

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض به مثابه یکی از انواع مسئولیت غیرمستقیم در نقض کپی رایت
گودرز افتخار جهرمی، احسان جعفرخانی
- ◀ نقش حقوق تطبیقی در تصویب قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴: مطالعه موردی اطلاعات نهانی
حمیدرضا نیکبخت فیینی، فرهاد پیری
- ◀ جایگاه حقوق بین الملل عرفی در تفسیر معاهدات
محمود حجاز، سید قاسم زمانی
- ◀ تبیین نظام ترهین کشتی در حال ساخت در حقوق ایران و انگلیس
عباس قاسمی حامد، حیدر خلیل زاده
- ◀ سیاست جنایی تقنینی مقابله با خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین المللی
امیر وطنی، فرید محسنی، زهرا سادات غمامی
- ◀ ارزیابی اولیه بی طرفانه ثمره دعوا: شیوه‌ای نوین و کاربردی در حل و فصل غیر قضایی اختلافات
مریم داراب پور، مهرباب داراب پور، نوید رهبر، مجتبی اصغریان
- ◀ میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری
امیرحسین نیازپور
- ◀ تکامل سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز در معاهدات زیست محیطی در پرتو عملکرد کنفرانس اعضا
زهرا محمودی کردی، سید سجاد حسینی دامیری
- ◀ اصول اساسی حقوق قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا)
فاطمه فرهان فر، جلیل قنواتی
- ◀ ارث طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه
غفور خوئینی، فائزه آخوندی
- ◀ اشتغال پایدار زندانیان، رویکردی جدید در رونق تولید
فتاحه تیموری، محمود اشرافی، مسعود حیدری
- ◀ دکترین دادگاه نامناسب و توسعه آن در حقوق پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا
محمد مجد کابری، اعظم انصاری، رضا معبودی نیشابوری
- ◀ مطالعه تطبیقی تأسیس آموذمان حقوق بشر با نگاهی به ضرورت ایجاد «نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در نظام
حقوقی جمهوری اسلامی ایران
- ◀ هادی صالحی، سید حسین شریفی، دنیا سنجابی بروجنی
- ◀ جلوه‌های کشف افتراقی جرم قاچاق کالا و ارز
ابوالفضل مزدهی پور، علیرضا میلانی، احمد رمضانی
- ◀ پارادایم رفتاری شورای امنیت در مقابله با تروریسم در بستر ماده ۵۱ منشور؛ از القاعده تا داعش
حمیدرضا اکبرپور، شهاب شریفی، الماس اسلامی

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 ۴۱، شماره ۱۱۰، تابستان ۱۴۰۴



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)

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

محمود باقری (دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

فرانسیسکا بتیو (استاد اقتصاد، دانشگاه سیهنا، ایتالیا)

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

سید جمال سیفی (دانشیار حقوق بین‌الملل، دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، لاهه، هلند)

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

عبدالحسین شیروی خوزانی (استاد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، قم، ایران)

عباس شیرى ورنامخواستى (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

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

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

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

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

صفحه‌آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: بهاره عرب، 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. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
۶. 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 به اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

- **صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی**
 - عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
 - رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
 - چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
 - حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
- **صفحه سوم: مقدمه**
 - در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.
- **صفحات بعدی: بدنه مقاله**
 - عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
 - یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد.
 - ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- **صفحه آخر: فهرست منابع**
 - منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
 - کلیه منابعی که به زبانی غیر از انگلیسی هستند باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شوند.

کتاب فارسی:

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

کتاب انگلیسی:

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

مقاله فارسی:

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

مقاله انگلیسی:

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

پایان نامه و رساله فارسی:

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

پایان نامه و رساله انگلیسی:

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

مثال:

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

منبع الکترونیک:

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

مثال:

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

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



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۱، شماره ۱۱۰، تابستان ۱۴۰۴

فهرست مطالب این شماره

- مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض به مثابه یکی از انواع مسئولیت غیرمستقیم در نقض کپی‌رایت ۱
گودرز افتخار جهرمی، احسان جعفرخانی
- نقش حقوق تطبیقی در تصویب قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴: مطالعه موردی اطلاعات نهانی ۱۹
حمیدرضا نیک‌بخت فینی، فرهاد پیری
- جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات ۳۵
محمود حجار، سید قاسم زمانی
- تبیین نظام ترهین کشتی در حال ساخت در حقوق ایران و انگلیس ۵۵
عباس قاسمی حامد، حیدر خلیل زاده
- سیاست جنایی تقنینی مقابله با خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین‌المللی ۷۷
امیر وطنی، فرید محسنی، زهرا سادات غمامی
- ارزیابی اولیه بی‌طرفانه ثمره دعوا: شیوه‌ای نوین و کاربردی در حل‌وفصل غیر قضایی اختلافات ۹۷
مریم داراب پور، مهراب داراب پور، نوید رهبر، مجتبی اصغریان
- میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری ۱۱۷
امیرحسن نیازپور
- تکامل سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز در معاهدات زیست محیطی در پرتو عملکرد کنفرانس اعضا ۱۳۷
زهرا محمودی کردی، سید سجاد حسینی دامیری
- اصول اساسی حقوق قراردادهای نظام حقوقی کامن‌لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا) ۱۵۷
فاطمه فرهان فر، جلیل فتواتی
- ارث طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه ۱۸۱
غفور خوئینی، فائزه آخوندی
- اشتغال پایدار زندانیان، رویکردی جدید در رونق تولید ۲۰۱
فتاحه تیموری، محمود اشراقی، مسعود حیدری
- دکترین دادگاه نامناسب و توسعه آن در حقوق پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا ۲۲۱
محمد مجد کابری، اعظم انصاری، رضا معبودی نیشابوری
- مطالعه تطبیقی تأسیس آمبودزمان حقوق بشر با نگاهی به ضرورت ایجاد «نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ۲۴۳
هادی صالحی، سید حسین شریفی، دنیا سنجایی بروجنی
- جلوه‌های کشف افتراقی جرم قاچاق کالا و ارز ۲۶۳
ابوالفضل مژده‌پور، علیرضا میلانی، احمد رضانی
- پارادایم رفتاری شورای امنیت در مقابله با تروریسم در بستر ماده ۵۱ منشور: از القاعده تا داعش ۲۸۱
حمیدرضا اکبرپور، شهاب شریفی، الماس اسلامی



Original Article

Contributory Infringement as an Indirect Liability in Copyright Law

Goudarz Eftekhari Jahromi¹, Ehsan Jafarkhani²

ABSTRACT

The advancement of industry and technology has been an inevitable and often desirable aspect of human history, enhancing human welfare and power, and becoming a central goal for many. Government and corporate policies have also focused on expanding technology. However, these advancements can create opportunities for misuse, endangering individuals' rights, including copyright. Modern technologies have facilitated the creation of copyrighted works but have also made their infringement easier. Opportunists exploit technology to enable widespread copyright infringement without directly violating it, rendering legal protections for copyright ineffective, as rights holders often cannot identify infringements or pursue claims against numerous infringers. Since halting technological progress is neither feasible nor desirable, a new approach to copyright law is needed to ensure its enforcement by establishing clear liabilities for those facilitating infringement. In this article, our goal is to examine in detail one of the types of indirect liability that has been identified for facilitators of copyright infringement, through a comparative study of the judicial practice of the United States of America, and also to examine the possibility of identifying this type of liability in the Iranian legal system. The United States was chosen for this comparative study due to its significant industrial and technological advancements, its status as a hub for major investments, and its capitalist system with strong copyright protections. The U.S federal courts, relying on common law without needing new legislation, have recognized three types of indirect liability in copyright infringement and clarified their dimensions in various rulings. In this article, key federal courts decisions on contributory infringement are studied aiming to analyze its aspects based on external conditions of each aforementioned claims through primary sources, elucidating U.S. judicial precedent for readers. Additionally, inspired by the U.S. judges' reliance on common law, this article references Islamic (Imami) jurisprudential principles and Iranian civil liability doctrines that accept indirect liability in specific cases, aiming to explore the potential for recognizing such liability in Iran's literary and artistic property law through unity criterion. In the U.S. copyright system, three types of indirect liability are recognized: vicarious liability, liability for inducing infringement, and contributory infringement, each with distinct bases but sharing the common feature of holding someone other than the direct infringer liable. This article focuses solely on contributory infringement, outlining its conditions and characteristics. The key judicial definition of contributory infringement – which the courts have identified all the elements of this liability based on that definition– is: "One who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a "contributory" infringer." According to this definition, there must be two basic elements to identify liability: (1) knowledge of the infringement and (2) material contribution to it. Regarding the element of knowledge, it can be stated that explicit and actual knowledge

How to Cite: Eftekhari Jahromi, Goudarz, Jafarkhani, Ehsan, "Contributory Infringement as an Indirect Liability in Copyright Law", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp: 1-18.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.225868.2101>

Received: 07/06/2022-Accepted: 06/09/2022

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

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

Corresponding Author Email: e.jafarkhani@sbu.ac.ir



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

of specific cases of infringement will certainly be recognized as the element of knowledge in imposing this type of liability, and also if the external conditions of the dispute are such that any reasonable person can achieve a typical knowledge of the infringement cases, this typical and conventional knowledge will also be sufficient to impose liability. Regarding the element of effective participation and cooperation, it should also be noted that courts have usually not addressed the causal relationship in examining this element and have considered a form of extensive facilitation of the violation as the realization of this element. In Iranian law, rooted in Imami jurisprudence in many aspects of civil liability, the principle is personal liability, and one cannot generally be held responsible for another's damage, as affirmed by rules like the "Vezr Rule". However, in both jurisprudence and statutory law there are cases where the sacred shariah or legislator has recognized indirect liability based on wisdom or expediency, such as the liability of the Aqila, public treasury, guardians, or employers, which in these cases have acted contrary to the principle of personal liability. What is of great importance in this text is that in contributory infringement liability, there is a form of participation accompanied by knowledge of the indirect infringer, and thus, it may be simpler to recognize this type of liability through the principles of direct causation and contributory causation. Given that there is no definitive religious or legal prohibition against recognizing indirect liability in Iran's legal system, and considering that in certain cases, both the Sharia and the legislature have deviated from this principle, in the copyright legal system, if the goal is to truly protect copyright, this type of liability can be recognized: Because the absence of such liability would effectively render copyright protection meaningless. To delineate the scope of this liability, one can undoubtedly draw on the principles underlying other forms of indirect liability, as well as the concepts of direct causation (Mubasharat) and contributory causation (Tasbib), while also leveraging U.S. judicial precedent, to define the extent of this liability with specific limitations.

KeyWords: Copyright, Indirect Liability, Contributory Infringement.



مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض به مثابه یکی از انواع مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت

گودرز افتخار جهرمی^۱، احسان جعفرخانی^۲

چکیده

با توجه به آنکه فناوری‌های متعدد به گونه‌ای طراحی شده‌اند که نقض کی‌رایت را در سطحی وسیع ممکن می‌سازند، به این معنا که خود آنها به‌طور مستقیم مبادرت به نقض کی‌رایت نمی‌کنند، اما نقض کی‌رایت برای ناقضان مستقیم را در سطحی وسیع تسهیل می‌سازند. نظام‌های حقوقی دنیا به این سمت پیش رفته‌اند که انواعی از مسئولیت غیرمستقیم را در کنار مسئولیت مستقیم ناشی از نقض کی‌رایت مورد شناسایی قرار دهند. نظام حقوقی آمریکا که سردمدار اصلی در این زمینه است، مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض را تحت شرایطی خاص پیش‌بینی کرده است که استفاده از ارکان آن در کنار پذیرش ضرورت شناسایی مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت می‌تواند برای سایر نظام‌های حقوقی راهگشا باشد. در نظام حقوقی ایران، با توجه به آنکه منع شرعی یا قانونی در پذیرش مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت وجود ندارد، می‌توان با استفاده از مبانی موجود، ارکان پیش‌بینی‌شده در مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض را برای تعیین دامنه مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت مورد استفاده قرار داد.

کلید واژگان: کی‌رایت، مسئولیت غیرمستقیم، مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض.

استناد به این مقاله: افتخار جهرمی، گودرز، جعفرخانی، احسان، «مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض به مثابه یکی از انواع مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۱-۱۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.225868.2101>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۵

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: e.jafarkhani@sbu.ac.ir



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

مقدمه

پیشرفت فناوری و استفاده روزافزون بشر از فضای مجازی، به ترتیبی که می‌توان مدعی شد امروزه کمتر کسی را در دنیا می‌توان یافت که بخش عمده‌ای از نیازهای خود را از طریق اینترنت و فناوری‌های مختلف برآورده نکند، سبب شده است صاحب‌نظران عرصه کپی‌رایت، تلقی خود از مفهوم نقض کپی‌رایت را هم‌گام با تحولات دنیای خارج، متحول کنند. یکی از تحولات مهم در مفهوم‌شناسی نقض کپی‌رایت که از قضا در برخی از کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا دارای سابقه نسبتاً طولانی است، شناسایی مسئولیت برای آن دسته از اشخاص است که اگرچه به‌طور مستقیم در نقض دخالت نداشته‌اند، در سطحی وسیع و از طریق و سایل مختلف نقض را تسهیل کرده‌اند.

عدم شناسایی مسئولیت حقوقی برای اشخاص مذکور می‌تواند به جایی منجر شود که اساساً حمایت از کپی‌رایت مفهوم خود را از دست بدهد؛ چراکه از طریق نمایشگاه‌های بزرگ یا فناوری‌های سخت‌افزاری یا اینترنت این قابلیت وجود دارد که در یک چشم‌به‌هم‌زدن نقض‌های متعدد واقع شود، بدون اینکه دارنده کپی‌رایت قادر باشد ناقضان را تحت تعقیب قرار دهد و خسارت خود را جبران کند یا حتی اگر از طریق فناوری‌های دیگر امکان شناسایی ناقضان مستقیم فراهم شود، بازهم تعقیب خیل زیادی از اشخاص ناقض، مستلزم صرف زمان و هزینه‌های گزاف است. وجود چنین دشواری‌هایی می‌تواند دارنده کپی‌رایت را به سمت خودداری از طرح دعوا رهنمون کند و در عمل حمایت کپی‌رایت در این زمینه‌ها منتفی شود و ناقضان بدون کوچک‌ترین واهمه و با صرف کمترین هزینه به مهم‌ترین و گران‌ترین آثار کپی‌رایتی دسترسی یابند.

مشکلات مذکور صاحب‌نظران عرصه کپی‌رایت را در کشورهایی که حقوق کپی‌رایت در آنها جایگاه پراهمیتی دارد، به چاره‌اندیشی واداشت و نظریه‌پردازان و دادگاه‌ها نوعی مسئولیت غیرمستقیم را شناسایی کردند تا از طریق آن فناوری‌ها، نمایشگاه‌ها، نرم‌افزارها و سایت‌هایی که نقض کپی‌رایت را تسهیل می‌کنند، مسئول جبران خسارت دارندگان کپی‌رایت قلمداد شوند.

نویسندگان ایالات متحده آمریکا- که در نوشته حاضر مبنای مطالعه تطبیقی است و می‌توان مدعی شد که در زمینه مورد بحث با توجه به ظرفیت‌های گسترده‌ای که در زمینه فیلم، موسیقی و کتاب از یک سو و فناوری‌های پیشرفته و سایت‌ها و شبکه‌های اجتماعی گسترده از سوی دیگر دارد، سردمدار و پیشرو تلقی می‌شود- در پاسخ به سؤالات فوق رویه‌های سابق را در دیگر زمینه‌های حقوق نصب‌العین خود قرار دادند تا از رهگذر آن بتوانند به پاسخی دقیق و موشکافانه و درعین حال منطبق با خط‌مشی‌های بنیادین نظام کپی‌رایت دست یابند.

در این مسیر، نویسندگان آمریکایی توانستند با دقت هرچه تمام‌تر سه نوع مسئولیت را مورد شناسایی قرار دهند که عبارت‌اند از: ۱. مسئولیت ناشی از فعل غیر^۱ که دارای سابقه‌ای طولانی در زمینه مسئولیت مدنی است و ریشه آن به روابط کارگر و کارفرما برمی‌گردد؛ ۲. مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض^۲ که در مسئولیت مدنی، حقوق جزا و حقوق اختراعات دارای سابقه است؛ ۳. مسئولیت ناشی از تحریک به نقض^۳ که ریشه آن به حقوق اختراعات برمی‌گردد.

در ایران عزیز نیز امروزه هجوم بی‌امان فناوری‌های نوین و پیچیده در زمینه‌های مختلف مشاهده می‌شود. این امر در کنار مزایای گسترده‌ای که دارد، دارای معایبی چند نیز است. از جمله معایب مرتبط با بحث ما این است که در کشوری که هنوز حمایت از کپی‌رایت نهادینه نشده است و صرفاً از طریق قانون و قوای حاکمه بعضاً الزاماتی وضع شده اما آثار آن را نمی‌توان به‌طور مشهود در جامعه دید، حمایت از کپی‌رایت با مشکلاتی دوچندان روبه‌رو است؛ زیرا نه فقط الزامات

^۱. Vicarious Liability

^۲. Contributory Infringement

^۳. Inducement

قانونی و عملی کافی وجود ندارد، بلکه بسیاری از اشخاص جامعه معتقد به هیچ‌گونه قبح اخلاقی نیز درخصوص نقض کپی‌رایت نیستند. چنین امری موجب خواهد شد که بسیاری از انگیزه‌های سرمایه‌گذاران عرصه ادب و هنر از بین برود و در نتیجه ما شاهد افول این بخش از فرهنگ جامعه شویم.

در این نوشته با توجه به محدودیتی که درخصوص حجم کار وجود دارد، پیش‌فرض ما این است که شناسایی مسئولیت غیرمستقیم درخصوص نقض کپی‌رایت با توجه به مسائل اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی متعدد امری ضروری است. لذا هدف از نوشته حاضر این است که اولاً توصیفی دقیق و مختصر از مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض مطابق با رویه قضایی آمریکا ارائه شود و ثانیاً امکان‌سنجی استفاده از این نوع مسئولیت در نظام حقوقی ایران و دامنه آن مورد اشاره قرار گیرد. از این‌رو سؤال مهمی که نوشته حاضر با آن روبه‌رو است، اینکه از کدام‌یک از ظرفیت‌های حقوقی در زمینه مسئولیت مدنی می‌توان برای شناسایی مسئولیت غیرمستقیم در زمینه کپی‌رایت استفاده کرد؟ به بیان دیگر، از چه مبانی و معیارهایی در شناسایی مسئولیت غیرمستقیم در نقض کپی‌رایت می‌توان بهره‌مند شد؟

۱. مفهوم مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض

این نوع از مسئولیت ریشه در حقوق مسئولیت مدنی کامن‌لا دارد و مسئولیتی مبتنی بر تقصیر به‌شمار می‌رود. براساس این رویه، یک شخص می‌تواند برای خسارات ایجادشده از سوی شخص دیگر مسئول شناخته شود، اگر با علم به زیان‌بار بودن فعل، به مرتکب مساعدت یا او را تشویق کرده باشد.^۱ در حقوق کپی‌رایت این نوع از مسئولیت دارای سابقه‌ای دیرینه است. برای مثال در سال ۱۹۱۱، دادگاه عالی آمریکا در دعوی،^۲ که یکی از مشهورترین پرونده‌های مربوط به مساعدت در نقض در سال‌های دور است، مبادرت به صدور رأی کرد. در این دعوا دادگاه خوانده را به این استدلال که نه‌تنها نقض را انتظار داشته، بلکه از طریق تبلیغات بر آن اتکا می‌کرده است، به‌عنوان مساعدت‌کننده در نقض مسئول شناخت.^۳ باین‌حال، آنچه مبنای تعریف این نوع از مسئولیت در رویه قضایی قرار گرفته است، رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر در دعوای گرشوین^۴ است. در سال ۱۹۷۱ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر تا حدود زیادی دامنه و ارکان این نوع از مسئولیت را تعیین کرد. دادگاه مذکور در رأی خود بیان داشت: «هر کس با علم به رفتار ناقضانه، رفتار ناقض دیگری را تهییج نموده، مسبب بوده باشد یا به‌طور مؤثر در آن مشارکت نماید (درگیر شود)، می‌تواند به‌عنوان مساعدت‌کننده در نقض شناخته شود.»^۵

۲. ارکان مسئولیت غیرمستقیم ناشی از مساعدت در نقض

بر اساس تعریف فوق‌الذکر از این نوع مسئولیت در دعوای گرشوین، که تمامی دادگاه‌ها نیز از آن تبعیت کرده‌اند، مساعدت در نقض دارای دو رکن است: الف) علم خوانده نسبت به رفتار ناقض، ب) مشارکت و همکاری مؤثر در ارتکاب نقض از سوی خوانده که در ادامه این دو رکن را با تکیه بر آرا دادگاه‌های این کشور مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

^۱ Heymann, Laura A. "Knowing How to Know: Secondary Liability for Speech in Copyright Law", *Wake Forest Law Review*, Volume 55, 2020, PP 340, 341.

^۲ Kalem Co. v. Harper Brothers, 222 US 55 – Supreme Court, 1911.

^۳ Ibid, at 62; Dailey Holt, Kathryn, "Grokster and Beyond: Secondary Liability for Copyright Infringement During Live Musical Performances", *Journal of Intellectual Property Law*, Volume 19, Issue 1, 2011, PP 173, 183.

^۴ Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Man., Inc., 443 F. 2d 1159, 1162 – Court of Appeals 2nd Circuit, 1971.

^۵ Ibid, at 1162.

۲.۱. علم خواننده

پس از دعوای گرشوین، تمامی دادگاه‌ها و نظریه‌پردازان برای ایجاد مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض در حقوق کپی رایت، وجود علم خواننده نسبت به نقض یا رفتار ناقض را ضروری می‌دانند. اما در این خصوص که چه چیزی چنین علمی را به وجود خواهد آورد، اختلاف وجود دارد. به عبارت دیگر، برخی دادگاه‌ها علم خاص (شخصی) نسبت به موارد نقض را ضروری می‌دانند و برخی دیگر دانش متعارف (نوعی) را برای اقناع شرط علم کافی می‌دانند.^۱ همچنین در خصوص برخی موضوعات دیگر از قبیل زمان حصول علم و عدم آگاهی عمدی مباحثی وجود دارد که ذیلاً مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

در آوریل ۱۹۷۰، دادگاه بخش جنوبی نیویورک در یک دادرسی اختصاری دعوای بدوی گرشوین را مورد بررسی قرار داد و با این استدلال که خواننده نقض کپی رایت را از طریق سازمان‌دهی کردن، نظارت و کنترل کنسرت، موجب شده است، به‌طور کلی و بدون تعیین نوع مسئولیت، مسئول شناخت.^۲ در تجدیدنظر شعبه دوم با بیان تعریفی که پیش از این بیان شد و با توجه به اینکه خواننده نسبت به موارد نقض مستقیم علم داشته است، رأی دادگاه بدوی را تأیید کرد.^۳ در این دعوا با توجه به اینکه به رأی اسکرین جمز^۴ - که دانش نوعی را نیز مورد پذیرش قرار داده بود - استناد شد، به نظر می‌رسد آنچه از نظر دادگاه در خصوص شرط علم ضروری است، دانش نوعی است به عبارت دیگر خواننده باید نسبت به موارد نقض نوعی آگاهی متعارف داشته باشد؛ اما از آنجا که در همان مرحله بدوی ناقضانه بودن اجزای صورت گرفته در کنسرت مورد پذیرش خواننده بود،^۵ بررسی چنین امری بیهوده می‌نمود.

در دعوای فونویسا، با توجه به اینکه قبل از اقامه دعوا در کهنه‌بازار خواننده، حدود ۳۸۰۰۰ نوار تقلبی ضبط شده و ۱۲ وسیله توقیف شده و ۲۷ نفر بازداشت شده بودند و این امر علاوه بر خوانندگان حتی به اطلاع عموم نیز رسیده بود و همچنین دو سال بعد از این بازداشت‌ها بازرسان مجدداً فروش‌های ناقضانه را مشاهده کرده و این امر را گزارش کرده بودند،^۶ دادگاه تجدیدنظر بدون هیچ‌گونه اختلافی متقاعد شد که خواننده نسبت به موارد نقض علم داشته و چنین علمی برای تحمیل مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض کافی است.^۷

در دعوای نیستر دادگاه بدوی وجود علم نوعی و کلی را برای تحمیل این نوع از مسئولیت کافی می‌داند و بیان می‌دارد برای اقناع شرط «علم» نیازی نیست که ضرورتاً خواننده نسبت به موارد خاص نقض علم داشته باشد و در نتیجه با تکیه بر قابلیت شبکه نیستر در نقض کپی رایت، شرط علم را محقق می‌داند.^۸ اما دادگاه تجدیدنظر خود را ملزم به دو امر می‌داند: اول اینکه بین طراحی سیستم نیستر و رفتار او در ارتباط با ظرفیت عملی این سیستم تمایز قائل شود و دوم

¹. Barthomolew Mark and Patrick F. McArdle. "Causing Infringement", Vanderbilt Law Review, Volume 63, Issue 3, 2010, P 455; See also: Dailey Holt, Op. Cit., P 191.

². Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 312 F. Supp. 581, 583 - Dist. Court, SD New York, 1970.

³. Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Man., Inc., 443 F. 2d 1159, 1163 - Court of Appeals, 2nd Circuit, 1971.

⁴. Screen Gems - Columbia Music, Inc. v. Mark - Fi Records Inc., 256 F. Supp. 399 - Dist. Court, SD New York, 1966.

⁵. Gershwin, 1970, Op. Cit., at 581.

⁶. Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 847 F. Supp. 1492, 1494 - Dist. Court, ED California, 1994.

⁷. Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F. 3d 259, 264 - Court of Appeals, 9th Circuit, 1996.

به طور مشابه، دادگاه اوهایو نیز در سال ۱۹۹۷، صرف وجود دانش نوعی یا متعارف را برای تحمیل مسئولیت کافی دانست.

See Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503, 514 - Dist. Court, ND Ohio, 1997.

⁸. A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896, 918-919 - Dist. Court, ND California, 2000.

اینکه از رأی سونی^۱ تبعیت کند. در همین راستا محقق شدن رکن علم را صرفاً به این دلیل که فناوری پی‌تویی قابلیت استفاده در نقض کپی‌رایت را دارد، مردود می‌شمرد.^۲ در نهایت شعبه نهم در تعیین معیار علم در خصوص این نوع از مسئولیت به این نتیجه می‌رسد که در غیاب هرگونه علم خاص مبنی بر ارتکاب رفتار ناقض، متصدی سیستم کامپیوتری را نمی‌توان صرفاً به این دلیل که ساختار آن تبادل فایل‌های کپی‌رایتی را اجازه می‌دهد، به‌عنوان مساعدت‌کننده در نقض مسئول شناخت.^۳ به این ترتیب، دادگاه تجدیدنظر از تفسیر موسع از رکن علم انتقاد کرد و به تبعیت از رأی سونی تفسیری مضیق از «علم» ارائه داد.^۴

در دعوای سایبرنت، دادگاه برای اقناع معیار علم در این نوع از مسئولیت، وجود علم به موارد خاص نقض را ضروری دانست؛ چراکه در این دعوا دادگاه معتقد بود خوانده باید قصد نقض کپی‌رایت خواهان را داشته باشد تا بتوان او را به‌عنوان معاون و مساعدت‌کننده در نقض مسئول شناخت.^۵

در دعوای ایمستر، دادگاه بدوی در ابتدا با توجه به وجود برخی ادله مشخص خوانده را دارای علم خاص و بالفعل نسبت به نقض‌های مستقیم کاربران خود دانست. این ادله عبارت‌اند از: ۱- دارندگان کپی‌رایت در موارد متعدد موارد خاص نقض را از طریق نامه به خواندگان گوشزد کرده بودند؛ ۲- خوانده در وبسایت خود از سیستمی استفاده می‌کرد که از طریق آن کاربران می‌توانستند با استفاده از عناوین خاص کپی‌رایتی به‌عنوان یک روش آموزشی، نقض کپی‌رایت خواهان‌ها را بیاموزند؛ ۳- از طریق اتاق‌های گفت‌وگو که در وبسایت خوانده پیش‌بینی شده بود، کاربران می‌توانستند به‌سادگی از شیوه نقض کپی‌رایت آگاه شوند و ۴- خوانده از طریق راه‌اندازی سرویس کلاب ایمستر می‌توانسته است نسبت به آهنگ‌های دارای کپی‌رایت که در صدر فهرست دانلود قرار داشتند، به‌طور خاص آگاهی یابد.^۶ با وجود تمامی این ادله، خواندگان جنبه‌ای فنی از سیستم ایمستر را یادآور شدند که بر اساس آن از منظر خواندگان وجود علم بالفعل منتفی است. بر اساس این ادعا، سیستم ایمستر داده‌های ردوبدل‌شده بین کامپیوترهای کاربران را کدگذاری کرده بود؛ لذا محتویات انتقال‌ها صرفاً برای طرفین انتقال روشن بود و هیچ‌کس حتی خواندگان نمی‌توانستند در زمان انتقال از محتویات آن آگاه گردند.^۷ لذا خواهان‌ها اگرچه ممکن است به کاربران خاصی اشاره کنند که آنها فایل‌های کپی‌رایتی را در دسترس قرار داده‌اند، قادر نخواهند بود انتقال‌های مشخصی از این فایل‌های کپی‌رایتی را بین کاربران اثبات کنند. این محدودیت به این خاطر بود که ایمستر ارتباطات کاربران را کدگذاری کرده بود و بر اساس ادعای یکی از خواندگان آنها نسبت به زمان، محتویات انتقالی و طرفین انتقال علم بالفعل نداشته‌اند.^۸ این ادعای خواندگان بدوی را نسبت به عدم تحقق شرط علم متقاعد نمی‌کند. باوجود این، دادگاه در نهایت به این نتیجه می‌رسد که حتی بر فرض صحت ادعای خواندگان و فقدان علم بالفعل نسبت به موارد خاص نقض، کدگذاری مذکور خواندگان را از داشتن علم نوعی و متعارف نسبت به موارد خاص نقض مانع نمی‌شود و این درحالی است که چنین علمی برای اقناع رکن علم در مسئولیت ناشی از مساعدت

¹. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417 - Supreme Court 1984.

². A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004, 1020-1021 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2001.

³. Ibid, at 1022.

⁴. See: Andrews, Timothy K. "Control Content, not innovation: Why Hollywood Should Embrace Peer-to-Peer Technology Despite MGM v. Grokster Battle", *Law Review*, Volume 25, Issue 3, 2005.

⁵. Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1169-1170 - Dist. Court, CD California, 2002.

⁶. In re Aimster Copyright Litigation, 252 F. Supp. 2d 634, 650 - Dist. Court, ND Illinois, 2002.

⁷. Ibid, at 650.

⁸. Ibid, at 651.

در نقض کافی خواهد بود.^۱ در مرحله تجدیدنظر شعبه هفتم، این استدلال را که وجود علم نوعی و متعارف برای تحقق مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض کافی است، رد کرد، اما با وجود این، ناآگاهی را، در صورتی که ناشی از رفتار عمدانه خود شخص باشد، در حقوق کپی‌رایت همانند سایر زمینه‌های حقوق، به عنوان معیار علم در نظر گرفت. به عبارت دیگر، از آنجا که وبسایت ایمستر عمداً به گونه‌ای طراحی شده بود که خوانندگان نسبت به موارد خاص نقض علم پیدا نکنند، دادگاه خوانندگان را دارای علم نسبت به موارد نقض در نظر گرفت.^۲

در دعوی الیسون، دادگاه بدوی در خصوص رکن علم معتقد بود که خواننده باید نسبت به موارد نقض، علم خاص و بالفعل داشته باشد یا اینکه وضعیت به گونه‌ای باشد که خواننده باید دارای علم در نظر گرفته شود. خواهان در این دعوا معتقد بود، از آنجا که وکیل او برای خواننده ایمیل‌های اطلاع‌رسانی نقض را ارسال کرده است، خواننده نسبت به موارد خاص نقض علم داشته است. این در حالی است که خواننده مدعی بود هیچ گونه ایمیلی از طرف وکیل خواهان دریافت نکرده است. دادگاه نیز در بررسی این امر به این نتیجه رسید که خواننده ایمیلی از طرف وکیل خواهان دریافت نکرده و بنابراین دارای علم بالفعل نسبت به موارد خاص نقض نیست.^۳ اما از سوی دیگر، خواهان مدارکی را ارائه داد که مدعی بود بر اساس آنها خواننده باید نسبت به نقض علم می‌داشته است. مهم‌تر از همه اینکه خواننده ایمیلی را که به اداره کپی‌رایت اعلام کرده بود، بعد از مدتی تغییر داده، اما این تغییر را بدون هیچ دلیل موجهی به اداره مذکور اعلام نکرده بود؛ بنابراین ایمیل‌هایی که وکیل خواهان ارسال کرده، به یک آدرس غیرمعتبر رفته بود. به این ترتیب، دادگاه به این نتیجه رسید که اگر خواننده در چنین حالتی فاقد وصف علم تلقی شود، در موارد مشابه فراهم‌کنندگان خدمات اینترنتی تشویق خواهند شد که عمدانه یا به طور سهوی از دارا شدن علم نسبت به موارد نقض طفره روند و از این طریق از تحمل مسئولیت بگریزند؛ لذا دادگاه نتیجه گرفت خواننده باید نسبت به موارد نقض دارای علم در نظر گرفته شود.^۴ در مرحله تجدیدنظر نیز شعبه نهم به این نتیجه رسید که در شرایط خارجی دعوا، شخص متعارف به این نتیجه خواهد رسید که خواننده باید به طور بالقوه نسبت به اعمال ناقضی که در شبکه یوز نت واقع می‌شده است، دارای علم در نظر گرفته شود. به بیان دیگر، دلایلی وجود دارد که خواننده بر اساس آنها باید نسبت به موارد نقض علم داشته باشد.^۵

در دعوی لودوارت در سال ۲۰۱۳، نیز شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر وجود علم خاص به موارد نقض را ضروری دانست و حتی اظهاریه‌های صادره از سوی خواهان در خصوص نقض را با توجه به اینکه این اظهاریه‌ها به صورت کلی و در ۱۵۰ صفحه ارائه شده بودند و اطلاعات دقیقی از موارد نقض در برنمی‌گرفتند، برای خواننده مفید علمی که منجر به ایجاد مسئولیت شود، ندانست.^۶

در سال ۲۰۱۹ دعوی کوکس که در آن ۵۳ شخص از اعضای صنعت ضبط در خصوص هزاران نقض صورت گرفته در شبکه اینترنتی متعلق به خواننده طرح دعوا کرده بودند، دادگاه ویرجینیا در جایی که استفاده از خدمات یک شبکه به طور هم‌زمان قابلیت استفاده‌های ناقضانه و غیرناقضانه را داراست، وجود علم کلی به موارد نقض را ناکافی دانسته و برای تحقق مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض، وجود علم خاص به موارد نقض را ضروری می‌داند. در این پرونده با توجه به اینکه

¹ Ibid; See also: Hoffmann Gretchen McCord, *Recent Development in Copyright Law*, 12 TEX. INTELL. PROP. L.J. 111, 160, 2003-2004.

² In the Aimster Copyright Litigation, 334 F. 3d 643, 650 - Court of Appeals, 7th Circuit, 2003.

³ Ellison v. Robertson, 189 F. Supp. 2d 1051, 1057-58 - Dist. Court, CD California, 2002.

⁴ Ibid, at 1058.

⁵ Ellison v. Robertson, 357 F. 3d 1072, 1077 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2004.

⁶ LUVARTS, LLC v. AT & T MOBILITY, LLC, 710 F. 3d 1068, 1073 - Court of Appeals, 9th Circuit 2013.

نماینده خواهان‌ها تعداد زیادی اخطار نقض را برای خوانده ارسال کرده بود و در این اخطاریه‌ها مشخصات اثر کپی‌رایتی و نقض‌های صورت‌گرفته به‌طور کامل مورد اشاره قرار گرفته بود، دادگاه وجود علم خاص برای خوانده را محرز دانست. نکته دیگری که دادگاه به آن اشاره کرده این است که برای تحقق مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض، علاوه بر علم خاص به موارد نقض، خوانده باید توانایی انجام امری در مقابل نقض را داشته باشد که درخصوص فراهم‌کنندگان خدمات اینترنتی به نظر می‌رسد این توانایی همیشه وجود دارد؛ چراکه این فراهم‌کنندگان همیشه قادر خواهند بود که دسترسی کاربران نهایی را قطع کنند.^۱

دادگاه تگزاس در سال ۲۰۱۹ در دعوای گراند در تحلیل رکن علم با تکیه بر ریشه این نوع از مسئولیت که مسئولیتی مبتنی بر تقصیر است، این‌گونه نتیجه‌گیری می‌کند که «صرف علم» به موارد «بالقوه یا بالفعل» نقض کپی‌رایت برای تحقق مسئولیت کافی نیست، بلکه علم به موارد بالفعل هم در صورتی کافی خواهد بود که بداند برخی از کاربران درگیر نقض‌اند و همچنان خدمات خود را به این کاربران ارائه دهد. به این ترتیب، دادگاه علم خاص نسبت به رفتار شخص ناقض را مدنظر قرار می‌دهد، نه علم خاص به موارد نقض.^۲

با توجه به آنچه از آرای دادگاه‌های آمریکا در سالیان متمادی برمی‌آید، می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که رکن علم برای تحقق مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض زمانی محقق می‌شود که خوانده نسبت به موارد خاص نقض و رفتارهای ناقضان آن علم داشته باشد و یک علم کلی نسبت به امکان نقض و نقض‌های پراکنده، برای تحمیل این نوع از مسئولیت کافی نیست. باوجوداین، اگر خوانده با سوءنیت و عمدانه یا از روی سهو فاحش ترتیبی را اتخاذ کند که از موارد نقض مطلع نشود،^۳ دادگاه‌ها رکن علم را برای چنین خوانده‌ای مفروض خواهند دانست.

۲.۲. مشارکت یا همکاری مؤثر در ارتکاب نقض

دومین رکنی که درخصوص مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض وجود دارد، مشارکت و همکاری مؤثر خوانده در ارتکاب نقض است. مشارکت یا همکاری مؤثر در ارتکاب نقض به‌طور عمده از دو طریق قابلیت تحقق دارد: گاهی این مشارکت از طریق درگیر شدن فعال در نقض و نه منفعل مانند فروش کالای ناقض یا تبلیغات صورت می‌گیرد و گاهی نیز این مشارکت از طریق فراهم آوردن ابزار برای تسهیل وقوع نقض محقق خواهد شد.^۴ در تعریف شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر آمریکا از مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض برای تعیین رکن همکاری و مشارکت در نقض از سه عبارت استفاده شده است: تهییج به نقض؛ تسبیب و مشارکت در نقض، که هر سه مورد را نویسندگان تحت عنوان همکاری و مشارکت مؤثر در نقض مورد ارزیابی قرار می‌دهند. حال برای اینکه بدانیم چه چیزی می‌تواند رکن مادی از مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض را تشکیل دهد، به بررسی برخی از آرای دادگاه‌ها در این زمینه می‌پردازیم.

^۱ Sony Music Entertainment v. COX COMMUNICATIONS, 426 F. Supp. 3d 217, 231-235, - Dist. Court, ED Virginia 2019.

^۲ UMG Recordings, Inc. v. GRANDE COMMUNICATIONS NET., 384 F. Supp. 3d 743, 767-768, - Dist. Court, WD Texas 2019.

^۳ Willful blindness

^۴ See: Carmichael, John, "In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should Not Receive Immunity from Traditional Notions of Vicarious and Contributory Liability for Copyright Infringement", *Loyola of Las Angeles Entertainment Law Review*, Volume 16, Issue 3, 1996, PP 759, 784 - 785; See also: Laura Bielinski, *Post-Grokster Contributory Copyright Liability and Potential P2P Entitlement to The DMCA ISP Safe Harbors*, 6 VA SPORTS & ENT. L. J. 209, 214 (2006-2007); Dailey Holt, Op. Cit., P 186.

در دعوای اسکرین جمز، دادگاه بخش نیویورک مؤسسه تبلیغاتی، که کالاهای ناقض کپی‌رایت را تبلیغ می‌کرد، شبکه رادیویی که این تبلیغ را پخش و نماینده باربری که این نوع کالاها را حمل می‌کرد، به عنوان اشخاصی شناسایی کرد که در نقض، همکاری یا مشارکت دارند.^۱ شعبه دوم تجدیدنظر در دعوای گرشوین نیز با استناد به رأی مذکور نتیجه‌گیری دادگاه بدوی مبنی بر مشارکت و همکاری مؤثر خوانده در نقض را با توجه به مشارکت فعال خوانده در شکل‌دهی و هدایت انجمن‌های محلی و همچنین برنامه‌ریزی اجراهای ناقض کپی‌رایت تأیید کرد.^۲

دعوای دیگری که در آن به مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض پرداخته شده است، دعوای کلمبیا پیکچرز در سال ۱۹۸۶ است.^۳ در این دعوا خواهان یک تولیدکننده فیلم بود که کپی‌های فیلم‌های سینمایی متعلق به خود را بر روی نوار ویدئویی توزیع می‌کرد و خواننده مالک و متصدی مؤسسه کرایه‌ی نوارهای ویدئویی برای نمایش‌های خانگی و خصوصی بود. خواهان خوانده را به این ادعا که امکان پخش عمومی فیلم‌های متعلق به او را فراهم کرده است، طرف دعوا قرار داد.^۴ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر در بررسی این دعوا اظهار داشت در جایی که شخصی به طور قانونی مضامین دارای کپی‌رایت را به دست می‌آورد، اگر آن مضامین را با قصد اجرای عمومی غیرمجاز به دیگران اجازه دهد، مساعدت‌کننده در نقض شناخته خواهد شد. این حکم درباره اشخاصی که دیگر وسایل مورد نیاز برای اجرای عمومی را فراهم می‌کنند نیز صادق خواهد بود. به این ترتیب، شعبه سوم در نهایت خوانده را به خاطر تجویز اجرای عمومی مسئول می‌شناسد.^۵

در دعوای فونویسا، دادگاه بدوی به این نتیجه رسید که هیچ مدرکی دال بر این امر وجود ندارد که خواننده فروش کالاهای ناقض را تبلیغ یا تشویق کرده و یا سبب افزایش فروش آنها شده باشد. این دادگاه صرف اجاره غرفه به فروشندگان ناقض را مشارکت مؤثر در نقض به شمار نمی‌آورد و بیان می‌دارد خوانندگان هیچ‌گونه اظهارنظر و مداخله‌ای در نوع کالاهای عرضه‌شده، زمان‌بندی فروش و تعیین خریداران ندارند. بنابراین خوانده هیچ‌گونه مشارکت فعالی در فروش کالاهای ناقض نداشته و صرفاً در این خصوص نقشی انفعالی را ایفا کرده است.^۶ با وجود این، دادگاه تجدیدنظر در بررسی این رکن، وقوع رفتارهای ناقض از سوی فروشندگان را، بدون خدماتی که خوانده برای آنها فراهم کرده بود، امری بعید می‌داند. این خدمات عبارت از تهیه مکان، پارکینگ، تبلیغات، لوله‌کشی و جذب مشتری می‌باشند.^۷ شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر بیان می‌دارد، خوانده به دنبال آن است که ما تمام این خدمات را فراموش کنیم و اقدام آنها را صرفاً اجاره غرفه بدانیم؛ در حالی که خوانده به طور فعال در تدارک مکان و جذب مشتری برای کالاهای ناقض کوشیده است و چنین تلاشی را نمی‌توان آن‌طور که دادگاه بدوی بیان داشت، امری منفعلانه دانست. در نهایت شعبه نهم فراهم نمودن فضا و تسهیلات برای ارتکاب نقض را کافی برای مشارکت و همکاری مؤثر در نقض می‌داند.^۸

در دعوای نیپستر، دادگاه بدوی در تحلیل رکن مشارکت و همکاری مؤثر، با مقایسه نیپستر با کهنه‌بازار موجود در دعوای فونویسا اظهار می‌دارد که برخلاف فروشندگان کهنه‌بازار مطرح در دعوای فونویسا، کاربران نیپستر آهنگ‌های دارای کپی‌رایت را به صورت رایگان برای دانلود قرار می‌دهند و این تفاوت کوچک ماهیت امر در خصوص شباهت زیاد این دو

¹ Screen Gems, Op. Cit., at 403.

² Gershwin, 1971, Op. Cit., at 1163.

³ Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc., 800 F. 2d 59 - Court of Appeals, 3rd Circuit, 1986.

⁴ Kathryn Dailey Holt, Ibid, PP 186 -187.

⁵ Columbia Pictures, Op. Cit., at 63.

⁶ Fonovis, 1994, Op. Cit., at 1496; See also: Edward A. Cavazos, G. Chin Chao, *System Operator liability for a User's Copyright Infringement*, 4 TEX. INTEL. PROP. L. J. 13, 20, 1995-1996.

⁷ Fonovisa, 1996, Op. Cit., at 264; See also: Hoffmann Gretchen McCord, Op. Cit., PP 160-161.

⁸ Fonovisa, 1996, Op. Cit., at 264.

دعوا در تحلیل رکن مشارکت فعال، خدشه‌دار نمی‌زند. نیستر نرم‌افزار اختصاصی، سرورها و موتور جست‌وجو را پشتیبانی می‌کند و ابزارهای ارتباطی بین کامپیوترهای کاربران را فراهم می‌آورد. در صورتی که خدمات نیستر وجود نمی‌داشت، کاربران نمی‌توانستند به سادگی آهنگ‌هایی را که می‌خواستند، بیابند و دانلود کنند.^۱ در نهایت دادگاه نتیجه‌گیری می‌کند که نیستر سرویسی منسجم است که از طریق آن کاربران می‌توانند فایل‌های ام‌پی‌تری را بیابند و دانلود کنند و نقش آن در تسهیل به اشتراک‌گذاری فایل‌ها چیزی بیش از یک فراهم‌کننده خدمات اینترنتی منفعل است. بنابراین باید بیان داشت، نیستر دارای مشارکت و همکاری مؤثر در نقض است. ^۲ در مرحله تجدیدنظر نیز شعبه نهم با استناد به رأی فونویسا و تأیید رأی دادگاه بدوی مقرر می‌دارد که نیستر فضای تحقق نقض مستقیم و امکان آن را فراهم کرده و بنابراین رکن مشارکت و همکاری مؤثر در نقض در خصوص نیستر محقق است.^۳

در دعوی گروکستر دادگاه کالیفرنیا، در پرداختن به رکن مشارکت و همکاری مؤثر در نقض ابتدا به بیان برخی آرا سابق از قبیل نیستر و فونویسا می‌پردازد و بعد از آن به‌طور مجزا قابلیت‌ها و کارکردهای هر کدام از شبکه‌های گروکستر و استریم‌کست را بیان و سعی می‌کند معیارهای دعوی سابق را بر وقایع موجود در دعوی گروکستر تطبیق دهد.^۴ در همین راستا دادگاه خواندگان را متفاوت از نیستر ارزیابی می‌کند؛ چراکه از منظر دادگاه، خواندگان فضای نقض مستقیم را فراهم نمی‌کنند و هیچ‌کدام از آنها تبادل و انتقال فایل‌ها بین کاربران را تسهیل نمی‌کنند. از نظر دادگاه، بدون اینکه خواندگان به‌طور مؤثر درگیر در نقض باشند، کاربران به شبکه‌های دلخواه وصل می‌شوند و فایل‌های موسیقی را به اشتراک می‌گذارند یا دانلود می‌کنند. به عبارت دیگر، حتی اگر خواندگان شبکه‌های خود را ببندند یا برای تمامی کامپیوترها غیرفعال کنند، بازهم کاربران می‌توانند به فعالیت خود بدون کمترین وقفه یا با وقفه‌ای بسیار محدود ادامه دهند.^۵ شعبه نهم از دادگاه تجدیدنظر نیز در دعوی گروکستر بر اساس وقایع موجود این‌گونه نتیجه می‌گیرد که نرم‌افزارهای توزیع‌کننده فضای تحقق نقض مستقیم را فراهم نکرده، امکان وقوع آن را تسهیل نمی‌کنند و لذا در آن به‌طور مؤثر مشارکت نمی‌کنند. علاوه بر آن، خواندگان پیام‌ها و فهرست‌هایی را که دلالت بر تحقق نقض مستقیم داشته باشد دریافت نکرده و توانایی مظنون شدن به اکانت‌های کاربران را نداشته‌اند. در پایان هم شعبه نهم شبکه‌های پی‌تویی که موضوع دعوی نیستر نیز بودند مورد اشاره قرار می‌دهد و دیگر فواید آن را برمی‌شمارد و معتقد است که این فناوری لزوماً در تسهیل نقض مورد استفاده قرار نمی‌گیرد. به این ترتیب، رأی دادگاه بدوی تأیید می‌شود.^۶

اگرچه در تعریف مشارکت و همکاری مؤثر که در رأی گرشوین مطرح شده است، رابطه سببیت مورد اشاره قرار گرفته است، دادگاه‌ها معمولاً در بررسی این رکن به رابطه سببیت نپرداخته‌اند. اما در دعوی ویسا،^۷ شعبه نهم از دادگاه تجدیدنظر برای تحلیل رکن مشارکت و همکاری مؤثر در نقض تمرکز خود را بر رابطه سببیت گذاشت.^۸ به این معنا که سعی کرد از طریق کشف یک ارتباط بین نقض واقع‌شده و رفتارهای خوانده نوعی رابطه سببیت را حاصل کند و به

^۱ A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc., 114 F. Op. Cit.

^۲ Ibid.

^۳ A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc., 239 F. Op. Cit.

^۴ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029, 1038-1041 - Dist. Court, CD California, 2003.

^۵ Ibid, at 1041.

^۶ Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster Ltd., 380 F. 3d 1154, 1163-64 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2004.

^۷ Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F. 3d 788 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2007.

^۸ Almedia, Paulo Andre de, "Unmasking the Mask- Maker: Domain Privacy Services and Contributory Copyright Infringement", Law Review, Volume 31, Issue 1, 2010, PP 27-42.

تحلیل مسئولیت بپردازد. در این دعوا شعبه نهم علی رغم اینکه تصدیق کرد که شرکت کارت اعتباری خواندگان وقوع نقض را تسهیل کرده است، اظهار داشت از آنجا که نقض کپی رایت خواهان می توانسته بدون استفاده از سامانه کارت اعتباری خواندگان نیز واقع شود، فرایند پرداخت از طریق شرکت کارت اعتباری خواندگان رکن مشارکت و همکاری مؤثر در نقض را تشکیل نخواهد داد.^۱

۳. امکان سنجی مسئولیت غیرمستقیم در حقوق کپی رایت ایران

در حقوق کپی رایت ایران مسئولیت غیرمستقیم در نقض کپی رایت پیش بینی نشده است؛ با این حال، در این قسمت به دنبال آنیم که دریابیم آیا پیش بینی مسئولیت غیرمستقیم یا به طور خاص مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض کپی رایت در رویه قضایی ایران با توجه به قواعد و مبنای موجود، امری ممکن است یا خیر. در فقه اسلامی، که مبنای مسئولیت مدنی در ایران تا حدود زیادی متکی به آن است، با توجه به برخی از آیات از قبیل «لا تکسب کل نفس إلا علیها و لا تزر وازره وزر آخری»^۲ یا «کل نفس به ما کس بت رهینه»^۳ و رویکرد کلی فقها نسبت به موارد خاص مسئولیت، باید بیان داشت مسئولیت غیرمستقیم امری خلاف قاعده و اصل بر مسئولیت مستقیم است.

با وجود قاعده وزر در احکام فقهی، برخی استثنائات در این خصوص وجود دارد. برای مثال احکام مربوط به «ضمان عاقله» در خصوص جنایت خطای محض، برخی فقها این حکم شرعی را امر تعبدی صرف ندانسته و برخی توجیهات عقلی را از جمله بازدارندگی و مصلحت اجتماعی برای آن ذکر کرده اند.^۴ استثنای دیگری که بر قاعده وزر می توان نام برد، این است که در فقه اسلامی، جبران خسارت ناشی از خطای قاضی در صدور حکم بر عهده دولت قرار گرفته است (خطأ الحاكم فی بیت المال). از سوی دیگر، در مواردی که قاتل مسلمان دارای عاقله نباشد یا عاقله توانایی پرداخت دیه را نداشته باشد، مسئولیت پرداخت بر عهده بیت المال مسلمین قرار می گیرد.^۵ نکته مهم در اینجا این است که در فقه اسلامی بنا به وجود برخی مصالح از اصل مسئولیت مستقیم عدول شده و شخص یا اشخاص دیگری که هیچ دخالت مادی در بروز خسارت و جنایت نداشته اند به عنوان مسئول جبران خسارت مورد شناسایی قرار گرفته اند. از سوی دیگر، سیره عقلا^۶ به عنوان یکی از منابع معتبر فقه و احکام اسلامی مطرح شده است. به این ترتیب، اگر قائل به

^۱ Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F. 3d 788, 798 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2007.

از این عبارت دادگاه این گونه برمی آید که دادگاه معیار but for از رابطه سببیت را مورد استفاده قرار داده است. این معیار به مفهوم علت ناقص در منطق است؛ به این معنا که وجود آن لزوماً وجود معلول را به دنبال نخواهد داشت، اما عدم آن ضرورتاً منجر به عدم وجود معلول خواهد شد. بنابراین براساس این معیار، اگر نقض بدون مشارکت و همکاری خوانده و از طرق دیگر قابلیت وقوع داشته باشد، خوانده مسبب نقض محسوب نخواهد شد.

^۲ سوره مبارکه انعام، آیه ۱۶۴.

^۳ سوره مبارکه مدثر، آیه ۳۸.

^۴ رجوع شود به: حسینی منش، محمدعلی، «ضمان عاقله از دو منظر توجیهی و انتقادی»، *مجله مقالات و بررسی ها*، دوره ۳۶، شماره ۵، ۱۳۸۲، صص ۹۴-۹۶.

^۵ محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۹، صص ۱۷۰-۱۶۹.

^۶ در خصوص تعریف سیره عقلا و ترادف یا تفاوت آن با مفاهیمی چون عرف، عادت و بنای عقلا رجوع شود به: مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، چاپ سیزدهم، ۱۴۲۵ ه. ق. ص ۱۳۹؛ محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیستم، ۱۳۸۴، ص ۲۱۳؛ سبحانی، جعفر، *رسائل اصولیه*، تهران: مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه. ق، ص ۸۷.

حجیت این سیره باشیم^۱ و بر اساس آن شناسایی مسئولیت غیرمستقیم ضرورت داشته باشد، می‌توان بر مبنای وجود مصالح اجتماعی، این نوع مسئولیت را معتبر شناخت.

به این ترتیب، اگر رویکرد فقه اسلامی پذیرش کی‌رایت باشد و آن را آن‌گونه که در قوانین موضوعه پیش‌بینی شده است، در زمره حقوق اشخاص به رسمیت شناسد، می‌توان ادعا کرد که شناسایی مسئولیت برای ناقضان غیرمستقیم که نقض کی‌رایت را در سطحی وسیع تسهیل می‌کنند و دارنده کی‌رایت را از استفاده از حق خود مانع می‌شوند و او را برای طرح دعوا علیه ناقضان متعدد مستقیم دچار عسر و حرج می‌کنند و از این طریق سبب می‌شوند که ضررهای جبران‌نشده باقی به‌مانند و لذا قاعده لاضرر اجرا نشود، نه تنها امری ممنوع نیست، بلکه دفاع از این نوع مسئولیت کاملاً مبنا خواهد داشت؛ به‌ویژه آنکه شناسایی این نوع از مسئولیت جنبه بازدارندگی بسیاری نیز خواهد داشت و خرد جمعی نیز از آن دفاع خواهد کرد، «چراکه احکام شرعی برای متفاهم عرف است نه برای موشکافی‌های عقلانی»^۲.

در قوانین موضوعه نیز این قاعده عقلی وجود دارد که اصل بر مسئولیت شخصی و هرکس خود مسئول رفتارهای خویش است. البته پر واضح است که وجود چنین اصلی به‌معنای رد مطلق تحمیل مسئولیت غیرمستقیم نیست؛ چراکه با گذشت زمان و ایجاد تحولات در تمامی زمینه‌ها قانون‌گذاران به‌درستی به این نتیجه رسیده‌اند که در برخی شرایط و حالات خاص باید اشخاص را به‌خاطر خسارت‌های وارده توسط دیگری مسئول شناخت.^۳

ماده ۷ از قانون مسئولیت مدنی، اولیا و سرپرستان اطفال و مجانین را در صورتی که در نگهداری خود مرتکب تقصیر شده باشند، مسئول خسارت‌هایی قرار می‌دهد که ناشی از اعمال این افراد است. بیان شده است، مبنای مسئولیت سرپرستان اقتدار و سلطه‌ای است که قانون یا قرارداد به آنها بخشیده است، چراکه هر حقی تکلیفی را به‌دنبال دارد^۴ و هرگاه قانون یک‌سری حقوق و اختیارات را برای سرپرست در نظر می‌گیرد، در مقابل آنها را به انجام برخی تکالیف ملزم می‌کند که از اختیارات تفویض‌شده ناشی می‌شود. ماده ۱۲ از قانون مسئولیت مدنی نیز کارفرما را مسئول جبران خسارت‌هایی می‌داند که در حین کار توسط کارکنان او ایجاد شده است. در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۸۷ نیز مسئولیت دارنده را به‌خاطر حوادثی که ناشی از رفتار راننده است، پیش‌بینی کرده است.

اگرچه استثنائاتی که پیش‌تر نسبت به اصل مسئولیت مستقیم مستند به قوانین و فقه اسلامی مطرح شد، دلالت بر شناسایی مسئولیت غیرمستقیم دارند، نمی‌توان به‌سادگی از این موارد برای توجیه «مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض کی‌رایت» استفاده کرد؛ چراکه مسئولیت اخیرالذکر، که در مقررات حقوق آمریکا پیش‌بینی شده است، دارای تفاوتی مبنایی با استثنائات موجود در قوانین و فقه است. در تمامی استثنائات یادشده، شخصی که مسئول در جبران خسارت شناخته می‌شود، به‌هیچ‌وجه دخالت و سببیت در بروز خسارت نداشته است؛ حال آنکه همان‌طور که پیش از این مشاهده

۱. درخصوص بحث پیرامون حجیت سیره عقلا رجوع شود به: حکیم، محمد تقی، *اصول العامه للفقهاء المقارن*، قم: مجمع جهانی اهل‌بیت، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه. ق. صص ۱۹۲ به بعد؛ سبحانی، پیشین، ص ۱۰۲؛ هاشمی شاهرودی، محمود، *بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس شهید صدر)*، جلد ۴، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ه. ق، ص ۲۴۶.

۲. همان، ص ۶۴.

۳. رجوع شود به: آرتیدار، طیبه، «مسئولیت مدنی کارفرما موضوع ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، صص ۲۵-۲۷.

۴. شاد، محمد، «مسئولیت سرپرستان ناشی از افعال زیان‌بار صغار و مجانین در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ص ۶۸.

شد، یکی از ارکان اساسی مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض، مشارکت مؤثر در نقض کی‌رایت و وجود رابطه سببیت با نقض است البته سببیت و مشارکتی که به واسطه وجود علم، مرتکب را مقصر نیز جلوه می‌دهد.

اگر بخواهیم مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض را با ادبیات حقوقی کشور عزیزمان تبیین کنیم، باید بیان کنیم که در این نوع از مسئولیت با جمع سبب و مباشر مواجهیم. به تعبیر دیگر، ناقض مستقیم که به صورت مستقیم نقض کی‌رایت را انجام می‌دهد، مباشر در نقض است و مساعدکننده نقض که از طریق ابزارهای مختلف، نقض کی‌رایت را تسهیل می‌کند، به گونه‌ای که بدون وجود او نقض کی‌رایت اتفاق نمی‌افتاد، از جمله اسباب نقض کی‌رایت است.

ماده ۳۳۲ از قانون مدنی^۱ در جمع مباشر و سبب در بروز خسارت، مباشر را مسئول جبران خسارت قلمداد می‌کند؛ مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد که در این صورت مباشر مسئولیتی ندارد و جبران خسارت متوجه سبب خواهد بود. این مقرر که در زمان خود با توجه به عدم پیشرفت فناوری و صنعت و نبود ابزارهای متعدد که سبب بروز گسترده خسارت می‌شوند، به سادگی می‌توانسته است راهگشا باشد، درخصوص شناسایی مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض نمی‌تواند گرهی را بگشاید، مگر آنکه به دنبال این تحلیل باشیم که تسهیل‌کنندگان نقض کی‌رایت با توجه به آنکه نقض را در سطحی وسیع مقدور می‌سازند، سبب‌های اقوی از مباشر هستند که این سخن از جهات مختلف مخدوش است و نمی‌توان عرفاً نقض را مستند به آنها دانست؛ چراکه این ناقضان مستقیم‌اند که با علم و آگاهی خود از این ابزارها برای نقض کی‌رایت استفاده می‌کنند. حتی اگر مسامحتاً این سخن پذیرفته شود، بازهم مشکلات متعددی وجود دارد؛ از جمله اینکه در این فرض ناقضان مستقیم از مسئولیت مبرا شده و راهی برای سوءاستفاده‌های احتمالی اشخاص باز خواهد شد تا با پنهان شدن در پشت ابزارهای فنی و تکنیکال، مبادرت به نقض کی‌رایت کنند.

در ماده ۳۶۳ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، درخصوص جنایات نیز قانون‌گذار حکمی کاملاً مشابه با حکم ماده ۳۳۲ از قانون مدنی مطرح کرده بود. باین حال، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ و در قانون مجازات اسلامی جدید درخصوص جنایات مقررهای را وضع کرد که در ارتباط با موضوع حاضر بسیار قابل تأمل است. ماده ۵۲۶ از قانون مجازات اسلامی جدید مقرر می‌دارد: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند، مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هریک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد، فقط سبب، ضامن است.» حکم این ماده درخصوص جنایات است، اما بسیاری بر این باورند که با تصویب این مقرر، ماده ۳۳۲ از قانون مدنی نسخ شده است و در جمع سبب و مباشر در خصوص خسارت نسبت به اموال نیز حکم ماده ۵۲۶ از قانون مجازات اسلامی جدید مبنای عمل خواهد بود.

براساس آنچه تاکنون مطرح شد، با توجه به اینکه پذیرش مسئولیت غیرمستقیم با منع شرعی مواجه نیست و با توجه به اینکه بنا به دیدگاه حقوق‌دانان بزرگ کشور، مسئولیت غیرمستقیم پیش‌بینی شده در قوانین حصری نبوده و می‌توان آنها را به موارد مشابه تعمیم داد^۲ و مهم‌تر از همه با توجه به آنکه براساس تعریف ارائه‌شده در حقوق آمریکا، مساعدت‌کننده

۱. «هرگاه یک نفر سبب تلف شدن مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن شود، مباشر مسئول است نه مسبب، مگر اینکه سبب اقوی باشد؛ به نحوی که عرفاً ائتلاف مستند به او باشد.»

۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، صص ۵۳۴-۵۳۵.

نقض باید مشارکت مؤثر در نقض داشته باشد و لذا به عنوان یکی از «اسباب» نقض به شمار می‌رود، با تکیه بر ملاک ماده ۵۲۶ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، می‌توان این گونه نتیجه گرفت که شناسایی «مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض در حقوق کی‌رایت» کاملاً قابل پذیرش است و رویه قضایی می‌تواند با تحلیل ارکان این نوع از مسئولیت، به تصمیم‌گیری در دعوای مربوطه مبادرت کند.

نتیجه‌گیری

نوشته حاضر به طور خاص دو هدف را دنبال کرده است: به این ترتیب که در وهله نخست توانسته است معرفی دقیق، مفصل و مبتنی بر رویه قضایی از مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض در نظام کی‌رایت آمریکا ارائه دهد و پس از آن نیز این امر را مورد ارزیابی قرار داده که آیا پذیرش این نوع از مسئولیت در نظام حقوقی ایران امکان‌پذیر است یا خیر. بررسی نظام حقوقی آمریکا با تکیه بر آراء دادگاه‌های این کشور این نکته را روشن می‌کند که مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض به عنوان یکی از مصادیق مسئولیت غیرمستقیم در نظام کی‌رایت سابقه‌ای طولانی در رویه قضایی مربوط به دیگر جنبه‌های حقوقی این کشور دارد. به بیان دیگر، ایالات متحده آمریکا اگرچه دارای یک نظام کی‌رایت کارآمد و مستحکم است، در خصوص مسئولیت غیرمستقیم اقدام به قانون‌گذاری نکرده است و سعی نکرده از دیگر جنبه‌های مرتبط حقوق استفاده و راه‌حلی متناسب با خطمشی کی‌رایت را استخراج کند. در نظام حقوقی کی‌رایت ایران نیز هیچ‌گونه مقرره‌ای در خصوص پذیرش مسئولیت غیرمستقیم در نقض کی‌رایت وجود ندارد؛ اما همان‌طور که پیش از این اشاره شد، اگر این ضرورت مورد پذیرش قرار گیرد که امروزه با توجه به پیشرفت روزافزون فناوری‌های نوین، که نقض کی‌رایت را بسیار تسهیل می‌کنند، عدم شناسایی مسئولیت غیرمستقیم عملاً ضمانت‌اجراهای نقض کی‌رایت را در بسیاری موارد خنثی می‌سازد، شناسایی این نوع مسئولیت در نظام حقوقی ایران توسط دادگاه‌ها با منع شرعی یا قانونی روبه‌رو نیست و از مبانی متعددی از جمله حکم ماده ۵۲۶ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جمع مباشر و سبب و پیش‌بینی مسئولیت برای سبب‌های مؤثر در کنار مباشر، برای توجیه این نوع از مسئولیت می‌توان استفاده کرد. به تعبیر دیگر، اگرچه به خوبی واقفیم که قانون‌گذاری در این زمینه مؤثرترین راه است، بر این باوریم که دادگاه‌های کشور - به‌ویژه شعبات خاصی که اکنون دعوای حقوق مالکیت فکری را مورد رسیدگی قرار می‌دهند - اگر به دنبال حمایتی مؤثر از حقوق کی‌رایت‌اند، می‌توانند با مطالعه تطبیقی و استفاده از مبانی موجود، این نوع از مسئولیت را برای ناقضان شناسایی کنند و در تعیین دامنه این مسئولیت به‌سادگی می‌توانند از ارکانی همچون علم ناقض و مشارکت فعال آن در نقض، همان‌طور که در خصوص مسئولیت ناشی از مساعدت در نقض در حقوق آمریکا پیش‌بینی شده است، استفاده کنند.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۲. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۹.
۳. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیستم، ۱۳۸۴.

مقاله

۴. حسینی‌منش، محمدعلی، «ضمان عاقله از دو منظر توجیهی و انتقادی»، *مجله مقالات و بررسی‌ها*، دوره ۳۶، شماره ۵، ۱۳۸۲، صص ۹۱-۱۰۲.

پایان‌نامه

۵. آرتیدار، طیب، «مسئولیت مدنی کارفرما موضوع ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
۶. شاد، محمد، «مسئولیت سرپرستان ناشی از افعال زیان‌بار صغار و مجانین در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.

ب) عربی

۷. حکیم، محمد تقی، *اصول العامه للفقہ المقارن*، قم: مجمع جهانی اهل‌بیت، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه. ق.
۸. سبحانی، جعفر، *رسائل اصولیه*، تهران: مؤسسه امام‌صادق، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه. ق.
۹. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقہ*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، چاپ سیزدهم، ۱۴۲۵ ه. ق.
۱۰. هاشمی شاهرودی، محمود، *بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس شهید صدر)*، جلد ۴، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ه. ق.

References

Books

1. Hakim, Mohammad Taghi, *General Principles of Comparative Jurisprudence*, Qom: Ahl al-Bayt World Assembly, Second Edition, 2006. (in Arabic)
2. Hashemi Shahroudi, Mahmoud, *Studies in the Science of Jurisprudence (Notes from Martyr Sadr's Lectures)*, Volume 4, Qom: Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence, 2005. (in Arabic)
3. Katouzian, Nasser, *Civil Law: Obligations Outside Contracts (Tort Liability)*, Tehran: Institute of Printing and Publishing, University of Tehran, 1995. (in Persian)
4. Mohaghegh Damad, Mostafa, *Rules of Jurisprudence: Criminal Section*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 2010. (in Persian)
5. Mohammadi, Abolhassan, *Foundations of Islamic Legal Reasoning*, Tehran: University of Tehran Press, 20th Edition, 1995. (in Persian)
6. Muzaffar, Mohammad Reza, *Principles of Jurisprudence*, Volume 2, Qom: Esmaeilian, 13th Edition, 2004. (in Arabic)
7. Sobhani, Ja'far, *Jurisprudential Treatises*, Qom: Imam Sadegh Institute, First Edition, 2004. (in Arabic)

Articles

8. Almedia, Paulo Andre de, "Unmasking the Mask- Maker: Domain Privacy Services and Contributory Copyright Infringement", *Loyola of Las Angeles Entertainment Law Review*, Volume 31, Issue 1, 2010, PP 27-54.

9. Andrews, Timothy K. "Control Content, Not Innovation: Why Hollywood Should Embrace Peer-to-Peer Technology Despite MGM v. Grokster Battle", *Loyola of Las Angeles Entertainment Law Review*, Volume 25, Issue 3, 2005, PP 383-433.
10. Barthomolew, Mark and Patrick F. McArdle. "Causing Infringement", *Vanderbilt Law Review*, Volume 63, Issue 3, 2010, PP 675-746.
11. Bielinski Laura, "Post-Grokster Contributory Copyright Liability and Potential P2P Entitlement to The DMCA ISP Safe Harbors", 6 VA SPORTS & ENT. L. J. 209, 2006-2007.
12. Carmichael, John, "In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should Not Receive Immunity from Traditional Notions of Vicarious and Contributory Liability for Copyright Infringement", *Loyola of Las Angeles Entertainment Law Review*, Volume 16, Issue 3, 1996, PP 759-788.
13. Cavazos Edward A. and G. Chao Chin, "System Operator liability for a User's Copyright Infringement", 4 TEX. INTELL. PROP. L. J. 13, 1995-1996, PP 1-17.
14. Chetson, Damon, "Perfect 10 and Contributory Liability: Can Search Engines survive?", *NCJOLT*, Volume 9, Issue 3, 2007, PP 1-16.
15. Dailey Holt, Kathryn, "Grokster and Beyond: Secondary Liability for Copyright Infringement During Live Musical Performances", *Journal of Intellectual Property Law*, Volume 19, Issue 1, 2011, PP 173-200.
16. Heymann, Laura A. "Knowing How to Know: Secondary Liability for Speech in Copyright Law", *Wake Forest Law Review*, Volume 55, 2020, PP 333-380.
17. Hoffmann Gretchen McCord, "Recent Development in Copyright Law", 12 TEX. INTELL. PROP. L.J. 111, 2003-2004.
18. Hosseini-Manesh, Mohammad Ali, "Liability of 'Aqila from Justificatory and Critical Perspectives." *Journal of Articles and Reviews*, Volume 36, Issue 5, 2003, PP 91-102. (in Persian)

Thesis

19. Artidar, Tayyebbeh, "Employer's Civil Liability Under Article 12 of the Civil Liability Law". Master's Thesis, Shahid Beheshti University, 2002. (in Persian)
20. Shad, Mohammad, "Liability of Guardians Arising from Harmful Acts of Minors and the Insane in Iranian Law", Master's Thesis, Shahid Beheshti University, 1998. (in Persian)

Cases

21. A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896, 918-919 - Dist. Court, ND California 2000.
22. A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004, 1020-1021 - Court of Appeals, 9th, Circuit, 2001.
23. Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc., 800 F. 2d 59 - Court of Appeals, 3rd Circuit, 1986.
24. Ellison v. Robertson, 189 F. Supp. 2d 1051, 1057-58 - Dist. Court, CD California, 2002.
25. Ellison v. Robertson, 357 F. 3d 1072, 1077 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2004.
26. Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F. 3d 259, 264 - Court of Appeals, 9th Circuit, 1996.
27. Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 847 F. Supp. 1492, 1494 - Dist. Court, ED California, 1994.
28. Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 312 F. Supp. 581, 583 - Dist. Court, SD New York, 1970.
29. Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artiste Man., Inc., 443 F. 2d 1159, 1162 - Court of Appeals 2nd Circuit, 1971.
30. In re Aimster Copyright Litigation, 252 F. Supp. 2d 634, 650 - Dist. Court, ND Illinois, 2002.
31. In re Aimster Copyright Litigation, 334 F. 3d 643, 650 - Court of Appeals, 7th Circuit, 2003.
32. Kalem Co. v. Harper Brothers, 222 US 55 - Supreme Court, 1911.

33. LUVDARTS, LLC v. AT & T MOBILITY, LLC, 710 F. 3d 1068, 1073 - Court of Appeals, 9th Circuit 2013.
34. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029, 1038-1041 - Dist. Court, CD.
35. Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster Ltd., 380 F. 3d 1154, 1163-64 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2004.
36. Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1169-1170 - Dist. Court, CD California, 2002.
37. Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F. 3d 788 - Court of Appeals, 9th Circuit, 2007.
38. Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503, 514 - Dist. Court, ND Ohio, 1997.
39. Screen Gems - Columbia Music, Inc. v. Mark - Fi Records Inc., 256 F. Supp. 399 Dist. Court, SD New York , 1966.
40. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417 - Supreme Court 1984.
41. Sony Music Entertainment v. COX COMMUNICATIONS, 426 F. Supp. 3d 217, 231-235, - Dist. Court, ED Virginia 2019.
42. UMG Recordings, Inc. v. GRANDE COMMUNICATIONS NET., 384 F. Supp. 3d 743, 767-768, Dist. Court, WD Texas 2019.



Original Article

The Role of Comparative Law in Approving Iran's Securities Market Act of 2005: A Case Study on Inside Information

Hamid Reza Nikbakht Fini¹, Farhad Piri²

ABSTRACT

The Securities Market Act of the Islamic Republic of Iran, enacted in 2005 (1384 AH), originates from extensive comparative legal research. Its foundational framework is notably influenced by, and to some extent reproduces, the "Model Law on the Securities Market" adopted in November 2001 by the Interparliamentary Assembly of the Commonwealth of Independent States (CIS). It is important to note, however, that the CIS Model Law itself was born out of comparative legal studies. Consistent with this model-driven approach, the draft Iranian Act initially defined "insider information" as: "Internal information: any information related to securities or its issuer that may affect the trading of such securities, provided that it has not been disclosed to the public." This definition draws heavily from Article 32(1) of the CIS Model Law, which states: "Insider information is any undisclosed information concerning securities, transactions involving such securities, or the issuer and its activities, the disclosure of which could significantly influence the market price of these securities." However, a review of the legislative history of Iran's Securities Market Act reveals that the final definition of "insider information" in Article 1(32) was ultimately based on, and aligned with, Article 1(1) of Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council, dated 28 January 2003, concerning insider dealing and market manipulation (market abuse), rather than paragraph 1 of Article 32 of the Model Law on the Securities Market of the Inter-Parliamentary Assembly of the Commonwealth of Independent States. Per Article 1(32) of the Securities Market Law of the Islamic Republic of Iran, "Inside information" is defined as "any information not disclosed to the public that directly or indirectly relates to securities, transactions, or their issuer and, if disclosed, would impact the price or the decision-making of investors regarding trading such securities." With minor modifications, this provision essentially adopts the wording from Directive EC/6/2003, indicating Iran's implicit reliance on European legal concepts and standards. Interpreting the Iranian legislation through the lens of EU regulation can provide valuable insights, especially considering that insider information is comprehensively addressed in Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse. Leveraging this modern regulation offers a basis for aligning Iranian enforcement practices with international standards. Both Article 1(1) of Directive EC/6/2003 and Article 7(1)(a) of Regulation (EU) No 596/2014 define "insider information" as: "precise information which has not been made public, relating directly or indirectly to one or more issuers or financial instruments, and which, if made public, would likely have a significant effect on the prices of those financial instruments or relevant derivatives." Ultimately, the capital market health is compromised by the abuse of insider information, which undermines

How to Cite: Nikbakht Fini, Hamid Reza, Piri, Farhad, "The Role of Comparative Law in Approving Iran's Securities Market Act of 2005: A Case Study on Inside Information", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:19-34.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.236335.2765>

Received: 19/07/2024-Accepted: 22/12/2024

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

Corresponding Author Email: hr-nikbakht@sbu.ac.ir

2. PhD, 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/>).

investor confidence. The primary rationale underpinning securities regulation is the promotion of informational symmetry among market participants, enabling each investor to make informed decisions regarding the purchase or sale of securities. This objective relies on the premise that disclosed information must possess the capacity to influence security prices meaningfully. Consequently, laws pertaining to the capital market strictly prohibit the misuse of insider information. This study examines three core issues related to “*inside information*” through a comparative analysis of European Union law: (1) Constituent Elements of Insider Information: including “*any undisclosed information of a precise nature,*” “*a direct or indirect relation to securities, transactions, or the issuer,*” and “*a significant effect on prices or investors’ decisions.*” (2) The Affirmative Obligation to Disclose: encompassing “types of information requiring disclosure”—including *periodic and ad hoc disclosures,* “*timing of disclosures,*” “*possibility of delay,*” and “*disclosure quality.*” (3) Prohibition of Insider Information Abuse: addressing “types of prohibitions,” “persons subject to restrictions” (*primary and secondary holders of insider information*), and “the legal validity or invalidity of transactions based on insider misuse.” In conclusion, this analysis affirms that Iran’s approach of integrating foreign legal systems—particularly European Union norms—into the drafting of its Securities Market Act was largely successful. Nevertheless, effective comparative law application requires a nuanced understanding of domestic legal foundations and an avoidance of mechanical copying. This article is a clear example of practical application of comparative studies in enhancing regulation quality in capital market. Notably, where Iranian legislation did not explicitly mirror EU provisions on confidential information, corresponding directive regarding information disclosure for issuers registered with the Stock Exchange Organization—were subsequently incorporated into national instructions, therefore Iranian securities regulations are fully aligned with European documents.

KeyWords: Securities Market, Capital Market, Inside Information, Market Misconduct, European Union.



نقش حقوق تطبیقی در تصویب قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴:

مطالعه موردی اطلاعات نهانی

حمیدرضا نیک‌بخت فیینی^۱، فرهاد پیری^۲

چکیده

قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۴) حاصل انجام مطالعات تطبیقی بود؛ به‌نحوی که متن آن کاملاً تحت تأثیر و به‌نوعی حاوی نسخه‌برداری از «قانون الگوی بازار اوراق بهادار» بوده است که در سال ۱۳۸۰ از سوی مجمع بین‌المجالس «اتحادیه کشورهای مستقل هم‌سود» تصویب شده بود. با وجود این، مطالعه متن مذاکرات نحوه تنظیم قانون بازار اوراق بهادار ایران نشان از آن است که در تعریف «اطلاعات نهانی»، مندرج در بند سی‌ودو ماده ۱ این قانون، استفاده از متن بند یک ماده ۱ دستورالعمل شماره EC/6/2003 اتحادیه اروپا با عنوان «معاملات متکی بر اطلاعات نهانی و دستکاری بازار سرمایه»، جایگزین استفاده از بند یک ماده ۳۲ قانون الگوی بازار اوراق بهادار بود. به‌موجب بند سی‌ودو ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار ایران مقرر شده است: «اطلاعات نهانی، هرگونه اطلاعات افشانشده برای عموم {است} که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد». این ماده با یک تغییر جزئی، عیناً برگرفته از بند یک ماده ۱ دستورالعمل شماره EC/6/2003 اتحادیه اروپا است؛ یعنی قانون ایران به‌طور ضمنی متکی بر مفاهیم و استانداردهای حقوقی اروپاست. از این‌رو، امکان تفسیر قانون ایران براساس مقررات اتحادیه اروپا، راهگشا خواهد بود؛ به‌ویژه آنکه اکنون، موضوع اطلاعات نهانی به‌طور مفصل در مقررۀ شماره ۵۹۶/۲۰۱۴ اتحادیه اروپا با عنوان «سوءجریان بازار سرمایه» تصویب شده است و استفاده از این مقررۀ مؤخر برای تفسیر قانون بازار اوراق بهادار، می‌تواند نحوه اجرای قانون ایران را به مقررات روز دنیا، نزدیک نماید.

کلید واژگان: بازار اوراق بهادار، بازار سرمایه، اطلاعات نهانی، سوء جریان بازار، اتحادیه اروپا.

استناد به این مقاله: نیک‌بخت فیینی، حمیدرضا، پیری، فرهاد، «نقش حقوق تطبیقی در تصویب قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴: مطالعه موردی اطلاعات نهانی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۳۴-۱۹.

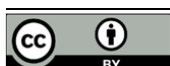
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.236335.2765>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۲

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

ایمیل نویسنده مسئول: hr-nikbakht@sbu.ac.ir

۲. دکتری، 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

بازار سرمایه (که بیشتر) محل معامله ابزارهای مالی است تلاش دارد تا به‌ویژه، ایجاب و قبول طرفین معامله را از طریق سامانه‌های رایانه‌ای به یکدیگر برساند و تاحد ممکن، زمینه تعیین قیمت را براساس تطبیق میزان عرضه با تقاضا مشخص نماید. درمقابل و در سایر بازارها (مانند معاملات مصرف‌کننده)، مزایای معامله کاملاً برای طرفین قرارداد مشهود است و آنها، ضمن احتساب دقیق و کامل سود خود از معامله، اقدام به انعقاد آن می‌کنند و نیاز خود را از طریق چنین معامله‌ای، به‌سادگی رفع می‌کنند؛ مانند مصرف‌کننده‌ای که میوه خریداری شده را می‌خورد یا خریداری که تابلوی نقاشی را به دیوار می‌آویزد. لیکن زمینه انجام معامله در بازار سرمایه، در واقع، «امید و انتظار» طرفین برای به‌دست‌آوردن سود یا دفع زیان در آینده است که پیش‌بینی احتمال وقوع آن نیز برای آنها قطعی نیست.^۱ درواقع، خرید اوراق بهادار اصولاً و در غالب موارد، با هدف کسب سود ناشی از آن اوراق است؛^۲ یعنی کسب «سود ناشی از افزایش قیمت اوراق بهادار» یا کسب «سود خود اوراق» (مانند سود ناشی از تقسیم سود سالانه شرکت‌ها و سود دوره‌ای اوراق مشارکت). در مورد نخست، قیمتی که اکنون سرمایه‌گذار حاضر است برای خرید اوراق بهادار بپردازد تا در آینده بتواند از فروش مجدد آن کسب سود کند، بسته به میزان انتظاری است که وی از افزایش قیمت آن اوراق دارد؛ به بیان دقیق‌تر، بسته به ارزش فعلی منافع آینده است که سرمایه‌گذار، پیش‌بینی می‌کند از خریداری و نگهداری اوراق بهادار، چه میزان سود در آتی به دست خواهد آورد.^۳

ازاین‌روست که نقش «اطلاعات» در بازارهای سرمایه، بسیار حیاتی است؛ زیرا سرمایه‌گذاران براساس این اطلاعات، «امیدها و انتظارات» خود از آینده را پیش‌بینی می‌کنند؛ به‌نحوی که به‌طور مداوم از طریق اطلاعات تازه انتشاریافته، «امیدها و انتظارات» خود را درباره میزان منافع آتی قابل کسب، تعدیل و به‌روز می‌کنند. به همین دلیل، نقش و کارکرد بازارهای سرمایه، جمع‌آوری اطلاعات مربوط به «بازده موردانتظار» اوراق معامله شده است؛ یعنی ارزش فعلی منافع آتی مورد انتظار اوراق بهادار.^۴ هرچند باید توجه داشت که در بازار سرمایه، پیش‌بینی «امیدها و انتظارات» خود از آینده، اصولاً فقط براساس تحلیل اطلاعات «گذشته» صورت نمی‌گیرد؛ بلکه این اطلاعات جدیدتر و به‌روزتر است که می‌تواند منبع مهم‌تری برای تصمیم‌گیری باشد؛ زیرا نگاه سرمایه‌گذار به وضعیت آینده اوراق است؛ یعنی اینکه اوراق در آینده به چه قیمتی خواهد رسید نه اینکه این اوراق در گذشته، چقدر ارزش داشته است. بنابراین شخصی که در بازار سرمایه فعالیت می‌کند و به تحلیل بازده و ریسک دارایی آتی (به ویژه نقدشوندگی) توجه دارد، در نهایت، انتخاب خود را براساس بررسی «اطلاعات» فعلی انجام می‌دهد. همین معاملات متکی بر «امیدها و انتظارات» است که می‌تواند منجر به آن شود که «ارزش بازاری» یک شرکت از «ارزش ساختار سرمایه»

^۱. برای مثال، ممکن است خرید سهم به امید دریافت سود سالیانه‌ای باشد که نه تنها اکنون میزان آن نامشخص است، بلکه ممکن است به دلیل زیان‌ده شدن شرکت تا پایان سال مالی، اصلاً هیچ سودی هم محقق نگردد.

^۲. Fox, M. B., Lawrence R. Glosten and Gabriel V. Rauterberg. *The New Stock Market: Law, Economics, and Policy*, New York: Columbia University Press, 2019, P 1: "Whereas many market transactions involve the consumption of goods that provide personal utility, transactions in financial markets involve the pursuit of claims on future cash flows and control rights".

^۳. Armour, J. et al. *Principles of Financial Regulation*, UK: Oxford University Press, 2016, P 102: "The price of a security should therefore reflect the sum of the present values of the stream of future interest or dividend payments and the price of the security at the date at which the investor anticipates selling it".

^۴. Ibid.

آن پیشی بگیرد.^۱ در نتیجه، شاید بتوان گفت از آنجا که موضوع معاملات در بازار سرمایه می‌تواند «خصوصیات انتظاری برای آینده» باشد؛ به همین دلیل، موضوع معامله در این بازار نوعی «کالای باورانه» است؛ به این معنا که اوصاف مبیع در لحظه انعقاد قرارداد کاملاً قابل ارزیابی نیست.^۲

مطالب فوق نشان از آن است که پیش‌بینی قیمت آتی اوراق بهادار، بر مبنای تحلیل اطلاعات موجود صورت می‌گیرد و نقش اطلاعات در بازار سرمایه در واقع خونی است که در رگ آن جریان دارد. بنابراین، تساوی سرمایه‌گذاران در دسترسی به اطلاعات باید به صورت حداکثری تأمین شود و هرگونه رفتاری که شفافیت بازار سرمایه را مختل کند ممنوع گردد تا اعتماد سرمایه‌گذاران به این بازار جهت حفظ عملکرد آن تأمین شود؛ در نتیجه، هدف از ایجاد ممنوعیت سوءاستفاده از اطلاعات، حفظ سلامت بازار است. از جمله این ممنوعیت‌ها در بازار سرمایه، منع هرگونه سوءاستفاده از «اطلاعات نهانی»^۳ است که قانونگذار ایران با تصویب «قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران» (من‌بعد، قانون بازار اوراق بهادار) در سال ۱۳۸۴ و ضمن بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی، به ارائه تعریف و ایجاد ممنوعیت قانونی و همچنین جرم‌انگاری در سوءاستفاده از اطلاعات نهانی پرداخت. در این مقاله، «عناصر تعریف قانونی اطلاعات نهانی» بررسی خواهد شد و در انتها، با جمع‌بندی مطالب، به مزایای بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی در تصویب قانون بازار اوراق بهادار هم اشاره خواهد شد.

۱. تاریخچه قانونگذاری در تعریف اطلاعات نهانی

لایحه قانون بازار اوراق بهادار - که به دلالت مقدمه توجیهی مندرج در متن اولیه آن - با اهدافی همچون «تجهیز منابع مالی»، «تخصیص بهینه منابع» و «کاهش هزینه سرمایه‌گذاری» از سوی دولت تدوین شده بود؛^۴ برای نخستین بار در نظام حقوقی ایران، به دنبال ارائه یک تعریف قانونی برای اطلاعات نهانی بود؛ به نحوی که در بند «ز» ماده ۱ این لایحه، آمده بود: «اطلاعات داخلی: هرگونه اطلاعات مربوط به اوراق بهادار یا ناشر آن که بر معاملات اوراق بهادار مربوط تأثیرگذار باشد، مادامی که برای عموم افشا نشده است». این ماده کاملاً متأثر از بند یک ماده ۳۲ قانون نمونه بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۰ مجمع بین‌المجالس کشورهای عضو «اتحادیه کشورهای مستقل هم‌سود») بوده

۱. ساختار سرمایه (capital structure) اشاره به ترکیب منابع مالی گوناگون یک شرکت دارد؛ یعنی اینکه شرکت، منابع مالی خود را از طریق منابع داخلی (همچون سود انباشته) به دست آورده است یا منابع بیرونی (همچون انتشار سهام جدید و استقراض). در این باره، اصولاً ارزش بازاری یک شرکت، مستقل از ساختار سرمایه آن نیست و این ساختار، اثر مستقیمی بر ارزش بازاری شرکت دارد. علاوه بر این، ساختار سرمایه نشان از میزان ریسک آن شرکت دارد؛ زیرا هرچه قدر بدهی شرکت بالاتر باشد ریسک نیز بالاتر می‌رود. از این رو، نه تنها ایجاد تعادل میان نسبت بدهی به دارایی ضروری است (تا ضمن حفظ ارزش بازاری شرکت، ریسک آن هم کنترل شود)، بلکه باید ارزش بازاری شرکت را به ارزش ساختار سرمایه آن نزدیک کرد.

۲. Credence products/ goods.

۳. Inside Information.

در قانون ایران، از اطلاعات به «هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم‌افزاری ذخیره گردیده یا با هر وسیله دیگری ضبط شده باشد» تعریف شده است (نک: بند «الف» ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸). لیکن در ادبیات حقوقی بازار سرمایه، منظور از «اطلاعات»، اعم از داده‌های کتبی و شفاهی است. از این روست که در متن برخی از مواد قانون بازار اوراق بهادار (مانند بند سی‌ویک ماده ۱، ماده ۴۷، بندهای دو و سه و چهار ماده ۴۹) در کنار «اطلاعات»، به «اسناد و مدارک» هم اشاره شده است که مورد اخیر منحصر به داده‌های کتبی است.

۴. ببینید: «مقدمه توجیهی» مندرج در لایحه بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۳ هیئت‌وزیران). قابل دسترس در: rc.majlis.ir

است؛^۱ لیکن این ماده پیشنهادی در نهایت به شکل بند سی و دوم ماده ۱ به تصویب مجلس رسید که طبق متن فعلی آن: «اطلاعات نهانی: هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم {است} که به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می شود و در صورت انتشار بر قیمت یا تصمیم سرمایه گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می گذارد».^۲

در نگارش نسخه نهایی این بند، کاملاً و به وضوح می توان نسخه برداری آن از اسناد سابق اتحادیه اروپا (با یک تغییر جزئی) را مشاهده نمود.^۳ در این باره، ذکر این نکته ضروری است که در مرکز پژوهش های مجلس و در زمان ارائه نظرات اصلاحی نسبت به متن لایحه، به صراحت به منبع نسخه برداری تعریف اطلاعات نهانی یعنی سند اتحادیه اروپا، اشاره شده است.^۴

^۱. *Model Law on the Securities Market*, adopted by the Interparliamentary Assembly of the Member Nations of the Commonwealth of Independent States (November 2001), article 32(1): "Insider information is any undisclosed information on securities and operations with them, as well as on the issuer of these securities and the activities carried out by it, the disclosure of which may have a significant influence on the market price of these securities".

^۲. این پیشنهاد مشخصاً از سوی «مؤسسه توسعه صنعت سرمایه گذاری ایران» در خلال بررسی لایحه در مرکز پژوهش های مجلس بدین شکل مطرح شد: «ضرورت دارد تا اطلاعات نهانی، آن دسته از اطلاعات کلیدی و منتشر نشده ای تعریف شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به اوراق بهادار یا ناشران آنها مربوط می شود و در صورت انتشار بتواند بر تصمیمات سرمایه گذاران در بازار و نیز قیمت اوراق بهادار تأثیر بگذارد». ببینید: مرکز پژوهش های مجلس، *نظرات و انتقادات سازمان ها و کارشناسان درباره لایحه بازار اوراق بهادار*، گزارش شماره ۷۱۷۷، آذرماه ۱۳۸۳، ص ۲۸.

^۳. دستورالعمل زیر در سال ۱۳۸۱ (یعنی حدوداً سه سال پیش از تصویب قانون بازار اوراق بهادار) به تصویب ارکان اتحادیه اروپا رسیده بود و جایگزین دستورالعمل قبلی متعلق به «جامعه اقتصادی اروپا» (1989/592/EEC) شده بود:

Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), Art 1(1): "Inside information shall mean information of a precise nature which has not been made public, relating, directly or indirectly, to one or more issuers of financial instruments or to one or more financial instruments and which, if it were made public, would be likely to have a significant effect on the prices of those financial instruments or on the price of related derivative financial instruments".

در قانون ایران، عنصر داشتن «ماهیت معین» (a precise nature) از تعریف فوق حذف شده است که در ادامه، به آن اشاره خواهد شد. اکنون «مقرره» (regulation) ذیل در اتحادیه اروپا (با اصلاحات بعدی آن)، جایگزین «دستورالعمل» (directive) فوق شده و آن را نسخ نموده است (هرچند تعریف اطلاعات نهانی در این مقرره جدید، دستخوش تغییری نشده است):

Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance.

لازم به ذکر است که مطابق ماده ۲۸۸ «معاهده نحوه عملکرد اتحادیه اروپا» تصریح شده است که «مقرره ها به طور کامل الزام آورند و به طور مستقیم در تمام کشورهای عضو، قابل اجراست». بنابراین، «مقرره» در مقایسه با «دستورالعمل» (از آنجاکه برای اجرایی شدن در حقوق ملی کشورهای عضو، نیازمند هیچ گونه پیش شرطی نیست) بهتر می تواند یکنواخت سازی در قوانین اتحادیه اروپا را محقق سازد. از این جهت، با تصویب یک «مقرره»، دیگر نباید به تحلیل حقوق ملی کشورهای عضو اتحادیه پرداخت و باید محور مطالعات تطبیقی را فقط منحصر به متن مقرره ها نمود. کلیه اسناد حقوق اتحادیه اروپا به صورت برخط و به روز، از طریق تارنمای زیر قابل دسترس است: eur-lex.europa.eu برای مطالعه فرایند تصویب مقرره ۲۰۱۴ در اتحادیه اروپا بنگرید:

Herlin-Karnell, E. and Nicholas Ryder. *Market Manipulation and Insider Trading: Regulatory Challenges in the United States of America, The European Union and the United Kingdom*, UK: Hart Publishing, 2019, PP 14-38.

^۴. ببینید: مرکز پژوهش های مجلس، پیشین، ص ۴۰. منبع مزبور، سند ذیل بوده است که حاوی تعریف اطلاعات نهانی در حقوق اتحادیه اروپا به شرح صفحات ۹۹ تا ۱۰۲ آن است:

OICU-IOSCO, Report of the Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities, Insider Trading: How Jurisdictions Regulate It (March 2003), P 99.

نگاه قانونگذار در این تعریف به حقوق اتحادیه اروپا، منجر به ارائه تعریف جامعی از اطلاعات نهانی شده است و اکنون می‌توان تفسیر این ماده را بر پایه حقوق تطبیقی مبتنی بر اسناد اتحادیه اروپا، مورد بررسی قرار داد.^۱ در واقع، بدون آگاهی از منشأ قانون ایران، نمی‌تواند به تفسیر درستی از قانون بازار اوراق بهادار دست یافت؛ زیرا قانونگذار به‌طور پراکنده در متن آن و مواد گوناگون، از عبارات‌های دیگری هم در کنار «اطلاعات نهانی» استفاده کرده است مانند «اطلاعات بااهمیت»، «اطلاعاتی که اثر بااهمیتی» دارد و «اطلاعات مهم»؛ که فقط با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی می‌توان به‌منظور قانونگذار دست یافت و وجه تشابه یا تفاوت این موارد از «اطلاعات نهانی» را به‌دقت روشن کرد.

در تعریف ارائه شده از «اطلاعات نهانی» در بند سی‌ودو ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار (همانند حقوق اتحادیه اروپا)، سه عنصر برای شناخت اطلاعات نهایی ذکر شده است که در ادامه، هریک از این عناصر به‌طور جداگانه بررسی می‌شود: (۱) هرگونه اطلاعات افشانشده برای عموم، (۲) مربوط بودن به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم و (۳) تأثیرگذاری بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران. این عناصر به ترتیب، در بخش‌های بعدی مقاله بررسی خواهد شد.

۲. عنصر نخست: هرگونه اطلاعات افشانشده برای عموم

۲.۱. احراز مصادیق «هرگونه» اطلاعات

قانونگذار ایران با به‌کارگیری عبارت «هرگونه اطلاعات»، در ظاهر، از تعریف مقرر در اتحادیه اروپا تا حدودی فاصله گرفته است؛ زیرا در این اتحادیه، تنها آن دسته از اطلاعات می‌تواند نهانی باشد که دارای ماهیتی «معین» باشد^۲ و درواقع، اساسی‌ترین معیار برای این است که بتوان تشخیص داد کدام دسته از اطلاعات مؤثر بر قیمت، نوعی اطلاعات نهانی محسوب می‌شود.^۳ در مقرره اتحادیه اروپا و در تعریف معین بودن، چنین آمده است: «اطلاعات در صورتی

۱. همچنین آرای صادره از «دیوان دادگستری اروپا» (ECJ) هم منبع مهمی برای مطالعه تطبیقی در این باره است که این دیوان، تاکنون در خصوص موضوعات مرتبط با «اطلاعات نهانی»، آرای متعددی را صادر کرده است که در این تارنما قابل دسترس است: curia.europa.eu. برای مثال، نک:

Case C-384/02 *Knud Grøngaard and Allan Bang* [2005] ECLI:EU:C:2005:708; Case C-391/04 *Ypourgos Oikonomikon and Proistamenos DOY Amfissas v Charilaos Georgakis* [2007] ECLI:EU:C:2007:272; Case C-45/08 *Spector Photo Group NV v CBFA* [2009] ECLI:EU:C:2009: 806; Case C-19/11 *Markus Geltl v Daimler AG* [2012] ECLI:EU:C:2012: 397; Case C-628/13 *Jean-Bernard Lafonta v Autorité des marchés financiers* [2015] ECLI:EU:C:2015: 162.

محور اصلی مقاله حاضر، مبتنی بر مطالعه تطبیقی با حقوق اتحادیه اروپاست و برای مطالعه موضوع مقاله حاضر در حقوق آمریکا، نک:

Steinberg, M. I. *Understanding Securities Law*, USA: Carolina Academic Press, Eighth Edition, 2023, chapter 12, PP 473-502; Loewenson, C. H. and Ruti Smithline (eds.). *Insider Trading: Law and Development*, USA: American Bar Association, 2017, Chapters 2 & 3.

۲. Information of a precise nature

برخی از نویسندگان ایرانی، این واژه (یعنی صفت precise) را به‌صورت تحت‌اللفظی به «دقیق» ترجمه کرده‌اند: جنیدی، لعیا و محمد نوروزی، «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸، صص ۱۲۷-۱۴۹، ص ۱۴۰؛ سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، ویراست دوم، تهران: سمت، ۱۴۰۰، ص ۳۵۷. باوجود این، به نظر می‌رسد با وحدت ملاک از ماده ۱۹۰ قانون مدنی، معادل فارسی «معین» بهتر باشد؛ چراکه در اصطلاح تخصصی حقوق بازار سرمایه، منظور از واژه precise اطلاعاتی است که فاقد ابهام، قابل تعیین و دارای قابلیت سنجش عینی باشد؛ پس منظور از آن، صرفاً «دقیق» (به معنای exact) نیست. از این رو، معادل فارسی «دقیق» نمی‌تواند بار معنایی را به‌طور کامل منعکس کند.

۳. Moloney, N. *EU Securities and Financial Markets Regulation*, UK: Oxford University Press, Fourth Edition, 2023, P 700.

واجد ماهیت معین محسوب می‌شود که حاکی از مجموعه اوضاع و احوال موجود یا مجموعه اوضاع و احوالی باشد که به‌طور معقول، انتظار می‌رود ایجاد گردد یا ناظر به رویدادی باشد که رخ داده یا به‌طور معقول انتظار وقوع آن وجود دارد. مشروط بر آنکه اطلاعات مزبور به‌نحوی مشخص باشد که امکان نتیجه‌گیری درباره تأثیر احتمالی آن اوضاع و احوال یا رویداد را بر قیمت ابزارهای مالی فراهم آورد.^۱ این مقررۀ دلالت بر این دارد که اطلاعات، زمانی دارای ویژگی «معین» بودن هست که به وضعیت یا رویدادی اشاره داشته باشد که یا هم‌اکنون محقق شده است یا اینکه به‌طور منطقی می‌توان وقوع آن را در آتی پیش‌بینی کرد؛ هرچند نکته حیاتی آن است که این اطلاعات باید آن قدر مشخص باشد که بتوان از آن درباره تأثیر بالقوه بر قیمت ابزارهای مالی نتیجه‌گیری کرد. یعنی اطلاعات مبهم، کلی یا گمانه‌زنی - حتی اگر درست هم باشد - در صورت نداشتن جزئیات کافی برای ارزیابی اثرگذاری اقتصادی آن، مشمول تعریف اطلاعات «معین» نخواهد بود. در این باره، «مجموعه اوضاع و احوال» اشاره به مجموعه‌ای از وضعیت‌ها دارد که ممکن است هم‌زمان یا به تدریج در حال وقوع باشد و بستری برای وقوع یک «رویداد» را فراهم کند؛ مانند مذاکرات جاری برای انعقاد یک قرارداد و بررسی ابعاد مالی آن پیرو تأیید مدیر مالی شرکت. در مقابل، «رویداد» اشاره به رخدادی مشخص و زمان‌مند دارد که در یک نقطه خاص از زمان اتفاق می‌افتد؛ مانند تصویب نهایی انعقاد قرارداد در هیئت‌مدیره شرکت.

در خلال ارائه نظرات کارشناسی در مرکز پژوهش‌های مجلس نسبت به متن لایحه - ضمن ارجاع به منشأ نسخه‌برداری تعریف اطلاعات نهانی در حقوق اتحادیه اروپا - بیان شد که از جمله ویژگی‌های اطلاعات نهانی، آن است که «اطلاعات باید ماهیت و سرشت خاصی داشته باشد»؛^۲ لیکن هیچ معادل روشن فارسی برای این اصطلاح بیان نشد. به هر روی، حذف ویژگی داشتن ماهیت «معین» در قانون ایران (که به نظر می‌رسد بیشتر متأثر از دشواری در معادل‌یابی فارسی برای آن؛ یا حداقل، فقدان اشرف تنظیم‌کنندگان لایحه بر معنای این اصطلاح در سند اتحادیه اروپا جهت درج در متن قانون ایران بوده است) را نمی‌توان به معنای عدم نیاز به احراز این عنصر دانست زیرا فارغ از آنکه قوانین (در ماهیت خود که موجد حق و تکلیف عمومی‌اند) باید آن‌چنان روشن و دارای دامنه مشخص باشند که عموم بتوانند

^۱. Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse, Article 7(2): "For the purposes of paragraph 1, information shall be deemed to be of a precise nature if it indicates a set of circumstances which exists or which may reasonably be expected to come into existence, or an event which has occurred or which may reasonably be expected to occur, where it is specific enough to enable a conclusion to be drawn as to the possible effect of that set of circumstances or event on the prices of the financial instruments ...".

مقایسه کنید با تعریف «اطلاعات بااهمیت» مندرج در بند شش ماده ۱ دستورالعمل افشای اطلاعات ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس (مصوب ۱۳۸۶ هیئت‌مدیره سازمان بورس با اصلاحات بعدی): «اطلاعات بااهمیت: اطلاعاتی درباره رویدادها و تصمیمات مربوط به ناشر که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار تأثیر داشته باشد» (تأکید اضافه شده است). در سایر مقررات نیز تعریف مشابهی وجود دارد؛ مانند بند یک ماده ۱ دستورالعمل اجرایی خرید، نگهداری و عرضه سهام خزانه (مصوب ۱۳۹۴ هیئت‌مدیره سازمان بورس با اصلاحات بعدی): «اطلاعات مهم: اطلاعاتی درباره رویدادها و تصمیمات مربوط به ناشر که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذاران تأثیر بااهمیت داشته باشد که مصادیق آن در دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، ذکر شده است» (تأکید اضافه شده است). در این دستورالعمل‌ها، اصطلاح «رویداد» را باید اصطلاحی عام دانست تا بتواند شامل «مجموعه اوضاع و احوال» (a set of circumstances) هم بشود؛ یعنی «یک بستر واقعی و عینی از وضعیت‌های جاری یا محتمل‌الوقوع برای وقوع رویداد».

^۲. مرکز پژوهش‌های مجلس، پیشین. این جمله، ترجمۀ عبارت ذیل در منبع مورد ارجاع بوده است:

"The information has to be of the precise nature"; OICU-IOSCO, *Report of the Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities, Insider Trading: How Jurisdictions Regulate It* (March 2003), P 99.

تکالیف قانونی خود را بدانند؛^۱ بلکه اطلاعات غیرمعین نمی‌تواند تأثیری بر قیمت اوراق بهادار داشته باشد؛ مانند آنکه ناشری، مترصد دستیابی به بازارهای جدید صادراتی است یا اینکه مترصد تولید یک محصول جدید است؛ لیکن بدیهی است تازمانی که مطالعات راهبردی مرتبط با این اهداف، انجام نشود و خروجی آن معلوم نشود، نمی‌توان چنین برنامه‌هایی را حاوی نوعی اطلاعات با ماهیت «معین» و تأثیرگذار دانست. از همین روست که در ماده ۵ دستورالعمل افشای اطلاعات ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس هم بیان شده است که اطلاعات افشاء شده از سوی ناشر باید «صریح، دقیق، مربوط، قابل فهم و کافی» باشد که نشان از پیروی این دستورالعمل از سند حقوقی اتحادیه اروپا هم دارد؛ به نحوی که ظاهراً تلاش شده است تا با درج مجموعه‌ای از اوصاف، بتوان همان ویژگی داشتن ماهیت «معین» را الزامی نمود.^۲

۲.۲. فقدان افشای قبلی عمومی اطلاعات

درخصوص دیگر عنصر لازم در تعریف اطلاعات نهانی، یعنی «افشاشده برای عموم»، قانونگذار به صراحت معلوم ننموده است که اطلاعات دقیقاً از چه زمانی «افشاء شده» محسوب می‌شود تا بتوان بعد از آن، چنین اطلاعاتی را نهانی ندانست؟ در این باره، ناشران اوراق بهادار مکلف‌اند آن دسته از اطلاعات نهانی را که به طور مستقیم به آنها مربوط است، از طریق «سامانه جامع انتشار اطلاعات در بازار سرمایه» (موسوم به تارنمای «کُدال») برای همه سرمایه‌گذاران (حتی سرمایه‌گذاران بالقوه) افشا نمایند.^۳ با وجود این، ممکن است این اطلاعات پیش از افشای رسمی در این تارنما، از سایر روش‌های غیررسمی مانند تارنمای خود ناشر یا در مجمع عمومی ناشر افشا شود. در این صورت، این سؤال پیش می‌آید که آیا افشای اطلاعات از طریق تارنمای رسمی کُدال، برای از دست دادن خصیصه نهانی بودن اطلاعات، کفایت می‌نماید یا خیر؟ به بیان دیگر، آیا افشای اطلاعات از طریق تارنمای رسمی مزبور، «موضوعیت» دارد یا «طریقت»؟

در این باره و در یک بررسی تطبیقی با اسناد حقوق اتحادیه اروپا، در آن چنین مقرر شده است که: «ناشر باید در اسرع وقت اقدام به اطلاع‌رسانی عمومی نسبت به اطلاعات نهانی نماید که به طور مستقیم مربوط به ناشر است. ناشر باید اطمینان حاصل نماید که این اطلاعات نهانی به نحوی افشاء شود که دسترسی سریع، کامل، صحیح و به موقع عموم به آن اطلاعات فراهم شود».^۴ در حقوق اتحادیه اروپا این افشا باید در هر کشور از طریق حداقل یک پایگاه رسمی و به صورت

^۱ لازم به یادآوری است، از آنجاکه قانونگذار ایرانی اقدام به جرم‌انگاری رفتارهای «سوءاستفاده از اطلاعات نهانی» در ماده ۴۶ و نیز «عدم انتشار اطلاعات مهم» در ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار نموده است؛ بنابراین لزوم تفسیر نصوص جزایی به طور مضیق و به نفع متهم هم ایجاب می‌نماید که دامنه اطلاعات نهانی، تاحدممکن، معلوم و مشخص باشد. در این باره، نقل یکی از نظرات شورای نگهبان، می‌تواند جالب توجه باشد: «تعاریف و اصطلاحات فنی و عناوین قانونی، اگر مبین نباشند تصویب قانون، مفهوم صحیح و معنای معقولی پیدا نمی‌کند. [...] اولین چیزی که رکن اساسی هر حکم شرعی و قانونی است موضوع آن است که حکم و قانون بدون مشخص بودن موضوع آن، در نظر حاکم و قانونگذار، حکم بلاموضوع است» (نظر شماره ۴۷۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۰۴/۰۳).

^۲ ماده ۵: «اطلاعات باید صریح، دقیق، مربوط، قابل فهم و کافی باشند و تاحدامکان به صورت کمی ارائه شوند». مقایسه کنید با:

Case C-628/13 Jean-Bernard Lafonta v Autorité des marchés financiers [2015] ECLI:EU:C:2015:162, para 31: "[T]he only information excluded from the concept of 'inside information' by virtue of that provision is information that is vague or general, from which it is impossible to draw a conclusion as regards its possible effect on the prices of the financial instruments concerned" [emphasize added].

^۳ www.codal.ir

^۴ Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse, Article 17(1).

غیرتبعیض‌آمیز صورت گیرد.^۱ به‌هرروی، از آنجا که نقض این تکلیف، منجر به افشای عمومی اطلاعات می‌شود و چنین افشای غیررسمی، اصولاً تأثیر خود را بر قیمت اوراق بهادار می‌گذارد؛ بنابراین، باید قائل بر این بود که افشای رسمی اطلاعات نهانی در تارنمای رسمی کُدال، صرفاً «طریقت» دارد و به‌محض افشای غیررسمی این اطلاعات، دیگر نمی‌توان آن را نوعی اطلاعات نهانی دانست؛^۲ هرچند افشاکننده غیررسمی اطلاعات می‌تواند مشمول مجازات‌های کیفری و انضباطی مقرر در مقررات باشد. تنها نکته قابل توجه در این باره آن است که چنین افشای غیررسمی باید خطاب به چنان مخاطبانی باشد که بتوان آن را مصداق افشای «عمومی» دانست؛ در غیر این صورت و در مواردی که این اطلاعات خطاب به مخاطبان محدودی منتشر شود، نمی‌تواند خصیصه نهانی بودن اطلاعات را زایل شده دانست.

۳. عنصر دوم: مربوط بودن به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم

قانونگذار ایران، هم‌راستا با حقوق اتحادیه اروپا، در بیان عناصر قانونی تعریف اطلاعات نهانی، چنین اطلاعاتی را اعم از آن دانسته است که به‌طور «مستقیم» یا «غیرمستقیم» به ناشر مربوط باشد. در ادبیات حقوقی بازار سرمایه از اطلاعاتی که به‌طور «غیرمستقیم» به یک یا چند ناشر مربوط می‌شود، تحت عنوان «اطلاعات بازاری» نیز یاد می‌شود (که درمقابل «اطلاعات شرکتی» است)^۳ و شامل مواردی است که منشأ آن خارج از خود شرکت است؛ لیکن می‌تواند به‌طور بالقوه، ناشران را تحت تأثیر قرار دهد همانند مقررات قانونی در شُرَف تصویب (مثل تغییر نرخ سود سپرده‌بانکی یا تغییر نرخ خوراک‌گاز) و گزارش‌های شرکت‌های رتبه‌بندی. در مقابل، «اطلاعات شرکتی» شامل موارد خاصی است که از داخل شرکت سرچشمه می‌گیرد همانند تصمیمات اعضای هیئت‌مدیره و مجامع شرکت و نیز مذاکرات در جریان با اشخاص ثالث برای انعقاد قرارداد.^۴

از این نکات می‌توان به این نتیجه رسید که «اطلاعات شرکتی»، به‌طور «مستقیم» به ناشر اوراق بهادار مربوط می‌شود و «اطلاعات بازاری» نیز به‌طور «غیرمستقیم»؛ و هر دو نوع اطلاعات مزبور یعنی «اطلاعات شرکتی» و «اطلاعات بازاری» هم می‌توانند نوعی اطلاعات نهانی باشند که خود این موارد زیرمجموعه اصطلاح عام‌تر «اطلاعات مهم» در متن قانون بازار اوراق بهادار است.^۵ بنابراین هرچند ناشر تعهدی به افشای اطلاعاتی که به‌طور غیرمستقیم به او مربوط می‌شود ندارد؛ لیکن درعین حال، ناشر (و سایر اشخاص) از هرگونه سوءاستفاده از آن اطلاعات، به‌عنوان نوعی اطلاعات نهانی، ممنوع‌اند. نتیجه این استنباط آن است که دامنه و مصادیق اطلاعات نهانی نیازمند افشا از سوی ناشر، «کمتر» از مصادیق اطلاعات نهانی است که می‌تواند موضوع ممنوعیت سوءاستفاده از اطلاعات نهانی قرار گیرد. رابطه میان انواع اطلاعات را می‌توان در شکل ذیل دید:

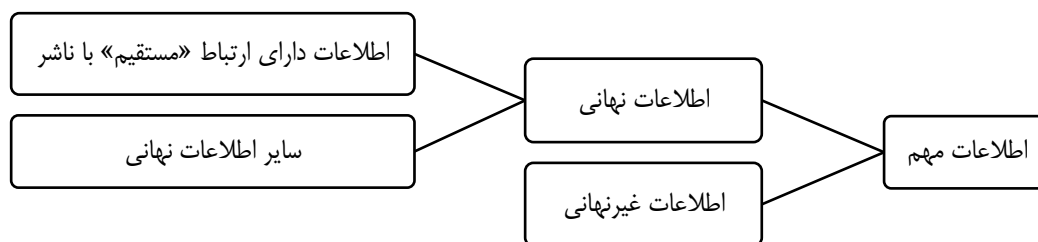
^۱. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, Article 21(1) & (2).

^۲. Ventrizzo, M. and Sebastian Mock (eds.). *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, UK: Oxford University Press, Second Edition, 2022, para B.7.65.

^۳. "The market information" v "The corporate information".

^۴. Ibid, para B.7.69.

^۵. بند دو ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار اقدام به جرم‌انگاری رفتار ذیل نموده است: «هر شخصی که به موجب این قانون مکلف به ارائه تمام یا قسمتی از اطلاعات، اسناد و یا مدارک مهم به سازمان یا بورس مربوط بوده و از انجام آن خودداری کند» (تأکید اضافه شده است).



۴. عنصر سوم: تأثیرگذاری بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران

۴.۱. میزان تأثیرگذاری اطلاعات

اولین موضوع نیازمند بررسی در این باره میزان تأثیرگذاری است. در تعریف قانونگذار ایران از اطلاعات نهانی در بند سی‌ودو ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، اشاره‌ای به میزان تأثیرگذاری اطلاعات نشده و اطلاعات نهانی را هرگونه اطلاعات افشانشده برای عموم دانسته است که در صورت انتشار، بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط، «تأثیر می‌گذارد». درحالی‌که در مقابل و در حقوق اتحادیه اروپا تصریح شده است که از عناصر اطلاعات نهانی، آن است که در صورت افشا، «محتمل است که تأثیر بالاهمیتی» بر قیمت اوراق بهادار بگذارد.^۱ در مرکز پژوهش‌های مجلس و در زمان ارائه نظرات اصلاحی نسبت به متن لایحه - ضمن ارجاع به منشأ نسخه‌برداری تعریف اطلاعات نهانی در حقوق اتحادیه اروپا - بیان شد که ازجمله ویژگی‌های اطلاعات نهانی آن است که «تأثیر معنادار» بر قیمت اوراق بهادار داشته باشد.^۲ در همین خصوص، قانونگذار ایران در بخش دیگری از قانون یعنی در مواد ۷ و ۴۵ و درخصوص نوع خاصی از اطلاعات نهانی، به‌ترتیب و بدین شکل به عنصر اثرگذاری هم اشاره کرده است: «وظایف و اختیارات هیئت‌مدیره سازمان {بورس} به شرح زیر است: ... (۱۸) بررسی و نظارت بر افشای اطلاعات بااهمیت توسط شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان»؛ «هر ناشری که مجوز انتشار اوراق بهادار خود را از سازمان {بورس} دریافت کرده است، مکلف است حداقل موارد زیر را طبق دستورالعمل اجرایی که توسط سازمان تعیین خواهد شد به سازمان ارائه نماید: ... (۴) اطلاعاتی که اثر بالاهمیتی بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران دارد» (تأکید اضافه شده است).

در این مواد، قانونگذار گاهی اصطلاح «باهمیت» را «صفت» اطلاعات و گاهی آن را «قید حالت» برای اثرگذاری دانسته است که عدم به‌کارگیری یک‌دست اصطلاحات در متن قانون بازار اوراق بهادار، می‌تواند منجر به ایجاد ابهام بشود. به‌هرروی، همان تعریف بیان‌شده در سند قانونی اتحادیه اروپا (که منشأ قانونگذار ایران برای تنظیم متن بوده است) قابل اعمال در نظام حقوقی ایران، جهت رفع ابهام‌های قانونی دانست. درنتیجه، اطلاعات نهانی، آن دسته از اطلاعات است

^۱. Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse, Article 7(1): "Inside information shall mean information ... if it were made public, would be likely to have a significant effect on the prices of those financial instruments" (emphasize added).

تأثیر بالاهمیت (*a significant effect*)، به معنای «تأثیر بر میزان عرضه یا تقاضای ابزار مالی» (و بالتبع، تأثیر بر قیمت آن) است. نک: Kalss, S., Martin Oppitz, Ulrich Torggler and Martin Winner (eds.). *EU Market Abuse Regulation: A Commentary on Regulation (EU), No 596/2014*, UK: Edward Elgar, 2021, para 7.028.

^۲. ببینید: مرکز پژوهش‌های مجلس، پیشین.

این جمله، ترجمه عبارت ذیل در منبع مورد ارجاع بوده است:

"The information is likely to have a significant effect on the price of the securities concerned"; OICU-IOSCO, Report of the Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities, Insider Trading: How Jurisdictions Regulate It (March 2003) p 99.

که در صورت افشا، بتواند «تأثیر بااهمیتی» بر قیمت اوراق بهادار بگذارد. اینکه آیا چنین تأثیرگذاری، «بااهمیت» خواهد بود یا ناچیز، بستگی به اوضاع و احوال هر مورد دارد تا بتوان میزان تأثیر اطلاعات بر قیمت ابزار مالی را، به نسبت ارزش کل آن اوراق سنجید.^۱

۴.۲. نحوه احراز تأثیرگذاری اطلاعات

دومین موضوع نیازمند بررسی در این باره، نحوه احراز تأثیرگذاری است. در تعریف قانونگذار ایران از اطلاعات نهانی در بند سی‌ودو ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، لازم دانسته شده است که تأثیر اطلاعات نهانی در صورت افشا، بر قیمت «و یا» تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله خواهد بود. باوجود این، در جای دیگر قانون از اطلاعاتی نام برده شده است که اثر بااهمیتی بر قیمت اوراق بهادار «و» تصمیم سرمایه‌گذاران دارد (نک: بند چهار ماده ۴۵ قانون). در واقع، تأثیر بر «قیمت»^۲ و تأثیر بر «تصمیم سرمایه‌گذاران» را نمی‌توان دو معیار مستقل از یکدیگر دانست، بلکه فقط اطلاعاتی می‌تواند بر قیمت تأثیر بگذارد که بتواند بر تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله هم اثرگذار باشد؛ زیرا تغییر قیمت هم، نتیجه رفتار معاملاتی سرمایه‌گذاران برای خرید یا فروش اوراق بهادار است. به بیان دیگر، نمی‌توان فرضی را تصور کرد که بدون تأثیرگذاری بر تصمیم سرمایه‌گذاران، بتواند بر قیمت اوراق تأثیر بگذارد و بالعکس.

به همین دلیل در مقررات اتحادیه اروپا، این دو معیار را در هم تلفیق و مقرر کرده‌اند، اطلاعاتی می‌تواند در صورت افشا، احتمالاً تأثیر بااهمیتی بر قیمت ابزار مالی بگذارد که «هر سرمایه‌گذار متعارفی به احتمال زیاد، از این اطلاعات به عنوان بخشی از مبانی تصمیم‌گیری خود راجع به سرمایه‌گذاری بهره خواهد برد».^۳ از این عبارت در حقوق اتحادیه اروپا می‌توان به این نکته هم دست یافت که برای احراز تأثیرگذاری، باید دید آیا «سرمایه‌گذاران متعارف» از این اطلاعات برای اتخاذ تصمیم راجع به خرید و فروش ابزارهای مالی استفاده می‌نمایند یا خیر؟ در حقوق اتحادیه، منظور از سرمایه‌گذاران متعارف، اشخاصی‌اند که تصمیمات سرمایه‌گذاری خود را براساس تحلیل اطلاعاتی اتخاذ می‌کنند که از قبل در دسترس است؛ یعنی براساس ارزیابی اطلاعات موجود از قبل. این گونه سرمایه‌گذاران، ارزیابی خود از تأثیر اطلاعات را با توجه به مجموع فعالیت ناشر مربوطه، قابلیت اتکای منشأ اطلاعات و سایر متغیرهای بازار انجام می‌دهند که احتمالاً بر ابزارهای مالی در اوضاع و احوال موجود تأثیر می‌گذارد.^۴ در مقابل، هر چند در قانون ایران، اصطلاح «سرمایه‌گذار» به طور مطلق و بدون اشاره به نوع خاصی از آنها به کار رفته است؛ لیکن همانند حقوق اتحادیه اروپا، باید قائل بر این بود که فقط تأثیرگذاری بالقوه بر همین دسته از سرمایه‌گذاران را باید ملاک گرفت؛ همچنان که در آرای وحدت رویه متعددی، دیوان عالی کشور از «رفتار متعارف اشخاص» برای تفسیر قوانین استفاده نموده است که با وحدت ملاک، قابل تطبیق بر اصطلاح

^۱ Swan, E. J. and John Virgo. *Market Abuse Regulation*, UK: Oxford University Press, Third Edition, 2019, para 4.16.

^۲ Price-sensitive information.

^۳ Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse, Art 7(4): "For the purposes of paragraph 1, information which, if it were made public, would be likely to have a significant effect on the prices of financial instruments [...] shall mean information a reasonable investor would be likely to use as part of the basis of his or her investment decisions".

^۴ Ibid, recital 14.

برای مطالعه تقسیم‌بندی انواع سرمایه‌گذاران، نک: پیری، فرهاد، *حقوق بورس و اوراق بهادار (با تأکید بر قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران)*، تهران: جنگل، ۱۴۰۰، صص ۱۴۹ و ۱۵۰.

«سرمایه‌گذاران متعارف» در حقوق اتحادیه اروپاست.^۱

۴.۳. احتمال یا قطعیت تأثیرگذاری اطلاعات

سومین موضوع نیازمند بررسی آن است که در قانون ایران و برخلاف حقوق اتحادیه اروپا، به اینکه اطلاعات نهانی، «احتمالاً»، قابلیت تأثیرگذاری بر قیمت ابزار مالی را داشته باشد اشاره نشده و به جای آن، قانونگذار به طور مطلق بیان داشته است که «در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد»؛ این درحالی است که در حقوق اتحادیه اروپا، این تأثیرگذاری «احتمالی» خواهد بود و نه قطعی؛ همچنان‌که گفته شده است: «معیار تشخیص در دستورالعمل اتحادیه، "احتمال" (likely) است؛ بنابراین از یک سو، صرف امکان اینکه اطلاعاتی ممکن است تأثیر بااهمیتی بر قیمت داشته باشد برای الزام به افشا کافی نیست اما از سوی دیگر، ضرورتی ندارد که درجه‌ای از احتمال نزدیک به یقین وجود داشته باشد».^۲ به نظر می‌رسد در حقوق ایران هم باید «معیار نوعی-احتمالی» را در این باره اعمال کرد؛ یعنی در صورتی می‌توان نوع خاصی از اطلاعات را نهانی دانست که بتواند «نوعاً قابلیت» تأثیرگذاری بر قیمت اوراق بهادار را داشته باشد.

نتیجه‌گیری

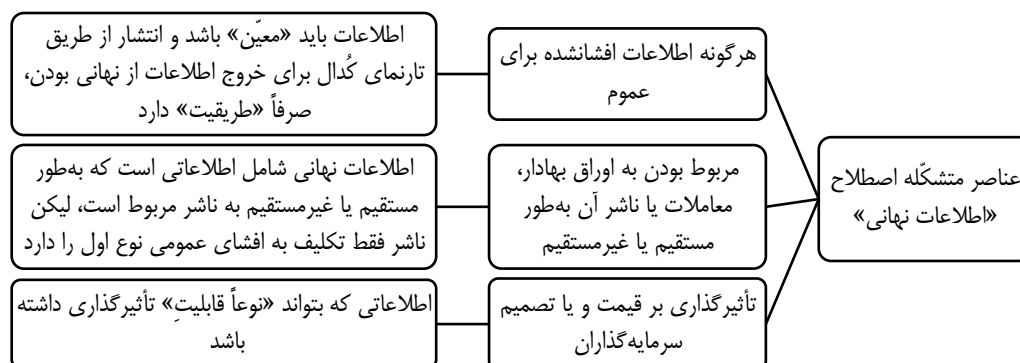
قانونگذار ایران ابتدا در بند سی‌ودو ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، با نسخه‌برداری از حقوق اتحادیه اروپا، تعریف «اطلاعات نهانی» را از حقوق این اتحادیه، وارد قانون ایران نمود؛ هرچند این نسخه‌برداری، با جرح و تعدیل‌های جزئی همراه بود. به مرور و با تصویب دستورالعمل اجرایی قانون بازار اوراق بهادار، نقش حقوق اتحادیه اروپا در تدوین مقررات، بسیار پررنگ‌تر شد؛ تا جایی که به وضوح می‌توان رفع نواقص تعریف اطلاعات نهانی در قانون ایران را در «دستورالعمل افشای اطلاعات ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس» مشاهده کرد. این دستورالعمل با دنباله‌روی کامل از مقررات اتحادیه اروپا، مقررات مختلفی در خصوص «کیفیت افشا»، «ارائه فهرست تمثیلی از اطلاعات نهانی نیازمند افشا از سوی ناشر» و «شرایط امکان تأخیر در افشا» را وارد نظام حقوقی ایران نمود.

تجربه مقررات‌گذاری در حوزه بازار سرمایه در نظام حقوقی ایران نشان از آن است که حقوق اتحادیه اروپا توانسته است الهام‌بخش و منبع بسیار مفیدی برای مقررات‌گذاری باشد؛ تاجایی که مقایسه آن با سایر نظام‌های حقوقی (مانند آمریکا)، گویای مزایای شفافیت در شیوه نگارش مقررات و به‌روزرسانی آن است که این ویژگی‌ها مقررهنویسی در ایران را به مقررات روز اتحادیه نزدیک نموده است. بدیهی است، مطالعات تطبیقی و استفاده از حقوق اتحادیه اروپا (که محصول خرد جمعی و نیز صرف زمان طولانی از سوی متخصصان حقوقی جهت تدوین آن است) می‌تواند قانونگذار ایران را به تصویب مقررات کارآمد رهنمون سازد. در این خصوص، تجربه الهام مقررات‌گذار ایران در خصوص اطلاعات نهانی، نمونه موفق است از تأثیر استفاده از مطالعات تطبیقی در تدوین مقررات. باوجوداین، در استفاده از مطالعات تطبیقی برای

^۱ نک: رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴ راجع به «استرداد مبيع به بايع به علت اعمال حق فسخ ناشی از عدم پرداخت ثمن حتی در صورت انتقال مبيع» و نیز رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۰ راجع به «حق فسخ معامله با وجود شرط اسقاط خيارت».

^۲ The Committee of European Securities Regulation (CESR), *Level 3- second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market*, July 2007, CESR/06-562b, para 1.12: "The Directive test is 'likely' so on the one hand the mere possibility that a piece of information will have a significant price effect is not enough to trigger a disclosure requirement but, on the other hand, it is not necessary that there should be a degree of probability close to certainty".

مقررات‌گذاری، باید به دو نکته توجه داشت: از یک سو، باید دانست که کدام منبع حقوق خارجی را در اولویت استفاده قرار داد؛ به‌ویژه آنکه باید ابتدا، معایب و نواقص منبع تطبیقی را به دقت موشکافی کرد تا این خلأها را وارد نظام حقوقی داخلی ننمود. از این جهت، برای مثال، استفاده از یک سند خارجی برای قانونگذاری داخلی، نیازمند مطالعه عمیق کلیه مطالب حقوقی مرتبط با آن سند از جمله دکترین مبدأ و آرای مربوطه است. از سوی دیگر، استفاده از مطالعات تطبیقی نباید بدون توجه به مبانی نظام حقوقی داخلی مقصد باشد؛ چراکه در غیر این صورت، استفاده از اسناد خارجی می‌تواند منجر به ایراد صدمه به مبانی حقوق داخلی باشد. ماحصل نوشتار حاضر در پرتو مطالعه تطبیقی (با حقوق اتحادیه اروپا) را می‌توان در نمودار ذیل مشاهده نمود:



منابع

کتاب

۱. پیری، فرهاد، *حقوق بورس و اوراق بهادار (با تأکید بر قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران)*، تهران: جنگل، ۱۴۰۰.
۲. سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، ویراست دوم، تهران: سمت، ۱۴۰۰.
۳. مرکز پژوهش‌های مجلس، *نظرات و انتقادات سازمان‌ها و کارشناسان درباره لایحه بازار اوراق بهادار*، گزارش شماره ۷۱۷۷، آذرماه ۱۳۸۳.

مقاله

۴. جنیدی، لیا و محمد نوروزی، «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸، صص ۱۲۷-۱۴۹.

References

Books

1. Armour, J. et al. *Principles of Financial Regulation*. UK: Oxford University Press, 2016.
2. Fox, M. B., Lawrence R. Glosten and Gabriel V. Rauterberg. *The New Stock Market: Law, Economics, and Policy*, New York: Columbia University Press, 2019.
3. Herlin-Karnell, E. and Nicholas Ryder. *Market Manipulation and Insider Trading: Regulatory Challenges in the United States of America, The European Union and the United Kingdom*, UK: Hart Publishing, 2019.

4. Kalss, S., Martin Oppitz, Ulrich Torggler and Martin Winner (eds.). *EU Market Abuse Regulation: A Commentary on Regulation (EU)*, No 596/2014, UK: Edward Elgar, 2021.
5. Loewenson, C. H. and Ruti Smithline (eds.). *Insider Trading: Law and Development*, USA: American Bar Association, 2017.
6. Moloney, N. *EU Securities and Financial Markets Regulation*, UK: Oxford University Press, Fourth Edition, 2023.
7. Parliamentary Research Center, *Opinions and Criticisms of Organizations and Experts on the Securities Market Bill*, Report No. 7177, December 2004. (in Persian)
8. Piri, Farhad, *The Law of Securities and the Stock Exchange (with Particular Emphasis on Iran's Securities Market Act)*, Tehran: Jungle, 2021. (in Persian)
9. Soltani, Mohammad, *Iran's Capital Market Law*, Second Edition, Tehran: Samt, 2021. (in Persian)
10. Steinberg, M. I. *Understanding Securities Law*, USA: Carolina Academic Press, Eighth Edition, 2023.
11. Swan, E. J. and John Virgo. *Market Abuse Regulation*, UK: Oxford University Press, Third Edition, 2019.
12. Ventoruzzo, M. and Sebastian Mock (eds.). *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, UK: Oxford University Press, Second Edition, 2022.

Articles

13. Joneydi, La'ya and Mohammad Norouzi, "Identification of the Nature of Inside Information in Stock Exchange," *Private Law Studies Quarterly*, Volume 39, Issue 2, 2010, PP 127-149. (in Persian)

Directives & Regulation

14. Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 Coordinating Regulations on Insider Dealing.
15. Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse).
16. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the Harmonization of Transparency Requirements in Relation to Information about Issuers Whose Securities Are Admitted to Trading on a Regulated Market and Amending Directive 2001/34/EC.
17. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on Market Abuse (Market Abuse Regulation) and Repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA Relevance.

Cases

18. Case C-19/11 *Markus Geltl v Daimler AG* [2012] ECLI:EU:C:2012: 397.
19. Case C-384/02 *Knud Grøngaard and Allan Bang* [2005] ECLI:EU:C:2005: 708.
20. Case C-391/04 *Ypourgos Oikonomikon and Proistamenos DOY Amfissas v Charilaos Georgakis* [2007] ECLI:EU:C:2007: 272.
21. Case C-45/08 *Spector Photo Group NV v CBFA* [2009] ECLI:EU:C:2009: 806.
22. Case C-628/13 *Jean-Bernard Lafonta v Autorité des marchés financiers* [2015] ECLI:EU:C:2015: 162.

Others

23. OICU-IOSCO, Report of the Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities, Insider Trading: How Jurisdictions Regulate It (March 2003).
24. The Committee of European Securities Regulation (CESR), *Level 3- second set of CESR Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market*, July 2007, CESR/06-562b.

Websites

25. <https://cmr.seo.ir>
26. <https://codal.ir>
27. <https://curia.europa.eu>
28. <https://eur-lex.europa.eu>
29. <https://rc.majlis.ir>



Original Article

The Position of Customary International Law in the Interpretation of Treaties

Mahmoud Hajjar¹, Seyed Ghasem Zamani²

ABSTRACT

Undoubtedly, international treaties are one of the most important sources of international law and have a special place in international law due to their stability, clarity, and precision in proving and explaining the obligations of the parties. However, it can be said that despite the great care and attention taken by negotiators when drafting treaty provisions, there is no treaty that does not raise some issues regarding treaty interpretation, especially as each state tries to interpret the treaty in accordance with its national interests. According to Article 31(1) of the Convention on the Law of Treaties, a treaty must be interpreted in accordance with the ordinary meaning given to the terms of the treaty in their context and having regard to the subject matter and purpose of the treaty. Therefore, in many cases, it is sufficient to consider the ordinary meaning of treaty terms in their context and with regard to the subject matter and purpose for interpreting treaty provisions and terms. However, in some cases, the text of the treaty may not be sufficient to interpret the terms of the treaty, and the interpreter needs to refer to other rules outside the text of the treaty being interpreted (including customary international law) in order to properly carry out the interpretation process. The relationship between the treaty and other relevant rules of international law, including customary international law, is of particular importance. In this context, the relevant rules of international law can affect the treaty in various aspects; one of these important aspects is its effect on the interpretation of the treaty. Therefore, the purpose of this article is to explain the role of customary international law in the interpretation of treaties. In this paper, by using library sources, international documents, and international judicial decisions and through a descriptive-analytical method, the position of the rules of customary international law in the interpretation of treaties will be studied. Article 31(3)(c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties states that in the interpretation of a treaty, together with the context, "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" shall be taken into account. Therefore, in interpreting a treaty, in addition to its text and context and other elements of the general rule of interpretation contained in Article 31 of the Convention on the Law of Treaties, the rules of customary international law must also be taken into account. It seems that the importance of Article 31(3)(c) of the Convention on the Law of Treaties stems from the fact that it refers to the relationship between the provisions of the treaty and other relevant rules of international law. Therefore, Article 31(3)(c) is related to the issue of "systemic integration" in the international legal system. The principle of systemic integration means that treaties must be interpreted and implemented within the framework of international law and that the spirit of the rules of international law must always govern them. It is worth noting that, according to the general rule of interpretation provided for in Article 31 of the Vienna

How to Cite: Hajjar, Mahmoud, Zamani, Seyed Ghasem, " The Position of Customary International Law in the Interpretation of Treaties", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:35-54.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233293.2600>

Received: 30/09/2023-Accepted: 02/03/2024

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

Corresponding Author Email: mahmoud_hajjar@atu.ac.ir

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



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

Convention, the text of the treaty is the starting point of the interpretation process. However, relevant rules of international law, including customary international law, must be considered in context. Hence, the rules of customary international law play an auxiliary or secondary role in the interpretation of treaties. In other words, the treaty being interpreted retains the primary role in the interpretation process. On the other hand, it seems that in the process of interpreting a treaty, the interpreter must consider the customary rule applicable in the relations between the parties. This means that an interpretative authority does not have the right to exercise discretion but must consider customary law. According to Article 31(3)(c) of the Convention on the Law of Treaties, in order to take into account, the rules of customary international law in the process of interpreting a treaty, the customary rules must both be relevant to the treaty under interpretation and applicable in the relations between the parties to the treaty under interpretation. Therefore, it can be said that customary rules can include general, regional, or local custom. The use of customary international law rules in the process of interpreting treaties is of particular importance because it can clarify the ambiguous meaning of treaty terms or determine the scope of treaty provisions. Furthermore, taking into account the rules of customary international law in the treaty interpretation process helps to prevent the interpretation and application of a treaty as an independent regime. Therefore, it reduces the fragmentation of international law and promotes systemic integration in the international legal system. International jurisprudence has played an important role in explaining the position of customary international law rules in the interpretation of treaties. International judicial authorities have referred to the rules of customary international law applicable to the relations between the parties, especially when the terms used in the treaty are ambiguous or have a well-known meaning in customary international law, or to take into account the principle of systemic integration.

KeyWords: Customary International Law, Interpretation of Treaties, Relevant Rules of International Law, Article 31(3) (C) of the Convention of the Law of Treaties, Systemic Integration



جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات

محمود حجار^۱، سید قاسم زمانی^۲

چکیده

حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند و مناسبات میان آنها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در این زمینه، حقوق بین‌الملل عرفی از جنبه‌های مختلف بر معاهدات تأثیر می‌گذارد؛ یکی از این جنبه‌های مهم، تأثیر آن بر تفسیر معاهدات است. طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، در تفسیر یک معاهده، همراه با سیاق، هر قاعده ذی‌ربط حقوق بین‌الملل قابل‌اجرا در روابط میان طرفین نیز باید در نظر گرفته شود. پرسش اصلی مقاله این است که جایگاه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات چیست؟ به نظر می‌رسد که در نظر گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در فرایند تفسیر معاهده به جلوگیری از تفسیر و اجرای یک معاهده به‌عنوان یک رژیم مستقل کمک می‌کند. بنابراین، چندپارگی حقوق بین‌الملل را کاهش می‌دهد و یکپارچگی سیستمیک در نظام حقوقی بین‌المللی را ارتقا می‌دهد. در این مقاله با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، اسناد بین‌المللی و آرای قضائی بین‌المللی و با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، جایگاه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد.

کلید واژگان: حقوق بین‌الملل عرفی، تفسیر معاهدات، قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، یکپارچگی سیستمیک.

استناد به این مقاله: حجار، محمود، زمانی، سید قاسم، «جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۳۵-۵۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233293.2600>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

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

ایمیل نویسنده مسئول: mahmoud_hajjar@atu.ac.ir

۲. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

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

مقدمه

مباحث مربوط به منابع حقوق بین‌الملل از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات به‌عنوان دو منبع اصلی از جایگاه برجسته‌ای برخوردارند که مناسبات میان آنها همیشه متضمن گسترده‌ترین و مهم‌ترین مباحث در حوزه منابع بوده است.^۱ حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات با هم‌دیگر ارتباط تنگاتنگی دارند و بر یک‌دیگر آثار متقابلی دارند. این آثار می‌تواند چهار صورت مختلف داشته‌باشند: اثر ایجاد، اثر اعلامی، اثر تکمیلی و اخیراً تفسیری.^۲ بنابراین، حقوق بین‌الملل عرفی از جنبه‌های مختلف بر معاهدات تأثیر می‌گذارد؛^۳ یکی از این جنبه‌های مهم، تأثیر آن بر تفسیر معاهدات است.

حقوق بین‌الملل یک نظام حقوقی است. قواعد و اصول آن (یعنی هنجارهای آن) در خصوص قواعد و اصول دیگر عمل می‌کند و باید بر اساس پیشینه آن تفسیر گردد.^۴ در این زمینه، برخی معتقدند از نظر تاریخی حقوق بین‌الملل عرفی بی‌تقدیمی‌ترین منبع حقوق بین‌الملل است. در نتیجه، معاهدات باید بر اساس پیشینه حقوق بین‌الملل عرفی تفسیر و اجرا شوند.^۵ به همین دلیل، اگرچه یک دیوان بین‌المللی در وهله اول وظیفه دارد هر یک از مقررات معاهده قابل اجرا در روابط میان طرفین را در نظر گیرد؛ معاهده در صورت تردید، بر اساس پیشینه حقوق بین‌الملل عرفی تفسیر خواهد شد.^۶ بنابراین، می‌توان گفت که حقوق بین‌الملل عرفی علاوه بر اینکه به‌عنوان منبع اصلی حقوق بین‌الملل تلقی می‌گردد، در برخی موارد می‌تواند به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات باشد.

در این راستا، سؤالاتی که مطرح می‌شود این است که با توجه قواعد تفسیر معاهدات مندرج در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات ۱۹۶۹، مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات چیست و کارکرد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهده چیست؟ رویه قضائی بین‌المللی در مورد استفاده از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات چگونه بوده است؟ برای پاسخ به سؤالات فوق پژوهش حاضر به دو مبحث تقسیم می‌شود: مبحث اول تحت عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات است و مبحث دوم تحت عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات در رویه قضائی بین‌المللی است.

۱. حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات در چارچوب نظری

چنان‌که گفته شد، حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند. در این زمینه، بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به معاهدات و عرف بین‌المللی به‌عنوان منبع حل و فصل اختلافات

۱. زرنشان، شهرام، «مناسبات میان معاهدات و عرف در حقوق بین‌الملل با تکیه بر نقش معاهدات در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی»، در: زمانی، سید قاسم (به کوشش)، *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱: مجموعه مقالات/اهدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۴۲.

۲. نژندی منش، هیبت‌الله و هاجر راعی دهقی، «رابطه میان عرف مؤخر و معاهده، در چارچوب ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، صص ۱۳۷-۱۷۳؛ نوری، مهرداد، سید باقر میرعباسی و عبدالنعمیم شهریاری، «نقش معاهدات در توسعه حقوق عرفی»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی/یران*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۴۰۱، صص ۴۲۲-۴۴۳.

۳. در این زمینه، کنوانسیون وین در مقدمه خود بیان می‌کند که: «قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همچنان بر مسائلی که توسط مقررات این کنوانسیون تنظیم نشده‌اند، حاکم خواهد بود».

۴. ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, report of the Study Group of The ILC, A/Cn.4/L.702, 18 July 2006, para. 14 (1).

۵. Jennings, S. R. and Sir Arthur Watts. *Oppenheim's International Law*, London and New York: Longman, Ninth Edition, 1996, P 31.

۶. Ibid, PP 25-26.

نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره دارد.^۱ حقوق بین‌الملل عرفی به معنای آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل است که از یک رویه عمومی پذیرفته شده به عنوان قانون ناشی می‌شود و منعکس‌کننده آن است.^۲

تعامل میان عرف و معاهده موضوعی است که در رویه و تئوری اهمیت زیادی دارد.^۳ در این خصوص، حقوق بین‌الملل عرفی در برخی موارد به عنوان ابزار تفسیر معاهدات تلقی می‌گردد. در این مبحث به مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات، شرایط اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات و کارکرد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات می‌پردازیم.

۱.۱. مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات

همان‌طور که اشاره شد، میان حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات مناسبات متقابلی وجود دارد. تأثیر متقابل بین این دو منبع «درهم‌تنیده» حقوق بین‌الملل از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا به‌طور کلی پذیرفته شده است که حداقل سه روش وجود دارد که از طریق آنها یک مقرر معاهده‌ای ممکن است منعکس‌کننده یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی باشد. یا به عبارت دیگر، در تعیین وجود و محتوای قاعده عرفی کمک کند: (الف) تدوین قاعده‌ای که در زمان انعقاد معاهده وجود دارد. (ب) منجر به تبلور قاعده‌ای شود که ممکن است در حال ظهور باشد. یا (ج) منجر به یک رویه عمومی می‌شود که به عنوان قانون پذیرفته شده است، به‌طوری که قاعده‌ای جدید حقوق بین‌الملل عرفی به وجود می‌آید.^۴

از سوی دیگر، برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل عمدتاً تحت سیطره قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قرار دارند.^۵ یا حتی در حوزه‌هایی که کنوانسیون‌های «تدوین» به‌طور گسترده پذیرفته شده‌اند، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همچنان بر مسائلی که توسط کنوانسیون‌ها تنظیم نشده‌اند، حاکم است و همچنان در روابط میان طرف‌های معاهده و بین غیر طرف‌ها اعمال می‌شود. قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نیز ممکن است خلأهای احتمالی در معاهدات را پر و به تفسیر آنها کمک کند.^۶ در این زمینه، دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در پرونده اموکو علیه جمهوری اسلامی ایران، به تأثیر حقوق بین‌الملل عرفی بر تفسیر معاهده مودت منعقد میان ایران و ایالات متحده اشاره کرد و تصریح داشت:

«در روابط دو کشور، معاهده مودت به عنوان قانون خاص جایگزین قانون عام، یعنی حقوق بین‌الملل عرفی شده است. باین‌حال، این بدان معنا نیست که جایی برای حقوق بین‌الملل عرفی در پرونده حاضر وجود ندارد. برعکس، قواعد حقوق عرفی ممکن است برای پر کردن خلأهای احتمالی معاهده، تعیین معنای اصطلاحات تعریف نشده در متن آن و به‌طور

^۱ Article 38 (1) (A) and (B), Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946.

^۲ Second report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/672, 22 May 2014, para. 20.

^۳ Jia, B. B. "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, Volume 9, Issue 1, 2010, P 81.

^۴ ILC, Third report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682, 27 March 2015, para. 35.

^۵ عابدینی، عبدالله و مسعود علیزاده، «رویکرد ایران در شکل‌گیری قواعد بین‌المللی عرفی در پرتو اقدامات کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد»، *دوفصلنامه ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد*، دوره ۴، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۱۰۲.

^۶ ILC, First report on formation and evidence of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, DOCUMENT A/CN.4/663, (17 May 2013), para. 35.

کلی در کمک به تفسیر و اجرای مفاد آن مفید باشند.^۱

از این رو، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند در فرایند تفسیر معاهدات مورد استفاده قرار گیرد. اما سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود، این است که با توجه به قواعد تفسیر معاهدات، مبنای اعمال حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات چیست؟

طبق قاعده کلی تفسیر مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات ۱۹۶۹ (از این پس «کنوانسیون وین»)، اصولاً تفسیر معاهده باید بر اساس معنای عادی اصطلاحات آن صورت گیرد. در این خصوص، بند ۱ ماده ۳۱ مقرر می‌دارد: «هر معاهده باید با حسن‌نیت و بر اساس معنای متداولی که به اصطلاحات معاهده در سیاق آنها داده می‌شود، و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر گردد».^۲ بنابراین، در وهله اول، تفسیر معاهده به‌طور اساسی بر متن معاهده تمرکز دارد.^۳

با وجود این، طبق قاعده کلی تفسیر، تفسیر معاهده نه تنها بر اساس متن آن، بلکه سایر قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل نیز باید در نظر گرفته شود. در این راستا، بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «همراه با سیاق، موارد زیر نیز باید در نظر گرفته شود:

ج- هر قاعده ذی‌ربط حقوق بین‌الملل که در روابط میان طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد.»

بدون تردید، عبارت «قواعد حقوق بین‌الملل» مندرج در جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را دربرمی‌گیرد. این دیدگاه توسط اغلب حقوق‌دانان،^۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل^۵ و رویه قضائی بین‌المللی^۶ نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین، مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهده، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین است. لازم به ذکر است که جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان بازتاب‌دهنده حقوق بین‌الملل عرفی شناخته شده است. بنابراین، حتی اگر طرفین معاهده موضوع تفسیر، عضو کنوانسیون وین نباشند، مقرر مزبور در روابط میان آنها قابل اعمال است.^۷

در نتیجه، می‌توان گفت که مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین است. مقرر مزبور از اهمیت خاصی برخوردار است؛ چراکه بر تأثیر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله

^۱. Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, Iran-United States Claims Tribunal Case No 56, Partial Awards (Award No. 310-56-3) 14 July 1987, para. 112.

^۲. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, (Adopted 23 May 1969, Entered Into Force 27 January 1980).

^۳. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, P. 6, para. 41.

^۴. See for example: Villager, M. E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, 2009, P 433; Orakhelashvili, A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, United States: Oxford University Press, First Edition, 2008, P 366; Pellet, A. "Canons of Interpretation under the Vienna Convention", In: *Between the Lines of the Vienna Convention?* Klingler, Joseph, Yuri Parkhomenko and Constantinos Salonidis (eds.), United Kingdom: Wolters Kluwer, First Edition, 2019, P 8.

^۵. ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, report of the Study Group of The ILC Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 426.

^۶. United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report, 11 March 2011 (WT/DS379/AB/R), para. 308.

^۷. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, (Djibouti/France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, P 177, para. 112.

قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بر تفسیر معاهدات تأکید می‌کند.

۱.۲. شرایط اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات

همان‌طور که نشان داده شد، مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین است. اما پرسشی که در این میان مطرح می‌شود، این است که شرایط اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات چیست؟

از آنجایی که مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ است، برای در نظر گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات، باید شرایط مقرر در جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ برآورده شوند؛ به این معنی است که قاعده عرفی هم باید ذی‌ربط باشد و هم میان طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد. بدین ترتیب، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باید با معاهده موضوع تفسیر «ذی‌ربط»^۱ باشد. در این راستا، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، مفهوم اصطلاح «ذی‌ربط» را مشخص می‌کند. باین‌حال، می‌توان گفت که معنای عادی قواعد «ذی‌ربط» حقوق بین‌الملل به آن دسته از مواردی اشاره می‌کنند که به موضوع مشابه با مفاد معاهده یا مقرراتی که تفسیر می‌شود یا به هر نحوی بر آن تفسیر تأثیر می‌گذارد.^۲ به نظر می‌رسد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌ویژه هنگامی که به موضوع مشابه با مقررات معاهده موضوع تفسیر بپردازد یا مقرر معاهده موضوع تفسیر، تدوین‌کننده یک قاعده عرفی باشد، ذی‌ربط خواهد بود.

علاوه بر این، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باید «قواعد قابل اجرا در روابط میان طرفین» باشد. به نظر می‌رسد منظور از قواعد قابل اجرا، هر قاعده الزام‌آور است که توسط یکی از طرفین معاهده قابل استناد است. بنابراین، نمی‌توان به قواعد غیر الزام‌آور استناد کرد. در حوزه حقوق بین‌الملل عرفی، می‌توان گفت که این قواعد شامل عرف عمومی، منطقه‌ای یا محلی می‌شود.^۳ نقطه مهم این است قاعده عرفی ذی‌ربط، برای طرف‌های معاهده موضوع تفسیر الزام‌آور و در نتیجه برای آنها قابل اجرا باشد.

از سوی دیگر، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باید میان «طرفین» قابل اجرا باشد. در این زمینه، این پرسش مطرح می‌شود، آیا منظور از اصطلاح طرفین مندرج در جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، طرفین اختلاف در تفسیر معاهده (طرفین دعوا) یا همه طرف‌های معاهده چندجانبه‌ای که موضوع تفسیر است؟

مفهوم اصطلاح طرفین نه‌تنها بین حقوق‌دانان مورد توافق نبود، بلکه در رویه قضائی بین‌المللی نیز به چالش کشیده شد.^۴ باوجوداین، به نظر می‌رسد که منظور از اصطلاح طرفین با توجه به معنای عادی آن در سیاق کنوانسیون وین و با در نظر گرفتن موضوع و هدف جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ (یکپارچگی سیستمیک)، همه طرف‌های معاهده موضوع تفسیر است.^۵ در

^۱ Relevant Rules.

^۲ Gardiner R. k. *Treaty Interpretation*, United States: Oxford University Press, Second Edition, 2015, P 299.

^۳ Villiger, Op. Cit., P 433.

^۴ برای اطلاعات بیشتر در مورد معنای اصطلاح طرفین طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ نک: سالاری، اسماء و ساسان صیرفی، «نقش قواعد حقوق بین‌الملل در تفسیر موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۹، شماره ۲۲، ۱۴۰۱، صص ۳۰۶-۳۱۵.

^۵ برای اطلاعات بیشتر در این زمینه نک:

Linderfalk, U. "Who Are 'The Parties'? Article 31, Paragraph 3 (C) OF The 1969 Vienna Convention and the 'Principle of Systemic Integration, Revisited'", *Netherlands International Law Review*, Volume 55, Issue 3, 2008, PP 343-364.

این خصوص، برخی معتقدند که تفسیر اصطلاح «طرفین» به‌عنوان اشاره به طرفین دعوا نزد یک مرجع قضائی، با دلیل وجودی رژیم تفسیری کنوانسیون وین در تضاد است. فرض منطقی پشت رژیم تفسیری کنوانسیون وین این است که برای هر مقرر معاهده یک معنای صحیح وجود دارد که برای همه طرف‌ها مشترک است و این معنا همان معنایی است که از طریق اعمال قواعد تفسیری مندرج در کنوانسیون وین به‌دست می‌آید. اگر تفسیر یک معاهده بسته به هویت طرفین اختلاف متفاوت باشد، در این صورت، کل رژیم تفسیری وین نادیده گرفته خواهد شد.^۱ بنابراین، می‌توان گفت که منظور از اصطلاح طرفین، همه طرف‌های معاهده موضوع تفسیر است.

از سوی دیگر، جزء جز بند ۳ ماده ۳۱ مقرر می‌دارد که قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل (از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی) باید «در نظر گرفته شود». در این زمینه سؤالی که مطرح می‌شود این است که معنای «در نظر گرفتن» قواعد حقوق بین‌الملل عرفی چیست؟

در این خصوص، برخی معتقدند که باید به دو نکته توجه کرد: اول اینکه یک هنجار عرفی باید در تفسیر یک هنجار معاهده‌ای در نظر گرفته شود و نه به‌جای آن اعمال گردد. به‌عبارت دیگر، طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، معاهده‌ای که تفسیر می‌شود نقش اصلی را حفظ می‌کند. هنجار عرفی نقش ثانویه‌ای دارد. نکته دوم این است که هنجار عرفی «باید در نظر گرفته شود». این بدان معناست که در تفسیر یک معاهده، یک مرجع قضائی حق اعمال اختیار ندارد، بلکه باید هنجار عرفی را «در نظر بگیرد».^۲ بنابراین، در نظر گرفتن قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در فرایند تفسیر معاهده، به این معنی است که یک معاهده باید در فضای حقوق بین‌الملل تفسیر گردد.^۳

همان‌طور که ملاحظه شد، یک هنجار عرفی باید در تفسیر یک هنجار معاهده‌ای در نظر گرفته شود و نه به‌جای آن اعمال شود. از این رو، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا این دیدگاه صرفاً ناظر بر قواعد عرفی پیش از انعقاد معاهده است یا شامل قواعد عرفی شکل گرفته پس از انعقاد معاهده نیز می‌شود؟

به نظر می‌رسد که هنجارهای عرفی که پس از انعقاد معاهده شکل گرفته باید در تفسیر یک قاعده معاهده‌ای نیز در نظر گرفته شود؛ چرا که هنجارهای عرفی شکل گرفته پس از انعقاد معاهده هم می‌تواند منعکس‌کننده‌ی اراده‌ی طرف‌های معاهده در تعدیل قاعده‌ی معاهده‌ای از طریق رویه بعدی باشد (در این صورت قاعده عرفی باید توسط همه‌ی طرف‌های معاهده مورد پذیرش قرار بگیرد) و هم می‌تواند منعکس‌کننده‌ی قواعد آمره باشد (در این صورت قاعده عرفی در همه موارد و صرف‌نظر از اراده‌ی طرف‌های معاهده باید در تفسیر قاعده معاهده‌ای در نظر گرفته شوند).

از سوی دیگر، می‌توان این سؤال را مطرح کرد که (با توجه به برابری منابع حقوق بین‌الملل مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری) در چه وضعیتی می‌توان گفت که عرف جدید، نه در مقام کارکرد تفسیری بلکه در مقام ایجاد، معاهده سابق را نسخ کرده است؟

می‌توان گفت که اصل قاعده خاص^۴ در این زمینه از اهمیت خاصی برخوردار است. این اصل به‌عنوان یک تکنیک عمومی پذیرفته‌شده تفسیر و حل تعارض در حقوق بین‌الملل است. اصل مزبور بیان می‌کند که هر گاه دو یا چند

^۱ Samson, M. "High hopes, scant resources: A word of skepticism about the Anti-fragmentation function of article 31 (3) (C) of the Vienna convention on the law of treaties", *Leiden Journal of International Law*, Volume 24, Issue 3, 2011, P 705.

^۲ Sands, P. "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Human Rights & Development Law Journal*, Volume 1, 1998, PP 102-103.

^۳ ضیائی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، تهران: گنج دانش، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۶۸.

^۴ *Lex specialis derogat legi generali*.

هنجار به موضوع یکسانی می‌پردازند، اولویت باید به هنجاری داده شود که خاص‌تر است. این اصل می‌تواند در چندین زمینه قابل اجرا باشد: بین مقررات یک معاهده واحد، بین مقررات دو یا چند معاهده، بین یک معاهده و یک هنجار غیرمعاهده‌ای و همچنین بین دو هنجار غیرمعاهده‌ای.^۱ اینکه آیا اصل قاعده خاص، به معنای اصلی آن به عنوان یک قاعده برتری^۲ که «تخطی»^۳ از قاعده عام‌تر را الزامی می‌کند، یا به عنوان یک اصل تفسیر^۴ مورد استفاده قرار می‌گیرد، بستگی به این دارد که آیا قاعده خاص و قاعده عام به گونه‌ای در تضاد باشند که منطقاً این دو قاعده نتوانند به طور همزمان اعمال شوند؛ در جایی که دو قاعده با یکدیگر تعارض دارند، اصل مزبور به عنوان قاعده برتر اعمال می‌شود؛^۵ در جایی که هیچ تضاد بین دو قاعده وجود ندارد، اصل مزبور به عنوان اصل تفسیر اعمال می‌شود.^۶ بنابراین، هنگامی که قاعده عرفی بعدی خاص‌تر و با قاعده معاهده‌ای در تضاد باشد، قاعده عرفی، قاعده معاهده‌ای را نسخ می‌کند، و هنگامی که قاعده عرفی بعدی با قاعده معاهده‌ای تعارض نداشته باشد، قاعده عرفی می‌تواند به عنوان قاعده تفسیری در نظر گرفته شود.

از این رو، برای در نظر گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهده، باید شرایط مندرج در جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ برآورده شود. بدین ترتیب، قاعده حقوق بین‌الملل عرفی هم باید با معاهده موضوع تفسیر ذی‌ربط باشد و هم باید در روابط میان طرف‌های معاهده موضوع تفسیر قابل اجرا باشد.

۱.۳. کارکرد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات

همان‌طور که توضیح داده شد، در تفسیر یک معاهده، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قابل اجرا در روابط میان طرف‌های معاهده، باید در نظر گرفته شود. اما سؤالی که در این میان مطرح می‌شود، این است که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در چه مواردی می‌تواند به عنوان ابزار تفسیر معاهدات به کار گرفته شود یا به عبارت دیگر، کارکرد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات چیست؟

به نظر می‌رسد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند برای روشن کردن معنای اصطلاحات معاهده یا برای تعیین قلمرو مقررات معاهده مورد استفاده قرار گیرد. در این زمینه، در گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل با عنوان (چندپارگی حقوق بین‌الملل: مشکلات ناشی از تنوع و گسترش حقوق بین‌الملل) اشاره شد که حقوق بین‌الملل عرفی برای تفسیر یک معاهده طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین از اهمیت خاصی برخوردار است، به‌ویژه در موارد زیر:

(الف) قاعده معاهده غیر واضح یا دارای مفهوم مبهم^۷ است؛

^۱. Report of the ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/61/10 (1 May-9 June and 3 July-11 August), pp. 408-409, para. 5.

^۲. Priority rule.

^۳. Derogation.

^۴. Maxim of interpretation.

^۵. وقتی موضوع معینی مشمول یک قاعده عام و در عین حال مشمول یک قاعده خاص باشد و بین قاعده عام و خاص تفاوت حکم وجود داشته باشد، در این صورت قاعده خاص بر قاعده عام تقدم دارد. این اصل مبین این امر است که یک قاعده خاص بر یک قاعده عام مربوطه، مقدم است. گروسوس در سال ۱۶۲۵ اظهار داشت که مقررات خاص موثرتر از مقررات عام هستند. ر. ک:

Dirk, P. "Lex Specialis Derogate Legi Generali/Genralia Specialibus Non Derogant", In: Klingler, Joseph, Yuri Parkhomenko and Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention?* United Kingdom: Wolters Kluwer, First Edition, 2019, PP 161-162.

^۶. Ibid, P 164.

^۷. OPEN-TEXTURED

(ب) اصطلاحات به‌کاررفته در معاهده، در حقوق بین‌الملل عرفی معنای شناخته شده‌ای دارد؛

(ج) معاهده در مورد قانون حاکم ساکت است و لازم است مفسر با استفاده از فرض (یکپارچگی سیستمیک) به دنبال قواعدی باشد که در بخش دیگری از حقوق بین‌الملل برای حل موضوع توسعه یافته است.^۱

بنابراین، می‌توان گفت که در نظر گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات، نه تنها در فرایند تفسیر یک معاهده بلکه در نظام حقوقی بین‌المللی نیز نقش مهمی ایفا می‌کند. همان‌طور که توسط خانم هانکین^۲ در جریان بحث‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد اهمیت جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ پیشنهاد شد، این مقررمانند یک «کلید اصلی» برای خانه حقوق بین‌الملل عمل می‌کند.^۳

در این زمینه، بسیاری از حقوق‌دانان بر این باورند که جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، اصل یکپارچگی سیستمیک در نظام حقوقی بین‌المللی را منعکس می‌کند.^۴ اساس این اصل در این فرض نهفته است که هر معاهده به فضایی حقوقی تعلق دارد که نظام حقوقی بین‌المللی نامیده می‌شود.^۵ بنابراین، معاهدات هر موضوعی که داشته باشند، مخلوق نظام حقوقی بین‌المللی هستند و تفسیر و اجرای آن باید با توجه به نظام حقوقی حاکم بر آن صورت گیرد.^۶ از این رو، در نظر گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی (یا به‌طور کلی تر قواعد حقوق بین‌الملل) در فرایند تفسیر معاهده، به جلوگیری از تفسیر و اجرای یک معاهده کمک می‌کند که گویی رژیمی مستقل ایجاد می‌کند و بنابراین خطر چندپارگی تدریجی حقوق بین‌الملل را کاهش می‌دهد.^۷

از دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل، بر اساس اصل «یکپارچگی سیستمیک»، در تفسیر معاهده باید به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوق که در روابط بین طرفین معاهده قابل اجرا است، نیز توجه شود.^۸ این اصل را می‌توان به عنوان یک فرض مثبت و همچنین یک فرض منفی بیان کرد:

(الف) با توجه به فرض مثبت، طرفین «برای همه مسائلی که [معاهده] به صورت صریح یا به روش دیگری حل و فصل نمی‌کنند، به اصول کلی حقوق بین‌الملل مراجعه می‌کنند»؛

(ب) با توجه به فرض منفی، در انعقاد تعهدات معاهده، طرفین قصد ندارند با اصول عمومی شناخته شده حقوق بین‌الملل یا تعهدات معاهده قبلی در قبال کشورهای ثالث مغایرت داشته باشند.^۹

^۱ Report of the ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/61/10 (1 May-9 June and 3 July-11 August), P 414, para. 20.

^۲ Hanqin.

^۳ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, report of the Study Group of The ILC, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 420.

^۴ McLachlan, C. "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 54, 2005, P 280; Sands, Op. Cit., P 95; Bhat, S. S. "A Study of the Issue of 'Relevant Rules' of International Law for the Purposes of Interpretation of Treaties under Article 31(3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *International Community Law Review*, Volume 21, Issue 2, 2019, P 191.

^۵ فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۵، ص ۵۸۰.

^۶ فلسفی، هدایت‌الله، *سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۹ چاپ دوم، ص ۱۸۰.

^۷ Virzo, R. "The General Rule of Interpretation in the International Jurisprudence Relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea", In: Del Vecchio, Angela and Roberto Virzo, (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Switzerland: Springer, 2019, P 27.

^۸ Report of the ILC, No. 10 (A/60/10), (5 August 2005), para. 470.

^۹ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, report of the Study Group of the ILC, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 465.

در نتیجه، می‌توان گفت که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به‌ویژه هنگامی که اصطلاحات معاهده مبهم یا بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی معنا شناخته‌شده‌ای دارد، نقش مهمی در فرایند تفسیر معاهده را ایفا می‌کند. اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات می‌تواند یکپارچگی سیستمیک در نظام حقوقی بین‌المللی را تضمین کند.

۲. حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات در رویه قضائی بین‌المللی

استفاده از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات بر اساس جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، در رویه قضائی بین‌المللی منعکس شده‌است. در این زمینه، دیوان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای مکرراً برای تفسیر معاهدات، به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مراجعه کرده‌اند. در این مبحث به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان بین‌المللی کیفری رواندا می‌پردازیم.

۲.۱. رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری مهم‌ترین مرجع قضائی بین‌المللی و رکن قضائی اصلی سازمان ملل متحد تلقی می‌شود.^۱ بنابراین، تحلیل رویه آن از اهمیت خاصی برخوردار است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مربوط به سکوه‌های نفتی (ایران علیه ایالات متحده آمریکا)، برای تفسیر معاهده مودت ۱۹۵۵ منعقدۀ میان ایران و ایالات متحده به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مراجعه کرده است. در این قضیه، جمهوری اسلامی ایران در دادخواست خود ادعا کرد که ایالات متحده با حمله و انهدام سکوه‌های نفتی ایران در تاریخ ۱۹ اکتبر ۱۹۸۷ و ۱۸ آوریل ۱۹۸۸، تعهدات خود را در قبال جمهوری اسلامی ایران، از جمله طبق مواد ۱ و ۱۰ (۱) معاهده مودت، روابط اقتصادی و حقوق کنسولی نقض کرده است.^۲ ایالات متحده در توجیه حملات خود به سکوه‌های نفتی ایران، به دفاع مشروع استناد کرد^۳ و مدعی بود که اقدامات مورد شکایت ایران، اقدامات لازم برای حفاظت از منافع امنیتی اساسی ایالات متحده بوده است که توسط مقررات خود معاهده (ماده ۲۰ بند ۱ (د)) توجیه می‌شوند و بنابراین نقض معاهده تلقی نمی‌شوند.^۴

در این خصوص، دیوان خاطر نشان می‌کند که ایالات متحده به‌عنوان تعیین‌کننده مسئله وجود نقض تعهدات خود طبق ماده ۱۰، به ماده ۲۰ بند ۱ (د) معاهده مودت استناد کرده است. مقررۀ مزبور مقرر می‌دارد که:

این معاهده مانع اعمال اقدامات زیر نخواهد بود:

(د) برای انجام تعهدات یک طرف عالی متعاقد برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی یا برای حفاظت از منافع امنیتی اساسی آن ضروری است.^۵

بنابراین، دیوان اظهار داشت که مطابق با بند ۲ ماده ۲۱ معاهده، دیوان وظیفه دارد که (ماده ۲۰ بند ۱ (د)) را تفسیر و اعمال کند.^۶ دیوان برای تفسیر بند ۱ (د) ماده ۲۰ تصریح داشت که:

«سؤال این است که آیا طرف‌های معاهده ۱۹۵۵، در زمانی که مقرر کرده‌اند که معاهده نباید «مانع اعمال اقدامات....»

1. Charter of the United Nation, 26 June, 1945, Entry into Force: 24 October 1945, Article 92.

2. Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits) International Court of Justice, I.C.J. Reports 2003, para. 18 (b).

3. Ibid, paras. 25-26.

4. Ibid, para. 32.

5. Ibid.

6. Ibid, para. 33.

لازم برای حفظ منافع اساسی امنیتی» هر یک از طرفین گردد، قصد داشته‌اند که چنانچه الزامی، حتی در جایی که آن اقدامات متضمن استفاده از نیروی نظامی است، معاهده را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ و در این صورت، آیا طرفین در نظر داشته‌اند یا فرض کرده‌اند که چنانچه استفاده‌ای باید با شرایط مقرر در حقوق بین‌الملل مطابقت داشته باشد.^۱

دیوان پس از تفسیر بند ۱ (د) ماده ۲۰ در سیاق معاهده، اظهار داشت که:

«بر اساس قواعد کلی تفسیر معاهدات، همان طور که در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات ۱۹۶۹ منعکس شده است، تفسیر باید "هر قاعده ذی‌ربط حقوق بین‌الملل قابل اجرا در روابط میان طرفین" را در نظر بگیرد (ماده ۳۱، بند ۳ جزء ج). دیوان نمی‌تواند بپذیرد که بند ۱ (د) ماده ۲۰ معاهده ۱۹۵۵ به‌طور کامل مستقل از قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل در مورد استفاده از زور عمل می‌کند تا بتواند با موفقیت حتی در چارچوب محدود ادعای نقض معاهده در رابطه با استفاده غیرقانونی از زور، مورد استناد قرار گیرد. بنابراین، اعمال قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل مربوط به این موضوع، بخشی جدایی‌ناپذیر از وظیفه تفسیری است که توسط بند ۲ ماده ۲۱ معاهده ۱۹۵۵ به دیوان محول شده است.^۲

«بنابراین دیوان متقاعد شده است که صلاحیتش طبق بند ۲ ماده ۲۱ معاهده ۱۹۵۵ برای تصمیم‌گیری در خصوص هر گونه موضوع تفسیر یا اجرا (از جمله) بند ۱ (د) ماده ۲۰ آن معاهده، در جایی که مقتضی است تا احراز این موضوع گسترش می‌یابد که آیا اقدامی که ادعا می‌شود طبق آن بند موجه است، با استناد به حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر این موضوع، یعنی مقررات منشور سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل عرفی، توسل به زور قانونی است یا غیر قانونی.^۳»

دیوان پس از بررسی قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مربوط به توسل به زور و دفاع مشروع نتیجه گرفت که:

«اقدامات صورت گرفته توسط نیروهای ایالات متحده علیه تأسیسات نفتی ایران در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۷ و ۱۸ آوریل ۱۹۸۸ نمی‌تواند بر اساس بند ۱ (د) ماده ۲۰ معاهده ۱۹۵۵ به‌عنوان اقداماتی که برای حفظ منافع امنیتی اساسی ایالات متحده لازم بوده؛ توجیه گردد، زیرا آن اقدامات به‌منزله توسل به نیروی نظامی بود که طبق حقوق بین‌الملل در این مورد، به‌عنوان اقدامات دفاع مشروع تلقی نمی‌گردد. بنابراین، طبق تفسیر صحیح آن مقرر از معاهده، در چارچوب طبقه‌بندی اقدامات در نظر گرفته‌شده، قرار نمی‌گیرد.^۴»

در نتیجه، می‌توان گفت که دیوان برای بررسی این امر که آیا اقدامات ایالات متحده در توسل به زور علیه سکوها نفتی ایران می‌تواند بر اساس بند ۱ (د) ماده ۲۰ توجیه گردد، ماده ۲۰ بند ۱ (د) را بر مبنای جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین تفسیر کرده و این تفسیر را با توجه به قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل (قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر توسل به زور) یعنی منشور سازمان ملل متحد و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی انجام داده است.

شایان ذکر است که دیدگاه‌های متفاوتی در نظرات جداگانه قضات در مورد توسل دیوان به جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ برای تفسیر معاهده مودت بیان شد. محدودترین دیدگاه در مورد جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ توسط قاضی بورگنتال اتخاذ شد. از نظر وی، صلاحیت دیوان فقط به مواردی محدود می‌شود که طرفین توافق کرده‌بودند که به آن واگذار کنند (یعنی تفسیر و اجرای معاهده مودت)، و معتقد بود که این امر همچنین گستره‌ای را که دیوان می‌تواند در تفسیر معاهده پیش‌روی خود به سایر منابع حقوقی مراجعه کند، محدود می‌کند. یعنی اصول حقوق بین‌الملل عرفی و هر معاهده دیگری که

^۱. Ibid, para. 40.

^۲. Ibid, para. 41.

^۳. Ibid, para. 42.

^۴. Ibid, para. 78.

طرفین اختلاف نزد دادگاه منعقد کرده باشند، طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱، مشمول صلاحیت دیوان نمی‌شوند. به نظر وی، این محدودیت، استناد به سایر قواعد حقوق بین‌الملل، اعم از عرفی یا معاهده‌ای، و حتی اگر در منشور سازمان ملل وجود داشته‌باشد را منتفی می‌کند.^۱

در این زمینه، کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش نهایی خود در مورد چندپارگی حقوق بین‌الملل اظهار داشت که این امر در عمل، معنای جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ را باطل می‌کند و در تضاد با رویه قضائی و داوری بین‌المللی گسترده‌است. علاوه بر این، به‌طور خودسرانه نشان می‌دهد که معنای یک معاهده برای طرفین آن مستقل از محیط هنجاری است که در آن طرفین برای انعقاد آن توافق کرده‌اند.^۲

از سوی دیگر، قاضی کویجمانس به‌درستی اظهار داشت که صلاحیت دیوان محدود به تفسیر و اجرای معاهده ۱۹۵۵ است. بنابراین نمی‌تواند تعیین کند که آیا اعمال خاصی مغایر با مفاد منشور و قواعد عرفی حقوق در مورد دفاع مشروع است یا خیر. اما نه خود بند ۱ (د) ماده ۲۰ معاهده و نه هیچ مقرر دیگری از معاهده دارای عناصری نیست که دیوان را قادر می‌سازد تا آزمودن قانونی بودن را با توجه به این موضوع که آیا اقدامات صورت گرفته برای حمایت از منافع اساسی امنیتی واقعاً ضروری است، اعمال کند. دیوان برای تعیین اینکه آیا یک اقدام خاص شامل استفاده از زور طبق آن معاهده «ضروری» است یا خیر، دیوان «چاره‌ای نداشت جز اینکه برای این منظور به مجموعه حقوق بین‌الملل عمومی تکیه کند».^۳

۲.۲. رویه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا

قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات در رویه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نیز مورد استناد قرار گرفته است. دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در در قضیه بریتا،^۴ برای تفسیر موافقت‌نامه شراکت میان کمیسیون اروپایی و اسرائیل، به حقوق بین‌الملل عرفی مراجعه کرد. در این زمینه دیوان اظهار داشت:

«بر اساس ماده ۳۱ کنوانسیون وین، هر معاهده باید با حسن نیت و بر اساس معنای متداولی که به اصطلاحات معاهده در سیاق آنها داده می‌شود، و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر گردد. در این رابطه، هر قاعده‌دی‌ربط حقوق بین‌الملل قابل اجرا در روابط میان طرفین، باید همراه با سیاق در نظر گرفته شود».^۵

«از جمله قواعد مرتبطی که می‌توان در زمینه روابط بین طرفین موافقت‌نامه کمیسیون اروپایی و اسرائیل به آن استناد کرد، اصل حقوق بین‌الملل عمومی در مورد نسبی بودن آثار معاهدات است که بر اساس آن، معاهدات، هیچ تعهد یا حقوقی را برای دولت‌های ثالث تحمیل نمی‌کنند».^۶ این اصل حقوق بین‌الملل عمومی در ماده ۳۴ کنوانسیون وین بیان ویژه‌ای پیدا می‌کند که به‌موجب آن یک معاهده بدون رضایت دولت ثالث، برای آن تعهد یا حقوقی ایجاد نمی‌کند.^۷

^۱. Ibid, (separate opinion of Judge Buergenthal), paras. 22-23.

^۲. ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, report of the Study Group of the ILC Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 455.

^۳. Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits) International Court of Justice, I.C.J. Reports 2003, (separate opinion of Judge Kooijmans), para. 48.

^۴. Brita

^۵. Brita ECJ (CJ), C-386/08, ECLI:EUC:2010:91, [2010] ECR I-1289, para. 43.

^۶. *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

^۷. Ibid, para. 44.

بنابراین، ماده ۸۳ موافقت‌نامه شراکت اتحادیه اروپا و اسرائیل که قلمرو سرزمینی آن موافقت‌نامه را تعریف می‌کند، باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که با اصل «نسبی بودن آثار معاهدات» مطابقت داشته‌باشد.^۱

«در این رابطه، این موضوع مشترک است که جوامع اروپایی دو موافقت‌نامه شراکت اتحادیه اروپا و مدیترانه را ابتدا با دولت اسرائیل و سپس با سازمان آزادی‌بخش فلسطین به نفع تشکیلات خودگردان فلسطین در کرانه باختری و نوار غزه منعقد کردند.^۲ هر یک از دو موافقت‌نامه شراکت، قلمرو سرزمینی خاص خود را دارد. موافقت‌نامه اتحادیه اروپا و اسرائیل طبق ماده ۸۳ آن، در مورد «سرزمین دولت اسرائیل» اعمال می‌شود. موافقت‌نامه اتحادیه اروپا و سازمان آزادی‌بخش فلسطین طبق ماده ۷۳ آن، در مورد «سرزمین‌های کرانه باختری و نوار غزه» اعمال می‌شود.^۳ در نتیجه، ماده ۸۳ موافقت‌نامه شراکت اتحادیه اروپا و اسرائیل باید به این معنا تفسیر شود که محصولات منشأ کرانه باختری در قلمرو سرزمینی آن توافق قرار نمی‌گیرند و بنابراین واجد شرایط رفتار ترجیحی طبق آن توافق نیستند.^۴

در همین راستا، شعبه عمومی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده پولیساریو،^۵ برای تعیین قلمرو موافقت‌نامه شراکت بین اتحادیه اروپا و مراکش، بر اساس جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، به اصل عرفی تعیین سرنوشت اشاره کرد. در این زمینه دیوان تصریح داشت:

«لازم به ذکر است که برای اینکه بتوان از عدم وجود شرطی که صحرای غربی را از قلمرو سرزمینی موافقت‌نامه شراکت مستثنی کرد، نتیجه‌گیری حقوقی درستی حاصل شود؛ در تفسیر آن موافقت‌نامه، دیوان عمومی نه‌تنها موظف به رعایت قواعد حسن نیت مندرج در بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، بلکه همچنین مقررات مندرج در جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ آن کنوانسیون بود که بر اساس آن تفسیر یک معاهده باید با در نظر گرفتن قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل قابل‌اجرا در روابط میان طرفین صورت گیرد.»^۶

«در این رابطه، اول اینکه باید توجه داشت که اصل عرفی تعیین سرنوشت که به‌ویژه در ماده ۱ منشور ملل متحد به آن اشاره شده‌است، همان طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در پاراگراف‌های ۵۴ تا ۵۶ نظر مشورتی خود در مورد صحرای غربی بیان کرده است، یک اصل حقوق بین‌الملل قابل‌اجرا برای همه سرزمین‌های غیر خودگردان و برای همه مردمی که هنوز به استقلال نرسیده‌اند. به این ترتیب، این اصل بخشی از قواعد حقوق بین‌الملل قابل‌اجرا در روابط میان اتحادیه اروپا و پادشاهی مراکش است که دیوان عمومی موظف به رعایت آن بود.»^۷

«در مرحله بعد، لازم به ذکر است که قاعده عرفی تدوین شده در ماده ۲۹ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد که به‌جز در مواردی که از معاهده یا از قرائن موجود قصد دیگر استنباط شود، معاهده، هر یک از طرف‌ها را در قبال کل سرزمینش ملتزم می‌کند. بنابراین، قاعده عرفی که در ماده ۲۹ کنوانسیون وین تدوین شده‌است، پیش از این، از تلقی صحرای غربی در قلمرو سرزمینی موافقت‌نامه شراکت جلوگیری می‌کرد.»^۸

در نهایت دیوان پس از اشاره به اصل نسبی بودن آثار معاهدات، نتیجه گرفت که:

«در چنین شرایطی، این عقیده که قلمرو صحرای غربی در گستره موافقت‌نامه شراکت قرار می‌گیرد که در روابط میان

^۱. Ibid, para. 45.

^۲. Ibid, para. 46.

^۳. Ibid, para. 47.

^۴. Ibid, para. 53.

^۵. Polisario

^۶. Council v Front Polisario, ECJ (Grand Chamber), C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973, para. 86.

^۷. Ibid, paras. 88-89.

^۸. Ibid, paras. 94, 97

اتحادیه اروپا و پادشاهی مراکش قابل اجرا است، مغایر با اصل حقوق بین الملل در مورد نسبی بودن آثار معاهدات است.^۱ همان طور که مشاهده شد، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا برای تفسیر معاهدات، به قواعد حقوق بین الملل عرفی قابل اجرا در روابط میان طرفین معاهده طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین مراجعه کرد. استناد دیوان به قواعد حقوق بین الملل عرفی برای تفسیر معاهدات می تواند انسجام بین قواعد حقوق بین الملل را ارتقا دهد.

۲.۳. رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

استناد به قواعد حقوق بین الملل عرفی به عنوان ابزار تفسیر معاهدات در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر نیز دیده می شود. به عنوان مثال، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده الادسانی به حقوق بین الملل عرفی برای تفسیر مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مراجعه کرد. در این قضیه، خواهان ادعا کرد که دادگاه های انگلیسی با اعطای مصونیت از شکایت به کشور کویت، نتوانستند از حق او برای عدم شکنجه اطمینان حاصل کنند و وی را بر خلاف مواد ۳، ۶ (۱) و ۱۳ کنوانسیون از دسترسی به دادگاه محروم کردند.^۲ دیوان در این زمینه تصریح داشت:

«دیوان مجدداً تأکید می کند که کنوانسیون (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) باید در پرتو قواعد مندرج در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات ۲۳ مه ۱۹۶۹ تفسیر شود و جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ آن معاهده بیان می کند که "هر قاعده ذی ربط حقوق بین الملل قابل اجرا در روابط میان طرفین باید در نظر گرفته شود". کنوانسیون از جمله ماده ۶ را نمی توان در خلأ تفسیر کرد. دیوان باید به ماهیت ویژه کنوانسیون به عنوان یک معاهده حقوق بشر توجه داشته باشد، و همچنین باید قواعد ذی ربط حقوق بین الملل را در نظر بگیرد. کنوانسیون تا آنجا که ممکن است باید مطابق با سایر قواعد حقوق بین الملل که بخشی از آن است، از جمله قواعد مربوط به اعطای مصونیت دولت ها تفسیر شود.»^۳

«از این رو، اقدامات اتخاذ شده توسط یک طرف عالی متعاقد که منعکس کننده قواعد عمومی شناخته شده حقوق بین الملل عمومی در مورد مصونیت دولت است، در اصل نمی تواند به عنوان تحمیل محدودیت نامتناسب بر حق دسترسی به دادگاه در نظر گرفته شود که در بند ۱ ماده ۶ گنجانده شده است. همان طور که حق دسترسی به دادگاه جزء ذاتی تضمین دادرسی عادلانه در آن ماده است، بنابراین برخی از محدودیت های دسترسی نیز باید ذاتی تلقی شوند، نمونه آن محدودیت هایی است که عموماً توسط جامعه ملل به عنوان بخشی از دکترین مصونیت دولت ها پذیرفته شده است.»^۴

بنابراین، دیوان با توجه به مصونیت دولت ها به عنوان قاعده حقوق بین الملل عرفی با ۹ رأی موافق در مقابل هشت رأی نتیجه گرفت که هیچ نقضی از بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صورت نگرفته است.^۵

علاوه بر این، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده های دیگر نیز برای تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به قواعد حقوق بین الملل عرفی اشاره کرد. در یک پرونده بعدی، دیوان به کنوانسیون ۲۰۰۴ سازمان ملل متحد در مورد مصونیت دولت ها اشاره کرد که هنوز لازم الاجرا نشده بود و بنابراین برای دولت مورد بحث الزام آور نبود، اما بر اساس حقوق بین الملل عرفی اعمال می شود، حتی اگر دولت مورد نظر آن کنوانسیون را تصویب نکرده باشد، مشروط بر اینکه با آن مخالفت نکرده باشد. و در این مقام، آن را در تفسیر حق دسترسی به دادگاه در نظر می گیرد.^۶

¹. Ibid, para. 107.

². ECtHR Al-Adsani v United Kingdom (GC) AppNo35763/97, ECHR2001-XI, para. 3.

³. Ibid, para. 55.

⁴. Ibid, para. 56.

⁵. Ibid, para. 67.

⁶. ECtHR, Sabeh El Leil v France (GC) App No 34869/05, 29 June 2011, para 48, 67.

دیوان اروپایی حقوق بشر برای تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قابل اجرا در روابط میان طرفین متوسل شد. بدین ترتیب، دیوان از تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌عنوان یک رژیم مستقل خودداری کرد و یکپارچگی سیستمیک بین هنجارهای نظام حقوقی بین‌المللی را در نظر گرفت.

۲.۴. رویه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا

دیوان‌های بین‌المللی کیفری نیز به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات مراجعه کرده‌اند. در این خصوص، شعب مختلف دیوان بین‌المللی کیفری رواندا به‌خاطر تفاوت در نسخه‌های انگلیسی و فرانسوی اساسنامه دیوان مزبور در مواردی با یکدیگر اختلاف‌نظرهایی داشتند. به‌عنوان مثال، در نسخه فرانسوی اساسنامه، اصطلاح «ترور»^۱ به‌عنوان جنایتی علیه بشریت توصیف شده، درحالی‌که در ترجمه انگلیسی اصطلاح «قتل»^۲ استفاده شده است.^۳ در این زمینه، دیوان اشاره کرد که در اصطلاح «ترور»، شکل خاصی از قتل که قصد قبلی و عمد را لازم می‌داند مد نظر بوده و از اصطلاح «قتل» که می‌تواند کشتارهای عمدی و غیرعمدی را در برگیرد، دقیق‌تر است.^۴ از سوی دیگر، شعبه در پرونده آکایسو^۵ عقیده داشت که حتماً اشتباهی در ترجمه صورت گرفته است و بیان کرد که طبق حقوق بین‌الملل عرفی عمل «قتل» نه «ترور» می‌تواند منجر به تحقق جنایت علیه بشریت شود.^۶

علاوه بر این، دیوان بین‌المللی کیفری رواندا در پرونده کاییشما و روزیندانا^۷ برای اولین بار ماهیت عرفی شرط «گسترده و سیستماتیک» بودن جنایت علیه بشریت را مورد بررسی قرار داد. دیوان اظهار داشت که بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی این گونه جنایات باید متعاقب یک فعالیت یا سیاست دولتی ارتکاب یافته باشند.^۸ بدین ترتیب، از نظر شعبه، بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، شرط حمله گسترده یا سیستماتیک عنصری از جنایت علیه بشریت تلقی می‌گردد.^۹

نتیجه‌گیری

همان‌طور که ملاحظه شد، در حوزه مناسبات میان حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات، حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند بر فرایند تفسیر معاهدات تأثیر بگذارد. در این خصوص، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین بیان می‌دارد که در فرایند تفسیر معاهده، همراه با سیاق، قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل قابل اجرا در روابط میان طرفین باید در نظر گرفته شوند. بنابراین، بدون شک، عبارت قواعد حقوق بین‌الملل، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را دربرمی‌گیرد. بدین ترتیب، مبنای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان ابزار تفسیر معاهدات، جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین (که

^۱ Assassinat.

^۲ Murder.

^۳ حبیبی، همایون و صالحه رضائی، «حقوق بین‌الملل عرفی: منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۱۰، شماره ۱۹، ۱۴۰۱، ص ۲۱.

^۴ ICTR, "The Prosecutor v. Laurent Semanza", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-97-20T), 15 May 2003, para. 336.

^۵ Akayesu

^۶ ICTR, "The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-96-4-T), 2 September 1998, para. 588.

^۷ Clement Kayshema and Obed Ruzindana.

^۸ ICTR, "The Prosecutor v. Clement Kayshema and Obed Ruzindana", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-95-1-T), para. 125.

^۹ ICTR, "The Prosecutor v. Laurent Semanza", op. cit., para. 328.

منعکس کننده حقوق بین الملل عرفی نیز تلقی می گردد) است.

طبق جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، برای در نظر گرفتن قواعد حقوق بین الملل عرفی در فرایند تفسیر معاهده، قواعد عرفی هم باید با معاهده موضوع تفسیر ذی ربط باشد و هم باید در روابط میان طرف های معاهده موضوع تفسیر قابل اجرا باشد. بنابراین، می توان گفت که قواعد عرفی می تواند شامل عرف عمومی، منطقه ای یا محلی شود.

شایان ذکر است که طبق قاعده کلی تفسیر پیش بینی شده در ماده ۳۱ کنوانسیون وین، متن معاهده نقطه آغاز فرایند تفسیر است. در حالی که قواعد ذی ربط حقوق بین الملل باید همراه با سیاق در نظر گرفته شود. از این رو، قواعد حقوق بین الملل عرفی نقش کمک کننده یا ثانویه ای در تفسیر معاهدات دارند. به عبارت دیگر، معاهده ای که تفسیر می شود، نقش اصلی در فرایند تفسیر را حفظ می کند. از سوی دیگر، به نظر می رسد که در فرایند تفسیر معاهده، مفسر باید قاعده عرفی قابل اجرا در روابط میان طرفین را در نظر بگیرد. این بدان معناست یک مرجع تفسیر حق اعمال اختیار ندارد، بلکه باید قاعده عرفی را در نظر بگیرد.

استفاده از قواعد حقوق بین الملل عرفی در فرایند تفسیر معاهدات از اهمیت خاصی برخوردار است؛ چرا که می تواند معنای مبهم اصطلاحات معاهده را روشن کند یا دامنه مقررات معاهده را مشخص کند. علاوه بر این، در نظر گرفتن قواعد حقوق بین الملل عرفی قابل اجرا در روابط میان طرفین در فرایند تفسیر معاهده می تواند چند پارگی در حقوق بین الملل را کاهش دهد و یکپارچگی سیستمیک و انسجام در نظام حقوقی بین المللی را ارتقا دهد.

رویه قضائی بین المللی نقش مهمی در تبیین جایگاه قواعد حقوق بین الملل عرفی در تفسیر معاهدات ایفا کرده است. مراجعه به قواعد حقوق بین الملل عرفی بر مبنای جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، در رویه دیوان بین المللی دادگستری، دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان دادگستری اتحادیه اروپا مورد پذیرش قرار گرفته است. مراجع قضائی بین المللی به ویژه هنگامی که اصطلاحات به کار رفته در معاهده مبهم باشد یا در حقوق بین الملل عرفی معنا شناخته شده ای داشته باشد یا برای در نظر گرفتن اصل یکپارچگی سیستمیک، به قواعد حقوق بین الملل عرفی قابل اجرا در روابط میان طرفین مراجعه کرده اند.

منابع

کتاب

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق معاهدات بین المللی*، تهران: گنج دانش، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۲. فلسفی، هدایت الله، *حقوق بین الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۵.
۳. فلسفی، هدایت الله، *سیر عقل در منظومه حقوق بین الملل*، تهران: فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۹۹.

مقاله

۴. حبیبی، همایون و صالحه رضائی، «حقوق بین الملل عرفی: منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین المللی»، *مجله پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی*، دوره ۱۰، شماره ۱۹، ۱۴۰۱، صص ۳۶-۷.
۵. زر نشان، شهرام، «مناسبات میان معاهدات و عرف در حقوق بین الملل با تکیه بر نقش معاهدات در فرایند شکل گیری قواعد عرفی»، در: زمانی، سید قاسم (به کوشش)، *جامعه بین المللی و حقوق بین الملل در قرن ۲۱: مجموعه مقالات / هدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۱۴۲-۱۶۰.

۶. سالاری، اسماء و ساسان صیفری، «نقش قواعد حقوق بین‌الملل در تفسیر موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۹، شماره ۲۲، ۱۴۰۱، صص ۲۸۹-۳۱۹.
۷. عابدینی، عبدالله و مسعود علیزاده، «رویکرد ایران در شکل‌گیری قواعد بین‌المللی عرفی در پرتو اقدامات کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد»، *دوفصلنامه ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد*، دوره ۴، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۱۰۱-۱۳۵.
۸. نژندی منش، هیبت‌الله و هاجر راعی دهقی، «رابطه میان عرف مؤخر و معاهده، در چارچوب ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، صص ۱۳۷-۱۶۳.
۹. نوری، مهرداد، سید باقر میرعباسی و عبدالنعیم شهریاری، «نقش معاهدات در توسعه حقوق عرفی»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۴۰۱، صص ۴۲۲-۴۴۳.

References

Books

1. Falsafi, Hedayatollah, *Circuit of Wisdom in International Law System*, Tehran: New Publishing Culture, Second Edition, 2020. (in Persian)
2. Falsafi, Hedayatollah, *International Law of Treaties*, Tehran: New Publishing Culture, 2016. (in Persian)
3. Gardiner R. k. *Treaty Interpretation*, United States: Oxford University Press, Second Edition, 2015.
4. Jennings, S. R. and Sir Arthur Watts. *Oppenheim's International Law*, London and New York: Longman, Ninth Edition, 1996.
5. Orakhelashvili, A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, United States: Oxford University Press, First Edition, 2008.
6. Villager, M. E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, 2009.
7. Zia'ei Bigdeli, Mohammad Reza, *Law of International Treaties*, Tehran: Ganj-e-Danesh, Ninth Edition, 2021. (in Persian)

Articles

8. Abedini, Abdollah and Masoud Alizadeh, "Iran's Approach in the Formation of Customary International Rules in the Light of the Actions of the United Nations International Law Commission", *Bi-Quarterly Journal of Iranian Review for UN Studies*, Volume 4, Issue 1, 2023, PP 101-135. (in Persian)
9. Bhat, S. S. "A Study of the Issue of 'Relevant Rules' of International Law for the Purposes of Interpretation of Treaties under Article 31(3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *International Community Law Review*, Volume 21, Issue 2, 2019, PP 190-219.
10. Dirk, P. "Lex Specialis Derogate Legi Generali/Genralia Specialibus Non Derogant", In: Klingler, Joseph, Yuri Parkhomenko and Constantionos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention?* United Kingdom: Wolters Kluwer, First Edition, 2019, PP 161-196.
11. Habibi, Homayoun and Saleheh Ramezani, "Customary International Law: A Source of Substantive Rules in the Framework of the International Criminal Court", *Journal of Criminal Law and Criminology Research*, Volume 10, Issue 19, 2022, PP 36-7. (in Persian)
12. Jia, B. B. "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, Volume 9, Issue 1, 2010, PP 81-109.
13. Linderfalk, U. "Who Are 'The Parties'? Article 31, Paragraph 3 (C) OF The 1969 Vienna Convention and the 'Principle of Systemic Integration, Revisited", *Netherlands International Law Review*, Volume 55, Issue 3, 2008, PP 343-364.

14. McLachlan, C. "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 54, 2005, PP 279-320.
15. Najandi Manesh, Heybatollah and Hajar Ra'ei Dehghhi, "The Relationship between Subsequently Custom and Treaty within the Framework of Article 10 of the Statute of the International Criminal Court", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 19, Issue 58, 2018, PP 137-163. (in Persian)
16. Nouri, Mehrdad, Sayyed Bagher Mir Abbasi and Abdolna'eim Shahriari, "The Role of Treaties in the Development of Customary Law", *Journal of Iranian Political Sociology*, Volume 5, Issue 4, 2022, PP 422-443. (in Persian)
17. Pellet, A. "Canons of Interpretation under the Vienna Convention", In: *Between the Lines of the Vienna Convention?* Klingler, Joseph, Yuri Parkhomenko and Constantinos Salonidis (eds.), United Kingdom: Wolters Kluwer, First Edition, 2019, PP 1-12.
18. Salari, Asma and Sasan Seyrafi, "The Role of International Law Rules in Interpretation of the WTO Agreements", *Journal of Encyclopedia of Economic Law*, Vol. 22, Issue 29, 2022, PP 289-319. (in Persian)
19. Samson, M. "High Hopes, Scant Resources: A Word of Skepticism about the Anti-Fragmentation Function of Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Leiden Journal of International Law*, Volume 24, Issue 3, 2011, PP 701-714.
20. Sands, P. "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Human Rights & Development Law Journal*, Volume 1, 1998, PP 85-105.
21. Virzo, R. "The General Rule of Interpretation in the International Jurisprudence Relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea", In: Del Vecchio, Angela and Roberto Virzo, (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Switzerland: Springer, 2019, PP 15-40.
22. Zar-Neshan, Shahram, "Relationships between Treaties and Custom in International Law based on the Role of Treaties in the Process of Formation of Customary Law" In: Zamani, Sayyed Ghasem (ed.), *International Community and International Law in the 21st Century: Collected Essays in Honor of Professor Mohammad Reza Zia'ei Bigdeli*, Tehran: The SD Institute of Law Research & Study, 2016, PP 131-141. (in Persian)

Documents

23. Charter of the United Nation, 26 June, 1945, Entry into Force: 24 October 1945.
24. ILC, First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/663, 17 May 2013.
25. ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of The ILC Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.
26. ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the ILC, A/Cn.4/L.702, 18 July 2006.
27. ILC, Second Report on Identification of Customary International Law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/672, 22 May 2014.
28. ILC, Third Report on Identification of Customary International Law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682, 27 March 2015.
29. Report of the ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/61/10, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.
30. Report of the ILC, No. 10 (A/60/10), 5 August 2005.

31. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Adopted 23 May 1969, Entered Into Force 27 January 1980.

Cases

32. Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, Iran-United States Claims Tribunal Case No 56, Partial Awards (Award No. 310-56-3) 14 July 1987.
33. Brita ECJ (CJ), C-386/08, ECLI: EUC:2010:91, [2010] ECR I-1289.
34. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, (Djibouti/France), Judgment, I.C.J. Reports 2008.
35. Council v Front Polisario, ECJ (Grand Chamber), C-104/16 P, ECLI: EU:C:2016:973.
36. ECtHR Al-Adsani v. United Kingdom (GC) AppNo35763/97, ECHR2001-XI.
37. ECtHR, Sabeh El Leil v France (GC) App No 34869/05, 29 June 2011.
38. ICTR, "The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-96-4-T), 2 September 1998.
39. ICTR, "The Prosecutor v. Clement Kayshema and Obed Ruzindana", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-95-1-T).
40. ICTR, "The Prosecutor v. Laurent Semanza", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-97-20T), 15 May 2003.
41. Oil Platforms Case (Iran v. United States of America) (Merits) International Court of Justice, I.C.J. Reports 2003, para. 18 (b).
42. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994.
43. United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report, 11 March 2011 (WT/DS379/AB/R).



Original Article

Analysis of the Mortgage System of Ships Under Construction in Iranian and English Law

Abbas Ghasemi Hamed¹ , Heydar Khalilzadeh²

ABSTRACT

Shipping is a capital-intensive industry and is widely regarded as a hallmark of developed economies. However, securing financing for shipbuilding orders presents one of the most significant challenges for both shipyards and shipowners as buyers. On the one hand, investors typically extend financial facilities only upon receiving sufficient and reliable guarantees for the repayment of principal and interest. On the other hand, those seeking financing tend to utilize the construction project itself as collateral to maximize the credit secured. Consequently, mortgaging ships under construction has become a desirable and essential method to ensure the repayment of principal and interest associated with the financing of vessel construction. The Iranian Maritime Act recognizes a vessel under construction—prior to its completion and launching—as having the status of a ship and accepts its mortgage as a maritime mortgage, despite lacking detailed regulations or specific criteria pertaining to this process. This research underscores that a maritime mortgage constitutes an independent contractual arrangement and is not merely a subdivision of civil law mortgage contracts. It concludes that, for maritime mortgages—including those on vessels under construction—formal registration of the lien is a prerequisite for validity. However, given the peculiar nature and specific requirements of this field, the delivery of the vessel is not a condition for the validity of such liens. This study further demonstrates that the Maritime Act's current solution—limiting the remedy for default to judicial sale—is misaligned with industry needs and warrants revision. Failure to register a ship results in the removal of the mortgage from the scope of maritime law regulations. Moreover, dual registration of vessels emerges as an additional obstacle to mortgage enforcement. Iranian maritime law currently lacks explicit provisions in this regard; once a ship is registered within Iranian jurisdiction, it is considered an Iranian vessel regardless of whether it was previously registered elsewhere. Furthermore, conflicts of law—in particular, diverging national interpretations of priority rights and privileges—pose significant obstacles to the enforcement and realization of remedies. Under conflict of laws principles, the law of the court executing the auction and judgment assumes jurisdiction, which may differ from Iranian law, potentially affecting the priority hierarchy and rights recognition. Additionally, sanctions imposed on banking and shipping sectors can impede the full enforcement and continuity of maritime mortgages. Contrastingly, under English maritime law, a vessel under construction is not recognized as a ship until the completion and delivery to the buyer, and therefore, it is not subject to the provisions of the Merchant Shipping Act 1995. Nevertheless, mortgaging such vessels remains feasible under common law principles of personal property and equitable doctrines, often through two separate mortgages grounded in common

How to Cite: Ghasemi Hamed, Abbas, Khalilzadeh, Heydar, "Analysis of the Mortgage System of Ships Under Construction in Iranian and English Law", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:55-76.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238827.2860>

Received: 23/02/2025-Accepted: 24/05/2025

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

Corresponding Author Email: gh-hamed@sbu.ac.ir

2. Ph.D. Candidate, 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/>).

law and equity, rather than maritime mortgage regulations. These alternative legal mechanisms warrant further examination.

KeyWords: Mortgaging Ship under Construction, Marine Mortgage, Mortgage Registration, Maritime Financing, Ship Registration



تبیین نظام ترهین کشتی در حال ساخت در حقوق ایران و انگلیس

عباس قاسمی حامد^۱، حیدر خلیل زاده^۲

چکیده

کشتیرانی صنعتی هزینه‌بر و از شاخصه‌های توسعه‌یافتگی هر کشوری محسوب می‌شود. با این حال، تأمین منابع مالی برای سفارش ساخت کشتی از مهم‌ترین چالش‌های یاردهای سازنده و سفارش‌دهندگان به عنوان خریدار محسوب می‌شود. از طرفی سرمایه‌گذاران تسهیلات مالی را مشروط به اخذ تضمین‌های مطمئن و کافی برای بازپرداخت اصل و سود، به متقاضیان اعطا می‌کنند و از طرف دیگر، تأمین مالی‌شوندگان نیز تمایل دارند تا حد امکان از خود پروژه ساخت، به عنوان تضمین و ترهین برای تأمین اعتبار مورد نیاز استفاده کنند. بدین سان، ترهین خود کشتی در حال ساخت به عنوان شیوه‌ای مطلوب و ضروری برای تضمین بازپرداخت اصل و سود اعتبار تأمین‌شده به منظور ساخت شناور، مورد توجه قرار گرفته است. قانون دریایی ایران به شناور تحت ساخت قبل از اتمام و به آب انداختن، عنوان کشتی را اطلاق نموده و رهن آن را در قالب رهن دریایی پذیرفته است، بدون آنکه مقررات تفصیلی و ضوابط مشخصی در این خصوص مقرر کند. این پژوهش ضمن تأکید بر اینکه رهن دریایی عقدی مستقل و قسیم عقد رهن نیست، نتیجه می‌گیرد در رهن دریایی از جمله رهن کشتی در حال ساخت، الزام ثبت رسمی رهن، شرط صحت به حساب می‌آید. با این حال، به دلیل ماهیت و اقتضائات این حوزه، قبض از شرایط صحت این نوع رهن در نظر گرفته نمی‌شود. این پژوهش نشان می‌دهد راهکار قانون دریایی در فرض تخلف رهن، که فقط فروش از طریق دادگاه است، با نیاز این صنعت همخوانی ندارد و نیازمند بازنگری است. مطالعه تطبیقی موضوع در حقوق انگلیس نشان داد براساس قانون کشتیرانی تجاری، شناور در حال ساخت تا قبل از اتمام و تحویل به خریدار به عنوان کشتی مورد شناسایی قرار نگرفته، از قانون کشتیرانی تجاری انگلیس تبعیت نمی‌کند. با این حال، رهن شناور در حال ساخت در این کشور براساس نظام اموال منقول و دو رهن مبتنی بر کامن‌لا و انصاف به جای رهن دریایی میسر است که مورد مطالعه قرار گرفته است.

کلید واژگان: ترهین کشتی در حال ساخت، رهن دریایی، ثبت رهن، تأمین مالی دریایی، ثبت کشتی.

استناد به این مقاله: قاسمی حامد، عباس، خلیل‌زاده، حیدر، «تبیین نظام ترهین کشتی در حال ساخت در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۵۵-۷۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238827.2860>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۳

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

ایمیل نویسنده مسئول: gh-hamed@sbu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، 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

امروزه در عرصه جهانی نزدیک به ۸۰ درصد کالاهای از طریق حمل و نقل دریایی صورت پذیرفته و تجارت ساخت و فروش کشتی تقریباً ۴ درصد از تجارت کل دنیا را به خود اختصاص داده است.^۱ تأمین مالی پروژه ساخت کشتی یکی از شاخه‌های توسعه یافتگی صنعت حمل و نقل دریایی محسوب می‌شود و خود نوعی تجارت به حساب می‌آید.^۲ یکی از مهم‌ترین منابع تأمین مالی برای ساخت کشتی اخذ وام از بانک‌هاست تا تأمین اعتبارشونده ضمن کسب منبع مالی مطمئن، به گسترش ناوگان و رقابت با دیگران اقدام کند. یکی از اصلی‌ترین دغدغه‌های مؤسسات مالی در موضوع اعطای وام دریایی، اعتبارسنجی متقاضیان و تضمین بازپرداخت اصل و سود اعتبارات است. طبیعی است که صاحبان منابع مالی در پی اخذ تضمین باشند؛ اما سفارش‌دهندگان ساخت کشتی در مقابل، اغلب تمایل دارند تا حد امکان از خود پروژه در قالب ترهین کشتی در حال ساخت برای اخذ وام استفاده شود.

از حیث حقوقی، تفاوت‌های بنیادینی بین قوانین مدنی و دریایی در خصوص مفهوم رهن، شرایط صحت رهن مال در حال ساخت، لزوم قبض، الزام ثبت رسمی، آثار ترهین و نحوه استیفای حقوق مرتهن وجود دارد. راهکار قانون دریایی ایران، که فروش انحصاری از طریق دادگاه را با رعایت شرایطی بیان داشته است، با عرف بین‌المللی و ماهیت صنعت کشتی‌سازی و حقوق انگلیس تفاوت‌های قابل توجهی دارد. همچنین، مقررات ناظر بر موانع استیفای حقوق مرتهن از نگاه قوانین خارجی و تعاریف حق ممتاز و حق رجحان و ارتباط آنها با ترهین، لزوم بررسی نظام حقوقی آنها را در حقوق ایران و انگلیس هرچه بیشتر نمایان می‌کند.

این تفاوت‌ها پرسش‌هایی را برمی‌انگیزد؛ از جمله اینکه: آیا رهن دریایی به عنوان عقدی مستقل و قسیم عقد رهن سنتی مقرر در قانون مدنی قرار می‌گیرد؟ آیا کشتی در حال ساخت، نظر به دگرگونی و تکامل تدریجی آن از حیث معلوم بودن می‌تواند موضوع ترهین واقع شود؟ آیا قانونگذار در قانون دریایی شرایط جدیدی را برای رهن دریایی از جمله عدم لزوم قبض، لزوم ثبت رهن و ثبت کشتی در حال ساخت و نحوه فروش کشتی در فرض تخلف رهن در نظر گرفته است؟ رعایت مقررات قانون دریایی می‌تواند منجر به عدم شناسایی رهن دریایی و نهایتاً به عنوان مانع اجرا تلقی شود یا نه؟ حقوق انگلستان به عنوان نظام پیش‌تاز در عرصه حقوق دریایی به پرسش‌های ذکر شده چگونه پاسخ می‌دهد؟

از این‌رو برای پاسخ به پرسش‌های فوق، ابتدا به تبیین مفهوم رهن دریایی پرداخته می‌شود (۱)، سپس انواع ترهین در پروژه ساخت کشتی (۲) و متعاقباً شرایط صحت (۳) و آثار رهن (۴) و نهایتاً موانع اجرای ترهین به صورت تطبیقی با حقوق انگلیس (۵) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم رهن دریایی

به طور کلی در نظام‌های حقوق دریایی، رهن دریایی به دو نوع تقسیم می‌شود: رهن قانونی^۳ که به موجب شرایطی که قانون مقرر می‌کند، ایجاد می‌شود و دیگری رهن ترجیحی^۴ که شرایط آن توسط طرفین یا با استفاده از فرم‌های استاندارد

^۱ The Economic Importance of the U.S. Private Shipbuilding and Repairing Industry, Maritime Administration (MARAD), March 30, 2021.

^۲ OECD Council Working Party on Shipbuilding (WP6), Report on ship financing, June 2007.

^۳ Statutory Mortgage

^۴ Preferred Mortgage

تعیین می‌شود.^۱

قانون دریایی ایران علی‌رغم الحاق ایران به کنوانسیون یکنواخت کردن برخی از مقررات مربوط به حقوق ممتاز و رهن دریایی مصوب ۱۹۲۶ بروکسل^۲ به تاریخ ۱۳۴۵/۰۴/۲۸ و صراحت ماده ۴۲ که رهن کشتی در حال ساختمان را تابع قانون دریایی اعلام نموده، تعریفی از رهن دریایی ارائه نداده که این امر باعث اختلاف نظر درباره این سؤال شده است که: آیا قانونگذار با توجه به نیاز خاص صنعت حمل‌ونقل و همچنین به‌منظور همگرایی با قوانین، کنوانسیون‌ها و عرف بین‌المللی به تأسیس عقد جدیدی به نام رهن دریایی در مقابل رهن مدنی اقدام کرده است؟ برخی حقوقدانان بر این نظرند که وضع مقررات ویژه برای رهن کشتی در قانون دریایی به پیروی از حقوق خارجی و مقررات بین‌المللی بوده و قانون دریایی در برخی زمینه‌ها از جمله رهن با وضع مقررات خاص، قانون مدنی را تخصیص زده، اما این تخصیص باعث تفکیک رهن دریایی از رهن مدنی نشده است و صرف تفاوت در برخی از احکام، ماهیت یک تأسیس حقوقی شناخته‌شده نظیر رهن را تغییر نمی‌دهد.^۳ براساس این تحلیل، باتوجه به اختلاف فقها درخصوص لزوم قبض و نیز معین بودن مورد رهن، قانون دریایی برخلاف قانون مدنی نظر فقهایی را پذیرفته است که قائل به لزوم امور دوگانه فوق نیستند.^۴

درمقابل، در باب ضرورت شناختن رهن دریایی به‌عنوان عقد مستقل بیان شده که رهن مذکور شکل تحول‌یافته از قالب سنتی رهن است که در قانون دریایی به‌عنوان عقد مستقل معرفی شده و مقتضیات و شرایط خاص مبادلات دریایی، رهن را به‌سمت تحولاتی سوق داده تا آن را با این مقتضیات هماهنگ کند؛ به‌طوری‌که این تغییرات و تفاوت ناشی از آن سبب جدایی آن از قالب سنتی شده و به آن هویتی مستقل بخشیده است.^۵

برخی دیگر معتقدند که رهن دریایی عقد نامعین و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است؛ چراکه رهن مدنی یک وثیقه خاص است؛ وثیقه اعم از رهن است و توثیق الزاماً همواره در عقد معین محقق نمی‌شود و می‌تواند قراردادی باشد که فاقد شرایط مذکور برای عقد رهن از جمله شرطیت قبض و لزوم معین بودن عین مورد رهن باشد؛ زیرا توثیق در حقوق ایران جایگاه روشنی به‌عنوان یک نهاد حقوقی خاص ندارد^۶ و وثیقه را درمورد غیر از رهن مدنی باید عقدی نامعین و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست؛ لذا رهن دریایی مشمول ماده ۱۰ قانون مزبور است و این نظر درخصوص رهن کرایه حمل نیز صادق است.^۷

با درنظر گرفتن دیدگاه‌های فوق به‌نظر می‌رسد رهن مذکور در قانون دریایی را نمی‌توان به‌عنوان عقد مستقل به‌حساب آورد؛ چراکه اولاً، قانونگذار در قانون دریایی در وضع مقررات مربوط به رهن در مقام بیان بوده و اگر قصد ایجاد عقد معین

^۱ Buss, Charles, David Osborne and Graeme Bowtle, *The Law of Ship Mortgages*, London: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2017, P 41.

^۲ International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages (Brussels, 27 May 1967).

^۳ فرمانفریان، ابوالبشر، *حقوق دریایی؛ بحث تحلیلی درباره حقوق دریایی ایران*، تهران: خرمی، ۱۳۴۹، ص ۷۹؛ نجفی اسفاد، مرتضی و هادی شعبانی کندسری، «تحلیل فقهی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۷، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۱۷۰.

^۴ انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، جلد ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰، ص ۸۶؛ اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، جلد ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۱۳۳.

^۵ صادقی تفتی، زهره، «ماهیت حقوقی رهن دریایی»، مجله حقوق تطبیقی مفید، دوره ۳، شماره ۵، ۱۳۹۵، ص ۱۰۷؛ ملانکه‌پور شوشتری، محمدحسین، «ماهیت عقد رهن دریایی در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۱۹۵.

^۶ باریکلو، علیرضا، *عقود معین ۲ (عقود مشارکتی، توثیقی و غیرالزوم)*، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۱۳۷.

^۷ نجفی اسفاد، مرتضی، *حقوق دریایی بر پایه قانون دریایی و مقررات بین‌المللی دریایی*، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۸۲.

مستقلی از رهن مذکور در قانون مدنی داشت، لازم بود با عبارت و لفظ صریح به احکام و شرایط خاص آن می‌پرداخت. اینکه ماده ۴۲ رهن را مشمول مقررات قانون دریایی اعلام نموده، بدون بیان ارکان آن عقد نمی‌تواند مبنایی برای شناسایی عقد مستقل «رهن دریایی» باشد؛ خصوصاً اینکه عبارت «رهن دریایی» در این ماده که می‌توانست گویای تأسیس حقوقی جدید باشد، در تدوین استفاده نشده است. ثانیاً، اگر قانونگذار قصد شناسایی عقد معین مستقل تحت عنوان عقد «رهن دریایی» داشت، مانند سایر عقود معین، قبل از ورود به ماهیت، اقدام به ارائه تعریف از آن می‌کرد. ثالثاً، متضاد بودن احکام و شرایط رهن مذکور در قانون دریایی با رهن مدنی موجب القای تحقق عقد معین جدید نیست؛ زیرا قوانین خاص با در نظر گرفتن موضوع و هدف معین وضع می‌شوند و عمدتاً رفع نیازهای ویژه‌ای را مدنظر دارند. از این رو به نظر می‌رسد کاربرد این لفظ از سوی اندیشمندان حقوقی صرفاً برای تمایز از عقد رهن مقرر در قانون مدنی باشد. لذا رهن دریایی نمی‌تواند قسیم رهن مدنی باشد و اگر موضوع رهن مربوط به کشتی و کشتی در حال ساخت، کرایه حمل و سایر اسباب و تجهیزات دریایی مرتبط با کشتی باشد، از باب تسامح عنوان «رهن دریایی» بدان اطلاق می‌شود.

۲. انواع ترهین در پروژه ساخت کشتی

با توجه به گران بودن کشتی، تأمین منابع مالی برای سازنده و خریدار همیشه امکان‌پذیر نیست. پیچیدگی‌های خاص این قراردادها ایجاب می‌کند از همان بدو شروع ساخت کشتی، در صورت لزوم، قراردادهای تأمین منابع مالی نیز منعقد شود. برای اینکه امکان ترهین کشتی در حال ساخت به وجود آید، حداقل دو مرحله مقدماتی باید طی شود: یکی انعقاد قرارداد ساخت کشتی و دیگری شروع ساخت؛ به گونه‌ای که تعلق عنوان کشتی در حال ساخت بر آن صدق کند. به طور کلی، در پروژه ساخت کشتی با سه نوع ترهین شامل: ترهین قرارداد ساخت کشتی (۲.۱)، ترهین بدنه کشتی (۲.۲) و ترهین کشتی در حال ساخت (۲.۳) مواجهیم که در ادامه بررسی می‌شود.

۲.۱. ترهین قرارداد ساخت کشتی

گاهی طرفین خواهان استفاده از خود قرارداد جهت تضمین در قبال تأمین منابع مالی و سپردن آن به عنوان مال مرهونه برای تأمین‌کننده هستند. در قوانین برخی کشورها صراحتاً این امر امکان‌پذیر است. برای مثال، قانون دریایی نروژ^۱ در قسمت سوم بند ۴۱ فصل سوم در صورت ثبت قرارداد ساخت کشتی، رهن آن را مورد پذیرش قرار داده است. مطابق بند ۳۱ این قانون، قراردادهای ساخت کشتی در مواردی که کشتی بیشتر از ۱۰ متر است، ممکن می‌باشد. لازم به ذکر است حقوق دریایی نروژ نه تنها در کشورهای اسکاندیناوی، بلکه در حقوق دریایی اروپا و نیز در بعد بین‌المللی اثرگذاری بالایی دارد.

در حقوق ایران و قانون دریایی مقررهای در خصوص ثبت قرارداد ساخت کشتی وجود ندارد و نویسندگان نیز بدان نپرداخته‌اند؛ بنابراین، باید طبق قواعد عمومی بررسی شود آیا قرارداد ساخت فی‌نفسه مالیت داشته تا بتواند مورد رهن قرار بگیرد یا نه؟ با توجه به سابقه رهن در فقه، که عینیت مال مرهونه را شرط صحت می‌داند، پذیرفتن اینکه قرارداد ساخت کشتی بتواند مورد رهن قرار بگیرد، دشوار است. در مقابل، در حقوق انگلیس هر مال اعم از عین، دین، حقوق مالکیت فکری و حتی مالی که در آینده به وجود می‌آید، قابل ترهین است.^۲ قراردادهای ساخت کشتی البته به شرط

^۱ Norwegian Maritime Code of 24 June 1994 (No. 39).

^۲ Keenan, Denis and Sarah Riches. *Business Law*, Prentice Hall, Eighth Edition, 2007, P 62.

امضا و پرداخت قسمتی از ثمن و ارائه ضمانت‌نامه بازپرداخت ثمن^۱ ارزش مالی پیدا کرده، در شمار اموال شخصی^۲ محسوب شده،^۳ ذیل عنوان رهن اموال قابلیت ترهین می‌یابد، ولی مشمول مقررات قانون کشتیرانی تجاری نمی‌شود. در حقوق آمریکا نیز متعاقب تأدیه بخشی از ثمن، منافع قرارداد قابلیت ارزش‌گذاری را پیدا می‌کند و می‌تواند به‌عنوان مال مورد ترهین قرار گیرد.^۴ این حالت در فرضی قابل تصور است که مالکیت کشتی در حال ساخت تا قبل از تحویل و در بازه زمانی ساخت همچنان با سازنده باشد.

۲.۲. ترهین بدنه کشتی

در برخی موارد ساخت بدنه^۵ می‌تواند به‌موجب قراردادهای پیمانکاری ازسوی سازنده کشتی به‌عنوان کارفرما به اشخاص دیگری واگذار شود. ساخت بدنه بسیار پرهزینه و نیازمند منابع مالی فراوان است که با ترهین بدنه کشتی، از ناحیه سرمایه‌گذاران، بانک‌ها و مؤسسات مالی تأمین می‌شود. از این نوع ترهین در اکثر نظام‌های حقوقی، در شمار انواع رهن‌های دریایی به معنای دقیق کلمه یاد می‌شود و مقررات آن شباهت زیادی به احکام کشتی در حال ساخت دارد.^۶ این قسم رهن برای تأمین مالی یاردها استفاده می‌شود و بدنه می‌تواند برای اخذ وام در رهن قرار گرفته یا در مقابل اقساط قابل پرداخت یا باقی‌مانده ثمن که توسط سازنده کارسازی می‌شود، به رهن گذاشته شود.^۷

۲.۳. ترهین کشتی در حال ساخت

در فرایند ساخت کشتی مهم‌ترین مال برای ترهین، خود کشتی در حال ساخت است. در این نوع ترهین اهداف متعددی ازسوی سرمایه‌گذاران دنبال می‌شود که ازجمله آنها می‌توان به برخورداری مرتبه‌ن از حقوق اولویت برای استیفای طلب خود، توانایی تملک کشتی در صورت نقض تعهدات بدهکار، الزام فروشنده به فروش کشتی و دریافت اصل پول به همراه سود متعلقه و ایجاد حق عینی نسبت به کشتی را برشمرد. این نوع رهن در حقوق ایران به‌موجب ماده ۴۲ قانون دریایی پذیرفته شده، هرچند شرایط اختصاصی آن به تفصیل ذکر نشده است. ترهین کشتی در حال ساخت در حقوق ایران در بخش آتی به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ با این حال، به‌نظر می‌رسد اینجا به مطالعه موضوع در حقوق انگلستان پرداخته شود.

۲.۳.۱. ترهین کشتی در حال ساخت: در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس صرفاً رهن کشتی‌های ساخته شده‌ای که به ثبت رسیده باشند، دارای وصف رهن قانون دریایی^۸ است.

^۱ Refund Guarantee

^۲ Personal Property

^۳ Julian, Bailey. *Construction Law*, London :Taylor & Francis, 2014, P 546.

^۴ Churchill. Rodgers, "Ship Construction Financing- Particularly Legal Problems Relating to Security Under American Law", *The Business Lawyer*, Volume 12, Issue 2, 1957, p 147.

^۵ Hull

^۶ Ewa Mari, Kozak. "Legal Problems in relation to financing and securing the construction of the hull", Master Thesis, *University of Oslo*, 2008, P 31.

^۷ Convention relating to Registration of Rights in respect of Vessels under Construction 1967.

^۸ Statutory Mortgage

در این کشور، به موجب ماده (۱) ۳۱۳ قانون کشتیرانی تجاری (ثبت کشتی‌ها)،^۱ گواهی قابلیت دریانوردی کشتی^۲ به عنوان پیش شرط، در فرایند ثبت ازسوی سازنده باید ارائه شود.^۳ از این رو کشتی در حال ساخت نظر به عدم امکان گواهی قابلیت دریانوردی، قابلیت ثبت نداشته و خریدار ناچار است برای مثال، آن را در کشور دیگری ثبت کند.^۴ البته، هر چند در نظام این کشور رهن کشتی در حال ساخت در قالب رهن دریایی قابلیت تحقق ندارد؛ از آنجا که به هر حال کشتی در حال ساخت نیز مال محسوب می شود، رهن آن بر حسب مورد براساس قواعد عام رهن کامن لا^۵ یا انصاف^۶ امکان پذیر است.^۷ رهن کامن لا تحت شمول قانون اموال^۸ قرار می گیرد. در این نوع رهن، رهن را با قبول رهن مالکیت عین مرهونه را به مرتهن واگذار می کند؛ با قید این شرط که اگر در سررسید دین را پرداخت کند، عین مرهونه مجدداً به مالکیت وی برمی گردد. در رهن کامن لا، اصولاً طلبکار می تواند در فرض عدم پرداخت بدون مراجعه به دادگاه حق خود از محل فروش مال مرهونه استیفا کند. در حقوق انگلیس رهن ثبت شده براساس قانون دریایی، همواره بر رهن ثبت نشده اولویت دارد؛ حتی اگر مرتهن با علم به وجود رهن ثبت نشده، به رهن کشتی مبادرت نموده باشد.^۹ در مقابل رهن مبتنی بر انصاف در جایی است که شرایط اعمال رهن قانونی (رهن دریایی) و کامن لا برقرار نیست. در رهن مبتنی بر انصاف، مرتهن مالک مال مرهونه نمی شود. این نوع رهن، از حیث طبقه بندی بعد از رهن قانونی و کامن لا جای می گیرد و مرتهن برای استیفاء حقوق خود الزاماً باید به دادگاه رجوع نماید. همچنین، رهن مبتنی بر انصاف در مقابل ثالث ناآگاه قابلیت استناد ندارد.^{۱۰}

۳. شرایط صحت ترهین کشتی در حال ساخت

ترهین کشتی در حال ساخت از جهت قانونگذاری با قانون دریایی و مدنی در تلاقی است و برای صحت رهن باید شرایطی رعایت شود. برای این منظور در این قسمت، ابتدا ثبت رهن کشتی در حال ساخت مطالعه می شود (۳.۱) و سپس به عدم لزوم قبض (۳.۲) و معلوم بودن مورد رهن (۳.۳) پرداخته می شود.

۳.۱. ثبت رهن کشتی در حال ساخت

ماده ۴۲ قانون دریایی مقرر می دارد: «کشتی مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است، رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده برای بهره برداری نیز به وسیله سند رسمی باید صورت گیرد» و طبق بند «د» ماده ۲۴ «کلیه معاملات راجع به فروش، انتقال و رهن کشتی باید در اسناد ثبت و تابعیت کشتی هر دو قید گردد». نهایتاً ماده ۴۸ لزوم ثبت معاملات رهن را بیان کرده است. آنچه از صراحت مواد یاد شده به دست می آید، این است که طرفین باید رهن را

¹. The Merchant Shipping (Registration of Ship) Regulations. (1993).

². used in navigation

³. Stephenson Harwood, *Shipping Finance*, London: Euromoney Institutional Investor Plc, Third Edition, 2006, P 48.

⁴. Ksenia Nikonova. "Legal Aspects on Shipbuilding Financing", Master Thesis, *University of Oslo*, 2009, P 21.

⁵. Legal Mortgage

⁶. Equitable Mortgage

⁷. Smith, Lionel. "Security", In: Burrows, Andrew, (ed.), *English Private Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2013, PP 365-366; Buss, Osborne and Bowtle, Op. Cit., P 63.

⁸. Law of Property Act 1925.

⁹. Smith, Op. Cit.

¹⁰. Ibid, PP 336-337.

ثبت کنند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا ثبت رهن از شرایط صحت رهن دریایی است؛ به گونه‌ای که عدم ثبت، عدم وقوع عقد رهن و در نتیجه بطلان رهن را در پی دارد؟ قانونگذار در قانون دریایی رویکردی متفاوت و متضاد با فقه را در راستای هم‌گرایی با جامعه جهانی هرچند به‌طور ناقص در پیش گرفته و در این خصوص به چارچوب سنتی عقد رهن پایبند نمانده است. به نظر می‌رسد در این موضوع اعتقاد به عدم وقوع عقد رهن دریایی به صواب نزدیک‌تر است و به عبارت دیگر باید بر این نظر بود که ثبت، شرط صحت رهن دریایی است و می‌توان این‌گونه استنباط کرد که ثبت کشتی در حال ساخت در اینجا کارکرد قبض را دارد.

برخی حقوقدانان با توجه به ماده ۵۰ قانون دریایی، در تحقق رهن دریایی با فرض عدم ثبت رهن اظهار می‌دارند: «عدم ثبت رهن موجب بی‌اعتباری یا عدم پذیرش سند عادی در دادگاه نیست».^۱ از این نظر، این امر استنتاج می‌شود که عدم ثبت رهن صرفاً حق رجحان را از بین می‌برد و رهن میان طرفین قابل استناد است؛ هرچند این نظر در حقوق انگلیس طرفدارانی دارد،^۲ به نظر می‌رسد این برداشت از ماده ۵۰ صحیح نیست؛ چراکه فلسفه وضع ماده مزبور در فرض وجود تعدد رهن و حق اولویت بین آنها بوده و در مقام بیان آثار عدم ثبت رهن نیست. از طرفی استناد برخی نویسندگان به مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی و نیز اصل رضایی بودن عقود در راستای اعتقاد به صحت رهن دریایی ثبت‌نشده نمی‌تواند صحیح باشد.^۳ با اینکه برای تحقق اعمال حقوقی توافق اراده طرفین لازم است، ولی در همه اعمال حقوقی شرط کافی نیست؛ کمالینکه برخی حقوقدانان مستنداً به ماده ۲۲ قانون ثبت، فروش مال غیرمنقول را عقد تشریفاتی می‌دانند.^۴ از این رو مواد قانون دریایی به قدری واضح و صریح است که جای تردید باقی نمی‌گذارد که ثبت رهن دریایی به صورت رسمی شرط صحت آن است و در صورت عدم رعایت این شرط، رهن محقق نمی‌شود.

در حقوق انگلیس، چون امکان ثبت کشتی در حال ساخت، به عنوان کشتی وجود ندارد، بر این اساس، رهن آن مشمول قواعد کامن‌لا یا انصاف شده^۵ و چنین رهنی از شمول قانون کشتیرانی تجاری دریایی ۱۹۹۵ خارج می‌گردد.^۶ البته، در آرای جدید گستره تعریف کشتی وسیع‌تر شده و از مرحله کیل‌گیری^۷ تا مونتاژ را شامل می‌شود.^۸

۳.۲. عدم لزوم قبض

قانون مدنی در بحث لزوم قبض مال مرهونه در عقد رهن از نظر مشهور فقها^۹ تبعیت می‌کند و در ماده ۷۷۲ مقرر می‌دارد: «مال مرهونه باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود؛ ولی استمرار قبض شرط

۱. امید، هوشنگ، *حقوق دریایی*، جلد ۲، تهران: مدرسه عالی بیمه، ۱۳۵۳، صص ۱۵۷-۱۵۸.

۲. Aleka. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, Volume 1, London: Informa, Third Edition, 2013, P 179.

۳. نجفی اسفاد و شعبانی کندسری، پیشین، ص ۱۷۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۲۵۶.

۵. Re Softley. V. ex parte Hodgkin (1875).

۶. Buss, Osborne and Bowtle, Op. Cit., P 64.

۷. مرحله میانی ساخت کشتی که بعد از اتمام این مرحله بدنه کشتی شکل می‌گیرد و قابلیت شناور شدن در سطح آب به واسطه یدک‌کش را دارد. (Keeling)

۸. Virtu Fast Ferries Ltd v The Ship 'Cape Leveque' (2015).

۹. حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۱۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ه.ق، صص ۴۳۵-۳۴۷.

صحت نیست». حقوقدانان براساس قسمت اخیر ماده مذکور، قبض را شرط صحت عقد رهن می‌دانند.^۱ البته برخی به نظریه لزوم قبض انتقاداتی دارند و اقدام نویسندگان در گسترش دایره قبض بر شرط صحت را واجد اشکالات بسیاری می‌دانند.^۲ در فقه، نقش قبض در عقد رهن اختلافی است و آرای مختلف را می‌توان در سه دسته جمع‌بندی کرد: عده‌ای معتقدند قبض شرط صحت رهن بوده و بدون آن رهن واقع نمی‌شود.^۳ برخی بر این اعتقادند که قبض در صحت و تحقق رهن تأثیری ندارد، بلکه از آثار آن است.^۴ نهایتاً گروه سوم معتقدند قبض شرط لزوم عقد است و قبل از آن می‌توان عقد را فسخ نمود.^۵ مشکلات لزوم قبض در رهن کشتی در حال ساخت دوچندان است. قبض کشتی در حال ساخت، نظر به دگرگونی و تغییر تدریجی آن، که ناشی از تکامل ساختمان است، عملاً امکان‌پذیر نیست. باید توجه داشت هدف غایی از قبض ایجاد اطمینان به وصول طلب و تضمین آن است، که این مهم با ثبت رهن و ایجاد حق عینی بر مال مرهونه به وجود می‌آید. به علاوه، مؤسسات مالی عملاً توان قبض و استیفا از مال را نیز دارا نیستند؛ بر همین اساس قانون دریایی که با نگاه به واقعیت‌های موجود در صنعت دریایی وضع شده و از مقررات سنتی مقرر در قانون مدنی عدول کرده است، صراحتاً در ماده ۴۲ مقرر می‌دارد: «کشتی، مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است. رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده بهره‌برداری نیز وسیله سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت نیست...». در عقد رهن سنتی می‌توان گفت قبض به دلیل استیلایی که به مرتهن اعطا می‌کند مطرح شده است. در مواردی که حق مرتهن به ثبت می‌رسد نظیر قوانین مربوط به رهن دریایی این استیلا با ثبت رهن به عمل می‌آید و نیازی به قبض نیست.

۳.۳. معلوم بودن مورد رهن

براساس شرایط عمومی معاملات، مورد معامله باید معلوم باشد؛ مگر در موارد خاص که به تصریح قانونگذار یا طبق عرف، علم اجمالی برای صحت و تشکیل قرارداد کافی است.^۶ برخی از حقوقدانان درخصوص عقد رهن سخت‌گیری کرده و علم تفصیلی در معلوم بودن مورد معامله را شرط دانسته‌اند.^۷

معلوم بودن در کشتی در حال ساخت از اهمیت بالایی برخوردار است و می‌تواند محل مناقشه‌های حقوقی بیشتری واقع گردد؛ چراکه ذات قراردادهای ساخت کشتی در واقع سفارش درست کردن کالا با مشخصات موردنیاز خریدار است؛ از این رو باتوجه به ویژگی‌های خاص قرارداد سفارش ساخت کشتی، که معمولاً بعد از طراحی کشتی با جزئیات دقیق و توافق طرفین منعقد می‌شود، علم تفصیلی نسبت به کشتی به دست می‌آید.

قانون مدنی به پیروی از فقه در مورد تمیز توابع رهن، عرف و عادت را معیار قرار می‌دهد و به موجب ماده ۷۸۵ مقرر

۱. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۵۰۱؛ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۴۱۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۴، پیشین؛ ابوالعطا، محمد، «شرطیت قبض در رهن در حقوق ایران و فرانسه»، *مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان*، شماره ۲۳، ۱۳۸۷، صص ۱۸-۱۹.

۳. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۲، قم: آل البیت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۱۶۴-۱۶۶؛ خوانساری، سید احمد، *جامع المقاصد فی شرح مختصر النافع*، جلد ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق، ص ۱۳۶.

۴. طوسی، محمد، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، قم: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷، ص ۱۹۸؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، قم: آل البیت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۱۸۷.

۵. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الی تنقیح الشرایع الاسلام*، جلد ۴، قم: مؤسسه المعارف اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۱.

۶. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها؛ مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۹۹.

۷. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵، صص ۳۳۶-۷.

می‌دارد: «هرچیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به‌عنوان متعلقات جزء مبیع محسوب می‌شود در رهن نیز داخل خواهد بود». قانونگذار در دریایی از این نظر پیروی نکرده است؛ زیرا کشتی با در کنار هم گذاشتن اجزا و تجهیزات ساخته می‌شود و نمی‌توان این تجهیزات را به‌عنوان توابع کشتی در حال ساخت دانست؛ چراکه خود به‌عنوان دارایی مستقل محسوب می‌شود. بنابراین قانون دریایی، موضوع را براساس ماده ۲۹ تابع عرف بین‌الملل قرار داده است. در حقوق انگلیس قاعده کلی این است که تجهیزات و مواد اولیه موجود در کارخانه، ملحق به کشتی در حال ساخت نیست.^۱ برای اینکه تجهیزات به‌عنوان توابع رهن داخل در رهن قرار گیرد، باید در سند رسمی رهن ذکر شود که اقلام مربوطه و موجود در کارخانه صرفاً برای ساخت کشتی مورد ترهین منظور گردیده و اگر به‌این‌ترتیب عمل نشود، تجهیزات جزو توابع مال مرهونه داخل در رهن نخواهد بود؛ بلکه به‌عنوان اموال متعلق به مالک، که عموماً سازنده است، تلقی شده و قابل توقیف از سوی بستانکاران سازنده خواهد بود.^۲ بنابراین در حقوق انگلیس برای اینکه معلوم شود مواد اولیه متعلق به کشتی در حال ساخت است، باید عمل خاصی روی آنها انجام شود؛ برای مثال، به کشتی متصل شود یا به‌صورت شفاف و صریح به کشتی در حال ساخت تخصیص داده شود یا اینکه طبق قرارداد واقعی بین سازنده و خریدار، مالکیت آنها به خریدار منتقل شده باشد.^۳

۴. آثار رهن

ایجاد تضمین در قراردادهای تأمین مالی در فرض تخلف دریافت‌کننده یکی از ارکان مهم قرارداد محسوب می‌شود. در همین راستا در این قسمت، حق درخواست اعطای مالکیت (۴.۱)، حق تقدم (۴.۲)، حق درخواست فروش و استیفای حق (۴.۳) به‌عنوان مهم‌ترین آثار رهن با تطبیق بر رهن کشتی در حال ساخت مطالعه می‌شود.

۴.۱. حق درخواست اعطای مالکیت

در نظام رهن دریایی در حقوق انگلستان مرتهن حق دارد در قبال اقساط پرداخت‌نشده، درخواست کند تا مالکیت کشتی در حال ساخت به وی منتقل شود تا از حقوق مالکانه نسبت به آن برخوردار شود. اعطای مالکیت به مرتهن مستلزم رضایت راهن است؛ لذا در فرض عدم موافقت راهن، کشتی فروخته می‌شود و دیون راهن از وجه حاصله ایفاء می‌شود.^۴ البته، در عمل مرتهن به‌ندرت از این ضمانت‌اجرا استفاده می‌کند؛ زیرا به‌محض انتقال مالکیت به مرتهن، کلیه حقوق و تکالیف مادی و معنوی مالک اصلی نیز به مرتهن منتقل می‌شود.^۵ مالکیت مرتهن هنگامی فایده دارد که وی توان بهره‌برداری از شناور را داشته و کشتی مستغرق در اقساط پرداخت نشده باشد.^۶

در حقوق ایران بحث قابلیت تملک مورد رهن به‌عنوان ضمانت‌اجرا، تحت شرط تعلق مورد رهن به مرتهن و در فقه امامیه با عنوان مبیع بودن مورد رهن مطرح شده است. قریب به اتفاق فقها قائل به بطلان شرط و عقد به دلایل اجماع، تعلیق در عقد بیع، فقدان صیغه و ایجاب و قبول در بیع و موقت بودن عقد رهن هستند.^۷ اقلیتی از فقها نیز فقط شرط را باطل

^۱ Buss, Osborne and Bowtle, Op. Cit., P 65.

^۲ Re Blyth Shipbuilding & Dry docks co Ltd [1926] ch494.

^۳ Reid V. Mac berth & Gray

^۴ Stephenson, Op. Cit., P 127.

^۵ European & Australian Royal Mail co. Ltd v. Royal Mail Steam Packet co.

^۶ Buss, Osborne and Bowtle, Op. Cit., P 73.

^۷ نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، *تشریح الاسلام*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۷۳.

می‌دانند.^۱ در مقابل، اقلیتی از فقهای معاصر هم شرط و هم عقد را صحیح و واجد آثار قانونی می‌دانند.^۲ در بین حقوقدانان نیز برخی تعلق عین مرهونه به مرتهن در فرض عدم تأدیه دین توسط داین را در قالب شرط نتیجه، به دلیل عقیده مشهور فقها و با اخذ وحدت ملاک از فلسفه وضع مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت باطل می‌دانند.^۳ رویه قضایی نیز شرط مزبور را برخلاف مقررات آمره و قانون ثبت دانسته^۴ و اداره حقوقی قوه قضائیه نیز اخذ وکالت بلاعزل را به منظور فروش مال مرهونه به جهت عدم طی مسیر ماده ۳۴ ق.ث، خلاف قواعد امری دانسته است؛^۵ لذا می‌توان گفت: به طریق اولی شرط تعلق عین مرهونه به مرتهن با ماده ۳۴ مغایرت دارد. از این رو می‌توان گفت در حقوق ایران تملک مال مرهونه در فرض تخلف راهن از ایفای دین پذیرفته نشده است.

۴.۲. حق تقدم

در عقد رهن، مرتهن برای استیفای حقوق خود دارای دو نوع حق تقدم است: حق تقدم قانونی و حق تقدم قراردادی که در ادامه مطالعه می‌شود.

۴.۲.۱. حق تقدم قانونی

این حق دارای مبنای قانونی است. قاعده کلی در رهن، مقدم بودن حقوق مرتهن نسبت به سایر طلبکاران است. ماده ۷۸۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت». ماده ۵۱ قانون دریایی نیز با تعیین تقدم و تأخر بر مبنای ثبت رهن، این امر را پذیرفته است. از آنجاکه حقوق انگلیس ثبت کشتی در حال ساخت را ذیل قانون دریایی به رسمیت نمی‌شناسد، این موضوع بر مبنای مقررات مربوط به اموال، قابلیت بررسی دارد. اعتبار رهن کشتی از زمان انعقاد عقد رهن و نه از زمان ثبت رسمی آن است.^۶ لازم به ذکر است که در حقوق انگلیس نسبت به رهن‌های ثبت نشده که در بسیاری موارد رهن کشتی در حال ساخت نیز در شمار آن است، قاعده اولویت زمانی حاکم است. بدین معنی که مرتهن در هر رهن ثبت نشده که زودتر از بقیه ایجاد شود، نسبت به رهن‌های مؤخر از اولویت برخوردار است.^۷ در حقوق ایران، به دلیل ضروری بودن ثبت کشتی در حال ساخت، می‌توان گفت در فرض تعدد رهن، قاعده ترتیب زمانی ثبت به عنوان جزو اخیر از شرایط صحت رهن، حق تقدم را مشخص می‌کند.

لازم به ذکر است، در انگلستان جهت ایجاد حق تقدم مقررات ویژه‌ای در قانون کشتیرانی دریایی (ثبت کشتی‌ها) مقرر شده که رعایت آنها از نظر شکلی و ماهوی لازم است. ماده ۵۹ قانون مزبور، اعلام قصد مرتهن قبل از رهن دریایی و ثبت

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح تشرائع الاسلام*، جلد ۲۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۲۶.

۲. خمینی، سید روح الله، *استفتائات*، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۳۰۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص ۵۲۹.

۴. به نقل از: صفایی، سید حسین و هادی جواهرالکلام، *حقوق مدنی پیشرفته: تضمین‌های دین*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، ص ۲۰۳؛ دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۱۵ شعبه دوازده دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شماره ۹۶۰۱۸۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۲۴ شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۵. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۲۳۳۳ مورخ ۱۳۶۵/۱/۲۳.

۶. Aleka, Op. Cit., P 178.

۷. Jackson, David, *Enforcement of Maritime Claims*, London: Informa Law from Routledge, 2005, P 581.

رهن در فاصله ۳۰ روزه از اعلام قصد (که قابل تمدید است) را ضروری می‌داند و حق اولویت از تاریخ اعلام قصد ایجاد می‌شود. اگر در فاصله بین اعلام، رهن ثبت نشود، مرتبه دیگری که بر همان شیوه رهن را ثبت کند، مقدم می‌شود. رهن ثبت شده مقدم بر رهن ثبت نشده است و اگر هیچ کدام از رهن‌ها ثبت نشود، بر طبق قاعده انصاف حق تقدم براساس زمان انعقاد رهن مشخص می‌شود.^۱

۴-۲-۲. حق تقدم قراردادی^۲

این حق در حقوق انگلیس، در پرونده Cheah v. Equiticop finance Ltd در سال ۱۹۹۲ توسط هیئت مشاوران سلطنتی^۳ به رسمیت شناخته شد. در این پرونده قاضی Lord Browne- Wilkinson اعلام می‌دارد: مرتبه‌نشین می‌تواند بدون نیاز به رضایت بدهکار حق تقدم را بین خود تغییر دهند. بدهکار ملزم به پرداخت کلیه دیون است و تغییر طلبکاران تأثیری در وضعیت او ندارد و این امر خصوصاً زمانی مفید است که طلب یکی از مرتبه‌نشین به واسطه عین مرهونه بطور کامل پرداخت شود. در حقوق ایران رعایت مقررات حق تقدم از قواعد آمره است و توافق طرفین در این خصوص نمی‌تواند منشأ تعهد شود، باین حال امکان اعراض از حق و اسقاط آن وجود دارد.^۴

در مواردی که کشتی دارای ثبت مضاعف^۵ است، تعارض قوانین به وجود می‌آید. هر کشتی می‌تواند در یکی از کشورها ثبت و از حمایت‌های قانونی و بین‌المللی برخوردار شود.^۶ اما در برخی مواقع نسبت به این قاعده کلی تخلفاتی صورت می‌گیرد و کشتی‌ها اقدام به ثبت و استفاده از پرچم‌های متعدد می‌کنند.^۷ در مرحله ساخت کشتی نیز می‌توان متصور شد کشتی در حال ساخت در چند کشور ثبت شود (برای مثال، در فرض تکمیل ساخت در قلمروی چند کشور). البته، ممنوعیت ثبت مضاعف کشتی در برخی از کشورها در قوانین داخلی آنها ذکر شده است.^۸ در فرض وجود طلبکاران متعدد آنچه تعیین کننده حق تقدم است، بررسی نوع طلب است. در پرونده The Colorado^۹ در خصوص حق تقدم مرتبه‌نشین و افراد واجب‌النفعه اختلاف ایجاد شد. کشتی در فرانسه ثبت شده بود و دعوا در انگلیس اقامه شد. دادگاه استیناف برای تعیین اینکه آیا حقوق مالک قرارداد رهن (مرتبه‌نشین)^{۱۰} مربوط به دیون دریایی است یا خیر؟ به حقوق فرانسه توجه کرد. سپس با توجه به قاعده حل تعارض براساس قواعد محل دعوا نتیجه گرفت که در هر دو کشور حقوق مربوط به رهن دریایی مقدم است. این رأی منشأ اختلافات بسیاری شد.

قانون دریایی ایران به طور صریح ثبت مضاعف را ممنوع نکرده است و از موارد احصاشده در ماده ۲۱ که موارد ابطال ثبت و سلب تابعیت کشتی‌های ایرانی را بیان کرده است، چنین امری برداشت نمی‌شود.

۴.۳. حق درخواست فروش و استیفای حق

1. Buss, Osborne and Bowtle, Op. Cit., P 149.

2. Agreed Priority

3. Privy Council

4. Simon.Curits, The Law of Shipbuilding Contracts, Third Edeition, 2002, p:157.

5. Double Registration

6. United Nation Convention on the Law of Sea (1989) UNCLOS. Article.91(1) - Brussels Convention Of 1967, Articl.3.

7. Fraudulent Registration

8. Polish Maritime Code of 2001, Article 27. – Merchant Shipping Hong Kong, Cap: 419.

9. Hills Dry Dock & Engineering Company, Ltd v. "Colorado" (1923), 14 Ll.L.Rep. 251.

10. Holder of Hypotheque

هدف اصلی عقد رهن ایجاد وثیقه برای دین است. در فرض عدم پرداخت دین پس از رسیدن اجل، مرتهن می‌تواند درخواست فروش مورد رهن را طرح کند. انواع فروش و شرایط آنها در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۴.۳.۱. فروش از طریق دادگاه (مزایده)

قانون دریایی ایران درخصوص نحوه فروش کشتی در حال ساخت ساکت است و در مواد ۵۱-۵۰ به فروش کشتی موجود پرداخته است. به‌نظر می‌رسد در نحوه و کیفیت فروش کشتی در حال ساخت و کشتی موجود تفاوتی نباشد. بر همین اساس قانونگذار ما مقررات ویژه‌ای را در این باب مقرر نکرده و فروش کشتی در حال ساخت نیز براساس مقررات مواد ۵۰ و ۵۱ قانون مذکور انجام می‌گیرد.

حکم مندرج در قانون دریایی درخصوص مزایده با فلسفه حل‌وفصل اختلافات در کمترین زمان منافات دارد. قانون ایران صرفاً فروش از طریق دادگاه و آن‌هم به‌واسطه مزایده را پذیرفته و امکان فروش توسط طرفین عقد رهن چه به‌موجب قرارداد یا شرط ضمن عقد رهن و مستقل وجود ندارد و از این جهت اراده طرفین محدود شده است. حقوق انگلیس نیز فروش از طریق دادگاه را مورد پذیرش قرار داده است؛ باین‌همه، اندیشه‌های جدید امکان فروش از طریق توافق و توسط طلبکار را تابع قانون پرچم کشتی به‌رسمیت می‌شناسد.^۱

۴.۳.۲. حق فروش خارج از دادگاه

چنین حقی مزایایی از قبیل فروش به مبلغ کارشناسی یا توافق برای فروش، فروش به خریدار خاص، شیوه‌های خاص پرداخت، امکان اخذ تأمین مالی برای خریدار و تعیین واحد ارزی پرداخت را بیشتر می‌کند.^۲ در مقابل نگرانی خریدار از وجود بدهی‌های پنهان و حقوق ممتاز لحاظ نشده، عدم تسویه کلیه دیون متعلقه و وجود حق عینی و امکان توقیف طلبکاران احتمالی در آب‌های بین‌المللی از معایب فروش خارج از دادگاه تلقی می‌شود.^۳ مستنداً به مواد ۵۰ و ۵۱ قانون دریایی، فروش خارج از دادگاه در حقوق ایران مورد پذیرش واقع نشده است.

۴.۳.۳. فروش به‌صورت مختلط^۴

در این نوع از فروش، مرتهن، خود، خریدار را پیدا می‌کند (می‌تواند در قالب قرارداد فروش خصوصی از طریق مزایده باشد) و فروش از طریق دادگاه صورت می‌گیرد. در این نوع از فروش خریدار مطمئن است که کلیه دیونی که به کشتی تعلق می‌گیرد، مرتفع شده و قیمت روز بازار از طریق دادگاه مورد تأیید است.^۵ این نوع فروش نیز در حقوق ایران صرف‌نظر از مزایای آن مورد پذیرش قرار نگرفته است.

۵. موانع اجرای ترهین

هدف اصلی از ترهین کشتی در حال ساخت امکان استیفای حقوق مرتهن در فرض تخلف متعهد از انجام تکالیف قراردادی

^۱ Aleka, Op. Cit., P 198.

^۲ Mchugh V. Union Bank of Canada [1913] – Standard Chartered Bank Ltd V. Walker [1982].

^۳ Stephenson, Op. Cit., P 128.

^۴ Hybrid Sale

^۵ Ibid.

است. بر همین اساس، در این قسمت عدم ثبت کشتی در حال ساخت (۵.۱)، تعارض قوانین داخلی کشورها در حوزه تعریف دیون مقدم (۵.۲) ثبت مضاعف (۵.۳) و نقش تحریم‌ها (۵.۴) مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۵.۱. عدم ثبت کشتی در حال ساخت

به عنوان قاعده کلی عدم ثبت کشتی در حال ساخت مانع تحقق عقد رهن قانون دریایی می‌شود. تهرین کشتی باعث تعلق حقوق ممتاز بر عین می‌شود که در فرض وجود طلبکاران متعدد و اختلاف در خصوص حقوق مقدم و تعلق حقوق عینی، عدم ثبت مانع از توقیف کشتی جهت استیفای حقوق می‌شود.^۱ از طرفی با توجه به تعریف کشتی در حال ساخت توسط قانون دریایی ایران، عدم ثبت کشتی باعث عدم اطلاق عنوان کشتی و عدم شمول ضوابط حاکم بر کشتی، از جمله ظرفیت که مبنای تعریف است، می‌شود. ثبت کشتی در حال ساخت جزو ارکان اصلی عقد رهن قانون دریایی محسوب می‌شود و مستنداً به ماده ۲۸ ق.د.ا. باعث خروج رهن کشتی ثبت نشده از مقررات قانون دریایی و باعث عدم اعمال حقوق ممتاز، رجحان و سایر امتیازات قانونی از جمله شیوه مزایده می‌شود؛ باین حال، چنین رهنی در صورت قبض مرتهن - منظور از قبض مفهوم سنتی آن نیست؛ بلکه به عقیده اکثر نویسندگان استیلای مرتهن بر مورد رهن، طوری که اطمینان بر وصول حقوق خود داشته باشد، است - اثر رهن مدنی را خواهد داشت و مقررات صدر ماده ۵۸ قانون اداره امور تصفیه ورشکستگی که حکایت از مقدم بودن حاصل فروش بر سایر طلبکاران است، اعمال خواهد شد.

در اکثر نظام‌های حقوقی، رهن دریایی، زمانی دارای اعتبار است و در مقابل اشخاص ثالث قابلیت استناد دارد که کشتی ثبت شده باشد.^۲ در حقوق انگلیس، در فرض تعدد رهن، اولین رهن کشتی ثبت شده تحت مقررات رهن قانونی^۳ شناخته می‌شود و از بقیه رهن‌های کشتی ثبت نشده تحت عنوان رهن‌های انصافی^۴ یاد می‌گردد و امکان ثبت کشتی در حال ساخت با توجه به مقررات قانونی،^۵ که قابلیت کشتیرانی را برای ثبت کشتی ضروری می‌داند، وجود ندارد.^۶ از این حیث می‌توان گفت رهن کشتی ثبت نشده در نظام حقوقی ایران با رهن کشتی در حال ساخت در انگلستان قابل قیاس است؛ چه آنکه در هر دو فرض قواعد خاص رهن دریایی اعمال نشده، بلکه موضوع تحت شمول قواعد عام رهن (در ایران رهن مدنی و در انگلستان رهن کامن لا یا انصاف) قرار می‌گیرد.

۵.۲. تعارض قوانین داخلی کشورها در حوزه تعریف دیون مقدم

یکی از مهم‌ترین مباحث اجرای رهن کشتی در حال ساخت، تلاقی آن با حقوق ممتاز است. تردد کشتی در آب‌های بین‌المللی و تلاقی لحظه‌ای آن با نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف منجر به ارائه تعاریف متفاوت از حقوق ممتاز از حیث مصادیق و حمایت‌های قانونگذاران داخلی از صاحبان حقوق مزبور می‌شود و این امر می‌تواند مانعی برای اجرای تهرین باشد.

دو مطلب مقدماتاً قابل ذکر است: یکی اینکه ماده ۲۹ قانون دریایی، تعریف حقوق ممتاز و مصادیق آن را بیان می‌کند و ماده ۲۰ حق رجحان حقوق ممتاز بر رهن کشتی را مقرر کرده است. نحوه تنظیم صدر ماده این نظر را القا می‌کند که

^۱. Convention relating to Registration of Rights in Respect of Vessels Under Construction (1967).

^۲. Ibid, P 127-128

^۳. Legal Mortgage

^۴. Equitable Mortgage

^۵. Merchant Shipping (Registration Of Ships) Regulation (1993)- Merchant Shipping Act (1995).

^۶. Watt, Edward. *Ship Registration Law and Practice*, London: Informa, Third Edition, 2019, P 250.

قانون دریایی ایران حقوق ممتاز را صرفاً نسبت به کشتی موجود -و نه کشتی‌های در حال ساخت- جاری می‌کند. باین‌حال، این تلقی صحیح نیست و خلاف عرف بین‌المللی است. تفسیر قانون باید به‌نحوی صورت گیرد که بتوان وجود حقوق ممتاز را از بندهای ۴ و ۱ ماده مذکور نسبت به کشتی در حال ساخت نیز استنباط کرد و مطالبات ناشی از قرارداد استخدام ملوانان و سایر کارکنان کشتی در حال ساخت و نیز خسارات وارده به تأسیسات بندری و کارگاهی تعمیر کشتی را جزء حقوق ممتاز دانست. دیگر اینکه، چون ساخت کشتی مستلزم استفاده از فناوری‌های پیچیده‌ای است و کشورهای مختلفی در ساخت یک کشتی می‌توانند دخالت کنند؛ از این‌رو مباحث تعارض قوانین در فرایند ساخت قابل طرح است. مهم‌ترین بحث در خصوص تعارض قوانین کشورها از حیث تعریف حقوق ممتاز و مصادیق آن مطرح می‌شود و این سؤال پیش می‌آید که معیار حاکم بر تشخیص این حقوق براساس کدام یک از قوانین محل انعقاد قرارداد ساخت^۱ (محل تابعیت کشتی در حال ساخت) و محل اجرای قرارداد (کارخانه)^۲ به دست می‌آید. در حقوق انگلیس، طبق پرونده Banker Trust [1981] International V. Todd Shipyards Cord، که مربوط به مطالبه هزینه‌های تعمیر کشتی ساخته شده است، تحقق و رجحان حقوق ممتاز براساس قانون محل دادگاه تعیین شد.^۳ در این پرونده، کشتی در سنگاپور توقیف شده و به‌موجب رأی صادره از دادگاه سنگاپور کشتی در پی دعوی مرتهن فروخته شد.^۴ ارزش کشتی کمتر از دیون بود و تعمیرکنندگان کشتی بر مبنای قانون محل ثبت کشتی، برای تأمین هزینه‌های تعمیر در نیویورک و براساس قانون آمریکا مدعی وجود حقوق ممتاز بر کشتی شدند که دادگاه سنگاپور ضمن رد چنین ادعایی مقرر کرد که قانون سنگاپور به‌عنوان قانون محل دادگاه و اجرای مزایده و فروش، برای تعیین حقوق مقدم حاکم است و بر این مبنا تعمیرکنندگان آمریکایی حق اولویت ندارند.^۵ قبل از این پرونده موضوع در پرونده دیگری در کانادا مورد بحث واقع شده است.^۶

قانون دریایی ایران در این خصوص مقرر خاصی ندارد و به‌ناچار برای حل موضوع باید به قواعد تعارض قوانین مراجعه کرد. باین‌حال، به‌نظر می‌رسد از سیاق عبارات به‌کاررفته در قانون، که ملهم از کنوانسیون‌های بین‌المللی و عرف حاکم بر آنها و حقوق خارجی است، باید بر این نظر باشیم که مفاد ماده ۲۹ و منطوق ماده ۳۰، حقوق ممتاز را بر حقوق مرتهن ارجح می‌داند و این طلب‌ها بر هر نوع حقوق خارجی و مرتهنین در فرض وجود، اولویت دارد.

۵.۳. ثبت مضاعف

ثبت مضاعف کشتی‌های در حال ساخت در فرضی متصور است که روند ساخت در بیش از یک کشور صورت پذیرد و تأمین‌کنندگان منابع مالی خواهان ثبت قرارداد یا خود کشتی بابت تضمین و توثیق رهن باشند. ابهامات و پیچیدگی‌های تعریف و شناسایی حقوق ممتاز و تعارض قوانین کشورها باعث بروز مشکلات عدیده‌ای می‌شود. قاعده ممنوعیت ثبت مضاعف کشتی در حال ساخت در ماده ۳ کنوانسیون بروکسل^۷ منعکس شده است که مقرر می‌دارد: «حقوق متعلق به کشتی که در یک کشور ساخته و ثبت می‌شود، نباید در کشور دیگری نیز ثبت شود».

^۱. Lex Loci Contracts

^۲. Lex Loci Actus

^۳. Mukherjee P. K. "The Law of Maritime Liens and Conflict of Laws", *Journal of Maritime Law*, Volume 9, Issue 6, 2003, PP 545-555.

^۴. Rares, S, Maritime Liens. "renvoi and conflicts of law", the far Halcyon Isle. *Lloyds maritime and commercial quarterly*, Volume 2, 2014, PP 183-202.

^۵. Manolis G. Kavussanos. *The International Handbook of Shipping Finance, Theory and Practice*, London: Palgrave Macmillan, 2016, P 235.

^۶. Todd Shipyards Corp V. Altima Compania maritime SA.

^۷. Brussels Convention of 1967.

ایران به کنوانسیون بروکسل ملحق نشده و قانون دریایی نیز صراحتاً به این موضوع نپرداخته است. به نظر می‌رسد باین‌حال، مفاد ماده ۵ دلالت بر ممنوعیت ثبت مضاعف و حداقل نشانه عدم رسمیت ثبت ثانویه در خارج از کشور نسبت به کشتی‌هایی، که در ایران درحال ساخت‌اند، دارد. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «هر کشتی که در ایران ساخته می‌شود و ظرفیت آن ۲۵ تن باشد، تا وقتی سازنده آن را تحویل نداده‌است کشتی ایرانی تلقی می‌شود».

در فرایند ساخت، محتمل است که بدنه کشتی نظر به وجود مواد اولیه ارزان در ایران ساخته شود و سپس برای نصب تجهیزات به کشور دیگری ارسال^۱ گردد. معمولاً کشور مذکور برای حفظ حقوق تأمین‌کنندگان مالی خود تمایل جدی بر ثبت مجدد کشتی دارد و بدین‌شکل مباحث تزامم منافع، اولویت و حقوق ممتاز نسبت به دیون طلبکاران بوجود می‌آید و چه‌بسا قوانین داخلی کشور دوم که مزایده در آنجا انجام می‌شود، تعریف خاص و متفاوتی از حقوق ممتاز و اولویت طلب مرته‌نشین داشته باشد و حق رجحان برای مرته‌ن اول قائل نباشد. در حقوق انگلیس نظر به عدم امکان ثبت کشتی درحال ساخت به‌عنوان کشتی، این موضوع در این قالب قابل طرح نیست.^۲

۵.۴. نقش تحریم‌ها در اجرای رهن

در وهله اول ممکن است این‌طور برداشت شود که کشتی درحال ساخت، چون هنوز مورد بهره‌برداری واقع نشده است، تحریم‌ها نقشی در توقیف آنها ندارند؛ اما این تصور صحیح نیست. با توجه به پیچیدگی‌های موجود در مراحل مختلف ساخت، امکان دخالت کشورهای گوناگون در ساخت یک کشتی وجود دارد؛ زیرا کشتی بعد از مرحله کیل‌گیری، قابلیت حرکت به‌وسیله یدک‌کش را دارد و می‌تواند برای نصب تجهیزات به کشور مورد نظر منتقل شود. در این‌حالت، در فرض عدم پرداخت حقوق مرته‌ن، امکان توقیف آن مطرح می‌شود. همچنین، ممکن است کشتی در زمان ساخت مورد رهن قرار گرفته و مقرر بوده بعد از تحویل و استفاده از محل درآمد خود کشتی، بخشی از ثمن یا اقساط وام پرداخت گردد و تحریم مانع اجرای کامل تعهدات می‌شود.^۳ برای مثال، در سال ۲۰۰۶ شرکت کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران سفارش ساخت سه فروند کشتی غول‌پیکر را به نام‌های «سهند»، «سبلان» و «توچال» با ظرفیت هر کشتی ۶۵۰۰ TEU کانتینربر، با تأمین مالی از بانک فرانسوی^۴ در قالب چند قرارداد وام می‌دهد. متعاقباً پس از تحویل کشتی‌ها، بانک فرانسوی به‌دلیل ادعای تخلف شرکت ایرانی از مفاد موافقت‌نامه وام درخصوص تجدید بیمه موتور، بدنه و خطرهای جنگ برای کشتی‌های مزبور و انجام بیمه‌های دیگر برای پشتیبانی و غرامت درخصوص کشتی‌ها و نیز عدم پرداخت تعدادی از اقساط وام در بازه زمانی ۲۶ آوریل تا ۲۸ ژوئیه به دادگاه سنگاپور^۵ علیه خود کشتی اقامه دعوا نمود.^۶ هرچند قاضی لو^۷ حکم به نفع شرکت کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران داد، مع‌الوصف به‌خاطر تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل در فاصله زمانی ۲۰۰۶ تا ۲۰۱۰ در قالب چهار قطعنامه تحریمی علیه اشخاص ایرانی، امکان دریافت اقساط وام از سوی بانک فرانسوی

^۱ Towing

^۲ Merchant Shipping Act 1995, Schedule 7, Part II, paragraph 12.

^۳ Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited [2010] EWHC 2661 (Comm); DVB Bank SE v Shere Shipping Co Ltd [2013] EWHC 2321 (Ch).

^۴ Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, a French financial institution

^۵ از این پرونده در سطح بین‌المللی با عنوان The SAHAND Case یاد شد و دعوا از این نظر در دادگاه سنگاپور مطرح شده که هر سه کشتی در بنادر سنگاپور برای بارگیری توقیف شده بود و امکان توقیف در قالب دستور موقت به عمل آمد.

^۶ در این پرونده ابتدا دعوا به ظرفیت خود کشتی‌ها مطرح شد، سپس شرکت کشتیرانی به‌عنوان مالک ورود کرد و حکم به منع توقیف کشتی‌ها و بی‌حقی مؤسسه مالی تأمین‌کننده صادر شد.

^۷ Quentin Loh J

وجود نداشت و در واقع تحریم‌ها مانع از اجرای وام و استمرار آن شده بود.

نتیجه‌گیری

ترهین کشتی در حال ساخت به موجب ماده ۴۲ قانون دریایی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است. رهن مقرر در قانون دریایی از روی مسامحه میان حقوقدانان «رهن دریایی» نامیده می‌شود و رهن دریایی عقد مستقل یا جدیدی با شرایط و مقررات جدید نیست. انواع ترهین پروژه ساخت کشتی در سه قالب قابل طرح است: رهن قرارداد ساخت، بدنه و کشتی در حال ساخت برخلاف رهن مقرر در قانون مدنی، صراحت ماده ۴۲ قانون دریایی ثبت رهن را به عنوان شرط صحت بیان می‌کند. بدین ترتیب با ثبت رهن حق عینی مرتهن بر کشتی در حال ساخت محقق می‌شود. همچنین برخلاف قانون مدنی، در قانون دریایی قبض مورد رهن شرط تحقق عقد رهن نیست. در حقوق ایران، به دلیل ضروری بودن ثبت کشتی در حال ساخت، در فرض تعدد رهن، به حسب قاعده ترتیب، براساس تاریخ ثبت رهن و نه وقوع و توافق رهن بین طرفین، حق تقدم مشخص می‌گردد. این پژوهش نشان داد ماهیت کشتی در حال ساخت، دخالت و تلاقی قوانین بین‌المللی را در پی دارد و باعث بروز موانع متعددی در اجرای رهن می‌شود. عدم ثبت کشتی، منجر به خروج موضوعی رهن، از مقررات قانون دریایی می‌شود. همچنین ثبت مضاعف کشتی یکی دیگر از موانع اجرای ترهین است. قانون دریایی در این خصوص مقررهای ندارد و با ثبت کشتی در قلمرو ایران تابعیت کشتی ایرانی محسوب می‌شود؛ فارغ از اینکه کشتی قبلاً در کشور دیگری ثبت شده باشد یا نه. به علاوه، تعارض قوانین در تعریف کشورها از حق تقدم و حقوق ممتاز یکی دیگر از موانع استیفای حقوق از رهن است که طبق قاعده حل تعارض، قانون دادگاه اجرای مزایده و اجرای حکم به عنوان قانون صالح در حل تعارض شناخته می‌شود و ممکن است قانون صالح، ترتیب متفاوتی از قانون ایران در خصوص حق تقدم و حقوق ممتاز و ترتیب بین آنها اتخاذ کند. نهایتاً تحریم‌های بانکی و صنعت کشتیرانی نیز ممکن است باعث عدم اجرای کامل رهن و تداوم آن شود.

در حقوق انگلیس کشتی در حال ساخت تعریف نشده و به عنوان کشتی مورد شناسایی قرار نگرفته، در نتیجه امکان ثبت آن ذیل قانون کشتیرانی تجاری دریایی این کشور وجود ندارد. با این حال، کشتی در حال ساخت در قالب رهن دریایی قابل ترهین نیست. در عمل، به منظور برخورداری از امتیاز ترهین برای اخذ تأمین مالی، ناچار کشتی در حال ساخت را در سایر کشورها به ثبت می‌رسانند. در حقوق انگلیس نیز ثبت رهن به عنوان شرط صحت رهن دریایی تلقی و عدم ثبت باعث خروج رهن از شمول مقررات قانون حمل و نقل تجاری دریایی می‌شود. مع الوصف این رهن تحت مقررات حقوق کامن‌لا و انصاف دارای آثار حقوقی است. در حقوق انگلیس تراحم و تعارض قوانین در تعریف و شمول حقوق ممتاز و مقدم واقع می‌شود و براساس قانون محل اجرا برای استیفای حقوق و مزایده و اجرای حکم به عنوان مرجع صالح پذیرفته شده است.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۵.
۲. امید، هوشنگ، *حقوق دریایی*، جلد ۲، تهران: مدرسه عالی بیمه، ۱۳۵۳.
۳. باریکلو، علیرضا، *عقود معین (عقود مشارکتی، توثیقی، غیر لازم)*، تهران: مجد، ۱۳۹۵.

۴. خمینی، سید روح الله، *استفتائات*، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.
۵. صفایی، سید حسین و هادی جواهرالکلام، *حقوق مدنی پیشرفته: تضمین‌های دین*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
۶. فرمانفریان، ابوالبشر، *حقوق دریایی: بحث تحلیلی درباره حقوق دریایی ایران*، تهران: چاپخانه خرمی، ۱۳۴۹.
۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها: مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۸. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۱ و ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۹. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۱۰. نجفی اسفاد، مرتضی، *حقوق دریایی بر پایه قانون دریایی و مقررات بین‌المللی دریایی*، تهران: سمت، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۱. ابوالعطا، محمد، «شرطیت قبض در رهن در حقوق ایران و فرانسه»، *مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان*، شماره ۲۳، ۱۳۸۷.
۱۲. صادقی تفتی، زهره، «ماهیت حقوقی رهن دریایی»، *مجله حقوق تطبیقی مفید*، دوره ۳، شماره ۵، ۱۳۹۵.
۱۳. نجفی اسفاد، مرتضی و هادی شعبانی کندسری، «تحلیل فقهی حقوقی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۳، ۱۳۹۴.
۱۴. ملائکه پور شوشتری، محمدحسین، «ماهیت عقد رهن دریایی در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳.

ب) عربی

کتاب

۱۴. اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، جلد ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۵. انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، جلد ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰ ه.ش.
۱۶. حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۱۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۱۷. خوانساری، سید احمد، *جامع المقاصد فی شرح مختصر النافع*، جلد ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۸. طوسی، محمد، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، قم: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ه.ش.
۱۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الى تنقيح الشرايع الاسلام*، جلد ۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۰. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۲، قم: آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، قم: آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۲. نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد ۲۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۳. نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، *شرائع الإسلام*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۲ ه.ق.

References

Books

1. Aleka. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, Volume 1, London: Informa, Third Edition, 2013.
2. Allameh Hilli, Hasan ebn Yusuf, *Reminder of the Jurists*, Qom: Al al-Bayt, 1993. (in Arabic)
3. Ameli Karaki, Ali ben Hoseyn, *The Compendium of Objectives in Explaining the Rules*, Volume 2, Qom: Al al-Bayt, 1993. (in Arabic).
4. Ameli, Zayn al-Din ebn Ali (Shahid sani), *Paths of Understanding to Revise the Laws of Islam* Volume 4, Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1992. (in Arabic)
5. Ansari, Sheikh Morteza, *Al-Makaseb*, Volume 3, Qom: Islamic Thought Academy, 1999. (in Arabic)
6. Ardebili, Ahmad, *Compendium of Benefits and Evidence in the explanation of Guidance of the Minds*, Volume 9, Qom: Islamic Publications Office, 1982. (in Arabic).
7. Barikloo, Alireza, *Specific Contracts, (Participatory, Collateral, Non-binding Contracts)*, Tehran: Majd, 2009. (in Persian)
8. Buss, Charles, David Osborne and Graeme Bowtle, *The Law of Ship Mortgages*, London: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2017.
9. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Volumes 1&2, Tehran: Eslamic Publications, 2006. (in Persian).
10. Farmanfarmaian, Abolbashar, *Maritime Law; Analytical Discussion on Iranian Maritime Law*, Tehran: Khorrami Printing House, 1970. (in Persian)
11. Hosseini Ameli, Sayyed Javad, *The Key to Dignity in Explaining the Rules of Allamah*, Volume 15, Qom: Islamic Publications Office. 1998. (in Arabic)
12. Jackson, David, *Enforcement of Maritime Claims*, London: Informa Law from Routledge, 2005.
13. Julian, Bailey. *Construction Law*, London: Taylor & Francis, 2014.
14. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts: Concept, Formation and Validity of Contracts*, Volume 1, Tehran: Sahami Publication Company, 2009. (in Persian)
15. Katouzian, Nasser, *Specific Contracts*, Volume 2, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2010. (in Persian)
16. Katouzian, Nasser, *Specific Contracts*, Volumes 1&4, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2006. (in Persian)
17. Keenan, Denis and Sarah Riches. *Business Law*, Prentice Hall, Eighth Edition, 2007.
18. Khansari, Sayyed Ahmad, *The Compendium of Objectives in Explaining the Summary of Al-Nafi'*, Volume 3, Qom, Esma'iliyan Institute, 1984. (in Arabic)
19. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Estifta'at*, Volume 2, Tehran: Eslamic Publication, 1995. (in Persian)
20. Manolis G. Kavussanos. *The International Handbook of Shipping Finance, Theory and Practice*, London: Palgrave Macmillan, 2016.
21. Najafi Esfah, Morteza, *Maritime Law Based on Maritime Law and International Maritime Regulations*, Tehran: Samt, 2011. (in Persian)
22. Najafi, Mohammad Hasan, *Jewels of Speech in Explaining the Laws of Islam*, Volume 24, Beirut: House of Arab Heritage Revival. 1983. (in Arabic)
23. Najm al-Din Ja'far ebn Hasan (Mohaqqeq Hilli), *Islamic Laws*, Volume 2, Qom: Isma'iliyan Institute, 1991. (in Arabic)
24. Omid, Hooshang, *Maritime Law*, Volume 2, Tehran: Higher School of Insurance, 1974. (in Persian)
25. Safaei, Sayyed Hossein and Hadi Javaher al-Kalam, *Advanced Civil Law; Debt Guarantees*, Volume 1, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2021. (in Persian)
26. Simon. Curits, *The Law of Shipbuilding Contracts*, London: Informa, Third Edition, 2002.

27. Stephenson Harwood, *Shipping Finance*, London: Euromoney Institutional Investor Plc, Third Edition, 2006.
28. Tousi, Mohammad, *The Detailed Explanation of Imami Jurisprudence*, Volume 2, Qom: The Library of Mortazaviyyeh, 2008. (in Arabic)
29. Watt, Edward. *Ship Registration Law and Practice*, London: Informa, Third Edition, 2019.

Articles

31. Abolata, Mohammad, "The Condition of Seizure in Mortgage in Iranian and French Law", *Journal of the Faculty of Humanities*, Semnan University, Issue 23, 2008. (in Persian)
32. Churchill. Rodgers, "Ship Construction Financing- Particularly Legal Problems Relating to Security Under American Law", *The Business Lawyer*, Volume 12, Issue 2, 1957.
33. Mala'ekeh-Pour Shoushtari, Mohammad Hossein, "The Nature of Maritime Mortgage Contract in the Maritime Law Approved in 1964", *Bi-Quarterly Journal of Knowledge and Legal Research*, Volume 3, Issue 2, 2014. (in Persian)
34. Moravcsik, Andrew M. "Disciplining Trade Finance: The OECD Export Credit Arrangements", *International Organization*, Volume 43, Issue 1, 1989.
35. Najafi Esfad, Morteza and Hadi Sha'bani Kandasari, "Jurisprudential and Legal Analysis of Rules and Regulations Related to Iranian Maritime Mortgage", *Legal Studies Journal*, Volume 7, Issue 3, 2015. (in Persian)
36. Sadeghi Tafti, Zohreh, "The Legal Nature of Maritime Mortgage", *Mofid Comparative Law Journal*, Volume 3, Issue 5, 2016. (in Persian)
37. Smith, Lionel. "Security", In: Burrows, Andrew, (ed.), *English Private Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2013.

Thesis

38. Ewa Mari, Kozak. "Legal Problems in Relation to Financing and Securing the Constraction of the Hull", Master Thesis, *University of Oslo*, 2008.
39. Ksenia Nikonova. "Legal Aspects on Shipbuilding Financing", Master Thesis, *University of Oslo*, 2009.

Conventions

40. Convention Relating to Registration of Rights in Respect of Vessels under Construction (1967).
41. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages (Brussels, 27 May 1967).
42. United Nations Convention on the Law of the Sea 1982.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legislative Criminal Policy to Deal with Economic Violence Against Women in International Documents

Amir Vatani¹, Farid Mohseni², Zahra Sadat Ghamami³✉

ABSTRACT

Economic violence against women is one of the issues that has recently been highlighted in international law. International institutions have defined and determined relevant strategic laws on this issue and have developed a comprehensive legal framework for all countries by preparing and approving a set of documents and policies. The majority of international documents, research and articles regarding gender-based violence have focused on physical, sexual and psychological violence, and economic violence against women has been less discussed and examined in the literature of Iran and international law. However, these documents have designed a coherent set of definitions and measures to combat economic violence so that all countries can comprehensively reflect and implement these policies in their legal systems. Since the founding of the United Nations on October 24, 1945, promoting women's rights and creating an equal space for them has been on the agenda of the United Nations. The UN Center for Ending Violence against Women initially defined economic violence against women as the restriction of access to financial resources by a partner; however, this definition has been expanded to include any restriction that prevents economic gain or leads to economic harm, such as restricting access to financial resources, education, labor markets, and health care services. The importance of this phenomenon - economic violence against women- and its adverse consequences led to the adoption of various measures at the international level to prevent and combat it. The Convention on the Elimination of Discrimination against Women adopted in 1979, the Declaration on the Elimination of Violence against Women in 1993, the Beijing Platform for Action, the outcome of the Fourth World Conference on Women in 1995, and the Sustainable Development Goals in 2015 are also among the most important documents in combating economic violence against women. These documents include measures such as right to property and right to access financial resources, education, health, and employment, which provide a specific criminal policy to combat economic violence against women. The extraction of this policy is the main question of this research. Violence and its types are a phenomenon that has various definitions and examples from different perspectives. In international documents, economic violence is considered based on the principles of western schools, and therefore, in order to prevent this issue, freedom and equality of women and men and emphasis and encouragement of women's economic activity for their own economic security have been considered. Western legal schools and international documents accuse the Iranian legal system, which is based on Islam, of discrimination against women, violation of their rights, and creating the conditions for the occurrence of economic violence

How to Cite: Vatani, Amir, Mohseni, Farid, Ghamami, Zahra Sadat, "Legislative Criminal Policy to Deal with Economic Violence Against Women in International Documents", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:77-96.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231089.2472>

Received: 09/04/2023-Accepted: 15/10/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

2. Professor of Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran

3. P.h.d., Faculty of Law & Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: std_ghamami@khu.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/>).

against women; therefore, it is necessary to extract and analyze the criminal policy of combating economic violence in international documents so that in future research, it is possible to measure its relationship with the criminal policy of Islam and Iran. Identifying and extracting the criminal policy of international documents on the issue of combating economic violence against women will meet the need of managers and decision-makers of the country to adopt intelligent measures in dealing with international documents. This research collects relevant data from international documents and articles about it by studying documents and books, then uses descriptive and analytical methods to identify and extract the legislative criminal policy to combat economic violence in international documents. The results of the criminal policy review to combat economic violence against women indicate that its components can be classified into 6 sections: criminalization of economic violence against women, recognition of women's property rights, women's equality in financial rights with men, access to employment, access to education, and access to health services, as follows. International documents such as the Declaration on the Elimination of Violence against Women and the Beijing Document have explicitly requested governments to consider any violence against women a crime. In these documents, the right to property is the most important economic right of women that has been emphasized. Women's equal financial rights in accessing financial services, resources, and economic opportunities, without any distinction or restriction based on gender, have been emphasized in international documents, especially in the Convention on the Elimination of Discrimination against Women in 1979. Equality of women and men in access to employment, equal status and treatment between women and men in the labor market, the achievement of decent, full and gainful employment for all women and men, and the realization of equal pay for work of equal value, are mentioned as components that make employment and the labor market accessible to all on equal terms. Gender equality and equal rights of women and men in access to education are explicitly emphasized. In these documents, the enjoyment of health services at the highest standard without any discrimination is introduced as one of the fundamental rights of every human being, and health is a state of complete physical, mental and social well-being, not merely the absence of disease or infirmity. Documents such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the 2030 Agenda provide special protection for women in some cases regarding access to health services.

KeyWords: Legislative Criminal Policy, Economic Violence, Women, International Documents.



سیاست جنایی تقنینی مقابله با خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین‌المللی

امیر وطنی^۱، فرید محسنی^۲، زهرا سادات غمامی^۳

چکیده

خشونت اقتصادی علیه زنان، مسئله‌ای است که اخیراً در عرصه حقوق بین‌الملل مطرح شده و مجموعه‌ای از اسناد و سیاست‌ها در خصوص آن توسط سازمان‌ها بین‌المللی تصویب شده‌است. در این اسناد مجموعه منسجمی از تعاریف و تدابیر مقابله با خشونت اقتصادی تدوین شده که در مجموع تلاش می‌شود این سیاست‌ها به‌صورت فراگیر در جوامع اجرا شود. شناسایی و استخراج سیاست جنایی اسناد بین‌المللی در موضوع مقابله با خشونت اقتصادی علیه زن، نیاز مدیران و تصمیم‌گیران کشور برای اتخاذ تدابیر هوشمندانه در مواجهه با اسناد بین‌المللی را رفع خواهد کرد. این پژوهش با مطالعه اسناد و کتب، داده‌های مرتبط را از اسناد بین‌المللی و مقالات پیرامون آن گردآوری می‌کند، سپس با روش توصیفی و تحلیلی به شناسایی و استخراج سیاست جنایی تقنینی مقابله با خشونت اقتصادی در اسناد بین‌المللی می‌پردازد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد تدابیر موجود سیاست جنایی در قبال این مسئله را در شش دسته می‌توان طبقه‌بندی کرد: (۱) جرم‌انگاری خشونت اقتصادی علیه زنان، (۲) به رسمیت شناختن حق مالکیت زنان، (۳) برابری زنان در حقوق مالی با مردان، (۴) دسترسی به اشتغال، (۵) دسترسی به آموزش و (۶) دسترسی به خدمات سلامت. گرچه در این تدابیر برخی حمایت‌های خاص در راستای تسهیل دسترسی به اشتغال و خدمات بهداشتی در نظر گرفته شده‌است؛ اما عمده تدابیر در جهت برابری کامل زن و مرد در نظام قانون‌گذاری، محیط خانواده، اشتغال، تحصیل، درمان و غیره است.

کلید واژگان: سیاست جنایی تقنینی، خشونت اقتصادی، زن، اسناد بین‌المللی.

استناد به این مقاله: وطنی، امیر، محسنی، فرید، غمامی، زهرا سادات، «سیاست جنایی تقنینی مقابله با خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۷۷-۹۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231089.2472>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۳

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
 ۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران
 ۳. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: std_ghamami@khu.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

خشونت علیه زنان در دهه‌های اخیر به یکی از موضوعات مهم حقوق بشری و مورد توجه جامعه جهانی تبدیل شده و بخشی از اسناد بین‌المللی سازمان ملل را به خود اختصاص داده است. نهادهای بین‌المللی در این موضوع به تعریف و تعیین قوانین راهبردی مرتبط می‌پردازند و تلاش می‌کنند چارچوب قانونی فراگیری برای همه کشورها تدوین کنند. با وجود اینکه مقابله با تمام اشکال خشونت دارای اهمیت است؛ اما بخش عمده اسناد بین‌المللی، پژوهش‌ها و مقالات با موضوع خشونت مبتنی بر جنسیت (GBV) بر شقوق فیزیکی، جنسی و روانی خشونت متمرکز شده و خشونت اقتصادی علیه زن، در ادبیات حقوق بین‌الملل و ایران، به‌ندرت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

خشونت اقتصادی اغلب در محدوده خشونت عاطفی یا روانی در نظر گرفته می‌شود؛ اما اخیراً محققان شروع به تعریف خشونت اقتصادی به‌عنوان یک شکل منحصربه‌فرد خشونت کرده‌اند. بنابراین خشونت اقتصادی یک زمینه تحقیقاتی است که اخیراً ظهور کرده است.^۱

در نظریه‌پردازی خشونت، فمینیست‌ها تعاریف قانونی را که منحصر بر اشکال تجاوز فیزیکی، مانند ضرب و شتم، لگد، تهدید با سلاح یا استفاده از سلاح علیه شخص دیگر متمرکز بود، رد می‌کنند. نظریه‌پردازان فمینیست چنین تعاریفی را بسیار محدود می‌دانند. در عوض، تعریف گسترده‌تری از خشونت را اتخاذ می‌کنند که شامل خشونت جنسی، روانی و فیزیکی و همچنین خشونت اقتصادی می‌شود.^۲

خشونت و اقسام آن پدیده‌ای است که از دیدگاه‌های مختلف، تعاریف و مصادیق گوناگونی دارد. مبانی حقوقی که خود برگرفته از مکتب و جهان بینی است، تعریف از جرم و سیاست جنایی مقابله با جرم را تعیین می‌کند. در اسناد بین‌المللی، خشونت اقتصادی بر اساس مبانی مکاتب غربی از جمله فمینیسم مورد توجه قرار گرفته و از این‌رو برای پیشگیری از این مسئله، آزادی و برابری زن و مرد و تأکید و تشویق بر فعالیت اقتصادی زن جهت تأمین اقتصادی خویش لحاظ شده‌است.

مکاتب حقوقی غربی و اسناد بین‌المللی، مدعی تبعیض علیه زنان، نقض حقوق آنان و بسترسازی وقوع خشونت اقتصادی علیه زنان در نظام حقوقی ایران بر پایه اسلام هستند. بنابراین ضروری است که سیاست جنایی مقابله با خشونت اقتصادی در اسناد بین‌المللی استخراج شود و مورد واکاوی قرار گیرد تا در پژوهش‌های بعدی امکان سنجش نسبت آن با سیاست جنایی اسلام و ایران مشخص شود. در این تحقیق تلاش شده‌است تا گامی در این جهت برداشته شود. نتایج این تحقیق می‌تواند راهنمای مسئولان کشور در مواجهه با کنوانسیون‌های بین‌المللی و آموزه‌های مکاتب غربی در موضوع خشونت علیه زن باشد.

ظلم به زنان در جوامع مختلف و در طول تاریخ همواره وجود داشته است. تا حدود یک قرن قبل، زنان در بسیاری از جوامع اهلیت تصرف در اموال خود را نداشتند؛ بلکه از حقوق اولیه انسانی نیز محروم بودند و بعضاً به مثابه حیوان و شیء تلقی می‌شد.^۳ در کشورهای غربی که آزادی و برابری، از جمله مهم‌ترین مبانی در نظام حقوقی آنهاست،^۴ تا سال ۱۸۷۰ میلادی، زن، حق مالکیت و استقلال اقتصادی نداشت؛ بلکه مالکیت تمام اموال زن، در اختیار شوهر، بدون اذن زن، بود

^۱. Stylianou A. M. "Economic abuse within intimate partner violence: A review of the literature", *Violence and Victims*, Volume 33, Issue 1, 2018, PP 3–22. P 10.

^۲. Claire M. Renzetti. "Feminist theories of interpersonal violence", *Encyclopedia of Interpersonal Violence*, Volume 1. 2008, P 271.

^۳. صدر، حسن، *حقوق زن در اسلام و اروپا*، تهران: بدرقه جاویدان، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۱۵۳.

^۴. شایگان، علی، *حقوق مدنی ایران*، تهران: طه، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۲۶۴.

و خود زن نیز به دیده مال و ملک برای دیگران نگریسته می‌شد.^۱

از دهه ۱۹۷۰، تحقیقات فمینیست، شیوع خشونت علیه زنان هم در خانه و هم در جامعه را مورد توجه قرار داده و سیستم عدالت فضایی را تحت نفوذ پیش‌فرض‌های جنسیتی معرفی کرده است. اصطلاح منع و پیشگیری از خشونت علیه زنان از این زمان توسط فمینیست‌ها در قالب یک مطالبه حقوقی درآمد. از ابتدای تأسیس سازمان ملل متحد در ۲۴ اکتبر ۱۹۴۵، ارتقای حقوق زنان و ایجاد فضای برابر برای آنان در دستور کار سازمان ملل قرار گرفت. نخستین سند حقوق بین‌المللی که به‌طور ویژه مبارزه با خشونت علیه زنان را هدف اصلی خود قرار داد، اعلامیه رفع خشونت علیه زنان در ۲۰ دسامبر ۱۹۹۳ بود که طی قطعنامه ۴۸/۱۰۴ مورد تصویب مجمع عمومی سازمان ملل قرار گرفت. این قطعنامه در یکی از مواد خود به تعریف خشونت علیه زنان پرداخته است: «خشونت علیه زنان، پدیده‌ای است که در آن، زن به سبب جنسیت خود از سوی جنس مخالف، مورد آزار و اذیت قرار می‌گیرد. اگر این رفتار در چارچوب خانواده یا میان شرکا رخ دهد از آن به‌عنوان خشونت خانگی یاد می‌شود.»^۲ مرکز پایان به خشونت علیه زنان، وابسته به سازمان ملل، خشونت علیه زنان را در چهار قسم جسمی، جنسی، عاطفی و اقتصادی طبقه‌بندی نمود.^۳ این سازمان ابتدا خشونت اقتصادی علیه زنان را محدودسازی دسترسی به منابع مالی از سوی شریک تعریف کرد؛^۴ اما به‌مرور این تعریف توسعه یافت و هرگونه محدودیت مانع منفعت اقتصادی یا منجر به آسیب اقتصادی همچون محدودسازی دسترسی به منابع مالی، تحصیل، بازارهای کار و خدمات مراقبت‌های بهداشتی را دربرگرفت.^۵

تحقیقات نشان داده که تجربه قربانیان از اشکال غیرفیزیکی خشونت برابر یا بیشتر از خشونت فیزیکی آسیب‌زا است، حتی پس از پایان خشونت اقتصادی، سلامت زنان به‌شدت تحت‌تأثیر قرار می‌گیرد.^۶ همچنین خشونت اقتصادی باعث کاهش اعتماد و گریز از ازدواج، نابرابری اجتماعی و سوء استفاده جنسی از دختران و زنان می‌شود.^۷ برخی از زنان قربانی خشونت اقتصادی، به کارهایی مانند دست‌فروشی و دوره‌گردی، گدایی و کار در منازل روی می‌آورند. تحقیقات نشان داده است که زنانی که در معرض خشونت اقتصادی قرار می‌گیرند، بیشتر تحت‌تأثیر سایر انواع خشونت قرار می‌گیرند. اشکال مختلف خشونت، در هم تنیده‌اند و رویدادهای منفرد و پیوسته نیستند و یک «خشونت سیستمیک» را تشکیل می‌دهند.^۸ شیوع خشونت و سوءاستفاده اقتصادی بین کشورها متفاوت است. در مطالعه‌ای که در ایالات متحده انجام شد، ۹۴ درصد از زنانی که از طرف شریک جنسی خود خشونت را تجربه کردند،^۹ ۱۱ درصد از زنان در مطالعه‌ای که در ویتنام انجام

۱. آندرسن، بی و جی زینسر، **دفاع از برابری قانونی و سیاسی زنان، جنبش‌های حقوق برابر در اروپا**، ترجمه مریم خراسانی، مجله جامعه سالم، دوره ۶، شماره ۳۰، اسفند ۱۳۷۵، ص ۵۷.

۲. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>.

۳. <https://www.endvawnow.org/en/articles/296-forms-of-violence-against-women>.

۴. <https://www.unescwa.org/sd-glossary/economic-violence>. Source: UNSD, Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women, Statistical Surveys.

۵. <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1096>.

۶. Outlaw M. "No one type of intimate partner abuse: Exploring physical and non-physical abuse among intimate partners", *Journal of Family Violence*, Volume 24, Issue 4, 2009, P 150.

۷. Olufunmilayo I. Fawole. "Economic Violence To Women and Girls: Is It Receiving the Necessary Attention?", *Journal of TRAUMA, VIOLENCE & ABUSE*, Volume 9, Issue 3, 2008, P 9.

۸. Grigaitė U, Mažvydas Karalius, Jankauskaitė Margarita. "Between experience and social 'norms', identification and compliance: economic and sexual intimate partner violence against women in Lithuania", *Journal of Gender-Based Violence*, Volume 3, Issue 3, 2019, P 205.

۹. Postmus J. L. Sara-Beth Plummer, Amanda M Stylianou. "Measuring economic abuse in the lives of survivors: Revising the Scale of Economic Abuse", *Violence Against Women*, Volume 22, Issue 6, 2016, P 695.

شد^۱ و در پژوهشی در ترکیه ۲۷.۲ درصد از زنان شرکت کننده در طول زندگی خود حداقل در معرض یکی از انواع خشونت اقتصادی نظیر کنترل اقتصادی، استثمار اقتصادی و خراب‌کاری در اشتغال قرار گرفته‌اند؛^۲ همچنین ۵۲ درصد از زنان در غنا سوء استفاده اقتصادی را تجربه کردند.^۳

اهمیت پدیده خشونت اقتصادی علیه زنان و پیامدهای سوء ناشی از آن باعث شد تا در سطح بین‌المللی تدابیر مختلفی جهت پیشگیری و مقابله با آن اتخاذ کنند. اعلامیه جهانی حقوق بشر، در سال ۱۹۴۸^۴، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۶۶ اولین اسناد بین‌المللی بودند که در آن تلاش شد تا زنان در همه جنبه‌های مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حقوق برابر با مردان دست یابند. پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان مصوب سال ۱۹۷۹، اعلامیه منع خشونت علیه زنان در سال ۱۹۹۳، برنامه عمل پکن، حاصل چهارمین کنفرانس جهانی زنان در سال ۱۹۹۵ و سند توسعه پایدار در سال ۲۰۱۵ نیز از مهم‌ترین اسناد در راستای مقابله با خشونت اقتصادی علیه زنان می‌باشند. در این اسناد تدابیری همچون حق مالکیت و حق دسترسی به منابع مالی، آموزش، بهداشت و اشتغال در نظر گرفته شد که سیاست جنایی مشخصی را برای مقابله با خشونت اقتصادی علیه زنان ارائه می‌دهد. استخراج این سیاست سؤال اصلی این پژوهش است.

۱. پیشینه پژوهش در ایران و خارج

موضوع خشونت اقتصادی علیه زن، یک موضوع نو و چالش‌برانگیز در عرصه بین‌المللی به‌شمار می‌رود که کمتر در مقالات و جوامع علمی، مورد بحث و بررسی جدی قرار گرفته است. در این قسمت پژوهش‌های صورت گرفته در این خصوص اشاره می‌شود.

رابینسون^۵ در سال ۲۰۱۹ و فاوول^۶ در سال ۲۰۰۸ در مقاله خود با موضوع خشونت اقتصادی، این پدیده، انواع و مصادیق و پیامدهای فردی و اجتماعی آن را مورد تحلیل و بررسی قرار داده‌اند و معتقدند که این نوع خشونت، زمینه اعمال سایر اشکال خشونت را فراهم می‌آورد.

واتس^۷ در مقاله خود تبیین می‌کند که خشونت اقتصادی، هم می‌تواند توسط سیستم‌ها و ساختارها و هم توسط افراد بر زنان اعمال شود و سپس به انواع هر یک از این دو قسم خشونت اقتصادی علیه زنان می‌پردازد.

در مقاله یانت، خشونت اقتصادی، کنترل توانایی زن برای به‌دست‌آوردن، استفاده و حفظ منابع اقتصادی تعریف شده‌است

¹. Yount K. M. Kathleen Helen Krause and Kristin E VanderEnde. "Economic coercion and partner violence against wives in Vietnam: a unified framework?", *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 31, Issue 20, 2016, P 285.

². Alkan, Ömer, Şenay Özar and Şeyda Ünver. "Economic violence against women, A case in Turkey", *PLoS ONE*, Volume 16, Issue 3, 2021. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7959383/>

³. Tenkorang E. Y.. "Women's autonomy and intimate partner violence in Ghana", *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, Volume 44, Issue 2, 2018, P 53.

⁴. https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf.

⁵. Schrag R. J. V. Sarah R. Robinson and Kristen E. Rav. "Understanding pathways within intimate partner violence: Economic abuse, economic hardship, and mental health", *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, Volume 28, Issue 2, 2019, pp 1-21.

⁶. Olufunmilayo. Op. Cit.

⁷. Vyas, S. and Charlotte Watts. "How does economic empowerment affect women's risk of intimate partner violence in low and middle income country settings? A systematic review of published evidence", *Journal of International Development*, Volume 21, Issue 5, 2009, PP 577-602.

که در نتیجه، امنیت اقتصادی و پتانسیل خودکفایی او را تهدید می‌کند. سوءاستفاده اقتصادی می‌تواند تاکتیک بسیار قدرتمندی در دست‌کاری، تسلط و کنترل یک فرد به‌منظور تشویق به وابستگی یا سوءاستفاده مالی از آنها باشد. خشونت اقتصادی بر ایجاد وابستگی اقتصادی به مرتکب تمرکز دارد و زمانی رخ می‌دهد که منابع مالی قربانی تحت کنترل کامل است که عبارت است از کنترل کامل بر پول و سایر منابع اقتصادی یا فعالیت‌های قربانی.^۱

در برخی مقالات، خشونت اقتصادی علیه زن به سه نوع (۱) کنترل اقتصادی، (۲) استثمار (بهره‌برداری) اقتصادی و (۳) کارشکنی و خراب‌کاری در اشتغال تقسیم می‌شود. مثلاً اگر شوهر از دادن پول به همسر امتناع کرده تا نیازهای خانواده را برآورده کند، با وجود اینکه برای برخی مخارج دیگر پول کافی دارد، خشونت اقتصادی از نوع کنترل اقتصادی رخ داده است. اگر شوهر تابه‌حال سعی کرده برخلاف میل همسر پول وی را تصاحب کند، خشونت اقتصادی از نوع بهره‌برداری اقتصادی تلقی می‌شود. همچنین اگر شوهر مانع کار همسرش شده یا مجبورش کرده که برخلاف میلش شغلی را ترک کند، خشونت اقتصادی از نوع کارشکنی واقع شده است.^۲

۲. ادبیات موضوع

در این بخش، به تعریف مفاهیم اصلی پژوهش می‌پردازیم. مفاهیم سیاست جنایی، سیاست جنایی تقنینی و خشونت اقتصادی علیه زنان مفاهیمی هستند که نیاز به تعریف دارد.

۲.۱. تعریف سیاست جنایی

مجموعه تدابیر به کار گرفته شده برای مقابله با یک جرم تحت عنوان سیاست جنایی شناخته می‌شود. از نظر خانم دلماس مارتی، سیاست جنایی عبارتست از کلیه تدابیر و اقدام‌های پیشگیرانه و سرکوبگرانه‌ای که توسط دولت و جامعه مدنی، جداگانه و یا با مشارکت یکدیگر، جهت پیشگیری از جرم و انحراف، مبارزه با بزهکاری، اصلاح و یا سرکوب مجرم به کار برده می‌شود.^۳

۲.۲. انواع سیاست جنایی

سیاست جنایی به چهار نوع جنایی تقنینی، قضائی، مشارکتی و اجرایی تقسیم می‌شود. نوع اول که مقاله پیرامون آن است، تعریف می‌شود.

سیاست جنایی تقنینی به‌منزله نخستین لایه سیاست جنایی، عبارت است از مجموعه‌ای از تدابیر مبارزه با بزهکاری که در قانون متجلی شده است و ضمانت اجرای قانونی دارد. این نوع از سیاست جنایی، ضمن آنکه صلاحیت قانونی دارد، معیار و مبانی انواع دیگر آن بوده و بیانگر اصول کلی حاکم بر یک جامعه می‌باشد.^۴

^۱. Yount, Krause and VanderEnde, Op. Cit., PP 307-331.

^۲. Alkan, Op. Cit.

^۳. لازرژ، کریستین، **درآمدی به سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۳۹.

^۴. عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه و حسابی، ساره، «**سیاست جنایی و تطور مفهومی آن**»، فصلنامه *تعالی حقوق*، دوره ۴، شماره ۱۵، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰.

۲.۳. تعریف خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین‌المللی

مؤسسه اروپایی برابری جنسیت، در سال ۲۰۱۷ م خشونت اقتصادی را این‌گونه تعریف می‌کند: «هر گونه رفتار و اقدام که منجر به آسیب اقتصادی به فرد شود نظیر آسیب به دارایی‌ها و اعمال محدودیت در دسترسی فرد بر منابع مالی، تحصیل و بازارهای کار، خدمات مراقبت‌های بهداشتی و عدم ایفای مسئولیت‌های مالی است».^۱

سازمان ملل متحد آن را این‌گونه تعریف می‌کند: «خشونت اقتصادی زمانی رخ می‌دهد که فردی، دسترسی شریک صمیمی خود به منابع مالی را معمولاً به‌عنوان نوعی سوء استفاده یا کنترل یا به‌منظور منزوی کردن یا تحمیل سایر پیامدهای نامطلوب به زندگی او منع می‌کند».^۲

در مقاله یانت، خشونت اقتصادی، کنترل توانایی زن برای به‌دست‌آوردن، استفاده و حفظ منابع اقتصادی تعریف شده‌است که در نتیجه، امنیت اقتصادی و پتانسیل خودکفایی او را تهدید می‌کند.^۳

در تعریف ارائه شده توسط نهاد بین‌المللی برابری جنسیت و توانمندسازی زنان سازمان ملل متحد در ۲۵ نوامبر ۲۰۲۰، خشونت اقتصادی، شامل ایجاد یا تلاش برای ایجاد وابستگی مالی شخص به‌وسیله کنترل کامل منابع مالی، جلوگیری از دسترسی به پول و منع از حضور در مدرسه یا کار است.^۴

خشونت اقتصادی می‌تواند شامل اعمالی باشد که توسط سیستم‌ها و ساختارها و همچنین توسط افراد انجام می‌شود. در سطح بین فردی، سوء استفاده اقتصادی به‌صورت وابستگی یا تلاش برای وابستگی مالی یک فرد از طریق کنترل کامل بر منابع مالی، جلوگیری از دسترسی فرد به پول، یا ممنوعیت حضور در مدرسه یا شغل تعریف می‌شود. در سطح ساختاری و نهادی، زنان ممکن است خشونت اقتصادی را به‌عنوان دسترسی محدود به بودجه و اعتبار، قوانین سنتی تبعیض‌آمیز در مورد ارث و حقوق مالکیت، دستمزد نابرابر کار، مزایا و حقوق کمتر به زنان دارای مشغله‌های خانوادگی تجربه کنند.^۵

فاول در مقاله‌ای انواع و مصادیق خشونت اقتصادی به زن را شامل چنین مواردی می‌داند: «دسترسی محدود به وجوه و اعتبار، کنترل دسترسی به مراقبت‌های بهداشتی، اشتغال، آموزش، تصمیم‌گیری مالی و قوانین سنتی تبعیض‌آمیز در مورد ارث و حقوق مالکیت، استفاده از اشتراک زمین، پاداش نابرابر به زنان در محل کار در قبال کار مساوی یا دستمزد کمتر به زنان در قبال کار بیشتر از مردان».^۶

در مجموع با توجه به تعاریف و مصادیق موجود در اسناد بین‌المللی و مقالات موجود در موضوع خشونت اقتصادی علیه زن، می‌توان گفت که هرگونه محدودیت مانع منفعت اقتصادی یا منجر به آسیب اقتصادی علیه زن تعریف می‌شود. این محدودیت ممکن است از سوی نهادها و ساختارهای حاکم یا از سوی افراد، باشد.

۳. اسناد بین‌المللی در موضوع خشونت اقتصادی علیه زنان

از آغاز تأسیس سازمان ملل متحد در ۲۴ اکتبر سال ۱۹۴۵ مسئله خشونت علیه زنان، ارتقای حقوق زنان و ایجاد فضای

^۱ <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1096>.

^۲ <https://www.unescwa.org/sd-glossary/economic-violence>. Source: UNSD, Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women, Statistical Surveys.

^۳ Yount, Krause and VanderEnde, Op. Cit., P 85.

^۴ <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>.

^۵ Vyas and Watts, Op.Cit., P 655.

^۶ Olufunmilayo, Op.Cit., P 169.

برابر برای آنان در دستور کار سازمان ملل قرار گرفت و این مفاهیم در اسناد بین‌المللی نیز منعکس شد. اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ را می‌توان اولین سند در این رابطه برشمرد که بر رعایت حقوق اساسی انسان‌ها و همچنین برابری حقوق زن و مرد تأکید شده است.^۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۶۶ دو سند دیگر در این رابطه بود که در جهت برابری زنان در همه جنبه‌های مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی گام برداشت. برنامه جهانی اقدام برای زنان، در کنفرانس جهانی زنان در سال ۱۹۷۵ در مکزیکوسیتی تصویب شد و در آن بر لزوم برنامه‌های آموزشی و راه‌هایی برای حل منازعات خانوادگی که تضمین‌کننده کرامت، تساوی و امنیت برای هر عضو خانواده باشد، مورد توجه قرار گرفت؛ اما در این سند به‌طور آشکار به خشونت اشاره نشد. این اولین کنفرانس بین‌المللی بود که سازمان ملل متحد صرفاً به موضوعات زنان پرداخت و نقطه عطفی در بخشنامه‌های سیاست‌گذاری بود.^۲

دهه ۱۹۷۵ تا ۱۹۸۵ میلادی به‌عنوان «دهه ملل متحد برای زنان» تعیین شد.^۳ طی این دهه، به‌تدریج موضوع مقابله با خشونت علیه زنان به‌طور کلی و خشونت خانگی به‌طور خاص، به‌عنوان یک موضوع بین‌المللی، مورد توجه نهادهای بین‌المللی به‌ویژه ارکان مختلف ملل متحد و نیز دولت‌ها قرار گرفت.^۴ رشد فمینیسم در دهه ۶۰ و ۷۰ میلادی نهایتاً منجر به شکل‌گیری پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان در سال ۱۹۷۹ میلادی و تثبیت مقوله‌هایی مانند تساوی کامل زن و مرد و عدم تبعیض در تمام ابعاد شد.^۵

در می ۱۹۹۱، قطعنامه‌ای به شماره ۱۹۹۱/۱۸ در خصوص تمامی اشکال خشونت علیه زنان به تصویب رسید. در این سند، کشورها ملزم شدند که به تقویت و اعمال قوانین در راستای ممنوعیت خشونت علیه زنان مبادرت ورزند.^۶ در سال ۱۹۹۳ در کنفرانس جهانی حقوق بشر به‌طور رسمی خشونت علیه زنان به‌عنوان مصداق نقض حقوق بشر قرار گرفت. مجمع عمومی سازمان ملل در همین سال مبادرت به تصویب اعلامیه منع خشونت علیه زنان کرد. این اعلامیه، اولین سند بین‌المللی بود که به‌طور خاص به خشونت علیه زنان پرداخته و برای اولین بار در ماده ۱ آن، تعریفی از خشونت علیه زنان ارائه کرد.^۷

در برنامه عمل پکن در سال ۱۹۹۵ انواع مسائل مربوط به زنان و نابرابری‌ها، مطرح و اقدامات برای رفع تبعیض وضع و پیش‌بینی شد.^۸ سال ۲۰۰۰ در بازنگری ۵ ساله برنامه عمل پکن از دولت‌ها خواسته شد که تمام تدابیر مقتضی برای رفع تبعیض و خشونت علیه زنان اتخاذ و با تمام اشکال خشونت علیه زنان به‌عنوان جرائم کیفری برخورد کنند. سال ۲۰۱۱ کنوانسیون شورای اروپا برای جلوگیری از وقوع خشونت علیه زنان، خشونت خانگی و مبارزه با آنکه تحت عنوان کنوانسیون استانبول شناخته می‌شود، توسط وزرای امور خارجه اروپا در استانبول تصویب شد. بر مبنای این کنوانسیون، کشورهای عضو موظف شدند که هرگونه خشونت علیه زنان را جرم‌انگاری نموده و مجازات‌های لازم را برای

^۱ https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf.

^۲ <https://www.un.org/en/conferences/women/mexico-city1975>

^۳ the United Nations Decade for Women, from 1975 to 1985.

^۴ A/HRC/26/38, para6 (Human Rights Council, Seventeenth session).

^۵ <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>

^۶ The Economic and Social Council adopted resolution 1991/18 on violence against women in all its forms.

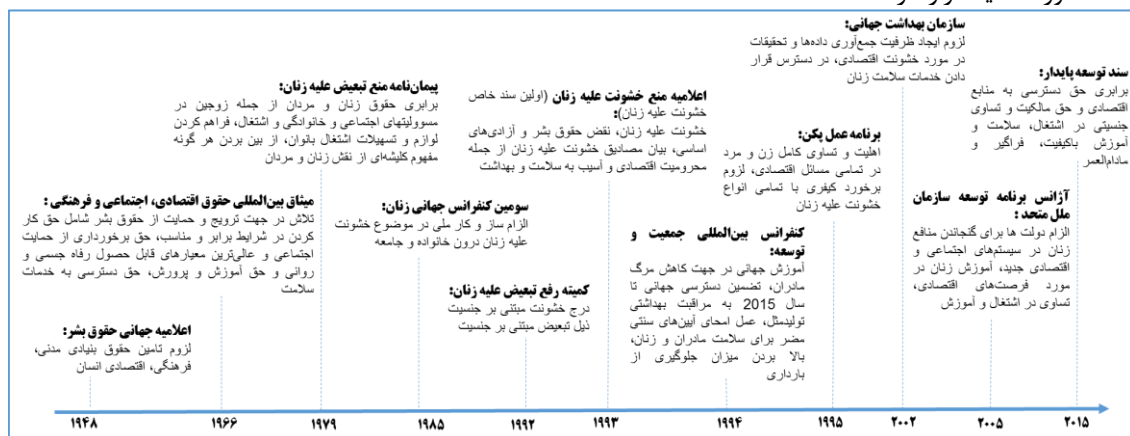
^۷ General Assembly Resolution 48/104/

^۸ Report of the fourth world conference on women a/conf 177/20.

مجرم پیش‌بینی و تصویب کنند.^۱

نهایتاً سند توسعه پایدار که در سال ۲۰۱۵ در سازمان ملل ارائه شد که در بند ۴ آن، برابری حقوق اقتصادی تا سال

۲۰۳۰ مورد تأکید قرار گرفته است.^۲



نمودار سیر زمانی اسناد بین‌المللی در موضوع خشونت اقتصادی علیه زن

۴. سیاست جنایی مقابله با خشونت اقتصادی علیه زنان

در اسناد بین‌المللی مجموعه‌ای از تدابیر جهت مقابله با خشونت اقتصادی علیه زنان اتخاذ شده‌است که سیاست جنایی تقنینی مشخصی را ارائه می‌دهد. تدابیر این سیاست جنایی را در ۶ محور زیر می‌توان دسته‌بندی کرد.

۴.۱. جرم‌انگاری خشونت اقتصادی علیه زنان

قطعنامه‌ی شماره ۱۹۹۱/۱۸ شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل سال ۱۹۹۱ تمامی کشورها را ملزم کرد که به تقویت و اعمال قوانین در راستای ممنوعیت خشونت علیه زنان مبادرت ورزند.^۳ پس از دو سال، مجمع عمومی سازمان ملل با تصویب اعلامیه منع خشونت علیه زنان در سال ۱۹۹۳، در بند ج ماده ۴ این اعلامیه، کشورها را ملزم به در نظر گرفتن مجازات کیفری برای خشونت علیه زنان کرد.^۴ در بازنگری برنامه عمل پکن در سال ۲۰۰۰ نیز از همه دولت‌ها خواسته شد که تمام تدابیر مقتضی برای رفع تبعیض و خشونت علیه زنان توسط هر شخص، سازمان یا نهادی را اتخاذ کنند و با تمام اشکال خشونت علیه زنان و دختران به‌عنوان جرائم کیفری برخورد کنند. در سال ۲۰۱۱، کنوانسیون شورای اروپا برای جلوگیری از وقوع خشونت علیه زنان کشورهای عضو را موظف کرد که هرگونه خشونت علیه زنان را در قانون کشور «جرم» نامیده و مجازات‌های لازم را برای مجرم پیش‌بینی و تصویب کنند.^۵

^۱. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>: Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011.

^۲. sustainabledevelopment.un.org.

^۳. The Economic and Social Council adopted resolution 1991/18 on violence against women in all its forms.

^۴. The General Assembly adopted the Declaration on the Elimination of Violence against Women (resolution 48/104), 1993.

^۵. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>: Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011.

۴.۲. حق مالکیت

حق مالکیت مهم‌ترین حق اقتصادی زنان است که در برخی از اسناد بین‌المللی به‌نحو صریح بر به رسمیت شناختن آن در جوامع تأکید شده‌است. اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ حقوق بنیادین از جمله حق مالکیت در بند ۱۷ را، که تمامی انسان‌ها بدون تمایز زن و مرد در هر کشوری باید از آن برخوردار باشند، مشخص کرده است. در سال ۱۹۷۹ پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان در بند ۱ ماده ۱۶، دولت‌ها را ملزم ساخت که حقوق یکسان برای زنان و مردان در مورد مالکیت، حق اکتساب، مدیریت، سرپرستی، بهره‌مندی و انتقال ملک را تضمین کنند.^۱ حقوق اقتصادی زنان از جمله حق مالکیت به‌طور مفصل در برنامه عمل پکن سال ۱۹۹۵ شناسایی شد و مورد بررسی قرار گرفت. در برنامه عمل پکن، دوازده حوزه بحرانی که درخور اقدام سریع می‌باشند، شناسایی شد که یکی از این حوزه‌ها خشونت علیه زنان در دسترسی به منابع اقتصادی بود. در این سند، موضوع حق مالکیت زنان و دستیابی آنان به منابع ثروت، اهلیت کامل زن و تساوی او با مرد در کسب مال، انعقاد قرارداد و اداره اموال و تصرف در آن و صلاحیت تملک هر گونه مال همانند مرد مطرح شده‌است. در سال ۲۰۱۵، سند توسعه پایدار سازمان ملل، حق مالکیت برای زنان و مردان را برابر و تضمین شده خواسته‌است. در بند الف هدف پنجم این سند، به لزوم انجام اصلاحاتی برای برقراری تساوی حقوق زنان و مردان به‌منظور دسترسی زنان به منابع اقتصادی و امکان مالکیت و کنترل دارایی‌ها از قبیل: زمین و سایر اشکال دارایی توسط آنان اشاره شده‌است.^۲

۴.۳. حقوق مالی

بخشی از تدابیر اسناد بین‌المللی به موضوع حقوق برابر مالی زنان در دسترسی به منابع و فرصت‌های اقتصادی پرداخته‌است. اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸^۳ و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۶۶ بر برابری حقوق زنان و مردان در همه عرصه‌ها از جمله عرصه اقتصادی تأکید کردند.^۴ پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان در سال ۱۹۷۹ مصادیق گسترده‌تری از حقوق مالی برابر برای زنان را مطرح کرد و هرگونه تمایز یا محدودیت بر مبنای جنسیت از جمله در زمینه‌های اقتصادی را تبعیض و خشونت دانست و خواستار تساوی حقوق میان زنان و مردان و دسترسی برابر همه اقشار جامعه به منابع، فرصت‌ها و خدمات اقتصادی شد.^۵ در کنفرانس پکن، سال ۱۹۹۵، موضوع تبعیض و نادیده انگاشتن حق مالی زنان و دستیابی آنان به منابع ثروت را از مصادیق خشونت علیه زنان مطرح کرد و بر اهلیت کامل زن و تساوی او با مرد در کسب مال، انعقاد قرارداد، اداره اموال، تصرف در آن و صلاحیت تملک هر گونه مال همانند مرد تأکید کرد. در این کنفرانس توجهات به‌سمت مسئولیت دولت‌ها به اقدام جهت پیشگیری و رفع خشونت معطوف شد و در بند ب پاراگراف ۶۱ سند پکن، دولت‌ها به‌منظور تضمین تساوی حقوق زنان در دسترسی به منابع اقتصادی تعهد به تصویب یا اصلاح قوانین در این راستا از جمله در موارد مالکیت زمین و دیگر اموال و معاملات اعتباری و منابع طبیعی و تکنولوژی مناسب کردند.^۶ در سال ۲۰۲۰ نشستی جهت بررسی و

^۱ <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>.

^۲ sustainabledevelopment.un.org.

^۳ https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf.

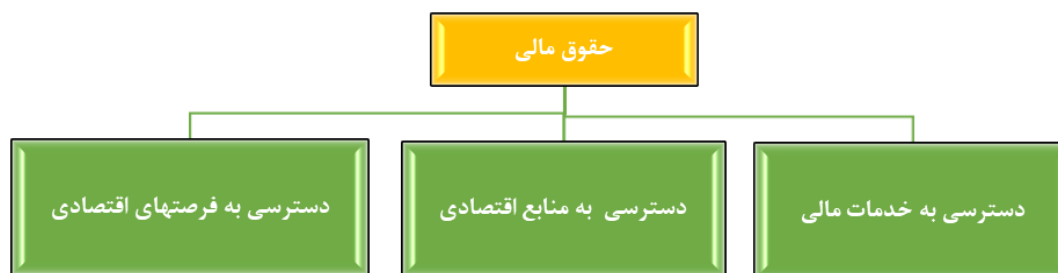
^۴ <https://www.unic-ir.org/hr/convenant-ec.htm>

^۵ <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>

^۶ Report of the fourth world conference on women a/conf 177/20.

ارزیابی اجرای اقدامات بیانیه پکن و چالش‌های پیش رو در جهت دستیابی به برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان تشکیل شد.^۱

بند اول هدف پنجم سند توسعه پایدار سازمان ملل سال ۲۰۱۵، تساوی جنسیتی و توانمندسازی زنان را مورد تضمین قرار داده است. در بند چهارم آن، به لزوم انجام اصلاحاتی برای برقراری تساوی حقوق زنان و مردان به‌منظور دسترسی زنان به منابع اقتصادی و امکان مالکیت و کنترل دارایی‌ها از قبیل زمین و سایر اشکال دارایی توسط آنان و همچنین برقراری حق دسترسی زنان به ارثیه و منابع طبیعی در راستای قوانین ملی و اعطا خدمات مالی از جمله وام‌های خود اشتغالی کوتاه مدت برای همه مردان و زنان تا سال ۲۰۳۰ اشاره شده است.^۲



۴.۴. دسترسی به اشتغال

حق کار کردن زنان در شرایط برابر همراه با حمایت اجتماعی و الزامات آن، مسئله‌ای است که اولین بار در سال ۱۹۶۶ در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مطرح شد.^۳ پس از آن در سال ۱۹۷۹، پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان، بر برابری حقوق زنان و مردان از جمله زوجین تأکید می‌کند و در بند ۱ ماده ۱۶ این سند، حقوق و مسئولیت‌های برابر زوجین در خانواده از جمله حق انتخاب شغل و فراهم آوردن ضمانت اجرای رعایت حقوق افراد در چارچوب خانواده توسط دولت را ذکر می‌کند.^۴ با تصویب مقاوله‌نامه ۱۵۶ مصوب ۱۹۸۱ با عنوان کارگران دارای مسئولیت‌های خانوادگی، کاهش حداکثری تعارض میان کار و مسئولیت‌های خانوادگی و ضرورت تساوی موقعیت و برخورد بین زن و مرد در بازار کار به‌طور فزاینده‌ای اهمیت یافت.^۵ خشونت علیه زنان در زمینه اقتصادی و الزام دولت‌ها در جهت پیشگیری و مقابله با این مسئله با تدوین و اصلاح قوانین، از جمله تدابیری است که در سند پکن در سال ۱۹۹۵، وضع شده است. اهلیت کامل زن و تساوی او با مرد در کسب مال، حقی است که در این سند مطرح و بر آن تأکید شده است. در سال ۲۰۱۵، در بند پنجم اصل هشتم سند توسعه پایدار، دستیابی به اشتغال شرافتمندانه، کامل و سودآور برای همه زنان و مردان و تحقق پرداخت‌های مساوی برای فعالیت‌های کاری دارای ارزش یکسان تا سال ۲۰۳۰، هدف‌گذاری شده است. در این سند اعتقاد بر آن است که برابری جنسیتی و افزایش توانمندسازی زنان از طریق فرصت‌های کاری و اشتغال، گامی مهم در دستیابی به توسعه پایدار است.^۶

^۱. "CSW64, Commission on the status of women" (2020), <https://www.unwomen.org/en/csw/csw64-2020>.

^۲. sustainabledevelopment.un.org.

^۳. <https://www.unic-ir.org/hr/convenant-ec.htm>.

^۴. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>

^۵. C156 Workers with Family Responsibilities Convention, International Labour Organization, 1981.

^۶. Ahmad, N. "Economic development through women's economic rights: a panel data analysis", *International Economics and Economic Policy*, Volume 20, Issue 2, 2023, P 2.

۴.۴.۱. حمایت‌های خاص (تبعیض مثبت)

در برخی موارد، اسناد بین‌المللی، در راستای حمایت از زنان در قبال خشونت علیه آنان، پا را از رویکرد برابری و تساوی انسان‌ها و حقوق آنها که در همه اسناد بین‌المللی جاریست، فراتر گذاشته و در شرایط خاص برای زنان، حمایت‌های ویژه در نظر گرفته است. در موضوع دسترسی به اشتغال در اسناد بین‌المللی، زنان شاغل که مسئولیت مادری را نیز به عهده دارند، در جهت انجام هر چه بهتر نقش اجتماعی، از پوشش حمایت‌های قانونی خاص در اسناد بین‌المللی برخوردار شده‌اند. کمیته منع تمام اشکال تبعیض علیه زنان در گزارش خود در خصوص کشور اسلوواکی اظهار داشت که کاهش خدمات مراقبت از کودک در سنین پیش‌دبستان مانع فرصت برابر زنان در اشتغال در بازار است.^۱ همچنین این کمیته در گزارش خود به دولت نیوزلند توصیه کرده است مادری را به‌عنوان یک عملکرد اجتماعی در نظر گیرد که نباید موجب ضرر به زنان در ارتباط با اشتغالشان گردد.^۲ بنابراین رویکرد اسناد بین‌المللی در مورد زنان شاغل دارای مسئولیت مادری، وضع تدابیر خاص در جهت تسهیل ایفای نقش اجتماعی زنان است.

توصیه‌نامه ۱۲۳ با عنوان زنان با مسوولیت‌های خانوادگی در سال ۱۹۶۵ در راستای لزوم هماهنگی میان مسئولیت‌های دوگانه شغلی و خانوادگی، دولت‌ها را متعهد به ارائه تسهیلات و خدمات مناسب نگهداری کودک، اشتغال مجدد در صورت غیبت طولانی مدت از محیط کار ناشی از مسئولیت‌های خانوادگی یا مادری، ارائه خدمات ویژه همانند ایاب و ذهاب، هماهنگ‌سازی زمان کار و زمان مدارس و مهد کودک‌ها و ارائه کم‌هزینه تسهیلات جهت سبک کردن وظایف خانه‌داری دانست.^۳ پیمان‌نامه بین‌المللی رفع تبعیض علیه زنان مصوب سال ۱۹۷۹، در ماده ۱۱، بر رعایت حقوق مادران شاغل توسط دولت و منع اعمال تبعیض علیه آنان، با وضع تدابیری همچون منع اخراج به‌دلیل بارداری یا زایمان، اجازه مرخصی زایمان با حقوق یا مزایای اجتماعی مشابه بدون از دست دادن شغل قبل، ارائه خدمات حمایتی اجتماعی به‌ویژه از طریق ایجاد و توسعه شبکه تسهیلات مراقبتی از کودکان، برقراری حمایت خاص از زنان حین بارداری در انواع مشاغل زیان‌آور تأکید می‌کند.^۴

۴.۵. دسترسی به آموزش

اهمیت حق دسترسی به آموزش در بسیاری از اسناد بین‌المللی و همچنین گزارش‌های گزارشگران حقوق بشر سازمان ملل مورد تأکید قرار گرفته است. در منشور ملل متحد از سازمان ملل خواسته شده‌است تا همکاری فرهنگی آموزشی بین‌المللی در جهت روابط صلح‌آمیز و دوستانه بین‌المللی را ترویج دهد. منشور ملل متحد مبنای تشکیل آژانس تخصصی در زمینه آموزش و فرهنگ گردید و در نتیجه سازمان علمی، فرهنگی ملل متحد (یونسکو) در ۱۶ نوامبر ۱۹۴۵ تشکیل شد و بدین ترتیب حق بر آموزش، هسته اصلی اساسنامه یونسکو قرار گرفت. ماده ۱ کنوانسیون منع تبعیض در آموزش، مصوب ۱۴ دسامبر ۱۹۶۰ یونسکو به تعریف آموزش پرداخته‌است: «آموزش عبارت است از تمام انواع و سطوح آموزش؛ و شامل دسترسی به آموزش، استاندارد، کیفیت آموزش و شرایط ارائه آموزش می‌گردد.»^۵

^۱. "CEDAW Committee, 16th Sess", "Report on Slovenia," 1997, Para.115.

^۲. "CEDAW Committee 19th Sess", Report on New Zealand, 1998, Para 269.

^۳. "R123 Employment (Women with Family Responsibilities) Recommendation, International Labour Organization", 1965.

^۴. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>

^۵. <http://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-discrimination-education>

در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حق بر دسترسی به آموزش و پیشرفت علمی مورد تأکید و حمایت قرار گرفته و در زمره حقوق بشر تلقی شده است. در بند ۱ ماده ۱۳ این پیمان‌نامه آمده است: «کشورهای طرف این میثاق، حق بهره‌مندی هر کس را از آموزش و پرورش به رسمیت می‌شناسند. کشورهای مزبور موافقت دارند که هدف آموزش و پرورش باید نمو کامل شخصیت انسانی و احساس حیثیت آن و تقویت احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی باشد.»^۱

^۱ برابری جنسیتی و حقوق مساوی زنان و مردان از جمله در زمینه آموزش و پرورش، در ماده ۱۰ پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان مصوب سال ۱۹۷۹، مورد اشاره قرار گرفته شده و در بند اول ماده ۱۶ این سند، هر گونه تبعیض جنسیتی، خشونت تعریف شده است.^۲ تضمین آموزش باکیفیت، برابر، فراگیر و ترویج فرصت‌های یادگیری مادام‌العمر، اهداف آموزشی سند ۲۰۳۰ برشمرده شده است که در پیش‌گفتار سند ۲۰۳۰، به‌عنوان مهم‌ترین هدف توسعه پایدار در جهان شناسایی شده که در تحقق و موفقیت سایر اهداف نیز نقش اساسی دارد.^۳

۴.۶. دسترسی به خدمات سلامت

پس از پایان جنگ جهانی دوم و تأسیس سازمان ملل، سلامت به‌عنوان یک حق بشری در اسناد بین‌المللی متعدد به رسمیت شناخته و بر حق دسترسی به خدمات سلامت تأکید شد.^۴ در منشور سازمان ملل به صراحت به پیشبرد راه‌کارهایی برای حل مشکلات بهداشتی بین‌المللی اشاره شده است. در سال ۱۹۴۶ سازمان بهداشت جهانی به‌عنوان مؤسسه تخصصی سازمان ملل توسط دولت‌ها تأسیس شد. در اساسنامه این سازمان آمده است: «بهره‌مندی از بالاترین استاندارد سلامت، بدون هیچ‌گونه تمایزی از حیث نژاد، مذهب، عقاید سیاسی و اقتصادی، یکی از حقوق بنیادین هر انسانی می‌باشد. در اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، سلامت به‌عنوان وضعیت بهبود کامل فیزیکی، روحی و اجتماعی نه صرفاً فقدان بیماری یا ضعف به‌شمار می‌رود.»^۵ در بند ۱ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ م نیز تصریح گردیده است: «کشورهای طرف این میثاق، حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می‌شناسند.» تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول که در بند ۱ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تصریح شده نیز شامل طیف وسیعی از عوامل اقتصادی، اجتماعی است که منجر به بهبود شرایطی می‌شود که مردم تحت آن می‌توانند زندگی توأم با سلامتی داشته باشند. این امر به عوامل مؤثر سلامت نیز گسترش می‌یابد؛ از جمله تأمین غذای سالم به‌حد کافی، تغذیه و مسکن، دسترسی به آب آشامیدنی سالم و بهداشت مناسب، محیط شغلی امن و سالم و دسترسی به آموزش و اطلاعات مربوط به سلامت از جمله بهداشت جنسی و تولید مثل.^۶

تضمین دولت‌ها برای محو هر گونه تبعیض علیه زنان در زمینه مراقبت بهداشتی و دسترسی به خدمات بهداشتی، بر اساس رعایت مساوات بین مردان و زنان، مسئله‌ای است که به‌طور صریح در ماده ۱۲ پیمان‌نامه محو کلیه اشکال تبعیض

^۱. <https://www.unic-ir.org/hr/convenant-ec.htm>.

^۲. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>

^۳. http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/education-2030-incheon-framework-for-action-implementation-of-sdg4-2016-en_2.pdf.

^۴. Manisulli, S. Economic, Social and Cultural Rights in International Law, USA: Hart Publishing, 2009, P 316.

^۵. www.who.org.

^۶. General Comment No.4 Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, www.ohchr.org.

علیه زنان مصوب سال ۱۹۷۹ و هدف سوم دستور کار ۲۰۳۰ برای توسعه پایدار مصوب ۲۰۱۵ سازمان ملل متحد آمده است. گروهی از نهادهای بین‌المللی از جمله یونیسف، صندوق جمعیت ملل متحد، سازمان بهداشت جهانی و بانک جهانی، اولین کنفرانس مادری سالم را در سال ۱۹۸۷ در نایروبی برگزار کردند و از آن زمان در راستای تحقق اهداف «ابتکار مادری سالم» به‌ویژه در کشورهای در حال توسعه همکاری می‌کنند. جهت کاهش مرگ و میر مادران راهبردهایی اتخاذ گردیده‌است؛ از جمله تضمین دسترسی زنان به خدمات سلامتی و آگاه‌سازی آنان به این خدمات، دسترسی به خدمات تنظیم خانواده و افزایش تعداد ارائه‌دهندگان خدمات مرتبط با سلامت.^۱ سازمان ملل متحد به‌موجب طرح ارائه خدمات مشاوره‌ای در حوزه حقوق بشر، سمیناری از ۴ تا ۸ جولای ۱۹۹۴ در کلمبئو برگزار کرد که در آن برنامه عمل‌محای آیین‌های سنتی مضر برای سلامت مادران، زنان و کودکان تهیه و به‌موجب قطعنامه کمیسیون فرعی پیشگیری از تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها مورد تصویب قرار گرفت.^۲ در این برنامه انجام اقداماتی در سطح ملی ضروری شناخته شد؛ از جمله: بالا بردن میزان جلوگیری از بارداری را در زنان و مردان توسط دولت‌ها با هدف بالا بردن سلامت زنان و کودکان، مورد شناسایی قرار دادن و گام برداشتن در جهت ارتقای حقوق باروری زنان از جمله حق تصمیم‌گیری راجع به تعیین فواصل بارداری و تعداد فرزندان. در کشورهایی که سقط جنین بسیار مورد مناقشه بوده است، مانند پرو، آندورا و برزیل، کمیته منع تمام اشکال تبعیض علیه زنان، با توجیه حفظ سلامت، از سقط جنین حمایت کرده و دولت‌های محلی را ترغیب کرده است که قوانین خود را مورد بازنگری قرار دهند؛ به‌نحوی که در صورت لزوم، زنان به سقط جنین آسان و سریع دسترسی یابند.^۳

۴.۶.۱. حمایت‌های خاص (تبعیض مثبت)

دسترسی آسان زنان به خدمات بهداشتی از جمله خدمات مرتبط با تنظیم خانواده، ارائه خدمات ویژه و مناسب در ارتباط با بارداری، بستری شدن برای زایمان و پس از آن و در موارد لازم، خدمات رایگان و نیز در اختیار دادن تغذیه کافی در دوران بارداری و شیردهی برای زنان در ماده ۱۲ پیمان‌نامه محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹، به آن اشاره شده‌است. در سطح بین‌المللی مهم‌ترین سازوکاری که به موضوع آموزش‌های خاص و خدمات تنظیم خانواده می‌پردازد، انجمن تنظیم خانواده ملل متحد است. توانمندسازی زنان و توجه به نیازهای آنان به آموزش ویژه و بهداشت از جمله بهداشت باروری در کنفرانس بین‌المللی جمعیت و توسعه در قاهره در سال ۱۹۹۴ مورد بحث قرار گرفت و یک برنامه اقدام بیست‌ساله اتخاذ شد. اهداف این برنامه اقدام متمرکز بر ارائه آموزش جهانی به زنان، کاهش مرگ و میر مادران و نوزادان و تضمین دسترسی جهانی تا سال ۲۰۱۵ به مراقبت بهداشتی تولید مثل از جمله تنظیم خانواده و پیشگیری از عفونت‌های قابل انتقال جنسی از جمله ایدز است. در بند ششم هدف پنجم دستور کار ۲۰۳۰ مصوب ۲۰۱۵ سازمان ملل متحد هم که به بحث تساوی جنسیتی و توانمندسازی همه زنان و دختران اشاره شده‌است، دسترسی به حقوق خاص باروری مورد تضمین قرار گرفته است که لازمه آن، اطلاع‌رسانی و آموزش‌های ویژه به زنان و دختران در این موضوعات است.^۴

^۱. Safe Motherhood, UNFOA, www.unfpa.org

^۲. digitallibrary.un.org/record/126487?in=en, 1994/30 of 26 August, 1994, para 3.

^۳. Eide Absjorn and Wenche Barth Eide. "The Rights to Health", *Martinus Nijhoff Publishers*, Article 24, 2006, P 80.

^۴. sustainabledevelopment.un.org.



نمودار مفهومی سیاست جنایی تقنینی در قبال خشونت اقتصادی علیه زن در اسناد بین‌المللی

همان‌طور که در نمودار ملاحظه می‌شود، در اسناد بین‌المللی علاوه بر جرم‌انگاری خشونت اقتصادی، تدابیر مختلفی در جهت برابری حقوق زن و مرد در موضوعاتی نظیر حق مالکیت، حقوق مالی و دسترسی به اشتغال در جهت کاهش حداکثر تعارض میان کار و مسئولیت‌های خانوادگی و ضرورت تساوی موقعیت و برخورد بین زن و مرد در بازار کار لحاظ شده‌است و موضوعاتی نظیر دسترسی به آموزش در تمام انواع و سطوح آن و دسترسی به بهداشت با تعیین اهدافی نظیر «ابتکار مادری سالم» و تعریف و توصیه خدماتی نظیر «تنظیم خانواده» مورد تأکید قرار گرفته‌است. علی‌رغم رویکرد برابری حقوق زن و مرد در اسناد بین‌المللی، تدابیر از این موضوع فراتر رفته و ارائه خدمات و حمایت‌های ویژه از زنان به‌صورت تبعیض مثبت در راستای تسهیل دسترسی به اشتغال و خدمات بهداشتی لحاظ شده‌است.

نتیجه‌گیری

خشونت اقتصادی علیه زنان از مفاهیم نو در عرصه حقوقی است که مجموعه‌ای از اسناد بین‌المللی، از اعلامیه حقوق بشر و پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان تا کنوانسیون استانبول و سند توسعه پایدار ۲۰۳۰ به این مسئله یا مصادیق آن پرداخته‌است. در این اسناد مجموعه‌ای از ضوابط و تدابیر به‌منظور هدایت و هماهنگ‌سازی رفتار دولت‌ها در قبال خشونت اقتصادی علیه زنان تصویب شده‌است. سال ۱۹۷۹، تصویب پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان میلادی منجر به طرح مقوله‌هایی مانند تساوی کامل زن و مرد و عدم تبعیض در تمام ابعاد گردید. سیاست جنایی اسناد بین‌المللی نیز جهت پیشگیری و مقابله با مسئله خشونت اقتصادی علیه زنان، به‌سمت از میان برداشتن هرگونه محدودیت در راستای منافع اقتصادی زنان گام برداشت. به همین دلیل، رویکرد اسناد به‌سمت برابری مطلق زن و مرد در تمامی تدابییری است که در قبال این مسئله وضع می‌شود. پژوهش حاضر، پس از شناخت و بررسی تحلیلی اسناد بین‌المللی در مسئله خشونت اقتصادی علیه زنان، تدابیر سیاست جنایی در قبال این مسئله را استخراج و در شش دسته ترسیم و طبقه‌بندی کرده

است.

- (۱) جرم‌انگاری خشونت اقتصادی علیه زنان: در اسناد بین‌المللی همچون اعلامیه منع خشونت علیه زنان و سند پکن به‌طور صریح از دولت‌ها درخواست کرده که هرگونه خشونت علیه زنان، جرم در نظر گرفته شود.
- (۲) به رسمیت شناختن حق مالکیت زنان: حق مالکیت مهم‌ترین حق اقتصادی زنان است که اسناد بین‌المللی، بر به رسمیت شناختن آن برای همه انسان‌ها اعم از زن و مرد اجماع دارند.
- (۳) برابری زنان در حقوق مالی با مردان: حقوق برابر مالی زنان در دسترسی به خدمات مالی، منابع و فرصت‌های اقتصادی، بدون هرگونه تمایز یا محدودیت بر مبنای جنسیت، در اسناد بین‌المللی به‌ویژه صریحاً در پیمان‌نامه منع تبعیض علیه زنان در سال ۱۹۷۹ مورد تأکید قرار گرفته است.
- (۴) دسترسی به اشتغال: برابری زنان و مردان در دسترسی به اشتغال، تساوی موقعیت و برخورد بین زن و مرد در بازار کار، دستیابی به اشتغال شرافتمندانه، کامل و سودآور برای همه زنان و مردان و تحقق پرداخت‌های مساوی برای فعالیت‌های کاری دارای ارزش یکسان، در اسناد بین‌المللی به‌عنوان مولفه‌هایی ذکر شده‌است که اشتغال و بازار کار را در شرایط برابر در دسترس همگان قرار می‌دهد. البته در این اسناد، در جهت مانع‌زدایی و انجام هرچه بهتر نقش اجتماعی مادران شاغل، حمایت‌های خاصی همچون مرخصی، خدماتی در جهت نگهداری از فرزندان و... را برای زنان، فراتر از رویکرد برابری، بلکه در راستای تبعیض مثبت قرار می‌دهد.
- (۵) دسترسی به آموزش: برابری جنسیتی و حقوق مساوی زنان و مردان در دسترسی به آموزش و پرورش در اسناد بین‌المللی تصریح و مورد تأکید قرار گرفته است.
- (۶) دسترسی به خدمات سلامت: اسناد بین‌المللی، بهره‌مندی از خدمات سلامت و بالاترین استاندارد سلامت بدون هیچ‌گونه تمایزی را یکی از حقوق بنیادین هر انسانی معرفی کرده‌اند و وضعیت بهبود کامل فیزیکی، روحی و اجتماعی نه صرفاً فقدان بیماری یا ضعف را وضعیت سلامت عنوان کرده‌اند. در برخی موارد دسترسی به خدمات سلامت، اسناد بین‌المللی همچون پیمان‌نامه محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان و سند ۲۰۳۰ حمایت‌های ویژه برای زنان در نظر گرفته‌اند. دسترسی آسان زنان به خدمات بهداشتی از جمله خدمات مرتبط با تنظیم خانواده، ارائه خدمات ویژه و مناسب در ارتباط با بارداری، بستری شدن برای زایمان و پس از آن و در موارد لازم، خدمات رایگان و نیز در اختیار دادن تغذیه کافی در دوران بارداری و شیردهی برای زنان، توانمندسازی زنان و توجه به نیازهای آنان به آموزش ویژه از این جمله است.

منابع

کتاب

۱. شایگان، علی، *حقوق مدنی ایران*، تهران: طه، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۲. صدر، حسن، *حقوق زن در اسلام و اروپا*، تهران: بدرقه جاویدان، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۳. لازرژ، کریستین، *درآمدی به سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.

مقاله

۴. آندرسن، بی و جی زینسر، «دفاع از برابری قانونی و سیاسی زنان، جنبش‌های حقوق برابر در اروپا»، ترجمه مریم خراسانی، مجله جامعه سالم، دوره ۶، شماره ۳۰، ۱۳۷۵.

۵. عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه و ساره حسابی، «سیاست جنایی و تطور مفهومی آن»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره ۴، شماره ۱۵، ۱۳۹۰، صص ۱۱۳-۱۳۳.

References

Books

1. Lazarj, Christine, *An Introduction to Criminal Policy*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, Tehran: Mizan, First Edition, 2003 (in Persian).
2. Manisulli, S. *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. USA: Hart Publishing, 2009.
3. Sadr, Hassan, *Woman's Rights in Islam and Europe*, Tehran: Immortal Farewell, Second Edition, 2017. (in Persian)
4. Shayegan, Ali, *Iranian Civil Rights*, Tehran: Taha, First Edition, 1996. (in Persian)

Articles

5. Ahmad, N. "Economic development through Women's Economic Rights: a Panel Data Analysis", *International Economics and Economic Policy*, Volume 20, Issue 2, 2023, PP 1-22
6. Alkan, Ömer, Şenay Özar and Şeyda Ünver. "Economic Violence against Women, A Case in Turkey", *PLoS ONE*, Volume 16, Issue 3, 2021. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7959383/>
7. Anderson, Bi and J. Zainser. "Defending the Legal and Political Equality of Women, Equal Rights Movements in Europe", Translated by: Maryam Khorasani, *Journal of Healthy Society*, Volume 6, Issue 30, 1996 (in Persian).
8. Azim-Zadeh Ardebili, Fa'ezeh and Sara Hessabi, "Criminal Policy and its Conceptual Evolution", *Culmination of Law Quarterly*, Volume 4, Issue 15, 2011, PP 133-113. (in Persian)
9. Claire M. Renzetti. "Feminist Theories of Interpersonal Violence", *Encyclopedia of Interpersonal Violence*, Volume 1. 2008
10. Eide Absjorn and Wenche Barth Eide. "The Rights to Health", *Martinus Nijhoff Publishers*, Article 24, 2006.
11. Grigaitė U, Mažvydas Karalius, Jankauskaitė Margarita. "Between Experience and Social 'Norms', Identification and Compliance: Economic and Sexual Intimate Partner Violence against Women in Lithuania", *Journal of Gender-Based Violence*, Volume 3, Issue 3, 2019, PP 303-321.
12. Olufunmilayo I. Fawole. "Economic Violence To Women and Girls: Is It Receiving the Necessary Attention?", *Journal of TRAUMA, VIOLENCE & ABUSE*, Volume 9, Issue 3, 2008, PP 167-177.
13. Outlaw M. "No One Type of Intimate Partner Abuse: Exploring Physical and Non-Physical abuse Among Intimate Partners", *Journal of Family Violence*, Volume 24, Issue 4, 2009, PP 263-72.
14. Postmus J. L. Sara-Beth Plummer, Amanda M Stylianou. "Measuring Economic abuse in the Lives of Survivors: Revising the Scale of Economic Abuse", *Violence Against Women*, Volume 22, Issue 6, 2016, PP 692-703.
15. Schrag R. J. V. Sarah R. Robinson and Kristen E. Rav. "Understanding Pathways within Intimate Partner Violence: Economic Abuse, Economic Hardship, and Mental Health", *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, Volume 28, Issue 2, 2019, PP 1-21.
16. Stylianou A. M. "Economic Abuse within Intimate Partner Violence: A Review of the Literature", *Violence and Victims*, Volume 33, Issue 1, 2018, PP 3-22.
17. Tenkorang E. Y.. "Women's Autonomy and Intimate Partner Violence in Ghana", *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, Volume 44, Issue 2, 2018, PP 51-61.
18. Vyas, S. and Charlotte Watts. "How Does Economic Empowerment Affect Women's Risk of Intimate Partner Violence in Low and Middle Income Country Settings? A Systematic Review of

- Published Evidence”, *Journal of International Development*, Volume 21, Issue 5, 2009, PP 577-602.
19. Yount K. M. Kathleen Helen Krause and Kristin E VanderEnde. “Economic Coercion and Partner Violence against Wives in Vietnam: A Unified Framework? ”, *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 31, Issue 20, 2016, PP 3307–3331.

Internet Resources

20. “C156 Workers with Family Responsibilities Convention, International Labour Organization”, 1981.
21. “CEDAW Committee 19th Sess” (1998) Report on New Zealand, Para 269.
22. “CEDAW Committee, 16th Sess” (1997), “Report on Slovenia, ”Para.115.
23. “CSW64, Commission on the status of women” (2020), <https://www.unwomen.org/en/csw/csw64-2020>.
24. “R123 Employment (Women with Family Responsibilities) Recommendation, International Labour Organization”, 1965.
25. “Report of the Fourth World Conference on Women” a/conf 177/20.
26. “The Economic and Social Council Adopted Resolution 1991/18 on Violence against Women in All Its Forms”.
27. “The General Assembly Adopted the Declaration on the Elimination of Violence against Women” (resolution 48/104), 1993.
28. “United Nations Development Programme” (UNDP). (2005). Human Development Report 2005. International Cooperation at a Cross-Roads: Aid, Trade and Security in an Unequal World.
29. “World Health Assembly”, WHA 46.18, www.who.org
30. A/HRC/26/38, para6 “Human Rights Council, Seventeenth session”.
31. digitallibrary.un.org/record/126487?in=en, 1994/30 of 26 August, 1994, para 3.
32. http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/education-2030-incheon-framework-for-action-implementation-of-sdg4-2016-en_2.pdf.
33. <http://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-discrimination-education>.
34. <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1096>.
35. https://www.coe.int/en/web/conventions/full_list//conventions/rms/090000168008482e.
36. <https://www.endvawnow.org/en/articles/296-forms-of-violence-against-women>.
37. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>.
38. <https://www.un.org/en/conferences/women/mexico-city1975>
39. https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf.
40. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women/>
41. <https://www.unescwa.org/sd-glossary/economic-violence>. Source: UNSD, Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women, Statistical Surveys.
42. <https://www.unic-ir.org/hr/convenant-ec.htm>.
43. <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-againstawomen/faqs/types-of-violence>.
44. sustainabledevelopment.un.org
45. www.ohchr.org.
46. www.unfpa.org.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Early Neutral Evaluation: A New and Practical Alternative Dispute Resolution

Maryam Darabpour¹, Mehrab Darabpour² , Navid Rahbar³, Mojtaba Asgharian⁴

ABSTRACT

With technological advancements and the emergence of new contracts and properties, the nature of legal disputes has evolved significantly. Traditional dispute resolution methods are often insufficient to meet contemporary demands. Parties increasingly seek solutions that are not only faster and more cost-effective but also capable of safeguarding social interests and assets. In this context, Early Neutral Evaluation (ENE) has gained prominence as an innovative and alternative means of dispute resolution. By providing an impartial and evidence-based assessment of the likely outcome, ENE assists parties in gaining a realistic understanding of their legal positions prior to engaging in judicial or arbitration proceedings. Consequently, this approach enhances the probability of reconciliation. The aim of this research is to examine the underlying philosophy, process, and functions of ENE within dispute resolution frameworks, with particular emphasis on its application in the field of intellectual property. This study adopts an analytical and descriptive approach to explore the structure and core elements of ENE. Initially, the theoretical foundations and philosophy of the method are discussed. Subsequently, using both domestic and international legal sources, the implementation process of ENE and the role of the evaluator are elucidated. In addition, through analyzing sample cases and leading countries regulations, benefits and challenges of this method compared to other ADR mechanisms are examined. The study details the characteristics required of neutral evaluators, the selection procedures, and the necessary conditions for the effective deployment of ENE. The findings reveal that ENE's high flexible nature allows it to be applicable across a broad spectrum of disputes—from simple to complex cases. The method proves particularly effective in resolving disputes related to intellectual property rights, contracts, construction, and cases demanding technical and legal expertise. Compared to traditional litigation, ENE offers a more economical and time-efficient alternative, enabling parties to make informed, rational decisions based on a clear understanding of their case's strengths and weaknesses. Participation in ENE requires mutual consent from all parties, with the selection of a competent, neutral evaluator playing a critical role in its success. Beyond legal expertise, the evaluator must possess the ability to analyze issues impartially and decisively, maintain independence, and uphold complete neutrality. One notable advantage of ENE is its capacity to reduce the volume of court and arbitration caseloads, thereby facilitating better dispute management and decreasing social and economic costs. When parties harbor false confidence in their legal position and alternative dispute

How to Cite: Darabpour, Maryam, Darabpour, Mehrab, Rahbar, Navid, Asgharian, Mojtaba, "Early Neutral Evaluation: A New and Practical Alternative Dispute Resolution", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:97-116.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.228347.2287>

Received: 17/08/2022-Accepted: 06/12/2022

1. PhD. Faculty of Law, Islamic Azad University: North Tehran Branch, Tehran, Iran

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

Corresponding Author Email: m_darabpour@sbu.ac.ir

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

4. Assistant Professor, 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/>).

resolution methods are unlikely to reach compromise, ENE offers a realistic assessment of probable outcomes, paving the way for agreement and reconciliation. Compared to mediation, ENE emphasizes legal analysis and outcome prediction rather than consensus-building. Unlike mediators, who seek mutually agreeable solutions, neutrals solely evaluate rights and obligations based on evidence, documentation, and applicable law. This approach enhances the credibility and reliability of the assessment, often serving as a solid foundation for compromise and reconciliation. Additional important finding include the role of the careful drafting of ENE agreements, clear identification of issues and transparency throughout the process, and full cooperation of the parties, including provision of relevant documents and evidence is required condition for this process success. In multi-party disputes, evaluators must consider the interests and legal rights of all participants and deliver their assessments with unwavering neutrality. Overall, ENE represents a novel and efficient dispute resolution tool, especially in the realm of intellectual property. It offers a viable alternative to traditional litigation and some conventional ADR methods by increasing procedural speed, reducing costs, and enhancing party satisfaction. Its role in managing disputes and alleviating pressure on judicial systems underscores its strategic importance. Given the growing acceptance of ENE in various legal jurisdictions, fostering its development within the Iranian legal system could significantly promote justice and boost the efficiency of dispute resolution mechanisms.

KeyWords: Early Neutral Evaluation, Alternative Dispute Resolution, Cost Benefit, Social Capital.



ارزیابی اولیه بی طرفانه ثمره دعوا: شیوه‌ای نوین و کاربردی در حل و فصل غیر قضایی اختلافات

مریم داراب پور^۱، مه‌راب داراب پور^۲، نوید رهبر^۳، مجتبی اصغریان^۴

چکیده

توسعه فناوری و ظهور مالکیت‌ها و قراردادهای جدید که پیش از این شناخته شده نبوده‌اند، نوع اختلافات حادث را نیز متفاوت کرده است. در رفع اختلافات، الزاماً روش‌های سنتی پاسخگو نیستند و حتی برخی روش‌های مرسوم جایگزین حل و فصل اختلافات نیز ممکن است طرفین را به نحو رضایت‌مندی به مقصود نرسانند. در این مرحله از بروز اختلاف، ارزیابی بی طرفانه قضایی، علمی و فنی اولیه از ثمره دعوا به عنوان شیوه‌ای جایگزین در حل و فصل اختلافات، که از این پس «ارزیابی بی طرفانه» نامگذاری می‌شود، شیوه‌ای کارآمد و گزینه‌ای مناسب و مفید محسوب می‌شود. اگر لازم باشد ترتیبی برای روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات منظور گردد، ارزیابی بی طرفانه به طور مسلم قبل از مراجعه به دادگاه یا حداقل قبل از صدور رأی آن مرجع، و به طور معمول، قبل از ورود به میانجیگری و داوری و کارشناسی است و زمانی که مطرح می‌شود، ارزیابی بی طرفانه برای حل و فصل بسیاری از اختلافات، به ویژه اختلافات مالکیت آفرینش‌های فکری گزینه مناسبی به شمار می‌آید؛ چراکه بیشتر اختلافات از تصور اشتباه طرفین نسبت به حقوق خود ایجاد می‌شود و طرفین خود را به اندازه‌ای محق می‌دانند که مذاکره و مشاوره و حتی میانجیگری راه به جایی نمی‌برد و تا طرفین وارد رسیدگی حقوقی (رسیدگی قضایی یا داوری) نشوند، تصویری واقعی از حق‌مداری یا بی‌حقی یکی از آنها پیدا نمی‌شود. پس لازم است که روش «ارزیابی بی طرفانه» که اطمینان و یقین و در نتیجه انعطاف بیشتری برای طرفین به وجود می‌آورد، به طور جدی مورد توجه و استفاده مفید قرار گیرد.

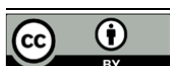
کلید واژگان: ثمره دعوا، شیوه جایگزین، هزینه منفعت، سرمایه اجتماعی.

استناد به این مقاله: داراب پور، مریم، داراب پور، مه‌راب، رهبر، نوید، اصغریان، مجتبی، «ارزیابی اولیه بی طرفانه ثمره دعوا: شیوه‌ای نوین و کاربردی در حل و فصل غیر قضایی اختلافات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۹۷-۱۱۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.228347.2287>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۵

۱. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران شمال، تهران، ایران
۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
/ایمیل نویسنده مسئول: m_darabpour@sbu.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۴. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران



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

مقدمه

در صورت بروز ادعا، در بسیاری از موارد، اجتناب از ورود به دعوا، کسب سود بیشتر و گریز از ضررهای جانبی ضروری می‌نماید. این امر البته با رعایت اصول انسانی و توسعه جهانی صورت می‌پذیرد. برای کسب منفعت و دفع ضرر، علاوه بر روش‌های سنتی که طرد سریع آنها در برخی جوامع چندان آسان نیست، باید به شیوه‌هایی متوسل شد که زودبازده بوده و رضایت‌مندی طرفین را سریع‌تر محقق سازند و در سطح کلان نیز سرمایه‌های اجتماعی را حفظ کنند و ارتقا بخشد. در این صورت، غالباً خواهان‌ها (و گاهی مواقع شکات در پرونده‌های کیفری) به قدرت متوسل نمی‌شوند و پرونده خود را به دادگاه نمی‌کشانند؛ اگر دعوایی مطرح شد، به روش‌های غیردوستانه دست نمی‌یازند یا به قدرت دولت یا مراجع قضایی متوسل نمی‌شوند. در این راستا، آنها به جای توسل به قدرت، به تفکر و تعقل و تدبر تمسک می‌کنند. این موضوع در عمل برای تمامی پرونده‌ها صادق است.

ارزیابی بی طرفانه ثمره دعوا^۱ که به شیوه‌ای علمی انجام می‌شود، یکی از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف است.^۲ در این روش، پیش‌بینی علمی و قضایی بی طرفانه از ثمره دعوا توسط ارزیاب بی طرف حقوقی انجام می‌شود؛ به نحوی که اگر در آینده پرونده به داوری یا دادگاه ارجاع شود، به احتمال بسیار زیاد همین پیش‌بینی، که اکنون توسط ارزیاب حقوقی بی طرف صورت می‌گیرد، به صورت رأی داوری یا حکم دادگاه ظهور پیدا می‌کند. هنگامی که طرفین بدانند نتیجه مراجعه به داوری یا دادگاه (ثمره دعوا) چه خواهد بود، بهتر به صلح و سازش می‌رسند. این روش گریز از مراجع قضایی مفیدتر و مطلوب‌تر است. هرچند ارزیابی بی طرفانه روشی بسیار نوین و کمتر شناخته شده است، با توجه به قوانینی که اخیراً در نظام‌های مختلف حقوقی وضع شده‌اند (برای نمونه قواعد سنگاپور^۳ و قواعد دادگاه‌های بخش ایالت کالیفرنیا^۴ آمریکا در روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات)^۵ و برخی راهنماهایی که مراکز داوری و میانجیگری تنظیم کرده‌اند،^۶ به نظر می‌رسد که به‌علت فایده عملی آن، ارزیابی بی طرفانه به سرعت در حال رشد است. مدافعه در تحقیقات و نمونه پرونده‌هایی که با استفاده از روش ارزیابی بی طرفانه، حل و فصل شده‌اند، نیز تأییدی بر این مدعاست.^۶

منافع حاصله از ارزیابی بی طرفانه ثمره دعوا بسیار است. از جمله اینکه این روش با الف) هزینه کمتر، ب) صرفه‌جویی در هزینه‌های دادرسی، پ) امکان طرح دعوا نزد متخصص بی طرف، ت) تحصیل نتیجه بسیار محتمل (که تقریباً به‌طور قطع از طرح دعوا در مراجع قضایی یا دیوان داوری به دست می‌آید)، و همچنین با ث) امکان بررسی نکات کلیدی و ارزیابی ثمره دعوا برای طرفین، شانس بیشتری برای حل و فصل دعاوی را به همراه خواهد داشت.

^۱ NE: Neutral Evaluation / ENE: Early Neutral Evaluation

^۲ ماده ۱۰۱ قواعد ارزیابی بی طرفانه سنگاپور: ارزیابی بی طرفانه فرایندی است که از طریق آن طرفین اختلاف می‌توانند نظری واقعی در مورد ثمره پرونده خود را از یک شخص ثالث مستقل (بی طرف) دریافت کنند تا به آنها در حل و فصل دوستانه اختلافاتشان کمک کند.

^۳ The Singapore Mediation Centre, Neutral Evaluation Rules, Version 2 (01.2015).

^۴ United States District Court (USDC) Northern California ADR Local Rules (session 5), Effective May 1, 2018.

^۵ See for example:

- London Maritime Arbitration Association Early Neutral Evaluation – Guidance Note;
- United States district court western district of Michigan early neutral evaluation program description;
- Administrative Appeal Tribunal, Australia: Neutral Evaluation Process Model;
- New Vienna Mediation Rules, 2016 ('Draft NE Guidelines').

^۶ Levine, David I. "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", 70 Judicature 236, 1987, P 236.

- Levine, David I. "Early Neutral Evaluation: The Second Phase", Journal of Dispute Resolution, Issue 4, 1989.

۱. فلسفه ارزیابی بی طرفانه ثمره دعوا و علل انتخاب آن

درواقع ارزیابی بی طرفانه یک نوع پیش‌بینی قضایی، علمی و فنی بی طرفانه است که پاسخ صحیح و مقرون به صرفه را با سرعتی بیشتر و در زمانی کمتر به طرفین ارائه می‌کند.^۱ با توجه به ویژگی‌های قاضی و داور و ماهیت ارزیابی بی طرفانه می‌توان گفت تحصیل موفقیت منوط به این است که ارزیاب بی طرف به اندازه کافی باتدبیر و توانا باشد و فرصت کافی برای تشکیل سریع جلسه مقدماتی و استماع ادعاها و دفاع و پاسخگویی را داشته باشد تا با توجه به بررسی حقایق پرونده و قوانین حاکم بر آن به صورت بی طرفانه و واضح و قانع کننده‌ای نظر خود را ارائه کند؛ در این صورت احتمال بیشتری وجود دارد که هر دو طرف ارزیابی انجام شده را بپذیرند و نسبت به آن تمکین کنند.

این ارزیابی بی طرفانه از ثمره دعوا به طرفین دید بهتر و نگاه جامع تری نسبت به دعوی مورد نظر اعطا می‌کند. زمانی که طرفین اختلاف نسبت به حق و تکلیف خود آگاه باشند، به طور متعارف از مراجعه به مراجع قضایی اجتناب می‌کنند یا با رغبت بیشتری به سمت صلح و سازش گام برمی‌دارند.^۲

۱.۱. علل روی آوری به ارزیابی بی طرفانه ثمره دعوا

ویژگی بارز ارزیابی بی طرفانه انعطاف پذیری تقریباً نامحدود آن است. این روش می‌تواند برای طیف گسترده‌ای از اختلافات ساده یا پیچیده و نسبت به ادعاهای زیاد یا کم مورد استفاده قرار گیرد.^۳ محافظه کاری و حفظ سنت‌های قدیمی (هرچند پوشیده و ناکارآمد) با مقاومت همیشگی همراه بوده^۴ و خواهد بود. درمورد مسائل مرتبط با شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، به ویژه داوری، نیز همین روند ملموس بوده است.

ظهور تکنولوژی و اهمیت زمان در حل و فصل دعاوی، به ویژه دعاوی مالکیت آفرینش‌های فکری، صاحبان اموال فکری را بر آن داشته است که در زمان بروز اختلاف به روش‌هایی متوسل شوند که خواسته آنان را با دقت و سرعت بیشتری تأمین کند. این هدف از طریق ارزیابی بی طرفانه قابل تحصیل تر است. دعاوی مربوط به اموال فکری تنها موضوعاتی‌اند که در قوانین ارزیابی بی طرفانه، مقررات خاص خود را دارند.^۵

۱.۲. عدم توفیق در تحصیل توافق در سایر روش‌های جایگزین

روش‌های قضایی و شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در راستای حل و فصل اختلاف گام برمی‌دارند؛ اما ارزیابی بی طرفانه اهداف متعددی را دنبال می‌کند و حل و فصل اختلاف صرفاً یکی از این اهداف است. در حقیقت ارزیابی بی طرفانه

^۱ Brazil, Wayne D. *Early Neutral Evaluation*, USA: American Bar Association, 2012, P 10.

• Kumar, Mehak and Abhinav Gupta. "Early Neutral Evaluation: A Case for Incorporation as an Alternative Dispute Resolution Mechanism in India", *NUJS Journal on Dispute Resolution*, 2021, P 56.

^۲ United States district court northern district of California May 2018 edition alternative dispute resolution procedures handbook, page 2 See also:

• Anderson, Dorcas Q. "What Conciliation can Learn from Early Neutral Evaluation", Singapore Management University, 2017.

^۳ Ness, Andrew D. "Neutral Evaluation: Another Tool in the ADR Toolbox", *The Construction Lawyer*, Volume 40, Issue 4, 2020, P 7.

^۴ Brazil, Op. Cit., P 24.

^۵ United States District Court (USDC) Northern California ADR Local Rules (session 5), Effective May 1, 2018.

ابزار مدیریت پرونده نیز محسوب می‌شود.^۱ هرچند فرایند ارزیابی بی طرفانه حقوقی و قانونی است، هدف از ارزیابی بی طرفانه صرفاً به اعمال قانون حاکم محدود نمی‌شود. با ارجاع پرونده به ارزیابی بی طرفانه حجم پرونده‌های مطروحه در دادگاه‌ها و دیوان‌های دآوری کاهش می‌یابد (مدیریت خارجی پرونده‌ها). علاوه بر این، طرفین اختلاف به روش و به صلاح دید خود اختلاف حادث را رفع کنند (مدیریت داخلی پرونده).^۲ این نوعی برون سپاری و درون سپاری است.

تجربه ثابت کرده است که حتی برخی شیوه‌های جایگزین حل اختلافات به نتیجه مطلوب طرفین نمی‌رسد. برای مثال، میانجیگری به دلایل مختلف با شکست مواجه می‌شود. هرگاه دو طرف از موضع حقوقی خود چندان مطمئن‌اند که هیچ تردیدی در موفقیت خود در دادگاه‌ها یا دآوری ندارند، تن به مصالحه و سازش نمی‌دهند. به این حالت، اطمینان کاذب می‌گویند که یکی از تله‌های ناشی از موفقیت‌های متوالی سابق است. خواهان یا خوانده هر کدام در ذهن خود از چندان اطمینانی برخوردارند که تصور می‌کنند اگر به دادگاه یا دآوری مراجعه کنند، مبالغ کلان و گزافی را می‌توانند تحصیل یا منتفی کنند. همین امر آنها را از توافق در مورد ارقام و مقدار وجه‌المصلحه باز می‌دارد. طبیعی است که هر دو طرف یا همه ادعاهای آنان نمی‌توانند به حق باشند. یک طرف و غالباً هر دو طرف قدرت واقعی خود در پرونده را اشتباه و در برخی مواقع به صورت اغراق‌آمیز ارزیابی می‌کنند.^۳ هرگاه پرونده در دادگاه یا دآوری مطرح شود، یک طرف دعوا از نتیجه حاصله (رأی دآوری یا حکم دادگاه) بسیار ناامید و معلوم می‌شود که طرف دیگر در ارزیابی پرونده خود به صواب نزدیک‌تر بوده است. طبقاً این امر به معنای دور بودن طرف دیگر از هدف مورد نظر خواهد بود.

در پرونده‌های چندجانبه هم همین مشکل وجود دارد. طرف‌های دعوا ممکن است در مورد ارزیابی دعوی خود و مقدار خسارت قابل مطالبه و موانع قضایی و رویه‌های پرداخت بیگانه باشند؛ یعنی اطلاع دقیقی از مواضع حقوقی فعلی جامعه نداشته باشند.

در «ارزیابی بی طرفانه» و تفاوت آن با «میانجیگری» باید گفت: میانجی با پادرمیانی و مذاکره، برای حصول راه حل مورد توافق کمک و مساعدت می‌کند. ایشان صرف نظر از قانون و مقرراتی که حاکم است، در صدد پیدا کردن راه حلی است که مقبول طبع طرفین باشد. در حالی که تمرکز ارزیاب بی طرف در پیش‌بینی خود به ارزیابی حقوق و تکالیف طرفین در ماهیت پرونده است. میانجی ممکن است جلسات خصوصی با اصحاب دعوا داشته باشد، در حالی که ارزیاب بی طرف معمولاً چنین اقدامی را انجام نمی‌دهد. بنابراین، یک طرف دعوا تأثیرگذار نیست، چون در یک دوره هم‌زمان نظرات طرفین ملاحظه می‌شود و ارزیاب بی طرف اسناد و مدارک و منضمات و مستندات و پیوست‌های آن را ملاحظه می‌کند.^۴

توسل به این مسیر حل و فصل اختلاف یعنی «ارزیابی بی طرفانه» بسیار آسان‌تر است. گاهی نتیجه حاصله از ارزیابی بی طرفانه ایجاب می‌کند که میانجیگری از سر گرفته شود و از آن طریق سریع‌تر بین طرفین صلح و سازش برقرار گردد.

^۱. 19. Thompson, Roderick and Michael Sacksteder. "Judicial Strategies to resolving Intellectual Property Cases without Trial: Early Neutral Evaluation", The Journal of World Intellectual Property, Volume 1, Issue 4, 1998, Available at: <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/judician-strategies-for-resolving-ip-cases-without-trial-early.html>. Last visited June 2022.

^۲. بند ۱ ماده ۳ قانون CPR (Civil Procedure Rules) انگلستان مربوط به اختیار دادگاه در مدیریت پرونده است. طبق این قانون دادگاه می‌تواند هر اقدام یا دستور به منظور مدیریت پرونده اتخاذ کند... از جمله ارزیابی بی طرفانه اولیه. پرونده لومکس علیه لومکس با استناد به همین ماده اولین پرونده‌ای است که توسط دادگاه طرفین به صورت اجباری به ارزیابی بی طرفانه ارجاع شده‌اند.

^۳. Peckham, Robert F. et al. ADR and the Courts: A Manual for Judges and Lawyers, Butterworth-Heinemann, 1987, P 166.

^۴. Brazil, Op. Cit., P 12.

در غالب موارد همان پیش‌بینی علمی بی‌طرفانه ثمره دعوا برای حل و فصل اختلاف بین طرفین کافی خواهد بود.^۱

۱.۳. جایگاه اعمال ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا

بعد از اینکه طرفین یا اطراف دعوا به ارزیابی بی‌طرفانه متوسل شدند، یا دادگاه یا مراجع قانونی و سازمانی دیگر امری را برای رسیدگی به ارزیابی بی‌طرفانه ارجاع دادند، ارزیاب بی‌طرف مبادرت به رسیدگی می‌کند. ارزیاب‌های بی‌طرف نیز مانند دادرسان در مراجع قضایی و داوران در دیوان‌های داوری خود به ارزیابی قضایی پرونده می‌پردازند و با توجه به یافته‌های خود، حول نظریه‌ای که پیدا کرده‌اند، استدلال حقوقی و قانونی می‌کنند. این فرایند می‌تواند برای پاسخگویی به نیازهای طیف گسترده‌ای از اختلافات، از اختلاف ساده و پیش‌پاافتاده تا اختلاف در دعاوی وکالتی صنعتی و نفتی تجاری‌های کلان، کاربرد داشته باشد. بیشتر روش‌های حل و فصل اختلاف بدو در پرونده‌های ساخت‌وساز استعمال شده و روش ارزیابی بی‌طرفانه دعوا هم ابتدا در این صنعت به کار رفته است. البته هدف و تمرکز اصلی فرایند ارزیابی بی‌طرفانه تسریع روند حل اختلاف است نه تسهیل حل و فصل اختلافات؛ هرچند ارزیابی بی‌طرفانه ممکن است منجر به سهولت در حل و فصل اختلافات نیز بشود.^۲

۱.۴. پرونده‌های مناسب برای ارجاع به ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا

چنان‌که بیان شد، روش ارزیابی بی‌طرفانه در انواع پرونده‌ها قابل اعمال است؛ اما در پرونده‌های ذیل هم ممکن است نمود و نتیجه خوبی داشته باشند:

- پرونده‌هایی که مستند به اسناد فراوان است، مثل امور قراردادی و ساخت‌وساز؛
- پرونده‌هایی که کاربری زیادی برای استماع شهادت شهود یا متخصصین لازم دارد، مثل پرونده‌های مسئولیت‌های تخصصی و فنی پزشکان؛
- پرونده‌هایی که طرفین نیاز به فرد متخصص بسیار مطلع از موضوع اختلاف دارند، مثل مالکیت آفرینش‌های فکری؛
- پرونده‌هایی که هر طرف تصور می‌کنند مواضع حقوقی بسیار قوی دارد و بی‌خبر در تله موفقیت‌های قبلی افتاده و اعتماد بسیار زیادی به حقوق خود دارند که ارزیاب بی‌طرف با ارائه نظر خود این توهم را از سر آنها دور می‌کند.^۳

۲. عناصر تشکیل‌دهنده ارزیابی بی‌طرفانه

رضایت طرفین برای ورود به فرایند ارزیابی بی‌طرفانه ضروری است،^۴ مگر اینکه ارزیابی بی‌طرفانه بخشی از فرایند رسیدگی دادگاه‌ها در نظر گرفته شود.^۵ رضایت اساساً برای روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات عنصری ضروری است و نبود

^۱ Levine, "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", Op. Cit., P 237.

^۲ Peckham et al. "Early Neutral Evaluation: An Experiment to Expedite Dispute Resolution", In: ADR and the Courts, Butterworth-Heinemann. Volume 69, Issue 5, 1987, P 177.

^۳ States court center for dispute resolution of Singapore: <http://www.statecourts.gov.sg>

^۴ Kumar and Abhinav, Op. Cit., P 58.

^۵ For further studies see:

• Ibid, PP 59-61.

• Lucy V. Katz. "Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Heads of the Same Coin?", Journal of Dispute Resolution, Issue 1, 1993.

آن هدفی را که در پسِ مکانیسم‌های حل‌وفصل اختلافات وجود دارد، نادیده می‌گیرد و حق آنها برای دسترسی به دادگاه را محدود می‌کند. همچنین اجبار به ارزیابی بی‌طرفانه هزینه‌های مضاعفی را به طرفین تحمیل می‌کند و به زمان صرف‌شده برای قضاوت افزوده می‌شود.

پس از آنکه رضایت طرفین برای ورود به ارزیابی بی‌طرفانه محقق شد، درمورد ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا باید به سه نکته اساسی توجه کرد:

اول: انتخاب ارزیاب توانا و حاذق مورد توافق؛

دوم: توافق طرفین و ارزیاب برای چگونگی رسیدگی و اشراف بر حقایق و موقعیت‌ها و فاکتورها و مسائل مرتبط با پرونده متنازع‌فیه؛

سوم: توافق درمورد موضوع یا موضوعاتی که ارزیاب بی‌طرف باید درباره آن اظهار نظر کند.^۱

همان‌گونه که به‌طور معمول طرفین در داوری ابتدا به تنظیم قرارنامه داوری می‌پردازند، در ارزیابی بی‌طرفانه هم، طرفین و ارزیاب باید قرارنامه ارزیابی بی‌طرفانه را تنظیم و امضا کنند. حضور کسانی که صالح به ارجاع امر به ارزیابی بی‌طرفانه هستند و کسانی که احتمالاً باید یافته‌های ارزیاب بی‌طرف را عملی سازند، در جلسات مقدماتی یا رسیدگی مفید فایده فراوان خواهد بود. لازم نیست این موافقت‌نامه طولانی بین طرفین امضا شود و به صرف نگارش چند پاراگراف در یکی دو صفحه کفایت می‌کند.^۲ این توافق‌نامه کار ارزیاب بی‌طرف و هدف او را روشن می‌کند که به مسائل خارج از آن موضوع نپردازد، مگر اینکه برای تحذیر و هشدار به طرفین باشد که ممکن است ضرورت آن در اثنای ارزیابی قضایی بی‌طرفانه ثمره دعوا یا بعد از آن حادث شود. لازم است طرفین با ارزیاب همکاری کنند و تمام اسناد و مدارک و خواسته‌های موردنیاز یک ارزیاب علمی حقوقی بی‌طرفانه را در اختیار وی قرار دهند.

بنابراین، در قرارنامه ارزیابی بی‌طرفانه (بعد از اعلام رضایت طرفین برای ارجاع به ارزیابی بی‌طرفانه) سه توافق بین طرفین صورت می‌پذیرد:

توافق اول درمورد انتخاب فرد صالح متخصص به عنوان ارزیاب بی‌طرف است.

توافق دوم درمورد چگونگی فرایند بررسی موضوعات محل دعوا در فرایند ارزیابی بی‌طرفانه است.

توافق سوم توافق‌نامه مربوط به ارجاع موضوع متنازع‌فیه به ارزیاب است که ارزیاب بی‌طرف چه موضوعی را بررسی و درباره آن اظهارنظر کند. امکان دارد طرفین درخصوص الزام به پذیرش یا عدم پذیرش نظر «ارزیابی بی‌طرفانه» از قبل توافق کنند. البته، در هر مورد حق الزحمة ارزیاب بی‌طرف هم ممکن است در قرارنامه ارزیابی بی‌طرفانه معلوم و معین شود که براساس پروژه‌ای یا ساعت کار یا مبلغ مقطوع خواهد بود. توسل به شیوه ارزیابی بی‌طرفانه، در هر زمانی قبل از صدور رأی قطعی ممکن است. هرکدام از این سه توافق فوق به نوبه خود اهمیت دارند؛ اما مناسب است که اینجا صرفاً به انتخاب ارزیاب و ویژگی‌های او اکتفا شود:

۲.۱. گزینش ارزیاب بی‌طرف

ارزیاب بی‌طرف حقوقدان متبحری است که با بهره‌گیری از دانش و تجربه حقوقی خود، با بررسی سریع و دقیق خواسته دعوا و مستندات پرونده و با مراجعه به اصول و قواعد حقوقی، نتیجه و ثمره دعوا را در صورت رجوع به مراجع قضایی

¹ Ness, Op. Cit., P 7.

² Ibid.

(اعم از محاکم و داوری) پیش‌بینی می‌کند.^۱

شخصی می‌تواند نتیجه دعوا را، مانند آنچه در مراجع قضایی و دیوان‌های داوری اتفاق می‌افتد، پیش‌بینی کند و در ارزیابی خود بگنجاند که علم و تجربه کافی در این موضوعات داشته باشد. علم به موضوع نیز به‌تنهایی کافی نیست، بلکه تجربه و فن در این مواقع ضروری‌تر است. از این‌رو، انتخاب ارزیاب بی‌طرف یکی از مهم‌ترین تصمیماتی است که طرفین در مواقع مراجعه به این‌گونه فرایند ارزیابی باید به آن توجه کافی مبذول دارند. در مواردی هم که دادگاه امری را به «ارزیاب بی‌طرف» ارجاع می‌دهد، نیز بذل توجه به تخصص علمی و فنی ارزیاب ضرورت دارد. پس طبیعی است که انتخاب ارزیاب بی‌طرف که توانایی ارزیابی بی‌طرفانه دارد و متخصص در موضوع مطروحه و مناسب برای آن کار است، امری بسیار حیاتی باشد. ارزیاب بی‌طرف باید با توافق و تراضی طرفین یا نمایندگان آنها انتخاب شود و شخصی باشد که طرفین به توانایی، بی‌طرفی و صداقت رفتار او اطمینان دارند.^۲

نویسندگان حقوقی به‌طور عموم بر این باورند که ارزیاب بی‌طرف هم باید همان خصلت و ویژگی‌های داور اختصاصی مناسب طرفین را داشته و در همان راستا باشد.^۳ او با درک موضوع باید بتواند به‌صورت علمی، منصفانه و بی‌طرفانه موضوع را تجزیه و تحلیل مناسب علمی حقوقی کند و ارزیابی خود را انجام دهد؛ به‌نحوی که هر شخص متعارف عادی هم‌سنگ او هم همین برداشت را از موضوع می‌داشته و همین‌گونه ارزیابی می‌کرده است. در مواقعی که اشخاص با زبان‌های مختلف در ارزیابی بی‌طرفانه شرکت دارند، می‌توان از مترجم استفاده کرد؛ اما این موضوع مانند مواردی نیست که ارزیاب بی‌طرف شخصاً تسلط بر زبان‌های مورد نیاز دارد و خود مستقیماً موضوع دعوا و مسائل آن را ارزیابی می‌کند.

۲.۲. ویژگی‌های ارزیاب بی‌طرف

ارزیاب قضایی باید قبل از هر چیز بی‌طرف باشد. بی‌طرفی لازم است، اما کافی نیست. تأکید بر این نکته ضرورت دارد که ارزیاب بی‌طرف باید عالم و آگاه به مسائل قضایی و علم و فن حقوق و موضوعات مطروحه بوده، در آن متخصص و صاحب‌نظر باشد.^۴ از آن بالاتر، ارزیاب بی‌طرف باید در دعوا به‌صورت قاطع اظهارنظر کند.^۵ اما و اگر و چون و چرا و شاید و باید در این‌گونه ارزیابی‌های بی‌طرفانه جایی ندارد. رعایت حساب احتمالات و اموری از این‌گونه از خصلت‌ها و ویژگی‌های میانجی‌گری است که با حساب احتمالات سروکار دارد. اینکه ممکن است در حالات مختلف چنین و چنان شود، طرفین را در میانجی‌گری راضی می‌کند تا در پرونده خود کمتر ریسک کنند و مصالحه را بپذیرند.

ارزیاب بی‌طرف در زمان ارزیابی قضایی، علمی و فنی بی‌طرفانه خود باید به‌دقت دعاوی را استماع کند و پاسخ‌های طرف مقابل را بشنود. باوجوداین، او صرف‌نظر از مواضع طرفین و مطالبات آنها، باید موضع قانون را بیان کند؛ به‌نحوی که اگر پرونده به دیوان داوری یا مراجع قضایی ارجاع شود، رأی داور یا حکم قاضی، به احتمال بسیار قوی و با کمترین شبهه، مطابق با نظر ارزیابی بی‌طرفانه وی باشد. اشراف به قانون، موقعیت، موضوع پرونده، رویه‌های قضایی، زمان و مکان که طرفین و ارزیاب در آن قرار دارند، مطالبی‌اند که ارزیاب بی‌طرف نمی‌تواند با سادگی از آنها عدول کند یا از کنار آنها بگذرد.

¹ United States district court northern district of California, May 2018, edition alternative dispute resolution procedures handbook, p 6.

² Brazil, Op. Cit., P 46.

³ Ibid, P 12.

⁴ Ibid, P 46.

⁵ Ness, Op. Cit., P 10.

تا آنجا که به بی طرفی ارزیابی قضایی مذکور مطرح می‌شود، وی باید تعهدات و ارتباطات گذشته خود را با طرفین و وکلای آنها افشا کند؛ اعلام عدم منافع و عدم تضاد منافع کافی نیست. ارزیاب باید کاملاً مستقل و بی طرف باشد. تمام روابط مالی و حقوقی و تعهداتی که ارزیاب بی طرف با یک یا دو طرف داشته یا دارد، باید افشا شود. اما ضرورتاً آن خدمات یا روابط دلیل قطعی رد صلاحیت شخص ارزیاب بی طرف نخواهد بود.^۱ چه بسا یک ارزیاب، که به هر دو طرف خدماتی می‌دهد و حقوق و تعهداتی نسبت به هر دو طرف دارد، به عنوان فرد مستقل و بی طرف که طرفین به توانایی ادراری و تحلیلی وی ایمان راسخ دارند، پذیرفته شود. به احتمال قوی او می‌تواند بهتر از دیگران ثمره دعوا را بی طرفانه ارزیابی و پیش‌بینی کند.

ممکن است در یک پرونده به جای دو طرف، اطراف مختلفی وجود داشته که ذی‌نفع باشند. ارزیاب بی طرف باید منافع آنها و حقوق و تکالیفی را که در این رابطه دارند، نیز مد نظر قرار دهد و حداقل، طرفینی را که برای ارزیابی قضایی بی طرفانه به وی مراجعه کرده‌اند در این راستا ارشاد کند. گاهی همه طرف‌ها برای ارزیابی قضایی بی طرفانه ثمره دعوا مراجعه می‌کنند که تکلیف ارزیاب بی طرف به وضوح روشن است؛ یعنی او باید منافع قانونی همه آنها را در ارزیابی بی طرفانه مد نظر قرار دهد. این امر می‌تواند در روابط آتی در ارزیابی طلب و بدهی‌های سایرین نیز مؤثر واقع شود. بنابراین، با رعایت این امور، همه افراد دست‌اندرکار و درگیر با احتمال بیشتری به ارزیابی قضایی بی طرفانه ثمره دعوا تن می‌دهند.

عنوان شد که ارزیاب بی طرف باید بهترین استدلال‌ها با بیان حقایق را انجام دهد تا حقوق افراد غایب نیز مورد توجه قرار گیرد. هرچند این امر مشکل است، ارزیاب بی طرف باید در این اثنا نیز به واقعیت‌های مربوطه توجه کند و جوانب امر را بسنجد و ارزیابی دقیق و مفیدی انجام دهد. برای مثال، در حقوق ساخت‌وساز عمومی، برخی از تکالیف صرف‌نظر از مالک قبلی کارگاه، به عهده خود مالکان فعلی کارگاه قرار می‌گیرد که نمی‌توان آن را نادیده گرفت. بنابراین، ارزیاب بی طرف نمی‌تواند تمام حقوق پیمانکار را مشخص کند و جمع آنها را اعلام کند، بدون اینکه به کسانی که در پروژه کار کرده‌اند یا از پیمانکار طلبکارند، توجهی کند. همچنین او نمی‌تواند حقوق عمومی و مالیات‌ها را نادیده بگیرد یا سهم محیط زیست یا شهرداری را ملحوظ نظر قرار ندهد.

۳. انواع ارزیابی‌های بی طرفانه

همان‌گونه که از گفته‌های قبلی به دست می‌آید، ممکن است برای ارزیابی قضایی بی طرفانه دو طرف مراجعه‌کننده یا حتی اشخاص مختلف که اطراف یک یا چند دعوا حقوقی هستند و پرونده واحدی دارند، به ارزیاب بی طرف برای ارزیابی قضایی بی طرفانه ثمره دعوا مراجعه کنند. از این‌رو، بررسی شکل‌های مختلف ارزیابی مفید فایده به نظر می‌رسد.

۳.۱. ارزیابی بی طرفانه به درخواست یک طرف و یا طرفین

رد پای از اخذ نظر وکلا قبل از طرح دعوی حقوقی در کامن‌لو دیده می‌شود. در ایران چنین مطلبی طرح نشده است. اما در بین وکلای ایران نیز مرسوم است وفق مقررات، در بدو ورود و قبل از اینکه وکالتی از موکل پذیرفته شود، درصد احتمال موفقیت به موکل گوشزد می‌شود. اگر موکلی بداند که درصد احتمال موفقیت وی در دادگاه یا داوری بسیار ناچیز است، وارد دعوا نمی‌شود یا با طرف مصالحه می‌کند و در برخی موارد نیز از حقوق خود گذشت خواهد کرد. علاوه بر این، ارزیابی بی طرفانه به وکلا در شرایطی که در متقاعد کردن موکلان در مورد واقعیت و ضعف پرونده خود با مشکل روبرو

^۱. Ibid.

هستند، نیز کمک می‌کند.^۱ در مواردی که دو طرف یا چند طرف در فرایند ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا شرکت می‌کنند، همگی در ثمره دعوا ذی‌نفع‌اند. باین‌حال، یک طرف دعوا برای ارزیابی پرونده خود، بدون حضور یا مراجعه دیگری، بی‌نیاز از ارزیابی قضایی بی‌طرفانه ثمره دعوا نیست.

انسان‌های آینده‌نگر و تجار باتجربه قبل از اینکه وارد دعوایی شوند، همه جوانب و هزینه‌های آن را در نظر می‌گیرند و بررسی می‌کنند و فراتر از همه آنها به ارزیاب بی‌طرف متوسل می‌شوند تا با ارزیابی قضایی بی‌طرفانه خود ثمره دعوا را پیش‌بینی کنند. آنها پس از این پیش‌بینی، مبادرت به طرح دعوا یا از تعقیب آن اجتناب می‌کنند. این نوع برخورد با هزینه و سود هماهنگی بیشتری دارد و شبیه پیشگیری‌ای است که در محل دیگری راجع به آن به تفصیل نوشته شده است.

هرگاه یک طرف اختلاف، از طریق وکیل و مشاوران حقوقی خود به این نوع ارزیابی‌ها مبادرت می‌ورزد، درواقع تمایل دارد چشم‌انداز موقعیت و موفقیت خود را برآورد کند که آیا تخصیص منابع مالی به پرونده مطروحه اقتصادی است یا پول پاک صرف پول کثیف کردن به شمار می‌آید. هرچند یک طرف این ارزیابی را انجام می‌دهد و ممکن است آن را با طرف مقابل خود به اشتراک گذارد، این امر مانند موردی نیست که هر دو طرف به ارزیاب بی‌طرف مراجعه می‌کنند یا لاقلاً به اندازه آن اثر ندارد. هرگاه هر دو یا چند طرف در فرایند ارزیابی شرکت کنند، به‌طور طبیعی نادیده گرفتن ارزیابی مذکور نامطلوب و گاهی دشوار جلوه می‌کند.

۳.۲. ارزیابی بی‌طرفانه به درخواست دادگاه

در برخی موارد به موجب قانون برخی کشورها، امکان دارد دادگاه پرونده را به درخواست طرفین یا به موجب قانون به ارزیاب بی‌طرف ارجاع دهد. طرفین، دادگاه‌ها، سازمان‌های ارزیابی بی‌طرفانه و حتی سازمان‌های دولتی ممکن است این‌گونه ارجاعات را داشته باشند.

نخستین ارجاع اجباری پرونده از دادگاه به ارزیابی بی‌طرفانه مربوط به پرونده لومکس علیه لومکس^۲ است. دادگاه با استناد به بند ۱ ماده ۳ قانون CPR انگلستان که مدیریت پرونده را از اختیارات دادگاه می‌داند، این پرونده را که مربوط به یک دعوای مالی خانوادگی بود، به ارزیابی بی‌طرفانه ارجاع داد. در پرونده هالسی علیه میلتن^۳ دادگاه این‌گونه استدلال کرده بود که نمی‌توان طرفین را از حق دادرسی در دادگاه محروم کرد و طرفین را به روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلاف ارجاع داد. همین رأی تا مدت‌ها مانع ارجاع پرونده توسط دادگاه به روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلاف بوده است.^۴

از این دیدگاه هم ارزیابی بی‌طرفانه به انواع و اقسام مختلف تقسیم می‌شود که تبیین آنها، به‌ویژه برای برنامه‌ریزی در تسریع در رسیدگی و جلوگیری از اطاله پرونده‌ها، نگارش کتاب و مقاله دیگری را می‌طلبد.^۵

^۱ Peckham et al. "Early Neutral Evaluation: An Experiment to Expedite Dispute Resolution", Op. Cit., P 176.

^۲ Lomax v Lomax [2019] EWCA Civ. 1467.

^۳ Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ. 576.

^۴ <https://mjdarcy.co.uk/the-case-for-judicial-early-neutral-evaluation/>

^۵ For further studies see:

- Baker, William J. "Mandating Early Neutral Evaluations: Efficient or Excessive?" *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 22, Issue 2, 2022, PP 581-607.
- Ahmed, Masood and Fatma Arslan. "Compelling Parties to Judicial Early Neutral Evaluation but a Missed Opportunity for Mediation", *Civil Justice Quarterly*, University of Leicester: Sweet and Maxwell, 2019. [Lomax v Lomax]

۳.۳. تبلور انواع مختلف ارزیابی اولیه بی طرفانه

نسبت به اینکه ارزیابی بی طرفانه چگونه در جامعه حقوقی مطرح شود، نموده‌های مختلف دارد و بالطبع انواع آن نیز متفاوت خواهد بود.

انواع مختلف ارزیابی قضایی بی طرفانه ثمره دعوا، اعم از اینکه توسط یک طرف، دو طرف و چند طرف^۱ به ارزیابی بی طرفانه ارجاع شده باشد (یا حتی توسط دادگاه با توجه به مقررات قانونی آنها ارجاع شده باشد)، ممکن است به شکل‌های زیر متبلور شوند و ظهور پیدا کنند که برای اختصار صرفاً به عناوین آنها اشاره می‌شود:

- داوری آزمایشی، این داوری در واقع یک ارزیابی قضایی بی طرفانه است که طرفین دعوا بدون اینکه به نتیجه داوری پایبند باشند، آن را برگزار می‌کنند تا موقعیت حقوقی خود را ارزیابی نمایند.

- پرسش و پاسخ به استدلال‌های احتمالی طرف یا طرف‌های مقابل و ثمره‌یابی دعوا هر کدام از آنها، در این روش ارزیابی با حساب احتمالات صورت می‌پذیرد.

ارزیابی بعضی از وکلا یا قضات بازنشسته برای پیش‌بینی احتمالی نظرات هیئت منصفه در مواردی که هیئت منصفه در مقصر دانستن شخص یا اشخاص مؤثر واقع می‌شوند.

- ارزیابی بی طرفانه کارشناس‌های فنی دیگر که مؤثر در نظر حقوقی ارزیابی بی طرفانه می‌باشند.

- ارزیابی بی طرفانه ادعاهایی که ممکن است در اثنای رسیدگی در دادگاه بدوی، تجدیدنظر یا استیناف و فرجام‌خواهی مرجع قضایی یا حتی در داوری مطرح شوند.^۲

- ارزیابی بی طرفانه‌ای که ممکن است در روند یک دادگاه آزمایشی با قضات واقعی صورت پذیرد.

تبلور تمامی موارد فوق در ارزیابی‌های بی طرفانه متصور است؛ اما آنچه مهم است، آگاه شدن طرفین به این مطلب است که اگر به دادگاه یا داوری مراجعه شود، ثمره دعوا چه خواهد بود.

۴. نکات کلیدی مطرح در ارزیابی بی طرفانه

تاکنون به عوامل مختلفی از جمله رعایت قوانین و مقررات حاکم، توجه به عوامل دخیل در حق، ملاحظه اسناد و مدارک و ضمایم و استماع شهادت شهود و عنداللزوم اخذ نظر کارشناس برای اقناع وجدانی شخص ارزیاب بی طرف اشاره شد. اکنون لازم است سایر عواملی که در ارزیابی بی طرفانه به نحوی از انحا مطرح‌اند، بر شمرده و مختصراً تبیین شوند.

قبل از هر چیز، تأکید بر این نکته ضروری است که ارزیاب بی طرف هم مثل دادرس دادگاه یا داور در دیوان‌های داوری براساس قانون حاکم، نظر خود را اعلام می‌کند. بنابراین، مهم‌ترین نکته رعایت قانون حاکم بر روابط طرفین است که تعیین‌کننده حقوق و تکالیف آنهاست. ارزیاب بی طرف هم مانند سایر رسیدگی‌کنندگان به پرونده‌ها نمی‌تواند در خلأ تصمیم بگیرد، بلکه ملزم به ملاحظه و اعلام نظر قانون حاکم است.

حجم خواسته و مقادیر اموال مطرح‌شده در پرونده‌ها امر دیگری است که ارزیاب نمی‌تواند از آن غافل شود. در پرونده‌ها با مبالغ کوچک ارزیاب بی طرف، با توجه به قانون حاکم قابل اجرا، حقایق ساده را بیان می‌کند و ثمره دعوا را مختصراً در نظریه ارزیابی بی طرفانه خود توضیح می‌دهد. اما در پرونده‌های با مبالغ کلان، در اکثر اختلافات، ارزیاب بی طرف به عمق قانون حاکم نفوذ کرده و از رسیدگی‌های ماده فراتر رفته و برای ارائه یک نظر ارزیابی بی طرفانه قوی، ضرورت طرح دعوا

^۱ ارجاع به ارزیابی بی طرفانه مطابق قواعد سنگاپور در ماده ۲ این مقررات مورد اشاره قرار گرفته است.

^۲ Lavi, Dafna, "Towards a New Paradigm for Understanding Early Neutral Evaluation (ENE) and its Adoption by the Israeli Legal System", *Hebrew Conflict Resolution eJournal*, June 25, 2015, p 421

در جلسه‌ی مقدماتی و جلسه‌ی رسیدگی و جلسات استماع شهادت شهود و جلسات پاسخ به ادعای طرف مقابل را ایجاد می‌کند که تمام این موارد باید تنظیم و تدوین و با سرعت هرچه تمام‌تر انجام و در ارزیابی بی‌طرفانه منظور و نگارش شود.

نکته‌ی دیگر محدودیت اختیارات ارزیابی بی‌طرف است به آنچه به وی ارجاع شده است. گاهی فقط یک یا چند موضوع خاص است که محل اختلاف طرفین بوده و از عوامل عمده در عدم توافق طرفین شمارش می‌رود. هر ارزیابی بی‌طرف باید صرفاً خود را به همان موضوعات ارجاعی محدود کند. البته ارزیابی بی‌طرف ممکن است از نظر کارشناسان خبره بهره‌برد. اقدام به محدود کردن موضوع ارزیابی، صرفه‌جویی در وقت و هزینه است. باوجود این، نباید ارزیابی را از کل پروژه و عوامل دخیل در آن بی‌اطلاع گذاشت، زیرا بی‌اطلاعی ارزیابی بی‌طرف از جوانب دیگر امر ممکن است در ارزیابی او اثر منفی بگذارد. به همین دلیل هم هست که اکثر ارزیابی‌های بی‌طرفانه فراتر از ارائه اسناد و مدارک و خلاصه‌های مکتوب و کوتاه می‌رود و رسیدگی همه‌جانبه و تشکیل جلسات متعدد همراه با کارشناسی و یا استماع شهادت شهود را می‌طلبد. این است که گاهی گفته می‌شود ارزیابی نباید به خلاصه‌هایی که وکیل یکی از طرفین در اختیار وی قرار می‌دهد، اکتفا کند و بی‌توجه به سایر عوامل مؤثر در پرونده، نقشه‌ها، مشخصات، پیوست‌ها و نمودارها تصمیم بگیرد. ارزیابی بی‌طرف برای رفع این مشکل، باید مطالب و نظریات و تحلیل‌های حقوقی وکیل مقابل را نیز استماع کند تا در نظر ارزیابی خود به راه خطا نرود.

اینجا باید به ماهیت غیرقابل الزام‌آور بودن ارزیابی بی‌طرفانه ثمره‌ی دعوا هم توجه کرد. هرچند ارزیابی انجام‌شده الزام‌آور نیست،^۱ در تصمیم‌گیری طرفین برای صلح و سازش مؤثر خواهد بود.

عنوان شده است که ارزیابی بی‌طرفانه بدو به صورت شفاهی و سپس در نهایت به صورت یک سند مکتوب جلوه می‌کند که می‌تواند موجز یا مفصل باشد. نوشتن ارزیابی بی‌طرفانه ثمره‌ی دعوا به این علت است که باعث کاهش سوء تفاهم‌های نادرست گردد. ارزیابی بی‌طرفانه برای مدیران شرکت‌ها یا مسئولان امور مالی آنها ارسال می‌شود. چنانچه ارزیابی بی‌طرفانه مکتوب و دقیق نباشد، ممکن است با سوء تفاهمی که از آن حاصل می‌شود، مانع از توافق طرفین در حل و فصل اختلافات گردد.

باید توجه داشت که چنانچه طرفین به توافق نرسند، ارائه‌ی ارزیابی بی‌طرفانه به مرجع بعدی، اعم از دیوان دوری یا مراجع قضایی، جایز نیست^۲ و این نکته معمولاً در موافقت‌نامه ارزیابی بی‌طرفانه درج می‌شود. ارزیابان نیز اجازه ندارند محتوای جلسه‌ی ارزیابی را در اختیار دیگری گذاشته یا با دادگاه به اشتراک بگذارند یا نظر ماهیتی یا رویه‌ای ارائه کنند.^۳ همچنین ارزیاب موظف به رعایت محرمانگی طی فرایند ارزیابی و بعد از آن است.^۴

در بسیاری از موارد، ارزیابی بی‌طرفانه می‌تواند با توافق طرفین، برای مصالحه و تسویه حساب سایر اشخاص ذی‌نفع، مورد استفاده قرار گیرد. اگر درخواست‌کننده ارزیابی بی‌طرفانه فقط یک طرف باشد، ارائه‌ی آن بدون اطلاع دیگران مانعی ندارد. هرگاه دو یا چند طرف درخواست‌کننده برای ارزیابی بی‌طرفانه باشند، طبعاً این ارزیابی در حقوق طرفین مؤثر است و ارائه‌ی آن فقط با توافق همگی آنها امکان دارد، هرچند ممکن است ثالث‌هایی به آن اعتراض داشته باشند.

¹. Brazil, Op. Cit, P 11.

². Ashmus, Keith A., "Early Neutral Evaluation", *Ohio Law*, 6, 1992, PP 16- 17.

³. Sher, Malcolm. "Neutral Evaluation - An effective ADR Process", 2016. Available at: <https://mediate.com/neutral-evaluation-an-effective-adr-process/>

⁴. Ibid, See also: Brazil, Op. Cit., P 12.

حق الزحمه ارزیابی بی‌طرف و هزینه‌های مربوط، معمولاً به صورت مساوی به عهده طرفین است و اگر یک طرف تقاضا کرده باشد، فقط به عهده اوست و اگر چند طرف تقاضا کرده باشند، به نسبت به عهده تمامی آنها خواهد بود.

۵. نحوه رسیدگی در ارزیابی‌های بی‌طرفانه

در پرونده‌های مرتبط با پروژه‌های کلان، معمولاً جلسه مقدماتی، جلسه رسیدگی به ادعاهای خواهان اصلی و خواهان متقابل و جلسه پاسخگویی به ادعاهای مطروح تشکیل می‌شود. طرفین در جلسه مقدماتی راجع به قرارنامه ارزیابی بی‌طرفانه تصمیم می‌گیرند و در جلسات دیگر با تخصیص مدت مساوی به طرح و ارائه دعوا و دفاع می‌پردازند. به هر طرف دعوا، وقت مناسب متعارف داده می‌شود که ادعاها و پاسخ‌های خود را مطرح کنند. ممکن است جلسه برای پاسخگویی به سؤالات ارزیابی بی‌طرف نیز تشکیل شود.

در رسیدگی‌ها رعایت نکاتی چند لازم است. در زمان ارائه یک طرف، طرف دیگر نباید ورود، و اعتراض کند یا پاسخ دهد. ارزیابی بی‌طرف می‌تواند پرسش‌هایی را مطرح کند و پاسخ دریافت دارد، ولی این مدت جزء زمان ارائه یا دفاع طرف که ارزیابی بی‌طرف سخنش را قطع کرده است، به حساب نمی‌آید. تمامی طرف‌ها حق حضور در جلسات رسیدگی را دارند و هیچ جلسه خصوصی تشکیل نمی‌شود. هریک از طرفین می‌توانند در وقت اختصاصی خود، به هر طریقه‌ای که بخواهند از وقت خود استفاده کنند؛ به واقعیات و به ارائه مطالب توسط افراد دست‌اندرکار بپردازند یا زمان تخصیصی به خود را به تشریح مسائل حقوقی سپری کنند. اگر یک طرف وقت خود را اختصاص به استماع سخنان شهود داد و دیگری به تجزیه و تحلیل حقوقی پرونده پرداخت، اعتراض به رویه انتخابی آنها جایز نیست.

در مواقعی که ترجمه لازم است، وقت اختصاص داده شده برای ترجمه، جزء وقت هریک از طرفین که از مترجم استفاده می‌کنند، محسوب نمی‌شود. هرکدام از طرفین می‌توانند از فیلم، ویدیو- پاورپوینت و وسائل علمی در تبیین مسائل برای ارزیابی بی‌طرف استفاده کنند. این مطالب هم باید در مورد طرح ادعا و دفاع و هم در مورد پاسخ به ادعاها و دفاعیات طرف دیگر رعایت شود. استفاده از کارشناسان و مشاوران و وکلا منع قانونی ندارد،^۱ بلکه به شدت توصیه می‌شود؛ چون ممکن است طرفین شخصاً نتوانند نکات حقوقی پرونده خود را به زبان حقوقی و ساده برای ارزیابی بیان کنند.^۲

برای سرعت در ارزیابی بی‌طرفانه این جلسات باید در اولین فرصت و در عرض یکی دو روز تشکیل شوند که می‌تواند به صورت حضوری یا آنلاین یا به صورت نیمه‌آنلاین یا صرفاً ویدئویی باشد. امکان دارد جلسات در اندک زمانی تجدید شوند یا مدت آنها با توافق طرفین تمدید شود.^۳

همه اقدامات فوق باید به نحوی باشد که هر دو طرف قانع شوند که فرصت لازم و عادلانه برای ارائه ادعاها و طرح دعوا یا دفاع و پاسخ به آنها را در اختیار داشته‌اند. گاهی طرفین توافق می‌کنند که در مورد تعداد صفحات تقدیمی به ارزیابی بی‌طرف یا زمان ارائه یا زمان مبادله لوایح محدودیت ایجاد کنند؛ اما نباید احساس کنند که این امر نسبت به آنان غیرمنصفانه بوده است. طرفین باید قانع شوند که هیچ نکته مهمی را برای اطلاع ارزیابی بی‌طرف ناگفته باقی نگذارده و از وقت کافی برای ارائه مطالب مشروح و مستندات فراوان بهره برده‌اند. اگر پرونده پیچیده و دارای مطالب زیاد و مستندات فراوان باشد، طرفین می‌توانند با ارزیابی بی‌طرف هماهنگی نمایند که یک فرایند ارزیابی بسیار دقیق از تبادل لوایح و

^۱ Levine, "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", Op. Cit., PP 236 -237.

^۲ Zakiyy, Norman and Kamal H. Hassan. "Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia", Journal of Politics and Law, Volume 7, Issue 4, 2014, p12.

^۳ Ibid.

تشکیل جلسات و ارائه‌ها و طرح دعاوی و دفاعیات طراحی شود تا زودتر به نتیجه برسند و هزینه کمتری هم متحمل شوند. هرچه ارزیابی با زمان اندک و هزینه کمتر رخ دهد، برای طرفین مناسب‌تر خواهد بود.^۱

از آنجا که ارزیابی بی‌طرفانه در تصمیم طرفین برای صلح و سازش از اهمیت بالایی برخوردار است، باید درمورد طرح ادعا، دفاع، زمان دفاع، مدت دفاع، تبادل لوایح و حتی محدودیت یا عدم محدودیت تعداد صفحات لوایح دفاعی توافق شود. از همه مهم‌تر اینکه افراد باصلاحیت برای تصمیمات لازم از طرف خواهان یا خوانده (اصلی یا متقابل) در جلسات تصمیم‌گیری حضور داشته باشند تا در مواردی که به امور مالی یا مدیریتی مربوط می‌شود، بتوانند با سرعت بیشتری نسبت به عمل به «نظر ارزیابی بی‌طرفانه» یا نادیده گرفتن و بی‌توجهی به آن، اتخاذ تصمیم نمایند؛ هرچه ارزیابی‌ها یا یافته‌های ارزیابان با واقعیات خارجی هماهنگ باشند، یا مقدار استحقاق یک طرف یا طرفین یا طرف‌ها روشن تر باشد، سهولت بیشتری در پذیرش یا رد ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعا حاصل می‌شود.^۲

۶. اعلام نظر کتبی و شفاهی ارزیاب بی‌طرف

بعد از اینکه طرفین در جلسه مقدماتی و در جلسات رسیدگی که در ظرف مدت کوتاهی برگزار شده، مطالب را برای ارزیاب بی‌طرف توضیح دادند، ارزیاب با ملاحظه اسناد و استماع شهادت شهود و دیدن پاورپوینت‌ها فیلم‌های مربوطه و احتمالاً بازدید از سایت کار یا پروژه یا تولید، نظر شفاهی خود را به طرفین اعلام می‌دارد. تا زمانی که ارزیابی آماده نشده باشد، هیچ ارتباطی با ارزیاب بی‌طرف مجاز نیست.^۳

این نظر باید وفق قانون حاکم بوده و تمام جنبه‌های حقوقی در آن منظور شده باشد. در صورت عدم توافق خلاف، اعلام عقیده شفاهی ارزیاب حقوقی، برای طرفین الزام‌آور نیست، ولی معمولاً این اعلام براساس حقایق عینی و مستقل و بی‌طرفانه و با تجزیه و تحلیل دلایل و مستندات ارائه‌شده در زمان ارزیابی صورت می‌پذیرد. هدف از بیان شفاهی نظر ارزیاب بی‌طرف این است که یک پایه و مبنای عینی برای مذاکرات آتی به طرفین بدهد. در این نظر شفاهی، ارزیاب بی‌طرف می‌تواند طرفین را ارشاد کند که چگونه آنان می‌توانند دعاوی خود را حل‌وفصل کنند. یعنی او در این رابطه، ایده‌هایی به طرفین می‌دهد که چگونه می‌توانند با مذاکره به صلح و سازش برسند. در این نظر شفاهی ارزیابی، نکات حقوقی نیز تشریح می‌شود؛ به‌نحوی که طرفین در موقعیتی قرار بگیرند که ریسک‌های مرتبط با نظر نهایی را برآورد کنند. این برآورد ریسک به طرفین یک مبنای واقعی می‌دهد که چگونه مذاکرات خود را، برای حصول به یک نتیجه مطلوب، ادامه دهند. در این خصوص، پس از دادن نظرهای شفاهی، ارزیاب بی‌طرف ترتیب جلسه نهایی تشکیل می‌دهد تا مطالب نوشته‌شده توسط ارزیاب بی‌طرف، به‌صورت رودررو یا از طریق فضای مجازی صوتی یا تصویری ظرف چند روز محدود، و دیدگاه‌های حل‌وفصل مختلف دیگر هم بررسی شود و احتمالاً ترتیب جلسه استماع دیگری نیز داده شود.

چنانچه طرفین به توافق رسیدند که دعاوی خود را براساس نظر ارزیاب بی‌طرف حل‌وفصل کنند، ارزیاب بی‌طرف باید دقت کند که آن نظر را در قالب حقوقی که مقبول قانون حاکم بر دعا است قرار دهد تا مشکلی در آینده ایجاد نشود. پس از این اقدام، ارزیاب بی‌طرف مبادرت به نگارش نهایی ارزیابی بی‌طرفانه خود می‌کند.

اگر طرفین به توافق نرسیدند، ارزیاب بی‌طرف باید تمام اسناد تحصیل‌شده را تا مدت زمان قانونی مرور زمان آن دعاوی

^۱ Ibid.

^۲ Anderson, Op. Cit.

^۳ Brazil, Wayne D. "The Merits of Early Neutral Evaluation", 2012. Available at: <https://www.jamsadr.com/blog/2012/the-merits-of-early-neutral-evaluation>

محفوظ نگه دارد تا در صورت نیاز و مطابق قانون و مقررات یا قواعد حاکم برای حل‌وفصل اختلاف طرفین در شیوه‌های دیگر جایگزین استفاده شود. در صورت تمایل بر امحای مطالب تحصیل‌شده اسناد قبل از مضي مدت قانونی و اعلام عدم نیاز صاحبان کپی‌های اسناد، امکان امحای آنها توسط ارزیاب وجود دارد.^۱ هرگاه لازم باشد که گزارشی به دادگاه ارائه شود، فقط وقوع این ارزیابی توسط ارزیاب بی‌طرف به دادگاه منعکس می‌شود؛ ولی جزئیات و مطالب مربوط به ارزیابی به دادگاه داده نخواهد شد، مگر اینکه طرفین نسبت به این اقدام اعلام رضایت کرده باشند.

اگر طرفین به توافق نرسیدند، باز هم یک‌طرف می‌تواند از ارزیاب بی‌طرف استدعا کند تا عقیده خود را همراه با حقایق پرونده و موضوعات حقوقی مطروحه در آن به صورت مکتوب نگارش کند. گزارش ارزیاب فقط محدود به خلاصه‌ای از جریان رسیدگی یا واقعیات پرونده و موضوعات حقوقی خواهد بود که در جلسات مطرح شده و در زمان ارزیابی در اختیار وی بوده است.

۷. سامان‌دهی ارزیابی بی‌طرفانه ثمره‌دعا با سایر روش‌های جایگزین

امکان دارد ارزیابی بی‌طرفانه مستقیماً در فرایند یک میانجی‌گری جای داده شود. به این امر «میانجی-ارزیابی»^۲ گفته می‌شود.^۳ یعنی هرگاه میانجی‌گری به بن‌بست برسد و تلاش میانجی برای صلح و سازش بین طرفین به ثمر نرسد، به میانجی یا به ثالث دیگری اجازه داده شود که به ارزیابی قضایی بی‌طرفانه ثمره‌دعا پرداخته و به طرفین هشدار دهد که در صورت عدم توافق، ثمره احتمالی دعا مانند نظر ارزیاب بی‌طرف خواهد بود. بعد از این دیگر میانجی در نقش ارزیاب بی‌طرف وارد می‌شود،^۴ شهادت شهود را استماع می‌کند، اسناد و مدارک را مطالعه و تجزیه و تحلیل کرده، به سایر امور می‌پردازد که هر ارزیاب بی‌طرف در ارزیابی خود به آن متوسل می‌شود.

گاهی ارزیابی که هیئت منصفه در آن دخالت دارند، به صورت هیئت سه‌نفره ارزیابی‌های بی‌طرف برگزار و انجام می‌شود. روش «میانجی-ارزیابی» هم مثل «میانجی-داوری» است. بعد از آنکه میانجی در میانجی‌گری خود برای صلح و سازش طرفین موفقیتی حاصل نکرد، او به درخواست فعلی یا قبلی طرفین در نقش یک ارزیاب بی‌طرف ظاهر شده و ارزیابی بی‌طرفانه قضایی و علمی-فنی خود را نسبت به موضوع مربوط انجام خواهد داد.^۵

۸. مشکلات ناشی از ارزیابی بی‌طرفانه اولیه ثمره‌دعا

انتقادات کمی نسبت به روش ارزیابی بی‌طرفانه وجود دارد و بیشتر انتقادات همان است که به روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات وارد شده است. برخی از منتقدان روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات را «عدالت مخفی برای

^۱ ماده ۱۰ بند ۶ قواعد ارزیابی بی‌طرفانه سنگاپور.

^۲ Mediation-Evaluation: a process developed by Ken Gibbs a JAMS mediator in Los Angeles (Ness, Andrew D., "Neutral Evaluation: Another Tool in the ADR Toolbox", P 10).

^۳ Ibid.

^۴ یکی از مشکلات ارزیابی بی‌طرفانه توسط میانجی‌گر این است که میانجی‌گر ممکن است اطلاعات محرمانه‌ای را از یک یا هر دو طرف به دست آورده باشد که این اطلاعات عموماً در جلسه دادرسی (محاکم/داوری یا ارزیابی) به اشتراک گذاشته نمی‌شوند. این امر ممکن است به نفع یا به ضرر یک طرف باشد؛ زیرا ارزیاب نمی‌تواند اطلاعات مؤثری را که قبلاً به عنوان میانجی به دست آورده است، نادیده بگیرد.

^۵ Brazil, Wayne D., "Early Neutral Evaluation or Mediation-When Might ENE Delivery More Value." *Dispute Resolution Magazine*. Vol. 14, 2007, p 10.

افراد معدود ممتاز^۱ نامیده‌اند. در ارزیابی بی‌طرفانه بدون اینکه محاکمه‌ای صورت پذیرد، با صرف هزینه و به‌صورت محرمانه^۲ رسیدگی انجام می‌شود و با تدابیر بعدی از پیامدهای رأی دادگاه یا داوری برای طرف ناقض حق جلوگیری می‌شود.

ممکن است وکلای یک طرف باتجربه‌تر باشند و فهم بهتری از قوانین و مستندات و حقایق ارائه‌شده در جلسه ارزیابی بی‌طرفانه به دست آورند که سبب ایجاد رویکرد جدیدی در پرونده می‌شود. ارزیاب ممکن است نظریه یا راه قانونی کلیدی برای تحقیق واقعی ارائه دهد که عمیقاً مسیر پرونده را تغییر می‌دهد. آیا این رفتار تغییردهنده نتیجه باید تشویق شود؟ یا اینکه ارزیاب باید از ارائه داوطلبانه نظریه‌های جدید و متفاوت، هرچقدر هم که قانع‌کننده باشد، خودداری کند؟ علی‌رغم آنچه مطرح شد، به‌طور کلی، مشکلات چندان عمده‌ای در ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا حادث نمی‌شود و عیب چندان در آن مشاهده نمی‌شود. گاهی ممکن است برآورد نیازها از طریق مراجعه به مراجع قضایی سریع‌تر باشد؛ در دسترس نبودن ارزیاب بی‌طرف هم مشکل‌ساز می‌شود یا تشکیل نشدن به‌موقع جلسات هم روند ارزیابی بی‌طرفانه را کندتر می‌کند. خوشبختانه، هیچ‌کدام از این سه مشکل ذاتی ارزیابی بی‌طرفانه نیستند.

اینجا پاسخ به برخی معایبی که به ارزیابی بی‌طرفانه نسبت داده شده است، خالی از وجه نیست: واقعیت این است که تعداد کمی از قضات می‌توانند زمان لازم را برای یک جلسه ارزیابی اختصاص دهند. علاوه بر این، حتی اگر می‌توانستند، باعث تردید در بی‌طرفی قاضی در رسیدگی‌های بعدی می‌شود. علی‌رغم اینکه استفاده از وکلا به‌جای قضات برای ارزیابی پرونده‌ها مورد انتقاد قرار گرفته است، اما استفاده از وکلایی که دارای تخصص موضوعی‌اند، به‌خوبی جواب داده است.

اگرچه ورود به ارزیابی بی‌طرفانه مستلزم صرف زمان، تلاش و هزینه است، همین امر سبب می‌شود تا طرفین خیلی زودتر از حد معمول به حقایق و محاسن پرونده خود اشراف پیدا کنند و همین امر سبب حل سریع و کارآمد پرونده‌ها می‌شود. دقیقاً به دلیل مداخله زودهنگام است که ارزیاب (و طرفین) می‌توانند ابزارهای کارآمدی برای ساده کردن دوره قضاوت ابداع کنند.

نتیجه‌گیری

روش ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا، روش قضایی، علمی و فنی است که دقیقاً پیش‌بینی می‌کند رأی دادگاه یا دیوان داوری براساس قانون حاکم بر پرونده چگونه خواهد بود تا طرفین براساس آن به رفع اختلاف خود مبادرت ورزند. هرچند، ارزیابی بی‌طرفانه الزام‌آور نیست و ممکن است با توافق قبلی یا بعدی طرفین الزام‌آور تلقی گردد، قدرت قانع‌کننده به اندازه کافی دارد که طرفین را به‌سوی سازش و مصالحه‌ای کارساز هدایت کند که هم کارایی قضایی داشته و هم با دکرترین هزینه - منفعت و کارآمدی اقتصادی و اجتماعی هماهنگی داشته باشد. هنگامی که یک‌طرف بر حق قانونی خود و حق طرف مقابل اشراف داشته باشد، تحمل هزینه‌های سنگین و دوندگی در دادگاه‌ها یا دیوان‌های داوری مغایر با اصل هزینه - منفعت است و توصیه نمی‌شود. روش ارزیابی بی‌طرفانه ثمره دعوا بسیار منعطف و کارساز است. این روش باعث صرفه‌جویی، مانع هزینه‌های گزاف و به‌ویژه مانع به‌هم خوردن روابط حسنه تجاری می‌شود که می‌تواند منافع زیادی برای طرفین به ارمغان آورد.

^۱ <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/judician-strategies-for-resolving-ip-cases-without-trial-early.html>. Last visited on June 2022.

^۲ Brazil, Op. Cit., P 13.

کاربرد ارزیابی بی طرفانه در پرونده‌ها و دعاوی مالکیت آفرینش‌های فکری که پیچیده است و نیاز به افراد متخصص مسلط به قواعد و مقررات داخلی و بین‌المللی دارد، بسیار محسوس‌تر است. ویژگی‌های خاص این مالکیت‌ها، به‌ویژه فرامرزی بودن آنها، درگیری صلاحیت نظام‌های حقوقی مختلف، فنی و پیچیدگی آنها، باعث می‌شود که ضرورت ارجاع به ارزیاب بی طرف، بیش از سایر موارد ملموس گردد.

همان‌گونه که ارجاع به ارزیابی بی طرفانه، اعم از اینکه توسط طرفین باشد یا دادگاه یا نهادهای مشابه، باعث تسریع در رسیدگی می‌شود، بار این‌گونه رسیدگی‌ها را از دوش دادگاه‌ها و بعضاً دیوان‌های داوری برمی‌دارد و موجب جلوگیری از اطاله دادرسی می‌شود. امید است در تحقیق دیگری اثر روش ارزیابی بی طرفانه در تحقق سرمایه‌های اجتماعی بررسی و به‌عنوان روش جایگزین حل و فصل اختلافات مرسوم به جامعه حقوقی و قوه قضائیه تقدیم شود.

References

Books

1. Brazil, Wayne D. *Early Neutral Evaluation*, USA: American Bar Association, 2012.
2. Peckham, Robert F. et al. *ADR and the Courts: A Manual for Judges and Lawyers*, Butterworth-Heinemann, 1987.

Articles

3. Ahmed, Masood and Fatma Arslan. "Compelling Parties to Judicial Early Neutral Evaluation but a Missed Opportunity for Mediation", *Civil Justice Quarterly*, University of Leicester: Sweet and Maxwell, 2019.
4. Anderson, Dorcas Q. "What Conciliation can Learn from Early Neutral Evaluation", Singapore Management University, 2017.
5. Ashmus, Keith A. "Early Neutral Evaluation", *Ohio Law*, 6, 1992.
6. Baker, William J. "Mandating Early Neutral Evaluations: Efficient or Excessive?" *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 22, Issue 2, 2022, PP 581-607.
7. Brazil, Wayne D. "Early Neutral Evaluation or Mediation-When Might ENE Delivery More Value", *Dispute Resolution Magazine*, Volume 14, 2007.
8. Brazil, Wayne D. "The Merits of Early Neutral Evaluation", 2012. Available at: <https://www.jamsadr.com/blog/2012/the-merits-of-early-neutral-evaluation>
9. Kumar, Mehak and Abhinav Gupta. "Early Neutral Evaluation: A Case for Incorporation as an Alternative Dispute Resolution Mechanism in India", *NUJS Journal on Dispute Resolution*, 2021.
10. Lavi, Dafna. "Towards a new Paradigm for understanding Early Neutral Evaluation (ENE) and its adoption by the Israeli Legal System", *Hebrew Conflict Resolution eJournal*, June 25, 2015.
11. Levine, David I. "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", 70 *Judicature* 236, 1987.
12. Levine, David I. "Early Neutral Evaluation: The Second Phase", *Journal of Dispute Resolution*, Issue 4, 1989.
13. Lucy V. Katz. "Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Heads of the Same Coin?", *Journal of Dispute Resolution*, Issue 1, 1993.
14. Ness, Andrew D. "Neutral Evaluation: Another Tool in the ADR Toolbox", *The Construction Lawyer*, Volume 40, Issue 4, 2020.
15. Peckham et al. "Early Neutral Evaluation: An Experiment to Expedite Dispute Resolution". In: *ADR and the Courts*, Butterworth-Heinemann, Volume 69, Issue 5, 1987, PP 165-182.
16. Sher, Malcolm. "Neutral Evaluation - An effective ADR Process", 2016. Available at: <https://mediate.com/neutral-evaluation-an-effective-adr-process/>

17. Thompson, Roderick and Michael Sacksteder. "Judicial Strategies to resolving Intellectual Property Cases without Trial: Early Neutral Evaluation", *The Journal of World Intellectual Property*, Volume 1, Issue 4, 1998, PP 643-655.
18. Zakiyy, Norman and Kamal H. Hassan. "Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia", *Journal of Politics and Law*, Volume 7, Issue 4, 2014.

Rules and Regulations

19. Administrative Appeal Tribunal, Australia: Neutral Evaluation Process Model.
20. London Maritime Arbitration Association Early Neutral Evaluation – Guidance Note.
21. Mediation-Evaluation: a process developed by Ken Gibbs a JAMS mediator in Los Angeles (Neutral Evaluation: another tool in the ADR toolbox).
22. New Vienna Mediation Rules, 2016 ('Draft NE Guidelines').
23. Rule 3.1 of the Civil Procedure Rules 1998 ("the CPR"), UK.
24. The Singapore Mediation Centre, Neutral Evaluation Rules, Version 2.
25. United States District Court (USDC) Northern California ADR Local Rules (session 5), Effective May 1, 2018.
26. United States district court northern district of California May 2018 edition, Alternative dispute resolution procedures handbook.
27. United States district court western district of Michigan, early neutral evaluation program description.

Cases

28. Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ. 576.
29. Lomax v Lomax [2019] EWCA Civ. 1467.

Websites

30. <http://www.statecourts.gov.sg>
31. <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/judicial-strategies-for-resolving-ip-cases-without-trial-early.html>. Last visited June 2022/
32. <https://mjdarcy.co.uk/the-case-for-judicial-early-neutral-evaluation/>

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Interaction of Iranian Criminal Policymakers with Bar Associations

Amir Hassan Niazpour¹

ABSTRACT

Crime is a phenomenon that has a long history in human life and has always been considered one of the most prominent public issues. Accordingly, a solution must be found in the public policy-making process. After all, public policy-making is a process within which actions and reactions related to public issues/challenges are identified in a targeted manner. The public policy-making process is based on a series of principles, of which the government's activism, the use of social institutions, and the knowledge-based nature of policies are of great importance. The principle of using social institutions is one of the most prominent of them. According to this principle, the government must, in addition to using the capacities and facilities of government institutions, also use the power of social institutions in the policy-making process. In the realm of Iranian criminal policy-making, several institutions, especially the Islamic Parliament of I.R.Iran, the judiciary, as well as the executive branch and the Expediency Council, have duties and powers in this regard. Nevertheless, in the criminal policy-making process, it is also necessary to pay attention to the principles of benefiting from social institutions and the knowledge-based nature of policies. The application of these principles by government criminal policy-makers provides the basis for using the capacity of several institutions, of which the Bar Associations are among the most prominent. In this institution, according to the aforementioned legal bill, law graduates, faculty members of law schools, judicial officers, and a number of other people with experience in the field of law can act. This policy, which is foreseen in Article 8 of the aforementioned bill, has given the Bar Associations a wide capacity to play a role in the criminal policy-making process. The interaction between bar associations and criminal policy makers in the field of crime prevention and criminal responses application manner is rooted in a number of fundamental rights. The formulation of a proper criminal policy is one of the most fundamental rights of individuals. Therefore, and in light of the aforementioned right, criminal policy makers must, through a systematic process, anticipate the most effective actions and responses to reduce the number of criminal behaviors. The procedural aspect of this right is reflected in the use of the capacities of government and social institutions, as well as the adoption of a knowledge-based approach. The aforementioned institution, which benefits from lawyers and uses their scientific capacities and expertise within the framework of several commissions such as the Codification and Law Commission or the Legal Affairs Commission, can in principle be effective in identifying public issues as well as the approaches of society and public opinion to the policies adopted. However, the existential aspect of this right concerns how to anticipate actions and responses to control the criminal phenomenon. In this context, criminal policy makers should use the capacity of social institutions to systematically examine crime and identify appropriate methods to reduce it. Among these, the Bar Associations are among the most important institutions that can

How to Cite: Niazpour, Amir Hassan, "The Interaction of Iranian Criminal Policymakers with Bar Associations", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:117-136.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234599.2670>

Received: 26/01/2024-Accepted: 17/02/2024

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: a_niazpour@sbu.ac.ir



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

play a role in understanding and analyzing public opinion regarding adopted and implemented criminal policies, as well as identifying appropriate methods to curb crime and, in fact, in anticipating preventive and counterproductive responses, by having skilled and thinker lawyers. In 1954, a significant legal event occurred through the approval of the bill on the independence of the Bar Association. In light of this, for the first time, the independence of this institution from the judiciary was recognized. Accordingly, the aforementioned associations, which previously had to follow the policies of the judiciary, have acquired a separate position and have found the opportunity to, on the one hand, regulate behaviors that undermine the values of the legal profession, and on the other hand, independently evaluate and make recommendations regarding adopted legal policies, including criminal policies. Accordingly, criminal policymakers should use this institution separately from other institutions related to crime in the process of adopting policies regarding actions and reactions that curb criminal phenomena. This approach, in addition to Article 1 of the aforementioned bill, has been taken into account in Article 69 of the executive regulations of the bill on the independence of the Bar Association, as amended in 2023. Accordingly, lawyers must take an oath to refrain from "...acting on political and personal ideologies, hatred, and revenge..." However, although a number of norms have been foreseen in the Iranian legal system for the participation of this institution in the criminal policy-making process, the use of the power of the aforementioned institution in this field faces numerous challenges. These include the lack of appropriate norms for the necessity of using the Bar Association, the lack of belief in the expertise-oriented power of the Bar Associations, the identification of a strategy for state-owned bar institutions, the lack of active participation of the Bar Associations in the criminal policy-making process, the lack of dynamic structures in the Bar Associations for criminal policy-making, and the lack of belief in government institutions to use the capacity of the Bar Associations. To properly utilize the participation and power of this institution in the criminal policy-making process, steps must be taken to formulate macro policies that will benefit from the capacity of the Bar Associations, anticipate the norms that must be followed for using the capacity of the Bar Associations in the criminal policy-making process, integrate the Bar Associations into criminal policy-making institutions, establish a criminal policy commission in the Bar Associations, convince government institutions to use the capacity of community institutions in criminal policy-making, and ensure the principle of independence of the Bar Associations.

KeyWords: Criminal Policy, Bar Associations, Crime Prevention, Participation of Community Institutions, Legislation.



میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری

امیرحسن نیازپور^۱

چکیده

فرایند سیاستگذاری جنایی که به تدوین سیاست‌های مهارکننده بزهکاری با رویکردهای کنش و واکنش مدارانه می‌انجامد، بر سلسله‌ای از اصول استوار است تا در پرتو آنها زمینه‌های تدوین سیاست‌های اثربخش و شایسته فراهم شود. میانوندی نهادهای جامعه‌ای در فرایند مذکور از برجسته‌ترین این اصول است. از رهگذر آن سیاستگذاران جنایی باید از ظرفیت‌های تخصص‌مدارانه این نهادها در سرتاسر فرایند یاد شده استفاده کنند. چه اینکه، نهادهای مذکور دارای توان توجه‌پذیری در زمینه موضوع‌های کیفری‌اند و بهره جستن از آنها می‌تواند در فراگیر ساختن و خردمندانه شدن سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری نقش‌آفرین باشد. در این میان، کانون‌های وکیلان دادگستری از ظرفیت و تخصص ساختاری و کارگزاران کاردان برخوردارند. با وجود این، در نظام حقوقی ایران برای مشارکت این نهاد در فرایند سیاستگذاری جنایی اگرچه شماری هنجار پیش‌بینی شده است، استفاده از توان نهاد مذکور در این زمینه با چالش‌های متعددی روبه‌روست. نبود هنجارهای مناسب برای بایندی بودن استفاده از کانون وکیلان دادگستری، نبود باورمندی نسبت به توان تخصص‌مدارانه کانون‌های وکیلان دادگستری، شناسایی راهبرد دولتی کردن نهاد وکالت، کنش‌گر نبودن کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند سیاستگذاری جنایی، نبود ساختارهای پویا در کانون‌های وکیلان دادگستری برای سیاستگذاری جنایی و نبود باور در نهادهای دولتی برای استفاده از ظرفیت کانون‌های وکیلان دادگستری از آن جمله‌اند. برای استفاده شایسته از مشارکت و توان این نهاد در فرایند سیاستگذاری جنایی باید در راستای تدوین سیاست‌های کلان در زمینه بهره جستن از ظرفیت کانون‌های وکیلان دادگستری، پیش‌بینی هنجارهای باید برای استفاده از ظرفیت کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند سیاستگذاری جنایی، هموند نمودن کانون‌های وکیلان دادگستری در نهادهای سیاستگذار جنایی، راه‌اندازی کمیسیون سیاست جنایی در کانون‌های وکیلان دادگستری، باورمند نمودن نهادهای دولتی نسبت به استفاده از ظرفیت نهادهای جامعه‌ای در سیاستگذاری جنایی و تضمین اصل استقلال کانون‌های وکیلان دادگستری گام برداشت.

کلید واژگان: سیاستگذاری جنایی، کانون وکیلان دادگستری، پیشگیری از جرم، میانوندی نهادهای جامعه‌ای، قانونگذاری.

استناد به این مقاله: نیازپور، امیرحسن، «میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۱۱۷-۱۳۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234599.2670>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۸

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

ایمیل نویسنده مسئول: a_niazpour@sbu.ac.ir



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

مقدمه

بزهکاری پدیده‌ای است که به بلندای تاریخ زندگی بشری پیشینه دارد و همواره از برجسته‌ترین موضوع‌های عمومی به شمار می‌رود.^۱ بر همین اساس باید در فرایند سیاستگذاری عمومی نسبت به آن چاره‌ای اندیشید. چه اینکه، سیاستگذاری عمومی فرایندی است که در چارچوب آن به شکل هدفمند کنش‌ها و واکنش‌های مربوط به مسئله‌ها/چالش‌های عمومی شناسایی می‌شود. مسئله‌های عمومی اصولاً نیازها و چالش‌های مرتبط با همگان است که باید از سوی دولت‌ها به صورت‌همه جانبه مورد توجه قرار گیرند.^۲ شناخت این پدیده در فرایند سیاستگذاری عمومی اهمیت بسیاری دارد. زیرا سیاستگذاران عمومی را به بررسی جنبه‌های گونه‌گون آن و همچنین، پیش‌بینی برنامه و سیاست شایسته برای زدایش این چالش‌ها پایبند می‌کند. به این ترتیب، مسئله‌های عمومی در برانگیختن فرایند پیش‌گفته و شناسایی و اجرای سیاست‌های عمومی، که در واقع ناظر به زدودن مشکل‌های همگان هستند، نقش بنیادی ایفا می‌کنند. افزون بر این، فرایند سیاستگذاری عمومی دارای مرحله‌های شناسایی دستور کار و تدوین سیاست، بسترسازی برای پذیرش سیاست، اجرا و ارزیابی آن است.^۳

فرایند سیاستگذاری عمومی بر سلسله‌ای اصول استوار است، که بایستی بودن کنش‌گری دولت، بهره‌مندی از نهادهای جامعه‌ی و دانش‌بنیان بودن سیاست‌ها از اهمیت بسیاری برخوردارند. در پرتو اصل یکم، زدودن مشکل‌های عمومی وظیفه بنیادی دولت است و بر همین اساس نهاد مذکور باید نسبت به آن چاره‌سازی کند^۴ به‌هررو، دولت که دربرگیرنده مجموعه‌ای از نهادها و فرایندهای سیاسی است، تکلیف دارد تا در زمینه چالش‌های عمومی که به منفعت‌ها/مصلحت‌های عمومی ناظر هستند، برنامه‌ریزی و تدبیرگذاری کند. طبیعتاً در گستره دولت نهادهای قانونگذاری، قضایی و اجرایی از نقش برجسته‌ای برخوردارند و هریک به گونه‌ای باید نسبت به مسئله عمومی سیاستگذاری و اقدام کنند.^۵ به این‌سان و براساس اصل مذکور همه بخش‌های دولت برای چگونگی مدیریت چالش‌های عمومی دارای وظیفه‌اند و ازاین‌رو، تمام امکانات را باید برای رسیدن به این هدف به‌کار گیرند.

علاوه بر این، اصل دوم به بهره‌مندی از نهادهای جامعه‌ی ناظر است. برابر این اصل، دولت باید افزون بر استفاده از ظرفیت‌ها و امکانات نهادهای دولتی از توان نهادهای جامعه‌ی نیز در فرایند سیاستگذاری استفاده کند. چه اینکه، ظرفیت دولت کران‌مند است و در زمینه مسئله‌های عمومی باید از همه توان جامعه، که شامل ظرفیت نهادهای جامعه‌ی هم هست، بهره جست. نهادهای جامعه‌ی ظرفیت‌های گسترده‌ای دارند که در سرتاسر فرایند سیاستگذاری عمومی قابل استفاده‌اند؛ چه در مرحله شناخت مسئله‌های عمومی و چه در مرحله‌های شناسایی و تدوین سیاست‌ها، اجرا و ارزیابی آنها. به این‌سان، نهادهای جامعه‌ی می‌توانند یاری‌رسان دولت در این فرایند باشند و بر همین اساس، در این عرصه باید نقش توجه‌پذیری برایشان پیش‌بینی کرد.^۶

۱. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: جمعی از مؤلفان، *تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی و حسین بادامچی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۲. قلی‌پور، رحمت‌الله و ابراهیم غلام‌پور آهنگر، *فرایند سیاستگذاری عمومی در ایران*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۳.

۳. مورن، مایکل و دیگران، *دانشنامه سیاستگذاری عمومی*، ترجمه محمد صفار، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۶۲۳.

۴. Knill, Christoph and Jale Tosu. *Policy Making*, Edited by: Daniele Caramani, Comparative Politics Oxford University Press, 2008, P 9.

۵. اشتریان، کیومرث، *سیاستگذاری عمومی ایران*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۶، ص ۲۹.

۶. جمشیدی، علیرضا، *سیاست جنایی مشارکتی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۴.

دیگر اینکه، در فرایند سیاستگذاری عمومی باید رویکردی دانش‌بنیان را در پیش گرفت. بر اساس این اصل، سیاستگذاران باید چه در زمینه شناخت مسئله‌های عمومی و چه نسبت به شناسایی سیاست و اجرا و ارزیابی آنها به یافته‌های علمی توجه نمایند تا از این رهگذر به سوی تدوین سیاست‌های عمومی شایسته گام بردارند. به کارگیری اصل مذکور اسباب شناخت و تحلیل نظام‌یافته چالش‌های عمومی و گزینش کنش‌ها و واکنش‌های مناسب نسبت به موضوع‌های مذکور را فراهم می‌آورد.^۱ به این ترتیب، سیاستگذاری عمومی فرایندی چارچوب‌مند است که در آن کنش‌گران متعدد دولتی و جامعی باید با پیروی از سلسله‌ای اصول در راستای اتخاذ سیاست‌ها زداینده مشکل‌ها و حمایت‌کننده از منفعت‌های عمومی گام بردارند.

مسئله‌های عمومی متنوع‌اند. در این میان، بزهکاری از پرچالش‌ترین آنهاست که قاعداً باید به صورت برنامه‌ریزی شده و هدفمند نسبت به آن سیاستگذاری کرد.^۲ پیش‌بینی تدبیرهای مهارکننده بزهکاری همانا سیاست جنایی است که از فرایند سیاستگذاری جنایی برون می‌آید. بنابراین، سیاستگذاری جنایی، که یک بخش از سیاستگذاری عمومی است، فرایندی است که در پرتو آن برای کاهش شمار بزهکاری با توجه به شناخت و تحلیل‌های صورت گرفته تدبیرگذاری می‌شود. به این‌سان، در فرایند مذکور کنش‌ها و واکنش‌ها به منظور مهار پدیده مجرمانه و البته برقراری امنیت و نظم عمومی مورد شناسایی قرار می‌گیرند. در این فرایند برای شناسایی سیاست‌های اثربخش باید از اصول ناظر به سیاستگذاری عمومی خصوصاً اصول بایندی بودن کنش‌گری دولت، بهره‌مندی از نهادهای جامعی و دانش‌بنیان بودن سیاست‌ها پیروی شود؛^۳ زیرا، رعایت اصول مذکور زمینه‌های اتخاذ سیاست جنایی شایسته را فراهم می‌آورد.

در قلمرو سیاستگذاری جنایی ایران نهادهای متعددی خصوصاً مجلس شورای اسلامی، قوه قضائیه و نیز قوه مجریه و مجمع تشخیص مصلحت نظام در این زمینه دارای تکلیف و اختیارند.^۴ این نهادها که هر یک به گونه‌ای از نقش بنیادی برای پیش‌بینی و به کارگیری تدبیرهای پیشگیرانه و کیفری نسبت به رفتارهای مجرمانه برخوردارند، بر اساس اصل بایندی بودن کنش‌گری دولت نسبت به مسئله‌های عمومی و از جمله رفتارهای ناقض ارزش‌های بنیادی جامعه باید به جرم‌انگاری و شناسایی کنش‌ها و واکنش‌های کاهنده رفتارهای مجرمانه مبادرت ورزند. باوجود این، در فرایند سیاستگذاری جنایی، توجه به اصول بهره‌مندی از نهادهای جامعی و دانش‌بنیان بودن سیاست‌ها نیز از بایسته‌هاست.

به کارگیری این اصول از سوی سیاستگذاران جنایی دولتی زمینه استفاده از ظرفیت نهادهای متعددی را فراهم می‌آورد که کانون‌های وکیلان دادگستری از برجسته‌ترین آنها به شمار می‌روند. این نهاد در پهنه نظام حقوقی ایران برای نخستین

^۱. Yalmanov, N. "Public policy and Policy-Making", *XXIII International Conference of Culture, Personality, Society in the Conditions of Digitalization: Methodology and Experience of Empirical Research Conference*, Volume 2020, 2021, P 558.

^۲. شافریتز، جی ام و بوریگ کریستوفر، پی، *سیاستگذاری عمومی در ایالات متحده آمریکا*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: دانشگاه امام صادق، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۶۴۵.

^۳. شیر، عباس و امیرکیا عامری ثانی، «مسئله‌محوری در سیاستگذاری جنایی»، *فصلنامه سیاستگذاری عمومی*، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۷۱.

^۴. افزودنی است که، بر اساس شماری از اصول قانون اساسی به نهادهای مذکور وظیفه پیشگیری از جرم یا مقابله با این پدیده واگذار شده است که در پرتو آن می‌توان از «اساسی سازی اصول سیاستگذاری جنایی» سخن به میان آورد. برای نمونه، می‌توان به بند ۸ اصل سوم قانون اساسی اشاره کرد که برابر آن «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد؛ ... مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش». آشکار است که، در پرتو این اصل در همه بخش‌ها از جمله در فرایند سیاستگذاری جنایی باید به میانوندی نهادهای جامعی توجه شود.

بار از و البته به شکل دولتی از رهگذر قانون وکالت ۱۳۱۵ پا به عرصه گذاشته است و سپس در پرتو رویکرد «به زمامداری حقوقی»^۱ و به موجب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ۱۳۳۳ در میان نهادهای جامعوی جایگاه یافته است. در این نهاد با توجه به لایحه قانونی مذکور دانش‌آموختگان رشته حقوق، اعضای هیئت علمی دانشکده‌های حقوق، کارگزاران قضایی و نیز شمار دیگری از تجربه‌داران در زمینه حقوق می‌توانند کنش‌گری کنند. همین سیاست که در ماده ۸ لایحه قانون مذکور پیش‌بینی شده است، به کانون‌های وکیلان دادگستری ظرفیت گسترده‌ای برای ایفای نقش در فرایند سیاستگذاری جنایی داده است.^۲

البته به کارگیری این نقش دارای بنیان‌های متعددی است که در آموزه‌های حقوق بشری و حق‌های اساسی افراد ریشه دارد. در نظام حقوقی ایران نسبت به چگونگی استفاده از توان این نهاد در فرایند سیاستگذاری جنایی تعدادی هنجار پیش‌بینی شده است. باوجود این، وضعیت بهره‌جستن از ظرفیت‌های کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند مذکور تحلیل‌پذیر است. چه اینکه، به نظر می‌رسد در الگوی سیاست جنایی ایران نسبت به استفاده از این نهاد و مشارکت دادن آن در مرحله‌های گونه‌گون تدوین سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری تردیدهای اساسی در میان است. بر همین اساس، در این نوشتار از چرایی (الف) و چگونگی (ب) میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری سخن به میان می‌آید تا از این رهگذر افزون بر شناسایی بنیان‌های بهره‌جستن از توان نهاد مذکور، هنجارهای پیش‌بینی شده برای وضعیت مشارکت این نهاد و نیز چالش‌ها و راهکارهای ناظر به آن بررسی شوند.

۱. چرایی میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری

میان کنش کانون‌های وکیلان دادگستری با سیاستگذاران جنایی در زمینه پیشگیری از جرم و چگونگی بکه‌ارگیری واکنش‌های کیفری در شماری از حق‌های بنیادین ریشه دارد. همه افراد در عرصه جامعه دارای حق‌های اساسی هستند که باید از رهگذر پیش‌بینی سازوکارهای مناسب زمینه دست یافتن به آنها فراهم شود. میان کنش کانون‌های وکیلان دادگستری با سیاستگذاران جنایی نیز در شماری از این حق‌ها دارای پایه است.

۱.۱. حق بر سیاستگذاری جنایی شایسته

تدوین سیاست جنایی شایسته ازجمله اساسی‌ترین حق‌های افراد^۳ است. برابر این حق سیاستگذاران جنایی باید برای زدایش بزهکاری به شکل مناسب تدبیرگذاری کنند. بر همین اساس، تصمیم‌گیران سیاست جنایی باید از یک سو تدبیرهای کاهنده جرم را پس از سپری شدن فرایند چارچوب‌مند و هدف‌دار اتخاذ نمایند و از سوی دیگر، در راستای

^۱ گفتنی است که، به زمامداری دربرگیرنده مجموعه‌ای از معیارها، اصول و شیوه‌های حکومت‌داری است که دولت‌ها از رهگذر آن در راستای پیش‌بینی شایسته‌ترین سیاست‌ها گام برمی‌دارند. بنابراین، به زمامداری حقوقی که جلوه‌ای از آن است همانا به تدوین سیاست‌های حقوقی اثربخش و استوار بر سلسله‌ای از اصول کرامت‌مدارانه ناظر است. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب؛ حاکمیت و حکومت ایران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۴۰، ۱۳۸۳، صص ۱۵۵-۲۰۳.

^۲ افزودنی است که برابر ماده مذکور پروانه وکالت به دانش‌آموختگان کارشناسی حقوق، برخورداران از تجربه قضایی یا تجربه اداری اجرایی حقوقی داده می‌شود. همین رویکرد در ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری ۱۳۷۶ نیز تبلور یافته است.

^۳ برای نمونه، می‌توان به کانون وکیلان دادگستری مرکز اشاره کرد که در چارچوب کمیسیون امور حقوقی به ارائه دیدگاه‌های مشورتی در زمینه مسئله‌های حقوقی و کیفری مبادرت می‌ورزد. البته این کانون از سال ۱۴۰۲ و برای برقراری میان‌کنش با مجلس شورای اسلامی «معاونت امور پارلمانی» را نیز تأسیس کرده است. به نظر می‌رسد، این معاونت بیشتر برای پیگیری و رایزنی پیش‌نویس سیاست‌های مربوط به هستار کانون‌های وکیلان دادگستری برپا شده باشد.

شناسایی پاسخ‌های اثربخش در این زمینه گام بردارند. بنابراین و در پرتو حق مذکور، سیاستگذاران جنایی باید از رهگذر فرایندی نظام‌مند به پیش‌بینی کارآترین کنش‌ها و واکنش‌ها برای کاهش شمار رفتارهای مجرمانه مبادرت ورزند. جنبه فرایندی این حق در به‌کارگیری ظرفیت‌های نهادهای دولتی و جامعه‌ی و همچنین، اتخاذ رویکرد دانش‌بنیان تبلور دارد.^۱ بر این اساس، سیاستگذاران جنایی باید با توجه به همه ابعاد توان نهادهای دولتی و نیز ظرفیت نهادهای جامعه‌ی سیاست‌های پیشگیرانه یا مقابله‌کننده با این پدیده را شناسایی نمایند.

آشکار است که در این فرایند باید به شکل‌های گونه‌گون از توان نهادهای جامعه‌ی در زمینه اتخاذ تدبیرهای مهارکننده بزهکاری بهره جسته شود تا از این رهگذر اسباب افزایش دقت در شناخت مسئله‌های عمومی و تحلیل نظام‌یافته و همه‌جانبه آن و نیز سیاست‌های ناظر به پدیده مجرمانه فراهم آید. کانون‌های وکیلان دادگستری در این فرایند می‌توانند نقش انکارناپذیری داشته باشند. نهاد مذکور که از وکیلان دادگستری بهره‌مند است و از ظرفیت‌های علمی و تخصص آنان در چارچوب کمیسیون‌های متعددی مانند کمیسیون تدوین و قوانین و یا کمیسیون امور حقوقی^۲ استفاده می‌کند، اصولاً می‌تواند در شناساندن مسئله‌های عمومی و همچنین، رویکردهای جامعه و افکار عمومی نسبت به سیاست‌های اتخاذ شده تأثیرگذار باشد. به این ترتیب، بهره جستن از کانون‌های مذکور که دارای توان علمی و تخصص‌مدارانه‌ای نسبت به موضوع‌های کیفری هستند، از بایدهای فرایند سیاستگذاری است که می‌تواند به تضمین حق همگان بر سیاستگذاری جنایی شایسته بینجامد. چه اینکه، مجموعه پیش‌گفته ورای دولت از توان لازم برای ارزیابی واقعیت‌های جامعه در زمینه جرم‌ها و چگونگی مهار آن و همچنین، بازتاب نوع نگرش اجتماعی در زمینه چگونگی پاسخ‌گذاری جنایی برخوردار است. وکیلان دادگستری به‌عنوان هموندی از جامعه و نیز وکیل کنش‌گران دعوای کیفری و از رهگذر میان کنش با کارگزاران عدالت کیفری خصوصاً کنش‌گران قضایی و دیگر وکیلان دادگستری و عرصه‌های علمی توان ارزیابی رویکردهای اجتماعی نسبت به سیاست‌های جنایی را دارند.

اما، جنبه هستاری این حق ناظر به چگونگی پیش‌بینی کنش و واکنش برای مهار پدیده مجرمانه است. در این زمینه سیاستگذاران جنایی باید از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی برای بررسی نظام یافته بزهکاری و شناسایی شیوه‌های مناسب کاهنده آن استفاده کنند.^۳ در این میان، کانون‌های وکیلان دادگستری از مهم‌ترین نهادهای مذکور است که می‌تواند با برخورداری از وکیلان کاردان و پندارگر در شناخت و تحلیل افکار عمومی نسبت به سیاست‌های جنایی اتخاذ و اجرا شده و نیز شناساندن روش‌های مناسب مهارکننده بزهکاری و در واقع، در زمینه پیش‌بینی پاسخ‌های پیشگیرانه و مقابله‌کننده نقش‌آفرین باشد. تأثیرگذاری و یاری رساندن کانون‌های مذکور در این زمینه اصولاً به دو شکل تبلور می‌یابد. یکم، از رهگذر دریافت چالش‌های سیاست جنایی از سوی وکیلان دادگستری است. این دسته از کارگزاران حقوقی در فرایند کنش‌گری‌های حرفه‌ای با خلأهای پاسخ‌های پیشگیرانه و مقابله‌کننده با رفتارهای مجرمانه روبه‌رو می‌شوند و بر این اساس می‌توانند با شناساندن آن به گونه‌ای در چگونگی سیاستگذاری جنایی نقش ایفا نمایند. دوم، از رهگذر ساختار کانون‌های پیش‌گفته است. در این کانون‌ها کمیسیون‌های متعددی در کنار هیئت مدیره که عمدتاً از کاردانان حقوقی تشکیل می‌شوند، کنش‌گری می‌کنند. این مجموعه‌ها می‌توانند با ارزیابی سیاست‌های جنایی اتخاذ شده و طرح‌ها و

۱. دلماس مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۱۷۳.

۲. Right to Good of Criminal Policy

۳. دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد، *رهنمودهای عملی پیشگیری از جرم*، ترجمه عبدالرضا جوان جعفری و سید مهدی سیدزاده ثانی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۰۹.

لایحه‌های تدوین شده نقش انکارناپذیری در ارتقای تدبیرهای شناسایی شده برای مهار پدیده مجرمانه ایفا نمایند. افزون بر این، در چارچوب ساختار نهاد مذکور نسبت به هنجارهای کیفری پیش‌بینی شده نیز رهنمود داده می‌شود که قاعداً این سازوکار می‌تواند در شکل‌گیری سیاست جنایی قضایی و روش اجرای آن تأثیرگذار باشد.

به این ترتیب، کانون‌های وکیلان دادگستری با توجه به ظرفیت‌های تخصص‌مدارانه گسترده‌ای که دارند، می‌توانند در شناخت بزهکاری و مسئله‌ها و منفعت‌های عمومی، اولویت‌گذاری سنجش پیش‌نویس سیاست‌های تدوین شده و چگونگی اجرا و ارزیابی آنها نقش‌آفرین باشند. این تأثیرگذاری قاعداً به ارزیابی همه‌جانبه سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری می‌انجامد و می‌تواند زمینه‌های گزینش تدبیرهای مناسب را فراهم آورد. چه اینکه، کانون‌های مذکور در بیرون دولت قرار دارند و بر همین اساس می‌توانند بدون جانبداری و برپایه معیارهای علمی و تخصص‌گرایانه به سنجش سیاست‌ها یا پیش‌نویس سیاست‌ها و چگونگی اجرای آنها مبادرت ورزند.

۱.۲. حق بر میانوندی نهادهای جامعوی در سیاستگذاری جنایی

در جامعه نهادهای متعددی کنش‌گری می‌کنند که هر یک دارای توان ویژه‌ای برای سیاستگذاری جنایی هستند. شماری از این نهادها دولتی و دسته‌ای دیگر جامعوی‌اند.^۱ بر همین اساس، در فرایند سیاستگذاری جنایی به‌کارگیری ظرفیت نهادهای جامعوی برای اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه و مقابله‌کننده با رفتارهای مجرمانه به عنوان اصل بایدی مورد توجه قرار گرفته است.^۲ در پرتو آن، سیاستگذاران جنایی باید از مشارکت نهادهای جامعوی در همه مرحله‌های فرایند مذکور بهره‌جویند. این نهادها که هستاری نادولتی دارند، بیشتر باتوجه به واقعیت‌های جامعه در زمینه می‌توانند چگونگی پاسخ‌گذاری جنایی نسبت به پدیده مجرمانه به ارائه پیشنهاد مبادرت ورزند. به‌هررو، دولت‌ها در این فرایند عموماً با پایبندی به رویکردها و منفعت‌های دولت‌مدارانه در راستای سیاستگذاری پیشگیرانه و کیفری گام برمی‌دارند و استفاده از نوع رویکرد و نگرش‌های نهادهای نادولتی می‌تواند در تقویت اتخاذ سیاست‌های خردمدارانه و استوار بر ملاحظه‌های جامعه تأثیرگذار باشد. بر همین اساس، در فرایند سیاستگذاری جنایی باید از کانون‌های وکیلان دادگستری چه در زمینه اتخاذ و چه نسبت به اجرا و ارزیابی آنها بهره‌جست. این نهاد با برخورداری از کارداناان حقوقی دارای توان توجه‌پذیری برای شناسایی واقعیت‌های اجتماعی، افکار عمومی و همچنین، توسعه پذیرش همگانی سیاست‌های جنایی تدوین شده است.

به این‌سان، استفاده از کانون‌های مذکور در این فرایند از جلوه‌های حق بر مشارکت جامعه در این زمینه است که قاعداً باید به صورت نظام‌مند در این زمینه گام برداشته شود؛ زیرا نهاد مذکور برابر ماده ۱ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ۱۳۳۳ «مؤسسه‌ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی...» که طبیعتاً ورای دولت از جایگاه حقوقی برخوردار بوده و کنش‌گری آن در فرایند سیاستگذاری جنایی می‌تواند به ارتقای تدبیرهای شناسایی شده بیانجامد.

۱.۳. حق بر استقلال کانون‌های وکیلان دادگستری

در سال ۱۳۳۳ از رهگذر تصویب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری رخدادهای حقوقی برجسته‌ای پدید آمده است. در پرتو آن برای نخستین بار استقلال این نهاد نسبت به دادگستری شناسایی شده است. بر این اساس، کانون‌های

^۱. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: وینسنت، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۸۷.

^۲. نیازپور، امیرحسن، *پیشگیری از جرم*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۲، ص ۸۰.

مذکور که پیش‌تر باید از سیاست‌های دادگستری پیروی می‌کردند،^۱ دارای جایگاه جداگانه‌ای شده و این امکان را یافته‌اند تا از یک سو برای رفتارهای زداینده ارزش‌های حرفه و کالت تنظیم‌گری کنند و از سوی دیگر، به صورت خودایستا نسبت به سیاست‌های حقوقی اتخاذشده از جمله سیاست‌های جنایی سنجش‌گری و پیشنهادسازی نمایند.^۲ بر همین اساس، سیاستگذاران جنایی در فرایند اتخاذ سیاست‌های ناظر به کنش‌ها و واکنش‌های مهارکننده پدیده مجرمانه باید از این نهاد جدای از دیگر نهادهای مرتبط با بزهکاری استفاده کنند. این رویکرد افزون‌بر ماده ۱ لایحه قانونی پیش‌گفته در ماده ۶۹ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری اصلاح شده در ۱۴۰۲ مورد توجه قرار گرفته است. برابر آن، وکیلان دادگستری باید به خودداری از «...اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه‌توزی و انتقام‌جویی...» سوگند یاد کنند. این بخش از سوگند کارگزاران حقوقی اگرچه ناظر به مسئولیت شخص‌مدارانه آنان است، به استقلال کانون‌های مذکور از رویکرد نهادهای سیاسی و در واقع، دولت نیز ناظر است. به این ترتیب، باتوجه به اینکه کانون‌های مذکور دارای شخصیت استقلال‌یافته و قاعدتاً رویکرد و گفتمان ویژه‌ای برای چگونگی پاسخ‌گذاری جنایی‌اند، حق دارند در فرایند سیاستگذاری پیشگیرانه و کیفری جدای از سایر نهادها به ارائه پیشنهادها مبادرت ورزند.

۲. چگونگی میان کنش سیاستگذاران جنایی ایران با کانون‌های وکیلان دادگستری

در چارچوب نظام حقوقی ایران ظرفیت‌های هنجارمندانه‌ای برای بهره‌جستن از کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند سیاستگذاری جنایی شناسایی شده است. این هنجارها اگرچه تا اندازه‌ای به سیاستگذاران جنایی برای چگونگی بهره‌جستن از توان تخصص‌مدارانه این نهاد در پاسخ‌گذاری پیشگیرانه و کیفری سو می‌دهند، به نظر می‌رسد چگونگی میان کنش کانون‌های وکیلان دادگستری با سیاستگذاران جنایی با چالش‌های متعددی روبه‌روست.

۲.۱. زمینه‌های هنجارمندانه میان کنش سیاستگذاران جنایی با کانون‌های وکیلان دادگستری

در پهنه نظام حقوقی ایران پایه‌های هنجارمندانه متعددی برای برقراری میان کنش میان سیاستگذاران جنایی و کانون‌های وکیلان دادگستری پیش‌بینی شده است. قانونگذاری از برجسته‌ترین جلوه‌های سیاستگذاری جنایی است که برابر اصل هفتاد و یکم قانون اساسی از رهگذر مجلس شورای اسلامی صورت می‌پذیرد. به موجب آن، «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند.» به این‌سان، نهاد مذکور برای جرم‌نگاری و نیز پاسخ‌گذاری‌های پیشگیرانه و کیفری نسبت به پدیده مجرمانه دارای اختیار است. در این فرایند سیاستگذاری صورت‌گرفته آنگاه جنبه خردمندانه پیدا می‌کند که چه در زمینه استفاده از ظرفیت‌های جامعه و چه نسبت به هستار تدبیرهای شناسایی شده از اصول ناظر به سیاستگذاری جنایی پیروی شده باشد.^۳ بر همین اساس، در بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری ۱۳۹۸، «جلب مشارکت حداکثری مردم، ذی‌نفعان و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی در فرایند قانونگذاری» در شمار اصول و بایدهای قانونگذاری قرار گرفته است. آشکار است که کانون‌های وکیلان

۱. گفتنی است که، براساس فصل دوم قانون وکالت ۱۳۱۵ خصوصاً ماده ۱۸ «کانون وکلاء مؤسسه‌ای است دارای شخصیت حقوقی از حیث نظامات تابع وزارت عدلیه و از نظر عواید و مخارج مستقل می‌باشد» آشکار است که، کانون وکیلان دادگستری به هنگام برپا شدن، نهادی دولتی بوده است. اما، پس از دو دهه، این مجموعه استقلال یافته و به‌عنوان بخش جامعه‌شناسایی شده است.

۲. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: قاری سیدفاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر**، دفتر اول، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۸۲.

۳. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: مهرپور، حسین، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دادگستر، چاپ دهم، ۱۴۰۱.

دادگستری از برجسته‌ترین سازمان‌های مردم‌نهاد هستند که نسبت به موضوع‌های کیفری از تخصص شایسته‌ای برخوردارند و می‌توانند در زمینه دیگر اصول مربوط مانند «قابل اجرا بودن قانون و قابل سنجش بودن اجرای آن معطوف بودن به نیازهای واقعی و شفافیت و عدم ابهام» نقش توجه‌پذیری ایفا نمایند.^۱ بر این اساس، مجلس شورای اسلامی به هنگام تدوین طرح‌ها و نیز بررسی لایحه‌های کیفری یا مربوط به پیشگیری از جرم باید از توان علمی و تخصص‌مدارانه نهاد مذکور بهره جوید.

در همین چارچوب، ماده ۱۴۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ۱۳۷۹ به ضروری بودن استفاده از ظرفیت‌های نهادهای جامعه‌ای از جمله کانون‌های وکیلان دادگستری اشاره نموده است. به موجب آن، «همزمان با وصول طرح‌ها و لوایح توسط کمیسیون‌ها در صورت ضرورت و با تصویب کمیسیون اصلی، طرح یا لایحه به کارگروه کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ارجاع می‌شود. رئیس مرکز پژوهش‌های مجلس موظف است متناسب با موضوع و مواد طرح یا لایحه کارگروهی جهت بررسی طرح یا لایحه ارجاعی، متشکل از کارشناسان آن مرکز و اشخاص حقیقی و حقوقی صاحب‌نظر اعم از نمایندگان فعلی و ادوار مجلس، کارشناس معاونت قوانین مجلس، دیوان محاسبات، مراکز علمی و پژوهشی حوزه و دانشگاه، دستگاه‌های اجرایی، بخش خصوصی و دستگاه‌های مرتبط با طرح یا لایحه، تشکیل دهد و در بدو کار رئیس و دبیر آن را تعیین کند. رئیس کارگروه موظف است پس از بحث و بررسی کارشناسی در کارگروه و در صورت لزوم پس از مطالعه تطبیقی قوانین و مقررات و تجربیات سایر کشورها و با بررسی سوابق قانونگذاری و پیشنهاد‌های کمیسیون‌های فرعی و نمایندگان، گزارش کارگروه را با رعایت اسناد بالادستی از جمله قانون اساسی، سند چشم‌انداز، سیاست‌های کلی نظام و قانون برنامه توسعه، همراه با مشخصات اعضا کارگروه به کمیسیون اصلی ارائه کند. رئیس یا نماینده کارگروه موظف است با شرکت در جلسات کمیسیون از گزارش ارائه‌شده دفاع کند. در صورت عدم نیاز به قانونگذاری جدید در موضوع مورد بحث، رئیس کارگروه گزارش خود را با ذکر دلایل رد طرح یا لایحه به کمیسیون اصلی ارائه می‌کند.» به این‌سان، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی تکلیف یافته است تا برای بررسی فراگیر طرح‌ها و لایحه‌ها از نهادهای دارای تخصص از جمله کانون‌های مذکور استفاده نماید تا از این رهگذر علاوه بر تبلور یافتن اصل مشارکت مداری در سیاستگذاری جنایی همچنین، زمینه‌های افزایش دقت در تدوین هنجارهای پیشگیرانه و کیفری فراهم شود.^۲

افزون براین، از رهگذر ماده ۲۱ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت ۱۳۶۸ استفاده از ظرفیت‌های علمی وکیلان دادگستری در فرایند بررسی و تصویب پیشنهاد‌های رسیده به هیئت دولت نیز امکان‌پذیر است. برابر آن به منظور تطبیق پیشنهاد تصویب‌نامه‌ها و لوایح و ارائه مشاوره حقوقی به کمیسیون‌های دولت و نمایندگان ویژه موضوع اصل ۱۲۷ قانون اساسی، کمیسیونی به عنوان «کمیسیون حقوقی» با مسئولیت معاون حقوقی رئیس جمهور تشکیل می‌گردد. اعضای کمیسیون

۱. افزودنی است که، برابر بند ۲ ماده ۲۳ پیش‌نویس لایحه اصول و قواعد قانون قانون‌نویسی که از سوی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور در سال ۱۳۹۹ تهیه و تدوین شده است، «مرجع تهیه پیش‌نویس پس از تهیه متن اولیه آن، نظر اشخاص زیر را نسبت به آن اخذ می‌نماید؛ ... سازمان‌های مردم‌نهاد، نظام‌های حرفه‌ای و انجمن‌های علمی که موضوع فعالیت آنها با موضوع پیش‌نویس مرتبط باشد ...». بنابراین، پیش‌نویس مذکور با توجه به اهمیت شناسایی دیدگاه‌های نظام‌های حرفه‌ای مانند کانون‌های وکیلان دادگستری دریافت نگره‌های آن در فرایند بررسی و تصویب را بایدی انکارناپذیر به شمار آورده است.

۲. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: وکیلان، حسن، *گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰ و همچنین بنگرید به: ریونسون، آرتورجی، *قانون‌نویسی*، ترجمه آزاده عبدالله‌زاده، شهر بابکی، تهران: سمت و پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی و مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۹.

مزبور از میان حقوقدانان مجرب تعیین و با حکم معاون حقوقی رئیس جمهور منصوب می‌شوند و هریک از آنها مسئولیت مشاوره یکی از کمیسیون‌های دولت را عهده‌دار می‌باشند.^۱ به این‌سان، در چارچوب هیئت دولت این کمیسیون عرصه‌ای مناسب برای بهره‌جستن از توان علمی وکیلان دادگستری است تا در پرتو آن دیدگاه‌های بخش جامعه‌ی نیز نسبت به پیش‌نویس لایحه‌ها، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها با دستگاه‌های اجرایی در میان گذاشته شود. دیگر اینکه، مطابق تبصره ۱ ماده ۱۲، «حضور غیردائمی کارشناسان در جلسه به همراه اعضای کمیسیون یا وزرای مدعو حسب مورد و با اطلاع قبلی بلامانع است.» آشکار است که از رهگذر این تبصره تمام کمیسیون‌های دولت از جمله کمیسیون‌های اقتصاد، مدیریت و منابع انسانی می‌توانند از تخصص و تجربه وکیلان دادگستری به عنوان حقوقدان برای بررسی جنبه‌های حقوقی پیش‌نویس‌های مربوط استفاده کنند. اگرچه بیشتر موضوع‌های این کمیسیون‌ها مسئله‌های اقتصادی، اجتماعی و فناوریانه است، هریک از آنها از دریچه حقوقی نیز بررسی‌پذیرند. بنابراین، در چارچوب این کمیسیون‌ها و از رهگذر ظرفیت پیش‌بینی شده در تبصره مذکور کمیسیون‌های دولت می‌توانند از وکیلان دادگستری برای تحلیل جنبه‌های حقوقی این موضوع‌ها بهره‌گیرند.

۲.۲. چالش‌های میان کنش سیاستگذاران جنایی با کانون‌های وکیلان دادگستری

۲.۲.۱. چالش‌های برون‌نهادی میان کنش سیاستگذاران جنایی با کانون‌های وکیلان دادگستری

شماری از چالش‌های مربوط به استفاده از ظرفیت‌های کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند تدوین سیاست‌های جنایی در بیرون این کانون‌ها و در نوع رویکرد تصمیم‌گیران سیاست جنایی ایران ریشه دارد. چالش‌های مذکور به چگونگی ایفای نقش این نهاد در فرایند پیش‌گفته آسیب رسانده است که از دریچه‌های گونه‌گون برجسته‌ترین سرچشمه این چالش‌ها دولت‌گرا بودن سیاست جنایی و پیش‌بینی ناکردن جایگاه برای کانون‌های وکیلان دادگستری است.

۲.۲.۱.۱. نبود هنجارهای مناسب برای بایندی بودن استفاده از کانون‌های وکیلان دادگستری

استفاده از نهادهای جامعه‌ی در فرایند سیاستگذاری جنایی اصل انکارناپذیری است که در چارچوب نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار گرفته است. این اصل و در واقع، مشارکت نهادهای مذکور آنگاه به شکل شایسته تبلور می‌یابد که برای ایفای نقش این نهادها در هنجارها، جایگاه مناسب پیش‌بینی شده باشد. در این میان، کانون‌های وکیلان دادگستری و دریافت دیدگاه‌های آن اهمیت دوچندان دارد؛ زیرا نهاد پیش‌گفته از تخصص و تجربه لازم در زمینه موضوع‌های کیفری برخوردار است. باوجود این، نهاد مذکور در فرایند شناسایی سیاست‌های جنایی با دو چالش روبه‌روست: چالش یکم، توجه نداشتن به ایفای نقش این نهاد در همه پهنه‌های سیاستگذاری جنایی است. در این زمینه شماری از این نهادها مانند مجلس شورای اسلامی دارای تکلیف‌اند. در هنجارهای مربوط استفاده از مشارکت و بهره‌جستن از دیدگاه‌های نهادهای جامعه‌ی از جمله کانون‌های پیش‌گفته به صورت بایندی شناسایی گردیده است؛ اما این رویکرد در ضابطه‌های ناظر به چگونگی سپری شدن فرایند مقررات‌گذاری در دولت جنبه بایندی نیافته است. چالش دوم، سطح تأثیر این کانون‌ها در فرایند سیاستگذاری جنایی است. آری، در شماری از هنجارها به استفاده از دیدگاه‌های این نهاد در فرایند تهیه و تدوین سیاست‌ها اشاره شده است، لیکن دیدگاه‌پردازی کانون‌ها صرفاً مشورت‌گونه ارزیابی می‌شود. به این‌سان، خواست کانون‌ها در این فرایند و در تعیین سرنوشت سیاست‌های جنایی چندان نقش‌آفرین نیست.

به این ترتیب، نبود هنجارهای مناسب در زمینه بایدهای بودن استفاده از دیدگاه‌ها و تأثیرگذاری و تعیین‌کننده بودن خواست این کانون‌ها در فرایند سیاستگذاری‌های پیشگیرانه و کیفری از چالش‌های بنیادی پیش‌روست. برای نمونه، می‌توان به قانون پیشگیری از وقوع جرم ۱۳۹۴ اشاره کرد که در ماده ۲ به کانون‌های وکیلان دادگستری در میان هموندهای شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم جایگاه نداده است.^۱

۲.۲.۱.۲. برتری داشتن پنداشت دولتی بودن سیاستگذاری جنایی

اصولاً سیاستگذاری جنایی ایران دولت‌گراست. بر این اساس، در سیاست جنایی رویکردهای نهادهای دولتی و همچنین، ظرفیت آنها برای پیشگیری و مقابله با بزهکاری مورد توجه قرار می‌گیرد. زیرا این پنداشت برتری دارد که شناخت نهادهای دولتی نسبت به مسئله‌ها و چگونگی ارائه راهکارهای زداینده آن نظام یافته‌تر است. علاوه بر این، چه بسا بزهکاری چالش پیش‌روی نهادهای مذکور است و فقط آنها باید با تکیه بر تمام توان در راستای مهار این پدیده گام بردارند. این درحالی است که نهادهای جامعوی ظرفیت گسترده‌ای، چه در پیش و هنگام تدوین سیاست جنایی و چه در پس از شناسایی و در مرحله اجرای آن، دارند. در میان سیاستگذاران جنایی خصوصاً قانونگذار، از این نهادها با توجه به برتری داشتن رویکرد دولت‌گرا بیشتر برای اجرای سیاست‌های پیشگیرانه یا مقابله‌کننده استفاده می‌شود. برای نمونه، می‌توان به قانون پیشگیری از وقوع جرم ۱۳۹۴ اشاره کرد که براساس بند ۳ ماده ۳، این نهادها صرفاً در جایگاه اجراکننده سیاست‌های شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم پیش‌بینی شده‌اند. به موجب آن، «بررسی و تصویب برنامه‌های کلان برای گسترش فرهنگ، ایجاد زمینه‌های مشارکت مردم و نهادهای دولتی و غیردولتی در امر پیشگیری از وقوع جرم و حمایت از آنها» در شمار وظیفه‌های شورای مذکور قرار گرفته است. اگرچه از رهگذر این سیاست شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم باید با رویکردی مشارکت‌مدارانه در راستای شناسایی سیاست‌های مناسب در این زمینه گام بردارد؛ اما این سیاست تنها از سوی شورا، که دارای آمیختاری کاملاً دولتی است، تدوین می‌شود. بر پایه این ماده نهادهای جامعوی، باید صرفاً سیاست‌های شورای مذکور در زمینه چگونگی ایفای نقش پیشگیرانه را به اجرا درآورند و در فرایند تدوین این سیاست‌ها، که قاعدتاً می‌تواند با شناساندن ظرفیت‌های نهادهای مذکور در زمینه پیشگیری از جرم همراه باشد، دارای جایگاه نیستند. آشکار است که در چارچوب این سیاست برای کانون‌های وکلای دادگستری نیز نقش پیش‌بینی نشده است.

این کانون‌ها با وجود اینکه از توان شایسته‌ای در زمینه علت‌شناسی جنایی، شناساندن شیوه‌های مناسب پیشگیرانه و همچنین، ظرفیت نهادهای جامعوی برای کاهش میزان بزهکاری برخوردارند، به هموندی شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم در نیامده‌اند و بر این اساس، کانون‌های مذکور از رهگذر بند ۳ ماده ۳ فقط باید به اجرای سیاست‌های پیشگیرانه‌ای که از سوی این شورا تدوین می‌گردد، مبادرت ورزند. بنابراین، با توجه به پنداشت دولت‌گرا در این زمینه کانون‌های وکیلان دادگستری مانند دیگر نهادهای جامعوی اصولاً در چگونگی تدوین سیاست‌های پیشگیرانه نقش ندارند. این رویکرد در سایر عرصه‌های سیاستگذاری جنایی نیز تبلور دارد. بر این اساس، کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند

^۱. به عنوان نمونه، برای پیش‌بینی سیاست‌های شایسته، در بند ۱۴ سیاست‌های کلی محیط‌زیست به استفاده از «... مشارکت و مسئولیت‌پذیری اجتماعی ...» اشاره شده است. با توجه به بایدهای بودن تدوین سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری اثربخش نسبت به محیط‌زیست در چارچوب این سیاست‌ها باید از میانوندی نهادهای جامعوی در فرایند شناسایی و اجرای سیاست‌های جنایی محیط‌زیستی بهره جست. در واقع، بر پایه این سیاست‌ها استفاده از ظرفیت نهادهای مذکور مانند کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند سیاستگذاری جنایی در زمینه جرم‌های زیست‌محیطی بایدهای انکارناپذیر به شمار رفته است.

سیاستگذاری کیفری ازجمله در پهنه قضایی و یا پلیس چندان به مشارکت گرفته نمی‌شوند. به‌هررو، پلیس در زمینه پیشگیری یا مقابله با رفتارهای مجرمانه و حمایت از بزه‌دیدگان وظیفه‌های متعددی دارد که طبیعتاً برای تدوین و اجرای مناسب‌تر آنها می‌تواند از ظرفیت کانون‌های مذکور بهره‌جوید. زیرا، وکیلان دادگستری نزدیک‌ترین کارگزاران عدالت کیفری که با بزه‌کاران و بزه‌دیدگان در ارتباط‌اند و می‌توانند در شناساندن رویکرد و خواست‌های این کنش‌گران به پلیس و یا دادگاه برای اتخاذ سیاست‌های جنایی اثربخش نقش‌آفرین باشند.^۱ همین ظرفیت کانون‌های پیش‌گفته می‌تواند در فرایند سیاستگذاری قضایی نیز به‌کار آید. جنبه‌های ایفای نقش کانون‌های مذکور در این زمینه می‌تواند گونه‌گون باشد. متهمان، بزه‌دیدگان، کارگزاران قضایی و پیراقضایی و چگونگی عملکرد آنان، هنجارهای ناظر به فرایند کیفری و چه‌بسا الگوی عدالت کیفری در زمینه مقابله با رفتارهای مجرمانه و انواع بزه‌کاران از موضوع‌های سیاستگذاری قضایی‌اند که کانون‌های مذکور از رهگذر شناسایی دیدگاه‌های وکیلان دادگستری در این زمینه می‌توانند در اتخاذ سیاست‌های شایسته نقش توجه‌پذیری ایفا کنند.

باوجود این، به نظر می‌رسد که کانون‌های مذکور به هنگام تدوین سیاست‌های قضایی مربوط به این موضوع‌ها چندان مورد توجه نیستند. گویا سیاست جنایی هستاری دولتی دارد و فقط نهادهای رسمی باید در این زمینه گام بردارند. این درحالی است که سیاست جنایی دربرگیرنده مجموعه‌ای از کنش‌ها و واکنش‌های نهادهای دولتی و جامعه‌ای برای مهار پدیده مجرمانه است. ازاین‌رو و به هنگام تدوین سیاست‌ها باید از نهادهای جامعه‌ای نیز استفاده کرد تا تمام بخش‌های جامعه برای کاهش شمار بزهکاری به‌کار گرفته شوند. این واقعیت در هنجارهای رسمی تبلور نیافته است و باوجود اینکه در دسته‌ای از لایحه‌ها شناسایی شده، سپس و در فرایند بررسی و تصویب رویکرد دولتی بودن سیاست جنایی برتری پیدا کرده و در نهایت برای کانون‌ها جایگاه پیش‌بینی نشده است. برای نمونه، می‌توان به لایحه صیانت، کرامت و تأمین امنیت بانوان در برابر خشونت ۱۳۹۸ اشاره کرد^۲ که از رهگذر بند ۱۷ ماده ۵ «... رئیس کانون وکلای دادگستری و رئیس مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه ...» را به‌عنوان هموندهای کمیته ملی صیانت، کرامت و تأمین امنیت بانوان به شمار آورده بود. اما این هموندی به هنگام بازنگری در لایحه مذکور در ۱۴۰۱ کنار گذاشته شده است. به‌هررو، کانون‌های وکیلان دادگستری از این رهگذر کمینه می‌توانستند در زمینه خشونت در برابر زنان به ارائه دیدگاه‌ها و راهکارهای پیشگیرانه، مقابله و حمایت‌کننده مبادرت ورزند. بنابراین، به نظر می‌رسد سیاستگذاران جنایی برای مشارکت کانون‌های مذکور چه در مرحله تدوین سیاست‌ها و چه در فرایند اجرای آنها باید جایگاه پایدار و نظام‌یافته‌ای پیش‌بینی کنند تا این بخش از جامعه که با کنش‌گران دعوای کیفری و همچنین، کارگزاران عدالت کیفری در پیوند است، به‌صورت هدفمند و چارچوب‌داری نسبت به انتقال واقعیت‌ها، دیدگاه‌ها و رویکردها نقش ایفا کند.

۲.۲.۱.۳. نبود باورمندی نسبت به توان تخصص‌مدارانه کانون‌های وکیلان دادگستری

افتراقی‌سازی سیاست جنایی^۳ از برجسته‌ترین راهبردهاست که در پرتو آن باید از کارگزاران کاردان در کنار سلسله‌ای از هنجارهای ویژه بهره‌جست. بر اساس این راهبرد با توجه به تحولات گسترده‌ای که در بخش‌های اجتماعی، اقتصادی و فناوری اطلاعات و ارتباطات و نیز توسعه‌ای که در عرصه علوم جنایی خصوصاً جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی و حقوق بشر

^۱. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع*، تهران: طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۹.

^۲. گفتنی است که، این لایحه در سال ۱۴۰۱ با عنوان «پیشگیری از آسیب دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوءرفتار» تصویب گردیده است.

^۳. Differential Criminal Policy

پیش آمده است، باید در راستای اتخاذ سیاست‌ها و به‌کارگیری کارگزاران خاص در تناسب با خصیصه‌های رفتارهای مجرمانه، بزه‌کاران و بزه‌دیدگان گام برداشت.^۱ این راهبرد افزون بر شناسایی در قلمرو هنجارها باید نسبت به همه کارگزاران عدالت کیفری از جمله وکیلان دادگستری نیز تبلور پیدا کند؛ چنان‌که، در میان این دسته از کارگزاران شماری در زمینه‌های خاص مانند جرم‌های اقتصادی، جرم‌های رایانه‌ای، جرم‌های کودکان و نوجوانان تخصص‌دار باشند. آشکار است که، برخورداری این کارگزاران از تخصص علاوه بر این که به افزایش دقت در رسیدگی‌ها می‌انجامد، در شناسایی جنبه‌های گونه‌گون هنجارها و چالش‌های ناظر بر سیاست جنایی آن پدیده‌ها نیز تأثیرگذار است. بنابراین، کارگزاران کاردان در زمینه موضوع‌های مختلف کیفری نه تنها به شکل شایسته‌تری کنش‌گری می‌کنند، بلکه می‌توانند با شناساندن ایرادها و خلأهای سیاست جنایی به ارائه راهکارهای مناسب مبادرت ورزند.^۲ به این ترتیب، کارگزاران تخصص‌دار در پویا و اثربخش کردن سیاست جنایی ناظر به دسته‌ای خاص از بزه‌کاران، بزه‌دیدگان و رفتارهای مجرمانه نقش‌آفرین‌اند. بر همین اساس، در فرایند سیاستگذاری جنایی استفاده از دیدگاه‌های کانون‌های وکیلان دادگستری که از شمار توجه‌پذیری از وکیلان تخصص‌دار بهره‌مند است، بایستی انکارناپذیر است. در میان وکیلان دادگستری دسته‌ای دارای تخصص در زمینه‌های گونه‌گون مانند موضوع حقوق کودکان و نوجوانان بزه‌کار یا بزه‌دیده‌اند که دریافت دیدگاه‌های آنان می‌تواند در زدایش چالش‌ها و چه‌بسا پیش‌بینی سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری نظام‌یافته تأثیرگذار باشد. خصوصاً اینکه شماری از این وکیلان افزون بر کنش‌گری در زمینه‌های خاص پژوهش‌های متعددی نسبت به آن موضوع‌ها دارند.^۳ باوجود این، در فرایند مذکور از ظرفیت گسترده کانون‌های وکیلان دادگستری در زمینه‌های گونه‌گون استفاده نمی‌شود. زیرا تصمیم‌گیران سیاست جنایی عمدتاً به توان این دسته نسبت به موضوع‌های متعدد کیفری باوری ندارند. این رویکرد که اصولاً در میان کارگزاران نهادهای دولتی باید دارندگان تخصص در زمینه‌های سیاست جنایی را جست، نظام قانونگذاری و دیگر پهنه‌های سیاستگذاری جنایی را از این دسته بی‌بهره ساخته است. بنابراین و در پرتو این باور سیاستگذاران جنایی یک بخش پراهمیت کیفری را که می‌تواند در تدوین سیاست‌های نظام‌یافته تأثیرگذار باشد، نادیده انگاشته‌اند.

۲.۲.۲. چالش‌های اندر نهادهای کانون‌های وکیلان دادگستری

میان کنش سیاستگذاران جنایی با کانون‌های مذکور فقط به رویکرد نهادهای دولتی وابسته نیست، بلکه به نوع بینش و چگونگی سیاستگذاری نهادهای مذکور در این زمینه نیز مرتبط است. بر همین اساس، سیاست‌ها و رویکردهای کانون‌های وکیلان دادگستری نسبت به چگونگی میان کنش با نهادهای سیاستگذار و ایفای نقش در فرایند تدوین و اجرای سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری بسیار تأثیرگذار است. از این‌رو، شماری از چالش‌های کانون‌های مذکور در فرایند سیاستگذاری جنبه اندر نهادهای دارد و ریشه‌دار در نوع رویکردها و سیاست‌های این مجموعه‌ست.

^۱ نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، *درباره سیاست جنایی افتراقی*، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۵۴.

^۲ Schuck, Peter, H. "Lawyers and policymakers in Government", *Law and Contemporary Problems*, Volume 6, Issue 1, 1998, Available at: <http://www.law.duke.edu/journals/67:cpschuck>

^۳ گفتنی است که، کانون‌های وکیلان دادگستری می‌توانند با پردازش دیدگاه‌های مناسب در زمینه مسئله‌ها/ موضوع‌ها در راستای «باورسازی‌های کیفری» مبادرت ورزند. به‌هررو، باورهای پندارگران حقوقی مانند وکیلان دادگستری در شمار منابع حقوق است و می‌تواند در شکل‌گیری هنجارهای حقوقی و با بازنگری در آنها و نیز دادن زندگی حقوقی به سیاست‌های جنایی پیش‌بینی‌شده نقش‌آفرین باشد. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: ارجمند سیاهپوش، اسحق، *جامعه‌شناسی حقوق*، تهران: جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۸۹.

۲.۲.۲.۱. کنش گر نبودن کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند سیاستگذاری جنایی

کانون‌های وکیلان دادگستری براساس هنجارهای شناسایی شده خصوصاً لایحه استقلال مأموریت‌های متعددی دارند. برابر ماده ۶ این نهاد با به «... اداره امور راجع به وکالت دادگستری ... و معاضدت قضایی ...» مبادرت ورزد. این مأموریت‌ها جلوه‌های متعددی دارند که ایفای نقش برای تدوین سیاست‌های جنایی و یاری رساندن به تصمیم‌گیران این سیاست‌ها از جمله برجسته‌ترین آنها به شمار می‌رود.

علاوه بر این، کانون‌های مذکور باید به آموزش و پژوهش‌های حقوقی و ارائه دیدگاه‌های حقوقی نسبت به موضوع‌های گونه‌گون از جمله مسئله‌های کیفری مبادرت ورزند. بر همین اساس است که شماری از کانون‌های وکیلان دادگستری مانند مرکز (تهران) از کمیسیون امور حقوقی برخوردارند تا نگره‌های راهنما در زمینه موضوع‌های کیفری ارائه کنند. اما این سطح از ایفای نقش کانون‌های مذکور نمی‌تواند آن‌چنان بر فرایند تدوین سیاست‌های جنایی تأثیرگذار و برآورنده نیازهای علمی و حرفه‌ای باشد. به این‌سان، کانون‌های مذکور با وجود اینکه دارای ظرفیت‌های گسترده در زمینه تدوین این سیاست‌ها جنایی هستند، بیشتر کنش‌گری پس‌رونده‌اند و صرفاً در صورت فراخوانده شدن امکان ارائه دیدگاه‌ها نسبت به موضوع‌های کیفری را می‌یابند. این درحالی است که، کانون‌های پیش‌گفته باید به صورت پویا در راستای چگونگی تدوین سیاست جنایی گام بردارند. به این صورت که نسبت به موضوع‌های گونه‌گون کیفری پس از بررسی همه‌جانبه پیش‌نویس سیاست‌ها از جمله طرح‌ها و لایحه‌های قضایی را تهیه و تدوین و تصویب آن را از رهگذر نهادهای مسئولیت‌دار پیگیری کنند.^۱ بنابراین، کانون‌های وکیلان دادگستری باید این رویکردها را دگرگون و به جای ایفای نقش پس از فراخوان نهادهای سیاستگذار نسبت به برنامه‌ریزی و تدوین چارچوب و ارائه الگو و چه‌بسا پیش‌بینی آینده سیاست جنایی اقدام نمایند. این کنش‌گری می‌تواند، از یک سو به فعالیت‌های کانون‌های وکیلان دادگستری و از سوی دیگر، عرصه‌های فراگیر سیاست جنایی و همه موضوع‌های کیفری ناظر باشد.

۲.۲.۲.۲. نبود ساختار شایسته در کانون‌های وکیلان دادگستری برای سیاستگذاری جنایی

ایفای نقش در زمینه سیاستگذاری جنایی به مؤلفه‌های متعددی وابسته است که پژوهش از جمله برجسته‌ترین آنهاست. زیرا در پرتو آن است که جنبه‌های گونه‌گون موضوع شناسایی و نسبت به آن راهکار ارائه می‌شود. بر همین اساس، اصولاً نهادهای سیاستگذار به پیش‌بینی و راه‌اندازی ساختاری برای پژوهش مبادرت می‌ورزند تا پس از شناخت نظام‌یافته از موضوع‌ها به مسئله‌شناسی، دستورگذاری و پیش‌بینی شیوه‌های مناسب مهارکننده بزهکاری بینجامد. برای نمونه، می‌توان به مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی یا پژوهشگاه قوه قضائیه اشاره کرد که شماری از پژوهش‌های آنها به فرایند سیاستگذاری جنایی ناظر است. بر اساس مواد ۱ و ۲ قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ۱۳۷۴ این مرکز که از هدف «... فراهم آوردن زمینه‌های لازم در جهت کارشناسی هرچه بهتر قوانین، پشتیبانی علمی و پژوهشی متناسب با وظایف مجلس شورای اسلامی ...» برخوردار است، باید نسبت به «مطالعه، پژوهش و ارائه نظرات کارشناسی در مورد تمام لوایح و طرح‌ها به نمایندگان و کمیسیون‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی ... و گردآوری و بررسی نظرات محققان و پژوهشگران دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی، دستگاه‌های اجرایی، نهادها، گروه‌ها، انجمن‌های علمی و

^۱ نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *جایگاه کانون وکلای دادگستری و وکیل در جامعه حقوقی و قانون آیین دادرسی کیفری ایران*، در: غلامی، حسین (به کوشش)، *علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۴۶۴.

تخصصی و احزاب سیاسی و افکار عمومی در مورد نیازهای جامعه از نظر قانونگذاری ...» اقدام نمایند. بنابراین، مرکز پیش گفته که در ساختار مجلس شورای اسلامی نهادینه شده، وظیفه یافته است تا با استفاده از کنش گران برخوردار از تخصص در زمینه‌های گونه‌گون از جمله در پیوند با سیاست جنایی در راستای پژوهیدن و بازتاب دستاوردهای پژوهش به مجلس شورای اسلامی گام بردارد. طبیعتاً این جایگاه مرکز در به‌روز شدن سیاست‌های مجلس شورای اسلامی نسبت به روش‌های مهار پدیده مجرمانه تأثیرگذار است. به نظر می‌رسد، کانون‌های وکیلان دادگستری نیز باید ساختاری شایسته برای پژوهش‌های حقوقی خصوصاً سیاست جنایی شناسایی نمایند تا این بخش با استفاده از ظرفیت‌های علمی وکیلان دادگستری و البته پیش‌بینی برنامه و سیاست‌های پژوهشی در سیاستگذاری جنایی و تحولات آن نقش ایفا کند. به‌هررو، توانمندی علمی این کانون‌ها و برخورداری آنها از ابزارهای پایدار و نظام یافته است که می‌تواند اسباب اثربخش شدن و توجه نهادهای سیاستگذار به آنها را فراهم آورد.

در میان کانون‌های وکیلان دادگستری باوجود اینکه بخش پژوهش اهمیت بسیاری دارد، به ساختارسازی پژوهشی چندان توجه صورت نگرفته است. چنان‌که شماری از آنها مانند کانون وکیلان دادگستری مرکز چندی است که برای سو دادن این نهاد به سمت پژوهش‌های حقوقی به راه‌اندازی «شورای عالی پژوهش» مبادرت ورزیده است. این شورا اگرچه می‌تواند نهادی تأثیرگذار در زمینه پژوهش‌ها و نیز سیاستگذاری جنایی به شمار رود، از یک سو نهادی نوپاست و از سوی دیگر، تکلیف یافته است نسبت به پژوهش‌های حقوقی اندر نهادی صرفاً سیاستگذاری کند. آشکار است که، بخش پژوهش در کانون‌های وکیلان دادگستری برای ایفای نقش اثربخش باید دارای ساختاری انسجام‌یافته و عملیاتی شود تا به صورت هدفمند و دانش‌بنیان در فرایند سیاستگذاری جنایی به‌کار آید.

۲.۲.۲.۳. نبود گفتمان سیاست جنایی در کانون‌های وکیلان دادگستری

در عرصه سیاست جنایی، آنگاه کانون‌های وکیلان دادگستری می‌توانند نقش ایفا کنند که اصولاً نسبت به موضوع‌های گونه‌گون و چگونگی برخورد با آنها دارای گفتمان باشند. زیرا گفتمان همانا دربرگیرنده بینش و نوع رویکرد نهادینه‌شده یک مجموعه نسبت به موضوع خاص است.^۱ بنابراین، گفتمان سیاست جنایی رویکردهای ساختاری و نظام‌مند و در واقع، بینش یک نهاد نسبت به موضوع‌های گونه‌گون کیفری، البته از دریچه پیشگیری و مقابله با جرم است. به این ترتیب، گفتمان یک مجموعه در زمینه پیشگیری از جرم، مقابله با رفتارهای مجرمانه و چگونگی پاسخ دادن به بزه‌دیدگان نمایانگر هستار رویکردها و سیاست‌ها و چگونگی استفاده از ابزارهای مهارکننده بزهکاری است. آشکار است که بودن گفتمان در کانون‌های وکیلان دادگستری بینش این مجموعه نسبت به موضوع‌های متعدد سیاست جنایی را نمایان می‌کند. این وضعیت، علاوه بر اینکه چارچوب‌دار و نظام‌مند بودن رویکرد کانون‌های مذکور نسبت به سیاست جنایی را نشان می‌دهد، در چگونگی ارزیابی الگوهای شناسایی‌شده و دیگر روش‌های مربوط به مهار پدیده مجرمانه نیز نقش‌آفرین است. باوجود اینکه در هنجارهای مربوط به کانون‌های مذکور به‌گونه‌ای بایستی بودن برخورداری آنها از گفتمان حقوقی از جمله در قلمرو سیاست جنایی شناسایی‌پذیر است، به نظر می‌رسد در مجموع این نهاد در زمینه چگونگی مهار بزهکاری و حمایت از بزه‌دیدگان و الگوهای دادرسی کیفری و همچنین، نوع پاسخ‌گذاری و پاسخ دادن به بزهکاران دارای گفتمان آشکاری نیست. اگرچه این کانون‌ها گاه نسبت به دسته‌ای از موضوع‌ها دیدگاه‌پردازی می‌کنند، اما این اقدام‌ها برای شناساندن

۱. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: کرمانی، محسن و ابوالفضل دلاوری، «از ایدئولوژی تا گفتمان: سوزه، قدرت و حقیقت»، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره ۲۳، شماره ۷۴، ۱۳۹۵، صص ۱۱۱ - ۱۴۸.

بینش و نوع رویکرد ساختاری کانون‌های مذکور ناگویاست. به‌هررو، نبود گفت‌وگو در این نهاد نسبت به جنبه‌های گونه‌گون سیاست جنایی در استفاده ناکردن از ظرفیت آنها در فرایند تدوین سیاست‌های پیشگیرانه و مقابله‌کننده با بزه‌کاران تأثیرگذار است.

نتیجه‌گیری

کانون‌های وکیلان دادگستری نهادی پیشینه‌دار و برخوردار از ظرفیت‌های گسترده در زمینه جنبه‌های گونه‌گون سیاست جنایی به شمار می‌روند. این نهاد از وکیلان دادگستری متعدد که در موضوع‌های گونه‌گون کیفری تخصص دارند، بهره می‌برد و می‌تواند به‌عنوان بخشی از جامعه، که دارای هموند‌های حقوقی و کیفری پرشمار است، در تدوین سیاست‌های مهارکننده پدیده مجرمانه نقش‌آفرین باشد. باوجود این، به نظر می‌رسد به کار نگرفتن این نهاد کهن در نظام حقوقی ایران به هنگام تدوین سیاست‌ها روش برتری یافته است. اگرچه در شماری از موضوع و بر اساس نوع رویکرد دسته‌ای از مدیران سیاست جنایی گاه از این نهادها استفاده می‌شود، این بهره‌گیری نظام‌مند و استوار بر رویکرد نهادینه نشده است. بر همین اساس و برای بهره‌گیری از ظرفیت این نهادها در مرحله‌های گونه‌گون سیاستگذاری جنایی مانند شناسایی مسئله‌ها یا دستورگذاری باید نسبت به زدایش چالش‌ها و پایدارسازی رویکردها به منظور استفاده از ظرفیت‌های این کانون‌ها گام برداشت. چه اینکه بهره نداشتن از ظرفیت این نهاد در فرایند سیاستگذاری جنایی به نادیده انگاشتن یک بخش توجه‌پذیر علمی حرفه‌ای در عرصه حقوقی و کیفری و امکان‌ناپذیر ساختن تقویت جنبه‌های مشارکت‌مداری در تدوین سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری می‌انجامد. ازاین‌رو و برای استفاده پایدار و هدفمند از ظرفیت‌های این نهاد به نظر می‌رسد، باید به سوی توجه و به کار گرفتن پیشنهاد‌های متعددی پیش رفت:

۱- تدوین سیاست‌های کلان برای چگونگی سیاستگذاری جنایی

در پهنه نظام حقوقی ایران نهاد‌های متعددی در راستای تدوین سیاست جنایی دارای وظیفه و اختیارند. مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، قوه قضائیه و پلیس از جمله این نهادها به شمار می‌روند که هر یک در مرتبه‌ای به شناسایی سیاست‌های پیشگیرانه و یا کیفری مبادرت می‌ورزند. این نهادها اصولاً به سوی استفاده از ظرفیت دیگر نهاد‌های دولتی برای چگونگی تدوین سیاست جنایی گرایش دارند و از نهاد‌های جامعه‌ای و کانون‌های وکیلان دادگستری استفاده نمی‌کنند. ازاین‌رو، شناسایی سیاست‌های بنیادی برای راهبری این نهادها در زمینه بهره جستن از ظرفیت نهاد‌های جامعه‌ای می‌تواند در این زمینه رهگشا باشد.

۲- هموند کردن کانون‌های وکیلان دادگستری در نهاد‌های سیاستگذاری جنایی

ایفای نقش این کانون‌ها در فرایند سیاستگذاری جنایی دارای شکل‌های گونه‌گون است. هموند شدن کانون‌های مذکور در نهاد‌های سیاستگذار در زمینه پیشگیری از جرم یا مقابله‌کننده با پدیده مجرمانه از جمله راه‌های تأثیرگذاری در فرایند تدوین سیاست جنایی است. ازاین‌رو، به نظر می‌رسد سیاستگذاران جنایی باید برای این نهاد جایگاه شایسته‌ای در شوراها، ستادها و دیگر نهادها که آمیختاری از دستگاه‌های متعدد هستند، پیش‌بینی نمایند. شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم، ستادهای مبارزه با مواد مخدر و قاچاق کالا و ارز، شورای عالی پیشگیری و مقابله با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم از جمله عرصه‌های مناسب برای هموند شدن این کانون‌ها به شمار می‌روند.

۳- راه‌اندازی کمیسیون سیاست جنایی در کانون‌های وکیلان دادگستری

تأثیرگذاری کانون‌های مذکور در فرایند سیاستگذاری جنایی آنگاه به شکل شایسته تبلور می‌یابد که در چارچوب این نهاد تحلیل‌های نظام‌یافته و الگوی مناسب برای موضوع گونه‌گون کیفری تدوین شود. در واقع، کانون‌های مذکور باید با رویکردی دانش‌بنیان و استفاده از وکیلان دادگستری کاردان به بررسی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی و ارائه پیشنهادها و اثربخشی در این زمینه مبادرت ورزد. از این‌رو، در ساختار کانون‌های مذکور باید برای سیاست جنایی و ایفای نقش در فرایند سیاستگذاری جنایی نهادی مانند کمیسیون سیاست جنایی پیش‌بینی شود تا، از یک سو اندر نهاد این کانون‌ها و نسبت به بزهکاری صنفی و بزه‌دیدگی وکیلان دادگستری سیاستگذاری شود و از سوی دیگر، در زمینه موضوع‌های ورای کانون‌های وکیلان دادگستری به تحلیل و ارائه شیوه‌های اثربخش دست یابند.

۴- باورمند کردن نهادهای دولتی نسبت به استفاده از ظرفیت کانون‌های وکیلان دادگستری در فرایند

سیاستگذاری جنایی

سودگش رویکردهای جنایی و باورهای نهادهای دولتی که به سیاستگذاری جنایی مبادرت ورزند، در زمینه توان این کانون‌ها و اهمیت داشتن و اثربخش بودن استفاده از دیدگاه‌های آن برای تدوین سیاست‌های پیشگیرانه و کیفری نقش گسترده‌ای در برقراری میان کنش با کانون‌های مذکور در فرایند سیاستگذاری جنایی دارد. بر همین اساس، نمایاندن ظرفیت‌های این کانون‌ها به قانونگذار و دیگر سیاستگذاران جنایی و اینکه مشارکت این نهاد اسباب اتخاذ سیاست‌های نظام‌یافته‌تر در زمینه پیشگیری و مقابله با جرم‌ها را فراهم می‌آورد، می‌تواند در بهره جستن از این کانون‌ها نقش‌آفرین باشد. به این ترتیب، میان کنش سیاستگذاران جنایی با کانون‌های وکیلان دادگستری به هنگام و برای تدوین سیاست‌های مهارکننده بزهکاری باید به‌عنوان اصل راهبردی در فرایند سیاستگذاری جنایت جایگاه یابد تا از این رهگذر، علاوه بر تقویت جنبه‌های مشارکت‌مدارانه سیاست جنایی زمینه‌های استفاده بیشینه از توان کارگزاران حقوقی برای شناخت جنبه‌های گونه‌گون پدیده مجرمانه، مسئله‌های بزهکاران، بزه‌دیدگان و خواست‌های کنش‌گران عدالت کیفری و شناسایی اثربخش‌ترین روش‌های پیشگیرانه، مقابله‌کننده با رفتارهای مجرمانه و حمایت‌گر از بزه‌دیدگان و در واقع، شایسته‌ترین الگوی کاهنده شمار بزهکاری فراهم شود.

منابع

کتاب

۱. ارجمند سیاهپوش، اسحق، *جامعه‌شناسی حقوق*، تهران: جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۲. اشتریان، کیومرث، *سیاستگذاری عمومی ایران*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
۳. جمشیدی، علیرضا، *سیاست جنایی مشارکتی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۴. جمعی از مؤلفان، *تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی و حسین بادامچی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۵. دقتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد، *رهنمودهای عملی پیشگیری از جرم*، ترجمه عبدالرضا جوان جعفری و سید مهدی سیدزاده ثانی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۶. دلماس مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

۷. رینرسون، آرتور. جی، **قانون نویسی**، ترجمه آزاده عبدالله زاده شهرابیکی، تهران: سمت و پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی و مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۸. شافریتز، جی ام و بوریک کریستوفر. پی، **سیاستگذاری عمومی در ایالات متحده آمریکا**، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، تهران: دانشگاه امام صادق، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۹. صانعی، پرویز، **حقوق و اجتماع**، تهران: طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
۱۰. قاری سیدفاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر**، دفتر اول، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۱. قلی پور، رحمت الله و ابراهیم غلام پور آهنگر، **فرایند سیاستگذاری عمومی در ایران**، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۲. مورن، مایکل و دیگران، **دانشنامه سیاستگذاری عمومی**، ترجمه محمد صفار، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۳. مهرپور، حسین، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دادگستر، چاپ دهم، ۱۴۰۱.
۱۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **جایگاه قانون وکلای دادگستری و وکیل در جامعه حقوقی و قانون آیین دادرسی کیفری ایران**، در: غلامی، حسین (به کوشش)، علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری های بین المللی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درباره سیاست جنایی افتراقی**، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۱۶. نیازپور، امیرحسن، **پیشگیری از جرم**، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۲.
۱۷. وکیلان، حسن، **گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)**، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۸. وینسنت، اندرو، **نظریه های دولت**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۸۷.

مقاله

۱۹. زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب؛ حاکمیت و حکومت ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۷، شماره ۴۰، ۱۳۸۳، صص ۱۵۵-۲۰۲.
۲۰. شیر، عباس و امیرکیا عامری ثانی، «مسئله محوری در سیاستگذاری جنایی»، فصلنامه سیاستگذاری عمومی، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۸۲-۶۸.
۲۱. کرمانی، محسن و ابوالفضل دلاوری، «از ایدئولوژی تا گفتمان: سوژه، قدرت و حقیقت»، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره ۲۳، شماره ۷۴، ۱۳۹۵، صص ۱۴۸-۱۱۱.

References

Books

1. A Group of Authors, *History of Mesopotamian Criminal Law*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand Abadi and Hossein Badamchi, Tehran: Samt, First Edition, 2004. (in Persian)
2. Arjmand Siahpoosh, Ishagh, *Sociology of Law*, Tehran: Sociologists, First Edition, 2010. (in Persian)
3. Ashtarian, Kioumars, *Public Policy Making in Iran*, Tehran: Mizan, Second Edition, 2007. (in Persian)
4. Delmas Marti, Miri, *Major Systems of Criminal Policy*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, Tehran: Mizan, Second Edition, 2014. (in Persian)

5. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, *Human Rights in the Contemporary World*, First Volume, Tehran: Shahid Beheshti University, First Edition, 2003. (in Persian)
6. Gholi-Pour, Rahmatollah and Ebrahim Gholampour Ahangar, *Public Policy Process in Iran*, Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly, First Edition, 2010. (in Persian)
7. Jamshidi, Alireza, *Participatory Criminal Policy*, Tehran: Mizan, First Edition, 2011. (in Persian)
8. Knill, Christoph and Jale Tosun. *Policy Making*, Edited by: Daniele Caramani, *Comparative Politics Oxford University Press*, 2008.
9. Mehr-Pour, Hossein, *A Brief History of the Basic Laws of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Dadgostar, Tenth Edition, 2014. (in Persian)
10. Moran, Michael et al. *Encyclopedia of Public Policy*, Translated by: Mohammad Saffar, Tehran: Mizan, First Edition, 2014. (in Persian)
11. Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein, *On Differential Criminal Policy*, Preface In: Lazerge, Christian, *An Introduction to Criminal Policy*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, Tehran: Mizan, Ninth Edition, 2021. (in Persian)
12. Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein, *The Position of the Bar Association and the Lawyer in the Legal Society and the Criminal Procedure Code of Iran*, In: Gholami, Hossein (ed.), *Comparative Criminal Sciences in the Light of International Cooperation*, Tehran: Mizan, First Edition, 2016. (in Persian)
13. Niaz-Pour, Amir Hassan, *Crime Prevention*, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2023. (in Persian)
14. Reinerson, Arthur. J. *Law Writing*, Translated by: Azadeh Abdollah-Zadeh Shahrabaki, Tehran: Samt and The Institute for Research and Development of Humanities and the Islamic Consultative Assembly, First Edition, 2020. (in Persian)
15. Sane'ei, Parviz, *Law and Society*, Tehran: New Design, Second Edition, 2010. (in Persian)
16. Shafritz, J. M. and Borick, Christopher. P. *Public Policy in the United States*, Translated by: Hamid Reza Malek Mohammadi, Tehran: Imam Sadegh University, First Edition, 2011. (in Persian)
17. United Nations Office on Drugs and Crime, *Practical Guidelines for Crime Prevention*, Translated by: Abdolreza Javan Jafari and Sayyed Mehdi Sayyed-Zadeh Sani, Tehran: Mizan, First Edition, 2012. (in Persian)
18. Vakilian, Hassan, *Speeches on Law and Legislation (Collection of Articles)*, Tehran: Islamic Consultative Assembly Research Center Publications, First Edition, 2011. (in Persian)
19. Vincent, Andrew, *Theories of Government*, Translated by: Hossein Bashirieh, Tehran: Ney Publishing, Sixth Edition, 2008. (in Persian)

Articles

20. Kermani, Mohsen and Abolfazl, Delavari, "From Ideology to Discourse: Subject, Power and Truth", *Social Sciences Quarterly*, Volume 23, Issue 75, 2016, PP 111-148. (in Persian)
21. Schuck, Peter, H. "Lawyers and Policymakers in Government", *Law and Contemporary Problems*, Volume 6, Issue 1, 1998, PP 7-18. Available at: <http://www.law.duke.edu/journals/67:cpschuck>
22. Shiri, Abbas and Amirkia Ameri Sani, "Central Issues in Criminal Policy", *Public Policy Quarterly*, Volume 9, Issue 2, 2023, PP 68-82. (in Persian)
23. Yalmanov, N. "Public Policy and Policy-Making", *XXIII International Conference of Culture, Personality, Society in the Conditions of Digitalization: Methodology and Experience of Empirical Research Conference*, Volume 2020, 2021.
24. Zare'ei, Mohammad Hossein, "Good Governance; Sovereignty and Government of Iran", *Legal Research Quarterly*, Volume 7, Issue 40, 2004, PP 155-202. (in Persian)



Original Article

The Evolution of Green Technologies Transfer Mechanisms in Environmental Treaties in Light of COPs Performance

Zahra Mahmoudi Kordi¹, Seyed Sajjad Hosseini Damiri²

ABSTRACT

In the current situation, protecting the environment requires broad participation from all countries; thus, environmental treaties must include mechanisms that encourage countries to accept and implement environmental commitments. One such tool is the system for transferring green technologies, which plays a vital role in assisting developing countries in transitioning toward sustainable development. Despite the focus of most environmental agreements on technology transfer as a tool for environmental protection, not all have achieved success; however, collective environmental agreements with institutional arrangements known as Conferences of the Parties (COPs) have performed relatively well. Given the independent legal personality of the COP and its explicit and implicit powers, this body can be an effective tool in completing and clarifying provisions related to technology transfer, operationalizing transfer methods, providing various facilities including financial, scientific, and technological assistance, and monitoring the process of transferring green technologies outlined in environmental agreements which result is the development and evolution of technology transfer mechanisms under collective agreements. This article examines the evolution of green technology transfer mechanisms in environmental treaties from an analytical and comparative perspective, focusing particularly on the role of COPs as the main institution for guiding, monitoring, and strengthening these mechanisms. Initially, the article clarifies the concept of technology transfer and its evolution in international environmental law, demonstrating that the understanding of technology transfer has shifted from mere equipment provision to a comprehensive process that includes technical knowledge transfer, capacity building, and local development. To support this claim, early treaties that include commitments to technology transfer, such as the Barcelona Convention, the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution, and the United Nations Convention on the Law of the Sea, are examined. The finding in this section indicates that despite efforts to utilize international institutional assistance to facilitate technology transfer through these treaties, they have often failed due to the lack of an institution that regulates administrative and executive issues related to transfer, oversees the method of transfer, coordinates stakeholders' actions, and seeks solutions to overcome emerging challenges. Due to the rudimentary nature and lack of evolution of technology transfer mechanisms in the mentioned treaties, they are referred to as "underdeveloped regimes," which are contrasted with treaties that have a treaty body (COPs). Subsequently, "developed regimes" are analyzed, which include the Montreal Protocol and the Framework Convention on Climate Change—documents that endeavor to institutionalize and sustain the technology transfer process by creating bodies such as multilateral funds, clean development mechanisms,

How to Cite: Mahmoudi Kordi, Zahra, Hosseini Damiri, Seyed Sajjad, "The Evolution of Green Technologies Transfer Mechanisms in Environmental Treaties in Light of COPs Performance", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:137-156.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.225598.2089>

Received: 25/01/2022-Accepted: 16/04/2022

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran
Corresponding Author Email: z.mahmoudi@umz.ac.ir

2. PhD. Candidate, 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/>).

specialized committees, and technology networks. Specifically, the transfer of green technologies is an area that necessitates precise implementation and adaptation to changes; hence, the COPs of collective agreements are considered important tools for monitoring the implementation and continuity of commitments, which can create or develop mechanisms related to technology transfer through various tools adapted to circumstances. This is sometimes achieved through the adoption of new protocols and the establishment of relevant mechanisms or by creating funding bodies, forming committees, and even through soft law documents like action plans. The key role of COPs in these treaties is highlighted through the establishment of financial, supervisory, and technical mechanisms. For example, the Multilateral Fund of the Montreal Protocol has accelerated the transfer of alternative technologies for ozone layer protection, and the sixteenth climate change conference in Cancun, with the establishment of the Climate Technology Center and Network and the Green Climate Fund, has taken fundamental steps to enhance the technology transfer process. A case study of the Convention on Biological Diversity and documents like the Bonn Guidelines and Technology Transfer Action Plan shows that creating benefit-sharing and financial support mechanisms can increase the motivation of developing countries to participate in environmental treaties. Additionally, the "Biosafety Connection" initiative in the Convention on Biological Diversity is an example of ongoing efforts to link technology suppliers and demanders. The findings of this research indicate that for the successful technology transfer of green technologies in environmental treaties, the presence of institutional mechanisms, sustainable financial resources, and continuous oversight of commitment performance are essential. The COPs, with their supervisory, guiding, and dynamic roles over time, have been able to transform initial mechanisms into comprehensive and effective systems for technology transfer through smart decision-making. Conversely, the lack of such institutions in the initial treaties has caused the technology transfer process to remain incomplete and ineffective. Based on conducted case studies, it can be stated that the COPs of environmental conventions have, over time, sought to employ newer and more advanced mechanisms in the form of plans, guidelines, decisions, etc., to adapt to developments and utilize technical, executive, financial, and supervisory tools in line with conditions, thereby dynamically enhancing the technology transfer system to advance the objectives of the relevant conventions while considering the needs of both developed and developing countries. Finally, the article concludes to enhance the effectiveness of future environmental treaties, attention to design of independent institutions with sufficient executive powers, the establishment of capable financial mechanisms, and the precise definition of technology transfer processes is crucial. The successful experience of treaties such as the Montreal Protocol and the Framework Convention on Climate Change can provide a valuable model for new environmental treaties.

KeyWords: Green Technology, Environmental Treaties, Technology Transfer Mechanisms, COPs.

تکامل سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز در معاهدات زیست محیطی در پرتو عملکرد
کنفرانس اعضازهره محمودی کردی^۱، سید سجاد حسینی دامیری^۲

چکیده

حفاظت از محیط زیست نیازمند مشارکت و همکاری اکثر کشورهاست؛ چراکه عدم همکاری تعدادی از کشورها سبب می‌شود تلاش سایرین نیز به ثمر نرسد و لذا محتوای موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی نیز باید به گونه‌ای باشد که کشورها را به پذیرش و اجرای تعهدات مندرج ترغیب کند. تعهد به انتقال فناوری‌های سبز در اغلب موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی از دیرباز تاکنون با عبارت‌پردازی‌های متفاوت پیش‌بینی شده و هدف آن کمک به کشورهای عضو به‌ویژه کشورهای در حال توسعه جهت حفاظت از محیط زیست و دست یافتن این کشورها به مرتبه‌ای از توسعه‌یافتگی است که دیگر از روش‌های آلاینده و ناپایدار صنعتی استفاده نکنند. بی‌شک یکی از ابزارهایی که می‌تواند در تحقق هدف فوق مؤثر واقع شود، نظام انتقال فناوری پیش‌بینی شده در یک موافقت‌نامه زیست‌محیطی جمعی و از آن مهم‌تر سازوکارهای عملیاتی شدن آن است. مقاله حاضر ضمن بررسی سیر تکامل انتقال فناوری‌های سبز، نقش نهاد کنفرانس اعضا را در ایجاد و بهبود سازوکارهای انتقال مورد بررسی قرار می‌دهد.

کلیدواژگان: فناوری سبز، معاهدات زیست‌محیطی، سازوکارهای انتقال فناوری، کنفرانس اعضا.

استناد به این مقاله: محمودی کردی، زهره، حسینی دامیری، سید سجاد، «تکامل سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز در معاهدات زیست محیطی در پرتو عملکرد کنفرانس اعضا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۱۳۷-۱۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.225598.2089>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: z.mahmoudi@umz.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، 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

در دهه‌های اخیر محیط زیست دستخوش آسیب‌های متعددی شده که عمدتاً با آلودگی‌های وسیع و تخریب گسترده زمین نظیر گرم شدن هوا، تخریب لایه اوزون، بیابان‌زایی، انقراض گونه‌های جانوری و گیاهی و... همراه بوده است. امروزه احساس نیاز جامعه جهانی به مشارکت فعالانه کشورها با هدف فراهم آوردن زمینه‌های لازم برای بهره‌مندی نسل‌های حاضر و آینده از محیط زیستی سالم بیش از هر زمان دیگری است؛ هرچند در عمل همراه کردن کشورها با این فرایند دشوار به نظر می‌رسد. کشورهای درحال توسعه و کمتر توسعه‌یافته با استدلال بهره‌برداری گسترده از منابع طبیعی برای توسعه، به قواعد محدودکننده زیست‌محیطی تن نمی‌دهند و کشورهای صنعتی نیز با میل روزافزون برای دسترسی به مواد خام بیشتر و نیز انتشار گازهای گلخانه‌ای به وخیم‌تر شدن اوضاع دامن می‌زنند. این رویارویی، در کنار وضعیت شکننده محیط زیست، ضرورت قواعد و سازوکارهایی را که بتواند طیف وسیعی از کشورها را با خود همراه نماید را نشان می‌دهد. در همین راستا از کنفرانس استکهلم به این سو، نظام انتقال فناوری سبز، که یکی از اهداف مهم آن سهیم کردن کشورهای توسعه‌یافته و درحال توسعه در فرایند توسعه پایدار است، نضج گرفت. اصل ۹ اعلامیه ریو ضمن بیان اهمیت انتقال فناوری سبز، توسل به سازوکارهای انتقال فناوری را راهی مطمئن برای تحقق توسعه پایدار می‌داند. فناوری سبز یا زیست‌محیطی به تعبیر به کار رفته در دستور کار ۲۱ فناوری است که نسبت به موارد مشابه از ظرفیت بیشتری برای بهبود عملکرد محیط زیست برخوردار است و ویژگی‌هایی همچون حفاظت از محیط زیست، آلاینده‌گی کمتر، استفاده پایدار از منابع، بازیافت‌پذیری محصولات و زائدات را دارد. این روند متفاوت نه تنها باعث افزایش سود شرکت‌ها و تولیدکنندگان می‌شود، بلکه بر فرهنگ مصرف نیز اثر قابل توجهی می‌گذارد. انتقال فناوری‌های سبز مزایای گوناگونی دارد که هرچند صرفاً به محیط زیست محدود نمی‌شود، کمک به حل مشکلات زیست‌محیطی و جلوگیری از تخریب بیشتر آن، مهم‌ترین مزیت است. مطابق دستورکار ۲۱ کشورهای درحال توسعه برای کاهش آسیب‌های ناشی از صنعتی‌سازی به انتقال فناوری زیست‌محیطی متکی‌اند و جهان برای رشد اقتصادی پایدار و نیز حل مسائل زیست‌محیطی نظیر تخریب لایه اوزون و تغییر اقلیم به این دست فناوری‌ها نیاز مبرم دارد.^۱ این مزایا و ضرورت‌ها سبب شد تا معاهدات زیست‌محیطی با تکیه بر مفهوم مسئولیت مشترک، اما متفاوت و با هدف تحقق توسعه پایدار و همراه ساختن کشورهای توسعه‌یافته و درحال توسعه، برای حفاظت از محیط زیست، به انتقال فناوری‌های سبز توجه ویژه نشان دهند. هرچند، مطالعه معاهدات زیست‌محیطی تفاوت میان اجرای تعهدات مربوط به انتقال فناوری سبز در معاهدات فاقد نهاد کنفرانس اعضا با موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی جمعی را که از کنفرانس اعضا برخوردارند، نشان می‌دهد. تفاوت‌های اجرایی، این پرسش را به ذهن متبادر می‌کند که کنفرانس اعضای موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی چه سهمی در تکامل سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز دارند؟

یافته مقاله این است که به‌رغم توجه اکثر موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی به موضوع انتقال فناوری به‌عنوان ابزاری برای حفاظت از محیط‌زیست، همه آنها به کامیابی دست پیدا نکرده‌اند، بلکه موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی جمعی به جهت داشتن ترتیبات نهادی موسوم به کنفرانس اعضا عملکرد نسبتاً مطلوبی داشته‌اند. با توجه به شخصیت حقوقی مستقل نهاد کنفرانس اعضا و برخورداری از اختیارات صریح و ضمنی، این نهاد می‌تواند ابزاری مؤثری در تکمیل و تشریح مفاد مربوط به انتقال فناوری، عملیاتی کردن روش‌های انتقال، ارائه تسهیلات متنوع اعم از مالی، علمی و فناوری و نظارت بر

^۱. Wilkins, G. "Technology Transfer for Renewable Energy: Overcoming Barriers in Developing Countries", *The Royal Institute of International Affairs*, 2002, P 48.

فرایند انتقال فناوری سبز مندرج در موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی به حساب آید که نتیجه آن، توسعه و تکامل سازوکارهای انتقال فناوری ذیل موافقت‌نامه‌های جمعی است.

۱. مفهوم انتقال فناوری

اصطلاح انتقال فناوری به دفعات در مذاکرات معاهدات زیست‌محیطی به کار برده شده و در میان کشورهای مختلف و دکترین دیدگاه‌های متفاوتی از آن ارائه شده است. برخی از کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، این مفهوم را به عنوان شکلی از همکاری فناورانه بین‌المللی می‌پندارند؛ در حالی که اکثر کشورهای در حال توسعه بر لزوم تعهد به همبستگی و مساعدت تأکید دارند.^۱ در دکترین نیز برداشت‌های متفاوتی از انتقال فناوری وجود دارد. برخی انتقال فناوری را به عنوان فرایندی برای استفاده از فناوری‌های پیشرو، دانش، تسهیلات و تجربیات برای اهدافی خاص می‌دانند^۲ و بعضی دریافت‌کننده فناوری را مؤلفه‌ای مهم در انتقال فناوری؛ برای مثال از نظر بارنسون، انتقال فناوری انتقال دانشی است که دریافت‌کننده را برای تولید محصولی خاص یا ارائه خدماتی ویژه توانمند کند. در مقایسه با فروش ماشین‌آلات و تجهیزات، انتقال فناوری نیازمند رابطه‌ای پایدار است تا به دریافت‌کننده توانایی تولید محصول باکیفیت بدهد.^۳ دیدگاه جدیدتر انتقال فناوری را انتقال دانش متناسب با شرایط محلی می‌داند. مطابق این نگاه، انتقال فناوری نه تنها انتقال دانش مورد نیاز برای تولید محصول در کشور دریافت‌کننده، بلکه شامل ظرفیت‌سازی برای مهارت و توسعه محصولات نهایی، بهبود فنون موجود، معرفی فنون و تولید دانش جدید می‌شود.

جامعه بین‌المللی نیز همواره به دنبال رژیم نوینی برای انتقال فناوری سبز بوده است، اگرچه دستور کار ۲۱ تعریفی از انتقال فناوری بیان نکرده، فرایند انتقال فناوری‌های سبز را توضیح می‌دهد که دربردارنده نکات مهمی از جمله تأکید بر تسهیل قابلیت دسترسی و نقش انتقال فناوری در ارتقای توسعه پایدار است. هیئت بین‌المللی تغییرات اقلیمی، تعریف نسبتاً گسترده‌ای را برای انتقال فناوری ارائه می‌کند و انتقال فناوری را مجموعه گسترده‌ای از فرایندها از جمله دانش فنی، تجربه و تجهیزات می‌داند که با هدف سازگاری با تغییرات اقلیمی در میان ذی‌نفعان مختلف مثل دولت‌ها، بخش خصوصی، مؤسسات مالی، سازمان‌های مردم‌نهاد و مؤسسات آموزشی تحقیقاتی قابل انجام است.^۴ منظور از مجموعه گسترده، انتقال فناوری و همکاری‌های فناورانه که شامل یادگیری برای شناخت، کاربرد و جایگزینی فناوری، سازگاری با شرایط محلی و ادغام با فناوری‌های بومی می‌شود.^۵

از میان معاهدات، کنوانسیون چارچوب تغییرات اقلیمی ملل متحد شاخصه‌هایی از انتقال فناوری را ارائه می‌دهد که شامل مسائل مختلف از جمله تأمین مالی، انتقال و اجرا می‌شود. با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت امروزه انتقال فناوری

^۱ اخوان‌فرد، مسعود، علی صابری‌پور و غلامحسین مسعود، «اثر تحریم‌ها بر انتقال فناوری‌های زیست محیطی در حقوق بین‌الملل با تأکید بر مسأله ایران»، *مجله حقوق پزشکی*، دوره ۱۵، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، ص ۴.

^۲ Verbano C. And Venturini K. "Technology transfer in the Italian space industry: organizational issues and determinants", *Management Research Review*, 2012, P 273.

^۳ Martyniuk, A. O., Jain, R. K and Stone, H. J. "Critical success factors and barriers to technology transfer: case studies and implications", *International Journal of Technology Transfer and Commercialisation*, 2003, P 310.

^۴ 14. Prip, C., G. Kristian Rosendal and Morten W Tvedt. "The State of Technology Transfer Obligations in Global Environmental Governance and Law: Biodiversity Conservation and Sustainable Use", *Fridtjof Nansen Institute*, 2015, P 6.

^۵ IPCC Report. WGIII, Chapter 1.2, "Basic Concepts". Available at: http://www.grida.no/publications/other/ipcc_tar/?src=/climate/ipcc_ta/. 2001.

فقط شامل فناوری‌های سخت‌افزاری یا همان تجهیزات و ابزار نیست، بلکه فناوری‌های نرم‌افزاری از جمله روش مدیریت، انتقال دانش و تجربه و مواردی از این دست را نیز شامل می‌شود. به علاوه در انتقال فناوری بر مسئله سازگاری با شرایط محلی و همکاری‌های فناورانه تأکید می‌شود. یکی دیگر از تحولات موضوع انتقال فناوری در دهه‌های اخیر تأکید بر نقش اصول حقوق بین‌الملل محیط زیست به‌ویژه اصول همکاری، توسعه پایدار و مسئولیت مشترک اما متفاوت است.

۲. رژیم‌های تکامل نیافته

بررسی معاهدات مرتبط با حوزه محیط زیست که در مواد خود به موضوع انتقال فناوری سبز و زیستی پرداخته‌اند، نشان از دو شیوه متفاوت دارد که مبنای تقسیم‌بندی مطالب این مقاله قرار گرفته است. در دسته نخست معاهداتی قرار می‌گیرند که هرچند به لحاظ تاریخی در اختصاص موادی به انتقال فناوری پیشگام‌اند، نظام انتقال فناوری آنها به صورت نهادین در یامده است. با وجود تلاش‌هایی که بعضاً برای بهره‌گیری از کمک یک نهاد بین‌المللی به منظور هموار کردن مسیر انتقال فناوری توسط این معاهدات صورت گرفته، اما غالباً به دلیل فقدان نهادی که مسائل اداری، اجرایی ناظر بر انتقال را تنظیم کرده، بر نحوه انتقال نظارت داشته، رفتار ذی‌نفعان را هماهنگ کند و در جست‌وجوی راه‌حل برای غلبه بر چالش‌های پیش‌آمده باشد، توفیقی حاصل نکرده‌اند. به دلیل ابتدایی بودن و عدم تکامل سازوکارها و فرایند انتقال فناوری در معاهدات یادشده از آنها با عنوان رژیم‌های تکامل نیافته نام برده‌ایم که در مقابل معاهدات برخوردار از نهاد معاهداتی (کنفرانس اعضا) قرار می‌گیرند. در ادامه به تشریح سازوکار انتقال فناوری‌های سبز در معاهدات مزبور می‌پردازیم.

۲.۱. کنوانسیون بارسلونا ۱۹۷۶

روند انتقال فناوری به عنوان مشوقی برای مشارکت در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مربوط به حوزه محیط زیست از اواسط دهه هفتاد و با تصویب کنوانسیون بارسلونا با موضوع حفاظت از محیط زیست دریایی در برابر آلودگی آغاز شد. بند ۳ ماده ۱۱ کنوانسیون بارسلونا کشورهای عضو را متعهد می‌کند که در زمینه کمک‌های فنی با توجه به نیازهای ویژه کشورهای در حال توسعه، همکاری کنند. در ادامه، ماده ۱۳ کنوانسیون وظیفه اداری تشکیل جلسه، ارسال گزارش و اطلاعات موردنیاز برای اعضا و نیز ایجاد هماهنگی لازم با سایر نهادهای بین‌المللی را به برنامه محیط زیست ملل متحد (یونپ) محول کرده است. با وجود این، کنوانسیون یادشده فاقد مقرره‌ای است که چارچوب عملی اجرای تعهد مندرج در ماده ۱۱ را تعیین کند و حتی تلاش‌های بعدی در چارچوب ماده ۱۰ پروتکل آتن (پروتکل حفاظت از دریای مدیترانه در برابر آلودگی ناشی از منابع مستقر در خشکی) نیز نتوانست خلأ فقدان سازوکار اجرایی در این کنوانسیون را برطرف کند.

۲.۲. کنوانسیون مقابله با آلودگی فرامرزی دوربرد هوا ۱۹۷۹

این کنوانسیون، اولین موافقت‌نامه بین‌المللی در رابطه با آلودگی فرامرزی هوا محسوب می‌شود. پیش از آن برخی کشورها قوانین ملی راجع به آلودگی هوا با محوریت پدیده باران‌های اسیدی وضع کرده بودند؛ اما از آنجایی که آلودگی‌ها و برخی از گازهای مؤثر در ایجاد باران‌های اسیدی امکان جابه‌جایی تا صدها کیلومتر را دارد؛ ضرورت همکاری بین‌المللی کماکان محسوس بود. کنوانسیون با هشت پروتکل خود به بیان اقداماتی می‌پردازد که باید توسط اعضا برای کاهش انتشار آلودگی انجام شود؛ از جمله دسترسی به فناوری، اندازه‌گیری و مدل‌سازی داده‌ها و اطلاعات مربوط به اثرات آلودگی هوا بر

زیست‌بوم، سلامت، محصولات.

پروتکل‌های هشتگانه، انتقال فناوری را هدفی خاص می‌دانند که مشوقی برای کاهش مقرون‌به‌صرفه آسیب‌های زیست‌محیطی است. ماده ۳ پروتکل صوفیا ۱۹۸۸ به تبادل فناوری و تسهیل آن اشاره دارد و اصلاحیه ماده ۶ پروتکل اسلو ۱۹۹۴ نیز معطوف به اشتراک‌گذاری دستاوردهای تحقیقاتی در فناوری‌های کاهنده آلودگی است. طبق این مقرر، هر نوآوری اکتشافی توسط یک دولت عضو باید به دیگر اعضا منتقل شود. با اینکه پروتکل‌ها به‌وضوح از ترویج انتقال فناوری به‌عنوان وسیله‌ای برای کاهش آلودگی حمایت می‌کنند، اما متضمن سازوکار مشخصی درمورد نحوه تشویق و ترویج انتقال نیستند. ابهام در روند اجرایی شدن مفاد مربوط به انتقال فناوری سبب شد تا عملاً فرایند انتقال آن‌گونه‌که باید پیش نرود و در نتیجه انتشار گازهای مؤثر بر ایجاد باران‌های اسیدی نیز روند کاهشی نداشته باشد.^۱

۲.۳. کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲

مسئله حفاظت از محیط‌زیست دریایی یکی از حوزه‌های مهم حقوق بین‌الملل محیط زیست است. آلودگی گسترده دریاها و اقیانوس‌ها، کاهش ذخایز آبزیان، به خطر افتادن تنوع‌زیستی و... از جمله مهم‌ترین این تهدیدات است. ازسویی فناوری‌های دریایی نیز بسیار متنوع است و شامل طیف متنوعی در حوزه‌هایی مثل ماهیگیری، ساخت کشتی، مهندسی سواحل، تولید انرژی از موج یا جزرومد و بارورسازی اقیانوس‌ها می‌شود؛ اما از این میان تنها انتقال فناوری مربوط به روش‌های استخراج از اعماق اقیانوس‌ها مورد توجه قرار گرفته است که آن هم نهایتاً به‌دلیل عدم پیش‌بینی نظام اداری و سازوکار انتقال با شکست مواجه شد. فناوری استخراج از اعماق دریاها در کنفرانس سوم حقوق دریاها در دستورکار کشورهای جهان سوم قرار داشت؛ اما کشورهای درحال توسعه بنا به دلایلی ازجمله افزایش هزینه‌ها، تمایلی به انتقال فناوری‌های مرتبط با این حوزه نداشتند. مذاکرات به‌وضوح گویای تقابل میان دو گروه کشورها بود. کشورهای درحال توسعه برای نهادینه کردن خواسته‌های خود در دستیابی به فناوری‌های دریایی در کنوانسیون الزام‌آور مصر بودند؛ اما کشورهای توسعه‌یافته تمایلی به این امر نداشتند. نهایتاً، مفاد به‌گونه‌ای تنظیم شد که فاقد تعهدات حقوقی مشخص برای اعضا باشد و در واقع مبین قواعدی رفتاری برای ترویج انتقال فناوری است. به‌علاوه، عدم توافق روی مسائل موضوعه، منجر به تصویب رژیم انتقال فناوری شد که با مفاد و اهداف کنوانسیون هماهنگی ندارد.^۲

۲.۴. کنوانسیون کارتاها ۱۹۸۳ و پروتکل الحاقی آن

کنوانسیون کارتاها نام‌های منطقه‌ای با هدف حفاظت از محیط‌زیست دریایی در منطقه کارائیب است. ماده ۱۳ این کنوانسیون از کشورهای امضاکننده می‌خواهد تا با هدف مدیریت مناسب محیط‌زیست، در انتقال فناوری به سود کشورهای درحال توسعه مشارکت داشته باشند. اما سازوکار اجرایی را برای انتقال فناوری مشخص نکرده است. به‌عبارت دیگر، هرچند ماده ۱۳ به تعهدات کلی مرتبط با انتقال فناوری از طریق سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی اشاره دارد، درباره روش اجرای تعهدات یادشده سخنی به میان نیامده است و در نتیجه فرایند انتقال فناوری عملاً به فرایندی روی

^۱. Byrne, A. "The 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution: Assessing its Effectiveness as a Multilateral Environmental", *Transnational Environmental Law*, Volume 4, Issue 1, 2015, P 50.

^۲. عامری، فیصل، «معاهدات ناظر بر همکاری‌های دولتی و نقش آن‌ها در انتقال فناوری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۳، ۱۳۸۹، ص ۱۹۷.

کاغذ بدل شده که قدرت اجرایی ندارد. با تصویب پروتکل مربوط به حیات وحش و مناطق ویژه حفاظت شده در سال ۱۹۹۰ موسوم به پروتکل کارتاها، ضمن تأکید بر اهمیت همکاری کشورهای منطقه برای حفاظت از گونه‌های در معرض خطر، نهادهای موسوم به کمیته مشورتی علمی و فنی ایجاد شد. از جمله وظایف کمیته، ارائه مشورت‌های علمی و فنی به کشورهای عضو در خصوص مواردی همچون فهرست مناطق و گونه‌های حفاظت‌شده، بررسی گزارش‌های مرتبط با مدیریت و حفاظت از این گونه‌ها و مناطق، ارائه پیشنهادهایی برای کمک‌های فنی برای آموزش، تحقیقات و مدیریت به خصوص درباره احیای گونه‌های در معرض خطر و ارزیابی آثار زیست‌محیطی است. با وجود این، وظایف محوله به کمیته -غیر از بخش مربوط به آموزش- در راستای انتقال فناوری نیست. در واقع عدم تنظیم سازوکاری نظام‌مند برای انتقال فناوری توسط کمیته مشورتی در پروتکل، همچنان کنوانسیون کارتاها را از زمره معاهدات نظام‌مند در انتقال فناوری‌های زیست‌محیطی خارج می‌کند.

اسناد فوق نشان می‌دهد که صرف اختصاص ماده‌ای به انتقال فناوری، استفاده از عباراتی که فاقد الزام حقوقی باشند و اتکای صرف به ظرفیت نهادهای بیرونی بدون تعیین قلمرو اختیارات این نهادها منجر به تضمین انتقال فناوری نمی‌شود، بلکه در کنار وضع قواعد دقیق، نهادین کردن سازوکارهای انتقال فناوری نیز ضروری است. تا از قبل آن هم منافع کشورهای توسعه‌یافته به‌عنوان صاحبان فناوری تضمین شده و هم خواسته کشورهای در حال توسعه به‌عنوان متقاضی این فناوری‌ها تأمین شود.

۳. رژیم‌های تکامل‌یافته

گروه دوم از معاهدات زیست‌محیطی شامل موافقت‌نامه‌های جمعی می‌شود که سازوکارهای انتقال فناوری‌های سبز را از حالت ابتدایی خارج کرده و با نهادین و نظام‌مند کردن فرایند پیش‌بینی‌شده در مفاد معاهده زیست‌محیطی موجبات تکامل آن را فراهم آورده‌اند. موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی جمعی با هدف جست‌وجوی راه‌حل‌های طولانی‌مدت برای مشکلات پیچیده زیست‌محیطی جهانی تنظیم شده‌اند. درواقع این موافقت‌نامه‌ها چارچوب قانونی برای حاکمیت جهانی محیط‌زیست و بیان رسمی اراده جمعی دولت‌ها برای محافظت از زیست‌بوم و تثبیت روابط بین انسان و طبیعت هستند.^۱ موافقت‌نامه‌های چندجانبه اسناد بین‌المللی الزام‌آوری هستند که به مسائل زیست‌محیطی، تعهدات اعضا و سازوکارهای نهادی موردنیاز برای اجرای مفاد معاهده می‌پردازند. از این‌رو می‌توان آنها را اسنادی با ماهیت تکاملی و پویا دانست که با هدف همکاری‌های بلندمدت برای رسیدگی به بحران‌های زیست‌محیطی جهانی طراحی شده‌اند.^۲ اما مهم‌ترین وجه تمایز موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی جمعی را باید ارائه الگوی مشترکی از ترتیبات نهادی مستقل موسوم به کنفرانس اعضا دانست. کنفرانس اعضا دارای ماهیتی ویژه و شخصیت حقوقی مستقل از اعضای موافقت‌نامه بوده و ضمن برخورداری از ارکانی نظیر دبیرخانه و نهادهای فرعی تخصصی قادر به اتخاذ تصمیم و حتی در مواردی قانونگذاری است. این ساختار ویژه، ضمن نظارت بر محتوای رژیم هنجاری و انطباق تعهدات اعضا با مفاد موافقت‌نامه موردنظر، موجبات به‌روزرسانی و تطبیق مفاد موافقت‌نامه‌ها با شرایط در حال تغییر را فراهم می‌آورد. نتیجه این امر علاوه بر پویایی موافقت‌نامه، توسعه

¹. Ambalam, K. "Challenges of compliance with multilateral environmental agreements: the case of the United Nations Convention to Combat Desertification in Africa", *Journal of Sustainable Development Studies*, 2014, P 148.

². Kannan A, "Global environmental governance and desertification: a study of Gulf Cooperation Council countries", *Concept Publishing Company*; 2012, P 3.

حقوق بین‌الملل محیط زیست است. در مجموع، کنفرانس اعضا به طرق مختلف از جمله ایجاد ارکان فرعی، اصلاح موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی جمعی، تصویب پروتکل‌های الحاقی، قانونگذاری و نظارت بر اجرای تعهدات اعضای موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی وظایف خود را انجام می‌دهد. مشخصاً انتقال فناوری‌های سبز از حوزه‌هایی است که نیازمند لزوم اجرای دقیق و توسعه متناسب با تغییرات است و از این رو کنفرانس اعضا و موافقت‌نامه‌های جمعی در جهت نظارت بر اجرا و پایش اجرای تعهدات و تداوم آن ابزاری مهم محسوب می‌شود که می‌تواند از طریق ابزارهای متنوع و فراخور شرایط به ایجاد یا توسعه سازوکارهای مرتبط با انتقال فناوری مبادرت کند. این مهم گاهی با تصویب پروتکل جدید و ارائه سازوکارهایی در این خصوص یا با ایجاد صندوق‌های تأمین مالی، ایجاد کمیته‌ها و حتی از طریق اسناد حقوقی نرم مانند برنامه اقدام، تحقق می‌یابد و کشورها را به استفاده و انتقال فناوری‌های زیست‌محیطی نوین جهت حفاظت و حمایت از محیط‌زیست ترغیب می‌کند. در مطلب پیش‌رو سعی شده تا ضمن تبیین روند تکاملی این سازوکارها، نقش نهاد کنفرانس اعضا در پویایی و تضمین انتقال فناوری نشان داده شود.

۳.۱. نظام حفاظت از لایه اوزون

منظور از نظام حفاظت از لایه اوزون، مجموعه تدابیری است که از طریق کنوانسیون وین، پروتکل مونترال و تصمیمات کنفرانس اعضای کنوانسیون برای انتقال فناوری‌های سبز اتخاذ شده است. هدف این نظام کمک به کشورهای درحال توسعه برای حذف تدریجی مواد مخرب لایه اوزون است که از طریق *انتقال سریع و عادلانه بهترین فناوری‌های سازگار با محیط زیست* و جایگزینی آنها با فناوری‌های قدیمی مخرب اوزون محقق می‌شود.

۳.۱.۱. کنوانسیون وین: ایجاد چارچوب اولیه برای انتقال فناوری

لایه اوزون که زمین را از پرتوهای زیان‌بار خورشید محافظت می‌کند، بر اثر بعضی از فعالیت‌های صنعتی و کشاورزی آسیب دیده و در نتیجه محیط‌زیست و حیات همه موجودات در معرض خطرهای ناشی از این اشعه قرار گرفته است.^۱ با توجه به ضرورت پیش‌بینی راهکارهایی برای پیشگیری از تخریب بیشتر لایه اوزون، کنوانسیون وین پایه و اساس رژیم بین‌المللی کنترل آلاینده‌های مخرب اوزون و نیز انتقال فناوری‌های مرتبط با آن را ایجاد کرد. اما کنوانسیون صرفاً بر همکاری اعضا در انتقال فناوری و دانش طبق قوانین داخلی و با در نظر گرفتن نیازهای کشورهای درحال توسعه، به صورت مستقیم یا از طریق سازمان‌های بین‌المللی ذی‌صلاح تأکید کرده است (مستفاد از بند ۲ ماده ۳). درحقیقت کنوانسیون وین، اجرای دقیق برخی مواد از جمله انتقال فناوری و تدارک برنامه‌های لازم برای بهبود عملکرد اعضا را به کنفرانس کشورهای عضو و پروتکل مونترال محول کرده است. به عبارتی مفاد کنوانسیون وین را می‌توان طرح اولیه برای انتقال فناوری دانست که بعدها در خلال مذاکرات مربوط به تدوین پروتکل‌های الحاقی و اصلاحیه‌های آن به قوام رسیده است.^۲ ماده ۶ کنوانسیون که به وظایف کنفرانس اعضا اختصاص دارد، بستر این تکامل را فراهم کرده است. طبق این ماده، از جمله وظایفی که برای اجرای مستمر مفاد کنوانسیون بر عهده کنفرانس اعضا قرار داده شده، تدوین برنامه‌های

^۱. Eze, S. O. and Afolabi, B. A. "Depletion of Stratospheric Ozone Layer: A Major Concern on Environmental and Agricultural Production in the 21st Century", *International Researchers*, Volume 2, Issue 2, 2013, P 42.

^۲. بلوری، پیمان، «حقوق بین‌الملل و حفاظت از محیط‌زیست در برابر آلودگی‌های جوی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸، ص ۳۱.

مرتبط با انتقال فناوری است.

۳.۱.۲. پروتکل مونترال: پیش‌بینی رژیم نظارت و کنترل

رویکرد پروتکل مونترال ایجاد تعادل میان خواسته‌های متفاوت کشورهای توسعه‌یافته و درحال توسعه بود. ازجمله موارد مهمی که پس از اصلاح مقدمه پروتکل مورد توجه واقع شد، برآورده کردن نیاز کشورهای درحال توسعه، اصول مربوط به منابع مالی، دستیابی به فناوری‌های مرتبط با کاهش مواد مخرب لایه اوزون است.^۱ باوجوداین، پیش‌بینی رژیم نظارت و کنترل در ماده ۲ پروتکل را باید مهم‌ترین دستاورد این سند نامید. علت اصلی اصلاح پروتکل و گنجاندن رژیم نظارت و کنترل این بود که اغلب کشورهای درحال توسعه در زمان تصویب پروتکل مونترال میزان کمی مواد مخرب لایه اوزون تولید می‌کردند؛ اما میل این کشورها به‌ویژه چین و هند به صنعتی شدن، تصویری نامطلوب از آینده و افزایش مواد آلاینده اوزون را ترسیم کرد^۲ و اگر اقدامی صورت نمی‌گرفت، در بلندمدت تلاش سایر کشورها نیز بی‌ثمر می‌شد. لذا کشورهای توسعه‌یافته با هدف تشویق این کشورها به امضای پروتکل مونترال، سازوکار فوق را ابداع کردند. کارکرد این رژیم کمک به کشورهای ناتوان برای ایفای تعهدات مرتبط با کاهش و کنترل مواد مخرب اوزون است. به‌این ترتیب که پس از اطلاع به دبیرخانه، کنفرانس اعضا درباره اعطای تسهیلاتی نظیر انتقال فناوری‌های نو به کشور مزبور تصمیم‌گیری می‌کند. هدف سازوکار نظارت و کنترل که به‌عنوان اهرم فشار ازسوی کشورهای درحال توسعه برای دریافت کمک‌های فناورانه عمل می‌کند، این است که با تسهیل انتقال فناوری، این کشورها را برای فائق آمدن بر مشکلات زیست‌محیطی مرتبط توانمند کند.

۳.۱.۳. کنفرانس اعضای اول و دوم: ایجاد سازوکار مالی و کمیته اجرایی

تحقق برنامه کاهش هالون‌ها و کلروفلوئوروکربن‌ها پروتکل مونترال در گرو توانمندسازی کشورهای عضو از طریق انتقال فناوری‌های زیست‌محیطی به آنها بود. بحث درباره این موضوع در کنفرانس اعضای هلسینکی و لندن باعث تقویت و تکامل بیشتر سازوکار انتقال فناوری نظام حفاظت از لایه اوزون شد. پروتکل مونترال نیز مانند کنوانسیون وین، طی ماده ۱۱ خود، نهاد اجلاس اعضا را پایه‌گذاری کرده است. ازجمله مهم‌ترین وظایف این نهاد می‌توان به وضع رهنمود به‌منظور بهبود عملکرد پروتکل و همچنین ارائه کمک‌های فنی به کشورهای عضو اشاره کرد. بر همین مبنا، در اجلاس هلسینکی تصمیم گرفته شد تا چارچوبی مالی جهت تسهیل و تقویت انتقال فناوری و نیز نهادی دائمی برای نظارت بر اجرای انتقال در نظر گرفته شود. در ادامه این روند، دومین اجلاس اعضای پروتکل مونترال در سال ۱۹۹۰ (موسوم به اصلاحیه لندن) برگزار شد که از آن به‌عنوان موفقیت حقوق بین‌الملل انتقال فناوری‌های سبز یاد می‌شود. زیرا برای اولین بار در حقوق بین‌الملل، رژیمی جهانی و نظامی مشخص برای انتقال فناوری به کشورهای درحال توسعه شکل گرفت و کشورهای عضو پروتکل به ایجاد صندوقی چندجانبه اقدام کردند تا از این طریق با تسهیل انتقال فناوری به کشورهای جهان سوم در راستای تحقق اهداف پروتکل مونترال گام بردارند.^۳ تأسیس صندوق چندجانبه پروتکل مونترال در راستای مأموریت

^۱ همان، ص ۳۷.

^۲ Shepherd, J. "The Future of Technology Transfer Under Multilateral Environmental Agreements", *Environmental Law Institute*, 2007, P 6.

^۳ Lawrence, P. "Technology Transfer Funds and the Law-Recent Amendments to the Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer", *Journal of Environmental Law*, Volume 4, Issue 1, 1992, P 19.

کنفرانس اعضای کنوانسیون وین در ایجاد نهادهای لازم برای پیشبرد اهداف کنوانسیون بوده و نحوه اداره آن نیز با تصمیمات کنفرانس اعضا مشخص می‌شود. ایجاد صندوق، موفقیتی بزرگ در راستای اجرای مواد پروتکل و تأمین مالی مناسب به شمار می‌رود. این صندوق توسط کمیته اجرایی اداره و بودجه آن را کشورهای توسعه‌یافته تأمین می‌کنند. بند ۵ ماده ۵ اصلاحیه سال ۱۹۹۷ پروتکل مونترال، ایفای تعهدات کشورهای در حال توسعه را منوط به اجرای مؤثر ضوابط مربوط به انتقال فناوری مندرج در ماده ۱۰ و نیز مقررات صندوق کرده است. صندوق چندجانبه منابع مالی لازم را برای کشورهای در حال توسعه فراهم می‌آورد تا از طریق آن تعهدات خود را اجرایی کنند.^۱ کمک‌های مالی و فنی در قالب کمک‌های بلاعوض یا وام‌های اعطایی از طریق سازمان‌های مجری، یعنی برنامه توسعه سازمان ملل، یونپ، سازمان توسعه صنعتی و بانک جهانی ارائه می‌شود.

صندوق چندجانبه هزینه‌های انتقال فناوری را پوشش می‌دهد و بخش قابل توجهی از انتقال فناوری را از طریق اقدامات داوطلبانه پیش می‌برد. در حالی که رژیم‌های اولیه برای تأمین و نحوه کاربست هزینه‌های ناشی از تعهدات معاهداتی به تسهیلات جهانی محیط زیستی وابسته‌اند، صندوق خود این تسهیلات را سازمان‌دهی می‌کند و فناوری‌های تحت حمایت حقوق مالکیت فکری با مذاکراتی که میان تسهیلات جهانی محیط‌زیست و صندوق چندجانبه صورت می‌گیرد به کشورهای مقصد منتقل می‌شوند.^۲

موفقیت صندوق چندجانبه را می‌توان ناشی از ساختار آن دانست که همسو با رفع نگرانی‌های کشورهای در حال توسعه است؛ به این نحو که رعایت تعهدات زیست‌محیطی هزینه‌های مضاعفی را بر این کشورها تحمیل نکند و انتقال فناوری‌های سبز، مقرون به صرفه و در عین حال ترغیب‌کننده باشد.^۳

کنفرانس اعضا علاوه بر ایجاد سازوکار مالی، قواعد خاصی را برای فرایند انتقال فناوری تصویب و یک کمیته/جری را برای اداره و نظارت بر واقعی بودن انتقال ایجاد نمود. کمیته به عنوان نهاد فرعی کنفرانس اعضا، مسئول نظارت بر انطباق و اجرای تعهدات کشورهاست. کمیته از ده عضو منتخب تشکیل شده است که براساس توزیع عادلانه جغرافیایی انتخاب می‌شوند. کمیته وظایف مهمی همچون شناسایی و رفع موانع انتقال فناوری‌های سبز از طریق قوانین ملی و وضع دستورالعمل را پیگیری می‌کند و فناوری‌هایی را که نیاز به حمایت مالی بیشتر دارند، شناسایی می‌کند.

در نتیجه اصلاحاتی که توسط تصمیمات کنفرانس اعضا در پروتکل مونترال ایجاد شد، کشورهایی همچون چین و هند به پروتکل ملحق و در پی آن از مزایای انتقال فناوری سبز برخوردار شدند؛ کمک به صنعت یخچال‌سازی کشور هند یکی از مثال‌های قابل ذکر است. همچنین تاکنون پروژه‌های موفق تحت نظارت صندوق چندجانبه در کشور چین اجرا شده است. به عنوان مثال برای تولید سیستم خنک‌کننده در چین به جای استفاده از گازهای مخرب لایه اوزون، گازهای غیرآسیب‌زا جایگزین شده است.^۴ در مجموع، تأکید رژیم حفاظت از لایه اوزون بر فناوری‌های نو و همچنین انتشار فناوری از طریق انتقال آن است؛ به گونه‌ای که منافع کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه را منعکس و تدریجاً به از بین بردن استفاده از مواد مخرب لایه اوزون کمک کند.^۵

^۱ Green, B. "Lesson from the Montreal Protocol", *Environmental Law*, Volume 39, Issue 1, 2009, P 266.

^۲ Prip, Rosendal and Tvedt. Op. Cit., P 5.

^۳ Stephen, A. K. Madhava Sarma and Kristen N. Taddonio. "Technology transfer for the ozone layer: Lessons for climate change", *London: Earthscan*, 2007, PP 316-318.

^۴ Yoshida, O. "The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer", *6 Int'l L. Japanese Persp*, 2001, P 273.

^۵ Andersen, S. K. Madhava Sarma and Kristen Taddonio. "Technology transfer for the ozone layer: Lessons for climate change", *London: Earthscan*, 2012, P 293.

۳.۲. نظام مقابله با تغییرات اقلیمی

این نظام مشتمل بر اقدامات ابتدایی و پایه‌ای انتقال فناوری پیش‌بینی شده در کنوانسیون چارچوب مقابله با تغییرات اقلیم، تا سازوکارهای هوای پاک مندرج در پروتکل کیوتو و تصمیمات اتخاذی توسط کنفرانس اعضای کنوانسیون، که مفاد کنوانسیون را نهادین نموده، می‌شود. چنانچه اشاره شد، برای نخستین بار هیئت بین‌الدولی مقابله با تغییرات اقلیمی، انتقال فناوری را در حوزه مقابله با تغییرات اقلیم تعریف کرد که بعدها در کنوانسیون چارچوب نیز گنجانده شد.

۳.۲.۱. کنوانسیون چارچوب مقابله با تغییرات اقلیمی: ایجاد کارگروه متخصصان

ماده ۲ کنوانسیون، هدف اصلی این معاهده را دستیابی به ثبات در میزان گازهای گلخانه‌ای موجود در اتمسفر بیان داشته است و در عین حال تأکید می‌کند که این سطح باید تا زمانی حفظ شود که اکوسیستم‌ها بتوانند به صورت طبیعی با تغییرات اقلیمی تطابق یابند، تولید مواد غذایی با تهدید روبه‌رو نشود و توسعه اقتصادی نیز به صورتی پایدار ادامه یابد. از آنجایی که کاهش گازهای گلخانه‌ای نیاز به مشارکت همه کشورها دارد، کنوانسیون مشوق‌هایی را برای این امر در نظر گرفته است که عمدتاً معطوف به مساعدت‌های مالی و فناورانه می‌شود.^۱ در واقع این مشوق‌ها از این‌رو در کنوانسیون و متعاقب آن به صورت جزئی‌تر در پروتکل کیوتو و تصمیمات کنفرانس اعضا بیان شده است تا کشورهای بیشتری را ترغیب به الحاق کند و مشارکت همگانی را تحقق بخشد.

کنوانسیون با هدف توانمندسازی کشورهای در حال توسعه در اجرای تعهداتشان، کشورهای توسعه‌یافته را ملزم به اتخاذ تدابیر مناسب برای ترویج، تسهیل و تأمین مالی، انتقال و دستیابی به فناوری مناسب زیست‌محیطی و دانش به کشورهای در حال توسعه می‌کند و علاوه بر این بر رابطه متقابل میان ایفای مؤثر تعهدات کشورهای در حال توسعه با اجرای مؤثر تعهدات مالی و انتقال فناوری از جانب کشورهای پیشرفته صحنه می‌گذارد. با این‌همه، سازوکار اجرایی انتقال فناوری سبز را به طور دقیق بیان نکردند و به همین دلیل کشورهای عضو در سال ۲۰۰۱ چارچوبی را برای انتقال فناوری ایجاد کردند که پنج زمینه مربوط به انتقال فناوری را پوشش می‌داد که از جمله شامل نیازسنجی، توانمندسازی کشور دریافت‌کننده، ظرفیت‌سازی و... می‌شد.^۲ در ادامه و به منظور اجرای چارچوب فوق، کارگروهی متشکل از متخصصان انتقال فناوری شکل گرفت. وظیفه گروه کارشناسان انتقال فناوری، توسعه نظام انتقال فناوری ذیل کنوانسیون چارچوب است. در همین راستا، گروه مزبور نهادهای فرعی را برای ارائه مشاوره‌های فنی و علمی^۳ در راستای توسعه و انتقال فناوری مطابق برنامه اقدام بالی^۴ تشکیل داد. این نهادها به منظور اجرای بهتر و مؤثرتر ماده ۹ کنوانسیون چارچوب^۵ ایجاد شدند تا به کشورهای عضو سازوکارهای انتقال فناوری و همچنین مشورت‌های علمی برای بررسی این سازوکارها را ارائه دهند.^۶ چنانچه اشاره شد، دکترین اختیارات ضمنی سبب گسترش صلاحیت کنفرانس اعضا می‌شود. تأسیس نهادهای فرعی از جمله نهاد فرعی برای مشاوره علمی و فناوری کنوانسیون تغییرات اقلیمی نمونه بارزی از اعمال اختیارات ضمنی توسط کنفرانس اعضا

۱. فلسفی، هدایت الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۴، ص ۲۷۶.

۲. Majekolagbe, A. "The Evolution of the Unfccc Environmentally Sound Technology Development and Transfer Framework", Law, Environment and Development Journal, Volume 16, Issue 2, 2020, P 123.

۳. *Subsidiary Body of Scientific and Technological Advice (SBSTA)*

۴. Bali Action Plan

۵. ماده ۹ مربوط به ایجاد و وظایف «نهادهای فرعی برای مشاوره‌های علمی و فناورانه» است.

۶. Chuffart. S. "Technology Transfer and Dissemination Under the UNFCCC: Achievements and New Perspectives", *Sabin Center for Climate Change Law*, 2013, P 18.

کنوانسیون یادشده است. در طی فعالیت این کارگروه، نیازهای فناورانه بسیاری از کشورهای درحال توسعه شناسایی و سپس برای رفع آنها ظرفیت سازی شد، که در این راستا، کارگروه تلاش های زیادی را به منظور بررسی نحوه تأمین مالی انتقال فناوری های سبز انجام داد.^۱ نگرش کارگروه این بود که هم ضروریات مربوط به توسعه را پوشش دهد و هم با کمک به بهره گیری کشورها از فناوری های سبز، مانع از انتشار گازهای گلخانه ای بیشتر شود. این کارگروه بعد از تشکیل کنفرانس اعضا در کانکون، جای خود را به سازوکار فناوری داد.

۳.۲.۲. پروتکل کیوتو: ایجاد سازوکار توسعه پاک

پروتکل کیوتو با متعهد کرن کشورهای صنعتی و کشورهای با اقتصاد در حال گذار به کاهش انتشار گازهای گلخانه ای، مفاد کنوانسیون تغییرات اقلیمی را عملیاتی کرده است. پروتکل برطبق اصول و مفاد کنوانسیون و بر اساس ساختاری ضمیمه محور عمل می کند. در واقع کشورهای توسعه یافته بنابر اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت تعهدات سنگینی را متقبل شده اند. این سند هم به تدوین سیاست ها و برنامه های مربوط به انتقال مؤثر فناوری های سبز، که در مالکیت عمومی هستند، توجه نشان داده است و هم برای افزایش نرخ انتقال فناوری های سبز بر ایجاد فضای مناسب برای بخش خصوصی تأکید دارد (مستفاد از ماده ۱۰). از مهم ترین دستاوردهای پروتکل، که هدف آن تقویت سرمایه گذاری در کشورهای درحال توسعه است، سازوکار توسعه پاک است. در قالب این سازوکار، کشورهای صنعتی با تقبل تأمین مالی پروژه های کاهش انتشار در کشورهای درحال توسعه، بخشی از تعهدات خود را ایفا می کنند. روش مزبور این امکان را برای بخش های دولتی و خصوصی کشورهای توسعه یافته فراهم می کند که نسبت به کاهش گازهای گلخانه ای در هر نقطه از جهان که صرفه اقتصادی دارد اقدام کنند و ازسوی دیگر به کشورهای درحال توسعه امکان می دهد تا از سرمایه گذاری خارجی و تأمین منابع مالی کشورهای صنعتی در جهت پیشبرد توسعه پایدار خود بهره برند و نسبت به راه اندازی پروژه های اقتصادی با رعایت جنبه های زیست محیطی اقدام کنند. این سازوکار اگرچه صرفاً و صراحتاً به انتقال فناوری نمی پردازد، از آنجایی که سرمایه گذاری خارجی یکی از بسترهای انتقال فناوری است، پیش بینی می شود که سازوکار توسعه پاک نیز این گونه باشد. بررسی های صورت گرفته از پروژه ها نیز نشان می دهد که اکثراً در زمینه انتقال فناوری در معنای عام آن یعنی انتقال دانش و تجهیزات بوده است. لذا می توان گفت که توسعه پاک در سرعت بخشیدن به انتقال و انتشار فناوری های سبز و ارتقای کمک های مالی و فنی موفق عمل کرده است. در مقابل، تزریق منابع مالی به پروژه های کشورهای درحال توسعه، برای این کشورها انگیزه قوی ایجاد می کند تا در پروژه های اقتصادی خود به مسائل زیست محیطی هم توجه کنند.^۲

۳.۲.۳. کنفرانس اعضای شانزدهم: سازوکار انتقال دوبخشی و صندوق سبز

کنوانسیون چارچوب مقابله با تغییرات اقلیمی در بند ۲ ماده ۷ از کنفرانس اعضا به عنوان بالاترین مقام این کنوانسیون و ناظر بر اجرای کنوانسیون و هر نوع سند حقوقی مرتبطی که به تصویب کنفرانس اعضا می رسد، یاد کرده است. همچنین، کنفرانس اعضا می تواند در حدود اختیارات خود تصمیمات لازم را برای پیشبرد اجرای مؤثر کنوانسیون اتخاذ کند. در

^۱. Sullivan, K. "Technology Transfer and Climate Change: Additional Considerations for Implementation under the UNFCCC", *Environment and Development Journal*, 2011, PP 4-6.

^۲. شیروی، عبدالحسین، «پروتکل کیوتو و تأمین مالی طرح های اقتصادی در کشورهای در حال توسعه»، فصلنامه پژوهش حقوق، دوره ۱۳، شماره ۳۲، ۱۳۹۰، ص ۲۱۴.

بندهای دیگر ماده ۷ نیز به اصلی‌ترین وظایف کنفرانس اعضا اشاره شده است که شامل مواردی همچون تبادل اطلاعات علمی و فناوری، تأمین مالی و ایجاد نهادهای فرعی به منظور عملی ساختن اهداف کنوانسیون می‌شود. بر همین مبنا، کنفرانس اعضای شانزدهم کنوانسیون چارچوب تغییرات اقلیم، که در سال ۲۰۱۰ در کانکون برگزار شد، ضمن تأکید بر اهمیت توسعه و انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه، با پایان بخشیدن به حیات کارگروه متخصصان، سازوکار انتقال فناوری جدیدی را ایجاد کرد که متشکل از دو نهاد، یعنی کمیته اجرایی فناوری^۱ و مرکز و شبکه فناوری اقلیمی^۲ است. کمیته اجرایی را می‌توان نسخه به‌روز شده کارگروه متخصصان نامید. وظیفه اصلی کمیته اجرایی جمع‌آوری اطلاعات مرتبط با انتقال فناوری و ارائه آنها در قالب توصیه‌نامه به کنفرانس اعضا است.^۳ در واقع، کمیته برخلاف عنوانش بیشتر نهادی راهنما محسوب می‌شود تا مجری، و عملاً این کنفرانس اعضاست که ضامن اجرای تصمیمات و رهنمودهای این نهاد است.

مرکز و شبکه فناوری اقلیمی به عنوان نهاد اجرایی کنوانسیون، دو نقش عمده را بر عهده دارد: یکی ارائه اطلاعات و مشاوره در راستای انتقال فناوری‌های کمک‌کننده به کشورهای در حال توسعه و دیگری ارائه روش‌های برقراری ارتباط و ایجاد همکاری میان بخش خصوصی، مؤسسات عمومی، مؤسسات پژوهشی برای تسهیل انتقال فناوری و دانش است. اگرچه مجموع این فعالیت‌ها برای کاهش تولید گازهای گلخانه‌ای حیاتی است، در عین حال نیازمند تلاشی گسترده و نگرشی راهبردی نسبت به اولویت‌بندی فعالیت‌هاست.^۴ بر این اساس، باید کشورهایی که بیشترین نیاز به فناوری‌های سبز دارند، شناسایی و در گام بعد فناوری‌های مورد نیاز اولویت‌بندی شوند. نظر به اهمیت حمایت‌های مالی و اعتباری رهاورد مثبت دیگر اجلاس کانکون، تشکیل صندوق اقلیم سبز^۵ بود. تجربه پروتکل مونترال که به خوبی تأثیر وجود نهادهای مالی در تشویق کشورهای در حال توسعه به عضویت در موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی را نشان می‌دهد، مورد توجه اعضای کنوانسیون چارچوب تغییرات اقلیمی قرار گرفت. صندوق اقلیم سبز به عنوان نهاد مالی کنوانسیون چارچوب و رکن فرعی تحت هدایت کنفرانس اعضا، از پروژه‌ها، سیاست‌ها، برنامه‌های در حال اجرا در کشورهای در حال توسعه عضو حمایت مالی به عمل می‌آورد.

۳.۳. نظام حفاظت از تنوع زیستی

بر کسی پوشیده نیست که منابع زیستی زمین برای توسعه اقتصادی و اجتماعی بشریت و نسل‌های حال و آینده ارزش حیاتی دارد. در عین حال تهدید علیه گونه‌های زیستی و زیست‌بوم هیچ‌وقت به اندازه امروز گسترده نبوده است. لذا بررسی این موضوع که اقدامات صورت گرفته در چارچوب کنوانسیون تنوع زیستی و تصمیمات کنفرانس اعضا به منظور تسهیل انتقال فناوری تا چه میزان در تحقق اهداف این نظام مؤثر بوده، حائز اهمیت است.

۳.۳.۱. کنوانسیون تنوع زیستی و دستورالعمل بن: سازوکار تقسیم منافع

موضوع انتقال فناوری و همکاری‌های علمی و فنی در مواد ۱۶ تا ۱۹ کنوانسیون تنوع زیستی بیان شده است. از نظر

^۱ Technology Executive Committee (TEC)

^۲ Climate Technology Centre and Network (CTCN)

^۳ Uddin, M. and Saiful Karim. "International Law and South-South Cooperation for Innovation and Transfer of Green Technologies", *George Washington International Law Review*, Volume 52, Issue 3, 2020, P 368.

^۴ Sullivan, Op. Cit., P 13.

^۵ Green Climate Fund

کنوانسیون، انتقال فناوری‌های مربوط به حفاظت و استفاده پایدار از تنوع زیستی یا استفاده از منابع ژنتیکی که خسارت قابل ملاحظه‌ای به محیط‌زیست وارد نمی‌آورند، ابزار کلیدی تحقق اهداف کنوانسیون یعنی حفاظت از منابع ژنتیکی و استفاده پایدار از تنوع زیستی شناخته می‌شود. به علاوه، از نظر کنوانسیون فعالیت‌های پژوهشی و آموزشی نیز نوعی از فناوری است. توسعه روش‌های همکاری از جمله برای توسعه فناوری‌های بومی و دانش سنتی، پیاده‌سازی برنامه‌های تحقیقاتی و سرمایه‌گذاری مشترک نیز توسط کنوانسیون تشویق شده است.

علاوه بر کنوانسیون، دستورالعمل دستیابی به منابع ژنتیکی و تقسیم منصفانه سود ناشی از بهره‌برداری موسوم به دستورالعمل بن، از انتقال فناوری به عنوان گزینه‌ای برای تقسیم منافع نام برده است. در واقع، از اهداف این سند، ترویج انتقال مؤثر فناوری‌های مناسب به کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه، کمتر توسعه یافته و کوچک، جوامع بومی و محلی اعلام شده است.^۱ در این چارچوب، کشورهای در حال توسعه با پذیرش نظام تقسیم منافع از فناوری‌های نوین و سبز برخوردار خواهند شد. در نتیجه سازوکار تقسیم منصفانه سود می‌تواند سبب تشویق کشورهای در حال توسعه برای عضویت در کنوانسیون باشد.^۲ ضمن آنکه بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، تسهیلات آموزشی و پژوهشی سبب تحقق هدف کنوانسیون یعنی حمایت از حاکمیت کشورها بر منابع ژنتیکی خود و استفاده پایدار از این منابع می‌شود. ماده ۲۳ کنوانسیون، حتی هنگامی که فناوری‌های سبز در اختیار بخش خصوصی باشند، نیز اعضا را متعهد به حذف موانع و ایجاد مشوق‌هایی جهت دستیابی و انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه کرده است که ندر وع خود مقررهای بی‌سابقه بوده و با توجه به نقش پررنگ بخش خصوصی در انتقال فناوری و تأمین مالی آن، قابل توجه است.

۳.۳.۲. کنفرانس اعضای هفتم و برنامه اقدام برای انتقال فناوری

ماده ۲۳ کنوانسیون تنوع زیستی در بندهای مختلف نحوه عملکرد کنفرانس اعضا و چگونگی تشکیل جلسات را بیان می‌کند. قسمت الف بند ۴ این ماده، بررسی رهنمودهای علمی، تخصصی و فناورانه مربوط به اجرای بهتر کنوانسیون را برعهده کنفرانس اعضا قرار داده است. از این رو و به منظور اجرایی شدن فرایند مشارکت در انتقال فناوری، در هفتمین کنفرانس اعضا در سال ۲۰۰۴ برنامه کاری برای انتقال فناوری و مشارکت علمی و فنی با نام «برنامه اقدام برای انتقال فناوری و همکاری‌های فنی و علمی»^۳ پس از بحث و مشورت با نهاد فرعی کنوانسیون در زمینه مشاوره علمی و فناورانه به تصویب رسید. برنامه اقدام متضمن رهنمودهای اساسی برای مشارکت و همکاری در چهار زمینه اصلی است که شامل ارزیابی فناوری‌ها، تقویت نظام‌های اطلاعاتی ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی، ایجاد فضای مناسب برای انتقال فناوری در کشورهای تأمین‌کننده و پذیرنده و افزایش ظرفیت می‌شود. برنامه اقدام، سازوکاری راهبردی برای تسهیل و کمک به اجرای بهتر مواد ۱۶ تا ۱۹ کنوانسیون تنوع زیستی است. در این برنامه، بر ضرورت بهره‌گیری از سازوکارهای مالی نظیر تسهیلات جهانی محیط‌زیست (جف)، تأمین مالی دوجانبه و چندجانبه و بنیادهای خیریه خصوصی تأکید شده است. در همین راستا، تفاهم‌نامه‌ای میان کنفرانس اعضای کنوانسیون و شورای تسهیلات جهانی محیط‌زیست منعقد شده که زمینه ارتباط قانونی این دو نهاد را فراهم کرده است. حمایت مالی جف از پروژه مناطق حفاظت‌شده طبیعی مکزیک را می‌توان از نمونه‌های موفق این همکاری در چارچوب برنامه اقدام دانست. ابتدا تأمین مالی برای استخدام نیروهای زبده

¹. Tully, S. "The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 12, Issue 1, 2003, P 94.

². Rimmer, M. "The Sorcerer II Expedition: Intellectual Property and Biodiscovery", *Macquarie Journal of International and Comparative Law*, Volume 6, 2009, P 155.

³. Program of Work on technology transfer and technological and scientific cooperation.

صورت پذیرفت و سپس اعتبار لازم برای برگزاری کارگاه، انتقال دانش فنی و تجربه تخصیص یافت. آمارها نشان می‌دهد که در برهه زمانی ده‌ساله، آسیب وارده به جنگل‌های واقع در مناطق حفاظت شده تحت حمایت برنامه اقدام در مکزیک نسبت به جنگل‌های مناطق حفاظت‌شده‌ای که از تسهیلات مزبور بی‌بهره بودند، ۲۳ درصد کمتر بوده است.^۱

۳.۳.۳. کنفرانس اعضای دوازدهم: ابتکار عمل اتصال زیستی

در دوازدهمین کنفرانس اعضا که در سال ۲۰۱۴ و در پیونگ یانگ کره جنوبی برگزار شد، *ابتکار اتصال زیستی*^۲ تصویب شد. این طرح برنامه‌ای جامع برای تسهیل همکاری میان اعضای کنوانسیون و دو پروتکل آن یعنی پروتکل کارتاها (ایمنی زیستی) و پروتکل ناگویا (دسترسی و تقسیم سود) است. هدف این طرح برقراری ارتباط میان کشورهای دارای نیاز فنی و علمی با کشورها و مؤسساتی است که می‌توانند این نیازها را مرتفع کنند و همچنین فضایی برای تسهیم اطلاعات و دانش روز است. اتصال زیستی متضمن فرایندی سه‌مرحله‌ای و نیز معیارهایی برای انتخاب درست و ارزیابی دقیق طرح‌های پیشنهادی است که شامل ارزیابی فنی و کیفی می‌شود. سپس برای دریافت بودجه به دبیرخانه کنوانسیون تنوع‌زیستی ارجاع داده شده و براساس منابع موجود، توازن منطقه‌ای و موضوعی، بودجه تعیین می‌شود. پیش‌بینی چنین سازوکارهایی، همان‌طور که از عبارت‌پردازی‌های مواد مختلف کنوانسیون و پروتکل‌ها برمی‌آید، در راستای اقناع و تشویق کشورهای درحال توسعه برای پذیرفتن و الحاق به این اسناد است. کنفرانس اعضا نیز در طول زمان با ارائه سازوکارهای جدید در قالب طرح، رهنمود و پروتکل، تلاش می‌کند تا متناسب با نیازهای جدید کشورها و رعایت اهداف کنوانسیون عمل کرده، طیف بیشتری از کشورها را به مشارکت در کنوانسیون تشویق کند.

نتیجه‌گیری

اهمیت و لزوم انتقال فناوری‌های سبز به‌عنوان ابزاری برای حفاظت از محیط‌زیست از دیرباز تاکنون در بسیاری از معاهدات زیست‌محیطی پیش‌بینی شده؛ اما همه آنها منتهی به دستاوردها و تجربیات مثبت نشده است. مطالعات و بررسی‌های به‌عمل‌آمده در این مقاله با تکیه بر رژیم‌های اولیه انتقال فناوری نظیر آنچه شرح آن در کنوانسیون‌های مقابله با آلودگی هوا، حقوق دریاهای، بارسلونا گذشت، نشان می‌دهد که صرف اختصاص ماده‌ای به انتقال فناوری در معاهدات زیست‌محیطی و اتکای صرف به ظرفیت نهادهای بیرونی برای تضمین انتقال فناوری سبز کفایت نمی‌کند، بلکه باید در کنار وضع قواعد دقیق، سازوکارهای مؤثر اجرایی، مالی و نظارتی نیز پیش‌بینی شود؛ به‌نحوی که هم ضامن منافع کشورهای توسعه‌یافته به‌عنوان صاحبان فناوری بوده و هم خواسته کشورهای درحال توسعه را به‌عنوان متقاضی این فناوری‌ها تأمین کند. از آنجایی که فرایند انتقال فناوری پیچیده بوده و امکان پیش‌بینی همه مسائل مرتبط با آن در متن معاهده وجود ندارد، وجود نهاد کنفرانس اعضا، که براساس متن معاهده، وظایفی همچون نظارت بر انطباق و اجرای معاهده و ارائه رهنمود برای اجرای مؤثر مفاد معاهده -ازجمله انتقال فناوری- را برعهده دارد، می‌تواند راهگشا باشد. تجربه کنوانسیون‌های زیست‌محیطی در حوزه‌های مهمی همچون حفاظت از اوزون، مقابله با تغییر اقلیم و حفاظت از تنوع‌زیستی گواهی بر این ادعاست. عملکرد نهاد کنفرانس اعضای کنوانسیون‌های مزبور نشان می‌دهد که تصمیمات کنفرانس اعضا علاوه بر ایجاد چارچوب‌های مالی و اجرایی، نسبت به تقویت و بهبود آن در اجلاس‌های بعدی اقدام کرده‌اند و از این طریق علاوه بر

^۱. Tully, S. "The GEF in the Changing Environmental Finance Landscape", *Independent Evaluation Office of the GEF*, 2018, P 48.

^۲. The Bio-Bridge Initiative

ایجاد سازوکار برای انتقال فناوری، آن را به روندی پویا و متکامل بدل کرده‌اند. از این رو، نهاد دائمی نظارت و چارچوب مالی ایجاد شده توسط اجلاس اعضای پروتکل مونترال در اولین اجلاس اعضا در هلسینکی سال ۱۹۸۹ در روندی تکاملی، با تصمیم دومین اجلاس اعضا در لندن سال ۱۹۹۰ به صندوق چندجانبه برای ارائه کمک‌های مالی و فنی به کشورهای در حال توسعه تبدیل شد تا از این طریق و با تسهیل انتقال فناوری به کشورهای جهان سوم، همسو با اهداف پروتکل مونترال عمل شود. در حوزه نظام مقابله با تغییر اقلیم، نیز با هدف توانمندسازی کشورهای در حال توسعه در اجرای تعهداتشان، هفتمین کنفرانس اعضای در مراکش سال ۲۰۰۱ علاوه بر ایجاد چارچوبی برای انتقال فناوری، که شامل نیازسنجی، توانمندسازی کشور دریافت‌کننده، ظرفیت‌سازی و... می‌شد، کارگروهی متشکل از متخصصان انتقال فناوری برای نظارت بر اجرای آن شکل گرفت. در ادامه این روند و به منظور اجرای بهتر اهداف کنوانسیون و بهبود و ارتقای سازوکار قبلی، کنفرانس اعضای شانزدهم سال ۲۰۱۰ در کانکون مکزیک سازوکار جدیدی متشکل از دو نهاد، یعنی کمیته اجرایی فناوری و مرکز و شبکه فناوری اقلیمی، را در کنار صندوق اقلیم سبز ایجاد کرد تا هم مسیر اجرای انتقال فناوری نسق بگیرد و هم حمایت مالی لازم از پروژه‌ها و برنامه‌های در حال اجرا در کشورهای در حال توسعه به عمل آید. در قالب کنوانسیون تنوع‌زیستی نیز در ششمین کنفرانس اعضا در هلند سال ۲۰۰۲ دستورالعمل دستیابی به منابع ژنتیکی و تقسیم منصفانه سود ناشی از بهره‌برداری موسوم به دستورالعمل بن را با هدف ترویج انتقال مؤثر فناوری‌های مناسب به کشورهای در حال توسعه، کمتر توسعه‌یافته، جوامع بومی و محلی تنظیم شد و در ادامه به منظور تقویت انتقال فناوری و نیز افزایش سطح مشارکت علمی و فنی در هفتمین اجلاس کنفرانس اعضا برنامه‌ای با عنوان برنامه اقدام برای انتقال فناوری به تصویب دولت‌های عضو رسید. اما روند روبه‌رشد انتقال فناوری در کنوانسیون تنوع زیستی به اینجا ختم نشد و در دوازدهمین کنفرانس اعضای کنوانسیون، طرحی موسوم به ابتکار اتصال زیستی تصویب شد که هدف آن پیوند دادن کشورهای دارای نیاز فنی و علمی خاص با کشورها و مؤسساتی است که قادر به پاسخگویی این نیازها هستند. با توجه به بررسی‌های موردی به عمل آمده می‌توان بیان داشت که نهاد کنفرانس اعضای کنوانسیون‌های زیست‌محیطی در طول زمان با ارائه سازوکارهای جدیدتر و پیشرو در قالب طرح، رهنمود، تصمیم و... تلاش دارد تا متناسب با تحولات، ابزارهای فنی، اجرایی، مالی و نظارتی هماهنگ با شرایط را به کار برد و با پویا کردن نظام انتقال فناوری از این ابزار برای پیشبرد اهداف کنوانسیون‌های مربوطه و در نظر گرفتن نیازهای کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه استفاده کند.

منابع

کتاب

۱. فلسفی، هدایت الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۴.

مقاله

۲. اخوان فرد، مسعود، علی صابرپور و غلامحسین مسعود، «آثار تحریم‌ها بر انتقال فناوری‌های زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل با تأکید بر مسئله ایران»، *مجله حقوق پزشکی*، دوره ۱۵، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، صص ۱۸-۱.
۳. شیروی، عبدالحسین، «پروتکل کیوتو و تأمین مالی طرح‌های اقتصادی در کشورهای در حال توسعه»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، دوره ۱۳، شماره ۳۲، ۱۳۹۰، صص ۲۳۰-۲۰۵.
۴. عامری، فیصل، «معاهدات ناظر بر همکاری‌های دولتی و نقش آنها در انتقال فناوری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۳، ۱۳۸۹، صص ۲۰۲-۱۶۹.

پایان نامه

۵. بلوری، پیمان، «حقوق بین‌الملل و حفاظت از محیط‌زیست در برابر آلودگی‌های جوی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸.

References

Books

1. Falsafi, Hedayatollah, *Eternal Peace and the Rule of Law*, Tehran: Culture of New publishing, 2015. (in Persian)

Articles

2. Akhavan Fard, Mas'oud, Ali Saber-pour and Gholam Hossein Mas'oud. "The Impact of Sanctions on Environmental Technology Transfer in International Law with Emphasis on the Issue of Iran", *Medical Law Journal*, Volume 15, Issue 56, 2021, PP 1-18. (in Persian)
3. Ambalam, K. "Challenges of Compliance with Multilateral Environmental Agreements: the Case of the United Nations Convention to Combat Desertification in Africa", *Journal of Sustainable Development Studies*, 2014.
4. Amiri, Faisal, "Treaties Governing State Cooperation and Their Role in Technology Transfer", *International Legal Journal*, Issue 43, 2010, PP 169-202. (in Persian)
5. Andersen, S. K. Madhava Sarma and Kristen Taddonio, "Technology Transfer for the Ozone Layer: Lessons for Climate Change", *London: Earthscan*, 2012.
6. Byrne, A. "The 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution: Assessing Its Effectiveness as a Multilateral Environmental", *Transnational Environmental Law*, Volume 4, Issue 1, 2015.
7. Chuffart. S. "Technology Transfer and Dissemination Under the UNFCCC: Achievements and New Perspectives", *Sabin Center for Climate Change Law*, 2013.
8. Eze, S. O. and Afolabi, B. A. "Depletion of Stratospheric Ozone Layer: A Major Concern on Environmental and Agricultural Production in the 21st Century", *International Researchers*, Volume 2, Issue 2, 2013.
9. Green, B. "Lesson from the Montreal Protocol", *Environmental Law*, Volume 39, Issue 1, 2009.
10. Kannan A. "Global Environmental Governance and Desertification: A Study of Gulf Cooperation Council Countries", *Concept Publishing Company*, 2012.
11. Lawrence, P. "Technology Transfer Funds and the Law-Recent Amendments to the Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer", *Journal of Environmental Law*, Volume 4, Issue 1, 1992.
12. Majekolagbe, A. "The Evolution of the Unfccc Environmentally Sound Technology Development and Transfer Framework", *Law, Environment and Development Journal*, Volume 16, Issue 2, 2020.
13. Martyniuk A. O., Jain R. K. and Stone H. J. "Critical Success Factors and Barriers to Technology Transfer: Case Studies and Implications", *International Journal of Technology Transfer and Commercialisation*, 2003.
14. Prip, C., G. Kristian Rosendal and Morten W Tvedt. "The State of Technology Transfer Obligations in Global Environmental Governance and Law: Biodiversity Conservation and Sustainable Use", *Fridtjof Nansen Institute*, 2015.
15. Rimmer, M. "The Sorcerer II Expedition: Intellectual Property and Biodiscovery", *Macquarie Journal of International and Comparative Law*, Volume 6, 2009.
16. Shepherd, J. "The Future of Technology Transfer Under Multilateral Environmental Agreements", *Environmental Law Institute*, 2007.

17. Shiravi, Abdolhossein, "The Kyoto Protocol and Financing Economic Projects in Developing Countries", *Legal Research Quarterly*, Volume. 13, Issue 32, 2011, PP 205-230. (in Persian)
18. Stephen, A. K. Madhava Sarma and Kristen N. Taddonio. "Technology Transfer for the Ozone Layer: Lessons for Climate Change", *London: Earthscan*, 2007.
19. Sullivan, K. "Technology Transfer and Climate Change: Additional Considerations for Implementation under the UNFCCC", *Environment and Development Journal*, 2011.
20. Tully, S. "The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 12, Issue 1, 2003.
21. Tully, S. "The GEF in the Changing Environmental Finance Landscape", *Independent Evaluation Office of the GEF*, 2018.
22. Uddin, M. and Saiful Karim. "International Law and South-South Cooperation for Innovation and Transfer of Green Technologies", *George Washington International Law Review*, Volume 52, Issue 3, 2020.
23. Verbano, C. and Venturini K. "Technology Transfer in the Italian Space Industry: Organizational Issues and Determinants", *Management Research Review*. 2012.
24. Wilkins, G. "Technology Transfer for Renewable Energy: Overcoming Barriers in Developing Countries", *The Royal Institute of International Affairs*, 2002.
25. Yoshida, O. "The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer", *6 Int'l L. Japanese Persp.* 2001.

Documents

26. Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution.
27. Cartagena Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region.
28. Convention on Biological Diversity.
29. Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution.
30. IPCC Report. WGIII, Chapter 1.2, "Basic Concepts". Available at: http://www.grida.no/publications/other/ipcc_tar/?src=/climate/ipcc_ta/. 2001.
31. Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer.
32. Protocol Concerning the Control of Emissions of Nitrogen Oxides (NO_x) or Their Transboundary Fluxes (Sofia Protocol).
33. United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).
34. United Nations Framework Convention on Climate Change.
35. Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer.

Thesis

36. Bolouri, Peyman. "International Law and Environmental Protection Against Air Pollution", Master's thesis, *Shahid Beheshti University*, 1999. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Foundational Principles of Contract Law in the Common Law (With Emphasis on English and American Law)

Fatemeh Farhan Far¹, Jalil Ghanavati²

ABSTRACT

Legal principles, as a priori norms accepted within society, constitute the foundational pillars of the legal system. These abstract and absolute norms enjoy a superior normative status over specific legal rules and are formally recognized through legislative or judicial processes (e.g., recognition by legislators or courts). This study aims to examine four fundamental principles of contract law within the common law framework—namely, freedom of contract, contractual security, justice, and efficiency. Its primary objective is to analyze their roles and statuses in England and the United States of America through a comparative review of judicial precedents and statutory laws, highlighting their interplay and inherent limitations within the legal system. The principle of freedom of contract, as the cornerstone of contract law, grants parties autonomy to determine the content, terms, form, and even the governing law of their agreements, based on mutual consent. Nonetheless, this freedom is inherently constrained by competing imperatives of justice and societal welfare. Legal systems—by means of oversight of unfair terms, consumer protection, and recognition of third-party rights—are trying to balance individual liberty with public interest. Far from merely displaying human will power, this principle also shows legal system's duty to prevent abuse of contractual freedom. The principle of contractual security ensures the stability and predictability of contracts. This principal is rooted in doctrines like pacta sunt servanda (the binding nature of contracts), good faith, mutual cooperation, and access to effective remedies; in the case of contractual breach. Key elements underpinning contractual security include enforceability, good will and cooperation, the right to performance, and availability of equitable rem and pro-contract approach. In common law the obligation of contracts does not inherently demand specific performance unless it contains inadequate damages and no suitable substitute exists. Courts exercise restraint when specific performance leads to oppressive enforcement outcomes or violations of individual liberties. Pro-contract approach emphasizes on preserving contractual relationships even in difficult situations or contractual gaps. Contract interpretive principles, granting the authority of balancing contracts to the courts and inferring implied terms are all with the purpose of gap-filling and preventing contract dissolution. Central to this approach is the presumption that contracts should endure unless termination is necessary to protect legitimate interests or prevent unjust harm. While contract performance is critical for one of the parties or dissolution leads to unfair loss, the principle of preserving contract preceeds the termination. Where contract is divisible and partial defects—such as fraudulent clauses, mutual mistake, or duress—taint it, courts may sever the offending provisions while upholding the remainder, thereby preserving contractual equilibrium and avoiding total invalidation.

How to Cite: Farhan Far, Fatemeh, Ghanavati, Jalil, "The Foundational Principles of Contract Law in the Common Law (With Emphasis on English and American Law)", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:157-180.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232411.2544>

Received: 22/08/2023-Accepted: 28/01/2024

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, University of Tehran: College of Farabi, Qom, Iran

Corresponding Author Email: fa.farhan1987@gmail.com

2. Associate Professor, Faculty of Law, University of Tehran: College of Farabi, 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/>).

The principle of contractual justice is grounded in equitable treatment in analogous cases, the prohibition of exploitative practices toward disadvantaged parties, and the protection of vulnerable stakeholders. This manifests in doctrines such as reciprocity of obligations, rescission of contracts obtained under fraud or duress, and mechanisms for contractual adjustment in unforeseen circumstances. Furthermore, contractual justice necessitates the observance of good faith throughout all stages of a contract's lifecycle. Foundational tenets—including good faith, consumer protection, equitable adjustment of terms, and interpretative bias in favor of the weaker party—constitute essential prerequisites for the realization of contractual justice. Economic efficiency, defined as the optimal allocation of resources to achieve maximal satisfaction for parties at minimal cost, is operationalized in contract law through the elimination of superfluous formalities, facilitation of contract formation and termination, consumer protection measures, and the implementation of procedural rules such as statutes of limitation to curtail enforcement costs. The relationship between justice and efficiency can be conceptualized through the metaphor of a pie: justice dictates the equitable distribution of benefits (slicing the pie), while efficiency focuses on expanding the overall resource pool (growing the pie). At the macro level, efficiency in law necessitates a legal system structurally organized to foster economic growth. Consequently, legislative frameworks must undergo ex ante efficiency assessments, requiring rigorous analysis of proposed laws' potential economic impacts during the drafting process. At the micro level, particularly in contract law, efficiency manifests in rules that minimize formalities, permit termination of voidable contracts via simple notice, etc. In conclusion, the four foundational principles within the common law system—freedom of contract, contractual security, justice, and efficiency—establish a balanced framework through dynamic interplay to address evolving legal needs. Contractual freedom, while central, is circumscribed by the imperatives of security and justice to prevent abuse. Efficiency advances economic objectives by eliminating superfluous barriers, yet remains subordinate to the demands of justice. Recent developments, such as the proliferation of digital contracts and AI-driven contract formation, have necessitated a critical reinterpretation of these principles. For instance, standardized terms on digital platforms have challenged the boundaries of contractual autonomy and justice. Ultimately, these principles operate not merely as theoretical foundations but as pragmatic instruments for developing contract law in today's complex world.

KeyWords: Legal Principle, Principle of Contractual Freedom, Principle of Justice, Principle of Efficiency, Principle of Contractual Security.



اصول اساسی حقوق قراردادهای در نظام حقوقی کامن لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا)

فاطمه فرهان فر^۱، جلیل قنواتی^۲

چکیده

اصول حقوقی عبارت‌اند از هنجارهای مقبول از پیش موجود در جامعه که مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته و وارد نظام حقوقی شده‌اند. ویژگی مشترک همه اصول حقوقی عبارت است از جامعیت، مطلق و تجریدی بودن. این اصول همچنین تمایل به همگرایی با ارزش‌های اجتماعی و اخلاقی دارند. وجه تمایز اصل با قاعده حقوقی آن است که علی‌رغم کلی بودن هر دو، قاعده حقوقی از این جهت خاص است که برای وضعیت حقوقی خاص وضع شده و تنها بر اعمال و وقایع معینی اعمال می‌شود. در حالی که اصل، کلی است از آن جهت که تعداد موارد استعمال نامعینی را دربرمی‌گیرد. چهار اصل آزادی قراردادی، عدالت، کارایی و امنیت، اصولی هستند که در اغلب نظام‌های حقوقی بعنوان اصول بنیادین موجود در نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده‌اند و منشأ قواعد و احکام قانونی متعدّدند. در نظام حقوقی کامن لا نیز، که به طور خاص مورد بررسی قرار گرفته است، این اصول از خلال رویه قضایی و قوانین قابل دستیابی‌اند.

کلید واژگان: اصل حقوقی، اصل آزادی قراردادی، اصل عدالت، اصل کارایی، اصل امنیت قراردادی.

استناد به این مقاله: فرهان فر، فاطمه، قنواتی، جلیل، «اصول اساسی حقوق قراردادهای در نظام حقوقی کامن لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۱۵۷-۱۸۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232411.2544>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، قم، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: fa.farhan1987@gmail.com

۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، 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 هر نظام حقوقی یک سری مفاهیم کلی وجود دارند که نماینده ارزش‌ها و معیارهای حاکم بر آن نظام است. قانونگذار با الهام از این آرمان‌ها و ارزش‌ها، اقدام به وضع قواعد می‌کند. این ارزش‌ها یا اصول^۱، میراث نسل‌های گذشته و ثمره قرون متمادی است؛ محصول تاریخی است که وجدان عمومی آن را پذیرفته و امروز به عنوان بدیهیات نیازی به اثبات آنها احساس نمی‌شود. این اصول پایه‌های ساختارهای حقوقی را تشکیل می‌دهد و براینده نظریات حقوقدانان یا نظم خاصی است که بر اساس آن، قواعد حقوقی شکل می‌گیرند. اصول «جملات راهبر» حاکم بر حقوق موضوعه و هادی شرح و بسط آن است.^۲

در حقوق غرب، اصل^۳ لغتی است با منشأ لاتین^۴، به معنای منشأ یا آغاز. برای شناسایی اصول هر نظام حقوقی باید به پیش‌زمینه، و منشأ هنجاری آن توجه کرد. شناسایی یک هنجار^۵ معین به عنوان یک اصل حقوقی، فن منحصر به فرد قانونگذاری است که در آن، نماینده واجد صلاحیت جامعه (قانونگذار یا دادگاه) طی فرایندی آگاهانه به هنجاری از پیش موجود که احتمالاً از قبل به طور گسترده مورد قبول بوده، هویت قانونی رسمی می‌بخشد.^۶ اصول عموماً در نظام‌های مختلف حقوقی ویژگی‌های مشترکی دارند: اول اینکه، دربردارنده الزامات هنجاری^۷ هستند و این الزامات به طور قابل توجهی با ارزش‌های اخلاقی یا اجتماعی که بیشتر شهروندان در یک جامعه مشخص به آنها احترام می‌گذارند، مطابقت دارند. دوم، اصول در مقابل دیگر هنجارهای حقوقی، نسبتاً مطلق و انتزاعی‌اند. به این معنا که در مقایسه با قواعد حقوقی^۸ به طور بالقوه نسبت به طیف گسترده‌ای از موقعیت‌های واقعی، که دربردارنده الزامات هنجاری نسبتاً خاص هستند، قابل اعمال هستند. قاعده حقوقی کلی است از آن جهت که «تعداد نامعینی عمل یا واقعه را دربرمی‌گیرد». ولی از جهتی دیگر قاعده حقوقی خاص است؛ زیرا فقط بر اعمال و وقایع معینی اعمال می‌شود؛ قاعده حقوقی برای وضعیت حقوقی خاص وضع شده است، درحالی‌که اصل کلی است؛ از آن جهت که تعداد موارد استعمال نامعینی را دربرمی‌گیرد. پیام هنجاری موجود در اصل حقوقی در مقایسه با دیگر قواعد حقوقی، غالباً کلی و نامعین است (بولانژه، همان). سوم، اصول غالباً در نظام حقوقی از موقعیت هنجاری بالایی برخوردارند. توصیف یک معیار و هنجار یا نهاد حقوقی معین بعنوان «اصل»، غالباً منعکس‌کننده این فرض اساسی است که به دلایلی هنجار مربوطه در مقایسه با دیگر هنجارها در نظام حقوقی جایگاه بهتری داشته است. چهارم، اصول در طول تاریخ به عنوان یک منبع نانوشته^۹، غیرمدون^{۱۰} و نامقرر^{۱۱} توسعه پیدا کرده‌اند. به این ترتیب، اصول به عنوان الزامات قانونی توسط قضات و مفسران تدوین و مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. پنجم، اصول از سوی دستگاه قضایی به منظور فهم و ارزیابی اعتبار و صحت دیگر هنجارهای حقوقی که کمتر مطلق و انتزاعی‌اند، مورد

^۱. Legal principles

^۲. بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۶، شماره ۰۰، ۱۳۷۶، صص ۸۷-۷۳.

^۳. Principle

^۴. Principium

^۵. Norm

^۶. Adar, Y. Pietro Sirena. "Principles and Rules in the Evolving European Law of Contract: From the PECL to the SECL", European Review of Contract Law, 2013, P 12. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2372367/>

^۷. Normative imperatives

^۸. Legal Rules

^۹. Unwritten

^{۱۰}. Un-Codified

^{۱۱}. Non-Statutory

استفاده قرار می‌گیرد. به‌طور خاص، اصول ایده‌هایی‌اند که به‌منظور توجیه، توضیح، اصلاح یا ابطال دیگر هنجارهای حقوقی‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرند که نظام حقوقی قبلاً آنها را به رسمیت شناخته است. بنابراین ممکن است در فرایند تفسیر قواعد حقوقی موجود یا ارائه توجیه برای دکترین حقوقی موجود به این اصول تکیه شود. اصول می‌توانند الهام‌بخش دادگاه‌ها در ایجاد هنجارهای حقوقی جدید باشند. در نهایت اینکه، در نظام‌های حقوقی معینی، اصول ممکن است حتی به منظور بررسی اعتبار یا دست‌کم محدود کردن کاربرد قواعد حقوقی خاص مورد استفاده قرار گیرند.^۱

در صفحات پیش‌رو برآنیم تا اصول حقوق قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا را مورد بررسی قرار دهیم. برای این منظور چهار اصل کلی و اساسی که در غالب نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و منشأ دیگر اصول قرار گرفته‌اند، یعنی اصل آزادی قراردادی، امنیت قراردادی، عدالت و کارایی را مدنظر قرار داده‌ایم. برای نیل به این مهم، دو کشور انگلیس و آمریکا را مطالعه می‌کنیم و از لابه‌لای رویه قضایی حاکم و متون قانونی، جایگاه این اصول در حقوق این کشورها را کشف می‌کنیم. درباره حقوق انگلیس بیشتر به تاریخچه و خاستگاه این اصول در رویه قضایی و در نظام حقوقی آمریکا به معدود قوانین متحدالشکلی که توسط اغلب ایالات پذیرفته شده، مراجعه شده است.

۱. اصل آزادی قراردادی^۲

اولین و اساسی‌ترین اصل در حوزه حقوق قراردادها اصل آزادی قراردادی است. آنچه قرارداد را به‌عنوان مصداق بارز عمل حقوقی از واقعه حقوقی متمایز می‌کند، آزادی اراده طرفین برای ایجاد یک موقعیت و ماهیت حقوقی، با در نظر گرفتن و پیش‌بینی نتایج آن است. باین‌حال، این اصل تنها در چارچوب احترام به قوانین امری و الزام‌آور^۳ معنا پیدا می‌کند و طرفین مجاز به تخلف از قواعد امری نخواهند بود. این همان تفاوت میان اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی است؛ اصل حاکمیت اراده مبتنی بر آن است که حاکمیت اراده انسان استقلال دارد و منبعث از قانون نیست. انسان به‌عنوان اشرف مخلوقات می‌تواند با اراده خویش حق و تکلیف به‌وجود آورد و حتی قوانین حق ندارند به آثار این اراده تجاوز کنند. با تأثیرپذیری از این نظریه است که گفته می‌شود «قرارداد، قانون طرفین است». درحالی‌که اصل آزادی قراردادی از قانون نشأت گرفته است. به بیان دیگر، آزادی قراردادی برخاسته از مصالحی است که قانونگذار لازم می‌دانسته و هر زمان آن را مخالف با مصالح عمومی بباید، می‌تواند محدود آن را کند. به‌عنوان مثال، قانون می‌تواند شرط‌های آمیخته با حيله یا شروط گزاف قراردادی را نافذ نداند.^۴

آزادی تصمیم راجع به انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد، آزادی انتخاب طرف قرارداد، تعیین محتوا و شروط قرارداد، انتخاب فرم و شکل قرارداد، توافق در خصوص اصلاح و تعدیل قرارداد، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و نیز آزادی خاتمه دادن به رابطه، از نتایج اصل آزادی در حوزه قراردادها است. ازسوی دیگر، مستمسک قرار دادن مصالح و نظم عمومی توجیهی برای مداخله دولت در قراردادهای خصوصی افراد و تحدید آزادی قراردادی است.

در بحث آزادی قراردادی توجه به این نکته مهم است که قرارداد اگرچه به‌دلیل تعهداتی که ایجاد می‌کند، بین طرفین الزام‌آور است، اما این واقعیت اجتماعی نمی‌تواند نظم حقوقی از پیش موجود را برهم زند. ازاین‌رو، طرفین نمی‌توانند

^۱. Adar and Sirena, Op. Cit., PP 8-9.

^۲. Contractual freedom

^۳. Mandatory rules

^۴. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۳۲۸.

قراردادی منعقد کنند که حقوق اشخاص ثالث را نادیده بگیرد. همچنین نظم عمومی ایجاب می‌کند که قانونگذار از طرف ضعیف قرارداد حمایت کند، درمورد عیوب رضای قراردادی (اشتباه، تدلیس، غبن، اکراه)، شروط استاندارد و شروط ناعادلانه مداخله کند و ضمانت‌اجراهایی مانند فسخ قرارداد را پیش‌بینی کند.

در حقوق انگلیس ریشه اصل آزادی قراردادی نظریه عدم مداخله دولت در امور اقتصادی^۱، خودتنظیمی بازار به‌وسیله اصل عرضه و تقاضا و این نظریه است که طرفین قرارداد بهترین قاضی و مدافع حقوق خود هستند.^۲ باوجود این، قراردادهای مخالف نظم عمومی یا آنهایی که غیراخلاقی‌اند در دادگاه غیرقابل اجرا تلقی می‌شوند و طرفین حق ادعای خسارت یا اجرای آن را ندارند. ازسوی دیگر، این اصل درمورد حقوق اشخاص ثالث، براساس نظریه نسبی بودن قراردادهای^۳ با محدودیت مواجه است. بر اساس این قاعده، تنها طرفین قرارداد می‌توانند درخواست اجرای آن را کنند. این نظریه به‌منظور تمایز میان حقوق ناشی از قراردادهای و حقوق ناشی از اموال (حقوق عینی در مقابل حقوق دینی) مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ درحالی‌که حقوق ناشی از اموال عموماً غیر قابل مخالفت^۴ و برای همه الزام‌آور است، حقوق ناشی از قراردادهای تنها برای طرف مقابل قرارداد الزام‌آور است و در مقابل اشخاص ثالث فقط زمانی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که آنها حقوق ناشی از آن قرارداد را نادیده بگیرند.

در طول دوره نسبتاً طولانی تکامل این نظریه، استثنائات قاعده نسبی بودن در این نظام، به‌ویژه به‌منظور تجویز انعقاد قرارداد به نفع اشخاص ثالث و منتفع شدن این اشخاص از منافع که قرارداد به آنها اعطا می‌کند، پذیرفته شده است. در سال ۱۹۹۶ کمیسیون حقوقی گزارشی راجع به خصوصی بودن قرارداد با عنوان «قراردادهایی برای منافع اشخاص ثالث» را منتشر کرد. این گزارش در سال ۱۹۹۹ به تصویب «قانون حقوق اشخاص ثالث در قراردادهای»^۵ منجر شد که جنبه‌هایی از قاعده خصوصی بودن (عدم امکان تقاضای اجرای قرارداد برای اشخاص ثالثی که طرف قرارداد نیستند) را کاهش داد. به موجب قانون جدید، اشخاص ثالث در دو موقعیت می‌توانند اجرای قرارداد را مطالبه کنند: زمانی که این امر به صراحت در قرارداد شرط شده است و دیگر، در زمانی که قرارداد به نفع شخص ثالث منعقد شده باشد.^۶ این قانون به‌طور عام به ثالث ذی‌نفع حق می‌دهد علیه متعهد طرح دعوا کند، حتی در صورتی که ثالث رضایت خود را به نحو مقتضی به متعهد اعلام کند یا مشخص شود که ثالث به شرط مزبور اعتماد و استناد کرده است، در این صورت طرفین قرارداد حق نخواهند داشت قرارداد را اقاله نمایند و یا تغییراتی در آن دهند که به حقوق مکتسبه ثالث خدشه وارد کند.^۷

اصل آزادی قراردادی در تعیین محتوای قرارداد، با محدودیت‌های شروط استاندارد و شروط ناعادلانه^۸ مواجه است. این امر ناشی از روند رو به افزایش پیچیدگی و تخصصی شدن قراردادهای و عدم توازن قدرت چانه‌زنی طرفین قرارداد است. در حقوق انگلیس به‌طور کلی تلقی دادگاه‌ها از شروط مندرج در قراردادهای استاندارد، به‌ویژه زمانی که به مصرف‌کنندگان

^۱ Laissez-Faire

^۲ Beatson, S. J. *Anson's Law of Contract*, New York: Oxford University Press Inc, 29th Edition, 2010, P 4. Fauvarque-Cosson, Benedicte, Denis Mazeaud, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Pub, 2008, P 429.

^۳ Doctrine of Privity of Contract

^۴ Opposable

^۵ Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (UK)

^۶ Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit., PP 442-443.

^۷ خادمی مجومرد، علی، اکبر غفوری و علیرضا شایق، «مطالعه تطبیقی اصل نسبی بودن قراردادهای در حقوق ایران و انگلیس»، ماهنامه کانون، شماره ۱۳۶ و ۱۳۷، ۱۳۹۱ صص ۷-۸.

^۸ Unconscionability

ارائه می‌شود، آن است که تنظیم‌کننده درصدد ایجاد امتیازات ویژه یا ایجاد سپر دفاعی برای توجیه تخلفات خود است. از این رو، دادگاه‌ها سعی در محدود کردن تأثیرات این شروط، به‌خصوص در قراردادهای مصرف، دارند. دادگاه‌ها در ارزیابی این نوع قراردادهای معیارهای مختلفی را مدنظر قرار می‌دهند، مانند اینکه آیا شروط مزبور واقعاً مورد رضایت طرفین قرار گرفته و جزئی از قرارداد هستند یا اینکه پس از انعقاد قرارداد به اطلاع طرف قرارداد رسیده یا چنانچه قبل از انعقاد قرارداد مطرح شده، به‌صورتی بوده که شخص متوجه آن شده باشد. در دو دسته اخیر، شرط مزبور جزئی از قرارداد نبوده و بنابراین لازم‌الاجرا نیست. همچنین، در صورتی که شروط مزبور از جهت محتوا و قلمرو ابهام داشته باشند، دادگاه آن را به ضرر تنظیم‌کننده و به نفع طرف مقابل تفسیر می‌کند.^۱

در زمینه شروط غیرمنصفانه و گزاف، حقوق انگلیس بیشتر متکی بر قوانین موضوعه، از جمله «قانون شروط غیر منصفانه قراردادی»^۲ مصوب ۱۹۷۷ است که در اکتبر سال ۲۰۱۵ در بخش مربوط به قراردادهای تاجر با مصرف‌کننده، به‌وسیله «قانون حقوق مصرف‌کننده»^۳ مورد اصلاح و تجدیدنظر قرار گرفته است. علاوه بر این، «دستورالعمل شورای اروپا راجع به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف»^۴ به‌عنوان قانون بالادستی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، در حقوق انگلیس مدنظر قرار می‌گیرد. قواعد حقوقی مندرج در سند «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»^۵ به‌ویژه مواد ۴:۱۰۹ و ۴:۱۱۰ وجود شروط غیرمنصفانه در قرارداد را توجیهی برای فسخ قرار داده است.

در مورد آزادی طرفین برای پایان دادن به رابطه قراردادی، همان اراده‌ای که قرارداد را ایجاد کرده است قاعداً باید بتواند به حیات آن خاتمه دهد. اصل آزادی قراردادی در انعقاد قراردادهایی با دوره نامحدود و تعهدات دائمی با محدودیت مواجه شده است؛ در این موارد، آزادی طرفین برای پایان دادن به رابطه قراردادی، مجوز فسخ یک‌جانبه^۶ قراردادهای نامحدود است. در حقوق انگلیس توافق طرفین از اسباب خاتمه قرارداد^۷ است. بر مبنای این نظر، برای بی‌اثر کردن قرارداد عناصر یکسانی با آنچه آن را ایجاد کرده، لازم است؛ یعنی عوض و در بعضی شرایط، تشریفات صحیح. گزینه اخیر زمانی مطرح می‌شود که ضرورت دارد قرارداد به‌صورت مکتوب تنظیم شود.^۸

در حقوق آمریکا اصل آزادی قراردادی به‌عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادهای پذیرفته شده و جلوه‌هایی از نتایج این اصل در مواد قانونی مختلف تجلی پیدا کرده است. در «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای»^۹ موسوم به «یوسی‌تا»، به موجب بند c ماده ۱۰۴، به‌جز در موارد مندرج در این بند، طرفین قرارداد به توافق برخلاف آن مجازند. براساس این ماده، تعهدات مربوط به حسن‌نیت و همکاری و مراقبت، نامتعرف بودن و نظم عمومی که به موجب این قانون تحمیل شده است، قابل توافق و مذاکره نیستند. از این نظر می‌توان گفت که مفاد این قانون به منظور پر کردن خلأ قرارداد و تنها در صورت فقدان توافق دوجانبه مورد استفاده قرار می‌گیرد.^{۱۰}

ماده ۱۰۹ این قانون در بند a بیان می‌کند که طرفین می‌توانند در قراردادهای خود قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند.

^۱ شیروی، عبدالحسین، «قراردادهای استاندارد (الحاقی) در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»، مجله مجتمعات آموزش عالی قم، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۸۱، صص ۷۹-۸۷.

^۲ Unfair Contract Terms Act of 1977

^۳ Consumer Rights Act (2015)

^۴ Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, 1993/13/EEC.

^۵ Principles of European Contract Law - PECL

^۶ Unilateral termination

^۷ Discharge

^۸ Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit., P 451

^۹ Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)

^{۱۰} National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1999, P 64.

البته این آزادی در خصوص قراردادهای مصرف محدود شده است. براساس ماده ۱۱۰، طرفین می‌توانند در قراردادهای مرجع رسیدگی قضایی را برای حل و فصل اختلافات احتمالی تعیین کنند؛ مشروط به اینکه این انتخاب غیرمستعارف و ناعادلانه نباشد. بر مبنای ماده ۲۰۲ نیز طرفین برای انتخاب شکل و فرم قرارداد آزادند. براساس بند a این ماده، قرارداد ممکن است به هر روشی که برای نشان دادن توافق کافی است، منعقد شود. این امر ممکن است به واسطه ایجاب و قبول یا رفتار طرفین و یا از طریق نماینده صورت گیرد. ماده ۱۱۱ این قانون در رابطه با محدودیت اصل آزادی قراردادی در تعیین محتوا و شروط قراردادی است. به موجب بند a این ماده، «چنانچه دادگاه به‌عنوان یک امر حکمی قرارداد یا هر یک از شروط آن را در زمان انعقاد نامتعارف و خلاف وجدان (غیرمنصفانه و ناعادلانه) ^۱ تشخیص دهد، از اجرای قرارداد امتناع می‌کند یا ممکن است مابقی قرارداد را بدون شرط خلاف وجدان اجرا کند، یا ممکن است کاربرد هرگونه شرط خلاف وجدان را چنان محدود کند که از هرگونه نتیجه خلاف وجدان و یک‌طرفه جلوگیری کند». به موجب بند b همین ماده، «اگر برای دادگاه محرز شود که قرارداد یا یکی از شروط مندرج در آن ممکن است خلاف وجدان باشد، باید به طرفین فرصت متعارفی داده شود تا شواهدی راجع به ترتیبات تجاری، هدف و اثر آن قرارداد یا شرط به دادگاه ارائه دهند تا دادگاه بتواند در مورد خلاف وجدان بودن آن تصمیم بگیرد».

ماده مزبور دقیقاً مشابه ماده ۳۰۲-۲ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا»^۲ با همان عبارات است. تا پیش از تصویب این ماده مقاومت در برابر شروط ناعادلانه از راه مانع‌تراشی‌های ادبی در متن قرارداد، از راه به‌کارگیری قواعد ایجاب و قبول یا مخالفت با نظم عمومی یا مقتضای عقد و هدف اصلی قرارداد صورت می‌گرفت. اما با وضع این ماده به دادگاه‌ها اجازه داده شده با بررسی کلیه جوانب و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد، رأساً در موضوع ناعادلانه بودن قرارداد تصمیم بگیرند.^۳

ماده ۳۰۱-۱ این قانون در خصوص انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله متضمن ارتباط متعارف با یک ایالت یا کشور باشد، طرفین حق انتخاب قانون آن ایالت یا کشور خاص را برای حکومت بر حقوق و تعهداتشان دارند». ماده ۳۰۸-۲ در مورد آزادی طرفین قرارداد برای تعیین مکان تحویل کالاها و اسناد است که مقرر می‌دارد چنانچه طرفین بر خلاف آن توافق نکرده باشند، مکان تحویل کالاها محل تجارت فروشنده خواهد بود. ماده ۳۰۹-۲ نیز در خصوص آزادی طرفین برای تعیین زمان اجرای تعهدات است که مقرر می‌دارد: «زمان ارسال یا تحویل یا هر عمل دیگری اگر به موجب این قانون یا توافق طرفین تعیین نشده باشد، باید یک زمان متعارف باشد».

در «مجموعه ری‌استیت دوم قراردادهای»^۴ مؤسسه حقوق آمریکا، در ماده ۱۸۶ به آزادی طرفین قرارداد برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد اشاره شده است. براساس این ماده، «قانون قابل اعمال بر موضوعات قراردادی به‌موجب قانون منتخب طرفین طبق قاعده ماده ۱۸۷ تعیین می‌شود...». با توجه به مقررات مذکور می‌توان گفت در حقوق آمریکا شرط انتخاب قانون به‌طور صریح محدود نشده است. باوجوداین، قانون منتخب طرفین باید با طرفین یا معامله ارتباط اساسی یا متعارف داشته باشد، اعمال قانون یادشده نباید با نظم عمومی مقرر دادگاه و اصول اساسی ایالتی دادگاهی که ارتباط بیشتری با

^۱. Unconscionable

^۲. Uniform Commercial Code (Ucc)

^۳. قنوتی، جلیل، «اصل آزادی قراردادی: قراردادهای و شروط غیرعادلانه»، فصلنامه فقه و اصول، دوره ۴۲، شماره ۸۵، ۱۳۸۹، صص ۱۴۳-۱۴۱؛ شیروی، عبدالحسین، «نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۴، ۱۳۸۱، صص ۲۴-۲۱.

^۴. Restatement (Second) Of Contracts

موضوع خاص داشته، در تضاد باشد.^۱

۲. اصل امنیت قراردادی^۲

اطمینان یا قطعیت قراردادی^۳ که همواره با تعرض غیرقانونی به حقوق و منافع اشخاص، عدم اطمینان از نتایج اعمال حقوقی به واسطه قوانین نامتناسب، مبهم و نیز غیرقابل پیش‌بینی بودن رفتار افراد تهدید می‌شود، با اصل الزام‌آوری قرارداد^۴ گره خورده است. این اصل متضمن عناصری به شرح ذیل است.^۵

۲.۱. نیروی الزام‌آور قراردادها^۶

اگر طرفین قراردادی را آزادانه و با اطلاعات کافی منعقد کنند، قرارداد به‌طور معمول باید برای آنها الزام‌آور باشد، مگر آنکه آزادانه برای اصلاح یا فسخ قرارداد اقدام کنند. الزام‌آور بودن قرارداد به این معنا نیز است که طرفین ملزم به اجرای همه تعهدات ناشی از آن هستند؛ اعم از اینکه صراحتاً ذکر شده باشند یا خیر. در حقوق انگلیس مفهوم «شروط ضمنی»^۷ مفهومی کاملاً شناخته شده است. شروط ضمنی به سه دسته تقسیم می‌شوند: گروه نخست شروطی است که صراحتاً در قرارداد نیامده‌اند؛ اما طرفین قصد گنجانیدن آن در قرارداد را داشته و می‌خواسته‌اند جزو قرارداد باشد (شروط ضمنی واقعی). دسته دوم شروط ضمنی قانونی‌اند که به‌واسطه اعمال قانون به دست می‌آیند، اگرچه قصد طرفین بر آن قرار نگرفته باشد. دسته سوم شروط ضمنی‌اند که از عرف ناشی می‌شوند.^۸

در حقوق آمریکا «قانون متحدالشکل تجاری» در بند ۳ ماده ۱۲۰۵ به شروط ضمنی اشاره دارد که برگرفته از مناسبات گذشته طرفین و عرف تجاری است. این ماده مقرر می‌دارد «مناسبات گذشته طرفین و هر نوع عرف تجاری در یک حرفه یا تجارت که از آن آگاه هستند یا باید آگاه باشند معنای خاصی به شروط تکمیلی یک قرارداد می‌دهد». بند b ماده ۱۰۴ «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» نیز بیان می‌کند که هر نوع عرف تجاری در حرفه، تجارت یا صنعتی که طرفین در آن مشغول‌اند و از آن آگاه‌اند یا باید آگاه باشند، به همراه مناسبات گذشته یا اجرایی طرفین در مورد وجود یا معنای قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرند.

احترام به اصل الزام‌آور بودن قرارداد، فسخ قرارداد را در موارد استثنایی توجیه می‌کند. در حقوق کلاسیک این استثنا از جمله شامل مواردی بود که بدون تقصیر هریک از طرفین اجرای تعهدات قراردادی به دلایل غیرقابل پیش‌بینی غیرممکن شود. اما توسعه این استثنا در حقوق جدید در موارد حمایت از مصرف‌کنندگان دیده می‌شود. به‌طور مثال ماده ۵:۲۰۱ از کتاب دوم DCFR در قراردادهای منعقد شده در خارج از محل کسب تاجر طرف قرارداد، برای مصرف‌کننده حق انصراف از قرارداد را مقرر کرده است؛ زیرا در چنین موقعیت‌هایی مصرف‌کننده ممکن است غافلگیر شده یا نسبت به داخل محل

۱. مافی، همایون و محمد حسین تقی‌پور، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۴، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، ص ۱۷۵.

۲. Security

۳. Contractual Certainty

۴. Binding force of contract (pacta sunt servanda)

۵. Von Bar, C. Eric Clive and Hans Nolke. "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)", *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, PP 56-57.

۶. البته با در نظر گرفتن احتمال تغییر غیرقابل پیش‌بینی اوضاع و احوال که سودمندی قرارداد را برای یکی از طرفین تحت تأثیر قرار می‌دهد.

۷. Implied Terms

۸. Treitel, S. G. *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Limited, 11th Edition 2003, P 201.

تجاری توجه کمتری نشان دهد. یا درمورد قراردادهای پیچیده‌تر که نیاز به مدت زمان بیشتری برای تصمیم‌گیری درست دارد، ماده ۵:۲۰۲ برای مصرف‌کننده حق انصراف از قرارداد را محفوظ داشته است.

درخصوص تغییر استثنای اوضاع و احوال، به‌عنوان امری که امنیت قراردادی را با چالش مواجه می‌کند، مسئله این است که آیا امنیت قراردادی به‌وسیله قوانین سخت‌بهر تأمین می‌شود یا با استفاده از شروط بازی مانند «متعارف بودن» که باعث انعطاف‌پذیری قرارداد می‌شود. پاسخ این سؤال به طبیعت قرارداد برمی‌گردد. در قراردادهای مربوط به خرید کالاهای معین یا انواعی از دارایی‌های غیرمادی که قیمت‌ها به‌سرعت در نوسان است، اطمینان در اولویت است. در قراردادهای درازمدت، مانند قراردادهای ارائه خدمات (مانند قراردادهای ساخت‌وساز) که رابطه قراردادی ممکن است سال‌ها به طول بینجامد و وضعیت اولیه به‌طور چشمگیری در طول این مدت تغییر کند، مذاکره مجدد، تعدیل و حتی گاهی نقض قرارداد بهترین گزینه است. در اینجا امنیت واقعی به معنای وجود راهکارهای عادلانه برای مقابله با تغییر اوضاع و احوال است. به‌طور کلی می‌توان گفت که قواعد سخت باعث افزایش عدم امنیت قراردادهای در اوضاع و احوال غیرمنتظره و متغیرند.^۱

در حقوق انگلیس، زمانی تعهدات قراردادی مطلق بودند و حوادث طاری عذری برای عدم اجرای قرارداد به حساب نمی‌آمدند. به تدریج، ناکارآمدی نظریه «مطلق بودن تعهدات قراردادی»^۲ در مواردی که اجرای قرارداد توسط شخص متعهد مدنظر بود یا در مواردی که حوادث طاری موجب غیرقانونی شدن قرارداد می‌شدند، آشکار شد. سرانجام، در پرونده «تیلور علیه کالدول»^۳ زمینه پیدایش «نظریه عقیم یا منتفی شدن قرارداد»^۴ توسط محاکم این کشور فراهم شد. پس از آن، این نظریه توسعه پیدا کرد و نه تنها شامل مواردی که الزامات قرارداد از بین می‌رفت، بلکه به مواردی نیز که هدف تجاری قرارداد منتفی می‌شد، سرایت کرد.^۵

در حقوق آمریکا نظریه «غیرعملی شدن تجاری قرارداد»^۶ نخستین بار در ماده ۶۱۵-۲ «قانون متحدالشکل تجاری» به تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر سرنوشت قرارداد پرداخت. به موجب بند a این ماده، چنانچه اجرای قرارداد بیعی به دلیل وقوع حادثه‌ای غیرممکن شود که عدم وقوع آن حادثه فرض اساسی قرارداد بوده، یا اینکه قرارداد به واسطه تصویب قوانین و مقررات دولتی، غیرقانونی شود، در چنین حالتی تأخیر در تحویل یا عدم تحویل تمام یا بخشی از موضوع قرارداد، به معنای نقض قرارداد نخواهد بود (به این معنا که متعهد را نمی‌توان به دلیل نقض قرارداد مورد تعقیب قرار داد و خواهان پرداخت خسارت شد. در چنین حالتی، قرارداد عقیم شده است). تعبیری که یکی از قضات آمریکایی از غیرعملی شدن تجاری قرارداد دارد این است که «در موضوعات تجاری به چیزی غیرممکن گفته می‌شود که عملی نباشد و چیزی غیرعملی است که تنها با هزینه زیاد و غیرمتعارف عملی شود».^۷

ماده ۶۱۵ «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» نیز درخصوص تغییر اوضاع و احوال قراردادی مقرر می‌دارد، در مواردی که تأخیر در اجرا یا عدم اجرای کلی یا جزئی تعهدات یک طرف به دلیل وقوع پیشامدی غیرممکن شده که عدم وقوع آن فرض اساسی در زمان انعقاد قرارداد بوده است، یا در مواردی که قرارداد به واسطه تصویب قوانین و مقررات دولتی، غیرقانونی شود، نقض قرارداد صورت نگرفته است. در چنین مواردی، طرفی که به دلیل موارد مذکور در اجرای

¹ Von Bar, Clive and Nolke, Op. Cit., P 59.

² Absolute Obligation Rule

³ Taylor v Caldwell (m3) 3 B. & S. 826 at 836.

⁴ Doctrine of Frustration

⁵ Treitel, Op. Cit., PP 866-870.

⁶ Commercial Impracticability

⁷ Wladis, J. D. "Impracticability as Risk Allocation: The Effect of Changed Circumstances upon Contract Obligation for the Sale of Goods", *Georgia Law Review*, Volume 22, Issue 3, 1988, P 580.

تعهد خود دچار معذوریت شده است، باید به موقع طرف دیگر را از تأخیر یا عدم اجرای قرارداد آگاه کند. ماده ۲۶۶ «ریاستیت قراردادهای» نیز با عباراتی مشابه مقرر می‌دارد که در صورت غیرعملی شدن تعهد، هیچ وظیفه‌ای برای اجرای آن وجود ندارد، مگر اینکه عبارات قرارداد یا شرایط برخلاف آن باشد.

۲.۲. رعایت الزامات حسن‌نیت و همکاری لازم در اجرای قرارداد

حفظ حیات قرارداد و تأمین امنیت آن مستلزم این است که اولاً طرفین با حسن‌نیت تصمیم به انعقاد قرارداد گیرند و در طول مذاکرات پیش‌قراردادی تا انعقاد و اجرا و خاتمه قرارداد و حتی پس از آن به الزامات حسن‌نیت پایبند باشند. ثانیاً، متعهد به همکاری در طول حیات قرارداد باشند. ثالثاً، رفتاری متناقض با اظهارات و اعمال قبلی خود که طرف قرارداد به آن اعتماد کرده، نداشته باشند. می‌توان گفت تکلیف دوم و سوم از الزامات حسن‌نیت در حوزه قراردادهاست. در حقوق کامن‌لا و مشخصاً حقوق انگلیس، اصولاً حقوق قانونی، بدون توجه به نیت و انگیزه قابل اجرا می‌باشند. اصل حسن‌نیت در حقوق این کشور برخلاف کشورهای رومی‌ژرمنی جایگاه ویژه‌ای به عنوان اصل ندارد.^۱ البته این بدان معنا نیست که حقوق انگلیس به کلی با این مفهوم ناسازگار است. بازنگری نظریه حقوق قراردادهای انگلیس منجر به پیدایش آنچه «وظیفه مذاکره با دقت»^۲ نامیده می‌شود، شده است که متضمن در نظر داشتن منافع طرف دیگر مذاکره است. بنابراین، رویکرد حقوق انگلیس مبتنی بر مکانیزم‌هایی برای ممیزی نقض وظیفه حسن‌نیت در مرحله پیش‌قراردادی است. علاوه بر این، قراردادهایی وجود دارد که در آنها وظیفه حسن‌نیت به دلیل موضوع خاص آنها در مرحله شکل‌گیری قرارداد وجود دارد (اینها قراردادهای با حداکثر حسن‌نیت^۳ هستند)؛ مانند قراردادهای بیمه، انتقال سهام شرکت، قراردادهای فروش زمین و همچنین بعضی قراردادهای خانوادگی درباره ارث. در این قراردادهای تعهد رفتار با حسن‌نیت به طرفی که متحمل زیان شده است اجازه می‌دهد که تقاضای فسخ یا مطالبه خسارت کند^۴ به طور کلی می‌توان گفت در حقوق این کشور در خصوص اظهارات پیش‌قراردادی بجای گفتن حقایق، اصل بر دروغ نگفتن است.^۵ شخصی که مذاکرات مربوط به امضای قراردادی را آغاز می‌کند، متعهد است که طرف دیگر را با اظهارات خلاف واقع نفریبد. این شخص می‌تواند در خصوص برخی مسائل ساکت باشد و چیزی نگوید؛ لیکن اگر اقدام به بیان و اظهار مطالبی برای ایجاد رغبت در طرف مقابل جهت ورود به قرارداد می‌نماید، این اظهارات نباید متقلبانه باشد.^۶ در همین خصوص، اظهارات پیش‌قراردادی خلاف واقع می‌توانند براساس «قانون توصیفات خلاف واقع»^۷ یا نهادهایی مانند «استاپل» و «تعهد الزام‌آور»^۸ مورد تعقیب قرار گیرند.

در حقوق این کشور، وظیفه همکاری نیز فقط گاهی بر عهده طرفین قرار می‌گیرد و آن زمانی است که چنین وظیفه‌ای برای کارایی اقتصادی قرارداد لازم است؛ در چنین مواردی، این وظیفه به عنوان یک شرط ضمنی مفروض انگاشته می‌شود.

۱. مهدی‌زاده، عبدالمجید، «مطالعه تطبیقی حسن‌نیت در کشورهای حقوق نوشته شده و حقوق کامن‌لا»، مجله پژوهش ملل، شماره ۶۹، ۱۴۰۰، ص ۷۷.

۲. A Duty to Negotiate with Care

۳. Contracts Ubertimae Fidei

۴. Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit., P 522.

۵. Stone, R. *The modern law of contract*, Covendish publishing, Sixth Edition, 2005, P 262

۶. امینی، منصور و یحیی ابراهیمی، «حسن‌نیت در قراردادها: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۳۱.

۷. Misrepresentation Act 1967

۸. Promissory Estoppel

بنابراین، در حقوق انگلیس ماهیت و هدف قرارداد، تعیین‌کننده وظیفه ضمنی همکاری در قرارداد است.^۱ برخلاف انگلیس، آمریکا تنها کشور حوزه حقوق کامن‌لاست که تعهد رعایت حسن‌نیت در اجرای قراردادهای را به‌صراحت پذیرفته است. «قانون متحدالشکل تجاری» این کشور در ماده ۲۰۳-۱ مقرر می‌دارد: «هر قرارداد یا الزام مندرج در این قانون، تعهد حسن‌نیت در اجرا و اعمال آن را به طرفین تحمیل می‌نماید». این تعهد در قریب پنجاه ماده از این قانون بر طرفین قرارداد بار شده است. «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» نیز در مواد متعددی طرفین را به رعایت حسن‌نیت ملزم و مشخصاً در بند c ماده ۱۰۴ تصریح می‌کند طرفین نمی‌توانند برخلاف الزامات حسن‌نیت، که در این قانون آمده است، با یکدیگر توافق کنند. «ریاستیت قراردادهای» نیز ضمن ماده ۲۰۵ با عبارتی مشابه قانون متحدالشکل تجاری به وظیفه رعایت حسن‌نیت در مرحله اجرای قرارداد اشاره کرده است. جالب توجه است که در قوانین مذکور اشاره‌ای به حسن‌نیت در مرحله مذاکرات و انعقاد نشده است. به این علت که حقوق آمریکا نیز مانند انگلیس اعمال اصل حسن‌نیت در مرحله مذاکرات را نپذیرفته است.^۲

«قانون متحدالشکل تجاری» این کشور وظیفه همکاری را به‌طور کلی پذیرفته است. ماده ۱۱۰۲ این قانون، اجازه توافق برخلاف مقررات غیرامری این قانون را تا جایی که برخلاف الزامات حسن‌نیت و تلاش و کوشش لازم برای اجرا نباشد، داده است. در بند ۲۷ ماده ۱۲۰۱ این قانون درخصوص معاملات اشخاص با سازمان‌های دولتی مقرر شده است که سازمان در صورتی سعی و کوشش مناسب در جهت اجرای قرارداد کرده است که روال معمول خود را برای در اختیار قرار دادن اطلاعات مهم معامله به طرف مقابل حفظ کند؛ یعنی چنانچه در اختیار قرار دادن این اطلاعات جزو وظایف و روال عادی این سازمان باشد، باید آنها را همچنان در اختیار طرف معامله قرار دهد و نمی‌تواند با مخفی کردن آنها از معامله منتفع شود.

وفاداری به قرارداد و تأمین امنیت آن علاوه بر همکاری مستلزم رعایت اصل ثبات^۳ یا عدم رفتار متناقض با اظهارات یا رفتار قبلی^۴ و نیز حمایت از اعتماد و توقعات متعارفی است که در نتیجه آن به وجود آمده است. در حقوق انگلیس و آمریکا این اصل با نام «استاپل»^۵ شناخته شده است و مبتنی بر ممنوعیت استفاده شخص از تناقض‌گویی‌های خود است^۶ به موجب ماده ۲۱۵، «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای»، در صورت اثبات انتساب یک رویداد الکترونیکی به شخص، چنانچه طرف مقابل به‌طور متعارفی به آن اعتماد کرده باشد، طرف اول مسئول خسارات ناشی از این اعتماد خواهد بود.

۲.۳. حق اجرای تعهدات قراردادی

بر اساس اصل الزام‌آوری قرارداد، کیفیت، چگونگی و شیوه اجرا (زمان، مکان اجرا و...) باید تابع شروط و مفاد قرارداد باشد. اگر موضوع قرارداد پرداخت مبلغی پول است، این مبلغ همان است که بدهکار باید پرداخت کند. اما اگر موضوع قرارداد ارائه یک خدمت است، مهم است که تعیین شود آیا بدهکار باید لزوماً همان را انجام دهد یا معادل آن نیز قابل

^۱ Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit., P 550.

^۲ امینی و ابراهیمی، پیشین، ص ۲۷.

^۳ Principle of Consistency

^۴ Venire Contra Factum Proprium

^۵ Stoppel

^۶ افتخار جهرمی، گودرز و مرتضی شهبازی‌نیا، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۱، شماره ۳۰، ۱۳۸۳، ص ۸.

قبول است.

در کشورهای تحت تأثیر حقوق آنگلو ساکسون، اگرچه نیروی الزام آور قرارداد به رسمیت شناخته شده است، لزوماً به معنای پذیرش اجرای عین تعهد^۱ نیست. برای مثال، در حقوق انگلیس دو راه حل برای طلبکاری که با عدم اجرای قرارداد مواجه می شود وجود دارد؛ راه حل های کامن لایی^۲ (که به عنوان یک امر حکمی^۳ قابل اعمال هستند) و راه حل های منصفانه^۴ (اقداماتی که تقاضای زیان دیده رأساً توسط قاضی قابل اعمال است). الزام به اجرای عین تعهد از نوع راه حل های منصفانه است. برای اجرای عین تعهد، با در نظر گرفتن ماهیت تعهد و خسارت وارده به طرفی که تقاضای اجرای عین تعهد را می کند، باید ثابت شود پرداخت خسارت به جای اجرای عین تعهد کافی و مناسب نخواهد بود. این وضعیت در جایی است که خواهان نمی تواند به راحتی موضوع قرارداد را با کالا یا خدمت دیگری جایگزین کند.^۵ همچنین، اجرای عین تعهد در جایی که منجر به نتایج دشوار و استثنایی برای خواننده می شود، مورد حکم قرار نمی گیرد. در پرونده «پاتل علیه الکس»^۶ که موضوع آن فروش خانه ای بود، رسیدگی و صدور حکم دادگاه چهار سال به طول انجامید. طی این مدت، فروشنده دچار معلولیت و ورشکستگی شد؛ به گونه ای که حکم به تخلیه و تحویل خانه باعث عسر و حرج فراوان او می شد. در چنین وضعیتی، دادگاه در مقابل خواسته خواهان مبنی بر اجرای عین تعهد و تحویل خانه، فقط حکم به پرداخت خسارت داد و از حکم به اجرای عین قرارداد امتناع کرد.

حتی در مواردی که بی عدالتی قراردادی به حدی نیست که باعث ابطال قرارداد شود، باز هم چنانچه قرارداد در نتیجه شیوه های نادرست و متقلبانه منعقد شده باشد، قاضی می تواند به نام انصاف از اجرای عین تعهد امتناع کند. در پرونده والتر علیه مورگان^۷، خواننده که صاحب زمینی بود، توافق کرد که امتیاز استخراج معدن در آن زمین را به خواهان اعطا کند. زمانی که دارنده امتیاز خواستار اجرای عین تعهد خوانده شد تا به او اجازه استخراج از زمین داده شود، دادگاه ادعای او را بر این مبنا رد کرد که در انعقاد قرارداد برای اعطای امتیاز انحصاری، طرف معامله قصد سوءاستفاده از جهل خواننده در مورد ارزش واقعی امتیاز را داشته است.^۸

نهایتاً اینکه، در حقوق انگلیس حکم اجرای عین تعهد، در جایی که آزادی فردی طرف قرارداد را تهدید می کند، صادر نمی شود. این وضعیت را در پرونده ای^۹ می توان ملاحظه کرد که در مورد قرارداد آوارتمانی بود، مشروط به این شرط که دربان همیشه در ساختمان حضور خواهد داشت. بعداً معلوم شد دربان شغل دیگری داشت و غالباً در ساختمانی که آوارتمان آواره ای در آن قرار داشت، حضور نداشته است. دادگاه از اجرای عین این شرط به این دلیل امتناع کرد که اجرای عین تعهد صرفاً با نظارت دائم بر دربان مزبور امکان پذیر است؛ اقدامی که فراتر از توانایی دادگاه است.^{۱۰}

در حقوق آمریکا نیز اصل بر عدم حکم به اجرای عین تعهد است. مؤید این مطلب ماده ۷۱۶-۲ «قانون متحدالشکل تجاری» است که مقرر می دارد: «(۱) حکم به اجرای عین تعهد جایی داده می شود که یا کالاها منحصر به فرد باشند یا اوضاع و احوال مساعد باشد. (۲) حکم به اجرای عین تعهد شامل شروطی مانند پرداخت قیمت، خسارات یا دیگر جبران

1. Performance in Kind

2. Common Law Remedies

3. Matter of Law

4. Equitable Remedies

5. Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit., P 479

6. Patel v. Alix (1984)

7. Walters v. Morgan (1861)

8. Treitel, Op. Cit., PP 1026-1027.

9. Ryan v Mutual Tontine Association (1893)

10. Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit.

خساراتی باشد که از نظر دادگاه منصفانه است». ماده ۸۱۱ «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» درخصوص اجرای عین تعهد در چنین معاملاتی مقرر می‌دارد: «حکم به اجرای عین تعهد در مواردی صادر می‌شود که (۱) در غیر از موارد تعهد پرداخت پول، در قرارداد چنین روش جبرانی پیش‌بینی شده باشد؛ (۲) اگر قرارداد راجع به خدمات شخصی نبوده و اجرای تعهد مورد توافق منحصر به فرد باشد؛ (۳) در شرایط مناسب دیگر». ماده ۳۵۹ «ریاستیت قراردادهای» نیز مقرر می‌دارد: «در صورتی که پرداخت خسارت برای حمایت از منافع مورد انتظار طرف قرارداد کافی باشد، حکم به اجرای عین تعهد داده نخواهد شد».

۲.۴. رویکرد «طرف‌داری از قرارداد»^۱

قواعد مربوط به تفسیر و اعطای اختیار به دادگاه به منظور تعدیل قرارداد و استنباط شروط ضمنی از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و در نتیجه پر کردن خلأهای آن، همگی در جهت حفظ رابطه قراردادی و امنیت بخشیدن به آن است. مسئله اساسی در اینجا این است که آیا طرفین می‌توانند زمانی که قرارداد در معرض زوال قرار گرفته، همچنان بر حفظ آن پافشاری کنند یا خیر. در این موارد، محاکم باید تصمیم بگیرند که آیا قرارداد باید حفظ شود یا خیر؛ زیرا حفظ امنیت قراردادی به این معنا نیست که قرارداد همیشه و در هر حال حفظ شود. برای مثال، حفظ رابطه قراردادی در زمانی که متعهدله به راحتی می‌تواند خدمات موضوع قرارداد را از شخص دیگری دریافت کند، از نظر مالی ممکن است زیان‌بار باشد. از طرف دیگر، زمانی که اجرای قرارداد یکی از نیازهای اساسی طرف قرارداد را رفع می‌کند، حفظ آن ضرورت می‌یابد. در نتیجه، اصل حفظ قرارداد باید زمانی اعمال شود که انحلال قرارداد به منافع مشروع یکی از طرفین قرارداد آسیب می‌زند. علاوه بر موارد فوق، در صورتی که قرارداد قابل تجزیه باشد، مانند مواردی که قرارداد تحت تأثیر اشتباه، تقلب یا اکراه قرار گرفته یا در موارد فساد شروط فرعی، انحلال جزئی قرارداد در راستای اصل حفظ قرارداد خواهد بود؛ البته مشروط بر اینکه تعادل قراردادی تحت تأثیر قرار نگیرد.^۲

در حقوق انگلیس، امنیت قراردادی در مرحله تفسیر و اجرای قرارداد با جایگزین کردن شروط نامعتبر توسط دادگاه حفظ می‌شود. در این روش، دادگاه بر مبنای «معیار کارایی اقتصادی»^۳ نوعی شروط ضمنی را برای قرارداد در نظر می‌گیرد تا به آن معنا بخشد و از انحلال آن جلوگیری کند. این رویکرد نخستین بار در پرونده Moorcock (1889) به وجود آمد. در این پرونده، قضاوت تعهدی را که صراحتاً در قرارداد نبود، با این استدلال که بدون آن تعهد قرارداد فاقد کارایی واقعی بود، برعهده یکی از طرفین قرار دادند. پس از آن، معیار کارایی تجاری در پرونده‌های دیگر مورد استفاده قرار گرفت.^۴ بنابراین، حتی در مواردی که قرارداد راجع به بعضی موضوعات ساکت است، چنانچه قرارداد بدون این موضوعات مسکوت مانده و قابلیت اجرایی نداشته باشد، این موارد در قرارداد مفروض انگاشته می‌شوند و جزو تعهدات قراردادی به شمار می‌آیند.^۵

در حقوق آمریکا ماده ۲۰۳ «ریاستیت قراردادهای» در خصوص تفسیر قرارداد مقرر می‌دارد: «در تفسیر تعهد یا توافق و یا شرط مندرج در آن معیارهای زیر قابل اعمال است:

^۱ Favouing the Contract

^۲ Ibid, PP 479-498.

^۳ Business Efficacy

^۴ Reigate v. Union Manufacturing (1919) and Trollope and Colls Ltd v North West Regional Hospital Board (1973).

^۵ Treitel, Op. Cit., PP 201-203.

الف) تفسیری که یک معنای متعارف، قانونی و مؤثر به همه شروط بدهد، بر تفسیری که بخشی از آن را غیرمتعارف، غیرقانونی یا بی‌اثر کند، ترجیح دارد.

ب) شروط صریح نسبت به رویه جاری،^۱ مناسبات پیشین طرفین و عرف تجاری در اولویت است. رویه جاری نسبت به مناسبات پیشین طرفین و عرف تجاری مرجح است و مناسبات پیشین طرفین نسبت به عرف تجاری اولویت دارد.

ج) شروط خاص و شروط معین نسبت به موارد رایج عمومی اولویت دارند.

د) شروط مذاکره شده یا اضافه شده نسبت به شروط استاندارد یا دیگر شروطی که به‌طور مجزا مورد مذاکره واقع نشده است، اولویت دارد». همچنین ماده ۲۰۴ صراحتاً به دادگاه حق استنباط شروط ضمنی را اعطا می‌کند. به موجب این ماده، «زمانی که طرفین معامله نسبت به شرطی که برای تعیین حقوق و وظایفشان ضروری است توافق نکرده باشند، شرطی که بنا به شرایط متعارف است، از طرف دادگاه مقرر می‌شود».

۲.۵. دسترسی به شیوه‌های جبران مناسب در قبال عدم انجام تعهد

امنیت قراردادی مستلزم آن است که اگر یکی از طرفین در انجام تعهدات خود کوتاهی کند، طرف مقابل راه‌حل مؤثری برای جبران مافات داشته باشد. در حقوق انگلیس، بسته به نوع و ماهیت تعهد نقض شده، سه راه‌حل در قبال عدم انجام تعهد وجود دارد؛ اجرای عین تعهد، پرداخت خسارت، اعاده مال یا وضع. تقاضای اجرای عین تعهد در مواردی که تعهد، پرداخت مبلغی پول است، مبتنی بر راه‌حل کامن‌لایی است. زمانی که تعهد ناظر به انجام یا عدم انجام امر دیگری است، ادعای اجرای عین تعهد مبتنی بر راه‌حل‌های انصاف است که شامل اجرای عین تعهد با قرار منع است. پرداخت خسارت، جبران پولی چیزی است که خواهان باید از قرارداد تحصیل می‌کند. شخصی که بخشی از تعهدات قراردادی‌اش را اجرا کرده، ولی در ازای آن اجرای متقابل ندیده است، نیز می‌تواند اعاده آنچه پرداخته یا مابه‌ازای آن را درخواست کند.^۲ در حقوق آمریکا، براساس بند ۱ ماده ۱۰۶-۱، «قانون متحدالشکل تجاری»، هدف راه‌های جبران مقرر در این قانون، قرار دادن طرف زیان‌دیده در موقعیتی است که اگر قرارداد به‌طور کامل اجرا می‌شد، زیان‌دیده در آن موقعیت قرار می‌گرفت. باین‌حال، در مواردی که برای جبران خسارت زیان‌دیده در قانون فوق یا قوانین دیگر، خسارات تبعی^۳ (خسارات خاص)^۴ یا خسارات جزایی^۵ در نظر گرفته شده باشد، طرفین نمی‌توانند آن را مستثنا و برخلاف آن توافق کنند. بنابراین اولین هدف جبران عدم اجرای تعهد در حقوق آمریکا، قرار دادن طرف زیان‌دیده در موقعیتی است که اگر تعهد اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار داشت. باوجوداین، طرفین می‌توانند در صورتی که در این قانون ممنوع نباشد، نسبت به محدود یا مستثنا کردن خسارات قراردادی توافق کنند. چنان‌که حسب بند ۴ ماده ۳۱۶-۲، راه‌های جبران نقض واریانتی کالا می‌تواند با در نظر گرفتن مواد ۲-۷۱۸ و ۲-۷۱۹ محدود یا مستثنا شود. به موجب بند ۱ ماده ۲-۷۱۸، خسارات نقض قرارداد تا حدی می‌تواند مستثنا شود که با توجه به زیان‌های واقعی یا پیش‌بینی شده، دشواری اثبات زیان و دشواری یا عدم امکان توسل به راه جبران مناسب دیگر، متعارف باشد. به‌طور کلی با در نظر گرفتن مواد ۲-۷۰۱ تا ۲-۷۲۵ در بخش ۷ و بندهای ۳ و ۴ ماده ۱۰۶-۲ و 2A505 این قانون که به راه‌های جبران اختصاص داده شده است، می‌توان راه‌حل‌های تقاضای فسخ، ابطال، اجرای عین تعهد، پرداخت خسارت یا استرداد و اعاده به وضع سابق را استنباط کرد.

1. Course of Performance

2. Treitel, Op. Cit., P 926.

3. Consequential Damages

4. Special Damages

5. Penal Damage

بخش هشتم «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» نیز اختصاص به راه‌های جبران نقض قرارداد دارد. به موجب ماده ۸۰۱ این قانون، حقوق و راه‌های جبران خسارت مندرج در این قانون قابل جمع هستند، اما خسارت بیش از یک بار قابل پرداخت نیست. به موجب بند b این ماده، غیر از وجه التزام مقرر، دادگاه می‌تواند شیوه جبران را محدود یا رد کند، مشروط بر اینکه با توجه به اوضاع و احوال این شیوه جبران، طرف زیان‌دیده را در موقعیتی به مراتب بهتر از موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به طور کامل اجرا می‌شد، طرف زیان‌دیده در آن موقعیت قرار می‌گرفت. به عبارت دیگر، اگر طرفین در قراردادهای راه جبرانی برای نقض قرارداد در نظر گرفته باشند (البته غیر از وجه التزام) و این راه جبران باعث شود طرف مقابل در موقعیت بسیار بهتری از طرفی که قرارداد را نقض کرده قرار گیرد، دادگاه می‌تواند برای جلوگیری از سوءاستفاده، حکم به اجرای عین تعهد دهد و ملزم به راه‌حل پیش‌بینی شده توسط طرفین نخواهد بود. براساس ماده ۸۰۲ این قانون، در صورتی که نقض قرارداد اساسی بوده و قابل چشم‌پوشی نباشد یا قرارداد این اجازه را داده باشد، طرف زیان‌دیده می‌تواند قرارداد را فسخ کند. به موجب ماده ۸۰۳، طرفین می‌توانند با در نظر گرفتن ممنوعیت‌های این قانون (مندرج در ماده ۸۰۴)، راه‌های جبران مندرج در این قانون را با توافق یکدیگر اصلاح یا تعدیل کنند.

در ماده ۳۴۴ «ریاستیت قراردادهای» اهداف شیوه‌های جبران نقض قرارداد بدین شرح آمده است: «شیوه‌های قضایی مندرج در این قانون به منظور حمایت از یک یا تعداد بیشتری از منافع متعهدله که در ذیل آمده مورد استفاده قرار می‌گیرد:

- الف) منافع انتظار^۱ که عبارت است از منفعت او در بردن سود از معامله‌ای که اگر اجرا می‌شد به دست می‌آورد؛
- ب) منافع اعتماد^۲ که عبارت است از نفع او در جبران زیان ایجاد شده در نتیجه اعتماد به قرارداد، به‌طوری که او را در موقعیت پیش از انعقاد قرارداد قرار دهد؛
- ج) منفعت استرداد مال و منافع آن^۳ که عبارت است از نفع او در اعاده و بازپس‌گیری هر نفعی که به طرف مقابل رسانده است.»

به موجب بند ۲ ماده ۳۴۶ مقرر فوق، حتی در مواردی که نقض قرارداد باعث هیچ ضرری نشود یا ضرر به اثبات نرسد، مبلغ کمی به‌عنوان خسارت اسمی^۴ برای طرف زیان‌دیده در نظر گرفته می‌شود. به موجب ماده ۳۴۷، برای اندازه‌گیری میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد معیارهایی مانند از دست دادن منافع، خسارات ضمنی^۵ یا تبعی^۶ که به واسطه نقض ایجاد شده، با در نظر گرفتن هزینه‌ها و زیان‌هایی که به واسطه عدم اجرای قرارداد از آن اجتناب شده، در نظر گرفته می‌شود. همچنین براساس بند ۱ ماده ۳۵۰، خسارت‌های مربوط به زیان‌هایی که طرف زیان‌دیده می‌توانسته بدون ریسک غیرضروری، فشار یا تحقیر از آن پیشگیری کند، قابل جبران نیست. علاوه بر این، خسارت‌های مربوط به زیان‌هایی که طرف نقض‌کننده در زمان انعقاد قرارداد به‌عنوان نتیجه احتمالی نقض قرارداد پیش‌بینی نمی‌کرده، قابل جبران نیستند (بند ۱ ماده ۳۵۱). خسارات نقض قرارداد توسط هریک از طرفین ممکن است در قرارداد تعیین یا تقویم شوند؛ اما این

^۱. Expectation Interest

^۲. Reliance Interest

^۳. Restitution Interest

منفعت استرداد با منفعتی که طرف غیرناقص به طرف ناقض اعطا کرده و آنچه طرف غیرناقص در قبال اعطای این منفعت دریافت کرده سروکار دارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک نعمت‌اللهی، اسماعیل، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۲، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۱۸۹-۱۶۳)

^۴. Nominal Damages

^۵. Incidental Loss

^۶. Consequential Loss

تعیین فقط تا مقداری ممکن است که با توجه به زیان پیش‌بینی شده یا خسارات واقعی ناشی از نقض و همچنین مشکلات اثبات زیان، متعارف باشد. شرطی که خسارت مقطوع قراردادی^۱ نامتعارفی را تعیین می‌کند، بر مبنای نظم عمومی قابل اجرا نیست (بند ۱ ماده ۳۵۶).

۳. اصل عدالت^۲

عدالت قراردادی به معنای آن است که با موارد مشابه یکسان رفتار شود، به اشخاص اجازه داده نشود که بر رفتار غیرقانونی، نادرست یا غیرمتعارف خود تکیه کنند و از ضعف، نادانی و بی‌اطلاعی دیگران استفاده کنند. عدالت همچنین در جایی که طرف اشخاص ضعیف یا آسیب‌پذیر را می‌گیرد، مفهومی حمایتی دارد. عدالت در حوزه حقوق قراردادهای در مفاهیمی مانند «اصل متقابل بودن روابط قراردادی»^۳ و به تعبیری در حق حبس تبلور می‌یابد که به موجب آن هریک از طرفین می‌توانند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای طرف دیگر کنند. تجویز حق فسخ در موارد تقلب، اضطراب و تهدید و یا سوءاستفاده از نفوذ نیز در راستای تأمین عدالت قراردادی بوده است. همچنین، مواردی که وقوع یک حادثه غیرقابل پیش‌بینی غیرقابل کنترل بدهکار را از اجرای تعهد ناتوان می‌کند یا مواردی که به دلیل تغییر اوضاع و احوال، اجرای قرارداد را برای بدهکار گزاف می‌سازد و دادگاه جهت تعدیل قرارداد وارد عمل می‌شود یا در موارد تردید در معنای شرط مبهم و دوپهلوی که به طور مستقل مورد مذاکره طرفین قرار نگرفته، به‌ویژه در قراردادهای الحاقی، تفسیر به نفع کسی صورت می‌گیرد که به قرارداد ملحق شده است.^۴ با این حال عدالت قراردادی حاصل نخواهد شد، مگر اینکه طرفین ملزم به رعایت حسن‌نیت در طول حیات قرارداد باشند.

در مورد اصل حسن‌نیت در حقوق کامن‌لا به‌ویژه حقوق انگلیس، چنانچه به اختصار گفته شد، حسن‌نیت در این نظام بر خلاف نظام رومی ژرمنی، مبنای صریح احکام دادگاه قرار نمی‌گیرد و برای رسیدن به نتایج حاصل از این اصل به قواعد دیگری متوسل می‌شوند. به طور مثال در حقوق انگلیس نظریه «انصاف» در طول سیر تکاملی خود در جهت تأمین عدالت قراردادی به سه مفهوم تسلط ناروا،^۵ تعادل عوضین^۶ و تضمین همکاری^۷ رسیده است که در تفسیر قراردادهای باید مدنظر قرار بگیرد.^۸

در خصوص سوءاستفاده از موقعیت برتر که برخلاف الزامات عدالت قراردادی فرض شده است، در حقوق انگلیس با دو رویکرد مواجهیم؛^۹ اول، نظریه «نفوذ ناروا»^{۱۰} زمانی اعمال می‌شود که یک طرف قرارداد نفوذ و تسلط قابل توجهی بر طرف دیگر قرارداد داشته یا موقعیت اعمال این قدرت را دارد. اگر ثابت شود درحالی که بین طرفین رابطه مبتنی بر صداقت و امانت وجود داشته، یک طرف تسلط خود را بر طرف دیگر به حدی اعمال کرده که استقلال او از بین رفته، در این حالت حق توسل به قانون وجود دارد. در هر دوی این موارد اگر قراردادی آشکارا زیان‌آور منعقد شده باشد، این فرض به وجود

^۱. Liquidated Damages

^۲. Justice

^۳. Principle of Mutuality in Contractual Relations

^۴. اسلامی، سید محمد هادی و جلیل قنوتی، «ترجیح تفسیر علیه تنظیم‌کننده قرارداد»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۸،

صص ۶۹-۷۱

^۵. Unjustifiable Domination

^۶. Equivalence of the Exchange

^۷. Ensure Cooperation

^۸. Collins, H. *The Law of Contract*, LexisNexis, Fourth edition, 2003, PP 28-29.

^۹. Fauvarque-Cosson and Mazeaud, *Op. Cit.*, PP 530-531.

^{۱۰}. Undue Influence

می‌آید که نفوذ ناروا اعمال شده است. دوم، بر مبنای نظریه «نامتعارف و یک‌طرفه بودن»^۱، اگر یک طرف قرارداد عمداً از تنگدستی و جهل طرف دیگر برای خرید کالا از او به قیمتی که بسیار پایین‌تر از ارزش واقعی آن است استفاده کند، قرارداد می‌تواند غیرمعتبر باشد. ممنوعیت تحصیل سود گزاف با بهره‌برداری از موقعیت برتر همچنین با حذف شروط ناعادلانه به اجرا درآمده است. در اینجا حقوق انگلیس تحت تأثیر «اصول راهنمای شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف»^۲ مصوب کمیسیون اروپا قرار گرفته است. ماده ۱-۳ این سند، رفتار مخالف حسن‌نیت را یکی از معیارهای تشخیص شرط غیرمنصفانه می‌داند. در حقوق انگلیس بر مبنای مندرجات بخش دوم «قانون حقوق مصرف‌کننده»^۳، شرط قراردادی که برخلاف الزامات حسن‌نیت، باعث عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین، به ضرر مصرف‌کننده باشد، نامعتبر تلقی می‌شود.

در حقوق آمریکا مبنای شروط غیرمنصفانه به حقوق انگلستان باز می‌گردد. تا پیش از تصویب «قانون متحدالشکل تجاری» دادگاه‌ها به صورت استثنایی به این نظریه تمسک می‌کردند. تصویب این قانون سبب شد که رویه دادگاه‌ها در برخورد با شروط غیرمنصفانه در حقوق آمریکا نهادینه شود. همان‌طور که قبلاً بیان شد، ماده ۲-۳۰۲ این قانون به دادگاه اختیار داده است که با بررسی همه جوانب و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد مشخص کند که چه قراردادی غیرمنصفانه است. دادگاه‌های آمریکا در اعمال قاعده مزبور به قلمرو قانون متحدالشکل تجاری محدود نشده و این نظریه را در سایر قراردادهای مانند «توافقات مالی مربوط به ازدواج»، «شروط داور» و «قراردادهای کار» نیز اعمال کرده‌اند.^۴

۴. اصل کارایی^۵

کارایی در مفهوم اقتصادی عبارت است از استفاده بهینه و عدم اتلاف منابع موجود، با حداقل هزینه که در نهایت رضایت‌مندی طرف‌های بازی را به دنبال دارد^۶ به‌طور سنتی رابطه کارایی و عدالت همیشه مورد بررسی بوده و عدالت به‌عنوان پیش‌شرط اساسی کارایی عنوان شده است. پولینسکی برای فهم رابطه این دو، کارایی را به اندازه یک کیک و عدالت را به چگونگی برش و تقسیم این کیک تشبیه کرده است.^۷

در سطح کلان کارایی در حوزه علم حقوق، به‌ویژه آنگاه که حقوق با نگاه اقتصادی بررسی می‌شود، مستلزم آن است که نظام حقوقی برای رشد کارایی اقتصادی سازمان‌دهی شود. بنابراین قوانین باید در معرض آزمون کارایی قرار گیرند؛ به این معنا که در فرایند قانونگذاری پیش‌نویس هر قانون باید درمورد آثار احتمالی بر کارایی اقتصادی مورد تحلیل قرار گیرد. این امر باید به‌عنوان بخشی از رژیم ارزیابی اثر قانونگذاری انجام شود که به‌موجب آن نتایج اقتصادی مقررات قانونی مرتباً مورد ارزیابی قرار گیرند. در ایالات متحده تحلیل‌های هزینه‌فایده روش استاندارد در خصوص بیشتر قوانین جدید

^۱. Unconscionability

^۲. Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts

^۳. Consumer Rights Act 2015

این قانون در سال ۲۰۱۵ جایگزین «آیین‌نامه شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده» (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) و «قانون شروط غیرمنصفانه» (Unfair Contract Terms Act 1977) شد.

^۴. شیروی، پیشین، ص ۲۸.

^۵. Efficiency

^۶. دادگر، یدالله، «مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۹، شماره ۲۳، ۱۳۸۶، ص ۱۳۵.

^۷. Mathis, K. *efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer, 2009, PP 190- 204

است. از سال ۱۹۹۵ سازمان همکاری‌های اقتصادی^۱ توصیه کرده است که کشورهای عضو باید «ارزیابی تأثیرات قانون»^۲ را به‌عنوان بخشی از فرایند قانونگذاری انجام دهند.^۳ اثر این سیاست‌گذاری کلان، در سطح خرد و به‌طور ویژه حقوق قراردادهای، در قواعدی ظاهر می‌شود که بر حذف تشریفات در انعقاد قراردادهای، ابطال قراردادهای قابل ابطال با یک اخطار ساده بدون نیاز به مراجع قضایی، تهاتر قراردادی، شناسایی تعهدات یک‌جانبه جهت نقل و انتقال اموال و اعطای حقوق به اشخاص ثالث بدون درگیر شدن در تشریفات قرارداد، ایجاد وظیفه اطلاع‌رسانی در قراردادهای، حمایت از مصرف‌کننده به‌عنوان طرف ضعیف‌تر در قرارداد، در جهت افزایش رفاه عمومی و ترغیب رقابت و عملکرد بهتر بازار، پیش‌بینی مهلت‌های قضایی طرح دعوا برای تشویق طرح سریع ادعاها پیش از آنکه شواهد و مدارک منتفی شده و تهیه آنها هزینه‌بر باشد و همچنین حمایت از حقوق افراد با ایجاد قواعدی مانند مرور زمان، به‌منظور جلوگیری از طرح ادعاهای قدیمی و تهدید دائمی حقوق افراد، طرح قواعدی مانند حال شدن دیون ورشکسته یا میت به‌جای منتظر ماندن طلبکار تا زمان سررسید دین و... مبتنی‌اند.

در حقوق کامن‌لا اصولاً نقش دادگاه‌ها دادن عقلانیت اقتصادی به آرا است. در راستای حذف تشریفات قراردادی، بند ۱ ماده ۲۰۴-۲ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا» در این خصوص مقرر می‌دارد: «قرارداد فروش کالا ممکن است به هر روشی که نشان از توافق داشته باشد، از جمله رفتار طرفین که وجود چنین قراردادی را به رسمیت بشناسد، منعقد شود. به موجب بند ۲ این ماده «یک توافق برای ایجاد قرارداد کافی است حتی اگر زمان آن مشخص نباشد». همین قاعده در ماده 2A204 درمورد قرارداد اجاره کالا رعایت می‌شود. براساس ماده ۳۰۵-۲، در صورتی که طرفین بخواهند، می‌توانند قرارداد بیعی منعقد کنند که حتی قیمت آن معین نشده است و در چنین شرایطی قیمت عبارت است از قیمت متعارف در زمان تحویل. ماده ۲۰۲ «قانون متحدالشکل اطلاعات رایانه‌ای» نیز با عباراتی مشابه مقرر می‌دارد قرارداد ممکن است به هر روشی که برای نشان دادن توافق طرفین کافی باشد، منعقد شود؛ از جمله از طریق ایجاب و قبول یا رفتار طرفین. همچنین به موجب بندهای بعدی این ماده، قرارداد ممکن است شکل بگیرد، حتی اگر زمان توافق مشخص نباشد یا شروط یا مدت زمان آن تعیین نشده باشد. ماده ۸۱۰ این قانون راجع به کسر کردن زیان‌های ناشی از نقض قرارداد است که زیان‌دیده می‌تواند انجام دهد و به‌عنوان نمونه‌ای از قواعد مندرج در این قانون در جهت افزایش کارایی به کار می‌رود.

نتیجه‌گیری

۱- نخستین و اساسی‌ترین اصل در حوزه حقوق قراردادهای اصل آزادی قراردادی است. آزادی تصمیم راجع به انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد، آزادی انتخاب طرف قرارداد، تعیین محتوا و شروط قرارداد، انتخاب فرم و شکل قرارداد، توافق درخصوص اصلاح و تعدیل قرارداد، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و آزادی خاتمه دادن به آن از نتایج اصل فوق هستند. با این حال، مصالح و نظم عمومی توجیه‌کننده مداخله دولت در قراردادهای خصوصی افراد و تحدیدکننده اصل فوق است. در حقوق انگلیس، ریشه اصل آزادی قراردادی نظریه عدم مداخله دولت در امور اقتصادی، خودتنظیمی بازار به‌وسیله اصل عرضه و تقاضا است و اینکه طرفین قرارداد به‌عنوان بهترین قاضی و مدافع حقوق خود عمل می‌کنند. همچنین قراردادهای مخالف نظم عمومی یا آنهایی که غیراخلاقی تلقی می‌شوند در مقابل دادگاه

^۱. OECD

^۲. Regulatory Impact Analysis (RIA)

^۳. Ibid, P 204

غیرقابل اجرا است و طرفین نمی‌توانند ادعای خسارت یا اجرای آن را کنند. در خصوص محدودیت این اصل در مواجهه با حقوق اشخاص ثالث، با نظریه نسبی بودن قراردادهای مواجهیم. استثنائات قاعده نسبی بودن در این نظام، به‌ویژه به منظور تجویز انعقاد قرارداد به نفع اشخاص ثالث و منتفع شدن این اشخاص از منافعی که قرارداد به آنها اعطا نموده، پذیرفته شده است.

در خصوص آزادی تعیین محتوای قرارداد، با محدودیت‌های مربوط به شروط استاندارد و شروط ناعادلانه در قرارداد مطرح می‌شود. در مواجهه با شروط غیرمنصفانه و گزاف، حقوق انگلیس بیشتر متکی بر قوانین موضوعه، از جمله «قانون حقوق مصرف‌کننده» است. در حقوق آمریکا اصل آزادی قراردادی به‌عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادهای پذیرفته شده و جلوه‌هایی از نتایج این اصل در مواد قانونی مختلف تجلی پیدا کرده است؛ از جمله در «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» و «قانون متحدالشکل تجاری».

۲- اصل امنیت قراردادی متضمن نیروی الزام‌آور قرارداد؛ وفاداری به قرارداد، اجرای تعهدات قراردادی مطابق با شروط قرارداد، طرفداری از قرارداد و دسترسی به راه‌های جبران مناسب در قبال عدم انجام قرارداد است. به‌منظور تحقق اهداف فوق، در حقوق انگلیس و آمریکا مفاهیمی مانند شروط ضمنی (به‌منظور پر کردن خلأهای قراردادی)، انعطاف‌پذیری قرارداد در مواجهه با تغییر اوضاع و احوال و توسل به اصل «متعارف بودن»، ابداع نظریه «عقیم یا منتفی شدن قرارداد» در حقوق انگلیس و «غیرعملی شدن اهداف تجاری قرارداد» (در حقوق آمریکا)، الزام طرفین به رعایت حسن نیت (بیشتر در حقوق آمریکا)، الزام طرفین به همکاری در اجرای قرارداد، خسارات انتظاری و دسترسی به راه‌های جبران متناسب، پیش‌بینی شده است.

۳- عدالت قراردادی مستلزم این است که به افراد اجازه داده نشود به رفتار غیرقانونی، نادرست و غیرمتعارف خود تکیه کنند و از ضعف و بی‌اطلاعی طرف مقابل سوءاستفاده کنند. مفاهیمی مانند «حق حبس»، «خیار فسخ در موارد تقلب، اضطراب و تهدید یا سوءاستفاده از نفوذ نیز در راستای تأمین عدالت قراردادی است. حسن نیت به‌عنوان یکی از نتایج اصل عدالت، در حقوق انگلیس مبنای صریح احکام دادگاه قرار نمی‌گیرد و برای رسیدن به نتایج حاصل از این اصل به قواعد دیگری مانند قاعده انصاف متوسل می‌شوند. درمورد سوءاستفاده از موقعیت برتر که برخلاف الزامات عدالت قراردادی فرض شده است، در حقوق انگلیس دو رویکرد وجود دارد: نخست، نظریه «نفوذ ناروا» و دیگری نظریه «نامتعارف و یک‌طرفه بودن». در حقوق آمریکا مبنای شروط غیرمنصفانه به حقوق انگلستان بازمی‌گردد. تا پیش از تصویب «قانون متحدالشکل تجاری» دادگاه‌ها به‌صورت استثنایی به این نظریه تمسک می‌کردند. تصویب این قانون باعث شد که رویه ایجاد شده توسط دادگاه‌ها در برخورد با شروط غیرمنصفانه در حقوق آمریکا نهادینه شود.

۴- پیش‌شرط نیل به کارایی در حوزه قراردادهای، رعایت عدالت است. حذف تشریفات انعقاد قرارداد، ابطال قراردادهای قابل ابطال بدون مراجعه به مراجع قضایی و از طریق اخطار، تهاتر قراردادی، وظیفه اطلاع‌رسانی در قراردادهای حمایت از مصرف‌کننده در جهت افزایش رفاه عمومی و ترغیب رقابت و عملکرد بهتر بازار، از جمله مصادیق پیگیری اهداف کارایی در حوزه حقوق قراردادهای است. درمورد اصل کارایی، در حقوق کامن‌لا اصولاً نقش دادگاه‌ها دادن عقلانیت اقتصادی به آرا است. در نهایت، اصول اساسی برشمرده شده، هریک دربردارنده اصول فرعی و قواعد حقوقی دیگرند. ضمن اینکه، این اصول با یکدیگر هم‌پوشانی دارند و هریک مکمل دیگری است.

منابع

مقاله

۱. اسلامی، سید محمد هادی و جلیل قنواتی، «ترجیح تفسیر علیه تنظیم کننده قرارداد»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۲۷-۵۲.
۲. افتخار جهرمی، گودرز و مرتضی شهبازی‌نیا، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۱، شماره ۳۰، ۱۳۸۳، صص ۷۳-۵.
۳. امینی، منصور و یحیی ابراهیمی، «حسن نیت در قراردادها: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص ۴۳-۲۳.
۴. بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۶، شماره ۰، ۱۳۷۶، صص ۱۰۰-۷۳.
۵. خادمی مجومرد، علی، اکبر غفوری و علیرضا شایق، «مطالعه تطبیقی اصل نسبی بودن قراردادها در حقوق ایران و انگلیس»، *ماهنامه کانون*، شماره ۱۳۶ و ۱۳۷، ۱۳۹۱.
۶. دادگر، یدالله، «مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، دوره ۹، شماره ۲۳، ۱۳۸۶، صص ۱۴۲-۱۰۳.
۷. شیروی، عبدالحسین، «قراردادهای استاندارد (الحاقی) در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، دوره ۱۲، شماره ۰، ۱۳۸۱، صص ۱۰۲-۶۷.
۸. شیروی، عبدالحسین، «نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۱۴، ۱۳۸۱، صص ۴۳-۵.
۹. قنواتی، جلیل، «اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه»، *فصلنامه فقه و اصول*، دوره ۴۲، شماره ۸۵، ۱۳۸۹، صص ۱۵۷-۱۳۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۳۴۲-۳۲۷.
۱۱. مافی، همایون و محمد حسین تقی‌پور، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۴، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، صص ۱۷۹-۱۴۷.
۱۲. مهدی‌زاده، عبدالمجید، «مطالعه تطبیقی حسن نیت در کشورهای حقوق نوشته شده و حقوق کامن‌لا»، *مجله پژوهش ملی*، شماره ۶۹، ۱۴۰۰، صص ۸۴-۶۷.
۱۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۲، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۱۸۹-۱۶۳.

References

Books

1. Beatson, S. J. *Anson's Law of Contract*, New York: Oxford University Press Inc, 29th Edition, 2010.
2. Collins, H. *The Law of Contract*, LexisNexis, Fourth edition, 2003.
3. Fauvarque-Cosson, Benedicte, Denis Mazeaud, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Pub, 2008.
4. Mathis, K. *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer, 2009.

5. Stone, R. *The Modern Law of Contract*, Covendish publishing, Sixth Edition, 2005.
6. Treitel, S. G. *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Limited, 11th Edition, 2003.

Articles

7. Adar, Y. Pietro Sirena. "Principles and Rules in the Evolving European Law of Contract: From the PECL to the SECL", *European Review of Contract Law*, 2013, PP 1-37. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2372367/>
8. Amini, Mansour and Yahya Ebrahimi, "Good Faith in Contracts: From Theory to Practice; A Comparative Study in Common Law", *Journal of Comparative Law Review*, Volume 2, Issue 2, 2012, PP 23-43. (in Persian)
9. Boulanger, J. "General Principles of Law and Positive Law", Translated by: Alireza Mohammad-ZadehVadeghani, *Journal of Law and Political science*, Volume 36, Issue 0, 1997, PP 73-100. (in Persian)
10. Dadgar, Yadollah, "A Review of the Evolution of the Concept of Efficiency in Economic Literature", *Law and Politics Research Journal*, Volume 9, Issue 23, 2007, PP 103-142. (in Persian)
11. Eftekhar Jahromi, Goudarz and Morteza Shahbazi-Nia, "A Study on Principle of Estoppel in English and American Law", *International Law Review Quarterly*, Volume 21, Issue 30, 2004, PP 5-73. (in Persian)
12. Eslami, Sayyed Mohammad Hadi and Jalil Ghanavati, "Preference for Interpretation by the Contract Adjuster", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 6, Issue 1, 2019, PP 27-52. (in Persian)
13. Ghanavati, Jalil, "Principle of Contract Freedom: Contracts and Contractual Conditions", *Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles*, Volume 42, Issue 85, 2010, PP 135-157. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser, "The Limits on Freedom of Contract Based on Consumer Protection", *Private Law Studies Quaterly*, Volume 38 Issue 3, 2008, PP 327-342. (in Persian)
15. Khademi Majwmrd, Ali, Akbar Ghafoori and Alireza Shayegh, "A Comparative Study of the Principle of Privity of Contract in Iranian and English Law", *Monthly Magazine of Kanoon*, Issue 136 and 137, 2012. (in Persian)
16. Mafi, Homayoun and Mohammd Hossein Taghi-Pour, "Applicable Law on Contractual Obligations in European Union and American Law", *Private law research Quarterly*, Volume 4, Issu 13, 2015, PP 147-179. (in Persian)
17. Mehdi-Zadeh. Abdolmajid, "A Comparative Study of the Principle of Good Faith in Civil Law and Common Law Systems", *Journal of Nations Research*, Issue 69, 2021, PP 67-84 (in Persian)
18. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1999.
19. Ne'matollahi, Esmaeil, "Threefold Interests in Contract Damages", *Comparative Law Researches Quarterly*, Volume 22, Issue 3, 2018, PP 163-189. (in Persian)
20. Shiravi, Abdolhossein, "The Doctrine of Unfair and Unconscionable Contractual Terms in Common Law with an Emphasis on the Laws of England, the United States, and Australia", *Journal of Qom Higher Education Complex*, Volume 12, Issue 0, 2002, PP 5-43 (in Persian)
21. Shiravi, Abdolhossein, "Standard (Adhesion) Contracts in Common Law with an Emphasis on English and American Law", *Journal of Qom Higher Education Complex*, Issue 14, 2002, PP 67-102. (in Persian)
22. Von Bar, C. Eric Clive and Hans Nolke. "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)", *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*.

23. Wladis, J. D. "Impracticability as Risk Allocation: The Effect of Changed Circumstances upon Contract Obligation for the Sale of Goods", *Georgia Law Review*, Volume 22, Issue 3, 1988, PP 503-666.

Laws & Regulations

24. Consumer Rights act, 2015.
25. Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (UK).
26. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, 1993/13/EEC.
27. Restatement (Second) Of Contracts.
28. Unfair Contract Terms Act of 1977.
29. Unfair terms in Consumer Contracts Regulations 1999.
30. Uniform Commercial Code (UCC).
31. Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Inheritance of a Child Resulting From a Mistake in Medical Fertility in Iran, England and France

Ghafour Khoeini¹, Faezeh Akhoondi² 

ABSTRACT

Medical fertility treatments have recently gained widespread acceptance among couples worldwide and are considered among the most innovative and popular reproductive technologies. Despite their growing popularity, these treatments encompass complex social, cultural, and legal-judicial dimensions. In particular, the mere use of infertility treatment methods often raises numerous legal ambiguities, primarily because Iranian law does not comprehensively address contractual aspects of infertility treatments, leaving involved parties facing significant legal uncertainties. One critical issue pertains to errors that may occur during various stages such as embryo preservation, freezing, thawing, or implantation in uterus. In cases of effective errors, the financial consequences for medical fertility procedures become significant, including considerations related to alimony and damages. Among these, inheritance rights stand out as a particularly sensitive and complex issue. While other financial effects—such as child alimony and compensation—are also noteworthy, this discussion will focus exclusively on the inheritance rights of children born through medical fertility techniques. The question of whether inheritance constitutes a legal right or a legal rule, as well as the exclusivity of its causes and obstacles, has led to divergent opinions in the field of child inheritance. This is especially pertinent in cases of heterologous fertilization, where a third-party donor intervenes outside the couple. An essential question arises: does a child born from a donation possess inheritance rights in the event of effective mistake, and if so, who does he inherit from? Specifically, in the absence of explicit regulations in "Embryo Donation Method to Infertile Couples" law of Iran, there remains considerable ambiguity. This ambiguity is compounded by the lack of clear legislative guidance, prompting reliance on reliable jurisprudential sources and fatwas. It is noteworthy that jurists and religious scholars often differ on issues related to the inheritance rights of children born from embryo, fetus, or surrogate pregnancies. Consequently, no consensus exists on the matter. This study, employing both library research and online data, adopts a descriptive-analytical approach to explore the hypothesis that Article 864 of the Iranian Civil Code, which emphasizes the principle of causal heirs, provides the most appropriate and legally consistent framework for inheriting children born from donor techniques, particularly in the context of heterologous fertilization. This approach appears to face the fewest jurisprudential and legal challenges, given that neither Islamic law nor national legislation officially recognizes depriving a child of inheritance due to a procedural or medical error. In essence, inheritance fundamentally depends on lineage and causality. Obstacles to inheritance, such as swearing, blasphemy, murder, or being born of adultery, are well-codified under Articles 880 onward of the Civil Code, leaving little room for expansion. Conversely, reasons for inheritance—such as Jarira's guarantee, allegiance of emancipation, and allegiance of

How to Cite: Khoeini, Ghafour, Akhoondi, Faezeh, "Inheritance of a Child Resulting From a Mistake in Medical Fertility in Iran, England and France", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp: 181-200.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234221.2643>

Received: 23/12/2023-Accepted: 26/11/2024

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

2. PhD, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: fa.akhoondi@khu.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/>).

leadership—have historically been adaptable and evolve in accordance with societal needs. Accordingly, the possibility of modifying, removing, or replacing existing cause including donor gametes and embryo appears legally and religiously permissible since such innovations reflect child's best interests and benefits. In English and French law, the reasons for inheritance include lineage and cause, but adoption is also a cause of inheritance in French law. Therefore, from the perspective of the reasons for inheritance, they have similarities with Iranian law. However, in these two legal systems, by using the theory of judicial parentage and recognizing the child resulting from the donation as a natural and legal child, they have temporarily prevented further challenges, while denying the biological and natural identity of the child—an approach that raises long-term concerns about the child's interests because child's biological identity is not a matter removed or changed by parties agreement. This issue has not been considered in systems such as England and France, or at least it has been shown to be very unimportant, and the primary and main priority is the child's belonging to the recipient family. This neglect of the truth and biological identity of the child will certainly present serious problems to the social order and system. Thus, in case of effective mistakes, the only desirable protection that can be seen in other legal systems, including England and France, is the provision of numerous protective institutions that will protect the child from possible physical and mental dangers, and undoubtedly, the capacity of an efficient and advanced compensation system can provide desirable protection to the victim of an effective mistake. Certainly, from this perspective, the English and French legal systems can be a model to some extent and provide effective protection for the rights of the child resulting from donation by localizing the protective systems.

KeyWords: Mistake, Medical Fertility, Financial Effects, Inheritance.



ارث طفل ناشی از اشتباه در باروری های پزشکی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه

غفور خوئینی^۱، فائزه آخوندی^۲

چکیده

باروری های پزشکی اخیراً با استقبال بسیاری در کشورهای جهان روبه رو شده است. در عین حال چالش های متعددی ناشی از به کارگیری این فناوری جدید ممکن است حادث شود و یکی از آنها وقوع اشتباه در مراحل مختلف نگهداری و انجماد، ذوب و کاشت است. در صورت بروز اشتباه مؤثر، آثار مالی ناشی از باروری های پزشکی ممکن است تحت تأثیر قرار گیرد که یکی از مهم ترین آنها توارث است. مقوله حق یا حکم بودن توارث و همچنین حصری بودن اسباب و موانع آن موجب اختلاف دیدگاه در حوزه ارث بری است. به ویژه در حوزه باروری های ناهمگون (با دخالت شخص ثالث) سؤالی که مطرح می شود این است که طفل ناشی از اهدا، در صورت بروز اشتباه مؤثر از ارث محروم می شود یا خیر؟ به علاوه در فرض عدم محرومیت اینکه از چه کسی ارث می برد نیز چالش برانگیز است. پژوهش پیش رو با بهره گیری از داده های کتابخانه ای و برخط و به روش توصیفی-تحلیلی به اثبات این فرضیه کوشیده است که ظرفیت ماده ۸۶۴ قانون مدنی ایران و عدم حصری بودن ارث بران سببی، راه حل مطلوب برای ارث بردن طفل ناشی از اهدا در روش های ناهمگون است و به نظر کمترین چالش فقهی-حقوقی را به دنبال دارد و مجوز شرعی و قانونی برای محرومیت طفل ناشی از اشتباه از ارث، به رسمیت شناخته نشده است. در حقوق انگلیس و فرانسه با استفاده از نظریه نسب حکمی و شناسایی طفل ناشی از اهدا به عنوان طفل طبیعی و قانونی زوجین از چالش های بعدی پیشگیری نموده اند و بدین ترتیب در صورت بروز اشتباه مؤثر، نهادهای حمایتی متعددی از طفل در مقابل مخاطرات احتمالی حفاظت خواهند کرد و ظرفیت نظام جبران خسارت کارآمد و پیشرفته می تواند از زیان دیده اشتباه مؤثر حمایت کند.

کلید واژگان: اشتباه، باروری پزشکی، آثار مالی، ارث.

استناد به این مقاله: خوئینی، غفور، آخوندی، فائزه، «ارث طفل ناشی از اشتباه در باروری های پزشکی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۱۸۱-۲۰۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234221.2643>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: fa.akhond@khu.ac.irCopyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

باروری های پزشکی به عنوان یکی از فناوری های نوین با استقبال جهانی مواجه گردیده است. علت عمده آن نیز افزایش ناباروری یا کاهش نرخ باروری طبیعی است و زوجین قبل از لقاح و تشکیل جنین، خواهان غربالگری و اصلاح ژنتیک برای جلوگیری از تولد طفل معلول یا بیمارند. لذا درخواست باروری با کمک پزشکی را مطالبه می کنند. استفاده از هر فناوری نوینی نیز علاوه بر ظرفیت ها و فرصت های مطلوب، تهدید و چالش های متعددی را از منظر اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و حقوقی به دنبال دارد. در همین راستا در نظام حقوقی ایران قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، در خصوص باروری های پزشکی و بسیاری از ابهامات آن از جمله ارث طفل سکوت اختیار کرده و همین امر نحوه ارث بری طفل ناشی از اهدا را با چالش جدی مواجه کرده است.

به عبارتی ابعاد حقوقی چالش های باروری پزشکی، معضلات اساسی را در راستای بهره گیری از روش های لقاح مصنوعی ایجاد کرده است. عدم دخالت جدی قانونگذار در نظام مندی و سامان دهی روش های اهدای رویان یا گامت، آسیب های پیش رو را دوچندان کرده است. در این میان، مقوله توارث و ارث بری میان طفل و اهداشوندگان اهمیت مضاعفی دارد. به ویژه ارث طفل ناشی از اهدای گامت یا رویان در روش های ناهمگون (یا هترولوگ)^۱ در صورت بروز اشتباه مؤثر با معضل جدی است. در روش همگون یا همولوگ،^۲ با عنایت به اینکه ثالث در لقاح دخالتی ندارد و صرفاً باروری میان زوجین تسهیل می شود، در صورت بروز اشتباه ارث طفل با ابهامی مواجه نیست، مگر اینکه اشتباه روش همگون را به طور کلی به روش ناهمگون تبدیل کند که در ادامه مبحث نظر قرار خواهد گرفت.

اینکه آیا می توان طفل را صرف وجود اشتباه مؤثر از ارث به طور کلی محروم دانست یا خیر و می توان در موانع ارث دخل و تصرف نمود، سؤال اصلی است که در پژوهش پیش رو به بررسی آن خواهیم پرداخت. در این میان دو نظام حقوقی که در حوزه باروری های پزشکی با لحاظ مؤلفه های قدمت و به روز بودن قوانین، ممتازند، مورد بررسی قرار خواهند گرفت. شناخت نظام ارث کشورهای انگلستان و فرانسه، می تواند در یافتن راه حل های به کارگیری روش های باروری پزشکی از جمله ارث طفل ناشی از اهدا در صورت بروز اشتباه مؤثر و بومی سازی آن نقش ویژه ای را ایفا کند. به عبارتی انگلستان به عنوان سردمدار نظام لقاح مصنوعی ناهمگون و قدمت آن و فرانسه به عنوان نظام حقوق نوشته پیشرفته در حوزه باروری پزشکی و روزآمدی قوانین آن، از شاخصه های مهمی برای مطالعه تطبیقی و بررسی راه حل های حقوقی باروری پزشکی در خصوص ارث طفل ناشی از اهدای جنین یا گامت برخوردارند.

توارث و ارث بری در ایران مبتنی بر رابطه نسبی و سببی است. بنابراین اسباب ارث در قانون مشخص است و از طرف دیگر موانع ارث نیز در قالب چهار عنوان کفر، لعان، قتل و ولدالزنا بودن احصایی است. بدین ترتیب اسباب و موانع ارث حصری است و به نظر شق سومی در اسباب توارث و شق پنجمی در موانع ارث بری نمی توان لحاظ کرد.

در نظام حقوقی انگلیس نیز رابطه نسبی و سببی موجب ارث بری است. البته برخی تفاوت های فاحش همچون نسب حکمی نیز وجود دارد که ذیل رابطه نسبی بررسی خواهد شد. بدین ترتیب موجبات ارث بری ذیل دو عنوان مزبور قابل بررسی است. همچنین در نظام حقوقی فرانسه علاوه بر نسب و سبب، فرزندخواندگی نیز یکی از موجبات ارث بری است.

^۱ لقاح با دخالت ثالث (اهدانکنده) Artificial Insemination with a Donorseme:

^۲ لقاح با همسر (بدون دخالت ثالث) Artificial Insemination by Hosband

البته نسب حکمی نیز می‌تواند موجب توارث شود که همانند نظام حقوقی انگلیس ذیل رابطه نسبی قابل بررسی است و شق مجزایی برای توارث تلقی نمی‌شود. بدین ترتیب نظام حقوقی فرانسه و انگلیس در خصوص نسب حکمی و ارث‌بری از طریق مزبور هم‌عقیده‌اند.

در ادامه بدو مفهوم و مصادیق اشتباه در باروری پزشکی و همچنین مصادیق اشتباه مؤثر در قراردادهای باروری پزشکی به‌ویژه در اهدای جنین یا گامت بررسی خواهد شد که اغلب توسط کادر درمان یا پزشک معالج ممکن است حادث شود. سپس ارث طفل ناشی از اهدای جنین یا گامت در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه را در صورت وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی مورد مذاقه قرار خواهیم داد و راه‌حل هر یک از نظام‌های حقوقی را به‌ترتیب در صورت بروز اشتباه مؤثر در خصوص ارث طفل بررسی خواهیم کرد. لذا هدف پژوهش پیش‌رو یافتن پاسخ در خصوص ارث طفل ناشی از اهدا در صورت بروز اشتباه خواهد بود.

۱. مفهوم و مصادیق اشتباه در قراردادهای باروری پزشکی

برای بررسی تأثیر وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی بر ارث بدو مفهوم اشتباه و مصادیق آن را مورد مذاقه قرار دهیم؛ زیرا هر اشتباهی در لقاح مصنوعی نمی‌تواند منشأ اثر باشد و مطمح‌نظر قرار گیرد. با درک صحیح از مفهوم اشتباه می‌توان مصادیق آن را نیز احصا نمود و تأثیر یا عدم تأثیر انواع آن را بر ارث مورد مذاقه قرارداد. نکته حائز اهمیت آن است که اشتباه در باروری‌های پزشکی با دخالت شخص ثالث در حوزه ارث طفل مدنظر است؛ زیرا در باروری‌های پزشکی بدون دخالت شخص ثالث و میان زوجین، در صورت بروز اشتباه عملاً معضل جدی در مسئله ارث طفل به وجود نمی‌آورد و بنابر عقیده قاطبه فقها ارث طفل از پدر و مادر خویش برقرار است.^۱ مگر اینکه اشتباه به‌نحوی باشد که منجر به تولد طفل از گامت بیگانه شود و کادر درمانی به اشتباه از گامت سالم زوجین شرعی برای لقاح استفاده نکنند و گامت ثالث دخیل در باروری شود که در ادامه بررسی خواهد شد.

اشتباه به معنای اعتقاد (پندار یا تصور) نادرست یا غیردقیق از واقعیت در خصوص یکی از عناصر عمل حقوقی است و به‌عبارتی به معنای تصور یا پندار خلاف واقعی است که در انجام عمل حقوقی وجود دارد (ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع).^۲ در اشتباه قراردادی نیز اوصاف مذکور در قرارداد منطبق با واقع نیست و مشتبه نیز به تصور وجود اوصاف مذکور معامله می‌نماید. بدین ترتیب قلمروی نظریه اشتباه وسیع است و هر تصور خلاف واقعی را که به‌نحوی در قرارداد، از جمله قرارداد باروری پزشکی به وجود آید، شامل می‌شود.

در قراردادهای باروری پزشکی برخی مصادیق اشتباه با عنایت به اصل محرمانه بودن اهدای رویان یا گامت عملاً منتفی به نظر می‌رسد؛ اما وقوع اشتباه از جانب کادر درمان، از جمله نحوه نگهداری گامت یا جنین در محیط آزمایشگاهی و همچنین در مرحله ذوب، انتقال و کاشت امکان‌پذیر است.

۱. فتاوی آیات اعظام از جمله آیت ... گلپایگانی بدین ترتیب است: «برحسب مستفاد از ادله شرعی، نطفه مرد به هر نحو در حلیه‌اش قرار گیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیه اوست و توارث از طرفین ثابت است» (موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، **مجمع المسائل**، قم: دارالقرآن الکریم، جلد ۲، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۷۷). برخی دیگر همچون آیت ... خوئی چنین فتوا داده‌اند: «تلقیح زوجه به نطفه شوهرش جایز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی، در حکم سایر اولاد زوجین است» (خوئی، سید ابوالقاسم، **مستحدثات المسائل**، نجف: مطبعه الآداب، ۱۹۷۶ م، ص ۱۹۷).

۲. محسنی، سعید. **اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)**، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۹.

در نظام های حقوقی دنیا، به طور کلی برخی اشتباهات موجب بطلان معامله و برخی موجب ایجاد حق فسخ برای متضرر و برخی نیز فاقد اثر در قراردادهای هستند. باین حال، نمی توانیم به طور قاطع تقسیم بندی مزبور را در قراردادهای باروری پزشکی حاکم بدانیم؛ زیرا با مقتضای ذات روش های درمان ناباروری که تولد انسان است، سختی نخواهد داشت. به ویژه ضمانت اجرای بطلان قرارداد باروری پزشکی و ایجاد حق فسخ نباید در قراردادهای درمان ناباروری راه یابد؛ مگر در مواردی که رویان یا گامت به مرحله کاشت و رشد در رحم نرسیده باشد و ذات و موضوع روش های باروری پزشکی مشتبّه شود. به تعبیر دیگر، تزلزل در قراردادهای باروری پزشکی به مصلحت جوامع انسانی نیست. اینکه هر لحظه بیم آن رود قراردادهای لقاح مصنوعی در معرض فسخ یا بطلان قرار گیرد، نظام درمان، اهداکننده و اهداشونده را به خصوص پس از مرحله کاشت در معرض چالش های جدی قرار می دهد. بنابراین رواست که قانون این قبیل قراردادها را از قواعد عمومی قراردادها مستثنا و قواعد مختص آنها را وضع کند.

همچنین مراکز درمانی معتبر هیچ موردی از مصادیق اشتباه در روند درمان ناباروری را تاکنون گزارش نکرده اند. به نظر می رسد، علت عمده آن اصل محرمانگی باشد که بسیاری از مصادیق اشتباهات قراردادی را عملاً منتفی کرده است. از طرفی عدم شفافیت در نظام درمان نیز بی تأثیر نبوده است. به عنوان مثال اگر محیط آزمایشگاه آلوده باشد و بیماری یا ویروسی به جنین یا گامت منتقل شده است که ناشی از اشتباه کادر درمان باشد، به علت عدم ثبت آمار این قبیل حوادث عملاً شفافیت درمانی نیز وجود ندارد. همین امر امکان ادعای وقوع اشتباه را عملاً غیرممکن یا بسیار دشوار می نماید. اینکه درصدد پنهان کردن آمار اشتباهات در طول درمان ناباروری باشیم، به نظر پاک کردن صورت مسئله است. جلوگیری از بروز اشتباهات یا چاره اندیشی جهت رویارویی با چالش های حقوقی ناشی از اشتباهات پزشکی در باروری مصنوعی به نظر منطقی تر است. هرگونه فعالیت آزمایشگاهی، پزشکی و پیراپزشکی می تواند منجر به بروز خطا و اشتباه شود و از حدوث موارد مزبور مبرا نیست. لذا در راستای حمایت از حقوق طفل، اخلاق حسنه و نظم عمومی ضروری است به بررسی معضلات حقوقی ناشی از اشتباه در باروری های پزشکی از جمله ارث طفل بپردازیم.

در ادامه برخی از مصادیق و انواع اشتباهات متداول در قراردادهای باروری پزشکی و همچنین اشتباهات بی تأثیر مبتلابه را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱.۱. اشتباه در ماهیت و ذات مورد (موضوع) قرارداد باروری پزشکی

ممکن است اهداشوندگان خواهان دو جنین اهدایی از اهداکنندگان مشترک و واحد باشند که رابطه خونی و بیولوژیکی میان آنان برقرار باشد. باین حال کادر درمان مرتکب اشتباه شوند و از دو اهداکننده متفاوت جنین را به رحم اهداشونده منتقل کنند. مصداق مزبور به عنوان اشتباه مهم در انگلستان رخ داده است.^۱

اشتباه دیگر عبارت است از اینکه همیشه توافق بر انتقال گامت غربال شده و سالم بوده است؛ درحالی که گامت اهدایی با حدوث اشتباه در تشخیص بیماری، معیوب بوده و از لحاظ ژنتیکی مستعد بیماری های متعدد باشد. به عبارتی اشتباه در اوصاف کیفی (وصف سلامت) ذیل اشتباه در موضوع قرارداد باروری پزشکی است.

وقوع اشتباهات در روند درمان ناباروری در انگلستان نیز با شفافیت مضاعفی همراه است.^۲ اشتباهات معمولاً به سه درجه

^۱. https://www.hfea.gov.uk/media/1148/adverse_incidents_in_fertility_clinics_2010-2012_-_lessons_to_learn.pdf. P: 17. Last seen: 2023/ 11/27.

^۲. See: <https://www.progress.org.uk/hfea-more-than-1600-fertility-clinic-mistakes-in-three-years/> last seen: 2023/ 11/01/

از لحاظ اهمیت تقسیم می‌شوند: درجه اول معمولاً مرتبط با اشتباهات مؤثر است؛ درجه دوم مربوط به کیفیت پایین جنین و تحت تأثیر تجهیزات نامطلوب بوده و درجه سوم نیز مربوط به غیرقابل استفاده شدن سلول‌های جنسی قبل از لقاح یا کاشت در رحم است.^۱ به عبارتی درجه اول و بعد درجه دوم اشتباهات، حقوق و سلامت طفل را با خطرهای مضاعفی مواجه می‌کند و اشتباهات گروه سوم نیز نهایتاً منجر به تشکیل جنینی نمی‌شود.

۱.۲. اشتباه در هویت مادی (شخص) طرف قرارداد باروری پزشکی

اشتباه دیگر اشتباه در هویت مادی طرف قرارداد است. باید اذعان کرد با عنایت به اصل محرمانگی مبتنی بر قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن در کشورمان، اشتباه در هویت مادی طرف قرارداد ذیل قراردادهای باروری پزشکی محملی ندارد. مگر اینکه هویت مادی را در «الف» یا «ب» بودن خلاصه نکنیم و اشتباه در شخصیت را مدنظر قرار دهیم. در این صورت این مهم در ایران نیز مبتلا به است؛ زیرا ذیل شروط شش‌گانه ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین و ذیل ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی نحوه اهدای جنین ویژگی‌های شخصیتی زوجین اهداشونده و اهداکننده آمده است و اشتباه در احراز هریک از ویژگی‌های شخصیتی می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد. البته به‌نظر می‌رسد، اشتباه در احراز شرایط ماده ۲ معنونه، اشتباه مؤثر تلقی نمی‌گردد و اثری بر قرارداد باروری پزشکی نخواهد داشت. اصل بر لازم بودن قراردادهای باروری پزشکی است؛ به‌ویژه پس از انتقال جنین به رحم (مرحله کاشت) که در این صورت خدشه به اعتبار قرارداد، معضلات جدی را از منظر قانونی و شرعی به‌وجود خواهد آورد.

۱.۳. اشتباهات بی‌تأثیر در قرارداد باروری پزشکی

ممکن است زوجین اهداشونده تقاضای اهدای جنین پسر داشته باشند؛ درحالی‌که جنین دختر به آنها اهدا شود. برای رعایت مصلحت جنین یا طفل عدم تأثیر اشتباه در اوصاف عرضی یا غیرمهم در قراردادهای باروری پزشکی به نظر مطلوب و منطقی است و با مصالح و منافع طفل سازگاری دارد. مراکز درمانی نیز می‌توانند انتخاب جنسیت را از زوجین اهداشونده سلب نمایند که به نظر بهترین روش پیشگیری از وقوع چنین اشتباهاتی است. در درمانگاه رویان از روش مزبور بهره می‌برند و به اهداشوندگان اجازه تعیین جنسیت جنین اهدایی را نمی‌دهند.

اشتباه در انگیزه نوعی و عمومی یا شخصی و همچنین برای انعقاد قرارداد باروری نیز اثری بر قراردادهای درمان ناباروری نخواهد داشت. مقتضای باروری پزشکی و اینکه نهایتاً منجر به تولد طفل می‌شود، نمی‌تواند متأثر از انگیزه‌های متفاوت باشد و انگیزه‌های زوجین اهداکننده و اهداشونده، به‌درستی تأثیری ندارد. اینکه اهداگیرنده با انگیزه جلوگیری از متارکه یا عدم ازدواج مجدد همسر خویش باروری ناهمگون را می‌پذیرد یا انگیزه وی صرفاً امید به زندگی است، مطمح‌نظر نظام حقوقی نمی‌تواند باشد. جهت، هدف و سبب اصلی انعقاد قرارداد باروری است و مسلماً این شق از اشتباه نیز در قرارداد باروری پزشکی منتفی است و منشأ اثر نیست؛ زیرا جهت در همه قراردادهای باروری پزشکی یکسان است و امری نوعی تلقی می‌شود و آن فرزندآوری است.

لازم به ذکر است، هدف از درمان ناباروری مسلماً فرزندآوری است که نیروی انسانی جامعه را تأمین کند و امید و نشاط را برای خانواده به ارمغان بیاورد. فسخ یا بطلان قرارداد باروری پزشکی نظم عمومی و اخلاق حسنه را با چالش‌های جدی روبه‌رو می‌کند؛ مگر اینکه قبل از ذوب و کاشت جنین باشد. به عبارتی حرمت سقط جنین در مرحله قبل از کاشت در

رحم مطرح نمی شود و نهایتاً دورریزی جنین یا غیرقابل استفاده بودن رویان یا گامت مطرح می شود که البته در این صورت نیز چالش های اخلاق زیستی متعددی به وجود می آید؛ از جمله اینکه گامت های اهدایی در محیط آزمایشگاهی چه سرنوشتی پیدا خواهند کرد.^۱ باین حال هنوز ابعاد جسمی، روحی و روانی صاحب رحم درگیر جنین نمی شود و از این منظر فسخ یا بطلان قرارداد باروری مطلوب است.

۲. ارث طفل در حقوق ایران در صورت وقوع اشتباه در باروری های پزشکی

ارث در لغت به معنای ماترکه و مالی است که از متوفی باقی می ماند. قانون مدنی ارث را تعریف نکرده و صرفاً ماده ۸۶۷ قانون مزبور مقرر داشته است: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند.» ارث در اصطلاح حقوقی عبارت است از انتقال قهری دارایی متوفی به ورثه او.^۲ در نظام حقوقی ایران با الهام از حقوق اسلام، طبق ماده ۸۶۱ قانون مدنی، موجبات ارث را دو امر دانسته اند که عبارت اند از: نسب و سبب.

در باروری های همگون که لقاح میان سلول های زوجین است، ارث بری مانند خانواده طبیعی و سنتی است و فرزند، ولد قانونی و شرعی زوجین تلقی می شود. حتی در صورت وقوع اشتباهی که ماهیت لقاح همگون را تغییر نداده باشد، توارث همچنان برقرار است. در حالی که در باروری های پزشکی ناهمگون یا هترولوگ (با دخالت شخص ثالث)، پیرامون نحوه ارث بری طفل از والدین و والدین از طفل مقرر مشخصی از جانب قانونگذار وضع نشده و قانون نسبت به مقوله مزبور ساکت است. حتی در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳ و آیین نامه اجرایی آن، مسئله مزبور مسکوت باقی مانده است و اهدای گامت و جنین را از منظر حقوقی با چالش های متعددی روبه رو کرده است. حال برای رفع ابهام وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ باید به منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی مراجعه کنیم. دیدگاه های فقهی متعددی نیز در خصوص اهدای گامت مطرح شده است. از جمله در اهدای اسپرم، برخی فقها بر این باورند اگر گامت ثالث از روی جهل (به تعبیر دیگر اشتباه) تلقیح شود، عنوان پدر بر صاحب اسپرم صادق است و رابطه توارث نیز برقرار می شود.^۴ حتی در صورتی که از روی عمد و آگاهانه باشد، چون تلقیح مصنوعی زنا تلقی نمی شود و رابطه تکوینی میان صاحب اسپرم و طفل وجود دارد، جمیع احکام ولد مشروع از جمله ارث بری برقرار است.^۵ برخی فقهای معاصر نیز راه حل مصالحه را پیشنهاد کردند.^۶ برخی طفل را محروم از ارث می دانند^۷ و برخی صرفاً توارث از طرف مادر را در صورتی که اشتباه در اهدای اسپرم صورت گرفته باشد، مجاز می دانند.^۸

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: آهنگران، محمدرسلول و انسیه نوراحمدی، «حکم فقهی سلب حیات از جنین های آزمایشگاهی»، مجله فقه پزشکی، دوره ۱۱، شماره ۳۸-۳۹، ۱۳۹۸، صص ۸۱-۹۵.

۲. نایب زاده، عباس، **بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی**، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۷۰.

۳. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: قضات دادگاه ها موظف اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...

۴. مؤمن قمی، محمد، **کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۹۷؛ فاضل موحیدی لنکرانی، محمد، **احکام پزشکان و بیماران**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۰۰.

۵. مومن قمی، پیشین، ص ۹۸.

۶. موسوی گلپایگانی، پیشین، ص ۱۷۵.

۷. مکارم شیرازی، ناصر، **استفتائات جدید**، جلد ۳، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۴۷۳.

۸. خمینی، سید روح الله، **توضیح المسائل**، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق، ص ۹۴۸.

باین حال، در فرض وقوع اشتباه مؤثر تبدیل ماهیت روش همگون به ناهمگون، برخی از صاحب نظران چنین استدلال می کنند: «جنین تشکیل شده نسبت به صاحب اسپرم فاقد نسب شرعی صحیح است، اما نسبت به صاحب تخمک و رحم به دلیل اشتباه و شبهه دارای نسب صحیح مادری است. در نتیجه بین جنین و مرد رابطه وراثت برقرار نیست؛ اما بین جنین و مادر رابطه وراثت برقرار است. به عبارتی میان جنین و شوهر زن رابطه نسب و وراثت منتفی است؛ لیکن رابطه محرمیت به دلیل اینکه طفل، فرزند همسر شوهر می باشد، برقرار است».^۱

برخی حقوق دانان بر این باورند: «نظر شورای نگهبان در مورد مصوبه نخستین مجلس شورای اسلامی نیز حاکی از آن است که شورا حق توارث بین طفل و زن و شوهر پذیرنده قائل نیست. این نظر که با فقه سنتی هماهنگی دارد، از لحاظ مصلحت طفل و خانواده و جامعه قابل ایراد است؛ زیرا صاحبان نطفه در این گونه موارد ناشناخته اند. وانگهی آنان نمی خواستند صاحب فرزند باشند و تحمیل الحاق طفل به آنان، با آثاری که بر این الحاق مترتب است، نه با خواست آنان وفق می دهد و نه با مصلحت طفل و مصالح اجتماعی سازگار است. مطلوب آن است که طفل به کسانی ملحق شود و از اشخاصی ارث ببرد که خواهان او بوده و رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی و آثار مترتب بر آن را صریحاً یا ضمناً پذیرفته اند».^۲

برخی از راه حل هایی که ارائه شده عبارتند از: به محض تولد، اموالی از دارایی اهداشونده- در صورت پذیرش رویان و گامتی که به اشتباه تلقیح یافته- به طفل منتقل شود و سند رسمی به نام وی تنظیم گردد که تعهدی مضاعف برعهده اهداشوندگان است. راه حل دیگر نیز این است که طفل را از پدر و مادر حکمی خود حتی در صورت بروز اشتباه، ارث بر می داند و وی را در حکم فرزند شرعی و قانونی آنها دانسته و احکام آن را نیز بار می نمایند؛ امری که در عالم واقع نیز چنین است و صاحب نظران قائل به نظر مزبور، رابطه خونی و بیولوژیکی را کمرنگ تلقی می نمایند و مشروعیت طفل و پذیرش وی به عنوان فرزند از جانب مقنن را کافی برای برقراری توارث می دانند. به عبارتی این گروه از دکتربین بر این باورند که ارث یک امر اجتماعی است که بر پایه اقتصاد استوار است و با تحول جوامع، متحول می شود و امری ثابت و لایتغیر نیست. به طور مثال در حقوق اسلام ولاء ضمان جریره^۳، ولاء عتق^۴ ولاء امامت^۵ و توارث میان مهاجرین و انصار^۶ به عنوان وراثت سببی مطرح شده و حتی ارث فرزندخواندگی دوران جاهلیت تا مدتی در اسلام وجود داشته است. همچنین با همین استدلال از ظرفیت ماده ۸۶۴ قانون مدنی استفاده می کنند و به ویژه از عبارت «از جمله ...» و به دلیل عدم انحصار لسان قانونگذار، طفل متولد از باروری های پزشکی را مشمول ماده مزبور می دانند.^۷

۱. صادقی مقدم، محمدحسن، «نسب و ارث جنین آزمایشگاهی»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۷، شماره ۲۴، ۱۳۹۲، ص ۷۷.

۲. صفایی، حسین، «نارسانی های قانون ایران درباره گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی»، نشریه پایش، دوره ۶، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص ۳۲۸.

۳. اگر کسی با دیگری رابطه قرابت و وراثت ندارد و ضمن قراردادی تعهد نماید ضامن دیه جرایمی باشد که طرف دیگر قرارداد مرتکب می شود بعد از مرگ مضمون له، ضامن از ماترک وی ارث ببرد ولاء ضمان جریره نام دارد. البته به شرطی که در هنگام فوت برای مضمون له وارث نسبی در هیچ یک از طبقات سه گانه وجود نداشته باشد.

۴. اگر کسی برده ای را آزاد می کرد، در صورت فوت برده و نداشتن وارث نسبی آزاد از طبقات ارث بر، ترکه برده آزاد شده متعلق به کسی می گردید که برده را آزاد کرده بود.

۵. ولاء امامت به این معناست که اگر کسی فوت شود و وارثی حتی ضامن جریره نداشته باشد، ماترک وی در صورت حضور امام به وی تعلق دارد. مواد ۸۶۶ و ۱۵۹ قانون مدنی به این امر تصریح دارند.

۶. در صدر اسلام، یکی از اسباب توارث مهاجرت مسلمان مکه به مدینه بود. یعنی اگر مسلمانی از مکه به مدینه مهاجرت می کرد و به مسلمانان مدینه که از اسلام حمایت می کردند و انصار نامیده می شدند، می پیوست مهاجرین و انصار از یکدیگر ارث می برند. آیه ۷۲ سوره مکه مباحک انفال به این امر تصریح نموده است.

۷. امامی، اسدالله، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۴۰۳-۴۰۷.

از طرفی ممکن است گفته شود که تنها راه حل این مسئله وجود حکم صریح قانونی است. بدین معنا که قانونگذار کودکدار ناشی از اهدای جنین و یا گامت را هم‌ردیف فرزندان ناشی از مقاربت واقعی و طبیعی زوجین شناخته و برای کودک و زوجین، حقوق و تکالیف متقابلی همانند پدر و مادر و فرزند طبیعی مشروع بشناسد و در نتیجه حکم ارث طفل را صریحاً مشخص و تعیین تکلیف کند.^۱ در این صورت مقنن نیازی نیست که برای رفع مشکل ارث طفل به قواعد مربوط به نسب، قرابت نسبی و خونی متوسل شود و همچنین بروز حوادث ثانوی همچون اشتباه نیز بر ارث طفل تأثیری نخواهد داشت. منتفی دانستن نسب شرعی نیز در مورد طفل ناشی از اهدای رویان یا گامت، آثار سوء بسیاری دارد که از جمله آنها ایجاد شبهه در برقراری ارث است. منتفی دانستن ارث به علت اشتباه مؤثر پزشک یا گروه درمانی نباید طفل را متضرر کند. در این فرض - که حتی یک مورد هم بنابر ادعای مراکز درمانی، در مراجع قضایی ادعا نشده است - نظام جبران خسارت باید به کمک زوجین بیایند. به عبارتی متضرر ساختن طفل که اراده وی در روند اهدا نقشی نداشته است، مسلماً با اصول و مبانی اخلاق زیستی و اخلاق حسنه تعارض جدی دارد.

برخی از فقها و حقوقدانان در اهدای گامت و اثبات نسب، شبهه را شرط دانسته و گفته‌اند: اگر صاحب اسپرم به عمل تلقیح جاهل باشد، پدر طفل محسوب می‌شود و اگر عالم باشد، نسب ثابت نخواهد شد. صاحبان این نظریه معتقدند که نسب صرفاً در نکاح صحیح و شبهه ثابت می‌شود. بنابراین، اگر صاحب اسپرم به تلقیح آگاه باشد، هیچ‌یک از دو امر مذکور مصداق نخواهد داشت و لذا نسب و به تبع آن ارث نیز ثابت نمی‌شود.^۲ این نظریه نیز از جهاتی قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً مقصود از شبهه در کلام فقها، آمیزش مردی با زنی است که واقعاً استحقاق آن را ندارد، ولی خود را مستحق آن می‌داند. این شبهه گاهی حکمیه و گاهی موضوعیه است و جهالتی که در مسئله مورد بحث مطرح می‌شود اصولاً با وطی به شبهه مطرح شده در فقه ارتباطی ندارد. ثانیاً هیچ دلیل اثباتی معتبر معین مبنی بر انحصار اسباب ثبوت نسب در نکاح صحیح یا شبهه وجود ندارد؛ بلکه برعکس، نسب شرعی نیز در تمام موارد ثبوت نسب عرفی ثابت است. مگر در مورد زنا که در آن به عقیده مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی، الحاق طفل به زانی منتفی است. روشن است که تلقیح با اسپرم اهدایی، مصداق زنا نیست و علم و جهل نیز در این امر دخالتی ندارد.^۳

اگر اصل عدم محرومیت از ارث را در مورد اطفال ناشی از باروری های پزشکی بپذیریم، آنچه معقول به نظر می‌رسد، ارث طفل از والدین اهداشونده است. اهداکننده در یک روند درمانی، رویان یا گامتی را اهدا کرده است و نمی‌خواسته هیچ‌گونه بار مالی از جمله ارث را برعهده بگیرد. اگر چنین فرضی برای اهداکننده محتمل بود، معدوم کردن گامت اهدایی را مطالبه می‌کرد که در آینده با مسئولیتی مواجه نباشد. به بیان دیگر درخواست دریافت رویان یا گامت و تشکیل جنین می‌تواند سبب توارث میان فرزندان حاصل از جنین یا گامت اهدایی و زوجین اهداشونده تلقی و سهم‌الارث این افراد معادل سهم‌الارث فرزند و پدر و مادر طبیعی و مشروع باشد. دیدگاه مزبور خلاف قواعد شرعی و حقوقی به نظر نمی‌رسد. همچنین در صورت بروز اشتباه مؤثر و تولد طفل، محرومیت طفل از ارث‌بری وجهی ندارد. در این خصوص به جای محرومیت طفل از ارث، نظام جبران خسارت منسجم، به‌روز و کارآمد قابل پیش‌بینی است. لازم به ذکر است که مقررات ارث از قوانین آمره است و با توافق و اراده طرفین تغییر نمی‌یابد و در قالب شرط ضمن عقد

^۱ صمدی‌اهری، محمدحاشم، «حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی»، *مجله تحقیقات حقوقی بین‌الملل*، شماره ۱۸، دوره ۵، ۱۳۹۱، ص ۱۲۵.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: خانواده*، جلد ۲، تهران: گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۴۰۲، ص ۳۶.

^۳ صفایی، حسین و علی علوی قزوینی، «ارث کودک از آزمایشگاهی»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۳۸۵، ص ۳۹-۴۰.

و یا عقدی مجزا نمی‌توان فروض آن را تغییر داد و در این خصوص شکی وجود ندارد. اما محرومیت یا عدم محرومیت از ارث نیز جزو قواعد آمره ارث است و نمی‌توان طفلی را به علت اینکه ناشی اشتباه در اهدای جنین یا گامت متولد شده از ارث محروم نمود و توسعه موانع ارث خلاف مصلحت است. بدین ترتیب در فرض وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی، نمی‌توان اثری را متوجه ارث طفل دانست. به عبارتی طفل از ارث محروم نمی‌شود و در فرض اهدای رویان یا گامت از اهداشونده ارث می‌برد؛ هرچند ارث به سبب باشد و نسب به معنای دقیق میان طفل و اهداشونده برقرار نباشد. نکته حائز اهمیت دیگر آن است که درخصوص اینکه ارث، ماهیتاً حق یا حکم است و اینکه آیا می‌توان در تعداد افراد ارث بر دخل و تصرف کرده و برخی مصادیق را اضافه نمود، اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان نمونه برخی از دکترین بر این باورند: «قواعد ارث وابسته به نظم عمومی است. نه با تراضی می‌توان کسی را برشمار وارثان افزود، نه وارثی را از این امتیاز محروم ساخت. پس اگر عقد منقطع را قانون از اسباب توارث نشناسد، شرط و تراضی دو طرف در این راه مؤثر نیست.»^۱ در قانون نیز چنین دیدگاهی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲

از طرفی برخی صاحب نظران عقیده دارند: «اگرچه در ماده ۹۴۰ ق. م آمده است زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند؛ لیکن حکم این ماده، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی به این معنی نیست که زوجین در نکاح منقطع، نمی‌توانند شرط وراثت قرار دهند. قول مشهور در فقه امامیه نیز جواز چنین شرطی است.»^۳ بدین ترتیب بنابر دیدگاه معنونه، عدم ارث‌بری در نکاح منقطع مربوط به زمانی است که در آن صحبتی از ارث نشده باشد و عموماً نیز چنین است. از منظر دیدگاه مزبور، توارث ماهیتاً حق تلقی شده است.

به علاوه موانع ارث نیز با عنایت به مواد ۸۸۰ الی ۸۸۵ قانون مدنی حصری است و تمثیلی به نظر نمی‌رسد و بدین ترتیب امکان افزودن به موانع ارث با عنایت به مواد مزبور وجود ندارد و نمی‌توان طفل متولد از اهدای رویان یا گامت را محروم از ارث به شمار آورد. بدین ترتیب ماهیت حکم بودن ارث‌بری بر عدم توسعه موانع ارث نیز اثرگذار است. با لحاظ موارد معنونه و تردید در حق یا حکم بودن ارث نیاز است که به موارد مصرح، اکتفا و موجبات و موانع ارث را منظر حکم بودن بررسی کرد و در موارد اختلافی به حقوق مکتسبه افراد پرداخت و طفل متولد از باروری پزشکی ناهمگون را حتی در صورت وقوع اشتباه از ارث محروم ندانست.

۳. ارث طفل در حقوق انگلیس در صورت وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی

ارث^۴ در زبان انگلیسی به معنای انتقال مال به وارث یا وارثین بعد از مرگ انسان است. همچنین به معنای پول، مال یا هر چیز دیگر است که خویشاوندان از شخص متوفی دریافت می‌کنند.^۵ حقوق ارث زیرشاخه‌ای از حقوق اموال محسوب

۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث*، تهران: میزان، چاپ سی و دوم، ۱۴۰۰، ص ۲۰۶.

۲. امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله در بیان احکام عقد موقت با عنوان «القول فی النکاح المنقطع» می‌نویسد: «لا یثبت بهذا العقد توارث بین الزوجین، فلو شرطا التوارث او توریث احدهما ففی التوریث اشکال، فلا یترک الاحتیاط بترک هذا الشرط، و معه لا یترک بالتصالح.» با این عقد (عقد موقت)، توارث بین زوجین، ثابت نمی‌شود؛ پس اگر شرط کنند که از همدیگر ارث ببرند یا یکی از آنها ارث ببرد، در ارث بردن، اشکال است. بنا بر این، احتیاط با ترک این شرط، ترک نشود، و با چنین شرطی، مصالحه ترک نشود. (موسوعه الامام الخمینی، جلد ۲۳، تحریر الوسیله، جلد ۲، کتاب النکاح، القول فی النکاح المنقطع، مسأله ۱۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴ ه.ق، ص ۳۱۳).

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: ارث*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ص ۲۱۹.

۴. Inheritance

۵. Pearsall, J. and Bill Trumble. *The oxford English reference dictionary*, New York: Oxford University Press, 2010, P 796.

می شود و شامل مجموعه ای از اصول و مقررات است که تکلیف اموال منقول و غیرمنقول شخص را پس از مرگ مشخص می کند.^۱

در نظام حقوقی انگلستان نیز همانند ایران موجبات ارث، نسب و سبب است. نسب حکمی یا قانونی نیز زیر مجموعه نسب است و شق سوم از موجبات ارث تلقی نمی گردد.

در کشور انگلستان از تاریخ ۴ آوریل ۱۹۸۸ به بعد یک اماره قانونی ایجاد شده است که براساس آن در صورتی که یک زن متأهل در نتیجه روش تلقیح با اسپرم مرد بیگانه حامله شود و کودکی به دنیا آورد، فرض می شود که کودک ملحق به شوهر آن زن است. این اماره قانونی علاوه بر اهداف توارث شامل مزایای دیگر مانند بهره مندی از نام خانوادگی والدین حکمی نیز می گردد.^۲ لازم به ذکر است، اماره مزبور صرفاً نسبت به زن متأهل اعمال می شود.

همچنین مقررات قانون لقاح و جنین شناسی ۱۹۹۰ نیز مقرر می دارد که کودک متولد از زن متأهل در نتیجه روش لقاح آزمایشگاهی باید ملحق به شوهر آن زن باشد؛ مگر اینکه اثبات شود شوهر راضی به فرایند لقاح آزمایشگاهی نبوده است.^۳ که در این صورت نمی توان اهداکننده اسپرم را پدر طفل تلقی کرد^۴ و مسئولیت های ناشی از رابطه پدر- فرزندی را به وی تحمیل کرد و در این صورت طفل صرفاً از مادر ارث می برد.^۵ همچنین در روش لقاح آزمایشگاهی، در صورتی که تخمک در رحم زن متعلق به زن اهداکننده دیگری باشد، زن حامل جنین، مادر طفل محسوب می شود.^۶

بدین ترتیب در حقوق انگلیس والدین گیرنده، والدین قانونی طفل محسوب می شوند^۷ و فرزندان از والدین ارث می برند و چون در حقوق انگلیس افراد بیشتر تمایل دارند که اموال خود را با وصیت به دیگران واگذار کنند، این کودکان در کنار دیگر فرزندان ناشی از تولد طبیعی از وصیت موصی بهره مند هستند.

در صورت وقوع اشتباه مؤثر در بهره گیری از روش های درمان ناباروری نیز در صورت تولد طفل، ارث طفل در حقوق انگلیس مورد خدشه قرار نخواهد گرفت و صرفاً نظام جبران خسارت به طور جدی از حقوق تضییع شده طفل و اهداشونده حمایت خواهد کرد. به عبارتی در نظام حقوق انگلیس نسب اعتباری و حکمی به رسمیت شناخته می شود و خدشهای به آن وارد نمی شود. در این خصوص آرای متعددی نیز صادر شده^۸ که در هیچ کدام حق ارث بری طفل منتفی اعلام نشده است.

^۱. Sloan, B. *Borkowski's law of succession*, Oxford University Press, 2017, p 26.

^۲. Family Law Reform Act 1987 s. 27(3): Nothing in this section shall affect the succession to any dignity or title of honour or render any person capable of succeeding to or transmitting a right to succeed to any such dignity or title.

^۳. Human Fertilisation and Embryology Act 1990 s. 28(2) If (a) at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and (b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to subsection ...

^۴. s. 28(6): Where— (a) the sperm of a man who had given such consent as is required by paragraph 5 of Schedule 3 to this Act was used for a purpose for which such consent was required, or (b) the sperm of a man, or any embryo the creation of which was brought about with his sperm..

^۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به:

Rachel F. S., Heenan J. R. "Finally fit for purpose? The Human Fertilization and Embryology Act 2008". *Journal of Social Welfare and Family Law*, Volume 32, Issue 3, 2010, PP 275-286.

^۶. Human Fertilisation and Embryology Act 1990 s. 27(1): The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

^۷. Herring, Jonathan. *family law*, Oxford university Press, 2000, P 267-271.

^۸. <https://www.judiciaryni.uk/judicial-decisions/2010-niqb-108>: A (A minor) and B (A Minor) by C their mother and next Friend v A Health and Social Services Trust

از طرفی تنها مانع ارث بری در نظام حقوق انگلیس قتل مورث توسط وارث^۱ است و مانع دیگری ملاحظه نمی‌شود. بدین ترتیب وقوع اشتباه مؤثر در نظام حقوق انگلیس، در صورت عدم رضایت اهداشوندگان و تبدیل ماهیت روش باروری (از همولوگ به هترولوگ)، پس از کاشت جنین در رحم مجوزی برای انحلال قرارداد (بطلان یا قابلیت ابطال) تلقی نمی‌شود. در ماده ۴۴ قانون لقاح انسانی و جنین‌شناسی سال ۱۹۹۰^۲ نیز در خصوص نظام مسئولیت مدنی در قبال طفل معلول (اشتباه مؤثر) ناشی از اهدا، مقنن مقرراتی را وضع کرده؛ درحالی‌که در خصوص سرنوشت قرارداد و توافق سکوت کرده است.

التهایه می‌توان پیش‌بینی کرد پس از تولد طفل و با عدم پذیرش طفل توسط اهداشونده نهادهای حمایتی از جمله بهزیستی و صندوق‌های بیمه، کودک را مورد حمایت مادی و معنوی قرار خواهند داد. حتی سازمان لقاح و جنین‌شناسی انسانی^۳ می‌تواند در مواقع حدوث چالش‌ها و معضلات به صورت فوری تصمیماتی را اتخاذ کند تا از حقوق طفل ناشی از روش‌های باروری پزشکی حمایت نماید. هر چند نهاد مزبور، نقش مدیریتی دارد، واضح است که نظام حقوقی انگلستان از ظرفیت نهادهای اداری در راستای باروری پزشکی نهایت استفاده را نموده است.

۴. ارث طفل در حقوق فرانسه در صورت وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی

اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه شامل طیف وسیعی می‌شود که در مراحل مختلف درمان ناباروری ممکن است غالباً از جانب پزشک معالج و گروه درمانی حادث شود. در نظام حقوقی فرانسه نیز اشتباهات در باروری پزشکی براساس عوارض و آثار ناشی از آن طبقه‌بندی شده‌اند.^۴ بدین ترتیب طبقه‌بندی اشتباهات در روند درمان ناباروری در فرانسه همانند انگلیس مورد توجه است که در تعیین نحوه جبران خسارت منشأ اثر است.

در نظام حقوق فرانسه، مقررات مربوط به ارث در کتاب سوم آن و تحت عنوان «روش‌های کسب مالکیت» یا «اسباب تملک»^۵ آمده است. در قانون مدنی فرانسه همچون قانون مدنی ایران نه تنها تعریفی از «ارث» توسط مقنن ارائه نگردیده، بلکه قانونگذار فرانسه ارث را تحت عنوان واژه‌ای بنام «قائم‌مقامی»^۶ یا همان «جانشینی» آورده است. اصطلاح «قائم مقام» نیز در هیچ‌یک از قوانین تعریف نشده؛ اما معنای لغوی آن به معنای جانشین و نایب آمده است.

۱. این مانع در قانون «قاعده جرمه» ۱۹۸۲ بیان شده است. مطابق بخش اول ماده ۱ قانون مزبور این مانع تحت عنوان «قاعده جرمه یاد شده و این گونه بیان شده که منظور از قاعده جرمه یک سیاست عمومی است که مطابق آن در شرایطی که فرد به نحو غیرقانونی دیگر را می‌کشد نمی‌تواند منافع مقتول را تحصیل نماید. (Forfeiture Act 1982)

۲. Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

Section 44: Civil liability to child with disability. (1) After section 1 of the M1 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (civil liability to child born disabled) there is inserted— “1A Extension of section 1 to cover infertility treatments...

«ماده ۴۴: مسئولیت مدنی نسبت به کودک ناتوان: ۱: در هر موردی که: الف) کودکی که توسط زن در نتیجه قرار دادن جنین یا اسپرم و تخمک یا لقاح مصنوعی حمل می‌شود، معلول به دنیا آید.

ب) معلولیت ناشی از عمل یا ترک فعل در انتخاب، نگهداری یا استفاده در خارج از بدن، جنین حمل شده توسط او یا گامت‌های مورد استفاده برای ایجاد جنین باشد، و ج) شخصی تحت این بخش نسبت به فعل یا ترک فعل در برابر کودک پاسخگو است که معلولیت کودک به عنوان آسیب ناشی از عمل نادرست آن شخص تلقی شود و بر این اساس به درخواست طفل قابل اقدام است...».

۳. Human Fertilization and Embryology Authority: HFEA

۴. AMP Vigilance _ Fiche retour d'expérience sur les erreurs d'identification en AMP. mars 2020, P 1.

۵. livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété

۶. Des successions

در قانون مدنی فرانسه ذیل مواد ۷۳۱ و ۷۳۲ قانون مدنی، موجبات ارث به دو بخش نسب و سبب تقسیم شده است؛ توارث از طریق نسب مخصوص به اقربای نسبی و ارث به واسطه سبب شامل همسر یا شریک زندگی^۱ می شود.^۲ همچنین قانونگذار فرانسه علاوه بر موارد معنونه، مورد سومی را به عنوان موجب ارث تحت عنوان «فرزندخواندگی» پیش بینی نموده و مقررات مربوط بدان را ذیل مواد ۳۴۳ تا ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه بیان کرده است.^۳

با توجه به مواد معنونه، طفل ناشی از باروری پزشکی نیز همانند طفل طبیعی و مشروع در نظام حقوقی فرانسه ارث می برد^۴ و هم ردیف با فرزندان متوفی است و از ارث محروم نمی گردد؛ همانند نظام حقوقی انگلستان در فرانسه نیز نسب حکمی یا قانونی هم تراز نسب طبیعی و بیولوژیکی شناخته می شود و تمامی آثار ناشی از نسب بیولوژیکی بر نسب حکمی نیز جاری و ساری است.^۵ به عبارت دیگر در اهدای گامت یا اهدای جنین با عنایت به حکم قانون مدنی فرانسه ارث بری از اهداکنندگان عملاً منتفی است و هیچ ادعایی در این خصوص قابل پذیرش نیست. بدین ترتیب اهداشوندگان در حکم پدر و مادر قانونی طفل هستند و ارث طفل نیز برقرار است.^۶ این مهم در اولین اهدایی که در فرانسه با مداخله شخص ثالث (اهدای اسپرم) صورت گرفت، مورد توجه بود. در دهه ۱۹۷۰ میلادی، زمانی که این رویه در حال توسعه بود، نه تنها هویت اهداکننده، بلکه موجودیت او نیز مسکوت مانده بود؛ زیرا لازم بود ناباروری مرد اهداشونده مخفی بماند.^۷ اصل محرمانگی نیز بر همین اساس در آن زمان حاکم بود.

حال در صورت وقوع اشتباه مؤثر، قانون اخلاق زیستی فرانسه مقرره ای دال بر بطلان قرارداد باروری پیش بینی نکرده؛ حتی ذیل ماده ۳۴۲ قانون مدنی فرانسه به صراحت مسئولیت را از اهداکننده سلب نموده است و با توجه به صراحت آن صرفاً می توان مسئولیت را متوجه پزشک و یا سردفتر رضایت گیرنده نمود. لذا ارث طفل همچنان برقرار است و طفل از ارث محروم نمی شود. این مهم در قانون اخلاق زیستی مورد توجه قانونگذار فرانسوی است. مقنن رضایت زوجین را براساس انتخاب آگاهانه و آزادانه ملاک عمل قرار داده است و مخاطرات احتمالی نیز توسط کمیسیون پزشکی، پیش از شروع مراحل درمانی تبیین می گردد و این مهم از بروز بسیاری از معضلات مراحل درمان، از جمله بروز اشتباه، پیشگیری خواهد کرد.

علاوه بر آن در نظام حقوقی فرانسه سازمان های مردم نهاد متعددی در کنار سازمان های دولتی همچون آژانس زیست

^۱. conjoint

^۲. article 731: La succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successibles du défunt dans les conditions définies ci-après.

^۳. L'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du livre III.

^۴. صفایی، حسین، «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۶۴، شماره ۱، ۱۳۸۳، صص ۷۶-۷۷.

^۵. King A. E. "Solomon revisited: assigning parenthood in the context of collaborative reproduction". *UCLA Women's Law Journal*, Volume 5, Issue 2, 1995, P 349 (<https://doi.org/10.5070/L352017624>).

Nicolas-Maguin, Marie-France. "Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile", *Droit et Cultures*, Issue 51, 2006, PP 126- 127.

^۶. article 342-9: En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

^۷. Cette stérilité était perçue comme un handicap qu'il ne fallait pas révéler : voir F. Dreifus-Netter, « La filiation de l'enfant issu de l'un des membres du couple et d'un tiers », préc. et A. Batteur, « Secrets autour de la conception de l'enfant », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, P 15.

پزشکی جهت حمایت از باروری‌های پزشکی و یاری رساندن برای حل معضلات عدیده ناشی از آن، فعالیت می‌کنند.^۱ بدین ترتیب در صورت وقوع اشتباه، نهادهای مزبور در راستای حمایت از حقوق زیان‌دیدگان به ویژه اطفال گام برمی‌دارند. دیدگاه مقنن فرانسوی نسبت به قراردادهای باروری پزشکی در مقایسه با سایر قراردادهای متفاوت است و در همین راستا قواعد عمومی قراردادهای را در قرارداد باروری پزشکی نمی‌توان به‌طور کامل اعمال نمود. این مهم در قانون اخلاق زیستی^۲ و قانون مدنی فرانسه نیز مبرهن به نظر می‌رسد و نحوه اخذ رضایت و مراحل پیش‌قراردادی با سایر قراردادهای متفاوت است. ارائه مشاوره‌های متعدد توسط گروه درمانی به مراجعان و سپس قاضی دادگاه و سردفتر اسناد رسمی و اخذ رضایت محضری از اهداشوندگان چالش‌های پیش‌رو در خصوص حقوق طفل ناشی از اهدا را کاهش می‌دهد.

بدین ترتیب با وقوع اشتباه، نظام مالی از جمله ارث طفل همچنان برقرار است. اما در عین حال نظام مسئولیت مدنی فرانسه در راستای جبران خسارت زیان‌دیدگان نقش مؤثری را ایفا می‌کند. ماده ۳۴۲ قانون مدنی فرانسه مسئولیتی را متوجه اهداکننده نکرده است؛ در حالی که مسئولیت سایر افراد دخیل در باروری‌های پزشکی، در صورت وقوع اشتباه و خطا قابل احراز است.^۳

نتیجه‌گیری

باروری‌های پزشکی یکی از فناوری‌های نوین در حوزه فرزندآوری است و با ابهامات متعدد حقوقی از جمله ارث طفل در اهدای جنین یا گامت روبه‌روست که یکی از علل آن نیز سکوت مقنن ذیل قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن است. از طرفی مطالعه تطبیقی سایر نظام‌های حقوقی از جمله انگلستان و فرانسه که در حوزه باروری پزشکی پیش‌تازند، می‌تواند در چالش‌های پیش‌رو از جمله مبحث ارث طفل راهگشا باشند.

علاوه بر اینکه معضلات حقوقی در حوزه باروری‌های پزشکی غیرقابل انکار است، امکان حدوث اشتباه و خطای پزشکی نیز قابل تصور است و وضعیت بغرنجی را به وجود خواهد آورد. بدین ترتیب بررسی تأثیر اشتباه بر ارث طفل ناشی از اهدا و یافتن راه‌حل حقوقی نیز حائز اهمیت است. بی‌شک عمده اشتباهات نیز از ناحیه پزشک و گروه درمانی در باروری‌های پزشکی حادث می‌شود.

اشتباه پزشک یا عوامل درمان در روند درمان ناباروری به‌ویژه در لقاح ناهمگون می‌تواند به طیفی از اشتباهات مهم و بی‌اثر تقسیم شوند. البته در صورت تشکیل جنین و تولد طفل اشتباهات مؤثر نیز بر اصل قرارداد بی‌اثر در نظر گرفته می‌شوند و سایر تدابیر حقوقی یاری‌رسان خواهند بود. به عبارتی تنها در نظام مسئولیت مدنی و نحوه جبران خسارات ناشی از اشتباهات است که مؤثر یا فاقد اثر بودن اشتباه در باروری پزشکی مطمح‌نظر است. بدین ترتیب اصل بر لزوم در قراردادهای باروری پزشکی به‌ویژه پس از تشکیل و کاشت جنین و تولد طفل است و این استثنایی بر قواعد عمومی قراردادهاست؛ زیرا ماهیت قرارداد باروری پزشکی با ماهیت سایر قراردادهای متفاوت است و اصول اخلاق زیستی و حمایت

^۱. <https://donsdegametes-solidaires.fr/nos-actions/>

« Dons de gamètes solidaires » est une association à but non lucratif loi 1901 fondée en juillet 2019.

کمیته ملی نظارت بر طرح وزارت «تولید انسانی، جنین‌شناسی و ژنتیک» که نهادی دولتی است و سازمان‌های مردم‌نهاد نیز عضو کمیته مزبور هستند.

comité national de suivi du plan ministériel « Procréation, Embryologie et Génétique humaines » (comité mis en place par l'Agence de la biomédecine)

^۲. LOI no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique

^۳. Jean-Jacques Lemouland, *La filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation après la loi du 2 août 2021*, 2022. Last seen: 2024/ 01/ 15/

از جنین یا طفل مجوز اعمال تمامی قواعد عمومی قراردادها را نمی‌دهد.

قانونگذار در انگلیس و فرانسه راه را بر ادعای وقوع اشتباه در باروری های پزشکی دشوار کرده است و نحوه اخذ رضایت از اهداشوندگان مؤید این ادعاست. به عبارتی نظام مسئولیت مدنی منسجم و کارآمدی را پیش‌بینی کرده که امکان حمایت از زیان‌دیده فراهم باشد. بنابراین ارث طفل مصون از هرگونه تعرضی پابرجاست و طفل از والدین حکمی و قانونی خویش ارث می‌برد.

هرچند در وهله اول مراکز درمانی با دقت و حساسیت مضاعف در خصوص لقاح آزمایشگاهی و انتقال گامت یا رویان باید سازوکار دقیقی را پیش‌بینی کنند، باین حال استفاده از ظرفیت هوش مصنوعی و وارد کردن کدهای اهداکنندگان و ویژگی‌های سلامتی و زیستی آنها و انطباق جنین ها و گامت‌های اهدایی با کدهای استاندارد سلامت قبل از انتقال و حتی در روش‌های درمانی بین زوجین برای عدم خلط با سایر گامت‌های هوش مصنوعی نقش مؤثری می‌تواند ایفا کند. همچنین نظارت دقیق و کارآمد در روند اخذ گامت، انجماد، لقاح و انتقال گامت (ذوب و کاشت گامت یا رویان) بسیار راهگشاست.

با لحاظ موارد معنونه راه‌حل دیگری نیز می‌توان ارائه کرد. به عبارتی معقول است همان‌گونه که دیوان عالی کشور بر مبنای فتوای حضرت امام(ره) در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخه ۱۳۷۶/۴/۳ تکلیف انفاق را برعهده پدر عرفی قرار داده است، رویه قضایی نیز تدابیر لازم را درخصوص ابهام‌زدایی از نظام ارث‌بری طفل ناشی از اهدا در نظر گیرد.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. امامی، اسدالله، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: ارث*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
۳. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *احکام پزشکان و بیماران*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق.
۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: خانواده*، جلد ۲، تهران: گنج‌دانش، چاپ هشتم، ۱۴۰۲.
۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث*، تهران: میزان، چاپ سی‌ودوم، ۱۴۰۰.
۶. محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۷. نایب‌زاده، عباس، *بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۸. نواک، امیل و جانانان برک، *بیماری‌های زنان برک و نواک ۲۰۰۲*، ترجمه فاطمه داوری تنها و آریتا محمودان، تهران: طبیب، ۱۳۸۳.

مقاله

۹. آهنگران، محمدرسلول و انسیه نوراحمدی، «حکم فقهی سلب حیات از جنین‌های آزمایشگاهی»، *مجله فقه پزشکی*، دوره ۱۱، شماره ۳۹-۳۸، ۱۳۹۸، صص ۸۱-۹۵.
۱۰. صادقی‌مقدم، محمدحسن، «نسب و ارث جنین آزمایشگاهی»، *مجله حقوق پزشکی*، دوره ۷، شماره ۲۴، ۱۳۹۲، صص ۶۵-۸۲.

۱۱. صفایی، حسین و علی علوی قزوینی، «ارث کودکان آزمایشگاهی»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۳۸۵، صص ۶۳-۳۵.
۱۲. صفایی، حسین، «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۶۴، شماره ۰، ۱۳۸۳، صص ۵۹-۹۲.
۱۳. صفایی، حسین، «نارسایی‌های قانون ایران درباره گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی»، *نشریه پایش*، دوره ۶، شماره ۴، ۱۳۸۶، صص ۳۲۹-۳۲۳.
۱۴. صمدی‌اهری، محمدحاشم، «حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی»، *مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، شماره ۱۸، دوره ۵، ۱۳۹۱، صص ۱۱۳-۱۳۸.

ب) عربی

کتاب

۱۵. خمینی، سید روح الله، *توضیح المسائل*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق.
۱۶. خمینی، سید روح الله، *موسوعة الامام الخميني*، جلد ۲۳، تحریر الوسیله: جلد ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴ ه.ق.
۱۷. خوئی، سیدابوالقاسم، *مستحدثات المسائل*، نجف: مطبعة الآداب، ۱۹۷۶ م.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، جلد ۳، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۹. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *مجمع المسائل*، جلد ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۰. مؤمن قمی، محمد، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.

References

Books

1. AMP Vigilance, *Feedback Sheet on Identification Errors in AMP*, mars 2020. (in French)
2. Batteur. *Secrets Surrounding Child Conception*, Miscellany in honor of Philippe Malaurie, Defrénois, 2005. (in French)
3. Emami, Asadollah, *Comparative Study of Descent and Gender Change in Iranian and French Laws*, Tehran: Mizan, First Edition, 2013. (in Persian)
4. Fazel Movahedi Lankarani, Mohammad, *The Rulings of Doctors and Patients*, Qom: The Jurisprudential Center of the Holy Imams (PBUT), First Edition, 2006. (in Persian)
5. Herring, Jonathan. *Family Law*, Oxford university Press, 2000.
6. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Civil Laws of Inheritance*, Volume 1, Tehran: Ganj-e-Danesh, Third Edition, 1992. (in Persian)
7. Jean-Jacques Lemouland, *The Parentage of a Child Born Through Medically Assisted Procreation After the Law of August 2, 2021*, 2022. Last seen: 2024/ 01/ 15. (in French)
8. Katouzian, Nasser, *Civil Law Course: Family Law, Volume 2*, Tehran: Ganj-e-Danesh, Eighth Edition, 2023. (in Persian)
9. Katouzian, Nasser, *Civil Law Course: Lessons from Intercession, Will and Inheritance*, Tehran: Mizan, 32th Edition, 2021. (in Persian)
10. Khomeini, Sayyed Roohollah, *Clarification of Issues*, Volume 2, Qom: Islamic Publications Office, 2003. (in Arabic)
11. Khomeini, Sayyed Roohollah, *Encyclopedia of Imam Khomeini*, Volume 23: Tahrir Al-Vasileh, Volum 2, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. 2012. (in Arabic)

12. Khouei, Sayyed Abolghasem, *Modern Issues*, Najaf: Al-Adab Press, 1976. (in Arabic)
13. Makarem Shirazi, Nasser, *New Questions*, Volume 3, Qom: Publications of Imam Ali Ibn Abi Talib School, 2006. (in Arabic)
14. Mo'men Ghomi, Mohammad, *Good Words on New Issues*, Qom: Islamic Publications Office, 1994. (in Arabic)
15. Mohseni, Saeed, *Mistake in the Person of the Contracting Party (Comparative Study in Iranian and French Law)*, Tehran: Imam Sadiq University, First Edition, 2011. (in Persian)
16. Mousavi Golpayegani, Sayyed Mohammad Reza, *Collection of Issues*, Volume 2, Qom: House of the Holy Quran, 1988. (in Arabic)
17. Nayeb-Zadeh, Abbas, *Legal Review of New Methods of Artificial Insemination*, Tehran: Majd, First Edition, 2001. (in Persian)
18. Nowak, Emil and Jantan Barak, *Abstract of Women's Diseases of Burke and Novak 2002*, Translated by: Fatemeh Davari Tanha and Azita Mahmoudan, Tehran: Tabib, 2004. (in Persian)
19. Pearsall, J. and Bill Trumble. *The Oxford English Reference Dictionary*, New York: Oxford University Press, 2010.
20. Sloan, B. *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press, 2017.

Articles

21. Ahangaran, Mohammad Rasoul and Ensieh Noor Ahmadi, "The Jurisprudential Ruling of Taking Life from Laboratory Embryos", *Journal of Medical Jurisprudence*, Volume 11, Issue 38-39, 2019, PP 81-95. (in Persian)
22. King A. E. "Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction". *UCLA Women's Law Journal*, Volume 5, Issue 2, 1995, PP 330-399.
23. Nicolas-Maguin, "Marie-France. Filiation Law and Medicalized Procreation: a Difficult Coexistence", *Law and Cultures*, Issue 51, 2006, PP 123-132. (in French)
24. Rachel F. S., Heenan J. R. "Finally Fit for Purpose? The Human Fertilization and Embryology Act 2008". *Journal of Social Welfare and Family Law*, Volume 32, Issue 3, 2010, PP 275-286.
25. Sadeghi-Moghadam, Mohammad Hassan, "Ancestry and Inheritance of Laboratory Embryos", *Journal of Medical Law*, Volume 7, Issue 24, 2013, PP 65-82. (in Persian)
26. Safaei, Hossein, "Inadequacies of Iran's Law about Gametes and Embryos According to Comparative Law", *Payesh Magazine*, Volume 6, Issue 4, 2007, PP 323-329. (in Persian)
27. Safaei, Hossein, "Medically Assisted Reproduction and Embryo Transfer in French and Iranian law", *Journal of Law and Political Science*, Volume 64, Issue 0, 2004, PP 59-92. (in Persian)
28. Safaei, Hosseini and Ali Alavi Ghazvini, "The Inheritance of Laboratory Children", *Journal of Private Law*, Volume 4, Issue 11, 2007, PP 35-63. (in Persian)
29. Samadi-Ahri, Mohammad Hashem, "Rights and Duties of Children Resulting from Donated Embryos", *Journal of International Legal Research*, Volume 18, Issue 5, 2012, PP 113-138. (in Persian)

Laws

30. Code Civil France.
31. Family Law Reform Act 1987.
32. Forfeiture Act 1982.
33. Human Fertilisation and Embryology Act 1990.
34. LOI no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

Websites

35. <https://donsdegametes-solidaires.fr/nos-actions/>

36. https://www.hfea.gov.uk/media/1148/adverse_incidents_in_fertility_clinics_2010-2012_-_lessons_to_learn.pdf.
37. <https://www.judiciaryni.uk/judicial-decisions/2010-niqb-108>
38. <https://www.progress.org.uk/hfea-more-than-1600-fertility-clinic-mistakes-in-three-years> (last visited on: 2023/ 08/11)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Stable Employment of Prisoners, New Approach in Production Boom

Fattaheh Teimouri¹, Mahmoud Ashrafi² , Masoud Heidari³

ABSTRACT

Employment and the pursuit of initiatives to bolster national production have recently gained prominence in Iran, reflecting a strategic priority aimed at improving the country's economic landscape. Recognized as a major project within the framework of the Judiciary Transformation Document, this initiative is managed by the Prisons Organization and the Department of Educational and Protective Measures, which acts as the implementing body. This research endeavors to explore the benefits of investing in the enhancement and promotion of prisoners' employment, emphasizing innovative approaches to managing their job opportunities as key human resources under governmental oversight. Using a descriptive-analytical methodology, the study synthesizes information derived from documents, books, articles, and online sources. Additionally, the research examines the employment policies of the prison organization and, where appropriate, incorporates interviews with stakeholders involved in this domain to enrich the data collection process, thereby enhancing the comprehensiveness and robustness of the study. Beyond reducing recidivism, career development for inmates presents a viable strategy for creating employment opportunities and elevating national productivity in both qualitative and quantitative terms. Effective planning and management of prisoners' employment—aimed at ensuring continuity of work—are vital for guiding inmates toward stable, lawful employment in the society. The implementation of short-term, medium-term, and long-term strategies and policies is deemed essential for finding an efficient policy and fostering job stability among prisoners. From an economic perspective, establishing dedicated centers for managing employment opportunities and creating job search platforms for inmates are significant steps toward increasing production capacity. To advance employment development and improve vocational training systems within the prison sector, particularly under the medium-term goals outlined in the Judiciary Transformation Program, it is critical to design a clear and precise plan aligned with national production objectives. Country's production is supported by four fundamental pillars: political economy, investment, currency, and human and social capital. Production is shaped based on the factors of production in any economy. Notably, human and social capital is paramount for production and its sustainability; without them, production efforts risk fundamental instability. Despite the existence of laws governing employment, entrepreneurship, and production enhancement, Iran faces fragmentation and overlapping legal frameworks, resulting in inconsistencies and implementation challenges in achieving production promotion and economic improvement. Stakeholders involved in prisoner employment are often unaware of existing

How to Cite: Teimouri, Fattaheh, Ashrafi, Mahmoud, Heidari, Masoud, "Stable Employment of Prisoners, New Approach in Production Boom", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:201-220.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.228596.2300>

Received: 03/09/2022-Accepted: 04/01/2025

1. PhD., Faculty of Humanities & Law, Islamic Azad University: Isfahan (Khorasgan) Branch, Isfahan, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities & Law, Islamic Azad University: Isfahan (Khorasgan) Branch, Isfahan, Iran

Corresponding Author Email: mahmood.ashrafi@iau.ac.ir

3. Associate Professor, Faculty of Humanities & Law, Islamic Azad University: Isfahan (Khorasgan) Branch, Isfahan, 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/>).

legal tools that could facilitate the advancement of employment and production goals within the correctional system. Future research should focus on identifying skills and productive jobs aligned with prisoners' individual profiles, leveraging collected data—possibly enhanced by artificial intelligence—to determine suitable career paths and optimal employment opportunities. Information integrity leading to a sustainable employment and strategic oversight in prisoner's job search profile requires measures to control prisoner's situation. Developing an integrated information management system (SAMAJM) for prisoner employment is proposed to facilitate cohesive management of prisoners' employment, personalize job placement, coaching career development, attract entrepreneurs and investors, and promote local employment as well as prisoners empowerment that aligns with cultural and geographic contexts. Such a system would operate under the supervision of the Job Opportunity Management Center, which would also be responsible for forecasting and proposing sustainable job opportunities for inmates. Innovative concepts like Career Coaching—an emerging discipline within coaching sciences—aim to foster collaboration between the coach and the client (here: the prisoner), encouraging inmates to realize their full potential through stimulating cognitive and creative capacities. Additionally, implementing an electronic employment record within the Prisoners' Employment System can streamline the collection of identity data, employment history, physical and psychological assessments, and talent identification from the moment of detention, guiding inmates along customized career pathways while motivating lawful income generation. Crowdfunding presents another effective mechanism, facilitating access to a broad network of investors via social and specialized platforms. This approach can financially support prisoners' entrepreneurial initiatives, leveraging technological entrepreneurship to produce employment for prisoners to boost production and economic development. Integrating such innovations into dedicated modules within existing software platforms like SAMAJM is appropriate. Ultimately, this study aims to provide comprehensive job prospects for prisoners upon release, improve working conditions, ensure sustainable employment, and foster a production-oriented approach—harmonizing legal frameworks to promote this segment of society's business situation.

KeyWords: Stable Employment, Prisoners, Production Boom, Economic Development, Job Opportunities



اشتغال پایدار زندانیان، رویکردی جدید در رونق تولید

فتاحه تیموری^۱، محمود اشراقی^۲، مسعود حیدری^۳

چکیده

اشتغال و به کارگیری الزامات رونق تولید ملی، از دغدغه‌های اخیر در ایران و راهبردی قابل ملاحظه جهت ارتقای وضعیت اقتصادی جامعه است. بدین نحو که به عنوان یکی از طرح‌های پیش‌ران و در اولویت سند تحول قوه قضائیه در دستور کار سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی تربیتی به عنوان متولی اجرا قرار گرفته است. این پژوهش درصدد بررسی مزایای سرمایه‌گذاری بر ارتقا و رونق تولید مشاغل زندانیان و ارائه راهکارهای نوین در جهت مدیریت فرصت‌های شغلی آنها به عنوان نیروی انسانی تحت کنترل حاکمیت است. که با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی، با بررسی اسناد، کتب، مقالات و منابع اینترنتی به تقریر درآمده است. همچنین سعی شده ضمن مطالعه در حوزه اشتغال سازمان زندان‌ها و عندالاحتضا مصاحبه با دست‌اندرکاران این بخش از نظام زندانبانی به عنوان ابزار گردآوری اطلاعات، به فراخور مباحث به دایره استنادی این روش مطالعاتی افزوده تا از خلال آن، تحقیق حاضر، قوت و جامعیت پیدا کند. این مقاله با هدف ارائه چشم‌انداز شغلی برای زندانیان بعد از آزادی، درصدد بهبود وضعیت کار، اشتغال پایدار و رونق تولیدات حاصل از مشاغل زندانیان و انسجام قوانین موجود در زمینه بهبود کسب و کار این بخش از جامعه است. هدایت شغلی زندانیان در راستای تداوم بخشیدن به اشتغال آنها علاوه بر پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم راهکاری مناسب برای کمک به اشتغال‌آفرینی و بها دادن به رونق تولید ملی از لحاظ کیفی و کمی است.

کلید واژگان: اشتغال پایدار، زندانیان، رونق تولید، توسعه اقتصادی، فرصت‌های شغلی.

استناد به این مقاله: تیموری، فتحه، اشراقی، محمود، حیدری، مسعود، «اشتغال پایدار زندانیان، رویکردی جدید در رونق تولید»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۲۲۰-۲۰۱.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.228596.2300>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

۱. دکتری، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران
۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران
/ایمیل نویسنده مسئول: mahmood.ashrafi@iau.ac.ir
۳. دانشیار، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، 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

استفاده گسترده از مجازات زندان بر مدیریت داخلی زندان‌ها تأثیر می‌گذارد. زیرا با افزایش جمعیت کیفری، نه فقط رعایت استانداردهای فضای مطلوب، غذای کافی، بهداشت و درمان، حرفه‌آموزی و آموزش علمی و امکان هوای تازه وجود ندارد، بلکه مدیریت زندان امکان برآوردن نیازهای ابتدایی زندانیان را نیز ندارد.^۱ اخیراً تلاش‌هایی جهت عقد قرارداد با کارخانجات و صنایع برای اشتغال زندانیان با هدف نگهداشت و استخدام آنها پس از آزادی شده است. با مراجعه بنیاد تعاون اشتغال زندانیان اصفهان و مصاحبه با معاون مجموعه مطلع گردیدم آماری در خصوص اینکه چه تعداد زندانی بعد از خروج از زندان به شغل اختصاص داده شده در ایام بازداشت ادامه داده‌اند در دسترس نیست. این موضوع عدم توجه به وضعیت شغلی پس از آزادی زندانیان را بیشتر نمایان می‌کند. آنچه نیاز است مورد توجه مسئولین امر قرار گیرد، در نظر گرفتن چشم انداز میان مدت و بکارگیری استراتژی اصولی و راهبردی برای پایداری مشاغل زندانیان، در جهت رونق تولید، با توجه ویژه به سند تحول قوه قضائیه^۲ در راستای بازنگری در نظام حرفه‌آموزی و اشتغال زندانیان است.

اشتغال راهبردی، به‌منظور پایین آوردن هزینه نگهداری زندانیان و کسب درآمد مناسب در ایام بازداشت است؛ اما دیدگاهی فراتر از آن، افزایش ارزش افزوده و سودآوری ناشی از محصولات و کالاهای تولیدی زندانیان است. هدفمندی اشتغال زندانیان مستلزم برنامه‌ریزی جامع، سرمایه‌گذاری و حمایت دولتمردان و پیش‌بینی موضوع در برنامه توسعه اقتصادی کشور است. آنچه دغدغه اصلی و پرسش مطرح در این طرح است؛ تغییر رویه کنونی اشتغال و کوچینگ مسیر شغلی زندانیان است. تأمل در تأمین بازار کالاهای تولیدی زندانیان، فراتر از جمعیت هشتاد میلیونی ایران به سطوح بین‌المللی تا اهتمام درخصوص جبران کاستی‌های بازار اقتصادی، ضمن دسته‌بندی مشاغل از حوزه کشاورزی، صنعتی، خدماتی، تجاری با رویه بومی‌گزینی زندانیان به‌نحوی که زندانیان متناسب با محل سکونی و موقعیت جغرافیایی محل زندگی آنها پس از آزادی مشاغلی درآمدزا داشته باشند. تا ضمن بالابردن انگیزه و عزت نفس زندانی تمایل به اشتغال پایدار در راستای کاهش تکرار جرم حاصل گردد. زندان‌ها باید از وضعیت مصرف‌کنندگی محض به بخشی از موتور اقتصادی کشور تبدیل شوند. به نظر پژوهشگر این موضوع مسئله‌ای دور از ذهن نبوده و کمک شایانی به جامعه در بخش رونق تولید خواهد کرد. ایجاد مشاغل مولد و پایدار و پیش‌بینی استمرار این مشاغل به‌صورت بلندمدت، همراه با رضایت شغلی زندانی از اهداف این مقاله است. برنامه‌ریزی در این خصوص مستلزم دایر کردن مراکزی با بهره‌وری از توانایی کارشناسان اقتصادی، مشاوران شغلی، روانشناسان همراه با حمایت دولت و جامعه و طراحی سامانه خاص مدیریت اطلاعات جامع مشاغل زندانیان از وضعیت شغلی، اجتماعی و اقتصادی قبل از ورود تا پس از آزادی و اطمینان از ثبات شغلی خواهد بود. قدمت به کار گماردن زندانیان به زمان‌های قدیم صدر اسلام و حتی ماقبل آن می‌رسد؛ بنای آثار باستانی قدیمی چون اهرام ثلاثه مصر و تسطیح راه‌ها و جاده‌ها در اعصار قدیم توسط پادشاهان به زندانیان و بردگان واگذار می‌شده است.

در پایان قرن نوزدهم سیستم کیفری کشورهای غربی درگیر با صنایع شد. تصمیم گرفتند به جست‌وجوی بازار بپردازند و کالاهایی مثل لباس‌های متحدالشکل کار، کفش، تخت‌خواب و ... در زندان تولید کنند؛ فکر خوبی بود و صرف کمک به هزینه‌های اصلاحی می‌شد و از نفع حاصل به زندانیان دستمزد پرداخت می‌کردند. در زندان قرن نوزدهم کار و تشکیلات

^۱. حبیب پروین، کریم، «مطالعه تطبیقی نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، رساله دکتری، دانشگاه عدالت، ۱۳۹۷، ص ۴۶.

^۲. نسخه روشن، اجماع‌ساز و جمع‌بندی شده‌ای از رویکردها و راهکارهای تحولی است با حفظ و تقویت اصول و خطوط اساسی انقلاب و با نوآوری در شیوه‌ها، روش‌ها و کارکردها حرکتی جهشی را در حکمرانی قضایی ایجاد می‌نماید.

مربوط به آن، از مهم‌ترین عوامل زندگی روزانه بود. شغل و حرفه خود به خود می‌توانست ارتباط متقنی با شیوه‌های اجرایی و بازارهای بین‌المللی به وجود آورد.^۱

این موضوع هدفمند یا متناسب با توانمندی زندانیان نبوده و به تدریج این مشاغل و فعالیت‌ها تغییر و به اصل فردی‌سازی مجازات‌ها توجه شده است.

بخش اول این مقاله ارائه برنامه و خط‌مشی اشتغال پایدار زندانیان با در نظر گرفتن کوچینگ مسیر شغلی، چشم‌انداز شغلی زندانیان با فعال کردن زندان‌ها به بخشی از موتور اقتصادی و رهنمون زندانیان از نیروهای مصرف‌کننده به نیروی انسانی مولد و در بخش دوم راهبردهای توسعه پایدار اقتصادی با رویکرد رونق تولید و ارائه راهکارهای مناسب برای رونق محصولات تولیدی زندانیان است.

۱. برنامه و خط‌مشی اشتغال پایدار

برای بهبود اثربخشی اشتغال زندانیان، دستیابی به ثبات شغلی و پایداری حرفه‌ها پس از آزادی، ضرورت دارد برنامه‌ریزی دقیق و تدوین خط‌مشی و راهبردهای مناسب در این مسیر صورت پذیرد.

۱.۱. استراتژی مدیریت فرصت‌های شغلی زندانیان

استفاده گسترده از مجازات زندان بر مدیریت داخلی زندان‌ها تأثیر می‌گذارد؛ زیرا با افزایش جمعیت کیفری، نه تنها رعایت استانداردهای فضای مطلوب، غذای کافی، بهداشت و درمان، حرفه‌آموزی و آموزش علمی و امکان هوای تازه وجود ندارد، بلکه مدیریت زندان امکان برآوردن نیازهای ابتدایی زندانیان را نیز ندارد.^۲

با توجه به هدف بازپروری، یکی از برنامه‌های زندان عبارت است از کاهش تکرار جرم به گونه‌ای که برخی زندان‌ها این هدف را به عنوان مأموریت خود می‌دانند. براساس مطالعات انجام شده توسط دپارتمان عدالت ایالت متحده آمریکا، پنجاه درصد افراد زندانی در طول سه سال از آزاد شدن به زندان برگشته‌اند. زندان‌های دولتی ایالتی، براساس تحقیقی، تعداد بیشتری برنامه از جمله افزایش اشتغال را پیشنهاد داده‌اند و تکرار جرم کمتر.^۳

برنامه‌ریزی و مدیریت اشتغال زندانیان در راستای تداوم مشاغل، راهبرد مؤثری جهت هدایت مسیر شغلی زندانی تا ثبات شغلی مناسب در جامعه است. جمعیت زندانیان از لحاظ شغلی به چند دسته تقسیم می‌شوند: دسته‌ای از زندانیان قبل از ورود به زندان شغل مناسب و با درآمد مکفی داشته که فاصله ناشی از مدت زمان حبس و توقف کار موجب عدم پاسخگویی کارفرما به اشتغال پس از بازداشت است و زندانی پس از آزادی به دلیل برجسب مجرمانه در پیدا کردن کار جدید با مشکل مواجه خواهد شد. این موضوع در مواردی که فرد استخدام دولت است، در خصوص ادامه شغل زندانی به بعد از آزادی در مواردی که فرد به لحاظ شغلی مورد تأیید سازمان مربوطه است با تغییر آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوطه مورد حمایت قرار گیرد. مطمئناً جمعیت این دسته زندانیان آن قدر قابل توجه نیست که هزینه هنگفتی به دولت تحمیل نماید. دسته‌ای نیز در استخدام مراکز خصوصی غیردولتی و تحت پوشش بیمه بوده‌اند، که از طریق طرح‌های

۱. موریس، نوروال و دیوید روتمن، *سرگذشت زندان روش مجازات در جامعه غرب*، ترجمه پرتو اشراق، تهران: ناهید، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶.

۲. حبیب پروین، پیشین، ص ۴۶.

۳. مهرا، نسرين و سحر سهیل مقدم، *تأثیر خصوصی‌سازی بر مدیریت جمعیت کیفری*، در مجموعه مقالات برگزیده همایش ملی مدیریت جمعیت کیفری؛ نظریه رویه، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۱۰۴.

تشویقی و معافیت‌های مالیاتی جهت ترغیب کارفرمایان و تضمین کار زندانی پس از خروج از زندان باید مورد حمایت و سرمایه‌گذاری دولت قرار گیرند. در عده‌ای دیگر بیکاری و مشکلات اقتصادی خود عامل معد بر ارتکاب جرم بوده که این دسته زندانیان خود دو بخش هستند: یا مهارت کافی برای اشتغال به کار مناسب ندارند یا به‌عکس، تخصص لازم را دارند، ولی جذب بازار کار نشده‌اند که مهارت‌آموزی تا سطح تخصص و ورود به بازار کار یا هدایت شغلی مناسب تا حصول ثبات شغلی از اهداف این تحقیق و از وظایف دولت، جامعه و خانواده است. ایجاد بازار مستقیم برای عرضه محصولات تولیدی زندانیان از مواردی است که در طراحی خط مشی مشخص برای اشتغال پایدار و مولد باید مد نظر مدیران طرح قرار گیرد.

اشتغال رویکردهای مختلفی دارد که معروف‌ترین آنها کارمندی، کارآفرینی و خوداشتغالی است. کارمندی متأسفانه راهبرد بسیاری از متقاضیان اشتغال و نیازمند وجود بنگاه‌های کسب‌وکاری است که آنها را به کار گیرد. ایجاد این بنگاه‌ها نیز نیازمند کارآفرینانی است که با حمایت دولت و افراد جامعه بتوانند این کسب‌وکارها را راه‌اندازی کنند که برای آن سه مؤلفه مهم نیاز است: دانش، مهارت، سرمایه.^۱ دستیابی به اشتغال پایدار زندانیان باید از ورطه شعار خارج شود. لازم است که مسئولان در راستای رسیدن به این هدف برنامه‌ریزی و خط‌مشی واضحی تدوین کنند. این موضوع باید جزو اهداف کلان برنامه توسعه پایدار اقتصادی کشور رقم بخورد. غالباً، استخدام پس از آزادی به‌عنوان مؤثرترین عامل در تکرار جرم در نظر گرفته می‌شود؛ اما به‌ندرت محققان داده‌های اشتغال پس از آزادی را برای تجزیه و تحلیل بیشتر تأثیر اشتغال پس از آزادی بر تکرار جرم در بین زندانیان سابق به دست آورده‌اند. زندانیان سابق معمولاً از نظر اقتصادی فقیر، از نظر تحصیلی بی‌سواد و به‌طور نامتناسبی پس از آزادی از زندان بیکار شناخته می‌شوند. آنها به‌طور کلی فاقد مهارت‌های شغلی به‌روز یا آموزش رسمی برای پاسخ‌گویی به تقاضاهای شغلی در بخش‌های مختلف صنعتی بودند. منطقی است که باور کنیم زندانیان سابق بی‌سواد و غیرماهر احتمالاً پس از آزادی از زندان بیکار می‌شوند.^۲

مشکل ما در روش‌گزینی است؛ یعنی یک موضوع جدید را می‌خواهیم با روش قدیمی حل کنیم. مثل اینکه بخواهیم با وسایل و ابزارهای صد سال قبل اداره و اجرا کنیم. چنین چیزی اساس آن ممکن نیست. امروزه در اشتغال، استارت‌آپ‌ها انقلاب و تحولات ژرف ایجاد کردند؛ به‌طوری‌که با امکانات بسیار محدود و اندک هزاران شغل ایجاد کردند. یک نمونه آن شرکت تاکسیرانی اسنپ است که در زمینه حمل‌ونقل مسافر و در شهری کار می‌کند. این شرکت می‌گوید در سال‌های ۹۵ و ۹۶ دوهزار فرد دارای معلولیت را مشغول به کار کرده است، بدون اینکه از دولت مساعدت گرفته باشد. به‌رحال لازم است نظری بیندازیم به شیوه‌هایی که تاکنون در ایران اجرا شده است و خواسته‌اند شغل و کسب و کار ایجاد کنند.^۳ زندان شرایط کار مولد را برای همه زندانیان و حتی متهمان فراهم می‌کند. زندانیان با رعایت محدودیت‌های حرفه‌ای و امنیتی و ایمنی، در انتخاب نوع کار آزادند. انجام کار در زندان منوط به رعایت و قواعد این شرایط زیر است: رعایت هنجارهای سلامت و امنیت مشابه آنچه در خارج از زندان اجرا می‌شود؛ رعایت هنجارهای مربوط به مدت زمان کار در روز و هفته و مدت استراحت نوع کار و شکل انجام آن همانند موارد مشابه در خارج از زندان است؛ لذا برنامه‌های کاری نباید جنبه تنبیهی داشته باشد و وجهه بردگی به خود نگیرد و موجب اجبار زندانی به کار برای کارکنان زندان یا اعضای خانواده آنان نشود. زندانیان مابه‌ازای کار، مزد عادلانه و تعیین شده برابر قانون دریافت می‌کنند؛ زندانیان می‌تواند بخشی

۱. نظری، محمدرضا، **مهارت‌های اشتغال و کارآفرینی**، تهران: مؤسسه انتشارات برآیند پویش، ۱۳۹۶، ص ۵.

۲. Klinker Lockwood, Susan and John M. Nally. "Racial Disparities and Similarities in Post-Release Recidivism and Employment", *Journal of Prison Education and Reentry*, Volume 2, Issue 1, 2015, P 16.

۳. نوری، علی، **سماوات: سازمان‌های مردم‌نهاد آموزش و اشتغال توانیابان**، تهران: توانمندان، ۱۳۹۶، ص ۲۴۸.

از مزد خود را به خرید کالای مجاز در زندان و بخشی را به خانواده ارسال کنند.^۱ انجام یک کار تولیدی همراه با دستمزد یکی از عناصر اصلی زندگی زندانی محسوب می‌شود. این اقدام ضمن ایجاد پویایی و تحرک و تأمین نیازهای مالی او زمینه بازگشت به جامعه را فراهم می‌کند. البته مشروط به اینکه کار سنگین و طاقت‌فرسا و با اعمال شاقه نباشد و به سایر حقوق وی از جمله حق بر آسایش لطمه نزند. برای نمونه نهاد کرکان، که عهده‌دار برنامه آموزش مهارت‌های فنی و اشتغال در کانادا است، برای استقرار موفق مجرمان و فراهم نمودن آموزش مهارت‌های شغلی کمک‌های شایانی کرده است.^۲

در هر حال اعتقاد بر این است که اتخاذ تدابیر و برنامه‌های کوتاه‌مدت، میان‌مدت و بلندمدت از راهبردهای ضروری برای یافتن خط‌مشی کارآمد با هدف ثبات شغلی زندانیان است. تعیین برنامه و مسیر شغلی نیازمند حمایت دولت، جلب اعتماد و کمک جامعه و نهادهای غیردولتی است که ابتدای امر ایجاد ذهنیت باز در خصوص فواید حاصل از اختصاص زمان و سرمایه به اشتغال زندانیان به‌عنوان سرمایه انسانی و در مرحله بعد نمایش طی راه از مسیر صحیح و رفع موانع موجود را می‌طلبد.

۱.۱.۱. کوچینگ (مربیگری) مسیر شغلی

کوچینگ یک همکاری و مشارکت بین کوچ (مربی) و مراجع (زندانی) است که با برانگیختن مراجع به اندیشیدن و خلاقیت، او را ترغیب می‌کند تا توانایی‌های شخصی و حرفه‌ای خود را به اوج برساند.^۳ کوچینگ یعنی آزاد کردن توانمندی‌های بالقوه انسان‌ها.^۴ کوچ به‌جای آموختن به افراد آنها را کمک می‌کند خودشان یاد بگیرند. وظیفه کوچ این است که به کوچی^۵ کمک کند نسبت به داشته‌ها و دانسته‌ها آگاهی بیشتری پیدا کند و مسئولیت رشد و توسعه خود را برعهده بگیرد. در زندان‌ها، زندانبانان، مددکاران و مشاوران نقش کوچ را می‌توانند ایفا کنند و انگیزه مراجع (زندانی) را در بالفعل نمودن توانایی‌های خود تحریک کنند.

کوچینگ رشته نسبتاً جدیدی است، اما با جهان امروز بسیار مطابقت دارد. کارولین تالبوت در کتاب *مهارت‌های ضروری برای کوچینگ مسیر شغلی*، مؤثرترین تکنیک‌های کوچینگ مسیر شغلی را مورد بررسی قرار می‌دهد و روانشناسی نهفته در آنها را تشریح می‌کند.^۶ طرح کوچینگ مسیر شغلی زندانیان به‌عنوان زیرشاخه‌ای از این رشته می‌تواند درصدد ارائه راهکارهایی برای هدایت شغلی و ارائه مسیر شغلی مناسب برای زندانی‌ها و رفع موانع موجود باشد.

چالش‌های مسیر شغلی در مراحل مختلف بررسی می‌شوند. ابتدا کنترل کردن احساسات شدیدی مثل عصبانیت، شوک، انکار، ناراحتی، سوگواری و عدم اعتماد به نفس؛ مرحله اول: بررسی گزینه‌ها و انتخاب گسترش دامنه انتخاب، به چالش کشیدن فرضیات، ایجاد چشم‌انداز شناسایی استعدادها و هدف‌گذاری؛ مرحله دوم: آماده‌سازی و جست‌وجوی سوابق تحصیلی و کاری و آمادگی برای مصاحبه، شبکه‌سازی، برندسازی شخصی و تبلیغ، اعتمادبه‌نفس و خودباوری؛ مرحله

۱. ابراهیمی، شهرام، «بازپروری عادلانه مجرمان»، نشریه *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳.

۲. ابراهیمی، شهرام، *چگونگی اجرای قواعد حداقل سازمان ملل درباره رفتار اصلاحی با زندانیان در حقوق داخلی*، درآمدی بر جرم‌شناسی محکومان به کوشش عباس شیری، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۰۷.

۳. مس‌چی، علی، «*معرفی صفر تا صد فرایند کوچینگ*»، قابل دسترس در:

<https://www.alimeschi.com/what-is-coaching>

۴. Unlocking a person's potential

۵. Coachee

۶. کارولین، تالبوت، *مهارت‌های ضروری برای کوچینگ مسیر شغلی*، ترجمه محبوبه مظاهری، تهران: الماس دانش، ۱۳۹۸، ص ۱۰.

سوم: پذیرفتن نقش جدید ایجاد کسب و کار، آمادگی برای صد روز اول، اهداف و چشم‌انداز فردی و تجاری؛ مرحله چهارم: چند ماه اول و تغییر در نقش زندگی جدید، موفقیت‌ها و چالش‌ها هویت و سبک جدید تبلور روش‌ها قابلیت‌ها و مهارت‌های جدید سازگاری با واقعیت تازه.^۱ در صورت تأسیس مراکز فرصت‌های شغلی برای زندانیان می‌توان با مدیریت پرونده جست‌وجوی کار و هدایت مسیر شغلی از بدو بازداشت تا پس از آزادی و ادغام موفق در جامعه مسیر ثبات شغلی و کسب درآمد را هموار کرد.

۱.۱.۲. هدفمندی مهارت‌آموزی زندانیان

براساس حداقل قواعد استاندارد برای رفتار با زندانیان، لازم است آموزش‌های حرفه‌ای مفید برای همه زندانیان و به‌ویژه جوانان و زندانیانی که قادر به بهره‌گرفتن از این آموزش‌ها هستند فراهم گردد. شرایطی ایجاد شود تا زندانیان را قادر سازد مشاغل دارای درآمد نسبتاً قابل توجهی را پیدا کنند؛ به‌گونه‌ای که این امر پس از آزادی حضور مجدد آنها را در بازار کار کشور تسهیل کند و به آنها اجازه دهد تا در حمایت مالی از خود و خانواده‌شان سهیم شوند. کار فراهم شده باید به گونه‌ای باشد که توانایی زندانیان برای تحصیل یک زندگی آبرومندانه‌ای را حفظ کند یا افزایش دهد.^۲ برای نمونه، زندان المیرا^۳ درست مانند مدرسه عمل می‌کرد. اجرای نظم در زندان هیچ تداخلی با وضع آموزشی یا وضع مجرمان نداشت. این زندان دارای دو کیفیت متعالی بود: یکی برقراری نظم و دیگری اجرای برنامه‌های آموزشی؛ این مرکز دارای دستورالعمل‌های آموزشی شامل موارد سرگرم‌کننده و آموزشی بود. بعضی حرفه‌ها مانند خیاطی، لوله‌کشی، چاپ، حتی مبانی تجاری و اکادمیک آموزش داده می‌شد؛ در پایان دوره از زندانیان امتحان به عمل می‌آمد، در صورت کسب نمره خوب جایزه دریافت می‌کردند که معمولاً کاهش مدت حبس بود.^۴

در ایران سالانه بخشی از وقت و بودجه سازمان زندان‌ها به آموزش مهارت‌های فنی و حرفه‌ای زندانیان اختصاص می‌یابد؛ بدون در نظر داشتن اهداف کاربردی این امر و بدون تأمل در بیلان سرمایه‌ای که به آن تعلق گرفته است. به نظر پژوهشگر آموزش مهارت صنایع دستی، خاتم‌کاری، منبت‌کاری به یک زندانی که به جرم سرقت چند رأس دام از روستایی دورافتاده دستگیر و به زندان معرفی شده و قرار است پس از آزادی به محل سکناي خود، نزد خانواده‌اش بازگردد به‌جز هزینه‌بر بودن آموزش چه مزیتی می‌تواند باشد. وقتی آموزش به صورت تخصصی و هدفمند نباشد و بازارکاری برای کالای تولیدی زندانی در آینده وجود ندارد، جز هدررفت سرمایه چه می‌تواند باشد. آنچه قابل ملاحظه است برنامه‌ریزی میان‌مدت و بلندمدت و کنترل مسیر شغلی متناسب با انگیزه و علایق زندانی و با خلأهای موجود در بازار کار است. نالی^۵ و همکاران (۲۰۱۴) نشان دادند که زندانیان سابق که فاقد صلاحیت آموزشی یا مهارت‌های شغلی بودند، با احتمال زیاد، نرخ بیکاری بالاتری داشتند. در میزان تکرار جرم پس از آزادی از زندان، کمبود تحصیلات بدون شک یک مشکل رایج است. در عرصه جرم‌شناسی، آموزش عموماً به‌عنوان عاملی بازدارنده در برابر جرم تلقی می‌شود. زندانیان سابق با سطح تحصیلات رسمی پایین‌تر پس از آزادی به‌طور نامتناسبی بیکار شدند.^۶

۱. همان، ص ۴۰.

۲. مرکز بین‌المللی اصلاح قوانین کیفری و سیاست جنایی، *حبس انسان‌مدار*، ترجمه حسن طفرانگر، تهران: راه تربیت، ۱۳۸۳، ص ۱۱۰.

۳. کانون اصلاح و تأدیب در نیویورک، تأسیس ۱۸۷۶.

۴. موریس و رومن، پیشین، ص ۱۵۳.

۵. Nally

۶. Klinker lockwood and Nally, Op. Cit., P 2.

حمایت اجتماعی از طریق بازسازی محکوم یک وظیفه حقیقی برای جامعه محسوب می‌شود، فقط با انجام این مهم است که می‌توان از اینکه بزهکار دائماً سر بار جامعه و بی‌وقفه خطرناک‌تر شود، جلوگیری کرد.^۱

شخصیت فرد چه تأثیری بر مسیر شغلی و رضایت از شغل دارد. تغییرات مسیر شغلی و فردی که آن را تجربه کرده است چه تأثیری خواهد داشت. این شناخت و آگاهی شما را قادر خواهد کرد چالش‌ها را پیش‌بینی و کنترل کنید و مراجعان خود را در حرکت روبه جلو هرچه سریع‌تر و آسان‌تر پشتیبانی کنید.^۲

نیازهای زندانیان در زمینه آموزش و تربیت در زمان پذیرش ارزیابی و آموزش‌های حرفه‌ای در سطوح و رشته‌های متنوع ارائه می‌شود. زندانیان فاقد سواد و جوانان از برنامه‌های خاص آموزشی تربیتی بهره می‌برند. یک کتابخانه مجهز به انواع کتاب در دسترس همه زندانیان است. برنامه‌های آموزشی در زندان مشابه موارد اجرا شده در خارج از زندان است و پایان دوره‌های آموزشی مدرک رسمی بدون تصریح به محل اخذ آن اعطا می‌شود. انتخاب نوع برنامه آموزشی متناسب با نیاز بازار کار و جامعه است.^۳

۱.۲. تشکیل پرونده جست‌وجوی کار زندانیان

پرونده جست‌وجوی کار در سامانه اشتغال زندانیان با بهره‌گیری از سند الکترونیکی برای ذخیره اطلاعات هویتی، شغلی و توانایی‌های جسمی و روانی زندانیان طراحی و از همان ابتدای بازداشت با هدف شناسایی استعدادها و هدایت مسیر شغلی زندانیان تشکیل و همزمان بر تقویت انگیزه آنان برای کسب درآمد مشروع و قانونی تمرکز دارد.

۱.۲.۱. تأسیس مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی

حق با پیتز دراکر، نویسنده و مشاوره مدیریت، بود که می‌گفت اگر آینده‌تان را مدیریت نکنید دیگران این کار را انجام می‌دهند. این حقیقتی اساسی است؛ اما واقعیت‌هایی بیشتر در پس این کلام وجود دارد. از نظر آنها که کنترل امور را به دست می‌گیرند، دنیای کار هرگز نه تا این اندازه آشفته بوده و نه تا این حد فرصت در آن وجود داشته است.^۴

دایر کردن مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی با هدف اختصاص اشتغال پایدار به زندانیان نباید خود موجب صرف هزینه و گذاشتن بار مالی بر جامعه باشد. نیروی انسانی مورد نیاز حتی‌الامکان از بین زندانیان قابل اعتماد و به تعدادی باشد که خود موجب ایجاد بار مالی و هزینه برای اداره کردن مرکز نباشد. مرکزی با عنوان مدیریت فرصت‌های شغلی^۵ در شهر نیویورک آمریکا مستقر است. این مرکز یکی از بزرگ‌ترین مراکز برنامه‌ریزی مشاغل انتقالی کشور برای زندانیان سابق است. این برنامه به شرکت‌کنندگان، مشاغل موقت و با حقوق، همراه با مشاوره شغلی و سایر خدمات با هدف ایجاد اشتغال بیشتر و جلوگیری از بازگشت آنها به زندان می‌دهد. یک ارزیابی نشان داد که این مرکز در کاهش میزان تکرار جرم مؤثر بود و همین موضوع باعث گسترش این برنامه به شهرهای دیگر آمریکا با کمک مالی بنیادهای خیریه و صندوق

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «کیفرهای جامعه‌مدار»، دیپاچه در: بولک، برنار، **کیفرشناسی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران:

مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۵۱.

۲. کارولین، پیشین، ص ۶۱.

۳. ابراهیمی، پیشین، ص ۱۰۶.

۴. کارولین، پیشین، ص ۱۵.

۵. Center for Employment Opportunities

نوآوری اجتماعی گردید.^۱

بزهکاران دارای مجموعه‌ای از نیازها و مشکلات هستند که حسب آموزه‌های جرم‌شناختی به دلیل عدم تأمین و تحقق مناسب آنها مرتکب جرم شده و بنابراین توان بخشی آنها زمینه‌ساز پیشگیری از تکرار جرم آنها خواهد بود. گاه ممکن است برنامه‌های بازپروری مشتمل بر مجموعه‌ای از پروتکل‌های اصلاحی درمانی برای بزهکار باشند که حسب تشخیص متخصصان تیم بازپروری طراحی تنظیم و اجرا می‌گردند.^۲

اشتغال در محیط بیرون از زندان در کشوری مثل ایتالیا هم شامل محکومین می‌شود و هم کسانی که در بازداشت به سر می‌برند. ایشان می‌توانند با گرفتن مجوز از رئیس زندان در بیرون از زندان مشغول به کار شوند.^۳

در ایران طبق ماده ۱۸۳ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها، هرگونه اشتغال در خارج از مؤسسه که تحت نظارت سازمان است با شرط صدور محکومیت قطعی است. به نظر پژوهشگر، چنانچه عدم تکرار جرم و اشتغال پایدار منتهی به رونق اقتصادی را از اهداف اصلی اشتغال زندانیان بدانیم، حمایت زندانیان تحت قرار نیز زیر نظر مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی ضروری به نظر می‌رسد.

۱.۲.۲. ضرورت طراحی نرم‌افزار سماجم

در آیین‌نامه سازمان زندان‌ها پیش‌بینی شده که هر مؤسسه با هماهنگی مدیرکل زندان‌های آن استان، با لحاظ موارد امنیتی و حفاظتی، در سامانه اشتغال سازمان و تارنمای مؤسسه، اقدام به اعلام ظرفیت‌های مؤسسه برای ایجاد زمینه اشتغال زندانیان متقاضی نماید.^۴ لذا ضرورت دارد نرم‌افزار جامعی که بتواند اشتغال زندانیان را مدیریت کند طراحی شود. مجازات باید کمک کند تا جرمی که به وقوع پیوست، دوباره چه توسط خود مجرم (پیشگیری خاص یا خصوصی) و چه توسط سایر شهروندان (پیشگیری عام یا عمومی) تکرار نشود.^۵ انسجام اطلاعات منتهی به یک فعالیت شغلی پایدار و نظارت راهبردی در پرونده جست‌وجوی کار زندانی نیازمند اتخاذ تدابیری برای کنترل مداوم وضعیت زندانی است. طراحی این سامانه پیشنهاد نویسنده در راستای مدیریت منسجم اشتغال زندانیان، فردی ساختن مشاغل، کوچینگ مسیر شغلی، جذب کارآفرین و سرمایه‌گذار، ارائه فرصت‌های شغلی و توانمندسازی زندانیان، بومی‌گزینی متناسب با فرهنگ و موقعیت محل سکنا و توسعه مشاغل تولیدی منتهی به رونق اقتصادی جامعه است که همراه با پیش‌بینی و پیشنهاد مشاغل پایدار به زندانیان راه‌اندازی خواهد شد. هدایت شغلی زندانیان با در نظر گرفتن مشاغل و توانمندی‌های قبل از زندان، مهارت‌آموزی در ایام بازداشت و بازاریابی و اختصاص شغل پس از آزادی به‌وسیله این نرم‌افزار مدیریت خواهد شد. لازم است اطلاعات شغلی و علایق کل زندانیان اعم از تحت قرار و محکوم را دربرگیرد و داوطلبانه بودن درخواست‌ها ممانعت شود؛ چراکه زندانیان ممکن است در شرایط روحی و اجتماعی باشند که از این طرح استقبال نکنند و لازم است کوچینگ مسیر شغلی همه بازداشت‌شدگان را دربرگیرد تا به هدف اصلی رشد و ارتقای وضعیت شغلی زندانی است برسد.

^۱. Broadus Joseph, Ravett Sara Muller, "Lessons from the Replication of the Center for Employment Opportunities", 2016, P 15.

^۲. یورگ آلبرشت، هانس، *کیفرشناسی کلیات و پاسخ‌شناسی جرم*، ترجمه حسین غلامی، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۹، ص ۲۰۳.

^۳. مهرا و سهیل مقدم، پیشین، ص ۳۰۶.

^۴. شاکری، سیدحسین، *مجموعه مقررات مربوط به زندان و زندانی*، تهران: مجد، ۱۴۰۰. (ماده ۱۷۵ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها)، ماده ۱۷۵ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها.

^۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «کیفرهای جامعه‌مدار»، پیشین، ص ۳۱.

۲. استراتژی میان مدت اشتغال پایدار زندانیان

به منظور توسعه اشتغال و بازنگری در نظام حرفه آموزی زندانیان و در چارچوب اجرا برنامه میان مدت سند تحول قوه قضائیه، ضرورت دارد علاوه بر رعایت الزامات مربوط به رونق تولید، برنامه‌ای شفاف و دقیق برای دستیابی به چشم‌انداز شغلی مورد نظر تدوین شود.

۲.۱. چشم‌انداز شغلی برای دستیابی به توسعه پایدار اقتصادی

به نظر مخالفان مجازات زندان، دلیلی وجود ندارد که جامعه ای که با انبوه بیکاران مواجه است؛ از عده ای انسان بزهکار و ناقض قانون در زندان نگهداری و پذیرایی شود و مؤدیان مالیاتی ملزم به پرداخت هزینه‌های آنان باشند.^۱ با انجام کار توسط زندانی، هم دولت و هم خود زندانی بهره مادی خواهد برد؛ چراکه بخشی از درآمد زندانی را می‌توان صرف هزینه‌های تحمیل شده بر دولت و قسمتی را نیز صرف مخارج و حوایج زندانی و خانواده‌اش کرد. معروف است که کار به انسان قدرت اراده و تصمیم‌گیری می‌دهد و روح و جسم انسان را سیقل می‌زند و انسان را متکی به خود بار می‌آورد. برعکس بیکاری انسان را هم از نظر روحی و هم از نظر جسمی فرتوت می‌کند؛ لذا بسیاری برای کار آثار اصلاحی زیادی قائل‌اند دانستن یک حرفه می‌تواند فرد زندانی را چنان متکی به خود کند که پس از آزادی با استفاده از آن تخصص در صورت داشتن خواست و تصمیم زندگی مشروعی را پی‌ریزی کند.^۲ در برهه‌هایی از زمان محکومان ابزاری برای حصول به سود بیشتر یا صرفه‌جویی اقتصادی بودند و اهداف اقتصادی در پوشش اهداف کیفرشناختی و سیاست کیفری نمایانده شده است.^۳

در دانشگاه پواتیه در فرانسه مطالعاتی در این خصوص انجام شده است؛ از جمله ابتکاراتی که پیش‌بینی شده، نوعی سازوکار مراقبت بعد از خروج زندانیان با عنوان SAS است. این ساختار طی نگهداری زندانیان، که یک سال پایانی مدت حبس خود را می‌گذرانند، به منظور حمایت و همراهی کردن آنها اجرا می‌شود. کسانی که شغل ندارند، آموزش تخصصی ندیده و حتی در یافتن منزل و مسکن مناسب نیز ناتوان‌اند، مشاورانی برای آنها در نظر گرفته می‌شود تا آن را راهنمایی و حمایت کنند. در نتیجه در کشور فرانسه، چنین زندانیانی به حال خود رها نمی‌شوند و مورد توجه و حمایت جامعه قرار می‌گیرند. در این فرایند به آینده زندانی توجه می‌شود و موجبات بازپروری و باورپذیری وی به آغوش جامعه فراهم می‌شود.^۴

آنچه مورد توجه است، اینکه در کشورهایی با منابع و ثروت‌های طبیعی وضعیت اقتصادی ضعیف‌تر است؛ زیرا این کشورها بر منابع و ثروت‌های خدادادی سرزمینشان تکیه کرده و تلاش کافی و خلاقانه در راستای برون‌رفت از معضلات موجود و پیشرفت اقتصادی ندارند. ایران نیز با اتکا بر وجود نفت شاید انگیزه لازم برای دستیابی به دانش روز و سرمایه‌گذاری بر ذهن خلاق و پویایی نیروی انسانی را آن‌گونه که شایسته است نداشته، این خلأ در زمینه اقتصاد محسوس و قابل توجه است. حمایت از ذهن خلاق نیروی انسانی در راستای ارتقای وضعیت اقتصادی، جذب نیروی توانمند، به کارگیری نیروهای

۱. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «حقوق کیفری عمومی ۲ (اقدامات و کیفرهای جایگزین زندان)»، جزوه درسی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹، ص ۵۳۶.

۲. صفاری، علی، *کیفرشناسی تحولات مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، تهران: جنگل، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۰، ص ۱۷۷.

۳. صفائی، حامد، «گزارش نشست تخصصی راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها در فرانسه»، دانشگاه شیراز، ۱۴۰۰، ص ۱۱، قابل دسترس

در: <http://www.lawtest.ir>

۴. همان.

تحت کنترل حاکمیت با هدف بهبود وضعیت اقتصادی و خروج از رکود اقتصادی در همه زمینه‌ها امری قابل دستیابی است. زندانیان نیروهایی‌اند که به سبب برچسب مجرمانه بعد از خروج از زندان چنانچه حمایتی جهت اشتغال و کسب درآمد نداشته باشند برای امرار معاش متوسل به ارتکاب مجدد جرم خواهند شد.^۱

بنابر اصل تغییر مشاغل، همواره کسب‌وکارهایی نابود می‌شوند و در مقابل مشاغل جدیدی به وجود می‌آیند. در این تغییرات کسانی موفق‌اند که خود را برای این شرایط آماده کرده باشند. جالب‌تر اینکه تعداد مشاغلی که به وجود می‌آیند به مراتب بیشتر از مشاغلی است که نابود شدند. گزارشی دولتی در انگلستان اعلام می‌کند پیشرفت‌های علمی و ادامه یافتن تغییرات جوی می‌تواند به صورت ناگهانی مشاغل و حرفه‌های موجود در جهان را تغییر داده و متحول کند. متخصصان فناوری و اقتصاد همگی و سر این موضوع که در بیست سال آینده شرکت‌های بزرگ جهان با تغییرات قابل توجهی مواجه خواهند شد، توافق نظر دارند. ملاکان ثروتمند و شرکت‌های فعال در حوزه فناوری به مرور زمان بر این حوزه صنعت اشراف پیدا خواهند کرد و همین موضوع باعث می‌شود تا شاهد کاهش استخدام نیروی کار در این زمینه باشیم.^۲

توجه ویژه به دانش روز، صنعتی شدن، پیش‌بینی مشاغل تولیدی و درآمدزا با لحاظ تمرکز بر تأثیر نوع شغل در ارتقای وضعیت اقتصادی و امکان استمرار و بازدهی این مشاغل در آینده، پیدا کردن بازار جهانی مناسب، از اولویت‌های اختصاص کار به زندانیان جویای کار باید باشد. سرمایه‌گذاری روی صنعتی کردن و کیفیت تولیدات حاصل از دسترنج زندانیان، بیمه کردن کار و حمایت تا پس از آزادی و رسیدن به سطح ثبات شغلی مناسب مطمئناً در بلندمدت پیشرفت اقتصاد جامعه را نیز دربر خواهد داشت.

۲.۲. الزامات رونق تولید در زندان‌ها

چهار محور کلیدی شامل اقتصاد سیاسی، سرمایه‌گذاری، ارز، سرمایه اجتماعی و انسانی به عنوان پشتیبانی‌های تولید در کشور هستند. تولید بر پایه عوامل تولید در هر اقتصادی شکل می‌گیرد. یکی از مهم‌ترین این عوامل سرمایه انسانی و اجتماعی است که بدون آن عملاً تولید و پایداری آن متزلزل خواهد بود.^۳

در یک پروژه تحقیقاتی که از زندان به عنوان موتور رشد اقتصادی تعبیر می‌شد، وجود زندان باعث کاهش درآمد سرانه شد. اما در عین حال موجب کاهش نرخ بیکاری و فقر گردید. کار تولیدی فعالیتی انسانی به قصد تولید که موجب تغییر شکل اشیاء و ایجاد و ساخت شیء یا پدیده جدیدی می‌شود و موجب ارزش افزوده می‌گردد.^۴

اشتغال به دلیل حس هویت اجتماعی پایداری که فراهم می‌کند ارزشمند است. به‌ویژه برای مردان که عزت نفس آنها با نقش اقتصادی که برای تأمین زندگی خانواده ایفا می‌کنند مرتبط است.^۵ بررسی روند توسعه اقتصادی در نقاط مختلف جهان در طول زمان حاکی از آن است که کشورهای توسعه‌یافته با تکیه بر مزیت‌های نسبی توانستند از ظرفیت‌های

۱. تیموری، فتاحه، محمود اشرافی و مسعود حیدری، «کاهش جمعیت کیفری در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱، ۱۴۰۳، ص ۲۸۱.

۲. زارعی، علی، فرصت‌های نوین شغلی در هزاره سوم، تهران: دیباگران تهران، ۱۳۹۶، صص ۲۰ و ۱۹.

۳. جعفری، محمد و سجاد برخورداری، الزامات رونق تولید با نگاهی به پشتیبانی‌ها و مانع‌زدایی‌ها، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۴۰۰، ص ۱.

۴. نهاوندی، مریم، درآمدی بر کار و شغل (تعاریف و مفاهیم)، تهران: نور علم، ۱۳۹۳، ص ۱۶.

۵. همان، ۴۷.

داخلی اقتصادی و فرصت‌های موجود در عرصه بین‌المللی به بهترین شکل استفاده و مسیر رشد توسعه و افزایش درآمد سرانه و بهبود سایر شاخص‌های توسعه یافتگی را به‌طور همزمان دنبال کنند. بررسی روند تاریخی توسعه اقتصادی کشورها نشان می‌دهد که عمده کشورهای توسعه‌یافته دنیای امروز کشاورزی را به‌عنوان بخش زیربنایی توسعه اقتصادی خود انتخاب کردند و با استفاده از ظرفیت‌های فراوان این بخش توانستند علاوه بر تأمین نهاده‌های مناسب برای رشد سایر بخش‌ها، به توسعه سایر بخش‌ها نیز دست یابند. بخش کشاورزی در روند رشد و توسعه اقتصادی کشورهای مختلف نقش‌های متعددی برعهده دارد که از جمله مهم‌ترین آنها می‌توان تأمین مواد خام و اولیه مورد نیاز صنایع بالادستی، تأمین نهاده‌هایی مانند نیروی کار، مصرف تولیدات سایر بخش‌های صنعتی از قبیل کودها و سموم شیمیایی و ماشین‌آلات کشاورزی، ارزآوری برای کشور و تأمین مالی سایر بخش‌های زیربنایی را یاد کرد. از طرفی در حوزه کشاورزی مزیتی نداریم؛ به دلیل اینکه استعداد آبی ما کم است و زمین‌های لم‌یزرع ما بسیار زیاد است.^۱

۲.۲.۱. فناوری اطلاعات و هوش مصنوعی در رونق تولید

هوش مصنوعی فناوری همه‌منظوره است و متغیرهای مهمی همچون بهره‌وری، رشد تولید ناخالص داخلی، نابرابری قدرت بازار، نوآوری و اشتغال در اقتصاد از آن متأثرند. هزینه پیش‌بینی و سازمان‌دهی در ماهیت کارها با هوش مصنوعی کاهش می‌یابد. پیش‌بینی‌های بهتر باعث پیامدهای بهتر می‌شود. به دلیل آنکه پیش‌بینی اساس تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری بشر است. هوش مصنوعی بر بهره‌وری و استاندارد زندگی بشر در هر دوره مؤثر است. این موضوع با مقایسه رشد بهره‌وری نیروی کار و قدرت جابه‌جایی در ۵۰ سال اخیر با ورود فناوری اطلاعات مؤثر بوده است و هوش مصنوعی در این موضوع نقش مهمی دارد.^۲ پیتزر دراکر^۳ اظهار داشته است که تصویر واقعی انقلاب اطلاعاتی تازه احساس می‌شود. ظهور انفجاری اینترنت به‌عنوان یک کانال اصلی برای توزیع کالا و خدمات برای مشاغل حرفه‌ای به‌گونه‌ای بنیادین اقتصاد بازار و ساختارهای صنعتی محصولات و خدمات و جریان آنها، تقسیم مصرف‌کنندگان، ارزش‌های مصرف‌کنندگان و رفتار مصرف‌کنندگان و بازارهای کالا را دستخوش تغییر کرده‌اند. جاذبه انجام تجارت از طریق اینترنت، سهولت کار برای عموم افراد است. فناوری‌های آنلاین و برخط، راهی کم‌هزینه و بسیار کارآمد برای به نمایش درآوردن کالاها جذب مشتریان و دریافت سفارش‌های تولید است؛ ولی اینکه بتوان کاری کرد که همه بخش‌های یک تجارت الکترونیکی هماهنگ باهم کار کنند، امری دشوار و به تخصص روز و پیگیری نیاز دارد.^۴

ضرورت دارد با آینده‌پژوهی درخصوص مهارت‌ها و مشاغل تولیدی، استفاده از داده‌های جمع‌آوری شده متناسب با اطلاعات و توانمندی‌های فردی زندانی و به‌کارگیری هوش مصنوعی نسبت به تعیین مسیر و انتخاب شغلی هوشمندانه برای زندانی اقدام کرد.

۱. حمزه‌ای، علیرضا و مریم معینی، *چالش‌های بیکاری و سیاست‌های ایجاد شغل*، تهران: لوح فکر، ۱۳۹۷، ص ۷۹.

۲. مهرکام، ملیکا، «مدلی بر تحلیل نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات در رشد تولید ناخالص داخلی ایران با رویکرد پویایی سیستم»، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۴۰۰، ص ۸۱.

۳. Peter Drucker

۴. حسنی، مهدی و ابراهیم نیک‌آئین، *راهنمای بومی اشتغال و کارآفرینی بهبود یافتگان ستاد مبارزه با مواد مخدر*، تهران: توان گستر، ۱۳۹۸، ص ۳۳.

۲.۲.۲. جذب کارآفرین

کارآفرین منظور کسی است که توانایی آن را دارد تا فرصت‌های کسب‌وکار را ببیند و آنها را ارزیابی کند. منابع لازم را جمع‌آوری و از آنها بهره‌برداری کند و عملیات مناسبی را برای رسیدن به موقعیت پی‌ریزی کند.^۱ در این مبحث فرد مبتکر و دارای ایده که با مدیریت سرمایه و استعداد، زندانی او را در کارخانه، شرکت، تجارت یا هر بخش منتهی به تولید اقتصادی همراه می‌کند. فرد کارآفرین خود ممکن است بزه‌دیده یا بزه‌کار باشد.

منشأ واژه کارآفرینی کلمه فرانسوی^۲ به معنای متعهد شدن است که نخستین بار اقتصاددانان فرانسوی این واژه را ابداع کردند و در مطالعات خود به کار گرفتند. امروزه واژه کارآفرینی مترادف مفاهیم زیر نیز به ذهن متبادر می‌شود: نوآوری، مخاطره‌پذیری، ایجاد تجدید ساختار یک واحد اقتصادی اجتماعی، رضایت شخصی و استقلال‌طلبی.^۳

دولت می‌تواند به‌منظور تقویت تولید کارآفرینان و تولیدکنندگان را به سرمایه‌گذاری بیشتر تشویق و از سرمایه‌گذاران خارجی استقبال کند؛ به این ترتیب که به هر تولیدکننده‌ای که در فعالیت تولیدی خود از شریک سرمایه‌گذار خارجی استفاده کند، امتیازات خاص بدهد تا به‌نحوی هم نیازهای ارزی این فعالیت‌ها برای تأمین نهاده‌های وارداتی‌شان را تأمین می‌کند و هم از فشار بر منابع ارزی موجود و ایجاد بی‌ثباتی در بازار ارز که کل اقتصاد را تحت تأثیر قرار می‌دهد کاسته می‌شود.^۴

تأمین مالی جمعی بستری است که به واسطه دسترسی آسان به شبکه گسترده افراد از طریق شبکه‌های اجتماعی و وبسایت‌های تأمین مالی جمعی، زیرساخت ارتباط بین سرمایه‌گذاران و کارآفرینان تسهیل و حمایت مالی از ایده‌هایی که توسط کارآفرینان ایجاد شده محقق می‌شود. گسترش روزافزون نوآوری‌های اجتماعی در جهان و تأثیری که تأمین مالی جمعی برای پیشبرد نوآوری و اشتغال داشته موجب شد که دانشگاه MIT^۵ در گزارش سال ۲۰۱۲ خود این نوآوری را در زمره یکی از ده فناوری برتر سال که جهان را متأثر می‌سازد معرفی کند.^۶ حمایت از کارآفرینی تکنولوژیک در بخش ایجاد اشتغال برای زندانیان و بکارگیری این نوآوری نقش بسزایی در ارتقای تولید دارد.

۲.۲.۳. سرمایه‌گذاری جهت اشتغال

بدیهی است که سرمایه‌گذاری جهت اشتغال پایدار زندانیان، مستلزم کمک دولت، جامعه و نهادهای مردمی است. در وضعیتی که معضل بیکاری گریبان‌گیر جوانان فاقد سابقه کشور نیز است، نباید متوقع باشیم که خیرین و مردم به هزینه کردن در امر رغبت داشته باشند. ضرورت دارد به‌منظور اشتغال پایدار زندانیان و جذب کارآفرینان در بودجه سالانه، مبلغ پس از کارشناسی پیش‌بینی شود. این موضوع هرچند بازدهی کوتاه‌مدت ندارد، از لحاظ علمی تأثیر بسزای این موضوع در پیشگیری از جرم قابل ملاحظه و اثبات شده است. ضمن اینکه دور از ذهن نیست با حمایت مشاغل تولیدی مورد نیاز جامعه، زندانیان را در راستای ارتقای وضعیت اقتصادی کشور و رونق تولید به کار گرفت.

^۱ نهالوندی، پیشین، ص ۴۶.

^۲ Entrepreneur

^۳ زارعی، پیشین، ص ۱۱.

^۴ جعفری و برخوردار، پیشین، ص ۷۴.

^۵ Massachusetts Institute of Technology

^۶ قجر، محمد، محمدرضا کریم پور و مهرداد فرج‌اللهی، *رونق تولید داخلی و توسعه اقتصاد ملی*، تهران: هوشمند تدبیر، ۱۳۹۸، ص ۸۹.

۲.۲.۴. موانع تولید و اشتغال پایدار

تعدد قوانین در خصوص تولید و بهبود کسب و کار خود مانع تسلط بر قوانین و انسجام افکار مجریان قانون است. برای مثال، بنابر بند ج ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، سازمان زندان‌ها مکلف به تسهیل بازگشت محکومان پس از تحمل کیفر به زندگی شرافتمندانه و معرفی زندانیان نیازمند اشتغال به مراجع ذی‌ربط پس از آزادی است یا براساس ماده ۱۶ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، شهرداری‌ها موظف‌اند به منظور بالابردن امکان دسترسی تولیدکنندگان کوچک و متوسط ایرانی به بازار مصرف و ایجاد امنیت برای فروشندگان کم‌سرمایه با استفاده از زمین‌های متعلق به خود یا وزارت راه و شهرسازی، مکان‌های مناسبی برای عرضه کالاهای تولید داخل آماده کنند و بر مبنای قیمت تمام‌شده به صورت روزانه، هفتگی و ماهانه به متقاضیان عرضه کالاهای ایرانی اجازه دهند. از این ظرفیت‌ها برای اشتغال و فروش تولیدات زندانیان نیز می‌توان استفاده کرد؛ ولی براساس بررسی‌های به عمل آمده تاکنون از این ظرفیت‌های قانونی استفاده نشده است.

ایرانیان به تولید محصول با کیفیت شهره بودند، اما متأسفانه در روزگار ما منافع زودگذر باعث شده برخی از تولیدکنندگان از کیفیت کالاهای خود بکاهند و این بی‌توجهی باعث مشکلات بزرگی برای تولید و عرضه کالاهای ایرانی شده است.^۱ در جوامع پیشرفته، حتی عدم تطابق فضایی بین فرصت‌های شغلی و مناطق مسکونی افراد محروم مورد بررسی قرار گرفته است. طی گزارشی، مشکلات حمل و نقل مانند نداشتن وسیله نقلیه و گواهینامه مانع از جست‌وجوی کار یا مشاغلی شده که می‌توانستند از آن استفاده کنند.^۲

برچسب‌زنی تنها مانع استخدام پس از آزادی نیست. زندانیان سابق معمولاً سطح تحصیلات و تجربه کاری پایینی دارند. افزایش مهارت‌های کاریابی، آمادگی شغلی، حرفه‌ای و دسترسی به فرصت‌های آموزشی برای پیشگیری از ورود مجدد ضروری است. راه دیگر افزایش تجربه کاری، تقویت شبکه‌های حرفه‌ای و کاهش ریسک استخدام از طریق گسترش برنامه‌ها و برنامه‌های اشتغال یارانه‌ای است که کارفرمایان را با زندانیانی که به‌زودی آزاد می‌شوند هماهنگ کند.^۳ بسیاری از کارشناسان بر این باورند که یکی از دلایل نرخ بالای تکرار جرم، نتایج ضعیف بازار کار است. بنابراین اشتغال به عنوان دستاوردی مهم در نظر گرفته می‌شود و نقشی کلیدی در کمک به زندانیان سابق برای انتقال موفق به جامعه و جلوگیری از بازگشت به جرم دارد.^۴

نتیجه‌گیری

تبدیل زندان‌ها از مراکز مصرف‌کننده به کانون‌های تولیدی، دور از اندیشه نیست؛ لازم است تدابیری جهت هدایت شغلی مناسب برای زندانیان با کمک کارشناسان اقتصادی و مشاوران شغلی اتخاذ شود تا با اختصاص مشاغل دائم و مولد به زندانیان موجبات رونق دستاوردهای حاصل از کار زندانیان را در ایام بازداشت و پس از آزادی را فراهم کرد.

۱. رحیمی مظفری، عبدالعلی، رونق تولید با حمایت از کالای ایرانی، شیراز: نادریان، ۱۳۹۸، ص ۲۶.

۲. Kerry L. Edwards. "Male offenders 'work experiences preprison, in-prison and upon Reentry': interactions between work and Crime", *University of New Mexico Cornell Law School*, 2011, P 220.

۳. Annelies Goger, David J. Harding and Howard Henderson, "Rethinking Prisoner Reentry", Volume 20, Issue 4, P 6, Available at: https://www.brookings.edu/wpcontent/uploads/2021/04/Better-Path-Forward_Brookings-AEI-report.pdf

۴. Erin Jacobs Valentine, Cindy Redcross, "Transitional jobs after release from prison: effects on employment and recidivism", *IZA Journal of Labor Policy*, Volume 4, Issu 1, 2015, P 1.

دایر کردن مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی، خارج از حفاظ امنیتی زندان‌ها برای سرمایه‌گذاری و جذب کارآفرینان، تشکیل پرونده جست‌وجوی کار جهت زندانی، آشنایی با تمایلات و توانمندی‌های زندانی، علاوه بر کمک از خانواده و بستگان فرد بازداشت‌شده و هدایت شغلی مناسب از طریق مشاوران شغلی تا پیدا کردن شغل پایدار مولد و درآمدزا، اختصاص بودجه سالانه از سوی دولت با پیش‌بینی برنامه‌های میان‌مدت و بلندمدت، جلب اعتماد خیرین و نهادها از راه‌های تغییر و ارتقای وضعیت اقتصادی زندان‌هاست. زندانیان قشر آسیب‌دیده جامعه‌اند که برچسب مجرمانه بر آنها عامل اساسی برای عدم اشتغال پایدار آنهاست. دایر کردن مراکز مدیریت فرصت‌های شغلی و تشکیل پرونده جست‌وجوی کار برای زندانیان با دیدگاه اقتصادی از الزامات قابل ملاحظه در رونق تولید است. پیش‌بینی مشاغل پایدار درآمدزا با لحاظ تمایل، انگیزه و توانمندی فردی زندانی، همسو با نیاز اقتصادی کشور و در نظر داشتن بازار مستقیم کالا و محصولات زندانیان از عوامل قابل توجه در پیشگیری از تکرار جرم و کاهش جمعیت کیفری توأم با افزایش تولیدات ملی است و در برنامه کلان توسعه اقتصادی کشور موضوع ثبات شغلی زندانیان لحاظ گردد.

در ایران مجموعه‌ای از قوانین در حوزه اشتغال، کسب و کار و رونق تولید تدوین شده است که خود موجب پراکندگی افکار و تسلط مجریان قانون، همچنین مانع انسجام در به‌کارگیری، اجرا و چالشی در جهت نیل به بهبود شرایط تولید و ارتقای اقتصادی به نحو شایسته است؛ به‌نحوی که دست‌اندرکاران بخش اشتغال زندانیان از وجود بعضی از ظرفیت‌های قانونی که می‌تواند در پیشبرد اهداف در زمینه اشتغال و تولید مؤثر باشد مطلع نیستند. ضرورت دارد کلیه قوانین منتهی به ارتقای اقتصادی، بهبود کسب و کار، اشتغال و تولید، تجمع و با توجه به لزوم تغییرات منطبق با پیشرفت سریع جوامع در مقطع‌های زمانی که مصلحت اقتضا می‌کند با الحاق به قانون اولیه اصلاح گردد.

منابع

کتاب

۱. ابراهیمی، شهرام، **چگونگی اجرای قواعد حداقل سازمان ملل درباره رفتار اصلاحی با زندانیان در حقوق داخلی**، درآمدی بر جرم‌شناسی محکومان، به کوشش عباس شیر، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۲. بولک، برنار، **کیفرشناسی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
۳. جعفری، محمد و سجاد برخورداری، **الزامات رونق تولید با نگاهی به پیش‌بینی‌ها و مانع‌زدایی‌ها**، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۴۰۰.
۴. حسنی، مهدی و ابراهیم نیک‌آئین، **راهنمای بومی اشتغال و کارآفرینی بهبود یافتگان ستاد مبارزه با مواد مخدر**، تهران: توان‌گستر، ۱۳۹۸.
۵. حمزه‌ای، علیرضا و مریم معینی، **چالش‌های بیکاری و سیاست‌های ایجاد شغل**، تهران: لوح فکر، ۱۳۹۷.
۶. رحیمی مظفری، عبدالعلی، **رونق تولید با حمایت از کالای ایرانی**، شیراز: نادریان، ۱۳۹۸.
۷. زارعی، علی، **فرصت‌های نوین شغلی در هزاره سوم**، تهران: دیباگران تهران، ۱۳۹۶.
۸. شاکری، سیدحسین، **مجموعه مقررات مربوط به زندان و زندانی**، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۹. صفاری، علی، **کیفرشناسی تحولات مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی**، تهران: جنگل، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۰.
۱۰. قجر، محمد، محمدرضا کریم‌پور و مهرداد فرج‌اللهی، **رونق تولید داخلی و توسعه اقتصاد ملی**، تهران: هوشمند تدبیر، ۱۳۹۸.
۱۱. کارولین، تالبوت، **مهارت‌های ضروری برای کوچینگ مسیر شغلی**، ترجمه محبوبه مظاهری، تهران: الماس دانش، ۱۳۹۸.
۱۲. مرکز بین‌المللی اصلاح قوانین کیفری و سیاست جنایی، **حبس انسان‌مدار**، ترجمه حسن طغرانگر، تهران: راه تربیت، ۱۳۸۳.
۱۳. موریس، نوروال و دیوید روتمن، **سرگذشت زندان روش مجازات در جامعه غرب**، ترجمه پرتو اشراق، تهران: ناهید، ۱۳۹۰.

۱۴. مهرا، نسرين و سحر سهيل مقدم، **تأثير خصوصي سازي بر مدیریت جمعیت کیفری**، در مجموعه مقالات برگزیده همایش ملی مدیریت جمعیت کیفری؛ نظریه رویه، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۵. نظری، محمدرضا، **مهارت‌های اشتغال و کارآفرینی**، تهران: مؤسسه انتشارات برآیند پویش، ۱۳۹۶.
۱۶. نوری، علی، **سماوات: سازمان‌های مردم‌نهاد آموزش و اشتغال توان‌یابان**، تهران: توانمندان، ۱۳۹۶.
۱۷. نهاوندی، مریم، **درآمدی بر کار و شغل (تعاریف و مفاهیم)**، تهران: نور علم، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۸. یورگ آلبرشت، هانس، **کیفرشناسی کلیات و پاسخ‌شناسی جرم**، ترجمه حسین غلامی، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۹.

مقاله

۱۹. ابراهیمی، شهرام، «بازپروری عادلانه مجرمان»، **نشریه آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۹۱، صص ۱۵۱-۱۷۶.
۲۰. تیموری، فتاحه، محمود اشرافی و مسعود حیدری، «کاهش جمعیت کیفری در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۷، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص ۲۶۳-۲۷۹.

پایان‌نامه

۲۱. حبیب پروین، کریم، «مطالعه تطبیقی نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، **رساله دکتری**، دانشگاه عدالت، ۱۳۹۷.
۲۲. مهرکام، ملیکا، «مدلی بر تحلیل نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات در رشد تولید ناخالص داخلی ایران با رویکرد پویایی سیستم»، **رساله دکتری**، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۴۰۰.

جزوه درسی

۲۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «حقوق کیفری عمومی ۲ (اقدامات و کیفرهای جایگزین زندان)»، **جزوه درسی حقوق کیفری و جرم‌شناسی**، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹.

منبع الکترونیک

۲۴. صفائی، حامد، «گزارش نشست تخصصی راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها در فرانسه»، **دانشگاه شیراز**، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <http://www.lawtest.ir>
۲۵. مس‌چی، علی، «معرفی صفر تا صد فرایند کوچینگ»، قابل دسترس در: <https://www.alimeschi.com/what-is-coaching>

References

Books

1. Bolk, Bernard, *Criminology*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand-Abadi, 5th Edition, Tehran: Majd, 2006. (in Persian)
2. Caroline Talbot, *Essential Skills for Career Coaching*, Translated by: Mahboubeh Mazaheri, Tehran: Diamond of Knowledge, 2019. (in Persian)
3. Ebrahimi, Shahram, *The Implementation of the United Nations Minimum Rules on the Treatment of Prisoners in Domestic Law*, in: *An Introduction to Criminology of Convicts*, Edited by: Abbas Shiri, Tehran: Mizan, 2018. (in Persian)
4. Hamzeh'ei, Alireza and Maryam Mo'eini, *Unemployment Challenges and Job Creation Policies*, Tehran: Thought board, 2018. (in Persian)

5. Hassani, Mehdi and Ebrahim Nik A'ein, *Local Guide for Employment and Entrepreneurship of Drug Rehabilitation Recoverees*, Tehran: Tavan Gostar, 2019. (in Persian)
6. International Center for the Reform of Criminal Laws and Criminal Policy, *Human Rights-Based Imprisonment*, Translated by: Hassan Toghrangar, Tehran: The way of Training, 2004. (in Persian)
7. Ja'fari, Mohammad and Sajad Barkhordari, *Requirements for Production Boom with a Focus on Supports and Obstacles Removal*, Tehran: Economic Management Research Institute, 2021. (in Persian)
8. Jürg Albrecht, Hans, *Criminology: General Principles and Responsiveness to Crime*, Translated by: Hossein Gholami, Third Edition, Tehran: Mizan, 2020. (in Persian).
9. Mehra, Nasrin and Sahar Soheil Moghadam, *The Impact of Privatization on Criminal Population Management, in the Collection of Selected Papers of the National Conference on Criminal Population Management; Procedural Theory*, Tehran: Mizan, 2020. (in Persian)
10. Morris, Norval and David Rothman, *The History of Prisons: The Penal System in Western Society*, Translated by: Partow Eshragh, Tehran: Nahid, 2011. (in Persian)
11. Nahavandi, Maryam, *An Introduction to Work and Occupation (Definitions and Concepts)*, Tehran: Light of knowledge, First Edition, 2014. (in Persian)
12. Nazari, Mohammad Reza, *Employment and Entrepreneurship Skills*, Tehran: Barayand Pooysh Publishing House, 2017. (in Persian)
13. Nouri, Ali, *Samavat: Non-Governmental Organizations for Education and Employment of People with Disabilities*, Tehran: Tavanmandan, 2017. (in Persian)
14. Qajar, Mohammad; Mohammad Reza Karim Pour and Mehrdad Farajollahi, *Domestic Production Boom and National Economic Development*, Tehran: Hooshmand Tadbir, 2019. (in Persian)
15. Rahimi Mozaffari, Abdolali, *Production Boom through Supporting Iranian Goods*, Shiraz: Naderian, 2019. (in Persian)
16. Safari, Ali, *Criminology: Developments in the Foundations and Execution of Deprivation of Liberty Punishment*, Tehran: Jungle, 15th Edition, 2011. (in Persian)
17. Shakeri, Sayyed Hossein, *Compilation of Regulations Related to Prison and Prisoners*, Tehran: Majd, 2021. (in Persian)
18. Zar'ei, Ali, *New Job Opportunities in the Third Millennium*, Tehran: Dibagaran of Tehran, 2017. (in Persian)

Articles

19. Annelies Goger, David J. Harding and Howard Henderson, "Rethinking Prisoner Reentry", Volume 20, Issue 4, Available at: https://www.brookings.edu/wpcontent/uploads/2021/04/Better-Path-Forward_Brookings-AEI-report.pdf
20. Broadus Joseph, Ravett Sara Muller, "Lessons from the Replication of the Center for Employment Opportunities", 2016.
21. Ebrahimi, Shahram, "Fair Rehabilitation of Offenders", *Journal of Criminal Law Teaching*, Volume 9, Issue 3, 2012, PP 151-176. (in Persian)
22. Erin Jacobs Valentine, Cindy Redcross, "Transitional Jobs after Release from Prison: Effects on Employment and Recidivism", *IZA Journal of Labor Policy*, Volume 4, Issu 1, 2015. PP 1-17.
23. Kerry L. Edwards. "Male Offenders 'Work Experiences Preprison, In-Prison and Upon Reentry': Interactions between Work and Crime", *University of New Mexico Cornell Law School*, 2011, PP 1-317.
24. Klinker Lockwood, Susan and John M. Nally. "Racial Disparities and Similarities in Post-Release Recidivism and Employment", *Journal of Prison Education and Reentry*, Volume 2, Issue 1, 2015, PP 16-31.
25. Teymouri, Fattaheh; Mahmood Ashrafi and Mas'oud Heidari, "Reduction of Prison Population in the Light of Transitional Occupations and Subsidized Employment", *Legal Research Quarterly*, Volume 27, Issue 1, 2021, PP 263-279. (in Persian)

Thesis

26. Habib Parvin, Karim, "A Comparative Study of Electronic Monitoring in Iranian and English Criminal Law", PhD Thesis, *University of Justice*, 2018. (in Persian)
27. Mehrkam, Melika, "A Model for Analyzing the Role of Information and Communication Technology in the Growth of Iran's Gross Domestic Product with a System Dynamics Approach", PhD Thesis, *Allameh Tabatabaei University*, 2021. (in Persian)

TextBook

28. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, "Reports from Public Criminal Law II Course (Alternatives to Imprisonment)", Criminal Law and Criminology Textbook, Faculty of Law, *Shahid Beheshti University*, 2000. (in Persian)

Electronic Sources

29. Meschi, Ali, "Introduction to the Coaching Process from A to Z". Available at: <https://alimeschi.com/what-is-coaching/> (in Persian)
30. Safae'i, Hamed, "Report on the Specialized Meeting on Strategies for Reducing the Prison Population in France" Shiraz University, 2021. Available at: <http://www.lawtest.ir/> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Doctrine of Forum Non Conveniens and its Development in the UK and USA

Mohammed Mjed Kabry¹, Azam Ansari² , Reza Maboudi Neishabouri³

ABSTRACT

According to the doctrine of "Forum Non Conveniens", which originated in common law, a court that has jurisdiction over a case may suspend proceedings or dismiss the case, provided that the other court is more appropriate for adjudicating the dispute. This doctrine, which first emerged in Scotland and later spread to England, the United States, and other common law countries, has undergone various transformations since its inception in the early seventeenth century. This study, in addition to examining the reasons behind the emergence of this doctrine, clarifies the conditions for its application, namely the "Existence of an Alternative Competent Court" and "The Appropriateness of another Court". Although Under Iranian law, a court with jurisdiction over an international dispute cannot refuse to hear the case and apply the doctrine of inappropriate forum just because a foreign court might be more appropriate. But this article seeks to introduce the common law doctrine into Iranian legal doctrine to encourage legislator to develop comprehensive and effective legal frameworks for addressing international legal disputes. This study employs a descriptive-analytical research methodology, utilizing a comparative approach to examine the legal systems of the United Kingdom and the United States, explaining the reliance on legal doctrine and case law from both jurisdictions, the paper explores the conditions under which the doctrine of forum non conveniens is applied. So that in this way, the objective is not only to trace the historical evolution of the doctrine but also to highlight the variations in its application across these two systems. The research is based on the library research method. Scottish courts have taken a relatively flexible approach to applying the doctrine of Forum Non Conveniens and if they are convinced that there is another competent court which can deal with the case more appropriately from the perspective of the interests of the parties and the requirements of justice, they apply the mentioned doctrine. In England, courts initially invoked the doctrine only if two conditions were met: first, the defendant had to demonstrate that bringing the case in England was oppressive or vexatious; and second, that the same case had already been filed in a foreign court. Over time, the first condition alone came to be viewed as sufficient. However, today, English courts have moved closer to the Scottish approach: if the court concludes that it is not the appropriate forum and another court is more appropriate, it will apply the doctrine. In the United States, forum non conveniens was initially applied in domestic cases and later extended to international disputes. The criteria for applying the doctrine in both types of disputes are the same: (1) there must be an alternative competent forum, and (2) that forum must be more appropriate for resolving the dispute. In determining the appropriateness of another court,

How to Cite: Mjed Kabry, Mohammed, Ansari, Azam, Maboudi Neishabouri, Reza, "The Doctrine of Forum Non Conveniens and its Development in the UK and USA", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:221-242.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235073.2701>

Received: 12/03/2024-Accepted: 30/11/2024

1. Ph.D., Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Corresponding Author Email: aansari@um.ac.ir

3. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, 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/>).

American courts must consider both private and public interest factors, which include, among others, “access to sources of proof”, “congestion in the courts”, and “local interest in the litigation”. Although the Forum Non Conveniens doctrine can help a case be heard in a more appropriate court and make it easier to recognize and enforce the judgment, it also has some disadvantages. The most significant challenge is the lack of predictability regarding the competent forum and the eventual outcome for the parties involved. Another concern is the risk of parallel proceedings, which the doctrine cannot effectively prevent. A third issue is the potential for the parties to face a denial of justice. Of course, this problem will arise if the court rejects the dispute, but such a problem will not occur if the dispute is suspended until a more appropriate court makes a decision. Although in Iranian law, some legal scholars argue that, due to provisions like Article 971 of the Civil Code, the doctrine of Forum Non Conveniens cannot be applied in the Iranian legal system; there are signs of its acceptance in Iranian law. A different interpretation of Article 971 could allow for the application of the doctrine and give Iranian judges the discretion to assess whether another court is more appropriate. Moreover, certain rules in Iranian Civil Procedure Code show, albeit to a limited extent, judges do have some discretion in identifying a more appropriate forum in domestic cases. The doctrine of Forum Non Conveniens provides a general basis for a court to decline jurisdiction. Under this doctrine, if the court determines that it is an inappropriate forum and a court in another country would be more appropriate, it may refuse to hear the case in favour of the more appropriate forum. This requires two key conditions: first, the seized court inappropriate forum, and second, another country's more appropriate forum. In principle, without these two conditions being satisfied, the court cannot decline jurisdiction under this doctrine. The determination of whether the current court is inappropriate and another country's court is more appropriate lies with the court hearing the case. In making this decision, the court considers several factors, including the degree of connection between the dispute and the forum, ease of access to witnesses, availability of evidence, and the interests of the parties involved.

KeyWords: Common Law Legal System, Oppressive or Vexatious Claims, Incompetent Forum, Inconvenient Forum, Private and Public Interest



دکترین دادگاه نامناسب و توسعه آن در حقوق پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا

محمد مجد کابری^۱، اعظم انصاری^۲، رضا معبودی نیشابوری^۳

چکیده

دکترین دادگاه نامناسب در کامن‌لا اعمال می‌شود و به دادگاهی که دعوا در آن اقامه شده اجازه می‌دهد صلاحیت خود را اعمال کند و چنانچه دادگاه کشور دیگری را برای رسیدگی به دعوا مناسب‌تر تشخیص دهد، از رسیدگی به دعوا به نفع دادگاه مناسب‌تر عدول کند. دکترین مذکور توسط کشورهای تابع خانواده حقوقی کامن‌لا همانند ایالات متحده آمریکا، پادشاهی متحده، کانادا و استرالیا پذیرفته شده و رشد پیدا کرده است. مقاله حاضر ضمن معرفی دکترین دادگاه نامناسب در حقوق ایالات متحده آمریکا و پادشاهی متحده به تبیین دلیل ابداع چنین دکترینی در کشورهای کامن‌لا می‌پردازد و شرایط دقیق اعمال این دکترین را تشریح می‌کند. مقاله نشان می‌دهد اجتناب از آثار نامطلوب قاعده سنتی صلاحیت شخصی مبتنی بر وجود خواننده و تحویل ابلاغیه به او در کشور دادگاه، دلیل ابتکار دکترین دادگاه نامناسب در کشورهای کامن‌لا است. همچنین چنانچه دادگاهی که دعوا در آن مطرح شده خود را برای رسیدگی به اختلاف، نامناسب و دادگاه کشور دیگری را برای رسیدگی به دعوا مناسب‌تر بداند، شرایط اعمال چنین دکترینی فراهم است.

کلید واژگان: نظام حقوقی کامن‌لا، دعاوی ظالمانه یا آزاردهنده، دادگاه ناصالح، دادگاه نامناسب، منفعت خصوصی و عمومی.

استناد به این مقاله: محمد کابری، محمد، انصاری، اعظم، معبودی نیشابوری، رضا، «دکترین دادگاه نامناسب و توسعه آن در حقوق پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۲۲۱-۲۴۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235073.2701>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۰

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: aansari@um.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، 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

دکترین دادگاه نامناسب زائیده سنت حقوقی کامن‌لا است. دکترین مذکور به دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به اختلاف این توانایی را می‌دهد که رسیدگی به اختلاف را متوقف یا کلاً دعوا را رد کند؛ چنانچه «دادگاه مناسب‌تر»^۱ دیگری برای رسیدگی به اختلاف وجود داشته باشد^۲ یا به تعبیری مشروط بر اینکه دادگاه صلاحیت‌دار دیگری وجود داشته باشد که به لحاظ منفعت طرفین و مقتضیات عدالت برای رسیدگی به اختلاف مناسب‌تر باشد.^۳ تشخیص دادگاه مناسب‌تر برعهده دادگاهی است که طرف‌های دعوا به آن رجوع کرده‌اند و همین دادگاه تصمیم می‌گیرد که رسیدگی به دعوا را متوقف یا به طور کلی دعوا را رد کند.^۴ دادگاه با رعایت شرایط هر دعوا و به صورت «موردی»^۵ و با لحاظ تعادل منافع خصوصی و عمومی، قصد اطراف دعوا، سهولت رسیدگی، هزینه دادرسی، ارتباط میان دعوا و دادگاه و هدف برقراری عدالت در خصوص اعمال دکترین دادگاه نامناسب تصمیم می‌گیرد.^۶

در حقوق ایران، اصولاً دادگاه ایرانی در صورت دارا بودن صلاحیت رسیدگی به یک دعوی بین‌المللی نمی‌تواند به این دلیل که دادگاه کشور دیگری برای رسیدگی به دعوا مناسب‌تر است، از رسیدگی خودداری و دکترین دادگاه نامناسب را اعمال کند. هدف اصلی مقاله حاضر، بررسی رویکرد حقوق ایران درباره اعمال دکترین دادگاه نامناسب نیست،^۷ بلکه هدف، بررسی مفهوم کلی دکترین مذکور در کامن‌لا است. در عین حال مقاله حاضر می‌تواند گامی نخست جهت ورود نظریه مزبور به دکترین حقوقی ایران و زمینه‌ساز الهام‌گیری قانونگذار ایرانی برای وضع مقررات کارآمد و مناسب در عرصه دعاوی خصوصی بین‌المللی باشد. هرچند دکترین مذکور قدمت زیادی دارد و آثار متعددی به زبان‌های مختلف پیرامون آن نوشته شده است، به نظر می‌رسد همچنان ابهاماتی در خصوص اعمال دکترین مذکور وجود دارد: دلیل ابداع دکترین دادگاه نامناسب در کامن‌لا چه بود؟ و شرایط دقیق اعمال دکترین مذکور کدام‌اند؟ البته پاسخ به پرسش‌های مزبور بدون بررسی تاریخچه اعمال دکترین مذکور و توسعه آن امکان‌پذیر نیست؛ از این رو، مقاله حاضر در چهار بخش به رشته تحریر درآمده است: در بخش نخست، دلیل ابداع دکترین دادگاه نامناسب بررسی می‌شود؛ بخش دوم مقاله به بررسی پیشینه تاریخی اعمال دکترین دادگاه نامناسب در حقوق پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا اختصاص دارد؛ در بخش سوم، شرایط اعمال دکترین مذکور تبیین می‌شود و بخش چهارم مقاله هم نگاهی به رویکرد حقوق ایران در خصوص اعمال

^۱ More appropriate forum

^۲ Hill, Anna. "Declining jurisdiction- Forum Non Conveniens and Lis Pendens in the United States and European Union", Master's Thesis, Lund university, 2013, PP 12-13.

^۳ Cuniberti, Gilles. "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Volume 21, 2006, PP 1-48, P 27; Levingston, John. "Choice of law, jurisdiction and ADR clauses", *6th annual Contract Law Conference*, 26-28 February 2008, P 14, Retrieved 2024, February. 6, Available at: https://www.lexisnexis.com.au/aus/products/upfront/documents/choiceoflaw_jurisdictionandadrclausespaper.pdf/

^۴ Brand, Ronald A. "Challenges to Forum Non Conveniens", *International law and politics journal*, Volume 45, 2013, P 1005.

^۵ Erk-Kubat, Nadja. "Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals", PhD Thesis, *University of St. Gallen*, 2014, P 118.

^۶ Tang, Zheng Sophia. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, New York: Routledge, 2014, p 171.

^۷ برای مطالعه در این خصوص، رک: ایزدی، علی، «قابلیت اعمال قواعد امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای حل تعارض محاکم بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۳، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، صص ۱۵۸-۱۳۵؛ مقصودی پاشاکی، رضا، «دکترین دادگاه نامناسب در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۲۰، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۳-۲۴.

دکترین دادگاه نامناسب خواهد داشت. در پایان نتیجه مطالب مطرح شده، ارائه می‌شود.

۱. دلیل ابداع دکترین دادگاه نامناسب

قواعد صلاحیت قضایی در کشورهای خانواده حقوقی رومی ژرمنی در قالب قانون تدوین شده و این قواعد برای قاضی و طرفین دعوا الزام‌آورند و دعوا را تنها در دادگاه صلاحیت‌دار مطابق قانون می‌توان مطرح کرد. باین‌حال، قاعده اصلی صلاحیت در کامن‌لا این است که دعوا را در دادگاهی می‌توان اقامه کرد که بتوان در کشور آن دادگاه، «ابلاغیه»^۱ را به خواننده تسلیم کرد.^۲ این نوع صلاحیت، مشهور به «صلاحیت شخصی»^۳ و مبتنی بر «وجود فیزیکی»^۴ خواننده و تحویل ابلاغیه به او در کشور دادگاه است. مبنای این نوع صلاحیت این است که هرکسی در هر کشوری که هست باید تابع دادگاه‌های آن کشور باشد؛ زیرا اقتدار قضایی نشانگر حاکمیت دولت است. بنابراین، در تمام مواردی که خواننده در کشوری -گرچه به‌طور اتفاقی- حضور دارد، می‌توان علیه او در دادگاه‌های آن کشور اقامه دعوا کرد؛ اگرچه بعد از دریافت ابلاغیه بلافاصله کشور را ترک کند. بنابراین، مطابق این قاعده علیه کسی که به‌طور فیزیکی در یک کشور حضور ندارد، نمی‌توان در آن کشور اقامه دعوا کرد.^۵

توسل به «تسلیم ابلاغیه به خواننده» به‌عنوان مبنای صلاحیت، این خطر را دارد که خواهان ممکن است بتواند ابلاغیه را در کشوری که رابطه‌ای با اختلاف مدنظر ندارد، به دست خواننده برساند و برای دادگاه‌های آن کشور صلاحیت ایجاد کند. برای جلوگیری از چنین اثر نامطلوبی، کشورهای کامن‌لا «دکترین دادگاه نامناسب»^۶ را ابداع کردند.^۷ هدف اصلی دکترین مذکور تعیین دادگاهی است که با لحاظ منافع طرفین و مقتضیات عدالت می‌تواند به‌نحو مناسبی به اختلاف رسیدگی کند. برای مثال، طبق این دکترین در صورتی که ابلاغیه اقامه دعوا در دادگاه انگلیسی در انگلستان به خواننده تسلیم شود، دادگاه انگلستان چنانچه خود را «دادگاه نامناسب»^۸ بداند، می‌تواند به دعوا رسیدگی نکند.^۹ بنابراین به‌نظر می‌رسد آثار نامطلوب ناشی از مبنای سنتی صلاحیت در کامن‌لا (تسلیم ابلاغیه به خواننده)، از جمله رسیدگی به دعوا توسط دادگاه کشوری که ارتباطی با دعوا ندارد و حتی دشواری رسیدگی به دعوا به‌دلیل عدم دسترسی چنین دادگاهی به اموال موضوع دعوا، دلایل و شهود، منجر به ابداع دکترین دادگاه نامناسب شده است.

۲. پیشینه تاریخی اعمال دکترین دادگاه نامناسب

دکترین دادگاه نامناسب در کشورهای خانواده کامن‌لا از جمله در پادشاهی متحده، ایالات متحده آمریکا، استرالیا و کانادا اعمال می‌شود. در میان این نظام‌های حقوقی، دو نظام حقوقی پادشاهی متحده و ایالات متحده آمریکا نقش پررنگی در اعمال دکترین مزبور داشته‌اند. در ادامه رویکرد این دو نظام حقوقی در خصوص دکترین دادگاه نامناسب و تحولات آن در

^۱ The writ

^۲ Levinston, Op. Cit, P 11.

^۳ Jurisdiction in personam

^۴ Physical presence

^۵ الروبی، محمد، *الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محكمة أجنبية*، القاهرة: دار النهضة العربية، ۲۰۱۳، صص ۲۲۲-۲۲۳.

^۶ The doctrine of forum non conveniens

^۷ پیشین، صص ۲۲۴-۲۲۵.

^۸ Forum non conveniens

^۹ Hook, Maria. "The Choice of Law Agreement as a Reason for Exercising Jurisdiction", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 4, 2014, P 965.

این دو نظام حقوقی به تفصیل واکاوی می‌شود.

۲.۱. دکترین دادگاه نامناسب در حقوق پادشاهی متحده

دکترین دادگاه نامناسب ابتدا در حقوق اسکاتلند و سپس در حقوق انگلستان پذیرفته و اعمال شد. در ادامه، ابتدا رویکرد حقوق اسکاتلند در اعمال دکترین مذکور و سپس رویکرد حقوق انگلستان بررسی می‌شود.

۲.۱.۱. دکترین دادگاه نامناسب در حقوق اسکاتلند

ریشه دکترین دادگاه نامناسب در حقوق اسکاتلند به اوایل قرن هفدهم میلادی برمی‌گردد. ابتدا دکترین مزبور با عنوان «دادگاه ناصالح»^۱ به عنوان یک ایراد، مورد استفاده قرار می‌گرفت. دکترین دادگاه ناصالح نه تنها در مواردی که دادگاه‌های اسکاتلند فاقد صلاحیت رسیدگی به اختلاف بودند، بلکه در تمام مواردی نیز اعمال می‌شد که دادگاه‌های اسکاتلند برای رسیدگی به اختلاف، «نامناسب»^۲ بودند. منظور از موارد اخیر دعاوی‌ای بودند که دادگاه‌های اسکاتلند تشخیص می‌دادند که ارتباط واقعی بین دعوا و اسکاتلند وجود ندارد، در حالی که با دادگاه‌های نظام حقوقی دیگری ارتباط دارد و دادگاه‌های اخیر برای رسیدگی مناسب‌ترند. در این موارد دادگاه‌های اسکاتلند از این قدرت صلاحیددی برخوردار بودند که دعوا را رد کنند. اصطلاح «دادگاه ناصالح» تا قرن نوزدهم مورد استفاده قرار می‌گرفت؛ اما از آن زمان، جای خود را به اصطلاح «دادگاه نامناسب»^۳ داد؛ زیرا اصطلاح اخیر به لحاظ لغوی بهتر مفاد این ایراد را نشان می‌داد.^۴ با این توضیح که چنین ایرادی بر مقتضیات تناسب مبتنی است نه بر فقدان صلاحیت.^۵

شایان ذکر است که ایراد دادگاه نامناسب برای مدت‌ها صرفاً در دو نوع دعوا مورد پذیرش بود: دعاوی مربوط به شرکت‌های خارجی و دعاوی مربوط به اموال واقع در خارج.^۶ در هر حال در ۱۸۹۲م در جریان یک دعوا^۷ وضعیت تغییر کرد. دعوی مذکور مربوط به قراردادی بود که در آفریقای جنوبی و در خصوص سرمایه‌گذاری در این کشور منعقد شده بود. خواهان، مقیم انگلستان بود و خوانده به طور اتفاقی در اسکاتلند حضور داشت و خواهان توانست ابلاغیه را در اسکاتلند به وی تسلیم کند. در نتیجه، دادگاه اسکاتلند خود را صالح به رسیدگی دانست. خوانده با طرح ایراد دادگاه نامناسب ادعا نمود که اقامت او در اسکاتلند به صورت موقتی بوده و او قصد بازگشت به آفریقای جنوبی دارد. همچنین تمام دلایل اثبات دعوا از جمله شهود، مدارک و اسناد در آفریقای جنوبی بودند. دادگاه بدوی ضمن پذیرش ایراد دادگاه نامناسب مقرر داشت

^۱. Forum non-competens

^۲. Inappropriate

^۳. Forum non-conveniens

^۴. Zhenjie, Hu. "Forum Non Conveniens: An Unjustified Doctrine", *International Law Review*, Volume 48, Issue 2, 2001, P 145;

الروبی، پیشین، ص ۲۲۶.

^۵. Macadam v. Macadam, 11 M. 860 (Sess. Cas. 1873) (Scot), Brand, Ronald and Jablonski, Scott R. *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, 2007, PP 7-8;

الروبی، پیشین، صص ۲۲۶-۲۲۷.

^۶. ر.ک:

Clements v. Macaulay, 4 M. 583, 593 (Sess. Cas. 1866) (Scot).

^۷. Sim v. Robinow, (Sess. Cas. 1892) (Scot).

در تمام دعاوی، این ایراد مورد پذیرش است.^۱ خواهان با این ادعا که در این گونه دعاوی، ایراد دادگاه نامناسب پذیرفته نیست، تجدیدنظرخواهی کرد. دادگاه تجدیدنظر ضمن تأیید رأی دادگاه بدوی اعلام کرد ایراد دادگاه نامناسب در تمام انواع دعاوی مورد پذیرش است، «مشروط بر اینکه دادگاه متقاعد شود که دادگاه صلاحیت دار دیگری وجود دارد که می تواند از منظر منفعت طرفین و مقتضیات عدالت به طور مناسب تری به دعوا رسیدگی کند».^۲ با این استدلال، دادگاه اسکاتلند از رسیدگی به اختلاف خودداری کرد. شایان ذکر است که اصول مقرر در این رأی تا به امروز بر اعمال ایراد دادگاه نامناسب حاکم است و در تمام مواردی که ایراد دادگاه نامناسب مطرح می شود، دادگاه های اسکاتلند به این رأی اشاره می کنند.^۳

در نتیجه امروزه دکتربین دادگاه نامناسب در حقوق اسکاتلند در تمام دعاوی اعمال می شود و ملاک اعمال دکتربین مزبور این است که دادگاه اسکاتلند، خود را نامناسب و دادگاه کشور دیگری را مناسب تر بداند.

۲.۱.۲. دکتربین دادگاه نامناسب در حقوق انگلستان

برای جلوگیری از آثار نامطلوب مواردی که دادگاه های انگلستان صلاحیت رسیدگی به دعوا دارند؛ اما دعوا با انگلستان ارتباطی ندارد، دادگاه های انگلستان از تاریخ رأی صادره در سال ۱۸۸۲م،^۴ این رویکرد را پذیرفته اند که چنانچه قاضی انگلیسی تشخیص دهد که رد دعوا برای مقابله با «سوءاستفاده از فرایند»^۵ ضروری است، وی می تواند دعوا را رد کند. البته اثبات سوءاستفاده به عهده خوانده است. بنابراین در صورتی که خواهان ابلاغیه را در انگلستان به خوانده تسلیم کند و بر مبنای آن دادگاه انگلستان صلاحیت رسیدگی به دعوا پیدا کند، اما خوانده بتواند ثابت کند که اقامه دعوا علیه او در انگلستان، تنها با هدف اضرار به وی بوده است، دادگاه انگلستان این قدرت صلاحیددی را دارد که از رسیدگی به دعوا امتناع ورزد. در ابتدا رد صلاحیت تنها در فرض سبق طرح همان دعوا در دادگاه کشوری دیگر، ممکن بود. با این توضیح که در صورتی که همان دعوا مؤخرًا در دادگاه انگلیسی مطرح می شد و خوانده می توانست ثابت کند که دعوی مذکور «ظالمانه»^۶ یا «آزاردهنده»^۷ است، قاضی انگلیسی می توانست دعوی مذکور را به نفع دادگاه خارجی، که همان دعوا زودتر در آن مطرح شده، رد کند. دعوی اقامه شده در دادگاه انگلیسی زمانی ظالمانه یا آزاردهنده محسوب می شد که ثابت شود دعوی مطروحه در یکی از دو دادگاه، همان دعوا در دادگاه دیگر است و آرای صادره از هر دو دادگاه، مشابه هم خواهند بود و همچنین اجرای آرای مذکور بدون هیچ گونه دشواری امکان پذیر است و در نتیجه دلیلی مشروع برای اقامه مجدد همان دعوا در انگلستان وجود ندارد. به مرور، دادگاه های انگلستان دریافتند که دعوی که در دادگاه انگلستان مطرح می شود ممکن است ظالمانه و آزاردهنده باشد، حتی اگر همان دعوا قبلاً در دادگاه کشور دیگری مطرح نشده باشد. در نتیجه چنانچه دعوی ظالمانه یا آزاردهنده ای در انگلستان اقامه شود، دادگاه های انگلستان می توانند دعوی

^۱ الروبی، پیشین، ص ۲۲۸.

^۲ “Unless the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice”, Brand and Jablonski, Op. Cit., PP 8-9

^۳ همان، ص ۲۲۹.

^۴ McHenry v Lewis (1882) 22 Ch D 397 (CA).

^۵ Abuse of process

^۶ Oppressive

^۷ Vexatious

مزبور را رد کنند؛ خواه همان دعوا سابقاً در دادگاه کشور دیگری مطرح شده باشد یا خیر.^۱ برای مثال می‌توان به دعوای «لوگن و بانک اسکاتلند»^۲ که در ۱۹۰۶م در یک دادگاه انگلیسی مطرح شد اشاره کرد. در این دعوا خواهان اسکاتلندی علیه بانک اسکاتلند و دو نفر اسکاتلندی و همچنین علیه یک تبعه انگلیسی اقامه دعوا کرد. خواهان توانست ابلغیه دعوا را به شعبه بانک در لندن تحویل دهد و در نتیجه دادگاه انگلیسی، صلاحیت دار شد. خواندگان ادعا کردند که دعوای مزبور با سوءاستفاده، اقامه شده و یک دعوای ظالمانه و آزاردهنده محسوب می‌شود، اما دادگاه بدوی این ادعا را نپذیرفت. به دنبال تجدیدنظرخواهی خواندگان، دادگاه تجدیدنظر ادعای آنها را پذیرفت و رأی دادگاه بدوی را تأیید نکرد. دادگاه تجدیدنظر بیان داشت: تمام اوضاع و احوال مورد اتکای خواهان در اسکاتلند است و همچنین تمام دلایل مربوط به آنها در اسکاتلند موجود است. در این دعوا برای اولین بار دادگاه انگلستان تنها با استناد به ظالمانه یا آزاردهنده بودن دعوا، آن را رد کرد، گرچه همان دعوا سابقاً در دادگاه کشور دیگری مطرح نشده بود.^۳ باین حال، مهم این است که خواننده دعوا بتواند ثابت کند که دعوای موردنظر ظالمانه یا آزاردهنده است و قبول ایراد دادگاه نامناسب در دادگاه انگلیسی به ضرر خواهان نخواهد بود. این امر بار اثبات سنگینی بر دوش خواننده می‌گذارد.^۴

یکی از دعوای مهمی که اثبات ظالمانه یا آزاردهنده بودن دعوا را شرط اعمال دکترین دادگاه‌های نامناسب توسط دادگاه‌های انگلیسی دانسته‌اند، دعوای مشهور به سنت پیر^۵ است. در این دعوا به دلایل مختلفی از جمله اینکه قرارداد موضوع اختلاف به اسپانیایی نوشته شده بود، قانون شیلی قانون حاکم بر عقد بود و حوادثی که منجر به اقامه دعوا شده بود در شیلی رخ داده بود، دادگاه انگلستان اذعان داشت که دادگاه شیلی دادگاه مناسب‌تری بود؛ اما در نهایت بیان داشت که این موارد دال بر این نیست که اگر دعوا توسط دادگاه انگلیسی رسیدگی شود، دعوا نسبت به خواننده ظالمانه محسوب می‌شود.^۶ بنابراین در این دعوا رویکرد سختگیرانه‌ای در قیاس با رویکرد اسکاتلند در خصوص اعمال دکترین دادگاه نامناسب اتخاذ شد و علاوه بر مناسب‌تر بودن دادگاه دیگر، شرط ظالمانه یا آزاردهنده بودن هم به شرایط اعمال اضافه شد.^۷

در سال ۱۹۷۳م پرونده معروف به «آتلانتیک استار»^۸ نقش مهمی در رشد اعمال دکترین دادگاه نامناسب ایفا کرد و منجر به کاهش بار سنگین اثباتی بر دوش خواننده شد. این دعوا راجع به تصادف کشتی هلندی آتلانتیک استار با یک کشتی بلژیکی و یک کشتی هلندی دیگر در آب‌های سرزمینی بلژیک بود. در اثر این تصادف، دو کشتی اخیر و بار آنها غرق و دو نفر کشته شدند. به دنبال این حادثه، دعوای متعددی توسط مالک هر دو کشتی و مالکین محموله‌ها و خانواده کشته‌شدگان علیه شرکت مالک کشتی آتلانتیک استار در دادگاه بلژیکی اقامه شدند. علاوه بر دعوای مطرح‌شده در دادگاه بلژیک، مالک کشتی غرق شده هلندی، دعوای دیگری در انگلستان اقامه نمود تا کشتی آتلانتیک استار توقیف شود؛ زیرا در زمان اقامه دعوای اخیر، کشتی مذکور در آب‌های سرزمینی انگلستان بود. خواننده ضمن طرح ایراد دادگاه نامناسب در دادگاه انگلیسی مدعی بود او در دادگاه بلژیکی تمام تضمین‌های لازم برای جبران خسارت خواهان‌ها

^۱. همان، صص ۲۳۲-۲۳۱.

^۲. Logan v. Bank of Scotland, [1906] 1 K.B. 141 (C.A.).

^۳. همان، ص ۲۳۳؛

Brand and Jablonski, Op. Cit., PP 11-13.

^۴. الروبی، پیشین، ص ۲۳۲.

^۵. St. Pierre v. South American Stores (Goth & Chaves), Ltd., (1936) 1 K.B 382 (C.A.).

^۶. St. Pierre v. South American Stores (Goth & Chaves), Ltd., (1936) 1 K.B 382, 397-398 (C.A.).

^۷. Brand and Jablonski, Op. Cit., P 13.

^۸. The Atlantic Star, [1974] A.C. 436 (H.L.).

را ارائه کرده است. همان طور که سابقاً بیان شد، برای اینکه دادگاه‌های انگلستان دعوا را رد نمایند، دعوای موردنظر باید با سوءاستفاده اقامه شده و ظالمانه یا آزاردهنده باشد. همچنین خواننده باید ثابت کند که رد دعوا توسط دادگاه انگلستان منجر به ورود ضرر به خواهان نخواهد شد. ظاهراً این شرایط در دعوای مورد بحث وجود نداشت. با این توضیح که کشتی‌ای که خواهان، خواستار توقیف آن بود، در انگلستان بوده و در نتیجه ارتباط کافی برای ایجاد صلاحیت برای دادگاه انگلستان وجود داشت. افزون بر این، عدم رسیدگی به دعوا توسط دادگاه انگلستان ممکن بود به خواهان دعوا ضرری جبران‌ناپذیر وارد کند. از این رو، دادگاه بدوی ایراد دادگاه نامناسب را نپذیرفت و دادگاه تجدیدنظر نیز این رأی را تأیید کرد. خواننده دعوا در «مجلس اعیان»^۱ به رأی دادگاه تجدیدنظر اعتراض کرد و خواستار پذیرش ایراد دادگاه نامناسب به دلیل رعایت مقتضیات عدالت شد. مجلس اعیان اعلام داشت از آنجا که شرکت خواننده تمام تضمین‌های لازم برای جبران تمام خسارت‌هایی که ممکن است رأی صادره از دادگاه بلژیکی آن را مقرر کند، ارائه داده بود، دعوای توقیفی که در انگلستان اقامه شده از اهمیت چندانی برخوردار نیست. از این رو، رد چنین دعوایی توسط دادگاه انگلستان موجه است؛ زیرا این دعوا برای خواهان هیچ مزیتی ندارد و برعکس رسیدگی به این دعوا ضررهای قابل توجهی به خواننده وارد می‌کند.^۲ از آنجا که در این پرونده مجلس اعیان تفسیر موسعی از دعوای ظالمانه یا با سوءاستفاده پذیرفت، می‌توان گفت که مجلس اعیان در این پرونده به مفهوم دادگاه نامناسب در حقوق اسکاتلند نزدیک شد و آن را به طور ضمنی پذیرفت.^۳

در ۱۹۷۸م، مجلس اعیان رویکرد انعطاف‌پذیرتری اتخاذ نمود و در پرونده‌ای^۴ اظهار داشت که توقیف رسیدگی دادگاه انگلستان به یک دعوا، منوط به ظالمانه و آزاردهنده بودن دعوا نیست. قاضی انگلیسی باید تام‌الاختیار باشد تا در خصوص قبول یا رد دعوا تصمیم بگیرد. صلاحدید قاضی در این خصوص تنها مشروط به رعایت مقتضیات عدالت و ارتباط شدید یا ضعیف دعوا با انگلستان است.^۵

همچنین در دعوای ابیدین دیور^۶ در خصوص مطالبه خسارت ناشی از تصادف، مجلس اعیان به سمت اعمال رویکرد غیرمضیق اسکاتلندی گام برداشت و ضمن توجه به دکترین امر مطروحه و شناسایی دادگاه ترکیه به عنوان دادگاه مناسب‌تر، توقف رسیدگی به دعوا در دادگاه انگلیسی را تأیید کرد.

مهم‌ترین تحول در اعمال دکترین دادگاه نامناسب در سال ۱۹۸۷م به پرونده معروف به «اسپیلیادا»^۷ برمی‌گردد. در این پرونده مجلس اعیان تصریح نمود: «توقیف رسیدگی بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب تنها وقتی مجاز است که دادگاه دیگری وجود داشته باشد که هم صلاحیت رسیدگی دارد و هم رسیدگی به دعوا توسط آن دادگاه، مناسب‌تر

^۱. House of Lords

شایان ذکر است که در آن زمان مجلس اعیان بالاترین مرجع رسیدگی قضایی در انگلستان بود. از اول فوریه ۲۰۰۹م به موجب «قانون اصلاح قانون اساسی» «Constitutional Reform Act, 2005»، «دیوان عالی» جایگزین مجلس اعیان گردید. ر.ک: شیروی، عبدالحسین، **حقوق تطبیقی**، ویراست دوم، تهران: سمت، ۱۳۹۲، ص ۱۵۴.

^۲. الروبی، پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۵؛

Brand and Jablonski, Op. Cit., PP 14-15.

^۳. همان، صص ۲۳۵-۲۳۶.

^۴. MacShannon v. Rockware Glass Ltd. [1978] A.C. 795 (H.L.).

^۵. Brand and Jablonski, Op. Cit., PP 15-17.

^۶. Abidin Daver [1984] A.C. 398 (H.L.).

^۷. Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd., [1987] A.C. 460 (H.L.).

است.^۱

در سال ۱۹۸۸م، در پرونده دیگری^۲ نیز مجلس اعیان از این رویکرد پیروی کرد. در این پرونده، زوجین پس از ازدواج در فرانسه به انگلستان مهاجرت کردند؛ اما زوجه با فرزند مشترک به ایالات متحده رفت و شوهر به فرانسه بازگشت. زوج در دادگاه پاریس دعوای طلاق اقامه کرد و مدعی بود با توجه به تقصیر زوجه، دادگاه باید از صدور حکم پرداخت وجه به نفع زوجه طبق بند ۱ ماده ۲۸۰ قانون مدنی فرانسه خودداری کند. متعاقباً زوجه دعوای موازی در انگلستان اقامه کرد و زوج ایراد دادگاه نامناسب را مطرح کرد. دادگاه بدوی و تجدیدنظر انگلستان به دلیل احتمال محرومیت زوجه از حقوق مالی، ایراد را نپذیرفتند. اما مجلس اعیان با استناد به تابعیت فرانسوی طرفین، محل ازدواج و فقدان ارتباط کافی با انگلستان، دادگاه‌های فرانسه را صالح دانست و حکم به عدم صلاحیت دادگاه‌های انگلستان صادر کرد.^۳ در نتیجه، دادگاه‌های انگلستان از صلاحیت رسیدگی به اختلاف به نفع دادگاه فرانسوی عدول کردند؛ گرچه خواهان (زوجه) مدعی بود رسیدگی توسط دادگاه فرانسوی منجر به محرومیت وی از حقوق مربوط به نفقه خواهد شد.^۴

در نتیجه می‌توان گفت طبق رویه قضایی انگلستان، در تمام دعاوی که رابطه آنها با انگلستان ضعیف و دادگاه انگلیسی برای حل و فصل اختلاف، نامناسب است و دادگاه مناسب‌تری برای رسیدگی به اختلاف وجود دارد، ایراد دادگاه نامناسب اعمال می‌شود و پذیرش آن صرفاً به دعوای اختصاص ندارد که با سوءاستفاده یا به‌طور ظالمانه و آزاردهنده اقامه می‌شوند.^۵

۲.۲. دکترین دادگاه نامناسب در حقوق ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده آمریکا معیارهای متفاوتی برای اعمال دکترین دادگاه نامناسب توسط دادگاه‌های ایالتی وجود داشت. باین‌حال، تا سال ۱۹۴۷م هیچ معیاری در سطح فدرال برای اعمال دکترین دادگاه نامناسب وجود نداشت. در این قسمت

^۱. “[A] stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action”, Brand and Jablonski, Op. Cit., P 21; Burke, John. “Foreclosure of the Doctrine of Forum Non Conveniens under the Brussels I Regulation: Advantages and Disadvantages”, *The European Legal Forum*, Volume 3, 2008, P 122.

^۲. De Dampierre v. De Dampierre, [1988] 1 A.C. 92 (H.L.).

^۳. الروبی، پیشین، ص ۲۳۸.

^۴. Brand and Jablonski, Op. Cit., P 23.

^۵. شایان ذکر است که در دوران عضویت انگلستان در اتحادیه اروپا، مسئله امکان اعمال دکترین دادگاه نامناسب توسط دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه مطرح شده است. نظام حقوقی اتحادیه اروپا در مورد پذیرش یا عدم پذیرش اعمال دکترین دادگاه نامناسب توسط دادگاه‌های کشورهای عضو، حکم صریحی ندارد. در زمان اعمال کنوانسیون بروکسل مصوب ۱۹۶۸ در پرونده معروف به «اوسو و جکسون» “Owusu v Jackson [2005] ECR I-1383” مسئله اعمال دکترین دادگاه نامناسب توسط دادگاه‌های کشورهای عضو مورد توجه قرار گرفت. در سال ۲۰۰۵م، دیوان دادگستری اروپا اعلام نمود که مادام که خوانده در انگلستان مقیم است، اعمال دکترین دادگاه نامناسب برای رد صلاحیت به نفع دادگاه‌های کشور ثالث با احکام کنوانسیون بروکسل متعارض است. در سال ۲۰۱۶م و در زمان اعمال مقرر اروپایی بروکسل یک جدید (1215/2012) نیز دادگاه عالی انگلستان در پرونده “Lungowe v Vedanta Resources Plc [2016] EWHC 975 (TCC)” اعلام کرد که رأی صادره از دیوان دادگستری در دعوای «اوسو و جکسون» لازم‌الاجراست. در نتیجه دادگاه مذکور از اعمال دکترین دادگاه نامناسب و عدول از صلاحیت مبتنی بر ماده ۴ مقرر بروکسل یک جدید (صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده) به نفع دادگاه‌های کشور دیگر خودداری نمود. شایان ذکر است، در تاریخ ۲۹ مارس ۲۰۱۷ دولت انگلستان رسماً تصمیم خود را برای خروج از اتحادیه اروپا اعلام کرد و اکنون مقررات نظام حقوقی اتحادیه اروپا در این کشور لازم‌الاجرا نیست. برای مطالعه درباره دعوای مذکور رک:

Cuniberti, Gilles. “Forum non conveniens and the Brussels Convention”, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 54, Issue 4, 2005, PP 973-974; Aristova, Ekaterina. “Jurisdiction of The English Courts over overseas Human Rights Violations”, *The Cambridge Law Journal*, Volume 75, Issue 3, 2016, PP 468-471.

دو رأی صادره از دیوان عالی ایالات متحده در سال‌های ۱۹۴۷ م و ۱۹۸۱ م مورد بررسی قرار می‌گیرند؛ زیرا دکتترین دادگاه نامناسب که امروزه توسط دادگاه‌های ایالات متحده اعمال می‌شود بر این دو رأی مبتنی است. رأی اول درمورد دعوی داخلی و رأی دوم درخصوص دعوی بین‌المللی صادر شده است. در همین راستا در ادامه ابتدا اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در دعوی داخلی و سپس اعمال این دکتترین در دعوی بین‌المللی واکاوی می‌شود. از آنجا که آرای مذکور تأکید دارند که قضات در اعمال دکتترین دادگاه نامناسب باید از تحلیل دومارحله‌ای بهره ببرند، در پایان این قسمت، تحلیل مزبور بیان می‌شود.

۲.۲.۱. اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در دعوی داخلی

در ۱۹۴۷ م در پرونده معروف به «گلف اویل و گیلبرت»^۱ برای اولین بار «دیوان عالی»^۲ ایالات متحده تصمیم گرفت که دادگاه ایالتی صلاحیت‌داری برای رسیدگی به یک اختلاف می‌تواند بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب، دعوا را به نفع دادگاه ایالتی دیگر رد کند. دعوی مزبور راجع به اختلاف بین یک فرد ساکن ایالت «ویرجینیا»^۳ و شرکتی در «پنسیلوانیا»^۴ بود. شرکت مذکور هم در ویرجینیا و هم در نیویورک فعالیت تجاری داشت. ارتباط اختلاف با نیویورک، صلاحیت شخصی برای دادگاه نیویورک ایجاد کرد. از این رو خواهان، دعوا را در دادگاه نیویورک مطرح نمود. خواهان مدعی بود تقصیر خوانده (شرکت) باعث آتش‌سوزی ساختمان مخزن یا انبار کالا در ویرجینیا شده و ساختمان مزبور نابود شده است. خواننده ایراد دادگاه نامناسب مطرح و ادعا نمود دادگاه ویرجینیا دادگاه مناسب‌تری برای رسیدگی به دعوا است. دادگاه بدوی نیویورک دعوا را بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب رد نمود. دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی را تأیید نکرد، اما دیوان عالی رأی دادگاه بدوی را تأیید کرد.^۵ دیوان عالی صراحتاً ابراز داشت در صورتی که بیش از یک دادگاه برای رسیدگی وجود داشته باشد، دادگاهی که دعوا در آن مطرح شده این صلاحیت یا اختیار اساسی را دارد که دعوا را رد کند.^۶ دیوان عالی همچنین تأکید نمود هنگامی که دادگاه امکان اعمال دکتترین دادگاه نامناسب را بررسی می‌کند تا بر مبنای آن دعوا را رد کند، ابتدا باید به این سؤال پاسخ دهد که آیا دادگاه دیگری وجود دارد یا خیر؟ در صورتی که پاسخ، مثبت باشد، دادگاه در ادامه باید به این سؤال پاسخ دهد که آیا تعادل یا توازن منافع عمومی و خصوصی در رسیدگی به دعوی موردنظر، مستند کافی به دادگاه ارائه می‌دهد تا دعوا را به نفع دادگاه دیگری رد کند؟^۷ در صورتی که پاسخ به این سؤال نیز مثبت باشد، دادگاه می‌تواند دعوا را به نفع دادگاه مناسب‌تر رد کند. در نتیجه، دیدگاه دیوان عالی این است که در صورتی که دعوا در دادگاه یک ایالت مطرح شود اما دادگاه ایالت دیگری مناسب‌تر برای رسیدگی به اختلاف باشد، دادگاه اول می‌تواند بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب، دعوا را به نفع دادگاه اخیر رد کند.^۸

^۱ Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947).

^۲ Supreme Court

^۳ Virginia

^۴ Pennsylvania

^۵ Hill, Op. Cit., PP 13-14.

^۶ Brand and Jablonski, Op. Cit., P 45.

^۷ Hill, Op. Cit., P 15.

^۸ شایان ذکر است در صورتی که دیوان عالی اصول حقوقی را مقرر نماید، این اصول به منزله رهنمودی برای دادگاه‌های پایین‌تر است که به آنها نشان می‌دهد چطور با یک مسئله حقوقی باید برخورد کنند؛ اما برای آنها الزام‌آور نیست. ر.ک:

Ibid, P 13.

۲.۲.۲. اعمال دکترین دادگاه نامناسب در دعاوی بین‌المللی

در سال ۱۹۸۱م در دعاوی «پایپر ایرکرافت و رینو»^۱، رویکرد دیوان عالی ایالات متحده در صوص اعمال دکترین دادگاه نامناسب در دعاوی بین‌المللی نمایان شد. در این دعوا خواهان‌های اسکاتلندی دعاوی «قتل خطا»^۲ در «دادگاه ایالتی کالیفرنیا»^۳ علیه دو شرکت آمریکایی «پایپر و هارتزلی»^۴ اقامه کردند که سازنده ملخ هواپیمایی بودند که سقوط کرد و منجر به مرگ وابستگان خواهان‌ها شد. خواهان‌ها درصدد اقامه دعوا در دادگاهی بودند که قوانین آن از لحاظ شناسایی مسئولیت خواندگان و امکان اقامه دعوا علیه آنان و جبران خسارت، منافع آنها را بیشتر تأمین کند.^۵ دعاوی مذکور به «دادگاه منطقه فدرال کالیفرنیا»^۶ و سپس به «دادگاه منطقه فدرال پنسیلوانیا»^۷ ارجاع شد. خواندگان ضمن طرح ایراد دادگاه نامناسب از دادگاه خواستند که دعوا را بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب رد کند. در این خصوص دادگاه مذکور به بررسی معیار پیش‌بینی شده توسط دیوان عالی در پرونده «گلف اوایل و گیلبرت» پرداخت و اظهار داشت دادگاه‌های اسکاتلند دادگاه‌های دیگری هستند که برای رسیدگی به اختلاف موردنظر مناسب‌ترند؛ گرچه قانون اسکاتلند منفعت کمتری برای خواهان‌ها قائل است. همچنین به‌عنوان شرط لازم برای رد دعوا به نفع دادگاه‌های اسکاتلند، خواندگان نیز حق قانونی خود را در هرگونه ایراد به صلاحیت دادگاه‌های اسکاتلند ساقط کردند و صلاحیت دادگاه‌های مذکور را کاملاً پذیرفتند. در مقابل، دادگاه تجدیدنظر اظهار نمود رد دعوا در این اوضاع و احوال، مناسب به‌نظر نمی‌رسد؛ زیرا قانون اسکاتلند منفعت کمتری برای خواهان‌ها قائل است. باین‌حال، دیوان عالی این عقیده که تفاوت در قانون ماهوی بتواند مانعی از اعمال دکترین دادگاه نامناسب و در نتیجه مانع رد دعوا گردد را نپذیرفت.^۸ دیوان عالی تأکید نمود که رد دعوا بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب، ممکن است گرچه قانون دادگاه دیگری که به نفع آن دعوا رد می‌شود، برای جبران خسارت خواهان‌ها نامناسب‌تر باشد.^۹ دیوان عالی بیان داشت سؤالی که در هنگام اعمال دکترین دادگاه نامناسب مطرح می‌شود، این است که آیا دادگاه دیگری برای رسیدگی به دعوا وجود دارد؟ و آیا این دادگاه مناسب‌تر است؟ نه اینکه آیا این دادگاه چارچوب حقوقی مشابهی دارد؟^{۱۰} باین‌حال، دیوان عالی اذعان داشت که این بدان معنا نیست که تفاوت در قانون ماهوی نباید به‌عنوان عاملی در تحلیل و توجیه و تعیین دادگاه نامناسب، درنظر گرفته شود و ادامه داد که «در صورتی که جبران خسارت در دادگاه دیگری بوضوح نامناسب بوده یا رضایت‌بخش نباشد و گویی هیچ شیوه جبرانی وجود ندارد، این تغییر نامطلوب در قانون می‌تواند به‌نحو اساسی مدنظر قرار گیرد؛ در این خصوص دادگاه منطقه‌ای ممکن

^۱ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981).

^۲ Wrongful death

^۳ California state court

^۴ Piper and Hartzell

^۵ Brand and Jablonski, Op. Cit., P 50.

^۶ California federal district court

^۷ Pennsylvania federal district court

^۸ در این خصوص دیوان عالی چنین مقرر کرد:

“The Court of Appeals erred in holding that plaintiffs may defeat a motion to dismiss on the ground of forum non conveniens merely by showing that the substantive law that would be applied in the alternative forum is less favorable to the plaintiffs than that of the present forum. The possibility of a change in substantive law should ordinarily not be given conclusive or even substantial weight in the forum non conveniens inquiry”.

^۹ Ibid, P 51.

^{۱۰} Tate, Christopher. “American Forum Non Conveniens in Light of the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements”, *University of Pittsburgh Law Review*, Volume 69, Issue 1, 2007, P 170.

است به این نتیجه برسد که رد دعوا به نفع عدالت نخواهد بود.^۱ بنابراین، در دعاوی بین‌المللی نیز دیوان عالی دکتترین دادگاه نامناسب را صراحتاً پذیرفته است و همان معیاری را که برای اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در دعاوی داخلی پذیرفته، در دعاوی بین‌المللی نیز اعمال کرده است.

۲.۲.۳. تجزیه و تحلیل دومرحله‌ای برای اعمال دکتترین دادگاه نامناسب

طبق آرای صادره از دیوان عالی ایالات متحده درمورد اعمال دکتترین دادگاه نامناسب، دادگاهی که می‌خواهد بر مبنای دکتترین مزبور از صلاحیت رسیدگی به اختلاف به نفع دادگاه دیگری عدول کند، باید از یک تجزیه و تحلیل دومرحله‌ای پیروی کند. در مرحله اول، دادگاه بررسی می‌کند آیا دادگاه «مناسب»^۲ دیگری برای رسیدگی به دعوا وجود دارد؟ اگر پاسخ مثبت باشد، دادگاه وارد مرحله دوم می‌شود و به این سؤال پاسخ می‌دهد که آیا تعادل بین «عوامل منفعت عمومی و خصوصی»^۳ محقق است؟ در صورتی که پاسخ به این سؤال نیز مثبت باشد، دادگاه درباره عدول از صلاحیت رسیدگی به دعوا به نفع دادگاه مناسب‌تر تصمیم می‌گیرد. از این‌رو، در این مطلب در ابتدا شرط «وجود دادگاه مناسب دیگر» و سپس «بررسی عوامل منفعت خصوصی و عمومی» و تعادل آنها بررسی می‌شود.

۲.۲.۳.۱. بررسی وجود دادگاه مناسب دیگر

دادگاهی که می‌خواهد از رسیدگی به دعوا به نفع دادگاه دیگری عدول کند، باید از وجود دادگاه مناسب دیگر اطمینان یابد. بنابراین بررسی این مسئله مشتمل بر دو قسمت است: «بررسی وجود دادگاه صلاحیت‌دار دیگر» و «بررسی مناسب بودن آن دادگاه برای رسیدگی به اختلاف موردنظر».

۲.۲.۳.۱.۱. وجود دادگاه صلاحیت‌دار دیگر

دادگاهی که می‌خواهد بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب از صلاحیت رسیدگی به اختلاف به نفع دادگاه دیگری عدول کند، علاوه بر اطمینان از وجود دادگاه دیگر و صالح بودن آن دادگاه، باید اطمینان حاصل کند که خوانده دعاوی اقامه‌شده در آن، به صلاحیت آن دادگاه دیگر ایراد نخواهد کرد. همان‌طور که در بررسی دعاوی «پایپر ایرکرافت و رینو» گفته شد، برای تأکید بر صلاحیت دادگاه دیگری که به نفع آن عدول می‌شود، دادگاهی که می‌خواهد از صلاحیت خود عدول کند می‌تواند از خوانده (که ایراد دادگاه نامناسب مطرح نموده) بخواهد که حق خود را در هرگونه ایراد نسبت به صلاحیت دادگاه دیگری ساقط کند و صلاحیت آن دادگاه را بپذیرد^۴ تا خوانده نتواند به صلاحیت دادگاه اخیر ایراد کند و به خواهان ضرر رساند.

۲.۲.۳.۱.۲. مناسب بودن دادگاه دیگر

پس از اینکه دادگاه اطمینان یافت دادگاه صلاحیت‌دار دیگری برای رسیدگی به اختلاف وجود دارد، در ادامه باید مطمئن شود که آن دادگاه صلاحیت‌دار دیگر برای رسیدگی به دعوا مناسب است. در دعاوی «پایپر ایرکرافت و رینو»، دیوان عالی

^۱ "If the remedy provided by the alternative forum is so clearly inadequate or unsatisfactory that it is no remedy at all, the unfavorable change in law may be given substantial weight; the district court may conclude that dismissal would not be in the interests of justice", *Brand and Jablonski*, Op. Cit., P 51.

^۲ Adequate

^۳ Private and public interest factors

^۴ Hill, Op. Cit., PP 18-19.

معیاری برای مناسب بودن وضع کرد و بیان داشت دادگاه دیگر در صورتی نامناسب است که «[رسیدگی توسط آن دادگاه] چنان به وضوح نامناسب بوده یا رضایت بخش نباشد که گویی هیچ شیوه جبرانی ارائه نمی دهد». همچنین در همین دعوا دیوان عالی تأکید نمود دادگاه اسکاتلند دادگاه مناسبی است؛ زیرا «این خطر وجود ندارد که خواندگان از شیوه جبرانی محروم شوند یا به طور غیر منصفانه ای با آنها رفتار شود». با توجه به این رأی، روشن است معیار دقیقی برای تشخیص مناسب بودن دادگاه وجود ندارد. دیوان عالی به دادگاه های پایین تر قدرت صلاح دیدی گسترده ای می دهد تا در مورد مناسب بودن دادگاه دیگر تصمیم بگیرند که بدون تردید، این امر منجر به بروز تعارض در اعمال این دکترین می شود.^۱

۲.۲.۳.۲. بررسی عوامل منفعت خصوصی و عمومی

پس از اینکه دادگاهی که می خواهد بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب از صلاحیت رسیدگی به اختلاف عدول کند مطمئن شد که دادگاه صلاحیت دار مناسب دیگری برای رسیدگی به اختلاف وجود دارد، وارد مرحله دوم بررسی می شود: آیا دعوا را به نفع دادگاه مناسب دیگری رد کند یا به رسیدگی خود ادامه دهد؟ برای پاسخ به این سؤال، دادگاه باید به عوامل منفعت خصوصی و عمومی -مورد اشاره در دعوای «گلف اوایل و گیلبرت»- توجه کند.

۲.۲.۳.۲.۱. عوامل منفعت خصوصی

منظور از عوامل منفعت خصوصی عواملی اند که توجه به آنها باعث تسهیل و صرفه جویی در هزینه های دادرسی می شود. این عوامل غالباً بر «دسترسی به ادله اثبات»^۲ همانند «شهود»^۳، «اسناد»^۴ یا «معاینه محل»^۵ متمرکزند. در صورتی که دادگاه رسیدگی کننده به دعوا، محلی نباشد که ادله اثبات دعوا در آن است، دادگاه مذکور نسبت به طرفین اختلاف، دادگاهی نامناسب محسوب می شود؛ زیرا هزینه های دادرسی افزایش می یابد یا دسترسی به ادله مذکور دشوار یا غیر ممکن است. به عنوان مثال هزینه احضار شهود در زمان اقامه دعوای «گلف اوایل و گیلبرت» بسیار مورد توجه قرار گرفت. البته امروزه با توجه به توسعه ارتباطات الکترونیکی، شهود می توانند به صورت برخط، شهادت داده و هزینه های دادرسی را کاهش دهند. یکی دیگر از عوامل منفعت خصوصی چگونگی دسترسی آسان به ادله اثبات دعوا است. این عامل زمانی اهمیت بیشتری پیدا می کند که دلیل اثبات، عنصری فیزیکی است و در جایی قرار دارد که انتقال آن به محل دادگاه امکان پذیر نیست؛ همانند آثار باقی مانده ساختمان انبار کالا که دلیل اقامه دعوای «گلف اوایل و گیلبرت» بود. باین حال، در صورتی که دلیل اثبات دعوا اسناد باشد، اهمیت توجه به محل وجود دلیل اثبات، کمتر است؛ زیرا امروزه اسناد به سادگی از کشوری به کشور دیگر منتقل می شوند. بنابراین در صورتی که دلیل اثبات دعوا اسناد باشد، طرح دعوا در دادگاهی دور از محل اسناد باعث نمی شود که دادگاه مذکور نامناسب محسوب شود. همچنین در موردی که دادگاه باید از مکانی یا ساختمانی بازدید کند، اگر محل دادگاه دور از محلی باشد که معاینه آن لازم است، دادگاه مذکور نامناسب محسوب می شود. عامل دیگر منفعت خصوصی که در دعوای «گلف اوایل و گیلبرت» به آن اشاره شد، «تمام مشکلات عملی دیگر»^۶ است. بدون تردید «تمام مشکلات عملی دیگر» یک عبارت موسع و انعطاف پذیر است و در مورد ارزیابی

¹. Ibid, P 19.

². The access to sources of proof

³. Witnesses

⁴. Documents

⁵. View of premises

⁶. All other practical problems

عوامل منفعت خصوصی اختیار گسترده‌ای به دادگاه‌ها می‌دهد.^۱

۲.۲.۳.۲.۲. عوامل منفعت عمومی

منظور از عوامل منفعت عمومی عواملی‌اند که باعث ایجاد دشواری هم برای دادگاه رسیدگی کننده و هم جامعه می‌شوند. «دشواری‌های اداری»،^۲ «ازدحام در دادگاه‌ها»،^۳ «تکلیف هیئت منصفه»،^۴ «منفعت محلی در دادرسی»،^۵ و «تعارض قوانین»^۶ از این دسته عوامل محسوب می‌شوند. منظور از بررسی منفعت عمومی این است که ارزیابی شود تا چه میزان دعوایی نسبت به جامعه و دادگاه موردنظر دشواری به بار خواهد آورد. هدف از توجه به عوامل مذکور، حمایت از دادگاه‌هاست تا با تراکم و ازدحام دعاوی مواجه نشوند. منافع جامعه نیز در این خصوص مورد توجه است. با این توضیح که منفعت جامعه در این است که دادگاه‌های آن کشور به دعاوی مربوط به آن جامعه رسیدگی کنند و شهروندانش بار سنگین رسیدگی به دعاوی غیرمرتبط با آن جامعه را در قالب هیئت منصفه بر دوش نکشند. یکی دیگر از عوامل منفعت عمومی که دیوان عالی در دعاوی «پایپر ایرکرافت و رینو» به آن اشاره کرد، مسئله تعارض قوانین است. با این توضیح که ممکن است قواعد حل تعارض قوانین که دادگاه آمریکایی اعمال می‌کند منجر به اعمال قانون کشور دیگری شود و قاضی آمریکایی ملزم به اجرای قانون خارجی شود. اصولاً قضات متخصص اعمال قوانین ملی کشور خودشان هستند؛ از این رو، کیفیت استدلال حقوقی دادگاه در صورت اعمال یک قانون خارجی در مقایسه با اعمال قانون ملی خود پایین‌تر خواهد بود.^۷ به این ترتیب، چنانچه دعاوی مطرح شده در دادگاه آمریکایی، قاضی را به سمت اجرای قانون خارجی سوق دهد، این هم از عوامل منفعت عمومی است که در کنار عوامل دیگر ممکن است به نامناسب بودن دادگاه منجر شود.

شایان ذکر است که بررسی عوامل منفعت عمومی و خصوصی که در دو رأی دیوان عالی به آنها اشاره شد، نشان می‌دهد تفکیک عوامل مذکور به عوامل کم‌اهمیت، مهم و بسیار مهم امکان‌پذیر نیست. همچنین هیچ کدام از این عوامل به منزله یک عامل خاص تلقی نشده تا به آن وزن و توجه بیشتری اعطا شود. در دعاوی «گلف اوایل و گیلبرت» دیوان عالی فهرستی از تمام عوامل منفعت خصوصی و عمومی را ارائه و تأکید کرد که به تمام آنها باید توجه داشت. در دعاوی «پایپر ایرکرافت و رینو» نیز دیوان عالی اعلام کرد که در هنگام بررسی امکان اعمال دکتترین دادگاه نامناسب، تمام عوامل منفعت خصوصی و عمومی باید مورد توجه قرار گیرند. همچنین بیان داشت انعطاف‌پذیری در اعمال دکتترین دادگاه نامناسب سبب شده است که این دکتترین بسیار ارزشمند شود. از این رو، دیوان عالی به هیچ کدام از این عوامل وزن بیشتری یا کمتری در مقایسه با عوامل دیگر اعطا نکرده است^۸ و معتقدست همه آنها به یک اندازه باید مورد توجه قرار گیرند.

^۱. Ibid, P 20.

^۲. Administrative difficulty

^۳. Congestion of the courts

^۴. Jury duty

^۵. Local interest in the trial

^۶. Conflict of laws

^۷. Ibid, PP 20-21.

برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Manolis, F Mikisi; Vermette, Nathaly and Hungerford, Robert. "The Doctrine of Forum Non Conveniens: Canada and the United States Compared", *FDCC Quarterly*, 2009, Retrieved 2024, February 5, Available at:

https://www.researchgate.net/publication/329544319_The_Doctrine_of_Forum_Non_Conveniens_Canada_and_the_United_States_Compared/

^۸. Hill, Op. Cit., P 21.

۳. شرایط اعمال دکترین دادگاه نامناسب

بررسی پیشینه اعمال دکترین دادگاه نامناسب در نظام حقوقی اسکاتلند، انگلستان و ایالات متحده نشان می‌دهد اعمال دکترین مذکور منوط به تحقق دو شرط است: اولاً، دادگاهی که دعوا در آن اقامه شده خود را نامناسب بداند و ثانیاً، دادگاه دیگری را برای رسیدگی به دعوا مناسب‌تر بداند.^۱

۳.۱. نامناسب بودن دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا

همان‌طور که سابقاً بیان شد، در صورتی که دادگاه خود را برای رسیدگی به اختلاف، نامناسب بداند، توانایی دارد رسیدگی به دعوا را متوقف یا کلاً دعوا را رد کند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که عامل یا عوامل مدنظر دادگاه برای تشخیص مناسب یا نامناسب بودن برای رسیدگی چیست؟ بررسی حقوق اسکاتلند، انگلستان و ایالات متحده نشان می‌دهد دادگاه در این مورد به چند عامل مهم مانند میزان ارتباط اختلاف با کشور دادگاه؛ حسن اجرای عدالت؛ سهولت در رسیدگی به دعوا و حل و فصل آن؛ حسن نیت یا سوءنیت خواهان و منافع طرفین توجه می‌کند. بررسی هریک از این عوامل و بازتاب آن در رویه قضایی نظام‌های کاملاً نیازمند نوشتار مجزایی است.

۳.۲. وجود دادگاهی مناسب‌تر برای رسیدگی به دعوا

همان‌طور که در بررسی پیشینه تاریخی دکترین دادگاه نامناسب گفته شد، در حقوق اسکاتلند، انگلستان و ایالات متحده وجود دادگاه مناسب‌تر برای رسیدگی به اختلاف، شرط اصلی امکان اعمال دکترین دادگاه نامناسب است. بنابراین، اگر دادگاه خود را برای رسیدگی به دعوا نامناسب بداند، این امر به تنهایی کفایت نمی‌کند تا دادگاه از صلاحیت رسیدگی به دعوا عدول کند، بلکه علاوه بر آن، دادگاه باید مطمئن شود که دادگاه مناسب‌تری برای رسیدگی به دعوا وجود دارد. علاوه بر وجوب اطمینان از وجود دادگاه مناسب‌تر دیگری برای رسیدگی به دعوا، برای تأکید بر صلاحیت دادگاه مناسب‌تر، دادگاهی که می‌خواهد بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب از صلاحیت رسیدگی به دعوا عدول کند، ممکن است از خواننده‌ای که ایراد دادگاه نامناسب را مطرح کرده بخواهد که حق خود را در طرح هرگونه ایرادی نسبت به صلاحیت دادگاه مناسب‌تر اسقاط کند.

گرچه همانند حقوق اسکاتلند و انگلستان، در حقوق ایالات متحده نیز شرط وجود دادگاه مناسب‌تر، شرط اصلی برای اعمال دکترین دادگاه نامناسب و رد دعواست؛ اما در یکی از دعاوی، دادگاه ایالات متحده بر مبنای دکترین دادگاه نامناسب دعوا را رد کرد؛ در حالی که شرط وجود دادگاه مناسب‌تر دیگر را نادیده گرفت. دعوای مذکور توسط دولت جمهوری اسلامی ایران علیه محمدرضا پهلوی (آخرین پادشاه ایران قبل از انقلاب سال ۱۳۵۷ ه.ش/ ۱۹۷۹ م) و خانواده وی در دادگاه نیویورک اقامه شد. در نوامبر ۱۹۷۹ م محمدرضا پهلوی همراه با همسرش در یکی از بیمارستان‌های نیویورک در حال معالجه بیماری خود بود. دولت ایران حضور وی در نیویورک را فرصت مناسبی برای اقامه دعوا علیه وی

^۱ شایان توجه است در ادامه این نوشتار، دو شرط اعمال دکترین دادگاه نامناسب به صورت جداگانه برای هریک از سه نظام حقوقی اسکاتلند، انگلستان و ایالات متحده مورد بررسی قرار نمی‌گیرد؛ چرا که تقریباً به طور کلی در خصوص لزوم تحقق این دو شرط برای اعمال دکترین مزبور اتفاق نظر وجود دارد، اما این بدان معنا نیست که دو شرط مزبور به طور کاملاً یکسان در این سه نظام حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرد. رویه قضایی کشورهای کاملاً اختلافاتی در خصوص عوامل مؤثر بر تحقق شروط مزبور و حتی نحوه اعمال دکترین مزبور را نشان می‌دهد. برای مطالعه در خصوص این اختلافات ر.ک:

Brand and Jablonski, Op. Cit., PP 7-73.

دانست و لذا علیه وی و خانواده‌اش در یکی از دادگاه‌های ایالت نیویورک اقامه دعوا نمود. دولت ایران مدعی بود که محمدرضا پهلوی و خانواده وی در زمان حکومت پهلوی از اموال مردم ایران به صورت نامشروع استفاده و بسیاری از اموال مردم ایران را به بانک‌های خارجی منتقل کرده‌اند. جمهوری اسلامی ایران از دادگاه عالی ایالت نیویورک درخواست کرد که در خصوص استرداد اموالی که محمدرضا پهلوی و خانواده‌اش از ایران به صورت غیرقانونی خارج و به بانک‌های نیویورک منتقل کرده‌اند، حکمی صادر کند. دادگاه مزبور خود را دادگاه نامناسب برای رسیدگی به اختلاف دانست. دادگاه در توجیه نامناسب بودن خود اعلام داشت: «تمام طرف‌های دعوا، خارجی هستند و هیچ‌کدام از آنها مقیم نیویورک نیستند. افزون بر این، حل و فصل دعوا مستلزم بررسی مفصل اداره مالی دولت ایران در زمان حکومت محمدرضا پهلوی است که دادگاه قادر به انجام چنین امری نیست؛ لذا رابطه واقعی بین دعوا و نیویورک وجود ندارد تا بتوان صلاحیت دادگاه‌های نیویورک را توجیه نمود». دولت ایران با این استدلال که دادگاه‌های نیویورک نمی‌توانند بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب دعوا را رد نمایند؛ زیرا دادگاه دیگری وجود ندارد که بتوان دعوا را در آن اقامه کرد، در دادگاه تجدیدنظر به رأی دادگاه عالی اعتراض کرد. دادگاه تجدیدنظر با تأیید رأی دادگاه بدوی اظهار داشت: «گرچه وجود دادگاه دیگری برای رسیدگی به دعوا مسئله بسیار مهمی است و باید در بررسی امکان اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در نظر گرفته شود، اما فقدان این دادگاه دیگر، فی‌نفسه باعث الزام دادگاه برای رسیدگی به دعوا نمی‌باشد...»^۱.

شایان ذکر است گرچه در این رأی دادگاه ایالات متحده شرط وجود دادگاه مناسب‌تر برای رسیدگی به دعوا را نادیده گرفت؛ اما این امر کاملاً استثنایی است و علی‌القاعده برای اعمال دکتترین دادگاه نامناسب دادگاهی که دعوا در آن اقامه شده باید خود را برای رسیدگی به دعوا نامناسب بداند و دادگاه کشور دیگری وجود داشته باشد که برای رسیدگی به دعوا مناسب‌تر باشد.

۴. بررسی رویکرد حقوق ایران درباره اعمال دکتترین دادگاه نامناسب

درباره امکان اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در حقوق ایران، به نظر می‌رسد این دیدگاه وجود دارد که اگر دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به دعوا دارند نمی‌توانند بر مبنای دکتترین دادگاه نامناسب صلاحیت رسیدگی به دعوا را به نفع دادگاه مناسب‌تر کشور دیگر رد کنند. در این خصوص برخی گفته‌اند: «در نظام دادرسی مدنی ایران، در صلاحیت متقارن تعیین دادگاه مناسب به انتخاب خواهان واگذار شده است، اما تشخیص دادگاه صالح با دادگاه رسیدگی کننده است. ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه، نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده است با همان دادگاه است...». اختیاری که دادگاه نسبت به احراز شایستگی خود در رسیدگی به دعوا دارد قاعده صلاحیت تشخیص صلاحیت نام دارد. پس از تشخیص صلاحیت، دادگاه به رسیدگی مکلف است و نمی‌تواند از اعمال صلاحیت خودداری کند. بنابراین، در کنار صلاحیت متقارن قاعده دادگاه نامناسب در حقوق ایران مطرح نخواهد شد»^۲. همچنین در تأیید عدم پذیرش اعمال دکتترین دادگاه نامناسب در حقوق ایران برخی دیگر گفته‌اند: «دادگاه همانند دعاوی داخلی در دعاوی بین‌المللی نیز در صورت وجود یکی از عناوین صلاحیت نسبی مثل اقامت یا سکونت یا محل انعقاد یا اجرای قرارداد ملزم است به دعوا رسیدگی و فصل خصوصت کند. ولو اینکه طرفین دعوا ارتباط با جامعه ایرانی

^۱. الروبی، پیشین، ص ۲۴۹.

^۲. مافی، همایون و رشید ادبی فیروزجایی، «صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی»، مجله دانش حقوق مدنی، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۶۱.

نداشته و در جریان دادرسی منافی برای جامعه و دولت ایران متصور نباشد. سلب اختیار قاضی و رد صلاحدید وی برای دادرسی در یک دعوای بین‌المللی با سنت رومی‌ژرمنی انطباق دارد. اما پیروی از آن رویه در صورتی که قواعد صلاحیت یا عوامل ارتباط بسیار گسترده و فراگیر باشد، به ایجاد صلاحیت افراطی منجر می‌شود و تکلیفی نامتعارف بر دادگاه، جامعه ایرانی و اصحاب دعوا تحمیل می‌کند.^۱ بنابراین، «دکترین دادگاه نامناسب برخلاف ایراد امر مطروحه در حقوق موضوعه ایران جایگاهی ندارد و اصولاً محکمه نمی‌تواند در صورت وجود یکی از جهات صلاحیت، اعمال صلاحیت را مغایر مصلحت تلقی نموده و از رسیدگی به دعوی خودداری کند».^۲ افزون بر این عده‌ای دیگری معتقدند «با وجود تصریح قسمت اخیر ماده ۹۷۱ دکترین دادگاه نامناسب در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی ایران جایگاهی ندارد. چه اعمال دکترین یادشده به معنای آن است قواعد صلاحیت الزام‌آور نیست».^۳

باین‌حال می‌توان گفت هرچند حکم ویژه و صریحی در این خصوص به چشم نمی‌خورد، ولی نبود نص به معنای فقدان امکان استنباط منطقی برای تأیید استفاده از دکترین دادگاه نامناسب در دعوای خصوصی بین‌المللی نیست. به نظر می‌رسد به دلایل زیر می‌توان از امکان اعمال دکترین مذکور در حقوق ایران دفاع نمود:

نخست اینکه علیرغم این دیدگاه در حقوق ایران که عبارت انتهایی ماده ۹۷۱ قانون مدنی «مطرح بودن همان دعوا در محکمه ایرانی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». مانع اعمال دکترین دادگاه نامناسب در حقوق ایران است می‌توان عبارت «رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود» را این‌گونه تفسیر کرد که با این عبارت قانونگذار می‌خواهد به دادگاه ایرانی توانایی (و نه الزام) به رسیدگی به دعوای مزبور را اعطا کند. با این توضیح که این عبارت، به این معناست که اگر دادگاه خارجی، برحسب قواعد صلاحیتی خود برای رسیدگی به دعوا اعلام صلاحیت کند و همزمان دادگاه ایرانی بر حسب قواعد صلاحیتی ایران صالح باشد؛ برای مثال محل انعقاد عقد در ایران و محل اجرای تعهدات قراردادی خارج از ایران باشد؛ در چنین حالتی رسیدگی دادگاه خارجی، صلاحیت دادگاه ایرانی را رفع نمی‌کند. در چنین حالتی دادگاه ایرانی طبق قواعد صلاحیتی ایران صلاحیت رسیدگی به دعوا دارد ولی اینکه این صلاحیت، لزوماً بر دادگاه ایرانی تحمیل شود، از ماده ۹۷۱ به دست نمی‌آید؛ زیرا منطوق این ماده، وجود صلاحیت دادگاه ایرانی در عرض صلاحیت دادگاه خارجی است و نه بیشتر. نتیجه چنین استنباطی این است که دادگاه ایرانی در موردی که صلاح طرفین اقتضا می‌کند و دادگاه خارجی ارتباط بیشتری با دعوا دارد، می‌تواند از صلاحیت خود رأساً و از باب همکاری بین‌المللی عدول کند.

نکته دیگر اینکه در حقوق ایران حتی در خصوص دعوای داخلی نشانه‌هایی در خصوص بهره‌گیری از چنین دکترینی وجود دارد که می‌تواند پذیرش آن را در دعوای خصوصی بین‌المللی هموار سازد. توضیح اینکه در ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر شده است: «اگر دعوای دیگری که ارتباط کامل با دعوای طرح شده دارند... چنانچه در چند شعبه مطرح شده باشد در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه اول یکجا رسیدگی خواهد شد».

همان‌گونه که برخی حقوقدانان بیان داشته‌اند، رئیس شعبه اول در این مورد، نیازی به رعایت سبق ارجاع در تعیین شعبه رسیدگی‌کننده به دعوا ندارد. رئیس شعبه اول در اعمال این اختیار باید با توجه به شرایط هر مورد و اوضاع و احوال پیرامون دعوا تصمیم مناسبی اتخاذ کند؛ اما شاید اوضاع و احوال اقتضا کند که وی رسیدگی به دعوای مرتبط را به

۱. مقصودی، رضا، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱.

۲. مقصودی، رضا، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوقی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۶۱.

۳. الماسی، نجادعلی و سیدحسین اسعدی، «امکان‌سنجی توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت در دادرسی موازی بین‌المللی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵، ۱۳۹۸، ص ۲۸.

دادگاهی محول کند که سبق ارجاع ندارد.^۱ برای مثال ممکن است گرچه دعوا ابتدا در شعبه دوم اقامه شده و سپس دعوای مرتبط در شعبه چهارم مطرح شده است؛ اما رئیس شعبه اول برحسب پیشرفت دعوا و مناسبت آن با حقوق طرفین، تصمیم‌گیری کند و گاه دعوایی را که سابقاً ارجاع شده است، به دادگاهی که دعوای لاحق را رسیدگی می‌کند، ارجاع دهد.

با لحاظ چنین قاعده‌ای در دعوای داخلی ایران می‌توان بیان داشت که قانونگذار ایرانی به نوعی به استقبال دکتترین دادگاه نامناسب رفته است و زمینه را برای استناد قضات ایرانی به این دکتترین در دعوای خصوصی بین‌المللی هموار کرده است. با این توضیح می‌توان گفت حتی اگر نتوان از دکتترین مزبور به عنوان مبنایی کلی برای رسیدگی به دعوای خصوصی بین‌المللی در دادگاه‌های ایرانی استفاده کرد، لااقل برای مقابله با دادرسی موازی می‌توان از این دکتترین بهره برد.

نتیجه‌گیری

دکتترین دادگاه نامناسب در برخی نظام‌های حقوقی در دعوای داخلی و اختلافات خصوصی بین‌المللی اعمال می‌شود. به موجب این دکتترین، چنانچه دادگاهی که خواهان دعوای خود را در آن اقامه کرده است، بنا به دلایل مختلفی، دادگاه دیگری را برای رسیدگی به دعوا مناسب بداند رسیدگی به دعوا را متوقف یا کلاً دعوا را به نفع دادگاه مناسب‌تر رد می‌کند. استفاده از دکتترین دادگاه نامناسب، که رد پای آن در ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مشاهده می‌شود، در وضع قواعد دادرسی توسط قانونگذار ایرانی یا ابتکار قضات ایرانی در اعمال برخی قواعد دادرسی مدنی می‌تواند از سوءاستفاده از حق ممانعت کند. یکی از چالش‌های قضات ایرانی مواجهه با خواهان‌هایی است که خواننده غیرمرتبطی را طرف دعوا قرار داده تا با استناد به ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی در فرض خواندگان متعدد در حوزه‌های قضایی مختلف، برای دادگاه محل اقامت خواننده غیرمرتبط، صلاحیت ایجاد کنند. این امر نه تنها نوعی سوءاستفاده از حق و مغایر با اصل ۴۰ قانون اساسی به نظر می‌رسد و به سایر خواندگان نیز از حیث زحمت مسافرت و هزینه‌ها، زیان می‌رساند، بلکه می‌تواند به دلیل عدم اقامت شهود یا اسناد و مدارک مرتبط در حوزه قضایی دادگاه یا محل وقوع مال مورد اختلاف در حوزه قضایی دیگر، در رسیدگی دادگاه اخلاص ایجاد کرده تا نتواند با سرعت و سهولت به دعوا رسیدگی کند. لذا ممکن است دادگاهی^۲ به رغم ظاهر ماده ۱۶ اعلام دارد که این اقدام خواهان مانع نظارت دادگاه برای تعیین صلاحیت نیست و قرار عدم صلاحیت صادر کند؛ هرچند این گونه آرا مورد اقبال برخی دیگر از دادگاه‌ها قرار نگرفته‌اند. گرچه دادگاه مزبور به دکتترین دادگاه نامناسب اشاره ننموده است، استدلال و رأی صادره، همسو با آن است. به نظر می‌رسد اکنون زمان آن رسیده که پژوهشگران ضمن آسیب‌شناسی دکتترین ایراد امر مطروحه که در حقوق ایران هم در مواردی از آن استقبال شده است، درخصوص امکان استفاده از دکتترین دادگاه نامناسب اظهارنظر کنند و پیشنهادهایی به قانونگذار ایرانی درخصوص وضع ضوابطی بر مبنای دکتترین مذکور و برای پر کردن خلأهای استفاده از دکتترین ایراد امر مطروحه یا سوءاستفاده از آن در دعوای داخلی و دعوای خصوصی بین‌المللی ارائه دهند.

۱. حسن‌زاده، مهدی، «اثر ارتباط دعوای در دادرسی مدنی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۱۲۹-۱۲۸.

۲. ر.ک: دادنامه شماره ۴۴۳۶ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۲۱ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو، قابل مشاهده در سامانه آرای قضایی به نشانی: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/35921> (تاریخ آخرین مشاهده: ۱۴۰۳/۰۷/۱۷).

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تطبیقی*، ویراست دوم، تهران: سمت، ۱۳۹۲.

مقاله

۲. ایزدی، علی، «قابلیت اعمال قواعد امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای حل تعارض محاکم بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۳، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، صص ۱۵۸-۱۳۵.
۳. حسن‌زاده، مهدی، «اثر ارتباط دعاوی در دادرسی مدنی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۱۴۹-۱۲۵.
۴. الماسی، نجادعلی و سیدحسین اسعدی، «امکان‌سنجی توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت در دادرسی موازی بین‌المللی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵، ۱۳۹۸، صص ۳۸-۱۱.
۵. مافی، همایون و رشید ادبی فیروزجایی، «صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی»، *مجله دانش حقوق مدنی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۶۳-۴۸.
۶. مقصودی پاشاکی، رضا، «دکترین دادگاه نامناسب در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۰، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۳-۲۴.
۷. مقصودی، رضا، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۱۶۳-۱۴۳.
۸. مقصودی، رضا، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۹۷-۱۲۵.

ب) عربی

کتاب

۹. الروبی، محمد، *الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوا أمام محكمة أجنبية*، القاهرة: دار النهضة العربية، ۲۰۱۳.

References

Books

1. Al-Roubi, Mohammad, *The Plea of Declining Jurisdiction Due to Filing the Same Lawsuit before a Foreign Court*, Cairo: Arab Renaissance House, 2013. (in Arabic)
2. Brand, Ronald and Jablonski, Scott R. *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, 2007.
3. Shiravi, Abdolhossein. *Comparative Law*, Second Edition, Tehran: Samt, 2013. (in Persian)
4. Tang, Zheng Sophia. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, New York: Routledge, 2014.

Articles

5. Almasi, Nejadali and Asadi, Sayyed Hossein, "The Feasibility of Expanding the Local Jurisdiction of the Capital Court in International Parallel Litigation", *Judiciary Law Journal*, Volume 83, Issue 105, 2019, PP 11-38. (in Persian)

6. Aristova, Ekaterina. "Jurisdiction of The English Courts over overseas Human Rights Violations", *The Cambridge Law Journal*, Volume 75, Issue 3, 2016, PP 468-471.
7. Brand, Ronald A. "Challenges to Forum Non Conveniens", *International law and politics journal*, Volume 45, 2013, PP 1003-1035.
8. Burke, John. "Foreclosure of the Doctrine of Forum Non Conveniens under the Brussels I Regulation: Advantages and Disadvantages", *The European Legal Forum*, Volume 3, 2008, PP 121-126.
9. Cuniberti, Gilles. "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", *ICSID Review_ Foreign Investment Law Journal*, Volume 21, 2006, PP 1-48.
10. Cuniberti, Gilles. "Forum Non Conveniens and the Brussels Convention", *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 54, Issue 4, 2005, PP 973-981.
11. Hassan-Zadeh, Mehdi, "The Effect of Relationship of Actions in Civil Trial", *Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 1, 2015, PP 125-149. (in Persian)
12. Hook, Maria. "The Choice of Law Agreement as a Reason for Exercising Jurisdiction", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 4, 2014, PP 963-975.
13. Izadi, Ali, "Jurisdictional Regulating Rules in Domestic Courts: Applicability in International Tribunals", *International Law Review*, Volume 33, Issue 55, 2016, PP 135-158. (in Persian)
14. Levingston, John. "Choice of Law, Jurisdiction and ADR Clauses", *6th Annual Contract Law Conference*, 26-28 February 2008, PP 10-26, Retrieved 2024, February. 6, Available at: https://www.lexisnexis.com.au/aus/products/upfront/documents/choiceoflaw_jurisdictionandadrc_lausespaper.pdf/
15. Mafi, Homayoun and Rashid Adabi Firouz-Jayee, "Iran's Courts Competence in the Scope of Private International Law", *Journal of Civil Law Knowledge*, Volume 3, Issue 2, 2014, PP 48-63. (in Persian)
16. Maghsoudi Pashaki, Reza, "Forum Non-Conveniens Doctrine in Private International Law", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 0, Issue 23, 2012, PP 3-24. (in Persian)
17. Maghsoudi Pashaki, Reza, "The Decline of Jurisdiction in Private International Law", *Journal of Private Law*, Volume 9, Issue 1, 2013, PP 97-125. (in Persian)
18. Maghsoudi, Reza, "Jurisdiction Clause in Private International Law", *Bi-Quarterly of Criminal Law Research*, Volume 1, Issue 2, 2011, PP 143-163. (in Persian)
19. Manolis, F Mikisi; Vermette, Nathaly and Hungerford, Robert. "The Doctrine of Forum Non Conveniens: Canada and the United States Compared", *FDCC Quarterly*, 2009, Retrieved 2024, February 5, Available at: https://www.researchgate.net/publication/329544319_The_Doctrine_of_Forum_Non_Conveniens_Canada_and_the_United_States_Compared/
20. Tate, Christopher. "American Forum Non Conveniens in Light of the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, Volume 69, Issue 1, 2007, PP 165-187.
21. Zhenjie, Hu. "Forum Non Conveniens: An Unjustified Doctrine", *International Law Review*, Volume 48, Issue 2, 2001, PP 143-169.

Thesis

22. Erk-Kubat, Nadja. "Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals", PhD Thesis, *University of St. Gallen*, 2014.
23. Hill, Anna. "Declining Jurisdiction- Forum Non Conveniens and Lis Pendens in the United States and European Union", Master's Thesis, *Lund university*, 2013.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Comparative Study on Establishing the Human Rights Ombudsman with a Focus on the Necessity of Creating a "National Institution for Human Rights and Citizenship" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran

Hadi Salehi¹, Seyed Hossein Sharifi², Donya Sanjabi Boroujeni³

ABSTRACT

In recent decades, the importance of National Human Rights Institutions as domestic mechanisms for implementing and promoting human rights has been increasingly emphasized internationally. These institutions, which include human rights commissions and ombudsmen, play a vital role in monitoring states' human rights obligations, particularly through mechanisms like the UN Human Rights Council and the Optional Protocol to the Convention against Torture. The Human Rights Ombudsman, as a key type of National Human Rights Institution, goes beyond the classic role of ombudsman in addressing administrative maladministration, specifically focusing on the protection and promotion of individuals' fundamental rights, and may possess broader powers to effect systemic change. In the Iranian legal system, despite the existence of institutions with oversight functions, there is a felt gap for an independent, specialized institution with the characteristics of a Human Rights Ombudsman to effectively guarantee the fundamental rights enshrined in the Constitution and other instruments. This article, using a descriptive-analytical method, examines the conceptual evolution and functions of the Human Rights Ombudsman internationally, takes a comparative look at the experiences of some countries, assesses the necessity of establishing a "National Institution for Human Rights and Citizenship" in Iran, and analyzes the challenges and ways forward. The main objective is to explain the crucial role such an institution can play in bridging the gap between legal human rights standards and their practical implementation in the country. This research employs a descriptive-analytical methodology. In the descriptive part, based on library resources and international documents, the concept of the Ombudsman and its evolution towards the Human Rights Ombudsman is explored. The main functions of this institution – including investigating human rights violations, monitoring public administration, promoting human rights, addressing systemic issues, and providing remedies – are detailed and compared with the functions of the classic ombudsman. Furthermore, the status of the Human Rights Ombudsman as a National Human Rights Institution and the international standards governing it, particularly the «Paris Principles» which include independence, broad mandate, adequate funding, and other aspects, are examined. In the analytical part, through a comparative study of

How to Cite: Salehi, Hadi, Sharifi, Seyed Hossein, Sanjabi Boroujeni, Donya, "A Comparative Study on Establishing the Human Rights Ombudsman with a Focus on the Necessity of Creating a "National Institution for Human Rights and Citizenship" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:243-262.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238736.2848>

Received: 12/02/2025-Accepted: 19/04/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Corresponding Author Email: hadi.salehi@shirazu.ac.ir

2. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

3. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Science, 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/>).

the experiences of establishing and operating similar institutions in countries like Turkey, Russia, and the United Arab Emirates, factors influencing their effectiveness are identified. Subsequently, the status of existing oversight bodies in Iran such as the General Inspectorate Organization and the Article 90 Commission of Parliament and previous attempts to create a National Human Rights Institution including bills from 2004 and 2021 are evaluated, and the necessity of establishing an independent institution with Human Rights Ombudsman characteristics within the Iranian legal framework is analyzed. The research findings indicate that the Human Rights Ombudsman as a National Human Rights Institution, plays a distinct and vital role in legal systems. Unlike classic ombudsmen primarily focus on administrative maladministration, these institutions have an explicit mandate to protect and promote human rights and possess broader powers, including initiating investigations into systemic issues, proposing legislative reforms, conducting human rights education, and, in some cases, referring cases to higher authorities like constitutional courts. Compliance with the «Paris Principles», particularly institutional and financial independence, a broad mandate, and accessibility, is essential for the effectiveness of these institutions. The experiences of countries such as Turkey, Russia, and the UAE demonstrate that establishing such institutions is feasible and beneficial even in diverse political systems, contributing to the improvement of the human rights situation. In Iran, existing oversight bodies like the General Inspectorate Organization and the Parliament's Article 90 Commission cannot effectively perform the functions of a Human Rights Ombudsman due to limitations in their mandate lacking an explicit focus on human rights, insufficient independence, jurisdiction confined to specific parts of the government, and inadequate accessibility. The main gap is the absence of an independent, accessible, and specialized mechanism for handling complaints regarding violations of citizens' fundamental rights enshrined in Chapter 3 of the Constitution and other documents and proactively monitoring the implementation of these rights. The lack of effective «Constitutional Complaint» procedures exacerbates this need. Actions by governments in different periods, including case-specific interventions by the Vice Presidency for Constitutional Affairs and the submission of two unsuccessful bills in 2004 and 2021 to establish a "National Institution for Human Rights and Citizenship ", attest to the recognition of this necessity by parts of the state apparatus. The 2021 bill, in particular, envisioned duties and powers for the National Human Rights Institution consistent with international standards. This research concludes that establishing an independent "National Institution for Human Rights and Citizenship " in Iran, in the form of a Human Rights Ombudsman ,is necessary and crucial. Such an institution could significantly help fill the existing gaps in the system for guaranteeing basic rights, especially given the limitations of judicial review mechanisms, by proactively monitoring the implementation of fundamental rights, addressing individual and systemic complaints using soft powers such as recommendations, reports, and mediation, promoting a human rights culture, and proposing legislative reforms. Creating this institution would not only respond to domestic demands and increase public trust but also help improve Iran's international interactions and image. Although challenges such as political resistance, structural limitations, and cultural perceptions exist, designing a domestic, independent model that is compatible with the Constitution and international standards like the Paris Principles, can be an effective step towards realizing human dignity and good governance.

KeyWords: Ombudsman, Human Rights Ombudsman, Fundamental Rights, National Human Rights Institution.



مقاله علمی-پژوهشی

مطالعه تطبیقی تأسیس آموذمان حقوق بشر با نگاهی به ضرورت ایجاد «نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

هادی صالحی^۱، سید حسین شریفی^۲، دنیا سنجابی بروجنی^۳

چکیده

این مقاله با نگاهی به ضرورت ایجاد «نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در نظام حقوقی ایران، به بررسی کارکردها و فرایند تأسیس آموذمان حقوق بشری به عنوان الگویی کلیدی برای تحقق اهداف این نهاد می‌پردازد. با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، مقاله نشان می‌دهد که آموذمان‌های حقوق بشری با تمرکز بر حمایت از حقوق بنیادین، نظارت بر نهادهای دولتی و خصوصی و ایجاد تغییرات سیستمی، نقشی حیاتی در تضمین حقوق بشر ایفا می‌کنند. تجربه کشورهای مانند ترکیه، روسیه و امارات متحده عربی مؤید اهمیت استقلال نهادی، اختیارات گسترده و تطابق با اصول پاریس در موفقیت این نهادهاست. در ایران، نهادهای موجود نظیر سازمان بازرسی کل کشور یا کمیسیون اصل ۹۰، به دلیل محدودیت‌های صلاحیتی، نبود استقلال و دسترسی‌پذیری ضعیف، فاقد کارآمدی لازم برای ایفای نقش آموذمان حقوق بشری هستند. این مقاله با تأکید بر خلأ قانونی و ناکارآمدی سازوکارهای فعلی، ایجاد نهادی مستقل مبتنی بر استانداردهای بین‌المللی را ضروری می‌داند. این نهاد باید با اختیارات نظارتی گسترده، امکان رسیدگی به شکایات فردی و سیستمی، آموزش حقوق بشر و تعامل با نهادهای بین‌المللی، به بهبود حکمرانی و پاسخگویی دولت بینجامد. چالش‌های پیش‌رو شامل مقاومت سیاسی، محدودیت‌های ساختاری و تلقی حقوق بشر به عنوان مفهومی «غربی» است؛ با این حال، طراحی مدلی بومی متناسب با اصول اسلامی و قانون اساسی می‌تواند راهگشا باشد.

کلید واژگان: آموذمان، آموذمان حقوق بشر، حقوق بنیادین، نهاد ملی حقوق بشر.

استناد به این مقاله: هادی، شریفی، سید حسین، سنجابی بروجنی، دنیا، «مطالعه تطبیقی تأسیس آموذمان حقوق بشر با نگاهی به ضرورت ایجاد «نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۲۴۳-۲۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238736.2848>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰

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

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

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

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد، 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

در سال‌های اخیر، نقش نهادهای ملی حقوق بشر در فرایندهای داخلی مرتبط با اجرا و اعمال حقوق بشر به‌طور فزاینده‌ای مورد توجه و تأکید حقوق بین‌الملل قرار گرفته است. این موضوع با در نظر داشتن نقشی که به این نهادها در شورای حقوق بشر سازمان ملل^۱ و بررسی ادواری جهان‌شمول^۲ معطوف به آن و همچنین در توصیه‌های برخی از نهادهای فرعی سازمان ملل متحد^۳ واگذار شده است، کاملاً مشهود است. چنین نهادهای ملی به‌واسطه «پروتکل اختیاری کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز»^۴ جایگاهی پراهمیت یافته‌اند. پروتکل مذکور در واقع نقطه عطفی در شیوه‌های نظارت بر ایفای تعهدات کشورهای ناظر به معاهدات بین‌المللی حقوق بشر ایجاد کرده است؛ زیرا در چارچوب تعیین‌شده در این پروتکل، به‌جای بهره‌گیری از روش‌های کلاسیک نظارت همچون اخذ گزارش‌های دوره‌ای از دولت‌های متعاقد، براساس ماده ۴ آن، دولت‌ها نسبت به پذیرش حق بازدید «کمیته فرعی پیشگیری از شکنجه» از هر مکان مورد ظن و همچنین ایجاد یک «سازوکار ملی پیشگیری»^۵ که دارای صلاحیت‌ها و وظایف کمیته فرعی در سطح داخلی است، متعهد می‌گردند. نهادهای متوالی «سازوکارهای پیشگیری ملی» صلاحیت نظارت و بازرسی نسبت به مؤسسات بخش خصوصی را نیز دارا هستند؛ این امر نیز از ابتکارات پروتکل یادشده به‌شمار می‌آید و بدین ترتیب دامنه نظارت بر نقض و تضییع حقوق بشر را از حوزه عمومی به حوزه خصوصی گسترش بخشیده است. این ابتکار به‌طور ویژه برای مهیا کردن سازوکاری برای اجرای «اصول راهنمای ملل متحد راجع به تجارت و حقوق بشر...»^۶ راه‌گشا خواهد بود.

اصطلاح نهادهای ملی حقوق بشر به‌طور کلی و براساس تعریف سازمان ملل متحد^۷ برای دو نوع نهاد نسبتاً متفاوت به کار می‌رود: کمیسیون‌های حقوق بشر و آمبودزمان‌ها. اگرچه نقش (کلاسیک) آمبودزمان به نقل از مؤسسه بین‌المللی آمبودزمان^۸ «حفاظت از مردم در برابر نقض حقوق، سوءاستفاده از قدرت، خطا، سهل‌انگاری، تصمیمات ناعادلانه و سوءمدیریت به‌منظور بهبود مدیریت عمومی و شفاف‌تر کردن اقدامات دولت و پاسخ‌گوتر کردن دولت و کارمندان آن در برابر مردم است»^۹، با این حال روند تحول کارکرد آمبودزمان بیانگر آن است که امروزه دغدغه‌های حقوق بشری محور فعالیت‌های حتی آمبودزمان‌های کلاسیک قرار گرفته است؛ هم به این دلیل که نقض حقوق بشر خود یکی از مصادیق

^۱. Human Rights Council

^۲. Universal Periodic Review

قطعهنامه ۲۵۱/۶۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ۳ آوریل ۲۰۰۶، مواد ۵ و ۱۱. قطعهنامه ۵/۱ شورای حقوق بشر، ۱۸ ژوئن ۲۰۰۷، پیوست، ماده ۱۵.

^۳. کمیته حقوق کودک: نقش نهادهای ملی مستقل حقوق بشر در حمایت و ارتقای حقوق کودک CRC/GC/2002/2، ۱۵ نوامبر ۲۰۰۲. کمیته حقوق

^۴. Optional Protocol to the UN Convention Against Torture and other cruel, Inhuman or degrading treatment or punishment

این سند در تاریخ ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ به تصویب رسید و در ۲۲ ژوئن ۲۰۰۶ لازم‌الاجرا شد.

^۵. National Preventive Mechanisms

^۶. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and conflict-affected areas: state obligations and business responsibilities.

^۷. United Nations, National Human Rights Institutions. *A handbook on the establishment and strengthening of national institutions for the promotion and protection of human rights*, Professional Training Series No 4, 1995, para. 39.

^۸. International Ombudsman Institute

^۹. See in: <https://www.legis.iowa.gov/docs/publications/SD/10057.pdf/>

سوءمدیریت تلقی می‌شود و هم از آن روی که این حقوق به تمام جنبه‌های حیات فردی و جمعی انسان‌ها معطوف می‌شوند. اما آنبودزمان‌های حقوق بشری اغلب به اختیارات ابتکاری^۱ مجهز می‌شوند تا به موجبات تغییر سیستمی را فراهم کنند. به همین دلیل مطابق اصول اعلامیه پاریس، آنبودزمان کلاسیک در کنار آنبودزمان‌های حقوق بشری و کمیسیون‌های داخلی حقوق بشر به‌عنوان نهادهای ملی حقوق بشر پذیرفته شده‌اند.^۲

حمایت از حقوق بشر افراد در ساحت ملی و داخلی، که تحت عناوینی همچون حقوق اساسی و حقوق شهروندی تعین یافته است، به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اساسی حکمرانی شایسته برشمرده می‌شود. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نهاد آنبودزمان که تا حدی در قالب کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی یا سازمان بازرسی کل کشور نمود یافته است، فاقد مؤلفه‌های ضروری برای کارکردهای مورد انتظار از یک آنبودزمان حقوق بشری است و این امر از تضمین حقوق بنیادین افراد خواهد کاست. دولت جمهوری اسلامی ایران تاکنون دو لایحه، تحت‌عنوان «حقوق شهروندی و نهاد ملی دفاع از حقوق شهروند» در سال ۱۳۸۳ و «لایحه ایجاد نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی» در سال ۱۴۰۰ تهیه کرده است که هر دو نافرجام بوده‌اند. در نوشتار حاضر، با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی در پی مطالعه تأسیس و کارکردهای آنبودزمان در زمینه حقوق بشر خواهیم بود و با مطالعه تطبیقی روند تحول این نهاد به ضرورت‌سنجی ایجاد آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران خواهیم پرداخت.

۱. سیر تحول و مبانی مفهومی آنبودزمان حقوق بشر

وجود نهاد آنبودزمان در جامعه مدرن ریشه در این حقیقت همیشگی دارد که شهروندان هرگز در تعامل با اداره و مقامات دولتی، احساس رضایت ندارند. به بیان دیگر، پیچیدگی‌های بوروکراتیک، عدم پاسخ‌گویی و نابرابری ذاتی میان شهروند و دولت، موجب آن است که هرگونه تعامل شهروند و اداره تجربه‌ای ناخوشایند تلقی شود. بنابراین بسیاری از فرهنگ‌های حقوقی مکانیسم‌ها و نهادهایی میانجی را برای نظارت پایشی^۳ بر اقدامات اداری ابداع و قوای سه‌گانه خود را با یک سازوکار حاکمیتی وادار به پاسخگویی کرده‌اند. این سازوکار از طریق تقویت شفافیت و پاسخ‌گو کردن ارکان حاکمیتی (و حتی برخی نهادهای خصوصی) به بهبود شاخص‌های حکمرانی خوب در یک کشور کمک می‌کند. این سازوکار در دوران مدرن «آنبودزمان» نام گرفته است. مؤسسه بین‌المللی آنبودزمان^۴ بیش از ۲۳۰ آنبودزمان مستقل در ۱۳۰ کشور را فهرست کرده است.^۵

صاحب‌نظران انواع گوناگونی برای آنبودزمان برگزیده‌اند؛ برخی همچون «هارلو و رالینگ»^۶ با رویکردی نتیجه‌گرا، آنبودزمان را به انواع «آتش‌نشان»^۷ و «دیده‌بان آتش»^۸ طبقه‌بندی کرده‌اند. آنبودزمان «آتش‌نشان» به‌صورت منفعل بر حل‌وفصل شکایات فردی تمرکز دارد؛ درحالی‌که آنبودزمان دیده‌بان به‌شکل فعال در پی شناسایی و رسیدگی به مسائل

^۱. Own-motion powers

^۲. Carl, Sabine. *The History And Evolution Of The Ombudsman Model. Research Handbook On The Ombudsman*, Edward Elgar Publishing, 2018, P 18.

^۳. برای مطالعه درخصوص انواع نظارت بنگرید به: هداوند، مهدی و جواد یحیی‌زاده، «تحلیل واژگانی گفتمان نظارت در نظام حقوقی ایران؛ با تأکید بر روش دیرینه‌شناسی فوکو»، فصلنامه حقوق اداری، دوره ۱۱، شماره ۳۶، ۱۴۰۲، صص ۲۲۹-۲۵۱.

^۴. International Ombudsman Institute

^۵. See in: <http://www.theioi.org/ioi-members>

^۶. Carol Harlow & Richard Rawlings

^۷. Fire-Fighting

^۸. Fire-Watching

سیستمی در سیستم‌های اداری و جلوگیری از شکایات آتی با نظارت و رسیدگی به مشکلات اساسی است؛ اما آلودزمان آتش‌نشان به دنبال جبران خسارت پس از طرح شکایات و اطمینان از اصلاح بی‌عدالتی‌های فردی است.^۱ در رویکرد حقوقی نیز، آلودزمان‌ها به سه نوع آلودزمان «مدل کلاسیک (پارلمانی)، مدل اجرایی و مدل حقوق بشر» تقسیم‌بندی می‌شود.

۱.۱. آلودزمان حقوق بشری

برخی آلودزمان‌های حقوق بشری را در قالب آلودزمان ترکیبی^۲ دسته‌بندی کرده‌اند؛ چراکه در اغلب آلودزمان‌ها، نقش کلاسیک بازرسی نسبت به سازمان‌ها و ادارات دولتی در کنار صلاحیت‌های حفاظت از حقوق بشر توسط آنان ایفا می‌شود. اما باید گفت که می‌توان آلودزمان‌های حقوق بشر را به لحاظ کارکرد طیفی از نهادهایی در نظر گرفت که از یک سو بسیار به یک آلودزمان کلاسیک نزدیک‌اند و از دیگر سو، برخی آلودزمان‌ها را می‌توان یافت که بسیار به کمیسیون‌های حقوق بشری صرف نزدیک‌اند. آلودزمان «ضمنی» حقوق بشر، همچون آلودزمان نیوزلند، علاوه بر ایفای نقش خود به عنوان یک مدل کلاسیک، سابقه رسیدگی به موضوعاتی مانند شکایات زندانیان (مربوط به رفتار تحقیرآمیز) و رویه‌های اداری در مدارس (مربوط به حق آموزش) را داشته است. درحالی‌که مدلهایی چون آلودزمان فنلاند، مدل «صریح» و «توسعه‌یافته» آلودزمان حقوق بشر به شمار می‌آیند؛ از آن روی که از طریق قوانین یا اصول قانون اساسی، به صراحت مأموریت حقوق بشر به آلودزمان اعطا شده است.^۳

ایجاد آلودزمان‌های حقوق بشر به دهه ۱۹۷۰ میلادی و به تعبیر ساموئل هانتینگتون «موج سوم دموکراسی» در جنوب اروپا بازمی‌گردد که تأسیس این نهادها را برای نخستین بار در اسپانیا و پرتغال به دنبال داشت.^۴ نهاد «یادآور»^۵ پرتغال، که در سال ۱۹۷۵ میلادی و پس از تحولات «انقلاب میخک»^۶ در این کشور تأسیس شد، افزون بر ایفای نقش پایشی و نظارتی بر ادارات دولتی صلاحیت ترویج و محافظت از حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان پرتغالی را نیز دارا بود. قانون اساسی اسپانیا نیز در دوران پسا فرانکو در سال ۱۹۷۸، ایجاد نهادی با عنوان «مردم‌پناه»^۷ با صلاحیت خاص «حمایت از حقوق بشر» را پیش‌بینی کرده بود.^۸ تحولات سیاسی و اقتصادی همچون گذار کشورهای حوزه آمریکای لاتین از حکومت‌های نظامی به حکومت‌های دموکراتیک، پایان جنگ سرد، فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی و گذار کشورهای اروپای شرقی به سمت دموکراسی لیبرال،^۹ در کنار تأثیر توصیه‌های سازمان‌های بین‌المللی بر کشورهای در حال توسعه به منظور بهبود وضعیت حقوق بشر و اصلاح ساختارهای حکمرانی روند ایجاد آلودزمان‌های حقوق بشری را تسریع کرد.

^۱ Harlow, Carol and Richard Rawlings. *Law And Administration*, Cambridge University Press, 2006, PP 537-8.

^۲ Hybrid

^۳ Tai, Benny Y. T. "Models Of Ombudsman And Human Rights Protection", *International Journal Of Politics And Good Governance*, Volume 1, Issue 1.3, Quarter III, 2010, PP 5-9.

^۴ Reif, Linda, C. "The Transplantation And Adaptation: The Evolution Of The Human Rights Ombudsman", *Boston College Third World Law Journal*, Volume 31, Issue 2, 2011, P 272.

^۵ Provedor de Justira

^۶ Carnation Revolution

^۷ Defensor del Pueblo

^۸ Reif, Linda C, *The Ombudsman, Good Governance, And The International Human Rights System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, P 393.

^۹ Finkel, Evgeny. *Defending Rights, Promoting Democracy: The Institution Of Ombudsman In Poland, Russia And Bulgaria*, European Forum at The Hebrew University, Helmut Kohl Institute For European Studies, 2006, P 7.

امروزه در سراسر کشورهای جهان، آلودزمان حقوق بشر با مأموریت مشابه و عناوین مختلف قابل مشاهده است؛ در آرژانتین: کمیسیون ملی تضمین حقوق بشر، در جمهوری آذربایجان: کمیسر حقوق بشر، در بوسنی و هرزگوین: نهاد بازرسی حقوق بشر، در کاستاریکا: مدافع ساکنان، در آلمان: کمیسر فدرال برای سیاست‌گذاری حقوق بشر، در هندوستان: کمیسیون ملی حقوق بشر و آلودزمان‌های وابسته در سطح ایالتی، در پاکستان: بازرسان فدرال و استانی، از جمله یک بازرس اختصاصی برای حقوق بشر و در آفریقای جنوبی: محافظ عمومی همه انواعی از آلودزمان‌های حقوق بشری شناخته شده‌اند.^۱

۱.۱.۱. کارکردهای آلودزمان حقوق بشر

به طور کلی می‌توان کارکردهایی حقوق بشری یک آلودزمان را به شرح ذیل فهرست کرد:

۱.۱.۱.۱. تحقیق و بازرسی موارد نقض حقوق بشر

آلودزمان حقوق بشر موظف است به شکایات مردم از موارد نقض اصول و موازین حقوق بشر (حقوق اساسی و شهروندی)، که غالباً توسط نهادهای حاکمیتی انجام می‌پذیرد، رسیدگی کند و فعل یا ترک فعلی را، که منجر به تضییع حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان شده است، مورد تحقیق و بازرسی قرار دهد. به عنوان مثال، آلودزمان حقوق بشر در اوگاندا به موارد بازداشت و حبس خودسرانه و محرومیت از محاکمه عادلانه رسیدگی می‌کند.^۲ آلودزمان فنلاند نیز با پایش مداوم بازداشتگاه‌های پلیس و زندان‌ها، از حقوق زندانیان محافظت می‌کند. حمایت از حقوق مالکیت، بررسی شکایات نسبت به انواع رفتارهای تبعیض‌آمیز، حقوق افراد بستری در مراکز روان‌پزشکی نیز از دیگر مثال‌های کارکرد آلودزمان در زمینه تحقیق و بازرسی نسبت به موارد نقض حقوق بشر است.^۳

۱.۱.۱.۲. پایش منظم اداره‌های دولتی

کاملاً مشابه با کارکرد آلودزمان کلاسیک، آلودزمان حقوق بشر نیز قانونمندی اعمال و منصفانه بودن رویه‌های اداری را تحت مراقبت دارد تا از موارد سوءاستفاده از اختیارات، اعمال تبعیض و سایر سوءمدیریت‌هایی، که منجر به نقض حقوق بشر می‌گردد، پیشگیری کند. در این زمینه، عملکرد آلودزمان مختلط هنگ‌کنگ^۴ را می‌توان به عنوان نمونه ذکر کرد که در گزارش سالانه خود در سال ۲۰۱۷، با این عبارت نقش خود را چنین توصیف کرده است: «دیده‌بان^۵ جامعه برای محافظت از حقوق بشر^۶». بر این اساس، مواردی از پیگیری «تخصیص عادلانه آپارتمان‌های مسکن استیجاری عمومی»، «پایش ایمنی جاده‌ها به منظور رعایت حق حیات و تمامیت جسمانی رانندگان» (گزارش سالانه سال ۲۰۰۷ و «رسیدگی به شکایات نقض قانون دسترسی آزاد به اطلاعات» (گزارش سالانه سال ۲۰۱۱)، قابل

^۱. Hossain, Kamel, et Al. (eds.) *Human Rights Commissions And Ombudsman Offices: National Experiences Throughout The World*, BRILL, 2021. Pp. 113-116.

^۲. Carver, Richard And Paul Hunt. "National Human Rights Institutions In Africa", *Human Rights Commissions And Ombudsman Offices*, Brill Nijhoff, 2001, P 748.

^۳. Reif, Op. Cit., PP 143, 207, 303.

^۴. Hertogh, Marc and Richard Kirkham (eds.) *Research Handbook On The Ombudsman*, Edward Elgar Publishing, 2018, P 103.

^۵. Watchdog

^۶. See in: <https://www.ombudsman.hk>

مشاهده است.

۱.۱.۱.۳. ترویج حقوق بشر

یکی از وظایف کلیدی آمبودزمان حقوق بشر، ارتقای شاخص‌های رعایت حقوق بشر از طرق مختلف است. این موارد شامل آموزش حقوق بشر (ارتقای آگاهی عمومی)، پژوهش‌ها و پیمایش‌های شناسایی‌کننده چالش‌ها و خلأها و ابتکاراتی به منظور اصلاح قوانین است. همچنین ارائه توصیه به دولت‌ها درباره نحوه هماهنگ کردن قوانین داخلی با تعهدات بین المللی حقوق بشر نیز از دیگر کارکردهاست. آمبودزمان غنا، موسوم به «کمیسیون حقوق بشر و عدالت اداری»^۱ به برگزاری دوره‌های آموزشی منظم به منظور تعلیم حقوق بشر به مأموران اداری و خدمات عمومی، نیروی پلیس، دانش‌آموزان و زنان اقدام می‌کند.^۲

۱.۱.۱.۴. رسیدگی به مسائل سیستمی و ایجاد تغییرات سیستمی

برخلاف آمبودزمان کلاسیک، که اغلب بر موارد موردی و فردی تمرکز می‌کنند، آمبودزمان حقوق بشر غالباً به موضوعات سیستمی می‌پردازند که بر بسیاری از شهروندان تأثیر می‌گذارد. این روند شامل بررسی موضوعات فراتر از شکایات فردی به منظور شناسایی الگوهای نقض حقوق بشر و ناکارآمدی اداری در این زمینه است. بنابراین، آمبودزمان‌های حقوق بشر اغلب این صلاحیت و اختیار را دارند که به‌تنهایی فرایند تحقیقات را آغاز و به مسائل سیستماتیک نقض حقوق بشر رسیدگی کنند. این صلاحیت به آنها اجازه می‌دهد تا به علل اساسی و زمینه‌های بروز نقض حقوق بشر رسیدگی کنند و با ارائه راه‌حلی که تغییرات راهبردی به همراه خواهد داشت، در سیاست‌گذاری‌های بلندمدت تأثیرگذار خواهند بود. آمبودزمان اسپانیا، یعنی نهاد «مدافع مردم»^۳ با هدف حفاظت مؤثر از حقوق بشر، با شناسایی نقض در قوانین موجود، می‌تواند پیشنهادهایی را برای اصلاح قوانین را به پارلمان ارائه دهد^۴ و همچنین می‌تواند پیشنهاد کند که به منظور پر کردن خلأ قانونی، که منجر به نقض حقوق بشر می‌شوند، قانونی متناسب در پارلمان تهیه شود.^۵

۱.۱.۱.۵. ارائه راه‌حل‌ها

پس از بررسی شکایات یا شناسایی موارد نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین، آمبودزمان حقوق بشر می‌تواند از طریق نظرات مشورتی و احکام غیرالزام‌آور همچون توصیه به اصلاح رویه‌ها، توصیه به جبران خسارات وارده یا تجدید فرایند اداری باشد. نقش آمبودزمان حقوق بشر غالباً میانجی‌گری است و به واسطه تسهیل گفت‌وگو میان شهروندان و نهادهای حاکمیت به حصول توافق میان شاکی و اداره می‌پردازد و در برخی موارد برای تغییر سیستمی و اصلاح قوانین، به ارائه پیشنهاد می‌پردازد. در کنار این راه‌حل‌ها، آمبودزمان حقوق بشر دارای صلاحیت ارجاع شکایات به نهادهای بالاتر و دستگاه قضایی و به‌ویژه دادگاه‌های قانون اساسی است.

¹. The Commission on Human Rights and Administrative Justice (CHRAJ).

². Short, Emile Francis. "The Development And Growth Of Human Rights Commissions In Africa—The Ghanaian Experience", *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices*, Brill Nijhoff, 2001, P 196.

³. Defensor del Pueblo

⁴. Porras Nadales, A. "Los Defensores Del Pueblo Ante La Reforma De Los Estatutos De Autonomía: El Ombudsman Frente A Los Derechos Sociales", *Reaf*, Issue 6, 2006, P 33.

⁵. Rebollo Delgad, Lucrecio. *La institución del Ombudsman en España*, Dykinson, 2013, PP 182-185.

۱.۱.۲. مقایسه کارکردی آمبودزمان کلاسیک و آمبودزمان حقوق بشری

به منظور درک ضرورت و اهمیت آمبودزمان‌های حقوق بشری، به ارزیابی تفاوت‌های کارکردی مدل‌های کلاسیک و حقوق بشری آمبودزمان خواهیم پرداخت. مهم‌ترین تفاوت بارز تفاوت در «کارویژه» و «مأموریت» تعریف شده برای این دو مدل آمبودزمان است. در مدل کلاسیک، آمبودزمان موظف است در درجه نخست بر سوءرفتار اداری تمرکز کند و عدالت اداری را ارتقا بخشد؛ این موضوع شامل نظارت بر فساد اداری، سوءاستفاده از اختیارات، نقض قانون‌مندی و رویه‌های نابرابر است. حال آنکه در مدل حقوق بشری، آمبودزمان صراحتاً موظف است فعالیت‌های خود را معطوف به حمایت و ارتقا حقوق بشر کند و بازرسی از اداره‌ها نیز معطوف به این وظیفه بنیادی است. جدول شماره ۱ برخی از تفاوت‌های کارکردی بین مدل‌های کلاسیک و حقوق بشر را بیان می‌کند.

ویژگی	آمبودزمان کلاسیک	آمبودزمان حقوق بشری
کارویژه	رعایت قانون‌مندی و اصل انصاف در اداره	رعایت حقوق بشر و پیشگیری از تبعیض
مأموریت‌ها	بازرسی تخلفات اداره و سوءاستفاده از اختیارات	حمایت و ترویج حقوق بشر
نقش آفرینی نسبت به حقوق بشر	صلاحیت اختیاری برای رسیدگی به نقض حقوق بشر ناشی از سوءرفتار اداری	صلاحیت ذاتی برای نظارت بر رعایت حقوق بشر و تلاش برای ارتقای آن
محدوده صلاحیت	محدود به نهادهای وابسته به قوه مجریه	کلیه نهادهای حاکمیتی و برخی نهادهای خصوصی
اختیارات	بازرسی، ارائه توصیه و گزارش	ارجاع به دادگاه قانون اساسی، پژوهش و پیمایش به منظور شناسایی چالش‌های حقوق بشری، فعالیت آموزش برای ترویج حقوق بشر
دامنه اهداف	رعایت استانداردهای حداقلی در فعالیت منصفانه اداره	رعایت اصول حقوق بشر
رویکرد به عدالت	تمرکز بر عدالت رویه‌ای	عدالت رویه‌ای و رعایت حقوق فردی سیاسی، مدنی و حقوق اجتماعی و اقتصادی

جدول شماره ۱. مقایسه کارکردی مدل‌های آمبودزمان‌های کلاسیک و حقوق بشری

۲. جایگاه آمبودزمان به عنوان «نهاد ملی حقوق بشر»

پس از پایان جنگ جهانی دوم (۱۹۴۶ م)، طراحی و ایجاد سازوکارهایی متناسب به منظور اجرا و اعمال اسناد مصوب جهان‌شمول و بین‌المللی حقوق بشر در عرصه حقوق داخلی و ملی کشورها، موضوع سمینارهای علمی و همچنین نشست‌های نهادهای وابسته به سازمان ملل متحد همچون کمیسیون حقوق بشر و مجمع عمومی بوده است. برای نمونه، بازتاب این مساعی را می‌توان در بند ۲ ماده ۱۴ «میثاق بین‌المللی رفع هرگونه تبعیض نژادی»^۱ مصوب ۱۹۶۵ مشاهده کرد که وفق آن «هر یک از دولت عضو... می‌تواند یک هیئت صلاحیت‌دار را جهت دریافت و رسیدگی به شکایات افراد و گروه‌های مدعی قربانی نقض حقوق این میثاق، تعیین نماید». در سال ۱۹۹۱ میلادی، اولین کارگاه بین‌المللی در مورد نهادهای ملی برای ترویج و حمایت از حقوق بشر در پاریس برگزار شد و مجموعه‌ای از اصول راهبردی ناظر به وظایف، ویژگی‌های الزامی و ساختار نهادهای ملی حقوق بشر (شامل کمیسیون‌ها و آمبودزمان‌ها)، موسوم به «اصول پاریس» را به دنبال داشت. برخی از این اصول و استانداردها عبارت‌اند از: «استقلال نهادی، اختیارات گسترده قانونی، صلاحیت‌های

^۱ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

کنوانسیون مذکور تحت عنوان «قانون مربوط به قرارداد بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی» در سال ۱۳۴۷ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است.

لازم برای ترویج و حمایت از حقوق بشر، برخورداری از بودجه کافی و مناسب، مسئولیت هماهنگ‌سازی قوانین داخلی با تعهدات بین‌المللی کشور، مسئولیت مشارکت در تهیه و ارائه گزارش‌های ملی به نهادهای زیرمجموعه سازمان ملل متحد.^۱ اصول پاریس با بیان استانداردهای چندگانه، معیاری برای ارزیابی و اعتبار بخشی به نهادهای ملی حقوق بشر ایجاد می‌کند که توسط نهاد «اتحاد جهانی نهادهای ملی حقوق بشر»^۲ مورد استفاده است. نهاد مذکور تا سال ۲۰۲۰، در مجموع ۱۲۹ نهاد ملی حقوق بشر را معتبر شناخته است.^۳

۲.۱. مفهوم‌شناسی و ضرورت ایجاد نهادهای ملی حقوق بشر

نهاد ملی حقوق بشر، سازوکاری اجرایی و عملی به منظور ارتقا و حمایت از حقوق بشر در عرصه داخلی کشورهاست که به عنوان پل ارتباطی میان دولت و جامعه مدنی، به عنوان نهادی نظارتی، در پی تضمین احترام، محافظت و تحقق حقوق بشر است.^۴ نقش نظارتی این نهادها، برخلاف نظارت قضایی بر نقض حقوق بشر که از نوع منفعل به شمار می‌آید، نظارتی پایشی و فعال است که علاوه بر جست‌وجوی راه‌حل‌های موردی (همچون جبران خسارت) به دنبال ایجاد تغییرات سیستمی همچون تغییر یا ابتکار قوانین و رویه‌های حمایت‌کننده از حقوق بشر است. ایجاد نهاد ملی حقوق بشر، به واسطه اصلی از قانون اساسی یا به موجب قانون عادی، هرچند از سوی دولت صورت می‌پذیرد، باید از هر گونه نفوذ حاکمیتی ایمن باشد. بحث درباره ضرورت ایجاد چنین نهادی به شناخت بهتر مفهوم و کارکرد آن کمک می‌کند.

فراتر از رسیدگی به موارد فردی نقض حقوق بشر، نهاد ملی حقوق بشر به ترویج فرهنگ گسترده‌تر احترام به حقوق بشر، از طریق آموزش و افزایش آگاهی عمومی در جامعه می‌پردازد. بی‌تردید اجرای اصول و موازین حقوق جهان‌شمول بشر، چنانچه متناسب با فرهنگ و سنت‌های ملی کشورها انجام شود، به کارایی و سازگاری بیشتر خواهد انجامید. همچنین، از آن روی که اصول و موازین حقوق بشر در نظام حقوقی داخلی کشورها، به حقوق اساسی و حقوق شهروندی ترجمان می‌شود و به لحاظ اهمیت و اولویت این دسته از حقوق بنیادین، افراد به‌طور روزمره با اجرا و یا نقض آن‌ها روبه‌رو خواهند بود، نظارت بر تحقق‌پذیری آنها نیازمند حضور نهاد ملی و داخلی است که ضمن پایش امور، قابل دسترس بودن برای افراد و آشنایی کامل با اوضاع و احوال جامعه و تعهدات حقوقی دولت، به پیگیری احقاق حقوق بنیادین افراد بپردازد. علاوه بر موارد فوق، یکی از مهم‌ترین دلایلی که تأسیس یک نهاد ملی حقوق بشر را ضروری می‌سازد، برطرف کردن نقایص سیستم‌های موجود حمایت از حقوق بشر، به‌ویژه فقدان یا ناکارآمدی دادگاه‌های حامی حقوق بشر و نهاد دادخواهی اساسی است. به بیان دیگر، صرفاً گنجاندن فهرستی از حقوق در قانون اساسی یا منشور حقوق شهروندی، بدون در نظر داشتن ضمانت اجرای قضایی ویژه برای آن، موجب ارتقای حقوق بنیادین نمی‌شود و بسیاری از موارد نقض حقوق بنیادین بدون رسیدگی باقی می‌مانند؛ نهادهای ملی حقوق بشر، به عنوان نهادی میانجی در پر کردن این شکاف از مسیری غیرقضایی و از طریق «اختیارات نرم» همچون توصیه و گزارش و ایجاد فشار اجتماعی نقشی تأثیرگذار دارد. در این زمینه می‌توان به احکامی^۵ از دادگاه بین‌آمریکایی حقوق بشر اشاره کرد که «امکان واقعی اقامه دعوی ساده و سریع» را شرط

¹ Reif, Op. Cit., P 96.

² Global Alliance of National Human Rights Institutions.

³ Available at:

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/NHRI/StatusAccreditationChartNHRIs.pdf>

⁴ Langtry, David and Kirsten Roberts Lyer. *National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice*, Oxford University Press, 2021, P 6.

⁵ See e.g: Juan Stinchez Case, Judgment of June 7, 2003, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 99, 2003.

لازم برای مؤثر بودن حقوق اساسی می‌داند. علاوه بر این، فرایندهای قضایی غالباً پرهزینه، زمان‌بر و برای بسیاری از افراد، به‌ویژه گروه‌های آسیب‌پذیر، غیرقابل دسترس هستند. نهاد ملی حقوق بشر، به‌دلیل دسترسی آسان و به‌کارگیری رویه‌های غیررسمی، «دسترسی به عدالت» را از مسیری جایگزین، فراهم می‌کند. در این موارد می‌توان به عدم بی‌طرفی دستگاه قضایی نسبت به رسیدگی به موارد نقض حقوق بشر و همچنین نیاز به نهاد نظارتی، که به‌طور تخصصی به رعایت موازین حقوق بشر بپردازد، اشاره کرد.

نهاد ملی حقوق بشر به دو دسته‌بندی کلی شامل «کمیسیون‌های حقوق بشر» و «آمبودزمان‌های حقوق بشر» تقسیم می‌شود.^۱ هرچند که جایگاه و عملکرد آنها در بسیاری از زمینه‌ها مشابه و یکسان به نظر می‌رسد، عمده تفاوت میان کمیسیون حقوق بشر و آمبودزمان حقوق بشر، تفاوت در ساختار سازمانی و حیطه صلاحیت‌ها و اختیارات است.^۲ جدول شماره ۲، تمایز کمیسیون‌های حقوق بشر و آمبودزمان‌های حقوق بشر را نمایش می‌دهد.

ویژگی	کمیسیون حقوق بشر	آمبودزمان حقوق بشر
تمرکز عمده مأموریت‌ها	ترویج حقوق بشر از طریق پیگیری مسائل سیستماتیک	بررسی شکایت‌های فردی ناظر بر حقوق بشر به‌ویژه نقض حقوق بشر ناشی از رفتار سوء اداره
ساختار	توسط گروهی از اعضا اداره می‌شود.	توسط یک شخص به‌عنوان بازرس اداره می‌شود.
اختیارات	پژوهش، آموزش، مشاوره به دولت و نظارت بر تحقق حقوق بشر	پذیرش شکایات موردی و نوعی، نظارت فعال و پایشی بر کلیه امور عمومی.
اختیار بازرسی	در صورت صلاح‌دید به بازرسی و پذیرش شکایات می‌پردازد.	موظف به بازرسی و پذیرش شکایات است.
دسترسی‌پذیری	از طریق کمپین‌های آگاهی‌بخشی با افراد در ارتباط است.	با تعبیه فرایند شکایت، برای همگان در دسترس است.
تعامل با قوه قضائیه	به‌عنوان مشاور با دادگاه همکاری می‌کند.	می‌تواند روند دادخواهی اساسی را آغاز کند.

جدول شماره ۲. تفاوت کمیسیون‌های حقوق بشر و آمبودزمان حقوق بشر.

۲.۲. اثربخشی نهاد ملی حقوق بشر

هر نهاد ملی حقوق بشر باید به‌گونه‌ای ایجاد و پشتیبانی شود که بتواند به‌شکل مؤثر در بافت و زمینه داخلی کشور خود فعالیت کند. موفقیت این نهاد به‌منظور حمایت از حقوق بشر، وابسته به تحقق عوامل به‌هم‌پیوسته حقوقی، سیاسی، مالی و اجتماعی است. این عوامل برای همه این نهادها، چه در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه، کاربرد دارند. ضعف در هریک از این عوامل، از کارآمدی و اثربخشی نهاد می‌کاهد. برخی همچون مقام آمبودزمان ملی هلند^۳ بر این باورند که وجود نهادهای ملی حقوق بشر و به‌ویژه آمبودزمان حقوق بشری در کشورهای غیردموکراتیک و فاقد «حاکمیت قانون» غیرقابل‌تصور است؛ چراکه این نهادها در حقیقت فقط در نظام‌های مبتنی بر نظارت و تعادل و حاکمیت قانون مؤثر خواهند بود.^۴ اما بررسی تجربه تأسیس و عملکرد آمبودزمان حقوق بشر در برخی کشورهای فاقد دموکراسی لیبرال یا در حال گذار، بیانگر آن است که وجود این نهادها گاهی نقش مثبت و مؤثری در تضمین حقوق

^۱. Reif, Op.Cit., P 99.

^۲. Goodman, Ryan And Tom Pegram. *National Human Rights Institutions, State Conformity, and Social Change*, In: Goodman, Ryan and Thomas Pegram (eds.). *Human Rights, State Compliance, And Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, 2012, PP 43-45.

^۳. Marten Oosting

^۴. Oosting, Marten. "Protecting The Integrity And Independence Of The Ombudsman Institution: The Global Perspective", *The International Ombudsman Yearbook*, Volume 5, Brill Nijhoff, 2002, PP 13-15.

بنیادین افراد داشته است؛ کمیسر لهستانی حمایت از حقوق مدنی که در سال‌های پایانی حکومت کمونیستی در لهستان تأسیس شد و فعالیت آنبودزمان ملی پرو^۱ پس از کودتای نظامی فوجیموری^۲ از جمله این موارد به‌شمار می‌آید.^۳ بنابراین می‌توان گفت صرف وجود نهادهای ملی حقوق بشر در جوامع سیاسی، که شاخص‌های دموکراسی و حاکمیت قانون در آنها چندان قابل توجه نیست، خود می‌تواند به‌عنوان نهادی پاسدار حقوق بنیادین افراد شناسایی شود. به‌بیان دیگر، هر کشوری که دارای یک قانون اساسی است، لاجرم فهرستی از حقوق بنیادین را برای زیست شایسته افراد و گروه‌های متبوع خود بیان کرده است و آنبودزمان حقوق بش، ابزاری است که برای حمایت و تضمین احقاق این حقوق می‌کوشد.

۳. مطالعات موردی

در این بخش تجربه برخی کشورهای همسایه با جمهوری اسلامی ایران را در زمینه تأسیس آنبودزمان حقوق بشر بررسی می‌کنیم.

۳.۱. ترکیه

پس از اصلاح ماده ۷۴ (ناظر به حق دادخواهی) قانون اساسی جمهوری ترکیه در سال ۲۰۱۰ میلادی و افزودن عبارت «حق دسترسی به اطلاعات و شکایت به آنبودزمان»، امکان تأسیس نهاد آنبودزمان در این کشور میسر شد. تأسیس نهاد آنبودزمان جمهوری ترکیه تحت‌عنوان Kamu Denetçiliği Kurumu (نهاد بازرسی) در سال ۲۰۱۲ و به‌موجب قانون مصوب پارلمان (شماره ۶۳۲۸) انجام پذیرفت.^۴ این نهاد موظف است در محدوده وظایف خود، شکایات هر فرد یا شخص حقوقی را صرف‌نظر از وابستگی مذهبی، فرهنگی یا قومی بپذیرد و پس از ارزیابی و رسیدگی، نتایج آنها را گزارش می‌دهد. براساس مفاد قانون مذکور،^۵ نهاد بازرسی دارای بودجه‌ای مستقل نیز است. بازرسی ارشد و پنج بازرسی دیگر برای مدت چهار سال توسط مجلس ملی کبیر ترکیه انتخاب می‌شوند و در کار خود مستقل‌اند. استقلال و بی‌طرفی نهاد بازرسی به‌طور کامل توسط قانون تضمین شده است. از این‌رو، نهاد بازرسی سازوکار مستقل و مؤثری برای ثبت شکایات درخصوص عملکرد خدمات عمومی است و تحقیقاتی را انجام می‌دهد و توصیه‌هایی را دربارهٔ صحت انواع اقدامات، رویه‌ها، مواضع و رفتار دولت از نظر قانونی و انصاف درمورد احترام به حقوق بشر ارائه می‌دهد.

مطابق با ماده ۵ قانون مذکور، این نهاد وظیفه یافته است که «در مورد انواع اقدامات... پس از شکایت از عملکرد اداره، در چارچوب درک عدالتی مبتنی بر حقوق بشر و از جنبه قانونی و انطباق با اصول انصاف، بررسی، تحقیق و توصیه‌هایی را به اداره ارائه دهد.» همانند سایر نهادهای بازرسی در سراسر جهان، نهاد بازرسی ترکیه نیز دو هدف عمده را دنبال می‌کند: نخست، «حمایت» از حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و دوم، «ترویج» و گسترش این حقوق و آزادی‌ها. در راستای تحقق این اهداف، این نهاد با بررسی و تحقیق شکایات ارائه‌شده از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی، اعم از داخلی و خارجی، و شناسایی موارد تخلف، اقداماتی را برای رفع آنها انجام می‌دهد که این اقدامات در نهایت منجر به

^۱ Defensor del Pueblo

^۲ Fujimori

^۳ Reif, Op. Cit., P 399.

^۴ See in: <https://english.ombudsman.gov.tr/index/>

^۵ Available at: https://english.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/by-law/Law%20no_%206328-revised-03-08-2019.pdf/

حمایت از حقوق شهروندان می‌شود.

۳.۲. آمبودزمان حقوق بشر روسیه

آمبودزمان حقوق بشر روسیه، که به‌طور رسمی به‌عنوان «کمیسر عالی حقوق بشر فدراسیون روسیه»^۱ شناخته می‌شود، نهادی دولتی است که با هدف حمایت و ترویج حقوق بشر و آزادی‌های اساسی تأسیس شده است. اولین اشاره به چنین دفتری را می‌توان در اعلامیه حقوق بشر و شهروند، که توسط شورای عالی در ۲۲ نوامبر ۱۹۹۱ تصویب شد، جست‌وجو کرد. این اعلامیه پیشنهاد ایجاد یک کمیسر پارلمانی برای حقوق بشر را داد؛ اگرچه اجرای آن به‌دلیل فضای سیاسی آشفته پیرامون فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی به تعویق افتاد.

در سال ۱۹۹۶، یک قانون اساسی فدرال درمورد «کمیسر حقوق بشر در فدراسیون روسیه»^۲ برای تنظیم فعالیت‌های بازرس تصویب شد. بر اساس ماده ۱ این قانون، وظایف اصلی کمیسر عبارت‌اند از: «دریافت و بررسی شکایات شهروندان درباره نقض حقوق بشر؛ ترویج احیای حقوق نقض‌شده از طریق توصیه‌ها و میانجی‌گری؛ دفاع از اصلاحات قانونی برای همسو کردن قوانین روسیه با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر و آموزش عمومی درباره حقوق بشر و مکانیسم‌های موجود برای حمایت از آنها». ماده ۱۵ نه‌فقط اتباع روسیه، بلکه اتباع خارجی مقیم روسیه را نیز تحت صلاحیت آمبودزمان قرار می‌دهد. همچنین مشخص می‌کند که بازرس حقوق بشر می‌تواند «اگرچه نمی‌تواند خود روند ابتکار قانون را آغاز کند، اما دارای این صلاحیت است که اصلاحاتی در قانون پیشنهاد کند» و همچنین می‌تواند «به دادگاه قانون اساسی شکایت کند، اما از این نظر با همه شهروندان روسیه تفاوتی ندارد».^۳

۳.۳. مؤسسه حقوق ملی حقوق بشر امارات متحده عربی

مؤسسه ملی حقوق بشر در امارات متحده عربی^۴ (الهیئه الوطنیه حقوق الانسان) در سال ۲۰۲۱ و براساس قانون فدرال شماره ۱۲، تأسیس شد.^۵ تأسیس این مؤسسه نقطه عطفی در مسیر حقوق بشر امارات محسوب می‌شود و نشان‌دهنده تعهد این کشور به همسو کردن سیاست‌های ملی خود با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر است. بررسی قانون تأسیس این نهاد نشان می‌دهند که این مؤسسه در تطابق مناسبی با اصول پاریس ایجاد شده است.

وفق ماده ۳ قانون مذکور، استقلال مؤسسه با این عبارات تضمین شده است: «از شخصیت حقوقی مستقل، استقلال مالی و اداری در اجرای وظایف، فعالیت‌ها و صلاحیت‌های خود برخوردار است و توسط رئیس آن در برابر قوه قضائیه و در روابط خود با اشخاص ثالث نمایندگی می‌شود». اهداف مؤسسه ملی حقوق بشر امارات متحده عربی در ماده ۴ چنین عنوان شده است: «ترویج و حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی مطابق با مفاد قانون اساسی امارات متحده عربی، قوانین و قوانین لازم‌الاجرا در این ایالت در ارتباط با معاهدات، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی است.»

¹. The High Commissioner for Human Rights in The Russian Federation

². Available at: <https://www.eoi.at/wp-content/uploads/2020/01/EOI-Varia-03-E.pdf/>

³. Gilligan, Emma. "The Human Rights Ombudsman In Russia: The Evolution Of Horizontal Accountability", *Human Rights Quarterly*, Volume 32, Issue 3, 2010, PP 583-4.

⁴. <https://www.nhriuae.com/>

⁵. <https://nhriuae.com/en/law-12/>

۴. نهاد ملی حقوق بشر در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

۴.۱. وضعیت نهادهای موجود

گرچه برخی صاحب‌نظران، تحقق نظارت در نظام حقوقی سیاسی جمهوری اسلامی ایران را علی‌رغم وجود نهادهای متعدد و قوانین مناسب نظارتی، به‌لحاظ مسائل بنیادین و ساختاری ناکام و نامطلوب می‌پندارند،^۱ باید گفت فقدان سازوکارهای موجود نظارتی نیز بر ناکارآمدی‌ها خواهد افزود. بدیهی است کمتر جامعه سیاسی را می‌توان یافت که به‌لحاظ فرهنگی و اجتماعی زیرساخت‌های متناسب برای تحقق کامل ایدئال‌های نظارتی را دارا باشد یا مراحل گام‌به‌گام را در نیل به وضعیت مطلوب طی نکرده باشد. تأسیس و ایجاد ساختارهای نظارتی در نظام‌های حقوقی، امری است که در چارچوب حاکمیت قانون برای پی‌گیری توسعه و زیست شرافتمندانه و باکرامت شهروندان ضروری است. بنابراین وجود و تأسیس نهادهای نظارتی باید همراه با تلاش برای اصلاح وضعیت زیرساخت‌های فرهنگی و اجتماعی جامعه صورت پذیرد و سیر تحول و رشد را به‌صورت تدریجی بپیماید.

نهادهای نظارتی در نظام حقوق عمومی جمهوری اسلامی ایران متنوع‌اند. در میان این نهادها، برخی وظیفه نظارت پایشی را برعهده دارند؛ سازمان بازرسی کل کشور از جمله این نهادهاست که تا میزان قابل‌توجهی ویژگی‌های یک آمبودزمان کلاسیک را دارد.^۲ همچنین برخی دیگر از صاحب‌نظران، کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی را واجد شرایط یک آمبودزمان کلاسیک شناسایی می‌کنند. ارزیابی این نهادها درخصوص تطبیق با استانداردهای آمبودزمان موضوع این مقاله نیست؛ اما آنچه قابل‌ذکر است، فقدان ویژگی‌های ضروری آمبودزمان حقوق بشر در این دو نهاد است. به‌عبارت دیگر، حتی با فرض استقلال کامل این دو نهاد، دسترسی‌پذیری مناسب و اختیارات جامع برای بازرسی از کلیه اعمال حاکمیت، حداقل به‌دلیل عدم وجود وظایف «صریح» حمایت و ترویج حقوق بشر، نمی‌توان هیچ‌یک را مصداقی از یک آمبودزمان حقوق بشر دانست.

۴.۲. ضرورت تأسیس آمبودزمان ملی حقوق بشر در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

ضرورت وجود نهادهای محافظ و مروج حقوق بشر، ناشی از اهمیت و اولویت برتر بودن «حقوق و آزادی‌های بنیادین» است. رعایت حقوق بنیادین مؤلفه ضروری جهت زیست شایسته بشر و رعایت حیثیت ذاتی اوست. فرد فاقد هرگونه حق بنیادین در عرصه اجتماع آماج انواع خشونت‌ها و نقض کرامت انسانی واقع می‌شود و بنیاد جامعه در این شرایط مضمحل خواهد بود. به همین دلیل قانون اساسی مدرن و نهضت قانون اساسی‌گرایی هدفی جز ایجاد حکومتی محدودشده براساس قانون، به‌منظور تضمین حق‌ها و آزادی‌های بنیادین انسانی ندارد. بر همین اساس، بند ۶ اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر «کرامت و ارزش والای انسان» تأکید داشته و در اصل سوم وظیفه دولت را تأمین آزادی‌ها و تأمین حقوق همه‌جانبه افراد بیان کرده است. فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در مقام بیان حقوق بنیادین (اساسی) ملت، فهرستی از حقوق و آزادی‌ها را بیان می‌کند. ضرورت وجود آمبودزمان ملی حقوق بشر، در وهله نخست

۱. جاوید، محمدجواد و زین‌العابدین یزدان پناه، «عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به‌مثابه نوعی هستی اجتماعی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص ۳۹۹-۴۰۱.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد و زهرا زارعی، «بررسی تطبیقی سازمان بازرسی کل کشور و نهاد آمبودزمان»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۱۳۳-۱۳۴.

همان ضرورت اجرا و اعمال همین حقوق بنیادین مصرّح در متن میثاق ملیّی ما (و سایر اسناد، همچون معاهدات بین‌المللی و منشور حقوق شهروندی) است.

نبود سازوکار «دادخواهی اساسی»^۱ و محدود شدن «نظارت اساسی» به عملکرد شورای نگهبان، نیازمند این است که تضمین‌های جایگزین برای رعایت حقوق اساسی مردم در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تعبیه شود. تأسیس نهادی با کارکرد آمبودزمان حقوق بشر، به‌عنوان نهادی میانجی مابین دولت و مردم که با پذیرش شکایات شهروندان و پیگیری آنها با بهره‌گیری از «اختیارات نرم» همچون توصیه و گزارش، آموزش، پیشنهاد به نهاد قانون‌گذار به‌منظور ایجاد یا اصلاح قوانین و مقررات ناقض حقوق اساسی و شهروندی افراد، ضروری و مورد نیاز به نظر می‌رسد.

به‌علاوه تعهدات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران در زمینه میثاق‌های حقوق بشری، توصیه‌های سازمان ملل متحد و همچنین تعاملات منطقه‌ای و بین‌المللی چنین اقتضا می‌کند که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، در پی ایجاد سازوکارهایی به‌منظور محافظت از حقوق بنیادین بشر در عرصه ملی و داخلی باشد.

۴.۲.۱. شناسایی ضرورت تأسیس نهاد ملیّی حقوق بشر از سوی دولت‌ها

۴.۲.۱.۱. معاونت قانون اساسی ریاست‌جمهوری

خلاً موجود و ضرورت برطرف کردن آن غالباً مورد توجه دولت‌ها در نظام حکومتی جمهوری اسلامی ایران بوده است. نمونه‌ای قابل‌ذکر، سازوکاری است که اصولاً باید از یک آمبودزمان حقوق بشر ملی انتظار برود، اما معاونت قانون اساسی ریاست‌جمهوری انجام آن را به عهده گرفته است: در زمستان ۱۴۰۱، فردی برای اهدای کلیه خود به مادر فاقد شناسنامه خود، وفق مقررات منع اهدای عضو به اتباع بیگانه دچار مشکل شده بوده است. معاون قانون اساسی و دبیر هیئت پیگیری اجرای قانون اساسی، با مطلع شدن از این موضوع، در پی مکاتبه با معاونت حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، (نامه شماره ۱۰۱۹۹/۱۰۷/د مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۲) با استناد به اصل ۲۹ قانون اساسی (حق بر سلامت)، عمل اهدای عضو را در این مورد مجاز دانست. بدیهی است که چنین پیگیری موردی و صلاح‌دید می‌عضلات ناشی از تضییع حقوق بنیادین، نمی‌تواند خلاً ناشی از فقدان یک آمبودزمان حقوق بشر (که موظف به پذیرش و پیگیری همه شکایات است) را برطرف کند.

۴.۲.۱.۲. دستورالعمل نحوه اعمال مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی (۱۴۰۳)

در زمستان ۱۴۰۳، دستورالعمل نحوه اعمال مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی^۲ به انتشار رسید که می‌توان برخی صلاحیت‌های تعریف شده در آن، ناظر به معاونت قانون اساسی، را مأموریت‌های یک آمبودزمان حقوق بشری دانست. به‌عنوان مثال، ماده ۱۵ این دستورالعمل، معاونت قانون اساسی رئیس‌جمهور موظف است «در جهت ترویج، آموزش و پیگیری اجرای قانون اساسی» اقدام کند. همچنین ماده ۱۸ دستورالعمل مذکور اشعار می‌دارد: «معاونت قانون اساسی به گزارش‌های مردمی نقض یا اجرا نشدن اصول قانون اساسی که از طریق سامانه پیگیری اجرای قانون اساسی یا

۱. خلف رضایی، حسین، «بررسی وظایف و کارویژه‌های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۲، شماره ۳،

۱۳۹۲، ص ۲۲.

۲. <https://www.dotic.ir/news/17693/>

هر نحو دیگر ارسال می‌شود، رسیدگی می‌کند». هرچند که ماده ۱۰ دستورالعمل، با عنایت به نظریه تفسیری ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲ مبنی بر عدم صلاحیت رئیس‌جمهور در «نظارت بر اجرای قانون اساسی» تنها «دستگاه‌های اجرایی» را موظف به پاسخگویی به دبیر هیئت پیگیری اجرای قانون اساسی کرده است. بدون تردید نمی‌توان صلاحیت‌های «معاون معاونت قانون اساسی معاون حقوقی رئیس‌جمهور» و «هیئت پیگیری اجرای قانون اساسی» را به‌طور کامل با وظایف، مأموریت‌ها و استانداردهای حاکم بر یک آمبودزمان حقوق بشر یکسان دانست. این معاونت، به‌لحاظ فقدان استقلال، عدم ایجاد به‌واسطه قانون تأسیس، صلاحیت محدود به دستگاه‌های اجرایی، فقدان اختیار بازرسی و نظارت پایشی نمی‌تواند یک آمبودزمان حقوق بشر تلقی شود؛ اگرچه اقدامات آن گامی رو به جلو است و می‌تواند با فراهم آوردن ضروریات یک نهاد ملی حقوق بشر مطابق استانداردهای پاریس، موجبات ایجاد یک آمبودزمان اجرایی حقوق بشر را فراهم آورد.

۴.۲.۱.۳. لوایح تقدیمی به مجلس شورای اسلامی

۴.۲.۱.۳.۱. لایحه حقوق شهروندی و تأسیس نهاد ملی دفاع از حقوق شهروندی ۱۳۸۳

در اقداماتی اساسی تر، دولت جمهوری اسلامی ایران تاکنون دو بار در سال‌های ۱۳۸۳ و ۱۴۰۰ لوایح را به‌منظور ایجاد یک نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی به مجلس شورای اسلامی تهیه کرده است: نخست در تیرماه ۱۳۸۳ لایحه‌ای تحت‌عنوان «حقوق شهروندی و تأسیس نهاد ملی دفاع از حقوق شهروندی» به‌منظور ارائه مکانیسم خاصی جهت نظارت بر حسن اجرای حقوق شهروندی در ۸ باب و ۱۰۹ ماده با دلایل توجیهی ذیل تهیه شد: «۱- جایگاه رفیع حفظ حقوق شهروندی و صیانت و پاسداری از کرامت انسانی در جامعه امروزی. ۲- عدم وجود قانون واحد حاوی حقوق بنیادین شهروندان ایرانی. ۳- مشکلات عملی استفاده از اسناد حقوقی موجود (عدم استقبال قضات از استناد مستقیم به اصول قانون اساسی، به‌عنوان بنیادی‌ترین سند حقوقی)»^۱.

باب هفتم از لایحه مذکور به تأسیس نهاد ملی حمایت از حقوق شهروندی اختصاص دارد؛ مطابق ماده ۱۰۰ این لایحه وظایف تعریف‌شده برای نهاد مذکور شامل: «الف) آموزش و ترویج حقوق شهروندی؛ ب) اطلاع‌رسانی داخلی و بین‌المللی در زمینه حقوق شهروندی؛ ج) نظارت بر اجرای قانون حقوق شهروندی و بررسی شکایات واصل؛» عنوان شده است که به‌طور واضح وظایف یک آمبودزمان حقوق بشر را متجلی می‌کرده است. از دیگر ابتکارات قابل توجه در این لایحه پیشنهادی می‌توان به ابتکار موجود در ماده ۱۰۴ اشاره کرد که بیانگر گسترده بودن نظارت حقوق بشری این نهاد به موارد تضییع حقوق دادرسی عادلانه در دستگاه قضایی است و برای نهاد ملی به‌لحاظ پیگیری حقوق بنیادین و منفعت عمومی، نوعی نمایندگی قانونی در نظر داشته است.

لایحه مذکور در زمان دولت هشتم هرگز به مجلس شورای اسلامی تقدیم نشد و پس از روی کار آمدن دولت نهم، از دستور کار دولت برای پیگیری خارج شد^۲ و تلاش بعدی دولت جمهوری اسلامی برای تأسیس نهاد ملی حقوق بشر ۱۷ سال به تأخیر افتاد.

^۱. See at: <https://www.moi.ir/news/94478/>

^۲. مقامی، امیر، «نهاد ملی حقوق شهروندی»، فصلنامه اندیشمندان حقوق، شماره ۶، ۱۳۹۲، ص ۴۴.

۴.۲.۱.۳.۲. لایحه ایجاد نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی ۱۴۰۰

دولت دوازدهم در مردادماه ۱۴۰۰ لایحه ایجاد نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی را طی نامه شماره ۴۷۹۵۵ به مجلس شورای اسلامی تقدیم کرد^۱ که در آذرماه ۱۴۰۰ از سوی مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شد؛ اما از روند رسیدگی به آن اطلاعی در دست نیست. لایحه مذکور در ۲۵ ماده تهیه شده بود و به نوعی ضمانت اجرایی برای «منشور حقوق شهروندی ۱۳۹۵» محسوب می شود که همچنان جایگاه آن در سلسله مراتب قواعد حقوقی جایگاه نامشخص دارد. علی رغم آنکه این سند به لحاظ ماهوی فهرستی از حقوق بنیادین افراد را بیان می کند و قاعداً جایگاهی همسنگ قانون اساسی می یابد، اما از آنجا که به لحاظ شکلی در قالب بیانیه رئیس جمهور صورت بندی شده است، استنادپذیری آن را دشوار می کند. در مقدمه ای توجیهی، ضرورت تأسیس نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی را چنین بیان شده است: «(۱) عنایت به شایستگی حمایت از حقوق بشر و شهروندی بر اساس اصول قانون اساسی، موازین اسلامی، تعهدات بین المللی و سایر قوانین؛ (۲) ارتقای احترام و نظارت بر رعایت حقوق بشر و شهروندی با استفاده از سازوکارهای کارآمد، مستقل و قابل اعتماد، به منظور ایجاد بستر مناسب برای آموزش، پژوهش و ترویج حقوق بشر و شهروندی و رسیدگی به موارد نقض آن؛ (۳) همگرا و هم افزا کردن تلاش ها و ابتکارات ملی در حمایت از حقوق بشر و شهروندی و ارتقای تعاملات منطقه ای و بین المللی در حوزه حقوق بشر و شهروندی». آشکار است که ضرورت های تأسیس نهاد ملی مدنظر این لایحه همان ضرورت های عامی است که در هر جامعه سیاسی برای ایجاد نهادهایی با کارکرد آموذمان حقوق بشر قابل شناسایی است.

ماده ۳ لایحه، وظایف و اختیارات نهاد را چنین شرح داده است که باید گفت کاملاً با مأموریت های تعریف شده برای آموذمان ملی حقوق بشر وفق اصول پاریس، مطابقت دارد. علاوه بر این اصل «تأسیس نهاد ملی حقوق بشر به موجب قانون» نیز به موجب تقدیم این لایحه به مجلس شورای اسلامی مراعا بوده است.

نتیجه گیری

آموذمان حقوق بشر به عنوان نهادی مستقل و بی طرف، نقش حیاتی در حمایت از حقوق بنیادین افراد، نظارت بر عملکرد نهادهای دولتی و خصوصی، و ایجاد تغییرات سیستمی ایفا می کند. دولت های «قانون اساسی گرا»، که از سازوکار قضایی به منظور ایجاد ضمانت اجرا برای اصول قانون اساسی و حقوق اساسی شهروندان بهره می جویند، همچنان جایگاه نهادهای ملی حقوق بشر همچون آموذمان حقوق بشر را حفظ و تقویت می کنند؛ چرا که نقش نظارت پایشی که از سوی آموذمان صورت می گیرد، برخلاف نظارت قضایی، نظارتی فعال و بازرسانه است و به طور روزمره با امور و احوالات مردم و نقض احتمالی حقوق آنان درگیر است. همچنین آموذمان حقوق بشر با ایفای نقش میانجی گیری و ارائه توصیه و گزارش، هزینه گزاف مالی و زمانی دادرسی را در پی ندارد و به تقویت «دسترسی به عدالت» برای افشار مختلف یاری می رساند.

نظام حقوقی ایران علی رغم برخورداری از نهادهای نظارتی، فاقد نهادی است که واجد ویژگی های یک آموذمان حقوق بشر باشد. با توجه به خلأهای موجود، ایجاد نهاد ملی حقوق بشر در ایران (در قالب آموذمان) نه تنها یک نیاز حقوقی، بلکه اقدامی ضروری برای تحقق تعهدات بین المللی و پاسخ گویی به مطالبات داخلی است. این ضرورت ها در سه سطح قابل بررسی به نظر می رسد:

^۱. <https://dotic.ir/news/9890/>

در سطح حقوقی: قانون اساسی ایران در اصول متعددی بر حقوق بنیادین شهروندان تأکید دارد؛ حال آنکه ضمانت اجرایی کافی برای اعمال این اصول وجود ندارد. نهاد ملی حقوق بشر می‌تواند با نظارت بر اجرای این اصول و ارائه گزارش‌های دوره‌ای، شکاف بین قوانین و واقعیت‌های اجرایی را کاهش دهد. همچنین این نهاد می‌تواند در بهبود وضعیت حقوق بشر در عرصه داخلی، از طریق پیشنهاد برای ایجاد، اصلاح قوانین یا فراهم آوردن زمینه پیوستن ایران به معاهدات بین‌المللی حقوق بشر (همچون کنوانسیون ملل متحد علیه شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیر کنند) نقشی حیاتی ایفا کند.

در سطح سیاسی و بین‌المللی: نهاد ملی حقوق بشر می‌تواند به‌عنوان پلی میان دولت و جامعه مدنی عمل کند و اعتماد عمومی را نسبت به حاکمیت افزایش دهد. این امر به‌ویژه در شرایطی که ایران با چالش‌هایی مانند تحریم‌های ظالمانه بین‌المللی و جنگ اقتصادی مواجه است، حایز اهمیت باشد. همچنین این امر به بهبود وجهه بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران و گسترش تعاملات منطقه‌ای و بین‌المللی خواهد افزود.

چالش‌های پیش‌روی تأسیس نهاد ملی حقوق بشر در ایران را می‌توان ناشی از اختلافات سیاسی و نگرانی از کاهش اختیارات قوای موجود دانست. به ترتیبی که دولت‌های مستقر ترجیح داده‌اند در عوض همکاری با مجلس شورای اسلامی، منشور حقوق شهروندی و یا سازوکارهای حداقلی تضمین اجرای آن را با اختیار شبه‌تقنینی خود و از طریق دستورالعمل و بیانیه ایجاد کنند. فقدان قانون پشتیبان از اعتبار این موضوعات اساسی خواهد کاست. علاوه بر این، فرهنگ پاسخگویی و نظارت‌پذیری نیز بر پیچیدگی‌ها خواهد افزود. در نهایت تلقی حقوق بشر به‌عنوان مفهومی «غربی» و تقابل آن با مفاهیم شرعی، ممکن است منجر به مقاومت در بخش‌هایی از حاکمیت برای پذیرش تأسیس یک نهاد ملی حقوق بشر و شهروندی باشد. درحالی‌که، در وهله اول، وظیفه و مأموریت چنین نهادی حمایت از حقوق بنیادین افراد مندرج در قانون اساسی به‌عنوان والاترین میثاق ملی است. بنابراین در طراحی مدل بومی خود از نهاد ملی حقوق بشر، می‌توان نام آن را متناسب با فرهنگ اسلامی و سازگار با شرع مقدس اسلام برگزید.

هرچند موانع سیاسی و ساختاری قابل توجهی وجود دارد، اما تجارب کشورهای همسایه ثابت کرده است که حتی در نظام‌های سیاسی پیچیده، امکان تأسیس نهادهای مستقل حقوق بشری وجود دارد. موفقیت این نهاد در گروی تدوین قانونی مستحکم، تضمین استقلال عملی و جلب مشارکت جامعه مدنی است. در صورت تحقق این شرایط، نهاد ملی حقوق بشر می‌تواند به عاملی برای کاهش تنش‌های اجتماعی، بهبود تصویر بین‌المللی ایران، و نهادینه‌سازی احترام به کرامت انسانی تبدیل شود.

منابع

مقاله

۱. جاوید، محمدجواد و زین‌العابدین یزدان پناه، «عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به‌مثابه نوعی هستی اجتماعی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص ۳۸۹-۴۱۰.
۲. خلف رضایی، حسین، «بررسی وظایف و کارویژه‌های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۲، صص ۱-۲۵.
۳. فلاح‌زاده، علی محمد و زهرا زارعی، «بررسی تطبیقی سازمان بازرسی کل کشور و نهاد آموذمان»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۱۲۷-۱۵۸.
۴. مقامی، امیر، «نهاد ملی حقوق شهروندی»، *فصلنامه اندیشمندان حقوق*، شماره ۶، ۱۳۹۲، صص ۳۷-۷۲.

۵. هداوند، مهدی و جواد یحیی زاده، «تحلیل واژگانی گفتمان نظارت در نظام حقوقی ایران؛ با تأکید بر روش دیرینه‌شناسی فوکو»، فصلنامه حقوق/اداری، دوره ۱۱، شماره ۳۶، ۱۴۰۲، صص ۲۲۹-۲۵۱.

References

Books

1. Carl, Sabine. *The History And Evolution Of The Ombudsman Model*, Research Handbook On The Ombudsman, Edward Elgar Publishing, 2018.
2. Finkel, Evgeny. *Defending Rights, Promoting Democracy: The Institution Of Ombudsman In Poland, Russia And Bulgaria*, European Forum At The Hebrew University, Helmut Kohl Institute For European Studies, 2006.
3. Goodman, Ryan And Tom Pegram. *National Human Rights Institutions, State Conformity, and Social Change*, In: Goodman, Ryan and Thomas Pegram (eds.). *Human Rights, State Compliance, And Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, 2012.
4. Harlow, Carol and Richard Rawlings. *Law And Administration*, Cambridge University Press, 2006.
5. Hertogh, Marc and Richard Kirkham (eds.) *Research Handbook On The Ombudsman*, Edward Elgar Publishing, 2018.
6. Hossain, Kamel, et Al. (eds.) *Human Rights Commissions And Ombudsman Offices: National Experiences Throughout The World*, BRILL, 2021.
7. Kriebaum, Ursula and Gabriele Kucsko-Stadlmayer. *Asian Ombudsman Institutions*, 2016.
8. Langtry, David and Kirsten Roberts Lyster. *National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice*, Oxford University Press, 2021.
9. Rebollo Delgad, Lucrecio. *The Ombudsman Institution in Spain*, Dykinson, 2013. (In Spanish)
10. Reif, Linda C, *The Ombudsman, Good Governance, And The International Human Rights System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
11. United Nations, National Human Rights Institutions. *A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Professional Training Series No 4, 1995, para. 39.

Articles

12. Carver, Richard And Paul Hunt. "National Human Rights Institutions In Africa", *Human Rights Commissions And Ombudsman Offices*, Brill Nijhoff, 2001, PP 733-758.
13. Fallah-Zadeh, Ali Mohammad and Zahra Zare'ei, "A Comparative Study of The General Inspectorate of Country and The Ombudsman Institution", *Administrative Law Quarterly*, Volume 1, Issue 2, 2013, PP 127-158. (In Persian)
14. Gilligan, Emma. "The Human Rights Ombudsman In Russia: The Evolution Of Horizontal Accountability", *Human Rights Quarterly*, Volume 32, Issue 3, 2010, PP 575-600.
15. Hadavand Mehdi, Yahyizadeh Javad, "Lexical Analysis of Surveillance Discourse in Iran's Legal System; Emphasizing Foucault's Paleontological Method", *Administrative Law Quarterly*, Volume 11, Issue 36, 2023, PP 229-251. (In Persian)
16. Javid, Mohammad Javad And Zain Al-Abidin Yazdan-Panah, "Lack of Proper Realization of the Control of Government Actions as a Kind of Social Existence", *Judiciarys Law Journal*, Volume 85, Issue 116, 2021, PP 389-410. (In Persian)
17. Khalaf Rezaei, Hossein, "A Study of the Duties and Functions of the Federal Constitutional Court of Germany", *Quarterly Journal Of Public Law Knowledge*, Volume 2, Issue 3, 2013, PP 1-25. (In Persian)

18. Maghami, Amir, "National Institution For Citizens' Rights", *Legal Thinkers Quarterly*, Issue 6, 2013, PP 37-62. (In Persian)
19. Oosting, Marten. "Protecting The Integrity And Independence of The Ombudsman Institution: The Global Perspective", *The International Ombudsman Yearbook*, Volume 5, Brill Nijhoff, 2002, PP 13-31.
20. Porras Nadales, A. "The Ombudsmen in the Face of the Reform of the Statutes of Autonomy: The Ombudsman for Social Rights", *Reaf*, Issue 6, 2006, PP 365-395. (In Spanish)
21. Reif, Linda, C. "The Transplantation And Adaptation: The Evolution Of The Human Rights Ombudsman", *Boston College Third World Law Journal*, Volume 31, Issue 2, 2011, PP 269-310.
22. Short, Emile Francis. "The Development And Growth Of Human Rights Commissions In Africa—The Ghanian Experience", *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices*, Brill Nijhoff, 2001, PP 187-210.
23. Tai, Benny Y. T. "Models of Ombudsman And Human Rights Protection", *International Journal Of Politics And Good Governance*, Volume 1, Issue 1.3, Quarter III , 2010, PP 1-11.

Websites

24. <http://www.theioi.org/ioi-members>
25. <https://dotic.ir/news/9890/>
26. <https://english.ombudsman.gov.tr/index/>
27. https://english.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/by-law/Law%20no_%206328-revised-03-08-2019.pdf/
28. <https://nhriuae.com/en/law-12/>
29. <https://www.dotic.ir/news/17693/>
30. <https://www.eoi.at/wp-content/uploads/2020/01/EOI-Varia-03-E.pdf/>
31. <https://www.legis.iowa.gov/docs/publications/SD/10057.pdf/>
32. <https://www.moi.ir/news/94478/>
33. <https://www.nhriuae.com/>
34. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/NHRI/StatusAccreditationChartNHRIIs.pdf/>
35. <https://www.ombudsman.hk>



Original Article

Effects of Differential Detection of the Crime of Smuggling Goods and Currency

Abolfazl Mozhdehi-Pour¹, Alireza Millani² , Ahmad Ramezani³

ABSTRACT

The smuggling of goods and currency is a complex, multifaceted phenomenon with profound and far-reaching impacts on the economic, security, and social stability of countries. In this context, each country's legal system serves as a primary instrument in combating this organized crime, necessitating the development of precise and effective mechanisms capable of addressing such illicit activities while respecting legal standards and ensuring justice. Within the Iranian legal framework, the law aimed at combating the smuggling of goods and currency seeks to respond adequately to the scope and complexity of this crime through the establishment of specialized structures distinct from those used for other offenses. This research sets forth several key objectives: First, to examine and analyze the substantive and procedural distinctions between the detection processes for smuggling and those for other general crimes. Second, to evaluate the subsidiary jurisdictions and specialized authorities granted to detection agencies during various stages of litigation—including preliminary investigations, initial adjudication, and appeals. Third, to critically assess the legal implications stemming from the implementation of these differential mechanisms within the criminal justice system. Fourth, to identify existing legal challenges and gaps and propose practical solutions aimed at enhancing the effectiveness of anti-smuggling efforts while safeguarding citizens' rights. This study adopts a descriptive-analytical approach, relying on a comprehensive review of library resources, including statutory laws, judicial rulings, and advanced legal perspectives. Data were collected through qualitative content analysis of relevant legal documents, specifically the Anti-Smuggling of Goods and Currency Law and its executive regulations. To elucidate the distinctions inherent in the smuggling detection system, a comparative analysis was conducted with mechanisms used for general crimes such as theft and fraud. The selection criteria for sources prioritized scientific credibility, including reputable international articles, legal reference texts, and review of appellate decisions. The distinctive features of smuggling—such as its organized structure, cross-border dimensions, and significant economic impact—have compelled legislators to adopt a specialized approach through the design of differential mechanisms. These distinctions are evident across all stages of detection, prosecution, and investigation. The findings reveal that Iran's legal system assigns 18 different agencies with varying authorities as detection entities, categorized into two primary groups: agencies with full judicial enforcement powers—such as the police—and those lacking such powers, which operate strictly within their organizational mandates. The key distinction lies in the scope of authority; the latter group does not possess fundamental

How to Cite: Mozhdehi-Pour, Abolfazl, Millani, Alireza, Ramezani, Ahmad, "Effects of Differential Detection of the Crime of Smuggling Goods and Currency", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:263-280.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229669.2377>

Received: 14/05/2023-Accepted: 18/12/2023

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Shahr-e-Quds Branch, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Islamshahr Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: alirezamillani@yahoo.com

3. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Science & Culture, 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/>).

powers such as asset seizure or premises closure. A notable discovery is the special authority granted to detection officers during litigation, including their active participation in adjudication, their right to defend detection reports, and their ability to appeal acquittal rulings. Moreover, the value of goods detected plays a critical role in case disposition; for instance, goods below a specific threshold can be directly seized by detection agencies. Data analysis indicates that these differential mechanisms have improved the efficiency of detection and adjudication processes. However, certain practices may conflict with fundamental principles of fair trial, such as presumption of innocence and the prohibition of double jeopardy. This situation shows the necessity to revise relevant regulations, especially regarding the scope of detection officers' powers, to balance the effectiveness of anti-smuggling efforts with the protection of the accused person rights. The findings suggest that the legal system for combating smuggling of goods and currency, by establishing specialized mechanisms, has adopted a tailored and efficient approach to combat smuggling—an organized crime with complex characteristics. Differentiating the jurisdictions of detection agencies, assigning special authorities to officers, and establishing dedicated bodies have contributed to more effective detection and prosecution. Nevertheless, some mechanisms—particularly the extensive powers granted to detection officers and their role in appeals—may conflict with core principles of fair trial and accused person's rights. While the necessity of rigorous enforcement is clear, it must not come at the expense of violating individuals' constitutional rights. Balancing the operational effectiveness of the anti-smuggling system with the safeguarding of fundamental rights requires a careful program of regulatory reforms, particularly concerning the scope of detection officers' authority and procedural guarantees for defense rights.

KeyWords: Goods and Currency Smuggling, Differential Detection, Law Enforcement Authorities, Prevention.



جلوه‌های کشف افتراقی جرم قاچاق کالا و ارز

ابوالفضل مژده‌پور^۱، علیرضا میلانی^۲، احمد رمضانی^۳

چکیده

با توجه به اهمیت و ضرورت کشف قاچاق کالا و ارز قانونگذار ضوابط خاصی را برای کشف قاچاق کالا و ارز مقرر نموده که این ضوابط با ضوابط عام ناظر به کشف سایر جرایم متفاوت است. مقنن دستگاه‌های مختلفی را برای کشف قاچاق کالا و ارز احصا نموده که برخی از این دستگاه‌ها کاشف ضابط و برخی صرفاً کاشف محسوب می‌شوند. همین تمایز سبب شده مقنن وجوه افتراقی خاصی پیرامون کشف قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی نماید که این ضوابط از یک طرف با قواعد عمومی حاکم بر کشف سایر جرایم متفاوت بوده و از طرف دیگر تمایزاتی میان کشف کاشفین ضابط و کاشفینی که ضابط نیستند قائل شده است. از دیگر وجوه افتراقی حاکم بر کشف قاچاق کالا و ارز ایجاد صلاحیت تبعی برای کاشفین به واسطه کشف صورت گرفته است. از مهم‌ترین جلوه‌های این صلاحیت حضور در مراحل تجدید نظر و اعاده دادرسی و دفاع از کشف و صورت جلسه کشف خود، اعتراض به آرای متضمن براءت و تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق کالا و ارز است که در سایر جرایم چنین صلاحیت و اختیاری برای ضابطین و کاشفین وجود ندارد. در این مقاله علاوه بر تبیین اصول حاکم بر رفتار کاشفین قاچاق کالا و ارز به جنبه‌های افتراقی کشف قاچاق کالا و ارز با سایر جرایم و همچنین صلاحیت تبعی استثنایی کاشفین این حوزه پرداخته می‌شود.

کلید واژگان: قاچاق کالا و ارز، کشف افتراقی، ضابط، پیشگیری.

استناد به این مقاله: مژده‌پور، ابوالفضل، میلانی، علیرضا، رمضانی، احمد، «جلوه‌های کشف افتراقی جرم قاچاق کالا و ارز»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۲۶۳-۲۸۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229669.2377>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۷

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

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد اسلام‌شهر، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: alirezamillani@yahoo.com

۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، 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

قاچاق کالا و ارز پدیده چندوجهی است که اثرهای مخرب اقتصادی، فرهنگی و امنیتی به دنبال دارد. بنا به آمار رسمی اعلام شده توسط ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز به‌عنوان مرجع برآورد حجم قاچاق در کشور، حجم قاچاق کالا و ارز در سال ۱۴۰۰ حدود ۱۳ میلیارد دلار برآورد شده است با توجه به آثار سوء قاچاق کالا و ارز مقام معظم رهبری در فرمان^۱ خود خطاب به رئیس‌جمهور وقت پیرامون ضرورت مبارزه با قاچاق کالا و ارز مقرر نموده است که کالاهای قاچاق باید از پیش از مبادی ورودی به کشور تا محل عرضه آن در بازار آماج انواع اقدامات قرار گیرند. اولین و مهم‌ترین حلقه از مبارزه با قاچاق کالا و ارز در کشف کالاهای قاچاق نمود دارد و کشف کالاهای قاچاق به نوعی زیر بنای مبارزه با قاچاق کالا و ارز محسوب می‌شود. قانونگذار با عنایت به این موضوع در قوانین مختلف دستگاه‌های مختلفی را به‌عنوان دستگاه کشف قاچاق کالا و ارز مشخص کرده است. تا اینکه در سال ۱۳۹۲ در راستای تنقیح قوانین و مقررات پرهیز از ایجاد تشتت در مضوعات مرتبط با کشف قاچاق کالا و ارز، دستگاه‌های مختلف صلاحیتدار کشف قاچاق کالا و ارز را به‌صراحت در ماده ۳۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مشخص نموده است. این تنوع دستگاه کشف، کشف علمی قاچاق کالا را به دنبال دارد؛ چراکه دستگاه‌های اجرایی کشف موضوع ماده مرقوم با توجه به حیطه و شرح وظایف مشخص خود به‌صورت تخصصی به کشف کالاهای موضوع فعالیت خود اقدام می‌کنند. از آنجا که کشف قاچاق کالا و ارز در چهارچوب کشف جرم و تحقیقات مقدماتی تعریف می‌شود، دستگاه‌های کشف قاچاق کالا و ارز باید علاوه بر ضوابط عام حاکم بر تحقیقات مقدماتی ضوابط خاص مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را نیز در کشف قاچاق کالا و ارز رعایت کنند. مطابق ماده ۴۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ضابطین مکلفاند در مبارزه با جرایم قاچاق طبق قانون آیین دادرسی کیفری رفتار کنند. با توجه به وجوه افتراقی کشف قاچاق کالا و ارز نسبت به سایر جرایم، ضابطین و کاشفین مکلفاند علاوه بر تکلیف مذکور قواعد خاص مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را نیز رعایت کنند.

در خصوص ضرورت کشف و مقابله با قاچاق کالا و ارز و دستگاه‌های ذی صلاح در این حوزه و موضوعات مرتبط با آن پژوهش‌هایی با تلاش محققان این حوزه چاپ و منتشر شده است. دکتر جعفر صادق منش (۱۳۹۸) در کتاب *ضابطان قضایی* وظایف کلی ضابطان دادگستری مورد بررسی قرار داده است. جناب آقای عباس مرادی (۱۳۹۷) در مقاله «افزایش خطر کشف فناوریانه، رویکرد نوین برای پیشگیری از قاچاق» به این نتیجه می‌رسد که علاوه بر اقدامات انتظامی روش‌های فناوریانه در دو راهبرد «نرم» و «سخت» از قبیل آگاه‌سازی سایبری، بهبود فرایندها، سامانه اطلاعات جغرافیایی، شناسایی از طریق فرکانس رادیویی، فناوری پرتو ماورای بنفش و دوربین‌های مداربسته، موجبات افزایش کشف کالای قاچاق کالا را فراهم می‌سازد. آقایان سهراب محمدی و ابوطالب منفرد (۱۳۹۶) در مقاله خود با موضوع نقش ناجا در مقابله با قاچاق کالا و ارز به بررسی نقش ناجا در مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مبانی و ضرورت ورود ناجا به مبارزه با قاچاق کالا و ارز، نقش و جایگاه ناجا در فرایند مبارزه با قاچاق کالا و ارز، پیامدها و تبعات آن بر ساختارهای اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی کشور پرداخته‌اند. پژوهش «نقش پیشگیری وضعی در قاچاق کالا و ارز» به قلم آقایان حسین طالبیان و امین الیاس‌وند (۱۳۹۷) به نقش پیشگیری وضعی در کاهش قاچاق کالا و ارز پرداخته و آن را در دو بعد مورد بررسی قرار داده است؛ مبحث اول آن به نظام اقتصادی و راهکارهای موجود در پنج مؤلفه با مصادیق مربوطه اختصاص دارد و در مبحث دوم، نظام گمرکی تبیین و راهکارهای مرتبط به آن در جهت کاهش قاچاق کالا و ارز احصا شده است. جناب آقای محسن رضایی و سرکار خانم شادی عظیم‌زاده (۱۳۹۷) در مقاله خود با عنوان «تبیین نقش تعاملات پلیس در پیشگیری از

^۱. فرمان مقام معظم رهبری درمورد مبارزه با قاچاق کالا و ارز. خطاب به رئیس‌جمهور، ۱۳۸۱.

شکل‌گیری باندهای قاچاق کالا» به این نتیجه می‌رسند که پلیس برای رسیدن به وضعیت مطلوب در پیشگیری از شکل‌گیری باندهای قاچاق کالا و همچنین نقش‌آفرینی در افزایش توان اقتصاد مقاومتی و تقویت اقتصاد ملی باید مؤلفه‌های تعامل با قوه مجریه و مؤلفه تعامل با نیروهای مسلح را در دوره کوتاه‌مدت میان‌مدت و بلندمدت تقویت و اجرایی کند.

اصول و قواعدی در فرایند دادرسی قضایی وجود دارد که رعایت آنها در همه مراحل دادرسی کیفری و برای همه مقامات و مأموران و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به‌ویژه ضابطین لازم است و پایه‌های اصلی قوانین شکلی و ماهوی ناظر بر مدیریت رفتار حرفه‌ای ضابطان را شکل می‌دهد. در پژوهش حاضر، اصول کلی حاکم بر رفتار کاشفین قاچاق کالا و ارز مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است که رعایت این اصول توسط کاشفین علاوه بر حفظ حقوق جامعه و بیت‌المال، رعایت حقوق متهم را نیز به دنبال خواهد داشت. این اصول کلی راهنمایی مناسب برای انتخاب بهینه در کشاکش تفسیر و فهم مناسب از اراده مقنن در لایه‌های قوانین شکلی و ماهوی است. در این پژوهش برخلاف پژوهش‌های سابق، که صرفاً وظایف کلی و قانونی ضابطین را مورد تصریح قرار داده‌اند و تفکیکی میان صلاحیت کاشفین و ضابطین قاچاق کالا و ارز قائل نشده‌اند، وظایف و اقدامات کاشفین ضابط و کاشفینی که صرفاً کاشف قاچاق کالا و ارز هستند و صلاحیت عام ضابطین قضایی را ندارند، مورد تبیین قرار گرفته، همچنین وجوه تمایز صلاحیت کاشفین قاچاق کالا و ارز با کاشفین سایر جرایم و آثار این تفکیک صلاحیت مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. روش پژوهش حاضر تحلیلی-توصیفی از نوع کاربردی بوده که با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، قوانین و مقررات، پایان‌نامه‌ها و مجلات علمی گردآوری شده و مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. در پژوهش حاضر پس از تبیین اصل کلی حاکم بر رفتار کاشفین قاچاق کالا و ارز، انواع دستگاه‌های کاشف ضابط و دستگاه‌هایی که صرفاً کاشف قاچاق کالا و ارز هستند و حدود صلاحیت هر مرجع و سازکار تشخیص این مراجع مورد تصریح قرار گرفته، سپس تکالیف و وجوه افتراقی صلاحیت کاشفین قاچاق کالا و ارز مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

۱. اصول کلی حاکم بر عملکرد کاشفین قاچاق کالا و ارز

شکل‌گیری فرایند دادرسی کیفری بر پایه اصول و مبانی خواهد بود که نه تنها استمرار و قانون‌مندی این فرایند را به دنبال خواهد داشت، بلکه صحت و اعتبار تحقیقات و ادله جمع‌آوری شده در این فرایند را تضمین خواهد کرد.^۱ رعایت این اصول در مراحل کشف و تشکیل پرونده قاچاق کالا و ارز علاوه بر ممانعت از تشکیل بی‌ضابطه پرونده‌های قاچاق کالا و ارز و خلل در روند تجارت کشور، کشف علمی جرایم و تضمین رعایت حقوق متهمین این حوزه را به دنبال خواهد داشت.

۱.۱. لزوم رعایت اصل عدالت در کلیه مراحل تحقیقات مقدماتی

یکی از اصول اولیه و مسلّم حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست و منظور از این اصل به‌طور خلاصه این است که: اولاً: هیچ عملی جرم نیست، مگر آنکه قبلاً از طرف مقنن به این صفت شناخته شده باشد؛ دوماً: هیچ مجازاتی ممکن نیست مورد حکم قرار گیرد، مگر آنکه قبلاً از طرف مقنن برای همان جرم وضع شده باشد؛ سوماً: هیچ محکمه‌ای صالح برای رسیدگی به جرمی نیست، مگر آنکه قانون، صلاحیت آن محکمه را برای رسیدگی به آن جرم شناخته باشد؛

۱. صادقی، محسن، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۶۷.

چهارماً: هیچ حکمی از محکمه صالح علیه متهمی صادر نخواهد شد، مگر پس از رسیدگی و محاکمه، آن هم در شرایط پیش‌بینی شده در قانون صورت گیرد. به نظر می‌رسد این اصل خود جزئی از اصل قانونی بودن حقوق جزاست و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ممکن است این توهم را به وجود آورد که این اصل فقط در حقوق جزای ماهوی مؤثر است و در سایر قسمت‌ها از جمله آیین دادرسی کیفری تأثیری ندارد، درحالی‌که در آیین دادرسی کیفری هم اقدامات و رسیدگی‌ها و سایر موارد باید طبق مقررات و اصول قانونی باشد. اساساً اصل قانونی بودن جرم و مجازات پایه و اساس حقوق کیفری است که شامل کلیه مراحل تحقیق، تعقیب، محاکمه و اجرای حکم نیز می‌شود. اصل عدالت زیربنای همه امور تکوینی و تشریعی، فعالیت‌های فردی و اجتماعی، قضایی و غیرقضایی، تقنینی و اجرایی، دولتی و خصوصی در همه ابعاد زندگی است.^۱ مهم‌ترین جلوه‌های رعایت اصل عدالت در رفتار کاشفین قاچاق کالا و ارز می‌توان به پرهیز از کشف و تشکیل پرونده بی‌ضابطه، فراهم کردن زمینه دسترسی و ارائه اسناد مثبت و ورود قانونی کالا توسط متهم و پرهیز از رفتار تبعیض‌آمیز با متهمین است.

۱.۲. اصل برائت به عنوان پشتوانه رعایت حقوق متهم

یک طرف دعوای عمومی و در واقع طرف اصلی آن فردی است که به نمایندگی از طرف کل جامعه اقدام به تعقیب متهم به عنوان طرف دوم دعوای مزبور می‌کند. طرف اصلی دعوای عمومی، حسب طبیعت نمایندگی‌اش از تمامی امکانات لازم برای تعقیب و در نهایت به مجازات رساندن متهم برخوردار است و برای این منظور قوای قهریه لازم را برای احضار، جلب متهم و به اجرا گذاشتن مجازات در مورد وی در اختیار دارد.^۲ متهم در مقابل تمامی امکاناتی که کاشفین متعدد قاچاق کالا و ارز از آن برخوردارند، از جمله کشف جرم، تحقیقات مقدماتی، حضور در دادگاه، اعتراض به آراء، صرفاً از یک امکان برخوردار است که از آن به اصل برائت تعبیر می‌شود. با توجه به این اصل، هیچ شخصی را نمی‌توان به اتهام قاچاق کالا و ارز مورد تعقیب قرار داد، مگر اینکه با اسناد و دلایل کافی در مظان اتهام باشد و با اجازه قانون امکان تعقیب متهم وجود داشته باشد.

۱.۳. اصل قانونی بودن کشف و دادرسی قاچاق کالا و ارز

به موجب این اصل که به دلیل اهمیت آن علاوه بر اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی، در ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به آن تصریح شده، عملکرد مقامات عرصه دادرسی کیفری، طرز رسیدگی و فرایند دادرسی باید به موجب قانون تعیین شود. از مهم‌ترین نتایج اصل قانونی بودن در حوزه کشف قاچاق کالا و ارز اینکه متوقف نمودن و بازرسی از وسایل نقلیه، که ظن قوی به حمل کالا یا ارز قاچاق یا ارتکاب قاچاق کالا و ارز در مورد آنها وجود دارد، باید به موجب ضوابطی باشد که از قبل مشخص شده است، در اختیار ضابطین قرار گرفته باشند. در راستای اجرای اصل قانونی بودن کشف در حوزه قاچاق کالا و ارز مقنن در ماده ۴۲ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مقرر کرده است که مصادیق و شرایط تشخیص ظن قوی از جمله عبور از مبادی غیررسمی، دست‌کاری پلمب گمرکی بارگنج،

۱. صادق‌منش، جعفر، *ضابطان قضایی (وظایف، اختیارات و مسئولیت‌ها)*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۸، ص ۱۹.

۲. رحمدل، منصور، «قاچاق کالا و ارز از دیدگاه حقوق کیفری ایران، با تکیه بر مصوبه سال ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۵، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.

خروج یا انحراف غیرمترعارف از مسیر تعیین شده، اطلاعات ارسالی از سوی سامانه‌های هوشمند، توسط ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز تهیه می‌شود و پس از تأیید توسط رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. تبیین ضابطه برای کشف قاچاق کالا و ارز علاوه بر اینکه از تشکیل بی‌رویه پرونده و اخلاف در روند تجارت کشور جلوگیری می‌کند، رعایت حقوق متهمین را به دنبال دارد.

۱.۴. اصل قانونی بودن رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز

یکی از اصول بنیادین در حقوق کیفری، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست.^۱ قانون‌گذاری‌های متفاوت این اصل را یا در قوانین جزایی یا در قوانین اساسی یا همچون حقوق ما در هر دو گنجانیده‌اند. اعمال این اصل در یک شکل عام و تعیین‌کننده در اروپا و در انقلاب کبیر ظاهر شده است و از بعد بین‌المللی مواد ۷ و ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و همچنین مواد ۱۰ و ۵۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ به بیان این اصل پرداخته‌اند. در قوانین کشور ما نیز اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با بیان اینکه: هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌گردد، به بیان این اصل پرداخته‌اند. در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز یک صلاحیت استثنایی به دستگاه‌های کشف جهت تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق کالا و ارز واگذار شده است. مطابق ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دستگاه‌های کشف در پرونده‌های با مبلغ کمتر از ۵۰ میلیون ریال، که توسط خود آنها ارزش‌گذاری می‌شود، می‌توانند نسبت به تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق کالا و ارز اقدام کنند. در واقع صلاحیت دستگاه‌های کشف در این ماده استثنایی بر صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی قلمداد می‌شود.

۱.۵. اصل مصونیت حریم خصوصی اشخاص از هر گونه تعرض

تعیین حدود اختیارات و وظایف ضابطان دادگستری باید به گونه‌ای باشد که در عین حفظ امنیت و نظم عمومی، به حقوق اشخاص به‌ویژه حق حریم خصوصی آنها تا حد امکان خدشه‌ای وارد نشود. مطابق اصل بیست دوم قانون اساسی، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز می‌کند. از مهم‌ترین نتایج اصل مصونیت حریم خصوصی از هرگونه تعرض این است که در موارد شک و تردید در جواز یا عدم جواز اقدامات ضابطین و نبود صراحت قانونی اصل ممنوعیت خواهد بود نه جواز. در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز مانند سایر جرایم تمایزی در رعایت اصل مصونیت حریم خصوص از تعرض وجود ندارد و کاشفین در صورت دلالت قرائن و امارات قوی بر وجود کالا و یا ارز قاچاق می‌توانند پس از کسب مجوز بازرسی از مرجع صالح رسیدگی‌کننده به انبارها و اماکن و مستغلات محل اختفا یا نگهداری کالا یا ارز قاچاق وارد شوند و حتی‌المقدور با حضور صاحب محل نسبت به بازرسی محل و کشف قاچاق اقدام کنند و نباید بدون مجوز به حریم خصوص اشخاص متعرض شوند.

۱.۶. اصل سرعت در انجام وظیفه قانونی توسط کاشفین

از آنجا که قاچاق کالا و ارز پدیده چند وجهی است و اثرات مخرب اقتصادی، امنیتی و فرهنگی به دنبال داشته و شگردهای ارتکاب آن به فراخور شرایط زمانی و مکانی متغیر است، ضرورت دارد به‌منظور کاهش اثرهای مخرب این پدیده، کاشفین با استفاده از ابزارهای کارآمد و به‌روز نسبت به شناسایی سریع عاملان قاچاق کالا و ارز اقدام کنند. پاسخ سریع

۱. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۹، ص ۵۰.

ضابطان اثرات پیشگیرانه به دنبال خواهد داشت. مطابق ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ضابطین مکلفاند بلافاصله و در صورت عدم دسترسی ظرف بیست و چهار ساعت از زمان دستگیری، ضمن نظر قراردادن متهم، پرونده تنظیمی را نزد مرجع صالح ارسال کنند. همچنین در مواردی که دستگاه‌های کاشف فاقد اختیارات ضابطین دادگستری باشند، موظف‌اند پس از کشف بلافاصله با تنظیم صورت جلسه کشف موضوع را جهت اقدام قانونی به ضابطین یا مراجع ذی صلاح اطلاع دهند.

۲. مراجع صلاحیت‌دار کشف قاچاق کالا و ارز

کشف قاچاق کالا و ارز از ضوابط خاصی تبعیت می‌کند که می‌توان آن را کشف افتراقی نامید.^۱ وجه تسمیه کشف قاچاق کالا و ارز با سایر جرایم ناظر به برخی قواعد اختصاصی است که با کشف سایر جرایم متفاوت است. این تفاوت‌ها را می‌توان در تنوع دستگاه‌های کاشف، تفاوت در اختیارات دستگاه‌های کاشف و ضابط، تفاوت در انجام تحقیقات مقدماتی و اختیارات کاشفین و ضابطین در مراحل دادرسی تبیین نمود. مطابق بند (ض) ماده یک قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دستگاه اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری، که به موجب این قانون و سایر قوانین و مقررات، وظیفه مبارزه با قاچاق کالا و ارز و کشف آن را برعهده دارد، دستگاه کاشف قاچاق کالا و ارز قلمداد می‌شود. همچنین ضابطین نیز در حدود وظایف محوله قانونی خود نیز کاشف محسوب می‌شوند. بنابراین در یک تقسیم‌بندی کلی کاشفین قاچاق کالا و ارز را می‌توان به دستگاه‌های ضابط کشف قاچاق کالا و ارز و دستگاه‌هایی که صرفاً کاشف قاچاق کالا و ارز هستند، تقسیم‌بندی نمود.

۲.۱. تفکیک کاشفین قاچاق کالا و ارز به واسطه اختیارات قانونی

۲.۱.۱. صلاحیت و تنوع دستگاه‌های کاشف قاچاق کالا و ارز

مطابق ماده ۳۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دستگاه‌های زیر در حدود وظایف محوله قانونی، کاشف در امر قاچاق محسوب می‌شوند:

الف. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی

ب. وزارت جهاد کشاورزی

پ. گمرک جمهوری اسلامی ایران در محدوده اماکن گمرکی

ت. سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان

ث. سازمان حفاظت محیط زیست

ج. سازمان میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی

چ. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

ح. شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی ایران

خ. شرکت سهامی شیلات ایران

د. شرکت دخانیات ایران

۱. معصومی، سیدعلی، «سازوکار پیشگیری و کاهش جمعیت کیفری»، مجله اقتصاد پنهان، شماره ۲۰، ۱۳۹۹.

دستگاه‌های کاشف قاچاق کالا و ارز صرفاً در حدود شرح وظایف مصوب و موازین مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز صلاحیت کشف و تشکیل پرونده را برعهده دارند و از تمامی اختیارات ضابطین دادگستری در کشف و انجام تحقیقات مقدماتی برخوردار نیستند. به عنوان مثال امکان توقیف و تحت نظر قرار دادن متهمین و پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق برای مأموران دستگاه‌های کشف وجود ندارد، لیکن اختیاراتی نظیر کشف جرم و تخلف قاچاق، بازرسی کالا که مقدمه کشف محسوب می‌شود، اعلام جرم و انجام تحقیقات لازم برای حفظ ادله و توقیف کالای موضوع قاچاق را بر عهده دارند. در خصوص اختیار توقیف کالا توسط دستگاه‌های کشف دو نظریه وجود دارد که برخی به وجود این اختیار برای دستگاه کشف قائل‌اند و برخی دیگر اصل بر فقدان این اختیار می‌دانند و توقیف کالا را صرفاً جزء صلاحیت ضابط می‌دانند و نه کاشف.^۱ از نظر تحلیل حقوقی نظریه دوم صحیح‌تر به نظر می‌رسد. البته در عمل برخی دستگاه‌های کشف این اختیار را برای خود قائل‌اند و برخی نیستند؛ لذا بهتر است قانونگذار در جهت رفع ابهام اختیار کاشفین را دقیقاً مشخص کند. همچنین در مواردی که کشف قاچاق توسط یکی از دستگاه‌های کشف و نیاز به اموری چون جلوگیری از فرار متهم یا تحت نظر قرار دادن وی باشد، دستگاه کشف مزبور باید از ضابطین بخواهد چنین اموری را انجام دهند. ذکر این نکته ضروری است که اساساً دستگاه‌های کشف قاچاق کالا و ارز صرفاً در چهارچوب وظایف و حیطه مسئولیت خود با توجه به شرایط مکانی و زمانی کاشف قاچاق کالا و ارز محسوب می‌شود و حق مداخله و کشف عمومی کلیه کالاهای قاچاق را ندارند. در واقع قانونگذار با تصریح و تفکیک دستگاه‌های کشف به سمت افتراقی و تخصصی نمودن کشف قاچاق کالا و ارز قدم برداشته است.

۲.۱.۲. سازوکار تشخیص ضابطین قاچاق کالا و ارز

مطابق حکم مقرر در تبصره ماده ۳۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ضابطین در حدود وظایف محوله قانونی خود کاشف محسوب می‌شوند. همچنین مطابق ماده ۲۸ آیین دادرسی کیفری ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون اقدام می‌کنند. قانون آیین دادرسی کیفری ضابطین را به دو گروه عام و خاص تقسیم نموده است. ضابطین عام: صلاحیت رسیدگی به انواع جرایم را دارند، مگر آنکه به واسطه قانون برای رسیدگی به آن جرم، منع شده باشند و شامل افسران و فرماندهان آموزش‌دیده نیروی انتظامی می‌باشند. مطابق بند ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹/۰۴/۲۷ نیروی انتظامی وظیفه کشف جرم و مبارزه با قاچاق کالا و ارز را برعهده دارد. برخلاف ضابطین عام، ضابطین خاص صلاحیت رسیدگی به جرمی را ندارند، بلکه صلاحیت آنها رسیدگی به بعضی از جرایم به موجب قانون است که اصطلاحاً به این دسته از انواع ضابطین، ضابط دادگستری نیز گفته می‌شود. از مهم‌ترین ضابطان خاص حوزه قاچاق کالا و ارز وزارت اطلاعات است که به موجب ماده ۳۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در پرونده‌های قاچاق کالان ضابط و کاشف قلمداد می‌شود. سازمان اطلاعات سپاه به موجب ماده یک اساسنامه سپاه پاسداران، در صورتی که قاچاق به قصد مقابله با نظام صورت پذیرد و همچنین مأموران یگان حفاظت گمرک‌های کشور به موجب ماده ۳۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در محدوده اماکن گمرکی ضابط خاص قاچاق کالا و ارز قلمداد می‌شوند. ضابطین دیگری نیز وجود دارند که در حیطه وظایف محوله از امر قاچاق کاشف و ضابط قلمداد می‌شوند؛ از جمله، مأموران جنگلبانی در حوزه قاچاق چوب، هیزم و زغال، مأموران شکاربانی در

۱. سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید و حسام ابراهیم‌وند، *محشای قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز*، تهران: مجد، ۱۳۹۷، ص ۳۷۷.

حوزه قاچاق حیوانات، مأموران اداره پست در خصوص کشف قاچاق در محموله‌های پستی، در هر صورت ملاک اصلی برای کشف و ضابط خاص بودن در امر قاچاق حدود وظایف محوله قانونی است. مطابق ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری احراز عنوان ضابط دادگستری منوط به فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مجمع قضایی و تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری است. در خصوص حکم تعمیم این ماده به کاشفین قاچاق کالا و ارز ابهام وجود دارد؛ چرا که از یک طرف وظیفه آموزش و نظارت بر کاشفین قاچاق کالا و ارز که اکثراً دستگاه دولتی هستند، بر عهده مرجع قضایی^۱ به واسطه با اصل تفکیک قوا نیست و از طرف دیگر نص قانونی مبنی بر الزام به تحصیل کارت ویژه کاشفیت وجود ندارد و در موارد اجمال باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قائل به عدم ضرورت تحصیل کارت مذکور توسط کاشفین شد؛ هرچند بهتر بود با توجه به اختیارات اعطایی به کاشفین قاچاق کالا و ارز این مهم در اصلاحات قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در نظر گرفته می‌شد.

۳. صلاحیت افتراقی کاشفین قاچاق کالا و ارز

اساساً ضوابط کشف جرم قاچاق کالا و ارز با سایر جرایم فرق دارد؛ چراکه علاوه بر ضابطین عام و خاص که وظیفه اصلی کشف جرایم را برعهده دارند، برخی دستگاه‌های دولتی نیز تحت عنوان دستگاه کاشف وظیفه کشف قاچاق کالا و ارز را بر عهده دارند. یک سری از وظایف کاشفین قاچاق کالا و ارز اعم از کاشف یا ضابط در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مورد تصریح قرار گرفته و یک سری دیگر را باید با مراجعه به سایر قوانین و مقررات موضوعه احصا نمود. مطابق ماده ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در کلیه مواردی که شرایط و ضوابط دادرسی در این قانون پیش‌بینی نشده است، مطابق قانون آیین دادرسی کیفری رفتار می‌شود. اساساً کاشف یا ضابط قاچاق کالا و ارز که در برخی موارد وظایف آنها هم پوشانی پیدا می‌نماید، در حدود وظایف قانونی خود عمل می‌کنند و ملاک اصلی برای تشخیص دایره اختیارات و وظایف هریک از آنها قانون است و در موارد سکوت اصل بر عدم پیش‌بینی اختیارات ضابطین برای مأموران دولتی کشف است؛ چرا که باید در تفسیر و به کار بردن قاعده اذن در شیء اذن در لوازم آن است باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قائل به عدم اختیار کاشفین شد.

۳.۱. مکانیزم کشف جرم و تنظیم صورت جلسه کشف قاچاق کالا و ارز

از مهم‌ترین وظایف قانونی که به موجب ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری به ضابطین دادگستری محول شده کشف جرم است. تبصره یک ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر لزوم داشتن عنوان ضابط دادگستری برای دستگاه‌های کاشف برای انجام تحقیقات مقدماتی موضوع ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری و منع تلویحی مأموران کاشف غیرضابط از دخالت در امر تحقیقات مقدماتی تأیید می‌کند و تصریح دارد در مواردی که دستگاه‌های کاشف فاقد اختیارات ضابطین دادگستری هستند، موظف‌اند بلافاصله با تنظیم صورت جلسه کشف موضوع را جهت اقدام قانونی به ضابطین یا مراجع قضایی اطلاع دهند. همچنین ماده ۳۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به تکلیف قانونی خاص برای دستگاه‌های کاشف غیرضابط مبنی بر گزارش موضوع جرم قاچاق به مقامات قضایی تصریح داشته است؛ به نحوی که این دستگاه‌ها در مواجهه با برخی مصادیق قاچاق فاقد هرگونه صلاحیت رسیدگی و اتخاذ تصمیم اداری بوده و مکلف‌اند شده‌اند تا موضوع را با

۱. نیازپور، امیرحسن، «آموزش ضابطین دادگستری در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری»، مجله پژوهش‌های دانش/انتظامی، دوره ۲۴، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۱۸۱.

ذکر قرائن و امارات مربوطه جهت انجام تعقیب متهمان به مقام قضایی گزارش کنند. گزارش کشف کالای قاچاق مبتنی بر صورت جلسه بدوی کشف کالا است که به صورت فرم چاپی مخصوص متحدالشکل^۱ طراحی و کلیه دستگاه‌های کشف اعم از کاشف ضابط و کاشف غیرضابط مکلف‌اند پس از کشف نسبت به تنظیم صورت جلسه کشف مطابق اطلاعات مندرج در فرم مخصوص اقدام کنند.

۳.۲. نحوه توقیف اموال مکشوفه و وسایل حمل کالا و ارز قاچاق کالا و ارز

ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز وظیفه توقیف کالا به ضابطین واگذار نموده و تبصره این ماده مقرر می‌دارد: در مواردی که دستگاه‌های کشف فاقد اختیارات ضابطین دادگستری باشند، موظف‌اند پس از کشف بلافاصله با تنظیم صورت جلسه کشف موضوع را جهت اقدام قانونی به ضابطین یا مراجع قانونی اطلاع دهند و به صورت تلویحی به عدم اختیار توقیف توسط دستگاه‌های کشف اشاره دارد؛ لیکن ماده ۵۳ قانون مذکور به صلاحیت دستگاه‌های کشف در توقیف تأکید و تصریح می‌کند ضابطین و کاشفین مکلف‌اند کالاهای مکشوفه را که در اجرای قانون توقیف شده‌اند، بلافاصله تحویل سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی کنند. اگر قائل به عدم اختیار کاشفین در توقیف کالای قاچاق باشیم، در واقع اختیار دستگاه کشف را در حد اعلام جرم قاچاق تقلیل داده‌ایم که در این فرض عملاً دستگاه‌های کشف با مردم تفاوت چندانی نداشته است؛ چراکه قاچاق دارای جنبه عمومی بوده و هر شخصی می‌تواند اعلام جرم کند. با در نظر گرفتن کلیه ملاحظات و جمع مواد فوق‌الذکر و ضرورت رعایت اصل سرعت در تحقیقات مقدماتی می‌توان قائل به صلاحیت دستگاه‌های کشف در توقیف کالاهای قاچاق بود. توقیف وسیله نقلیه حامل کالای قاچاق به عنوان وسیله ارتکاب جرم از اقدامات تأمینی است که قانون‌گذار اعمال آن را در صلاحیت یگان‌های کشف قرار داده است.^۲ با تصویب قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۴۰۱ قانونگذار علاوه بر توقیف وسیله نقلیه حامل کالای قاچاق به عنوان تضمین وصول جزای نقدی با ماهیت تأمینی، به منظور ضبط دائمی وسیله نقلیه به نفع دولت به عنوان مجازات تکمیلی الزامات قانونی پیش‌بینی کرده است. ماده ۲۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز علاوه بر اینکه به ضرورت توقیف وسایل نقلیه حامل کالاهای قاچاق تصریح کرده است؛ در صورتی که محکوم‌علیه ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ احضاریه اجرای احکام، جریمه نقدی مورد حکم را نپردازد. وسیله نقلیه ضبط و جریمه از محل فروش وسیله نقلیه برداشت می‌شود. با مذاقه در مواد مختلف قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مشخص می‌شود مقنن صلاحیت هم زمان ضابط و کاشف در در توقیف وسیله نقلیه حامل کالای قاچاق را به رسمیت شناخته و هریک از این دستگاه‌ها در حوزه فعالیت خود با رعایت ضوابط قانونی مقرر می‌توانند نسبت به توقیف وسایل حامل کالای قاچاق اقدام کنند.

۳.۳. الزامات پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق

از یک طرف مطابق ماده ۵۴۳ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات، هرگاه محلی یا چیزی برحسب امر مقامات صالح رسمی مهر یا پلمپ شده باشد و کسی عالماً و عامداً آنها را بشکنند یا محو کند یا عملی مرتکب شود که در

۱. صورت جلسه کشف قاچاق کالا و ارز، مطابق حکم مقرر در ماده ۳۱ آیین نامه اجرایی مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به صورت فرم واحد طراحی و در قالب پیوست این آیین‌نامه به کلیه دستگاه‌های کشف ابلاغ شده است.

۲. آقازاده، علیرضا، *دادرسی کیفری قاچاق کالا در حقوق ایران، ترکیه و عراق*، تهران: مجد، ۱۳۹۵، صص ۱۲۷-۱۳۱.

حکم محو یا شکستن پلمپ تلقی شود، به مجازات مقرر محکوم می‌شود. با توجه به حکم مقرر در این ماده بعضی از سازمان‌ها به موجب قانون اجازه دارند که محل (مکان) یا اشیایی را برای مدت زمان مشخص و یا به‌طور دائم پلمپ کنند. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی یک نظریه مشورتی اظهار داشته است: کلیه کارمندان دولت در محدوده وظایف خود مقامات رسمی محسوب می‌شوند. با عنایت به ماده مذکور این سؤال مطرح می‌گردد که آیا کاشفین همانند ضابطین به صورت همزمان اختیار پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق را دارند یا خیر؟ درخصوص سؤال مطروحه دو منظر قابل بررسی و تحلیل است: اولاً؛ با تفسیر موسع از ماده مرقوم دستگاه‌های کشف قاچاق کالا و ارز که عموماً دستگاه‌های دولتی و حاکمیتی محسوب می‌شوند، به عنوان مقام صالح اختیار پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق را دارند. ثانیاً؛ اگرچه ماده ۵۴۳ ق.م.ا امکان پلمپ را به مقامات صالح رسمی واگذار نموده، لیکن حیطه اعمال این صلاحیت را قوانین و مقررات موضوعه حوزه فعالیت آنها مشخص می‌کند. در حوزه پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مقرر می‌دارد، هنگام کشف قاچاق ضابطین مکلفاند اموال مکشوفه و وسایل حمل کالا یا ارز قاچاق یا محل نگهداری و اختفای آن را مطابق این قانون حسب مورد توقیف و پلمب کنند. لذا در حوزه قاچاق کالا و ارز صرفاً ضابطین حق پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق دارند و دستگاه‌های کشف از چنین حقی برخوردار نیستند. با توجه به عدم وجود نص قانونی خاص پیرامون پلمپ محل نگهداری کالاهای قاچاق توسط کاشفین و ضرورت تفسیر مضیق قوانین کیفری نظریه دوم صحیح به نظر می‌رسد.

۳.۴. صلاحیت و ضرورت تعیین ارزش کالاهای قاچاق توسط کاشفین

یکی از جلوه‌های افتراقی کشف قاچاق کالا و ارز بر خلاف سایر جرایم، الزام به تعیین ارزش‌گذاری کالاهای قاچاق با مکانیزم تعریف‌شده در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز توسط دستگاه‌های کشف این حوزه است. مطابق ماده ۵۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دستگاه‌های کشف مکلفاند کالاهای مکشوفه را به همراه صورت‌جلسه کشف و تشخیص ارزش اولیه کالا به سازمان جمع‌آوری و فروش تحویل کنند. همچنین مطابق ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اطلاعات پرونده‌های قاچاق مشتمل بر اطلاعات و تصویر صورت‌جلسه کشف، توقیف و تشخیص ارزش اولیه کالا یا ارز قاچاق طبق برگه نمونه صورت‌جلسه کشف و اسناد پیوست این آیین‌نامه است. برخلاف قواعد عمومی آیین دادرسی کیفری که تعیین نوع قرار به قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده واگذار شده، در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز قاضی صرفاً مکلف به صدور قرار وثیقه^۱ بوده و امکان صدور سایر قرارها وجود ندارد.^۲ مبنای صدور قرار وثیقه در جرایم و تخلفات قاچاق کالا و ارز برخلاف سایر جرایم صرفاً بر ارزش اعلامی دستگاه‌های کشف صورت می‌پذیرد. مقنن جهت تسهیل ارزش‌گذاری کالاهای مکشوفه به ظن قاچاق در ماده ۶۲ این قانون مقرر نموده که سازمان مامور وصول درآمدهای دولت فهرست ارزش کالاهای وارداتی را در اختیار دستگاه‌های کشف و ضابط جهت تعیین ارزش اولیه قرار دهد.

۱. تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: در پرونده‌های با ارزش بیش از یکصد میلیون ریال صدور قرار وثیقه متناسب با مجازات الزامی است.

۲. اجتهادی، عبدالمجید و علی صفاری، «سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالای سلامت‌محور»، فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره ۱۹، شماره ۷۵، ۱۳۹۶، ص ۲۰.

۳.۵. ضرورت حضور در محاکم، دفاع از پرونده و اعتراض به آرای متضمن برائت در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های افتراقی تبعی کشف قاچاق کالا و ارز که با کشف سایر جرایم متفاوت است، ایجاد اختیاراتی است که به واسطه کشف قاچاق کالا و ارز به کاشفین این حوزه اعطا شده است. مطابق احکام مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری حضور دادستان یا نماینده وی در دادگاه کیفری دو، اختیاری و در دادگاه کیفری یک الزامی است، لیکن مقنن در ماده ۳۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ درخصوص حضور دادستان یا نماینده وی، فرضی را پیش‌بینی کرده که اگر دادگاه کیفری دو حضور وی را ضروری تشخیص دهد، در این حالت حضور او در جلسه دادگاه الزامی و در واقع تکلیف قانونی است. در قوانین کیفری اختیاری برای ضابطین جهت حضور در مراحل دادرسی پیش‌بینی نشده است که این موضوع از یک طرف به تبعیت ضابطین از دادستان از حیث وظایفی که به‌عنوان ضابط دارند برمی‌گردد و از طرف دیگر به صدور کیفرخواست توسط دادستان برمی‌گردد که کشف جرم و تحقیقات ضابطین نهایتاً به صدور قرار نهایی توسط دادستان ختم می‌شود و این دادستان است که به نمایندگی از ضابطین از کیفرخواست و همچنین تحقیقات مقدماتی در محاکم دفاع کند. مقنن در جرایم و تخلفات قاچاق کالا و ارز برخلاف سایر جرایم اختیار حضور در محاکم و دفاع از صورت جلسه کشف را برای دستگاه‌های کاشف و ضابط قاچاق کالا و ارز ایجاد می‌کند که این موضوع یکی از جلوه‌های افتراقی کشف قاچاق کالا و ارز قلمداد می‌شود. از جمله مهم‌ترین دلایل واگذاری این اختیار به ارسال مستقیم صورت جلسه کشف توسط کاشفین به مراجع رسیدگی‌کننده بدون صدور کیفرخواست است که تبصره ۲ ماده ۴۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز شعب تجدیدنظر ویژه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز موظفانند در ارزش‌های بیش از یک میلیارد (۱.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال به طور مطلق و در پرونده‌های با ارزش یک میلیارد (۱.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و کمتر در صورت اقتضا، با صدور دستور تعیین وقت رسیدگی، متهم، نماینده دستگاه کاشف و ضابط و نیز سایر اشخاصی را که حضورشان ضروری است احضار کنند. همچنین مطابق تبصره ۲ ماده ۵۰ مکرر ۳ قانون مرقوم در صورت تجویز اعاده ددرسی توسط رئیس قوه قضائیه شعبه رسیدگی‌کننده مکلف است در پرونده‌های با ارزش بیش از یک میلیارد (۱.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال به‌طور مطلق و در پرونده‌های با ارزش یک میلیارد (۱.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و کمتر در صورت اقتضا، شعب دیوان عالی کشور موظفانند با صدور دستور تعیین وقت رسیدگی، متهم، نماینده دستگاه کاشف و ضابط و نیز سایر اشخاصی را که حضورشان ضروری است احضار کنند. متهم می‌تواند شخصاً حاضر شود یا وکیل یا نماینده قانونی معرفی کند. واگذاری اختیار به ضابطین جهت حضور در محاکم و دفاع از صورت جلسه کشف از دو جنبه قابل بررسی است: از یک طرف واگذاری این اختیار به کاشفین و مواجهه حضوری با متهم به نوعی تضییق حقوق متهم قلمداد می‌شود؛ چرا که مجموعه مستندات کاشفین در قالب صورت جلسه کشف به مراجع قضایی ارسال شده و در این مرحله باید این حق برای متهم قائل شد که از اتهام وارده از خود دفاع کند. از طرف دیگر، حضور دستگاه کاشف و تبیین دلایل کشف و مکانیزم انجام تحقیقات مقدماتی به قاضی رسیدگی‌کننده جهت اقناع و حصول علم از وقوع یا عدم وقوع جرم موثر و راهگشاست.

از دیگر اختیارات تبعی کشف قاچاق کالا و ارز واگذاری صلاحیت تجدیدنظرخواهی از آرای متضمن برائت به دستگاه‌های کاشف و ضابط قاچاق کالا و ارز است. مطابق ماده ۵۰ مکرر ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز قرارهای منع و موقوفی تعقیب و احکام صادره از دادرها و شعب مراجع رسیدگی‌کننده، علاوه بر متهم، به ستاد، دستگاه کاشف، ضابط، دستگاه مأمور وصول درآمدهای دولت و دادستان ابلاغ می‌شود. آرای برائت صادره از از طرف مراجع رسیدگی‌کننده ظرف بیست

روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض یا تجدیدنظرخواهی توسط دادستان، ستاد، دستگاه کاشف، ضابط و دستگاه مأمور است. واگذاری اختیار تجدیدنظرخواهی از آرای برائت به دستگاه کاشف خلاف اصل برائت و قاعده منع محاکمه مجدد است.^۱ در قاعده منع محاکمه مجدد افرادی که یک بار طرف دعوا قرار گرفته‌اند، نباید به اتهام همان جرم در فرایند عدالت کیفری قرار گیرند. مبای این نظریه را می‌توان در کاهش هزینه‌های تجدیدنظر و رعایت حقوق متهم تبیین کرد.

۳.۶. وجوه افتراقی تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق کالا و ارز

در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز برخلاف سایر جرایم سه مرجع و دستگاه کاشف برای تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی شده است که این تعدد مراجع رسیدگی‌کننده یکی از جنبه‌های افتراقی کشف و رسیدگی به پرونده‌های قاچاق قلمداد می‌شود. حیطه صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب، سازمان تعزیرات حکومتی در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مشخص شده است؛ به‌نحوی که مطابق نص این ماده رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است. سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است. برای تعیین صلاحیت دستگاه کاشف در تعیین تکلیف پرونده‌های قاچاق باید به ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مراجعه کنیم، مطابق احکام مقرر در این ماده با احراز پنج شرط توسط دستگاه کاشف کالاهای قاچاق ضبط می‌گردد. ۱. کالای مکشوفه شامل مجاز، مجاز مشروط یا یارانه‌ای یا ارز باشد. لیکن چنانچه کالا از جمله کالاهای ممنوعه باشد در هر صورت رسیدگی به آنها برعهده دادسرا و دادگاه انقلاب است. با این تفسیر صلاحیت مراجع کاشف استثنایی است بر صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است نه مراجع قضایی. ۲. ارزش کالا مطابق ارزش‌گذاری خود دستگاه کاشف پنجاه میلیون ریال یا کمتر باشد. ۳. کالاهای مکشوفه نباید جزء موضوع ماده ۲۵ مکرر شامل محصولات، مصنوعات و فراورده‌های منابع طبیعی و کالاهای سلامت‌محور موضوع ماده ۲۷ یا کالاهای باشد. ۴. دستگاه کاشف باید از دستگاه‌های کاشف موضوع ماده ۳۶ قانون باشد. ۵. متخلف مرتکب تکرار تخلف موضوع ماده ۲۱ این ماده کمتر از سه مرتبه یا بیشتر نشده باشد. کلیه کالاهای قاچاق به‌غیر از کالاهای موضوع ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز پس از رسیدگی ماهوی مراجع رسیدگی‌کننده و طی شدن مراحل قانونی از جمله مراحل بدوی تجدیدنظر و در شرایطی اعاده دادرسی و محکومیت متهم کالاهای قاچاق ضبط می‌شوند، ولی کالاهای موضوع ماده ۲۱ قانون مرقوم بدون ورود به مراحل دادرسی پس از تشخیص و احراز موارد پنج‌گانه توسط دستگاه‌های کاشف ضبط می‌شوند.

۱. صالحی، محمدخلیل و علی افراسیابی، «جایگاه و حدود اختیارات دادستان در نظام رسیدگی کیفری ایران»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۵، ۱۳۹۷، صص ۲۰۵-۲۰۶.

۲. ماده ۲۱- (اصلاحی ۱۴۰۰/۱۱/۱۰) در صورتی که ارزش کالای قاچاق و یا ارز مکشوفه موضوع ماده (۱۸) این قانون، برابر تشخیص اولیه دستگاه کاشف معادل پنجاه میلیون (۵۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا کمتر باشد با قید در صورت جلسه کشف به امضای متهم می‌رسد و در صورت استنکاف، مراتب در صورت جلسه کشف قید و حسب مورد، کالا ضبط و به همراه صورت جلسه به سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی تحویل می‌شود و ارز مکشوفه به حساب مشخص شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واریز و رونوشتی از اوراق به متهم ابلاغ می‌گردد. تبصره ۱- صاحب کالا و یا ارز می‌تواند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ در اداره تعزیرات حکومتی شهرستان محل کشف به این تصمیم اعتراض نماید. تا تعیین تکلیف قطعی قاچاق از سوی سازمان تعزیرات حکومتی، باید عین کالا نگهداری شود. تبصره ۲- مرتکب قاچاق موضوع این ماده در صورت تکرار برای مرتبه سوم و بالاتر علاوه بر ضبط کالا و یا ارز به جرمه نقدی موضوع ماده (۱۸) این قانون محکوم می‌گردد.

نتیجه‌گیری

قاچاق کالا و ارز و به تبع آن عرضه و فروش آنها در بازار داخلی اثرات مخرب اقتصادی، فرهنگی و امنیتی به دنبال دارد، لذا ضرورت دارد کالاهای قاچاق از پیش از مبادی تا سطح عرضه در کشور آماج انواع حملات قرار گرفته و این کالاها به سرعت کشف و تعیین تکلیف گردند. با توجه به اهمیت و ضرورت کشف قاچاق کالا و ارز قانونگذار ضوابط افتراقی خاصی را برای کشف قاچاق کالا و ارز مقرر نموده که این ضوابط با ضوابط عام ناظر به کشف سایر جرایم متفاوت است. از مهم‌ترین وجوه افتراقی کشف قاچاق کالا و ارز به تنوع زیاد دستگاه‌های کاشف قاچاق کالا و ارز برمی‌گردد که برخی از این کاشفین ضابط و برخی صرفاً کاشف قاچاق کالا و ارز محسوب می‌شوند. این تنوع از یک طرف تخصصی و علمی شدن کشف قاچاق کالا و ارز افزایش کشفیات جرایم این حوزه را به دنبال دارد و از طرف دیگر مکانیزم خاصی در کشف و تشکیل پرونده‌های قاچاق کالا و ارز ایجاد کرده است؛ به نحوی که انجام برخی از ملزومات تحقیقات مقدماتی قاچاق کالا و ارز صرفاً در صلاحیت ضابطین بوده و برخی دیگر میان ضابطین و کاشفین مشترک است. مطابق قواعد مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ضابطین مکلف‌اند مطابق قانون آیین دادرسی کیفری عمل کنند و در مواردی که دستگاه‌های کاشف فاقد اختیارات ضابطین دادگستری باشند، موظف‌اند پس از کشف بلافاصله با تنظیم صورت جلسه کشف موضوع را جهت اقدام قانونی به ضابطین یا مراجع ذی‌صلاح اطلاع دهند. ایجاد صلاحیت تبعی برای کاشفین از جمله حضور در دادگاه و دفاع از صورت جلسه کشف به واسطه کشف صورت گرفته از دیگر وجوه افتراقی حاکم بر کشف قاچاق کالا و ارز نسبت به سایر جرایم است. این صلاحیت از دو جنبه حایز اهمیت است: از یک طرف امکان رصد پرونده از بدو کشف تا مرحله صدور حکم قطعی را برای کاشفین میسر می‌کند که این امر علاوه بر پیشگیری از انحراف پرونده از مسیر قانونی به مرجع رسیدگی جهت احراز دقیق جرم قاچاق کمک می‌نماید و از طرف دیگر به واسطه اعمال این صلاحیت توسط حقوق متهمین در معرض خطر قرار می‌گیرد؛ چرا که برخلاف سایر جرایم که دادستان به عنوان مدعی‌العموم صلاحیت پیگیری و اعتراض در جرایم عمومی است. متهمین قاچاق کالا و ارز از با انبوهی از دستگاه‌های صلاحیت‌دار مواجه‌اند که باید در تمام مراحل دادرسی در مقابل آنها به ارائه دلیل بپردازند. همچنین صلاحیت اعطایی به کاشفین در اعتراض به آرای متضمن براءت خلاف اصل براءت و قاعده منع محاکمه مجدد است؛ چراکه در قاعده منع محاکمه مجدد افرادی که یک بار طرف دعوا قرار گرفته‌اند نباید به اتهام همان جرم در فرایند عدالت کیفری قرار گیرند.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری، دفتر دوم: سازمان و صلاحیت کیفری*، تهران: دوران‌دیشان، ۱۳۹۴.
۲. آقازاده، علیرضا، *قاچاق کالا*، تهران: آریان، ۱۳۸۹.
۳. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۹.
۴. سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید و حسام ابراهیم‌وند، *محشای قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز*، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۵. صادق‌منش، جعفر، *ضابطان قضایی (وظایف، اختیارات و مسئولیت‌ها)*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۸.
۶. صادقی، محسن، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

مقاله

۷. اجتهادی، عبدالمجید و علی صفاری، «سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالای سلامت‌محور»، فصلنامه پژوهش‌های دانش/انتظامی، دوره ۱۹، شماره ۷۵، ۱۳۹۶، صص ۱-۲۵.
۸. رحمدل، منصور، «قاچاق کالا و ارز از دیدگاه حقوق کیفری ایران، با تکیه بر مصوبه سال ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۵، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، صص ۱۴۷-۱۶۹.
۹. صالحی، محمدخلیل و علی افراسیابی، «جایگاه و حدود اختیارات دادستان در نظام رسیدگی کیفری ایران»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۵، ۱۳۹۷، صص ۱۹۱-۲۳۰.
۱۰. طالبیان، حسین و امین الیسوند، «نقش پیشگیری اجتماعی در کاهش قاچاق کالا و ارز»، مجله کارآگاه، دوره ۸، شماره ۲۹، ۱۳۹۳، صص ۵۱-۶۹.
۱۱. معصومی، سیدعلی، «سازوکار پیشگیری و کاهش جمعیت کیفری»، مجله اقتصاد پنهان، شماره ۲۰، ۱۳۹۹، صص ۷۲-۵۶.
۱۲. نیازپور، امیرحسن، «آموزش ضابطین دادگستری در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری»، مجله پژوهش‌های دانش/انتظامی، دوره ۲۴، شماره ۳، ۱۴۰۱، صص ۱۶۵-۱۹۱.

قوانین و مقررات

۱۳. آیین‌نامه اجرایی مواد (۵) و (۶) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۵.
۱۴. فرمان مقام معظم رهبری در مورد مبارزه با قاچاق کالا و ارز، خطاب به رئیس‌جمهور، ۱۳۸۱.
۱۵. قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۲.

References

Books

1. Aghazadeh, Alireza, *Smuggling of Goods*, Tehran: Aryan, 2010. (in Persian)
2. Akhoundi, Mahmoud, *Criminal Procedure Code, Vol. 2: Criminal Jurisdiction and Organization*. Tehran: Dourandishan, 2015. (in Persian)
3. Khaleghi, Ali, *Criminal Procedure Code, Volume 1*, Tehran: Shahr-e Danesh, 2020. (in Persian)
4. Sadegh Manesh, Ja'far, *Judicial Officers (Duties, Authorities and Responsibilities)*. Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2019. (in Persian)
5. Sadeghi, Mohsen, *Legal Principles and Their Place in Statutory Law*, Tehran: Mizan, 2005. (in Persian)
6. Siah-Bidi Kermanshahi, Saeed and Hesam Ebrahim-Vand, *Annotated Commentary on the Law Against Smuggling of Goods and Currency*, Tehran: Majd, 2018. (in Persian)

Articles

14. Ejtehad, Abdolmajid and Ali Safari, "Differential Criminal Policy on Health-Related Goods Smuggling", *Quarterly Journal of Police Research*, Volume 19, Issue 75, 2017, PP 1-25. (in Persian)
15. Ma'soumi, Sayyed Ali, "Mechanisms for Prevention and Reduction of Criminal Populations", *Journal of Hidden Economy*, Issue 20, 2020, PP 56-72. (in Persian)
16. Niazpour, Amir Hassan, "Training Judicial Officers Under the Criminal Procedure Code", *Journal of Law Enforcement Knowledge Research*, Volume 24, Issue 3, 2022, pp. 165-191. (in Persian)
17. Rahmdel, Mansour, "Smuggling of Goods and Currency from the Perspective of Iranian Criminal Law, Based on the 1995 Expediency Discernment Council Resolution", *Legal Research Journal*, Volume 5, Issue 10, 2006, PP 147-169. (in Persian)

18. Salehi, Mohammad Khalil and Ali Afrasiabi, "Position and Powers of Prosecutor in Criminal Proceeding System", *Journal of Criminal Law Research*, Volume 7, Issue 25, 2019, PP 191-230. (in Persian)
19. Talebian, Hossein and Amin Alisvand, "The Role of Social Prevention in Reducing Smuggling of Goods and Currency", *Detective Magazine*, Volume 8, Issue 29, 2014, PP 51-69. (in Persian)

Laws & Regulations

24. Executive By-Law of Articles (5) and (6) of the Law on Combating Smuggling of Goods and Currency, Approved 2016. (in Persian)
25. Law on Combating Smuggling of Goods and Currency, Approved 2013. (in Persian)
26. Supreme Leader's Decree on Combating Smuggling of Goods and Currency. Addressed to the President, 2002. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Behavioral Paradigm of the United Nations Security Council in Addressing Terrorism under Article 51 of the Charter: From Al-Qaeda to ISIS

Hamid Reza Akbarpour¹, Shahab Sharifi², Almas Eslami³

ABSTRACT

The prohibition of the use of force constitutes one of the cardinal principles of international law, subject to only two exceptions: first, the inherent right of self-defense as enshrined in Article 51 of the United Nations Charter, and second, measures undertaken by the Security Council to maintain international peace and security pursuant to Chapter VII of the Charter. Prior to the attacks of September 11, the invocation of the right of self-defense was predominantly confined to states against each other. However, following the emergence of non-state threats such as Al-Qaeda and ISIS, the question arose as to whether self-defense can be invoked against terrorist groups. This article seeks to analyze the behavioral patterns of the United Nations Security Council in responding to this issue, and to assess the extent to which an expansive interpretation of the right to self-defense against terrorist groups. This study adopts a descriptive-analytical approach, grounded in extensive library-based research. Data were collected from academic literature, Security Council resolutions, judgments of the International Court of Justice (ICJ), and credible online resources, and were systematically analyzed. The research is selected from the pre-9/11 era to the emergence of ISIS and the corresponding Security Council resolutions. Special attention is devoted to detailed examination of Resolutions 1368, 1373, and 2249, and an analysis of the legal literature related to the right to self-defense. The findings reveal that the terrorist attacks of September 11 represented a watershed moment in the conceptualization of self-defense against non-state threats. In Resolutions 1368 and 1373, immediately after these attacks, the Security Council recognized the right of states to self-defense against terrorist threats, although this recognition was limited to the preamble of the resolution and was not explicit in the operative parts. In these resolutions, self-defense was presented in general terms without specific reference to the non-state nature of the attackers. A more nuanced analysis demonstrates that, after these two resolutions, in subsequent resolutions—even in facing broader threats such as ISIS—the Council refrained from reiterating or expanding this position. Resolution 2249 on ISIS, although it condemned the threats of this group and called for confronting it, without addressing the right to self-defense and was not issued under Chapter VII of the Charter; therefore, its legal value for justifying the use of force is limited. Moreover, in the analysis of existing legal theories, it was observed that the broad interpretation of Article

How to Cite: Akbarpour, Hamid Reza, Sharifi, Shahab, Eslami, Almas, "The Behavioral Paradigm of the United Nations Security Council in Addressing Terrorism under Article 51 of the Charter: From Al-Qaeda to ISIS", Legal Research, Vol. 28, No. 110, 2025, pp:281-304.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230509.2447>

Received: 04/02/2023-Accepted: 21/06/2023

1. Ph.D., Middle East Strategic Studies Center, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: hamidakbarpour172@gmail.com

2. Assistant Professor, Faculty of National Defense, Supreme National Defense University, Tehran, Iran

3. Ph.D., Research Institute of Irregular Warfare, Research Center for Holy Defense Sciences and Values, 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/>).

51 of the Charter, which accepts self-defense against non-state groups based on theories such as the "Unable or Unwilling" doctrine and the "Accumulation of Events" theory, although supported by some countries such as the United States, France and the United Kingdom, has not become a binding custom at the international level. Nevertheless, these interpretations have not crystallized into binding customary international law. The jurisprudence of the ICJ, notably in the Nicaragua case and more recently in Democratic Republic of Congo v. Uganda, has consistently maintained that an armed attack attributable to a state is a prerequisite for invoking the right of self-defense. On the other hand, the Security Council has emphasized the strengthening of collective mechanisms for counter-terrorism, such as Sanctions Committees and the Counter-Terrorism Committee, and has minimized reliance on unilateral uses of force. This approach indicates that the Security Council has considered self-defense against terrorism to be an exception and not an established norm. The Security Council's practice indicates that the invocation of self-defense against terrorist groups post-9/11 has been recognized only as an exceptional response within a specific political context. In its subsequent resolutions, the Council has refrained from expanding this interpretation and has reaffirmed the traditional framework of the prohibition on the use of force. Even in facing the unprecedented threat posed by ISIS, the Council declined to institutionalize the right of self-defense against non-state actors as a legal procedure. Moreover, by prioritizing collective responses to terrorism and reinforcing the discourse surrounding threats to international peace and security, the Council has effectively precluded the establishment of a unilateral right to the use of force. As a result, the use of self-defense against non-state groups must continue to be analyzed with caution and within the traditional framework of international law.

KeyWords: Self Defense, Security Council, Non-State Groups, Terrorism.



پارادایم رفتاری شورای امنیت در مقابله با تروریسم در بستر ماده ۵۱ منشور؛ از القاعده تا داعش

حمیدرضا اکبرپور^۱، شهاب شریفی^۲، الماس اسلامی^۳

چکیده

ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد در باب حق دفاع مشروع است. این حق تا قبل از حملات یازده سپتامبر کمتر محل مناقشه بود. اما طی بیست سال گذشته و در پی دو مناقشه بزرگ در خاورمیانه و واکنش شورای امنیت به آن، این حق و نحوه استناد به آن، دوباره به محل بحث و جدل بدل شد. نخست، حمله ایالات متحده به افغانستان برای تقابل با القاعده و سپس حملات ائتلاف بین‌المللی به رهبری ایالات متحده علیه داعش و گسترش آن به خاک سوریه، سبب شد دوباره توسل به حق دفاع مشروع در تقابل با گروه‌های غیردولتی به مبحث روز حقوق بین‌الملل تبدیل شود. در این مقاله با توجه به ادعای بازنگری شورای امنیت در مفهوم دفاع مشروع و صدور قطعنامه‌هایی از طرف این سازمان، به بررسی و تحلیل رفتاری شورا در باب توسل به دفاع مشروع در برابر تروریسم پرداخته شده است. در مجموع علی‌رغم صدور قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ که به تفسیر موسع از حق دفاع مشروع پرداخته، عدم تکرار این موضوع در قطعنامه‌های متعددی که شورا در سال‌های بعد و در باب تروریسم صادر کرده است، نشان از عدم تحول اساسی در رفتار شورا نسبت به مفهوم دفاع مشروع دارد. حتی استناد به قطعنامه ۲۲۴۹ شورای امنیت، که برخی مبنایی برای توسل به دفاع مشروع در برابر داعش می‌دانند، فاقد وجاهت لازم است؛ چراکه حتی به دفاع مشروع اشاره نکرده است و براساس فصل هفتم منشور نیز صادر نشده است. ازسوی دیگر، شورا در رویه خود برای مقابله با تروریسم، به‌طور فزاینده‌ای نقش ساختارهای زیر نظر خود را تقویت کرده است. همچنین به تقویت ادبیات خود در مورد تروریسم به‌عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی پرداخته است که حوزه اصلی مسئولیت شورا تلقی می‌شود. بنابراین شورا در باب توسل به حق دفاع مشروع در تقابل با گروه‌های تروریستی را باید یک استثنا دانست.

کلید واژگان: دفاع مشروع، شورای امنیت، گروه‌های غیردولتی، تروریسم.

استناد به این مقاله: اکبرپور، حمیدرضا، شریفی، شهاب، اسلامی، الماس، «پارادایم رفتاری شورای امنیت در مقابله با تروریسم در بستر ماده ۵۱ منشور؛ از القاعده تا داعش»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۰، تیر ۱۴۰۴، صص: ۲۸۱-۳۰۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.230509.2447>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۳۱

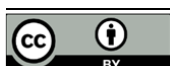
مقاله مذکور از طرح تحقیقاتی، که زیر نظر پژوهشکده جنگ‌های نامنظم پژوهشگاه علوم و معارف دفاع مقدس انجام گرفته، استخراج شده است.

۱. دکتری، مرکز مطالعات استراتژیک خاورمیانه، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: hamidakbarpour172@gmail.com

۲. استادیار، دانشکده دفاع ملی، دانشگاه عالی دفاع ملی (داعا)، تهران، ایران

۳. دکتری، پژوهشکده جنگ‌های نامنظم، پژوهشگاه علوم و معارف دفاع مقدس، 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

قاعده منع توسل به زور یا تحریم جنگ یکی از اصول بنیادین و از قواعد آمره حقوق بین‌الملل است. این قاعده ریشه در تاریخ صدها ساله دارد. از جمله یکی از نخستین ایده‌ها در این زمینه متعلق به سنت آگوستین است که بر جنگ عادلانه یا دادگرانه تأکید می‌کرد. طرح جنگ عادلانه یا دادگرانه تا حدودی توانست مانع از توسل نامحدود به زور شود. از مهم‌ترین تلاش‌ها در عصر جدید، می‌توان به برگزاری دو کنفرانس صلح لاهه در ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ میلادی اشاره کرد که در آن توافق‌هایی به‌منظور جلوگیری از جنگ و تدوین معاهداتی درخصوص حقوق جنگ و بی‌طرفی صورت گرفت. با وقوع جنگ جهانی اول و در پی آن تشکیل جامعه ملل، گامی روبه‌جلو در جهت منع توسل به زور برداشته شد؛ اما این گام چندان محکم برداشته نشد و با توجه به میثاق این سازمان، در نگاه خوشبینانه به محدود کردن جنگ و در نگاه بدبینانه به پذیرش جنگ به‌عنوان یکی از راه‌های فیصله اختلافات بین‌المللی به شکل غیرمسالمت‌آمیز تن داده بود. قدم مؤثر بعدی با انعقاد پیمان عمومی برای کناره‌گیری و ترک جنگ برداشته شد که با نام‌های پیمان بریان-کلوگ یا پیمان پاریس^۱ شناخته می‌شود. این پیمان در سال ۱۹۲۸ میلادی امضا شد و کشورهای بسیاری به آن پیوستند. اگرچه این پیمان نیز نتوانست مانع از وقوع جنگ جهانی دوم شود.^۲ در نتیجه پس از جنگ جهانی دوم و انباشت تجربه تاریخی ناشی از عملکرد جامعه ملل، تدوین‌کنندگان منشور سازمان ملل را به این سمت سوق داد تا با تمام تلاش در منشور سازمان ملل، استفاده از زور را نامشروع جلوه دهند. نتیجه این امر، تأکید موکد بر ممنوعیت مطلق استفاده از زور در منشور سازمان ملل شد. این مسئله بر اصل منع توسل به زور^۳ پی‌ریزی شد که امروزه از مهم‌ترین اصول حقوق بین‌الملل است که بر سرتاسر منشور، جاری و ساری است.^۴ البته دو استثنا بر این اصل مقدم و والا وارد شده است. این دو استثنای منشور که به دولت‌ها این امکان را می‌دهد که از زور در روابط بین‌الملل استفاده کنند؛ شامل حق دفاع مشروع و اقدامات شورای امنیت براساس اختیارات واگذار شده در ماده ۲۴ و ۲۵ و فصل هفتم منشور ملل متحد در راستای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی است.^۵ استثنای اول از مفاهیم مورد توجه در حقوق بین‌الملل است. حق دفاع مشروع براساس ماده ۵۱ منشور ملل متحد به معنای «حق ذاتی دفاع فردی یا جمعی در صورت وقوع حمله‌ای مسلحانه به یک کشور است تا زمانی که شورای امنیت اقدامات ضروری را برای اعاده و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ نماید». بر این اساس، شرط اساسی حق دفاع مشروع، وقوع فعل حمله یا تهاجم مسلحانه توسط دولتی دیگر است. البته این تعریف جامع و مرسوم حق دفاع مشروع است و فارغ از تفاسیر موسعی است که از آن می‌شود و همواره محل جدل بوده است.^۶ بر همین اساس، دفاع مشروع همواره از مهم‌ترین مباحث مطرح در حوزه روابط بین‌الملل و به‌ویژه حقوق بین‌الملل بوده است.

^۱. Kellogg-Briand Pact or Pact of Paris

^۲. علیخانی، مهدی، «قاعده منع توسل به زور و دفاع مشروع در شرایط قابل پیش‌بینی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، دوره ۱۱، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۲۳-۲۴.

^۳. Principle of non-use of force

^۴. یاقوتی، محمد مهدی، «استثنائات حقوقی ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌الملل»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۵، شماره ۳، ۱۳۹۰، ص ۱۱۱۸.

^۵. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۵، ص ۵۴۷.

^۶. ظریف، محمد جواد و محمد آهنی امینه، «دفاع مشروع پیش‌دستانه مشروعیت کاربرد زور در روابط بین‌الملل یا نقض مکرر منشور ملل متحد»، *فصلنامه تحقیقات سیاسی و بین‌المللی*، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۱، ص ۴۵.

در این میان مسئله تروریسم به این مجادلات، پیچیدگی بیشتری داده است. این پدیده به صورت خزنده از نیمه دوم قرن بیستم در حال گسترش در جهان است و به‌ویژه از اواسط دهه ۱۹۷۰ میلادی، فراگیرتر و شدیدتر شده است. نرخ سالانه وقوع اقدامات تروریستی بین ۵۸۰ تا ۶۰۰ در نوسان است که حدوداً به رقم دو عملیات در هر روز منتهی می‌شود.^۱ بر همین اساس تروریسم یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های امنیتی دولتمردان در سراسر جهان است. رواج پدیده تروریسم منحصر به منطقه، کشور، مذهب یا قومیت خاصی نیست و از کشورهای کوچک کمتر توسعه‌یافته تا بزرگ‌ترین قدرت‌های اقتصادی و نظامی دنیا به نحوی با این پدیده روبه‌رو هستند. به همین سبب، همگام با گسترش فعالیت‌های تروریستی، تمهیدات ملی و بین‌المللی مختلفی برای مقابله با آن تدوین شد؛ اما کماکان این معضل جهانی ریشه‌کن که نشده، بلکه در برخی نقاط گسترش نیز یافته است.^۲ بنابراین با توجه به گسترش تروریسم، مقابله با تروریسم در حوزه‌های نوینی مطرح شد که پیش از آن مسبوق به سابقه نبود. نقطه عطف این ماجرا حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ میلادی بود. از زمان این حملات، مجادلات حقوقی به سطحی فراتر رسید؛ چراکه بحث حق دفاع مشروع در زمینه مقابله با حملات تروریستی مطرح شد که نظرات حقوقدانان بین‌المللی را به دو قسمت عمده تقسیم کرد که شامل دسته حامیان تفسیر موسع و دسته حامیان تفسیر مضیق و سنتی از این اصل اساسی می‌شد. این دودستگی در تحقیقات محققین نیز مشهود است.^۳ هرچند استناد به حق دفاع مشروع در مقابله با گروه‌های تروریستی به حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی برمی‌گردد، این تفسیر نو از مفهوم دفاع مشروع با تکیه دوباره ائتلاف بین‌المللی علیه داعش در حمله به پایگاه‌های آنان در سوریه، دوباره مطرح شد.^۴

سؤال اصلی این پژوهش بر واکاوی الگوی رفتاری سازمان ملل در قبال توسل به حق دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی متمرکز است. در حقیقت این پژوهش در پی پاسخ به این پرسش است که آیا سازمان ملل و بالاخص شورای امنیت بر این قرائت نوین از حق دفاع مشروع صحه و سپس تأکید کرده است یا خیر؟ بر همین اساس، در این پژوهش با واکاوی مفهوم حق دفاع مشروع، به تحلیل استناد به این حق با توجه به قطعنامه‌های صادره از شورای امنیت در باب دو مناقشه بزرگ خاورمیانه یعنی تقابل با القاعده و داعش پرداخته خواهد شد. سپس سعی شده است تا رفتار شورای امنیت در قبال توسل به دفاع مشروع در برابر تروریسم را پس از حملات ۱۱ سپتامبر تبیین کند. ضرورت انکارناشدنی این موضوع، در باب گسترش مباحث حوزه نظری در زمینه راهبردهای حقوقی برای مقابله با اقدامات تروریستی است. به‌ویژه که در جهان امروز علی‌رغم اینکه هنوز سیطره قدرت بر روابط بین‌الملل سایه افکنده است، استدلالات حقوق بین‌المللی بسیار روبه‌جلو حرکت کرده است. در این پژوهش، جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای صورت گرفته است. در نتیجه گردآوری منابع با مراجعه به متون موجود و جمع‌آوری فیش‌های تحقیق و نقد و بررسی آنها انجام شده است. منابع اطلاعاتی مورد استفاده شامل منابع

۱. فیرجی، داود و صمد ظهیری، «تروریسم: تعریف، تاریخچه و رهیافت‌های موجود در تحلیل پدیده تروریسم»، فصلنامه سیاست، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶.

۲. افتخاری، اصغر و علی شبستانی، «راهبرد جمهوری اسلامی ایران در مقابله با تروریسم»، فصلنامه آفاق/امنیت، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۰، ص ۵.

۳. قاسمی، علی و ویکتور بارین چهاربخش، «ارزیابی حق دفاع مشروع جمعی در حقوق بین‌المللی معاصر»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۶، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص ۱۷۵.

۴. طباطبایی، احمد و زهرا سادات شارق، «بررسی مشروعیت عملکرد ائتلاف ضد داعش (دولت اسلامی عراق و شام) از منظر حقوق بین‌الملل در سوریه»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۱۸۹.

کتابخانه‌ای و اینترنتی است. روش اجرای این تحقیق بر مبنای روش توصیفی – تحلیلی است. بازه زمانی این تحقیق نیز به قبل و بعد از حملات ۱۱ سپتامبر به عنوان نقطه عطفی در باب موضوع این پژوهش تقسیم شده است؛ چراکه سازمان ملل متحد با توجه به این حملات، دست به صدور قطعنامه‌هایی زد که مفاد آنان در تقابل با قرائت سنتی و مرسوم از حق دفاع مشروع بود.

۱. چارچوب نظری

در این بخش به برخی از مفاهیم مرتبط با این پژوهش پرداخته می‌شود. این مفاهیم در درک بهتر استدلال‌های مطرح‌شده کارآمد است. توجه به تفاسیر مضیق و موسع ماده ۵۱ منشور و قرائت‌های مختلف برآمده از آن نیز می‌تواند مفید باشد. همچنین تبیین برخی نظریات مطرح شده همچون نظریه دولت ناتوان یا نامتمایل^۱ و نظریه انباشت رویدادها^۲ در جهت تفهیم استدلال‌ها بسیار موجه است.

۱.۱. تفاسیر دفاع مشروع

تفسیر به صورت ارائه برداشت‌های گوناگون از یک اصل حقوقی، قانون یا مقرر به هدف رفع ابهام از معنی یا تبیین ابعاد متفاوت آن است. بر همین اساس، به طور کلی دو مکتب تفسیری مضیق^۳ و موسع^۴ میان حقوقدانان شکل گرفته است: مکتب اول عموماً اصالت را به متن می‌دهد و لذا در صورت ضرورت توسل به تفسیر، آن را در چارچوب نص متن یا حداکثر گزارش مذاکرات تدوین سند جست‌وجو می‌کند. مکتب دوم، اصالت و کارکردهای متفاوت برای تفسیر قائل است. در نتیجه به راهکارهای متفاوتی فراتر از متن و اسناد مربوطه برای دستیابی به تفسیر متوسل می‌شود. ابعاد مختلف تفسیر پیمان‌های بین‌المللی ذیل مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون حقوق معاهدات^۵ تبیین شده است.^۶ بر همین اساس و با توجه به تفاسیری که بنابر نوع برداشتی است که از شرایط و ویژگی‌های حق دفاع مشروع نظیر نوع، زمان و مسئول حمله مسلحانه یا سایر شروط حق دفاع مشروع ارائه می‌شود، تفسیر حق دفاع مشروع نیز به موسع و مضیق تقسیم‌بندی می‌شود. البته نویسندگان به این دو دسته برچسب‌های مختلفی می‌زنند. معمولاً به عناوین دیگری مانند تفسیر سخت یا محض^۷ در مقابل تفسیر گسترده^۸ یا تفسیر محدودکننده^۹ در مقابل ضدمحدودکننده^{۱۰} نیز نامیده می‌شوند.^{۱۱}

^۱. Unable or Unwilling State Doctrine

^۲. Accumulation of Events Doctrine

^۳. Narrow interpretation

^۴. Extended interpretation

^۵. Vienna Convention on the Law of Treaties

^۶. جلالی، محمود و رضا زبیب، «ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۲، ۱۳۹۷، ص ۵۶.

^۷. Strict interpretation

^۸. Broad interpretation

^۹. Restrictive interpretation

^{۱۰}. Anti-restrictive interpretation

^{۱۱}. O'Connell, M. E. "Self-Defense", *Oxford Bibliographies Website*, Available at: www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0028.xml (2022/05/03)

۱.۱.۱. تفسیر مضیق

براساس تفسیر مضیق از ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد، دفاع مشروع صرفاً در برابر حمله مسلحانه و نظامی از سوی یک دولت علیه دولت دیگر و با رعایت شرایط آن مجاز است.^۱ در این تفسیر، دو معیار قابل توجه وجود دارد: اول در باب زمان و ماهیت حمله مسلحانه و دوم در باب حمله یک دولت در مقابل اقدامات خصومت‌آمیز دولت دیگر است. برپایه تفسیر مضیق، حق دفاع مشروع به‌عنوان استثنایی بر اصل عدم توسل به زور شناسایی شده است که براساس منشور ملل متحد، فقط در صورت حمله مسلحانه و تهاجم نظامی قابل اعمال است. زیرا ماده ۵۱ منشور تصریح دارد که دفاع مشروع فقط زمانی قابل اعمال است که حمله نظامی رخ دهد.^۲ بر این اساس، حق دفاع مشروع در مقابل اقدام خصومت‌آمیزی که منجر به حمله مسلحانه نشود، وجود ندارد. بنابراین پیشدستی یا پیشگیری در توسل به حق دفاع مشروع در مقابل تهدید به حملاتی که منتهی به حمله مسلحانه نمی‌شود، مجاز نیست.^۳ با اینکه برخی معتقدند دفاع مشروع مندرج در منشور ملل متحد همان دفاع موجود در حقوق عرفی گذشته است که ریشه در قضیه کارولین دارد، معتقدین به تفسیر مضیق چنین برداشتی را اصلاً قبول ندارند. به‌نظر آنان، تعیین شرایط و حدود دفاع مشروع در منشور، بیانگر خواست جامعه بین‌المللی برای محدود کردن دامنه اعمال این حق است. در نتیجه هرگونه تفسیر موسع از این حق و شرایط و معیارهایش مغایر با خواست تدوین‌کنندگان این ماده از منشور است. در این راستا، آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای مختلف و دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل در قسمت نخست پیش‌نویس راجع به مسئولیت دولت‌ها مصوب سال ۱۹۸۰ میلادی^۴ بر تفسیر مضیق از ماده ۵۱ منشور تأکید دارد.^۵

۱.۱.۲. تفسیر موسع

برخی از حقوقدانان معتقدند با توجه به مفاد ماده ۵۱ منشور ملل متحد، سوابق مربوط به تصویب آن و هدف‌های اصولی منشور، محدود کردن ماده ۵۱ منشور منطقی نیست. در تفسیر موسع، دو معیار ذکر شده در بخش تفسیر مضیق قابل توجه است: اول در باب زمان و ماهیت حمله مسلحانه و دوم در باب حمله یک دولت در مقابل اقدامات خصومت‌آمیز دولت دیگر. دفاع مشروع در این قرائت جدید، محدوده وسیع‌تری دارد و در جهت مقابله با بازیگران غیردولتی و نیز حملاتی که شدت و دامنه یک حمله مسلحانه را دارا نباشند، قابل اعمال است. این قرائت جدید از ماده ۵۱ منشور، مرزهای مورد نظر دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص دفاع مشروع و ماده ۵۱ منشور را درنوردد و دامنه استناد دولت‌ها به این ماده جهت مقابله با تهدیدات فراروی را مشروع می‌داند. بر همین اساس، تفسیر موسع از حق دفاع مشروع در دو بستر مهم شناسایی است.^۶

^۱ Kelly, P. "Preemptive Self-Defense, Customary International Law, and the Congolese Wars", *E-International relations*, 2016, P 3.

^۲ قادری کنگاوری، روح‌الله و داود آقایی خواجه پاشا، «تحلیل تطبیقی مبانی نظری و عملی مقاومت و تروریسم (حقوق و تکالیف نهضت‌های آزادی بخش)»، *فصلنامه آفاق/منیت*، دوره ۵، شماره ۱۷، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰.

^۳ محسن‌پور، سمیرا و منوچهر توسلی نائینی، «بررسی سیر تحول توسل به زور علیه تروریسم بین‌المللی از دیدگاه حقوق بین‌الملل و رویه قضایی بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۶، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۱۲-۱۳.

^۴ Draft Articles on State Responsibility in 1980

^۵ صحرایی، محمدرضا، «مشروعیت توسل به زور در مبارزه با تروریسم»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۳، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲۶.

^۶ همان، ص ۱۱۲۸.

۱.۱.۲.۱. دفاع مشروع پیشگیرانه^۱

نخستین بستر مهم تفسیر موسع از حق دفاع مشروع، در توسل به دفاع مشروع قبل از رخ دادن حمله مسلحانه دولت متخاصم است. مفسران معتقد به این نوع از تفسیر بیان می‌دارند که دفاع مشروع محدود به مقابله با حمله مسلحانه مندرج در ماده ۵۱ منشور نیست، بلکه در مقابل حمله احتمالی، قابل پیش‌بینی یا حمله‌ای که به حمله مسلحانه منتهی نمی‌شود نیز قابل اعمال است. حامیان این تفسیر چنین استدلال می‌کنند که تدوین حق دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور به دلیل جایگزین کردن مفهوم جدیدی از این حق به جای مفهوم شناخته شده آن در حقوق عرفی پیش از منشور نیست. شاهد این مدعا را درج عبارت حق ذاتی^۲ در ماده ۵۱ می‌دانند.^۳ بر همین اساس، این تفسیر موجب شکل‌گیری مفهوم حق دفاع مشروع پیش‌نگرانه شده است. این مفهوم دارای دو زیرشاخه اصلی است که شامل دفاع مشروع پیش‌دستانه^۴ و دفاع مشروع پیشگیرانه^۵ می‌شود.^۶ دفاع مشروع پیش‌دستانه عبارت است از پاسخی مسلحانه به تهدیدات قریب‌الوقوعی که براساس قرائن و شواهد، احتمال تحقق آن بسیار زیاد است. به عبارت دیگر، به وضعیتی گفته می‌شود که کشور مورد تهدید به استناد سوابق یا قرائن روشن از احتمال تجاوز نظامی قریب‌الوقوع توسط کشور دیگری، با توسل به زور از این اقدام پیشگیری می‌کند.^۷ اما مفهوم دیگری که زیرمجموعه دفاع مشروع پیش‌نگرانه است، حق دفاع مشروع پیشگیرانه است. دفاع مشروع پیشگیرانه پاسخ مسلحانه به تهدیدی است که زمان و مکان آن مورد تردید است، ولی مانع برتری دشمن می‌شود. بنابراین برخلاف دفاع مشروع پیش‌دستانه، وجود ادله و شواهد متقن و محکم مبنی بر احتمال حمله مسلحانه در آینده ضروری نیست.^۸ به عبارت دیگر، دفاع مشروع پیشگیرانه به حمله‌ای اطلاق می‌شود که در آن یک دولت با هدف سرکوب توانمندی دولت رقیب برای هرگونه احتمال حمله در آینده، حتی در مواردی که هیچ دلیل و اعتقادی در خصوص طراحی حمله وجود ندارد، به زور متوسل می‌شود.^۹

۱.۱.۲.۲. دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی

با وقوع حملات ۱۱ سپتامبر، دکترین‌های جدیدی در زمینه دفاع مشروع مطرح شد. در نتیجه آن، تمایل دولت‌ها به تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور افزایش یافت.^{۱۰} با توجه به ماهیت حملات ۱۱ سپتامبر، یکی از قلمروهای توسعه دفاع مشروع، به مقابله با گروه‌های تروریستی اختصاص یافت. این امر حاکی از آن بود که با استناد به ماده ۵۱ منشور می‌توان علیه گروه‌های تروریستی، حتی در قلمرو سایر کشورها، متوسل به زور شد. این توسل به دفاع مشروع می‌تواند هم در

^۱ Anticipatory self-defence

^۲ Inherent right

^۳ قادری کنگاوری و آقای خواجه پاشا، پیشین.

^۴ Preemptive Self-Defense

^۵ Preventive Self-Defense

^۶ ابراهیم‌زاده، پوریا و امیرحسین ملکی‌زاده، «جایگاه دفاع پیش‌دستانه از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تبیین موانع حقوقی بین‌المللی اعمال آن جهت حفاظت از غیرنظامیان»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۸۵.

^۷ Deweese, G. S. "Anticipatory and Preemptive Self-defense in cyberspace: the challenge of Imminence", 7th International Conference on Cyber Conflict: Architectures in Cyberspace, 2015, P 85.

^۸ Ibid, 86.

^۹ ظریف و آهنی امینه، پیشین، ص ۴۶.

^{۱۰} محسن‌پور و توسلی نائینی، پیشین.

قالب دفاع مشروع پیشگیرانه و هم دفاع مشروع پیش‌دستانه متبلور شود.^۱ بنابراین اگر در دفاع مشروع پیش‌نگرانه، معیار قریب‌الوقوعی توسعه پیدا کرد، در تبیین استفاده از دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی، ماهیت عامل حمله گسترش یافت. در نتیجه به اعتقاد حامیان این نوع از تفسیر موسع ماده ۵۱ منشور، عامل حمله فقط در یک دولت محصور نیست و شامل گروه‌های غیردولتی با ماهیت تروریستی نیز می‌شود؛ چراکه اعمال تروریستی یا خطر آن را برابر با حمله مسلحانه مندرج در ماده ۵۱ منشور می‌دانند و دفاع مشروع را جایز می‌شمارند.^۲ گسترش داعش و اقدامات تروریستی آنان در در دهه دوم قرن بیست‌ویکم، به اعتقاد بسیاری سبب شد تا این تلقی بیش از پیش تحکیم شود. برخی اندیشمندان به‌صراحت بیان کرده‌اند که این رویکرد نوین به دفاع مشروع، نقطه عطف بوده و موجب تغییر سریع در نظام عرفی توسل به زور شده است. بنابراین با ظهور حقوق عرفی جدید، استفاده از زور در قالب دفاع مشروع علیه بازیگران غیردولتی موجه است.^۳

۱.۲. نظریات مرتبط

۱.۲.۱. نظریه دولت نامتمایل یا ناتوان

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که دولت‌ها نباید به میزبان و پناهگاه تروریست‌ها تبدیل شوند. از سوی دیگر، دولت میزبان اگر ناتوان یا نامتمایل باشد که با گروه تروریستی ساکن در خاک خود مقابله کند، زمینه توسل به دفاع مشروع فراهم می‌شود.^۴ این دیدگاه بر نظریه دولت ناتوان یا نامتمایل استوار است که به عقیده مایکل شارف^۵ نشان از تکامل توسل به زور در قالب حق دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی است. از نظر شارف، استفاده از زور علیه گروه‌های تروریستی نظیر داعش،^۶ منجر به شکل‌گیری لحظه عطف گروسیوس^۷ شده است.^۸ این مفهوم ابداع نسبتاً جدیدی است که توسط

^۱. رجی تاج امیر، ابراهیم و محمد رضازاده سلطان آباد، «دفاع مشروع پیش‌دستانه در برابر گروه‌های غیردولتی از منظر حقوق بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۴، شماره ۵۳، ۱۴۰۰، ص ۱۰۱.

^۲. قادری کنگاوری و آقایی خواجه پاشا، پیشین.

^۳. قربانی‌پور، مستوره و لایلا رئیسی، «مشروعیت صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت در مبارزه با تروریسم: خودبازسازی حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۱۹۹.

^۴. Brunnee, J. and S. J. TOOPE, "Self-defence against non-state actors: are powerful states willing but unable to change international law?", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 67, Issue 2, 2018, P 264.

^۵. Michael Scharf

^۶. Islamic State of Iraq and Syria (ISIS)

^۷. Grotian Moment

^۸. نظریه لحظه عطف گروسیوس با نظریه عرف آنی (Instant Custom) متفاوت است. عرف آنی بر این نظر استوار است که یک باور و اعتقاد حقوقی که توسط کل جامعه دولت‌ها ابراز شده باشد به خودی‌خود این قابلیت را دارد که قاعده حقوقی محسوب شود. در این زمینه، عنصر معنوی عرف نقش بسیار تعیین‌کننده‌ای دارد. این امر بدون توجه به رویه دولتی است و می‌تواند مثلاً تنها با رأی دادن اکثریت کشورها به قطعنامه‌ای در مجمع عمومی سازمان ملل متحد تعیین شود. اما لحظه عطف گروسیوس علاوه بر قطعنامه‌های مجمع عمومی یا تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی، مستلزم رویه دولتی هر چند در کوتاه‌مدت است.

^۹. Parra, P. D. R. "Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or reality?", *Revista Facultad de Jurisprudencia*, Issue 9, 2021, P 157.

استاد دانشگاه پرینستون، پروفیسور ریچارد فالك،^۱ در سال ۱۹۸۵ میلادی ابداع شد. لحظه عطف گروسیوس بیانگر تحولی عظیم در تغییر پارادایم است که در آن قواعد و دکترین‌های جدید حقوق بین‌الملل عرفی با سرعت و پذیرش غیرعادی ظهور می‌کنند. معمولاً این تغییر پارادایم در دوره‌ای خاص از تاریخ جهان رخ می‌دهد. به‌طور مثال ایجاد دادگاه نورنبرگ در پایان جنگ جهانی دوم را لحظه عطف گروسیوس می‌دانند.^۲ به‌ویژه زمانی که دادستان شعب فوق‌العاده در دادگاه‌های کامبوج^۳ در سال ۲۰۰۹ میلادی، دادگاه نورنبرگ را به‌عنوان لحظه عطف گروسیوس توصیف کرد، این مفهوم کاربرد حقوقی پیدا کرد.^۴ بر همین مبنا شارف معتقد است دولت‌های صدمه‌دیده برای حمله به گروه‌های غیردولتی مانند گروه‌های تروریستی در زمانی که دولت میزبان ناتوان یا نامتقابل برای سرکوب تهدیدات ایجاد شده از سوی آنان است، دارای حق دفاع مشروع است.^۵ براساس این نظریه، ارتباط یک دولت با یک بازیگر غیردولتی در سه شکل ارتباطی شامل دفاع مشروع می‌شود: در شکل اول، بازیگر غیردولتی ممکن است مستقل باشد، ولی با کمک‌های مالی، حمایت‌های تدارکاتی، تهیه سلاح و آموزش‌های نظامی یا رساندن منفعت به هر طریقی توسط یک کشور، مجهز و تأمین شود. در شکل دوم، کشور میزبان ممکن است قبل یا بعد از حمله مسلحانه برای بازیگر غیردولتی مأمن و پناهگاه تأمین کند و در واقع بهشت امنی برای آنها باشد. در شکل سوم، کشور میزبان ممکن است قادر به اعمال کنترل بر روی بازیگران غیردولتی نباشد؛ به این دلیل که قلمرو یادشده یا تحت کنترل دولت نیست یا اینکه قادر به اقدام و اداره مطلوب و مؤثر بر آن قسمت از سرزمینش نیست.^۶ البته میزان مشروعیت هر کدام از این موارد حتی از سوی حامیان این نظریه در یک سطح نیست و توسل به دفاع مشروع در مقابل دولت حامی و پناه‌دهنده به مراتب سهل‌تر از دولت ناتوان است.

۱.۲.۲. نظریه انباشت رویدادها

نظریه انباشت رویدادها از دیگر نظریاتی است که در جهت مقابله با تروریسم و با رویکرد تفسیر موسع مطرح شده است. براساس این نظریه، جمعی از حملات و نه‌تنها آخرین حمله، باید معیار تصمیم قرار گیرد. در نتیجه اگر حملات تروریستی به آستانه حمله مسلحانه نرسد، ایجاد مشکل در توسل به دفاع مشروع نمی‌کند؛ چراکه مجموعه‌ای از حملات می‌تواند تشکیل یک حمله مسلحانه دهد.^۷

۲. مبانی دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی

توسل به دفاع مشروع در برابر گروه‌های غیردولتی به‌طور اعم و در برابر گروه‌های تروریستی به‌طور اخص، از مهم‌ترین و چالش‌برانگیزترین مباحث مطروحه در حقوق بین‌الملل طی دو دهه اخیر بوده است. در این بخش به‌منظور تجزیه و تحلیل این مبحث، به استدلال‌های حامیان این روایت جدید از دفاع مشروع پرداخته خواهد شد. حامیان این نوع از دفاع

^۱ Richard Falk

^۲ Scharf, M. P. "Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change", *Cornell International Law Journal*, Volume 43, Issue 3, 2010, P 444.

^۳ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

^۴ Sparks, T. and Mark S. "Grotian Moments: An Introduction", *Grotiana*, Volume 42, Issue 2, 2021, P 180.

^۵ Parra, Op. Cit.

^۶ سواری، حسن و خببات اصلانی، «عملیات مسلحانه بازیگران غیردولتی علیه کشورها: تشکیل در قواعد حاکم بر توسل به زور»، فصلنامه حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۹، شماره ۴۶، ۱۳۹۱، ص ۷۱.

^۷ صحرایی، پیشین، ص ۱۱۳۰-۱۱۳۱.

مشروع دلایل متنوع و متکثری را مطرح کرده‌اند. برخی ریشه این نوع برداشت را به قضیه کارولین در سال ۱۸۳۷ میلادی برمی‌گردانند؛ چراکه در قضیه کارولین، دفاع مشروع به‌عنوان واکنشی در برابر حملات بازیگران غیردولتی به کار رفته بود. در این قضیه ادعا شده بود اتباع آمریکا از شورشیان مستقر در کانادا حمایت کرده‌اند.^۱ قضیه کارولین را باید مبنای تاریخی در استدلال حامیان این نوع از دفاع مشروع قلمداد کرد. البته در این خصوص با قرائت موسع دیگری از حق دفاع مشروع؛ یعنی حق دفاع مشروع پیش‌دستانه، مشترک‌اند.

حامیان این دیدگاه معتقدند که رویه دولت‌ها در این باب نیز در ال تحول است. آنها اقرار می‌دارند که رویه دولت‌ها نشان‌دهنده این است که بازیگران غیردولتی می‌توانند مرتکب حمله مسلحانه شوند. آنها با مقایسه اقدامات متعدد دولت‌ها در شرایط نسبتاً مشابه، نتیجه گرفته‌اند که نظر دیوان در تفسیر مضیق از دفاع مشروع که همان انتساب حمله مسلحانه به یک دولت است، توسط دولت‌ها پذیرفته نشده است.^۲ کما اینکه دول عضو ناتو پس از حملات ۱۱ سپتامبر، چنین حملاتی را به‌عنوان حمله مسلحانه علیه آمریکا تلقی کردند و در نتیجه دفاع مشروع فردی و جمعی در برابر آن را قانونی دانستند.^۳ ذکر این نکته ضروری است که رویه تعداد کم کشورها نیز در برخی موارد می‌تواند به ایجاد عرف منجر شود. کما اینکه در حقوق فضا با وجود تعداد کم کشورها، عرف جدیدی شکل گرفت. پس این فرض نیز باید مورد توجه قرار گیرد که رویه تعداد کم اما مؤثر کشورها نیز می‌تواند در قالب استدلال فوق منجر به شکل‌گیری عرف جدیدی شود.

در باب مشروعیت این دیدگاه، استدلال‌های دیگری نیز ارائه شده است. از مهم‌ترین این استدلال‌ها تأکید بر این امر است که دولت‌ها نباید به میزبان و پناهگاه تروریست‌ها تبدیل شوند. ازسوی دیگر، دولت میزبان اگر ناتوان یا نامتایل باشد که با تروریسم ساکن در خاک خود مقابله کند، زمینه توسل به دفاع مشروع فراهم می‌شود.^۴ دولت ایالات متحده در توجیه حمله به داعش در خاک سوریه از همین نظریه پیروی کرده است. در نامه نماینده دائم ایالات متحده آمریکا در سازمان ملل چنین آمده است که «دولت‌ها باید بتوانند با پیروی از حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی، همان‌طور که در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد منعکس شده است، از خود دفاع کنند. در صورتی که در اینجا، دولت کشوری که در آن منشأ تهدید واقع شده است، مایل یا قادر به جلوگیری از استفاده از قلمرو خود برای چنین حملاتی نیست. رژیم سوریه نشان داده است که نمی‌تواند یا نخواهد توانست به‌طور مؤثر با این پناهگاه‌های داعش مقابله کند».^۵

جمعی دیگر نیز در حمایت از این نوع دفاع مشروع به نظریه انباشت رویدادها تأکید کرده‌اند. همچنین برخی از مفسران نیز به تغییر اوضاع و احوال اشاره کرده‌اند و در نتیجه، تغییرات بنیادین سبب شده است تا این نوع از تفسیر موسع از حق دفاع مشروع پذیرفته شود.^۶

علاوه بر این، موافقان این نوع تفسیر به آرای دیوان و البته آرای مخالف قضات دیوان در قضیه‌های مختلف نیز اشاره کرده‌اند. دیوان در رأی کانال کورفو اقرار می‌دارد که براساس اصولی کلی و به رسمیت شناخته شده، دولت‌ها نباید اجازه

^۱ Burra, S. *Use of Force as Self Defence against Non-State Actors and TWAİL Considerations: A Critical Analysis of India's State Practice*, In: Asian Yearbook of International Law, Volume 24, Brill Nijhoff, 2020, P 111.

^۲ محبی، محسن و ایمان شفیعی، «تحول مفهوم دفاع مشروع: حقوق بین‌الملل و بازیگران غیردولتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، ص ۱۰۲.

^۳ NATO. "Statement by the North Atlantic Council", *Cambridge University Law Society Website*, Available at: www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm (2023/01/03)

^۴ Brunnee and Toope, Op. Cit.

^۵ Parra, Op. Cit. P 164.

^۶ صحرایی، پیشین.

دهند از قلمرو آنان برای اقداماتی در مغایرت با حقوق دیگر دولت‌ها استفاده شود. بر همین اساس تفسیر می‌شود که اصل منع مداخله وظیفه‌ای مراقبتی است. در نتیجه می‌توان علیه بازیگران غیردولتی در کشورهایی که نمی‌توانند یا نمی‌خواهد، متوسل به زور شد. این برداشت با نظریه دولت ناتوان یا نامتمایل دارای ارتباط نزدیکی است. این روال در برخی آرای قضات دیوان بین‌المللی دادگستری نیز منعکس شده است. برای مثال، خانم روزالین هیگنز^۱ در رأی اختصاصی خود در مورد قضیه دیوار حائل که با رأی اکثریت قضات دیوان در تناقض بود، اعلام کرد که با این نظر دیوان که ماده ۵۱ منشور ناظر به حق ذاتی دفاع مشروع، فقط در صورت حمله مسلحانه یک دولت علیه دولت دیگر است، موافق نیست؛ زیرا در هیچ جای ماده ۵۱ مقرر نشده است که حق دفاع مشروع منحصر به حمله مسلحانه از سوی دولت باشد. کما اینکه شرایط توسل به زور در رأی قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی علیه نیکاراگوئه ذکر شده است. دیوان در این مورد اعلام می‌دارد در صورتی که عملیات نظامی نامنظم به دستور یا هدایت از سوی دولت انجام گیرد، آن عملیات به نسبت میزان و آثارش می‌تواند به عنوان حمله مسلحانه محسوب گردد و طبعاً در مقابل آن حق دفاع مشروع وجود دارد.^۲

اوج مشروعیت این نوع از دفاع مشروع از دیدگاه حامیان، در واکنش بین‌المللی به حملات ۱۱ سپتامبر و صدور قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ از سوی شورای امنیت نهفته است. در ادامه این روند، اعلامیه صادره از سوی ناتو در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی و استناد آن به ماده ۵ اساسنامه ناتو مبنی بر تلقی حملات ۱۱ سپتامبر به حمله مسلحانه علیه تمامی اعضای ناتو را مبین این امر می‌دانند که حملات ۱۱ سپتامبر واجد خصوصیات یک حمله مسلحانه بوده است. در نتیجه امکان توسل به دفاع مشروع وجود دارد.^۳

در مجموع ستون استدلال حامیان این تفسیر، بیشتر بر مفهوم عرفی حق دفاع مشروعی استوار است که پیش از منشور در جریان بود. حتی استدلال قضات مخالف در دیوان بین‌المللی دادگستری نیز بیشتر ناظر بر آن مفهوم سابق است. البته برای مشروعیت این نوع از تفسیر به مفاهیم و نظریات جدیدی از قبیل دولت ناتوان یا نامتمایل یا انباشت رویدادها که ذکر آن رفت، تأکید می‌شود. علاوه بر این در استدلال‌های حامیان دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی واقعیت‌هایی وجود دارد که انکارناپذیر است. زمانه دچار تغییر و تحولات بسیاری شده است. گروه‌های تروریستی غیرقابل انتساب به یک دولت، به شدت قدرتمند شده‌اند. حملات آنان گاهی در حد یک جنگ کوتاه‌مدت قربانی می‌گیرد. همین امر سبب شده است که محکومیت توسل به دفاع مشروع در مقابل این گروه‌ها دیگر به مانند سابق صریح و محکم نباشد و بر ابهام در این حوزه افزوده شود.

۳. قطعنامه‌های شورای امنیت در باب دفاع مشروع

در این بخش به قطعنامه‌هایی پرداخته می‌شود و مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد که به حق دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی پرداخته‌اند.

۳.۱. قطعنامه‌های مرتبط با القاعده

فراز بلند تفسیر موسع از حق دفاع مشروع، صدور قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت است. قطعنامه ۱۳۶۸ در

^۱. Rosalyn C. Higgins

^۲. محبی و شفیعی، پیشین.

^۳. صحرایی، پیشین، ص ۱۱۳۰.

۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی و پس از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی تصویب شد. این قطعنامه‌ها نقطه عطفی در جهت‌گیری اقدامات جامعه بین‌المللی برای مبارزه با پدیده تروریسم بود.^۱ شورای امنیت در این قطعنامه ضمن محکومیت شدید حملات فوق و ابراز همدردی با خانواده‌های قربانیان حادثه و شناسایی حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی برای دولت قربانی، آمادگی و تمایل خود را برای اتخاذ کلیه تدابیر لازم جهت مبارزه با کلیه اشکال تروریسم مطابق با مسئولیت خود در منشور ملل متحد اعلام کرد.^۲ قطعنامه ۱۳۷۳ در امتداد قطعنامه ۱۳۶۸ و هفده روز بعد از حملات تروریستی به تصویب شورای امنیت رسید. در این قطعنامه ضمن توصیف تروریسم به عنوان عملیات تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی، برای کشورها حق دفاع مشروع و مقابله با آن به هر روشی که لازم باشد، شناسایی شده است. همچنین از دولت‌ها خواسته شده تا برای این منظور با یکدیگر همکاری کنند.^۳ علاوه بر این، قطعنامه مذکور تدابیر گسترده‌ای را که واجد آثار حقوقی مهمی بود برای تمام دولت‌های جهان به منظور مبارزه با تروریسم اندیشید. شورای امنیت در این قطعنامه به شکلی بی‌سابقه دست به هنجارسازی زد. چنین فرایندی به نوعی قانونگذاری بین‌المللی قابل تشبیه بود.^۴ به عقیده حامیان توسل به دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی، قطعنامه ۱۳۶۸ که به اتفاق آرای اعضای شورای امنیت به تصویب رسید بر شناسایی این حق، مهر تأییدی زد. قطعنامه ۱۳۷۳ نیز تأکید مجدد کرد. علاوه بر این، قطعنامه ۱۳۷۳ به دلیل آنکه موردی نیست و برخلاف قطعنامه ۱۳۶۸ قابلیت شمول آن فراتر از مرزهای زمانی و مکانی است و همه کشورها را در برمی‌گیرد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.^۵

این برداشت از قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ با انتقاداتی روبه‌رو بوده است. از مهم‌ترین انتقادات به این قطعنامه‌ها، عدم تصریح و شناسایی ارتباط ساختاری میان دفاع مشروع و تروریسم است و صرفاً بر حق دفاع مشروع تأکید شده است. این عدم تصریح و کلی‌گویی را با جو سیاسی و فضای روانی حاکم پس از حملات ۱۱ سپتامبر مرتبط می‌دانند. همچنین در این قطعنامه‌ها، اشاره به موضوع دفاع مشروع در بخش‌های مقدماتی قطعنامه‌ها درج شده است که بار اجرایی ندارد؛ اما در بخش اجرایی دو قطعنامه، اشاره‌ای به دفاع مشروع نشده است. علاوه بر این در قطعنامه ۱۳۶۸ که بلافاصله پس از حملات ۱۱ سپتامبر صادر شد، تعرض به یک کشور عضو را مورد اشاره قرار نداده و صرفاً این حملات را تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی خوانده است. در بند ۵ این قطعنامه نیز به آمادگی شورا برای اتخاذ همه اقدامات لازم ذیل منشور اشاره شده است. بنابراین، شورا در این قطعنامه به دفاع مشروع نپرداخته و به اشاره به آن در مقدمه قطعنامه بسنده کرده است. از سوی دیگر و با توجه به محتوای این دو قطعنامه مشاهده می‌شود که پس از اشاره به حق ذاتی کشورها در توسل به دفاع مشروع، بلافاصله عباراتی نظیر «وفق منشور»^۶ و «آن‌گونه که در منشور شناسایی گردیده است»^۷ تصریح شده است. این عبارات تداعی‌کننده این امر است که حدود مورد نظر شورای امنیت فراتر از حدود منشور نیست.^۸ از دیگر انتقادات مطرح در باب تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور، به ادعای تبدیل شدن این نوع تفسیر به عرف بین‌المللی

^۱ Trapp, K. N. "Back to basics: necessity, proportionality, and the right of self-defence against non-state terrorist actors", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 56, Issue 1, 2007, P 143.

^۲ S/RES/1368 (2001)

^۳ S/RES/1373 (2001)

^۴ زرنشان، شهرام، «شورای امنیت و تعهدات دولت‌ها برای مقابله با تروریسم»، فصلنامه حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۴، شماره ۳۶، ۱۳۸۶، ص ۵۹.

^۵ Romaniuk, P. *Multilateral counter-terrorism: the global politics of cooperation and contestation*, Routledge, 2010, P 64.

^۶ In accordance with the Charter

^۷ As recognized by the Charter

^۸ جلالی و زیب، پیشین، صص ۷۴-۷۵.

براساس شکل‌گیری رویه‌ای متحدالشکل از سوی دولت‌ها مرتبط است. این درحالی است که در بسیاری از موارد ادعایی توسل به دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی، بسیاری از کشورها این نوع از حملات را به‌عنوان اقداماتی یک‌جانبه و غیرمجاز محکوم کردند.^۱ برخی از معتقدین به تفسیر مضیق حق دفاع مشروع نیز بر همین روال، ضمن استثنا کردن حملات ۱۱ سپتامبر از سایر رویدادهای تروریستی و در نتیجه مجاز دانستن توسل به دفاع مشروع در این مورد، قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ را موجد قاعده عرفی جهت توسل به حق دفاع مشروع در قبال اقدامات تروریستی نمی‌دانند، مگر اینکه حمله مسلحانه تروریستی با شدت و گستردگی حادثه ۱۱ سپتامبر به وقوع بپیوندد.^۲

اما مهم‌ترین تقابل با برداشت نوین از ماده ۵۱ منشور در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری نمود یافته است. از دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری، حمله مسلحانه باید توسط دولت یا از طرف دولت صورت گرفته باشد تا حق دفاع مشروع ایجاد شود. در قضیه برخی فعالیت‌های نظامی در سرزمین کنگو (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا)، در قضیه نیکاراگوئه و همچنین در نظر مشورتی مشروعیت ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین،^۳ دیوان اشعار می‌دارد که دفاع مشروع در مواردی که حمله مسلحانه از طرف یک کشور علیه کشوری دیگر انجام شود، قابل استناد است.^۴ علاوه بر این دیوان در رای قضیه نیکاراگوئه، دفاع مشروع در برابر گروه‌های غیردولتی را در صورتی مجاز می‌داند که تحت کنترل مؤثر دولت میزبان باشد. دیوان در رای مذکور و در این باب اقرار می‌دارد که اصولاً باید اثبات گردد که دولت میزبان، کنترل مؤثر بر فعالیت‌های نظامی یا شبه‌نظامی گروه غیردولتی داشته است. دیوان در آخرین رأی خود در این زمینه در باب دعوی کنگو علیه اوگاندا، با پافشاری بر موضع قبلی‌اش بیان می‌دارد که عملیات گروه‌های غیردولتی قابل انتساب به کنگو نیست؛ چراکه کنگو این گروه‌ها را تجهیز و هدایت نکرده است.^۵ از سوی دیگر، دیوان به‌عنوان مرجع اصلی تفسیر منشور شناسایی شده است. این امر در رویه خود این نهاد و سایر ارگان‌های سازمان ملل هویداست. با این پیش‌فرض، دیوان در باب تفسیر دفاع مشروع طبق ماده ۵۱ منشور دارای صلاحیت اصلی است. ورود شورای امنیت در این باب به صورت موردی و استثناء بوده است و در عمل نمی‌تواند طبق حقوق بین‌الملل رویه عمده را دچار چالش کند. و رای همه این موارد، شورا در قطعنامه‌های بعد از ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ که در باب تروریسم صادر کرد و ظرفیت پرداختن و روشن ساختن ابعاد پیوستگی دفاع مشروع در برابر تروریسم را داشته، از تبیین این موضوع خودداری کرده و هیچ‌گونه اشاره‌ای به ارتباط دفاع مشروع با تروریسم نکرده است.^۶

۳.۲. قطعنامه‌های مرتبط با داعش

یکی دیگر از قطعنامه‌هایی که حامیان توسل به دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی برای مشروعیت بخشی به این نوع از تفسیر به آن استناد می‌کنند، قطعنامه ۲۲۴۹ شورای امنیت در جهت مقابله با داعش است. این قطعنامه در تاریخ ۲۰ نوامبر ۲۰۱۵ میلادی تصویب شد. دلیل صدور این قطعنامه، رخ دادن حوادث تروریستی در پاریس بود. فرانسه با

^۱. کدخدایی، عباسعلی و شهرام زر نشان، «امکان توسل به دفاع مشروع برای مبارزه با تروریسم»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۶، شماره ۱۱، ۱۳۸۶، ص ۱۱۸.

^۲. صحرائی، پیشین، ص ۱۱۲۸.

^۳. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

^۴. مبینی، احمد رضا، جواد مبینی و پوریا عسکری، «قاعده منع توسل به زور و حملات آمریکا و متحدانش به سوریه در خلال سال‌های ۲۰۱۴ تا ۲۰۱۸»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۳۱۸.

^۵. طباطبایی و شارق، پیشین، ص ۱۹۱.

^۶. جلالی و زیب، پیشین، ص ۷۵.

ارائه پیش نویس این قطعنامه در پی مشروعیت بخشیدن به توسل به زور در مقابله با داعش بود. در همین جهت استدلال می کرد که حملات تروریستی پاریس همچون حمله تروریستی ۱۱ سپتامبر است و در نتیجه از حق دفاع مشروع برخوردار است.^۱ اما با مقاومت روسیه، این قطعنامه از ذیل فصل هفتم خارج شد. در این قطعنامه به مواردی مانند احترام به حاکمیت، تمامیت ارضی و استقلال تمامی دولت ها مطابق با اصول و اهداف منشور ملل متحد، تروریسم به عنوان شدیدترین تهدیدات علیه صلح و امنیت بین المللی و شناسایی ضمنی تروریسم دولتی، شناسایی داعش به عنوان تهدیدی جهانی و بی سابقه علیه صلح و امنیت بین المللی اشاره شد.^۲ با توجه به اینکه این قطعنامه طبق فصل هفتم تصویب نشده است، اما برخی از دولت ها آن را مبنای حمله ائتلاف بین المللی به رهبری آمریکا به سوریه می دانند؛ چراکه معتقدند روح مفاد این قطعنامه با فصل هفتم مطابقت دارد. علاوه بر این، پس از صدور قطعنامه ۲۲۴۹، مایکل سیسون، معاون نماینده ایالات متحده در سازمان ملل متحد، تأکید کرد که ایالات متحده مطابق با منشور و با شناسایی حق ذاتی دفاع مشروع فردی با جمعی ایالات متحده، به انجام عملیات نظامی لازم و مناسب در سوریه مبادرت خواهد کرد. فرانسه هم به حق دفاع مشروع انفرادی و جمعی در خصوص حملات به مواضع داعش در خاک سوریه استناد کرد. بریتانیا نیز حق دفاع مشروع جمعی عراق، حق دفاع مشروع انفرادی انگلیس و نیز حق دفاع مشروع جمعی سایر کشورها را به عنوان استدلال های حقوقی عملیات نظامی خود علیه داعش در خاک سوریه عنوان کرد.^۳ برخی دیگر از صاحب نظران نظیر آکنده و میلانویچ^۴ معتقدند این ابهام در قطعنامه، در قالب «ابهام خلاقانه یا ابهام سازنده»^۵ قابل تعریف است. به این صورت که ضمن عدم تأیید عملیات نظامی به لحاظ حقوقی، به نظر می رسد مؤید حمایت شورای امنیت از انجام چنین اقداماتی باشد. بر این اساس، قطعنامه ۲۲۴۹ را شبیه قطعنامه های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت می دانند. در نتیجه این قطعنامه از عملیات نظامی، حمایت سیاسی به عمل می آورد، ولی به لحاظ حقوقی هیچ گونه مبنایی را برای استفاده از زور تجویز نمی کند.^۶ برخی نیز با توجه به اینکه پس از تصویب قطعنامه ۲۲۴۹، حملات یک جانبه فرانسه به مواضع داعش در خاک سوریه انجام شد، این اقدام را در جهت شناسایی حق دفاع مشروع این کشور می دانند که از این قطعنامه ناشی شده است. منتقدان به این نوع برداشت از دفاع مشروع، این نوع تفسیر را دارای نقاط ضعف بسیار می دانند. واضح ترین و مشهودترین این موارد به عدم درج و تصریح استناد به حق دفاع مشروع در متن این قطعنامه مربوط می شود. مورد دیگر، همان طور که در سطور پیشین عنوان شد، صدور این قطعنامه ذیل فصل ششم بود. این امر فاصله این قطعنامه را با حق دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ از فصل هفتم منشور، بیش از پیش زیاد می کند.^۷ اما فارغ از همه این دیدگاه های متناقض، یک دلیل محکمه پسند اما غیر حقوقی نیز در باب عدم استناد به قطعنامه ۲۲۴۹ وجود دارد و آن ناشی از عدم استناد صریح

^۱. Circovic, E. "Incomplete World Order: United Nations Security Council Resolution 2249 (2015) and the Use of Force in International Law", *Comp. L. Rev.*, Volume 7, Issue 1, 2016, P 14.

^۲. محبی و شفیع، پیشین، ص ۱۰۹.

^۳. مبینی، مبینی و عسکری، پیشین، ص ۳۱۵.

^۴. Dapo Akande & Marko Milanovic

^۵. Creative Ambiguity or Constructive Ambiguity

^۶. Akande, D. and Mark Milanovic. "The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution", *European Journal of International Law Website*, Available at: www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isisresolution/ (2023/01/03)

^۷. سجادیپور، سیدمحمدکاظم و سعید باغبان کندی، «بررسی قطعنامه های شورای امنیت سازمان ملل متحد در رابطه با بحران سوریه (۲۰۱۱ تا ۲۰۱۷)»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۳۲، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۲۸.

کشورهای شرکت کننده در ائتلاف بین المللی به قطعنامه مزبور برای توجیه قانونی بودن اقداماتشان است.^۱

۴. ایرادات وارده بر توسل به دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی

در مقابل استدلال‌ها حامیان دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی، مخالفان این رویکرد موسع به دفاع مشروع نیز استدلال‌هایی را ارائه داده‌اند. منتقدان در پاسخ به ادعای حامیان که رویه دولت‌ها را تغییر یافته می‌دانند، بیان داشته‌اند که رویه دولت‌های قدرتمند را نباید به عنوان رویه کلی دولت‌ها قلمداد کرد.^۲ مصادیق این امر را می‌تواند در محکومیت نسبی تا کلی مواردی از قبیل حمله اسرائیل به فرودگاه بیروت در سال ۱۹۶۸ میلادی، حمله اسرائیل به مرکز سازمان آزادی‌بخش فلسطین در تونس در سال ۱۹۸۵ میلادی، حمله آمریکا به پایگاه‌های تروریستی در سودان و افغانستان در سال ۱۹۹۸ میلادی و حملات اسرائیل به لبنان در سال ۲۰۰۶ میلادی یافت.^۳ درمورد مداخله نظامی روسیه در گرجستان و به بهانه دفع حملات تروریستی با توسل به دفاع مشروع، حتی اتحادیه اروپا و ایالات متحده نیز این حملات را محکوم کردند.^۴ این درحالی است که ایالات متحده خود از سردمداران تفسیر موسع از دفاع مشروع پس از حملات ۱۱ سپتامبر بود.

انتقاد دیگر در باب توسل حامیان به عدم ذکر ماهیت حمله کننده در ماده ۵۱ منشور است. در این باب، دیوان بین المللی دادگستری در چندین رأی توافقی و مشورتی تأکید کرده است که حمله مسلحانه از سوی دولت رخ می‌دهد.^۵ کمیسیون حقوق بین الملل نیز در پیش نویس سال ۱۹۸۰ میلادی راجع به مسئولیت دولت‌ها اظهار داشته است که دفاع مشروع تنها علیه یک دولت قابل اعمال است.^۶ علاوه بر این، ماده یک قطعنامه ۳۳۱۴ که مبنای حمله مسلحانه در مقوله دفاع مشروع است، تجاوز را استفاده از نیروی مسلح توسط یک کشور علیه یک کشور دیگر می‌داند. همچنین عدم ذکر ماهیت حمله کننده در ماده ۵۱ می‌تواند ناشی از این امر باشد که در زمان تدوین ماده ۵۱ منشور، حمله یک کشور به کشور دیگر عرف بوده است؛ چراکه گروه‌های غیردولتی در آن زمان مطرح نبودند و به مانند امروز، گسترده و دارای قدرت نبودند.

نکته دیگر در باب نظریه انباشت رویدادهاست. منتقدان در طرد این نظریه، به استقبال سرد شورای امنیت استناد می‌کنند. علاوه بر این معتقدند که این نظریه در جامعه بین المللی به مقبولیت عمومی دست نیافته است.^۷ منتقدان در پاسخ به استدلال دیگر حامیان که توسل به تغییر بنیادین اوضاع و احوال است، به شرایط توسل به آن اشاره می‌کنند. از جمله اینکه شرایط توسل به آن دشوار است و تنها در موارد بسیار استثنایی مورد استناد قرار می‌گیرد. همچنین سایر دولت‌ها از جمله ایالات متحده، تاکنون به خاطر تخطی از مواد منشور، به ویژه ماده ۵۱، به تغییر بنیادین اوضاع و احوال استناد نکرده‌اند.^۸

۱. مبینی، مبینی، و عسکری، پیشین، ص ۳۱۶.

۲. ظریف و آهنی امینه، پیشین، ص ۴۷.

۳. علیخانی، پیشین، ص ۴۱.

۴. محمد علی پور، فریده، «دفاع مشروع»، قابل دسترس در: <https://rc.majlis.ir/fa/report/download/732696>

۵. محبی و شفیعی، پیشین، ص ۱۰۱.

۶. صحرائی، پیشین، ص ۱۱۲۶.

۷. Kretzmer, D. "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum", *European Journal of International Law*, Volume 24, Issue 1, 2013, P 244.

۸. ظریف و آهنی امینه، پیشین، ص ۷۴.

اما یکی از مهم‌ترین زمینه‌های تقابل منتقدان و حامیان دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی، در بحث نظریه دولت ناتوان یا نامتمایل نمایان است. به عقیده منتقدان اگر این رویکرد را دنبال کنیم، هر کشوری مجاز خواهد بود تا به بهانه ناتوانی یا عدم تمایل کشور میزبان گروه تروریستی، به قلمرو آن کشور لشکرکشی کند. این امر به معنای پایان یافتن و یا حداقل تغییر بنیادین در سیستم سازمان ملل خواهد بود. بنابراین تمسک به این نظریه به نوعی بیش از آنکه به دفاع مشروع شبیه باشد، به مفهوم خودیاری که مشخصه قرن نوزدهم بود، مرتبط است. همچنین مشروعیت این نظریه مستلزم پذیرش آن از سوی جامعه بین‌المللی است. آنچه مشاهده می‌شود، بی‌میلی آشکار تعداد قابل توجهی از کشورها برای پذیرش این نظریه است.^۱ بر همین اساس، منتقدان اظهار می‌دارند که این نظریه در رویه دولتی و دکتترین حقوقی از حمایت کافی برخوردار نیست. سطح حمایت‌ها از این نظریه نیز فراتر از کشورهایی که درگیر آن هستند، نیست.^۲ کما اینکه در پی توسل ایالات متحده به این نظریه برای حمله به داعش در خاک سوریه، دولت‌های روسیه، چین و حتی بریتانیا حاضر نشدند به آن دولت بپیوندند.^۳ این رویه در قبل از حملات ۱۱ سپتامبر، به مراتب پررنگ‌تر است. محکوم شدن پرتغال به سبب حمله به گینه، سنگال و زامبیا در سال ۱۹۶۹ میلادی و براساس قطعنامه‌های ۲۶۸، ۲۷۳ و ۲۷۵ شورای امنیت و همچنین محکومیت اسرائیل به دلیل حمله به دفتر مرکزی سازمان آزادی‌بخش فلسطین (در تونس) در سال ۱۹۸۵ میلادی و براساس قطعنامه ۵۷۳ شورای امنیت، ازجمله این موارد است. در هر دو این حملات، دولت‌های پرتغال و اسرائیل به این موضوع استناد کرده بودند که کشورهای مورد حمله قرار گرفته در نقش پناهگاه برای گروه‌های تروریستی عمل کرده‌اند.^۴

استدلال دیگر منتقدان بر آرای دیوان متکی است. همان‌طور که به کرات گفته شده است، دیوان در پرونده نیکاراگوئه، حمله مسلحانه از سوی یک دولت را برای دفاع مشروع پذیرفته است. همچنین حملات گروه‌های غیردولتی را در صورتی که در حد حمله مسلحانه و قابل انتساب به دولتی باشد، مشمول واکنش تحت دفاع مشروع می‌داند. دیوان در نظریه مشورتی در باب سلاح‌های هسته‌ای نیز اظهار داشته است، در مواردی که حمله مسلحانه توسط گروه‌های غیردولتی انجام گیرد، حمله باید قابل انتساب به دولتی خاص باشد؛ چراکه این نظر مبتنی بر تعریف تجاوز مندرج در قطعنامه ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل است. اما دو نظریه مشورتی و توافقی در پرونده‌های دیوار حائل و اقدامات مسلحانه در سرزمین کنگو بسیار مهم‌ترند. چراکه این دو رأی در سال‌های پس از حملات ۱۱ سپتامبر و به ترتیب در سال‌های ۲۰۰۴ و ۲۰۰۵ میلادی صادر شده است.^۵ دیوان در پرونده دیوار حائل متذکر شد که ماده ۵۱ منشور، وجود حق ذاتی دفاع مشروع را در مورد حمله مسلحانه یک کشور علیه کشور دیگر به رسمیت می‌شناسد.^۶ دیوان در پرونده اقدامات مسلحانه در سرزمین کنگو به همین رویه ادامه داد. طبق رأی این پرونده، دیوان اعلام کرد که اوگاندا هرگز ادعا نکرده که در برابر حمله

^۱. Corten, O. "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?", *Leiden Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3, 2016, PP 797-799.

^۲. Sendut, J. H. "The Unwilling and Unable Doctrine and Syria", *Cambridge University Law Society Website*, Available at: www.culs.org.uk/per-incuriam/the-unwilling-and-unable-doctrine-and-syria (2022/03/07)

^۳. Scharf, M. P. "How the war against ISIS changed international law", *Case W. Res. J. Int'l L*, Volume 48, 2016, P 4.

^۴. سواری و اصلانی، پیشین، ص ۷۴.

^۵. محبی و شفیعی، پیشین.

^۶. ضیائی بیگدلی، محمدرضا و همکاران، *آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری*، جلد ۳ و ۴، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۵۰۰.

مسلحانه ازسوی نیروهای مسلح کنگو قرار گرفته است. بلکه حملات مسلحانه‌ای که به آن استناد کرده، عمدتاً ازسوی گروهی غیردولتی بوده است. علاوه بر این، هیچ‌گونه دلیل قانع‌کننده‌ای ارائه نکرده که این حملات، مستقیم یا غیرمستقیم ازسوی دولت کنگو صورت گرفته است. در نتیجه توسل به دفاع مشروع، موضوعیت ندارد.^۱

استدلال قابل توجه دیگری که منتقدان مطرح می‌کنند به عدم امکان تطبیق شرایط سه‌گانه اعمال دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی برمی‌گردد. منتقدان این رویکرد، اعمال شرط ضرورت را بسیار ابهام‌برانگیز می‌دانند. چرا که با وجود دولت میزبان و شورای امنیت، اقدام علیه گروه‌های تروریستی بسیار مورد تردید قرار دارد. به همین جهت، اعمال این شرط را تحت تأثیر سیاست‌های درونی کشورها می‌دانند. لذا صرف ادعای یک دولت مبنی بر اقدام براساس حق دفاع مشروع، لزوماً به این معنی نیست که انگیزه اصلی دولت مزبور دفع حمله بوده است. در باب شرط تناسب هم کافی است به سوابق موجود نگاهی کرد که حاکی از شدت بیشتر پاسخ‌ها تحت عنوان دفاع مشروع در برابر حمله نخستین است. اغلب این پاسخ‌ها شامل حملات نظامی همه‌جانبه و فراگیر بوده است. اما دشوارترین امر، انطباق شرط فوریت با این‌گونه از دفاع مشروع است. در دفاع مشروع علیه گروه‌های تروریستی، به دلیل اینکه در اغلب مواقع حمله خاتمه یافته یا اینکه حمله مسلحانه صورت نگرفته است، ولی احتمال بروز آن در آینده وجود دارد، اعمال شرط فوریت بسیار چالش‌برانگیز است؛ چراکه شرط فوریت در فاصله زمانی میان حمله و دفاع مطرح است. بنابراین به‌طور عملی قابلیت تسری به دفاع مشروع علیه حملات گروه‌های تروریستی را ندارد.^۲

اما مهم‌ترین میدان تقابل موافقان و مخالفان دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی، در بستر قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت در جریان است. این قطعنامه‌ها دارای چنان تأثیری بود که عملاً حق دفاع مشروع را دچار تفسیرهایی کرد که تا پیش از آن به‌صورت انگشت‌شمار مورد استناد قرار می‌گرفت. این بخش‌ها در مبحث پیشین و قسمت انتقادات وارده به قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ ذکر شد و از یادآوری دوباره آن خودداری می‌شود. علاوه بر آن استدلال‌ها، در رویه شورا برای مقابله با تروریسم، به‌طور فزاینده‌ای نقش ساختارهای زیر نظر شورا مانند کمیته تحریم و یا کمیته ضدتروریسم پررنگ شده است. در کنار این امر، تأکید و تقویت ادبیات شورا درمورد تروریسم به‌عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی که حوزه اصلی مسئولیت شورا تلقی می‌شود، عملاً بر نقش شورا در مقابله با تروریسم اشاره دارد. در نتیجه، میدانی برای مانور دولت‌ها برای توسل به دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی وجود ندارد.^۳

درمجموع و برخلاف حامیان این نوع تفسیر از حق دفاع مشروع، بنیان استدلال‌های مخالفان بیشتر بر آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه اکثریت کشورها و البته مخالفت با نظریات جدیدی مانند دولت ناتوان یا نامتایل بار شده است. این گروه در مقابل واقعیت‌های موجود در باب تروریسم و تقابل با آن، بیشتر بر سازوکارهای جمعی از قبیل طرح موضوع در شورای امنیت تأکید دارد تا اینکه در قالب حق دفاع مشروع و تفسیر موسع از آن گام برداشته شود.

نتیجه‌گیری

باوجود صبغه تاریخی ترور ولی تروریسم از موضوعات نوپدید در عرصه روابط بین‌الملل است. عدم تعریف جامع و همگانی

۱. همان، جلد ۴، ص ۴۳.

۲. شریفی طرازکوهی، حسین و فرزاد مهرانی، «بررسی تحلیلی شرایط حق دفاع مشروع با تأکید بر اقدامات مسلحانه دولت‌ها علیه حملات گروه‌های تروریستی بین‌المللی»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۸۴-۸۸ و ۸۹.

۳. جلالی و زیب، پیشین، ص ۷۶.

و نبود کنوانسیون عام در این باب، سبب شده است که توسل به اقدامات متنوع در جهت دفع آن رواج یابد. یکی از ابزارهایی که در جهت مقابله با تروریسم و گروه‌های تروریستی به آن توسل می‌شود، حق دفاع مشروع است که در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد به آن اشاره شده است. در باب توسل به این حق در جهت مبارزه با تروریسم، دو نوع تفسیر از مفسران ذکر شده است. در تفسیر مضیق، دفاع مشروع صرفاً براساس شرایط تعیین شده از سوی دیوان تعریف می‌شود. در نتیجه استفاده از حق دفاع مشروع را در برابر گروه‌های تروریستی در خاک دیگر کشورها مجاز نمی‌داند، مگر اینکه دولت میزبان این گروه‌ها کنترل مؤثر بر آنان داشته باشد. اما حملات ۱۱ سپتامبر، جناح اقلیت حامی تفسیر موسع از دفاع مشروع را جانی دوباره بخشید و قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت را نیز تئمه پشتیبانی از این نوع تفسیر کردند. تفسیر موسع به شناسایی دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی پرداخته و حتی گستره این تفسیر را افزون‌تر کرده است و دفاع مشروع پیش‌دستانه را نیز قابل قبول می‌داند.

البته برخی موارد سبب می‌شود که تفسیر مضیق، قابل پذیرش‌تر باشد. در نتیجه می‌توان بدعت شورای امنیت را در حد همان استثنا دانست. در واقع، فضای سیاسی و جو روانی پس از حملات ۱۱ سپتامبر را باید در اقدامات شورا در صدور قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ مؤثر دانست. حس همدردی کشورها با تنها ابرقدرت دنیای پس از جنگ سرد قابل درک است. همین روند سبب شد که شورای امنیت بدون مخالف، دست به بدعت بزند. حتی اگر تصریح توسل به دفاع مشروع در مقدمه این دو قطعنامه و نامشخص بودن ارتباطاتش با تروریسم را نادیده بگیریم، اما عدم تکرار این ارتباط و تبیین آن در قطعنامه‌های متعددی که شورا در سال‌های بعد صادر کرد، جای تردید بسیاری را به‌جا می‌گذارد. این عدم تکرار به‌ویژه در موقعیتی که داعش به تهدیدی استثنایی برای صلح و ثبات جهانی تبدیل شده بود، بیش از پیش خودنمایی می‌کند. چراکه خطر داعش و گستره نفوذ و سطح جنایاتی ارتكابی از سوی آنان قابل قیاس با هیچ گروه تروریستی دیگری نبود. اما باز هم شورای امنیت، استنادی به حق دفاع مشروع برای مقابله با داعش نمی‌کند. حتی صدور قطعنامه ۲۲۴۹ شورای امنیت را که برخی مبنایی برای توسل به دفاع مشروع در برابر داعش می‌دانند، فاقد وجاهت لازم است و در سطحی پایین‌تر از قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ قرار دارد. چرا که از یک سو، حتی به دفاع مشروع اشاره نکرده و از سوی دیگر نیز براساس فصل هفتم منشور صادر نشده است. بنابراین عدم تصریح شورا در این موضوع کماکان ادامه دارد. این مسئله تأکیدی بر استثنایی بودن قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ است.

علاوه بر این شورا در رویه خود برای مقابله با تروریسم، به‌طور فزاینده‌ای نقش ساختارهای زیر نظر خود مانند کمیته تحریم یا کمیته ضد تروریسم را پررنگ کرده است. در کنار این امر، تأکید و تقویت ادبیات شورا در مورد تروریسم به‌عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی که حوزه اصلی مسئولیت شورا تلقی می‌شود، عملاً بر نقش شورا در مقابله با تروریسم اشاره دارد. در نتیجه، میدان را برای مانور دولت‌ها برای توسل به دفاع مشروع در مقابل گروه‌های تروریستی کم‌رنگ کرده است. بنابراین نمی‌توان توسل به دفاع مشروع در برابر گروه‌های تروریستی را یک رویه در عملکرد شورا دانست.

منابع

کتاب

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۵.
۲. ضیائی بیگدلی، محمدرضا و همکاران، *آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری*، جلد ۳ و ۴، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

مقاله

۳. ابراهیم‌زاده، پوریا و امیرحسین ملکی‌زاده، «جایگاه دفاع پیش‌دستانه از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تبیین موانع حقوقی بین‌المللی اعمال آن جهت حفاظت از غیرنظامیان»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۱۰۰-۸۳.
۴. افتخاری، اصغر و علی شبستانی، «راهبرد جمهوری اسلامی ایران در مقابله با تروریسم»، *فصلنامه آفاق امنیت*، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۰، صص ۳۵-۵.
۵. جلالی، محمود و رضا زیبی، «ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۳، شماره ۸۲، ۱۳۹۷، صص ۸۲-۵۳.
۶. رجبی تاج امیر، ابراهیم و محمد رضازاده سلطان آباد، «دفاع مشروع پیش‌دستانه در برابر گروه‌های غیردولتی از منظر حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، دوره ۱۴، شماره ۵۳، ۱۴۰۰، صص ۱۱۵-۹۷.
۷. زر نشان، شهرام، «شورای امنیت و تعهدات دولت‌ها برای مقابله با تروریسم»، *فصلنامه حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۴، شماره ۳۶، ۱۳۸۶، صص ۹۴-۵۷.
۸. سجادی‌پور، سیدمحمدکاظم و سعید باغبان کندی، «بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد در رابطه با بحران سوریه (۲۰۱۱ تا ۲۰۱۷)»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۳۲، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۳۸-۵.
۹. سواری، حسن و خهبات اصلانی، «عملیات مسلحانه بازیگران غیردولتی علیه کشورها: تشکیک در قواعد حاکم بر توسل به زور»، *فصلنامه حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۹، شماره ۴۶، ۱۳۹۱، صص ۸۲-۵۹.
۱۰. شریفی طرازکوهی، حسین و فرزاد مهرانی، «بررسی تحلیلی شرایط حق دفاع مشروع با تأکید بر اقدامات مسلحانه دولت‌ها علیه حملات گروه‌های تروریستی بین‌المللی»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۱۱۱-۶۶.
۱۱. صحرایی، محمدرضا، «مشروعیت توسل به زور در مبارزه با تروریسم»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۳، شماره ۴، ۱۳۸۸، صص ۱۱۱۵-۱۱۳۶.
۱۲. طباطبایی، احمد و زهرا سادات شارق، «بررسی مشروعیت عملکرد ائتلاف ضد داعش (دولت اسلامی عراق و شام) از منظر حقوق بین‌الملل در سوریه»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۲۰۱-۱۷۹.
۱۳. ظریف، محمد جواد و محمد آهنی امینه، «دفاع مشروع پیش‌دستانه مشروعیت کاربرد زور در روابط بین‌الملل یا نقض مکرر منشور ملل متحد»، *فصلنامه تحقیقات سیاسی و بین‌المللی*، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۱، صص ۸۲-۴۱.
۱۴. علیخانی، مهدی، «قاعده منع توسل به زور و دفاع مشروع در شرایط قابل پیش‌بینی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، دوره ۱۱، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۵۶-۲۱.
۱۵. فیرجی، داود و صمد ظهیری، «تروریسم: تعریف، تاریخچه و رهیافت‌های موجود در تحلیل پدیده تروریسم»، *فصلنامه سیاست*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۱۶۵-۱۴۵.
۱۶. قادری کنگاوری، روح‌الله و داود آقایی خواجه پاشا، «تحلیل تطبیقی مبانی نظری و عملی مقاومت و تروریسم (حقوق و تکالیف نهضت‌های آزادی‌بخش)»، *فصلنامه آفاق امنیت*، دوره ۵، شماره ۱۷، ۱۳۹۱، صص ۱۳۳-۹۵.
۱۷. قاسمی، علی و ویکتور بارین چهاربخش، «ارزیابی حق دفاع مشروع جمعی در حقوق بین‌المللی معاصر»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۶، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، صص ۱۳۲-۱۰۷.
۱۸. قربانی‌پور، مستوره و لیلا رئیسی، «مشروعیت صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت در مبارزه با تروریسم: خودبازسازی حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۱۲۱۴-۱۱۸۹.
۱۹. کلاخدایی، عباسعلی و شهرام زر نشان، «امکان توسل به دفاع مشروع برای مبارزه با تروریسم»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۶، شماره ۱۱، ۱۳۸۶، صص ۱۲۸-۸۵.

۲۰. مبینی، احمدرضا، جواد مبینی و پوریا عسکری، قاعده منع توسل به زور و حملات آمریکا و متحدانش به سوریه در خلال سال‌های ۲۰۱۴ تا ۲۰۱۸، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۳۳۲-۳۱۱.
۲۱. محبی، محسن و ایمان شفیعی، «تحول مفهوم دفاع مشروع: حقوق بین‌الملل و بازیگران غیردولتی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۱، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، صص ۸۹-۱۱۳.
۲۲. محسن‌پور، سمیرا و منوچهر توسلی نائینی، «بررسی سیر تحول توسل به زور علیه تروریسم بین‌المللی از دیدگاه حقوق بین‌الملل و رویه قضایی بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۶، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۳۲-۱.
۲۳. محمد علی‌پور، فریده، «دفاع مشروع»، قابل دسترس در: <https://rc.majlis.ir/fa/report/download/732696>
۲۴. یاقوتی، محمد مهدی، «استثنائات حقوقی ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌الملل»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۵، شماره ۳، ۱۳۹۰، صص ۱۱۳۲-۱۱۱۳.

References

Books

1. Burra, S. *Use of Force as Self Defence against Non-State Actors and TWAIL Considerations: A Critical Analysis of India's State Practice*. In: Asian Yearbook of International Law, Volume 24, Brill Nijhoff, 2020.
2. Romaniuk, P. *Multilateral Counter-Terrorism: the Global Politics of Cooperation and Contestation*, Routledge, 2010.
3. Zia'ei Bigdeli, Mohammad Reza, et al. *Judgments and Advisory Opinions of the International Court of Justice*, Volume 3 & 4, Second Edition, Tehran: Allameh Tabataba'i University, 2015. (in Persian)
4. Zia'ei Bigdeli, Mohammad Reza, *Public International Law*, Tehran: Ganj-e Danesh, 25th Edition, 2006. (in Persian)

Articles

5. Akande, D. and Mark Milanovic. "The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution", *European Journal of International Law Website*, Available at: www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isisresolution/ (2023/01/03)
6. Alikhani, Mehdi, "The Rule of Prohibition of the Use of Force and Self-Defense in Foreseeable Circumstances", *International Studies Quarterly*, Volume 11, Issue 4, 2015, PP 21-56. (in Persian)
7. Brunnee, J. and S. J. TOOPE, "Self-Defence Against Non-State Actors: Are Powerful States Willing But Unable to Change International Law?", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 67, Issue 2, 2018, PP 263-286.
8. Circovic, E. "Incomplete World Order: United Nations Security Council Resolution 2249 (2015) and the Use of Force in International Law", *Comp. L. Rev.*, Volume 7, Issue 1. 2016, PP 1-27.
9. Corten, O. "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could It Be, Accepted?" *Leiden Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3, 2016, PP 777-799.
10. Deweese, G. S. "Anticipatory and Preemptive Self-Defense in Cyberspace: The Challenge of Imminence", *7th International Conference on Cyber Conflict: Architectures in Cyberspace*. 2015, PP 81-92.
11. Ebrahim-Zadeh, Pouria and Amir Hossein Maleki-Zadeh, "The Status of Preemptive Self-Defense from the Perspective of International Law, with Emphasis on Explaining the International Legal Obstacles to its Application for the Protection of Civilians", *International Studies Quarterly*, Volume 18, Issue 2, 2021, PP 83-100. (in Persian)

12. Eftekhari, Asghar and Ali Shabestani, "The Islamic Republic of Iran's Strategy in Confronting Terrorism", *Security Horizons Quarterly*, Volume 4, Issue 12, 2011, PP 5-35. (in Persian)
13. Feirahi, Davood and Samad Zahiri, "Terrorism: Definition, History, and Existing Approaches in the Analysis of the Phenomenon of Terrorism", *Policy Quarterly*, Volume 38, Issue 3, 2008, PP 145-165. (in Persian)
14. Ghaderi Kongavari, Rouhollah and Davood Aghaei Khajeh Pasha, "A Comparative Analysis of the Theoretical and Practical Foundations of Resistance and Terrorism (Rights and Obligations of Liberation Movements)", *Security Horizons Quarterly*, Volume 5, Issue 17, 2012, PP 95-133. (in Persian)
15. Ghasemi, Ali and Victor Barin Charbakhsh, "Evaluating the Right of Collective Self-Defense in Contemporary International Law", *Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Volume 16, Issue 56, 2011, PP 107-132. (in Persian)
16. Ghorbani-Pour, Mastoureh and Leila Raeisi, "The Legitimacy of the Security Council's Legislative Authority in the Fight Against Terrorism: Self-Reconstruction of International Law", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 50, Issue 3, 2020, PP 1189-1214. (in Persian)
17. Jalali, Mahmoud and Reza Zabib, "Evaluation of Preventative Self-Defense Against Terrorism", *Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Volume 23, Issue 82, 2018, PP 53-82. (in Persian)
18. Kadkhodaei, Abbasali and Shahram Zarneshan, "The Possibility of Resorting to Self-Defense to Combat Terrorism", *Journal of Legal Researches*, Volume 6, Issue 11, 2007, PP 85-128. (in Persian)
19. Kelly, P. "Preemptive Self-Defense, Customary International Law, and the Congolese Wars", *E-International Relations*, 2016, PP 1-8.
20. Kretzmer. D. "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum", *European Journal of International Law*, Volume 24, Issue 1, 2013, PP 235-282.
21. Mobini, Ahmad Reza, Javad Mobini and Pouria Askari, "The Rule of Prohibition of the Use of Force and the Attacks of the United States and its Allies on Syria During the Years 2014 to 2018", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 50, Issue 1, 2020, PP 311-322. (in Persian)
22. Mohammad Ali-Pour, Farideh, "Self-Defense", Available at: <https://rc.majlis.ir/fa/report/download/732696> (Last seen: 2023/01/22). (in Persian)
23. Mohebbi, Mohsen and Iman Shafi'ei, "The Evolution of the Concept of Self-Defense: International Law and Non-State Actors", *Legal Research Quarterly*, Volume 21, Issue 81, 2018, PP 89-113. (in Persian)
24. Mohsen-Pour, Samira and Manouchehr Tavassoli Nae'ni, "Examining the Evolution of the Use of Force Against International Terrorism from the Perspective of International Law and International Judicial Practice", *Legal Studies Quarterly*, Volume 6, Issue 3, 2014, PP 1-32. (in Persian)
25. NATO. "Statement by the North Atlantic Council", *Cambridge University Law Society Website*, Available at: www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm (2023/01/03)
26. O'Connell, M. E. "Self-Defense", *Oxford Bibliographies Website*, Available at: www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0028.xml (2022/05/03)
27. Parra, P. D. R. "Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or reality?", *Revista Facultad de Jurisprudencia*, Issue 9, 2021, PP 151-176.
28. Rajabi Taj Amir, Ebrahim and Mohammad Reza-Zadeh Sultanabad. "Preemptive Self-Defense Against Non-State Groups from the Perspective of International Law", *Journal of International Legal Research*, Volume 14, Issue 53, 2021, PP 97-115. (in Persian)
29. Sahrā'ei, Mohammad Reza, "The Legitimacy of the Use of Force in the Fight Against Terrorism", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 23, Issue 4, 2009, PP 1115-1136. (in Persian)
30. Sajjad-Pour, Sayyed Mohammad Kazem and Saeed Baghban Kondari, "A Review of the United Nations Security Council Resolutions Regarding the Syrian Crisis (2011 to 2017)", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 32, Issue 2, 2018, PP 5-38. (in Persian)

31. Savari, Hassan and Khebat Aslani, "Armed Operations of Non-State Actors Against Countries: Questioning the Rules Governing the Use of Force", *International Law Review Quarterly*, Volume 29, Issue 46, 2012, PP 59-82. (in Persian)
32. Scharf, M. P. "How the War against ISIS Changed International Law", *Case W. Res. J. Int'l L*, Volume 48, 2016, PP: 1-54.
33. Scharf, M. P. "Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change", *Cornell International Law Journal*, Volume 43, Issue 3, 2010, PP 439-469.
34. Sendut, J. H. "The Unwilling and Unable Doctrine and Syria", *Cambridge University Law Society Website*, Available at: www.culs.org.uk/per-incuriam/the-unwilling-and-unable-doctrine-and-syria (2022/03/07)
35. Sharifi Taraz-Koochi, Hossein and Farzad Mehrani, "An Analytical Study of the Conditions of the Right of Self-Defense with Emphasis on the Armed Actions of States Against Attacks by International Terrorist Groups", *Bi-Quarterly Journal of Knowledge and Research of Law*, Volume 1, Issue 1, 2012, PP 66-111. (in Persian)
36. Sparks, T. and Mark S. "Grotian Moments: An Introduction", *Grotiana*, Volume 42, Issue 2, 2021, PP 179-191.
37. Tabataba'ei, Ahmad and Zahra Sadat Sharegh, "Examining the Legitimacy of the Anti-ISIS (Islamic State of Iraq and Syria) Coalition's Actions from the Perspective of International Law in Syria", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 46, Issue 1, 2016, PP 179-201. (in Persian)
38. Trapp, K. N. "Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 56, Issue 1, 2007, PP 141-156.
39. Yaghouti, Mohammad Mehdi, "Legal Exceptions to the Prohibition of the Use of Force in International Relations", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 25, Issue 3, 2011, PP 1113-1132. (in Persian)
40. Zarif, Mohammad Javad and Mohammad Ahani Amineh, "Preemptive Self-Defense: Legitimacy of the Use of Force in International Relations or Repeated Violation of the United Nations Charter", *Journal of Political and International Research*, Volume 4, Issue 12, 2012, PP 41-82. (in Persian)
41. Zarneshan, Shahram, "The Security Council and the Obligations of States to Combat Terrorism", *International Law Review Quarterly*, Volume 24, Issue 36, 2007, PP 57-94. (in Persian)

Resolutions

42. S/RES/1368 (2001), [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]
- S/RES/1373 (2001), [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]

*This page is intentionally
left blank.*



Legal Research
Volume 28, Issue 110, 2025

Table of Contents

Contributory Infringement as an Indirect Liability in Copyright Law	1
<i>Goudarz Eftekhari Jahromi, Ehsan Jafarkhani</i>	
The Role of Comparative Law in Approving Iran's Securities Market Act of 2005: A Case Study on Inside Information.....	19
<i>Hamid Reza Nikbakht Fini, Farhad Piri</i>	
The Position of Customary International Law in the Interpretation of Treaties	35
<i>Mahmoud Hajjar, Seyed Ghasem Zamani</i>	
Analysis of the Mortgage System of Ships Under Construction in Iranian and English Law	55
<i>Abbas Ghasemi Hamed, Heydar Khalilzadeh</i>	
Legislative Criminal Policy to Deal with Economic Violence Against Women in International Documents.....	77
<i>Amir Vatani, Farid Mohseni, Zahra Sadat Ghamami</i>	
Early Neutral Evaluation: A New and Practical Alternative Dispute Resolution	97
<i>Maryam Darabpour, Mehrab Darabpour, Navid Rahbar, Mojtaba Asgharian</i>	
The Interaction of Iranian Criminal Policymakers with Bar Associations	117
<i>Amir Hassan Niazpour</i>	
The Evolution of Green Technologies Transfer Mechanisms in Environmental Treaties in Light of COPs Performance.....	137
<i>Zahra Mahmoudi Kordi, Seyed Sajjad Hosseini Damiri</i>	
The Foundational Principles of Contract Law in the Common Law (With Emphasis on English and American Law)	157
<i>Fatemeh Farhan Far, Jalil Ghanavati</i>	
Inheritance of a Child Resulting From a Mistake in Medical Fertility in Iran, England and France.....	181
<i>Ghafour Khoeini, Faezeh Akhoondi</i>	
Stable Employment of Prisoners, New Approach in Production Boom	201
<i>Fattaheh Teimouri, Mahmoud Ashrafi, Masoud Heidari</i>	
The Doctrine of Forum Non Conveniens and its Development in the UK and USA	221
<i>Mohammed Mjed Kabry, Azam Ansari, Reza Maboudi Neishabouri</i>	
A Comparative Study on Establishing the Human Rights Ombudsman with a Focus on the Necessity of Creating a "National Institution for Human Rights and Citizenship" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran.....	243
<i>Hadi Salehi, Seyed Hossein Sharifi, Donya Sanjabi Boroujeni</i>	
Effects of Differential Detection of the Crime of Smuggling Goods and Currency	263
<i>Abolfazl Mozhdzhehi-Pour, Alireza Millani, Ahmad Ramezani</i>	
The Behavioral Paradigm of the United Nations Security Council in Addressing Terrorism under Article 51 of the Charter: From Al-Qaeda to ISIS	281
<i>Hamid Reza Akbarpour, Shahab Sharifi, Almas Eslami</i>	

Legal Research

Volume 28, Issue 110, 2025

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 & Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran*

Nejad Ali Almasi, *Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Mahmoud Bagheri, *Associate Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Francesca Bettio, *Professor of Economics, University of Siena, Italy*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran*

Seyed Jamal Seifi, *Associate Professor of International Law, Iran-United States Claims Tribunal, Hague, Netherlands*

Abdollah Shams, *Professor of Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Abdolhossein Shiravi Khozani, *Professor of International Trade Law, University of Tehran: Farabi Campus, Qom, Iran*

Abbas Shiri Varnamkhasti, *Associate Professor of Criminal Law & Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran*

Seyed Hossein Safaie, *Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Hedayatollah Falsafi, *Professor of International Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Seyed Mostafa Mohaghegh-Damad, *Professor of Islamic Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Ali Hossein Najafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law & Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: Bahareh Arab, Elham 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



No 110/ 2025

Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Legal Research

- ▶ **Contributory Infringement as an Indirect Liability in Copyright Law**
Goudarz Eftekhari Jahromi, Ehsan Jafarkhani
- ▶ **The Role of Comparative Law in Approving Iran's Securities Market Act of 2005: A Case Study on Inside Information**
Hamid Reza Nikbakht Fini, Farhad Piri
- ▶ **The Position of Customary International Law in the Interpretation of Treaties**
Mahmoud Hajjar, Seyed Ghasem Zamani
- ▶ **Analysis of the Mortgage System of Ships Under Construction in Iranian and English Law**
Abbas Ghasemi Hamed, Heydar Khalilzadeh
- ▶ **Legislative Criminal Policy to Deal with Economic Violence Against Women in International Documents**
Amir Vatani, Farid Mohseni, Zahra Sadat Ghamami
- ▶ **Early Neutral Evaluation: A New and Practical Alternative Dispute Resolution**
Maryam Darabpour, Mehrab Darabpour, Navid Rahbar, Mojtaba Asgharian
- ▶ **The Interaction of Iranian Criminal Policymakers with Bar Associations**
Amir Hassan Niazpour
- ▶ **The Evolution of Green Technologies Transfer Mechanisms in Environmental Treaties in Light of COPs Performance**
Zahra Mahmoudi Kordi, Seyed Sajjad Hosseini Damiri
- ▶ **The Foundational Principles of Contract Law in the Common Law (With Emphasis on English and American Law)**
Fateme Farhan Far, Jalil Ghanavati
- ▶ **Inheritance of a Child Resulting From a Mistake in Medical Fertility in Iran, England and France**
Ghafour Khoeini, Faezeh Akhoondi
- ▶ **Stable Employment of Prisoners, New Approach in Production Boom**
Fattah Teimouri, Mahmoud Ashrafi, Masoud Heidari
- ▶ **The Doctrine of Forum Non Conveniens and its Development in the UK and USA**
Mohammed Mjed Kabry, Azam Ansari, Reza Maboudi Neishabouri
- ▶ **A Comparative Study on Establishing the Human Rights Ombudsman with a Focus on the Necessity of Creating a "National Institution for Human Rights and Citizenship" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran**
Hadi Salehi, Seyed Hossein Sharifi, Donya Sanjabi Boroujeni
- ▶ **Effects of Differential Detection of the Crime of Smuggling Goods and Currency**
Abolfazl Mozhdehi-Pour, Alireza Millani, Ahmad Ramezani
- ▶ **The Behavioral Paradigm of the United Nations Security Council in Addressing Terrorism under Article 51 of the Charter: From Al-Qaeda to ISIS**
Hamid Reza Akbarpour, Shahab Sharifi, Almas Eslami