^۶ مدنظر است. همین امر اولاً دشواری تشخیص اصالت را در پهنه کپی‌رایت دوچندان کرده است. ثانیاً کپی‌رایت از ویژگی‌های عملکردی حمایت نمی‌کند و بنابراین دادگاه‌ها فاقد پارامترهای فنی در شناسایی طعم، عطر و مزه یک غذا هستند. بدین دلیل دعاوی مربوط به آشپزی در استناد به نهاد کپی‌رایت موفقیت چندانی کسب نکرده‌اند. این عوامل منشأ اختلاف نظر در توسعه دامنه کپی‌رایت به این حوزه شده است. باین حال، در بخش دستورهای غذا کپی‌رایت و حق مؤلف می‌تواند به نحوی مؤثر باشد و برای برنامه‌هایی که به صورت فیلم طرز تهیه غذا تهیه می‌شود حقوق مجاور مؤلف قابل طرح است.

1. Germain, C. M. "Don't Steal My Recipe! A Comparative Study of French and U.S. Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes Against Copying" *Working Papers*, 2019, P 8.

2. *Artistry v. Skillset*

3. *Creativity v. Instruction*

4. *Secrecy v. Openness*

5. Lawrence, Meredith G. "Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age", *VAND. J. ENT. and TECH. L.*, Volume 14, 2011, P 204.

6. Derivative work

به نظر می‌رسد باید میان مرحله قبل از پختن غذا (یعنی فرایند تهیه آن) و مرحله بعد از پخت (طراحی و چیدمان) آن تمایز قائل شد. در خصوص هنر سفره‌آرایی^۱ شرط وجود اصالت با اندک اغماض پذیرفته است؛ زیرا سبک چیدمان به روش ابتکاری مانند بازگذاشتن فضای بشقاب و استفاده از فرمول هندسه برای تقسیم ظرف غذا به روشی جذاب از حداقل اصالت برخوردار است.^۲ بعضی از پژوهشگران هنر سفره‌آرایی را به‌عنوان بیانی از تصور شخص از یک ظرف توصیف می‌کنند که می‌تواند به اندازه طعم و مزه غذا اهمیت داشته باشد.^۳ مع الوصف، اکثر محققان در خصوص حمایت از نفس دستورهای پخت غذا در پهنه کپی‌رایت چنین امکانی را روا نمی‌دانند.^۴ اساس استدلال این دسته این است که امکان حمایت از ابتکارات آشپزی در حقوق مالکیت ادبی و هنری به دلیل حمایت‌ناپذیری ایده‌ها و منع دیگران از تهیه غذای دستورپخت به آسانی میسر نیست، هرچند که شرط تثبیت در حامل فیزیکی و تجسم خارجی مهیا باشد.^۵ برخی نیز بر همین بیان خرده گرفته‌اند و بر فاسد شدن غذا و عدم پایداری و ثبوت آن اشاره دارند و کپی‌رایت را قالب مناسبی برای حمایت از آشپزی نمی‌دانند.^۶

گروه دیگری نیز هستند که معتقدند کارکرد اصلی دستورالعمل‌ها علاوه بر مستند کردن تکنیک‌های آشپزی و نشان دادن مهارت‌های یک آشپز، تکرارپذیری است تا بتوان غذا معینی را بازآفرینی کرد. بنابراین، بر این واقعیت پافشاری می‌کنند که دستورالعمل‌ها صرفاً اظهارات واقعی محض بوده و حمایت‌ناپذیرند.^۷ مطابق این رویکرد، توسعه دامنه کپی‌رایت به دستورالعمل‌ها و فرایند پخت غذا به دلیل عدم تثبیت در حامل فیزیکی منطقی نیست.^۸ این مهم در اظهارات دادگاه در یک دعوای معروف^۹ با این عبارت «دستور تهیه ترافل شکلاتی قابل حمایت از سوی کپی‌رایت نیست، زیرا صرفاً بیانگر حقیقت است و فاقد هرگونه محتوی ملموس و عینی است» منعکس شده است.^{۱۰}

ملوایل نیمر، از اندیشمندان بنام حقوق مالکیت فکری، نیز استثنای فرمول و دستورالعمل ساخت عطرها از حمایت کپی‌رایت را تأیید می‌کند. اگرچه او امکان حمایت از دستورالعمل‌های ساخت را نیز غیرممکن نمی‌داند. به عقیده وی: «فهرست مواد در دستورالعمل‌ها، فرمول‌ها، ترکیبات یا نسخه‌ها موضوع حمایت کپی‌رایت قرار نمی‌گیرند. باین حال، هنگامی که دستورالعمل یا فرمول با بیان ادبی قابل توجهی در قالب توضیح یا راهنمایی همراه است، یا زمانی که مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها مانند یک کتاب آشپزی موجود باشد، می‌توان مبنایی برای حمایت از کپی‌رایت در نظر گرفت. . . . با این فرض که شروط قانون کپی‌رایت تأمین شده باشد، حمایت کپی‌رایت می‌تواند به توصیفات، توضیحات یا

¹. Art of Plating

². Dolen, op.cit., P 408.

³. Monica, R. G and Merlin L. J. "A Young and Bright London Chef", *THE ART OF PLATING*, 2017: <http://theartofplating.com/editorial/merlin-labron-johnson-a-young-and-bright-london-chef> [<https://perma.cc/Q4CU-749E>] [herein-after Goya, Merlin Labron-Johnson]

⁴. Saunders, K. M. and Flugge, V. "Food for Thought: Intellectual Property Protection for Recipes and Food Designs", *DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW*, NO 1, 2021, P 165.

⁵. قبولی درفشان، پیشین، صص ۴۸۵-۴۶۷.

⁶. Brown, H. "Having Your Cake and Eating it Too: Intellectual Property Protection for Cake Design", *The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, *IDEA*, Volume 56, Issue 1, 2016, P 33.

⁷. Helen, Z. V., "The Making of the Modern American Recipe", *Smithonian.com*, 2017: available at: <https://www.smithsonianmag.com/history/making-modern-american-recipe-180964940>.

⁸. Nimmer, M. B. and David Nimmer, *NIMMER ON COPYRIGHT* § 8.02[B][2], 2010, P 21.

⁹. *Lambing v. Godiva Chocolatier*, 142 F.3d 434 (6th Cir. 1998).

^{۱۰}. در پاسخ به اشکال فوق گفته شده است که عدم اصالت در دستورالعمل پخت غذا را می‌توان همراه با تئوری ادغام ایده و بیان مرتفع کرد. بدیهی است کتاب آشپزی اصیل که متضمن دستورهای مکتوب است یا اجرای صحنه‌ای یا فیلم ضبط شده آشپزی می‌تواند به عنوان یک اثر ادبی و هنری از حق تألیف برخوردار باشد که البته موضوعی مجزا از مانحن‌فیه است.

تصاویر تعمیم یابد»^۱.

به باور نیمر، حمایت اعطایی به آن اندازه که به بیان لفظی دستورالعمل تعلق می‌گیرد، به خود دستورالعمل تعلق نمی‌گیرد. باوجوداین، حمایتی که یک سرآشپز به دنبال کسب آن است، روش بیان دستورالعمل نیست، بلکه حمایت از خود دستورالعمل است. بدین دلیل جی.آستین بروسارد اظهار می‌کند که این دعاوی بر این «فرض نادرست استوارند که دستورالعمل تهیه یک اثر به جای خود اثر، موضوع مناسب حمایت کپی‌رایت محسوب می‌شود». ایشان دشواری اصلی در حمایت از دستورالعمل‌های تهیه اثر را تثبیت آن می‌داند (مثلاً غذا موضوعی فاسد شدنی و بنابراین زودگذر است)، وی همچنین اظهار می‌کند که دلیل وجود دستورالعمل این است که اثر را به شکلی مناسب و پایدار از بیان تثبیت کند.^۲ برخی با این دیدگاه هم‌داستان‌اند، اما معتقدند که باید دستور غذا را به منزله یک اثر فکری و نه دانش چگونگی^۳ در نظر گرفت و بر حمایت‌پذیری آن تأکید داشت.^۴ در رویه قضای آمریکا دعوی باربور علیه هد^۵ شاهد این مدعاست. در این پرونده دادگاه بین فهرست محض ترکیبات به کار رفته و دستورهایی که حاوی بیان اصیل به شکل تفسیر یا عناصر هنری بود تمایز قائل شد.

پرونده «شرکت با مسئولیت محدود انتشارات بین‌المللی علیه شرکت مردیت»^۶ از معدود دعاوی است که به قابلیت تعمیم کپی‌رایت به عطر و طعم‌ها پرداخته است. در این قضیه شعبه هفتم دادگاه ایالتی آمریکا بر این باور بود که اگرچه خواهان از حمایت کپی‌رایت بر روی گردآوری دستورالعمل‌های مربوط به ماست دانون برخوردار شده بود، اما «حمایت کپی‌رایت از تألیف یک نویسنده کتاب آشپزی به دستورالعمل‌های آشپزی تعلق نمی‌گیرد، بلکه شامل روش و ترتیبی است که ارائه می‌شوند».^۷ قضیه مردیت نشان می‌دهد هنگامی که دستورالعمل‌های آشپزی بیان اصیل قابل حمایت محسوب می‌شوند، حمایت کمتری از بیان هنری سرآشپز یعنی خود اثر (غذا) به عمل می‌آید. این مطلب توسط نیمر چنین بیان شده است که «مسئله کپی‌رایت برای دستورالعمل آشپزی، دیگران را از درست کردن غذا بر اساس چنین دستورالعملی منع نمی‌کند، اگرچه بتواند کپی‌برداری تحت‌اللفظی دستورالعمل را منع نماید».^۸ حمایت، بیشتر بیان ادبی را شامل می‌شود تا خود دستورالعمل آشپزی. این موضوع در رابطه با عطر و رایحه نیز با لحاظ قرابت ذاتی این دو مقوله صادق است. باین حال، با توجه به پیشرفت در درک مدرن از حس چشایی و بویایی و همچنین محبوبیت زیاد سرآشپزهای مشهور، برخی استدلال کرده‌اند که دلایل فوق قانع‌کننده نیستند و در عوض، حفاظت نظام کپی‌رایت باید تا سر حد رایحه‌ها و طعم‌ها گسترش یابد. به اعتقاد این افراد، فیزیکی نبودن طعم‌ها و مزه‌ها مانع از به رسمیت شناختن آنها در بستر کپی‌رایت نبوده و به اندازه اجزای زنده موسیقی یا کلماتی که روی شن نوشته شده، واقعی و اصیل هستند. به همین دلیل، نمود عینی بهترین سرآشپزهای جهان در طبخ غذا از آثار هنرمندان تجسمی، نویسندگان یا آهنگسازان دست‌کم نخواهند داشت.^۹ در این میان نیز بعضی با اذعان به اینکه اصولاً کپی‌رایت از محتوی حمایت نمی‌کند و مانع کپی‌برداری از آن نمی‌شود

1. Nimmer and Nimmer, op.cit.

2. Broussard, J. A. "An Intellectual Property Food Fight Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation", *VAND. J. ENT. and TECH. L.*, Volume 10, 2008, P 715.

3. Know-How

4. Germain, op.cit., PP 13-14.

5. *Barbour v. Head*, 178 F. Supp. 2d 758 (S.D. Tex. 2001).

6. *Publications International, Ltd. v. Meredith Corp.* 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996).

7. 88 F. 3d 473, 482 (7th Cir. 1996).

8. Nimmer and Nimmer, op.cit, PP 208-209.

9. Calleja, L. "Why Copyright Law Lacks Taste and Scents", *J. INTELL. PROP. L.*, Volume 21, Issue 1, 2013, P 13.

مقرر داشته‌اند «حمایت از دستورالعمل ساخت روایح آنچه را که هدف آفریننده اثر است، یعنی جلب حمایت قانونی از خود اثر، تأمین نمی‌کند».^۱

۲.۲. حق اختراع

اختراع اعم از فرایند یا فرآورده است که برای اولین بار ارائه می‌شود. هر ابداعی به‌منظور حایز وصف اختراع شدن باید هم‌زمان واجد سه وصف ماهوی جدید بودن (تازگی)، غیربدیهی (داشتن گام ابتکاری) و دارای کاربرد صنعتی باشد.^۲ به‌علاوه، از نظر شکلی متقاضی باید آن را افشا کند. در زمینه آشپزی و دستورهای پخت، برخی از محققان بر فقدان ابتکار در طرز تهیه غذا قائل‌اند،^۳ در مقابل، بعضی دیگر معتقدند به‌دلیل دشواری احراز استانداردهای فوق، اختراعات کاربردی (کوچک)^۴ بیشترین قابلیت تطبیق با آنها را دارند.^۵ باین‌حال، امروزه علم آشپزی خلاق موسوم به آشپزی مولکولی^۶ که مسیر تکامل خود را می‌پیماید و فرایندهای فیزیکی و شیمیایی هنگام پخت‌وپز را مورد مطالعه قرار می‌دهد، موفق شده با استفاده از دی‌اکسید کربن، نیتروژن مایع، هیدروکلئیدها، آنزیم‌ها، انجماد و سایر مواد عجیب و غریب، ظاهر، عطر و طعم غذا را تغییر دهد و روند نوینی را ایجاد کند. بدیهی است که چنین فرایندها و نتایجی با توجه به دانش فنی از طریق خود حق اختراع قابل محافظت خواهند بود.^۷ در این میان می‌توان از غذاهایی چون ژلاتین داغ، بستنی خرچنگ، ماهی شکلاتی، گوشت و حتی خاویار مصنوعی نام برد.

بر این بنیان، چگونگی پخت‌وپز و فرایند طبخ غذا براساس دستورالعمل‌ها مشتمل بر اسراری است که سرمایه معنوی سرآشپزها و رستوران‌های شاخص را تشکیل می‌دهد و به‌شدت محافظت می‌شوند. این اسرار همیشه عنصر اصلی آشپزی‌اند. روشن است که این رمز و راز در زمره آثار قابل حمایت کپی‌رایت واقع نیست و قابلیت حمایت از آن طریق را ندارند. لذا فقط حق اختراع و اسرار تجاری ممکن است دستورهای غذا را حمایت کند.

به‌هرحال، دستور غذا برای حمایت در بستر حق اختراع باید جدید باشد؛ به این معنا که نشان‌دهنده ترکیبی از مواد اولیه ناشناخته یا تغییرات در یک دستوریخت شناخته‌شده باشد.^۸ از این‌رو در یک دعوا^۹ که خواهان حق اختراع را برای دستورالعمل و فرایند تهیه کوکی با خمیر دولایه (حاوی بافت بیرونی ترد با مغز جویدنی) ثبت کرده بود، دادگاه پس از بررسی عناصر اختراع مورد ادعا اعلام کرد که دستورالعمل و فرایند طبق دستورهای قبلی بوده و در نشریه چاپی پیش‌بینی شده است، لذا اختراع ثبت‌شده را نامعتبر شناخت. همچنین، دستور غذا نباید برای شخصی که در هنر آشپزی ماهر است بدیهی باشد؛ اگر دستور غذا واضح و مبرهن باشد، قابل ثبت نخواهد بود. یک اختراع غذایی

^۱ روحانی، حکمت‌نیا و نورانی مقدم، پیشین، صص ۱۶۴-۱۶۳.

^۲ مستند به مواد ۱۰۲ و ۱۰۳ از بخش ۱۰۱ قانون حق اختراع امریکا و نیز ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ ایران.

^۳ Cunningham, op.cit., P 33.

^۴ Utility patents

^۵ Joshua Ganz, D. Comment, "Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives", *U. LA VERNE L. REV.*, Volume 40, 2019, P 132.

^۶ Molecular Gastronomy

^۷ Hyland, op.cit., P 164.

^۸ Arons, M. P. "A Chef's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy", *J. Bus. & Tech. L.*, Volume 10, Issue 1, 2015, P 141.

^۹ Proctor & Gamble Co. v. Nabisco Brands, 711 F. Supp. 759 (D. Del. 1989).

زمانی غیربدیهی است که آشپز عادی و دارای مهارت معمولی و آشنا به فناوری موجود به راحتی آن را تصور نکرده باشند. در صورتی که ترکیب، آماده سازی یا تغییرات مواد شناخته شده منجر به نتایج یا طعم‌های مورد انتظار شود، احتمالاً محصول برای فردی که مهارت‌های معمولی در هنر آشپزی دارد، بدیهی تلقی می‌شود.^۱ بنابراین به صرف ابداع یک کیک شکلاتی جدید با ظاهری متفاوت امتیاز ثبت اختراع تعلق نمی‌گیرد، آفرینش آشپزی باید کاربردی جدید در عرصه صنعت غذایی ایجاد کند یا فرمولی جدید برای تهیه یک ماده غذایی کاملاً منحصر به فرد معرفی کند؛ به نحوی که سر پخت غذا صرفاً ایده نظری نباشد، بلکه از حوزه ذهن و اندیشه خارج شده و قابلیت استفاده در صنعت آشپزی و برای مقاصد تجاری را داشته باشد.

مع‌ذک، اثبات الزامات و شروط فوق در رابطه با خلاقیت‌های آشپزی فردی بسیار دشوار و به یک مسئله‌ای چالش برانگیز در ابتکارات ناشی از آشپزی مبدل شده است. همان‌طور که گفته شد، فرایند آشپزی بر یک سیستم متن باز متکی است. حتی مبتکرترین سرآشپزها ادعان دارند که ایده‌های خود را از دیگران الهام می‌گیرند. برای همین نه فقط دادگاه‌ها تمایلی به شناسایی این نوع از پتنت‌ها ندارند، بلکه ادارات ثبت اختراع به ندرت حاضر به اعطای پروانه ثبت اختراع شده‌اند.^۲ وانگهی، منتقدان نظام حمایتی حق اختراع را قالب مناسبی برای حمایت از آشپزی نمی‌شناسند. از جمله استدلال‌های مخالفان این است که فرایند ثبت اختراع بسیار گران و پرهزینه است و به تخصص حقوقی نیاز دارد. به علاوه گفته شده سرآشپزهایی که می‌خواهند دستورالعمل‌های خود را از رقابت مخفی نگه دارند، از سیستم ثبت اختراع بهره‌ای نخواهند برد؛ زیرا برخلاف اسرار تجاری، محتوای اختراعات اطلاعات محرمانه نیست.^۳ دستورالعمل یا تکنیک پخت و پز پس از تشکیل پرونده در معرض دید عموم قرار می‌گیرد و کپی برداری از آن برای هر کسی میسر است.^۴ نهایت این که مدت دوره حمایتی حق اختراع محدود است و پس از ۲۰ سال حق انحصاری پایان می‌پذیرد و وارد قلمرو مالکیت عمومی می‌شود، به نحوی که استفاده همگان از آن بدون هیچ مانعی امکان پذیر خواهد بود.

مع‌الوصف، برخی از موافقان و حامیان ترجیح داده‌اند که برای ابتکارات آشپزی خود در نظام حق اختراع جایگاهی ترسیم کنند. هومارو کانتو،^۵ از پیشگامان جنبش گسترش حقوق مالکیت فکری، بر ابتکارات مرتبط با آشپزی معتقد است که انتقادات مخالفان عصر نوین آشپزی مولکولی و پست مدرن را نادیده می‌گیرد؛ جایی که باید از ایجاد انگیزه در آشپزها برای ادامه کشف آفرینش‌های آشپزی حمایت شود. به نظر ایشان، گرچه فرایند ثبت اختراع گران و پرهزینه است و امکان افشا در صورت مناقشه قرارگرفتن تقاضانامه در آینده وجود دارد، چنین عواملی نباید سرآشپزها را از محافظت از هنر دست پختشان منصرف کند. مضاف بر اینکه مزایای صدور پروانه ثبت اختراع برای شرکت‌های مرتبط با مواد غذایی بسیار بیشتر از هزینه‌های آن است. با این حال، برخی فرایندها نظیر آشپزی در خلأ^۶ و آشپزی در دمای پایین^۷ یا فرایند تهیه

^۱. Ibid, P 145.

^۲. Zarin, B. "Knead to Know: Cracking Recipes and Trade Secret Law", *ELON L. REV.*, Volume 8, 2016, PP 189-90.

^۳. Victória Rocha, M. "The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?", *REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO – JUNHO*, Volume 19, Issue 2, 2019, P 180.

^۴. توضیح اینکه مطابق بخش (۱۱۱) قانون حق اختراع آمریکا و ماده (۶) قانون ۸۶ ایران، راه‌حل فنی اختراع باید افشا شود. این افشا اطلاعات باید به نحوی باشد که یک فرد متخصص در آن زمینه با توسل به اطلاعات ارائه شده بتواند اختراع مزبور را بازسازی کند که منجر به پیشرفت فناوری شود. حال آنکه افشای عمومی دستورالعمل پخت غذا به معنای مرگ هنر آشپزی است و هیچ سرآشپزی حاضر نیست تا محور ابتکار خود را فاش کند.

^۵. Homaro Cantu

^۶. Vacuum cooking

^۷. Low temperature cooking

مارمالاد میوه،^۱ ماست پنیر خامه‌ای،^۲ روش خشک کردن سوسیس^۳ و شیوه تهیه کیک اسفنجی با استفاده از مایکروویو^۴ و ده‌ها نمونه دیگر از جمله ابتکارات موفق‌اند که در قالب حق اختراع به ثبت رسیده‌اند.^۵ در عرصه صنعت جهانی می‌توان اختراعی را که در سال ۱۹۹۷ در ژاپن ثبت شد، مثال زد. این اختراع تحت عنوان «ماهی بدون استخوان» به این شکل تهیه می‌شد که با وارد کردن گرما و فشار به ماهی، استخوان‌ها در بافت گوشت به شکلی حل می‌شد که قابل خوردن بود. پس این اختراع مشتریان را از جدا کردن استخوان از گوشت بی‌نیاز و کاربردی جدید را عرضه کرده بود. همچنین است در کشور خودمان سابقه ثبت اختراع فرمول غذایی برای بیماری‌های خاصی مانند سلیاک وجود دارد که محصول غذایی متناسب با بیماری این افراد تهیه می‌کند.^۶

۲.۳. علامت و لباس تجاری

۲.۳.۱. علامت تجاری

علائم تجاری شامل هرگونه تصویر، نقش، نماد، ویژگی‌های سه‌بعدی مانند شکل و بسته‌بندی کالاها یا نشانه‌های غیرقابل مشاهده مانند صدا یا رایحه و عطر می‌باشند که کارکرد اصلی و اولیه آنها تمایزبخشی میان منبع کالاها و خدمات است. درخصوص آشپزی، علائم تجاری امکان ارتباط دادن نام و تصویر پرس غذای معین به سرآشپز و ایجاد حق انحصاری بهره‌برداری از امتیازات و مزایای آن را مهیا می‌کنند و بر این اساس شخص ثالث نمی‌تواند غذای متضمن چنین ابتکار و خلاقیتی را تحت عنوان همان نام تولید و ارائه کند.^۷ بدیهی است که علائم تجاری نمی‌توانند توصیفی یا متشکل از شکل محصول باشند، اما می‌توانند نام سرآشپز و خالق غذا را به خود بگیرند. برای نمونه می‌توان غذاهای بهیادماندنی را مثال زد که با نام آشپزهای بین‌المللی و قهار چون گوردن رمزی^۸ یا جوئل روبوشون^۹ پیوند خورده و تجربه این غذاهای خوشمزه و آن هم در انتظار صف‌های طولانی از واجبات سفر برای مشتریان محسوب می‌شود. همچنین می‌توان از تصویر خوراکی‌هایی یاد کرد که به‌عنوان علامت چشایی ثبت شده است. برای مثال، یک شرکت امریکایی تولید بستنی در سال ۱۹۹۰ موفق شد تا ترکیب پنج‌مزه‌ای از بستنی همراه با ترسیم ویژگی‌های خاص آن را به‌عنوان علامت تجاری به ثبت برساند.^{۱۰}

باین‌حال، درمورد حمایت از عطر و طعم غذا در حوزه علامت تجاری اختلاف نظر وجود دارد. عطر و طعم ابزار بسیار مفیدی برای مصرف‌کنندگان در ارتباط با ظرف غذا در نظر گرفته می‌شود. گروهی از نویسندگان قابلیت تحقق هر دو جنبه مثبت علامت تجاری، یعنی تمایزبخشی، و جنبه منفی آن را، که مشتمل بر عناصر گمراه‌کنندگی، نوعی، توصیفی بودن و کارکردی بودن است، درمورد طعم و عطر غذا به رسمیت شناخته‌اند.^{۱۱} در مقابل، بعضی از صاحب‌نظران بر این

^۱. Fruit Ganache: U.S. Patent No. 5,958,503 (filed Feb. 21, 1997) (Issd Sept. 28, 1999).

^۲. U.S. Patent No. 7,258,886 (filed Mar. 18, 2005) (Issd Aug. 21, 2007).

^۳. U.S. Patent No. 2,211,490 (Issd 1940).

^۴. S. Patent No. 6,410,074B1 (filed Oct. 4, 2000).

^۵. Saunders, K.M. & Flugge, V., Ibid, p 171.

^۶. حسینی، ملیحه، «ثبت اختراع مواد غذایی چه مراحل دارد؟»، دسترسی آنلاین: <https://vindad.com/blog/ثبت-اختراع-مواد-غذایی>.

^۷. Germain, op.cit., P 21.

^۸. Gordon Ramsay

^۹. Joël Robuchon

^{۱۰}. شاکری، زهرا و سهیلا نورعلی، *نظام حقوقی علائم تجاری نوین*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۱، ص ۱۹۷.

^{۱۱}. صالحی و مؤمنی تدرجی، پیشین، ص ۳۲۶.

باورند که احاطهٔ عطر و طعم غذا به حقوق علائم تجاری دشوار خواهد بود، زیرا قطع نظر از دشواری ثبت این نوع از علائم، طعم و عطر به اندازهٔ کافی متمایز نیستند که بتوانند واجد شرایط حمایت از علائم تجاری باشند. توضیح اینکه با استفاده از اصل عملکرد^۱، طعم و عطر غذا را نمی‌توان به‌عنوان یک علامت تجاری محافظت کرد، حتی اگر برخی از مصرف‌کنندگان معتقد باشند که این ویژگی‌ها منبع جدایی‌ناپذیری برای شناسایی مالک علامت تجاری است.^۲ برای مثال، در یک دعوا که شرکت خوانده از طعم پرتقال در یک قرص دارویی ضدافسردگی استفاده کرده بود، دادگاه استدلال کرد که طعم مزبور روی محصول برای غلبه بر طعم تلخ دارو بوده و از این‌رو ماهیت کاربردی دارد. بنابراین، تقاضانامهٔ ثبت علامت تجاری برای حفاظت از طعم در این مورد، به‌دلیل اعمال اصل عملکرد مردود اعلام شد.^۳ در پروندهٔ جنجالی دیگری^۴، رستوران‌های زنجیره‌ای معروف ایتالیایی ادعا کردند که خوانده با کپی کردن طعم‌ها و عطرها در دستورالعمل‌ها و چیدمان، حقوق مالکیت فکری را نقض کرده است. باین‌حال، دادگاه یادآوری کرد که در این پرونده، خواهان نتوانسته عملکرد ثانویهٔ عناصر اصلی این غذا، شامل ماکارانی خاص (زیتی)، بادمجان و مرغ، را شناسایی کند و در نتیجه دعوا وی را مسموع ندانست. از این‌رو، از تصمیمات فوق و اعمال اصل عملکرد، می‌توان فهمید که طعم‌ها با توجه به اقلام غذایی نمی‌توانند تحت مفهوم علائم تجاری غیرمعارف محافظت شوند.^۵

به نظر می‌رسد که در خصوص آشپزی ادراک بصری و چشایی غلبه دارد و رایحه و عطر برخلاف صنایع دیگر مانند عطرسازی اهمیت اندک دارد. به‌علاوه، حتی اگر فرض کنیم که همان آشپز غذا را براساس دستور واحدی فراوری کند، داشتن طعم و مزهٔ یکسان و ثابت به‌طور دائمی دور از انتظار خواهد بود. بنابراین، ادراک مصرف‌کننده متفاوت است و ذائقه نه امری عینی است و نه پایدار. ضمن اینکه تأکید بر طعم یا رایحه توسط مصرف‌کنندگان به‌عنوان یک ویژگی ذاتی جنبهٔ عملکردی خواهد داشت و از طریق علامت تجاری قابل محافظت نخواهد بود، مگر اینکه در این حین معنای ثانویه بیابد. همچنین، حمایت قانونی از دستورهای پخت و نیز ثبت رایحه و طعم غذا کار چندان ساده‌ای نبوده و عملاً غیرممکن است.^۶ این عوامل چالش‌های پیش‌روی حمایت از آشپزی در پرتو حقوق علامت تجاری هستند. مضاف بر اینها، علامتی که از حیث ادراک و فهم مصرف‌کننده به جنس (نوع) و خود کالا یا خدمتی اشاره دارد که صرفاً یک معنا داشته و مبین جنس کالا است، تمایزبخش و قابل حمایت نخواهد بود.^۷ برای مثال، کلمهٔ «قیمه» در اذهان مصرف‌کننده دلالتی بر منشأ کنسرو غذای آماده ندارد، بلکه منحصرأ نام یک غذا بوده است و به لحاظ ماهوی یک جنس عام‌زده و ژنریک تلقی می‌شود. در حقوق ایران پروندهٔ «اکبرجوجه» از این حیث درخور تأمل است.^۸

^۱ Functionality principle

^۲ Cunningham, op.cit., P 32.

^۳ In re N. v Organon (2006) 79 U.S.P.Q.2d 1639, 1648.

^۴ NY Pizzeria, Inc. v Syal (2014) U.S. Dist. LEXIS 143433.

^۵ Ghose, A. and Aamir, A. S. M. "Protection of Cuisine under Intellectual Property Law: A Global Perspective", *Journal of Intellectual Property Rights*, Volume 27, 2022, P 173.

^۶ Segal, S., "Keeping It in the Kitchen: An Analysis of Intellectual Property Protection through Trade Secrets in the Restaurant Industry", *Cardozo Law Review*, 2016, P 1543.

^۷ سیدین، علی و مهدی کارچانی، «علامت تجاری عام؛ احراز فقدان و زوال تمایزبخشی در پرتو پرونده اکبرجوجه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱، ۱۳۹۹، ص ۲۴۴.

^۸ «... [اکبرجوجه] در عمل به عنوان یک جنس عام شناخته می‌شود و در واقع نام یک محصول خاص با نوع طبخ خاص است و در اذهان عمومی تعریف‌کنندهٔ یک غذای خاص و اسم جنس تلقی می‌شود و این خود نشان می‌دهد که قدرت تمیزدهندگی به‌عنوان یک علامت تجاری ندارد و منطبق است با بند ۲ ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس حمایت مالکیت صنعتی که با الحاق ایران به اتحادیه عمومی بین‌المللی معروف به پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی، تجاری و کشاورزی در سال ۱۳۳۷، در حکم قانون داخلی مشمول ماده ۹ قانون مدنی خواهد بود...» (دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۵۵۴ مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۱ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۲.۳.۲. لباس تجاری

تأسیس حقوقی لباس تجاری^۱ به مثابه جلوه‌ی نوینی از علامت تجاری و مکانیزمی برای محافظت از ظاهر کلی کالا یا بسته‌بندی محصول است. مراد از بسته‌بندی نیز لفاف، جعبه، یا ظرفی است که کالا درون آن قرار می‌گیرد. گرچه مفهوم لباس تجاری به‌طور سنتی فقط به عناصر قابل‌شناسایی ظاهر بیرونی یک محصول محدود می‌شود، دامنه‌ی آن با تفسیر قضایی موسع مشتمل بر همه عواملی است که ساخت یک تصویر بصری جذاب را تسهیل می‌کند و قابلیت فروش محصول را افزایش می‌دهد. البته محاکم آمریکا بین محافظت از طراحی و بسته‌بندی محصول به‌عنوان لباس تجاری تمایز قائل می‌شوند. طراحی محصول برای این است که محصول را مفیدتر یا از نظر زیبایی‌شناسی ظاهر را جذاب‌تر نشان دهد، لیکن بسته‌بندی محصول معرف لباس تجاری آن است و عمدتاً نقش شناسایی منبع محصول را ایفا می‌کند. بنابراین، لباس تجاری و طرح صنعتی با وجود نزدیکی، دو مقوله‌ی منفک بوده و درعین حال امکان حمایت از موضوع واحد تحت شمول هر دو قالب حقوقی میسر است.^۲

برای کسب حمایت از آشپزی در بستر لباس تجاری، باید سه عامل تمایزبخشی از طریق کسب معنای ثانوی، غیرکاربردی بودن و کپی‌کردن که به گمراهی منجر می‌شود ثابت شود.^۳ بدیهی است که نهاد لباس تجاری ابزاری مناسب برای چیدمان و سفره‌آرایی محسوب می‌شود و امکان حمایت برای دستوره‌های پخت و به‌ویژه غذاهایی که فاقد جنبه بصری هستند و شکل آن‌ها هوس‌انگیز نیست در دسترس نیست.

باوجوداین، تمایزبخش بودن لباس تجاری به معنای متفاوت بودن از رویه‌ی تجاری موجود است؛ به‌طوری که اساساً مشابه لباس تجاری رایج نباشد. از این‌رو، وقتی درخواست ثبت بسته‌بندی شکلات به شکل خرگوش رد می‌شود، دادگاه استدلال می‌کند که این شکلات قابل‌حمایت نیست؛ زیرا بین این شکلات و رویه‌ی تجاری تولید شکلات، تفاوت خاصی وجود ندارد.^۴ برعکس، شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر آمریکا در پرونده رستوران‌های زنجیره‌ای تاکو کابانا^۵ مقرر کرد فضای سالن غذاخوری رستوران، از جمله چیدمان فیزیکی، تزئینات، رنگ‌ها و منوی آن در حکم بسته‌بندی محصول است که ذاتاً لباس تجاری متمایز بوده و نیازی به اثبات معنای ثانویه ندارد.^۶

کاربردی بودن یکی دیگر از محدودیت‌های محافظت در قالب لباس تجاری برای بسته‌بندی و طرح محصول است. درخصوص شرط غیرعملکردی بودن لباس تجاری، دادگاه عالی آمریکا اذعان می‌کند که ویژگی کالا زمانی عملکردی است که برای استفاده یا هدف کالا ضروری باشد یا بر قیمت یا کیفیت کالا تأثیر بگذارد. در زمینه محصولات غذایی، غیرکاربردی بودن یک طرح یا بسته‌بندی خاص برای محافظت به‌عنوان لباس تجاری موردنیاز است. برای مثال، در یک دعوا،^۷ رویه قضایی آمریکا به این نتیجه رسید، طراحی محصول برای شکل سیب‌زمینی سرخ‌کرده کاربردی بود؛ زیرا این پیکربندی منجر به بازدهی عالی، هزینه پایین‌تر، پوشش بهتر بشقاب تزئینی، طعم بهبودیافته، سرویس‌رسانی سریع‌تر و ماندگاری

^۱. Trade dress

^۲. شاکری، زهرا و سهیلا نورعلی، «نهاد لباس تجاری؛ نگاهی دوباره به نظام علائم تجاری»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۱۱۶.

^۳. George, K. M. "Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry", *NUJS L. Rev.*, Volume 10, 2017, P 622.

^۴. Holah, M. "Shapes of Things: The Protection of Three-Dimensional Trade marks in the EU", *INTA Bulletin*, Volume 69, Issue 1, 2014, P 69.

^۵. In *Taco Cabana Int'l, Inc. v. Two Pesos, Inc.*: 505 U.S. 763 (1992).

^۶. Cunnigham, op.cit.

^۷. *Universal Frozen Foods, Co. v. Lamb-Weston, Inc.* 697 F. Supp. 389 (D. Or. 1987).

بهتر گرما شد.^۱ در مقابل، در دعوی نقض طرح نوعی کلوچه به شکل بالشت، دادگاه معتقد است که طرح کلوچه موجب کیفیت بهتر و قیمت کمتر شده است؛ در نتیجه، این طرح عملکردی است و استحقاق حمایت از طریق لباس تجاری را ندارد.^۲ با این اوصاف، از جمله طرح‌های غذایی که به شکل لباس تجاری در امریکا ثبت شده‌اند، می‌توان به شیرینی میلانی مزرعه پپریج،^۳ شکلات تخته‌ای هرشی^۴ و هات‌داگ خاص با برش متقاطع^۵ اشاره کرد.

۲.۴. اسرار تجاری

سرّ تجاری یا اطلاعات افشاننده متشکل از فرمول، فرایند، طرح، رویه، ابزار، الگو یا مجموع اطلاعات حفظ‌شده و دارای ارزش اقتصادی است که در یک کسب و کار برای به دست آوردن مزیتی در قبال رقبا مورد استفاده قرار می‌گیرد. به دلیل طبیعت منحصر به فرد اسرار تجاری، فوت‌وفن و دستورالعمل‌های آشپزی بیشترین انطباق را با آنها دارند؛ زیرا از یک سو، دستورهای آشپزی رازهای ارزشمندی‌اند که موتور محرکه رستوران‌ها و شرکت‌های غذایی بوده و جلب مشتریان وفادار و روزافزون مرهون همین تکنیک است که اعتبار و تمایز چشمگیر ایجاد می‌کند و از سوی دیگر، خلاقیت، اصالت و حتی نو بودن در کسب حمایت از آنها مطرح نیست و اتخاذ تدابیر حفاظتی متعارف برای محرمانه نگه‌داشتنشان کفایت می‌کند. در قلمرو آشپزی اسرار تجاری شامل اطلاعات فنی، دستورهای طبخ، فرمول‌های شیمیایی، گردآوری داده‌ها، برنامه‌های کامپیوتری، دستگاه‌ها، روش‌ها و سیستم‌ها، تکنیک‌ها، فرایندها و فهرست مشتریان یا عرضه‌کنندگان واقعی یا بالقوه است.

برخلاف سایر اشکال حقوق مالکیت فکری که تاکنون مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند، فرایند یا رویه درست کردن غذا اگر به صورت مخفیانه حفظ شود و توسط دیگران در صنعت به راحتی قابل تشخیص نباشد، می‌تواند یک راز تجاری باشد.^۶ به علاوه، محدودیت‌های حاکم بر حق اختراع و کپی‌رایت مانند حمایت موقت یا پرداخت اقساط سالیانه از الزامات کسب حمایت در این قالب حقوقی نیست و حفاظت از اسرار تجاری نه فقط مستلزم ثبت یا فرایند آزمودن نیست بلکه تا هنگامی که اطلاعات بر عموم مردم نهان و ناشناخته بماند برای مدت نامحدود استمرار می‌یابد. برای مثال می‌توان از فرمول تهیه نوشابه کوکاکولا یاد کرد که بیش از یک قرن و به‌عنوان یکی از محبوب‌ترین اسرار نگهداری شده در جهان به شمار می‌آید. به‌هرحال، تنش مشهود بین آشپزی به عنوان یک عمل ابتکاری^۷ و نیز به عنوان یک عمل تقلیدی،^۸ طرح موضوع را برای ورود مکانیزم اسرار تجاری در دستورهای آشپزی گشوده است.^۹ البته چنین حمایتی تابع قواعد حاکم بر نظام اسرار تجاری است؛ ولی چگونگی تطبیق این قواعد با دستورهای آشپزی اهمیت دارد. برای حمایت قانونی از اطلاعات نهانی دستورهای آشپزی توسط نظام اسرار تجاری، تحقق عناصر سه‌گانه آن، یعنی محرمانه بودن اطلاعات، برخورداری این اطلاعات از ارزش اقتصادی و مراقبت معقول ضرورت می‌یابد.^{۱۰}

1. Telfer, E. *Food for Thought: Philosophy and Food*, Routledge, 1996, p 179.

2. Palladino, V. "Trade Dress Functionality After Traffic the Lower Courts Again", *International Trademark Association*, Volume 93, Issue 6, 2003, P 1223.

3. Pepperidge Farm's Milano Cookies: Registration No. 3, 852, 499.

4. Hershey's chocolate bar: Registration No. 4,322,502.

5. J. Dawgs for hotdogs with crisscross cuts: Registration No. 4,078,826.

6. Zarin, B., *Ibid*, p 184.

7. Act of creativity

8. Act of mimicry

9. Buccafusco, Ch.J., *Ibid*, p 1152.

10. Ghose and Amir, *op.cit.*, P 176.

به گفته برخی، راهکار اسرار تجاری برای حفاظت از دستورهای پخت غذا با ایراداتی مواجه است. هنگامی که فرایند طبخ غذا نمایش داده می‌شود و بین مصرف‌کنندگان توزیع می‌شود، دستور و چیدمان آن دیگر مخفی نیست. طبق این رویکرد، فرایند آماده‌سازی غذا، که در فضای مجازی و یا از طریق کارآموزی آموزش داده می‌شود، به‌سہولت در دسترس همگان است. بر همین اساس، سرآشپز نمی‌تواند مطمئن باشد که واقعاً یک سر تجاری قابل‌محافظت دارد.^۱ در نتیجه تمهید اقدامات مراقبتی و احتیاطی که رویه متعارف برای حفظ محرمانگی است، دشوار خواهد بود.^۲ مضافاً، رویه قضایی امریکا در بیشتر موارد روش‌ها و مفاهیم اولیه پخت‌وپز و تهیه غذا را فاقد ارزش اقتصادی و از قبل شناخته‌شده دانسته که به‌راحتی قابل کشف هستند. برای نمونه، در دعوی بافتس بر علیه کلینک^۳ دادگاه معتقد بود که خواهان نمی‌تواند برای دستورالعمل‌های تهیه‌شده در بوفه، مانند ترکیب مرغ کبابی، ماکارانی و پنیر ادعای حفاظت از طریق اسرار تجاری کند، زیرا آنها از غذاهای اصیل امریکایی هستند و در رستوران‌های سراسر کشور سرو می‌شوند. همچنین، در دعوی مشابه دیگری^۴ که خواهان ادعا می‌کرد دستور پخت مخفی یک راز تجاری است و به دنبال محافظت از همان دستور پخت از طریق یک فرایند جدید بود، دادگاه به این نتیجه رسید که دستورهای آشپزی واجد شرایط اسرار تجاری نیستند؛ زیرا مهم‌ترین ویژگی یک سر تجاری تازگی نیست، بلکه محرمانه بودن است. باین‌حال، شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده اعلام کرده است: «یک سر تجاری می‌تواند در ترکیبی از ویژگی‌ها و اجزایی وجود داشته باشد که هر یک به خودی خود در قلمرو مالکیت عمومی قرار دارد، اما فرایند یکپارچه، طراحی و عملیات که در ترکیبی منحصربه‌فرد، مزیت رقابتی را به همراه دارد یک راز قابل‌محافظت است». بنابراین، حتی در صورتی که بخش قابل‌توجهی از دستور پخت یا تکنیک آشکار و در حوزه عمومی باشد، این امر لزوماً مانع از دریافت حفاظت اسرار تجاری از کل تکنیک جدید نمی‌شود.^۵ در مقابل، در دعوی شرکت پگی لوتان علیه هوگان،^۶ دادگاه احراز کرد که دستور پخت کوکی‌های شکلاتی و مغزدار دارای ارزش اقتصادی است، زیرا کوکی‌های مزبور سوای محرمانه بودن شیوه پخت، دارای طعم اصیل و متمایز، و از ارزش تجاری برخوردار است.

مشکل دیگر در مورد تکیه بر اسرار تجاری در دنیای آشپزی این است که برخلاف حق اختراع که انحصار قانونی بوده و به‌طور رسمی توسط دولت صادر می‌شود، هیچ راهی برای درخواست به رسمیت شناختن یا تأیید یک اسرار تجاری وجود ندارد و هیچ نهاد یا ارگان دولتی وجود ندارد که چنین شناسایی یا گواهی‌ای را صادر کند. از این‌رو تلاش برای حفظ محرمانگی چالش جدی برای حمایت از دستورالعمل‌ها در بستر اسرار تجاری باقی می‌ماند.^۷ به‌علاوه مالک سر تجاری نمی‌تواند خود را در برابر دیگرانی که به‌طور مستقل همان دستورها یا مشابه آنها را تهیه می‌کنند، ابراز کند. دعوی جبران خسارت باید براساس شواهدی مبنی بر سوءاستفاده واقعی یا تهدیدشده از اسرار تجاری باشد. وانگهی مسئولیت نقض اسرار تجاری صرفاً شامل کسانی است که آن را از طریق غیرقانونی به‌دست آورده باشند. این امر مستلزم سرقت اسرار است و برای مثال مهندسی معکوس را دربر نمی‌گیرد؛ البته حسن تمسک به اسرار تجاری در مورد دستورهای غذا

1. Straus, N. "Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry", *UCLA L. REV.*, Volume 60, 2012, P 192.

2. Arons, op.cit., PP 153-4.

3. *Buffets, Inc. v. Klinke*, 73 F.3d 965 (9th Cir. 1996).

4. *Li v Shuman* (2016) WL 7217855.

5. Arons, op.cit., P 154.

6. *Peggy Lawton Kitchens, Inc. v. Hogan*, 466 N.E.2d 138 (Mass. Ct. App. 1984).

7. Klein, M. "Endangered Species and Trade Secrets", *ABA NATURAL RES. and ENV'T*, Volume 28, 2014, P 56.

این است که نمی‌توان از طریق مهندسی معکوس^۱ محرمانگی شیوه‌های پخت‌وپز و ترکیب مواد مصرفی را دقیقاً کشف کرد. به‌عنوان مثال، اگر کسی بتواند ترکیب کوکاکولا را بررسی و دستورالعمل مشابهی تولید کند، این امر کاملاً قانونی و قابل قبول خواهد بود. بنابراین، آشپزی که می‌خواهد ابتکار خویش را در برابر مهندسی معکوس محافظت کند، در صورتی که دستور پخت یا روش آشپزی به‌اندازه کافی بدیع و غیرمشخص داشته باشد، باید آن را در حیطه حق اختراع محافظت کند.^۲

به‌هرروی، برای حفظ موفقیت‌آمیز دستور غذا به‌عنوان یک راز تجاری ضروری است که مالک اقدامات معقولی برای حفظ محرمانگی آن انجام دهد. در اینجا، محرمانگی مطلق شرط نیست و معقول بودن اقدامات انجام‌شده برای حفظ رازداری به شرایط خاص، از جمله ماهیت محصول یا خدمت، وضعیت هنر یا صنعت و سطح خطر افشا بستگی دارد.^۳ در این راستا، بخش قابل توجهی از اسرار آشپزی را می‌توان به وسیله قواعد حفظ محرمانگی یا حقوق قراردادهای مدیریت یا حمایت کرد. چنین اقداماتی می‌تواند به نحو مؤثری موجب حق انحصاری دائمی برای اطلاعات محرمانه باشد. به‌دلیل همین امر مرسوم است که سرآشپزها برای حفظ محرمانه بودن دستورهای آشپزی به سازوکارهایی مانند قرارداد محرمانگی^۴ و تکلیف امانت‌داری^۵ روی می‌آورند.^۶ توضیح اینکه یک سرآشپز می‌تواند از نظر قانونی به‌عنوان شرط استخدام از کارکنان بخواهد که قرارداد کاری امضا کنند که آنها را ملزم می‌کند اسرار تجاری مربوط به دستور غذا را فاش نکنند.^۷ قراردادهای عدم افشا از نظر قانونی برای هر دو طرف الزام‌آور است. نه فقط کارمندان، بلکه بازدیدکنندگان آشپزخانه نیز اغلب مجبور به امضای قرارداد می‌شوند. تجربه برندهای معروفی چون شرکت مک‌دونالد و مرغ سوخاری کنتاکی (کی.اف.سی) که به‌دلیل ضرورت دانش و اطلاعات فنی را در اختیار تمام کارکنان خود قرار داده و از آنها تعهد به رعایت محرمانگی اخذ کرده است، شایان توجه است.

نتیجه‌گیری

رویکرد حمایتی مالکیت فکری در حیطه آشپزی مفهومی نامأنوس نیست. هر یک از مصادیق مالکیت فکری دارای طبع حمایتی متنوع‌اند و بر یک بُعد از آشپزی و فقط جنبه خاصی از آن نظر دارند. حق مؤلف حامی پدیدآورنده (آشپز) است و از حامل متبلور و عینیت‌یافته مادی مانند عکس و طراحی غذا و کتاب‌های آشپزی که متجلی ایده‌اند حمایت می‌کند. حق اختراع آشپزی را به‌مثابه فرایند و فرمول تولید محصول شناسایی کرده و در صورتی که شروط سه‌گانه جدید بودن، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی موجود باشد، حمایت به عمل می‌آورد. علائم تجاری از تمایزپذیری نام و برند آشپز و رستوران محافظت می‌کنند. لباس تجاری بر ظرف و بسته‌بندی و چیدمان غذا تأکید دارد. نظام اسرار تجاری نیز آشپزی و دستورالعمل پخت غذا را در صورتی که دارای ارزش اقتصادی باشند و مخفیانه محافظت شوند مورد توجه قرار می‌دهد. به‌هرروی، اسرار آشپزی اساساً دانش و اطلاعات ثبت‌نشده است و به‌دلیل ویژگی تکثیرپذیری همواره در معرض دسترسی

1. Reverse Engineering

2. Saunders, K. M. and Golden, N. "Skill or Secret? — The Line Between Trade Secrets and Employee General Skill and Knowledge", *N.Y.U. J. L. and BUS.*, Volume 15, 2018, P 78.

3. *Ibid*, P 73.

4. Nondisclosure Agreements

5. Fiduciary Duties

6. Cunningham, *op.cit.*, P. 49.

7. Fauchart, Emmanuelle and Hippel, E. V. "Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs" MIT Sloan Sch. of Mgmt., *Working Paper No. 4576-06, rev.*, 2007, P 9.

و دستبرد هستند. نظامات بررسی شده هرکدام در مواجهه با سبک آشپزی و رمز و رازهای آن کاستی‌ها و نارسایی‌هایی دارند و به‌تنهایی تکافوی حمایت جامع از آنها را ندارند. در این راستا، تعهد به رعایت رازداری به‌عنوان یکی از شروط مهم قراردادهای محرمانگی می‌تواند گره‌گشا باشد. قواعد خودتنظیمی تهیه‌شده توسط اتحادیه‌ها و انجمن‌های صنفی این گروه ممکن است راهکار مطلوبی برای تأمین منافع اشخاص ذی‌نفع باشد و برای جبران خلأهای تئوری حمایت حقوقی از آشپزی و دستور پخت غذا مطمح نظر قرار گیرند.

منابع

کتاب

۱. جعفرپور، فاطمه، *آشپزی و شیرینی‌پزی دلارآم*، تهران: شر کشف‌الغطا، ۱۳۸۸.
۲. شاکری، زهرا و سهیلا نورعلی، *نظام حقوقی علائم تجاری نوین*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۱.
۳. فرمند، رضوان، *هنر آشپزی*، تهران: نشر جاجرمی، ۱۳۸۹.

مقاله

۴. روحانی، حسین، محمود حکمت‌نیا و سید یونس نورانی مقدم، «امکان‌سنجی حمایت کی‌رایت از آثار بویایی در نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی: با نگاهی به حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۷، شماره ۶۷، ۱۳۹۹.
۵. سیدین، علی و مهدی کارچانی، «علامت تجاری عام؛ احراز فقدان و زوال تمایزبخشی در پرتو پرونده اکبرجوجه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱، ۱۳۹۹.
۶. شاکری، زهرا و سهیلا نورعلی، «نهاد لباس تجاری؛ نگاهی دوباره به نظام علائم تجاری»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۷. صالحی، جواد و احسان مؤمنی تدرجی، «علائم تجاری بویایی: جلوه‌ای نوین در حمایت حقوقی از علائم تجاری»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۸. قبولی درفشان، سید محمد هادی، «غذا با طعم حق مؤلف: امکان‌سنجی حقوق مالکیت ادبی و هنری از ابتکارات آشپزی (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰.

منبع اینترنتی

۹. حسینی، ملیحه، «ثبت اختراع مواد غذایی چه مراحل دارد؟»، قابل دسترسی در: <https://vindad.com/blog/ثبت-اختراع-مواد-غذایی/>

References

Books

1. Farmand, Rezvan, *Cooking Art*, Tehran: Jajermi Publishing First Edition, 2010. (in Persian)
2. Jafar-Pour, Fatemeh, *Delaram Culinary and Cooking*, Tehran: Kashf-al-Ghata, First Edition, 2009. (in Persian)
3. Nimmer, M. B. and David Nimmer, *NIMMER ON COPYRIGHT § 8.02[B][2]*, 2010.
4. Shakeri, Zahra and Soheila Noor-Ali, *The Legal System of Modern Trademarks*, Tehran: Tehran University Press, 2022. (in Persian)
5. Telfer, E. *Food for Thought: Philosophy and Food*, Routledge, 1996.

Articles

6. Arons, M. P. "A Chef's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy", *J. Bus. & Tech. L.*, Volume 10, Issue 1, 2015.
7. Broussard, J. A. "An Intellectual Property Food Fight Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation", *VAND. J. ENT. and TECH. L.*, Volume 10, 2008.
8. Brown, H. "Having Your Cake and Eating it Too: Intellectual Property Protection for Cake Design", *The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property, IDEA*, Volume 56, Issue 1, 2016.
9. Buccafusco, Ch. J. "On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Perse Copyrightable?", *CARDOZO ARTS & ENT. L. J.*, Volume 24, 2007.
10. Calleja, L. "Why Copyright Law Lacks Taste and Scents", *J. INTELL. PROP. L.*, Volume 21, Issue 1, 2013.
11. Ciani, J. "Intellectual property rights and the growing interest in legal protection for culinary creations", *World Food Trends and the Future of Food*, 2016.
12. Cunningham, E. "Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?", *J. HIGH TECH. L.*, Volume 9, Issue 1, 2009.
13. Dolen, S. "Chef's Canvas: Recognizing Rights as Artists under Copyright Law", *COLO. TECH. L.J.*, Volume 18, 2020.
14. Fauchart, Emmanuelle and Hippel, E. V. "Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs" *MIT Sloan Sch. of Mgmt., Working Paper No. 4576-06*, rev, 2007.
15. George, K. M. "Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry", *NUJS L. Rev.*, Volume 10, 2017.
16. Germain, C. M. "Don't Steal My Recipe! A Comparative Study of French and U.S. Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes Against Copying" *Working Papers*, 2019.
17. Ghabouli Dorfeshan, Sayyed Mohammad Hadi, "Food with a Taste of Copyright: Feasibility of Protecting Culinary Creations through Artistic and Literary Law (comparative study of American and Iranian Laws)", *Private Law Quarterly*, Volume 18, Issue 2, 2021. (in Persian)
18. Ghose, A. and Aamir, A. S. M. "Protection of Cuisine under Intellectual Property Law: A Global Perspective", *Journal of Intellectual Property Rights*, Volume 27, 2022.
19. Holah, M. "Shapes of Things: The Protection of Three-Dimensional Trade marks in the EU", *INTA Bulletin*, Volume 69, Issue 1, 2014.
20. Hyland, M. G. "A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy", *Cybaris® AN INTELLECTUAL PROPERTY LAW REVIEW*, Volume 8, Issue 1, Article 7, 2007.
21. Joshua Ganz, D. Comment, "Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives", *U. LA VERNE L. REV.*, Volume 40, 2019.
22. Klein, M. "Endangered Species and Trade Secrets", *ABA NATURAL RES. and ENV'T*, Volume 28, 2014.
23. Lawrence, Meredith G. "Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age", *VAND. J. ENT. and TECH. L.*, Volume 14, 2011.
24. Palladino, V. "Trade Dress Functionality After Traffic the Lower Courts Again", *International Trademark Association*, Volume 93, Issue 6, 2003.
25. Rouhani, Hossein, Mahmoud Hekmat-Nia and Sayyed Younes Nourani Moghadam, "Possibility of copyright protection of olfactory works in common law, civil law and Iranian Legal system", *Islamic Law Quarterly*, Volume 17, Issue 67, 2021. (in Persian)
26. Salehi, Javad and Ehsan Mo'meni Tazarji, "Smell Trademarks; New Sign of significant protectable trademarks in legal system", *Private Law Quarterly*, Volume 12, Issue 2, 2016. (in Persian)

27. Saunders, K. M. and Flugge, V. "Food for Thought: Intellectual Property Protection for Recipes and Food Designs", *DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW*, NO 1, 2021.
28. Saunders, K. M. and Golden, N. "Skill or Secret? — The Line Between Trade Secrets and Employee General Skill and Knowledge", *N.Y.U. J. L. and BUS.*, Volume 15, 2018.
29. Segal, S. "Keeping It in the Kitchen: An Analysis of Intellectual Property Protection through Trade Secrets in the Restaurant Industry", *Cardozo Law Review*, 2016.
30. Seyyedini, Ali and Mehdi Karchani, "Generic Trademark: Lack & Loss of Distinctiveness in Light of "Akbarjoojeh" Case", *The Judiciary Law Journal*, Volume 84, Issue 111, 2020. (in Persian)
31. Shakeri, Zahra and Soheila Noor-Ali, "The Trade Dress Institution: Looking Again to Trademark System", *Journal of Comparative Law*, Volume 5, Issue 2, 2018. (in Persian)
32. Shastri, A. and Udupudi, Sh. "Visual Art in Culinary Creations: Venturing into the Negative Spaces of Intellectual Property Rights", *International Journal of Modern Agriculture*, Volume 10, Issue 2, 2021.
33. Straus, N. "Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry", *UCLA L. REV.*, Volume 60, 2012.
34. Victória Rocha, M. "The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?", *REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO – JUNHO*, Volume 19, Issue 2. 2019.
35. Zarin, B. "Knead to Know: Cracking Recipes and Trade Secret Law", *ELON L. REV.*, Volume 8, 2016.

Internet Sources

36. Helen, Z. V. (2017). "The Making of the Modern American Recipe", *Smithsonian.com*, Available at: <https://www.smithsonianmag.com/history/making-modern-american-recipe-180964940>.
37. Hosseini, Maliheh, "What are the stages of patenting food?", Available at: <https://vindad.com/blog/stages-patenting-food/> (in Persian)
38. Monica, R. G and Merlin L. J. (2007). "A Young and Bright London Chef", *THE ART OF PLATING*, Available at: <http://theartofplating.com/editorial/merlin-labron-johnson-a-young-and-bright-london-chef> [<https://perma.cc/Q4CU-749E>] [herein-after Goya, Merlin Labron-Johnson].
39. Recipe, *DICTIONARY.COM*, <http://dictionary.reference.com/browse/recipe?s=t> (last visited Sept. 22, 2015).



Original Article

Critical Analysis of the Basis of Unanimous Decision 811 of the General Board of the Supreme Court

Mahdiye Sadeghiyan¹, Ali Ziaoleslami², Mehdi Sadeghirad³

ABSTRACT

According to the unanimous decision 811 of the General Board of the Supreme Court, in case of selling a property belonging to another person and issuance of a verdict of invalidity, the seller must bear the compensations to the buyer, including the reduction of the value of the price, and if the price is the common currency of the country, the court will determine the amount of the compensation Based on the increase in the price of similar properties. The General Board of the Supreme Court did not mention the legal basis of the provision contained in this decision, but from the detailed study of the Supreme Court's deliberations and the theory of the prosecutor's representative and the writings of jurists, the reference to the two bases of causation, fairness and justice can be considered more prominent; However, according to the authors, none of these bases can be considered as the basis for issuing this decision, rather, this decision is an exceptional and heretical regulation that is inconsistent with the foundations of Iran's legal system.

KeyWords: Zaman Darak, Price, Unanimous Vote 733, Unanimous Vote 811, Belonging to Another Person

How to Cite: Sadeghiyan, Mahdiye, Ziaoleslami, Ali, Sadeghirad, Mehdi, "Critical Analysis of the Basis of Unanimous Decision 811 of the General Board of the Supreme Court", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp:255-274.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229734.2379>

Received: 03/12/2022-Accepted: 21/02/2024

1. Ph.D., Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Corresponding Author Email: M.sadeghiyan@ase.ui.ac.ir

2. Ph.D., Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

3. Ph.D. Candidate, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, 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/>).



تحلیل انتقادی مبانی رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

مهديه صادقیان^۱، علی ضیاء الاسلامی^۲، مهدی صادقی راد^۳

چکیده

به موجب رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مورد معامله و صدور حکم بر بطلان، بایع باید از عهده گرامات وارد بر خریدار از جمله کاهش ارزش ثمن برآید و چنانچه ثمن، وجه رایج کشور باشد، دادگاه میزان گرامت را براساس افزایش قیمت اموال مشابه مبیع تعیین می‌کند. هیئت عمومی دیوان عالی کشور به مبنای حقوقی وضع مقرر مندرج در این رأی اشاره نکرده، لیکن از مطالعه مشروح مذاکرات دیوان عالی کشور و نظریه نمایندة دادستان و نوشته‌های حقوق دانان، اشاره به دو مبنای تسبیب و انصاف و عدالت را می‌توان برجسته‌تر دانست؛ اما به نظر نگارندگان، هیچ‌یک از این مبانی نمی‌تواند به‌عنوان بنیان و پایه صدور این رأی قلمداد شود، بلکه این رأی مقرره‌ای استثنایی و بدعتی ناهمگون با مبانی نظام حقوقی ایران است.

کلید واژگان: ضمان درک، ثمن، رأی وحدت‌رویه ۷۳۳، رأی وحدت‌رویه ۸۱۱، مستحق‌الغیر.

استناد به این مقاله: صادقیان، مهديه، ضیاء الاسلامی، علی، صادقی‌راد، مهدی، «تحلیل انتقادی مبانی رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۲۵۵-۲۷۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229734.2379>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲

۱. دکتری، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m.sadeghian@ase.ui.ac.ir
۲. دکتری، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
۳. دانشجوی دکتری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، 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

هرگاه مبیع کلاً یا بعضاً مستحق‌الغیر درآید، مطابق ماده ۳۹۱ قانون مدنی «بایع باید ثمن مبیع را مسترد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده گرامات وارده بر مشتری نیز برآید». در خصوص گرامات مذکور در این ماده، همواره این پرسش مطرح بوده است که آیا در صورت وجود فاصله زمانی فی‌مابین پرداخت ثمن و استرداد آن، واژه گرامت شامل ضرر ناشی از کاهش ارزش ثمن می‌شود یا خیر؟ در دهه‌های اخیر به دلیل روند روبه‌رشد نرخ تورم به‌ویژه در برخی از کالاها، این پرسش اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده و رویه قضایی متأثر از آن، پاسخ‌های متفاوتی داده است و در نهایت به منظور ایجاد رویه واحد در این خصوص، در سال ۱۳۹۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ را صادر کرد. در رأی مذکور تصریح شد: «در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان گرامت در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است». در این رأی نحوه محاسبه میزان کاهش ارزش ثمن پولی مسکوت ماند. لذا گرچه مراجع قضایی بعد از صدور این رأی به تبعیت از آن، حکم به جبران کاهش ارزش ثمن پولی می‌دادند، اما راجع به نحوه محاسبه، رویه‌های مختلفی اتخاذ شد؛ از جمله برخی دادگاه‌ها براساس شاخص تورم عمومی مشابه آنچه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در امور مدنی مقرر شده است و برخی دیگر بر اساس مابه‌التفاوت قیمتی که کارشناس با توجه به تورم اموال مشابه مالی که مستحق‌الغیر درآمده است، رأی صادر می‌کردند.^۱ لذا با صدور این رأی به جای وحدت‌رویه، تشتت رویه ایجاد شد؛ یعنی دادگاه‌ها درست یا اشتباه با توجه به ابهاماتی که وجود داشت از این رأی استنباط‌های مختلف داشتند و لذا به آن رسالتی که دیوان عالی کشور در ایجاد وحدت‌رویه داشت، عمل نشد و مشکل باقی ماند^۲ و بدین جهت، آرای متفاوت مذکور پس از صدور این رأی وحدت‌رویه در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح شد و اکثریت اعضای هیئت مذکور، این بار رویه دوم را صائب دانستند و موضوع منتهی به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۵ شد. رأی وحدت‌رویه‌ای که در جهت حل تعارض میان دادگاه‌ها در خصوص شیوه جبران خسارت تصویب شد و مفاد آن چنین است: «با عنایت به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در موارد مستحق‌الغیر در آمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فساد، همان‌گونه که در رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۵/۷/۱۳۹۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز بیان شده است، فروشنده باید از عهده گرامات وارده به خریدار، از جمله کاهش ارزش ثمن، برآید. هرگاه ثمن وجه رایج کشور باشد، دادگاه میزان گرامت را مطابق عموماً قانونی مربوط به نحوه جبران خسارت از جمله صدر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و براساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی، که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین می‌کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است».

دقت در محتوای این رأی وحدت‌رویه، نمایان می‌کند که هیئت عمومی دیوان عالی کشور، علی‌الظاهر مبنای حقوقی یا قواعدی را که توجیه‌کننده این شیوه جبران خسارت باشد، متذکر نشده است. در واقع، هیئت عمومی از یک‌سو کاهش ارزش ثمن را مصداق گرامت تلقی کرده و از طرف دیگر، بدون ذکر قاعده یا مبنایی صریح، لزوم جبران این خسارت توسط فروشنده را مقرر داشته است و درحالی که ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قواعد مرتبط با خسارت تأخیر تأدیه را بیان کرده، این رأی وحدت‌رویه به‌طور صریح موضوع را از شمول ماده مذکور خارج و روش ارزیابی تورم موضوعی کالای

۱. معاونت قضایی دیوان عالی کشور در امور هیئت عمومی، *گرامت ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن مبیع*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۰، صص ۱۱-۱۰.

۲. همان، ص ۲۳.

مشابه را جایگزین ماده ۵۲۲ نموده است. علی‌ای حال از آنجا که رأی وحدت‌رویه در حکم قانون است و این قانون نمی‌تواند فاقد مبانی حقوقی یا در تعارض با قواعد و اصول مسلم حقوقی جبران خسارت باشد، به‌ناچار باید با انطباق موضوع با قواعد مورد بحث در مذاکرات هیئت‌عمومی و نظرات حقوق‌دانان موافق، مبانی این رأی را جست‌وجو کرد تا بتوان چالش‌های موجود در نحوه اجرای این رأی وحدت‌رویه را در مقام عمل حل کرد والا چنانچه نتوان مبانی برای این رأی ذکر کرد، قطعاً اقدام دیوان عالی کشور در ایجاد چنین روش جبران خسارتی، بدعتی ناهمگون در نظام حقوقی ایران است.

ملاحظه مشروح مذاکرات قضات دیوان عالی کشور، نماینده دادستان کل و سایر حقوق‌دانان به نظر دو مبانی حقوقی را به عنوان زیربنای صدور این رأی وحدت‌رویه آشکار می‌کند. یکی از این مبانی اصل مترقی عدالت و انصاف است. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که اصل عدالت به‌عنوان اصل حاکم در فقه اسلامی و حقوق ایران اقتضا می‌کند که حکم به پرداخت قیمت روز مبیع صادر شود و غیر از آن، متضمن ظلم و بی‌عدالتی است؛^۱ زیرا پس از گذشت سالیانی از تاریخ انعقاد عقد بیع، محکوم کردن بایع به رد ثمن قرارداد به دور از انصاف و نوعی اضرار به مشتری است. از دید صاحب‌نظران، اصل بر این است که مشتری جاهل متضرر شده و باید ضرر وی جبران شود. در آن مقطع مشتری می‌توانسته با همان وجه پرداختی بابت ثمن، یک مال فاقد هر مشکلی را خریداری کند؛ حال بعد از چند سال از وقوع عقد بیع، این مشکل حادث شده و مبیع باید مسترد شود. در اینجا به نظر آنها، راه جبران ضرر و غرامات وارد به مشتری همانا جبران کردن قدرت خرید اوست نه پرداخت خسارت تأخیر تأدیه.^۲ مبانی مهم دیگر که بسیاری از حقوق‌دانان برای حکم به پرداخت قیمت روز مبیع بیان داشته‌اند، «قواعد ضمان قهری ذیل عنوان تسبیب» است.^۳ این دسته از نویسندگان معتقدند برای جبران مابه‌التفاوت ثمن قراردادی و قیمت روز مبیع باید به قواعد عمومی ضمان قهری روی آورد و به نظر می‌رسد قواعد موجود خسارت مذکور را قابل جبران می‌شمارد؛ زیرا خریدار با بطلان بیع از داشتن مبیع محروم شده و این نفع مسلم به حکم عرف، ضرر است و از این‌رو، عامل زیان باید ضرر مذکور را جبران کند.^۴ لذا، خریدار می‌تواند قیمت ملک مستحق‌الغیر را به استناد «عدم‌النفع» بر مبانی قیمت روز از فروشنده مطالبه کند.^۵ این دو مبنا به‌عنوان مبانی رأی وحدت‌رویه در نوشته‌های متعدد به آن اشاره شده و حال باید به بررسی آن بپردازیم که آیا این مبانی می‌تواند ما را به محکوم کردن فصول، به قیمت روز مال مستحق‌الغیر رهنمون کند یا خیر؟ از این‌رو در ذیل به بررسی همگامی این رأی وحدت‌رویه با دو مبانی فوق‌الذکر می‌پردازیم.

۱. انطباق یا عدم انطباق رأی وحدت‌رویه با قواعد تسبیب

در تسبیب به‌عنوان یکی از موجبات ضمان قهری، شخص به‌طور مستقیم مباشر تلف کردن مال نیست، ولی مقدمه تلف آن را فراهم می‌کند؛ یعنی کاری انجام می‌دهد که در نتیجه کار یا همراه با علت‌های دیگر تلف واقع می‌شود.^۶ برای تحقق مسئولیت به موجب تسبیب وجود سه عنصر ضرورت دارد: ۱- وجود ضرر ۲- ارتکاب فعل زیان‌بار ۳- رابطه سببیت بین

۱. قنواتی، جلیل، جعفر رضائی و محسن برهان مجرد، «تحلیل مبانی نظری رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ در خصوص ضمان درک»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۱۶۰.

۲. معاونت قضایی دیوان عالی کشور در امور هیئت‌عمومی، پیشین.

۳. کریمی، عباس و محمد هادی جواهر کلام، «تحلیل رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها»، مجله دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۷، شماره ۱۷، ۱۳۹۹، ص ۲۰.

۴. همان.

۵. امیرمحمدی، محمدرضا، «غرامات ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن مبیع»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۳۰۱.

۶. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۱۲.

فعل شخص و ضرری که وارد شده است.^۱ برخی از حقوق دانان عنصر چهارمی را نیز بر این عناصر می‌افزایند و آن، تقصیر است.^۲ حال چنانچه تمام این ارکان تحقق یابد، می‌توان با بیع فضولی را ضامن دانست والا استناد به قاعده تسبیب، به‌عنوان مبنایی برای ضمان قیمت روز مال مستحق‌لغیر صحیح نیست و به نظر می‌رسد که در بحث حاضر، نمی‌توان تمام این ارکان را محقق دانست. ادله این دیدگاه در ذیل بیان می‌شود.

۱.۱.۱. عدم امکان اطلاق ضرر (گرامت) به کاهش ارزش پول

در این بند درصدد بررسی تحقق عنصر اول (ضرر) از عناصر تحقق مسئولیت به موجب نهاد تسبیب در فرض رأی وحدت-رویه هستیم؛ لیکن به نظر می‌رسد که به دو سبب نمی‌توان این رکن را به کاهش ارزش پول تعمیم داد؛ سبب اول، فقدان سابقه این امر در فقه و سبب دوم، ایجاد تعارض و ناهماهنگی در قواعد جبران خسارت در نظام حقوقی ایران. شرح این دو سبب در ذیل، تحت دو عنوان صورت خواهد گرفت.

۱.۱.۱.۱. فقدان سابقه تعمیم گرامت به کاهش ارزش پول در نظر فقهای متقدم

دقت در مفاد رأی وحدت‌رویه آشکار می‌کند که به موجب آن کاهش ارزش ثمن، گرامت و ضرر تلقی شده است. گرامت در لغت در معنای آنچه که ادا کردن آن لازم باشد از مال^۳ و نیز به معنی «خسران، زیان، خسارت، مشقت و دادن مال از روی کراهت»^۴ آمده است و در اصطلاح به معنای جریمه نقدی و آن چیزی است که بابت جبران خسارت اعم از نقدی و غیرنقدی داده می‌شود.^۵ در قانون مدنی معیاری برای تعیین مصادیق گرامت ارائه نشده است^۶ و در این خصوص برای تعیین مصادیق، باید به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه کرد. مراجعه به این منابع، آشکار می‌کند که آیا مفهوم گرامت در فقه قابل تسری به کاهش ارزش پول بوده است و آیا می‌توان در قانون نیز قائل به تسری شد یا خیر. دلیل به مراجعه به فقه در تفسیر واژه گرامت آن است که قانون مدنی از جمله قوانینی است که نزدیک به تمام مواد آن در حوزه قلمرو قوانین ثابت جای می‌گیرند. در توضیح این استدلال لازم به ذکر است که قوانین ثابت ناظر به جایی است که می‌توان از متون دینی و منابع اسلامی حکمی الزام‌آور اعم از وجوب و حرمت یا یک حکم وضعی مانند صحت و بطلان، شرطیت و جزئیت و سببیت و امثال آنها درخصوص آن استخراج کرد. در هر موردی که شارع نسبت به آن موضع‌گیری الزامی کرده^۹ و این موضع‌گیری قابل استنباط است، ما با قانون ثابت روبه‌رو هستیم. بنابراین به‌جز قلمرو مباحات و احکام ترخیصی، در سایر مواردی که حکمی از شرع اعم از حکم تکلیفی یا وضعی درخصوص موضوع قابل استنباط است، ما در قلمرو قوانین ثابت یا نهاده‌ایم.^۷ قوانین ثابت در مقابل قوانین متغیر قرار می‌گیرد. ملاک تفکیک این دو سنخ از قانون از نظر حقوق دانان، وجود و عدم وجود نص و دلیل شرعی عام یا خاص در یک زمینه است. در هر زمینه که بتوان با استفاده از دلیل شرعی حکمی را استنباط کرد،

۱. همان، ص ۲۳۹.

۲. صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۹۰.

۳. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱، ص ۸۳.

۴. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۴۸۸.

۵. همان.

۶. معاونت قضایی دیوان عالی کشور در امور هیئت عمومی، پیشین، ص ۷۷.

۷. الشریف، محمد مهدی، *منطق حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۵۷۳.

ما با حکم شرع روبه‌رو بوده و در قلمرو شریعت پا نهاده‌ایم و برعکس جایی که حکمی از شرع نرسیده (مالانص فیه) ما در قلمرو احکام متغیر و مصلحت‌محور قرار گرفته‌ایم.^۱ در خصوص قسم نخست از قوانین که از جمله قوانینی است که حکم آنها در شرع منصوص و معین گردیده، به نظر می‌رسد مجلس شورای اسلامی وظیفه‌ای جز بیان و اعلام رسمی آن احکام در قالب مواد قانونی ندارد و رأی اکثریت و خواست نمایندگان درمورد آنها نقشی ندارد یا حداکثر به انتخاب و ترجیح یکی از چند دیدگاه فقهی موجود در مسئله محدود می‌گردد و «عدم مغایرت با شرع» فقط در صورتی محقق خواهد بود که حکم شرعی در قالب قانون آمده باشد.^۲ در این دسته از قوانین متخذ از شرع، آنچه موضوعیت دارد، حکم شرع است و ماده را باید براساس مراد جدی مقنن که به حسب فرض بیان حکم شرع بوده است، فهم و تفسیر کرد.^۳

حال با بیان این مقدمات، می‌توان به این نتیجه نائل شد که قطعاً واژه گرامات را با توجه به حکم موجود در شریعت تفسیر کرد و در این راستا مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر راهگشاست و چنانچه در آن منابع، جبران کاهش ارزش ثمن، مصداقی از غرامت تعیین شده باشد، در مطابقت رأی وحدت‌رویه با حکم شرع و ارکان قاعده تسبیب، نمی‌توان تردیدی کرد و چنانچه این مراجعه نتیجه دیگری را نمایان کند، قاعده تسبیب نمی‌تواند مبنایی برای این رأی وحدت‌رویه باشد.

مراجعه به منابع فقهی و ملاحظه دیدگاه‌های فقها به نظر، دیدگاه دوم را تقویت می‌کند که در ذیل به بیان برخی از آن نظرات می‌پردازیم.

فقیه بزرگ، شیخ مرتضی انصاری، در کتاب مکاسب منظور از غرامت را کلیه هزینه‌هایی دانسته است که مشتری افزون بر بهای کالا، در فاصله خرید تا زمان بازپس‌گیری آن توسط مالک متحمل شده است و آن را در فرض جهل مشتری شامل سه صورت می‌داند:

۱- غرامتی که مشتری بابت زیاده‌ی قیمت مبیع به مالک می‌دهد، یعنی قیمت آن هزار تومان بوده، ولی او آن را از بایع فضولی پانصد تومان خریده بود که پس از رد آن و تلف مبیع در دست او باید هزار تومان به مالک بدهد.

۲- غرامتی که مشتری به مالک در مقابل منافع مستوفات و غیرمستوفات آن می‌دهد؛ مثلاً مبیع در آن عقد بیع گوسفند بوده است و مشتری در طول مدت از شیر آن استفاده کرده که باید بهای آن را به‌عنوان غرامت به مالک آن پس از رد بیع فضولی بپردازد.

۳- غرامتی که برای نگهداری، تعمیرات و امثال آن از جیب مشتری خرج شده و او متحمل شده است.^۴ شهید ثانی در کتاب *الروضه‌البهیه* در خصوص غرامات بیان می‌کند: «مشتری حق دارد به بایع فضولی رجوع کند و خسارت‌هایی را که برای مالک اصلی تحمل کرده است از او بگیرد..... آن دسته از مخارجی که مشتری برای مبیع صرف می‌کند و مانند آن، که در مقابل آن خرج، نفعی برای مشتری حاصل نمی‌شود، قطعاً مشتری حق دارد آنها را از بایع فضولی بگیرد».^۵

علامه حلی در کتاب *تذکره‌الفقهاء* در این باب بیان کرده‌اند: «اگر عقد فسخ شود، مالک به مشتری حق رجوع جهت

۱. همان، ص ۵۷۱.

۲. همان، صص ۵۷۰-۵۶۸.

۳. همان، ص ۵۹۴.

۴. قلی‌پورگیلانی، مسلم، *تلخیص کتاب‌البیوع*، قم: انتشارات قدس، ۱۳۹۲، ص ۲۲۳.

۵. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه‌البهیه فی شرح المعه‌الدمشقیه*، ترجمه حمید مسجدسرایبی، قم: پیام نوآور، بی تا، صص ۵۱-۴۹.

دریافت عین را دارد و مشتری در صورت جهل به مستحق‌لغیر بودن یا ادعای بایع به وجود اذن مالک، برای دریافت ثمن و آنچه از مخارج و هزینه‌ها و عوض اعم از اجرت یا منافع پرداخته است، حق رجوع به بایع‌فضولی را دارد.^۱

شیخ بحرانی نیز در کتاب *حدائق‌الناضره* در این باب ذکر کرده‌اند: «اگر عین مال موجود باشد، مالک به مشتری برای دریافت عین رجوع می‌نماید و چنانچه موجود نباشد، به قیمت آن حق مراجعه دارد. همچنین مالک حق رجوع به منافع و نمائات در صورت وجود یا قیمت آن در صورت تلف را دارد. مشتری نیز می‌تواند به بایع جهت خسارات پرداختی بابت آن مبیع، مانند مخارج و امثال آن، رجوع نماید».^۲

آیت‌الله‌العظمی‌خویی نیز در این خصوص فرموده‌اند: «اگر مشتری نسبت به فضولی بودن معامله و ملک غیر بودن مورد آن؛ جاهل ولی بایع عالم باشد؛ خواه فروشنده به مالک بودن خود تصریح کند یا به گونه‌ای وانمود کند که مال خود را می‌فروشد، مشتری برای تمام خساراتی که به مالک پرداخته است، به بایع رجوع می‌کند».^۳

آنچه از دقت در محتوای این بیانات برمی‌آید، آن است که هیچ‌یک از فقها در تبیین مصادیق واژه‌گرمات به جبران کاهش ارزش پول نظر نداشته‌اند و آن را از جمله مصادیق گرمات احصا نکرده‌اند؛ بلکه صرفاً خساراتی را قابل‌دریافت می‌دانند که مالک از مشتری دریافت کرده یا آنکه مشتری برای حفظ و نگهداری آن مال هزینه کرده است و حال مشخص نیست که با چه استدلالی، دایره قانون متخذ از شرع، با رأی وحدت‌رویه، به کاهش ارزش ثمن و پرداخت قیمت روز امثال مبیع به عنوان شیوه جبران خسارت تسری یافته است.

۱.۱.۲. تحقق ناهماهنگی در قواعد جبران خسارت کاهش ارزش پول

همان‌گونه که ملاحظه رأی وحدت‌رویه آشکار می‌کند، موضوع شیوه جبران کاهش ارزش پول در فرض ضمان درک به صراحت از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین‌دادرسی مدنی خارج شده و استدلال خروج آن با ملاحظه نظریه نمایندۀ دادستان کل کشور آن است که «خسارت تأخیر تأدیه یکی از طرق جبران خسارت و ناظر به مواردی است که موضوع، دین و از نوع وجه رایج آن باشد، حال آنکه مانحن‌فیه، بحث استرداد ثمن قرارداد است و خروج موضوعی از بحث دین دارد و بایع باید ثمنی را که اخذ کرده مسترد و گرمات را جبران کند. گرمات در اینجا همانا کاهش ارزش ثمن است».

اتخاذ این دیدگاه نیز به نظر می‌رسد که بدون توجه به مبانی و مفاهیم فقهی-حقوقی ایران صورت پذیرفته است؛ زیرا اولاً دلیل عدم اطلاق عنوان دین به استرداد ثمن قراردادی (وجه نقد) مشخص نیست؛ ثانیاً اتخاذ این شیوه از جبران خسارت با رویکرد قانون‌گذار در نظام قانونی ایران تنافی دارد؛ قانون‌گذاری که در زمان تصویب ماده ۵۲۲ قانون آیین‌دادرسی مدنی دغدغه ربوی بودن کاهش ارزش پول را با توجه به لزوم تبعیت مواد قانون از احکام شرع در ذهن داشت و فقط بدان سبب، قیود مندرج در ماده ۵۲۲ را تدبیر کرد و حال مشخص نیست که چگونه به یک‌باره در این رأی وحدت‌رویه، کاهش ارزش پول گرمات تلقی می‌شود و از دیگر سو، شیوه جبران آن نیز از قواعد جبران خسارت کاهش ارزش پول در نظام قانونی ایران فاصله می‌گیرد. شرح این ادله در ذیل تحت عنوان دو بند صورت خواهد گرفت.

۱. علامه‌حلی، حسن‌بن‌یوسف، *قواعد‌الاحکام*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۹.

۲. بحرانی، یوسف، *الحدائق‌الناضره*، جلد ۱۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی تا، ص ۳۹۳.

۳. خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج‌الصالحین*، جلد ۲، قم: نشر مدینه‌العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۰.

۱.۱.۲.۱. فقدان توجیه عدم اطلاق دین به استرداد ثمن قراردادی

در قسمت اخیر رأی وحدت‌رویه، موضوع جبران کاهش ارزش ثمن به صراحت از ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خارج شده است. به نظر می‌رسد چنان‌که از مقدمات و مذاکرات رأی مذکور هویداست، علت این تصمیم عدم اطلاق عنوان دین به ثمن قراردادی بوده است. اتخاذ چنین دیدگاهی از قضات عالی‌رتبه دیوان عالی کشور جای تأمل دارد و مبنای اتخاذ این دیدگاه مشخص نیست. مگر دین چیزی جز مال کلی ثابت بر ذمه شخص برای دیگری است؟^۱ همان‌گونه که امام خمینی در کتاب *تحریر الوسیله* تصریح کرده‌اند: «دین عبارت است از مالی کلی که ذمه فرد به آن مشغول است به سببی از اسباب؛ خواه سبب آن اختیاری باشد، مانند اشتغال ذمه زوج به مهر به سبب عقد ازدواج یا اشتغال ذمه قرض‌گیرنده به عوض قرض به سبب عقد قرض و یا اشتغال ذمه خریدار به ثمن در بیع نسبه و فروشنده به مثن در بیع سلف؛ یا غیراختیاری باشد، مانند اشتغال ذمه فرد به بدل چیزی که آن را تلف کرده است یا اشتغال ذمه زوج به نفقه زوجه و مانند آن».^۲

علی‌الظاهر در این رأی، واژه دین را با قرض مترادف انگاشته‌اند و بدان سبب، استرداد ثمن قراردادی را خارج از عنوان دین شمرده‌اند؛ درحالی‌که دین با قرض تفاوت دارد و تفاوت آن در اعم بودن دین است؛^۳ بدین معنا که قرض یکی از اسباب دین به شمار می‌رود؛ زیرا دین همان‌گونه که بیان شد هر مال کلی‌ای است که بر ذمه فرد ثابت باشد؛ لیکن قرض عبارت است از تملیک مال به دیگری در برابر ضمانت پرداخت مثل یا قیمت آن توسط او، که سبب اشتغال ذمه قرض‌گیرنده می‌شود و حال استرداد ثمن قراردادی نیز گرچه مبنای انتقال آن تملیک به موجب عقد قرض نیست؛ لیکن مصداق مسلم دین به عنوان مال کلی ثابت فی‌الذمه است که فروشنده به سبب قبض به عقد فاسد، مکلف به استرداد آن است. لذا به نظر می‌رسد که عدم اطلاق عنوان دین به استرداد ثمن قراردادی با مفاهیم نظام حقوقی ایران همسو نیست.

۱.۱.۲.۲. فقدان توجیه انصراف رأی وحدت‌رویه از خسارت تأخیر تأدیه موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین

دادرسی مدنی

همان‌گونه که بیان شد، به نظر رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ دیوان عالی کشور، منجر به دوگانگی در نظام قانونی ایران در باب شیوه جبران خسارت کاهش ارزش ثمن شده است. زیرا چنانچه به فلسفه وضع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بنگریم، درمی‌یابیم که قانون‌گذار اسلامی با تبعیت از نظر اکثر فقها، که قائل به عدم لزوم جبران کاهش ارزش پول به سبب شبهه^۴ ریاً^۵ و مثلی بودن پول^۵ هستند، این ماده را به سبب تردید در ربوی بودن با قیود و شرایطی به تصویب رساند و در آن ماده دریافت خسارت تأخیر را منوط به چند شرط از جمله مطالبه بستانکار و امتناع مدیون در عین

۱. الحلّی، یحیی‌بن سعید، *جامع‌التشریح*، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵ ه.ق، ص ۲۸۳؛ اصفهانی، ابوالحسن، *وسیله‌النجاه (مع تعالیک الامام-خمینی ره)*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰، ص ۲۸۸.

۲. امام خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا، ص ۶۸۸.

۳. خازم، الشیخ علی، *مدخل إلى علم الفقه عند المسلمین الشیعیه*، بیروت: دارالغریبه للطباعه والنشر والتوزیع، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۶۷؛ محمدعلی‌القری‌بن‌عید، *بیع‌الدین و سندات القرض و بدائلها الشرعیه فی مجال القطاع العام والخاص*، منظمه المؤتمر الاسلامی، بحرین: مجمع‌الفقه الاسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۳.

۴. فاضل‌لنکرانی، محمد، *جامع‌المسائل*، قم: انتشارات امیرالعلم، ۱۳۷۵، ص ۲۶۶.

۵. حائری، سید کاظم، *الاوراق‌المالیه الاعتباریه*، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹، صص ۲۶ و ۳۰.

تمکن و تغییر فاحش شاخص قیمت کرده است. به نظر می‌رسد آنچه باعث شده شورای نگهبان علی‌رغم اعلام‌های مکرر مبنی بر نامشروع بودن خسارت تأخیر تأدیه، ماده ۵۲۲ را تأیید کند، شرایطی است که در آن ماده آمده است. توضیح اینکه به لحاظ شرعی، وجوب ادای دین منوط به مطالبه دائن و تمکن مدیون است^۱ و در این صورت تعلل مدیون در ادای دین، حرام و قابل تعزیر است. در استفتایی صورت گرفته از آیت‌الله مکارم شیرازی بیان شده است: «جریمه دیرکرد اگر جنبه تعزیر از سوی حکومت اسلامی داشته و به صورت عادلانه باشد جایز است»^۲ و حال چون انتخاب نحوه تعزیر با حاکم است، قانون‌گذار می‌تواند در مقام تعزیر مدیون مامل، او را به پرداخت جریمه‌ای معادل کاهش ارزش پول به دائن محکوم کند و در این صورت پرداخت خسارت تأخیر که ماهیتی تعزیری دارد، مشروع بوده و مخالف شرع محسوب نمی‌شود.^۳ لذا به نظر می‌رسد که شورای نگهبان در نهایت به سبب آنکه شبهه را در خصوص جبران کاهش ارزش ثمن وجود داشت، پرداخت خسارت تأخیر را با شرایط تعزیر یعنی وجوب ادا، مطالبه و تمکن پذیرفت، والا چنانچه به صورت مطلق قائل به جبران کاهش ارزش پول بود، چنان قیود سخت‌گیرانه‌ای را وارد نمی‌ساخت یا حتی مجلس شورای اسلامی خود تصویب تبصره ماده ۲ قانون صدور چک را انجام می‌داد نه آنکه وضع این مقرر از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام که مرجع وضع قوانین استثنایی است، صورت پذیرد. لذا بنابراین مراتب جای بسی تعجب است که چگونه دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه تغییر موضع داده و به یک‌باره بر خلاف قوانین متخذ از شرع و نظر مشهور فقها، جبران کاهش ارزش پول را به صورت مطلق و آن هم با طریقه نوین تعیین قیمت روز مبیع برای بالابردن قدرت خرید مشتری پذیرفته است؛ مقررهای که با قوانین شرع مغایر است و حال که حکم کلی به لحاظ شرعی در این باب وجود دارد و قرینه و اماره‌ای بر کشف مراد واقعی قانون‌گذار در سایر قوانین موجود است، دیگر استفاده از اصول و قواعد لفظی همچون اصل اطلاق و امثال آن برای توسعه مفهوم غرامت موجه نبوده است. جالب توجه است که حتی اگر به استفتائات از فقهای جدید نیز بنگریم، هیچ‌یک جواز جبران خسارت کاهش ارزش پول را بر حسب قیمت روز مال مستحق‌الغیر نپذیرفته‌اند. نگاهی گذرا به استفتائات جدید صورت گرفته از فقها در هنگام صدور این رأی وحدت رویه آشکار می‌کند که فقهای جدید، گرچه برخی در صورت تورم فاحش، جبران کاهش ارزش ثمن را پذیرفته‌اند، راه جبران را ظاهراً همان دانسته‌اند که در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است.^۴ فقها در پاسخ به این سؤال «چنانچه در معامله‌ای فضولی - که مشتری جاهل به مالکیت غیر است - با گذشت چند سال و افزایش چندین برابر قیمت‌ها (بدون اینکه مشتری هزینه‌ای درمورد معامله کرده باشد) مثن توسط مالک کشف و رد شود بفرماید: الف- فضول در رد ثمن، ضامن چه مبلغی می‌باشد؟ مبلغ حین معامله یا حین‌الرد؟ ب- در این صورت آیا فرقی بین علم و جهل مشتری وجود دارد؟ ج- در صورتی که فضول ضامن ثمن حین معامله باشد در هنگام کاهش معتابه ارزش پول و تفاوت فاحش ثمن حین معامله و حین‌الرد، آیا می‌توان فضول را ضامن مابه‌التفاوت این دو مبلغ و سایر خسارات دانست؟» سه دیدگاه مهم دارند:

دیدگاه اول آن است، در صورتی که تورم فاحش باشد، بایع باید خسارت مشتری یعنی کاهش ارزش ثمن را تدارک کند. از قائلین این نظر می‌توان حضرات آیات مکارم شیرازی، موسوی اردبیلی و نوری همدانی را نام برد. آیت‌الله العظمی ناصر

۱. خوبی، پیشین، ص ۱۷۱.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، جلد ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع)، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۵۸۹.

۳. الشریف، پیشین، صص ۵۸۹-۵۸۸.

۴. معاونت قضایی دیوان عالی کشور در امور هیئت عمومی، پیشین، ص ۹۸.

مکارم شیرازی در پاسخ بیان داشته‌اند: «الف تا ج. چنانچه مشتری جاهل به فضولی بودن معامله باشد و معامله از طرف مالک رد شود، واسطه فضولی باید ثمن را با در نظر گرفتن میزان تورم شدید این مدت بپردازد. ولی در صورت علم به فضولی بودن معامله چنین حقی را ندارد (۱۳۷۸/۵/۲۵).

آیت‌الله‌العظمی حسین نوری همدانی چنین فتوا داده‌اند: «الف و ب. مبالغ حین‌المعامله میزان است و در صورت تضرر مشتری عرفاً باید فضول آن ضرر را جبران کند. ج. از جواب قبل معلوم شد (۱۳۸۲/۷/۱۴)».

آیت‌الله‌العظمی موسوی اردبیلی چنین اذعان داشته‌اند: «الف و ب. مالک حقیقی کلاً می‌تواند بیع را مسترد بداند و اگر مشتری خواست مراجعه به فروشنده می‌کند و پول خود را مطالبه می‌نماید. در صورتی که مشتری علم داشته به اینکه مال مستحق‌الغیر است، همان مبلغی را که پرداخت کرده، بنابر احتمال می‌تواند مطالبه کند و اگر علم نداشته، اصل مبلغی را که پرداخت کرده به علاوه میزان افزایش قیمت را به نظر اینجانب، می‌تواند مطالبه نماید. ج. از پاسخ قبل روشن شد»^۱.

و اما دیدگاه دوم، مصالحه و تدارک را بر بایع بنا بر احتیاط لازم دانسته‌اند که نتیجه آن لزوم تدارک ضرر است. از قائلین این نظر می‌توان مقام معظم رهبری و آیت‌الله‌العظمی بهجت را نام برد.

آیت‌الله‌العظمی محمدتقی بهجت فتوا داده‌اند: «اگر فروشنده، ثمن را گرفته و ثمن، اختلاف ارزش پیدا کرده، احتیاط آن است که در مقام تفاوت مصالحه کنند (۱۳۷۸/۴/۱)».

آیت‌الله‌العظمی سیدعلی خامنه‌ای نیز بیان داشته‌اند: «نسبت به اختلاف ارزش ثمن، احتیاط در مصالحه است (۱۳۷۸/۳/۱۷)».

و اما دیدگاه سوم قائل بر آن است که بر بایع چیزی غیر از همان ثمن نیست و تدارک کاهش ارزش پول لازم نیست. از قائلین این نظر می‌توان حضرات آیات، تبریزی، سیستانی، صافی گلپایگانی و فاضل لنکرانی را ذکر کرد.

آیت‌الله‌العظمی میرزا جواد تبریزی بیان داشته‌اند: «الف و ب. فضول ضامن پولی است که گرفته به مقدار زمان گرفتن و همین‌طور ضامن اجرتی است که مشتری بابت سکونت یا استفاده از مورد معامله به بایع در زمان جهل مشتری به فضولیت پرداخته است و دیگر خسارات را ضامن نیست. اضافه و ارزش و کاهش آن را نیز ضامن نیست و الله العالم. (۱۳۷۸/۵/۱۲). ج. جواب داده شد».

آیت‌الله‌العظمی سیستانی نیز چنین پاسخ داده‌اند: «الف و ب. ضامن رد همان مقدار است که گرفته. ج. خیر».

آیت‌الله‌العظمی صافی گلپایگانی اذعان کرده‌اند: «الف و ب. در فرض سؤال، کسی که مال غیر را فروخته باشد ضامن همان مبلغی است که از مشتری گرفته و باید آن را به مشتری برگرداند؛ چه مشتری در حین معامله، عالم باشد یا جاهل. والله العالم. ج. در فرض سؤال، چنانچه از پاسخ سؤال «الف» معلوم شد، فضولی ضامن مابه‌التفاوت نیست، والله العالم».

آیت‌الله‌العظمی محمدفاضل لنکرانی بیان داشته‌اند: «الف و ب. فضول ضامن مبلغی است که گرفته است و باید همان مبلغ را پس بدهد و ضامن چیزی به عنوان خسارت یا کاهش ارزش پول (تورم) نمی‌باشد و از این جهت فرقی بین علم و جهل مشتری وجود ندارد. ج. خیر»^۲.

آنچه از مطالعه استفتائات به دست می‌آید آن است که گرچه برخی از فقها قائل به لزوم جبران کاهش ارزش پول به صورت

۱. همان، ص ۹۸.

۲. همان، صص ۹۲-۸۹.

مطلق هستند،^۱ هیچ یک تعیین قیمت روز امثال مبیع را به عنوان شیوه جبران خسارت جایز نکرده‌اند. لذا آنچه مسلم است توسعه دایره غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بدون توجه به سابقه تقنین و منابع و فتاوی معتبر صورت پذیرفته است و این امر با نظام سیستماتیک و هماهنگ حقوقی ایران ناسازگار است.

۱.۲. عدم قابلیت انتساب کاهش ارزش پول به بایع فضولی

دقت در محتوای رأی وحدت رویه آشکار می‌کند که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این رأی، وجود رابطه سببیت میان عمل فضول در فروش مال غیر و کاهش ارزش پول را مفروض دانسته و بر آن مبنا، درصد احصای شیوه جبران خسارت برآمده و امکان اثبات خلاف آن را توسط فروشنده متصور نشده است. در حالی که به نظر می‌رسد مفروض بودن این رابطه برخلاف اصول و قواعد مسئولیت مدنی است؛ زیرا عامل ایجاد تورم به معنای افزایش غیرمتناسب سطح عمومی قیمت، منتسب به مناقشات سیاسی، اختلافات داخلی و جناحی، بی‌انضباطی‌های اقتصادی و اهمال در اجرای قوانین و برنامه‌های اقتصادی است که نتیجه آن عوامل بروز مشکلات اقتصادی و در نتیجه کاهش ارزش پول و قدرت خرید مردم است. در این موارد می‌توان در وهله اول، دولت را مسئول جبران کاهش ارزش پول دانست؛^۲ زیرا در دیون مالی، آنچه موجب کاهش ارزش پول شده است، فعل بایع فضولی نخواهد بود، بلکه کاهش ارزش پول نتیجه عوامل اقتصادی است که عمدتاً از تحت اختیار بایع خارج است. به تعبیر دیگر، ضرر و خسارتی که وارد شده از ناحیه تورم بوده است^۳ و نتیجه فعل مدیون نیست و اگر این پول در صندوقی نیز محبوس می‌ماند، ارزش آن کاهش می‌یافت؛ بنابراین چرا باید مدیون را به جبران ضرری مجبور کنیم که هیچ دخالتی در وقوع آن نداشته است، بلکه منسوب به عوامل سیاسی و اقتصادی تأثیرگذار بر بازار بوده است. مؤید دیگر بر عدم انتساب کاهش ارزش پول به فضول آن است که چگونه در زمانی که مال مغضوب کسر قیمت پیدا می‌کند، نمی‌توان نقصان را از غاصب مطالبه کرد؛ مگر اینکه کسر قیمت به جهت نقصان در عین مال باشد^۴ و حال چگونه با زیاد شدن قیمت مال این رابطه سببیت برقرار می‌شود. لذا به نظر می‌رسد بین کم یا زیاد شدن قیمت مال و عمل بایع فضولی رابطه سببیتی نیست؛^۵ بلکه نوسان قیمت به خاطر عوامل سیاسی و اقتصادی منسوب به دولت است.

۱.۳. عدم تفکیک میان فروشنده آگاه و جاهل به مستحق‌الغیر بودن مورد معامله

همان‌گونه که پیش از این اشاره شد، یکی از ارکان تحقق مسئولیت از باب نهاد تسبیب، از دید بسیاری از حقوق دانان تقصیر است. تقصیر رفتار خلاف سلوک و عمل انسان متعارف است^۶ و معیار احراز آن، عرف است و بدون توجه به عرف،

۱. کریمی، نسربین، سید محمد شفیعی مازندرانی و مرتضی محمدی‌راد، «نقدی بر نظریات فقهی و حقوقی لزوم یا عدم لزوم جبران کاهش ارزش پول ناشی از تورم»، فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۹، صص ۱۶-۱۷.

۲. بهادر، مرتضی و حورا راستگوی مشهور، «مسئولیت دولت در جبران زیان ناشی از کاهش ارزش پول»، نشریه وکیل مدافع، شماره ۱۹، ۱۳۹۸، ص ۱۹۸.

۳. حکیمی‌ها، سعید، مجتبی الهی‌مان و محمدحسین عالمی، «بررسی و تبیین ماهیت ربا، بهره و تورم از منظر فقه و حقوق»، فقه و حقوق معاصر، سال ۲، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۸۲.

۴. امام خمینی، پیشین، ص ۳۱۷.

۵. بادینی، حسن و محمد خاکباز، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق طرفین قرارداد در حالت تورم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷، ۱۳۹۸، ص ۱۰۰.

۶. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۵۷.

تمییز اعمال مقصرانه از اعمال غیرمقصرانه ممکن نیست.^۱ بدین سبب فعل فرد با رفتار انسانی متعارف سنجیده می‌شود؛ اگر عمل وی مانند رفتار انسان متعارف باشد، مسئول نخواهد بود و اگر رفتار وی خلاف رفتار انسان متعارف باشد، مقصر و مسئول است.^۲ در موضوع مورد بحث نیز که مسئولیت فرد فصول در جبران غرامات وارد بر خریدار مطرح است، به نظر می‌رسد که عرف در بررسی وجود رکن تقصیر، میان شخص آگاه و ناآگاه به مستحق‌لغیر بودن مورد معامله، قائل به تمییز می‌شود؛ به نحوی که در فرضی که فرد جاهل به مستحق‌لغیر بودن است، عرف تقصیر وی را در زیان وارد بر خریدار محرز و مسلم نمی‌داند. از این‌رو به نظر، با توجه به آنکه در این رأی، میان فروشنده آگاه و جاهل در الزام به جبران خسارت با پرداخت قیمت روز مبیع تفکیکی وجود ندارد، قاعده تسبیب را نمی‌توان از این جهت نیز مبانی صدور رأی دانست.

۱.۴. عدم همخوانی شیوه جبران خسارت در رأی وحدت‌رویه با قواعد تسبیب

همان‌گونه که در رأی وحدت‌رویه تصریح شده است، دادگاه باید میزان غرامت را عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و بر اساس میزان تورم اموال مشابه همان مبیع تعیین کند. درحالی‌که چنانچه مبانی صدور رأی را قاعده تسبیب بدانیم، این شیوه از جبران خسارت با شیوه تصریح شده در ماده ۳۳۱ قانون مدنی ناهمگون است؛ زیرا برطبق موازین حقوقی فی‌مابین مال مثلی و قیمی در نحوه جبران خسارت تفاوت وجود دارد. به‌نحوی که اگر مال مثلی تلف شود، باید مثل آن مال و اگر مال قیمی تلف شود باید قیمت همان مال پرداخت شود.^۳ قیمی مالی است که در عرف، شخص آن منظور باشد و نتوان مال دیگری را به جای آن قرار داد. اصطلاح قیمی بدین اعتبار است که در صورت تلف مال، باید قیمت آن پرداخته شود.^۴ حال مشخص نیست که بر اساس چه ضابطه‌ای حتی در مبیعی که قیمی است، رأی وحدت‌رویه حکم به پرداخت قیمت امثال مبیع صادر کرده است؛ گویا از منظر دیوان عالی کشور، کلیه مصادیق مبیع مال مثلی تلقی می‌شوند یا آنکه قواعد مثلی و قیمی بسان دیگر مبانی حقوقی در این رأی دچار دگرگونی شده است.

گذشته از این امر، از جهت دیگر نیز انصراف رأی وحدت‌رویه به اموال مشابه و نه خود آن مبیع مورد نقد است؛ زیرا چنانچه توجیه صدور این رأی آن باشد که خریدار در اثر تعلق مبیع به غیر، دچار ضرر فاحشی شده و از دست یافتن به مبیع قراردادی در فرض صحت عقد محروم شده است، مشخص نیست که چرا شیوه جبران خسارت وی باید با ملاحظه اموال مشابه صورت گیرد؟ مگر خریدار از دست یافتن به همان مبیع به سبب مستحق‌لغیر بودن محروم نشده است؟ حال چرا و با چه توجیهی جریان طبیعی عقد به فراموشی سپرده شده و به یک‌باره، ضابطه اموال مشابه جایگزین شده است. لذا به نظر می‌رسد که چنانچه حتی نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور برخلاف مفاد قاعده تسبیب بر شیوه جبران خسارت با مطالبه بهای روز مبیع بود، حداکثر باید مابه‌التفاوت ثمن قراردادی با قیمت روز همان مبیع، به‌عنوان خسارت تعیین می‌شد، نه آنکه قیمت اموال مشابه آن مبیع مورد نظر قرار بگیرد. این‌رو، به نظر می‌رسد که با توجه به ادله چهارگانه پیش‌گفته، قاعده تسبیب نمی‌تواند مبانی حقوقی صدور این رأی وحدت‌رویه

۱. همان، ص ۲۵۹.

۲. همان، ص ۲۵۸.

۳. صفایی و رحیمی، پیشین، صص ۲۶-۲۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۴۴.

باشد. اما قاعده دیگر به عنوان مبنای صدور رأی وحدت رویه، همان گونه که پیش از این گفته شد، انصاف و عدالت است؛ اصلی که به کرات مورد اشاره حقوق دانان قرار گرفته و در ذیل به تشریح انطباق یا عدم انطباق رأی با آن اصل می پردازیم.

۲. انطباق یا عدم انطباق رأی وحدت رویه با قواعد انصاف

برخی از حقوق دانان بر این نظرند که اصل عدالت به عنوان اصل حاکم در فقه اسلامی و حقوق ایران اقتضا می کند که حکم به پرداخت قیمت روز مبیع صادر شود.^۱ زیرا اصولاً طرفین عقد در پی دسترسی به منافع اقتصادی موردانتظار می باشند؛ پس اگر خریدار به اثر علتی از منفعت مورد نظر محروم شود، متحمل خسارت شده که عدالت و اصل جبران کامل خسارت اقتضای جبران آن را دارد.^۲ لذا مطابق این دیدگاه، محدود کردن غرامت به دریافت خسارت معادل نرخ تورم کالاها براساس شاخص بانک مرکزی، از حیث تجلی انصاف و عدالت قابل نقد است؛ زیرا در نظر گرفتن شاخص نرخ تورم در بسیاری از موارد با ملاحظه رشد واقعی قیمت ها، خسارت واقعی خریدار را پوشش نمی دهد.^۳ در نظریه نماینده دادستان کل کشور پیرامون این رأی نیز استناد به اصل انصاف، به عنوان مبنای صدور این رأی مورد اشاره واقع شده است؛ در حالی که به نظر می رسد که این اصل نمی تواند مبنای صدور رأی وحدت رویه باشد؛ زیرا اولاً انصاف مفهومی شکننده است که امکان تمسک به آن در صورت وجود حکم شرع میسر نیست؛ ثانیاً عدم توجه به فروض متفاوت متصور در هنگام اجرای این رأی، نه فقط منجر به تحقق انصاف نمی شود، بلکه ظالمانه بودن آن را نمایان می کند. در ذیل به تشریح هریک از این موارد می پردازیم.

۲.۱. انصاف مفهومی مبهم و شکننده

به نظر می رسد که استناد به اصل انصاف، برای تعیین شیوه جبران خسارت، برخلاف مبانی نظام حقوقی ایران است؛ زیرا انصاف احساس مبهمی از عدالت است که در مقام اجرای قواعد حقوقی در اشخاص به وجود می آید.^۴ در موردی که شریعت اسلامی واجد حکمی در آن خصوص است، موازین و مبانی حاکم بر حقوق ما اجازه تبعیت از این اصل را در صورت مغایرت با حکم واقعی شرع نمی دهد؛ زیرا از یک سو اعطای چنین تیغی به دست قانون گذار که هر جا حکمی را غیر منصفانه دید، آن را تعدیل سازد، علی رغم ظاهر فریبنده اش، عدالت قانونی را زیرگام های استبداد نابود می کند؛ زیرا دیگر هیچ معیار و محکی برای تفسیر قوانین جز احساسات قانون گذار موجود نیست و این امر به آشفتگی نظام حقوقی منتج می شود. از سوی دیگر، انصاف مفهومی شکننده است^۵ که معیار آن مشخص نیست و همین شکنندگی می تواند مؤید درستی بر تردید در مبنا بودن آن باشد؛ زیرا ضابطه انصاف می تواند در پاسخ به فروضی، نتیجه دیگری را به وجدان قانون گذار القا کند و این بار رأی وحدت رویه، نه فقط منصفانه قلمداد نشود، بلکه ظالمانه بودن آن مشخص شود. بررسی این فروض در

۱. قنوتی، رضانی و برهان مجرد، پیشین، ص ۱۶۰.

۲. یعقوبی محمودآبادی، یوسف و منصور امینی، «ضمان درک در حوزه آرای قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین المللی، دوره ۱۱، شماره ۴۲، ۱۳۹۷، ص ۱۳۰.

۳. موسوی، سیدعباس، «مسئولیت بایع در پرداخت خسارت ناشی از مستحق للغیردرآمدن مبیع»، نشریه دانشنامه های حقوقی، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۴۲۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۶۷۹.

۵. یزدانیان، پیشین، ص ۲۵۷.

ذیل این نتیجه را روشن می‌کند.

۲.۲. عدم تحقق انصاف در فروض عملی اجرای رأی وحدت‌رویه

از دیگر دلایل نقد اصل انصاف به عنوان مبنای رأی وحدت‌رویه، آن است تأکید بر قاعده جبران خسارت با ملاک قیمت روز مبیع، در همه حالات پشتوانه منطقی نداشته و به عدل و انصاف منجر نخواهد شد.^۱ تشریح صور ذیل دلیل این ادعا را روشن می‌کند.

۲.۲.۱. انحصار رأی وحدت‌رویه به ثمن وجه نقد

ملاحظه متن رأی وحدت‌رویه انحصار شیوه جبران خسارت قیمت روز مبیع به ثمن وجه نقد را آشکار می‌کند و از آن همگام با نظرات حقوق دانان می‌توان استنباط کرد که چنانچه ثمن تسلیم نشده باشد، در اثر مستحق‌لغیربرآمدن مبیع، ضمان و مسئولیتی برای بایع متصور نیست؛^۲ لیکن این سؤال مطرح است که آیا انصاف و عدالت فقط در خصوص ثمن وجه نقد واجد حکم است و در خصوص سایر انواع ثمن ساکت است؟ زیرا در مواردی که ثمن نوعی کالای مثلی مانند گندم، برنج یا اتومبیل است، چه بسا ممکن است که تورم مال مثلی مذکور به اندازه تورم مال مستحق‌لغیر نباشد و از این رهگذر خسارت سنگینی به خریدار وارد شود. در این حالت مشخص نیست که چگونه انصاف موضوع حکم را صرفاً به ثمن از نوع وجه رایج منحصر می‌کند؟ اگر هدف جبران خسارت است، چرا باید بین ثمن وجه رایج و اموال مثلی تفاوت قائل شد؟

علاوه بر این، از جهت دیگر نیز این رأی برخلاف مبنای خود نمی‌تواند منجر به تحقق عدالت و انصاف شود؛ هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکمی را به نحو مطلق وضع کرده، بی‌آنکه شرایط زمان معامله تعادل ارزش عوضین و نحوه پرداخت ثمن را در نظر بگیرد؛ چه بسا ممکن است که خریدار ثمن معامله را به نحو اقساط در فواصل زمانی معین پرداخت کرده باشد و حال چنانچه به حکم رأی وحدت‌رویه، قائل به پرداخت قیمت روز مبیع برای جبران خسارت کاهش ارزش ثمن شوم؛ به نظر می‌رسد که راهی برای تجارت خریدار به سبب مستحق‌لغیربودن مبیع بازگردیده است؛ خریداری که ثمن را نه به صورت نقد، بلکه به صورت موجد پرداخت کرده و حال که خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن مطرح است، آن خسارت بدون توجه به زمان پرداخت ثمن به بایع با محاسبه قیمت روز مبیع محاسبه می‌شود. آیا مبنای انصاف و عدالت فقط از جانب خریدار باید ملحوظ شود؟ و چرا این مبنا از بایع فضولی حتی در فرض جاهل به مستحق‌لغیربودن، حمایت به عمل نمی‌آورد؟

۲.۲.۲. نتایج نامطلوب رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ در فرض تعاقب ایادی

منصفانه نبودن حکم مندرج در رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ دیوان عالی کشور در فرض تعاقب ایادی و به‌ویژه در فرض جهل فضول به مستحق‌لغیربودن مورد معامله نمود می‌یابد. دو مثال بارز ذیل این نتیجه نامطلوب را هویدا می‌کند.

۱- تصور کنید که در ضمن عقد بیعی، شرط شده باشد که در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین‌شده،

^۱ موسوی، پیشین، ص ۴۲۸.

^۲ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹، ص ۴۵۷؛ مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق مدنی جلد ۴ (عقود معین)*، تهران: پایدار، ۱۳۸۲، ص ۸۱؛ یوسف‌زاده، مرتضی، *حقوق مدنی ۶ (عقود معین)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۴۹.

فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد. لیکن پیش از تحقق این شرط، خریدار مال را به عمرو و عمرو آن را به زید منتقل کرده باشد. در این حالت، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ از ناحیه فروشنده نخست، به موجب حکم صریح رأی وحدت رویه ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۰/۳/۴، مبیع باید به فروشنده مسترد شود و عدم اطلاع خریداران از شرط مذکور در متن قرارداد، منجر به بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک نسبت به عین مال نخواهد شد. در این حالت تصور کنید که پس از استرداد عین از ناحیه فروشنده نخست و بطلان سایر انتقالات صورت گرفته، زید من باب جبران خسارت از باب ضمان درک به عمرو مراجعه کند؛ در این حالت به حکم صریح رأی وحدت رویه ۸۱۱، عمرو باید قیمت روز مبیع را به زید پرداخت کند؛ در حالی که هیچ‌گونه تقصیری متوجه عمرو در مستحق‌الغیر بودن مبیع نخواهد بود و آیا منصفانه است شخصی که هیچ علمی به وجود این شرط در قرارداد میان ایادی قبلی نداشته است، محکوم به پرداخت قیمت روز مبیع به خریدار شود.

وضعیت زمانی بغرنج‌تر می‌شود که با تحقق شرط فسخ و حق استرداد عین مال از سوی مالک، پیش از صدور رأی وحدت رویه ۸۱۱ دیوان عالی کشور، زید به عمرو برای استرداد ثمن و مطالبه گرامت مراجعه کرده باشد و دادگاه فقط به استرداد ثمن و خسارت تأخیر تأدیه آن حکم کرده باشد. در این حالت، چنانچه عمرو در زمان حاکمیت رأی وحدت رویه ۸۱۱ بخواهد به فروشنده مال به خود، برای استرداد ثمن و گرامت مراجعه کند، آیا فروشنده به عمرو مکلف به پرداخت قیمت روز مبیع به عمرو خواهد بود یا آنکه دادگاه باید وی را فقط به همان گرامتی محکوم کند که عمرو به زید پرداخته است و آن چیزی جز خسارت تأخیر نیست، زیرا خسارت وارد بر عمرو فقط همان گرامتی است که زید پرداخته و افزون بر آن، مستحق چیزی نیست.

۲- مثال دیگر: تصور کنید که فردی ملکی را به عمرو منتقل کند و عمرو آن را به زید و زید به امجد انتقال دهد و حکم بطلان معامله اولیه میان فروشنده و عمرو به سبب حجر فروشنده صادر می‌شود و متعاقب آن تمام نقل و انتقالات بعدی نیز باطل می‌شود. در این حالت، چنانچه پس از صدور حکم بطلان، امجد به زید برای استرداد ثمن و خسارت روز مبیع مراجعه کند، آیا منصفانه است فردی که خود جاهل به مستحق‌الغیر بودن مورد معامله بوده، به پرداخت قیمت روز مبیع محکوم شود؟

۲.۲.۳. عدم توجه به زمان آگاهی از مستحق‌الغیر بودن در محاسبه قیمت روز مورد معامله

همان‌گونه که از مفاد رأی صادره برمی‌آید، این رأی به صورت مطلق قائل به جبران کاهش ارزش پول با محاسبه قیمت روز مبیع است و در آن هیچ‌گونه توجهی به زمان آگاهی خریدار از مستحق‌الغیر بودن مورد معامله نشده است. آیا چنانچه میان تاریخ آگاهی از مستحق‌الغیر بودن مبیع و بطلان معاملات صورت گرفته و طرح دعوی حقوقی مبنی بر مطالبه گرامت، فاصله زمانی وجود داشته باشد و خریدار با ماطله و تأخیر در اقامه دعوا افزایش قیمت مبیع را به سود خود دیده و به جهت بالاتر رفتن قیمت روزانه مبیع، اقامه دعوا را به تأخیر بیندازد، در این حالت، آیا منصفانه است که قیمت روز مبیع، ملاک محاسبه خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن قرار گیرد؟ آیا انصاف و عدالت، به منظور جلوگیری از مال‌اندوزی و کسب سود خریدار، راهی دیگر را در این مورد بر نمی‌گزیند و قیمت زمان اطلاع خریدار از مستحق‌الغیر بودن یا قیمت زمان تقدیم دادخواست را ملاک عمل قرار نمی‌دهد؟ متأسفانه بی‌توجهی به فروض عملی اجرای رأی وحدت رویه، نه فقط در پاره‌ای از موارد، عدالت را محقق نمی‌کند، بلکه منجر به تحقق ظلم و بی‌عدالتی می‌شود.

۲.۲.۴. بی‌توجهی به نوسان قیمتی مبیع از فاصله زمانی تقدیم دادخواست تا اجرای حکم

از نکات قابل توجه دیگر در رأی وحدت‌رویه آن است که تعیین قیمت روز مبیع به‌عنوان شیوه جبران خسارت کاهش ارزش ثمن به دادگاه واگذار شده است؛ درحالی‌که تعیین قیمت در حکم دادگاه، نه فقط با شیوه ارزیابی قیمت مال در تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ همگون نیست، بلکه این تعیین قیمت در حکم دادگاه منجر به بی‌عدالتی در بسیاری از موارد می‌شود. به‌عنوان مثال: تصور کنید که دادگاه بدوی با پذیرش خواسته مطالبه قیمت روز مبیع، پرونده را به کارشناسی ارجاع داده و خوانده را به پرداخت قیمت روز مورد کارشناسی محکوم کرده است؛ اما خوانده از این حکم تجدیدنظرخواهی کرده و این امر منجر به اطاله دادرسی به مدت ۴ ماه شده و در این فاصله زمانی، قیمت روز مبیع افزایش یافته است. در این حالت، با توجه به آنکه محکوم‌له بدوی، خود تجدیدنظرخواه نبوده است، دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند خارج از محدوده تجدیدنظرخواهی خوانده، قیمت روز مبیع را تعیین کند و این در حالی است که قیمت مندرج در حکم با قیمت روز تفاوت فاحش دارد؛ در این حالت، آیا عدالت و انصاف در این زمینه چنین امری را می‌تواند توجیه کند؟ اگر هدف، تحقق عدالت و جبران کامل خسارت بود، باید ارزیابی قیمت به زمان اجرای حکم موکول می‌شد و اگر هدف جز این است، باید مبنای آن مشخص شود. متأسفانه دیوان عالی کشور به این امر توجه نداشته که به لحاظ عملی، اطاله دادرسی و نوسان قیمتی مبیع امری محتمل در دادرسی است.

نتیجه‌گیری

مجموع یافته‌ها در این پژوهش آشکار می‌کند که نه قاعده تسبیب و نه اصل انصاف، هیچ‌یک نمی‌تواند مبنای صدور رأی ۸۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تلقی شود و به نظر، قانون‌گذار به جای آنکه در قالب ماده قانون و با پیش‌بینی فروض متفاوت و تعیین مبنای دقیق به وضع قانون در این خصوص بپردازد، رأی را صادر کرده که نه فقط موجب وحدت رویه نشده، بلکه تشتت آرا را به همراه خواهد داشت و به نظر بدعتی ناهمگون در نظام حقوقی ایران است. حکمی که مبنای حقوقی آن مشخص نباشد، اتخاذ ملاک از آن را در موارد مشابه ناممکن می‌کند و همواره این ابهام را به همراه خواهد داشت که آیا آن حکم حکمی استثنایی است یا آنکه آن را در سایر موجبات بطلان یا انفساخ عقد می‌توان جاری دانست و جبران کاهش ارزش ثمن را با مطالبه قیمت روز مبیع در آن فروض پذیرفت؟ متأسفانه عدم ذکر مبنا برای این رأی وحدت رویه، داوری در خصوص نظریات مشورتی (مانند شماره نظریه: ۴۶۶/۱۴۰۰/۷؛ شماره پرونده: ۱۴۰۰-۷۶-۴۶۶ ح؛ تاریخ نظریه: ۱۴۰۰/۷/۷) که در سایر موارد بطلان نیز قائل به جبران کاهش ارزش ثمن هستند، دشوار ساخته است و مشخص نیست که چرا و با چه مبنایی به یک‌باره قانون‌گذار تغییر رویکرد داده و به فکر جبران کاهش ارزش ثمن در باب ضمان درک افتاده است؛ درحالی‌که مسئله مسئله نوینی نبوده و پیش از این نیز در بحث رد مال در جرایم کلاهبرداری، سرقت و... نیز بحث کاهش ارزش ثمن مطرح بوده و قانون‌گذار چنین شدت عمل نداشته و حال، رأی را وضع کرده که در آن بین عالم و جاهل در مستحق‌لغیر بودن مورد معامله تفاوت نهاده و هر دو را به یک چشم در شیوه جبران غرامت کاهش ارزش ثمن نگریسته است.

۱. تبصره ماده ۱۹ آیین دادرسی کیفری: در صورتی که حکم به پرداخت قیمت مال صادر شود، قیمت زمان اجرای حکم ملاک است.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
۳. الشریف، محمد مهدی، *منطق حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة*، ترجمه حمید مسجدسرای، قم: نشر پیام نوآور، بی تا.
۵. صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۶. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱.
۷. فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم: امیرالعلم، ۱۳۷۵.
۸. قلی پور گیلانی، مسلم، *تلخیص کتاب البیع*، قم: انتشارات قدس، ۱۳۹۲.
۹. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)*، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)*، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۱۲. مدنی، سیدجلال الدین، *حقوق مدنی، جلد ۴ (عقود معین)*، تهران: پایدار، ۱۳۸۲.
۱۳. معاونت قضایی دیوان عالی کشور در امور هیئت عمومی، *غرامت ناشی از مستحق للغير درآمدن مبیع*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۰.
۱۴. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، جلد ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۵. یزدانیان، علیرضا، *حقوق مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۱۶. یوسفزاده، مرتضی، *حقوق مدنی ۶ (عقود معین)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.

مقاله

۱۷. امیرمحمدی، محمدرضا، «غرامت ناشی از مستحق للغير درآمدن مبیع»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۳۱۵-۲۹۷.
۱۸. بادینی، حسن و محمد خاکباز، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق طرفین قرارداد در حالت تورم»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷، ۱۳۹۸، صص ۹۵-۱۱۱.
۱۹. بهادر، مرتضی و حورا راستگوی مشهور، «مسئولیت دولت در جبران زیان ناشی از کاهش ارزش پول»، *نشریه وکیل مدافع*، شماره ۱۹، ۱۳۹۸، صص ۲۰۰-۱۷۹.
۲۰. حکیمی ها، سعید، مجتبی الهیان و محمدحسین عالمی، «بررسی و تبیین ماهیت ربا، بهره و تورم از منظر فقه و حقوق»، *فقه و حقوق معاصر*، سال ۲، شماره ۳، ۱۳۹۵، صص ۱۰۲-۶۱.
۲۱. قنوتی، جلیل، جعفر رضانی و محسن برهان مجرد، «تحلیل مبانی نظری رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ در خصوص ضمان درک»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۱۶۲-۱۴۵.
۲۲. کریمی، عباس و محمد هادی جواهر کلام، «تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت ها»، *مجله دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۷، شماره ۱۷، ۱۳۹۹، صص ۲۴-۱.

۲۳. کریمی، نسرين، سيد محمد شفيعی مازندرانی و مرتضی محمدی‌راد، «نقدی بر نظریات فقهی و حقوقی لزوم یا عدم لزوم جبران کاهش ارزش پول ناشی از تورم»، فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۱۵.
۲۴. موسوی، سیدعباس، «مسئولیت بایع در پرداخت خسارت ناشی از مستحق‌الغیر درآمدن مبیع»، نشریه دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۸، صص ۴۳۲-۴۱۴.
۲۵. یعقوبی محمودآبادی، یوسف و منصور امینی، «ضمان درک در حوزه آرای قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۱، شماره ۴۲، ۱۳۹۷، صص ۱۳۳-۱۰۷.

ب) عربی

کتاب

۲۶. اصفهانی، ابوالحسن، *وسيله النجاه (مع تعالیق الامام خمینی ره)*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰.
۲۷. امام خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
۲۸. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناصره*، جلد ۱۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
۲۹. حائری، سید کاظم، *الاوراق المالیه الاعتباریه*، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹.
۳۰. الحلّی، یحیی بن سعید، *جامع للشرایع*، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵.
۳۱. خازم، الشیخ علی، *مدخل إلى علم الفقه عند المسلمین الشیعیه*، بیروت: دارالغربه للطباعه والنشر والتوزیع، ۱۴۱۳.
۳۲. خوبی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰.
۳۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.
۳۴. محمدعلی‌القرنی بن عبید، *بیع‌الدین و سندات القرض و بدائلها الشرعیه فی مجال القطاع العام والخاص*، منظمه-المؤتمر الاسلامی، بحرین: مجمع الفقه الاسلامی، ۱۴۱۹.

References

Books

1. Al-Helli, Yahya ebn Saeed, *Aljamie Lilsharayie*, Qom: Sayyed Al-Shohada, 1984. (in Arabic)
2. Allameh Helli, Hassan ebn e Yousef, *Ghavaed al-ahkam*, Volume 2, Qom: Islamic Publications Office, 1992. (in Arabic)
3. Al-Sharif, Mohammad Mehdi, *The Logic of Law*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2016. (in Persian)
4. Amid, Hassan, *Amid Dictionary*, Tehran: Amir-Kabir, 1992. (in Persian)
5. Bahrani, Yousef, *Al-hadaeigh Al-nazere*, Volume 18, Qom: Islamic Publications Office, without date. (in Arabic)
6. Emami, Sayyed Hassan, *Civil liability*, Volume 1, Tehran: Islamieh, 2000. (in Persian)
7. Esfahani, Abolhassan, *Vasilato Al-Najah (with Taaligh Al-emem Khomeini)*, Qom: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 2001. (in Arabic)
8. Fazel Lankarani, Mohammad, *Jame Al-Masael*, Qom: Amir Al-Elm, 1996. (in Persian)
9. Gholi-Pour Gilani, Moslem, *Talkhis ketab Al-Bei'*, Tehran: Ghods Press, 2013. (in Persian)

10. Hae'ri, Sayyed Kazem, *Al-Uraq Malieh al-Etebariya*, Astan Quds Razavi Islamic Research Foundation, 1990. (in Arabic)
11. Ja'fari langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2003. (in Persian)
12. Katouzian, Nasser, *Extra Contractual Obligations (Civil Liability)*, Volume 1, Tehran: University of Tehran Press, 2011. (in Persian)
13. Katouzian, Nasser, *Philosophy of law*, Volume 2, Tehran: Sahami Enteshar Company, 1998. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser, *Preliminary Course of Civil law (Property and ownership)*, Tehran: Mizan, 2021. (in Persian)
15. Khazem, Al-Sheikh Ali, *An introduction to the science of jurisprudence among Shiite Muslims*, Beirut: Dar Al-Gharba, printing and distribution, 1992. (in Arabic)
16. Khomeini, Rouhollah, *Tahrir al-Wasila*, Volume 1, Tehran: Dar Al. elm Press Institute, Without date. (in Arabic)
17. Khouei, Abolghasem, *Minhaj al-Salehin*, Volume 2, Qom: Madine Al-Elm, 1989. (in Arabic)
18. Madani, sayyed Jalal Al-din, *Civil law*, Volume 4 (Certain contracts), Tehran: Paydar, 2003. (in Persian)
19. Makarem Shirazi, Nasser, *New Polls*, Volume 2, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School, 2006. (in Persian)
20. Mohammad Ali, Al-Qura Bin Eid, *Bei al-din va sanadat al-gharz va badaeloha al-shareye fi Magal al-gheta al-am va Al-khas*, Organization of the Islamic Conference, Bahrain: Islamic Jurisprudence Academy, 1998. (in Arabic)
21. Safaei, Sayyed Hossein and Habibollah Rahimi, *Civil Liability (Non- Contractual Obligations)*, Tehran: Samt, 2019. (in Persian)
22. Shahid Sani, Zein Al-din ebn Ali, *Al- Roze al-bahiye fi Sharh Lomme Al-Dameshghiye*, Translated by: Hamid Masjed Soraei, Qom: Innovative Message, without date. (in Persian)
23. The judicial deputy of the Supreme Court of the country in the public administration, *The Compensation of Belonging the Object of Sail to Others*, Tehran: Judiciary Press and Publishing Center, 2021. (in Persian)
24. Yazdanian. Alireza, *Civil law (General Principles of Civil liability)*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2007. (in Persian)
25. Yusef-Zadeh, Morteza, *Civil law 6 (Certain contracts)*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2013. (in Persian)

Articles

26. Amir-Mohammadi, Mohammadreza, "A point view about the compensation of belonging the object of sail to others", *Private law Journal*, Volume 13, Issue 2, 2016. (in Persian)
27. Badini, Hassan and Mohammad Khak-Baz, "A study of methods for balancing parties rights in inflating", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 83, Issue 107, 2019. (in Persian)
28. Bahadur, Mortza and Hoora Rastgouy Mashhour, "The government's responsibility in compensating for the loss caused by the devaluation of the currency", *Lawyer Magazine*, Issue 19, 2018. (in Persian)

29. Ghanavati, Jalil, Ja'far Ramezani and Mohsen Borhan Mojarad, "Analysis of the Theoretical Bases of the Supreme Court Decision as a Unified Judicial Precedent No. 733", *Jurisprudence and the Fundaments of Islamic Law*, Volume 52, Issue 1, 2019. (in Persian)
30. Hakimi-ha, Saeed, Mojtaba Elahian and Mohammad Hossein Alami, "Investigating and explaining the nature of riba, interest and inflation from the point of view of jurisprudence and law", *contemporary jurisprudence and law*, 2 (3), 2016. (in Persian)
31. Karimi, Abbas and Mohammad Mehdi Javaher kalam, "Analysis of the judicial precedent of Supreme Court No. 733; Emphasizing the nature of money and the distinction of depreciation, delayed compensation and damage caused by rising prices", *Encyclopedia of Economic Law Journal*, Volume 27, Issue 17, 2020. (in Persian)
32. Karimi, Nasrin, Sayyed Mohammad Shafi'ei Mazandarani and Morteza Mohammadi Rad, "A critique on legal and jurisprudential theories of the necessity or non-necessity of compensating for the decrease in the value of money due to inflation", *Journal of Jurisprudential and Philosophical Studies*, Volume 11, Issue 41, 2020. (in Persian)
33. Mousavi, Sayyed Abbas, "The responsibility of the seller to compensate the buyer in case of belonging the sale object to a third party", *Journal of legal encyclopedias*, Volume 2, Issue 4, 2019. (in Persian)
34. Ya'ghoubi Mahmoud-Abadi, Yousef and Mansour Amini, "Zaman-Darak in the Field of Judicial Opinions", *International Legal Search Quarterly*, Volume 11, Issue 42, 2018. (in Persian)



Legal Research
Volume 27, Issue 107, 2024

Table of Contents

Strict Liability in Indian Legal System: Historical Considerations, Theoretical Foundations	1
<i>Sohrab Seifi, Mahdi Meyhamy, Hossein Mehrpour</i>	
Punitiveness of the Avengers of Blood Based on Conditions and Circumstances Surrounding Premeditated Murder (Case Study of Premeditated Murder Cases in Tehran Province)	19
<i>Shaghayegh Akbari, Ghasem Ghasemi, Nasrin Mehra, Mohammad Ali Mahdavi Sabet</i>	
Differential Sentencing of Children and Adolescents in the Notion of "Right to Rehabilitation"	41
<i>Mohammad Reza Adalatkhah, Akbar Varvai, Mohammad Javad Jafari</i>	
Regulation of Freedom of Speech in Cyberspace: A Comparative Study in United States, European Union and Iranian Law	61
<i>Mohammad Hossein Zarei, Saeedeh Mazinianian</i>	
The Theory of "Corporate Governance of Labor and Capital" in the Law of Iranian Commercial Companies	85
<i>Mostafa Kooshki, Hasan Badini</i>	
The Concept of Administrative Act and Its Judicial Interpretation in the Decision of (Vote No. 1452-2/9/1394 of the 10th Branch) Court of Administrative Justice Branch	103
<i>Seyed Mojib Dianat, Kourosh Ostovarsangari, Seyed Mojtaba Vaezi</i>	
Cyber Operations in Territorial Sea and the High Seas in the Light of Tallinn Manual 2.0.....	121
<i>Shahram Zarneshan, Mousa Karami, Reyhaneh Zandi</i>	
Exit Agreements Affecting the Transfer of Shares to Third Parties in Venture Capital	139
<i>Mohammad Soltani, Amirhossein Javan Molaei</i>	
Comparative Study of the Role and Function of Cabinet Offices in Different Countries.....	157
<i>Ali Khajeh Naieni, Meisam Narimani, Amir Lotfi, Mohammad Sahebkar Khorasani</i>	
Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations	179
<i>Esmat Golshani, Seyed Mahdi Hosseini Modarres</i>	
Challenges of Applying the Principle of Limitation of Liability in Marine Pollution Lawsuits	201
<i>Fariborz Safari</i>	
Dispute Resolution in Smart Contracts Considering Their Self-Executing Feature	219
<i>Sahar Karimi, Yeganeh Sadat Mirhosseini</i>	
Research on Suitable Legal Framework to Protect Culinary and Recipes under the Intellectual Property Law	237
<i>Amid Mohammadi</i>	
Critical Analysis of the Basis of Unanimous Decision 811 of the General Board of the Supreme Court.....	255
<i>Mahdiye Sadeghiyan, Ali Ziaoleslami, Mehdi Sadeghirad</i>	

Legal Research

Volume 27, Issue 107, 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

- ▶ **Strict Liability in Indian Legal System: Historical Considerations, Theoretical Foundations**
Sohrab Seifi, Mahdi Meyhamy, Hossein Mehrpour
- ▶ **Punitiveness of the Avengers of Blood Based on Conditions and Circumstances Surrounding Premeditated Murder (Case Study of Premeditated Murder Cases in Tehran Province)**
Shaghayegh Akbari, Ghasem Ghasemi, Nasrin Mehra, Mohammad Ali Mahdavi Sabet
- ▶ **Differential Sentencing of Children and Adolescents in the Notion of "Right to Rehabilitation"**
Mohammad Reza Adalatkhah, Akbar Varvai, Mohammad Javad Jafari
- ▶ **Regulation of Freedom of Speech in Cyberspace: A Comparative Study in United States, European Union and Iranian Law**
Mohammad Hossein Zarei, Saeedeh Mazinanian
- ▶ **The Theory of "Corporate Governance of Labor and Capital" in the Law of Iranian Commercial Companies**
Mostafa Kooshki, Hasan Badini
- ▶ **The Concept of Administrative Act and Its Judicial Interpretation in the Decision of (Vote No. 1452-2/9/1394 of the 10th Branch) Court of Administrative Justice Branch**
Seyed Mojib Dianat, Kourosh Ostovarsangari, Seyed Mojtaba Vaezi
- ▶ **Cyber Operations in Territorial Sea and the High Seas in the Light of Tallinn Manual 2.0**
Shahram Zarneshan, Mousa Karami, Reyhaneh Zandi
- ▶ **Exit Agreements Affecting the Transfer of Shares to Third Parties in Venture Capital**
Mohammad Soltani, Amirhossein Javan Molaei
- ▶ **Comparative Study of the Role and Function of Cabinet Offices in Different Countries**
Ali Khajeh Naieni, Meisam Narimani, Amir Lotfi, Mohammad Sahebkar Khorasani
- ▶ **Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations**
Esmat Golshani, Seyed Mahdi Hosseini Modarres
- ▶ **Challenges of Applying the Principle of Limitation of Liability in Marine Pollution Lawsuits**
Fariborz Safari
- ▶ **Dispute Resolution in Smart Contracts Considering Their Self-Executing Feature**
Sahar Karimi, Yegane Sadat Mirhosseini
- ▶ **Research on Suitable Legal Framework to Protect Culinary and Recipes under the Intellectual Property Law**
Amid Mohammadi
- ▶ **Critical Analysis of the Basis of Unanimous Decision 811 of the General Board of the Supreme Court**
Mahdiye Sadeghiyan, Ali Ziaoleslami, Mehdi Sadeghirad