

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل

ابراهیم بیگزاده

واکاوی عنصر غفلت در پرتو شبهه جرم غفلت؛ با تأکید بر حقوق کامن‌لا

نسرین مهرا، سمیه پرهیزکاری

ارزیابی رویکرد قانون اساسی کشور آلمان در مبارزه با فساد سیاسی

سید مجتبی واعظی، شهرام ابراهیمی، صادق مرادی

چرا فلسفه حقوق بخوانیم؟ خوانش بیان ملکوئیک

امیر فیض‌بخش، بیان ملکوئیک

حق سکنی مطلقه در نظام‌های حقوقی ایران، عراق و الجزایر

مینا سالم‌پور، محمد روشن

نقش اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری: از کنشگر منفعل تا کنشگر فعال

جعفر کوشا، اکبر خداپندهلو

مطالعه تطبیقی بررسی مبانی، طرق و حدود دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی

جلال سلطان احمدی، سارا ابراهیمی، علیرضا ایرانشاهی

اعتبار معاطات در بیع کلان

سید مهدی دادمز، امیررضا کریمی سوق

تنظیم‌گری بازار متشکل محصولات پتروشیمی: تأملی بر قواعد متعارض

محمد آرین، عباس احضاری

لزوم اعلام فسخ به طرف مقابل در قراردادها

حسین مختاری، محمود یوسفوند، سیدعلی پاکزادیان

نگرش نقادانه به ملاک‌های موجه‌ساز حق بر ناحق با تأکید بر مبانی تحلیلی فلسفه حق

مهدی زارع، حامد نیکونهاد

چارچوب حقوقی جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان فوتبال توسط باشگاه‌ها: حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی

امیرساعت وکیل، سپیده احمدیان فرد، علیرضا رضاخانی

ابعاد حقوق بشری هوش مصنوعی کشنده: کنترل انسانی معنادار به‌مثابه یک ضرورت حقوقی در نظام بین‌المللی حقوق بشر

سیده لطیفه حسینی، نرگس سادات حسینی، محمد مهدی حسینمردی

مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا و حقوق ایران

اسماعیل کشاورز صفی‌ئی

صیانت از حریم خصوصی افراد در متاورس: راهکارهای مقابله با تعرض و سوءاستفاده

مهدی کریمی

تأملی بر تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری، با تأکید بر قضیه معبد پرمویهار

سید محمد حسینی

زبان حقوقی و ناپایداری مفاهیم: تحلیل واسازانه رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر

محسن مرهونی

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 ۱۱۲، زمستان 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)

نجادعلی 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 داوری دعوی 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 شیری ورنامخواستی (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.



سخن سردبیر

با گذار از یلدا و در هنگامه آغاز فصل زمستان، شماره ۱۱۲ فصلنامه تحقیقات حقوقی، منتشر گردید. در این شماره، ۱۷ مقاله از آثار ارزشمند نویسندگان مبرز و برجسته از دانشگاه‌های مختلف داخلی و خارجی، انتخاب و منتشر گردید. در این مسیر، با همراهی نویسندگان، مقدمات ویراستاری‌های ادبی و فنی و نهایتاً صفحه‌آرایی مقالات منتخب فراهم شد تا محتوای حقوقی مناسب و با کیفیت به مخاطبان گرانمایه عرضه گردد.

در شماره ۱۱۲، علاوه بر چکیده‌های فارسی و انگلیسی، عصاره مقاله بصورت سه نکته کلیدی و در قالب «نکات برجسته» به ابتدای هر مقاله اضافه شده‌است تا مخاطبان با مطالعه آن سه نکته و در زمانی کوتاه، به ماحصل مطالعات و تحقیقات نویسندگان دست یابند. در عین حال در این شماره، همانند شماره‌های پیشین این مجله، تلاش شد تا با ویراستاری‌های فنی و تخصصی، یاری‌گر نویسندگان گرامی در استناددهی دقیق به منابع و مستندات معتبر باشیم و از این رهگذر گامی در راستای حفظ حقوق مولفان و پایبندی به اخلاق نشر برداریم. همچنین در این شماره، با اضافه کردن عناوین فرعی به چکیده‌های تفصیلی انگلیسی، سعی کردیم تا ضمن ساختاربندی شکلی محتوا، چالش‌های مطالعاتی و نتایج تحقیقات هر مقاله را بصورت صریح و شفاف به مخاطبان خارجی ارائه نماییم. بدین ترتیب، عناوین مقدمه، روش‌های تحقیق، یافته‌ها و نتیجه‌گیری درون چکیده تفصیلی انگلیسی قرار گرفت. همچنین در نتیجه اعتماد عموم مخاطبان به مجله و طبق آخرین داده‌های وبگاه موسسه استنادی و پایش علم و فناوری جهان اسلام (ISC)، شاخص H index فصلنامه تحقیقات حقوقی در این پایگاه به ۱۴ ارتقا یافت.

حال، علاقه‌مندان می‌توانند در شماره زمستان این فصلنامه، به تنوعی از مقالات با موضوعات حقوق بین‌الملل، حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق عمومی، فلسفه حقوق، حقوق خانواده، حقوق خصوصی، حقوق بازار سرمایه، حقوق ورزش، حقوق بشر، حقوق فناوری و هوش مصنوعی، دست یابند. اولین مقاله از این شماره، به مساله «تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل» اختصاص یافته که نویسنده در آن به یکی از موضوعات مهم و به‌روز حقوق بین‌الملل، یعنی حمله یا اختلال به زیرساخت‌های حیاتی کشورها پرداخته است و نمونه‌هایی از انواع این تعرض‌ها و آثار آنها در کشورهایی همچون ایران، عراق و سوریه را مورد مطالعه قرار داده است. با مطالعه این مقاله، مخاطب می‌تواند تحلیل نویسنده در خصوص آثار اجرای طرح گاپ توسط ترکیه و نیز احداث سد روی رودخانه‌های هریرود و هیرمند توسط افغانستان را در قالب تعرض، ملاحظه نماید. همچنین سایر مقالات در حوزه‌های مطالعات تطبیقی، میان‌رشته‌ای و نیز حوزه‌های تخصصی حقوقی نیز از طریق سامانه مجله، در دسترس عموم قرار دارد.

ما در تیم فصلنامه تحقیقات حقوقی، تلاش داریم با ارتقای استانداردهای این مجله، محتوای ارزنده و با کیفیت را به مخاطبان عزیز خود ارائه دهیم. ضمن اینکه از نویسندگان فرهیخته و محققان اندیشمند دعوت می‌نماییم تا مقالات خود در موضوعات روز و مبتلا به نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی را جهت ارزیابی و داوری در این فصلنامه ثبت نمایند، تقاضا داریم تا برای ارسال مقاله به این مجله، راهنمای نویسندگان را مطالعه کنند و از آخرین بروزرسانی‌های آن مطلع شوند.

امید داریم تا در شماره آتی این فصلنامه (بهار ۱۴۰۵) نیز بتوانیم با انتشار به‌موقع و منظم مقالات، همچنان نقش سازنده و کارآمد یک فصلنامه علمی-پژوهشی را ایفا نماییم و در کنار شما مخاطبان و اندیشمندان گرامی، به توسعه ادبیات حقوقی موجود کمک کنیم. لطفاً هرگونه پیشنهادات و انتقادات سازنده خود را از طریق رایانامه مجله، به نشانی law.res.mag@sbu.ac.ir با ما در میان بگذارید.

منصور امینی

سردبیر فصلنامه تحقیقات حقوقی



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 چاپ‌شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال‌شده باشد.
۵. از آنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

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

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

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

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

- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
- چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار 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 ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- **صفحه آخر: فهرست منابع**
- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج‌شده و به‌صورت 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 به‌صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی).
- مثال: صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۴۱-۶۲.
- مقاله انگلیسی:**
- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده، عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت *Italic*) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس. مثال:
- Joshua I, W. "The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.
- پایان‌نامه و رساله فارسی:**
- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.
- مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- پایان‌نامه و رساله انگلیسی:**
- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، 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).

به‌منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.

در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۱، شماره ۱۱۲، زمستان ۱۴۰۴

فهرست مطالب این شماره

- ۱..... تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل ابراهیم بیگزاده
- ۲۳..... واکاوی عنصر غفلت در پرتو شبه جرم غفلت؛ با تأکید بر حقوق کامن‌لا نسرين مهرا، سمیه پرهیزکاری
- ۴۳..... ارزیابی رویکرد قانون اساسی کشور آلمان در مبارزه با فساد سیاسی سید مجتبی واعظی، شهرام ابراهیمی، صادق مرادی
- ۶۷..... چرا فلسفه حقوق بخوانیم؟ خوانش بیارن ملکویک امیر فیض‌بخش، بیارن ملکویک
- ۸۳..... حق سکنی مطلقه در نظام‌های حقوقی ایران، عراق و الجزایر مینا سالم‌پور، محمد روشن
- ۱۰۷..... نقش اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری: از کنشگر منفعل تا کنشگر فعال جعفر کوشا، اکبر خداپنده‌لو
- ۱۲۵..... مطالعه تطبیقی بررسی مبانی، طرق و حدود دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی جلال سلطان احمدی، سارا ابراهیمی، علیرضا ایرانشاهی
- ۱۴۷..... اعتبار معاطات در بیع کلان سید مهدی دادمرزی، امیررضا کریمی سوق
- ۱۶۷..... تنظیم‌گری بازار متشکل محصولات پتروشیمی: تأملی بر قواعد متعارض محمد آرین، عباس احضاری
- ۱۸۷..... لزوم اعلام فسخ به طرف مقابل در قراردادها حسین مختاری، محمود یوسف‌وند، سیدعلی پاکزادیان
- ۲۰۵..... نگرش نقادانه به ملاک‌های موجه‌ساز حق بر ناحق با تأکید بر مبانی تحلیلی فلسفه حق مهدی زارع، حامد نیکونهاد
- ۲۲۷..... چارچوب حقوقی جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان فوتبال توسط باشگاه‌ها: حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی امیرساعت وکیل، سپیده احمدیان فرد، علیرضا رضاخانی
- ۲۴۷..... ابعاد حقوق بشری هوش مصنوعی کشنده: کنترل انسانی معنادار به مثابه یک ضرورت حقوقی در نظام بین‌المللی حقوق بشر سیده لطیفه حسینی، نرگس سادات حسینی، محمد مهدی حسینمردی
- ۲۶۷..... مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا و حقوق ایران اسماعیل کشاورز صفی‌ئی
- ۲۸۹..... صیانت از حریم خصوصی افراد در متاورس: راهکارهای مقابله با تعرض و سوءاستفاده مهدی کریمی
- ۳۰۷..... تأملی بر تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری، با تأکید بر قضیه معبد پره‌ویهار سید محمد حسینی
- ۳۲۷..... زبان حقوقی و ناپایداری مفاهیم: تحلیل واسازانه رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر محسن مرهونی



Original Article

Assaults on Critical Infrastructure and International Law

Ebrahim Beigzadeh¹

Highlights

- Assaults (attack or disruption) on Critical Infrastructure, whether carried out in peacetime or during armed conflict, can seriously endanger the lives of civilians.
- Sometimes, governments also attack on critical infrastructure of neighboring countries by carrying out construction within their own territory.
- Some of assaults include the implementation of the Gap project by Türkiye and the construction of dams on the Harirud River and Helmand River by Afghanistan which has caused extensive damage to the infrastructure of Syria, Iraq, and Iran.

ABSTRACT

Introduction

Although assaults on critical infrastructure are not a new phenomenon, their occurrence has seen a significant rise in recent years. They might be deliberate, manifested as military attacks or intentional disruption, or unintentional, in the form of natural or technical disasters. In either case, they lead to catastrophic consequences, in particular for civilians, and in some situations may amount to international crimes such as forced displacement or even the deprivation of lives. Given these grave consequences, the current study addresses the main question of whether international law already contains rules prohibiting attacks on critical infrastructure or not. Since such attacks may take place during both armed conflict and peacetime, relevant international regulations must be examined in both contexts. It is also to be noted that, along with physical assaults, cyber operations can similarly target critical infrastructures.

Methods

To answer this question, the first issue to consider is whether international law provides a definition of critical infrastructure. The research hypothesis is that, despite the absence of a treaty-based definition, a customary one may be inferred from states practice and the positions of international organizations. Moreover, the prohibition of attacks on critical infrastructures in armed conflicts is confirmed by the principles of international humanitarian law—specifically the *principle of distinction*. This prohibition, though somewhat implicit, is also relevant in peacetime, since such acts may entail violations of the right to life, a fundamental human right.

Results and Discussions

The findings of the study confirm the research hypothesis that a customary definition of critical infrastructure can be identified under international law, and that attacks on such infrastructure are, in fact, prohibited during armed conflict and in times of peace. The international community has recently started

How to Cite: Beigzadeh, Ebrahim, "Assaults on Critical Infrastructure and International Law", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp: 1-22.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241688.2965>

Received: 27/09/2025-Accepted: 30/09/2025

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

Corresponding Author Email: ebeigzadeh55@gmail.com

Copyright: © 2025 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/>).

taking action to reinforce this prohibition by recognizing attacks on critical infrastructure as international crimes (specifically, war crimes), though this recognition is currently confined to armed conflict. In this regard, reference is to be made to the two arrest warrants issued by the International Criminal Court (ICC) against the Russian military authorities for their actions during the war against Ukraine. These warrants were issued as a result of the attacks on Ukraine's critical infrastructures, which the ICC recognized as constituting war crimes. Although this represents an initial step, limited to the prosecution of attacks on critical infrastructures in armed conflicts, it should be regarded as a positive development, demonstrating that the international community has finally taken appropriate measures to uphold justice and address impunity.

Conclusion

Nevertheless, while the definition of critical infrastructure and the rules prohibiting attacks on it are reasonably clear, international law provides no explicit regulation concerning state construction projects that cause severe disruption to the critical infrastructure of neighboring states. For instance, Turkey's construction of more than twenty dams and nineteen hydroelectric plants on the Tigris and Euphrates Rivers has significantly impaired the infrastructure of Syria, Iraq, and even Iran. According to the treaties concluded between Turkey and Syria on the one hand, and Turkey and Iraq on the other, a specific volume of water is required to flow into these two countries (i.e., Syria and Iraq). However, due to Turkey's activities, the actual amount of water entering their territories has reportedly been reduced to one-tenth of the agreed quantity. It appears that the construction projects undertaken by Turkey have served multiple purposes simultaneously. Indeed, Turkey has not only sought to render the neighboring countries dependent upon it for access to freshwater resources and thereby establish a form of regional hegemony, but has also aimed to disperse opposing Kurdish populations by submerging their villages and residential areas. Furthermore, as a result of these projects, many areas have been inundated by the lakes formed behind the dams. These submerged regions were once the sites of great ancient civilizations and contain archaeological artifacts far older than those of the Ottoman era. By constructing these dams, Turkey has, in effect, contributed to the destruction of these relics, seemingly in an attempt to assert that the Ottoman civilization represents the earliest and most significant civilization in the region. Similarly, Afghanistan's dam projects on the Helmand and Harirud Rivers have seriously disrupted infrastructure in Iran's Sistan and Baluchestan and Khorasan Razavi provinces. By constructing a dam on the Hirmand River and preventing the flow of water into Iran- contrary to the provisions of the 1972 treaty between Iran and Afghanistan- Afghanistan has caused the drying up of the Hamun region of Iran, which lies downstream of the river. These actions have resulted in the displacement and forced migration of thousands of Iranian citizens, residing in that area. Additionally, the construction of a dam on the Harirud River by Afghanistan has severely disrupted the drinking water supply infrastructure of the city of Mashhad in Iran. These situations call for further research into how international law might address such state activities—beyond the mere requirement of consultation—in order to prevent serious harm to neighboring states' critical infrastructure.

KeyWords: Critical Infrastructure; Armed Conflicts; Individual International Criminal Responsibility.



تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل

ابراهیم بیگزاده^۱

نکات برجسته

- تعرض (حمله یا اختلال) به زیرساخت‌های حیاتی که هم در زمان صلح و هم در هنگام مخاصمات مسلحانه انجام می‌شود، می‌تواند حیات مردم غیرنظامی را با خطر جدی مواجه کند.
- گاهی دولت‌ها با انجام ساخت و سازهایی درون سرزمین خود به زیرساخت‌های حیاتی کشورهای همجوار نیز تعرض می‌نمایند.
- از جمله تعرض‌ها، اجرای طرح گاپ توسط ترکیه و ساخت سد روی رودخانه‌های هریرود و هیرمند توسط افغانستان است که خسارات فراوانی را به زیرساخت‌های کشورهای سوریه، عراق و ایران وارد کرده‌است.

چکیده

تعرض (حمله یا اختلال) به زیرساخت‌های حیاتی که به‌شدت روبه افزونی گذاشته است، می‌تواند ارادی یا غیرارادی باشد. تعرض به آنها آثار مخربی به‌ویژه برای غیرنظامیان دارد و ممکن است منجر به ارتکاب جنایت‌های بین‌المللی یا حتی سلب حیات آنان گردد. این تحقیق به دنبال پاسخ به این سؤال اصلی است که آیا حقوق بین‌الملل قواعدی برای ممنوعیت تعرض به این زیرساخت‌ها دارد؟ تعرض ارادی به زیرساخت‌های حیاتی هم در مخاصمات مسلحانه و هم در زمان صلح رخ می‌دهد؛ لذا مقررات بین‌المللی در هر دو حالت بررسی می‌شوند؛ ضمن آنکه در حال حاضر تعرض به زیرساخت‌های حیاتی از فضای سایبری نیز انجام می‌شود. برای پاسخ به سؤال اصلی باید تعریفی از زیرساخت حیاتی ارائه نمود. فرضیه بر آن است که می‌توان به یک تعریف عرفی از زیرساخت‌های حیاتی و همچنین ممنوعیت تعرض به آنها در مخاصمات مسلحانه و در زمان صلح دست یافت. تحقیق حاضر با بهره‌گیری از روش دگماتیک و تحلیلی، صحت فرضیه فوق را تأیید می‌کند. تضمین عدم رعایت ممنوعیت تعرض به زیرساخت‌های حیاتی هم واکنش جامعه بین‌المللی است که اخیراً در قالب لحاظ نمودن آن به‌عنوان جنایت جنگی بروز نموده است. اگرچه تعریف و ممنوعیت تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در حقوق بین‌الملل تقریباً روشن است، اما نمی‌توان قواعد شفافی را درمورد اقدام‌های دولتی یافت که با ساخت‌وسازهای خود سبب ایجاد اختلال شدید در زیرساخت‌های حیاتی دولت‌های هم‌جوار خود می‌شوند.

کلید واژگان: زیرساخت حیاتی، مخاصمات مسلحانه، مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی.

استناد به این مقاله: بیگزاده، ابراهیم، «تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱-۲۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241688.2965>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۸

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

ایمیل نویسنده مسئول: ebeigzadeh55@gmail.com



Copyright: © 2025 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

تعرض (حمله یا اختلال) به زیر ساخت‌های حیاتی^۱ پدیده جدیدی نیست.^۲ باوجود این، این نوع تعرض در عصر حاضر چه در زمان صلح و چه در هنگامه مخاصمات مسلحانه ابعاد گسترده‌ای به خود گرفته است. اگرچه تخریب یا اختلال در زیرساخت‌های حیاتی گاهی می‌تواند ناشی از بلایای طبیعی و غیرارادی یا فنی باشند،^۳ تخریب یا اختلال در آنها اغلب به صورت ارادی انجام می‌شوند.

تخریب یا اختلال در زیر ساخت‌های حیاتی نه فقط موجب آسیب به آنها می‌شود، بلکه آنچه مهم می‌نماید سبب می‌شود خدماتی که به طور عمده برای غیرنظامیان جنبه حیاتی دارند، دچار آسیب شده، از بین بروند یا حداقل برای مدت کم‌وبیش قابل توجهی از دسترس خارج شوند. امروزه باید بر تخریب یا اختلال در زیرساخت‌های حیاتی از طریق فضای فیزیکی، تخریب یا ایجاد اختلال در آنها از طریق اقدام‌های تروریستی و حملات سایبری را نیز افزود که هر روز در حال گسترش بیشتری هستند.^۴ برای نمونه حملات تروریستی بر ضد خط لوله گازی زیر دریایی نورد استریم در سال ۲۰۲۲ است که منجر به خسارات فراوانی گردید. همچنین می‌توان به وارد کردن بدافزار استاکس نت^۵ در نیروگاه اتمی نطنز ایران از سوی آمریکا و رژیم اشغالگر اسرائیل اشاره کرد که خسارات سنگینی به سانتریفیوژها این نیروگاه وارد نمود. نکته جالب آنکه این حمله فقط محدود به نیروگاه نطنز باقی نماند، بلکه در سراسر جهان پخش و موجب آلوده شدن صدها هزار دستگاه رایانه شد.^۶ بالاخره از باب نمونه می‌توان به خراب‌کاری در خطوط گازرسانی ایران توسط رژیم اشغالگر اسرائیل اشاره کرد که سبب بروز مشکلات فراوان از جمله برق‌رسانی به مردم گردیده است.^۷ با توجه به خطرات جدی که

۱. برای اصطلاح زیرساخت حیاتی در زبان انگلیسی اغلب عبارت Critical Infrastructure و در زبان فرانسوی عبارت Infrastructure Essentielle یا Infrastructure Critique یا Infrastructure Vitale استفاده می‌شود. با توجه به اهمیت زیرساخت‌ها در زندگی و حیات به‌ویژه غیرنظامیان در این مقاله از اصطلاح «زیرساخت حیاتی» استفاده شده است.

۲. برخی معتقدند که تعرض به زیرساخت‌های حیاتی به دوران عهد عتیق بازمی‌گردد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به Newbill C. M. "Defining Critical Infrastructures for a global application", *Indiana Journal for a Global Studies*, Volume 26, Issue 2, 2019, P 765; cite par : Bannelier, Karine, "Le droit International face a la destruction ou la perturbation des infrastructures essentielles des Etats", *Annuaire Français de Droit International (A.F.D.I.)*, Volume LXIX, 2023, P 229 l.

۳. نمونه بارز بلایای طبیعی که منجر به تخریب زیرساخت‌های حیاتی گردیدند، می‌توان به سونامی سال ۲۰۱۱ در ژاپن اشاره نمود که منجر به تخریب نیروگاه اتمی فوکوشیما شد.

درخصوص بلایای فنی و تکنولوژیکی بارزترین نمونه انفجار نیروگاه اتمی چرنوبیل در سال ۱۹۸۶ در شوروی سابق است. در این مقاله توجه و تأکید بر تعرض عمدی و ارادی به زیرساخت‌های حیاتی است.

۴. برای مطالعه بیشتر درمورد اقدام‌های تروریستی برای تخریب یا اختلال در زیرساخت‌های حیاتی رجوع شود به:

ONU, Bureau de Lutte Contrele Terrorisme. "La protection des infrastructures critiques contre les attaques terroristes, Recueil de bonne pratique", 176 Pages.

۵. گزارش منتشره از سوی آژانس بین‌المللی انرژی (Agence International d'Energie) اعلام کرده است که میانگین حملات سایبری بر ضد شبکه‌های برق در دنیا در هر هفته بین سال‌های ۲۰۲۰ تا ۲۰۲۲ به بیش از دو برابر افزایش یافته است؛ به طوری که در سال ۲۰۲۲ حدود ۱۱۰۱ حمله هفتگی به ثبت رسیده است.

Casanovas M. and Aloys gheim. "Cybersecurity –is the power System logging behind?" *IEA*, In: Jack.V, "Europe's grid is under a Cyberattack deluge, industry warns", *Politico*, 2023, Cite Par: Bannelier, Op. Cit., P 227.

۶. Stuxnet

۷. Bannelier, Op.Cit.

۸. رجوع شود به اظهارات وزیر نیرو در مجلس شورای اسلامی به تاریخ ۱۱ شهریور ۱۴۰۴ در پاسخ به سؤال نمایندگان در مورد علل خاموشی‌ها و قطع برق.

در اثر تخریب یا ایجاد اختلال در زیر ساخت‌های حیاتی به‌ویژه برای مردم غیرنظامی ایجاد می‌شوند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که اولاً چه زیرساخت‌هایی «حیاتی» محسوب می‌شوند و آیا معیارهایی برای شناسایی آنها وجود دارند؟ ثانیاً موضع حقوق بین‌الملل در قبال تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در هنگامه مخاصمات مسلحانه و در زمان صلح چیست؟ فرضیه اصلی در این نوشتار آن است که باوجود نبود یک تعریف معاهداتی جهان‌شمول، می‌توان به‌لحاظ عرفی معیارهایی استخراج نمود که تا حدودی امکان تعریف زیرساخت‌های حیاتی را مشخص می‌کنند؛ ضمن آنکه مقررات حقوق بین‌الملل این امکان را می‌دهد که بتوان حمله به زیرساخت‌های حیاتی را ممنوع اعلام کرد؛ ممنوعیتی که عدم رعایت آن مسئولیت کیفری فردی به‌همراه خواهد داشت.

بنابراین در این نوشتار سعی بر آن است که ابتدا تعریفی از زیرساخت حیاتی باتوجه به معیارهای مستخرج از عرف ارائه شود، سپس ممنوعیت تعرض به آنها در هنگامه مخاصمات مسلحانه و در زمان صلح مورد واکاوی قرار گیرد و سرانجام ضمانت اجرای عدم رعایت ممنوعیت تعرض به این زیرساخت‌ها بررسی شود.

۱. تعریف زیرساخت حیاتی

برای حفظ امنیت و تاب‌آوری^۱ زیر ساخت‌های حیاتی در قبال حمله یا ایجاد اختلال، نیاز است که ابتدا تعریفی از آنها ارائه شود. این تعریف به‌ویژه از لحاظ حقوقی حائز اهمیت است؛ زیرا امکان می‌دهد سهل‌تر بتوان تعرض به آنها را شناسایی و به‌عنوان نقض قواعد حقوق بین‌الملل مطرح نمود. بررسی‌ها نشان می‌دهند که دولت‌ها از پذیرش یک تعریف معاهداتی جهان‌شمول طفره می‌روند؛ پدیده‌ای که سبب می‌شود تا باتوجه به عرف روشن کرد که آیا می‌توان به یک تعریف عرفی از زیرساخت‌های حیاتی دست یافت؟

۱.۱. نبود تعریف معاهداتی جهان‌شمول از زیرساخت‌های حیاتی

مطالعات نشان می‌دهند که کنسانسوسی در سطح جهانی برای تعریف زیرساخت حیاتی در یک معاهده بین‌المللی فراگیر (جهان‌شمول) وجود ندارد. علل متعددی وجود دارند که مانع پذیرش تعریفی از این زیرساخت‌ها در یک سند فراگیر می‌شوند: اولاً دولت‌ها می‌خواهند اولویت و اقتدار خود را در تعیین آنها از دست ندهند؛^۲ ثانیاً این اعتقاد راسخ را نیز دارند که تعریفی از زیرساخت‌های حیاتی و تعیین مصادیق آنها موجب می‌شود که آن زیر ساخت‌ها به‌راحتی آماج حملات، خراب‌کاری یا اختلال‌گری قرار گیرند، یا آنکه زیرساخت‌هایی که در یک سند مشخص نشده‌اند، «حیاتی» محسوب نشده، مورد تعرض قرار گیرند. ضمن آنکه این علت هم مطرح می‌شود که این زیرساخت‌ها از کشوری به کشور دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت و متغیرند. اگرچه برخی مجامع بین‌المللی در مصوبه‌های خود در قلمروهای خاصی به‌ویژه در خصوص امنیت سایبری به زیرساخت‌های حیاتی هم گوشه چشمی انداخته‌اند،^۳ این مصوبه‌ها باوجود اشاره به‌ضرورت حفاظت از

^۱. Resilience

^۲. Bannelier, Op.Cit., P 229.

^۳. رجوع شود به:

قطعه‌نامه ۵۸/۱۹۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۳ تحت عنوان «ایجاد یک فرهنگ جهانی امنیت سایبری و حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی اطلاعاتی»، S/RES/58/199

– قطعه‌نامه ۲۳۴۱ شورای امنیت مورخ ۱۳ فوریه ۲۰۱۷ درخصوص «حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی در مقابل حملات تروریستی». همان‌طور که ملاحظه می‌شود در این مصوبه‌ها قلمروهای خاصی مورد توجه قرار گرفته‌اند.

زیرساخت‌های حیاتی، تعریف جهان‌شمولی از آنها ارائه نمی‌کنند. در ضمن دولت‌ها پاسخ مساعدی حتی به فراخوان‌های بین‌المللی برای تعریف زیرساخت‌های حیاتی حتی در قلمروهای خاص هم نداده‌اند.^۱ اگرچه در سطوح منطقه‌ای و آن‌هم اغلب در قلمروهای خاص تلاش‌هایی برای ارائه تعریفی از زیرساخت‌های حیاتی شده است،^۲ خلأ یک تعریف معاهداتی جهان‌شمول همچنان تداوم دارد. در چنین وضعیتی است که باید به سراغ حقوق عرفی به‌ویژه مقررات و عملکرد دولت‌ها رفت و دید که آیا می‌توان به تعریفی از زیرساخت‌های حیاتی دست یافت؟

۱.۲. تعریف عرفی زیرساخت‌های حیاتی

نیک می‌دانیم که برای دستیابی به عرف بین‌الملل یکی از متداول‌ترین شیوه‌ها رجوع به رویه دولت‌هاست که در قالب قوانین و مقررات و عملکرد آنها قابل شناسایی است. بنابراین باید به عملکرد دولت‌ها برای دستیابی به تعریفی از زیرساخت‌های حیاتی پرداخت؛ ضمن آنکه در این نوشتار به رویه برخی از سازمان‌های با صلاحیت خاص و سازمان‌های منطقه‌ای نیز توجه شده است. از اولین کشورهایی که در زمینه تعیین زیرساخت‌های حیاتی گام برداشته است، می‌توان به ایالات متحد آمریکا اشاره نمود. این کشور با ایجاد کمیسیونی برای حمایت و حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی^۳ در سال ۱۹۹۶ کار را در این زمینه آغاز نمود.^۴ آمریکا همچنین برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی خود در برابر حملات سایبری قانونی در ۱۵ مارس ۲۰۲۲ توسط رئیس‌جمهور، جو بایدن، منتشر نمود که بخش Y آن به حملات سایبری بر ضد زیرساخت‌های حیاتی آمریکا اختصاص یافته است. طبق این مقررہ جدید، کلیه نهادهای آمریکایی مرتبط با زیرساخت‌های حیاتی کشور مکلفاند حملات سایبری را بدون فوت وقت به «تهداد امنیت سایبری»^۵ اطلاع دهند؛ تکلیفی که برای آن ضمانت اجرا هم لحاظ شده است.^۶ از منظر مقررات آمریکا، زیرساخت حیاتی شامل «کلیه سیستم‌ها و اموال اعم از مادی و مجازی می‌شود که اختلال یا تخریب هریک از آنها روی امنیت اقتصاد ملی، امنیت سلامت عمومی یا ایمنی یا مجموعه آنها اثر می‌گذارد».^۷

^۱ در این مورد برای مثال می‌توان به فراخوان پاریس در نوامبر ۲۰۲۳ اشاره نمود.

Appel de Paris pour la confiance et la securite dans le Cyberspace. "protecting critical Infrastructures against Systemic harms: A path forward to overcome national discrepancies?" November 2023.

^۲ در این مورد می‌توان به کارهای اتحادیه اروپا و اتحادیه آفریقا اشاره نمود که در همین مقاله به آنها توجه خواهد شد.

^۳ Commission on critical Infrastructures protections, "Defense critical infrastructures programme", 1996.

^۴ Policy Directive 21 (Critical infrastructures security and resilience), 2013.

^۵ Cybersecurity and Infrastructures Security Agency (C I S A).

^۶ Consolidated Appropriations Act, 2022, HR, 2471, March 15, 2022.

طبق این قانون کلیه نهادهای دولتی، دفاتر، شرکت‌ها، عاملان و کاربران زیرساخت‌های حیاتی باید ظرف ۲۴ ساعت از زمان اطلاع از حمله سایبری به زیرساخت‌ها، مراتب را به آژانس امنیت سایبری زیرساخت‌ها اطلاع دهند. عدم رعایت این مقررہ موجب جریمه‌هایی می‌شود که می‌تواند از ۰.۵٪ (نیم درصد) درآمد ناخالص سال قبل آن شرکت برای هر روز نقض که تداوم یابد لحاظ شود. برای شرکت‌هایی که همچنان از اطلاع‌رسانی امتناع کنند، مجوز فدرال آنها هم لغو می‌شود.

^۷ رجوع شود به:

Critical Foundations protecting America's Infrastructures, "The Report of President's Commission on Critical Infrastructure Protection", October 1997, 192 pages.

اگرچه این تعریف کوتاه می‌نماید، اشاره آن به سیستم‌ها و اموال مادی و مجازی امکان لحاظ نمودن زیرساخت‌های حیاتی زیادی را می‌دهد. به همین دلیل هم بر اساس این تعریف، آژانس امنیت سایبری و امنیت زیرساخت‌ها شانزده زیرساخت حیاتی را مشخص نموده است.

رجوع شود به

Haataja, S. I. "Cyber operations against critical infrastructures under norms of responsibility state behaviour and international Law, International", *Journal of Law and Information Technology*, Volume 30, 2022, PP 2126-427, cite par: Bannelier, Op.Cit., P 230.

در ایران هم به زیرساخت‌های حیاتی توجه شده است. حمایت و حفاظت از این زیرساخت‌ها به‌طور عمده و دقیق در مقررات مرتبط با سازمان پدافند غیرعامل مورد توجه قرار گرفته است. ابتدا قانون ایجاد سازمان پدافند غیرعامل^۱ است که در آن یکی از اهداف مورد نظر "مقاوم سازی زیرساخت‌های حیاتی و حساس و مهم کشور است". در راستای تحقق این هدف تبصره ۳ همین قانون کلیه دستگاه‌های موضوع این قانون را مکلف نموده است که در طرح تملک سرمایه‌ای خود اعتبارات لازم را برای پیشگیری و مقابله با تهدیدات زیرساخت‌های حیاتی، حساس و مهم خود تخصیص دهند. البته اسناد دیگری هم وجود دارند که به زیرساخت‌های حیاتی کشور توجه نموده‌اند^۲ که در میان آنها اساس‌نامه سازمان پدافند غیرعامل^۳ و به‌ویژه مصوبه‌های کمیته دائمی^۴ آن بسیار حائز اهمیت‌اند.

اساسنامه این سازمان در ماده ۲ (بند ۸) فقط به زیرساخت‌های با اهمیت اشاره کرده، آنها را شامل «زیرساخت‌های حیاتی، حساس، مهم و قابل حفاظت» تقسیم نموده است. مع‌هذا این مقرر تعریفی از زیرساخت ارائه نمی‌کند. این تعریف را می‌توان در مصوبه کمیته دائمی سازمان یافت که طبق آن «زیرساخت به مجموعه‌ای از مراکز و تأسیسات زیربنایی و شریان‌های عمده که خدمات و نیازهای ضروری و اساسی کشور را به مردم و جامعه ارائه می‌کند، اطلاق می‌گردد»^۵. در چارچوب بررسی مقررات داخلی کشورها درخصوص زیرساخت‌های حیاتی می‌توان برای مثال به مقررات کشور فرانسه نیز اشاره نمود. در این کشور و در چارچوب مراقبت از منافع حیاتی، بخشنامه‌ای در سال ۲۰۰۲ تصویب شده است که طبق ماده ۲ بند ۵ آن برای تضمین عملکرد مناسب «زیرساخت‌های حیاتی در برابر فعالیت‌های تروریستی، امنیت اقتصادی، مقابله با بلایای طبیعی و تکنولوژیکی» از وزارت اقتصاد خواسته شده است تا با هماهنگی سایر نهادهای مرتبط تدابیر ضروری قانونی و اداری را ارائه نماید.^۶ این کشور سپس در ۲۳ فوریه ۲۰۰۶ با تصویب فرمانی زیرساخت‌های با اهمیت حیاتی (اعم از عمومی و خصوصی) را که کارکردشان به‌سختی قابل جایگزینی است، شامل زیرساخت‌های مرتبط

۱. قانون سازمان پدافند غیرعامل در ۲۹ مرداد ۱۴۰۲ در قالب یک ماده واحد و ۴ تبصره به تصویب مجلس رسید و در یکم شهریور ۱۴۰۲ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.

۲. طبق ماده ۵ تصویب‌نامه کمیته دائمی سازمان پدافند غیرعامل مورخ ۱۴۰۲/۰۸/۰۱، اسناد بالادستی و مرتبط با زیرساخت‌ها شامل:

- فرامین رهبری و تدابیر و مصوبات رهبری.
 - سیاست‌های کلی نظام در موضوع پدافند غیرعامل و آمایش سرزمین.
 - قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (ماده ۵۶).
 - قانون پنج‌ساله ششم توسعه ج-ا- ایران (ماده ۱۰۶ بند پ).
 - ماده ۲۹ قانون پنج‌ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۴ اسفند ماه ۱۳۹۵.
 - سیاست‌های کلی برنامه پنج‌ساله توسعه ج-ا- ایران بند ۲۴.
 - ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸ مهر ماه ۱۳۸۶.
 - طرح راهبردی حفاظت از زیرساخت‌های کشور مصوب ۲۰ مهر ماه ۱۴۰۱ کمیته دائمی سازمان پدافند غیرعامل.
 - آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۴ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۵ اسفند ماه ۱۴۰۰.
۳. اساسنامه سازمان پدافند غیرعامل در ۳۰ ماده و ۲۲ تبصره در تاریخ اول مرداد ۱۴۰۳ به تصویب رهبری رسیده، از تاریخ ۱۹ دی ماه ۱۴۰۳ (تاریخ ابلاغ) لازم‌الاجرا شده است. تفسیر اساسنامه سازمان برعهده ستاد کل نیروهای مسلح ایران است.
۴. سازمان پدافند غیرعامل شامل یک کمیته دائمی، رئیس سازمان (به‌عنوان دبیر نیز هست)، کارگروه پدافند غیرعامل دستگاه‌های اجرایی و استان‌های کشور است.
۵. رجوع شود به «فرماندهی کل قوا» کمیته دائمی پدافند غیرعامل کشور به شماره ۱۶۰/۱/۲۹۲۲ مورخ اول آبان ماه ۱۴۰۲ در سایت مرکز پژوهش‌های مجلس، تاریخ رجوع شانزدهم مرداد ۱۴۰۴.

۶. Para 2.5 du Circulaire du 14 Fevrier 2002 relative a la defense economique, J O R F, N°70 du 23 Mars 2002, Texte No10

با تولید و توزیع مایحتاج و ارائه خدمات ضروری برای رفع نیازهای اساسی مردم، اجرای اقتدارات و اختیارات دولت، حفظ عملکرد اقتصاد، حفظ قدرت دفاعی، امنیت ملت یا دارنده خطرات شدید برای مردم در نظر گرفته است.^۱ سرانجام فرانسه در ۲۳ مه ۲۰۱۸ در فرمانی را درمورد حفظ امنیت شبکه‌ها و سیستم‌های اطلاعاتی تصویب نموده است. این فرمان در ۳۳ ماده و یک ضمیمه به تصویب رسیده است. در این فرمان خدمات حیاتی برای عملکرد جامعه و اقتصاد مورد توجه قرار گرفته‌اند و آن شامل انرژی، حمل‌ونقل، لجستیک، بانک، زیرساخت‌های بازارهای مالی، خدمات مالی، بیمه، نهادهای تأمین اجتماعی، استخدام و آموزش کارکنان، سلامت، تولید و توزیع آب آشامیدنی، تصفیه آب‌های غیرقابل شرب، زیرساخت‌های دیجیتال، آموزش، نهادهای تأمین‌کننده مواد غذایی برای نهادهای جمعی همچون مراکز درمانی، مدارس و زندان‌ها می‌شود.^۲ لازم به یادآوری که اغلب کشورها در قلمرو زیرساخت‌های حیاتی خود مقرراتی دارند که پرداختن به همه آنها در این نوشتار ممکن نیست.

علاوه بر مقررات داخلی، می‌توان به اقدام‌های برخی از سازمان‌های جهانی با صلاحیت خاص و همچنین سازمان‌های منطقه‌ای در قلمرو تعریف از زیرساخت‌های حیاتی اشاره کرد. درخصوص سازمان‌های با صلاحیت خاص که در قلمرو زیرساخت‌های حیاتی اقدام‌هایی انجام داده‌اند، می‌توان به اینترپل و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی اشاره نمود. اینترپل ضمن تفکیک میان زیرساخت‌های حیاتی که ارائه‌کننده خدمات حیاتی‌اند و مراکز آسیب‌پذیر^۳ از دولت‌ها می‌خواهد تا ضمن اتخاذ راهبردهای ملی برای کاهش خطرات نسبت به زیرساخت‌های حیاتی و پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای مرتکبان تعرض به آنها، با یکدیگر در قلمروهای مختلف ازجمله تبادل اطلاعات، تجارب و هماهنگ کردن فعالیت‌های نهادهای ملی همکاری کنند. اینترپل همچنین از دولت‌ها می‌خواهد که برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی همکاری‌های بین‌المللی در قلمروهای مختلف^۴ را تقویت کنند.^۵

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در سندی، دوازده توصیه برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی اطلاعاتی و کامپیوتری و ارتباطی به دولت‌های عضو کرده است. سازمان در این سند اعلام می‌دارد که زیرساخت‌های حیاتی اطلاعاتی شامل

^۱. Voir l' article 1 du Decret NO2006-212 du 23 Fevrier 2006 relatif a la securite des activites d' importance vitale, cite par : Bannelier, Op. Cit., P 230.

البته باید متذکر شد که این فرمان در ۲۴ آوریل ۲۰۰۷ به‌روزرسانی شده است. طبق این فرمان حدود سیصد زیرساخت (اپراتور) حیاتی لحاظ شده اند که فهرست آنها محرمانه است. این زیرساخت‌ها دوازده بخش از فعالیت‌ها را پوشش می‌دهند که شامل فعالیت‌های غیرنظامی دولت، فعالیت‌های قضایی، فعالیت‌های نظامی دولت، مواد غذایی، ارتباطات الکترونیکی سمعی و بصری و اطلاعاتی، انرژی، فضا و تحقیقات، مالی، مدیریت آب، صنعت، سلامت، حمل‌ونقل می‌شود.

^۲. Decret NO 2018-384 du 23 Mai 2018 relatif a la securite des reseaux et systemes d' information des operateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numerique, J O R F , NO 0118 du 25 Mai 2018.

آخرین به‌روزرسانی این فرمان در تاریخ ۲۶ می ۲۰۱۸ انجام شده است.

^۳. طبق نظر اینترپل دولت‌ها باید میان اماکن آسیب‌پذیر مثل مراکز تجاری، پیاده‌روها (بعد از حمله تروریستی به عابران پیاده در شهر نیس فرانسه با یک خودرو، بازارها یا استادیوم‌های ورزشی با زیرساخت‌های حیاتی که ارائه‌کننده خدمات عمومی برای همگان‌اند، مانند زیرساخت‌های انرژی قائل به تفکیک شوند.

^۴. قلمروهای موردنظر اینترپل به‌طور مشخص شامل بخش‌های دریایی، حمل‌ونقل هوایی، فناوری اطلاعاتی، تسلیحات کلاسیک، شیمیایی، بیولوژیکی، رادیولوژیکی و هسته‌ای می‌شود.

^۵. برای مطالعه بیشتر درمورد گزارش اینترپل رجوع شود به:

INTERPOL, "La protection des infrastructures critiques contre les attaques terroristes: Recueil de bonnes pratiques", Etabli par la Direction du Comite Contre le Terrorisme et le Bureau de Lutte Contre le Terrorisme, 2018, 176 pages.

سیستم‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی متصل به یکدیگر می‌شوند که اختلال یا تخریب آنها می‌تواند تأثیر جدی مخربی بر سلامت، امنیت، ایمنی، شکوفایی اقتصادی شهروندان، ارتقای سطح زندگی، و بر عملکرد مؤثر دولت یا اقتصاد داشته باشد.^۱ همان‌گونه که مشاهده می‌شود، تأکید این سازمان بر حفاظت از زیرساخت‌های اطلاعاتی و ارتباطی است که تخریب یا اختلال در آنها می‌تواند به‌طور عمده بر اقتصاد و امنیت شهروندان و دولت‌ها اثرگذار باشد.

در سطوح منطقه‌ای می‌توان به مقررات و اقدام‌های اتحادیه اروپا و اتحادیه آفریقا اشاره نمود. در اروپا پارلمان و شورای اتحادیه اروپا مقررات مفصلی درمورد زیرساخت‌های حیاتی وضع کرده‌اند. این سازمان ابتدا مقرراتی برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی اطلاعاتی مرتبط با بخش‌هایی را وضع نمود؛^۲ آنگاه با طرح اپراتورهای «خدمات حیاتی» مسئله حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی را به کلیه نهادهای ارائه‌کننده خدمات حیاتی اجتماعی و اقتصادی گسترش داده است. از خلال اسناد و اقدام‌های زیادی که توسط اتحادیه اروپا تصویب و انجام شده‌اند، زیرساخت‌های حیاتی به مجموعه‌ای از تأسیسات و تجهیزاتی اطلاق می‌شود که نقش بنیادین در کارکرد جامعه داشته، اختلال یا تخریب آنها امنیت ملی و منافع اقتصادی و اجتماعی دولت را شکننده و آسیب‌پذیر می‌سازد.^۳ در تعریفی دیگر که در سال ۲۰۲۲ ارائه شده است، زیرساخت حیاتی بر هر سیستم اساسی حیاتی برای تضمین کارکرد اقتصادی و اجتماعی اطلاق می‌شود که عدم دسترسی یا تخریب یک زیرساخت حیاتی می‌تواند توان نظامی یا اقتصادی، امنیت یا امکان حیات و سلامت مردم را به‌طرز فاحشی با خطر مواجه کند.^۴ در چارچوب اتحادیه آفریقا وضعیت زیرساخت‌های حیاتی در قالب "کنوانسیون امنیت سایبری و

۱. سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (O C D E) از دولت‌های عضو می‌خواهد که چارچوب مؤثر و کارآمدی را برای به اجرا گذاشتن اصول راهبردی سازمان برای حفظ امنیت زیرساخت‌های حیاتی از طریق ارزیابی خطرات تهدیدکننده عوامل زیر مشخص کنند:

- اجزا و عوامل اطلاعاتی که زیرساخت‌های حیاتی اطلاعاتی بر آنها استوارند.
- زیرساخت‌های اطلاعاتی که عوامل اصلی فعالیت‌های دولتی بر آنها قرار دارند.
- زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی برای اقتصاد ملی.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

O C D E, "Recommandations du Conseil sur la Protection des Infrastructures d' Information Critique", *Instrument Juridique de l' O C D E*, 2025, 7 pages.

اولین دسته از توصیه‌ها در سال ۲۰۰۹ ارائه شده. سپس این توصیه‌ها در سال ۲۰۱۹ توسعه یافتند. در این توصیه‌ها شورای سازمان از دولت‌ها می‌خواهد که برای حفظ امنیت دیجیتالی در مقابل خطرات، یک ره‌یافت راهبردی جهت مدیریت این خطرات تدوین و ارائه نمایند. رجوع شود به:

-O E C D / LEGAL / 0361.

-O E C D / LEGAL / 0456.

۲. Les infrastructures de l' Union Europeenne et le probleme informatique de l' an 2000, Les trimestre 1999, 31 pages.

در این سند زیرساخت‌های مهم برای اتحادیه اروپا عبارت از زیرساخت‌های انرژی، حمل و نقل، ارتباطات، هسته‌ای، مالی و آب هستند.

۳. برای مطالعه بیشتر در این مورد برای مثال رجوع شود به:

Tremblay, Monica. "Les infrastructures essentielles: un defi pour la securite des Etats", *Rapport evolutif, Laboratoire d' etude sur les politiques publiques et la mondialisation, ENAP, L' Universite de l' administration publique*, 21 pages.

۴. UE, Infrastructure Critique: L' UE cherche a ameliorer leur securite, 28 Octobre 2022.

برای مطالعه بیشتر درمورد فعالیت‌های اتحادیه اروپا رجوع شود به:

Le Directive 2022/2554 du Parlement Europeen et du Conseil.

این دستورالعمل شامل:

- La resilience operationnelle numerique du secteur financier.
- Des mesures destinees a assurer un niveau eleve commun de cyberscurite dans l' ensemble de l' Union.
- Modifiant les directives 2009-2016 en ce qui concerne la resilience operationnelle numerique du secteur financier.
- La resilience des entites critiques et abrogeant la directive 2008/114/CE du Conseil.

حمایت از داده‌ها" مصوب ۲۷ ژوئن ۲۰۱۴ مورد توجه قرار گرفته است. طبق ماده یک این سند زیرساخت حیاتی فضای سایبری به آن دسته از زیرساخت‌هایی اطلاق می‌شود که برای ارائه خدمات مرتبط با امنیت عمومی، ثبات اقتصادی، امنیت ملی، ثبات بین‌المللی و برای تداوم و استقرار مجدد فضای سایبری حیاتی مورد استفاده قرار می‌گیرند و هر دولت عضو باید مقرراتی را تصویب یا تدابیری اتخاذ نماید که به نظرش برای شناسایی بخش‌های امنیت ملی و بهتر شدن اقتصادش ضروری‌اند.^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این سند ضمن ارائه تعریف مختصری از زیرساخت حیاتی به زیرساخت‌های اطلاعاتی و آن هم فقط برای حفاظت از آنها در مقابل حملات سایبری توجه وافر نشان داده است. در همین راستا باید به فعالیت‌های «کارگروه کارشناسان دولتی مسئول بررسی پیشرفت‌های انفورماتیک و ارتباطات در چارچوب امنیت بین‌المللی» و همچنین به فراخوان پاریس اشاره نمود که چندان توأم با موفقیت نبودند.^۲

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اگرچه تعیین، تشخیص و در نهایت تعریف زیرساخت‌های حیاتی ناشی از ارزیابی‌هایی است که به‌صورت موردی و توسط هر دولت یا هر سازمانی انجام می‌شود، جملگی بر یک معیار اصلی اتفاق نظر دارند و آن «حیاتی بودن» آنهاست. به دیگر سخن زیرساخت‌هایی را می‌توان «حیاتی» محسوب نمود که تخریب یا اختلال در آنها می‌تواند حتی حیات یک جامعه را با خطر نابودی مواجه کند. بدیهی است که در این مورد ماهیت و وسیله و محیط انجام اعمالی برضد زیرساخت‌ها ملاک نیستند، بلکه ویژگی «حیاتی بودن» عملکرد زیرساخت‌هاست که باید مدنظر قرار گیرد که تعرض به آنها می‌تواند خطر جدی برای مردم یک جامعه ایجاد کند.^۴ حتی برای حیاتی محسوب کردن یک زیرساخت محل استقرار آن هم اهمیت چندانی ندارد و می‌تواند خارج از قلمرو یک سرزمین باشد، اما عملکرد آن برای حیات جامعه یا جوامعی ضروری و غیر قابل اجتناب باشد. نمونه بارز آن زیرساخت‌های ارتباطات اینترنتی است که در بسیاری از موارد از طریق فیبرهای نوری زیردریایی برقرار می‌شود که این کاملاً می‌توانند در مناطق دریایی چندین دولت یا حتی در دریای آزاد قرار داشته باشند. در ضمن باید به این نکته نیز توجه داشت که میان اغلب زیرساخت‌های حیاتی

^۱. Convention de l' Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel, EX.

CL/846 (XXV), 27 Juin 2014.

این کنوانسیون در ۳۸ ماده در تاریخ ۲۷ ژوئن ۲۰۱۴ در شهر مالابو (Malabo)، پایتخت کشور گینه استوایی (Guinee Equatoriale) به تصویب رسیده، از ۸ ژوئن ۲۰۲۳ لازم‌الاجرا شده است.

^۲. Groupe d' Expert Gouvernementaux یا Group of Governmental Expert = G G E.

این کارگروه در راستای اجرای قطعنامه ۷۳/۲۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد ایجاد گردید. این نهاد متشکل از ۲۵ نفر در ظرفیت شخصی خود از سال ۲۰۱۹ فعالیت خود را آغاز نمود و گزارش نهایی خود را در سال ۲۰۲۱ به مجمع عمومی ارائه کرد. برای مطالعه گزارش این کارگروه رجوع شود به ۱۴ مورخ جولای ۲۰۲۱ تحت عنوان:

Group of Governmental Expert on Advancing Responsible State behaviour in cyberspace in the context of international security, General Assembly, United Nations, 26 pages.

^۳. درمورد فراخوان پاریس رجوع شود به:

Apple de Paris pour la confiance et la securite dans le cyberspace یا Paris call for Trust and security in cyberspace.

برای ملاحظه بیشتر کارهای فراخوان پاریس رجوع شود به:

-Multistakeholder participation at the UN, November 2021, 36 pages.

-Advancing International Cyber Norms: Multistakeholder Recommendations, November 2021, 48 pages.

-Working Group 5: Building a Cyberstability index, Executive Summary and Final Report, November 2021, 19 pages.

-Working Group 6 (WG) 6: Bringing concrete tools to the Paris Call Community, Report Securing I C T, Supply Chains, 2021, 43 pages.

^۴. ماهیت زیرساخت‌های حیاتی می‌تواند دولتی، عمومی یا خصوصی باشد.

وابستگی متقابل وجود دارد، به گونه‌ای که تخریب یا اختلال در یک زیرساخت می‌تواند به صورت زنجیره‌ای سبب تخریب یا اختلال در سایر زیرساخت‌های ضروری برای ارائه خدمات حیاتی گردد. برای مثال تخریب یک نیروگاه برق می‌تواند بسیاری از زیرساخت‌های حیاتی یا ارائه خدمات حیاتی را از دسترس خارج کند. از آن جمله می‌توان خارج از دسترس شدن خدمات درمانی، حمل و نقل، رساندن آب قابل شرب، رساندن مواد غذایی سالم، اینترنت، حمل و نقل (به‌خصوص دریایی و هوایی) اشاره نمود. اگرچه برخی از دولت‌ها با توجه به تشخیص خود دایر بر حیاتی بودن برخی زیرساخت‌ها آنها را حیاتی اعلام و معیارهایی هم برای تشخیص و تعیین آنها ارائه نموده‌اند، باوجود این، آنها نیز امکان گسترش زیرساخت‌های حیاتی را پیش‌بینی کرده‌اند.^۱ حوزه‌های مرتبط با زیرساخت‌های حیاتی را می‌توان در برخی قوانین داخلی کشورها نیز مشاهده نمود.^۲

باتوجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد بتوان «زیرساخت حیاتی» را این گونه تعریف کرد: زیرساخت‌های حیاتی شامل آن دسته از تأسیسات و تجهیزات و اموال و دارایی‌هایی می‌شوند که برای تأمین، تضمین، ارائه و رفع نیازهای اساسی مردم ضروری‌اند، تخریب یا اختلال جدی در کارکرد آنها موجب ورود خسارات اغلب جبران‌ناپذیر و حتی به خطر افتادن حیات آنان می‌گردد.

همان گونه که مشاهده می‌شود، تلاش شده که این تعریف بر معیار «حیاتی بودن» زیرساخت‌ها که مورد قبول تمام کشورها و سازمان‌هاست، ارائه گردد.

^۱. نمونه بارز آن کشور ایران است. کمیته دائمی سازمان پدافند غیرعامل ۱۵ حوزه را با اهمیت اعلام نموده است که شامل این حوزه‌هاست: - انرژی، آب، کشاورزی، حمل و نقل، بهداشت و سلامت، دفاع و امنیت، صنعت، رسانه، هسته‌ای، فضا، جمعیت، حاکمیتی، خدمات ضروری و فوریتی، پولی و مالی، ارتباطات و فناوری اطلاعات می‌شوند.

رجوع شود به ماده یک مصوبه کمیته دائمی سازمان پدافند غیرعامل مورخ آبان ماه ۱۴۰۲، ص ۲.

آنگاه این سازمان با تعیین معیارهای:

- اهمیت کارکرد هر حوزه در تأمین نیازهای حیاتی مردم در شرایط اضطراری، شدت اثرگذاری بر اقتصاد و امنیت ملی و سلامت مردم، وابستگی زیرساخت‌های سایر حوزه‌ها به عملکرد آنها، شدت پیامد وقوع تهدید مبتنی بر جغرافیا و جمعیت. هشت حوزه را با اهمیت بالا و کلیدی لحاظ نموده است که شامل:

انرژی، آب، ارتباطات و فناوری اطلاعات، حمل و نقل، بهداشت و سلامت، غذا و کشاورزی، دفاعی و امنیتی، حاکمیتی می‌شوند. کمیته دائمی در ماده ۶ مصوبه خود تحت عنوان تهدیدات مفروض ابتدا به تهدیدات نظامی (هوایی، زمینی، دریایی، موشکی)، تهدیدات امنیتی و تروریستی (اقدامات ضد زیرساختی تروریستی)، تهدیدات سایبری زیرساختی (تهدیدات زیرساختی سایبری علیه زیرساخت‌های هوشمند) و تهدیدات از درون دشمن پایه اشاره می‌کند. این ماده سپس در تبصره خود اعلام می‌دارد: «سایر تهدیدات نوین و نو پدید با منشأ دشمن و ترکیبی از آنها با هدف تخریب و اختلال در عملکرد زیرساخت‌ها که در آینده با آن مواجه خواهیم شد» را نیز شامل می‌شود.

کمیته دائمی، پیشین ص ۶.

^۲. رجوع شود به مقررات سوئیس:

-Confederation Suisse, office federal de la protection de la population (O F P P).

-La strategie nationale de protection des infrastructures critiques, 5 octobre 2023.

همچنین رجوع شود به قانون فدرال سوئیس درمورد زیرساخت‌های بازار موصوب ۱۹ ژوئن ۲۰۱۵ (به‌روز شده در اول فوریه ۲۰۲۴) که شامل ۱۶۴ ماده است.

Document de position sur les services essentiels, Juillet 2021, 16 pages

آمریکا هم زیرساخت‌های حیاتی در مقابل حملات فیزیکی، سایبری، خرابکاری، تروریستی و آلودگی را شامل زیرساخت‌های زیر می‌داند: -بخش‌های شیمیایی، تأسیسات تجاری، تولیدات حیاتی، سدها، زیرساخت‌های صنعتی و دفاعی، خدمات فوریتی، انرژی، خدمات مالی، مواد غذایی و کشاورزی، تأسیسات دولتی، درمان و سلامت عمومی، فناوری اطلاعات، مراکز و مواد و پسماندهای هسته‌ای، حمل و نقل، سیستم‌های ذخیره‌سازی آب و تصفیه‌خانه‌های فاضلاب‌ها. رجوع شود به:

-Senstar pedia "Protection des Infrastructures Critiques", Date de reference 25 Aout 2025.

۲. تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و حقوق بین‌الملل

بی‌تردید تعرض به زیرساخت‌های حیاتی چه در هنگامه مخاصمات مسلحانه و چه در زمان صلح نقض مقررات بین‌المللی بوده، موجب مسئولیت می‌گردد.

۲.۱. تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در زمان مخاصمات مسلحانه

اگرچه باید در هنگامه مخاصمات مسلحانه میان زیرساخت‌های حیاتی قائل به تفکیک شد،^۱ تعرض به این زیرساخت در تقریباً کلیه مخاصمات مسلحانه یکی از اهداف اصلی متخاصمین است.^۲ تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در مخاصمات مسلحانه می‌تواند فیزیکی بوده باشد، یعنی این زیرساخت‌ها به‌طور مستقیم مورد حملات نظامی قرار گیرند یا ممکن است این تعرض با استفاده از فضای سایبری انجام شود. البته حملات سایبری حتی اگر منجر به ورود خسارات جانی یا مالی به‌غیر نظامیان نگردند، می‌توانند نقض حاکمیت محسوب شوند.^۳ این در دستورالعمل تالین ۲ نیز مورد توجه قرار گرفته است. در این دستورالعمل حملات سایبری نقض حاکمیت محسوب می‌شود.^۴ آنچه در چارچوب مخاصمات مسلحانه (اعم از بین‌المللی و غیر بین‌المللی) می‌توان گفت این است که حقوق حاکم بر این مخاصمات حاوی قواعدی نیست که به‌صراحت به زیرساخت‌های حیاتی اشاره کند. مع‌هذا با توجه به الزامی بودن رعایت اصل تفکیک و تکلیف متخاصمین به رعایت ممنوعیت تعرض به اموال غیرنظامی، می‌توان به ضرس قاطع گفت که زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامی^۵ نباید مورد حمله قرار گیرند.^۶ این زیرساخت‌ها هیچ‌گاه و تحت هیچ شرایطی نمی‌توانند به‌عنوان اهداف نظامی محسوب شوند و مورد حمله قرار گیرند. ممنوعیت حمله به این زیرساخت‌ها را می‌توان با توجه به ماده ۲ - ۵۲ پروتکل شماره یک سال ۱۹۷۷ منضم به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو سال ۱۹۴۹ و همچنین قاعده عرفی شماره ۷ تحت‌عنوان «اصل تفکیک بین اموال غیرنظامی

۱. متمایز کردن زیرساخت‌های حیاتی به غیرنظامی، نظامی و با کاربری دوگانه باید بر اساس «اصل تفکیک» که یکی از اصول بنیادین حقوق بشردوستانه است، انجام شود.

۲. برای مثال در جنگ روسیه - اوکراین دو کشور به صورت دائمی زیرساخت‌های یکدیگر را مورد حمله قرار می‌دهند. برای نمونه می‌توان به حمله روسیه به زیرساخت‌های انرژی به ویژه نیروگاه‌های برق در شرق اوکراین در ۱۹ اوت ۲۰۲۵ یا حمله اوکراین به تعدادی از پالایشگاه‌های روسیه در ۲۲ اوت ۲۰۲۵ اشاره نمود. مجمع عمومی سازمان ملل قبلاً حمله روسیه به نیروگاه هسته‌ای زاپوریژیا اوکراین را در ۱۵ ژوئیه ۲۰۲۴ محکوم کرده بود. رجوع شود به A/RES/78/316.

۳. حاکمیت به مثابه یک قاعده بنیادین حقوق بین‌الملل نیز می‌تواند با حملات سایبری نقض گردد. به همین دلیل است که ایران در مذاکرات مربوط به کنوانسیون امنیت سایبری بر این نظر است که عملیات(هایی) که زیرساخت‌های حیاتی کشور اعم از عمومی یا خصوصی را آلوده می‌کنند، می‌توانند سازنده یک عمل «تجاوز» باشند. تعرض به حاکمیت فارغ از ورود خسارات در رویه قضایی بین‌المللی هم مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال رجوع به قضیه تنگه کورفو:

C I J, “Defroit de Corfou”, Arret du 9 Avril 1949.

دیوان در این قضیه به اتفاق آرا اعلام نمود که عملیات انگلستان در ۱۲ و ۱۳ نوامبر برای مین‌روبی از آب‌های تنگ کورفو، که تحت حاکمیت آلبانی قرار دارند، نقض حاکمیت آن کشور است.

۴. برای مطالعه بیشتر درمورد مقررات تالین ۲ رجوع شود به:

Schmitt M.N, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*, Cambridge University Press, 2nd edition, February 2017, Particular PP. 11-29.

۵. این زیرساخت‌ها به‌طور عمده و نه منحصرأ شامل مراکز بهداشتی و درمانی، مواد غذایی، آب آشامیدنی، تأسیسات دارای نیروی خطرناک مانند سدها، آب‌بندها، تأسیسات و مراکز اتمی و نیروگاه‌های برق می‌شوند.

۶. قاعده ممنوعیت تعرض به اموال غیرنظامی (اینجا زیرساخت حیاتی غیرنظامی) در مواد ۴۸ و ۵۲.۲ پروتکل شماره یک سال ۱۹۷۷ تدوین شده و هیچ‌گونه شرطی هم بر آنها اعمال نشده است. ماده ۴۸ با کنسانسوس و ماده ۵۲.۲ با رأی مثبت و ۷ رأی ممتنع و بدون رأی مخالف به تصویب رسیده‌اند.

و اهداف نظامی استخراج کرد.^۱ بنابراین حمله به زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامی ممنوع و نقض فاحش و شدید حقوق بشردوستانه بوده، جنایت جنگی محسوب می‌شود.^۲ به نظر می‌رسد که باتوجه به ممنوعیت مطلق در حمله به زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامی، توجه به اصل «تناسب ضرورتی نداشته باشد»^۳ همچنین به نظر می‌آید که این اصل درمورد زیرساخت‌های حیاتی با کاربری دوگانه (نظامی و غیرنظامی)^۴ نیز قابل اجرا نباشد، زیرا چنین زیرساخت‌هایی علی‌الاصول باید غیرنظامی لحاظ شوند. البته برخی به این نظرند که درخصوص این نوع زیرساخت‌ها باید اصل تناسب را جاری دانست. طبق این نظر، اگر حمله به این نوع زیرساخت‌ها از مزیت نظامی بیشتری نسبت به خسارات وارده به آنها برخوردار است، می‌توان حمله به آنها را توجیه نمود.^۵ حاصل چنین نگرشی آن است که در مواقعی نمی‌توان حمله به زیرساخت‌های حیاتی با کاربری مضاعف را نامشروع تلقی کرد. مع‌هذا، از آنجاکه اغلب زیرساخت‌های حیاتی با کاربری دوگانه در زمره زیرساخت‌هایی‌اند که باید مصون از تعرض باشند، نمی‌توان حمله به آنها را به‌عنوان اهداف مشروع نظامی تلقی نمود. به‌خصوص که متخصصین معمولاً زیرساخت‌های حیاتی را که نیروی خطرناک مانند مراکز هسته‌ای دارند، مورد حمله قرار می‌دهند؛ حتی اگر فاقد کاربری نظامی باشند. نمونه بارز آن را می‌توان در جنگ دوازده‌روزه و حمله رژیم اشغالگر اسرائیل و آمریکا به مراکز هسته‌ای ایران مشاهده نمود.^۶ حمله به زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامی یا با کاربری مضاعف در زمان مخاصمات مسلحانه با استفاده از هر روشی (فیزیکی یا سایبری) ممنوع است. البته برخی مانند مایکل اشمیت بر این نظرند که اگر عملیات‌های سایبری بر ضد

^۱ Henckaerts J. M. and Louise Doswald Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume 1 (Rules), Cambridge University Press, 2005, PP 25 – 29.

این کتاب تحت عنوان «حقوق بین‌المللی بشردوستانه»، جلد اول، قواعد، توسط دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ ترجمه و با ویرایش حسین‌زاده کنایون و عسکری پوریا، توسط انتشارات مجد در سال ۱۳۹۱ (چاپ دوم) به زیور طبع آراسته شده است. برای اصل ۷ رجوع شود به فصل دوم تفکیک بین اموال غیرنظامی و اهداف نظامی، صص ۹۸ – ۹۳.

همچنین رجوع شود به کارهای O E W G و G G E به ویژه هنجار 13f و مصوبه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قطعنامه‌های:

-A/ RES/ 70/ 237 du 20 Decembre 2015.

-A/RES/ 71/28 du 5 Decembre 2016.

-A/RES/ 73/27 du 11 Decembre 2018.

-Declaration on Responsible states behavior in Cyberspace, Lucca, 11 Avril 2017, cite par : Bannelier, Op.Cit., P 235.

^۲ رجوع شود به ماده ۸ – ۲ – ب – ۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری. البته حمله به زیرساخت‌های حیاتی در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی در این اساسنامه مورد توجه قرار نگرفته است. برای مطالعه بیشتر درمورد جنایت‌های جنگی و عناصر تشکیل‌دهنده این جنایت‌ها رجوع شود به: دورمن، کنوت، **عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری**، ترجمه زهرا جعفری، زهرا محمودی و پریسا سفیدپری، تهران: مجد، ۱۳۹۳، صص ۲۲۶ – ۲۱۹.

همچنین رجوع شود به:

-Selected Basic Documents related to the International Criminal Court, International Criminal Court Publication, The Hague, 2009, PP. 229-272.

-Fernandez Julian, Pacreau Xavier, Ubeda – Saillard Muriel, *Statut de Rome de la Cour Penale International: Commentaire article par article*, 2e edition, Tome 1, PP. 627 – 685, Paris : Pedone, 2019.

^۳ طبق اصل تناسب، باید رابطه میان خسارات وارده به اموال غیرنظامی (زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامی) و مزیت‌های نظامی مورد توجه قرار گیرد.

^۴ برای مثال می‌توان نیروگاه برقی را در نظر گرفت که هم برق شهری غیرنظامیان و هم برق نیروهای مسلح و پادگان‌ها و کارخانه‌های اسلحه‌سازی و..... تامین می‌کند.

^۵ Bannelier, Op. Cit., P 238.

^۶ در جریان این جنگ آمریکا مراکز هسته‌ای ایران در فردو، نطنز، اصفهان و خنداب (اراک که محل استقرار تأسیسات آب سنگین بود) را مورد بمباران هوایی و موشکی قرار داد. این حملات درحالی انجام شد که کاربری نظامی این مراکز محرز و قطعی نشده و طبق اظهار مقامات نظامی آمریکا هیچ‌گونه فعالیتی از سوی ایران برای تولید تسلیحات اتمی مشاهده نشده بود.

زیرساخت‌های حیاتی به آستانه حمله مسلحانه ممنوع شده بر طبق اصل تفکیک نرسیده باشند، ممنوع نیستند. به دیگر سخن، اگر عملیات‌های سایبری به زیرساخت‌های حیاتی موجب ورود خسارات فیزیکی جدی نشوند، ممنوع نخواهند بود.^۱ این تفسیر مضیق از اصل تفکیک منجر به مشروعیت بخشیدن به عملیات‌های سایبری نظامی عمدی به زیرساخت‌های حیاتی می‌شود. پدیده‌ای که نمی‌تواند قابل قبول باشد، زیرا اولاً احراز رابطه مستقیم میان اختلال در یک زیرساخت حیاتی و خسارات فیزیکی جدی به مردم غیرنظامی در اغلب حملات حداقل بسیار سخت است و علت آن هم این است که خسارات جدی ممکن است فوراً آشکار نشود و در یک بازه زمانی بعضاً طولانی هویدا شوند؛ ثانیاً بررسی گستره و میزان خسارات جدی وارده تابعی از متغیرهای متنوعی است که از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت‌اند؛ ثالثاً آثار روانی و تروماهای فردی و اجتماعی ناشی از تخریب یا اختلال زیرساخت‌های حیاتی به سهولت قابل احصا نیستند. اگر این نظر پذیرفته شود می‌تواند منجر به این شود که برای مثال حمله به یک خانه مسکونی از نظر مقررات حقوق بشردوستانه حاکم بر مخاصمات مسلحانه ممنوع است، اما حمله به زیرساخت حیاتی که تأمین‌کننده نیازهای اساسی و حیاتی بعضاً میلیون‌ها نفر است ممنوعیت ندارد. چنین تفسیری به هیچ‌وجه با متن و روح اصل تفکیک هماهنگی ندارد^۲ و به راحتی می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. قابل پذیرش نبودن چنین تفسیری به خصوص در پرتو تحولات جدید علوم و فناوری و اثر آنها بر تسلیحات و شیوه‌های جنگی بیشتر نمایان می‌گردد؛ بنابراین باید به تفسیری پویا روی آورد؛ تفسیری که امروزه در رویه قضایی بین‌المللی هم پذیرفته شده است.^۳ در پرتو چنین تفسیری است که می‌توان تعرض به زیرساخت‌های حیاتی اعم از غیرنظامی و با کاربری مضاعف را ممنوع دانست و آن فارغ از هرگونه ورود خسارات جانی و مالی است. اگر متخاصمین چنین ممنوعیتی را در عمل رعایت نمی‌کنند، نمی‌تواند به این برداشت منتهی شود که می‌توان آن را نادیده انگاشت، بلکه برعکس رعایت نکردن این ممنوعیت خدشه بر اصول و قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه و نقض آنهاست و موجب مسئولیت بین‌المللی می‌شود.

۲.۲. تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در زمان صلح

متداول‌ترین شکل تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در زمان صلح ایجاد اختلال در آنها با استفاده از فضای سایبر است. البته در این مورد بین دولت‌ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی برآن‌اند تا زمانی که عملکرد زیرساخت حیاتی در عملیات سایبری از بین نرفته یا کاملاً از دسترس خارج نشده است، نمی‌توان آن عملیات را اختلال در زیرساخت حیاتی لحاظ نمود. به دیگر سخن، در این دیدگاه ورود خسارت به زیرساخت است که ملاک تشخیص اینکه آیا عملیات سایبری تعرض به آن محسوب می‌شود یا نه، مورد توجه قرار می‌گیرد.

در مقابل، اکثر کشورها از جمله فرانسه برآن‌اند که اختلال ناشی از عملیات سایبری که موجب ورود خسارات هم نشود، نقض حقوق بین‌الملل محسوب می‌گردد. در واقع نظر آنان بر این گزاره استوار است که حاکمیت چه به مثابه اصل لحاظ گردد که قواعد منع توسل به زور و عدم مداخله در امور داخلی از آن ناشی می‌شوند، و چه خود به مثابه قاعده لحاظ شود و هرگونه عملیات سایبری آنها را نقض کند، موجب مسئولیت بین‌المللی می‌گردد. در این میان، موضع ایران جالب می‌نماید. ایران بر این نظر است که هرگونه عملیات سایبری در مواقعی که مستلزم نفوذ غیرمجاز به زیرساخت‌ها (اعم از

^۱. Schmitt, Op. Cit., P 240.

^۲. Bannelier, Op. Cit., P 0.

^۳. برای مثال رجوع شود به تفسیر تکاملی دیوان بین‌المللی دادگستری در اختلاف کاستاریکا - نیکاراگوئه:

C. I. J. "Differend relative a des droits de navigation et des droits connex (Costarica C. Nicaragua), Arret du 13 Juillet 2009.

دولتی یا خصوصی)، که تحت کنترل دولت دیگرند، باشد، می‌تواند نقض حاکمیت دولت هدف تلقی شود.^۱ این نگرش کاملاً مبتنی بر لحاظ کردن حاکمیت به مثابه «قاعده» است. با چنین نگرشی هرگونه نفوذ سایبری در زیرساخت‌ها از جمله زیرساخت‌های انتخاباتی برای تغییر نتیجه انتخابات می‌تواند نماد بارز نقض قاعده منع مداخله در امور داخلی باشد.^۲ همان‌طور که قبلاً اشاره شد، آنچه باید به عنوان تعرض به زیرساخت ملاک قرار گیرد، نه ماهیت و نه شیوه و نه محل استقرار اخلاک‌گراان است، بلکه باید عملکرد زیرساخت حیاتی ملاک قرار گیرد. به دیگر سخن، اگر در اثر عملیات سایبری، اختلالی در عملکرد زیرساخت‌های حیاتی ایجاد شود، آن عملیات باید به عنوان تعرض به زیرساخت‌ها و نقض حاکمیت دولت هدف لحاظ گردد و آن فارغ از خسارات وارده یا خارج نمودن آنها از دسترس است. در غیر این صورت حداقل کلیه عملیات‌های سایبری که خسارات فیزیکی ظاهری و فوری ایجاد نکنند، «ممکن است» مشروع تلقی شوند؛ پدیده‌ای که موجب خسران زیاد به‌ویژه به غیرنظامیان می‌شود.

۳. قربانیان تعرض به زیرساخت‌های حیاتی و ضمانت اجرای عدم رعایت تعرض به این زیرساخت‌ها

تعرض به زیرساخت‌های حیاتی نه فقط منجر به ورود خسارات به تأسیسات و اجزای آنها می‌گردد، بلکه موجب ورود زیان و حتی سلب حیات از اشخاص حقیقی می‌شود؛^۳ پدیده‌ای که موجب مسئولیت بین‌المللی مدنی و کیفری می‌گردد. تا این اواخر، مسئولیت کیفری مرتکبان تعرض به زیرساخت‌های حیاتی، که می‌تواند منشأ بسیاری از جنایت‌های بین‌المللی دیگر گردد،^۴ مورد توجه جامعه بین‌المللی نبود. تا اینکه از اوایل سال ۲۰۲۴ با ورود دیوان بین‌المللی کیفری و طرح مسئولیت بین‌المللی کیفری تخریب‌کنندگان زیرساخت‌های حیاتی، گامی در جهت زدودن بی‌کیفر مانی این جنایتکاران برداشته شده است.^۵

۳.۱. قربانیان تعرض به زیرساخت‌های حیاتی

بی‌تردید اولین قربانیان تعرض به زیرساخت‌های حیاتی غیرنظامیان اعم از حقیقی و حقوقی‌اند؛ چراکه تخریب یا اختلال در کارکرد زیرساخت‌های حیاتی تأثیر مستقیم و غیرمستقیم بر زندگی و حتی حیات آنان دارد، ضمن آنکه انسجام

۱. مرکز فضای سایبری نیروهای مسلح، ماده ۲ بیانیه ستاد کل نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران در قبال حقوق بین‌الملل فضای سایبری ایران، ۲۷ مرداد ۱۳۹۹ برابر ۲۷ اوت ۲۰۲۰. این بیانیه شامل یک مقدمه و چهار ماده و یک جمع‌بندی است. تاریخ رجوع به اینترنت برای این سند ۲۰ اوت ۲۰۲۵ است.

۲. برای نمونه می‌توان به ادعای برخی از سیاستمداران آمریکا در کنگره این کشور دائر بر مداخله روسیه در انتخابات ایالات متحد آمریکا اشاره نمود.

۳. تعرض به زیرساخت علاوه بر خسارات مستقیم می‌تواند خسارات غیرمستقیم زیادی به غیرنظامیان وارد کند. برای مطالعه بیشتر در این مورد برای مثال رجوع شود به:

I C R C, "Quel sont les effets indirects des attaques contre des infrastructures energetiques?" Date de reference le 22 Aout 2025, 6 pages.

۴. تعرض به زیرساخت‌های حیاتی که منجر به نابودی یا خروج کامل آنها از دسترس می‌شود، موجب می‌گردد که غیرنظامیان منتفع از آنها مجبور به کوچ (جابه‌جایی) اجباری شوند که از مصادیق بارز جنایت بر ضد بشریت است.

۵. درمورد حرکت جامعه جهانی برای مبارزه با بی‌کیفر مانی آثار زیادی منتشر شده‌اند که برای نمونه می‌توان به این موارد اشاره کرد:
-Federation Internationale pour les Droits Humains, "Faire foctionner la Justice: La societe civile s' unit dans la lutte mondiale contre l' impunite, 4.6.2024 Date de reference 22 Aout 2025.

-European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), "Global Initiative Against Impunity, Making Justice work, 6 Juin 2024, Date de refrence 22 Aout 2025.

اجتماعی را با خطر جدی مواجه می‌کند. برای نمونه می‌توان به حملات رژیم اشغالگر اسرائیل به غزه بعد از ۷ اکتبر ۲۰۲۳ اشاره نمود که تقریباً تمام زیرساخت‌های حیاتی از جمله زیرساخت‌های انرژی، مراکز درمانی (به‌ویژه بیمارستان‌ها)، صنایع غذایی و تصفیه‌خانه‌ها هستند؛ حملاتی که منجر به کشته شدن هزاران نفر از مردم غیرنظامی به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم در اثر از دسترس خارج شدن خدمات عمومی مانند آب آشامیدنی، مواد غذایی و دارویی شده است.^۱ علاوه بر انتقام‌کشی رژیم اشغالگر اسرائیل، این رژیم مصوبه‌ای برای اشغال دائمی شهر غزه نیز تصویب کرده است. شهر را به‌عنوان منطقه جنگی اعلام کرده است.^۲ یکی از دلایل مهم این رژیم برای اشغال دائمی شهر غزه تسلط بر منابع انرژی عظیمی است که در این منطقه و مناطق دریایی مقابل آن وجود دارند. برای نمونه منطقه انحصاری اقتصادی غزه حاوی ۳۵ میلیارد مترمکعب گاز است که قابلیت استخراج با ظرفیت سالانه ۱/۲ میلیارد مترمکعب را برای مدت دوازده سال دارد. این میدان گازی در ۳۶ کیلومتری غرب شهر غزه قرار دارد.^۳ رژیم اشغالگر اسرائیل همچنین در راستای حملات خود بر ضد زیرساخت‌های حیاتی کشورها، در ۱۴ و ۱۵ ژوئن ۲۰۲۳ به پالایشگاه پارس جنوبی در بندر عسلویه ایران حمله کرد که به کشته شدن حداقل ۱۲۸ و مجروح گردیدن ۹۰۰ نفر انجامید.^۴ نمونه دیگر حمله به زیرساخت‌های انرژی و مخازن آب در شهرهای مختلف سودان در جریان جنگ داخلی در این کشور است. حملات به این زیرساخت‌های حیاتی منجر به محرومیت میلیون‌ها نفر مردم غیرنظامی از دسترسی به برق و آب آشامیدنی شده است.^۵ حملات به زیرساخت‌های حیاتی برای اشخاص حقوقی نیز فاجعه‌بار بوده است؛ برای مثال حملات سایبری واناکرای به زیرساخت‌های حیاتی منجر به آسیب دیدن ۲۵۰ هزار کامپیوتر در ۱۵۰ کشور جهان و خسارات هنگفت به بخش الکترونیکی شرکت‌های کشتیرانی، نيسان موتور، فوکس و حتی چندین دانشگاه در کشورهای مختلف شده است.^۶

^۱ از ۳۶ بیمارستان غزه ۲۴ بیمارستان کاملاً فعالیتشان متوقف شده است. براساس آمار یونسف (صندوق ملل متحد برای حمایت از کودکان) تا ۱۴ اوت ۲۰۲۵ بیش از ۶۱۰۰۰ نفر در غزه کشته شده‌اند که از این تعداد ۱۸۰۰۰ کودک هستند. همچنین ۱۵۴۰۰۰ نفر مجروح شده‌اند که ۴۵۰۰۰ کودک در میان آنان دیده می‌شود. بر این تعداد باید مفقود شدن ۱۱۲۰۰ نفر را هم اضافه نمود که به نظر می‌رسد بتوان در زمره کشته‌شدگان لحاظ نمود. طبق اعلام سازمان ملل متحد، ۷۰ درصد از کشته‌شدگان زنان و کودکان هستند. طبق اعلام این سازمان در ۲۲ اوت ۲۰۲۵ غزه وارد مرحله قحطی مطلق شده و برنامه جهانی غذا اعلام کرده است که ۹۳ درصد از ساکنان این منطقه در وضعیت ناامنی غذایی جدی قرار دارند. این فاجعه انسانی که هر روز عمیق‌تر و دردناک‌تر می‌شود، درحالی همچنان ادامه دارد که دیوان بین‌المللی دادگستری در دستور موقت صادر در ۲۶ ژانویه ۲۰۲۴ در ائتلاف آفریقای جنوبی علیه رژیم اشغالگر اسرائیل از این رژیم می‌خواهد که اجازه دهد خدمات اساسی (زیربنایی) و کمک‌های بشردوستانه به مردم غزه ارائه شوند. تخریب زیرساخت‌های اساسی در غزه از جمله منجر به بروز بیماری‌های عفونی ناشی از عدم دسترسی به مواد غذایی، آب آشامیدنی و مراکز بهداشتی و درمانی شده است.

^۲ رجوع شود به مصوبه کابینه امنیتی رژیم اشغالگر اسرائیل در ۱۷ اوت ۲۰۲۵. شبکه خبری الجزیره اعلام کرد که ایال زمیر، رئیس ستاد ارتش اسرائیل، طرح اشغال شهر غزه را تصویب کرده است.

^۳ Guillaum Jean – Sebastien. "Du gaze en Palestine", Conflits, Revue de Geopolitique, 14 Novembre 2023.

^۴ Politique France International, "Pour l' Iran, la frappe d' Israel sur ce site gazier est un gros coup dur", 15. Mai. 2023, Date de reference 24 Aout 2025.

^۵ C I C R, *Soudan: Les attaques contre des infrastructures civiles essentielles se multiplient sur fond d'escalade des combats*, Communiqué de Presse, 25 Janvier 2025, Date de reference 24 Aout 2025.

^۶ اغلب دولت‌ها به رغم تعهد خود دائر بر جرم‌انگاری نقض حقوق بشردوستانه (به ویژه کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو) هنوز اهمیتی به خرج نداده، این تعهد را اجرا نکرده‌اند. نمونه بارز آن ایران است. علی‌رغم تلاشی که شد و لایحه‌ای در رابطه با «جنایات جنگی، علیه بشریت، نسل‌کشی و تعدیات نژادی» به مجلس ششم تقدیم شد. مجلس در ۲۹ اردیبهشت ۱۳۸۱ کلیه مقررات مرتبط با جنایات جنگی را حذف نمود. سایر جنایات‌ها هم در پی ابهام‌های مطروح از سوی شورای نگهبان (به‌ویژه درمورد جنایت نسل‌کشی) به سرانجامی نرسید. تلاش دیگری هم در معاونت آموزشی و توسعه قوه قضائیه انجام شد که آن نیز به نتیجه‌ای نینجامید. نویسنده این مقاله خود از نزدیک شاهد این وقایع بود. به همین دلیل هنوز نقض کنوانسیون چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو، که دولت ایران از قبل از انقلاب به آنها پیوسته است، در مقررات داخلی جرم‌انگاری و مجازاتی برای نقض آنها پیش‌بینی نشده است.

همان طور که ملاحظه می‌شود، تخریب یا اختلال در زیرساخت‌های حیاتی موجب ورود خسارات جانی و مالی فراوانی می‌شود. خساراتی که علی‌الاصول موجب مسئولیت بین‌المللی مدنی و کیفری می‌شوند. در حرکت اخیر جامعه بین‌المللی به سوی شناخت مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی، این مسئله به عنوان ضمانت اجرای عدم رعایت ممنوعیت حمله به زیرساخت‌های حیاتی مورد توجه قرار می‌گیرد.

۳.۲. ضمانت اجرای عدم رعایت ممنوعیت تعرض به زیر ساخت‌های حیاتی

علی‌رغم اعتراض برخی از نهادهای غیردولتی مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تعرض به زیرساخت‌های حیاتی در زمان مخاصمات مسلحانه، دولت‌ها چندان تمایلی به توقف حملات خود به این زیرساخت‌ها و برخورد با مرتکبان آنها نداشتند.^۱ بنابراین طراحان و حمله‌کنندگان از هرگونه کیفری در امان بودند. به دیگر سخن، بی‌کیفرمانی آنانی که با تخریب یا اختلال در زیرساخت‌های حیاتی، زندگی میلیون‌ها انسان بی‌گناه را حتی با خطر نابودی مواجه می‌کردند، تداوم داشت. مبارزه با این بی‌کیفرمانی سرانجام با حرکت دیوان بین‌المللی کیفری از سال ۲۰۲۴ آغاز شده است. دیوان بین‌المللی کیفری با صدور قرارهای بازداشت مبارزه با بی‌کیفرمانی مرتکبان تخریب زیرساخت‌های حیاتی را آغاز نموده است. این دیوان دو سری قرار بازداشت در سرزمین اوکراین در خلال جنگ روسیه علیه آن کشور صادر کرده است.

قرار اول در ۵ مارس سال ۲۰۲۴ به درخواست دادستان دیوان^۲ توسط شعبه ۲ پیش دادرسی (مقدماتی) دیوان بین‌المللی کیفری ضد دو تن از افسران عالی‌رتبه نیروهای مسلح فدراسیون روسیه صادر گردید.^۳ شعبه ۲ پیش دادرسی قرار خود را به اتهام ارتکاب جنایت‌های جنگی و جنایت‌های بر ضد بشریت در سرزمین اوکراین صادر کرده است. قرار دوم شعبه ۲ پیش‌دادرسی در تاریخ ۲۴ ژوئن ۲۰۲۴ در چارچوب «وضعیت در اوکراین» ضد دو تن از مقامات ارشد نظامی ارتش روسیه صادر شده است.^۴ شعبه ۲ پیش‌دادرسی در هر دو سری قرار بازداشت صادره، اتهام جنایت‌های جنگی را در قالب

^۱. Declaration du Procureur de la Cour Pénale Internationale (C P I), Khan Karim, Communiqué de presse du 2 Février 2024.

البته اولین درخواست دادستان در ۲۸ فوریه ۲۰۲۲ برای شروع تحقیقات در اوکراین تحت عنوان «وضعیت در اوکراین» ارائه شد که با آن موافقت گردید. اولین قرار بازداشتی هم که شعبه ۲ پیش‌دادرسی در ۲۷ مارس ۲۰۲۳ صادر کرد که درمورد ولادیمیر ولادیمیروویچ پوتین (Vladimir Vladimirovich Poutine) رئیس‌جمهور فدراسیون روسیه و ماریا الکسیونا ایووا – بلوا (Maria Alekseevna Ivova – Belova) (کمیسر حقوق کودکان در دفتر رئیس‌جمهور فدراسیون روسیه به اتهام ارتکاب جنایت کوچ (جابه‌جایی) غیرقانونی مردم و ارتکاب جنایت جنگی (کوچاندن اجباری اوکراینی‌ها به‌ویژه کودکان از سرزمین‌های اشغالی اوکراین به‌سوی روسیه است.

^۲. قرار ۵ مارس ۲۰۲۴ بر ضد سرگئی ایوانوویچ کوبیلاش (Sergei Ivanovich Kobylash) ژنرال ارتش و فرمانده نیروی هوایی و مسئول نیروی هوافضا روسیه و ویکتور نیکولایوویچ سکولوف (Viktor Nikolayvich Sokolov) دریادار و فرمانده ناوگان دریایی روسیه در دریای سیاه در لحظه ارتکاب این جنایت‌ها بوده‌اند.

^۳. اگرچه متن این قرار بازداشت محرمانه است، درمورد کلیات آن و نام متهمان رجوع شود به:

Situation en Ukraine: Les Juges de la C P I delivrent des mandats d' arrest contre Sergei Ivanovich Kobylash et Viktor Nikolayvich Sokolov, Communiqué de presse du 5 Mars 2025, Site officiel de la C P I, Date de reference le 25 Aout 2025.

^۴. قرار بازداشت ۲۴ ژوئن ۲۰۲۴ شعبه ۲ پیش دادرسی بر ضد سرگی کوژوژتوویچ شوآگی (Sergi Kuzhugetovich Shoigu) وزیر دفاع فدراسیون روسیه و والری واسیلیوویچ گرامیسوف (Valery Vasilyevich Geramisov) رئیس ستاد ارتش و معاون اول وزیر دفاع فدراسیون روسیه در هنگام ارتکاب این جنایت‌ها بوده‌اند.

حمله به اموال غیر نظامی^۱ و وارد کردن خسارات شدید به غیرنظامیان و اموال غیر نظامی^۲ به شکل پیش‌بینی شده در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مطرح کرده است. به نظر شعبه دلائل معقول و قابل قبولی برای اثبات مسئولیت کیفری آنان برای این موارد وجود دارند:

- ارتکاب جنایت‌های پیش‌گفته به صورت مشترک یا به وسیله اشخاص دیگر^۳،

- صدور دستور ارتکاب این جنایت‌ها^۴،

- عدم توانایی در اعمال کنترل مناسب بر نیروهای تحت امر خود^۵.

آنچه در این دو قرار جلب توجه می‌کند (که مرتبط با موضوع این نوشتار نیز است) اینکه شعبه پیش‌دادرسی بر آن است که دلائل معقول و قابل قبولی برای اطمینان یافتن از اینکه متهمان مسئولیت شلیک موشک توسط نیروهای مسلح روسیه ضد چندین زیرساخت‌های الکتریکی اوکراین در ۱۰ اکتبر ۲۰۲۲ و ۹ مارس ۲۰۲۳ برعهده دارند، وجود دارند. شعبه ۲ پیش‌دادرسی همچنین اعلام می‌دارد دلائل متقنی وجود دارند که میزان خسارات ناشی از این حملات به زیرساخت‌های الکتریکی اوکراین بیش از مزیت‌های نظامی موردنظر آنان است.

شعبه برای اینکه مستدلاً بیان کند رفتار متهمان منجر به ورود آسیب و خسارات جانی و مالی به غیرنظامیان شده است، به رعایت نکردن «اصل تفکیک» میان اموال غیرنظامی و اهداف نظامی توجه کرده که موجب وارد شدن خسارات فراوان جانی و مالی به اقشار آسیب‌پذیر به‌ویژه سالمندان، زنان و کودکان شده است.^۶ این حرکت از سوی دیوان بین‌المللی کیفری را باید به فال نیک گرفت که حمله به زیرساخت‌های حیاتی در مخاصمات مسلحانه قطعاً مسئولیت کیفری فردی به‌همراه دارد؛ پدیده‌ای که حتماً باید به‌عنوان یکی دیگر از جنایت‌های ارتكابی سران رژیم اشغالگر اسرائیل در مخاصمات

۱. حمله به اموال غیرنظامی موضوع ماده ۸ (۲) (b) (ii) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است.

۲. ورود خسارات شدید به غیرنظامیان موضوع ماده ۸ (۲) (b) (iv) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است.

۳. ارتکاب جنایت‌ها در قالب اعمال مشترک یا به وسیله اشخاص دیگر موضوع ماده ۲۵ (۳) (a) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است.

۴. صدور دستور برای ارتکاب جنایت‌های اتهامی موضوع ماده ۲۵ (۳) (b) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است.

۵. عدم اعمال کنترل بر نیروهای تحت امر موضوع ماده ۲۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است. مواد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رجوع شود به:

Selected basic documents related to the International Criminal Court, Op. Cit., PP 9 – 76, en particulier PP 12 – 22 – 23 – 24.

۶. البته شعبه ارتکاب جنایت‌های ضد بشریت از سوی متهمان در قالب ارتکاب «اعمال غیرانسانی» را نیز مطرح کرده است. اعمال غیرانسانی عمدی که هدفشان وارد کردن درد و رنج با لطمه بر تمامیت جسمی یا به سلامت جسمی و روحی افراد بوده است. این جنایت موضوع ماده ۷ (۱) (k) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است. شعبه در احراز اینکه این جنایت‌ها در قالب یک سیاست (به‌صورت سازمان‌یافته) ارتکاب یافته‌اند، به برگزاری کمپین‌های برگزارشده در روسیه اشاره می‌کند و اعلام می‌دارد که وارد کردن خسارات جانی و مالی در واقع یک سیاست (سازمان‌یافته) بوده است.

۷. در مجموع تابه‌حال شش قرار بازداشت ضد مقامات فدراسیون روسیه صادر شده‌اند. البته باید خاطر نشان کرد که اوکراین نیز به تعدادی از زیرساخت‌های روسیه از جمله چندین پالایشگاه حمله کرده که منتهی به تخریب آنها شده است، ولی تابه‌حال دیوان بین‌المللی کیفری اقدامی در مورد مقامات نظامی اوکراین انجام نداده است. چند دلیل وجود دارد: اول آنکه روسیه عضو اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیست؛ درحالی‌که اوکراین بعد از دو بار پذیرش موردی صلاحیت دیوان به استناد بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه، سرانجام اساسنامه این رکن را در ۲۴ اکتبر ۲۰۲۴ تصویب نمود. این سند از اول ژانویه ۲۰۲۵ برای این کشور لازم‌الاجرا شده است؛ نکته دوم اینکه هیچ دولتی تخریب زیرساخت‌های حیاتی روسیه توسط اوکراین را به دیوان بین‌المللی کیفری در قالب جنایت‌های جنگی ارجاع نداده است؛ درحالی‌که حملات روسیه به زیرساخت‌های حیاتی اوکراین به عنوان جنایت‌های جنگی از سوی ۴۳ کشور در قالب «وضعیت در اوکراین» به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع داده شده است. دادستان دیوان هم با توجه به اسناد، شواهد و مدارک موجود در این ارجاعات خواستار شروع تحقیقات علیه روسیه گردید که در نهایت منجر به صدور قرارهای بازداشت ضد مقامات سیاسی و نظامی آن کشور شده است.

مسلحانه خود در غزه، کرانه باختری رود اردن، سوریه پس از سقوط بشار اسد^۱ و در ایران مطرح نمود.^۲ البته احراز مسئولیت کیفری موجب مسئولیت مدنی مرتکبان این گونه حملات یا دولت متبوع آنها نیز خواهد شد.

نتیجه گیری

همان طور که ملاحظه شد، از منظر مقررات بین المللی ابهام های زیادی در خصوص تعریف و حفاظت از زیرساخت های حیاتی وجود ندارند. حفاظت از این زیرساخت ها بالاخص در مخاصمات مسلحانه با پذیرش تفسیر موسع از اصل تفکیک میان اموال غیرنظامی و اهداف نظامی و برخورد کیفری بین المللی با مرتکبان تعرض به آنها از قوت بیشتری هم برخوردار شده است.

باوجود این، خطر تعرض به زیرساخت های حیاتی به ویژه در زمان صلح هنوز به طور کامل برطرف نشده اند. دو نمونه از تعرض به زیرساخت های حیاتی در زمان صلح جلب توجه می کنند: نمونه اول آنکه دولت ها گاهی به بهانه های مختلف به ویژه امنیتی به صورت ارادی مبادرت به ایجاد اختلال در زیرساخت های حیاتی خود می کنند. این گونه اختلال ها در زیرساخت های ارتباطی مانند اینترنت، جی پی اس، شبکه های اجتماعی و حتی خطوط تلفنی بیشتر قابل مشاهده اند. اقدام دولت ها در ایجاد این گونه اختلال ها در زیرساخت های حیاتی بدون تردید توأم با خسارات هنگفتی است که به مردم غیرنظامی تحت صلاحیتشان وارد می شوند. برای نمونه می توان به ادعای شرکت اسنپ اشاره نمود. براساس اعلام این شرکت قطع جی پی اس توسط وزارت ارتباطات (قطع جی پی اس توسط وزیر آن وزارتخانه پذیرفته شده است) بعد از جنگ ۱۲ روزه سبب ورود یک میلیارد دلار خسارت به آن شرکت شده است. ضمن آنکه قطع جی پی اس خطرات جدی برای صنعت حمل و نقل به ویژه کشتیرانی و هوانوردی ایجاد می کند.

نمونه دوم این است که تعرض به زیرساخت های حیاتی در مواردی ناشی از ساخت و سازها در کشورهای هم جوار رخ می دهد. برای مورد دوم می توان به دو طرح اشاره نمود: اولین مورد اجرای طرح «گاپ» توسط ترکیه است. این کشور با ساخت بیست و دو سد و نوزده نیروگاه برق آبی بر روی رودخانه های دجله و فرات، بسیاری از زیرساخت های حیاتی سوریه و عراق را با خطر جدی و حتی نابودی مواجه کرده است. این درحالی است که ترکیه در قالب معاهداتی که با این دو کشور دارد، متعهد است که تعرض به میزان دبی آبی که در هر ثانیه وارد این کشورها می شود، نکند. همین ساخت و سازها را ترکیه در مورد ارمنستان در قالب طرح داپ، که ساخت سد بر روی رودخانه ارس است، انجام داده است.^۳ طرح دوم ساخت سد روی رودخانه هریرود توسط افغانستان است که اخیراً انجام شده، به اختلال جدی در زیرساخت مرتبط با آب آشامیدنی شهر مشهد در ایران انجامیده است. این کشور قبلاً نیز با ساخت بند کمال خان و همچنین منحرف کردن آب رودخانه هیرمند، مانع استفاده ایران از حقابه خود طبق معاهده ۱۳۵۱ شده است. این اقدام موجب از

۱. رژیم اشغالگر اسرائیل بعد از سقوط رژیم بشار اسد بسیاری از زیرساخت های حیاتی سوریه اعم از نظامی و غیرنظامی را به بهانه اینکه ممکن است آنها در آینده بر ضد اسرائیل مورد استفاده قرار گیرند، بمباران و نابود کرده است.

۲. رژیم اشغالگر اسرائیل علاوه بر تخریب تعدادی از زیرساخت های حیاتی ایران در زمان جنگ ۱۲ روزه، به برخی از زیرساخت های حیاتی در قبل و بعد از جنگ ۱۲ روزه نیز حمله کرده و سبب تخریب یا آسیب شدید به آنها شده است.

۳. این اقدام ترکیه نه فقط با تعهدات دوجانبه آن کشور با سوریه و عراق مغایرت دارد، بلکه در تعارض با کنوانسیون های «بهره برداری از آبراهه های غیرقابل کشتیرانی»، رامسر در مورد تالاب ها، مقابله با بیابان زایی، اسپو، آرهوس و اعلامیه استکهلم است که بسیاری از مقررات این اسناد از ویژگی عرفی برخوردار شده، برای تمام کشورها لازم الاتباع اند. ترکیه با این اقدام لطمات شدید به زیرساخت های حیاتی کشورهای سوریه و عراق و ارمنستان و تا حدودی جمهوری آذربایجان وارد کرده، آنها را با بحران های محیط زیستی، اقتصادی، اجتماعی، انسانی و امنیتی مواجه کرده است. آثار این بحران ها گریبانگیر کشور ایران هم در غرب و شمال غرب می شوند.

میان رفتن زیرساخت‌های حیاتی کشاورزی و آب آشامیدنی در بخشی از استان سیستان و بلوچستان ایران شده، سبب کوچ (جابه‌جایی) اجباری صدهزار نفر از ساکنان آن منطقه شده است.^۱ اگرچه این ساخت‌وسازها و اختلال‌های ناشی از آنها به‌ظاهر به قصد تعرض به زیرساخت‌های حیاتی دولت‌های هم‌جوار انجام نشده‌اند؛ اما این‌گونه عملکردها در واقع تعرض به زیرساخت‌های ارائه‌کننده خدمات حیاتی به مردم غیرنظامی در کشورهای آسیب‌دیده و در نتیجه وارد نمودن خسارات اغلب جبران‌ناپذیر به آنان است.

اگرچه ممکن است بتوان به برخی از اصول و قواعد بین‌المللی برای برخورد با این‌گونه تعرض‌ها استناد نمود، اما ایجاد ممنوعیت برای این‌گونه اقدام‌ها برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی به‌سهولت ممکن نیست؛ پدیده‌ای که خود نیاز به تأمل و مطالعه بیشتر و یافتن قواعد حقوقی الزام‌آور و نه مشورتی دارد، که می‌تواند موضوع تحقیق دیگری قرار گیرد.

منابع

کتاب

۱. آقایی، کامران، *مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی*، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۲. بیگزاده، ابراهیم، *حقوق بین‌الملل*، جلد ۲ (روابط تابعان)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۴۰۲.
۳. دورمن، کنوت، *عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری*، ترجمه زهرا جعفری، زهرا محمودی و پریسا سفیدپری، تهران: مجد، ۱۳۹۳.
۴. زمانی، سید قاسم و نادر ساعد (به اهتمام و ویرایش)، *حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه*، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۷.
۵. کرافورد، جیمز، *حقوق مسئولیت بین‌المللی (قواعد عمومی)*، ترجمه ابراهیم گل، علیرضا کریمی و سیامک کریمی، تهران: سنگلج قلم، ۱۳۹۵.

References

Books

1. Agha'ei, Kamran, *Interpretive Schools in Law Based on Legal Hermeneutics*, Tehran: Mizan, 2009. (In Persian)
2. Beigzadeh, Ebrahim, *International Law*, Volume 2 (Relations Between Subjects), Tehran: Mizan, Second Edition, 2023. (In Persian)
3. Benoit, Dupont. *Essential Infrastructure*, University of Montreal Press, Montreal. (In French)
4. Chachra, Deb, *How Infrastructure Works: Inside the Systems That Shape Our World* Transworld Digital, 2023.
5. Crawford, James, *International Liability Law*, Translated by: Ebrahim Gol, Alireza Karimi and Siamak Karimi, Tehran: Sangelaj Ghalam, 2016. (In Persian)
6. De Frouvill, Olivier et Anne-Laure Chaumette. *International Criminal Law: Sources, Incriminations, Responsibility*, Paris: Pedon, 2012. (In French)
7. De Sereville, Etienne. *Cybersecurity of Critical Infrastructure: Applying and Implementing the NIS 2 Directive*, Dunod, 2025. (In French)

^۱. باید گفت که علی‌رغم چندین دور مذاکرات با حکومت طالبان در افغانستان نه فقط مشکلات ناشی از نقض تعهدات افغانستان در چارچوب معاهده ۱۳۵۱ درمورد رودخانه هیرمند حل نشده‌اند، مشکل ناشی از اقدام اخیر افغانستان، یعنی ساخت سد بر رودخانه مرزی هریرود (این رودخانه در بخشی از مرز دو کشور که یک صد و چهار کیلومتر طول دارد، در جریان است و سپس وارد کشور ترکمنستان می‌شود)، بر آنها افزوده شده است.

8. Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes In Statute of International Court of Justice*, Translated by: Zahra Ja'fari, Zahra Mahmoudi and Parisa Sefid-Pari, Tehran: Majd, 2014. (In Persian)
9. Guarnieri, Franck; Luciano Morabito and Robert Benoit, *Reducing the Vulnerability of Critical Infrastructure*, Paris : Tec et Doc, 2009. (In French)
10. Henckaerts J. M. and Louise Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume 1 (Rules), Cambridge University Press, 2005.
11. Schmitt M. N. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, Second Edition, 2017.
12. Selected Basic Documents Related to the International Criminal Court, International Criminal Court Publication, *The Hague*, 2009.
13. Zamani, Sayyed Ghasem and Nader Sa'ed (eds.), *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2008. (In Persian)

Articles

14. "Security Considerations for Critical Infrastructure", *Canadian Centre for Cyber Security*, 2025, Available at : <https://www.cyber.gc.ca/fr/orientation/considerations-en-matiere-de-securite-pour-les-infrastructures-essentielles-itsap10100> (In French)
15. Aramis, "Access to Essential Infrastructure and Resources", 2025. (In French)
16. Bannelier, Karine, "International Law in the Face of the Destruction or Disruption of Essential State Infrastructure", *French Yearbook of International Law (A.F.D.I.)*, Volume LXIX, 2023. (In French)
17. Casanovas M. and Aloys gheim. "Cybersecurity –Is the Power System Logging Behind?" *IEA*, In: Jack.V, "Europe's Grid Is under a Cyberattack Deluge, Industry Warns", *Politico*, 2023.
18. Commission on Critical Infrastructures Protections, "Defense critical infrastructures programme", 1996.
19. Critical Foundations protecting America's Infrastructures, "The Report of President's Commission on Critical Infrastructure Protection", October 1997.
20. De Felice, Fabio; Ilaria Baffo and Antonella Petrillo. "Critical Infrastructures Overview: Past, Present and Future", *MDPI*, 2022.
21. European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), "Global Initiative Against Impunity, *Making Justice work*, 2024. (In French)
22. European Parliament. "New Rules to Protect Critical EU Infrastructure", 2022, Available at: <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/pressroom/20221118IPR55705/de-nouvelles-regles-pour-protger-les-infrastructures-critiques-de-l-ue>
23. Fernandez Julian, Pacreau Xavier, Ubeda – Saillard Muriel, *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Second Edition, Volume 1, Paris: Pedone, 2019.
24. France International Politics, "For Iran, Israel's strike on this Gas Site Is a Major Blow," May 15, 2023. (In French)
25. Gallagher. "Risk of Cyber Contagion and Protection of Critical Infrastructure", 2025. (In French)
26. Group of Governmental Expert on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security, *General Assembly*, United Nations. (In French)
27. Guillaume Jean – Sebastien. "Gase in Palestine", *Conflicts, Geopolitical Review*, 2023. (In French)
28. Haataja, S. I. "Cyber Operations against Critical Infrastructures under Norms of Responsibility State Behaviour and International Law, International", *Journal of Law and Information Technology*, Volume 30, 2022.
29. ICRC, "Sudan: Attacks against Essential Civilian Infrastructure are Increasing Amid Escalating Fighting", *Press Release*, January 25, 2025. (In French)
30. ICRC, "What are the Indirect Effects of Ettacks against Energy Infrastructure?", 2025. (In French)
31. International Federation for Human Rights, "Making Justice Work: Civil Society Unites in the Global Fight Against Impunity", 2025. (In French)

32. INTERPOL, “Protecting Critical Infrastructure against Terrorist Attacks: A Collection of Good Practices”, *The Directorate of the Counter Terrorism Committee and the Counter Terrorism Office*, 2018. (In French)
33. Newbill C. M. “Defining Critical Infrastructures for a Global Application”, *Indiana Journal for a Global Studies*, Volume 26, Issue 2, 2019.
34. OECD, “Council Recommendations on the Protection of Critical Information Infrastructure”, *OECD Legal Instrument*, 2025. (In French)
35. Paris Call for Trust and Security in Cyberspace. “Protecting Critical Infrastructures against Systemic Harms: A Path Forward to Overcome National Discrepancies?” November 2023. (In French)
36. Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Sergei Ivanovich Kobylash and Viktor Nikolayvich Sokolov, Press release of 5 March 2025, Official website of the ICC, Reference date 25 August 2025. (In French)
37. Sonesson T. R; Jonas Johansson and Alexander Cedergen. “Governance and Interdependencies of Critical Infrastructures: Exploring Mechanisms for Cross Sector Resilience”, Google Scholar, 2021.
38. The Infrastructures of the European Union and the Computer Problem of the Year 2000, Quarter 1999. (In French)
39. Tremblay, Monica. “Essential Infrastructure: A Challenge for State Security”, Evolving Report, Laboratory for the Study of Public Policies and Globalization, *ENAP, The University of Public Administration*. (In French)
40. UN, Office of Counter-Terrorism. “Protecting Critical Infrastructure Against Terrorist Attacks: A Collection of Good Practices”. (In French)



Original Article

Analyzing the Element of Negligence in the Context of the Tort of Negligence; Emphasizing on Common Law

Nasrin Mehra¹, Somaye Parhizkary² 

Highlights

- The prioritization of life and health security against negligent acts has led policymakers to adopt stricter responses to negligence, aiming to treat the mere creation of risk as a basis and substitute for the mental element of a crime.
- Establishing a differentiated approach that creates a balanced and proportionate relationship between, on one hand, the risk of an activity and the degree of negligence, and on the other hand, providing security and justice for potential victims, is of great importance.
- Justice and the public interest necessitate stricter punitive responses, particularly in public domains, where a potential breach of duty of care and negligence could be considered a major threat to societal interests and justice.

ABSTRACT

Introduction

Tort is recognized as a type of liability in Common Law, which specifically exists not within the realm of criminal law nor contract-based law, but in a boundary between the two. As an independent legal branch in Common Law, tort primarily focuses on the breach of a duty of care and the subsequent compensation for damages to private individuals. Unlike contractual law, in tort, there is no pre-determined obligation that binds individuals to perform specific duties; rather, the core of tort emphasizes how individuals should behave towards one another. In contrast, tort is fundamentally different from criminal law as well. A tort is neither sufficiently reprehensible nor a violation of norms to warrant a criminal response, nor does it typically provide the requisite mental element for a crime. In criminal law, we deal with the violation of norms and values respected by the community, which the public prosecutor is responsible for pursuing. In contrast, tort involves the breach of a general duty imposed by law upon citizens to frame the standard of careful conduct, situated at a level lower than the values protected by criminal law. Thus, tort is a completely unique institution, distinct from other legal institutions. It comprises a set of rules aimed at compensating for harms resulting from individuals' injurious actions, seeking to provide a deterrent sanction depending on the type of right infringed. Among these, the tort of negligence, as one of its branches, has gained wider application and prevalence. The main foundation of this tort, as its name implies, is built upon the element of negligence, and its sole sanction is compensation for the damage resulting from the negligent acts of

How to Cite: Mehra, Nasrin, Parhizkary, Somaye, "Analyzing the Element of Negligence in the Context of the Tort of Negligence; Emphasizing on Common Law", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:23-42.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235885.2735>

Received: 09/06/2024-Accepted: 04/03/2025

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: s_parhizkary@sbu.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

others. Nowadays, many incidents occur due to the perpetrator's oversight and failure to consider the consequences of their actions and their failure to foresee circumstances that could lead to dire outcomes and irreparable results. Indeed, not all wrongful acts occur intentionally; sometimes a person commits an act that is blameworthy due to the presence of other elements. Here, although the negligent perpetrator lacks the requisite mental element for committing a crime, by deviating from the behavioral standards of a reasonable person, they have violated the rights of others and may very well possess the potential and risk of becoming an offender in the near future. Therefore, negligence is an initial step that can pave the way for future recklessness, especially when activities arising from negligence openly carry the risk of future harm and loss and are considered a threat to individuals' lives and health. In such circumstances, an evolution in the concept of the mental element of crime, consequently changing the type of liability and transitioning from a compensatory sanction to a more severe punitive sanction, would be more effective in preventing negligent acts and promoting social welfare—a matter that necessitates justifying negligence as a sufficient mental element for committing a crime.

Methods

This research employs a descriptive-analytical method, relying on library sources and conducting a comparative study particularly within the legal systems of England to examine the possibility of transforming "negligence" into a mental element within the structure of crime.

Results and Discussions

This research seeks to justify the possibility of criminal liability for a negligent perpetrator under specific conditions by resorting to approaches such as the risk creation approach, the tracing approach, and other related factors. In today's world, risk is accepted as a factor that justifies the imposition of liability and encompasses a wide range of different approaches. In other words, although knowledge is an inherent characteristic of criminal responsibility, and imposing criminal liability on a negligent agent distances us from the fundamental principles of criminal liability, such as the presumption of innocence, those who propose the idea of potential awareness believe that the mere failure to notice the existence of an "unjustifiable risk" itself indicates a blameworthy and serious practical indifference to the interests that the perpetrator's action actually threatens. Indeed, what makes the negligent agent blameworthy is their apparent indifference to the lives and property of others. This theory is further reinforced by the "Tracing Approach." According to this approach, the criminal liability of the accused in cases of negligence lies in their prior criminal acts. Abstractly, the tracing approach posits that fault arising from negligence must be identified by tracing it back to the accused's prior acts or omissions that caused their unawareness of the relevant danger and risk. In fact, negligence should be understood within a broader framework based on the general principle of "prior fault." Prior fault occurs when a person can be held criminally responsible for a subsequent act resulting from their prior criminal behavior. The key point in justifying criminal liability for negligence is tracing the person's carelessness and inadvertent mental state to prove their prior fault, which at a minimum stems from recklessness (the lowest level of criminal liability).

Conclusion

The influence of modern advancements and innovations on today's society creates a cycle of risks whose failure to be anticipated and, consequently, prevented, can lead to harmful outcomes. Many of the adverse factors humanity currently faces stem from negligence, which allows individuals to evade criminal liability. The sphere of influence of negligence is ongoing, not only in private domains and interpersonal relationships but also in public spheres and areas fundamentally connected to people's lives and property. To this end, establishing criteria for creating a differentiated approach is essential. This means that by considering a standard such as the safeguarding of human life and health, in instances where negligent acts could lead to the loss of these values, a more severe response is warranted, and mere negligence can be considered a basis for imposing criminal liability. Similarly, considerations such as the necessity of environmental preservation can serve as grounds for deviating from the current traditional system. Thus, establishing a differentiated approach that creates a balanced and proportionate relationship between the risk of an activity and the degree of negligence on one hand, and ensuring security and justice for potential victims on the other, is highly significant. Factors such as controlling dangerous activities, risk management, blameworthiness, and holding corporations accountable must be analyzed in light of the scale of activity, profitability, societal benefit, and the advancement of justice to justify a differential treatment of negligence.

KeyWords: Tort of Negligence, Carelessness, Risk, Differential Approach, Common Law.



واکاوی عنصر غفلت در پرتو شبه جرم غفلت؛ با تأکید بر حقوق کامن لا

نسرین مهرا^۱، سمیه پرهیزکاری^۲

نکات برجسته

- با اولویت یافتن امنیت حیات و سلامت افراد در برابر اقدامات غفلت‌آمیز، سیاستگذاران واکنش‌های شدیدتری نسبت به غفلت را اتخاذ نموده‌اند تا صرف ایجاد ریسک را مبنا و جایگزینی به جای عنصر روانی جرم تلقی کنند.
- ایجاد یک رویکرد افتراقی که میان ریسک فعالیت و میزان غفلت از یک سو و تأمین امنیت و فراهم ساختن عدالت برای آسیب‌پذیران بالقوه از سوی دیگر، نسبتی متوازن و متعادل ایجاد نماید، بسیار بااهمیت است.
- عدالت و نفع همگانی واکنش‌های شدیدتر از جنس کیفر را به‌ویژه برای حوزه‌های عمومی، که نقض احتمالی وظیفه مراقبتی و غفلت آنها می‌تواند تهدیدی بزرگ علیه منفعت جامعه و عدالت تلقی شود، ایجاب می‌کند.

چکیده

شبه جرم به‌عنوان یکی از انواع مسئولیت‌ها در حقوق کامن‌لا شناخته می‌شود که در مرزی میان حقوق کیفری و حقوق مبتنی بر قرارداد زیست می‌کند. شبه جرم باهدف جبران آسیب‌های ناشی از اقدامات زیانبار اشخاص، بر آن است تا بسته به‌نوع حق تضییع شده، ضمانت‌اجرائی بازدارنده ارائه دهد. دراین میان، شبه جرم غفلت به‌عنوان یکی از انواع شاخه‌های شبه جرم، کاربرد و رواج بیشتری یافته که تنها ضمانت‌اجرای آن، جبران خسارت آسیب ناشی از اعمال غفلت‌انگیز دیگران است. در واقع، اگرچه مرتکب غفلت، عنصر روانی لازم برای ارتکاب جرم را ندارد، اما با عدول از استانداردهای رفتاری یک انسان متعارف، حقوق دیگران را نقض نموده و نشانه‌هایی از ریسک بزهکاری بالقوه را از خود نشان داده است. لذا غفلت، گامی ابتدایی است که می‌تواند بستر بی‌احتیاطی‌های آینده را فراهم کند؛ به‌ویژه زمانی که فعالیت‌های ناشی از غفلت، به‌طور آشکار ریسک آسیب و ضرر آینده را در پی داشته باشد و تهدیدی علیه حیات و سلامت افراد تلقی شود. درچنین شرایطی تغییر در نوع مسئولیت و گذر از ضمانت‌اجرای جبران خسارت به یک ضمانت‌اجرای شدیدتر از نوع کیفر، درپیشگیری از اعمال غفلت‌انگیز موثرتر خواهد بود؛ امری که مستلزم توجه غفلت به‌عنوان عنصر روانی کافی برای ارتکاب جرم است. این نوشتار با روشی توصیفی و تحلیلی، امکان تبدیل غفلت به‌عنصر روانی جرم را بررسی می‌کند و باتوسل به رویکردهایی مانند رویکرد ایجاد ریسک، رویکرد ردیابی و سایر عوامل، امکان مسئولیت کیفری را باوجود شرایطی برای مرتکب غفلت توجیه می‌نماید. لذا، دستاورد این پژوهش، لزوم اتخاذ سیاست افتراقی در برخورد با عنصر غفلت و ارائه معیارهایی جهت توجیه‌پذیری این تمایز است.

کلید واژگان: شبه جرم غفلت، بی‌احتیاطی، ریسک، رویکرد افتراقی، کامن لا.

استناد به این مقاله: مهرا، نسرین، پرهیزکاری، سمیه، «واکاوی عنصر غفلت در پرتو شبه جرم غفلت؛ با تأکید بر حقوق کامن لا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۳-۴۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235885.2735>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۴

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: s_parhizkary@sbu.ac.irCopyright: © 2025 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

شبه جرم به عنوان شاخه حقوقی مستقل در کامن‌لا، در درجه نخست بر نقض وظیفه مراقبتی^۱ و متعاقب آن، جبران خسارت بر افراد خصوصی متمرکز است. برخلاف حقوق قراردادی، در شبه جرم هیچ تعهد از پیش تعیین شده‌ای وجود ندارد که افراد را نسبت به اجرای تعهدات ملزم نماید؛ بلکه تنها هسته اصلی شبه جرم، به چگونگی رفتار افراد با یکدیگر تأکید می‌کند. در مقابل، شبه جرم اساساً با حقوق کیفری نیز متفاوت است. شبه جرم نه به آن اندازه قبیح و ناقض هنجار است که ظرفیت واکنش کیفری را داشته باشد و نه اساساً عنصر روانی لازم برای یک جرم را تأمین می‌کند؛ چندان که در حقوق کیفری با نقض هنجارها و ارزش‌های مورد احترام افراد جامعه روبه‌رو هستیم که دادستان به عنوان مدعی العموم مسئول تعقیب آن است، در حالی که در شبه جرم صرفاً وظیفه عمومی که قانون بر شهروندان به منظور چارچوب‌دهی به چگونگی رفتار مراقبتی وضع کرده است و در درجه‌ای پایین‌تر از ارزش‌های مورد حمایت کیفری قرار دارد، نقض می‌شود. از این رو واکنش نظام حقوقی نسبت به هریک از وضعیت‌ها متفاوت است؛ چنان که در شبه جرم هدف جبران خسارت ناشی از نقض وظیفه مراقبتی است؛ اما در دعوای کیفری، در گام نخست هدف مجازات و تنبیه فرد خاطی است. بدین ترتیب، شبه جرم نهادی کاملاً منحصر به فرد از سایر نهادهای حقوقی است و خود شامل وضعیت‌های متفاوتی می‌شود که مهم‌ترین آن، شبه جرم غفلت^۲ است.^۳

غفلت، به عنوان یک حالت از وضعیت ذهنی، می‌تواند منجر به طیف وسیعی از آسیب‌ها از جمله آسیب‌های جسمی، بیماری‌های روانی و ضررهای مالی شود. رانندگی با سرعت بالا، غفلت پزشک در تشخیص بیماری، ارائه مشاوره اشتباه توسط وکیل،^۴ غفلت کارفرما در فراهم‌سازی محیط ایمن برای کارکنان و موارد دیگر همگی مطابق با شرایطی، در انگلستان تحت عنوان شبه جرم غفلت مورد بررسی قرار می‌گیرند. توسعه شبه جرم غفلت در انگلستان، متأثر از شرایط خاص سیاسی و اقتصادی، تقریباً از قرن نوزدهم آغاز شد که مبنای آن، ایراد خسارت قابل پیش‌بینی به دیگران بود.^۵ سایر شبه جرم‌ها در مقایسه با شبه جرم غفلت، از سابقه طولانی‌تری برخوردارند که دلیل این امر همانا، تفاوت در توجیه اخلاقی و ارزش‌های حمایتی آن است. در حالی که شبه جرم افتراء از حق بر حیثیت معنوی، حرمت و اعتبار افراد یا شبه جرم تعرض به اشخاص^۶ از تمامیت شخصی، حق بر آزادی رفت و آمد و ایمن بودن شخص از هرگونه تعرض ناروا، حمایت می‌کند؛ تمرکز شبه جرم غفلت نه بر حمایت از حقی ویژه، بلکه بر «کیفیت رفتار افراد» بنا شده است. محور اساسی شبه جرم غفلت، اثبات رفتار غیر معقول شخص و نقض وظیفه مراقبتی او نسبت به دیگران است.^۸ پس از چندی، غفلت به عنوان یک مبنای مسئولیت، اما با کاربرد بسیار محدود و مضیق، به کار گرفته شد. روابط خاص میان دو طرف مانند رابطه میان صاحب مسافرخانه و مسافر^۹ یا موقعیت یکی از طرفین در رابطه که می‌توانست منجر به ایجاد وظیفه

¹. Duty of Care

². Tort of Negligence

³. Ripstein, A. *Theories of the Common Law of Torts*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition), Available at: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/tort-theories/>

⁴. Horsey, Kirsty and Erika Rackley. *Introduction to the tort of negligence, Tort Law (8th edn)*, Oxford Law Trove, 2023, P 2.

⁵. Conaghan, Joanne and Wade Mansell. *The Wrongs of Tort (law and Social Theory)*, Pluto Press, Second Edition, 1999, P 88.

⁶. Tort of Defamation

⁷. Trespass

⁸. Horsey, Op. Cit.

⁹. (Winterbottom v Wright [1842])

برای مراقبت شود، مانند شخصی که دارای اسلحه است و باید مراقب باشد تا به دیگران آسیب وارد نکند،^۱ از جمله مواردی بودند که تحت عنوان شبه جرم غفلت رسیدگی می شدند.

باین حال، روبه قضایی انگلستان همواره بر وجود قرارداد میان طرفین تأکید می کرد و آسیب های خارج از قرارداد را غالباً به رسمیت نمی شناخت. اما به تدریج شرایط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی کشور، ایجاد مبنایی جدید برای مسئولیت را اجتناب ناپذیر ساخت. جامعه این امر را پذیرفت که مهم نیست چه اتفاقی افتاده؛ بلکه آنچه اهمیت دارد، آن است که چرا اتفاق افتاده؟ درواقع توجه جامعه به سمت کیفیت رفتار افراد معطوف شد و انعکاس تأثیر روابط افراد بر یکدیگر اهمیت ویژه ای یافت.

در ادبیات تاریخی و دانشگاهی چند دلیل برای این تغییر رویکرد ذکر شده است.^۲ نخست، تأثیر تفکرات سیاسی و اجتماعی فردگرایانه، بر طبقه بندی مجدد تقصیر و ایجاد شاخه ای جدید از آن است. به این معنا که افراد علاوه بر مسئولیت های قراردادی، در صورت ایراد خسارت نسبت به یکدیگر در حال غفلت، مسئول خواهند بود.

دلیل بعدی، بر محور جبران خسارت قربانیان آسیب در محل کار تمرکز دارد؛ چندان که برخی معتقدند، گسترش شبه جرم غفلت معلول صنعتی شدن جوامع است.^۳ گسترش شتابان فعالیت های اجتماعی با رویکردی متجدد و نوین از ساختارهای اقتصادی همراه با نوآوری های تکنولوژیکی، ظهور اشکال متنوع اشخاص حقوقی، رشد و درهم تنیدگی کنش های شهروندان بر یکدیگر، همگی نشانگر فرایند گذار به یک جامعه صنعتی است.^۴ تقسیم کار برخلاف سابق به شیوه ای تخصصی تثبیت و تقویت شد و روابط اجتماعی را تحت الشعاع قرار داد. این مسئله اگرچه دستاوردهای مثبتی را به ارمغان آورد؛ اما چالش هایی را نیز به ویژه در حوزه حقوق و مسئولیت کیفری به همراه داشت. در چنین شرایطی، حوادث پیش آمده لزوماً ناشی از عمد نیستند، بلکه بسیاری از آنها در نتیجه بی احتیاطی و غفلت رخ می دهند. بنابراین استناد به شبه جرم غفلت، خصوصاً در زمانی که صنعت بیمه فراگیر نشده بود، پاسخی دلگرم کننده و حمایتگر برای کارکنان تلقی می شد. منفعت عدالت و همچنین فایده اجتماعی^۵ ایجاد مبنایی برای مسئولیت در خارج از قرارداد را که مبتنی بر غفلت و نقض وظیفه مراقبتی باشد، توجیه می کرد.^۶ بنابراین پس از چندی، شبه جرم غفلت به طور رسمی در پرونده Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 (HL)^۷ مورد قبول قرار گرفت و مبنایی برای پرونده های آتی گشت. قضات در خصوص این پرونده تلاش کردند تا یک ضابطه کلی کاربردی به منظور استفاده در پرونده های آتی، برای مواقعی که وظیفه مراقبتی وجود دارد، وضع کنند. قاضی پرونده، لرد آتکین،^۸ بیان کرد که اصل بر این است که «برای اجتناب از فعل یا ترک فعل هایی

۱. (Langridge v Levy [1837])

۲. Conaghan, Op. Cit., PP 81–104.

۳. Lawrence M. Friedman. *A History of American Law*, Simon and Schuster, Third Edition, 2005, P 261.

۴. Weldon, Evelyn. "Crime and the industrial revolution", *Spring Showcase for Research and Creative Inquiry*, Volume 80, 2021, P 150.

۵. Social Utility

۶. در مقابل این دیدگاه، برخی معتقدند که شبه جرم غفلت برای حمایت از صنایع نوپا پدید آمد.

Morton, H. *The Transformation of American Law, 1780–1860*, Harvard University Press, 1977; Atiyah, Patrick S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979.

۷. خانم دونوگو و دوستش برای نوشیدنی به یک کافه رفتند. خانم دونوگو مقداری از نوشیدنی زنجبیل دوستش را در لیوان ریخت و نوشید. در آن لحظه بقایای یک حلزون در حال تجزیه از بطری بیرون ریخت. خانم دونوگو بیمار شد و علیه تولیدکننده شکایت کرد. تا آن زمان، جبران خسارت معمول برای خسارت ایجاد شده، توسط یک محصول معیوب یک واقعه مبتنی بر قرارداد بود، اما این برای خانم دونوگو قابل دسترس نبود؛ زیرا قرارداد فروش نوشیدنی بین دوستش و کافه بود. خانم دونوگو از سازنده شکایت کرد و دادگاه عالی پذیرفت که سازندگان درخصوص تولیداتشان نسبت به مصرف کننده نهایی وظیفه مراقبت دارند.

۸. Lord Atkin

که به طور معقولی می‌توانید پیش‌بینی کنید که احتمال دارد به همسایه شما صدمه بزند، دقت و مراقبت معقول اتخاذ کنید». برخی اوقات این ضابطه به عنوان «اصل همسایه»^۱ شناخته می‌شود. منظور لرد آتکین از همسایه، ضرراً شخص نیست که در خانه مجاور زندگی می‌کند، بلکه اشخاصی‌اند که آن چنان نزدیک و به طور مستقیم تحت تأثیر عمل افراد قرار می‌گیرند که همواره باید مراقبت کافی را در قبال فعل یا ترک فعل، در نظر داشت. معیار قابل پیش‌بینی بودن نیز معیاری عینی است. دادگاه آنچه را خواننده واقعاً پیش‌بینی کرده است، مدنظر قرار نمی‌دهد، بلکه به آنچه از یک شخص معقول و منطقی انتظار می‌رفته که پیش‌بینی کند، مورد توجه قرار خواهد داد. بنابراین در یک تعریف کلی، شبه جرم غفلت عبارت است از: «نقض وظیفه قانونی مراقبت از طریق فعل یا ترک فعل که به دیگران آسیب می‌زند».^۲

باین حال، باگذشت زمان و ظهور اقتضائات جدید، برخی از اصول پذیرفته شده در شبه جرم غفلت دستخوش تحولاتی قرار گرفت. امروزه با پیچیده شدن روابط، می‌توان قائل بدان بود که در یک حادثه، علل و عوامل حوادث بدون تردید، نتیجه کارکرد مجموعه‌ای از سلسله عوامل مختلف در چارچوب یک نظم سیستمی است.^۳

درواقع گذار از جامعه سنتی به جامعه صنعتی و تحول در اصول و مبانی مسئولیت و همچنین پذیرش رویکرد ریسک‌مدار، بر رفتار انسان‌ها و چگونگی تأثیر عملکردشان بر یکدیگر اهمیت بسزایی بر جای نهاده است. این مسئله به‌ویژه در مواردی که غفلت یکی از طرفین منجر به از بین رفتن حیات، سلامتی یا ضررهای جبران‌ناپذیر طرف دیگر می‌شود، قابل بحث است. لذا سؤال اصلی نوشتار حاضر آن است که در گام نخست آیا غفلت، کشش لازم برای تبدیل به عنصر روانی جرم را دارد؟ و چنانچه پاسخ مثبت است، در چه شرایطی می‌توان غفلت را مبنایی برای تحمیل مسئولیت کیفری تلقی کرد؟ و در نهایت تفکیک میان غفلت به انگاره تقصیر مدنی یا تلقی آن به عنوان عنصر روانی یک جرم، چه آثاری بر نظام حقوقی در پی خواهد داشت؟

براین اساس، مؤلفه‌های بسیاری در جریان تحول‌ساز مفهوم تقصیر و رکن روانی جرم دخیل‌اند. نمونه بارز این امر گستره آسیب و خسارت‌های غیرقابل جبران است که ارتباط نزدیکی با قابلیت سرزنش‌پذیری مرتکب دارد. چندان که در جرایم مهمی همچون جرایم زیست‌محیطی به دلیل اهمیت جرم و نوع ارزشی که توسط مرتکب نقض شده است، درجه پایین‌تر از عنصر روانی جرم، یعنی غفلت، نیز می‌تواند از موجبات تحمیل مسئولیت کیفری^۴ محسوب شود. شاخصه‌های دیگری همچون نحوه ارتکاب، آثار و پیامدهای ناشی از عمل و میزان تهدید منافع بزه‌دیده و مصالح اجتماعی، از جمله مهم‌ترین مواردی‌اند که می‌توانند شدت عمل ارتكابی را به تصویر بکشند^۵ و در تحول مفهوم عنصر روانی اثرگذار شناخته شوند. بدین ترتیب، مرز میان غفلت و بی‌احتیاطی به عنوان پایین‌ترین رکن عنصر روانی برای ارتکاب جرم بسیار به هم نزدیک و درهم تنیده می‌شود؛ تا آنجا که دیگر صرف تکیه به مبانی مسئولیت سنتی، پاسخ‌گوی نیاز جامعه امروز نیست و ضروری است تا در هر حوزه متناسب با عملکرد و نوع فعالیت، رویکردی اتخاذ گردد تا جانب احتیاط و انصاف حفظ شود.

ذکر این نکته نیز ضروری است که در نظام حقوقی ایران، نهاد مستقلی به نام شبه جرم وجود ندارد، بلکه ایراد هرگونه ضرر و زانی چه از روی عمد و چه از روی بی‌احتیاطی، تحت عنوان مسئولیت مدنی قابل پیگیری است. باین حال شبه جرم با نهاد مسئولیت مدنی در حقوق ایران در برخی از ابعاد متفاوت است: نخست آنکه، قلمرو شبه جرم در مقایسه

^۱. Neighbor Principle

^۲. Winfield n5, 184.

^۳. شاملو، باقر، «بازخوانی سیاست جنایی پیشگیرانه در پرتو پاندمی کووید ۱۹ و تئوری آشوب»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کانون، ۱۳۹۹، ص ۱۳۳.

^۴. Simester, A. P. *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, First edition, 2005, PP 1,9.

^۵. مهر، نسرين، «تعیین مشخصه‌های جرم بر تعیین مجازات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۷۷.

با مسئولیت مدنی بسیار گسترده‌تر است.^۱ دوم آنکه، رویه قضایی در ایران به‌سختی جبران خسارت معنوی را می‌پذیرد؛ حال آنکه نظام کامن‌لا در پذیرش خسارات معنوی به‌گونه‌ای متفاوت عمل کرده است. برای نمونه، این نظام در برخورد با قربانیان آسیب‌های روانی، آنها را به دوگروه قربانیان اولیه و ثانویه^۲ تقسیم می‌کند و خسارت ایشان را به‌شرط وجود شرایط خاص، در قالب شبه‌جرم غفلت قطعی و قابل وصول می‌داند.^۳ درمقابل و در پاسخ به اینکه آیا غفلت می‌تواند مبنایی برای تحمیل مسئولیت کیفری در حق ایران تلقی شود یا خیر؟ باید بیان داشت که اساساً اصل بر عمدی بودن جرایم است و خلاف آن نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد. در این راستا، ماده (۱۴۵) قانون مجازات اسلامی، تحقق جرایم غیرعمدی را منوط به تقصیر مرتکب می‌کند و آن را اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی می‌داند. در تبصره همان ماده نیز غفلت، مساحمه، نداشتن مهارت و رعایت نکردن نظامات دولتی را مصادیقی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی معرفی می‌کند. از آنجایی که غفلت در حقوق ایران نوعی ترک فعل قلمداد می‌شود، ظرفیت و تاب تفسیر به‌عنوان عنصر روانی کافی برای ارتکاب جرم را ندارد و در اکثر موارد با ضمانت اجرایی از نوع جبران خسارت همراه است. حال آنکه نظام مورد مطالعه، در حال بازسازی مفهوم غفلت است؛ به‌گونه‌ای که در برخی از پرونده‌ها، با هدف حمایت از منفعت تضییع‌شده، تغییراتی را در احراز و انتساب غفلت ایجاد کرده است که گاهی می‌تواند با شرایط و اقتضائات جامعه ریسک‌مدار امروزی، متناسب باشد.

براین‌اساس، در نوشتار حاضر با رویکردی توصیفی و تحلیلی تلاش می‌شود تا در گام نخست ماهیت غفلت و امکان شمول آن به‌عنوان رکن روانی جرم یا حفظ وضعیت آن به‌عنوان تقصیر مدنی، مورد بررسی قرار گیرد و دلایل طرفداران هر یک از دو رویکرد بررسی شود. سپس در قسمت بعدی مقاله، اصول پذیرفته شده در شبه‌جرم غفلت، در پرتو مقتضیات جدید بررسی و واکاوی خواهد شد تا به‌عنوان مبنایی برای تغییر در مسئولیت در برخی از حوزه‌ها، مورد توجه قرار گیرد.

۱. ماهیت غفلت

تمایز بین عناصر تقصیر اعم از بی‌احتیاطی^۴ و غفلت^۵ یکی از تمایزات کلیدی حقوق کیفری انگلیسی-آمریکایی است.^۶ درحالی‌که بی‌احتیاطی می‌تواند ضمانت اجرای کیفری به‌همراه داشته باشد، غفلت فقط جبران خسارت از طرق مدنی را در پی خواهد داشت. این تفاوت در نوع واکنش اساساً به‌عنصر «آگاهی» باز می‌گردد که سرمنشأ این تمایز هنجاری است.

۱. چنان‌که در پرونده‌ای در سال ۱۸۶۳ عابری در حال گذر از عابر پیاده بود که به ناگاه کیسه آرد نانوائی به او برخورد می‌کند و علاوه‌بر جراحی کوچک، منجر به کتیف شدن لباس او می‌شود. {2 H. & C. 722 (Ex. 1863)} این پرونده غفلت و بی‌توجهی مسئول حمل کیسه‌های آرد را نسبت به عابران پیاده نشان می‌دهد و بیانگر آن است که وظیفه مراقبتی که افراد نسبت به یکدیگر داشته‌اند، نقض شده است.

۲. قربانیان اولیه شامل این دسته از افراد می‌شوند: ۱. کسانی که به لحاظ جسمی در واقعه‌ای که خوانده باعث ایجاد آن بوده است، آسیب دیده‌اند و علاوه‌بر آن، در نتیجه آن واقعه به‌لحاظ روان‌پزشکی نیز آسیب دیده‌اند؛ ۲. کسانی که در خطر ضرر و زیان جسمی قرار گرفته‌اند، اما در عمل فقط به آسیب روان‌پزشکی مبتلا شده‌اند. قربانیان ثانویه کسانی‌اند که در معرض خطر آسیب جسمی قرار نگرفته‌اند، اما در نتیجه مشاهده چنین آسیبی به دیگران به آسیب روان‌پزشکی مبتلا شده‌اند. این قربانیان فقط در صورتی مشمول وظیفه مراقبت قرار می‌گیرند که ۱. آسیب به‌وسیله یک شوک ناگهانی ایجاد شده باشد؛ ۲. آنان به‌میزان کافی، همبستگی و احساس نزدیکی به قربانیان اولیه را داشته باشند؛ ۳. به مکان و زمان حادثه شوک‌آور، به‌اندازه کافی نزدیک بوده باشند.

۳. الیوت، کاترین و کوپین فرانسیس، **حقوق شبه جرم**، ترجمه جمعی از پژوهشگران علوم کیفری، ویرایش علمی و ادبی: نشرین مهرا، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۴۰۰، ص ۲۰۲.

4. Recklessness

5. Negligence

6. Greenberg, A. "Awareness and the Recklessness/Negligence Distinction", *Criminal Law and Philosophy*, Volume 18, 2024, P 1.

درواقع انجام فعل یا ترک فعل از روی آگاهی، ظرفیت بیشتری برای سرزنش‌پذیری افراد ایجاد می‌کند و متعاقباً عامل بی‌احتیاط را به دلیل داشتن آگاهی، مقصرتر می‌داند. از این رهگذر، برخی سلسله‌مراتبی نزولی از شدت عنصر روانی، یعنی «عمد در مرتبه نخست، علم، بی‌احتیاطی و در نهایت غفلت» را مطرح می‌کنند و معتقدند که بی‌احتیاطی حداقل عنصر تقصیر مورد نیاز برای جرایم کیفری است و عامل غفلت، اساساً عنصر روانی لازم را برای ارتکاب جرم تشکیل نمی‌دهد.^۱ باین حال، اگرچه استناد به غفلت برای اثبات مسئولیت کیفری کافی نیست، به‌واقع عامل غافل از استانداردهای رفتاری یک انسان متعارف عدول کرده است. حرکت جوامع به سمت پیشگیری از حوادث خطرآفرین و تشویق اشخاص بر کنترل رفتارهای دارای ریسک، آنها را به اتخاذ رویکرد ریسک‌مدار سوق داده است. در این رویکرد نه عنصر روانی اشخاص، به‌عنوان مؤلفه اثرگذار در تبیین جرم، بلکه حوزه فعالیت و میزان اثرگذاری رفتار اشخاص بر یکدیگر، محل توجه است. اگرچه این سیاست در گام‌های آغازین خود در حوزه‌های جرایم امنیتی، اقتصادی، محیط زیستی و... حاکم بود، به‌مرور در حال گسترش مرزهای خود به بسیاری از فعل یا ترک فعل‌هایی است که ممکن است دربردارنده ریسک و آسیب برای دیگران باشد. ازطرفی تأکید اصلی شبه جرم غفلت بر کیفیت رفتار انسان‌ها و رعایت اصول مراقبتی نسبت به یکدیگر نهفته است؛ امری که آشکارا ضرورت تحول در مرزبندی عنصر روانی جرم و دربرگیری غفلت به‌عنوان رکن روانی، صرفاً در برخی از حوزه‌های محدود را توجیه‌پذیر می‌سازد. از این رو، در ادامه تلاش می‌شود تا ظرفیت عنصر غفلت، به‌منظور امکان یا عدم‌امکان واکنش کیفری و متعاقباً دسته‌بندی آن در حوزه جرم یا شبه جرم بررسی شود و ادله هریک از موافقین و مخالفین آن در ترازوی سنجش قرار گیرد.

۱.۱. غفلت؛ انگاره تقصیر مدنی

بی‌احتیاطی و غفلت هر دو به نوعی دربردارنده ریسک‌پذیری غیرموجهی‌اند؛ بدین معنا که اعمال فرد، حاوی خطر وقوع نتیجه‌ای ممنوعه است که در آن اوضاع و احوال، پذیرش چنین خطری غیرمعقول است.^۲ چگونگی پاسخ به این ریسک، مرز میان بی‌احتیاطی و غفلت را روشن می‌کند. در بی‌احتیاطی، شخص وقوع ریسک را تأیید می‌کند یا آن را می‌پذیرد.^۳ «پذیرش» یا «تأیید» ریسک به منزله «پاسخ آگاهانه‌ای» است که ضرورتاً از آگاهی نسبت به آن ریسک نشئت گرفته است.^۴ بی‌تردید چنین شخصی قصد محقق ساختن نتیجه مجرمانه ندارد، اما مرتکب ریسک غیرموجهی شده که نتیجه آن ایراد خسارت و وقوع حادثه مجرمانه است. به‌واقع بی‌احتیاطی به نسبت قصد در مرتبه پایین‌تری از قابلیت سرزنش قرار دارد، اما همچنان، به دلیل قابلیت سرزنش‌پذیری، با پاسخی از جنس کیفر روبه‌رو است. مقصود از ریسک در این تعریف، ریسک نامتعارف و غیرقابل توجیه است، نه هر ریسکی با هر درجه‌ای، چه آنکه ریسک کردن در حد متعارف امری طبیعی در زندگی روزمره انسان‌ها محسوب می‌شود و گریزناپذیر و ضروری است.^۵ بنابراین اگر شخص چنین ریسکی را پذیرا باشد، مرتکب بی‌احتیاطی شده است.^۶

^۱ Kenneth, W. S. "Rethinking Mental States", *Boston University Law Review*, 1992, PP 463, 465.

^۲ Heaton, R. *Criminal Law*, Oxford University Press, Second Edition, 2006.63.

^۳ Duff, A. "Two Models of Criminal Fault", *Criminal Law and Philosophy*, Volume 13, 2019, P 643.

^۴ Greenberg, Op. Cit, P 5.

^۵ Lafave, Wayne R. and Jr. Scott, Austin. *Substantive Criminal law*, Minnesota: West Publishing, 1986, P 24.

^۶ مهدوی ثابت، محمدعلی، هوشنگ شام‌بیاتی و شهرام محمدزاده، «رویکرد نظام کیفری ایران و انگلیس به رفتارهای ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌پروایی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۶، شماره ۹۵، پاییز ۱۴۰۰، ص ۲۴.

براساس تعریفی، بی‌احتیاطی عبارت است از اینکه «شخص نوع خاصی از ضرر را پیش‌بینی کند و درعین حال به‌عمل خود ادامه دهد». در این تعریف سه شاخصه اصلی یافت می‌شود: نخست آنکه آگاهی متهم به خطر، موجب ورود بی‌احتیاطی به‌درجه‌ای از عنصر روانی جرم و درعین حال خروج غفلت از آن است. دوم آنکه آگاهی مرتکب به هر میزان از خطر چنانچه به‌مرحله یقین نرسد، بی‌احتیاطی به‌شمار می‌رود و سوم آنکه خطری که مرتکب به آن آگاهی دارد باید توجیه‌ناپذیر و غیرمعقول باشد.^۱

در مقابل، در غفلت اساساً شخص هیچ آگاهی در قبال ریسک ایجاد شده ندارد. غفلت فقط مستلزم آن است که شخص باید از چنین خطری آگاه بوده، باید اقدامات احتیاطی مقتضی را در برابر ریسک ایجاد شده، در نظر می‌گرفت. این تمایز هنجاری میان غفلت و بی‌احتیاطی حقوقدانان انگلیسی را بر آن داشت تا غفلت را فاقد صلاحیت لازم برای تلقی به‌عنوان یک وضعیت ذهنی مکفی به‌عنوان رکن روانی جرم توصیف کنند.^۲ درواقع، فاصله‌گیری عنصر غفلت از پیش‌شرط‌های اولیه مسئولیت کیفری، یعنی دارا بودن عنصر روانی ارتکاب جرم و ناهماهنگی آن با اصل برائت، مانع از واکنش کیفری می‌شود.

به‌طور کلی، وجوه تمایز میان بی‌احتیاطی و غفلت را می‌توان چنین برشمرد: ۱. بی‌احتیاطی برخلاف غفلت، مستلزم یک قبح اخلاقی است؛ ۲. هرگاه شخصی احتمال وقوع خطر را بررسی کند و آن را غیرمحتمل تشخیص دهد، از شمول ضابطه بی‌احتیاطی خارج می‌شود، اما اگر فرد معقولی در موقعیت او، خطر را غیرمحتمل تشخیص ندهد، غافل تلقی می‌شود؛ ۳. در بی‌احتیاطی مرتکب خطر را پیش‌بینی و به آن بی‌اعتنایی می‌کند، درحالی‌که در غفلت شخص در پیش‌بینی خطر کوتاهی می‌کند و به‌خوبی متوجه خطری که در رفتارش نهفته است، نمی‌شود.^۴ پرونده‌های بسیاری در حقوق انگلستان وجود دارند که تفاوت ظریف میان بی‌احتیاطی و غفلت را نشان می‌دهند.

در پرونده‌ای در سال ۱۹۸۷،^۵ پسر نوجوانی برای خودنمایی و نشان دادن هنرهای رزمی خود به دوستانش، در نزدیکی ساختمانی، شروع به انجام حرکات‌های رزمی کرد که در نتیجه آن، شیشه پنجره ساختمان شکست. پسر نوجوان با آگاهی از خطر حرکات‌های ورزشی و همچنین با پیش‌بینی امکان آسیب و صدمه به ساختمان، به‌نوعی درصدد پذیرش خطری بود که متعاقباً رخ داد. درمقابل، شخصی که بدون آگاهی و توجه به اینکه ممکن است شیشه پنجره همسایه در اثر قطع کردن درختی در نزدیکی ساختمان وجود دارد، بشکند، تنها مرتکب غفلت شده است. به‌هرروی، در هریک از دو پرونده، وجود ریسک دلیلی برای ادامه ندادن به فعالیت‌های مربوطه است.

بدین ترتیب، اگرچه در هیچ‌یک از دو پرونده، اشخاص به‌صورت متعارفی عمل نکردند، آگاهی از خطر نکته کلیدی است که در واکنش‌های افراد نسبت به ریسک اثر خواهد گذاشت. درواقع، عامل بی‌احتیاط همواره در موضع بهتری برای پاسخ به ریسک قرار دارد که عامل غافل فاقد آن است. این موقعیت، بازتاب یک «فرصت اضافی»^۶ است که عامل بی‌احتیاط را به‌سبب آگاهی از ریسک ایجاد شده، سرزنش‌پذیرتر می‌داند؛ حال آنکه در غفلت، به‌دلیل ناآگاهی اولیه شخص نسبت به

^۱. Ashworth, A. *Principles of criminal law*, Oxford University Press, Second Edition, 1992, P 152.

^۲. Elliott, Catherin and Frances Quinin, *Criminal Law*, London: Longman, Forth Edition, 2002, P 232.

^۳. گرایلی، محمدباقر، «عنصر خطای جزایی در حقوق کیفری ایران و کامن‌لا»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۲۰۰.

^۴. فلچر، جورج پی، *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ نخست، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹.

^۵. Chief Constable of Avon and Somerset Constabulary v Shimmen, 1987, 84 Cr App R 7.

^۶. Extra Opportunity

ریسک، نمی‌توان انتظار پاسخ به ریسک را هم منطقی تلقی کرد. به عبارتی اگرچه عامل بی‌احتیاط در ابتدا هیچ‌گونه قصدی مبنی بر ایجاد ریسک نداشته، با پذیرش ریسک و با بی‌تفاوتی فاحش، همسویی خود را با وضعیت ایجاد شده، تأیید کرده و ادامه داده است.

سرزنش‌پذیری، به عنوان یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌ها و درگاه‌های جرم‌انگاری، بی‌احتیاطی را به دلیل برخورداری از فرصت اضافی که عامل غافل از آن بی‌بهره است، مستحق واکنش کیفری می‌داند و به همین جهت استدلال می‌شود که بی‌احتیاطی حداقل محدودیت احتمالی برای مجازات کیفری است.^۱ از سوی دیگر، «قابلیت پیش‌بینی ریسک» نیز عامل مهمی است که در تأیید رویکرد فوق صحنه می‌گذارد. در بی‌احتیاطی متهم به‌طور روشن یا احتمالی، خطر را پیش‌بینی می‌کند، اما در صدد رفع آن بر نمی‌آید؛ برعکس در غفلت، شخص اساساً خطر را پیش‌بینی نمی‌کند. به هر روی، تمایز میان غفلت و بی‌احتیاطی بسیار باریک است^۲ و معیار آن، عرفی است که مرزهای آن همواره در حال بازآرایی و جابه‌جایی‌اند. با توجه به دلایل ارائه شده، بهترین موضع از نظر جایابی قانونی برای غفلت، در حوزه شبه جرم و جبران خسارت قرار دارد. لیکن انتقاداتی به این رویکرد وارد شده است که از مهم‌ترین آن، به اهمیت منافع در خطر بازمی‌گردد. بدین معنا که قلمرو غفلت تا کجا می‌تواند توسعه یابد؟ آیا در صورت بروز خسارت به تمامیت جسمانی افراد در اثر غفلت، می‌توان همچنان به شبه جرم غفلت متوسل شد و به جبران خسارت بسنده کرد؟ پیامدهای تغییر در قلمرو شبه جرم چیست؟ آیا ایجاد محدودیت در آزادی افراد، با شمول وضعیت‌های غفلت در حیطه کیفر، توجیه‌پذیر است؟ این سؤالات از اصلی‌ترین چالش‌هایی است که شبه جرم غفلت با آن روبه‌روست.

۱.۲. غفلت؛ انگاره تقصیر جزایی

به‌طور سنتی کتب کیفری حقوق انگلستان، در حد بسیار مختصری به بحث پیرامون غفلت به عنوان معیاری برای مسئولیت کیفری پرداخته‌اند.^۳ یکی از قدیمی‌ترین جرایمی که با اعمال معیار غفلت مورد جرم‌انگاری قرار گرفته، قتل غیر عمدی با عنصر غفلت و پس از آن رانندگی توأم با بی‌دقتی^۴ بود.^۵ با این حال امروزه شمار جرایم مبتنی بر غفلت در قلمرو «جرایم قانون ناظم فعالیت‌های متنوع تجاری، صنعتی و غیره»^۶ روبه فزونی یافته است.^۷ مبنای واکنش کیفری به غفلت، در این جرایم مشخص نیست؛ اما به نظر می‌رسد هسته اصلی جایگزین عنصر روانی، که واکنش کیفری به غفلت را توجیه‌پذیر می‌سازد، تئوری «ریسک ایجاد شده»^۸ است. در واقع متهم غافل، کسی است که فعل یا ترک فعل او، موجب آسیب و ضرر برای دیگران می‌شود، در حالی که اگر اقدامات مراقبتی را در نظر می‌گرفت، چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌شد. در جهان امروز، ریسک به عنوان عاملی که تحمیل مسئولیت را توجیه می‌کند، مورد پذیرش قرار گرفته و طیف وسیعی

^۱ Greenberg, Op. Cit., P 14.

^۲ کلارکسون، سی. ام. وی، *تحلیل مبانی حقوق جزا*، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، تهران: جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۹۰.

^۳ Ashworth, Op. Cit., P 168.

^۴ s 2 a (1) of Road Traffic Act 1988.

^۵ در رویکردی مشابه قانون‌گذار ایران در ماده (۷۱۴) قانون مجازات اسلامی، رانندگی توأم با بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را که منجر به قتل غیر عمدی شود، قابل کیفر تلقی نموده است.

^۶ Statutory offences regulating various commercial, industrial and other activities.

^۷ . طاهری نسب، یزدالله، *رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان*، تهران: دادگستر، چاپ نخست، ۱۳۸۹، ص ۳۱۶.

^۸ Theory of Created Risk

از رویکردهای مختلف را در خود جای می‌دهد. به عبارتی، اگرچه آگاهی وصف لاینفک مسئولیت کیفری است و تحمیل مسئولیت کیفری به عامل غافل، سبب فاصله‌گیری از اصول اولیه مسئولیت کیفری، همچون برائت، می‌شود، کسانی که اندیشه آگاهی بالقوه را مطرح می‌کنند معتقدند که صرف ملتفت نشدن به وجود «ریسک غیر متعارف»^۱ خود نشانگر بی‌تفاوتی عملی قابل سرزنش و جدی نسبت به منافع است که عمل مرتکب در حقیقت آنها را تهدید نموده است.^۲ درواقع آنچه باعث سرزنش‌آمیز شدن عامل غافل می‌شود، بی‌تفاوتی آشکار وی نسبت به جان و مال دیگران است. باین حال، پذیرش رویکرد فوق نیازمند استدلالی قوی است که واکنش کیفری را توجیه‌پذیر نماید. نادیده گرفتن عنصر روانی به عنوان رکن رکن تشکیل‌دهنده جرم و فروکاستن آن به صرف ایجاد ریسک، نظام عدالت کیفری را از حداقلی بودن آن خارج، و قلمرو آزادی اشخاص را با چالشی جدی مواجه خواهد کرد. همچنین پذیرفتن مقدمه فوق، به منزله آن است که مرتکب غفلت از خطر و ریسک ایجاد شده آگاه بوده است؛^۳ چراکه تا وقتی فاعل حداقل احتمال وقوع نتیجه‌ای را ندهد، نمی‌تواند نسبت به آن بی‌تفاوت باشد. به عبارتی با گذاردن پیش شرط «احتمال وقوع حادثه»، می‌توان قائل به آگاه بودن مرتکب از وقوع حادثه شد.

این اشکالات اگرچه اساسی به نظر می‌رسند، وارد نیستند. شخص می‌تواند نسبت به خطری که آن را پیش‌بینی نمی‌کند، بی‌تفاوت باشد و آن در صورتی است که عدم توانایی بر پیش‌بینی، ناشی از این امر باشد که وی به اندازه کافی توجه و دقت نشان نداده و به خود زحمت ارزیابی مؤثر از مخاطرات احتمالی را نداده است. در واقع، در این مورد «فاعل ناآگاه است، اما توانایی وقوف و علم به احتمال وقوع نتیجه خسارت‌بار را دارد»، برخلاف زمانی که «فاعل ناآگاه است و راهی برای پیش‌بینی نتیجه ندارد». مورد اخیر کماکان غیرقابل مجازات و غیرسرزنش‌آمیز است، اما مورد اول به دلیل وجود عنصر بی‌تفاوتی عملی، واجد تقصیر و قابل انتساب به فاعل و در نتیجه قابل مجازات است.^۴

نظریه فوق، با «رویکرد ردیابی»^۵ نیز تقویت می‌شود. براساس این رویکرد، مسئولیت کیفری متهمان در غفلت در اعمال مجرمانه قبلی آنها نهفته است. رویکرد ردیابی، به طور انتزاعی، معتقد است که تقصیر ناشی از غفلت باید با ردیابی به فعل یا ترک فعل‌های قبلی متهم که باعث ناآگاهی او از خطر و ریسک مربوطه شده است، پیدا شود. درواقع غفلت باید در یک چارچوب کلی‌تر و بر مبنای اصل کلی «تقصیر قبلی»^۶ درک شود. تقصیر قبلی زمانی است که می‌توان شخص را برای عمل بعدی که ناشی از رفتار مجرمانه قبلی است، به لحاظ کیفری مسئول تلقی کرد.^۷ نکته اصلی در توجیه مسئولیت کیفری برای غفلت، ردیابی سهل‌انگاری و حالت ذهنی سهوی شخص برای اثبات تقصیر قبلی اوست که حداقل از بی‌احتیاطی (پایین‌ترین رکن مسئولیت کیفری) ناشی شده است.^۸

یکی از شاخص‌ترین پرونده‌ها در این حوزه، مربوط به پدر و مادری می‌شود که وضعیت جسمی نامطلوب کودک

^۱. Abnormality of Risk

^۲. Duff, R. A. *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford: Basil Blackwell, 1990, P 158.

^۳. Wilson, William. *Criminal law*, Pearson Education Limited, First Edition, 1998, P 155.

^۴. جانی‌پور اسگلکی، مجتبی و مجتبی وهابی توچایی، «ضابطه تشخیص بی‌احتیاطی در تحقق مسئولیت کیفری»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۱۰۴ و ۱۰۵.

^۵. Tracing Approach

^۶. Prior Fault

^۷. Finkelstein, C. *Involuntary Crimes, Voluntarily Committed*, In: Stephen, Shute and Andrew Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford University Press, 2002, P 158.

^۸. Greenberg, A. "Why Criminal Responsibility For Negligence Cannot Be Indirect", *Cambridge Law Journal*, Volume 80, Issue 3, 2021, PP 489–514, P 494.

خردسالشان را می‌بینند، اما بدون مراجعه به پزشک، تماس برای مشورت با پزشک و حتی تحقیق پیرامون وضعیت فرزندشان در فضای اینترنت، کودک را به حال خود رها می‌کنند که در نهایت منجر به مرگ او می‌شود. با استناد به رویکرد ردیابی، والدین به علت غفلت که ناشی از بی‌احتیاطی آنها از وجود چنین ریسکی بوده است، به لحاظ کیفری مسئول اند.^۱ به نظر می‌رسد در این رویکرد نیز خسارت وارده و منفعت از بین رفته، جزء اساسی‌ترین مؤلفه‌ها برای مسئولیت کیفری باشند.

یکی از نمودهای اساسی در رابطه با مؤلفه منفعت از بین رفته، خدشه در آبرو و حیثیت اشخاص است که نمونه‌هایی از آن در پرونده‌های مربوط به تجاوز جنسی قابل بحث است؛ هنگامی که غفلت ارتباط بسیار نزدیکی با استقلال جنسی افراد دارد و ادعای غفلت دفاع مناسبی برای رهایی از بار مسئولیت کیفری به شمار نمی‌آید. به عبارتی غفلت در تشخیص ندادن رضایت قربانی به آمیزش جنسی دارای اهمیت اخلاقی نسبتاً متفاوتی با غفلت در قضاوت در مورد ارزش اموالی است که در حال سرقت است و به این ترتیب، پیامدهای کاملاً متفاوتی بر این موارد مترتب است. در نتیجه، اگرچه غفلت به طور کلی، عنصر روانی و آگاهی لازم را برای تحمیل مسئولیت کیفری دارا نیست، در مواردی که غفلت به جان، آبرو و حیثیت افراد پیوند می‌خورد یا متضمن آسیب بزرگی است که مرتفع شدن آن به زمان بسیاری احتیاج دارد، اتخاذ مسئولیت کیفری توجیه‌پذیر به نظر می‌رسد.

علاوه بر حوزه‌های خصوصی، این رویکرد می‌تواند در حوزه‌های عمومی، همچون مسئولیت شرکت‌های حقوقی با استناد به همان مفهوم عملی «رویکرد غیرمتعارف بودن ریسک» مورد توجه قرار گیرد.^۲ در اینجا غفلت با ماهیت و اهمیت ریسک ایجاد شده سنجیده می‌شود و میزان غفلت و بی‌تفاوتی به چنین ریسکی، واکنش کیفری را روا می‌انگارد. در واقع، نادیده گرفتن چنین ریسکی نه تنها بر سرزنش آمیز بودن عمل مرتکب غفلت صحنه می‌گذارد، بلکه واکنش کیفری را نیز توجیه می‌کند؛ امری که بی‌تردید در پیشبرد و تضمین رفاه اجتماعی اثرگذار خواهد بود و افراد را برای اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه^۳ تشویق می‌کند. این رویکرد به‌ویژه در حوزه‌های شرکتی همچون شرکت در فعالیت‌های هسته‌ای، تولیدات معیوب^۴ یا دفع زباله به شیوه‌ای سمی، که یک غفلت کوچک می‌تواند منجر به حوادث بزرگ شود، کاربرد بیشتری خواهد داشت. باین حال، پاسخ به این سؤال که دامنه تلقی غفلت به عنوان رکن روانی جرم تا کجا ادامه خواهد یافت، همچنان چالش برانگیز است. به نظر می‌رسد معیارهایی همچون اهمیت منافع در خطر، گستره آسیب، منافع ایجادکننده خطر و حمایت از اصول و حقوق اولیه قربانی در تعیین و تشخیص مرزهای جرم کمک‌کننده باشد.

۲. تحول در اصول شبه جرم غفلت

بی‌تردید دلایل ارائه شده در هریک از دو دسته فوق، متقن و قابل تأمل است و نمی‌توان به‌طور قطع بر درستی یک نظریه و نادرستی نظریه دیگر رأی داد. آنچه بی‌گمان محتوم به شکست است، تکیه و پافشاری بیش از حد بر رویکرد سنتی و

^۱ . Ibid, PP 495-497.

^۲ . Dyson, Matthew and Steel Sandy, *Risk and English Tort Law*, In: Dyson, Matthew (ed.), *Regulating Risk through Private Law*, Intersentia, 2018, PP 23, 36.

^۳ . Chan, Winnie and A. P. Simester. "Four Functions of Mens Rea", *The Cambridge Law Journal*, Volume 70, Issue 2, 2011, PP 381, 392.

^۴ . Cane, P. *Liability for Defective Products*, *Law Commission* (Law Com No 82, 1977) [23], [37]–[38]. (juxtaposing risk creation with accident avoidance, loss spreading, victim protection, and administrative cost reduction), *The Anatomy of Tort Law* (Hart Publishing 1997) PP. 47–49 (risk creation here stands alone and provides a possible explanation for the liability of distributors).

بی‌توجه به اقتضائات جامعه‌ای است که همواره با ریسک‌های گوناگون مواجه است. هرچند به نظر می‌رسد تا تحول در مفهوم تقصیر و رکن روانی جرم فاصله طولانی در پیش است، با دگرگونی در برخی از اصول شبه‌جرم غفلت، می‌توان به تعدیل رویکرد سنتی دل‌بست. به‌طور کلی شبه‌جرم غفلت با وجود سه معیار و عنصر اساسی قابل استناد است. هریک از این عناصر برای احراز مسئولیت ضروری است، اما کافی نیست. در واقع هر سه مؤلفه برای اثبات شبه‌جرم غفلت باید به‌طور همزمان وجود داشته باشند. این سه مؤلفه عبارت‌اند از: ۱. وجود وظیفه قانونی مراقبت، ۲. نقض وظیفه مراقبتی، ۳. ورود آسیب.^۱

تمام این عناصر باید در عرض هم مورد بررسی قرار گیرند؛ بدین معنا که حتی اگر وظیفه قانونی مراقبت وجود داشته و شخص آن را نقض کرده باشد، در صورتی که خسارتی وارد نشود، مسئولیت مبتنی بر شبه‌جرم غفلت پدید نخواهد آمد. اساساً غفلت با جبران خسارت افرادی که در نتیجه سهل‌انگاری دیگران متحمل ضرر شده‌اند، مرتبط است؛ اما قانون برای هرکسی که بدین طریق متحمل ضرر شده است، جبران خسارت مقرر نمی‌کند؛ بلکه این امر محدود به نقض وظیفه قانونی مراقبت شده است. معیار قضاوت برای وظیفه مراقبت، اصل همسایه است که البته در طول زمان دستخوش تغییراتی قرار گرفته است.

در طول سال‌ها، حقوق کامن‌لا شماری از موقعیت‌های واقعی را که در آن وجود یک وظیفه مراقبت به رسمیت شناخته شده، مشخص کرده است. برای مثال، رانندگان وظیفه‌ای برای مراقبت کردن در خصوص عدم ایراد صدمه به عابران و کارفرمایان وظیفه مراقبت در خصوص اتخاذ اقدامات معقول و منطقی در خصوص حفاظت از کارگران خود در برابر صدمه دارند. اما همچنان موقعیت‌هایی وجود دارد که مشخص نیست در آن موقعیت، یک وظیفه مراقبت وجود داشته است یا خیر.^۲

بر اساس قاعده غفلت، شخص فقط در صورتی که کمتر از حداقل سطح قابل قبولی که توسط قانون و یا عرف تعیین شده است عمل کند، مسئول خواهد بود. همچنین در صورت نقض وظیفه مراقبتی، افرادی که از این اقدام متضرر شده‌اند، وظیفه اثبات نقض وظیفه را خواهند داشت. به‌نظر می‌رسد، این معیار امروزه با گسترش فعالیت‌های گوناگون در حوزه‌هایی همچون صنعت، مواد بهداشتی، مواد خوراکی، مواد دارویی و...، که بعضاً غفلت در روند فعالیت هریک از آنها می‌تواند به پیامدهای خطرناکی منجر شود، پاسخ‌گو نیست. همگام بودن با این قواعد، ما را از مسیر عدالت و رفاه اجتماعی، که از جمله اهداف تمامی نظام‌های حقوقی عادلانه است، بازمی‌دارد.

۲.۱. دگرگونی در توازن احتمالات

در بسیاری از دعاوی و از جمله دعاوی شبه‌جرم غفلت، بار اثبات غفلت خوانده و همچنین ورود خسارت برعهده زیان‌دیده قرار دارد.^۳ این امر مبتنی بر «فرض عدم غفلت»^۴ بنا شده است که تماماً به نفع خوانده است و در نتیجه، این قربانی است

^۱. Horsey, Op. Cit., P 14.

^۲. دادگاه‌ها برای اطمینان از وجود وظیفه مراقبتی باید به سه سؤال پاسخ می‌دادند: نخست آنکه آیا صدمه وارده به‌طور معقولی قابل پیش‌بینی بوده است؟ دوم آنکه آیا رابطه سببیت میان آسیب وارده و فعل عامل غافل وجود دارد؟ و در نهایت اینکه آیا ایجاد وظیفه به نفع عدالت است یا خیر؟

^۳. Talley, E. L. *Law, economics, and the burden(s) of proof*. In: J. H. Arlen (ed.), *Research handbook on the economic analysis of tort law*, Edward Elgar Publishing, 2013, P 318.

^۴. presumption of non-negligence

که باید رفتار غفلت‌آمیز خوانده و نقض وظیفه مراقبتی او را اثبات کند که در بسیاری از موارد، خواهان ادله و شواهد کافی برای اثبات غفلت خوانده ندارد و در نتیجه محکوم به بی‌حقی خواهد شد. در سده‌های اخیر، تلاش‌هایی برای تغییر بار اثبات به صورت موردی شکل گرفته و از آنجایی که اصل بر «اثبات غفلت خوانده از سوی خواهان» است، سعی شده است تا استثنائات بر مبنای نظریات و تئوری‌های دقیق توجیه شوند.

در قرن بیستم، به دنبال افزایش نرخ حوادث ناشی از استفاده از فناوری‌های جدید در صنایع و کارخانه‌ها و رشد صنعت خودرو، برخی از سیستم‌های حقوقی در اروپا به دنبال تغییر بار اثباتی برآمدند و «پیش‌فرض مبتنی بر غفلت یا مسئولیت مفروض»^۱ را جایگزین «فرض عدم غفلت» کردند و آن را به عنوان مبنایی جدید پذیرفتند. قواعد مسئولیت مفروض در قبال شرکت‌ها، توسط اندیشمندانی، که از طرفداران «سوسیالیسم قانونی»^۲ بودند،^۳ مطرح شد و ایده اصلی آن بر مبنای «نظریه ریسک سود»^۴ استوار بود. بر این اساس، اجرای فعالیت‌های سودآور متضمن ریسک است و اشخاصی که از این سود بهره می‌برند باید هزینه انجام فعالیت‌های سودآور را در قالب پیش‌فرض مبتنی بر غفلت، پذیرا باشند و معتقد است که فرض مبتنی بر غفلت در فعالیت‌های مشارکتی همچون شرکت‌ها و کارخانه‌ها، همواره وجود دارد،^۵ مگر آنکه خلاف آن اثبات شود.

علاوه بر تغییر بار اثبات مسئولیت در شرکت‌ها، برخی از حوزه‌های قضایی در اروپا مانند آلمان^۶ و ایتالیا^۷ نسبت به تغییر بار اثبات در حوادث رانندگی نیز اقدام کرده‌اند. به گونه‌ای که در تصادفات وسایل نقلیه موتوری، بار اثبات از قربانیان به رانندگان منتقل شده است. هدف از این تغییر، حفاظت از کاربران آسیب‌پذیر جاده مانند دوچرخه‌سواران (در تصادفات با موتور سیکلت، اتومبیل، کامیون) و عابران پیاده مانند کودکان، سالمندان و افراد معلول (در تصادف با دوچرخه‌سواران، موتور سیکلت‌ها، خودروهای سواری و ماشین‌های سنگین) است.^۸

تغییر بار اثبات و سنگین شدن بار توازن احتمالات به نفع قربانی در شرایطی پدید می‌آید که اساساً سنگینی اثبات رابطه علیت، از سوی قربانی به سمت طرف دیگر میل پیدا می‌کند. به ویژه در بعضی از پرونده‌ها، بسته به ماهیت موضوع، شرایط و اوضاع و احوال، درجه غفلت خوانده چنان آشکار^۹ است که رابطه علیت بدون نیاز به اثبات قربانی، مفروض انگاشته می‌شود. وضعیت‌های مختلفی می‌توانند در تغییر بار اثبات سهیم باشند. نمونه‌ای از این امر، زمانی است که اگر مراقبت و احتیاطات لازم برآورده می‌شد، هیچ‌گونه آسیبی در طی روال عادی امور رخ نمی‌داد. در واقع حادثه باید چنان باشد که در جریان عادی امور اتفاق نیفتد؛ برای مثال، سنگ‌ریزه معمولاً در درون نان وجود ندارد یا حشره مرده در بسته‌بندی‌های غذا یافت نمی‌شود. در چنین مواردی بدیهی است که فقط یک عمل غفلت‌آمیز می‌تواند دلیل حادثه باشد.

حقوق دانان انگلیسی در برخی از پرونده‌ها، برای تغییر بار اثبات به موقعیتی به نام «از دست دادن شانس»^{۱۰} نیز استناد

¹. Presumptions of Negligence

². legal socialism

³. Frezza, Giampaolo and Francesco. *Achille Loria (1857–1943)*, In: Jurgen, Backhaus (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Edward Elgar Publishing, Second Edition, 2005, P 464.

⁴. Risk Theory of Profit

⁵. Guerra A. Luppi, B. Parisi, Francesco. “Do presumptions of negligence incentivize optimal precautions?”, *European Journal of Law and Economics*, Volume 54, 2022, P 353.

⁶. The Liability Provisions of the German Road Traffic Act

⁷. The Italian Civil Code of 1942.

⁸. Boufous, S. et al. “It is time to consider a presumed liability law that protects cyclists and other vulnerable road users”, *Journal of the Australasian College of Road Safety*, Volume 28, Issue 4, 2017, P 65.

⁹. Gross Negligence

¹⁰. The “Loss of a Chance” Cases.

می‌کنند. این موقعیت بیانگر زمانی است که اگرچه اثبات فعل یا ترک فعل غفلت‌آمیز خوانده، ممکن نیست، قربانی از اقدام خوانده، شانس آسیب ندیدن یا شانس کمتر آسیب دیدن را از دست می‌دهد. این مسئله معمولاً در پرونده‌های پزشکی صادق است؛ در جایی که بیماری اغلب خیلی دیر تشخیص داده می‌شود و فرصت بهبودی بیمار از بین می‌رود. باین‌حال، اگرچه در چنین مواردی مشخص نیست که در صورت تشخیص زودهنگام، بیمار می‌توانست نجات یابد یا خیر، این مسئله کاملاً واضح است که اگر بیماری زودتر تشخیص داده می‌شد، بیمار حداقل شانس بهبودی را داشت. یقیناً در چنین مواردی قلب بار اثبات در دعاوی شبه جرم به عدالت و انصاف نزدیک‌تر است. تغییر بار اثبات و جایگزینی فرض مسئولیت، قربانی را در موقعیت قوی‌تری قرار خواهد داد و لازم نیست که به‌طور قطعی نقض وظیفه مراقبتی و ورود زیان را اثبات کند و تا زمانی که خوانده اقدامی برای رد فرض و اثبات عدم غفلت خود انجام ندهد، قربانی مستحق دریافت خسارت است. ازجمله نتایج مثبت تغییر بار اثباتی، تأثیر آن بر انگیزه‌های احتیاطی اشخاص مسئول است؛ هنگامی که سعی می‌کنند زیر سایه پنهان و غیرقابل اثبات «فرض عدم غفلت» فعالیت‌های خطرناک خویش را ادامه دهند، جابه‌جایی در بار اثبات، منجر به اتخاذ اقدامات احتیاطی بیشتر و استانداردهای مراقبتی دقیق‌تری خواهد شد؛ هرچند تشخیص و تعیین مصادیق برای تغییر یا عدم تغییر بار اثبات، چالشی بزرگ برای نظام حقوقی کامن‌لا، تلقی خواهد شد.

۲.۲. جانشینی مراقبت بهینه اجتماعی به جای مراقبت معمول

در راستای تحول در اصول شبه جرم غفلت و افزایش کارایی اقتصادی نظام حقوقی و همچنین حمایت از عدالت و نفع همگانی در پرونده‌های مورد بحث، یکی دیگر از مواردی که در سال‌های اخیر مورد توجه قرار گرفته، جایگزینی مراقبت بهینه اجتماعی به جای مراقبت معقول است.^۱ در مسئولیت مبتنی بر شبه جرم غفلت عدول از مراقبت معمول، ضمان‌آور است و اثبات آن برعهده قربانی است و خوانده فقط در صورتی باید کل هزینه‌های حادثه را بپردازد که سطح مراقبت لازم و متعارف را رعایت نکرده باشد. مراقبت لازم، که اغلب به‌عنوان مراقبت معقول نیز از آن یاد می‌شود، معمولاً به‌عنوان احتیاط معمولی تعریف می‌شود که یک فرد معقول در شرایط پیش‌آمده انجام می‌دهد. برای تصمیم‌گیری درمورد غفلت خوانده، دادگاه باید بررسی کند که آیا خوانده سطحی از مراقبت لازم را به‌کار برده یا خیر. یکی از چالش‌های اساسی این مسئولیت، بی‌توجهی خوانده به تأثیر فعالیت او بر خسارات احتمالی و مورد انتظار حادثه است. به‌عبارتی در این نوع مسئولیت، خوانده فقط به‌منافع شخصی خود توجه می‌کند؛ چراکه صرف رعایت مراقبت معمول کافی است.^۲ سال‌های طولانی، بسیاری از صنایع یا شرکت‌ها مطابق با همین معیار، از بار مسئولیت رهایی می‌یافتند. هدف از جانشینی «مراقبت بهینه» به جای «مراقبت معمول» نه مادی‌سازی شبه جرم غفلت و تغییر آن به سمت مسئولیت مطلق، بلکه بهبود موضع قربانی و مسئول دانستن خوانده، به‌ویژه در برخی از پرونده‌های خاص، است. درواقع این مقاله به‌دنبال تأکید بر لزوم اتخاذ گونه‌ای از سیاست افتراقی است، تا با الزام به اتخاذ «مراقبت بهینه» از حقوق افراد حقیقی در برابر حوادثی که از غفلت شرکت‌های بزرگ در حوزه‌های مهمی همچون سلامت، حیات و بهداشت تضییع می‌شود، حمایت کند و تا حد امکان مفری برای خلاصی از مسئولیت آنها درقبال جرایم زیست‌محیطی،^۳ حوادث

^۱. Shavell, S. *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, P 208.

^۲. Ibid.

^۳. برای مطالعه در این حوزه نک: میرخلیلی، سید محمود و ابوذر سالاری فر، «بازنگری رکن روانی جرم در جرائم زیستی و نگاه اسلام به آن»، فصلنامه پژوهش‌های اعتقادی کلامی، دوره ۲۷، شماره ۲۸، ۱۳۹۶.

در حین کار و ... باقی نگذارد.

در صورت اتخاذ سیاست مراقبت بهینه، خواننده مسئول پرداخت تمام خسارت‌های وارده است. در واقع، اثبات اینکه خواننده سطح معمولی از مراقبت را اتخاذ کرده، برای فرار از مسئولیت کافی نیست.^۱ اموری مانند، میزان فعالیت، سود ناشی از فعالیت، ریسک ناشی از فعالیت، گستره و قلمرو احتمالی آسیب و تعدد افرادی که از فعالیت شخص ممکن است تحت تأثیر قرار گیرند، می‌توانند در جایگزینی مراقبت بهینه به جای مراقبت معمول و گذر از مسئولیت سنتی ناشی از شبه جرم تأثیرگذار باشند. به همین دلیل است که سیاست نظام‌های حقوقی بسته به اینکه می‌خواهند بر اقدامات خواننده یا قربانی کنترل داشته باشند، متفاوت می‌شود؛ به گونه‌ای که مخیرند تا میان این دو نوع مسئولیت انتخاب کنند.^۲

یکی از معیارهای اصلی برای ترجیح میان این دو نوع از مسئولیت، هنگامی است که غفلت قربانی نیز در ورود خسارت نقش داشته است، که از این وضعیت به عنوان «غفلت مشارکتی»^۳ یاد می‌شود. چنانچه قربانی و خواننده هر دو در حادثه و ایراد خسارت سهیم باشند، استناد به شبه جرم غفلت منطقی‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه از یک سو به طور پیش فرض تمام بار مسئولیت بر دوش یکی از طرفین قرار نمی‌گیرد و از سوی دیگر هریک از طرفین، انگیزه‌ای برای اتخاذ احتیاط‌های معقول خواهند داشت.^۴ در واقع استناد خواننده به غفلت مشارکتی نوعی دفاع در برابر مسئولیت مطلق شناخته می‌شود. براساس این قاعده، خواننده مسئول کل هزینه‌های حادثه است، مگر اینکه غفلت قربانی را اثبات کند که در این صورت قربانی نسبت به میزان غفلت خود، از خسارت محروم می‌شود. غفلت در این قاعده، به معنای همان عدم اتخاذ احتیاطات معقول است.

باین حال، همان طور که اشاره شد، گاهی حوزه نفوذ فعالیت خواننده به قدری گسترده و متضمن ریسک است که غفلت خواننده نمی‌تواند دلیل موجهی برای کاستن از بار مسئولیت خواننده محسوب شود. حتی در مسئولیت مبتنی بر غفلت مشارکتی، خواننده به دلیل «کنترل انحصاری»^۵ بر اعمال خطرآفرین خود و همچنین کاهش هزینه‌های نهایی حادثه، ملزم است تا اقدامات احتیاطی بهینه را به کار گیرد؛ برخلاف قربانی که فقط به کارگیری اقدامات احتیاطی معقول برای رفع مسئولیت او کافی است.^۶

نتیجه‌گیری

تأثیرپذیری جامعه امروز از پیشرفت‌ها و نوآوری‌ها، چرخه‌ای از ریسک‌ها را ایجاد می‌کند که عدم پیش‌بینی و متعاقباً عدم پیشگیری از آن می‌تواند نتایج زیان‌باری را به همراه داشته باشد. بسیاری از عوامل ناخوشایندی که بشر امروزه با آن روبه‌روست، ناشی از غفلتی است که اشخاص در سایه آن از مسئولیت کیفری رهایی می‌یابند. طیف اثرگذاری غفلت نه تنها در حوزه‌های خصوصی و روابط فی‌مابین اشخاص، بلکه در حوزه‌های عمومی و همچنین حوزه‌هایی که تماماً با جان و مال اشخاص پیوند خورده، در جریان است. غفلت در عین حال که می‌تواند به عنوان یک شبه جرم و با

^۱ Karapanou, Vaia. "Strict Liability Versus Negligence", *Department of Economics, Athens University of Economics and Business*, 2022, PP 2,3.

^۲ Ibid, P 6.

^۳ Contributory Negligence

^۴ Giuseppe Dari, M. "On The Definitions Of Care And Activity Level And The Choice Of Liability Rules", *Economic Institute, Utrecht University*, 2001, P 2.

^۵ "The Sole Control"

^۶ Shavell, S. *Economic analysis of accident law*, Cambridge: Harvard University Press, First edition, 1987, P 272.

صرف ضمانت اجرای جبران خسارت در نظر گرفته شود، ظرفیت واکنش شدیدتر، به دلیل سرزنش‌پذیری بالاتر در برخی از حوزه‌ها را نیز خواهد داشت. اولویت یافتن امنیت حیات و سلامت افراد، امنیت اقتصادی، حفظ محیط زیست و موارد دیگر در برابر اقدامات غفلت‌آمیز اشخاص، سبب تغییر الگوی سیاستگذاران به سمت واکنش‌های شدیدتر نسبت به غفلت شده است تا صرف ایجاد ریسک را مبنا و جایگزینی به جای عنصر روانی جرم تلقی کنند. این تغییر رویکرد فقط در مواردی که قلمرو آسیب گسترده است یا حیات افراد در معرض خطر و آسیب جدی قرار دارد، توجیه‌پذیر است. درواقع، در چنین مواردی با غفلت اشخاصی روبه‌رو هستیم که بدون التزام به اصل «تضمین عملکرد شایسته» و به کارگیری مراقبت و نظارت بهینه در طی فرایند، حیات انسان‌ها و سلامت آنها را نادیده می‌انگارند. این مقاله با بررسی دو جریان فکری در برابر ماهیت عنصر غفلت و سرانجام با بررسی تحولات در مؤلفه‌های شبه جرم غفلت، نشان می‌دهد که صرف اتخاذ یک رویکرد، مناسب به نظر نمی‌رسد. بدین منظور تعیین شاخصه‌هایی برای ایجاد یک رویکرد افتراقی ضروری است. این بدان معناست که با در نظر گرفتن ضابطه‌ای همچون حراست از نفوس و سلامت انسان‌ها، در مواردی که اعمال غفلت‌آمیز می‌تواند منجر به از بین رفتن این ارزش‌ها شود، باید با واکنش شدیدتری مواجه شود و صرف غفلت بتواند مبنایی برای تحمیل مسئولیت کیفری تلقی شود. همین‌طور مواردی همچون ضرورت حفظ محیط زیست، می‌تواند مبنایی برای عدول از سیستم سنتی فعلی تلقی شود؛ به گونه‌ای که درمورد غفلت کارخانه‌ها و نیروگاه‌ها در استفاده از موادی که منجر به آلودگی هوا می‌شود و می‌تواند در طولانی‌مدت آسیب‌های جدی بر سلامت جسمی و روحی شهروندان وارد کند، باید به‌سوی جرم‌انگاری غفلت پیش رفت؛ امری که بی‌تردید منجر به پاسخ‌گو نمودن اشخاص حقوقی نسبت به اعمالشان خواهد شد. از این‌رو، ایجاد یک رویکرد افتراقی که میان ریسک فعالیت و میزان غفلت از یک سو و تأمین امنیت و فراهم ساختن عدالت برای آسیب‌پذیران بالقوه از سوی دیگر، نسبتی متوازن و متعادل ایجاد نماید، بسیار بااهمیت است. اقتضائات جامعه امروز، تضمین بهبود عملکرد اشخاصی است که به‌موجب فعالیت‌های خطرناک، ریسک آسیب به دیگران را افزایش می‌دهند. از این‌رو ایجاد تغییراتی در رویکرد مراقبتی اشخاص می‌تواند منجر به شکل‌گیری نظامی عادلانه‌تر شود. عدالت و نفع همگانی نیز واکنش‌های شدیدتر از جنس کیفر را به‌ویژه برای حوزه‌های عمومی، که نقض احتمالی وظیفه مراقبتی و غفلت آنها می‌تواند تهدیدی بزرگ علیه منفعت جامعه و عدالت تلقی شود، ایجاب می‌کند. کنترل اعمال خطرناک، مدیریت ریسک، سرزنش‌پذیری و پاسخ‌گو ساختن شرکت‌ها عواملی‌اند که باید در راستای میزان فعالیت، سودآوری، نفع جامعه و پیشبرد عدالت تحلیل شوند تا برخورد افتراقی با غفلت را توجیه‌پذیر نمایند.

منابع

کتاب

۱. طاهری نسب، یزدالله، **رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان**، تهران: دادگستر، چاپ نخست، ۱۳۸۹.
۲. فلچر، جورج پی، **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ نخست، ۱۳۸۴.
۳. کلارکسون، سی. ام. وی، **تحلیل مبانی حقوق جزا**، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، تهران: جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
۴. الیوت، کاترین و کوین فرانسس، **حقوق شبه جرم**، ترجمه جمعی از پژوهشگران علوم کیفری، ویرایش علمی و ادبی: نسرين مهر، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۴۰۰.

مقاله

۵. جانی‌پور اسگلکی، مجتبی و مجتبی وهابی توچایی، «ضابطه تشخیص بی‌احتیاطی در تحقق مسئولیت کیفری»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۷۹-۱۱۶.
۶. شاملو، باقر، «بازخوانی سیاست جنایی پیشگیرانه در پرتو پاندمی کووید ۱۹ و تئوری آشوب»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۳۹۹، صص ۱۱۱-۱۴۲. Doi: 10.22034/JLR.2020.185110.1655
۷. گرایلی، محمدباقر، «عنصر خطای جزایی در حقوق کیفری ایران و کامن‌لا»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۹۱، صص ۱۷۷-۲۰۲.
۸. مهدوی ثابت، محمدعلی، هوشنگ شامبیانی و شهرام محمدزاده، «رویکرد نظام کیفری ایران و انگلیس به رفتارهای ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌پروایی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۶، شماره ۹۵، پاییز ۱۴۰۰، صص ۲۱-۴۰.
۹. مهرا، نسرین، «تعیین مشخصه‌های جرم بر تعیین مجازات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، صص ۶۳-۸۴.
۱۰. میرخلیلی، سید محمود و ابوذر سالاری‌فر، «بازنگری رکن روانی جرم در جرائم زیستی و نگاه اسلام به آن»، فصلنامه پژوهش‌های اعتقادی کلامی، دوره ۲۷، شماره ۲۸، ۱۳۹۶، صص ۱۶۱-۱۸۲.

References

Books

1. Ashworth, A. *Principles of criminal law*, Oxford University Press, Second Edition, 1992.
2. Atiyah, Patrick S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979.
3. Clarkson, C. M. V. *Understanding Criminal Law*, Translated by: Hossein Mir-Mohammad Sadeghi, Tehran: Shahid Beheshti University Jahad, Second Edition, 2005. (in Persian)
4. Conaghan, Joanne and Wade Mansell. *The Wrongs of Tort (law and Social Theory)*, Pluto Press, Second Edition, 1999.
5. Duff, R. A. *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford: Basil Blackwell, 1990.
6. Dyson, Matthew and Steel Sandy, *Risk and English Tort Law*, In: Dyson, Matthew (ed.), *Regulating Risk through Private Law*, Intersentia, 2018.
7. Elliott, Catherin and Frances Quinin, *Criminal Law*, London: Longman, Forth Edition, 2002.
8. Elliott, Catherine, and Frances Quinn, *Tort Law*, Translated by: A group of Researchers of Criminal Sciences, Scientific and Literary Edited by: Nasrin Mehra, Tehran: Mizan, First Edition, 2021. (in Persian)
9. Finkelstein, C. *Involuntary Crimes, Voluntarily Committed*, In: Stephen, Shute and Andrew Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford University Press, 2002.
10. Fletcher, George P, *Basic Concepts of Criminal Law*, Translated by: Sayyed Mahdi Sayyedzadeh Sani, Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences, First Edition, 2005. (in Persian)
11. Frezza, Giampaolo and Francesco. *Achille Loria (1857-1943)*, In: Jurgen, Backhaus (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Edward Elgar Publishing, Second Edition, 2005.
12. Heaton, R. *Criminal Law*, Oxford University Press, Second Edition, 2006.
13. Horsey, Kirsty and Erika Rackley. *Introduction to the Tort of Negligence, Tort Law (8th edn)*, Oxford Law Trove, 2023.
14. Lafave, Wayne R. and Jr. Scott, Austin. *Substantive Criminal law*, Minnesota: West Publishing, 1986.
15. Lawrence M. Friedman. *A History of American Law*, Simon and Schuster, Third Edition, 2005.
16. Morton, H. *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, 1977.
17. Shavell, S. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

18. Shavell, S. *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press, First edition, 1987.
19. Simester, A. P. *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, First edition, 2005.
20. Taheri Nasab, Yazdollah, *Causation in Iranian and English Criminal Law*, Tehran: Dadgostar First Edition, 2010. (in Persian)
21. Talley, E. L. *Law, Economics, and the Burden(s) of Proof*. In: J. H. Arlen (ed.), *Research Handbook on the Economic Analysis of Tort Law*, Edward Elgar Publishing, 2013.
22. Wilson, William. *Criminal Law*, Pearson Education Limited, First Edition, 1998.

Articles

23. Boufous, S. et al. "It Is Time to Consider a Presumed Liability Law That Protects Cyclists and Other Vulnerable Road Users", *Journal of the Australasian College of Road Safety*, Volume 28, Issue 4, 2017.
24. Cane, P. "Liability for Defective Products", *Law Commission* (Law Com No 82, 1977) [23], [37]–[38] *The Anatomy of Tort Law*, Hart Publishing, 1997.
25. Chan, Winnie and A. P. Simester. "Four Functions of Mens Rea", *The Cambridge Law Journal*, Volume 70, Issue 2, 2011, PP. 381-396. Doi: <https://doi.org/10.1017/S0008197311000547/>
26. Duff, A. "Two Models of Criminal Fault", *Criminal Law and Philosophy*, Volume 13, 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3420148/>
27. Gerayeli, Mohammad Bagher, "The Element of Criminal Fault in Iranian Criminal Law and Common Law", *Criminal Law Doctorines*, Volume 9, Issue 3, 2012, PP 177-202. (in Persian)
28. Giuseppe Dari, M. "On The Definitions Of Care And Activity Level And The Choice Of Liability Rules", *Economic Institute, Utrecht University*, 2001.
29. Greenberg, A. "Awareness and the Recklessness/Negligence Distinction", *Criminal Law and Philosophy*, Volume 18, 2024, PP. 351–367. <https://doi.org/10.1007/s11572-023-09687-3/>
30. Greenberg, A. "Why Criminal Responsibility For Negligence Cannot Be Indirect", *Cambridge Law Journal*, Volume 80, Issue 3, 2021, PP. 489–514. Doi: <https://doi.org/10.1017/S0008197321000659/>
31. Guerra A. Luppi, B. Parisi, Francesco. "Do Presumptions of Negligence Incentivize Optimal Precautions?", *European Journal of Law and Economics*, Volume 54, 2022, PP: 349–368. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3334448/>
32. Janipour Asglaki, Mojtaba and Mojtaba Vahabi Tochaie, "The Test of Carelessness Distinction in Establishment Criminal Liability", *Islamic Jurisprudence and Law Research Journal*, Volume 2, Issue 4, 2012, PP. 79-116. (in Persian)
33. Karapanou, Vaia. "Strict Liability Versus Negligence", *Department of Economics, Athens University of Economics and Business*, 2022.
34. Kenneth, W. S. "Rethinking Mental States", *Boston University Law Review*, 1992.
35. Mahdavi Sabet, Mohammad Ali, Hooshang Sham-Bayati and Shahram Mohammad-Zadeh, "Iran and England Criminal System's Approach to Conducts Caused by Negligence and Recklessness", *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Volume 26, Issue 95, 2021, PP 21-40. (in Persian)
36. Mehra, Nasrin, "The Effect of Crime Characteristics on Sentencing", *Legal Research Quarterly*, Volume 22, Issue 88, 2019, PP 63-84. (in Persian)
37. Mirkhalili, Sayyed Mahmoud and Abouzar Salari Far, "A Review of the Mental Element of Crime in Biological Offenses and Islam's Perspective on It", *Quarterly Journal of Theological Doctrinal Research*, Volume 7, Issue 28, 2017, PP 161-182. (in Persian)
38. Ripstein, A. *Theories of the Common Law of Torts*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition), Available at: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/tort-theories/>

39. Shamloo, Bagher, "Preventive Criminal Policy Review in the Light of Epidemic Covid - 19 and Chaos Theory", *Legal Research Quarterly*, Volume 23, Special Issue on Law and COVID-19, 2020, PP 111-142. Doi: 10.22034/JLR.2020.185110.1655. (in Persian)
40. Weldon, Evelyn. "Crime and the Industrial Revolution", *Spring Showcase for Research and Creative Inquiry*, Volume 80, 2021.



Original Article

Assessment of the German Constitutional Approach to Combating Political Corruption

Sayyed Mojtaba Vaezi¹, Shahram Ebrahimi², Sadegh Moradi³

Highlights

- In Germany, meritocracy, transparency, accountability, participation in global synergies in the fight against corruption, and the existence of an efficient representative system and the rule of law play a key role in preventing corruption.
- The use of successful legal and supervisory mechanisms is only part of the solution and models must be localized.
- Success in the fight against political corruption requires a multifaceted approach and adherence to evidence-based policymaking, a deep socio-cultural understanding of society and its real needs, and a strong commitment to transparency and accountability.

ABSTRACT

Introduction

In modern societies, it is essential to create appropriate conditions for the active participation of citizens in political life, and political development is a prerequisite and essential co-requisite in this regard. In the meantime, although political development arises from a democratic order and the rule of law, political corruption, on the other hand, disrupts this process and threatens sustainable development, posing a serious threat to democratic structures. It can lead to deviations in policy-making and prevent the government from achieving goals in line with sustainable development. Political corruption, by weakening democratic institutions and reducing public trust, has also become a chronic disease in political systems and has affected the economic development and political stability of countries by creating inequality and injustice, a process that leads to the creation of an unequal society. Corruption can also lead to unfair allocation of resources, foster nepotism, and a lack of transparency in the functioning of government institutions. Among these, Germany is one of the countries known for its serious approach to combating corruption and has taken extensive measures to promote transparency and accountability. In this regard, the authors, to provide implementation suggestions (including providing implementation mechanisms in refining laws, regulating an efficient representation system, strengthening oversight, and increasing transparency and accountability), aim to answer what mechanisms and laws have been used in Germany to combat political corruption. And how can political corruption be overcome through legal reforms?

How to Cite: Vaezi, Sayyed Mojtaba, Ebrahimi, Shahram, Moradi, Sadegh, "Assessment of the German Constitutional Approach to Combating Political Corruption", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:43-66.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239512.2881>

Received: 19/04/2025-Accepted: 09/06/2025

1. Professor of Law, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Corresponding Author Email: mojtaba_vaezi@yahoo.com

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

3. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

Methods

The present research answers the main question posed in several sections (conceptualization and assessment of the origin of political corruption, examination and analysis of the mechanism of Germany in combating political corruption of employees, officials and political institutions, combating corruption in the recruitment process through anti-corruption guidelines and regulations, evaluation of anti-corruption guidelines in recruitment, examination of the German anti-corruption structure in judicial affairs, examination of the policies of the authorities supervising the prevention of corruption, evaluation of the approach of laws regarding political institutions, the approach of laws regarding the legislative institution, compliance with the requirements and standards of legislation on the issue of anti-corruption and establishment of the hidden rule of parliament and law) and finally, by answering other questions, it draws conclusions and presents suggestions. This research has collected information on the subject of research and presented executive solutions with a descriptive approach and qualitative content analysis, and evaluation of the German constitution, laws, and regulations, and by referring to library resources. Also, in terms of data type, it is a mixture of quantitative and qualitative data, and in terms of how the results are applied, the research is applied.

Results and Discussions

Based on the research findings, political development is the process of creating a basis for institutionalizing the political organization and participation of citizens, which results in increasing the capability of a political system. Political corruption is also a chronic general disease of the political complex that, if not cured, destroys society. In the meantime, the actor or initiator of corruption, the abuser of resources derived from corruption, and the structure of corruption or the causes and manner of corruption and its consequences, should be considered. In this regard, Germany has achieved significant success in preventing and reducing corruption by using comprehensive laws and complete supervision of institutions. In this regard, recruitment and promotion based on merit and providing continuous training on corruption prevention are examples of measures that Germany uses. Germany has always aimed to continuously revise its laws and adapt them to the needs of society and international standards in order to increase the effectiveness of anti-corruption laws and thus respond to the new complexities of corruption. The German Constitution and other national and state laws (which are influenced by European Community law and international law and consist of around 1,900 laws and thousands of legal documents) provide a strong supervisory system and high ethical standards for public officials in its independent administrative court system, and enforce administrative law through administrative courts. Germany has also succeeded in adopting independent, transparent supervisory institutions and effective financial disclosure due to the extensive anti-corruption laws it has enacted. Other German efforts include educational measures aimed at preventing corruption and promoting the culture of civil servants, which have made Germany one of the most industrialized countries in the world and the richest member of the European Union. Also, things such as collective wisdom, active citizen participation, and the existence of an effective representative system are other parts of a successful democracy that must be taken into account in the process of regionalization and localization. International cooperation and the exchange of global experiences can also be used to enrich approaches. Overall, success in combating corruption requires adherence to a combination of evidence-based policymaking, a deep socio-cultural understanding of society and its real needs, and a strong commitment to transparency and accountability.

Conclusion

According to the German experience, the fight against corruption requires a multifaceted approach that includes deep legal reforms, strengthening oversight and transparency, and promoting education and culture that are rooted in the country's legal and cultural system. Germany strongly emphasizes transparency, accountability, and the rule of law, and regulates laws in a way that is consistent with the needs of society and human rights standards. However, simply using successful legal and oversight mechanisms (as seen in Germany) is only part of the solution, and such models need to be localized, taking into account the specific social, cultural, and political context of different countries.

KeyWords: Political Corruption, Democratic Governance, Transparency, Legal Reforms, Political Development, German Constitution



ارزیابی رویکرد قانون اساسی کشور آلمان در مبارزه با فساد سیاسی

سید مجتبی واعظی^۱، شهرام ابراهیمی^۲، صادق مرادی^۳

نکات برجسته

- در آلمان شایسته‌سالاری، شفافیت، پاسخ‌گویی، مشارکت در هم‌افزایی جهانی در مبارزه با فساد و وجود نظام نمایندگی کارآمد و حاکمیت قانون، نقش کلیدی در پیشگیری از فساد دارد.
- بهره‌گیری از سازوکارهای قانونی و نظارتی موفق، فقط بخشی از راه‌حل است و الگوها باید بومی‌سازی شوند.
- موفقیت در مبارزه با فساد سیاسی، مستلزم اتخاذ رویکردی چندجانبه و پایبندی به سیاست‌گذاری‌های مبتنی بر شواهد، فهم عمیق اجتماعی-فرهنگی از جامعه و نیازهای واقعی آن و تعهد جدی به شفافیت و پاسخ‌گویی است.

چکیده

فساد سیاسی به‌عنوان یکی از پیچیده‌ترین معضلات جهانی، تهدیدی جدی برای ساختارهای دموکراتیک و حاکمیت قانون است و می‌تواند مانع از توسعه، و زمینه‌ساز انحراف در سیاست‌گذاری‌های عمومی شود. در این میان، آلمان به‌عنوان یکی از موفق‌ترین کشورها در ایجاد چارچوب‌های قانونی و نظارتی برای مبارزه با فساد، نقشی پیشرو در این زمینه ایفا می‌کند. بنابراین، پژوهش حاضر با رویکرد تحلیل محتوای کیفی، از طریق مراجعه به منابع تطبیقی کتابخانه‌ای، به ارائه راهکارهای قانونی و نهادی در مقابله با فساد سیاسی، با تمرکز بر تجربه آلمان پرداخته است. مطابق یافته‌های پژوهش حاضر، روش‌های قانونی آلمان می‌تواند به‌عنوان الگویی برای سایر کشورها مورد استفاده قرار گیرد. سؤالاتی که در تحقیق پیش‌رو برآینم تا به آنها پاسخ دهیم عبارت‌اند از: در آلمان چه سازوکارها و قوانینی برای مبارزه با فساد سیاسی به کار گرفته شده است؟ و چگونه می‌توان از طریق اصلاحات قانونی بر فساد سیاسی غلبه نمود؟ پیشنهادهاى ارائه‌شده در این مقاله نیز مشتمل بر ارائه سازوکارهای اجرایی در تنقیح قوانین، تنظیم نظام نمایندگی کارآمد، تقویت نظارت، ارتقای نظام حمایت از افشاگران، افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی در پیشگیری از فساد در تمام سطوح دولتی است.

کلید واژگان: فساد سیاسی، حکمرانی دموکراتیک، شفافیت، اصلاحات قانونی، توسعه سیاسی، قانون اساسی آلمان.

استناد به این مقاله: واعظی، سید مجتبی، ابراهیمی، شهرام، مرادی، صادق، «ارزیابی رویکرد قانون اساسی کشور آلمان در مبارزه با فساد سیاسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۶۶-۴۳.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239512.2881>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۹

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

/ایمیل نویسنده مسئول: mvaezi@shirazu.ac.ir

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

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران



Copyright: © 2025 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 جوامع مدرن امروزی، ایجاد بسترهای مناسب برای مشارکت فعال شهروندان در حیات سیاسی بسیار مهم است و توسعه سیاسی در این راستا هم پیش‌نیاز و هم نیاز اساسی به‌شمار می‌رود. اگرچه توسعه سیاسی برخاسته از نظم و نسق دموکراتیک و حاکمیت قانون است، در مقابل آن، فساد سیاسی به‌عنوان یکی از پیچیده‌ترین و گسترده‌ترین معضلات جوامع انسانی، محل این فرایند و تهدیدکننده توسعه پایدار است. به تعبیر کلی، فساد سیاسی به‌معنای سوءاستفاده از قدرت و منابع دولتی برای منافع شخصی یا گروهی است. این پدیده می‌تواند موجب انحراف جدی در سیاست‌گذاری‌های عمومی گردد و دولت را از تأمین اهداف همسو با توسعه پایدار بازدارد. فساد سیاسی، همچنین با تضعیف نهادهای دموکراتیک و کاهش اعتماد عمومی، به یک بیماری مزمن در سیستم‌های سیاسی مبدل شده و با ایجاد نابرابری و بی‌عدالتی، توسعه اقتصادی و ثبات سیاسی کشورها را تحت‌تأثیر قرار داده است؛ فرایندی که به ایجاد جامعه‌ای نابرابر می‌انجامد. فساد می‌تواند باعث تخصیص ناعادلانه منابع، ترویج خویشاوندسالاری و عدم شفافیت در عملکرد نهادهای دولتی گردد. شایان‌ذکر است که قدرت سیاسی متمرکز و نبود نظارت کافی بر سیاست‌گذاران، زمینه‌ساز بروز فساد در سطوح مختلف حاکمیتی است.

آلمان، (که بیش از ۱۵۶۰ مورد^۱ سوءاستفاده مالی از سوی مسئولان خود را طی سال‌های ۱۹۵۵ تا ۱۹۸۷ تجربه کرده است)،^۲ امروزه یکی از کشورهایی است که با رویکرد جدی خود در مبارزه با فساد شناخته می‌شود و اقدامات گسترده‌ای در ارتقای شفافیت و پاسخ‌گویی در تمام سطوح اداری و سیاسی اتخاذ نموده است. قانون اساسی آلمان و سایر قوانین ملی و ایالتی (که متأثر از حقوق جوامع اروپایی و حقوق بین‌الملل بوده و متشکل از حدود ۱۹۰۰ قانون و هزاران سند قانونی است)^۳ نظام نظارتی قوی و استانداردهای اخلاقی بالایی را در نظام دادگاه اداری مستقل خود^۴ برای مقامات عمومی فراهم، و حقوق اداری را از طریق دادگاه‌های اداری اعمال می‌کند.^۵ همچنین به‌دلیل قوانین ضد فساد فراوانی که تصویب کرده، موفق به تصویب نهادهای نظارتی مستقل و شفافیت و افشای مالی مؤثر شده است. این کشور به‌طور مداوم قوانین و مقررات خود را بازنگری و به‌روزرسانی می‌کند تا به پیچیدگی‌های جدید فساد در تعادل مسائل جهانی پاسخ بگوید. دیگر تلاش‌های آلمان، شامل اقدامات آموزشی با هدف جلوگیری از فساد و ارتقای فرهنگ کارمندان دولتی است که آلمان را به یکی از صنعتی‌ترین کشورهای دنیا و ثروتمندترین عضو اتحادیه اروپا مبدل کرده است.^۶

نویسندگان در این مقاله برآن‌اند تا به پرسشی مهم و اساسی پاسخ دهند؛ اینکه چگونه می‌توان با استفاده از ساختارهای قانونی موجود، با فساد سیاسی مقابله، و توسعه سیاسی را (با الگوبرداری از کشور آلمان) تضمین کرد؟ و اینکه در آلمان چه سازوکارهایی برای پیشگیری از فساد به کار گرفته شده است؟ چه عواملی در تداوم فساد نقش دارند و چگونه می‌توان

۱. آمار مذکور براساس تحقیقات یک مقام قضایی در سال ۱۹۹۵ در فرانکفورت به دست آمده است.

۲. شلالوند، عبدالعلی، «تأملی ریشه‌نگر در موج جهانی مبارزه با فساد و اختلاس (اختلاس فساد اداری، آفت توسعه)»، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۲۵، ۱۳۷۷، ص ۱۳۶.

۳. همتی، مجتبی، *آشنایی با نظام‌های قضایی در حقوق تطبیقی (آلمان)*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۵، ص ک.

۴. بکر، فلورین، «تحولات حقوق اداری آلمان»، ترجمه خدیجه شجاعیان، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۷۸.

۵. مرادی، صادق و پریا حسینی، *ساخت حقوق اداری*، تهران: آشنا، ۱۴۰۴، ص ۱۰۰.

۶. همتی، پیشین، ص ط.

(با استفاده از تجربیات موفق آلمان) از طریق اصلاحات قانونی بر آن غلبه کرد؟ یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهند که روش‌های قانونی و فرهنگی آلمان در مقابله با فساد می‌تواند به‌عنوان الگویی برای کشورهای دیگر مورد استفاده قرار گیرد. همچنین، پیشنهادهایی برای بهبود و تقویت چارچوب‌های حقوقی و نهادی با تأکید بر شفافیت، پاسخ‌گویی و عدالت ارائه شده است.

پژوهش حاضر در سه فصل (تعریف فساد سیاسی، خاستگاه آن و رویکرد کشور آلمان در مبارزه با فساد سیاسی) به پرسش‌ها پاسخ داده و در انتها به نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادها پرداخته است. این پژوهش با رویکرد توصیفی و تحلیل محتوای کیفی، از طریق مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، به گردآوری اطلاعات و ارائه راهکارهای اجرایی پرداخته است. همچنین، به‌لحاظ نوع داده، آمیخته‌ای است از داده‌های کمی و کیفی، و از منظر نحوه به‌کارگیری نتایج، پژوهش کاربردی است.

در این میان، پژوهش‌های پیشین در این رابطه نیز واجد کاستی‌ها و نقاط قوتی به شرح آتی است:

- کیفیت حکومت: رویکردی جهانی به فساد، اعتماد اجتماعی و بی‌طرفی. (بو روتشتاین، ترجمه آذین حیاتی، انتشارات نسل روشن).

کتاب مزبور رویکردی جهانی به فساد، اعتماد اجتماعی و بی‌طرفی دارد و یکی از ویژگی‌های اساسی حکومت با کیفیت را بی‌طرفی در اعمال قدرت قلمداد، و آن را با تحلیل‌های مقطعی، مطالعات تجربی و تحقیقات تاریخی اثبات می‌نماید. نویسنده حکومت خوب را در بی‌طرفی مشاهده می‌کند و آن را متفاوت از دموکراسی، حاکمیت قانون و کارآمدی می‌نامد و از نظر مفهومی برای آن ارجحیت قائل است.

- نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی (محمد راسخ، انتشارات دراک).

نویسنده در این کتاب معتقد است که رفتار شهروندان در بهره‌جویی از قدرت عمومی صرفاً در حدود مقرر قانونی تجویز می‌شود و نظارت و تعادل، به‌نحو مشروح و مبسوط، مدنظر نویسنده بوده است. کوشش مزبور هرچند مأجور بوده، صرفاً یکی از مؤلفه‌های فسادستیزی را بررسی نموده است.

- حکمرانی خوب و توسعه، دیدگاه و یافته‌های دنیل کافمن (مهدی مقدری، نشر نگاه معاصر).

نویسنده مهم‌ترین یافته‌های دنیل کافمن را تبیین و مشخص می‌کند چگونه بهبود شاخص‌های حکمرانی، به رشد درآمد کشورها، کاهش فساد، ارتقای حاکمیت قانون، کیفیت نظارتی، شفافیت و پاسخ‌گویی و کارآمدی حکومت منجر می‌شود.

- در تکاپوی حکمرانی خوب (دارون عجم اوغلو و دیگر نویسندگان، ترجمه مهدی مقدری، انتشارات نگاه معاصر).

نویسندگان در این کتاب معتقدند این درک روبه‌رشد وجود دارد که توسعه به بخش‌های اساسی مجموعه وسیعی از نهادها اشاره داشته و تعاملات بین حاکمیت و توسعه، به‌طور تنگاتنگی با تعاملات بین نهادها و رشد اقتصادی مرتبط است. کتاب مزبور، دیدگاه گسترده‌ای از انتخاب‌های استراتژیک در اختیار تصمیم‌گیرندگان توسعه می‌گذارد.

- حکمرانی بد و فساد (ریچارد رز، گرین پیفر؛ ترجمه هدایت کارگرشورکی و سعید عطاری؛ انتشارات روزنه).

در این کتاب براساس یک پیمایش فراگیر در ۱۲۵ کشور دنیا، از این بحث می‌شود که حکمرانی بد، کیفیت خدمات اجتماعی را کاهش داده و خدمت‌رسانی مطلوب نهادهای مجری قانون را مخدوش نموده است. در حکمرانی‌های بد، عدم ارائه ضابطه‌مند خدمات عمومی، توسل به راه‌های گریز و پرداخت رشوه را نتیجه می‌دهد.

- کتاب فساد و دولت (سوزان رز-اکرم، ترجمه منوچهر صبوری، انتشارات شیرازه).

نویسنده مترصد بررسی انفجار تحقیقاتی حاصل از فروپاشی دیوار برلین، تأسیس سازمان شفافیت بین‌الملل و تصمیم

بانک جهانی برای توجه جدی به سیاست‌های مبارزه با فساد است. در این میان، گذر زمان تأکیدات آکرمن بر اصلاحات نهادی را به‌عنوان شرط لازم برای پیشرفت بیش از پیش به اثبات رسانده است.

- جمهوری؛ حکومت مطلوب، مدل مطرود؛ نقش عقلانیت در طرح نظریه نظارت (حسین یزدی، انتشارات طرح نو).

نویسنده در این کتاب، فلسفه ختم نبوت را نه جایگزینی عقل با وحی و دستورات، که نشستن وحی بر کرسی تعقل دانسته و معتقد است وحی باید از حالت برنامه به قانون تغییر وضع داده و عقل محور تصمیم‌گیری در امور شود.

- چهار نظریه درباره حکمرانی (محمدامیر قدوسی، انتشارات نگاه معاصر).

نویسنده در این کتاب، چهار نظریه اصلی درباره حکمرانی را صورت‌بندی و نقد نموده است. نظر نویسنده دو سوی طیف نظریات، «مشروطیت محض» و «مشروعیت خالص» است و در میانه آن، دیدگاه‌هایی است که می‌کوشند این دو طیف را کنار یکدیگر بنشانند و ناسازگاری آنها را حل کنند.

- زنده‌باد فساد (علی ربیعی، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی).

مطابق مضامین این کتاب، هر جا که قدرت و ثروت متمرکز شود و هر جا دولتی وجود دارد فساد نیز وجود دارد؛ بنابراین هنگامی که مونته‌سکیو، نظریه تفکیک قوا را مطرح می‌نماید، هدف در واقع مبارزه با فساد بوده است.

اگرچه در رابطه با پژوهش پیش‌رو و برخی دغدغه‌های نگارنده، پیش از این نیز تحقیقاتی صورت گرفته، عنوان مطالعه پیش‌رو در هیچ‌یک از پژوهش‌ها به‌عنوان موضوع محوری مطرح نبوده است. پژوهش‌های پیشین برانزنده ستایش، اما بسیار ناچیز و بلکه -در تقابل با پیچیدگی و تنوع مجاری فساد- در حکم عدم‌اند.

۱. مفهوم‌شناسی فساد سیاسی

از دهه ۱۹۷۰ و توأم با ابراز نگرانی اغلب کشورها پیرامون بودجه احزاب سیاسی، فساد سیاسی نیز مطرح نظر قرار گرفت. فساد سیاسی توأمان، نظام سیاسی و قوه مجریه را متأثر می‌کند؛ فساد سیاسی در واقع رفتارها و اعمالی است که اخلاق سیاسی را مخدوش، و به آن لطمه وارد می‌نماید و مشتمل بر حوزه عمومی فعالیت بازیگران سیاسی است که آن را فساد بزرگ نیز می‌نامند. بر این مبنا، فعالیت‌هایی نظیر فساد مالی و حرفه‌ای در حوزه خصوصی، خارج از حوزه علایق تحلیلی در تعریف فساد سیاسی قرار می‌گیرند. از آنجاکه بین حوزه بخش عمومی و خصوصی تداخل در شمولیت وجود دارد و رابطه متقابل بسیار نزدیکی بین جرائم سازمان‌یافته و سیاست وجود دارد، ارائه یک تعریف جامع، تعمیم‌پذیر و غیرمتناقض از مفهوم فساد سیاسی ممکن نمی‌نماید. در این میان، اغلب تعاریف فساد سیاسی، تمایز بین تعاریف دولت‌محور، بازارمحور و مبتنی بر نفع عمومی را دنبال نموده‌اند.

در رهیافت‌های بازار محور، بیشتر به سازوکارهای فساد سیاسی و رابطه کارگزار و شرایط ایجادکننده فساد پرداخته می‌شود. فساد سیاسی در شرایطی که کارگزار سیاسی با قربانی کردن منافع عمومی ناشی از اصول حقوقی، قانون را به نفع منافع خود نقض می‌کند، رخ می‌دهد. به‌علاوه، فساد به‌صورت اجتماعی مبتنی بر دیدگاه‌های عمومی شهروندان مفهوم می‌یابد^۱ و در نهایت، آنچه عموم مردم غیراخلاقی، مضر و فاسد تلقی نمایند، فساد است. این تعریف البته مبتنی بر آن دسته از افکار عمومی است که از اعمال فاسد در حال وقوع آگاه است. این تعریف همچنین مستلزم پذیرش آزادی بیان است و توانایی و امکان اظهارنظر آزادانه افکار عمومی در مورد هر موضوع فرضی را مفروض می‌داند. در این میان باید توجه داشت که اتکا به تعریف اجتماعی فساد سیاسی، تحلیل‌های مبتنی بر قیاس را نمی‌پذیرد؛ زیرا امکان جابه‌جایی تعاریف

۱. عباس‌زادگان، سید محمد، *فساد اداری*، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۴، ص ۱۶.

مفاهیمی که واجد ویژگی فرهنگی اند وجود ندارد.

این نوع از فساد به استفاده از قدرت عمومی به منظور کسب منافع مادی و معنوی نامشروع شخصی یا گروهی، از جانب مقامات عالی و صاحب‌منصبان دولتی و قانونگذاران یا شبکه‌های نفوذ گفته می‌شود که اغلب مفسد از آن منشأ و مبنا می‌گیرد. مفسد علمی و دانشگاهی و مفسد اقتصادی، منشعب از فساد سیاسی‌اند که در نهادها و ساختارها و قواعد سیاسی نادرست متظاهر می‌گردند. این نوع از فساد در ارتباط بین بازیگران سیاست ظهور دارد. به این صورت که بازیگران سیاسی که از صلاحیت تصمیم‌سازی برخوردار شده‌اند، از قدرت خود در راستای نقض قوانین و معیارهای اخلاقی، بهره می‌جویند و برای خود یا دیگران، منفعت^۱ فراهم می‌نمایند؛ لذا فساد سیاسی، انحراف از وظایف رسمی یک نقش همگانی به سمت یک توجه شخصی و گروهی است. همچنین، در فساد سیاسی، ساختار قدرت، متمرکز، رقابت سیاسی، معدوم و مکانیسم مسئولیت‌پذیری، ضعیف است.^۲

با ظهور و بروز فساد سیاسی، نهادهای دموکراتیک، تهی از مضمون شده و کارکرد اصلی خود را از دست داده و منافع گروه‌های فشار، جایگزین منافع عمومی می‌گردد. یک سیاست‌مدار فاسد، برای نیل به اهداف سیاسی شخصی، از قبیل حفظ قدرت و نفوذ، ممکن است به اقدامات آلوده به فساد متوسل گردد. در این میان، فساد سیاسی عموماً جنبه محرمانه داشته و در اشکال متنوعی^۳ بروز می‌یابد.

عدم عزم سیاسی تصمیم‌سازان، ضعف و ناکارآمدی مجموعه حاکمیت، برخورداری از اختیارات نامتناسب و بیش از حد، تمرکز قدرت، عیب در مکانیسم‌های شفافیت و مسئولیت‌پذیری و انبوهی از عوامل دیگر^۴ نیز تسهیل‌گر ظهور، بروز و رشد فسادند و مردم‌سالاری و حاکمیت دموکراتیک، فی‌نفسه منجر به کاهش فساد نمی‌گردد. فساد همچنین در محیطی که در آن تمایل جمعی، متوجه اکتساب چیزی فراتر از منافع شخصی است رشد می‌یابد. در نهایت، فساد سیاسی، از طریق استهزا فرایندها و نهادهای رسمی دموکراتیک، مردم‌سالاری را تضعیف و اعتماد به نهادها را مخدوش می‌کند.

۲. خاستگاه فساد سیاسی^۵

فساد سیاسی، سوءاستفاده از قدرت سیاسی در راستای نیل به اهداف و منافع شخصی و نامشروع و گاهی مغایر با منافع عمومی است و خاستگاه‌های اصلی آن به شرح آتی است:

– بوروکراسی ناکارآمد: نظام اداری، عینیت و تجسم حقوق اساسی^۶ و مجرای اصلی اجرای سیاست‌های دولت و رابط اجرایی دولت با مردم است. دستگاه بوروکراسی مطلوب آن است که کارکنان دولت، وظایف محوله در قبال شهروندان را در چارچوب قوانین، به‌ازای دریافت حقوق، به‌نحو مطلوب انجام دهند. تخدیش این فرایند و ممانعت از به ثمر رسیدن آن، موجب فساد اداری است که در نهایت به فساد سیاسی ختم می‌شود. در این میان، انحصارات دولتی، مقررات شدید و بی‌نتیجه، بوروکراسی پیچیده، حقوق ناچیز کارکنان دولت و مصونیت عملی

۱. منفعت مادی یا غیرمادی.

۲. فروند، ژولین، *جامعه‌شناسی ماکس وبر*، ترجمه: نیک گهر، عبدالحسین، تهران: توتیا، ۱۳۸۳، ص ۲۰۵.

۳. اشکال مختلفی از قبیل از جرائم و فسادها نظیر اخاذی، رشوه، رانت‌خواری یا ویژه‌خواری، کلاهبرداری، خویشتن یا خویشتن‌دسالاری، تبانی و اختلاس.

۴. منظور عوامل سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی است.

۵. Political Corruption

۶. بکر، پیشین، ص ۷۰.

- مسئولان ذی‌نفوذ، از علل اصلی ناکارآمدی اداری است.^۱ در همین راستا، حقوق اداری آلمان برای تحقق الزامات موضوع حقوق اتحادیه اروپا، به‌طور پیوسته در حال تحول است.^۲
- فساد رجال سیاسی: در جامعه درگیر فساد، صاحب‌منصبان، اولاً و شهروندان، ثانیاً درگیر فساد می‌شوند. در این میان، ردیابی فساد رجال سیاسی، دشوار، اما به دو طریق ممکن خواهد بود: نخست، بررسی سوءاستفاده آنها از اختیارات قانونی در راستای منافع شخصی و گروهی؛ دوم، دقت در ثروت‌اندوزی نامشروع در لوی قانون.
 - انحراف تشکله‌ها، انجمن‌ها و احزاب سیاسی: احزاب، بخش جمعی جامعه و نماینده قدرت اجتماعی‌اند. عملکرد این نهادهای اجتماعی در جامعه سالم، در چارچوب قانون، عرف و سنت بوده و از طریق فرایندهای قانونی و منطبق بر قاعده گردش قدرت (در جوامع دموکراتیک)، سهم خود از قدرت را کسب می‌نمایند؛ اما تمایل به خروج از قانون در نگهداشت و انتقال قدرت سیاسی، تأمین منابع مالی با وعده به صاحبان ثروت و انحراف از منفعت عمومی، آن را به انحطاط می‌کشاند.
 - خدشه در نمایندگی: در جوامع دموکراتیک، از طریق انتخابات مؤثر، بخشی از قدرت سیاسی، در اختیار نمایندگان افکار عمومی قرار می‌گیرد. در انتخابات سالم، کاندیداتوری سالم محقق است؛ به این معنا که تمام واجدین شرایط شکلی از پیش منصوص شده، امکان مشارکت داشته باشند و انتخاب به‌صورت آزادانه و به‌طور مخفی باشد و نتایج انتخابات بر سرنوشت سیاسی کشور مؤثر باشد. هدف، موضوع و مفهوم قانون، از نهاد قانون‌گذار سرچشمه گیرد و با رفتار اجتماعی شهروندان متناسب باشد. النهایه، اگر خروجی مصوبات قانون‌گذار، برای مردم آشنا و مطابق میل و نظر و ادب و آداب زیست ایشان بود، انتخابات به سرمنزل مقصود رسیده است؛ در غیر این صورت، ناکارآمد بوده و اعمال قیمومیت سیاسی هر نهادی بر نظر و رأی شهروندان، انتخابات و نهاد نمایندگی را تهی از مفهوم می‌کند.
 - قوه قضائیه ناکارآمد: ناکارآمدی دستگاه قضایی در برقراری عدالت و بی‌اعتقادی و بی‌اعتمادی عمومی به هدف قوه قضائیه در ایجاد شرایط عادلانه و نیز عدم استقلال و وابستگی قضات و بازرسان و کارمندان قوه قضائیه، از دیگر جلوه‌های فساد در دستگاه قضا است.
 - نارسایی حقوقی: تعدد، تکثر و تورم قوانین و مقررات (که خود موجب و موجد تشتت در مسئولیت‌ها خواهد شد)، عدم شفافیت و نارسایی قوانین، خلأهای قانونی، گریز از اجرای قانون، فقدان سیستم افشای نقض قوانین و مقررات، ناکارآمدی نظارت عمومی و کمبود اطلاعات عمومی پیرامون حقوق شهروندی، در نارسایی حقوقی در پیشگیری از فساد، اثر جدی دارد.
 - جرم‌انگاری‌های پی‌درپی قانون‌گذار: جرم‌انگاری و فسادپنداری رفتارهای معمول شهروندان، ضمن آنکه از دیگر مشکلات قانون‌گذاری در رزم‌آرایی علیه فساد است؛ قباحه مجرم بودن و هزینه‌های اجتماعی ارتکاب جرم و فساد را کاهش می‌دهد و فروکش حاکمیت قانون را در پی دارد. فرایندی که ضمن تقلیل قباحه عمل مجرمانه، احساس عدم نمایندگی نظر شهروندان توسط دولت را ایجاد می‌نماید. بی‌اعتمادی عمومی حاصل از این فرایند، اضمحلال سیاسی دولت را نتیجه می‌دهد و موجب آغاز روال زوال دولت می‌گردد. درمان این زوال تدریجی، اهتمام دولت به آداب حکمرانی مردم‌سالار و همه اقتضائات نظام نمایندگی است. این شرایط در دوران گذار

۱. شلالوند، پیشین، ص ۱۳۲.

۲. بکر، پیشین، ص ۸۹.

سیاسی، زمانی رخ می‌دهد که ناکارآمدی خودکامگی، ثابت شده، اما هنوز رفتارهای مردم سالارانه و نهادهای پاسخ‌گو، جایگزین سیستم حکمرانی سابق نشده است.^۱

در این میان، آلمان با استفاده از قوانین جامع و نظارت کامل بر نهادها، در پیشگیری و کاهش فساد به موفقیت‌های چشمگیری دست یافته است. در این راستا، استخدام و ارتقا بر مبنای شایستگی و ارائه آموزش‌های مداوم حول محور پیشگیری از فساد، نمونه‌هایی از اقداماتی‌اند که آلمان به کار می‌برد. اهمیت شفافیت و پاسخ‌گویی در کاهش فساد و افزایش مشروعیت دولت از دستاوردهای مهم این تحقیق به‌شمار می‌رود. همچنین تجدیدنظر مستمر در قوانین و انطباق آنها با نیازهای جامعه و استانداردهای بین‌المللی، برای مؤثر بودن قوانین ضد فساد حائز اهمیت است که در سیاستگذاری آلمان همواره مطمح‌نظر است.

۳. تجزیه و تحلیل

۳.۱. سازوکار کشور آلمان در مبارزه با فساد

در اغلب کشورها، سازوکارها و الزامات عینی متفاوتی در رابطه با رزم‌آرایی علیه فساد پیش‌بینی می‌گردد. در این میان، باتوجه به اینکه قدرت، فی‌نفسه فسادآور است؛ بخش عمده‌ای از سازوکارهای موضوع فسادستیزی در کشورها، به سازوکارهای مربوط به مقامات و نهادهای قدرتمند اختصاص می‌یابد.

در آلمان، کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه فساد تصویب شده است.^۲ از آنجاکه در نظام حقوقی آلمان، معاهدات بین‌المللی، بخش جدایی‌ناپذیر از قوانین داخلی آلمان است؛^۳ مفاد کنوانسیون مزبور، وضعیتی مشابه یک قانون فدرال دارد. توضیح آنکه، آلمان به‌عنوان یک جمهوری پارلمانی فدرال، مشتمل بر شانزده ایالت^۴ است که فدراسیون و ایالت‌ها هرکدام در رابطه با پیشگیری از فساد، دارای اختیارات قانونی متمایز و هم‌زمان^۵‌اند.

ساختار ضدفساد و مبارزه با پول‌شویی آلمان^۶ از سوی گروه کشورهای شورای اروپا علیه فساد،^۸ سازمان همکاری اقتصادی و توسعه،^۹ گروه ویژه اقدام مالی^{۱۰} و برنامه ارزیابی بخش مالی صندوق بین‌المللی پول^{۱۱} مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته و می‌گیرد. ساختار قانونی ملی درخصوص پیشگیری از فساد و بازپایی دارایی‌ها در آلمان، گستره‌ای از قانون اساسی و قوانین و مقررات متعدد عادی را به شرح ذیل دربردارد:

– قانون اساسی^{۱۲}

۱. ربیعی، علی، *زنده باد فساد*، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۳، صص ۱۷، ۲۱.

۲. سند مزبور در آلمان در تاریخ ۹ دسامبر ۲۰۰۳ به امضا رسیده و سند تصویب آن در تاریخ ۱۲ نوامبر ۲۰۱۴ تودیع شده است.

۳. اصل ۵۹ قانون اساسی.

۴. Länder.

۵. مواد ۷۰، ۷۱، ۷۲، ۷۳ و ۷۴ قانون اساسی آلمان.

۶. اجرای مفاد موضوع فصول سوم و چهارم کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه فساد توسط آلمان، طی سال چهارم از اولین چرخه بازنگری، مطمح‌نظر و مورد بررسی قرار گرفت.

۷. anti-money-laundering (AML)

۸. Europe's Group of States against Corruption (GRECO)

۹. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)

۱۰. the Financial Action Task Force (FATF)

۱۱. Financial Sector Assessment Program (FSAP)

۱۲. Grund Gesetz (GG)

- قانون جنایی^۱
- قانون بودجه فدرال^۲
- قانون کارمندان دولت فدرال^۳
- قانون وضعیت کارمندان دولت فدرال^۴
- قانون علیه محدودیت‌های رقابت^۵
- قانون آزادی اطلاعات^۶
- قانون پول شویی^۷
- قانون کمک‌های حقوقی بین‌المللی در امور کیفری^۸

در این میان در قوانین آلمان، مجازات شدیدی برای فساد اداری و مالی پیش‌بینی شده است. برای نمونه، اگر مستخدم در قبال انجام وظایف خود در گذشته یا آینده مزایایی دریافت کند، مشمول مجازات‌های شدید خواهد شد.^۹ متعاقب همین رویکرد است که امروزه ادارات دولتی در آلمان نسبت به فساد، حساس بوده و شرافت و درستکاری در طول سال‌های (بلکه قرن) گذشته، از مولفه‌های ادارات آلمان بوده است.^{۱۰}

۳.۲. رویکرد حقوق اساسی ضد فساد آلمان در سیاست

توسعه سیاسی، فرایند ایجاد زمینه برای نهادی نمودن تشکل و مشارکت سیاسی شهروندان است که ازدیاد توانمندی یک نظام سیاسی را نتیجه می‌دهد.^{۱۱} نقطه مقابل آن یعنی فساد، بیماری عمومی مزمن مجموعه سیاسی است که در صورت عدم التیام، جامعه را از بین می‌برد و به نابودی می‌کشانند. در این میان، بازیگر یا آغازکننده فساد، سوءاستفاده‌کننده از منابع حاصل از فساد و ساختار فساد یا علت‌ها و نحوه به وجود آمدن فساد و پیامدهای آن، باید مطرح‌نظر باشد.^{۱۲} فراهم‌کنندگان یا رشوه‌دهندگان، بازیگران غیردولتی بازی فساد بوده و فساد را وارد نظام سیاسی می‌نمایند. بنابراین اغلب تعاریف فساد، مشتمل بر رابطه دوسویه بین دولت و جامعه است. در این میان، فساد کلان مشتمل بر فساد سیاسی و فساد سیاست‌گذاران سیاسی بوده و فساد خرد یا فساد بوروکراتیک مشتمل بر مکانیسم عملیاتی ازدیاد اقتدار صاحبان قدرت است.^{۱۳} در همین راستا، از حالتی که اقتدارات عمومی به شهروندان واگذار شود، اما امکان شهروندی فراهم نباشد، به عنوان خطر جمهوری یاد می‌شود.^{۱۴}

^۱ German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB)

^۲ Federal Budget Code (Bundeshaushaltsordnung – BHO)

^۳ Federal civil servants (Broadcasting Board of Governors - BBG)

^۴ Federal civil servant status act (Beamtenstatusgesetz - BeamStG)

^۵ Act against restraints of competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)

^۶ Freedom of Information Act (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

^۷ anti-money laundering act (AMLA)

^۸ International Legal Assistance in Criminal Matters (internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG)

^۹ عباس‌زادگان، پیشین، ص ۹۸.

^{۱۰} همان، صص ۹۸-۹۷.

^{۱۱} ازکیا، مصطفی و غلامرضا غفاری، *جامعه‌شناسی توسعه*، تهران: کیهان، ۱۳۹۳، ص ۲۱.

^{۱۲} راش، مایکل، *جامعه و سیاست، مقدمه‌ای بر جامعه‌شناسی سیاسی*، ترجمه منوچهر صبوری، تهران: سمت، ۱۳۸۳، ص ۲۴۶.

^{۱۳} سریع‌القلم، محمود، *عقل و توسعه یافتگی*، تهران: سفیر، ۱۳۷۲، ص ۹۴.

^{۱۴} مرادی، صادق، *جرائم و جرائم دولتی*، تهران: آشنا، ۱۴۰۴، صص ۱۱۶-۱۱۷.

علل روان‌شناختی فساد به‌ویژه در کشورهای با قدرت متمرکز را می‌توان به شرح آتی ترسیم نمود که بخش کثیری از آن در سیاست اثر داشته است و از آن متأثر می‌گردد.

- ترس از مقامات مافوق به‌دلیل ترس از پیامد سرپیچی از اجرای دستورات فاسد،
- ناتوانایی در رد پیشنهاد فساد،
- انتصابات مبتنی بر خویشاوندسالاری،
- تمرکز قدرت سیاسی،
- نبود آزادی عمل یا قدرت تصمیم‌گیری،
- فقدان پاسخ‌گویی و شفافیت،
- درآمد نامناسب،
- مالیات‌های نامتناسب،
- ضعف مقررات.^۱

نهادینه شدن حاکمیت دموکراتیک و فروکش فساد، در ارتباط متقابل با میزان مشروعیت و مقبولیت دولت است. سطح بالای فساد، عموماً در کشورهایی که بدون فراهم شدن زمینه‌های توسعه، در حال تجربه فرایند توسعه سیاسی‌اند مشاهده می‌شود؛ نظیر جمهوری‌های بازمانده از شوروی سابق و برخی کشورهای آمریکای لاتین که کنترل شدیدی بر فساد دارند.^۲

فساد سیاسی گسترده، دموکراسی را به خطر می‌اندازد و مانع توسعه و نیل به حکومت خوب می‌شود. چه آنکه نظام سیاسی، مقامات و نهادهای آن، به میزانی مورد تأیید و اطاعت شهروندان خواهند بود که خیرخواه تلقی شوند. اهمیت این موضوع تا حدی است که توسعه سیاسی را می‌توان توانایی حفظ مقبولیت نهادها و مقامات در طول زمان نامید. در همین راستا، قانون اساسی آلمان، موسوم به «قانون بنیادی»،^۳ زیربنای قانونی و چارچوب اصلی قانون‌گذاری و نهادینه‌سازی اصول شفافیت، پاسخ‌گویی و حاکمیت قانون در این کشور است. این قانون، مبانی مبارزه با فساد سیاسی را در ساختار حکومتی آلمان تبیین کرده و چندین سازوکار مهم در این راستا را به شرح آتی، فراهم آورده و تضمین کرده است:

- تضمین حقوق اساسی: قانون اساسی آلمان نیز همانند اغلب نظام‌های سیاسی، مترصد تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان بوده و از طریق جرم‌انگاری، در صدد کاهش تعدی به حقوق و آزادی‌ها بوده است.^۴
- تفکیک قوا.
- شفافیت و پاسخ‌گویی.
- نظارت مستقل: قانون اساسی آلمان، نهادی مستقل نظیر سازمان عالی حسابرسی^۵ را ایجاد کرده است که بر مصرف بودجه عمومی نظارت می‌کند.

^۱. Azfar, Omar, Young Lee and Anand Swamy. "The Causes and Consequences of Corruption", *Sage Journal*, Volume 573, Issue 1, 2010, P 573.

^۲. راغفر، حسین، «اقتصاد سیاسی فساد»، *فصلنامه مجلس و پژوهش*، شماره ۵۸، ۱۳۸۷، ص ۱۳۴.

^۳. Grundgesetz

^۴. مرادی، صادق، *دولت و حقوق اساسی ملت*، تهران: عدلیه، ۱۴۰۳، ص ۲.

^۵. Bundesrechnungshof

– صلاحیت‌ها و شایستگی‌های حرفه‌ای: استخدام و ارتقا باید براساس صلاحیت‌ها، استعدادها و توانمندی‌های افراد صورت گیرد.^۱ این رویکرد مطابق با اصول عدم تبعیض و ارتقای شایسته‌سالاری است که فساد و خویشاوندسالاری را محدود می‌کند.

نقطه قوت اصلی نظام حقوقی آلمان در فسادستیزی، اهتمام به اجرای اصول مزبور و عدم گریز از اقتضائات آن به بهانه بومی‌سازی است.

۳.۲.۱. رویکرد قوانین در خصوص مقامات عالی سیاسی

۳.۲.۱.۱. قوانین تنظیم‌گر فرایند استخدام

در آلمان، چارچوب حقوقی تنظیم‌گر فرایند استخدام، دستمزد، ارتقا و بازنشستگی کارکنان (که مشتمل بر کدهای استاندارد رفتاری برای مقامات دولتی و خدمات قضایی و دادسرا است) در قوانین آتی، به‌نحو مبسوط و شفافی، تبیین می‌گردد:

- قانون اساسی آلمان،^۲
- قانون کارمندان دولت فدرال،^۳
- قانون وضعیت کارمندان دولت فدرال،^۴
- سایر قوانین فدرالی و ایالتی مرتبط.^۵

۳.۲.۱.۲. دستورالعمل‌های ضد فساد در استخدام

در آلمان، با نظر به قانون اساسی^۶ و قوانین فدرال و ایالت‌های مربوطه، نهادهای دولتی استخدام را به‌صورت انفرادی و مبتنی بر صلاحیت، استعداد و دستاوردهای حرفه‌ای نامزدها انجام می‌دهند.^۷ به این صورت که پست‌های خالی به‌صورت عمومی تبلیغ شده و در معرض نامزدهای خارجی قرار می‌گیرند. نامزدهای برگزیده جدید نیز در بدو ورود به خدمت

^۱ اصل ۳۳ قانون اساسی آلمان.

^۲ بند ۲ اصل ۳۳. در قانون اساسی آلمان، به ویژه در بحث استخدام و ارتقاء کارکنان دولتی بر اساس صلاحیت و شایستگی‌های حرفه‌ای، ماده ۳۳ به این موارد پرداخته است. این ماده تضمین می‌کند که تمامی افراد از فرصت‌های برابر در دسترسی به خدمات عمومی بهره‌مند شوند و استخدام در بخش دولتی بر اساس شایستگی صورت گیرد.

^۳ ماده ۶۰ قانون کارمندان دولت فدرال آلمان (Bundesbeamtengesetz) به تعهدات عمومی کارمندان و استانداردهای رفتاری که باید رعایت کنند، می‌پردازد. این ماده بر ضرورت رعایت قوانین و مقررات، وفاداری به قانون اساسی، و التزام به انجام وظایف محوله با دقت و صداقت تأکید دارد.

^۴ ماده ۳۴ قانون وضعیت کارمندان دولت فدرال آلمان (Beamtenstatusgesetz) به وظایف کلی کارمندان دولت می‌پردازد، که شامل رعایت اصول رفتار حرفه‌ای، وفاداری به قانون اساسی و قوانین، و انجام وظایف با دقت لازم است. این ماده تضمین می‌کند که کارمندان باید نقش خود را با صداقت و در چارچوب قوانین و مقررات مربوطه انجام دهند.

^۵ به عنوان مثال، قانون کیفری آلمان (Strafgesetzbuch) در مواد ۳۳۱ تا ۳۳۵ به موضوعات مانند رشوه‌خواری و سوءاستفاده از مقام عمومی پرداخته است. این مواد به صراحت مقرراتی را برای برخورد با فساد و رفتار غیرقانونی مقامات دولتی تعیین می‌کنند.

^۶ بند ۲ اصل ۳۳ قانون اساسی آلمان.

^۷ افراد آلمانی بنا بر توانایی، شایستگی و کارایی حرفه‌ای خود، جهت دسترسی به تمامی مشاغل دولتی از حقوقی برابر برخوردارند.

- دولت، پیرامون پیشگیری از فساد و آیین‌نامه‌های رفتاری مربوطه آموزش می‌بینند.^۱
- به نظر می‌رسد، رویه‌های ویژه انتخاب، آموزش، انتقال و جابه‌جایی کارکنان در موقعیت‌های آسیب‌پذیر از فساد، نیاز به دستورالعمل خاص مربوط به پیشگیری از فساد در اداره فدرال دارد. در این رابطه:
- قانون اساسی و قانون انتخابات فدرال، معیارهای نامزدهای انتخاب شونده برای مناصب عمومی فدرال را ارائه نموده و مقررات مشابه دیگری، معیارهای نامزدهای انتخاب‌شونده برای مناصب منتخب در سطوح ایالتی و محلی را مشخص می‌نماید.^۲ فرایندی که مطابق آن، محکومیت‌های کیفری موضوع جرائم خاص، نامزدها را رد صلاحیت نموده^۳ و اعمال رشوه ممکن است آنان را در معرض رد صلاحیت قرار دهد.^۴
 - احزاب سیاسی، در هر دو دوره فعالیت‌های انتخاباتی و خارج از آن، باید گزارش‌های مالی سالانه خود را مشتمل بر جزئیات دارایی‌ها، بدهی‌ها، درآمدها و هزینه‌های خود به رئیس بوندستاگ ارائه نمایند.^۵ در این رابطه، مقررات دقیقی وجود داشته و دریافت کمک‌های ناشناس^۶ باید در معرض عموم قرار گیرد و افشا گردد.^۷ نیز در صورت دریافت مستقیم کمک‌های مالی از سوی نمایندگان مجلس یا نامزدها برای احزاب، کمک مزبور باید گزارش شده و به خزانه‌داری حزب ارسال گردد.^۸ صورت‌های مالی موضوع کمک‌های مزبور نیز توسط رئیس بوندستاگ^۹ تأیید می‌گردد.^{۱۰}
 - از طریق قانون کیفری، قانون کارمندان دولت فدرال و قانون وضعیت کارمندان دولت فدرال، آلمان، مسئولیت و صداقت مقامات دولتی در بین کارکنان دولتی را ترویج و محدودیت‌هایی در پذیرش هدایا و استخدام ثانویه لحاظ نموده است؛^{۱۱} مقررات مزبور توسط مقررات اداری و دستورالعمل‌ها تکمیل می‌گردد.
 - دستورالعمل مربوط به پیشگیری از فساد در اداره فدرال، متضمن یک کد رفتاری و شیوه نامه‌های ضد فساد برای ناظران و مقامات دولتی و سازمان‌هاست که برای ادارات فدرال الزام‌آور است. باوجود این، کاربرد دستورالعمل مزبور که برای وزارتخانه‌های فدرال اجرا می‌شود، برای وزرا مشخص نیست. سایر قوانین رفتاری و دستورالعمل‌ها، مربوط به اعضای بوندستاگ بوده و در سطح ایالت اعمال می‌گردد.
 - سازوکار قانونی یا اداری مستقل و مشخصی در رسیدگی جامع به موضوع افشاگری در بخش عمومی وجود ندارد. باوجود این، در قانون اساسی، قانون مدنی، قانون کیفری، قوانین کار و رویه قضایی، حمایت‌های عمومی در برابر تبعیض برای افشاگرانی که با حسن‌نیت عمل می‌نمایند وجود دارد. این موضوع در کنار اینکه نظام

۱. ماده ۶۰ قانون کارمندان دولت فدرال آلمان.

۲. ماده ۲۰ قانون انتخابات فدرال آلمان (Bundeswahlgesetz).

۳. بند یک ماده ۴۵ قانون مجازات آلمان (Stgb).

۴. ماده ۱۰۸ قانون مجازات آلمان (Stgb).

۵. بند یک ماده ۲۳ قانون احزاب سیاسی آلمان (Political Parties Act (PartG)).

۶. دریافت کمک‌های ناشناس حداکثر به ارزش ۵۰۰ یورو و نقدی حداکثر تا ۱۰۰۰ یورو مجاز بوده و تمام جزئیات کمک‌های بالای ۱۰۰۰۰ یورو باید افشا گردد.

۷. ماده ۲۵ قانون احزاب سیاسی آلمان (PartG).

۸. ماده ۲۵ قانون احزاب سیاسی آلمان (PartG).

۹. رئیس بوندستاگ آلمان باید بررسی کند که آیا بیانیه ارائه شده از حساب‌ها دقیق هستند و الزامات رسمی را برآورده می‌کنند.

۱۰. بخش ۲۳ از قانون احزاب سیاسی آلمان.

۱۱. ماده ۶۰ مجوز نگهداری (BBG)؛ ماده ۳۳ قانون وضعیت رسمی (BeamStG)؛ ماده ۳۳۱ و ۳۱۰۸ قانون مجازات آلمان (Stgb).

- قضایی آلمان از سیستم تفتیشی (در مقابل ترافیعی) بهره می‌برد که قاضی در رفع ترافع در آن و برخورد با فساد، مشارکت فعال دارد،^۱ در رزم‌آرایی علیه فساد اثربخش است.
- در رابطه با تضاد منافع، قانون^۲ افرادی را که به شرکت‌های متأثر شده، وابسته‌اند یا مستقیماً سود می‌برند یا متضرر می‌شوند، از رویه‌های اداری محروم می‌نماید.^۳
 - در صورت تجویز عمل (یا عدم تضاد یا تداخل عمل با مسئولیت‌های اولیه)، کارمندان دولت می‌توانند با پرداخت یا بدون مزد به فعالیت‌های ثانویه بپردازند.^۴
 - کارمندان دولت موظف‌اند گزارش تعهدات و منافع مادی و غیرمادی خود (مشمول بر منافع شخص ثالث) را که ممکن است با وظایف رسمی آنها متعارض باشد، به مسئولین خود ارائه کنند. این موضوع اشتغال ثانویه و فعالیت‌های پس‌بازنشستگی را نیز دربر می‌گیرد.^۵
 - در این رابطه، قانون وضعیت حقوقی اعضای دولت فدرال^۶ و قانون روابط حقوقی وزرای امور خارجه پارلمانی،^۷ محدودیت‌های اعضای فعلی و سابق دولت فدرال و دبیران ایالتی پارلمان برای بعد از استخدام را تشریح نموده است.
 - منوط به الزامات موضوع افشا و انتشار در آیین‌نامه رفتار اعضای بوندستاگ، اعضای بوندستاگ می‌توانند به استخدام ثانویه درآیند. باوجود این، کد مذکور اعضای مزبور را ملزم به مراتب ذیل می‌نماید:
 - افشای هدایای بالای ۲۰۰ یورو؛
 - افشای کمک‌های مالی بالاتر از ۵۰۰۰ یورو؛
 - افشای فعالیت‌های خارجی نظیر سفرهای حمایت شده بالاتر از ۵۰۰۰ یورو؛
 - اعضای بوندستاگ اگر برای فعالیت‌های مورد بحث در کمیته بوندستاگ، پاداش دریافت نمایند، باید پیش از مذاکرات، هرگونه ارتباط بین منافع مزبور و موضوع مورد بحث را افشا نمایند.
 - اعضای بوندستاگ، الزامی برای اعلام معاملات خود با اشخاص ثالث، بدهی‌ها یا دارایی‌های مهم خود ندارند؛ مگر سهام در شرکت خصوصی یا مشارکت اگر واجد بیش از ۲۵ درصد از حق رأی باشند.
 - ضمانت اجرای مراتب فوق نیز امکان اقدامات انضباطی و نبود محدودیت در اجرای سایر اقدامات حقوقی علیه مقامات دولتی مزبور است.^۸

۳.۲.۱.۳. ساختار ضد فساد در امور قضایی

در آلمان، با نظر به قانون اساسی^۹ و قوانین فدرالی و ایالتی، انجام امور قضایی مبتنی بر صلاحیت نامزدهای استخدام

^۱ همتی، پیشین، صص ک، ل.

^۲ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

^۳ بخش‌های ۲۰ و ۲۱ قانون رویه اداری فدرال آلمان.

^۴ بخش‌های ۹۷-۱۰۱ مجوز نگهداری (BBG).

^۵ ماده ۶۰ قانون کارمندان دولت فدرال (Bundesbeamten-gesetz).

^۶ Bundesministersgesetz

^۷ Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre

^۸ بند سه ماده ۵ قانون روابط حقوقی اعضای دولت فدرال (BminG).

^۹ بند ۲ اصل ۳۳ قانون اساسی آلمان.

است^۱ و برگزیدگان در بدو ورود به خدمت، پیرامون پیشگیری از فساد و آیین‌نامه‌های رفتاری مربوطه آموزش می‌بینند.^۲ در همین راستا:

- الزامات و رویه‌های موضوع انتصاب قضات فدرال، فعالیت‌های بیرونی و نظم و انضباط آنها در قانون قضایی^۳ تبیین شده است. در سکوت قانون قضایی نیز قانون کارمندان دولت فدرال برای قضات فدرال اعمال می‌گردد. بنابراین، دستورالعمل مربوط به پیشگیری از فساد در اداره فدرال، اگر استقلال قضایی قضات (موضوع قانون اساسی) را مخدوش نکند، برای قضات فدرال اعمال می‌گردد.
- مواد ۴۱-۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۴ یکپارچگی در اخراج قضات را تضمین می‌نماید.
- قضات در صورت بروز تعارض منافع و فعالیت‌های ثانوی، باید مراتب را به رؤسای دادگاه‌ها اعلام نمایند.
- آکادمی قضایی آلمان، مهارت‌ها و اخلاقیات سازمان‌دهی‌شده‌ای را به صورت مداوم برای قضات ارائه می‌نماید.^۵
- دادستان‌های عمومی، مشمول و تابع قوانین و مقررات عمومی خدمات کشوری‌اند.

۳.۲.۱.۴. مقامات ناظر بر پیشگیری از فساد

در آلمان مقامات و نهادهای متعددی در پیشگیری از فساد و بازیابی دارایی‌های دولتی به شرح آتی فعالیت می‌نمایند:

- وزارت کشور فدرال، ساختمان و جامعه،^۶
- وزارت دادگستری فدرال و حمایت از مصرف‌کننده،^۷
- مؤسسه عالی حسابرسی،^۸
- واحد اطلاعات مالی،^۹
- اداره فدرال برای عدالت،^{۱۰}
- اداره پلیس جنایی فدرال،^{۱۱}
- سایر مقامات ذی‌صلاح ایالت‌های فدرال (از قبیل: دفاتر دادسراها و دادگاه‌ها).

۳.۲.۲. رویکرد قوانین در خصوص نهادهای سیاسی

باتوجه به جایگاه مقررات بین‌المللی در نظام حقوقی، در آلمان هم در سطح قوانین و مقررات داخلی و هم در سطح مقررات بین‌المللی در خصوص مبارزه با فساد از مجرای نهادهای سیاسی اهتمام جدی به شرح آتی وجود دارد:

^۱ افراد آلمانی بنا بر توانایی، شایستگی و کارایی حرفه‌ای خود، جهت دسترسی به تمامی مشاغل دولتی از حقوقی برابر برخوردارند.

^۲ ماده ۶۰ قانون کارمندان دولت فدرال آلمان.

^۳ The Judiciary Act (DRiG)

^۴ ZPO

^۵ آموزش‌های مزبور برای دادستان‌ها و سایر کارکنان قوه قضائیه نیز آزاد است.

^۶ Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI)

^۷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)

^۸ Bundesrechnungshof (BRH)

^۹ Financial Intelligence Unit (FIU)

^{۱۰} Bundesamt für Justiz (BFJ)

^{۱۱} Bundeskriminalamt (BKA)

۳.۲.۲.۱. رویکرد داخلی در خصوص نهادهای سیاسی

در آلمان (با توجه فزاینده به اینکه حقوق اداری، حقوق اساسی عینیت یافته است)،^۱ به منظور پیشگیری از فساد، به چارچوب قانونی و نظارتی متشکل از قوانین مختلف جزایی، قانون خدمات عمومی و قوانین اداره در سطوح فدرال و ایالتی اتکا می‌گردد. در ۳۰ ژوئیه ۲۰۰۴، کابینه آلمان، دستورالعمل موضوع پیشگیری از فساد در اداره فدرال^۲ مشتمل بر عناصر اصلی استراتژی پیشگیرانه دولت فدرال را به تصویب رساند که برای نمونه: هر ارگان اداری فدرال (و سایر ارگان‌های دریافت‌کننده بودجه فدرال) را ملزم می‌نماید به: تعیین یک فرد رابط؛ گسترش اقدامات مؤثر پیشگیری از فساد داخلی. از سال ۱۹۹۵ نیز کنفرانس دائمی وزرای کشور ایالت‌های کشور در مورد فساد^۳ تلاش‌های ایالات فدرال را در پیشگیری از فساد، رهنمون می‌گردد. در این زمینه، همچنین بازنگری‌های دوره‌ای اداره پیشگیری از فساد^۴ از سوی یک کارگروه بین‌وزارتی (متشکل از رابطین پیشگیری از فساد و کارشناسان واحدهای حسابرسی داخلی)، هماهنگ می‌شود و صورت می‌پذیرد. با وجود این، آلمان، اثرگذاری استراتژی‌های پیشگیری از فساد را سنجش ننموده است. در آلمان چندین نهاد در سطوح فدرال و ایالتی، به شرح آتی، مسئول هماهنگی و نظارت بر اجرای استراتژی‌های ضدفساد است:

- یک بخش اصلی در زمینه پیشگیری از فساد در وزارت کشور فدرال و جامعه^۵ (بخش DG I 3) به وجود آمده است.
- واحدهای حسابرسی داخلی و رابطین پیشگیری از فساد در اداره‌ها نیز فعالانه در اقدامات پیشگیرانه مشارکت می‌کنند و هر نشانه‌ای از فساد را می‌توانند مدنظر داشته باشند و نظارت و ارزیابی کنند.
- سازمان عالی حسابرسی،^۶ نهادی مستقل (از نظر قانون اساسی) است که بر جنبه‌های خاصی از اجرای استراتژی‌های پیشگیری از فساد توسط نهادهای دولت فدرال نظارت دارد و نظرات خود را پیرامون گزارش‌های ارائه‌شده در موضوع اجرای سالانه پیشگیری از فساد، توسط وزارت فدرال کشور و جامعه، به پارلمان (بوندستاگ) ارائه می‌نماید.
- بوندستاگ نیز نظارت نهایی بر اجرای پیشگیری از فساد را بر عهده دارد و امکان اتخاذ تصمیماتی را در این رابطه دارد که باید توسط دولت فدرال اجرا شود.
- کلیه ایالت‌های فدرال نیز دارای مؤسسات حسابرسی مستقل و خودمختارند که وظایفی مشابه با وظایف سازمان عالی حسابرسی را برعهده دارند.

۳.۲.۲.۲. رویکرد بین‌المللی در خصوص نهادهای سیاسی

در آلمان (ضمن تأکید فزاینده بر الزامات نظم دموکراتیک لیبرال و حاکمیت قانون اساسی)^۷ باتوجه به برتری مقررات

^۱. بکر، پیشین، ص ۷۱.

^۲. Corruption prevention department (CPD)

^۳. Innenministerkonferenz (IMK)

^۴. CPD

^۵. Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI)

^۶. Bundesrechnungshof (BRH)

^۷. همان، ص ۸۲.

بین‌المللی، آلمان در پروژه‌ها، ابتکارات و برنامه‌های منطقه‌ای و بین‌المللی ضدفساد، به شرح آتی به صورت فعال مشارکت دارد و مراتب لازم‌الاجرای آن را با جدیت اجرا می‌نماید:

- عضویت در گروه دولت‌ها علیه فساد؛^۱
- عضویت در گروه سازمان توسعه و همکاری اقتصادی^۲ در زمینه رشوه در معاملات تجاری بین‌المللی؛
- عضویت در کارگروه سازمان توسعه از مقامات ارشد صداقت عمومی و گروه G20 ضد فساد.^۳

۳.۲.۳. رویکرد قوانین در خصوص نهاد قانون‌گذاری

قانون‌گذاری در آلمان با امان‌نظر توأمان به استقرار اصل حاکمیت قانون^۴ و با توجه فزاینده به الزامات بین‌المللی قانون‌گذاری در موضوع فساد، به شرح آتی، مترصد رزم‌آرایی مؤثر علیه فساد بوده است:

۳.۲.۳.۱. استقرار حاکمیت نهایی پارلمان و قانون

پارلمان آلمان با درک تجربه دوره نازی، (به پیش‌نیازهای نظم دموکراتیک لیبرال یا حاکمیت قانون مندرج در قانون اساسی پایبند شده^۵ و نقش عمده‌ای در رزم‌آرایی علیه فساد دارد. چه آنکه، مجالس قانون‌گذار اساس نظام کنترل و تعادل دموکراتیک در این کشورند و نقشی اساسی در مبارزه با فساد دارند که ناشی از شأن قانون‌گذاری آنهاست. نظام نظارت و نمایندگی در آلمان به‌مثابه نهادی است که دولت را در برابر انتخاب‌کنندگان پاسخ‌گو می‌نماید. در واقع، پارلمان آلمان نقطه‌ای از نظام حکومتی است که در آن روابط انتخاب‌کنندگان و قوه مجریه (پاسخ‌گویی عمودی) با روابط پارلمان و مجریه (پاسخ‌گویی افقی) تلاقی دارد.^۶ در این میان، مسئولیت‌پذیری مؤثر، مستلزم پاسخ‌گویی مداوم است^۷ که از طریق سازوکارهای نظارتی پارلمان در آلمان محقق می‌گردد. در همین راستا و براساس قانون اساسی آلمان،^۸ حمایت حقوقی جامعی از افراد در برابر عمل مقام عمومی تضمین شده است.^۹ همچنین نظارت قضایی بر همه اعمال عمومی در قانون آیین دادرسی دادگاه اداری آلمان^{۱۰} پیش‌بینی شده است و عملاً هیچ حوزه حقوقی در آلمان یافت نمی‌شود که در آن شهروندان مجبور به پذیرش نقض حقوق بنیادین خود شوند.^{۱۱}

حاکمیت پارلمان در آلمان مبین برتری قانون‌گذاری است.^{۱۲} بدیهی است، اهمیت فرایند انتخابات و روند تصویب قانون،

^۱ The Group of States against Corruption (GRECO)

^۲ The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)

^۳ Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ)

^۴ قوانین و مقررات بین‌المللی، قانون اساسی و قوانین عادی.

^۵ بکر، پیشین، ص ۸۲.

^۶ Manes-Rossi, Brusca and Jorge. *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Springer, 2018, P 31.

^۷ Rick, Stapenhurst; Draman, Rasheed; Larson, Brooke and Staddon Anthony (eds.). *Anti-corruption Evidence: The Role of Parliaments in Curbing Corruption*, Springer, 2020, P 45.

^۸ بند سوم از اصل ۱ و بند چهارم از اصل ۱۹ قانون اساسی آلمان.

^۹ بکر، پیشین، ص ۸۲.

^{۱۰} بند دوم ماده ۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاه اداری آلمان.

^{۱۱} بکر، پیشین، ص ۸۲.

^{۱۲} Zapatero, Virgilio. *The Art of Legislating*, Springer, 2019, P 200.

همسنگ قانون، و بر مشروعیت قانون‌گذاری اثرگذار است.^۱ در همین راستا، در آلمان به‌عنوان دموکراسی پارلمانی، سرچشمه اکثر قوانین قوه مجریه است و بررسی قانونی لوایح توسط کمیته‌ها یا کمیسیون‌های مجالس، مسئولیت‌پذیری و شفافیت اجرایی را تقویت می‌کند و مقبولیت قوانین را افزایش می‌دهد و قوانین را قادر می‌سازد تا منافع جمعی را بهتر انعکاس دهد. بنابراین درحالی‌که سیاستگذاری توسط دولت پی‌ریزی می‌شود، پارلمان به‌عنوان نماینده آرای عمومی، مترصد حصول اطمینان از آن است که نیازها و اولویت‌های ملی در سیاست‌ها و اصلاحات دولت در نظر گرفته شده باشد. در همین راستا نیز حاکمیت قانون در اداره و استقرار اداره قانونمند در بند سوم اصل ۱ و بند سوم اصل ۲۰ قانون اساسی آلمان مطمح‌نظر و مورد تأکید بوده است.^۲

در این زمینه همچنین، کیفیت تنقیح و تدوین قانون از نظر ایضاح متن، انطباق با اوضاع محلی و استانداردهای حقوق بشری نیز از جنبه‌های اثربخشی قوانین در رزم‌آرایی علیه فساد در آلمان است. این موضوع بخشی از فرایند تثبیت قوانین مربوط به فساد در آلمان است که بررسی شکل و ماهیت پیش‌نویس و متن قواعد قانونی را مطمح‌نظر دارد؛ نه فرایند قانون‌گذاری را.

فارغ از اهمیت (مشروعیت و مقبولیت) فرایند تصویب قانون، پارلمان‌ها باید قانونی را تصویب کنند که اثر مثبتی بر رزم‌آرایی علیه فساد داشته باشد؛ که در این رابطه تناسب قانون با نیازهای جامعه حائز اهمیت است که در آلمان، به‌صورت جدی مطمح‌نظر بوده^۳ و قانون اساسی آلمان اصل مزبور را تضمین نموده است.^۴

۳.۲.۳.۲. رعایت الزامات قانون‌گذاری در موضوع فساد

کارآمدی نظام نمایندگی در آلمان در رزم‌آرایی علیه فساد را باید مدیون توجه پارلمان به مقررات راهنمای آتی در تنقیح قوانین و مقررات در موضوع حمایت از افشاگران دانست:

- اصول بین‌المللی برای قانون‌گذاری افشاگران، که در سال ۲۰۱۳ توسط شفافیت بین‌المللی تدوین شد،^۵ به‌صورت جدی در تمام فرایند قانون‌گذاری ضدفساد مدنظر بوده است.
- شیوه‌ها و اصول راهنما برای قانون‌گذاری که توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی تدوین شده است در تمام فرایند قانون‌گذاری ضدفساد آلمان مجری بوده است.
- بنابراین و در نتیجه پایبندی به الزامات فوق، نظام قانون‌گذاری مستقل و استاندارد آلمان در حمایت از افشاگران، متضمن موارد ذیل است:

- ارائه تعریف گسترده از افشاگری (مشمول بر اعمالی که هم به فساد و هم به تخلفات مربوط شود)؛
- پیش‌بینی مکانیسم‌های متنوع برای حفاظت از افشاگران و خانواده‌های آنها (نظیر: تغییر محل سکونت، تغییر محل کار و...)
- پوشش گسترده افشاگری در بخش خصوصی و دولتی؛

^۱ بسته به نحوه وضع قوانین و اعتبار فرآیند انتخابات، ممکن است قانون کمابیش مشروع تلقی گردد.

^۲ بکر، پیشین، ص ۸۳.

^۳ Hoppe, Tilman. *Anti-corruption Assessment of Laws ('Corruption Proofing'): Comparative Study and Methodology*, Regional Cooperation Council, 2014, PP 82-83.

^۴ بکر، پیشین، ص ۸۴.

^۵ Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation*, Berlin: Transparency International, 2013. P 4.

- نظارت بر تأمین مالی احزاب و کمپین‌های انتخاباتی؛
 - ارزیابی صداقت نمایندگان و مقامات دولتی؛
 - محافظت از افشاگران و خانواده آنها از تلافی و دلیل تراشی برای محکومیت و مجازات به منظور انتقام جویی؛
 - شناسایی کانال‌های متنوع افشاگری درون سازمانی و برون سازمانی؛
 - پیش‌بینی سازوکارهای افشاگری ناشناس و محرمانه.
- همه مراتب مزبور مدیون عملکرد صحیح فرایندهای انتخاباتی آلمان و شفاف‌سازی فعالیت‌های مزبور در سطح سیاسی است. کارآمدی نظام مبارزه با فساد سیاسی در آلمان را همچنین باید ناشی از توجه فزاینده به خطرات حیاتی فساد سیاسی در فرایندهای انتخاباتی دانست. باوجود این و علی‌رغم نتیجه‌بخش بودن توجه فزاینده به خطرات حیاتی فساد سیاسی در فرایندهای انتخاباتی در آلمان، هیچ راه‌حل یکسانی برای همه نظام‌های حقوقی وجود ندارد. لذا در بهره‌گیری از تجربه‌های فسادستیز آلمان، مطابقت قوانین با نیازهای جامعه (که سیاستگذاری مبتنی بر شواهد^۱ نامیده می‌شود) باید مطمح‌نظر باشد. چه آنکه سیاستی که مبتنی بر شواهد نظام‌مند باشد، نتایج مناسب‌تری به همراه خواهد داشت. مطابق راهنمای سازمان ملل برای سیاست‌های مبارزه با فساد نیز سازوکارهای فسادستیزی، باید مبتنی بر شواهد ملموس باشد؛ هم در ارزیابی نیازها، هم در تعیین اهداف و هم در سنجش اهداف و نتایج. بنابراین:
- پارلمان باید از همه ابزارها در بررسی لوایح پیشنهادی دولت استفاده نماید.
 - زمینه‌هایی که تنقیح و تدوین قوانین استاندارد در آن تأثیر مثبت بیشتری در فسادستیزی دارد باید بیشتر مورد توجه باشد. نظیر: فساد انتخاباتی، حفاظت از افشاگران، آزادی اطلاعات، صداقت نمایندگان و مقامات، تدارکات عمومی و ...^۲
 - قانون باید مبتنی بر شواهد گردد. در همین راستا، کشور آلمان در حوزه مبارزه با فساد، رویکردی چندجانبه و مبتنی بر شواهد را دنبال می‌کند؛ رویکردی که ریشه در نظام حقوقی و فرهنگی این کشور دارد. آلمان به شدت بر شفافیت، پاسخ‌گویی و حاکمیت قانون تأکید دارد و قوانین را به گونه‌ای تنظیم می‌کند که با نیازهای جامعه و استانداردهای حقوق بشری هماهنگ باشد. تا حدی که در آلمان، وظیفه تئوریک حقوق اداری، تبدیل یافته‌های علوم اجتماعی و اقتصادی به یک نظام هنجاری قانونی و مبتنی بر مشروعیت دموکراتیک تلقی می‌شود.^۳
 - لوایح پیشنهادی دولت باید مدنظر قرار گیرد. یکی از جنبه‌های مهم رویکرد آلمان، استفاده از ابزارهای مختلف پارلمان برای بررسی لوایح پیشنهادی دولت است. این بررسی‌ها شامل ارزیابی دقیق پیامدهای اقتصادی، اجتماعی و قانونی قوانین پیشنهادی است تا اطمینان حاصل شود که قوانین نه فقط مؤثرند، بلکه با اصول حقوقی و ارزش‌های دموکراتیک کشور هم‌خوانی دارند.^۴
 - قانون باید شفاف، متناسب با شرایط و نیازهای محلی و هماهنگ با استانداردهای حقوق بشری تنظیم گردد. شفافیت در قوانین و مقررات آلمان نیز از اهمیت بالایی برخوردار است. قوانین باید به گونه‌ای تدوین شوند که برای عموم مردم قابل فهم باشند و هیچ ابهامی در اجرای آنها وجود نداشته باشد. این امر شامل انتشار عمومی قوانین، دسترسی آسان به اطلاعات و مشاوره با ذی‌نفعان مختلف در فرایند قانون‌گذاری می‌شود.

^۱. Evidence-Based Policymaking (EBP).

^۲. بکر، پیشین، ص ۹۰.

^۳. بخش دوم قانون آیین دادرسی اداری (VwvFG).

- قوانین باید استانداردسازی شود. آلمان تمرکز ویژه‌ای بر زمینه‌هایی دارد که تنقیح و تدوین قوانین استاندارد می‌تواند تأثیر مثبتی در مبارزه با فساد داشته باشد. این حوزه‌ها شامل حفاظت از افشاگران، آزادی اطلاعات، صداقت نمایندگان و تدارکات عمومی است. برای مثال، در زمینه حفاظت از افشاگران، قوانین آلمان به دنبال ایجاد محیطی امن برای افرادی است که اطلاعات مربوط به فساد را افشا می‌کنند. این قوانین شامل حفاظت از افشاگران در برابر تلافی‌جویی، حفظ محرمانگی اطلاعات و ارائه کانال‌های ایمن برای گزارش‌دهی است.^۱
- به‌طور کلی، رویکرد آلمان در مبارزه با فساد بر پایه سیاست‌گذاری مبتنی بر شواهد، شفافیت، پاسخ‌گویی و احترام به حقوق بشر استوار است. این کشور با استفاده از ابزارهای مختلف پارلمانی، قوانین شفاف و قابل فهم و تمرکز بر حوزه‌های کلیدی، تلاش می‌کند تا محیطی عاری از فساد را برای شهروندان خود فراهم کند.
- باین‌حال، هیچ راه‌حل یکسانی برای همه وجود ندارد و سیاست‌گذاری مبتنی بر شواهد^۲ باید مبنا و ملاک باشد؛ زیرا سیاستی که براساس شواهد است، نتایج بهتری به همراه دارد. این رویکرد همچنین شیوه‌های مبتنی بر شواهد در حوزه فساد را در خود جای داده است.^۳ راهنمای سازمان ملل برای سیاست‌های مبارزه با فساد نیز به‌طور خاص ضرورت ابتدای استراتژی‌های مبارزه با فساد بر شواهد ملموس را (هم در ارزیابی نیازهای هر کشور و هم در تعیین اهداف و ارزیابی اینکه آیا آن اهداف واقعاً محقق شده‌اند یا خیر)^۴ مدنظر داشته است؛ بنابراین:
- مجلس باید از ابزارهای موجود برای بررسی لوایح پیشنهادی قوه مجریه استفاده کند.
- قانون تصویب‌شده باید از نظر زبانی شفاف، متناسب با نیازها و شرایط محلی و مطابق با استانداردهای حقوق بشر باشد.
- قانون تصویب‌شده باید مبتنی بر شواهد باشد.
- رعایت برخی از زمینه‌ها که متعاقب آن، قوانین تصویب‌شده، تأثیر مثبتی بر مبارزه با فساد خواهند داشت،^۵ ضرورت دارد.

نتیجه‌گیری

یافته‌های تحقیق نشان می‌دهند که فساد سیاسی با زیر سؤال بردن بنیان‌های دموکراتیک و انحراف در سیاست‌گذاری‌های عمومی، نه فقط موجب توزیع نامتوازن قدرت و منابع می‌شود، بلکه مانعی جدی در مسیر توسعه پایدار به‌شمار می‌آید. در این پژوهش، توسعه سیاسی به‌مثابه فرایندی برای بهبود فضای مشارکت سیاسی شهروندان و استحکام نظام سیاسی محسوب می‌شود. در مقابل، فساد، پایه‌های حکومت‌های دموکراتیک و تخصیص عادلانه منابع را تهدید می‌کند. این مسئله در کشورهای در حال توسعه بر مشروعیت و ظرفیت‌های سیاسی و اجتماعی دولت‌ها اثر منفی دارد و پایداری اجتماعی را به چالش می‌کشد.

نتایج این پژوهش تأکید می‌کند که صرف بهره‌گیری از سازوکارهای قانونی و نظارتی موفق، همانند آنچه در آلمان مشاهده می‌شود، فقط بخشی از راه‌حل است. لازم است که چنین الگوهایی با در نظر گرفتن محتوای خاص اجتماعی، فرهنگی و

^۱. Transparency International, Op. Cit., P 5.

^۲. Evidence-Based Policymaking (EBP).

^۳. Sophie Sutcliffe and Julius Court (2005).

^۴. UN Guide for Anti-corruption Policies (2003).

^۵. زمینه‌هایی نظیر آزادی اطلاعات، حفاظت از افشاگران، صداقت نمایندگان مجلس و مقامات دولتی، شفافیت فرایند تدارکات عمومی و غیره.

سیاسی کشورهای مختلف بومی سازی شوند.

از دیدگاه حقوقی، عواملی چون فقدان شفافیت، پاسخ‌گویی ناکافی، توزیع نابرابر ثروت و نقصان فرهنگی و اخلاقی در جامعه، عناصر کلیدی در ظهور و ادامه فساد سیاسی محسوب می‌شوند. بنابراین، مقابله با این مشکل نیازمند اتخاذ رویکردی چندجانبه است که شامل اصلاحات قانونی عمیق، تقویت نظارت و شفافیت در عملکرد نهادها و ارتقای آموزش و فرهنگ‌سازی در میان کارکنان و مقامات دولتی باشد. در همین راستا، آلمان با استفاده از قوانین جامع و نظارت کامل بر نهادها، در پیشگیری و کاهش فساد به موفقیت‌های چشمگیری دست یافته است. در این راستا، استخدام و ارتقا بر مبنای شایستگی و ارائه آموزش‌های مداوم حول محور پیشگیری از فساد، نمونه‌هایی از اقداماتی‌اند که آلمان به کار می‌برد.

تجربه آلمان نشان می‌دهد که حاکمیت قانون، شفافیت و پاسخ‌گویی نقش کلیدی در پیشگیری از فساد ایفا می‌کنند. این اصول می‌توانند مبنای محکمی برای حمایتی گسترده‌تر از رزم‌آرایی علیه فساد و اجرای اصلاحات ساختاری فراهم آورند. باین حال، برای حصول نتایج مطلوب، باید فرهنگ عمومی و ساختارهای اجتماعی هر کشور نیز مورد توجه قرار گیرند.

پیشنهاد‌های ارائه شده در این پژوهش نیز شامل: تقویت نهادهای مستقل نظارتی، حمایت قانونی از افشاگران و شاهدان فساد، توسعه قوانین جامع در زمینه تدارکات عمومی، افزایش سازوکارهای کنترل و توزیع متعادل قدرت و در نهایت پایبندی عملی به اقتضائات یک نظام مردم‌سالار در تنقیح و تدوین قوانین و مقررات است. همچنین، مشارکت فعال آلمان در برنامه‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، نمونه‌ای از نقش کلیدی این کشور در تسهیل تعاملات و هم‌افزایی جهانی در مبارزه با فساد است.

همچنین، مواردی مانند خرد جمعی، مشارکت فعال شهروندان و وجود نظام نمایندگی مؤثر، بخش‌های دیگری از یک دموکراسی موفق‌اند که باید در فرایند بخشی‌سازی و بومی‌سازی لحاظ شوند. در این راستا، پیشنهاد می‌شود که کشورها به تدریج و با رویکردی جامع که شامل اصلاحات قانونی، تقویت نهادهای نظارتی مستقل و آموزش مستمر مقامات دولتی باشد، مترصد رزم‌آرایی علیه فساد شوند. همکاری‌های بین‌المللی و تبادل تجربیات جهانی نیز می‌تواند به عنوان عاملی مؤثر در غنی‌سازی این رویکردها و ارتقای هماهنگی بین‌المللی در مبارزه با فساد، مورد استفاده قرار گیرد.

به طور کلی، موفقیت در مبارزه با فساد سیاسی و استقرار یک نظام دموکراتیک پایدار، مستلزم پایبندی به ترکیبی از سیاست‌گذاری‌های مبتنی بر شواهد، فهم عمیق اجتماعی-فرهنگی از جامعه و نیازهای واقعی آن و تعهد جدی به شفافیت و پاسخ‌گویی است. امید است که با افزایش آگاهی عمومی از چالش‌های ناشی از فساد سیاسی، بهره‌گیری از شواهد و داده‌های علمی و نتایج حاصل از مطالعات تطبیقی در تدوین سیاست‌های ضدفساد، ضرورتی اساسی برای دستیابی به نتایج اثربخش در مبارزه با فساد تلقی شود.

منابع

کتاب

۱. ازکیا، مصطفی و غلامرضا غفاری، **جامعه‌شناسی توسعه**، تهران: کیهان، ۱۳۹۳.
۲. راش، مایکل، **جامعه و سیاست، مقدمه‌ای بر جامعه‌شناسی سیاسی**، ترجمه منوچهر صبوری، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۳. ربیعی، علی، **زنده‌باد فساد**، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۳.
۴. سربیع‌القلم، محمود، **عقل و توسعه یافتگی**، تهران: سفیر، ۱۳۷۲.

۵. عباس‌زادگان، سید محمد، *فساد/اداری*، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۴.
۶. فروند، ژولین، *جامعه‌شناسی ماکس وبر*، ترجمه عبدالحسین نیک‌گهر، تهران: توتیا، ۱۳۸۳.
۷. مرادی، صادق و پریا حسینی، *شناخت حقوق/اداری*، تهران: آشنا، ۱۴۰۴.
۸. مرادی، صادق، *جرائم و جرائم دولتی*، تهران: آشنا، ۱۴۰۴.
۹. مرادی، صادق، *دولت و حقوق اساسی ملت*، تهران: عدلیه، ۱۴۰۳.
۱۰. همتی، مجتبی، *آشنایی با نظام‌های قضایی در حقوق تطبیقی (آلمان)*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۵.

مقاله

۱۱. بکر، فلورین، «تحولات حقوق اداری آلمان»، ترجمه خدیجه شجاعیان، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۶۹-۹۲. Doi: 10.22034/mral.2020.130937.1039
۱۲. شالوند، عبدالعلی، «تأملی ریشه‌نگر در موج جهانی مبارزه با فساد و اختلاس (اختلاس فساد اداری، آفت توسعه)»، *مجله مجلس و راهبرد*، شماره ۲۵، ۱۳۷۷، صص ۱۳۱-۱۵۰.
۱۳. راغفر، حسین، «اقتصاد سیاسی فساد»، *فصلنامه مجلس و پژوهش*، شماره ۵۸، ۱۳۸۷، صص ۱۰-۴۳.

References

Books

1. Abbas-Zadegan, Sayyed Mohammad, *Administrative Corruption*, Tehran: Cultural Research Office, 2015. (In Persian)
2. Azkia, Mostafa and Gholamreza Ghaffari, *Sociology of Development*, Tehran: Kayhan, 2014. (In Persian)
3. Farazmand, Ali. *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Springer. 2018.
4. Freund, Julien, *Sociology of Max Weber*, Translated by: Abdolhossein Nik Gohar, Tehran: Tutia, 2004. (In Persian)
5. Hemmati, Mojtaba, *Introduction to Judicial Systems in German Comparative Law*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2016. (In Persian)
6. Hoppe, Tilman. *Anti-corruption Assessment of Laws ('Corruption Proofing'): Comparative Study and Methodology*, Regional Cooperation Council, 2014.
7. Moradi, Sadegh and Paria Hosseini, *Understanding Administrative Law*, Tehran: Ashena, 2025. (In Persian)
8. Moradi, Sadegh, *Government Crimes and Crimes*, Tehran: Ashena, 2025. (In Persian)
9. Moradi, Sadegh, *The State and the Fundamental Rights of the Nation*, Tehran: Adlieh, 2024. (In Persian)
10. Rabiei, Ali, *Long Live Corruption*, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, 2004. (In Persian)
11. Rick, Staphenurst; Draman, Rasheed; Larson, Brooke and Staddon Anthony (eds.). *Anti corruption Evidence: The Role of Parliaments in Curbing Corruption*, Springer, 2020.
12. Rush, Michael, *Society and Politics: An Introduction to Political Sociology*, Translated by: Manoucher Sabouri, Tehran: Samt, 2004. (In Persian)
13. Sare'i al Qalam, Mahmoud, *Intellect and Development*, Tehran: Safir, 1993. (In Persian)
14. Transparency International. *International Principles for Whistleblower Legislation*. Berlin: Transparency International, 2013.

15. Zapatero, Virgilio. *The Art of Legislating*, Springer, 2019.

Articles

16. Azfar, Omar, Young Lee and Anand Swamy. "The Causes and Consequences of Corruption", *Sage Journal*, Volume 573, Issue 1, 2010. DOI:10.1177/000271620157300103.
17. Becker, Florian. "Developments in German Administrative Law", Translated by: Khadijeh Shojaian, *Quarterly Journal of New Research in Administrative Law*, Volume 3, 2020, PP 69-92. (In Persian) Doi: 10.22034/mral.2020.130937.1039
18. Raghfar, Hossein, "The Political Economy of Corruption", *Quarterly Journal of Parliament and Research*, Issue 58, 2008, PP 10-43. (In Persian)
19. Shalalvand, Abdol Ali, "A Radical Reflection on the Global Wave of Fighting Corruption and Embezzlement", Tehran: *Journal of Parliament and strategy*, Issue 25, 1998, PP 131-150. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Why Study Philosophy of Law? Reading Bjarne Melkevik

Amir Feizbakhsh¹✉, Bjarne Melkevik²

Highlights

- The philosophy of law possesses the guiding capacity to orient the modern legal project and to structure legal reasoning.
- As a guiding framework, the philosophy of law strengthens critical discourse within the public sphere and contributes to reconstructing a democratic conception of law.
- The philosophy of law, as approached by Melkevik through its teaching, enhances the modern legal project's ability to respond effectively to the challenges of contemporary legal practice.

ABSTRACT

Introduction

The status of the philosophy of law and its usefulness for legal thought remains one of the key questions in the legal sphere today. The answer to this question not only shapes the perspectives of legal scholars but also influences their practical work in the field of law. However, many legal professionals perceive the philosophy of law as a theoretical concept, disconnected from the practical application of legal principles. This perception has led to distrust and resistance toward it. In contrast to this skeptical view, some scholars have taken a different approach. Among them, Bjarne Melkevik, a distinguished professor of the philosophy of law, argues that this discipline should be understood as an intellectual framework for the modern legal project. From this perspective, the philosophy of law structures legal reasoning and, in doing so, establishes a fundamental link between philosophical thought and legal practice. The present study examines Bjarne Melkevik's perspective and, through his ideas and works, addresses the question of the significance and value of the philosophy of law.

Methods

The present study begins with a Doctrinal Legal Research approach, aiming to collect and analyze Bjarne Melkevik's diverse works in order to identify his fundamental ideas regarding the philosophy of law, legal education, and the public sphere. The selection of these sources has been carried out with the purpose of representing his core views and constructing the theoretical framework of the research. In the second stage, to move beyond mere description toward critical analysis, a Hermeneutic and Critical Discourse Analysis methodology has been employed. At this level, Melkevik's writings are reinterpreted within the broader discourse of modern legal philosophy and in connection with contemporary legal challenges, thereby opening new horizons on the relationship between philosophy, education, and the social function of law.

How to Cite: Feizbakhsh, Amir, Melkevik, Bjarne, "Why Study Philosophy of Law? Reading Bjarne Melkevik ", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:67-82.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237767.2816>

Received: 03/12/2024-Accepted: 12/03/2025

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Laval University, Quebec, Canada

Corresponding Author Email: amir.feizbakhsh.1@ulaval.ca

2. Professor of Law, Faculty of Law, Laval University, Quebec, Canada



Copyright: © 2025 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/>).

This approach, inspired primarily by Gadamerian hermeneutics, situates the reading of texts in a living dialogue with current legal issues. Finally, to deepen the findings, a Comparative Method in Legal Philosophy has been applied, allowing Melkevik's thought - albeit in a condensed form - to be assessed in light of theorists such as Jürgen Habermas and Ronald Dworkin. This combination of doctrinal, hermeneutic, and comparative approaches provides a robust analytical and critical foundation for understanding the role of the philosophy of law within the modern legal project.

Results and Discussions

The present study evaluates the role of the philosophy of law within the framework of the modern legal project. To examine this issue, Bjarne Melkevik highlights the historical conditions that have contributed to distrust toward the philosophy of law. In particular, he emphasizes the divide between the theoretical and practical dimensions in both philosophical and legal thought. In response to such critiques, Melkevik advocates for a philosophy of law that revitalizes legal discourse, opening new perspectives for addressing contemporary legal challenges. He views this achievement as the outcome of a productive dialogue between law, philosophy, and other branches of legal sciences, one that relies on critical, intersubjective reasoning rather than positivist reductionism or prescriptive metaphysics. Analysis of Melkevik's works in this study shows that legal reasoning serves as the central link between philosophy and law in his thought. In other words, the proper application of philosophy in law functions as a guiding framework that structures legal principles and arguments while remaining accountable to institutional realities and the demands of democratic discourse. To illustrate this role, Melkevik emphasizes philosophy's guiding capacity within the legal project and the cultural context of a legal system, which determines its openness to philosophical influence. This guidance is deliberative rather than prescriptive, requiring the testing of reasons across scholarly and public forums to establish what counts as a sound argument in practice. Another key concept in Melkevik's thought is the public sphere, which he examines in relation to the connection between philosophy and law. In democratic societies, law is not only shaped through legislative processes and judicial decisions but is also scrutinized within public discourse. Within this framework, the philosophy of law plays a fundamental role in shaping perceptions and debates in the public domain, privileging communicative rationality and co-authorship of norms. In this way, it provides a critical and reasoned foundation for legal engagement in the public sphere and treats courts not as ultimate arbiters of ethical meaning but as interlocutors within the processes of argumentation and democratic adjudication. Finally, the relationship between philosophy and law - particularly the balance between its theoretical and practical dimensions - is reinforced through the teaching of the philosophy of law in law schools. Melkevik strongly advocates for integrating this philosophy into legal curricula, arguing that its capacity to guide the modern legal project depends on proper instruction. He contends that students can only fully understand the broader societal role of law through a thorough comprehension of the philosophy of law. From a pedagogical perspective, familiarizing students with what law provides for society is achieved through the study of legal philosophy, which cultivates public reasoning, sensitivity to the cultural dimensions of legality and legitimacy, and the development of argumentative judgment oriented toward democratic deliberation and the health of the legal order. From an educational perspective, students' familiarity with what law provides for society comes from learning the philosophy of law.

Conclusion

The philosophy of law, as articulated by thinkers such as Bjarne Melkevik, can offer meaningful responses to the critiques that have been raised against it. Moreover, adopting such a philosophical perspective contributes to a renewed understanding of the concept of law, strengthening the modern legal project in its confrontation with the challenges of today's legal systems. Through this lens, the philosophy of law becomes a living force in rethinking the rational foundations of law. This philosophy serves both as a safeguard for rights and as an instrument for achieving a democratic conception of law. Accordingly, through the teaching of such a philosophy of law, one can answer the question of why it should be studied in the light of thinkers such as Bjarne Melkevik.

KeyWords: Philosophy of Law, Reading and Teaching of the Philosophy of Law, Modern Legal Project, Public Discourse and Public Space, Bjarne Melkevik's Philosophical Reflection on Law.



چرا فلسفه حقوق بخوانیم؟

خوانش بیارن ملکویک

امیر فیض‌بخش^۱، بیارن ملکویک^۲

نکات برجسته

- فلسفه حقوق از توانش راهنمایی پروژه حقوقی مدرن و سامان‌دهی استدلال‌های حقوقی برخوردار است.
- فلسفه حقوق در مقام یک راهنما، با تقویت گفتمان انتقادی در سپهر عمومی به بازسازی مفهومی دموکراتیک از قانون می‌پردازد.
- فلسفه حقوق آنگونه که بیارن ملکویک به آموزش آن می‌پردازد، پروژه حقوقی مدرن را در پاسخ‌گویی به چالش‌های امروزی توان‌تر می‌سازد.

چکیده

پرسش از ارزش‌گذاری فلسفه حقوق همواره بر درک و نگرش پژوهشگران و اندیشمندان حقوق اثرگذار است. تأثیر این پرسش به‌ویژه بر کارگزاری که در پیشه حقوق به آفرینش استانده‌های دانشگاهی و کاربردی می‌پردازند هویداست. چرایی فلسفه حقوق در چهره‌های گوناگونی نمودار می‌شود؛ ولی اغلب با بدگمانی و مقاومت در برابر آن همراه است. باین‌همه، آشکار است که این فلسفه چارچوب‌های فکری فراوانی را پدید آورده و هنوز به این رویه ادامه می‌دهد. از این‌رو، خوانش فلسفه حقوق و نقش‌آفرینی آن در پیشرفت پروژه حقوقی مدرن همچنان یکی از دغدغه‌های سپهر حقوقی به شمار می‌آید. بیارن ملکویک، استاد فلسفه حقوق، دیدگاه‌های امروزی درباره پرسش از ارزش‌گذاری فلسفه حقوق را بازنگریسته و از این رهگذر آن را همچون سرمایه‌ای برای مدرنیته حقوقی پیشنهاد می‌دهد. او فلسفه حقوق را همچون راهنمایی می‌داند که پروژه حقوقی مدرن را در چارچوب گفتمان عمومی همراهی می‌کند. در این راستا، پروفیسور ملکویک چرایی خوانش این فلسفه را با چگونگی آموزش آن پاسخ می‌دهد که نشان از دیدگاه او در برابر بدگمانی به فلسفه حقوق نیز دارد؛ بنابراین، نوشتار پیش‌رو درنگی است بر اندیشه‌های بیارن ملکویک برای گشایش پنجره‌ای به‌سوی کران‌های فلسفه حقوق. در این دورنما، فلسفه حقوق سامانه‌ای فکری است که در گذرگاه دموکراسی آفریده شده و در گسترش مفهومی مدرن از قانون یاری‌رسان است.

کلید واژگان: فلسفه حقوق، خوانش و آموزش فلسفه حقوق، پروژه حقوقی مدرن، گفتمان و سپهر عمومی، اندیشه فلسفی بیارن ملکویک در حقوق.

استناد به این مقاله: فیض‌بخش، امیر، ملکویک، بیارن، «چرا فلسفه حقوق بخوانیم؟ خوانش بیارن ملکویک»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۶۷-۸۲.

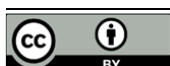
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237767.2816>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۲

۱. دانشجوی دکترا، دانشکده حقوق، دانشگاه لاول، کبک، کانادا

ایمیل نویسنده مسئول: amir.feizbakhsh.1@ulaval.ca

۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه لاول، کبک، کانادا



Copyright: © 2025 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

تاکنون هیچ تلاشی در زبان پارسی برای آشنایی با اندیشه‌های استاد برجسته حقوق، بیارن ملکویک، صورت نگرفته است. این اندیشمند نروژی کانادایی بیش از چهل سال از زندگی خویش را به آموزش، پژوهش و درنگ در فلسفه و شناخت‌شناسی حقوقی گذرانیده است. برآیند تلاش و پوییش او در گستره پژوهش حقوقی، سی جلد کتاب و سیصد مقاله است که پیرامون جستارهای گوناگونی در سپهر حقوقی نگاشته شده‌اند.

اندیشه بیارن ملکویک در حقوق کرانه‌پذیر نیست و هر آنجا که توانش ژرف‌اندیشی در حقوق وجود داشته باشد، به سنجش و واکاوی دیدگاه‌های بیان شده می‌پردازد و بر کژتابی‌ها و کاربست نادرست حقوق به خواننده هشدار می‌دهد. از این‌رو، مطالعات او بر محورهایی چون منطق و استدلال حقوقی، تئوری حقوق، تفسیر حقوقی، روش‌شناسی در حقوق، مدرنیته حقوقی، دموکراسی و گفتمان حقوقی نزد سپهر عمومی به بار نشست است. در سویی گیتاشناسی نیز نمی‌توان برای هوش حقوقی ملکویک مرزی شناخت. فزون بر نظام حقوقی آمریکای شمالی، استاد ملکویک درباره حقوق بومیان کانادا، حقوق کشورهای اسکاندیناوی، حقوق شوروی و همچنین فرهنگ حقوقی چین پژوهش‌های زیادی به انجام رسانده است.

خوانش ملکویک این برداشت را به خواننده می‌دهد که به‌جای بررسی یک یا چند مسئله حقوقی، به شیوه‌ای بنیادین، خود مسائل حقوقی و چگونگی بررسی آنها را در پرتو بایسته‌های زمان کنونی تحلیل می‌کند. به دیگر سخن، او از به‌کارگیری هرگونه مفهوم پیش‌انگارانه از حقوق پرهیز کرده و آن گروه از کاوش‌های فلسفی در حقوق را که بر بنیادهای برون حقوقی یا فراحقوقی بنا شده است، نمی‌پذیرد. باین‌همه، برداشت او به هم‌روی با هانس کلسن برای دستیابی به یک تئوری ناب از حقوق نمی‌انجامد. هرچند که ملکویک فلسفه استوار، موشکافانه و شفاف کلسن در حقوق اساسی را می‌ستاید؛ ولی در برابر تقلیل‌گرایی حقوق به دیگر مفاهیم از جمله یک مفهوم علمی یا اثبات‌گرایانه از آن ایستادگی می‌کند. وانگهی، بخشی از کوشش‌های علمی استاد ملکویک به پرسمان حقوقی درباره نهادهای برون‌حقوقی جامعه می‌گذرد. برای نمونه، او به فرهنگ، تاریخ و حافظه، ادبیات، شعر، خشونت، نافرمانی و کرامت نیز می‌پردازد؛ ولی نهادهای پیش‌گفته را در چارچوب فرهنگ حقوقی مدرن و در کشاکش با حقوقی که باید بر پایه مناسبات خود درک شود نقد می‌کند.

باری، ملکویک در بند تئوری نمی‌ماند و فرزندان را از ناکارآمدی حقوق در این پهنه بیم می‌دهد. او حتی به وجود داشتن^۱ حقوق در تئوری باور ندارد و کاربرد^۲ حقوق و کارگزاران آن را با نگاهی تیزبینانه پی می‌جوید.^۳ بدین‌سان، تفسیر حقوقی را در کالبد یک پیش‌انگاری از مفهوم حقوق اسیر می‌بیند. استفن برناچه، استاد حقوق دانشگاه شربروک، دیدگاه دیگری را در پیش می‌گیرد و بینش ملکویک را با برجسته‌سازی نقش فهم^۴ در تفسیر و استدلال به چالش می‌کشد.^۵ باین‌همه،

^۱ L'existence/Existence

^۲ La pratique/Practice

^۳ Melkevik, B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*, Paris: Buenos Books International, 2014, PP 7-24.

^۴ La compréhension/Understanding

^۵ Bernatchez, S. "Being Bjarne Melkevik : par-delà l'interprétation, l'argumentation et la compréhension." Dans : Azzaria, G. (ed.). *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Montreal: Yvon Blais, 2016, PP 529-555.

این پژوهش با نگاهی بر فیلم «جان مالکویچ بودن» (Being John Malkovich) با کارگردانی اسپاک جونز و فیلمنامه‌ای از چارلی کافمن در سال ۱۹۹۹ به انجام رسیده است.

دغدغه پروفیسور ملکویک ارزندگی تفسیر یا فهم نیست. برای او آن پیکره‌ای مهم است که حقوق‌دان، تفسیر و تئوری‌پردازی‌های خویش را بر آن بنا می‌کند و این پیکره چیزی جز استدلال^۱ نیست. بحث و جدل دو وکیل در برابر قاضی بر پایه تفسیر و فهم هریک از وکلا از متن قانون صورت می‌گیرد، ولی شیرازه این گفتاورد را همان استدلال سامان می‌بخشد. هر حقوق‌آشنایی می‌تواند به‌تنهایی تفسیر خود را از قانون داشته باشد، اما چگونگی استدلال‌آوری و برهان‌سازی با بایسته‌هایی همراه است که باید پاس داشته شوند. هرچند در پاسخ می‌توان گفت که تفسیر نیز از بایسته‌های ویژه خود برخوردار است.

به‌راستی، چشمه گفت‌وگو و نقد همیشه جوشان است و گهرباری حقوق از همین جا آفریده می‌شود. این همان سرچشمه‌ای است که ملکویک بر آن درنگ می‌کند. به دیگر سخن، ناساز با تفسیر، استدلال در برابر دیگری و دیگران و در کاربست حقوق رخ می‌دهد. در این چشم‌انداز هر تفسیری، آن‌چنان که در تئوری شدنی است، به حقوق راه نمی‌یابد. پس حقوق، هم از اصالت^۲ خویش پاسداری می‌کند و هم با پیش نهادن استدلال‌های خود به سپهر عمومی و به دیگران، بر پرمایگی‌اش می‌افزاید. این بینش در بسیاری از پژوهش‌های ملکویک درباره «گفتمان عمومی» نمایان است.

همانا آشناسازی فرهنگ‌های حقوقی گوناگون با یکدیگر، شالوده گفت‌وگو و نقد را بنیان می‌نهد. از همین رو، نوشته‌های فرانسوی، انگلیسی و نروژی ملکویک تاکنون به زبان‌های اسپانیایی، ایتالیایی، اوکراینی، پرتغالی، روسی، رومانیایی و همچنین هجده کتاب از وی به زبان تازی برگردانده شده است. تلاش این پژوهش بر آن است تا زمینه‌ای دیگر برای آشنایی و نقد فلسفه این اندیشمند به دست حقوق‌دانان پارسی‌زبان فراهم شود. در راستای همین آرمان، ملکویک در مقاله پیش‌رو به چگونگی آموزش فلسفه حقوق در چشم‌انداز چرایی خوانش آن می‌پردازد. این نوشته فشرده‌ای از ایده‌های کانونی او را نمایندگی می‌کند. از این‌روی، پانوشته‌هایی به متن افزوده شده تا در کنار روشن‌سازی این ایده‌ها، خواننده را در یافتن آثار بیشتر استاد ملکویک در آن باره یاری رساند. وانگهی، کوشش پیش‌رو فراخوانی است برای ترجمه آثار بیانر ملکویک به زبان پارسی، و اینک، آرایشی از واژه‌ها برای نمایش اندیشه‌هایی چند بر فلسفه حقوق که در پی خواهد آمد.

اگر خود را در جایگاه یک دانشجوی رشته حقوق ببینیم که در پی گزینش یکی از کلاس‌های اختیاری است، از خود خواهیم پرسید: چرا کلاس فلسفه حقوق را بگذرانم؟ اگر این دانشجو در گزینش خود آزاد باشد، منطقی است که به پرسش‌های پیش‌رو بپردازد: دستاورد فلسفه حقوق برای حقوق چیست و برای من چه به ارمغان خواهد آورد؟ هیچ انگیزه‌ای برای علاقه‌مندی به آن وجود دارد؟ به‌راستی چرا فلسفه حقوق بخوانم؟

پاسخ ما به این پرسش‌ها، بازتابی هم‌زمان از تجربه آموزش فلسفه حقوق به دانشجویان و دریافتان از حقوق خواهد بود.^۳ این هر دو، همچون دو سوی یک کوه در پیوند با یکدیگر قرار دارند. انگاشت پژوهشگر از فلسفه حقوق و نقشی که برای آن می‌شناسد، باید در آموزش فلسفه حقوق از سوی او بازتاب داشته باشد. پس چگونگی آموزش فلسفه حقوق از مفاهیم آن فلسفه که باید آموزش داده شود جدایی‌ناپذیر است.

^۱. L'argumentation/Argumentation

^۲. اینجا واژه اصالت برای حقوق، هم‌ارز با "Autentificité/Authenticity" است و نمی‌تواند همتای مناسبی برای مفهوم "Pureté/Purity" که نشان از ناب بودن حقوق در اندیشه هانس کلسن دارد به شمار آید.

^۳. Melkevik, B. *Horizons de la philosophie du droit*, Paris: L'Harmattan, 1998, PP 13-36.

برای بررسی پرسش‌های یاد شده، در این پژوهش به معرفی دو نقد مهم از فلسفه حقوق می‌پردازیم: (۱). سپس، دیدگاه خود درباره نقش فلسفه حقوق در راهنمایی پروژه حقوقی مدرن را بیان می‌کنیم؛ (۲) و بر اهمیت گفتمان عمومی برای ایفای این نقش در سپهر حقوقی تأکید خواهیم کرد؛ (۳). ویژگی‌های برشمرده برای فلسفه حقوق در برابر نقدهای پیش‌گفته قرار خواهند گرفت. در ادامه، نشان خواهیم داد که چنین سیمایی از فلسفه حقوق برای سامان‌بخشی به مفهومی دمکراتیک از حقوق ضروری است؛ (۴). برداشت ما از این گفتارها، بازتابی خواهد بود از ارزندگی فلسفه حقوق و چرایی خوانش آن در چارچوب آموزش این فلسفه.

۱. بدگمانی به فلسفه حقوق

پیش از آنکه بتوانیم به پرسش‌های پیش‌نهاده پاسخ ملموسی بدهیم، جای آن دارد که به مقاومت در برابر فلسفه حقوق یا چه‌بسا بدگمانی به آن در سپهر حقوقی از نمایی نزدیک‌تر بنگریم؛ چراکه این هر دو به‌گونه‌ای شگفت‌انگیز از کارگزاران حقوق^۱ به دانشجویان سرایت می‌کند. این مقاومت - بدگمانی، همان‌گونه که بازگشت فلسفه حقوق به فراگرد حقوقی هم آن را نشان می‌دهد، گویی امروز به آرامی در حال ناپدید شدن است. با این‌همه، راه‌بست‌های برخاسته از نافهمی یا کژفهمی فلسفه حقوق از چند دهه پیش تاکنون همچنان در فراگردهای حقوقی به زیست خود ادامه می‌دهند. ما می‌توانیم چرایی این واپس‌زدگی را در دو نگاه پیش‌رو جست‌وجو کنیم: گروه اول فلسفه حقوق را یک «خرد دستوری»^۲ زبان‌بار برمی‌شمارند و کنارش می‌زنند و دیگری، آن را در پاسخ‌گویی به بایسته‌های حقوقی امروزی به‌هیچ‌روی سودمند نمی‌داند؛ چراکه امروز خاستگاه‌های «علمی» شایسته‌تری برای این بایسته‌ها یافت می‌شوند.

میشل ویله، فیلسوف حقوق، کنار زدن فلسفه حقوق با انگاشت آن همچون یک خرد دستوری زبان‌بار را بهتر از هرکسی بازگو کرده است. او دیدگاه خویش را با آهنگی برخاسته از باورمندی یا اعتراف این‌گونه بیان می‌کند:

«من به نوبه خودم به این باور رسیده‌ام که فیلسوفان [مدرن] به ما حقوق‌دانان آسیب زیادی رسانده‌اند. این دیدگاه را همان اندازه که درباره هابز، لاک، هیوم و حتی لایبنیتس، کانت، فیشته و هگل، برای کمابیش همه فیلسوف‌های سده‌های چهارده تا بیست نیز دارم. زمانی که اینان از «حقوق» می‌گویند، سخنانشان در یک ناآگاهی

۱. واژه «Professionnel du droit/Legal professional» دربرگیرنده پیشه‌هایی چون وکالت، مشاوره حقوقی و سردفتری اسناد رسمی است. از دیدگاه پروفیسور ملکویک، حقوق را می‌بایست نزد کسانی یافت که به گسترش آن به شیوه‌ای ملموس و کاربردی می‌پردازند. این نگرش در برابر رویکردی قرار می‌گیرد که قضات را در کانون حقوق قرار داده و باور دارند که حقوق در پیشگاه قاضی به بار می‌نشیند. این درحالی است که قضات بیشتر از سایر پیشه‌های حقوقی دستخوش برونادهای سیاسی و قدرت‌ها هستند. برای آگاهی از دیدگاه پروفیسور ملکویک در این باره و تأکید بر سویه کاربردی حقوق و کارگزاران آن در برابر سویه تئوری، نگاه کنید به کتاب روبه‌رو بنام «فلسفه حقوق و کاربرد آن»:

Melkevik, B. *La philosophie du droit et sa pratique*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2020.

۲. نوواژه «Raison-Ordonnatrice/Schematic Reason» که از پیش‌نهاده‌های استاد ملکویک است برای نشان دادن چیرگی فلسفه حقوق بر اندیشه حقوقی است. در این اندیشه، فلسفه حقوق با برتری دادن به خرد در پی بار کردن هنجارهای دلخواه خویش بر حقوق است. این مفهوم بیانگر تصویری است که در آن حقوق می‌بایست پاسخ‌گوی خرد باشد. بدین ترتیب، بازشناسی نقش خرد دستوری برای فلسفه حقوق بدین معناست که حقوق بر فلسفه و تئوری بنا می‌شود؛ پس چیش حقوق بر فراز خرد با دستان فیلسوف انجام خواهد پذیرفت. این نگرش برای ملکویک از اساس واهی است. به دیگر سخن، فرمانروایی خرد، انگاره‌ای بیش نیست؛ چراکه خرد به خودی خود هیچ دستوری نمی‌دهد، بلکه این ما هستیم که امری را خردمندانه و دیگری را نابخردانه توصیف می‌کنیم. در چنین دیدگاهی، هرگونه ناخوشایندی که از حقوق برخیزد را باید نه در خرد یا فلسفه که در خودمان بجوییم. برای روشن‌گری در این باره نگاه کنید به کتاب «اندیشه‌هایی بر فلسفه حقوق»:

Melkevik, B. *Réflexions sur la philosophie du droit*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2000, P 7 and s.

کامل از کار تخصصی در حقوق بیان می‌شود. آنها چه می‌دانند؟ ریاضیات، یک جامعه‌شناسی کمابیش برگرفته از فرگشت، منطق و گاهی هم اخلاق. بدین ترتیب، این دستگاه‌های علمی را به رشته ما پیوند زده‌اند؛ درحالی‌که با تجربه‌های [حقوقی] بیگانه‌اند. از این‌رو، بیان خود ما از پدیده حقوقی را، با تزریق اثبات‌گرایی قانونی یا جامعه‌شناختی به آن، دچار نابسامانی کرده‌اند.^۱

به‌روشنی می‌بینیم که ویله به نکوهش فلسفه به اصطلاح «مدرن» بسنده کرده است و همچنین یک راهبرد استدلالی را پیش می‌نهد تا از آنجا میان فلسفه مدرن حقوق و اثبات‌گرایی حقوقی، پیوندی «شبه‌سببی» برقرار سازد. باین‌همه، خرده‌گیری او از بی‌خبری این فیلسوفان همچون نشانه‌گیری هدف است؛ چون حتی اگر فیلسوف‌های مدرن حقوق از رویدادهای سپهر عمومی زمانه خویش و جستارهای حقوقی مربوط بدان به‌خوبی آگاهی داشتند و آثار کلاسیک پیرامون «حقوق طبیعی» خردگرا را خوانده بودند، به‌راستی که هیچ‌کدام از دانش تخصصی برای کار حقوقی برخوردار نبوده‌اند. از این‌رو، ایراد وارد شده به آنان بجاست؛ بنابراین، نوشته ویله ما را به این برداشت می‌رساند که دلیلی برای خوانش فلسفه حقوق به اصطلاح مدرن وجود ندارد.^۲ به باور میشل ویله، نه کسی با گوش دادن به حرف‌های بیهوده چیزی می‌آموزد و نه آن کسی که خود را با نادان‌ها یا نادانی فریفته باشد می‌تواند ادعای دانش کند.^۳

اما گروه دوم فلسفه حقوق را در فراگرد حقوقی فقط امری غیرسودمند، بی‌اثر و همچنین بی‌بر می‌دانند. باین‌همه، هیچ‌کس آشکارا با اندیشه‌ورزی فلسفی در حقوق سر ستیز ندارد؛ چراکه این ستیزه خود در گرو اندیشیدن درباره فلسفه حقوق است. استدلال اینان بیشتر بر آن است که فلسفه حقوق چیزی افزون بر آنچه پیش از این علوم حقوقی در دسترس ما قرار داده‌اند، برای ما به ارمغان نیاورده است. تنها چیزی که علوم حقوقی ممکن است در دسترس ما قرار نداده باشد، گمانه‌زنی‌های محض و بی‌فرجام یا آن باورداشت‌های متافیزیکی‌اند که فقط از سازندگان آنها برمی‌آید. به گفته پیروان این گروه، هرچند کسی با فلسفه حقوق دشمنی ندارد، باری می‌بایست با آنچه هویداست روبه‌رو شد. بدین ترتیب که علوم حقوقی باید همان‌گونه که شایسته آن هم است، جایگاهی را که فلسفه حقوق ناگزیر از آن بوده است، پر کند. هم‌اندیشان این گروه نیز بر این باورند که فلسفه حقوق باید همچون یک سرگرمی یا کاری شبه‌مینوی به شمار آید که هر کسی به دلخواه خویش و هماهنگ با خوانده‌ها و گفته‌های شخصی با هم‌فکرانش بتواند آن را پرورش دهد. پس این کاری برای زمان استراحت یا حتی دوران بازنشستگی ماست. روی هم رفته، هیچ‌کس در پی نکوهش فلسفه حقوق نیست و این فقط امری است که باید آن را به روزگار زرین وا گذاشت؛ حال آنکه گسترش علوم حقوقی مختص زمانه ماست.

^۱. Villey, M. *Préface*, Dans: Perelman, Ch. *Le raisonnement et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ, 1984, P 8.

همان دیدگاه از میشل ویله در خاستگاه‌های روبه‌رو نیز دیده می‌شود:

Villey, M. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: Montchrestien, 1968.

برای نقد همین دیدگاه میشل ویله، نک:

Renaut, Alain, and Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris: PUF, 1991, P 129 (Chapter II - M. Villey et la "critique de la pensée juridique moderne").

^۲. برای آشنایی بیشتر با بینش بیانر ملکویک درباره فلسفه حقوق میشل ویله، نگاه کنید به کتاب روبه‌رو:

Melkevik, B. *Réflexions sur la philosophie du droit*, op.cit., PP 99-129.

^۳. آلن رونو به‌روشنی بیزاری میشل ویله از این فیلسوف‌ها را نقد می‌کند، نک:

Renaut, A. *Kant aujourd'hui*, Paris: Aubier, 1997, P 322.

ما در پی ارزیابی این دو نگاه برخاسته از مقاومت - بدگمانی نسبت به فلسفه حقوق نیستیم و فقط به مشاهده رخ داده‌ها^۱ می‌پردازیم. باری می‌بایست بپذیریم که این مقاومت‌ها، بازمانده نابه‌سامان دورانی هستند که فلسفه حقوق خود را علم مادر می‌پنداشت و چه بسا که همین پندار زمینه‌ای را فراهم ساخت تا هم‌گویی^۲ با حقوق‌دانانی که بی‌تردید از تجربه‌ای کاربردی بهره‌مند بودند، نادیده انگاشته شود و همچنین رویارویی گفتمان‌های مختلف علمی در حقوق گسترش نیابد. چنین غفلتی امروز دیگر رخ نخواهد داد، مگر آنکه نقش فلسفه حقوق را به حاشیه‌نویسی بر آثار گذشته یا به یک مشق معناشناسی که بر دوری باطل می‌چرخد کاهش دهیم. به هر روی، سنتز رویکرد دو گروه یاد شده که به واپس‌زدگی فلسفه حقوق یا به بدگمانی بدان می‌انجامد نشانگر آن است که هریک از این دو به شیوه خود، گزیده‌ای از وضعیت کنونی آموزش فلسفه حقوق را به ما می‌نمایانند. ناگفته نماند که دوستداران و شیفتگانی هستند که با آنها فلسفه حقوق، به‌ویژه در دانشکده‌های حقوق، بر بدگمانی برخاسته از پیشه حقوق‌دانان نسبت به گفتمان‌هایی که اینان تهی و بی‌په‌وده می‌انگارند، چیره می‌شود و این فلسفه نشان خواهد داد که می‌تواند امری سودمند و گوهری را برای حقوق به ارمغان آورد.

۲. فلسفه حقوق به مانند یک راهنما

اکنون به پرسش‌های آغاز سخن از چرایی خوانش فلسفه حقوق و آموزش آن بازگردیم. در این مقال به دیدگاهی خواهیم پرداخت که فلسفه حقوق را در پروژه حقوقی مدرن^۳ همچون یک راهنما یا همراه^۴ می‌شناسد. با پذیرش این دیدگاه،

۱. واژه "Fact/Fait" به صورت‌های گوناگونی همچون واقعیت، حقیقت، بوده، امر واقع، امر مسلم و فکت ترجمه شده‌اند. این واژه در حقوق بیان‌کننده مفهومی فراخ است و برای جستارهای زیادی بکار می‌رود. داده‌های پیش روی قاضی چون گزارش کارشناس از یک رخداد تا واقعیت‌های اجتماعی که در پیوند با نظام حقوقی‌اند، هر دو با همین واژه در زبان پارسی نمایندگی می‌شوند. بدین ترتیب، واژه پیش‌گفته بیانگر آن گروه از داده‌هاست که به دور از سویه‌های فرهنگی یا اخلاقی، تنها واقعی و عینی هستند. این سازواری با واقعیت بیرون برای سایر علوم همچون فیزیک نیز بسیار مهم است تا از آنجا چیزی را در شمار فکت‌ها به حساب آورند. ولی در حقوق، سازواری با واقعیت بیشتر بر سویه‌ای کاربردی تأکید دارد. به دیگر سخن، داده‌هایی که رخ داده و به کار رفته‌اند از اهمیت بالایی برخوردارند؛ چراکه از آنجا با اکت (عمل حقوقی) پیوند خورده و آثار حقوقی بر آن بار می‌شود. فرهنگ دانشنامه‌ای تئوری و جامعه‌شناسی حقوق آرنو، واژه فکت را در چارچوب مفهوم عمل حقوقی "Acte juridique/Legal Act" شرح می‌دهد و عمل حقوقی را این‌گونه توضیح می‌دهد: «(اول) باز نمود اراده برای ایجاد آثار حقوقی؛ (دوم) نوشته‌ای (ابزاری) برای اثبات یک فکت یا اکت حقوقی در معنای اول». بدین ترتیب، واژه «رخ داده» توانش آن را دارد که هم نقش این مفهوم در مقام یک داده را نشان دهد و هم بیانگر سویه واقعی (کاربردی) بودن آن در حقوق باشد. برای بررسی بیشتر واژه عمل حقوقی در فرهنگ آرنو، نک:

Arnaud, André-Jean and Jean-Guy Belley (eds.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: LGDJ, deuxième édition, 2018, « Fait juridique » (P 251) & « Acte juridique » (PP 4-6).

۲. Dialogue

۳. "Projet juridique modern/Modern legal project" بیانگر کوششی است در راستای نهادینه‌سازی دیدگاهی امروزی از حقوق که بر اصولی همچون دموکراسی، خردگرایی، خودسالاری فردی و همچنین دولت حقوق استوار است. در این دیدگاه، حقوق در مقام اقتداری یک‌سویه و سلسله‌مراتبی بر جامعه بار نمی‌شود، وانگه در چارچوبی سامانمند با آرمان ایجاد هماهنگی میان حقوق و مسئولیت‌های افراد، ضرورت بکارگیری ارزش‌های دموکراتیک، شفافیت و همکاری همگانی آراسته می‌شود. دریافت ملکویک از این مفهوم در پژوهش‌های گوناگون بیان شده است. برای نمونه نگاه کنید به جلد دوم از کتاب او با نام «فلسفه حقوق»:

Melkevik, B. *Philosophie du droit*, Volume 2, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2014, PP 179-190.

۴. نقش "Accompagnateur/Assistant" یا "Guide" در اینجا می‌تواند با واژه شریا (Sherpas) مانندسازی شود. شریا برای نامیدن مردمانی به کار می‌رفت که از دیرباز در سرزمین‌های کوهستانی نپال زندگی می‌کردند. از میان کاربردهای پسین شریا، واژه «راهنما» است که در پی کمک این مردمان به کوهنوردان رشته کوه‌های هیمالیا پدید آمده است. بدین ترتیب، شریا به دور از یک نقش فرمایشی یا دستوری، کوهنورد را در رسیدن به فراز کوه همراهی کرده و راهنمایی‌های بایسته را پیش روی او می‌گذارد. برای شرح نویسنده از این دو مفهوم نگاه کنید به کتاب روبه‌رو:

Melkevik, B. *Réflexions sur la philosophie du droit*, op.cit., P 10 and s.

آموزش فلسفه حقوق باید به شناساندن این نقش و پیامدهای کاربردی آن یاری رساند. آموزش فلسفه حقوق در نقش یک راهنما برای پروژه حقوقی، پیش از هر چیز برابر است با کنار نهادن هرگونه اندیشه دستوری، چه در سویه فلسفی و چه در سویه حقوقی آن. چه بسا بتوانیم این دو سویه را به صورت روبه‌رو بازگو کنیم: فلسفه حقوقی که اغلب از سوی فیلسوف‌ها، خواه کارشناس خواه مشتاق فلسفه، پذیرفته می‌شود و با سنجه «خرد دستوری» و بر مبنای صورتی از «حقوق ایده‌محور» شناسایی می‌شود؛ در برابر فلسفه حقوقی که از سوی حقوقدانان پدید آمده و با سنجه «تجربه دستوری» و بر پایه صورتی از «حقوق واقعیت‌محور» شناخته می‌شود.^۱ جنبش برخاسته از پایگاه حقوق دانان می‌کوشد تا ازین پس به جای «فلسفه حقوق»^۲ با نام «فلسفه حقوقی»^۳ شناخته شود. با آنکه تنش میان این دو رهیافت که خود می‌تواند خاستگاه هم‌آوردی ثمربخش باشد ستودنی است، اما هر فلسفه حقوقی که امروز در آرزوی رسیدن به جایگاه یگانه‌ی «دستوری» باشد، خود را از هم‌گویی اندیشمندانه با حقوق موضوعه (حقوق معتبر)^۴ بی‌بهره خواهد گذاشت.

کانت‌گرایی در حقوق که به‌ویژه با هانس کلسن نمایندگی شد به «اندیشه فلسفی بر پروژه حقوقی مدرن» آسیب زد. کلسن چه‌بسا ناساز با آنچه خود کانت می‌خواست، در پی آن بود که پروژه حقوقی مدرن را در چارچوبی ناب که از هرگونه هم‌گویی با باورهای سیاسی، اجتماعی، اخلاقی و مذهبی افراد پرهیز می‌کند نگاه دارد.^۵ چنین دیدگاهی به یک مفهوم تقلیل‌گرایانه از حقوق منجر خواهد شد. این درحالی است که فلسفه حقوق باید برای واگرایی خود از اثبات‌گرایی حقوقی به کار آید.

پس از کنار نهادن هرگونه دیدگاه فلسفی در حقوق که به تقلیل‌گرایی در حقوق بینجامد، بیایید بپذیریم که فلسفه حقوق با یک نگاه دستوری نمی‌تواند مدعی روشن‌گری در حقوق باشد، به‌ویژه که حقوق پیش از این و به آن اندازه که باید از سوی قوای خویش روشن شده است. پذیرش این موضوع نیز ضروری است که فلسفه حقوق از هیچ آگاهی یا دانشی که با آن بتواند نقشی اساسی در پروژه حقوقی بازی کند برخوردار نیست. بنابراین اگر فلسفه حقوق نقش دستوری خود را

^۱. پرفسور ملکویک دو رهیافت گوناگون در فلسفه حقوق را از یکدیگر سوا می‌کند. اول، دیدگاهی که حقوق را بسان یک مفهوم (Concept) می‌نگرد و با کمک تعریف‌هایی که از پیش تعیین شده‌اند (a priori) می‌کوشد تا دریافت خود از مبانی فلسفی حقوق را پیش نهد. در چنین رهیافتی، ایده حقوق (در سایه برداشتی افلاطونی از «ایده») در کانون استدلال‌ها قرار می‌گیرد و حقوق از آن رهگذر بر ما نمایان خواهد شد؛ یعنی صورتی از حقوق که بر «ایده» بنا شده است: حقوق ایده‌محور (Idéo-Droit/Ideal-Law). دوم، در آرایشی متفاوت، حقوق در نگاهی اثبات‌گرایانه به صورت یک علم پنداشته می‌شود و از آنجا به مفهومی علمی از حقوق خواهیم رسید که بر پایه یک واقعیت منطقی و علمی بنا شده است: حقوق واقعیت‌محور (Vrai-Droit/True-Law).

^۲. Philosophie du droit/Philosophy of Law

^۳. Philosophie juridique/Legal Philosophy

^۴. “Droit positif (valide)/Positive (valid) Law” تلاش ملکویک در اینجا برای نشان دادن نقش دکتین حقوقی است. او پیوندی ناگسستنی میان حقوق موضوعه و دکتین می‌بیند؛ چراکه این حقوق بر پشتوانه تحلیل حقوق دانان، رویه قضایی، تفسیر حقوقی و تئوری‌پردازی‌ها به جایگاه حقوق معتبر رسیده است. از این رو، آن را پارادایم حقوق موضوعه یا عینی‌سازی دکتین نیز می‌نامد. حقوق ایده‌محور، حقوق واقعیت‌محور و حقوق دکتین‌محور هر سه آماج نقد او قرار می‌گیرند؛ چراکه خاستگاه آغازین همه آنها، مفهومی از حقوق است که از پیش تعریف شده؛ فزون بر این، کمتر پرسشی از اعتبار و ارزندگی آنها می‌شود. همانا ملکویک هیچ‌گونه نگرش تقلیل‌گرایانه (Réductionnisme/Reductionism) به حقوق را نمی‌پذیرد و آن را راه‌بستی بر کاربرد حقوق و بر فهم پیچیدگی‌های آن می‌داند؛ خواه این تقلیل‌گرایی در سایه یک ایده باشد، خواه بر پایه یک واقعیت پیش‌انگازانه و خواه برخاسته از دکماتیسیم حقوقی. برای خوانش این دیدگاه نگاه کنید به کتاب «شناخت‌شناسی حقوقی و پیش‌حقوق»:

Melkevik, B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*, op.cit.

^۵. Kelsen, H. *Théorie pure du droit*, Traduit par: Ch, Eisenmann, Paris: Dalloz, 1962.

کنار گذارد، تنها گزینه بازمانده، «راهنمایی» پروژه حقوقی و به بیانی ژرف‌تر، راهنمایی اندیشه‌ها، استدلال‌ها و برهان‌هایی که پروژه حقوقی را پشتیبانی می‌کنند خواهد بود. بدین‌سان، فلسفه حقوق کانون توجه خود را بر ویژگی‌های صورتی حقوق نمی‌گذارد^۱ و آن را خودخواسته به علوم حقوقی وامی‌نهد؛ ولی به راهنمایی اندیشه‌هایی می‌پردازد که پروژه حقوقی مدرن با آنها شکوفا خواهد شد.

به‌راستی، نقشی که امروز می‌توانیم برای فلسفه حقوق بشناسیم، زیربنای آموزش آن نیز به شمار می‌آید؛ همراهی در پروژه حقوقی برای شکوفایی استدلال‌های استوار و برهان‌های وزین است. از این دیدگاه، فلسفه حقوق باید در گشودن دریچه‌های نو و بیکران‌سازی باورها، ارزش‌ها و مفاهیم پیش‌داوری‌شده‌مان به ما یاری رساند. از یاد نبریم که فلسفه حقوق باید در پذیرش نقش فراسنجه‌های فرهنگی یا فلسفی که نشانگر گستره فلسفه حقوق‌اند و همچنین در شناسایی آن فراسنجه‌ها به کار آید. به دیگر سخن، این فلسفه ما را با مفاهیمی آشنا خواهد ساخت که نشانگر پیوند میان حقوق و «اخلاق»، جامعه و فرد و جستارهای دیگری از همین رسته‌اند.^۲ بدین ترتیب، فلسفه حقوق می‌تواند در بهبود پیوند میان ساختارهای بنیادین اجتماعی، همچون هنجارهای فرهنگی و ارزش‌های جمعی، و نظام حقوقی نقش راهنما را ایفا نماید.

فزون بر آنچه گفته شد، اندیشه فلسفی در حقوق بر چارچوب‌های نهادی جامعه چون سیاست‌های عمومی و نظم حقوقی موجود نیز اثرگذار است. امروز شاهد این هستیم که دادگاه‌های عالی کانادا، آمریکا و برخی دیگر، بیش‌ازپیش به دیدگاه‌های شکل‌گرفته در فلسفه حقوق و به نوشته‌های فیلسوفان حقوق استناد می‌کنند. وانگهی، این دیدگاه‌ها چیزی بیش از درنگ ساده در اندیشه فلسفی حقوق تلقی می‌شوند.^۳ اگر بتوانیم به دانشجویان نشان دهیم که چگونه اندیشه‌های فلسفی در حقوق بر دادگاه‌های یاد شده اثر می‌گذارد و در امر مختوم^۴ ردی از خود به جای می‌گذارند، روحیه انتقادی آنان را نیرو بخشیده‌ایم. هرچند قضات موضع خود را درباره سقط جنین، مرگ آسان، حقوق گوهری مردمان بومی یا

۱. "Les qualités formelles du droit/Formal qualities of Law" بیانگر گروهی از ویژگی‌های ساختاری و فنی حقوق همچون آرایش قواعد، منطق درونی، استواری بن‌پاره‌ها و سازگان رویه‌هاست. در نگاه ملکویک، بررسی این ویژگی‌ها با علوم حقوقی است؛ چراکه به شناسایی حقوق همچون سامانه‌ای از هنجارها در سوبیه‌ای تکنیکی و روش‌شناختی می‌پردازد؛ این درحالی است که فلسفه حقوق بر شالوده‌های الهام‌بخش حقوق و بن‌مایه‌های اجتماعی، فرهنگی و انسانی آن درنگ می‌کند.

۲. در بافت حقوقی فلسفی هر جامعه، سنجه‌ها (ملاک‌ها) و فراسنجه‌هایی (پارامترهایی) وجود دارند که نشان‌دهنده ویژگی‌ها و مرزبندی آن بافت‌اند. فلسفه حقوق به ما کمک خواهد کرد تا نقش این فراسنجه‌ها در عرصه حقوقی فلسفی را بازشناسیم و سپس به شناسایی‌شان بپردازیم. در همین برداشت از چارچوب فرهنگی حقوقی جامعه، ملکویک به تدوین مجموعه مقالاتی پیرامون فرهنگ حقوقی کبک و تغییر و دگرگونی فراسنجه‌های نظام حقوقی آن در بافتاری فرهنگی پرداخته است. برای آشنایی با این پژوهش، نگاه کنید به کتاب «دگرگونی فرهنگ حقوقی کبک»:

Melkevik, B. (ed.). *Transformation de la culture juridique québécoise*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 1998.

۳. Melkevik, B. "La philosophie du droit : développements récents", Dans : Klibansky, Raymond, and Josiane Boulad-Ayoub (eds.). *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 1998, PP 465-483.

۴. ملکویک در این گفتار بر اصطلاح لاتین "Res judicata" که بیشتر با «امر مختوم» برابر نهاده شده است اشاره دارد. این سخن فقط درباره نقش اندیشه‌های فلسفه حقوق در ساخت و درون‌مایه رأی قاضی که برای طرف‌های دعوا صادر شده است نیست، بلکه نشانگر اثر ژرف این اندیشه‌ها بر امر قضاوت شده است که در سوبیه‌ای فراگیر بر نظم حقوقی و از آن مسیر بر نهادهای اجتماعی کارساز خواهد بود. برای بررسی بیشتر این جستار نگاه کنید به کتاب روبه‌رو از وی:

Melkevik, B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*, op.cit.

دیگر جستارها به ما نشان می‌دهند، ولی این «یگانه تصویر» موجود از آن جستارها نیست.^۱ اگر بنا بر این است که فلسفه حقوق سنجش موشکافانه واقعیت حقوقی امروز را به‌عهده داشته باشد و آن را به‌ویژه با کاوش رویه‌قضایی به انجام رساند، باین‌همه، نباید برای این فلسفه به نقشی «بنیادین» باور داشت.^۲ قضات، آن‌گونه که بسیاری از فیلسوفان حقوق امروزی چون رونالد دورکین^۳ در پرده و ناسنجیده پنداشته‌اند، نباید همچون فلاسفه حقوق ما قلمداد شوند؛ چه‌بسا باید همچون هم‌سخنانی شایسته برای گفت‌وگو با ما، که هم وضع‌کننده و هم دریافت‌کننده حق‌های خود هستیم، به شمار آیند. چنین رویکردی به فلسفه حقوق از تلقی آن بسان یک راهنما برخوردار آمد. به موضوع حق‌ها پس از این بازخواهیم گشت. چکیده سخن آنکه، فلسفه حقوق در جایگاه یک راهنما از هر نقش فرمایشی و فروکاستن مفهوم حقوق پرهیز می‌کند و پیوند میان نهادهای اجتماعی و نظم حقوقی حاکم بر آن را سامان می‌بخشد. این رویکرد درست در برابر نقد بدگمانی به فلسفه حقوق در پی نقش دستوری آن قرار می‌گیرد. پس آموزش فلسفه حقوق باید این بینش را در خود بگنجاند که فلسفه مزبور بدون بار کردن هیچ دستورکاری، آن هم به‌دور از هرگونه انحصارطلبی و فراروی از اصول خویش، فقط در اندیشه مربوط به دشواری‌های حقوقی امروز، که انجامش بر دوش ماست، مشارکت می‌کند. این مشارکت به‌ویژه با آموزش و پرورش استدلال‌ها به بار می‌نشیند. پس فلسفه حقوق فقط یک کوشش استدلالی است که سویه «عمومی» بودن از آن ناگسستنی است. این سویه عمومی در ایستارهای گوناگونی جلوه پیدا می‌کند. برای نمونه، گفتاورد دو وکیل و استدلال‌آوری هریک نزد قاضی در برابر «عموم» انجام می‌شود. باین‌همه، سیمای بنیادی‌تری از عمومیت استدلال در فلسفه حقوق وجود دارد که فقط در گفتمان عمومی بازتاب پیدا می‌کند.

۳. فلسفه حقوق و گفتمان عمومی

امروز، سپهر عمومی به کانون حقوق بدل گشته است. در یک چشم‌انداز حقوقی سیاسی، سپهر عمومی محل روبه‌رو شدن اقتدار نظام حقوقی و آزادی‌های فردی است؛ از آن منظر که شهروندان به ارزیابی تصمیمات عمومی و پی‌جویی حقوق بنیادین خویش می‌پردازند و بر روند قانون‌گذاری تأثیر می‌گذارند. بدین ترتیب، این حوزه نقطه برخورد خودسالاری فردی

^۱. See: Bégin, Luc, François Blais, Georges Legault, et Luc Tremblay, "Langage des droits et conflits des représentations ultimes", Dans : Boulad-Ayoub, J., Bjarne Melkevik and Pierre Robert (eds.), *Carrefour: Philosophie et droit*, Montreal: L'ACFAS, 1995, PP 231-315.

^۲. باوجود آنکه بازتاب اندیشه‌های فلسفه حقوق در استدلال‌های قضات می‌تواند کارایی داشته باشد، پروفیسور ملکویک هشدار می‌دهد که بازشناسی فلسفه حقوق همچون یک بنیاد یا مبنا، پیامدهای زیان‌باری به دنبال خواهد داشت. این خسران در پی به‌کارگیری هرگونه نگرش بنیادمحور (Fondationnaliste/Foundationalist) در حقوق پدیدار خواهد گشت. در یک اندیشه بنیادمحور، هنجارهای حقوقی و همچنین سنجه‌هایی که برای تعریف سامانه‌های حقوقی به کار می‌روند، همگی بر بنیاد یک اندیشه ایستا استوار می‌شوند. برای نمونه، تئوری‌های حقوق طبیعی می‌تواند از رسته دیدگاه‌های بنیادمحور به شمار آید. در برابر چنین نگرشی، نویسنده برای فلسفه حقوق به یک نقش برشناختی (Diagnostic/Diagnostic) باور دارد که باید در تشخیص و بازشناسی استدلال‌های حقوقی به کار گرفته شود. همسو با چنین نقشی، برخورد یک قاضی با فلسفه حقوق در فهم قانون و همچنین در نگارش رأی خود بر پایه بنیادمحوری صورت نمی‌گیرد، چراکه در این صورت برداشت خود از جستارهای حقوقی جامعه را در قالب یگانه تصویر موجود از آنها بار خواهد کرد؛ درحالی‌که این فلسفه فقط باید برای تحلیل ناهنجاری‌ها و دغدغه‌های حقوقی به قاضی یاری رساند. برای واکاوی حقوق طبیعی در نگرش بنیادمحور نگاه کنید به کتاب «درنگ‌های حقوقی فلسفی» بیان ملکویک:

Melkevik, B. *Considérations juridico-philosophiques*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2005, PP 63-82 (Chapter IV - Un regard moderniste sur le « droit naturel » ou comment rejoindre la modernité juridique).
Dworkin, R. *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Press, 1986; Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

و خودسالاری عمومی است که به شکل‌گیری یک اراده مشترک میان نظم حقوقی حاکم و جامعه می‌انجامد.^۱ آنچه در این بازه برای ما اهمیت دارد، نقشی است که استدلال در این میان بازی می‌کند.

سپهر عمومی جایگاهی است برای یک گفتمان که شهروندان، سیاست‌مداران، اندیشمندان، رسانه‌ها و نمایندگان سایر سامانه‌ها در آن شرکت می‌کنند و این گفتمان عمومی زمینه‌ای خواهد بود برای آشناسازی، به‌کارگیری و سنجش استدلال طرف‌های گفت‌وگو. پس فلسفه حقوق با کارکردی که در صورت‌بندی استدلال‌ها دارد، برای این گفتمان شالوده‌ای اساسی به شمار می‌آید. این گونه از به‌کارگیری فلسفه حقوق، به نزدیک شدن سویه تئوری و کاربردی حقوق نیز کمک می‌کند. در سپهر عمومی زمینه‌ای فراهم است تا درباره خردگرایی و گوناگونی استدلال‌آوری در حقوق برای کارآمدی هرچه بیشتر پروژه حقوقی بیندیشیم. موضع خود ما در برتری دادن به یک خردگرایی «ارتباط محور»^۲ خلاصه می‌شود.

تأکید ما بر مسئله سپهر عمومی در آموزش، برگرفته از یک خواسته مهم است. مراد ما خوگیری دانشجویان با این نگرش است که در حقوق، مخاطب اصلی ما همین سپهر عمومی است. آنها باید دریابند که این عرصه نقشی اساسی در شکل‌دهی به اراده جمعی و بیان دیدگاه‌ها درباره پروژه حقوقی مدرن ایفا می‌کند و فزون بر آن به پرورش دیدگاه‌ها و پشتیبانی از آن می‌پردازد. از آنجایی که حقوق با اول شخص جمع، یعنی «ما»، بیان می‌شود،^۳ خود آموزش فلسفه حقوق نیز باید بتواند در بحث و گفت‌وگو و گفتمان‌های انتقادی درباره سپهر عمومی و همچنین درباره پی‌ریزی خردمندانه اراده و برهان‌ها هم‌آفرینی کند.

به‌راستی، فلسفه حقوق باید هرگونه اسناد به «فلسفه (خود)آگاهی» (کانت، فیشته و هگل) را رها کند؛ چون قضاوتی که یک فرد به تنهایی درباره پروژه حقوقی داشته باشد از اهمیت چندانی برخوردار نیست. از یک نگاه استدلالی، فلسفه حقوق باید به‌گونه‌ای با پروژه حقوقی مدرن همراه شود که براهین خود را به شیوه‌ای عینی در سپهر عمومی به بوته آزمایش گذارد. آنجاست که «بار» یا «ارزش» داده شده به هر استدلال و برهانی، از درک و نگرش همگان می‌گذرد تا با بحث و گفت‌وگو چاره‌اندیشی شود.^۴ چنین دیدگاهی پاسخ‌گوی نقدی است که فلسفه حقوق را ناکارآمد و تنها یک سرگرمی شخصی می‌پندارد.

فلسفه حقوقی که به راهنمایی پروژه حقوقی بپردازد و در گفتمان عمومی به استدلال‌ها جان ببخشد شرایط ویژه‌ای را با خود به ارمغان خواهد آورد. این شرایط به ما اجازه خواهد داد تا استدلال‌ها، دیدگاه‌ها و تحلیل‌های خود را درمورد حقوقی که می‌خواهیم به شیوه‌ای آگاهانه برای خود مقرر کنیم توسعه دهیم. چنین حقوقی که به باور ما شناسه پروژه حقوقی مدرن است چیزی جز یک مفهوم دموکراتیک از حقوق نیست.

^۱ دیدگاه ملکویک درباره «سپهر عمومی و حقوق» به فلسفه یورگن هابرماس و به‌ویژه تئوری کنش ارتباطی او نزدیک می‌شود. برای آشنایی با این دیدگاه نگاه کنید به کتاب او به نام «هابرماس، قانونی بودن و مشروعیت»:

Melkevik, B. *Habermas, Légalité et Légitimité*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2012.

^۲ Melkevik, B. *Horizons de la philosophie du droit*, op.cit., PP 91-150.

^۳ اینجا تأکید بر خاستگاه انسانی حقوق و همچنین ویژگی اجتماعی و ارتباطی آن است.

^۴ استاد ملکویک در جای‌جای پژوهش‌های خویش به موضوع «هم‌گویی و کاربست آن در سپهر عمومی» پرداخته است. یکی از پرتوهای این جستار، موضوع «قضاوت» است. در این مفهوم، ملکویک به ستایش «قضاوت عمومی و حقوقی» افراد از یکدیگر در عرصه‌های عمومی می‌پردازد؛ چیزی که بسیار فراتر از بازگویی ساده دیدگاه خود درباره جستارهای پیرامون ما در جامعه است. در کنار این برداشت از «قضاوت»، باید به «قضاوت‌پذیری و مدارا» نیز اندیشید. برای دیدگاه‌های ملکویک در این باره نگاه کنید به کتاب‌های «فلسفه قضاوت حقوقی» و «مدارا و مدرنیته حقوقی»:

Melkevik, B. *Philosophie du jugement juridique*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2010.

Melkevik, B. *Tolérance et modernité juridique*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2006.

۴. به سوی مفهومی دموکراتیک از حقوق

فلسفه حقوق بسان خاستگاهی برای استدلال‌های درست و برهان‌های آگاهی‌بخش، به خودی خود موضعی فلسفی است. این چیزی است که از همان آغاز بحث بدان پی‌بردیم؛ چراکه آموزش فلسفه حقوق به‌خاطر سرشت خود به مفهومی از «حقوق» پیوند خورده است. باین همه، فراتر از آنچه بتوانیم اکنون به این مفهوم از فلسفه حقوق بیفزاییم، شایسته است که در پایان به پرسشی که تا بدینجا زیربنای اندیشه‌های ما را سرشته است بپردازیم؛ یعنی آنکه آرمان آموزش فلسفه حقوق چیست؟ پس، در بخش واپسین این نوشتار به استوارسازی باور خود به آموزش یک مفهوم دموکراتیک از حقوق خواهیم پرداخت. برای درک چنین مفهوم دموکراتیکی از حقوق، چه‌بسا پیش از هر چیز یادآوری یک نکته مفید باشد که این مفهوم با آنچه «اخلاق آزادی‌خواه»^۱ حقوق می‌خوانند و اغلب در دانشکده‌های حقوق آمریکای شمالی آموزش می‌دهند، متفاوت است.^۲ مفهوم «اخلاق آزادی‌خواه» فلسفه‌ای از حقوق است که با باورهای پیش‌انگاره درهم تنیده شده است؛ یعنی باور به وجود پیشاسیاسی مجموعه‌ای از اصول و قواعد که به‌صورت یکپارچه کنار هم چیده شده‌اند. این مفهوم بر ضرورت اندیشیدن در حقوق بر مبنای پیش‌فرض گرفتن برخی «حقوق اخلاقی» نیز پای می‌فشرد. فلسفه اخلاق آزادی‌خواه در پی آن است تا در پناه چنین پنداشتی بتواند، هم آزادی‌های منفی را در برابر هرگونه کنشگر بیرونی همچون دولت‌ها تضمین کند و هم به سانسور کنش‌های جمعی به نفع فعالیت‌های فردی بپردازد. آموزش فلسفه حقوق در آمریکای شمالی اغلب به چنین بینشی گرایش داشته است. این باورها در چارچوب پایبندی به «تهداهای» آزادی‌خواه تجسم یافته است. ناگفته پیداست که فیلسوف حقوقی همچون دورکین و به‌ویژه واپسین کتابش به نام *حقوق آزادی*،^۳ برای ما نماینده بارز چنین مفهومی به شمار می‌آید. فرجام آنکه آموزش فلسفه حقوق، «ما» را تشویق می‌کند به نهادهایی که «خودمان» ساخته‌ایم ایمان آوریم.^۴ افزون بر اینها، این دیدگاه افراد را به‌گونه‌ای می‌پروراند تا باور کنند دموکراسی فقط ابزاری برای رواج اخلاق آزادی‌خواه است. این رویه، گرایش بیشتر به اخلاق آزادی‌خواه را با خود به همراه آورده است.

در تفاوت با دیدگاه پیش‌گفته، یک مفهوم دموکراتیک از حقوق که به آموزش ما نیز جان می‌بخشد، راه دیگری را برمی‌گزیند. چرایی این امر پیش از هر چیز آن ارزشی است که دموکراسی نه همچون یک ابزار، بلکه به خودی‌خود برای ما دارد. همانا اگر فلسفه حقوق، هم‌آوا با کانت، بیانگر برون‌رفت آدمی از گستره دگرسالاری به‌سوی خودسالاری است، پس این خودسالاری باید در برابر تلقین فلسفی به‌کار آید. به دیگر سخن، اگر انسان به پاس خردگرایی و آزادیش توانایی قانون‌گذاری دارد، این ویژگی‌ها نه به یک نهاد، که به خود فرد باز می‌گردند. بدین ترتیب، یک دیدگاه فلسفی در حقوق باید به‌جای بازشناسی دستگاه در پی شناسایی کنشگر باشد. این چنین است که استدلال‌های منطقی که هر فردی بتواند آسوده از نیروهای بیرونی، آن را ارزیابی کند و بپذیرد، بر استدلال‌های مبتنی بر اقتدار، که از خاستگاهی برون‌فردی بر او دیکته می‌شود، برتری دارد. فرجام آنکه این آزادی و خودایستایی فکری به مشارکت در پرورش هنجارها و حقوق در بستری همگانی و دموکراتیک خواهد انجامید. بنابراین، آموزش فلسفه حقوق نمی‌تواند خود را به مشق دگرسالاری تقلیل دهد، هرچند که این دگرسالاری از سرشت

^۱ Moralité libérale/Liberal Morality

^۲ درباره نقد آموزش حقوق در دانشگاه‌های آمریکایی از نگاه شناخت‌شناسی (اپیستمولوژی) حقوقی، نگاه کنید به کتاب بیارن ملکویک به نام «هوشمندی حقوق، شناخت‌شناسی حقوقی»:

Melkevik, B. *L'intelligence du droit : épistémologie juridique*, Paris: Buenos Books International, 2021, PP 105-156 (Chapter III - « Honte à l'enseignement juridique américain » : à la lumière des lectures d'Alan Watson).

^۳ Dworkin, R. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

^۴ مقصود، فراموشی سازنده و بزرگ‌نمایی ساخته است.

«اخلاق آزادی‌خواه» باشد. فلسفه حقوق نمی‌تواند جایگزینی برای نویسندگان حقوق باشد، وانگه باید آنان را راهنمایی کند. مفهوم دموکراتیک از حقوق که در آموزش فلسفه حقوق ما جای دارد، فزون بر سویه خودسالاری، بر برداشتی از حق‌ها نیز تکیه دارد. تقلیل‌گرایی که شناسه اثبات‌گرایی حقوقی است موجب نادیده‌انگاری این می‌شود که مسائل حقوقی در کاربردشان به مسئله حق‌ها پیوند می‌خورند؛ حق‌هایی که ما باید به شیوه‌ای دوسویه و میان‌فردی به خودمان اعطا کنیم. حقوق، هنجاری است؛ بدین روی که مسئله حق‌های پیش‌گفته در چارچوب یک «بایسته» پدیدار می‌شود که در پی آن ما را به وضع‌کننده و دریافت‌کننده حق‌هایی بدل می‌سازد که بین خودمان و به خودمان می‌بخشیم. بایستن^۱ یکی از سویه‌های مفهوم حقوق است که باید در پرتو یک ارزیابی هنجاری از حقوق فهمیده شود. این سویه هنجاری، فراتر از توصیف هنجارهاست و یک خوانش ساده اثبات‌گرایانه از آن، برخی از لایه‌های مهم حقوق را پنهان نگه می‌دارد. سویه بایستگی حقوق در فرایندهای بین‌فردی درک می‌شود، یعنی آنجایی که گفت‌وگو و برخورد دوسویه افراد در به‌کارگیری حقوق، مسئولیت‌هایی را برای آنان با خود به همراه می‌آورد.^۲ در همین چارچوب است که افراد، هم نهنده و هم دارنده حق‌ها هستند. پس حقوق در مقام یک سامانه دموکراتیک با بایسته‌هایی همراه است که از آنجا به مفهوم حق‌ها پیوند می‌خورد. همسو با دیدگاه ما، مدرنیته حقوق در این بایستگی خلاصه می‌شود که همه سوژه‌های حقوق باید بتوانند به شیوه‌ای دوسویه همچون وضع‌کنندگان و مخاطبان حق‌ها،^۳ هنجارها و نهادها با یکدیگر روبه‌رو شوند. شایسته آنکه فلسفه حقوق، پژواک آرمان دموکراتیک پروژه حقوقی مدرن باشد.

نتیجه‌گیری

شناسایی فلسفه حقوق همچون راهنمایی برای صورت‌بخشی استدلال‌ها و برهان‌های آگاهی‌بخش و اندیشه‌ساز در پروژه حقوقی، به کناره‌گیری این فلسفه از نقش دستوری‌اش می‌انجامد. در این دیدگاه، کارآمدی فلسفه حقوق در سپهر عمومی، که امروز مکانی بی‌همتا برای پرورش یک مفهوم دموکراتیک از حقوق به شمار می‌آید، آشکار خواهد شد؛ چراکه در یک بافتار دموکراتیک، مشارکت وضع‌کنندگان حقوق و بهره‌مندان از حق‌ها در گفتمان عمومی و براساس استدلال‌های وزین به بار می‌نشیند. این نگرش نه‌فقط در برابر زیان‌بخشی و بیهودگی فلسفه‌ورزی در حقوق قرار می‌گیرد، بلکه گردشی است به‌سوی «کاربرد دموکراتیک فلسفه حقوق».

سیمایی که از فلسفه حقوق در این پژوهش پیشنهاد شد، در کاهش گسست میان سویه‌های تئوری و کاربردی حقوق و همچنین در گسترش مفهومی دموکراتیک از قانون یاری‌رسان است. با جای دادن این سیمای آموزش فلسفه حقوق و ادغام آن در هسته آموزش حقوقی، گامی به‌سوی کارآمدی هرچه بیشتر نظام حقوقی، آن‌گونه که پاسخ‌گوی چالش‌های امروز جامعه باشد، برداشته‌ایم. این پیشروی خود نشان از ارزندگی و ارجمندی فلسفه حقوق برای پروژه حقوقی مدرن دارد. چنین نگرشی به فلسفه حقوق و چگونگی آموزش آن، که با مطالعه آثار اندیشمندانی چون بیارن ملکویک فراهم می‌شود، پاسخی است به چرایی خوانش فلسفه حقوق.

^۱. Devoir être/Ought

^۲. برای درک روشن‌تر این مفهوم از بایستگی حقوق و پیوند آن با مفاهیمی چون عدالت، خرد و خودایستایی نگاه کنید به کتاب «کران‌های فلسفه حقوق»:

Melkevik, B. *Horizons de la philosophie du droit*, op.cit., P 33 ans s.

^۳. برای شرح بیشتر «سوژه‌های حقوق همچون نهنده و مخاطب حقوق» نگاه کنید به کتاب روبه‌رو:

Melkevik, B. *Habermas, Légalité et Légitimité*, op.cit., P 55 and s.

References

Books

1. Arnaud, André-Jean and Jean-Guy Belley (eds.). *Encyclopedic Dictionary of Legal Theory and Sociology of Law*, Paris: LGDJ, Second Edition, 2018. (in French)
2. Dworkin, R. *Freedom's Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.
3. Dworkin, R. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986.
4. Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
5. Kelsen, H. *Pure Theory of Law*, Translated by: Ch Eisenmann, Paris: Dalloz, Second Edition, 1962. (in French)
6. Melkevik, B. (ed.). *Transformation of Quebec's Legal Culture*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 1998. (in French)
7. Melkevik, B. *Habermas: Legality and Legitimacy*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2012. (in French)
8. Melkevik, B. *Horizons of the Philosophy of Law*, Paris: L'Harmattan, 1998. (in French)
9. Melkevik, B. *Juridical-Philosophical Considerations*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2005. (in French)
10. Melkevik, B. *Legal Epistemology and Pre-Law*, Paris: Buenos Books International, 2014. (in French)
11. Melkevik, B. *Philosophy of Law*. Volume 2. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2014. (in French)
12. Melkevik, B. *Philosophy of Legal Judgment*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2010. (in French)
13. Melkevik, B. *Reflections on the Philosophy of Law*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2000. (in French)
14. Melkevik, B. *The Intelligence of Law: Legal Epistemology*, Paris: Buenos Books International, 2021. (in French)
15. Melkevik, B. *The Philosophy of Law and Its Practice*, Quebec: Laval University Press, 2020. (in French)
16. Melkevik, B. *Tolerance and Legal Modernity*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 2006. (in French)
17. Renaut, A. and Lukas Sosoe. *Philosophy of Law*, Paris: PUF, 1991. (in French)
18. Renaut, A. *Kant Today*, Paris: Aubier, 1997. (in French)
19. Villey, M. *Preface*, In: Perelman, Ch. *The Reasonable and the Unreasonable in Law: Beyond Legal Positivism*, Paris: LGDJ, 1984. (in French)
20. Villey, M. *The Formation of Modern Legal Thought*, Paris: Montchrestien, 1968. (in French)

Articles

21. Bégin, Luc, François Blais, Georges Legault and Luc Tremblay, "Language of Rights and Conflicts of Ultimate Representations", In: Boulad-Ayoub, J. Bjarne Melkevik and Pierre Robert (eds). *Crossroads: Philosophy and Law*, Montreal: L'ACFAS, 1995, PP 231-315. (in French)
22. Bernatchez, S. "Being Bjarne Melkevik: Beyond Interpretation, Argumentation, And Understanding", In: Azzaria, G. (ed.). *The New Frontiers of Legal Doctrine*. Montreal: Yvon Blais, 2016, PP 529-555. (in French)
23. Melkevik, B. "The Philosophy of Law: Recent Developments", In: Klibansky, R.. and Josiane Boulad-Ayoub (eds.). *French-Language Philosophical Thought in Canada: The Influence of Quebec*, Quebec: Presses de l'Université Laval, 1998, PP 465-483. (in French)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Right of Residence of a Divorcee in Legal Systems of Iran, Iraq and Algeria

Mina Salempour¹, Mohammad Roshan²

Highlights

- This study examines the right of divorced women to residence in Iran, Iraq, and Algeria.
- Iranian law only allows residence during the 'iddah' period and lacks enforcement, while Iraqi and Algerian laws provide effective protections for women with custody.
- The study emphasizes the need for independent regulations in Iran to guarantee residence rights for custodial divorced women and to support women's dignity and family.

ABSTRACT

Introduction

Marriage is divinely ordained as a sacred bond between a man and a woman for the establishment of a stable family. Nevertheless, the stability of the family may be threatened by challenges that affect the continuity of love or marital relations. Although divorce is generally disfavored, it is permitted as a last resort to end an unsuccessful marital relationship. Divorce does not always align with the objectives of Islamic law, nor is it always accompanied by the full payment of the wife's rights. It is common for men to issue divorce without legitimate cause, resulting in significant social issues, including homelessness for divorced women and their children. Provision of housing for divorced women and their children under custody has largely been neglected in legislation, despite the fact that the right to housing is a fundamental and essential right closely linked to a woman's dignity, personality, and status, which Islamic law strongly recommends. The rising rate of divorce and the displacement of numerous women with their children necessitate a legal review and the enactment of precise protective regulations. The approval of the protection rights of the divorced wife also has a preventive role in divorce and ultimately leads to a decrease in the number of divorces because if the man knows that the divorced woman is under the protection of the law and that in the event of a divorce without a valid reason, he will be obliged to provide her house, he will make a decision with reflection and foresight. This study seeks to answer the question: Is the right to housing for divorced women, based on Quranic verses, Hadiths, and rational arguments, recognizable under Iranian law? To address this question, the concept of housing (Sakani), the conditions for entitlement, and instances of non-entitlement were examined in the legal systems of Iran, Iraq and Algeria. The primary objective of this research is a comparative examination of the right to housing for divorced women in the legal systems of Iraq and Algeria with that of Iran, aiming to propose protective measures to prevent homelessness resulting from unjustified divorces in Iran. Iraq and Algeria were selected because their legal

How to Cite: Salempour, Mina, Roshan, Mohammad, "The Right of Residence of a Divorcee in Legal Systems of Iran, Iraq and Algeria", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:83-106.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231368.2479>

Received: 26/04/2023-Accepted: 07/11/2023

1. P.h.D, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: mybestgod1@gmail.com

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



Copyright: © 2025 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/>).

frameworks, like Iran's, are derived from Islamic law and share common jurisprudential foundations. However, both countries have specific protective mechanisms regarding the housing rights of divorced women, which can provide a basis for comparison and potential solutions for Iranian law. The Iraqi legislature, in the 1983 Right to Residence Law, has provided for the right of a divorced woman to reside for three years under certain conditions and the Algerian Family Law, amended in 2005, has also provided for the right of a divorced woman who has custody of children to claim housing or receive rent. Such provisions aim to reduce the harms and suffering caused by unjust divorce.

Methods

This study is analytical and comparative in nature. Data were collected from legal sources, including the Iranian Civil Code and the Family Protection Law, as well as jurisprudential sources, Quranic verses, and authentic Hadiths. In the comparative section, the 1983 Iraqi Housing Rights Law and the 2005 amended Algerian Family Law were analyzed. Data were examined through content and comparative analysis to identify the strengths and weaknesses of Iranian law. The research considers legal, social, and human dimensions, allowing an evaluation of the effectiveness of legislation and its alignment with principles of justice and human dignity.

Results and Discussions

Analysis of Iranian laws reveals that legal protection of divorced women's housing rights is limited and insufficient. Article 38 of the Family Protection Law and related provisions grant the right to housing only under specific conditions and time constraints, without effective enforcement mechanisms. Custodial divorced women, responsible for their children, face serious economic and housing challenges in the absence of practical enforcement measures. In Iraq, under the 1983 Housing Rights Law, a divorced woman may reside in the marital home for up to three years. This legal protection ensures women's dignity, economic security, and prevents psychological harm. In Algeria, the 2005 amended Family Law guarantees the right to housing or rental payment for custodial divorced women. These laws not only support women but also serve as a deterrent against misuse of child custody rights by spouses. It is recommended that legislators, drawing on jurisprudential principles and experiences from other legal systems, enact clear and independent regulations regarding the housing rights of divorced women, particularly those with child custody, and recognize it as a right distinct from child support. Effective enforcement mechanisms should also be established to oblige the husband to provide housing or pay rent, thereby preserving the woman's dignity and ensuring the children's rights are adequately protected.

Conclusion

The study concludes that Iranian laws regarding the housing rights of divorced women, particularly custodial divorced women, require serious reform and effective enforcement mechanisms. The experiences of Iraq and Algeria demonstrate that legal recognition of housing rights and their enforcement have significant positive effects in supporting women and children. Legislators, taking into account custody status, the husband's financial capacity, and the divorced woman's dignity, can draft efficient laws to secure family well-being, children's welfare, and social justice.

KeyWords: The Right of Residence of a Divorcee, Custodial Divorcee, Iraqi Legal System, Algerian Legal System.



حق سکنی مطلقه در نظام‌های حقوقی ایران، عراق و الجزایر

مینا سالم‌پور^۱، محمد روشن^۲

نکات برجسته

- پژوهش حاضر حق سکنی زن مطلقه در ایران، عراق و الجزایر را بررسی کرده است.
- قوانین ایران صرفاً سکونت مطلقه رجعیه در ایام عده را پیش‌بینی کرده و فاقد ضمانت اجراست، در حالی که حقوق عراق و الجزایر حمایت‌های مؤثری برای زنان مطلقه دارند.
- تحقیق بر ضرورت تدوین مقررات مستقل در ایران برای تضمین سکونت مطلقه حاضنه و حمایت از کرامت زن و خانواده تأکید دارد.

چکیده

اساس زندگی اجتماعی، تداوم و ثبات زندگی خانوادگی است. خانواده‌های استوار براساس محبت و مودت، احترام متقابل، موجب ثبات جامعه می‌شوند؛ اما ممکن است پیوند زوجیت به هر دلیلی موجه یا غیرموجه گسسته شود. شرع و پیرو آن قانون‌گذار ایرانی طلاق را منع نکرده است؛ لیکن ممکن است زوج به دلایل غیرمعقول به طلاق زوجه مبادرت نماید. بسیاری از زنان که قربانی اقتدار زوج در طلاق شده و از کاشانه خود طرد شده‌اند، پس از طلاق بی‌سرپناه می‌مانند. تأثیر منفی آن علاوه بر مطلقه و فرزندان دامن‌گیر کل جامعه می‌شود. این مهم از دید مقنن ایرانی مغفول مانده است. یافتن راه‌حل پیشگیرانه -حمایتی از مطلقه، الزامی است. در این پژوهش، که به روش تحلیلی-بنیادی و تطبیقی انجام شده، با مراجعه به آیات قرآن، سنت و عقل به‌عنوان ادله معتبر مشخص شده است که حق مسکن به نفع مطلقه قابل استخراج است. نظام حقوقی عراق در قانون حق سکنی مطلقه، تحت شرایطی حق مسکن برای مطلقه را به مدت سه سال پیش‌بینی کرده است. قانون‌گذار الجزایری نیز در قانون خانواده با پیش‌بینی تأمین مسکن یا در صورت عدم امکان، پرداخت اجاره‌بها توسط زوج، از مطلقه‌ای که حضانت کودکان را به‌عهده دارد، حمایت نموده است.

کلید واژگان: حق مسکن مطلقه، مطلقه حاضنه، نظام حقوقی عراق، نظام حقوقی الجزایر.

استناد به این مقاله: سالم‌پور، مینا، روشن، محمد، «حق سکنی مطلقه در نظام‌های حقوقی ایران، عراق و الجزایر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۸۳-۱۰۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.231368.2479>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۶

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

/ایمیل نویسنده مسئول: mybestgod1@gmail.com

۲. دانشیار، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2025 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

خداوند متعال ازدواج را رابطه‌ای مقدس بین زن و مرد برای تشکیل خانواده‌ای باثبات قرار داد. باین‌حال، ممکن است کیان خانواده با مشکلاتی که بر تداوم این عشق یا ادامه رابطه زوجیت تأثیر گذارد، مواجه گردد. جدایی هرچند منفور است، به‌عنوان آخرین راهکار رهایی از رابطه زوجیت ناکام تجویز شده است. طلاق همیشه موافق غرض شارع و با پرداخت حقوق کامل زوجه واقع نمی‌گردد. بسیار رایج است که مردان با اعمال طلاق بدون عذر موجه، باعث به وجود آمدن مشکلات عدیده ازجمله بی‌خانمان شدن مطلقه و فرزندان شده‌اند.

تأمین مسکن برای مطلقه و فرزندان تحت حضانت او از دید قانون‌گذاری مغفول مانده است. این درحالی است که حق بر مسکن از حقوق اساسی و ضروری است که باکرامت، شخصیت و کیان زن مرتبط و شریعت اسلام به آن توصیه کرده است. افزایش آمار طلاق و آواره شدن بسیاری از زنان به همراه فرزندان خود، بازنگری در قانون و تصویب متون قانونی دقیق را ایجاب می‌نماید. وضع حقوق حمایتی از زوجه مطلقه، نقش پیشگیرانه در طلاق نیز دارد و در نهایت کاهش آمار طلاق را موجب می‌شود؛ زیرا چنانچه مرد بداند که مطلقه در زیر چتر حمایتی قانون قرار گرفته است و در صورت انشا بدون دلیل موجه طلاق، ملزم به تأمین مسکن وی خواهد بود، با تأمل و دوراندیشی اتخاذ تصمیم می‌نماید.

هدف اصلی این پژوهش، بررسی تطبیقی حق سکنی مطلقه در نظام‌های حقوقی عراق و الجزایر با حقوق ایران است تا از رهگذر آن راهکاری حمایتی برای جلوگیری از بی‌سرپناه شدن زنان مطلقه در اثر طلاق‌های غیرموجه در نظام حقوقی ایران ارائه گردد. انتخاب حقوق عراق و الجزایر از آن جهت صورت گرفته است که مقررات این دو کشور همانند ایران، برگرفته از شرع مقدس اسلام و بر مبنای فقهی مشترک استوار است. باین‌حال، در قوانین این کشورها سازوکارهای حمایتی مشخصی در خصوص حق مسکن مطلقه پیش‌بینی شده است که بررسی آنها می‌تواند زمینه مقایسه و ارائه راهکار در حقوق ایران را فراهم سازد. مقنن عراقی در قانون حق سکنی مصوب ۱۹۸۳، حق سکونت مطلقه را به مدت سه سال تحت شرایطی پیش‌بینی کرده است و در قانون خانواده الجزایر اصلاحی ۲۰۰۵ نیز برای مطلقه‌ای که حضانت کودکان را برعهده دارد، حق مطالبه مسکن یا دریافت اجاره‌بها مقرر شده است. چنین تدابیری در راستای کاهش آسیب‌ها و آلام ناشی از طلاق ناعادلانه به کار گرفته شده‌اند.

تحقیق حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا به استناد آیات و روایات و ادله عقلی، حق مسکن به نفع زوجه مطلقه در حقوق ایران قابل‌شناسایی است؟ به‌منظور پاسخ به پرسش در ابتدا مفهوم سکنی و سپس شرایط استحقاق و موارد عدم استحقاق حق سکنی مطلقه در سه نظام حقوقی ایران، عراق و الجزایر بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم سکنی

برای تبیین موضوع ابتدا مفهوم لغوی و اصطلاحی سکنی توضیح داده خواهد شد.

۱.۱. سکن در لغت

جمع آن مساکن و مصدر از فعل أسکن و سه حرف اصلی آن سکن است. سکن الشیء سکونا: اگر حرکت آن از بین رفته باشد، سکنی به مفهوم سکونت در مکان به نحو مستقر است. سکونت به این شکل در صورتی متصور است که عادتاً اعضای خانواده با اثاث منزل مورد استفاده، در آن ساکن شوند.^۱

۱. فیروزآبادی، مجدالدین محمد، بن یعقوب، *القاموس المحيط*، جلد ۱، بیروت: موسسه الرساله، لایوجد تاریخ، ص ۷۸۶.

۱.۲. سکن در اصطلاح

به عقیده فقهای مسلمان،^۱ سکن به معنای اتاق یا منزل و توابع آن به صورت مستقل و همچنین خانه که دارای مجموعه‌ای از اتاق‌هایی که با دیوار از یکدیگر جدا شده باشند، است.

درباره مفهوم سکن از سرخسی نقل شده است: «آنچه در عرف شناخته شده، همانند متن تصریح شده است. شخص می‌تواند در خانه ساکن شود و هر که را بخواهد سکونت دهد؛ زیرا عرفاً سکونت جز با خانواده، فرزندان، آشنایان یا بیگانه‌ای که تحت تکفل او باشد، نخواهد بود و کثرت ساکنین در خانه به آن ضرری نمی‌زند، بلکه آبادانی آن را بیشتر می‌کند. همچنین او می‌تواند در خانه هر چه بخواهد از جمله لباس، اثاث و حیوان نیز بگذارد؛ زیرا ساکن شدن وی با آنها کامل می‌شود، پس این امر در عرف شناخته شده است و این امور از توابع سکونت هستند».^۲

برخی^۳ بنا به فقه اسلامی، مسکن شرعی را این گونه تعریف کرده‌اند: «مسکنی که آسایش همسر را تأمین کند، مخصوص به او باشد، کسی در آن با او شریک نگردد و شامل تمام امکانات لازم باشد. این مسکن باید مستور و پوشیده باشد؛ به گونه‌ای که زن در آن جان و مال و آبرو خود را در امنیت ببیند و متناسب با وضعیت زوج باشد».

از تعاریف ارائه شده برداشت می‌شود که منظور از سکنی، مکانی است که شامل همه ملزومات سکونت اعم از اثاث و امکانات ضروری مورد نیاز خانواده باشد و در این خصوص اوضاع مالی زوج اعم از ایسار و اعسار لحاظ می‌گردد.

۲. حق سکنی مطلقه

حق سکنی مطلقه یکی از مهم‌ترین مسائل حقوق خانواده است که پیوندی عمیق با کرامت انسانی و امنیت اجتماعی زنان دارد. در فقه اسلامی با استناد به آیات و روایات، لزوم تأمین مسکن برای زن مطلقه به‌ویژه در دوران عده و در صورت حضانت فرزندان مورد تأکید قرار گرفته است. با وجود این، در حقوق ایران فقط اشاره محدودی در ماده (۳۸) قانون حمایت خانواده به این حق شده است که در عمل ضمانت اجرایی کافی ندارد. در مقابل، حقوق عراق و الجزایر با پیش‌بینی مقررات روشن‌تر و ضمانت‌های مؤثرتر، حمایت گسترده‌تری از زنان مطلقه به عمل آورده‌اند.

در این بخش ابتدا جایگاه حق سکنی مطلقه در حقوق ایران بر پایه مبانی فقهی و قانونی بررسی می‌شود، سپس مقررات مربوط به این حق در حقوق عراق و الجزایر مورد مطالعه تطبیقی قرار می‌گیرد.

۲.۱. حق سکنی مطلقه در حقوق ایران

قانون‌گذار ایرانی علی‌رغم اهمیت مسکن و ارتباط آن با عزت و کرامت انسانی به حق سکنی مطلقه عنایتی نکرده است. صرفاً در ماده (۳۸) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ثبت طلاق را منوط به ارائه گواهی حداقل دو شاهد مبنی بر سکونت مطلقه رجعی در منزل مشترک تا پایان عده نموده است. هدف قانون‌گذار از این حکم، حمایت از زوجه و ایجاد زمینه بازگشت زوجین به زندگی مشترک در ایام عده بوده است.

با این حال، بررسی رویه عملی دادگاه‌ها و دفترهای رسمی طلاق نشان می‌دهد که این ماده در عالم واقع کمتر قابلیت

۱. الزبلی الحنفی، فخرالدین بن عثمان، *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق*، جلد ۵، القاهرة: دارالکتب الاسلامی، ۱۳۱۳ هـ.ق، ص ۱۱۳.

۲. السرخسی الحنفی، محمد بن احمد بن سهل، *المبسوط*، جلد ۱۵، بیروت: دارالمعرفه للنشر، ۱۳۹۸، ص ۱۳۰.

۳. الشربینی الشافعی، شمس الدین محمد بن احمد الخطیب، *معنی المحتاج الی معرفه الفاظ المنهاج*، جلد ۳، القاهرة: دارالکتب العلمیه للنشر، ۱۹۹۴، ص ۲۵۳.

اجرایی یافته است. بسیاری از زنان مطلقه تمایلی به ادامه سکونت در منزل مشترک ندارند و اغلب مردان نیز از پذیرش این وضعیت خودداری می‌کنند. علاوه بر این، دفترهای طلاق غالباً به ارائه گواهی صوری بسنده می‌کنند و نظارت مؤثری بر تحقق واقعی سکونت وجود ندارد. در نتیجه، ماده (۳۸) قانون مذکور عملاً فاقد ضمانت اجرایی مؤثر است و نمی‌تواند به‌طور واقعی از حق مسکن مطلقه حمایت نماید؛ به‌گونه‌ای که بیشتر جنبه تشریفاتی و صوری به خود گرفته است. اسلام به‌عنوان دینی که اصول اساسی تمامی ابعاد زندگی انسان اعم از مادی و معنوی را برای تضمین نظم جامعه تنظیم نموده است، توجه ویژه‌ای به حق مسکن داشته و شارع مقدس آن را از ضروریات زندگی شرافتمندانه دانسته است. این مهم علاوه بر آیات شریفه قرآن، از روایات معتبر و نیز عقل مستقل قابل استنباط است. براین‌اساس، در ادامه ابتدا به آیات کتاب اشاره خواهد شد و سپس دیدگاه سنت و عقل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱.۱. حق سکنی مطلقه در آیات شریفه

۲.۱.۱.۱. سوره طلاق، آیه ۱

در سوره طلاق آیه ۱ پروردگار می‌فرماید: «أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ...»؛ «ای پیامبر زمانی که خواستید زنان را طلاق دهید، ... آنان را در مدتی که عده خود را می‌گذارند از خانه‌هایشان بیرون مکنید و آنان هم (در مدت عده) بیرون نروند...»^۱.

۲.۱.۱.۲. سوره طلاق، آیه ۶

در سوره طلاق آیه ۶ شارع مقدس از مضیقه و تنگنا قرار دادن مطلقه نهی نموده است: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ»؛ «زنان طلاق داده شده را به اندازه توانگری خود آنجا سکونت دهید که خود سکونت دارید و به آنان (در نفقه و مسکن) آسیب و زیان نرسانید تا زندگی را بر آنان سخت و دشوار کنید (و آنان مجبور به ترک خانه شوند) و اگر باردار باشند نفقه آنها را بپردازید تا وضع حمل کنند». این آیه درباره برخی حقوق زن بعد از جدایی توضیح می‌دهد. نخست درباره مسکن زن مطلقه می‌فرماید: «آنها را در هر جا که خودتان سکونت دارید و در توان شماسست سکونت دهید». طبیعی است آنجا که مسکن به‌عهده شوهر است، سایر مصادیق نفقه (خوراک و پوشاک) نیز برعهده او خواهد بود و سپس برای تأکید بر این حکم بیان می‌دارد که مبدا کینه‌توزی و دشمنی و نفرت شما را از حق و عدالت منحرف کند و آنها را حقوق مسلم خود در نفقه و مسکن محروم کنید تا چنان در فشار قرار گیرند که همه چیز را رها و فرار کنند. آیه در ادامه به این نکته می‌پردازد که اگر زنان مطلقه باردار باشند، تأمین مسکن و نفقه آنها تا وضع حمل بر مرد واجب است.^۲

۲.۱.۱.۳. سوره بقره، آیه ۲۳۳

«وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعُهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»؛ «و مادران باید فرزندان‌شان را دو سال کامل شیر دهند (این حکم)

۱. انصاریان، حسین، ترجمه قرآن کریم انصاریان، تهران: سازمان دارالقرآن کریم، نشر تلاوت، بی تا، ص ۵۵۷.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، قرآن کریم همراه با شرح آیات، تهران: محراب قلم، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص ۵۵۹.

برای کسی است که می‌خواهد دوران شیرخوارگی (کودک) را تکمیل کند. تأمین خوراک و پوشاک مادران شیرده به‌طور شایسته و متعارف به عهده پدر فرزند است. هیچ‌کس جز به‌اندازه توانش تکلیف نمی‌شود. نباید مادری به خاطر فرزندش زیان ببیند و نه پدری دچار ضرر شود. (بر پدر است که مخارج کودک و مادر را در حد متعارف بپردازد و بر مادر است که بیش از طاقت مالی شوهر از شوهر طلب خوراک و پوشاک نکند).^۱ در تفسیر این آیه آمده است: پس از آنکه خداوند حکم طلاق را بیان نمود به دنبال آن احکام کودکان را در حال شیرخوارگی و تربیت آنها و آنچه در مورد پوشش و نفقه آنها واجب است شرح می‌دهد. گرچه این آیه به‌صورت جمله خبری گفته شده ولی منظور از آن امر است. «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن» بر پدر کودک لازم است که در ایام شیر دادن طفل، خوراک و لباس و مسکن او و مادر را تأمین کند و این حکم مربوط به زنانی است که طلاق داده شده‌اند.^۲

در اینکه این نفقه مختص مادر یا فرزند است، فقها متفق القول نیستند. برخی^۳ معتقدند که منظور از نفقه در اینجا نفقه زنان نیست؛ چراکه این نفقه را در برابر شیر دادن واجب کرده است. بعضی از مفسران^۴ گفته‌اند: مقصود از نفقه در اینجا نفقه زنان است و این‌گونه استدلال نموده‌اند که بنا بر حکم خداوند (و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف)، بر پدر طفل تأمین نفقه یعنی مسکن، اثاث منزل، البسه و خوراک مادر به‌طور شایسته و متعارف به‌رسم زنان امثال آنها در شهر خود و برحسب تمکن مالی زوج از حیث دارا بودن یا فقر واجب است. چون خداوند متعال فرمودند: «لا یكلف نفس الا وسعها» هیچ‌کس جز به مقدار توانایی‌اش تکلیف نمی‌شود.^۵

این آیه به موضوعاتی مانند شیر دادن و تربیت فرزندان و مراقبت از آنان می‌پردازد. هرچند به‌طور صریح سن حضانت فرزندان را تعیین ننموده، به‌طور ضمنی بنا به مقتضیات آن زمان سن حضانت را تا دوسالگی پیش‌بینی کرده است. برای تقویت نظر خود می‌توان به فتاوی مشهور فقهای امامیه اشاره نمود. شهید ثانی^۶ مادر را برای حضانت طفل در دوران شیرخوارگی شایسته‌تر دانسته‌اند. صاحب جواهر^۷ می‌فرمایند: مادر در مدت شیردهی برای حضانت اولی است و آن مدت دو سال است، خواه طفل پسر باشد یا دختر، خواه مادر فرزند را شیر دهد یا شخص دیگری شیردهی کودک را عهده‌دار شود. ایشان برای توجیه استدلال خود به اجماع و روایات و کتاب استناد می‌نمایند. در ادامه می‌فرمایند: اختلاف نظر جدی در این موضوع نمی‌یابیم، بلکه در ریاض المسائل بر این موضوع اجماع شده است. همچنین فرمایش خداوند متعال که می‌فرماید: «لانتصار والده بولدها»؛ بر استحقاق آن برای مادر دلالت دارد. در روایتی آمده است که مرسل المنقری از اباعبدالله درباره مردی که زن خود را طلاق می‌دهد و از او پسری دارد، سؤال کرد که کدام‌یک از آنها سزاوارتر است؟ پاسخ دادند: زن، مادام که مجدداً ازدواج نکرده باشد.

قانون‌گذار نیز با تبعیت از قول مشهور تا قبل از اصلاحات سال ۱۳۸۲ سن حضانت برای پسر را تا دوسالگی تعیین نموده

۱. انصاریان، پیشین، ص ۳۶.

۲. الطبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسن، **تفسیر مجمع البیان**، ترجمه مفتاح محمد، جلد ۳، تهران: فراهانی، چاپ اول، ۱۳۵۰، ص ۳۲.

۳. همان.

۴. القرشی الدشقی، اسماعیل بن کثیر، **تفسیر القرآن العظیم**، جلد ۱، بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۰۲ هـ.ق، ص ۲۸۳.

۵. الطبرسی، پیشین، ص ۳۲.

۶. الجبعی العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، قم: چاپخانه علمیه، الطبعة الثانية، ۱۳۹۶، ص ۳۴۳.

۷. النجفی، محمد الحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، المجلد الحادی و الثلاثون، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱، صص ۲۸۵-۲۸۴.

بود؛ لیکن در سال ۱۳۸۲ با اصلاح ماده (۱۱۶۹) قانون مدنی، سن حضانت را فارغ از موضوع جنسیتی به «تا هفت‌سالگی» تغییر داد. کشورهای اسلامی مانند عراق در قانون احوال شخصیه^۱ بدون تفکیک میان فرزند پسر و دختر حضانت کودک تا سن ده‌سالگی را به مادر سپرده است؛ البته دادگاه می‌تواند با توجه به مصلحت طفل، این مدت را تا پانزده‌سالگی تمدید کند و کشور الجزایر در قانون خانواده^۲ سن حضانت را برای پسر تا ده‌سالگی و برای دختر تا سن ازدواج پیش‌بینی نموده‌اند. چنانچه مادر مجدداً ازدواج ننموده باشد، حضانت پسر تا شانزده‌سالگی قابل تمدید است. این اقدام قانون‌گذار ایرانی و سایر کشورهای عربی اسلام نشانگر این مهم است که سن حضانت موضوعیت ندارد. نکته حائز اهمیت تدارک مقدمات اعمال حضانت برای مادر در اجرای این وظیفه خطیر است. شارع مقدس در آیه ۲۲۳ سوره بقره تأکید نموده است که مادر در پرورش و تربیت طفل نباید در سختی و مضیقه قرار گیرد.

۲.۱.۲. حق سکنی مطلقه در روایات

در منابع روایی، احادیث متعددی درباره لزوم تأمین مسکن برای زن مطلقه رجعی در ایام عده نقل شده است؛ لیکن اینجا به ذکر دو نمونه بسنده می‌شود. نخست، در روایتی از امام صادق علیه‌السلام آمده است^۳ که مرد پس از طلاق، حق ندارد زن را به قصد آزار و وادار کردن به ترک منزل مشترک در تنگنا قرار دهد. بر همین اساس، در طلاق رجعی که شوهر حق رجوع دارد، پرداخت نفقه و تأمین مسکن زن تا پایان عده برعهده اوست. همچنین اگر زن باردار باشد، شوهر مکلف است تا زمان وضع حمل هزینه‌های زندگی و محل سکونت وی را فراهم کند. نمونه دیگر روایتی است که ابوبصیر^۴ از یکی از دو امام باقر یا صادق علیهما‌السلام نقل کرده است. وی می‌پرسد: «زن مطلقه دوران عده را در کجا باید سپری کند؟» حضرت پاسخ می‌دهند: «زن مطلقه رجعی باید ایام عده خود را در خانه‌اش بگذراند؛ در این مدت نه شوهر حق دارد او را بیرون کند و نه زن مجاز است منزل را ترک نماید، تا آنکه عده به پایان برسد».

۲.۱.۳. ادله عقلی حق سکنی مطلقه

برای یافتن حکم، می‌توان از عقل به عنوان یکی از ادله اربعه و بزرگ‌ترین نعمت خداوند بر بندگان، استمداد کرد. قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» به معنای هر چه را عقل بفهمد و درک کند شرع نیز آن را چنانچه عقل پذیرفته است، می‌پذیرد^۵ می‌تواند راهگشا باشد؛ چراکه قوانین اسلامی، به اصطلاح امروز در عین آسمانی بودن، زمینی نیز است. یعنی براساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است.^۶ سر استمرار دین اسلام و تشریع آن رعایت مصالح مردم در همه زمان‌ها و مکان‌ها است.^۷ مصلحت لزوماً از نصوص و احکام اولیه و چارچوب احکام فرعیه شرعی قابل استنتاج نیست؛

۱. قانون الاحوال الشخصیه العراقی و تعدیلاته، رقم ۱۸۸، ۱۹۵۹، ماده ۵۷.

۲. قانون الاسره الجزایری المعدل و الممتم، رقم ۸۴-۱۱، ۱۹۸۴، ماده ۶۵.

۳. الفیض الکاشانی، المولی محسن، *تفسیر الصافی*، الجزء الخامس، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۹۰.

۴. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام فی شرح المقننه*، جلد ۸، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵، ص ۱۳۲.

۵. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی اصول فقه*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سی‌ام، ۱۳۸۷، ص ۲۰۷.

۶. مطهری، مرتضی، *اسلام و مقتضیات زمان*، جلد ۲، تهران: صدرا، ۱۳۷۷، ص ۲۷.

۷. درینی، محمد فتحی، *دراسات و بحوث فی الفكر الاسلامی*، جلد ۲، بیروت: دار قتیبه للطباء و النشر و التوزیع، ۱۴۰۸ ه.ق، صص ۴۶۶-۴۶۵.

بلکه گاه مصلحت ممکن است گذر از احکام فرعیه شرعیه باشد و به عبارت دیگر برای عقل در کنار نقل جایگاه ویژه‌ای وجود دارد و می‌توان آن را منبع و مرجع تشخیص مصلحت قرار داد.^۱

البته باید توجه داشت که در این خصوص اجماع مستقلاً میان فقها وجود ندارد؛ آنچه در منابع فقهی مشاهده می‌شود، بیشتر اقوال و استدلال‌های متفاوت و پراکنده است. از این رو، استناد به عقل در باب حق سکنی مطلقه بیش از آنکه به عنوان دلیل اجماعی مطرح باشد، در مقام تکمیل ادله نقلی عمل می‌کند و می‌تواند مؤید ضرورت شناسایی این حق در نظام حقوقی و فقهی تلقی گردد.

شارع مقدس به نفقه دوران بارداری در آیه ۶ سوره طلاق و در آیه ۲۳۳ سوره بقره به نفقه دوران شیردهی تأکید کرده و حضانت طفل شیرخوار را به مادر سپرده است. تدارک مسکن برای اعمال حضانت لازم و مقدمه آن است. در واقع این دو لازم و ملزوم هم‌اند. هدف شارع حفظ مصلحت فرزندان و جلوگیری از اضرار به مادر است. عقل سلیم از اتمام شارع در راستای مصلحت کودکان و دفع ضرر از مادر، حق تأمین مسکن حضانت را در تمام مدتی که حضانت برعهده مادر است، برداشت می‌نماید. این استنباط با غرض شارع از تشریع احکام که رسیدن انسان‌ها به حیات طیب و مصلحت است موافق است.^۲ از سوی دیگر، نفقه فرزندان در صورت نیاز به عهده پدر است. مصادیق نفقه نیز خوراک، پوشاک و مسکن‌اند. مادر برای اجرای وظیفه حیاتی مراقبت و تربیت کودکان نیاز به پناهگاه دارد؛ بنابراین، عقل حکم می‌کند که حق مسکن به مطلقه‌ای که حضانت فرزندان را به عهده دارد، تعلق گیرد.

طلاق رجعی موجب انقضای آثار قانونی ناشی از عقد ازدواج نمی‌شود؛ بلکه با انقضای عده زن، منقضی می‌شود. فقها^۳ متفقاً معتقدند که مطلقه رجعی در دوران عده مستحق نفقه و البسه و سکنی است، مگر اینکه زن ناشزه باشد. او حق دارد که در این مدت در منزل زوجیت بماند و مرد حق اخراج او را ندارد، مگر در صورت ارتکاب عمل زشت آشکار. با انقضای عده، زن مطلقه اگر فرزندی نداشته باشد باید خانه زوجیت را ترک کند؛ زیرا در حکم بیگانه است؛ لیکن اگر عده مطلقه که حضانت فرزندان را عهده‌دار باشد منقضی شود یا طلاق از نوع بائن باشد و مرد آن را از خانه طرد نماید، همراه فرزندان به کجا پناه آورند؟ آیا باید آواره شوند؟ برای جلوگیری از بی‌سرپناه شدن مطلقه و فرزندان و عواقب سوء آن، باید چاره‌اندیشی نمود. اینجا نیازمند مداخله قانون‌گذار است که با تصویب متون قانونی دقیق، از او و فرزندانش حمایت نماید.

با توجه به تفاوت وضعیت زنان مطلقه‌ای که حضانت فرزندان را بر عهده دارند، با زنانی که چنین مسئولیتی ندارند، تفکیک میان مطلقه حاضنه^۴ و غیرحاضنه^۵ ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا مطلقه حاضنه علاوه بر نیاز شخصی به مسکن، به دلیل حضانت فرزندان، ناگزیر از داشتن پناهگاه برای ایفای این مسئولیت است؛ در حالی که مطلقه غیرحاضنه چنین نیازی را در همان سطح ندارد؛ بنابراین، حقوق و تکالیف ناشی از حضانت اقتضا می‌کند که در بحث حق سکنی، میان این دو گروه تفاوت قائل شد.

۱. شاکری گلپایگانی، طوبی و مهدیه محمد تقی‌زاده، «اصل صحت در نظام قانونگذاری اسلامی و تطبیق آن در حقوق اسلامی با رویکردی به اندیشه‌های امام خمینی»، پژوهشنامه متین، دوره ۱۷، شماره ۶۹، ۱۳۹۴، صص ۱۱۷-۱۳۷.

۲. علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و مصلحت**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۳۵.

۳. الجبعی العاملی، پیشین، ص ۲۹۹؛ الطباطبایی یزدی، محمد کاظم، **العروة الوثقی**، مؤسسه النشر الاسلامی، لایوجد التاريخ، ص ۱۷۵.

۴. زن مطلقه‌ای که حضانت فرزندان مشترک را برعهده دارد.

۵. زن مطلقه‌ای که عهده‌دار حضانت فرزندان مشترک نیست.

بنابر قانون^۱، کتاب، روایات و اجماع^۲ مطلقه رجعیه، خواه باردار باشد یا نباشد و صرف‌نظر از مسئله حضانت، تا انقضای مدت عده حق سکونت در منزل دوران زوجیت دارد. سؤال قابل طرح این است که چنانچه سکونت با زوج به دلایلی مشقت‌آور باشد یا زوج از اسکان مطلقه ممانعت نماید، آیا مطلقه حق مطالبه اجاره‌بها، به‌عنوان بدل حق سکونت را دارد؟ به نظر می‌رسد که در وهله اول مطلقه صرفاً حق سکونت در منزل دوران زوجیت را دارد؛ لیکن در صورت عدم امکان تأمین آن توسط زوج یا ناسازگاری بین طرفین، او حق مطالبه اجاره‌بها را خواهد داشت؛ زیرا طبق قانون و شرع، نفقه مطلقه رجعیه به‌عهده زوج است و حق مسکن نیز تحت عنوان نفقه قرار می‌گیرد؛ لذا مانعی برای مطالبه اجاره‌بهای منزل در این شرایط نخواهد بود.

مطلقه‌ای که به طلاق بائن از زوج جدا می‌شود، به دلیل انقطاع رابطه زوجیت اصولاً مستحق نفقه نیست. باین حال، اگر زن باردار باشد، بنا بر نص آیه ۶ سوره طلاق، تا زمان وضع حمل استحقاق دریافت نفقه، پوشاک و سکنی دارد. در این خصوص، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد: گروهی نفقه را متعلق به زن باردار دانسته^۳ و استدلال کرده‌اند که تأمین نیازهای مادر مقدمه‌ای برای حفظ جنین است. در مقابل، عده‌ای دیگر^۴ بر این باورند که نفقه به جنین تعلق می‌گیرد و مادر فقط واسطه در دریافت آن است. به نظر می‌رسد دیدگاهی که تعلق نفقه به زن باردار را پذیرفته است، با ظاهر آیه و فلسفه حمایتی آن سازگارتر باشد.

بر اساس آیه ۲۳۳ سوره بقره، پدر موظف است در دوران شیردهی کودک، خوراک، پوشاک و مسکن مادر را به‌طور شایسته و متعارف تأمین کند. این حکم نشان می‌دهد که شارع مقدس تأمین معیشت و مسکن مادر را در این دوره به‌عنوان مقدمه‌ای برای پرورش صحیح فرزند واجب کرده است. درواقع، دوران شیردهی بخشی جدایی‌ناپذیر از دوران حضانت است؛ زیرا طفل در این مرحله نیازمند مراقبت دائمی مادر است و بدون تأمین شرایط لازم، از جمله مسکن، امکان اعمال حضانت به‌طور کامل فراهم نخواهد شد. بدین ترتیب، همان‌گونه که تأمین نفقه مادر در دوران شیردهی برعهده پدر است، در کل مدت حضانت نیز اصل بر آن است که مادر باید از حق مسکن برخوردار باشد تا بتواند وظیفه خطیر پرورش و مراقبت از فرزند را ایفا کند. درواقع حق مسکن مطلقه حاضنه در حقیقت امتداد همان تکلیف قرآنی در دوران شیردهی است که به مصلحت طفل و جلوگیری از اضرار به مادر استوار شده است؛ بنابراین، مطلقه حاضنه نیز به‌عنوان سرپرست فرزندان اختیار مطالبه مسکن یا اجاره‌بهای منزل استیجاری علاوه بر اجرت شیردهی و سایر هزینه‌های ضروری فرزندان را دارد.

۲.۲. حقوق عراق

مقنن عراقی در راستای تحقق عدالت و صیانت از کرامت و حیثیت زنان، با تصویب قانون «حق سکنی مطلقه» گامی مهم در جهت کاهش آسیب‌های ناشی از آوارگی زنان پس از طلاق برداشته است.^۵ این قانون در سال ۱۹۸۳ به تصویب رسید و در سال ۱۹۹۴ مورد اصلاح قرار گرفت. در چارچوب این مقررات، قانون‌گذار عراقی شرایط استحقاق بهره‌مندی از حق

۱. ماده ۳۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱.

۲. الطباطبایی یزدی، پیشین، ص ۱۷۸.

۳. همان، صص ۱۷۵ و ۱۷۸.

۴. الطبرسی، پیشین، ص ۳۲.

۵. رحمان، عبدالله محمد، «الطلاق والحقوق المالية للمرأة المطلقة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراق»، جامعة نوروز، كلية القانون والسياسة، كردستان العراق، ۲۰۲۱-۲۰۲۰، صص ۴۶۱-۴۶۰.

سکونت و نیز موانع مطالبه آن را به طور صریح تبیین نموده است. بر این اساس، در نوشتار حاضر نخست شرایط تحقق این حق بررسی می‌گردد و سپس موارد عدم استحقاق آن تحلیل خواهد شد.

۲.۲.۱. شرایط استحقاق حق مسکن

زوجه مطلقه برای مطالبه مسکن باید شرایط خاص مندرج در ماده یک قانون حق سکونی مطلقه اصلاحی مصوب ۱۹۹۴ را داشته باشد. ماده یک قانون مذکور مقرر می‌دارد: دادگاه رسیدگی کننده به دعوای طلاق یا جدایی موظف است از زوجه استعلام نماید که آیا مایل است پس از طلاق یا جدایی، در خانه یا آپارتمانی که پیش از آن به طور مستقل با زوج زندگی می‌کرده و کل یا جزئی از آن متعلق به زوج بوده یا توسط وی اجاره شده است، سکونت داشته باشد یا خیر. در این مرحله، دادگاه با صدور حکم قاطع در پرونده، موضوع را فیصله می‌دهد؛^۱ بنابراین، وفق این نص قانونی، شرایط استحقاق حق سکونت به شرح زیر خواهد بود:

۲.۲.۱.۱. تمایل زوجه مطلقه

بر اساس مفاد این ماده قانونی، تمایل و رغبت مطلقه به ادامه سکونت در واحد مسکونی، شرط مقدماتی برای اجرای قانون محسوب می‌شود. به این معنا که دادگاه رأساً اختیار صدور حکم در خصوص مسکن برای زوجه را ندارد، مگر آنکه وی تمایل خود را به سکونت اعلام کرده باشد؛ بنابراین، در صورتی که زن مطلقه عدم تمایل خود را به اقامت در منزل دوران زوجیت اظهار نماید یا در مواردی که دعوای طلاق به صورت غیابی علیه او اقامه شده و حکم غیابی صادر گردد، حق سکونت به وی تعلق نخواهد گرفت. دادگاه تجدیدنظر فدرال در این خصوص در رأی خود تصریح نمود: «حکم مورد تجدیدنظرخواهی باطل و مخالف قانون است؛ زیرا اعطای حق مسکن منوط به درخواست زوجه مطلقه بوده و صرفاً پس از احراز مالکیت منزل، تصرف و تعیین شماره ثبتی آن به گونه‌ای که ابهام در مرحله اجرا برطرف گردد، امکان پذیر است».^۲ شایان ذکر است که زوجه مطلقه، حتی در صورتی که طلاق پیش از وقوع دخول واقع شده باشد، همچنان می‌تواند از حق سکونت بهره‌مند گردد؛ زیرا حکمی که مانع استفاده زن غیرمدخوله از این حق باشد، مادام که ملک در مالکیت یا اجاره زوج (پیش از طلاق) قرار داشته باشد، وجود ندارد. افزون بر این، زن مطلقه اعم از آنکه طلاق وی رجعی باشد یا بائن، حق استفاده از محل سکونت را خواهد داشت. این امر از یک سو به دلیل اطلاق نص قانونی است که باید بر اطلاق خود حمل گردد و از سوی دیگر به این اعتبار که امکان بازگشت صفا، آرامش و برقراری رابطه میان زوجین منتفی نیست.^۳

۲.۲.۱.۲. خانه یا واحد مسکونی ملک یا در اجاره زوج

حق سکونت زوجه مطلقه ناشی از وجود خانه یا واحد مسکونی تحت تملک شوهر است؛ اعم از آنکه مالکیت وی به صورت مطلق یا جزئی باشد. بدین معنا که مالکیت کامل یا مالکیت مشاعی (سهام مشاع) تفاوتی در تحقق حق سکونت ایجاد

۱. المزوری، حبیب ادريس و احمد محمود امين الحیائی، «حق السكن فی الشریعة الإسلامية و التشريعات الوضعية (دراسة مقارنة)»، مجلة الرافدين، المجلد ۲۰، العدد ۷۲، ۲۰۲۲، ص ۵۴.

۲. اسماعیل زیدان القاضی، سلام، «شرح قانون حق الزوجه المطلقه فی السکنی رقم ۷۷ لسنة ۱۹۸۳ المعدل و تطبیقاته العلمیه»، الموصلى: مکتبة الجیل تا عربی، ۲۰۰۸، ص ۲۰.

۳. همان.

نمی‌کند. مقصود از مالکیت نیز آن است که ملک در دفاتر رسمی سازمان ثبت اسناد و املاک به نام زوج ثبت شده باشد؛ به‌گونه‌ای که امکان استناد و اثبات آن در دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی طلاق وجود داشته باشد.^۱

بر این اساس، اگر شوهر به‌موجب یک قرارداد ابتدایی (مانند بیع‌نامه) خانه‌ای را خریداری کرده، اما هنوز به نام وی در دفتر ثبت اسناد ثبت نشده باشد، اجرای حکم حق سکونت امکان‌پذیر نخواهد بود؛ زیرا در چنین وضعیتی، زوج قانوناً مالک آن ملک محسوب نمی‌گردد. همچنین، در صورتی که خانه یا واحد مسکونی مورد سکونت پیش از طلاق، توسط زوج غصب شده و مالکیت آن متعلق به غیر باشد یا شوهر صرفاً به‌موجب اباحه، حق تصرف در آن مکان را داشته باشد، زوجه مطلقه نمی‌تواند به استناد قانون، حق سکونت را مطالبه کند؛ چراکه در این حالت، زوج نه مالک و نه مستأجر ملک محسوب می‌شود.^۲

سؤال قابل طرح این است که اگر زوجه مطلقه پیش از طلاق یا جدایی، خانه یا واحد مسکونی دوران زوجیت را شخصاً از موجر اجاره کرده باشد، آیا مرد بعد از طلاق، ملزم به پرداخت اجاره‌بها خواهد بود یا خیر؟

موضوع در این مورد متفاوت است؛ زیرا اگر زن مستأجر خانه یا واحد مسکونی باشد، دیگر نمی‌توان قانون حق سکنی را اجرا کرد؛ چراکه قرارداد اجاره بین زن و موجر، تحت تأثیر انحلال رابطه زناشویی میان زن و مرد قرار نمی‌گیرد. دادگاه تجدیدنظر فدرال نیز در این خصوص چنین رأی صادر کرده است: حکم تجدیدنظرخواه باطل است و مخالف مقررات قانونی مربوط به اعطای حق مسکن به زن مطلقه در خصوص سکونت در خانه اجاره‌ای و انتقال حقوق و تعهدات قرارداد اجاره به آن است؛ بنابراین، دادگاه باید تحقیقات را از طرفین به‌صورت حضوری انجام دهد و در صورت لزوم، مالک ملک را به‌عنوان شخص ثالث به دعوا وارد کند و توضیحات لازم را بخواهد تا بتواند پرونده را به نحو صحیح رسیدگی و حل‌وفصل کند؛ درنهایت اگر دادگاه مطمئن شود که زن اجاره‌کننده خانه است و اجاره‌بها را شخصاً به موجر پرداخت می‌کند، این موضوع خارج از شمولیت قانون شماره ۷۷ سال ۱۹۸۳ در خصوص حق سکنی خواهد بود.^۳

یکی دیگر از پرسش‌های مهم در این زمینه آن است که مدت‌زمان اقامت زن مطلقه در منزل استیجاری که توسط شوهر پیش از طلاق فراهم شده، چه میزان خواهد بود؟ ماده ۲ قانون حق سکنی مطلقه مصوب ۱۹۸۳ مقرر نموده است: «سکونت زوجه مطلقه بنا بر ماده ۱ این قانون به مدت سه سال بلاعوض با رعایت شرایط زیر خواهد بود».

متن به‌روشنی گویای این مطلب است که قانون‌گذار عراقی مدت‌زمان ابقای زن مطلقه در منزل مشترک سابق را، چنانچه خانه یا واحد مسکونی ملک شوهر باشد، سه سال تعیین کرده است. بنا بر بند ۳ ماده قانون مذکور، اگر محل سکونت توسط زوج اجاره شده باشد، حقوق و تکالیف مندرج در قرارداد اجاره به مطلقه منتقل می‌گردد؛ اما حداکثر زمان بقای زوجه مطلقه در ملک اجاره‌ای را که زن جایگزین مرد در تصرف آن (به عنوان مستاجر) شود، تعیین نکرده است. از این رو به نظر می‌رسد که ممکن است زوجه مطلقه ملک استیجاری را تا زمانی که سببی از اسباب تخلیه طبق تصریح ماده (۱۷) قانون اجاره املاک بر آن محقق گردد، تصرف کند و در چنین حالتی موجر می‌تواند در دادگاه بدوی اقامه دعوا کند و در آن تخلیه مستأجر را طبق قرارداد منعقدشده بین او و مستأجر سابق را، که همانا شوهر زن مطلقه است، درخواست کند. شایان ذکر است که اگر موجر حکم تخلیه علیه شوهر زن مطلقه را قبل از طلاق آنها به دست آورد، زن حق درخواست مطالبه سکونت در آن خانه یا واحد مسکونی اجاره‌شده را به این اعتبار که قرارداد بین موجر و شوهر به‌موجب حکم

۱. المباحی المحامی، فوزی کاظم، *صدیق المحامی فی دعاوی الحوال الشخصیه*، بغداد: مکتبه صباح للنشر، ۲۰۱۱، ص ۲۲۴.

۲. همان.

۳. اسماعیل زیدان القاضی، پیشین، ص ۳۲.

تخلیه قطعی صادره از دادگاه فسخ شده است، ندارد.^۱

۲.۲.۱.۳. زندگی مستقل مطلقه با شوهر خود قبل از طلاق

یکی از موارد استحقاق مطلقه نسبت به مسکن، وضعیت سکونت او پیش از طلاق است. چنانچه ثابت شود زوجه در طول زندگی مشترک به طور مستقل با همسر خود در منزل شخصی سکونت نداشته، بلکه همراه با خانواده شوهر در خانه یا آپارتمان ایشان زندگی کرده است، پس از طلاق نیز حق مطالبه مسکن مستقل برای او ایجاد نخواهد شد. فلسفه این حکم آن است که حق سکنی در صورتی تحقق می‌یابد که زن پیش از طلاق از امتیاز سکونت در منزل زوج بهره‌مند بوده و طلاق او را از این حق محروم کرده باشد؛ حال آنکه در فرض زندگی مشترک با خانواده شوهر، زوجه از ابتدا مسکن مستقل در اختیار نداشته است؛ بنابراین، الزام زوج به تأمین مسکن جدید در این شرایط نه فقط با رویه عملی سازگار نیست، بلکه تحمیل تکلیف مضاعف بر عهده زوج خواهد بود.

۲.۲.۲. موارد عدم استحقاق حق مسکن مطلقه

در ماده (۳) قانون حق سکنی مطلقه ۱۹۸۳ موانع استحقاق زوجه مطلقه پیش‌بینی شده است. ماده مزبور اشعار می‌دارد: زوجه در صورت تحقق یکی از این موارد از این حق محروم می‌شود: الف) اگر علت طلاق یا جدایی، خیانت یا عدم تمکین او بوده است؛ ب) در صورت رضایت به طلاق یا جدایی؛ ج) اگر جدایی در اثر طلاق خلع واقع شده باشد؛ د) در صورتی که زن مستقلاً دارای منزل یا آپارتمان مسکونی باشد. براساس این ماده قانونی، اگر علت طلاق یا جدایی خیانت یا نشوز زن باشد، او از حق مسکن محروم خواهد شد؛ زیرا در چنین شرایطی، تقصیر و قصور زوجه سبب انحلال رابطه زناشویی است و حمایت قانونی از وی توجیهی نخواهد داشت. همچنین در صورتی که طلاق با رضایت زوجه واقع شده باشد، یا طلاق از نوع خلع باشد که زن با بذل مالی نظیر مهریه به جدایی رضایت داده است، امکان استناد به حق مسکن از میان می‌رود. افزون بر این، اگر زوجه دارای منزل یا آپارتمان مسکونی مستقل باشد، چه مالکیت عین داشته باشد و چه منفعت آن ملک در اختیار او باشد، باز هم حق مسکن به وی تعلق نخواهد گرفت؛ بنابراین، قانون‌گذار عراقی در مقام حمایت، فقط زنانی را مشمول حق سکنی دانسته است که نه در وقوع طلاق مقصر بوده و نه از قبل امکان تأمین مستقل مسکن برای خود داشته‌اند.^۲

۲.۳. حقوق الجزایر

قانون‌گذار الجزایری با انقضای پیوند زوجیت، زن مطلقه را مستحق حضانت فرزندان خود دانسته است. به همین دلیل، پدر باید همه امکانات را برای رفاه زن مطلقه و فرزندان تأمین کند. در همین راستا، یکی از حقوق تعیین‌شده در قانون، حق مسکن مطلقه حاضنه (زنی که حضانت فرزندان را دارد) است. برای تعلق حق مسکن به مطلقه حاضنه احراز مواردی

۱. سلیمان، نشوان ذکی، «العشوائیات و ملائمتها لسنن المطلقه»، مجله الرافدین للحقوق، المجلد ۲۰، ۲۰۲۰، ص ۱۵۲.

۲. الحاتم، نادیا خیرالدین و طه صالح خلف، «مدی اعتبار السکن العشوائی مسکناً شرعياً»، مجله الرافدین، المجلد ۲۰، العدد ۷۲، ۲۰۲۲، صص ۱۰۳-۱۰۲.

در محکمه را الزامی دانسته است. در این بخش شرایط و موانع استحقاق حق سکنی زوجه مطلقه در ذیل به تفکیک بررسی می‌شود:

۲.۳.۱. شرایط استحقاق حق سکنی زوجه مطلقه حاضنه

مقتن الجزایری به دلیل افزایش آمار طلاق، به موضوع مسکن حضانت توجه و اهتمام و برای حل معضل بی‌خانمان شدن مطلقه و فرزندان، متون قانونی صریحی را درخصوص واگذاری حق مسکن به مطلقه‌ای که حضانت فرزندان را داشته باشد، تصویب کرد. این مهم در ماده (۵۲) قانون خانواده سابق منعکس شد. ماده مذکور مقرر می‌نمود: هرگاه برای دادگاه احراز گردد که طلاق ناشی از خودسری زوج بوده است، دادگاه می‌تواند حکم به جبران خسارات وارده به زوجه صادر نماید. چنانچه زوجه مطلقه عهده‌دار حضانت فرزندان مشترک باشد و ولی یا سرپرستی که عهده‌دار مخارج وی گردد نداشته باشد، زوج مکلف است با رعایت تمکن مالی خویش، هزینه و حق مسکن زوجه و فرزندان را تأمین و تضمین نماید. منزل واحد از حکم فوق مستثنا می‌شود. مطلقه در صورت ازدواج مجدد یا در صورت اثبات انحراف اخلاقی از حق مسکن موضوع این ماده محروم خواهد شد.

قانون مذکور در ماه فوریه ۲۰۰۵ اصلاح شد. ابهامی که مربوط به وضعیت تعدد فرزند بود، رفع و قسمت اخیر ماده (۵۲) حذف شد و ماده (۷۲) در راستای مصلحت فرزندان و مادر مطلقه به این شرح اصلاح شد.^۱ در ماده مذکور آمده است: «در صورت طلاق، مرد باید مسکن متناسب با شأن مطلقه، برای اعمال حضانت فراهم نماید، در صورت عدم امکان، باید اجاره‌بها را پرداخت کند. مادامی که مرد حکم قضایی مربوط به مسکن را اجرا نکند، زن در خانه زوجیت باقی می‌ماند».^۲ تعلق حق مسکن به مطلقه حاضنه در این نظام حقوقی مستلزم تحقق شرایطی است. در ابتدا شرایط استحقاق مندرج در قانون خانواده الجزایر قبل از اصلاح و سپس شرایط بعد از اصلاح قانون بررسی می‌نشود.

۲.۳.۱.۱. شرایط استحقاق حق سکنی مطلقه حاضنه قبل از اصلاح قانون خانواده

این شرایط عبارت‌اند از:

۲.۳.۱.۱.۱. حکم حضانت فرزند به نفع زن مطلقه

شرط مقدم برای استحقاق مطلقه این است که حکم قطعی دادگاه مبنی بر طلاق، که شامل واگذاری حق حضانت به او نیز باشد، صادر گردد. با این توضیح که حکم الزام به تأمین مسکن در ضمن حکم طلاق و حضانت صادر می‌گردد. حق حضانت امر موضوعی است که قاضی با لحاظ مصلحت طفل به آن حکم می‌دهد.^۳ با این شرط روشن می‌گردد که اعطای مسکن به زوجه مطلقه بدون حضانت فرزندان قابل تصور نیست.^۴

^۱ واضح، فاطمه و نضره بن ددوش قماری، «دراسة تحليلية لنص المادة ۷۲ من قانون الأسرة الجزائری»، مجلة الأسرة و المجتمع، المجلد ۷، العدد ۱، ۲۰۱۹، ص ۱۳۶.

^۲ عیساوی، عادل، «الحقوق المالية للمراه فی قانون الأسرة الجزائری»، مذكرة شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ۲۰۲۱-۲۰۲۰، ص ۲۵۶.

^۳ لدوی، بلقاسم، «حق المطلقة الحاضنة فی السكن وإشکالات تطبيقه أمام القضاء»، مذكرة شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ۲۰۱۹-۲۰۲۰، صص ۵۸-۵۹.

^۴ لوعیل، محمد لمین، المراكز القانونية للمرأة فی قانون الأسرة الجزائری، الجزائر: دار هومة، دون طبعة، ۲۰۰۴، ص ۱۲۱.

اصولاً حضانت به مادر واگذار می‌شود؛ زیرا او در مراقبت از فرزند اولویت دارد؛ لیکن عملاً، ممکن است حضانت به مادر واگذار نشود، بلکه به جده مادری، خاله یا جده پدری و... واگذار گردد. سؤالی که مطرح می‌گردد، این است که آیا این اشخاص حق مسکن برای اعمال حضانت را دارند؟ به موجب نص ماده مذکور، حضانت باید با مادر مطلقه باشد؛ سایر سرپرستانی که ممکن است حق حضانت را داشته باشند، از حکم مستثنا می‌شوند. طبق ترتیب قانونی مندرج در ماده ۶۴ قانون خانواده الجزایر، در صورتی که به موجب حکمی، دادگاه حق حضانت را مثلاً به خاله واگذار نموده باشد، شخصی که تکفل فرزندان را به عهده دارد، مجاز است آنها را به منزل خود منتقل کند و نیازی به تهیه مسکن برای او نیست؛^۱ بنابراین، از موارد فوق‌الذکر برداشت می‌گردد که مقدمه لازم برای حکم به تأمین مسکن برای اعمال حضانت، تعلق حق حضانت به مادر مطلقه است.

۲.۳.۱.۱.۲. فقد ولی که مطلقه را پناه دهد

از ماده (۷۷) قانون خانواده^۲ که مقرر نموده است، پرداخت نفقه پدران بر فرزندان و فرزندان بر پدران برحسب درجه خویشاوندی در ارث با توجه به توانایی مالی و ضرورت واجب است، برداشت می‌شود که مقنن پرداخت نفقه فرزندان را بر پدران لازم دانسته است. یعنی پدر به عنوان ولی ملزم به پذیرش دختر خود و پناه دادن به او به عنوان مولی علیه است؛ لیکن در مواردی پدر در قید حیات نیست یا اینکه وجود دارد، اما از سکونت دادن دختر مطلقه‌اش همراه با فرزندان امتناع می‌کند. این امر منجر به بی‌خانمان شدن آنها خواهد شد. بر این اساس در هر دو حالت، مطلقه حق مطالبه مسکن را خواهد داشت.^۳

۲.۳.۱.۱.۳. توانایی مالی زوج

قاضی در صدور حکم در خصوص منزل حضانت زن مطلقه باید وضعیت مالی شوهر را از لحاظ ایسار و اعسار در نظر بگیرد. میزان اجاره‌بهای پرداختی به توانایی مالی مرد مرتبط است. دیوان عالی کشور در اجتهاد قضایی خود به آن توجه نموده است. در رأی آمده است: قانوناً مقرر شده است، اگر مادر حضانت فرزند را برعهده گرفته باشد و سرپرستی نداشته باشد که او را پناه دهد، مرد باید حسب وضع مالی خود، حق مسکن او و فرزندان تحت حضانتش را تضمین کند... در این پرونده، براساس اقرار زوج، وی در همان شهر دارای منزل مسکونی دیگری است؛ بنابراین، رأی دادگاه مبنی بر رد درخواست تجدیدنظر خواه در خصوص الزام زوج به اختصاص مسکنی برای فرزند تحت حضانت، فاقد توجیه قانونی و برخلاف مستندات پرونده است. به‌ویژه آنکه احتمال دارد زوجه حاضنه سرپرستی نداشته باشد که سکونت وی و فرزندان تحت حضانت را تأمین کند. از این رو، حکم صادره از حیث رعایت حق مسکن زوجه و فرزندان مخدوش و مستلزم اصلاح است.^۴

قابل توجه است، مبالغی که به عنوان هزینه اجاره‌بهای منزل برعهده زوج قرار می‌گیرد، حقی مستقل برای زوجه مطلقه‌ای است که حضانت فرزندان را برعهده دارد و در زمره نفقه اولاد محسوب نمی‌شود. این مهم از اجتهاد قضایی دیوان عالی

۱. واضح و قماری، پیشین، ص ۱۳۹.

۲. طعیه، عیسی، «سکن المحضون فی تشریع الأسرة والاجتهاد القضائي»، مذكرة شهادة الماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، کلیة الحقوق، ۲۰۱۰-۲۰۱۱، ص ۲۷.

۳. زیدان، صلاح‌الدین، «حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامی و قانون الأسرة الجزائری)»، مذكرة شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص ۲۵۷.

۴. عیسوی، پیشین، ص ۲۵۷.

برداشت می‌شود. در اجتهاد آمده است: در ضمن مطالبه نفقه که شرعاً و قانوناً به نفع فرزندان برای امرار معاش تخصیص می‌یابد و به آنها حکم داده می‌شود، درخواست بهای اجاره مسکن برای اعمال حضانت جایز نیست. مسکن طبق نص صریح قانونی از سایر هزینه‌های فرزندان مستقل و جدا است.^۱

۲.۳.۱.۱.۴. تعلق بیش از یک مسکن به زوج

در قانون مقرر شده که نفقه فرزندان برعهده پدر است و حق مسکن از مصادیق نفقه به شمار می‌رود. همچنین پدر مکلف است نسبت به تأمین مسکن مادر مطلقه‌ای که حضانت فرزندان را به‌عهده دارد، اقدام کند. با مراجعه به متن ماده (۵۲) قانون خانواده پیش از اصلاح، درمی‌یابیم که ضمن تعیین شرایط تعلق حق مسکن به زن مطلقه، وجود صرفاً یک‌منزل برای زوج از حکم مستثنا شده است؛ پس در صورتی که شوهر بیش از یک واحد مسکونی داشته باشد ملزم است که یکی از آنها را به مطلقه حاضنه به‌منظور انجام وظایف حضانت بسپارد؛ باین‌حال، در فرض مالکیت یا استیجاری بودن یک واحد مسکونی توسط پدر، این امر مانع از الزام وی به پرداخت اجاره‌بهای واحد مسکونی دیگر به‌منظور تأمین مسکن فرزندان نمی‌گردد؛ زیرا تأمین مسکن و نفقه فرزندان از تکالیف قانونی پدر است.^۲

ازجمله رویه‌های قضایی معتبر در این زمینه، رأی دیوان عالی کشور است. در حکم صادره در ۱۵ ژوئن ۱۹۹۹ تصریح شده است: هرگاه مشخص گردد که شوهر دارای مسکن دیگری است، مطلقه حاضنه حق دارد در خانه زوجیت بماند و این امر منطبق با مصلحت.

۲.۳.۱.۲. شرایط استحقاق حق سکنی مطلقه حاضنه پس از اصلاح قانون خانواده

پس از بررسی شرایط استحقاق قبل از اصلاح لازم است شرایط مندرج در ماده (۷۲) قانون خانواده اصلاحی برای استحقاق مطلقه بررسی شود. در ذیل هریک از شرایط به‌اختصار توضیح داده خواهد شد.

۲.۳.۱.۲.۱. حضانت حداقل یک فرزند

برای برخورداری زن از حق مسکن باید او حضانت فرزندان را داشته باشد. بر طبق ماده (۶۴) قانون خانواده، مادر در حضانت فرزندان اولویت دارد، سپس به ترتیب پدر، جده مادری، جده پدری، خاله، عمه، خویشاوندان برحسب درجه با در نظر گرفتن مصلحت طفل حق حضانت دارند؛ بنابراین، اگر طلاق واقع گردد و فرزندان مشترک باشند، باتوجه‌به اینکه حضانت یکی از توابع گسستن پیوند زناشویی است، قاضی موظف است در صورت احراز همه شرایط، تکلیف حضانت این کودکان را تعیین کند. به‌عنوان یک اصل کلی اولویت با مادر است، مگر در مورد اختلاف بین زوجین که قاضی همیشه مصلحت کودک را در نظر می‌گیرد.^۳

وفق قانون اصلاحی برای واگذاری حق مسکن به مادر برخلاف متن سابق که نیاز به کثرت فرزندان داشت، بدون توجه به تعداد فرزندان باید حکم قطعی دادگاه صادر شود.^۴ این امر در رأی دیوان عالی کشور مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۹۴ این‌چنین

۱. همان.

۲. لعدوی، پیشین، ص ۶۰.

۳. عیسیو، اسماء، «حق المطلقه الحاضنة فی مسکن الزوجية و إشکالاته المثارة أمام القضاء»، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، المعهد الوطني للقضاء، مديرية التریصات، الدفعة الثانية عشر، ۲۰۰۰-۲۰۰۴، ص ۱۷.

۴. لعدوی، پیشین، ص ۶۲.

منعکس شده است: در پرونده حاضر احراز شد که قضات، رأی خود بر این اساس که مطلقه حاضنه حق مطالبه مسکن یا اجاره بها را ندارد، مگر اینکه حداقل دو کودک تحت حضانت او باشند و با این استدلال خواسته تجدیدنظرخواه را رد نمودند، مطابق با قانون صادر نشده است. لازم بود که تجدید نظر خوانده را محکوم به تأمین مسکن یا پرداخت اجاره بها کنند، لذا رأی صادره نقض می گردد.^۱

۲.۳.۱.۲.۲. عدم تأثیر سکونت مطلقه در منزل پدری

نکته حائز اهمیت دیگر این است: سکونت زن حاضنه در خانه پدری مطابق اجتهاد قضایی ذیل، مرد را از تأمین مسکن یا پرداخت اجاره بها برای منزل معاف نمی کند. اجتهاد قضایی مقرر می دارد: سکونت زن حاضنه در خانه پدری خود حق درخواست مسکن یا اجاره بها برای آن از مرد ساقط نمی کند.^۲

۲.۳.۱.۲.۳. پرداخت اجاره بها به عنوان بدل مسکن

اگر مرد مسکن مناسبی برای اعمال حضانت نداشته باشد، وی ملزم به پرداخت اجاره بها برای مسکن مناسب برای اعمال حضانت به مادر است.^۳ قانون گذار الجزایر بر اساس ماده (۷۲) قانون خانواده تهیه مسکن برای اعمال حضانت را به عنوان یک اصل کلی الزامی دانسته است. در صورت عدم امکان، پدر اجاره بها را پرداخت می کند. در غیر این صورت، مطلقه تا زمان اجرای حکم در خانه زوجیت می ماند. قانون گذار الجزایر در این مورد مرد را در موقعیت انتخاب قرار نداده است، بلکه هزینه اجاره بها را به عنوان یک استثنا بر اصل تهیه مسکن برای انجام مراقبت از خانواده، قرار داده است.^۴ دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود چنین نظر داده است:^۵ هنگامی که محکمه به شوهر حق انتخاب بین تأمین مسکن برای اعمال حضانت یا پرداخت کمک هزینه اجاره را علی رغم اختصاص محل سکونت جداگانه برای شوهر می دهد، تخلف از قانون نموده است.^۶

۲.۳.۱.۲.۴. عدم تأثیر شاغل بودن زوجه مطلقه حاضنه

نکته دیگر این است که شاغل بودن زن مطلقه حاضنه مانع حق مطالبه مسکن یا اجاره بها نخواهد بود. در همه موارد تأمین آن بر مرد واجب است، مگر اینکه حضانت مادر ساقط شود. دیوان عالی کشور به آن تأکید و در رأی خود تصریح نموده است: قانوناً اجاره مسکن برای اعمال حضانت به عهده پدر است؛ بنابراین، هنگامی که قضات به دلیل اینکه اجاره بها برای مسکن حضانت مطابق ماده (۷۲) قانون خانواده بر عهده پدر است، علی رغم این که زن حاضنه شاغل بوده، حکم به پرداخت اجاره بها داده اند، رأی منطبق با قانون صادر کرده اند.^۷

۱. عبدالملک، عبدالرزاق حمدان، *الحضانة وأثرها فی تنمية سلوك الأطفال فی الفقه الإسلامی*، مصر: دار الجامعة الجديدة، ۲۰۰۸، صص ۸۲-

۸۱

۲. عیسوی، پیشین، ص ۲۵۸.

۳. واضح و قماری، پیشین، ص ۱۳۷.

۴. همان، ص ۱۴۱.

۵. همان، ص ۱۳۷.

۶. همان.

۷. همان.

۲.۳.۲. موارد عدم استحقاق حق سکنی مطلقه

به نظر می‌رسد قانون‌گذار عمداً از بیان دلایل سلب حق مسکن زن مطلقه یا اجاره‌بها در قانون اصلاحی برخلاف آنچه در قسمت اخیر ماده (۵۲) قانون سابق مقرر شده، صرف‌نظر کرده است؛ لیکن می‌توان گفت حق مسکن مناسب برای اعمال حضانت از حقوق طبیعی است که اصالتاً از حق واگذاری حضانت سرچشمه می‌گیرد. بر این اساس، مواردی که حق حضانت را ساقط می‌نمایند، به‌نوبه‌خود حق مسکن را نیز زایل می‌کنند؛ بنابراین، مواردی که باعث سلب حضانت مطلقه و به‌تبع اسقاط حق مسکن می‌گردد، همان موارد مقرر در قسمت اخیر ماده (۵۲) قانون خانواده است. این موارد عبارت‌اند از:^۱

۲.۳.۲.۱. ازدواج مجدد

مطابق ماده سابق‌الذکر، ازدواج مجدد مادر مسقط حق است، مگر اینکه ازدواج او با یکی از بستگان باشد. به‌این‌ترتیب، حق تهیه محل برای اعمال حضانت ساقط می‌شود. مشخص می‌شود که دلایل از بین رفتن حضانت، باعث منتفی شدن حق مطالبه تأمین مسکن برای اعمال حضانت است.^۲ بر این اساس، فرض شده است که مادر با سپردن طفل به دست بیگانه او را در معرض آزار و اذیت و ظلم قرار می‌دهد. برخلاف ازدواج با خویشاوند که با طفل مدارا و همدردی می‌نماید؛ بنابراین، در صورت ازدواج با خویشاوند حق مسکن را از دست نخواهد داد.^۳ این نوع مسقط حق حضانت توسط محاکم الجزایری تأیید شده است. در یکی از آرای خود اذعان داشتند: مادر برای استحقاق حضانت نباید ازدواج مجدد کرده باشد، در غیر این صورت حق حضانت نخواهد داشت؛ چراکه به‌دلیل مشغله‌اش با همسر جدید، از کودک غافل می‌شود. این مورد از اسباب سقوط حق حضانت و به‌تبع حق مسکن خواهد بود.^۴

۲.۳.۲.۲. انحراف اخلاقی

انحراف اخلاقی مطلقه در راستای مصلحت کودک از موارد اسقاط حق حضانت است. به‌محض اینکه انحراف مادر ثابت شود، حق مسکن او نیز ساقط می‌شود؛ زیرا انحراف مادر حاضنه ممکن است از نظر روحی و اخلاقی به کودک آسیب برساند. دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود این مهم را تأیید نموده است: «قانوناً و شرعاً ثابت شده است که جرم زنا با در نظر گرفتن مصلحت طفل تحت حضانت، یکی از مهم‌ترین موانع حضانت است. در پرونده حاضر که قضات به واگذاری حضانت سه فرزند به نفع مادر محکوم‌علیه به جرم زنا حکم داده‌اند، در تطبیق قانون به‌ویژه ماده (۶۲) قانون خانواده خطا نموده‌اند؛^۵ لذا، این حکم در خصوص حضانت سه فرزند نقض می‌گردد». بنابر مراتب فوق، پدر فرزند می‌تواند به همین دلیل از دادگاهی که حکم به تضمین مسکن برای مطلقه حاضنه را صادر نموده، سقوط حضانت فرزندان و به‌تبع سلب حق مسکن را تقاضا نماید.^۶

۱. لعدوی، پیشین، ص ۶۳.

۲. واضح و قماری، پیشین، ص ۱۴۱.

۳. لعدوی، پیشین.

۴. همان.

۵. همان، صص ۶۳-۶۴.

۶. بوقرة، أم‌الخیر، «مسکن الزوجية»، شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، ۲۰۱۲-۲۰۱۱، صص ۱۲۸-۱۲۷.

نتیجه‌گیری

با بررسی موضوع حق مسکن زن مطلقه در حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق عراق و الجزایر روشن شد که قانون‌گذار ایرانی، علی‌رغم تأکید شارع مقدس به اهمیت جایگاه زن و ارتباط مسکن با زندگی با کرامت و عزت انسان، به موضوع حق سکنی زوجه مطلقه التفاتی نداشته است. صرفاً در ماده (۳۸) قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، به صورت گذرا به سکونت مطلقه رجعی در ایام عده اشاره کرده است. مطالعه آیات قرآن کریم، روایات و ادله عقلی نشان داد که حق سکنی برای مطلقه رجعی در دوران عده و نیز برای مطلقه حاضنه در راستای اعمال حضانت قابل استنباط و حمایت است.

در حقوق عراق، قانون حق سکنی مصوب ۱۹۸۳ حق سکونت سه‌ساله در منزل زوجیت را برای مطلقه واجد شرایط پیش‌بینی کرده است. شرایط استحقاق در این قانون عبارت‌اند از: تمایل زن مطلقه به ادامه سکونت در منزل دوران زوجیت، تعلق مالکیت یا منفعت منزل به زوج و آنکه زن پیش از طلاق به‌طور مستقل با همسر خود در آن منزل زندگی کرده باشد. درعین حال، زوجه در مواردی همچون خیانت، عدم تمکین، رضایت به طلاق، وقوع طلاق خلع یا داشتن منزل مستقل از این حق محروم می‌شود.

در حقوق الجزایر نیز قانون خانواده ۱۹۸۴ برای مطلقه حاضنه حق مسکن پیش‌بینی کرده بود که در اصلاحات سال ۲۰۰۵ شرایط آن تغییر یافت. طبق مقررات اصلاحی، استحقاق این حق منوط به داشتن حضانت حداقل یک فرزند است و سکونت زن در منزل پدری مانعی برای بهره‌مندی از این حق محسوب نمی‌شود. همچنین، در صورت عدم امکان تأمین مسکن توسط زوج، وی مکلف به پرداخت اجاره‌بها براساس توان مالی خود خواهد بود. اشتغال زن نیز مرد را از این تکلیف معاف نمی‌کند. در قانون اصلاحی برخلاف قانون پیشین، موانع تعلق مسکن به‌طور مستقیم ذکر نشده است، اما با توجه به ارتباط حق مسکن با حضانت، ازدواج مجدد یا انحراف اخلاقی زن که موجب سقوط حضانت می‌شود، به تبع آن موجب سقوط حق مسکن نیز خواهد شد.

در نتیجه می‌توان گفت که در نظام حقوقی ایران خلأ تقنینی آشکاری وجود دارد و برخلاف قوانین عراق و الجزایر، مقرره‌ای صریح برای حمایت از حق سکنی مطلقه حاضنه وضع نشده است. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با بهره‌گیری از مبانی شرعی و تجربه نظام‌های حقوقی دیگر، مقرراتی شفاف و مستقل درباره حق سکنی مطلقه به‌ویژه در مقام حضانت فرزندان تدوین نماید و آن را به‌عنوان حقی مستقل از نفقه اولاد به رسمیت بشناسد. همچنین لازم است ضمانت اجرای مؤثر برای الزام زوج به تأمین مسکن یا اجاره‌بها پیش‌بینی شود تا هم شأن و کرامت زن حفظ گردد و هم حقوق فرزندان به نحو مطلوب تضمین شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. انصاریان، حسین، **ترجمه قرآن کریم/انصاریان**، تهران: سازمان دارالقرآن کریم، نشر تلاوت، بی تا.
۲. علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و مصلحت**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.
۳. محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سی‌ام، ۱۳۸۷.
۴. مطهری، مرتضی، **اسلام و مقتضیات زمان**، جلد ۲، تهران: صدرا، ۱۳۷۷.
۵. مکارم شیرازی، ناصر، **قرآن کریم همراه با تشریح آیات**، تهران: محراب قلم، چاپ سوم، ۱۳۸۹.

مقاله

۶. شاکری گلپایگانی، طوبی و مهدیه محمد تقی‌زاده، «اصل صحت در نظام قانون‌گذاری اسلامی و تطبیق آن در حقوق اسلامی با رویکردی به اندیشه‌های امام خمینی»، پژوهشنامه متین، دوره ۱۷، شماره ۶۹، ۱۳۹۴، صص ۱۱۷-۱۳۷. قابل دسترس در https://matin.ri-khomeini.ac.ir/article_47951.html

قوانین

۷. قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱.

عربی

کتاب

۸. قرآن کریم
۹. الجبلی العاملی، زین‌الدین (الشهید الثاني)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: چاپخانه علمیه، الطبعة الثانية، ۱۳۹۶.
۱۰. درینی، محمد فتحي، *دراسات و بحوث فی الفكر الاسلامی*، جلد ۲، بیروت: دار قتیبه للطباء و النشر و التوزیع، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۱. الزیلعی الحنفی، فخرالدین بن عثمان، *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق*، جلد ۵، قاهره: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۱۳ ه.ق.
۱۲. السرخسی الحنفی، محمد بن احمد بن سهل، *المبسوط*، جلد ۱۵، بیروت: دارالمعرفة للنشر، ۱۳۹۸.
۱۳. الشربینی الشافعی، شمس‌الدین محمد بن احمد الخطیب، *مغنی المحتاج الی معرفه الفاظ المنهاج*، جلد ۳، قاهره: دارالکتب العلمیه للنشر، ۱۹۹۴.
۱۴. الطباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، مؤسسه النشر الاسلامی، لایوجد التاريخ.
۱۵. الطبرسی، ابوعلى الفضل بن الحسن، *تفسیر مجمع البیان*، ترجمه محمد مفتح، جلد ۳، تهران: فراهانی، چاپ اول، ۱۳۵۰.
۱۶. طوسی محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام فی شرح المقنعه*، جلد ۸، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
۱۷. عبدالمطلب، عبدالرزاق حمدان، *الحضانة وأثرها فی تنمية سلوك الأطفال فی الفقه الإسلامی*، مصر: دار الجامعة الجديدة، ۲۰۰۸.
۱۸. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، جلد ۱، بیروت: مؤسسه الرساله، لایوجد التاريخ.
۱۹. الفیض الکاشانی، المولی محسن، *تفسیر الصافی*، الجزء الخامس، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۰. القرشی الدشقی، اسماعیل بن کثیر، *تفسیر القرآن العظیم*، جلد ۱، بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۰۲ ه.ق.
۲۱. لوعیل، محمد لمین، *المركز القانوني للمرأة فی قانون الأسرة الجزائری*، الجزائر: دار هومة، ۲۰۰۴.
۲۲. المباحی المحامی، فوزی کاظم، *صديق المحامی فی دعاوی الحوال الشخصیه*، بغداد: مکتبه صباح للنشر، ۲۰۱۱.
۲۳. النجفی، محمد الحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، المجلد الحادی و الثلاثون، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱.

مقاله

۲۴. اسماعیل زبدان القاضی، سلام، «شرح قانون حق الزوجه المطلقه فی السکنی رقم ۷۷ لسنه ۱۹۸۳ المعدل و تطبیقاته العلمیه»، *الموصل: مکتبة الجيل تا عربی*، ۲۰۰۸.

۲۵. الحاتم، ناديا خيرالدين و طه صالح خلف، «مدى اعتبار السكن العشوائى مسكناً شرعياً»، *مجلة الرافدين*، المجلد ۲۰، العدد ۷۲، ۲۰۲۲.
۲۶. سليمان، نشوان ذكى، «العشوائيات و ملائمتها لسكن المطلقه»، *مجلة الرافدين للحقوق*، المجلد ۲۰، ۲۰۲۰.
۲۷. عيسيو، اسماء، «حق المطلقة الحاضنة فى مسكن الزوجية و إشكالاته المثارة أمام القضاء»، *الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، المعهد الوطنى للقضاء، مديرية التبرعات*، الدفعة الثانية عشر، ۲۰۰۰-۲۰۰۴.
۲۸. المزورى، حبيب ادريس و احمد محمود امين الحياثي، «حق السكن فى الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية (دراسة مقارنة)»، *مجلة الرافدين*، المجلد ۲۰، العدد ۷۲، ۲۰۲۲.
۲۹. واضح، فاطمه و نضرة بن ددوش قمارى، «دراسة تحليلية لنص المادة ۷۲ من قانون الأسرة الجزائرى»، *مجلة الأسرة و المجتمع*، المجلد ۷، العدد ۱، ۲۰۱۹.

پایان نامه

۳۰. بوقرة، أم الخير، «مسكن الزوجية»، شهادة الماجستير، *جامعة الجزائر*، كلية الحقوق بن عكنون، ۲۰۱۲-۲۰۱۱.
۳۱. رحمان، عبدالله محمد، «الطلاق والحقوق المالية للمرأة المطلقة، دراسة تحليلية مقارنة فى ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقى»، *جامعة نوروز، كلية القانون والسياسح، كردستان العراق*، ۲۰۲۱-۲۰۲۰.
۳۲. زيدان، صلاح الدين، «حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى و قانون الأسرة الجزائرى)»، مذكرة شهادة الماجستير، *جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة*.
۳۳. طعيبة، عيسى، «سكن المحضون فى تشريع الأسرة والاجتهاد القضائى»، مذكرة شهادة الماجستير، *جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق*، ۲۰۱۰-۲۰۱۱.
۳۴. عيساوى، عادل، «الحقوق المالية للمراه فى قانون الأسرة الجزائرى»، مذكرة شهادة الماجستير، *كلية الحقوق والعلوم السياسية*، ۲۰۲۰-۲۰۲۱.
۳۵. لعدوى، بلقاسم، «حق المطلقة الحاضنة فى السكن وإشكالات تطبيقه أمام القضاء»، مذكرة شهادة الماستر أكاديمى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ۲۰۱۹-۲۰۲۰.

قوانین

۳۶. قانون الاحوال الشخصية العراقى و تعديلاته، رقم ۱۸۸، ۱۹۵۹.
۳۷. قانون الاسره الجزائري المعدل و المتمم، رقم ۸۴-۱۱، ۱۹۸۴.

References

Books

1. *The Holy Q'uran*. (in Arabic)
2. Abdol Mottaleb, Abdul Razzagh Hamdan, "Custody and Its Impact on Developing Children's Behavior in Islamic Jurisprudence", Egypt: New University House, 2008. (in Arabic)
3. Al Fayz al Kashani, Mulla Mohsen, *Explanation of the Safi*, Volume 5, Beirut-Lebanon: Al Alami Publications Foundation, 1994. (in Arabic)
4. Alidoust, Abolghasem, *Jurisprudence and Expediency*, Tehran: The Research Institute of Culture and Islamic Thought, 2011. (in Persian)
5. Al Ju'bi al Amili, Zain al Din (al Shahid al Thani), *Al Rawdah al-Bahiyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyah*, Qom: Seminary Printing House, Second Edition, 2017. (in Arabic)

6. Al Mayahi Al Mahami, Fawzi Kazem, *A Lawyer Friend in Status Lawsuits*, Baghdad: Sabah Publishing House, 2011. (in Arabic)
7. Al Najafi, Mohammad al Hassan, *The Jewel of the Word in the Explanation of Islamic Laws*, Volume 31, Beirut: House of Arab Heritage Revival, Sventh Edition, 1981. (in Arabic)
8. Al Qurashi al Damashqi, Ismaeil ibn Kathir, *Tafsir al Q'uran al Azim*, Volume 1, Beirut- Lebanon: House of Knowledge, 1981. (in Arabic)
9. Al Sarakhsi al Hanafi, Mohammad Ibn Ahmad Ibn Sahl, *Al Mabsout*, Volume 15, Beirut: Knowledge Publishing, 2019. (in Arabic)
10. Al Sharbini al Shafi'i, Shams al Din Mohammad Ibn Ahmad al Khatib, *The Singer Who Needs to Know the Words of the Curriculum*, Volume 3, Cairo: Scientific Books Publishing House, 1994. (in Arabic)
11. Al Tabarsi, Abu Ali al Fadl ibn al Hassan, *Interpretation of Majma' al-Bayan*, Translated by: Mohammad Mofteh, Volume 3. Tehran: Farahani, 1971. (in Arabic)
12. Al Tabatabae'i Yazdi, Sayyed Mohammad Kazem, *The Firmest Bond*, Islamic Publishing Institute, No date. (in Arabic)
13. Al Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Refinement of Rulings in Explaining Al Muqni'ah*, Volume 8, Tehran: House of Islamic Books, 1986. (in Arabic)
14. Al Zayla'i Al Hanafi, Fakhr al Din ibn Usman, *Explanation of the Facts, Explanation of the Treasure of the Minutes*, Volume 5, Cairo: Islamic Books House, 1895. (in Arabic)
15. Ansarian, Hossein, *Translation of the Holy Quran Ansarian*, Tehran: Dar Al-Q'uran Karim Organization, Recitation, No date. (in Persian)
16. Dorini, Mohammad Fathi, *Studies and Research in Islamic Thought*, Volume 2, Beirut: Dar Qutaiba for Printing, Publishing and Distribution, 1988. (in Arabic)
17. Firooz Abadi, Majd al Din Mohammad Ibn Ya'qoub, *The Ocean Dictionary*, Volume 1, Beirut: Dissertation Institute, No Date. (in Arabic)
18. Louael, Mohammad Lamin, *The Legal Status of Women in Algerian Family Law*, Algiers: Dar Houma, 2004. (in Arabic)
19. Makarem Shirazi, Nasser, *The Holy Q'uran with Commentary*, Tehran: Front of Pen, Third Edition, 2010. (in Persian)
20. Mohammadi, Abolhassan, *Principles of Islamic Law Derivation (Principles of Jurisprudence)*, Tehran: University of Tehran, 30th Edition, 2008. (in Persian)
21. Motahari, Morteza, *Islam and the Requirements of the Time*, Volume 2, Tehran: Sadra, 1998. (in Persian)

Articles

22. Al Hatam, Nadia Khairoddin and Taha Saleh, "The Legitimacy of Informal Housing as Shari'a-Compliant Housing", *Al Rafidain Journal*, Volume 20, Issue 72, 2022. (in Arabic)
23. Al Mazuri, Habib Idris and Ahmad Mahmoud Amin Al Hayyai, "The Right to Housing in Islamic Law and Positive Legislation: A Comparative Study", *Al Rafidain Journal*, Volume 20, Issue 72, 2022. (in Arabic)
24. Ismae'il Zaydan Al-Qazi, Salam, "Explanation of the divorced wife's right to housing law No. 77 of 1983 as amended and its scientific applications", Mosul: Al-Jeel Ta'arbi Library, 2008. (in Arabic)
25. Issaou, Asmaa, "The Right of the Divorced Custodial Woman to the Marital Home and its Issues Raised Before the Courts", People's Democratic Republic of Algeria, *Ministry of Justice, National Institute of the Judiciary, Directorate of Training*, Volume 12, 2000–2004. (in Arabic)
26. Shakeri Golpayegani, Touba & Mahdiah Mohammad Taghi Zadeh, "The Principle of Validity in the Islamic Legislative System and Its Application in Islamic Law with Reference to Imam Khomeini's Thoughts", *Research Journal of Matin*, Volume 17, Issue 69, PP 117–137. Available at https://matin.ri-khomeini.ac.ir/article_47951.html (in Persian)

27. Sulaiman, Nashwan Zaki, "Slums and their Suitability for Divorced Women's Housing," *Rafidain Journal of Law*, Volume 20, 2020. (in Arabic)
28. Wzeh, Fatemeh and Nadhra bin Ddoush Qamari, "Analytical Study of Article 72 of Algerian Family Law", *Family and Society Journal*, Volume 7, Issue 1, 2019. (in Arabic)

Thesis

29. Bouqra, Umm al Khair, "Marital Residence", Master's Thesis, *University of Algiers*, Faculty of Law Ben Aknoun, 2011–2012. (in Arabic)
30. Isawi, Adel, "Financial Rights of Women in Algerian Family Law", Master's Thesis, *Faculty of Law and Political Science*, 2011–2020. (in Arabic)
31. La'dawi, Belkacem, "The Custodial Divorced Woman's Right to Housing and Issues of Its Implementation before the Judiciary", Academic Master's Thesis, *Faculty of Law and Political Science*, 2019–2020. (in Arabic)
32. Rahman, Abdollah Mohammad, "Divorce and Financial Rights of Divorced Women: A Comparative Analytical Study in Light of Iraqi Personal Status Law", *University of Nuhroz*, College of Law and Politics, Kurdistan, 2020-2021. (in Arabic)
33. Taiba, Isa, "Custodial Residence in Family Legislation and Judicial Practice", Master's Thesis, *University of Algiers – Ben Yousef Ben Khad*, Faculty of Law, 2010–2011. (in Arabic)
34. Zidan, Salah al-Din, "Financial Rights of Divorced Women: Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Algerian Family Law", Master's Thesis, *University of Emir Abdelkader for Islamic Sciences*, Constantine. (in Arabic)

Laws

35. Algerian Family Law, amended and supplemented, No. 84-11, 1984. (in Arabic)
36. Family Protection Law, 2012. (in Persian)
37. Iraqi Personal Status Law and its Amendments, No. 188, 1959. (in Arabic)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Role of Public Law Legal Entities in the Criminal Process: from Passive to Active Actors

Jafar Koosha¹, Akbar Khodabandehlo² 

Highlights

- Public law legal entities have the position of plaintiff in criminal proceedings.
- Public law legal entities have the duties of a plaintiff, such as the obligation to pay litigation costs.
- Public law legal entities have the rights of a plaintiff, including the right to claim damages and the right to appeal to decisions.

ABSTRACT

Introduction

Legal entities are generally divided into private law legal entities and public law legal entities, and there are differences between them, including the difference in goals, which include the fact that private law legal entities are formed to secure the interests of a limited number of individuals, while public law legal entities are formed to protect and secure public and general interests and meet the needs of the people. One of the issues raised regarding public law legal entities is the legal position of these persons in cases where a crime is committed against them. Regarding cases where a crime is committed against a public law legal entity, two cases may arise. The first case is where direct damage has been caused to the public law legal entity, such as property belonging to the said person being stolen or destroyed. The second case is related to the place where the crime is committed against the subjects whose protection and provision are among the duties of the legal entity, for example, protecting the environment is one of the duties of the Environmental Protection Agency. If a crime such as environmental pollution is committed, this crime has been committed against an issue that the Environmental Protection Agency is responsible for protecting.

Methods

In this article, using a descriptive-analytical method, while examining Acts, regulations, legal opinions, and judicial practice, we seek to answer these questions: What is the position of public law legal entities in cases where a crime is committed against them? Do they have the position of declaring a crime or do they have the position of plaintiff? What are the effects of each of the positions? And specifically, we seek to answer the question: Do public law legal entities have the right to declare forgiveness for crimes committed against them? Accordingly, we will first examine the legal position of public law legal entities in crimes committed against them, and then we will examine the effects of each position.

How to Cite: Koosha, Jafar, Khodabandehlo, Akbar, "The Role of Public Law Legal Entities in the Criminal Process: from Passive to Active Actors", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:107-124.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238804.2853>

Received: 16/02/2025-Accepted: 14/07/2025

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

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

Corresponding Author Email: a_khodabandehlo@sbu.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

Results and Discussions

In cases where a crime committed against a public law legal entity has caused direct harm to the public law legal entity, there is no doubt that these persons are considered plaintiffs in terms of causing direct harm to them. Where a crime is committed against objects whose protection are among the duties of the legal entity, there is doubt that the public law legal entity is considered plaintiff. In this case, it should be stated that public law legal entities are providers of public services, and these services are provided to meet the needs and provide public benefits, and accordingly, some crimes may occur that disrupt the process of providing services. Accordingly, crimes against the duties of public law legal entities are among the crimes whose victims are members of society, and it cannot be said that these crimes do not have victims, but rather these crimes are among the crimes without direct victims, and since all members of society are considered victims, the public law legal entity, which has the duty to protect and provide that object, is considered plaintiff on behalf of members of society and proceeds to pursue a criminal case as plaintiff. In Some Acts explicitly refer to the plaintiffs being public law legal entities, such as Articles 36 and 37 of the Central Bank Act and Note 4 of Article 1 of the Unorganized Monetary Market Regulation Act regarding the Central Bank being considered as plaintiffs, which in these Acts stipulate that public law legal entities are considered as plaintiffs. In some acts, the legislator, in addition to considering legal entities under public law as plaintiffs, has considered the officers of that legal entity as bailiffs. For example, in Note 2 of section 11 of the Clean Air Law, the Environmental Protection Organization is considered a plaintiff, and Note 1 of Article 32 of the aforementioned law considers the officers of the organization as bailiffs. Considering that the legislator has explicitly referred to legal entities as plaintiff in some specific laws or has specified matters such as exemption from paying court fees, which are considered to be the rights of the plaintiff, it seems that by clarifying the scope of these cases, public law legal entities can be considered as plaintiff in the criminal trial process. Therefore, public law legal entities are considered plaintiffs in the criminal proceedings. Given that public law legal entities are considered plaintiff, they have the rights and duties of a plaintiff in the criminal proceedings. Among the duties of public law legal entities in the criminal proceedings as plaintiff is the need to pay the cost of Proceedings, which in the current laws, the principle is that these persons must pay the cost of Proceedings, unless the legislator has made an exception. Given that these persons are considered plaintiff, the decisions issued by the prosecutor's office and criminal courts must be communicated to them and they have the right to object to the decisions. These individuals have the right to present evidence to prove the subject of their complaint. public law legal entities expected to secure the interests they are responsible for securing and protecting, and in the event of full exercise of the relevant rights, they can declare a voluntary dismissal of the complaint submitted, and they can even waive filing of a complaint in the event of full exercise of the rights before filing a complaint, and in the event of unforgivable crimes, while declaring the occurrence of a crime, they can waive the filing of a criminal case as a plaintiff.

Conclusion

In Iranian law, considering the Acts that refer to public law legal entities as plaintiffs and considering the existential philosophy of these entities, which is to provide public service, it can be assumed that public law legal entities have the position of plaintiff. they have the rights of plaintiffs, such as the right to complain, the right to present evidence, and the right to object to judicial decisions. In the event that the interests and rights of the public law legal entity are fully satisfied, these individuals have the right to declare a waiver of the criminal complaint.

KeyWords: Public Law Legal Entities, Plaintiff, Declarant, Rights, Duties



نقش اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری: از کنشگر منفعل تا کنشگر فعال

جعفر کوشا^۱، اکبر خدابنده‌لو^۲ 

نکات برجسته

- اشخاص حقوقی حقوق عمومی واجد سمت شاکی در فرایند کیفری هستند.
- اشخاص حقوقی حقوق عمومی تکالیف شاکی از قبیل لزوم پرداخت هزینه دادرسی را دارند.
- اشخاص حقوقی حقوق عمومی، حقوق شاکی از جمله حق مطالبه ضرر و زیان و حق اعتراض به آرا را دارند.

چکیده

یکی از موضوعاتی که درخصوص اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری مطرح می‌شود، سمتی است که به این اشخاص در فرایند کیفری داده می‌شود. به‌طور معمول این اشخاص ممکن است دارای دو سمت متفاوت در فرایند کیفری شوند که عبارت‌اند از اعلام‌کننده و شاکی. اعلام‌کننده دارای نقش منفعل در فرایند کیفری است، ولی شاکی نقش فعال دارد که ازجمله می‌تواند به آرای صادره اعتراض، و ضرر و زیان وارده را مطالبه کند و در جلسات رسیدگی حضور داشته باشد. در این مقاله با مطالعه کتابخانه‌ای و با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی سمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند کیفری و آثار هریک از سمت‌ها در این فرایند پرداخته شده است. حاصل این پژوهش این است که اشخاص حقوقی حقوق عمومی واجد سمت شاکی در فرایند کیفری‌اند و بر همین اساس تکالیف شاکی از قبیل لزوم پرداخت هزینه دادرسی و همچنین حقوق شاکی ازجمله حق مطالبه ضرر و زیان و حق اعتراض به آرا را دارند.

کلید واژگان: اشخاص حقوقی حقوق عمومی، شاکی، اعلام‌کننده جرم، حقوق، تکالیف.

استناد به این مقاله: کوشا، جعفر، خدابنده‌لو، اکبر، «نقش اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری: از کنشگر منفعل تا کنشگر فعال»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱۰۷-۱۲۴.

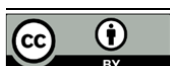
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238804.2853>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۳

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

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

ایمیل نویسنده مسئول: a_khodabandeloo@sbu.ac.ir



Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

اشخاص حقوقی در یک تقسیم‌بندی کلی به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی تقسیم می‌شوند و بین آنها تفاوت‌هایی وجود دارد که از جمله آنها می‌توان به تفاوت در اهداف اشاره کرد که اشخاص حقوقی حقوق خصوصی برای تأمین منافع افراد محدودی تشکیل می‌شود؛ در حالی که اشخاص حقوقی حقوق عمومی برای حفظ و تأمین منافع عمومی و همگانی و رفع نیازهای مردم تشکیل می‌شوند. یکی از موضوعات مطرح‌شده درباره اشخاص حقوقی این است که وضعیت مداخله آنان در فرایند دادرسی کیفری به چه صورتی است. در این خصوص دو وضعیت مطرح است: وضعیت اول مربوط به موردی است که شخص حقوقی مرتکب جرم می‌شود که اینجا مسئولیت کیفری شخص حقوقی مطرح است و در مقاله حاضر به این موضوع پرداخته نمی‌شود.^۱ وضعیت دوم مربوط به جایی است که شخص حقوقی مرتکب جرم نشده، بلکه جرم علیه شخص حقوقی ارتکاب یافته است. در خصوص این وضعیت دوم به‌طور معمول دو سمت شاکی و اعلام‌کننده درباره نقش اشخاص مذکور در فرایند کیفری مطرح می‌شود. شاکی براساس ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌شود و تعقیب مرتکب را درخواست می‌کند و عنصر اساسی در تعریف شاکی متضرر شدن از وقوع جرم است که این ضرر اعم از این است که مادی باشد یا معنوی. اعلام‌کننده جرم شخصی است که فاقد نفع شخصی در دعوای کیفری است و به‌لحاظ اطلاعاتی که از وقوع جرم دارد (اعم از اینکه شاهد وقوع جرم باشد یا نباشد)، مراتب را به مقام تعقیب یا ضابطین اطلاع می‌دهد. اعلام جرم اقدامی اخلاقی، اجتماعی، مذهبی و در پاره‌ای از موارد قانونی است که نتیجه آن کمک به قوه قضائیه در انجام یکی از وظایف مهم یعنی کشف جرم و تعقیب آن است.^۲

در خصوص مواردی که جرم علیه شخص حقوقی حقوق عمومی ارتکاب می‌یابد، دو حالت ممکن است مطرح باشد: حالت اول جایی است که ضرر مستقیم به شخص حقوقی حقوق عمومی وارد شده باشد، مثل اینکه مال متعلق به شخص مزبور، سرقت یا تخریب شده باشد؛ حالت دوم مربوط به جایی است که جرم علیه موضوعاتی ارتکاب می‌یابد که حفظ و تأمین آن جزو وظایف شخص حقوقی است؛ به‌عنوان مثال حفظ محیط‌زیست جزو وظایف سازمان حفاظت از محیط زیست است؛ حال اگر فردی مرتکب بزه آلوده کردن هوا یا دفع نامناسب پسماند ویژه شود، بزه علیه موضوع محیط‌زیست ارتکاب یافته است که حفظ آن جزو وظایف سازمان مزبور است.

در قوانین ایران، در خصوص اینکه سمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی در دو حالت فوق شاکی است یا اعلام‌کننده حکم کلی وجود ندارد و در رویه قضایی نیز در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. بر همین اساس لازم است این موضوع مورد بررسی و کنکاش علمی قرار گیرد و وضعیت فعلی حقوق ایران و وضعیت مطلوب تشریح شود. در مقررات فعلی در برخی از موارد سمت‌های ضابطیت و کارشناسی نیز به اشخاص حقوقی حقوق عمومی داده شده است که لازم است باتوجه به سمتی که از حیث شاکی یا اعلام‌کننده می‌دهیم، موضوع ضابطیت و کارشناسی از حیث رعایت اصول برابری سلاح‌ها و بی‌طرفی، بررسی شود. پس از تعیین اینکه سمت شخص حقوقی حقوق عمومی فرایند کیفری چیست، باید آثار مترتب بر هریک از سمت‌ها (حقوق و تکالیف) بررسی و انطباق آثار با جایگاه اشخاص حقوقی حقوق عمومی از حیث حفظ منافع عمومی کنکاش شود. همچنین این موضوع حائز اهمیت است که آیا دادن نقش فعال به شخص حقوقی عمومی موجب انفعالی شدن نقش دادستان در جرائم علیه منافع عمومی می‌شود. باتوجه به مراتب فوق در این مقاله ضمن بررسی سمت

۱. جهت مطالعه در این خصوص، رک: عبداللهی، افشین و جواد فراز مهر، «امکان اعمال ضمانت اجرای کیفری در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی»، دوره ۷، شماره ۲۶، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۸، صص ۲۵۱-۲۸۴.

۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۵، ص ۲۳۵.

اشخاص حقوقی حقوق عمومی و آثار آن سمت در فرایند کیفری، داشتن سمت‌های اضافه ضابطیت و کارشناسی از حیث رعایت اصول تساوی سلاح‌ها و بی‌طرفی، تأثیر داشتن نقش فعال اشخاص مزبور بر نقش دادستان و همچنین انطباق سمت شخص حقوقی با جایگاه آن به‌عنوان حافظ منافع عمومی مورد کنکاش علمی قرار می‌گیرد.

۱. سمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری

در مواردی که جرم علیه شخص حقوقی ارتکاب می‌یابد، درخصوص اینکه سمت شخص حقوقی در این موارد چیست، سه نظریه مطرح است که در رویه قضایی نیز هریک از نظریات طرف‌دارانی دارند که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم. نظر اول این است که شخص حقوقی حقوق عمومی در هر حال اعلام‌کننده جرم است. در تشریح این نظر چند استدلال بیان شده است که عبارت‌اند از: ۱- چون اشخاص حقوقی حقوق عمومی از قبیل سازمان منابع طبیعی، در گزارش‌های مربوط به اعلام جرم تمبر شکایت کیفری را باطل نمی‌کنند، پس شاکی نیستند. ۲- اشخاص حقوقی حقوق عمومی از وقوع جرم به‌صورت مستقیم متحمل ضرر و زیان نمی‌شوند. براین اساس، وفق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری شاکی محسوب نمی‌شوند. ۳- شاکی اختیار دارد شکایت بکند یا نکند، ولی اشخاص حقوقی حقوق عمومی این اختیار را ندارند؛ لذا شاکی نیستند و مکلف به اعلام جرم‌اند. ۴- اگر شخص حقوقی حقوق عمومی جزء ضابطین دادگستری باشد، سمت وی به‌تبع ضابطیت، اعلام‌کننده جرم خواهد بود.^۱ بر این نظر ایراداتی چند وارد است که در قسمت‌های بعدی به فراخور بدان پرداخته خواهد شد.

مطابق نظر دوم که اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۱۱۶ مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۷ چنین دیدگاهی را بیان کرده است، در دو فرض اشخاص حقوقی حقوق عمومی شاکی محسوب می‌شوند. فرض اول جایی است که جرم علیه شخص حقوقی حقوق عمومی ارتکاب یافته است، مثل اینکه اموال شخص حقوقی حقوق عمومی سرقت یا تخریب شود که در این صورت وفق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری، شخص حقوقی متضرر از وقوع جرم بوده و شاکی محسوب می‌شود. در این خصوص اداره حقوقی در بزه تخریب منابع طبیعی، سازمان منابع طبیعی را به‌لحاظ اینکه منابع طبیعی متعلق به سازمان مزبور است، شاکی محسوب کرده است. فرض دوم جایی است که در قانون به شاکی بودن شخص حقوقی تصریح شده باشد که به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۱۴ قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست مصوب ۱۳۵۳ اشاره کرد که سازمان حفاظت از محیط‌زیست را صراحتاً شاکی دانسته است؛ لذا اصل بر این است که شخص حقوقی حقوق عمومی، اعلام‌کننده جرم است^۲ و استثنائاً در دو مورد فوق شاکی محسوب می‌شود و در صورت تردید در اینکه شخص حقوقی خاصی شاکی است یا اعلام‌کننده باید به اصل رجوع کرده و قائل شد که اعلام‌کننده جرم است.

درخصوص سمت شرکت آب منطقه‌ای در جرم حفر غیرمجاز چاه و سازمان جهاد کشاورزی در بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، به‌دلیل اینکه دو معیار فوق در این موارد به نظر اداره حقوقی وجود ندارد، این دو نهاد در موارد مزبور اعلام‌کننده جرم‌اند. همان‌طور که در ادامه بیان خواهیم کرد، وظیفه اصلی اشخاص حقوقی حقوق عمومی ارائه خدمات عمومی است و تفکیک قائل شدن بین مصادیق تعیین و شاکی تلقی کردن برخی از اشخاص و اعلام‌کننده دانستن

۱. نظر اقلیت قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۳ شهر محمودآباد، مازندران مندرج در <https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/72064a5a-30a3-4b03-a53f-08d6ef499c95>

۲. هیئت عالی نشست‌های قضایی درخصوص اینکه اداره استاندارد شاکی است یا اعلام‌کننده، ضمن اعلام اینکه اداره مزبور شاکی نیست، بیان داشته است: «شاکی بودن ادارات و نهادهای محتاج نص است؛ لذا اصل بر اعلام‌کننده بودن سازمان‌ها و نهادهای می‌باشد». رک: <https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/b196eae0-fd32-4f7a-d868-08d78e0e31f1>

برخی دیگر به نظر می‌رسد چندان با هدف قانون‌گذار هماهنگ نیست و موجب انفعال این اشخاص در فرض اعلام‌کننده تلقی کردن آنان است.

نظر سوم که نظر مختار نگارندگان است، عبارت از این است که اشخاص حقوقی حقوق عمومی هم در جرائم علیه خود از قبیل سرقت و تخریب اموال متعلق به خودشان و هم در جرائم علیه به وظایفشان، شاکی محسوب می‌شوند. برای این نظر چند استدلال می‌توان ارائه کرد که به شرح ذیل است:

۱- ممکن است بیان شود عمده جرائم ارتكابی علیه وظیفه شخص حقوقی حقوق عمومی، در زمره جرائم بدون بزه‌دیده است و بر همین اساس اساساً بزه‌دیده‌ای وجود ندارد تا براساس ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری قائل به شاکی محسوب شدن اشخاص مزبور باشیم. در پاسخ باید بیان کرد که اولاً جرم بدون بزه‌دیده وجود ندارد؛ زیرا هر جرمی خواه ناخواه بزه‌دیده دارد که یا بزه‌دیده مستقیم است یا بزه‌دیده مرتبط یا بزه‌دیده غیرمستقیم یا اینکه خود بزه‌کار بزه‌دیده است. بنابراین جرم فاقد بزه‌دیده وجود ندارد. حتی کسانی که این اصطلاح را به کار می‌برند منکر این مطلب نیستند؛ بلکه هنگامی که این اصطلاح را به کار می‌برند، مرادشان جرائمی است که بزه‌دیده مستقیم ندارد.^۱

دلیل دوم این است که فلسفه وجودی اشخاص حقوقی حقوق عمومی، ارائه خدمات عمومی است و خدمات عمومی اموری‌اند که به جهت رفع نیازها و تأمین منافع عمومی ضرورت دارد و تابع روابط آزاد یا قواعد حقوق خصوصی نیست و دولت به نحوی آن را اداره یا بر آنها نظارت می‌کند.^۲ هر شخص حقوقی حقوق عمومی متکفل انجام یک یا چند نوع خدمت عمومی است و وقتی جرمی در جهت اختلال در موضوعی که وظیفه شخص حقوقی حقوق عمومی است، ارتکاب می‌یابد، این امر اختلال در روند ارائه خدمت عمومی است و متضرر از وقوع آن، منتفعین خدمت عمومی یعنی افراد جامعه‌اند. علی‌هذا در جرائم علیه وظیفه اشخاص حقوقی حقوق عمومی، عموم افراد جامعه متضرر از وقوع جرم و بزه‌دیده‌اند. باتوجه به اینکه هر شخصی از افراد جامعه به عنوان متضرر از وقوع جرم در عمل نمی‌تواند به عنوان شاکی شکایت نماید قانون‌گذار اشخاص حقوقی حقوق عمومی را به نمایندگی^۳ از عموم افراد جامعه، متکفل این امر نموده است تا به نمایندگی از جامعه به عنوان شاکی اقدام به طرح شکایت نمایند^۴ تا در روند ارائه خدمت عمومی اختلال ایجاد نشود. همین ویژگی‌ها باعث شده است که این اشخاص در حوزه مربوط به پیگیری وظایف خود به عنوان مدعی‌العموم تخصصی^۵ نامیده شوند. ممکن است ایراد شود که شاکی محسوب کردن اشخاص حقوقی حقوق عمومی، در جرائم مربوط به وظایفشان موجب انفعال دادستان به عنوان مدعی‌العموم می‌شود؛ بدین معنا که در جرائم علیه منافع عمومی، وی منتظر شکایت شاکی می‌شود. در پاسخ باید گفت که اولاً جرائم علیه وظیفه اشخاص حقوقی حقوق عمومی عمدتاً در زمره جرائم بدون بزه‌دیده است که دارای ویژگی‌هایی از قبیل رؤیت‌ناپذیری، عدم تعیین دقیق بزه‌دیدگان، گستردگی آسیب‌ها و غیرمستقیم بودن

۱. رهامی، محسن و علی مراد حیدری، «شناخت جرائم بدون بزه‌دیده»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳، ص ۹۳.

۲. امامی، محمد و کورش استوار سگری، حقوق اداری، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۹۳، صص ۳۶ و ۳۸.

۳. طرح شکایت به نمایندگی از بزه‌دیده درمورد شکایت ولی قهری یا قیم به نمایندگی از محجور نیز وجود دارد با این تفاوت که در آنجا بزه‌دیده اهلیت استیفا درخصوص طرح شکایت را ندارد، لکن درمورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی بزه‌دیده محجور نیست.

۴. برخی از نویسندگان با ارائه تحلیل مشابه درخصوص سازمان بورس بر این نظرند که قانونگذار سازمان را به نیابت از بزه‌دیده (حال بزه‌دیده چه جامعه باشد، چه سازمان و یا سهامداران) به عنوان شاکی تعیین نموده است؛ رک: صادقی، محمد، جواد رجبی سلمان و حسن حاجی تبار فیروزجایی، «جایگاه سازمان بورس و اوراق بهادار در پیشگیری از جرائم بورس و فرابورسی در راستای برنامه‌ریزی منطقه‌ای و توسعه پایدار»، فصلنامه جغرافیا (برنامه‌ریزی منطقه‌ای)، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۴۰۲، ص ۲۳۳.

۵. یکی از نویسندگان به سازمان بورس لقب مدعی‌العموم بازار اوراق بهادار داده‌اند، رک: صادقی قهساره، محمدرضا، «بررسی فرایند دادرسی به جرائم بورس اوراق بهادار»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، اصفهان: مؤسسه آموزشی عالی شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۰، ص ۹۳.

آسیب‌هاست.^۱ با در نظر گرفتن ویژگی‌های مزبور، گزارش‌دهی در این جرائم پایین است و پیرو آن کشف جرم پایین، و رقم سیاه بالا و نهایتاً نرخ تعقیب نیز پایین است؛^۲ ضمن اینکه کشف این جرائم امری تخصصی است و ضابطین عام نیز عمدتاً قادر به کشف این جرائم نیستند و کشف آنها علاوه بر تخصص، عمدتاً نیازمند داده‌ها و اطلاعات کامل درخصوص موضوع است. اشخاص حقوقی عمومی دارای ظرفیت لازم برای کمک به کشف حداکثری جرائم فوق‌اند؛ چراکه درخصوص وظایفی که قانون به آنان داده است تخصص دارند^۳ و نیروی انسانی به تعداد کافی دارند و اطلاعات و امکانات لازم برای اجرای وظیفه محوله دارند و نوعاً اطلاعاتی که در این اشخاص وجود دارد، هیچ‌جای دیگری وجود ندارد. علی‌هذا باتوجه به طبع جرائم علیه وظایف اشخاص حقوقی عمومی، که در زمره جرائم بدون بزه‌دیده است، به نظر می‌رسد اشخاص مزبور با اوصاف فوق دارای بهترین ظرفیت برای کمک به کشف جرائم مذکور باشند و می‌توان با دادن نقش فعال به این اشخاص از طریق شاکی محسوب کردن آنان به کشف و تعقیب حداکثری جرائم علیه منافع عمومی کمک نمود و این اشخاص را به‌عنوان یاریگر دادستان در تحقق منافع عمومی از طریق تعقیب مؤثر مجرمان محسوب نمود. ثانیاً جرائم علیه وظایف شخص حقوقی عمومی عمدتاً در زمره جرائم غیرقابل گذشت است که شروع به تعقیب در این جرائم نیازمند شکایت شاکی نیست. بر این اساس در صورت اطلاع دادستان از وقوع این جرائم وی به‌موجب اصل الزامی بودن تعقیب ملزم به تعقیب متهم است.

۲- براساس ماده ۵۸۷ قانون تجارت اشخاص حقوقی عمومی به‌محض ایجاد، شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند و براساس ماده ۵۸۸ قانون مزبور شخص حقوقی (ازجمله شخص حقوقی عمومی) می‌تواند دارای کلیه حقوق و وظایفی شود که قانون‌گذار برای افراد قائل است؛ یکی از حقوقی که شخص حقوقی دارد این است که به‌طور مستقل صاحب حق می‌شود و می‌تواند علیه دیگران طرح دعوا کند^۴ و یکی از دعوای که می‌تواند مطرح کند دعوای کیفری است و شخص حقوقی می‌تواند واجد حق شکایت کیفری شود و طرح شکایت نماید. سؤالی که وجود دارد این است که نحوه طرح شکایت از سوی شخص حقوقی چگونه است؟ در پاسخ باید گفت از آنجایی که اعمال حقوقی به قصد و رضا نیاز دارند و اشخاص حقوقی قدرت و صلاحیت انجام این اعمال را ندارند، اداره‌کنندگان این اشخاص این وظیفه را برعهده دارند؛^۵ بر همین اساس است که ماده ۵۸۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد تصمیمات شخص حقوقی به‌وسیله مقاماتی که در قانون یا اساسنامه تعیین شده است، گرفته می‌شود و بر اساس ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ اشخاص حقوقی عمومی، می‌توانند برای طرح دعوا و تعقیب دعوا از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن شرایطی استفاده نمایند.

۳- قانون‌گذار در برخی قوانین به صراحت به شاکی محسوب شدن اشخاص حقوقی عمومی اشاره کرده است که از آنها می‌توان به مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بانک مرکزی و تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی درخصوص شاکی محسوب شدن بانک مرکزی که در این قوانین به شاکی محسوب شدن اشخاص حقوقی عمومی تصریح شده

۱. آقایی، امین، «حمایت از منافع عمومی در نظام تعقیب کیفری ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶، صص ۱۲۳ - ۱۲۸.

۲. محسنی، فرید، **جرائم اقتصادی**، در: نیازپور، امیرحسن (به کوشش)، دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۵۱.

۳. مهر، نسرین و سعدی ابراهیم‌زاده، «نقش نهاد ناظر در مواجهه با بزهکاری در بازار اوراق بهادار مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، **فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۴۲۴.

۴. امامی و استوار سنگری، پیشین، ص ۵۰.

۵. رضایی‌زاده، محمد جواد و محسن داور، «تفکیک صلاحیت اشخاص حقوقی عمومی در نظام حقوقی ایران»، **فصلنامه حقوق اداری**، دوره ۲، شماره ۸، ۱۳۹۴، ص ۸۹.

است. درخصوص سازمان جهاد کشاورزی در بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها بر اساس بند (ت) الحاقی مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۵ به ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۶/۳/۲۰ هیئت وزیران، صراحتاً به طرح شکایت کیفری ازسوی مدیر جهاد کشاورزی شهرستان در بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها اشاره شده است که این امر نشانگر شاکی محسوب شدن سازمان جهاد کشاورزی است؛ مضافاً اینکه در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۷ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ نیز از سازمان جهاد کشاورزی با عنوان «اداره شاکی» یاد شده که نشانگر آن است در رویه دیوان عالی کشور نیز سازمان جهاد کشاورزی به عنوان شاکی محسوب شده است؛ ضمن اینکه قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، نظر سازمان جهاد کشاورزی را به منزله نظر کارشناس رسمی دادگستری تلقی نموده و از این منظر نیز نقش فعال تری به آنان داده است.

در برخی از قوانین قانون‌گذار در کنار شاکی محسوب کردن اشخاص حقوقی حقوق عمومی، مأموران آن شخص حقوقی را ضابط دادگستری محسوب نموده که از جمله می‌توان به ماده ۵۲ قانون بازار اوراق بهادار اشاره کرد که سازمان بورس^۱ را شاکی محسوب کرده است. در تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۸، کارکنان سازمان بورس و بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون هوای پاک، سازمان حفاظت محیط زیست شاکی محسوب شده و تبصره ۱ ماده ۳۲ قانون اخیرالذکر مأموران سازمان را ضابط محسوب نموده است. ذکر این نکته لازم است که صرف ضابط بودن شخص حقوقی لزوماً به معنای شاکی محسوب نشدن آن ناست بلکه هدف قانون‌گذار از ضابط تلقی کردن برخی اشخاص حقوقی حقوق عمومی، دادن اختیارات ضابطین دادگستری به این اشخاص در راستای حفظ منافع عمومی و در واقع دادن اختیارات مضاعف است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، دادن سمت شاکی به اشخاص حقوقی حقوق عمومی در قوانین مختلف پیش‌بینی شده و با عنایت به اینکه وظایفی که قانون‌گذار به اشخاص حقوقی حقوق عمومی داده است مربوط به عموم جامعه است و منافع آن به جامعه می‌رسد، قانون‌گذار خواسته است با شاکی تلقی کردن این اشخاص، نقش فعال به آنان در تحقق وظایف قانونی‌شان داده است تا بتوانند از منافع عموم جامعه که نماینده آن درخصوص موضوعات تعیین قانون‌اند، بهتر دفاع نمایند. درخصوص مواردی نیز که قانون‌گذار بر شاکی بودن این اشخاص تصریح نکرده است می‌توان با تنقیح مناط و توجه به فلسفه قانون‌گذار درخصوص موضوع و در نظر گرفتن این امر که شاکی محسوب شدن یا نشدن شخص حقوقی مربوط به امور شکلی است و در امور شکلی می‌توان تفسیر موسع نمود،^۲ می‌توان بر این نظر قائل شد که اشخاص حقوقی حقوق عمومی دارای سمت شاکی، در روند پرونده‌اند.

سؤالی که باید در این قسمت باید بدان پاسخ داد این است که آیا دادن سمت‌هایی چون ضابطیت و کارشناسی به اشخاص حقوقی حقوق عمومی در کنار شاکی محسوب کردن آنها، مغایر با اصول بی طرفی و تساوی سلاح‌ها است یا خیر؟ در پاسخ باید بیان کرد بی طرفی به عنوان یکی از اصول مهم دادرسی منصفانه، وصف رفتار، گفتار، ذهن و فکر آن دسته از اجزا سیستم دادرسی است که یا تصمیم‌گیر بوده یا اقدام و اظهار می‌کنند که می‌تواند مؤثر در مفاد حکم باشد.^۳ بی طرفی در معنای موسع وصف مقنن، قاضی و اشخاص دخیل در پرونده است.^۴ منظور از اشخاص دخیل در پرونده

۱. سازمان بورس براساس ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار مؤسسه عمومی غیردولتی است.

۲. آشوری، پیشین، ص ۴۹.

۳. ناجی زواره، مرتضی، «قلمرو بی طرفی در دادرسی کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، پیش شماره ۴، ۱۳۸۷ و ۱۳۸۸، ص ۱۶۹.

۴. همان، ص ۱۶۰.

اشخاصی اند که با اظهار یا اقدام خود در فرایند دادرسی یا صدور حکم مؤثر بوده یا می‌توانند مؤثر باشند. این اشخاص عبارت‌اند از: گواهان و مطلعان، کارشناسان، ضابطان دادگستری، وکیلان دادگستری و مترجمان.^۱ تأمین دادرسی بی‌طرفانه قبل از اینکه نیازمند عملکرد بی‌طرفانه دست‌اندرکاران فرایند عملی دادرسی باشد، اقتضا دارد که مقنن با پیش‌بینی و تنظیم ساختار بی‌طرف در قالب قانون زمینه دادرسی بی‌طرفانه را فراهم آورد و قبل از اینکه عملکرد درون این ساختار بی‌طرف باشد، این خود ساختار است که باید بی‌طرفانه تنظیم شود.^۲ وقتی قانون‌گذار اشخاص حقوقی حقوق عمومی را که دارای سمت شاکی در فرایند کیفری‌اند، ضابط تلقی یا نظریه آنان را به‌عنوان نظریه کارشناسی محسوب می‌کند به نظر می‌رسد قانون‌گذار اصل بی‌طرفی را نقض کرده است؛ چراکه ضابط و کارشناس جزء اصحاب دعوی کیفری نیستند و باید بی‌طرف باشند، اما اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری دارای سمت شاکی و ذینفع هستند نمی‌توان آن‌ها را ضابط و کارشناس دانست.^۳ به‌تبع اینکه قانون‌گذار بی‌طرفی را نقض کرده است، اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز که از این اختیارات ناقض بی‌طرفی استفاده می‌کنند، بی‌طرفی را به‌عنوان اشخاص دخیل در فرایند دادرسی کیفری نقض می‌کنند و ظاهر دادرسی را طرف‌دارانه نشان می‌دهند.

یکی دیگر از اصول مهم دادرسی منصفانه، اصل تساوی سلاح‌هاست. این اصل بدین معناست که هریک از طرف‌های دعوا باید بتواند ادعاهای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به‌طرف مقابل خود به‌طور قابل توجهی در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد.^۴ این اصل شامل همه طرف‌های دعوا (دادستان، متهم و شاکی) می‌شود.^۵ باتوجه‌به اینکه قانون‌گذار به اشخاص حقوقی حقوق عمومی که شاکی‌اند وصف ضابط بودن و کارشناس بودن را داده، در واقع اختیاری داده است که متهم را که فاقد چنین اختیاراتی است، به‌گونه‌ای اساسی و چشمگیر در موقعیت نامناسبی نسبت به اشخاص حقوقی حقوق عمومی قرار می‌دهد. قانون‌گذار در راستای تحقق تعقیب مؤثر، به اشخاص حقوقی حقوق عمومی، اختیار ضابط و کارشناس محسوب شدن را داده، لکن دو اصل بی‌طرفی و تساوی سلاح‌ها را مخدوش نموده است؛ لذا شایسته است با در نظر گرفتن دو اصل مزبور اختیار ضابط و کارشناس محسوب شدن را از این اشخاص بگیرد.

۴- قانون‌گذار در برخی از موارد به برخی اشخاص حقوقی حقوق عمومی این اختیار را داده است که در راستای انجام وظایف قانونی خود، راست و بدون لزوم صدور حکم قضایی، نسبت به قلع و قمع و رفع تجاوز اقدام نمایند که از جمله این موارد می‌توان به تبصره ۲ الحاقی مورخ ۱۳۸۵/۸/۱ به ماده ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، تبصره ۴ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب و ماده ۲۴ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۳ هیئت‌وزیران، ماده ۹ لایحه قانونی رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹/۴/۳ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران و تبصره ۱ ماده ۶ اصلاحی ۱۳۷۹ قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن و ماده ۱۶ الحاقی مورخ ۱۳۷۹ به قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن اشاره نمود. این اختیارات بیش از اختیارات شاکی در شکایت است، بر همین اساس وقتی قانون‌گذار اختیاراتی بیش از اختیارات صرف شکایت به برخی اشخاص حقوقی حقوق عمومی اعطا کرده است، صرف عدم تصریح به شاکی بودن این

۱. ناجی زواره، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، ص ۶۳.

۲. ناجی زواره، مرتضی، *دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری*، تهران: شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۳۷.

۳. براساس ماده ۳۳ قانون کارشناسان اصولاً کارشناسانی که مستخدم دولت هستند، نمی‌توانند در دعاوی مربوط به دستگاه متبوع خود اقدام به انجام کارشناسی نمایند.

۴. ساقیان، محمد مهدی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، ص ۸۰.

۵. آشوری، پیشین، ص ۲۱.

اشخاص دلیل بر شاکی محسوب نشدن آنان نیست؛ بلکه باید گفت که به‌طریق اولی این اشخاص درخصوص جرائم علیه وظایف خود، شاکی محسوب می‌شوند. علی‌هذا باتوجه‌به اینکه قانون‌گذار اختیارات بیشتر از صرف شاکی بودن را به برخی اشخاص حقوقی حقوق عمومی داده است، در این موارد علی‌رغم عدم تصریح به شاکی بودن، می‌توان به حکم قیاس اولویت بیان کرد که این اشخاص اختیار پایین‌تری دارند که عبارت از شاکی محسوب شدن است.

باتوجه‌به مراتب فوق در خصوص جرائم ارتكابی در ارتباط با اشخاص حقوقی حقوق عمومی (اعم از اینکه علیه خود اشخاص حقوقی باشد یا علیه وظیفه قانونی آنان) به نظر می‌رسد سمت این اشخاص شاکی است. در حقوق انگلستان مقامات تعقیب سه دسته‌اند، دسته اول نهاد دادستانی سلطنتی^۱ است که براساس قانون تعقیب جرائم مصوب ۱۹۸۵ تعقیب جرایمی را که کشف و تحقیق آن توسط پلیس شروع شده است برعهده می‌گیرد. دسته دوم تعقیبی است که از سوی اشخاص خصوصی صورت می‌پذیرد^۲ و این اشخاص با هزینه شخصی خود اقدام به تعقیب می‌کنند و بر اساس بند ۱ ماده ۲ قانون تعقیب جرائم مصوب ۱۹۸۵ حق تعقیب جرائم را دارند. دسته سوم نهادهای دولتی یا شبه‌دولتی^۳ است که وظیفه تعقیب برخی جرائم خاص را دارند؛ به‌عنوان مثال، اداره مالیات و گمرک، وظیفه تعقیب جرائم مربوط به فرار مالیاتی و عوارض گمرکی را بر عهده دارد، سازمان محیط‌زیست مسئول تعقیب جرائم آلودگی است.^۴ این دسته سوم همان اشخاص حقوقی حقوق عمومی مورد بحث مقاله حاضرند که حدود ۲۵ درصد از تعقیب‌ها توسط آنها صورت می‌پذیرد.^۵ موضع حقوق انگلستان از این حیث که از ظرفیت اشخاص حقوقی حقوق عمومی برای تعقیب جرائم علیه منافع عمومی استفاده شده است و با دادن اختیارات تعقیبی و تحقیقی،^۶ نقش فعالی به آنان برای برخورد با این جرائم داده‌شده است، با حقوق ایران مشابهت دارد. تفاوت حقوق ایران با حقوق انگلستان در این است که در حقوق انگلستان شخص حقوقی حقوق عمومی، به‌عنوان مقام تعقیب محسوب می‌شود که خودش تصمیم‌گیر در زمینه تعقیب است، به همین دلیل بعضاً از این اشخاص با عنوان مقامات تعقیب تخصصی^۷ یاد می‌شود، درحالی‌که در ایران شکایت این شخص به‌عنوان یکی از جهات تعقیب محسوب شده و تصمیم درخصوص تعقیب، از سوی دادستان اتخاذ می‌شود.

۲. حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری

در قسمت قبل به‌سمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی پرداختیم و در این قسمت می‌خواهیم، به بررسی حقوق و تکالیف این اشخاص در فرایند دادرسی کیفری بپردازیم. حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی حقوق عمومی، بستگی مستقیم به سمتی دارد که به آنان می‌دهیم و اگر سمت شاکی به آنان بدهیم، حقوق و تکالیف متفاوتی از اعلام‌کننده جرم دارند. دقیقاً به‌خاطر این حقوق و تکالیف است که می‌توانیم بگوییم این اشخاص نقش فعال یا منفعلی در فرایند دادرسی کیفری دارند. در ادامه به بررسی حقوق و تکالیف این اشخاص در هر یک از سمت‌های مزبور می‌پردازیم.

^۱. Crown prosecution service.

^۲. بر همین اساس به این نوع تعقیب، تعقیب خصوصی (private prosecution) گفته می‌شود.

^۳. Quasi-government.

^۴. Campbell, Liz; Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford University Press, Fifth Edition, 2019, P 158.

^۵. Sprack, J. *A Practical Approach To Criminal Procedure*, Oxford University Press, 16th Edition, 2020, P 65.

^۶. Campbell, Ashworth and Redmayne, Op. Cit.

^۷. Slapper, G. *Organizational prosecutions*, Routledge, 2017, P 91.

۲.۱. حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی حقوق عمومی در سمت اعلام‌کننده جرم

همان‌طور که گفته شد، اعلام‌کننده اطلاعاتی درخصوص جرم دارد و آن را به مقام تعقیب یا ضابطین اعلام می‌کند که موجب کشف جرم و پیرو آن تعقیب جرم می‌شود؛ بر همین اساس به‌موجب بند (ب) ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری اعلام‌جرم، یکی از جهات قانونی شروع به تعقیب است. در صورتی که قائل به این باشیم سمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری، اعلام‌کننده جرم است، این اشخاص صرفاً به اعلام‌جرم مکلفاند و با اعلام‌جرم وظیفه اعلام‌کننده به اتمام می‌رسد و در صورتی که در فرایند دادرسی کیفری، نیاز به مداخله فعال از قبیل اعتراض به آرا در جهت حفظ منافع عمومی باشد، چون اعلام‌کننده جرم واجد این اختیارات نیست، نمی‌تواند به رأی صادره اعتراض نماید و صرفاً می‌تواند مراتب را به دادستان اعلام نماید تا وی اعتراض نماید. بر همین اساس می‌توان گفت با قائل شدن سمت اعلام‌کننده برای اشخاص حقوقی حقوق عمومی، این اشخاص ابزار کافی برای حفاظت از منافع عمومی را در اختیار نخواهند داشت و نقش آنان در روند دادرسی کیفری نقش منفعلی خواهد بود.

۲.۲. حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی حقوق عمومی در سمت شاکی

در صورتی که قائل بر این باشیم که اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری دارای سمت شاکی هستند (که نظر مختار نگارندگان در قسمت قبلی مقاله بر همین منوال است)، این اشخاص در فرایند مزبور دارای حقوق و تکالیفی می‌باشند. از جمله حقوق این اشخاص در فرایند کیفری می‌توان به حق ارائه ادله، لزوم دعوت برای جلسات رسیدگی، لزوم ابلاغ آرا، حق اعتراض به آرا اعم از اینکه در دادسرا صادر شده باشد یا در دادگاه، حق درخواست تأمین خواسته، حق مطالبه ضرر و زیان اشاره نمود. باتوجه به اینکه در موارد مزبور قواعد عام آیین دادرسی کیفری و سایر قوانین ملاک عمل است و تفاوت چندانی میان احکام ناظر به اقدام اشخاص حقوقی حقوق عمومی با سایر اشخاص وجود ندارد؛ لذا به بررسی آن موارد پرداخته نمی‌شود و در ادامه صرفاً به بررسی موضوع تکلیف پرداخت هزینه دادرسی و حق اعلام گذشت اشخاص مزبور پرداخته می‌شود.

۲.۲.۱. لزوم پرداخت هزینه دادرسی

یکی از تکالیفی که قانون‌گذار برعهده شاکی گذاشته است، لزوم پرداخت هزینه دادرسی است که ازجمله این موارد می‌توان به پرداخت هزینه طرح شکایت کیفری^۱ و هزینه تجدیدنظرخواهی^۲ اشاره کرد. همان‌طور که در قسمت قبلی بیان کردیم اشخاص حقوقی حقوق عمومی سمت شاکی در جریان دعوای کیفری دارند؛ حال سؤالی که مطرح است این است که آیا این اشخاص نیز باید هزینه دادرسی را به‌عنوان یکی از تکالیف شاکی پرداخت نمایند یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال باید بیان کرد که در ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ دولت از پرداخت هزینه دادرسی معاف بود، با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۹ این مقرر حذف شد و براساس رأی وحدت رویه ۶۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۱/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۳ مقرر گردیده که ماده ۶۹۰ نسخ شده و دولت از پرداخت

۱. ماده ۵۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری.

۲. ماده ۴۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری.

۳. در این رأی ضمن شاکی دانستن بانک مرکزی درخصوص جرایم مربوط به تخلف از تعهدات ارزی اشخاص، اعلام گردیده است که می‌بایست هزینه دادرسی مربوط به تجدیدنظرخواهی را پرداخت نماید که این امر نیز یکی از دلایل شاکی محسوب شدن اشخاص حقوقی حقوق عمومی است؛ چراکه لزوم پرداخت هزینه دادرسی یکی از آثار شاکی محسوب شدن است و اعلام‌کننده جرم چنین تکلیفی ندارد.

هزینه دادرسی معاف نیست. در قانون آیین دادرسی کیفری نیز به معافیت اشخاص حقوقی حقوق عمومی از پرداخت هزینه دادرسی اشاره نشده است، علی‌هذا اصولاً اشخاص حقوقی حقوق عمومی به پرداخت هزینه‌های دادرسی کیفری مکلف‌اند، مگر اینکه در قوانین به معافیت نهاد خاصی تصریح شده باشد که از جمله می‌توان به معافیت سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری و سازمان حفاظت از محیط‌زیست اشاره کرد که به موجب تبصره ۲ ماده ۳۲ قانون هوای پاک مصوب ۹۶/۴/۲۵ از پرداخت هزینه دادرسی دعاوی حقوقی و کیفری ناظر به قانون مزبور معاف شده‌اند.^۱

باتوجه به اینکه اشخاص حقوقی حقوق عمومی ارائه‌کننده خدمات عمومی‌اند، در راستای تعقیب مؤثرتر جرائم علیه منافع عمومی و تأمین بهتر منافع عمومی شایسته است قانون‌گذار این اشخاص را از پرداخت هزینه دادرسی در پرونده‌های کیفری معاف نماید، به‌ویژه اینکه در بسیاری از موارد این اشخاص از بودجه عمومی استفاده می‌کنند و پرداخت هزینه دادرسی که به حساب خزانه دولت واریز می‌شود، به معنای پرداخت هزینه از سوی دولت در حق دولت است؛ لذا لازم است در این خصوص قانون‌گذار صراحتاً اشخاص حقوقی حقوق عمومی را از پرداخت هزینه دادرسی در پرونده‌های کیفری معاف نماید.

۲.۲.۲. حق اعلام گذشت

یکی از حقوق شاکی در فرایند دادرسی کیفری حق شکایت و به تبع آن حق اعلام گذشت است. جرائم از این حیث که شروع و خاتمه تعقیب تابع اراده شاکی است یا خیر، به دو قسم جرائم قابل گذشت و غیرقابل گذشت تقسیم می‌شوند. در حوزه جرائم مربوط به اشخاص حقوقی نیز این تقسیم‌بندی وجود دارد؛ ازجمله جرائم قابل گذشت می‌توان به تخریب اموال دولتی اشاره کرد؛ البته با این وصف اینکه از اموال مورد استفاده عمومی نباشد^۲ که به موجب ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی ناظر بر ماده ۶۷۷ قانون تعزیرات از جمله جرائم قابل گذشت تلقی شده است و ازجمله جرائم غیرقابل گذشت می‌توان به شکار غیرمجاز حیوانات وحشی و استفاده غیرمجاز از آب، برق، گاز بدون داشتن حق انشعاب اشاره کرد.

سؤالی که در این قسمت مطرح است؛ آنکه آیا اشخاص حقوقی حقوق عمومی در جرائم علیه خود یا علیه وظایف خود حق اعلام گذشت دارند یا خیر؟ در پاسخ باید گفت در قانون آیین دادرسی کیفری و سایر قوانین، حکم کلی در این خصوص وجود ندارد و صرفاً در برخی از قوانین به این موضوع اشاره شده است. از عموم و اطلاق قوانین در خصوص اعلام گذشت می‌توان این‌گونه استنباط کرد که این اشخاص حق اعلام گذشت دارند. تفاوتی که وجود دارد این است که در خصوص اشخاص حقیقی ممکن است شاکی بدون استیفای کامل حقوق خود، اعلام گذشت نماید، به‌عنوان مثال در بزه سرقت بدون دریافت رد مال اعلام گذشت نماید؛ لکن این مورد در خصوص اشخاص حقوقی عمومی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا همان‌طور که قبلاً بیان کردیم، اقدام اشخاص مزبور در حیطه وظایف قانونی خود، به نمایندگی از عموم افراد جامعه است و در این حوزه مکلف‌اند^۳ منافع عمومی را در اقدامات خود در نظر گیرند و محقق نمایند و حق شخصی

۱. جهت ملاحظه فهرست کامل این دستگاه‌ها رک نظریه مشورتی شماره ۱۱۶/۹۷/۷ مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

۲. اداره حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۳۴۷ مورخ ۱۳۹۹/۹/۲۲ تخریب عمدی شیشه کلاتری را مشمول ماده ۶۷۷ قانون تعزیرات دانسته است.

۳. اشخاص حقوقی حقوق عمومی به لحاظ صلاحیت‌هایی که موجب قانون برای آنها پیش‌بینی شده است و اینکه وظیفه آنها ارائه خدمات عمومی در راستای رفع نیازهای عمومی است، در قبال صلاحیت‌های خود تکلیف دارند و نمی‌توانند به دلخواه از اعمال آنها خودداری کنند. رضایی‌زاده و داوری، پیشین، ص ۹۲.

نیست که با سلیقه شخصی در این حوزه اقدام نمایند؛ بلکه باید نسبت به استیفای کامل حقوق جامعه که نماینده آن هستند، اقدام نمایند؛ لذا پس از استیفای کامل حقوق جامعه، می‌توانند نسبت به اعلام گذشت اقدام نمایند.^۱ در ماده ۶ لایحه قانونی رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب جمهوری اسلامی، قانون‌گذار چنین موضعی اتخاذ کرده و اعلام نموده است با استیفای کامل حقوق، اداره متولی، می‌تواند نسبت به اعلام گذشت اقدام نماید و مصداق استیفای کامل حقوق همان ترمیم خرابی‌ها و اعاده وضع به حالت سابق دانسته شده است.

در ماده ۳ آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری مصوب ۲۸/۰۷/۱۳۹۵ هیئت وزیران اعلام شده است در مواردی که دستگاه‌های دولتی شاکی‌اند می‌توان موضوع را به میانجیگری ارجاع نمود؛ باتوجه به اینکه ارجاع به میانجیگری در راستای ایجاد سازش بین شاکی و متهم است از این مقرر نیز می‌توان برداشت نمود که اشخاص حقوقی حقوق عمومی (که دولت مصداق اتم آن است) حق اعلام گذشت دارند؛ چراکه به امکان استفاده از میانجیگری که یکی از طرق تسهیل حصول سازش است، اشاره شده است. همچنین باتوجه به اینکه قانون‌گذار بر اعلام گذشت آثار متعددی بار نموده که از جمله آنها این است که متهم می‌تواند از ارفاقات قانونی از قبیل تعلیق تعقیب، تعلیق اجرای مجازات و ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری استفاده نماید؛ لذا این امر به عنوان مشوقی برای بزه‌کار تلقی و وی در این راستا سعی در جبران ضررهای وارده برآمده و از منظر تعقیب مؤثر، حقوق جامعه از این طریق بهتر تأمین خواهد شد. باتوجه به مراتب فوق می‌توان بیان کرد که اصل بر این است که اشخاص حقوقی حقوق عمومی، در صورت استیفای کامل حقوق خود، می‌توانند نسبت به اعلام گذشت اقدام نمایند؛ مگر اینکه قانون‌گذار صراحتاً این امر را ممنوع اعلام نموده باشد که مصداق آن تبصره ۲ ماده ۵۷۵ قانون دادرسی کیفری است که اعلام گذشت از سوی یگان نظامی متضرر از وقوع جرم را مسموع ندانسته است.

یکی از سؤالاتی که اینجا قابل طرح است، این است که وقتی شخص حقوقی حقوق عمومی در صورت استیفای کامل حقوق می‌تواند اعلام گذشت نماید، آیا می‌تواند تحت همان شرایط (استیفای کامل حقوق) از طرح شکایت خودداری کند؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت وقتی که با استیفای کامل حقوق، شخص حقوقی می‌تواند گذشت نماید، به همین کیفیت می‌تواند از طرح شکایت خودداری کند و تفاوتی میان این دو وجود ندارد؛ ضمن اینکه اگر قائل به طرح شکایت و سپس اعلام گذشت باشیم، این امر، هم موجب افزایش بی‌مورد پرونده به دادگستری و تورم پرونده‌های کیفری در آن خواهد شد و هم هزینه‌ای اضافی برعهده شخص حقوقی حقوق عمومی خواهد بود؛ ضمن اینکه قانون‌گذار در ماده ۷ قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران مصوب ۱۳۳۶ این اختیار را به بانک ملی داده بود تا قبل از قطعیت حکم شکایت را مسترد نماید.^۲ باتوجه به مراتب فوق، در جرائم قابل گذشت، شخص حقوقی مزبور می‌تواند از طرح شکایت صرف‌نظر نماید. در خصوص جرائم غیرقابل گذشت، باید گفت که در بادی امر این موضوع که شخص حقوقی با استیفای کامل حقوق شکایت نکند، در تعارض با حکم مقرر در ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص الزام به اعلام جرم، قرار دارد؛ لکن این تعارض را می‌توان این گونه رفع نمود که همان‌طور که در بالا بیان کردیم، شخص حقوقی حقوق عمومی نقش شاکی را دارد و از وی در حد شاکی انتظار می‌رود و با استیفای کامل حقوق، وظیفه وی انجام و

۱. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۹۷/۲۸۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۱ همین نظر را تأیید نموده و امکان اعلام گذشت از سوی اداره دولتی را پس از استیفای کامل حقوق، میسر دانسته است.

۲. به نظر برخی از نویسندگان در حال حاضر این قانون به موجب مقررات بعدی که در خصوص بانک مرکزی آمده، نسخ ضمنی شده است؛ رک: رحمدل، منصور، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۸۶.

منافع نیز تأمین شده محسوب می‌شود و اینجا می‌تواند به‌عنوان شاکی شکایت نکند و صرفاً در راستای رعایت ماده ۷۲ وقوع جرم را به دادستان اعلام نماید^۱ و سپس دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم با در نظر گرفتن موارد مختلف درخصوص تعقیب یا عدم تعقیب بر اساس قوانین از جمله ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری (در مورد تعلیق تعقیب) اتخاذ تصمیم کند.

با عنایت به اینکه در حوزه قوانین شکلی هرچقدر قانون‌گذار درخصوص موضوعات مربوطه بیشتر تعیین تکلیف کرده باشد، در عمل اجرای قانون با مشکل کمتری مواجه می‌شود و مجریان قانون بهتر می‌توانند آن را اجرا نمایند؛ لذا شایسته است قانون‌گذار صراحتاً و به‌عنوان یک قاعده کلی به امکان اعلام گذشت و صرف‌نظر کردن از شکایت، ازسوی اشخاص حقوقی حقوق عمومی اشاره و شرایط آن از قبیل لزوم استیفای کامل حقوق را تعیین نماید و موارد استثنایی را نیز به‌صورت دقیق مشخص کند که در این راستا می‌تواند جرائم شدید و سابقه کیفری مرتکب در زمینه تعدی به حقوق جامعه را به‌عنوان معیاری برای عدم امکان اعلام گذشت محسوب نماید.^۲

همان‌طور که قبلاً بیان کردیم، در حقوق انگلستان اشخاص حقوقی حقوق عمومی در جرائم علیه وظایف خود به‌عنوان مقام تعقیب محسوب می‌شوند و از این حیث دارای اختیارات صلاح‌دیدنی متنوعی مثل صدور اخطار و تعلیق یا ابطال مجوز زیست‌محیطی‌اند و از تعقیب به‌عنوان آخرین حربه استفاده می‌شود و بر این اساس فرهنگ قضازدایی در این نهادها حاکم است.^۳ در حقوق ایران اشخاص حقوقی حقوق عمومی حق اعلام گذشت و صرف‌نظر کردن از تعقیب را دارند و سایر اختیارات صلاح‌دیدنی به دادستان داده شده است، لیکن در حقوق انگلستان این اشخاص دارای اختیارات متنوعی‌اند و هدف اصلی الزام مجرمین به رعایت قانون است.

نتیجه‌گیری

در جرائم ارتكابی در ارتباط با اشخاص حقوقی حقوق عمومی، اعم از اینکه علیه خود شخص حقوقی باشد یا علیه وظایف اشخاص حقوقی، سمت این اشخاص شاکی است؛ چرا که در جرائم علیه شخص حقوقی وی متضرر از جرم است و بر این اساس شکی در بزه‌دیده و شاکی بودن وی نیست و در جرائم علیه وظیفه شخص حقوقی نیز چون این جرائم اختلال در روند ارائه خدمت عمومی است، عموم افراد جامعه بزه‌دیده‌اند و شخص حقوقی به نمایندگی از جامعه شاکی محسوب می‌شود تا نسبت به پیگیری موضوع از طریق طرح شکایت اقدام نماید؛ مضافاً اینکه در برخی قوانین بر شاکی محسوب شدن اشخاص مزبور تصریح شده است. در حقوق انگلستان نهادهای عمومی به‌عنوان مقام تعقیب شناخته می‌شوند و دارای اختیارات صلاح‌دیدنی متنوعی در فرایند تعقیب‌اند. دادن نقش فعال به اشخاص حقوقی حقوق عمومی موجب انفعال دادستان‌ها در پیگیری جرائم منافع عمومی نمی‌شود؛ چراکه اشخاص مزبور به‌لحاظ تخصص، نیروی انسانی کافی و داشتن داده‌ها و اطلاعات کافی بهتر می‌توانند به کشف حداکثری علیه منافع عمومی که عمدتاً در زمره جرائم بدون

^۱. جهت دیدن نظر مشابه رک: نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۶۸۰ مورخ ۹۹/۱۲/۱۹ که در آن اداره حقوقی در خصوص موردی که فرد از برق استفاده غیرمجاز نماید و اداره برق حقوق خود را به صورت کامل استیفا کند، در این صورت چون جرم غیرقابل گذشت است، اداره برق باید وفق ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری وقوع جرم را به دادستان اعلام نماید، لکن تکلیفی به شکایت ندارد.

^۲. قانونگذار در ماده ۵۹ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ اعلام نموده است، باوجود سه شرط مربوط به نوع جرم (جنحه)، فقد سابقه قبلی مرتکب در زمینه جرائم موضوع قانون و نهایتاً جبران خسارات و پرداخت جزای نقدی، سازمان منابع طبیعی، می‌تواند از تعقیب کیفری صرف‌نظر نماید. این ماده می‌تواند به‌عنوان الگویی برای تقنین در حوزه اعلام گذشت ازسوی اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشد.

^۳. Campbell, Ashworth and Redmayne, Op. Cit., P 159.

بزه دیده است، کمک کنند و از این طریق یاریگر دادستان در کشف جرائم باشند و باتوجه به اینکه جرائم از جمله جرائم غیرقابل گذشت است، در صورت اطلاع دادستان از وقوع جرم وی می تواند تعقیب را به جریان بیندازد. قانون گذار در برخی از موارد علاوه بر شاکی دانستن اشخاص حقوقی حقوق عمومی، سمت های کارشناس و ضابطیت را به آنان داده است که این امر ناقض اصل بی طرفی از سوی قانون گذار است چرا که ضابط و کارشناس جزء اصحاب دعوی کیفری نیستند و باید بی طرف باشند، اما اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرایند دادرسی کیفری سمت شاکی و ذی نفع دارند و نمی توان آنها را ضابط و کارشناس دانست. به تبع اینکه قانون گذار بی طرفی را نقض کرده است، اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز که از این اختیارات ناقض بی طرفی استفاده می کنند، بی طرفی را به عنوان اشخاص دخیل در فرایند دادرسی کیفری نقض می کنند و ظاهر دادرسی را طرف دارانه نشان می دهند. دادن سمت های کارشناس و ضابطیت به اشخاص حقوقی مزبور به عنوان یکی از طرفین دعوای کیفری موجب می شود متهم را که فاقد چنین اختیاراتی است، به گونه ای اساسی و چشمگیر در موقعیت نامناسبی نسبت به اشخاص حقوقی قرار دهد و بر این اساس ناقض اصل تساوی سلاح ها است.

اشخاص حقوقی حقوق عمومی به تبع اینکه شاکی اند، اصولاً باید نسبت به پرداخت هزینه دادرسی اقدام کنند؛ مگر اینکه بر معافیت آنان تصریح شده باشد که این امر با جایگاه اشخاص حقوقی که تأمین کننده منافع عمومی اند در تعارض است و در صورت استیفای کامل حقوق خود، حق صرف نظر کردن از شکایت و اعلام گذشت را دارند و از این حیث با جایگاه آنان به عنوان حافظ منافع عمومی در تعارض نیست و در حقوق انگلستان نیز نهادهای عمومی به عنوان مقام تعقیب اختیارات صلاح دیدی متنوع مثل صرف نظر کردن از تعقیب با صدور اخطار دارند.

در پایان پیشنهادات ذیل ارائه می گردد:

۱. قانون گذار با تدوین مقرراتی صراحتاً اشخاص حقوقی حقوق عمومی را به عنوان شاکی محسوب نماید.
۲. قانون گذار حق صرف نظر کردن از شکایت و حق اعلام گذشت اشخاص حقوقی حقوق عمومی را پیش بینی، و در این راستا شروط استیفای کامل حقوق، فقدان سابقه ارتکاب جرائم علیه منافع عمومی و شدید نبودن جرائم را تصریح نماید.
۳. قانون گذار در راستای تعقیب مؤثر و تأمین بهتر منافع عمومی، اشخاص حقوقی حقوق عمومی را از پرداخت هزینه دادرسی معاف کند.
۴. در راستای تأمین اصول بی طرفی و تساوی سلاح ها، قانون گذار سمت کارشناس و ضابطیت را از اشخاص حقوقی حقوق عمومی حذف کند.

منابع

کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، *حقوق اداری*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۹۳.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۵.
۳. رحمدل، منصور، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۴. محسنی، فرید، *جرائم اقتصادی*، در: نیازپور، امیرحسین (به کوشش)، *دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۵. ناجی زواره، مرتضی، *دادرسی بی طرفانه در امور کیفری*، تهران: شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

مقاله

۶. رضایی‌زاده، محمد جواد و محسن داوری، «تفکیک صلاحیت اشخاص حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق/اداری، دوره ۲، شماره ۸، ۱۳۹۴، صص ۸۳-۱۱۴.
۷. رهامی، محسن و علی مراد حیدری، «شناخت جرائم بدون بزه‌دیده»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳، صص ۷۳-۱۰۷.
۸. ساقیان، محمد مهدی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۷۹-۱۱۰. doi: 10.22106/jlj.2006.11439
۹. صادقی، محمد، جواد رجبی سلمان و حسن حاجی‌تبار فیروزجایی، «جایگاه سازمان بورس و اوراق بهادار در پیشگیری از جرائم بورس و فرابورسی در راستای برنامه‌ریزی منطقه‌ای و توسعه پایدار»، فصلنامه جغرافیا (برنامه‌ریزی منطقه‌ای)، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۴۰۲، صص ۲۱۳-۲۳۶. doi: 10.22034/jgeoq.2023.231189.2494
۱۰. عبداللهی، افشین و جواد فراز مهر، «امکان اعمال ضمانت اجرای کیفری در مورد اشخاص حقوقی عمومی»، دوره ۷، شماره ۲۶، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۸، صص ۲۵۱-۲۸۴. <https://doi.org/10.22054/jclr.2018.30543.1642>
۱۱. مهرا، نسرين و سعدی ابراهیم‌زاده، «نقش نهاد ناظر در مواجهه با بزهکاری در بازار اوراق بهادار مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۴۲۳-۴۴۱. Doi: 10.22059/JCL.2022.332437.634264
۱۲. ناجی زواره، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۲۹-۷۸. doi: 10.22106/jlj.2006.11438
۱۳. ناجی زواره، مرتضی، «قلمرو بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی/ایران و بین‌الملل، پیش شماره ۴، ۱۳۸۷ و ۱۳۸۸، صص ۱۵۹-۱۸۰.

پایان‌نامه

۱۴. آقای، امین، «حمایت از منافع عمومی در نظام تعقیب کیفری ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶.
۱۵. صادقی قهساره، محمدرضا، «بررسی فرایند دادرسی به جرائم بورس اوراق بهادار»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، اصفهان: مؤسسه آموزشی عالی شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۰.

منبع الکترونیک

۱۶. سایت نشست‌های قضایی: <https://neshast.eadl.ir>

References

Books

1. Ashouri, Mohammad, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Samt, 19th Edition, 2016. (in Persian)
2. Campbell, Liz; Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford University Press, Fifth Edition, 2019.
3. Emami, Mohammad and Kourosh Ostovar Sangari, *Administrative Law*, Volume 1, Tehran: Mizan, 17th Edition, 2014. (in Persian)
4. Mohseni, Farid, *Economic Crimes*, In: Niazpour, Amirhassan (ed.), *The Encyclopedia of Economic Criminal Sciences*, Tehran, Mizan, 2017. (in Persian)
5. Naji Zavareh, Morteza, *Impartial Trial in Criminal proceedings*, Tehran: Shahr-e-Danesh, Second Edition, 2015. (in Persian)

6. Raham-Del, Mansour, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2015. (in Persian)
7. Slapper, G. *Organizational Prosecutions*, Routledge, 2017.
8. Sprack, J. *A Practical Approach To Criminal Procedure*, Oxford University Press, 16th Edition, 2020.

Articles

9. Abdollahi, Afshin and Javad Farazmeh, "Possibility of Criminal Sanctions on Legal Persons of Public Law", *Criminal Law Research Quarterly*, Volume 7, Issue 26, 2019, PP 251-284. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/jclr.2018.30543.1642>.
10. Mehra, Nasrin and Sa'di Ebrahim-Zadeh, "The Role of the Regulator in Dealing with Delinquency of Securities Market; A Comparative Study of Iran & United States", *Comparative Law Studies Quarterly*, Volume 13, Issue 1, 2022, PP 423-441. (in Persian) Doi: 10.22059/JCL.2022.332437.634264.
11. Naji Zavareh, Morteza, "Impartiality in Criminal Proceedings", *Journal of Justice Law, Dadgostar Legal Journal*, Volume 70, Issues 56 and 57, 2006. PP 29-78. (in Persian) doi: 10.22106/jlj.2006.11438.
12. Naji Zavareh, Morteza, "The Realm of Impartiality in Criminal Proceedings", *Journal of Iranian and International Comparative Legal Research*, Pre-Issue 4, 2008 and 2009, PP 159-180. (in Persian)
13. Rezaei-Zadeh, Mohammad Javad and Mohsen Davari, "Separation of Jurisdictions of Public Law Persons in the Iranian Legal System", *Administrative Law Quarterly*, Volume 2, Issue 8, 2015, PP 83-113. (in Persian)
14. Rohami, Mohsen and Ali Morad Heydari, "Understanding Crimes Without Victimization", *Humanities Teacher's Quarterly*, Issue 38, 2004, PP 73-107. (in Persian)
15. Sadeghi, Mohammad, Javad Rajabi Salman and Hassan Haji-Tabar Firouzjaei, "The Position of the Stock Exchange and Securities Organization in the Prevention of Stock and Over-the-Counter Crimes in Line with Regional Planning and Sustainable Development", *Geography Quarterly* (Regional Planning), Volume 13, Issue 51, 2023, PP 213-236. (in Persian) doi: 10.22034/jgeoq.2023.231189.2494.
16. Saghian, Mohammad Mehdi, "The Principle of Equality of Arms in the Criminal Process (Based on French and Iranian Law)", *Dadgostar Legal Journal*, Volume 70, Issues 56 and 57, 2006. PP 79-110. (in Persian) doi: 10.22106/jlj.2006.11439.

Thesis

17. Aghae'i, Amin, "Protection of Public Interests in the Iranian Criminal Prosecution System", PhD Thesis, Tehra: Tarbiat Modarres University, 2017. (in Persian)
18. Sadeghi Ghahsareh, Mohammad Reza, "Investigation of the Trial Process for Stock Exchange Crimes", Master's Thesis, Isfahan: Shahid Ashrafi Isfahani Higher Educational Institute, 2011. (in Persian)

Electronic Resource

19. Judicial Sessions Website: <https://neshast.eadl.ir> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Comparative Study of the Basics, Methods and Limits of Judges ' Involvement in Private Contracts

Jalal Soltanahmadi¹, Sara Ebrahimi² , Alireza Iranshahi³

Highlights

- Judicial intervention in private contracts is accepted in modern legal systems based on emerging principles such as good faith.
- This intervention is carried out through methods such as interpretation, modification, and completion.
- The Iranian legislator should explicitly define the limits and methods of this authority by reforming general laws.

ABSTRACT

Introduction

Contract law fundamentally struggles with defining the extent of parties' free will and the permissible limits of external intervention, particularly by judges, in private agreements. In traditional legal systems, such as Iran's, the principle of autonomy of will is a core tenet, leading to skepticism about the feasibility of judicial intervention in private contracts. This skepticism is rooted in the belief that freely negotiated contracts are the fairest mechanism for performance, and judicial interference undermines individual liberty and autonomy in transactions, and causes uncertainty in the results of transactions. This has led to conflicting judicial practices in the Iranian legal system. Conversely, modern legal systems have moderated the principle of autonomy of will by embracing emerging principles like the principle of good faith, the principle of economic efficiency, and the reliance theory. These principles have paved the way for granting judges broader authority to intervene, resolve contractual disputes, and ensure contractual justice and fairness. The present research addresses this critical issue by exploring the following central questions: 1. What are the legal foundations for judges' intervention in private contracts across different legal systems? 2. What are the specific methods and procedures through which judges exercise this right? 3. What are the standardized frameworks and limits necessary to prevent arbitrary judicial discretion and its resulting adverse outcomes? The primary objective is to conduct a comparative study to analyze these principles and methods, and subsequently propose specific legal reforms for the Iranian system. The main goal is to conduct a comparative study to analyze these principles and methods and then present reform proposals for the Iranian legal system in order to free judges from doubt and ensure contractual justice by clearly determining the criteria and methods of judicial intervention.

How to Cite: Soltanahmadi, Jalal, Ebrahimi, Sara, Iranshahi, Alireza, "A Comparative Study of the Basics, Methods and Limits of Judges ' Involvement in Private Contracts", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:125-146.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233082.2593>

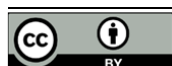
Received: 18/09/2023-Accepted: 21/01/2024

1. Associate Professor, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

2. PhD Candidate, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: sarraebrahimi93@student.pnu.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

Methods

This research employs a descriptive, analytical, and comparative approach to investigate the foundations, methods, and limits of judges' intervention in private contracts. The study involves a comparative analysis of the Iranian legal system and several modern legal systems, notably the laws of France, Germany, the United States (UCC), and England, alongside relevant international instruments such as the Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the Principles of European Contract Law (PECL). Data collection was performed through library research, focusing on primary legal sources including domestic and foreign statutes, judicial precedents, and scholarly legal doctrine (books and specialized articles). The analytical phase begins with a critical review of the emerging principles justifying intervention (good faith, economic efficiency, and reliance) and assessing their current status in Iranian law. Subsequently, the practical methods of judicial intervention—including judicial modification, contract interpretation, contract completion, and contract revision—are examined and compared with Iranian legal practice, paying particular attention to the 2016 French Civil Code reforms. Finally, based on the comparative findings, essential frameworks for standardizing judicial intervention, such as adherence to principles of fair trial and establishing imperative rules, are developed to inform the reform recommendations.

Results and Discussions

The comparative study confirms that in modern legal systems, the authority for judicial intervention is firmly established, based on emerging principles. The principle of good faith has been extended even to the negotiation stage, the principle of economic efficiency sometimes prioritizes damage compensation over specific performance, and the reliance theory validates legitimate expectations as a basis for contractual obligation. In contrast, Iranian law has not formally recognized these as general contractual rules, though they are implicitly present in certain specialized statutes (e.g., Commercial Contracts Bill, E-Commerce Law) or in judicial practice through recourse to customary practice and religious principles. The research's findings regarding the methods of judicial intervention reveal four core mechanisms employed by judges to achieve contractual fairness: 1) Judicial Modification (Adjustment): This method involves adjusting obligations in the event of unforeseen circumstances (e.g., Article 1195 of the reformed French Civil Code). In dealings involving contracts lacking bargaining power (e.g., unfair or unconscionable clauses), and through the modification of liquidated damages or the granting of reasonable grace periods to the distressed debtor. French law explicitly grants judges the authority to modify contracts due to unforeseen difficulties. In Iranian law, explicit rules are absent, and reliance on *Osr-o-Haraj* (hardship) or Implied terms remains contentious. 2) Contract Interpretation: Aims at discerning the parties' common intention, interpretation is standardized in modern systems (e.g., Articles 1188 to 1194 of the French Civil Code) with explicit rules such as interpretation in favor of the debtor or the weaker party in adhesion contracts. In Iranian law, interpretation adheres to the theory of subjective will, but clear, codified rules are lacking in the Civil Code, relying heavily on judicial precedent and Islamic jurisprudence. 3) Contract Completion (Filling Gaps): When a contract is incomplete, judges introduce implied terms to ensure its enforceability. Modern systems standardize completion using law, custom, and the principle of good faith with specific guidelines (e.g., Article 1167 of the French Civil Code). In Iranian law, completion is achieved through reference to the parties' implied will, custom, and supplementary rules. 4) Contract Revision (Correction/Amendment): Distinct from modification (adjustment for Imbalance) and completion (filling gaps), revision involves changing a sound contract for better execution due to unexpected conditions (e.g., technological advances). This concept is not clearly differentiated from modification/completion in Iranian legal literature. Crucially, the study concludes that granting these powers without defined limits leads to arbitrary and undesirable outcomes. Therefore, the scope of judicial Intervention must be explicitly prescribed, in addition to identifying these powers. This framework necessitates adherence to principles of fair trial (impartiality, procedural equality, right to defense), prioritizing the principle of contractual stability, and interpreting terms in light of the entire contract. Furthermore, the development of protective statutes, standard contracts, and standard clauses is essential to provide judges with objective tools for applying relative concepts like good faith.

Conclusion

Judicial intervention in private contracts is an indispensable requirement for realizing contractual justice in modern legal systems. In the Iranian legal system, despite the absence of explicit recognition of emerging principles (good faith, economic efficiency, reliance) and intervention methods (modification, completion, interpretation, and revision) as general contractual rules, It is recommended to undertake legislative reform. This should explicitly codify these principles and methods, drawing inspiration from leading systems like the French 2016 reform. Specific legal remedies (e.g., rescission and compensation for breaches of good faith) should also be defined for each principle. The exercise of these powers must be strictly confined by an imperative framework, including mandatory compliance with fair trial principles and the use of standardized instruments, to prevent personal bias, alleviate judicial doubt, and maintain transactional stability and trust.

KeyWords: Judges, Private Contracts, Authority to Intervene, Legal Principles, Contractual Justice.



مطالعه تطبیقی بررسی مبانی، طرق و حدود دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی

جلال سلطان احمدی^۱، سارا ابراهیمی^۲، علیرضا ایرانشاهی^۳

نکات برجسته

- دخالت قضایی در قراردادهای خصوصی، در نظام‌های حقوقی نوین بر مبنای اصول نوظهوری چون حسن نیت پذیرفته شده است.
- این دخالت از طریق روش‌هایی مانند تفسیر، تعدیل و تکمیل صورت می‌گیرد.
- قانون‌گذار ایران باید با اصلاح قوانین عام، حدود و روش‌های این صلاحیت را به طور صریح تعیین کند.

چکیده

یکی از چالش‌های اصلی در حقوق قراردادهای مسئله امکان و مبنای دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی است. در نظام حقوقی ایران، که مبتنی بر اصول سنتی است، در امکان دخالت دادرسان تردید وجود دارد؛ اما در نظام‌های حقوقی نوین بر مبنای پذیرش اصول حقوقی نوظهوری همچون اصل حسن نیت و اصل کارایی اقتصادی و غیره زمینه اعطای این اختیارات فراهم گردیده است؛ اما پس از شناسایی این صلاحیت همچنان سؤالات بی‌شماری از شیوه و چهارچوب اعمال این حق مطرح می‌گردد. پژوهش حاضر با مطالعه تطبیقی به روش توصیفی و تحلیلی نشان می‌دهد که اعمال این حق توسط دادرسان در هر نظام حقوقی به شکلی خاص انجام می‌شود، اما اعطای صلاحیت بدون چهارچوب، نتایج فاسدی در پی خواهد داشت؛ لذا پیشنهاد می‌شود به نظریه‌پردازی اکتفا نشود و به‌منظور ایجاد قواعد عام با الگوبرداری از برخی نظام‌های حقوقی نوین همچون فرانسه اقدام به بازنگری و اصلاح قوانین در نظام حقوقی شود و بدین‌گونه با تعیین صریح روش‌های اعمال دخالت همچون تفسیر، تعدیل و تکمیل در موارد خاص معین شده در قوانین بر مبنای اصول حقوقی نوظهور دادرسان را از شک و تردید رهانیده و با قواعد امری ضوابط به‌کارگیری آنها برای دخالت قضایی مشخص شود.

کلید واژگان: دادرسان، قراردادهای خصوصی، صلاحیت دخالت، اصول حقوقی، عدالت قراردادی

استناد به این مقاله: سلطان احمدی، جلال، ابراهیمی، سارا، ایرانشاهی، علیرضا، «مطالعه تطبیقی بررسی مبانی، طرق و حدود دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱۲۵-۱۴۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233082.2593>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱

۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: sarraeabrahimi93@student.pnu.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران



مقدمه

پس از انعقاد عقد، تا زمانی که در جریان اجرای توافقات شکل گرفته مانعی ایجاد نشود، دادرس نقشی در این بین نخواهد داشت و اراده طرفین عادلانه‌ترین معیار اجرای تعهدات قراردادی است. اما چنانچه طرفین در اجرای تعهدات قرارداد دچار اختلاف شوند، ناگزیر به دادگاه رجوع می‌نمایند در این زمان سؤالات بی‌شماری پیش خواهد آمد.

آیا دادرسان می‌توانند در قراردادهای خصوصی دخالت نمایند؟ دادرس با چه مبنا و ملاکی در قرارداد دخالت خواهد نمود؟ تعادل و عدالت قراردادی چگونه برقرار می‌شود؟ چهارچوب به‌کارگیری اصول حقوقی نوین چیست؟ آیا باید حد و حصری برای دخالت قضایی پیش‌بینی نمود؟ براین اساس، می‌توان به اهمیت بررسی مبانی، طرق و حدود دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی پی برد.

اگر چه حقوق قراردادهای شاخه‌ای از حقوق داخلی کشورهاست که در تعیین مقررات حاکم بر آن به ابتکار خود عمل می‌کنند، نمی‌توان منکر شد که در موضوع حاضر قواعد نظام‌های حقوقی مختلف در بسیاری از موارد مشترک است؛ زیرا همگی به دنبال دستیابی به یک هدف مشترک، یعنی عدالت و انصاف قراردادی‌اند؛ لذا مطالعه تطبیقی در این خصوص می‌تواند مفید واقع شود.

با مطالعه تطبیقی به عمل آمده مشاهده می‌شود، امروزه در غالب نظام‌های حقوقی نوین مسئله شناسایی دخالت و انفعال دادرسان نسبت به اختلافات قراردادی با گذر از پابندی بی‌حدوحصر به اصل حاکمیت اراده و با شناسایی مبانی نوظهوری همچون اصل اعتماد، اصل کارکرد اقتصادی و حسن‌نیت پذیرفته شده است. در واقع، در این نظام‌های حقوقی پذیرش اصول حقوقی نوین زمینه‌ساز شناسایی صلاحیت دخالت قضایی در رفع ترافعات قراردادی شده است؛ همچنین در برخی از کشورها همچون فرانسه به‌صراحت در قوانین خود صلاحیت‌های گسترده‌ای برای امکان دخالت دادرسان پیش‌بینی کرده‌اند و تردیدی در این خصوص وجود ندارد؛ اما متأسفانه در برخی از کشورها نظیر ایران با پابندی به اصل حاکمیت اراده هنوز به‌طور رسمی امکان دخالت دادرسان را در قوانین پیش‌بینی نکرده‌اند؛ همین امر موجب اختلاف‌نظر در رویه قضایی شده است. در این نظام‌های حقوقی دو دیدگاه وجود دارد: گروه اول معتقدند واقعاً دادرسان دخالتی در قراردادهای خصوصی ندارند و فقط مکلف‌اند آرای خود را صرفاً بر پایه اصل حاکمیت اراده استوار سازند؛ زیرا برای انسان‌ها حقوق خودمختاری مهم است. اگر افراد نتوانند پیش‌بینی کنند که قراردادهایشان چگونه اجرا می‌شود، وارد معامله نمی‌شوند و از فرصت‌های ثروت‌آفرینی می‌گذرند. در مقابل گروهی معتقدند هرچند ما به‌عنوان یک انسان دوست داریم باور کنیم اطرافمان را کنترل می‌کنیم، اما این باور غلطی است. ما باید بپذیریم که دادگاه‌ها نه‌فقط در قراردادهای ما دخالت می‌کنند، بلکه گاهی برای ما قرارداد منعقد می‌کنند و اغلب قراردادهایی که به دادگاه می‌رسند نتایجشان غیرقابل پیش‌بینی‌اند.¹

لذا مصلحت بر شناسایی ضابطه‌مند این اختیارات در هر نظام حقوقی است. دادرس باید مبانی التزامات قراردادی و راه‌های کشف آنها را بشناسد. در این رهگذر، قطعاً صرف نظریه‌پردازی کافی نخواهد بود. ما باید ضمن شناسایی اختیارات در قوانین عام، به‌کارگیری آنها را نیز از طریق پیش‌بینی روش‌هایی چون تفسیر، تکمیل و تعدیل با تربیت دادرسان صالح و متخصص و ایجاد دادگاه‌های اختصاصی در رسیدگی به این نوع از اختلافات با لزوم رعایت اصول دادرسی منصفانه قاعده‌مند نماییم، ضمن آنکه به دنبال یافتن پدیده‌های حقوقی نوین همچون قراردادهای نمونه، شروط استاندارد، تدوین قوانین تکمیلی و حمایتی به‌عنوان ابزار و وسیله‌ای که دادرسان را در مسیر اجرای عادلانه و منصفانه قراردادهای یاری می‌نمایند برآییم.

¹. Waltrer, Nicholas. "Unpredictability in Contract Law", *Penn state law review*, Volume 127, Issue 3, 2023, P 747.

۱. نقد اصل حاکمیت اراده و پذیرش اصول حقوقی نوین

پذیرش اصل آزادی اراده بر مبنای اصالت فرد است که براساس آن، عقل و اراده هر فردی صلاحیت و قابلیت لازم برای پیشرفت و ترقی و شناخت حقایق را دارد.^۱ درحالی که ما نمی‌توانیم انسان مجرد از اجتماع را مبنای طرح نظریات حقوقی قرار دهیم؛ زیرا انسان واقعی آن است که در جامعه زندگی می‌کند و سعادت او فقط در اجتماع تحقق می‌یابد؛ لذا اصل حاکمیت اراده نمی‌تواند یک اصل و ارزش مطلق باشد، بلکه باید یک‌سری دخالت‌ها و نظارت‌هایی بر آن حاکم باشد. پیروان اصل آزادی اراده در توصیف قدرت اراده فرد اغراق کرده و چشم بر ضروریات و واقعیات اجتماعی بسته‌اند. اگر افراد یک جامعه از منظر نفوذ اجتماعی، اطلاعات و جایگاه اقتصادی و غیره در شرایط یکسان باشند، می‌توانیم بگوییم قراردادهایی که منعقد می‌کنند نیز متضمن منافع دوطرفه و منصفانه است؛ اما در دنیای واقعی هیچ‌چیز برابر نیست،^۲ لذا اگرچه از نظر آنها قرارداد مبتنی بر اراده آزاد طرفین، اماره‌ای بر تحقق عدالت معاوضی است، می‌توان خلاف آن را ثابت کرد و بدین ترتیب التزام ناشی از قرارداد را منتفی و منطبق بر اصول دیگری، همچون انصاف، اعتماد، کارایی اقتصادی و غیره نمود؛ به همین علت در اواخر قرن نوزدهم در غالب نظام‌های حقوقی نوین اصل حاکمیت اراده تعدیل گردید.^۳

قانون‌گذار ایران نیز به‌تازگی گام‌های مؤثری در پذیرش اصول حقوقی نوین در برخی از حوزه‌ها برداشته است؛ برای مثال در لایحه قانون قراردادهای تجاری که در دست تقنین است، در برخی از مواد از جمله ۱۲، ۱۳ و ۱۴ به‌صراحت به اصل حسن‌نیت و اصل اعتماد اشاره کرده است،^۴ اما این لایحه صرفاً مربوط به قراردادهای تجاری است؛ لذا پیشنهاد می‌گردد این رویه قانون‌گذاری که برگرفته از اصول کلی حقوق نوین است به‌عنوان قاعده‌ای عمومی در قوانین پیش‌بینی گردد تا دادرسان در استفاده و استناد به آنها دچار اختلاف در رویه نگردند.

۱.۱. اصل حسن‌نیت

دادرسی برای اجرای عدالت به ابزارهایی نیاز دارد که اصل حسن‌نیت ازجمله این ابزارهاست. دو هدف عمده در به‌کارگیری حسن‌نیت در دادرسی مورد توجه است: ۱- اتخاذ تصمیم منصفانه در اجرای روابط قراردادی؛ ۲- ایجاد قواعد حقوقی جدید که قرارداد موضوع اختلاف فاقد آن است؛ یعنی دادرسی هر قرارداد را با فرض صداقت و حسن‌نیت طرفین، تفسیر و از نکات مورد اختلاف، رفع ابهام کند؛ زیرا طرفین با اطمینان از حسن‌نیت طرف مقابل بر مفاد عقد تراضی نموده‌اند؛ لذا حق خواهند داشت آثار حسن‌نیت را از مرحله تعیین تعهدات تا اجرای حکم محقق بدانند.^۵

معنای این اصل چنان پرواضح است که در هیچ قانونی تعریف نشده است؛ برای مثال در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی

۱. باریه، موریس، *مدرئیه سیاسی*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، جلد ۱، تهران: آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۷۳.

۲. غلامعلی تبار فیروزجایی، امیر، «مبانی فلسفه حقوق قراردادها»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۷، ص ۹۱.

۳. بوردو، ژرژ، *لیبرالیسم*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۸، صص ۵۰-۵۱.

۴. ماده ۱۲: طرفین مکلف‌اند در مذاکرات مقدماتی، انعقاد و اجرای قرارداد، اصل حسن‌نیت و عمل منصفانه در تجارت را رعایت کنند. طرفین نمی‌توانند برخلاف این ماده توافق کنند.

ماده ۱۳: رعایت حسن‌نیت به‌وسیله طرفین مفروض است، مگر آنکه خلاف آن اثبات شود.

ماده ۱۴: هیچ شخصی در مذاکرات مقدماتی، انعقاد و اجرای قرارداد نباید ناهماهنگ با تلقی‌ای که خود برای طرف دیگر ایجاد کرده است، عمل کند. اگر طرف مقابل با اعتماد متعارف به وضع ایجاد شده اقداماتی را انجام دهد یا هزینه‌هایی را متحمل گردد، شخصی که وضع مذکور را ایجاد نموده، مسئول خسارت وارد شده است.

۵. ابراهیمی، یحیی، «مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۶، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، ص ۸۳.

فرانسه باوجود گسترش دامنه این اصل به مرحله مذاکره و انعقاد، تعریف دقیق و مشخصی از این اصل ارائه نشده است.^۱ در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان اصل حسن نیت مورد تأکید قرار گرفته^۲ و به عنوان پادشاه قانون مدنی برای اخلاقی کردن کل قانون آلمان استفاده شده است. این ماده نقش نامحدودی برای قاضی قائل شده است که بر مبنای آن می تواند مفاد قرارداد را تحریف کند یا تعهدات جدیدی به آن بیفزاید. البته حقوق دانان معتقدند که این ماده نباید به دادگاهها اجازه دهد که مفاد قرارداد را نادیده بگیرند.^۳

در حقوق ایران این اصل به صراحت مورد اشاره واقع نشده است و برخی مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده معتقدند که نمی توانیم با استناد به اصل حسن نیت اختیار دخالت را برای دادرس متصور شویم؛ اما قانون گذار می تواند با در نظر گرفتن اصل حسن نیت تجدیدنظر در قرارداد را در موارد خاص پیش بینی کند.^۴ برخی دیگر معتقدند، دلالت عرف و عادت به معنای حسن نیت است.^۵ مخالفان این نظر چنین استدلال می کنند: حسن نیت گاهی جنبه حمایتی دارد و گاهی جنبه تکلیفی. در جنبه حمایتی قاضی مستقیماً ملزم به رعایت آن است، اما از جنبه تکلیفی طرفین مکلف به رعایت اند و قاضی به طور غیرمستقیم دخالت می کند و در واقع در مورد انطباق عمل و رفتار متعاقدين براساس حسن نیت اعلام نظر می نماید؛ لذا اگر بگوییم دلالت عرف و عادت بر حسن نیت مورد توجه قرار گرفته است، با ایراداتی مواجه می شویم: اولاً، آنها از مقررات تکمیلی اند که قابل اعراض اند، در حالی که حسن نیت در قراردادهای جنبه نظم عمومی دارد که نمی توان خلاف آن را توافق نمود. ثانیاً، گاهی عرف دلالتی بر لزوم و جنبه تکلیفی ندارد، در حالی که لازمه تعهدات قراردادی رعایت حسن نیت است. ثالثاً، اگر عرف را منبع حسن نیت بدانیم باز ماهیت حسن نیت و ضمانت اجرای آن معلوم نیست.^۶

یکی دیگر از اساتید برجسته اظهار می دارد: دادرس می تواند آنچه را رفتار انسانی با حسن نیت و منصف می بیند، زیر عنوان شرط ضمنی و شرط بنایی در عقد اجرا کند و از اتهام تحریف قرارداد نیز به دور بماند.^۷ بدین ترتیب، جایگاه اصل حسن نیت به عنوان یکی از تأسیسات ارزشمند در نظام حقوقی ایران خالی است که البته این اصل در برخی از قوانین خاص مورد شناسایی قرار گرفته است، از جمله ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی و مواد ۱۲ و ۱۳ لایحه قانون قراردادهای تجاری؛ اما بهتر است با الگوبری از نظام حقوقی فرانسه، حسن نیت را از مرحله مذاکرات اولیه تا پایان اجرای قرارداد به عنوان یکی از قواعد عمومی قراردادهای با تعیین ضوابط و ضمانت اجرایی مشخص در قانون مدنی به عنوان یک قانون مادر و عام مورد شناسایی قرار دهیم تا چنانچه دادرس در اختلافات قراردادی به اقناع وجدانی برسد که یکی از طرفین قرارداد حسن نیت نداشته است، بتواند ضمانت اجرایی منطبق با قانون را بر رابطه قراردادی حاکم

۱. پاکباز، سیامک، *شرح قانون مدنی فرانسه با اصلاحات ۲۰۱۶*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۰، ص ۵۹.

۲. Section 242: Performance in good faith: An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

۳. Ole, Lando. "Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC", *Pace International Law Review*, Issue 13, 2001, P 352.

۴. حسین آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، ص ۱۶۴.

۵. صالحی راد، محمد، «حسن نیت در اجرای قراردادهای و آثار آن»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۶۳، شماره ۲۶، ۱۳۷۸، صص ۹۲-۹۳؛ عدل،

سید مصطفی، *حقوق مدنی*، تهران: بانک ملی ایران، چاپ چهارم، ۱۳۲۱، ص ۱۳۳.

۶. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادهای: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱، صص ۱۷۳-۲۲۴.

۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص ۵۷.

نماید؛ برای مثال در قراردادهای مشارکت در ساخت که شخصی به عنوان سازنده مبادرت به انعقاد قرارداد با مالک زمین می‌نماید، در حالی که تمکن مالی کافی ندارد یا در انعقاد عقد نکاح، قصد یکی از زوجین صرفاً دریافت تسهیلات بانکی و وام ازدواج باشد و پس از انعقاد عقد و دریافت تسهیلات، همسر قانونی خویش را رها می‌کند، در این گونه موارد چنانچه دادرسی با تحقیقات به عمل آمده از طریق معیارهای نوعی همچون عرف و ارزش‌های اجتماعی و همچنین معیارهای شخصی همچون شخصیت و رفتار طرفین و اوضاع و احوال حاکم، به سوءنیت طرف قرارداد پی ببرد، بتواند برای رهایی و جبران خسارات وارده بر شخص با حسن نیت، با مراجعه به قانون راهکاری بیابد. پیش‌بینی حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارت به عنوان ضمانت اجرایی قابل تعیین در قانون به عنوان یک راهکار پیشنهاد می‌شود.

۱.۲. اصل کارایی اقتصادی

مطابق این اصل، دادرسان گاهی ناگزیرند به منظور افزایش ثروت، توزیع مناسب درآمدها و همچنین حصول حداکثر منافع اقتصادی با کمترین هزینه، قواعد اخلاقی را کنار بگذارند و به تحلیل اقتصادی قراردادها بپردازد.^۱ بیرمنگام، یکی از حقوق‌دانان کامن‌لای، معتقد است سیاست دادگاه‌ها تشویق بدهکار به اجرای تعهداتش نیست، بلکه جبران خسارت وارده بر زیان‌دیده است؛ پس اگر متعهد با نقض قرارداد و جبران خسارت متعهدله، گامی در راستای توزیع اقتصادی و اجتماعی مطلوب بردارد، این گونه رفتارها باید مورد تشویق قرار گیرد.^۲ مطابق ماده ۱۲۲۱ قانون مدنی در اصلاحات ۲۰۱۶ فرانسه، اگر اجرای عین تعهد بیش از فایده برای متعهدله هزینه برای متعهد داشته باشد، دادگاه حکم به پرداخت خسارت خواهد داد و بدین ترتیب قانون‌گذار مطابق اصل کارایی اقتصادی به اختلافات ناشی از اجرای قرارداد پرداخته است. این اصل در قانون مدنی آلمان نیز مورد توجه قرار گرفته است. داگمر و النتین به نحو مفصلی به اصلاحات قانون مدنی آلمان پرداخته‌اند و به دو ضمانت اجرا برای نقض قرارداد در این اصلاحات اشاره می‌کنند: ۱- الزام به اجرای عین تعهد، ۲- انحلال قرارداد و پرداخت خسارت. با آنکه ضمانت اجرای اول اجبار به اجرای عین تعهد است، اما در عمل بیشتر طلبکارها در پی انحلال عقد و جبران خسارت‌اند.^۳ اصل کارایی اقتصادی به صراحت در متن قوانین داخلی ایران نیامده است. برخی از حقوق‌دانان می‌گویند: هرگاه به موجب احکام تکلیفی و وضعی مکلف عرفاً دچار مشقت گردد که تحمل آن عادتاً برای وی سخت باشد، دادگاه می‌تواند با تشخیص عسرو حرج در قرارداد دخالت و بنابر صلاح دید خویش مبادرت به صدور حکم کنند. اما برخی نیز معتقدند تنها اثر قاعده نفی عسرو حرج، نفی احکام حرجی است و نمی‌تواند مجوزی برای دخالت دادرسان باشد و در این خصوص نیازمند دلیل دیگری هستیم؛ زیرا با دخالت قضایی در واقع قاضی پیمان جدید دیگری را که خود عادلانه می‌پندارد جایگزین عقد پیشین می‌کند.^۴

۱. گلشنی، عصمت و سیدمهدی حسینی مدرس، «مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق»، فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۲، شماره ۷، ۱۳۹۴، ص ۵۴.

۲. انصاری، مهدی، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۴۱؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم و عبدالرضا پرهیزگار، «بررسی تطبیقی التزام به عقد با تاکید بر نظریه اعتماد»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱۳۹۴، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۸۲-۸۳.

۳. رضایی‌نژاد، همایون، **فلسفه مسئولیت قراردادی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۹، صص ۳۹۹-۴۰۲.

۴. بیگدلی، سعید، **تعدیل قرارداد**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۴، صص ۶۳-۶۴-۲۰۱؛ مرادی، خدیجه، «تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۳۳۶.

۱.۳. نظریه اعتماد

قائلین به نظریه اعتماد انتظارات معقول و مشروع متعهدله را ملاک می‌دانند و در پی تکمیل و اصلاح نقایص نظریه اراده‌اند. به عقیده این گروه، علت احترام به عقد، اراده باطنی متعهد نیست، بلکه انتظارات مشروع و معقولی است که رفتار ظاهری متعامل باعث و منشأ ایجاد آن است. چالز فرید، از حقوق‌دانان آمریکایی، می‌گوید: هر کس وعده‌ای می‌دهد اخلاقاً مکلف و ملزم به انجام آن است؛ چون خود چنین خواسته است. از نظر فرید، التزام قراردادی ناشی از دو چیز است: احترام به اراده (اصل اراده) و ضرورت احترام به روابط مبتنی بر اعتماد.^۱

اعتماد یک اصل اخلاقی حقوقی است، به معنای یک حالت ذهنی که به موجب آن یک طرف در انجام عمل حقوقی به طرف دیگر تکیه می‌کند. انصاف، صداقت و عدالت می‌توانند نقش مؤثری در ایجاد اعتماد داشته باشند. اعتماد یک نیاز است که وجودش ضروری است تا نظم در تمام امور از جمله امور حقوقی و قانونی برقرار شود؛ لذا اصل اعتماد با این عنوان می‌تواند متعاملین، دادرسان و قانون‌گذاران را یاری کند. کارکرد اصل اعتماد رفع حیرت و تردید است که در صورت نبود دلیل یقینی در جهت کشف واقع مورد استفاده قرار می‌گیرد. اعتماد عامل ترغیب‌کننده‌ای است که نیاز به شواهد و قرائن دارد.^۲

به این اصل در حقوق داخلی ایران فقط در ماده ۱۴ لایحه قانون تجارت به صراحت اشاره شده است؛ اما در برخی از مواد قانونی دیگر به صورت ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته است؛ برای مثال، می‌توان به ماده ۵۰۱ قانون مدنی در تعیین مدت اجاره و استحقاق موجر بر اجرت‌المسمی بر مبنای اعتماد به رفتار در قراردادهای اجاره بدون مدت اشاره کرد و همچنین ماده ۶۲۳ قانون مذکور در خصوص عقد ودیعه که براساس آن، چنانچه بدون انعقاد عقد رفتار و کردار طرف مقابل نشان‌دهنده قبول رابطه امانی باشد، دلالت بر وجود رابطه امانی است؛ برای مثال مکانی مهیا شده باشد که دارای نگهداری و دربان باشد؛ لذا به نظر می‌رسد قانون‌گذار به طور ضمنی اصل اعتماد را پذیرفته است؛ اما متأسفانه در رویه قضایی ایران اگر در جریان اجرای تعهدات قراردادی شخصی با استناد به اعتماد متعارف ایجاد شده بر مبنای گفتار یا عملکرد طرف دیگر مبادرت به طرح دعوی الزام به انجام تعهد یا مطالبه خسارت و غیره نماید، قطعاً به دلیل نبود توافقات مکتوب یا مستند قانونی محکوم به بی‌حقی خواهد شد؛ لذا قانون‌گذار می‌تواند با اصلاح قانون مدنی در بخش قواعد عمومی قراردادهای به اصل اعتماد وجه قانونی بخشد؛ بدین شرح که اگر شخصی با گفتار یا عملکرد خود موجب اعتماد متعارف در دیگری گردد و از این طریق ورود خسارت یا وجود تعهدی اثبات گردد، وی ملزم به اجرای تعهد یا جبران خسارت به دیگری خواهد بود؛ همان‌طور که قانون‌گذار در ماده ۲۲۰ قانون مدنی به لزوم پایبندی طرفین به عرف و عادت حتی بدون ذکر در قرارداد به عنوان یک قاعده عمومی صراحتاً اشاره داشته است. به عبارتی، ایجاد اعتماد متعارف همچون عقد و ایقاع از جمله اسباب ایجاد تعهد در حقوق قراردادهای به شمار می‌آید؛ برای مثال، اگر در ضمن اجرای قرارداد یکی از متعاملین بر مبنای اعتماد متعارف ادعای اجرای تعهدی اضافه بر تعهدات مندرج در قرارداد یا تعدیل تعهدات قراردادی یا مطالبه خسارت را از دادگاه درخواست نماید، دادرس بتواند با مراجعه به مقرر قانونی بر مبنای اصل اعتماد به موضوع مورد اختلاف رسیدگی، و ضمانت اجرای مناسب را بر رابطه قراردادی حاکم کند.

^۱ Fried, Ch. "Contract as Promise: A Theory of Contractual Obliga", *Michigan Law Review*, Volume 81, Issue 4, 1983, P 905.

^۲ عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن‌نیت در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰، ص ۱۰.

۲. روش‌های اعمال دخالت دادرسان

دادرسان در مسیر حل اختلافات قراردادی باتوجه به نوع و علت اختلاف، باید روشی مشخص را برگزینند که در آن تناسب و تعادل مطلوب به دست آید. در این فصل انواع روش‌های دخالت قضایی بررسی می‌شود.

۲.۱. تعدیل قضایی قرارداد

تعدیل قضایی عملی برخلاف اصل آزادی اراده است که دادگاه به منظور رفع اختلافات قراردادی برطبق صلاح‌دید خود و بدون منشأ قانونی و قراردادی نسبت به اراده متعاملین واکنش نشان می‌دهد و مانند شخص ثالثی وارد رابطه قراردادی می‌شود و در آن دخالت می‌نماید. تعدیل قضایی به معنای تساوی قدرت قراردادی متعاملین نیست؛ به عبارتی بین مفهوم عدالت و تعادل قراردادی تفاوت وجود دارد. در واقع دادرس در ایجاد تعادل در پی ایجاد نظم جدیدی نیست، بلکه باتوجه به شرایط جدید به دنبال ایجاد نظم پیشین است. در این روش، قاضی دخالتی بر ارکان قرارداد نمی‌کند و در واقع تعهدات ناشی از عقد را مورد تعدیل قرار می‌دهد.^۱ در ذیل برخی از مصادیق آن بررسی می‌شود.

۲.۱.۱. بروز حوادث غیرقابل پیش‌بینی

در قراردادهای بلندمدت بروز حوادث غیرقابل پیش‌بینی ممکن است باعث عدم امکان یا دشواری اجرای قرارداد گردد، برای مثال، بروز تورم‌های شدید اقتصادی غیرقابل پیش‌بینی از جمله مواردی است که ایفاء تعهد را پرهزینه، سخت و گاهی غیرممکن می‌کند. در این مورد مقرر صریحی در قوانین ایران وجود ندارد؛ لذا اختلاف در رویه دیده می‌شود. غالب حقوق‌دانان معتقدند که با استناد به اصل لزوم متعاملین به قرارداد پایبندند و برخی معتقدند اگر تعادل اقتصادی قرارداد به نحو فاحشی برهم خورد، اما نه توسط قانون‌گذار مقرر خاصی پیش‌بینی شده باشد و نه در قرارداد منعقد شرط خاصی درج گردیده باشد، دادرس می‌تواند با استناد به این شرط ضمنی که طرفین قصد داشته‌اند اجرای مفاد قرارداد مبتنی بر دوام وضعیت موجود در زمان انعقاد عقد باشد؛ لذا هرگونه تغییر در اوضاع و احوال که اجرای عقد را مشقت‌بار کند، طرف معسر ملزم به اجرای آن نیست و برای جلوگیری از بی‌عدالتی و ورود ضرر به متعهد مفاد قرارداد را تعدیل و متناسب با شرایط متعادل نماید.^۲

در فرانسه، تا قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ این صلاحیت برای دادرس پیش‌بینی نشده بود؛ اما قانون‌گذار پس از اصلاحات در ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی، به تعادل قراردادی توجه کرده است، مشروط بر آنکه تغییر اوضاع و احوال به اندازه‌ای باشد که در زمان انعقاد عقد قابل پیش‌بینی نبوده باشد و اجرای قرارداد را سخت و مشکل نماید. این نوآوری از ماده ۶:۱۱۱ سند PECL^۳ و ماده ۱:۱۱۰ از کتاب سوم سند DCFR^۴ گرفته شده است. برای اجرای این ماده سه مرحله پیش‌بینی شده است:

۱- تقاضای حق مذاکره مجدد؛

۲- توافق دوطرفه بر فسخ قرارداد؛

۱. احسانی، رضا، «رویه قضایی ایران در تعدیل قضایی قرارداد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰، چکیده؛

مرادی، پیشین، ص ۳۳۲.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۹.

۳. Principles Of European Contract Law

۴. Draft Common Frame of Reference

۳- تقاضای تعدیل قضایی.

یعنی دادگاه زمانی مداخله می‌نماید که طرف مقابل حاضر به مذاکره مجدد نباشد یا مذاکره مجدد پس از نقص تعهد به نتیجه نرسد.^۱ در نظام حقوقی سوئیس هرچند در قواعد عمومی قرارداد صراحتاً اشاره‌ای به این اختیار قضایی نشده است، در ماده ۳۷۳ قانون تجارت و در باب عقد مقاطعه دادرس بر حسب صلاح دید و اختیار خود می‌تواند با افزایش قیمت یا فسخ عقد موافقت نماید.^۲

۲.۱.۲. عقود فاقد قدرت چانه‌زنی

در انعقاد عقد آزادی قرارداد نه فقط شامل ارادی بودن انعقاد عقد، بلکه شامل قدرت معاملاتی برابر نیز می‌شود.^۳ یکی از موارد تعدیل قرارداد اختلافات راجع به قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی است. این قراردادها اصولاً دارای شرایط نابرابر یا تحمیلی، غیرعادلانه، غیرمنصفانه و نامعقول و معمولاً حاوی کلمات و عباراتی تخصصی‌اند که طرف ضعیف فاقد دانش لازم در درک آن است. طرف ضعیف معمولاً مجبور به پذیرش این نوع قراردادهاست؛ زیرا اولاً، انحصار عرضه و تولید کالا و خدمات مورد معامله در دست طرف قدرتمند معامله به‌عنوان صاحبان قدرت اقتصادی است و ثانیاً، نیاز مبرم طرف ضعیف در بهره‌مندی از کالا و خدمات موردنظر است که وی را ناگزیر به انعقاد قرارداد می‌نماید. نابرابری طرفین معامله گاه منجر به نابرابری کل عقد و گاه تنها شرط یا شروط مندرج در عقد نابرابر و غیرمنصفانه است.

در این‌گونه موارد مسلماً تأکید بر اصل حاکمیت اراده همیشه عادلانه نخواهد بود؛ زیرا عادلانه بودن یک قرارداد زمانی اتفاق می‌افتد که دو طرف در شرایط مساوی با هم روبه‌رو شوند. حتی گاهی ممکن است طرفین در هنگام انعقاد عقد در شرایط مساوی به چانه‌زنی بپردازند، اما پس از انعقاد و قبل از اجرای تعهد یا در اثنای اجرا حوادثی رخ دهد که موازنه التزامات و تعهدات را برهم زند و متعهد در اجرای تعهداتش به‌سختی بیفتد و اجرای تعهد برایش هزینه‌ای به‌مراتب سنگین‌تر از زمان انعقاد عقد ایجاد کند و در مقابل متعهدله سود کلانی بیشتر از آنچه در هنگام انعقاد عقد تصور کرده است، دریافت دارد که همین امر به بی‌عدالتی و دور شدن از عدالت قراردادی که از اهداف حقوق قراردادهاست می‌انجامد. در قوانین کشورهای مختلف راهکارهای مختلفی برای رویارویی با این عقود و شروط پیش‌بینی شده است. در نظام حقوقی ایران صراحتاً به این موضوع پرداخته نشده است، اما مستنداً به ماده ۲۰۶ ق.م.معامله‌ای را که در وضعیت اضطراری انجام شود صحیح دانسته‌اند. البته سوءاستفاده از اضطرار و تحمیل قرارداد بر مضطر از مصادیق معاملات اکراهی شناخته شده است.^۴ قانون‌گذار در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی نیز همه شروط غیرمنصفانه را بدون تقسیم‌بندی بی‌اعتبار قلمداد نموده است.^۵ برخی دیگر همچون نظام حقوقی انگلستان نظریه بطلان قرارداد و شروط نابرابر را پذیرفته‌اند. در نظام حقوقی آمریکا طبق ماده ۲-۳۰۲ قانون متحدالشکل تجاری، اگر دادگاه مطابق قانون دریابد که قرارداد یا هر شرطی از آن در زمان انعقاد نامعقول بوده است، می‌تواند از اجرای قرارداد استنکاف یا اعمال شروط غیرمعقول

^۱ پاکباز، پیشین، صص ۵۳-۵۴.

^۲ یزدانیان، علیرضا، *درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی، مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۳۳۴.

^۳ Florian, Rodl. "Contract freedom, contractual justice, and contract law theory", *law and contemporary problems*, Volume 76, Issue 2, 2013, P 62.

^۴ صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ سی و چهارم، ۱۳۹۹، ص ۱۲۴.

^۵ ماده ۴۶: استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست.

را برای جلوگیری از نتایج غیرمعقول محدود کند.

یکی از نوآوری‌های اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه به نهاد قضایی اکراه اقتصادی مربوط است. این نهاد جدید در ماده ۱۱۴۳ این قانون آورده شده است. هنگامی که یک طرف با سوءاستفاده از وابستگی طرف قراردادش به خود، تعهدی را از وی اخذ کند که در صورت نبود چنین اجباری نمی‌توانست آن را اخذ کند و منفعتی به‌وضوح گزاف به دست آورد، اکراه محقق می‌شود.

صاحبان تجارت پس از مشاهده حکم این ماده در پیش‌نویس قانون نگرانی خود را نسبت به استفاده گسترده قضات از این ماده برای انحلال روابط قراردادی ابراز کردند و به همین جهت قانون‌گذار در این ماده معیاری معین برای تشخیص سوءاستفاده یک طرف از وابستگی طرف دیگر تعیین نمود و آن عبارت است از تحصیل منفعتی کاملاً آشکار از وابستگی طرف مقابل. برای اثبات اکراه اقتصادی در این ماده به دو شرط نیاز است: اول اینکه باید اثبات شود طرف قرارداد در شرایط وابستگی تعهدی را از طرف دیگر قرارداد اخذ نموده که در صورت نبود چنین اجباری نمی‌توانست تعهد را اخذ نماید؛ دوم اینکه وی یک مزیت و منفعت به‌وضوح بیش از حد را به دست آورده است. گفتنی است که این معیار از اهمیت عملی ماده ۱۱۴۳ کاسته است.^۱

در بیشتر نظام‌های حقوقی اعلام بطلان شرایط نابرابر یا عقد نابرابر پیش‌بینی شده است؛ اما بطلان در شرایطی که معمولاً طرف ضعیف نیازمند بهره‌بری از کالا و خدمات انحصاری است راهکار معقول و مناسبی نخواهد بود. نظریه صحت قرارداد با حق درخواست تعدیل یا ابطال به حکم دادگاه به‌عنوان راهکار پیشنهاد می‌گردد. این نظریه می‌تواند مصلحت و حقوق طرف ضعیف را تأمین کند و جنبه حمایتی برای مصرف‌کننده دارد. مطابق این نظریه، همیشه قصد و اراده متعارف افراد جامعه در هنگام انعقاد عقد بر این مبناست که متعاملین قیمت و نرخ شرایط متعارف حاکم بر بازار روز خدمات و کالای مذکور در جامعه را معیار اندازه‌گیری تعهدات خود قرار می‌دهند؛ لذا در صورت برهم خوردن این تعادل و برتری غیرعادلانه یک‌طرفه بنا بر سیره عقلاً قرارداد باید تعدیل گردد. در تعدیل قضایی باید اختلاف قدرت معاملاتی به‌حدی شدید باشد که توانایی طرفین را در انعقاد قرارداد تحت تأثیر قرار دهد؛ زیرا اصولاً در هر عقد نابرابری قدرت معاملاتی دیده می‌شود که نمی‌توان آن را مجوزی برای دخالت دادرسان قرارداد. تعدیل قضایی قرارداد بهتر است با استفاده از تئوری تقلید معامله انجام شود این تئوری ترکیبی از وضعیت شخصی طرف‌ها و لحاظ قدرت و ضعف معاملاتی آنها در رویه متعارف و معقول معاملات مشابه در جامعه و انصاف و عدالت است.^۲

۲.۱.۳. خسارت قراردادی (وجه التزام)

حاکمیت اراده ایجاب می‌کند در محاسبه خسارت تمامی توافقات طرفین معتبر باشند، اما اگر این توافقات ناعادلانه باشد چه؟ آیا دادرس می‌تواند در جهت تعدیل این شروط اقدام کند؟ ماده ۵-۱۲۳۱ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ فرانسه بیانگر آن است که تعدیل خسارت فقط در مورد شرایط غیرمنصفانه امکان پذیر است و مداخله قاضی صرفاً یک استثنا تلقی می‌شود که باید سه شرط در آن احراز شود: ۱- ارزیابی خسارت باید منشأ قراردادی داشته باشد. (خسارت قانونی یا اداری نباشد)؛ ۲- دخالت قضایی باید با هدف جبران خسارت ناشی از تخلف متعهد باشد؛ لذا زمانی که وجه التزام به‌عنوان

^۱. پاکباز، پیشین، صص ۱۵۹-۱۵۷.

^۲. سلطان احمدی، جلال، راضیه تقی‌زادگان و ابراهیم تقی‌زاده، «تعدیل قدرت معاملاتی نابرابر با تقلید معامله»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۰، صص ۳۷-۲۶-۴۰-۴۲.

عوض یک تعهد یا به جای اختیار متعهد برای فسخ است، مشمول تعدیل قضایی نمی شود؛^۳ خسارت باید متضمن مبلغی پول به عنوان خسارت باشد.^۱

در نظام حقوقی انگلستان بین خسارت مقطوع و شرط کیفری تفاوت قائل می شوند. شرط کیفری ممنوع تلقی می شود. در خصوص خسارت مقطوع نیز این شرط باید خصیصه متعادل بودن و قابل پیش بینی بودن را داشته باشد. برای تشخیص این دو امر دادگاه صلاحیت دارد تا با نگاه انصاف به شرط بنگرد. دادرسان صلاحیت دارند ماهیت نوع خسارت را تعیین کنند و شروط قراردادی را در ظرف انصاف و عدالت ریخته و صرفاً به اصل حاکمیت اراده استناد نکنند. چنانچه شرطی از نظر قاضی ناعادلانه و غیرمنصفانه بود آن را تعدیل یا بی اثر اعلام کند.^۲

در نظام حقوقی ایران طبق اصل حاکمیت اراده و ماده ۲۳۰ قانون مدنی توافقاتی که طرفین برای تعیین میزان خسارت قراردادی معین کرده اند معتبر است. همچنین تعهد به وجه التزام مطابق ماده ۲۱۱ قانون مدنی الزام آور است، اگرچه چندین برابر خسارت واقعی یا چندین برابر تعهد اصلی باشد.^۳

البته مطابق نظر برخی از حقوق دانان حسب بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی، هرگاه عملی که سبب ورود خسارت شود عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن موجب تنگدستی واردکننده زیان شود، دادگاه می تواند در میزان آن تخفیف دهد و قرارداد را عادلانه سازد.^۴ اما در خصوص خسارت تأخیر تأدیه در پرداخت های پولی مازاد بر شاخص تورم بانک مرکزی اختلاف نظر وجود داشت که دیوان عالی کشور در دی ماه سال ۱۳۹۹ به این اختلاف نظرها تا حدودی پایان داد. طبق رأی مذکور، افراد می توانند در قراردادهای فی مابین خود برای تعهدات پولی وجه التزامی بیشتر از شاخص تورم بانک مرکزی تعیین کنند.^۵

۲.۱.۴. تعدیل قضایی با اعطای مهلت عادلانه

مهلت عادلانه یک نوع تعدیل قضایی است که مبنای آن عدالت و انصاف است. طی آن دادگاه به بدهکارانی که در موقعیتی قرار دارند که ناتوان از پرداخت دین اند مهلتی را اعطا می کند.

ماده ۵-۱۳۴۳ قانون مدنی اصلاح شده ۲۰۱۶ فرانسه اعلام می دارد: قاضی می تواند با در نظر گرفتن وضعیت مدیون و با توجه به نیازهای دائن قرار تقسیط یا مهلت دوساله برای پرداخت مبالغ مورد تعهد صادر نماید. وی می تواند به موجب یک تصمیم ویژه و مستدل دستور دهد که به مبالغ مربوط به سررسیدهای معوقه با نرخ کمتر حداقل برابر با نرخ قانونی بهره تعلق گرفته یا اینکه پرداخت ها از همان ابتدا به اصل طلب تعلق گیرد. قاضی می تواند این تدابیر را منوط به انجام اقداماتی مناسب برای تسهیلات ضمن تعدیل دین توسط مدیون نماید. تصمیم قاضی مبنی بر امهال، تقسیط و غیر آن عملیات اجرایی را که قبلاً توسط دائن آغاز شده است معلق می کند و افزایش بهره یا جرائم پیش بینی شده برای تأخیر در ایفای دین در طول مهلت تعیین شده توسط قاضی منتفی است.^۶

۱. پاکباز، پیشین، ص ۳۵۱.

۲. عزیزاده، صمد و عبدالعلی محمدی و رقیه شهابی، «رویه تعدیل قضایی قرارداد با رویکرد بررسی تعارض قضایی با اصل آزادی در تعیین شروط قراردادی در حقوق ایران و انگلستان»، ماهنامه جامعه شناسی سیاسی/ ایران، دوره ۵، شماره ۷، ۱۴۰۱، ص ۵۶۷.

۳. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ بیستم، ۱۳۷۸، ص ۳۱۲.

۴. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی (قرارداد، ایقاع)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۲، ص ۲۷۵.

۵. پاکباز، پیشین، صص ۳۵۷-۳۵۹.

۶. پاکباز، پیشین، ص ۵۶۲.

این اختیار قضایی در نظام حقوقی ایران در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. تقسیط دین موضوع این مواد در واقع درخواست مهلت یا تقسیط در جریان رسیدگی به اصل طلب و قبل از قطعیت و اجرای رأی است؛ لذا از باب صلاحیت از اختیارات دادرسان ماهیتی است؛ برای مثال، در دیوان عالی کشور که رسیدگی در آن شکلی است اعطای مهلت عادلانه توسط قضات آن دیوان ممکن نیست؛ زیرا رسیدگی در آن ماهیتی نیست.^۱

۲.۲. تفسیر قرارداد

تفسیر یکی دیگر از روش‌های اعمال دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی است که در برخی از نظام‌های حقوقی به صراحت، قواعد و ضوابط آن در قوانین وارد شده است، اما در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی همچون ایران، باوجود پذیرش این روش در رویه قضایی، هیچ نشانی از آن در مواد قانونی وجود ندارد. قانون مدنی فرانسه طی اصلاحات ۲۰۱۶ بخش جداگانه‌ای را کاملاً به تفسیر قرارداد اختصاص داده، اما هیچ تعریف صریحی از آن ارائه نکرده است. در ماده ۲۲۴ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، تفسیر چنین تعریف شده است: عبارت است از توضیح معنی کلمات و اعلام اراده‌هایی که یک توافق را به وجود می‌آورد. در حقوق انگلستان باینکه هیچ‌یک از متون قانونی به تعریف تفسیر نپرداخته‌اند، در رویه قضایی این کشور وظیفه دادرسان است که قرارداد را تفسیر و به قصد متعاملین اثربخشی کنند.^۲

قانون مدنی اصلاح‌شده فرانسه به شایستگی ضمن شناسایی تفسیر به‌عنوان یک روش دخالت قضایی، حدود و ضوابط آن را به‌روشنی طی مواد ۱۱۸۸ تا ۱۱۹۴ بیان نموده است که به‌اختصار می‌توان گفت:

۱- دادرس باید در تفسیر به‌جای معنای تحت‌اللفظی به‌دنبال یافتن قصد مشترک طرفین باشد؛ اما در صورت غیرقابل تشخیص بودن آن به معنایی که یک فرد متعارف از آن کلمات ارائه می‌دهد تفسیر شود.

۲- در تفسیر قرارداد باید انسجام آن حفظ شود و به کل یک قرارداد و شروط آن توجه شود و اگر چند قرارداد در کنار یکدیگر وجود دارد، به همه آنها در کنار هم توجه و تفسیر بر مبنای همه آنها انجام شود.

۳- اگر دادرس در انعقاد عقد به طریق گفت‌وگوی آزاد شک داشته باشد، باید تفسیر قرارداد را به نفع متعهد و درخصوص قراردادهای الحاقی به نفع طرف ضعیف انجام دهد.

۴- اگر یک عبارت دو معنی داشته باشد که فقط یکی از آنها دارای اثر است، در تفسیر حمل بر آن معنا خواهد شد.

۵- دادرس نباید عبارتی را که معنایش صریح است مورد تفسیر قرار دهد؛ زیرا منجر به تحریف قرارداد خواهد شد.^۳

در نظام حقوقی آلمان طی مواد ۱۳۳ و ۱۵۷ به قواعد راجع به تفسیر اشاره شده است. مطابق ماده ۱۳۳ این قانون در تفسیر باید معنای واقعی عبارات در نظر گرفته شود، نه معنای ادبی آن و طبق ماده ۱۵۷ قانون فوق‌الذکر قرارداد باید برحسب حسن‌نیت و عادات تفسیر شود. طبق دکترین جدید آلمان ماده ۱۵۷ بر ماده ۱۳۳ مقدم و رجحان دارد؛ به عبارتی اراده‌ی ظاهری مبنای تفسیر بوده و اراده‌ی باطنی نقشی درعمل حقوقی ندارد.^۴

در نظام حقوقی ایران نیز طبق رویه قضایی موجود و نظریات حقوقی و به پیروی از فقه امامیه نظریه اراده‌ی باطنی پذیرفته شده و در واقع قصد و اراده‌ی باطنی سازنده عقد است؛ لذا دادرس باید به‌دنبال کشف آن باشد. البته در برخی از مواد قانونی

۱. بادینی، حسن، حسن محسنی و هادی ملک تبار، «تشریفات آیین اعطای مهلت عادلانه»، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۵۰.

۲. Barker, David. *padfield, Colin. law made simple*. London: Routledge, First Edition, 2007, P 171.

۳. پاکباز، پیشین، صص ۲۳۳ و ۲۳۴.

۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۶، ص ۲۴۱؛ صفایی، پیشین، صص ۷۵-۷۶.

ازجمله ۱۲۹۲، ۱۳۰۹، ۴۵۰، ۲۲۴، ۴۵۱، ۲۴۵ و ۲۴۸ قانون مدنی به نظر می‌رسد اراده ظاهری موردنظر قانون‌گذار بوده است.

۲.۳. تکمیل قرارداد

یکی از مهم‌ترین موضوعات درباره دخالت دادرسان، بحث امکان الحاق یا اضافه کردن برخی شروط ضمنی از سوی آنها به قرارداد فی‌مابین اصحاب دعواست. در اولین قدم دادگاه باید تشخیص دهد که آیا قرارداد ناقص است یا خیر، و پس از آن در پی یافتن راهی برای پر نمودن این نقص و تکمیل آن باشد. در نبود حکم صریح قانونی و ضابطه‌مند اینکه چگونه باید این قراردادها تکمیل شود، همواره محل اختلاف در دعاوی است و اغلب تعیین انتظارت منطبق بر خواست طرفین دشوار و شاید ناممکن باشد.^۱

توماس معتقد است دادرسان در تکمیل یک قرارداد باید جوهر و ذات یک عقد را با هدف و غایت آن تعریف کنند. به عبارتی قرارداد را در چارچوب اهداف آن تعریف و سپس قواعد حاکم بر آن را با پیروی از این اهداف تعیین کند.^۲ به گفته فراید، ما می‌توانیم معیارهایی را برای تبعیت طرفین از شروط ضمنی تعیین کنیم، مانند آنچه انسان‌های معقول و متعارف در زمان انعقاد چنین قراردادهایی در نظر می‌گیرند که البته این خواست احتمالی باید با اصل انصاف همراه گردد، اما نمی‌توانیم هیچ‌یک از این معیارها را مبنای الحاق و تکمیل قراردادها قرار دهیم و آنها را بر قول و وعده مورد توافق طرفین حاکم کنیم.^۳

در ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان به قاضی اجازه داده شده است^۴ که در تکمیل قرارداد از قصد طرفین خارج شود و اراده نهایی آنها را به وسیله قانون و با در نظر گرفتن اصل حسن‌نیت تکمیل کند.^۵ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ فرانسه مقرر می‌دارد: هنگامی که باید قیمت یا هر عنصر از قرارداد با مراجعه به شاخصی که وجود ندارد یا وجود آن متوقف شده یا در دسترس نباشد تعیین شود، شاخص مزبور با شاخصی که بیشترین نزدیکی را با آن دارد جایگزین می‌شود.^۶ لذا قانون با ارائه راهکار، قاضی را صالح به دخالت در جهت تکمیل قرارداد نموده است.

مطابق ماده ۱-۱۳۰۵ قانون فوق‌الذکر، شرط مدت می‌تواند صریح یا ضمنی باشد. در صورت عدم توافق، قاضی می‌تواند باتوجه به ماهیت تعهد و وضعیت طرفین، مدت را تعیین کند. ملاحظه می‌گردد در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه هر زمان اختیار دخالتی برای دادرس شناسایی شده ضابطه اعمال این حق نیز پیش‌بینی شده است. در رویه غالب کشورها تکمیل قراردادها به موجب رویه و اصول مرسوم به پیش‌فرض و عرف و عادات قراردادی به عنوان شروط ضمنی به عقد

¹. Waltrier, Nicholas. "Unpredictability in Contract Law", *Penn state law review*, Volume 127, Issue 3, 2023, PP 712, 714.

². Gordley, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, New York: Oxford University, 1993, PP 15-16.

^۳. رضایی‌نژاد، پیشین، صص ۲۰۴-۲۰۵.

و برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Fried, Ch. *Contract as a Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, PP 60-69.

⁴. Section 157: Interpretation of contracts Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.

^۵. انصاری، علی، پیشین، ص ۱۸۶.

^۶. پاکباز، پیشین، ص ۱۹۶.

الحاق می‌شوند. در مواردی که دادرس مجوز تکمیل قرارداد را با قواعد پیش‌فرض دارد، میزان دخالت قضایی نیز کم‌رنگ‌تر است؛ زیرا موارد و نحوه تکمیل به‌موجب قواعد پیش‌بینی شده از قبل وجود دارد. در نظام حقوقی ایران، دادرسان موظف‌اند که با توسل به خود قرارداد و طبیعت آن به تکمیل عقد بر مبنای اراده ضمنی و فرضی طرفین بپردازد، اما اگر موفق نشوند در مرحله بعد می‌تواند از عوامل خارجی توسل جوید؛ همانند مقررات تکمیلی و عرف و عادت. در تعارض عرف و عادات با قوانین تکمیلی باید به عرف و عادات رجوع شود؛ اما در صورت نبود عرف و عادت یا قوانین تکمیلی حدود و نحوه دخالت دادرسان محل نزاع است. در برخی از کشورها دادرس باید با رعایت انصاف و حسن نیت قرارداد را تکمیل نماید، اما در حقوق ایران حکمی در این خصوص وجود ندارد.^۱ برخی از حقوق‌دانان معتقدند بنا به مصلحت، قانون‌گذار اختیار تکمیل قرارداد را به دادگاه‌ها داده است تا قرارداد را در جهت تسهیل معاملات و کاهش نزاع با ارائه راه‌های عادلانه و جلوگیری از آزادی‌های بدون نظارت تکمیل کنند که مبنای این دخالت را عرف، اصل انصاف و اصل کلی حسن‌نیت می‌دانند.^۲

۲.۴. اصلاح قرارداد

اصلاح در لغت به معنای سروسامان دادن است و در حقوق قراردادهای به‌معنای سامان‌دهی به تعهدات قراردادی است. در حقوق ایران تعریفی از آن در متون حقوقی وجود ندارد و بیشتر مترادف با تعدیل و الحاق به کار می‌رود. در حالی که این اصطلاح باید از شیوه‌های مشابه متمایز شود.^۳ در روش اصلاح به قصد بهتر شدن اجرای قرارداد بخش‌هایی از آن را تغییر می‌دهند. این اصلاحات می‌تواند شامل تغییرات جزئی راجع به مکان و زمان، مهلت اجرای قرارداد و یا مشخصات کالا و غیره باشد.

در قانون مدنی جدید فرانسه قانون‌گذار بین دو اصطلاح تصحیح و اصلاح تفاوت قائل شده است. قرارداد برای اینکه تصحیح شود، باید با نقصی همراه باشد که آن را باطل کند یا با بطلان مواجه شود، اما اگر قرارداد صحیح باشد و با چنین نقصی همراه نباشد، هر تغییری که توسط دادرس در آن اتفاق افتد به‌معنای اصلاح در معنای تعدیل قرارداد دانسته شده است. در واقع هر نوع تغییری که در قرارداد بی‌عیب و نقص ایجاد شود اصلاحیه قرارداد معنا می‌شود که قانون‌گذار اختیار اصلاح این قرارداد بی‌عیب و نقص را به قاضی می‌دهد تا عدالت بین طرفین برقرار شود و هدف از آن نجات قرارداد از بی‌اعتباری یا تهدید به فسخ نیست؛ زیرا قرارداد نه باطل است و نه تهدیدی برای فسخ وجود دارد؛ بلکه عقد صحیحی است که قابل تعدیل است.^۴

اما از نظر نگارنده، اصلاح با تعدیل و تکمیل قرارداد متفاوت است؛ زیرا در تعدیل چنانچه دادرس قرارداد را غیرمنصفانه تشخیص دهد که منجر به صعوبت اجرا می‌شود، مبادرت به تعدیل آن می‌کند و در تکمیل قرارداد نیز چنانچه در عقد خلایق وجود داشته باشد که منجر به عدم امکان اجرای عقد شود، دادرس از طریق یافتن اراده ضمنی طرفین یا به کمک عرف و عادات و همچنین قوانین پیش‌فرض نسبت به تکمیل عقد اقدام می‌کند؛ اما در اصلاح، قرارداد نه ناعادلانه و نه ناقص است، ولی به دلیل شرایط خاص پیش‌بینی نشده از جمله پیشرفت تکنولوژی و فناوری و غیره، که حتی تعادل

۱. قاسم‌زاده، مرتضی، «حل اختلافات قراردادی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵ و ۶، ۱۳۷۶، صص ۶۶-۷۰.

۲. کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، پیشین، صص ۵۲۳-۵۲۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **الفارق**، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۳۸۷.

۴. سهرابی، حمید، اصغر عربیان، اصغر و نجادعلی الماسی، «تعدیل وجه التزام قراردادی در قانون مدنی سال ۲۰۱۶ فرانسه»، فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۸۸.

قراردادی را برهم نزده، اصلاح قرارداد را برای بهتر اجرا نمودن قرارداد انجام می‌دهند. اما این تغییر نباید ماهیت عقد را دگرگون سازد. مفهوم تصحیح قرارداد نیز نباید با اصلاح قرارداد اشتباه شود. تصحیح قرارداد به معنای درست کردن بخشی از قرارداد است که باطل بوده، درحالی که بخش دیگر صحیح است تا از این طریق کل عقد موجود حفظ شود. اصلاح قرارداد به عنوان یک روش به منظور بهتر اجرا شدن قرارداد در متون قانونی بسیاری از نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌ها پیش‌بینی شده است. در ماده ۲۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، بدون آنکه تعریفی از اصلاح قرارداد نماید، اعمال آن را به شرط توافق طرفین تجویز نموده است. در نظام حقوقی ایران هیچ نص صریحی در خصوص اصلاح قرارداد پیش‌بینی نشده، اما در ماده ۲۴ لایحه قانون تجارت به روشنی بیان گردیده است: هر قراردادی که صحیحاً منعقد شده باشد برای طرفین الزام‌آور بوده و هر گونه تغییر در مفاد قرارداد یا شرایط آن تنها به موجب مفاد خود قرارداد و توافق جدید امکان‌پذیر است، مگر آنکه قانون به نحو دیگری مقرر کرده باشد. اصلاح قرارداد در ماده ۲-۲۰۹ UCC^۱ و ماده ۱۸۰۱ و ۲ اصول قراردادهای بین‌المللی پیش‌بینی شده است که شرط لازم در اعمال آن توافق طرفین است.^۲

۳. چهارچوب دخالت دادرسان

دستیابی به دادرسی عادلانه در همه دعاوی از جمله دعاوی راجع به قراردادهای خصوصی مبتنی بر یکسری مؤلفه‌هایی است که تضمین‌کننده عدالت قضایی است؛ لذا در این بخش این حدود و چارچوب‌ها بررسی شده است.

۳.۱. رعایت اصول دادرسی توسط دادرسان

از جمله ویژگی‌های یک دادرسی عادلانه حرکت دادرسان در مسیر اصول دادرسی است تا نظامی مبتنی بر عدل و انصاف ایجاد شود؛ برای مثال دادرس باید مستقل و بی‌طرف باشد و تحت تأثیر و نفوذ صاحبان قدرت قرار نگیرد و در کمال بی‌طرفی و بدون توجه به علایق و احساسات و گرایش‌های فکری به اختلاف رسیدگی نماید^۳ و برابری آیینی طرفین را رعایت کند. دادرس نباید در مقام اتخاذ تصمیم، سند یا موضوعی را لحاظ نماید که طرفین از آن مطلع نباشند یا اگر مطلع باشند فرصت مناسب برای بحث در خصوص آن را نداشته باشند. طرفین باید فرصت طرح ادعا، دفاعیات، ارائه اسناد و مدارک را داشته باشد و درعین حال از عناصری که توسط طرف مقابل به دادگاه ارائه می‌شود یا توسط قاضی استخراج می‌شود در زمان مناسب مطلع و امکان بحث در خصوص آن را داشته باشد.^۴

۳.۲. رعایت مبانی نوظهور ضمن پابندی به اصل ثبات قراردادها

دادرسان گاهی برای رهایی از چالش‌ها ناگزیرند به اصول حقوقی روی بیاورند. قرارگرفتن و پذیرش تمامی اصول حقوقی در کنار هم بنا به اقتضائات موجود در اجرای عدالت مؤثر خواهد بود؛ زیرا هیچ‌یک از تئوری‌های موجود نمی‌تواند به تنهایی

^۱. The Uniform Commercial Code

^۲. امیرآبادی‌زاده، عالییه، «اصلاح قرارداد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شیراز: دانشگاه شیراز، ۱۴۰۰، صص ۹-۲۵.

^۳. مافی، همایون و محمد غمیلویی، «مفهوم و ضمانت اجرای اصول دادرسی در آیین دادرسی مدنی»، فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۸، ص ۲۸۱.

^۴. غمامی، مجید و حسن محسنی، *آیین دادرسی مدنی فراملی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، صص ۴۹-۵۳.

التزامات ناشی از تعهدات قراردادی را توجیه کند. حقوق قراردادهای طیف بسیاری از نیازها و اقتضائات اجتماعی و فردی را دربرگرفته است؛ لذا این امر مستلزم پذیرش مبانی متنوع و متناسب با موضوع اختلاف است. این رویکرد هم با اراده ظاهری متعاقدين هماهنگ است و هم با مفاهیمی نظیر انصاف، امنیت و کارایی اقتصادی که هدف هر نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد.^۱

۳.۳. رعایت اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد

مطابق این اصل، دادرس باید احتیاط کند و هر اصطلاح و شرطی از مفاد قرارداد را در پرتو کل قرارداد و کل متن مورد تحلیل و بررسی قرار دهد. دادرس باید با در نظر داشتن مجموعه شروط قرارداد و حتی ضمیمه و سیاق آن اقدام به اظهارنظر نماید. این اصل بر مجموعه‌ای از توافقات و قراردادهای مرتبط نیز حاکم می‌گردد.^۲

۳.۴. تدوین قوانین حمایتی

قسمت اعظم دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی با شعار حمایت از اقشار آسیب‌پذیر انجام می‌شود؛ اما چنانچه قوانین حمایتی بنا به نیاز در هر برهه از زمان تصویب و مرتباً بازنگری شود، قطعاً با اعمال و اجرای مقررات از پیش تعیین شده دخالت دادرسان کمتر و نظام‌مندتر خواهد شد.^۳

۳.۵. تهیه قراردادهای نمونه و شروط استاندارد

امروزه به دلیل تنوع تجارت، افزایش اختلافات ناشی از قراردادهای پیچیده در دادگاه‌ها مشاهده می‌شود. این نوع قراردادهای، اصولاً تابع عرف و عادات و رویه خاص تجاری‌اند که مسلماً دادرسان آگاهی کامل بر این نوع از قراردادهای و نحوه تنظیم و اجرای آنها ندارد؛ لذا پیشنهاد می‌شود در هر نظام حقوقی نمونه قراردادهای استاندارد و شروط نمونه به صورت رسمی توسط افراد خبره و مورد وثوق در مجموعه‌ای به چاپ برسد و در اختیار محاکم قرار گیرد و باتوجه به اقتضائات زمانی نسبت به بازنگری آنها اقدام شود. اینکوترمز نمونه بارزی از آن است.^۴

نتیجه‌گیری

۱. امروزه امکان دخالت دادرسان در قراردادهای خصوصی در غالب نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است و اصولاً برقراری رابطه قراردادی منصفانه درمورد اختلافات قراردادی تنها از طریق دخالت دادگاه‌ها به طرق مختلف عینیت می‌یابد.

۲. اصل حسن‌نیت، انصاف، اعتماد و کارکرد اقتصادی از جمله قواعدی‌اند که باید در زمان دخالت قضایی مدنظر دادرسان

۱. عبدی‌پور فرد و پرهیزگار، پیشین، صص ۸۹-۹۰.

۲. موسوی، سید فضل‌الله، سید مهدی موسوی، محمدحسین وکیلی مقدم و مهدی غلامی، «مطالعه تطبیقی اصول تفسیر قرارداد»، فصلنامه پژوهش حقوقی خصوصی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۲۰۵.

۳. کاظم‌پور، جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکترین نامعقول بودن در ایالت متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۴، شماره ۷۱، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴.

۴. منوچهری، مهسا، «شروط استاندارد و تاثیر آن در تسهیل حمل و نقل دریایی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، جلفا: پردیس بین‌المللی ارس دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۹.

قرار گیرد. برخی از این مبانی به صراحت در قوانین خاص همچون قانون تجارت الکترونیک و لایحه قراردادهای تجاری آمده است. این قواعد آن قدر ارزشمندند که قانون گذار را قانع نماید تا با الگوبرداری از سایر نظام های حقوقی پیشرو همچون فرانسه در اصلاحات قانون مدنی ۲۰۱۶، به منظور شناسایی آنها به عنوان یک قاعده عام تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها، مبادرت به اصلاح قانون مدنی نماید؛ زیرا اقناع وجدانی دادرسان در استناد به این اصول صرفاً در غالب ایده های نظری و بدون اصلاح و بازنگری قوانین مشکل است.

۳. پیشنهاد می شود، ضمانت اجرای راجع به هریک از این اصول نیز به شرح ذیل به صراحت در قوانین بیان شود، در خصوص اصل اعتماد جبران خسارت و همچنین انجام یا عدم انجام فعل و در خصوص عدم رعایت حسن نیت، امکان فسخ قرارداد و جبران خسارت زیان دیده و در خصوص اصل کارایی اقتصادی، حق فسخ قرارداد به شرط جبران کامل خسارت متعهدله.

۴. علاوه بر شناسایی اصول حقوقی نوین، روش های اعمال دخالت قضایی همچون تعدیل، تکمیل و تعدیل تحت عناوین مشخص در قانون مدنی پیش بینی شود تا دادرس بداند در چه زمانی حق اعمال آنها را خواهد داشت و از شک و تردید رهایی یابد.

۵. به موازات شناسایی این صلاحیت ها در قوانین باید نسبت به تعیین چهارچوب اعمال آن نیز اقدام شود تا دادرسان در استفاده از این اختیار بر مبنای سلیقه شخصی خویش عمل ننمایند. برای مثال در رسیدگی به اختلافات قراردادی مکلف به رعایت اصول دادرسی منصفانه و اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد باشند و در جهت رفع اختلافات ضمن توجه به اصول حقوقی نوین اولویت را به حفظ قرارداد و پایبندی بر آن قرار دهند.

۶. قواعدی همچون حسن نیت، انصاف و عدالت مفاهیمی نسبی اند که به طور مستقیم تحت تأثیر معیارهای نوعی و شخصی قرار دارند که در هر برهه ای از زمان در حال تغییرند و مسلماً دادرسان شناخت کامل از آنها ندارند؛ لذا پیشنهاد می شود برای بررسی این مفاهیم که در هر پرونده ای بنا به موضوع و مقتضیات خاص آن پرونده در زمان و مکان های مختلف می تواند متفاوت باشد، پدیده ها و ابزار حقوقی نوین همچون قوانین تکمیلی و حمایتی و مجموعه قراردادهای استاندارد و شروط نمونه و غیره به طور رسمی تهیه شود تا در دسترس محاکم و دادرسان قرار گیرد و به صورت متناوب در طی زمان اصلاح تا مطابق با عرف و رویه متداول جاری میان حرف، صنایع، گروه های اجتماعی و فرهنگی مورد بازنگری قرار گیرد.

منابع

کتاب

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ بیستم، ۱۳۷۸.
۲. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۳. باریبه، موریس، *مدرنیته سیاسی*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، جلد ۱، تهران: آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۴. بوردو، ژرژ، *لیبرالیسم*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۵. بیگدلی، سعید، *تعدیل قرارداد*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۴.
۶. پاکباز، سیامک، *شرح قانون مدنی فرانسه با اصلاحات ۲۰۱۶*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۱.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶.

۸. رضایی نژاد، همایون، *فلسفه مسئولیت قراردادی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۹. صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ سی و چهارم، ۱۳۹۹.
۱۰. عدل، سید مصطفی، *حقوق مدنی*، تهران: بانک ملی ایران، چاپ چهارم، ۱۳۳۱.
۱۱. غمامی، مجید و حسن محسنی، *آیین دادرسی مدنی فراملی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی (قرارداد، ایقاع)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۲.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
۱۵. یزدانیان، علیرضا، *درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی، مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.

مقاله

۱۶. ابراهیمی، یحیی، «مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۶، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، صص ۶۱-۹۰. <https://doi.org/10.22066/cilamag.2009.17285>
۱۷. انصاری، مهدی، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۳۹-۵۷. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.1.3.1>
۱۸. بادینی، حسن، حسن محسنی و هادی ملک تبار، «تشریفات آیین اعطای مهلت عادلانه»، *دو فصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۴۸-۵۷. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23221712.1395.5.1.5.5>
۱۹. حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، صص ۲۲۶-۱۹۶.
۲۰. سلطان احمدی، جلال، راضیه تقی‌زادگان و ابراهیم تقی‌زاده، «تعديل قدرت معاملاتی نابرابر با تقلید معامله»، *فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی*، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۰، صص ۲۵-۵۱. doi: 10.22034/ijts.2021.246906
۲۱. سهرابی، حمید، اصغر عربیان، اصغر و نجادعلی الماسی، «تعديل وجه التزام قراردادی در قانون مدنی سال ۲۰۱۶ فرانسه»، *فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی*، دوره ۳، ۱۴۰۰، صص ۱۸۱-۱۹۷. <https://civilica.com/doc/1430465>
۲۲. صالحی‌راد، محمد، «حسن نیت در اجرای قراردادها و آثار آن»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۶۳، شماره ۲۶، ۱۳۷۸، صص ۸۳-۱۱۶.
۲۳. عبدی پور فرد، ابراهیم و عبدالرضا پرهیزگار، «بررسی تطبیقی التزام به عقد با تاکید بر نظریه اعتماد»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۱۳۹۴، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۶۷-۹۲. <https://doi.org/10.22091/csiw.2016.724>
۲۴. عزیززاده، صمد و عبدالعلی محمدی و رقیه شهبابی، «رویه تعدیل قضایی قرارداد با رویکرد بررسی تعارض قضایی با اصل آزادی در تعیین شروط قراردادی در حقوق ایران و انگلستان»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، دوره ۵، شماره ۷، ۱۴۰۱، صص ۵۶۴-۵۷۶. <https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.303483.2259>
۲۵. قاسم‌زاده، مرتضی، «حل اختلافات قراردادی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵ و ۶، ۱۳۷۶، صص ۵۹-۷۰.
۲۶. کاظم‌پور، جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکتین نامعقول بودن در ایالت متحده آمریکا»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۴، شماره ۷۱، ۱۳۸۹، صص ۱۳۹-۱۸۰. <https://doi.org/10.22106/ijl.2010.11170>
۲۷. گلشنی، عصمت و سیدمهدی حسینی مدرس، «مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق»، *فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۲، شماره ۷، ۱۳۹۴، صص ۴۹-۶۶. <https://doi.org/10.22067/le.v22i7.44981>
۲۸. مافی، همایون و محمد غمیلویی، «مفهوم و ضمانت اجرای اصول دادرسی در آیین دادرسی مدنی»، *فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص ۲۶۷-۲۹۳. doi: 10.22034/law.2019.239599
۲۹. مرادی، خدیجه، «تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۳۲۱-۳۴۴. doi: 10.22059/ijfil.2013.51930

۳۰. موسوی، سید فضل‌الله، سید مهدی موسوی، محمدحسین وکیلی مقدم و مهدی غلامی، «مطالعه تطبیقی اصول تفسیر قرارداد»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۱۸۳-۲۱۸.

پایان‌نامه

۳۱. احسانی، رضا، «رویه قضایی ایران در تعدیل قضایی قرارداد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰.
۳۲. امیرآبادی‌زاده، عالی، «اصلاح قرارداد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شیراز: دانشگاه شیراز، ۱۴۰۰.
۳۳. عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن‌نیت در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰.
۳۴. غلامعلی تبارفیروزجایی، امیر، «مبانی فلسفه حقوق قراردادها»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۷.
۳۵. منوچهری، مهسا، «شروط استاندارد و تاثیر آن در تسهیل حمل و نقل دریایی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، جلفا: پردیس بین‌المللی ارس دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.

References

Books

1. Adl, Mostafa, *Civil Rights*, National Bank of Iran, Fourth Edition, 1942. (in Persian)
2. Ansari, Ali, *The Theory of Good Faith in Contracts, A Comparative Study in Iranian Law and Contemporary Legal Systems*, Tehran: Jungle, Second Edition, 2012. (in Persian)
3. Barbier, Maurice, *Political Modernity*, Translated by: Abdol Wahab Ahmadi, Volume 1, Tehran: Agah, First Edition, 2004. (in Persian)
4. Barker, David. *Padfield, Colin. Law Made Simple*. London: Routledge, First Edition, 2007.
5. Bigdeli, Saeed, *Contract Adjustment*, Tehran: Mizan, Fourth Edition, 2015. (in Persian)
6. Burdeau, Georges, *Liberalism*, Translated by: Abdol Wahab Ahmadi, Tehran: Nay Publishing, First Edition, 1999. (in Persian)
7. Emami, Hassan, *Civil Rights*, Volume 1, Tehran: Eslamic, 20th Edition 1999. (in Persian)
8. Fried, Ch. *Contract as a Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Second Edition, Oxford University Press, 2015.
9. Ghamami, Majid and Hassan Mohseni, *Transnational Civil Procedure*, Tehran: Publishing Sahami Company, Fourth Edition, 2017. (in Persian)
10. Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, New York: Oxford University, 1993.
11. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Alfaregh*, Volume 1, Tehran: Ganje Danesh, First Edition, 2007. (in Persian)
12. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 1, Tehran: Publishing Sahami Company, Fourth Edition, 1997. (in Persian)
13. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 3, Tehran: Publishing Sahami Company, Fourth Edition, 2004. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser, *Legal Application (Contract, Unilateral)*, Tehran: Publishing Sahami Company, Eighth Edition, 2003. (in Persian)
15. Pakbaz, Siamak, *Description of the French Civil Code with the Amendments of 2016*, Tehran: Mizan, Fourth Edition, 2022. (in Persian)
16. Reza'ei Nejad, Homayoun, *Philosophy of Contractual Responsibility*, Tehran: Publishing Sahami Company, First Edition, 2020. (in Persian)
17. Safa'ei, Sayyed Hossein, *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 34th Edition, 2020. (in Persian)

18. Yazdanian, Alireza, *Lessons from Comparative Civil Law: Comparative Studies in the Law of Obligations*, Tehran: Mizan, Volume 1, First Edition, 2013. (in Persian)

Articles

19. Abdi-Pour Farrd, Ebrahim and Abdolreza Parhizgar, "Comparative Study on the Foundations of Commitment to the Contract with an Emphasis on the Reliance Theory", *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 2, Issue 4, 2015, PP 67-92. (in Persian) <https://doi.org/10.22091/csiw.2016.724>
20. Alizadeh, Samad, Abdolali Mohammadi and Roghayeh Shahabi, "Judicial Adjustment of the Contract with the Approach of Examining the Judicial Conflict with the Principle of Freedom in Determining Contractual Terms in Iranian and English Law", *Iranian Political Sociology Monthly*, Volume 5, Issue 7, 2022, PP 564-576. (in Persian) <https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.303483.2259>
21. Ansari, Mehdi, "The Theory of Efficient Breach In Contract Law", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 41, Issue 1, 2011, PP 39-57. (in Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.1.3.1>
22. Badini, Hassan, Hassan Mohseni and Hadi Malek tabar, "Ceremonies of the Ritual of Granting a Fair Deadline", *Bi-Quarterly Journal of Civil Law Knowledge*, Volume 5, Issue 1, 2016, PP 48-57. (in Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23221712.1395.5.1.5.5/>
23. Ebrahimi, yahya, "A Comparative Study on the Notion and Effects of Good Faith in Formation, Interpretation and Performance of Contracts", *Journal of International Law Review*, Volume 26, Issue 41, 2009, PP 61-90. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2009.17285/>
24. Florian, Rodl. "Contract Freedom, Contractual Justice and Contract Law Theory", *Law and Contemporary Problems*, Volume 76, Issue 2, 2013, PP 56-70.
25. Fried, Ch. "Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation" *Michigan Law Review*, Volume 81, Issue 4, 1983, PP 903-908. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol81/iss4/21/>
26. Ghasem-Zadeh, Morteza, "Resolving Contractual Disputes", *Quarterly Journal of Judicial law Views*, Issues 5 and 6, 1997, PP 59-70. (in Persian)
27. Golshani, Esmat, and Sayyed Mehdi Hasseini Modarres, "Comparison of the Effect of Economic and Formalist Schools of Interpretation on Law", *Journal Encyclopedia of Economic Law*, Volume 22, Issue 7, 2015, PP 49-66. (in Persian) <https://doi.org/10.22067/le.v22i7.44981>
28. Hossein Abadi, Amir, "Economic Balance in the Contract", *Legal Research Quarterly*, Volume 1, Issues 19-20, 1997, PP 196-226. (in Persian)
29. Kazem-Pou, Jafar, "The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States "Doctrine of Unconscionability", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 74, Issue 71, 2010, PP 139-180. (in Persian) <https://doi.org/10.22106/jlj.2010.11170>
30. Mafi, Homayoun and Mohammad Ghamilouei, "The Concept and Sanction for "Principles of Procedure" in Civil Procedure", *Research and Development in Comparative law Quarterly*, Volume 2, Issue 3, 2019, PP 267-293. (in Persian) doi: 10.22034/law.2019.239599/
31. Moradi, Khadijeh, "Analysis of Essentials of Judicial Reconsideration in the Iranian Law and Shi'a Jurisprudence", *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, Volume 46, Issue 2, 2013, PP 321-344. (in Persian) doi: 10.22059/jjfil.2013.51930.
32. Muosavi, Sayyed Fazlollah, Sayyed Mehdi Muosavi, Mohammad Hossein Vakili Moghadam and Mehdi Moghadam, "The Principles of Interpretation of Contract (A Comparative study)", *Private Law Research Quarterly*, Volume 1, Issue 1, 2012, PP 183-213. (in Persian)
33. Ole , Lando. "Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC", *Pace International Law Review*, Issue 13, 2001, PP 339-369. <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1214/>

34. Salehi-Rad, Mohammad, "Good Faith in the Execution of Contracts and Their Effects", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 63, Issue 26, 1999, PP 83-116. (in Persian)
35. Sohrabi, Hamid, Asghar Arabian and Nejadali Almasi, "Adjustment of Contractual Obligations in the 2016 French Civil Code", *Journal of Economic Jurisprudence Studies*, Volume 3, 2021, PP 181-197. (in Persian) <https://civilica.com/doc/1430465/>
36. Soltan Ahmadi, Jalal, Razieh Taghizadegan and Ebrahim Taghizadeh, "Modifying Bargaining Power by Contract Imitation", *Quarterly Journal of Trade Studies*, Volume 25, Issue 100, 2021, PP 25-51. (in Persian) Doi: 10.22034/ijts.2021.246906/
37. Waltrer, Nicholas. "Unpredictability in Contract Law", *Penn State Law Review*, Volume 127, Issue 3, 2023, PP 701-747. Available at: <https://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2023/05/3.-Walter-.pdf>

Thesis

38. Amir-Abadi-Zadeh, Ali, "Modification of Contract in the Law of Iran and United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods", Master's Thesis, Shiraz: Shiraz University, 2021. (in Persian)
39. Azimi, Khadijeh, "Comparative Survey Theory Trust in Jurisprudence with Good Faith in Common Law and International Document", Master's Thesis, Qom: University of Qom, 2011. (in Persian)
40. Ehsani, Reza, "Iranian Judicial Procedure in Judicial Modification of Contracts", Master's Thesis, Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services, 2021. (in Persian)
41. Gholam-Ali Tabor Firooz-Jaei, Amir, "Origins of the Philosophy of Contract Law", PhD Thesis, Tehran: University of Science and Culture, 2018. (in Persian)
42. Manoochehri, Mahsa, "Standard Condition and Their Effect on Facilitating Sea Transportation", Master's Thesis, Jolfa: Aras International Campus of University of Tehran, 2015. (in Persian)



Original Article

The Validity of Transaction by Conduct in High-Value Sale

Seyyed Mahdi Dadmarzi¹, Amirreza Karimi Suq² 

Highlights

- Affirming the validity of transactions by conduct in high-value sales is inferred in Iranian Civil Law from the apparent meaning and generality of Article 339 of the Civil Code.
- However, this interpretation seems inaccurate in light of the philosophy of jurisprudence, the logical interpretation of the law, and the significant role of Sharia and custom in shaping transactional concepts and titles.
- Referring to these sources as the foundations of Iran's current legal system reveals that mere conduct is insufficient in high-value sales; instead, the parties must make an offer and acceptance which explicitly indicates the intention of sale so that transactions by conduct get legal validation.

ABSTRACT

Introduction

Within the Iranian Civil Law framework, despite several jurisprudential theories concerning the validity of transactions through conduct (Mu'āṭāt), their validity in contracts, including sales, is implicitly grounded upon Articles 191 and 193 and explicitly affirmed in Article 339. The legislator has expressly excluded this general rule only in two instances: marriage and, according to some interpretations, the contract of endowment. Nevertheless, in some cases, including high-value transactions, it needs to be examined whether the adequacy of mere conduct for contract formation is sufficient or not. What emerges from the appearance of Article 339 is that, after mutual agreement between the seller and the buyer in respect of the object of the bargain and its price, the sale is concluded by offer and acceptance "literally" or by exchange "by conduct." Thus, the sale contract will be concluded and creates ownership, which is one of its effects. At first, this interpretation seems correct, and the absoluteness of Article 339 indicates so. However, in this article, by a profound analysis of sources of Iranian laws, jurisprudence and its philosophy, the important role of custom in shaping and correcting transactions by conduct, rational basis, and Sharia, alongside the denial of the aforementioned wrong interpretation, the necessity of using a declarative act, more than mere conduct, which explicitly indicates the intention of a sale, will be demonstrated.

Methods

This article seeks to prove its subject by adopting a descriptive-analytical approach and using library resources. In the jurisprudential section, the opinions of Islamic jurists from various schools of thought were interpreted and explained, and by reflecting on the philosophy of jurisprudence and Sharia, the nature of contracts and transactions as a customary nature was analyzed and examined. In the legal section, the

How to Cite: Dadmarzi, Seyyed Mahdi, Karimi Suq, Amirreza, "The Validity of Transaction by Conduct in High-Value Sale", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp: 147-166.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238817.2855>

Received: 17/02/2025-Accepted: 26/04/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

2. Bachelor's Student, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Corresponding Author Email: ar.karimi@stu.qom.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

opinions of scholars and legal doctrines were used to explain and interpret the status of transactions and the creation of a contract. Finally, by using both of the mentioned sources, besides the other reasons and explanations, the subject of research and the proposal of the writers for amending the incomplete article of the Civil Law have been brought up.

Results and Discussions

What emerged from the appearance of Article 339 of the Civil Code was the validity of the occurrence of high-value sales with transactions, and on the surface, it seemed that the legislator considered both low-value and high-value sales to be the same and did not distinguish between them. What makes it important to reflect on and doubt such an incomplete interpretation of the article of the Civil Law is the country's indigenous legal system's adherence to the stages of legitimizing legal relationships, such as sales that are made by custom; so that, in addition to the legislative validity, it is necessary that they also have the required jurisprudential validation. Accordingly, if a custom does not consider and does not apply the mere transactions for the transfer of high-value objects, basically, the aforementioned issue does not enter the legislative validation process and cannot have legal effect as a sale. Accordingly, even if the high-value sale contract parties want to create a sale from their own accord based on the contract freedom principle, contrary to the current custom and wise basis regarding sales, the circle of effectiveness of such a transaction will never be legally recognized. To realize the transactional title of sale and its validity over customary and religious sales in the causative stages, some conditions must exist so that both make a customarily and religiously effective sale. Such a sale is the origin of the effect and also brings about ownership and possession for the contract parties in the legal and religious sphere; because the creation is an act of actor and the realization of the sale outside is a causative act, even if in this causative act, the active creation of the persons is involved and the will of the creation is necessary for the purpose of forming sale contract, but this causative act is not only dependent on the will of the person or individuals and if custom and wisdom basis have other extra conditions for the realization of that contractual title and those conditions are not observed in the active creation of the persons, custom and wisdom basis will deprive that contractual title and that will not be accepted as a sale that they thought they are trying to conclude. The circumstances are also valid in the high-value sale and can even be considered valid in other onerous transactions, such as exchange, loan, and lease, and other contracts where the value of the consideration is also significant and high. Therefore, the mere agreement of individuals, without the existence of a customary validity based on which the high-value sale of a contract, or any other transactional title, has acquired validity and identity, the actor's creation of that transactional title cannot be the complete cause of its formation. And finally, one must also be aware of the role and importance of the custom during transactions. The custom and wisdom basis in the forming of a transaction prefer caution, and based on the discussed points, jurists such as Sheikh Ansari had appropriately issued a fatwa on the necessity of pronouncing the words in a high-value sale for preventing any doubt about the correctness of such contracts.

Conclusion

Considering what has been discussed, Article 339 can be deemed to be exclusive of high-value sales and high-value transactions of a contract, and its scope can be accepted in matters that are not onerous and very valuable. Therefore, in order to create legal and effective ownership and possession in the sphere of law, custom, and Sharia, the parties must use a clear statement beyond mere compliance and including explicit expressions to declare their intention in order to prevent any other interpretation and dispute. The authors propose to amend Article 339 of the Civil Law as follows: "after mutual agreement between the seller and the buyer in respect of the object of the bargain and its price, the sale is concluded by offer and acceptance. The rule in transactions which subject matter is highly valuable is that the sale is concluded with a statement that clearly and explicitly indicates the intention to sell."

KeyWords: High-Value Sale, Transaction by Conduct, Sale Forming, Sale Causative.



اعتبار معاطات در بیع کلان

سید مهدی دادمرزی^۱، امیررضا کریمی سوق^۲

نکات برجسته

- حکم ظاهری صحت معاطات در بیع کلان یا ارزشمند در قانون مدنی ما بنا به ظاهر ماده ۳۳۹ و اطلاق آن استنباط می‌شود.
- برداشت فوق با توجه به فلسفه فقه، تفسیر منطقی قانون و نقش مؤثر شرع و عرف در شکل‌گیری عناوین معاملی نادرست می‌نماید.
- با رجوع به منابع فوق بعنوان منابع حقوقی کنونی ایران، درمی‌یابیم که صرف معاطات در بیع با ارزش بالا کافی نیست و باید مبرزی فراتر از معاطات که صریحاً بر قصد بیع دلالت نماید بکار گرفته شود.

چکیده

در قانون مدنی ایران، برخلاف پیشینه نظریات متکثر و مختلف فقهی در مورد جریان و حکم معاطات در عقود مختلفه، صحت عقود معاطاتی از جمله بیع، به‌طور ضمنی از مواد (۱۹۱) و (۱۹۳)، و صراحتاً از ماده (۳۳۹) استنباط می‌گردد. این قاعده عمومی تنها در عقود معینه وقف و نکاح توسط قانون‌گذار در قانون مدنی تخصیص خورده است. ولیکن در برخی موارد، از جمله در بیوع خطیره و کلان (ارزشمند)، این امر نیازمند بررسی و تحقیق است که آیا در چنین عقود نیز می‌توان به صرف معاطات اکتفا کرد یا خیر. آنچه بدو از ظاهر قانون مدنی برمی‌آید، این است که طبق ماده (۳۳۹)، پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع با ایجاب و قبول با «لفظ» یا با دادوستد «معاطات» عقد واقع خواهد شد و با وقوع بیع، آثار آنکه یکی از آنها ایجاد سبب علقه مالکیت است نیز حاصل می‌شود. در این مقاله، با واکاوی و تأملی ژرف در منابع حقوق ایران، فقه و فلسفه آن، نقش مؤثر عرف در تصحیح معاطات و نیز بنای عقلا و سیره متشرعه، نادرستی چنین ادعایی را خواهیم یافت و ثابت می‌شود که صرف معاطات در بیوع با ارزش بالا کافی نیست و طرفین باید مبرزی فراتر از معاطات که صریحاً بر قصد بیع دلالت نماید.

کلید واژگان: بیع کلان، عقد معاطاتی، بیع انشایی، بیع تسبیبی.

استناد به این مقاله: دادمرزی، سید مهدی، کریمی سوق، امیررضا، «اعتبار معاطات در بیع کلان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱۴۷-۱۶۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238817.2855>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۶

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
 ۲. دانشجوی کارشناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: ar.karimi@stu.qom.ac.ir



Copyright: © 2025 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

قانون، مهم‌ترین منبعی است که در نظام حقوقی هر کشوری، به‌ویژه کشورهایی با نظام حقوقی رومی-ژرمنی وجود دارد. جمهور حقوق‌دانان در ذکر منابع حقوق، اولین و مهم‌ترین موردی را که برمی‌شمارند، قانون است. برای درک هر نظام حقوقی، توجه یک حقوق‌دان، باید علاوه بر نصوص قانونی، به‌سوی ریشه‌ها، ساحت‌ها، مبانی و منابع گوناگون آن معطوف گردد و با چنین روشی، فهم درست و مناسبی حاصل می‌شود؛ چنان‌که بزرگان این عرصه این مهم را خاطرنشان کردند و به‌صراحت اشعار داشتند که حقوق مدنی ایران دنباله تاریخ این سرزمین و چهره تکامل‌یافته و تنظیم‌شده‌ای از فقه امامیه است که بر مبنای تحقیق و فتاوی فقیهان در طول قرن‌ها تدوین شده است. پس، ضروری است که نویسندگان چنین حقوقی خویشتن را شاگرد این مکتب شمارد و در این مسیر و متناسب با آن گام بردارد.^۱ به‌دفعات دیده می‌شود در قانون، امری مسکوت، مجمل، یا با لفظی نامناسب بیان گردیده است. اینجاست که حقوق‌دان مسئولیت تفسیر قانون و روشن‌گری مقصود قانون‌گذار را برعهده دارد. از جمله مواردی که در قانون مدنی نیز مسکوت مانده و نیازمند بررسی و تحقیق حقوق‌دانان است، موضوع «بیع کلان معاطاتی» است. بیع کلان یا خطیره، که در مقابل آن بیع خرد یا حقیره به‌کار رفته می‌شود، نوعی از انواع بیع است؛ با این تفاوت که در بیع کلان یا خطیره، ارزش مثنی یا عین مورد معامله، گرانبها و بسیار است. این مهم در مباحث فقهی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و فقهای امامیه و اهل سنت، در مورد ماهیت و آثار آن کاوش نموده‌اند که در این نوشتار، آرا و نظریات آنان ذکر و بررسی خواهد شد. قوانین ما، از جمله قانون مدنی در موضوع بیع کلان معاطاتی، حکمی ندارند و در ظاهر، مسئله مشمول اطلاق مادتین (۳۳۹) و بند «الف» (۳۶۲) قانون مدنی می‌شود. گویی که قانون‌گذار، محدودیتی برای میزان ارزش عین مورد معامله، در نظر نگرفته و انشای شخص با رعایت قواعد عمومی قراردادها و قواعد خاص عقد بیع، در محیط قانون موثر واقع می‌شود و تملیک و تملک برای متبایعین حاصل می‌گردد. آنچه موجب اهمیت یافتن تأمل پیرامون چنین برداشت مطلق از مواد قانون مدنی است، تبعیت نظام حقوق بومی کشور از مراحل مشروعیت یافتن موضوعاتی مانند بیع است که در دل عرف زاده می‌شوند؛ به‌طوری‌که علاوه بر اعتبار مقنن، باید از مشروعیت لازم فقهی نیز برخوردار گردند. براین اساس، اگر عرف در مورد اشیای پربها، مجرد معاطات را برای نقل و انقال کافی نداند و به کار نبندد، اساساً موضوع یاد شده وارد فرایند اعتباربخشی مقنن نمی‌شود و نمی‌تواند به‌عنوان بیع، دارای اثر قانونی باشد. براین اساس، حتی اگر متبایعینی بخواهند بر خلاف جریان عرف در مورد بیع، به استناد اصل آزادی اراده از نزد خود بیعی را انشا نمایند دایره اثر بخشی چنین معامله ای هرگز وارد محیط قانون نمی‌شود. در این نوشتار، قصد داریم که از ظاهر مواد قانون مدنی فراتر رویم و با عنایت به منابع بومی حقوق ایران، روح قانون و همچنین منابع حقوق موضوعه ایران، فقه و فلسفه آن، پاسخ این مسئله را بیابیم که آیا به‌واقع، کلان بودن ارزش مورد معامله در جریان معاطات، فاقد اثر است و اطلاعات مواد قانون مدنی بر صحت آن حاکم است؟ چراکه می‌دانیم زندگی حقوق نمی‌تواند به‌تنهایی بر منطق تکیه کند؛ زیرا دامنه اجرای آن محدود به ذهن نیست. حقوق پدیده‌ای اجتماعی است و باید در نظام ویژه خود تعبیر و تفسیر گردد.^۲ مقاله حاضر با روش تحلیلی-توصیفی، با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع بومی فقهی و حقوقی، به واکاوی و امکان‌سنجی جریان معاطات در بیوع کلان خواهد پرداخت.

۱. کاتوزیان، ناصر، *الزامات خارج از قرارداد*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۵۹.

۱. معاطات در فقه

گسترش دین اسلام و همچنین افزایش جمعیت و به موجب آن، افزایش میزان مبادلات و معاملات در میان جوامع، با عنایت به پویایی فقه شیعه و کارآمدی آن، سبب شده است که در زمان‌های گوناگون، احکام و آرای گوناگونی از فقها برای معاملات معاطاتی صادر گردد که خود قابل توجه است. بیع نیز به عنوان یکی از عقود معین، به اعتبار سبب انشای خود به بیع قولی و فعلی تقسیم می‌شود و بیع فعلی آن است که بدون گفتن ایجاب و قبول صورت می‌گیرد.^۱ در ماهیت بیع و انشای معاطاتی آن، انواع و احکام آن، نظرات و اقوال گوناگونی در فقه مذاهب اسلامی مطرح شده است. در شرع هیچ‌گونه تعریفی از بیع به عمل نیامده و بیع را نه حقیقت شرعیه شمرده و نه حقیقت متشرعه، بلکه شارع بیعی را که در عرف معمول بوده، تأیید و امضا کرده است. این مطلب باعث دشواری در تعریف بیع شده است و به همین دلیل، نظرات گوناگون و متشتت فقها در این باره مشاهده می‌شود. اکنون نیز با تمرکز بر منابع فقهی به عنوان مأخذ قانون مدنی ما، به بررسی معاطات و بیع معاطاتی، انواع و احکام آن خواهیم پرداخت.

۱.۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی معاطات

معاطات از مصدر باب مفاعله و از ریشه «عطو» است؛^۲ بنابراین، معاطات به معنای اعطای شیء به کسی است. از این رو به مال بخشیده شده «عطیه» می‌گویند و جمع آن «عطایا» است.^۳ با توجه به خصوصیت باب مفاعله که بین‌الاثنین است، معاطات به معنای آن است که میان دو نفر دادوستدی واقع شود. در قاموس الفقهی هم چنین آمده است: عاطاءُ الشیء: ناوله إیاه.^۴ به معاطات، هر معامله و معاوضه‌ای است که در آن ایجاب و قبول (صیغه مخصوص) نباشد اعم از آنکه لفظ دیگری گفته شود یا گفته نشود.^۵ صیغه در لغت به خلقت، هیئت و شکل تعریف شده^۶ و در معنی اصطلاحی، الفاظ و عباراتی است که روشن‌گر اراده متکلم و نوع معرفی او محسوب می‌شوند. کثیری از فقها معاطات را در کتاب البیع بررسی نموده‌اند و این می‌تواند به این علت باشد که سابقاً، قواعد عمومی عقود در بیع مطرح می‌شده است و این رویه به گونه غالبی همچنان میان فقها ادامه دارد. در معنای اصطلاحی نیز فقها تعاریف بسیار گوناگون و متضادی را از آن ارائه داده‌اند. منشأ این اختلاف آن است که عنوان معاطات در هیچ آیه و روایتی و حتی در مقصد اجماعی وارد نشده است، بلکه فقها از زمان شیخ مفید و شیخ طوسی به لحاظ متداول شدن معاملات معاطاتی در میان مردم آن را مطرح کرده و درباره حکم آن به بحث و بررسی پرداخته‌اند.^۷ در این مجال نیز به بررسی انواع معاطات در فقه امامیه خواهیم پرداخت.

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، **قواعد کلی عقود: کتاب البیع و المتاجر**، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۳۵.

۲. طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرین**، جلد ۳، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۷، ص ۲۰۴.

۳. ابن منظور، ابی‌الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، **لسان العرب**، جلد ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ، ص ۶۹.

۴. ابو جیب، سعدی، **القاموس الفقهی**، دمشق، ۱۹۹۸، ص ۲۰۲.

۵. جابری عربلو، محسن، **فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی**، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۶، ص ۱۶۶.

۶. نفیسی، علی اکبر و محمدعلی فروغی، **فرهنگ نفیسی**، جلد ۳، تهران: خیام، بی تا، ص ۲۱۸۳.

۷. عمید زنجانی، عباسعلی، پیشین، ص ۳۵، توضیح بیشتر آنکه، علت عدم انسجام و اختلاف نظرات، نشئت گرفته از عدم طرح‌ریزی و دسته‌بندی مناسب مسئله است و باید اولاً در معنای لغوی و اصطلاحی خود بررسی شود. متیقن این است که در فقه و آنچه مدنظر فقهاست، معامله با لفظ صریح عربی معاطات نیست، اما آیا معامله معاطاتی، معامله با لفظ صریح است یا خیر و اگر با لفظ صریح است، استفاده از کلمات عربی لازم است یا خیر، اگر با لفظ صریح نیست، استفاده از کلام در هر زبانی جایز است یا اشخاص با فعل هم توان انشای معامله را دارا هستند. پس از آن، باید وارد قصد طرفین و بنابر آن، حکم ناشی از تحلیل مراتب را بیان دارند؛ امری که بیان تفصیلی آن از حوصله این نوشتار خارج است.

۱.۲. انواع صور معاطات و احکام آن

برحسب قصد متعاطیین، معاطات به‌طور کلی به دو صورت قابل تصور است:

صورت اول: آن است که قصد طرفین معامله از دادن و ستاندن، اباحه تصرف باشد. با این توضیح که هریک از دو طرف در چیزی که به دیگری اعطا می‌کند فقط اجازه تصرف بدهد و قصد تملیک آن را نداشته باشد. در برخی کتب معتبر فقهی نقل شده است که ظاهراً اختلافی در مشروعیت و صحت صورت اول وجود ندارد؛ زیرا عموم آیه مبارکه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۱ و حدیث «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» که از آن به عنوان قاعده تسلیط نیز یاد می‌شود، مؤید درستی آن است.^۲

صورت دوم: هدف طرفین از تعاطی تملیک عوضین باشد. این حالت همان است که محل نزاع فقهاست؛ چرا که هر فقیه از میان حالات مختلف معاطات، یکی از آنان را اختیار کرده و حکم خاص آن را بیان نموده است. البته ذکر این نکته ضروری است که در کتب فقهی، صور دیگری برای معاطات نیز تصور شده است که بررسی تفصیلی آن مجال دیگری می‌طلبد و نظریات دیگری نیز یا برگشت آنها به همین دو صورت است یا اینکه ثمره عملی چندانی ندارند و جنبه نظری صرف دارند. بنابراین از ذکر سایر صور خودداری می‌شود^۳ و به تشریح احکام این صور در فقه خواهیم پرداخت.

۱.۱.۱. مفید اباحه بودن معاطات

نظر مشهور میان فقهای امامیه بر این است که «معاطات مفید اباحه جمیع تصرفات، به‌جز تصرفات موقوف به ملکیت است».^۴ از قائلین به این نظر مشهور، می‌توان ابن‌ادریس و همچنین شیخ طوسی را نام برد.^۵ این فقهای متقدم در استنباط‌های خود، علت عمده عدم بیع بودن معاطات را لزوم قرائت صیغه لفظی و تقدم ایجاب بر قبول را برای صحت هر بیع ذکر نمودند؛ بنابراین وقتی شرایط مذکور رعایت نشده باشد، بیعی نیز واقع نشده و اثر شرعی نیز نخواهد داشت. از دیگر قائلین به چنین نظری شهید ثانی است که حتی ایشان در کتاب الروضه‌البهیة خود بر آن ادعای اجماع هم می‌نمایند. توضیح آنکه در این نظر، سوای از میزان ارزش مال، معاطات هیچ‌گونه ایجاد ملکیتی برای طرفین نمی‌کند؛ چراکه بیع شرعی به عمل نیامده است و وقتی که بیع شرعی حاصل نشده، آثار بیع شرعی، که یکی از آنها لزوم بیع و حصول ملکیت ثمن و مثنی برای طرفین است نیز بر عمل فوق حمل نخواهد شد.^۶

۱. سوره مبارکه نساء، آیه ۲۹.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام**، جلد ۲۲، بیروت: دارالحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی‌تا، ص ۲۱۸.

۳. با بررسی پیشینه فقهی معاطات درمی‌یابیم که مجموعاً شش نظریه و بنا بر نظر برخی هفت نظریه در مورد معاطات نقل شده و هر کدام قائلین خاص خود را دارد. ۱- بیعیت معاطات و لزوم آن، ۲- لزوم معاطات، مشروط به اعلام رضایت با لفظ، ۳- مفید ملکیت جایز بودن معاطات، و لزوم آن با از بین رفتن یکی از عوضین، ۴- مفید اباحه بودن جمیع تصرفات، ۵- مفید اباحه تصرفات، صرفاً در آنهایی که متوقف بر ملک نیستند، ۶- فساد بیع معاطاتی، ۷- مفید ملکیت بودن معاطات و استقلال آن از بیع. برای مطالعه مفصل رجوع کنید به: عمید زنجانی، پیشین، ص ۳۶.

۴. شیخ انصاری این نظر مشهور را چنین نقل می‌کند: «ثمَّ إِنَّ المعروف بین علمائنا فی حکمها: أَنَّها مفیده لإباحة التصرف، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين». (انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، جلد ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۸، ص ۲۴).

۵. شیخ طوسی در دو اثر خود به نام «مبسوط» و «خلاف»، چنین نظری را قبول کرده است. برای مطالعه می‌توانید رجوع کنید به: طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۲، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸ ه.ق، ص ۸۷، همچنین ر.ک به طوسی، محمد بن حسن، **کتاب الخلاف**، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۴۱.

۶. زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة**، جلد ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۴.

۱.۱.۲. بیع بودن معاطات و لزوم آن

با مرور زمان و حصول تغییرات بسیار در جوامع و سنت‌ها، نظرها تغییر می‌یابد و نظر فقها به سمت دیگری می‌رود. گروهی دیگر از فقهای امامیه، که بخش قابل توجهی از آنان فقهای متأخرند، بر این نظرند که معاطات بیع بوده و مفید ملکیت است.^۱ به جز شافعیه، سایر مذاهب اهل سنت در لزوم بیع لفظ را معتبر ندانسته‌اند. خویی^۲ و امام خمینی (ره)^۳ از دیگر فقهایانی‌اند که بر صحت، لزوم و حلیت بیع معاطاتی تأکید دارند. بنابراین، تعریف فقها از بیع تعریف عرفی آن است و نه تعریف شرعی آن. شارع نیز در نحوه انشاء، شروط متقاعدين و شروط عوضین تصرف نموده است، ولیکن در آیه و روایتی ذکر نشده که بیع باید با لفظ یا فعل خاصی انشاء شود؛ فلذا برای همین فقها با تمسک به عموم و اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، «تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، بیع با هر لفظ یا فعلی که انشاء شود و عرفاً تعریف بیع بر آن صادق باشد، مورد امضای شارع است.^۴

۲. معاطات در حقوق

با پیدایش و بسط مدرنیته و غلبه فناوریانه غرب مدرن بر تمام عالم، تمدن‌های غیرمدرن نیز به تدریج و به ناچار با این تمدن مواجهه پیدا کردند. نظام سنتی ایران نیز از این قاعده مستثنا نبود و پیرو ورود مظاهر مختلف مدرنیته به ایران، محور نظم‌دهنده وضعیت اجتماعی و حقوقی ایران نیز از محوریت فقه و امور دینی و مفاهیمی مانند «فتوا»، «حکم» و «فرمان»، که در منظومه مفهومی خاص خود کارکرد و معنا پیدا می‌کرد، به سمت محوریت امری رفت که «قانون» نام داشت.^۵ بنابراین، آنچه امروزه اولویت اول را برای تعیین حکم موضوعات در نزد دادرس دارد، قانون است که همان قانون نیز در بسیاری از موضوعات، نسخه مدون شده نظرات و فتاوی فقها در امور و مسائل مختلف است. بر این اساس، فقه در قیاس با قانون ولو قانون مدنظر برآمده از فقه باشد، در مرتبه دوم قرار دارد و به تجویز اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در صورت سکوت یا اجمال قانون است که برای کشف احکام موضوعات، اجازه رجوع دادرس به فقه داده شده است. بر این اساس در موضوع معاطات نیز ابتدا باید به سراغ قانون رفت و چنانچه حکم روشن قانونی در مورد مزبور وجود نداشته باشد، به فقه مراجعه کرد. قانون مدنی از معاطات تعریف صریح و روشنی به ما نمی‌دهد و فقط در ماده (۳۳۹) از واژه «دادوستد» استفاده می‌کند که مؤید معنی معاطات است. با این اوصاف، معاطات در اصطلاح حقوقی را چنین تعریف کرده‌اند: «معاطات صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی و یا اشاره نبوده بلکه به دادن و ستاندن صورت

۱. و البیع ینعقد علی تراضٍ بین الاثنین فیما یملکان التبايع له إذا عرفاه جمیعاً و تراضیا بالبیع و تقایضا و افتراقاً بالأیدان. (شیخ مفید، محمد بن محمد، *المقننه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۵۹۱). ذکر این نکته ضروری است که شیخ انصاری چنین نقل می‌کند که اولاً شیخ مفید در مقام بیان همه شرایط بیع نبوده و شیخ مفید در این تعریف فقط برخی شرایط بیع را برشمرده است، نه همه آنها را؛ همچنین ایشان ذکر کردند که ثانیاً قرینه‌ای در عبارت وجود دارد که شیخ مفید خصوص بیع لفظی را بیان می‌کند. آن قرینه، عبارت «تقایضاً» است. «تقایضاً» فقط مربوط به بیع لفظی است، اما در بیع به معاطات، در بیع فعلی، شرط تقایض، جایی ندارد. ماهیت معاطات، تقایض است، دیگر شرط تقایض برای آن معنا ندارد (انصاری، پیشین، ص ۸۶).

۲. خویی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم: مهر، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۵.

۳. خمینی، سید روح‌الله، *کتاب البیع*، جلد ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴ ه.ق، ص ۲۰؛ همچنین در کتاب البیع خود بر این رأی می‌باشند. برای مطالعه بیشتر ر.ک. همان، ص ۸۴.

۴. مدرسی، محمدرضا، عبدالله امیرخانی و جواد احمدی، *بررسی گسترده فقهی بیع*، جلد ۲، قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳، ص ۵۴.

۵. بیگدلی، عطاالله، *قانون‌شناسی؛ درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران*، تهران: اشراق، ۱۳۹۴، ص ۳۷.

گیرد، مانند بیع معاطاتی».^۱ معاطات در حقوق، همان گونه که در پیشینه فقهی آن نیز مطرح شد و ما نیز در ادامه به آن خواهیم پرداخت، مختص به عقد خاصی نیست و در قانون مدنی نیز چنین است.

۲.۱. قاعده بودن صحت معاطات در قانون مدنی

با عنایت به قانون مدنی، در بخش قواعد عمومی قراردادها، از دو ماده (۱۹۱) و (۱۹۳)، چنین استنباط می شود که نحوه بیان اراده و قصد طرفین، طریقت دارد و به هر نحوی که طرفین مقصود خود را به همدیگر ابراز نمایند، نافذ است و دارای اعتبار؛ چه این ابراز با لفظ باشد یا با کتابت و نگارش یا با اشاره یا با تعاطی؛ مگر در جایی که قانون استثنا کرده باشد. این امر نیز با اصل حاکمیت اراده هماهنگ است و از آثار آن، زدودن تشریفات است که تا قبل از آن برای عقد بستن لازم بوده است.^۲ از نظر وحدت ملاک ماده (۳۳۹)، کلیه عقود را می توان به وسیله دادوستد منعقد کرد، مگر آنکه قانون استعمال الفاظ را لازم بداند.^۳ البته امروزه مبادله کالا به کالا ظاهر در قصد معاوضه و مبادله پول با کالا ظاهر در بیع دارد، گرچه خلاف آن قابل اثبات است. حقوق دانان خارجی نیز بر رضایی بودن عقد بیع و عدم ضرورت شکل و صورت خاص برای انعقاد آن سخن گفته اند.^۴ معاطات حتی در حوزه حقوق تجارت نیز راه یافته است. راه یابی و صحت معاملات معاطاتی در قراردادها و اعمال تجاری بسیار مشهود و محسوس است. پس، طبق قانون، بیان اراده طرفین لازم نیست که به صورت لفظی یا قرائت صیغه خاص باشد و دارا بودن قصد و رضا، در کنار ابراز اراده و رعایت سایر شرایط عمومی و اختصاصی هر عقد، اعم از معین و غیرمعین، باعث ایجاد و انشای اثر حقوقی مقصود می شود و مطابق آن، اشخاص پایبند به مفاد مورد توافقی که قانون آن را به رسمیت شناخته است خواهند شد، مگر آنجا که قانونگذار استثنا کرده باشد.

۲.۲. تخصیص قاعده عمومی بودن معاطات

طبق بررسی ها، همان طور که بیان شد، در «صحت انشای عقود با معاطات» به عنوان قاعده عمومی شکی نیست. ولیکن در عقد نکاح، در ماده (۱۰۶۲) قانون مدنی ایران، لفظی بودن ایجاب و قبول صریح موضوعیت داشته و نتیجه عدول از آن را عدم انشای عقد در نظر گرفته است.^۵ این در حالی است که در ماده (۱۹۱) از تعبیر چیزی که دلالت بر قصد انشا کند نام برده شده است. آگاهی از این نکته نیز ضروری است که اجبار قانون گذار به بیان اراده به صورت الفاظ صریح که دلالت بر قصد انشای عقد نمایند، موجب تشریفات شدن عقد نمی شود؛ زیرا همچنان عقود فوق با ایجاب و قبول شکل خواهند گرفت و لزوم بیان اراده به لفظ را نباید حمل بر تشریفات بودن نمود؛^۶ به عبارت دیگر، تشریفات عبارت است از

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۶۹۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۲۶۷، همچنین؛ شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص ۱۴۳.

۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ سی و هفتم، ۱۳۹۵، ص ۴۹۰.

۴. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا، ص ۵۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۴۰۰، ص ۶۱.

۶. باوجود این، برخی قائل اند که عقد نکاح رضایی نبوده و تشریفات است. دکتر صفایی با وجود اینکه نکاح را عقدی تشریفات محسوب نموده اند، در ذیل نظر خود نیز اشاره به این مهم نیز کرده اند که تنظیم سند رسمی نیز شرط صحت نکاح نیست و عدم ثبت فقط دارای ضمانت اجرای کیفری است. باوجود این، ایشان در دو اثر خود، نکاح را عقدی تشریفات برمی شمارند، نه رضایی (برای مشاهده ر.ک. صفایی، سید حسین و سید اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان، چاپ پنجاه و یکم، ۱۳۹۸، ش ۴۵، همچنین ر.ک. صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ سی و ششم، ۱۴۰۰، ص ۵۳).

وجود عنصری دیگر، به غیر از ایجاب و قبول، که ضمانت اجرای عدم رعایت آن بطلان عقد مذکور را به همراه دارد.^۱ در عقد وقف نیز، بنابر نظر بعضی از حقوق دانان و به نقل از برخی فقها،^۲ قانون گذار در ماده (۵۶) قانون مدنی به صراحت از ضرورت لفظی بودن انشای عقد وقف، اعم از عام یا خاص بودن موقوف علیهم سخن به میان آورده است. بنابراین، به عنوان قاعده عمومی، قابل انشا بودن عقود به شکل معاطاتی و بدون قرائت صیغه خاص را بدون شک در نظام حقوقی کنونی باید پذیرفته شده دانست، هر چند که قانون گذار، عقد نکاح و بنا بر نظری، عقد وقف را تخصیص زده و از لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول برای انعقاد عقود مذکور، سخن به میان آورده است. همچنین لازم است خاطر نشان شود که برخلاف برخی نظریات سابقه فقهی بحث، که در همین نوشتار بررسی شد، طبق قانون، جایز و لازم بودن هر عقد به پیروی از ماهیت آن عقد خواهد بود، نه لفظی یا فعلی بودن انشای آن.

۳. بیع کلان معاطاتی

نباید از قانون انتظار داشت که حکم تمام موضوعات و مسائل را بتواند دقیق و منظم بیان کند؛ گرچه قانون گذار باید حداکثر تلاش خود را در راستای انجام این مهم به عمل آورد. باین حال، مسائل و موارد مسکوت بسیاری هستند که یا سابقاً در فقه مطرح شده و قانون گذار آن را مورد بررسی و تعرض قرار نداده است یا با گذشت زمان و پیدایش مسائل نوظهور و بی سابقه، قانون درباره آن حکمی ندارد. بیع کلان معاطاتی نیز از مسائل سابق است که در فقه توسط قلیلی از فقها بررسی و مطرح شده و در نظام حقوقی ایران، آن طور که شایسته مطلب است نیز توسط حقوق دانان مورد بررسی

۱. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴، ص ۱۶۵؛ صفایی و امامی، پیشین، ص ۶۳.

۲. بحث وقف در فقه امامیه مناقشات فراوانی را برانگیخته است. قول مشهور فقهای متقدم امامیه بر عدم صحت وقف با فعل یا معاطات هستند (محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۹، قم: موسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۳؛ محقق حلی، *تشریح الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، جلد ۲، تحقیق: عبدالحسین محمد علی، بیروت: دارالاضواء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۲۱۸؛ نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام*، جلد ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا، ص ۲۳). شیخ طوسی نیز می نویسد اگر شخصی یک مسجد بنا کند و به عده ای اذن یا اجازه به جا آوردن نماز دهد، یا اتافی سازد و اجازه دفن دهد و در آن نماز بگذارند و میت دفن کنند، ملکیت مالک زایل نخواهد شد، مگر اینکه این خواست خود را با لفظ روشن سازد؛ زیرا اصل، بقای ملکیت مالک است و زوال آن نیازمند دلیل است. (طوسی، *کتاب الخلاف*، پیشین، ص ۵۵۰؛ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، پیشین، ص ۳۰۰). شهید ثانی نیز در مسالک الافهام، با نظر شیخ طوسی همسو است. (زین الدین بن علی (شهید ثانی) و جعفر بن حسن محقق حلی، *مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۱۰). ولیکن با گذشت زمان، در برخی از موارد، فقهای متأخر و معاصر شیعه تمایل به پذیرش صحت وقف معاطاتی در برخی مصادیق خاص از خود نشان داده اند. سید اصفهانی کفایت معاطات را ذکر نموده و فقیه معاصر چون مرحوم امام خمینی (ره) در برخی از موارد به کفایت وقف معاطاتی نظر داده اند، ولیکن همچنان اکثر فقهای معاصر، از جمله مرحوم امام خمینی (ره)، احوط را در قرائت صیغه وقف دانسته و آن را به عنوان قاعده عمومی در نظر دارند و صحت وقف معاطاتی را فقط در برخی مصادیق استثنایی قبول کرده اند. (برای دیدن نظرات ایشان می توانید ر.ک به: بهجت، محمدتقی و ابوالحسن اصفهانی، *وسيلة النجاة* (بهجت)، قم: شفق، ۱۴۲۳ ه.ق، ص ۱۹۱، طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *عروة الوثقی*، جلد ۲، تهران: مطبعة الحیدری، ۱۳۷۷ ه.ق، ص ۵۴۲؛ مسئله ۸، خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۶۲؛ مسئله ۳؛ پورارشد، نادر، «وضعیت حقوقی وقف معاطاتی»، *مجله وقف میراث جاویدان*، شماره ۶۳، ۱۳۸۷، صص ۱۰۳-۱۰۱. همچنین رأی ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۲۷ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۲/۰۷/۲۹ با این توضیح که: «چنانچه قطعه زمینی جهت قبرستان اختصاص داده شود و مردم بتوانند اموات خود را در آن دفن نمایند، به نحوی که اذن عام وجود داشته باشد و بعضی از اموات هم در آن دفن شده باشد، آن زمین وقف (وقف معاطاتی) است، هر چند که صاحبش صیغه وقف را نخوانده باشد»، قابل توجه است. با تمام این تفاسیر، همچنان به نظر می رسد حکم به صحت وقف معاطاتی در موارد خاص، مانع اقوی دانستن لزوم لفظی بودن صیغه وقف به عنوان قاعده نیست.

قرار نگرفته است. پس با این مقدمات، به سراغ تشریح موضوع بیع کلان معاطاتی خواهیم رفت.

۳.۱. مفهوم و تعریف بیع کلان

ماده (۳۳۸) قانون مدنی در تعریف بیع مقرر می‌دارد: «عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بیع را فقها و حقوق‌دانان ام‌العقود دانسته‌اند و می‌توان گفت که مبتلابه‌ترین عقد در تمام نظام‌های حقوقی دنیا است. بیع از عقود معین، رضایی، تملیکی، معوض، لازم و دوتعهدی است.^۱ در ماده (۳۳۹) قانون مدنی وقوع بیع با معاطات و نیز لازم بودن آن تصریح شده است. یکی از مصادیق بیع که در آرای فقهای اسلام بررسی شده، «بیع خطیره یا کلان» است که در مقابل «بیع حقیره، خرد یا سیره» است. توضیح آنکه خطیر از ریشه خطر، به معنای مهم، پرخطر و بارزش است^۲ و حقیر نیز به معنای خوار و کوچک.^۳ بیع خطیره در اصلاح فقهی خود بر بیع اعیانی اطلاق می‌شود که در نظر عرف دارای ارزش مالی بسیار است؛ از جمله بیع خودروهای گران‌قیمت، آپارتمان‌ها، طلا و جواهرات خاص و امثالهم. ضابطه خطیره بودن ارزشی است که عرف بر مال می‌نهد و ممکن است بر حسب ازمنه و امکان، مفهوم اعیان پرارزش و گران‌بها بر مصادیق مختلفی حمل شود.^۴

۳.۲. موضع قانون مدنی در مورد حکم بیع کلان معاطاتی

قانون در این باره حکمی ندارد و ظاهر مواد مربوطه مطلق بیع را، اعم از خطیره یا کلان را شامل می‌شود. در میان کتب و تألیفات حقوقی نیز این مهم بدون توجه باقی مانده است. چنان‌که در ترمینولوژی حقوقی لنگرودی و همچنین مبسوط ایشان، کتاب عقود معین و قواعد عمومی قراردادهای دکنترین حقوق، از جمله کاتوزیان، امامی، شهیدی و صفایی، این امر مورد توجه و بررسی آنان قرار نگرفته است. موافقان وقوع چنین بیعی به صرف معاطات، لاجرم باید متوسل به ظاهر و اطلاق ماده (۳۳۹) قانون مدنی شوند و وقوع بیع کلان را به صرف معاطات کافی بدانند. با توجه به چنین نظری، باید پذیرفت که بیع کلان مشمول ماده فوق شده و صحیح و نافذ منعقد می‌شود.

۳.۳. ایرادات وارد بر موضع قانون مدنی

به نظر می‌رسد که حکم فوق فارغ از انتقاد نیست. معاملات کلان استعداد وقوع نزاع و اختلاف بالایی دارند. عقل سلیم درمی‌یابد به علت ارزش بالای ثمن و مثنی در چنین معاملاتی، احتمال بروز اختلاف و مشکل بین طرفین قوت خواهد یافت. در اشیای کم‌ارزش و سیره، انسان می‌تواند از اندک ضرری که برایش پیش آمده گذشت کند یا با طرف مقابل در صورت حدوث خصومت یا پشیمانی به تراضی برسد، اما چنین امری در بیوع خطیره و پرارزش دشوار می‌نماید. انسان با کیاست، سرمایه و دسترنج خود را به بازیچه نمی‌گیرد و در دنیای دادوستد، که سودجویی و سوداگری جولان می‌دهد، مطلع است با حتی یک بی‌احتیاطی کوچک در چنین ورطه‌ای، ضرری بزرگ و مهارنشدنی گریبان‌گیر وی خواهد شد.

۱. کاتوزیان، *عقود معین*، پیشین، ص ۳۶.

۲. بستانی فؤاد، افرام، *فرهنگ ابجدی*، تهران: اسلامی، ۱۳۷۵، ص ۳۶۸.

۳. همان، ص ۳۳۸.

۴. مناط در حقیر بودن در کلمات عامّه به دو نحو ذکر شده است: بعضی گفته‌اند: الحقیر ما لم يبلغ نصاب السرقة، که نصاب سرقت یک چهارم مثال طلای خالص یا معادل آن از چیزهای دیگر است، و بعضی گفته‌اند: مرجع در تعیین حقیر بودن یک مال، عرف است و هوالحق، زیرا وجه اول جز قیاس دلیلی ندارد. (نووی، یحیی بن شرف و دیگران، *المجموع شرح المذهب*، جلد ۹، بیروت: دارالفکر، بی‌تا، ص ۱۶۴).

حق مطلب همین است؛ به عنوان بهترین نمونه، هر انسانی می‌تواند به تصمیمات خویشتن در هنگام معامله توجه کند، که آیا دقت و وسواس وی در هنگام خرید اعیانی چون یک کیلوگرم میوه، یک دستگاه خودروی سواری و یک آپارتمان، یکسان است یا خیر! واضح و مبرهن است که با افزایش ارزش مال، احتیاط و تعقل نیز به همان نسبت افزایش خواهد یافت. عرف در مقام تعاقّد و معامله نیز همین شرط را رعایت می‌کند. انشای بیوع کلان یا خطیره نیز چنین است؛ چراکه به علت عدم انشای عقد با لفظ صریح و به کارگیری اشاره و فعل، تفسیرپذیر بودن اشارات و افعال و عدم استفاده از لفظ صریح برای بیان مقصود و خواسته خود، محل را برای حدوث نزاع و دعوی بازخواهد گذاشت. امروزه نیز چنین است؛ اشخاص نیز حتی برای انعقاد یک قرارداد اجاره، ولو به مبلغی ناچیز، تمام جوانب را در نظر می‌گیرند و از اسناد از پیش تنظیم شده‌ای که حقوق و تکالیف متعاقدين را بیان می‌دارد، استفاده می‌کنند و از افرادی نیز به عنوان شاهد برای تنظیم سند، ولو سندی عادی، بهره می‌جویند. حال با چنین شرحی، آیا جایز است دوباره چنین گمان کنیم که انشای بیعی با ارزش هنگفت عوضین، به صرف معاطات و بدون به کارگیری هیچ گونه لفظی در نزد عرف عموم عقلاً، صحیح بوده و آن را منشأ اثر می‌داند؟

۳.۳.۱. ناسازگاری حکم با فقه و فلسفه آن

برای تبیین اهمیت بی‌اعتباری معاطات نزد عرف در بیع خطیر و نقش آن در مشروعیت پیدا نکردن صحت چنین معامله‌ای در نظام حقوقی ما، ناگزیر از اشاره به منطق شکل‌گیری مشروعیت عقد مطابق نظام فلسفی فقه‌المعاملات و تأثیر آن در حقوق موضوعه ایران هستیم. زیربنای قوانین و مقررات مصوب در نظام کنونی، اسلامی و اخذ شده از فقه امامیه است. در اصول متعددی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از جمله اصل ۱۴ و اصل ۱۶۷^۱ لزوم تقنین و تفسیر قانون و صدور حکم دعاوی در منابع معتبر فقهی در صورت سکوت یا نبود قانون به چشم می‌خورد. در برخی از قوانین دیگر، ارجاعاتی مستقیم به فقه به عنوان منبعی بالادستی توسط قانون‌گذار دیده می‌شود. نمونه آن، ماده‌های (۱۲۷) و (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، و همچنین ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ است. براین اساس، یعنی به علت حکومت اصل اسلامی بودن بر تمام مقررات کشور، فرایند مشروعیت یافتن قانون در منطق حقوقی کشور ما برخلاف نظام‌های حقوقی پوریتویستی و عرفی، به جای دو مرحله از سه مرحله برخوردار است. با این توضیح که در فقه‌المعاملات، منظور از لزوم تصرفات انشایی در عقود و ایقاعات، انشای صرف و محض نیست، بلکه این دست از عناوین معاملات، ترکیبی از یک فعل مباحثی و یک فعل تسبیبی‌اند و انشا زمانی ختم به یک عنوان معاملی می‌شود که فعل حالت تسبیبی پیدا کند. اشتباه رایجی که در کتب حقوقی وجود دارد، استفاده از عنوان «انشای مالکیت» است، این در صورتی است که اشخاص مستقیماً مالکیت را انشا نمی‌کنند، بلکه اشخاص انشاکننده موضوع برای مالکیت‌اند. افعال اشخاص اعم از عقد یا ایقاع، سبب برای مالکیت می‌شود و به همین دلیل بهتر آن است که از آن به عنوان «فعل تسبیبی» یاد شود؛ زیرا تصرفات انشایی اشخاص علت تامه تحقق آن

۱. اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است».

۲. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

نیست، بلکه تصرفات انشایی علت و سبب می‌شود و به علت همین سببیت، از آن، نه به عنوان فعل مباشری، بلکه «فعل تسبیبی» یاد می‌شود. با این تفاسیر، اشخاص برای آنکه اقداماتشان صحیح و مورد اثر واقع شود، باید بتوانند مصداق یک اعتبار عقلایی و عرفی را محقق کنند. برای این منظور، باید عرف در مرتبه سابق، به چیزی بیع گفته باشد که متعاملین با انشای خود، قصد تسبیب آن را داشته باشند. اشاره به ضرورت قصد انشا برای معاملات نیز مؤید همین امر است. منظور این نیست که صرف انشا توسط طرفین قصد شود، بلکه منظور این است که قصد انشای بیع را، که ماهیتی عرفیه دارد، در خارج داشته باشند. در معاطات هم همین است و در حال حاضر، شکی نیست که همان طور که انشای لفظی ممکن است، انشای فعلی آن نیز ممکن است. برای تحقیق در کفایت معاطات در بیع کلان، باید دید عرف، و پس از آن، شرع، تسبیب این انشا را برای تحقق معامله کافی می‌داند یا خیر. نکته ظریف این است که نباید به خطا رفت و بر روی انشا دانستن یا ندانستن معاطات تمرکز کرد. معاطات انشا است، ولیکن عرف یا شرع ممکن است برای هر انشایی نقش سببیت قائل نباشند؛ چه بسا عرف در موردی انشای لفظی را برای تحقق عنوان بیع لازم بداند و چه بسا عرف، برای تحقق بیع یک منزل چندمیلیاردی، صرف معاطات را کافی نداند و تحقق بیع در این مورد را منوط به اجرای صیغه بیع یا لفظ صریح بداند. روشن است برای انشا، لفظ و فعل هر دو کفایت می‌کنند، ولی برای تحقق این عنوان معاملی، یعنی بیع کلان، آیا عقلاً تفاوتی بین انشای با لفظ و انشای با فعل قائل اند یا خیر. آیا عقلاً به مؤثر بودن بیع کلان معاطاتی قائل اند یا خیر. برای تحقق عنوان معاملی بیع، عقلاً تفاوتی نمی‌بینند که انشا به لفظ انجام شده باشد یا به فعل. بنابراین نکته مهم این است که انشا فعلی مباشری است، ولی تحقق بیع در خارج، فعلی تسبیبی است. البته در این فعل تسبیبی انشا دخیل است و اراده انشایی به قصد تحقق بیع لازم است. چنین انشایی دیگر فعل مباشری صرف نیست، چون فعل تسبیبی تنها وابسته به اراده شخص نیست، بلکه اگر عرف برای تحقق آن عنوان در خارج شروطی گذاشته باشد که آن شروط در انشائاتی که اشخاص می‌کنند موجود نباشد، عرف آن عنوان معاملی را از فعل مباشری شخص سلب می‌کند و وقوع چنین بیعی را قبول نخواهد کرد. گفتنی است که در سه ساحت نگرش به بیع، که به ترتیب بیع شخصی، یعنی انشای مباشری اشخاص، بیع عرفی، یعنی آن چیزی که عرف بیع می‌داند و بیع شرعی، بیعی است که شرع آن را صحیح می‌داند؛ ممکن است شرع یک بیع عرفی را تصحیح نکند. باید به تفاوت ساحت‌های بیع متوجه بود. مادامی که بیع از نظر عرف تحقق پیدا نکند و شروط لازم آن رعایت نشود، انشای اشخاص منتهی به تحقق مصداقی از بیع در خارج نشده است، اعم از اینکه آن مصداق از نظر شرع صحیح باشد یا نباشد. لذا وقتی کسی صیغه بیع را انشا کرده است، قصد انجام بیع را داشته، ولی بیعی ایجاد نشده است، چه فعل مباشری وی انشای بیع است ولی فعل تسبیبی او چه بسا واقع نشده است؛ چراکه تحقق بیع به اراده شخص به تنهایی وابسته نیست. پس درمی‌یابیم که صرف انشای اشخاص، بدون وجود یک اعتبار عرفی که براساس آن بیع یا هر عنوان معاملی دیگر هویت پیدا کرده باشد، نمی‌تواند علت تامه و محقق‌کننده آن عنوان معاملی باشد. اگر نهادی در عرف وجود نداشته باشد که این انشا مصداقی از آن را ایجاد کند؛ چیزی در خارج محقق نمی‌شود. عنوانی که عرف به آن اطلاق بیع می‌کند، تعریف مشخصی برای خود دارد که باید انشای مباشری اشخاص، موجب تحقق مصداقی از آن بشود. پس یک عالم انشا و مفاهیم انشایی وجود دارد، یک ساحت اعتبار عقلایی و یک ساحت اعتبار شرعی. آن چیزی که اشخاص انشا می‌کنند، فعل مباشری آنان است. باید بر چنین انشایی، عنوان عقلایی مترتب شود که صدق بیع نماید. در رتبه بعد باید مورد قبول شرع هم باشد. پس باید این سلسله تسبیبیه که هریک موضوع برای دیگری می‌شود، حاصل شود تا هر سه آنان در نهایت حاصل شود؛ چراکه در غیر این صورت، انشا صورت گرفته فوق، فقط انشایی شخصی و بلااثر

است. بیع کلان معاطاتی نیز برای منشأ اثر واقع شدن، نیازمند به عبور از مراحل سه گانه فوق است و به صرف انشای مباشری اشخاص، سلسله تسبیحیه فوق حاصل نخواهد شد.^۱

با توجه به تحلیل فقه معاملات اشخاص و فلسفه آن، شاید مسئله بیع کلان معاطاتی در قانون حکم صریحی نداشته باشد، لکن با عنایت به فقه امامیه پاسخ آن قابل دریافت است. چنان که برخی از متأخرین هم در فقه متذکر شده اند: «بنای عقلا، عرف و شرع بر عدم اقدام به بیع در امور خطیره چون بیع خانه و زمین و امثالهم است و چون از امور مهم اند، نیازمند انشای لفظی، کتبی یا هر دوی آن از سوی طرفین معامله است ... شیوع معاطات، از بیع بالصیغه شدیدتر بوده و عقلاً نیز چنین بنایی دارند که به صرف تعاطی، تملیک و تملک حاصل شود. به جز در بیع خطیره و پرارزش مانند بیع خانه، زمین زراعتی و امثالهم، که معاطات در آنها بسیار غیرمتعارف و معقول است که بیع باید بالصیغه، یا کتباً یا به هر دو صورت انشا و منعقد گردد. پس اکتفا به صرف معاطات در بیع خطیره با توجه به ادله ای که برای موارد متعارف در عقود ذکر شد، خالی از اشکال نیست».^۲ شیخ انصاری نیز چنین عنوان کرده است که در بیوع خطیره، مثل بیع خانه و مغازه، سیره متشرعه بر این قائم است که به معاطات اکتفا نمی کنند. بنابراین، جریان معاطات در بیوع خطیره و معاملات خطیره، برخلاف سیره متشرعه است.^۳ مرحوم شیخ هم در همین جا و همان طور که برخی از متأخرین ایشان به تفصیل این امر را شرح دادند، همین نظریه را اختیار می کنند که معاطات را بر طبق سیره متشرعه، در بیوع غیرخطیره جاری بدانیم. فرق بین بیوع خطیره و غیرخطیره در این است که در بیوع خطیره، طرفین بنا بر عدم رجوع دارند و قصد دارند که معامله را قطعی کنند تا حق رجوع طرفین از بین رود، اما در بیوع غیرخطیره بنا بر رجوع است؛ یعنی بنابراین است که طرفین حق برهم زدن معامله و رجوع را داشته باشند. هر چند که خود شیخ قائل به افاده ملکیت معاطات برخلاف نظر مشهور فقهاست که دال بر افاده اباحه تصرف و عدم حصول ملکیت در معاطات است.^۴ همچنین در منابع دیگر، به لزوم استفاده از صیغه جهت انشای بیع خطیره یاد شده است.^۵ این موارد نشان دهنده اهمیت قرائت صیغه و بیان اراده با لفظ صریح است، چنان که در سابق هم چنین رویه ای میان عرف و عقلا جاری بوده است. پس، ادعای اینکه ماده (۳۳۹) قانون مدنی درباره وقوع بیع کلان با معاطات اجمال دارد و اینکه اکثر بیع های منعقد توسط اشخاص نیز خطیره نیستند و حقیره یا کم ارزش اند و ماده مذکور نیز به علت کثرت استعمال، منصرف از بیوع کلان یا خطیره است، منطقی و قابل پذیرش می نماید. فلذا انعقاد بیع کلان یا خطیره، نیازمند به کار بردن لفظ صریح در معنای بیع، کتابت، یا اعمال خاص از پیش تعیین شده ای، فراتر از دادوستد صرف است؛ مثل بیع خطیره در معاملات کلان بورسی.

^۱ برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: آملی لاریجانی، شیخ صادق، «سلسله درس گفترهای فقه وقف»، جلسه ۱۳، (۱۳۹۸/۰۸/۲۱)، قابل دسترس در: <https://amolilarijani.ir/LessonDetail/1831> فقه-وقف---جلسه-سیزدهم

^۲ مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه (کتاب البیع)*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ه.ق، ص ۵۸.

^۳ بل ممکن دعوی السبيرة علی عدم الاكتفاء فی البیوع الخطيرة التي یراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضی. نعم، ربما یکتفون بالمصافقة، فیقول البائع: بارک الله لک، أو ما أدی هذا المعنی بالفارسیة. نعم، یکتفون بالتعاطی فی المحقرات و لا یلتزمون بعدم جواز الرجوع فیها، بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع مع بقاء العینین. نعم، الاكتفاء فی اللزوم بمطلق الإنشاء القولی غیر بعید؛ للسبيرة و لغير واحد من الأخبار، کما سیجیء إن شاء الله تعالی فی شروط الصیغة (انصاری، پیشین، ص ۵۹).

^۴ جزایری، محمدجعفر، *هدی الطالب الی الشرح المکاسب*، قم: دارالکتاب جزایری، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۵۷۸.

^۵ حیدری، کمال، *بحوث فی فقه المعاطاه*، بغداد: مؤسسة الإمام الجواد (ع) للفکر و الثقافة، ۱۴۴۰ ه.ق، ص ۱۰۴.

۳.۳.۲. ناسازگاری حکم با عرف

همان‌گونه که در بخش‌های قبلی اشاره شد، تفسیر و تحلیل صحیح از قوانین، نیازمند توجه به عوامل مکانی و زمانی است. حقوق‌دان صرفاً نمی‌تواند متکی بر متن صریح قانون باشد و باید با توجه به زمانه خود، تفسیر بروز و دقیقی از قوانین ارائه دهد. با بررسی پیشینه فقهی بیع معاطات دریافتیم که به‌علت رشد سریع جوامع و جمعیت و متعاقب آن، افزایش حجم مبادلات و معاملات، لزوم استفاده از صیغه یا لفظ صریح به‌مرور کم‌رنگ‌تر شده و قصد مشترک طرفین، مادامی که خلاف امر قانون نباشد حکمران خواهد بود. قانون‌گذار هر مملکتی به این مسائل واقف و آگاه است. بخش زیادی از قوانین و رسوم هر قوم و مملکتی، ریشه در مسائل عرفی آن دارد و تقنین بدون در نظرگیری عامل مهمی چون عرف هر منطقه، عملی نابالغانه است. قانون‌گذار ما نیز امر فوق را رعایت می‌کند و خود در بسیاری از موارد، مخصوصاً در قواعد عمومی قراردادها از جمله مواد (۲۰۴)، (۲۲۰)، (۲۲۱)، (۲۲۴)، (۲۲۵)، (۲۷۹)، حکم مسائل را در فرض سکوت طرفین، به عرف به‌عنوان منبع مکمل اراده ارجاع می‌دهد. شخص متعارف در هنگام معاملات خود، با توجه به ارزش مال مورد نظر و دارایی خود اقدام به بررسی می‌کند. هرچه ارزش مال و مبلغ معامله هنگفت‌تر باشد، انسان عاقل به همان نسبت احتیاط و تفکر می‌کند. تا حدی که حتی خود عرف، کسی را که چنین مراعاتی در اعمال خود نکند، سفیه می‌نامد. در معاملات معوض، اشخاص به‌ندرت به‌صرف معاطات اکتفا می‌کنند و غالباً به قرائت صیغه یا لفظ صریح و برخی به تنظیم سندی عادی یا رسمی نیز مبادرت می‌ورزند. اگرچه شاید در عقود غیرمعوضی چون هبه کمتر اقدام به مسائل فوق شود؛ امری طبیعی است؛ زیرا در هبه، شخصیت متب، نقش اساسی در انعقاد آن دارد و قائم به شخص است. ضمن اینکه هدف واهب کسب سود یا جلوگیری از ضرر نیست، بلکه قصد ابراز محبت و اعتماد دارد؛ فلذا عدم اعتنای عرف به این امر در هبه موجه است. ولیکن در سایر عقود، قضیه متفاوت است و نمی‌توان چنین نظری را موجه دانست. فعل، چون فاقد لسان و صراحت است و تفسیرپذیری شدیدی دارد، مستعد نزاع و اختلاف است. به‌دلیل جلوگیری از بروز چنین اختلافات و مسائلی، جدای از آنکه شارع به این امر نظر داشت، چنان‌که پیشینه روابط و مبادلات اشخاص مؤید آن است، هم بنای عقلا و هم عرف نیز خود مؤید لزوم و ضرورت چنین احتیاطی است.

۳.۳.۳. ناسازگاری حکم با انصراف مستفاد از مواد قانون مدنی

اطلاق ماده (۱۹۱) و (۳۳۹) قانون مدنی در ظاهر، حکم به صحت و امکان انعقاد بیع کلان با معاطات را نشان می‌دهد. در این مجال، با توجه به مطالب پیشین، دلیل دیگری نیز مؤید ناسازگاری حکم ظاهری قانون مدنی در معاملات کلان معاطاتی با مبانی و اصول حقوقی است. به عقیده بسیاری از علمای اصول، لفظ مطلق دلالت وضعی بر اطلاق ندارد و برای استفاده از اطلاق یک لفظ باید به قرائن خارجی متصل شد.^۱ قانون‌گذار در ماده (۳۳۹)^۲ در مقام بیان نبوده و قصد بیان تمام منظور و مقصود خویش را نداشته است و گوینده در مقام اجمال و اجمال است و اطلاق کلام وی، با توجه به مقدمات حکمت و شرایط آن، قابلیت استناد ندارد؛^۳ زیرا تعریفی از معاطات، احکام و فروض مختلف آن ارائه نمی‌دهد.^۴ دوم اینکه،

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، *قواعد الأصول*، جلد ۲، قم: موسسه نشر اسلامی تابع جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۵۷۳.

۲. ماده ۳۳۹ قانون مدنی: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد».

۳. محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۰۰، ص ۱۰۰.

۴. خمینی، سید روح الله، *تهذیب الاصول*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، بی‌تا، ص ۷۳.

با توجه به داشتن قدر متیقن در مقام تخاطب، که از عبارت «... ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد» برداشت می‌شود، ماده مذکور قطعاً شامل بیع‌های حقیره و کم‌ارزش خواهد شد، اما آیا شامل بیع‌های خطر و کلان نیز خواهد شد یا خیر؟ اصولیون بر آن‌اند که وجود قدر متیقن در مقام تخاطب فقط در صورتی مانع از اطلاق است که موجب انصراف لفظ به برخی مصادیق شود.^۱ حقیقت این است که اکثر معاملات و بیع‌های منعقدۀ توسط عرف و مردم، موارد غیر خطیره‌اند و این کثرت استعمال، سبب انصراف و برداشتی نادرست از ماده فوق شده است. این تحلیل با موارد و پیشینه فقهی ذکر شده نیز هم‌پوشانی دارد و بنای عقلاً نیز می‌تواند تأییدکننده صحت چنین عملی باشد و به عدم وقوع معاطات در معاملات کلان به خصوص بیع حکم داد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار به علت کثرت استعمال و معاملات عرف در امور غیر خطیره و کلان، با توجه به شرایط و اقتضائات به این موارد بیشتر متوجه بوده و از ذکر سایر مصادیق بیع و معاملات کلان با معاطات، چشم‌پوشی کرده و مدنظر ایشان نبوده است.

نتیجه‌گیری

مسئله بیع کلان معاطاتی در اکثر ادبیات حقوقی ما مسکوت مانده بود که با پژوهش و تطبیق فقه امامیه به‌عنوان منبع بومی حقوق ایران، بررسی و تحلیل مسئله صورت گرفت. آنچه از ظاهر ماده (۳۳۹) قانون مدنی برمی‌آید، صحت وقوع بیع کلان با معاطات بود و در ظاهر به نظر می‌رسید که قانون‌گذار هر دو بیع خرد و کلان را یکسان دانسته است و تفاوتی میان آنان قائل نیست؛ چراکه برای تحقق عنوان معاملی بیع و صدق آن بر بیع عرفی و شرعی در سلسله تسبیحیه، باید شرایطی موجود باشد تا هم از نظر عرفی و شرعی چنین بیعی منشأ اثر باشد و تملیک و تملک را هم در محیط قانون و شرع برای متبایعین به عمل آورد؛ چه انشاء، فعلی مباشری و تحقق بیع در خارج، فعلی تسبیحیه است، ولو در این فعل تسبیحیه، انشای مباشری اشخاص دخیل است و اراده انشایی به قصد بیع لازم است، اما این فعل تسبیحیه تنها وابسته به اراده شخص نیست و اگر عرف و عقلاً برای تحقق آن عنوان، شروطی در خارج داشته باشد و آن شروط در انشائات مباشری اشخاص رعایت نشود، عرف و عقلاً آن عنوان معاملی را از فعل مباشری شخص سلب می‌کند و وقوع چنین بیعی را قبول نخواهند کرد. در بیع کلان معاطاتی نیز مطلب فوق جاری است و حتی می‌توان در سایر عقود معوض همچون معاوضه، قرض و اجاره که ارزش عوضین آن نیز خطیره و کلان است، در آن جاری دانست. بنابراین، صرف انشای اشخاص، بدون وجود یک اعتبار عرفی، که براساس آن بیع کلان معاطاتی، یا هر عنوان معاملی دیگر هویت پیدا کرده باشد، نمی‌تواند علت تامه و محقق‌کننده آن عنوان معاملی باشد. در ثانی، باید به نقش و اهمیت عرف هنگام معاملات نیز متوجه بود. عرف و بنای عقلاً در مقام انشای معامله، احتیاط را پسندیده دانسته و از همین رو، فقهایی همچون شیخ انصاری به لزوم قرائت صیغه در بیع کلان فتوا داده‌اند تا جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای باقی نماند و بیع قطعیت و لزوم یابد. براین‌اساس، می‌توان ماده (۳۳۹) را منصرف از بیع و معاملات کلان معاطاتی دانست و دایره شمول آن را در امور غیر خطیره و غیر کلان و به عبارت فارسی غیرارزشمند پذیرفت. بنابراین، برای ایجاد تملیک و تملک قانونی و مؤثر در محیط انشایی قانون، عرف و شرع، طرفین معاملات کلان و ارزشمند از جمله بیع، باید برای بیان مقصود خویش جهت جلوگیری از ایجاد هرگونه تفسیر و نزاعی، مبرزی فراتر از مجرد تعاطی از جمله لفظ صریح را به کار برند. پیشنهاد نگارندگان، اصلاح ماده (۳۳۹) قانون مدنی بدین نحو است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. قاعده در معاملاتی که موضوع آن ارزشمند است، این است که بیع واقع شود به مبرزی فراتر از معاطات که صراحتاً بر قصد بیع دلالت نماید».

^۱ نایینی، پیشین، ص ۵۷۵.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ سی و هفتم، ۱۳۹۵.
۲. بستانی فؤاد، افرام، *فرهنگ ابجدی*، تهران: اسلامی، ۱۳۷۵.
۳. بیگدلی، عطاالله، *قانون‌شناسی؛ درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران*، تهران: اشراق، ۱۳۹۴.
۴. جابری عربلو، محسن، *فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۶.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
۶. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
۷. صفایی، سید حسین و سید اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان، چاپ پنجاه و یکم، ۱۳۹۸.
۸. صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ سی و ششم، ۱۴۰۰.
۹. عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد کلی عقود؛ کتاب البیع و المتاجر*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *الزامات خارج از قرارداد*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۴۰۰.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۰۰.
۱۶. مدرسی، محمدرضا، عبدالله امیرخانی و جواد احمدی، *بررسی گسترده فقهی بیع*، جلد ۲، قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳.
۱۷. نفیسی، علی اکبر و محمدعلی فروغی، *فرهنگ نفیسی*، جلد ۳، تهران: خیام، بی تا.

مقاله

۱۸. پور ارشد، نادر، «وضعیت حقوقی وقف معاطاتی»، *مجله وقف میراث جاویدان*، شماره ۶۳، ۱۳۸۷، قابل دسترس در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/494828/%D9%88%D8%B6%D8%B9%DB%8C%D8%AA-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%DB%8C-%D9%88%D9%82%D9%81-%D9%85%D8%B9%D8%A7%D8%B7%D8%A7%D8%AA%DB%8C>

منبع اینترنتی

۱۹. آملی لاریجانی، شیخ صادق، «سلسله درس‌گفتارهای فقه وقف»، جلسه ۱۳، (۱۳۹۸/۰۸/۲۱)، قابل دسترس در: <https://amolilarijani.ir/LessonDetail/1831/> فقه-وقف-جلسه-سیزدهم

عربی

کتاب

۲۰. قرآن کریم

۲۱. ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۲. ابو جیب، سعدی، *القاموس الفقہی*، دمشق، ۱۹۹۸.
۲۳. انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، جلد ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۸.
۲۴. بهجت، محمدتقی و ابوالحسن اصفهانی، *وسيلة النجاة*، قم: شفق، ۱۴۲۳ ه.ق.
۲۵. جزایری، محمدجعفر، *هدی الطالب الی الشرح المکاسب*، قم: دارالکتاب جزایری، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۶. حیدری، کمال، *بحوث فی فقه المعاطاة*، بغداد: مؤسسة الإمام الجواد (ع) للفکر و الثقافة، ۱۴۴۰ ه.ق.
۲۷. خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۸. خمینی، سید روح الله، *تهذیب الاصول*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، بی تا.
۲۹. خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، جلد ۱، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴ ه.ق.
۳۰. خویی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم: مهر، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۱. زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیه*، جلد ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۰.
۳۲. زین الدین بن علی (شهید ثانی) و جعفر بن حسن محقق حلی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، جلد ۵، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۳. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدني*، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۴. شیخ مفید، محمد بن محمد، *المقنعه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *عروه الوثقی*، جلد ۲، تهران: مطبعه الحیدری، ۱۳۷۷ ه.ق.
۳۶. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، جلد ۳، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲ و ۳، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸ ه.ق.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن، *کتاب الخلاف*، جلد ۲ و ۳، قم: مؤسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۳۹. محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۹، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.
۴۰. محقق حلی، *شریع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۲، تحقیق: عبدالحسین محمد علی، بیروت: دارالاضواء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ه.ق.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه (کتاب البیع)*، قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ه.ق.
۴۲. نائینی، میرزا محمدحسین، *فوائد الأصول*، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی تابع جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۳. نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام*، جلد ۸ و ۲۲، بیروت: دارالحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
۴۴. نووی، یحیی بن شرف و دیگران، *المجموع شرح المذهب*، جلد ۹، بیروت: دارالفکر، بی تا.

References

Books

1. The Holy Q'uran (In Arabic)
2. Abu Jayb, Sa'adi, *Jurisprudential Dictionary*, Damascus, 1998. (In Arabic)
3. Al Sinhoury, Abd al Razzagh, *The Mediator in Explaining Civil Law*, Volume 4, Beirut: House of Arab Heritage Revival, No Date. (In Arabic)

4. Amid Zanjani, Abbas Ali, *Rules of Contracts; Book of Sale and Trade*, Tehran: Khorsandi, First Edition, 2012. (In Persian)
5. Ansari, Sheykh Morteza, *Profits*, Volume 3, Qom: Islamic Council of Thought, 2009. (In Arabic)
6. Bahjat, Mohammad Taghi and Abol-Hassan Isfahani, *Rescue Device*, Qom: Shafagh, 2002. (In Arabic)
7. Bigdeli, Ataollah, *Knowledge of the Law; An Introduction to the Status of Law in Iran*, Tehran: Ishraq, 2015. (In Persian)
8. Bostani Fawad, Afram, *Alphabet Culture*, Tehran: Islamic, 1996. (In Persian)
9. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Volume 1, Tehran: Islamic, 37th Edition, 2016. (In Persian)
10. Heydari, Kamal, *Research in the Jurisprudence of Al-Ma'atah*, Baghdad: Imam al-Jawad (PBUH) Foundation for Thought and Culture, 2018. (In Arabic)
11. Ibn Manzour, Abi al Fazl Jamal al-Din Mohammad Ibn Mokram, *Arab Customers*, Volume 15, Beirut: House of Arab Heritage Revival, First Edition, 1984. (In Arabic)
12. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Terminology of Law*, Tehran: Ganje Danesh, 2021. (In Persian)
13. Jaberi Arablou, Mohsen, *Dictionary of Islamic Jurisprudence Terms*, Tehran: Amir Kabir. 1987. (In Persian)
14. Jazayeri, Mohammad Ja'far, *Guide the Student to the Explanation of Gains*, Qom: Bookstor of Jazayeri, 1992. (In Arabic)
15. Katouzian, Nasser, *Family Law*, Volume 1, Tehran: Ganje Danesh, Fifth Edition, 2021. (In Persian)
16. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 1, Tehran: Ganje Danesh, 2021. (In Persian)
17. Katouzian, Nasser, *Obligations Outside the Contract*, Volume 1, Tehran: Ganje Danesh, 2012. (In Persian)
18. Katouzian, Nasser, *Specific Contracts*, Volume 1, Tehran: Ganje Danesh, Fifth Edition, 2021. (In Persian)
19. Kho'ei, Abol Qasem, *The Path of the Righteous*, Volume 2, Qom: Mehr, 1989. (In Arabic)
20. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Refinement of Principles*, Volume 2, Qom: Isma'eiliyan, No Date. (In Arabic)
21. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Tahrir al Wasilah*, Volume 2, Qom: Imam Khomeini's Works Compilation and Publication Institution, 1985. (In Arabic)
22. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *The Book of Sale*, Volume 1, Qom: Imam Khomeini's Works Compilation and Publication Institution, 2012. (In Arabic)
23. Makarem Shirazi, Nasser, *Anwar al-Fiqah (Book of Sale)*, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib (PBUH) School, 2004. (In Arabic)
24. Modarresi, Mohammad Reza, Abdollah Amirkhani and Javad Ahmadi, *Extensive Jurisprudential Survey of Sale*, Volume 2, Qom: House of Interpretation, 2014. (In Persian)
25. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Discussions of the Principles of Jurisprudence*, Volume 1, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 21th Edition, 2021. (In Persian)
26. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Jurisprudential Study of Family Law; Marriage and Its Dissolution*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 11th Edition, 2005. (In Persian)
27. Mohaghegh Helli, *Islamic Law in Matters of What Is Permissible and What Is Forbidden*, Volume 2, Researched by: Abdol Hossein Mohammad Ali, Beirut: Dar al-Adwaa, Second Edition, 1982. (In Arabic)
28. Mohaghegh Sani, *The Compendium of Objectives in Explaining the Rules*, Volume 9, Qom: Al-Bayt Foundation for Heritage Revival, First Edition, 1989. (In Arabic)
29. Na'eini, Mirza Mohammad Hossein, *Benefits of Principles*, Volume 2, Qom: Islamic Publishing Institute, 1983. (In Arabic)

30. Nafisi, Ali Akbar and Mohammad Ali Foroughi, *Nafisi Culture*, Volume 3, Tehran: Khayyam, No Date. (In Persian)
31. Najafi, Sheikh Mohammad Hassan, *Jawaher al-Kalam*, Volumes 8 and 22, Beirut: Dar Al-Ahya Arab Heritage, Seventh Edition, No Date. (In Arabic)
32. Nouri, Yahya ibn Sharaf, *Total Explanation of Al-Mohazab*, Volume 9, Beirut: House of Thought, No Date. (In Arabic)
33. Safa'ei, Sayyed Hossein, *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 36th Edition, 2021. (In Persian)
34. Safa'ei, Sayyed Hossein and Sayyed Asadollah Emami, *Summary of Family Law*, Tehran: Mizan, 51th Edition, 2019. (In Persian)
35. Shahidi, Mehdi, *Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd, Fourth Edition, 2005. (In Persian)
36. Sheikh Mofid, Mohammad Ibn Mohammad, *Al Muqna'ah*, Qom: Islamic Publishing House, 1989. (In Arabic)
37. Tabataba'ei Yazdi, Sayyed Mohammad Kazem, *The Firm Anchor (Al Urwah al Wuthqa)* Volume 2, Tehran: Al Haydari Printing House, 1957. (In Arabic)
38. Tarihi, Fakhr al Din, *Bahrain Forum*, Volume 3, Qom: Islamic Culture Publishing House, Second Edition, 1988. (In Arabic)
39. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Explanation in the Jurisprudence of the Imamiyyah*, Volumes 2 and 3, Tehran: Al Murtadhuwiyyah Library, 1958. (In Arabic)
40. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *The Book of Dispute*, Volumes 2 and 3, Qom: Islamic Publishing Institute, 1996. (In Arabic)
41. Zayn al Din ibn Ali (Shahid al Thani) and Ja'far ibn Hassan Mohaghgh Helli, *Paths of Understanding to the Revision of Islamic Laws*, Volume 5, Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1992. (In Arabic)
42. Zayn al Din ibn Ali (Shahid al Thani), *Al-Rawdha al-Bahiya in the Explanation of the Light of Damascus*, Volume 2, Qom: Islamic Thought Academy, 2021. (In Arabic)

Articles

43. Pour Arashd, Nader, "Legal Status of Endowment by Conduct", *Endowment; the Eternal Legacy*, Issue 63, 2008. (In Persian)

Internet Resources

44. Amoli Larijani, Sheykh Sadegh, "Series of Lectures on the Jurisprudence of Endowments", (2019/11/12), Available at: <https://amolilarijani.ir/LessonDetail/1831/وقف-جلسه-سیزدهم> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Reflection on the Conflict of Rules Regulating Petrochemical Products Market

Mohammad Arian¹, Abbas Ehzari²

Highlights

- Exchanges are considered organized markets, and trading of commodities outside the framework of an exchange is called an unorganized market.
- The regulations imposed by the Market Regulation Working Group regarding supply and pricing conflict with the rules of the organized market.
- Government interference in the process of offering petrochemical products on the stock exchange is contrary to the general principles governing organized markets.

ABSTRACT

Introduction

Commodity exchange market is an organized and self-regulating market in which the sale and purchase of commodities take place based on predetermined rules. The regulation of organized market for commodities and its actors has special requirements, the lack of attention to which may distort its functioning and effective role in the country's economy. In order to meet these requirements, it is necessary for the market to have the power of self-regulation so that its managers can ensure the health of the market by imposing special regulations. In recent years, the supply and pricing of some commodities, such as petrochemical products, have been subject to regulatory intervention by entities outside the organized market of petrochemical products due to the existence of economic sanctions and restrictions on the supply of raw materials. Such an intervention has made serious challenges to the proper functioning of this market. In general, regulatory intervention poses this serious risk that the rules imposed by external entities may not be in line with the specific requirements of the market, and this raises the question of whether the rules currently imposed by the Working Group on the Market Regulation (MRWG) are in line with the specific rules of the organized commodity market? another question that has to be answered is that if there is any conflict/s, are there any solution/s that can be proposed for removing the conflicting situation/s? The present study seeks to achieve these goals by identifying the authorities active in the field of regulating the petrochemical products market and explaining their legal status, as well as determining to what extent the rules established by the aforementioned authorities conflict with each other and what solution or solutions can be considered to overcome the conflicting condition/s.

How to Cite: Arian, Mohammad, Ehzari, Abbas, "A Reflection on the Conflict of Rules Regulating Petrochemical Products Market", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:167-186.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237591.2808>

Received: 16/11/2024-Accepted: 19/02/2025

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

Corresponding Author Email: mo_arian@sbu.ac.ir

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



Copyright: © 2025 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/>).

Methods

To achieve the mentioned goals, this research will try to criticize and evaluate the regulations imposed on the organized market for petrochemical products relying on existing library resources.

Results and Discussions

The findings of this research indicate that some of the rules imposed by the Working Group on the Market Regulation regarding the minimum offering, price determination, and information disclosure in the three stages of pre-offering, offering, and settlement of funds in the Commodity and Energy Exchanges are in conflict with the provisions contained in the relevant guidelines on the mentioned exchanges. In order to save the legal status of the fundamental principles governing commodity exchanges, including free competition, transparency, non-monopoly, etc., it is necessary to resolve the conflict in favor of the main rules governing the aforementioned exchanges, because the conflicting rules in the Market Regulation Directive, as described in this research, are explicitly contrary to Article 36, Clause C of the Permanent Rules Act and Articles 17 and 18 of the Law on the Development of New Financial Instruments and Institutions. Therefore, the aforementioned conflicting regulations have no validity against the laws enacted by the Parliament. On the other hand, based on Sub-section 2, Clause "T" of the Decision of Presidential Special Representatives on Designating Members of the Specialized Working Groups of the Targeted Subsidies Department and their Detailed Duties, the Working Group on the Market Regulation and the Petrochemical Specialized Committee do not have the authority to determine prices or minimum offering or require disclosure of information without complying with the rules governing commodity exchanges. It is worth noting that, contrary to what was stated above, the competent authorities of commodity exchanges in practice comply with the provisions of the Market Regulation Directive in order to resolve the conflict. This practical solution of the said authorities does not mean that the conflicting rules in the Market Regulation Directive have legality, and the admission of the provisions of the Directive in question by the aforementioned authorities to the detriment of the specific rules governing commodity exchanges will gradually weaken the legal status of commodity exchanges and their fundamental principles. Although the government (i.e. Ministry of Industry, Mine and Trade- Market Regulation Working Group) has assumed legislative power for itself by invoking the sanctions imposed on the country and intervenes to regulate the market by announcing base price or minimum offering and other interventions in the organized market of petrochemical products, as mentioned above, the Working Group on the Market Regulation and the Petrochemical Specialized Committee have no authority to make regulations in this field, and their authority is limited to coordinating and supervising the determination of tariffs and pricing. Furthermore, should the sanctions require the government to provide the petrochemicals with subsidized raw materials and feedstocks in order to manage the domestic market, and in return, the government expects that the prices of products be determined by the order of the Working Group on the Market Regulation, it is suggested that the supply of petrochemical products or other specific products affected by the sanctions be managed outside the organized commodity market, so that the special rules governing organized commodity markets do not limit the government's authority to manage the market of these products.

Conclusion

The offering of petrochemical products on the commodity exchange and government intervention in their supply and sale processes contradict the function, nature, and essence of the organized markets and the general principles governing them. In practice, as mentioned, such a strategy will weaken in long term the position of the commodity exchange in the country. Therefore, as a practical solution to overcome the aforementioned situation, it is suggested that any stakeholder in the commodity exchanges can pursue the annulment of these conflicting regulations by filing a complaint to the Administrative Court of Justice.

KeyWords: Organized Market for Commodity, Capital Market, Working Group on the Market Regulation, Self-regulating Body, Conflicting Rules.



تنظیم‌گری بازار متشکل محصولات پتروشیمی: تأملی بر قواعد متعارض

محمد آرین^۱، عباس احضاری^۲

نکات برجسته

- بورس‌ها به‌عنوان بازار متشکل محسوب می‌گردند و معامله کالاها خارج از چارچوب بورس، بازار غیرمتشکل نامیده می‌شود.
- مقررات وضع‌شده توسط کارگروه تنظیم بازار درخصوص عرضه و قیمت‌گذاری در تعارض با قواعد بازار متشکل قرار دارند.
- دخالت دولت در فرآیندهای عرضه محصولات پتروشیمی در بورس، در تضاد با اصول کلی حاکم بر بازارهای متشکل است.

چکیده

ضابطه‌مندسازی بازار متشکل کالایی و فعالان آن اقتضائات خاصی دارد که عدم توجه به آنها می‌تواند کارکرد و نقش‌آفرینی مؤثر آن را در اقتصاد کشور مخدوش نماید. برای رفع اقتضائات موصوف لازم است که بازار دارای اختیار خودانتظام‌بخشی باشد تا متولیان آن بتوانند با وضع مقررات خاص سلامت فعالیت در بازار را تضمین کنند. در سال‌های اخیر عرضه و قیمت‌گذاری برخی از کالاهای اساسی همچون محصولات پتروشیمی به‌دلیل وجود تحریم‌های اقتصادی و محدودیت در تأمین مواد اولیه مشمول مداخله تقنین ازسوی نهادهای خارج از بازار متشکل محصولات پتروشیمی شده‌اند. دخالت در مقررات‌گذاری این مخاطره را به‌همراه دارد که ممکن است ضوابط وضع‌شده ازسوی نهادهای بیرونی همسو با اقتضائات خاص بازار نباشند؛ لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا ضوابط وضع‌شده ازسوی کارگروه تنظیم بازار همسو با ضوابط خاص بازار متشکل کالایی است؟ پرسش دیگری که باید پاسخ داده شود، این است که در صورت وجود تعارض، چه راهکار یا راهکارهایی برای خروج از وضعیت متعارض قابل ارائه وجود دارد؟ براساس یافته‌های پژوهش حاضر، برخی مقررات وضع‌شده توسط کارگروه تنظیم بازار درخصوص کف عرضه، قیمت‌گذاری و افشای اطلاعات در تعارض با قواعد خاص بازار متشکل کالایی قرار دارند. گرچه در عمل متولیان بازار از ضوابط کارگروه پیروی می‌کنند، به‌دلیل حکم بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه و ماده ۱۸ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید و عدم صلاحیت کارگروه تنظیم بازار برای مداخله در میزان عرضه و قیمت‌گذاری محصولات پتروشیمی، مقررات وضع‌شده توسط کارگروه تنظیم بازار وجاهت قانونی ندارد؛ لذا حفظ جایگاه قانونی بازار متشکل کالایی و اصول بنیادین حاکم بر آن ایجاب می‌نماید که متولیان بازار از اجرای مقررات متعارض خودداری نمایند.

کلید واژگان: بازار متشکل کالایی، بازار سرمایه، کارگروه تنظیم بازار، تشکل خودانتظام، قواعد متعارض.

استناد به این مقاله: آرین، محمد، احضاری، عباس، «تنظیم‌گری بازار متشکل محصولات پتروشیمی: تأملی بر قواعد متعارض»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱۶۷-۱۸۶.

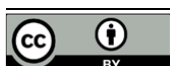
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237591.2808>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۱

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

/ایمیل نویسنده مسئول: mo_arian@sbu.ac.ir

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



Copyright: © 2025 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

بورس (بازار متشکل) در میان نهادهای اقتصادی، سازمانی طلایه‌دار شفافیت، انضباط و ضامن اجرای تعهدات متقابل سرمایه‌گذاران در این بازار تلقی می‌شود که از رهگذر این امتیازات، سرمایه‌گذاران به پشتوانه خو انتظام‌بودن آن، نسبت به انجام فعالیت در این بستر رغبت نشان می‌دهند. در فرایندهای پیش از معامله، انعقاد قرارداد و پس از معامله، قواعد و مقررات خاصی در سطح بورس‌های کالایی وضع و اجرا شده است که مطابق قوانین موضوعه، صرفاً این مقررات به عنوان قواعد حاکم بر بازار متشکل کالایی بر روابط حقوقی میان عرضه‌کنندگان و مشتریان کالاها در بورس حاکم است.

باوجود این، برخی ملاحظات مربوط به عرضه و قیمت‌گذاری بعضی کالاها ی اساسی و استراتژیک از قبیل تحریم‌های اقتصادی یک‌جانبه و محدودیت‌های موجود در تأمین مواد اولیه این کالاها بستری را فراهم نموده است تا برخی نهادهای دولتی اقدام به مداخله تقنین در سازوکار تعیین قیمت و نحوه عرضه این محصولات کنند. در سال‌های اخیر، نهادها و سازمان‌های دولتی همچون وزارت صنعت، معدن و تجارت، کارگروه تنظیم بازار، کمیته تخصصی محصولات پتروشیمی و سایر مراجع (خارج از بازار متشکل کالایی) اقدام به وضع مقرراتی در زمینه تنظیم بازار محصولات پتروشیمی کرده‌اند که اجرای این مقررات برای شرکت‌های تولیدکننده این کالاها ی استراتژیک الزامی قلمداد شده‌اند.

ازجمله مستندات قانونی برای تنظیم بازار غیرمتشکل کالایی می‌توان به تصمیمات ستاد هدفمند کردن یارانه‌ها درخصوص نحوه قیمت‌گذاری و کنترل بازار محصولات پتروشیمی و فراورده‌های نفتی (مصوبه شماره ۴۲۷۵۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۸)، مصوبه کارگروه کنترل بازار (به شماره ۶۰/۱۹۳۱۰۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۲۶)، دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی (اصلاحی به شماره ۶۰/۲۳۳۹۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۰۱) و... اشاره کرد. مداخله تقنینی برخی از دستگاه‌های دولتی از بیرون در سازوکار بورس کالا و انرژی این پرسش را مطرح می‌کند که آیا قواعد وضع شده از سوی نهادهای مذکور همسو با قواعد وضع شده از سوی مراجع اختصاصی بورس کالا و انرژی است؟ در صورت وجود تعارض، چه راهکاری برای برون‌رفت از تعارض یا تعارضات احتمالی قابل ارائه وجود دارد؟ سؤالات مذکور برای مدیریت بازار محصولات پتروشیمی از این لحاظ اهمیت دارد که در صورت وجود تعارض یا به تعبیر دیگر عدم همسویی، کارکرد و سازوکار بورس کالا و انرژی به خطر خواهد افتاد و کارکرد آنها در درازمدت تضعیف خواهد شد.

برای پاسخ به این سؤالات، در پژوهش حاضر تلاش خواهد شد تا ابتدا در گام نخست مراجع مقررات‌گذار در حوزه تنظیم بازار محصولات پتروشیمی شامل مراجع اختصاصی بازار سرمایه و مراجع متولی تنظیم بازار و حدود صلاحیت آنها بررسی شود؛ سپس در گام دوم صلاحیت مراجع مورد اشاره و تعارضات احتمالی موجود بین مقررات وضع شده توسط آنها ارزیابی و تحلیل شود تا در پرتو نتایج حاصله، راهکار یا راهکارهایی برای مدیریت کاهش آثار نامطلوب ناشی از تعارضات احتمالی پیشنهاد شود.

۱. مراجع وضع مقررات در حوزه تنظیم بازار محصولات پتروشیمی

به‌طور کلی در تعاریف متداول از بازار سرمایه، عموماً به وجه اوراق‌بهادار محور بودن این بازار توجه گردیده و دکترین حقوقی، این بازار را به «بازاری که در آن دارایی‌های مالی (اوراق‌بهادار) از قبیل سهام و اوراق قرضه خرید و فروش

می‌شوند»^۱ تعریف نموده‌اند. لیکن در ایران پس از تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴، ماده ۵۸ این قانون دولت را مکلف به فعال نمودن بورس‌های کالایی و تطبیق شاکله آنها با مفاد مندرج در قانون مذکور کرده است. لذا تردیدی باقی نمی‌ماند که بازار سرمایه در مفهوم عام خود شامل بورس‌های معاملات سهام و کالا می‌شود. ضمن اینکه ایجاد ابزارهای مالی جدید و خلق «اوراق بهادار مبتنی بر کالا»^۲ نیز مؤید همین معناست.

بازارهای کالایی شامل بازارهای متشکل و غیرمتشکل می‌شوند که بازار متشکل کالایی مشتمل بر شورای عالی بورس و اوراق بهادار (از این پس اختصاراً شورا نامیده می‌شود) و سازمان بورس و اوراق بهادار (از این پس اختصاراً سازمان نامیده می‌شود) به‌عنوان نهادهای ناظر و تشکلهای خودانتظام^۳ (شامل شرکت بورس کالای ایران و شرکت بورس انرژی ایران) است. از سوی دیگر، مستفاد از بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب سال ۱۳۹۵^۴ (که از این پس قانون احکام دائمی نامیده می‌شود) بازار غیرمتشکل کالایی مشتمل بر هر بازاری است که معاملات کالاها را خارج از چارچوب بازار سرمایه و سامانه معاملاتی بورس‌های کالایی در نظر گرفته و وضع مقررات در آن بازار برعهده نهادهای ذی‌صلاح قانونی همچون کارگروه تنظیم بازار است.^۵

برای شناخت بیشتر مراجع وضع مقررات در بازارهای کالایی، در ادامه ابتدا مراجع مربوطه در بازار متشکل کالایی معرفی خواهند شد، سپس کارگروه تنظیم بازار (به‌خصوص کارگروه تنظیم بازار محصولات پتروشیمی) به‌عنوان مرجع وضع مقررات در بازار غیرمتشکل بررسی خواهد شد.

۱.۱. مراجع اختصاصی بازار سرمایه

در قانون بازار اوراق بهادار به پیروی از ساختار استاندارد بورس‌های کشورهای پیشرفته، چنین مقرر شده که بورس اوراق بهادار و بورس‌های کالایی به‌صورت تشکل خودانتظام در قالب شرکت سهامی عام (بند ۳ ماده ۱) تأسیس شوند^۶ و با تفکیک نهاد معامله‌گر از نهاد ناظر، سازمان با طیف گسترده‌ای از وظایف تقنین، اجرایی و شبه‌قضایی تشکیل شود. بنابراین منظور از کاربرد عبارت نهادهای ناظر یا مراجع عالی بازار سرمایه در حقوق ایران، «شورای عالی و سازمان بورس و اوراق بهادار» است. همچنین منظور از تشکلهای خودانتظام، بورس‌های کالایی کشور (شرکت بورس کالای ایران و شرکت بورس انرژی ایران) است.

^۱. Madura, Jeff. *Financial Institutions and Markets*, Florida Atlantic University, Ninth Edition, 2010, P 3.

^۲. “Commodity Derivatives”.

ازجمله مهم‌ترین اوراق بهادار مبتنی بر کالا می‌توان به قراردادهای آتی (Future)، قراردادهای اختیار معامله (Option)، گواهی سپرده کالایی و اوراق سلف موازی استاندارد اشاره کرد. جهت مطالعه بیشتر ر.ک. سلطانی‌نژاد، حامد و همکاران، *راهنمای جامع ابزارهای معاملاتی بورس کالای ایران*، تهران: راه افتخار، چاپ اول، ۱۳۹۶.

Peterson, Paul E. *Commodity Derivatives: A Guide for Future Practitioners*, Routledge (Taylor & Francis Group), 2018; Parker, Edmund and Marcin Perzanowski (eds.), *Practical Derivatives: A Transactional Approach*, Globe Law and Business Ltd, Third Edition, 2017, PP 177-302.

^۳. “Self-Regulatory Bodies”.

^۴. ماده مذکور تکرار ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه است.

^۵. باقری، محمود و عباس احضاری، «ابعاد حقوقی بازار سرمایه غیرمتشکل؛ با نگرش تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، ص ۷۰.

^۶. انصاری، علی، محمد عیسائی تفرشی و سیدمیلاد حسینی، «تحلیل حقوقی - اقتصادی نهادهای خودانتظام و نقش مراجع غیردولتی ناظر بر این نهادها در بازار سرمایه ایران و آمریکا»، *مجله بورس اوراق بهادار*، دوره ۵، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱.

۱.۱.۱. مراجع عالی بازار سرمایه

قانون تجارت، قانون بازار اوراق بهادار، قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی مصوب ۱۳۸۸ و آیین‌نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۶ مهم‌ترین قوانین و مقررات تصویب شده در بازار سرمایه ایران محسوب می‌شوند. بازار متشکل دارای سه ویژگی اساسی است که عبارت‌اند از: عدم مواجهه مستقیم طرفین معامله، وجود نهاد ناظر مستقل و نظارت بر نحوه انجام معاملات و در نهایت لزوم اخذ مجوز فعالیت برای ورود به این بازار.^۱ به‌طور کلی در بازار متشکل کالایی چند نهاد تنظیم‌گر و مقررات‌گذار وجود دارد:

- ۱- مجلس شورای اسلامی؛
 - ۲- هیئت وزیران؛
 - ۳- شورا و سازمان که وظیفه نظارت بر فعالان این بازار و فعالیت‌های آنان را برعهده دارند؛^۲
 - ۴- تشکلهای خودانتظام که به وضع ضوابط و استانداردهای حرفه‌ای و انضباطی لازم برای حسن انجام وظایف و تنظیم فعالیت‌های حرفه‌ای خود و روابط میان اعضا می‌پردازند.^۳
- در ساختار بازار سرمایه ایران، به نظر می‌رسد که سازمان به‌عنوان نهاد متناظر با بانک مرکزی در بازار پول و بیمه مرکزی در بازار بیمه است.^۴

۱.۱.۲. تشکلهای خودانتظام

پیش از تصویب قانون بازار اوراق بهادار، بورس‌های کالایی در قالب دو بورس فلزات و کشاورزی با عنوان «سازمان کارگزاران بورس فلزات» و «سازمان کارگزاران بورس کالاهای کشاورزی» تشکیل شدند و با الگوبرداری از مقررات بورس اوراق بهادار شروع به فعالیت کردند.^۵

بورس کالای ایران به‌موجب ماده ۵۸ قانون بازار اوراق بهادار و پیرو تصویب اساسنامه آن در تاریخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۷ در مجمع عمومی مؤسس و نهایتاً تصویب آن در هیئت‌مدیره سازمان در تاریخ ۱۳۸۶/۰۱/۱۹ موجودیت یافت. شورا بنا به درخواست سازمان، طی مصوبه مورخ ۱۳۹۰/۰۳/۳۰ برای پذیرش و معامله برق، نفت، گاز و سایر حامل‌های انرژی با صدور مجوز تأسیس بورس انرژی نیز موافقت نمود.^۶ بدین ترتیب شرکت بورس انرژی ایران به‌عنوان یک تشکل خودانتظام دیگر در قالب شرکت سهامی عام به ثبت رسید و فعالیت خود را آغاز کرد.^۷

نظر به اینکه بورس انرژی نیز همانند بورس کالا در قالب شرکت سهامی عام و با تجویز ماده ۵۸ قانون بازار اوراق بهادار تشکیل شد، دستورالعمل‌ها و ابزارهای مالی این بورس عمدتاً با بهره‌گیری از مقررات حاکم بر فعالیت بورس کالا تصویب گردید.

۱. پیری، فرهاد، *حقوق بورس و اوراق بهادار*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۱۲.

۲. سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۴۰۲، ص ۱۹.

۳. صابر، محمدرضا و غلامعلی میرزایی منفرد، *اختلافات بورسی در پرتو آرای هیأت داور*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۹، ص ۱۳.

۴. ابراهیمی، مریم، *حقوق نقل و انتقال سهام در بورس*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۳۵.

۵. میرزایی منفرد، غلامعلی، *حقوق بازار اوراق بهادار (حلول و فصل اختلافات)*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۵۴.

۶. سلطانی، محمد و همکاران، *بایسته‌های حقوق بازار سرمایه (اصول)*، تهران: بورس، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۵۳.

۷. اسفندیاری‌فر، خشایار، *حقوق بورس انرژی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۴۰.

۱.۲. مراجع متولی تنظیم بازار

مقررات‌گذاری به معنای مداخله دولت به منظور کنترل تصمیمات بخش خصوصی و اعمال قوانین و مقررات از سوی دولت به همراه ضمانت اجرای آنهاست.^۱ قواعد حاکم بر بازارهای متشکل برای شرایط عادی وضع می‌شوند و ممکن است شرایط اقتصادی یا وضعیت دسترسی به کالاهای این بازارها با شرایط خاصی روبه‌رو شود که سازوکار و فرایندهای موجود در پاسخ‌گویی به آن ناتوان باشند. از این رو وجود مقررات ثانوی در شرایط خاص با تعیین دقیق شرایط و ضوابط مربوط بدان ضروری است. باتوجه به اینکه مراجع مقررات‌گذار خارج از بازار سرمایه مثل ستاد تنظیم بازار به مقررگذاری در جهت پاسخ‌گویی به برخی موانع و محدودیت‌ها اقدام نموده‌اند، حدود و ثغور صلاحیت مقررات‌گذاری این مراجع نیازمند بررسی دقیق است.

۱.۲.۱. مبانی قانونی ایجاد کارگروه تنظیم بازار

پس از تصویب قانون هدمند کردن یارانه‌ها در سال ۱۳۸۸ و آثار زیان‌باری که تحریم‌های بین‌المللی بر چرخه تأمین، قیمت‌گذاری و عرضه کالاهای استراتژیک وارد نمود، رویکرد کلی دولت بر مدار نظارت بیشتر و مستمر بر بازار غیرمتشکل عرضه کالاها قرار گرفت و مقررات متعددی در این خصوص به تصویب رسید. البته میزان و نحوه دخالت دولت‌ها در قیمت‌گذاری بسته به شرایط اقتصادی هر کشور، میزان توسعه یا عدم توسعه یافتگی زیرساخت‌های اقتصادی و اجتماعی، بینش سیاسی حاکم و بسیاری مؤلفه‌های دیگر متفاوت است.^۲ «دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی» (از این پس دستورالعمل تنظیم بازار نامیده می‌شود) که در بخش دوم این مقاله، مبنای تطبیق با مقررات بازار سرمایه (بازار متشکل کالایی) قرار خواهد گرفت، توسط معاون بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت با سمت دبیر کارگروه تنظیم بازار ابلاغ شده است.

۱.۲.۲. کارگروه تنظیم بازار محصولات پتروشیمی

رقابت سازوکاری حیاتی برای تحقق اهداف اجتماعی در یک اقتصاد مبتنی بر بازار است و اگر رقابت از بین برود، درنهایت مصرف‌کنندگان و جامعه زیان می‌بینند.^۳ این تفکر که تحدید رقابت به جامعه ضرر می‌زند، عمیقاً در فکر اکثر اقتصاددانان ریشه دوانیده است.^۴ لذا تدوین‌کنندگان مقررات مرتبط با تنظیم بازار، از رعایت اصول رقابت آزاد و منصفانه در بازار معاملات کالاها (خواه متشکل یا غیرمتشکل) ناگزیرند.

درخصوص معاملات محصولات پتروشیمی، در نهایت باتوجه به مجموع مباحث طرح‌شده در جلسات شورا، ازجمله ضرورت تأمین کالا برای واحدهای تولیدی در عین انجام معاملات آن در بستر بورس به سبب مصالح نظارتی، پرهیز از دوگانگی قیمت و نشأت احتمالی کالا در شبکه‌های غیرمجاز، نظر اعضای شورا بر این مبنا قرار گرفت که مجموع کالا در بازار

^۱ Baldwin R. and M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Second Edition, 2011, P 137.

^۲ هرورانی، حسین و سیدهادی عربی، «ارزیابی قوانین، مقررات و اصول قیمت‌گذاری نهادهای قیمت‌گذار در ایران»، *دوفصلنامه بررسی مسائل اقتصاد ایران*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۳۲۳.

^۳ Calvani, Terry and John Siegfried. *Economic Analysis and Antitrust Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1979, P 4.

^۴ Needham, Douglas. *The Economics and Politics of Regulation: A Behavioural Approach*, Boston, Scott Foresman & C. 1983, P 145.

متشکل عرضه شود، اما شرایط متقاضیان مجاز و مقدار تخصیص یافته به آنان توسط مرجع ذی صلاح متولی صنعت تعیین و اعلام گردد.^۱ لذا باتوجه به تعارض صلاحیت‌های تقنین این نهادها با مراجع اختصاصی بازار سرمایه، مصادیق تعارض احتمالی در مقررات و راهکارهای رفع تعارض در بخش بعدی این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲. تنظیم‌گری بازار محصولات پتروشیمی: اهداف بنیادین و قواعد دوگانه

تفاوت‌هایی نظیر فرایندهای تحویل فیزیکی کالا، فرایندهای فنی تولید هر کالا و شرایط اقتصادی واحدهای تولیدکننده، شرایط اختصاصی معاملات اوراق بهادار مبتنی بر کالا، تعریف و تنوع نمادهای معاملات کالایی، سازوکارهای دخیل از جمله انبارهای مورد پذیرش، سامانه‌های معاملاتی و فرایند متنوع و پویای تسویه ابزارهای مالی مختلف و درهم‌تنیدگی آن، مدیریت ریسک در معاملات کالایی و اوراق بهادار مبتنی بر کالا را از معاملات سایر اوراق بهادار متمایز می‌کند؛ به‌ویژه آنکه سازوکار بازارهای متشکل کالایی در میان سایر نهادهای مشابه جهانی به دلیل مأموریت‌ها و فرایندهای منحصر به فرد تحویل فیزیکی کالا از نمونه‌های خود متمایز است.^۲

از این رو برای درک درست از وضعیت صلاحیت مراجع وضع مقررات برای تنظیم بازار محصولات پتروشیمی و تعارضات احتمالی مقررات وضع شده از سوی آنها، ضروری است که در ادامه اهداف بنیادین وضع مقررات توسط مراجع اختصاصی بازار سرمایه و مراجع متولی تنظیم بازار محصولات پتروشیمی به دقت مورد واکاوی قرار گیرند تا در پرتو شناخت اهداف مربوطه، بتوان صلاحیت هریک از مراجع و تعارضات احتمالی مقررات وضع شده توسط آنها را بهتر تحلیل و ارزیابی کرد و راهکار یا راهکارهایی برای برون‌رفت از تعارضات حادث شده پیشنهاد کرد.

۲.۱. اهداف بنیادین دخالت مراجع مختلف در تنظیم‌گری بازار متشکل محصولات پتروشیمی

مقررات حاکم بر فعالان بازارهای متشکل و فرایندهای مختلف آن باید به گونه‌ای تدوین شود که همگان با شرایط برابر بتوانند به بازار وارد یا با رعایت مقررات خارج شوند و محدودیتی فراتر از آن، برای ورود به بازار یا خروج از آن وجود نداشته باشد. این مقررات در عین حال باید متضمن ارائه امتیازات و حمایت از اشخاص باشد و راه را برای فعالیت نظام‌مند آنان هموار کند. به عبارت دیگر، مقررات باید به گونه‌ای تنظیم گردد که تسهیلاتی را در اختیار فعالان مستمر این بازار قرار دهد و فعالیت آنان را در هر مرحله انتظام بخشد تا رفتارهای تهدیدکننده منافع فعالان یا مصالح بازار و رویه‌های متقلبانه را از طریق اعمال ضمانت اجرای متناسب ضابطه‌مند نماید و از سوی دیگر متکفل حمایت از فعالان رقیب در برابر یکدیگر باشد. بنابراین لازم است که ابتدا اهداف بنیادین وضع مقررات توسط مراجع اختصاصی بازار سرمایه و مراجع متولی تنظیم بازار برای تنظیم بازار محصولات پتروشیمی به طور جداگانه بررسی شوند تا زمینه برای بررسی و تحلیل مصادیق تعارض احتمالی بین قواعد حاکم فراهم شود.

۲.۱.۱. مراجع اختصاصی بازار سرمایه و تنظیم‌گری بازار محصولات پتروشیمی

به طور کلی، هدف از تصویب قوانین بازار سرمایه، رسیدن به سه هدف کاهش هزینه سرمایه‌گذاری، ایجاد قیمت واقعی و

^۱. مصوبه شماره ۱۷۱/۲۱۰ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۱ شورای عالی بورس.

^۲. سوهانی، حسین و سید مرتضی شهیدی، *تحلیل حقوقی معاملات بازار فیزیکی بورس کالای ایران*، تهران: بورس، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۸۰.

افزایش نقدشوندگی است.^۱ بورس را به عنوان بازاری شفاف و رقابتی جهت معاملات سهام، کالا، ابزارهای مالی و اوراق بهادار می‌شناسند که از مهم‌ترین اهداف تشکیل آن، می‌توان به کشف قیمت منصفانه، مدیریت ریسک نوسان قیمت، تسهیل تأمین مالی، جذب سرمایه‌های سرگردان، تسهیل مبادلات فیزیکی کالا، تنظیم بازار و کاهش هزینه معاملاتی، بازاریابی از طریق شبکه کارگزاران، توسعه بازار، انتشار اطلاعات بازار و تضمین اجرای تعهدات اشاره کرد.

لذا در فرایند معاملات بازار کالا به صورت فیزیکی، باید از رعایت اصول اساسی حاکم بر بورس اطمینان یافت و چنانچه این اصول با ابزارهایی همچون قیمت‌گذاری دستوری، عدم شفافیت فرایندهای معاملاتی، تبعیض میان مشتریان و غیررقابتی شدن جلسه معاملات نقض گردد، دیگر نمی‌توان معاملات مربوطه را معامله بورسی به معنای واقعی تلقی نمود؛ هرچند این معاملات در بستر سامانه‌های بورس‌های کالایی صورت پذیرند.

در کنار فعالیت بازار به صورت فیزیکی (تحویل کالا)، معاملات اوراق بهادار مبتنی بر کالا نیز از مزایای متعددی برخوردار بوده و وجود آن برای رشد و تداوم بازار متشکل کالایی لازم و ضروری است.^۲ ورق بهادار در معنای لغوی خود، برگرفته از واژه Security به معنای تضمین، ایمنی و وثیقه است. علت انتخاب چنین نامی برای این اوراق این است که اصولاً مجموعه‌ای از دارایی‌ها (سهام یا کالا) یا مطالبات ناشر این اوراق، وثیقه و پشتوانه صدور این اوراق است.^۳ لذا با عنایت به اینکه فرد اجلای اوراق بهادار مبتنی بر کالا در ساختار بازار سرمایه ایران، گواهی سپرده کالایی است، مزایای معاملات از طریق گواهی سپرده کالایی به شرح ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرند:

- بهره‌مندی از معاملات آنلاین که منجر به سهولت انجام معاملات و اجرای آن‌ها در سطوح مختلف خرد و کلان می‌شود؛
- ورود سرمایه‌های خرد به بازار که منتج به افزایش عمق معاملات و کمک به جذب سرمایه‌های جدید در شرایط رکود اقتصادی می‌گردد؛

- معاملات پیوسته روزانه که ماحصل آن، کشف نرخ واقعی کالاهاست؛

- انتقال مالکیت کالا به صورت الکترونیکی که منجر به کاهش هزینه‌های حمل و نگهداری کالا می‌شود؛

- النهایه استانداردسازی کالا که منتج به ارتقای کیفی محصولات داخلی و اطمینان از اصالت کالا خواهد شد.

بنابراین عرضه محصولات پتروشیمی از طریق بورس، به دلیل استفاده از سازوکارهای بازار سرمایه برای قیمت‌گذاری منصفانه و رقابت شفاف و آزاد عرضه‌کنندگان و خریداران کالاهاست تا کالاهای اساسی و استراتژیکی همچون نفتا، وکیوم باتوم، لوبکات، انواع حلال‌ها، مواد اولیه پلیمری و... با رعایت دستورالعمل‌های بورس‌های کالایی پذیرش، عرضه و معامله شوند و با استفاده از فرایندهای پیش‌بینی‌شده در دستورالعمل تسویه و پایاپای، ضمانت اجرای بازار متشکل کالایی برای تضمین ایفاء تعهدات خریداران و فروشندگان به کار گرفته شود.

۲.۱.۲. کارگروه تنظیم بازار و تنظیم‌گری بازار محصولات پتروشیمی

با عنایت به اینکه، مواد اولیه برای تولید فراورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی از طریق اعطای یارانه دولتی و به قیمت پایین‌تر از قیمت بازار آزاد به تولیدکننده‌های این محصولات اعطا می‌گردد، بالطبع دولت نیز در تلاش است حداقل خدخال و نظارت خود را در فرایند قیمت‌گذاری، عرضه و توزیع این محصولات از طریق کارگروه تنظیم بازار برای

^۱. Georgakopoulos, Nicholas L. *The Logic of Securities Law*, Cambridge University Press, 2017, P 143.

^۲. شوشی‌نسب، نفیسه، *ماهیت حقوقی اوراق بهادار*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۱۱۸.

^۳. حق‌شناس، علی‌محمد و همکاران، *فرهنگ معاصر هزاره*، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰۰.

سامان‌دهی بازار محصولات پتروشیمی اعمال نماید. چنین دخالتی اگر بدون هماهنگی با متولیان بورس‌های کالایی و بدون در نظر گرفتن اصول بنیادین حاکم بر بورس‌های مذکور اعمال شود، می‌تواند در درازمدت کارکرد و نقش‌آفرینی مؤثر بازارهای متشکل کالایی را تضعیف کند.

۲.۲. تقابل یا تفاهم ضوابط اختصاصی بورس‌های کالایی با ضوابط کارگروه تنظیم بازار

قواعد حاکم بر عرضه و معامله کالا در بازار متشکل (بورس کالا و انرژی) علی‌الاصول در سه مرحله مهم دسته‌بندی می‌شوند که مشتمل بر شناسایی و پذیرش مشتریان و کالا (مرحله پیش از عرضه)، ثبت سفارش، عرضه و معامله کالا (مرحله عرضه) و نهایتاً ایفای تعهدات و پرداخت مبالغ معامله (مرحله پایایی و تسویه وجوه) است. این دسته‌بندی در تدوین قواعد و مقررات مربوطه نیز توسط مقررات‌گذار بازار متشکل کالایی رعایت شده است؛ به‌طوری‌که دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق‌بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران (که از این پس دستورالعمل پذیرش نامیده می‌شود) ناظر بر مرحله نخست، دستورالعمل معاملات کالا و اوراق‌بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران (که از این پس دستورالعمل معاملات نامیده می‌شود) ناظر بر مرحله دوم و دستورالعمل تسویه و پایایی معاملات بورس کالای ایران (که از این پس دستورالعمل پایایی نامیده می‌شود) ناظر بر مرحله سوم است. لذا با عنایت به اینکه دستورالعمل تنظیم بازار حاوی مقررات پراکنده‌ای در خصوص هر سه مرحله مذکور است، ابتدا این مقررات با ضوابط اختصاصی حاکم بر فعالیت بورس‌های کالایی از حیث تقابل یا تفاهم مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهند گرفت؛ سپس در ادامه در صورت وجود تعارض، ارائه راهکار یا راهکارهای ممکن جهت برون‌رفت از شرایط متعارض در دستور کار این پژوهش گنجانده خواهد شد.

۲.۲.۱. تطبیق ضوابط دستورالعمل تنظیم بازار با ضوابط اختصاصی بورس‌های کالایی

انتظام‌بخشی به فعالیت‌های ذی‌نفعان بازار متشکل کالایی نیازمند وضع قواعدی است که بتواند از اصول کلی حاکم بر این بازار همچون رقابت آزادانه، شفافیت، عدم انحصار، کشف قیمت عادلانه صیانت کند. به همین خاطر چنانچه برخی ضوابط وضع‌شده ازسوی کارگروه تنظیم بازار در تعارض با قواعد حاکم بر بورس کالا و انرژی قرار گیرند، ممکن است کارایی بورس‌های مذکور دچار خلل جدی شود. براین‌اساس، برای شناخت تعارض یا تعارضات احتمالی در ادامه مقررات کارگروه تنظیم بازار در سه مرحله با قواعد حاکم بر بورس‌های کالایی مورد تطبیق قرار خواهند گرفت.

۲.۲.۱.۱. مرحله پذیرش و پیش از عرضه کالا

اصول و قواعد حاکم بر معاملات سنتی، برای تنظیم معاملات بورسی مکفی نخواهند بود و اصولی که بازار سرمایه‌بر محور آن شکل می‌گیرد، لازم است در مقررات مربوط به بازارهای متشکل کالایی نیز رعایت شوند تا ضمن تضمین سلامت و امنیت بازار، از تضییع حقوق فعالان این بازار و سوءاستفاده و رانت‌خواری اشخاص جلوگیری کند. ازاین‌رو، تصریح به برخی از این اصول همچون عدم انحصار، رقابت آزادانه و انصاف (تبصره ۲ ماده ۵ دستورالعمل معاملات) در مقررات بازارهای متشکل راهگشا نیست و لازم است قواعد مربوط به فرایندهای بورس‌های کالایی بر مبنای این اصول وضع شده و قواعد موجود در معاملات سنتی که با این اصول در تعارضند، کنار نهاده شوند؛ چنان‌که قواعد مربوط به معاملات غیرنافذ در معاملات بورسی جایگاهی ندارد و اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در برابر دارنده با حسن‌نیت از منطق بازار متشکل قابل استنباط است و مقتن باید در موارد ضروری بدان تصریح نماید.

در ارتباط با بازار محصولات پتروشیمی یکی از موارد مهمی که مرجع تعیین آن محل تأمل جدی است، «کف عرضه» یا مقدار حداقلی عرضه محصولات پتروشیمی است که مطابق بند ۱۰ ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۶ دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی به شماره ۶۰/۲۳۳۹۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱ با همکاری انجمن صنفی کارفرمایی صنعت پتروشیمی توسط شرکت ملی صنایع پتروشیمی تعیین می‌گردد. این درحالی است که براساس ماده ۱۰ دستورالعمل پذیرش، هیئت پذیرش در زمان پذیرش هر کالا، حداقل عرضه سالانه و حداقل درصد عرضه در بورس از کل تولید سالانه و از کل واردات کالا را مشخص می‌کند. باتوجه به چنین وضعیتی این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که متولی تعیین کف عرضه محصولات پتروشیمی کیست؟ آیا در این حالت هیئت پذیرش مکلف به تبعیت از کف عرضه تعیین شده توسط شرکت ملی صنایع پتروشیمی است یا باتوجه به صلاحیت قانونی خود بر اساس ماده ۱۰ دستورالعمل پذیرش می‌تواند خود اقدام به تعیین کف عرضه نماید؟

براساس مقررات فوق‌الذکر تردیدی نیست که در حال حاضر درخصوص تعیین کف عرضه محصولات پتروشیمی دو مقام تعیین‌کننده وجود دارد که در دستورالعمل‌های مورد بحث حکمی در باب اینکه نظر کدام‌یک از آنها ارجحیت خواهد داشت، وجود ندارد. اینکه برای رفع تعارض در چنین شرایطی، به چه راهکاری می‌توان متوسل شد، سؤالی است که در قسمت بعدی پژوهش حاضر بدان پرداخته خواهد شد.

۲.۲.۱.۲. مرحله عرضه و معاملات کالا

نهادهای حقوق خصوصی با کاهش هزینه‌های اساسی، انجام معاملات و ارائه اطلاعات به بازیگران در بازار را کارآمدتر می‌کنند.^۱ لیکن قواعد حقوق خصوصی در پاره‌ای موارد فاقد کارایی لازم برای فراهم آوردن بستر و اهداف بازار متشکل کالایی‌اند.^۲ بخشی از این نقصان به دنبال مواجهه با مسائل نوین در حوزه تجارت با پیش‌بینی قواعد متمایز در مقررات مربوطه همچون قانون تجارت، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ پوشش داده شده است و بخش دیگر اختصاص به بازار متشکل دارد که مقررات پیش‌بینی شده در قوانین پیش‌گفته در این باره وافی به مقصود نیست. از این رو است که در کنار بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی می‌توان به حکم مندرج در ماده ۱۷ قانون توسعه ابزارها مبنی بر اینکه «خرید و فروش کالاهای پذیرفته‌شده در بورس‌های کالایی... توسط وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، نهادها و دستگاه‌های دولتی و عمومی و دستگاه‌های اجرایی نیاز به برگزاری مناقصه یا مزایده و تشریفات مربوط به آنها ندارد» اشاره نمود که در ماده ۱۰۸ قانون برنامه پنجم توسعه نیز مورد تأکید قرار گرفته است.^۳ مضافاً اینکه وفق ماده ۱۸ قانون توسعه ابزارها، کالاهای پذیرفته‌شده در بورس، از تبعیت از نظام قیمت‌گذاری دولتی معاف‌اند.^۴

همچنین مطابق ماده ۵ دستورالعمل معاملات، خرید و فروش کالا در بورس باید رقابتی و به یکی از روش‌های حراج

^۱. Frankel, T. "The Legal Infrastructure of Market: The Role of Contract and Property Law", Boston University Law Review, Volume 73, Issue 3, 1993, P 389.

^۲. باقری، محمود، «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صص ۴۱-۸۹، ص ۶۹.

^۳. شهیدی، سید مرتضی، قواعد حقوقی حاکم بر معاملات در بورس‌های کالایی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۶۶.

^۴. سلطانی، محمد، «تبیین و تحلیل جایگاه ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران در بازار سرمایه کشور»، مجله بورس اوراق بهادار، دوره ۵، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، صص ۸۵-۱۱۶، ص ۱۱۰.

انجام شود که روش‌های حراج در ماده ۱۷ تعیین و براساس ماده ۱۸ روش حراج حضوری برای معاملات کالا الزام گردیده است. ازسوی دیگر، وفق تبصره ماده ۱۸، تعیین طول مدت هریک از مراحل حراج حضوری به هیئت‌مدیره بورس واگذار شده که با عنایت به عموم و اطلاق این صلاحیت، برای تالارها یا معاملات کالاهای مختلف، زمان‌های متفاوتی تعیین شده است.

درهرحال باوجود اینکه رقابتی‌بودن معاملات به‌عنوان شرط اساسی معاملات بازار متشکل کالایی محسوب می‌گردد، پیشنهاد فرمول قیمت‌گذاری در ماده ۵ دستورالعمل تنظیم بازار و انحصار عرضه کالاها براساس سهمیه تخصیص‌یافته در سامانه بهین‌یاب مطابق تبصره ۱ ماده ۷ دستورالعمل مذکور، نشان‌دهنده تعارض آشکار این قواعد با مقررات حاکم بر بازار متشکل کالایی است. همچنین مطابق بند ۲۳ ماده ۱ دستورالعمل معاملات، قیمت پایه عرضه توسط کارگزار فروشنده اعلام و پس از بررسی بورس، مورد تأیید یا رد قرار می‌گیرد؛ درحالی‌که در بند ۷ ماده ۱ دستورالعمل تنظیم بازار، صراحتاً قید شده‌است: «درخصوص محصولات پتروشیمی، این قیمت توسط شرکت ملی صنایع پتروشیمی به عرضه‌کننده و بورس‌های کالایی اعلام می‌گردد». وجود تعارضات این چنینی مجدداً ذهن مخاطب را با این پرسش مواجه می‌نماید که با توجه به تعارضات موصوف، در عمل کدام یک از قواعد مورد اشاره باید ملاک اقدام از سوی متولیان بازار متشکل کالایی قرار گیرند؟ برای یافتن پاسخ پرسش حاضر و برون‌رفت از شرایط تقابلی فوق لازم است که ابتدا وجود یا نبود تعارض در مرحله سوم یعنی مرحله ایفای تعهدات و تسویه وجوه نیز مورد بررسی دقیق قرار گیرد تا در پرتو بررسی انجام شده بتوان به‌صورت یکجا امکان برون‌رفت از شرایط متعارض را تحلیل کرد.

۲.۲.۱.۳. مرحله ایفای تعهدات و تسویه وجوه

تسویه و پایاپای فرایندی است که طی آن، حقوق و تعهدات طرفین محاسبه و به‌ترتیبی که در مقررات ذکر شده، وجوه حاصل از معامله تسویه و اسناد مربوطه مبادله گردد.^۱ مطابق ماده ۱۲ اصلاحی دستورالعمل معاملات، ورود اتاق پایاپای در فرایندهای معاملاتی از ساعت ۱۶ روز قبل از عرضه آغاز می‌شود و حداقل تا سه ماه پس از انجام معامله ادامه می‌یابد. این فرایندها درخصوص معاملات رینگ صادراتی بورس کالای ایران از سه روز قبل از عرضه آغاز و درخصوص ابزارهای مشتقه مانند قراردادهای آتی و اختیار معامله، فرایندهای یادشده با پیچیدگی‌های بیشتری همراه‌اند؛ درحالی‌که اساساً صلاحیت اتاق پایاپای بورس توسط مراجع وضع مقررات بازار غیرمتشکل شناسایی نشده و نحوه تعامل ارکان تنظیم بازار با این رکن مهم بورس، تعیین تکلیف نشده است.

نکته مهم دیگر، تداخل وظایف مراجع نظارتی خارج از بورس با مراجع نظارتی اختصاصی بازار سرمایه است. ازجمله اینکه ترکیب هشت‌نفره کمیته تخصصی پتروشیمی (مندرج در ماده ۲ دستورالعمل تنظیم بازار)، بدون نقش‌آفرینی شورا، سازمان و بورس انرژی، تعیین شده و حتی شرکت بورس کالای ایران نیز طبق دستورالعمل تنظیم بازار به ارائه گزارش‌های لازم درخصوص عدم رعایت کف عرضه (تبصره ۵ ماده ۶ دستورالعمل)^۲ و اطلاعات ریز معاملات خریداران به‌صورت

۱. صادقی، محمد، *حقوق معاملات اعتباری/اوراق بهادار*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۴۶۳.

۲. تبصره ۵ ماده ۶ دستورالعمل: «شرکت بورس کالای ایران و سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان مکلف‌اند تخلفات عدم رعایت کف عرضه در بورس‌های کالایی را به کمیته منعکس نمایند تا پس از بررسی و تأیید کمیته برای رسیدگی به سازمان تعزیرات حکومتی ارسال گردد».

وبسرویس (تبصره ۹ ماده ۸ دستورالعمل)^۱ به این کمیته مکلف شده است. نظر به اهمیت تبادل اطلاعات در بازار سرمایه، افشای اطلاعات معاملات بورس‌ها وفق ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی، منوط به طی تشریفات مقرر در این ماده (با نظارت سازمان، تأیید دادستان کل کشور و در چارچوب صلاحیت‌های قانونی مراجع دریافت‌کننده اطلاعات) گردیده است؛ درحالی‌که احکام مقرر در تبصره ۵ ماده ۶ و تبصره ۹ ماده ۸ دستورالعمل تنظیم بازار مبنی بر ارائه مستقیم اطلاعات توسط بورس به کمیته تخصصی پتروشیمی، در تعارض آشکار با حکم مقرر در ماده ۱۶ قانون مذکور است.

۲.۲.۲. برون‌رفت از تعارض: راهکار یا راهکارها

براساس آنچه در قسمت قبلی در باب تعارضات موجود بحث شد و در پاسخ به سؤالات مطرح‌شده در پژوهش حاضر، می‌توان برای برون‌رفت از شرایط تقابلی توصیف‌شده دو رویکرد متفاوت را به شرح ذیل بیان نمود:

۱.۲.۲.۲. رویکرد رفع تعارض به نفع دستورالعمل تنظیم بازار

برای حل تعارضات مورد بحث، یک رویکرد قابل اتخاذ می‌تواند استفاده از ظرفیت مواد ۱۱ و ۱۴ دستورالعمل معاملات باشد؛ با این توضیح که از یک سو، طبق ماده ۱۱ دستورالعمل معاملات ارائه اطلاعات فروش ازجمله قیمت پایه در قالب فرم اطلاعیه عرضه در حیطه حقوق و اختیارات عرضه‌کننده محصولات پتروشیمی است که پس از تأیید بورس و اتاق پایاپای قابل اعمال است. ازسوی دیگر، براساس ماده ۱۴ دستورالعمل مذکور کلیه وظایف و تعهدات طرفین معامله [بیع بورسی] صرفاً در چارچوب شرایط مندرج در اطلاعیه عرضه و مقررات است. جمع مواد مورد اشاره می‌تواند این ظرفیت را به وجود آورد که پذیرفتن قیمت پایه تعیین‌شده از سوی کارگروه تنظیم بازار توسط عرضه‌کننده و مقامات ذی‌صلاح بازار متشکل کالایی و اعمال آن در قالب فرم امیدنامه^۲ یا اطلاعیه عرضه می‌تواند از منظر شرط ضمن عقد بیع بورسی توجیه شود. لذا گرچه تعیین یک‌جانبه قیمت پایه توسط کمیته تخصصی پتروشیمی در تعارض با صلاحیت‌های قانونی بورس کالا و اتاق پایاپای در این خصوص به نظر می‌رسد، در صورتی‌که قیمت پایه مدنظر کمیته تخصصی پتروشیمی با همکاری عرضه‌کننده و مقامات ذی‌صلاح بازار متشکل کالایی با استفاده از ظرفیت ماده ۱۱ و ۱۴ دستورالعمل معاملات در قالب فرم امیدنامه یا اطلاعیه عرضه درج گردد و از طریق وبسایت رسمی بورس کالا منتشر شود، این اقدام می‌تواند به‌عنوان شرط ضمن عقد بیع بورسی محسوب شود و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا در نظر گرفته شود.

تحلیل مذکور رویکردی است که در عمل توسط مقامات ذی‌صلاح در بورس‌های کالایی برای برون‌رفت از وضعیت تعارض‌آمیز استفاده می‌شود، لیکن سؤالی که در این باره باید پاسخ داده شود، این است که وقتی تعیین قیمت پایه طبق ماده ۱۱ دستورالعمل معاملات از حقوق عرضه‌کننده است، چرا عرضه‌کننده باید از حق قانونی خود برای تعیین قیمت

^۱ تبصره ۹ ماده ۸ دستورالعمل: «بورس‌های کالایی موظفانند اطلاعات ریزمعاملات واحدهای صنعتی و صنفی تولیدی خریدار محصولات پتروشیمی را به‌صورت وبسرویس برای سامانه بهین‌یاب وزارت صنعت، معدن و تجارت و سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان ارسال نمایند».

^۲ طبق بند ۱ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران مصوب ۱۳۸۷ «امیدنامه: مجموعه اطلاعاتی است که بورس ملزم است در زمان درج نام یک کالا یا اوراق بهادار مبتنی بر کالا در فهرست نرخ‌های بورس، جهت اطلاع عموم در سایت رسمی خود منتشر نماید. فرم نمونه این گزارش به تصویب هیئت‌مدیره بورس می‌رسد».

پایه صرف‌نظر کند و قیمت دستوری تعیین‌شده ازسوی کمیته تخصصی پتروشیمی را بپذیرد؟ پاسخ پرسش بالا در این واقعیت عملی نهفته است که اگرچه غالباً عرضه‌کنندگان محصول پتروشیمی شرکت خصوصی محسوب می‌شوند، وابستگی حیاتی آنها به وزارتخانه‌ها و شرکت‌های دولتی برای تأمین مواد اولیه و خوراک محصولات پتروشیمی، که عمدتاً از طریق اعطای یارانه دولتی تأمین می‌شوند، در عمل ایجاب می‌نماید که به قیمت پایه اعلامی ازسوی ستاد تنظیم بازار تن دردهند؛ به‌نحوی که تخطی از تصمیم ستاد تنظیم بازار ممکن است در عمل منجر به کاهش و حتی جلوگیری از عرضه کالا در بورس شود؛ اقدامی که هم موجب محرومیت فعالان بازار از مزایای عرضه کالا از طریق بورس می‌شود و هم تداوم حیات بازار متشکل کالایی را با تردید جدی مواجه می‌نماید.

همان‌طور که اشاره شد، رویکرد فوق‌الذکر روشی است که توسط مقامات ذی‌صلاح در بورس‌های کالایی در عمل به اجرا در آمده است؛ لیکن توسل به ظرفیت قراردادی مستخرج از مواد ۱۱ و ۱۴ دستورالعمل معاملات با این ایراد جدی می‌تواند مواجه شود که گرچه واقعیت عملی مذکور ایجاب می‌کند که عرضه‌کننده به قیمت دستوری تعیین‌شده ازسوی ستاد تنظیم بازار تن در دهد، چنانچه عرضه‌کننده کالا یا مقامات ذی‌صلاح بازار متشکل کالایی برای درج شرایط مدنظر کمیته تخصصی پتروشیمی درخصوص قیمت پایه موافق نباشند، عملاً درج شرایط در اطلاعیه عرضه منتفی می‌شود و توافق در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی دیگر موضوعیت نخواهد داشت و این راهکار قراردادی جایگاه خود را از دست می‌دهد. به عبارت دیگر، راهکار پیشنهادی براساس این رویکرد تابع اراده عرضه‌کننده برای پذیرش قیمت پایه است. ازاین‌رو چنانچه اراده نام‌برده به هر دلیل همسو با پذیرش قیمت دستوری نباشد، رویکرد حاضر با چالش جدی مواجه خواهد شد. ایراد دیگری که به رویکرد فوق‌وارد است، اینکه طبق ماده ۱۱ دستورالعمل معاملات، تعیین قیمت پایه جزء حقوق و اختیارات عرضه‌کننده قلمداد می‌گردد؛ لیکن تعیین کف عرضه محصولات پتروشیمی در زمره حقوق نام‌برده نیست و این مقوله باید توسط مقامات ذی‌صلاح بورس‌های کالایی تعیین و ابلاغ شود؛ لذا رویکرد قراردادی مستخرج از مواد ۱۱ و ۱۴ دستورالعمل معاملات درخصوص کف عرضه محصول اساساً قابل استناد نیست؛ به همین خاطر کماکان تعارض موجود در این زمینه به قوت خود باقی می‌ماند.

۲.۲.۲.۲. رویکرد رفع تعارض به نفع ضوابط اختصاصی بورس‌های کالایی

رویکرد دومی که برای حل تعارضات اشاره‌شده می‌توان بدان متوسل شد، این است که اساساً ضوابط متعارض مندرج در دستورالعمل تنظیم بازار مغایر با احکام صریح برخی از قوانین موضوعه کشور است. در این باره لازم به توضیح است که اولاً، بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی اشعار می‌نماید: «کالاهایی که در بورس‌های کالایی به‌عنوان بازار متشکل، سازمان‌یافته و تحت نظارت پذیرفته می‌شوند و مورد دادوستد قرار می‌گیرند، طبق قوانین و مقررات حاکم بر آن بورس‌ها عرضه شده و مورد معامله قرار می‌گیرند. عرضه، معامله، تسویه و تحویل نهایی کالاهای مذکور مشمول قوانین و مقررات مربوط به بازارهای غیرمتشکل کالایی نیست». ثانیاً، براساس ماده ۱۸ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب سال ۱۳۸۸، «دولت مکلف است کالای پذیرفته‌شده در بورس را از نظام قیمت‌گذاری خارج نماید» و حتی در ماده ۱۷ این قانون نیز مقرر شده است که «خرید و فروش کالاهای پذیرفته‌شده در بورس‌های کالایی که با رعایت مقررات حاکم بر آن بورس‌ها مورد دادوستد قرار می‌گیرند توسط وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، نهادها و دستگاه‌های دولتی و عمومی و دستگاه‌های اجرایی نیاز به برگزاری مناقصه یا مزایده و تشریفات مربوط به آنها ندارد».

مواد قانونی فوق‌به‌طور صریح دلالت بر این حکم دارد که عرضه، معامله، تسویه و تحویل نهایی کالاهای پذیرفته‌شده در

بورس‌های کالایی صرفاً باید طبق قوانین و مقررات حاکم بر آن بورس‌ها صورت گیرند و عملیاتی شوند و دخالت دولت در نظام قیمت‌گذاری یا عرضه چنین کالاهایی ممنوع است. از این رو با توجه به تعارض برخی از مقررات دستورالعمل تنظیم بازار با مفاد دستورالعمل‌های حاکم در بورس‌های کالایی می‌توان قائل بدین رویکرد شد که چون دستورالعمل‌های بورس‌های کالایی پشتوانه قانونی احکام مندرج در بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی و مواد ۱۷ و ۱۸ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید دارند، در مقام رفع تعارض، حکم مندرج در دستورالعمل‌های بورس‌های کالایی باید اعمال شود و حکم متعارض موجود در دستورالعمل تنظیم بازار قابلیت اعمال ندارد.

در راستای اعمال رویکرد بالا، شورا طی مصوبه شماره ۱۷۱/۲۱۰ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۱ چنین اعلام نموده است که «در روابط میان وزارت صمت و ستاد تنظیم بازار با بورس کالا، قوانین و مقررات بازار سرمایه حاکم بر بورس‌های کالایی در رابطه با قیمت کالاها و محصولات، تأیید معاملات و سقف رقابت حسب ضوابط مصوب مربوط مجری خواهد بود. در سایر موضوعات مشترک و مرتبط، پس از برگزاری جلسات هماهنگی بین بورس کالا و وزارت صمت، ضوابط پیشنهادی حسب مورد به سازمان یا شورا برای بررسی و تصمیم در چارچوب قوانین و مقررات ارائه می‌شود». طبق مفاد این مصوبه درخصوص پاره‌ای از مسائل مهم از جمله قیمت‌گذاری محصولات، قوانین و مقررات بازار سرمایه، باید بر بورس‌های کالایی اعمال شود؛ لذا مصوبات کارگروه تنظیم بازار محلی از اعراب ندارند؛ لیکن درخصوص برخی دیگر از موضوعات مشترک و مرتبط، بدو باید جلسات هماهنگی بین بورس کالا و مقامات ذیربط وزارت صمت برگزار، و خروجی جلسات جهت اتخاذ تصمیم نهایی به سازمان بورس و اوراق بهادار یا شورای عالی بورس ارائه گردد. بر این اساس، تصمیم نهایی در چارچوب قوانین و مقررات از جمله بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی و مواد ۱۷ و ۱۸ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی با سازمان بورس و اوراق بهادار یا شورای عالی بورس است.

در کنار دلیل فوق‌الذکر، مسئله دیگری که باید بدان پرداخته شود این است که کمیته تخصصی پتروشیمی زیرمجموعه کارگروه تنظیم بازار است که طبق جزء ۲ بند «ت» تصمیم‌نامه نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در خصوص تعیین اعضای کارگروه‌های تخصصی ستاد هدفمندسازی یارانه‌ها و وظایف تفصیلی آنها مصوب سال ۱۳۹۲، یکی از وظایف کارگروه مذکور (از جمله کمیته تخصصی وابسته بدان) «هماهنگی و نظارت بر تعیین تعرفه، قیمت‌گذاری، بازرسی کالاها و خدمات و هماهنگی مراکز تصمیم‌گیری امور مذکور» است. همان‌طور که مشاهده می‌شود، در این مقرر به‌عنوان یک سند بالادستی، صرفاً هماهنگی و نظارت بر تعیین تعرفه، قیمت‌گذاری به کارگروه مذکور واگذار شده است؛ لذا کارگروه تنظیم بازار و کمیته تخصصی پتروشیمی اساساً اختیار تعیین قیمت یا کف عرضه را به‌موجب سند بالادستی حاکم بر فعالیت خودشان ندارند و از این منظر نیز احکام متعارض مندرج در دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی ناظر به تعیین قیمت یا کف عرضه غیرقانونی به نظر می‌رسند.

نتیجه‌گیری

تشکیل بازاری نظام‌مند برای معامله کالاها، مستلزم پیش‌بینی استانداردهای معین، ضوابط و مقررات مشخص برای فعالان بازار، فرایندهای حاکم و نظارت بر این بازار است. وضع و اجرای این امور، وفق بند ۶ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار و ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی این قانون در قلمرو وظایف و اختیارات بورس‌های کالایی به‌عنوان تشکل خودانتظام قرار گرفته است. این درحالی است که به‌واسطه شرایط اقتصادی حاکم بر کشور خصوصاً وضع تحریم‌های یک‌جانبه از سوی دولت آمریکا و کمبود برخی از کالاها زمینه برای مداخله دولت در سازوکار بورس‌های کالایی از طریق مصوبات کارگروه تنظیم بازار

ازجمله دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی مصوب سال ۱۳۹۹ فراهم شده است.

طبق بررسی و ارزیابی انجام‌شده در پژوهش حاضر این دستاورد حاصل شد که برخی از ضوابط موجود در دستورالعمل تنظیم بازار در خصوص کف عرضه، تعیین قیمت و افشای اطلاعات در سه مرحله پیش عرضه، عرضه و تسویه وجوه کالاهای عرضه‌شده در بورس کالا و انرژی در تعارض با احکام مندرج در دستورالعمل‌های مربوطه در بورس‌های مورد اشاره قرار دارد و در مقام رفع تعارض به‌منظور حفظ جایگاه اصول بنیادین حاکم بر بورس‌های کالایی ازجمله رقابت آزادانه، شفافیت، عدم انحصار و غیره لازم است که تعارض ایجاد شده به نفع ضوابط حاکم در بورس‌های مذکور فیصله داده شود؛ زیرا مقررات متعارض در دستورالعمل تنظیم بازار به شرح مندرج در پژوهش حاضر صریحاً مغایر با بند «ج» ماده ۳۶ قانون احکام دائمی و مواد ۱۷ و ۱۸ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدیدند؛ لذا تاب مقاومت در برابر قوانین موضوعه کشور را ندارند. ازسوی دیگر، اساساً کارگروه تنظیم بازار و کمیته تخصصی پتروشیمی براساس جزء ۲ بند «ت» تصمیم‌نامه نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور درخصوص تعیین اعضای کارگروه‌های تخصصی ستاد هدفمندسازی یارانه‌ها و وظایف تفصیلی آنها، صلاحیتی برای تعیین قیمت یا کف عرضه یا الزام به افشای اطلاعات بدون رعایت ضوابط حاکم در بورس‌های کالایی ندارند.

گرچه در عمل این‌طور به نظر می‌رسد که مقامات ذی‌صلاح در بورس‌های کالایی در مقام رفع تعارض، اقدام به پیروی از مفاد دستورالعمل تنظیم بازار می‌نمایند لیکن این اقدام عملی مقامات مذکور به‌منزله قانونی بودن ضوابط متعارض در دستورالعمل تنظیم بازار نیست و پذیرش مفاد دستورالعمل موضوع بحث به ضرر ضوابط اختصاصی حاکم بر بورس‌های کالایی ازسوی مقامات مزبور به تدریج سبب تضعیف جایگاه قانونی بورس‌های کالایی و اصول بنیادین حاکم بر آنها خواهد شد؛ به همین خاطر به‌عنوان یک راهکار عملی برای برون‌رفت از شرایط مذکور، اقدام هریک از ذی‌نفعان بورس‌های کالایی برای درخواست ابطال مقررات متعارض از طریق تقدیم دادخواست به دیوان عدالت اداری پیشنهاد می‌شود.

در پایان، ذکر این نکته لازم است که گرچه دولت (وزارت صمت - کارگروه تنظیم بازار) با استناد به شرایط تحریمی کشور برای خود شأن قانون‌گذاری در نظر گرفته است و برای تنظیم بازار اقدام به مداخله از طریق اعلام دستوری قیمت پایه یا کف عرضه و مداخلات دیگر در بازار متشکل محصولات پتروشیمی می‌نماید، لیکن همان‌طور که گفته شد، کارگروه تنظیم بازار و کمیته تخصصی پتروشیمی هیچ اختیاری برای وضع مقررات در این زمینه ندارند، بلکه صلاحیت آنها صرفاً در حد هماهنگی و نظارت بر تعیین تعرفه و قیمت‌گذاری است. ازسوی دیگر، چنانچه شرایط تحریمی ایجاب می‌کند که برای مدیریت بازار داخلی، مواد اولیه و خوراک مورد نیاز پتروشیمی‌ها از طریق اعطای یارانه دولتی در اختیار آنها قرار داده شود و متقابلاً دولت انتظار دارد که قیمت محصولات به‌صورت دستوری توسط کارگروه تنظیم بازار تعیین شود، پیشنهاد می‌شود که عرضه محصولات پتروشیمی یا دیگر محصولات خاص، که شرایط تحریمی آنها را تحت‌تأثیر قرار داده است، خارج از بازار متشکل کالایی در دستور کار دولت قرار گیرد تا بدین طریق قواعد خاص حاکم بر بازارهای متشکل کالایی اختیار دولت را برای مدیریت بازار محدود نکند. فی‌الواقع عرضه محصولات پتروشیمی در بورس کالا و دخالت دولت در فرایندهای عرضه و فروش آنها در تضاد با کارکرد، ذات و ماهیت بازارهای متشکل و اصول کلی حاکم بر آنها قرار دارد و عملاً همان‌طور که گفته شد، چنین روندی در درازمدت سبب تضعیف جایگاه بورس کالا در کشور خواهد شد.

منابع

کتاب

۱. ابراهیمی، مریم، *حقوق نقل و انتقال سهام در بورس*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۲. اسفندیاری فر، خشایار، *حقوق بورس انرژی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۳. پیری، فرهاد، *حقوق بورس و اوراق بهادار*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۴. حق شناس، علی محمد و همکاران، *فرهنگ معاصر هزاره*، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۷.
۵. سلطانی، محمد و همکاران، *بایسته های حقوق بازار سرمایه (اصول)*، تهران: بورس، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۶. سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۴۰۲.
۷. سلطانی نژاد، حامد و همکاران، *راهنمای جامع ابزارهای معاملاتی بورس کالای ایران*، تهران: راه افتخار، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۸. سوهانی، حسین و سید مرتضی شهیدی، *تحلیل حقوقی معاملات بازار فیزیکی بورس کالای ایران*، تهران: بورس، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۹. شوشی نسب، نفیسه، *ماهیت حقوقی اوراق بهادار*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۱۰. شهیدی، سید مرتضی، *قواعد حقوقی حاکم بر معاملات در بورس های کالایی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۱. صابر، محمدرضا و غلامعلی میرزایی منفرد، *اختلافات بورسی در پرتو آرای هیأت داور*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۹.
۱۲. صادقی، محمد، *حقوق معاملات اعتباری اوراق بهادار*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۱۳. میرزایی منفرد، غلامعلی، *حقوق بازار اوراق بهادار (حل و فصل اختلافات)*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵.

مقاله

۱۴. انصاری، علی، محمد عیسائی تفرشی و سیدمیلاد حسینی، «تحلیل حقوقی - اقتصادی نهادهای خودانتظام و نقش مراجع غیردولتی ناظر بر این نهادها در بازار سرمایه ایران و آمریکا»، *مجله بورس اوراق بهادار*، دوره ۵، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، صص ۱۱۷-۱۳۶. DOI: 10.22059/JFR.2013.51074
۱۵. باقری، محمود و عباس احضاری، «ابعاد حقوقی بازار سرمایه غیرمتشکل؛ با نگرش تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۵۹-۸۶. <https://doi.org/10.22054/jplr.2018.27923.1738>
۱۶. باقری، محمود، «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی های حقوق خصوصی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۸، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صص ۴۱-۸۹.
۱۷. سلطانی، محمد، «تبیین و تحلیل جایگاه ماده ۹۹ قانون برنامه پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران در بازار سرمایه کشور»، *مجله بورس اوراق بهادار*، دوره ۵، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، صص ۸۵-۱۱۶.
۱۸. هروانی، حسین و سیدهادی عربی، «ارزیابی قوانین، مقررات و اصول قیمت گذاری نهادهای قیمت گذار در ایران»، *دوفصلنامه بررسی مسائل اقتصاد ایران*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۸، صص ۳۱۹-۳۴۷. DOI: 10.30465/ce.2020.5430

References

Books

1. Baldwin R. and M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Second Edition, 2011.
2. Calvani, Terry and John Siegfried. *Economic Analysis and Antitrust Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1979.
3. Ebrahimi, Maryam, *The Law of Transfer of Shares on the Stock Exchange*, Tehran: Shahre Danesh, First Edition, 2016. (in Persian)
4. Esfandiari Far, Khashayar, *The Law of Energy Exchange*, Tehran: Majd, First Edition, 2015. (in Persian)
5. Georgakopoulos, Nicholas L. *The Logic of Securities Law*, Cambridge University Press, 2017.
6. Hagh Shenaz, Ali Mohammad et al. *Contemporary Culture of the Millennium*, Tehran: Contemporary Culture, 2008. (in Persian)
7. Madura, Jeff. *Financial Institutions and Markets*, Florida Atlantic University, Ninth Edition, 2010.
8. Mirzaei Monfared, Gholam-Ali, *Securities Exchange Market Law (Disputes Resolution)*, Tehran: Mizan, Second Edition, 2016. (in Persian)
9. Needham, Douglas. *The Economics and Politics of Regulation: A Behavioural Approach*, Boston, Scott Foresman & C. 1983.
10. Parker, Edmund and Marcin Perzanowski (eds.), *Practical Derivatives: A Transactional Approach*, Globe Law and Business Ltd, Third Edition, 2017.
11. Peterson, Paul E. *Commodity Derivatives: A Guide for Future Practitioners*, Routledge (Taylor & Francis Group), 2018.
12. Piri, Farhad, *Stock Exchange and Securities Law*, Tehran: Jungle, First Edition, 2021. (in Persian)
13. Saber Mohammad Reza and Gholam-Ali Mirzaei Monfared, *Stock Market Disputes in Light of the Arbitration Decisions*, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2020. (in Persian)
14. Sadeghi, Mohammad, *The Law of Securities Credit Transactions*, Tehran: Shahre Danesh, First Edition, 2022. (in Persian)
15. Shahidi, Sayyed Morteza, *Legal Rules Governing Transactions on Commodity Exchanges*, Tehran: Mizan, First Edition, 2017. (in Persian)
16. Shoushi Nasab, Nafiseh, *Legal Nature of Securities*, Tehran: Mizan, First Edition, 2015. (in Persian)
17. Sohani, Hossein and Sayyed Morteza Shahidi, *Legal Analysis of Transactions of Physical Market on Iran's Commodity Exchange*, Tehran: Bourse, First Edition, 2014. (in Persian)
18. Soltani Nejad, Hamed et al, *A Comprehensive Guide to Transactional Instruments on the Iranian Commodity Exchange*, Tehran: The Path of Honor, First Edition, 2017. (in Persian)
19. Soltani, Mohammad et al, *The Fundamentals of Capital Market Law*, Tehran: Bourse, First Edition, 2011. (in Persian)
20. Soltani, Mohammad, *Capital Market Law*, Tehran: Samt, Fifth Edition, 2023. (in Persian)

Articles

21. Ansari Ali, Mohammad Isaye'e Tafreshi and Sayyed Milad Hossaini, "Legal-Economic Analysis of Self-Regulatory Organizations and the Role of Non Governmental Authorities Supervising these Organizations in Iran and the US Capital Market", *Journal of Securities Exchange*, Volume 5, Issue 20, 2012, PP 117-136. (in Persian) DOI: 10.22059/JFR.2013.51074
22. Bagheri Mahmoud and Abbas Ehzari, "Legal Aspects of Unorganized Capital Market; With a Comparative Attitude in US Law", *Quarterly Journal of Private Law Research*, Volume 7, Issue 26, 2019, PP 59-86. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/jplr.2018.27923.1738>
23. Bagheri, Mahmoud, "Market-Based Economy and the Shortcomings of Private Law", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 8, Issue 19, 2006, PP 41-89. (in Persian)

24. Frankel, T. "The Legal Infrastructure of Market: The Role of Contract and Property Law", *Boston University Law Review*, Volume 73, Issue 3, 1993, PP 389-406. Available at: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/741
25. Haroorani, Hossein and SAyyed Hadi Arabi, "Evaluating the Laws, Regulations and Pricing Principles of Pricing Regulatory Agencies in Iran", *Bi-Quarterly Journal of Iranian Economic Issues*, Volume 6, Issue 2, 2019, PP 319-347. (in Persian) DOI: 10.30465/ce.2020.5430
26. Soltani, Mohammad, "Elaborating and Analyzing the Position of Article 99 of the Law for the Fifth Development Plan within Iran Capital Market", *Journal of Securities Exchange*, Volume 5, Issue 20, 2012, PP 85-116. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Necessity of Announcing the Revocation of a Contract to the Other Party

Hossein Mokhtari¹ , Mahmood Yousef-vand², Sayyed Ali Pakzadian³

Highlights

- In most Iranian courts, notifying the other party of contract rescind (termination) is considered a condition for the effects of termination.
- Failure to inform the other party of the termination of the contract in many cases causes damage to him.
- Jurisprudential rules such as the rule of no harm and negation of system disruption, and the principle of good faith can support this approach.

ABSTRACT

Introduction

The right to rescind a contract (termination) is a well-established and widely recognized right in Iranian civil law, arising either from statutory provisions or through stipulations agreed upon by the contracting parties. With the expansion of modern trade and the increasing complexity of contractual relationships, the question of how and under what conditions this right may be exercised has gained renewed importance. The central question of this research is whether the exercise of the right of rescission (termination) without notifying the other party is valid and effective in Islamic jurisprudence and Iranian law, or whether such notification constitutes a necessary condition for its legal effect. Although Article 449 of the Iranian Civil Code provides that "termination is effected by any expression or act indicating such intention," judicial practice has, in numerous cases, regarded rescission without notice as legally ineffective. From the perspective of legal scholars and jurists, two different approaches are identifiable: one emphasizing the sufficiency of the rescinding party's unilateral intention, and the other insisting on the necessity of informing the counterparty to ensure the enforceability of the termination. The purpose of this study is to analyze these two approaches and to establish a coherent jurisprudential and legal foundation for the obligation to notify the other party of termination, as well as to determine the legal consequences of failing to do so.

Methods

This study employs a descriptive-analytical method. First, the conceptual foundations and legal characteristics of termination were examined through the analysis of jurisprudential sources, relevant

How to Cite: Mokhtari, Hossein, Yousef-vand, Mahmood, Pakzadian, Sayyed Ali, "The Necessity of Announcing the Revocation of a Contract to the Other Party", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:187-204.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235979.2754>

Received: 23/07/2024-Accepted: 21/12/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: hmokhtari58@gmail.com

2. Assistant Professor, Humanities Higher Education Complex, Al-Mustafa International University, Qom, Iran

3. L.L.M., Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

articles of the Iranian Civil Code, and the opinions of jurists and legal scholars. Subsequently, the study reviewed judicial precedents and decisions of Iranian courts, particularly the rulings of the Supreme Court and advisory opinions issued by the Legal Department of the Judiciary. In the next stage, several jurisprudential maxims and legal principles were evaluated as potential theoretical bases for the obligation to notify, including the rules of *Lā Ḍarar* (No Harm), *Nafī al-ʿUsr wa al-Ḥaraj* (No Hardship), *Ḍamān al-Ghurūr* (Liability for Deception), *Nafī Ikhtilāl al-Niẓām* (No Disruption of Order), as well as the principles of Public Order and Good Faith. Finally, the data were analyzed through logical interpretation and deductive reasoning within the framework of Iranian private law.

Results and discussion

The findings show that, while Iranian law does not explicitly stipulate notification as a condition for the validity of rescission, judicial interpretation has effectively treated it as such for practical and equitable reasons. Numerous court rulings—including the Supreme Court’s binding decision of 2008—have held that notification to the counterparty is essential for the termination to produce legal effects. The study of the opinions of the General Legal Department of the Judiciary also confirms this perception. Advisory opinion No. 1870/96/7 (dated November 6, 2017) issued by the Legal Department of the Judiciary confirmed that although termination becomes effective upon declaration, notification to the other party is necessary to prevent adverse consequences. From a jurisprudential standpoint, several Islamic legal principles justify this requirement. The Rule of No Harm (*Lā Ḍarar*) prohibits any act or omission causing harm to another; thus, the silence of the rescinding party, leading to damage for the other contracting party or third persons, is inconsistent with this rule. The Rule of No Hardship (*Nafī al-ʿUsr wa al-Ḥaraj*) also applies whenever failure to notify results in unbearable hardship, making the duty of notification a means of relieving such hardship. Under the Rule of Liability for Deception (*Ḍamān al-Ghurūr*), any person whose behavior deceives another and causes harm must compensate the injured party; therefore, a party who terminates without notice may be liable for the losses of others who reasonably relied on the appearance of validity. In addition, the Rule of No Disruption of Order (*Nafī Ikhtilāl al-Niẓām*) implies that no conduct should disturb social and economic order. Failing to notify the other party can lead to void or unauthorized transactions (so-called *Fuduli* contracts), multiple lawsuits, and general instability in market confidence. The Principle of Public Order likewise requires the maintenance of stability and predictability in contractual relations and thus mandates notification as a necessary element of effective termination. Finally, the Principle of Good Faith obliges parties to act honestly and fairly, which entails the duty to inform the other side when terminating a contract, in order to prevent unnecessary loss or deception. Therefore, although termination technically occurs through a unilateral act of will, its legal enforceability and evidentiary reliability depend on notifying the counterparty. Without such notification, the rescission remains incomplete and unenforceable against others, and the rescinding party may bear civil liability for the damages caused to the other party or bona fide third persons.

Conclusion

This research concludes that notifying the counterparty of termination is not a condition of validity, but it is a condition of enforceability and reliance. Hidden or uncommunicated termination, although valid in form, is ineffective in substance due to its harmful economic and social consequences. Jurisprudential maxims and legal principles, all support the necessity of such notification and judicial practice has also been established along this line. Accordingly, it is recommended that the Iranian Civil Code, particularly Article 449, be amended and expressly recognize notification as a requirement for the enforceability of termination in order to prevent the emergence of judicial disputes, an increase in lawsuits and damages resulting from hidden termination. This reform would enhance legal certainty, protect third-party reliance, and strengthen the principles of contractual justice and public order within the Iranian legal system.

KeyWords: Termination, Announcing Termination, Party to the Contract.



لزوم اعلام فسخ به طرف مقابل در قراردادها

حسین مختاری^۱، محمود یوسفوند^۲، سیدعلی پاکزادیان^۳

نکات برجسته

- در بیشتر محاکم ایران اعلام فسخ به طرف دیگر قرارداد، شرط ترتب آثار فسخ به شمار می‌آید.
- عدم اطلاع فسخ قرارداد به طرف دیگر، در بسیاری از موارد موجب خسارت او می‌گردد.
- قواعد فقهی مانند قاعده لاضرر و نفی اختلال نظام و اصل حسن نیت، می‌تواند پشتوانه این رویکرد باشد.

چکیده

یکی از حقوقی که ممکن است به موجب قانون یا قرارداد برای طرفین قرارداد به وجود آید، حق فسخ قرارداد است. امروزه باتوجه به گسترش مبادلات اقتصادی، عدم اطلاع فسخ قرارداد به طرف دیگر، نه فقط موجب خسارت به طرف قرارداد می‌گردد، بلکه گاهی موجبات زیان اشخاص ثالث و حتی نظام اقتصادی را نیز فراهم می‌آورد. از این رو بسیاری از محاکم در آرای خویش در ترتب آثار فسخ، اعلام فسخ به طرف دیگر قرارداد را ضروری دانسته‌اند. این تحقیق با روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است و با استفاده از اصول و قواعد فقهی-حقوقی لاضرر، نفی عسر و حرج، ضمان غرور، نفی اختلال نظام، نظم عمومی و اصل حسن نیت ضرورت اعلام فسخ قرارداد را به طرف دیگر بیان می‌کند. اعلام فسخ به طرف مقابل از تبعات و توالی فاسدی که ممکن است از فقدان این امر حاصل شود، جلوگیری به عمل می‌آورد.

کلید واژگان: فسخ، اعلام فسخ، طرف قرارداد.

استناد به این مقاله: مختاری، حسین، یوسفوند، محمود، پاکزادیان، سیدعلی، «لزوم اعلام فسخ به طرف مقابل در قراردادها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۱۸۷-۲۰۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235979.2754>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: hmokhtari58@gmail.com

۲. استادیار، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

۳. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران



Copyright: © 2025 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

علم حقوق، مجموعه‌ای از احکام اعتباری برای تنظیم روابط اجتماعی میان اعضای جامعه است؛ لذا احکام آن باید به‌گونه‌ای تنظیم گردد که به‌نحو احسن به انتظام بخشیدن اجتماع بینجامد. بسیاری از قوانین و مقررات در گذشته پاسخ‌گوی این امر بوده‌اند، ولی با گسترش و توسعه روابط اجتماعی امروزه این امر برآورده نخواهد شد، اما می‌توان به‌گونه‌ای برخی از قوانین را تفسیر نمود که تا حدودی این هدف تأمین گردد. یکی از این مقررات غیرمتناسب با نیازهای جامعه در زمینه فسخ معاملات است. جست‌وجو در منابع فقهی و حقوقی نشان می‌دهد، در اعمال حق فسخ، صرف اینکه قصد انشا همراه با مبرز خارجی بیان گردد کافی است و نیازی به اطلاع‌رسانی به طرف دیگر قرارداد نیست. لکن این امر توالی فاسدی را در پی دارد که می‌توان از جمله آنها به تحقق معاملات معارض و ورود زیان به اشخاص ثالث اشاره نمود که در نهایت منجر به از بین رفتن نظم در اجتماع خواهد شد. از این رو بسیاری از محاکم در آرای خویش اطلاع‌رسانی اعمال حق فسخ به طرف دیگر معامله را ضروری می‌دانند و فسخ بدون اطلاع به طرف دیگر را بلااثر قلمداد می‌نمایند. مسئله این تحقیق این است که با استفاده از برخی قواعد فقهی - حقوقی ضرورت اطلاع‌رسانی اعمال حق فسخ به آن سوی قرارداد و ضمانت اجرای عدم اطلاع‌رسانی این امر را به اثبات برساند. بحث در این مقاله با مفهوم فسخ و شرایط آن آغاز می‌شود و سپس به بررسی نظرات مختلف حقوق‌دانان و دادگاه‌ها در خصوص ضرورت اطلاع‌رسانی اعمال حق فسخ به طرف دیگر قرارداد خواهیم پرداخت در واپسین بخش هم به برخی از اصول فقهی - حقوقی که اثبات‌کننده ضرورت اعلام حق فسخ به آن سوی قرارداد است اشاره می‌گردد.

۱. مفهوم فسخ و شرایط آن

۱.۱. مفهوم فسخ

فسخ در زبان عربی به معنای «نقض کردن»، «شکستن» و «فاسد کردن» و... آمده است.^۱ در زبان فارسی نیز به معنای «زایل گردانیدن دست کسی از جایی، تباه گردانیدن رأی، شکستن، جدا کردن، ویران ساختن، برانداختن بیع و آهنگ و مانند آن، سست گردیدن، کهنه و پاره شدن جامه و جز آن...» آمده است.^۲

حق فسخ در لسان حقوقی، انحلال و برهم زدن یک طرفه عقد است. یکی از اساتید حقوق فسخ را این‌گونه تعریف نموده است: «فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد توسط یکی از طرفین عقد یا شخص ثالث».^۳ این تعریف توسط یکی از حقوق‌دانان برجسته بدین صورت مورد نقد قرار گرفته است: «اگرچه اکثر صاحبان فن از مفهوم فسخ همین تعریف را با کمی تغییر به دست می‌دهند، اما به نظر می‌رسد که تعریف مزبور و یا تعاریف مشابه آن جامع نبوده و صرفاً به بیان آثار فسخ پرداخته است. پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد و به بیان دیگر انحلال عقد، اثر فسخ است درحالی‌که منشأ و مبنای حق فسخ نیز باید در تعریف گنجانده شود تا بتواند معنا و مفهوم اصلی فسخ را

۱. در کتاب «لسان العرب» این‌گونه آمده است: فَسَخَ الشَّيْءَ يَفْسُخُهُ فَسْخًا فَانْفُسَخَ نَقَضَهُ فَانْتَقَضَ... و يقال: فسخت البيعة بين البيعة والنكاح فانفسخ البيعوا لنكاحاً ينقضته فانتقض. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، **لسان العرب**، جلد ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع - دارصادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق، ص ۴۴.

۲. دهخدا، علی‌اکبر، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد ۱۰، ۱۳۷۳، چاپ اول از دوره جدید، ص ۱۵۱۲۹.

۳. شهیدی، مهدی، **سقوط تعهدات**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۱۱۹.

برساند. مگر اینکه منظور استاد مزبور تعریف خود «فسخ» باشد و نه حق فسخ. به همین لحاظ به نظر می‌رسد عبارات زیر بیشتر به تعرف حق فسخ نزدیک باشد: «فسخ عبارت از حقی است اصولاً مالی که به واسطه قانون و یا اشتراط احد طرفین در عقد و به منظور جلوگیری از ضرر یا حدوث پشیمانی و برای هر یک از متعاملین یا هر دو آنها و یا ثالث، ایجاد شده و به صاحب آن حق می‌دهد که به طور یک طرفه عقد را منحل و به هستی و موجودیت حقوقی قرارداد پایان دهد».^۱ باید توجه داشت که فسخ عقد تنها مختص عقود لازم نیست و در عقود جایز نیز فسخ امکان‌پذیر است؛ همچنان که در ماده ۱۸۶ قانون مدنی عقد جایز به این صورت تعریف شده است که (عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ نماید) و آنچه تنها به عقود لازم اختصاص دارد خيار فسخ است به این دلیل که طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی (عقد لازم آن است که هیچ‌یک از دو سوی قرارداد، حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه). بنابراین چون فسخ عقود لازم هر زمان که طرفین تمایل داشتند ممکن نیست، نیازمند اختیار فسخ است که به این اختیار، خيار فسخ گفته می‌شود. از جهت ماهیت، خيار حقی است که به طرفین عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث، اختیار فسخ می‌دهد. اعمال این حق، عمل حقوقی است که با اراده یک طرفه صورت می‌گیرد؛ بنابراین جزء ایقاعات، و نیازمند قصد انشا است.

۱.۲. شرایط حق فسخ از منظر حقوق دانان

حق فسخ نیز مانند سایر نهادها و مفاهیم حقوقی دارای شرایطی است که در ذیل مختصراً مورد بررسی قرار می‌گیرد.^۲

۱.۲.۱. قصد انشا

انشای فسخ در زمره ایقاعات است. ایقاعات نیز در دسته اعمال حقوقی جای می‌گیرند؛ بنابراین نیازمند وجود قصد انشا هستند و با اراده دارنده و صاحب خيار واقع می‌گردند. دارنده خيار باید انحلال قرارداد را اراده نماید و چنانچه به قصد شوخی یا سهواً فسخ قرارداد را اعمال کند، عمل او موجب انحلال عقد نخواهد شد.^۳ گرچه قانون‌گذار صراحتاً از ضرورت وجود قصد انشا در اعمال حق فسخ صحبتی نکرده، این امر به دلیل بدهت موضوع بوده است.

۱.۲.۲. رضا

یکی دیگر از شرایط فسخ قرارداد رضایت شخص فسخ‌کننده است. در صورت فقدان این شرط، اینکه وضعیت فسخ به عنوان یک ایقاع چگونه خواهد بود، میان اساتید حقوق اختلاف نظر است. یک دسته از صاحب‌نظران بر این باورند برخلاف عقود و قراردادهای فقدان رضا در ایقاعات موجب بطلان آن می‌گردد نه عدم نفوذ. به همین دلیل رضایت بعدی مکره در فسخ، سبب وقوع آن نخواهد شد.^۴ دسته‌ای دیگر از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که ایقاع اکراهی همچون عقد اکراهی نافذ نیست؛ چراکه در ایقاع جز یک طرفه بودن خصوصیت دیگری وجود ندارد که سبب عدم تسری این امر گردد.^۵

۱. نهرینی، فریدون، *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۷، ص ۲۱.

۲. همان، ص ۲۴.

۳. شهیدی، پیشین، ص ۱۲۱.

۴. همان.

۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، ایقاع «نظریه عمومی، ایقاع معین»*، تهران: یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۰، صص ۱۵۵ تا ۱۵۸.

۱.۲.۳. اهلیت

طبق ماده ۹۵۸ قانون مدنی، هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، لیکن هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اعمال و اجرا نماید مگر اینکه برای این امر واجد اهلیت قانونی باشد. اعمال فسخ نیز یکی از حقوق مدنی است؛ بنابراین از این امر مستثنا نیست؛ در نتیجه چنانچه دارنده خیار بدون وجود اهلیت اعمال حق فسخ نماید، عمل وی باطل و بلا اثر است.

۱.۲.۴. وجود عقد

فسخ فرع بر صحت عقد است؛ بدین معنی که اگر عقدی صحیحاً منعقد شده باشد فسخ آن متصور است. بنابراین در عقود باطل و ایقاعات فسخ امکان پذیر نیست. در خصوص عقد غیر نافذ نیز باید گفت، چون این دسته از عقود فاقد اثرند نمی توان قبل از اجازه یا تنفیذ آن صحبت از فسخ عقد نمود؛ چرا که عقد غیر نافذ به مثابه جسم بی جانی است که نیازمند دمیدن روح به آن است.

۱.۲.۵. اراده معین

برای اینکه فسخ واجد اثر حقوقی باشد، باید اراده ذوالخیار به طور مشخص به یک عقد تعلق بگیرد. بنابراین در صورتی که اراده صاحب خیار مردد بوده، باتوجه به اصل لزوم قراردادها مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی، اصل استصحاب بقای عقود و قراردادها و تفسیر مضیق فسخ به عنوان یک امر استثنایی در عقود و قراردادها موجودیت قرارداد ثابت و لازم فرض می شود.

۲. لزوم آگاه کردن طرف دیگر قرارداد از اعمال حق فسخ در آرای قضائی به عنوان یکی از شرایط

صحت فسخ

طبق ماده ۴۴۹ ق. م «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن بنماید، حاصل می شود». باتوجه به حکم این ماده، همان طور که در مطالب فوق نیز مورد اشاره قرار گرفت، اصولاً احتیاجی به آگاهی طرف دیگر قرارداد از اعمال حق فسخ نیست؛ بلکه همین مقدار که اراده شخص برای فسخ اعلان شود و چهره بیرونی و مادی بیابد برای انحلال قرارداد کافی است؛ هر چند اراده شخص به آگاهی طرف دیگر نرسد.^۱ این دیدگاه که مطابق ظاهر قانون و مشهور حقوق دانان است، در برخی از آرای قضایی منعکس شده است. برای نمونه در رأی اصراری شماره ۹ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور چنین آمده است:

«..... تعلق اراده باطنی ذوالخیار بر انحلال معامله که مقرون به مبرز دال بر قصد باشد، باتوجه به ماده ۴۴۹ قانون مدنی، کافی برای انحلال قرارداد است و اعلام مراتب فسخ به «من علیه الخیار»، لزوماً شرط تأثیر فسخ نیست، گرچه تأخیر در اعلام در مواردی ممکن است موجب مسئولیت مدنی ذوالخیار شود. بنا به مراتب، نظر به اینکه تحقق خیار غبن در پرونده حاضر، به دلالت محتویات پرونده مسلم بوده و فروشنده نیز به نحوی عدم پایبندی خود به معامله را بعد از علم به غبن، در مدت زمانی که عرفاً فوری محسوب می شود، ابراز داشته؛ لذا با وصف مراتب مذکور، تردید در اعمال فوری خیار فسخ و بالنتیجه انحلال معامله، به نظر اکثریت قاطع هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، روا نیست. بر این اساس، با رد اعتراضات فرجام خواه، دادنامه شماره ۱۶۴۴ و ۱۶۴۳ - ۱۳۸۵/۱۱/۴ شعبه دهم دادگاه عمومی شهرستان ارومیه ابرام

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۴۰۱، ص ۵۵.

می‌شود». بدین ترتیب، به باور انعکاس یافته در این رأی، اعمال حق فسخ به‌نحو قابل اثبات، کافی است و نیازی به اطلاع طرف مقابل از اعمال حق فسخ نیست.

در دادنامه شماره ۱۴۸۴ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۵ نیز در راستای انعکاس نظریه فوق چنین آمده است:

«شعبه سه دادگاه عمومی قرجک..... به این استدلال که فسخ، ایقاع است و صاحب خیار فسخ باید در صورت تحقق آن اراده خود را انشا و انشای اراده را به اطلاع طرف دیگر برساند، صادر شده است؛ نظر به اینکه در تحقق فسخ صرفاً وجود مبرز اراده انشایی در مقام ثبوت به‌عنوان شرط تأثیر اراده باطنی کافی است و اثبات ابراز این اراده در مقام اثبات موعده فسخ را از اثبات هر امر دیگری از جمله مدلل نمودن اطلاع طرف معامله از فسخ بی‌نیاز می‌کند و ماده ۴۴۹ ق.م. برخلاف آنچه اداره حقوقی در نظریه شماره ۵۹۵۴/۷-۱۱/۵-۱۳۷۰ اعلام نموده است بیش از این دلالتی ندارد و نظر به اینکه برخلاف آنچه در نظریه مذکور آمده است ماده ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک نیز اطلاع مراتب فسخ را به مراجع ثبت مقرر داشته و نه طرف معامله و چنین استنباطی که علاوه بر وجود اراده انشایی مقرون به مبرز خارجی اطلاع طرف معامله را از تحقق ایقاع شرط نمی‌داند بر خلاف قواعد عمومی ایقاعات است، رأی دادگاه بدوی..... خلاف قانون..... است»^۱.

باوجود این، نمی‌توان توالی فاسد این نظر را نادیده گرفت. برای مثال، فرض کنید بایع پس از انعقاد قرارداد بیع، آن را فسخ می‌نماید، مشتری بی‌اطلاع از اقدام بایع، اقدام به فروش مبیع به دیگری می‌کند. روشن است که با توجه به فسخ معامله، مشتری هیچ‌گونه مالکیتی بر مبیع نداشته تا بتواند آن را به دیگری در قالب بیع منتقل نماید؛ بنابراین معامله یادشده غیرنافذ خواهد بود. این درحالی است که این وضعیت به ضرر شخص ثالث و نیز مشتری است؛ برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۶۱۷ به تاریخ ۱۳۹۳/۵/۲۰ صادره از سوی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است:

«..... اگرچه فسخ معاملات براساس قرارداد یا مقررات مربوط به خيارات در قانون مدنی جزء حقوق متعاملین است و در قرارداد مبحث‌عنه نیز در صورت عدم پرداخت هر یک از چک‌های مذکور در ماده ۴ قرارداد بابت ثمن و انقضا مدت ده روز از تاریخ برگشت چک و عدم پرداخت وجه آن برای فروشنندگان حق فسخ در نظر گرفته شده، لیکن برای اینکه دارنده حق فسخ بتواند از امتیاز یادشده بهره‌مند گردد، بایستی فسخ قرارداد را به‌نحو منجز و قابل اثبات در خارج انشاء نماید و سپس استفاده از این حق و اعمال آن را به‌طریق مقتضی به‌طرف مقابل اعلام کند و در صورت بروز اختلاف در وقوع فسخ، اثبات و تأیید آن را از دادگاه درخواست نماید، درحالی که در مانحن‌فیه به تکلیف قانونی خود به‌ترتیب ذکر شده عمل نکرده‌اند و در منضمات دادخواست اولیه مدرکی که متضمن اعلان و ابراز فسخ قرارداد از سوی خواهان‌های بدوی باشد ارائه نگردیده است.....»^۲. بدین صورت، به عقیده این دادگاه، تنها اعمال حق فسخ به‌صورت قابل اثبات کافی نیست، بلکه باید اعمال این حق به‌طرف دیگر نیز، اطلاع داده شود.

همچنین، براساس دادنامه شماره ۱۵۹۰۲۳۱۴۰۰۲۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۳۱ صادره از شعبه ۱۴۹ دادگاه حقوقی تهران، «..... فسخ عمل حقوقی است که اراده طرفین اعمال گردد و می‌بایست به اطلاع طرف دیگر برسد در مانحن‌فیه خواهان دلیلی که حکایت از اعمال فسخ معامله باشد ابراز و ارائه نکرد.....»^۳. از این دو دادنامه روشن‌تر، در دادنامه شماره ۸۶۷ به تاریخ ۱۳۸۶/۶/۳۱ صادره از سوی شعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران چنین آمده است:

۱. میرشکاری، عباس، *رساله عملی در حقوق قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص ۲۱۳.

۲. همان.

۳. به نقل از: همان.

«فسخ... با اعمال حق ازسوی دارنده خیار فسخ و اعلان آن به طرف دیگر قرارداد محقق می شود... دارنده حق فسخ باید با اعمال حق و اعلام انحلال ارادی قرارداد به طرف دیگر تأیید آن را از دادگاه درخواست نماید که در موضوع مورد بحث با فرض وجود حق فسخ و فراهم بودن موجبات اعمال آن، خواهان اراده خود در انحلال قرارداد را به طریق مقتضی و ترجیحاً ارسال اظهارنامه به طرف دیگر اعلام ننموده اند»^۱. بنابراین همان طور که اشاره شد، امروزه به دلیل گسترش و سرعت مبادلات اقتصادی، عدم اطلاع رسانی به طرف دیگر قرارداد نسبت به اجرای حق فسخ، خسارت هایی را هم برای طرفین معامله و هم برای اشخاص ثالث در پی دارد. از این رو بسیاری از محاکم در آرای خویش ضرورت اطلاع رسانی اعمال حق فسخ را به طرف دیگر قرارداد منعکس نموده و در عرف نیز مردم دادخواست تنفیذ یا تأیید یا اعلام فسخ قرارداد را به دادگاه تقدیم می نمایند یا از طریق اظهارنامه اعمال فسخ را به اطلاع طرف دیگر قرارداد می رسانند و در غیر این صورت قائل به پذیرش فسخ نیستند و رویه محاکم نیز در این باره دچار تشتت است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه مشورتی شماره ۱۸۷۰/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۸/۱۵ در پاسخ به سؤالی در این خصوص که آثار فسخ از زمان تحقق شرط فسخ یا از زمان اعلام به طرف دیگر معامله جاری می شود، بیان می کند: «اثر فسخ با اعمال حق فسخ از طرف صاحب حق فسخ محقق می شود و اعلام آن به طرف مقابل تأثیری در این امر ندارد؛ هرچند برای جلوگیری از تبعات منفی آن، اقتضا دارد مراتب فسخ به طرف مقابل اعلام شود. مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ قانون مدنی مؤید این معنی است.» بنابراین اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز متوجه توالی فاسد عدم اعلام فسخ به طرف دیگر معامله شده است و قائل به این امر است که علی رغم عدم تصریح قانون گذار به ضرورت اعلام، برای جلوگیری از تبعات منفی، اعلام ضروری است. همچنین در کنوانسیون بین الملل کالا مصوب ۱۹۸۰ فسخ با اراده دارنده حق فسخ صورت می گیرد، ولی برای اعمال فسخ باید اخطار ساده ای به طرف دیگر قرارداد ارسال کند تا وی از اراده دارنده حق در رابطه با فسخ مطلع گردد. بر اساس ماده ۲۶ این کنوانسیون «اعلام فسخ قرارداد صرفاً در صورتی نافذ است که طی اخطاری به طرف دیگر به عمل آید.» آنچه به نظر می رسد این است که قضات محاکم برای جلوگیری از توالی فاسد فوق الذکر، وضعیت حقوقی فسخی که اعمال کننده آن به طرف دیگر قرارداد، اجرای آن را اطلاع نداده، بطلان در نظر می گیرند؛ ولی باتوجه به اینکه فقیهان و حقوق دانان صراحتاً به عدم شرطیت این امر به عنوان شرط صحت تصریح نموده، در نظر گرفتن آن به عنوان شرط صحت اجتهاد در برابر نص بوده و امری باطل محسوب می گردد. در بند بعدی به ارائه راه حل پیشنهادی در این باره خواهیم پرداخت.

۳. ارائه راه حل پیشنهادی

برای جلوگیری از توالی فاسد فقدان این امر، می توان نظریه استنادناپذیری فسخ صورت گرفته در قبال شخص ثالث با حسن نیت را مطرح نمود و مال مورد معامله میان طرفین را در حکم تلف دانست. اعتقاد به تلف حکمی مال مورد معامله با ثالث بنا بر پذیرش نظریه ظهور است. این نظریه به طور خلاصه این گونه بیان می گردد که ایجاد تکلیف برای اشخاص مبنی بر شناخت واقعیت محض تکلیف مالا بطلاق است. بنابراین هرچند فرضی که مالی بدون اذن مالک از ید وی خارج گردد باید حق جبران زیان مالک حفظ شود، از سوی دیگر، بنای عقلا و لزوم حفظ نظم معاملاتی در جامعه و حفظ حقوق اعتمادکننده به یک ظهور قابل اعتنا، ایجاب می نماید که در تقابل منافع مالک اولیه و شخصی که به استناد ظهور مالی را تحصیل نموده است، راه حلی برای حفظ حقوق اعتمادکننده به ظهور نیز در نظر گرفته شود. این راه حل با اولویت حمایت از منافع شخص اعتمادکننده به ظاهر در سایه نظریه ظهور، این است که باوجود عین در ید مالک فعلی (مالک

^۱. همان.

ظاهری)، مال به مثابه مال تلف شده (تلف حکمی) لحاظ گردد که نتیجه آن هم حفظ قراردادهای متعدد منعقد بر آن مال است و هم اینکه مالک اولیه حق مطالبه بدل را از غاصب اولی داراست.^۱ مزیت این دیدگاه این است که هم اشخاص ثالث متضرر نمی گردند و هم مقررات فقهی و حقوقی در رابطه با فسخ دچار تزلزل نخواهند شد؛ چراکه ممکن است یکی از طرفین معامله بدون اطلاع رسانی به طرف دیگر فسخ نماید، ولی آن سوی قرارداد مدعی امری نباشد و خود قائل به فسخ گردد؛ لذا در اینجا بطلان فسخ به سبب اطلاع به طرف دیگر قرارداد امر صحیحی نیست. در واقع به عنوان یک پیشنهاد می توان ماده ۴۴۹ قانون مدنی را این گونه اصلاح نمود: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن بنماید و به اطلاع طرف دیگر معامله برسد حاصل می شود. عدم اطلاع رسانی اعمال این حق به طرف دیگر معامله در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت قابل استناد نیست». همچنین به نظر می رسد با عنایت به «لزوم پاسداشت نظم عمومی در جامعه» و «برقراری ثبات در روابط اشخاص» نباید اهمال شخص در اطلاع رسانی حق فسخ خویش به طرف دیگر را نادیده گرفت: امروزه مردم بعد از اعمال حق فسخ آن را به طرف دیگر اطلاع می دهند. عدم اطلاع رسانی اعمال این حق، خروج از رفتار انسان متعارف است و تقصیر محسوب می گردد؛ پس نباید به آسانی از این تقصیر عبور نمود. به علاوه، انسان ها حق دارند تا به ظاهر موقعیتی که برایشان ایجاد می گردد اعتماد نمایند. بنابراین اگر صاحب حق فسخ به واسطه عدم اطلاع رسانی اعمال حق خویش به طرف دیگر قرارداد خسارتی وارد نماید، مسئول جبران خسارات وارده است.

۴. مبانی فقهی - حقوقی ضرورت اعلام فسخ به طرف دیگر قرارداد

در ذیل با استفاده از برخی قواعد فقهی و حقوقی سعی می شود مبنایی برای ضرورت اطلاع رسانی اجرای حق فسخ به طرف دیگر قرارداد و ضمانت اجرای آن یعنی استناد ناپذیری فسخ در مقابل شخص ثالث بیان گردد.

۴.۱. قاعده لاضرر

یکی از مشهورترین و مهم ترین قواعد فقهی که در ابواب مختلف فقه از جمله معاملات کاربرد دارد قاعده «لاضرر» است. در مورد مفهوم قاعده لاضرر و حدود و ثغور آن در فقه نظرات مختلفی میان فقیهان رایج است که بیان همه آنها از حوصله این بحث خارج است. ولی یکی از نظرات درباره مفهوم و معنای این قاعده که مورد توجه بسیاری از فقیهان قرار گرفته، نظریه مرحوم شیخ مرتضی انصاری (قدس سره) است. این عالم بزرگ در کتاب رسائل خویش این نکته را بیان نموده است که در حدیث شریف نبوی «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِی الْإِسْلَامِ»، «لا» در معنای حقیقی خویش یعنی نفی به کار رفته است، ولی چون ضرر واقعاً در عالم خارج وجود دارد، برای برداشت صحیح کلمه «حکم» را باید در تقدیر بگیریم و به عبارتی معنای این قاعده فقهی این است که حکم ضرری در اسلام وجود ندارد.^۲ برخی دیگر از فقیهان نظیر مرحوم شریعت اصفهانی و امام خمینی (رحمه الله علیهما) در این حدیث شریف، «لا» را به لای نهی تعبیر نموده اند و بدین ترتیب معنای این قاعده را این گونه بیان می دانند که زیان رساندن در اسلام حرام است.^۳ فارغ از نظریات فوق، به نظر می رسد که مفهوم قاعده لاضرر به صورت خلاصه این باشد که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت هم در مقام

۱. کریمی، عباس و مهدی علاء، «چالش حقوقی معاملات شخص با حسن نیت و راهکار آن»، پژوهش نامه حقوق خصوصی عدالت، دوره ۴، شماره ۸، ۱۳۹۶، صص ۲۳ و ۲۴.

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فوائد الاصول (الرسائل)*، قم: صفوی، ۱۳۷۴، صص ۱۷۲ به بعد.

۳. شریعت اصفهانی، شیخ فتح الله، *قاعده لاضرر*، قم: اسلامی، ۱۴۰۵ ه. ق، ص ۲۵؛ خمینی، سید روح الله، *الرسائل*، جلد ۱، قم: طباطبائی، بی تا، ص ۵۰.

تشریع و قانون گذاری است و هم در مقام اجرای قانون. به عبارت دیگر، همچنان که پیامبر بزرگوار اسلام (ص) با بیان این حدیث وجود ضرر را در قانون گذاری و تشریع معدوم اعلام نموده و ناظر به مرحله انشای قوانین است، در مرحله اجرا نیز چنانچه عملی منجر به زیان رساندن شخصی به دیگری گردد، مورد تأیید شارع قرار نخواهد گرفت.^۱

تردید وجود ندارد که احکام وجودی مشمول قاعده لاضرر هستند؛ بنابراین اگر حکمی موجب زیان گردد، به استناد این قاعده آن حکم رفع می گردد. ولی سؤال اینجاست آیا قاعده لاضرر شامل امور عدمی نیز می گردد؟ به بیان دیگر، اگر از رهگذر فقدان حکمی در قانون یا شرع ضرر وارد گردد، می توان به استناد این قاعده ضرر را منتفی دانست و حکمی وضع نمود؟ به عنوان مثال، درباره موضوع پیشرو، می توان به استناد این قاعده، خلأ حکم قانونی و شرعی مبنی بر عدم ضرورت اطلاع طرف دیگر قرارداد از فسخ آن را بر طرف و حکمی راجع به ضرورت اعلام این حق وضع نمود؟ مشهور فقیهان بر این باورند که قاعده لاضرر شامل امور وجودی می شود و حکمی را رفع می کند و نه اینکه حکمی را وضع و ثابت نماید. از جمله این فقیهان محقق نائینی است که بیان می دارد قاعده لاضرر همواره به نحو معارض و مخالف عمومات دیگر وارد و بر آنان حاکم می شود. در ادامه نیز بیان می دارند در صورت اعتقاد به شمول امور عدمی در مفاد این قاعده، توالی فاسدهای ایجاد می گردد و مستلزم تأسیس فقه جدیدی است.^۲ اما برخی دیگر از فقیهان، نظیر صاحب ریاض، برای اثبات ضمان در برخی از موارد به این قاعده استناد نموده اند.^۳ به نظر می رسد نمی توان باور کرد که حدود قاعده لاضرر صرفاً به رفع احکام اختصاص داشته باشد و نسبت به مواردی که فقدان حکم یا قانونی موجب ورود ضرر و زیان می گردد نقشی ایفا نکند؛ با این استدلال که چنانچه عدم قانون گذاری از سوی شارع موجب زیان بندگان گردد، ورود خسارت به شارع نسبت داده خواهد شد تا قاعده لاضرر آن را مرتفع کند؛ چراکه قانون گذاری در همه شئون در قلمرو شرع مقدس است و همان گونه که وضع حکم ممکن است برای شخص یا جامعه ضرر داشته باشد، سکوت و عدم تشریع نیز چه بسیار خسارت به بار می آورد.^۴ مضافاً بر اینکه «وقتی حکومتی نظام جامعه و ملتی را به دست دارد، هرگونه سوء جریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر اوست، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش بینی های لازم».^۵

بنابراین با این برداشت می توان حکم جعل نمود که اعلان اعمال حق فسخ جزء شرایط استنادپذیری آن است؛ چراکه فقدان این حکم سبب ورود خسارت به طرفین قرارداد و حتی اشخاص ثالث می گردد.

۴.۲. قاعده نفی عسر و حرج

یکی از قواعدی که در بسیاری از ابواب فقه کاربرد دارد، قاعده نفی عسر و حرج است. مطابق این قاعده، در صورتی که از رهگذر اجرای یک حکم شرعی، مشقت و سختی غیرقابل تحملی بر مکلف وارد گردد، انجام آن از ذمه آن فرد ساقط می گردد. در خصوص معنا و مفهوم این قاعده نیز نظرات متعددی میان فقیهان رایج است که عمدتاً ذیل همان قاعده

۱. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه؛ بخش مدنی (مالکیت / مسئولیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجاه و پنجم، ۱۳۹۹، صص ۱۹۰ و ۱۹۱.

۲. خوانساری نجفی، موسی بن محمد، *منبه الطالب (تقریرات درس میرزای نایینی)*، جلد ۲، نجف: مطبعه المرتضویه، ۱۳۵۷ ه. ق، ص ۲۲۱.

۳. طباطبایی، سیدعلی (صاحب ریاض)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة*، جلد ۹، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۳۰۱.

۴. محقق داماد، پیشین، ص ۲۰۰.

۵. همان.

لاضرر به آن پرداخته شده است و با نظریه مختار فقیهان درمورد لاضرر شباهت دارد. بنابراین برای جلوگیری از اطباب کلام از بیان این مطلب اجتناب می‌شود. شکی نیست که مفاد این قاعده امور وجودی را دربرمی‌گیرد؛ به‌عنوان مثال اگر روزه سبب طولانی شدن بیماری مکلف باشد به سبب این قاعده، وجوب آن از مکلف برداشته شده و مکلف از انجام این واجب شرعی معاف می‌گردد. سؤال اینجاست که آیا مفاد این قاعده امور عدمی را نیز شامل می‌گردد؟ بدین معنا که اگر از رهگذر فقدان یک حکم شرعی مشقت غیرقابل تحمل بر شخص وارد گردد می‌توان به‌استناد این قاعده، حکمی جعل نمود؟ به‌عنوان مثال، در مسئله پیش‌رو، چنانچه به سبب عدم اطلاع‌رسانی فسخ قرارداد به طرف دیگر معامله، سختی غیرقابل تحملی بر وی و اشخاص ثالث وارد گردد، به‌خصوص در زمانی که معاملات متعددی بر مال مورد معامله صورت گیرد، آیا می‌توان این خلأ قانونی را به‌استناد این قاعده بر طرف کرد و جعل قانون نمود؟ در این خصوص میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقیهان نظیر میرزای نائینی بر این باورند این قاعده به احکام وجودی اختصاص دارد و نمی‌توان به‌استناد این قاعده عدم احکام را نیز نفی نمود. یکی از دلایلی که میرزای نائینی بر این باور اقامه می‌نماید، همان استلزام این باور با تأسیس فقه جدید است. بدین معنا که گسترش شمول این قاعده در نفی عدم احکام سبب دگرگونی بنیادین در احکام شرع خواهد شد. بنا بر یکی دیگر از دلایل ایشان، مفاد این قاعده این است که وجود حکمی سبب حرج یا مشقت غیر قابل تحمل گردد به‌واسطه این قاعده نفی می‌شود؛ درحالی‌که عدم حکم، حکم شرعی محسوب نمی‌گردد تا در فرض ایجاد مشقت غیرقابل تحمل، نفی گردد. این دیدگاه قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ چراکه آیات و روایاتی که حکم حرجی را نفی می‌نمایند، در حقیقت در مقام بیان نظر شرع مقدس در قبال حرج و مشقتی است که احتمال دارد به شرع منتسب گردد و لسان آنها به‌صورتی است که حرج به‌طور مطلق از شریعت نفی گردیده است؛ خواه این حرج از احکام وجودی حاصل گردد و خواه از خلأ یک حکم در شرع.^۱ دلیل دیگر برای عدم پذیرش این دیدگاه این است که بسیاری از احکام عدمی را می‌توان به احکام وجودی تعبیر نمود؛ به‌عنوان مثال درخصوص عدم ضرورت اطلاع‌رسانی اعمال حق فسخ به طرف دیگر معامله یک حکم عدمی است که می‌توان آن را به برائت ذمه ذوالخیار از اطلاع‌رسانی به طرف دیگر قرارداد در زمان اجرای این حق برگرداند؛ درنتیجه برائت ذمه امری وجودی است که بدون شک می‌تواند مشمول قاعده نفی عسر و حرج قرار گیرد و توسط آن مرتفع گردد. از این استدلال می‌توان درمورد قاعده لاضرر نیز بهره برد. برخی دیگر از فقیهان نظیر سید محمد کاظم یزدی در ملحقات عروه بیان نموده‌اند که اگر بقای زوجیت سبب عسر و حرج بر زوجه گردد با تمسک به قاعده نفی عسر و حرج می‌توان جواز طلاق زوج را برای حاکم شرع ثابت دانست.^۲ وی در فرضی که کمتر از چهار سال مفقود باشد یا نباشد، ولی توانایی تأدیه نفقه را نداشته باشد، عدم جواز طلاق ازسوی حاکم نسبت به زوجه را سبب عسر و حرج غیر قابل تحمل وی دانسته و با تمسک به قاعده نفی عسر و حرج این حکم را نفی نموده است.

به نظر می‌رسد با توجه به مطالب یادشده، مجرای قاعده نفی عسر و حرج هم در امور وجودی و هم امور عدمی است؛ بنابراین می‌توان از این قاعده نیز به‌عنوان یکی از مبانی جعل حکم ضرورت اعلان انجام فسخ به طرف دیگر قرارداد استفاده نمود؛ هرچند ممکن است مصادیقی از عدم اعلام فسخ، که منتهی به عسر و حرج طرف معامله شود، بسیار محدود باشد.

۱. حقگوینان، علیرضا، «ماهیت و قلمرو عسر و حرج در فقه امامیه»، فصلنامه مطالعات و تحقیقات در علوم رفتاری، دوره ۳، شماره ۶، ۱۴۰۰، ص ۱۲.

۲. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، تکملة العروه الوثقی، مصحح: سید محمد حسین طباطبایی، جلد ۱، قم: مکتبه داورى، بی‌تا، ص ۷۵.

۴.۳. ضمان غرور

یکی از قواعد فقهی که شاید بتوان با یک تفسیر به عنوان مبنای وضع حکم ضرورت آگاه نمودن طرف دیگر قرارداد از فسخ آن استفاده نمود قاعده ضمان غرور است. به طور خلاصه این قاعده بیان می‌نماید اگر به واسطه سخن یا عمل شخصی خسارتی به دیگری وارد گردد، شخص فریب خورده که خسارت به وی وارد شده است (مغرور)، می‌تواند به شخص فریب‌دهنده که سبب ورود زیان بوده است (غار)، رجوع نماید. در صدق غرور نیز فقط ضرورت دارد یک شخص، دیگری را بر عملی که مستلزم خسارت است، ترغیب کند یا سبب ورود خسارت به دیگری به واسطه عمل خویش گردد. هر چند این شخص به ترتب زیان بر عمل خویش جاهل باشد و به عبارتی، این قاعده از عناوین غیر قصدیه است و قصد فریب برای شمول این قاعده لازم نیست. در موضوع مورد بحث نیز ذوالخیار با فسخ قرارداد و عدم اطلاع آن به طرف دیگر قرارداد یا اشخاص ثالث طرف معامله با وی، سبب شده است که طرف معامله با تصور بقای مالکیت خویش بر مورد معامله، به انجام معامله اقدام و از این طریق به خویش و اشخاص ثالث طرف معامله خسارت وارد کند. در راستای مفاد قاعده ضمان غرور، بهترین شیوه جلوگیری از خسارت وارده این است اعمال حق فسخ نسبت به اشخاص ثالث استناد ناپذیر نباشد تا بدین ترتیب از زیان‌های ناشی از معاملات فضولی نیز جلوگیری به عمل آید. بنابراین برای جلوگیری از ورود خسارات به اشخاص در جامعه و جبران آن خسارات به واسطه استناد ناپذیری معاملات، ضروری است زمانی که حق فسخ اعمال شد، به طرف دیگر معامله اعلام گردد.

۴.۴. قاعده نفی اختلال نظام

یکی از قواعد فقهی اصطیادی که مستند بسیاری از گزاره‌های فقهی است قاعده نفی اختلال نظام است. منظور از قاعده نفی اختلال نظام نفی و طرد نمودن هر حکمی است که موجب اختلال در نظام اجتماعی و معیشتی مردم است. به بیان دیگر، شارع مقدس حکم موجب اختلال در نظام اجتماعی و معیشتی مردم را وضع ننموده است. در خصوص این قاعده یک دیدگاه وجود دارد که این قاعده صرفاً نفی‌کننده احکام نیست، بلکه جایگاه وضع حکم را نیز می‌تواند داشته باشد؛ چراکه وجود حکم همواره موجب اختلال در نظام نمی‌گردد، در موارد بسیاری، خلأ حکم و فقدان قانون موجب ایجاد اختلال در نظام جامعه می‌گردد. نظر دیگر این است قاعده مذکور صرفاً دلالت بر نفی حکم دارد. به نظر می‌رسد همان گونه که در مطالب پیشین بیان شد، فقدان حکم را می‌توان به امر وجودی تعبیر نمود؛ مضافاً بر اینکه در فرض پذیرش دیدگاه دوم نیز می‌توان در کنار قاعده با توسل به سایر قواعد و مسلمات فقهی به جعل حکم نیز مبادرت نمود؛ از جمله این راهکارها استفاده از احکام حکومتی است. همچنین به قاعده نقض غرض که توسط برخی از فقیهان بیان گردیده نیز می‌توان استناد نمود.^۱ به طور خلاصه این قاعده در فقه به این معناست که اگر حکم شرعی استنباط شده با قوانین الهی و هدف خاص یک حکم شرعی در تضاد و تنافی باشد، چنین حکمی حجیت ندارد؛ لذا در صورت حمل قاعده نفی اختلال نظام در جایگاه نفی احکام، در مواردی دچار نقض غرض شده و خود این قاعده با این استنباط سبب اختلال در نظام خواهد شد. بدین ترتیب می‌توان از این قاعده نیز به عنوان مبنایی برای ضرورت اعلام حق فسخ نام برد؛ چراکه عدم اطلاع‌رسانی اعمال این حق منجر به مختل شدن نظام اقتصادی و معیشتی جامعه می‌گردد و در بسیاری از موارد هزینه‌های زیادی بر دستگاه قضایی کشور وارد می‌نماید؛ چراکه طرف معامله که از فسخ قرارداد اطلاع نداشته مبادرت به

۱. خورشیدیان، محمدعلی و الهام شرعی، «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۹۴.

معاملات متعددی می‌نماید که در صورت مقدم بودن فسخ بر این معاملات، همه معاملات فضولی است و منجر به تشکیل پرونده‌های متعدد برای آنان می‌گردد و خسارت‌های زیادی هم به افراد جامعه و هم به دولت وارد می‌نماید.

۴.۵. نظم عمومی

در حقوق داخلی، نظم عمومی به مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور یا راجع به صیانت و امنیت و اخلاق در روابط آحاد مردم گفته می‌شود که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آنها بلااثر است.^۱ در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌گردد، هدف این است از اجرای امری که حسن جریان لازم امور مربوط به موارد فوق‌الذکر را برهم می‌زند جلوگیری به عمل آید. به بیان دیگر در نظم عمومی مصالح جامعه در نظر گرفته می‌شود و با توجه به اینکه مصالح و منافع جامعه در بازه‌های زمانی مختلف متغیر و امری نسبی است، نظم عمومی نیز در مکان‌ها و زمان‌های مختلف متفاوت است. فلسفه جعل قواعد و قانون‌گذاری، حفظ منافع و مصالح فردی و اجتماعی و دفع مفاسد است و باید ضمن پرهیز از قانون‌گریزی، قوانین را به گونه‌ای تفسیر و تعبیر نمود که منافع فرد و جامعه را حفظ نماید. به فراموشی سپردن مصالح و مفاسد به بهانه عمل به قانون ناشی از تحجر و تنگ نظری است.^۲ بنابراین در مانحن‌فیه که قانون‌گذار به طور صریح نفیاً یا اثباتاً در مورد ضرورت اطلاع‌رسانی اعمال فسخ به طرف دیگر قرارداد اظهار نظر نکرده است، برای جلوگیری از توالی فاسد فقدان این امر و حفظ نظم عمومی، ماده ۴۴۹ قانون مدنی باید به گونه‌ای تعبیر گردد تا اعلان فسخ به طرف دیگر قرارداد ضروری محسوب شود؛ عدم اطلاع موجبات استنادناپذیری اعمال حق فسخ در قبال اشخاص ثالث را به وجود می‌آورد؛ چراکه این عدم اطلاع‌رسانی، سبب به هم خوردن نظم عمومی خواهد شد؛ به این صورت که اشخاص معاملاتی می‌کنند و سپس بدون اطلاع‌رسانی به طرف دیگر، اقدام به فسخ معامله می‌نمایند و آن طرف هم که جاهل به این امر است، با اشخاص ثالث معامله می‌کند، در حالی که مال مورد معامله مال غیر بوده است. بدین صورت معاملات فضولی در سطح جامعه گسترش می‌یابد که خود منجر به تزلزل معاملات، افزایش ورودی پرونده‌ها به دادگستری، اطاله دادرسی، ضرر و زیان بسیاری از افراد جامعه می‌گردد که همه این موارد به مرور زمان نتیجه‌ای جز از بین رفتن نظم عمومی و اختلال در حسن جریان امور نخواهد داشت. این نکته نیز گفتنی است که گرچه بین قاعده نظم عمومی با قاعده نفی اختلال نظام وجوه مشترکی برقرار است، با یکدیگر تفاوت دارند. توضیح بیشتر آنکه نظم عمومی یک قاعده پسینی است و در تفسیر قراردادها و امکان اجرای آنان به کار می‌رود؛ حال آنکه قاعده نفی اختلال نظام یک قاعده پیشینی است و بیشتر در نفی و جعل احکام به کار می‌رود.

۴.۶. اصل حسن نیت

یکی از حقوق دانان در تعریف اصل حسن نیت بیان نموده است: «وضع فکری کسی که اقدام به عمل حقوقی از روی اشتباه می‌کند و تصور می‌کند که عمل او بر وفق قانون است و حال اینکه موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیان‌آور آن عمل حقوقی در حدود معینی او را حمایت می‌کند؛ مانند صاحب یدی که تصور می‌کند با مالک واقعی معامله کرده و مال را از او گرفته و حال اینکه با غاصب معامله کرده است...» یا کسی که روی زمین غیر ساختمان می‌کند به اعتقاد

۱. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱، ص ۵۲.

۲. امیرمحمدی، محمدرضا، «اثر تجاوز مدیران از حدود اختیارات خود در انعقاد قراردادها»، *فصلنامه مطالعات حقوقی خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷، ص ۲۶.

اینکه مالک اوست...»^۱.

یکی دیگر از صاحب‌نظران درباره تعریف این اصل آورده است: «حسن‌نیت رفتار منصفانه در قراردادها و رعایت رفتار صادقانه و عادلانه طرف‌های قرارداد است که بر پایه توافق‌های صریح یا ضمنی طرف‌ها، اهداف قرارداد و قانون یا عرف، در مراحل مقدماتی، مذاکرات، انعقاد، اجرا، تفسیر و ضمانت اجرای قراردادهای اعمال می‌شود»^۲. به صورت خلاصه اصل حسن‌نیت به معنای این است که از شخصی که گمان می‌کرده عمل وی مطابق قانون بوده است، حال آنکه این گونه نیست، حمایت صورت گیرد. این اصل امروزه در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. در ماده ۳۲۵ قانون مدنی مشتری را که حسن‌نیت داشته و به عبارت دیگر جاهل به قرارداد فضولی بوده است مورد حمایت قرار می‌دهد و علاوه بر ثمن او را مستحق خسارات وارده نیز می‌داند. همین نکته در ماده ۳۹۱ قانون مدنی در باب ضمان درک بیان شده است. در زمینه اسناد تجاری نیز رویه قضایی به صورت یک عرف مسلم و نانوشته در قانون تجارت، خود را مکلف به حمایت از ثالث با حسن‌نیت می‌داند. در مسئله مورد بحث نیز رعایت اصل حسن‌نیت، یعنی حمایت از شخصی که جاهل به عمل حقوقی صورت گرفته بعد از فسخ قرارداد بوده، اقتضا می‌کند اعمالی که طرف معامله با حسن‌نیت قبل از اطلاع از خبر اعمال فسخ توسط ذوالخیار انجام داده و معامله شخص ثالث که به اعتماد مالکیت طرف بر مورد معامله با حسن‌نیت صورت گرفته غیرنافذ تلقی گردد. روشن است که اگر یکی از طرفین معامله حسن‌نیت نداشته باشد دیگر نمی‌توان اصل حسن‌نیت را در مورد وی جاری دانست.

نتیجه‌گیری

با توجه به ماده ۴۴۹ قانون مدنی برای اعمال حق فسخ هر لفظ یا فعلی که دلالت بر وقوع آن نماید کافی است و طبق نظر مشهور حقوق‌دانان و فقیهان قصد انشا به نحوی ابراز گردد برای وقوع فسخ کفایت می‌کند و نیازی به اطلاع طرف دیگر قرارداد نیست. پذیرش نظریه فوق توالی فاسدی را دربردارد؛ از جمله آنکه خریدار که از فسخ قرارداد اطلاعی ندارد، به تصور آنکه مورد معامله هنوز در ملکیت وی باقی است، مبادرت به معامله آن مال می‌نماید، درحالی که فی الواقع از مالکیت وی خارج شده و معامله باطل است و از این طریق خسارات زیادی به طرفین معامله و اشخاص ثالث و حتی نظام اجتماعی وارد می‌گردد؛ فلذا بسیاری از قضات محاکم در آرای خویش ضرورت اعلام اعمال حق فسخ به طرف دیگر معامله را منعکس کرده و ضمانت اجرای آن را بطلان در نظر گرفته‌اند؛ حال آنکه حکم وضعی بطلان صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در واقع نوعی اجتهاد در برابر نص بوده است. از این رو راه حل پیشنهادی استنادناپذیری فسخ صورت گرفته در مقابل اشخاص ثالث با حسن‌نیت مطرح گردید؛ بدین معنا که از اشخاص ثالث که از فسخ قرارداد نسبت به مال مورد معامله اطلاعی نداشته‌اند حمایت گردد و مال مورد معامله در حکم تلف در نظر گرفته شود. در ادامه در این نوشتار، سعی شد تا به استناد قواعد فقهی و اصول حقوقی، مبانی برای ضرورت اطلاع‌رسانی اعمال فسخ به طرف دیگر معامله و ضمانت اجرای استنادناپذیری آن در قبال ثالث با حسن‌نیت بیان شود. این مبانی عبارت‌اند از: ۱- قاعده لاضرر؛ ۲- قاعده نفی عسر و حرج؛ ۳- قاعده ضمان غرور؛ ۴- قاعده منع اختلال نظام؛ ۵- نظم عمومی؛ ۶- اصل حسن‌نیت.

باتوجه به اصول و قواعد فوق، ضرورت اصلاح قانون مدنی در این خصوص ضروری است و پیشنهاد می‌گردد ماده ۴۴۹ قانون مدنی این گونه اصلاح گردد: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن بنماید و به اطلاع طرف دیگر معامله برسد

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷، ص ۲۱۵.

۲. علیزاده، مهدی، «مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱، شماره ۱۵، ۱۳۸۴، ص ۲۱۵.

حاصل می‌شود. عدم اطلاع‌رسانی اعمال این حق به طرف دیگر معامله در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت قابل استناد نیست» و تا زمان اصلاح نیز باتوجه به اینکه قانون‌گذار به طور صریح در این باره اظهارنظر نکرده است، رویه قضایی باید حرکت به جایی را که آغاز نموده با کمی اصلاح ادامه دهد و خلأ ناشی از این امر را برطرف نماید تا به هدف غایی علم حقوق که همان انتظام بخشیدن به جامعه است نائل گردد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۲. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت نامه دهخدا*، جلد ۱۰، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید، ۱۳۷۳.
۳. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۴. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱.
۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۵، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۴۰۱.
۶. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، ایقاع «نظریه عمومی، ایقاع معین»*، تهران: یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۷. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت / مسئولیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجاه و پنجم، ۱۳۹۹.
۸. میرشکاری، عباس، *رساله عملی در حقوق قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۴۰۱.
۹. نهرینی، فریدون، *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۷.

مقاله

۱۰. امیرمحمدی، محمدرضا، «اثر تجاوز مدیران از حدود اختیارات خود در انعقاد قراردادها»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷، صص ۲۵-۳۵. Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.4.2.5
۱۱. حقگوین، علیرضا، «ماهیت و قلمرو عسر و حرج در فقه امامیه»، *فصلنامه مطالعات و تحقیقات در علوم رفتاری*، دوره ۳، شماره ۶، ۱۴۰۰، صص ۳۹-۵۷.
۱۲. خورسندیان، محمدعلی و الهام شراعی، «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۸۴-۱۰۳. Doi: 10.22059/JFIL.2016.60144
۱۳. علیزاده، مهدی، «مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱، شماره ۱۵، ۱۳۸۴، صص ۹۵-۱۲۶.
۱۴. کریمی، عباس و مهدی علاء، «چالش حقوقی معاملات شخص با حسن نیت و راهکار آن»، *پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت*، دوره ۴، شماره ۸، ۱۳۹۶، صص ۲۷-۹.

عربی

کتاب

۱۵. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع-دارصادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق.

۱۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فوائد الاصول (الرسائل)*، قم: صفوی، ۱۳۷۴.
۱۷. خمینی، سید روح الله، *الرسائل*، جلد ۱، قم: طباطبائی، بی تا.
۱۸. خوانساری نجفی، موسی بن محمد، *منیه الطالب (تقریرات درس میرزای نایینی)*، جلد ۲، نجف: مطبعه المرتضویه، ۱۳۵۷ ه. ق.
۱۹. شریعت اصفهانی، شیخ فتح الله، *قاعده لاضرر*، قم: اسلامی، ۱۴۰۵ ه. ق.
۲۰. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، *تکمله العروه الوثقی*، مصحح: سید محمد حسین طباطبائی، جلد ۱، قم: مکتبه دآوری، بی تا.
۲۱. طباطبائی، سیدعلی (صاحب ریاض)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلایل*، جلد ۹، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۸ ه. ق.

References

Books

1. Ansari, Morteza Ibn Mohammad Amin. *Benefits of the Principles (Letters)*, Qom: Safavi 1995. (in Arabic)
2. Dehkoda, Ali Akbar, *Dictionary*, Volume 10, Tehran: Tehran University, First of New Edition, 1994. (in Persian)
3. Ibn Manzour, Abol Fazl Jamal al Din Mohammad ibn Mokaram, *Arabic Language*, Volume 3, Beirut: Dar Al Fikr for Printing, Publishing and Distribution – Dar Sader, Third Edition, 1993. (in Arabic)
4. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganje Danesh, 19th Edition, 2008. (in Persian)
5. Katuzian, Nasser, "Civil Rights, Unilateral Obligation 'General Theory, Specific Unilateral Obligation'", Tehran: Yalda, First Edition, 1991. (in Persian)
6. Katuzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 5, Tehran: Ganje Danesh, 7th Edition, 2022. (in Persian)
7. Khansari Najafi, Mousa Ibn Mohammad, *Student's wish (Lectures by Mirza Nae'ini)*, Volume 2, Najaf: Al Muradawiya Printing Press, 1938. (in Arabic)
8. Khomeini, Sayyed Rouhollah. *Letters*. Volume 1, Qom: Tabatabae'i, No Date. (in Arabic)
9. Mirshekari, Abbas, *Practical Treatise on Contract Law*, Volume 4, Tehran: Sahami Enteshar Company, 4th Edition, 2022. (in Persian)
10. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Jurisprudence Rules; Civil Section (Ownership/ Liability)*, Tehran: Center for Publication of Islamic Sciences, 55th Edition, 2020. (in Persian)
11. Nahraini, Fereydoun, *Termination of the Contract with a View to Judicial Procedure*, Tehran: Ganje Danesh, Second Edition, 2018. (in Persian)
12. Safae'i, Sayyed Hossein, *Introductory Course in Civil Law*, Volume 2, Tehran: Higher Institute of Accounting, 1st Edition, 1972. (in Persian)
13. Shahidi, Mehdi, *Termination of Obligations*, Tehran: Shahid Beheshti University, 1st Edition, 1989. (in Persian)
14. Shari'at Isfahani, Sheykh Fatollah, *No Harm Rule*, Qom: Islamic, 1984. (in Arabic)
15. Tabatabae'i Yazdi, Mohammad Kazem, *Complemented by Al-Urwah Al-Wuthqi*, Edited by: Sayyed Mohammad Hossin Tabatabae'i, Volume 1, Qom: School of Arbitration, No Date. (in Arabic)
16. Tabatabae'i, Sayyed Ali. *Riyadh Issues in Explaining Rulings with Evidence*. Volume 9, Qom: Institute of Al al Bayt li Ihya al Turath, 1997. (in Arabic)

Articles

17. Alizadeh, Mehdi, "Fundamentals of the Principle of 'Good Faith and Fair Conduct in' Contracts", *Journal of Criminal law Doctorines*, Volume 1, Issue 15, 2005, PP 95-126 . (in Persian)
18. Amir Mohammadi, Mohammad Reza, "Legal Effects of Public Authority's Ultra Vires in Concluding Contracts", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 38, Issue 4, 2008. PP 25-35. (in Persian) Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.4.2.5
19. Haghgouyan, Alireza, "The Nature and Scope of hardship in Imamiyya Jurisprudence", *Quarterly Journal of Studies and Research in Behavioral Sciences*, Volume 3, Issue 6, 2021, PP 39-57. (in Persian)
20. Karimi, Abbas and Mehdi Ala, "The Legal Challenge of Good Faith Transactions and Its Solution", *Research Paper on Private Law of Justice*, Volume 4, Issue 8, 2017, PP 9-27. (in Persian)
21. Khorsandian, Mohammad Ali and Elham Sharae'i, "The Origins of the Rule: Negation of System Disorder in Islamic and Iranian Legal System", *Journal of Jurisprudence and The Fundaments of the Islamic Law*, Volume 49, Issue 1, 2016, PP 84-103. (in Persian) Doi:10.22059/JFIL.2016.60144

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Critical Approach to the Criteria Justifying the Right to be Wrong with an Emphasis on the Analytical Foundations of the Philosophy of Right

Mahdi Zare¹, Hamed Nikoonahad²

Highlights

- Most scholars have relied on two theories of choice and utility to analyze the concept of right, each of which faces serious challenges in the conceptual analysis of "right."
- The foundations of the schools of utility and will are not solid in the analysis of right over wrong.
- The idea of the right to be wrong cannot find a justified place as a "right" in the contemporary human rights system due to the lack of a justifying theory.

ABSTRACT

Introduction

This study adopts a critical-analytical approach to examine one of the most controversial issues in the philosophy of right and contemporary human-rights theory—namely, the possibility and justification of the so-called “*right to do/be wrong*.” This notion refers to an individual’s entitlement to engage in actions that may be regarded as morally or socially wrong, while the legal or political system nonetheless refrains from prohibiting or punishing them. The main research question is whether legal justification processes in modern human rights are capable of justifying this right?

Methods

The article begins by tracing the historical and philosophical roots of the concept of *right*. Prior to the Renaissance, rights were defined through an inseparable connection with moral norms, and the legitimacy of law was contingent on its conformity with ethical criteria. After the Renaissance, however, the conceptual distinction between *being right* and *having a right* emerged. Accordingly, the possibility of enacting laws arose that, although not morally justified, were considered rights based on the will of the legislator or the public interest. From this development, the idea of “right to do wrong” emerged. To analyze this idea, reference has been made to the two fundamental schools of philosophy of law - utilitarianism and voluntarism - in order to establish a criterion for justifying the right to be imposed.

Results and Discussions

In the school of utilitarianism, the foundation of law is based on the principle of profit or the greatest public happiness. From the perspective of Bentham and his followers, law and right are justified when they create

How to Cite: Zare, Mahdi, Nikoonahad, Hamed, "A Critical Approach to the Criteria Justifying the Right to be Wrong with an Emphasis on the Analytical Foundations of the Philosophy of Right", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:205-226.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234136.2635>

Received: 13/12/2023-Accepted: 12/05/2024

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

Corresponding Author Email: mahdi.zare@ut.ac.ir

2. Assistant Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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 greatest benefit for the greatest number of people. However, the article shows that this approach fails to explain right over wrong, because "profit" is a relative and individual concept and cannot be a comprehensive basis for human rights. On the other hand, utilitarianism, by focusing excessively on material pleasure, ignores spiritual and moral values such as altruism or sacrifice, and therefore does not have the comprehensiveness necessary to justify this right. Voluntarism, rooted in Kantian moral philosophy, conceives of rights as expressions of individual will and autonomy. Under this view, a person holds a right only when able to exercise or waive it by choice. However, this theory also exhibits critical deficiencies when used to justify the right to do wrong. It applies only to those capable of free will, whereas children and the mentally incapacitated are also recognized as rights-bearers. Furthermore, in cases such as the right to life, which is obligatory, the concept of will cannot play an explanatory role. Therefore, both schools of thought are weak in their theoretical and moral explanation of right over wrong. To further evaluate these shortcomings, the paper turns to Western thinkers' discussions of related themes—the separation of law and morality, the state's role in cultural formation, and civil disobedience. In the first debate, the *separation of law from morality* is analyzed as the primary foundation for recognizing a right to do wrong. Legal positivists such as Bentham, Austin, and Waldron argue that moral obligations cannot serve as criteria for legislation. Law is formed solely on the basis of social contract and practical interests. From this perspective, it is legally permissible for an individual to act in ways that morality deems wrong. In contrast, philosophers such as Cicero, Augustine, Ripert, and Simmonds uphold an intrinsic link between law and morality, insisting that "an unjust law is not law." They warn that severing moral principles from legal validity leads to the collapse of justice and human dignity. On this reading, lawmakers have no right to enact rules contrary to moral fundamentals, and the acceptance of a right to do wrong effectively dissolves the ethical boundaries essential to a just legal order. The second axis of discussion concerns the role of the state in cultural formation. The first view, which emphasizes the neutrality of the state, believes that the state should not interfere in cultural and moral affairs, because this leads to cultural tyranny and the restriction of individual freedoms. This approach considers the right to be wrong as a natural consequence of respect for human autonomy. In contrast, the second approach emphasizes the responsibility of the state in the cultural guidance of society. Thinkers such as Plato, Hobbes, and, in certain respects, Adam Smith, maintain that in order to preserve order, social cohesion, and public virtue, the state must exercise some degree of cultural oversight. From this angle, absolute neutrality toward moral error fails to secure liberty and instead erodes the ethical foundations of community life. The author concludes that the government, as an institution arising from the public will, must play a guiding and cultural engineering role within the framework of fixed moral principles and not allow the right to be wrong to lead to public obscenity. The third issue examined is the relationship between the right to do wrong and civil disobedience. Civil disobedience is defined as a conscious, non-violent breach of unjust laws. If a right to do wrong were accepted, acts of civil disobedience might be interpreted as legitimate exercises of that right. Theorists such as Ronald Dworkin view civil disobedience as a moral form of protest permissible when normal political channels for reform have been exhausted. Critics, however, stress the ethical duty to obey the law, arguing that political legitimacy requires universal compliance with enacted norms, even when they conflict with individual conviction. Synthesizing these views, the paper concludes that civil disobedience can be morally defensible only within a specific ethical framework that challenges injustice; it cannot be justified as an unconditional manifestation of a right to do wrong.

Conclusion

In its final analysis, the article asserts that the existing philosophical foundations for legitimizing the "right to do wrong" are conceptually and normatively fragile. Both the will-based and utility-based theories of right suffer from analytical and moral deficiencies and thus fail to offer a persuasive basis for recognizing such a right. Moreover, the persistent lack of consensus among western theorists on the interrelation of law and morality, the cultural obligations of the state, and the limits of individual liberty underscores that the right to do wrong has yet to secure a stable theoretical position within the corpus of human-rights thought. In fact, accepting such a right without relying on a moral and rational basis causes a disconnect between rights and justice and may lead to a decline in moral standards and social laxity. Finally, it is emphasized that if the right to be wrong is to be accepted within the framework of human rights, new reasons and foundations must be presented to justify it; foundations that can simultaneously balance individual freedom and moral responsibility. Until such a foundation is formed, the "right to be wrong" cannot be recognized as a legitimate and sustainable right in the contemporary human rights system.

KeyWords: Right, Right to be Wrong, Being Right, Having Right, Human Rights.



نگرش نقادانه به ملاک‌های موجه‌ساز حق بر ناحق با تأکید بر مبانی تحلیلی فلسفه حق

مهدی زارع^۱، حامد نیکونهاد^۲

نکات برجسته

- عمده اندیشمندان برای تحلیل مفهوم حق به دو نظریه انتخاب و منفعت استناد نموده‌اند که هر کدام از آن نظریه‌ها با چالش‌های جدی در تحلیل مفهومی «حق» مواجه‌اند.
- مبانی مکاتب منفعت انگار و اراده انگار در تحلیل حق بر ناحق از استحکام برخوردار نیست.
- ایده حق بر ناحق به دلیل فقدان نظریه موجه‌ساز نمی‌تواند در منظومه حقوق بشر معاصر جایگاه موجهی به مثابه یک «حق» بیابد.

چکیده

امروزه «حق بر خطا / حق بر ناحق بودن» یکی از دستاوردهای حقوق بشر مدرن محسوب می‌شود. برای موجه‌سازی آن به عنوان یک «حق»، سعی شده است که از مبانی تحلیلی «حق» در فلسفه حق، استمداد شود و در جهت پایه‌گذاری آن، از مبانی دو مکتب منفعت‌گرایی و اراده‌گرایی بهره‌گیری شده است. این پژوهش با رویکردی انتقادی-تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که آیا در حقوق بشر معاصر، فرایندهای موجه‌ساز حقوقی، ظرفیت توجیه «حق بر ناحق بودن» را دارا هستند؟ در جریان پژوهش و با نگاه نقادانه، ابتدا مشخص می‌شود که دو مکتب فوق در تعریف مصادیقی خود نه تنها از جامعیت برخوردار نیستند، بلکه با چالش‌های جدی در تحلیل مفهوم حق مواجه‌اند. از این رو بر اساس فرایندهای موجه‌ساز حقوقی معاصر، نمی‌توان این حق را توجیه محتوایی نمود. پس از آن با بررسی آثار اندیشمندان غرب در موضوعات مرتبط با حق بر خطا مانند «جدایی اخلاق از حقوق»، «نقش دولت در فرهنگ‌سازی» و «نافرمانی مدنی»، اختلاف نظر عمیقی مشاهده می‌شود که نشان از نبود توجیهات کافی برای استقرار نظری این حق در منظومه ادبیات حقوق بشر دارد. بنابراین عدم وحدت اجمالی آرا در دکترین حقوقی نیز می‌تواند دلیل دیگری بر مواجه بودن حق فوق با چالش جدی نظری محسوب شود. این پژوهش تشریح می‌نماید دلایلی که براساس آن حق بر خطا توجیه حقوقی یافته‌است، از استحکام چندانی برخوردار نیستند و اگر قرار است حقی به این عنوان در دنیای حقوق بشری مقبول افتد، نیازمند دلایل دیگری برای توجیه حقوقی خود است.

کلید واژگان: حق، حق بر خطا بودن، حق بودن، حق داشتن، حقوق بشر.

استناد به این مقاله: زارع، مهدی، نیکونهاد، حامد، «نگرش نقادانه به ملاک‌های موجه‌ساز حق بر ناحق با تأکید بر مبانی تحلیلی فلسفه حق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۰۵-۲۲۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234136.2635>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۳

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

ایمیل نویسنده مسئول: mahdi.zare@ut.ac.ir

۲. استادیار، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

انسان برای توجیه و ارزیابی رفتارها در زندگی اجتماعی به دنبال ملاک‌هایی برای تحلیل و ارزیابی حق‌هاست تا بر پایه آن بتواند ایجاد نظم عمومی کند و آزادی هم‌نوعان خویش را تضمین نماید. از این رو در طول تاریخ حقوقی بشر، حاکمیت‌های بشری به دنبال بیان استدلالاتی در راستای موجه‌سازی رفتارها بوده‌اند تا برحق بودن عملکردها را توجیه، و مسیر مناسبی را برای دستیابی به منافع در جامعه هموار کنند.

قبل از رنسانس، استفاده از معیارهای مندرج در نظام اخلاقی در توجیه «حق»، مهم‌ترین عنصر در ایجاد مفهوم آن تلقی می‌شد و فقط از این فرایند، وفاق عمومی بر حقانیت و گردن نهی به قانون به دست می‌آمد. اما پس از رنسانس مفهوم حق مانند بسیاری از مفاهیم دیگر با استحاله ماهوی مواجه شد. با تشکیک بر لزوم مطابقت قانون با معیارهای مندرج در نظام اخلاقی متعارف، میان دو مفهوم «حق بودن» و «حق داشتن» تفکیک بنیادینی حاصل شد. بر این اساس، این امکان پدید آمد که قانونی در جامعه وضع گردد که نتوان آن را با معیارهای اخلاقی موجه نمود، اما قانون‌گذار حق داشته باشد به منظور تأمین منفعت افراد، آن قانون را وضع کند؛ از این رو مفهوم «حق بر ناحق بودن» یا «حق بر خطا بودن» پدیدار شد.

نظریات متعددی بر پایه مکاتب فلسفی اخلاق شکل گرفتند تا ماهیت حق را تحلیل نمایند؛ اما در این میان، دو مکتب منفعت‌گرایی و اراده‌گرایی از طرفداران بیشتری برخوردار شد و در زمینه حق بر خطا بودن نیز تلاش شد تا با مبانی این دو مکتب به توجیه این حق پرداخته شود. به نظر می‌رسد اشکالاتی بی‌پاسخ در مبانی مکاتب فوق رخ می‌نماید که وجاهت «حق بر خطا» را با چالش جدی مواجه می‌کند. این نوشتار با رویکردی انتقادی به دنبال پاسخی برای این پرسش است که آیا در حقوق بشر معاصر، فرایندهای موجه‌ساز حقوقی، ظرفیت توجیه «حق بر ناحق بودن» را دارا هستند؟

در مورد پیشینه موضوع پژوهش قابل ذکر است که کتب و مقالات و پایان‌نامه‌هایی مرتبط با این موضوع منتشر شده است که به لحاظ کانون بحث و شیوه استدلال و نحوه نسبت‌سنجی، با نوشتار حاضر تفاوت دارند. از جمله می‌توان به کتاب *فلسفه حق* از محمدحسین طالبی اشاره کرد که فقط به بررسی فلسفه حق پرداخته است و ارتباط آن با حق بر خطا را متعرض نشده است. پایان‌نامه‌ای با عنوان «حق بر خطا بودن در نظام بین‌المللی حقوق بشر و رابطه آن با امر به معروف و نهی از منکر» به قلم اکبر میدانی در سال ۱۳۸۸ نگاشته شده است که بیانی توصیفی از این حق دارد و فاقد رویکرد انتقادی به این موضوع است. مقاله دیگری با عنوان «نظریه حق» به قلم محمد راسخ، مندرج در مجلد دوم از کتاب *حق و مصلحت* نشر نی به نگارش درآمده که با جنبه توصیفی به مبانی حق پرداخته است. لذا به مفهوم حق بر خطا بودن با رویکرد انتقادی به فلسفه حق و نیز بیان آرای اندیشمندان حقوقی در موضوعات مرتبط با حق بر خطا بودن، تحقیق جامعی صورت نگرفته است.

برای تحلیل مفهومی حق بر خطا ابتدا نیازمند طرح و بیان ادبیات مشترکی جهت شفاف‌سازی این مفهوم هستیم. مضاف بر این نکته، چون ادله موجه‌ساز حق بر خطا براساس نظریه حق سامان‌دهی شده است؛ لذا به بررسی ماهیت حق در فلسفه حق ناگزیریم. ضمن آنکه انتقاداتی که اندیشمندان حقوقی بر این ادله موجه‌ساز وارد نموده‌اند، به جهت اعتبار دکرترین حقوقی نیازمند طرح می‌یابیم. لذا ساختار این مقاله در سه بخش تنظیم شده است: ۱. مفهوم و مبنای حق بر خطا بودن، ۲. ماهیت حق در فلسفه حق، ۳. رویکرد متعارض برخی اندیشمندان غربی بر مبانی حق بر خطا بودن.

۱. مفهوم و مبنای «حق بر خطا بودن»

در میان تمام موجودات، موجودی که رفتار خود را باتوجه به منفعت خود برمی‌گزیند و براساس اختیار خود عمل می‌کند، فقط انسان است. انسان‌ها با تمسک به گوهری درونی به نام عقل، در راستای نیل به اهداف، امیال و اغراض خود، برنامه‌های حیاتشان را پی‌ریزی می‌نمایند تا تجسم عینی آرمان‌ها و تخیلات خود در خارج را رقم زنند. گزینش‌هایی که در راه نیل به مطلوب برای هر انسانی رقم می‌خورد، باتوجه به مبانی پذیرفته شده فکری هر انسانی متفاوت است و چه بسا دو انسان که در شرایط اقلیمی و اجتماعی یا تاریخی همسانی زندگی می‌کنند، چیدمان گزینش رفتاری هر یک با دیگری متفاوت و چه بسا متضاد باشد؛ این تفاوت‌ها حکایت از پدیده‌ای به نام اختیار در نهاد انسان دارد.

انسان به عنوان تنها موجود صاحب اختیار، حق گزینش کردار «خوب» یا «بد» را داراست؛ چراکه با گوهر عقل خود، می‌تواند برای نیل به سعادت خود برنامه‌ریزی کند و پیامدهای منفی ناشی از انتخاب «بد» در جریان زندگی خود را رفع نماید. تفاوت مهم انسان با دیگر موجودات را این دانسته‌اند که انسان می‌تواند و باید یک فاعل اخلاقی باشد؛^۱ یعنی انسان می‌تواند و باید موجودی باشد که بر سرنوشت خود حاکم است و چگونگی زیستنش را خود طراحی و اجرا می‌کند؛ این فاعلیت هنجاری انسان از چنان قداستی برخوردار است که در مدار تاریخ، همواره به عنوان حق، محرز و به عنوان امری بدیهی برای انسان تلقی و مورد حمایت قرار گرفته است؛ «حق بر خطا» از این زاویه، قابلیت طرح در زندگی اجتماعی انسان را خواهد داشت. به صورت کلی می‌توان بیان کرد که با گذار از طبیعت‌گرایی حقوقی به اثبات‌گرایی حقوقی و بالتبع چرخش مفهومی حق، بسیاری از ممنوعیت‌هایی که تا پیش از این در شناسایی مفهوم قرارداد و پیمان بود برطرف شد و قدرت دولت به عنوان رکن موجه ساز حق مورد توجه قرار گرفت.^۲

از منظر فلسفه سیاست هم حکومت اساساً به منظور راهبرد عادلانه روابط بین افراد در جامعه تشکیل می‌شود که تأمین حقوق و آزادی‌های افراد جزئی از آن است و عملی شدن این خواست از نظر بسیاری از نظریه پردازان عدالت، شرط تبعیت سیاسی شهروندان از حکومت است؛ از نتایج نظریه فوق که به نظریه «حاکمیت حق» مشهور است، «حق بر خطا» است؛ بدین معنا که اگر مفهوم حق داشتن را جدی بگیریم، دیگر نمی‌توان از محتوای اخلاقی انتخاب صاحب حق سؤال کنیم؛ در این تعبیر از حق، صاحب حق ممکن است در اجرای حق، راه درست اخلاقی را در پیش گیرد و ممکن است به بیراهه غیراخلاقی کشیده شود. از این ویژگی حق، با عنوان «حق بر ناحق» یا «حق بر خطا» نام برده می‌شود.^۳ همان‌طور که در مفهوم حق نیز نهفته است، حق نیز مانند دیگر امور هنجاری باید ویژگی‌های سه گانه «عقلانیت»، «جهان‌شمولی» و «کرامت‌مداری» را تأمین نماید تا به عنوان یک حق شناخته شود و آنچه می‌تواند حق را از سایر هنجارها جدا نماید، این است که در خصوص عمل آدمی به منزله زمینه و ظرف، ایفای نقش می‌نماید؛ در قلمرو حق از محتوای عمل صاحب حق پرسش نمی‌شود و با آن کاری نیست؛ حق در پی تضمین برخی از ادعاهای فرد است.^۴

تأمل در ادبیات و ریشه‌های معرفتی گفتمان مخالف حقوق بشر به خوبی نشان خواهد داد که بسیاری از مخالفت‌ها در عدم تفکیک دقیق بین مفهوم حق در حوزه هست‌انگار و باید انگار ریشه دارد؛ حق وصفی را با فعل ربطی «بودن» و

۱. راسخ، محمد، «نظریه حق»، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۱۰، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۳۰۶.

۲. رحمت‌الهی، حسین و احسان آقامحمد آقایی، حقوق طبیعی و حقوق موضوعه و آثار آن بر ساختار قدرت و حقوق عمومی، تهران: مجد، ۱۳۹۷، ص ۴۶-۴۷.

۳. راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲، ص ۲۶۵.

۴. راسخ، محمد، مائده تسخیری، علیرضا اسکندری و فائزه عامری، «امر اخلاقی و حق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۷، ۱۳۹۸، ص ۳۷.

حق‌هنجاری را با فعل «داشتن» به کار می‌بریم؛ به نظر می‌رسد محوری‌ترین ایده لیبرالیسم در عرصه اخلاق اجتماعی و در نتیجه حقوق بشر، تفکیک بین این دو مفهوم است و مبنای اخلاقی بردباری و تسامح، در تفکیک بین این دو مفهوم از حق ریشه دارد.^۱ در برابر تلقی هستمدار که با فعل «حق بودن» مطرح می‌شود، مفهوم «حق داشتن» از حق عنوان می‌شود که پایه آن بر مبنای نسبیت‌گرایی در اخلاق بنا نهاده شده است. براساس این نوع نگرش اخلاقی، اخلاق باید براساس یکی از مکاتب منفعت‌گرا یا انتخاب درزمینه تحلیل حق سنجیده شود. از این رو هر آنچه انسان از آن کسب منفعت‌مادی می‌نماید و یا به‌اختیار خود آن را برمی‌گزیند، برای وی «حق» تلقی می‌شود، حتی اگر در سایر مکاتب اخلاقی یا عرف، اقدام یا تصمیم‌گزینش شده وی، به‌عنوان ارزش یا خوب قلمداد نگردد و اقدام آن را ضدارزش و بد تلقی نمایند. درواقع ملاک در ارزش یا ضدارزش بودن هر عمل یا تصمیمی، منفعت انسان است که با اختیار خود می‌تواند «انسان استعلایی» را محقق نماید.^۲ در معنای اول بعد حقیقت‌مدار حق مورد توجه است؛ بدین گونه که پس از اثبات حقانیت هر امری، موجودیت حقیقی آن بلافاصله اثبات می‌شود؛ اما در نوع دوم حق، ممکن است قرین معیار خاص اخلاقی یا حقیقی نباشد، بلکه جنبه اعتبار حقوقی صرف آن ملاک نظر قرار گیرد. به عبارت دیگر، حق در مفهوم اخیر تداعی‌کننده این موضوع است که اقدام براساس حق، مورد حمایت قضایی و سیاسی است؛^۳ اگرچه ممکن است از دید علم اخلاق، صلاحیت ماهوی یا حسن اخلاقی در ورای آن عمل وجود نداشته باشد.

قبل از رنسانس، برحق بودن یک اقدام یا تصمیم مستلزم آن بود که اقدام یا تصمیم موردبحث، از منظر اخلاقی و براساس اصول محتوایی یک نظام اخلاقی خاص مورد تأیید باشد. به‌عنوان نمونه، چنانچه فردی در جامعه‌ای زندگی می‌کند که کمک به یک فرد واقعاً نیازمند، عملی اخلاقی به حساب می‌آید و به‌هنگام مواجهه با این پرسش، که آیا به یک فرد واقعاً نیازمند کمک کند یا نه، اگر تصمیم به کمک گرفت و مطابق آن تصمیم عمل نمود، تصمیم او «اخلاقی» و عمل وی «حقانی» به معنای حق بودن تلقی می‌گردد.^۴

در معنای «حق داشتن»، اقدامات یا تحقق تصمیمات انسان، لزوماً به معنای انجام عملی «خوب» یا «بد» نیست، بلکه خواست و اراده فعلی انسان «ارزش‌ساز» می‌شود. برای نمونه، اگر فردی می‌خواهد تصمیم بگیرد که آیا به فرد واقعاً نیازمند کمک کند یا خیر، به وی بگوییم که شما حق کمک کردن به هرکسی را دارید؛ این گزاره جواز بدین معناست که تصمیم او بر کمک نمودن یا امساک از کمک‌رسانی، به‌صرف آنکه تصمیم اوست، از حمایت و تضمین حقوقی برخوردار است؛ در این صورت به‌نحو پیشینی، تضمینی برای مطابقت تصمیم یا اقدام وی با اصول محتوایی نظام اخلاقی حاکم بر جامعه وجود نخواهد داشت؛ به بیان حقوقی، او از جهت فلسفه و مبنای حق برخطا، حق دارد که به نیازمندان کمک نکند و مجاز است که بر انجام تصمیم خود پافشاری نماید و کسی نیز نمی‌تواند متعرض این حق وی شود.^۵ لذا اگر فردی به دیگری بگوید «من حق دارم که فلان کار را انجام دهم»، این بدان معنا نیست که انجام دادن این کار اشتباه نیست، بلکه

^۱ قاری سید فاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۴، شماره ۳۳-۳۴، ۱۳۸۰، ص ۲۱۱.

^۲ برای مطالعات بیشتر رجوع شود به: راسخ، محمد، *حق و مصلحت*، جلد ۱، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱؛ راسخ، محمد، *حق و مصلحت*، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.

^۳ راسخ، *حق و مصلحت*، جلد ۱، پیشین، ص ۱۸۴.

^۴ بالوی، مهدی و مهناز بیات کیمیتی، *دولت حق بنیاد*، جلد ۱، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۵۹.

^۵ قاری سید فاطمی، سید محمد، «حقوق بشر در جهان معاصر»، *روزنامه اعتماد ملی*، شماره ۹۸۹، مورخه ۱۳۸۸/۵/۱۸، ۱۳۸۸، ص ۲۷.

او ادعا می‌کند که دیگری وظیفه دارد در این کار دخالت نکند.^۱

والدرون در توجیه حق برخطا پرسشی مطرح می‌نماید؛ بدین قرار که اگر فردی اموال خود را کاملاً در جهت قمار خرج نماید تا درآمدش را برای خرید مشروبات الکلی صرف کند و از بخشیدن به خیریه‌ها امتناع ورزد، آیا میان دو تصمیم به ظاهر متفاوت تعارض وجود دارد؟ درواقع آنگاه که فردی در مورد این رفتار می‌گوید: «کسب درآمد از راه قمار و صرف آن برای مشروب‌خواری اشتباه است» و می‌افزاید: «اما شما حق انجام قمار و مشروب‌خواری را دارید»، آیا او عدم‌اطمینان یا تردید خود را بین دو موضع مخالف ابراز می‌کند؛ به‌گونه‌ای که در پایان می‌تواند هر دو نگرش را با هم جمع نمایند و به صحت هر دو گزاره یقین نمایند؟ یا آیا پیوستگی این دو حکم در حقیقت بیانگر یک موضع منسجم برای افرادی است که با دید منطقی و رویکرد اخلاقی قضاوت می‌کنند.^۲ بر این اساس، جرمی والدرون بحث اخلاق را از مقوله قانون اصولاً جدا می‌داند و براساس نظر او ممکن است افراد دارای حق‌های قانونی باشند که اخلاق متعارف نسبت به آنها مواجهه بی‌طرفی را لحاظ نماید؛ این همان توجیه حق برخطا در حقوق بشر مدرن است.^۳ متفکرانی همچون بنتام و آستین نیز با جداکردن حیطه اخلاق و حقوق بر این عقیده‌اند که ضمانت اجرای اخلاق، افکار عمومی یا خداوند است و اجبار قانونی نمی‌تواند افراد را ملزم به رعایت اخلاق نماید؛ تا جایی که بنتام به صراحت بیان می‌کند که بدون مفهوم مجازات، هیچ درکی از حق و تکلیف نمی‌توان داشت.^۴ براین اساس می‌توان گفت اگرچه ممکن است یک تصمیم یا اقدامی در جامعه از جهت معیارهای اخلاقی متعارف، ارزش یا حتی ضدا ارزش تلقی شود، اما الزام قانونی برای هنجارهای اخلاقی متصور نیست و انسان‌ها حق انجام اقدام منافی با اخلاق را خواهند داشت؛ به عبارت حقوقی می‌توان برای انسان حق برخطا را مفروض داشت.

ممکن است این پرسش مطرح شود که با تفصیل فوق، احقاق این حق بر امکان انجام خطا دلالت نمی‌نماید، بلکه دیگران آن رفتار اجتماعی را برخطا می‌دانند.^۵ در پاسخ باید بدین نکته اشاره نمود که اگرچه فرد با انجام خطا در معرض قضاوت‌های اخلاقی قرار می‌گیرد، این واکنش اخلاقی در جامعه، تنها بخشی از اثرهای پذیرش این حق است؛ چراکه براساس مبانی پذیرش این حق، اخلاق نسبت به محتوای حق، مسلک بی‌طرفی را برمی‌گزیند و ضمانت اجرای قهری برای برخورد با رفتارهایی که عفت عمومی یا هنجارهای مستحکم اخلاقی را زیر پا می‌گذارد، دیگر وجود ندارد و حقوق کارکرد صیانت از هنجارهای اخلاقی را از دست می‌دهد. تکیه والدرون، بنتام و سایرین بر تفکیک حقوق از اخلاق به سبب نقض ضمانت اجرای قانونی است. همچنین با جدایی حقوق از اخلاق، امکان قانونی کردن گزاره‌های اخلاقی بسیار چالش‌برانگیز است؛ زیرا از یک نظر گزاره‌های اخلاقی از وسعت زیادی برخوردارند و به معنای دقیق حقوقی، نمی‌توان همه مصادیق آن را در قوانین احصا نمود و از سوی دیگر اگرچه در جوامع سکولار تعریف مشابهی از گزاره‌های اخلاقی وجود ندارد تا امکان قانونی کردن یک عرصه مشخص در اخلاق میسر گردد، بدون شک اصول ثابتی در اخلاق وجود دارد که همگان بر پذیرش آن متفق‌اند و با عدم پذیرش اصول ثابت و بنیادین اخلاق یا به تعبیر هارت «محتوای حداقلی حقوق

^۱ Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1994, P 275.

^۲ Waldron, Jeremy. *A Right to Do Wrong*, The University of Chicago Press, 1981, PP 21-22.

^۳ Ibid, P 24.

^۴ بن، استنلی، ایساک، *مجموعه مقالات فلسفه حقوق*، ترجمه بهروز جندقی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶، ص ۴۶۶.

^۵ نکته‌ای که در زمینه قضاوت دیگران نسبت به رفتار فردی که رفتار برخطا را در جامعه انجام می‌دهد باید در نظر داشت، این است که منظور ما از قضاوت دیگران صرفاً قضاوت‌هایی است که با پشتوانه اصول اخلاقی انجام می‌گیرد؛ بدین معنا که رفتار فرد چون با هنجارهای اخلاقی آن جامعه مغایر است، دیگران رفتار آن فرد را مورد قضاوت صحیح یا نادرست قرار می‌دهند، لذا قضاوت براساس سلاقی فردی موضوعاً از بحث ما خارج است.

طبیعی»^۱ حقوق به حالت بی‌قید و افسارگسیخته تبدیل می‌شود که هر روز می‌تواند تکالیف مغایر با هنجارهای اخلاقی را بر مردم تحمیل نماید.

لذا در دنیای محض حقوقی نیز حق برخطا می‌تواند جنبه قانونی یابد؛ به این گونه که قانون افرادی را مجاز شمارد که به صورت قانونی عمل غیرقانونی انجام دهند و قانون را نقض نمایند و امروزه در حقوق موضوعه این جنبه از حق برخطا محقق شده است؛ مهم‌ترین نمونه آن را در نظام‌های حقوقی اثبات‌گرایان می‌توان مشاهده نمود که تفکیک حقوق از اخلاق جزو مبانی تقنین آنان شمرده می‌شود.

گفتنی است که با قانونی شدن حق برخطا در نظام حقوقی، این امر منحصر به حق آموزش نمی‌گردد، بلکه همان‌طور که بیان شد، در تمام عرصه‌های زندگی انسان ورود خواهد کرد و امکان تخصیص در حوزه مشخص بدون تخصیص وجود ندارد. برای نمونه با پذیرش تفکیک حقوق از اخلاق، رفتارها و اقدامات روزمره فرد در محیط اجتماع می‌تواند مغایر عفت عمومی انجام گیرد و به دلیل ورود نیافتن نص دقیق خاص قانونی بر ممنوعیت آن عمل، امکان صیانت از هنجارهای اخلاقی توسط حکومت وجود ندارد.

۲. سنجش کفایت نظریات حق در توجیه حق بر ناحق

مفهوم «حق» در علم حقوق، اخلاق و سیاست کاربرد وسیعی دارد و منشأ همه حقوق قانونی، اخلاقی و سیاسی قواعدی است که پیکره این علوم را تشکیل می‌دهد؛ برای نمونه حق امنیت جسمی از قاعده کیفری ممنوعیت ایراد ضرب و جرح به دست می‌آید؛ با این وصف، هیچ‌حقی را نمی‌توان بر اساس قاعده مربوط توجیه کرد؛ زیرا خود این قواعد براساس منطق و مبنایی وضع شده‌اند که در فلسفه هریک از این علوم از آن به «نظریه حق» تعبیر می‌شود.^۲ حق برخطا به جهت عدم بداهت و برخلاف بسیاری از نسل‌های سه‌گانه حق‌ها، نیازمند نظریه موجه‌ساز است. به عبارت دیگر، حتی در مکاتب حقوقی مانند اثبات‌گرایی که در فرایند تقنین، قوانین طبیعت یا هنجارهای اخلاقی نقش اساسی در وضع قوانین ندارند، همواره بر وجود الگویی برای به رسمیت شناختن حق‌ها تأکید می‌شود و پس از امکان توجیه مفهوم آن حق بر پایه الگوی منتخب، آن حق در نظام حقوقی وارد می‌شود. کوتاه‌سخن آنکه گاهی این الگو می‌تواند بر پایه منفعت عمومی مردم و گاه اراده عمومی مردم شکل‌دهی شود و از طریق نظام نمایندگی یکی از دو الگوی فوق اعمال گردند. در توجیه پذیرش حق برخطا نیز به صورت ویژه استدلالی در حوزه «فلسفه حق» مختص به این حق عنوان نشده و سعی شده است تا از مبانی دو مکتب فایده‌گرایی و انتخاب که به صورت عام «حق» را توجیه می‌کنند استفاده گردد. لذا قبل از ورود به نقد حق برخطا، ابتدا به صورت مختصر سست بودن استدلال بر عمومات نظریه توجیه‌ساز حق، و سپس حق برخطا بررسی می‌شود.

فیلسوفان حقوق در محتوای مفهومی واژه «حق» اتفاق نظر ندارند و براساس مکاتب فلسفی اخلاق به تحلیل مفهومی حق پرداخته‌اند. برخی از آنها مانند جوزف رز به پیروی از جرمی بنتام، حق را حاوی نوعی سود دانسته‌اند. به همین دلیل، این نظریه در حوزه معنای حق، به نظریه منفعت^۳ معروف شده است؛ در کنار این نظریه، تئوری دیگری برای موجه‌سازی حق عنوان شده است که در آرای فیلسوفان حقوق غرب درباره مفهوم حق رایج شده و به عنوان نظریه انتخاب^۴ شهرت

۱. مراجعه شود به: هارت، هربرت، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰، صص ۲۹۶-۳۰۲.

۲. والدرون، جرمی، «فلسفه حق»، ترجمه محمدرضا ظفری، *مجله علوم سیاسی*، شماره ۱۸، ۱۳۸۱، ص ۱۴۹.

۳. Interest / Benefit theory.

۴. Choice theory

یافته‌است. این نظریه در حوزه فلسفه حقوق آنگلوساکسون، به هربرت هارت نسبت داده می‌شود و تاکنون فیلسوفان زیادی به آن گرایش پیدا کرده‌اند.^۱ این دو نظریه درصدد پاسخ‌گویی به این‌اند که اگر حق‌ها بتوانند در ساختارها و اشکال متفاوتی سازمان‌دهی شوند، معیار و مبنای موجه‌سازی حق‌ها چیست؟ و به سبب کدام ویژگی‌ها، قوانین باید ایجاد شود؟^۲ همان‌طور که ذکر شد، حق برخطا نیز براساس پاسخ‌های تحول‌خواه به این پرسش‌ها، به‌عنوان یک «حق» مطرح و مورد پذیرفته شد. باید دید آیا ستون‌هایی که این نظریات حق به‌عنوان دلیل موجه‌ساز از آن استفاده می‌نماید، از استحکام و اتقان کافی برخوردارند؟ پس از نگاه اجمالی به نظریات این مکاتب، چالش‌های بیان‌شده در نقد این نظریات موجه‌ساز بیان می‌گردد.

۲.۱. مکتب منفعت‌گرایی

براساس این نظریه، فقط در صورتی فرد «ب» در برابر فرد «الف» مکلف است و فرد «الف» در قبال تکلیف او صاحب‌حق تلقی می‌شود که هدف از تحمیل تکلیف، سود رسانیدن به او یا افزایش آن باشد.^۳ بنیادین‌ترین اصل این مکتب را، که توسط بنتام مطرح شد، می‌توان اصل سود یا اصل بیشترین سعادت عنوان نمود؛ او معتقد است که این اصل همواره و همه‌جا بر رفتارهای همه‌افراد، اعم از رفتارهای فردی یا جمعی تأثیرگذار است؛ البته اهمیت اصل سود برای بنتام در فراهم آوردن حداکثر خوشبختی ممکن برای همه مردم است.^۴ اشکالات متعددی بر این نظریه توسط اندیشمندان وارد شده است که تا حدودی شمول این نظریه در تحلیل ماهیت حق را دچار تردید نموده‌است که به برخی از آنها اشاره می‌گردد:

۱. تبیین سودانگاران از حق می‌تواند با شمول گسترده خود از اقتدار حق‌ها در تنظیم روابط اجتماعی بکاهد ولی می‌توان گفت، تنها سودهای خاص و محدودی توسط قانون‌گذار موردحمایت و تضمین قرار گرفته و در چارچوب رابطه حق و تکلیف به رسمیت شناخته می‌شود؛ این نوع تعبیر از حق مبنای مناسب‌تری برای تحلیل حقوق اقتصادی اجتماعی است^۵ و برای توجیه حقوق مدنی و سیاسی نمی‌تواند مبنا قرار گیرد.

۲. اگر بخواهیم با معیارهایی که تعالیم اسلام به جهانیان عرضه کرده است، نظریه مزبور را ارزیابی کنیم، باید بگوییم واژه «حق» در این نظریه، جامع افراد یعنی دربرگیرنده همه مصادیق حق نیست؛ زیرا برای نمونه یکی از کسانی که قطعاً صاحب حق است، خداوند متعال است. او که به‌دلیل واجب‌الوجود بودن ذات مقدسش دارای درجات نامحدود کمال است، نیازی به هیچ سود و منفعتی ندارد، درحالی که دارای حقوق بسیاری است.^۶

۳. براساس نظر بنتام، هرگونه قانونی موجب ایجاد هم‌زمان حق و تکلیف می‌گردد؛ در نتیجه هرچا قانونی باشد حق نیز وجود خواهد داشت؛ زیرا در آنجا منفعتی به صاحب حق می‌رسد. اشکالی که وارد است اینکه منفعت وضع قانون در برخی موارد به یکایک افراد به‌صورت مجزا و جداگانه نمی‌رسد، بلکه به‌صورت دسته‌جمعی می‌رسد. به‌بیان‌دیگر، سود به افراد غیرمعیّن می‌رسد؛ در این موارد اگر مکلف در انجام تکلیف خود کوتاهی کند،

۱. طالبی، محمدحسین، «منشأ و خاستگاه حق بشر»، مجله معرفت فلسفی، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص ۱۹۴.

۲. Jones, Peter. *Rights*, Macmillan Education UK, 1994, P 26.

۳. والدرون، پیشین، ص ۱۵۴.

۴. سبحانی‌نیا، محمدتقی، «بررسی معیارهای هفت‌گانه جرمی بنتام با تکیه بر آموزه‌های اسلامی»، مجله معرفت/اخلاقی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۳۱.

۵. قاری‌سیدفاطمی، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، پیشین، ص ۳۰.

۶. طالبی، پیشین، ص ۱۹۵.

هیچ‌کس نمی‌تواند ادعای حق کند، زیرا هیچ‌یک از افراد به‌طور مشخص صاحب حق نیست؛ برای مثال پرداخت مالیات به دولت امری است که منفعت آن نصیب جامعه می‌شود و اگر کسی مالیات نپردازد، افراد جامعه که از مالیات او نفع می‌برند نمی‌توانند به‌عنوان صاحب‌حق از او طلب ادای تکلیف کنند؛ پس در این‌گونه موارد قانونی مانند قانون مالیات وجود دارد، اما هیچ حق و به‌تبع هیچ صاحب‌حقی وجود ندارد؛ زیرا منفعت به افراد غیرمعین می‌رسد و هیچ فردی به‌عینه صاحب حق نیست؛ دولت را نیز در این‌گونه موارد نمی‌توان صاحب حق عنوان نمود، زیرا دولت صاحب منفعت نیست.^۱

۴. این نظریه مستلزم نوعی هرج‌ومرج اخلاقی است؛ بدین گونه که اگر انسان در هر موقعیت جزئی به‌منظور تأمین منافع شخصی خود به اصول کلی متمسک‌شود، این خطر را در پی دارد که دیگران نیز ممکن‌است در مواقع دیگر، با تمسک به همان اصول، علیه خود وی به اصل منفعت‌جویی استناد کنند؛ به تعبیر دیگر تمسک به این نظریه ممکن است به خلاف مقصود بینجامد و نوعی هرج‌ومرج اخلاقی را در جامعه حاکم کند.^۲

۵. از اشکالات دیگر، توجه مکتب منفعت‌گرایی مخصوصاً بن‌تام به فهم مادی از معنای لذت است. آنها تمام تمرکز خود از منفعت را ناشی از انگیزه لذت‌طلبی مادی در بشریت معطوف می‌نمایند؛ درحالی‌که انسان‌ها بسیاری از اموری را که برخوردار از لذت نیستند، نیز دارای ارزش می‌دانند؛ برای نمونه حس نوع‌دوستی و فداکاری از لذتهایی است که جنبه لذت روحی آن سبب انجام آن می‌شود و انسان‌ها این‌گونه امور را برای کسب لذت مادی انجام نمی‌دهند؛ چراکه در اکثر موارد ممکن است که رنج و محنت مادی را نیز به‌همراه داشته باشد.^۳

۲.۲. مکتب اراده

مدافعان این نظریه آن را بدین صورت شرح می‌دهند که شخص «ب» در صورتی در برابر شخص «الف» مکلف به انجام تکلیفی می‌شود که شخص «الف» اختیار استیفای آن حق را داشته‌باشد و بتواند شخص «ب» را ملزم بر انجام تکلیف یا از آن صرف‌نظر کند؛ از این‌رو طبق این تحلیل، گفت‌وگو از حق «الف» به‌هیچ‌وجه به‌معنای سخن گفتن از تکلیف «ب» به‌شکل صیغه مجهول نیست. بلکه در مورد «الف»، سخن از اقتدار یا سلطه‌ای است که از این لحاظ بر «ب» پیدا می‌کند، درواقع «الف» زمانی داری حق است که بتواند بگوید تکلیف «ب» باید لازم‌الاجرا شود.^۴ این نظریه به‌صورت کلی بر الگوی نظام‌مند قانونی تأکید می‌نماید. براساس این نظریه که بیشتر از مبانی اخلاق متافیزیکی کانت سرچشمه می‌گیرد، مشروعیت قانون از نظام حق‌هایی نشئت می‌گیرد که بر محور اراده و اختیار انسان شکل گرفته‌اند.^۵ این نظریه نیز در توجیه حق با چالش‌هایی مواجه است:

۱. نظریه انتخاب به‌صورت ضمنی می‌فهماند که مبحث حق اختیار، بیشتر در حقوق مدنی کاربرد دارد، اما در حقوق جزا استفاده چندانی نخواهد داشت؛ چراکه فقط در حقوق مدنی افراد از اختیار کافی در مورد اعمال تکالیف توسط دیگران برخوردارند.^۶

۱. طالبی، محمدحسین، *درآمدی بر فلسفه حق*، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳، ص ۵۴.

۲. مک‌این‌تایر، آلسدر، *تاریخچه فلسفه اخلاق*، ترجمه ان‌شاءالله رحمتی، تهران: حکمت، ۱۳۷۹، ص ۴۵۲.

۳. کاپلستون، فردریک چارلز، *تاریخ فلسفه*، جلد ۸، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۹۳، ص ۳۲.

۴. والدرون، پیشین، ص ۱۵۲.

۵. Simonds, N. E. *Law and Morality*, Routledge Encyclopedia of Philosophy, 1998, P 134.

۶. Jones, Op. Cit., P 32.

۲. به نظر می‌رسد این تعریف از واژه «حق» نیز نمی‌تواند جامع همه مصادیق حق باشد. به بیان دیگر، حقوق واجب‌الاستیفا مانند «حق حیات» در این تعریف نمی‌گنجند.^۱
۳. اشکال وارد دیگر بر جامع نبودن این تعریف بدین‌گونه است که کودکان و افراد ناتوان و بیهوش که در اعمال اراده آزاد، ناتوان‌اند، نظریه انتخاب و اعمال اراده نمی‌تواند ماهیت محق بودن این گروه‌ها را تبیین و توجیه کند.^۲ البته عده‌ای از اندیشمندان با استدلال بر وجود ولی برای افراد ناتوان از استیفای حق خود، سعی بر مرتفع کردن این اشکال نموده‌اند.^۳ لکن به نظر می‌رسد که این اشکال به قوت خود پابرجاست؛ زیرا در نظریه اختیار، خود فرد باید بنا به اراده خود حق را برگزیند، نه با رعایت منفعت فرد، استیفای حق شود. توضیح آنکه اگر سرپرست بنا به رعایت مصلحت مجبور، حق وی را استیفا نماید، بدین‌گونه که منفعت شخصی یا حالی او را در نظر گیرد، این نوع گزینش حق با نظریه منفعت سازگاری بیشتری دارد، ضمن اینکه اعمال اراده توسط نماینده را می‌توان به غیر انسان‌ها نیز تسری داد؛ چراکه حیوانات و جمادات نیز از توانایی تفویض اختیار به انسان‌ها ناتوان‌اند، ولی انسان‌ها می‌توانند در مورد آنها اعمال اختیار نمایند؛ حال آنکه در نظریه اختیار، وجود اراده اصلی به عنوان پیش‌فرض این نظریه، مفروض گرفته می‌شود.
۴. تحلیل مفهوم حق در چارچوب نظریه انتخاب، بی‌تردید با فضای آزادی‌محورانه حقوق مدنی سیاسی سازگارتر است. لذا این مکتب در زمینه موجه‌سازی حقوق اقتصادی و اجتماعی، نیازمند استمداد از مکتب منفعت‌گرایی است تا ماهیت حق را توجیه نماید.^۴
- باتوجه به اشکالات مذکور، می‌توان گفت که هر کدام از دو نظریه با چالش‌های جدی در تحلیل مفهومی «حق» مواجه‌اند. از آنجاکه اشکالات مذکور دلالت بر نقصان جدی آنها می‌نماید، لذا آنها نمی‌توانند به عنوان توجیه‌کننده مفهوم «حق برخطا» به کار روند و نیازمند استدلال‌هایی دیگر برای تحلیل مفهومی این حق خواهیم بود؛ زیرا پایه‌های توجیهی «حق برخطا» بر نظریات فوق استقرار یافته و با لغزان بودن این دو نظریه، عملاً حق برخطا را نمی‌توان به عنوان یک «حق» توجیه حقوقی نمود.
- به عبارت دیگر خلاصه اشکالات را می‌توان در مثالی مورد ارزیابی قرار داد. فردی در مسابقات شانس مبلغ زیادی را برنده می‌شود و آن مبلغ را به جای پرداخت در امور عام‌المنفعه یا عقلایی، در تفریحات ناشایست هزینه می‌کند و کسی حق اعتراض به او را ندارد. اما این را که کسی حق اعتراض به انتخاب آن فرد ندارد، نمی‌توانیم دلیلی بر اثبات حق برخطا بدانیم؛ چراکه عموماً انتخاب‌های افراد محصور نیست، بلکه ممکن است فرد با رعایت مصالح مهم‌تر اخلاقی، راهی را که عرف نامناسب می‌داند، انتخاب کند؛ مانند آنکه خطر بزرگ‌تری وی را تهدید نماید، یا تعهدی را که به دیگری داده است نقض نماید یا حقوق مهم‌تری را نقض نماید؛ بنابراین دلایلی که والدرون برای توجیه حق برخطا بیان کرده است، کافی نیست و نیازمند دلایل دیگری برای تشریح نظریه خود است.^۵

۱. طالبی، «منشأ و خاستگاه حق بشر»، پیشین، ص ۱۹۵.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۸.

۳. Gewirth, Alan. *Rights, Encyclopedia of Ethics*, Volume 3, New York & London: Lawrence Becker & Charlotte Becker, 2001, P 1509.

۴. قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۳۰.

۵. Bolinger, Renee Jorgensen. "Revisiting the Right to Do Wrong", *Australasian Journal of Philosophy*, Volume 95, Issue 1, 2016, PP 53.

۳. حق بر ناحق در سنجه نظرگاه اندیشه‌وران غربی

همان‌طور که گذشت، دو نظریه اراده و منفعت از اتقان کافی در جهت توجیه حقوقی ماهیت حق و از جمله حق برخطا برخوردار نبودند، لذا در ادامه به دکترین حقوقی برخی از اندیشمندان مراجعه و نظرات منتقدانه آنان در تحلیل حق برخطا بررسی می‌شود. از آنجاکه در آثار اندیشمندان دوره رنسانس، نامی از «حق برخطا» مشاهده نمی‌شود و ظاهراً اصطلاح فوق در آثار والدرون مطرح شده، لذا برای بررسی نظر اندیشمندان باید به موضوعات متأثر از حق برخطا، که در آثار اندیشمندان به آن پرداخته شده است، رجوع شود. موضوعاتی مانند «جدایی اخلاق از حقوق»، «نقش دولت در فرهنگ‌سازی» و «نافرمانی مدنی» در این راستا قابل بحث‌اند.

قبل از بیان نظرات انتقادی برخی از اندیشمندان، شایسته ذکر است که اگرچه در حوزه‌های مختلفی که بیان می‌شود اندیشمندان در زمینه برخی از ثمرات حق برخطا تشکیک نموده‌اند، در حوزه آموزش و آزادی وجدان همان‌طور که اسناد حقوق بشری نیز بر آن تأکید می‌ورزند، این حق باید محترم شمرده شود؛ زیرا فرایند اندیشیدن و یافتن راه صحیح بدون شناخت و تحلیل راه‌های خطا به دست نمی‌آید. اگر فرد در مسیر آموزش، افکار خطا را مورد بررسی قرار ندهد، بدیهی است که در فرایند زندگی خود نیز به‌هنگام مواجه با رفتارهای خطا از قدرت تصمیم‌گیری متناسب برخوردار نخواهد بود و نمی‌تواند راه درست را در زندگی خود انتخاب نماید. اما نباید این نکته مغفول واقع شود که مدافعان حق برخطا -اعم از آنان که پس از والدرون بر این عنوان تصریح نموده‌اند یا کسانی که مبانی این حق را پذیرفته‌اند-، حق برخطا را در محدوده حق بر آموزش تجویز نکرده‌اند و همان‌طور که در ادامه بیان خواهد شد، ثمرات بسیاری را در عرصه عمومی اجتماع برای آن برشمرده‌اند. این توسعه حق برخطا در عرصه‌های مختلف مهم‌ترین چالش انتقادی است که در حوزه پذیرش این حق وارد می‌گردد.

نکته دیگری که قبل از ورود به نظرات اندیشمندان قابل ذکر است، توجه به این مطلب است که اگرچه یکی از ثمرات حق برخطا در حوزه آموزش می‌تواند توجه به ایجاد مدارا و هم‌زیستی مسالمت‌آمیز در جوامع منتهی گردد، این نکته نیز نباید مورد غفلت واقع شود که دستیابی به هم‌زیستی مسالمت‌آمیز نباید به‌عنوان ابزاری در راستای نفی ضمانت اجرای هنجارهای اخلاقی در جامعه مورد عمل قرار گیرد. برای نمونه، اگر در جامعه‌ای وجود تکثرگرایی فرض شود و بر آن پایه نظام‌های اخلاقی مغایر نیز طرح گردد و به سبب وجود تعارضات در هنجارهای اخلاقی، تضمین جهت صیانت از حداقل‌های بنیادین اخلاقی نیز نفی شود، بدیهی است که آن جامعه به سمت بی‌بندوباری در وضع قوانین پیش خواهد رفت و هیچ‌گاه از یک الگوی واحد در تقنین نمی‌تواند متابعت نماید. به عبارت دیگر، باید بیان کرد که خاستگاه نظام اخلاق متعارف، لزوماً اصول کلی اخلاقی نیست، اما همان‌طور که برخی از اثبات‌گرایان بیان کرده‌اند، شایسته است که برای طراحی نظام حقوقی، حداقل‌های بنیادین در اخلاق فرض شود و همچنین نباید از این نکته نیز غفلت ورزید که هر نظام اخلاقی متعارف دارای مبنایی است؛ اگرچه آن مبنا ممکن است با اصول کلی اخلاق هم‌خوان نباشد.

۳.۱. چالش تفکیک حقوق از اخلاق

همان‌طور که گذشت، با تفکیک حقوق از اخلاق اجازه وضع قانون ناعادلانه یا خطا در جامعه تجویز می‌یابد و اجازه داده می‌شود که نظام نمایندگی با توجه به مصلحت‌ها و منافع که اختیار می‌کند، قانونی را وضع نماید که هم‌خوان با مفهوم حق داشتن باشد. اما اگر حقوق را نتوان از معیارهای اخلاقی تفکیک نمود و در وضع قوانین تبعیت از معیارهای ثابت اخلاقی ضرورت داشته باشد، قانون‌گذار حق برخطا ندارد؛ بدین معنا که قانون‌گذار ملزم به رعایت اصول اخلاقی در وضع

قانون است؛ به عبارت دیگر قانون ناعادلانه قانون نیست.

شاید بتوان شروع ایجاد شکاف در نوع رابطه اخلاق و حقوق را به تعاریف مختلف از اخلاق و حقوق ارجاع داد؛ به این گونه که حقوق را مجموعه قواعد الزام آور کلی می دانند که به منظور ایجاد نظم و عدالت بر یک جامعه حکومت می کند و از طرف دولت تضمین می شود؛ لکن قواعد اخلاقی تکیه بر وجدان شخص دارد و اعتبار این قواعد از درون تضمین می شود و ضمانت اجرای دولتی نیز نمی توان برای آن متصور شد.^۱ با این نوع نگرش، برخی نتیجه می گیرند که در علم حقوق نمی توان هنجارهای اخلاقی را معتبر دانست؛ ضمن اینکه تفاوت هنجارهای اخلاقی در جوامع متعدد و نیز دگرگونی سریع آن هنجارها، پایبندی به یک نظام اخلاقی واحد در جهان را به یک امر محال تبدیل نموده است.^۲ اما مکتب حقوق طبیعی به هیچ وجه این نظر را بر نمی تابد و ادعا می کند که واقعیتهای اجتماعی نقش تعیین کننده ای در شکل گرفتن اعتبار حقوقی قضایا ندارند، بلکه محتوای اخلاقی و عدالت جایگاه ویژه ای را در ساحت اعتبار حقوقی به خود اختصاص داده است.^۳ آگوستین قدیس نیز با اشاره به مفهوم «قانون ناعادلانه قانون نیست» بر وجود این معنا تأکید می کند.^۴

بر اساس خوانش حقوق طبیعی، رابطه اخلاق و حقوق از مبانی فراتر از اراده قانون گذار بشری و قرارداد اجتماع انسجام یافته است و همه انسان ها صرف نظر از هر ویژگی یا خصوصیتی و در همه زمان ها و مکان ها استحقاق بهره مندی از آن را دارند.^۵ طرف داران مکتب حقوق طبیعی جدید و قدیم به دنبال فراهم آوردن پایه ای اخلاقی برای حقوق اند و معتقدند که قوانین و مقررات حقوقی باید با اصول و معیارهای اخلاقی سازگار باشند.^۶ سالموند بر این اندیشه است که امتیازات قانونی و اخلاقی به صورت لفظ به لفظ منطبق بر هم اند و پیوندی ناگسستنی دارند؛ او ضمن مقابله با تئوری فرمان آستین، مدعی بود که تحلیل قوانین در قالب فرمان ها مفهوم حق را بی قید و بند می سازد.^۷ ریپر نیز از کسانی است که اخلاق را حاکم بر حقوق و معیار ارزیابی آن قرار می دهد؛ وی سخت بر این باور است که اخلاق را نباید فقط یکی از مبانی ایجاد حقوق برشمرد، بلکه اخلاق عامل اصلی ایجاد حقوق و نیروی فعال است که حقوق را هدایت می نماید و توانایی از بین بردن قواعدش را دارد.^۸

ریپر بیان می کند که مهارت حکمرانان در این است که از نیروهای اخلاقی به سود خود استفاده کنند؛ زیرا قانونی که با آرمان های اخلاقی مردم همساز باشد به آسانی اجرا می شود، احترام به چنین قانونی بر پایه اجرای ارادی و دلخواه تکلیف است و شهروندان رعایت آن را از وظایف خود می شمردند و به کسی که نافرمانی کند به دیده تجاوز می نگرند؛ برعکس، قانونی که با آرمان اخلاقی برخورد کند جز به طور ناقص اجرا نمی شود، مگر اینکه روزی بتواند با همه دشواری هایی که در

۱. کاتوزیان، ناصر، «اخلاق و حقوق»، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، دوره ۲، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۶، ص ۸۵.

۲. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, P 171.

۳. ابدالی، مهرزاد، «تحلیل مفاهیم اعتبار حقوقی و هنجار حقوقی»، مجله مدرس علوم انسانی-پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۵.

۴. Aquinas, Thomas. *The Treatise on Law*, Edited by: R. J. Henle, University of Notre Dame Press, 1983, P 324.

۵. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «مبانی توجیهی-اخلاقی حقوق بشر معاصر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۵، شماره ۳۵-۳۶، ۱۳۸۱، ص ۱۲۰.

۶. دورکین، رونالد، «نافرمانی مدنی»، ترجمه محمد راسخ، مجله کیان، شماره ۵۱، ۱۳۷۹، ص ۲۶.

۷. هارت، هربرت، «پوزیتیویسم و جدایی حقوق از اخلاق»، ترجمه سیدقاسم زمانی، نشریه اطلاعات سیاسی-اقتصادی، شماره ۱۶۵ و ۱۶۶، ۱۳۸۰، ص ۷۹.

۸. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص ۲۷۲.

راه اجرای آن وجود دارد، آرمان اخلاقی را منحرف و دگرگون سازد و خود به‌عنوان ترجمان آرمان دیگری جلوه‌گر شود؛ او بیان می‌کند که اخلاق فقط در تهیه قاعده حقوقی دخالت نمی‌کند، بلکه در اجرا و تفسیر این قاعده نیز اثر دارد؛ دادرس بیش از همه نسبت به رعایت قانون اخلاقی حساس است؛ حتی در مواردی که قانون‌گذار متوجه نبوده است که اجرای قاعده حقوقی در پاره‌ای موارد منجر به تجاوز به اخلاق می‌شود، دادرس احترام به قانون اخلاقی را بر آن قاعده حقوقی تحمیل می‌کند.^۱

سیسرو معتقد است که قانون حقیقی همانا عقل سلیمی است که در مطابقت با طبیعت باشد؛ قانونی که جهان‌شمول، تغییرناپذیر و جاوید است؛ براساس این تحلیل، می‌توان ادعا کرد که از دیدگاه سیسرو حقوقی فراتر از اراده قانون‌گذار بشری و فراتر از توافق قراردادی وجود دارد و ریشه آن نه در اراده قانون‌گذار جمعی یا توافق عمومی، بلکه در طبیعت انسانی است؛ این اصول جهان‌شمول اخلاقی و عقل مدار هدایت‌گر هنجارهای حقوقی است.^۲ سیمونس نیز وظیفه حقوق را نهادینه کردن ارزش‌های اخلاقی در جامعه می‌داند و معتقد است که حقوق باید بکوشد تا افراد را به سمت اهداف و زندگی بالارزش سوق دهد.^۳ براین‌اساس، حقوق به‌عنوان ابزاری در خدمت اخلاق قرار می‌گیرد تا جامعه را سرشار از معیارهای درست اخلاقی نماید.

براساس آرای فوق، منطبق نبودن قانون با اخلاق، منجر به بی‌قیدوبند شدن حقوق می‌گردد که این نوع افسارگسیختگی در وضع قوانین ممکن است به به‌بردگی‌کشیدن کرامت ذاتی انسان بینجامد. لذا به‌منظور حفظ کرامت انسانی، وضع قوانین باید با معیارهای ثابت اخلاقی سنجیده شود. قانون‌گذار نیز نمی‌تواند به بهانه تفکیک میان حقوق از اخلاق و وضع قوانین غیراخلاقی، عملاً حق‌برخطا را در جامعه تثبیت نماید. اگر نظام حقوقی بخواهد نسبت به ارزش‌های ثابت اخلاقی یا هنجارهای اجتماعی کاملاً بی‌طرف باشد، چگونه خواهد توانست نظام منسجم حقوقی را به‌گونه‌ای ایجاد نماید که نیازمندی‌های شهروند را از نظر تأمین آرامش و آسایش توأمان برآورده نماید. قانون اگر با ارکان نظام اخلاقی چون عدالت هم‌خوان نباشد، بی‌تردید نمی‌تواند منفعت عمومی اجتماع را رقم زند، بلکه به نام مصلحت عمومی، ویژه‌خواری را در جامعه نهادینه می‌سازد؛ لذا نگرش پوزیتیویستی که در برابر این نگرش است باید پاسخ‌های بنیادینی به این تعارضات ارائه نماید.

۳.۲. دولت فرهنگ‌ساز

دولت‌هایی که به بی‌طرفی دولت در فرهنگ معتقدند، بر این باورند که اگر دولت حق مهندسی فرهنگ براساس معیارهای ثابتی را داشته باشد، بدون شک از انتشار فرهنگ‌های متعارض با اصول پذیرفته‌شده خود ممانعت به عمل خواهد آورد و حق‌برخطا را در جامعه به‌شدت محدود یا معلق می‌نماید و به‌گونه‌ای که فرایند مهندسی فرهنگ براساس اصول ثابت اخلاقی را در دستور کار خود قرار می‌دهد. این نگرش فکری برای موجه‌سازی نظر خود به دلایلی مانند احترام به خود آیینی فرد، رعایت برابری افراد، عدم امکان یا دشوار بودن شناخت خیر و در نتیجه مشروعیت قراردادی قدرت بیان شده است؛ براین‌اساس، پذیرش یکی از برداشت‌های متضاد و متکثر خیر به‌عنوان بنیاد نظام سیاسی به‌دلیل عدم رضایت همه شهروندان و لزوم احترام به سلايق همگان، مخدوش خواهد بود و دولت به‌منظور تحقق اجماع شهروندان نباید آموزه‌های

^۱ Ripert, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du droit, 1949, P 272.

^۲ قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۱۳۴.

^۳ Simonds, Op. Cit., P 34.

فراگیر متنازع‌فیه را به‌عنوان مبنای مشروعیت نظام سیاسی لحاظ کند.^۱

در تحلیل این دغدغه باید این نکته را بیان کرد که دولت‌ها به‌منظور ایجاد و برقراری امنیت روانی افراد جامعه مسئولیت دارند. اگر رفتار برخی از افراد جامعه منجر به تضییع حقوق دیگران گردد، بالطبع دولت با مداخله مقتدرانه خود از حقوق در حال تعرض، صیانت می‌نماید. لکن این مداخله دولت در انتخاب ارزش‌ها و هنجارها انتخاب شخصی نیست تا تلقی حضور دیکتاتوری در فرهنگ ایجاد شود، بلکه دولت در چارچوب اصول بنیادین و قطعی اخلاق در این راستا اعمال وظیفه می‌نماید.

افلاطون که طرحی آرمان‌گرایانه در تدبیر مدینه فاضله خود ارائه می‌داد، بر این فکر بود که دولت باید زندگی مردم را در چارچوب یک نظام سخت و انعطاف‌ناپذیر فرهنگی نسجم نماید؛ او افرادی را که متناسب با فرهنگ پذیرفته‌شده جامعه زندگی نمی‌کردند، محکوم به طرد می‌نمود و در کتاب جمهوری خود برای فعالیت متفکران و هنرمندان قوانین سختی وضع کرده است؛ به‌گونه‌ای که گاه متخلفان را به مجازات تبعید محکوم می‌نماید.^۲ لاک تعیین حدود امور مربوط به حکومت مدنی از امور مربوط به دین، و مشخص کردن قلمرو فعالیت هر کدام را ضروری می‌داند؛ از دیدگاه وی تجاوز هر یک از این دو به حریم دیگری، باعث ایجاد مشکلاتی می‌شود و عاقلانه است که میان آنها تمایز گذارده شود؛ او معتقد است که وظیفه دولت صرفاً حوزه امنیت مالکیت انسان‌ها در امور مربوط به زندگی دنیوی را دربرمی‌گیرد و قانون تنها تأمین امنیت و سلامت جامعه و حفظ جان و مال همه افراد را تضمین می‌نماید و ملاک قانون‌گذاری تنها خیر عمومی است.^۳ اما هابز برخلاف لاک^۴ معتقد است که اگر دولت نباشد، هرج‌ومرج و جنگ همه‌چیز را ویران می‌کند، پس وجود صلح و امنیت درگرو وجود دولت، و رشد و تعالی فرهنگ نیز درگرو صلح است، پس می‌توان دولت را رکن اصلی و زمینه‌ساز فرهنگ دانست؛ او نظارت و بلکه حاکمیت مستقیم دولت بر فرهنگ را ضروری می‌شمارد و حق سانسور و واری و نیز سیاست‌گذاری فرهنگی را در ردیف حق وضع‌قانون و حق رسیدگی به دعاوی و حق اعلان جنگ، از حقوق دولت قلمداد می‌کند.^۵

آدام اسمیت نیز که از پیشگامان مکتب سرمایه‌داری است و به‌شدت با دخالت دولت در اقتصاد مخالفت می‌کرد، مداخله ضمنی دولت در فرهنگ را جایز می‌دانست؛ او فرهنگ را جزو خدمات عمومی به‌حساب می‌آورد که دخالت دولت در آن زبانی و مزاحمتی را در جریان زندگی به وجود نمی‌آورد؛ او معتقد بود که قدرت حکومت ممکن است و می‌تواند درمورد فرهنگ یا اموری که برای عموم مردم، مفید است و زبانی ندارد اقدام کند، لکن در خارج از این قلمرو محدود و مشخص، نقش حکومت فقط پشتیبانی و حمایت از افراد است.^۶

به‌طورکلی می‌توان بیان کرد که در دوران متأخر که نظریه‌پردازان نظام سرمایه‌داری هم به‌لحاظ پیدایش و رشد سوسیالیسم، که واکنشی در برابر بی‌بندوباری‌های سیستم رقابت آزاد بود، و هم به‌لحاظ مسائل انسانی دخالت یا نظارت

۱. رحمت‌الهی، حسین و امید شیرزاد، **کمال‌گرایی و بی‌طرفی و آثار آن در ساختار قدرت و حقوق عمومی**، تهران: مجد، ۱۳۹۱، صص ۱۲۸-۱۳۰.

۲. ایور، مک، **جامعه و حکومت**، ترجمه ابراهیم علی کنی، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۵۴، ص ۳۷۶.

۳. locke, John, *Locke on Toleration*, Cambridge University Press, 2010, P 7-19.

به نقل از: شریعت، فرشاد و امید قهفرخی، «جان لاک و مسئله خوشبختی»، *مجله غرب‌شناسی بنیادی*، دوره ۶ شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۹۳.

۴. برای بازخوانی نظرات لاک رجوع شود به: کیوان فر شهرام، **مبانی تفسیر قانون**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.

۵. جونز تامس، ویلیام، **خداوندان اندیشه سیاسی**، جلد ۲، ترجمه علی رامین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۰، ص ۱۵۴.

۶. لاسکی، هارولد جی، **سیر آزادی در اروپا**، ترجمه رحمت‌الله مقدم مراغه‌ای، تهران: مجید، ۱۳۸۲، ص ۳۰.

دولت را در امور اقتصادی جایز دانستند، دخالت دولت در امور فرهنگی را جدی‌تر مورد توجه قرار دادند و دخالت و نظارت دولت را در امر فرهنگ ضروری و لازم دانسته و بلکه آن را یک وظیفه و مسئولیت برای دولت به‌شمار آورده‌اند؛ به‌طوری‌که بعد از جنگ جهانی دوم موضوع فرهنگ و توسعه فرهنگی و نقش دولت در این مورد به‌منزله هدفی ملی و بین‌المللی مطرح گردید و بحث‌های فراوانی را برانگیخته است.^۱

با توجه به مطالب فوق بسیاری از اندیشمندان به انجام مهندسی فرهنگ براساس هنجارهای ثابت معتقدند و دولت باید با اقداماتی که سیاست‌های فرهنگی را مختل می‌کنند، برخورد جدی نداشته باشد و انجام خطا در جامعه را مدیریت کند. به عبارت دیگر، براساس این نگرش دایره تعهد اخلاقی فرد از معیار رضایت وی فراتر می‌رود و با اتخاذ راهبرد تعاون اخلاقی، زمینه ارتقای فضیلت و کاهش ردیلت در جامعه فراهم می‌گردد و دولت می‌تواند به مثابه نهادی برآمده از اراده عمومی و از طریق توان بالقوه خود چون اقتدار و منابع عمومی زمینه‌ساز یا مباشر این هدف واقع شود.^۲

۳.۳. نافرمانی مدنی؛ بی‌اخلاقی قانونی؟

اگر در نظام حقوقی حق برخطا مورد پذیرش قرار نگیرد، افراد معترض به قانون را نمی‌توان با استناد به نافرمانی مدنی مبرا از مسئولیت دانست؛ زیرا از لحاظ اخلاقی یا حقوقی عملکرد آنان، با اخلاق متعارف یا قوانین موضوعه در جامعه مطابق نیست یا در تعارض است و لذا استحقاق مجازات دارند. لذا پذیرش حق بر خطا بودن تأثیر زیادی بر نافرمانی مدنی دارد؛ تاجایی که می‌توان نافرمانی مدنی را از مهم‌ترین نتایج اعتقاد به حق بر خطا عنوان نمود. البته منظور از نافرمانی مدنی، حق اعتراض نسبت به برخی از قوانین موجود در نظام حقوقی نیست؛ زیرا هر فردی نسبت به قوانین موجود می‌تواند اعتراض داشته باشد. آنچه میان نافرمانی مدنی و حق برخطا قرابت ایجاد می‌نماید، بی‌احترامی به قوانین در حیطه اجراست. از آنجاکه وضع هر قانون مدافعان و مخالفانی را به دنبال دارد، فرد یا افرادی می‌توانند با نافرمانی مدنی از انجام برخی از قوانین سر باز زنند، همین استناد در حق برخطا نیز قابل تمسک است. بدین گونه که برای نمونه، برخی افراد باتوجه به جدایی حیطه اخلاق از حقوق، هنجارهای اخلاقی را، که عموم افراد جامعه برای آنها ارزش یا قداست خاصی قائل اند، مورد تعدی رفتاری یا گفتاری قرار دهند و به‌نوعی در خلأ قانونی که براساس حق بر خطا شکل گرفته است، به بی‌اخلاقی قانونی اقدام کنند. بدیهی است که نظام حقوقی اگر بر پایه آن اندیشه شکل‌دهی شود، امکان ارتکاب چنین رفتاری را به آنان خواهد داد. گفتنی است که ریشه نافرمانی مدنی را شاید بتوان به نمایشنامه آنتیگونه، نوشته سوفوکل، نمایشنامه‌نویس یونانی، در قرن پنجم قبل از میلاد استناد داد. براساس این داستان، کرئون پس از فرمانروایی، نیکوس (خواهرزاده وی) را به دلیل مخالفت شکست می‌دهد و دستور می‌دهد تا جسد او طعمه درندگان شود؛ اما خواهر نیکوس از فرمان شاه سرپیچی می‌کند و نعش برادر را به دلیل احساس تکلیف دینی دفن می‌کند و شاه که به تمرد او از قانون اعتراض می‌کند، آنتیگونه بیان می‌کند که تنها قانونی شایسته اطاعت است که موافق قانون الهی باشد.^۳

دورکین از کسانی است که نافرمانی مدنی را از اعتراضات انقلابی جدا می‌نماید؛ او معتقد است که اعتبار قانون از صحت آن جداست و منبع مشروعیت اقتدار سیاسی، رأی مردم و دموکراسی است؛ براین اساس، مردم می‌توانند در مواردی که

^۱ عباسی حسینی، ابراهیم، «نقش دولت در فرهنگ»، نشریه مشکات، شماره ۳۵، ۱۳۷۱، ص ۶۰.

^۲ رحمت‌الهی و شیرزاد، پیشین، ص ۴۴.

^۳ سوفوکل، آنتیگونه، ترجمه نجف دریابندری، تهران: آگاه، ۱۳۵۵، ص ۳۸.

مفاد قانون با وجدان آنها در تعارض است، باتوجه به اعتقاداتشان قانون شکنی نمایند؛ البته وی معتقد است که قبل از نافرمانی مدنی، تمامی راه‌های عادی سیاسی باید توسط شهروندان پیموده شود و در صورت عدم تغییر سیاست‌های مورد اعتراض، نافرمانی مدنی باید انجام شود.^۱

اما در برابر، استدلال‌هایی برای بیان عدم ضرورت نقض قانون، در جهت اعتراض به دولت وجود دارد. یکی از مهم‌ترین استدلال‌ها مبتنی بر وظیفه اخلاقی افراد در اطاعت از قانون است. برخی از منتقدان نافرمانی مدنی معتقدند که اعتبار این وظیفه، خود برای نشان دادن توجیه‌ناپذیر بودن نافرمانی مدنی کافی است. درحالی‌که این ادعا درست نیست؛ چراکه وظیفه اخلاقی افراد در اطاعت از قانون باید در حد اعلای خود باشد؛ بدین‌گونه که هرگاه این وظیفه در تضاد با وظیفه اخلاقی دیگری قرار گرفت، اطاعت از قانون ارجح قلمداد شده باشد؛ تنها یک نکته قابل‌پذیرش وجود دارد و آن اینکه انسان ناچار به اطاعت از قانون است. استدلال دیگری که در مقابل نافرمانی مدنی ارائه شده است این است که مردم ناچارند به تعهد خود پایبند باشند.^۲

جوزف رز^۳ معتقد است که بیشتر نظریه‌پردازان نافرمانی مدنی را حق تلقی می‌نمایند نه اقدامی که صرفاً در بعضی موارد می‌تواند جایز شمرده شود. وی معتقد است که دلیل اصلی حق شمردن نافرمانی مدنی، ایجاد محدودیت‌های شکلی برای وضع آن است؛ زیرا نگران شیوه اجرای این حق‌اند.^۴ بنابراین حتی کسانی که قائل به حق بودن نافرمانی مدنی‌اند، از اینکه این حق به‌عنوان ابزاری در جهت اغتشاش در جامعه شود، نگران‌اند.

بر مبنای استدلال اندیشمندان اخیر، فرد فرد اعضای جامعه ملزم به رعایت قوانین معتبر جامعه‌اند؛ چراکه قانونی که توسط نهادهای مشروع وضع شده است، باید محترم شمرده شود و فرد نمی‌تواند براساس اعتقاد خود، اقدام به قانون شکنی و ارتکاب خطا در جامعه نماید. در مقام قضاوت بین دو نگرش فوق، می‌توان نافرمانی مدنی را به‌عنوان یک حق تلقی نمود، لکن گستره این حق را با نگرش پوزیتیویستی نمی‌توان تحلیل حقوقی نمود، بلکه رعایت مرزهای اخلاقی در احقاق این حق ضروری است.

نتیجه‌گیری

فیلسوفان حقوق در توجیه حق بر خطا بودن معتقدند که در میان تمام موجودات عالم، تنها موجودی که کردار و رفتار خود را باتوجه به منفعت عقلایی خود می‌تواند برگزیند یا بر اساس اختیار خود عمل کند، تنها انسان است. لذا انسان کردار «خوب» یا «بد» را با گزینش بر مدار اختیار برمی‌گزیند و پیامدهای سلبی ناشی از انتخاب «بد» در جریان زندگی خود را دفع نماید. براین‌اساس، انسان فقط می‌تواند به‌عنوان صاحب حق قلمداد گردد، دیگر نمی‌توان از محتوای اخلاقی انتخاب صاحب حق سؤال کرد؛ چراکه انسان در اجرای حق خود، توانایی یافتن راه درست اخلاقی را برخوردار است و اگر رغبتی بر پیروی از آن ندارد، این بی‌رغبتی آگاهانه است و خواست و اراده وی «ارزش‌ساز» می‌شود.

عمده اندیشمندان برای تحلیل مفهوم حق به دو نظریه انتخاب و منفعت استناد نموده‌اند که هرکدام از آن نظریه‌ها با

^۱. دورکین، پیشین، ص ۳۴۷.

^۲. بووای، نورمن و رابرت سیمون، «نافرمانی مدنی، تأملی در رابطه قانون و نظم»، ترجمه تبسم آتشین جان، فصلنامه مطالعات راهبردی، دوره

۳، شماره ۱۰، ۱۳۷۹، ص ۱۶۵.

^۳. Joseph Raz (1939 – 2022).

^۴. کیوان‌فر، پیشین، ص ۳۴۷.

چالش‌های جدی در تحلیل مفهومی «حق» مواجه‌اند. از آنجاکه اشکالات مذکور دلالت بر نقصان جدی آنها می‌نماید، لذا آنها نمی‌توانند به‌عنوان توجیه‌کننده مفهوم «حق برخطا» به کار روند؛ چراکه پایه‌های توجیهی «حق برخطا» براساس عموماً دو نگرش فوق استقرار یافته‌است و با لغزان بودن این دو نظریه، عملاً حق برخطا را نمی‌توان به‌عنوان یک حق در قلمرو حقوق توجیه نمود.

در آثار دوره رنسانس، نامی از «حق برخطا» مشاهده نمی‌شود. لذا برای بررسی نظر اندیشمندان، موضوعاتی مانند جدایی اخلاق از حقوق، نقش دولت در فرهنگ‌سازی و نافرمانی مدنی در گفتارهای آنان بررسی شد و نبود اتفاق نظر و بیان چالش‌های جدی از طرف برخی اندیشمندان غرب با مبانی حق بر خطا بودن محرز گردید. این پژوهش تشریح نمود دلایلی که براساس آن حق برخطا بودن توجیه حقوقی یافته‌است، از استحکام چندی برخوردار نیستند. به نظر می‌رسد تا زمانی که ایده حق برخطا نتواند مبنای مشخصی برای توجیه این حق فراتر از نظریه انتخاب یا منفعت ارائه دهد و در نسبت میان حقوق و اخلاق موضع‌گیری روشنی نماید، نمی‌تواند در منظومه حقوق بشر معاصر جایگاه موجهی به‌مثابه یک «حق» بیابد.

منابع

کتاب

۱. ایورمک، ر. م. **جامعه و حکومت**، ترجمه ابراهیم علی کنی، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۵۴.
۲. بالوی، مهدی و مهناز بیات کمیتکی، **دولت حق بنیاد**، جلد ۱، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۳. بن، استنلی ایساک، **مجموعه مقالات فلسفه حقوق**، ترجمه بهروز جندقی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
۴. جونز، ویلیام تامس، **خداوندان اندیشه سیاسی**، جلد ۲، ترجمه علی رامین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۰.
۵. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، جلد ۱، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۶. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
۷. رحمت‌الهی، حسین و احسان آقامحمد آقایی، **حقوق طبیعی و حقوق موضوعه و آثار آن بر ساختار قدرت و حقوق عمومی**، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۸. رحمت‌الهی، حسین و امید شیرزاد، **کمال‌گرایی و بی‌طرفی و آثار آن در ساختار قدرت و حقوق عمومی**، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۹. سوفوکلس، **آنتیگونه**، ترجمه نجف دریابندری، تهران: آگاه، ۱۳۵۵.
۱۰. طالبی، محمدحسین، **درآمدی بر فلسفه حق**، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.
۱۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر**، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۱۲. کاپلستون، فردریک چارلز، **تاریخ فلسفه**، جلد ۸، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۹۳.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۲.
۱۴. کیوان‌فر، شهرام، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.
۱۵. لاسکی، هارولد جوزف، **سیر آزادی در اروپا**، ترجمه رحمت‌الله مقدم مراغه‌ای، تهران: مجید، ۱۳۸۲.
۱۶. مک‌این‌تایر، آلدر، **تاریخچه فلسفه اخلاق**، ترجمه ان‌شاءالله رحمتی، تهران: حکمت، ۱۳۷۹.
۱۷. هارت، هربرت، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۸. ابدالی، مهرزاد، «تحلیل مفاهیم اعتبار حقوقی و هنجار حقوقی»، *مجله مدرس علوم انسانی-پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۱-۲۸.
۱۹. بووآی، نورمن و رابرت سیمون، «نافرمانی مدنی، تأملی در رابطه قانون و نظم»، ترجمه تبسم آتشین جان، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۷۹، صص ۱۵۹-۱۷۷.
۲۰. دورکین، رونالد، «نافرمانی مدنی»، ترجمه محمد راسخ، *مجله کیان*، شماره ۵۱، ۱۳۷۹، صص ۲۶-۳۵.
۲۱. راسخ، محمد، «نظریه حق»، *فصلنامه باروری و ناباروری*، دوره ۱۰، شماره ۴، ۱۳۸۸، صص ۲۹۹-۳۱۶.
۲۲. راسخ، محمد، مائده تسخیری، علیرضا اسکندری و فائزه عامری، «امر اخلاقی و حق»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۲، شماره ۸۷، ۱۳۹۸، صص ۱۷-۴۷. DOI: 10.29252/LAWRESEARCH.22.87.19
۲۳. سبحانی‌نیا، محمدتقی، «بررسی معیارهای هفت‌گانه جرمی بن‌تام با تکیه بر آموزه‌های اسلامی»، *مجله معرفت اخلاقی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۲۹-۴۴.
۲۴. شریعت، فرشاد و امید قهفرخی، «جان لاک و مسئله خوشبختی»، *مجله غرب شناسی بنیادی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۷۵-۱۰۳.
۲۵. طالبی، محمدحسین، «منشأ و خاستگاه حق بشر»، *مجله معرفت فلسفی*، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۸۶، صص ۱۹۳-۲۱۸.
۲۶. عباسی حسینی، ابراهیم، «نقش دولت در فرهنگ»، *نشریه مشکات*، شماره ۳۵، ۱۳۷۱، صص ۴۷-۷۹.
۲۷. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «مبانی توجیهی اخلاقی حقوق بشر معاصر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۵، شماره ۳۵-۳۶، ۱۳۸۱، صص ۱۱۷-۱۳۵.
۲۸. قاری سیدفاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۴، شماره ۳۳-۳۴، ۱۳۸۰، صص ۲۰۹-۲۶۵.
۲۹. قاری سیدفاطمی، سید محمد، «حقوق بشر در جهان معاصر»، *روزنامه اعتماد ملی*، شماره ۹۸۹، ۱۳۸۸، صص ۲۷-۲۷.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، «اخلاق و حقوق»، *فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری*، دوره ۲، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۶، صص ۸۵-۸۹.
۳۱. والدرون، جرمی، «فلسفه حق»، ترجمه محمدرضا ظفری، *مجله علوم سیاسی*، شماره ۱۸، ۱۳۸۱، صص ۱۴۹-۱۸۹.
۳۲. هارت، هربرت، «پوزیتیویسم و جدایی حقوق از اخلاق»، ترجمه سیدقاسم زمانی، *نشریه اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، شماره ۱۶۵ و ۱۶۶، ۱۳۸۰، صص ۷۴-۸۵.

References

Books

1. Aquinas, Thomas. *The Treatise on Law*, Edited by: R. J. Henle, University of Notre Dame Press, 1983.
2. Balavi, Mehdi and Mahnaz Bayat-Komeytaki, *The State Based on Rights*, Volume 1, Tehran: Majd, 2017. (in Persian)
3. Benn, Stanley Isaac. *Collection of Articles of Philosophy of Law*, Translated by: B. Jandaghi, Tehran: Institute for Culture and Islamic Thought Press, 2017. (in Persian)
4. Copleston, Frederick CH. *A History of Philosophy*, Volume 8, Translated by: Baha'edin Khorramshahi, Tehran: Scientific and cultural, 2014. (in Persian)
5. Gewirth, Alan. *Rights, Encyclopedia of Ethics*, Volume 3, New York & London: Lawrence Becker & Charlotte Becker, 2001.
6. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, *Human Rights in the Contemporary World*, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2009. (in Persian)
7. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012.

8. Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Translated by: Mohammad Rasekh, Tehran: Nay Publishing, 2011. (in Persian)
9. IverMac, R. M. *Society and Government*, Translated by: Ebrahim Ali Kani, Tehran: Book Translation and Publishing Agency, 1975. (in Persian)
10. Jones, Peter. *Rights*, Macmillan Education UK, 1994.
11. Jones, William Thomas; *Masters of Political Thought*, Volume 2, Translated by: A. Ramin, Tehran: Amir Kabir Publishing, 2001. (in Persian)
12. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, Tehran: University of Tehran, 1973. (in Persian)
13. Keyvan-Far, Shaharam, *Philosophical Foundations of Legal Interpretation*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2020. (in Persian)
14. Laski, Harold Joseph, *The Rise of Liberty in Europe*, Translated by: Rahmatollah Moghaddam Maraghe'i, Tehran: Majid, 2003. (in Persian)
15. Locke, John, *Locke on Toleration*, Cambridge University Press, 2010.
16. MacIntyre, Alasdair, *A Short History of Ethics*, Translated by: En Sha' Allah Rahmati, Tehran: Hekmat, 2000. (in Persian)
17. Rahmatollahi, Hossein and Ehsan Agha-Mohammad-Aghaei, *Natural Law and Positive Law and Their Effects on the Structure of Power and Public Law*, Tehran: Majd, 2018. (in Persian)
18. Rahmatollahi, Hossein and Omid Shirzad, *Perfectionism and Neutrality and Their Effects on the Structure of Power and Public Law*. Tehran: Majd, 2012. (in Persian)
19. Rasekh, Mohammad, *Right and Expediency*, Volume 1, Tehran: Tarh-e No, 2002. (in Persian)
20. Rasekh, Mohammad, *Right and Expediency*, Volume 2, Tehran: Nay Publishing, 2013. (in Persian)
21. Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1994.
22. Ripert, Georges. *The Moral Rule in Civil Obligations*, Anthology of Law, 1949. (in French)
23. Simonds, N. E. *Law and Morality*, Routledge Encyclopedia of Philosophy, 1998.
24. Sophocles, *Antigone*, Translated by: Najaf Dariabandari, Tehran: Agah, 1976. (in Persian)
25. Talebi, Mohammad Hossein, *An Introduction to the Philosophy of Right*, Tehran: Research Institute of Hawzah and University Press, 2014. (in Persian)
26. Waldron, Jeremy. *A Right to Do Wrong*, The University of Chicago Press, 1983.

Articles

27. Abbasi Hosseini, Ebrahim, "The Role of the State in Culture", *Meshkat Journal*, Issue 35, 1992, PP 47–79. (in Persian)
28. Abdali, Mehrzad, "Analysis of the Concepts of Legal Validity and Legal Norm", *Journal of Humanities Lecturer - Comparative Law Research*, Volume 14, Issue 2, 2010, PP 1–28. (in Persian)
29. Bolinger, Renee Jorgensen. "Revisiting the Right to Do Wrong", *Australasian Journal of Philosophy*, Volume 95, Issue 1, 2016, PP 43–57. <https://doi.org/10.1080/00048402.2016.1179654>
30. Bowie, N. and R. Simon. "Civil Disobedience: A Reflection on Law and Order", Translated by: Tabassom Atashin Jan, *Strategic Studies Quarterly*, Volume 3, Issue 10, 2000, PP 159–177. (in Persian)
31. Dworkin, Ronald. "Civil Disobedience", Translated by: Mohammad Rasekh, *Kiyan Journal*, Issue 51, 2000, PP 26–35. (in Persian)
32. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Analysis of Key Concepts in Contemporary Human Rights: Right, Duty, Freedom, Equality, and Justice", *Legal Research Quarterly*, Volume 4, Issues 33–34, 2001, PP 209–265. (in Persian)
33. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Human Rights in the Contemporary World." *National Trust Newspaper*, Issue 989, 2009, PP 27–27. (in Persian)

34. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Justificatory and Ethical Foundations of Contemporary Human Rights", *Legal Research Quarterly*, Volume 5, Issues 35-36, 2002, PP 117–135. (in Persian)
35. Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals", Translated by: Sayyed Ghasem Zamani, *Political-Economic Information Journal*, Issues 165-166, 2001, PP 74–85. (in Persian)
36. Katouzian, Nasser, "Ethics and Law", *Quarterly Journal of Ethics in Science and Technology*, Volume 2, Issues 1-2, 2007, PP 85–89. (in Persian)
37. Rasekh, Mohammad, "Theory of Right", *Quarterly Journal of Fertility and Infertility*, Volume 10, Issue 4, 2009, PP 299-316. (in Persian)
38. Rasekh, Mohammad, Ma'edeh Taskhiri, Alireza Eskandari and Fae'ezeh Ameri. "The Moral Order and Right", *Legal Research Quarterly*, Volume 22, Issue 87, 2019, PP 17–47. (in Persian) Doi: 10.29252/LAWRESEARCH.22.87.19
39. Shari'at, Farshad and Omid Ghahfarrokhi, "John Locke and the Problem of Happiness", *Journal of Fundamental Western Studies*, Volume 6, Issue 1, 2015, PP 75-103. (in Persian)
40. Sobhani-Nia, Mohammad Taghi, "Reviewing Jeremy Bentham's Sevenfold Criteria with Emphasis on Islamic Teachings", *Journal of Moral Knowledge*, Volume 1, Issue 2, 2010, PP 29–44. (in Persian)
41. Talebi, Mohammad Hossein, "The Origin and Foundation of Human Right", *Journal of Philosophical Knowledge*, Volume 4, Issue 4, 2007, PP 193–218. (in Persian)
42. Waldron, Jeremy, "Philosophy of Right", Translated by: Mohammad Reza Zafari, *Political Science Journal*, Issue 18, 2002, PP 149–189. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Legal Framework for Compensation of Training Costs for Football Players by Clubs: Training Compensation and Solidarity Mechanism

Amirsaed Vakil¹ , Sepideh Ahmadianfard², Alireza Rezakhani³

Highlights

- The frameworks of Training Compensation and the Solidarity Mechanism were established to compensate clubs that train young players in international transfers.
- Training Compensation is only applicable to the transfer of players under the age of 23 between different federations, whereas the Solidarity Mechanism applies irrespective of age and is triggered by international transfers occurring before the expiration of the player's professional contract.
- The primary objectives of these mechanisms are to protect clubs' investments in player development and to foster a spirit of solidarity within professional football.

ABSTRACT

Introduction

The compensation system for football training costs is a crucial part of the professional football framework and plays a significant role in the development of youth football. The origins of this system trace back to the Bosman case ruled by the Court of Justice of the European Union (CJEU). Following this ruling, FIFA and UEFA jointly designed regulations to compensate clubs for the costs of training young players, leading to the creation of two frameworks: Training Compensation and the Solidarity Mechanism. The central question of this article is: What is the nature and legal framework of Training Compensation and the Solidarity Mechanism, and what objectives do they pursue? Given the legal challenges associated with these frameworks and the lack of awareness among clubs about some of these challenges, the primary goal of this article is to provide a comprehensive analysis of Training Compensation and the Solidarity Mechanism, thereby enhancing public understanding and awareness of these systems.

Methods

The research method employed in this article is descriptive-analytical, and the data collection approach is library-based. In the descriptive section, the fundamental concepts and legal foundations of Training Compensation and the Solidarity Mechanism are elucidated, while the analytical section examines and

How to Cite: Vakil, Amirsaed, Ahmadianfard, Sepideh, Rezakhani, Alireza, "The Legal Framework for Compensation of Training Costs for Football Players by Clubs: Training Compensation and Solidarity Mechanism", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:227-246.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237327.2794>

Received: 22/10/2024-Accepted: 09/03/2025

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

Corresponding Author Email: vakil.a@ut.ac.ir

2. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

3. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

evaluates these concepts, revealing their interrelationships and distinctions. The article pays particular attention to select jurisprudence from the Court of Arbitration for Sport (CAS) to provide a more in-depth description and analysis of Training Compensation and the Solidarity Mechanism, as well as the practical challenges involved in resolving related disputes.

Results and Discussions

The primary origins of the system for compensating football player training costs trace back to the Bosman case before the Court of Justice of the European Union (CJEU). CJEU, in the Bosman case, obligated EU member states to adhere to the right of freedom of movement for workers as outlined in Article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Accordingly, football players must be free to transfer to new teams, and compensation must be paid to training clubs for the costs of developing these players. Ultimately, following tripartite negotiations among FIFA, UEFA, and the European Union, new provisions were incorporated into the international transfer regulations. The revised and updated version of the Regulations on the Status and Transfer of Players, promulgated in 2001, established the foundational legal frameworks for both Training Compensation and the Solidarity Mechanism. Training Compensation was proposed to maintain competitive balance among football clubs, enabling them to develop young players while receiving fair compensation for their efforts. The international regulations governing Training Compensation are detailed in Article 20 of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players and its Annex 4. Annex 4 outlines exceptions for FIFA members within the European Union and the European Economic Area, reflecting aspects of EU law, including the principle of freedom of movement for workers. These provisions apply exclusively to players transferred between associations that are members of the European Union. Training Compensation is paid when a player is registered as a professional for the first time before the age of 23 and signs a professional contract with a club, or when the player is transferred from their training club or origin to another club before turning 23. According to Annex 4 of FIFA's transfer regulations, the latter scenario must occur between two different associations. Based on Paragraph 2 of Article 1 of FIFA's transfer regulations, each football federation is required to establish a system to reward clubs that invest in the development of young players. According to Article 10 of FIFA's transfer regulations, a loan transfer is classified as a transfer. Additionally, if the transfer is international, an International Transfer Certificate (ITC) is required. Training Compensation is awarded to the training club in the event of a player's transfer, whether temporary or permanent. If multiple clubs have contributed to a player's training, the Training Compensation shall be distributed among them in proportion to the period of training the player underwent at each club during his formative years. Furthermore, the right to claim Training Compensation is extinguished in the following circumstances: if the training club unjustifiably terminates the player's contract; if the player transfers to a club categorized by FIFA as a fourth-tier team; or if the player attains amateur status. Under the Solidarity Mechanism, as outlined in Article 21, if a professional football player is transferred to another club before the expiration of their contract, all clubs that contributed to the player's development receive a proportionate share of the total transfer fee. Notably, the Solidarity Mechanism applies exclusively to international transfers; Therefore, if a player is transferred to a club that, along with the player's training club, is affiliated with the same national football federation, the Solidarity Mechanism shall not be applied. However, some federations have incorporated this mechanism into their national regulations. In the Solidarity Mechanism, transfers can occur at any age, and compensation can be claimed if an international transfer takes place before the end of the player's professional contract. Despite the established principles in the regulations governing Training Compensation and the Solidarity Mechanism, their implementation faces similar challenges. Key issues include disputes over the duration and costs of training periods.

Conclusion

Training Compensation and the Solidarity Mechanism incentivize clubs to invest in training young players and receive remuneration for their efforts. The key distinction lies in their scope and purpose: Training Compensation is subject to age limitations and is focused on reimbursing training costs, whereas the Solidarity Mechanism has no age restrictions and pursues a broader objective of promoting solidarity within the football community. In both frameworks, the nature of the transfer (permanent or loan) does not affect the payment obligations.

KeyWords: Bosman Case, Training Compensation, Solidarity Mechanism, Court of Arbitration for Sport (CAS), Regulations on the Status and Transfer of Players (RSTP).



چارچوب حقوقی جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان فوتبال توسط باشگاه‌ها: حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی

امیرساعد وکیل^۱، سپیده احمدیان فرد^۲، علیرضا رضاخانی^۳

نکات برجسته

- دو چارچوب حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی برای جبران هزینه‌های باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکنان جوان در نقل‌وانتقالات بین‌المللی ایجاد شده‌اند.
- حق آموزش فقط به انتقال بازیکنان زیر ۲۳ سال بین فدراسیون‌های مختلف مربوط می‌شود، در حالی که سازوکار هم‌بستگی بدون محدودیت سنی و در انتقالات بین‌المللی پیش از پایان قرارداد اعمال می‌شود.
- هدف اصلی این سازوکارها، حمایت از سرمایه‌گذاری باشگاه‌ها در تربیت بازیکنان و تقویت روحیه هم‌بستگی در فوتبال حرفه‌ای است.

چکیده

نظام جبران هزینه آموزش بازیکنان فوتبال که شامل حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی است و ریشه ابداع آن به پرونده بوسمن در دیوان دادگستری اتحادیه اروپا بازمی‌گردد، اهدافی قانونی برای نظام نقل و انتقال بازیکنان از جمله حمایت از باشگاه‌های آموزش‌دهنده و پیشرفت بازیکنان جوان شناسایی کرد و همین اساس شکل‌گیری نظام جبران هزینه‌ها در مقررات نقل‌وانتقال فیفا شد. براساس ماده ۲۰ مقررات نقل‌وانتقال فیفا، حق آموزش مبلغی است که به باشگاه آموزش‌دهنده بازیکن پرداخت می‌شود و در صورتی تحقق می‌یابد که یک بازیکن برای اولین بار تا ۲۳ سالگی به‌عنوان یک بازیکن حرفه‌ای ثبت‌نام گردد و با باشگاهی قرارداد حرفه‌ای امضا کند یا اینکه تا ۲۳ سالگی از باشگاه مبدأ به باشگاه دیگری منتقل شود. براساس ماده ۲۱ مقررات اخیر، سازوکار هم‌بستگی چارچوبی است که تمام باشگاه‌هایی که در آموزش و پرورش بازیکن مشارکت داشته‌اند، نسبتی از کل هزینه انتقال بازیکن را دریافت می‌کنند؛ هدف هر دو چارچوب، حمایت از باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکنان در راستای توسعه فوتبال و افزایش توجه به سرمایه‌گذاری برای آموزش بازیکنان جوان است، اما سازوکار هم‌بستگی، هدف مهم دیگری تحت‌عنوان تقویت روحیه هم‌بستگی در دنیای فوتبال را نیز دنبال می‌کند.

کلید واژگان: پرونده بوسمن، حق آموزش، سازوکار هم‌بستگی، دیوان داور ورزش، مقررات وضعیت و نقل‌وانتقال بازیکنان فوتبال.

استناد به این مقاله: وکیل، امیرساعد، احمدیان فرد، سپیده، رضاخانی، علیرضا، «چارچوب حقوقی جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان فوتبال توسط باشگاه‌ها: حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۲۷-۲۴۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237327.2794>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۹

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

ایمیل نویسنده مسئول: vakil.a@ut.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

نظام جبران هزینه آموزش بازیکنان فوتبال، به‌عنوان یکی از ارکان ساختار فوتبال حرفه‌ای، تأثیرات گسترده‌ای بر نحوه مدیریت نقل‌وانتقالات، حقوق بازیکنان و توسعه فوتبال جوانان دارد. این نظام به‌ویژه پس از تحولات حقوقی ناشی از پرونده «بوسمن»^۱ در «دیوان دادگستری اتحادیه اروپا»^۲، به‌طور قابل توجهی تغییر یافت و به‌عنوان یک ابزار قانونی و اخلاقی برای حمایت از حقوق باشگاه‌های آموزش‌دهنده و بازیکنان جوان شناخته شد. پرونده بوسمن در سال ۱۹۹۵، نه‌تنها به‌عنوان نقطه عطفی در تاریخ فوتبال تلقی می‌شود، بلکه ضرورت ایجاد نظامی برای جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان را به‌وضوح نمایان ساخت. این پرونده به دیوان دادگستری اتحادیه اروپا ارجاع و نهایتاً منجر به تصویب قوانینی شد که حق آزادی نقل‌وانتقال بازیکنان را تضمین کرد و نظامی برای جبران هزینه‌های آموزش به وجود آورد. این تحولات موجب شد که «فیفا»^۳ و «یوفا»^۴ به‌طور مشترک اقدام به تدوین مقررات جدیدی کنند که شامل دو سازوکار اصلی یعنی «حق آموزش»^۵ و «سازوکار هم‌بستگی»^۶ می‌شود. پرسش مقاله حاضر این است که ماهیت و چارچوب حقوقی حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی چیست و چه اهدافی را دنبال می‌کنند؟ فرضیه اصلی نویسندگان این است که حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی، چارچوب‌هایی در راستای جبران هزینه‌های باشگاه‌ها برای آموزش بازیکنان فوتبال‌اند و پرداخت مبالغی را به‌مثابه غرامت به ایشان لحاظ می‌کنند؛ هرکدام به حفظ حقوق باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکنان کمک می‌کنند و بر توسعه پایدار فوتبال حرفه‌ای تأثیر مستقیمی دارند. مقاله براساس این فرضیه در جست‌وجوی پاسخ سؤال فوق است و طبق مقررات فیفا و آرای بین‌المللی به تحلیل موضوع می‌پردازد.

آنچه اهمیت پژوهش در حوزه حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی را برجسته می‌کند، چالش‌هایی همچون ناآگاهی باشگاه‌ها از حقوق و الزامات قانونی، نبود شفافیت فرایندهای مالی و مشکلات مربوط به تطابق قوانین ملی با مقررات بین‌المللی است؛ باتوجه‌به اینکه فوتبال به‌عنوان صنعتی جهانی، درآمدزایی و اشتغال‌زایی زیادی به‌همراه دارد، توجه به حقوق تمامی ذی‌نفعان امری ضروری است. هدف اصلی مقاله این است که با ارائه بررسی جامع از چارچوب‌های حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی، نقشی مؤثر در ارتقا درک و آگاهی عمومی نسبت به آنها ایفا و به بحث‌ها و مذاکرات جاری در زمینه فوتبال حرفه‌ای کمک نماید.

۱. ریشه‌های شکل‌گیری نظام جبران هزینه آموزش بازیکنان فوتبال

در سال ۱۹۸۸ بازیکنی ۲۴ ساله به‌نام بوسمن، با باشگاهی متعلق به لیگ دسته اول بلژیک به اسم «آر.اف.سی. لیژ»^۷ قراردادی امضا کرد. در سال ۱۹۹۰ قرارداد بازیکن با باشگاه به پایان رسید؛ اما قبل از انقضای آن، باشگاه بلژیکی از این امکان در مقررات نقل‌وانتقالات استفاده کرد تا با پیشنهاد قراردادی جدید به بوسمن، مبلغ انتقال آینده را تضمین کند. در پیشنهاد جدید، باشگاه دستمزد بوسمن را کاهش داد و کاملاً بدیهی بود که باشگاه، قرارداد جدید را به قصد دریافت مبلغ نقل‌وانتقال بازیکن مطرح نمود. از آنجایی که بوسمن تمایلی به پذیرش کاهش دستمزدش نداشت، فعالانه به‌دنبال

^۱. CJEU, case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association and others v. Bosman and others*, ECLI: EU: C:1995:463.

^۲. Court of Justice of the European Union

^۳. FIFA

^۴. UEFA

^۵. Training Compensation

^۶. Solidarity Mechanism

^۷. RFC Liège

یک باشگاه جدید بود و در نهایت «باشگاه ساحلی دانکرک»^۱ از لیگ دسته دوم فرانسه تصمیم می‌گیرد او را به خدمت بگیرد. دو باشگاه حتی در مورد مبلغ انتقال به توافق رسیدند، اما آ.ر.اف.سی. لیژ در مورد پرداخت بدهی به باشگاه بعدی بازیکن تردید داشت و در نتیجه از اتحادیه فوتبال بلژیک درخواست نکرد که گواهی انتقال را برای اتحادیه فوتبال فرانسه ارسال کند. در نتیجه این انتقال بر هم خورده و بوسمن امکان ادامه فوتبال حرفه‌ای را از دست داد. بوسمن در دیوان دادگستری اروپایی علیه باشگاه بلژیکی خود طرح دعوی نمود و در ادعای خود به ماده ۴۵ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «۱- آزادی رفت‌وآمد کارگران باید در داخل جامعه تأمین شود، ۲- این آزادی جابه‌جایی مستلزم لغو هرگونه تبعیض براساس تابعیت بین کارگران دولت‌های عضو در مورد شغل، دستمزد و سایر شرایط کار و اشتغال خواهد بود».^۲ باتوجه به ماده فوق، ادعای بوسمن این بود که باشگاه بلژیکی ماده فوق را نقض و آزادی بوسمن برای انتقال به یک تیم دیگر واقع در اتحادیه اروپا را محدود کرده است.^۳

در نتیجه دعوای بوسمن، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا باشگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه را مکلف به رعایت حق آزادی نقل‌وانتقال و جابه‌جایی کارکنان پیش‌بینی شده در ماده ۴۵ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا نمود.^۴ از منظر دیوان، نظام پرداخت هزینه آموزش بازیکنان باید هزینه واقعی آموزش بازیکن را در نظر بگیرد؛ مبلغ پرداختی باید میان همه باشگاه‌های آموزش دهنده مشترک باشد و نباید بر حرکت آزاد بازیکنان میان نواحی مختلف اتحادیه اخلال ایجاد کند. براساس تصمیم دیوان در قضیه بوسمن، سه هدف قانونی برای نظام نقل‌وانتقال بازیکنان شناسایی می‌شود: ۱- حمایت از یکپارچگی مسابقات، ۲- تعادل رقابتی بین باشگاه‌های فوتبال، ۳- حفاظت از باشگاه‌های آموزش دهنده و پیشرفت بازیکنان جوان.^۵ دیوان پیش‌بینی کرد، دریافت هزینه‌های انتقال بابت آموزش، باشگاه‌ها را به کشف استعدادهای جدید و تربیت بازیکنان جوان تشویق می‌کند.^۶ پس از پرونده بوسمن، باشگاه‌ها و فدراسیون‌های فوتبال، قدرت خود نسبت به بازیکنان پس از انقضای مدت قرارداد را از دست دادند و این اتفاق موجب افزودن شروطی به قراردادهای فی‌مابین باشگاه‌ها و بازیکنان شد که طی این شروط، امکان ادامه و گسترش قرارداد از جانب باشگاه به صورت یک‌جانبه پیش‌بینی شده بود. این موارد موجب کاهش سطح توانمندی بازیکنان و نهایتاً کاهش سطح فوتبال و نیز مانع توسعه فوتبال شد. این مهم، باشگاه‌ها و فدراسیون‌های فوتبال را وادار نمود که به فیفا و یوفا پیشنهادهایی برای تدوین مقررات جدید هم در راستای رعایت مقررات اتحادیه اروپا و هم حفظ حقوق باشگاه در خصوص اتمام قرارداد بازیکن و اخذ حق آموزش ارائه کنند. سرانجام با مذاکرات مشترک میان فیفا، یوفا و اتحادیه اروپا موادی جدید در مقررات نقل‌وانتقال بین‌المللی شکل می‌گیرد.^۷ «کمیته اجرایی فیفا»^۸ در ۵ ژوئیه ۲۰۰۱ نسخه جدید و اصلاح‌شده‌ای از «مقررات وضعیت و نقل‌وانتقال

^۱. Union Sportive du Littoral de Dunkerque (USL Dunkirk)

^۲. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), (Signed in 25 March 1957, Effective in 1 January 1958), *Official Journal of the European Union*, Vol.5., 2012/C 326/01, Art.45(1)(2).

^۳. Auberg, Espen. "History of FIFA Transfer Regulations", *EA Sport Law*, Available at: <https://www.easportslaw.com/news/history-of-fifa-transfer-regulations-rstp>, Last Seen: 2024/08/19

^۴. Ibid.

^۵. Laskowsk, Jakub. "Solidarity Compensation Framework in Football Revisited", *The International Sports Law Journal*, Volume 18, 2019, P 152.

^۶. Duval, Antoine and B. Van Rompuy. "The FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Transnational Law-Making in the Shadow of Bosman", *The Legacy of Bosman, ASSER International Sports Law Series*, T.M.C. Asser Press, 2016, P 86.

^۷. Auberg, Op. Cit.

^۸. FIFA Council (FIFA Executive Committee)

بازیکنان فیفا»^۱ (برای سهولت بیان در ادامه، مقررات نقل و انتقال فیفا) تصویب می‌کند. توافقات فیفا با نهادهای اتحادیه اروپا و یوفا، منجر به ایجاد چارچوبی شد که نظام جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان و ایجاد هم‌بستگی میان اهالی فوتبال را در قالب دو نظام سازوکار هم‌بستگی و حق آموزش شکل می‌دهد؛ فیفا ضمن اصلاح مقررات نقل و انتقال در سال ۲۰۰۱ به منظور انطباق مقررات بازار نقل و انتقال فوتبال با قوانین اتحادیه اروپا، قصد داشت یک چارچوب هم‌بستگی جامع متشکل از سهم مشترک هم‌بستگی و نظام‌های جبران هزینه آموزش ایجاد کند که هدف آن تقویت آموزش بازیکنان جوان و ایجاد تعادل در رقابت‌های فوتبال بود.^۲ مقررات نقل و انتقال فیفا بسان یک قانون کار فراملی است که منحصراً برای بازیکنان حرفه‌ای فوتبال و کارفرمایان آنها مجری است. این مقررات، پشتوانه یک نظام خصوصی قوی را دارد که رعایت این مقررات را از طریق سازوکارهای اجرایی و رسیدگی‌های قضایی، تضمین می‌کند.^۳

۲. حق آموزش

با استناد به رویکرد «دیوان داوری ورزش»،^۴ حق آموزش با هدف حفظ تعادل رقابتی بین باشگاه‌ها مطرح شده است و به آنها اجازه می‌دهد با فراغت خاطر به آموزش بازیکنان جوان بپردازند و از جبران هزینه بابت تلاش‌هایشان مطمئن گردند.^۵ مقررات بین‌المللی حق آموزش در ماده ۲۰ مقررات نقل و انتقال فیفا و ضمیمه چهارم آن ذکر شده است. همچنین ضمیمه چهارم یک وضعیت استثنایی درمورد اعضای فیفا، که در محدوده اتحادیه اروپا و منطقه اقتصادی اروپا هستند، در نظر گرفته است که ماده ششم این ضمیمه به آن اختصاص دارد؛ این ماده به‌طور خاص به بازیکنانی تعلق دارد که بین انجمن‌هایی^۶ که کشور مربوطه عضو اتحادیه اروپا است، منتقل می‌شوند. مقررات این قسمت به‌طور خاص جنبه‌هایی از حقوق اتحادیه اروپا از جمله اصل آزادی رفت‌وآمد کارگران را منعکس می‌نماید؛ در این قسمت، پس از بررسی تعریف و چیرستی نظام حق آموزش، به بیان شرایط تحقق و نحوه محاسبه مبلغ مربوط به هزینه‌های آموزش می‌پردازیم.

۲.۱. تعریف و اهداف حق آموزش

براساس ماده ۲۰ مقررات نقل و انتقال فیفا، منظور از حق آموزش مبلغی است که به باشگاه آموزش‌دهنده بازیکن پرداخت می‌شود؛ مبنای تحقق آن، این است که بازیکن فوتبال مدنظر برای نخستین بار تا رسیدن به ۲۳ سالگی به عنوان «بازیکن

^۱. FIFA, "Regulation on the Status and Transfer of Players", The Last Version on 2024, Available at <https://inside.fifa.com/legal/football-regulatory/clearing-house/regulations-and-explanatory-notes>, Last Seen: 2024/09/08. [hereinafter RSTP]

^۲. Laskowsk, Op. Cit.

^۳. Duval, Op. Cit., P 84.

^۴. دیوان داوری ورزش (Court of Arbitration for Sport) که به اختصار CAS خوانده می‌شود، در سال ۱۹۸۴ در لوزان سوئیس برای حل و فصل اختلافات مربوط به ورزش از طریق داوری تاسیس شد. از زمانی که فیفا طی توافقی در سال ۲۰۰۲ این نهاد را به عنوان مرجع تجدیدنظر اختلافات مربوط به فوتبال به رسمیت شناخت، حجم کار این محکمه داوری افزایش یافت:

Weger, Frans de. *The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber*, Second Edition, Hoge: Springer, 2016, PP 106-107.

دیوان داوری ورزش شامل سه بخش است: ۱- بخش ورزش یا حکمیت معمولی، ۲- بخش استیناف به منظور رسیدگی به اختلافات ناشی از تصمیمات کمیته‌ها و هیئت‌های قضایی فدراسیون‌ها و هیئت‌های ورزشی، ۳- شعب موقت برای رسیدگی به اختلافات حین برگزاری مسابقات مهم: ن.ک به: شعاعی، مرتضی و حجت اعراب شیبانی، «درآمدی بر حل و فصل اختلافات ورزش فوتبال در نظام ایران و بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۵، شماره ۵۵، ۱۴۰۱، صص ۳۷۵-۳۷۶.

^۵. *FC Karpaty v. FC Zestafoni*, Arbitration CAS 2014/A/3553, (6 October 2014), P 1, para 8.

^۶. اعضای فیفا می‌توانند هر عنوانی همچون اتحادیه، فدراسیون یا انجمن داشتند باشند و در مقاله حاضر تفاوت خاصی در آثار حقوقی وجود ندارد.

حرفه‌ای^۱ ثبت‌نام شود و با باشگاهی قرارداد حرفه‌ای امضا کند یا اینکه تا ۲۳ سالگی از باشگاه آموزش‌دهنده یا مبدأ به باشگاه دیگری منتقل شود.^۲ براساس ضمیمه چهارم مقررات نقل‌وانتقال فیفا، مورد دوم باید میان دو انجمن مختلف صورت پذیرد.^۳ این ماده چند نتیجه مهم دارد: ۱- بر این اساس، حق آموزش ناشی از نقل‌وانتقال بازیکن در مقررات فیفا تنها در ارتباط با نقل‌وانتقال بین‌المللی است، ولی لازم است بند دوم از ماده اول مقررات نقل‌وانتقال فیفا مورد توجه باشد. این مقرر تعهدی را برای هر فدراسیون به‌منظور ارائه سیستمی برای پرداخت پاداش به باشگاه‌هایی که در آموزش بازیکنان جوان سرمایه‌گذاری می‌کنند، تحمیل نموده است. ماده اخیر به فدراسیون‌ها اجازه می‌دهد تا باتوجه به محدودیت‌های اعمال‌شده توسط قوانین ملی، سیستم‌های خود را گاهی مشابه موارد بین‌المللی و گاه با رعایت ویژگی‌های محاسباتی آن اتخاذ کنند.^۴ این هدف با نظام حق آموزش در ماده ۲۰ و ضمیمه چهارم مقررات نقل‌وانتقال فیفا مشترک است؛ مقررات نقل‌وانتقال فوتبال ایران که مختص داخل کشور است، در ماده ۲۳ حق آموزش را به رسمیت شناخته است. مقررات داخلی برای اعطای این مبالغ پاداش گونه به باشگاه‌ها باید با مقررات نقل‌وانتقال فیفا هم‌راستا باشند. به عبارت دیگر مقررات داخلی باید حداقل استانداردهای بین‌المللی را رعایت کنند و با مقررات نقل‌وانتقال فیفا سازگار باشند.^۵ ۲- باتوجه به محدودیت سنی درج‌شده، اگر بازیکن بعد از ۲۳ سالگی به باشگاه دیگری منتقل شود، حق آموزش برای باشگاه مبدأ تحقق پیدا نمی‌کند.^۳ مطابق مقررات فیفا، چه بازیکن در طول قرارداد خود با باشگاه مبدأ و چه پس از پایان قرارداد خود به باشگاه دیگری منتقل شود، با احراز دو شرط یادشده، حق آموزش قابل مطالبه است. با نظام حق آموزش، خطر هدررفت پول سرمایه‌گذاری برای تعلیم بازیکنان جوان از بین می‌رود؛^۶ در نتیجه وضعیتی ایجاد می‌شود تا باشگاه‌هایی که در آموزش بازیکنان جوان برای تبدیل به بازیکن حرفه‌ای سرمایه‌گذاری کرده‌اند، یک پرداخت پاداش‌گونه دریافت کنند و باشگاهی که برای آموزش بازیکن سرمایه‌گذاری نمی‌کند مجبور است به باشگاهی که بازیکن را تعلیم داده است، مبلغی را پرداخت نماید.^۷ شایان ذکر است، مقررات مرتبط با حق آموزش فقط در فوتبال مردان قابل اجراست و بنابر بخشنامه شماره ۱۶۰۳ فیفا در ۲۴ نوامبر ۲۰۱۷، فوتبال زنان از این قاعده مستثناست.^۸ رویه «اتاق حل اختلاف فیفا»^۹ این رویکرد را پیروی کرده است که نظام حق آموزش موجود با در نظر گرفتن بودجه و هزینه‌های فوتبال مردان طراحی شده است و وضعیت فوتبال زنان از این لحاظ متفاوت است.^{۱۰}

^۱ بازیکن حرفه‌ای براساس مقررات نقل‌وانتقال فیفا، به بازیکنی گفته می‌شود که با باشگاه خود قرارداد مکتوب دارد و بیش از توانی که با فعالیت‌های ورزشی برای باشگاه خود صرف می‌کند، به وی دستمزد پرداخت می‌شود:

RSTP, Op. Cit., Article 2.

^۲ Ibid, Article 20.

^۳ Ibid, Annex 4, Article 2(1)(a).

^۴ Sotir, Anton. "Training Compensation in Football (Formalism vs Rationale)", *Golden Gate Law Firm*, 2015, P 3, Available at: http://goldengate-law.com/documents/Training_compensation_in_football.pdf, Last Seen: 2024/09/09.

^۵ Subhan, Adam. "Football Transfer Fees: Anticompetitive?", *Sports Law, Policy & Diplomacy Journal*, Volume 1, Issue 1, 2023, P 162.

^۶ Brennan, Terence D. "Over Compensation: The Battle for Training Compensation and Solidarity in United States Soccer", *The International Sports Law Journal*, Volume 16, 2017, P 230.

^۷ FIFA, "Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players" (2023), P 362. [hereinafter FIFA Commentary]

^۸ FIFA, Circular no. 1603 of 24 November 2017.

^۹ Dispute Resolution Chamber

^{۱۰} FIFA Commentary, Op. Cit., P 362.

۲.۲. مفهوم دوره آموزشی

براساس ضمیمه چهارم مقررات نقل و انتقال فیفا، «دوره آموزشی»^۱ بازیکنان بین ۱۲ تا ۲۱ سالگی است و باشگاه مبدأ بابت آموزش‌هایی که در این مقطع به بازیکن داده است، مستحق دریافت حق آموزش است.^۲ مقررات نقل و انتقال فوتبال ایران نیز در ماده ۲۳ به حق آموزش بازیکنان اختصاص دارد و توضیحات این ماده با ماده ۲۰ مقررات نقل و انتقال فیفا و ضمیمه چهارم منطبق می‌باشد. گفتنی است، دوره آموزشی با مفهوم پیشرفت یک بازیکن فرق دارد. دوره آموزشی با مقررات و بخشنامه‌های صادره فیفا مشخص می‌شود؛ حال آنکه پیشرفت بعدی بازیکن حرفه‌ای جدای از آن است؛ همچنین کمک به پیشرفت بعدی بازیکن پس از پایان دوره آموزش، حق آموزش برای باشگاه کمک‌کننده پدید نمی‌آورد.^۳

۲.۳. شرایط پرداخت حق آموزش

براساس مقررات نقل و انتقال فیفا، باشگاهی که موظف به پرداخت حق آموزش به باشگاه آموزش‌دهنده است، باشگاهی است که یا بازیکن برای اولین بار به عنوان یک حرفه‌ای به طور آزاد در آن ثبت نام کرده یا اینکه پیش از ۲۳ سالگی از باشگاه مبدأ آموزش‌دهنده به این باشگاه منتقل شده است؛ در صورتی که دو باشگاه متعلق به دو انجمن مختلف باشند.^۴ همچنین اگر در مقررات ملی، حق آموزش برای انتقال داخلی به رسمیت شناخته شود (همانند ایران)، حق باشگاه آموزش‌دهنده در این مورد نیز محفوظ است. همچنین اگر چند باشگاه در آموزش بازیکن نقش داشته‌اند، حق آموزش به تناسب آموزشی که بازیکن در سنین حضورش در آن باشگاه دیده است، میان باشگاه‌ها تقسیم می‌شود. در هر حالتی باشگاهی که بازیکن با آن قرارداد حرفه‌ای می‌بندد یا بازیکن حرفه‌ای به آن منتقل می‌شود، باید ظرف ۳۰ روز به پرداخت حق آموزش اقدام کند.^۵ چنانچه باشگاه آموزش‌دهنده منحل، ورشکسته یا غیرفعال باشد، فدراسیون یا اتحادیه ذی ربط حق دریافت حق آموزش را از باشگاه جدید بازیکن دارد و موظف است آن را برای توسعه فوتبال جوانان به کار بگیرد.^۶ در فوتبال ایران، چنانچه باشگاهی چنین وضعیتی را پیدا کند، فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران این مبلغ را دریافت می‌کند.^۷

۲.۴. حق آموزش در وضعیت بازیکنان قرضی

آیا در وضعیتی که بازیکنان پیش از ۲۳ سالگی به صورت قرضی به باشگاهی منتقل می‌شوند، باشگاهی که بازیکن حضور قرضی در آن یافته است، الزامی به پرداخت حق آموزش دارد؟ با در نظر داشتن ماده دهم مقررات نقل و انتقال فیفا درمی‌یابیم که انتقال قرضی بازیکن نیز انتقال است و اگر بین المللی باشد به گواهی بین المللی انتقال نیاز دارد. در نتیجه، حق آموزش در صورت انتقال بازیکن به صورت موقت یا دائم به باشگاه آموزش‌دهنده تعلق می‌گیرد. در نتیجه باشگاهی که بازیکن را به طور موقت قرض می‌گیرد موظف است که حق آموزش را به باشگاه سابق بازیکن پرداخت و می‌تواند حق

^۱ Training period

^۲ RSTP, Annex 4, Op. Cit., Article 1.

^۳ *Maccabi Haifa FC v. Real Racing Club Santander*, Arbitration CAS 2006/A/1029 (2 October 2006), P 1, para 2 and para 4.

^۴ RSTP, Op. Cit., Article 2.

^۵ Ibid, Annex 4, Article 3(2); *Club Deportes Tolima S.A. v. FC Honka*, Arbitration CAS 2021/A/8318, (11 August 2022), para 44.

^۶ Ibid, Article 3(3); Al, Arne, "Training Compensation in light of the Recent Jurisprudence of FIFA DRC and CAS", *Football Legal*, 2021, Available at: <https://bmdw.nl/wp-content/uploads/A.L.-Al-Training-Compensation-in-light-of-the-Recent-Jurisprudence-of-FIFA-DRC-and-CAS.pdf>, Last Seen: 2024/07/26.

^۷ فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران، «مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان»، ۱۳۹۶، ماده ۲۳(۶).

آموزش پس از قرض را نیز مطالبه کند. باتوجه به مقررات ذکر شده، اگر قرضی بین دو باشگاه از یک فدراسیون اتفاق افتاده باشد که منحصرأ انتقال داخلی تلقی می‌گردد، هرگونه حق آموزش باید طبق مقررات ملی پرداخت شود. باید توجه شود، یک انتقال قرضی همیشه یک عنصر آموزشی دارد و نمی‌توان آن را صرفاً معمولی در نظر گرفت؛ باشگاه اصلی همواره با دقت باشگاهی را انتخاب می‌کند که بازیکن در آن از بهترین پیشرفت ممکن برخوردار شود.^۱ دیوان داوری ورزش در رأی «باشگاه سیون سوئیس»^۲ علیه «جنوا ایتالیا»^۳ در سال ۲۰۱۸، این مصداق را توضیح می‌دهد؛ برای مثال، اگر باشگاه ۱ به باشگاه ۲ بازیکنی قرض بدهد و سپس به صورت قطعی به باشگاه ۳ قرض بدهد و شرایط اساسی برای تحقق حق آموزش نظیر مقطع سنی و حرفه‌ای بودن فراهم باشد، باشگاه ۳ باید به باشگاه ۱ تنها برای مدتی که بازیکن را آموزش داده مبلغی پرداخت کند و برای مدت زمانی که بازیکن در باشگاه ۲ حضور قرضی داشته است، باشگاه ۲ حق دریافت مبلغی برای حق آموزش خواهد داشت.^۴

اگرچه فدراسیون‌ها باید بدون تغییر مفاد ماده دهم، مقررات خود را اجرا کنند، به نظر می‌رسد تعداد کمی از فدراسیون‌ها بصراحت تعیین می‌کنند که باشگاه قرض‌دهنده بازیکن چه زمانی و بر چه مبنایی باید در سطح ملی دستمزد و حق آموزش دریافت کند.^۵ موضوع تعلق گرفتن حق آموزش به باشگاه آموزش‌دهنده، در پرونده‌های متعددی در مراجع حل و فصل اختلاف از جمله اتاق حل و فصل اختلاف فیفا و دیوان داوری ورزش مطرح بوده است. اتاق حل اختلاف فیفا تفسیر خاصی از مقررات فیفا را ارائه نموده است. از یک سو، هدف ماده دهم برای اطمینان از این است که باشگاه‌های آموزشی که بازیکنی را به صورت قرضی ثبت‌نام می‌کنند از دریافت حق آموزش نیز بهره‌مند شوند. اما از سوی دیگر نمی‌توان این ماده را به گونه‌ای تفسیر کرد که باشگاه قرض‌دهنده، استحقاق حق آموزش در مدت قبل از قرض را از دست بدهد؛ زیرا مقصود قانون‌گذار این است که تمام باشگاه‌های تمرینی پاداش بگیرند. همچنین گفتنی است، باشگاهی که بازیکنی را ذیل قراردادی به صورت قرضی در اختیار می‌گیرد، استحقاق مبلغ حق آموزش از باشگاهی را دارد که در نهایت بازیکن را به صورت دائمی جذب می‌کند.^۶ اتاق حل و فصل اختلاف فیفا همچنین متذکر است، باشگاهی که بازیکن را به صورت قرضی می‌خواهد، باشگاه سابق بازیکن نیست، اما در مدت زمانی که بازیکن در باشگاه سابقش ثبت‌نام می‌کند و مدتی که به صورت قرضی است، باید به عنوان یک بازه زمانی کامل در نظر گرفته شود. هر تعبیر دیگری منجر به وضعیتی می‌شود که در آن باشگاه‌هایی که بازیکنی را به صورت قرضی می‌پذیرند هرگز حق دریافت حق آموزش را نخواهند داشت، حتی اگر به رشد و آموزش بازیکنان کمک کرده باشند.^۷ در نتیجه، فیفا تصدیق کرد که مقررات فیفا نباید به صورت تحت‌اللفظی به کار روند، بلکه فقط باید براساس رویه قضایی ثابت تفسیر شوند.

موضوع انتقال قرضی در دو پرونده دیوان داوری ورزش برجسته بوده است. اولین مورد پرونده معروف به «پانیونیوس»^۸ است؛ یک بازیکن برزیلی به عنوان بازیکن حرفه‌ای در تیم «پارانآ»^۹ حضور داشت و مدت کوتاهی به صورت قرضی به تیم

^۱ Al, Op. Cit., P 45.

^۲ FC Sion

^۳ Genoa Cricket & Football Club

^۴ *Olympique des Alpes SA v. Genoa Cricket & Football Club*, Arbitration CAS 2017/A/5090, (14 March 2018), P 1, para 2.

^۵ Sotir, Op. Cit., PP 3-4.

^۶ Ibid, P 8.

^۷ Ibid.

^۸ *Panionios GSS FC v. Paraná Clube*, Arbitration CAS 2014/A/3620 (9 April 2013).

^۹ Paraná Clube

«ایگواسو»^۱ پیوست و متعاقباً به پارانا بازگشت و در آن تیم بازی کرد و در نهایت به تیم یونانی پانیونیوس، به‌عنوان بازیکن آزاد پیوست. پس از انتقال صورت‌گرفته، پارانا مدعی دریافت حق آموزش دوره قبل و بعد از قرض بازیکن به ایگواسو شد لکن پانیونیوس ادعا نمود که میزان حق آموزش مربوط به پارانا می‌بایست نسبت به‌بعد از قرض بازیکن به ایگواسو محاسبه گردد؛ زیرا قرض صورت‌گرفته، زنجیره استحقاق دریافت حق آموزش را درهم شکسته است و تیم پارانا مستحق دریافت حق آموزش قبل از قرض و حین قرض بازیکن نیست.^۲ شش ماه پس از پرونده پانیونیوس، دیوان دآوری ورزش در مورد «داندی»^۳ به تصمیم مخالفی رسید؛ شرایط این پرونده بسیار شبیه به پرونده پانیونیوس است. یک بازیکن آرژانتینی به باشگاه کشورش، «ولز سارسفیلد»^۴ پیوست؛ بعد از مدتی باشگاه مذکور او را به دیگر باشگاه آرژانتینی، «آتلتیکو پلاتنسه»^۵ قرض داد. این بازیکن پس از پایان دوره قرضی، مدت کوتاهی به «داندی یونایتد»^۶ در اسکاتلند پیوست. پس از انتقال بازیکن به تیم اسکاتلندی، ولز سارسفیلد مدعی دریافت حق آموزش مربوط به دوره قبل و بعد از قرض از داندی یونایتد شد. باشگاه داندی با ادعای ولز سارسفیلد مخالفت کرد و در دفاع از حق خود بیان کرد، در پرتو ماده دهم مقررات نقل‌وانتقال فیفا، فقط هزینه دوره پس از قرض به باشگاه ولز سارسفیلد تعلق می‌گیرد. هیئت دآوری از استدلال اتاق حل و فصل اختلاف فیفا و رویه‌های قضایی آن پیروی کرد که انتقال موقت، نمی‌تواند به‌عنوان انتقالی تلقی شود که پیامدهای مندرج در بند اول ماده سوم ضمیمه چهارم مقررات نقل‌وانتقال فیفا را ایجاد می‌کند.^۷

با توجه به رویه قضایی و عبارات دقیق مقررات فیفا می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که هر باشگاهی، از جمله باشگاهی که بازیکن را قرضی داده است، حق دریافت حق آموزش را دارد. تعهد پرداخت فقط زمانی ایجاد می‌شود که بازیکن حرفه‌ای در سطح بین‌المللی منتقل شود و فقط به آخرین باشگاهی که بازیکن در آن ثبت نام کرده است، پرداخت می‌شود. باشگاه جدید بازیکن باید فقط برای آخرین دوره‌ای که بازیکن در باشگاه سابق خود ثبت نام کرده است مبلغی بپردازد. اما باتوجه به پرونده‌های مطرح‌شده درمی‌یابیم که گاهی رویه قضایی، عبارات دقیق مقررات نقل‌وانتقال فیفا را نپذیرفته و آن را طور دیگری تفسیر کرده است.

۲.۵. موانع دریافت حق آموزش

ضمیمه چهارم حاوی مقرراتی است که باشگاه آموزش‌دهنده را از دریافت حق آموزش منع می‌کند.^۸ درواقع حتی اگر شرایط ماده ۲۰ مقررات نقل‌وانتقال فیفا نیز محرز باشد، با وقوع مواردی حق آموزش توسط باشگاه جدید پرداخت نمی‌شود. اولین مورد جایی است که باشگاه آموزش‌دهنده، قرارداد بازیکن خود را بدون «دلیل موجه»^۹ فسخ کند؛ این فسخ نشان می‌دهد که باشگاه تمایلی به حفظ سرمایه جوان خود ندارد. دلیل موجه که در ماده ۱۴ مقررات نقل‌وانتقال فیفا مورد اشاره قرار گرفته، یکی از عوامل اختتام قراردادهای ورزشی است. دلیل موجه در صورتی است که یکی از طرفین مفاد قرارداد را به‌طور اساسی نقض نماید؛ به‌گونه‌ای که براساس اصل حسن‌نیت، انتظار عمل به تعهد از سوی طرف دیگر

^۱ Nova Iguaçu FC

^۲ Sotir, Op. Cit., PP 9-10; CAS 2014/A/3620, para 166.

^۳ Dundee United FC v. Club Atlético Vélez Sarsfield, Arbitration CAS 2013/A/3119 (19 January 2015).

^۴ Club Atlético Vélez Sarsfield

^۵ Club Atlético Platense

^۶ Dundee United FC

^۷ Sotir, Op. Cit., P 10.

^۸ RSTP, Annex 4, Op. Cit., Article 2(2).

^۹ Just cause

نمی‌رود و آنگاه هر طرف می‌تواند بدون هیچ تشریفات خاصی قرارداد را فسخ کند.^۱ براساس ضمیمه چهارم، فسخ باشگاه که فاقد علت موجه است، موجب سلب دریافت مبلغ حق آموزش می‌شود اما اگر دلیل موجهی باشد، پرداخت حق آموزش به قوت خود باقی می‌ماند.^۲ دومین مورد آنجاست، بازیکن به باشگاهی که از منظر فیفا دسته چهارمی می‌باشد، منتقل شود. باشگاه‌هایی که در این دسته قرار دارند اغلب آماتورند و پرداخت حق آموزش از سوی این تیم‌ها به باشگاه مبدأ ناعادلانه است.^۳ سومین مورد زمانی است که بازیکن حرفه‌ای در انتقال مجدد خود به وضعیت آماتور برگردد. همچنین مقررات استثنایی ماده ششم ضمیمه چهارم در باب اتحادیه اروپا، تحقق یک عامل را مانع پرداخت حق آموزش تلقی می‌نماید. چنانچه، باشگاه مبدأ که در محدوده این اتحادیه قرار دارد، برای بازیکنی که به باشگاه جدید ملحق می‌شود قراردادی برای حضور در تیم پیشنهاد ندهد و نتواند توجیه کند که چرا همچنان مستحق دریافت حق آموزش است، نمی‌تواند از باشگاه جدید مبلغی بگیرد؛ در واقع باشگاه آموزش‌دهنده بازیکن که قراردادی را پیشنهاد می‌دهد، به بازیکن جوان خود علاقه نشان می‌دهد که جلوه‌گر اهمیت هزینه‌هایی است که برای آموزش او متحمل شده است.^۴

۲.۶. معیار سن تکمیل آموزش بازیکن

اصل است که آموزش یک بازیکن در ۲۱ سالگی به پایان می‌رسد مگر اینکه اثبات شود، بازیکن پیش از ۲۱ سالگی آموزش خود را تمام کرده است. اثبات این موضوع برعهده باشگاهی است که ادعای خلاف اصل دارد.^۵ رویکرد اتاق حل اختلاف فیفا و دیوان داوری ورزش در احراز استثنا سخت‌گیرانه است؛ در واقع هیچ معیار قطعی وجود ندارد و چنین مسئله‌ای باید موردی بررسی شود.^۶ در رأی داوری «گراس هاپر زوریخ»^۷ علیه «الیانزا لیما»^۸ در دیوان داوری ورزش، معیارهایی برای تعیین سن دوره آموزشی تعیین شده است؛ ۱- ارزش بازیکن، ۲- شهرت عمومی بازیکن در سطح ملی و بین‌المللی، ۳- نفر ثابت تیم، ۴- سابقه کاپیتانی تیم، و ۵- حضور منظم در ترکیب تیم ملی.^۹ تعیین معیار سن، موضوع دعاوی متعددی بوده است. در پرونده «اینترناسیونال»^{۱۰} علیه «هلاس ورونا»^{۱۱} در دیوان داوری ورزش در سال ۲۰۱۹، باشگاه اینترناسیونال در مقام تجدیدنظر خواه نسبت به تصمیم فیفا در بررسی بدوی، مدعی بود که بازیکن مدنظر پیش از حضور در باشگاه هلاس ورونا دوران آموزش خود را، که پیش از ۲۱ سالگی وی بوده است، تمام شده بود و از این رو باشگاه تجدیدنظر خوانده مستحق دریافت مبلغی برای حق رشد نیست. اینترناسیونال استدلال می‌کرد، این بازیکن در سری آ ایتالیا یکی از معتبرترین لیگ‌های فوتبال جهان حضور داشته، به ترتیب پیش از حضور قرضی در هلاس ورونا در باشگاه‌های

^۱ برای توضیح بیشتر ن. ک: وکیل، امیرساعد و فرزاد مظهری، «اقاله و فسخ قرارداد بازیکنان فوتبال و نتایج آن با تاکید بر مقررات فیفا و رویه قضایی حقوق ورزش»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۹۹، ۱۴۰۱، صص ۲۷۱-۲۷۲.

^۲ FIFA Commentary, P 372.

^۳ Ibid.

^۴ Ibid, P 398.

^۵ Al, Op. Cit., P 44; RSTP, Annex 4, Op. Cit., Article 1(1);

مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان، ماده ۲۳.

^۶ *Sport Club Internacional v. Hellas Verona Football Club S.p.A.*, Arbitration CAS 2018/A/5513 (25 February 2019), para 65. [hereinafter Arbitration CAS 2018/A/5513]

^۷ Grasshopper

^۸ Alianza Lima

^۹ *Grasshopper v. Alianza Lima*, Arbitration CAS 2008/A/1705 (18 June 2009), p.2, para.6.

^{۱۰} Sport Club Internacional

^{۱۱} Hellas Verona Football Club

«رم»^۱ و «اودینزه»^۲ بازی کرده است و ارزش وی از ۵۰۰۰۰۰ یورو به ۳۵۰۰۰۰۰ می‌رسد. این بازیکن در رم حضور داشته است، ولی به دلیل اینکه نیمکت‌نشین اسطوره‌های این تیم بوده است، در بسیاری از بازی‌های این تیم به میدان نرفت. او همچنین در مسابقات ملی رده زیر ۲۰ سال اروگوئه یک بازیکن کلیدی و مؤثر در مسابقات منطقه‌ای و جهانی بوده است. همچنین به دلیل حضور بازیکنان تراز اول در تیم ملی بزرگسالان اروگوئه، او شانس حضور در جام جهانی فوتبال ۲۰۱۴ برزیل را پیدا نمی‌کند.^۳ در مقابل هلاس ورونا استدلال می‌کند، بازیکن مدنظر فقط ۵۷ دقیقه در فصل ۲۰۱۳-۲۰۱۲ برای باشگاه رم بازی کرده است و در فصل بعد در اودینزه بازی می‌کند که در رتبه پایین‌تری نسبت به رم قرار دارد. همچنین او سابقه حضور در تیم ملی بزرگسالان اروگوئه را نداشته است؛ براین اساس، دوره آموزشی او پیش از ۲۱ سالگی تمام نشده است.^۴ سرانجام هیئت داوری تصمیم اتاق حل اختلاف فیفا را تأیید کرد و هلاس ورونا را مستحق دریافت حق آموزش بابت حضور قرضی بازیکن در این تیم دانست.^۵

۲.۷. نحوه محاسبه حق آموزش

محاسبه هزینه‌های آموزش طبق دسته‌بندی باشگاه‌ها و فدراسیون آنهاست که اطلاعات آن سالانه توسط فیفا منتشر می‌شود.^۶ فیفا از انجمن‌های عضو می‌خواهد تا باشگاه‌هایشان را به چهار دسته تقسیم کنند: باشگاه‌هایی که در دسته اول هستند با کیفیت‌ترین مراکز آموزشی را دارند و هرچه به دسته چهارم می‌رویم، کیفیت مراکز آموزشی باشگاه‌ها کمتر می‌شود. هزینه‌ها به تناسب دسته‌بندی مذکور محاسبه می‌شوند.^۷ به عنوان یک قاعده، حق آموزش ناشی از هزینه‌هایی است که تصور می‌شود باشگاه جدید متحمل می‌شود؛ گویی بازیکن در آنجا آموزش دیده است.^۸ هزینه‌های آموزش براساس مبلغ مورد نیاز برای آموزش یک بازیکن در یک سال است و این مبلغ در یک ضریب میانگین به نام «ضریب بازیکن»^۹ ضرب می‌شود؛ ضریب بازیکن نسبت تعداد بازیکنانی است که برای آموزش یک بازیکن حرفه‌ای باید آموزش ببینند.^{۱۰} در صورت اختلاف درباره نامتناسب بودن مبلغ پرداختی حق آموزش، مرجع حل و فصل اختلافات فیفا آن را تعدیل می‌نماید.

۳. سازوکار هم‌بستگی

پرداخت‌های هم‌بستگی شکل دیگری از پاداش مالی با هدف ارتقا فوتبال جوانان است؛ سازوکار هم‌بستگی در شکلی متفاوت از حق آموزش طراحی شده و باشگاه‌های ذی‌نفع در این سازوکار، مبلغی تحت عنوان «سهم هم‌بستگی»^{۱۱} دریافت

^۱. AS Roma

^۲. Udinese Calcio

^۳. CAS 2018/A/5513, para.68.

^۴. Ibid, para 68.

^۵. Ibid, para 71.

^۶. Sotir, Op. Cit., P 3.

^۷. Parrish, Richard. "The European Social Dialogue: A New Mode of Governance for European Football?", *The Legacy of Bosman. ASSER International Sports Law Series*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016, P 204.

^۸. Aikaterini, Magkou. "The Bernard Case: What is the Impact of Training Compensation on National and International Associations? The Case of Greece", Master Thesis, *Tilburg University*, 2011, P 38.

^۹. Player Factor

^{۱۰}. Weger, Op.Cit., P 423; Subhan, Op. Cit., P 177.

^{۱۱}. Solidarity Contribution

می‌کنند؛ چارچوب حقوقی این مفهوم در ماده ۲۱ و ضمیمه پنجم مقررات نقل و انتقال فیفا ذکر شده است. براساس ماده ۲۱، سازوکار هم‌بستگی چارچوبی است که براساس آن اگر یک بازیکن حرفه‌ای فوتبال قبل از انقضای قراردادش با یک باشگاه به باشگاه دیگری منتقل شود، تمام باشگاه‌هایی که در آموزش و پرورش او مشارکت داشته‌اند نسبتی از کل هزینه انتقال را دریافت می‌کنند. نکته حائز اهمیت آن است که سازوکار هم‌بستگی فقط در ارتباط با نقل‌وانتقالات بین‌المللی اعمال می‌شود و براساس ضمیمه پنجم باید بازیکن میان باشگاه‌های دو انجمن یا اتحادیه مختلف عضو فیفا انتقال یابد.^۱ همچنین منبعث از مقررات سازوکار هم‌بستگی، بازیکن مدنظر در هر سنی انتقال یابد، باشگاه‌هایی که در دوره آموزشی، او را تعلیم داده‌اند محق دریافت سهم هم‌بستگی خواهند بود. برای مثال، اگر بازیکنی ۳۵ ساله باشد و به باشگاهی انتقال یابد، پرداخت سهم هم‌بستگی محفوظ است. بنابراین سازوکار هم‌بستگی انگیزه بیشتری برای تعلیم بازیکنان به وجود می‌آورد؛ زیرا این حق برای باشگاه‌های آموزشی به وجود می‌آید که تا مدت‌ها پس از ترک باشگاه‌هشان از سوی بازیکنان، همچنان از انتقال‌های بعدی ایشان کسب سود کنند؛ این پرداخت‌ها منبع درآمد دائمی برای باشگاه‌ها خواهند بود.^۲

درباره دوره آموزشی، فیفا از ترتیبات صورت‌گرفته با کمیسیون اروپا در سال ۲۰۰۱ پیروی و فرض کرده است که فرایند کلیدی شکل‌گیری فوتبال یک بازیکن بین ۱۲ تا ۲۳ سالگی انجام می‌شود و فقط باشگاه‌هایی که در این مدت درگیر آموزش و پرورش بازیکن هستند، پاداش خواهند گرفت.^۳ مقررات مرتبط با سازوکار هم‌بستگی همانند حق آموزش در ارتباط با تشویق باشگاه‌ها در زمینه آموزش بازیکنان جوان است؛ اما سازوکار هم‌بستگی هدف مهم‌تری نیز دنبال می‌کند که ایجاد هم‌بستگی میان باشگاه‌های فوتبال با اعطای مبلغ پاداش به باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکنان جوان است؛ همچنین دقت شده است، مبلغ پرداختی نامناسب نباشد و مانع انتقال بازیکنان نشود.^۴

۳.۱. نکات اساسی در پرداخت سهم هم‌بستگی

براساس ماده ۲۱، یک بازیکن حرفه‌ای باید قبل از اختتام قراردادش منتقل شود تا سهم هم‌بستگی پرداخت شود. بنابراین در مواردی که بازیکن آزاد است، بحث پرداخت سهم منتفی است. ضمیمه پنجم با مفهوم بین‌المللی بودن، نقل‌وانتقال را در دو حالت در نظر می‌گیرد: اول اینکه بازیکن به صورت قطعی یا قرضی بین باشگاه‌های وابسته به اتحادیه‌ها و فدراسیون‌های متفاوت عضو فیفا منتقل شود و دوم در جایی که بازیکن میان باشگاه‌هایی که به یک اتحادیه یا فدراسیون وابسته‌اند منتقل شود، اما باشگاه آموزش‌دهنده به یک اتحادیه یا فدراسیون دیگر وابسته باشد.^۵ بنابراین اگر بازیکنی به باشگاهی منتقل شود که آن باشگاه همراه با باشگاه آموزش‌دهنده وی، به یک فدراسیون وابسته‌اند، سازوکار هم‌بستگی اعمال نخواهد شد. آخرین رویه اتاق حل اختلاف فیفا و دیوان دآوری ورزش نیز کاربرد سازوکار هم‌بستگی را فقط برای نقل‌وانتقالات بین‌المللی تأیید می‌کند و حتی در مواردی که یک فدراسیون عضو فیفا نتوانسته است برای اعطای پاداش به باشگاه‌هایی که بازیکنان جوان را آموزش می‌دهند، چارچوبی در قواعد داخلی پیش‌بینی کند، الزامی تلقی می‌گردد.^۶

^۱ RSTP, Annex 5, Op. Cit., Article 1(2).

^۲ Brennan, Op. Cit., P 231.

^۳ FIFA Circular no.769, (dated 24 August 2001), p.15

^۴ Ibid.

^۵ RSTP, Annex 5, Op. Cit., Article 1(2).

^۶ Blackshaw, Ian and Boris Kolev. "Irregularity of Solidarity or Solidarity in the Irregularity", *The International Sports Law Journal*, 2009, P 11. Available at: https://www.asser.nl/media/2067/islj-2009_3-4.pdf

در انتقالی که اعمال سازوکار هم‌بستگی را به دنبال دارد، باشگاه جدید بازیکن، موظف به پرداخت سهم هم‌بستگی است؛ براساس رویه اتاق حل اختلاف فیفا و دیوان داورى ورزش، مقررات سازوکار هم‌بستگی قابل دور زدن نیست و نمی‌توان از طریق راه‌هایی چون مبادله بازیکن، توافقات میان باشگاه‌ها، بازی‌های دوستانه و بندهای فروش قراردادهای آن چشم پوشید. همچنین براساس ضمیمه پنجم و اهداف سهم هم‌بستگی، انتقال یک معنای وسیع دارد و هرگونه انتقال قرضی یا دائمی که شامل هزینه پرداخت شده به باشگاه سابق و انتقال موفقیت‌آمیز «آی.تی.سی»^۱ بازیکن به فدراسیون ناظر بر باشگاه جدید باشد، سهم هم‌بستگی باید پرداخت شود.^۲

باشگاهی که بازیکن به عضویت آن درمی‌آید باید حداکثر طی ۳۰ روز مبلغ سهم هم‌بستگی را به باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکن پرداخت نماید. مسئولیت محاسبه و توزیع مبلغ برعهده باشگاه جدید است و باید براساس پاسپورت بازیکن، باشگاه‌هایی را که در روند آموزش نقش داشته‌اند، شناسایی نماید. چنانچه باشگاه‌هایی که از حقوق عضویت بازیکن بهره‌مند می‌شوند با باشگاه‌های آموزش‌دهنده، توافقی در ارتباط با پرداخت سهم هم‌بستگی در قالب اقساط (یا حتی هر شکل دیگر) داشته‌باشند، باید حداکثر تا ۳۰ روز پس از سررسید یک قسط، به پرداخت این مبلغ مبادرت ورزند. بی‌توجهی به این مهلت می‌تواند، اعمال اقدامات تنبیهی کمیته انضباطی فیفا را به دنبال آورد.^۳ رویه دیوان داورى ورزش به عنایه‌ای که نشان می‌دهد انتقال یک بازیکن برای اهداف سازوکار هم‌بستگی است، اشاره دارد. این عناصر شامل رضایت باشگاه مبدأ برای خاتمه قرارداد بازیکن، تمایل باشگاه جدید برای کسب حقوق بازیکن، رضایت بازیکن به انتقال و ارزش مبادله است.^۴ به عبارتی در انتقال باید اهداف سازوکار هم‌بستگی وجود داشته باشد. شایان ذکر است، اگر ارتباط میان بازیکن با باشگاه‌هایی که او را آموزش می‌دهند، طی ۱۸ ماه از انتقال اثبات نشود، سهم هم‌بستگی به فدراسیونی که بازیکن در باشگاه وابسته به آن آموزش دیده است، پرداخت می‌شود. این مبلغ باید برای توسعه فوتبال جوانان صرف شود و بی‌توجهی به آن اقدامات تنبیهی فیفا را در پی دارد.^۵

۳.۲. امکان اعمال سازوکار هم‌بستگی در مقررات ملی

یکی از بحث‌های پیرامون سهم هم‌بستگی، منحصر بودن در نقل و انتقالات بین‌المللی است. اعمال نکردن این نظام در نقل و انتقالات ملی به بروز مجادلات فراوانی انجامیده است؛ به نظر برخی، نبود حق دریافت سهم هم‌بستگی در نقل و انتقالات داخلی نوعی بی‌عدالتی است.^۶ ماده ۲۱ و ضمیمه پنجم مقررات نقل و انتقال فیفا هرچند سازوکار هم‌بستگی را به نقل و انتقالات بین‌المللی منحصر کرده است، دو دیدگاه در این رابطه مطرح است: ۱- برخی با لحاظ بند دوم ماده اول (برای بازخوانی مجدد این بند، ن. ک به ۲.۱، شماره ۱) و اینکه فیفا محدودیتی قائل نشده است، معتقدند که می‌توان

^۱. گواهی انتقال بین‌المللی یا آی.تی.سی (International Transfer Certificate: ITC)، می‌بایست برای بازیکنانی که از باشگاه وابسته به یک فدراسیون یا اتحادیه به باشگاه وابسته به فدراسیون دیگر منتقل می‌شوند، از سوی فدراسیون یا اتحادیه صادر گردد تا بتوانند در باشگاه جدید به فعالیت حرفه‌ای بپردازند. ن. ک به: RSTP, Article 9 و مقررات تعیین وضعیت بازیکنان ایران، ماده ۱۰.

^۲. Laskowsk, Op. Cit., PP 159-160.

^۳. Ibid., P 159; FIFA DRC decision no.47774, (dated 27 April 2007).

^۴. *SS Lazio S.p.A. v. CA Vélez Sarsfield & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, Arbitration CAS 2011/A/2356 (28 September 2011), P 1, para 1.

^۵. لطفی، مصطفی، «کنکاشی مختصر در اختلافات ناشی از عدم پرداخت سازوکار هم‌بستگی در فوتبال»، سیویلیکا، ۱۴۰۲، <https://civilica.com/note/2064/>، آخرین بازدید در ۲۵ مرداد ۱۴۰۳.

^۶. Laskowsk, Op. Cit., P 161.

مقررات این قسمت را در مقررات ملی پیاده نمود. کشورهایی مانند برزیل این رویکرد را در مقررات خود دنبال کرده‌اند و کشورهای مانند لهستان، سازوکار هم‌بستگی را وارد مقررات ملی نکردند.^۱ ۲- برخی دیگر معتقدند ساختار سازوکار هم‌بستگی از نتیجه رأی بوسمن پیروی می‌کند و براساس توافق حاصل میان کمیسیون اروپا و هیئت‌های حاکمه فوتبال جهان و اروپا است؛ چون رأی بوسمن درباره نقل‌وانتقال برون مرزی بوده است، سازوکار هم‌بستگی مختص نقل‌وانتقال بین‌المللی است.^۲ اتاق حل اختلاف فیفا، پیش از سال ۲۰۰۴ دیدگاه اول را پیروی می‌کرد، اما پس از سال ۲۰۰۴، آخرین رویه اتاق حل اختلاف فیفا و دیوان داور و ورزش، تأکید بر بین‌المللی بودن سازوکار هم‌بستگی و اجرا نشدن آن در نقل‌وانتقالات داخلی است.^۳

۳.۳. نحوه محاسبه سهم هم‌بستگی

سهم هم‌بستگی از کل هزینه‌ای که توسط باشگاه جدید برای خرید بازیکن پرداخت می‌شود، کسر می‌گردد؛ کل هزینه فقط شامل هزینه انتقال اصلی نیست، بلکه هر چیزی که قیمت هزینه را بالا می‌برد، مانند هزینه‌های مشروط بابت پاداش عملکرد و حتی قیمت بازیکنانی که برای جبران پرداخت هزینه مبادله می‌شوند نیز باید لحاظ شود.^۴ ماده اول ضمیمه پنجم، سهم باشگاه‌ها در دریافت سهم هم‌بستگی را به تفکیک سن بازیکن در دوره آموزشی مقرر کرده است. براین اساس، در صورت انتقال بازیکن، قبل از اتمام قرارداد، پرداخت‌های هم‌بستگی توزیع می‌شود. درصدی از هزینه انتقال (پنج درصد طبق مقررات فیفا) به باشگاه‌های درگیر در آموزش و پرورش بازیکنان از ۱۲ تا ۲۳ سالگی اختصاص می‌یابد. پنج درصد از هزینه انتقال برای پرداخت‌های هم‌بستگی کنار گذاشته شده است. در خصوص این تفکیک، شایان ذکر است که دو تفکیک سنی فرعی وجود دارد؛ از ۱۲ تا ۱۵ سالگی و از ۱۶ تا ۲۳ سالگی، سهم قابل پرداخت متفاوت می‌شود:

الف) ۱۲ سالگی: ۵٪ از ۵٪ کل هزینه

ب) ۱۳ سالگی: ۵٪ از ۵٪ کل هزینه

ج) ۱۴ سالگی: ۵٪ از ۵٪ کل هزینه

د) ۱۵ سالگی: ۵٪ از ۵٪ کل هزینه

ه) ۱۶ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

و) ۱۷ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ز) ۱۸ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ح) ۱۹ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ط) ۲۰ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ی) ۲۱ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ک) ۲۲ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

ل) ۲۳ سالگی: ۱۰٪ از ۵٪ کل هزینه

¹ Ibid, P 162.

² Blackshaw and Kolev, Op. Cit., P 12.

³ Laskowsk, Op. Cit., P 162.

⁴ *Sport Club Corinthians Paulista v. Clube de Regatas do Flamengo*, Arbitration CAS 2019/A/6196 (23 September 2019), P 1, para 1 and para 56.

توزیع فوق‌الذکر متناسب است و تضمین می‌کند باشگاه‌هایی که سهم بیشتری در پیشرفت بازیکن داشته‌اند، سهم بیشتری دریافت کنند.

۴. مقایسه حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی

حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی، وجوه مشابهی دارند؛ ۱- حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی هر دو برای جبران هزینه باشگاه سابق بازیکن و حفظ تعادل رقابتی میان باشگاه‌های فوتبال‌اند؛ ۲- هر دو برای نقل‌وانتقالات بین‌المللی پیش‌بینی شده‌اند، گرچه همان‌طور که در مطالب پیشین ذکر شد، فدراسیون‌های ملی با نظر به مقررات فیفا، حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی را در نقل‌وانتقالات داخلی خود در نظر گرفته‌اند؛ ۳- ممکن است که هر دو بین چندین باشگاه توزیع شود؛ ۴- باشگاه جدید بازیکن متعهد است، از رعایت مقررات پیش‌بینی شده درباره هر دو سازوکار اطمینان حاصل نماید؛ ۵- حق آموزش و مکانیزم هم‌بستگی منحصر به بازیکنان حرفه‌ای است.

برخلاف موازین روشنی که در مقررات فوتبال برای این دو سازوکار وجود دارد، اجرای آنها با چالش‌هایی مشابه مواجه است که پرونده‌های مختلف در مراجع حل اختلاف فوتبال، نتیجه آن بوده است. این چالش‌ها شامل، اختلاف بر سر مدت‌زمان دوره آموزش و هزینه‌های آن، تفاوت هزینه‌های آموزش بین باشگاه‌هایی که رتبه مالی مختلف دارند و حصول اطمینان بابت اجرای دقیق مقررات فیفا برای جلوگیری از مجازات‌های احتمالی است.^۱

همچنین تفاوت‌هایی میان حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی وجود دارد که از مفهوم مواد ۲۰ و ۲۱ مقررات نقل‌وانتقال فیفا و ضامم چهارم و پنجم آن استنباط می‌شود: ۱- حق آموزش صرفاً مربوط به بازه زمانی تا ۲۳ سالگی بازیکن است و چنانچه بازیکن پس از سن مذکور به باشگاه دیگری منتقل شود، هیچ‌گونه حق آموزشی به باشگاه سابق وی تعلق نمی‌گیرد. در مقابل سازوکار هم‌بستگی مختص زمان مشخصی نیست و با همه نقل‌وانتقالات دوران حرفه‌ای بازیکن مرتبط است؛^۲ ۲- هدف از حق آموزش فقط جبران هزینه آموزشی است که باشگاه سابق بازیکن برای وی متحمل شده، لکن هدف از سازوکار هم‌بستگی علاوه بر جبران هزینه باشگاه‌های سابق، ایجاد هم‌بستگی میان باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکن به‌طور خاص و هم‌بستگی میان جهان فوتبال در معنایی کلی است. بنابراین سازوکار هم‌بستگی هدفی ارزشمند و مهم‌تری را دنبال می‌نماید؛^۳ ۳- سازوکار هم‌بستگی زمانی فعال می‌شود که بین باشگاه‌ها هزینه انتقال وجود داشته باشد و بازیکن در طول قرارداد فعلی خود با باشگاه سابق انتقال یابد، درحالی‌که حق آموزش حتی زمانی که بازیکن به‌صورت رایگان منتقل شده باشد نیز تعلق می‌گیرد؛ ۴- باشگاه‌های سابقی که بازیکن را آموزش داده‌اند، فقط یک بار در دوران حرفه‌ای بازیکن، مستحق دریافت مبلغ حق آموزش‌اند، درحالی‌که مبلغ مربوط به سازوکار هم‌بستگی باید در هر انتقال بازیکن حرفه‌ای که مستلزم پرداخت غرامت است، به باشگاه پرداخت گردد؛ ۵- حق آموزش زمانی قابل پرداخت است که بازیکن اولین قرارداد حرفه‌ای خود را با باشگاهی متفاوت از باشگاهی که در آموزش او مشارکت داشته است، امضا کند. در مقابل مبلغ سازوکار هم‌بستگی فقط در صورت انتقال بین‌المللی بازیکنی که قبلاً حرفه‌ای بوده، قابل پرداخت است؛

¹. Nazir, Atif. "Understanding Training Compensation and Solidarity Payments in Football", *Farleys Solicitors*, 2024, Available at: <https://www.farleys.com/understanding-training-compensation-and-solidarity-payments-in-football/#:~:text=Solidarity%20payments%20are%20distributed%20if,age%20of%2012%20to%2023>, Last Seen: 2024/10/17.

^۲. لطفی، پیشین؛

FIFA Commentary, Op. Cit., P 414.

³. Ibid.

۶- مبلغ حق آموزش با اشاره به هزینه‌های آموزش در ضمیمه پنجم مقررات فیفا و تعداد سال‌هایی که یک بازیکن با باشگاه‌های سابق بوده، محاسبه می‌شود، اما مبلغ سازوکار هم‌بستگی حداکثر ۵ درصد از کل هزینه انتقال توافق شده خواهد بود.

نتیجه‌گیری

سرمایه‌گذاری برای آموزش بازیکنان جوان و تربیت آنها برای تبدیل شدن به یک بازیکن حرفه‌ای اهمیت اساسی در دنیای فوتبال دارد. از این رو باشگاه‌هایی که در این عرصه فعالیت می‌کنند، جایگاهی تأثیرگذار پیدا کرده‌اند؛ باین‌حال برای تشویق و حمایت باشگاه‌ها، جبران هزینه‌هایی که برای آموزش بازیکنان متحمل می‌شوند و پرداخت هزینه به‌دلیل استفاده باشگاه‌های دیگر از این بازیکنان آموزش‌دیده ضرورت دارد. اهمیت موضوع پس از رأی پرونده بوسمن نزد دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نمایان شد و مقررات وضعیت و نقل‌وانتقال بازیکنان فوتبال از سال ۲۰۰۱، رویکردی جدید ارائه داد و دو چارچوب حقوقی با نام‌های حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی به رسمیت شناخته شدند. براساس این چارچوب‌ها، باید مبالغی به باشگاه‌های آموزش‌دهنده از سوی باشگاه‌های مقصد پرداخت شود. در این دو چارچوب، فرقی میان انتقال قطعی و انتقال قرضی وجود ندارد و ضمن اینکه پرداخت این مبالغ فقط در ارتباط با بازیکنان حرفه‌ای اتفاق می‌افتد؛ معیار دوران آموزش بازیکنان فوتبال، ۱۲ تا ۲۱ سالگی است، مگر آنکه مدعی خلاف آن را اثبات نماید. حق آموزش زمانی قابل مطالبه است که بازیکن پیش از ۲۳ سالگی خواه به‌صورت آزاد یا غیرآزاد به باشگاه مقصدی که فدراسیون آن متفاوت از فدراسیون باشگاه مبدأ است، منتقل شود. اما در سازوکار هم‌بستگی، انتقال در هر سنی صورت پذیرد، مبلغ قابل مطالبه است و در صورتی مبلغ این سازوکار پرداخت می‌شود که یک انتقال بین‌المللی پیش از اتمام قرارداد حرفه‌ای بازیکن صورت گیرد. با اینکه جبران هزینه‌های آموزش بازیکنان در هر دو چارچوب، متعلق به نقل‌وانتقالات بین‌المللی است، اما بند دوم ماده اول مقررات نقل‌وانتقال فیفا بر ارائه نظامی توسط فدراسیون‌های عضو برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری باشگاه‌ها در آموزش بازیکنان جوان تأکید می‌کند و مقررات نقل‌وانتقال برخی فدراسیون‌ها به شناسایی این دو چارچوب در سطح ملی پرداخته‌اند. هدف حق آموزش و سازوکار هم‌بستگی در راستای حمایت از باشگاه‌های آموزش‌دهنده بازیکنان در راستای توسعه فوتبال حرفه‌ای است، اما هدف اصلی سازوکار هم‌بستگی، تقویت روحیه هم‌بستگی در دنیای فوتبال است.

منابع

مقاله

۱. شعاعی، مرتضی و حجت اعراب شیبانی، «درآمدی بر حل و فصل اختلافات ورزش فوتبال در نظام ایران و بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۵، شماره ۵۵، ۱۴۰۱، صص ۳۶۳-۳۸۱.
<https://doi.org/10.30495/alr.2022.1957288.2342>
۲. وکیل، امیرساعد و فرزاد مظهری، «اقاله و فسخ قرارداد بازیکنان فوتبال و نتایج آن با تأکید بر مقررات فیفا و رویه قضایی حقوق ورزش»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۹۹، ۱۴۰۱، صص ۲۶۵-۲۹۲. 10.52547/JLR.2022.228868.2318

اسناد

۳. فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران، «مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان»، ۱۳۹۶.

منبع الکترونیک

۴. لطفی، مصطفی، «کنکاشی مختصر در اختلافات ناشی از عدم پرداخت سازوکار هم‌بستگی در فوتبال»، *سیولیکا*، ۱۴۰۲، قابل دسترس در: <https://civilica.com/note/2064/>، آخرین بازدید: ۲۵ مرداد ۱۴۰۳.

References

Books

1. Weger, Frans de. *The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber*, Second Edition, Huges: Springer, 2016.

Articles

2. Al, Arne, "Training Compensation in Light of the Recent Jurisprudence of FIFA DRC and CAS", *Football Legal*, 2021, Available at: <https://bmdw.nl/wp-content/uploads/A.L.-Al-Training-Compensation-in-light-of-the-Recent-Jurisprudence-of-FIFA-DRC-and-CAS.pdf>, Last Seen: 2024/07/26.
3. Blackshaw, Ian and Boris Kolev. "Irregularity of Solidarity or Solidarity in the Irregularity", *The International Sports Law Journal*, 2009, PP 11-17. Available at: https://www.asser.nl/media/2067/islj-2009_3-4.pdf
4. Brennan, Terence D. "Over Compensation: The Battle for Training Compensation and Solidarity in United States Soccer", *The International Sports Law Journal*, Volume 16, 2017, PP 228-233. <https://doi.org/10.1007/s40318-016-0100-5>
5. Duval, Antoine and B. Van Rompuy. "The FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Transnational Law-Making in the Shadow of Bosman", *The Legacy of Bosman, ASSEER International Sports Law Series*, T.M.C. Asser Press, 2016, PP 81-116.
6. Laskowsk, Jakub. "Solidarity Compensation Framework in Football Revisited", *The International Sports Law Journal*, Volume 18, 2019, PP 150-184. <https://doi.org/10.1007/s40318-018-0134-y>
7. Parrish, Richard. "The European Social Dialogue: A New Mode of Governance for European Football?", *The Legacy of Bosman. ASSEER International Sports Law Series*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016, PP 187-211.
8. Shoa'ei, Morteza and Hajjat Arab Shaybani, "An Introduction to the Resolution of Football Disputes in the Iranian and International System", *Journal of International Legal Research*, Volume 15, Issue 55, 2022, PP 363-381. <https://doi.org/10.30495/alr.2022.1957288.2342> (In Persian)
9. Sotir, Anton. "Training Compensation in Football (Formalism vs Rationale)", *Golden Gate Law Firm*, 2015, Available at: http://goldengate-law.com/documents/Training_compensation_in_football.pdf, Last Seen: 2024/09/09.
10. Subhan, Adam. "Football Transfer Fees: Anticompetitive?", *Sports Law, Policy & Diplomacy Journal*, Volume 1, Issue 1, 2023, PP 159-188. <https://doi.org/10.30925/slpoj.1.1.6>
11. Vakil, Amirsa'ed and Farzad Mazhary, "Termination of the Employment Contract Between the Club and the Professional and its Consequences with Emphasis on FIFA Rules and Jurisprudence of Sports Law", *Legal Research*, Volume 25, Issue 99, 2022, PP 265-292. [10.52547/jlr.2022.228868.2318/](https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228868.2318/) (In Persian)

Thesis

12. Aikaterini, Magkou. "The Bernard Case: What is the Impact of Training Compensation on National and International Associations? The Case of Greece", Master Thesis, *Tilburg University*, 2011.

Documents

13. FIFA, "Regulation on the Status and Transfer of Players", The Last Version on 2024, Available at <https://inside.fifa.com/legal/football-regulatory/clearing-house/regulations-and-explanatory-notes>, Last Seen: 2024/09/08.
14. FIFA, "Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players" (2023).
15. FIFA Circular No. 769 dated, (24 August 2001).
16. Islamic Republic of Iran Football Federation, "Players Status and Transfer Regulations of Football Federation", 2017. (In Persian)
17. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), (Signed in 25 March 1957, Effective in 1 January 1958), Official Journal of the European Union, Vol.5., 2012/C 326/01, Art.45(1)(2).

Cases

18. CJEU, *Case C-415/93 Union Royale Belge des Societes de Football Association and others v. Bosman and others*, ECLI: EU: C:1995:463.
19. *Club Deportes Tolima S.A. v. FC Honka*, Arbitration CAS 2021/A/8318, (11 August 2022)
20. *Dundee United FC v. Club Atlético Vélez Sarsfield*, Arbitration CAS 2013/A/3119 (19 January 2015).
21. *FC Karpaty v. FC Zestafoni*, Arbitration CAS 2014/A/3553, (6 October 2014).
22. FIFA DRC decision no. 47774, (dated 27 April 2007).
23. *Grasshopper v. Alianza Lima*, Arbitration CAS 2008/A/1705 (18 June 2009).
24. *Maccabi Haifa FC v. Real Racing Club Santander*, Arbitration CAS 2006/A/1029 (2 October 2006).
25. *Olympique des Alpes SA v. Genoa Cricket & Football Club*, Arbitration CAS 2017/A/5090, (14 March 2018).
26. *Panionios GSS FC v. Paraná Clube*, Arbitration CAS 2014/A/3620 (9 April 2013).
27. *Sport Club Corinthians Paulista v. Clube de Regatas do Flamengo*, Arbitration CAS 2019/A/6196 (23 September 2019).
28. *Sport Club Internacional v. Hellas Verona Football Club S.p.A.*, Arbitration CAS 2018/A/5513 (25 February 2019).
29. *SS Lazio S.p.A. v. CA Vélez Sarsfield & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, Arbitration CAS 2011/A/2356 (28 September 2011).

Websites

30. Auberg, Espen. "History of FIFA Transfer Regulations", *EA Sport Law*, Available at: <https://www.easportslaw.com/news/history-of-fifa-transfer-regulations-rstp>, Last Seen: 2024/08/19.
31. Lotfi, Mostafa. "Brief Exploration of Disputes Caused by Non-Payment of Solidarity Mechanism in Football", 2023, Available at: <https://civilica.com/note/2064/>, Last Seen: 2024/08/15. (In Persian)
32. Nazir, Atif. "Understanding Training Compensation and Solidarity Payments in Football", *Farleys Solicitors*, 2024, Available at: <https://www.farleys.com/understanding-training-compensation-and-solidarity-payments-in-football/#:~:text=Solidarity%20payments%20are%20distributed%20if,age%20of%2012%20to%2023,> Last Seen: 2024/10/17.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Human Rights Dimensions of Lethal Artificial Intelligence: Meaningful Human Control as a Legal Necessity in the International Human Rights System

Latifeh Hosseini¹ , Narges Sadat Hosseini², Mohammadmahdi Hosseinmardi³

Highlights

- The study shows that the removal or weakening of meaningful human control in lethal autonomous systems directly threatens fundamental rights such as the right to life, human dignity, and accountability, creating a significant gap in the human rights framework.
- Its main innovation lies in presenting a systematic legal framework that explains how the absence of human control leads to specific human rights risks, filling gaps left by prior ethical and military-focused literature.
- The findings emphasize the urgent need for binding international regulations and for integrating transparency, oversight, and ethical review mechanisms into the development of lethal AI systems to ensure compliance with states' human rights obligations.

ABSTRACT

Introduction

In the past decade, the development of emerging technologies, especially in the field of artificial intelligence (AI), has fundamentally transformed military and security decision-making. One of the most notable manifestations of this transformation is the emergence of lethal autonomous weapon systems (LAWS) — systems capable of identifying, selecting, and attacking targets without direct human intervention. Despite their advantages, such as reducing human casualties on the battlefield and increasing operational speed, these technologies pose profound challenges in terms of ethics, accountability, and, most critically, human rights compliance. One of the primary concerns in this domain is the removal of the human element from lethal decision-making and its impact on fundamental human rights. In this context, the concept of "meaningful human control" has gained prominence within the international legal community as a legal imperative to prevent human rights violations and to preserve human dignity.

The central issue of this research is to examine the human rights implications of deploying lethal AI systems in situations where meaningful human control over life-and-death decisions is absent. Specifically, the research aims to demonstrate how the removal or weakening of human oversight can lead to violations of the right to life, human dignity, and other rights guaranteed under the international human rights framework. The study is based on the premise that human control is not merely an ethical or operational requirement but a legal necessity to ensure

How to Cite: Hosseini, Latifeh, Hosseini, Narges Sadat, Hosseinmardi, Mohammadmahdi, "Human Rights Dimensions of Lethal Artificial Intelligence: Meaningful Human Control as a Legal Necessity in the International Human Rights System", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:247-266.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240735.2928>

Received: 18/07/2025-Accepted: 09/11/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Social & Economic Sciences, Al Zahra University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: l.hosseini@alzahra.ac.ir

2. PhD., Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

3. Assistant Professor, Faculty of Theology & Islamic Studies, Payame Noor University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

compliance with human rights norms. Accordingly, the main research question is framed as follows: "What are the consequences of the absence of meaningful human control over decision-making by lethal systems for the protection and guarantee of human rights?" In addition to these concerns, the rapid acceleration of AI capabilities and their integration into security infrastructures have created a regulatory gap that international legal systems have yet to adequately address. Existing human rights instruments were drafted in an era when autonomous decision-making in warfare was unimaginable, resulting in uncertainty regarding how traditional legal norms apply to machines that operate without human judgment or moral reasoning. This gap not only complicates the interpretation of states' human rights obligations but also raises questions about foreseeability, accountability, and the ability of victims to seek effective remedies. As states increasingly rely on automated systems in high-stakes environments, the urgency of establishing clear legal standards for human oversight becomes even more apparent, reinforcing the necessity of meaningful human control as a foundational safeguard in the international human rights system. The primary innovation of this study lies in presenting a systematic legal framework for analyzing the necessity of human control in relation to each fundamental human right. Previous literature has largely addressed human control from ethical or military standpoints. This research, for the first time, provides a detailed legal explanation of the connection between the lack of human control and specific threats to human rights, grounded in existing legal rules and documents. It also offers a critical analysis of gaps in the literature concerning legal accountability in the absence of oversight and the challenges of remedying harm to victims. Moreover, the study underscores that the legitimacy of any future regulatory framework depends on states' willingness to integrate transparency, oversight, and ethical review mechanisms into the development cycle of lethal AI systems.

Methods

This research adopts a descriptive-analytical method with a qualitative approach. Data is collected through library-based research, analysis of international legal instruments such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), interpretations by human rights bodies like the Human Rights Committee, and expert reports including those of the Group of Governmental Experts under the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW). The study also engages in comparative analysis of international practices and national positions regarding the necessity of human control, aiming to provide a more accurate picture of existing challenges and potential legal solutions.

Results and Discussion

The main findings of this study are: a) The removal or weakening of the human element in lethal decision-making challenges the principle of human dignity, as dignity requires that any decision to take life be made within the framework of human understanding of context, motive, and consequences. b) In the absence of human control, guaranteeing the right to life based on the principles of necessity and proportionality becomes impossible or severely constrained, as algorithms lack the capacity for human-like assessment of threats, necessity of force, and proportionality. c) Legal accountability—whether civil, criminal, or international—faces a vacuum in the absence of human control, since existing legal systems attribute responsibility to human agents, not to machines or algorithms. d) Fundamental human rights such as the prohibition of discrimination, the right to a fair trial, and the right to access justice are also significantly threatened by autonomous decision-making, as such systems often lack transparency, accountability, and mechanisms for review.

Conclusion

Lethal artificial intelligence represents one of the most complex challenges of the 21st century in the fields of technology and law, necessitating a rethinking of classical human rights concepts. The findings of this study demonstrate that meaningful human control is not only a tool for ensuring the moral legitimacy of lethal decisions but also a legal imperative to safeguard fundamental rights such as the right to life, human dignity, and accountability. The absence of such control disrupts the chain of accountability, increases the risk of human rights violations, and undermines the rule of law. Therefore, the international community must take steps toward adopting binding international norms that mandate effective human control over lethal systems. Only through such action can the coexistence of emerging technologies and human rights in a just and humane world be secured. The findings of this research have significant implications for international policymaking, technological regulation, and the enhancement of human rights protection mechanisms. From a policymaking perspective, the study emphasizes the need for binding international regulations to ensure the preservation of human control in the design, development, and deployment of lethal systems. These findings can serve as a foundation for treaty negotiations at the United Nations or for reinforcing the Human Rights Council's agenda on AI. Legally, the findings may be invoked in international litigation or in defense of victims of human rights violations caused by autonomous actions. Furthermore, the analysis can assist states currently formulating national AI policies in aligning their frameworks with human rights obligations.

KeyWords: Human Rights, Meaningful Human Control, Lethal Artificial Intelligence, Accountability, Legal Necessity



ابعاد حقوق بشری هوش مصنوعی کشنده: کنترل انسانی معنادار به مثابه یک ضرورت حقوقی در نظام بین المللی حقوق بشر

سیده لطیفه حسینی^۱، نرگس سادات حسینی^۲، محمد مهدی حسینمردی^۳

نکات برجسته

- پژوهش نشان می‌دهد که فقدان کنترل انسانی در سامانه‌های کشنده خودکار، حقوق بنیادینی همچون حق حیات، کرامت انسانی و حق دادرسی عادلانه را به شدت تهدید کرده و زنجیره مسئولیت‌پذیری و جبران خسارت را مختل می‌کند.
- تحلیل انجام‌شده ثابت می‌کند که کنترل انسانی معنادار یک ضرورت حقوقی الزام‌آور در نظام حقوق بشر است و رعایت آن برای حفظ شفافیت، پاسخ‌گویی و انجام تعهدات دولت‌ها در تصمیمات مرگ‌بار اجتناب‌ناپذیر است.
- در نهایت، مقاله بر ضرورت اقدام جامعه بین‌المللی برای وضع استانداردها و سازوکارهای الزام‌آور یا بازدارنده در حوزه هوش مصنوعی کشنده تأکید می‌کند تا کنترل انسانی از سطح دغدغه اخلاقی به یک الزام عملی و حقوقی تبدیل شود.

چکیده

رشد روزافزون سامانه‌های تسلیحاتی خودکار و هوش مصنوعی کشنده، مرزهای سنتی مسئولیت و پاسخگویی در نظام بین‌المللی حقوق بشر را به چالش کشیده است. این فناوری‌ها با امکان تصمیم‌گیری مرگ‌بار بدون مداخله انسانی، چالش‌هایی را درباره کارآمدی اصولی همچون حق حیات، کرامت ذاتی انسان و تضمین دادرسی عادلانه مطرح می‌سازند. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی، به واکاوی مفهوم «کنترل انسانی معنادار» به عنوان یک اصل نو پدید و ضرورت حقوقی در مواجهه با هوش مصنوعی کشنده می‌پردازد. فرضیه اصلی آن است که کنترل انسانی معنادار، به دلیل ارتباط مستقیم با اصول کرامت انسانی، حق حیات و مسئولیت‌پذیری دولت‌ها، واجد جایگاه الزام‌آور در حقوق بشر معاصر است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که هرچند نظام حقوق بشر از لحاظ مفهومی و هنجاری ظرفیت‌هایی برای مواجهه با هوش مصنوعی کشنده دارد، اما نبود تعریف دقیق از کنترل انسانی و عدم تفکیک میان سطوح نظارت، پاسخگویی و شفافیت، موجب تضعیف ضمانت اجرای این نظام می‌شود. بدین ترتیب، ضرورت تدوین استانداردهای الزام‌آور در زمینه کنترل انسانی معنادار، نه صرفاً یک ملاحظه اخلاقی، بلکه پیش‌شرط تحقق تعهدات بنیادین حقوق بشر است.

کلید واژگان: حقوق بشر، کنترل انسانی معنادار، هوش مصنوعی کشنده، مسئولیت‌پذیری، ضرورت حقوقی.

استناد به این مقاله: حسینی، سیده لطیفه، حسینی، نرگس سادات، حسینمردی، محمد مهدی، «ابعاد حقوق بشری هوش مصنوعی کشنده: کنترل انسانی معنادار به مثابه یک ضرورت حقوقی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۴۷-۲۶۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240735.2928>

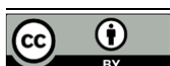
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

۱. استادیار، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: l.hosseini@alzahra.ac.ir

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

۳. استادیار، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

با گسترش روز افزون فناوری‌های هوش مصنوعی در عرصه نظامی، به‌ویژه در قالب «سامانه‌های تسلیحاتی خودفرمان کشنده»^۱ نظم حقوقی بین‌المللی با چالشی نوظهور در حفاظت از حقوق بنیادین بشر مواجه شده است. این سامانه‌ها بدون دخالت مستقیم انسان قادر به انتخاب و حمله به اهدافند. تحولات فناورانه، پرسش‌های نوینی درباره حد و نقش کنترل انسانی بر استفاده از زور ایجاد کرده است. اگرچه توسعه این سامانه‌ها از نظر کارایی و دقت توجیه می‌شود، از دیدگاه حقوق بشر، جایگزینی تصمیم انسانی با الگوریتم، تهدیدی جدی برای حق حیات، کرامت انسانی و مسئولیت دولت‌ها محسوب می‌شود.^۲ در مواجهه با این تهدیدات، مفهوم «کنترل انسانی معنادار» به‌عنوان چارچوبی برای تضمین حداقل نظارت انسانی در تصمیم‌گیری تسلیحاتی مطرح شده است، اما هنوز تعریف روشن و معیارهای عملی و الزام‌آور ندارد. این خلأ ضرورت بررسی جایگاه و کارکرد آن در حقوق بشر، به‌ویژه حفاظت از حق حیات، را نشان می‌دهد.

ضرورت این پژوهش از آنجاست که ادبیات موجود عمدتاً بر ابعاد فنی و امنیتی سامانه‌های خودفرمان یا حقوق بشردوستانه متمرکز است و کمتر به تحلیل حقوق بشری این مفهوم پرداخته‌اند. درحالی‌که حقوق بشر با تأکید بر کرامت ذاتی و مسئولیت دولت‌ها، زمینه‌ای غنی برای توجیه الزام کنترل انسانی فراهم می‌کند. این پژوهش می‌کوشد جایگاه کنترل انسانی را به‌عنوان ضرورتی حقوقی در نظام بین‌المللی حقوق بشر تحلیل و چالش‌های ناشی از نبود یا ضعف آن را تبیین کند. کنترل انسانی معنادار اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا مستقیماً با اصول اساسی حقوق بشر مانند حق حیات و کرامت انسانی مرتبط است و می‌تواند از نقض حقوق جلوگیری کند. به‌طور مثال، سامانه‌های خودفرمان ممکن است اهداف را اشتباه شناسایی کنند؛ در این حالت، نبود کنترل انسانی به نقض حقوق بنیادین می‌انجامد.^۳ اگرچه مفاهیمی مانند ضرورت و تناسب در ارزیابی سامانه‌های خودکار به کار می‌رود، در این مقاله آنها در چارچوب حقوق بشر و نه حقوق بشردوستانه بررسی شده‌اند. در حقوق بشر، تناسب محدودسازی حقوق بنیادین و ضرورت، حفظ جان انسان‌ها در پرتو تعهدات دولت‌هاست، نه توجیه استفاده مرگ‌بار از زور در جنگ. این مقاله درصدد پاسخ به این سؤالات است که فقدان کنترل انسانی معنادار چگونه می‌تواند به نقض حقوق بنیادین بشر منجر شود و چه مبنایی برای الزام دولت‌ها به تضمین چنین کنترلی وجود دارد؟ فرضیه اصلی آن است که کنترل انسانی معنادار، به‌دلیل ارتباط مستقیم با اصول کرامت انسانی، حق حیات و مسئولیت‌پذیری دولت‌ها، واجد جایگاه الزام‌آور در حقوق بشر معاصر است. در نهایت، پژوهش حاضر می‌کوشد با اتکا بر رویه نهادهای معاهداتی، گزارش‌های شورای حقوق بشر و مباحثات درون گروه‌های کارشناسی سازمان ملل، بنیان‌های نظری و هنجاری کنترل انسانی معنادار را در چارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر بازسازی نماید.

به این ترتیب، ضمن تحلیل مفاهیمی کلیدی نظیر هوش مصنوعی کشنده و کنترل انسانی معنادار (قسمت اول)، نقض‌های احتمالی حقوق بنیادین بشر نظیر حق حیات، کرامت انسانی و دادرسی عادلانه در پرتو تعهدات دولت‌ها در قسمت دوم پرداخته شده است. در ادامه نارسایی‌های نظام بین‌الملل حقوق بشر و ضرورت وجود کنترل انسانی (قسمت سوم) تبیین شده است تا در نهایت الزامات حقوقی نظام بین‌الملل حقوق بشر به‌منظور کاهش آثار هوش مصنوعی کشنده مشخص شود (قسمت چهارم).

^۱. Lethal Autonomous Weapon Systems

^۲. Quintavalla, Alberto and Jeroen Temperman (eds.). *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford University Press, 2023, P 45.

^۳. Boulanin, Vincent, Laura Bruun and Netta Goussac. *Autonomous Weapon systems and international humanitarian law*, Stockholm: international Peace research institute, 2021, P 10.

۱. تحلیل مفاهیم کلیدی

در این بخش دو مفهوم بنیادین «هوش مصنوعی کشنده» و «کنترل انسانی معنادار» بررسی می‌شود. تبیین دقیق این مفاهیم برای درک بنیان‌های نظری مقاله ضرورت دارد؛ زیرا فهم نسبت میان فناوری‌های خودکار و اصول حقوق بشر تنها از رهگذر روشن‌سازی آنها ممکن است. تحولات «انقلاب صنعتی چهارم» ساختارهای اقتصادی، اجتماعی و امنیتی را دگرگون کرده و مرز میان حوزه‌های فناورانه و هنجاری را چنان درهم آمیخته که تفکیک میان عرصه نظامی و غیرنظامی دشوار شده است.^۱

۱.۱. تحلیل مفهومی و ویژگی‌های هوش مصنوعی کشنده

تسلیمات خودفرمان کشنده سامانه‌هایی‌اند که به‌طور مستقل هدف را شناسایی، هدف‌گیری و حمله می‌کنند، بدون آنکه به مداخله مستقیم انسان نیاز باشد. این فناوری‌ها به ابزارهای مؤثر نظامی تبدیل شده‌اند و مهم‌ترین ویژگی آنها استفاده از هوش مصنوعی است که امکان تصمیم‌گیری مستقل را فراهم می‌کند.^۲ از دیدگاه پال شارز،^۳ این تسلیمات به‌دلیل کاهش نقش انسان، تلفات نیروهای به‌کارگیرنده را کم می‌کنند؛ اما همین حذف عامل انسانی می‌تواند حقوق بشر گروه هدف را نقض کند.^۴ «سامانه‌های هوش مصنوعی» ماشین‌هایی‌اند که با داده‌های ورودی، خروجی‌هایی چون تصمیم یا پیش‌بینی تولید می‌کنند و بر محیط اثر می‌گذارند. تفاوت سامانه‌ها در درجه خودمختاری و قابلیت تطبیق آنها پس از استقرار است.^۵

باتوجه به نبود درک یا تعریف مشترک از مفاهیم «خودمختاری» و «تسلیمات خودفرمان کشنده» مفسران مختلف این سامانه‌ها را براساس معیارهای گوناگون طبقه‌بندی کرده‌اند. باین‌حال، گرایش غالب آن است که تسلیمات خودفرمان کشنده بر مبنای میزان کنترل، نظارت، مشارکت یا مداخله انسانی یا براساس «سطح خودمختاری» آنها تعریف و دسته‌بندی شوند. در همین زمینه، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با اتخاذ رویکرد کارکردی تعریفی معتبر از این سامانه‌ها ارائه و آنها را چنین توصیف می‌کند: «هر سامانه تسلیحاتی که در عملکردهای حیاتی خود دارای خودمختاری باشد؛ به این معنا که بتواند به‌صورت خودکار هدف را انتخاب کند.^۶ در طبقه‌بندی فنی، سه نوع اصلی از این سامانه‌ها شامل سامانه‌های نیمه خودکار^۷ که تصمیم‌های نظامی آنها با تأیید مستقیم انسان انجام می‌شود؛ سامانه‌های خودکار مشروط^۸ که توانایی اقدام مستقل دارند، اما امکان لغو عملیات با دخالت انسانی وجود دارد؛

^۱ جعفری، افشین، «حاکمیت بر فضای سایبر از منظر حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه ره یافت/انقلاب اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۴۹، ۱۳۹۸، ص ۱۱۴.

^۲ Sharkey, Amanda. "Autonomous weapons systems, killer robots and human dignity", *Journal of Ethics and Information Technology*, Volume 21, Issue 2, 2018, P 80.

^۳ Paul Scharre

^۴ Scharre, Paul. *Army of Non Autonomous Weapons and the Future of War*, New York: W. W. Norton & Company, Second Edition, 2020, P 14.

^۵ مشرفیان، محمدرضا، «ترجمه کنوانسیون چارچوب شورای اروپا در مورد هوش مصنوعی و حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون، ویلنوس، ۵ سپتامبر ۲۰۲۴»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۴۲، شماره ۷۷، ۱۴۰۴، ص ۱۴۴.

^۶ Masoudi Lamraski, Ali, "Preliminary Remarks on Lethal Autonomous Weapon Systems from an IHL Perspective", *Asia Pacific Journal of International Humanitarian Law*, Volume 02, Issue 01, ICRC, 2021, PP 13-14.

^۷ semi-autonomous

^۸ supervised autonomous

سامانه‌های خودفرمان کامل^۱ که بدون هرگونه کنترل انسانی قادر به جست‌وجو، شناسایی و حمله‌اند؛ قابل تشخیص است.^۲

کاربرد این سامانه‌ها در شرایط بحرانی ممکن است بدون نظارت انسانی به تصمیم‌های مرگ‌بار منتهی شود. تفاوت اصلی آنها با سلاح‌های متعارف در حذف عنصر انسانی از چرخه تصمیم‌گیری است. در نظام‌های کلاسیک همواره یک انسان در قبال تصمیم به استفاده از زور مسئول است، اما در سامانه‌های خودفرمان این پیوند گسسته می‌شود و مسئله مسئولیت‌پذیری حقوقی را به چالش می‌کشد.^۳ این تسلیحات با بهره‌گیری از الگوریتم‌های یادگیری عمیق و پردازش تصویر، سرعت و دقت بالایی دارند و قادرند حجم عظیمی از داده‌ها را تحلیل کنند. توانایی تقلید رفتار انسان و واکنش به موقعیت‌های جدید، در نبود نظارت انسانی کافی می‌تواند به تصمیم‌هایی منجر شود که هیچ عامل انسانی مسئول آن نیست. چنین وضعیتی با حقوق بنیادین بشر چون حق حیات و کرامت انسانی در تعارض است، زیرا تصمیم‌گیری خودکار درباره مرگ انسان فاقد عنصر داوری اخلاقی است.^۴ به این ترتیب، ویژگی‌های فنی این سامانه‌ها، اگرچه در عملیات نظامی مؤثرند، تهدیدهای جدی حقوق بشری ایجاد می‌کنند. برای نمونه، اگر سامانه خودفرمان به‌طور مستقل حمله کند، امکان انتساب مسئولیت حقوقی دشوار می‌شود و همین امر زمینه نقض حق‌های بشری را فراهم می‌سازد. بنابراین، «هوش مصنوعی کشنده» فقط یک موضوع فناورانه نیست، بلکه چالشی حقوقی هنجاری است که مستقیماً با مفهوم «کنترل انسانی معنادار» پیوند دارد؛ معیاری که در بخش بعدی به‌عنوان بنیان تنظیم‌گری این سامانه‌ها در نظام بین‌المللی حقوق بشر تحلیل می‌شود.

۱.۲. مفهوم و ابعاد کنترل انسانی معنادار

کنترل انسانی معنادار^۵ به فرایندی اطلاق می‌شود که در آن انسان نقشی اساسی و قابل تشخیص در تصمیم‌گیری مرتبط با استفاده از سلاح‌ها و عملیات نظامی دارد. اهمیت این مفهوم در سامانه‌های هوش مصنوعی کشنده به‌ویژه برجسته است، زیرا نبود کنترل انسانی می‌تواند به نقض حق حیات، کرامت انسانی و ابهام در مسئولیت حقوقی بینجامد. بهره‌گیری از این فناوری همچنین ساختار قدرت در رقابت‌های بین‌المللی را تغییر می‌دهد و کشورها را قادر می‌سازد تصمیمات اقتصادی، نظامی و اجتماعی را با سرعت بیشتری اجرا کنند.^۶ از دهه ۲۰۱۰ و هم‌زمان با ظهور سلاح‌های خودفرمان، این مفهوم وارد ادبیات حقوقی و نظامی شد و از آن زمان نهادهای حقوق بشری از جمله کمیته حقوق بشر سازمان ملل بر لزوم تضمین نظارت انسانی در این سامانه‌ها تأکید کرده‌اند. نگرانی اصلی مربوط به فقدان مسئولیت‌پذیری انسانی در تصمیمات مرگ‌آفرین است.^۷ مفهوم کنترل انسانی معنادار به‌ویژه از آن زمان

^۱ fully autonomous

^۲ United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA), Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) – Background Paper, United Nations, Geneva.

^۳ Human Rights Watch and Harvard Law School's International Human Rights Clinic. Killer Robots and the Concept of Meaningful Human Control. April 11, 2016. Available at: <https://www.hrw.org/news/2016/04/11/killer-robots-and-concept-meaningful-human-control>

^۴ Arkin, Ronald C. "The case for Ethical Autonomy in Unmanned systems", *Journal of military Ethics*, Volume 10, Issue 4, 2011, P 336.

^۵ Meaningful Human Control

^۶ محمودی، امیررضا و مریم بحرکاظمی، «هوش مصنوعی و تاثیر آن بر سیاست بین‌الملل»، *فصلنامه راهبرد سیاسی*، دوره ۸، شماره ۲، سال ۱۴۰۳، ص ۲۳۸.

^۷ Santoni de Sio, Filippo and Jeroen van den Hoven. "Meaningful human control over autonomous systems: A philosophical account", *Frontiers in Robotics and AI*, Volume 5, Issue 15, 2018, P 15.

مطرح شد که نگرانی‌ها درباره نظارت انسانی بر سامانه‌های کشنده خودفرمان به دغدغه‌ای بزرگ در عرصه‌های حقوق بشری و اخلاقی تبدیل شد.^۱ اگرچه این مفهوم در اسناد الزام‌آور حقوق بشری به‌طور صریح ذکر نشده، در اسناد نرم و گزارش‌های نهادهای بین‌المللی همواره بر ضرورت همراهی سامانه‌های کشنده با نظارت انسانی تأکید شده است. در گزارش کمیته حقوق بشر سازمان ملل تصریح شده است که دولت‌ها موظف‌اند حق حیات را حتی در شرایط جنگی رعایت کنند و استفاده از سلاح‌های خودفرمان باید تحت نظارت انسانی و متناسب با تعهدات حقوق بشری باشد. این نظارت فقط نظارت صوری نیست، بلکه باید شامل دخالت مستقیم انسان در انتخاب اهداف، ارزیابی خطر، تأیید نهایی و امکان توقف عملیات باشد. تصمیم‌گیری درباره حملات مرگ‌بار باید توسط انسان انجام شود؛ حتی اگر سامانه هوش مصنوعی برای شناسایی اهداف به کار رود.^۲ کنترل انسانی معنادار به معنای مشارکت و نظارت انسانی مستمر و مؤثر در تمام مراحل تصمیم‌گیری سامانه‌های خودفرمان است؛ به‌ویژه در لحظات حیاتی که تصمیمات کشنده یا خطرناک اتخاذ می‌شوند. این کنترل باید فراتر از صرفاً یک نظارت سطحی باشد و شامل دخالت مستقیم انسان در انتخاب اهداف، ارزیابی خطر و تأیید نهایی تصمیمات مرگ‌بار سامانه‌ها باشد. به عبارت دیگر، کنترل انسانی معنادار به این معناست که تصمیم‌گیری نهایی در مورد حملات نظامی و تعیین اهداف باید توسط یک انسان انجام شود، حتی اگر از سامانه‌های هوش مصنوعی برای شناسایی و ارزیابی اهداف استفاده شود. این کنترل مانع از این می‌شود که تصمیمات مرگ‌بار به‌طور خودفرمان و بدون نظارت انسانی گرفته شوند.^۳ حذف انسان از چرخه تصمیم‌گیری با اصول حقوق بشر ناسازگار است؛ زیرا در این وضعیت هیچ کنشگری پاسخ‌گوی نقض احتمالی حق حیات یا حق برخورداری از دادرسی عادلانه نخواهد بود. بنابراین حفظ مسئولیت دولت‌ها و فرماندهان نظامی فقط در صورتی امکان‌پذیر است که انسان در مراحل تصمیم‌گیری حضور فعال داشته باشد. به همین دلیل، کنترل انسانی معنادار یک الزام حقوقی و اخلاقی برای حفظ کرامت انسانی محسوب می‌شود، نه فقط یک معیار فنی در حقوق بین‌الملل است.^۴ از منظر حقوق بین‌الملل، دولت‌ها موظف‌اند نظارت انسانی را در تمام مراحل تصمیم‌گیری سامانه‌ها تضمین کنند. مبنای نظری این الزام در اسناد نرم بین‌المللی تصریح شده است. کمیته حقوق بشر در تفسیر عام ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی یادآور می‌شود که دولت‌ها باید از واگذاری کامل تصمیمات مرگ‌آور به سامانه‌های خودفرمان خودداری کنند؛ زیرا این امر با تعهدات مرتبط با حق حیات ناسازگار است. این بیان مبنای حقوقی روشنی برای ضرورت کنترل انسانی فراهم می‌کند.^۵ این رویکرد بیانگر آن است که کنترل انسانی معنادار، نه فقط ضرورتی اخلاقی، بلکه الزامی حقوقی برای جلوگیری از نقض حقوق بشر است. در ادبیات فنی و نظامی،

^۱. Human Rights Watch, Statement on Meaningful Human Control, CCW meeting on lethal autonomous weapons systems, April 11, 2018. Available at: <https://www.hrw.org/news/2018/04/11/statement-meaningful-human-control-ccw-meeting-lethal-autonomous-weapons-systems/>

^۲. Human Rights Committee, General Comment, on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, CCPR/C/GC/36, adopted on 30 October 2018, No. 36, Paras 12–13.

^۳. Ekelhof, Merel, Autonomous weapons: Operationalizing meaningful human control, Humanitarian Law & Policy Blog, International Committee of the Red Cross (ICRC), 15 August 2018. Available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/08/15/autonomous-weapons-operationalizing-meaningful-human-control/>

^۴. Human Rights Watch & International Human Rights Clinic. 2020. Heed the Call: A Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots. New York: HRW, PP 15–18.

^۵. United Nations Human Rights Committee. 2018, General Comment No. 36 on Article 6 of the ICCPR: The Right to Life. UN Doc. CCPR/C/GC/36, paras. 12–13.

کنترل انسانی معنادار به صورت اجزای عملیاتی شامل پاسخ‌گویی، شفافیت و نظارت انسانی تفکیک شده است. این اصول، در اسناد نرم حوزه هوش مصنوعی و نظامی تصریح شده‌اند و به کارگیری آنها به کاهش خطرهای حقوق بشری و تضمین مسئولیت‌پذیری دولت‌ها کمک می‌کند. در ادبیات فنی، کنترل انسانی معنادار به سه عنصر «پاسخ‌گویی»، «شفافیت» و «نظارت انسانی» تقسیم می‌شود: پاسخ‌گویی یعنی هر تصمیم مرگ‌آور باید به یک انسان قابل انتساب باشد؛ شفافیت یعنی فرایند تصمیم‌گیری سامانه باید قابل ارزیابی قضایی و عمومی باشد؛ نظارت انسانی یعنی انسان بتواند تصمیم سامانه را پیش از اجرا تأیید یا لغو کند. این عناصر مستقیماً از اصول بنیادین نظام بین‌المللی حقوق بشر، به‌ویژه حق حیات، مشتق شده‌اند. به عبارت دیگر، کنترل انسانی معنادار تنها ابزار فنی نیست، بلکه ضامن اجرای تعهدات مثبت دولت‌ها در قبال حقوق بشر است.^۱ کنترل انسانی معنادار به عنوان یک اصل بنیادین و تضمین‌کننده مسئولیت‌پذیری دولت‌هاست. کنترل انسانی معنادار درواقع شرط تداوم اصل پاسخ‌گویی در حقوق بین‌الملل است و بدون آن، انتساب رفتار سامانه به دولت‌ها ممکن نخواهد بود.^۲

به این ترتیب، این مفهوم بستر لازم را برای تحلیل حقوقی رابطه میان فناوری‌های خودفرمان و تعهدات دولت‌ها در حفاظت از حقوق بشر فراهم می‌کند. از حیث اخلاقی مبتنی بر کرامت ذاتی انسان و تفکیک میان انسان و ماشین در تصمیمات مرگ‌بار است. از حیث عملیاتی، باید در سه مرحله طراحی، استقرار و استفاده از سامانه‌ها اعمال شود تا تعهدات حقوق بشری دولت‌ها رعایت گردد. در نهایت، کنترل انسانی معنادار با تکیه بر مبانی حقوق بشر، شرط لازم برای استفاده حقوق‌پذیر از هوش مصنوعی کشنده و پیشگیری از نقض حق حیات و دیگر حقوق بنیادین است.

۲. نقض‌های احتمالی حقوق بنیادین بشر در پرتو تعهدات دولت‌ها

ماهیت خودکار و الگوریتم‌محور سلاح‌های خودفرمان کشنده، در صورت استفاده بدون نظارت انسانی، خطر نقض موازین حقوق بشر را افزایش می‌دهد. عملکرد مستقل این سامانه‌ها می‌تواند به نقض مستقیم یا غیرمستقیم حقوق بنیادین انسان‌ها بینجامد.^۳ حقوقی که براساس اسناد بین‌المللی از جمله میثاق حقوق مدنی و سیاسی شناسایی شده است و دولت‌ها نسبت به آنها تعهدات مشخص دارند. در این بخش مهم‌ترین نقض‌های حقوق بشری ناشی از به کارگیری این سامانه‌ها بررسی می‌شود.

براساس نظریه سه‌گانه تعهدات دولت‌ها- تعهد به احترام، حمایت و تحقق- هر حق به رسمیت شناخته‌شده برای فرد، دولت را نیز متعهد می‌کند.^۴ در زمینه هوش مصنوعی کشنده، دولت‌ها نمی‌توانند به بهانه نوآوری یا ملاحظات نظامی از این تعهدات گریزان شوند. حق حیات، کرامت انسانی و دادرسی عادلانه از جمله حقوقی‌اند که این فناوری به‌طور جدی در معرض تهدید قرار می‌دهد.^۵

^۱. Campaign to Stop Killer Robots, *Key Elements of Meaningful Human Control*. Geneva, 2021, PP 4-6.

^۲. United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Background on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Convention on Certain Conventional Weapons (CCW). Geneva: United Nations, 2022, pp. 2-4.

^۳. فرزانه، یوسف، *انسانی شدن حقوق بین‌الملل با تأکید بر مسئولیت حمایت*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۲۷۷.

^۴. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، جلد ۱، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲، ص ۴۱.

^۵. آل کجیاف، حسین و حسن کریمی مهابادی، *تأثیر هوش مصنوعی بر قواعد حقوق بشر*، تهران: جنگل، ۱۴۰۳، ص ۵۳.

۲.۱. چالش‌های ناشی از تصمیم‌گیری مرگ‌بار هوش مصنوعی کشنده برای حق حیات

با پیشرفت فناوری و ورود به عصر هوش مصنوعی و «ترابشریت» که مکس تگمارک آن را «حیات ۳» می‌نامد، نگرانی‌ها درباره تهدید بقا و حتی موجودیت بشر افزایش یافته است.^۱ طبق ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حق حیات، حق ذاتی و غیرقابل نقض است و هیچ‌کس نباید خودسرانه از آن محروم شود.^۲ سلاح‌های خودفرمان کشنده که بدون دخالت انسان قادر به کشتارند، این حق بنیادین را تهدید می‌کنند. تصمیم‌گیری الگوریتمی می‌تواند بدون ملاحظات انسانی و اخلاقی صورت گیرد و افراد غیرنظامی را به‌اشتباه هدف قرار دهد. نقض حق حیات زمانی بارزتر می‌شود که این سامانه‌ها مستقل از نظارت انسانی و صرفاً بر اساس داده‌ها تصمیمات مرگ‌بار اتخاذ کنند؛ زیرا این فناوری‌ها توان درک پیچیدگی‌های انسانی را ندارند و ممکن است به کشتار غیرقانونی بینجامند. افزایش خودمختاری این سلاح‌ها شکافی در انتساب مسئولیت ایجاد می‌کند. تصمیمات حیاتی مبتنی بر الگوریتم، تعیین مسئول واقعی - طراح، فرمانده یا ماشین - را دشوار می‌سازد. سه سطح مسئولیت مطرح است: فردی که به دلیل نبود قصد مجرمانه قابل اثبات در فرمانده یا اپراتور تضعیف می‌شود؛ دولتی که به سبب فقدان کنترل انسانی مبنای انتساب را متزلزل می‌کند؛ اخلاقی/هنجاری که فاصله میان تصمیم انسانی و مرگ ماشینی، خلأ جدی پاسخ‌گویی ایجاد می‌کند. این خلأ در میدان نبرد می‌تواند به نقض گسترده حق حیات منجر شود.^۳ نظام بین‌المللی حقوق بشر از طریق معاهدات و نهادهای نظارتی واکنش نشان می‌دهد. کمیته حقوق بشر سازمان ملل تأکید کرده است که دولت‌ها باید علاوه بر منع محروم‌سازی خودسرانه حیات، اقدامات پیشگیرانه نیز اتخاذ کنند؛ درحالی‌که کاربرد سامانه‌های فاقد کنترل انسانی با این تکلیف در تضاد است.^۴ همچنین شورای حقوق بشر و گزارشگران ویژه می‌توانند نسبت به خطرهای این تسلیحات هشدار دهند. سازمان‌های غیردولتی مانند عفو بین‌الملل نیز یادآور شده‌اند که کشتار خودکار فاقد مشروعیت حقوقی است و با اصول اخلاق جنگ عادلانه ناسازگار است. حق حیات حقی مطلق است که سلب غیر قانونی آن در هر شرایطی مجاز نیست.^۵ با توجه به اینکه سلاح‌های خودفرمان، توانایی شلیک و کشتار افراد را دارند، بدون وجود نظارت انسانی ممکن است تصمیمات نادرستی در شرایط پیچیده اتخاذ کنند. این مسئله نیازمند توجه جدی به چارچوب‌های بین‌المللی با تأکید بر ملاحظات اخلاقی در جنگ عادلانه است که بر ابعاد حق حیات تأکید دارند.^۶

۱. کریمی، یاشار، محمدرضا شریف‌زاده و مهرداد رایانی مخصوص، «نسبت شورمندی در فلسفه کی‌یرکگور و زندگی انسان در عصر ترابشریت و هوش مصنوعی»، نشریه متافیزیک، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۹۹.

۲. International covenant on civil and political Rights, united nation, UN General Assembly Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, Articles 6.

۳. See: Gaeta, Paola. Autonomous Weapon Systems and the Alleged Responsibility Gap. In Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, expert meeting, Versoix, Switzerland, 15–16 March 2016. Report. International Committee of the Red Cross. P 44.

۴. UN Human Rights Committee. General Comment No. 36: The Right to Life (Article 6), CCPR/C/GC/36, 30 October 2018.

۵. Amnesty International, this is real life, not science fiction: Why we need a treaty to stop killer robots. Amnesty International USA, (2021a, November 2), Retrieved from <https://www.amnestyusa.org/blog/this-is-real-life-not-science-fiction-why-we-need-a-treaty-to-stop-killer-robots>

۶. Blanchard, Alexander. "Taddeo, Mariarosaria" Jus in bello Necessity, The Requirement of Minimal Force, and Autonomous Weapons Systems", *Journal of Military Ethics*, Volume 21, 2022, PP 286-303.

حق حیات، به عنوان حقی غیرقابل تعلیق، مستلزم ارزیابی فردی، ضرورت و تناسب است؛ اموری که در سامانه‌های مبتنی بر یادگیری ماشین و فاقد مداخله انسانی عملاً ناممکن‌اند. نتیجه آن سلب حیات بدون قضاوت انسانی و بدون امکان پاسخ‌گویی است؛ وضعیتی که می‌تواند مصداق آشکار محروم‌سازی خودسرانه از حیات باشد.^۱ دولت‌ها موظف‌اند از به کارگیری این فناوری‌ها بدون کنترل انسانی خودداری کنند (تعهد به احترام) و مانع استفاده دیگر بازیگران از آن شوند (تعهد به حمایت). براساس ماده ۶ میثاق و نظرات تفسیری کمیته حقوق بشر، هر مرگی که ناشی از تصمیم خودکار و غیرقابل انتساب به عامل انسانی باشد، می‌تواند نقض حق حیات تلقی شود. اگر سامانه‌ای بر اساس داده‌های ناقص یا متعصب هدفی را شناسایی و بدون تأیید انسانی شلیک کند، مرگ ناشی از آن سلب خودسرانه حیات است؛ زیرا تصمیم توسط ماشینی فاقد درک اخلاقی اتخاذ شده است. این وضعیت سه عنصر اساسی نظام حقوق بشر - انتساب انسانی، پاسخ‌گویی و تعهد دولت‌ها به حفاظت - را نقض می‌کند و نشان می‌دهد که مشروعیت تصمیمات مرگ‌بار نه صرفاً نظامی، بلکه حقوق بشری است.^۲ به همین دلیل، کنترل انسانی معنادار شرط بنیادین حفظ کرامت و حرمت انسان در برابر فناوری‌های کشنده است. از آنجا که حقوق بشر در تمام زمان‌ها - حتی در جنگ - لازم‌الرعايه است، فقدان کنترل انسانی واقعی در سامانه‌های هوش مصنوعی کشنده می‌تواند به سلب خودسرانه و غیرقانونی حق حیات بینجامد.

۲.۲. نقض شأن و کرامت انسانی در میدان نبرد الگوریتمی

کرامت انسانی از اصول بنیادین حقوق بشر و مورد تأکید اسناد بین‌المللی همچون میثاق حقوق مدنی و سیاسی است و بر احترام به ارزش ذاتی انسان در همه شرایط دلالت دارد. در کاربرد تسلیحات خودفرمان کشنده، نقض کرامت زمانی رخ می‌دهد که این سامانه‌ها بدون توجه به تفاوت‌های فردی و بدون ملاحظات انسانی و اخلاقی، تصمیمات مرگ‌بار اتخاذ کنند. حذف دخالت انسان در این فرایندها، عنصر انسانیت و مسئولیت‌پذیری را از تصمیم‌گیری می‌زداید و شخصیت انسانی را به «شیء» تقلیل می‌دهد.^۳ یکی از اصلی‌ترین چالش‌ها در این حوزه، کنار گذاشتن انسان از حلقه تصمیم است؛ امری که می‌تواند معنای کرامت انسانی را دگرگون سازد. طبق ماده ۳۶ پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ کنوانسیون ژنو، هر سلاح جدید باید از منظر حقوقی و اخلاقی ارزیابی شود. تسلیحات خودفرمان که قدرت نابودی انسان را دارند، در صورت فقدان کنترل انسانی، به معنای غفلت از ارزش‌های انسانی و تعهدات اخلاق زیستی‌اند.^۴ این سامانه‌ها توان ارزیابی پیامدهای اخلاقی و انسانی تصمیمات خود را ندارند. تصمیمات اشتباه در هدف‌گیری، بدون درک نتایج انسانی، نمونه‌ای از این ناتوانی است. اصل کانتی نیز تأکید دارد که انسان باید «هدف» باشد نه «ابزار»؛ حال آنکه این سامانه‌ها هویت فرد را به داده‌های رفتاری و تصویری کاهش می‌دهند. در نتیجه، کشتار توسط ماشین شکلی تحقیرآمیز از

^۱. Amnesty International. This Is Real Life, Not Science Fiction: Why We Need a Treaty to Stop Killer Robots. Amnesty International USA, 9 May 2025. Retrieved from <https://www.amnestyusa.org/blog/this-is-real-life-not-science-fiction-why-we-need-a-treaty-to-stop-killer-robots/>

^۲. Heyns, Christof. "Autonomous Weapons and the Right to Life," *Human Rights Quarterly*, 2017, PP 607–631.

^۳. Heyns, Christof. "Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: An African Perspective", *South African Journal on Human Rights*, Volume 33, Issue 1, 2017, P 50.

^۴. Anderson, Kenneth. *Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can*, Stanford University: Hoover Institution, 2013, P 13.

مواجهه با انسان تلقی می‌شود.^۱ حال آنکه این سامانه‌ها هویت فرد را به داده‌های رفتاری و تصویری کاهش می‌دهند. در نتیجه، کشتار توسط ماشین‌های شکیلی تحقیرآمیز از مواجهه با انسان تلقی می‌شود.^۲ نظارت و کنترل انسانی می‌تواند منجر به این امر شود که تصمیمات مرگ‌بار با ملاحظات انسانی و اخلاقی اتخاذ شود.^۳ چنانچه تصمیمات مرگ‌بار به سامانه‌های خودفرمان سپرده شود، تعهد دولت‌ها به رعایت کرامت انسانی - مطابق دیباچه و ماده ۱۰ میثاق - به چالش کشیده می‌شود؛ زیرا در این سیستم‌ها فرد نه به‌عنوان موجودی دارای کرامت، بلکه به‌مثابه داده‌ای آماری دیده می‌شود؛ امری که موجب شیء‌انگاری و نقض کرامت انسانی می‌گردد. درحالی‌که کرامت انسانی مستلزم توجه به ویژگی‌های فردی و ارزشی است، تصمیم‌گیری الگوریتمی فاقد چنین توانایی‌ای است و صرفاً براساس محاسبات از پیش‌برنامه‌ریزی شده عمل می‌کند.^۴ درنتیجه، دفاع از کرامت انسانی در برابر فناوری‌های کشنده خودفرمان، نیازمند آن است که «کنترل انسانی» یک الزام هنجاری در حقوق بشر تلقی شود. به‌موجب ماده ۲ میثاق، دولت‌ها موظف‌اند هیچ تصمیم مرگ‌باری را بدون قضاوت انسانی و امکان بازبینی اخلاقی مجاز ندانند. در غیر این صورت، میدان نبرد الگوریتمی به فضایی تبدیل می‌شود که انسان از فاعل اخلاقی به داده‌ای خام تنزل می‌یابد و جوهره کرامت انسانی تهی می‌شود.

۲.۳. نقض حق دادرسی عادلانه در مواجهه با هوش مصنوعی کشنده

یکی از پیامدهای مهم تسلیحات خودفرمان، تضعیف بنیان‌های حق دادرسی عادلانه است. هرچند ارتباط مستقیم میان دادرسی و میدان نبرد روشن نیست، جوهر این حق به امکان انتساب مسئولیت، احراز نیت و سنجش مشروعیت اعمال کشنده نیز مربوط است. ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی بر تصمیم‌گیری شفاف، انسانی و پاسخ‌گو تأکید دارد، درحالی‌که در سامانه‌های خودفرمان تصمیم سلب حیات به الگوریتم‌ها سپرده می‌شود؛ الگوریتم‌هایی که نه قصد دارند و نه پاسخ‌گو هستند.^۵ اگر این سامانه‌ها مرتکب نقض‌های حقوق بشری شوند، فقدان دخالت انسانی موجب ابهام جدی در تعیین مسئول می‌شود و این ابهام پیگیری قضایی و اعمال عدالت را دشوار می‌سازد. چون تصمیم از سوی ماشین گرفته شده است، قربانیان نه امکان شناسایی فاعل دارند و نه می‌توانند حقوق خود را در فرایند دادرسی احقاق کنند. در این وضعیت، هیچ شخصی وجود ندارد که مسئولیت تصمیم را برعهده گیرد یا در برابر دادگاه دفاع ارائه دهد. با چنین خلأیی، اصول دادرسی عادلانه - از جمله حق دفاع، حق رسیدگی شفاف و وجود مرجع پاسخ‌گو - به‌طور مستقیم نقض می‌شود. در تصمیم‌گیری‌های تسلیحات خودفرمان، فرد بدون اطلاع، بدون فرصت دفاع و بدون شفافیت هدف قرار می‌گیرد. درحالی‌که طبق ماده ۱۰ اعلامیه جهانی و ماده ۱۴ میثاق، افراد باید از رسیدگی منصفانه برخوردار باشند. نبود فرایند دفاعی و عدم

^۱. Heyns, Christof. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. United Nations Human Rights Council, 23rd Session, Document No. A/HRC/23/47, 9 April 2013Pxx.

^۲. مصطفوی اردبیلی، سید محمد مهدی، مصطفی تقی‌زاده انصاری و سمانه رحمتی‌فر، «تأثیر هوش مصنوعی بر نظام حقوق بشر بین‌الملل»، فصلنامه حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۴، شماره ۸، ۱۴۰۲، ص ۹۱.

^۳. Human Rights Watch. Losing Humanity: The Case against Killer Robots. (Human Rights Watch Report, New York, 2012). Available at: <https://searchworks.stanford.edu/view/9943181/>

^۴. Human Rights Watch and Harvard Law School International Human Rights Clinic, A Hazard to Human Rights: Autonomous Weapons Systems and Digital Decision-Making, April 28, 2025, Available at: <https://www.hrw.org/report/2025/04/28/hazard-human-rights/autonomous-weapons-systems-and-digital-decision-making/>

^۵. Ibid.

امکان بازبینی تصمیمات الگوریتمی، خطر اشتباهات کشنده را افزایش می‌دهد و حق دادرسی عادلانه را نقض می‌کند. در مواقعی که یک سامانه خودفرمان کشنده تصمیم به هدف قرار دادن فردی می‌گیرد، این فرد هیچ‌گونه فرصت یا حق دفاع از خود ندارد. درحالی‌که طبق اصول دادرسی عادلانه، افراد باید این حق را داشته باشند که بتوانند خود را در برابر اتهامات یا تهدیدات دفاع کنند؛ در حالت استفاده از تسلیحات خودفرمان کشنده چنین فرصتی وجود ندارد. این فقدان فرایندهای دفاعی ممکن است به نقض فاحش دادرسی عادلانه و افزایش احتمال اشتباهات کشنده منجر شود.^۱ در حقوق بشر معاصر، دادرسی عادلانه به معنای فرایندی شفاف، قابل نظارت و پاسخ‌گو است؛ یعنی شناسایی عامل تصمیم و امکان ارزیابی قانونی آن. در نبرد سنتی، تصمیم‌گیر انسانی قابل شناسایی است، اما در نبرد الگوریتمی هیچ فاعل انسانی برای انتساب قصد، تقصیر یا مسئولیت وجود ندارد. این نبود مسئولیت‌پذیری، نه صرف نبود دادگاه، دادرسی عادلانه را ناممکن می‌سازد. تصمیمات سامانه‌های خودفرمان غالباً برای قربانیان و حتی نهادهای قضایی غیرشفاف‌اند. اگر مشخص نباشد الگوریتم بر چه اساسی حمله کرده است، قربانی یا نماینده او امکان پیگیری حقوقی ندارد. در شرایط جنگی این مسئله تشدید می‌شود و دسترسی به عدالت را عملاً از میان می‌برد. گزارش‌های بین‌المللی نیز نشان می‌دهد که این سامانه‌ها اصول بنیادینی مانند اصل برائت را نقض می‌کنند و سازوکار دادرسی را ناممکن می‌کند.^۲ بنابراین، «کنترل انسانی معنادار» پیش‌شرط اجرای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه حق حیات، کرامت انسانی و دادرسی عادلانه است. دولت‌ها نمی‌توانند با واگذاری قدرت مرگ و زندگی به الگوریتم‌ها از مسئولیت‌های خود رها شوند؛ زیرا این اقدام ساختار «حق-تعهد» در نظام حقوق بشر را تضعیف می‌کند. مطابق ماده ۱۴ میثاق، افراد باید امکان دادرسی عادلانه داشته باشند و این امر فقط با نظارت انسانی و پاسخ‌گویی ممکن است. به‌طور کلی، هوش مصنوعی کشنده رابطه ضروری میان کنش، قصد و مسئولیت را فرومی‌پاشد و در نبود این رابطه، اجرای دادرسی عادلانه ناممکن می‌شود. به همین دلیل، این فناوری نه‌فقط تهدیدی برای حق حیات است، بلکه یکی از ستون‌های عدالت رویه‌ای یعنی حق دادرسی عادلانه را نیز به‌شدت تضعیف می‌کند.

۳. نارسایی‌های نظام بین‌المللی حقوق بشر در تنظیم هوش مصنوعی کشنده

نظام بین‌المللی حقوق بشر با وجود چارچوب‌های الزام‌آور، در مواجهه با تسلیحات خودفرمان با کاستی‌های جدی روبه‌روست. این سامانه‌ها در تصمیم‌های مرگ‌بار عملاً بدون نظارت انسانی عمل می‌کنند؛ وضعیتی که شفافیت تصمیم‌گیری را کاهش می‌دهد و امکان شناسایی مسئولیت فردی را محدود می‌سازد. چنین خلأیی حق دسترسی به عدالت و اصل پاسخ‌گویی را تضعیف، و انتساب مسئولیت نقض‌های حقوق بشری را دشوار می‌کند؛ زیرا دولت‌ها نمی‌توانند به‌طور مؤثر مسئولیت کنش‌های مرگ‌بار این فناوری را برعهده گیرند. ازاین‌رو، ایجاد سازوکارهای شفاف برای نظارت انسانی و پاسخ‌گویی، شرط ضروری رعایت حقوق بشر در این حوزه است.^۳ نارسایی‌های نظام بین‌المللی حقوق بشر در

^۱. Amnesty International. Autonomous Weapons Systems: Five Key Human Rights Issues for Consideration, London: Amnesty International Publications, May 2015. ACT 30/1401/2015. Available at: <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2023/05/ACT3014012015ENGLISH.pdf/>

^۲. حسینی، سید امیرعلی و سید علیرضا هاشمی‌زاده، «هوش مصنوعی و صلح و امنیت بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره ۱۳، شماره ۴۹، ۱۴۰۲، ص ۹.

^۳. Human Rights Watch and Harvard Law School International Human Rights Clinic, Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots, New York: Human Rights Watch, 9 April 2015, Available at: <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots/>

تنظیم هوش مصنوعی کشنده در قالب شکاف مسئولیت، عدم تعریف کنترل انسانی معنادار، ضعف در تضمین سازوکارهای قضایی و نبود مکانیزم اجرای الزام‌آور قابل بررسی است.

۳.۱. خلأ انتساب و شکاف مسئولیت

در سامانه‌های خودفرمان کشنده، تصمیم‌های مرگ‌بار بدون دخالت مستقیم انسان اتخاذ می‌شود و همین امر تعیین مسئولیت حقوقی نقض حق حیات را مبهم می‌سازد. در نتیجه، قربانیان از پیگیری قانونی و جبران خسارت محروم می‌مانند و اصل بنیادین مسئولیت‌پذیری در حقوق بشر نقض می‌شود.^۱ بنابراین، باید سازوکارهایی برای شناسایی مسئولیت در مواردی که این سامانه‌ها تصمیمات کشنده می‌گیرند ایجاد شود؛ زیرا تصمیم‌گیری الگوریتمی زنجیره مسئولیت را تضعیف می‌کند، اما نمی‌تواند توجیهی برای فرار از پاسخ‌گویی باشد. این فناوری باید تحت نظارت شفاف قرار گیرد و در صورت نقض حقوق بشر، مسئولیت قانونی به‌طور کامل تعیین شود. با وجود قواعد الزام‌آور، نظام بین‌الملل حقوق بشر در برابر چالش‌های ناشی از تسلیحات خودفرمان با خلأهای مهمی روبه‌روست. سازوکارهای فعلی برای شناسایی عامل انسانی در تصمیمات مرگ‌بار کارآمد نیستند؛ به‌ویژه هنگامی که این سامانه‌ها مستقل از انسان داده‌ها را تحلیل و حمله را اجرا می‌کنند. نبود تضمین الزام‌آور برای کنترل انسانی معنادار، حمایت از حقوق بنیادین مانند حق حیات، کرامت انسانی و دادرسی عادلانه را تضعیف می‌کند؛ درحالی‌که نظارت فعال انسان پیش‌شرط تحقق مسئولیت‌پذیری دولت‌هاست. از این‌رو، بازنگری در ترتیبات نهادی و تقنین برای الزام کنترل انسانی و تقویت شفافیت و پاسخ‌گویی در نظام بین‌الملل حقوق بشر ضروری است. بدون چارچوب‌های روشن و نظارت مستقل، نمی‌توان انتظار داشت این سامانه‌ها در چارچوب الزامات اخلاقی و انسانی عمل کنند.^۲

در نتیجه، مهم‌ترین چالش حقوق بشری در به‌کارگیری این تسلیحات، فقدان عنصر انسانی قابل انتساب است. وقتی فرد یا نهادی نتواند تصمیم مرگ‌آفرین را برعهده گیرد، اصل پاسخ‌گویی و حق جبران به‌شدت تضعیف می‌شود و علاوه بر حق حیات، سایر حقوق بنیادین، مانند دادرسی عادلانه، نیز مخدوش می‌شود. فقط با تعیین نقش و مسئولیت روشن انسان در چرخه تصمیم‌گیری است که می‌توان سازوکارهای حمایتی حقوق بشر را در مواجهه با هوش مصنوعی کشنده حفظ کرد.

۳.۲. ابهام هنجاری در تعریف کنترل انسانی معنادار

مفهوم «کنترل انسانی معنادار» در اسناد بین‌المللی فاقد تعریف روشن و معیارهای الزام‌آور است. این ابهام موجب برداشت‌های متفاوت دولت‌ها می‌شود و اجرای تعهدات حقوق بشری را تضعیف می‌کند. نبود تعریف دقیق در معاهدات، امکان تفسیر دلخواه را افزایش می‌دهد و ضرورت تنظیم این مفهوم برای تضمین استفاده از زور در چارچوب اصول حقوق بشر را برجسته می‌کند.^۳ کنترل انسانی معنادار ابزار اصلی جلوگیری از تصمیم‌گیری‌های غیراخلاقی و غیرقانونی سامانه‌های خودفرمان است؛ به‌ویژه وقتی تصمیمات کشنده اتخاذ می‌شود. براساس معاهدات و دیدگاه‌های حقوقی، این

^۱ Sparrow, R. "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy*, Volume 24, Issue 1, 2007, PP 62–77.

^۲ Asaro, P. "On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision making", *International Review of the Red Cross*, Volume 94, Issue 886, 2012, P 700.

^۳ Human Rights Watch. *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*. New York: HRW, 2012, PP 30-35. Available at: <https://searchworks.stanford.edu/view/9943181/>

سامانه‌ها باید به گونه‌ای تنظیم شوند که انسان نهایتاً مسئول باقی بماند و آثار منفی بر حقوق بشر کنترل شود. از این رو، جامعه بین‌المللی باید الزامات قانونی و نظارتی مشخصی برای شفافیت، پاسخ‌گویی و رعایت اصول حقوق بشر در تصمیمات مرگ‌بار وضع کند.^۱ ابهام موجود در تعریف کنترل انسانی معنادار خود به خلأ حقوق بشری تبدیل شده است؛ زیرا بدون تعیین معیارهای روشن برای میزان دخالت انسان، ضمانت اجرای حقوق بشر به‌ویژه حق حیات و کرامت انسانی کاهش می‌یابد. در نبود تعریف عملی و الزام‌آور، هیچ تضمینی وجود ندارد که تصمیمات مرگ‌آفرین این سامانه‌ها مطابق اصول حقوق بشر اتخاذ شود.

۳.۳. ضعف در تضمین دسترسی به سازوکارهای قضایی

در سامانه‌های کشنده خودفرمان، به‌ویژه در مواردی که داده‌های مربوط به تصمیم‌گیری‌ها در دسترس نیستند، قربانیان ممکن است نتوانند به‌طور مؤثر به عدالت دست یابند. این وضعیت با اصل دسترسی به دادرسی عادلانه در حقوق بشر مغایرت دارد و نیاز به تدوین سازوکارهایی برای تضمین شفافیت و پاسخ‌گویی در این زمینه احساس می‌شود.^۲ فقدان دسترسی قربانیان به شواهد کافی و امکان بازبینی تصمیمات سامانه‌ها، مهم‌ترین مانع تحقق حق دادرسی عادلانه است. برای نمونه زمانی که جعبه سیاه الگوریتمی وجود دارد و دولت‌ها یا سازندگان اطلاعات را محرمانه نگاه می‌دارند، قربانیان عملاً نمی‌توانند عدالت را مطالبه کنند. شفافیت فنی و الزام به ارائه اطلاعات به مراجع حقوق بشری، پیش‌شرط ضروری برای تحقق عدالت است.

۳.۴. خلأ اجرایی و نبود مکانیزم الزام‌آور بین‌المللی

با وجود نگرانی‌های گسترده درباره سامانه‌های کشنده خودفرمان، هنوز معاهده‌ای الزام‌آور برای تنظیم این فناوری‌ها در چارچوب حقوق بشر وجود ندارد. این خلأ اجرایی خطر استفاده غیرقانونی و نقض وسیع حقوق بشر را افزایش می‌دهد.^۳ برای مقابله با این تهدیدات، جامعه بین‌المللی باید الزامات قانونی و نظارتی مشخصی در راستای شفافیت، پاسخ‌گویی و رعایت اصول حقوق بشری در تصمیمات مرگ‌بار وضع کند. تأکید بر «کنترل انسانی معنادار» نیز شرط اساسی برای تضمین حق نظارت و مداخله انسان در تصمیمات این سامانه‌هاست.^۴ نظارت می‌تواند هم در سطح داخلی مانند کنترل فرایندهای تصمیم‌گیری الگوریتمی و هم در سطح بین‌المللی برای ارزیابی تطابق با حقوق بشر اعمال شود. اسناد بین‌المللی از جمله میثاق حقوق مدنی و سیاسی، بر شفافیت اقدامات مرگ‌بار تأکید دارند. کمیته حقوق بشر نیز در تفسیر ماده ۶ یادآور می‌شود که دولت‌ها باید مقرراتی برای پیشگیری از سلب خودسرانه حیات و نظارت مؤثر بر استفاده از زور مرگ‌بار تدوین کنند. چالش اصلی آن است که نظام بین‌الملل فاقد ابزار الزام‌آور برای اجرای این استانداردها در خصوص

^۱ Human Rights Watch and Harvard Law School International Human Rights Clinic, A Hazard to Human Rights: Autonomous Weapons Systems and Digital Decision-Making, New York: Human Rights Watch, 28 April 2025. Available at: <https://www.hrw.org/report/2025/04/28/hazard-human-rights/autonomous-weapons-systems-and-digital-decision-making/>

^۲ OHCHR. Report on Lethal Autonomous Weapons Systems. A/HRC/48/22, 2021, Paras. 26–28.

^۳ Docherty, Bonnie. "Lethal Autonomous Weapons and the Accountability Gap", *International Review of the Red Cross*, 102(914), 2020, P 525.

^۴ Human Rights Watch and Harvard Law School International Human Rights Clinic, A Hazard to Human Rights: Autonomous Weapons Systems and Digital Decision-Making, New York: Human Rights Watch, 28 April 2025. Available at: <https://www.hrw.org/report/2025/04/28/hazard-human-rights/autonomous-weapons-systems-and-digital-decision-making/>

سامانه‌های خودفرمان است؛ بنابراین رعایت حقوق بشر به اراده داخلی دولت‌ها واگذار می‌شود. در نبود مکانیزم‌های بین‌المللی اجبارکننده، این خلأ به تهدیدی ساختاری برای حق حیات، کرامت انسانی و اصل پاسخ‌گویی تبدیل می‌شود.^۱ در مجموع، نارسایی‌های موجود نشان می‌دهد که بدون تقویت ترتیبات نهادی، ایجاد مقررات الزام‌آور و تضمین کنترل انسانی معنادار، استفاده از هوش مصنوعی کشنده می‌تواند به نقض گسترده حقوق بنیادین منجر شود. شفافیت، مسئولیت‌پذیری و سازگاری با حقوق بشر باید در تمام تصمیمات مرگ‌بار تضمین گردد.

۴. ایجاد سازوکارهای نظارتی مستقل به منظور کاهش آثار هوش مصنوعی کشنده

برای تضمین رعایت حقوق بشر در استفاده از سامانه‌های خودفرمان کشنده، دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی باید سازوکارهای نظارتی مستقل ایجاد کنند. این سازوکارها باید بر عملکرد سامانه‌ها نظارت دقیق داشته و در صورت نیاز اقدامات اصلاحی انجام دهند. یکی از روش‌های مؤثر، تشکیل کمیته‌های بین‌المللی مستقل است که به‌طور دوره‌ای گزارش‌های شفاف و مستند درباره استفاده از این سامانه‌ها و تأثیرات آن بر حقوق بشر ارائه دهند و آنها را به‌صورت عمومی منتشر کنند. سازمان ملل، به‌ویژه از طریق شورای حقوق بشر، می‌تواند جلساتی برای بررسی تهدیدات حقوق بشری ناشی از این سامانه‌ها برگزار، و کشورها را به وضع مقررات جدید و اصلاح قوانین ملی و بین‌المللی ترغیب کند.^۲ نهاد گزارشگران ویژه سازمان ملل نیز از طریق ارائه گزارش‌های رسمی به شورا، دولت‌ها را به رعایت استانداردهای کنترلی و بازدارندگی در برابر سامانه‌های کشنده توصیه می‌کند. این گزارش‌ها معمولاً به مرجع تفسیر و توسعه عرف بین‌المللی تبدیل می‌شوند در فرایند بررسی ادواری جهانی، کشورها به ارائه گزارش درباره اقدامات خود در حوزه حقوق بشر ملزم‌اند و سایر کشورها و نهادهای غیردولتی می‌توانند از آنها بخواهند سیاست‌های شفاف‌تری برای توسعه و استفاده از تسلیحات خودفرمان ارائه دهند.^۳ افکار عمومی و نهادهای غیردولتی مانند دیده‌بان حقوق بشر نیز با انتشار گزارش و اعمال فشار رسانه‌ای و دیپلماتیک، نقش مؤثری در تضمین رعایت حقوق بشر ایفا می‌کنند و خواستار ممنوعیت پیشگیرانه یا نظارت قوی بر این فناوری‌ها هستند.^۴ ایجاد سازوکارهای نظارتی مستقل و مؤثر یک ضرورت حقوق بشری و بین‌المللی است تا استفاده از سامانه‌ها تحت کنترل دقیق قرار گیرد و در صورت نقض حقوق بشر، مسئولیت‌ها به‌طور کامل تعیین و اعمال شود. این نظارت باید شفافیت در فرایند تصمیم‌گیری را تضمین کند، به‌ویژه زمانی که سامانه‌ها تصمیمات مرگ‌بار را به‌طور خودکار اتخاذ می‌کنند. نبود چنین نظارت‌های مستقل، شناسایی فاعل و مسئولیت‌پذیری را دشوار، و اصول دادرسی منصفانه و پاسخ‌گویی را تهدید می‌کند.^۵ به این ترتیب دولت‌ها ملزم به رعایت اصول بین‌المللی مانند تضمین پاسخ‌گویی، شفافیت در استفاده از تسلیحات خودفرمان و امکان ارزیابی مستقل عملکرد سامانه‌ها می‌شوند. ایجاد نهادهای نظارتی مستقل، علاوه بر تضمین شفافیت، مسئولیت‌پذیری را تقویت می‌کند و ریسک نقض حق حیات، کرامت انسانی و سایر

^۱ UN Human Rights Committee. General Comment No. 36: The Right to Life (Article 6), CCPR/C/GC/36, 30 October 2018.

^۲ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Heyns, Christof. United Nations Human Rights Council, 23rd Session, Document No. A/HRC/23/47, 9 April 2013, Available at: <https://undocs.org/A/HRC/23/47/>

^۳ United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Autonomous Weapons Systems and International Law, UNODA Occasional Papers, 2020, No. 26.

^۴ Human Rights Watch and Harvard Law School's International Human Rights Clinic Making the Case: The Dangers of Killer Robots and the Need for a Preemptive Ban, November 2016, Available at: <https://www.hrw.org/report/2016/12/09/making-case/dangers-killer-robots-and-need-preemptive-ban/>

^۵ Gelfand, Op. Cit., P 102.

حقوق بنیادین را کاهش می‌دهد. این نظارت مستقل همچنین نقش پیشگیرانه دارد تا دولت‌ها و نیروهای نظامی نتوانند از پذیرش مسئولیت حقوقی شانه خالی کنند و استفاده از فناوری‌های خودفرمان در چارچوب هنجارهای حقوق بشر باقی بماند.

نتیجه‌گیری

این پژوهش نشان داد که فقدان کنترل انسانی در سامانه‌های خودفرمان کشنده، تهدیدی جدی برای حقوق غیرقابل تعلیق از جمله حق حیات (ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، کرامت انسان و حق دادرسی عادلانه است. وقتی تصمیم‌گیری درباره مرگ یا زندگی انسان‌ها به الگوریتم‌ها واگذار می‌شود، عنصر انسانی حذف می‌شود و امکان انتساب مسئولیت، تشخیص عامل نقض و احقاق حق قربانیان از بین می‌رود. در نتیجه، قربانیان از حق دادخواهی و جبران محروم می‌شوند و نقض فاحش حقوق بنیادین رخ می‌دهد. کنترل انسانی معنادار نه فقط الزام اخلاقی، بلکه یک ضرورت حقوقی در چارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر است. این کنترل، ضامن تحقق کرامت انسانی، حق حیات و مسئولیت دولت‌ها در تصمیمات مرگ‌بار است. فقدان آن با اصول پاسخ‌گویی، شفافیت و حاکمیت قانون تعارض دارد و می‌تواند به نقض تعهدات دولت‌ها منجر شود. الزام دولت‌ها به تضمین کنترل انسانی معنادار را می‌توان از سه منظر تحلیل کرد:

۱. هنجاری: اصول بنیادین حقوق بشر، به‌ویژه کرامت و حق حیات، اقتضا می‌کند تصمیم مرگ‌بار همواره تحت نظارت انسان باشد.

۲. حقوقی: تعهدات میثاق‌های بین‌المللی دولت‌ها را ملزم می‌کند از نقض حقوق غیرقابل تعلیق توسط فناوری‌های خودکار جلوگیری کنند.

۳. نهادی و اجرایی: سازوکارهای نظارتی مستقل، گزارش‌های ادواری، شکایت‌های فردی، رویه‌های تفسیری نهادهای معاهده‌ای و شکل‌گیری عرف بین‌المللی، ابزارهای مؤثر برای الزام و پیگیری رعایت این اصل محسوب می‌شوند.

نتایج نشان می‌دهد کنترل انسانی معنادار، به‌دلیل ارتباط مستقیم با اصول بنیادین، واجد جایگاه الزام‌آور در حقوق بشر معاصر است. تحقق آن نه فقط کرامت و مسئولیت انسانی را در تصمیمات مرگ‌بار تضمین می‌کند، بلکه پیش‌شرط اجرای واقعی تعهدات حقوق بشری دولتهاست.

در نهایت، این مقاله بر ضرورت اقدام جامعه بین‌المللی، به‌ویژه سازمان ملل، برای تدوین استانداردها و سازوکارهای الزام‌آور یا حداقل بازدارنده در حوزه هوش مصنوعی کشنده تأکید دارد. رویکرد پیشگیرانه و تنظیم‌گرایانه می‌تواند از نقض گسترده حقوق بشر جلوگیری کند و کنترل انسانی معنادار را از سطح دغدغه اخلاقی به یک الزام عملی، حقوقی و قابل پیگیری ارتقا دهد.

منابع

کتاب

۱. آل کجیاف، حسین و حسن کریمی مهابادی، *تأثیر هوش مصنوعی بر قواعد حقوق بشر*، تهران: جنگل، ۱۴۰۳.
۲. فرزانه، یوسف، *انسانی شدن حقوق بین‌الملل با تأکید بر مسئولیت حمایت*، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۳. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، جلد ۱، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲.

مقاله

۴. جعفری، افشین، «حاکمیت بر فضای سایبر از منظر حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه رهیافت/انقلاب اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۴۹، ۱۳۹۸، صص ۱۰۹-۱۳۲.
۵. حسینی، سید امیرعلی و سید علیرضا هاشمی‌زاده، «هوش مصنوعی و صلح و امنیت بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره ۱۳، شماره ۴۹، ۱۴۰۲، صص ۳۲۵-۳۴۵. Doi: 10.22034/irr.2024.427524.2467
۶. کریمی، یاشار، محمدرضا شریف‌زاده و مهرداد رایانی مخصوص، «نسبت شورمندی در فلسفه کی‌یرگور و زندگی انسان در عصر ترابشریت و هوش مصنوعی»، نشریه متافیزیک، دوره ۱۴، شماره ۳۴، ۱۴۰۱، صص ۹۹-۱۱۴. Doi: 10.22108/mph.2022.133500.1414
۷. محمودی، امیررضا و مریم بحر کاظمی، «هوش مصنوعی و تأثیر آن بر سیاست بین‌الملل»، فصلنامه راهبرد سیاسی، دوره ۸، شماره ۲، ۱۴۰۳، صص ۲۳۷-۲۵۶.
۸. مشرفیان، محمدرضا، «ترجمه کنوانسیون چارچوب شورای اروپا در مورد هوش مصنوعی و حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون، ویلنوس، ۵ سپتامبر ۲۰۲۴»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۴۲، شماره ۷۷، ۱۴۰۴، صص ۱۳۷-۱۵۱.
۹. مصطفوی اردبیلی، سید محمدمهدی، مصطفی تقی‌زاده انصاری و سمانه رحمتی رحمتی‌فر، «تأثیر هوش مصنوعی بر نظام حقوق بشر بین‌الملل»، فصلنامه حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۴، شماره ۸، ۱۴۰۲، صص ۸۵-۱۰۰. <http://doi.org/10.22133/ijtc.2022.145651>

References

Books

1. Al-Kajbaf, Hossein and Hassan Karimi Mahabadi, *The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights Norms*, Tehran: Jungle, 2024. (in Persian)
2. Anderson, Kenneth. *Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can*, Stanford University: Hoover Institution, 2013.
3. Boulanin, Vincent, Laura Bruun and Netta Goussac. *Autonomous Weapon systems and International Humanitarian Law*, Stockholm: International Peace Research Institute, 2021.
4. Farzaneh, Yusef, *The Humanization of International Law with an Emphasis on the Responsibility to Protect*, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
5. Ghāri Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, *Human Rights in the Contemporary World*, Volume 1, Tehran: Shahid Beheshti University, 2003. (in Persian)
6. Quintavalla, Alberto and Jeroen Temperman (eds.). *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford University Press, 2023.
7. Scharre, Paul. *Army of Non Autonomous Weapons and the Future of War*, New York: W. W. Norton & Company, Second Edition, 2020.

Articles

8. Arkin, Ronald C. "The Case for Ethical Autonomy in Unmanned Systems", *Journal of Military Ethics*, Volume 10, Issue 4, 2011, PP 332-341. Doi:10.1080/15027570.2010.536402/
9. Asaro, P. "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision Making", *International Review of the Red Cross*, Volume 94, Issue 886, 2012, PP 687-709.
10. Blanchard, Alexander. "Taddeo, Mariarosaria" Jus in bello Necessity, The Requirement of Minimal Force, and Autonomous Weapons Systems, *Journal of Military Ethics*, Volume 21, 2022. doi.org/10.1080/15027570.2022.2157952/

11. Heyns, Christof. "Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: An African Perspective", *South African Journal on Human Rights*, Volume 33, Issue 1, 2017, PP 46–71. DOI: 10.1080/02587203.2017.1303903
12. Hosseini, Sayyed Amirali and Sayyed Alireza Hashemi-Zadeh, "Artificial Intelligence and International Peace and Security", *International Relations Research Quarterly*, Volume 13, Issue 49, PP 325–345. Doi: 10.22034/irr.2024.427524.2467 (in Persian)
13. Ja'fari, Afshin, "Sovereignty over Cyberspace from the Perspective of International Law and the Legal System of the Islamic Republic of Iran", *The Islamic Revolution Approach Quarterly*, Volume 13, Issue 49, 2019, PP 109–132. (in Persian)
14. Karimi, Yashar, Mohammadreza Sharifzadeh and Mehrdad Rayani Makhsoos, "The Relation of Passion in Kierkegaard's Philosophy and Human Life in the Age of Transhumanism and Artificial Intelligence", *Metaphysics Journal*, Volume 14, Issue 34, 2022, PP 99–114. Doi: 10.22108/mph.2022.133500.1414 (in Persian)
15. Mahmoudi, Amir Reza and Maryam Bahr Kazemi, "Artificial Intelligence and Its Impact on International Politics", *Political Strategy Quarterly*, Volume 8, Issue 2, 2024, PP 237–256. (in Persian)
16. Masoudi Lamraski, Ali, "Preliminary Remarks on Lethal Autonomous Weapon Systems from an IHL Perspective", *Asia Pacific Journal of International Humanitarian Law*, Volume 02, Issue 01, ICRC, 2021, PP 8-30.
17. Moshrefian, Mohammadreza, "Translation of the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Vilnius, 5 September 2024", *International Legal Journal*, Volume 42, Issue 77, 2025, PP 137–151. (in Persian)
18. Mostafavi Ardebili, Sayyed Mohammad Mahdi, Mostafa Taghizadeh Ansari and Samaneh Rahmati-Far, "The Impact of Artificial Intelligence on the International Human Rights System", *Journal of New Technologies Law*, Volume 4, Issue 8, 2023, PP 85–100. <http://doi.org/10.22133/ijts.2022.145651> (in Persian)
19. Santoni de Sio, Filippo and Jeroen van den Hoven. "Meaningful human control over autonomous systems: A philosophical account", *Frontiers in Robotics and AI*, Volume 5, Issue 15, 2018. Doi:10.3389/frobt.2018.00015
20. Sharkey, Amanda. "Autonomous Weapons Systems, Killer Robots and Human Dignity", *Journal of Ethics and Information Technology*, Volume 21, Issue 2, 2018, PP 75 - 87.
21. Sparrow, R. "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy*, Volume 24, Issue 1, 2007.

Documents and Cases

22. Amnesty International. Autonomous Weapons Systems: Five Key Human Rights Issues for Consideration. London: Amnesty International Publications, May 2015, ACT 30/1401/2015. Available at: <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2023/05/ACT3014012015ENGLISH.pdf>
23. Amnesty International. This Is Real Life, Not Science Fiction: Why We Need a Treaty to Stop Killer Robots. Amnesty International USA, 2 November 2021. Retrieved from <https://www.amnestyusa.org/blog/this-is-real-life-not-science-fiction-why-we-need-a-treaty-to-stop-killer-robots>
24. Amnesty International. This Is Real Life, Not Science Fiction: Why We Need a Treaty to Stop Killer Robots. Amnesty International USA, 9 May 2025. Retrieved from <https://www.amnestyusa.org/blog/this-is-real-life-not-science-fiction-why-we-need-a-treaty-to-stop-killer-robots/>
25. Campaign to Stop Killer Robots. Key Elements of Meaningful Human Control. Geneva, 2021.
26. Docherty, Bonnie. "Lethal Autonomous Weapons and the Accountability Gap", *International Review of the Red Cross*, 102(914), 2020, PP 507–534.

27. Ekelhof, Merel. "Autonomous Weapons: Operationalizing Meaningful Human Control." Humanitarian Law & Policy Blog (ICRC), 15 August 2018. Available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/08/15/autonomous-weapons-operationalizing-meaningful-human-control/>
28. Gaeta, Paola. Autonomous Weapon Systems and the Alleged Responsibility Gap. In Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, expert meeting, Versoix, Switzerland, 15–16 March 2016. Report. International Committee of the Red Cross.
29. Human Rights Committee (United Nations). General Comment No. 36 on Article 6 of the ICCPR: The Right to Life. UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30 October 2018.
30. Human Rights Watch & International Human Rights Clinic (Harvard Law School). Heed the Call: A Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots. New York: HRW, 2020.
31. Human Rights Watch & International Human Rights Clinic (Harvard Law School). Killer Robots and the Concept of Meaningful Human Control. 11 April 2016. Available at: <https://www.hrw.org/news/2016/04/11/killer-robots-and-concept-meaningful-human-control>
32. Human Rights Watch & International Human Rights Clinic (Harvard Law School). A Hazard to Human Rights: Autonomous Weapons Systems and Digital Decision-Making. New York: HRW, 28 April 2025. Available at: <https://www.hrw.org/report/2025/04/28/hazard-human-rights/autonomous-weapons-systems-and-digital-decision-making/>
33. Human Rights Watch & International Human Rights Clinic (Harvard Law School). Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots. New York: HRW, 9 April 2015. Available at: <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots/>
34. Human Rights Watch and Harvard Law School's International Human Rights Clinic Making the Case: The Dangers of Killer Robots and the Need for a Preemptive Ban, November 2016, Available at: <https://www.hrw.org/report/2016/12/09/making-case/dangers-killer-robots-and-need-preemptive-ban/>
35. Human Rights Watch. Losing Humanity: The Case Against Killer Robots. New York: HRW, 2012. Available at: <https://searchworks.stanford.edu/view/9943181/>
36. Human Rights Watch. Statement on Meaningful Human Control, CCW Meeting on LAWS, 11 April 2018. Available at: <https://www.hrw.org/news/2018/04/11/statement-meaningful-human-control-ccw-meeting-lethal-autonomous-weapons-systems/>
37. International Committee of the Red Cross (ICRC). Views of the ICRC on Autonomous Weapon Systems. Statement to CCW Meeting of Experts on LAWS, Geneva, April 2015.
38. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). UN General Assembly Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, Article 6.
39. OHCHR. Report on Lethal Autonomous Weapons Systems. A/HRC/48/22, 2021.
40. United Nations Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions (Christof Heyns). UN Doc. A/HRC/23/47, 9 April 2013. Available at: <https://undocs.org/A/HRC/23/47/>
41. United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Autonomous Weapons Systems and International Law. No. 26, 2020.
42. United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Background on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Convention on Certain Conventional Weapons (CCW). Geneva: UNODA, 2022.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Basis of Civil Liability of Factors Related to the Performance of Artificial Intelligence Systems in European Union Documents and Iranian Law

Same'il Keshavarz Safi'e¹ 

Highlights

- The liability of the AI producer in the PLD is no-fault liability.
- According to Article 3 and 4 of proposal AILD 28.09.2022, the liability of the AI provider and deployer is presumed fault-based liability (Rebuttable Presumption of causation) for high-risk systems and fault-based liability for low-risk systems.
- Iranian law requires the establishment of a specific law for the harmful operation of AI.

ABSTRACT

Introduction

The development of computer science since the mid-twentieth century has led to the formation of the phenomenon of artificial intelligence. Today, artificial intelligence, by using precise calculations, access to very large volumes of information, and a lower error rate, has demonstrated its superiority over human performance in thinking and decision-making in many fields. However, this development has also brought risks with it. One of these risks is the issue of compensation for damages resulting from the behavior of artificial intelligence systems, as well as the basis for civil liability resulting from their harmful actions. The emergence of damages caused by artificial intelligence systems has led to the tendency of lawyers and legislators in various countries to establish special regulations regarding human factors related to artificial intelligence activities, from the production and manufacturing process to its use in relationships between humans. The European Union is one of the leading regions in regulating civil liability arising from the operation of AI. This article seeks to comprehensively examine various EU documents separately in the field of civil liability, factors related to the performance of artificial intelligence systems, and compare the current Iranian legal system with EU documents. In the final step, a proposed solution to address the shortcomings and criticisms of EU documents as well as the Iranian legal system will be examined.

Methods

The main research method in this study is a descriptive-analytical method. The sources required in this study have been collected through library methods and by referring to reliable databases and websites. The main goal of this study is to determine the basis for civil liability of various factors related to the performance of artificial intelligence systems. In this context, two legal systems of the European Union and

How to Cite: Keshavarz Safi'e, Same'il, "The Basis of Civil Liability of Factors Related to the Performance of Artificial Intelligence Systems in European Union Documents and Iranian Law", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:267-288.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235893.2736>

Received: 03/06/2024-Accepted: 10/05/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Qazvin Branch, Qazvin, Iran
Corresponding Author Email: keshavarzmaeil@gmail.com



Copyright: © 2025 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/>).

Iran were selected. Regarding the European Union, various documents were studied, such as the 2020 European Parliament Resolution, the 2022 PLD Proposed Directive on Defective Products, as well as the 2022 AILD Proposed Directive. Also, despite the lack of a specific law in Iranian law regarding civil liability arising from the performance of artificial intelligence, the capacities of related laws such as the Consumer Protection Law and the E-Commerce Law to respond to the harmful performance of artificial intelligence were examined.

Results and Discussions

European Union documents are one of the leading legal documents in the field of regulation regarding the obligations, requirements and responsibilities of various factors related to the performance of artificial intelligence systems. In short, Resolution 2020, PLD's proposal and instructions for artificial intelligence producers, contains a no-fault liability system. But regarding providers and users of artificial intelligence AILD Directive And the artificial intelligence Act 2024 is proportional to the degree of risk of artificial intelligence systems, including liability based on fault (presumed fault for high-risk systems). However, due to the differences between documents regarding the basis of civil liability of various factors, as well as the interference and mixing in the definition of some titles such as producer, operator and provider, the preparation of a single recipe for the precise definition of each of the titles and determining the basis of civil liability of each one of factors are suggested separately to resolve the ambiguity and complexity of these documents. Regarding the laws of Iran, the current laws do not have the ability to respond to the challenges and harms of the emerging phenomenon of artificial intelligence and the progress of this technology and the degrees of danger and harm they cause, and the need to enact a comprehensive law to determine the legal framework and civil responsibility of each of the factors related to the performance of artificial intelligence appears to be an urgent matter. Until then, the provisions of the Consumer Protection Act And the Law of Electronic Commerce and Note 2 of Article 526 of the Islamic Punishment Act of Iran will rule regarding the harmful behavior of artificial intelligence systems, that due to some conflicts and deficiencies, the amendment of the conflicting articles and the addition of amendments to the mentioned laws in order to properly cover the types and Various degrees of high-risk and low-risk artificial intelligence systems will be essential. In summary, in the field of Iranian law, the author suggests two suggestions: 1- The most appropriate solution is to regulate the rules governing the civil liability of artificial intelligence systems in a specific manner. The 2024 Artificial Intelligence Law and its instructions can be a useful and appropriate guide for establishing regulations in this field. 2- The second suggestion (in case the first proposal cannot be implemented), regarding the civil liability of manufacturers (including suppliers) of artificial intelligence systems, is to eliminate the conflict between the note to Article 2 and Articles 18 and 19 of the Consumer Protection Law by amending the note to Article 2 and removing the condition that the supplier be aware of the defect in production, in order to establish a system of liability without fault for manufacturers and suppliers of artificial intelligence systems.

Conclusion

The 2020 Resolution, the PLD Proposal 2022 for AI Producers contain a system of no-fault (strict) liability. However, for AI Providers and Deployers, the AILD Directive and the AI Act 2024 contain, in proportion to the degree of risk of AI systems, presumed fault-based liability for high-risk systems and fault-based liability for low-risk systems. In the current Iranian legal system, the Consumer Protection Law can be considered to include no-fault liability of the manufacturer (including the supplier) of defective artificial intelligence systems by removing the note in Article 2 of this law. With respect to users of artificial intelligence systems, Article 78 of the Electronic Commerce Law and Note 2 of Article 526 of the Islamic Penal Code cannot, in the current situation, respond to the risk levels of artificial intelligence systems.

KeyWords: Artificial Intelligence, High Risk Systems, Strict Liability, Provider, Deployer, Fault



مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا و حقوق ایران

اسماعیل کشاورز صفی‌ئی^۱

نکات برجسته

- مسئولیت تولیدکننده هوش مصنوعی در دستورالعمل PLD، مسئولیت بدون تقصیر است.
- طبق مواد ۳ و ۴ لایحه AILD مورخ ۲۸ سپتامبر ۲۰۲۲، مسئولیت ارائه‌دهنده و بکارگیرنده هوش مصنوعی، مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض (فرض رابطه سببیت قابل رد) برای سیستم‌های پرخطر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای سیستم کم خطر است.
- حقوق ایران، نیازمند وضع قانون اختصاصی برای عملکرد زبان‌بار هوش مصنوعی است.

چکیده

در اسناد اتحادیه اروپا با توجه به تعیین مسئولیت مدنی (بدون تقصیر) متمایز برای تولیدکننده فرآورده معیوب از زمان تصویب دستورالعمل (PLD) از ۱۹۸۵، مسئولیت تولیدکنندگان هوش مصنوعی نیز در سال ۲۰۲۲ با بازنگری پیشنهادی همان دستورالعمل بر پایه مسئولیت بدون تقصیر تنظیم گردید. نسبت به ارائه‌دهندگان و بکارگیرندگان سیستم‌های هوش مصنوعی به دلیل فقدان سابقه پیشین قانون‌گذاری، دستورالعمل پیشنهادی جدید و جداگانه‌ای موسوم به AILD در سال ۲۰۲۲ و قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ بر مبنای درجه خطر تنظیم شد که برخلاف تولیدکننده، بر پایه مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض برای سیستم‌های پرخطر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای سیستم‌های کم خطر استوار است. با وجود این، نوعی ابهام و هم‌پوشانی در دامنه شمول برخی عناوین نظیر تولیدکننده، اپراتور، ارائه‌دهنده در این اسناد به چشم می‌خورد. در نظام حقوقی کنونی ایران، قانون حمایت از مصرف‌کننده می‌تواند با حذف شرط آگاهی از تبصره ماده ۲ این قانون، متضمن مسئولیت بدون تقصیر تولیدکننده (شامل عرضه‌کننده) سیستم‌های هوش مصنوعی معیوب تلقی شود. درباره به‌کارگیرندگان سیستم‌های هوش مصنوعی ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیکی و تبصره ۲ ماده ۵۲۶ ق.م.ا در وضع کنونی نمی‌تواند پاسخ‌گوی درجات ریسک سیستم‌های هوش مصنوعی باشد. پیشنهاد نگارنده به‌مانند طبقه‌بندی حاکم بر اسناد اتحادیه اروپا، وضع قوانین جدید یا اصلاح قوانین با تکیه بر نظام مسئولیت بدون تقصیر برای تولیدکنندگان، مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض برای ارائه‌دهندگان و به‌کارگیرندگان سیستم‌های پرخطر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای سیستم‌های کم خطر است.

کلید واژگان: هوش مصنوعی، سیستم‌های پرخطر، مسئولیت محض، ارائه‌دهنده، به‌کارگیرنده، تقصیر.

استناد به این مقاله: کشاورز صفی‌ئی، اسماعیل، «مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۶۷-۲۸۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235893.2736>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد قزوین، قزوین، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: keshavarzsmail@gmail.com

Copyright: © 2025 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

توسعه دانش کامپیوتری از اواسط قرن بیستم منجر به شکل‌گیری پدیده هوش مصنوعی گردید. به گونه‌ای که امروزه هوش مصنوعی با برخورداری از توانایی محاسباتی دقیق و دسترسی به حجم داده‌های اطلاعاتی بسیار بالا و ضریب خطای کمتر، برتری خود را نسبت به عملکرد انسان در تفکر و تصمیم‌گیری در بسیاری از زمینه‌ها را نشان داده است. با وجود این، این توسعه مخاطراتی نیز با خود به همراه داشته است. یکی از این مخاطرات مقوله جبران خسارت ناشی از رفتار سیستم‌های هوش مصنوعی و همچنین مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیان‌بار آنهاست. بروز مخاطرات و آسیب‌های ناشی از سیستم‌های هوش مصنوعی زمینه‌ساز گرایش تدریجی حقوق‌دانان و قانون‌گذاران در کشورهای مختلف به منظور مواجهه حقوقی و وضع قواعد و مقررات ویژه‌ای در خصوص عوامل انسانی مرتبط با فعالیت هوش مصنوعی از فرایند تولید و ساخت تا به کارگیری آن در روابط میان انسان‌ها شد. در این میان یکی از محدوده‌های جغرافیای پیشرو در زمینه مقررات‌گذاری در خصوص مکانیسم حقوقی حاکم بر مراحل تولید تا به کارگیری هوش مصنوعی، اتحادیه اروپاست. تاجایی که جامع‌ترین قانون حاکم بر هوش مصنوعی در جهان در سال ۲۰۲۴ توسط اتحادیه اروپا تصویب شد.

باتوجه به اینکه این اسناد در چند سال اخیر به تصویب رسیده یا در جریان تصویب است، در آثار پژوهشی ایران (شامل کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها) مقایسه تطبیقی جامعی میان مبنای مسئولیت مدنی هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا و وضعیت کنونی نظام حقوقی ایران به عمل نیامده است. بلکه تمرکز بیشتر بر تحلیل‌های حقوق دانان در خصوص ماهیت (تلقی هوش مصنوعی به منزله محصول، شیء تحت تصرف، شخص تحت مراقبت یا شخص مستقل) و تحلیل مبنای مسئولیت مدنی هوش مصنوعی بر پایه قواعد عمومی بوده است. مقالاتی نظیر: ۱- ضمان در هوش مصنوعی؛^۱ ۲- مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات‌های حاوی هوش مصنوعی خودمختار ۱۳۹۸؛^۲ ۳- بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات؛^۳ ۴- امکان‌سنجی مسئولیت مدنی هوش مصنوعی عمومی ناشی از ایجاد ضرر در حقوق مدنی.^۴ از رساله‌های دکتری و کتاب‌های مرتبط نیز می‌توان به این موارد اشاره نمود: ۱- مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از استفاده از هوش مصنوعی در حقوق ایران و کشورهای اتحادیه اروپا که بر مبحث ربات‌های هوشمند متمرکز بوده است؛^۵ ۲- امکان‌سنجی اعطای شخصیت حقوقی به هوش مصنوعی. در آثاری هم به‌طور مختصر به بررسی مقررات اتحادیه اروپا در خصوص هوش مصنوعی پرداخته شده است، مانند: ۱- ماهیت و مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هوش مصنوعی در حقوق ایران و کشورهای اتحادیه اروپا؛^۶ ۲- چالش‌های مسئولیت مدنی هوش مصنوعی در نظام حقوقی ایران؛ با نگاهی به مقررات‌گذاری در اتحادیه اروپا.

آنچه نوآوری این مقاله محسوب می‌شود و بر غنای پژوهش در آثار پیشین خواهد افزود، بررسی جامع اسناد مختلف اتحادیه اروپا به صورت مجزا در زمینه مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی و مقایسه

۱. رجبی، عبدالله، «ضمان در هوش مصنوعی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۸.

۲. حکمت‌نیا، محمود، مرتضی محمدی و محسن واثق، «مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات‌های حاوی هوش مصنوعی خودمختار»، *فصلنامه حقوقی/اسلامی*، دوره ۱۶، شماره ۶۰، ۱۳۹۸.

۳. نظرپور، حمزه، علی‌اکبر ایزدی فرد و محمد محسنی دهکلانی، «بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات»، *فصلنامه فقه و اصول*، دوره ۵۳، شماره ۴، ۱۴۰۰.

۴. ولی‌پور، علی و محسن اسماعیلی، «امکان‌سنجی مسئولیت مدنی هوش مصنوعی عمومی ناشی از ایجاد ضرر در حقوق مدنی»، *فصلنامه اندیشه حقوقی معاصر*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۴۰۰.

۵. ذاکری‌نیا، حانیه، «ماهیت و مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هوش مصنوعی در حقوق ایران و کشورهای اتحادیه اروپا»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۲۰، شماره ۱، ۱۴۰۲.

نظام حقوقی ایران در وضعیت کنونی با اسناد اتحادیه اروپاست. در گام پایانی نیز راهکار پیشنهادی نسبت به رفع نواقص و انتقادات وارد بر اسناد اتحادیه اروپا و همچنین نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم و انواع هوش مصنوعی

مفهوم هوش مصنوعی دارای تعاریف متعددی نزد متخصصان و اندیشمندان این حوزه است. تعاریفی که می‌توان آن را در چهار محور خلاصه نمود: ۱- تفکر انسان‌گونه، ۲- رفتار انسان‌گونه، ۳- تفکر عقلانی (منطقی)، ۴- رفتار عقلانی (منطقی).^۱ هوش مصنوعی، بنا بر تعریف چهارم (رفتار منطقی) که مبتنی بر عقلانیت ابزاری (شناسایی بهترین ابزار جهت حداکثرسازی اهداف مورد نظر) و مقبول‌ترین تعریف نزد متخصصان است، هوش نمایش داده‌شده توسط ماشین‌ها و سیستم‌های کامپیوتری است که ماشین‌ها را قادر می‌سازد تا محیط خود را درک کنند و از یادگیری و هوش برای انجام اقداماتی استفاده کنند که شانس دستیابی به اهداف تعریف‌شده را به حداکثر برساند.^۲

عقلانیت ابزاری حاکم بر تعریف هوش مصنوعی (گزینش عقلانی ابزار مناسب جهت بهینه‌سازی اهداف) در تعریف مندرج در بند ۱ ماده ۳ قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ اتحادیه اروپا نیز به چشم می‌خورد. مطابق این بند، سیستم هوش مصنوعی به معنای سیستم مبتنی بر ماشین است که برای عملکرد با سطوح مختلف استقلال طراحی شده است و می‌تواند پس از استقرار سازگاری نشان دهد و برای تحقق اهداف صریح یا ضمنی، از ورودی‌ای که دریافت می‌کند، خروجی‌هایی مانند پیش‌بینی‌ها، محتوا، توصیه‌ها یا تصمیماتی تولید کند که می‌تواند بر محیط‌های فیزیکی یا مجازی تأثیر بگذارد.^۳ تعریفی که به تعریف جان مک کارتی، پدر هوش مصنوعی، مبنی بر توانایی دستیابی به اهداف در جهان به‌منظور تأثیرگذاری بر آن نزدیک است.^۴ هوش مصنوعی به مثابه عامل دارای رفتار عقلانی، متأثر از طبقه‌بندی بر جای مانده از جان سرل، فیلسوف مشهور آمریکایی، به دو طیف هوش مصنوعی ضعیف و قوی تقسیم می‌شود. منظور از هوش مصنوعی محدود یا ضعیف^۵ هوشی است که صرفاً بخش محدودی از توانمندی‌های ذهنی یا کارکرد یا عملکرد محدودی را می‌تواند پیاده‌سازی کند. در مقابل هوش مصنوعی قوی به دو دسته هوش مصنوعی عمومی و ابرهوشمند تقسیم می‌شود. هوش مصنوعی عمومی هوشی است که با توانایی اعمال هوش برای هر مشکلی، به جای یک مشکل خاص طراحی شده است. هوش مصنوعی ابر هوشمند نیز ماشینی با هوش بسیار برتر نسبت به انسان معمولی است که دارای آگاهی، احساس و ذهن است.^۶ بنابر نظر اندیشمندان، سیستم‌های هوش مصنوعی فعلی حتی در پیشرفته‌ترین حالت خود، نوعی هوش مصنوعی ضعیف‌اند و مادام که به مرحله آگاهی، خودآگاهی، احساس، و قصدمندی نرسیده باشند، قادر به ورود به هوش مصنوعی قوی نخواهند بود.^۷

^۱. Russell, Stuart and Peter Norvig. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Hoboken: Pearson, Fourth Edition, 2022, PP 4-10.

^۲. Ibid.

^۳. Article 3: Definitions: AI system'

^۴. McCarthy, John. "What is AI?", Available at: <https://www.formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>, 2007, P 2.

^۵. Weak (Narrow) AI

^۶. Bory, Paolo; Simone Natale; and Christian Katzenbach. "strong and weak AI narratives: an analytical framework", *AI & SOCIETY*, Volume 40, Issue 4, 2024, PP 1-2.

^۷. Searle, J. *Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power*. Columbia University Press, 2007. PP 326-330/ Bory, Op. Cit./ Bartneck, Christoph; Christoph Lütge; Alan Wagner; and Sean Welsh. *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Springer Briefs in Ethics, 2021, P 10.

فقدان این ویژگی‌ها سبب گردید اتحادیه اروپا در قطعنامه ۲۰۲۰ عاملیت و مسئولیت‌پذیری مستقل سیستم‌های هوش مصنوعی ضعیف را منتفی نماید و عوامل انسانی مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی را مسئول جبران خسارت وارده از ناحیه سیستم بداند. مطابق بند ۷ قطعنامه^۱ تمام فعالیت‌های فیزیکی یا مجازی، دستگاه‌ها یا فرایندهایی که توسط سیستم‌های هوش مصنوعی هدایت می‌شوند، ممکن است از نظر فنی عامل مستقیم (مباشر) یا غیرمستقیم (سبب) آسیب باشند؛ اما باوجود این، این سیستم‌های هوشمند نتیجه مداخله عوامل انسانی در ساخت، استقرار، راه‌اندازی و عملکرد آنها هستند. در این خصوص، قطعنامه خاطرنشان می‌کند که لازم نیست به سیستم‌های هوش مصنوعی شخصیت حقوقی داده شود، چراکه عدم شفافیت، اتصال و استقلال سیستم‌های هوش مصنوعی می‌تواند ردیابی اقدامات مضر خاص سیستم‌های هوش مصنوعی را در ورودی‌های خاص انسانی یا تصمیم‌گیری در طراحی، در عمل بسیار دشوار یا حتی غیرممکن کند. بر همین اساس، مطابق با مفاهیم مسئولیت پذیرفته‌شده، با مسئول ساختن افراد مختلف در کل زنجیره ارزش، که خطر مرتبط با سیستم هوش مصنوعی را ایجاد، حفظ یا کنترل می‌کنند، می‌توان این مانع را دور زد. بنابراین، با پرهیز از انتساب مسئولیت به هوش مصنوعی ضعیف، به بررسی مبنای مسئولیت مدنی عوامل انسانی مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی نسبت به خسارت وارده به اشخاص می‌پردازیم.

۲. مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در اسناد اتحادیه اروپا

مطالعه نظام‌های حقوقی معاصر در باب مبنای مسئولیت مدنی حاکی از وجود دو مبنای عمده است: ۱. مسئولیت مبتنی بر تقصیر^۲ در نظام حقوق نوشته و مسئولیت مبتنی بر بی‌احتیاطی^۳ در کامن‌لا؛ ۲. مسئولیت بدون تقصیر^۴ در حقوق نوشته که در کامن‌لا تحت عنوان مسئولیت محض^۵ یاد می‌شود. ۶. این مبانی در آثار حقوق‌دانان و همچنین برخی از مصوبات کشورهای مختلف در زمینه سیستم‌های هوش مصنوعی نیز به چشم می‌خورد. ۷. مبنای دیگری که حد فاصل میان این دو مبنا محسوب می‌شود نیز وجود دارد که همانا مسئولیت مبتنی بر فرض تقصیر^۸ (تقصیر مفروض) است. ۹. همان‌طور که مبنای شکل‌گیری مسئولیت بدون تقصیر (مسئولیت محض) و مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض در قرن بیستم در نظام‌های حقوق اروپای قاره‌ای و کشورهای انگلیسی‌زبان، عمدتاً ایجاد محیط‌ها و فعالیت‌های خطرناک و آسیب‌زا و شکل‌گیری نظریه خطر به‌منظور تسهیل زیان‌دیده در مطالبه جبران خسارت بود، ۱۰. گسترش فزاینده قابلیت‌های سیستم‌های هوش مصنوعی و خطرآفرینی و آسیب‌های نوین ناشی از عدم شفافیت، پیچیدگی، پیش‌بینی‌ناپذیری و

^۱. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence, 7/ <https://www.europeanlawblog.eu/pub/refusing-to-award-legal-personality-to-ai-why-the-european-parliament-got-it-wrong/release/1/>

^۲. Fault-based Liability Liability and Artificial Intelligence

^۳. Negligence Liability

^۴. No-Fault Liability

^۵. Strict Liability

^۶. Zein, Sarah. "The Civil Liability for Artificial Intelligence", *BAU Journal-Journal of Legal Studies*, 2022, P 5-6/ Eric Tjong Tjin Tai. "Liability for AI Decision Making", In: L.A. DiMatteo, C. Poncibò and M. Cannarsa. *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge University Press, 2022, PP 116-131.

^۷. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf/](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf/)

^۸. presumption of fault

^۹. Tambiama, Madiaga. "EPRS | European Parliamentary Research Service", 2023, PP 4-8.

^{۱۰}. کشاورز، اسماعیل، *حقوق مسئولیت مدنی*، تهران: امجد، ۱۴۰۳، صص ۱۰۴، ۸۸.

دسترس‌ناپذیری^۱ داده‌های هوش مصنوعی، موجب طبقه‌بندی انواع سیستم‌های هوش مصنوعی بر اساس درجه خطر و طرح‌اندازی رژیم مسئولیت مدنی متناسب با درجه خطر سیستم‌ها گردیده است.^۲ اتحادیه اروپا پیشگام وضع مقررات جامع در زمینه مسئولیت مدنی سیستم‌های هوش مصنوعی بوده است. مطالعه دقیق اسناد این اتحادیه بیانگر وجود سه مبنای فوق‌الذکر در خصوص عوامل انسانی دخیل در بروز خسارت ناشی از عملکرد هوش مصنوعی است. بررسی دقیق اسناد اتحادیه اروپا در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از سیستم‌های هوش مصنوعی، حاکی از وجود پنج سند بسیار مهم در این زمینه است:

۱. قطعنامه ۲۰۲۰ پارلمان اروپا در خصوص نظام مسئولیت مدنی ناشی از هوش مصنوعی.^۳
 ۲. دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۲۱ مقررات پارلمان اروپا و شورا در مورد مسئولیت عملکرد سیستم هوش مصنوعی.^۴
 ۳. دستورالعمل پیشنهادی اصلاحی ۲۰۲۲ در خصوص مسئولیت مدنی تولیدکنندگان که به‌طور اختصار به PLD شهرت دارد.^۵ هدف از این اصلاحیه تحت شمول قرارگرفتن مسئولیت سازندگان سیستم‌های هوش مصنوعی نسبت به خسارت ناشی از عیوب تولید بود.
 ۴. دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۲۲ در خصوص قواعد مسئولیت مدنی غیرقراردادی ارائه‌دهندگان و به‌کارگیرندگان هوش مصنوعی که به‌اختصار AILD نامیده می‌شود.^۶
 ۵. قانون اروپایی هوش مصنوعی ۲۰۲۴.^۷
- باتوجه‌به اتخاذ رویکردهای نسبتاً متفاوت در هریک از اسناد فوق در خصوص مبنای مسئولیت مدنی خسارات ناشی از عملکرد هوش مصنوعی، در ادامه به‌اختصار به بررسی مجزای هریک از اسناد فوق می‌پردازیم:

۲.۱. مبنای مسئولیت مدنی در قطعنامه ۲۰۲۰ و پیش‌نویس اصلاحی ۲۰۲۱ پارلمان اروپا

در قطعنامه ۲۰۲۰ برای سه دسته از اشخاص، مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده است:

- ۱- تولیدکنندگان: مطابق بند ۸ قطعنامه مفهوم «تولیدکننده»^۸ شامل تولیدکنندگان،^۹ توسعه‌دهندگان،^{۱۰} برنامه‌نویسان،^{۱۱}

^۱. Lack of transparency, Opacity, complexity, Unpredictability, inaccessibility

^۲. Hacker, Philipp. "The European AI Liability Directives Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future", *Computer Law*, 2023, PP 4-6,16,19-20,32-34/ Liorca, David Fern'andez; Vicky Charisi; Ronan Hamon; Ignacio Sánchez; and Emilia Gómez. "Liability Regimes in the Age of AI: A Use, Case Driven Analysis of the Burden of Proof", *Journal of Artificial Intelligence Research*, Volume 76, 2023, PP 613-644.

^۳. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence.

^۴. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for the operation of Artificial Intelligence-systems.

^۵. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products ('the PLD Proposal').

^۶. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting noncontractual civil liability rules to artificial intelligence ('the AILD Proposal').

^۷. European Artificial Intelligence Act (AI Act)2024.

^۸. Producer

^۹. Manufacturers

^{۱۰}. Developers

^{۱۱}. Programmers

ارائه‌دهندگان^۱ خدمات و همچنین اپراتورهای (متصدیان)^۲ است. در بند مذکور نظام مسئولیت محض (بدون تقصیر) نسبت به تولیدکننده نسبت به خسارات ناشی از مصرف تولیدات معیوب^۳ ۱۹۸۵ برای تسری به سیستم‌های هوش مصنوعی به‌عنوان نوعی فرآورده یا کالای دیجیتال پیش‌بینی شده است.^۴

۲- اپراتورهای سیستم‌های هوش مصنوعی پرخطر: در قطعنامه ۲۰۲۰، سیستم‌های هوش مصنوعی بر پایه درجه ریسک یا خطر، به دو دسته سیستم‌های پرخطر و کم‌خطر^۵ طبقه‌بندی شده‌اند. مطابق بند ۱۴ قطعنامه ۲۰۲۰، اپراتورهای هوش مصنوعی دارای خطر و ریسک آسیب‌زنی بالا، مشمول نظام مسئولیت محض و بدون تقصیرند.^۶ همین رویکرد در بند ۱ ماده ۴ پروپوزال ۲۰۲۱ نیز تکرار شده است. مطابق این بند اپراتور یک سیستم هوش مصنوعی پرخطر به‌طور محض (بدون تقصیر)، مسئول هرگونه آسیبی است که توسط یک فعالیت فیزیکی یا مجازی، دستگاه یا فرایندی که توسط آن سیستم هوش مصنوعی هدایت می‌شود، ایجاد شده باشد.^۷

۳- اپراتورهای سیستم‌های کم‌خطر: طبق بند ۲۰ قطعنامه، اپراتورهای سیستم‌های هوش مصنوعی فاقد ریسک بالا، دارای مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض‌اند؛ بدین ترتیب که زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر اپراتور ندارد و تقصیر او مفروض گرفته شده است؛ باوجود این اپراتور می‌تواند با اثبات بی‌تقصیری خود از مسئولیت مبرا شود. همین رویکرد در بندهای اول و دوم ماده ۸ پروپوزال ۲۰۲۱ نیز به چشم می‌خورد.^۸ در بند یک این ماده مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای اپراتورهای سیستم‌های کم‌خطر پیش‌بینی شده است؛ اما باتوجه به بند ۲ این ماده که اثبات بی‌تقصیری از سوی اپراتور را به‌عنوان شرط رهایی از مسئولیت به‌شمار می‌آورد، می‌توان گفت، نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض درخصوص این اپراتورها حاکم است؛ چراکه بار اثبات بی‌تقصیری را برعهده اپراتور گذاشته و زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر اپراتور ندارد.^۹ در مجموع می‌توان گفت مفاد قطعنامه حاوی رویکرد حمایتی از مصرف‌کنندگان زیان‌دیده از فناوری‌های هوشمند است و سیاستی سخت‌گیرانه نسبت به تولیدکنندگان و اپراتورهای هوش مصنوعی در برابر اشخاص زیان‌دیده دارد. مسئله‌ای که در دستورالعمل‌های پیشنهادی بعدی به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاران و تولیدکنندگان فناوری‌های هوشمند جهت تداوم پیشرفت این تکنولوژی و آفرینش فناوری‌های پیشرفته‌تر مورد تعدیل قرار گرفت.

۲.۲. مبنای مسئولیت مدنی در دستورالعمل پیشنهادی بازنگری PLD

در سال ۲۰۲۲ کمیسیون هوش مصنوعی اروپا در اجرای مصوبات قطعنامه ۲۰۲۰ پارلمان اروپا، اقدام به تنظیم دو

1. Service Providers

2. Backend Operators

3. PLD (Product Liability Directive)

4. Li, Shu; Michael Faure; and Katri Havu. "Liability Rules for AI Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach", *European Journal of Risk Regulation*, Volume 13, Issue 4, 2022, P 618-624. / Koch, B. A. et al. "Response of the European Law Institute: Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence", *Journal of European Tort Law*, Volume 13, Issue 1, 2022, PP 25-63.

5. high-risk AI-systems/ Risk free system

6. Sousa Antunes, Henrique. "Civil Liability Applicable to Artificial Intelligence: A Preliminary Critique of the European Parliament Resolution of 2020", 2023/ Limongelli, R and A. Bertolini. "AI & Civil Liability", In: *Regulating Advanced Technologies*, Campano Edizioni, 2022, P 43-44/ Li, Faure and Havu. Op. Cit., P 622.

7. Article 4: Strict liability for high-risk AI-systems

8. Article 8: Fault-based liability for other AI-systems

9. Sousa, Op. Cit., P 2-4 / Limongelli and Bertolini. Op. Cit./ Li, Faure and Havu, Op. Cit.

دستورالعمل پیشنهادی درخصوص مسئولیت مدنی ناشی از خسارات هوش مصنوعی نمود که یکی از آنها دستورالعمل بازنگری شده مسئولیت محصول (PLD) بود. دلیل تنظیم دو دستورالعمل مجزا برای عوامل مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی این بود که مسئولیت مدنی بدون تقصیر تولیدکنندگان فراورده‌های معیوب از سال ۱۹۸۵ مشمول دستورالعمل اتحادیه اروپا گردید. بر همین اساس، در سال ۲۰۲۲ نیز همان دستورالعمل به منظور تحت شمول قرار دادن تولیدکنندگان سیستم‌های هوش مصنوعی مورد بازنگری قرار گرفت. اما نسبت به ارائه‌دهندگان و به کارگیرندگان سیستم‌های هوش مصنوعی، به دلیل فقدان سابقه پیشین و همچنین به دلیل به کارگیری مبنای مسئولیت مدنی متفاوت نسبت به تولیدکننده، دستورالعمل پیشنهادی جدیدی در سال ۲۰۲۲ (AILD) وضع گردید که بر پایه مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض برای سیستم‌های پرخطر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای سیستم‌های کم‌خطر استوار است. هدف پیشنهادی ارائه شده در سپتامبر ۲۰۲۲ مدرن کردن و توسعه دادن قوانین موجود در مورد مسئولیت محض (بدون تقصیر) تولیدکنندگان در قبال محصولات معیوب جهت تحت پوشش قرار دادن محصولات نرم‌افزاری هوش مصنوعی و حصول اطمینان از اینکه قربانیان زمانی که محصولات معیوب، از جمله محصولات نرم‌افزاری و دیجیتالی معیوب، باعث آسیب می‌شوند، بتوانند غرامت عادلانه دریافت کنند.^۱ به طور خلاصه مطابق مواد ۸ و ۹ دستورالعمل پیشنهادی بازنگری PLD، مبنای مسئولیت مدنی تولیدکننده بر اساس نکات ذیل، مسئولیت محض (بدون تقصیر) است:^۲ ۱- تعهد تولیدکننده به افشای شواهد و مدارک^۳ موردنظر خواهان در سیستم‌های هوش مصنوعی مطابق ماده ۸ دستورالعمل با اثبات ضروری و متناسب بودن شواهد ادعایی از سوی خواهان؛^۴ ۲- برقراری پیش فرض معیوب بودن محصول مطابق بند ۲ ماده ۹ دستورالعمل با اثبات عدم رعایت تولیدکننده در رعایت الزامات ایمنی و اثبات رابطه سببیت میان خسارت و عیب در تولید توسط خواهان؛^۵ ۳- پیش فرض رابطه سببیت میان عیب در تولید و خروجی سیستم‌های هوش مصنوعی مطابق بند ۳ ماده ۹ دستورالعمل.^۵

نکته قابل توجه اینکه مطابق بند ۱۱ ماده ۴ این دستورالعمل، تعریف تولیدکننده علاوه بر سازنده، شامل توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده نیز می‌شود. درحالی که تعریف ارائه‌دهنده در دستورالعمل AILD نیز شامل توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده می‌شود. همین مسئله از ابهامات موجود در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا است؛ زیرا همان‌طور که در بخش‌های آتی نیز خواهد آمد، دایره شمول برخی عناوین نظیر تولیدکننده، توسعه‌دهنده، ارائه‌دهنده و اپراتور با یکدیگر هم‌پوشانی دارد.

۲.۳. مبنای مسئولیت مدنی در دستورالعمل پیشنهادی AILD

در همان سال ۲۰۲۲، کمیسیون اروپا پیشنهادی را برای دستورالعمل مسئولیت مدنی هوش مصنوعی (AILD) ارائه کرده

^۱. Beatriz, Garcia. "The regulation of AI liability in Europe: a critical overview of two recent directive proposals– the (new) AILD and the (revised) PLD", *e-Publica*, Volume 11, Issue 3, 2024, PP 34-36

^۲. ligarska, iWona gredka. "In Search of Adequate Principles for AI Civil Liability", *Prawo i więź*, Volume 3, Issue 50, 2024, P 187.

^۳. Disclosure of evidence

^۴. European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, Feedback of the European Law Institute, P 19-20 / Hacker, Op. Cit., PP 7,28,40-42/ Gallage-Alwis, Sylvie; and Trainee Gaëtan Defer. "Proposal for a new EU Product Liability Directive What's likely to come?", *Signature Litigation*, No Date, PP 2-4/ Rimkutė, Deimantė. "Shaping Civil Liability in the Digital Age: AILD and the Revisited PLDCivilinės atsakomybės formavimas", *Teisė*, Volume 130, 2024, PP 132-134.

^۵. European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, Op. Cit. / Hacker, Op. Cit., P 7 / Rimkutė, Op. Cit., PP 134-136.

است که به دعاوی مسئولیت مطروحه از سوی مصرف‌کنندگان در قبال خسارت ناشی از محصولات و خدمات مجهز به هوش مصنوعی رسیدگی می‌کند. در زمینه مبنای مسئولیت مدنی، پیشنهاد این دستورالعمل با چرخشی آشکار نسبت به مبنای مسئولیت مدنی در قطعنامه ۲۰۲۰، برقراری نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر با هدف جبران خسارت مرتبط با هر نوع آسیب ناشی از سیستم‌های هوش مصنوعی است.^۱ بدین ترتیب حوزه صلاحیت PLD بازنگری شده درخصوص مسئولیت محض تولیدکنندگان سیستم‌های هوش مصنوعی در برابر خسارت ناشی تولید معیوب برای مصرف‌کنندگان است و قلمرو شمول AILD، مسئولیت مبتنی بر تقصیر ناظر بر ارائه‌دهنده و به‌کارگیرنده سیستم‌های هوش مصنوعی است. باوجود این، دستورالعمل پیشنهادی AILD به‌منظور تسهیل و مؤثر کردن فرایند جبران خسارت برای زیان‌دیده حاوی دو مکانیسم پیشنهادی است: ۱- اعطای حق به مدعیان برای افشای شواهد درمورد سیستم‌های هوش مصنوعی پرخطر، ۲، پیش‌فرض ابطال‌پذیر برقراری رابطه سببیت بین تقصیر خوانده و خروجی تولید شده توسط سیستم هوش مصنوعی یا عدم موفقیت (نقص) سیستم هوش مصنوعی برای تولید خروجی.^۲ در زمینه پیش‌فرض ابطال‌پذیر رابطه سببیت که با مقوله مبنای مسئولیت مدنی مرتبط است، این دستورالعمل میان سیستم‌های پرخطر و کم‌خطر تفکیک قائل گردیده است. درخصوص سیستم‌های پرخطر، مطابق بند ۱ ماده ۴ برقراری پیش‌فرض تقصیر ارائه‌دهنده و به‌کارگیرنده، منوط به اثبات سه مسئله ازسوی خواهان است: ۱- انطباق تقصیر خوانده با نقض تعهد به مراقبت^۳ مندرج در قوانین اتحادیه یا ملی؛ ۲- معقول بودن احتمال تأثیر تقصیر خوانده بر خروجی سیستم هوش مصنوعی؛ ۳- اثبات رابطه سببیت میان خروجی تولید شده و خسارت.^۴ درمورد ادعای خسارت مربوط به یک سیستم هوش مصنوعی که پرخطر نیست، مطابق بند ۵ ماده ۴ دستورالعمل، فرض مندرج در بند ۱ فقط در مواردی اعمال می‌شود که دادگاه ملی اثبات رابطه سببیت را برای مدعی بسیار دشوار بداند. به عبارت دیگر، مطابق این دستورالعمل پیش‌فرض تقصیر اصولاً درمورد سیستم‌های فاقد ریسک بالا به کار نمی‌رود و مسئولیت مبتنی بر تقصیر حاکم است، مگر اینکه از نظر دادگاه، اثبات رابطه سببیت میان تقصیر و خروجی سیستم هوش مصنوعی دشوار باشد که در این صورت، تقصیر ارائه‌دهنده یا به‌کارگیرنده هوش مصنوعی، مفروض تلقی خواهد شد.

نکته بسیار مهم درخصوص تفکیک قلمرو صلاحیت دستورالعمل پیشنهادی بازنگری PLD و دستورالعمل پیشنهادی AILD شناسایی اشخاص مشمول این دستورالعمل‌هاست. با مقایسه تعریفی که بند ۸ قطعنامه ۲۰۲۰ و بند ۱۱ ماده ۴ دستورالعمل PLD از عنوان تولیدکننده^۵ کرده است و تعریفی که بند ۳ ماده ۲ دستورالعمل AILD و بند ۳ ماده ۳ قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ از ارائه‌دهنده^۶ (شامل توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده سیستم هوش مصنوعی در بازار) نموده است، نوعی اختلاف درخصوص قلمرو صلاحیت این دو دستورالعمل درخصوص توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده سیستم هوش مصنوعی در بازار به چشم می‌خورد. بدین ترتیب که اگر توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده را داخل در عنوان تولیدکننده قرار دهیم، نظام مسئولیت محض (بدون تقصیر) نسبت به آن حاکم خواهد بود، ولی اگر آن را داخل در عنوان ارائه‌دهنده محسوب کنیم، نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر (پیش‌فرض تقصیر) اعمال خواهد شد.^۷ بدین ترتیب، می‌توان گفت یکی

¹. Tambiama, Op. Cit.

². Ziosi, M. et al. "The EU AI Liability Directive (AILD): Bridging Information Gaps", *European Journal of Law and Technology*, Volume 14, Issue 3, 2023, PP 2-5/ Hacker, Op. Cit., P 69.

³. Duty of care

⁴. Hacker, Op. Cit., PP 32-34 / Deimantè, Op. Cit., PP 135-136.

⁵. Producer

⁶. Provider

⁷. Li, Faure and Havu. Op. Cit., PP 8-13.

از انتقادات وارده بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا که کمتر بدان پرداخته شده است، مرزبندی مبهم و نادقیق دایره شمول تعاریف عوامل مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی است. مسئله‌ای که موجب ابهام در تعیین مبنای مسئولیت مدنی عناوین مرتبط نیز می‌شود.

۲.۴. مبنای مسئولیت مدنی سیستم‌های هوش مصنوعی در قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴

در قانون ۲۰۲۴ درخصوص مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با سیستم‌های هوش مصنوعی سخن صریحی به میان نیامده است. باوجود این با توجه به اینکه این قانون به مرحله تصویب رسیده است و با طبقه‌بندی انواع مختلف سیستم‌های هوش مصنوعی براساس درجه ریسک، تعهدات متناسب با آن را برای اشخاص مختلف مرتبط با هوش مصنوعی تدارک دیده است، دستورالعمل‌های پیشنهادی PLD و AILD جهت تصویب نهایی باید با مقررات قانون ۲۰۲۴ هماهنگ باشند. کما اینکه در دستورالعمل AILD در بسیاری موارد (نظیر تعریف ارائه‌دهنده و به‌کارگیرنده و تعهدات هر یک از اشخاص) به قانون هوش مصنوعی ارجاع داده است. بر همین اساس، در این قسمت به‌طور خلاصه ویژگی‌های برجسته این قانون که در شناسایی مبنای مسئولیت مدنی تأثیرگذار است، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱- دسته‌بندی عوامل مختلف مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی و طراحی چهارچوب تعهداتی متمایز برای هریک از آنها متناسب با درجه خطر یا نوع مدل سیستم هوش مصنوعی. در این قانون واژه اپراتور^۱ با تعریفی موسع شامل تمامی عوامل مختلف نظیر سازنده محصول، ارائه‌دهنده، به‌کارگیرنده، واردکننده و توزیع‌کننده^۲ می‌شود. مسئله‌ای که با توجه به تعاریف اپراتور در قطع نامه و دستورالعمل‌های ۲۰۲۲ موجب ابهام آفرینی شده است. چراکه این واژه در قطع نامه ۲۰۲۰ به مفهوم عامل دارای اختیار و کنترل‌کننده عملیات و عملکرد ورودی و خروجی سیستم هوش مصنوعی دلالت دارد که به دو دسته اپراتور پشتیبان و اپراتور برخط (جلوبی^۳) تقسیم می‌شود.^۴ اپراتور برخط شخص حقیقی یا حقوقی است که درجه‌ای از کنترل را بر ریسک مرتبط با عملیات و عملکرد سیستم هوش مصنوعی اعمال می‌کند و از عملکرد آن سود می‌برد. منظور از اپراتور پشتیبان ضروری را ارائه می‌کند و بنابراین درجه‌ای از کنترل را بر ریسک مرتبط با عملکرد می‌کند، داده‌ها و خدمات پشتیبانی ضروری را ارائه می‌کند و بنابراین درجه‌ای از کنترل را بر ریسک مرتبط با عملکرد و عملکرد سیستم هوش مصنوعی اعمال می‌کند. همچنین همان‌طور که در بخش پیشین ذکر شد، تعریف بند ۳ ماده ۳ این قانون از ارائه‌دهنده که متمرکز بر مفهوم توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده است با تعریف دستورالعمل PLD از تولیدکننده هم‌پوشانی دارد و این مسئله موجب ابهام در شناسایی دقیق مبنای مسئولیت مدنی نسبت به این عوامل تأثیرگذار گردیده است.

۲- طبقه‌بندی سیستم‌های هوش مصنوعی بر مبنای درجه ریسک یا خطر: در این قانون سیستم‌های هوش مصنوعی براساس درجه خطر یا ریسک (به معنای احتمال وقوع آسیب یا تشدید آن) به پنج دسته عمده تقسیم شده‌اند:

۱- سیستم‌های دارای استفاده ممنوع:^۵ مطابق ماده ۵ قانون هوش مصنوعی^۶ سیستم‌های هوش مصنوعی که قانون‌گذاران

^۱ Operator

^۲ Article 3; Definitions;(8): 'operator' means a provider, product manufacturer, deployer, authorised representative, importer or distributor.

^۳ Frontend and Backend Operator

^۴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html

^۵ Prohibited systems

^۶ Article 5 Prohibited AI practices

آن را خطری غیرقابل قبول برای ایمنی، امنیت و حقوق اساسی مردم می‌دانند در اتحادیه اروپا ممنوع خواهد شد.^۱ مانند امتیازدهی اجتماعی، دست‌کاری رفتاری شناختی، طبقه‌بندی بیومتریک.^۲

۲- سیستم‌های هوش مصنوعی پرخطر:^۳ مطابق ماده ۸ تا ۱۵ این قانون این سیستم‌ها موظف به رعایت الزامات انطباق^۴ هستند (در کنار سیستم‌های همه‌منظوره)، الزاماتی^۵ که شامل استقرار سیستم‌های مدیریت ریسک و کیفیت،^۶ پوشش‌دهی داده،^۷ نظارت انسانی، دقت، استحکام و امنیت سایبری،^۸ نظارت پس از بازار و نگهداری از اسناد فنی مورد نیاز،^۹ ثبت سوابق،^{۱۰} شفافیت و ارائه اطلاعات به به‌کارگیرندگان^{۱۱} و نظارت انسانی.^{۱۲}

۳- سیستم‌های هوش مصنوعی با خطر محدود:^{۱۳} در مقایسه با سیستم‌های پرخطر این گروه مشمول تعهدات شفافیت کمتری‌اند؛ مطابق ماده ۵۰ قانون^{۱۴} ۲۰۲۴، توسعه‌دهندگان و به‌کارگیرندگان برخی سیستم‌های هوش مصنوعی (چت‌ربات‌ها و دیپ‌فیک) باید اطمینان حاصل کنند که کاربران نهایی از اینکه در حال تعامل با هوش مصنوعی می‌باشند، آگاه‌اند.^{۱۵}

۴- سیستم‌های هوش مصنوعی کم‌خطر:^{۱۶} فراتر از ارزیابی اولیه ریسک و برخی الزامات شفافیت برای برخی از سیستم‌های هوش مصنوعی، قانون هوش مصنوعی هیچ تعهد اضافی را بر این سیستم‌ها تحمیل نمی‌کند، اما دعوت می‌کند شرکت‌ها به‌صورت داوطلبانه به کدهای رفتاری متعهد شوند.

۵- مدل‌های چندمنظوره هوش مصنوعی^{۱۷} (GPAI): از جمله مدل‌های پایه و هوش مصنوعی مولد می‌توان به Chat GPT اشاره کرد. مطابق مواد ۵۱ تا ۵۵ قانون ۲۰۲۴، ارائه‌دهندگان GPAI مشمول تعهداتی از جمله تهیه اسناد فنی، خط‌مشی حق چاپ و انتشار داده‌ها درمورد محتوای مورد استفاده برای آموزش‌اند. با این حال، ارائه‌دهندگان GPAI ممکن است برای نشان دادن انطباق، به کدهای عملی داوطلبانه، که توسط دفتر هوش مصنوعی اتحادیه اروپا منتشر می‌شود، پایبند باشند. سیستم‌های GPAI که حامل خطر سیستمی^{۱۸} هستند، باید برای ارزیابی مدل، ارزیابی مداوم و کاهش خطرات آماده شوند و کمیسیون اروپا را از چنین خطری مطلع کنند و گزارش‌دهی رویداد و اقدامات امنیت سایبری را اعمال

1. Heiss, Stefan. "Artificial Intelligence & Civil Liability light of the EU's AI Act and President Biden's Executive Order", *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, TTLF Working Papers No 112, 2024, P 7.

2. social scoring, cognitive behavioural manipulation, biometric categorisation

3. High-risk AI systems

4. Article 8 Compliance with the requirements

5. Requirements

6. Article 9 Risk management system

7. Article 10 Data and data governance

8. Article 15 Accuracy, robustness and cybersecurity

9. Article 11 Technical documentation

10. Article 12 Record-keeping

11. Article 13 Transparency and provision of information to deployers

12. Arcila, Beatriz Botero. "AI liability in Europe: How does it complement risk regulation and deal with the problem of human oversight?", *Computer Law & Security Review*, Volume 54, 2024, P 8/ Heiss, Op. Cit., PP 7-8.

13. Limited Risk AI Systems

14. Article 50: Transparency obligations for providers and deployers of certain AI systems

15. <https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/>

16. Minimal Risk AI Systems

17. GENERAL-PURPOSE AI MODELS

18. Systemic Risk

کنند.^۱ مطابق ماده ۹۹ قانون ۲۰۲۴، ارائه‌دهندگان نسبت به عدم اطلاع‌رسانی و کوتاهی در گزارش‌دهی مشمول مجازات^۲ خواهند داشت. منظور از خطر سیستمی، خطری است که مختص قابلیت‌های پرتأثیر مدل‌های هوش مصنوعی همه‌منظوره به دلیل دسترسی به آنهاست یا به دلیل تأثیرات منفی واقعی یا قابل پیش‌بینی بر سلامت عمومی، ایمنی، تأثیر قابل توجهی بر بازار اتحادیه، امنیت عمومی، حقوق اساسی، یا جامعه به‌عنوان یک کل دارد که می‌تواند در مقیاس در سراسر زنجیره ارزش تبلیغ شود.^۳

۳- طراحی چهارچوب تعهداتی متمایز برای هریک از عوامل مرتبط با سیستم هوش مصنوعی متناسب با درجه خطر سیستم: بخش عمده این قانون حاوی بررسی مفصل تعهدات هریک از ارائه‌دهندگان، به‌کارگیرندگان، واردکنندگان و توزیع‌کنندگان متناسب با درجه خطر سیستم هوش مصنوعی است. در مجموع چنانچه بخواهیم مبنای مسئولیت مدنی هریک از عوامل مرتبط با سیستم هوش مصنوعی مورد اشاره در این قانون را شناسایی کنیم، می‌توان گفت نسبت به ارائه‌دهندگان، به‌کارگیرندگان، واردکنندگان و توزیع‌کنندگان سیستم‌های ممنوع، مسئولیت محض حاکم است. نسبت به سیستم‌های پرخطر، سیستم‌های با خطر محدود و سیستم‌های چندمنظوره با خطر سیستمی، نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض، و در سیستم‌های کم‌خطر، مسئولیت مبتنی بر تقصیر برقرار است. به عبارت دیگر، در صورت تصویب نهایی دستورالعمل AILD، این دسته از اشخاص در هریک از سیستم‌های فوق، مشمول نظام مسئولیت مدنی مندرج در دستورالعمل خواهند بود. درخصوص سازندگان سیستم‌های هوش مصنوعی، که قانون هوش مصنوعی نسبت به تعهدات سازندگان اشاره ننموده است، به نظر می‌رسد که دستورالعمل PLD حاکم خواهد بود که در صورت تصویب نهایی بازنگری آن، شامل سازندگان سیستم‌های هوش مصنوعی خواهد شد. باوجود این، همان‌طور که گفته شد، باتوجه به قلمرو شمول عنوان تولیدکننده و اختلاط آن با تعریف ارائه‌دهنده در دستورالعمل AILD و قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ که بر دو عنوان توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده تمرکز دارد، در وضع کنونی نوعی ابهام در مبنای مسئولیت مدنی توسعه‌دهنده و عرضه‌کننده سیستم‌های هوش مصنوعی برقرار است و خروج از این ابهام مستلزم تعیین قانون حاکم بر توسعه‌دهندگان و عرضه‌کنندگان سیستم‌های هوش مصنوعی است.

۳. مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در حقوق ایران

نظام حقوقی ایران در حال حاضر مقررات صریحی درخصوص مسئولیت مدنی و حتی کیفری ناشی از رفتار سیستم‌های هوش مصنوعی ندارد. مسئله‌ای که باتوجه به پیشرفت و گسترش روزافزون کاربرد هوش مصنوعی در زمینه‌های مختلف و بروز آسیب‌ها و خسارات ناشی از آن، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. باوجود این، چنانچه بخواهیم مبنای مسئولیت مدنی ناشی از رفتار زیان‌بار سیستم‌های هوش مصنوعی را براساس ظرفیت کنونی نظام حقوقی ایران مورد سنجش قرار دهیم، باید به‌مانند اسناد حاکم بر اتحادیه اروپا، جایگاه مسئولیت مدنی تولیدکننده، ارائه‌دهنده و به‌کارگیرنده هوش مصنوعی را در قوانین ایران شناسایی کنیم. بر همین اساس، در این قسمت به بررسی مبنای مسئولیت مدنی هریک از عوامل مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی در چهارچوب ظرفیت کنونی نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

^۱. <https://maples.com/knowledge/ai-act-set-to-come-into-force-on-1-august-2024>.

^۲. Article 99: Penalties

^۳. Uuk, Risto; et al. "A Taxonomy of Systemic Risks from General-Purpose AI", *Computers and Society*, RAND Working Paper Series Forthcoming, 2024, P 3.

۳.۱. مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی در قانون حمایت از مصرف‌کننده

مهم‌ترین قانونی که در نظام حقوقی ایران به منظور پوشش‌دهی به عوامل مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ است. قلمرو شمول این قانون علاوه بر کالاها شامل خدمات و ارائه‌دهندگان خدمات نیز می‌شود. کلیدی‌ترین تعریف مندرج در قانون ۱۳۸۸، تعریف عنوان «عرضه‌کننده» کالا و خدمات است. مطابق بند ۲ ماده ۱ قانون ۱۳۸۸ «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، شامل کلیه تولیدکنندگان، واردکنندگان، توزیع‌کنندگان، فروشندگان کالا و ارائه‌کنندگان خدمات می‌شود. کارکرد تعریفی و دامنه شمول عرضه‌کننده در این قانون مانند تعریف اپراتور در قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ است؛ به گونه‌ای که شامل کلیه عوامل مرتبط با عملکرد سیستم هوش مصنوعی نظیر تولیدکننده، ارائه‌دهنده خدمات، واردکننده و توزیع‌کننده می‌شود. بنابراین، باتوجه به دامنه شمول واژه عرضه‌کننده بر تمام عناوین فوق‌الذکر، مسئولیت مدنی تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان سیستم‌های هوش مصنوعی به عنوان یک کالای دیجیتالی و نرم‌افزاری مشمول این قانون خواهد بود. بر همین اساس نیز بسیاری از حقوق‌دانان ایرانی در آثار خود، سیستم هوش مصنوعی را به عنوان نوعی فراورده و کالای تولیدی تلقی می‌نمایند و بر همین اساس مانند نظام حقوقی حاکم بر تولیدات معیوب در حقوق رومی و کامن‌لا، در صورت احراز عیب ناشی از طراحی یا عملکرد ربات‌های هوشمند و سیستم‌های هوش مصنوعی، بر مبنای نظام مسئولیت مدنی ناشی از مصرف تولیدات معیوب، مسئولیت را برعهده سازنده یا طراح آن تلقی می‌کنند.^۱ بر همین اساس، برخلاف اتحادیه اروپا، که حاوی دو دستورالعمل مجزا برای تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان هوش مصنوعی است، در حقوق ایران قانون حمایت از مصرف‌کننده می‌تواند هم شامل تولیدکنندگان و هم ارائه‌دهندگان خدمات سیستم‌های هوش مصنوعی باشد. حال با شناسایی قانون حاکم بر مسئولیت تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان هوش مصنوعی در ایران، در گام بعدی لازم است مبنای مسئولیت مدنی حاکم بر این قانون را مورد بررسی قرار داد. از نظر نویسنده در حقوق ایران شاهد تناقضی آشکار و قابل انتقاد در مواد قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ در خصوص مبنای مسئولیت تولیدکننده و ارائه‌دهنده کالای معیوب در برابر مصرف‌کننده هستیم و این تناقض در صورت تسری دادن مقررات این قانون به سیستم‌های دارای هوش مصنوعی، در این حوزه هم قابل ملاحظه خواهد بود. بدین ترتیب که از یک طرف مطابق تبصره ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کننده، «چنانچه خسارات وارده ناشی از عیب یا عدم کیفیت باشد و عرضه‌کنندگان به آن آگاهی داشته باشند، علاوه بر جبران خسارت، به مجازات مقرر در این قانون محکوم خواهند شد». تبصره مزبور مسئولیت تولیدکننده نسبت به خسارت ناشی از عیب کالا را منوط به آگاهی او از عیب یا بی‌کیفیتی کالا دانسته است. مقید کردن مسئولیت جبران خسارت عرضه‌کننده به مؤلفه آگاهی از عیب کالا، به منزله مقید کردن مسئولیت وی به تقصیر و اثبات آن از سوی زیان‌دیده است. چراکه تولید و عرضه آگاهانه کالای معیوب مؤید اراده عرضه‌کننده در استمرار فروش کالای معیوب و بی‌احتیاطی وی در برطرف نکردن عیب موجود در کالا است. این در حالی است که هم در حقوق نوشته و هم کامن‌لا نظام مسئولیت محض و بدون تقصیر برای تولیدکننده کالای معیوب نسبت به خسارت ناشی از آن برقرار است. از سوی دیگر،

^۱ رجبی، پیشین، ص ۴۵۶؛ حکمت‌نیا، محمدی و واثقی، پیشین، ص ۲۳۷-۲۴۱؛ نظریور، ایزدی‌فرد و محسنی دهکلانی، پیشین، صص ۱۸۶-۱۸۷. Vladeck, David C. "Machines without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence", *Wash L Rev*, Volume 89, 2014, P 140. Available at: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/6>, Cerka, Paulius; Jurgita Grigienė and Gintare Sirbikyte. "Liability for damages caused by artificial intelligence", *Computer Law & Security Review*, Volume 31, 2015, PP 376-389/ Müller, Melinda Florina. "Roboter als Wundertüten", *eine zivilrechtliche*, 2017, P 157.

به موجب ماده ۱۸ همین قانون، «چنانچه کالا یا خدمات عرضه شده توسط عرضه کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارات به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد». همان طور که ملاحظه می شود، در ماده ۱۸ عرضه کننده با احراز رابطه سببیت میان خسارت و عیب کالا، مسئول جبران خسارت ناشی از کالای معیوب خود شناسایی شده است، بدون اینکه سخنی از تقصیر (آگاهی عرضه کننده از عیب کالا) مطرح شده باشد. همین دیدگاه در ماده ۱۹ قانون نیز به چشم می خورد؛ رویکردی که از برقراری نظام مسئولیت بدون تقصیر حکایت می کند. بدین ترتیب، چنانچه در حقوق ایران فناوری ها و دستگاه های دارای هوش مصنوعی را نوعی فرآورده تلقی کنیم و خسارت وارده از ناحیه آنها در اثر عیوب تولیدی (نظیر عیب در طراحی، عیب در عملکرد، عیب در عدم نصب علائم و دستورالعمل استفاده) باشد، نوعی تضاد در خصوص مبنای مسئولیت مدنی هوش مصنوعی به چشم می خورد؛ چراکه تبصره ماده ۲ حاکی از مسئولیت مبتنی بر تقصیر است و مواد ۱۸ و ۱۹ قانون مبین مسئولیت بدون تقصیر.

۳.۲. مبنای مسئولیت مدنی عوامل مرتبط با سیستم های هوش مصنوعی در قانون تجارت الکترونیک

به موجب ماده ۱ قانون تجارت الکترونیکی، «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه های الکترونیکی و با استفاده از سیستم های ارتباطی جدید به کار می رود». از آنجاکه سیستم های هوش مصنوعی نیز نوعی واسطه الکترونیکی و سیستم ارتباطی جدید دیجیتالی و کامپیوتری اند، خسارت های ناشی از عیب یا نقص سیستم های مزبور می تواند مشمول قانون فوق الذکر گردد. در همین راستا بندهای «ز»، «و»، «ع» ماده ۲ این قانون به تعریف سیستم های رایانه ای، اطلاعاتی و تعریف تأمین کننده^۱ پرداخته است. تأمین کننده در این قانون عبارت از شخصی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه ای **فعالیت** می کند. از منظر حقوق دانان، ماهیت تأمین کننده در این قانون نوعی واسطه الکترونیکی است که تحت دو عنوان تأمین کنندگان خدمات دسترسی یا ارائه دهندگان خدمات اینترنتی و ارائه دهندگان خدمات میزبانی قابل تقسیم و تبیین است.^۲ از نظر نویسنده، باتوجه به تمرکز واژه تأمین کننده بر عناوینی چون فعالیت و ارائه خدمات، تأمین کننده در این قانون را می توان برابر با عنوان به کارگیرنده در دستورالعمل AILD دانست. تأکید بندهای «و» و «ز» بر دستگاه های متصل سخت افزاری- نرم افزاری که از طریق اجرای برنامه های پردازش خودکار عمل می کنند و سیستمی برای تولید (اصل سازی)، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش «داده پیام» هستند، می تواند شامل سیستم های هوش مصنوعی نیز بشود؛ چراکه سیستم های هوش مصنوعی نیز ساختار نرم افزاری- سخت افزاری دارند که به صورت پردازشگر (کامپیوتر) خودکار داده های ورودی و تولید و انتقال داده و اطلاعات به عنوان خروجی عمل می کنند؛ چنانچه در تعریف بند ۱ ماده ۳ قانون ۲۰۲۴ هوش مصنوعی اتحادیه اروپا نیز هوش مصنوعی به مثابه دستگاهی برای پردازش خودکار داده های ورودی و تولید خروجی به اشکال مختلف شناسایی شده است. در زمینه مبنای مسئولیت مدنی تأمین کنندگان سیستم های ارتباطی کامپیوتری- اطلاعاتی، مطابق ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیکی، «هرگاه در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی، به جز در نتیجه قطع

^۱. Computer System / Information System / Supplier

^۲. حامدزاده، حامد و علی خوشدل واجاری، «بررسی مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات الکترونیکی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، شماره ۱۶، ۱۳۹۶، صص ۱۵۵-۱۵۶.

فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، مؤسسات مزبور مسئول جبران خسارات وارده‌اند، مگر اینکه خسارات وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد که در این صورت جبران خسارات برعهده این اشخاص خواهد بود.^۱ از منظر برخی حقوق‌دانان، مبنای مسئولیت مؤسسات واسطه یا تأمین‌کننده خدمات در این ماده به مانند حقوق نوشته، کامن‌لا و اتحادیه اروپا، مسئولیت مبتنی بر تقصیر به واسطه نقض وظیفه مراقبت از سوی عوامل انسانی مرتبط است که منجر به نقص یا ضعف سیستم‌های الکترونیک مؤسسات مزبور او در نتیجه بروز خسارت می‌شود.^۱ در مقابل، برخی دیگر بر این باورند که در حقوق ایران برخلاف حقوق نوشته و مقررات اتحادیه اروپا، شرط قابل پیش‌بینی بودن خسارت، که مؤلفه اساسی مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، حکم‌فرما نیست.^۲ دیدگاهی که به مسئولیت مبتنی بر خطر (مسئولیت بدون تقصیر) گرایش دارد. چنانچه سیستم‌های هوش مصنوعی را به منزله دستگاه پردازشگر اطلاعاتی خودکار در نظر بگیریم، مفاد ماده ۷۸ این قانون در وضع فعلی می‌تواند شامل خسارات ناشی از عملکرد آنها باشد. بدین ترتیب، باتوجه به دیدگاه‌های فوق، مبنای مسئولیت مدنی تأمین‌کننده (واسطه‌های الکترونیکی) هوش مصنوعی مبتنی بر دو رویکرد خواهد بود: ۱- مسئولیت مبتنی بر تقصیر که بر پایه نقض تکلیف مراقبت به واسطه نقص یا ضعف سیستم‌های الکترونیکی هوش مصنوعی استوار است. این رویکرد با تبصره ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کننده و تبصره ۲ ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی از حیث مبنای مسئولیت مدنی، هماهنگ است؛ ۲- مسئولیت بدون تقصیر. از نظر نویسنده در ماده ۷۸ صرف احراز رابطه سببیت میان عملکرد معیوب (نقص یا ضعف) سیستم هوش مصنوعی در ارائه خدمات و خسارت وارده، برای تحقق مسئولیت تأمین‌کننده خدمات (واسطه‌های الکترونیکی) هوش مصنوعی در برابر استفاده‌کننده و مصرف‌کننده کافی است و تقصیر مبنای مسئولیت مدنی نیست. کما اینکه در مسئولیت مدنی تولیدکننده در حقوق نوشته و کامن‌لا نیز صرف احراز رابطه سببیت میان عیب در تولید کالا و خسارت وارده (بدون نیاز به اثبات تقصیر تولیدکننده) برای ایجاد مسئولیت محض تولیدکننده کافی است. در ماده مزبور سخنی از لزوم آگاهی واسطه‌های الکترونیکی از عیب موجود در خدمات سیستم (نقص یا ضعف) مطرح نشده است و از آنجا که آگاهی از عیب خدمات، لازمه قابل پیش‌بینی بودن ضرر و تحقق مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، عدم تصریح شرط آگاهی از وجود عیب (نقص یا ضعف)، مبین عدم حاکمیت تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در این ماده است. بر همین اساس، می‌توان قائل به نظام مسئولیت مدنی بدون تقصیر برای تأمین‌کنندگان (واسطه‌های الکترونیکی) سیستم‌های هوش مصنوعی نسبت به خسارت ناشی از نقص یا ضعف عملکرد سیستم در ارائه خدمات بود.

برخی حقوق‌دانان معتقدند سیستم‌های دارای هوش مصنوعی را باید به عنوان اشیای عادی تحت تصرف در نظر گرفت و مسئولیت را بر مبنای نظام حقوقی اشیای تحت تصرف و تملک برعهده مالک یا متصرف (کاربر) تحمیل نمود.^۳ همان‌طور که در بخش اتحادیه اروپا ذکر شد، مبنای مسئولیت مدنی به کارگیری و استفاده از سیستم‌های هوش مصنوعی وابسته به درجه ریسک یا خطر سیستم مربوطه است. در نظام حقوقی ایران نسبت به مسئولیت ناشی از اشیای فوق‌العاده خطرناک، مطابق تبصره ۲ ماده ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی، نگهداری اشیای خطرناکی که شخص توانایی نگهداری آن را ندارد، در حکم تبصره ۱ همان ماده (نگهداری حیوانی که شخص توانایی حفظ و نگهداری آن را ندارد) در نظر گرفته شده است و

۱. صادقی، حسین، «مسئولیت مدنی واسطه‌ها و تأمین‌کنندگان خدمات ارتباطی الکترونیک»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۹۹.

۲. محمدی کرد خلی، حمید، مجید صفوی، محمد غلامعلی‌زاده و حمیدرضا اسمعیلی، «تبیین ارکان مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران خسارت ناشی از ارتباطات اینترنتی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۴، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۶۳۰-۶۴۷.

۳. ذاکری‌نیا، پیشین، ص ۱۴۰؛ ولی پور و اسماعیلی، پیشین، ص ۶.

هر دو به منزله تقصیر تلقی شده‌اند.^۱ با این اوصاف، چنانچه دستگاه‌های دارای هوش مصنوعی در چهارچوب تبصره ۲ ماده ۵۲۲ و به منزله اشیای خطرناک تعریف شود، مسئولیت به کارگیرنده هوش مصنوعی، که توانمندی مراقبت از هوش مصنوعی را ندارد، به منزله تقصیر تلقی خواهد شد و چنانچه قصد قانون‌گذار مبنی بر آوردن نظام حقوقی اشیای خطرناک در قالب یک تبصره در ذیل ماده ۵۲۶ در خصوص فعل حیوان را به منزله تبعیت نظام حقوقی اشیای خطرناک از فعل حیوانات مهاجم بدانیم، نتیجه این خواهد شد که شرط مسئولیت به کارگیرندگان سیستم‌های هوش مصنوعی پرخطر به عنوان یک شیء خطرناک در برابر استفاده‌کنندگان، منوط به آگاهی به کارگیرنده از احتمال خطرناک بودن هوش مصنوعی و پیامدهای آن خواهد بود. مسئله‌ای که تا حدودی با نظام مبتنی بر تقصیر مفروض در سیستم‌های هوش مصنوعی پرخطر فاصله دارد و با مسئولیت مبتنی بر تقصیر در سیستم‌های کم‌خطر سازگار است.

نتیجه‌گیری

همگام با گسترش توانمندی‌های هوش مصنوعی در زمینه تصمیم‌گیری به جای انسان در زمینه‌های مختلف، مسئله پیامدهای حقوقی ناشی از این تصمیمات توجه حقوق‌دانان در کشورهای مختلف را به خود جلب نموده است. در این میان، آثار حقوقی با پیروی از طبقه‌بندی سه‌گانه هوش مصنوعی ضعیف، قوی و فوق هوشمند و با توجه به آنکه در حال حاضر صرفاً فناوری هوش مصنوعی ضعیف به مرحله اجرایی درآمده است، رویکردهای متفاوتی نسبت به ماهیت حقوقی ماشین‌های هوشمند ضعیف و مبنای مسئولیت ناشی از فعل زیان‌بار آنها ارائه نموده‌اند. اسناد اتحادیه اروپا یکی از پیشروترین اسناد حقوقی در زمینه مقررات‌گذاری در خصوص تعهدات، الزامات و مسئولیت عوامل مختلف مرتبط با عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی است. به طور خلاصه، قطعنامه ۲۰۲۰، پروپوزال و دستورالعمل PLD نسبت به تولیدکنندگان هوش مصنوعی، حاوی نظام مسئولیت بدون تقصیر (محض) است. اما در خصوص ارائه‌دهندگان و به کارگیرندگان هوش مصنوعی دستورالعمل AILD و قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ متناسب با درجه خطر سیستم‌های هوش مصنوعی دربردارنده مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض برای سیستم‌های پرخطر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای سیستم‌های کم‌خطر است. با وجود این، با توجه به اینکه دو دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۲۲ هنوز به مرحله تصویب نهایی نرسیده‌اند، به منظور رفع ابهامات و پیچیدگی‌های ناشی از تعاریف عناوین عوامل مرتبط با عملکرد هوش مصنوعی و مبنای مسئولیت مدنی هریک از آنها، پیشنهاد می‌شود دستورالعمل واحدی تنظیم گردد که در آن ضمن تعریف و تمایز دقیق عواملی چون سازنده، ارائه‌دهنده، به کارگیرنده و قلمرو شمول عملکرد هریک از آنها در فرایند ساخت و کارکرد سیستم‌های هوش مصنوعی، مسئولیت هریک از عوامل متناسب با درجه خطر سیستم مربوطه مشخص شود. ضمن اینکه ماهیت مدل‌های چند منظوره هوش مصنوعی (اعم از مدل‌های با خطر سیستمی و فاقد خطر سیستمی) از حیث قرار گرفتن آنها در سیستم‌های پرخطر یا کم‌خطر نیز باید مشخص شود.

در زمینه حقوق ایران، دو پیشنهاد از نظر نویسنده قابل طرح خواهد بود: ۱- مناسب‌ترین راهکار تنظیم قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی سیستم‌های هوش مصنوعی به نحو اختصاصی است. قانون هوش مصنوعی ۲۰۲۴ و دستورالعمل‌های آن می‌تواند راهنمای مفید و مناسبی برای مقررات‌گذاری در این زمینه باشد. ۲- پیشنهاد دوم (در صورت عدم امکان تحقق پیشنهاد اول)، در خصوص مسئولیت مدنی تولیدکنندگان (شامل عرضه‌کننده) سیستم‌های هوش مصنوعی، رفع تعارض میان تبصره ماده ۲ و مواد ۱۸ و ۱۹ قانون حمایت از مصرف‌کننده از طریق اصلاح تبصره ماده ۲ و حذف شرط آگاهی

^۱. کشاورز، پیشین، صص ۸۸-۹۰.

عرضه‌کننده از عیب در تولید، به منظور برقراری نظام مسئولیت بدون تقصیر بر سازندگان و ارائه‌دهندگان سیستم‌های هوش مصنوعی است. ضمن اینکه پیشنهاد می‌شود در ماده ۲ این قانون، که به تعاریف عناوین مختلف قانون اختصاص دارد، تعریف کالاهای دیجیتال و نرم‌افزاری نظیر سیستم‌های هوش مصنوعی و تصریح آنها به عنوان کالاهای مشمول قانون حمایت از مصرف‌کننده صورت پذیرد. در خصوص به کارگیرندگان سیستم‌های هوش مصنوعی ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیکی در وضع فعلی و نیز تبصره ۲ ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی به طور کامل و مناسب نمی‌تواند پوشش‌دهنده انواع پرخطر و کم‌خطر هوش مصنوعی باشند. به خصوص تبصره ۲ ماده ۵۲۶ ق.م.ا که مسئولیت مبتنی بر تقصیر را بدون پیش فرض تقصیر برای اشیای خطرناک پیش‌بینی کرده است. بر همین اساس، راهکار مناسب در این زمینه نیز اصلاح قانون تجارت الکترونیکی و طرح طبقه‌بندی سیستم‌های پرخطر و کم‌خطر و تعیین نظام مسئولیت متناسب با آن در ماده ۷۸ قانون مزبور است. بدین ترتیب که با الهام از دستورالعمل AILD و قانون ۲۰۲۴ اتحادیه اروپا، ضمن تعریف سیستم‌های الکترونیکی پرخطر و کم‌خطر هوشمند در ماده ۲ این قانون (بخش تعاریف) به عنوان مصداقی از تأمین‌کننده، با افزودن تبصره‌ای به ماده ۷۸، برای سیستم‌های الکترونیکی پرخطر هوشمند، مسئولیت بدون تقصیر یا مبتنی بر تقصیر مفروض تعیین شود و برای سیستم‌های الکترونیکی کم‌خطر هوشمند، مسئولیت مبتنی بر تقصیر نهادینه گردد.

منابع

کتاب

۱. کشاورز، اسماعیل، **حقوق مسئولیت مدنی**، تهران: امجد، ۱۴۰۳.

مقاله

۲. حامدزاده، حامد و علی خوشدل واجاری، «بررسی مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات الکترونیکی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، شماره ۱۶، ۱۳۹۶، صص ۱۶۵-۱۴۴.
۳. حکمت‌نیا، محمود، مرتضی محمدی و محسن واثق، «مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات‌های حاوی هوش مصنوعی خودمختار»، *فصلنامه حقوقی/اسلامی*، دوره ۱۶، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، صص ۲۵۵-۲۳۱.
۴. ذاکری‌نیا، حانیه، «ماهیت و مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هوش مصنوعی در حقوق ایران و کشورهای اتحادیه اروپا»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۲۰، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۱۵۲-۱۳۵، <https://doi.org/10.22059/jolt.2023.356703.1007186>
۵. رجبی، عبدالله، «ضمان در هوش مصنوعی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۸، صص ۴۶۶-۴۴۹، <https://doi.org/10.22059/jcl.2019.274782.633787>
۶. صادقی، حسین، «مسئولیت مدنی واسطه‌ها و تأمین‌کنندگان خدمات ارتباطی الکترونیک»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۲۱۸-۱۹۹، <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1389.40.2.12>
۷. محمدی کرد خلی، حمید، مجید صفوی، محمد غلامعلی‌زاده و حمیدرضا اسمعیلی، «تبیین ارکان مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران خسارت ناشی از ارتباطات اینترنتی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، دوره ۴، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۶۴۷-۶۳۰، <https://doi.org/10.30510/psi.2022.269424.1466>
۸. نظریور، حمزه، علی‌اکبر ایزدی فرد و محمد محسنی دهکلانی، «بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات»، *فصلنامه فقه و اصول*، دوره ۵۳، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۱۹۰-۱۷۱، <https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.87620>
۹. ولی‌پور، علی و محسن اسماعیلی، «امکان‌سنجی مسئولیت مدنی هوش مصنوعی عمومی ناشی از ایجاد ضرر در حقوق مدنی»، *فصلنامه اندیشه حقوقی معاصر*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۸-۱، <https://doi.org/10.22034/lth.2021.248596>

References

Books

1. Bartneck, Christoph; Christoph Lütge; Alan Wagner; and Sean Welsh. *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Springer Briefs in Ethics, 2021.
2. Keshavarz, Same'il, *Law of Civil responsibility*, Tehran: Amjad, 2024. (In Persian)
3. Limongelli, R and A. Bertolini. "AI & Civil Liability", In: *Regulating Advanced Technologies*, Campano Edizioni, 2022.
4. Russell, Stuart and Peter Norvig. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Hoboken: Pearson, Fourth Edition, 2022.
5. Searle, J. *Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power*. Columbia University Press, 2007.

Articles

6. Arcila, Beatriz Botero. "AI liability in Europe: How Does It Complement Risk Regulation and Deal with the Problem of Human Oversight?", *Computer Law & Security Review*, Volume 54, 2024, PP 1-17. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106012/>
7. Beatriz, Garcia. "The Regulation of AI Liability in Europe: a Critical Overview of Two Recent Directive Proposals– the (New) AILD and the (Revised) PLD", *E-Publica*, Volume 11, Issue 3, 2024.
8. Bory, Paolo; Simone Natale; and Christian Katzenbach. "Strong and Weak AI Narratives: An Analytical Framework", *AI & SOCIETY*, Volume 40, Issue 4, 2024, PP 2107-2117. <https://doi.org/10.1007/s00146-024-02087-8/>
9. Cerka, Paulius; Jurgita Grigienė and Gintare Sirbikyte. "Liability for damages caused by artificial intelligence", *Computer Law & Security Review*, Volume 31, 2015, PP 376-389. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.03.008/>
10. Eric Tjong Tjin Tai. "Liability for AI Decision Making", In: L.A. DiMatteo, C. Poncibò and M. Cannarsa. *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*; Global Perspectives on Law and Ethics, Cambridge University Press, 2022, PP 116-131. <https://doi.org/10.1017/9781009072168.014/>
11. European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, Feedback of the European Law Institute.
12. Gallage-Alwis, Sylvie; and Trainee Gaëtan Defer. "Proposal for a New EU Product Liability Directive What's likely to come?" *Signature Litigation*, No Date.
13. Hacker, Philipp. "The European AI Liability Directives Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future", *Computer Law*, 2023, PP 1-42. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105871/>
14. Hamed-Zadeh, Hamed and Ali Khoshdel Vajari, "A Study of Civil Liability Arising from Electronic Communications", *Quarterly Journal of Legal Studies*, Issue 16, 2017, PP 144-165. (In Persian)
15. Heiss, Stefan. "Artificial Intelligence & Civil Liability light of the EU's AI Act and President Biden's Executive Order", *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, TTLF Working Papers No 112, 2024.
16. Hekmat-Nia, Mahmoud, Morteza Mohammadi and Mohsen Vaseghi. "Civil Liability for Damages Caused by Robots Based on Autonomous Artificial Intelligence", *Islamic Law Quarterly*, Volume 16, Issue 60, 2019, PP 231-258. (In Persian)
17. Koch, B. A. et al. "Response of the European Law Institute: Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence" *Journal of European Tort Law*, Volume 13, Issue 1, 2022, PP 25-63. <https://doi.org/10.1515/jetl-2022-0002/>

18. Li, Shu; Michael Faure; and Katri Havu. "Liability Rules for AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach", *European Journal of Risk Regulation*, Volume 13, Issue 4, 2022, PP 618-634. <https://doi.org/10.1017/err.2022.26,2022/>
19. ligarska, iWona gredka. "In Search of Adequate Principles for AI Civil Liability", *Prawo i wiedź*, Volume 3, Issue 50, 2024. <https://doi.org/10.36128/PRIW.VI50.829/>
20. Liorca, David Fern'andez; Vicky Charisi; Ronan Hamon; Ignacio Sánchez; and Emilia Gómez. "Liability Regimes in the Age of AI: A Use, Case Driven Analysis of the Burden of Proof", *Journal of Artificial Intelligence Research*, Volume 76, 2023, PP 613-644. <https://doi.org/10.1613/jair.1.14565/>
21. McCarthy, John. "What is AI?", Available at: <https://www.formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf,2007>.
22. Mohammadi Kord Kheili, Hamid, Majid Safavi, Mohammad Gholam-Ali-Zadeh and Hamidreza Esmae'ili, "Explain the Pillars of Civil Liability and Methods of Compensation for Damages Caused by Internet Communications in Iranian and EU Law", *Monthly Magazine of Political Sociology of Iran*, Volume 4, Issue 4, 2020, PP 630-647. (In Persian) <https://doi.org/10.30510/psi.2022.269424.1466/>
23. Müller, Melinda Florina. "Robots as Grab Bags", *A Civil Law*, 2017. (In German)
24. Nazar-Pour, Hamzeh, Ali Akbar Izadi-Fard and Mohammad Mohseni Dehklani, "Jurisprudential Study of the Civil Liability of Robots", *Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles*, Volume 53, Issue 4, 2021, PP 171-190. (In Persian) <https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.87620/>
25. Rajabi, Abdollah, "Liability of Artificial Intelligence; the Reflection of Developments in the Liability Rules", *Comparative Law Review Quarterly*, Volume 10, Issue 2, 2019, PP 449-466. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jcl.2019.274782.633787>.
26. Rimkutė, Deimantė. "Shaping Civil Liability in the Digital Age: AILD and the Revisited PLD Civilinės Atsakomybės Formavimas", *Teisė*, Volume 130, 2024, PP 129-143. <https://doi.org/10.15388/Teise.2024.130.11/>
27. Sadeghi, Hossein, "Civil Liability of Electronic Communications Service Providers and Intermediaries", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 40, Issue 2, 2010, PP 199-218. (In Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1389.40.2.12.5>.
28. Sousa Antunes, Henrique. "Civil Liability Applicable to Artificial Intelligence: A Preliminary Critique of the European Parliament Resolution of 2020", 2023, PP 122-142. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3743242>
29. Tambiama, Madiega. "EPRS | European Parliamentary Research Service", 2023.
30. Uuk, Risto; et al. "A Taxonomy of Systemic Risks from General-Purpose AI", *Computers and Society*, RAND Working Paper Series Forthcoming, 2024, PP 1-34. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2412.07780/>
31. Vali-Pour, Ali and Mohsen Esmae'ili, "Feasibility Study of Civil Liability of Artificial General Intelligence Due to Damage in Civil Law", *Contemporary Legal Thought*, Volume 2, Issue 3, 2021, PP 1-8. (In Persian) <https://doi.org/10.22034/lth.2021.248596>
32. Vladeck, David C. "Machines without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence", *Wash L Rev*, Volume 89, 2014, PP 117-150. Available at: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/6>
33. Zakeri-Nia, Hanieh, "The Nature and Basis of Civil Liability Arising from Artificial Intelligence in Iranian and EU Members' Laws", *Private Law Journal*, Volume 20, Issue 1, 2023, PP135-152. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jolt.2023.356703.1007186/>
34. Zein, Sarah. "The Civil Liability for Artificial Intelligence", *BAU Journal-Journal of Legal Studies*, 2022, PP 1- 8. <https://doi.org/10.54729/2958-4884.1110/>
35. Ziosi, M. et al. "The EU AI Liability Directive (AILD): Bridging Information Gaps", *European Journal of Law and Technology*, Volume 14, Issue 3, 2023, PP 1-10. DOI:10.2139/ssrn.4470725.

Electronic Resources

36. <https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/>
37. <https://maples.com/knowledge/ai-act--set-to-come-into-force-on-1-august-2024/>
38. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html /
39. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf)
40. <https://www.europeanlawblog.eu/pub/refusing-to-award-legal-personality-to-ai-why-the-european-parliament-got-it-wrong/release/1/>

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Protecting Individual Privacy in the Metaverse: Solutions to Combat Assault and Abuse

Mahdi Karimi¹ 

Highlights

- This research has identified metaverse-based sexual threats and subsequently examined the psychological and social harms inflicted upon victims.
- In This Research, the main objective, which is to enrich the discourse on the metaverse and strive to establish robust and flexible legal measures while providing a comprehensive framework for protecting individuals against sexual threats in the metaverse era, has been presented.
- An effort has been made to contribute to creating supportive mechanisms against any assault on and abuse of individuals' sexual privacy.

ABSTRACT

Introduction

The emergence of the metaverse represents a fundamental transformation in human-computer interaction. This space, which blends augmented physical reality with persistent virtual life, provides unprecedented opportunities for social relationships, commerce, education, and entertainment. However, this expansive digital realm is not without significant challenges. Among these challenges, the occurrence of sexual violence in the metaverse presents itself as an urgent and serious issue requiring immediate attention. This disturbing phenomenon exploits the very technological innovations that shape the metaverse's unique characteristics. This article undertakes two critical tasks: (1) it precisely demonstrates how the metaverse is evolving and provides an in-depth analysis of its development, and (2) it examines how certain individuals misuse these emerging technologies to commit sexual crimes. This research begins with a comprehensive evaluation of extensive studies surrounding the complex aspects of metaverse development. This evaluation encompasses the metaverse's foundational technologies, ethical challenges and issues, concerns related to user privacy and security, and legal frameworks for ensuring a safe environment and preventing criminal activities. This research seeks to identify effective legal mechanisms for mitigating sexual violence in the metaverse, recognize deficiencies in existing legislation, and offer recommendations for improving current laws.

Methods

This article employs legal methodology, library research, and descriptive analysis to comprehensively examine challenges and develop holistic solutions regarding sexual violence in the metaverse. This research primarily utilized academic sources through searches in reputable scientific databases including Google Scholar, ScienceDirect, and other authoritative databases containing legal, technological, and social science

How to Cite: Karimi, Mahdi, "Protecting Individual Privacy in the Metaverse: Solutions to Combat Assault and Abuse", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:289-306.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238261.2834>

Received: 08/01/2025-Accepted: 02/02/2025

1. Assistance Professor, Faculty of law & Social Science, Payame Noor University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m.karimi342@pnu.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

publications. Key search terms included "metaverse," "virtual world," "sexual harassment," "online harassment," and "technology law".

Results and Discussion

The metaverse represents a revolutionary domain for social interactions that faces serious legal challenges. Current legal frameworks are inadequate for addressing the complexities of this environment, particularly concerning sexual violence and victimization. This article seeks to provide solutions for understanding the legal challenges of the metaverse, establishing a comprehensive legal framework, and maintaining user security and dignity regarding sexual crimes. The metaverse blurs the boundaries between virtual and physical reality, necessitating that legal concepts be redefined in a manner that considers the psychological and emotional impacts of virtual interactions. The role of consent mechanisms in the metaverse has emerged as a fundamental concern in sexual crimes. Developing clear protocols for obtaining explicit consent in virtual interactions is essential to protect users from unwanted experiences. This issue requires educating users about behavioral norms and etiquette in the metaverse and equipping them with interaction control tools. For example, Meta has introduced personal boundary features that allow users to manage their personal space, thereby reducing the likelihood of sexual harassment and victimization. The global nature of the metaverse creates significant jurisdictional challenges that require international cooperation and the establishment of a common legal framework. This framework must cover key issues such as consent, anonymity, and financial transactions while ensuring unified cross-border regulation. Addressing the issue of anonymity in the metaverse in relation to sexual crimes is another critical aspect that requires attention. Implementing user authentication mechanisms through real-world identifiers can reduce accountability issues but raises concerns about data protection and user privacy. Therefore, platforms must strike a balance between user identity verification and ethical management of sensitive information. In the virtual world of the metaverse, it must be clearly established what duties and responsibilities companies operating these virtual spaces bear. The first matter concerns content moderation. Platforms have a duty to monitor and control the content circulating within their virtual environments. This duty encompasses not only identifying and removing harmful content but must also be balanced with users' right to freedom of expression. The primary challenge lies in designing monitoring systems that are both effective and attentive to the nuances of user interaction in these virtual spaces. The second matter concerns the critical issue of user identity verification, which plays a vital role. Verifying users' real identities is a powerful strategy for preventing inappropriate behavior, as it links virtual actions to real-world accountability. However, implementing user authentication processes raises concerns about privacy and data protection, requiring an approach that enhances overall security while respecting user privacy. The legal liabilities of metaverse platforms primarily emerge when these duties are violated or neglected. Suppose a platform fails to properly moderate its content or verify user identities, and this negligence leads to instances of sexual harassment or abuse. In such cases, the platform may face legal and regulatory consequences. This underscores the importance of proactive and robust management by platform providers to protect users and ensure a respectful and secure virtual environment. As the metaverse continues to expand and becomes integrated into various aspects of daily life, the imperative for these platforms to embrace their responsibility in creating and maintaining safe virtual spaces becomes increasingly paramount.

Conclusion

This article emphasizes the evolving role of metaverse platforms. These platforms can no longer be regarded merely as communication intermediaries but must actively participate in content moderation and ensuring user safety against sexual victimization. This shift in responsibility necessitates that platforms develop robust monitoring systems and contribute to creating a safe virtual environment. The central argument is that regulating the metaverse is a multidimensional process requiring coordinated collaboration among legislators, technology experts, and users. The legal framework of the metaverse must be dynamic while maintaining the fundamental principles of safety, respect, and accountability. This article provides a comprehensive analysis for these efforts and presents insights and recommendations that can guide future legal and regulatory approaches in addressing sexual crimes in this emerging digital frontier.

KeyWords: Metaverse, Sexual Violence, Legislation, Assault, Sexual Security, Privacy.



صیانت از حریم خصوصی افراد در متاورس: راهکارهای مقابله با تعرض و سوءاستفاده

مهدی کریمی^۱

نکات برجسته

- این پژوهش تهدیدات جنسی مبتنی بر متاورس را شناسایی و سپس آسیب‌های روانی و اجتماعی وارده بر قربانیان را بررسی نموده است.
- در این پژوهش، هدف اصلی، که غنی‌سازی گفتمان درباره متاورس و تلاش برای ایجاد اقدامات حقوقی قوی و انعطاف‌پذیر و ارائه چارچوبی جامع برای حفاظت از افراد در برابر تهدیدات جنسی در عصر متاورس است ارائه شده است.
- تلاش شده است که یک مشارکت برای ایجاد سازوکارهای حمایتی علیه هرگونه تعرض و سوء استفاده به حریم جنسی افراد فراهم گردد.

چکیده

این مقاله به بررسی صیانت از حریم افراد در دنیای مجازی متاورس می‌پردازد تا بتواند قوانین مؤثری برای آن تدوین کند. در حال حاضر، متاورس با پیشرفت سریع خود، چالش‌های جدی امنیتی در حوزه جنسی، به‌ویژه افزایش نقض حریم خصوصی افراد، ایجاد کرده است. این مقاله به بررسی سوءاستفاده‌های جنسی با استفاده از فناوری هوش مصنوعی می‌پردازد. یکی از مهم‌ترین چالش‌ها استفاده از هوش مصنوعی برای تولید محتوای جنسی جعلی و تهدید افراد است. این پژوهش تهدیدات جنسی مبتنی بر متاورس را شناسایی و سپس آسیب‌های روانی و اجتماعی وارده بر قربانیان را بررسی می‌کند. علاوه بر این، خلأهای قانونی موجود در مقابله با این نوع جرائم و چالش‌های اجرای قانون در فضای مجازی تحلیل می‌شود. این مقاله به بررسی عمیق ماهیت خشونت جنسی در این فضای مجازی، تأثیرات آن بر قربانیان و مسائل حقوقی و اخلاقی ناشی از آن می‌پردازد. همچنین این مقاله پیچیدگی‌های مبارزه با نقض حریم خصوصی افراد در متاورس را با بررسی چارچوب‌های حقوقی مورد مطالعه قرار می‌دهد. این بررسی‌ها طیف متنوعی از دیدگاه‌های حقوقی و راه‌حل‌های احتمالی را آشکار می‌سازد. این نوشتار چارچوب حقوقی پیشنهادی را با تأکید بر حوزه‌های راهبردی کلیدی برای کاهش خشونت، تعرض و سوءاستفاده در متاورس ترسیم می‌کند. هدف اصلی غنی‌سازی گفتمان درباره متاورس و تلاش برای ایجاد اقدامات حقوقی قوی و انعطاف‌پذیر و ارائه چارچوبی جامع برای حفاظت از افراد در برابر تهدیدات جنسی در عصر متاورس است. از طریق این پژوهش ما به دنبال مشارکت در ایجاد سازوکارهای حمایتی علیه تعرض و سوءاستفاده به حریم افراد در چشم‌اندازهای فضای مجازی نوظهور هستیم.

کلید واژگان: متاورس، خشونت جنسی، تقنین، تعرض، امنیت جنسی، حریم خصوصی.

استناد به این مقاله: کریمی، مهدی، «صیانت از حریم خصوصی افراد در متاورس: راهکارهای مقابله با تعرض و سوءاستفاده»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۲۸۹-۳۰۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238261.2834>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۴

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m.karimi342@pnu.ac.ir



Copyright: © 2025 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

ظهور متاورس نشان‌دهنده تغییری اساسی در نحوه تعامل انسان با رایانه است. این فضا که ترکیبی از واقعیت افزوده فیزیکی با یک زندگی مجازی دائمی است، فرصت‌های بی‌نظیری را برای روابط اجتماعی، تجارت، آموزش و سرگرمی فراهم می‌کند. با این حال، این فضای دیجیتال گسترده خالی از چالش‌های مهم نیست. در میان این چالش‌ها پیدایش خشونت جنسی در متاورس به‌عنوان مسئله‌ای فوری و جدی مطرح می‌شود که نیازمند توجه فوری است. این پدیده نگران‌کننده از همان نوآوری‌های فناورانه‌ای سوءاستفاده می‌کند که ویژگی‌های منحصر به فرد متاورس را شکل می‌دهند. در این مقاله دو کار مهم صورت گرفته است: ۱- به‌طور دقیق نشان داده شده است که چطور متاورس در حال پیشرفت است و تحلیلی عمیق از توسعه متاورس ارائه می‌دهد؛ ۲- چگونه برخی افراد از این فناوری‌های جدید برای ارتکاب جرائم جنسی سوءاستفاده می‌کنند.

این پژوهش با ارزیابی دقیق مجموعه‌ای از مطالعات جوانب توسعه متاورس آغاز می‌شود. این ارزیابی شامل فناوری‌های پایه متاورس، چالش‌ها و مسائل اخلاقی، مسائل امنیتی و حفظ حریم خصوصی کاربران، چارچوب‌های قانونی برای تضمین محیطی امن و جلوگیری از فعالیت‌های مجرمانه است. این پژوهش به دنبال راه‌های قانونی مؤثری است که بتواند موارد نقض حریم خصوصی در متاورس را کم و نقص‌های قوانین فعلی را شناسایی کند؛ همچنین پیشنهادهایی برای بهتر شدن قوانین ارائه داده شده است.

هدف اصلی این مقاله مشارکت قابل توجه در گفتمان جاری درباره متاورس، به‌ویژه در زمینه خشونت جنسی و تأکید بر نیاز به چارچوب‌های حقوقی قوی، انعطاف‌پذیر و جامع است. حتماً لازم نیست قوانین کاملاً جدیدی برای متاورس نوشته شود؛ می‌توان قوانین فعلی را که برای اینترنت وجود دارد کمی تغییر داد تا برای متاورس هم مناسب باشند تا بتوانند از مردم در فضای مجازی هم محافظت کنند.

۱. نگاه کلی به متاورس

متاورس فناوری جدیدی است که می‌تواند زندگی ما را بیشتر از اینترنت تغییر دهد. نام متاورس از دو بخش تشکیل شده است: «متا» یعنی «فراتر» و «ورس» به معنای «جهان»؛ به این ترتیب متاورس یعنی جهانی فراتر از دنیای معمولی ما. متاورس شبیه بازی بزرگی است که همه می‌توانند با هم در آن باشند. هرکس می‌تواند مستقیماً در آن شرکت کند و همه چیز خیلی شبیه واقعیت است.

در متاورس دو گونه فناوری وجود دارد: نوع اول (واقعیت مجازی)، افراد کاملاً وارد یک دنیای جدید می‌شوند و نوع دوم (واقعیت افزوده)، افراد چیزهای مجازی را در دنیای واقعی می‌بینند و همه این کارها را در یک دنیای مجازی انجام می‌دهند؛ درست مثل اینکه در دنیای واقعی هستند. در این فضا دسترسی به اطلاعات مستلزم بهره‌گیری از فناوری‌ها و استانداردها و نیز استفاده از تجربه‌های گروه‌های مختلف کاربری است.^۱ در دنیای مجازی متاورس هر کاربر یک نماد دیجیتالی به نام آواتار دارد. این آواتارها مثل شخصیتی مجازی‌اند که به کاربران اجازه می‌دهند با دیگران ارتباط برقرار کنند، محیط مجازی را کشف، و از خدمات مختلف دیجیتالی استفاده کنند. هر کاربر می‌تواند برای آواتار خود شخصیت منحصر به فردی بسازد؛ درست مثل اینکه در دنیای واقعی برای خودش هویت و شخصیت خاصی دارد. وقتی آواتارها با هم ارتباط برقرار می‌کنند تعاملاتشان شبیه روابط انسان‌ها در دنیای واقعی است؛ اما در این فضای مجازی

۱. حسن‌زاده، محمد و سید مهدی حسینی، «دسترس‌پذیری وب، مفاهیم و کاربردها»، مجله رهیافت، دوره ۲۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۹، ص ۳۵.

همانند دنیای واقعی خطرهایی وجود دارد؛ مانند دزدی مجازی (دزدیدن پول‌های دیجیتالی)، جعل هویت (وانمود کردن به شخصی دیگر)، کلاهبرداری و آزار و اذیت‌های جنسی. اگر کسی در این دنیای مجازی بدون اجازه پول دیجیتالی دیگری را بردارد، این کار مثل دزدی در دنیای واقعی محسوب می‌شود. همچنین قوانین مربوط به قراردادهای هم در معاملات این فضا اعمال می‌شود تا جلوی کلاهبرداری و فریب‌کاری گرفته شود. اگر آواتارها رفتارهای جنسی نامناسب داشته باشند، این رفتارها هم مشمول قوانین مربوط به موارد نقض حریم خصوصی می‌شوند. این موضوع باعث شده است که قانون‌گذاران به فکر ایجاد قوانین جدید یا گسترش قوانین موجود باشند تا بتوانند این فضای جدید را هم کنترل کنند. به طور کلی، متاورس فقط یک فناوری جدید نیست، بلکه دنیایی جدید است که نیاز به قوانین و مقررات خاص خود دارد تا بتواند از حقوق کاربران محافظت، امنیت افراد را تأمین، مسائل اخلاقی را رعایت و مشکلات اجتماعی احتمالی را مدیریت کند.

۲. بررسی جرائم جنسی در متاورس

امروزه با ظهور جرائم جنسی در متاورس سؤال‌های مهمی مطرح می‌شود؛ مثل آنکه سازندگان این فضای مجازی چه وظایفی دارند؟ چطور باید بر رفتارهای کاربران نظارت کرد؟ چه قوانینی برای برخورد با متخلفان لازم است؟ چه اصول اخلاقی‌ای باید رعایت شود؟ بررسی جرائم جنسی کمک می‌کند تا مشخص گردد این جرائم چگونه‌اند و چه آسیب‌هایی به قربانیان می‌زنند و چه تأثیری بر امنیت افراد در فضای مجازی دارند. پاسخ به این سؤالات خیلی مهم است؛ چون باید این اطمینان خاطر ایجاد شود که متاورس جایی امن است و در آن همه با احترام با هم رفتار می‌کنند، حقوق همه کاربران حفظ می‌شود و سلامت روانی افراد به خطر نمی‌افتد. متاورس طوری طراحی شده است که شبیه دنیای واقعی است و مردم می‌توانند در آن بازی کنند، به گردشگری مجازی بروند و تفریح کنند.^۱ اما همان‌طور که این فضا می‌تواند برای کارهای خوب استفاده شود، متأسفانه بعضی افراد از آن سوءاستفاده می‌کنند. موارد زیادی از آزار و اذیت جنسی در متاورس دیده می‌شود که خیلی شبیه اتفاقات ناخوشایند دنیای واقعی است. این آزارها از لمس کردن ناخواسته آواتارها شروع می‌شود و حتی در بعضی موارد رایانه‌ها می‌توانند حاوی دلایلی در ارتباط با جرایم خشونت بار مانند قتل، تحریک عمدی، خودکشی، آدم ربایی، شکنجه و آزار و تجاوز جنسی نیز باشند^۲ و تا موارد خیلی بدتر مثل تجاوز مجازی ادامه پیدا می‌کند؛ برای مثال در یک مورد آواتار، یک خانم محقق در یک مهمانی مجازی و جلوی چشم بقیه مورد تجاوز مجازی قرار گرفت. این موارد اتفاقات جدای از هم نیستند، بلکه بخشی از یک الگوی بزرگ‌تر آزار جنسی‌اند که در متاورس رایج شده است. تحقیقات در این زمینه یک موضوع دیگر را نشان می‌دهد که در فضای مجازی هم دقیقاً مانند دنیای واقعی گروه‌های آسیب‌پذیر مثل زنان کودکان و افراد رنگین‌پوست بیشتر مورد آزار و اذیت قرار می‌گیرند.^۳ وجود آزار جنسی در متاورس خطرهای را برای این گروه‌های آسیب‌پذیر بیشتر می‌کند. این مسئله به‌خصوص برای کودکان خطرناک‌تر است؛ چون آنها معمولاً خیلی سریع و با اشتیاق از فناوری‌های جدید مثل متاورس استفاده می‌کنند. همین

^۱. Ramirez, Erick, Shelby Jennett, Jocelyn Tan and Sydney Campbell and Raghav Gupta. "XR Embodiment and the Changing Nature of Sexual Harassment", *Societies*, Volume 13, Issue 2, 2023, P 12.

^۲. طهماسبی، جواد و خیراله شاه‌مرادی، «چالش‌ها و خلأهای موجود در فرایند رسیدگی به جرائم سایبری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۷، صص ۹۹-۱۰۰.

^۳. Blackwell, Lindsay, Nicole Ellison, Natasha Elliott-Deflo and Raz Schwartz. "Harassment in Social Virtual Reality: Challenges for Platform Governance", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Volume 3, Issue CSCW, 2019, P 12.

علاقه طبیعی بچه‌ها به فناوری باعث می‌شود خطر سوءاستفاده جنسی از کودکان در این فضاهای مجازی جدی‌تر شود. این نگرانی‌ها وقتی بیشتر می‌شود که می‌بینیم کودکان و نوجوانان هر روز بیش از گذشته وارد فضای دیجیتال می‌شوند. این موضوع می‌تواند تأثیرات منفی جدی روی سلامت روانی و جسمی آنها داشته باشد. متاورس می‌تواند مشکلات سلامت روان مثل افسردگی، اضطراب، اعتیاد به فضای مجازی، خودآزاری، افکار خودکشی و اختلالات خوردن را تشدید کند و باعث مشکلات اجتماعی جدی مثل زورگویی سایبری، رفتارهای جنسی نامناسب و سوءاستفاده از کودکان و نوجوانان شود.

نکته قابل توجه این است که تحقیقات کافی درباره تأثیرات اجتماعی متاورس و آثار بلندمدت آن انجام نشده است. این کمبود تحقیقات فقط خلأ علمی نیست، بلکه نشان می‌دهد ما در مدیریت و کنترل این فضاهای دیجیتالی جدید دچار غفلت شده‌ایم. نبود مطالعات کافی در شرایطی که متاورس می‌تواند تأثیرات ماندگاری بر آسیب‌پذیرترین افراد جامعه ما داشته باشد، نقصی بزرگ است؛ پس باید درک عمیق‌تری از تأثیرات متاورس پیدا کنیم که بر پایه شواهد علمی باشد و مطمئن شویم ناخواسته نسل جوان را در این فضای دیجیتالی ناشناخته به خطر نمی‌اندازیم.

در این فضا بزرگسالان می‌توانند خودشان را به شکل کودکان دربیابند و بچه‌ها را فریب دهند تا فکر کنند با همسن و سالان خودشان در حال گفت‌وگو هستند.^۱ به همین دلیل این محیط فریبده خطر بزرگی برای کودکان محسوب می‌شود که از چیزی خبر ندارند. از طرف دیگر، پدیده‌ای به نام بازی نقش سنی جنسی^۲ وجود دارد که در آن بزرگسالان با رضایت همدیگر از آواتارهایی استفاده می‌کنند که شبیه افراد زیر سن قانونی‌اند.^۳ اگرچه این موضوع ممکن است غیرقانونی نباشد، این نگرانی را ایجاد می‌کند که می‌تواند رفتارهای مشکل‌ساز را عادی جلوه دهد. این تعاملات مجازی که شامل تصویرسازی جنسی کودکان می‌شود، از نظر قانونی و اخلاقی امری تقبیح شده است. پژوهش‌ها بر جدی بودن این مسئله تأکید دارند و نشان می‌دهند که تجربیات خصمانه، خشونت‌آمیز یا آزاردهنده در دنیای مجازی می‌توانند واکنش‌های روانی و فیزیولوژیکی مشابه با تجربیات دنیای واقعی را برانگیزند؛^۴ بنابراین متاورس نه فقط خطرهای بهره‌برداری جنسی از کودکان را که در دنیای واقعی وجود دارد منعکس می‌کند، بلکه می‌تواند آنها را تشدید کند. به همین دلیل ضرورت توسعه تدابیر حفاظتی قوی و چارچوب‌های قانونی برای محافظت از آسیب‌پذیرترین کاربران در متاورس احساس می‌شود.

۲.۱. چالش‌های خاص جنسی

بررسی عمیق چالش‌های ایجادشده در متاورس به‌ویژه در زمینه شیوع جرائم جنسی ضروری است. متاورس به‌عنوان یک قلمرو دیجیتال نوظهور و در حال رشد پیچیدگی‌هایی را به‌همراه می‌آورد که معمولاً در دنیای فیزیکی دیده نمی‌شوند و

^۱ Lorenzo-Dus, Nuria and Cristina Izura. "Cause ur Special": Understanding Trust and Complimenting Behaviour in Online Grooming Discourse", *Journal of Pragmatics*, Volume 112, 2017, P 68.

^۲ این اصطلاح به رفتاری در فضای مجازی اشاره دارد که بزرگسالان با توافق یکدیگر از آواتارهایی با ظاهر افراد زیر سن قانونی استفاده می‌کنند. این عمل حتی اگر با رضایت طرفین باشد، می‌تواند به هنجارشکنی و مشکلات اجتماعی منجر شود. این پدیده از منظر قانونی و اخلاقی ممکن است به عادی‌سازی رفتارهای نامناسب بینجامد، الگوهای رفتاری نامطلوب را ترویج دهد و باعث افزایش خطر برای کودکان واقعی شود.

^۳ Reeves, Carla. "Fantasy Depictions of Child Sexual Abuse: The Problem of Ageplay in Second Life", *Journal of Sexual Aggression*, Volume 19, Issue 2, 2011, P 238.

^۴ Lee, Hyun W., Sanghoon Kim and Jun-Phil Uhm. "Social Virtual Reality (VR) Involvement Affects Depression When Social Connectedness and Self-Esteem Are Low: A Moderated Mediation on Well-Being", *Frontiers in Psychology*, Volume 12, 2021. P 7.

نیازمند رویکردی دقیق است. یکی از مهم‌ترین چالش‌ها در متاورس مبهم بودن مفهوم رضایت است. در دنیای واقعی قواعد و مرزهای رضایت به‌روشنی تعریف می‌شوند و قابل درک‌اند؛ اما در متاورس این مرزها تار و مبهم می‌شوند. ماهیت مجازی ارتباطات درک مفهوم رضایت را پیچیده می‌کند؛ زیرا ظرافت‌های ارتباطی و مقاصد افراد ممکن است درست فهمیده نشوند. این مشکل با امکان ارائه هویت جعلی توسط کاربران و ناشناس بودن ذاتی در این فضاها پیچیده‌تر هم می‌شود. ناشناس بودن در متاورس نیز چالش مهم دیگری است. درحالی‌که این ویژگی برای کاربران احساس آزادی و حریم خصوصی فراهم می‌کند، هم‌زمان می‌تواند زمینه‌ای را ایجاد کند که رفتارهایی انجام دهند که در دنیای واقعی از آنها پرهیز می‌کنند. اینکه فردی احساس کند که از دنیای واقعی جداست و از مجازات مصون است، می‌تواند باعث افزایش تعداد و شدت موارد نقض حریم خصوصی در این فضاهای مجازی شود. به همین دلیل مدیران متاورس باید راهی پیدا کنند که هم اجازه دهند افراد ناشناس بمانند و هم جلوی رفتارهای آسیب‌زننده را بگیرند.

موضوع مهم دیگر تأثیر روانی تجربه‌های خشونت‌های جنسی در متاورس است. هرچند این تجربه‌ها مجازی‌اند، می‌توانند تأثیرات واقعی مانند آسیب‌های روحی، ترس و پریشانی روی قربانیان بگذارند؛ درست مانند همان تأثیراتی که موارد نقض حریم خصوصی در دنیای واقعی می‌گذارد. پس برای حل مشکلات خاص متاورس، به‌ویژه درمورد خشونت جنسی، به یک برنامه چندجانبه نیاز داریم. این برنامه باید شامل راه‌حل‌های فنی، قوانین برای جامعه مجازی، تغییر قوانین و راه‌های حمایت روانی باشد. مهم‌تر از همه باید هرچه زودتر قوانینی تصویب شود که با پیچیدگی‌های دنیای مجازی سازگار باشند.

۲.۲. مفهوم رضایت در متاورس

وقتی درباره موضوع پیچیده رضایت در متاورس صحبت می‌کنیم، مهم است که بدانیم این نوع رضایت با آنچه در دنیای واقعی می‌شناسیم فرق دارد. مسائلی مثل اختیار آواتار، مشخص نبودن مرز بین بازیکن و شخصیتش و احتمال سوءتفاهم در ارتباطات مجازی روی درک و توافق درباره رضایت در فضای مجازی تأثیر می‌گذارند. تحقیقی که زیتکو و چان انجام داده‌اند نشان می‌دهد که در جوامع مجازی سازوکارهای لازم برای رضایت وجود ندارد و این موضوع نگران‌کننده است.^۱ آنها می‌گویند سازندگان محیط‌های مجازی معمولاً به قوانینی که برای رضایت گرفتن از کاربران لازم است فکر نمی‌کنند. این بی‌توجهی باعث می‌شود جرائم جنسی در این دنیای مجازی بیشتر شود. در واقعیت مجازی افراد از طریق آواتار خود تجربه‌های جنسی دارند. این تجربه‌ها می‌تواند شامل حرکات جنسی بدن، گفت‌وگوهای نامناسب و حتی رفتارهای بدون رضایت باشد که گاهی کاربران زیر سن قانونی را هم درگیر می‌کند. حذف کردن خشونت جنسی یا رفتارهای آسیب‌زننده در متاورس کار بسیار سختی است. در تحقیقی که زیتکو و چان انجام دادند، شرکت‌کنندگان نمی‌دانستند دقیقاً چه رفتارهایی در فضای مجازی از نظر جنسی مناسب است و چه رفتارهایی نامناسب. این سردرگمی بیشتر به این دلیل است که هیچ معیار روشنی برای ارزیابی رفتارها وجود ندارد و هرکس برداشت خودش را از رفتارهای جنسی دارد. برای محافظت از کاربران در متاورس باید راه‌هایی برای حل این مشکلات پیدا کنیم. اگر این کار را نکنیم، کاربران در معرض رفتارهای آسیب‌زننده‌ای قرار می‌گیرند که مرز بین دنیای مجازی و واقعی را از بین می‌برد و این آسیب‌ها فقط در دنیای مجازی نمی‌ماند و بر زندگی واقعی آنها هم تأثیر می‌گذارد.

^۱. Zytke, Douglas and Jonathan Chan. "The Dating Metaverse: Why We Need to Design for Consent in Social VR", *IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics*, Volume 29, Issue 5, 2023, P 7.

۲.۲.۱. رابطه بین کاربر و آواتار او در گستره چالش جنسی

در متاورس کاربران از آواتارهای خود برای ارتباط با دیگران استفاده می‌کنند. این شخصیت‌های مجازی ارتباط عمیقی با کاربرانشان پیدا می‌کنند؛^۱ این موضوع می‌تواند هم مثبت باشد و هم منفی. نکته مثبت این است که افراد می‌توانند فراتر از محدودیت‌های دنیای واقعی نسخه ایدئالی از خودشان بسازند؛^۲ اما در مقابل نکته منفی این است که می‌تواند معیارهای غیرواقعی برای زیبایی و سبک زندگی ایجاد کند و این باعث می‌شود افراد خودشان را با این معیارهای غیرواقعی مقایسه کنند و مشکلاتی مثل نارضایتی از شکل بدن را به وجود می‌آورد. این مشکل به‌خصوص برای کاربران جوان‌تر که در سن مهمی برای شکل‌گیری هویتشان هستند خطرناک است. موضوع رضایت و اختیار بدن در دنیای مجازی خیلی پیچیده است. مثلاً اگر کسی بدون اجازه به شخصیت مجازی (آواتار) دیگری دست بزند، این اقدام آزار جنسی است یا نه؟ این‌گونه کارها در دنیای واقعی قطعاً آزار جنسی به حساب می‌آیند؛ اما در دنیای مجازی همه‌چیز این‌قدر روشن نیست. به گفته فریمن و همکارانش (۲۰۲۲)، سؤال اصلی این است آیا همان حقوقی که برای بدن واقعی ما وجود دارد باید برای شخصیت مجازی ما هم وجود داشته باشد یا نه؟ در دنیای واقعی، اگر کسی بدون اجازه خیلی به ما نزدیک شود، نوعی مزاحمت شمرده می‌شود. محققان می‌گویند در دنیای مجازی هم باید همین‌طور باشد؛ اگر کسی بدون اجازه وارد حریم شخصی دیگری شود، باید آن را آزار و اذیت بدانیم. به نظر آنها، شخصیت‌های مجازی در متاورس فقط یک تصویر کامپیوتری نیستند، بلکه بخشی از وجود کاربرند. پس کارهایی که این شخصیت‌های مجازی انجام می‌دهند، نشان‌دهنده خواسته‌های کاربران است و باید مثل دنیای واقعی برایشان احترام قائل شد و قانون گذاشت. این عوامل اعمال مسئولیت کفیری در تجربیات مجازی را پیچیده می‌کند. وقتی می‌خواهیم قوانین جزایی را در دنیای مجازی (متاورس) پیاده کنیم با مشکلات زیادی روبه‌رو می‌شویم. درست است که کاربران می‌توانند هر لحظه که بخواهند از این فضای مجازی خارج شوند؛ اما یک مشکل مهم وجود دارد: در شرایط آسیب‌زا افراد دچار نوعی فلج‌شدگی غیرارادی می‌شوند که به آن «بی‌حرکتی تونیک» می‌گویند.^۳ این حالت باعث می‌شود نتوانند به راحتی واکنش نشان دهند یا از موقعیت خارج شوند. ما هنوز نمی‌دانیم آیا جرائم جنسی در متاورس هم می‌تواند چنین حالت فلج‌شدگی ایجاد کند یا نه و اگر ایجاد می‌کند آیا شدت آن مثل دنیای واقعی است؟ همچنین هنوز مشخص نیست که شخصیت مجازی (آواتار) تا چه حد نماینده واقعی کاربر است و کاربر چقدر می‌تواند در محیط مجازی آزادانه تصمیم بگیرد و رضایت خود را اعلام کند. این ابهام‌ها نشان می‌دهد که ما باید درک عمیق‌تری از مفهوم رضایت و اختیار در متاورس داشته باشیم.

۲.۳. تأثیر ناشناس بودن در متاورس بر نقض حریم خصوصی

مسئله ناشناس بودن در متاورس، به‌ویژه وقتی تأثیر آن را بر موارد نقض حریم خصوصی را در نظر می‌گیریم، موضوعی بسیار مهم است. این ناشناس بودن، که ذاتاً در فضاهای مجازی متاورس وجود دارد، به کاربران اجازه می‌دهد بدون آشکار کردن هویت واقعی خود با دیگران تعامل کنند. این امر می‌تواند به رفتارهای آسیب‌زا منجر شود. ناشناس بودن در متاورس صرفاً یک ویژگی نیست، بلکه چالشی پیچیده است که مشکلات حمایت از قربانیان و شناسایی مجرمان را

¹. Gonzalez-Franco, Mar, Anthony Steed, Steve Hoogendyk and Eyal Ofek. "Using Facial Animation to Increase the Enfacement Illusion and Avatar Self-Identification", *IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics*, Volume 26, Issue 5, 2023, P 4.

². King, Daniel L. et al. "Screening and Assessment Tools for Gaming Disorder: A Comprehensive Systematic Review", *Clinical Psychology Review*, Volume 77, 2020, P 17.

³. Kalaf, Juliana, et al. "Sexual Trauma is more Strongly Associated with Tonic Immobility than other Types of Trauma-A Population based Study", *Journal of Affective Disorders*, Volume 215, 2017, P 6.

دوچندان می‌کند. در متاورس شناسایی فرد واقعی پشت یک آواتار (شخصیت مجازی) بسیار دشوار است. ساخت و شخصی‌سازی آواتارها با محدودیت‌های بسیار کمی روبه‌رو است که این امر تشخیص هویت واقعی کاربر را تقریباً غیرممکن می‌سازد.^۱ این انعطاف‌پذیری به افراد اجازه می‌دهد هویتشان را کاملاً پنهان کنند و حتی شخصیت‌های کاملاً ساختگی برای خود بسازند. در برنامه‌ای به نام «سکند لایف» کاربران می‌توانند هر اسمی را برای خودشان انتخاب کنند و از اسم‌های عجیب و غریب یا غیرواقعی استفاده کنند. این آزادی اگرچه خلاقیت را تشویق می‌کند، باعث می‌شود افراد کاملاً ناشناس بمانند. مشکل دیگر این است که این برنامه نمی‌تواند سن واقعی افراد را تأیید کند؛ فقط از افراد می‌خواهد تاریخ تولدشان را وارد کنند که بالطبع می‌تواند دروغ باشد. کاربران اغلب حساب‌های ایمیل جدید و مجازی را مخصوص چنین پلتفرم‌هایی ایجاد می‌کنند که این امر باعث پنهان‌سازی بیشتر هویت واقعی آنها می‌شود. علاوه بر این شخصی‌سازی آواتار در متاورس، که شامل تغییرات در ظاهر فیزیکی و پوشش می‌شود، شناسایی جنسیت و سن واقعی کاربر را پیچیده می‌کند. اگرچه مالکان پلتفرم ممکن است تشخیص دهند که کدام حساب کاربری یک آواتار را ایجاد کرده است، برای سایر کاربران این آواتارها اساساً به‌عنوان نام‌های مستعار عمل می‌کنند. لایه‌های مختلف گمنامی در متاورس چالش‌های قابل‌توجهی را در موقعیت‌های مجرمانه به‌ویژه در شناسایی مجرمان ایجاد می‌کند. این محیط همچنین فرصت‌هایی را برای فعالیت‌های مخرب، مانند ایجاد آواتارهای جعلی برای جعل هویت دیگران یا ارتکاب جرم به نام آنها فراهم می‌کند. پیچیدگی این مسائل نیازمند توجهی دقیق به مدیریت هویت در متاورس است. اطمینان از پاسخ‌گویی کاربران و امنیت در عین حفظ آزادی بیان نیازمند راه‌حل‌های فناورانه جدید است. این تعادل برای حفظ یکپارچگی تعاملات در متاورس و محافظت از کاربران در برابر آسیب، بسیار حیاتی است.

۲.۴. تأثیرات منفی روانی موارد نقض حریم خصوصی در متاورس

هدف درک تأثیرات مخرب روان‌شناختی خشونت جنسی است که می‌تواند بر سلامت روانی کاربر در متاورس داشته باشند و احتمالاً منجر به آسیب‌های روحی مشابه با قربانیان خشونت جنسی در دنیای واقعی می‌شود. متاورس شکل‌های مختلفی از دنیاهای مجازی را ارائه می‌دهد که هرکدام پیامدهای متفاوتی در نحوه ارتباط کاربران با آواتارهایشان دارند. در برخی از این دنیاهای کاربران به استفاده از آواتارهای استاندارد محدودند و فرصتی برای شخصی‌سازی ندارند. در چنین محیط‌هایی میزان دلبستگی عاطفی یا هم‌ذات‌پنداری که کاربر نسبت به آواتار خود احساس می‌کند، شاید به دلیل عدم امکان بیان هویت شخصی حداقلی باشد. قاعدتاً این مقدار از وابستگی می‌تواند منجر به تأثیر کمتر تجربیات آزار مجازی شود. از سوی دیگر فضاهای مجازی وجود دارند که به کاربران امکانات گسترده‌ای برای شخصی‌سازی آواتارهایشان می‌دهند. کاربران می‌توانند در این محیط‌ها هویت‌های منحصر به فردی بسازند که منعکس‌کننده ویژگی‌ها و ترجیحات شخصی‌شان است. چنین سطح عمیقی از شخصی‌سازی می‌تواند منجر به پیوند عاطفی قوی‌تر با آواتار شود و تجربیات خشونت جنسی در این زمینه‌ها را بالقوه آسیب‌زاتر کند. کاربران ممکن است این تجاوزها را به‌عنوان حملات مستقیم به خود تلقی کنند که منجر به پریشانی عاطفی قابل‌توجهی می‌شود. تأثیرات روان‌شناختی این دو نوع محیط مجازی به‌طور قابل‌توجهی متفاوت است. در جایی که آواتارها استاندارد و غیرشخصی‌اند، تأثیر روان‌شناختی کاربران کاهش می‌یابد. باین‌حال در محیط‌هایی که آواتارها به‌شدت شخصی‌سازی شده‌اند، پیامدهای موارد نقض حریم خصوصی، از جمله

¹ Jesse, Lake. "Hey, You Stole My Avatar!: Virtual Reality and Its Risks to Identity Protection", *Emory Law Journal*, Volume 69, Issue 4, 2020, P 847.

احساس ترس، اضطراب و پریشانی روانی می‌تواند به اندازه تجربیات دنیای فیزیکی شدید باشد. این تفاوت در تأثیرات روان‌شناختی اهمیت درک روابط پیچیده بین کاربر و آواتار در متاورس را برجسته می‌کند. همان‌طور که محیط‌های مجازی به سمت ارائه تجربیات شخصی‌تر پیش می‌روند، احتمال آسیب‌های روانی افزایش می‌یابد. این موضوع نیاز به اقداماتی برای محافظت از سلامت روانی کاربران را پررنگ‌تر می‌کند. چنین اقداماتی می‌تواند شامل ایجاد سیستم‌های حمایتی برای قربانیان، اجرای دستورالعمل‌های اجتماعی برای جلوگیری از سوءاستفاده و آموزش کاربران در مورد خطرهای و مسئولیت‌های اخلاقی در تعاملات مجازی باشد. پرداختن به این ابعاد روان‌شناختی برای حفظ متاورس به عنوان یک فضای دیجیتال امن و فراگیر ضروری است.^۱ این رویکرد، حسی از مسئولیت‌پذیری و محافظت نسبت به آواتار را ایجاد می‌کند که منعکس‌کننده نقش و هویت کاربر در دنیای مجازی است. تحقیقات جدید در این زمینه نشان می‌دهد که هرچه دنیای مجازی شباهت بیشتری به دنیای واقعی داشته باشد، احتمال اینکه مغز کاربر تجربیات مجازی را مشابه تجربیات واقعی پردازش کند بیشتر می‌شود. این پدیده فقط مربوط به شباهت بصری و زیبایی‌شناختی نیست، بلکه به کیفیت غوطه‌وری تجربه نیز مربوط می‌شود. سخت‌افزارهای مدرن واقعیت مجازی در تقویت این حس غوطه‌وری نقش اساسی دارند. دستگاه‌هایی مانند هدست‌های واقعیت مجازی و دستکش‌های لمسی حس قوی حضور را ایجاد می‌کنند که باعث می‌شود تجربه مجازی واقعی‌تر و ملموس‌تر به نظر برسد. به این ترتیب یک «تجربه تقریباً واقعی» شکل می‌گیرد؛ یعنی تجربه‌ای که در لحظه وقوع واقعی به نظر می‌رسد. تحقیقات نشان می‌دهد که در محیط متاورس، واکنش عصبی مغز درست مثل دنیای فیزیکی است. بنابراین در یک بازی واقع‌گرایانه، اگر آواتار کاربر در موقعیت مرگ قرار گیرد، ممکن است کاربر واقعاً احساس ترس از مرگ کند، حتی با اینکه هیچ آسیب فیزیکی واقعی به او نرسیده است.^۲ تحقیقات نشان داده‌اند که خشونت سایبری می‌تواند باعث آسیب‌های روانی مانند افسردگی، استرس، اضطراب و اختلال استرس پس از سانحه شود؛^۳ بنابراین تأثیر روانی در متاورس بسیار مهم‌تر و متفاوت‌تر از یک سناریوی معمولی آنلاین مثل یک بازی ویدئویی ساده است. می‌توان گفت این تأثیر به تجربه دنیای واقعی نزدیک است؛ زیرا واکنش‌هایی مشابه دنیای واقعی را برمی‌انگیزد.

۳. چارچوب‌های حقوقی به عنوان ساختاری برای امنیت جنسی

چالش‌های خاص محیط‌های مجازی علی‌رغم قوانین زیاد برای مبارزه با جرائم جنسی، مشکلات مهمی را در اجرای قوانین در متاورس ایجاد می‌کنند. این مشکلات شامل مسائل مربوط به صلاحیت قانونی در دنیای مجازی بدون مرز و دشواری شناسایی مجرمانی است که پشت آواتارهای ناشناس پنهان شده‌اند. بررسی‌های حقوقی مشکلی مشترک را نشان می‌دهند؛ اگرچه چارچوب‌های قانونی موجود برای مقابله با موارد نقض حریم خصوصی یک ساختار فراهم می‌کنند؛ اما برای پوشش کامل پیچیدگی‌های متاورس کافی نیستند. این چالش‌ها چندوجهی‌اند و شامل تعریف و محدوده خشونت جنسی در فضاها، مجازی، شناسایی و پیگرد قانونی مجرمانی که از ناشناس بودن سوءاستفاده می‌کنند، فراهم کردن حمایت و عدالت کافی برای قربانیان می‌شوند. این وضعیت نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی باید فوراً تکامل پیدا کنند

¹. Freeman, Guo, Samaneh Zamanifard, Divine Maloney and Dane Acena. "Disturbing the Peace: Experiencing and Mitigating Emerging Harassment in Social Virtual Reality", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Volume 3, Issue CSCW, 2022, P 7.

². Lemley, Mark A. and Eugene Volokh. "Law, Virtual Reality, and Augmented Reality", *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 166, Issue 5, 2018, P 1095.

³. Cripps, Jenna and Lana Stermac. "Cyber-Sexual Violence and Negative Emotional States among Women in a Canadian University", *International Journal of Cyber Criminology*, Volume 12, Issue 1, 2018, P 173.

و سازگار شوند تا بتوانند از کاربرانی که در فضای دیجیتال متاورس فعالیت می‌کنند محافظت کنند و راه‌های جبران خسارت مناسبی در اختیارشان بگذارند.

۳.۱. تعاریف حقوقی نوین از آسیب‌های مجازی (آزار جنسی)

در دنیای متاورس به دلیل درهم‌آمیختگی دنیای واقعی و مجازی تشخیص آسیب‌هایی که در این دو فضا اتفاق می‌افتد کار دشواری شده است. امروزه با پیشرفت سریع فناوری در فضای مجازی تعاملی، امکان آسیب رساندن به دیگران در محیط مجازی بیشتر شده است. این آسیب‌ها فقط محدود به خسارت‌های ملموس نیست، بلکه شامل مشکلات روحی و روانی می‌شود که از سوءاستفاده، آزار و اذیت و زورگویی آنلاین ناشی می‌شود. قوانین فعلی نمی‌توانند همه انواع آسیب‌هایی را که در متاورس اتفاق می‌افتد پوشش دهند. بنابراین لازم است که تعریف قانونی از آسیب‌های مجازی گسترده‌تر شود. این گسترش باید فراتر از تعریف سنتی آسیب باشد و شامل نمایش مجازی محتواهای غیرقانونی، مثل تصاویر نامناسب کودکان یا رفتارهای جنسی آشکار هم بشود. شایان ذکر است، حتی اگر این نمایش‌های مجازی در دنیای واقعی اتفاق نیفتند، می‌توانند تأثیرات روانی شدیدی بر افراد بگذارند و نتایج بسیار بدی به همراه داشته باشند. یک تعریف کامل از آسیب مجازی باید هم به تأثیرات مستقیم این محتواها بر قربانیان و هم به تأثیرات گسترده‌تر آن بر جامعه توجه کند. برای مثال، حتی اگر نمایش مجازی تصاویر نامناسب کودکان در متاورس از کودکان واقعی استفاده نشده باشد، می‌تواند باعث عادی شدن این رفتارها شود و برای اخلاق عمومی و سلامت روانی افراد خطرناک باشد. همین‌طور موارد نقض حریم خصوصی در فضای مجازی با اینکه تماس فیزیکی در آن وجود ندارد، می‌تواند آسیب‌های روانی مشابه با آزار جنسی در دنیای واقعی ایجاد کند. در بازتعریف مفهوم آسیب مجازی توجه به ویژگی‌های خاص متاورس بسیار مهم است؛ جایی که کاربران اغلب حس حضور قوی‌تری دارند و از نظر عاطفی پیوند عمیقی با آواتار خود برقرار می‌کنند. به همین دلیل تأثیرات روانی آسیب‌ها در این فضاها می‌تواند بسیار عمیق باشد و نیازمند حمایت‌های قانونی به اندازه دنیای واقعی است. این درک گسترده‌تر حقوقی از آسیب مجازی نیازمند سازوکارهای نظارتی جدیدی برای محافظت از افراد در متاورس است. این سازوکارها باید توانایی رسیدگی به پیچیدگی‌های آسیب مجازی را داشته باشند و بتوانند بین نیاز به محافظت از کاربران و آزادی‌های فضاهای دیجیتال تعادل برقرار کنند. این امر مستلزم رویکردی دقیق است که هم ماهیت درحال تکامل آسیب در دنیای روزافزون دیجیتالی را به رسمیت بشناسد و هم به نیاز به قوانین انعطاف‌پذیر و پاسخ‌گو توجه کند.

۳.۲. راه‌های کسب اجازه در متاورس

در متاورس داشتن روش‌های مؤثر برای گرفتن رضایت کاربران بسیار مهم است؛ زیرا باعث می‌شود افراد با امنیت با یکدیگر ارتباط برقرار کنند. این روش‌ها باید از همان ابتدا به کاربران کمک کنند تا با ویژگی‌های خاص این محیط فناورانه جدید آشنا شوند. وقتی کاربران در این فضای مجازی حضور دارند، باید با قوانین و آداب معاشرت این فضا آشنا باشند تا بتوانند در کنار هم به خوبی فعالیت کنند. برای رسیدن به این هدف، پلتفرم‌ها می‌توانند آموزش‌های اجباری را برای دو گروه در نظر بگیرند: کاربران جدید، و افرادی که از آنها شکایت شده است. این آموزش‌ها به آنها رفتارهای قابل قبول و غیرقابل قبول را یاد می‌دهد. یکی از مهم‌ترین بخش‌های این آموزش‌ها ایجاد روش‌های روشن و صریح برای گرفتن اجازه بین آواتارهاست. این روش‌ها می‌تواند شامل پیام‌ها یا توافقاتی واضح و قابل فهم باشد که قبل از هر ارتباط نزدیک یا

شخصی نشان داده می‌شود. با این کار، همه افرادی که در یک ارتباط شرکت می‌کنند به‌طور واضح با شرایط موافقت کرده‌اند و احتمال سوءتفاهم یا ارتباط‌های ناخواسته کمتر می‌شود. همچنین کاربران باید بتوانند تصمیم بگیرند که چقدر می‌خواهند در بخش‌های مختلف متاورس شرکت کنند. برای این کار باید به آنها ابزارهایی داده شود تا بتوانند مرزهای شخصی خود را مشخص و کنترل کنند که دیگران چطور با آنها ارتباط برقرار می‌کنند. یک نمونه از این موارد پیاده‌سازی ویژگی حریم شخصی است که شرکت متا آن را اجرا کرده است. این ویژگی یک حباب ایمنی مجازی به شعاع یک متر و اندی در اطراف آواتار ایجاد می‌کند که به‌طور مؤثر از تماس نزدیک جلوگیری می‌کند و احتمال آزار و اذیت را کاهش می‌دهد. چنین ویژگی‌هایی به کاربران اجازه می‌دهد تا کنترل فعالی بر فضای مجازی خود داشته باشند و به ایجاد محیطی امن‌تر کمک می‌کنند. گنجاندن این سازوکارهای رضایت‌محور گامی در جهت ایجاد متاورس امن‌تر است و می‌تواند اقدامی ضروری در آموزش کاربران درباره اهمیت رضایت در تعاملات دیجیتال باشد. هم‌زمان با تکامل متاورس، این سازوکارها باید انطباق‌پذیر، و پاسخ‌گوی چالش‌ها و نیازهای جدید کاربران باشند. ارزیابی مداوم و بهبود شیوه‌های رضایت‌محور برای حفظ محیط مجازی امن برای همه کاربران ضروری خواهد بود. سایر تکنیک‌های تعاملی مانند توانایی تار کردن آواتار خود در موقعیت‌های ناراحت‌کننده می‌تواند مفید باشد.^۱ همچنین ممکن است به کاربران این امکان داده شود تا نحوه نمایش آواتار خود را تغییر دهند؛ مانند نمایش کارتونی، نمایش سایه‌وار و نمایش واقع‌گرایانه، بسته به اینکه در هر موقعیت چه چیزی برایشان راحت‌تر است. این امر به آنها اجازه می‌دهد تا به شیوه‌ای شخصی‌سازی‌شده مشارکت کنند و در عین حال توانایی پنهان کردن جزئیات قابل شناسایی را داشته باشند. پلتفرم‌های متاورس باید اقدامات ایمنی متنوع و قابل دسترسی را در سیستم خود ادغام کنند. این اقدامات شامل محدودیت‌های خودکار فاصله شخصی مشابه منطقه امن، حرکات هشداردهنده همگانی و آموزش‌های جامع درباره قوانین جامعه مجازی است که با نظارت فعال تکمیل می‌شود. در حالت ایده‌آل، ترکیبی از این راهکارها باید برای به حداکثر رساندن امنیت به کار گرفته شود. با این حال، مقابله با آزار و اذیت فراتر از اقدامات فردی پلتفرم‌هاست و به قوانین دولتی در زمینه نظارت بر محتوا نیاز دارد. در حال حاضر قوانین موجود، به‌ویژه قوانین محافظت در برابر آزار جنسی، در محیط‌های مجازی به اندازه کافی توسعه نیافته‌اند. چارچوب‌های قانونی مربوط به آواتارهای دیجیتال نیز در حال توسعه‌اند. متاورس به‌عنوان یک مرز نوظهور برای تعاملات آنلاین چالش‌های منحصربه‌فردی را ایجاد می‌کند که قوانین موجود به‌طور جامع به آنها نپرداخته‌اند. ایجاد محیط‌های آنلاین امن‌تر نیازمند رویکردی چندجانبه است که شامل همکاری بین شرکت‌ها، سازمان‌های غیردولتی و نهادهای دولتی می‌شود. شرکت‌ها، سازمان‌های مردمی و دولت‌ها می‌توانند با همکاری یکدیگر استانداردها و بهترین شیوه‌های کاری را برای استفاده ایمن‌تر از فناوری تدوین کنند. این تلاش جمعی برای تضمین امنیت کاربران بسیار مهم است و باید به‌طور مداوم خود را با چالش‌های جدیدی که پیشرفت‌های فناوری مانند متاورس ایجاد می‌کنند سازگار کند.

۳.۳. تأثیر آشکارسازی هویت‌های ناشناس در پس آواتارها

مسئله گمنامی در متاورس به‌ویژه هنگام برخورد با رفتارهای آسیب‌رسان مانند آزار و سوءاستفاده نیازمند رویکردی دقیق و حساب‌شده برای آشکار کردن هویت واقعی پشت آواتارهای مجازی است. هویت مجازی قابلیت‌هایی است مثل سایر قابلیت

^۱ Lin, Jinghua and Marc E. Latoschik. "Digital Body, Identity and Privacy in Social Virtual Reality: A Systematic Review", *Frontiers in Virtual Reality*, Volume 3, 2022, P 19.

های فناورانه که می‌توان از آن استفاده درست یا نادرست کرد.^۱ یک راه‌حل پیشنهادی ثبت آواتارها با استفاده از شناسه‌های دنیای واقعی مانند کارت‌های شناسایی دولتی یا شماره‌های تأمین اجتماعی است. این روش می‌تواند تعداد آواتارهایی را که یک فرد می‌تواند داشته باشد محدود کند و اطلاعات روشنی درباره سن، جنسیت و ملیت آنها ارائه دهد. با این حال، این رویکرد نگرانی‌های جدی در مورد حفاظت از داده‌ها را مطرح می‌کند و نیازمند چارچوبی قوی برای محافظت از اطلاعات حساس کاربران است. با وجود گمنامی‌ای که کاربران در متاورس از آن برخوردارند، پلتفرم‌ها معمولاً می‌توانند افراد پشت آواتارها را از طریق داده‌های ثبت‌نام جمع‌آوری شده از جمله اطلاعات ثبت‌نام و آدرس‌های اینترنتی شناسایی کنند. در موارد سوءرفتار جدی پیشنهاد می‌شود که پلتفرم‌ها هویت کاربر متخلف را افشا کنند. چنین افشاگری‌هایی باید به موارد جدی محدود شود تا یکپارچگی سیستم و اعتماد کاربران حفظ شود و تعادلی بین نیاز به پاسخ‌گویی و حق حریم خصوصی برقرار گردد. علاوه بر این، معرفی راهکارهای قانونی خاص متاورس می‌تواند افراد را در قبال اعمال آواتارهایشان از نظر قانونی مسئول بداند. در مواردی که حساب‌های کاربری متاورس باعث آسیب در دنیای واقعی می‌شوند، می‌توان قبل از شروع دادرسی هویت واقعی فرد را کشف کرد. اگر شناسایی هویت ممکن نباشد، می‌توان یک نماینده قانونی تعیین کرد تا در دادگاه‌های واقعی از طرف آن حساب کاربری حاضر شود. این راهبردها برای کنار زدن پرده ناشناس بودن در متاورس بخش مهمی از بحث ایجاد یک محیط مجازی امن و مسئولانه است. این راهکارها به‌طور مستقیم به بحث‌های پیشین درباره پیچیدگی‌های رضایت و صلاحیت قضایی در متاورس می‌پردازد و روش‌های عملی برای مسئول نگاه داشتن کاربران در قبال رفتارهایشان در فضاهای مجازی ارائه می‌دهد. اجرای این اقدامات نیازمند توجه دقیق به حقوق حریم خصوصی حفاظت از داده‌ها و تأثیر احتمالی آن بر تجربه کاربران است. همان‌طور که چئونگ (۲۰۲۲) می‌گوید، نکته کلیدی این است که باید تعادل درستی پیدا کنیم. از یک طرف کاربران دوست دارند در فضای مجازی ناشناس باشند که مزایای خودش را دارد و از طرف دیگر باید بتوانیم در صورت نیاز افراد را شناسایی کنیم تا مسئول کارهایشان باشند. پیدا کردن این تعادل به ما کمک می‌کند تا بتوانیم با تغییرات سریع قوانین و فناوری در دنیای متاورس همراه شویم.

۴. وظایف شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات متاورس

در دنیای مجازی متاورس باید مشخص شود که شرکت‌هایی که این فضاهای مجازی را اداره می‌کنند چه وظایف و مسئولیت‌هایی دارند. این واقعیت که مداخله کیفری و وضع قوانینی برای جرم‌انگاری و مجازات فعالیت‌های غیرمجاز یکی از راه‌های کنترل اینگونه فعالیت‌هاست، قانونگذار را بر آن داشته تا از موضوعاتی که در معرض تهدید فعالیت‌های سمعی و بصری است، به ویژه مقولاتی هم چون مالکیت فکری، حریم خصوصی و اخلاق و عفت عمومی حمایت کیفری به عمل آورده و تعدی به این امور را با واکنش کیفری پاسخ دهد.^۲ اولین مورد، موضوع قانون‌گذاری محتواسست. پلتفرم‌ها وظیفه دارند محتوایی را که در محیط‌های مجازی‌شان در گردش است نظارت و کنترل کنند. این وظیفه نه فقط شامل شناسایی و حذف محتوای آسیب‌رسان می‌شود، بلکه باید با حق آزادی بیان کاربران نیز متعادل

۱. شهریار، حمید، «دین، فرهنگ و فناوری اطلاعات: مزایا و چالش‌های هویت مجازی در فضای سایبر»، *مجله راه‌آورد نور*، شماره ۳۵، ۱۳۹۰، ص ۶

۲. حیدری، علی‌مراد و علی جعفری، «حمایت کیفری از رسانه‌های دیداری-شنیداری در حقوق ایران»، *فصلنامه رسانه*، دوره ۲۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۰۶ و ۱۰۷.

باشد. چالش اصلی، طراحی سیستم‌های نظارتی است که هم مؤثر باشند و هم به ظرافت‌های تعامل کاربران در این فضاهای مجازی توجه کنند.

دومین مورد، موضوع مهم تأیید هویت کاربران است که نقشی حیاتی ایفا می‌کند. تأیید هویت واقعی کاربران یک راهبرد قدرتمند برای جلوگیری از رفتارهای نامناسب است؛ زیرا اعمال مجازی را به پاسخ‌گویی در دنیای واقعی پیوند می‌دهد. باین‌حال، پیاده‌سازی فرایندهای احراز هویت کاربران نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی و حفاظت از داده‌ها را به همراه دارد که نیازمند رویکردی است تا ضمن احترام به حریم خصوصی کاربران، امنیت کلی را نیز افزایش دهد. مسئولیت‌های قانونی پلتفرم‌های متاورس عمدتاً زمانی پدیدار می‌شود که از این وظایف تخطی شود یا نادیده گرفته شوند. فرض کنید پلتفرم در تنظیم محتوای خود یا تأیید هویت کاربران به درستی عمل نکند و این سهل‌انگاری منجر به مواردی از آزار و اذیت جنسی یا سوءاستفاده شود؛ در این صورت پلتفرم ممکن است با پیامدهای قانونی و نظارتی روبه‌رو شود. این امر اهمیت مدیریت پیشگیرانه و قوی توسط ارائه‌دهندگان پلتفرم را برای محافظت از کاربران و تضمین محیط مجازی محترمانه و امن برجسته می‌کند. همچنان که متاورس به گسترش خود ادامه می‌دهد و در جنبه‌های مختلف زندگی روزمره ادغام می‌شود، ضرورت پذیرش مسئولیت این پلتفرم‌ها در ایجاد و حفظ فضاهای مجازی امن اهمیت بیشتری می‌یابد. پلتفرم‌های فعال در متاورس این فرصت را دارند تا از هوش مصنوعی در تلاش‌های خود برای نظارت مؤثر بر محتوا و رفتار کاربران بهره‌برداری کنند. هوش مصنوعی با قابلیت‌های پیشرفته خود می‌تواند ابزاری قدرتمند در پیش‌بینی و کاهش انواع تهدیدات سایبری و جرائم اینترنتی باشد. پتانسیل هوش مصنوعی در این حوزه هم‌اکنون توسط پلتفرم‌های رسانه‌های اجتماعی مانند فیس‌بوک که از فناوری‌های هوش مصنوعی برای شناسایی و مدیریت اطلاعات نادرست و محتوای مضر استفاده می‌کنند به نمایش گذاشته شده است. کاربرد هوش مصنوعی در متاورس می‌تواند به چندین حوزه کلیدی گسترش یابد. در درجه اول هوش مصنوعی می‌تواند در نظارت بر محتوا نقشی اساسی داشته باشد و با استفاده از الگوریتم‌های پیچیده، محتوایی را که ناقض سیاست‌های پلتفرم است یا خطر بالقوه‌ای را ایجاد می‌کند، شناسایی و فیلتر کند. این شامل تشخیص موارد آزار و اذیت جنسی، گفتار نفرت‌انگیز و سایر اشکال رفتار سوءاستفاده‌گرانه می‌شود. سیستم‌های هوش مصنوعی می‌توانند برای تشخیص الگوها و شاخص‌های چنین محتوایی آموزش ببینند و در مقایسه با نظارت دستی واکنش‌های سریع‌تر و کارآمدتری را امکان‌پذیر سازند. علاوه بر این، هوش مصنوعی می‌تواند نقشی حیاتی در بهبود فرایندهای احراز هویت کاربران ایفا کند. با تجزیه و تحلیل رفتار کاربر و الگوهای تعامل، هوش مصنوعی می‌تواند به شناسایی فعالیت‌های مشکوک یا ناهنجار کمک کند که ممکن است نشان‌دهنده حساب‌های جعلی یا بدخواهانه باشد. این قابلیت می‌تواند در محیط مجازی مانند متاورس که در آن ناشناس بودن کاربران می‌تواند چالش‌های قابل توجهی را برای حاکمیت پلتفرم ایجاد کند مزیت مهم به شمار آید. استفاده از هوش مصنوعی در محیط‌های مختلف نیاز به دقت و مراقبت جدی دارد. باوجود اینکه هوش مصنوعی کارایی و توانایی گسترش بسیار خوبی دارد، کاملاً بی‌نقص نیست. مشکلاتی مانند سوگیری در تصمیم‌گیری‌های الگوریتمی و احتمال خطاهای اشتباه در نظارت بر محتوا نشان می‌دهد که باید رویکردی متعادل و دقیق داشته باشیم. الگوریتم‌ها مدل‌های محاسباتی ایجاد می‌کنند که مجموعه‌های بزرگی از داده‌ها را برای پیش‌بینی و استنتاج پردازش می‌کنند.^۱ برای شرکت‌ها و سازمان‌ها مهم است که نظارت هوش مصنوعی را با نظارت انسانی ترکیب کنند تا تصمیمات، به‌ویژه تصمیماتی که تأثیر مهمی بر تجربه کاربران و حقوق آنها دارند، عادلانه و منصفانه باشند. از سوی دیگر، باید پیامدهای اخلاقی استفاده از هوش مصنوعی در زمینه‌هایی مانند

۱. حکیم‌پور، یاسمین، «از الگوریتم‌ها تا یادگیری عمیق، آنچه باید درمورد هوش مصنوعی بدانیم»، مجله حسابرس، شماره ۱۲۳، ۱۴۰۲، ص ۷۲.

متاورس را جدی بگیریم. حفاظت از حریم خصوصی کاربران و اطمینان از شفافیت در نحوه استفاده از سیستم‌های هوش مصنوعی برای تنظیم محتوا و نظارت بر رفتار بسیار مهم است. سازمان‌ها باید دستورالعمل‌ها و استانداردهای اخلاقی روشنی برای کاربرد هوش مصنوعی تعیین کنند و گفت‌وگوی شفاف با کاربران درباره چگونگی استفاده از داده‌هایشان و تصمیمات مبتنی بر هوش مصنوعی برقرار کنند. به عنوان مثال، به تازگی توسعه‌دهندگان بازی‌های ویدئویی شروع به استفاده از هوش مصنوعی برای شناسایی رفتارهایی مانند تقلب کرده‌اند. پلتفرم‌های متاورس ممکن است از هوش مصنوعی برای شناسایی سرقت هویت، گفتار توهین‌آمیز و موارد تجاوز جسمی به آواتارها استفاده کنند. همچنین این پلتفرم‌ها می‌توانند مسئول اجرای سازوکارهای احراز هویت کاربران باشند. این سازوکارها می‌توانند مبتنی بر زیست‌سنجی (بیومتریک) باشند؛ مانند تأیید هویت از طریق عکس دوربین، تشخیص صدا و اثر انگشت،^۱ احراز هویت زیست‌شناختی، همچون اسکن عنبیه چشم، نوار قلب و نوار مغز می‌تواند با استفاده از دستگاه‌های واقعیت مجازی انجام شود.^۲ احراز هویت کاربران گامی مهم در کنترل فعالیت‌های آنها و اجرای مؤثر مسئولیت‌ها محسوب می‌شود.

نتیجه‌گیری

متاورس یک حوزه انقلابی برای تعاملات اجتماعی است که با چالش‌های حقوقی جدی روبه‌روست. چارچوب‌های حقوقی فعلی آمادگی مواجهه با پیچیدگی‌های این محیط به‌ویژه در موضوعاتی مانند خشونت علیه حریم خصوصی را ندارند. این مقاله تلاش می‌کند راهکارهایی برای درک چالش‌های حقوقی متاورس، ایجاد چارچوب حقوقی جامع و حفظ امنیت و کرامت کاربران در رابطه با جرائم جنسی ارائه دهد. متاورس مرزهای بین واقعیت مجازی و فیزیکی را درهم می‌آمیزد و نیازمند تعریف جدیدی از مفاهیم حقوقی است که پیامدهای روانی و عاطفی تعاملات مجازی را نیز در نظر بگیرد. نقش سازوکارهای رضایت در متاورس به عنوان یک دغدغه اساسی در جرائم جنسی برجسته شده است. تدوین پروتکل‌های روشن برای اخذ رضایت صریح در تعاملات مجازی ضروری است تا کاربران را از تجربیات ناخواسته محافظت کند. این موضوع مستلزم آموزش کاربران درباره هنجارها و آداب رفتاری در متاورس و تجهیز آنها به ابزارهای کنترل تعاملات است؛ برای نمونه شرکت متا ویژگی مرزهای شخصی را معرفی کرده که به کاربران اجازه می‌دهد حریم شخصی خود را مدیریت کنند و بدین وسیله امکان آزار و سوءاستفاده از حریم خود را کاهش دهند.

ماهیت جهانی متاورس چالش‌های حقوقی قابل توجهی را ایجاد می‌کند که نیازمند همکاری بین‌المللی و تأسیس چارچوب حقوقی مشترک است. این چارچوب باید مسائل کلیدی مانند رضایت ناشناس ماندن و معاملات مالی را پوشش دهد و تنظیم یکپارچه مرزها را تضمین کند. برداشتن پرده ناشناسی در متاورس درخصوص جرائم جنسی جنبه حیاتی دیگری است که نیاز به توجه دارد. پیاده‌سازی سازوکارهای احراز هویت کاربران از طریق شناسه‌های دنیای واقعی می‌تواند مشکلات پاسخ‌گویی را کاهش دهد، اما نگرانی‌هایی درباره حفاظت از داده‌ها و حریم خصوصی کاربران نیز ایجاد می‌کند. بنابراین پلتفرم‌ها باید توازن میان تأیید هویت کاربر و مدیریت اخلاقی اطلاعات حساس را برقرار کنند.

این مقاله نقش در حال تکامل پلتفرم‌های متاورس را برجسته می‌کند. دیگر نمی‌توان این پلتفرم‌ها را صرفاً واسطه‌های ارتباطی تلقی کرد، بلکه آنها باید به‌طور فعال در تنظیم محتوا و تضمین امنیت کاربران مشارکت کنند. این تغییر در

¹. Semple, Mid, Jeffrey Hatala, Patricia Franks and Margherita A. Rossi. "Is Your Avatar Ethical? on-Line Course Tools That are Methods for Student Identity and Verification", *Journal of Educational Technology Systems*, Volume 39, Issue 2, 2011, P 185.

². Ryu, Riseul, Soonja Yeom, Soo K. Kim and David Herbert. "Continuous Multimodal Biometric Authentication Schemes: A Systematic Review", *IEEE Access*, Volume 20, Issue 9, 2021, PP 34544.

مسئولیت مستلزم آن است که پلتفرم‌ها سیستم‌های نظارتی قدرتمندی توسعه دهند و در ایجاد محیطی مجازی امن سهیم شوند. استدلال اصلی این است که تنظیم متاورس فرایندی چندبعدی است که نیازمند همکاری هماهنگ میان قانون‌گذاران، متخصصان فناوری و کاربران است. چارچوب حقوقی متاورس باید پویا باشد و هم‌زمان با تحولات، اصول اساسی ایمنی، احترام و پاسخ‌گویی را حفظ کند. این مقاله تحلیلی جامع برای این تلاش‌ها فراهم می‌کند و بینش‌ها و توصیه‌هایی را ارائه می‌دهد که می‌تواند راهنمای رویکردهای حقوقی و نظارتی آینده در مواجهه با جرائم جنسی و در این مرز دیجیتال نوظهور باشد.

منابع

مقاله

۱. حسن‌زاده، محمد و سید مهدی حسینی، «دسترس‌پذیری وب، مفاهیم و کاربردها»، *مجله رهیافت*، دوره ۲۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۹، صص ۳۳-۴۴. Doi: 20.1001.1.10272690.1389.20.46.3.4
۲. حکیم‌پور، یاسمین، «از الگوریتم‌ها تا یادگیری عمیق، آنچه باید درمورد هوش مصنوعی بدانیم»، *مجله حسابرس*، شماره ۱۲۳، ۱۴۰۲، صص ۷۰-۷۳.
۳. حیدری، علی‌مراد و علی جعفری، «حمایت کیفری از رسانه‌های دیداری-شنیداری در حقوق ایران»، *فصلنامه رسانه*، دوره ۲۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۸۷-۱۰۹. Doi: 20.1001.1.10227180.1389.21.2.5.1
۴. شهریار، حمید، «دین، فرهنگ و فناوری اطلاعات: مزایا و چالش‌های هویت مجازی در فضای سایبر»، *مجله راه‌آورد نور*، شماره ۳۵، ۱۳۹۰، صص ۲-۷.
۵. طهماسبی، جواد و خیراله شاه‌مرادی، «چالش‌ها و خلأهای موجود در فرایند رسیدگی به جرائم سایبری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۷، صص ۹۵-۱۲۱.

References

Articles

1. Blackwell, Lindsay, Nicole Ellison, Natasha Elliott-Deflo and Raz Schwartz. "Harassment in Social Virtual Reality: Challenges for Platform Governance", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Volume 3, Issue CSCW, 2019, PP 1-27. <https://doi.org/10.1145/3359202>
2. Cripps, Jenna and Lana Stermac. "Cyber-Sexual Violence and Negative Emotional States among Women in a Canadian University", *International Journal of Cyber Criminology*, Volume 12, Issue 1, 2018, PP 171-186. Doi:10.5281/zenodo.1467891
3. Freeman, Guo, Samaneh Zamanifard, Divine Maloney and Dane Acena. "Disturbing the Peace: Experiencing and Mitigating Emerging Harassment in Social Virtual Reality", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Volume 3, Issue CSCW, 2022, PP 1-30. Doi:10.1145/3512932
4. Gonzalez-Franco, Mar, Anthony Steed, Steve Hoogendyk and Eyal Ofek. "Using Facial Animation to Increase the Enfacement Illusion and Avatar Self-Identification", *IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics*, Volume 26, Issue 5, 2023. Doi: 10.1109/TVCG.2020.2973075
5. Hakim-Pour, Yasamin, "From Algorithms to Deep Learning: What We Need to Know About Artificial Intelligence", *Auditor Journal*, Issue 123, 2023, PP 70-73. (in Persian)
6. Hassan-Zadeh, Mohammad and Sayyed Mehdi Hosseini, "Web Accessibility: Concepts and Applications", *Rahyافت Journal*, Volume 20, Issue 46, 2010, PP 33-44. Doi: 20.1001.1.10272690.1389.20.46.3.4 (in Persian)

7. Heidari, Ali Morad and Ali Ja'fari, "Criminal Protection of Audio-Visual Media in Iranian Law", *Media Quarterly*, Volume 21, Issue 2, 2010, PP 87-109. Doi: 20.1001.1.10227180.1389.21.2.5.1 (in Persian)
8. Jesse, Lake. "Hey, You Stole My Avatar!: Virtual Reality and Its Risks to Identity Protection", *Emory Law Journal*, Volume 69, Issue 4, 2020, PP 833-879. Available at: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol69/iss4/5/>
9. Kalaf, Juliana, et al. "Sexual Trauma is more Strongly Associated with Tonic Immobility than other Types of Trauma-A Population based Study", *Journal of Affective Disorders*, Volume 215, 2017, Doi: 10.1016/j.jad.2017.03.009
10. King, Daniel L. et al. "Screening and Assessment Tools for Gaming Disorder: A Comprehensive Systematic Review", *Clinical Psychology Review*, Volume 77, 2020. Doi: 10.1016/j.cpr.2020.101831
11. Lee, Hyun W., Sanghoon Kim and Jun-Phil Uhm. "Social Virtual Reality (VR) Involvement Affects Depression When Social Connectedness and Self-Esteem Are Low: A Moderated Mediation on Well-Being", *Frontiers in Psychology*, Volume 12, 2021. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2021.752019/>
12. Lemley, Mark A. and Eugene Volokh. "Law, Virtual Reality, and Augmented Reality", *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 166, Issue 5, 2018. Doi:10.2139/ssrn.2933867
13. Lin, Jinghua and Marc E. Latoschik. "Digital Body, Identity and Privacy in Social Virtual Reality: A Systematic Review", *Frontiers in Virtual Reality*, Volume 3, 2022, PP 9-65. Doi:10.3389/frvir.2022.974652
14. Lorenzo-Dus, Nuria and Cristina Izura. "Cause ur Special": Understanding Trust and Complimenting Behaviour in Online Grooming Discourse", *Journal of Pragmatics*, Volume 112, 2017, PP 68-82. <https://doi.org/10.1016/j.pragma.2017.01.004>
15. Ramirez, Erick, Shelby Jennett, Jocelyn Tan and Sydney Campbell and Raghav Gupta. "XR Embodiment and the Changing Nature of Sexual Harassment", *Societies*, Volume 13, Issue 2, 2023. <https://doi.org/10.3390/soc13020036>
16. Reeves, Carla. "Fantasy Depictions of Child Sexual Abuse: The Problem of Ageplay in Second Life", *Journal of Sexual Aggression*, Volume 19, Issue 2, 2011, PP 75-301. Doi:10.1080/13552600.2011.640947
17. Ryu, Riseul, Soonja Yeom, Soo K. Kim and David Herbert. "Continuous Multimodal Biometric Authentication Schemes: A Systematic Review", *IEEE Access*, Volume 20, Issue 9, 2021, PP 34544-34552. Doi: 10.1109/ACCESS.2017
18. Semple, Mid, Jeffrey Hatala, Patricia Franks and Margherita A. Rossi. "Is Your Avatar Ethical? on-Line Course Tools That are Methods for Student Identity and Verification", *Journal of Educational Technology Systems*, Volume 39, Issue 2, 2011. PP 181-191. Doi:10.2190/ET.39.2.h
19. Shahriari, Hamid, "Religion, Culture and Information Technology: Benefits and Challenges of Virtual Identity in Cyberspace", *Rahavarde Noor Journal*, Issue 35, 2011, PP 2-7. (in Persian)
20. Tahmasebi, Javad and Kheirollah Shahmoradi, "Challenges and Gaps in the Process of Addressing Cybercrime", *Justice Legal Journal*, Volume 82, Issue 105, 2018, PP 95-121. (in Persian)
21. Zytke, Douglas and Jonathan Chan. "The Dating Metaverse: Why We Need to Design for Consent in Social VR", *IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics*, Volume 29, Issue 5, 2023. Doi: 10.1109/TVCG.2023.3247065

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Pondering on the Interpretation of Judgments in the International Court of Justice, with Emphasis on the Preah Vihear Temple Case

Sayyed Mohammad Hoseini¹

Highlights

- In its interpretation of the Preah Vihear judgment, the Court departed from a strictly judicial approach and moved toward a more functional stance aimed at achieving the effective settlement of the dispute.
- Treating the principle of non ultra petita as absolute in the Court's proceedings may, in certain cases, lead to ambiguities regarding the meaning and scope of the decisions rendered.
- The Court's recognition of a "Provisional Demilitarized Zone" around the Preah Vihear Temple may be extendable as a form of protective perimeter to other religious sites possessing similar characteristics.

ABSTRACT

Introduction

The system of peaceful settlement of international disputes is recognized as one of the most vital mechanisms for maintaining international peace and security. Within this framework, the International Court of Justice (ICJ) plays an indispensable role in ensuring the observance of this principle. According to Article 60 of its Statute, the Court's judgments are final and without appeal; they can only be reconsidered through two limited mechanisms: "interpretation" and, in exceptional cases, "revision". Among these, the interpretation of judgments has acquired particular significance, especially as exemplified by the well-known "Temple of *Preah Vihear* case" between Cambodia and Thailand. The 1962 judgment of this case, while recognizing Cambodia's sovereignty over the temple structure, left unresolved ambiguities concerning the geographical boundaries and the practical consequences of the ruling. These ambiguities necessitated a subsequent interpretative judgment by the Court in 2013. This study, by examining Article 60 of the ICJ Statute and focusing on the Principle of "*Non Ultra Petita*", seeks to answer the central question: To what extent does the Court's strict adherence to this principle contribute to, or hinder, the realization of its main purpose—namely, the peaceful settlement of international disputes? Accordingly, the objective of this research is to analyze the role of this principle in generating, perpetuating, or eliminating ambiguities in the Court's judgments, and to assess the evolution of the ICJ's interpretative approach between its 1962 and 2013 decisions.

How to Cite: Hoseini, Sayyed Mohammad, "A Pondering on the Interpretation of Judgments in the International Court of Justice, with Emphasis on the Preah Vihear Temple Case", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:307-326.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235487.2815>

Received: 02/12/2024-Accepted: 05/03/2025

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



Copyright: © 2025 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/>).

Methods

The present research employs an analytical–comparative method, based on documentary and library-based data collection. Initially, fundamental instruments of international law—including the United Nations Charter, the Statute of the ICJ, and the Rules of Court—were examined to extract the legal foundations governing the interpretation of judgments and the conditions for applying the *Non Ultra Petita* principle. Subsequently, the study analyzes the content and reasoning of the ICJ's judgments, particularly the separate and dissenting opinions of judges in the 1962 and 2013 *Preah Vihear* cases, alongside other similar decisions, to trace the evolution of the Court's understanding and application of this principle. Comparative analysis of these materials enables the identification of changes in the Court's interpretative logic over time. This methodological approach allows for the examination of the ICJ's jurisprudential development in context—showing how doctrinal principles and judicial practice interact in the interpretation of international judgments.

Results and Discussions

The findings indicate that, although the *Non Ultra Petita* principle was originally designed to ensure judicial impartiality and respect for the limits of the Court's jurisdiction, an overly restrictive interpretation of this rule may itself become a source of ambiguity and renewed conflict. The ICJ's 1962 judgment in the *Preah Vihear* case, based on a strict reading of this principle, merely declared Cambodia's sovereignty over the temple and refrained from defining the precise boundary lines or the practical implications of the ruling. This narrow interpretation led to divergent readings by both States and prolonged their border tensions for nearly five decades. Conversely, in its 2013 interpretation judgment, the Court adopted a more functional and dynamic approach. While maintaining respect for the limits of its jurisdiction, the Court took into account the primary purpose of the 1962 ruling—resolving the dispute over the temple area—and determined that not only the temple but also its surrounding region, designated as a “Provisional Demilitarized Zone”, fell within Cambodian territory. This interpretative shift marks a significant departure from a purely formalistic and literal understanding toward a teleological and purpose-oriented interpretation of judicial decisions, based on the philosophy that a judgment's true function lies in the effective resolution of disputes. The provisional demilitarized zone included areas that were not, in fact, subject to dispute and were clearly under the sovereignty of one of the parties. Nevertheless, the Court, in its effort to achieve a comprehensive and lasting settlement, extended its interpretation to these adjacent areas. The opposing opinions of several judges confirm that the Court, in this instance, deliberately moved beyond traditional interpretative constraints in pursuit of practical effectiveness. A comparative analysis of other ICJ cases supports this observation, demonstrating that in recent decades the Court has increasingly embraced evaluative and dynamic interpretation theories. Influenced by modern interpretative doctrines, the Court now tends toward interpretations that ensure the effective implementation and legal efficacy of its judgments, thereby preventing secondary disputes. In this context, the interpretation of the judgment is not simply a recitation of the words, but a means to ensure their legal and executive effect. From a doctrinal standpoint, recent judgments reveal an implicit acknowledgment that the *Non Ultra Petita* principle must be applied in conjunction with other fundamental doctrines such as “*res judicata*” and related principles of judicial economy. In this view, the limitations imposed by the *Non Ultra Petita* rule should not obstruct the ICJ's higher objective of maintaining peace and stability. Otherwise, the principle may devolve into a mechanism for judicial silence, perpetuating rather than resolving disputes. The findings also highlight that the distinction between jurisdiction and admissibility in the Court's practice has become increasingly clear through interpretative jurisprudence. The 2013 judgment, while formally preserving the appearance of limited jurisdiction, effectively expanded the scope of its ruling. From the perspective of peace consolidation, however, this broader and more flexible interpretative approach has strengthened the ICJ's legitimacy and authority in the international legal order.

Conclusion

The research concludes that while the Principle of *Non Ultra Petita* remains a cornerstone of international adjudication, it must be interpreted in light of the ICJ's overarching mission—the peaceful settlement of disputes. The experience of the *Preah Vihear* case demonstrates that a narrowly textual or rigid interpretation may perpetuate ambiguity, whereas a teleological and functional interpretation contributes to consistency in the Court's jurisprudence and fosters States' trust in the international judicial system. In other words, the Court's transition from a “text-bound interpretation” to a “purpose-oriented interpretation” signifies an institutional maturity that aligns legal reasoning with the practical realities of contemporary international relations. Thus, interpretation has evolved from a purely technical judicial function into an active instrument for advancing international peace and justice.

KeyWords: International Court of Justice, Judgment Interpretation, Preah Vihear Temple, Principle of Non Ultra Petita



تأملی بر تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری، با تأکید بر قضیه معبد پره‌ویهار

سید محمد حسینی^۱

نکات برجسته

- دیوان در تفسیر رأی معبد با عدول از رویکرد صرفاً قضایی، به دنبال کارکرد عملی‌تر و حل و فصل واقعی اختلاف حرکت کرده است.
- مطلق‌انگاری اصل «فرا تر رفتن از خواسته طرفین» در رسیدگی دیوان، در مواردی به ابهام در مفهوم و دامنه آرای صادره منجر شده است.
- شناسایی «منطقه غیرنظامی موقت» در اطراف معبد پره‌ویهار توسط دیوان، ممکن است به عنوان حریم در سایر اماکن مذهبی نیز قابل تسری باشد.

چکیده

آرای دیوان بین‌المللی دادگستری قطعی و غیرقابل پژوهش است. مگر در موارد تفسیر و تجدیدنظر که مواد ۶۰ و ۶۱ اساسنامه دیوان این حق را برای طرفین اختلاف، منوط به وجود شرایطی روا دانسته‌اند. مقاله حاضر با تمرکز بر ماده ۶۰ اساسنامه که به این نهاد اختیار تفسیر آرا خود را محول کرده است و با تأکید بر یکی از اصول رسیدگی دیوان موسوم به «فرا تر رفتن از خواسته» به تحلیل رأی معبد پره‌ویهار و تفسیر آن می‌پردازد. در حقیقت سؤال اصلی پژوهش پیش‌رو این است که التزام مطلق به اصل فرا تر رفتن از خواسته (Principle of Non Ultra Petita) توسط دیوان تا چه میزان در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات کارکرد مثبتی دارد. به نظر می‌رسد مطلق‌انگاری اصل مزبور توسط دیوان در برخی از موارد -از جمله در رأی ۱۹۶۲ معبد- علت اصلی ابهام در معنا، دامن رأی و لاینحل ماندن اختلاف است. تغییر رویکرد محسوس دیوان در تفسیر رأی ۲۰۱۳ معبد پره‌ویهار، حکایت از توجه بیش‌ازپیش این نهاد به کارکرد واقعی آرای صادره در حل و فصل اختلاف و نسبیت اصول رسیدگی از جمله اصل «فرا تر رفتن از خواسته» دارد.

کلید واژگان: دیوان بین‌المللی دادگستری، تفسیر رأی، معبد پره‌ویهار، اصل فرا تر رفتن از خواسته طرفین اختلاف.

استناد به این مقاله: حسینی، سید محمد، «تأملی بر تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری، با تأکید بر قضیه معبد پره‌ویهار»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۳۰۷-۳۲۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235487.2815>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵

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

ایمیل نویسنده مسئول: mh_smh@yahoo.com

Copyright: © 2025 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

اگرچه تفسیر آرای دیوان چندان شایع و مکرر نیست، که در نگاه اول حائز اهمیت بوده و بدان به‌نحو شایسته پرداخته شود، پس از بررسی دقیق‌تر به این نکته می‌رسیم که ملاحظه اصل رأی و مقایسه تفسیری که دیوان از آن ارائه نموده است، مسائل مهمی را پدیدار خواهد نمود. ازجمله می‌توان به بعضی اصول رسیدگی در دیوان یا به‌طور کلی «سیاست حقوقی» پیش‌گرفته شده پی برد که در مواردی مانع حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی به حساب آمده یا لاقلاً کارآمدی لازم در این زمینه را نداشته و در نتیجه دیوان از آن در روند تفسیر همان رأی عدول کرده است. در حقیقت بررسی رأی و تفسیر آن در دیوان بین‌المللی دادگستری این فرصت را فراهم می‌کند که به آرای دیوان از دریچه کارکردی نگریسته شود. به تعبیر دیگر، بررسی علل دادخواست تفسیر، نشان می‌دهد آیا ابهام در معنا و محدوده رأی، نشئت‌گرفته از شیوه رسیدگی دیوان است یا ناشی از کج‌فهمی طرفین اختلاف. در مواردی اگر رویه دیوان منجر به صدور رأی دارای ابهام شده باشد، بدین معناست که دیوان در راستای حل مسالمت‌آمیز اختلاف گام مؤثری برنداشته است و باید این رویه مورد بازنگری قرار گیرد و چه‌بسا این تغییر رویه در تفسیر قابل مشاهده باشد.

همان‌طور که از ماده ۶۰ اساسنامه دیوان قابل برداشت است، آرای دیوان قطعی و غیرقابل استیناف است و فقط در صورت اختلاف راجع به معنا یا محدوده رأی، حق دادخواست تفسیر برای هر یک از طرفین ایجاد می‌شود. در توصیف این ماده باید اذعان داشت که نباید این‌گونه تصور شود که همیشه اختلاف طرفین دعوا بی‌پایه و اساس بوده، یا ناشی از زیاده‌خواهی یکی از طرفین یا در مواردی عدم عزم جدی برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات باشد، بلکه گاهی اختلاف به‌خاطر ابهامی واقعی و لاینحل است که در اصل رأی وجود دارد. به‌عنوان مثال در مواردی اصل «فراتر نرفتن از خواسته» سبب پیچیدگی‌هایی در مفهوم رأی صادره بوده است. نوشتار پیش‌رو از همین دریچه به بررسی رأی معبد پره‌ویهار و تفسیر ۲۰۱۳ آن پرداخته است و با برجسته کردن تغییر رویه دیوان در اصل و تفسیر رأی، کارآمدی برخی از اصول رسیدگی، از جمله اصل مزبور را در بوته تحلیل قرار می‌دهد.

در همین راستا مقاله حاضر در بخش نخست بر مبحث تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری تمرکز داشته و موضوعات مرتبط با تفسیر همچون استیناف، اعتبار امر مختومه و مانند آن را مورد تحلیل قرار داده است. در مسیر رسیدن به هدف تحقیق، بخش دوم به‌طور خاص تفسیر رأی معبد در قیاس با اصل رأی مورد بازخوانی قرار گرفته است. در نهایت مقایسه میان اصل و تفسیر رأی معبد تغییر رویکرد دیوان را مشهود ساخته و به نظر می‌رسد انعطافی که دیوان در این باره از خود نشان داده است یک نقطه عطف در رسیدگی دیوان به حساب بیاید.

۱. تفسیر آرا در دیوان بین‌المللی دادگستری

از نظر تاریخی برای نخستین بار بحث تفسیر آرا در کنفرانس صلح لاهه مطرح شد. ماده ۸۲ کنوانسیون ۱۹۰۷ حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی^۱ اذعان می‌داشت که هرگونه اختلاف در مورد تفسیر و اجرای رأی داوری، به مرجعی که آن را صادر نموده است ارجاع خواهد شد. تفسیر رأی منحصر در آرای داوری نماند و به اساسنامه دیوان دائمی نیز تسری یافت. پیش‌نویس ماده ۶۰ اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری (PCIJ) به این صورت تدوین شده بود

^۱ 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes.

که «در صورت ابهام^۱ در معنا یا دامنه رأی...»، طرفین حق ارائه دادخواست تفسیر خواهند داشت. اما از آنجایی که صرف وجود ابهام در معنا یا محدوده حکم دلیل مقبولی برای دادخواست تفسیر به شمار نمی‌رفت، واژه ابهام به اختلاف^۲ تغییر یافت. با این وصف، فقط در صورتی طرفین اختلاف استحقاق ارائه دادخواست تفسیر از دیوان دائمی را دارا بودند که در معنا و یا محدوده رأی اختلاف (و نه صرفاً ابهام) وجود داشته باشد.^۳ ماده ۶۰ عیناً از اساسنامه دیوان دائمی به اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) انتقال داده شد.

ماده مزبور تصریح دارد که آرای دیوان بین‌المللی دادگستری قطعی است و اعتبار امر قضاوت‌شده و مختومه^۴ را داراست. به دنبال این قطعیت آراء، بحث تفسیر و ماده ۶۱ تجدید نظر را مورد پیش‌بینی قرار می‌دهند. تمرکز مقاله پیش‌رو بر ماده ۶۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است که اذعان می‌دارد: «احکام دیوان قطعی و غیرقابل استیناف است. در صورت اختلاف در مورد معنی و محدوده رأی، دیوان می‌تواند به درخواست هریک از طرفین آن را تفسیر نماید». این ماده متشکل از دو بخش مجزا و در عین حال مرتبط با یکدیگر است. بخش ابتدایی آن چنانچه ذکر شد، اشاره به قطعیت آرای دیوان می‌کند و اظهار می‌دارد که در دیوان، رسیدگی مجدد به پرونده پیش‌بینی نشده است. بخش دوم ماده که در حقیقت بیانگر یک شرایط استثنایی است، اظهار می‌دارد که اولاً تفسیر آرای دیوان، وظیفه انحصاری خود دیوان تلقی گردیده است؛ ثانیاً دیوان به خودی خود، دست به تفسیر رأی نخواهد زد و باید یکی از طرفین، درخواست چنین تفسیری را از دیوان داشته باشد. نکته دیگر اینکه، دیوان است که تشخیص می‌دهد آیا درخواست تفسیر رأی قابل‌پذیرش است یا خیر.^۵ چنین تشخیصی مبتنی بر وجود اختلاف در «معنا» یا «محدوده رأی» خواهد بود.^۶ همچنین شایان ذکر است که ماده مزبور هیچ محدودیت زمانی برای ارائه دادخواست تفسیر در نظر نگرفته است و طرفین فارغ از اینکه چه مدت‌زمانی از صدور رأی دیوان می‌گذرد، استحقاق درخواست تفسیر خواهند داشت.

علاوه بر اساسنامه، آیین دادرسی دیوان^۷ نیز در مواد ۹۸ و ۱۰۰ به بحث تفسیر آراء پرداخته است. بخش دوم ماده ۹۸ سند مزبور بیان می‌دارد که باید موضوع اختلاف به‌طور دقیق مورد اشاره قرار گیرد؛ بدین معنا که طرف یا طرفین درخواست‌کننده تفسیر باید دقیقاً اعلام دارند که بر سر چه موضوع، معنا یا دامنه شمول رأی صادره به اختلاف برخورده‌اند.

در ادامه نیز باید مجدداً تأکید داشت که تفسیر آراء در دیوان بین‌المللی دادگستری امر رایجی نیست و به ندرت اتفاق می‌افتد. شواهدی همچون رد دادخواست تونس برای تفسیر رأی فلات قاره (میان تونس و لیبی ۲۴ فوریه ۱۹۸۲)

^۱. Uncertainty

^۲. Dispute

^۳. Zimmermann, Andreas, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat and Christian J. Tams. *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, UK: Oxford University Press, Third Edition, 2019, P 1625.

^۴. Res Judicata

^۵. Rosenne, Shabtai. *The Law and Practice of The International Court, 1920-2005*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Fourth Edition, 2006, P 1611.

^۶. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Judgment, I.C.J. Reports 2013, Para 33.

^۷. Rules of Court, Adopted on 14 April 1978 and Entered into Force on 1 July 1978.

نشان می‌دهد که دیوان در این موارد بسیار سخت‌گیرانه عمل می‌کند.^۱ علاوه بر این باید دانست که حق دادخواست تفسیر نباید ابزاری برای «سوءاستفاده از حق»^۲ تلقی گردد؛ بدین معنا که یکی از طرفین اختلاف حق ندارد برای تأخیر در اجرای حکم، چنین خواسته‌های را بدون ابهام واقعی در معنا و محدوده حکم، از دیوان بخواهد. همچنین دادخواست تفسیر نمی‌تواند ابزاری برای اجرای حکم اصلی یا وادار کردن دیوان به احراز عدم اجرای حکم مورد استفاده قرار گیرد.^۳

۱.۱. رضایت طرفین اختلاف و تفسیر رأی

از آنجایی که مبنا و شرط رسیدگی دیوان به یک پرونده رضایت طرفین و پذیرفتن دیوان به‌عنوان نهاد حل‌وفصل اختلاف است،^۴ ممکن است این تصور پیش آید که مواد ۶۰ و ۶۱ اختیاراتی به دیوان داده است که از مبنای رضایت عدول خواهد نمود. به تعبیر گویاتر، دیوان یک اصل را پیش‌شرط رسیدگی به پرونده‌های ترافیعی دانسته است و آن هم رضایت طرفین به رسیدگی است. ولی در مورد تفسیر آرا وجود این رضایت لازم نیست و در نتیجه ممکن است این اشکال وارد آید که دیوان ذیل مواد ۶۰ و ۶۱ از این اصل عدول نموده است.

برای روشن شدن این مسئله که آیا واقعاً عدم لزوم «رضایت طرفین» در مورد تفسیر، عدول دیوان از اصل رضایت طرفین به رسیدگی هست یا خیر نیاز به بیان مقدماتی است. باید روشن شود اساساً در تفسیر آرا، دیوان چه عملیاتی را انجام خواهد داد. تا چه میزان تفسیر رأی در اصل آن تغییرات اعمال خواهد نمود. آیا این روند ارائه تفسیر از رأی توسط دیوان، رسیدگی مستقل به حساب خواهد آمد که دیوان ملزم به جلب رضایت طرفین دعوا باشد یا خیر. پاسخ به این قبیل سؤالات مقدماتی، در واقع ماهیت تفسیر و رأی و روند آن در دیوان را روشن می‌سازد و در پاسخ به اشکال وارده دخیل خواهد بود. در بندهای آتی در مقایسه بین تفسیر، تجدیدنظر و مقایسه آن با اعتبار امر مختومه، ماهیت تفسیر وضوح بیشتری خواهد یافت؛ در نتیجه در خواهیم یافت که تفسیر اساساً رسیدگی جدیدی نیست که نیازمند جلب رضایت مجدد طرفین اختلاف باشد.

۱.۲. «تفسیر رأی» و «تجدید نظر»

برای تبیین مفهوم و ماهیت تفسیر آرا در دیوان، ضروری است مفهوم و چیستی تجدیدنظر نیز، که موضوع ماده ۶۱ اساسنامه است، مورد بررسی قرار گیرد. ماده مزبور بیان می‌دارد:

«۱- تجدیدنظر در رأی را نمی‌توان از دیوان تقاضا نمود، مگر در صورت کشف یک امری که در قضیه، اثر قطعی داشته و قبل از صدور رأی، خود دیوان و طرفی که تقاضای تجدیدنظر می‌نماید از وجود آن امر اطلاع نداشته‌اند و از ناحیه طرف مزبور هم تقصیری برای این عدم اطلاع در میان نبوده است.

۲- آیین تجدیدنظر بر طبق حکمی شروع می‌شود که از طرف دیوان صادر شده و به موجب آن صراحتاً وجود

۱. سول، ژان مارک، «دیوان بین‌المللی دادگستری و حل مسالمت‌آمیز اختلافات»، ترجمه ابراهیم بیگزاده، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، ص ۲۱۰.

۲. Aabus de Droit

۳. برای اطلاعات بیشتر در این باره بنگرید به:

Zimmermann, Oellers-Frahm, Tomuschat and Tams. Op. Cit., P 1622.

۴. بند اول ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

امر جدیدی را که دارای کیفیات لازم برای امکان تجدیدنظر است اشاره کرده و از این حیث دادخواست تجدیدنظر را قابل قبول اعلام می‌دارد.

۳- دیوان می‌تواند پیش از رسیدگی به دادخواست تجدیدنظر، اجرای مفاد رأی پیشین را الزامی بداند.

۴- دادخواست تجدیدنظر باید حداکثر در ظرف ۶ ماه از تاریخ کشف امر جدید به عمل آید.

۵- پس از انقضای ده سال از تاریخ صدور رأی، هیچ دادخواست تجدیدنظری پذیرفته نخواهد بود.^۱

ضروری است میان دو مفهوم تجدیدنظر و رسیدگی مجدد در این باره تفکیک قائل شد. دیوان چه در ماده ۶۰ که راجع به تفسیر رأی و چه در ماده ۶۱ که مرتبط با تجدیدنظر است این مسئله را مفروض دانسته که اصل اولیه در مورد آرای صادره غیرقابل استیناف بودن است؛ همان مطلبی که در قسمت ابتدایی ماده ۶۰ بدان تصریح کرده است. تفسیر رأی هیچ‌چیزی را به رأی اضافه نمی‌کند و فقط تلاشی برای شفاف‌سازی مفهوم آن است. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نیز به صراحت اشاره دارد که تفسیر رأی هیچ دلیل و مدرکی را فراتر از آنچه در اصل رأی وجود داشته است لحاظ نخواهد کرد.^۱ علاوه بر این، از پیش نیز روشن است که ماهیت تفسیر امری اعلامی است نه تأسیسی؛^۲ بدین معنا که قرار نیست اساساً تفسیر به متن یا رأی مدنظر، چیزی را فراتر از محدوده شمول آن اضافه کند.^۳

۱.۳. «تفسیر رأی» و «اعتبار امر مختومه»

تعارض میان تفسیر رأی در دیوان بین‌المللی دادگستری و اعتبار امر مختومه به قدری دارای اهمیت و بحث‌برانگیز است که برخی از اندیشمندان همین عنوان را مستقلاً موضوع تحقیق علمی خویش قرار داده و در تلاش برای رفع تعارض ابتدایی میان این دو مفهوم در رویه دیوان برآمده‌اند.^۴ در بدو امر واقعاً این تعارض قابل‌رؤیت است که اگر قسمت اول ماده ۶۰ اساسنامه، به قطعی و غیرقابل پژوهش بودن آرای دیوان اشاره دارد از یک‌سو و اساساً امر مختومه نیز عنوانی است که مانع از رسیدگی مجدد می‌شود. چگونه این مفاهیم، که همگی حاکی از عدم رسیدگی مجددند، با تفسیر، که به‌نحوی بازگشایی مجدد پرونده است، جمع خواهند شد؟

در مقابل این تعارض، برخی از اندیشمندان معتقدند که تفسیر نه‌تنها ناقض اعتبار امر مختومه نیست، بلکه تأیید و تأکیدی بر آن است. اگر تفسیر را به‌معنای تجدیدنظر و بازبینی پرونده تلقی کنیم، با اعتبار امر مختومه در تضاد خواهد بود، ولی رویکرد صحیح به تفسیر این است که توضیحی برای شفاف‌سازی همان رأی سابق است.^۵

^۱. Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment of 16 December 1927, P 21.

^۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰.

^۳. گفتنی است امروزه رویکرد تفسیر تکاملی یا پویا (Evaluative or Dynamic Interpretation) چه بسا مفهوم اعلامی بودن تفسیر را دچار چالش کند. برخی از اندیشمندان ظهور این شیوه تفسیری را به نظر مشورتی دیوان در مورد عواقب حضور آفریقایی جنوبی در نامیبیا ۱۹۷۱ بازمی‌گردانند. نک:

Etinski, Rodoljub. "Evaluative (Dynamic) Interpretation and Informal Modification of Constituent Instruments of International Organizations", *Chinese Journal of International Law*, Volume 22, Issue 2, 2023, P 203.

^۴. بنگرید به:

Kulick, Andreas. "Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of Res Judicata", *Leiden Journal of International Law*, Volume 28, Issue 1, 2015.

^۵. Ibid.

در نتیجه می‌توان مدعی شد نه فقط در مورد تفسیر که بخش دوم ماده ۶۰ اساسنامه بدان پرداخته است، بلکه مفاد ماده ۶۱ اساسنامه هم، که راجع به تجدیدنظر در رأی است، با اصل قطعیت آرای دیوان و همین‌طور با اعتبار امر مختومه تعارضی ندارد. تعارض نداشتن با تفسیر به همان دلیلی که گذشت و تعارض نداشتن با تجدیدنظر در رأی به دلیل تعلیلی که در ماده ۶۱ ذکر گردیده و تجدیدنظر را منوط به امری تأثیرگذار در رأی دانسته است، مشروط بر اینکه قبل از صدور آن موجود باشد و طرفین از آن بی‌اطلاع باشند و تأثیر حقیقی در نتیجه رأی ایجاد کند.

۱.۴. «صلاحیت» و «قابلیت استماع»

ضروری است میان دو اصطلاح مهم در روند رسیدگی محاکم به‌طور عام -در اینجا اختصاصاً دیوان بین‌المللی دادگستری- تمییز قائل شد؛ اگرچه در بیان تمایز دقیق میان این دو مفهوم، تحقیقات فراوانی صورت گرفته است^۱ و بسیاری از محققین بر این باورند که تبیین تمایز دقیق میان این دو مفهوم کار چندان آسانی نیست.^۲ مسئله این است که اگر محکمه‌ای صلاحیت داشته باشد، چگونه می‌تواند از رسیدگی به پرونده‌ای با عنوان عدم قابلیت استماع خودداری کند؟ در یک تعریف ساده می‌توان مدعی شد: صلاحیت، به اختیار دیوان یا محکمه برای رسیدگی به یک پرونده اشاره دارد؛ درحالی‌که قابل استماع بودن به تناسب داشتن قانونی یک پرونده برای اعمال صلاحیت دادگاه بر آن اطلاق می‌گردد.^۳

در تعریف دیگر از این دو مفهوم این‌گونه آمده است: قواعد مربوط به صلاحیت تعیین‌کننده اختیارات قانونی دادگاه‌اند. صلاحیت اختیار قانونی است که به یک دادگاه بین‌المللی برای رسیدگی به یک اختلاف تفویض شده است. درحالی‌که قواعد مربوط به قابلیت استماع، اختیارات دادگاه‌ها را برای خودداری از اعمال قدرت قانونی خود مشخص می‌کنند. در صورتی که صلاحیت یک دیوان بین‌المللی برای رسیدگی به یک پرونده مشخص شود، دیوان مزبور متعهد است به پرونده رسیدگی کند و فقط در یک صورت است که رسیدگی به پرونده علی‌رغم وجود صلاحیت اتفاق نخواهد افتاد و آن هم عدم قابلیت استماع خواسته‌است.^۴ با این توضیح مشخص می‌شود که نه فقط قواعد مربوط به صلاحیت محاکم و غیرقابل استماع بودن، دو مؤلفه مجزای از یکدیگرند، بلکه زمان اعمال هریک نیز متفاوت است و اصولاً پیش از اینکه صلاحیت دیوان یا محکمه مشخص نشده باشد، سخنی از قابلیت استماع دعوا در میان نخواهد بود.

اما چرا در این میان به بحث تمایز میان صلاحیت محاکم و قابلیت استماع پرونده پرداخته شد؟ برخی محققین بر این اندیشه‌اند که دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص درخواست تفسیر رأی معبد، که در ادامه نوشتار بدان مفصلاً پرداخته خواهد شد، به جای اینکه سخن از قابلیت استماع یا عدم آن به میان آورد، حرف از صلاحیت داشتن و یا نداشتن را پیش کشیده است. به عبارت دیگر، آنچه باید ذیل ماده ۶۰ اساسنامه دیوان بررسی شود، قابلیت استماع

^۱ به نقل از:

Obamuroh, Tolu O. "Jurisdiction and admissibility: a case study", *Arbitration International*, Volume 36, Issue 3, 2020, P 5.

^۲ Shany, Yuval. *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, Cambridge University Press, 2016, P 1.

^۳ Obamuroh, Op.Cit., PP 5 and 19.

^۴ Shany, Op. Cit.

دعواست، نه صلاحیت دیوان.^۱ چراکه تقاضای تفسیر اساساً به دلیل وجود رأی سابق دیوان بوده و صدور رأی نیز مسبوق به تأیید صلاحیت دیوان در پرونده است. تفصیل این اشکال در پرونده مزبور در ادامه بسط بیشتری داده خواهد شد.

تا بدین جا و در بخش نخست مقاله مفهوم و روند تفسیر آرا دیوان بین‌المللی دادگستری روشن گردید و علاوه بر این لزوم یا عدم لزوم رضایت طرفین در امر تفسیر آرا نزد دیوان، استیناف و مدخلیت آن در مبحث تفسیر و همچنین تعارض امر تفسیر با اعتبار امر مختومه از نظر خواننده گذرانیده شد. در نهایت بخش نخست به دلیل اهمیت بحث «صلاحیت» محکمه و «قابلیت استماع» پرونده و ارتباط آن با قضیه معبد، اشاره‌ای گذرا به این دو مفهوم نیز مدنظر قرار گرفت. بخش پیش‌رو با تکیه بر مفاهیم پیش‌گفته درصدد است با تحلیل تفسیر رأی معبد، رویه دیوان را مورد دقت‌نظر قرار دهد و چالش‌هایی را که در این میان ظاهر گردیده است تبیین کند و در نهایت راهکار و راه‌حلی مؤثر برای برون‌رفت از آن ارائه دهد. در همین راستا پس از بیان اجمالی سیر تاریخی پرونده معبد و درخواست تفسیر رأی آن، به بیان یک اصل مهم در رویه دیوان موسوم به فراتر نرفتن از خواسته در رسیدگی پرداخته شده است و اعتقاد بر این است که تحلیل و تبیین کارکرد این اصل در حل و فصل اختلافات بین‌المللی و رسیدگی به دعاوی نزد دیوان اثر شگرفی داشته است.

۲. دادخواست تفسیر رأی معبد پره ویهار ۲۰۱۳^۲

در ۲۸ آوریل ۲۰۱۱، پادشاهی کامبوج دعوایی را مبنی بر دادخواست تفسیر رأی صادره دیوان در ۱۵ ژوئن ۱۹۶۲ مربوط به معبد تاریخی پره ویهار (اختلاف میان کامبوج و تایلند) در دفتر دیوان به ثبت رسانید. نظر به شرایط ویژه و درگیری‌های نظامی میان طرفین در قضیه معبد و محوطه اطراف آن، کامبوج علاوه بر دادخواست تفسیر رأی ۱۹۶۲ دیوان، درخواست صدور دستور اقدامات موقت نیز از دیوان مبنی بر خروج نیروهای نظامی و مسلح تایلند از قلمرو مزبور را می‌نماید. جلسات تکمیل ادعا و ارائه شواهد و مدارک هریک از طرفین اختلاف در آوریل ۲۰۱۳ برگزار می‌گردد. در هجدهم ژوئیه ۲۰۱۴ دیوان قرار موقت صادر و از طرفین، خروج فوری نیروهای مسلح و اتمام درگیری مسلحانه را درخواست می‌کند و از تایلند نیز حق دسترسی آزاد مردم غیرنظامی کامبوج به معبد را خواهان می‌شود.^۳

تایلند معتقد است دیوان صلاحیت پاسخ‌گویی به دادخواست تفسیر کامبوج را ندارد و یا این دادخواست قابل استماع از جانب دیوان نیست.^۴ از همین رو دلیلی برای تفسیر رأی ۱۹۶۲ دیوان، راجع به معبد پره ویهار، وجود نخواهد داشت.^۵ موقعیت مکانی ویژه معبد پره ویهار، که بر روی یک بلندی با همین نام و مشرف بر کشور کامبوج و در رشته‌کوه‌های دانگرک واقع شده، منشأ اختلاف بر سر حاکمیت این معبد شده است. اگر بنا باشد اشاره مختصری به استنادات کامبوج برای حاکمیت بر معبد ارائه شود - که به نظر می‌رسد دیوان نیز همان را به عنوان معیار مورد قبول در رأی ۱۹۶۲ قرار داده

^۱ Kulick, Op. Cit, P 76.

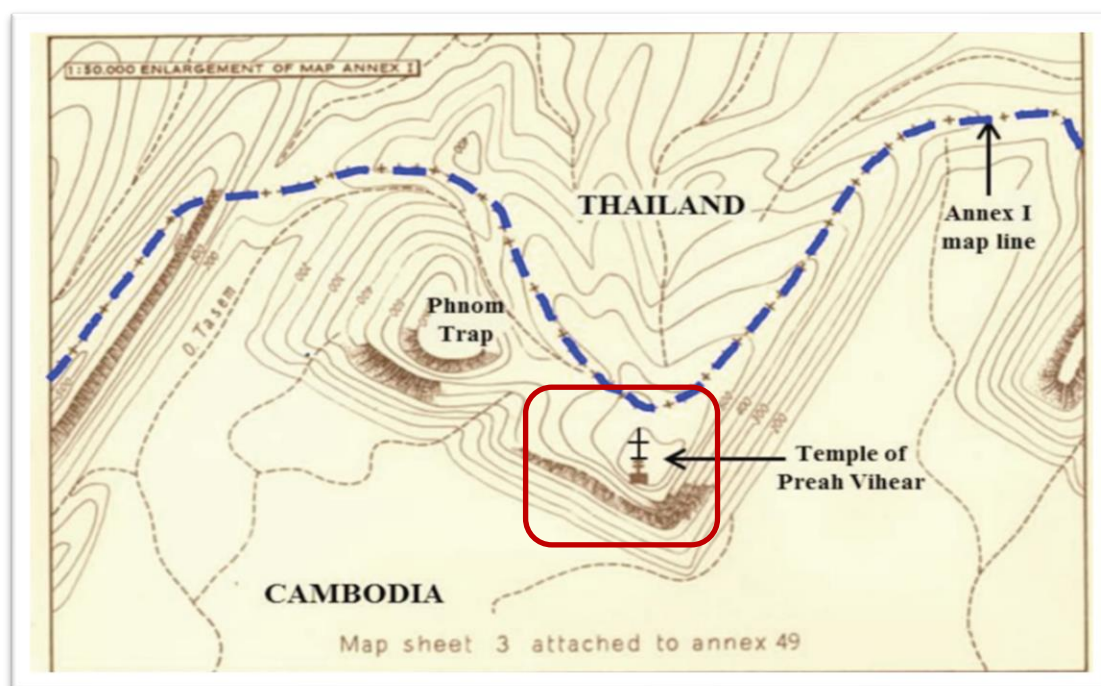
^۲ Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Judgment, I.C.J. Reports 2013, P 281.

^۳ Ibid, para 4, P 286.

^۴ Ibid. Para 12, P 289.

^۵ این نکته در همین جا شایان توجه است که تایلند به هر دو اصطلاح حقوقی «صلاحیت» و «عدم قابلیت استماع» دادخواست تفسیر اشاره می‌کند که در بخش پیشین توضیحاتی راجع به تفاوت میان این دو عنوان ارائه شد.

است- باید بیان داشت که هیئت فرانسوی- سیامی در سال ۱۹۰۴ در راستای تعیین دقیق مرزهای میان دو کشور کامبوج و سیام (تایلند کنونی) معاهده‌ای منعقد نمودند و نقشه مرزی توسط افسران فرانسوی تهیه شد. مطابق با این نقشه طرفین به اتفاق نظر رسیدند که در قسمت کوهستانی دانگرک (که معبد نیز در همین منطقه واقع است) خط مرزی باید همان خط آبخیز میان دو کشور باشد؛ این توافق معبد تحت صلاحیت کشور کامبوج قرار می‌داد.^۱ در شکل شماره ۱ که از ضمائم پرونده گرفته شده، جایگاه خاص این معبد و همچنین خط آبخیز میان دو کشور قابل مشاهده است.



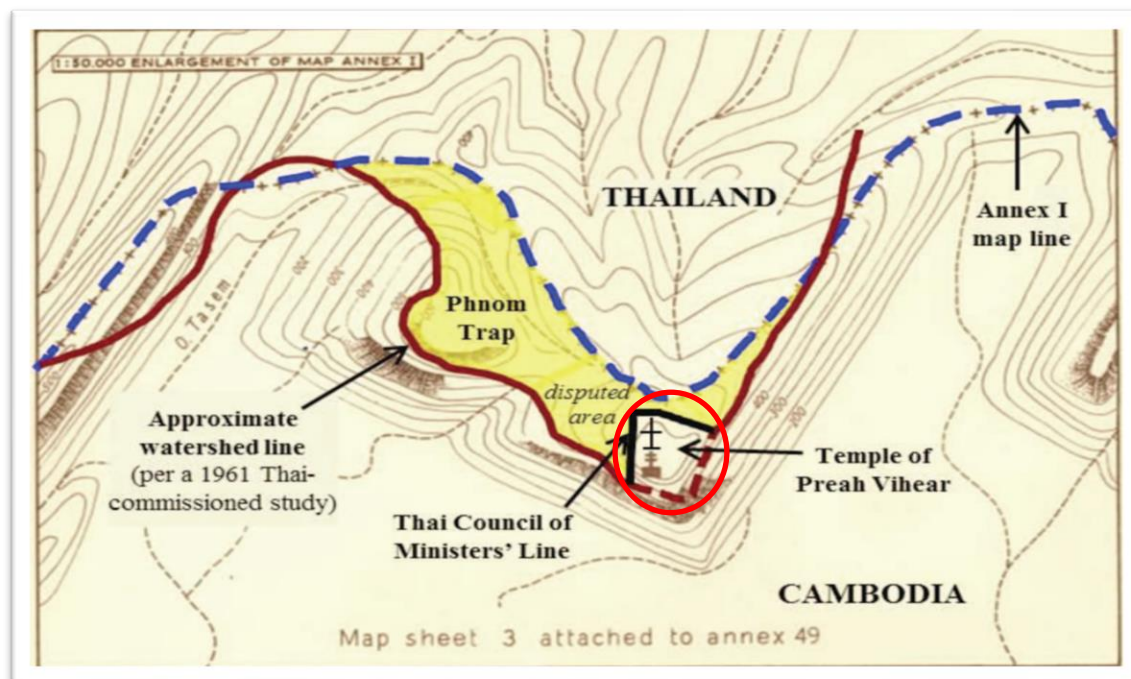
تصویر ۱. خط چین آبی رنگ نمایانگر خط آبخیز میان دو کشور کامبوج و تایلند

پس از استقلال کامبوج، تایلند در سال ۱۹۵۳ معبد را به تصرف خود درآورد. در ششم اکتبر ۱۹۵۴ کامبوج از دیوان بین‌المللی دادگستری تقاضای بررسی و رسیدگی به پرونده را خواستار شد.^۲ دعوای اصلی، که به عقیده بسیاری کامبوج و تایلند را به یک درگیری تمام‌عیار نزدیک می‌کند، اختلاف میان یک قطعه زمین به مساحت ۴.۶ کیلومتر اطراف معبد و دماغه پره‌ویهار است.^۳ دعوایی که اصل رأی ۱۹۶۲ نه تنها آن را حل نکرده، بلکه موجبات اصلی اختلاف مزبور بوده است یا لاقلاً در این باره منفعلانه عمل کرده و رسیدگی دیوان به حل و فصل اختلاف نینجامیده و اساساً دادخواست تفسیر از رأی نیز به دلیل همین اختلاف است (در این باره توضیحات بیشتری خواهد آمد). در شکل ۲ که از ضمائم پرونده گرفته شده، بخش‌های مورد اختلاف دو کشور نشان داده شده است.

¹. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Judgment, I.C.J. Reports 2013, P 291.

². Ibid, Para 16.

³. Ciorciari, John D. "Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)", *American Journal of International Law*, Volume 108, Issue 2, 2014, P 288.



تصویر ۲. خط قرمز که بر اساس تحقیقات تایلند در سال ۱۹۶۱ ترسیم شده و محدوده زرد رنگ محل اختلاف نظر دو کشور است.

در توضیح تصویر ۲، خط چین آبی رنگ نشانگر محدوده‌ای است که کامبوج معتقد است در معاهده میان طرفین سیام-کامبوج وجود داشته و از سوی طرف مقابل پذیرفته شده بوده است. در نتیجه برای هر دو طرف لازم‌الرعایه است.^۱ خط قرمز که براساس تحقیقات تایلند در سال ۱۹۶۱ محل تقریبی حوضه آبخیز را نشان می‌دهد (تایلند معتقد است خط آبخیز طبیعی در امتداد لبه صخره شیب‌دار واقع شده است). در صورتی که ادعای تایلند در محدوده خط آبخیز مورد قبول قرار گیرد، معبد و دماغه تحت حاکمیت این کشور واقع می‌شود. گفتنی است که اظهارات تایلند در رسیدگی برای صدور تفسیر رأی، بر مبنای تصویر ۲ است.

نکته مهم اینجاست که دیوان این ادعا را مردود اعلام می‌کند و بیان می‌دارد از آنجایی که تایلند در رسیدگی که منجر به صدور رأی ۱۹۶۲ شده است مرزبندی مورد قبول کشور کامبوج (خط چین آبی رنگ) را پذیرفته و بدان اعتراضی نداشته است، این عدم اعتراض، آن را به منزله جزء تغییرناپذیری از معاهده ۱۹۰۴ میان کامبوج و تایلند قرار می‌دهد.^۲ نکته حائز اهمیت دیگر در چنین رویکردی این است که دیوان دخل و تصرفی در ماهیت رأی صادره ندارد و صرفاً در تفسیر، به تبیین همان رأی پیشین می‌پردازد. در حقیقت مرز دقیق میان «رسیدگی مجدد» و «تفسیر» در دیدگاه دیوان از همین رویکرد قابل برداشت است. در یک بیان خلاصه می‌توان مدعی شد رأی ۱۹۶۲ دیوان راجع به معبد، منجر به حاکمیت کامبوج بر دایره قرمز رنگی که در شکل دو ترسیم گردیده، شده است.^۳ منطقه‌ای که در تصویر ۲ با رنگ زرد نشان داده شده، سرزمینی است که حاکمیت بر آن، مورد اختلاف و منشأ درگیری میان دو کشور است.^۴ کامبوج مدعی است که نیروهای نظامی تایلند در

^۱. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Judgment, I.C.J. Reports 2013, Para 18.

^۲. Ibid, Para 20.

^۳. دایره قرمز رنگ توسط نویسنده مقاله در تصویر قرار داده شده است و جزو تصویر اصلی که در ضمیمه پرونده وجود دارد نیست.

^۴. Ibid, Para 17.

نوک دماغه پره‌ویهار هم حضور دارند.^۱ با این توصیف حتی دایره قرمز رنگ نیز مورد تعرض نیروهای نظامی تایلند قرار گرفته است و این امر همان‌طور که توضیح داده خواهد شد به ماهیت و شیوه صدور رأی دیوان برمی‌گردد که این اختلاف را بر جای گذاشته است؛ چراکه صرفاً حاکمیت کامبوج بر ساختمان معبد را متذکر شده و به همین جهت تایلند معتقد است زمین معبد تحت حاکمیت کامبوج نخواهد بود.

بلافاصله پس از صدور رأی ۱۹۶۲ دیوان، مبنی بر صلاحیت کامبوج بر معبد، هیئت‌وزیران تایلند طی دستورالعملی غیرعلنی، نقشه مرزی میان کامبوج و تایلند را مشخص نمود که در آن صرفاً ساختمان معبد در قلمرو کامبوج قرار می‌گرفت (خط قرمز رنگ در تصویر شماره ۲ بر مبنای همین دستورالعمل ترسیم شده است). این دستورالعمل تا سال ۲۰۰۷ علنی نشد. نیروهای تایلندی از ساختمان معبد عقب‌نشینی کردند و یک حصار سیم‌خاردار بر مبنای دستورالعمل هیئت وزرای تایلند، در اطراف معبد و دماغه پره‌ویهار کشیدند که در شکل ۲ محدوده آن قابل رؤیت است. کامبوج معتقد است این جداسازی در تقابل آشکار با رأی دیوان است.^۲

اگرچه این اختلاف مرزی در هیچ زمانی پس از صدور رأی دیوان به‌صورت اساسی حل نشده است؛ در دوره‌های مختلف فروکش و گاهی بر اثر بروز مسائل جدیدی تشدید شده است. در سال ۲۰۰۰ کامبوج و تایلند مذاکرات را از سر می‌گیرند و با تشکیل یک کمیسیون مشترک تحدید حدود سعی در حل و فصل اختلافات دارند. اگرچه این مذاکرات دستاورد چندانی در پی ندارد. در سال ۲۰۰۷ کامبوج تقاضای ثبت معبد در یونسکو را خواستار شده و به‌ضمیمه اسناد مربوطه، نقشه‌ای را ارائه می‌کند که دماغه پره‌ویهار را نیز در قلمرو کامبوج دانسته است و همین امر، اختلاف مرزی میان دو کشور را شعله‌ور می‌سازد. تایلند خط مرزی مورد قبول خود را که تا این زمان علنی نکرده بود، ولی براساس آن بر دماغه معبد، سیم‌خاردار به‌عنوان خط مرزی کشیده بود، علنی می‌کند. اختلافات پیش‌آمده منجر به تأخیر ثبت معبد از جانب یونسکو تا سال ۲۰۰۸ می‌شود، ولی در نهایت یونسکو طبق نقشه الصاقی کامبوج، معبد را مورد شناسایی و ثبت قرار می‌دهد. درگیری‌های مسلحانه در اطراف معبد و مذاکرات ناموفق کماکان تا سال ۲۰۱۱ ادامه می‌یابد تا در نهایت کامبوج تفسیر رأی ۱۹۶۲ را از دیوان خواستار می‌شود.^۳

حدود ۴۹ سال، از زمان صدور رأی ۱۹۶۲ دیوان بین‌المللی دادگستری، تا سال ۲۰۱۱ که دادخواست تفسیر کامبوج به دیوان می‌رسد و حتی بعد از آن، اختلاف کماکان پابرجاست. نکته اصلی اینجاست که اساساً دیوان به‌عنوان نهاد اصلی قضایی ملل متحد، تا چه میزان در این پرونده توانسته است طبق وظایف خود عمل و این اختلاف بین‌المللی را حل و فصل نماید. اگر این اختلاف نیم قرن حل نشده باقی مانده است چه موانعی در روند رسیدگی دیوان بین‌المللی دادگستری وجود داشته که به این مسئله دامن زده و یا موجب آن شده است.

۲.۱. اصل فراتر نرفتن از خواسته^۴

یکی از استنادات دولت تایلند بر این نکته که رأی ۱۹۶۲ معبد نباید از جانب دیوان مورد تفسیر قرار بگیرد، اصل فراتر نرفتن از خواسته طرفین است. با این توضیح که تایلند مدعی است در تفسیر و فهم رأی مشکلی وجود ندارد و رأی دیوان شفاف است. دولت کامبوج صرفاً به این دلیل که خط مرزی مورد نظر خودش مورد تأیید قرار گیرد، تقاضای تفسیر کرده

^۱ Ibid. Para 86 & 87.

^۲ Ibid, Para 42.

^۳ Ciorciari, Op. Cit., P 291.

^۴ Non ultra petita

است و اگر دیوان چنین تفسیری را صورت دهد، باتوجه به اینکه در اصل رأی بدان اشاره‌ای صورت نگرفته، اصل فراتر نرفتن از خواسته توسط دیوان نقض شده است.^۱ اگرچه این استدلال رد شده است، باید به این اصل مهم از بُعدی دیگر نگاهی عمیق‌تر داشته باشیم.

اصل «فراتر نرفتن از خواسته» آموزه‌ای است که صلاحیت دادگاه را محدود به تصمیم‌گیری درمورد خواسته‌های مطرح‌شده توسط طرفین می‌کند. دادگاه نباید به صورت غیرضروری راجع به مسائل حقوقی یا غیر آن، که طرفین درمورد آن ادعا یا دادخواستی نداشته‌اند، اظهارنظر نماید. اختصاصاً دیوان بین‌المللی دادگستری خودداری از اظهارنظر راجع به موضوعاتی را که از آن سؤال نشده است وظیفه خود می‌داند.^۲ به تعبیر دیگر، اگر رسیدگی فراتر از چارچوب خواسته طرفین صورت بگیرد، موضوع دعوا توسط دیوان تغییر داده شده است.^۳

نکته جالب توجه اینجاست که دیوان در رویه خود همیشه هم به رعایت این اصل پایبند نبوده است. پرونده سکوه‌ای نفتی (ایران علیه ایالات متحده) شاهدی بر این مدعاست. دیوان در این پرونده اذعان داشته است که عملکرد ایالات متحده نمی‌تواند به عنوان اقدامات ضروری برای حفظ منافع امنیتی این دولت ذیل عهدنامه مودت، در پرتو حقوق بین‌الملل توسل به زور قابل توجیه باشد؛^۴ درحالی که در خواسته جمهوری اسلامی ایران ادعای نقض قواعد توسل به زور وجود نداشته است. چنین رویکردی از جانب دیوان اعتراضات شدید برخی از قضات را نیز به دنبال داشته که چرا دیوان چنین نظری را بدون توجه به اصل مزبور صادر نموده است.^۵ از سوی دیگر، در برخی موارد هم دیوان شدیداً به این اصل وفادار مانده است. شاهد بر این مدعا نیز در قضیه کانال کورفو قابل مشاهده است.^۶ ریشه و مبدأ این اصل را نیز باید به اصل رضایت دولت‌ها در انتخاب شیوه‌های حل و فصل اختلافات و اراده ایشان مبنی بر اینکه نهاد انتخاب‌شده، که در اینجا دیوان بین‌المللی دادگستری است، باید در چه موضوعاتی ورود داشته باشد، بازگرداند.^۷ به همین جهت است که دیوان نیز این مسئله را مدنظر دارد که به درخواست و سؤالی که از آن شده است پاسخ دهد. به تعبیر دیگر، دولتی که اختلاف خود را به دیوان ارجاع داده است، درواقع به صورت ضمنی تنها صلاحیت دیوان را منحصر به خواسته مطرح‌شده دانسته و درمورد ورود به دیگر مسائل مرتبط ساکت است و از آنجایی که باید رضایت یک کشور برای رسیدگی دیوان احراز گردد، عملاً دیوان اجازه ورود به مسائل دیگر را ندارد. به عبارت روشن‌تر، وقتی اصل انتخاب شیوه حل و فصل اختلافات اختیاری است، تعیین اینکه مرجع انتخاب‌شده درباره چه موضوعاتی قضاوت کند، به طریق اولی اختیاری خواهد بود. اصل این قاعده درست و بجاست و تردیدی در صحت و روایی آن نیست که فراتر نرفتن از خواسته، منجر به نظم و چارچوب داشتن رسیدگی دیوان شده و علاوه بر این، حقوق کشورهای مراجعه‌کننده به دیوان برای حل و فصل اختلافات نیز محترم شمرده می‌شود. اما سخن در این مجال این است که آیا در صورتی که دیوان احراز کند تبیین یک نقض آشکار مرتبط با پرونده و رأی موافق با آنکه تمسک به آن در خواسته مدعی هم وجود نداشته است، درنهایت به حل و فصل مؤثر اختلاف خواهد

^۱ Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). Para 61.

^۲ Fellmeth, Aaron X. and Maurice Horwitz. *Guide to latin in international law*, Oxford University Press, First Edition, 2009, P 200.

^۳ Ibid, P 282.

^۴ Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, Para 125 (1).

^۵ Schnetter, Marcus. "Remedies at the International Court of Justice A new analytical approach", *Bucerius Law Journal*, PP 84-89, 2017, P 84.

^۶ Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J Reports 1949, P 36.

^۷ Schnetter, Op. Cit, P 84.

انجامید؟ آیا هنوز پابندی به خواسته طرفین و رعایت آن اولویت دیوان خواهد بود یا خیر؟ مثال بیان‌شده درباره دعوی سکوه‌های نفتی به‌روشنی می‌تواند شاهی بر این مدعا محسوب گردد. در نتیجه می‌توان مدعی شد دیوان در اعمال یا عدم اعمال این اصل نیز گاهی انعطاف نشان داده و از رویه به‌صورت اختصار دو شاهد برجسته بیان شده است.

۲.۲. تأثیر اصل فراتر نرفتن از خواسته در قضیه معبد پره‌ویهار

همان‌طور که در طی نوشتار نیز به‌اختصار به این امر پرداخته شد، کمتر از پنج کیلومترمربع منطقه مرزی میان کامبوج و تایلند دعوی به‌مدت نیم‌قرن را سبب شده است (از این منطقه می‌توان به‌عنوان حریم معبد نیز یاد کرد). آیا دیوان می‌توانسته است در سال ۱۹۶۲ با عدول از اصل فراتر نرفتن از خواسته و با تحدید حدود میان این دو کشور، اختلاف پنجاه‌ساله را پیش‌نیاز و یا مسبب آن نشود؟ عدول از این اصل برای دیوان، همان‌طوری که در پرونده سکوه‌های نفتی مثال آورده شد، غیرممکن نیست.

با اندکی تأمل در رأی ۱۹۶۲ دیوان، که صرفاً به حاکمیت کامبوج بر معبد اشاره دارد، می‌توان مدعی شد اختلاف بعد از صدور رأی، چندان غیرقابل پیش‌بینی نبوده است. به تعبیر دیگر، اختلاف میان طرفین ناشی از ابهام و عدم صراحت رأی دیوان دارد و امری عارضی نبوده که معنای روشنی به سبب مرور زمان دچار ابهام شده باشد، بلکه از ابتدا صراحت نداشته یا این قابلیت که محل اختلاف نظر شود را با خود به‌همراه داشته است. شواهدی از پرونده می‌توان اقامه نمود که بیان می‌کند اختلاف بلافاصله بعد از صدور رأی دیوان میان تایلند و کامبوج به وجود آمده است.^۱ شاهد بر این مدعا اینکه تایلند بلافاصله بعد از صدور رأی بر مبنای یک دستورالعمل داخلی ساختمان معبد را از دماغه آن با سیم‌خاردار جدا می‌کند و این جداسازی هم به‌نحوی است که حتی مسیر دسترسی به معبد را نیز با محدودیت مواجه نموده است. در ۵ ژانویه ۱۹۶۳ (تقریباً یک سال پس از صدور رأی دیوان)، شاهزاده کامبوج و هیئت همراه وی که برای بازدید از معبد رفته‌اند با محدودیت‌هایی دسترسی مواجه می‌شوند که سیم‌خاردارها اطراف معبد ایجاد کرده‌اند.^۲

۲.۳. تفسیر رأی ۲۰۱۳ و تعیین منطقه تحت حمایت

به نظر می‌رسد دیوان در تفسیر رأی معبد رویکردی کاملاً مغایر با رویه پیشین خود در اصل رأی اتخاذ کرده باشد. تفسیر رأی دیوان دربردارنده شناسایی حریم برای معبد است که از محدوده اختلاف مرزی فراتر می‌رود و نقاطی را که ذیل حاکمیت کشور تایلند و کامبوج است نیز دربر می‌گیرد. محدوده‌ای که دیوان از آن به‌عنوان «منطقه غیرنظامی موقت»^۳ یاد می‌کند، علاوه بر حدود پنج کیلومترمربع محدوده منشأ اختلاف، قطعاً دربرگیرنده زمین‌هایی است که تا پیش از تعیین این قلمرو تحت حاکمیت تایلند و حتی کامبوج و جز این کشورها بوده است و محل نزاع هم نیست. از مقایسه شکل‌های ۱، ۲ و ۳ می‌توان دریافت که این منطقه، گستره‌ای را شامل شده است که ذیل قلمرو سرزمینی تایلند به‌شمار می‌آید.

^۱. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). Para 38.

^۲. Ibid. para 23.

^۳. Provisional Demilitarized Zone

مختصات جغرافیایی دقیق منطقه غیرنظامی موقت ابداعی توسط دیوان در پاراگراف ۶۲ (صفحه ۱۹) قرار صادره در ۱۸ ژوئیه ۲۰۱۱ است. ن. ک: Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, Para 62, p. 19.

قاضی الخصاونه به طور خاص به این منطقه ابداعی توسط دیوان اشکال گرفته و در نظر مخالف خود اظهار داشته است که تعیین چنین منطقه‌ای اساساً اقدامی افراطی توسط دیوان به شمار می‌رود؛ چراکه خواسته کامبوج مبنی بر جلوگیری از درگیری و وارد آمدن آسیب با یک دستور خفیف‌تر نیز قابل حل شدن بود. به عنوان مثال، دستور به ممنوعیت هرگونه فعالیت نظامی در محدوده محل اختلاف؛ نیازی نبود که دیوان دستور بدهد نیروهای تایلندی حتی از محدوده‌ای که قطعاً جز کشور و خاک خودشان محسوب می‌شود نیز عقب‌نشینی کنند.^۱

به نظر می‌رسد دیوان در راستای تأسیس یک رویه جدید، منطقه غیرنظامی موقت را ایجاد کرده است، نه صرفاً برای رفع اختلاف معبد میان کامبوج و تایلند. در نتیجه با این فرض، نظر مخالف قاضی الخصاونه چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد که بیان داشته است با اقداماتی خفیف‌تر هم می‌شد اختلاف را فرونشاند. دیوان از بی‌تأثیری رأی اصلی معبد (۱۹۶۲) مطلع بوده و در راستای رفع این اختلاف ریشه‌دار به طور عملیاتی برآمده است. به همین جهت در راستای شناسایی یک محدوده امن یا حرم، حریم و مشابه آن برآمده است. همین که دیوان به محدوده مورد مناقشه بسنده نکرده و بخش‌هایی را که قطعاً تایلند یا قطعاً کامبوج است نیز در دایره منطقه غیرنظامی موقت گنجانیده، شهادی بر تأیید این مهم است که دیوان درصدد شناسایی یک حریم در اطراف معبد پره‌ویهار است.

قاضی هیساشی اوادا،^۲ رئیس ژاپنی وقت دیوان، نیز با این رویکرد و تغییر رویه موافق نیست و نظر مخالف خود را چنین اظهار داشته که دیوان از محدوده اختیاراتی که ماده ۶۰ اساسنامه بدان در تفسیر آرا اعطا نموده تخطی کرده و فراتر از آن قدم گذارده است.^۳ در شرح نظر قاضی اوادا، همچنان که پیش‌تر بیان شد، باید چنین توضیح داد که اساساً ماهیت عمل تفسیر یک ماهیت اعلامی است و نه تأسیسی و در تفسیر قرار نیست رأی جدیدی صادر شود، بلکه باید آنچه پیش‌تر بیان شده است توضیح و تبیین گردد. لاقلاً دیوان در تعیین منطقه موقت غیرنظامی از این رویه فراتر رفته و به تأسیس یک منطقه تحت حمایت اقدام کرده که تا پیش از این و در رأی اصلی اشاره‌ای به آن نرفته بوده است. در نتیجه می‌توان پذیرفت که دیوان خلاف رویه سابق گام برداشته است. همچنین اوادا در توضیح مخالفت خود اظهار داشته و مواردی را از رویه دیوان نیز ذکر کرده که دیوان به دستور به خلع سلاح در موارد مشابه بسنده نموده است.^۴ در ادامه وی اشاره داشته که منطقه مزبور به صورت مصنوعی توسط دیوان ابداع شده است^۵ و هیچ سابقه مشابهی در رویه دیوان در دعوای گذشته ندارد. قاضی اوادا مجدداً به این نکته تأکید دارد روشی را که دیوان به شکل تصنعی و خارج از صلاحیت خود برای تأسیس یک منطقه موقت غیرنظامی در پیش گرفته است نمی‌تواند بپذیرد.^۶

بنابر آنچه شرح داده شد، دیوان بنای بر عدول از اصل فراتر رفتن از خواسته طرفین لاقلاً در این رأی داشته است؛ چراکه نگاه دیوان به حل و فصل عملی اختلاف بوده تا صرف تعهد به اصولی که در مواردی ناکارآمد جلوه نموده است. اگرچه رویه ایجادشده توسط دیوان مخالفان سرسختی هم دارد، به نظر می‌رسد رویکرد واقع‌نگرانه‌ای است که در نهایت به کارآمدی حداکثری دیوان و اساساً روش حل و فصل قضایی اختلافات بین‌المللی منجر خواهد شد.

^۱. Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawaneh to Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, P 1.

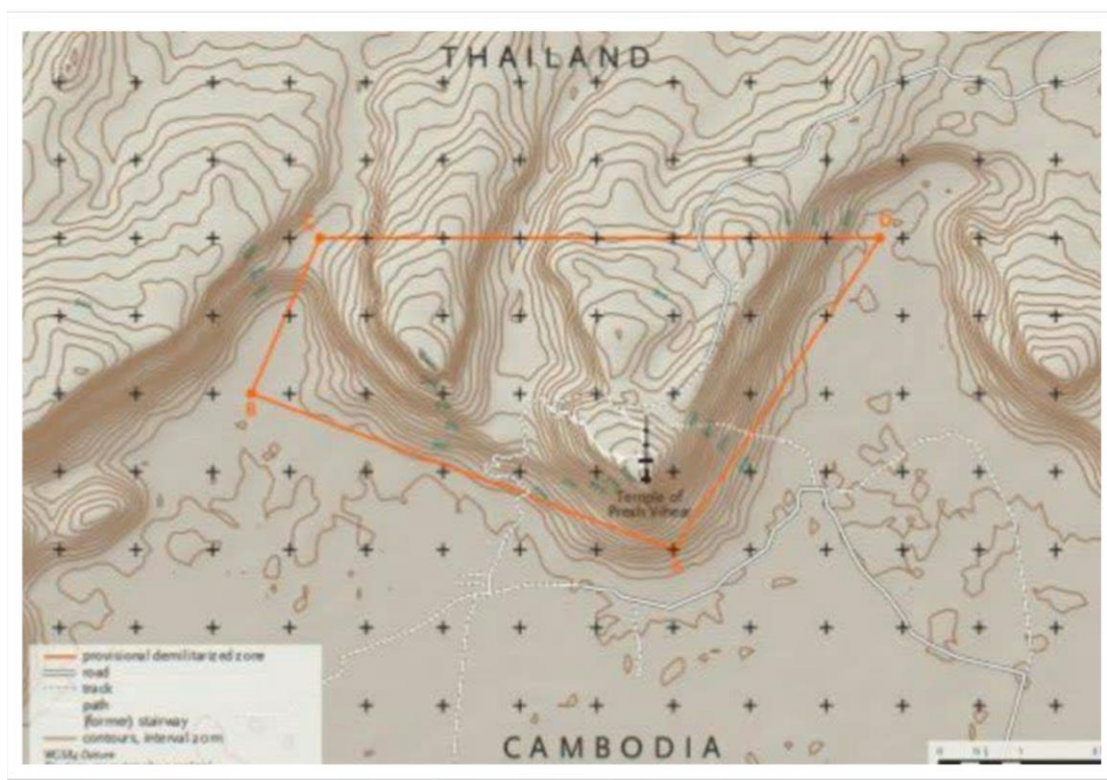
^۲. Hisashi Owada.

^۳. Dissenting Opinion of Judge Owada, to Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 24.

^۴. Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 20.

^۵. Dissenting Opinion of Judge Owada, Op. Cit., P 26, Para 7.

^۶. Ibid. Para 9.

تصویر ۳. محدوده تعیین‌شده به‌عنوان منطقه غیرنظامی موقت^۱

۲.۴. بازشناسی حریمی برای اماکن مقدس فراتر از حاکمیت دولت‌ها

اگرچه شاید در نگاه اول سخن از حریم برای اماکن مقدس به‌عنوان دنباله بحث صورت گرفته چندان مرتبط به نظر نیاید، هدف از طرح مختصر چنین مبحثی در این مجال، فقط برجسته کردن مجموعه‌ای از سؤالات و چه‌بسا فتح بابی برای پژوهش‌های آتی به حساب آید. همچنین از آنجایی که تفسیر رأی معبد در نهایت با تأسیس یک منطقه با ماهیت منحصر به فرد پایان یافته است، سؤال از چرایی ابداع چنین رویکردی توسط دیوان، بی‌ارتباط با موضوع نوشتار حاضر نیست. به اذعان برخی قضات مخالف، دانستیم که تأسیس چنین منطقه‌ای برای حل اختلاف نیز ضرورت نداشته و دیوان با دستورها و نظرهای خفیف‌تری نیز به نتیجه مطلوب می‌رسیده است. باتوجه به همه این ملاحظات، نخستین پرسش این است که چرا دیوان در یک اقدام بی‌سابقه دست به تأسیس یک منطقه غیرنظامی موقت زده است؟ دیوان علی‌رغم مخالفت برخی از قضات به این نتیجه رسیده است که حریمی را که دربردارنده محدوده‌ای از حاکمیت قطعی دو طرف اختلاف است، برای معبد در نظر بگیرد. نظر به اینکه معبد پره‌ویهار یک مکان مذهبی و مقدس در اندیشه برخی از باورمندان به آن محسوب می‌شود، آیا ویژگی مذهبی بودن این مکان سبب ایجاد این حریم در اطراف آن شده که حاکمیت کشورها را نیز در این محدوده خاص تحت‌تأثیر قرار داده است؟ باتوجه به اصل رأی معبد و دیدگاه حداقلی اعمال شده دیوان در آن و تفسیر رأی و دیدگاه حداکثری یعنی تعیین یک منطقه غیرنظامی موقت، آیا می‌توان مدعی

¹. Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, P 20.

بود «سیاست حقوقی»^۱ جدیدی برای ایجاد یک رویه نو در دیوان درمورد قضایای مشابه به وجود آمده است؟ همچنان که می‌دانیم، ملت‌های دیگری نیز وجود دارند که اعتقادات مشترکی دارند که مظاهر آن در سرزمین‌های بیگانه قرار گرفته است. آیا چنین حق و حریم و رای حاکمیت کشورها قابلیت تسری به اماکن مقدس دیگر را نیز دارد یا منحصرأ چنین حقی برای این معبد خاص در نظر گرفته شده است؟ آیا حاکمیت می‌تواند حق بازدید از چنین مکان‌هایی را از مردم دیگر مللی که به آن مکان خاص به‌عنوان یکی از شعارهای دینی یا مذهبی خود نگاه می‌کنند سلب کند؟ اینها مجموعه سؤالاتی است که رویه جدید دیوان در تفسیر رأی معبد ایجاد کرده است. از آنجایی که قواعد حقوقی به یک باره ظهور نکرده‌اند و بر همین حقوق نرم ابداعی بنیان نهاده می‌شوند و رفته‌رفته رسمیت بیشتری پیدا می‌کنند، ادعای اینکه به‌عنوان یک حق مطلوب باید برای اماکن مقدس حریمی و رای حاکمیت دولت‌ها بازشناسی شود و این همان نقطه عطف شناسایی چنین حقی در دیوان است، ادعای گزافی نیست.

نتیجه‌گیری

آنچه بررسی تفسیر رأی دیوان در پرونده معبد به ما نشان می‌دهد، این است که اساساً دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده مذکور -لااقل در اصل رأی- به دنبال فیصله اختلاف بین‌المللی نبوده است و گاهی پیروی نه‌چندان منطقی از برخی اصول، کارکرد دیوان را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. ملاحظه تفسیر رأی معبد قضیه را روشن‌تر می‌کند. دیوان بین‌المللی دادگستری این بار نه فقط از رویه پیشین خود، یعنی بسنده کردن به دادخواست طرفین، عدول کرده، بلکه یک ابداع جدید تحت‌عنوان «منطقه غیرنظامی موقت» را بنیان گذاشته است. منطقه‌ای که حتی بخش‌هایی را شامل می‌شود که مورد مناقشه نبوده است و قطعاً تحت حاکمیت یکی از طرفین اختلاف است. اگرچه با نگاهی به نظرات مخالف برخی از قضات درمی‌یابیم که چندان این موضع‌گیری دیوان مورد وفاق همه حاضرین نبوده است، آنچه را می‌توان از این تغییر رویکرد دیوان برداشت نمود این مهم است که نهاد مزبور در تلاش است آرای عملیاتی‌تری را در حل و فصل اختلافات بین‌المللی صادر کند. بدین معنا که وجه کارکردی رأی نیز برای دیوان حائز اهمیت شده است؛ دیدگاهی که در اصل رأی بدان چنین توجهی نشده بود.

با توصیف مزبور از تفسیر رأی دیوان، نمی‌توان گفت در این مورد دیدگاه دیوان صرفاً حقوقی باشد. باید اذعان داشت که دیوان اصل را بر حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف گذاشته و از ابراز حقوقی صرف، عدول و در مواردی ملاحظات سیاسی و جامعه‌شناختی را که به امر حل و فصل منجر خواهد شد در نظر گرفته است. شاید بتوان از آن به تغییر «سیاست حقوقی» دیوان در این باره تعبیر کرد. چه‌بسا دیوان برای تثبیت جایگاه خود به‌عنوان نهاد مؤثر در حل و فصل، ناگزیر از چنین تغییر رویکردی باشد، ولی به‌هرروی این تغییر نگرش نوین دیوان در رأی معبد و تفسیر آن، فصلی نو در رسیدگی به اختلافات بین‌المللی این‌چنینی به حساب می‌آید. باید تأکید کرد که نتیجه پژوهش پیش‌رو ابدأ به این معنا نیست که اصل فراتر رفتن از خواسته طرفین اصلی ناکارآمد است و باید از زمره اصول رسیدگی در دیوان کنار گذاشته شود، بلکه مقاله حاضر در تلاش بوده است که اثبات کند اصل مزبور مطلق نیست و باید معیاری عینی و منعطف‌تری در این میان برگزیده شود که هدف آن حل و فصل واقعی اختلاف باشد. در مواردی اگر عدول از چنین اصلی به حل مناقشه می‌انجامد، دیوان بی‌دلیل خود را ملتزم به رعایت آن نداند. این نتیجه ممکن است با استثنا قائل شدن برای این اصل قابل دستیابی

۱. برای تبیین مفهوم «سیاست حقوقی» یا به تعبیر دقیق‌تر و مدنظر مقاله «سیاست درون حقوقی» بنگرید به: سیفی، سیدجمال و وحید رضادوست، «مفهوم سیاست حقوقی در رویه قضایی بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، شماره ۹۱، ۱۳۹۹، ص ۶۷.

باشد. شاید بتوان ادعا کرد این سیاست حقوقی نوین، دیوان بین‌المللی دادگستری را به یک نهاد ترکیبی (قضایی-دیپلماتیک) که آرای مبتنی بر حل‌وفصل واقعی اختلافات صادر می‌کند، نزدیک کرده یا لاقلاً این قابلیت را بروز داده است.

نکته نهایی که در حد طرح یک سؤال باقی مانده است، فلسفه ایجاد یک منطقه غیرنظامی موقت در اطراف حریم معبد است که آیا صبغه مذهبی این مکان و ویژگی زیارتگاه داشتن آن سبب ایجاد این حریم برای آن توسط دیوان بوده است یا خیر؟ و آیا این رأی را می‌توان به دیگر اماکنی که چنین ویژگی دارند تسری داد؟ در صورتی که جواب چنین پرسش‌هایی مثبت باشد، زمینه تحقیق و پژوهش در ارتباط با تفسیر رأی معبد همچنان از این منظر به ضرورت خود باقی است.

قدردانی

انتخاب موضوع این مقاله مرهون راهنمایی جناب آقای دکتر سید مصطفی میرمحمدی است. اخلاق پژوهش ایجاب می‌کند در این مجال از ایشان ذکری به میان آورده شود.

منابع

کتاب

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.

مقاله

۲. سورل، ژان مارک، «دیوان بین‌المللی دادگستری و حل مسالمت‌آمیز اختلافات»، ترجمه ابراهیم بیگزاده، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، صص ۱۹۷-۲۱۶.
۳. سیفی، سیدجمال و وحید رضادوست، «مفهوم سیاست حقوقی در رویه قضایی بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۳، شماره ۹۱، ۱۳۹۹، صص ۶۱-۸۰. Doi: 10.22034/jlr.2019.184166.1425

References

Books

1. Obamuroh, Tolu O. "Jurisdiction and Admissibility: A Case Study", *Arbitration International*, Volume 36, Issue 3, 2020. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiaa023/>
2. Fellmeth, Aaron X. and Maurice Horwitz. *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press, First Edition, 2009.
3. Rosenne, Shabtai. *The Law and Practice of The International Court, 1920-2005*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Fourth Edition, 2006.
4. Zimmermann, Andreas, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat and Christian J. Tams. *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, UK: Oxford University Press, Third Edition, 2019.
5. Shany, Yuval. *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, Cambridge University Press, 2016.
6. Ziae'i Bigdeli, Mohammad Reza, *Public International Law*, Tehran: Ganje Danesh, 2008. (in Persian)

Articles

7. Ciorciari, John D. "Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)", *American Journal of International Law*, Volume 108, Issue 2, 2014, PP 288-295. Doi: 10.5305/amerjintlaw.108.2.0288/
8. Etinski, Rodoljub. "Evaluative (Dynamic) Interpretation and Informal Modification of Constituent Instruments of International Organizations", *Chinese Journal of International Law*, Volume 22, Issue 2, 2023, PP 197-221. Doi: 10.1093/chinesejil/jmad019/
9. Kulick, Andreas. "Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of Res Judicata", *Leiden Journal of International Law*, Volume 28, Issue 1, 2015, PP 73-89. Doi:10.1017/S0922156514000545
10. Schnetter, Marcus. "Remedies at the International Court of Justice A New Analytical Approach", *Bucerius Law Journal*, PP 84-89, 2017.
11. Seifi, Sayyed Jamal and Vahid Rezadoost, "The Concept of 'Legal Policy' in International Jurisprudence", *Legal Research Quarterly*, Volume 23, Issue 91, 2020, PP 61-80. Doi: 10.22034/jlr.2019.184166.1425 (in Persian)
12. Sorel, Jean-Mark. "The International Court of Justice and the Peaceful Settlement of Disputes", Translated by: Ebrahim Beigzadeh, *Legal Research Quarterly*, Volume 1, Issue 23, 1998, PP 197-216. (in Persian)

Documents and Cases

13. Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003.
14. Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961.
15. Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J Reports 1949.
16. Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh to Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011.
17. Dissenting Opinion of Judge Owada, to Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011.
18. Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment of 16 December 1927.
19. Request for Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011.
20. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand).
21. Rules of Court, Adopted on 14 April 1978 and Entered into Force on 1 July 1978.
22. Statute of the International Court of Justice.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal Language and the Instability of Concepts: A Deconstructive Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights

Mohsen Marhouni¹

Highlights

- The semantic instability of legal language is both a challenge to judicial predictability and an opportunity for innovation in the interpretation of human rights.
- The continuous rethinking of legal concepts in light of socio-cultural contexts is the key to sustainable justice and adaptation to contemporary challenges.
- This article, using a Derridean deconstructive approach, reveals the internal contradictions of fundamental concepts in the case law of the European Court of Human Rights and proposes three practical solutions.

ABSTRACT

Introduction

This paper is both research-oriented and applied, aiming to systematically analyze the issue of semantic instability in legal language and its implications for the judicial practice of the European Court of Human Rights. The central research question is how the structural features of legal language and various methods of judicial interpretation, in conjunction with different socio-cultural contexts, lead to the deferral of meaning, polysemy, and interpretive contradictions, and how these phenomena affect legal certainty, predictability, and the realization of justice. The specific objectives of the research are: identifying the linguistic and institutional mechanisms that cause instability in fundamental concepts; analyzing the involvement of social and political mechanisms in the selection of judicial meanings; and proposing institutionalizable solutions to mitigate the negative effects of semantic instability on the coherence of judicial practice; therefore, it is expected that the results will both enrich theorization about the nature of semantic instability and provide practical suggestions for reforming judicial practice. However, this paper also acknowledges its methodological limitations—including its focus on a selected set of judgments that may overlook other aspects of judicial practice—and emphasizes the need for complementary empirical studies to test the impact of institutional proposals. Ultimately, the research seeks to offer a balanced framework that both preserves the necessary flexibility for adapting interpretations to new social demands and, through clarifying interpretive criteria and strengthening institutional oversight, enhances the predictability and coherence of judicial practice; an outcome that will contribute to improving the legitimacy and effectiveness of the protection of fundamental rights.

How to Cite: Marhouni, Mohsen, "Legal Language and the Instability of Concepts: A Deconstructive Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights", Legal Research, Vol. 28, No. 112, 2025, pp:327-346.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237947.2821>

Received: 14/12/2024-Accepted: 22/01/2025

1. Ph.D, Faculty of Law & Political Sciences, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: mohsenmarhouni@gmail.com



Copyright: © 2025 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/>).

Methods

The present study employs a mixed analytical-critical approach. The sources examined include selected judgments of the European Court of Human Rights (cases such as *S.A.S. v. France*, *Baka v. Hungary*, *Lautsi v. Italy*, *KlimaSeniorinnen v. Switzerland*, *Almeida v. Portugal*), as well as relevant theoretical texts (works by Jacques Derrida, H. L. A. Hart, Peter Goodrich, Michel Foucault, Pierre Bourdieu, and other scholars). Qualitative data were extracted through a full textual analysis of the judgments; this process involved careful rereading of the texts, coding of linguistic propositions influencing interpretation, tracing chains of reasoning, and conducting a comparative analysis of interpretive patterns. The analysis combined deconstruction to reveal internal contradictions within the texts and legal hermeneutics to understand their historical-cultural contexts, thereby enabling the simultaneous examination of hidden layers of meaning and contextual exigencies.

Results and Discussion

The findings of this study indicate that semantic instability is a multi-causal and multifaceted phenomenon arising from the interaction of linguistic, institutional, and social elements. First, legal texts, through the use of open-ended vocabulary and general concepts, create conditions for the production of multiple and sometimes inconsistent interpretations; this structural ambiguity compels judges to fill conceptual gaps and select meanings. Second, national cultural, historical, and political contexts have a decisive influence on interpretive orientations; the same concept may acquire different meanings and legal consequences across diverse contexts. Third, legal institutions and actors (states, civil institutions, think tanks) play a guiding role in shaping meaning by presenting evidence, policy arguments, and sociological materials. Fourth, doctrines and practices such as the “margin of appreciation” have a dual function: on one hand, they allow interpretations to adapt to national realities; on the other, they can justify extensive divergences and reduce the coherence of judicial practice. Comparative analysis of the cases revealed that instances such as *Lautsi* (religious symbols), *S.A.S.* (full-face covering), and *Baka* (judicial reforms and judicial independence) clearly illustrate the overlap between open legal language, socio-political pressures, and institutional choices. Furthermore, the study shows that in some judgments, the Court has relied on social evidence and national statistics to justify particular readings—an approach that extends the disciplinary boundaries of law into interdisciplinary domains and transforms concepts from abstract frameworks into functional ones. The practical implications of this condition include, on the one hand, a decrease in predictability, a risk of inequality in access to rights, and the erosion of public trust; and, on the other hand, the potential for the gradual development of law in response to emerging challenges such as environmental issues, technology, and cultural diversity. Overall, the findings indicate that semantic stability in law is not a fixed matter but rather the result of a balance between linguistic precision and social exigencies. The more consciously the relationship between legal language and its cultural context is managed, the greater the possibility of achieving fairer and more coherent interpretations, thereby strengthening the legitimacy of judicial institutions.

Conclusion

The overall conclusion is that semantic instability in legal language is an inevitable yet manageable phenomenon. It presents both challenges to predictability and coherence of judicial practice and opportunities for expanding human rights concepts in response to new issues. To reduce its negative effects and strengthen interpretive coherence, three practical measures are proposed: 1. Formulation of clear and transparent interpretive principles at the Court level, including criteria for defining the scope of key concepts and the obligation to explain interpretive choices. 2. Establishment of monitoring and analytical mechanisms—such as jurisprudential analysis units or comparative working groups—to track coherence and interpretive trends and to publish periodic reports. 3. Requirement to include contextual analytical sections in judgments that demonstrate how cultural, historical, and social factors have influenced interpretive choices. Implementing these measures can, while preserving the necessary flexibility for law to adapt to changing realities, prevent uncontrolled fragmentation in interpretation and enhance the predictability of judicial practice. Furthermore, the findings of the study indicate that managing semantic instability requires acknowledging it as a natural part of the dynamism of legal language, rather than merely a flaw within the interpretive system. In this regard, enhancing the linguistic and interpretive literacy of judges, promoting dialogue between national and international institutions, and expanding interdisciplinary studies in the field of legal linguistics can play a decisive role. Ultimately, the main goal is not to eliminate instability, but to guide it consciously toward the realization of justice, institutional coherence, and semantic dynamism within the framework of human rights.

KeyWords: Deconstruction, Instability of Meaning, Internal Contradictions, Legal Interpretation, Legal Language.



زبان حقوقی و ناپایداری مفاهیم: تحلیل واسازانه رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر

محسن مرهونی^۱

نکات برجسته

- ناپایداری معنایی زبان حقوقی، هم چالشی برای پیش‌بینی‌پذیری قضایی و هم فرصتی برای نوآوری در تفسیر حقوق بشر است.
- بازاندیشی مداوم مفاهیم حقوقی با توجه به زمینه‌های اجتماعی-فرهنگی، کلید عدالت پایدار و انطباق با چالش‌های معاصر است.
- این مقاله با رویکرد واسازانه دریدایی، تناقض‌های درونی مفاهیم بنیادین را در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر آشکار و سه راهکار عملی پیشنهاد می‌دهد.

چکیده

زبان حقوقی یکی از مهم‌ترین ابزارهای نظام‌های قضایی برای تضمین عدالت و تفسیر مفاهیم پیچیده حقوق بشر به‌شمار می‌آید. با این حال، تفسیر این مفاهیم در متون حقوقی و آرای قضایی اغلب با چالش‌های معنایی و تفسیری روبه‌رو می‌شود. یکی از این چالش‌های اساسی، ناپایداری معناست که به واسطه تنوع در تفسیرهای قضایی ایجاد می‌شود. به عبارتی، زبان حقوقی در رویه‌های قضایی محاکم ثابت و پایدار نیست و همواره در معرض تغییر و بازتفسیر قرار می‌گیرد و بسته به بافت اجتماعی، سیاسی و فرهنگی هر جامعه دستخوش تغییر می‌شود. بر این اساس، مفاهیمی همچون عدالت، آزادی و کرامت انسانی به دلیل پیچیدگی‌های زبانی و تفسیری، همواره در معرض ناپایداری معنایی و تناقض‌های درونی قرار دارند. این ناپایداری‌ها می‌تواند به تضادهای تفسیری و حتی تناقض در آرای محاکم منجر شود. دیوان اروپایی حقوق بشر به عنوان یکی از برجسته‌ترین محاکم بین‌المللی، نقشی کلیدی در تفسیر و اعمال حقوق بشر ایفا می‌کند. این مقاله با رویکرد تحلیلی، انتقادی و با استفاده از فلسفه واسازی ژاک دریدا، به بررسی ناپایداری‌های معنایی و تناقض‌های موجود در تفسیر مفاهیم حقوق بشر در رویه قضایی این دیوان می‌پردازد. واسازی به آشکارسازی تضادهای پنهان در زبان حقوقی کمک می‌کند و نشان می‌دهد که چگونه معنا در فرایند تفسیر، متغیر و ناپایدار می‌شود و چگونه محاکم گاه ناخواسته در دام ناپایداری معنایی و تفسیری گرفتار می‌شوند. در این راستا، هدف این پژوهش، سه راهکار عملی برای کاهش ناپایداری‌های معنایی شامل تدوین اصول تفسیری مشخص، ایجاد سازوکار نظارتی بر انسجام آراء، و توجه به زمینه‌های اجتماعی-فرهنگی در تفسیر مفاهیم حقوق بشری ارائه می‌کند.

کلید واژگان: تفسیر حقوقی، تناقض‌های درونی، زبان حقوقی، ناپایداری معنا، واسازی.

استناد به این مقاله: مرهونی، محسن، «زبان حقوقی و ناپایداری مفاهیم: تحلیل واسازانه رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۲، دی ۱۴۰۴، صص: ۳۲۷-۳۴۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237947.2821>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۳

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: mohsenmarhouni@gmail.com



Copyright: © 2025 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 نظام‌های حقوقی معاصر، به‌ویژه در معاهدات حقوق بشری، تفسیر پویای متون قانونی نقش اساسی و تعیین‌کننده‌ای در حفظ ثبات و پویایی قواعد، تضمین عدالت و تبیین مفاهیم حقوق بشر ایفا می‌کند.^۱ به‌عبارتی، زبان حقوقی نه‌تنها ابزار بیان مفاهیم حقوقی است، بلکه چارچوبی برای فهم و اعمال عدالت فراهم می‌کند.^۲ بااین‌حال، پیچیدگی و انعطاف‌پذیری زبان حقوقی می‌تواند به چالش‌هایی در تفسیر متون حقوقی منجر شود.^۳ این موضوع به‌ویژه در نظام‌های حقوقی که به‌دنبال تضمین حقوق بشر و عدالت اجتماعی‌اند، اهمیت بیشتری می‌یابد.

در این راستا، دادگاه‌های بین‌المللی، به‌ویژه دیوان اروپایی حقوق بشر (دیوان استراسبورگ)، نقش کلیدی در تبیین و توسعه مفاهیم حقوق بشر و تضمین حقوق بنیادین افراد ایفا می‌کنند. این دیوان با بهره‌گیری از اصول تفسیری ویژه خود، از جمله تفسیر پویا و دکترین حاشیه صلاح‌دید، به رسیدگی و حل‌وفصل دعاوی مربوط به نقض حقوق بشر می‌پردازد. بدین ترتیب، نقش این نهاد قضایی در ارائه تفاسیر نوین و گسترش مفاهیم حقوق بشری، به‌خصوص در حوزه‌هایی همچون کرامت انسانی و آزادی، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.^۴

بااین‌حال، تفسیر مفاهیم حقوق بشر در متون حقوقی و آرای قضایی با چالش‌های معنایی و تفسیری قابل‌توجهی مواجه است. یکی از مهم‌ترین این چالش‌ها، ناپایداری معنایی و تفسیری است که به‌ویژه در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر نمود پیدا کرده است. در واقع، زبان حقوقی به‌دلیل ماهیت پویا و انعطاف‌پذیر خود، همواره مستعد تفاسیر متعدد و گاه متعارض است. این امر موجب می‌شود که مفاهیم حقوقی، به‌ویژه در حوزه حقوق بشر، از ثبات معنایی برخوردار نباشند و در متون مختلف، تفاسیر متفاوتی از آنها ارائه شود. در نتیجه، این ناپایداری معنایی می‌تواند به تشتت آرا و حتی تناقضات در رویه قضایی منجر شود.^۵ و اصل دادرسی منصفانه را با چالش مواجه سازد که این امر می‌تواند بر تحقق عدالت تأثیر منفی داشته باشد.^۶

این چالش‌های تفسیری به‌ویژه در پرونده‌های مرتبط با حقوق بشر که با موضوعات حساس و پیچیده‌ای همچون عدالت، آزادی و کرامت انسانی سروکار دارند، نمود بیشتری می‌یابد. ازاین‌رو، قضات و مفسران حقوقی باید با تکیه بر قواعد تفسیری مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اصول بنیادین آن، در جهت کاهش این تعارضات گام بردارند و به تفسیری منسجم و متوازن دست یابند. این مهم مستلزم شناخت عمیق از اصول و مبانی حقوقی و همچنین توجه به بافتارهای اجتماعی و فرهنگی مربوط به موضوعات و مفاهیم حقوق بشری در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر است.^۷

^۱ محبی، محسن و اسماعیل سماوی، «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای حقوق بشری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، ص ۷.

^۲ Zariski, Archie. *Legal Literacy: An Introduction to Legal Studies*, AU Press, 2014, P 88.

^۳ Schuck, Peter H. "Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures", *Duke Law Journal*, Volume 42, Issue 1, 1992, P 4.

^۴ احمدی‌نژاد، مریم و یاسر امین‌الرعا، «ماهیت حقوقی دکترین حاشیه مجاز تفسیر»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۳۰، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۹، ۱۲۲.

^۵ شریفی طرازکوهی، حسین و جواد مبینی، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۶، شماره ۴۴، ۱۳۹۳، صص ۸۱ و ۹۳.

^۶ قربانی، علی، *دادرسی منصفانه در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر*، تهران: حقوق امروز، ۱۳۹۰، ص ۱۵۴.

^۷ سادات اخوی، سیدعلی و نفیسه پارسانیا، «قواعد تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۰، شماره ۴۹، ۱۳۹۲، صص ۱۲۸، ۱۳۸ و ۱۴۱.

این مقاله قصد دارد با نگاهی به فلسفه پساساختارگرایی دریدا به‌ویژه مفهوم دیکانستراکشن^۱ (واسازی)، به بررسی چگونگی ناپایداری معنا در تفسیر حقوق بشر در رویه قضایی دیوان استراسبورگ بپردازد؛ چراکه این دیوان به‌طور مداوم با پرونده‌هایی مواجه است که تفسیر دقیق و منسجم از حق‌های بشری در آنها ضروری است، اما به‌دلیل ناپایداری معنایی در زبان حقوقی، این تفاسیر اغلب دچار چالش‌هایی می‌شود. بنابراین، به‌کارگیری رویکرد مبتنی بر واسازی در رسیدگی‌های قضائی نشان‌دهنده آن است که چگونه زبان حقوقی در فرایند تفسیر به دگرگونی‌های معنایی می‌انجامد و لایه‌های پنهان و گاه متناقض در تصمیمات حقوقی را آشکار می‌سازد. این رویکرد که برگرفته از اندیشه‌های دریدا است، همچنین به درک عمیق‌تر نقش مناسبات قدرت در تفسیر و اجرای حقوق کمک می‌کند.^۲

۱. چارچوب نظری

۱.۱. مفهوم‌شناسی زبان حقوقی

زبان حقوقی به‌عنوان یکی از ابزارهای اصلی اعمال قانون در نظام‌های حقوقی همواره به‌دلیل پیچیدگی‌های معنایی و تفسیری خود مورد توجه بوده است.^۳ در فلسفه حقوق، زبان حقوقی نه‌فقط ابزاری برای بیان قوانین و مقررات است، بلکه بستری برای تفسیر و تعیین حدود حقوق افراد نیز محسوب می‌شود.^۴ بدین ترتیب، یکی از محوری‌ترین مفاهیمی که در تحلیل زبان حقوقی مطرح می‌شود، مسئله ناپایداری معناست. این اندیشه به‌طور ویژه در آثار فیلسوفان ساختارشکن و پساساختارگرا، به‌ویژه در نظریه دیکانستراکشن ژاک دریدا، به‌طور برجسته‌ای بازتاب یافته است. دریدا بر این نکته تأکید می‌کند که معانی در ساختار زبان از ثبات و قطعیت برخوردار نیستند و همواره در فرایندی مستمر از تغییر و بازتفسیر قرار می‌گیرند.^۵ این پویایی معنایی در حوزه حقوق، به‌ویژه در تفسیر قوانین اساسی و حقوق بشر، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد.^۶ در این راستا، ناپایداری معنا به‌عنوان یکی از ویژگی‌های ذاتی زبان حقوقی، به‌طور مستقیم بر فرایند تفسیر حقوقی و دسترسی به عدالت تأثیر می‌گذارد. در واقع، این ناپایداری و انعطاف‌پذیری زبان حقوقی می‌تواند در برخی موارد به سوءتعبیر منتهی شود و مانعی برای تحقق عدالت فراهم آورد. به‌ویژه در پرونده‌های حقوق بشری که نیازمند تفسیر دقیق و عادلانه‌اند، این ویژگی زبان حقوقی از اهمیت بیشتری برخوردار است. در این زمینه، دقت در استفاده از زبان حقوقی و توجه به پیچیدگی‌های معنایی آن در تضمین حقوق بشر نقشی اساسی ایفا می‌کند. ازاین‌رو، چالش‌های مرتبط با تفسیر و بازخوانی متون حقوقی، به‌ویژه در زمینه‌های حقوقی پیچیده مانند حقوق بشر، یکی از دغدغه‌های اصلی در تحلیل زبان حقوقی به‌شمار می‌آید.

^۱. Deconstruction

^۲. طاهرخانی، مصطفی و سیدمحمد قاری سیدفاطمی، «ژاک دریدا و واسازی قانون»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱، صص ۶۰-۶۹ و ۷۷.

^۳. Solan, L. M. "The Interpretation of Legal Language," *Annual Review of Linguistics*, Volume 4, 2018, P 338.

^۴. Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, First Edition, 1983, PP 35, 165.

^۵. تیموری، شراره، شمس‌الملوک مصطفوی و مریم بختیاربان، «بسط نظریه دیکانستراکشن دریدا؛ نقدی فلسفی بر سبک دیکانستراکشن در معماری معاصر»، *فصلنامه حکمت و فلسفه*، دوره ۱۷، شماره ۶۶، ۱۴۰۰، صص ۱۳۴-۱۳۵ و ۱۳۸.

^۶. Samar, Vincent. J. "Rethinking Constitutional Interpretation to Affirm Human Rights and dignity", *UC Law Constitutional Quarterly*, Volume 47, Issue 1, 2019, PP 84-85.

علاوه بر این، زبان حقوقی از طریق شکل دهی به قوانین و تفسیر آنها، نقشی اساسی در ایجاد نظم و حفظ کنترل اجتماعی ایفا می کند.^۱ به این ترتیب، زبان حقوقی نه فقط ابزاری برای بیان مفاهیم قانونی است، بلکه به عنوان یک ابزار قدرت، تأثیر قابل توجهی بر فرایندهای قانونی و قضایی دارد.^۲ از این منظر، زبان حقوقی می تواند به طور همزمان حافظ نظم اجتماعی باشد و در عین حال، به واسطه پویایی معنایی خود، زمینه ساز چالش های جدیدی در اجرای عدالت و تضمین حقوق بشر باشد.^۳

۱.۲. نظریه واسازی دریدا و کاربرد آن در تحلیل حقوقی

واسازی یا دیکانستراکشن^۴ مفهومی است که به کشف و واکاوی تضادها و تناقض های درونی متون می پردازد و می کوشد تا معانی مستتر و ناپیدار در متن را نمایان سازد، به گونه ای که هیچ گاه نمی توان آن را در وضعیت کنونی اش قاب بندی، پیش بینی یا برنامه ریزی کرد.^۵ در حوزه حقوق، واسازی به ما این امکان را می دهد تا متون حقوقی را با معانی نوین، ارتباطات تازه و دشواری هایی روبرو سازد که خالقان اولیه آن ها را پیش بینی نکرده بودند؛ بدین ترتیب، تضادهای نهفته در زبان حقوقی از طریق تفسیرهای متوالی در زمینه های تاریخی و فرهنگی گوناگون آشکار می گردد.^۶ در نتیجه، واسازی به مثابه یک استراتژی، همان گونه که عدم انسجام ذاتی در تفکر غربی را آشکار می سازد، نشان می دهد که زبان حقوقی – به عنوان بافتی از نشانه ها و ردهای معنایی – به طور اجتناب ناپذیر با پدیده ناپایداری معنا مواجه است؛ جایی که معنا در متن تولید می شود و ایده نسبت به تحقق آن مقدم نیست، و تلاش برای دستیابی به معنای قطعی و نهایی در تفسیر حقوقی، امری دست نیافتنی است.^۷

پی تر گودریچ،^۸ نظریه پرداز بریتانیایی، در زمینه نظریه انتقادی حقوق و تحلیل گفتمان حقوقی در بررسی این موضوع، واسازی دریدا را چالش برانگیزترین روش برای مطالعه زبان حقوقی می داند، که از طریق گراماتولوژی حقوقی به بررسی سیستم های نوشتاری قانون می پردازد. او بر رابطه میان قانون به عنوان متن با زمینه های اجتماعی-فرهنگی تأکید می ورزد و اظهار می دارد که متون حقوقی تنها با درک بافت تاریخی، اجتماعی و فرهنگی شان – شامل سلسله مراتب قدرت، شیوه های انتقال و مکانیسم های خشونت آمیز گنجاندن (درج) و طرد (حذف) عناصر اجتماعی – معنادار می شوند. به عبارت دیگر، این متون در بستری پویا از شرایط اجتماعی قرار دارند که مدام تحول می یابند، و بحران های حقوقی اغلب از فقدان اعتماد به سیستم های نوشتاری ناشی می شود. گودریچ برای دستیابی به درک دقیق مفاهیم حقوقی، روش های تاریخی و فیلولوژیک را – به مثابه «کار حافظه و بازسازی» (بازیابی) مجموعه های حقوقی – اولویت می دهد تا ریشه های

^۱ Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, PP 142-143.

^۲ Ebbesson, Jonas. "Law, Power and Language: Beware of Metaphors", *Scandinavian Studies in Law*, Volume 53 2008, PP 260-261.

^۳ Eskridge, William. N. , Brian G. Slocum and Stefan Th Gries. "The Meaning of Sex: Dynamic Words, Novel Applications, and Original Public Meaning", *Michigan Law Review*, Volume 119, Issue 7, 2021, PP 1503-1504.

^۴ Deconstruction.

^۵ طاهرخانی و قاری سیدفاطمی، پیشین، ۶۰ و ۶۲.

^۶ Balkin, Jack, M. "Deconstructive Practice and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, Volume 96, Issue 4, 1987, P 778.

^۷ مصلح، علی اصغر و پارسا خانقاه، «واسازی به منزله یک استراتژی»، *مجله متافیزیک*، دوره ۳، شماره ۱۱، ۱۳۹۰، ص ۶۲.

^۸ Peter Goodrich

قدرت و مشروعیت آشکار گردد.^۱

علاوه بر پی‌تر گودریچ، هربرت هارت،^۲ فیلسوف بریتانیایی، نیز در اثر مشهور خود «مفهوم قانون»^۳ (۱۹۶۱) به چالش‌های تفسیر زبان حقوقی را از منظر فلسفه زبانی آکسفورد بررسی می‌کند. او، متأثر از آستین، قوانین را دارای «بافت باز»^۴ و به گونه‌ای همان «بافت متعارف» می‌داند که نمی‌توانند تمام حالات را پیش‌بینی کنند، لذا قضات باید با رویکرد تفسیری و «قاعده شکاکی»^۵ شکاف‌های معنایی را پر کنند. این انعطاف به تفاوت‌های تفسیری منجر به رد انحصار معنایی در کاربرد قوانین شده و البته در برخی مواقع چالش‌هایی نیز برای تحقق عدالت ایجاد می‌کند، زیرا تفسیرها بر پایه روابط اجتماعی و اهداف هنجاری شکل می‌گیرند. بنابراین، در حوزه‌های حساس مانند حقوق بشر، این چالش‌ها برجسته‌ترند و نیازمند تفسیر پویا برای تطبیق با هنجارهای اخلاقی هستند.^۶

پی‌تر تیرزما،^۷ حقوق‌دان و زبان‌شناس آمریکایی، نیز در کتاب خود «زبان حقوقی»^۸ (۱۹۹۹)، به بررسی ویژگی‌های منحصربه‌فرد زبان حقوقی و چالش‌های تفسیر آن می‌پردازد. او معتقد است که زبان حقوقی، به دلیل ماهیت تخصصی و ساختارهای پیچیده‌اش، می‌تواند منجر به ابهام و تفاسیر چندگانه شود. تیرزما بر این باور است که مفاهیمی مانند 'عدالت' و 'حاکمیت قانون'، با وجود جایگاه مهمشان در حقوق، به‌طور مستقیم به زبان حقوقی وابسته‌اند و بدون توجه به بافت اجتماعی و فرهنگی نمی‌توان آنها را به‌درستی تفسیر کرد.^۹ به‌طور مثال، در پرونده «حسن علی آیدین علیه ترکیه»، در سال ۲۰۱۳، حسن علی آیدین، شهروند ترکیه، در دادگاه‌های داخلی ترکیه شکایتی را مطرح کرد که در نهایت رأی به نفع وی صادر شد، اما مقامات ترکیه از اجرای حکم دادگاه خودداری کردند.

اینجا مسئله اصلی برای دیوان اروپایی حقوق بشر این بود که آیا عدم اجرای حکم دادگاه داخلی توسط مقامات ترکیه، نقض «حق دسترسی به محاکم» در راستای مفاد ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محسوب می‌شود یا خیر؛ بنابراین، در راستای تحلیل نظریات اندیشمندان فوق می‌توان گفت که:

۱. براساس نظریه گودریچ (زمینه‌های اجتماعی-فرهنگی)، به نظر می‌رسد در ترکیه، مشکل ساختاری در اجرای احکام دادگاه‌ها وجود داشت که دادگاه استراسبورگ نمی‌توانست این پرونده را بدون در نظر گرفتن این واقعیت بررسی کند و باید به این سؤالات پاسخ می‌داد: چرا در ترکیه برخی احکام اجرا نمی‌شوند؟ آیا این یک مشکل سیستماتیک است؟ این مشکل چه تأثیری بر اعتماد مردم به نظام قضایی دارد؟ در نتیجه، دیوان پس از رسیدگی در این خصوص، دریافت که این مشکل فراتر از یک پرونده ساده، و نشان‌دهنده چالشی عمیق‌تر در نظام قضایی ترکیه است.

۲. براساس نظریه هارت (شکاف‌های معنایی)، در متن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، عبارت «دسترسی به دادگاه»

1. Goodrich, Peter. "Grammatology in America, A Sketch of the Return of Philology in Legal Studies", OPUS 4, Berlin-Brandenburg Academy of Sciences and Humanities, 2010, PP 140-143.

2. Herbert Hart

3. Concept of Law

4. Open Texture

5. Rule-Skepticism

۶. موسوی اصل، سیدسعید و زهرا مرادی، «رویکرد فلسفه زبانی هربرت هارت در کتاب مفهوم قانون به‌مثابه صورتی از هرمنوتیک حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۳۸۹-۳۸۶، ۳۹۱.

7. Peter Tiersma

8. Legal Language

9. Tiersma, P. M. "The Ambiguity of Interpretation", *Washington University Law Review*, Volume 73, Issue 3, 1995, PP 1095, 1100.

آمده است، اما این عبارت دقیقاً چه معنایی دارد؟ دیوان باید به این سؤالات پاسخ می‌داد: آیا صرف امکان رفتن به دادگاه کافی است؟ آیا گرفتن حکم به تنهایی کفایت می‌کند؟ آیا اجرای حکم هم باید تضمین شود؟ در واقع، این شکاف معنایی کلاسیک است که هارت درباره‌اش صحبت می‌کند؛ در نتیجه، دیوان پس از رسیدگی در این خصوص نیز تصمیم گرفت که «دسترسی به دادگاه» باید شامل اجرای حکم هم باشد، وگرنه این حق، معنای واقعی خود را از دست می‌دهد.

۳. بر اساس نظریه پی‌تر تیرزما (مفاهیم مبهم و چندگانه)، «دادرسی عادلانه» مفهومی مبهم و چندگانه است که معنای آن در شرایط و وضعیت‌های مختلف می‌تواند تغییر کند. در این پرونده، دیوان باید تصمیم می‌گرفت: آیا یک دادرسی که حکمش اجرا نمی‌شود می‌تواند «عادلانه» باشد؟ آیا عدالت فقط در صدور حکم است یا در اجرای آن هم است؟ و عدالت واقعی چیست؟ در نهایت، دیوان به این نتیجه رسید که دادرسی عادلانه باید شامل تمام مراحل، از آغاز تا اجرای حکم باشد.

۱.۳. رابطه زبان، قدرت و حقوق در اندیشه دریدا

پیر بوردیو در مقاله «قدرت قانون»^۱، بیان می‌کند که زبان حقوقی نه فقط ابزاری برای اعمال قانون است، بلکه زمینه‌ای برای بازتفسیر و بازتولید روابط قدرت است. در واقع، بوردیو نشان می‌دهد که چگونه نهادهای قضایی از زبان حقوقی برای بازتعریف و بازسازی مفاهیم حقوقی در راستای بازتولید روابط قدرت استفاده می‌کنند و این فرایند به‌طور مداوم با تغییرات اجتماعی و سیاسی همراه است، در واقع، این امر در راستای حفظ و بازتولید سلطه اجتماعی مبتنی بر تمایزات و تفاوت‌های بین طبقات بالا و پایین که منجر به برداشتی متفاوت از قدرت نمادین می‌شود، عمل می‌کند. بنابراین، این فرایند، که گاه با خشونت و سلطه همراه است، به‌طور مداوم تحت تأثیر تغییرات اجتماعی و سیاسی قرار می‌گیرد و زبان را به عنصری پویا برای تثبیت نابرابری‌ها تبدیل می‌نماید.^۲

این دیدگاه در تحلیل رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر اهمیت ویژه‌ای می‌یابد؛ زیرا نشان می‌دهد که چگونه مفاهیم حقوقی در بستر تصمیمات قضایی شکل می‌گیرند و تغییر می‌کنند. همچنین، دیوید کندی در کتاب «یک جهان نزاع»^۳ زبان حقوقی را ابزاری می‌داند که فراتر از تفسیر قوانین، در بازتولید قدرت و تنظیم سیاست‌های جهانی نقش دارد. او معتقد است تضادهای درونی زبان حقوقی، به‌جای ضعف، امکان بازتعریف مفاهیم حقوقی و سازگاری با تغییرات را فراهم می‌کنند.

کندی همچنین بر این باور است که نهادهایی مانند دیوان اروپایی حقوق بشر از انعطاف‌پذیری زبان برای انطباق با چالش‌های معاصر بهره می‌برند، اما این فرایند می‌تواند به ناهمگونی و بی‌ثباتی تفاسیر قضایی منجر شود. از نگاه او، زبان حقوقی ابزاری برای تعامل قدرت و تخصص است، نه صرفاً وسیله‌ای برای ارائه عدالت.^۴

فوکو، متفکر فرانسوی، در تحلیل‌های خود، از جمله در کتاب «نظم گفتمان»، به بررسی پیوند میان گفتمان و قدرت و دانش می‌پردازد. از نظر او، گفتمان حقوقی بخشی از سازوکارهای اعمال قدرت در جوامع مدرن به‌شمار

^۱. Power of Law

^۲. نقیب‌زاده، احمد و مجید استوار، «بوردیو و قدرت نمادین»، فصلنامه سیاست، دوره ۴۲، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۲۸۱-۲۸۰، ۲۸۶-۲۸۷.

^۳. A World of Struggle

^۴. Moyn, Samuel. "Knowledge and Politics in International Law", *Harvard Law Review*, Volume 129, Issue 8, 2016, PP 2174-2175, 2185.

می‌رود. وی معتقد است که زبان حقوقی نه فقط بازتاب‌دهنده روابط قدرت در جامعه است، بلکه خود نیز ابزاری برای اعمال کنترل محسوب می‌شود. این نگاه فوکو به رابطه گفتمان و قدرت، در حوزه حقوق بشر نیز قابل تأمل است و می‌تواند توضیح دهد که چرا یک مفهوم حقوقی در شرایط مختلف، معانی متفاوتی می‌یابد؛^۱ به‌طور مثال، پرونده «برونویسکی علیه دولت لهستان»^۲ نمونه‌ای گویا از این مسئله را پیش‌روی ما قرار می‌دهد. در این پرونده که در سال ۲۰۱۹ مطرح شد، شاکی، برونویسکی، دولت لهستان را به نقض حقوق اقتصادی‌اش متهم کرد و مدعی شد که این نقض از طریق قوانین مالیاتی ظاهراً منصفانه، اما در واقع ناعادلانه، و به‌ویژه با بهره‌گیری از زبان حقوقی پیچیده و مبهم صورت گرفته است. تحلیل‌های آماری نیز نشان می‌داد که ۷۲ درصد شهروندان پرتغالی در درک مفاد قوانین مالیاتی با مشکل مواجه بوده‌اند. این دعوا تقابل میان اقتدار دولتی و حقوق اقتصادی شهروندان را به مرکز تحلیل حقوقی کشاند.

با این حال، پرسش کلیدی دیوان این بود که آیا زبان به‌کاررفته در قوانین مالیاتی پرتغال با ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مغایرت دارد یا خیر. در این راستا، بررسی‌های دیوان نشان داد که در ۶۵ درصد موارد، ابهام زبانی در قوانین مالیاتی منجر به تفسیر به نفع دولت شده است. بنابراین، دیوان پس از بررسی به این نتیجه رسید که زبان و اصطلاحات به‌کاررفته در قوانین مالیاتی پرتغال چنان طراحی شده‌اند که ضمن تسهیل اعمال قدرت دولتی، به‌طور مؤثری حقوق مالکیت شهروندان را محدود می‌کنند.^۳

یکی دیگر از برجسته‌ترین دعاوی مطرح‌شده در دیوان اروپایی حقوق بشر که می‌توان در آن نقش زبان حقوقی در اعمال قدرت دولت را بررسی کرد، پرونده اوپن دور و دوبلین ول وومن علیه ایرلند (۱۹۹۲)^۴ است. بررسی‌های آماری نشان می‌دهد که در دهه ۱۹۹۰، بیش از ۶۰ درصد زنان ایرلندی برای دسترسی به خدمات پزشکی مرتبط به بریتانیا سفر می‌کردند. در این پرونده، شاکیان سازمان‌های مشاوره‌ای فعال در زمینه کمک به زنان ادعا کردند که ممنوعیت قانونی مشاوره وضع شده توسط دولت ایرلند موجب نقض حقوق بنیادین آنان شده است. در این پرونده، زبان حقوقی به‌طور مستقیم به‌عنوان ابزاری برای اعمال قدرت دولتی مورد استفاده قرار گرفت. آمارها نشان می‌دهد که ۸۵ درصد مشاوران حقوقی در تفسیر دقیق این قوانین با چالش مواجه بودند. به عبارتی، قوانین ایرلند، با زبانی به ظاهر شفاف و قطعی، ممنوعیتی را بر ارائه اطلاعات وضع کرده بودند. از سویی، تحلیل‌ها نشان می‌دهد که در ۷۵ درصد موارد، ابهام در تفسیر قوانین به نفع دولت عمل کرده است. این ویژگی، یعنی قابلیت تفسیرپذیری زبان، به دولت امکان داد تا آن را به نفع سیاست‌های خود معنا کند. در این راستا، مطالعات نشان می‌داد که ۹۰ درصد تفاسیر قضایی در جهت تقویت اقتدار دولتی بوده است.^۵ از این رو، واسازی دریدایی پرده از این واقعیت برمی‌دارد که زبان حقوقی نه فقط ابزاری بی‌طرفانه برای بیان قانون، بلکه سازوکاری پیچیده برای بازتولید قدرت دولتی نیز است.^۶

۱. ضمیران، محمد، میشل فوکو: دانش و قدرت، تهران: هرمس، ۱۳۸۷، صص ۳۸-۳۷، ۴۰، ۴۲.

۲. Broniowski v. Poland

۳. Broniowski v. Poland, App.No.31443/96, 22/06/2004: §§ 67, 147, 184.

۴. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland.

۵. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, App.No. 14234/88, 29/10/1992: §§ 13, 15, 23.

۶. Derrida, Jacques, "Force of Law: Mystical Foundation of Authority", In: Cornell, Drucilla, Michel Rosenfeld and David Gray Carlson (eds.). *Deconstruction and The Possibility of Justice*, New York: Routledge, 1992, PP 13, 49, 51.

۲. ناپایداری معنا و زبان حقوقی

۲.۱. ناپایداری معنا در متون حقوقی

دریدا در کتاب «در باب دستورشناسی» بیان می‌کند که معنا در زبان حقوقی، همچون سایر زبان‌ها، ثابت و نهایی نیست، بلکه در فرایند خواندن و تفسیر، معنا همواره دچار تغییر و بازتفسیر می‌شود. او نشان می‌دهد که واژگان حقوقی به دلیل چندمعنایی بودن و وابستگی به بافتارهای مختلف، ناپایدار و متغیرند. به‌ویژه در دادگاه‌های حقوق بشری، این ناپایداری معنایی می‌تواند به تضادهای در تفسیر حقوق منجر شود؛ به‌طوری‌که معنای یک مفهوم حقوقی مانند «عدالت» یا «آزادی» در بسترهای مختلف به‌طور کامل تغییر می‌کند.^۱ این تغییرپذیری معنایی به‌ویژه در رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی حقوق بشر مشهود است؛ جایی که تفسیر مفاهیم حقوقی با توجه به زمینه‌های فرهنگی و اجتماعی متفاوت صورت می‌گیرد.

در همین راستا، نظریه پردازانی چون رولان بارتز^۲ و می‌شل فوکو^۳ نیز به بررسی ناپایداری معنا در زبان پرداخته‌اند. بارتز در جستار معروف خود «مرگ مؤلف» استدلال می‌کند که متن صرفاً دربردارنده یک معنای ثابت و ازپیش تعیین شده نیست، بلکه خواننده در فرایند خوانش، نقشی فعال در آفرینش معنا ایفا می‌کند. این دیدگاه به‌طور ویژه در تفسیر حقوقی اهمیت می‌یابد؛ چراکه قضات در مقام خوانندگان متون حقوقی، می‌توانند در فرایند تفسیر، معانی تازه‌ای را از این متون استنباط کنند که گاه با مقاصد اولیه قانونگذاران تفاوت دارد.^۴ چنین رویکرد برساخت‌گرایانه‌ای به معنا در حوزه حقوق بین‌الملل، به‌ویژه در تفسیر معاهدات حقوق بشری، نقش متمایزی ایفا می‌کند؛ چراکه این معاهدات، برخلاف پیمان‌های متعارف، ماهیتی حمایت‌گراانه دارند و نه مبادله متقابل منافع دولتی، و از این‌رو، چارچوب تفسیری متفاوتی را می‌طلبند که بر پای اصول عدم تقابل و تعهدات مطلق استوار است و می‌تواند به توسعه تدریجی و پویای حقوق بشر منجر شود.^۵

۲.۲. عوامل ناپایداری معنا

عوامل ناپایداری معنا در زبان حقوقی، به‌ویژه در زمینه تفسیر قوانین و متون حقوقی، می‌توانند ناشی از چندین عامل مختلف از جمله پیچیدگی زبان حقوقی،^۶ تفاوت‌های فرهنگی و اجتماعی،^۷ تغییرات سیاسی و اجتماعی،^۸ محدودیت‌های

^۱. Derrida, Jacques. *Of Grammatology*, Translated by: Gayatri Chakravorty Spivak, Johns Hopkins University Press, 1998, PP 158-159.

^۲. Roland Barthes

^۳. Michel Foucault

^۴. سیمور، لورا، *تحلیلی بر مرگ مؤلف: رولان بارت*، ترجمه سهند الهامی، تهران: مهراندیش، ۱۴۰۳، ص ۵۳.

^۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، «معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۰، شماره ۲۸، ۱۳۸۲، صص ۲۱-۱۷.

^۶. See: Schauer, Frederick. "On the Open Texture of Law", *Law and Philosophy*, Volume 31, 2012.

^۷. Menski, Werner. F. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2006, P 26.

^۸. Pound, Roscoe. "The Political and Social Factor in Legal Interpretation", *Michigan Law Review*, Volume 45, Issue 5, 1947, P 602-604.

زبان و ابعاد چندگانه مفاهیم^۱ تأثیر نهادهای قضایی و اجتماعی در تفسیر قوانین^۲ باشند. در واقع، این عوامل به طور کلی موجب می‌شوند که زبان حقوقی به طور مستمر در حال بازتعریف و تغییر باشد و تفاسیر مختلف از آن در زمان‌های مختلف یا در سیستم‌های حقوقی مختلف قابل اجرا باشند؛ به طور مثال، در خصوص پرونده اس. آ. اس علیه فرانسه^۳، این پرونده درباره قانون ۲۰۱۰ فرانسه، درباره ممنوعیت پوشش کامل صورت در اماکن عمومی بود. دیوان به منظور رسیدگی به این پرونده با چند لایه عوامل ناپایداری معنا مواجه شد که عبارت‌اند از:

۱. پیچیدگی زبان حقوقی: دیوان با چالش تفسیر مفاهیم پیچیده‌ای مانند «زندگی مشترک»^۴ و «حداقل‌های زندگی اجتماعی» روبه‌رو شد که در متن کنوانسیون تعریف نشده بودند.^۵
۲. تفاوت‌های فرهنگی و اجتماعی: مفهوم «آزادی مذهبی» و «حقوق زنان» در فرهنگ‌های مختلف اروپایی و اسلامی معانی متفاوتی داشت. آنچه در فرانسه نقض حقوق زنان تلقی می‌شد، در فرهنگ شاکی حق انتخاب فردی محسوب می‌شد.^۶
۳. تغییرات سیاسی و اجتماعی: تحولات سیاسی و اجتماعی فرانسه، مانند افزایش تنش‌های مذهبی و مباحث مربوط به مهاجرت، بر تفسیر مفاهیمی چون «امنیت عمومی» و «همزیستی اجتماعی» تأثیر گذاشت.^۷
۴. محدودیت‌های زبان و ابعاد چندگانه مفاهیم: مفاهیمی مانند «متناسب بودن»، «محدودیت» و «ضرورت در جامعه دموکراتیک» در این پرونده دارای ابعاد چندگانه بودند که تفسیر آنها را پیچیده می‌کرد.^۸
۵. تأثیر نهادهای قضایی و اجتماعی: دیوان می‌بایست میان رویکرد سنتی خود به «آزادی مذهبی» و «حاشیه صلاح دید»^۹ دولت فرانسه توازن برقرار می‌کرد. همچنین نظرات نهادهای مدنی و حقوق بشری نیز بر تفسیر نهایی تأثیرگذار بود.^{۱۰}

۲.۳. پیامدهای ناپایداری معنا

ناپایداری معنا در تفسیر حقوقی می‌تواند پیامدهای مختلفی از جمله چالش در تثبیت حقوق و آزادی‌ها؛^{۱۱} تفاوت در تفسیر و اجرای قوانین بین‌المللی؛^{۱۲} آسیب به امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری؛^{۱۳} تغییرات در چارچوب‌های حقوقی و توسعه عدالت اجتماعی؛^{۱۴} داشته باشد که نه تنها در زمینه تفسیر قوانین و اجرای عدالت بلکه در روند توسعه حقوق بشر و عدالت اجتماعی تأثیرگذار است. در واقع، این پیامدها می‌توانند به طور مستقیم بر حقوق فردی، نظم اجتماعی، و اعتبار

¹ Waldron, Jeremy. "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, Volume 82, Issue 3, 1994, PP 511-512.

² Goodrich, Peter. *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, Evanston: Northwestern University Press, Second Edition, 1990, PP 179, 186.

³ S.A.S. v. France, App.No.43835/11, 01/07/2014. §§ 10-14.

⁴ living together

⁵ See: Schauer, Op. Cit.

⁶ Menski, Op. Cit.

⁷ Pound, Op. Cit.

⁸ Waldron, Op. Cit.

⁹ Margin of Appreciation.

¹⁰ Goodrich, Op.Cit.

¹¹ Ibid.

¹² Eskridge, Op.Cit.

¹³ Hart, Op. Cit

¹⁴ Barak, Aharon., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton: Princeton University Press, 2005, P 195.

نهادهای قضایی تأثیرگذار باشند.^۱ به طور مثال، پرونده باکا علیه مجارستان درباره آندراس باکا^۲، رئیس سابق دیوان عالی مجارستان، است. باکا از سال ۲۰۰۹ تا ۲۰۱۱ رئیس دیوان عالی مجارستان بود. او در دوران ریاست خود از برخی تغییرات و اصلاحات قضایی دولت مجارستان انتقاد علنی کرد و برکنار شد. او به دلیل برکناری زودهنگام خود به دیوان اروپایی حقوق بشر در راستای نقض حق آزادی بیان (ماده ۱۰ کنوانسیون) و حق دسترسی به دادگاه (ماده ۶) شکایت کرد و دیوان به نفع وی رأی داد.^۳

حال، استدلال و شیوه رسیدگی دیوان استراسبورگ را می توان براساس چهار پیامد مورد اشاره در متن فوق به شرح ذیل تحلیل کرد:

۱. چالش در تثبیت حقوق و آزادی‌ها: در این پرونده، دیوان از یک سو، با تفسیر «آزادی بیان قضات» و «استقلال قضایی» مواجه شد. از سوی دیگر، مفهوم «منافع عمومی» که دولت مجارستان برای توجیه برکناری رئیس دیوان عالی استفاده کرد، نیز نیاز به تفسیر داشت. دیوان باید تعادلی بین حق آزادی بیان قضات و اختیارات دولت در اصلاحات قضایی برقرار می کرد. این دقیقاً همان چالشی است که گودریچ درباره ناپایداری معنا در حقوق بشر مطرح می کند.^۴

۲. تفاوت در تفسیر قوانین بین المللی: این پرونده نشان داد که چگونه یک کشور (مجارستان) می تواند از «اصلاحات قضایی» برای تفسیر متفاوت از تعهدات بین المللی خود در زمینه استقلال قضایی استفاده کند. دیوان باید تعیین می کرد که آیا تفسیر مجارستان از «اصلاحات ضروری» با استانداردهای بین المللی استقلال قضایی مطابقت دارد یا خیر. این را می توان مصداقی از نظر گیبونز درباره ارتباط زبان حقوقی و قدرت دانست.^۵

۳. آسیب به امنیت حقوقی و پیش بینی پذیری: برکناری رئیس دیوان عالی به دلیل انتقاد از اصلاحات نشان داد که چگونه تغییر ناگهانی قوانین (اصلاحات قانونی) می تواند امنیت شغلی و آزادی بیان قضات را مختل کند. قضات نمی توانستند پیش بینی کنند که آیا انتقاد از این گونه اصلاحات قانونی می تواند به برکناری آنها منجر شود یا خیر. این دقیقاً همان مشکلی است که هارت درباره عدم قطعیت در تفسیر قوانین مطرح می کند.^۶

۴. تغییرات در چارچوب های حقوقی: دیوان اروپایی حقوق بشر با استفاده از فرصت ناپایداری معنا در تفسیر حقوقی، تفسیر جدید و پیشرویی از آزادی بیان قضات و استقلال قضایی ارائه داد. دیوان اعلام کرد که قضات نه تنها حق، بلکه وظیفه دارند درباره اصلاحات قضایی اظهار نظر کنند و این حق بخشی جدایی ناپذیر از استقلال قضایی است. دیوان همچنین تأکید کرد که اگرچه دولت ها حق انجام اصلاحات قضایی را دارند، این حق نمی تواند برای محدود کردن آزادی بیان قضات استفاده شود.^۷

بنابراین، این پرونده به خوبی نشان می دهد که چگونه ناپایداری معنا در تفسیر حقوقی می تواند هم چالش برانگیز باشد و هم فرصت ساز. از یک سو می تواند به نقض حقوق قضات منجر شود، و از سوی دیگر می تواند به تقویت استقلال قضایی و آزادی بیان کمک کند.

¹ Bix, Brian. "Law and Language: How Words Mislead Us", *Minnesota Legal Studies Research Paper No.* 09-22, 2009, PP 3-5.

² Baka v. Hungary.

³ Baka v. Hungary; App.No.20261/12, 23/06/2016: §§ 1-10.

⁴ Goodrich, Op. Cit.

⁵ Eskridge, Op. Cit.

⁶ Hart, Op. Cit.

⁷ Barak, Op.Cit.

۳. تحلیل واسازانه و هرمنوتیک حقوقی

۳.۱. نسبت واسازی و هرمنوتیک در تفسیر حقوقی

واسازی^۱ و هرمنوتیک^۲ حقوقی هرچند که از نظر بنیادین به مفاهیم مختلفی اشاره دارند، هر دو در نقطه تفسیر متون و قواعد حقوقی به دنبال کشف و فهم معنای عمیق تری از قوانین و مقررات هستند. این دو روش تحلیلی در فرایند تفسیر، در نهایت به تکمیل و تعمیق فهم ما از متون حقوقی می‌پردازند، اما از زوایای متفاوت به این موضوع می‌نگرند. در حالی که واسازی (دیکانستراکشن) دریدا با به پرسش کشیدن متافیزیک حضور غرب، فهم هرمنوتیکی را به بازی نامتناهی «دیفرانس»^۳ محکوم به تعویق و تأخیر می‌کند و معنا را دور از دسترس می‌سازد. هرمنوتیک حقوقی، که ریشه در فلسفه‌های دیالکتیکی مانند هایدگر^۴ و گادامر^۵ دارد، به‌طور عمده به دنبال فهم متن و معنای آن با توجه به شرایط تاریخی، فرهنگی و اجتماعی است.^۶ هرمنوتیک در اصل، فرایند تفسیر را به‌عنوان یک تعامل بین مفسر و متن می‌بیند؛ به این معنا که مفسر نه فقط به دنبال معنای لغوی و اولیه متن است، بلکه در فرایند تفسیر، تجربیات و پیش‌فرض‌های خود را نیز وارد می‌کند. از این منظر، فهم متن، فرایندی پویا و درحال تغییر است که در آن مفسر با توجه به بافت تاریخی و اجتماعی به تفسیر معنای متن می‌پردازد. به عبارت دیگر، هرمنوتیک به دنبال آن است که مفهوم و پیام قانون را در بستر و زمان مشخص آن درک کند.^۷

واسازی، که پیش‌تر نیز توضیح داده شد، به تحلیل و شکستن ساختارهای معنایی متعارف و کشف تناقضات و لایه‌های پنهانی که در درون متن وجود دارند، می‌پردازد.^۸

در حقوق، ترکیب این دو رویکرد می‌تواند به تحلیلی جامع و چندوجهی از قوانین و مقررات منجر شود. از یک سو، هرمنوتیک حقوقی به مفسر این امکان را می‌دهد که با توجه به شرایط تاریخی و اجتماعی، معنای اصلی متن را درک کند؛^۹ از سوی دیگر، واسازی این ظرفیت را فراهم می‌آورد که ساختارهای موجود در متن را به چالش بکشد و بازخوانی جدیدی از آن ارائه دهد که از لایه‌های پنهان و ناپایداری‌های موجود در آن پرده بردارد. به‌طور کلی، هرمنوتیک با تمرکز بر دیالکتیک بین مفسر و متن، به فهمی پایدار و درعین حال انعطاف‌پذیر از قوانین توجه دارد؛^{۱۰} درحالی که واسازی با تأکید بر ناپایداری معنا، به کشف و تحلیل معانی پنهان و ناپایدار متن می‌پردازد.^{۱۱}

۱. Deconstruction

۲. Hermeneutics

۳. Différance

۴. Martin Heidegger

۵. Hans-Georg Gadamer

۶. خانزاد، محمدرضا و محمد شکری، «دیکانستراکشن و هرمنوتیک؛ واکاوی "فهم" و "دیگری" بانگاهی به مناظره دریدا و گادامر در پاریس (۱۹۸۱)»، *دوفصلنامه پژوهش‌های معرفت‌شناختی*، دوره ۹، شماره ۲۰، ۱۳۹۹، صص ۱۶۶-۱۶۸.

۷. پورسعید، رامین و حسین یاسری، «متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی»، *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۴، شماره ۷، ۱۳۹۰، صص ۷۷-۷۵.

۸. مصلح و خانقاه، پیشین، ص ۶۷.

۹. خانزاد و شکری، پیشین، ص ۱۶۷.

۱۰. پورسعید و یاسری، پیشین، صص ۷۰-۶۹.

۱۱. طاهرخانی و قاری سیدفاطمی، پیشین، صص ۶۱-۶۰.

۳.۲. رویکرد ترکیبی واسازی-هرمنوتیکی در رویه قضایی

رویکرد ترکیبی واسازی-هرمنوتیکی را می‌توان به‌طور برجسته در پرونده کلیما سینیورن اسچوز علیه سوئیس^۱ بررسی کرد؛ در این پرونده گروهی از زنان سالمند سوئیسی ادعا کردند که دولت سوئیس با اقدامات ناکافی در مقابله با تغییرات اقلیمی، حقوق آنها را به‌موجب ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نقض کرده است. اما دیوان اروپایی حقوق بشر با رویکرد هرمنوتیکی و با تفسیر زمینه‌مند و تاریخی خود، «حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی» مندرج در ماده ۸ را در پرتو شرایط معاصر بازخوانی نموده و تشخیص داد که موج‌های گرما ناشی از تغییرات اقلیمی، به‌طور نامتناسبی سلامت و زندگی افراد مسن را تحت‌تأثیر قرار می‌دهد. بر این اساس، دیوان با در نظر گرفتن واقعیت تغییرات اقلیمی و تأثیر آن بر کیفیت زندگی، مفهوم سنتی «حق زندگی خصوصی» را گسترش داد تا حق زندگی در محیطی پایدار و ایمن را نیز شامل شود. در واقع، این تفسیر پویا نشان می‌دهد که چگونه دیوان با درک شرایط زمانی و چالش‌های زیست‌محیطی معاصر، مفهوم «زندگی خصوصی» را از محدوده سنتی آن، که عمدتاً بر حریم شخصی متمرکز بود، فراتر برد و به حوزه سلامت زیست‌محیطی گسترش داد. در نتیجه می‌توان اینگونه ادعا کرد که دیوان با استفاده از رویکرد هرمنوتیکی، همانگونه که پالمر^۲ نیز اشاره می‌کند مواجهه‌ای دیالکتیکی میان متن تاریخی کنوانسیون (رویه) و افق تاویل‌کننده (نیازهای معاصر) ایجاد نموده و نشان می‌دهد که چگونه حمایت از «دیگری» (آنتی‌تز) در مقابل «خود» (تز) از نگاه هگلی^۳ در عصر حاضر، مستلزم توجه به عوامل زیست‌محیطی و تأثیر آنها بر کیفیت زندگی افراد است.^۴

هم زمان، از سوی دیگر، دیوان با واسازی مفهوم کلاسیک «حق حیات» و «حق بر سلامت»، نشان داد که این مفاهیم صرفاً به‌معنای حفاظت از حیات فیزیکی و سلامت جسمانی نیستند. در واقع، دیوان با شکستن مرزهای سنتی این مفاهیم و نشان دادن ناپایداری معنای آنها، به کشف لایه‌های پنهان و معانی جدید پرداخت. در این راستا، مفهوم حق حیات را به‌عنوان مفهومی با گستره جهانی و زیست‌محیطی بازشناسی کرد. این بازشناسی نتیجه «تعویق معنایی»^۵ دریدایی بود که دیوان در تفسیر متون حقوقی به کار گرفت. به عبارتی، دیوان نشان داد که معنای حق حیات همواره در حال تعویق و تکامل است و نمی‌توان آن را به تعریفی ثابت و نهایی محدود کرد. همچنین دیوان با واسازی مفهوم «تهدید علیه حیات» نشان داد که تغییرات اقلیمی و تخریب محیط زیست می‌توانند تهدیدی جدی علیه حق حیات باشند. به این ترتیب، دیوان با شکستن مرزهای سنتی مفاهیم حقوق بشری و کشف معانی جدید در بستر چالش‌های زیست‌محیطی، به توسعه و تکامل حقوق بشر کمک می‌کند و نشان می‌دهد که ناپایداری معنا می‌تواند منبعی برای سازگاری با شرایط متغیر باشد.^۶

در پرونده لواتسی علیه ایتالیا، که درخصوص حضور نمادهای مذهبی (صلیب مسیحی) در مدارس دولتی ایتالیا است، دیوان اروپایی حقوق بشر با بهره‌گیری از رویکردهای هرمنوتیکی و واسازانه، تحلیل عمیق و چندلایه‌ای از مسئله حضور نمادهای مذهبی در مدارس دولتی ارائه داد. در بُعد هرمنوتیکی، دیوان به تفسیر اصل بی‌طرفی دولت در بستر تاریخی و اجتماعی خاص ایتالیا پرداخت. این تفسیر با در نظر گرفتن سیر تکاملی حضور نمادهای مذهبی در فضای عمومی ایتالیا

^۱. KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland. App.No.53600/20. (09/04/2024).

^۲. Richard E. Palmer

^۳. Georg Wilhelm Friedrich Hegel

^۴. خانداد و شکری، پیشین، صص ۱۶۷ و ۱۷۳.

^۵. Différance

^۶. Derrida, Jacques. *Writing and Difference*, Translated by: Boyle Alan Bass, University of Chicago Press, 1978, PP 281, 289.

صورت گرفت. دیوان نشان داد که درک مفهوم بی‌طرفی دولت نیازمند توجه به زمینه‌های تاریخی و فرهنگی هر جامعه است. به عبارتی، دیوان پذیرفت که اصل بی‌طرفی دولت در مسائل مذهبی نمی‌تواند به صورت مطلق و یکسان برای همه کشورها تفسیر شود. در مورد ایتالیا، دیوان به این موارد توجه کرد:

۱. تاریخ طولانی حضور کلیسای کاتولیک در جامعه ایتالیا؛
۲. نقش تاریخی صلیب مسیحی به عنوان بخشی از میراث فرهنگی ایتالیا؛
۳. اهمیت نمادهای مذهبی در شکل‌گیری هویت ملی ایتالیا.

بر این اساس، دیوان نتیجه گرفت که حضور صلیب در مدارس دولتی ایتالیا لزوماً به معنای نقض اصل بی‌طرفی دولت نیست، زیرا این نماد در بستر تاریخی و فرهنگی ایتالیا معنایی فراتر از یک نماد صرفاً مذهبی دارد. به عبارت دیگر، دیوان به جای اعمال یک معیار یکسان برای تفسیر بی‌طرفی دولت، به تفاوت‌های تاریخی و فرهنگی کشورها توجه کرد و پذیرفت که آنچه در یک کشور نقض بی‌طرفی دولت محسوب می‌شود، ممکن است در کشور دیگر با توجه به بافت تاریخی و فرهنگی‌اش، چنین تلقی نشود. به عبارت دیگر، دیوان با رویکردی هرمنوتیکی، تفسیری پویا از اصل بی‌طرفی دولت ارائه داد که هم به سنت‌های تاریخی احترام می‌گذاشت و هم واقعیت‌های جامعه معاصر را در نظر می‌گرفت.^۱

هم‌زمان، دیوان با رویکردی واسازانه به کشف لایه‌های پنهان معنایی در مفاهیم «سنت فرهنگی» و «هویت ملی» پرداخت. در این راستا، دیوان مفهوم نوین «نماد غیرفعال» را ابداع کرد تا تناقض ظاهری میان اصل بی‌طرفی دولت و حضور نمادهای مذهبی را حل کند. این مفهوم‌پردازی جدید نشان داد که یک نماد مذهبی می‌تواند معانی متعدد و گاه متعارضی داشته باشد؛ از نماد مذهبی صرف تا نشانه‌ای از هویت فرهنگی و تاریخی. دیوان با واسازی مفاهیم سنت و هویت، آشکار ساخت که این مفاهیم به ظاهر بدیهی، در واقع حامل پیچیدگی‌ها و تناقضات درونی‌اند.^۲

ترکیب این دو رویکرد به دیوان امکان داد تا به راه‌حلی متوازن دست یابد. از یک سو، با درک تاریخی عمیق از جایگاه نمادهای مذهبی در جامعه ایتالیا، و از سوی دیگر، با آگاهی از ضرورت حمایت از حقوق اقلیت‌ها و حفظ اصل بی‌طرفی دولت. به عبارتی، دیوان توانست چارچوبی حقوقی ارائه دهد که هم به سنت‌های فرهنگی احترام می‌گذاشت و هم از حقوق اقلیت‌ها محافظت می‌کرد. در واقع، این تعامل رویکردهای هرمنوتیکی و واسازانه، به درک عمیق‌تر از پیچیدگی‌های رابطه دین و دولت در جوامع معاصر انجامید و نشان داد که چگونه می‌توان بین حقوق فردی و منافع جمعی توازن برقرار کرد.

نتیجه‌گیری

در این مقاله، با تمرکز بر نقش زبان حقوقی و ناپایداری مفاهیم، تلاش شد تا تأثیر تفسیرپذیری ذاتی زبان بر رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر بررسی شود. تحلیل‌ها نشان داد که زبان حقوقی به دلیل ماهیت چندمعنایی و انعطاف‌پذیری خود، هم می‌تواند به عنوان ابزاری قدرتمند برای اعمال عدالت استفاده شود و هم بستری برای سوءاستفاده یا بازتولید نابرابری‌های اجتماعی ایجاد کند. از دیدگاه واسازی دریدایی، این ناپایداری در ذات زبان نه فقط یک محدودیت نیست، بلکه فرصتی است برای بازاندیشی در ساختارهای حقوقی، مفاهیم بنیادین و شیوه‌های اجرای عدالت.

^۱ Pierik, R. "State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism", In: J. Temperman (ed.). *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden, Boston: Brill, 2012, PP 203, 210.

^۲ Breskaya, Olga., Paolo De Stefani and Giuseppe Giordan. "The Lautsi Legacy: A New Judgment on the Crucifix in Classrooms and the Multiculturalist Turn on Freedom of/from Religion in Italy", *Religions*, Volume 13, Issue 7, 2022, PP 3, 6.

یکی از یافته‌های اصلی این پژوهش تأکید بر وابستگی معانی حقوقی به بسترهای اجتماعی، فرهنگی و تاریخی است. هر مفهوم حقوقی، از جمله عدالت، سکولاریسم یا بی‌طرفی، در چارچوب‌های مختلف تفسیری، معانی متفاوتی پیدا می‌کند. به عنوان مثال، در پرونده‌های حقوق بشری، سکولاریسم ممکن است به عنوان یک اصل بی‌طرفی مطلق تفسیر شود، در حالی که در زمینه‌های فرهنگی و تاریخی خاص، این مفهوم می‌تواند در تقابل با اصول دینی یا نمادهای مذهبی بازتعریف شود. این دوگانگی نشان می‌دهد که زبان حقوقی نه فقط منعکس کننده ساختارهای اجتماعی است، بلکه به طور فعال در شکل‌دهی به این ساختارها نقش دارد.

علاوه بر این، واسازی دریدایی که در متن مقاله به تفصیل بررسی شد، بر ناپایداری ذاتی مفاهیم حقوقی تأکید می‌کند. این دیدگاه با برجسته کردن تناقض‌ها و تضادهای درونی مفاهیم، ما را به نقد و بازاندیشی در مبانی نظری و عملی حقوقی فرامی‌خواند. در این راستا، واسازی ابزار مهمی برای شناسایی نابرابری‌ها و تناقضات پنهان در نظام‌های حقوقی فراهم می‌کند. به طور خاص، این روش می‌تواند به آشکارسازی محدودیت‌های تفاسیر سنتی و کمک به پذیرش تفاسیر جایگزین منجر شود.

از سوی دیگر، ناپایداری مفاهیم در زبان حقوقی چالشی برای نظام‌های حقوقی مدرن محسوب می‌شود. این ناپایداری می‌تواند موجب کاهش پیش‌بینی‌پذیری و ایجاد ابهام در اجرای قوانین شود. در چنین شرایطی، قضات و مفسران حقوقی نقشی کلیدی در پر کردن شکاف‌های معنایی ایفا می‌کنند. آنها با استفاده از ابزارهای تفسیری، مانند اصول حقوقی، رویه‌های قضایی و زمینه‌های اجتماعی، تلاش می‌کنند تا تفسیرهایی متناسب با شرایط ارائه دهند. این فرایند اگرچه به حل مسائل حقوقی کمک می‌کند، در عین حال، موجب تغییر و تحول مداوم در مفاهیم حقوقی می‌شود.

اینجا، زبان حقوقی، به عنوان ابزار قدرت، نه فقط در انتقال معانی، بلکه در بازتولید نابرابری‌ها نیز نقش دارد. به ویژه در حوزه حقوق زنان و اقلیت‌ها، زبان حقوقی می‌تواند تضادها و تناقضات اجتماعی را منعکس یا حتی تقویت کند. در اینجا واسازی به عنوان روشی انتقادی مطرح می‌شود که با برجسته کردن این تناقض‌ها، فرصتی برای بازتعریف مفاهیم حقوقی و تقویت عدالت اجتماعی فراهم می‌آورد.

در واقع، این مقاله با ارائه چارچوبی نوین، سه راهکار عملی برای کاهش ناپایداری‌های معنایی ارائه می‌دهد: نخست، تدوین اصول تفسیری مشخص که می‌تواند به استانداردسازی رویه‌های تفسیری کمک کند. برای مثال، در پرونده‌های مربوط به آزادی بیان در فضای مجازی، دیوان اروپایی حقوق بشر با تدوین اصول تفسیری مشخص، توانسته است معیارهای روشن‌تری برای تشخیص موارد نقض حقوق ارائه دهد؛ دوم، ایجاد سازوکار نظارتی بر انسجام آرا که می‌تواند تناقضات تفسیری را پیش از صدور رأی نهایی شناسایی کند. در این راستا، بررسی تطبیقی آرای مشابه و تحلیل روند تفسیری دیوان می‌تواند به هماهنگی بیشتر در تصمیم‌گیری‌ها منجر شود؛ سوم، توجه به زمینه‌های اجتماعی- فرهنگی در تفسیر مفاهیم حقوق بشری که امکان درک عمیق‌تر از بافت پرونده‌ها را فراهم می‌آورد. برای نمونه، در پرونده‌های مرتبط با حجاب و نمادهای مذهبی، توجه به زمینه‌های فرهنگی به صدور آرای متعادل‌تر و منطبق‌تر با واقعیت‌های اجتماعی کمک کرده است.

از دیگر نتایج این پژوهش، اهمیت توجه به تنوع فرهنگی و اجتماعی در تفسیر زبان حقوقی است. مفهوم حقوق بشر، به عنوان یکی از اصول بنیادین نظام‌های حقوقی بین‌المللی، اغلب در بسترهای فرهنگی مختلف به چالش کشیده می‌شود. واسازی دریدایی نشان می‌دهد که هرگونه ادعای بی‌طرفی مطلق یا جهانی بودن مفاهیم حقوقی، در عمل با تعارض‌های فرهنگی و سیاسی مواجه خواهد شد. به همین دلیل، پذیرش نسبیت و انعطاف‌پذیری در تفسیر مفاهیم حقوقی می‌تواند

به کاهش این تعارض‌ها کمک کند.

به‌طور کلی، یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که ناپایداری زبان حقوقی، باوجود چالش‌هایی که ایجاد می‌کند، فرصتی برای تحول و پیشرفت در نظام‌های حقوقی فراهم می‌کند. این ناپایداری به ما یادآوری می‌کند که هیچ مفهوم حقوقی، حتی اصولی مانند عدالت یا حقوق بشر، نمی‌تواند مستقل از بستر اجتماعی و فرهنگی خود معنا پیدا کند. بنابراین، بازاندیشی مداوم در مفاهیم و رویکردهای حقوقی، نه‌فقط یک ضرورت نظری، بلکه یک الزام عملی برای دستیابی به عدالت پایدار است.

در پایان، پیشنهاد می‌شود که مطالعات آینده به بررسی بیشتر رابطه میان زبان حقوقی و مفاهیم اجتماعی، با تمرکز بر نقش‌واسازی دریدایی در حل چالش‌های حقوقی، بپردازند. این مطالعات می‌تواند به ارائه راهکارهایی برای کاهش ابهام و تناقض در تفسیر قوانین و تقویت عدالت اجتماعی کمک کند. بنابراین، زبان حقوقی، با تمام پیچیدگی‌ها و ناپایداری‌هایش، همچنان یکی از ابزارهای اساسی برای شکل‌دهی به نظم اجتماعی و اجرای عدالت باقی خواهد ماند.

منابع

کتاب

۱. سیمور، لورا، *تحلیلی بر مرگ مؤلف: رولان بارت*، ترجمه سهند الهامی، تهران: مهراندیش، ۱۴۰۳.
۲. ضیمران، محمد، *میشل فوکو: دانش و قدرت*، تهران: هرمس، ۱۳۸۷.
۳. قربانی، علی، *د/درسی منصفانه در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر*، تهران: حقوق امروز، ۱۳۹۰.

مقاله

۴. احمدی‌نژاد، مریم و یاسر امین‌الرعا، «ماهیت حقوقی دکترین حاشیه مجاز تفسیر»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۳۰، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۵-۱۳۹.
۵. پورسعید، رامین و حسین یاسری، «متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی»، *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۴، شماره ۷، ۱۳۹۰، صص ۶۷-۸۴.
۶. تیموری، شراره، شمس‌الملوک مصطفوی و مریم بختیاریان، «بسط نظریه دیکانستراکشن دریدا: نقدی فلسفی بر سبک دیکانستراکشن در معماری معاصر»، *فصلنامه حکمت و فلسفه*، دوره ۱۷، شماره ۶۶، ۱۴۰۰، صص ۱۵۰-۱۲۷.
Doi: 10.22054/wph.2021.53878.1878
۷. خانزاد، محمدرضا و محمد شکری، «دیکانستراکشن و هرمنوتیک: واکاوی "فهم" و "دیگری" بانگاهی به مناظره دریدا و گادامر در پاریس (۱۹۸۱)»، *دوفصلنامه پژوهش‌های معرفت‌شناختی*، دوره ۹، شماره ۲۰، ۱۳۹۹، صص ۱۶۵-۱۸۰.
۸. سادات اخوی، سیدعلی و نفیسه پارسانیا، «قواعد تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۰، شماره ۴۹، ۱۳۹۲، صص ۱۴۴-۱۲۷،
Doi: 10.22066/cilamag.2013.15999
۹. شریفی طرازکوهی، حسین و جواد مبینی، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۶، شماره ۴۴، ۱۳۹۳، صص ۱۰۳-۷۳.
۱۰. طاهرخانی، مصطفی و سیدمحمد قاری سیدفاطمی، «ژاک دریدا و واسازی قانون»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱، صص ۵۹-۸۵.
Doi: 10.29252/jlr.2021.222358.1934
۱۱. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۰، شماره ۲۸، ۱۳۸۲، صص ۴۴-۵.
Doi: 10.22066/cilamag.2003.18065

۱۲. محبی، محسن و اسماعیل سماوی، «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای حقوق بشری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، صص ۷-۳۰. Doi: 10.22066/cilamag.2018.31672
۱۳. مصلح، علی‌اصغر و پارسا خانقاه، «واسازی به‌منزله یک استراتژی»، *مجله متافیزیک*، دوره ۳، شماره ۱۱، ۱۳۹۰، صص ۷۲-۵۹. Doi: 20.1001.1.20088086.1390.3.11.5.9
۱۴. موسوی اصل، سیدسعید و زهرا مرادی، «رویکرد فلسفه زبانی هربرت هارت در کتاب مفهوم قانون به‌مثابه صورتی از هرمنوتیک حقوقی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۳۷۹-۳۹۴. Doi: 10.22059/jplsq.2020.278875.1962
۱۵. نقیب‌زاده، احمد و مجید استوار، «بوردیو و قدرت نمادین»، *فصلنامه سیاست*، دوره ۴۲، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۲۷۹-۲۹۴. Doi: 10.22059/jpq.2012.29980

References

Books

1. Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, 2005.
2. Derrida, Jacques. *Of Grammatology*, Translated by: Gayatri Chakravorty Spivak, Johns Hopkins University Press, 1998.
3. Derrida, Jacques. *Writing and Difference*, Translated by: Boyle Alan Bass, University of Chicago Press, 1978.
4. Ghorbani, Ali, *Fair Trial in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights*, Tehran: Today's Law, 2011. (In Persian)
5. Goodrich, Peter. *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, Northwestern University Press, Second Edition, 1990.
6. Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, First Edition, 1983.
7. Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004.
8. Menski, Werner. F. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2006.
9. Seymour, Laura, *An Analysis of Roland Barthes's The Death of the Author*, Translated by: Sahand Elhami, Tehran: Mehrandish, 2024. (In Persian)
10. Tiersma, P. M. *Legal Language*, University of Chicago Press, First Edition, 2000.
11. Zariski, Archie. *Legal Literacy: An Introduction to Legal Studies*, AU Press, 2014.
12. Zimaran, Mohammad, *Michel Foucault: Knowledge and Power*, Tehran: Hermes, 2008. (In Persian)

Articles

13. Ahmadi Nejad, Maryam and Yaser Amin Al-Ro'aya, "The Legal Nature of The Doctrine of The Permissible Margin of Interpretation", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 30, Issue 2, 2016, PP 115-139. (In Persian)
14. Balkin, Jack, M. "Deconstructive Practice and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, Volume 96, Issue 4, 1987, PP 743-786. Doi: [10.2307/796361](https://doi.org/10.2307/796361)
15. Bix, Brian. "Law and Language: How Words Mislead Us", *Minnesota Legal Studies Research Paper No.* 09-22, 2009. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1376366>.
16. Breskaya, Olga., Paolo De Stefani and Giuseppe Giordan. "The Lautsi Legacy: A New Judgment on the Crucifix in Classrooms and the Multiculturalist Turn on Freedom of/from Religion in Italy", *Religions*, Volume 13, Issue 7, 2022. <https://doi.org/10.3390/rel13070666>

17. Derrida, Jacques, "Force of Law: Mystical Foundation of Authority", In: Cornell, Drucilla, Michel Rosenfeld and David Gray Carlson (eds.). *Deconstruction and The Possibility of Justice*, New York: Routledge, 1992.
18. Ebbesson, Jonas. "Law, Power and Language: Beware of Metaphors", *Scandinavian Studies in Law*, Volume 53, 2008.
19. Eskridge, William. N. , Brian G. Slocum and Stefan Th Gries. "The Meaning of Sex: Dynamic Words, Novel Applications, and Original Public Meaning", *Michigan Law Review*, Volume 119, Issue 7, 2021, PP 1503-1580. <https://doi.org/10.36644/mlr.119.7.meaning>
20. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Human Rights Treaties: A Different Space", *International Law Journal*, Volume 20, Issue 28, 2003, PP 5-44. (In Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2003.18065/>
21. Goodrich, Peter. "Grammatology in America, A Sketch of the Return of Philology in Legal Studies", *OPUS 4, Berlin-Brandenburg Academy of Sciences and Humanities*, 2010, PP 140-153.
22. Khanzad, Mohammad Reza and Mohammad Shokri, "Deconstruction and Hermeneutics; An Analysis of "Understanding" and "Other" with a Look at the Debate between Derrida and Gadamer in Paris (1981)", *Bi-Quarterly Journal of Epistemological Research*, Volume 9, Issue 20, 2010, PP 165-180. (In Persian)
23. Mohebi, Mohsen and Esmail Samavi, "The Role of The European Court of Human Rights' Jurisprudence in The Dynamic Interpretation of Human Rights", *International Law Journal*, Volum 35, Issue 58, 2018, PP 7-30. (In Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2018.31672/>
24. Mosleh, Ali Asghar and Parsa Khaneghah, "Deconstruction as A Strategy", *Metaphysics Journal*, Volume 3, Issue 11, 2011, PP 59-72. (In Persian) <https://doi.org/20.1001.1.20088086.1390.3.11.5.9/>
25. Mousavi Asl, Sayyed Sa'eed and Zahra Moradi, "Herbert Hart's Philosophy of Language Approach in The Concept of Law as A Form of Legal Hermeneutics", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 52, Issue 1, 2022, PP 379-394. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jplsq.2020.278875.1962/>
26. Moyn, Samuel. "Knowledge and Politics in International Law", *Harvard Law Review*, Volume 129, Issue 8, 2016, PP 2164-2189.
27. Naghib Zadeh, Ahmad and Majid Estowar, "Bourdieu And Symbolic Power. Politics Quarterly", *Politics Quarterly*, Volume 42, Issue 2, 2012, PP 279-294. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jpq.2012.29980/>
28. Pierik, R. "State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism", In: J. Temperman (ed.). *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden, Boston: Brill, 2012, PP 201-218.
29. Pound, Roscoe. "The Political and Social Factor in Legal Interpretation", *Michigan Law Review*, Volume 45, Issue 5, 1947, PP 599-604.
30. Poursa'eed, Ramin and Hossein Yassaeri, "Critical Methodology and Legal Hermeneutics", *Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, Volume 4, Issue 7, 2011, PP 67-84. (In Persian)
31. Sadat Akhavvi, Sayyed Ali and Nafiseh Parsania, "The Rules of Interpretation of The European Convention on Human Rights in Light of The Jurisprudence of The European Court of Human Rights", *International Law Journal*, Volume 30, Issue 49, 2013, PP 127-144. (In Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2013.15999/>
32. Samar, Vincent. J. "Rethinking Constitutional Interpretation to Affirm Human Rights and dignity", *UC Law Constitutional Quarterly*, Volume 47, Issue 1, 2019, PP 83-144.
33. Schauer, Frederick. "On the Open Texture of Law", *Law and Philosophy*, Volume 31, 2012.
34. Schuck, Peter H. "Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures", *Duke Law Journal*, Volume 42, Issue 1, 1992, PP 1-52.
35. Sharifi Tarazkouhi, Hossein and Javad Mobini, "The Doctrine of The Permissible Margin of Interpretation in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights", *Public Law Research Quarterly*, Volume 16, Issue 44, 2014, PP 73-103. (In Persian)

36. Solan, L. M. "The Interpretation of Legal Language", *Annual Review of Linguistics*, Volume 4, 2018, PP 337-355. <https://doi.org/10.1146/annurev-linguistics-011817-045649>
37. Taherkhani, Mostafa and Sayyed Mohammad Ghari Sayyed Fatemi, "Jacques Derrida And the Deconstruction of Law", *Legal Research Quarterly*, Volume 25, Issue 100, 2023, PP 59-85. (In Persian) <https://doi.org/10.29252/jlr.2021.222358.1934/>
38. Teimouri, Sharareh, Shamsolmolouk Mostafavi and Maryam Bakhtiaryan, "The Expansion of Derrida's Theory of Deconstruction: A Philosophical Critique of The Deconstruction Style in Contemporary Architecture", *Wisdom and Philosophy Quarterly*, Volume 17, Issue 66, 2021, PP 127-150. (In Persian) <https://doi.org/10.22054/wph.2021.53878.1878/>
39. Tiersma, P. M. "The Ambiguity of Interpretation", *Washington University Law Review*, Volume 73, Issue 3, 1995, PP 1095-1101.
40. Waldron, Jeremy. "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, Volume 82, Issue 3, 1994, PP 509-540. <http://dx.doi.org/10.15779/Z38WB2M>.

Cases

41. Baka v. Hungary. App.No.20261/12. 23/06/2016.
42. Broniowski v. Poland, App.No.31443/96, 22/06/2004.
43. KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland. App.No.53600/20. 09/04/2024.
44. Lautsi v. Italy. App.No.30814/06, 2011/03/18.
45. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland. App.No.14234/88. 29/10/1992.
46. S.A.S. v. France. App.No.43835/11. 01/07/2014



Legal Research
Volume 28, Issue 112, 2025

Table of Contents

Assaults on Critical Infrastructure and International Law.....	1
<i>Ebrahim Beigzadeh</i>	
Analyzing the Element of Negligence in the Context of the Tort of Negligence; Emphasizing on Common Law.....	23
<i>Nasrin Mehra, Somaye Parhizkary</i>	
Assessment of the German Constitutional Approach to Combating Political Corruption	43
<i>Sayyed Mojtaba Vaezi, Shahram Ebrahimi, Sadegh Moradi</i>	
Why Study Philosophy of Law? Reading Bjarne Melkevik	67
<i>Amir Feizbakhsh, Bjarne Melkevik</i>	
The Right of Residence of a Divorcee in Legal Systems of Iran, Iraq and Algeria.....	83
<i>Mina Salempour, Mohammad Roshan</i>	
The Role of Public Law Legal Entities in the Criminal Process: from Passive to Active Actors	107
<i>Jafar Koosha, Akbar Khodabandehlo</i>	
A Comparative Study of the Basics, Methods and Limits of Judges ' Involvement in Private Contracts	125
<i>Jalal Soltanahmadi, Sara Ebrahimi, Alireza Iranshahi</i>	
The Validity of Transaction by Conduct in High-Value Sale	147
<i>Seyyed Mahdi Dadmarzi, Amirreza Karimi Suq</i>	
A Reflection on the Conflict of Rules Regulating Petrochemical Products Market	167
<i>Mohammad Arian, Abbas Ehzari</i>	
The Necessity of Announcing the Revocation of a Contract to the Other Party	187
<i>Hossein Mokhtari, Mahmood Yousef-vand, Sayyed Ali Pakzadian</i>	
A Critical Approach to the Criteria Justifying the Right to be Wrong with an Emphasis on the Analytical Foundations of the Philosophy of Right	205
<i>Mahdi Zare, Hamed Nikoonahad</i>	
The Legal Framework for Compensation of Training Costs for Football Players by Clubs: Training Compensation and Solidarity Mechanism.....	227
<i>Amirsaeed Vakil, Sepideh Ahmadianfard, Alireza Rezakhani</i>	
Human Rights Dimensions of Lethal Artificial Intelligence: Meaningful Human Control as a Legal Necessity in the International Human Rights System	247
<i>Latifeh Hosseini, Narges Sadat Hosseini, Mohammadmahdi Hosseinmardi</i>	
The Basis of Civil Liability of Factors Related to the Performance of Artificial Intelligence Systems in European Union Documents and Iranian law	267
<i>Same'il Keshavarz Safi'e</i>	
Protecting Individual Privacy in the Metaverse: Solutions to Combat Assault and Abuse	289
<i>Mahdi Karimi</i>	
A Pondering on the Interpretation of Judgments in the International Court of Justice, with Emphasis on the Preah Vihear Temple Case	307
<i>Sayyed Mohammad Hoseini</i>	
Legal Language and the Instability of Concepts: A Deconstructive Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights.....	327
<i>Mohsen Marhouni</i>	



Legal Research

Editorial

Getting through Yalda and the onset of winter, Vol. 28 (112) of Legal Research is published. In this issue, seventeen valuable articles of esteemed authors from domestic and international universities are selected and published. In this path, with the collaboration of authors, literary and technical editions of selected articles as well as final page layouts are fully prepared to present appropriate and qualified legal content to our prominent audience.

In issue 112, in addition to English and Persian abstracts, the extract of articles are added to the beginning of each article in Highlights section containing three key points, offering readers precise and ultimate research conclusions of every article only within seconds. Moreover, as in previous issues of this journal, technical and specialized editions assist authors with accurate and credible citation to protect others copy rights and adherence to publishing ethics. Also, in this issue, by adding sub-titles to extended English abstracts, while trying to improve formative structuring of the content, we took required measures to reflect research subjects and final conclusion of every article in an explicit and transparent manner for our international audiences. Therefore, sub-titles such as Introduction, Methods, Results & Discussions and Conclusion are included within the extended English abstracts. Furthermore, as a result of our readers trust and based on Islamic World Science & Technology Monitoring and Citation Institute (ISC) report, the Legal Research H index has been upgraded to 14.

Now, all interested researchers in legal fields, may access to wide range of articles in International Law, Criminal Law & Criminology, Public Law, Philosophy of Law, Family Law, Private Law, Capital Market Law, Sport Law, Human Rights and Technology Law & AI. The first article of this issue is devoted to "Assaults on Critical Infrastructure and International Law" in which the author examines one of the main and contemporary challenges in international law that is attacking or disrupting the critical infrastructure of countries and its effects on Iran, Iraq and Syria. By reading this article, the reader considers the effects of Gap project by Türkiye and the construction of dams on Harirud River and Helmand River by Afghanistan under Assault analysis. Other articles in comparative studies and interdisciplinary fields as well as specialized legal topics are publically available.

We, the Legal Research team, continually strive to improve the journal's standards to provide our distinguished audiences with valuable and qualified content. While inviting authors and researchers to submit their articles on current issues affecting the domestic and international legal system in this journal for evaluation and review, we ask all to read our latest Authors Guide to stay informed about final amendments.

We hope to publish our next issue (Spring 2026) on time and consistently to play our constructive and efficient role and develop the existing legal literature with our respected audiences. Please share any suggestions and criticisms with us via journal's email address, law.res.mag@sbu.ac.ir.

Mansour Amini
Editor in Chief of Legal Research

Legal Research

Volume 28, Issue 112, 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



Legal Research

- ▶ **Assaults on Critical Infrastructure and International Law**
Ebrahim Beigzadeh
- ▶ **Analyzing the Element of Negligence in the Context of the Tort of Negligence; Emphasizing on Common Law**
Nasrin Mehra, Somaye Parhizkary
- ▶ **Assessment of the German Constitutional Approach to Combating Political Corruption**
Sayyed Mojtaba Vaezi, Shahram Ebrahimi, Sadegh Moradi
- ▶ **Why Study Philosophy of Law? Reading Bjarne Melkevik**
Amir Feizbakhsh, Bjarne Melkevik
- ▶ **The Right of Residence of a Divorcee in Legal Systems of Iran, Iraq and Algeria**
Mina Salempour, Mohammad Roshan
- ▶ **The Role of Public Law Legal Entities in the Criminal Process: from Passive to Active Actors**
Jafar Koosha, Akbar Khodabandehlo
- ▶ **A Comparative Study of the Basics, Methods and Limits of Judges ' Involvement in Private Contracts**
Jalal Soltanahmadi, Sara Ebrahimi, Alireza Iranshahi
- ▶ **The Validity of Transaction by Conduct in High-Value Sale**
Seyyed Mahdi Dadmarzi, Amirreza Karimi Suq
- ▶ **A Reflection on the Conflict of Rules Regulating Petrochemical Products Market**
Mohammad Arian, Abbas Ehzari
- ▶ **The Necessity of Announcing the Revocation of a Contract to the Other Party**
Hossein Mokhtari, Mahmood Yousef-vand, Sayyed Ali Pakzadian
- ▶ **A Critical Approach to the Criteria Justifying the Right to be Wrong with an Emphasis on the Analytical Foundations of the Philosophy of Right**
Mahdi Zare, Hamed Nikoonahad
- ▶ **The Legal Framework for Compensation of Training Costs for Football Players by Clubs: Training Compensation and Solidarity Mechanism**
Amirsaeed Vakil, Sepideh Ahmadianfard, Alireza Rezakhani
- ▶ **Human Rights Dimensions of Lethal Artificial Intelligence: Meaningful Human Control as a Legal Necessity in the International Human Rights System**
Latifeh Hosseini, Narges Sadat Hosseini, Mohammadmahdi Hosseinmardi
- ▶ **The Basis of Civil Liability of Factors Related to the Performance of Artificial Intelligence Systems in European Union Documents and Iranian Law**
Same'il Keshavarz Safi'e
- ▶ **Protecting Individual Privacy in the Metaverse: Solutions to Combat Assault and Abuse**
Mahdi Karimi
- ▶ **A Pondering on the Interpretation of Judgments in the International Court of Justice, with Emphasis on the Preah Vihear Temple Case**
Sayyed Mohammad Hoseini
- ▶ **Legal Language and the Instability of Concepts: A Deconstructive Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights**
Mohsen Marhouni