دانشگاه شهید بهشتی
دانشکده حقوق

تحقیقات حقوقی

شماره ۱۱۵/ پاییز ۱۴۰۵

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

فصلنامه
تحقیقات حقوقی (علمی)

حقوق تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام سلامت عمومی
محمد راسخ، فائزه عامری

تحلیل ماهیت امارهٔ قضایی
مهدی حسن‌زاده

تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت پزشک
عباس قاسمی‌حامد، مجتبی قاسمی، سیدعلیرضا شکوهیان

واکاوی ظرفیت‌ها و چالش‌های اثرگذاری هوش مصنوعی بر حق زنان بر برابری
فهیمه حیدری ترک‌آباد، سیدقاسم زمانی

تأملی بر ماهیت حقوقی مؤسسات ملزم به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری در ایران و فرانسه
محمدحسین زارعی، سعید خانی والی‌زاده

کنشگری حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط عدم‌تعادل نهادی
مرتضی شهبازی‌نیا

ظرفیت‌ها و چالش‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان در پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم؛ در پرتو قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴
امیرحسن نیازپور، مصطفی تقوی، شیما شفیعی

گزاره‌های مفهومی «اجبار» و «مسئولیت مشترک» در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر
سعید مختاری، محمد ستایش‌پور

تحلیل زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش با تأکید بر تأثیر آن در پیشگیری از جرم
بهزاد رضوی فرد، پیمان دولت‌خواه پاشاکی

راهبردها و چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز
حسین زارع، نوید رهبر

میان‌کنش حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل در قرارداد انتقال فناوری‌های حساس
حانیه ذاکری‌نیا، امیرحسین خاتمی

تأثیر فناوری متاورس بر میزان ارتکاب جرائم مالی
محمود مهدوی، محمد روح اللهی، سید مهیار مروتی

بررسی ابعاد حقوقی تبعیض قیمتی آنلاین از منظر حقوق رقابت و حقوق حمایت از داده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا
امیرعباس علاءالدینی، فاطمه فقیه

تأملی بر پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان
یاسر حاجی‌پور

الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران
روح‌اله علیدادزاده


بسم الله الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داوری و انجمن ایرانی حقوق اداری

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سـال ۴۲، شـمـاره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۵



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

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکدهٔ حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سردبیر: 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 دعاوی 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)

علی‌حسین 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، دانشکدهٔ 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.

سـخـن سـردبیـــر

شماره ۱۱۵ فصلنامه تحقیقات حقوقی در پاییز ۱۴۰۵ منتشر شد. در این شماره نیز مجموعه مقالات منتخب پس از طی فرآیندهای مختلف داوری‌های شکلی و ماهوی، ویراستاری‌های ادبی، فنی و صفحه‌آرایی، در دسترس عموم مخاطبان قرار گرفت. در همین راستا، از همه نویسندگان عزیز، که در طول این مسیر ما را همراهی کردند، صمیمانه سپاسگزاریم.

اولین مقاله از شماره ۱۱۵ این فصلنامه به عنوان «حقوق تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام سلامت عمومی» اختصاص یافته‌است. این مقاله اینگونه نتیجه می‌گیرد که «نظام حقوقی واحدی در دنیا برای ثبت اطلاعات اهداکنندگان گامت و/یا جنین و نیز شیوهٔ افشای این اهدا وجود ندارد و در نظام حقوقی کنونی ایران، که ملاک تعیین نسب و والدین همانا رابطهٔ ژنتیک است، الگوی «الزام به اهدای ناشناس» مرجح می‌نماید». این شماره از فصلنامه تحقیقات حقوقی، مقالاتی با موضوعات متنوع دیگری را نیز پوشش می‌دهد. ازجمله در حوزه‌های حقوق بین‌الملل، حقوق آیین دادرسی مدنی، حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق بشر، حقوق رقابت، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق قراردادها و حقوق عمومی، مقالاتی انتخاب شدند تا محتوای مناسب در اختیار علاقه‌مندان و پژوهشگران با حوزه‌های مطالعاتی گوناگون قرار گیرد.

همچنان از نویسندگان گرامی تقاضا داریم قبل از ثبت و ارسال مقاله به فصلنامه تحقیقات حقوقی، حتما راهنمای نویسندگان این فصلنامه را مطالعه نمایند تا از مشروح شرایط شکلی و ماهوی مقالات در این مجله مطلع گردند. این امر به کاهش مدت زمان ارزیابی و داوری مقاله کمک می‌کند و از طولانی‌شدن فرآیندهای بررسی اولیه شکلی برای ورود مقالات به داوری ماهوی، جلوگیری می‌نماید. ما تمایل داریم که فرآیندهای داوری در یک بازه زمانی متعارف و معقول طی گردد؛ اما گاهی‌اوقات ایرادات شکلی و ساختاری اولیه مانند عدم رعایت محدودیت حجمی واژگان یا عدم رعایت شیوه استناد این فصلنامه و مانند آنها، مانع تحقق این هدف می‌گردد. علاوه‌براین، نویسندگان می‌توانند با مطالعه روش‌های صحیح استناد به منابع و اصلاح شیوه آن، نمره گزارش مشابهت‌یابی مقاله خود را کاهش دهند. فصلنامه تحقیقات حقوقی برای اطمینان از رعایت این شرایط، در دو نوبت، یعنی در مرحله داوری ماهوی اولیه و مرحله پذیرش مقاله پس از اعمال اصلاحات و نظرات داوران محترم، اخذ و بارگذاری گزارش مشابهت‌یابی به‌روز را الزامی می‌داند.

همچنین به نویسندگان محترم توصیه می‌کنیم درصورتی‌که برای یافتن منابع مرتبط با موضوع مطالعاتی خود از هوش مصنوعی بهره می‌گیرند، حتما منابع پیشنهادی معرفی‌شده توسط هوش مصنوعی را شخصا مورد بررسی و تحلیل قرار دهند. گاهی‌اوقات منابع معرفی‌شده توسط هوش مصنوعی وجود خارجی ندارند یا اطلاعات آنها ناقص یا اشتباه است و همین امر اصالت علمی مقاله را زیر سوال می‌برد. ما در مراحل مختلف ازجمله در مرحله ویراستاری فنی، تلاش می‌کنیم که این موارد را به حداقل برسانیم اما در این مسیر نیازمند همراهی نویسندگان محترم و رعایت ضوابط و مقررات حاکم و نیز پایبندی به اصول اخلاق در پژوهش هستیم.

فصلنامه تحقیقات حقوقی از همراهی ویراستاران ادبی و فنی بهره‌مند است. ازاین‌روی، انتشار مقالات مستلزم طی دو مرحله مجزای ویراستاری است. در فرآیند ویراستاری ادبی، رعایت اموری همچون دستور زبان فارسی و آیین نگارش مدنظر است و در ویراستاری فنی، چکیده‌های تفصیلی انگلیسی، ترجمه منابع، اصالت منابع استنادی و رعایت اصول استناد به منابع مورد بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین از نویسندگان محترم تقاضا داریم در مرحله انتشار، با ویراستاران مجله در هر دو نوبت، همکاری نمایند.

لطفا هرگونه پیشنهادات و انتقادات سازنده خود را از طریق رایانامه مجله، به نشانی law.res.mag@sbu.ac.ir با ما در میان بگذارید.

منصـور امینـی

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. ازآنجاکه 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 کلیه‌ی 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
تیترهای 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 ذیل ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.

- **صفحه آخر: فهرست منابع**

- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) 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، 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 نظـم حقـوقی کنـونی. ویـرایش 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 دوبه به بعد. عنوان کتاب. شمارگان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.

مثال: Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. The War: An Intimate History, 1941–1945. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله 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 ۶۲-۴۱.

مقاله انگلیسی:

نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت Italic) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس. مثال:

Joshua I, W."The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان‌نامه و رساله فارسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/ پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصـول راهبـردی و مـدل‌هـا». رسـاله دکتـرا، تهـران: 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
سـال ۴۲، شـمـاره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۵

فهرست مطالب این شماره

حقوق تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام سلامت عمومی ۱
محمد راسخ، فائزه عامری

تحلیل ماهیت امارهٔ قضایی ۳۳
مهدی حسن‌زاده

تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت پزشک ۵۱
عباس قاسمی‌حامد، مجتبی قاسمی، سیدعلیرضا شکوهیان

واکاوی ظرفیت‌ها و چالش‌های اثرگذاری هوش مصنوعی بر حق زنان بر برابری ۶۹
فهیمه حیدری ترک‌آباد، سیدقاسم زمانی

تأملی بر ماهیت حقوقی مؤسسات ملزم به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری در ایران و فرانسه ۹۱
محمدحسین زارعی، سعید خانی والی‌زاده

کنشگری حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط عدم‌تعادل نهادی ۱۱۱
مرتضی شهبازی‌نیا

ظرفیت‌ها و چالش‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان در پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم؛ در پرتو قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴ ..... ۱۳۱
امیرحسن نیازپور، مصطفی تقوی، شیما شفیعی

گزاره‌های مفهومی «اجبار» و «مسئولیت مشترک» در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر ۱۵۵
سعید مختاری، محمد ستایش‌پور

تحلیل زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش با تأکید بر تأثیر آن در پیشگیری از جرم ۱۷۵
بهزاد رضوی فرد، پیمان دولت‌خواه پاشاکی

راهبردها و چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ۱۹۷
حسین زارع، نوید رهبر

میان‌کنش حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل در قرارداد انتقال فناوری‌های حساس ۲۱۷
حانیه ذاکری‌نیا، امیرحسین خاتمی

تأثیر فناوری متاورس بر میزان ارتکاب جرائم مالی ۲۴۳
محمود مهدوی، محمد روح اللهی، سید مهیار مروتی

بررسی ابعاد حقوقی تبعیض قیمتی آنلاین از منظر حقوق رقابت و حقوق حمایت از داده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا ۲۶۱
امیرعباس علاءالدینی، فاطمه فقیه

تأملی بر پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان ۲۸۳
یاسر حاجی‌پور

الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران ۳۰۳
روح‌اله علیدادزاده

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 1-32 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

A Comparative Legal Study of Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health System

Mohammad Rasekh[1], **Faezeh Ameri**[2]

Highlights

- There is no single legal system in the world for the registration of information of gamete and/or embryo donors and the method of disclosing this donation.
- Legal systems that have adopted the "Non-anonymous donation" model have initially accepted the criterion of "intention and will" of the commissioning couple to determine the child's filiation.
- Under the current Iranian legal system, where the criterion for determining filiation and parentage is genetic relationship, the "anonymous donation" model is preferable.

ABSTRACT

Introduction

The Law on Protection of Family and Youth of the Population (2021) has raised numerous concerns and questions from various angles. Among these, a significant challenge has been the registration and disclosure of identity information for gamete and embryo donors. This issue is not unique to the Iranian legal system and has been raised in many existing legal systems, prompting the development of specific legal provisions in response. A review of different legal systems reveals three distinct models. One model prescribes anonymous donation. The second model prohibits anonymous donation and prescribes non-anonymous donation instead. The third model is a double track, and depending on the donor's and the commissioning couple's choice, the donation can be made in either form. Historically, anonymous donation has been the dominant model in legal systems. However, some legal systems have gradually questioned this form of donation. Nowadays, unlike the past when confidentiality and privacy were fundamental values and norms in the family and society, values such as the individual's right to know his or her identity, the right to health, or the prevention of incest are taken as the basis for discussion in this field. Undoubtedly, advances in genetic science and technology have played a very important role in changing this attitude. Meanwhile, the wave of non-anonymous donors has now swept across various legal systems, with each embracing it to some extent, depending on the realities of its ecosystem.

How to Cite: Rasekh, Mohammad, Ameri, Faezeh, "A Comparative Legal Study of Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health System", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 1-32.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240759.2932 Received: 22/07/2025-Accepted: 08/11/2025

1. Nanobiotechnology Research Centre, Avicenna Research Institute- ACECR, Professor of Law and Philosophy, Department of Public Law and Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: m-rasekh@sbu.ac.ir
2. L.L.M., Nanobiotechnology Research Centre, Avicenna Research Institute- ACECR, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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 research method in this article is synthetic - a synthesis of theoretical, analytical, and comparative methods. The research was conducted using sources available in libraries and online data centres (websites containing books, articles, laws and regulations, and cases, as well as international documents).

Results and Discussions
Some legal systems that follow the non-anonymous donor model have established a specific age for a person born from a donation to have access to the donor's information, whereas they previously did not have the right to access this information; the donor's identity remained confidential. Nevertheless, a legal system like the German, which is in the same category, defends access to the donor's identity information by the individual at any age. It should be noted that some legal systems following the non-anonymous donor model adopt a forward-looking approach to access by a person born from a donation, meaning that it does not allow a person born before the implementation of the non-anonymous model to have access to the donor's identity information. In contrast, other legal systems that follow the same model allow access to the donor's identity regardless of the time of birth of the person born from donation and whether the prevailing model was a non-anonymous donor or anonymous. Still, some legal systems belonging to the non-anonymous donation model have accepted access to the donor's identity for the descendants of the person born from the donation under certain conditions, while another legal system in the same group can be cited as an example that has recognized this right only for the person born from the donation and does not allow his descendants to access the donor's identity information. This diversity is also visible in the mixed model. Some legal systems, such as Iceland's, have left the choice of whether to disclose or remain anonymous entirely to the donor and the applicant's parents. However, in the case of some US states, such as Washington, Connecticut, or California, which have chosen the same model, the principle is non-anonymous donation; however, the legislator has given the donor the option to choose, at the time of donation, not to disclose the information and keep the identity confidential. However, the donor's choice does not stop here; the legislator has allowed him to declare his consent to a non-anonymous donation in the future if he changes his mind. It is sufficient to modify and sign the content of the official declaration that he had previously signed, ensuring the confidentiality of his information. This diversity in laws and regulations largely reflects the beliefs and values that society accepts. In the past, confidentiality and secrecy were respected in almost all societies; now, transparency and openness are the dominant and prevailing values. Familiarity with the diverse laws, regulations, and procedures in this field is of great importance for policymakers and legislators in our country, who have explicitly adopted some of these methods (e.g., embryo donation) or remained silent on others (e.g., gamete donation and surrogacy). But which of the three models mentioned above should be taken as a guide and considered suitable for the Iranian ecosystem? To answer this question, it is necessary to examine the legal system governing lineage first. Our legislators' criterion for lineage, based on the Muslim jurisprudential perspective, has always been a biological one. Even the introduction of Assisted Reproductive Technologies into the country has not changed this approach. This is why the Embryo Donation Law (2003) treats the commissioning couples as the guardians of the resulting child, rather than his/her legal parents. The child was born by their will and desire, but is not regarded as being filiated with them. The donors who donated their embryos must inevitably accept the status of the parents. In the current circumstances, it is clear how much the disclosure of the fact of donation, even if the identity of the donor remains confidential, complicates the legal situation.

Conclusion
To prevent the resulting child from being caught in various legal disputes and to ensure the commissioning couple is not left without legal status, it is necessary for the legal system to review and revise its approach and conviction on filiation. Until then, the best choice, with the aim of establishing stability and peace in the life of a child born through donation, is to adopt the anonymous model in this regard and, hence, keep the related information confidential, thereby preventing the creation of various disputes and lawsuits as much as possible.

Keywords: Gamete and Embryo Donors, Identity Information, Registration, Disclosure.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

حقوق تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام سلامت عمومی

محمد راسخ[۱]، فائزه عامری[۲]

نکات برجسته

- نظام حقوقی واحدی در دنیا برای ثبت اطلاعات اهداکنندگان گامت و/یا جنین و نیز شیوهٔ افشای این اهدا وجود ندارد.
- نظام‌های حقوقی‌ای که الگوی «الزام به اهدای شناس» را برگزیده‌اند، در بادی امر، ملاک «قصد و ارادهٔ» زوجین متقاضی را برای انتساب کودک به زوجین متقاضی پذیرفته‌اند.
- در نظام حقوقی کنونی ایران، که ملاک تعیین نسب و والدین همانا رابطهٔ ژنتیک است، الگوی «الزام به اهدای ناشناس» مرجح می‌نماید.

چکیده

قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (۱۴۰۰) نگرانی‌ها و پرسش‌های متعددی را از زوایای مختلف برانگیخته است. در این میان، یک موضوع چالش‌برانگیز ثبت و افشای اطلاعات هویتی اهداکنندگان گامت و جنین بوده است. این موضوع منحصر به نظام حقوقیِ ایران نیست و در بسیاری از نظام‌های حقوقی موجود مطرح بوده و برای آن تمهیداتی حقوقی اندیشیده شده است. پژوهش حاضر بر آن است که، با مطالعهٔ تطبیقی نظام‌های حقوقی مختلف و تحلیل انتقادی آنها، نشان دهد کدام الگو برای نظام حقوقیِ کنونیِ ایران مناسب‌ترین و کارآمد خواهد بود. در واقع، غایت این پژوهش ترسیم الگویی بومی از میان الگوهای موجود است که عبارت‌اند از: الگوی الزام به اهدای ناشناس، الزام به اهدای شناس و الگوی انتخابی. در این میان، به‌ندرت دو نظام حقوقی یافت می‌شوند که از هر حیث شبیه یکدیگر باشند؛ حتی آنها که از الگویی واحد و یکسان، برای نمونه، اهدای شناس، پیروی می‌کنند. باری، مسئله و چالش یادشده میان نظام‌های حقوقی مختلف مشترک است، اما در نهایت، یافتن پاسخ حقوقی مشترک برای آن ناشدنی می‌نماید. بلکه هر زیست‌بوم باید به اقتضای شرایط اجتماعی، فرهنگی و حقوقی خاصِ خود تصمیم لازم را اتخاذ کند، به‌گونه‌ای‌که منافع همهٔ طرف‌ها لحاظ شوند.

کلید واژگان: اهداکنندگان گامت و جنین، اطلاعات هویتی، ثبت، افشا.

استناد به این مقاله: راسخ، محمد، عامری، فائزه، «حقوق تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام سلامت عمومی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱-۳۲.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۷ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240759.2932

۱. مرکز تحقیقات ریزفناوری زیستی، پژوهشکدهٔ فناوری‌های نوین علوم پزشکی جهاد دانشگاهی- ابن‌سینا، استاد فلسفه و حقوق، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m-rasekh@sbu.ac.ir
۲. کارشناس ارشد، مرکز تحقیقات ریزفناوری زیستی، پژوهشکدهٔ فناوری‌های نوین علوم پزشکی، جهاد دانشگاهی- ابن‌سینا، تهران، ایران

Copyright: © 2026 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

در سال‌های اخیر، ثبت و افشای قانونی هویت اهداکنندهٔ گامت و جنین و شیوهٔ انجام آن محل بحث و گفت‌وگو در کشور بوده است. باوجوداین، *قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور* (۱۳۸۲) به این موضوع نپرداخته است. در عوض، آیین‌نامهٔ اجرایی این قانون (۱۳۸۳) مقرر داشت که اهدای جنین باید «به‌صورت کاملاً محرمانه انجام گیرد» و افشای اطلاعات صرفاً نزد مرجع قضایی پیش‌بینی شد.[۱] حدود بیست سال بعد، قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت به تصویب رسید که نمایانگر تغییر نگاه قانونگذار بود. مادهٔ ۵۴ این قانون وزارت بهداشت را به راه‌اندازی سامانه‌ای جامع (ازجمله) برای ثبت اطلاعات تمام مراجعین باروری مکلف کرده، اما سخنی از افشای این اطلاعات به میان نیاورده است.[۲] بی‌گمان، ثبت اطلاعات می‌تواند مقدمه‌ای برای افشای آنها باشد. باری، آیا می‌توان از افشای قانونی اطلاعات پیش‌گفته دفاع کرد؟ سوای تحلیل نظری،[۳] مطالعهٔ نظام‌های حقوقی مختلفی که پیرامون این موضوع شکل گرفته‌اند می‌تواند راهنمای عملی مفیدی برای تحولات حقوقی مناسب و پیشرو در داخل باشد.

بدین منظور، پژوهش حاضر ابتدا میان نظام‌های حقوقیِ «ثبت» و «افشا» تفکیک قائل می‌شود، زیرا همهٔ نظام‌های حقوقی‌ای که ثبت را الزامی کرده‌اند از الگوی واحد در افشای هویت پیروی نمی‌کنند؛ برخی از آنها اهدای شناس و برخی دیگر اهدای ناشناس را الگو قرار داده‌اند. افزون‌بر این، الگوی ترکیبی است که انتخاب میان اهدای شناس یا ناشناس را به ارادهٔ اهداکننده و افراد متقاضی فرزندآوری با روش‌های کمک‌باروری منوط کرده است. گفتنی است که حتی الگوهای سه‌گانهٔ پیش‌گفته شیوه‌هایی متفاوت در اجرا به کار گرفته‌اند که به فراخور بحث بدانها اشاره خواهد شد. ازاین‌رو، سعی بر آن بوده است که (در حد مقدور، از حیث دسترسی) احکام و مقررات همهٔ کشورهایی که در این زمینه قانونی وضع کرده‌اند بررسی شوند. مطالعهٔ این الگوها در دو گام تبیینی نظام‌مند و تحلیلی‌انتقادی انجام خواهد شد. ازاین‌رو، در گام دوم، قوانین و مقررات تطبیقی ارزیابی خواهند شد. هدف نهایی این پژوهش البته، با توجه به شرایط اجتماعی، فرهنگی و حقوقی زیست‌بوم کشور، کوشش برای یافتن راه‌کارهای حقوقی مناسب برای موضوع مورد بررسی است.

۱. ثبت اطلاعات

اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین با اهدافی مختلف گردآوری و ثبت می‌شوند. گاه این اطلاعات، هویتی و غیرهویتی، صرفاً برای حفظ سلامت فرد متولد از اهدا ثبت و نگهداری می‌شوند. تقریباً همهٔ نظام‌های حقوقی در این هدف مشترک‌اند. گاه ثبت اطلاعات برخاسته از دغدغهٔ هویت فرد متولد از اهدا و شناخت منشأ ژنتیک است؛ بدان معنا که اطلاعات هویتی اهداکننده باید ثبت و نگهداری شوند تا در موعد قانونی، براساس تقاضای فرد متولد از اهدا، در اختیار وی گذاشته شوند. هدف اخیر در زمینهٔ بحث حاضر اهمیت بیشتری یافته است. در قوانین و مقررات، دو روش *ثبت اجباری* و *ثبت اختیاری* برای ثبت این اطلاعات مقرر شده‌اند.

---

[۱]. آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، هیئت وزیران، ۱۳۸۳/۱۲/۲۴، مواد ۳ و مادهٔ ۶ (بند ت)، مادهٔ ۱۰، قابل دسترس در: https://rc.majlis.ir/fa/law/show/125235 (تاریخ دسترسی ۱۸ فروردین ۱۴۰۴).

[۲]. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۰/۷/۲۴، مادهٔ ۵۴، نک. روزنامهٔ رسمی شمارهٔ ۲۲۳۳۲ ، مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۷.

[۳]. برای نمونه، نک. راسخ، محمد و فائزه عامری، «ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام حقوق سلامت عمومی»، *دوفصلنامهٔ تحقیق و توسعه در حقوق عمومی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۴۰۳.

۱.۱. ثبت اجباری

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، که قانون یا مقرره‌ای برای ثبت اطلاعات هویتی اهداکننده تصویب شده است، مراکز درمانی و پزشکان مکلف به ثبت اطلاعات هویتی اهداکنندگان شده‌اند. این ثبت در برخی نظام‌ها به شیوهٔ متمرکز و در برخی دیگر به شیوهٔ نامتمرکز مقرر شده است. در شیوهٔ متمرکز، مراکز درمانی و پزشکان افزون بر ثبت اطلاعات به ارسال آنها به نهادی مرکزی موظف‌اند. در شیوهٔ نامتمرکز، فقط ثبت و نگهداری اطلاعات در مراکز درمانی الزام شده است.

۱.۱.۱. ثبت متمرکز

قانونگذار آلمان، در سال ۲۰۱۸، قانون تأسیس مرکز ثبت اهداکنندهٔ اسپرم[۱] را تصویب کرد. هدف از تصویب این قانون ایجاد نهاد مرکزیِ ملی برای ثبت اطلاعات اهداکنندگان اسپرم بود تا افراد متولد از اهدا بتوانند بدین وسیله حق خود را بر شناختن منشأ ژنتیک اِعمال کنند.[۲] در ایالت استرالیای غربی، رئیس ادارهٔ خدمات عمومی ایالتی[۳] مکلف به ثبت و نگهداری اطلاعات مربوط به اهدا شده بود.[۴] ازاین‌رو، مرکز ثبت فناوری باروری[۵] (ازجمله) برای ثبت اطلاعات قابل شناسایی اهداکننده، دریافت‌کننده و کودک متولد از این روش‌ها در سال ۱۹۹۳ افتتاح شد.[۶] مطابق قوانین ایالت‌های استرالیای جنوبی و نیوساوت‌ولز، به‌ترتیب، نهاد ثبت باروری به روش اهدا[۷] و دفتر ثبت مرکزی[۸] زیر نظر وزیر بهداشت تعریف شده‌اند.[۹] در ایالت ویکتوریا (استرالیا)، پیش از ژانویهٔ ۲۰۲۴، نهاد درمان کمک باروری ویکتوریا[۱۰] مسئول ثبت تمام اطلاعات مربوط به اهدا نزد نهاد ثبت مرکزی[۱۱] بود. اما، پس از ژانویهٔ ۲۰۲۴، وزارت بهداشت مستقیماً موظف به انجام این وظیفه شد.[۱۲] در ایرلند، *مرکز ملی ثبت اطلاعات متولدین اهدا*؛[۱۳] اسپانیا، مرکز ملی ثبت اهداکنندگان؛[۱۴] دانمارک، نهاد سلامت دانمارک؛[۱۵] هلند، مرکز اطلاعات اهداکننده؛[۱۶] گرجستان، نهاد (الکترونیک) ثبت ملی متحدالشکل؛[۱۷] صربستان، نهاد ثبت متحدالشکل؛[۱۸] مالت، مرکز حمایت از جنین؛[۱۹] و در مقدونیه، ادارهٔ دولتی ثبت کمک باروری زیست‌پزشکی[۲۰] (همگی) زیرنظر وزارت بهداشت تأسیس شده‌اند. در نروژ، وزارت بهداشت مکلف شده است نهادی

---

1. Sperm donor register
2. Sperm Donor Register Act [*Samenspenderregistergesetz – SaRegG*] (2018 and later amendments), § 1.
3. chief executive officer of the Departmentof the Public Service of the State
4. Human Reproductive Technology Act (1991 and later amendments), Parliament of Western Australia, Art. 45.
5. RT Register
6. Allan, S., *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), Perth, W.A.: Department of Health., 2019, pp. 136, 350.
7. donor conception register
8. Central register
9. Assisted Reproductive Treatment Act (1988 amended as 2021), Parliament of South Australia, Art. 15(1); Assisted Reproductive Technology Act (2007), No, 69, Art. 32 (A).
10. Victorian Assisted Reproductive Treatment Authority (VARTA)
11. Central Register
12. VARTA (Vicotrian Assisted Reproductive Treatment Authority), “Donor conception register services”, Available at: https://www.varta.org.au/donor-conception-register-services (accessed on 3/4/2025).
13. National Donor-Conceived Person Register
14. National Donor Registry (*Registro nacional de donantes)*
15. Danish Health Authority
16. The Artificial Fertilization Donor Data Foundation/ Foundation for Donor Data (FDD)
17. Unified National Register
18. Unified register
19. Embryo Protection Authority
20. State registry for biomedically assisted fertilization

ملی برای ثبت هویت اهداکنندگان تخمک و اسپرم راه بیندازد تا کودک متولد از چنین اهدایی بتواند بدین طریق حق خود را بر دانستن هویت اِعمال کند. وضعیت حقوقی در کشور اسلونی کمی متفاوت است. بنا بر نصّ قانون، مرکز درمانیِ مجاز به انجام روش‌های کمک‌باروری باید اطلاعات را ثبت کند، اما اگر چند مرکز درمانی مجاز باشند این روش‌ها را انجام دهند، بنا به تشخیص وزیر بهداشت، در نهایت، یک مرکز باید ثبت متحدالشکل اطلاعات اهداکنندگان را عهده‌دار شود.[۱] براین‌اساس، می‌توان گفت در اسلونی نیز اطلاعات باید به روش متمرکز ثبت شوند.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، نهاد مرکزی در بسیاری از این کشورها زیر مجموعهٔ وزارت بهداشت است. بااین‌حال، در برخی کشورها، قانون سازوکاری متفاوت مقرر کرده است. برای نمونه، در بریتانیا، *نهاد جنین‌شناسی و باروری انسانی*؛[۲] بلاروس، مرکز متحدالشکل ثبت اهداکنندگان گامت و جنین؛[۳] پرتغال، شورای ملی باروری کمک‌پزشکی؛[۴] فنلاند، مرکز ملی نظارت بر امور رفاهی و اجتماعی؛[۵] هنگ‌کنگ، شورای فناوری باروری انسانی[۶] (همگی) نهادهایی مستقل از وزارت بهداشت برای ثبت اطلاعات مربوط به اهدای گامت و جنین هستند.[۷] بااین‌حال، در نیوزیلند، قانون وظیفهٔ ثبت اطلاعات مربوط به اهدا را برعهدهٔ ثبت احوال گذاشته که به تأسیس مرکز ثبت فناوری کمک‌باروری انسانی[۸] انجامیده است.[۹] کمیتهٔ پارلمانی کوئینزلند نیز از این رویه استقبال کرده، گرچه هنوز قانون مربوط وضع نشده است.[۱۰]

۱.۱.۲. ثبت نامتمرکز

برخلاف ثبت متمرکز، اطلاعات در شیوهٔ نامتمرکز در مراکز درمانی و بیمارستان‌ها ثبت و نگهداری می‌شوند و قانون آنها را ملزم به ارسال اطلاعات به نهادی مرکزی نکرده است. برای نمونه، در کشورهای اتریش، ایسلند، اوکراین، سوئد، بلغارستان، مجارستان و برزیل، و در ایالت‌های واشنگتن، کالیفرنیا و کانکتیکات ایالات متحدهٔ آمریکا اطلاعات به روش نامتمرکز ثبت می‌شوند.[۱۱]

۱.۲. ثبت اختیاری

در روش ثبت اختیاری، مرکز درمانی می‌تواند به صلاحدید خود اطلاعات هویتی را ثبت یا از ثبت آن امتناع کند. در برخی نظام‌های حقوقی، قانون در مواجهه با روش‌های کمک‌باروری یا به‌طور خاص نسبت به موضوع ثبت و افشای

---

۱. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ یک (ثبت اطلاعات به شیوهٔ متمرکز).

2. Human Fertilisation and Embryology Authority

3. Unified register of germ cell donors

4. National Council for Medically Assisted Reproduction

5. National Supervisory Authority for Welfare and Health (VALVIRA)

البته، در منابع انگلیسی‌زبان، ترجمهٔ دیگری از این واژه به چشم می‌خورد، مانند (National Authority for Medicolegal Affairs) که در ترجمهٔ غیررسمی قانون فنلاند به کار رفته است.

6. Council on Human Reproductive Technology

۷. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ یک (ثبت اطلاعات به شیوهٔ متمرکز).

8. Human Assisted Reproductive Technology Register

9. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No 92, Art. 53 (1); Allan, S., *Donor Conception and the Search for Information: From secrecy and anonymity to openness*, NY: Routledge, 2017, p 184.

10. Final Queensland Government Response to the Committee Report No. 33, 57th Parliament (Inquiry into matters relating to donor conception information) (2022), Available at: https://documents. parliament. qld.gov.au/tp/2023/5723T231-FF1F.pdf (Last visited on 11/11/2024), p 5.

۱۱. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ یک (ثبت اطلاعات به شیوهٔ نامتمرکز).

اطلاعات سکوت کرده است یا در این زمینه شفاف نیست. در چنین شرایطی، مراکز درمانی به‌شکل مجزا و مستقل تصمیم می‌گیرند کدام اطلاعات را به چه شیوه ثبت کنند. برای نمونه، می‌توان به نظام حقوقی دولت فدرال کانادا اشاره کرد. تا سال ۲۰۱۰، براساس مادۀ ۱۸ قانون کمک باروری انسانی (۲۰۰۴)،[۱] اطلاعات هویتی اهداکننده صرفاً با رضایت شخص او به دریافت‌کننده و فرد متولد از اهدا داده می‌شد. اما دیوان‌عالی فدرال کانادا در سال ۲۰۱۰ این ماده از قانون را به‌دلیل مغایرت با قانون اساسی ملغی و اعلام کرد که قانونگذاری در این موضوع در صلاحیت هر استان و قلمرو است. از آن زمان تاکنون، بسیاری از استان‌ها قانونی وضع نکرده‌اند و درنتیجه، هر مرکز درمانی رویۀ مخصوص به خود را دارد.[۲] بنابراین، در چنین کشورهایی، ممکن است مرکزی باشد که اطلاعات را ثبت کند و درعین‌حال مراکزی هم مشغول به فعالیت باشند که رغبتی به ثبت اطلاعات نداشته یا اصلاً این موضوع را به میل و انتخاب اهداکننده واگذارند. در بسیاری ایالات آمریکا هم وضع بر این منوال است.

همچنین، ثبت اختیاری در قالب ثبت داوطلبانه[۳] بیان شده است. بدین منظور، نهادی تأسیس می‌شود تا افرادی که در زمان اجرای سیاست محرمانگی یا اهدای ناشناس متولد شده‌اند، بتوانند همانند افرادی که در زمان اجرای سیاست اهدای شناس متولد شده‌اند، به هویت اهداکننده پی ببرند. برای نمونه، فرد متولد از اهدا در بریتانیا که پیش از سال ۲۰۰۵ در زمان اجرای سیاست محرمانگی و با استفاده از نمونۀ اهداییِ ناشناس متولد شده می‌تواند به مرجع ذی‌صلاح[۴] مراجعه و اطلاعات هویتی خود را در آنجا ثبت کند. اهداکننده هم می‌تواند اطلاعات خود را در این مرجع ثبت کند. ملاحظه می‌شود که دسترسی فرد متولد از اهدا به اطلاعات اهداکننده مشروط به آن است که اهداکننده داوطلبانه اطلاعات خود را ثبت کرده باشد. چنانچه اهداکننده رغبتی به افشای هویت خود نداشته باشد و نخواهد اطلاعاتش را ثبت کند، فرد متولد از اهدا امکان دسترسی به اطلاعات منشأ ژنتیک خود را از دست می‌دهد.[۵] در نیوزیلند، اهداکننده و فرد متولد از اهدا (که پیش از سال ۲۰۰۵ با استفاده از اهدای ناشناس متولد شده است) می‌توانند داوطلبانه به ادارۀ ثبت احوال مراجعه و اطلاعات خود را ثبت کنند.[۶]

در ایالت ویکتوریای استرالیا، نهاد ثبت داوطلبانه تشکیل شده است که زیر نظر نهاد درمان کمک باروری این ایالت فعالیت می‌کند.[۷] در ایالت استرالیای غربی نیز مرکز ثبت داوطلبانه تعریف و تأسیس شده است. افرادی که با استفاده از نمونه‌های اهدایی میان سال‌های ۱۹۹۳ (تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون روش‌های کمک‌باروری و ثبت و بایگانی اطلاعات) تا اول دسامبر ۲۰۰۴ (تاریخ لازم‌الاجرا شدن اهدای شناس) متولد شده‌اند، می‌توانند به اطلاعات موجود در این مرکز دسترسی پیدا کنند، به شرط آنکه اهداکننده پیش‌تر عضو این مرکز شده و اطلاعات خود را داوطلبانه ثبت کرده باشد یا بعداً دست

---

1. Assisted Human Reproduction Act, SC 2004, c 2, s 18(3) [*AHRA*].
2. Reference re Assisted Human Reproduction Act, Supreme Court of Canada, 2010 SCC 61; Czarnowski, A., "Retrospective Removal of Gamete Donor Anonymity: Policy Recommendations for Ontario Based on the Victorian Experience", *Can J Fam L*. Volume 33, Issue 2, 2020, pp 260-61; Guichon, J. R., Mitchell, l., Giroux, M. (eds.), *The Right to Know Ones' Origins (Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children)*, Brussels: Academic and Scientific Publishers, 2012, pp. 25-27.
3. Voluntary registration
۴. در آن زمان UK Donor Link (UKDL) بود که بعدها به Donor Conceived Register (DCR) تغییر نام داد.
5. Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, p 112.
6. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 63.
7. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Arts. 70, 71(1).

به این اقدام بزنند.[۱] در ایالت نیوساوت‌ولز استرالیا، اهداکننده و فرد متولد از اهدا می‌توانند داوطلبانه اطلاعات هویتی‌شان را (اعم از نام کامل، جنسیت، تاریخ تولد و نشانی اقامتگاه) در اختیار رئیس ادارهٔ بهداشت بگذارند تا در دفتر ثبت مرکزی درج کند.[۲]

در هلند، فیوم،[۳] به‌مثابه نهادی ملی و مستقل، با تأسیس پایگاه اطلاعاتی ژنتیک[۴] در سال ۲۰۱۰ نقشی مشابه را ایفا می‌کند.[۵] در ایرلند، به‌محض لازم‌الاجرا شدن آن بخش از قانون مصوب سال ۲۰۲۴ که به ثبت داوطلبانه مربوط می‌شود، وزارت بهداشت باید نهاد *تنظیم کمک باروری انسانی*[۶] را به ایجاد نهاد *ثبت داوطلبانهٔ اشخاص مرتبط متولد از اهدا و اهداکنندگان*[۷] ملزم کند.[۸] درست است که ثبت داوطلبانه نقطهٔ مقابل ثبت اجباری است، این روش در نظام‌های حقوقی‌ای سر برآورده که ثبت اجباری را برگزیده‌اند و هدف از آن تعمیم سیاست اهدای شناس به گذشته، به شکل داوطلبانه است.

اینک، پس از موضوع ثبت، نظام حقوقی افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام‌های حقوقی مختلف بررسی می‌شود.

۲. افشای اطلاعات

ثبت اطلاعات هویتی یا غیرهویتی اهداکننده زمینهٔ افشای این اطلاعات و، در نتیجه، امکان دسترسی به آنها را برای طرف‌های مرتبط با اهدا فراهم می‌کند. این سخن بدین معناست که رابطه‌ای ضروری میان ثبت و افشا وجود ندارد، اگر چه ثبت اطلاعات شرط لازم افشا (و نه شرط کافی برای آن) است. در عالم واقع، نظام‌هایی حقوقی هستند که ثبت هویت را الزامی کرده‌اند، ولی اجازهٔ افشای آنها را نمی‌دهند؛ مانند بسیاری از نظام‌های حقوقی که در گذشته یا اکنون پیرو الگوی اهدای ناشناس بوده‌اند. بدین‌سان، در استرالیای غربی، ثبت اطلاعات هویتی در سال ۱۹۹۳ الزامی شد، ولی حدود ده سال طول کشید تا آنکه قانون در سال ۲۰۰۴ حکم به افشای هویت اهداکننده بدهد.[۹]

با این وصف، سه الگوی حقوقیِ متفاوتِ افشای اطلاعات در میان نظام‌های حقوقی یافت می‌شوند. یکم، الگوی سنتی محرمانگی است که اهدای ناشناس را مقرر می‌کند. دوم، الگوی اهدای شناسِ الزامی است. سوم، الگوی انتخابی است که شناس یا ناشناس ماندن اهدا را به انتخاب اهداکننده و زوجین متقاضی واگذار کرده است. در ادامه، این سه الگو را بر خواهیم رسید.

---

1. Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), p 139.
2. Assisted Reproductive Technology Act (2007), No. 69, Art. 33 (B), 33 (C).
3. FIOM
4. FIOM KID-DNA Database
5. Bolt, S., Postema, D., van der Heij, A. et al., "Anonymous Dutch sperm donors releasing their identity", *Human Fertility*, 2019, DOI: 10.1080/14647273.2018.1564156, p 3; Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, pp. 168-69.
6. Assisted Human Reproduction Regulatory Authority
7. Voluntary Register of Relevant Donors and Donor-Conceived Persons
8. Health (Assisted Human Reproduction) Act (2024), House of Oireachtas, Part 9, Sec. 124.
9. Human Reproductive Technology Act (1991 and later amendments), Parliament of Western Australia, Art. 49.

۲.۱. اهدای ناشناس

نظام‌های حقوقی‌ای که از الگوی اهدای ناشناس پیروی کرده و آن را الزامی نموده‌اند بر محرمانه ماندن هویت اهداکننده اصرار دارند. در نتیجه، این اطلاعات نباید در دسترس زوجین متقاضی و فرد متولد از اهدا قرار گیرند. مهم‌ترین هدف در این الگو، آن‌گونه که برای نمونه در قانون مقدونیه منعکس شده، حمایت از حریم خصوصی اهداکننده و زوجین متقاضی در مقابل سایر منافع و ادعاهای رقیب است.[۱]

برای نمونه، آفریقای جنوبی، اوکراین، برزیل، بلاروس و تایوان دارای چنین نظام حقوقی‌ای هستند که اهدای ناشناس گامت یا حسب مورد، جنین را مقرر می‌کند.[۲] نه اهداکننده می‌تواند بعدها از هویت فرد متولد از اهدا سراغ بگیرد و نه این فرد یا والدینش می‌توانند با مراجعه به مراکز درمانی از هویت اهداکننده آگاه شوند. مقررات قانونی اسرائیل (نخستین کشوری که قانون فرزندخواندگی شناس را وضع کرد) در روش‌های کمک‌باروری همواره محرمانگی مطلق در این حوزه را مقرر داشته‌اند.[۳]

محدودیت دسترسی به اطلاعات اهداکننده در برخی کشورها، مانند برزیل، از اطلاعات هویتی فراتر رفته و اطلاعات پزشکی را هم دربرمی‌گیرد؛ بدان معنا که اطلاعات پزشکی اهداکننده در اختیار پزشک معالج، و نه مستقیم در اختیار فرد متولد از اهدا، گذاشته می‌شود.[۴] همچنین، در مقدونیه، فرد متولد از اهدا پس از رسیدن به هجده‌سالگی و اخذ مجوز از کمیسیون دولتی کمک باروری[۵] و صرفاً به دلایل پزشکی می‌تواند به اطلاعات پزشکیِ اهداکننده دسترسی پیدا کند. در واقع، شاید بتوان گفت تفاوت نظام‌های حقوقی اهدای ناشناس تا حد زیادی به شیوهٔ افشای اطلاعات پزشکی بازمی‌گردد.

۲.۲. اهدای شناس

برخلاف الگوی پیشین، در الگوی اهدای شناس، به افشای هویت اهداکننده نزد فرد متولد از اهدا الزام می‌شود. قانون مرکز درمانی یا هر مرجع ذی‌صلاح دیگر را مکلف می‌کند بنا به درخواست فرد متولد از اهدا، در سنّی مشخص، اطلاعات هویتی اهداکننده را در اختیار وی بگذارد.

سوئد نخستین کشوری بود که با اصلاح قانون ۱۹۸۵، به‌سوی نظام الزامی افشای هویت اهداکننده گام برداشت.[۶] سپس، قوانین فنلاند، بریتانیا، سوئیس، کرواسی، هلند، نروژ، فرانسه، مالت (البته، فقط درمورد اهدای گامت و نه اهدای جنین)

---

[1]. Law on Biomedical Assisted Fertilization of the Republic of Macedonia (2008), Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 37/2008, Art. 2.

[۲]. برای آشنایی با قوانین بیشتر، نیز مستندات قوانین حاضر در متن، نک: پیوست شمارهٔ دو.

[3]. Landau, R., "The Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel And Elsewhere", *Human Reproduction*, Volume 13, Issue 11, 1998, p 3270.

[4]. Resolution No. 771 (2022), ANVISA (National Health Surveillance Agency), Section V, Art. 90, § 1 & 2.

[5]. State Commission for Biomedically Assisted Fertilization

این کمیسیون زیرنظر وزیر بهداشت فعالیت می‌کند. یکی از وظایف این نهاد صدور مجوز برای جست‌وجوی اطلاعات در ادارهٔ ثبت کمک‌باروری است.

Law on Biomedical Assisted Fertilization of the Republic of Macedonia (2008), Art. 73.

[6]. Widdows, H., "The ethics of secrecy in donor insemination", in Dickenson, Donna L. (ed.), *Ethical issues in maternal–fetal medicine*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002: 168; Frith, L., "Gamete Donation and Anonymity: The Ethical And Legal Debate", *Human Reproduction*, Volume 16, Issue 5, 2001, p 819.

و پرتغال حکمی مشابه مقرر کردند.[۱] در آلمان، در سال ۱۹۸۹، دادگاه قانون اساسی حق فرد بر شناخت منشأ ژنتیک و هویت را به رسمیت شناخت.[۲] همچنین، دیوان‌عالی این کشور در سال ۲۰۱۵، در پرونده‌ای دیگر، حق کودک بر شناخت منشأ ژنتیک و هویت را بر حق اهداکننده بر حریم خصوصی مرجّح دانست.[۳]

در استرالیا، قوانین ایالت‌های مختلف اهدای شناس را الزامی کرده‌اند. ایالت ویکتوریا، پس از سوئد، در این عرصه پیشتاز بوده است. قانون این ایالت در این موضوع به قانون نارِل[۴] معروف شده است، به یاد خانم نارِلِ گرچ[۵] که به‌دلیل عدم دسترسی به اطلاعات پزشکی اهداکننده جان خود را از دست داد.[۶] بنا بر قوانین ایالت‌های نیوساوت‌ولز، استرالیای غربی و استرالیای جنوبی، به پیروی از قانون ویکتوریا، افشای هویت اهداکننده (اهدای شناس) الزامی شده است.[۷] باید افزود که در منطقهٔ پایتخت استرالیا، منطقهٔ شمالی، کوئینزلند و تاسمانی قانونی خاص برای تنظیم اهدای گامت و جنین وضع نشده است.[۸] در این وضعیتِ خلأ قانونی، مراکز درمانی برای اخذ مجوز فعالیت و حفظ اعتبار خود لاجرم باید از دستورالعمل‌های اخلاقی شورای ملی سلامت و تحقیقات پزشکی[۹] تمکین کنند که از سال ۲۰۰۴ اهدای شناس را الزامی کرده‌اند. براین‌اساس، مراکز درمانی باید در فرایند درمان از گامت‌های اهدایی فردی استفاده کنند که در ابتدا به افشای اطلاعات هویتی خود رضایت داده است.[۱۰] نیوزیلند نیز با درج یک استثنای قابل تأمل، به سیاست اهدای شناس روی آورده است. به‌موجب قانون این کشور، «چنانچه مرکز درمانی یا ثبت احوال بنا به دلایل موجّه قانع شود که دسترسی به اطلاعات اهداکننده ممکن است فردی را در معرض خطر قرار دهد، می‌تواند درخواست افشای اطلاعات را رد کند».[۱۱]

در ایالات متحدهٔ آمریکا، کلورادو نخستین ایالتی بود که قانونی برای اجباری کردن اهدای شناس وضع کرد.[۱۲] می‌توان گفت نوع متمایزی از اهدای شناس در برخی کشورهای آمریکای لاتین، مانند اوروگوئه و آرژانتین، وجود دارد. در اوروگوئه، فرد متولد از روش‌های کمک‌باروری حق دارد بداند به کمک کدام یک از روش‌های کمک باروری به وجود آمده و متولد شده است. به این منظور، وی می‌تواند به مرجع قضایی مراجعه کند و تقاضای افشای هویت اهداکننده را داشته باشد.[۱۳]

---

۱. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه.

2. Deutsche Welle (2013), "Sperm-donor identity decision", Available at https://www.dw.com/en/court-rules-sperm-donors-children-have-right-to-know/a-16580116 (last visited on 2/26/2024); Council of Europe (1998), *Medically Assisted Procreation And The Protection Of The Human Embryo (Comparative Study On The Situation In 39 States)*, Available at https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113ec (last visited on 11/11/2024), p 122.

3. BGH, Urteil vom 28. Januar 2015 - XII ZR 201/13; Child Rights International Network, Supreme Court of Germany decision XII ZR 201/13, summary, available at https://archive.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zr-201/13.html (last visited on 8/24/2024).

4. Narelle's Law

5. Narelle Grech

6. Allan, S., "Donor identification: Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people", *Family Matters*, Volume 38, 2016, p 43.

۷. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه.

8. Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), p 3.

9. National Health and Medical Research Council (NHMRC)

10. Inquiry into matters relating to donor conception information (August 2022), Report No. 33, 57th Parliament Legal Affairs and Safety Committee, p 10; Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), p 129.

11. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 50 (4).

12. Donor-Conceived Persons And Families Of Donor-Conceived Protection Act (2022), General Assembly of the State of Colorado, Art. 25-57-103 (10).

۱۳. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه.

گفتنی است، قوانینی که الزام به اهدای شناس می‌کنند میان اهدای شناس و اهدای محرمانه تفکیک کرده‌اند. براساس این تفکیک، افشای هویت نزد فرد متولد از اهدا و طرف‌های مرتبط با اهدا اجازه داده شده، ولی افشای هویت نزد دیگر اشخاص یا به‌شکل عمومی کاملاً ممنوع است. دسترسی هرکس غیر از طرف‌های مرتبط با اهدا (در چارچوب مضیق مقررات) مشمول قواعد سخت‌گیرانهٔ محرمانگی است و ضمانت اجراهای حقوقی و کیفری در مقابل تخطی از آنها وضع شده‌اند. همچنین، شایان ذکر است که نظام‌های حقوقیِ اهدای شناس رابطهٔ نسبی والدین متقاضی با فرزند متولد از اهدا را پذیرفته و طرح دعاوی احتمالی راجع به نسب ازسوی اهداکننده را، مگر در موارد استثنایی، مسموع ندانسته‌اند.[۱] بااین‌حال، تفاوت‌هایی میان نظام‌های حقوقی اهدای شناس درخصوص افشای اطلاعات هویتی و غیرهویتی وجود دارند. در ادامه، پاره‌ای از این تفاوت‌ها، اغلب مربوط به اطلاعات هویتی، بیان خواهند شد.

۲.۲.۱. افشای حقیقت

یکی از ادعاهای اخلاقی آن است که والدین باید در زمانی مناسب حقیقت را به فرزند متولد از اهدا بگویند.[۲] برخی از نظام‌های حقوقیِ اهدای شناس کوشیده‌اند این دستور اخلاقی را با ابزار قانون الزام و والدین را به بیان حقیقت مکلف کنند.[۳] کودک هنگامی از هویت اهداکننده خواهد پرسید که پیشتر بداند منشأ و روش شکل‌گیری و تولد او چگونه بوده است. بنابراین، کارکرد و کارآمدی سازوکار ثبت و افشای اطلاعات مربوط به اهدا به آن اطلاع اولیه وابسته است.[۴] براین‌اساس، قانون ایالت ویکتوریای استرالیا حکم به الحاق ضمیمه به شناسنامه[۵] داد تا در الزام والدین به بیان حقیقت پیشدستی کرده باشد. لذا، ادارهٔ ثبت احوال باید اطلاعات دریافتی از مراکز درمان ناباروری را در پروندهٔ ثبتی فرد متولد از اهدا ثبت و نگهداری کند. وقتی فرد متولد از اهدا، پس از رسیدن به هجده‌سالگی، برای دریافت رونوشت شناسنامه درخواست می‌دهد، ثبت احوال این رونوشت را با یک ضمیمه در اختیار او می‌گذارد. در این ضمیمه، که فقط و فقط به فرد متولد از اهدا داده می‌شود، قید شده است که او متولد از اهداست و اطلاعات بیشتری در این خصوص در دسترس است.[۶] چنان‌که ملاحظه می‌شود، قانون والدین را ملزم به بیان حقیقت کرده است؛ چه ایشان می‌دانند که اگر حقیقت را به فرزند متولد از اهدا نگویند، نهادهای قانونی این کار را انجام خواهند داد. البته، این الزام به همراه برنامه‌های آموزشی متنوعی است که برای ترغیب والدین به بیان حقیقت طراحی و ارائه می‌شوند.[۷] همچنین، مطابق قانون ایرلند، فرد متولد

---

۱. برای توضیحات بیشتر در این زمینه، نک. راسخ، محمد و فائزه عامری، ***حقوق تطبیقی نسب در قلمرو روش‌های کمک‌باروری***، تهران: نشر نی، ۱۴۰۳، صص ۶۷-۴۶.

۲. برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص، نک: راسخ، محمد و فائزه عامری، «ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام حقوق سلامت عمومی»، منبع پیشین.

3. Frith, L., "Beneath the Rhetoric: The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation", *Bioethics,* Volume 15, Issue 5-6, 2001, p 479.

4. Harper, J. C., Kennett, D., Reisel, D., "The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business", *Human Reproduction,* Volume 31, Issue 6, 2016, p 1136; Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), pp. 132, 273.

5. addendum to the birth certificate

6. Births, Deaths And Marriages Registration Act (1996) – Sect. 17B; Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 153; Butterfield, M., "Should I Lie to You? A Review of Victoria's Law regarding Disclosure of Surrogacy Arrangements to the Children They Produce", *Monash University Law Review*, Volume 46, Issue 1, 2020, p 110.

7. Allan, "Donor identification: Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people", p 52.

از اهدا پس از رسیدن به هجده‌سالگی می‌تواند برای دریافت رونوشتی از شناسنامه به ادارهٔ ثبت احوال مراجعه کند. ثبت احوال مکلف است، ضمن ارائهٔ رونوشت، وی را برای دریافت اطلاعات بیشتر به مرکز ملی ثبت اطلاعات اهداکنندگان ارجاع دهد.[۱] در چنین کشورهایی، اطلاعات در شناسنامه درج نمی‌شوند تا مبادا هنگام ارائهٔ شناسنامه به نهادهای مختلف در دسترس اشخاص ثالث قرار گیرند و حریم خصوصی فرد متولد از اهدا نقض شود.[۲]

در سوی دیگر طیف، کشورهای اسپانیا، بریتیش کلمبیا، پرتغال، بریتانیا، اوروگوئه، سوئد و فنلاند قرار دارند که به‌هیچ‌روی اجازهٔ ثبت اطلاعات در پروندهٔ ثبتی و شناسنامه را نمی‌دهند. قانونگذار نروژ، کرواسی و نیوزیلند نیز صرفاً مقرر داشته‌اند که والدین باید حقیقت را به کودک متولد از اهدا بگویند. مراکز درمانی هم مکلف شده‌اند والدین را از این تکلیف آگاه کنند.[۳] اما روشن نیست ضمانت‌اجرای تخطی از این تکلیف چیست یا اساساً چه ضمانت‌اجرایی می‌توان برای آن در نظر گرفت. شاید دشواریِ تعریف ضمانت‌اجرای مناسب در این مورد بوده که در قانون استان کبک کانادا به‌جای تکلیف والدین صرفاً مسئولیت[۴] آنان به بیان حقیقت مقرر شده است.[۵] پرفسور پنینگز با اشاره به قانون سوئد، توضیحی دیگر را می‌افزاید. از نظر ایشان، قانونگذار به‌رغم آگاهی از آنکه بسیاری از والدین از بیان حقیقت به کودک طفره می‌روند و در نهایت، کودک نمی‌تواند حق خود را اِعمال کند، عامدانه از کنار این مسئله می‌گذرد و ثبت اطلاعات اهداکننده در پروندهٔ ثبتی یا شناسنامهٔ کودک را در قانون به میان نمی‌آورد. حتی مانع از سفر زوجین برای انجام اهدای ناشناس در کشوری دیگر نمی‌شود. در واقع، این قانون در مواجهه با کسانی که دیدگاه اخلاقی مخالف دارند و با اهدای شناس همدل نیستند تسامح ورزیده است.[۶]

۲.۲.۲. میزان دسترسی

در نظام حقوقی کشورهای دارای الگوی اهدای شناس، فرد متولد از اهدا پس از رسیدن به سنی مشخص می‌تواند از هویت اهداکننده آگاه شود. پیش از این موعد قانونی، اطلاعات هویتی اهداکننده قابل افشا برای او نیست. در کشوری مانند هلند، به فرد متولد از اهدا که به دوازده‌سالگی (سن مجاز برای افشای اطلاعات) نرسیده، حتی اجازهٔ دسترسی به اطلاعات پزشکی (غیرهویتی) اهداکننده نیز داده نمی‌شود؛ اطلاعاتی که صرفاً در اختیار پزشک معالج وی گذاشته

---

1. Children and Family Relationships Act 2015, No. 9, S 39; Health (Assisted Human Reproduction) Act (2024), House of Oireachtas, Art. 69(4); Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, pp. 132, 191; Mariwala, T., "Anonymous Egg Donation Laws in the US and Abroad", Available at https://www.cofertility.com/family-learn/anonymous-egg-donation-laws-in-the-us-and-abroad (Last visited on 9/9/2024).

2. New Zealand Law Commission , *New Issues in Legal Parenthood* (Report 88), Wellington: The office of the Law Commission (2005), Available at https://www.lawcom.govt.nz/assets/Publications/Reports/NZLC-R88.pdf (last visited on 11/6/2024), p 117, par. 10.45, p 119, par. 10.59.

برخی نویسندگان داخلی نیز به این دلیل درج نام و نام خانوادگی اهداکنندگان را در شناسنامه نقد و رد کرده‌اند. نک: صفایی محمدآبادی، حکیمه و سیدمرتضی قاسم‌زاده، «قاعده‌مندسازی درج مشخصات والدین در اسناد سجلی کودکان ناشی از اهدای جنین»، *فصلنامهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دورهٔ ۲۸، شمارهٔ ۱۰۲، ۱۴۰۲، صص ۱۸۰–۱۶۵.

۳. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (افشای حقیقت).

4. Responsibility

5. Civil Code of Québec (1991 and later amendments), National Assembly, Art. 542.2.

آنگونه که در متن قانون یادشده آمده، این قسمت از قانون هنوز لازم‌الاجرا نشده است.

6. Pennings, G., "Reproductive Tourism As Moral Pluralism in Motion", *J Med Ethics*, Volume 28, 2002, p 340.

می‌شوند.[۱]

سن دسترسی به اطلاعات در کشورهای یادشده متفاوت است، زیرا سن بلوغ در نظام‌های حقوقی آنها متفاوت تعریف شده است. در این میان، کشور آلمان استثناست که به‌موجب رأی دیوان‌عالی فدرال، کودک در هر سنی می‌تواند به اطلاعات هویتی اهداکننده دسترسی داشته باشد.[۲] همان‌گونه که سن مجاز برای دسترسی به اطلاعات در نظام‌های حقوقی متفاوت است، افراد مجاز به دسترسی به اطلاعات هویتی نیز در آنها متفاوت‌اند. در برخی قوانین ـ مانند سوئد، سوئیس و هلند ـ فقط و فقط فرد متولد از اهدا مجاز به دسترسی به اطلاعات هویتی اهداکننده است.[۳] حال آنکه در برخی دیگر، والدین فرد متولد از اهدا می‌توانند به هویت اهداکننده دسترسی پیدا کنند. برای نمونه، در نیوزیلند، سن مجاز برای دسترسی به اطلاعات هویتی اهداکننده هجده‌سالگی است، اما قانون مقرر داشته است که پیش از این تاریخ والدین یا نمایندهٔ قانونی وی می‌توانند برای دسترسی به اطلاعات هویتی اهداکننده درخواست بدهند.[۴] در ایالت ویکتوریا (استرالیا) نیز چنانچه فرد به سن بلوغ نرسیده باشد، رسیدگی به درخواست افشای هویت به موافقت والدین منوط شده است.[۵] در اوروگوئه، نمایندهٔ قانونی فرد متولد از اهدا، که اغلب والدین او هستند، می‌توانند از دادگاه تقاضای افشای هویت اهداکننده را بنمایند.[۶]

در برخی دیگر از کشورها، اخلاف فرد متولد از اهدا (فرزند، نوه و پایین‌تر) نیز می‌توانند به هویت اهداکننده پی ببرند. در قانون اوروگوئه پیش‌بینی شده است که درصورت فوت فرد متولد از اهدا، اخلافش می‌توانند افشای هویت اهداکننده را درخواست کنند.[۷] در قانون جدید استان کِبِک (کانادا)، چنانچه فرد متولد از اهدا فوت کرده باشد، اخلاف وی پس از رسیدن به چهارده‌سالگی جانشین او می‌شوند و می‌توانند مانند فرد متولد از اهدا به اطلاعات غیرهویتی (پزشکی) و هویتی اهداکننده دسترسی داشته باشند.[۸] در مقابل، مطابق قانون ایالت ویکتوریا (استرالیا)) اِعمال حق اخلاف فرد متولد از اهدا به شناختن هویت اهداکننده فقط از طریق نهاد ثبت داوطلبانه پذیرفتنی است و مراجع ذی‌صلاح تکلیفی به رسیدگی به درخواست وی ندارند.[۹]

مطابق قوانین نیوزیلند[۱۰] و ایالت ویکتوریا (استرالیا)،[۱۱] اهداکننده می‌تواند با لحاظ شرایطی به اطلاعات هویتی فرد متولد از اهدا دسترسی پیدا کند؛ مهم‌ترین این شرایط رضایت فرد متولد است. در مقابل، قانون نروژ به‌صراحت اهداکننده را از

---

1. Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 2, Art. 3(1); Nuffield Council on Bioethics, *Donor conception: ethical aspects of information sharing*, UK: Nuffield Council on Bioethics, 2013, p 32; Sabatello, Maya, "Disclosure of Gamete Donation in The United States", *Indiana Health Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2014, pp 38-39.

2. BGH, Urteil vom 28. Januar 2015 - XII ZR 201/13; Child Rights International Network, Supreme Court of Germany decision XII ZR 201/13, summary.

رأی دیوان این پرسش را به ذهن متبادر می‌کند که آیا نباید میان سن افشای اصل حقیقت به کودک و سن افشای هویت اهداکننده تفکیک کرد؟

۳. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (میزان دسترسی).

4. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 50 (1)- (3).

5. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 59.

6. Law Regulating Human Assisted Reproductive Techniques (2013), No. 19.167, House of Representatives, Art. 21.

7. *Ibid*.

8. Civil Code of Québec (1991 and later amendments), National Assembly, Art. 542.1.

9. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Arts. 60, 71(1).

10. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Arts. 59, 60, 61.

11. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 58 (1).

پی بردن به هویت فرد متولد از اهدا منع کرده است.[۱] در برخی قوانین، دسترسی خواهر و برادرهای ژنتیک[۲] به اطلاعات یکدیگر پیش‌بینی شده‌اند. برای نمونه، در قانون اصلاحیِ جدید استان کبک (کانادا)، ایالت ویکتوریای استرالیا و نیوزیلند خواهر و برادرهای ژنتیک، مشروط به وجود رضایت قبلی، می‌توانند به اطلاعات هویتی یکدیگر دسترسی بیابند.[۳]

۲.۲.۳. افشای پیشینی/ پسینی

یکی دیگر از پرسش‌های مهم در نظام‌های حقوقی الزام‌کنندهٔ اهدای شناس به عطف به ماسبق شدن یا نشدن این الزام بازمی‌گردد. در پاسخ، قانون ایالت ویکتوریا (استرالیا)، سوئیس و نروژ افشای معطوف به سابق هویت اهداکننده را به رسمیت شناخته‌اند تا فردی که از نطفهٔ اهداشده در زمان اجرای سیاست اهدای ناشناس متولد شده بتواند به هویت اهداکننده پی ببرد، درست همان‌گونه که فرد متولد در زمان اجرای سیاست اهدای شناس می‌تواند.[۴]

قانون ایالت ویکتوریا به صرفِ افشای هویت اکتفا نکرده و برقراری تماس با اهداکننده را جزئی از حق فرد متولد از اهدا بر شناخت منشأ ژنتیک انگاشته است.[۵] براین‌اساس، اهداکننده نباید مانع از افشای پیشینی اطلاعات خود شود، ولی درمورد برقراری تماس می‌تواند پیش از آنکه اطلاعات هویتی افشا شوند فُرم ترجیح / وتوی تماس[۶] را تکمیل و به این وسیله روش مرجح تماس را (ملاقات حضوری، ارسال نامه، ایمیل) مشخص کند. افزون‌بر این، وی می‌تواند گزینهٔ عدم تماس را انتخاب کند که قانوناً لازم‌الاجراست.[۷] در این صورت، اگر فرد متولد از اهدا با اهداکننده تماس بگیرد، وی می‌تواند نسبت به صدور دستور مداخله در امنیت شخصی (رفع مزاحمت)[۸] علیه فرد متولد از اهدا اقدام کند.[۹] با این وصف، چون در گذشته مراکز درمانی و پزشکان تکلیفی به ثبت اطلاعات هویتی نداشتند، اجرای این قانون در هاله‌ای از ابهام قرار دارد.[۱۰] ازاین‌روی، در قانون مقرر شده است که چنانچه اطلاعات موجود در دفتر ثبت مرکزی[۱۱] کافی نباشند، مرجع ذی‌صلاح می‌تواند برای تطبیق دادن ارتباط ژنتیک فرد متقاضی با فردی که نامش زیر عنوان اهداکننده ثبت شده، از اهداکننده بخواهد در مرکزی مشخص آزمایش ژنتیک دهد و توأمان رضایت بدهد که نتیجهٔ این آزمایش با دی‌اِن‌اِی فرد متقاضی تطبیق داده شود.[۱۲] در نقطهٔ مقابل، کشورهای نیوزیلند، کنیا (درصورت تصویب لایحهٔ پیشنهادی)، استرالیای

---

1. Act on human medical use of biotechnology, etc. (Biotechnology Act) [Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)] (2003 and later amendments), Ch. 2, § 2-9.

2. Siblings

۳. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (میزان دسترسی).

۴. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (افشای پیشینی/ پسینی).

5. Pennings, G., "How to kill gamete donation: retrospective legislation and donor anonymity", *Human Reproduction,* Volume 27, Issue 10, 2012, p 2883.

6. Contact preference/ contact veto

7. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 62(2), 63C; Czarnowski, op. cit., pp. 255, 266-68; Minami, T., "Legislation toward Allowing All Donor-Conceived Offspring the Right to Know Their Origin: The Cases of Japan and Victoria, Australia", *Journal of Philosophy and Ethics in Health Care and Medicine,* Volume 10, 2016, p 16; Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, pp. 321-23.

8. Personal safety intervention order

9. Pennings, "How to kill gamete donation: retrospective legislation and donor anonymity", p. 2883; Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy And Anonymity to Openness*, pp. 321, 381-82.

10. Minami, op. cit., p. 17.

11. Central Register

12. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 56L.

جنوبی، سوئد، فنلاند، کرواسی و اتریش بر افشای پسینی هویت اهداکننده اصرار دارند.[۱]

در میانهٔ این دو طیف، قوانین ایالت نیوساوت‌وِلز استرالیا، بریتانیا، فرانسه و هلند رویکرد «اول رضایت»[۲] را برگزیده‌اند.[۳] در این رویکرد، صرف‌نظر از شیوه‌های متفاوت اجرای آن، افشای پیشینی اطلاعات هویتی به رضایت اهداکننده منوط شده است. بر این اساس، پیش از افشا، باید از اهداکننده‌ای که ـ در زمان سیاست اهدای ناشناس و محرمانه ـ گامت / جنین خود را اهدا کرده پرسیده شود که آیا رضایت به افشای هویت خود دارد یا نه. اگر اهداکننده همچنان بخواهد ناشناس بماند، باید بنا به میل و خواستهٔ او عمل شود. در همین راستا، مجمع قانونگذاری شورای اروپا[۴] در سال ۲۰۱۹ به کمیتهٔ وزیران توصیه کرد ممنوعیت اهدای ناشناس باید معطوف به آینده باشد، مگر به دلایل پزشکی یا در مصداقی که اهداکننده از حق بر محرمانگی[۵] اعراض کند.[۶]

باید افزود که اقداماتی خاص در برخی نظام‌های حقوقی انجام شده‌اند. برای نمونه، در بریتانیا، نهاد ثبت داوطلبانه تأسیس شده است. اهداکننده‌ای که در زمان اجرای سیاست محرمانگی گامت / جنین خود را اهدا کرده، ولی اکنون نظرش تغییر یافته می‌تواند اطلاعات هویتی خود را در این نهادها ثبت و نگهداری کند تا هر زمان فرد متولد از اهدا نیز داوطلبانه اطلاعاتش را در این نهادها ثبت کرد، امکان تطبیق ژنتیک فراهم آید و آنان بتوانند هویت یکدیگر را بشناسند.[۷] نهاد ثبت داوطلبانه پیشتر در این مقاله توضیح داده شده است.

۲.۲.۴. ایستایی / پویایی رضایت

برخی نظام‌های حقوقیِ اهدای شناس، رضایت را مفهومی پویا می‌دانند؛ بدان معنا که اهداکننده ممکن است در گذر زمان نظرش تغییر کند و دیگر رغبتی به افشای هویت خود نداشته باشد. بدین منظور، قانون هلند مقرر داشته است که باید اهداکننده را از تقاضای فرد متولد از اهدا مبنی‌بر افشای هویتِ اهداکننده آگاه کرد تا اطمینان حاصل آید آیا وی هنوز بر نظر سابقش باقیست یا خیر. چنانچه اهداکننده از رضایت اولیه به افشای هویت خود عدول کند و تشخیص داده شود که منافع او در عدم افشا بر منافع فرد متولد از اهدا در افشا رجحان دارند، ارائهٔ اطلاعات متوقف خواهد شد. اما اگر اهداکننده دلیلی قانع‌کننده برای عدم افشا نداشته و منافعی مشخص در عدم افشا ملاحظه نشود، خواستهٔ فرد متولد از اهدا به افشا در اولویت قرار می‌گیرد. حتی ممکن است تصمیم‌گیری در این خصوص به دادگاه ارجاع شود.[۸] افزون‌بر این،

---

۱. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (افشای پیشینی/ پسینی).

2. Consent first

۳. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ سه (افشای پیشینی/ پسینی).

4. parliamentary assembly of the Council of Europe

5. Right to anonymity

6. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children", Recommendation 2156, 2019, Available at: https://pace.coe.int/pdf/ b51082401b5728bcd 4700d347e6a9e1e8cbb3865b2be482126cc6dc070712f66?title=Rec.%202156.pdf (Last visited on 11/10/2024), Recommendation 2156; Mulligan, A., "Anonymous gamete donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The case for incompatibility", *Medical Law International*, Volume 22, Issue 2, 2022, p 126.

۷. برای آشنایی با قوانین بیشتر، مبحث ثبت اختیاری اطلاعات از مقالهٔ حاضر مطالعه شود.

8. Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 2, Art. 3(2-8); Sabatello, op. cit., pp. 38-39; Janssens, P. M. W., et. al., "A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact", *Human Reproduction* 21(4), 2006: 853.

درصورت فوت یا عدم دسترسی، فرض بر عدم رضایت است، مگر آنکه همسر، شریک زندگی رسمی، دیگر شرکای زندگی یا در نبود آنان، یکی از خویشان خونیِ اهداکننده رضایت به افشای اطلاعات هویتی وی بدهد.[۱] در سوئیس، حتی‌الامکان باید اهداکننده را، پیش از افشای اطلاعات، مطلع کرد. اگر اهداکننده نخواهد با فرد متولد از اهدا تماس برقرار کند، ادارهٔ احوال شخصیهٔ فدرال باید موضوع اهمیت حریم خصوصی اهداکننده و خانواده‌اش را به فرد متولد از اهدا توضیح بدهد. درصورت اصرار فرد متولد از اهدا، اطلاعات شخصی اهداکننده افشا خواهد شد.[۲] در ایالت ویکتوریای استرالیا و استان کبک کانادا (به موجب قانون اصلاحی ۲۰۲۳)، افزون‌بر افشای هویت اهداکننده، فرد متولد از اهدا حق ملاقات با اهداکننده را هم دارد. اما پیش از برقراری تماس با اهداکننده باید به وی اطلاع داده شود. چنانچه اهداکننده موضوع تماس را وتو کند، صرفاً به افشای هویت اهداکننده بسنده می‌شود.[۳]

۲.۳. الگوی انتخابی

در نظام‌های حقوقی انتخابی، اهداکننده می‌تواند میان دو گزینهٔ اهدای شناس یا ناشناس دست به انتخاب بزند. زوجین متقاضی نیز چنین اختیاری دارند.

در نظام حقوقی ایسلند، چنین الگویی، الگوی «دوسویه»،[۴] برگزیده شده است. در این نظام، چنانچه اهداکننده اهدای شناس را انتخاب کند، مرکز درمانی باید اطلاعات وی را در فایلی مخصوص نگهداری کند و درصورت وقوع تولد اطلاعات مربوط به کودک و زوجین دریافت‌کننده را به همان فایل اضافه نماید. در این حالت، فرد متولد از اهدا می‌تواند در هجده‌سالگی به هویت اهداکننده پی ببرد.[۵] در مقابل، اگر اهداکننده اهدای ناشناس را انتخاب کند، مرکز درمانی نباید اجازهٔ دسترسی به اطلاعات را به هیچ‌یک از طرفین بدهد.[۶] قوانین روسیه و قزاقستان مقرر کرده‌اند که در اهدای تخمک و اسپرم، اهداکننده می‌تواند شناس یا ناشناس باشد. نظام حقوقی دانمارک نیز از سال ۲۰۱۲ به جمع این کشورها پیوسته است. مقررات جدید سنگاپور از اهدای کاملاً ناشناس فاصله گرفته و افشای هویت اهداکننده را با رضایت اهداکننده یا نمایندهٔ قانونی وی پذیرفته است.[۷]

ایالت واشنگتن (آمریکا)، در سال ۲۰۱۱، قانونی وضع کرد که به‌موجب آن اطلاعات هویتی و غیرهویتی (پزشکی) اهداکننده باید نزد فرد متولد از اهدا، که به هجده‌سالگی رسیده است، افشا شود. بااین‌حال، اهداکننده می‌تواند در زمان اهدا با امضای اقرارنامهٔ عدم افشا گزینهٔ محرمانه‌ماندن اطلاعات هویتی‌اش را انتخاب کند. در این صورت، فرد متولد از اهدا فقط می‌تواند به اطلاعات غیرهویتی (پزشکی) او دسترسی پیدا کند.[۸] برخلاف نظام‌های حقوقی‌ای که محرمانگی را

---

1. Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 2, Art. 3(2-8).

2. Federal Act on Medically Assisted Procreation of 18 December (1998), Arts. 18(2), 27(3).

3. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Division 3B, Art. 63I; Czarnowski, op.cit., p. 270; Civil Code of Québec (1991 and later amendments), National Assembly, Art. 542.5.

4. Double track

5. Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research (1996 and later amendments), No. 55, Art. 4; Regulation No. 568/1997 on Artificial Fertilisation Act, Ministry of Health and Social Security, Art. 18.

6. Dennison, M., "Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Gamete Donation", *Journal of Law and Health,* Volume 21, Issue 1, 2008, p 9.

۷. برای آگاهی از مستندات حقوقی، نک. پیوست شمارهٔ چهار.

8. WA Rev Code § 26.26.750 (2018); Cahn, N., "The New "ART" of Family: Connecting Assisted Reproductive Technologies and Identity Rights", *University of Illinois Law Review,* Volume 4, 2018, p 1448; Sabatello, op. cit., pp. 40-41.

پیش‌فرض می‌گیرند، مگر اهداکننده به وضوح به افشای اطلاعات رضایت دهد، قانون ایالت واشنگتن حق بر دانستن هویت و اطلاعات قابل شناسایی را پیش‌فرض گرفته است، مگر اهداکننده با امضای اقرارنامهٔ عدم افشا بخواهد این اطلاعات محرمانه بمانند.[1] شاید بتوان گفت چنین رویکردی در قوانین اصلاحی ایالت‌های کانکتیکات و کالیفرنیا (آمریکا) اتخاذ شده است. بااین‌حال، جملهٔ زیر در قانون کالیفرنیا کفهٔ ترازو را به سود اهدای شناس سنگین می‌کند: «بانک گامتِ مجاز ملزم نیست از اهداکننده‌ای که موافق افشای هویت خود نیست گامت دریافت کند ...».[2]

برخی نظام‌های حقوقیِ تابع این الگو، مانند ایالت‌های کالیفرنیا و کانکتیکات (آمریکا)، ضمن پذیرش عنصر انتخاب، امکان تغییر رضایت را پیش‌بینی کرده‌اند. اهداکننده‌ای که ابتدا مخالف افشای هویت خود بوده است در هر زمان می‌تواند اقرارنامهٔ رسمیِ افشا را امضا و بدین وسیله تغییر رضایت خود را اعلام کند.[3]

۳. تحلیل و ارزیابی الگوها

آنچه نظام‌های حقوقی ثبت و افشای اطلاعات را از یکدیگر متمایز می‌کند رویکرد آنها به «حق فرد متولد از اهدا بر شناخت منشأ ژنتیک»، از یک سو، و «رابطهٔ میان هویت و شناخت منشأ ژنتیک»، از دیگر سو، است. شاید بتوان از دو موضوع پیش‌گفته زیر عناوین «حق‌گرایی» و «ژن‌گرایی» بحث کرد.

براین‌اساس، الگوی نخست (اهدای ناشناس) حق بر حریم خصوصی والدین و اهداکننده را به رسمیت می‌شناسد، ولی حق فرد متولد از اهدا بر شناخت منشأ ژنتیک را تصدیق نمی‌کند. در مقابل، الگوی دوم (اهدای شناس) حق اخیر را، یعنی حق فرد متولد از اهدا بر شناخت منشأ ژنتیک، به رسمیت می‌شناسد. بااین‌حال، برخی نظام‌های حقوقی متعلق به الگوی دوم می‌کوشند میان دو حق پیش‌گفته موازنه برقرار کنند که این امر آنها را عملاً یا رسماً به‌سوی الگوی سوم سوق می‌دهد. در الگوی سوم (انتخاب)، در واقع، برقراری توازن میان حق‌های طرف‌های اهدای گامت و جنین (اهداکننده، زوجین متقاضی و فرد متولد از اهدا) به افراد و جامعه سپرده شده است. برخلاف دو الگوی شناس و ناشناس که حکومت در آنها در باب توازن میان حق‌ها تصمیم می‌گیرد، در الگوی سوم حکومت از این تصمیم دست می‌شوید و به تصمیم افراد اعتماد و اتکا می‌کند. بی‌گمان، افراد در ظرف و زمینهٔ جامعه و فرهنگ تصمیم می‌گیرند و لذا حکومت به عمل فردی در بستر حیات جمعی (به فرد و جامعه) اعتماد و اتکا می‌کند. باید افزود که چنین وضعیتی، بلاشک در هر نظام حقوقی‌سیاسی ممکن نیست.

اما آیا می‌توان یکی از این الگوها را الگویی *آرمانی* انگاشت؟ بدین منظور، ابتدا باید به دو پرسش پاسخ گفت تا بتوان محک و معیاری برای نقد الگوها و رویکردهای بالا به دست داد: نخست، آیا «هویت» ضرورتاً مفهومی وابسته به ژنتیک است؟ دوم، آیا می‌توان از ضرورت یا اهمیت شناخت منشأ ژنتیک برای فرد متولد از اهدا به‌شکلی موجه زیر عنوان «حق» دفاع کرد؟

در پاسخ، باید گفت که هویت مفهومی چندوجهی می‌نماید که فروکاستن آن به واقعیت ژنتیک هم بسیار دشوار می‌نماید و هم به‌جرئت می‌توان گفت چنین فروکاهی‌ای این مفهوم را از معنای محوری خود تهی می‌کند. ژنتیک شاید بتواند غیرمستقیم وجهی از وجوه هویت آدمی را شکل دهد، اما منطقاً نمی‌توان از رابطه‌ای ضروری میان هویت و واقعیت ژنتیک

---

1. Shain, A., "A Veil of Anonymity: Preserving Anonymous Sperm Donation While Affording Children Access to Donor-Identifying Information", *City University of New York Law Review*, Volume 19, Issue 2, 2016, p 333.
2. CA Health & Safety Code (2023), § 1644.2 (d).
3. CA Health & Safety Code (2023), § 1644.2 (c); CT Gen Stat (2023), § 46b-545 (b), (c).

دفاع کرد. به دیگر سخن، چنین نیست که هویت افراد بدون شناخت منشأ ژنتیک شکل نگیرد و به‌جد ناقص بماند. از دیگر سو، نمی‌توان به قطع و یقین گفت هویت آنانی که منشأ ژنتیک خود را می‌شناسند، مانند فرزندان متولد از بارداری طبیعی، کاملاً برآمده و برساخته از این منشأ باشد.[1]

با این وصف، شاید بتوان ادعا کرد که شکل‌گیری هویت شخص امری موردی و زمینه‌مند یا بافتاری است. بسته به آنکه فرد در چه بافت و زمینه‌ای زندگی می‌کند ممکن است شناخت منشأ ژنتیک در شکل‌گیری هویت او مهم یا بی‌اهمیت باشد. ممکن است فردی (متولد از اهدا) بدون شناخت منشأ ژنتیک خود دچار بحران هویتی شود، اما به همان اندازه ممکن است شناخت منشأ ژنتیک برای فردی دیگر (متولد از اهدا) بی‌اهمیت باشد. فرد اخیر ممکن است به اهداکننده صرفاً به‌مثابه علتی از علل گوناگون، نه مهم‌ترین و تنها علت، در شکل‌گیری خود بنگرد.[2]

حال، به پرسش دوم می‌توان با اندکی اغماض پاسخ مثبت داد، اما باید نوع حق را مشخص کرد. اطلاع از منشأ ژنتیک از آن حیث که تجلی خواست و ارادهٔ فردی است نیازمند تضمین است. بهترین نوع تضمین البته در قالب «حق» قابل ارائه است. بدین معنا که خواستهٔ یادشده به‌معنای اِعمال اراده و اختیار فرد است که دیگران نباید در مقابل آن مانعی ایجاد کنند. براین‌اساس، تضمین پیش‌گفته در قالب «حق‌آزادی» انجام می‌شود. آن‌گونه نیست که دیگران مکلف باشند در اولین فرصت ممکن اطلاعات مربوط به منشأ ژنتیک فرد را (با یا بدون خواست او) به اطلاعش برسانند (قالبِ «حق‌ادعا» یا «حق‌مطالبه»)،[3] بلکه اگر فرد متولد از اهدا «بخواهد» و «انتخاب کند» که به چنین اطلاعاتی دست بیابد، نباید مانع از دسترسی او شد.[4] این عدم مانع البته پیامدها و لوازمی را برای نظام بهداشت و درمان دارد که دست‌کم به لزوم وجود نظام ثبت و ضبط اطلاعات مربوط است.[5]

براین‌اساس، می‌توان گفت الگوی حقوقی *آرمانی* در ثبت و افشای اطلاعات هویتی اهداکنندگان گامت و جنین دست‌کم باید دو ویژگی داشته باشد: نخست، این الگو باید به‌تدریج به‌سوی ثبت و افشای اختیاری اطلاعات «هویتی» طرف‌های اهدا سوق کنند.[6] در واقع، تا هنگامی که فرد و جامعه به آن اندازه از رشد فرهنگی و اجتماعی نرسیده باشند که بتوانند

---

1. Ravelingien, A., Pennings, G., "The Right to Know Your Genetic Parents: From Open- Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing", *The American Journal of Bioethics,* Volume 13, Issue 5, 2013, pp 34-39; Sabatello, op. cit., pp 58-59.

2. Shain, op. cit., p. 314; Snelling, J., "A Time for Change? The Divergent Approaches of Canada and New Zealand to Donor Conception and Donor Identification", in Trudo, L., Andrew Flavelle, M. et al. (eds.), *Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*, Toronto: University of Toronto Press, 2017, p 208; Sabatello, "Disclosure of Gamete Donation In The United States", p. 57.

۳. نک. راسخ، محمد و فائزه عامری، «ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام حقوق سلامت عمومی»، منبع پیشین. در اینجا، حق بر منشأ ژنتیک (در واقع) در معنای حق‌ادعا پذیرفته نشده است.

۴. برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص، نک. ولمن، کارل، ***مفهوم حق (۲): سهم هوفلد***، ترجمهٔ محمد راسخ، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فسفهٔ حقوق، فلسفهٔ حق و فلسفهٔ ارزش)*، جلد ۱، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۴۰۳؛ راسخ، محمد، ***نظریهٔ حق***، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفهٔ حقوق، فلسفهٔ حق و فلسفهٔ ارزش)*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ نهم، ۱۴۰۳؛ راسخ، محمد، ***حق یا «ارزش» حیات؟***، همان منبع.

5. Sabatello. op. cit., p. 47; Gruben, V., "A Number but No Name: Is There a Constitutional Right to Know One's Sperm Donor in Canadian Law?", in Trudo, L., Andrew Flavelle, M., et al. (eds.), *Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*, Toronto: University of Toronto Press, 2017: 155-56; and

راسخ، محمد و فائزه عامری، «ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام حقوق سلامت عمومی»، منبع پیشین.

۶. باید توجه داشت که ثبت اطلاعات «غیرهویتی» (پزشکی) همواره باید الزامی باشد تا خللی در سلامت و جان طرف‌های مربوط، به‌ویژه فرد متولد از اهدا، ایجاد نشود.

بهترین موازنه را میان حق‌ها و منافع مختلف برقرار کنند، حکومت باید از طریق سیاست‌ها، قوانین و مقررات و رویه‌های مناسب در جهت پرورش چنین فرهنگ و ساختاری بکوشد. باید افزود که در چنین نظام حقوقی‌ای الزام به ثبت و/ یا افشای هویت اهداکننده فقط در فرضی موجه است که از حیث پزشکی ثابت شود سلامت یا جان فرد متولد از اهدا در گرو دانستن هویت اهداکننده است و راهی جز این برای حفظ سلامت یا جان او وجود ندارد. نظام حقوقی اسپانیا (الگوی اهدای ناشناس) چنین فرضی را پیش‌بینی کرده و چنانچه نجات جان کودک یا جلوگیری از خطر جدی علیه او مستلزم افشای هویت اهداکننده باشد، آن را اجازه داده است.[1] در ایالت نیوساوت‌ولز استرالیا (الگوی اهدای شناس) نیز، در صورت وجود شرایط پیش‌گفته و عدم رسیدن فرد متولد به سن مقرر در قانون، به والدین اجازۀ دسترسی به هویت اهداکننده داده می‌شود.[2] به‌هرحال، متخصصان سلامت باید در این خصوص اظهارنظر کنند و بگویند چنین فرضی صائب است یا خیر. حتی در صورت موافقت ایشان با چنین فرضی، در الگوی آرمانی باید قید شود که فقط به پزشک معالج فرد متولد از اهدا اجازۀ دسترسی به اطلاعات هویتی داده می‌شود.

دوم، الگوی حقوقی *آرمانی* باید به رضایت به منزلۀ امری پویا نظر کند. رضایت مفهومی ایستا نیست و کاملاً ممکن است که در گذر زمان فرد از رضایت خود پشیمان شود یا نظرش از عدم‌رضایت به رضایت تغییر کند. به دیگر سخن، درست همان‌گونه که ممکن است اهداکننده‌ای نظر خود را از اهدای ناشناس به اهدای شناس تغییر دهد، هیچ بعید نیست اهداکننده‌ای که پیشتر مایل به افشای هویت خود بوده، اینک، ازجمله به دلیل تغییر شرایط خانوادگی، رضایت به افشای هویت خود نداشته باشد.

بدین‌سان، در نهایت، الگوی ثبت داوطلبانۀ اطلاعات هویتی و الگوی افشای انتخابی آنها بر دیگر الگوهای موجود مرجح است. بااین‌همه، چنان‌که اشاره شد، الگوی حقوقی آرمانی در موضوع ثبت و افشای اطلاعات هویتی اهداکننده درصورتی درست و کارآمد عمل می‌کند که دست‌کم بستر و زمینۀ فرهنگی و اجتماعی آن فراهم باشد. فرد و جامعه باید به سطحی از رشد معرفتی و رفتاری رسیده باشند که این رویکرد باز به اطلاعات را بپذیرند و (مهم‌تر) توان عقلانی و اخلاقی برقراری موازنه نسبی میان ادعاها و منافع گوناگون فردی و جمعی را در خود بپرورانند.

آخر، باید بر تضمین حقوقی خواست و ارادۀ اهداکننده و والدین متقاضی تأکید جدی کرد. چنانچه بستر فرهنگی لازم برای افشا فراهم باشد، اما نظام حقوقی مناسب و کارآمد در میان نباشد، افشای هویت در بسیاری موارد به طرح دعاوی حقوقی و مالی مختلف می‌انجامد. در چنین شرایطی، حتی اگر رغبتی به فرزندآوری از طریق اهدای گامت / جنین باقی بماند، زوجین متقاضی می‌کوشند به شیوه‌های فراقانونی شیوۀ بارداری و هویت خود را پنهان کنند. در یک کلمه، باید گفت که الگوی آرمانی الگویی کاملاً بافتمند است. نظام‌های حقوقی‌ای که به اهدای شناس گراییده‌اند، خواه به شکل الزامی یا انتخابی، نخست، در پیِ تضمین رابطۀ نسبی بوده‌اند. در قوانین این کشورها مقرر شده است که والدین متقاضی، به اعتبار قصد و اراده‌شان به فرزندآوری با روش‌های کمک‌باروری، والدین قانونی کودک متولد از اهدا شناخته می‌شوند. همچنین، به‌موازات پیگیری این هدف، مقرر شده است که اهداکننده والد قانونی نیست و علی الاصول نمی‌تواند ادعایی نسبت به کودک داشته باشد.[3]

---

[1]. Law on Techniques of Human Reproduction Assisted (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) (2006), No. 14, in Official Gazette No. 126, 2006, Ch. II, Art. 5(5).

[2]. Assisted Reproductive Technology Act (2007), No. 69, Art. 38 (1).

[3]. برای توضیحات بیشتر در این زمینه، نک. راسخ، محمد و فائزه عامری، ***حقوق تطبیقی نسب در قلمرو روش‌های کمک‌باروری***، منبع پیشین، صص ۶۷-۴۶.

نتیجه‌گیری

در این مقام لازم است نکته‌ای را به تحلیل و ارزیابی بالا بیفزاییم. در قسمت پیشین از حرکت تدریجی و تحولی به‌سوی الگوی انتخابی و داوطلبانه (الگوی حقوقی آرمانی) دفاع شد. این تحول، در واقع، حرکت مراجع ذی‌صلاح حکومتی از الگوی مداخلهٔ مستقیم به سوی الگوی حمایتی را لازم می‌آورد. چنین تحول تدریجی‌ای باید با وسواس و مطالعهٔ مستمر میدانی رفتارهای فردی، نهادهای اجتماعی، نگرش‌ها و ارزش‌های اجتماعی و روند و رویهٔ قضایی صورت تحقق بیابد. قانون و نظام حقوقی در همهٔ شعب و فروع خود در بستر فرهنگ و جامعه زاده می‌شود و تحول می‌یابد. رابطه‌ای یک‌سویه از قانون به فرد و جامعه برقرار نیست. بنابراین، در اینجا، نظام حقوقی مربوط به اهدای گامت و جنین به‌جد نیازمند دیگر شعبه‌های معرفتی و نهادهای مدنی است تا تدریج و تحول لازم را به‌شکلی کارآمد به ثمر برساند. در غیر این صورت، کاملاً ممکن است که اختلافات و منازعات پرشمار میان طرف‌های مختلف امر اهدا بروز کند و لطمات مادی و معنوی فراوان بر فرد و جامعه و حکومت تحمیل کند.

نمی‌توان انکار کرد، به گواهی قوانین و مقررات موجود و منابع اصلی قانونگذاری و قضا در کشور، نظام حقوقی ایران رویکرد و نگاه بیولوژیک را به نسب کودک متولد از اهدا برگزیده است. حال، کافی است الگوی اهدای شناس برگزیده شود و اطلاعات هویتی اهداکننده، در نتیجه، برملا شود. بی‌گمان، باب دعاوی حقوقی و مالی پیچیده‌ای باز خواهد شد و کودکان حاصل از اهدا در گیر چنین دعاوی و منازعاتی شده و صدمات مادی و روحی و روانی جدی بر آنها تحمیل خواهد شد. در چنین بافت و زمینه‌ای، شاید دفاع بی‌قید و فوری از الگوی حقوقی اهدای شناس موجد اختلافات مضر در مغایرت آشکار با مصلحت کودکان متولد از اهدا باشد. بنابراین، از لحاظ حقوقی، بهتر آن است که وضعیت کنونی، یعنی الزام به اهدای ناشناس، حفظ شود[1] تا ابتدا فکر درخور و نظام حقوقی متناسب با بافت و زمینهٔ فرهنگی کشور در خصوص نسب کودکان متولد از اهدا تمهید و ترتیب یابد. چنین فکر و نظامی دست‌کم باید از منازعه و اختلاف جلوگیری کرده و به‌هیچ‌وجه لطمه و صدمه‌ای به این کودکان وارد نکند. ازاین‌رو، الگوبرداری و تقلید خام و ناشیانه از قوانین و مقررات سایر کشورها نه‌فقط مقتضای مطالعهٔ تطبیقیِ اصیل و عمیق نیست که به پیامدهایی ناگوار و سنگین برای افراد و جامعه خواهد انجامید.

سپاسگزاری

بخش‌هایی از مقالهٔ حاضر مستنبط از طرح پژوهشیِ «مطالعهٔ نظری و تطبیقی ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین» است. بدین وسیله مراتب امتنان صمیمانهٔ خود را از پژوهشگاه فناوری‌های نوین علوم زیستی- جهاد دانشگاهی (ابن‌سینا) و ستاد توسعه فناوری‌های پزشکی بازساختی و سلول‌های بنیادی ابراز می‌داریم.

[1]. در این خصوص، می‌توان به مستندات حقوقی زیر اشاره کرد.

مادهٔ ۱۰- «ارائه مدارک و اطلاعات مربوط به اهداکنندگان و دریافت کنندگان جنین هدایی تنها با رعایت‌قوانین مربوط به حفظ و نگهداری اسرار دولتی و به مراجع قضایی صلاحیت‌دار مجاز می‌باشد.» آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، هیئت وزیران، ۱۳۸۳/۱۲/۲۴.

مادهٔ ۱۴- «چنانچه اطلاعات درخواست شده مربوط به حریم خصوصی اشخاص باشد و یا در زمره اطلاعاتی باشد که با نقض احکام مربوط به حریم خصوصی تحصیل شده است، درخواست دسترسی باید رد شود». قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۸/۵/۳۱.

منابع

کتاب

۱. راسخ، محمد و فائزه عامری، ***حقوق تطبیقی نسب در قلمرو روش‌های کمک‌باروری***، تهران: نشر نی، ۱۴۰۳.

۲. راسخ، محمد، ***نظریهٔ حق***، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفهٔ حقوق، فلسفهٔ حق و فلسفهٔ ارزش)*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ نهم، ۱۴۰۳.

۳. راسخ، محمد، ***حق یا «ارزش» حیات؟***، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفهٔ حقوق، فلسفهٔ حق و فلسفهٔ ارزش)*، جلد ۲، تهران: نشر نی، چاپ نهم، ۱۴۰۳.

۴. ولمن، کارل، ***مفهوم حق (۲): «سهم هوفلد»***، ترجمهٔ محمد راسخ، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فسفهٔ حقوق، فلسفهٔ حق و فلسفهٔ ارزش)*، جلد ۱، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۴۰۳.

مقاله

۵. راسخ، محمد و فائزه عامری، «ثبت و افشای اطلاعات اهداکنندگان گامت و جنین در نظام حقوق سلامت عمومی»، *دو فصلنامهٔ تحقیق و توسعه در حقوق عمومی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۴۰۳، صص ۳۱۸-۲۷۸. https://doi.org/10.22034/jrpl.2025.2052251.1133

۶. صفایی محمدآبادی، حکیمه و سیدمرتضی قاسم‌زاده، «قاعده‌مندسازی درج مشخصات والدین در اسناد سجلی کودکان ناشی از اهدای جنین»، *فصلنامهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دورهٔ ۲۸، شمارهٔ ۱۰۲، ۱۴۰۲، صص ۱۸۰-۱۶۵.

Doi: 10.22034/jlvi.2024.1998661.0

قوانین و مقررات

۷. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۰/۷/۲۴، مادهٔ ۵۴، نک. روزنامهٔ رسمی شمارهٔ ۲۲۳۳۲، مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۷.

۸. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۸/۵/۳۱.

۹. آیین‌نامهٔ اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، هیئت وزیران، ۱۳۸۳/۱۲/۲۴، قابل دسترس در: https://rc.majlis.ir/fa/law/show/125235 (تاریخ دسترسی ۱۸ فروردین ۱۴۰۴).

References

Books

1. Allan, S., *Donor Conception and the Search for Information: From secrecy and anonymity to openness*, NY: Routledge, 2017.
2. Gruben, V., "A Number but No Name: Is There a Constitutional Right to Know One's Sperm Donor in Canadian Law?", in Trudo, L., Andrew Flavelle, M., et al. (eds.), *Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*, Toronto: University of Toronto Press, 2017.
3. Guichon, J. R., Mitchell, l., Giroux, M. (eds.), *The Right to Know Ones' Origins (Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children)*, Brussels: Academic and Scientific Publishers, 2012.
4. Rasekh, Mohammad and Faezeh Ameri, *Comparative Law Of Filiation in the Field of Assisted Reproductive Technologies*, Tehran: Ney Publishing, 2024. (in Persian)
5. Rasekh, Mohammad, "A Theory of Rights", In: Rasekh, Mohammad, *Rights and Interests: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Rights and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Ney Publishing, Ninth Edition, 2024. (in Persian)

6. Rasekh, Mohammad, “Right or Value of Life?”, In: Rasekh, Mohammad, *Rights and Interests: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Rights and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Ney Publishing, Ninth Edition, 2024. (in Persian)
7. Snelling, J., “A Time for Change? The Divergent Approaches of Canada and New Zealand to Donor Conception and Donor Identification”, in Trudo, L., Andrew Flavelle, M. et al. (eds.), *Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*, Toronto: University of Toronto Press, 2017.
8. Wellman, Carl, “The Concept of Rights (2): Hohfeld's Analysis”, In: Rasekh, Mohammad, *Rights and Interests: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Rights and Philosophy of Value*, Volume 1, Tehran: Ney Publishing, Fourth Edition, 2024. (in Persian)
9. Widdows, H., “The Ethics of Secrecy in Donor Insemination”, in Dickenson, Donna L. (ed.), *Ethical issues in maternal–fetal medicine*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Articles

10. Allan, S., “Donor identification: Victorian Legislation Gives Rights to All Donor-Conceived People”, *Family Matters,* Volume 38, 2016, pp. 43- 55. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3010387/
11. Baines, J. A., “Gamete Donors And Mistaken Identities: The Importance Of Genetic Awareness And Proposals Favoring Donor Identity Discosure For Children Born From Gamete Donations In The United States”, *Family Court Review*, Volume 45, Issue 1, 2007, pp. 116–132. https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2007.00132.x/
12. Blyth, Frith, Jones, Speirs et. al., "The Role of Birth Certificates in Relation to Access to Biographical and Genetic History in Donor Conception", *International Journal of Children’s Rights*, Volume 17, 2009, pp. 207- 233. https://doi.org/10.1163/157181808X389254/
13. Bolt, S., Postema, D., van der Heij, A. et al., “Anonymous Dutch Sperm Donors Releasing Their Identity”, *Human Fertility*, 2019, DOI: 10.1080/14647273.2018.1564156. https://doi.org/10.1080/14647273.2018.1564156/
14. Bracken, L., “In The Best Interests of The Child? The Regulation of DAHR in Ireland”, *European Journal of Health Law*, Volume 23, 2016, pp. 391- 408. https://doi.org/10.1163/15718093-12341400/
15. Butterfield, M., “Should I Lie to You? A Review of Victoria’s Law regarding Disclosure of Surrogacy Arrangements to the Children They Produce”, *Monash University Law Review*, Volume 46, Issue 1, 2020, pp. 100-134. https://doi.org/10.26180/13125560/
16. Cahn, N., "The New "ART" of Family: Connecting Assisted Reproductive Technologies and Identity Rights", *University of Illinois Law Review* 2018 Issue 4, 2018, pp. 1443-1471. Available at https://illinoislawreview.org/uncategorized/the-new-art-of-family/
17. Cahn, N., “Necessary Subjects: The Need for a Mandatory National Donor Gamete Databank”, *DePaul Journal of Health Care Law*, Volume 12, Issue 1, 2009, pp. 203-223. Available at https://via.library.depaul.edu/jhcl/vol12/iss1/8 /
18. Czarnowski, A., “Retrospective Removal of Gamete Donor Anonymity: Policy Recommendations for Ontario Based on the Victorian Experience”, *Can J Fam L*. Volume 33, Issue 2, 2020, pp. 251-300. Available at https://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=can-j-fam-l/
19. Dennison, M., “Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Gamete Donation”, *Journal of Law and Health*, Volume 21, Issue 1, 2008, pp. 1-27. Available at https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=jlh/
20. Frith, L., “Gamete Donation and Anonymity: The Ethical And Legal Debate”, *Human Reproduction,* Volume 16, Issue 5, 2001, pp. 818- 824. https://doi.org/10.1093/humrep/16.5.818/

21. Frith, L., “Beneath the Rhetoric: The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation”, *Bioethics,* Volume 15, Issue 5-6, 2001, pp. 473-484. https://doi.org/10.1111/1467-8519.00255/
22. Harper, J. C., Kennett, D., Reisel, D., “The End of Donor Anonymity: How Genetic Testing Is Likely to Drive Anonymous Gamete Donation Out of Business”, *Human Reproduction*, Volume 31, Issue 6, 2016, pp. 1135–1140. https://doi.org/10.1093/humrep/dew065/
23. Hibino, Y., Allan, S., “Absence of Laws Regarding Sperm and Oocyte Donation in Japan and the Impacts on Donors, Parents, and the People Born as a Result”, *Reprod Med Biol,* No. 19, 2020, pp. 295- 298. https://doi.org/10.1002/rmb2.12329/
24. Janssens, P. M. W., et. al., “A New Dutch Law Regulating Provision of Identifying Information of Donors to Offspring: Background, Content and Impact”, *Human Reproduction*, Volume 21, Issue 4, 2006, pp. 852–856. https://doi.org/10.1093/humrep/dei407/
25. Landau, R., "The Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel And Elsewhere”, *Human Reproduction*, Volume 13, Issue 11, 1998, pp. 3268-3273. https://doi.org/10.1093/humrep/13.11.3268/
26. Mariwala, T., “Anonymous Egg Donation Laws in the US and Abroad”, Available at https://www.cofertility.com/family-learn/anonymous-egg-donation-laws-in-the-us-and-abroad (Last visited on 9/9/2024).
27. Minami, T., “Legislation toward Allowing All Donor-Conceived Offspring the Right to Know Their Origin: The Cases of Japan and Victoria, Australia”, *Journal of Philosophy and Ethics in Health Care and Medicine*, Volume 10, 2016, pp. 13-22. Available at https://itetsu.jp/main/wp-content/uploads/2019/03/JPEHCM10-minami.pdf?utm_source=chatgpt.com/
28. Mulligan, A., “Anonymous Gamete Donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The Case for Incompatibility”, *Medical Law International*, Volume 22, Issue 2, 2022, pp. 119–146. https://doi.org/10.1177/09685332221096210/
29. Patrizio, P., Mastroianni, A. C., Mastroianni, L., “Disclosure To Children Conceived with Donor Gametes Should Be Optional”, *Hum Reprod,* Volume 16, Issue 10, 2001, pp. 2036-2038. https://doi.org/10.1093/humrep/16.10.2036/
30. Pennings, G., "How to Kill Gamete Donation: Retrospective Legislation and Donor Anonymity", *Human Reproduction*, Volume 27, Issue 10, 2012, pp. 2881-5. https://doi.org/10.1093/humrep/des218/
31. Pennings, G., “Reproductive Tourism As Moral Pluralism in Motion”, *J Med Ethics,* Volume 28, 2002, pp. 337-341. https://doi.org/10.1136/jme.28.6.337/
32. Rasekh, Mohammd and Faezeh Ameri, “Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health Legal System”, *Journal of Research and Development in Public Law*, Volume 1, Issue 2, 2024, pp. 278- 318. (in Persian) https://doi.org/10.22034/jrpl.2025.2052251.1133/
33. Ravelingien, A., Pennings, G., “The Right to Know Your Genetic Parents: From Open- Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing”, *The American Journal of Bioethics*, Volume 13, Issue 5, 2013, pp. 33-41. https://doi.org/10.1080/15265161.2013.776128/
34. Sabatello, Maya, “Disclosure of Gamete Donation in The United States”, *Indiana Health Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2014, pp. 29-81. https://doi.org/10.18060/18878/
35. Safaei Mohammad Abadi, Hakimeh and Saayed Morteza Qasem-Zadeh, “Regulating the Inclusion of Parents Information in the Registration Documents of Children Resulting from Embryo Donation”, *Quarterly Journal Of Judicial Law Views,* Volume 28, Issue 102, 2023, pp. 165-180. (in Persian) Doi:10.22034/jlvi.2024.1998661.0
36. Shain, A., "A Veil of Anonymity: Preserving Anonymous Sperm Donation While Affording Children Access to Donor-Identifying Information", *City University of New York Law Review*, Volume 19, Issue 2, 2016, pp. 313- 335. Available at https://academicworks.cuny.edu/clr/vol19/iss2/6/

37. VARTA (Vicotrian Assisted Reproductive Treatment Authority), “Donor conception register services”, Available at https://www.varta.org.au/donor-conception-register-services (Last visited on 3/4/2025).

Laws

38. Act Amending the Act on Artificial Insemination in Connection with Medical Treatment, Diagnostics and Research, etc., the Children's Act and the Adoption Act (2012), LOV nr 602 af 18/06/2012. (in Danish)
39. Act CLIV on Health (1997).
40. Act No. 317/2016 (on requirements and procedures for the collection and transplantation of human organ, human tissue and human cells and on the amendment certain laws (transplant law), National Council of the Slovak Republic.
41. Act on Human Medical Use of Biotechnology, etc. (Biotechnology Act) (2003 and later amendments). (in Norwegian)
42. Act on Artificial Fertilisation and Use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research (1996 and later amendments), No. 55.
43. Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006), Parliament of Finland.
44. Act to Amend Various Laws Relating to Assisted Procreation and to Make Ancillary and Consequential Provisions Thereto (2022), No. XI.
45. Artificial Insemination and Embryo Protection Act (1997 as amended 2024), Parliament of Estonia (Riigikogu).
46. Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76.
47. Assisted Reproductive Treatment Act (1988 amended as 2021), Parliament of South Australia.
48. Assisted Human Reproduction Act, SC 2004, c 2.
49. Assisted Reproductive Technology Act (2007), No, 69.
50. Assisted Reproduction Act (2018).
51. Assisted Reproduction Law (2016 and amendments as 2022), No. XII-2608.
52. Assisted Reproductive Technology Bill (2022), Parliament of Kenya.
53. Births, Deaths And Marriages Registration Act (1996) – Sect. 17B.
54. Children and Family Relationships Act 2015, No. 9.
55. Civil and Commercial Code of the Nation , Law No. 26,994. (in Argentinian)
56. Civil Code of Québec (1991 and later amendments), National Assembly.
57. CT Gen Stat (2023), § 46b-545.
58. Donor-Conceived Persons And Families Of Donor-Conceived Protection Act (2022), General Assembly of the State of Colorado.
59. Embryo Protection Act (2013 and later amendments).
60. Federal Act on Medically Assisted Procreation of 18 December (1998).
61. Federal Constitution of the Swiss Confederation (1999, Status as of 3 March 2024).
62. Genetic Integrity Act (2006), No. 351.
63. Health (Assisted Human Reproduction) Act (2024), House of Oireachtas.
64. Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92.
65. Human Fertilisation and Embryology Act (1990 and later amendments), UK Parliament.
66. Human Reproductive Technology Act (1991 and later amendments), Parliament of Western Australia.
67. Human Reproductive Technology Ordinance (2000, last amended on 2021), Legislative Council of Hong Kong.
68. Law of the Republic of Belarus About Assisted Reproductive Technologies (2012), Law No. 341-3 of 7.
69. Law of Georgia on Health Care (1997 and later amendments), No. 4719.

70. Law on Biomedical Assisted Fertilization of the Republic of Macedonia (2008), Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 37/2008.
71. Law on Infertility Treatment with the Procedures of Biomedically Assisted Fertilization (2009), Official Gazette of RS, No. 72/2009 of 3.9.2009.
72. Law on Medically Assisted Human Reproduction (2002), No. 3089.
73. Law on Medically Assisted Reproduction (2012), No. 71–05–03 / 1–12–2. (in Croatian)
74. Law on Protection of Family and Youth of the Population, Islamic Consultative Assembly ((Majles-e Shoraye Eslami), 10/16/2021, Official Gazette No. 22332, 11/18/2021. (in Persian)
75. Law on Specific Health Services (2011), No. 373.
76. Law on the Publication and Free Access to Information, Islamic Consultative Assembly ((Majles-e Shoraye Eslami), 8/22/2009. (in Persian)
77. Law on The Treatment of Infertility And Fertilization Procedures With Biomedical Assistance (2000), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 70/00.
78. Law on Techniques of Human Reproduction Assisted (LEY 14/2006) (2006), No. 14, in Official Gazette No. 126, 2006. (in Portuguese)
79. Law No. 32 (2006 and later amendments as 2021), Assembly of the Republic of Portugal. (in Portuguese)
80. Law Regulating Human Assisted Reproductive Techniques (2013), No. 19.167, House of Representatives.
81. LOI no 2021-1017 relating to bioethics (2021), National Assembly. (in French)
82. Law Relating to Medically Assisted Procreation and the Disposal of Surplus Embryos and Gametes (2007), Chambre Des Representants. (in Belgian)
83. Reproductive Medicine Act (1992), National Council, Federal Law Gazette No. 275/1992 ST0105. (in Austrian)
84. Senate Bill S7602A (2021-2022 Legislative Session).
85. Sexual and Reproductive Health Law (2002), The Parliament of the Republic of Latvia.
86. Sperm Donor Register Act (2018 and later amendments). (in German)
87. The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act (2021), Parliament of the Republic of India.
88. The Artificial Insemination Donor Information Act (2019). (in Dutch)
89. Vital Statistics Act ([RSBC 1996] Chapter 479.
90. WA Rev Code § 26.26.750 (2018).

Regulations

91. Assisted Reproductive Treatment Regulations (2010), Gazette 1.7.2010 p3356.
92. Executive Order on the Act on Assisted Reproduction in Connection with Treatment, Diagnostics and Research, etc. (2019), LBK nr 902 af 23/08/2019. (in Denmark)
93. Executive Bylaw of the Law of Embryo Donation to Infertile Couples, board of ministers, 3/14/2005, Available at: https://rc.majlis.ir/fa/law/show/125235 (last visited on 4/7/2025). (in Persian)
94. Healthcare Services (Assisted Reproduction Service) Regulations (2023), Minister for Health.
95. Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.
96. Order Concerning Approval of the Procedure of Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine (2013), No. 787, Ministry of Healthcare of Ukraine.
97. Regulation No. 568/1997 on Artificial Fertilisation Act, Ministry of Health and Social Security.
98. Regulation On Activities By Assisted Reproduction (2007), No. 28, Ministry of Health.
99. Regulations Relating to Artificial Fertilisation of Persons (2016), Department of Health, Government Gazette No. 40312.

100. Resolution No. 771 (2022), ANVISA (National Health Surveillance Agency).
101. Related to Medically Assisted Reproduction, as Well as the Rule and Procedure for Assigning Minimum Protected Information and a Unique Identification Number (2023), Order No. 98/N. (in Georgian)
102. Rules and Conditions for the Production and Management of the Unified National Register of Activities 110.
103. Rules and Conditions for the Donation of Germ Cells, Tissues of Reproductive Organs (Order № KR DSM-236/2020), Minister of Healthcare of the Republic of Kazakhstan.
104. The Procedure for Using Assisted Reproductive Technologies, Contraindications and Restrictions on Their Use (2012 and amended 2018), Ministry of Health of the Russian Federation Order.

Judicial decisions

105. BGH, Urteil vom 28. Januar 2015 - XII ZR 201/13.
106. Child Rights International Network, Supreme Court of Germany decision XII ZR 201/13, summary, available at https://archive.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zr-201/13.html (last visited on 8/24/2024).
107. 116. Reference re Assisted Human Reproduction Act, Supreme Court of Canada, 2010 SCC 61.

Reports

108. Allan, S. (2019), *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), Perth, W.A.: Department of Health.
109. Council of Europe (1998), Medically Assisted Procreation And The Protection Of The Human Embryo (Comparative Study On The Situation In 39 States), Available at https://rm.coe.int/ CoERMPublic.
110. CommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113ec (last visited on 11/11/2024).
111. Deutsche Welle (2013), "Sperm-donor identity decision", Available at https://www.dw.com/en/court-rules-sperm-donors-children-have-right-to-know/a-16580116 (last visited on 2/26/2024).
112. Final Queensland Government Response to the Committee Report No. 33, 57th Parliament (Inquiry into matters relating to donor conception information) (2022), Available at https://documents. parliament. qld.gov.au/tp/2023/5723T231-FF1F.pdf (Last visited on 11/11/2024).
113. Inquiry into Matters Relating to Donor Conception Information (August 2022), Report No. 33, 57th Parliament Legal Affairs and Safety Committee.
114. New Zealand Law Commission , *New Issues in Legal Parenthood* (Report 88), Wellington: The office of the Law Commission (2005), Available at https://www.lawcom.govt.nz/assets/Publications/Reports/NZLC-R88.pdf (last visited on 11/6/2024).
115. Nuffield Council on Bioethics, *Donor conception: ethical aspects of information sharing*, UK: Nuffield Council on Bioethics, 2013.
116. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children", Recommendation 2156, 2019, Available at https://pace.coe.int/pdf/b51082401b5728bcd4700d347e6a9e1e8cbb3865b2be482126cc6dc07071 2f66?title=Rec.%202156.pdf (Last visited on 11/10/2024).

ضمایم

پیوست شمارهٔ یک: ثبت اجباری

کشور	مستندات حقوقی
	ثبت اطلاعات به شیوهٔ متمرکز
ایرلند	Children and Family Relationships Act (2015), No. 9, S 33
اسپانیا	Law on Techniques of Human Reproduction Assisted (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) (2006), No. 14, in Official Gazette No. 126, 2006, Ch. II, Art. 21(1)
دانمارک	Bekendtgørelse af lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v. (Executive Order on the Act on Assisted Reproduction in Connection with Treatment, Diagnostics and Research, etc.) (2019), LBK nr 902 af 23/08/2019, Kapitel 5, § 22
هلند	Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 3, Art. 4, § 2, Arts. 2, 4; Janssens, "A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact", p. 853.
گرجستان	Rules and conditions for the production and management of the Unified National Register of Activities Related to Medically Assisted Reproduction, as well as the rule and procedure for assigning minimum protected information and a unique identification number (2023), Order No. 98/N, Art. 1 (2).
صربستان	Law on Infertility Treatment with the Procedures of Biomedically Assisted Fertilization (2009), Official Gazette of RS, No. 72/2009 of 3.9.2009, Art. 44.
مالت	Embryo Protection Act (2013 and later amendments), Chapter 524, Arts. 3, 4 (g)
مقدونیه	Law on Biomedical Assisted Fertilization of the Republic of Macedonia (2008), Art. 56.
نروژ	Act on human medical use of biotechnology, etc. (Biotechnology Act) [Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)] (2003 and later amendments), Ch. 2, § 2-8.
اسلونی	Law on The Treatment of Infertility And Fertilization Procedures With Biomedical Assistance (2000), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 70/00, Arts. 11, 39.
بریتانیا	Human Fertilisation and Embryology Act (1990 and later amendments), UK Parliament, ch. 37, Art. 31.
بلاروس	Law of the Republic of Belarus About Assisted Reproductive Technologies (2012), Law No. 341-3 of 7, Art. 13.
پرتغال	Law No. 32 (Procriação medicamente assistida) (2006 and later amendments as 2021), Assembly of the Republic of Portugal, Art. 15(2).
فنلاند	Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006), Parliament of Finland, Art. 22.
هنگ‌کنگ	Human Reproductive Technology Ordinance (2000, last amended on 2021), Legislative Council of Hong Kong, Part V, Arts. 33(1)- 33(2).
	ثبت اطلاعات به شیوهٔ نامتمرکز
اتریش	Reproductive Medicine Act (Fortpflanzungsmedizingesetz) (1992), National Council, Federal Law Gazette No. 275/1992 ST0105, Artikel I, S 15(1).
ایسلند	Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research (1996 and later amendments), No. 55, Arts. 4, 7.
اوکراین	Order Concerning Approval of the Procedure of Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine (2013), No. 787, Ministry of Healthcare of Ukraine, Sec. 5-16, Sec. 5-24.
سوئد	Genetic Integrity Act (2006), No. 351, Ch. 7, Sec. 5.
بلغارستان	Regulation On Activities By Assisted Reproduction (2007), No. 28, Ministry of Health, Art. 9, Section II, 8.

مجارستان	Act CLIV on Health (1997), Art. 171(3).
برزیل	Resolution No. 771 (2022), ANVISA (National Health Surveillance Agency), Chap. 3, § 1, xiii.
ایالت واشنگتن	WA Rev Code § 26.26.750 (2018).
ایالت کالیفرنیا	CA Health & Safety Code § 1644.2 (2023).
ایالت کانکتیکات	CT Gen Stat (2023), § 46b-547(a).

پیوست شمارهٔ دو: الگوی اهدای ناشناس

کشور	مستندات حقوقی
آفریقای جنوبی	Regulations Relating to Artificial Fertilisation of Persons (2016), Department of Health, Government Gazette No. 40312, Art. 19.
استونی	Artificial Insemination and Embryo Protection Act (1997 as amended 2024), Parliament of Estonia (Riigikogu), Arts. 3(1)(2), 27 (1)-27 (2).
اسپانیا	Law on Techniques of Human Reproduction Assisted (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) (2006), No. 14, in Official Gazette No. 126, 2006, Art. 3(6).
اسلواکی	Act No. 317/2016 (on requirements and procedures for the collection and transplantation of human organ, human tissue and human cells and on the amendment certain laws (transplant law), National Council of the Slovak Republic, § 3 (7)(a).
اوکراین	Order Concerning Approval of the Procedure of Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine (2013), No. 787, Ministry of Healthcare of Ukraine, Sect. 1-14, Sec. 5-1, Sec. 4-7.
برزیل	Resolution No. 771 (2022), ANVISA (National Health Surveillance Agency), Section V, Art. 90, § 3.
بلغارستان	Regulation On Activities By Assisted Reproduction (2007), No. 28, Ministry of Health, Art. 9(5).
بلاروس	Law of the Republic of Belarus About Assisted Reproductive Technologies (2012), Law No. 341-3 of 7, Art. 10.
بلژیک	Loi Relatif à la Procréation Médicalement Assistée et à la Destination des Embryons Surnuméraires et des Gamètes (Law Relating to Medically Assisted Procreation and the Disposal of Surplus Embryos and Gametes) (2007), Chambre Des Representants, Arts. 22, 28, 57.
تایوان	Assisted Reproduction Act (2018), Art. 14(3).
ژاپن	Hibino, Y., Allan, S., "Absence of laws regarding sperm and oocyte donation in Japan and the impacts on donors, parents, and the people born as a result", *Reprod Med Biol,* No. 19, 2020, p. 297.
چک	Law on specific health services (2011), No. 373, § 10.
صربستان	Law on Infertility Treatment with the Procedures of Biomedically Assisted Fertilization (2009), Art. 3(17).
استان کِبِک در کانادا (مادام که قانون اصلاحیِ سال ۲۰۲۳ لازم‌الاجرا نشده)	Civil Code of Québec (1991), Art. 542.
کنیا (مادام که لایحهٔ سال ۲۰۱۶ از تصویب پارلمان نگذشته)	Assisted Reproductive Technology Bill (2022), Parliament of Kenya.
گرجستان	Law of Georgia on Health Care (1997 and later amendments), No. 4719, Art. 120.
لتونی/ لاتویا	Sexual and Reproductive Health Law (2002), The Parliament of the Republic of Latvia, Section 14.

Assisted Reproduction Law (2016 and amendments as 2022), No. XII-2608, Art. 3 (9).	لیتوانی
Law on Biomedical Assisted Fertilization of the Republic of Macedonia (2008), Art. 57.	مقدونیه
Senate Bill S7602A (2021-2022 Legislative Session); Mariwala, T., "Anonymous Egg Donation Laws in the US and Abroad".	ایالت نیویورک آمریکا
The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act (2021), Parliament of the Republic of India, Art. 21 (e).	هند
Law on Medically Assisted Human Reproduction (2002), No. 3089, Art. 1460.	یونان

پیوست شمارهٔ سه: الگوی اهدای شناس

کشور	مستندات حقوقی
فنلاند	Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006), Parliament of Finland, Art. 23.
بریتانیا	Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004; Human Fertilisation and Embryology Act (1990 and later amendments), UK Parliament Section 31ZA.
سوئیس	Federal Constitution of the Swiss Confederation (1999, Status as of 3 March 2024), Art. 119 (g); Frith, "Gamete Donation and Anonymity: The Ethical And Legal Debate", pp. 818- 824; Frith, "Beneath the Rhetoric: The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation", p. 474.
کرواسی	Law on Medically Assisted Reproduction (Zakon O Medicinski Pomognutoj Oplodnji) (2012) (Croatia), No. 71–05–03 / 1–12–2, Art. 19 (3).
هلند	Frith, "Gamete Donation and Anonymity: The Ethical And Legal Debate", pp. 818- 824; Baines, J. A., "Gamete Donors And Mistaken Identities: The Importance Of Genetic Awareness And Proposals Favoring Donor Identity Discosure For Children Born From Gamete Donations In The United States", *Family Court Review* 45 (1), 2007: 120.
نروژ	Act on human medical use of biotechnology, etc. (Biotechnology Act) [Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)] (2003 and later amendments), Ch. 2, § 2-7.
فرانسه	LOI no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (1), National Assembly, Ch. III (Art. L. 2143-9 (V)).
مالت	Act to Amend Various Laws Relating to Assisted Procreation and to Make Ancillary and Consequential Provisions Thereto (2022), No. XI, Art. 9(4).
پرتغال	Law No. 32 (Procriação medicamente assistida) (2006 and later amendments as 2021), Assembly of the Republic of Portugal, Art. 15(4).
نیوساوت‌ولز	Assisted Reproductive Technology Act (2007), No. 69, Art. 37 (1).
استرالیای غربی	Human Reproductive Technology Act (1991 and later amendments), Parliament of Western Australia, Art. 49 (2b).
استرالیای جنوبی	Assisted Reproductive Treatment Regulations (2010), Gazette 1.7.2010 p3356, Art. 8(4).
آرژانتین	Civil and Commercial Code of the Nation (Código civil y comercial de la nación), Law No. 26,994, Title V, Ch2, Art. 564.
اوروگوئه	Law Regulating Human Assisted Reproductive Techniques (2013), No. 19.167, House of Representatives, Arts. 10, 12, 21.
افشای حقیقت	
اسپانیا	Law on Techniques of Human Reproduction Assisted (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) (2006), No. 14, in Official Gazette No. 126, 2006, Ch. II, Art. 7(2).
بریتیش کلمبیا	Vital Statistics Act ([RSBC 1996] Chapter 479, Sect. 14-1.
پرتغال	Law No. 32 (Procriação medicamente assistida) (2006 and later amendments as 2021), Assembly of the Republic of Portugal, Art. 15(6).

Blyth, Frith, Jones, Speirs et. al., "The Role of Birth Certificates in Relation to Access to Biographical and Genetic History in Donor Conception", International Journal of Children's Rights 17, 2009: 220-21; Bracken, L., "In The Best Interests of The Child? The Regulation of DAHR in Ireland", *European Journal of Health Law* 23, 2016: 400; Nuffield Council on Bioethics, *Donor conception: ethical aspects of information sharing*, pp. 28-29; Cahn, N., "Necessary Subjects: The Need for a Mandatory National Donor Gamete Databank", *DePaul Journal of Health Care Law* 12 (1), 2009: 219.	بریتانیا
Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, p. 186.	اوروگوئه
Genetic Integrity Act (2006), No. 351, Ch. 7, Sect. 5; Patrizio, P., Mastroianni, A. C., Mastroianni, L., "Disclosure To Children Conceived with Donor Gametes Should Be Optional", *Hum Reprod.* 16 (10), 2001: 2037; Frith, "Beneath the Rhetoric: The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation", p. 478; Nordic Council of Ministers, *Assisted Reproduction in the Nordic Countries (A comparative study of policies and regulation)*, p. 19.	سوئد
Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, p. 182.	فنلاند
Act on human medical use of biotechnology, etc. (Biotechnology Act) [Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)] (2003 and later amendments), Ch. 2, § 2-7.	نروژ
Law on Medically Assisted Reproduction (Zakon O Medicinski Pomognutoj Oplodnji) (2012) (Croatia), No. 71–05–03 / 1–12–2, Article 15 (2); Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, pp. 185, 132.	کرواسی
Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 46 (3)(g).	نیوزیلند
میزان دسترسی	
Genetic Integrity Act (2006), No. 351, Ch. 7, Sect. 5.	سوئد
Federal Act on Medically Assisted Procreation of 18 December (1998), Art. 27(1).	سوئیس
Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 2, Art. 3(a).	هلند
Civil Code of Québec (1991 and later amendments), Art. 542.11.	استان کِبک (کانادا)
Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), No. 76, Art. 56N (3)-(4).	ایالت ویکتوریا (استرالیا)
Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 58.	نیوزیلند
افشای پیشینی/ پسینی	
Assisted Reproductive Treatment Act (2008 and last amendments as 2019), Arts. 56A, 62(2).	ایالت ویکتوریا (استرالیا)
Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), pp. 133, 319.	سوئیس
Act on human medical use of biotechnology, etc. (Biotechnology Act) [Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)] (2003 and later amendments), Ch. 2, § 2-7.	نروژ
Human Assisted Reproductive Technology Act (2004), No. 92, Art. 43.	نیوزیلند
Assisted Reproductive Technology Bill (2022), Parliament of Kenya, Art. 34 (3).	کنیا
Assisted Reproductive Treatment Act (1988), Parliament of South Australia, Art. 15(8).	ایالت استرالیای جنوبی
Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the Surrogacy Act 2008* (independent review) (Part 1), pp. 129-31.	سوئد، فنلاند، کرواسی، اتریش

ایالت نیوساوت‌ولز (استرالیا)	Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, p. 345.
بریتانیا	Nuffield Council on Bioethics, *Donor conception: ethical aspects of information sharing*, pp. 23-25; Human Fertilisation and Embryology Authority (2012) "Preparing to remove your donor anonymity", available at: https://www.hfea.gov.uk/donation/donors/rules-around-releasing-donor-information/preparing-to-remove-your-donor-anonymity/ (Accessed on 10/28/2024).
فرانسه	Loi no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (1), National Assembly, Ch. III (Art. L. 2143-6).
هلند	Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (The Artificial Insemination (Donor Information) Act) (2019), § 5, Art. 12(2).

پیوست شمارهٔ چهار: الگوی انتخاب میان اهدای شناس و ناشناس

کشور	مستندات حقوقی
روسیه	The procedure for using assisted reproductive technologies, contraindications and restrictions on their use (2012 and amended 2018), Ministry of Health of the Russian Federation Order, Arts. 54, 62.
قزاقستان	Rules and conditions for the donation of germ cells, tissues of reproductive organs (Order № KR DSM-236/2020), Minister of Healthcare of the Republic of Kazakhstan, Ch. 1-5.
دانمارک	Lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., børneloven og lov om adoption (Act Amending the Act on Artificial Insemination in Connection with Medical Treatment, Diagnostics and Research, etc., the Children's Act and the Adoption Act) (2012), LOV nr 602 af 18/06/2012; Committee on Bioethics, *Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP and on surrogacy*, p. 70.
سنگاپور	Healthcare Services (Assisted Reproduction Service) Regulations 2023, Minister for Health, Art. 40 (c).

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 33-50 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Analysis of Nature of Judicial Presumption

Mahdi Hasanzadeh[1]

Highlights

- A judicial presumption is a form of evidence that, if it convinces the judge, proves the subject matter of the lawsuit. It can also serve to supplement other forms of evidence, aiding the judge in ascertaining the facts of the case.
- The definition of a judicial presumption in the Civil Code is broad enough to encompass any factor that assists the judge in determining the facts of the case; however, this definition excludes matters that are specifically designated by law as distinct forms of evidence.
- The term "judicial presumption" applies to any element that aids the judge in uncovering the truth—even if that element is isolated or weak—though, naturally, such evidence exerts a significant impact on the proceedings and the proving of the subject matter of a claim only when it manifests as a collection of strong presumptions.

ABSTRACT

Introduction

To analyze the Civil Code's definition of a judicial presumption (Articles 1322 and 1324), it is necessary to examine factors such as the meaning of "circumstances," whether the presumption is simple or composite, and the role of the judge's opinion. Such analysis is essential for understanding the nature of judicial presumptions within our legal system. Furthermore, comparing judicial presumptions with other forms of evidence can aid in gaining a deeper understanding of this evidentiary tool. The Civil Code (Articles 1321 and 1324) employs the term "circumstances" when defining presumptions in general and judicial presumptions in particular; this raises the question of what exactly is meant by this term. Clarifying this term is crucial for determining the scope of the presumption's applicability to specific instances. A judicial presumption is a form of evidence capable of revealing the facts of a case to the judge, thereby serving as the basis for a ruling or contributing to the proof of the subject matter of the dispute. However, this type of evidence possesses unique characteristics that distinguish it from others. Its most significant feature is that, unlike other forms of evidence—which rely on a uniform element applicable across various types of lawsuits—judicial presumptions manifest in a vast and diverse array of instances that cannot be exhaustively listed. These instances may vary depending on the specific case, yet all of them may be invoked under the category of judicial presumption.

How to Cite: Hasanzadeh, Mahdi, "Analysis of Nature of Judicial Presumption", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 33-50.

DOI: https://doi.org/10.22034/jlr.2018.113123. Received: 02/01/2018-Accepted: 12/03/2018

1. Professor of Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
Corresponding Author Email: m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Copyright: © 2026 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
Judicial presumption is introduced and defined in Articles 1321 and 1324 of the Civil Code as a recognized form of evidence for proving a claim. The lack of clarity and the broad scope of this definition have led to uncertainty, ambiguity, and divergent opinions regarding the identification of this form of evidence compared to others. Consequently, it is essential to meticulously examine the Civil Code's definition of judicial presumption. Such an analysis enables us to identify the constituent elements of a judicial presumption, determine its nature, distinguish it from other forms of evidence, and clarify its position within the broader framework of evidentiary law. According to Article 1321 of the Civil Code, a judicial presumption consists of circumstances that the judge deems to constitute proof of a particular matter. In this definition—which plays a fundamental role in understanding the nature of judicial presumptions in our legal system—several points merit attention and examination, including the meaning of "circumstances", whether the presumption is simple or composite, and the role of the judge's opinion. Having analyzed the elements that constitute a judicial presumption, it is necessary to examine whether it can be classified as one of legal evidence and whether the term "evidence" (dalil) applies to it. Furthermore, to gain a deeper understanding of judicial presumption, one must explore its relationship with other forms of evidence, comparing their natures and identifying points of convergence or divergence.

Results and Discussions
A judicial presumption is one of the means of proof in a lawsuit; it stands alongside other forms of evidence—rather than serving as a secondary or inferior type—and can prove the facts of a case provided it convinces the judge. Its definition in the Civil Code is broad enough to encompass anything that guides the judge toward the truth of the matter, provided it is not otherwise classified by law as a distinct type of evidence. Consequently, judicial presumption is a form of evidence that covers a highly diverse range of instances; depending on this diversity and the impact it has on the judge's mind, it serves various functions in litigation, such as directly proving a fact or supplementing other forms of evidence. The concept of judicial presumption in statutory law differs from the concept of “amārah” in Islamic jurisprudence (fiqh) and the principles of jurisprudence (usūl). In the latter contexts, an “amārah” is a form of evidence that—while lifting an individual out of a state of doubt—does not lead to absolute certainty. Thus, in jurisprudence, an “amārah” occupies a middle ground between definitive evidence and practical principles; its defining characteristic is that it generates a strong probability (ẓann) rather than certainty, and it encompasses forms of evidence such as testimony and confession. In contrast, within the legal system, anything that guides the judge toward the reality is treated as a judicial presumption, regardless of whether it is strong or weak, composite or simple. However, for such evidence to prove a fact in the absence of other evidence, it must be strong and convincing; this typically occurs when a collection of strong presumptions converges to persuade the judge's conscience. Despite the distinction between a judicial presumption and other forms of evidence—such as testimony, confession, oath, and expert opinion—this category encompasses instances of those very evidentiary types that cannot be invoked under their specific headings due to a failure to meet all requisite conditions. When compared to a judge's personal knowledge (‘ilm-e qazi), a judicial presumption shares the same status as other forms of evidence that may give rise to such knowledge. In such instances, the mechanism and cause constitute a judicial presumption, while the outcome and objective amounts to the judge's personal knowledge; thus, both classifications are applicable. Site inspections and local inquiries do not differ in nature from judicial presumptions; rather, they serve as prominent examples thereof, unless a local inquiry yields testimony from qualified witnesses or establishes public notoriety (istifazah). Understanding the nature of a judicial presumption is a prerequisite for identifying the specific instances admissible under this category, the conditions governing them, and the evidentiary weight this form of proof carries, both in isolation and when in conflict with other evidence.

Conclusion
The analysis reveals that, under our legal system, judicial presumption is a means of proving claims; it encompasses anything that guides the judge toward the reality of the matter of dispute, provided it has not been designated as a specific type of evidence by statute. Given the breadth and diversity of its manifestations, judicial presumption serves various functions, whether in proving the subject of a claim or in supplementing other forms of evidence. The capacity to provide proof and to guide the judge toward the reality of the case constitutes the core element of a judicial presumption. Consequently, any factor assisting the judge in this process may be considered and evaluated as a judicial presumption, subject to the proviso that the law has not already designated it as a distinct form of evidence, either generally or for specific types of claims.

Keywords: Presumption, Judicial Presumption, Circumstances and Conditions, Positive Proof.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تحلیل ماهیت امارهٔ قضایی

مهدی حسن‌زاده[1]

نکات برجسته

- اماره قضایی یکی از ادله اثبات دعوا است که در صورتی که قاضی را متقاعد کند، موجب اثبات دعوا می‌شود. همچنین می‌تواند در تکمیل سایر ادله در رسیدن قاضی به واقعیت موضوع دعوا، کمک نماید.
- تعریف اماره قضایی در قانون مدنی از چنان گستردگی برخوردار است که هر عاملی را که بتواند قاضی را در رسیدن به موضوع دعوا یاری کند، شامل می‌شود. البته این تعریف، منصرف از اموری است که در قانون با عناوین خاص به عنوان دلیل اثبات دعوا معرفی شده‌اند.
- عنوان اماره قضایی بر هر امری که به قاضی در کشف واقع کمک کند، حتی اگر واحد و ضعیف باشد، صدق می‌کند، اما به طور طبیعی زمانی این دلیل می‌تواند در دادرسی و اثبات، تأثیر جدی داشته باشد که به صورت مجموعه‌ای از امارات قوی باشد.

چکیده

در تحلیل تعریف قانون مدنی از امارهٔ قضایی (مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴) لازم است عواملی ازجمله، منظور از اوضاع و احوال، بسیط یا مرکب بودن اماره و نقش نظر قاضی، بررسی شوند. این بررسی و تحلیل برای شناخت ماهیت امارهٔ قضایی در حقوق ما ضروری است. علاوه‌بر این، مقایسهٔ امارهٔ قضایی با سایر ادلهٔ اثبات دعاوی می‌تواند در شناسایی بیشتر این دلیل مفید باشد. مطالعه و تأمل در این موارد نشان می‌دهد امارهٔ قضایی در حقوق ما یکی از ادلهٔ اثبات دعاوی است که هر آنچه را قاضی در دستیابی به واقعیت موضوع دعوا، هدایت و راهنمایی کند و در قانون با عنوان خاص، به‌عنوان دلیل مقرر نشده باشد، دربرمی‌گیرد. امارهٔ قضایی دلیلی است که با توجه به گستردگی و تنوع مصادیق، کارکردهای مختلف در اثبات موضوع دعوا یا در تکمیل ادلهٔ دیگر دارد.

کلید واژگان: اماره، امارهٔ قضایی، اوضاع و احوال، دلیل اثبات دعوا.

استناد به این مقاله: حسن‌زاده، مهدی، «تحلیل ماهیت امارهٔ قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۳۳-۵۰.

DOI: https://doi.org/10.22034/jlr.2018.113123. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Copyright: © 2026 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

امارهٔ قضایی در مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م. به‌عنوان یکی از ادلهٔ اثبات دعوا، معرفی و تعریف شده است. فقدان وضوح و گستردگی تعریف امارهٔ قضایی، سبب شده است شناسایی این دلیل در مقایسه با ادلهٔ دیگر، با تردید و ابهام و نظرهای متفاوت مواجه شود. ازاین‌رو، لازم است تعریف امارهٔ قضایی در قانون مدنی، به‌دقت بررسی شود تا با شناخت عناصر تعیین‌کننده در تحقق امارهٔ قضایی، تشخیص ماهیت این دلیل و تمایز آن از سایر ادله، میسر گردد و موقعیت این دلیل در میان ادلهٔ اثبات دعوا نمایان شود. بنابراین، در این نوشته به دنبال بررسی و دستیابی به پاسخ این پرسش هستیم که عناصر تعیین‌کننده در تحقق امارهٔ قضایی کدام‌اند و ماهیت این دلیل در مقایسه با ادلهٔ دیگر چگونه است؟

در راستای پرسش این تحقیق می‌کوشیم ثابت کنیم که ویژگی اثبات‌کنندگی و راهنمایی و هدایت قاضی به واقعیت موضوع دعوا، عنصر اصلی در تحقق امارهٔ قضایی است و هرچه قاضی را در این مسیر یاری و کمک کند، می‌تواند به‌عنوان امارهٔ قضایی مورد توجه و بررسی قاضی قرار گیرد، با این قید که در قانون، با عنوان دیگری، به‌طور کلی یا در خصوص دعاوی خاص، به‌عنوان دلیل اثبات‌کننده اعلام نشده باشد.

۱. تحلیل عناصر تحقق امارهٔ قضایی

به‌موجب مادهٔ ۱۳۲۱ ق.م. اماره قضایی، اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود. در این تعریف که نقش اساسی در شناخت ماهیت امارهٔ قضایی در حقوق ما دارد، نکته‌های متعددی ازجمله منظور از اوضاع و احوال، بسیط یا مرکب بودن اماره و نقش نظر قاضی، قابل توجه و بررسی است.

۱. ۱. منظور از اوضاع و احوال

در قانون مدنی (مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴) در تعریف امارهٔ به‌طور مطلق و اماره قضایی به‌طور خاص، عبارت «اوضاع و احوال» به کار رفته و این پرسش مطرح است که منظور از این تعبیر چیست؟ این مطلب در تعیین قلمرو شمول اماره بر مصادیق، تعیین‌کننده است.

در سخن برخی از حقوق‌دانان و نویسندگان حقوقی، منظور از اوضاع و احوال موضوع امارهٔ قضایی، «قرائنی» شناخته شده است که قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا هدایت می‌کند.[۱] باوجوداین، در یکی از منابع حقوقی، منظور از اوضاع و احوال در امارهٔ قضایی، صرفاً قرائن حالی معرفی شده است و قرائن مقالی، خارج از این تعبیر شناخته شده‌اند.[۲]

به‌نظر می‌رسد تعبیر اوضاع و احوال در تعریف امارهٔ قضایی، شامل قرائن، اعم از حالی و مقالی، می‌شود و دلیلی بر اختصاص آن به قرائن حالی و عدم شمول آن بر قرائن مقالی وجود ندارد و نمی‌توان کلمهٔ «احوال» را دلیل چنین مطلبی دانست، بلکه قانون‌گذار با تعابیر «اوضاع و احوال»، هر آنچه به‌طور متعارف قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا کمک کند، مورد توجه قرار داده است. گستردگی شمول این عبارت، مورد توجه و تأیید برخی از حقوق‌دانان واقع شده

---

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دانشنامه حقوقی***، جلد ۱، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۵، ص ۶۹۸؛ کاتوزیان، ناصر، ***اثبات و دلیل اثبات***، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۸؛ ناصری، فرج‌الله، ***امارات در حقوق مدنی ایران***، بی‌جا، بی‌نا، بی تا، ص ۲۸۹؛ عظیمی، محمد، ***ادله اثبات دعوی***، بی‌جا، مؤسسه انتشارات هاد، ۱۳۶۹، ص ۱۸۵؛ شیخ‌نیا، امیرحسین، ***ادله اثبات دعوی***، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، ص ۱۴۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دانشنامه حقوقی***، جلد ۵، پیشین، ص ۷۸.

است.[۱] این گستردگی به‌حدی است که همهٔ دلایل جدید از قبیل ضبط‌صوت، فکس و تصاویر تلویزیونی و همچنین سند، اقرار و شهادت را در فرضی که در زمرهٔ دلایل نباشند، دربرمی‌گیرد.[۲]

با وجود این موارد، سایر ادله را باید از شمول عبارت «اوضاع و احوال» در تعریف امارهٔ قضایی، خارج کرد و این عبارت را باید منصرف از مصادیق ادلهٔ دیگر دانست. بنابراین، اقرار، شهادت، سند، سوگند، با وجود شرایط قانونی، تحت همین عناوین، مورد توجه قاضی قرار می‌گیرند و تعریف اماره و امارهٔ قضایی در قانون مدنی (۱۳۲۱ و ۱۳۲۴)، منصرف از این موارد است.

با توجه به این گستردگی شمول امارهٔ قضایی، این سخن که گفته شده اماره برخلاف سایر ادله، دلیل غیرمستقیم است،[۳] قابل انتقاد است؛ زیرا امارهٔ قضایی علاوه‌بر شمول، بر قرائنی که به‌طور غیرمستقیم بر موضوع دعوا دلالت می‌کنند، شامل مصادیق سایر ادله مانند اقرار، شهادت و سند، در مواردی که شرایط قانونی آنها جمع نباشد، نیز می‌شود.

تفسیر گسترده در تبیین معنای «اوضاع و احوال» در تعریف امارهٔ قضایی با مقتضیات دادرسی امروزی[۴] و تحولات قانون‌گذاری در راستای توسعهٔ اختیارات قاضی در کشف واقع، هماهنگ است و باید از آن حمایت کرد؛ زیرا به‌خصوص با پیشرفت علوم و تنوع پدیده‌های اجتماعی، امور متعدد و فراوانی یافت می‌شود که می‌تواند قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا یاری دهد و با محدود بودن تعداد ادله در قانون و مضیق بودن قلمرو شمول آنها راهی جز توجه و رسیدگی به امور مذکور تحت عنوان امارهٔ قضایی باقی نمی‌ماند و نباید با تفسیر محدود و ارائهٔ معنای مضیق از «اوضاع و احوال» در تعریف امارهٔ قضایی، سبب شویم راه توسل قاضی به هر آنچه می‌تواند او را به‌طور متعارف در کشف واقع یاری دهد، بسته شود و قاضی از به‌کارگیری تمام توان خود و استفاده از تمام ابزار متعارف و معقول برای رسیدن به واقع، ممنوع و محروم شود.

۱.۲. بسیط یا مرکب بودن اماره قضایی

یکی از حقوق‌دانان با استناد به عبارت «یک به یک تشریح کند» در مادهٔ ۷ قانون شهادت و امارات (مصوب ۱۳۰۸)، امارهٔ

---

[۱]. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۱۴۸ و ۱۷۲؛ صدرزاده افشار، سیدمحسن، ***ادله اثبات دعوی در حقوق ایران***، بی‌جا، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۵.

[۲]. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۷۲.

[۳]. ر.ک. همان، ص ۱۴۵؛ صدرزاده افشار، سیدمحسن، پیشین، ص ۱۸۰؛ ستوده، حمید و علی سعیدی، «حجیت امارات قضایی بر مبنای علم قاضی»، *فصلنامه فقه*، دوره ۲۰، شماره ۷۵، ۱۳۹۲، ص۱۳۹.

[۴]. در رویه قضایی در استفاده از اماره قضایی، مصادیق متعدد و متنوعی از قرائن، ازجمله؛ فیلم دوربین مدار بسته (ر.ک. تدین، عباس، «محکومیت با استناد به فیلم به‌عنوان دلیل اثباتی»، *دوفصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری)*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۲۳–۲۵)، شباهت یا عدم تطبیق امضا و خط، وجود سند در دست خواهان یا خوانده، عدم ابراز دفتر تاجر، اختلاف‌گویی خواهان یا خوانده، عدم حضور و عدم دفاع خوانده، سفید امضا (اماره بر وکالت در تکمیل)، زندگی مشترک (اماره بر پرداخت نفقه) و ... مورد استناد قرار گرفته است (ر.ک. کاتوزیان، ناصر، ***عدالت قضایی گزیده آراء***، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۲، ۴۹، ۵۸، ۷۲، ۸۸، ۱۰۱، ۱۰۶، ۱۶۱، ۱۷۱، ۲۲۸، ۲۳۸، ۲۵۴، ۳۳۲، ۳۳۳، ۳۳۵ و ۳۴۵؛ اجتهادی، عباس و دیگران، ***گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی***، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴، صص۴۷، ۵۰، ۹۴ و ۱۷۷؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۳، چاپ دوم، صص۶۰، ۶۶، ۶۸، ۸۳، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۱۱، ۱۲۱؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) فروردین ۱۳۹۲***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۳، چاپ اول، صص۱، ۴، ۵، ۶۳، ۷۹، ۱۰۰، ۱۰۱).

قضایی را ذاتاً مرکب از چند قرینه شناخته و اعلام کرده است: «حکمت این امر این است که اگر در زندگی قضایی قرینه‌ای باشد که بالانفراد قابلیت تمسک داشته باشد یا به‌صورت امارات قانونی است و یا به‌صورت یکی از ادلهٔ شناخته‌شدهٔ اثبات دعوی».[1] به‌نظر می‌رسد این دیدگاه مبتنی‌بر و مستلزم خلط ماهیت امارهٔ قضایی و اعتبار آن است؛ زیرا این واقعیت را نمی‌توان انکار کرد که قرینهٔ واحد نمی‌تواند سبب حصول قناعت وجدان قاضی و اثبات موضوع دعوا شود. بنابراین، قاضی نمی‌تواند رأی خود را براساس قرینهٔ واحد صادر کند. باوجوداین، نمی‌توان به این دلیل قرینهٔ واحد را از شمول تعریف امارهٔ قضایی در قانون مدنی خارج دانست. اگر توان و ارزش و قابلیت اثباتی، معیار تشخیص امارهٔ قضایی باشد، این عنوان حتی دربارهٔ قرائن مرکب نیز در بسیاری از موارد، صدق نخواهد کرد؛ چون در بسیاری از موارد با وجود قرائن متعدد نیز موضوع دعوا بر قاضی ثابت نمی‌شود و قاضی نمی‌تواند به استناد آن رأی صادر کند.[2] واقعیت این است که در امارهٔ قضایی نیز مانند سایر ادله، باید بین ماهیت دلیل و اعتبار آن قائل به تفکیک شد و از خلط این دو خودداری کرد.

همان‌طورکه پیش از این گفته شد، از تعبیر «اوضاع و احوال» در مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م. فهمیده می‌شود که قانون‌گذار به هر آنچه بتواند قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا راهنمایی کند، نظر داشته است و از این نظر، واحد یا مرکب بودن، نقشی ندارد؛ بلکه ترکیب قرائن در قدرت اثبات‌کنندگی اماره، مؤثر است؛ به‌نحوی‌که می‌توان گفت: غالباً قرینهٔ واحد از قدرت اثبات‌کنندگی جدی برخوردار نیست و چنین قدرتی با ترکیب قرائن می‌تواند حاصل شود.[3] به‌این‌ترتیب، در اطلاق و صدق امارهٔ قضایی فرقی بین امر بسیط و مرکب نیست، بلکه تفاوت این دو در درجهٔ دلالت و اثبات‌کنندگی است.

از طرف دیگر، در اطلاق عنوان امارهٔ قضایی بر مصادیق، مانند سایر ادله، نمی‌توان اعتبار آن را لحاظ کرد و همان‌طورکه عناوین گواهی، اقرار و سند بر حالت‌های وجود شرایط و اعتبار آنها و موارد فقدان شرایط و اعتبار صدق می‌کنند و نمی‌توان کاربرد این عناوین را به حالت‌های معتبر بودن این ادله اختصاص داد، عنوان امارهٔ قضایی نیز شامل موارد معتبر و قابل استناد و غیر آن می‌شود و نمی‌توان آن را مختص موارد معتبر و قابل استناد دانست.

علاوه‌بر اینکه نمی‌توان قدرت اثبات‌کنندگی امر بسیط را درهرحال نفی کرد؛ همان‌طورکه قدرت اثبات‌کنندگی قرینهٔ واحد در سخنان صاحب دیدگاهِ مورد انتقاد، مورد تأیید واقع شده است، اما ادعا می‌شود، چنین مواردی یا به‌صورت امارات قانونی یا به‌صورت یکی دیگر از ادلهٔ اثبات دعواست. این ادعا مورد ایراد است؛ زیرا هم امارهٔ قانونی و هم دیگر ادلهٔ اثبات دعوا، نیاز به بیان و تصریح قانون دارند و نمی‌توان ادعا کرد تمام مواردی که امر بسیط، قدرت اثبات دارد، در قانون بیان

---

[1]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دانشنامه حقوقی***، جلد ۱، پیشین، ص ۶۹۸.

[2]. مثال زدن از رویه قضایی در این زمینه، دشوار است؛ زیرا دادگاه‌ها در چنین مواردی، از بیان اماراتی که آنها را به علم و قناعت نرسانده در رأی خود اجتناب می کنند، چون ممکن است این امارات در دادگاه تجدیدنظر مورد توجه قرار گرفته، سبب نقض رأی شوند. با وجود این، یک نمونه را در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۴۹۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌توان دید که دادگاه با وجود رضایت‌های اخذ شده توسط شرکت بیمه و همچنین عامل زیان، اسقاط حق زیان‌دیده را محرز ندانسته است. اما دادگاه تجدیدنظر، نظر مخالف داشته و اسقاط حق زیان‌دیده را محرز شناخته و رأی صادر شده را نقض کرده است (ر.ک. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱***، پیشین، ص۷۱). همچنین شعبه ۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۹۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲ با وجود امارات متعدد استنادی وکیل فرجام‌خواه، اقامت فرجام‌خواه در اصفهان را محرز نشناخته است (ر.ک. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (حقوقی) زمستان ۱۳۹۱***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۱۱۸).

[3]. برای دیدن تعدادی آرا که در آن، دادگاه از مجموعه‌ای از امارات، رابطه زوجیت، دائم یا موقت بودن آن یا عدم تحقق ازدواج را احراز کرده، ر.ک. همان، صص ۱۰۹ تا ۱۱۴، ۱۲۲ و ۱۲۳.

شده‌اند. به‌طور مثال، امروزه اموری مانند تصاویر و صداهای ضبط شده وجود دارند که با وجود قدرت اثبات‌کنندگی به‌مراتب بیشتر نسبت به بسیاری از امارات قانونی در قوانین، مورد توجه قرار نگرفته و به‌عنوان دلیل یا امارهٔ قانونی بیان نشده‌اند.

استناد به عبارت «یک به یک تشریح کند»، در مادهٔ ۷ قانون شهادت و امارات (مصوب ۱۳۰۸) نیز موجه و قابل قبول نیست؛ زیرا می‌توان گفت: این عبارت ناظر به حالت غالب است که قرائن و امور مورد استناد تحت عنوان اوضاع و احوال، متعدد است. علاوه‌بر اینکه موضوع این ماده، حالتی است که اوضاع و احوال و قرائن از چنان قدرت اثبات‌کنندگی برخوردارند که موجب اثبات موضوع دعوا در نظر دادگاه می‌شوند، دادگاه رأی خود را براساس آن صادر می‌کند و معلوم است که چنین حالتی غالباً در مواردی پیش می‌آید که اوضاع و احوال و قرائن متعدد است. در چنین صورتی، قانون‌گذار در مادهٔ مذکور مقرر کرده است تمام قرائن و اوضاع و احوال در رأی بیان شوند.

با توجه به آنچه گفته شد، نمی‌توان برای عبارت «یک به یک تشریح کند» در مادهٔ مورد بحث، خصوصیتی قائل شد و از آن قیدی استخراج کرد که در شناخت ماهیت امارهٔ قضایی، تعیین‌کننده باشد. همان‌طورکه از جمع به کار رفتن تعابیر «اوضاع» و «احوال» در مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م. نیز نمی‌توان چنین استفاده و برداشتی داشت و لازم است، حمل بر موارد غالب شود.[۱]

در تأیید آنچه گفته شد، می‌توان به سخن یکی از حقوق‌دانان استناد کرد که امارهٔ قضایی را شامل نشانهٔ واحد و نشانه‌های متعدد شناخته است و در اطلاق و صدق امارهٔ قضایی فرقی بین واحد یا متعدد بودن نشانه قائل نشده است.[۲]

۱.۳. نقش حصول علم و اطمینان در تحقق امارهٔ قضایی

یکی از نویسندگان حقوقی، حصول علم یا اطمینان را شرط تحقق امارهٔ قضایی شناخته و مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م. را از این نظر که از آن فهمیده می‌شود که ممکن است علم یا اطمینان از امارهٔ قضایی حاصل نشود، مورد انتقاد قرار داده است.[۳]

از برخی بیانات یکی از حقوق‌دانان که در تبیین امارهٔ قضایی بر لزوم حصول اطمینان، علم عادی و نتیجهٔ یقینی تأکید کرده است، فهمیده می‌شود حصول این موارد را از عناصر امارهٔ قضایی شناخته است.[۴] باوجوداین، از بیانات دیگر ایشان، خلاف این مطلب به ذهن می‌رسد و چنین برمی‌آید که قوی و موجه بودن و حصول قطع را نه عنصر مؤثر در تحقق، بلکه شرط اعتبار امارهٔ قضایی دانسته است.[۵]

---

[۱]. به‌طور مثال در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۱۲۷۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ شعبه ۱۸۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران صرف داشتن وکیل، به‌عنوان اماره بر تمکن مالی فرد، پذیرفته شده و به استناد آن حکم به رد اعسار خواهان، صادر شده است. همچنین در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۱۴۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۴ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، سفید امضا بودن مبایعه‌نامه به‌عنوان اماره بر اعطای وکالت در تنظیم متن سند، پذیرفته شده است (ر.ک. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱***، پیشین، صص ۹، ۶۸ و ۶۹).

[۲]. شمس، عبدالله، ***ادله اثبات دعوا***، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰، ص ۲۲۵.

[۳]. مهاجری، علی، ***شرح قانون آیین دادرسی مدنی***، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۰۴.

[۴]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دانشنامه حقوقی***، جلد ۱، پیشین، صص ۶۶۴ و ۶۶۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی***، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۲۷۶.

[۵]. همان، صص ۲۸۰ و ۲۸۱؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲، ص ۷۸.

در مقابل، برخی حصول علم را شرط اعتبار امارهٔ قضایی و امکان صدور رأی براساس آن اعلام کرده‌اند.[۱] باوجوداین، یکی از نویسندگان اماره قضایی را دلیل ظنی معرفی کرده[۲] و یکی از حقوق‌دانان اعلام کرده است که قاضی هیچ‌وقت از امارهٔ قضایی به یقین نمی‌رسد.[۳] نویسندهٔ دیگری ضمن اینکه حصول علم را از امارهٔ قضایی ممکن شناخته، اعلام کرده است در چنین صورتی عنوان اماره صادق نیست و علم قاضی به‌عنوان یک دلیل مستقل مورد توجه قرار می‌گیرد.[۴] در برخی از تعابیر هم گفته شده است، اماره نوعاً علم‌آور نیست، ولی دلیل علمی محسوب می‌شود.[۵]

همان‌طورکه ملاحظه می‌شود، درخصوص امکان حصول علم یا اطمینان از امارهٔ قضایی و نقش این مطلب در تحقق امارهٔ قضایی، نظرها و دیدگاه‌های متنوع و مختلفی وجود دارد. درخصوص امکان حصول علم یا اطمینان از امارهٔ قضایی، به‌نظر می‌رسد حق با کسانی است که چنین مطلبی را ممکن می‌دانند و نظری که اماره را صرفاً دلیل ظنی می‌داند که هیچ‌وقت قاضی را به یقین نمی‌رساند، قابل قبول نیست؛ زیرا نه‌فقط امکان حصول علم یا اطمینان، در قانون (مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م.) به‌صراحت اعلام شده است، در عمل نیز با در نظر گرفتن آنچه پیش از این درخصوص گستردگی شمول امارهٔ قضایی بر مصادیق گفته شد، به‌خوبی نمایان است که در مواردی که امارات بسیار زیاد و قوی جمع شوند، می‌توانند قاضی را به یقین برسانند و سبب احراز قطعی موضوع در نظر قاضی شوند و این یک واقعیت غیرقابل انکار است.

از طرف دیگر، با دقت در مواد قانونی مربوط به امارهٔ قضایی می‌توان گفت: حصول علم یا اطمینان را نمی‌توان از عناصر تحقق امارهٔ قضایی دانست، بلکه این مطلب در ارزش‌گذاری و اعتبار اماره و تأثیر آن در اثبات موضوع دعوا نقش دارد. دلیل این مطلب این است که در مواد قانونی مربوط به امارهٔ قضایی (مواد ۲۵۵ ق.آ.د.م. و ۱۳۲۴ ق.م.) حالت‌هایی از امارهٔ قضایی مقرر شده است که موجب علم یا اطمینان قاضی نمی‌شود، بلکه در تکمیل ادلهٔ دیگر نقش دارد.[۶] علاوه‌بر اینکه اگر حصول علم یا اطمینان را شرط اعتبار امارهٔ قضایی بدانیم، در این دلیل نیز مانند سایر ادله، لازم است از خلط شرایط اعتبار و عناصر تحقق، خودداری شود و شرایطی که صرفاً تعیین‌کنندهٔ ارزش و اعتبارند، از عناصر تشکیل‌دهندهٔ ماهیت محسوب نشوند.

به‌نظر می‌رسد آنچه در صدق امارهٔ قضایی نقش دارد، کمک به قاضی در رسیدن به واقعیت است. بنابراین، آنچه در هدایت قاضی به واقعیت موضوع دعوا نقش داشته باشد، امارهٔ قضایی است؛ حتی اگر این نقش، ضعیف و اندک باشد. اما اینکه

---

۱. امامی، سید حسن، ***حقوق مدنی***، جلد ۶، تهران: انتشارات ابوریحان، بی تا، ص ۲۲۱؛ مغنیه، محمد جواد، ***فقه الامام جعفر الصادق***، جلدهای ۵ و ۶ (دو جلد در یک مجلد)، قم: انتشارات قدس محمدی، بی تا، ص ۹۴.

۲. حمیتی واقف، احمد علی، ***ادله اثبات دعوا***، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، ***اثبات و دلیل اثبات***، پیشین، صص ۱۶۶ و ۱۷۶.

۴. دیانی، عبدالرسول، ***ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری***، تهران: انتشارات تدریس، ۱۳۸۶، ص ۲۷۲.

۵. سالارزایی، امیرحمزه و راضیه رعیتی حیدرآبادی، «ادله تقدم نوعی امارات قضایی بر امارات قانونی»، *مجله پژشکی قانونی ایران*، دوره ۲۴، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۷۴.

۶. به‌طور مثال شعبه ۴ دادگاه بخش تهران در پرونده ۳۲-۹۸۲ مورخ ۱۳۳۶/۱۲/۷ در کنار شهادت شهود به وجود قبض رسمی در ید خوانده نیز استناد کرده و در پرونده دیگر، در کنار سند مالکیت و اقرار خوانده، به استیفای خوانده از منافع ملک نیز استناد کرده است (ر.ک. کاتوزیان، ناصر، ***عدالت قضایی گزیده آراء***، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲، صص ۵۸ و ۱۰۱). همچنین در دادنامه‌های شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۳۷۰۰۰۵۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی تهران، شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۸ شعبه ۲۶۷ دادگاه عمومی خانواده تهران، شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۰۳۶ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۶ شعبه ۲۴۹ دادگاه عمومی خانواده تهران با وجود و در تکمیل گواهی شهود و سند ازدواج به اماره عدم حضور و عدم دفاع خوانده نیز استناد شده است (ر.ک. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) فروردین ۱۳۹۲***، پیشین، صص ۱، ۴ و ۵).

چنین امارهٔ قضایی دلیلی باشد که بتوان براساس آن رأی صادر کرد، مطلب دیگری است که به اعتبار و ارزش این دلیل در دادرسی برمی‌گردد و جدای از ماهیت دلیل است. به‌عبارت‌دیگر، همان‌طورکه در سایر ادله می‌توان حالت‌های معتبر و نامعتبر از ادله را تصور کرد و مسئلهٔ اعتبار امری جدای از ماهیت است، در امارهٔ قضایی نیز باید قائل به چنین تفکیکی شد و لازم است از خلط این دو مطلب اجتناب شود.

از عبارت مادهٔ ۱۳۲۱ ق.م. نیز نمی‌توان اتحاد ماهیت و اعتبار امارهٔ قضایی را برداشت کرد؛ زیرا منظور از «دلیل» در این ماده اعم است از دلیل معتبری که بتوان به استناد آن رأی صادر کرد و دلیلی که از چنین اعتبار و ارزش و قدرت اثباتی برخوردار نیست، اما می‌تواند به شکل تکمیل ادلهٔ دیگر در اثبات نقش داشته باشد. دلیل این مطلب این است که همان قانون در چند مادهٔ بعد (مادهٔ ۱۳۲۴) امارهٔ مکمل ادلهٔ دیگر را از مصادیق دلیل موضوع مادهٔ ۱۳۲۱ شناخته و معرفی کرده است.

مادهٔ ۷ قانون شهادت و امارات (مصوب ۱۳۰۸) که صدور حکم به استناد امارات را منوط به قوی و موجه بودن آن کرده، مؤید این مطلب است که قوی و موجه بودن، شرط اعتبار اماره است، ولی در ماهیت و تحقق آن نقشی ندارد و امارهٔ ضعیف و ناموجه هم در اماره بودن، فرقی با امارهٔ قوی و موجه ندارد و تفاوت آن دو در ارزش و اعتبار است.

به‌نظر می‌رسد آنچه سبب توجه برخی به نتیجهٔ حاصل در ذهن قاضی و قوت آن و تأثیر این عامل در تحقق امارهٔ قضایی شده، به کار بردن واژهٔ «اماره» و توجه به معنا و کاربرد این واژه در فقه و علم اصول بوده است؛ زیرا در علم اصول و فقه، اماره در مقابل «شک» و برای اموری به کار می‌رود که فرد را از حالت شک خارج و یکی از حالت‌های محتمل را در ذهن فرد تقویت می‌کند و موجب «ظن» فرد نسبت به آن حالت می‌شود. اماره در این معنا در مقابل «قطع» نیز است و امارات، فقط ادلهٔ ظنی را شامل می‌شود.

به‌نظر می‌رسد مقررات و بیانات قانون‌گذار درخصوص امارهٔ قضایی، اجازه نمی‌دهد واژهٔ «اماره» در این ترکیب را در معنای مصطلح در علم اصول و فقه بدانیم؛ زیرا از طرفی این واژه شامل مواردی که دلیل، قطعی باشد و علم قاضی را موجب شود، شناخته شده (مواد ۲۵۵ ق.آ.د.م. و ۲۱۱ ق. م. ا.) و از طرف دیگر تعابیر به‌کار برده شده در تعریف آن (مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م.) بسیار گسترده است و از برخی مواد قانونی (۱۳۲۴ ق.م. و ۲۵۵ ق.آ.د.م. و ۷ قانون شهادت و امارات) برمی‌آید که قرینهٔ ضعیف هم که ممکن است در تکمیل ادلهٔ دیگر نقش داشته باشد، به‌عنوان اماره قابل استناد است. در مجموع می‌توان گفت: در قوانین واژهٔ «اماره» هم‌معنا و مترادف با واژهٔ «قرینه» به کار رفته است. در تأیید این مطلب می‌توان به موادی از قوانین (ازجمله: ۱۲۹۸ ق.م.، ۲۰۹ و ۲۱۰ ق.آ.د.م.، ۲۱۱ ق.م.ا.) استناد کرد که در آن واژهٔ «قرینه» در کنار یا به‌جای واژهٔ «اماره» به کار رفته است. بیان برخی از نویسندگان– همان‌طورکه پیش از این گذشت– نیز که در تعریف «اماره»، واژهٔ «قرینه» را به کار برده و «امارات» را معادل «قرائن» معرفی کرده‌اند، مؤید این مطلب است.[1]

۱.۴. امارهٔ قضایی؛ پدیده یا نتیجه

برخی از حقوق‌دانان[2] تحت تأثیر حقوق خارجی، امارهٔ قضایی را نه خود قرینه‌ها و اوضاع و احوال، بلکه نتیجهٔ آن و اثری که بر ذهن قاضی می‌گذارند، معرفی کرده‌اند. به‌نظر می‌رسد این مطلب در حقوق ما قابل پذیرش نباشد؛ زیرا در مواد

---

[1]. در رویه قضایی نیز به‌وفور از واژه «قرینه» در بیان امارات قضایی استفاده شده است (ر.ک. کاتوزیان، ناصر، ***عدالت قضایی گزیده آراء***، پیشین، صص۳۲، ۴۹، ۵۸، ۸۸، ۱۰۶، ۱۶۱، ۱۷۱، ۱۷۵، ۱۹۳، ۱۹۵، ۲۲۸، ۲۳۸، ۲۵۴، ۲۵۸، ۲۹۷، ۳۳۳، ۳۴۵ و ۳۶۴).

[2]. کاتوزیان، ناصر، ***اثبات و دلیل اثبات***، پیشین، ص ۱۵۱؛ ناصری، فرج‌الله، پیشین، ص ۲۸۹.

قانونی (مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م. و ۲۵۵ ق.آ.د.م.) به‌صراحت، خود اوضاع و احوال و پدیده‌های واقعی و خارجی، به‌عنوان امارهٔ قضایی معرفی شده‌اند و نه نتایج آنها و اثری بر ذهن قاضی می‌گذارند که ممکن است به‌صورت حصول علم یا اطمینان یا صرف خروج از تردید و ورود به ظن و ترجیح احتمال باشد.

از نقشی که در مادهٔ ۱۳۲۱ ق.م. برای نظر قاضی شناخته شده است، نیز نمی‌توان استفاده‌ای در راستای تأیید دیدگاه مذکور داشت؛ زیرا قید یادشده در مادهٔ مذکور نمایانگر این است که تأثیر اوضاع و احوال و قرینه‌ها بر ذهن قاضی و خارج کردن او از حالت شک و تردید و راهنمایی او به‌سوی واقعیت مورد دعوا، شرط اطلاق عنوان اماره بر آن اوضاع و احوال است، نه اینکه اماره بر خود این تأثیر اطلاق شود. به‌عبارت‌دیگر، هدایت قاضی به واقعیت، شرط اماره محسوب شدن اوضاع و احوال است و اوضاع و احوالی که چنین نقش هدایتگری نداشته باشد، اماره محسوب نمی‌شود. علاوه‌بر اینکه بنا به‌صراحت مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م. اثر امارهٔ قضایی ممکن است حصول علم قاضی باشد و معلوم است که بر علم قاضی نمی‌توان اطلاق عنوان امارهٔ قضایی کرد. همچنان که تأثیر بر ذهن قاضی برای رساندن او به واقعیت موضوع دعوا، مخصوص امارهٔ قضایی نیست و در ادلهٔ دیگر نیز مطرح است، چون مبنای هدایتگری و کشف واقعیت در ادلهٔ دیگر نیز وجود دارد و هیچ دلیلی مبتنی‌بر تعبد محض نیست.

برخی نیز اعلام کرده‌اند، صرف ظن، منبع اماره قضایی نیست، بلکه بستر و زمینه استناد به آن است، یعنی در اثر قرائن و نشانه‌ها، ظن برای قاضی ایجاد می‌شود و قاضی با برقراری ارتباط بین نشانه‌ها، به اماره قضایی استناد می‌کند.[۱] این دیدگاه از این نظر که صرف ظن را اماره قضایی نمی‌داند، قابل توجه است، اما از این نظر که خود قرائن و نشانه‌ها را اماره نمی‌داند، قابل انتقاد است.

۲. موقعیت امارهٔ قضایی در ادلهٔ اثبات دعوا

پس از تحلیل عناصر تحقق امارهٔ قضایی، اکنون می‌توان به تبیین موقعیت آن در میان ادلهٔ اثبات دعوا پرداخت. برای شناخت هرچه بیشتر امارهٔ قضایی، لازم است رابطهٔ آن با سایر ادله از نظر ماهیت و وضعیت این دلیل در مقایسه با هریک از ادله دیگر از نظر اشتراک یا افتراق ماهیتی بررسی شود.

۲.۱. دلیل بودن امارهٔ قضایی

با توجه به آنچه در تشریح تعریف امارهٔ قضایی گفته شد، معلوم است که امارهٔ قضایی از ادلهٔ اثبات دعاوی است که می‌تواند واقعیت موضوع دعوا را بر قاضی نمایان کند و موجب صدور رأی براساس آن شود یا در اثبات موضوع دعوا مؤثر واقع شود. باوجوداین، این دلیل در مقایسه با ادلهٔ دیگر، دارای ویژگی‌هایی است که آن را از دیگر ادله متمایز می‌سازد. مهم‌ترین ویژگی این دلیل این است که برخلاف ادلهٔ دیگر، که امر واحد و یکسانی در همه نوع دعاوی قابلیت استناد دارد، امارهٔ قضایی دارای مصادیق بسیار زیاد و متنوع است که قابل احصا نیست و به حسب هر دعوا ممکن است از نظر مصداقی، متفاوت باشد و همهٔ این مصادیق تحت عنوان امارهٔ قضایی، قابل استناد است.

همان‌طورکه پیش از این گفته شد، قلمرو شمول عنوان این دلیل از نظر مصداقی چنان گسترده است که ادلهٔ دیگر را نیز دربرمی‌گیرد؛ به‌نحوی‌که در مواردی که شرایط قانونی آن ادلهٔ جمع نباشد، تحت عنوان امارهٔ قضایی می‌توان آن را مورد

---

[۱]. شاه‌حسینی، رضا، «بسترهای (منابع) اماره قضایی مرور دیدگاه استاد جعفری لنگرودی و رویه محاکم»، *فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی*، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۸، ص ۲۵۱.

توجه و ارزیابی قرار داد.

در تأیید این مطلب می‌توان به مادۀ ۱۳۱۴ از قانون مدنی و مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ از قانون مجازات اسلامی استناد کرد. در مادۀ ۱۳۱۴ ق.م. استماع شهادت اطفالی که به پانزده‌سالگی نرسیده‌اند، برای مزید اطلاع بلامانع اعلام شده است. حکم مقرر در این ماده را می‌توان بر مبنای مطلب موضوع بحث، یعنی امارۀ قضایی محسوب شدن سایر ادلۀ اثبات دعوا درصورت جمع نبودن شرایط آن، تحلیل و توجیه کرد و براین‌اساس درخصوص این ماده باید بر این باور بود که درصورت فقدان شرط اهلیت در شهود، چنین دلیلی نه به‌عنوان شهادت واجد شرایط، بلکه به‌عنوان یک امارۀ قضایی، می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. عبارت «مزید اطلاع» در این ماده نیز به امارۀ قضایی نظر دارد؛ زیرا همان‌طورکه پیش از این در تبیین تعریف امارۀ قضایی گفته شد، هر آنچه سبب اطلاع بیشتر قاضی درخصوص واقعیت موضوع دعوا شود و قاضی را در این زمینه و در این راستا یاری کند، امارۀ قضایی است، هرچند کمک آن اندک و نقش آن ضعیف باشد.

این مطلب در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) با روشنی بیشتری بیان شده است؛ زیرا در این قانون در مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ از دو نوع شهادت سخن به میان آمده است: یکی «شهادت شرعی که شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته است، اعم از آنکه مفید علم باشد یا نباشد» و دیگری «شهادتی که واجد شرایط شرعی نیست و تشخیص میزان تأثیر و ارزش آن در حدود اماره قضایی با دادگاه است». این تقسیم دوگانه به‌خوبی گویای این مطلب است که قانون‌گذار قانون مجازات اسلامی بین حالت‌های وجود و فقدان شرایط شهادت، قائل به تفکیک شده است و در حالت فقدان شرایط، استماع اظهارات گواه را به‌عنوان اماره قضایی مجاز می‌داند و آن را از مصادیق امارۀ قضایی می‌شناسد.

در مادۀ ۱۲۹۸ ق.م. هم که در عین اعلام سندیت نداشتن دفتر تاجر در مقابل غیرتاجر، آن را از قرائن و امارات معرفی کرده، مؤید این مطلب است؛ زیرا استناد تاجر به دفتر خویش برای اثبات ادعاهایش و اعتبار ویژۀ دفتر تاجر، آن‌گونه‌که در مادۀ ۱۲۹۷ ق.م. مقرر شده، مشروط است به تاجر بودن کسی است که تاجر در مقابل او به دفتر استناد می‌کند و درصورت فقدان چنین شرطی به‌موجب مادۀ ۱۲۹۸ ق.م. دفتر تاجر نه به‌عنوان دفتر تاجر و با اعتباری که در مادۀ ۱۲۹۷ ق.م. مقرر شده، بلکه به‌عنوان امارۀ قضایی قابل استناد است.

تفاوت دیگر امارۀ قضایی با سایر ادله در نقش آن در اثبات موضوع دعواست؛ به این بیان که برخلاف ادلۀ دیگر که با وجود شرایط قانونی سبب اثبات موضوع دعوا و صدور حکم براساس آن ادله می‌شوند، امارۀ قضایی دارای نقش‌های متنوعی در اثبات موضوع دعواست؛ به‌این‌ترتیب که اگر موجب علم یا اطمینان قاضی شود، می‌تواند به‌تنهایی سبب اثبات موضوع دعوا و مستند صدور رأی دادگاه شود؛ در غیر این صورت، صدور رأی به استناد آن ممکن نیست و صرفاً می‌تواند در تکمیل ادلۀ دیگر یا در ارزیابی سایر ادله مورد استفادۀ قاضی واقع شود (مستنبط از مواد ۲۵۵ ق.آ.د.م. و ۱۳۲۴ ق.م.). با وجود این تفاوت، نمی‌توان امارۀ قضایی را خارج از عداد ادلۀ اثبات دانست و تفاوت ذکرشده امری نیست که ماهیت دلیل بودن امارۀ قضایی را نفی کند. برای شناخت بیشتر امارۀ قضایی، مقایسه این دلیل با ادلۀ دیگر لازم است که در ادامه به این مقایسه پرداخته می‌شود.

۲.۲. رابطۀ امارۀ قضایی و علم قاضی

علم قاضی در مقایسه با ادلۀ دیگر از این ویژگی مهم و متمایز کننده برخوردار است که برخلاف ادلۀ دیگر که راه و طریق‌اند برای هدفی که اثبات است، علم قاضی هدف تحصیل‌شدۀ اثبات است و نه راه و طریق آن. ازاین‌رو اطلاق عنوان دلیل بر علم قاضی همراه با مسامحه است. با در نظر گرفتن این مطلب و با توجه به اینکه پیش از این، امارۀ قضایی را خود اوضاع و احوال

و قرائن شناختیم و نه اثری که در ذهن قاضی ایجاد می‌کند، امارهٔ قضایی در مقایسه با علم قاضی وضعیتی شبیه سایر ادله دارد؛ به این بیان که امارهٔ قضایی راهی برای رساندن قاضی به واقعیت موضوع دعواست؛ درحالی‌که در علم قاضی، قاضی به هدف که کشف واقعیت است، رسیده است و بر واقعیت موضوع دعوا اشراف و احاطه دارد.

علم قاضی هدف و نتیجه‌ای است که می‌تواند از هریک از ادلهٔ دیگر، ازجمله امارهٔ قضایی، حاصل شود. در این موارد، ماهیت آنچه مستند رأی دادگاه قرار می‌گیرد، محل بحث است و این پرسش مطرح است که دادگاه در این موارد باید علم قاضی را مستند رأی قرار دهد یا دلیلی که سبب حصول علم قاضی شده است؟

به‌نظر می‌رسد در این خصوص باید بین سایر ادله و امارهٔ قضایی تفکیک قائل شد؛ به این بیان که ادلهٔ دیگر، به‌ویژه اقرار، شهادت و سوگند، در فقه و حقوق با شرایطی معتبر شناخته شده است و اعتبار آنها مشروط به حاصل شدن علم قاضی از آنها نیست. بنابراین، در موارد وجود این ادله با شرایط آن، صرف‌نظر از اینکه قاضی به علم رسیده باشد یا نه، رأی پرونده براساس و با استناد به این ادله صادر می‌شود و علم قاضی در این موارد خصوصیت و اثری ندارد. اما در موارد جمع نبودن شرایط این ادله، همان‌طورکه پیش از این گفته شد، توجه به این ادله در این حالت، به‌عنوان مصادیقی از امارهٔ قضایی امکان‌پذیر است. وضعیت امارهٔ قضایی از نظر پرسش مطرح‌شده نیاز به تأمل دارد؛ زیرا درخصوص مشروط بودن یا نبودن امارهٔ قضایی به حاصل شدن علم قاضی از آن، وضعیت در قوانین مربوط، مشخص و روشن و هماهنگ نیست؛ چون با وجود قانون مدنی در این زمینه، از مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م. چنین برمی‌آید که امارهٔ قضایی درصورتی‌که سبب علم قاضی یا اطمینان او شود، می‌تواند مستند قاضی در صدور رأی شود. درعین‌حال از مواد قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، به‌ویژه تبصرهٔ مادهٔ ۲۱۱، چنین فهمیده می‌شود که گویا نقش امارهٔ قضایی در رساندن قاضی به علم است و درصورت حاصل شدن چنین هدفی، امارهٔ قضایی سبب اثبات موضوع دعوا می‌شود و مبنای رأی دادگاه قرار می‌گیرد. در چنین شرایطی، اماره و علم قاضی دو دلیل جدا و مستقل محسوب نمی‌شوند، بلکه یکی از این دو دلیل است و دیگری سبب یا شرط دلیل است؛ به این بیان که یا باید امارهٔ قضایی را دلیل و علم قاضی را شرط آن بدانیم یا علم قاضی را دلیل و امارهٔ قضایی را سبب آن بشناسیم. به‌نظر می‌رسد از تحول قانون‌گذاری درخصوص ادلهٔ اثبات دعوا، به‌ویژه از تفاوت بیان قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) فهمیده می‌شود که قانون‌گذار به‌تدریج به‌سمت اعطای اصالت بیشتر به علم قاضی و رسمیت بخشیدن به آن به‌عنوان یکی از ادلهٔ اثبات دعوا حرکت کرده و این مطلب با لحاظ جایگاه این دلیل در فقه بوده است.

این سخن نیز در همین راستاست که گفته شده است، اگر مجموعه‌ای از امارات و قرائن، قاضی را به علم و یقین برساند، در این صورت، علم قاضی، مرجع اصلی قضاوت خواهد بود.[۱]

درخصوص رابطه علم قاضی و امارات قضایی، همچنین گفته شده است، علم قاضی در اصل، صدور حکم براساس علم شخصی قاضی است که به امارات قضایی مستند باشد و صدور حکم براساس علم حاصل از امارات قضایی بهتر است تا نادیده گرفتن این علم و صدور حکم براساس سایر ادله اثبات.[۲]

آنچه در تحلیل رابطهٔ امارهٔ قضایی و علم قاضی گفته شد، براین‌اساس بود که امارهٔ قضایی را خود اوضاع و احوال بدانیم، نه اثری که اوضاع و احوال در ذهن قاضی ایجاد می‌کند. اما اگر امارهٔ قضایی را چنین اثری بدانیم– همان‌طورکه برخی بر این باورند و پیش از این، نظر آنها نقل شد– در جایی‌که این اثر° علم باشد، امارهٔ قضایی و علم قاضی با هم منطبق

---

۱. ستوده، حمید و علی سعیدی، پیشین، ص ۱۴۰.

۲. خواجه وند، مظاهر و محمد مهدی احمدی، «بررسی جایگاه اماره قضایی ابزارهای نوین در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه نظارت و بازرسی ناجا*، دوره ۱۴، شماره ۵۹، ۱۳۹۹، ص ۸۹.

می‌شود و هر دو عنوان در مصداق واحد به نحو تداخل، صادق هستند.

۲.۳. رابطهٔ امارهٔ قضایی و سایر ادله

در تبیین رابطهٔ امارهٔ قضایی و ادلهٔ دیگر که در قانون مدنی مقرر شده‌اند (شهادت، اقرار، اسناد و سوگند)، همان‌طورکه پیش از این گفته شد، باید به تعریف امارهٔ قضایی در قانون مدنی (مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴) توجه شود و این تعریف چنان گسترده است که می‌تواند ادلهٔ دیگر مانند شهادت، اقرار، اسناد و سوگند را نیز دربرگیرد. باوجوداین، لازم است ادلهٔ مذکور را خارج از تعریف امارهٔ قضایی در مواد یادشده بدانیم؛ زیرا وقتی قانون‌گذار با وجود شناسایی آن ادله در قانون به‌عنوان مواردی که تحت عنوان خاص و با شرایط ویژه سبب اثبات موضوع دعوا می‌شوند، امارهٔ قضایی را نیز به‌عنوان دلیلی دیگر در کنار آن ادله مقرر می‌کند، معلوم است آن ادله را مشمول تعریف امارهٔ قضایی نمی‌داند. بنابراین عبارت قانون‌گذار در مواد یادشده، اگرچه به گونه‌ای است که می‌تواند ادلهٔ دیگر را دربرگیرد، منصرف از آن ادله است.

علاوه‌بر اینکه از قید «نظر قاضی» در تعریف امارهٔ قضایی در مواد مذکور می‌توان به این منظور استفاده کرد؛ به‌این‌ترتیب که قانون‌گذار آنچه در قانون به‌عنوان دلیل معرفی نشده است، بلکه صرفاً از نظر قاضی دلالت بر موضوع دعوا می‌نماید، امارهٔ قضایی شناخته است؛ درحالی‌که ادلهٔ دیگر در قانون به‌عنوان دلیل معرفی شده‌اند.

همین عامل سبب تمایز امارهٔ قضایی از امارهٔ قانونی است؛ با این ویژگی که برخلاف اقرار، شهادت، سند و سوگند که عناوینی با تعریف شناخته‌شده‌اند و مصداق آن در هر دعوایی ممکن است موجود باشد یا محقق شود و در قانون به‌طور کلی به‌عنوان دلیل اثبات دعوا اعلام شده‌اند، امارهٔ قانونی، اوضاع و احوال خاصی است که در دعاوی ویژه‌ای ممکن است موجود باشد و در قانون به‌عنوان دلیل اثبات در چنین دعاوی‌ای معرفی شده است. بر مبنای نقش قاضی در اماره قضایی است که گفته شده است، اعتبار اماره قضایی بر اساس ظن شخصی و ملاحظات و تعقل قاضی است و به همین جهت، ارزش آن در مقایسه با اماره قانونی از نظر قاضی بیشتر است.[۱]

براین‌اساس، اینکه برخی[۲] از بعضی از مواد قانونی چنین استنباط کرده‌اند که قانونگذار اقرار را نوعی اماره دانسته است، قابل انتقاد است.

با وجود آنچه گفته شد، با توجه به اینکه شهادت، اقرار، سند و سوگند در قانون با وجود شرایط خاص، دلیل به شمار می‌آید و سبب اثبات موضوع دعوا می‌شوند، در موارد جمع نبودن شرایط، درصورتی‌که قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا راهنمایی و دلالت کنند، تعریف امارهٔ قضایی شامل آنها می‌شود و به‌عنوان امارهٔ قضایی مورد توجه و بررسی قاضی قرار می‌گیرند.

درخصوص رابطهٔ امارهٔ قضایی و معاینه و تحقیق محلی، مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م. که به‌صراحت نتایج حاصل از تحقیق و معاینهٔ محل را از امارات قضایی اعلام کرده، جای بحثی باقی نگذاشته است در اینکه تحقیق و معاینهٔ محل از مصادیق امارهٔ قضایی محسوب می‌شوند و ماهیت مستقل و جدا از امارهٔ قضایی ندارند. باوجوداین، در مواردی که در اجرای تحقیق محلی، گواهان واجد شرایط به تعداد لازم ادای گواهی کنند و شهادت آنها واجد تمام شرایط شرعی و قانونی باشد یا اطلاعات اهل محل به‌نحوی‌که مشمول عنوان «استفاضه» شود، دریافت می‌شود، در این موارد نمی‌توان آنچه حاصل شده

---

[۱]. سالارزایی، امیرحمزه و راضیه رعیتی حیدرآبادی، پیشین، ص ۷۵.

[۲]. شاملو، باقر و مهدی نیکجو، «تعارض اقرار با امارات قضایی در آرای فقها و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۵۴، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۴۱۷ و ۴۱۸.

است، مشمول مادهٔ ۲۵۵ ق.آ.د.م و امارهٔ قضایی شناخت، بلکه باید آن را تحت عناوین شهادت و استفاضه مورد توجه قرار داد و لازم است اثری که در شرع و قانون برای این دلایل مقرر شده است، مترتب شود.

درخصوص کارشناسی، معروف است و در اذهان جا گرفته که نظر کارشناس را امارهٔ قضایی می‌دانند. باوجوداین، با دقت در مقررات مربوط به کارشناسی می‌توان گفت این تلقی دربارهٔ کارشناسی با بیان قانون‌گذار در مادهٔ ۲۶۵ ق.آ.د.م. سازگار نیست؛ زیرا در این ماده اعلام شده است: «درصورتی‌که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد». از این ماده فهمیده می‌شود درصورتی‌که کارشناس و نظر او واجد شرایط قانونی باشد، قاضی مکلف به صدور رأی بر اساس نظر کارشناس است و فقط درصورتی می‌تواند از صدور رأی براساس نظر کارشناس خودداری کند که آن را مخالف با اوضاع و احوال محقق و معلوم موضوع کارشناسی بشناسد. براین‌اساس، آنچه درخصوص کارشناسی مهم است، احراز وجود شرایط کارشناس و نظر او و عدم مخالفت آن با اوضاع معلوم مورد کارشناسی است و برای ترتیب اثر دادن به نظر کارشناس لازم نیست مطابقت آن با واقعیت موضوع کارشناسی نزد قاضی محرز شود. این مطلب با امارهٔ قضایی بودن نظر کارشناس سازگار نیست، بلکه آن را در ردیف سایر ادله قرار می‌دهد؛ زیرا در ادلهٔ دیگر مانند اقرار و شهادت نیز این‌گونه است که با احراز شرایط آن ادله، قاضی مکلف به صدور رأی براساس آن است، مگر آنکه علم به مخالفت آن با واقع داشته باشد (مواد ۱۲۷۶ و ۱۳۱۹ ق.م.).

با وجود آنچه گفته شد، قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در تبصرهٔ مادهٔ ۲۱۱ به‌گونه‌ای سخن گفته است که از آن امارهٔ قضایی محسوب شدن نظر کارشناس و مشروط بودن اعتبار و اثر آن به علم‌آور بودن آن استنباط می‌شود. این موضع قانون‌گذار قانون مجازات اسلامی، نه فقط با بیان قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی (مادهٔ ۲۶۵) هماهنگ نیست، بلکه با آنچه از بیانات فقها درخصوص اعتبار نظر اهل خبره فهمیده می‌شود، نیز سازگار نیست؛ زیرا در فقه، بیشتر فقها از اعتبار نظر اهل خبره سخن به میان آورده‌اند، بدون اینکه از لزوم حصول علم یا اطمینان از آن حرفی بزنند و فقط بعضی از ایشان، اعتبار نظر اهل خبره را مشروط به حصول وثوق و اطمینان اعلام کرده‌اند.[1]

نتیجه‌گیری

از آنچه در این مقاله گفته شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تعریف امارهٔ قضایی در قانون مدنی از چنان گستردگی برخوردار است که هر آنچه قاضی را در رسیدن به واقعیت موضوع دعوا راهنمایی و هدایت کند و در قانون با عنوان دیگری به‌عنوان دلیل شناخته نشده باشد، دربرمی‌گیرد. بنابراین، امارهٔ قضایی یکی از ادلهٔ اثبات دعواست که در مقایسه با ادلهٔ دیگر، مصادیق بسیار متنوع را دربرمی‌گیرد و به تناسب این تنوع مصادیق و تأثیری که در ذهن قاضی ایجاد می‌کند، کاربردهای مختلف در دعاوی به شکل اثبات موضوع یا تکمیل ادلهٔ دیگر دارد. با وجود تمایز این دلیل از شهادت، اقرار، سوگند و کارشناسی، این دلیل مواردی از مصادیق ادلهٔ یادشده را که به‌خاطر جمع نبودن شرایط، تحت آن عناوین قابل استناد نیست، شامل می‌شود. در مقایسه با علم قاضی، وضعیت امارهٔ قضایی، وضعیت ادلهٔ دیگر است که ممکن است موجب علم شود. در چنین مواردی، آنچه محقق شده از نظر وسیله و سبب، امارهٔ قضایی و از نظر نتیجه و هدف، علم قاضی است و هر دو عنوان، قابل استنادند. معاینهٔ محل و تحقیق محلی، ماهیتی جدای از امارهٔ قضایی ندارند، بلکه از مصادیق شاخص آن هستند، مگر اینکه بتوان در تحقیق محلی به گواهی واجد شرایط یا استفاضه دست یافت.

---

[1]. برای دیدن بیانات فقها در این زمینه ر. ک. حسن زاده، مهدی، ***بررسی فقهی حقوقی کارشناسی و ارزش اثباتی آن***، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۸، صص ۱۴ به بعد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اجتهادی، عباس و دیگران، ***گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی***، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴.

۲. امامی، سید حسن، ***حقوق مدنی***، جلد ۶، تهران: انتشارات ابوریحان، بی‌تا.

۳. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

۴. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) فروردین ۱۳۹۲***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۳۹۳.

۵. پژوهشگاه قوه قضائیه، ***مجموعه آرای قضایی شعب دیوانعالی کشور (حقوقی) زمستان ۱۳۹۱***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دانشنامه حقوقی***، جلدهای ۱ و ۵، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی***، جلد۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.

۹. حسن‌زاده، مهدی، ***بررسی فقهی حقوقی کارشناسی و ارزش اثباتی آن***، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۸.

۱۰. حمیتی واقف، احمد علی، ***ادله اثبات دعوا***، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۸۷.

۱۱. دیانی، عبدالرسول، ***ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری***، تهران: انتشارات تدریس، ۱۳۸۶.

۱۲. شمس، عبدالله، ***ادله اثبات دعوا***، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰.

۱۳. شیخ‌نیا، امیرحسین، ***ادله اثبات دعوی***، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.

۱۴. صدرزاده افشار، سیدمحسن، ***ادله اثبات دعوی در حقوق ایران***، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵.

۱۵. عظیمی، محمد، ***ادله اثبات دعوی***، بی‌جا، مؤسسه انتشارات هاد، ۱۳۶۹.

۱۶. کاتوزیان، ناصر، ***اثبات و دلیل اثبات***، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.

۱۷. کاتوزیان، ناصر، ***عدالت قضایی گزیده آراء***، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.

۱۸. مهاجری، علی، ***شرح قانون آیین دادرسی مدنی***، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.

۱۹. ناصری، فرج الله، ***امارات در حقوق مدنی ایران***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

مقاله

۲۰. تدین، عباس، «محکومیت با استناد به فیلم به‌عنوان دلیل اثباتی»، *دوفصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری)*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۲۳-۲۵.

۲۱. خواجه‌وند، مظاهر و محمدمهدی احمدی، «بررسی جایگاه اماره قضایی ابزارهای نوین در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه نظارت و بازرسی ناجا*، دوره ۱۴، شماره ۵۴، ۱۳۹۹، صص ۱۰۶-۸۵. https://doi.org/10.22034/si.2021.95531

۲۲. سالارزایی، امیر حمزه و راضیه رعیتی حیدرآبادی، «ادله تقدم نوعی امارات قضایی بر امارات قانونی»، *مجله پژشکی قانونی ایران*، دوره ۲۴، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۷۰-۸۰.

۲۳. ستوده، حمید و علی سعیدی، «حجیت امارات قضایی بر مبنای علم قاضی»، *فصلنامه فقه*، دوره ۲۰، شماره ۷۵، ۱۳۹۲، صص ۱۷۴-۱۳۶.

۲۴. شاملو، باقر و مهدی نیکجو، «تعارض اقرار با امارات قضایی در آرای فقها و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۵۴، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص۴۰۳-۴۲۱. https://doi.org/10.22059/jjfil.2022.331321.669237

۲۵. شاه حسینی، رضا، «بسترهای (منابع) اماره قضایی مرور دیدگاه استاد جعفری لنگرودی و رویه محاکم»، *فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی*، شماره ۵، ۱۳۹۸، صص ۲۵۰-۲۷۳.

عربی

۲۶. مغنیه، محمد جواد، ***فقه‌الامام جعفر الصادق***، جلدهای ۵ و ۶ (دو جلد در یک مجلد)، قم: انتشارات قدس محمدی، بی‌تا.

References

Books

1. Azimi, Mohammad, *Evidence*, n.p.: Had Publishing Institute, 1990. (in Persian)
2. Dayani, Abdolrasoul, *Evidence in Civil and Criminal Litigation*, Tehran: Tadris Publications, 2007. (in Persian)
3. Ejtehadi, Abbas, et al. *Selected Judgments of Civil Courts*, Tehran: Mizan Publishing, 1995. (in Persian)
4. Emami, Seyyed Hassan, *Civil Law*, Vol. 6, Tehran: Aboureihan Publications, n.d. (in Persian)
5. Hamyati Vaghef, Ahmad Ali, *Evidence*, Tehran: Lawyer Publications, 2008. (in Persian)
6. Hasanzadeh, Mahdi, *Jurisprudential and Legal Analysis of Expertise and Its Evidentiary Value*, Qom: University of Qom Press, 2009, (in Persian)
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Encyclopedia of Islamic Judicial Sciences*, Vol. 1, Tehran: Ganj-e Danesh, 2002. (in Persian)
8. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Legal Encyclopedia*, Vols. 1 and 5, Tehran: Amirkabir Publications, 1996. (in Persian)
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e Danesh Library, 1993. (in Persian)
10. Judiciary Research Institute, *Collection of Judicial Decisions: Tehran Province Courts of Appeal (Civil Matters) – December 2012 and January 2013*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2nd ed, 2014. (in Persian)
11. Judiciary Research Institute, *Collection of Judicial Decisions: Tehran Province Courts of Appeal (Civil Matters) – March and April 2013*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 1st ed, 2014. (in Persian)
12. Judiciary Research Institute, *Collection of Judicial Decisions: Branches of the Supreme Court (Civil Matters) – Winter 2013*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, 2nd ed, 2014. (in Persian)
13. Katouzian, Nasser, *Judicial Justice: Selected Judgments*, Tehran: Mizan Publishing, 2003. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser, *Proof and Evidence*, Vol. 2, Tehran: Mizan Publishing, 2006. (in Persian)
15. Mohajeri, Ali, *Commentary on the Civil Procedure Code*, Vol. 2, Tehran: Ganj-e Danesh, 2001. (in Persian)
16. Moghniyeh, Mohammad Javad, *Jurisprudence of Imam Ja'far al-Sadiq*, Vols. 5 and 6 (two volumes in one), Qom: Qods-e Mohammadi Publications, n.d. (in Arabic)
17. Naseri, Farajollah, *Presumptions in Iranian Civil Law*, n.p.: n.pub., n.d. (in Persian)
18. Sadrzadeh Afshar, Seyyed Mohsen, *Evidence in Litigation under Iranian Law*, Tehran: University Publishing Center, 2006. (in Persian)
19. Shams, Abdollah, *Evidence*, Tehran: Derak Publications, 2011. (in Persian)
20. Sheikh-Nia, Amir-Hossein, *Evidence*, Tehran: Enteshar Joint-Stock Company, 1996. (in Persian)

Articles

21. Khajeh-Vand, Mazaher, and Mohammad Mahdi Ahmadi, "Examining the Status of Judicial Presumptions Derived from Modern Tools in Iranian Criminal Law", *NAJA Supervision and Inspection Quarterly*, Vol. 14, Issue 54, 2021, pp. 85–106. https://doi.org/10.22034/si.2021.95531. (in Persian)
22. Salarzaei, Amir Hamzeh, and Razieh Ra'iyati Heydarabadi, "Arguments for the Priority of Judicial Presumptions over Statutory Presumptions", *Iranian Journal of Forensic Medicine*, Vol. 24, Issue 1, 2018, pp. 7۰–80. (in Persian)
23. Shah-Hosseini, Reza, "The Grounds (Sources) of Judicial Presumption: A Review of Professor Jafari Langroudi's Views and Court Practice", *Specialized Quarterly Journal of Legal Encyclopedias*, Issue 5, 2020, pp. 250–273. (in Persian)
24. Shamlou, Bagher, and Mahdi Nikjou, "Conflict Between Confession and Judicial Presumptions in the Opinions of Jurists and Iranian Criminal Law", *Jurisprudence and Principles of Islamic Law Quarterly*, Vol. 54, Issue 2, 2021, pp. 403–421. https://doi.org/10.22059/jjfil.2022.331321.669237 (in Persian)
25. Sotoudeh, Hamid, and Ali Saeidi, "The Evidentiary Value of Judicial Presumptions Based on the Judge's Knowledge", *Quarterly Journal of Jurisprudence*, Vol. 20, Issue 75, 2013, pp. 136–174 (in Persian).
26. Tadayon, Abbas, "Conviction Based on Video Footage as Evidentiary Proof", *Bi-Quarterly Journal of Judicial Precedents (Criminal Law)***,** Vol. 1, Issue 1, 2016, pp. 23-25. (in Persian)

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 51-68 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Economic Analysis of Physician's No-Liability Rule

Abbas Ghasemi Hamed [1], Mojtaba Ghasemi[2], Seyyed Alireza Shokuhyan[3]

Highlights

- Adopting a physician's no-liability rule based on the benevolent and non-commercial nature of their act is not economically optimal, considering the twin criteria of 'care level' and 'activity level'.
- The no-liability rule maintains physicians' activity level above, and their care level below, the optimal threshold, thereby burdening the patient with self-protection challenges.
- This rule is justifiable under three circumstances: when the patient is the cheapest-cost avoider; when judicial standards rise; and when the cost of litigation exceeds the physician's immunity.

ABSTRACT

Introduction

Civil liability of physicians has undergone fundamental transformations throughout legal history. In ancient eras and the early developmental stages of medical law, the medical profession was perceived as a sacred, non-commercial, benevolent endeavor anchored in a moral bond between the healer and the patient—a perception that led to the establishment and entrenchment of the "No-Liability Rule." Under this traditional doctrine, even in cases where physical injury or wrongful death was inflicted upon the patient during medical treatment, the physician was granted complete immunity from compensatory liability. From a Law and Economics perspective, this arrangement effectively represents an inverse application of the "Strict Liability Rule" imposed upon the victim; a regime which all accident costs and financial burdens of the harm are borne entirely by the patient. With the rapid advancement of modern biotechnology, the commercialization of healthcare delivery structures across numerous sectors, and evolving societal attitudes toward medical care, this traditional stance gradually gave way to liability regimes predicated on physician responsibility (such as fault-based liability or the presumption of fault). The central inquiry of this research is to evaluate the economic efficiency of this legal transition—specifically, whether the historical trajectory of legal systems moving from the physician's no-liability rule toward the recognition of civil liability aligns with the criteria of economic efficiency and the minimization of total accident costs. Furthermore, this study aims to delineate the specific circumstances wherein the application of the no-liability rule retains economic justification, demonstrating cases where exempting physicians from liability remains optimal under cost-benefit analysis.

How to Cite: Ghasemi Hamed, Abbas, Ghasemi, Mojtaba, Shokuhyan, Seyyed Alireza, "Economic Analysis of Physician's No-Liability Rule", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 51-68.

DOI: https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226225.2120 Received: 26/02/2022-Accepted: 11/07/2023

1. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
3. Ph.D, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: shokuhyan_sbu@yahoo.com

Copyright: © 2026 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 methodology rooted in the Law and Economics paradigm, with a particular focus on the standard economic theory of tort liability developed by Steven Shavell, William Landes, and Richard Posner. The analytical framework relies on the fundamental distinction between two primary variables in accident prevention: "care level" and "activity level." Given that patients typically cannot exercise technical intervention during surgical procedures or clinical interventions, medical treatment accidents are modeled predominantly as "unilateral accidents"—scenarios in which only the physician is capable of taking precautionary measures. Concurrently, the "activity level" of both parties (e.g., unnecessary medical visits by patients versus the volume of patient admissions and surgical interventions by physicians) is evaluated within the standard social cost minimization function of accidents. Moreover, this study draws upon core microeconomic benchmarks, including the "Cheapest Cost-Avoider" criterion, the trade-off between primary costs (precaution and accident costs) and tertiary/administrative costs (litigation and enforcement expenditures), and the utility of the doctrine of "Prospective Overruling" in mitigating institutional friction arising from sudden judicial shifts in standard-of-care thresholds.

Results and Discussions
The analytical findings of this study demonstrate that the historical transition from the no-liability regime toward physician liability is fully consistent with economic efficiency and social welfare maximization. Behavioral incentive analysis reveals that applying a blanket no-liability rule to medical services generates two severely adverse and inefficient economic consequences: First, in the absence of civil liability, the physician faces no financial incentive or deterrent mechanism to invest in elevating their "care level." Consequently, the care level exercised by physicians plummets to zero or negligible margins, falling substantially below the "socially optimal level." Conversely, because the social costs of high-risk procedures are not internalized, the "activity level" of physicians expands beyond optimal equilibrium, imposing unwarranted external risks on society. Second, while a no-liability rule incentivizes patients to exercise extreme caution and meticulously select their healthcare providers, patient precaution in highly specialized medical procedures is either rendered wholly ineffective due to severe asymmetric information, or the costs incurred by patients to verify a physician's true expertise far exceed the cost of precautionary measures undertaken by medical practitioners themselves. Therefore, the physician is unequivocally the "cheapest cost-avoider," and imposing liability on the provider is imperative to align private incentives with social care optimization. Nevertheless, specific findings indicate that despite its general inefficiency, the no-liability rule is economically justified in three exceptional circumstances: Instances where the patient is the cheapest cost-avoider: In scenarios where the cause or exacerbation of injury stems from the patient concealing medical history, non-adherence to prescribed pharmacological regimens, or failure to comply with postoperative care instructions, applying the no-liability rule properly shifts accident costs onto the patient, thereby activating optimal self-precaution incentives. Judicial transition and ambiguity in precautionary standards: When the judiciary intends to abruptly elevate the standard of care expected of medical practitioners, imposing retrospective liability on conduct that complied with the prevailing customary standards of its time is economically inefficient. Here, temporarily invoking the no-liability rule through the doctrine of prospective overruling shields the healthcare infrastructure from structural shocks, averts the proliferation of wasteful "defensive medicine," and prevents an excessive contraction in the supply of critical healthcare services. Disproportionate administrative and litigation costs relative to social benefits: In minor, technically intricate medical malpractice disputes where the collective costs of expert testimony, negligence substantiation, and judicial proceedings outweigh the underlying economic harm, applying the no-liability rule proves more cost-effective due to the elimination of prohibitive administrative costs.

Conclusion
Ultimately, this article establishes that the "No-Liability Rule" cannot be sustained as a universal, default regime in medical law; from the standpoint of optimal resource allocation and social accident cost minimization, it is fundamentally inefficient and induces a precipitous decline in standard medical care. However, the targeted, exceptional invocation of this rule—specifically when the patient acts as the cheapest cost-avoider, during transitional phases of judicial standard refinement, and in low-stake claims burdened by disproportionate litigation costs—remains entirely congruent with economic efficiency. Consequently, legal policymakers must eschew rigid, binary frameworks by establishing fault-based liability as the general rule, while circumscribing the scope of no-liability defenses strictly to economically substantiated exceptions involving sole patient fault or high-cost patient contributory negligence.

Keywords: Economic Analysis, No-liability Rule, Physician's Civil Liability, The Cheapest Cost-avoider.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت پزشک

عباس قاسمی‌حامد[۱]، مجتبی قاسمی[۲]، سیدعلیرضا شکوهیان[۳]

نکات برجسته

- پذیرش عدم مسئولیت پزشک مبتنی بر خیرخواهانه و غیرتجاری بودن عمل وی، با در نظر گرفتن دو معیار «سطح احتیاط» و «سطح فعالیت»، از منظر تحلیل اقتصادی، بهینه نخواهد بود.
- قاعده عدم مسئولیت پزشک، سطح فعالیت پزشکان را بالاتر و سطح احتیاط آنها را پایین‌تر از حدّ بهینه حفظ می‌کند و می‌تواند بیمار را با چالش تلاش برای حفاظت از خود مواجه سازد.
- این قاعده در سه موقعیت قابل اعمال است: وقتی بیمار کم‌هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان است؛ وقتی استانداردهای قضایی ارتقاء می‌یابند و وقتی هزینه رسیدگی قضایی، بیش از معافیت پزشک است.

چکیده

به‌موجب قاعده عدم مسئولیت، پزشک از جبران زیان‌های وارده به بیماران، مصون خواهد بود. این قاعده، به‌جهت مقدس و غیرتجاری بودن حرفه پزشکی و وجود برخی باورهای خاص، برای سالیان متمادی قاعده عمومی در این حوزه بوده است. با گذشت زمان و تغییر رویکرد جامعه به این فعالیت‌ها، به‌تدریج مسئولیت پزشکان مورد شناسایی قرار گرفته و روزبه‌روز توسعه یافته است. تحلیل اقتصادی این قاعده و پژوهش صورت‌گرفته در این مقاله به روش کتابخانه‌ای، تحلیلی و توصیفی نیز نشان می‌دهد که تغییر رویکرد جامعه و نظام حقوقی، منطبق بر کارایی اقتصادی بوده است. استفاده از قاعده عدم مسئولیت در حوزه پزشکی، عموماً دو اثر بسیار مهم دارد. از یک سو، سطح فعالیت پزشکان بالاتر از سطح بهینه و سطح احتیاطی آنها بسیار پایین‌تر از سطح بهینه قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، احتیاط‌های بیماران یا تأثیری در ورود زیان ندارد یا اینکه آنها باید با هزینه بسیار بیشتری نسبت به پزشکان از بروز حادثه جلوگیری کنند. بنابراین، این قاعده به‌عنوان یک قاعده عمومی نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. با وجود این، این قاعده می‌تواند در شرایط خاصی کارا باشد: نخست، موقعیتی که در آن، بیمار، تنها یا «کم‌هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان» است. دوم، موقعیتی که نظام قضایی، با در نظر گرفتن توسعه دانش پزشکی در گذر زمان، قصد دارد تا استانداردهای احتیاطی پزشکان را (نه در آن پرونده، بلکه در پرونده‌های آتی) ارتقا دهد. سوم، موقعیتی که هزینه‌های اجرایی رسیدگی به قصور پزشک، از منافع حاصل از آن بیشتر است.

کلید واژگان: تحلیل اقتصادی، قاعده عدم مسئولیت، مسئولیت مدنی پزشک، کم‌هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان.

استناد به این مقاله: قاسمی‌حامد، عباس، قاسمی، مجتبی، شکوهیان، سیدعلیرضا، «تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت پزشک»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۵۱-۶۸.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰ DOI: https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226225.2120

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۳. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: shokuhyan_sbu@yahoo.com

Copyright: © 2026 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

اقتصاددانان فلسفه‌ای دارند و بر مبنای آن فلسفه است که به پدیده‌ها و موضوعات خارجی نظر دارند.[۱] نگاه اقتصاددانان و نیز حقوق‌دانان علاقه‌مند به حوزه اقتصاد، علاوه‌براینکه به‌سمت سودگرایی و فایده‌مندی میل دارد، کارکرد قواعد حقوقی را نیز به‌مثابه نظامی جهت تغییر انگیزه افراد و دستیابی به کارآمدی اجتماعی ملاحظه می‌کند.[۲] یعنی، با مفروض دانستن اینکه انسان‌ها در تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات خود، محاسبه‌گرانه و براساس «انتظارات عقلایی»[۳] عمل می‌کنند، سعی در جهت دادن به انگیزه کنشگران در مسیر مطلوب خود خواهند داشت؛ هرچند باید فروض اقتصادی را نیز حساب‌شده‌تر در نظر گرفت تا با واقعیت‌های دنیای پیرامون سازگارتر باشند.[۴]

به هر ترتیب، تمام تلاش نظریه‌پردازان حقوق و اقتصاد دستیابی به قواعدی بهینه و کاراست. البته، درخصوص اینکه از لحاظ اقتصادی کارایی به چه معناست، نیز اتفاق‌نظر وجود ندارد و نظریه‌های مختلفی مانند «وضعیت بهینه پارتو»[۵]، «معیار کالدور-هیکس»[۶] و «به حداکثر رساندن مطلوبیت و ثروت»[۷] ارائه شده است؛ اما از نظر ریچارد پازنر، آنچه کارآمد

---

۱. دادگر، یدالله، ***درآمدی بر روش‌شناسی علم اقتصاد***، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص. ۷۹.

2. Landes, William M and Posner, Richard A, *The Economic Structure of Tort Law*, United State: Harvard University Press, 1987, p.6.

3. Rational expectations

۴. «اقتصاد رفتاری» یا «Behavioral Economics» سعی دارد تا قدری از این مفروضات علم اقتصاد فاصله گیرد و رفتارهای اشخاص را براساس واقعیت‌های بیرونی و روان‌شناختی آنان تحلیل کند. به‌عنوان مثال، ریچارد اچ.تیلر (برنده نوبل اقتصاد سال ۲۰۱۷) در کتاب «کژرفتاری؛ داستان شکل‌گیری اقتصاد رفتاری» اشاره می‌کند که گاهی اشخاص در تصمیم‌گیری‌های خود، به «نقض ترجیحات (Preference reversals)» دچار می‌شوند. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: تیلر، ریچارد. اچ، ***کژرفتاری؛ داستان شکل‌گیری اقتصاد رفتاری***، ترجمه سیدامیرحسین میرابوطالبی، چاپ دوم، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۷، صص. ۷۹-۷۷.

۵. براساس معیار «کارایی پارتو»، زمانی عمل اقتصادی کارآمد است که حداقل شرایط یک نفر بهتر از قبل شود؛ بدون اینکه شرایط شخص دیگری بدتر شود. به چنین تغییراتی «کارآمدی پارتو» گفته می‌شود و اگر وضعیت به‌گونه‌ای باشد که دیگر امکان تغییرات کارآمد پارتو وجود نداشته باشد، اصطلاحاً گفته می‌شود که «بهینه پارتو» محقق شده است. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: امینی، منصور و سیدعلیرضا شکوهیان، «تحلیل اقتصادی ضمانت‌اجراهای نقض تعهد(اجرای اجباری عین تعهد)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص.۲۰؛ عیوضلو، حسین، ***عدالت و کارایی در تطبیق با نظام اقتصاد اسلامی***، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۴، صص. ۱۴۲ و ۱۴۳؛

Wonnell, Christopher, *Efficiency and Conservatism*, University of San Diego School of Law, Working Paper 30, 2001, pp. 6,7.

۶. سؤالی که ابتدائاً به ذهن کالدور رسید این بود که قواعد حقوقی باید طوری تغییر کنند که بتوانند به اقتصاد به‌عنوان یک کل، سود رسانند. هرچند ممکن است گروهی نیز متضرر شوند، اما منفعت گروهی که سود می‌کنند باید از ضرر گروه متضرر بیشتر باشد. اینجاست که با جبران ضرر از افرادی که زیان دیده‌اند، باز هم رفاه اجتماعی در بالاترین حد خود قرار خواهد گرفت. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: امینی، منصور و سیدعلیرضا شکوهیان، پیشین، صص.۲۰ و ۲۱؛

Mathis, Klaus, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, New York: Springer, 2009, pp. 39, 40; Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5th Edition, New York, 1998, p. 15.

۷. ریچارد پازنر نظریه خود را با دفاع از معیار کالدور-هیکس و اشاره به «اصل رضایت (Principle of Consent)» و مفهوم «بیشینه‌سازی ثروت» پایه‌ریزی می‌کند. پازنر در بیان مفهوم بیشینه‌سازی ثروت بیان می‌دارد که حقوق کارآمد باید به دنبال افزایش ثروت اجتماعی باشد. از نظر پازنر، جامعه فقط زمانی می‌تواند ثروت خود را به حداکثر برساند که هر منبع یا کالایی در دست کسی قرار گیرد که حاضر است بیشترین پول را برای آن بپردازد. در نهایت می‌توان گفت که پازنر، معیار کالدور-هیکس را به‌صورت «قاعده مزایده (Auction Rule)» بازگو کرد. برای مطالعه بیشتر؛ ر.ک: همان، صص ۲۱ و ۲۲؛

Posner, Richard A., "The Ethical and Political Basis of the Efficeincy Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review*, Vol.8, Issue 3, 1980, pp. 491, 492; Posner, Richard A., "Economic Analysis of Law, Op.Cit., p.16; Posner, Richard A., Utilitarianism, Economics and Legal Theory", *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, Issue 1, 1979, p.119.

بوده و حقوق باید به دنبال برآورده‌ساختن آن باشد، «به حداکثر رساندن ثروت»[۱] است.[۲]

هدف نظریه‌پردازان حقوق و اقتصاد از نظام مسئولیت مدنی نیز متفاوت است. از این منظر، آنها علاوه‌بر پیگیری اهداف مدنظر حقوق‌دانان مانند «جبران خسارت»[۳]، «حمایت از منافع»[۴]، «بازدارندگی»[۵]، «تلافی»[۶]، «اثبات بی‌گناهی»[۷]، «توزیع زیان»[۸] و «سزادهی»[۹] که در ادبیات نوین حقوق مسئولیت مدنی به چشم می‌خورند،[۱۰] اهداف دیگری مانند کاهش هزینه‌های اولیه حوادث (بازدارندگی)، هزینه‌های ثانویه حوادث (توزیع بهینه ریسک) و هزینه‌های ثالثیه ناشی از حوادث (هزینه‌های اجرایی)[۱۱] را نیز دنبال می‌کنند.

با در نظر داشتن مقدمات مذکور، این مقاله به بررسی تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت در حوزه حقوق پزشکی پرداخته است؛ حوزه‌ای که سامان‌دهی آن می‌تواند هزینه‌های اجتماعی را کاهش دهد و اثرات توزیعی قابل توجهی داشته باشد. برای آنکه اهمیت این موضوع روشن شود، نتایج حاصل از دو پژوهش ارائه می‌شوند: نخست، مطالعات آرلن که نشان می‌دهد بین ۴ تا ۱۸ درصد بیمارانی که تحت درمان و مراقبت قرار می‌گیرند، قربانی خطاهای پزشکی قابل پیشگیری‌اند.[۱۲] همچنین، تحقیقات ویلر و همکاران که نشان می‌دهد ۳.۷ درصد بیماران، در اثر اشتباهات پزشکی متحمل زیان‌های شدیدی شده‌اند.

با توجه به همین رویکردِ نظریه‌پردازان حقوق و اقتصاد، در این مقاله سعی می‌شود تا جایگاه قاعده عدم مسئولیت در حقوق پزشکی تبیین شود، تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت مورد بررسی قرار گیرد و پیامدهای آن معرفی شود و در نهایت شیوه به‌کارگیری کارآمد این قاعده در حوزه پزشکی ارائه گردد. ازاین‌رو، مباحث مدنظر در قالب سه بخش مذکور سامان‌دهی شده‌اند.

۱. جایگاه قاعده «عدم مسئولیت» در حقوق پزشکی

امروزه بحث از عدم مسئولیت پزشکان در نگاه اول قدری دور از ذهن به‌نظر می‌رسد. اما تاریخ پزشکی روایتگر جایگاه ویژه این قاعده است. دلیل رواج این قاعده در ادوار پیشین را می‌توان در نگاه خاص جامعه به علل پیدایش بیماری و نیز شیوه فعالیت پزشکان جست‌وجو کرد. توجه به این دو مقوله، زمینه‌های کاربرد سنتی قاعده عدم مسئولیت را روشن می‌کند و حرکت به‌سمت نظام نوین عدم مسئولیت را میسر می‌سازد.

---

1. Wealth Maximization

۲. بادینی، حسن، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۶۲، شماره ۵۱۲، ۱۳۸۲، ص.۱۰۲.

3. Compensation
4. Protection of Interests
5. Deterrence
6. Retribution
7. Vindication
8. Loss distribution
9. Punishment
10. Harpwood, Vivienne, *Principles of Tort Law*, 4th Edition, Cavendish, 2000, pp.13-15; Cooke, John, *Law of Tort*, 8th Edition, Longman, 2007, p.12.
11. Calabresi, Guido, *The Cost of Accident: A Legal andEconomic Analysis*, New Haven, Ct: Yale University Press, 1970, p.24.
12. Arlen, Jennifer, *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and Its Reform*, *Research Handbook on the Economics of Tort*, Edward Elgar Publication, 2013, p.33.

۱.۱. عدم مسئولیت در اثر نگرش خاص به علل بیماری و فرایند درمان

قدیمی‌ترین استدلال برای عدم مسئولیت پزشکان، مبتنی‌بر نحوه نگرش جامعه به علل پیدایش بیماری‌ها بود. پزشکان در برخی موارد، عدم موفقیت خود را در درمان به عوامل ماوراءالطبیعه و حتی عوامل جادویی گره می‌زدند. ازاین‌رو، می‌توانستند از مسئولیت رهایی یابند.[۱] در برخی جوامع، بیماری به خشم خدایان نسبت داده می‌شد. به‌عنوان مثال، در غار «سه برادران»[۲]، تصاویری وجود دارد که نشان می‌دهد درمان بیماران با دور کردن شیطان از بدن بیمار صورت می‌گرفته است.[۳] طبیعتاً در چنین جوامعی، بحث از مسئولیت پزشکان نمی‌توانست جایگاه محکمی داشته باشد. انتساب بیماری‌ها به عوامل خارج از اراده بشر و ماوراءالطبیعه، در بیماری‌های روانی حتی بیشتر هم نمود داشت؛ چنان‌که اختلالات روانی به سحر و جادو و جن‌زدگی نسبت داده می‌شدند.[۴] این باورها آن‌قدر محکم و جدی بود که حتی مسئول شناختن پزشکان را مخالف اراده خداوند می‌دانستند.[۵] مطالعات حوزه تاریخ پزشکی نشان می‌دهند که به‌عنوان مثال، جام‌های جادوپزشکی و ظروفی منقوش به تصاویر، دعاها، حروف جادویی، برای دفع شر و جلب خیر مورد استفاده قرار می‌گرفت. این امور بر توجه به عوامل غیرعلمی در شناسایی علل پیدایش بیماری‌ها دلالت دارند.

علاوه‌براین، درمان بیماری‌ها نیز به عوامل ماوراءالطبیعه نسبت داده می‌شد و ازاین‌رو، برای درمان برخی بیماری‌ها از روش‌هایی عجیب استفاده می‌شد. گرچه باورهای خرافی مربوط به «علل پیدایش بیماری‌ها» زودتر رنگ باخت، باورهای خرافی مربوط به «فرایند درمان»، حتی در زمان‌های نه چندان دور رواج داشته و به عصر معاصر نیز راه یافته‌اند. جالب اینجاست که منشأ پیدایش برخی از این خرافات، نه مردم عادی، بلکه کتب پزشکی بودند. در قسمتی از کتاب «خلاصه‌التّجارب» که مهم‌ترین کتاب در حوزه پزشکی عصر صفوی بوده، ذیل عنوانی با نام «افسون‌های تب‌بند» در قریب به سه صفحه، به افسونی برای این منظور اشاره شده است.[۶] در دوران نزدیک به عصر معاصر نیز شاهد استفاده عموم از باورهای غیرعلمی در فرایند درمان بوده است. به‌عنوان مثال، جام‌های جادوپزشکی و آیین‌هایی مانند «تاس گذاشتن»[۷] که بیشتر برای درمان بیماری‌های روحی و روانی به کار گرفته می‌شد، تقریباً در تمام اقوام ایران مرسوم بوده است.

۱.۲. عدم مسئولیت در اثر نگرش خاص به فعالیت پزشکان

از یک سو، پیشینیان جایگاه والایی برای حرفه پزشکی قائل بودند و از سوی دیگر، فقط روحانیان بدان مبادرت

---

۱. حکیمی‌ها، سعید، «سیر قانون‌گذاری کیفری در امور پزشکی»، *مجله علمی پزشکی-قانونی*، دوره ۱، شماره ۴، ۱۳۷۴، ص.۱۴.

۲. غاری در دره آریژ در کشور فرانسه که در بیستم ژوئیه ۱۹۱۴ توسط پروفسور «هانری دوبگوئن» کشف شده است.

۳. صالحی، حمیدرضا، ***مسئولیت مدنی ناشی از فرایند درمان***، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص.۳۷.

۴. فیضی، پرویز و بهمن رحیمی، «بررسی مردم‌شناختی شفای آیینی با تأکید بر نقش دعا-درمانی در استان کرمانشاه»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۳، شماره ۶، بهار ۱۳۹۰، صص ۹۹ و ۱۰۰.

۵. صالحی، حمیدرضا، «مفهوم بیماری و تأثیر آن در مسئولیت اطبا در ادوار مختلف تاریخ»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۵، شماره ۱۵، ۱۳۹۲، صص. ۷۸-۷۶.

۶. برای بررسی بیشتر باورهای خرافی پزشکی در دوران صفویه، ر.ک: مهمان‌نواز، محمود، «بررسی جایگاه روش‌ها و باورهای خرافی در پزشکی دوره صفویه»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۱۲، شماره ۴۴، ۱۳۹۹.

۷. در این آیین، کاسه‌ای آب پیش‌روی دختر نابالغی گذاشته می‌شود و پارچه‌ای بر سر او می‌اندازند. سپس، شروع به خواندن دعایی می‌کنند تا اجنه حاضر شوند. درمانگر از آنها درمورد آن فرد مجنون می‌پرسد که آیا آنها او را اذیت می‌کنند یا نه؟ اگر آن فرد مجنون آسیبی به کودکان اجنه رسانده باشد، درمانگر از آن مطلع می‌شود و آن اجنه را به نان و نمکی که در کنار کاسه آب گذاشته قسم می‌دهد که دیگر به آن فرد آسیب نرسانند (فیضی، پرویز و بهمن رحیمی، پیشین، صص. ۱۰۳ و ۱۰۴).

می‌ورزیدند.[۱] در تاریخ ایران زمین نیز می‌توان مستنداتی از این امر به‌دست آورد؛ به‌عنوان مثال، در دوران اشکانی، روحانیونی به نام «مغ‌ها»، علاوه‌بر اشتغال به امور مذهبی، طبیب، منجم و سالنامه‌نگار نیز بودند.[۲] بنابراین، اعمال پزشکان، از یک سو به‌عنوان فعالیت‌هایی مقدس شناخته می‌شد و از سوی دیگر، مسئول دانستن روحانیون و مقامات کلیسا به‌سبب نقض وظایف حرفه‌ای، موجب کاهش اعتبار آنان در جامعه می‌شد. ضمن اینکه با توجه به مقدس شناخته شدن حرفه پزشکی، عموماً اشتغال به این حرفه به‌منظور کسب سود نبوده و اگر چنین بوده، این هدف در اولویت‌های بعدی قرار می‌گرفت. لذا اعتقاد بر این بود که وقتی اشخاصی برای انجام این عمل خیرخواهانه و مقدس پیش‌قدم می‌شوند، نباید با مسئول شناختن آنها در موارد خطا، با آنان برخورد کرد. البته، گفتنی است که رواج قاعده «عدم مسئولیت» فقط به سالیان دور باز نمی‌گردد و حتی در قرن نوزدهم نیز طرف‌دارانی داشته است؛ به‌عنوان مثال، دکتر دوبل[۳] در سال ۱۸۲۹، این قاعده را به‌عنوان قاعده منتخب، به فرهنگستان پزشکی فرانسه ارائه داد؛ هرچند که دیوان تمیز فرانسه نهایتاً این نظر را نپذیرفت و اعلام داشت که پزشک نیز مانند سایر افراد، مسئول خطاهای خود است.[۴]

دیدگاه‌هایی که به‌سمت عدم مسئولیت پزشکان گرایش داشتند، بعدها با تردید مواجه شدند. امروزه ارائه خدمات پزشکی و درمانی، فعالیتی سودآور تلقی می‌شود. این نگاه با هزینه‌های سنگین برخی خدمات درمانی، نگاه انتفاعی به فرایند درمان و افزایش درآمد پزشکان، قوت گرفته است. البته، نگاه جامعه به تمام حوزه‌های پزشکی یکسان نیست و در حوزه‌هایی مانند جراحی‌های زیبایی (که با بیمار در معنای مصطلح آن روبه‌رو نیست)، پررنگ‌تر می‌شود.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، هرچه فعالیت پزشکی از حوزه خدمات مبتنی‌بر احسان فاصله می‌گیرد، گرایش به پذیرش مسئولیت نیز بیشتر می‌شود. روایات و برخی مستندات فقهی نیز همین رویکرد را تأیید می‌کنند؛ به‌عنوان مثال، می‌توان به روایاتی از باب «بیست‌ونهم» از ابواب «کتاب‌الإجاره» از «وسائل‌الشیعه» اشاره کرد. احادیث اول[۵] و سیزدهم[۶] از این باب به موضوع بسیار مهمی اشاره دارند. در هر دو روایت، اشاره شده است هر اجیری که برای انجام عملی به نحو صحیح، اجرت دریافت می‌کند، درصورتی‌که فعل او اشتباه باشد و خسارتی به بار آورد، ضامن است.[۷] در این خصوص، هم مقدس اردبیلی و هم آیت‌الله مکارم شیرازی اعتقاد دارند که این روایات شامل پزشک و دامپزشک نیز می‌شود.[۸] اما نکته جالب اینجاست که برخی فقها حکم اشاره شده در این روایات را ناظر بر فرضی می‌دانند که برای عمل، اجرت دریافت می‌شود.

---

[۱]. خشنودی، رضا، «تحول در مفهوم تقصیر پزشکی و مصادیق آن در نظام حقوقی فرانسه»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۲، ص.۴۲.

[۲]. پیرنیا، حسن، عباس اقبال آشتیانی و محمدحسن بهنام‌فر ، ***تاریخ کامل ایران***، چاپ دوم، تهران: نشر فرهنگ رسا، ۱۳۸۹، ص.۱۸۹.

[3]. Double

[۴]. ادیب، محمد حسین، ***پزشکی قانونی***، چاپ سوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی چهر، ۱۳۳۸، ص.۱۱.

[۵]. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سُئِلَ الْقَصَّارِ عَنِ يُفْسِدُ فَقَالَ كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الْأَجْرَةَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِن.

[۶]. وَ عَنْهُ (محمدبن‌الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ(ع)عَنِ الْقَصَّارِ هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فَقَالَ نَعَمْ كُلُّ مَنْ يُعْطَى الْأَجْرَ لِيُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِن.

[۷]. حرّ عاملی، محمدبن‌حسن، ***تفصیل وسائل‌الشیعه إلی تحصیل مسائل‌الشریعه***، جلد ۱۹، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ۱۴۰۹ ه.ق، صص. ۱۴۱ و ۱۴۵.

[۸]. مکارم شیرازی، ناصر، ***بحوث فقهیه هامه***، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی‌بن أبی طالب(ع)، ۱۴۲۲ ه.ق، ص. ۳۰۸؛ اردبیلی (محقق)، احمدبن محمد، ***مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ه.ق، ص.۷۳.

لذا ضمانی را بر پزشک متبرّع تحمیل نمی‌کنند.[1] این رویکرد با «قاعده احسان» نیز انطباق دارد؛ قاعده‌ای که بیان می‌دارد هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری موجب ورود خسارت به دیگران شود، اقدامش مسئولیت‌آور نیست. دامنه اجرای این قاعده از دفع ضرر تا جلب منفعت را شامل می‌شود[2] و می‌تواند دلیلی بر حکم اخیر درخصوص پزشک متبرّع نیز باشد. اما آنچه مجموع این روایات و قواعد نشان می‌دهند آن است که اقدام تبرّعی و عدم مسئولیت، رابطه‌ای مستقیم دارند.

۲. تحلیل اقتصادی قاعده «عدم مسئولیت»

تحلیل اقتصادی قواعد مسئولیت مدنی، با در نظر گرفتن «سطح فعالیت» و «سطح احتیاط» هریک از طرفین درگیر در بروز یک حادثه و با پیش‌بینی رفتار کنشگران دیگر در آینده، سعی می‌کند تا تعادل مطلوبی را میان این دو معیار برقرار سازد. در این عنوان، قاعده عدم مسئولیت با توجه به این معیارها تحلیل و تلاش خواهد شد تا وضعیت بهینه اعمال این قاعده، به دست داده شود.

۲.۱. تأثیر قاعده عدم مسئولیت بر رفتار شخص زیان‌زننده و زیان‌دیده

عدم مسئولیت شخص زیان‌زننده، تمام خسارات وارده را بر شخص زیان‌دیده تحمیل می‌کند. در چنین شرایطی، زیان‌زننده بالقوه انگیزه‌ای برای جلوگیری از ورود زیان ندارد؛ چون درهرحال، او از مسئولیت معاف است و اگر برای انجام اقدامات احتیاطی هزینه کند، منفعتی عاید او نخواهد شد.[3] موضوع دیگر، خوش‌بینی شخص زیان‌زننده است. در حالت عادی، افراد نسبت به اینکه باعث وقوع حادثه و ورود زیان به دیگری باشند، خوش‌بین‌اند.[4] یعنی، همواره تصور آنها بر این است که رفتار آنها موجب وقوع حادثه نمی‌شود. یا حتی اگر احتمال وقوع حادثه را دهند، بازهم شدت خسارات احتمالی وارده را پایین‌تر از میزان واقعی آن ارزیابی می‌کنند. حال، فرض کنید همین تصور ازسوی شخص زیان‌زننده، با قاعده عدم مسئولیت ترکیب شود. یقیناً در اینجا با «اثر هم‌افزایی»[5]روبه‌رو خواهیم بود[6] و پیامدهای منفی ناشی از خوش‌بینی و عدم انجام اقدامات احتیاطی با یکدیگر ترکیب خواهند شد.

از سوی دیگر، زیان‌دیده می‌داند که اگر در اثر فعل طرف مقابل، خسارتی به او وارد شود، غرامتی دریافت نخواهد کرد. تصور او بر این است که زیان‌زننده هیچ اقدامی را در جهت پیشگیری از ورود زیان انجام نمی‌دهد. در اینجا، زیان‌دیده

---

[1]. همان. همچنین، برای مطالعه بیشتر، ر.ک: منتظری، صالح و سیدمحمدعلی صدر طباطبایی، «واکاوی ادله و مبانی عدم مسئولیت پزشک در پرتو آموزه‌های فقه»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.

[2]. محقق داماد، سیدمصطفی، ***قواعد فقه: بخش مدنی۲***، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰، صص. ۳۰۸-۲۹۵.

[3]. Arlen, Jennifer, Op.Cit., p.37.

[4]. Guppy, Andrew, "Subjective Probability of Accident and Apprehension in Relation to Self-Other Bias, Age and Reported Behaviour", *Accident Analysis and Prevention*, Vol.25, Issue 4, 1993, pp.375-382; Also: Teitelbaum, Joshua C., "A Unilateral Accident Model Under Ambiguity", *The Journal of Legal Studies*, Vol.36, Issue 2, 2007, p.433.

[5]. synergistic effect

[6]. اثر هم‌افزایی در جایی کاربرد دارد که نتیجه و برآیند نیروی جمعی، از تک‌تک نیروها بیشتر باشد؛ به‌عنوان مثال، فرض کنید بی‌خوابی شب قبل از آزمون ۱۰ درصد و استرس در زمان آزمون هم ۵ درصد در نتیجه آزمون شما نقش داشته باشد. اما اگر هر دو عامل با هم وجود داشته باشد، تأثیر آنها می‌تواند بیشتر شود و مجموعاً به‌عنوان مثال ۳۰ درصد آزمون شما را تحت تأثیر قرار دهند.

Faure, Michael, *Tort Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics)* , Edward Elgar Publication, Vol.1, Second Edition , 2009. pp. 97,98.

بالقوه، خود احتیاط‌های لازم را رعایت خواهد کرد و اگر برای جلوگیری از ورود زیان به او، هزینه‌ای لازم باشد، این هزینه‌ها را می‌پذیرد. البته، تا جایی که برای او به‌صرفه باشد. [۱] اما آستانه هزینه‌کردهای زیان‌دیده بالقوه تا جایی است که این هزینه‌ها از میزان خسارات احتمالی بیشتر نباشد. یعنی زیان‌دیده برای پیشگیری از یک خسارت ۵۰۰واحدی، حداکثر تا ۵۰۰ واحد هزینه خواهد کرد. البته در اینجا باید به دو عامل توجه کرد:

اولین نکته احتمال ورود خسارت است. یعنی گاهی فقط ۱۰ درصد احتمال دارد که با بی‌احتیاطی شخص زیان‌زننده، خسارت به بار آید. در اینجا، حد آستانه هزینه‌کردهای شخص زیان‌دیده بالقوه نیز براین‌اساس کاهش خواهد یافت. یعنی، شخص زیان‌دیده بالقوه می‌داند که درصورت عدم انجام احتیاط‌های لازم، باز هم احتمال دارد که اصلاً حادثه‌ای رخ ندهد و خسارتی به او وارد نشود. همین موضوع، انجام اقدامات احتیاطی ازسوی او را کاهش خواهد داد.

نکته دوم این است که میزان خسارات احتمالی برای شخص زیان‌دیده بالقوه، «مبهم» است.[۲] یعنی شخص زیان‌دیده بالقوه نمی‌تواند پیش‌بینی کند که خسارات وارده به او چقدر خواهد بود. در اینجا، حتی ممکن است شخص زیان‌دیده بالقوه، بیشتر از سطح خسارات احتمالی هزینه کند. این امر بیشتر درخصوص اشخاص ریسک‌گریز و افرادی که وقایع را بدتر از آنچه عادتاً اتفاق می‌افتد پیش‌بینی می‌کنند، صادق است. البته گاهی نیز اشخاص نسبت به زیانی که ممکن است به سلامتی آنها وارد شود، خوش‌بین‌اند[۳] که این امر هم اثراتی منفی به دنبال دارد؛ چراکه شخص زیان‌دیده بالقوه احتیاط‌های لازم را انجام نخواهد داد.

البته، کماکان ممکن است زیان‌دیده بالقوه به‌دلیل ناآگاهی از قواعد مسئولیت مدنی، تصور کند که قانون شخص زیان‌زننده را مسئول حادثه خواهد شناخت.[۴] به همین دلیل، او تصور می‌کند که شخص زیان‌زننده بالقوه نسبت به انجام احتیاط‌های لازم اقدام خواهد کرد؛ درحالی‌که چنین نیست و عدم احتیاط شخص زیان‌دیده بالقوه، موجب بروز حادثه خواهد شد.

اما نتیجه به‌کارگیری قاعده «عدم مسئولیت» چیست؟ نتیجه منطقی استفاده از قاعده عدم مسئولیت این است که زیان‌زننده بالقوه سطح احتیاطی بسیار پایینی خواهد داشت و شاید اصلاً اقدامی نکند.[۵] حتی ممکن است زیان‌زننده بالقوه نه‌فقط خود را ملزم به رعایت جانب احتیاط نداند، بلکه زمینه ورود خسارت را نیز با بی‌احتیاطی خود تشدید کند. از سوی دیگر، سطح فعالیت‌های او نیز بالاتر از سطح بهینه قرار خواهد گرفت. یعنی، با توجه به اینکه هرچه سطح فعالیت‌های او بالاتر رود، هزینه و ریسک‌های او بالاتر نخواهد رفت، تصمیم خواهد گرفت که تا می‌تواند منافع خود را به حداکثر برساند. از طرفی، با افزایش سطح فعالیت‌ها، تعداد حوادث نیز افزایش خواهد یافت.[۶]

از سوی دیگر، زیان‌دیده بالقوه، سطح احتیاطی بالایی را انجام خواهد داد و البته در نهایت تعداد حوادث نیز بالاست؛

---

1. Mathis, Klaus, Op.Cit., p.72.

۲. منظور از «ابهام» در اینجا، موقعیتی است که بین «جهل کامل» (Complete Ignorance) و «ریسک» (Risk) قرار می‌گیرد. جهل کامل زمانی است که شخص زیان‌دیده بالقوه هیچ اطلاعی از احتمال بروز حادثه در آینده ندارد. ریسک نیز زمانی وجود دارد که شخص تلاش می‌کند تا تصمیمات خود را بر پایه انتخاب دقیق و قطعی از میان توزیع احتمال استوار نماید. بنابراین، ابهام در جایی وجود خواهد داشت که فرد آن‌قدر اطلاعات زیادی در اختیار ندارد که بتواند برخی از احتمالات را منتفی بداند.

Becker, Selwyn W. and Brownson, Fred o., "What Price Ambiguity? Or the Role of Ambiguity in Decision-Making", *Journal of Political Economy*, Vol.72, Issue 1, 1964, p.62.

3. Weinstein, Neil D., "Optimistic Biases about Personal Risks", *Science*, vol. 246, Issue 4935, 1989, pp. 1232-1233.

4. Calabresi, Guido, "Optimal Deterrence and Accidents", *The Yale Law Journal*, Vol.84, Issue 4, 1975, pp. 658, 659.

5. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987, p.8.

6. Nussim, Jacob and Tabbach. Avraham D., "A Revised model of Unilateral Accident", *International Review of Law and Economics*, Vol.29, Issue 2, 2009, p.171.

چراکه عمدتاً شخص زیان‌دیده نمی‌تواند از بروز حادثه جلوگیری کند. با افزایش تعداد حوادث و ورود خسارات متعدد، علاوه‌بر زیانی که متوجه شخص زیان‌دیده می‌شود، منابع موجود در جامعه نیز تلف می‌شود.

۲.۲. اقسام اقدامات احتیاطی و مقام اِعمال قاعده عدم مسئولیت

تحلیل نهایی قاعده عدم مسئولیت، با شناخت دقیق انواع اقدامات احتیاطی (حوادث) میسر است. بنا بر دسته‌بندی اقدامات احتیاطی در ادبیات حقوق و اقتصاد، به‌لحاظ منطقی با سه دسته‌بندی مواجه خواهیم بود: «اقدامات احتیاطی(حوادث) یک‌جانبه»[۱]، «اقدامات احتیاطی دوجانبه»[۲] و «اقدامات احتیاطی جایگزین».[۳] برای نشان دادن جایگاه بهینه قاعده عدم مسئولیت، ضروری است این دسته‌بندی تشریح شود.

«اقدامات احتیاطی یک‌جانبه» در مواقعی به کار می‌رود که صرفاً عملکرد یکی از طرفین در بروز حادثه نقش داشته باشد. یعنی، اساساً اینکه طرف دیگر احتیاط کند یا نکند، تأثیری در بروز حادثه یا عدم بروز آن ندارد؛[۴] البته باید توجه داشت که این فرد ممکن است شخص زیان‌زننده باشد یا حتی شخص زیان‌دیده.

«اقدامات احتیاطی دوجانبه» در جایی به کار می‌رود که رعایت احتیاط ازسوی هر دو طرف (خواه زیان‌زننده باشد یا زیان‌دیده بالقوه)، در احتمال بروز حادثه و شدت ورود خسارت نقش داشته باشد.[۵] نکته مهم در این دسته از حوادث این است که اگر یکی از طرفین هم احتیاط نکند، باز هم حادثه رخ خواهد داد. براین‌اساس، همواره انجام اقدامات احتیاطی ازسوی هریک از طرفین، بر طرف دیگر هم اثر خواهد داشت.[۶]

«اقدامات احتیاطی جایگزین» در جایی کاربرد دارد که انجام احتیاط‌های لازم ازسوی هر دو طرف، در وقوع یا عدم وقوع حادثه نقش دارند؛ اما اگر یکی از طرفین احتیاط کند، برای جلوگیری از وقوع حادثه کافی است.[۷] اما شناخت اقسام اقدامات احتیاطی، چه کمکی به تحلیل اقتصادی قاعده عدم مسئولیت می‌کند؟

در حوادث یک‌جانبه، وضعیت مشخص است. صرفاً یک نفر در وقوع حادثه نقش دارد و کار نظام حقوقی، شناسایی همین فرد است. بنابراین، شناسایی دقیق این فرد و قرار دادن تمام مسئولیت بر عهده او وضعیتی مطلوب خواهد بود. اما در حوادث جایگزین، رعایت احتیاط‌های لازم ازسوی هریک از طرفین، مانع از بروز حادثه می‌شود. بنابراین، کار نظام حقوقی آن است که مسئولیت را برعهده «کم‌هزینه‌ترین پیشگیری‌کننده از زیان»[۸] قرار دهد. اما در احتیاط‌های دوجانبه، هیچ‌یک از قواعد «عدم مسئولیت» و «مسئولیت محض» نمی‌توانند انگیزه بهینه را در طرفین ایجاد کنند؛ زیرا هیچ‌یک از این دو قاعده نمی‌توانند به‌طور هم‌زمان هر دو طرف را با احتمال تحمیل مسئولیت بر آنها تهدید کنند.[۹]

---

1. Unilateral precaution (accident)
2. Bilateral precaution (accident)
3. Alternative precaution (accident)
4. Nussim, Jacob and Tabbach. Avraham D. Op.Cit. pp. 171, 172; See also: Parisi, Francesco, *The Language of Law and Economics: A Dictionary*, Cambridge University Press, 2013, p.307.
5. Shavell, Steven, "Strict Liability versus Negligence", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, Issue 1, 1980, p.6; See Also: Parisi, Francesco, Op.Cit., p.28.
6. Dharmapala, Dhammika and Hoffmann, Sandra. A., "Bilateral Accident with Intrinsically Interdependent Cost of Precaution", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 34, Issue 1, 2005, pp. 239, 240.
7. Parisi, Francesco, Op.Cit., p.9.
8. The least (cheapest) cost avoider
9. Ibid.

۳. امکان‌سنجی اعمال قاعده عدم مسئولیت در حوزه پزشکی

با توجه به دسته‌بندی حوادث و اقدامات احتیاطی، مشخص شد که «قاعده عدم مسئولیت» نمی‌تواند به‌عنوان قاعده پیش‌فرض و عمومی به کار گرفته شود. به همین دلیل، باید موقعیت‌های خاصی که استفاده از این قاعده می‌تواند رجحان داشته باشد، مشخص شود. یکی از موقعیت‌هایی که در آن، استفاده از «قاعده عدم مسئولیت» می‌تواند کارآمد باشد، زمانی است که با اقدامات احتیاطی یک‌جانبه روبه‌رو باشیم و فقط شخص زیان‌دیده بالقوه بتواند از وقوع حادثه پیشگیری کند.[۱] حتی می‌توان گفت که اگر با حوادث یا اقدامات احتیاطی جایگزین روبه‌رو باشیم و یکی از طرفین بتواند با هزینه‌ای کمتر نسبت به دیگری مانع از ورود زیان شود، می‌توان او را مسئول پیشگیری دانست و مسئولیت فقط بر او بار خواهد شد.

۳.۱. بیمار، به‌مثابه تنها یا کم‌هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان

اگر فقط بیمار بتواند از بروز حادثه جلوگیری کند یا او بتواند با هزینه کمتری نسبت به پزشک این کار را انجام دهد، می‌توان با استفاده از قاعده «عدم مسئولیت» برای پزشک، هزینه‌های اجتماعی ناشی از بروز حادثه را کاهش داد. اما آیا با توجه به اینکه در اقدامات درمانی، ابتکار عمل با پزشک است، بیمار می‌تواند نقشی در جلوگیری از بروز حادثه داشته باشد؟ برای پاسخ به این سؤال، باید اقدامات پزشکی را از یکدیگر تفکیک کرد. اگر فعالیت‌های پزشک به چهار مرحله «معاینه»، «تشخیص»، «معالجه» و «اقدامات مراقبتی پس از معالجه» تقسیم شود، به‌طور ویژه در مرحله اول و چهارم می‌توان شاهد اعمال نظریه «عدم مسئولیت» بود.

۳.۱.۱. نقش بیمار در مرحله معاینه

مرحله معاینه، نقش بسیار مهمی در تعیین راهکارهای درمانی دارد. پژوهش‌ها نشان می‌دهند که ۶۰ تا ۸۰ درصد از تصمیم‌گیری‌های درمانی، بر مبنای اطلاعات حاصل از مصاحبه پزشکی صورت می‌گیرد.[۲] در مرحله معاینه، بیمار می‌تواند بسیاری از اطلاعات مورد نیاز پزشک را به او دهد. پزشک باید در تجویز برخی داروها از وضعیت بیمار اطلاع داشته باشد؛ به‌عنوان مثال، استفاده از آنتی‌بیوتیک‌هایی همچون سولفونامیدها و نیتروفورانتوئین‌ها ازسوی زنانی که در ابتدای دوره بارداری قرار دارند، موجب افزایش خطر نقایص هنگام تولد می‌شوند.[۳] اما در این وضعیت، اگر تجویز دارویی برای بیمار (علی‌رغم ناآگاهی پزشک از بارداری او) اسباب ایجاد نقص در جنین را فراهم آورد، چه کسی مسئول است؟

در این فرض، آگاهی از بارداری برای زنان مراجعه‌کننده به پزشک، بسیار آسان‌تر از آگاهی پزشک است؛ چراکه پزشک برای آگاهی از این امر، ناچار به انجام آزمایش‌هایی همچون سونوگرافی است. پس، بیماری که از بارداری خود اطلاع دارد، باید پزشک را از این امر مطلع کند و اگر پزشک با عدم اطلاع از این موضوع، تجویزی کرد که به بیمار یا کودک او صدمه

---

۱. کوتر، رابرت و تامس یولن، ***حقوق و اقتصاد***، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، چاپ سوم، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نورعلم، ۱۳۸۹، ص۴۳۵.

۲. شاکری‌نیا، ایرج، «ارتباط پزشک–بیمار و نقش آن در رضایت‌مندی بیماران از فرایند درمان»، *مجله اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره ۲، شماره۳، ۱۳۸۸، صص.۱۰ و ۱۱.

3. Crider, Krista S., et.al., "Antibacterial Medication Use During Pregnancy and Risk of Birth Defects", *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, Vol. 163, Issue 11, 2009, p. 978.

وارد کرد، نمی‌توان او را مسئول دانست.[۱] بنابراین، می‌توان قاعده عدم مسئولیت را در موارد علائم پنهان در بیمار که پزشک با معاینه و بدون نیاز به انجام آزمایش‌های دیگر امکان تشخیص آن را ندارد، جاری دانست.[۲]

۳.۱.۲. نقش بیمار در مرحله مراقبت‌های پس از درمان

وضعیت دیگری را نیز می‌توان بررسی کرد که امکان عدم مسئولیت پزشک در آن وجود دارد. فرض کنید که جلوگیری از ورود حادثه، علاوه‌بر احتیاط زیان‌زنندگان (بالقوه)، به احتیاط زیان‌دیدگان (بالقوه) نیز وابسته است. این فرض و نقش بیمار در این موارد را بیشتر می‌توان در مرحله مراقبت‌های پس از درمان مشاهده کرد؛ یعنی زمانی که به‌عنوان مثال، عمل جراحی خاصی روی بیمار انجام شده است و علاوه‌براینکه پزشک باید درخصوص عوارض جراحی، احتیاط‌های لازم را به انجام رساند، بیمار نیز باید به‌قدر کفایت احتیاط کند؛ به‌عنوان مثال، به بیمار توصیه شده است تا بعد از عمل بوتاکس از خم کردن سر خودداری کند، اما به‌دلیل رعایت نکردن این توصیه‌ها، وی دچار افتادگی پلک می‌شود.[۳]

در چنین شرایطی، همانند آنچه در نظام حقوقی کامن‌لا تحت عنوان «دفاع تقصیر مشارکتی» یا «دفاع تقصیر نسبی» مطرح می‌شود یا آنچه در نظام فقهی و حقوقی ما ذیل «قاعده اقدام» قرار می‌گیرد، به‌دلیل مشارکت شخص بیمار در ورود زیان به او، پزشک از مسئولیت و جبران خسارات وارده به بیمار رها می‌شود. بنابراین، با توجه به اینکه در مرحله اقدامات مراقبتی پس از درمان، هم پزشک و هم بیمار می‌توانند با رعایت استانداردهای احتیاطی لازم، از ورود حادثه و زیان به شخص بیمار جلوگیری کنند، با وضعیت اقدامات احتیاطی دوجانبه روبه‌رو خواهیم بود. در چنین شرایطی، ممکن است بیمار با رعایت احتیاط‌های لازم، تمام مسئولیت ناشی از زیان‌های وارده را متوجه پزشک سازد یا با بی‌احتیاطی خود، پزشک را از تمام یا بخشی از مسئولیت رها سازد. البته، سازوکار نظام‌های حقوقی در این خصوص متفاوت است و به‌عنوان مثال، در شرایط استناد پزشک به «تقصیر مشارکتی شخص بیمار»، درصورت تقصیر او، تمام زیان‌های وارد شده جبران‌نشده باقی خواهد ماند و مسئولیتی متوجه پزشک نیست.

۳.۲. عدم مسئولیت به‌مثابه مقدمه‌ای بر تغییر استانداردهای پزشکی

یکی از مسائل بسیار مهم این است که وقتی استانداردهای احتیاطی در اثر تغییر در فناوری افزایش می‌یابند، حقوق چگونه باید واکنش نشان دهد؟ به‌عنوان مثال، همواره علم پزشکی شاهد روش‌های جدید و بهتر و پیشرفته‌تری در زمینه درمان بیماری‌ها بوده است. بنابراین، در برهه‌ای از زمان باید این تغییر در سطح اقدامات احتیاطی اتفاق افتد.

ساده‌ترین راهکار این است که پزشک صرفاً مسئول انطباق فعالیت‌های خود با استانداردهای احتیاطی «قدیمی» باشد و هیچ‌گاه در قبال استانداردهای «جدید»، مسئولیتی نداشته باشد. اما آیا این راهکار می‌تواند بهینه باشد؟ آیا به‌قدر کافی به پزشکان انگیزه خواهد داد تا در مسیر کشف راهکارهای پزشکی جدید و توسعه دانش خود کوشا باشند؟ آنچه مسلم است، نظام مسئولیت مدنی بهینه باید بتواند به‌صورت فعال با حوادث کنونی و خطرات مربوط به بروز حوادث در آینده مواجه شود.

---

۱. دراین‌خصوص، می‌توان به تست تزریق آنتی‌بیوتیک هم اشاره کرد؛ یعنی جایی که پزشک از بیمار درخصوص سابقه تزریق این داروها سؤال می‌کند.

۲. چنین تحلیلی در برخی آثار با مثال راننده بی‌احتیاط و ورود خسارت به عابر پیاده ذکر شده است. برای مطالعه دراین‌رابطه، ر.ک:
Veljanovski, Cento, *The Economics of Law*, 2nd Edition, Great Britain, 2006, pp. 38,39.

۳. مطیعی، انسیه، ***اسباب معافیت و سقوط مسئولیت مدنی پزشکان***، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۸.

با این رویکرد، یکی از راهکارها این است که نظام مسئولیت مدنی، پزشک را در قبال استانداردهای رایج کنونی و نیز استانداردهای قابل پیش‌بینی (با معیار نوعی) مسئول بداند. بنابراین، ممکن است مسئولیتی در آینده و براساس استانداردهایی که در گذر زمان شکل می‌گیرند، بر شخص پزشک تحمیل شود؛ این موضوع در حوزه حقوق و اقتصاد، تحت عنوان «خطرِ توسعه» [1]مورد بحث واقع می‌شود. از این منظر، اشخاص باید تلاش کنند تا از ریسک‌های احتمالی نیز اطلاع یابند. در غیراین‌صورت، رفتار آنها خارج از استانداردهای احتیاطی بهینه اجتماعی قرار می‌گیرد.[2] اما با این استدلال، آیا می‌توان قواعد مسئولیت را در شرایط تغییر استانداردهای احتیاطی، عطف به ماسبق کرد؟ از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد مسئولیت بر رفتارهای اشخاص در آینده تأثیرگذارند. بنابراین، عطف به ماسبق کردن قواعد مسئولیت، نمی‌تواند به اشخاص انگیزه دهد تا رفتارهای خود را با استانداردهایی که قرار است در آینده شکل گیرند، مطابقت دهند.

این موضوع، ما را با یک دوراهی روبه‌رو خواهد کرد: از یک سو، این امکان فراهم است تا فرایند تعیین استانداردها، به‌عنوان فرایندی پویا و درحال‌تغییر شناخته شود که برای پزشکان همواره فرصت یادگیری را به دنبال دارد و آنها باید دائماً خود را برای استانداردهای حال و آینده آماده کنند.[3] علاوه‌براین، این رویه قضایی جدید برای دیگر پزشکانی که در آن حوزه فعالیت دارند، کارکرد هشداردهی دارد. اما کماکان سؤال مهم این است که در شرایط تغییر استانداردهای احتیاطی، چگونه باید با خوانده مواجه شد؟ آیا باید او را قربانی تحقق کارایی بیشتر در آینده کرد؟

راهکار محتمل برای خروج از این معضل، آن است که تصریح شود استانداردهای احتیاطی در پرونده‌های آتی، به جهت تغییر در فناوری، سخت‌گیرانه‌تر خواهند شد؛ اما در فرضی که خوانده از اصلاح و تغییر استانداردهای احتیاطی آگاه نیست، مسئول شناخته نمی‌شود. در واقع، این پرونده به‌عنوان دریچه‌ای است که گشوده می‌شود تا همه پرونده‌های آتی از این منظر بررسی شوند. این رویکرد در حقوق آمریکا، تحت عنوان «نسخ ناظر به آینده»[4] مطرح می‌شود. مشخصه بارز نظام‌های حقوقی کامن‌لا این است که تصمیمات اتخاذ شده در پرونده‌های قبلی، برای پرونده‌های آتی حکم سابقه قضایی را خواهد داشت و مورد تبعیت قرار خواهد گرفت.[5] از این منبع مهم، تحت عنوان «قاعده سابقه»[6] یاد می‌شود. اما نکته مهم این است که قضات می‌توانند زمانی که حکم یا قاعده قبلی را غیرقابل‌قبول بدانند، آن را درخصوص همان پرونده و پرونده‌های بعدی یا فقط درمورد پرونده‌های بعدی مورد بازبینی قرار دهند.[7] لذا در نسخ ناظر به آینده، قاضی صرفاً حکم خود را به‌عنوان قاعده‌ای برای اعمال در پرونده‌های آتی انشا می‌کند. بدین معنا که دادگاه در یک پرونده خاص، از همان استاندارد احتیاطی قدیمی استفاده می‌کند (که نتیجه آن عدم مسئولیت خوانده است)، اما اعلام می‌کند که در پرونده‌های

---

1. Development risk
2. Shavell, Steven, "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, Issue 2, 1992, p. 260.
3. Endres, Alfred. and Bertram, Regina, "The Development of Care Technology under Liability Law", *International Review of Law and Economics*, Vol.26, Issue 4, 2006, pp.516,517; Ott, Claus and Schafer, Hans-Bernd, "Negligence as Untaken Precaution, Limited Information and Efficient Standard Formation in the Civil Liability System", *International Review of Law and Economics*, Vol.17, Issue 1, 1997, pp. 23,24.
4. Prospective overruling
5. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «اعتبار قاعده سابقه در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص.۱۲۸.
6. Stare Decisis
7. Chan, J., "Disturbing the Past and Jeopardising the Future: Retrospective and Prospective Overruling", *The University of Hong Kong, SSRN Electronic Journal*, 2014, p.2.

آتی، تصمیم به‌گونه‌ای دیگر خواهد بود.[1] این امر هم تابع قاعده و استدلال مشخصی نیست و استاندارد الزام‌آوری نیز ندارد؛ بلکه تصمیم قاضی به شرایط زمانی و اوضاع‌واحوال پرونده بستگی دارد.[2]

۳.۳. عدم مسئولیت به‌مثابه راهکاری برای کاهش هزینه‌های اجرایی

یکی از منابع بسیار مهمی که باید در نظام‌های مسئولیت مدنی مورد توجه قرار گیرد، هزینه‌های قابل توجه مربوط به پیاده‌سازی قواعد مسئولیت مدنی و رسیدگی به دعاوی براین‌اساس است. توجه به برخی آمارهای ارائه شده در این خصوص می‌تواند اهمیت هزینه‌های اجرایی در کارایی و کارآمدی نظام حقوق مسئولیت مدنی را به ما گوشزد کند. کاکالیک و پیس هزینه‌های کل رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی در دادگاه‌های ایالتی و فدرال آمریکا را بین ۲۹ تا ۳۶ میلیارد دلار برآورد کرده‌اند؛ این درحالی است که از این میزان، ۴۶ درصد به‌عنوان جبران خسارت خالص به شکات پرداخت شده است.[3] برابر مطالعات انجام‌شده، بررسی هزینه‌های کل مربوط به نظام مسئولیت مدنی در سراسر آمریکا در سال ۲۰۰۵، یافته‌های پیشین را تأیید می‌کند و بازهم نشان می‌دهد که جامعه برای پرداخت هر یک دلار جبران خسارت خالص، باید رقمی معادل ۲.۱۰ دلار هزینه کند.[4]

در ایران نیز هرچند آمار دقیقی از هزینه‌های اجرایی نظام مسئولیت مدنی در حوزه پزشکی وجود ندارد، به‌دلیل تخصصی و حساس بودن پرونده‌ها در این حوزه، تشکیل جلسات متعدد رسیدگی، پرداخت هزینه‌های دادرسی و موارد متعدد دیگر، این هزینه‌ها بسیار بالاست. بنابراین، گاهی نظام قضایی باید هزینه‌ای بیش از میزان خسارات وارده را متحمل شود. در اینجا اگر ملاک نظام قضایی برای رسیدگی به خسارات ناچیز وارده به بیماران، صرف جبران خسارت باشد، باید خاطرنشان کرد که ترتیبات و راهکارهای ارزان‌تر و کارآمدتری نسبت به نظام مسئولیت مدنی (مانند نظام بیمه عمومی) وجود دارد.[5] توجه به هزینه‌های اجرایی به ما نشان می‌دهد که نظام قضایی باید از ورود به برخی پرونده‌ها که هزینه‌های اجرایی آن از منافع حاصله بیشتر است، خودداری کند.

نتیجه‌گیری

مسئولیت پزشکان، از زمان قانون حمورابی مورد شناسایی قرار گرفته است، اما به‌دلیل نوع نگاه جوامع به عوامل بروز بیماری و راهکارهای درمانی در اعصار مختلف و نیز مقدس دانستن حرفه پزشکی، زمینه‌هایی از اعمال قاعده عدم مسئولیت، حتی در دوران معاصر به چشم می‌خورد. نظام‌های حقوقی نیز عمدتاً به‌سمت توسعه مسئولیت پزشکان گام برداشته‌اند و تضمین حقوق بیماران را در اولویت قرار داده‌اند، اما در همین حال، تحلیل اقتصادی حقوق، نظام‌های حقوقی را از مسئول شناختن پزشکان در همه حال و همه شرایط، برحذر می‌دارد. تحلیل اقتصادی نظام مسئولیت مدنی نشان می‌دهد که سه موقعیت مختلف، برای استفاده از قاعده عدم مسئولیت، قابل شناسایی است: نخست، موقعیتی که بیمار

---

1. Ghatan, Gil T., "The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice, Real Property", *Trust and Estate Law Journal*, Vol. 45, Issue 1, 2010, pp.182,183.
2. Friedmann, Wolfgang, "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling", *The Modern Law Review*, Vol. 29, Issue 6, 1966, p.598.
3. Kakalik, James S. and Pace, Nicholas M., *Cost and Compensation Paid in Tort Litigation*, Santa Monica, CA: RAND Institute for Civil Justice, 1986. pp. xiii-xiv.
4. See more: Faure, Michael, Op.Cit., pp. 470, 471.
5. Calabresi, Guido, "The Decision for Accident: An Approach to Nonfault Allocation of Costs", *Harvard Law Review*, Vol. 78, Issue 4, 1965, p.744.

در مرحله معاینه یا مراقبت‌های پس از درمان قرار دارد و تنها یا کم‌هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان است؛ دوم، موقعیتی که استانداردهای پزشکی تغییر کرده‌اند و نظام قضایی بنا دارد تا ضمن معافیت پزشکی که براساس استانداردهای جاری (در زمان انجام اقدامات درمانی) عمل کرده است، کارکرد هشداردهی رأی خود را حفظ و اعلان کند که بعد از این با استانداردهای احتیاطی بالاتری رأی خواهد داد؛ سوم، موقعیتی که هزینه‌های اجرایی رسیدگی به پرونده، از خسارات وارده به زیان‌دیده بیشتر باشد. نظام‌های حقوقی باید در چنین شرایطی تصمیم بگیرند که چگونه با استفاده از «نظام‌های جبران خسارت بدون نیاز به اثبات تقصیر» و بهره‌گیری از «ترتیبات بیمه‌ای»، هم هزینه‌های اجتماعی مربوط به رسیدگی قضایی را مدیریت کنند و هم خسارات وارده به بیماران را غیرمتدارک باقی نگذارند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. تیلر، ریچارد. اچ، ***کژرفتاری؛ داستان شکل‌گیری اقتصاد رفتاری***، ترجمه سید امیرحسین میرابوطالبی، چاپ دوم، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۷.

۲. ادیب، محمد حسین، ***پزشکی قانونی***، چاپ سوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی چهر، ۱۳۳۸.

۳. پیرنیا، حسن، عباس اقبال آشتیانی و محمدحسن بهنام‌فر، ***تاریخ کامل ایران***، چاپ دوم، تهران: نشر فرهنگ رسا، ۱۳۸۹.

٤. دادگر، یدالله، ***درآمدی بر روش‌شناسی علم اقتصاد***، چاپ اول، تهران: نشر نی، ۱۳۸۴.

٥. صالحی، حمیدرضا، ***مسئولیت مدنی ناشی از فرایند درمان***، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.

٦. عیوضلو، حسین، ***عدالت و کارایی در تطبیق با نظام اقتصاد اسلامی***، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۴.

۷. کوتر، رابرت و تامس یولن، ***حقوق و اقتصاد***، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، چاپ سوم، تهران: انتشارات نورعلم، ۱۳۸۹.

۸. محقق داماد، سیدمصطفی، ***قواعد فقه: بخش مدنی۲***، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

۹. مطیعی، انسیه، ***اسباب معافیت و سقوط مسئولیت مدنی پزشکان***، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵.

مقاله

۱۰. امینی، منصور و سیدعلیرضا شکوهیان، «تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای نقض تعهد (اجرای اجباری عین تعهد)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص.۳۳-۱۷. Doi: 10. 2059/jlq.2019.256543.1007033

۱۱. بادینی، حسن، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۶۲، شماره ۵۱۲، ۱۳۸۲، صص. ۱۳۵-۹۱.

۱۲. حکیمی‌ها، سعید، «سیر قانون‌گذاری کیفری در امور پزشکی»، *مجله علمی پزشکی-قانونی*، دوره ۱، شماره ۴، ۱۳۷۴، صص. ۱۹-۱۴.

۱۳. خشنودی، رضا، «تحول در مفهوم تقصیر پزشکی و مصادیق آن در نظام حقوقی فرانسه»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۲، صص.۶۴-۴۱.

۱٤. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «اعتبار قاعده سابقه در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص.۱۴۴-۱۲۷. Doi: 10.22059/jlq.2012.29820

۱٥. شاکری‌نیا، ایرج، «ارتباط پزشک-بیمار و نقش آن در رضایت‌مندی بیماران از فرایند درمان»، *مجله اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۸۸، صص. ۹-۱۶.

۱٦. صالحی، حمیدرضا، «مفهوم بیماری و تأثیر آن در مسئولیت اطبا در ادوار مختلف تاریخ»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۵، شماره ۱۵، ۱۳۹۲، صص. ۹۸-۷۵. Doi: 10.22037/mhj.v5i15.5320

۱۷. فیضی، پرویز و بهمن رحیمی، «بررسی مردم‌شناختی شفای آیینی با تأکید بر نقش دعا–درمانی در استان کرمانشاه»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۳، شماره ۶، ۱۳۹۰، صص.۱۱۳–۹۷ . Doi: 10.22037/mhj.v3i6.10234

۱۸. منتظری، صالح و سیدمحمدعلی صدر طباطبایی، «واکاوی ادله و مبانی عدم مسئولیت پزشک در پرتو آموزه‌های فقه»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، صص.۲۲۶–۱۹۷. Doi: 10.22054/jclr.2018.12556.1219

۱۹. مهمان‌نواز، محمود، «بررسی جایگاه روش‌ها و باورهای خرافی در پزشکی دوره صفویه»، *فصلنامه تاریخ پزشکی*، دوره ۱۲، شماره ۴۴، ۱۳۹۹، صص. ۱–۱۵. Doi: 10.22037/mhj.v12i44.30280

عربی

کتاب

۲۰. اردبیلی(محقق)، احمدبن محمد، ***مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ه.ق.

۲۱. حر عاملی، محمدبن حسن، ***تفصیل وسائل‌الشیعه إلی تحصیل مسائل‌الشریعه***، جلد ۱۹، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ۱۴۰۹ ه.ق.

۲۲. مکارم شیرازی، ناصر، ***بحوث فقهیه هامه***، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب(ع)، ۱۴۲۲ ه.ق.

References

Books

1. Adib, Mohammad Hossein, *Forensic Medicine*, 3rd Edition., Tehran: Sahami Chehr Publishing, 1959. (In Persian)
2. Ardabili (Muhaqqiq), Ahmad ibn Muhammad, *The Collection of Utility and Proof in Explaining Irshad al-Adhhan*, Volume. 10, Qom: Islamic Publishing Institute, 1993. (In Arabic)
3. Arlen, Jennifer, *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and Its Reform*, Research Handbook on the Economics of Tort, Edward Elgar, 2013.
4. Calabresi, Guido, *The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Ct: Yale University Press, 1970.
5. Cooke, John, *Law of Tort*, 8th Edition, Longman, 2007.
6. Cooter, Robert and Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Translated by: Yadollah Dadgar and Hamedeh Akhavan Hazaweh, Tehran: Noor-e Elm Publishing, 3rd Edition., 2010. (In Persian)
7. Dadgar, Yadollah, *An Introduction to the Methodology of Economics*, Tehran: Ney Publishing, 2005. (In Persian)
8. Eyvazloo, Hossein, *Justice and Efficiency in Comparison with the Islamic Economic System*, Tehran: Imam Sadiq University, 2005. (In Persian)
9. Faure, Michael, *Tort Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics)*, Edward Elgar Publication, Volume.1, Second Edition , 2009.
10. Harpwood, Vivienne, *Principles of Tort Law*, Cavendish, 2000.
11. Hurr al-Amili, Muhammad ibn Hasan, *Detailing the Means of the Shia to Acquiring the Issues of Sharia*, Volume. 19, Qom: Ahl al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, 1988. (In Arabic)
12. Kakalik, James S. and Pace, Nicholas M., *Cost and Compensation Paid in Tort Litigation*, Santa Monica, CA: RAND Institute for Civil Justice, 1986.
13. Makarem Shirazi, Naser, *Important Jurisprudential Researches*, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School Publications, 2001. (In Arabic)
14. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, *Rules of Jurisprudence: Civil Section 2*, Tehran: SAMT Publications, 11th Edition., 2011. (In Persian)
15. Motiei, Ensieh, *Grounds for Exemption and Discharge of Physicians' Civil Liability*, Tehran: Majd Publications, 2016. (In Persian)

16. Parisi, Francesco, *The Language of Law and Economics: A Dictionary*, Cambridge University Press, 2013.
17. Pirnia, Hassan; Eqbal Ashtiani, Abbas and Behnamfar, Mohammad Hasan, *The Complete History of Iran*, Tehran: Farhang-e Rasa Publishing, 2nd Edition, 2010. (In Persian)
18. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, 1998.
19. Salehi, Hamidreza, *Civil Liability Arising from the Treatment Process*, Tehran: Mizan Publishing, 2014. (In Persian)
20. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987.
21. Veljanovski, Cento, *The Economics of Law*, 2nd Edition, Great Britain, 2006.
22. Landes, William M and Posner, Richard A, *The Economic Structure of Tort Law*, United State: Harvard University Press, 1987.
23. Mathis, Klaus, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, New York: Springer, 2009.
24. Thaler, Richard H., *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, Translated by: Seyed Amir Hossein Miraboutalebi, Tehran: Donya-e Eqtesad, 2nd Edition, 2018. (In Persian)

Articles

25. Amini, Mansour and Shokuhyan, Seyyed Alireza, "Economic Analysis of Remedies for Breach of Obligation (Specific Performance)", *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 49, Issue 1, 2019, pp.17-33. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2019.256543.1007033.
26. Badini, Hasan, "Philosophical Foundations of the Economic Approach to Law", *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, Vol. 62, Issue 512, 2003, pp.91-135. (In Persian)
27. Becker, Selwyn W. and Brownson, Fred o., "What Price Ambiguity? Or the Role of Ambiguity In Decision-Making", *Journal of Political Economy*, Vol.72, Issue 1, 1964, pp.62-73. Doi: https://doi.org/10.1086/258854
28. Calabresi, Guido, "Optimal Deterrence and Accidents", *The Yale Law Journal*, Vol.84, Issue.4, 1975, pp. 656-671. Doi: 10.2307/795387.
29. Calabresi, Guido, "The Decision for Accident: An Approach to Non-fault Allocation of Costs", *Harvard Law Review*, Vol. 78, Issue 4, 1965, pp.713-745. Doi: 10.2307/1338791
30. Chan, Johannes, "Disturbing the Past and Jeopardising the Future: Retrospective and Prospective Overruling", *The University of Hong Kong*, 2014, pp.1-21. Doi: 10.2139/ssrn.2641354.
31. Crider, Krista S.; Cleves, Mario A.; Reefhuis, Jennita; Berry, Robert J.; Hobbs, Charlotte and Hu, Dale J., "Antibacterial Medication Use During Pregnancy and Risk of Birth Defects", *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, Vol.163, Issue 11, 2009, pp. 978-985. Doi: 10.1001/archpediatrics.2009.188.
32. Dharmapala, Dhammika and Hoffmann, Sandra. A., "Bilateral Accident with Intrinsically Interdependent Cost of Precaution", *The Journal of Legal Studies*, Vol.34, Issue 1, 2005, pp. 239-272. Doi: 10.1086/425598.
33. Endres, Alfred and Bertram, Regina, "The Development of Care Technology under Liability Law", *International Review of Law and Economics*, Vol. 26, Issue 4, 2006, pp. 503-518. Doi: 10.1016/j.irle.2007.01.004.
34. Feizi, Parviz and Rahimi, Bahman, "An Anthropological Study of Ritual Healing with Emphasis on the Role of Faith Healing in Kermanshah Province", *Quarterly Journal of Medical History*, Vol. 3, Issue 6, 2011, pp.97-113. (In Persian) Doi: 10.22037/mhj.v3i6.10234.
35. Friedmann, Wolfgang, "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling", *The Modern Law Review*, Vol. 29, Issue 6, 1966, pp. 593-607.
36. Ghatan, Gil T., "The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice, Real Property", *Trust and Estate Law Journal*, Vol.45, Issue 1, 2010, pp.179-216.

37. Guppy, Andrew, “Subjective Probability of Accident and Apprehension in Relation to Self-Other Bias, Age and Reported Behaviour”, *Accident Analysis and Prevention*, Vol. 25, Issue 4, 1993, pp. 375-382. Doi: 10.1016/0001-4575(93)90067-7.
38. Hakimiha, Saeid, “The Trend of Criminal Legislation in Medical Affairs”, *Scientific Journal of Forensic Medicine*, Volume 1, Issue 4, 1995, pp.14-19. (In Persian)
39. Khoshnoodi, Reza, “Development in the Concept of Medical Malpractice and its Instances in the French Legal System”, *Medical Law Journal*, Vol. 7, Issue 26, 2013, pp.41-64. (In Persian)
40. Mehmannavaz, Mahmoud,“Investigating the Status of Superstitious Methods and Beliefs in Safavid Period Medicine”, *Medical History Quarterly*, Vol. 12, Issue 44, 2020, pp. 1–15. Doi: 10.22037/mhj.v12i44.30280 (In Persian)
41. Montazeri, Saleh, and Seyyed Mohammad Ali Sadr Tabatabaei, “An Analysis of the Arguments and Foundations of Physician Immunity in Light of Jurisprudential Teachings”, Criminal Law Research Quarterly, Vol. 6, Issue 21, 2017, pp. 197–226. Doi: 10.22054/jclr.2018.12556.1219 (In Persian)
42. Nussim, Jacob and Tabbach. Avraham D., “A Revised model of Unilateral Accident”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 29, Issue 2, 2009, pp.169-177. Doi: 10.1016/j.irle.2008.05.001.
43. Ott, Claus and Schafer, Hans-Bernd, “Negligence as Untaken Precaution, Limited Information and Efficient Standard Formation in the Civil Liability System”, *International Review of Law and Economics*, Vol.17, Issue 1, 1997, pp.15-29. Doi: 10.1016/S0144-8188(96)00065-8.
44. Posner, Richard A., “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review*, Vol.8, Issue 3, 1980, pp. 487-507.
45. Posner, Richard A., “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, Issue 1, 1979, pp.103-140. Doi: 10.1086/467603.
46. Ramezani Ghavamabadi, Mohammad Hossein, “The Validity of the Rule of Precedent in the International Court of Justice”, *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 42, Issue 1, 2012, pp.127-144. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2012.29820.
47. Salehi, Hamidreza, “The Concept of Disease and its Impact on Physicians’ Liability in Different Historical Eras”, *Journal of Medical History*, Vol. 5, Issue 15, 2013, pp.75-98. (In Persian) Doi: 10.22037/mhj.v5i15.5320.
48. Shakerinia, Iraj, “Doctor-Patient Relationship and its Role in Patient Satisfaction with the Treatment Process”, *Journal of Medical Ethics and History of Medicine*, Vol. 2, Issue 3, 2009, pp. 9-16.(In Persian)
49. Shavell, Steven, “Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.21, Issue 2, 1992, pp. 259-270. Doi: 10.1086/467907.
50. Shavell, Steven, “Strict Liability versus Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.9, Issue 1, 1980, pp. 1-25. Doi: 10.1086/467626.
51. Teitelbaum, Joshua C., “A Unilateral Accident Model Under Ambiguity”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 36, Issue 2, 2007, pp. 431-477. Doi: 10.1086/511895.
52. Weinstein, Neil D., “Optimistic Biases about Personal Risks”, *Science*, Vol. 246, Issue 4935, 1989, pp.1222-1233. Doi: 10.1126/science.2686031
53. Wonnell, Christopher, “Efficiency and Conservatism”, University of San Diego School of Law, 2001, pp. 1-110. Doi: 10.2139/ssrn.285816. Available at: https://ssrn.com/abstract=285816

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 69-90 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Analyzing the Potential and Challenges of Artificial Intelligence in Advancing Women's Right to Equality

Fahimeh Heidari Torkabad[1], Seyed Ghasem Zamani[2]

Highlights

- Biased data and feminised, submissive virtual assistants make AI reproduce gender stereotypes.
- CEDAW and the UN Guiding Principles offer interpretive grounds, but binding AI-specific enforcement is lacking.
- Until binding AI norms emerge, soft law offers a practical way to hold states and companies to gender equality.

ABSTRACT

Introduction

Artificial intelligence (AI) is widely celebrated as one of the defining technologies of the present era, yet the pace of its advancement has raised serious concerns about its consequences for human rights, and for women's rights in particular. The principle of equality between women and men, long affirmed in instruments such as the Universal Declaration of Human Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), now faces new and less visible challenges as AI diffuses into daily life. Centuries of struggle were needed before women secured recognition of independent legal personality, education, and political participation, and that inequality risks re-emerging in a technological guise. This study analyzes the ways AI can advance women's rights, examines the discrimination and gender stereotyping that AI systems risk embedding and reproducing, and assesses the international legal tools available for addressing AI-driven gender inequality. It is guided by two related questions: how has AI affected women's right to equality, and does international law contain, or could it be read to contain, a binding obligation capable of preventing discrimination in the design of AI-based systems? The working hypothesis is that AI has so far intensified discrimination against women, but that soft-law instruments, particularly those obligating companies to respect equality, offer the most realistic path forward in the absence of a dedicated binding regime.

Methods

This research follows a doctrinal method based on library sources combining documentary analysis with logical reasoning. Material was drawn from United Nations documents, the periodic country reports and general recommendations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women,

How to Cite: Heidari Torkabad, Fahimeh, Zamani, Seyed Ghasem, "Analyzing the Potential and Challenges of Artificial Intelligence in Advancing Women's Right to Equality", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 69-90.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237379.2803 Received: 13/11/2024-Accepted: 12/05/2025

1. Phd Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: fahimehheydari73@gmail.com
2. Professor of Law, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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/).

statements and mission records of the Office of the High Commissioner for Human Rights, records of the Commission on the Status of Women, and relevant scholarly literature. These sources were analyzed across three domains where AI intersects with women's rights, namely health, equal legal recognition, and employment, so that AI's potential and its risks could be weighed side by side rather than in isolation. A second, more doctrinal strand addresses treaty interpretation: because CEDAW was drafted decades before AI-based systems existed, the study applies the general rule of interpretation in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, together with the evolutionary interpretation recognized in international jurisprudence, to ask whether CEDAW's non-discrimination and anti-stereotyping provisions, particularly Articles 2, 5, and 10, can reasonably extend to novel, AI-mediated forms of gender bias. This analysis is read alongside the three-pillar framework of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, so that state obligations and corporate responsibilities are considered together rather than as separate regimes.

Results and Discussions

The findings are organized around the same three domains. In healthcare, AI-based tools support earlier detection of conditions such as cancer and help lower maternal mortality in underserved regions. Yet the same technologies carry risks: AI-assisted ultrasound, intended to monitor fetal health, has in some patriarchal contexts been repurposed for sex-selective abortion, threatening girls' right to life and pregnant women's well-being. A related risk stems from the gender data gap: because health datasets have historically centered on male bodies, diagnostic tools have been shown to read identical symptoms differently by sex, treating a woman's left-arm pain as a possible sign of depression while flagging the same symptom as an urgent cardiac concern in men. Skin-tone and racial bias compound this pattern: facial-recognition training sets found to be roughly eighty percent light-skinned and seventy-five percent male produced near-perfect accuracy for white men's faces but markedly lower accuracy for Black women. On equal legal recognition, the right to legal personality under the Universal Declaration and the International Covenant on Civil and Political Rights is, at its core, a right to be treated as an equal, and AI-driven stereotyping threatens to erode progress toward that goal. Virtual personal assistants illustrate the pattern: Siri and Alexa were introduced with female names, voices, and personas, marketed as deferential helpers, an image reinforced by advertising and by their programmed tendency to respond politely, or not at all, to verbal abuse, precisely the kind of stereotyping the 2013 OHCHR report identified as a direct obstacle to women's enjoyment of human rights. CEDAW is found to be the most directly applicable binding instrument: although it predates AI, Articles 2, 5, and 10 obligate states to eliminate discriminatory stereotyping in law, custom, and education, and evolutionary interpretation supports reading these obligations onto AI-based systems unforeseeable when the Convention was drafted. The CEDAW Committee's General Recommendations No. 25 and No. 28 reinforce this by treating the elimination of stereotyping as an ongoing state obligation, and its 2010 finding against the Philippines for allowing gender-stereotyped reasoning to affect a rape verdict offers a precedent for treating algorithmically reproduced stereotypes as indirect discrimination, a path the Committee's 2023 dialogue with Germany on AI safeguards appears to confirm. Because CEDAW binds states rather than the companies designing these systems, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights supply a necessary complement, obligating firms such as Apple and Amazon to assess their products' human rights impact, even though the Principles remain non-binding and neither company has made a comparable public commitment. The High Commissioner for Human Rights has pressed a similar point directly to major technology firms, situating these concerns within a longer normative trajectory that includes the 1995 Beijing Declaration and the Commission on the Status of Women's more recent attention to AI. In employment, algorithms trained on historical data reproduce existing associations between gender and occupation: one widely cited study found that news-based training data reinforced the pairing of men with technical roles and women with domestic ones, and search platforms have been shown to display high-paying job advertisements disproportionately to male users. Applicant-tracking systems, adopted to manage a sharp rise in application volume, filter candidates by criteria such as keywords and experience, but can encode the same implicit "does this person resemble me" bias long present in human hiring, with evaluators shown to quietly adjust their own definition of merit to favor familiar candidates. At the same time, resume anonymization and skills-based assessment tools show that AI can also narrow these gaps, making its employment impact genuinely double-edged.

Conclusion

Taken together, these findings suggest that AI has not advanced, and in some respects has reversed, decades of progress toward gender equality achieved through the UN Charter, the Universal Declaration, and above all CEDAW, largely because women remain underrepresented in AI's design and governance. Symbolic gestures fall short of the binding standards this problem requires. CEDAW remains the most workable instrument available, and evolutionary interpretation, reinforced by the Committee's general

recommendations and country-review practice, can hold states to a meaningful minimum standard regarding technology companies within their jurisdiction. Soft-law instruments, especially the UN Guiding Principles, usefully complement this effort. Until recent UN, UNESCO, and EU initiatives harden into binding law, safeguarding women's rights in the AI era will depend chiefly on individual states' willingness to act.

Keywords: Artificial Intelligence, Women’s Rights, Equality, Discrimination, Gender Stereotypes.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

واکاوی ظرفیت‌ها و چالش‌های اثرگذاری هوش مصنوعی بر حق زنان بر برابری

فهیمه حیدری ترک‌آباد[۱]، سیدقاسم زمانی[۲]

نکات برجسته

- سوگیری داده‌ها و دستیارهای مجازی زنانه و مطیع، هوش‌مصنوعی را به عامل بازتولید کلیشه‌های جنسیتی بدل می‌کند.
- سیدا و اصول راهنمای سازمان‌ملل مبنای تفسیری فراهم می‌کنند، اما حوزه هوش‌مصنوعی فاقد ضمانت‌اجرای الزام‌آور مشخص است.
- تا الزام‌آورشدن هنجارهای نوظهور، حقوق نرم راهکاری عملی برای پایبندی دولت‌ها و شرکت‌ها به برابری جنسیتی در هوش‌مصنوعی است.

چکیده

باوجود تأثیر هوش مصنوعی بر سهولت زندگی، سرعت پیشرفت آن نگرانی‌های بسیاری را درمورد تقابل، رقابت و جایگزینی میان انسان و هوش مصنوعی در حوزه‌های مختلف و تأثیر این فناوری بر حقوق بشری انسان برانگیخته است. ازسویی، محرومیت زنان از حقوق اولیه بشری و اصل برابری زنان و مردان همواره در حقوق بین‌الملل و اسناد مربوطه مورد توجه قرار گرفته است. پیوند این دو گزاره هدف پژوهش را، که شناسایی آثار هوش مصنوعی بر حق زنان بر برابری و کنکاش در ابزار موجود حقوق بین‌الملل برای محکوم کردن این نوع از نابرابری است، تشکیل می‌دهد. اهداف پژوهش، سبب طرح این دو پرسش اصلی و فرعی شده است: هوش مصنوعی چگونه بر حق زنان بر برابری تأثیر گذاشته است؟آیا الزام یا ضمانت‌اجرایی برای عدم تبعیض در طراحی سازه‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی در حقوق بین‌الملل موجود یا متصور است؟ فرض براین است: هوش مصنوعی به تبعیض علیه زنان دامن زده، لکن توسل به حقوق نرم به‌ویژه در الزام شرکت‌ها به رعایت برابری راهگشاست. با انجام این پژوهش که با روش گردآوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای، مطالعه اسناد و تحلیل منطقی، انجام شده است؛ زوایای دقیق‌تری از ورود و تأثیر تبعیض علیه زنان در ابزارهای مبتنی‌بر هوش مصنوعی همچون دستیارهای شخصی مجازی روشن شد و ابتکارات کمیته رفع تبعیض علیه زنان در توجه به این مسئله در خلال بررسی گزارش‌های دوره‌ای کشورها، تأکید کمیسیون سازمان ملل متحد درباره وضعیت زنان بر این مسئله و اقدامات کمیساریای عالی حقوق بشر در مأموریت‌های ویژه و جلسات با شرکت‌های بزرگ فناوری برای رعایت اصول راهنمای سازمان ملل متحد در تجارت و حقوق بشر شایان توجه است. وجود این اسناد و استفاده از ابزار تفسیر می‌تواند در خلأ هنجاری موجود (به‌استثنای اسناد غیرالزام‌آور یونسکو و قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا با قابلیت اعمال منطقه‌ای) یاری‌رسان باشد.

کلید واژگان: هوش مصنوعی، حقوق زنان، برابری، تبعیض، کلیشه‌های جنسیتی.

استناد به این مقاله: حیدری ترک‌آباد، فهیمه، زمانی، سیدقاسم، «واکاوی ظرفیت‌ها و چالش‌های اثرگذاری هوش مصنوعی بر حق زنان بر برابری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۶۹-۹۰.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۲ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237379.2803

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: fahimehheydari73@gmail.com
۲. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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

هوش مصنوعی[۱] رشته جوان شصت‌ساله‌ای شامل مجموعه‌ای از علوم، نظریه‌ها و تکنیک‌ها (منطق ریاضی، آمار، احتمالات، عصب‌شناسی محاسباتی، علوم کامپیوتر) به شمار می‌رود و هدف آن تقلید توانایی‌های شناختی انسان است.[۲] پیشرفت این فناوری از جنگ جهانی دوم آغاز شد و به‌تدریج رایانه‌ها را به انجام وظایف پیچیده‌تر سوق داد؛ وظایفی که قبلاً فقط به انسان محول می‌شدند. هرچند جان فون نویمان و آلن تورینگ مبدع اصطلاح هوش مصنوعی نبودند، می‌توان آنها را بنیان‌گذاران فناوری پایه آن در آغاز سال ۱۹۵۰ نامید.[۳] گفته می‌شود مک کارتی، دانشمند و ریاضی‌دان، در سال ۱۹۵۶ اصطلاح هوش مصنوعی را ابداع کرده است. لکن تمامی این پیشرفت‌ها بدون وجود آدا آگوستا ممکن نبود. چنانچه این زن به‌عنوان اولین برنامه‌نویس کامپیوتر در تاریخ و پیشگام در توسعه هوش مصنوعی شناخته شده است.[4]

پس از اشاره اختصاری به تاریخچه ظهور هوش مصنوعی، باید به شناخت این فناوری پرداخت. اتفاق‌نظری پیرامون تعریف هوش مصنوعی وجود ندارد. عامل این مسئله را ازیک‌طرف، می‌توان در ماهیت این فناوری یافت که پویاست و یافتن تعریف برای پدیده‌ای که دائماً درحال تغییر و ارتقاست، آسان نیست. از طرفی، هوش مصنوعی مفهومی میان‌رشته‌ای است و یافتن تعریفی متناسب با جایگاه این فناوری در تمام این رشته‌ها کار ساده‌ای نیست.[5] دایره‌المعارف بریتانیکا، هوش مصنوعی را به‌عنوان توانایی رایانه‌های دیجیتال یا ربات‌های کنترل شده توسط این رایانه‌ها برای حل مسائلی تعریف می‌کند که معمولاً با قابلیت‌های پردازش فکری بالاتر از انسان مرتبط هستند.[۶] در تعریفی جامع‌تر که در اسناد اتحادیه اروپا به آن اشاره شده، هوش مصنوعی به سیستم‌هایی اطلاق می‌شود که با تجزیه و تحلیل محیط خود و انجام اقداماتی– با درجاتی از خودمختاری– برای دستیابی به اهداف خاص، رفتار هوشمندانه‌ای از خود نشان می‌دهند.[۷] این تعریف در سند بعدی اتحادیه اروپا بدین نحو اصلاح شد: هوش مصنوعی به‌عنوان سیستم‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری که توسط انسان‌ها طراحی شده‌اند تا با توجه به هدف پیچیده خود، با درک محیط خود از طریق جمع‌آوری داده‌ها عمل کنند، شناخته می‌شود.[۸]

هوش مصنوعی، بی‌گمان جلوه‌ای درخشان از پیشرفت فناوری در عصر کنونی است و اگرچه پیام‌آور رفاه بیشتر برای ابنای بشر است، مسبب بروز نگرانی‌هایی نیز شده است. این شمشیر دولبه به‌ویژه در ارتباط با اقشار آسیب‌پذیر همچون زنان، دوگانگی تأثیر مثبت و منفی خود را آشکار می‌سازد. در جهانی که شناسایی هویتی مستقل برای زن، شناسایی حقوقی همچون آموزش و حق رأی برای او و ورود وی به جامعه، قرن‌ها به طول انجامید؛ بدیهی است که حتی همین امروز نیز نابرابری ناشی از قرن‌ها تبعیض، خود را نشان دهد. مسئله‌ای که اگرچه مرتفع کردن آن در بسیاری از اسناد حقوق بین‌الملل مورد توجه بوده، بروز آن در عصر هوش مصنوعی شکل متفاوتی به خود گرفته است. بروز نابرابری و

---

1. Artificial Intelligence (AI)
2. Simon, H., and R. Frantz, "Artificial Intelligence as a Framework for Understanding Intuition", *Journal of Economic Psychology*, Vol. 24, Issue 2, 2003, p 265.
3. https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai/
4. Hilale, N., "The Evolution of Artificial Intelligence (AI) and Its Impact on Women: How It Nurtures Discriminations Towards Women and Strengthens Gender Inequality", *Arribat*, Vol. 1, Issue 2, 2021, p 147.
5. Ertel, W., *Introduction to Artificial Intelligence*, Cham: Springer, 2018, p 177.
6. Copeland, B.J.. "artificial intelligence", *Encyclopedia Britannica*, 11 Aug. 2024, https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence . Accessed 3 August 2024.
7. Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final/
8. Miller, Katharina, Wendt, Karen, *The Fourth Industrial Revolution and Its Impact on Ethics: Solving the Challenges of the Agenda 2030* (Sustainable Finance) ,1st ed. 2021, p 121.

تبعیض به شکلی متفاوت، چنان عقبگردی در مسئله سوگیری‌های جنسیتی، کلیشه‌های جنسیتی و در نتیجه آن تشدید نابرابری و تبعیض میان زنان و مردان داشته که نه‌فقط تلاش‌های حقوق بین‌الملل در سطوح مختلف و در راستای محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان را خنثی کرده، بلکه این تلاش‌ها را چند گام به عقب رانده است. جای امیدواری است که با افزایش استفاده از ابزارهای مبتنی‌بر هوش مصنوعی همچون دستیارهای شخصی مجازی، مسئله تأثیرپذیری این تکنولوژی از کلیشه‌های جنسیتی و در نتیجه بروز سوگیری جنسیتی در آنها به‌ویژه توسط ارکان سازمان ملل متحد مورد توجه قرار گرفت. توجهی که اگرچه در حال حاضر در قالب نرم بیان می‌شود، در آینده‌ای نزدیک به حقوق سخت نزدیک خواهد شد. همین مسئله ضرورت بررسی و امکان اعمال مفاد اسناد موجود را بر فناوری‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی که به نابرابری میان زنان و مردان دامن میزنند، دوچندان کرده است. پژوهش پیش‌رو با نگاهی به ظرفیت‌های هوش مصنوعی در صیانت از حقوق زنان، به مسئله برابری زنان و مردان از دریچه فناوری‌های نوین و انطباق با مقرره‌های مرتبط وارد شده، سپس به دنبال راه‌حلی از جنس حقوق بین‌الملل همچون بار کردن تعهد بر دول و لزوم رعایت حقوق بشر توسط شرکت‌ها مسیر خود را ادامه می‌دهد. مسیری که بی‌گمان در آینده‌ای نه چندان دور شاهد تلاطم‌ها، تعارض‌ها و توجهاتی عمیق‌تر خواهد بود.

۱. ظرفیت تأثیر هوش مصنوعی بر دو حق بنیادین بشری زنان: حق بر حیات و سلامتی

پیش از ورود به بررسی حق برابری زنان با مردان، باید به حق بر حیات و حق بر سلامتی(جسمی-روانی)که حقوقی بنیادین از نسلاول حقوق بشری هر انسان است.[۱] به‌عنوان پایه، اساس و زمینه حق برابری زنان با مردان اشاره کرد. حقوقی که تمتع از آن، استیفا از سایر حقوق بشری را ممکن می‌سازد. لذا نخست به این حق و تأثیر هوش مصنوعی بر حفظ یا به خطر افتادن آن درمورد زنان، پرداخته می‌شود.

هوش مصنوعی این پتانسیل را دارد که به رفع برخی از بزرگ‌ترین چالش‌هایی که جهان در حوزه سلامت با آن مواجه است کمک کند. طراحی برنامه‌هایی برای حفظ سلامتی و تشخیص بیماری‌ها با هوش مصنوعی ارتقا یافته‌اند.[۲] به‌عنوان مثال، میلیاردها دستگاه تلفن همراه با دوربین، میکروفون و حسگرهای حرکتی وجود دارد که برای تشخیص اختلالات قلب، چشم، سرطان، دیابت و بیماری‌های مزمن از هوش مصنوعی استفاده می‌کند.[۳] تأثیر استفاده از این فناوری در برنامه‌های مراقبت‌های بهداشتی و غلبه بر افزایش بیماری‌های عفونی در زنان، تشخیص این بیماری‌ها و پایین آمدن نرخ مرگ‌ومیر مادران در قاره آفریقا به‌ویژه در کشورهای محروم آن مؤثر بوده است.[۴] لکن از دیرباز در بسیاری از کشورها، با جوامعی مردسالار مواجه بوده‌ایم که فرهنگ آنان داشتن فرزندان پسر را ترجیح می‌دهد. استفاده نادرست از فناوری، در چنین جوامعی اکنون چهره جدیدی به خود گرفته و در جایی که سونوگرافی یا اولتراسوند- مبتنی‌بر هوش مصنوعی- در اصل باید برای تشخیص سلامت جنین انجام شود، در بسیاری از ایالت‌های هند، برای تعیین جنسیت جنین و سقط

---

[۱]. قاری سید فاطمی، محمد، «مبانی توجیهی – اخلاقی حقوق بشر معاصر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۵، شماره ۳۵-۳۶، ۱۳۸۱، ص. ۱۸۱.

[2]. Boman, M., and E. Kruse, "Supporting Global Health Goals with Information and Communications Technology", *Global Health Action*, Vol. 10, 2017, (sup3), p 9.

[3]. Owoyemi, A., J. Owoyemi, A. Osiyemi, and A. Boyd, "Artificial Intelligence for Healthcare in Africa", *Frontiers in Digital Health,* Vol. 2, Issue 6, 2020, p 13.

[4]. Hashimoto, R, et al. "Artificial Intelligence Using Convolutional Neural Networks for Real-Time Detection of Early Esophageal Neoplasia in Barrett's Esophagus", *Gastrointestinal Endoscopy*, Vol. 91, Issue 6, 2020, p 1269.

آن درصورت مونث بودن، استفاده می‌شود.[1] عملی که به وضوح نقض حق بر حیات دختران است، سلامت جسمی و روانی مادران باردار را به‌دلیل تحت فشار قرارگرفتن برای سقط جنین تهدید می‌کند و برهم‌خوردن تعادل جنسیتی در جغرافیایی خاص را به دنبال دارد.

از طرفی، چنانچه اشاره شد، اپلیکیشن‌های بررسی وضعیت سلامتی مبتنی‌بر هوش مصنوعی، بیش از پیش مورد استقبال قرار گرفته است. لکن داده‌هایی که این اپلیکیشن‌ها بر آن مبتنی است عمدتاً از مردان جمع‌آوری شده‌اند. این مسئله جایی اهمیت بیشتری می‌یابد که بدانیم طی چندین دهه بیماری‌های قلبی - عروقی به‌عنوان بیماری مردانه در نظر گرفته می‌شد. این دیدگاه به هوش مصنوعی مورد استفاده در اپلیکیشن‌های سلامتی نیز منتقل شده و در نتیجه این فرایند، ممکن است هوش مصنوعی، علائم درد در بازوی چپ کاربر زن را نشان‌دهنده افسردگی او تشخیص دهد و به وی توصیه کند طی *چند روز آینده* به پزشک مراجعه کند. در مقابل، احتمال بیشتری وجود دارد که از کاربر مرد با چنین علائمی خواسته شود تا *فوراً* با پزشک خود برای تشخیص حمله قلبی احتمالی تماس بگیرد. بااین‌حال، واضح است که زنان نیز می‌توانند قربانی حملات قلبی شوند.[2] سوگیری جنسیتی و تبعیض ناشی از آن در این مورد هویداست. اگرچه نباید از این واقعیت گذشت که هوش مصنوعی فعلی مورد استفاده در اپلیکیشن‌های سلامتی، اصالتاً در این زمینه مسئول نیست و داده‌های ورودی توسط انسان، به چنین پردازش و خروجی منجر می‌شوند.

دیگر چالش مرتبط با سوگیری در زمینه حق بر حیات و سلامتی، مسئله تنوع نژادی است. توضیح این مورد با ذکر مثال ابعاد این موضوع را روشن می‌کند. زمانی که فناوری هوش مصنوعی قرار است سرطان پوست را تشخیص دهد، تشخیص دقیق رنگ پوست و واریانس‌های آن حائز اهمیت است. در نتیجه مطالعات جوی بولاموینی بر الگوریتم‌های تشخیص چهره، او دریافت سهم تصاویر ورودی که الگوریتم‌های مختلف تشخیص چهره براساس آنها ساخته شده‌اند شامل ۸۰درصد تصاویر افراد سفیدپوست و ۷۵درصد از چهره‌های مردان است. در نتیجه، الگوریتم‌ها دقت ۹۹درصدی در تشخیص چهره مردان داشتند. بااین‌حال، توانایی سیستم در تشخیص زنان سیاه‌پوست به میزان قابل توجهی کمتر بود.[3] بنابراین این ضعف نیز بر حق زنان بر سلامتی تأثیرگذار است. دیگر تأثیر منفی هوش مصنوعی بر حق سلامتی زنان، با دو حق بر پوشش چنانچه در ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آمده و حق بر اشتغال در ارتباط است. غالب الگوریتم‌های سیستم‌های هوشمند سرمایشی در اکثر ادارات و سازمان‌ها براساس بدن مردان و پوشش آنها شامل کت و شلوار طراحی شده‌اند و زنان معمولاً از سردی ادارات شکایت دارند و سلامتی اکثر آنان در محیط کار نیز از این جهت مورد تهدید قرار می‌گیرد.[4]

۲. ظرفیت‌های اثرگذاری هوش مصنوعی بر حق زنان بر شناسایی برابر با مردان

ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حق برخورداری از شخصیت حقوقی را برای زنان در کنار مردان و مانند آنان مورد شناسایی قرار داد. حق یادشده تلفیقی است از حق بر شخصیت حقوقی و

1. Kumar, S., and S. Choudhury, "Gender and Feminist Considerations in Artificial Intelligence from a Developing-World Perspective, with India as a Case Study", *SSRN Electronic Journal*, 2021, p 12.
2. Rodrigues, R., "Legal and Human Rights Issues of AI: Gaps, Challenges and Vulnerabilities", *Journal of Responsible Technology*, Vol. 4, Issue 3, 2020, p 31.
3. Ibid, p 33.
4. https://ssir.org/articles/entry/when_good_algorithms_go_sexist_why_and_how_to_advance_ai_gender_equity#

حق برابری حقوقی. ازاین‌رو، خاستگاه این حق را باید اصل برابری میان زنان و مردان دانست. این حق، حقی مطلق است که اجرای آن باید در هر شرایطی تضمین شود. بنابراین حق زنان بر داشتن شخصیت حقوقی متضمن رفتار برابر با مردان است.[1] ازسویی آنچه جنبش‌های فمینیستی از موج ابتدایی آن تا به امروز، در پی تحقق آن بوده‌اند، همین برابری است. مسئله‌ای که به‌تدریج و در طول زمان، در جوامع ملی- غالباً جوامع توسعه‌یافته- و جامعه بین‌المللی مورد توجه قرارگرفته و گواه آن ایجاد سازمان‌ها و تدوین اسناد بین‌المللی با درجات مختلفی از الزام‌آوری با موضوع برابری زنان و مردان است. لکن اکنون چنین فناوری‌ای می‌تواند تلاش‌های صورت‌گرفته تاکنون را چندگام به عقب براند. چه اینکه از مهم‌ترین انتقادات وارده به هوش مصنوعی تسهیل نقض برابری زنان و مردان است. این نقض به طرق مختلف در سازه‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی اتفاق می‌افتد. با توجه به آنچه گفته شد، اگر برابری از طریق مفهوم مخالفش مورد شناسایی قرار گیرد و به مفهوم متضاد آن اشاره شود، تبعیض، واژه انتخابی انسب خواهد بود. با روشن شدن ارتباط این دو مفهوم با یکدیگر، به نقش هوش مصنوعی در دامن زدن به تبعیض میان زنان و مردان و نقض حق زنان بر شناسایی برابر با مردان و مصادیق این گزاره پرداخته می‌شود.

۲.۱. هوش مصنوعی و دامن زدن به تبعیض میان زنان و مردان از طریق بازتولید کلیشه‌های جنسیتی

کلیشه جنسیتی مفهومی است که نه‌فقط بر پایه تبعیض میان زنان و مردان حیات یافته، بلکه به‌عنوان کاتالیزوری در عمیق‌تر شدن این تبعیض نیز شناخته می‌شود. در سال ۲۰۱۳، دفتر کمیساریای عالی حقوق بشر[2] گزارشی راجع به کلیشه‌های جنسیتی به عنوان یکی از انحای نقض حقوق بشر منتشر کرد. گزارش، کلیشه‌های جنسیتی را این‌گونه تعریف می‌کند: «کلیشه‌های جنسیتی دیدگاهی عمومی یا پیش‌تصور درمورد ویژگی‌هایی است که زنان و مردان دارند یا باید داشته باشند، یا نقش‌هایی است که لزوماً باید یا نباید توسط مردان و زنان انجام شود». گزارش در ادامه خاطرنشان می‌کند: «نوعی اتفاق‌نظر وجود دارد که کلیشه‌های جنسیتی؛ چالشی مهم و درعین‌حال مستقیم برای به رسمیت شناختن، اعمال و برخورداری زنان از حقوق بشر ایجاد می‌کند».[3]

بنابراین بازتولید کلیشه‌های جنسیتی درباره ویژگی‌های شخصیتی زنان، نحوه رفتار زنان و کارهایی که زنان باید انجام دهند نه‌فقط به‌خودی‌خود دارای آثار سوئی بر زنان است، بلکه پیامدهای اجتماعی همچون شکل‌گیری انتظاراتی از زنان در جوامع را در پی دارد، مرزهای سنتی میان زنان و مردان را تقویت می‌کند و پیامدهای آن را برای تبعیض در اعطای جایگاه‌های برابر به زنان و مردان و نابرابری اجتماعی توجیه می‌کند.

۲.۲. نقش دستیارهای شخصی مجازی[4] در دامن زدن به تبعیض میان زنان و مردان از طریق بازتولید کلیشه‌های جنسیتی

در سال ۲۰۱۳ فیلمی به نویسندگی و کارگردانی اسپایک جونز اکران شد که نقش اصلی زن در آن، تنها از طریق صدایش

---

[1]. احمدی‌نژاد، مریم و یاسر امین‌الرعایا، «حق زنان به شناسایی برابر با مردان؛ از منظر نظام بین‌المللی حقوق بشر و اسلام»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص. ۴۱۹.

[2]. OHCHR

[3]. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HR-Violation.docx/

[4]. virtual personal assistant: VPA

در این فیلم حضور داشت و با «ضمیر مؤنث او»[1] شناخته می‌شد و نقش یک دستیار شخصی مجازی مبتنی‌بر هوش مصنوعی را بازی می‌کرد. این فیلم و شخصیت، توجه کمپانی اپل[2] را به خود جلب کرد. درنهایت به‌منظور اطمینان از اینکه دستیارشخصی مجازی اپل شبیه انسان است، سیری[3] با صدای زن معرفی شد.[4] پس از آن آمازون نیز دستیار شخصی خود به نام الکسا را با نام و صدای زنانه به بازار عرضه و معرفی کرد.

در حال حاضر استفاده از دستیارهای شخصی مجازی و محبوبیت آنها در خانه، تلفن‌های هوشمند و اتومبیل‌ها روبه افزایش است.[5] آنچه با بحث حاضر در زمینه تشدید تبعیض میان زنان و مردان با بازتولید کلیشه‌های جنسیتی گره می‌خورد، این است که این دو دستیار شخصی مجازی محبوب با نام‌هایی زنانه ارائه شدند: سیری در زبان اسکاندیناوی به‌معنای«زن زیبایی است که شما را به‌سمت پیروزی می‌برد»و آمازون مشتریان خود را ترغیب می‌کند تا از ضمیر مفعولی «her» در ارجاع به الکسا استفاده کنند. نام‌ها، صداها و شخصیت‌های زنانه این دستیارها همگی کلیشه‌های جنسیتی را درباره نقش زنان در جامعه و نوع کار زنان بازتولید می‌کنند. دستیارهایی که برای«کمک کردن» طراحی شده‌اند– سیری و الکسا– این ایده را بازتولید می‌کنند که زنان تابع مردان‌اند و وجود دارند تا توسط مردان «استفاده» شوند.[6]

ترکیب استفاده از شخصیت زنانه، توصیف به‌عنوان «دستیار» و توجه به اینکه هدف ذاتی دستیارهای شخصی مجازی انجام کارهایی است که اهمیت کمتری دارند، به‌طوری‌که کاربر برای انجام کارهای مهم‌تر آزاد می‌شود، انتقادات بسیاری را درباره ارزش «کار زنان» برانگیخته است و جامعه نیز شاهد بازتولید کلیشه‌هایی ازجمله دستیاری، منشی بودن و به‌طور کلی تعبیه نقش‌های ثانویه برای زنان خواهد بود. علاوه‌بر این، دستیارها اغلب به روش‌هایی به بازار عرضه می‌شوند که به‌طور ضمنی نشان می‌دهند جای یک زن غایب در خانه، معمولاً یک مادر یا همسر را می‌گیرند. درک این گزاره با ذکر مثال برای تقریب به ذهن راهگشا خواهد بود: در یکی از تبلیغات2018 الکسا– با عنوان روز پدر– پدری را با نوزادش فقط برای آن روز در خانه می‌بینیم، درحالی‌که او عادت ندارد به‌عنوان مراقب انجام وظیفه کند. الکسا آماده است تا او را در طول روز راهنمایی کند و حتی درصورت خوب انجام دادن امور، او را تحسین کند.[7] در واقع، طراحی دستیارهای شخصی مجازی به‌عنوان زن بخش مهمی از خصوصیات آنهاست: به‌عنوان دستیاران مفیدی که به شما کمک می‌کنند موفق شوید، اما بر سر راه شما قرار نخواهند گرفت.[8] ازسویی الکسا و سیری به گونه‌ای طراحی شده‌اند که بتوانند به ابراز محبت مردانه پاسخ‌هایی زیبا و محبت‌آمیز بدهند. چنانچه پاسخ الکسا: «این چیز خوبی است برای گفتن»؛ پاسخ سیری: «تو باد زیر بال‌های من هستی» است. اما همین دو اگر توهینی بشنوند عملاً ساکت مانده یا حتی تشکر می‌کنند![9] این طراحی مشخصاً کلیشه‌های رفتار زنانه را بازتولید می‌کنند و پیشنهاد می‌کند که توهین‌های مردانه، مؤدبانه پاسخ داده شود!

---

1. Her
2. Alex Acero
3. siri
4. https://www.marieclaire.com/culture/news/a16682/why-is-siri-a-female-voice/
5. https://www.nytimes.com/2023/01/07/technology/personaltech/alexa-amazon-uses.html
6. Adams, R., "Addressing Indirect Discrimination and Gender Stereotypes in AI Virtual Personal Assistants: The Role of International Human Rights Law", *Cambridge International Law Journal*, Vol. 8, Issue 2, 2019, p 248.
7. https://www.ispot.tv/ad/d2jz/amazon-echo-dads-day/
8. Adams, R., Op.Cit, p 250.
9. https://english.elpais.com/technology/2023-12-28/made-by-men-to-serve-why-virtual-assistants-have-a-womans-name-and-voice.html/

۳. ابزارهای ایستادگی حقوق بین‌الملل در برابر نقض برابری زنان و مردان توسط هوش مصنوعی

پویایی حقوق بین‌الملل و تلاش برای تحول در اسناد و هنجارسازی هم‌زمان با تحول در حوزه‌های گوناگون، اگرچه قابل تحسین است، در بسیاری از حوزه‌ها همچون تکنولوژی، با حصول توفیق کمتری روبه‌رو است. در نتیجه، آنچه پیش از هنجارسازی جدید در چنین حوزه‌هایی می‌تواند مستمسک دول و افراد قرار گیرد، هنجارهای موجود و مرتبط است. لذا در این قسمت تمرکز بر کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان است و مطابقت مفاد این کنوانسیون، با آنچه در طراحی هوش مصنوعی رخ می‌دهد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳.۱. چگونگی انطباق مفاد کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان با طراحی و استفاده از ابزارهای هوش مصنوعی

توسعه و استفاده از فناوری‌های مبتنی‌بر کلیشه‌های جنسیتی درمورد رفتار، شخصیت و نقش‌های زنان در جامعه می‌تواند به تداوم تبعیض علیه زنان دامن بزند.[۱] نزدیک‌ترین سند موجود در حقوق بین‌الملل در این راستا، کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان[۲] است که در سپتامبر ۱۹۸۱ با هدف پایان دادن به تبعیض علیه زنان به اجرا گذاشته شد.[۳] در ادامه به موادی از این سند و چگونگی مطابقت آن با پژوهش حاضر اشاره می‌شود.

ماده ۲ کنوانسیون به تعهدات اصلی کشورهای عضو در رابطه با ریشه‌کن کردن تبعیض علیه زنان در تمام اشکال می‌پردازد.[۴] بند الف ماده ۵ ریشه‌کن کردن تبعیض مبتنی‌بر کلیشه‌های منفی از زنان را مورد توجه قرار داده است و از کشورهای عضو می‌خواهد اقدامات لازم را اتخاذ کنند.[۵] ازسویی توجه به کلیشه‌های جنسیتی در ماده ۱۰ درمورد حقوق برابر در آموزش نیز ذکر شده است.[۶] پرسش اینجاست: آیا تعهدی را که مواد مارالذکر از آن سخن گفته است، می‌توان بر آنچه درمورد دستیارهای شخصی مجازی مبتنی‌بر هوش مصنوعی بیان شد، منطبق دانست؟ آیا اعضای کنوانسیون، حداقل واکنش ممکن به وقوع تبعیض علیه زنان و تشدید تبعیض‌های موجود به وسیله فناوری‌ای به نام هوش مصنوعی را نشان داده‌اند؟ به‌عبارتی‌دیگر، آیا اقدامی ازسوی دول عضو کنوانسیون برای اجرای مواد ۵ و ۱۰ که عملاً توسط هوش مصنوعی نقض شده، انجام گرفته است؟

برای پاسخ به پرسش‌های مذکور، ابتدا باید به چگونگی انطباق کنواسیون، با شرایط فوق پرداخت. فارغ از وجه عرفی برخی از مفاد کنوانسیون مورد بحث- برخی از نظام‌های حقوقی داخلی پیشرفته نشئت گرفته و برخی در طول زمان به نظام‌های حقوقی داخلی وارد شده مورد استناد قرار گرفته و دو عنصر ایجاد عرف در آنها تجمیع شده- که ممکن است تردید در شکل‌گیری آن وجود داشته باشد، الزام‌آوری مفاد این کنوانسیون که ناشی از تعهدات قراردادی است، غیرقابل انکار است. ازسویی، پرواضح است در زمان تصویب این سند، خبری از ظهور و فراگیری استفاده از هوش مصنوعی و مسائل پیرامون آن نبود. لکن استفاده از تفسیر به‌عنوان یکی از ابزارهای ارزشمند حقوق بین‌الملل در چنین مواردی راهگشاست. ورود به مسئله تفسیر- می‌توان آن را ضامن پویایی حقوق بین‌الملل دانست-در چند سطر نمی‌گنجد، اما به

[1].https://www.coe.int/en/web/commissioner/opinion-articles/-/asset_publisher/qk0cwIowET3l/content/in-the-era-of-artificial-intelligence-safeguarding-human-rights/
[2]. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: CEDAW.
[3]. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979 entry into force 3 September 1981, in accordance with article, Vol. 27, Issue 1.
[4]. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: Article 2.
[5]. Ibid, Article 5.
[6]. Ibid, Article 10.

فراخور بحث نکاتی ذکر شد.

قاعده کلی تفسیر که در ماده ۳۱ کنوانسیون وین بیان شده، دارای چندین عنصر است که مفسر در فرایند تفسیر آنها را مدنظر قرار می‌دهد؛ چنانچه اصولاً یک معاهده براساس معنای عادی اصطلاحات و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر می‌شود. گاهی ممکن است صرف توجه به متن و سیاق معاهده برای تفسیر اصطلاحات به کاررفته در آن کافی نباشد و مفسر ناگزیر باشد برای انجام فرایند تفسیر به قواعد دیگری خارج از معاهده مورد تفسیر مراجعه کند.[1] توجه به سخن قاضی جساپ در قضیه آفریقای جنوب غربی ما را در پیشبرد بحث یاری می‌کند: «حقوق، هیچ‌گاه نمی‌تواند بی‌توجه به تغییرات جوامع، وضعیت‌ها و استانداردهای اجتماعی باشد و معاهدات نمی‌توانند ماهیت تغییرناپذیر و ابدی داشته باشند». بنابراین تفسیر تکاملی یا پویا که در مقام جمع بین دو امرِ ظاهراً متضاد است: نخست، حفظ کارایی یک پیمان در مواجهه با وضعیت‌های جدید و دوم، احترام به قصد طرفین که در زمان انعقاد پیمان، اظهار شده است،[2] راهگشا خواهد بود. توجه به این نکته ضروری است که تفسیر تکاملی صرفاً در مواردی قابل اعمال است که معنای عبارت به‌طورکلی روشن است و صرفاً در محدوده آن تردید وجود دارد.[3] درخصوص مواد ۲، ۵ و ۱۰ کنوانسیون، معنای عبارات واضح اما محدوده آن محل بحث است؛ بنابراین نه‌فقط پیش‌شرط لازم برای توسل به تفسیر تکاملی فراهم است، بلکه می‌توان گفت انجام آن برای حفظ کارآمدی کنوانسیون ضروری است. بنابراین باید به پرسش‌های ابتدایی این مبحث پاسخ داد. پاسخ به پرسش اول، براساس آنچه درخصوص تفسیر بیان شد، مثبت است؛ لکن نحوه اعلام و اجرای آن در هاله‌ای از ابهام و مربوط به مسائل شکلی است. درمورد پرسش دوم و سوم با نگاهی به اصل اعتبار برابر حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی- در برخی نظرات برتری آن- به‌نظر باید به حقوق داخلی کشورهای عضو کنوانسیون مراجعه شود که بررسی آن در این مقاله نمی‌گنجد، اما تمسک به کمیته رفع تبعیض علیه زنان می‌تواند مفید واقع شود.

۳.۲. انعکاس مسئله برابری زنان و مردان درکمیته رفع تبعیض علیه زنان

درحالی‌که مواد مورد اشاره کنوانسیون تعهد آشکاری بر دوش دول عضو می‌گذارد تا در راستای نقض حق زنان بر شناسایی برابر با مردان به مسئله کلیشه‌های جنسیتی توجه کنند، کمیته رفع تبعیض علیه زنان[4] نیز بر اهمیت پرداختن به کلیشه‌های جنسیتی به‌عنوان کلید ریشه‌کن کردن تبعیض در همه اشکال علیه زنان تأکید می‌کند. در سال ۲۰۰۴ کمیته، توصیه عمومی ۲۵ را صادر کرد و راهنمایی بیشتری درباره اجرای مواد کنوانسیون به‌ویژه مواد مربوط به اقدامات ویژه‌ای که دولت‌های عضو می‌توانند به‌منظور رسیدگی به وضعیت تبعیض علیه زنان اتخاذ کنند، ارائه داد. خنثی کردن «تداوم کلیشه‌های مبتنی‌بر جنسیت که زنان را نه‌فقط از طریق اعمال فردی افراد، بلکه از مجرای قانون و ساختارها و نهادهای قانونی و اجتماعی» تحت تأثیر قرار می‌دهد، به‌عنوان تعهد کلیدی دولت‌ها ذکر شد. دول عضو کنوانسیون باید مفاد این توصیه شامل پرداختن به «نگرش‌ها و رفتارهای کلیشه‌ای» را به‌عنوان یکی از «اقدامات ویژه» وفق ماده ۴ کنوانسیون، و

---

[1]. حجار، محمود و سیدقاسم زمانی، «جایگاه اصول کلی حقوق در تفسیر معاهدات»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۷، شماره ۸۷، ۱۴۰۴، ص ۹۳.

[2]. محبی، محسن و وحید رضادوست،«تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف درخصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۲، شماره ۵۳، ۱۳۹۵، ص. ۱۴.

[3]. همان.

[4]. ازاین‌پس: کمیته.

به‌منظور تسریع برابری جنسیتی به‌صورت شکلی و ماهوی اجرا کنند.[1] از دیگر جنبه‌های کلیدی توصیه عمومی ۲۵ تعریف تبعیض غیرمستقیم است. در این تعریف این مفهوم قابل توجه است که کلیشه‌های جنسیتی نه‌فقط منجر به تبعیض علیه زنان می‌شود، بلکه نتیجه چنین تبعیضی نیز است.[2]

توصیه عمومی شماره ۲۸ صادره در سال ۲۰۱۰ اکنون به‌عنوان موضع رسمی کمیته درمورد تبعیض غیرمستقیم شناخته می‌شود. این توصیه چنین ابراز می‌کند: حمایت از حقوق زنان مستلزم آن است که دولت‌های عضو از زنان در برابر انواع تبعیض به‌ویژه تبعیض غیرمستقیم توسط بازیگران خصوصی محافظت کنند و گام‌هایی را با هدف از بین بردن روش‌های مرسومی که به سوگیری و تداوم مفهوم حقارت یا برتری هریک از جنسیت‌ها و نقش‌های کلیشه‌ای برای مردان و زنان منجر می‌شود، بردارند.[3] نکته قابل توجه تأکید توصیه بر تعهدات دولت‌های عضو طبق ماده ۲ کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان است که ظهور اشکال جدیدی از تبعیض را پیش‌بینی می‌کند که در زمان تهیه پیش‌نویس آن شناسایی نشده بودند. شکل جدید تبعیض را می‌توان با جنسیت‌زدگی فناوری‌های دستیارهای شخصی مجازی منطبق دانست و براساس همین توصیه، راه برای دخالت کمیته در این وضعیت هموار شود. چه اینکه کمیته به دولت‌های عضو توصیه می‌کند اقداماتی را برای شناسایی و رسیدگی به اشکال درحال ظهور تبعیض و کلیشه‌های جنسیتی انجام دهند. در همین راستا در سال ۲۰۱۰، پرونده‌ای در کمیته مطرح شد که مفاد کنوانسیون منع تبعیض مورد استناد قرار گرفت. موضوع پرونده تبرئه متهمی بود که به مسئله نقش قربانیان در موقعیت تجاوز جنسی گره می‌خورد. در جریان رسیدگی مواردی مطرح شد همچون: «قربانی تجاوز ترسو است، تجاوز تنها زمانی صورت می‌گیرد که قربانی مستقیماً تهدید می‌شود و تجاوز فقط به دست غریبه‌ها صورت می‌گیرد». کمیته نتیجه گرفت قربانی در معرض کلیشه‌های جنسیتی قرار گرفته و دولت عضو (فیلیپین) در انجام وظیفه خود براساس مواد ۲ و ۵ کنوانسیون برای«محو کلیشه‌های جنسیتی» قصور ورزیده است.[4] این رسیدگی نویدبخش پذیرش و اعمال این رویه در پرونده‌های احتمالی با موضوع تشدید تبعیض علیه زنان و کلیشه‌های جنسیتی در اثر استفاده از هوش مصنوعی به‌ویژه در دستیارهای شخصی مجازی است. فارغ از رجوع به توصیه‌های پیشین کمیته و تطبیق آن با فناوری هوش مصنوعی، نشست ماه مه ۲۰۲۳ و بررسی نهمین گزارش دوره‌ای کشور آلمان[5] توسط کمیته حائز اهمیت است؛ جایی که یکی از کارشناسان کمیته با اشاره به مصوبه اتحادیه اروپا در موضوع هوش مصنوعی، این پرسش‌های مهم را مطرح کرد: چه اقداماتی قبل از استقرار سیستم‌های هوش مصنوعی، برای محو کلیشه‌های جنسیتی در آلمان انجام شده است؟ آلمان چه چارچوب قانونی برای محافظت از زنان و حقوق بشر آنها در برابر تهدیدهای هوش مصنوعی در نظر گرفته است؟

مارگیت گوتشتاین،[6] رئیس هیئت آلمانی، در پاسخ یادآور شد یکی از گزارش‌های منظمی که در آلمان درباره برابری تهیه می‌شود، بر موضوع فناوری و خطرات آن برای گروه‌های به حاشیه رانده شده، به‌ویژه زنان، متمرکز است. بررسی دقیق‌تر چگونگی شکل‌دهی به الگوریتم‌های مورد استفاده در فناوری‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی، برای کم‌رنگ کردن کلیشه‌های

1. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1,of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures.
2. Ibid.
3. General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
4. CEDAW Committee, Karen Tayag Vertido v. Philippines (CEDAW/C/4/D/18/2008);European. Court of Human Rights, application 39272/98.
5. CEDAW/C/DEU/9
6. Margit Gottstein

جنسیتی، دیگر موردی بود که وی اشاره کرد. نقش هوش مصنوعی در کاهش تبعیض جنسیتی در اشتغال نیز از دیگر نکات قابل توجه در این بخش از نشست بود.[1] این پرسش و پاسخ را می‌توان آغازگر توجه ویژه کمیته به هوش مصنوعی و تأثیرات آن بر حقوق زنان دانست. چه اینکه کمیته در هشتاد و هشتمین نشست خود در ۳۱ مه ۲۰۲۴ گزارش کارگروه خشونت مبتنی‌بر جنسیت علیه زنان را- که توسط کارشناسان کمیته تهیه شده بود- بررسی کرد. گزارشی که بخش عمده‌ای از آن درباره خشونت آنلاین و مبتنی‌بر فناوری‌های نوین (همچون هوش مصنوعی) بر زنان بود.[2]

در جمع‌بندی این دو مبحث باید یادآور شد اگرچه سندی واحد و جامع در این دو نهاد وجود ندارد که به‌طور خاص به هوش مصنوعی بپردازد، همکاری این دو نهاد با یکدیگر از طریق توصیه‌های عمومی کنوانسیون به‌ویژه توصیه‌هایی که با هوش مصنوعی تلاقی پیدا می‌کنند، مانند موارد مربوط به حقوق زنان در عصر دیجیتال، دسترسی به فناوری، و خشونت مبتنی‌بر جنسیت در فضای آنلاین ازیک‌سو و بررسی گزارش‌های دوره‌ای کشورها به کمیته که شامل اطلاعاتی درمورد تأثیر فناوری، ازجمله هوش مصنوعی، بر حقوق زنان است ازسوی‌دیگر، بستر مناسبی را برای بررسی و رفع مسئله نقض برابری زنان و مردان به وسیله ابزارهای مبتنی‌بر هوش مصنوعی فراهم می‌کند. اگرچه جنبه الزام‌آوری این اسناد محل تردید است، حداقل استفاده از آن در تفسیر و ایجاد رویه‌ای که بتواند به عرف تبدیل شود، قابل توجه است.

۳.۳. اسناد مکمل کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان

چنانچه بیان شد، مفاد کنوانسیون محو تبعیض علیه زنان، طرح گسترده‌ای برای ارزیابی تبعیض غیرمستقیم در استفاده از کلیشه‌های جنسیتی در طراحی و بازاریابی دستیارهای مجازی شخصی ارائه می‌کند. تعهداتی که بر عهده دولت‌های عضو گذاشته شده است، ایجاب می‌کند دولت‌ها در حفاظت از زنان در برابر تبعیض- مستقیم و غیرمستقیم- توسط بازیگران خصوصی مانند اپل و آمازون دقت لازم را داشته باشند. بنابراین پرواضح است این کنوانسیون به اسناد مکمل دیگری برای اجرای هرچه بهتر مفاد آن و نیل به هدفش نیازمند است.

۳.۳.۱. اصول راهنمای ملل متحد درباره تجارت و حقوق بشر

«اصول راهنمای ملل متحد درباره تجارت و حقوق بشر[3]» رهنمودهای بیشتری به بازیگران خصوصی درباره مسئولیت‌های حقوق بشری آنها ارائه می‌دهد. در ژوئن ۲۰۱۱ شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد به اتفاق آرا، اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر را- که توسط نماینده ویژه سابق دبیرکل ملل متحد برای تجارت و حقوق بشر،جان راگی، تهیه شده بود- مورد تأیید و تصویب قرار داد. نکته قابل توجه درمورد این اصول این است که سند به طور خاص خاطرنشان می‌کند بازیگران خصوصی باید تأثیر بالقوه محصولات و فعالیت‌های خود را بر حقوق بشر مورد توجه قرار دهند. بنابراین مواجهه با اولین استاندارد جهانی در رابطه با نقش دولت‌ها و شرکت‌های خصوصی، تجارت و حقوق بشر صورت می‌گیرد که حول سه رکن اساسی تنظیم شده است: ۱. وظیفه دولت: محافظت از افراد در برابر نقض حقوق بشر توسط بازیگران خصوصی، ۲. مسئولیت شرکت: برای احترام به حقوق بشر، ۳. وظیفه دولت‌ها و شرکت‌های خصوصی: دسترسی به راه‌حل‌های عملی

[1]. https://www.ohchr.org/en/news/2023/05/experts-committee-elimination-discrimination-against-women-commend-germany-receiving/

[2].https://www.ohchr.org/en/news/2024/05/committee-elimination-discrimination-against-women-closes-eighty-eighth-session-geneva

[3].The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

درصورت بروز آثار نامطلوب فعالیت بازیگران خصوصی بر حقوق بشر.[1]

درحالی‌که دفتر کمیساریای عالی حقوق بشر گزارشی درباره حق حفظ حریم خصوصی در عصر دیجیتال منتشر کرد که از کشورهای عضو می‌خواست اقدامات لازم را برای کاهش آثار منفی استفاده از فناوری و نظارت بر آنها انجام دهند و این موضوع ارتباط گسترده‌ای با نگرانی‌ها درمورد دستیارهای شخصی مجازی دارد، اصول راهنما، درباره مسائل مربوط به زنان و نقش مشاغل در تداوم تبعیض علیه زنان سکوت می‌کند.[2] نگرانی دیگر درمورد اصول راهنما این است که تا به امروز، در عمل به‌طور فراگیری اجرا نشده‌اند و یکی از دلایل احتمالی این امر این است که این اصول، حقوق نرم در حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهند. به این معنا که مفاد آنها برای کشورهای عضو یا شرکت‌های خصوصی الزام‌آور نیست. برای مثال، هر دو کمپانی مورد اشاره- آمازون و اپل- هیچ اعلامیه عمومی در رابطه با تعهد خود به حقوق بشر صادر نکرده‌اند، و مانند کمپانی کی‌ال‌ام و نستله[3]، اصول راهنمای سازمان ملل را تأیید نکرده‌اند. علی‌رغم انتقادات وارده، اصول راهنما ابزار مفیدی دارد که اگر به‌درستی مورد استفاده قرار گیرد، می‌توانند به‌عنوان مکانیسم مفیدی برای رسیدگی به کلیشه‌ها و تبعیض‌های جنسیتی، مانند مواردی که ممکن است در جنسیت‌زدگی دستیارهای شخصی مجازی مبتنی‌بر هوش مصنوعی قابل تشخیص باشد، عمل کنند. چنین مکانیسمی در اصل ۱۸ مشاهده می‌شود: شرکت‌های تجاری باید هرگونه تأثیرات واقعی یا بالقوه نامطلوب بر حقوق بشر را که ممکن است از طریق فعالیت‌های خود یا در نتیجه روابط تجاری خود با آن حادث شود، شناسایی و ارزیابی کنند. در تفسیر این اصل آمده است: درحالی‌که فرایند ارزیابی آثار فعالیت‌های بازیگران خصوصی بر حقوق بشر را می‌توان در میان سایر فرایندها مانند ارزیابی آثار زیست‌محیطی و اجتماعی این فعالیت‌ها گنجاند، به‌نظر باید حقوق بشر را به‌عنوان یک کل در نظر گرفت که شرکت‌ها ممکن است به‌طور بالقوه بر هر یک از اجزای آن تأثیر بگذارند.

در نتیجه با توجه به آنچه از نظر گذارنده شد، نگرانی اساسی برای حقوق بین‌الملل و حقوق بشر این است که چگونه می‌توان برای بخش خصوصی به‌علت بازتولید کلیشه‌های جنسیتی و آسیب اجتماعی ناشی از تبعیض غیرمستقیم علیه زنان مسئولیت قائل شد؟ در حقوق بشر، دولت‌ها اصلی‌ترین بازیگرانی‌اند که مسئولیت رسیدگی به امور شرکت‌های خصوصی را بر عهده دارند. بااین‌حال همواره نگرانی‌هایی درمورد محدودیت‌های اساسی کشورها برای وادار کردن شرکت‌هایی مانند اپل و آمازون برای پاسخ‌گویی درزمینه نقض حقوق بشر وجود داشته است. علاوه‌بر این، ایالات متحده- محل استقرار آمازون و اپل- علی‌رغم امضای کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان در سال ۱۹۷۹، هنوز این کنوانسیون را تصویب نکرده است؛ بنابراین موظف به وارد کردن مفاد کنوانسیون به قوانین داخلی‌اش نیست. بدون این تعهد دولت، تحمیل الزام به اجرای این استانداردها بر شرکت‌هایی همچون آمازون و اپل بسیار دشوار می‌شود. به‌این‌ترتیب، اگرچه اصول راهنما به‌طور مستقیم به موضوعاتی مانند تبعیض جنسیتی نمی‌پردازد، اجرای آن باید همراه با خوانشی جامع از حقوق بشر باشد که این خوانش شامل حق بر عدم تبعیض مندرج در کنوانسیون و تفسیر آن هم می‌شود.

ظرفیت استفاده از این اصول در ارتباط با هوش مصنوعی اخیراً به‌طور خاص مورد توجه قرار گرفته است. چه اینکه ولکر ترک[4]، کمیسر عالی حقوق بشر سازمان ملل، در اجلاس هوش مصنوعی مولد و حقوق بشر که نوامبر ۲۰۲۳ برگزار شد، اظهار داشت تهدید بالقوه هوش مصنوعی برای برابری، تأثیر منفی بر عمیق‌تر شدن کلیشه‌های جنسیتی و لزوم حاکمیت

1. Ibid.
2. https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/right-privacy-digital-age-report-2021.
3. KLM &Nestlé
4. Volker Türk, UN High Commissioner for Human Rights

حقوق بشر بر هوش مصنوعی مولد غیرقابل انکار است. لکن مهم‌ترین بخش این نشست، تأکید بر ظرفیت اصول راهنمای سازمان ملل و دستورالعمل‌های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی[1] درخصوص رفتار تجاری مسئولانه، برای توسعه مسئولانه هوش مصنوعی و البته کافی نبودن آنها برای مقابله با چالش‌های ایجاد شده توسط هوش مصنوعی بود. در نتیجه این عدم کفایت، ترک به نقش دول در حفاظت از افراد در برابر نقض حقوق بشر ناشی از هوش مصنوعی به وسیله تعریف چارچوب‌های نظارتی هماهنگ با تعهدات بین‌المللی خود تحت لوای حقوق بشر اشاره کرد و شرکت‌ها را نیز ملزم به حصول اطمینان از تضمین رعایت حقوق بشر در الگوریتم‌های هوش مصنوعی، فرایندهای عملیاتی و مدل‌های تجاری مورد استفاده دانست. معرفی پروژه بی-تک[2] که می‌تواند درک واضح‌تری از تأثیرات متقابل حقوق بشر، هوش مصنوعی و شفافیت اقدامات دولت‌ها و شرکت‌ها ارائه دهد، از دیگر نکات قابل توجه این اجلاس بود.[3] در ادامه ترک در مأموریتی به سیلیکون ولی[4] رفت و از نمایندگان بزرگ فناوری، دانشگاهی و دولتی خواست تا کرامت انسانی و حقوق بشر را به‌عنوان مبنایی در توسعه انواع فناوری در نظر داشته باشند. اسکات کمپبل، کمیسر ارشد حقوق بشر، در۲۳ فوریه ۲۰۲۴ به ترک پیوست و بر مخاطرات فناوری دیجیتال و هوش مصنوعی برای حقوق بشر به‌ویژه نتایج تبعیض‌آمیز احتمالی ناشی از کاربرد هوش مصنوعی در بسیاری از بخش‌ها و گروه‌هایی که به حاشیه رانده شده‌اند- جنسیتی و نژادی- تمرکز کرد. وی در ادامه متذکر شد اصول راهنمای سازمان ملل، اصولی غیرالزام‌آورند، بااین‌حال به‌طور فزاینده‌ای در قوانین و مقررات گنجانده می‌شوند و این انتظار وجود دارد که شرکت‌ها این اصول را در نحوه انجام تجارت خود اجرایی کنند. برای شرکت‌های فناوری، این بدان معناست که آنها محصولات جدید را طراحی می‌کنند، عرضه می‌کنند و زمانی که محصولاتشان سبب نقض حقوق بشر شود، پاسخ‌گو خواهند بود و دسترسی به راه‌حل‌هایی برای جبران و عدم تکرار را فراهم می‌کنند. ازسویی نقش دولت‌ها را نمی‌توان نادیده انگاشت. آنها تعهداتی دارند و باید اطمینان حاصل کنند که همه بازیگران مسئولیت‌های خود را برای احترام به حقوق بشر برعهده می‌گیرند.[5]

۳.۳.۲. اعلامیه کنفرانس جهانی درباره زنان (اعلامیه پکن)

اعلامیه صادره در چهارمین کنفرانس جهانی درباره زنان[6] در پنجاهمین سال روز تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۵ صادر شد. مفاد این سند فراتر از بیان برخی نگرانی‌ها درباره تبعیض‌های جنسیتی بوده، و بیشتر مربوط به فناوری‌های نوظهور است. این سند نشان‌دهنده تعهد جهانی به توانمندسازی زنان و برابری جنسیتی با تنظیم طیف گسترده‌ای از اصول برای دستیابی به این برابری و ریشه‌کن کردن تبعیض و درواقع نسخه مدرن شده تعدادی از اصولی که تقریباً ۲۰سال قبل در کنوانسیون محو اشکال تبعیض علیه زنان ذکر شده بودند، است. در ضمیمه این سند آمده است:

با پیشرفت در فناوری، دسترسی جهانی به اطلاعات درحال‌افزایش و گسترش است و فرصت‌های جدیدی برای مشارکت زنان در حوزه ارتباطات و رسانه‌های جمعی برای انتشار اطلاعات درمورد زنان ایجاد می‌کند. بااین‌حال، از شبکه‌های

---

1. The Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD

۲. پروژه B-Tech رهنمودها و منابع معتبری را برای اجرای اصول راهنما در فضای فناوری فراهم می‌کند. برای اطلاعات بیشتر:
https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/b-tech-project/

3. https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/11/turk-calls-attentive-governance-artificial-intelligence-risks/

4. Silicon Valley

5. https://www.ohchr.org/en/stories/2024/02/ai-force-good/

6. Beijing Declaration

ارتباطی جهانی برای انتشار تصاویر کلیشه‌ای و تحقیرآمیز از زنان برای اهداف تجاری و مصرف‌گرایانه استفاده شده است. در پاسخ به این نگرانی بند ۳۳ ضمیمه، از رسانه‌ها می‌خواهد تصویرهای غیرکلیشه‌ای از مردان و زنان و مشارکت برابر هر دو جنس در ارتباطات و رسانه‌ها را ارائه دهند. البته ایده ارتقای مشارکت زنان به‌عنوان اقدامی کلیدی برای پیشبرد توانمندسازی زنان و برابری جنسیتی در بسیاری از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و منطقه‌ای با هدف پرداختن به تبعیض یا سوگیری جنسیتی مشهود است (به‌عنوان مثال، هدف ۵ توسعه پایدار).[1] درهرحال به‌نظر می‌رسد تا زمانی که مفاد این اسناد به حقوق داخلی کشورها و نهادهای نظارتی آنها وارد نشود، نمی‌توان به اجرای آنها دل بست.

کمیسیون وضعیت زنان بخشی از شصت و هفتمین جلسه خود در مارس ۲۰۲۳ را به فناوری و برابری جنسیتی اختصاص داد و توسعه هوش مصنوعی و خطر شکل‌گیری سوگیری‌هایی عمیق‌تر را متذکر شد. کنشگری دیجیتال، استفاده از قدرت جنبش‌های مدنی در فضای مجازی[2] و بسترسازی برای مشارکت زنان در عرصه هوش مصنوعی[3] ازجمله راه‌حل‌های پیشنهادی این نشست بود. دبیر نشست نیز این جلسه را فرصتی برای بررسی چارچوب هنجاری حول محور جنسیت و فناوری که بخشی از موارد بررسی شده در اجلاس آینده سازمان ملل متحد خواهد بود، برشمرد.[4]

۴. نمود تأثیر هوش مصنوعی متأثر از سوگیری جنسیتی بر حق اشتغال زنان

مبحث پایانی به ارائه نمودی از آنچه تاکنون نگاشته شد، در موضوع حق بر اشتغال زنان می‌پردازد. چه اینکه این تأثیر، خود، معلول سوگیری جنسیتی و در مرحله قبل‌تر، تبعیض موجود میان زنان و مردان است. تبعیضی که به ابزارهای مبتنی‌بر فناوری هوش مصنوعی نفوذ می‌کند و جلوه دیگری از نابرابری میان این دوگروه را به نمایش می‌گذارد.

حق اشتغال به‌عنوان یکی از حقوق نسل دوم بشری در اعلامیه جهانی حقوق بشر[5] و ماده ۶ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی[6] به رسمیت شناخته شده است. این حق که در کنوانسیون محو تبعیض علیه زنان و کنوانسیون حقوق افراد توان‌یاب نیز مورد حمایت قرار گرفته، شامل دسترسی بدون تبعیض به شغل، انتخاب آزادانه حرفه، و تأمین امنیت شغلی می‌شود. اسناد بین‌المللی و قوانینی چون مقاوله‌نامه‌های شماره ۱۰۰[7] و ۱۱۱[8] سازمان بین‌المللی کار، بر لزوم برابری دستمزد و حذف تبعیض جنسیتی در استخدام تأکید دارند. در سال ۱۹۹۸، سازمان بین‌المللی کار برابری و منع تبعیض را به‌عنوان محورهای اصلی فعالیت خود تعیین کرد و در سال ۲۰۲۰، گزارشی مفصل منتشر کرد که وضعیت اشتغال زنان را ارزیابی کرد و راهکارهایی برای بهبود آن ارائه داد.[9] بااین‌حال، ورود هوش مصنوعی به فرایند استخدام و اشتغال زنان، تأثیرات پیچیده‌ای داشته است. الگوریتم‌های هوش مصنوعی که براساس داده‌های تاریخی آموزش می‌بینند،

---

1. https://www.unwomen.org/en/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women:The Beijing Declaration and the,policy document on gender equality.
2. #MeToo
۳. زنان کمتر از یک‌سوم موقعیت‌ها را در بخش فناوری و تنها ۲۲ درصد از مشاغل را در عرصه هوش مصنوعی (AI) دارند.
4. https://www.un.org/en/un-chronicle/technology-and-gender-equality bringing-women-and-girls-centre-innovation/
5. Universal Declaration of Human Rights](https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights/
6. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights/
7. C100 - Equal Remuneration Convention, 1951.
8. C111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.
۹. سیفی، آناهیتا و نجمه رزم‌خواه، «تأمین و اجرایی شدن حق اشتغال زنان در پرتو توسعه و گسترش هوش مصنوعی»، *فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص. ۱۶۱.

ممکن است سوگیری‌های جنسیتی را بازتولید کنند. برای مثال، مطالعه‌ای در سال ۲۰۱۶ نشان داد الگوریتم‌های مبتنی‌بر داده‌های گوگلنیوز[۱]، کلیشه‌هایی چون«مرد برای برنامه‌نویسی و زن برای خانه‌داری» را تقویت می‌کنند.[۲] به همین ترتیب، برخی مطالعات نشان داده‌اند موتورهای جست‌وجو هنگام نمایش آگهی‌های شغلی پردرآمد، بیشتر، آنها را به جویندگان مرد نشان می‌دهند؛ این امر ممکن است به افزایش نابرابری‌های شغلی منجر شود.[۳] در اکثر موتورهای جست‌وجو نیز اگر تصویر کلمات «کار» یا «خرید رفتن» را جست‌وجو کنید، ممکن است عکس‌های مردانه بیشتری برای اولی و عکس‌های زنانه بیشتری برای دومی پیدا کنید که منعکس‌کننده کلیشه‌های جنسیتی معمول است.[۴]

پس از اشاره به مرحله جست‌وجوی شغل و تأثیر هوش مصنوعی بر آن، لازم است به مرحله استخدام پرداخت. سازمان‌ها بدون کارمندان نمی‌توانند فعالیت کنند، اما فرایند شناسایی، جذب و استخدام کارکنان جدید کار دشواری است و کارفرمایان بخش دولتی و خصوصی به استفاده از هوشمصنوعی در فرایند استخدام متمایل‌اند. این امر به دو دلیل اتفاق می‌افتد: نخست ظرفیت: تعداد متقاضیان هر موقعیت شغلی در چند سال گذشته چندین برابر شده، درحالی‌که تعداد کارکنان در بخش‌های منابع انسانی ثابت مانده است. دوم رعایت انصاف: کارفرمایان اکنون به این آگاهی رسیده‌اند که فرایندهای استخدام مملو از سوگیری‌ها و تبعیض ضمنی است و تصمیمات استخدام اغلب به این خلاصه می‌شود که «آیا این شخص شبیه من است؟» بسیاری از سازمان‌ها معتقدند که هوش مصنوعی می‌تواند راه‌حلی برای این چالش ارائه دهد.[۵]

در رویکرد سنتی به استخدام نیز استخدام‌کنندگان مدت‌هاست که برای ساده‌سازی این فرایند بر فناوری تکیه کرده‌اند. امروزه، بخش‌های منابع انسانی معمولاً از سیستم‌های ردیابی متقاضی[۶] برای جمع‌آوری اطلاعات متقاضی شغل و فیلتر کردن آنها براساس معیارهای خاصی مانند سن، تجربه، تحصیلات یا کلمات کلیدی دیگر استفاده می‌کنند. سپس با نامزدهای انتخاب شده مصاحبه صورت می‌پذیرد و درمورد اینکه چه کسی را استخدام کنند تصمیم‌گیری می‌شود. مشکلات در این سیستم فراوان است. بحث‌های زیادی درباره اینکه چرا همچنان استخدام مردان و ارتقای رتبه شغلی آنان درمقایسه با زنان وجود دارد، مطرح می‌شود. برخی ادعا می‌کنند که این مورد ممکن است منعکس‌کننده نابرابری‌های سیستماتیک در جامعه باشد که به تحصیلات عالی و آمادگی بهتر مردان برای یک شغل خاص منجر می‌شود. اما تحقیقات نشان می‌دهد این تبعیض‌ها ناشی از سوگیری‌های ضمنی است که خود را در تصمیم‌گیری فردی نشان می‌دهد. در واقع، تعاریف ما از موفقیت نیز می‌تواند این سوگیری‌ها را نشان دهد. یک مطالعه تجربی نشان می‌دهد که افراد در هنگام ارزیابی متقاضیان به نفع گروه‌های خاصی که تبعیض جنسیتی و نژادی در آن نقش دارد، مستعد تغییر تعریف خود از شایستگی‌اند. این تمایز مهم است؛ زیرا درحالی‌که برقراری عدالت سیستماتیک یک مشکل جدی است، تصمیم‌گیری‌ها با سوگیری فردی خدشه‌دار می‌شوند و این مسئله به‌طور مستقیم بر حق رهایی از تبعیض دلالت می‌کند.[۷]

---

1. Google News
2. EC JRC Community - Gender Bias in AI](https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/humaint/news/women-artificial-intelligence-mitigating-gender-bias/
3. Rodrigues, R., Op.Cit., p 32.
4. https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/humaint/news/women-artificial-intelligence-mitigating-gender-bias/
5. Rodrigues, R., Op.Cit.
6. ATS
7. Filippo, A. R., H. Hilligoss, V. Krishnamurthy, C. Bavitz, and L. Kim, "Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks", *Berkman Klein Center Research Publication*, No. 2018-6 , 2018, p 41.

در کنار این مسائل، هوش مصنوعی در برخی موارد می‌تواند به کاهش تبعیض‌ها کمک کند. با توجه به افزایش متقاضیان شغلی و محدودیت نیروی انسانی در بخش منابع انسانی، کارفرمایان به استفاده از هوش مصنوعی برای بررسی متقاضیان روی آورده‌اند. این سیستم‌ها از ابزارهایی مانند ناشناس‌سازی رزومه‌ها و ارزیابی مهارت‌ها بهره می‌گیرند و به‌این‌ترتیب می‌توانند به حذف سوگیری‌های جنسیتی و افزایش شفافیت در فرایند استخدام کمک کنند.[1] ازاین‌رو، طرف‌داران این سیستم‌ها پیشنهاد می‌کنند که از فناوری‌هایی مانند تست مهارت و تحلیل پاسخ‌ها برای کاهش اثرات سوگیری‌های ناآگاهانه استفاده شود. در نتیجه، تأثیر هوش مصنوعی بر اشتغال زنان همچون شمشیری دولبه است؛ ازیک‌سو می‌تواند سوگیری‌های تبعیض‌آمیز را تقویت کند و ازسوی‌دیگر، اگر به‌درستی طراحی شود، به بهبود دسترسی عادلانه به مشاغل کمک کرده، برابری جنسیتی را در استخدام تقویت کند.

نتیجه‌گیری

مسئله نابرابری زنان با مردان که قدمتی به طول تاریخ دارد و کم‌وبیش در قوانین داخلی کشورها تلاش‌هایی برای مرتفع کردن آن انجام شده بود، با تدوین منشور ملل متحد و متعاقب آن اعلامیه جهانی حقوق بشر اهمیت بیشتری یافت. تا جایی که سند مهمی چون کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان تهیه، تنظیم و لازم‌الاجرا شد؛ سندی که متضمن توجه به انواع تبعیض- مستقیم و غیرمستقیم- علیه زنان بود و اصطلاحاتی چون سوگیری جنسیتی و کلیشه‌های جنسیتی را به ادبیات حقوق بین‌الملل وارد ساخت. از آن زمان تاکنون پیشرفت‌های قابل توجهی در کم کردن میزان نابرابری میان زنان و مردان صورت گرفت، لکن این مسیر ناهموار با پدیده‌ای به نام هوش مصنوعی مواجه شد. هوش مصنوعی و سازه‌های مبتنی‌بر آن در بسیاری از موارد همچون طراحی دستیارهای شخصی مجازی نه‌فقط گامی روبه‌جلو در راستای برابری زنان و مردان و کاهش تبعیض نسبت به زنان برنداشته‌اند، بلکه با بازتولید کلیشه‌های جنسیتی به مفهومی که در گزارش شورای حقوق بشر آمده است، به این سوگیری‌ها دامن زدند. مسئله‌ای که ریشه‌های آن را باید در داده‌های ورودی به سازه‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی جست؛ جایی که سهم زنان در تولید، مدیریت و توسعه آن بسیار کمتر از مردان است و این شکاف به‌ویژه در کشورهای درحال‌توسعه نمود بیشتری دارد. هرچند این مسئله با اقدامات نمادینی همچون نام‌گذاری روزی به نام «زنان در علم و فناوری» توسط سازمان ملل متحد برای تشویق و تسهیل ورود زنان به این دو عرصه، مورد توجه قرار گرفته است، اما پرواضح است که این اقدامات، الزامات مشخص و ویژه‌ای برای دول به همراه ندارد. در بهترین حالت جلسات با موضوعاتی این‌چنینی با صدور توصیه‌نامه‌ای به پایان می‌رسد که کافی نیست. همان‌طورکه اشاره شد، مهم‌ترین سندی که در حال حاضر و تا پیش از تدوین سندی جامع در این مسئله، می‌تواند مستمسک قرار گیرد، کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان است. چه اینکه میتوان تعدادی از مفاد سند را واجد وصف قاعده عرفی دانست و با استفاده از ابزار قدرتمند حقوق بین‌الملل تفسیر و قیاس- البته به‌صورت محدود- و استمداد از کمیته رفع تبعیض از زنان و توصیه‌های عمومی آن، کشورها را در حداقل‌ترین سطح ممکن ملزم به توجه به مسئله تبعیض در شرکت‌های تجاری واقع در خاک آنها کرد. چنانچه در سیستم گزارش‌دهی کمیته در سال ۲۰۲۴ درمورد گزارش دوره‌ای آلمان اتفاق افتاد. استفاده از ابزار نرم حقوق بین‌الملل همچون اصول راهنمای سازمان ملل در تجارت و حقوق بشر نیز در الزام مستقیم شرکت‌های عرضه کننده فناوری‌های مبتنی‌بر هوش مصنوعی که منعکس‌کننده سوگیری‌های جنسیتی‌اند، مفید می‌نماید. چنانچه کمیسر عالی حقوق بشر نیز بر اهمیت این مسئله تأکید کرده است.

[1]. Ibid, p 42.

توجه مجمع عمومی سازمان ملل به مسئله هوش مصنوعی با صدور قطعنامه اخیر و توجه خاص به مسئله زنان و هوش مصنوعی توسط سازمان‌های وابسته به آن همچون یونسکو و سازمان‌های منطقه‌ای چون اتحادیه اروپا نویدبخش گام نهادن در مسیر نیل به اهداف کنوانسیون محو هرگونه تبعیض علیه زنان است. اما تا لازم‌الاجرا شدن این توصیه‌ها و مصوبه‌های نوپا برای اعضای این اسناد یا عرفی شدن قواعد آن، باید به دولت‌ها و تلاش‌های آنان برای تضمین رعایت حقوق زنان در استفاده از هوش مصنوعی دل بست.

منابع

مقاله

۱. احمدی نژاد، مریم و یاسر امین‌الرعایا، «حق زنان به شناسایی برابر با مردان؛ از منظر نظام بین‌المللی حقوق بشر و اسلام»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۴۰۵-۴۳۰. Doi: 10.22059/jcl.2020.286472.633876

۲. حجار، محمود و سیدقاسم زمانی، «جایگاه اصول کلی حقوق در تفسیر معاهدات»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۷، شماره ۸۷، ۱۴۰۴، صص. ۱۱۴-۸۱. Doi: 10.22054/qjpl.2023.73747.2902

۳. سیفی، آناهیتا و نجمه رزم‌خواه، «تأمین و اجرایی شدن حق اشتغال زنان در پرتو توسعه و گسترش هوش مصنوعی»، *فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص۱۸۰-۱۵۳. Doi: 20.1001.1.23225637.1400.10.2.7.9

۴. قاری سید فاطمی، محمد، «مبانی توجیهی - اخلاقی حقوق بشر معاصر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۵، شماره ۳۵-۳۶، ۱۳۸۱، صص.۱۹۲-۱۱۱.

۵. محبی، محسن و وحید رضادوست، «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۲، شماره ۵۳، ۱۳۹۴، صص.۳۰-۹. Doi: 10.22066/cilamag.2016.18531

References

Books

1. Ertel, W., *Introduction to Artificial Intelligence*, Cham: Springer, 2018.
2. Miller, K., and K. Wendt, *The Fourth Industrial Revolution and Its Impact on Ethics: Solving the Challenges of the Agenda 2030*, 1st Ed., Cham: Springer, 2021.

Articles

3. Adams, R., "Addressing Indirect Discrimination and Gender Stereotypes in AI Virtual Personal Assistants: The Role of International Human Rights Law", *Cambridge International Law Journal*, Vol. 8, Issue 2, 2019, pp. 241-257.
4. Ahmadi-Nejad, M., and Y. Amin al-Raaya, "Women's Right to Equal Recognition with Men: From the Perspective of International Human Rights System and Islam", *Comparative Law Studies Quarterly*, Vol. 11, Issue 2, 2020, pp. 405-430, DOI: 10.22059/jcl.2020.286472.633876. (in Persian)
5. Boman, M., and E. Kruse, "Supporting Global Health Goals with Information and Communications Technology", *Global Health Action*, Vol. 10, 2017, DOI: 10.1080/16549716.2017.1321904.

6. Filippo, A. R., H. Hilligoss, V. Krishnamurthy, C. Bavitz, and L. Kim, “Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks”, *Berkman Klein Center Research Publication*, No. 2018-6, 2018.
7. Hajjar, M., and S. Q. Zamani, "The Place of General Principles of Law in Treaty Interpretation", *Public Law Research Quarterly*, Vol. 27, Issue 87, 2025, pp. 81-114, DOI: 10.22054/qjpl.2023.73747.2902. (in Persian)
8. Hashimoto, R, et al. “Artificial Intelligence Using Convolutional Neural Networks for Real-Time Detection of Early Esophageal Neoplasia in Barrett’s Esophagus”, *Gastrointestinal Endoscopy*, Vol. 91, Issue 6, 2020, pp. 1264-1271. DOI: 10.1016/j.gie.2019.12.049.
9. Hilale, N., “The Evolution of Artificial Intelligence (AI) and Its Impact on Women: How It Nurtures Discriminations Towards Women and Strengthens Gender Inequality”, *Arribat*, Vol. 1, Issue 2, 2021, pp. 141-150.
10. Kumar, S., and S. Choudhury, “Gender and Feminist Considerations in Artificial Intelligence from a Developing-World Perspective, with India as a Case Study”, *SSRN Electronic Journal*, 2021, DOI: 10.2139/ssrn.3966337.
11. Mohebbi, M., and V. Rezadoust, "Evolutionary Interpretation of Treaties in International Law in Light of the Case Concerning Navigation and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)," *International Law Review*, Vol. 32, Issue 53, 2015, pp. 9-30, DOI: 10.22066/cilamag.2016.18531. (in Persian)
12. Owoyemi, A., J. Owoyemi, A. Osiyemi, and A. Boyd, “Artificial Intelligence for Healthcare in Africa”, *Frontiers in Digital Health*, Vol. 2, Issue 6, 2020, DOI: 10.3389/fdgth.2020.00006.
13. Qari Seyed Fatemi, M., "Justificatory-Ethical Foundations of Contemporary Human Rights," *Legal Research Quarterly*, Vol. 5, Issue 35-36, 2002, pp. 111-192. (in Persian)
14. Rodrigues, R., “Legal and Human Rights Issues of AI: Gaps, Challenges and Vulnerabilities”, *Journal of Responsible Technology*, Vol. 4, Issue 3, 2020, DOI: 10.1016/j.jrt.2020.100005.
15. Seifi, A., and N. Razmkhah, "Ensuring and Implementing Women's Right to Employment in Light of the Development and Expansion of Artificial Intelligence", *Islamic Human Rights Studies Quarterly*, Vol. 10, Issue 2, 2021, pp. 153-180, DOI: 20.1001.1.23225637.1400.10.2.7.9. (in Persian)
16. Simon, H., and R. Frantz, “Artificial Intelligence as a Framework for Understanding Intuition”, *Journal of Economic Psychology*, Vol. 24, Issue 2, 2003, pp. 265-277. DOI: 10.1016/S0167-4870(02)00207-6

Documents

17. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Ninth Periodic Report Submitted by Germany under Article 18 of the Convention, Due in 2021, U.N. Doc. CEDAW/C/DEU/9, 16 July 2021.
18. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. "Committee on the Elimination of Discrimination against Women Closes Eighty-Eighth Session in Geneva", OHCHR, 31 May 2024, www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2024/05/committee-elimination-discrimination-against-women-closes-eighty-eighth.
19. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 18 of the Convention (Continued): Ninth Periodic Report of Germany. CEDAW/C/DEU/9, United Nations, 2021.
20. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Concluding Observations on the Ninth Periodic Report of Germany. CEDAW/C/DEU/CO/9, United Nations, 30 May 2023.
21. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Artificial Intelligence for Europe, European Commission, 2018.
22. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1981.

23. General Recommendation No. 25, on Article 4, Paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, on Temporary Special Measures, CEDAW, 2004.
24. General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties Under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW, 2010.
25. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. United Nations, 1966, www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights.
26. International Labour Organization. C100 - Equal Remuneration Convention, 1951. ILO, https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100
27. International Labour Organization. C111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958. ILO, www.normlex.ilo.org
28. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Experts of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women Commend Germany on Receiving Ukrainian Refugees, Question the State on Discrimination against Muslim Women and Threats Posed to Women by Artificial Intelligence", OHCHR, 11 May 2023, www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2023/05/experts-committee-elimination-discrimination-against-women-commend.
29. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "B-Tech Project", OHCHR, www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/b-tech-project . Last Visited 15 May 2023.
30. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Call for Code: AI Solutions Promote Human Rights", OHCHR, 17 Dec. 2024, www.ohchr.org/en/stories/2024/12/call-code-ai-solutions-promote-human-rights.
31. Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, UNESCO, Adopted on 23 November 2021.
32. Resolution Adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019 42/15: The Right to Privacy in the Digital Age, UN Human Rights Council, 2019.
33. Türk, Volker, "Türk Calls for Attentive Governance of Artificial Intelligence Risks, Focusing on People's Rights", OHCHR, 30 Nov. 2023, www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/11/turk-calls-attentive-governance-artificial-intelligence-risks.
34. United Nations, "Technology and Gender Equality: Bringing Women and Girls to the Centre of Innovation", UN Chronicle, https://www.un.org/en/un-chronicle/technology-and-gender-equality%E2%80%94bringing-women-and-girls-centre-innovation. Last Visited 15 May 2023.
35. Universal Declaration of Human Rights. United Nations, 1948, www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

Cases

36. European Court of Human Rights, Application 39272/98.
37. Karen Tayag Vertido v. Philippines, CEDAW/C/4/D/18/2008, CEDAW Committee.

Websites

38. "Amazon Echo TV Spot, 'Dad's Day'." iSpot.tv, www.ispot.tv/ad/d2jz/amazon-echo-dads-day Last Visited 29 March 2023.
39. "Made by Men to Serve: Why Virtual Assistants Have a Woman's Name and Voice." El País, 28 Dec. 2023, english.elpais.com/technology/2023-12-28/made-by-men-to-serve-why-virtual-assistants-have-a-womans-name-and-voice.html. Last Visited 15 May 2023.
40. "Why Is Siri a Female Voice?" Marie Claire, www.marieclaire.com/culture/news/a16682/why-is-siri-a-female-voice/. Last Visited 21 May 2023.

41. "CAHAI 2019-07 Abridged Report 1st Plenary Meeting," Council of Europe, Available at: https://rm.coe.int/cahai-2019-07-abridged-report-1st-plenary-meeeting-eng/168099029b, Last Visited 22 May 2023.
42. "Committee on Artificial Intelligence (CAI)," Council of Europe, Available at: https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai, Last Visited 22 May 2023.
43. "Gender Stereotyping as a Human Rights Violation," Office of the High Commissioner for Human Rights, Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HR-Violation.docx, Last Visited 21 May 2023.
44. "Guiding Principles on Business and Human Rights," Office of the High Commissioner for Human Rights, Available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, Last Visited 30 April 2023.
45. "Harnessing the Power of Artificial Intelligence for Women Around the World," UNESCO, Available at: https://www.unesco.org/en/articles/harnessing-power-artificial-intelligence-women-around-world, Last Visited 21 May 2023.
46. "History of AI," Council of Europe, Available at: https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai, Last Visited 22 May 2023.
47. "How Amazon Uses Alexa," The New York Times, Available at: https://www.nytimes.com/2023/01/07/technology/personaltech/alexa-amazon-uses.html, Last Visited 29 March 2023.
48. "In the Era of Artificial Intelligence: Safeguarding Human Rights," Council of Europe, Available at: https://www.coe.int/en/web/commissioner/opinion-articles/-/asset_publisher/qk0cwIowET3l/content/in-the-era-of-artificial-intelligence-safeguarding-human-rights, Last Visited 15 May 2023.
49. "Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence," UNESCO, Available at: https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/recommendation-ethics, Last Visited 22 May 2023.
50. "Right to Privacy in the Digital Age: Report 2021," Office of the High Commissioner for Human Rights, Available at: https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/right-privacy-digital-age-report-2021, Last Visited 30 April 2023.
51. "The Beijing Declaration and the Policy Document on Gender Equality," UN Women, Available at: https://www.unwomen.org/en/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women, Last Visited 21 May 2023.
52. "When Good Algorithms Go Sexist: Why and How to Advance AI Gender Equity," Stanford Social Innovation Review, Available at: https://ssir.org/articles/entry/when_good_algorithms_go_sexist_why_and_how_to_advance_ai_gender_equity, Last Visited 15 May 2023.
53. "Women in Artificial Intelligence: Mitigating Gender Bias," European Commission Joint Research Centre, Available at: https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/humaint/news/women-artificial-intelligence-mitigating-gender-bias, Last Visited 15 May 2023.
54. Copeland, B.J. "Artificial Intelligence." Encyclopedia Britannica, 11 Aug. 2024, https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence, Accessed 3 August 2025.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 91-110 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

A Reflection on The Legal Essence of Institutions' Obligation to The Right on Access to Administrative Documents in Iran and France

Mohammad Hosein Zarei[1], Saeed Khanivalizadeh[2]

Highlights

- In France, the law uses short, general criteria to bring a wide range of institutions under the right of access. In Iran, despite a long list of covered institutions and ambiguity regarding non-governmental public institutions and the scope of obligations on private institutions, the law's purpose is not fully achieved, and some institutions can still evade its application.
- In France, the criteria of creating and possessing a document, together with its connection to a public service mission, determine the scope of an institution's disclosure obligation. Iran's Law on the Publication and Free Access to Information and its Executive Regulations, however, do not adopt such a criterion.
- Despite its importance for achieving transparency, Iran's Law on the Publication and Free Access to Information has not achieved its intended objectives due to ambiguities and legal gaps, and in practice it is applied arbitrarily.

ABSTRACT

Introduction

The Right of Access to Administrative Documents plays a significant role in protecting individual rights, facilitating public participation in decision-making, enabling oversight of administrative authorities, and preventing administrative corruption. Access to information allows citizens to understand how public powers are exercised and how administrative decisions are made. It can also strengthen public trust by reducing the secrecy that traditionally characterized relations between administrative authorities and citizens. Both the Islamic Republic of Iran and France have recognized this right in their legal systems, although secrecy long remained the prevailing approach to administrative information. France took a significant step toward transparency through the Law of 17 July 1978, while Iran adopted the Law on the Publication and Free Access to Information in 2009. The effective exercise of this right depends substantially on identifying the persons and institutions legally obliged to provide access to administrative documents. Even where legislation formally recognizes the right, uncertainty concerning its institutional scope may restrict its practical application. If the relevant criteria are unclear, institutions may rely on their legal status, organizational form, or interpretation of their functions to deny access. This issue becomes particularly important when public responsibilities are performed by private entities or when public

How to Cite: Zarei, Mohammad Hosein, Khanivalizadeh, Saeed, "A Reflection on The Legal Essence of Institutions' Obligation to The Right on Access to Administrative Documents in Iran and France", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 91-110.

DOI: https://doi.org/10.22034/jlr.2020.160907.1289 Received: 11/12/2018-Accepted: 27/10/2020

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: m_zarei@sbu.ac.ir
2. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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/).

information is held outside the conventional administrative structure. Accordingly, this study examines which institutions are bound by the right of access to administrative documents under Iranian and French law, how the applicable criteria have developed, and what shortcomings affect the identification of obligated institutions in each legal system.

Methods

This study adopts a descriptive-analytical, comparative legal method. The French analysis draws on the Law of 17 July 1978, the 2015 Code of Relations between the Public and the Administration, decisions of the Conseil d'État, CADA opinions, and legal scholarship. The Iranian analysis relies on the Law on the Publication and Free Access to Information, its 2014 Executive Regulations, the Civil Service Management Law, the Public Accounting Law, a Judiciary advisory opinion, and doctrinal writings. The French section examines the criteria for identifying administrative documents and institutions subject to access obligations; the Iranian section examines public institutions, private institutions, and private institutions providing public services, focusing on statutory ambiguities.

Results and Discussions

In France, Article L. 300-2 of the Code of Relations between the Public and the Administration identifies the State, local authorities, other public-law persons, and private-law persons entrusted with a public service mission as institutions subject to the right of access. The obligation covers only documents produced or received in performing that mission. Identifying obligated institutions therefore requires examining the nature, origin, possession, and use of relevant documents. French law and administrative jurisprudence recognize three criteria for identifying administrative documents. The first is the criterion of origin, which links a document's administrative character to its source. The Narcy criteria help identify private entities performing public service missions by considering their public-interest activities, supervision by a public authority, and possession of special powers. However, origin alone is insufficient for documents created by private persons but held by administrative authorities. The second is the criterion of possession, emphasized in CADA's practice. Mere possession is not conclusive: the Conseil d'État's decision in the Christian Hudin case demonstrates that accidental possession does not necessarily make a document administrative or subject to disclosure. The third concerns administrative operations performed on documents. Privately created documents may acquire an administrative character when used by an authority in performing its functions. Building-permit applications and accompanying plans illustrate this criterion, provided they have a sufficient connection with the relevant public service mission. Legislative developments have sought to reconcile these criteria. The 2005 reform combined creation and possession, while the 2009 reform emphasized documents produced or received in performing a public service mission, a formulation retained in the 2015 Code. Subsequent jurisprudence clarified that possession by an institution performing public services does not automatically entail disclosure. French law thus combines concise statutory provisions with judicial interpretation defining the limits of access. In Iran, Article 5 of the Law on the Publication and Free Access to Information addresses public institutions, while Article 8 concerns private institutions. The 2014 Executive Regulations distinguish public institutions, private institutions, and private institutions providing public services, yet their boundaries remain uncertain. Unlike French law, neither the Law nor its Executive Regulations adopts the criteria of creating or possessing a document to determine which documents an institution must disclose. Identifying public institutions is relatively straightforward where the law covers state organs, the armed forces, the legislative and judicial branches, institutions under the Supreme Leader, and entities in which the State holds more than fifty percent of the shares. Greater ambiguity concerns non-governmental public institutions. Administrative practice appears to emphasize their express inclusion in statutory lists, raising questions about the relationship with Article 3 of the Civil Service Management Law. An advisory opinion of the Judiciary's legal department suggests a different interpretation, while Islamic Azad University illustrates the practical uncertainty. These competing interpretations may produce inconsistent decisions on which institutions must comply with access requests. The scope of obligations imposed on private institutions is also unclear. Although the legislation refers broadly to them, the Executive Regulations do not establish whether all private entities are covered or only those providing public services. A broader interpretation is plausible because private entities may hold information of a public and impersonal nature. Excluding them solely because of their private legal status could restrict access to information relevant to public accountability. Private institutions entrusted with public services form a more identifiable category. Professional associations, banks, and the stock exchange illustrate that private legal status does not necessarily exempt entities from disclosure obligations. Their status should be assessed according to their activities and relationship with the public interest, since public functions may be performed outside the formal state administration.

Conclusion

The comparison reveals a decisive difference between the legislative techniques of France and Iran. French law establishes a concise institutional scope and clearly defines its application through the criteria of document creation, receipt, possession, and connection with a public service mission. Decisions of the Conseil d'État have played a crucial role in distinguishing documents that are genuinely administrative from those whose possession by an authority is merely incidental. Iranian law, despite listing several categories of obligated institutions, fails to resolve key questions, particularly concerning non-governmental public institutions and the scope of obligations on private entities. These ambiguities and legal gaps produce arbitrary implementation and let institutions evade disclosure obligations. Effective protection of the right demands that institutions be assessed by their legal characteristics, functions, and relationship with public responsibilities, never by their formal titles alone. Legislative clarification, the adoption of necessary implementing rules, and more consistent interpretation by the Administrative Justice Court and the Commission on Publication and Free Access to Information are therefore indispensable. In particular, the Commission must actively promote uniform practice and resolve interpretive disputes, while judicial review must clearly define the legal boundaries of the obligation. Eliminating unjustified institutional exclusions will strengthen transparency and improve the practical effectiveness of the right of access to administrative documents in Iran.

Keywords: Right of Access to Administrative Documents, Decisions of the Conseil d'État, Law on the Publication and Free Access to Information.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تأملی بر ماهیت حقوقی مؤسسات ملزم به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری در ایران و فرانسه

محمدحسین زارعی[۱]، سعید خانی والی‌زاده[۲]

نکات برجسته

- در فرانسه، قانون با عبارات کوتاه و معیارهای کلی دامنه‌ای وسیع از نهادها را مشمول حق دسترسی کرده است؛ اما در ایران، با وجود فهرست بلند نهادهای مشمول و ابهام درباره نهادهای عمومی غیردولتی و دامنه تکلیف نهادهای خصوصی، هدف قانون کاملاً تأمین نمی‌شود و برخی نهادها همچنان می‌توانند از شمول آن بگریزند.
- در فرانسه، معیارهای ایجاد و تصاحب سند، همراه با ارتباط آن با مأموریت خدمت عمومی، دامنه تکلیف نهادها را تعیین می‌کند؛ اما در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و آیین‌نامه اجرایی آن چنین معیاری در نظر گرفته نشده است.
- قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در ایران، با وجود اهمیتش در تحقق شفافیت، به‌دلیل ابهام‌ها و خلأهای قانونی نتوانسته اهداف موردنظر را محقق کند و در عمل به‌صورت سلیقه‌ای اجرا می‌شود.

چکیده

با توجه به تأثیر جدی حق دسترسی به اسناد اداری در حمایت از حقوق افراد و جلوگیری از فساد اداری، این حق در نظامهای حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فرانسه پذیرفته شده است. در همین رابطه و بهمنظور بهرهمندی حداکثری از این حق، شناسایی تابعان و مؤسساتی که به ارائه اسناد اداری ملزم‌اند، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد. بدیهی است که ایجاد معیارهایی روشن و دقیق در ملزم کردن مؤسسات مشمول به ارائه اسنادی که در اختیار دارند، تا حد بسیار زیادی می‌تواند به اجرای مؤثر این حق، و در نتیجه شهروندان را در برخورداری از این حق یاری کند. در این مقاله تلاش شده است تا ضمن بیان جایگاه اصل حق دسترسی به اطلاعات در حقوق اداری جمهوری اسلامی ایران و فرانسه، ماهیت و ویژگیهای مؤسسات و اشخاص مشمول این قوانین در نظامهای حقوقی ایران و فرانسه بررسی و به ایرادات موجود دراین‌خصوص اشاره شود.

کلید واژگان: حق دسترسی به اسناد اداری، آرای شورای دولتی، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات.

استناد به این مقاله: زارعی، محمدحسین، خانی والی‌زاده، سعید، «تأملی بر ماهیت حقوقی مؤسسات ملزم به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری در ایران و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۹۱-۱۱۰.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۶ DOI: https://doi.org/10.22034/jlr.2020.160907.1289

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m_zarei@sbu.ac.ir
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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 افزایش روزافزون ارتباطات میان ملت‌ها، آگاهی مردم از حقوق خود نیز به شکل قابل ملاحظه‌ای افزایش پیدا کرده است که این مسئله سبب بالا رفتن میزان مشارکت شهروندان در سرنوشت خود شده و افراد جامعه به‌شکلی روزافزون به‌دنبال بهره‌مندی از حقوق متعالی خود هستند.[۱]

یکی از حق- آزادی‌هایی که نقش بسزایی در فراهم کردن زمینه‌های مشارکت مردم در تصمیم‌گیری‌های عمومی و نظارت بر عملکرد مقامات اداری ایفا می‌کند، حق دسترسی به اطلاعات و اسناد موجود در دستگاه‌های دولتی است. این حق- آزادی افزون‌بر این در مبارزه با فساد اداری نیز از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛[۲] چراکه پنهان نگاه‌داشتن اطلاعات نتیجه‌ای جز پرورش زمینه سوءاستفاده از قدرت و سوءمدیریت نخواهد داشت.[۳] حکومت‌ها نیز که پیش از شناسایی این حق به‌طور سنتی حافظ اطلاعات بوده‌اند، با اجرای قوانین آزادی اطلاعات و شناسایی حق دسترسی برای شهروندان، به‌تدریج به واسطه‌های اطلاعات تبدیل خواهند شد که این امر خود ممکن است سبب ایجاد مخالفت‌هایی علیه این حق در میان مقامات عمومی شده[۴] و با تصور به خطر افتادن منافع خود، جایگاه والای پیشین خود را در معرض خطر بیابند. البته نباید از نظر دور داشت که اسرارگرایی به‌دلیل محروم کردن آحاد یک ملت از دستیابی به آگاهی‌های لازم درخصوص امور جامعه، سبب تضعیف و حتی از میان رفتن اعتماد عمومی و مشارکت و نظارت آنها در اداره جامعه می‌شود و این امر درنهایت ممکن است به نقض حقوق و آزادی‌های اساسی مردم منجر شود.[۵]

آزادی اطلاعات در نظر برخی شامل هر نوع اطلاعاتی می‌شود، درحالی‌که حق دسترسی به اطلاعات در معنای عام کلمه تنها شامل اطلاعات دولتی است.[۶] در نظر برخی دیگر این تصور درست نیست و منظور از آزادی اطلاعات، آزادی دسترسی افراد جامعه به اطلاعات موجود در مؤسسات عمومی و برخی مؤسسات غیرعمومی است. برخی کشورها همچون فرانسه نیز از عنوان دقیق‌تری همچون حق دسترسی به اسناد اداری استفاده کرده‌اند[۷] که در بحث حاضر نیز بررسی خواهد شد. برای نخستین بار در اصل ۱۴ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، فرانسویان خواهان دسترسی آزاد به اطلاعات راجع به بودجه شدند.[۸] در این اصل آمده است: «تمامی شهروندان حق دارند شخصاً یا به‌وسیله نمایندگان خود، ضرورت مشارکت عمومی، رضایت آزادانه به آن، پیگیری مصرف آن و تعیین سهم، مبنا، وصول و مدت پرداخت آن را ملاحظه نمایند».

هرچند در حوزه حقوق اداری فرانسه، اسرارگرایی در طی سالیان طولانی به‌عنوان یک قاعده محسوب شده و موارد بسیار نادری از این قاعده مستثنا بوده‌اند، قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۸ به‌عنوان متنی سودمند و پیش‌گام در تسهیل دسترسی و

---

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و یحیی احمدی، «مبانی حق دسترسی شهروندان به اسناد و اطلاعات دولتی»، *فصلنامه مطالعات حقوق* خصوصی، دوره ۳۹، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص.۲۱۴.

۲. انصاری، باقر، ***حقوق ارتباط جمعی***، تهران: سمت، ۱۳۸۶، ص۳۴.

۳. حبیبی، محمدحسن، «بررسی حق آگاهی مردم به‌عنوان یک حق اساسی»، *فصلنامه حقوق اساسی*، شماره ۱، ۱۳۸۲، ص.۶۸

۴. نمک‌دوست تهرانی، حسن، «آزادی اطلاعات و حق دسترسی: بنیان دموکراسی»، *مجله مجلس و پژوهش*، دوره ۱۰، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، ص.۷۱.

۵. مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری، «گزارش توجیهی پیش‌نویس لایحه شفافیت»، ۱۳۹۷، ص.۲.

۶. ویژه، محمدرضا و آزاده سادات طاهری، «تحلیلی بر قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در پرتوی اصول کلی حاکم بر دسترسی به اطلاعات»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، ۱۳۹۰دوره ۱۳، شماره ۳۵، ۱۳۹۰، ص.۲۴۰.

۷. انصاری، باقر، ***آزادی اطلاعات***، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷، ص.۲۵.

۸. همان، ص.۱۱۰.

گسترش دامنه اعمال حق دسترسی به اسناد اداری و در راستای شفافیت اداره، در حقوق اداری فرانسه به تصویب است.[1] با تصویب قانون ۱۹۷۸، اصل محرمانه بودن اطلاعات اداری تغییری بنیادین کرده است[2] و نمایانگر اراده قانونگذار در ایجاد یک «اداره مبتنی‌بر تبادل نظر و مشارکت» و به‌منظور دستیابی به دمکراسی اداری است.[3] شورای دولتی در تاریخ ۲۹ آوریل۲۰۰۲ در قضیه اولمان[4] [5] مقرر می‌دارد که مقررات مربوط به حق دسترسی به اسناد اداری به «تضمینات بنیادین اعطا شده به شهروندان در جهت اجرای آزادی‌های عمومی» مربوط می‌شوند که در ماده ۳۴ قانون اساسی به‌صراحت جزو موضوعاتی‌اند که فقط قانونگذار می‌تواند درخصوص آنها به وضع مقررات بپردازد و در نتیجه امکان تغییر آنها توسط آیین‌نامه دولتی نیست.

در ایران نیز با نگاهی به قوانین و مقررات تصویب شده در حوزه‌های مختلف حقوق اداری، ملاحظه می‌شود که تا مدت‌ها این قوانین به‌جای تأکید بر اصل اساسی آزادی اطلاعات، همچنان بر ممنوعیت افشای اسناد اداری و عدم دسترسی به آنها اصرار ورزیده‌اند. امروزه نیز به‌علت وجود یک نظام دیوان‌سالار که دهه‌ها قدمت دارد، هنوز در برخی از ادارات اراده‌ای مبنی‌بر ممانعت از دستیابی به این حق وجود دارد. بدین‌ترتیب، اتخاذ شیوه‌های مناسب برای حذف خلأها و نواقص قوانین و مقررات موجود ضرورت یافت و تصویب قانونی عام درخصوص آزادی اطلاعات، به یکی از دغدغه‌های اصلی نظام حقوقی ایران تبدیل شد[6] و سرانجام نیز قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در سال ۱۳۸۸ به تصویب رسید.

در این پژوهش تلاش می‌شود تا با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی و بر مبنای مطالعات تطبیقی، به بررسی تحولات مربوط به حق دسترسی به اطلاعات و اسناد اداری در ایران و فرانسه و به این سؤال اصلی پرداخته شود که چه اشخاصی در حقوق ایران و فرانسه مکلف به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری هستند؟ در بند نخست مؤسسات تابع حق دسترسی به اسناد اداری در فرانسه، و در بند دوم نیز مؤسسات مذکور در ایران تحلیل و بررسی خواهند شد.

۱. تابعان مقررات مربوط به حق دسترسی به اسناد اداری در فرانسه

در فرانسه، در ماده L۳۰۰-۲ کد روابط میان مردم و اداره[7] که در تاریخ ۲۳ اکتبر سال ۲۰۱۵ به تصویب رسیده و از اول ژانویه سال ۲۰۱۶ اجرایی شده است،[8] تابعان حق دسترسی آزاد به اطلاعات بدین‌ترتیب مشخص شده‌اند: دولت، نهادهای محلی و سایر اشخاص حقوق عمومی در چهارچوب مأموریت خود برای انجام خدمت عمومی[9] یا اشخاص حقوق خصوصی که عهده‌دار چنین مأموریتی هستند.

نکته جالب توجه درخصوص این ماده و نهادهای مذکور، رویکردی است که قانونگذار دراین‌خصوص اتخاذ کرده است. همچنان که از عنوان «حق دسترسی به اسناد اداری» بر می‌آید، قانون تنها به‌دنبال ایجاد الزام درخصوص دسترسی به

---

1. Maillard Desgrées du Loû, D., *Droit des relations de l'administration avec usagers*, Paris: PUF, 2000, p. 407.

2. Morange, G., "Le secret en droit public français", *Dalloz*, 1978, p. 1.

3. Sabourin, P., "Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'Administration", *Dalloz*, 1978, p. 64.

4. Ulmann

5. Debbasch, C. et Colin, F., *Droit administratif*, Paris: Economica, 2014, p. 371.

۶. همان، ص. ۲۰.

7. CRPA

۸. گفتنی است که این ماده پیش از این در ماده ۲ قانون مصوب ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۸ با عباراتی به نسبت مشابه بیان شده بود که برای تبدیل به متن حاضر به‌دفعات دچار اصلاح شده است.

9. Service public

«اسناد اداری» است. در همین رابطه قانونگذار ضمن بیان شرایط اعمال این حق و مصادیق اسناد اداری عنوان کرده که تنها آن دسته از اسناد، اداری محسوب می‌شوند که توسط اشخاص مذکور «ایجاد شده و یا دریافت شده باشند». به‌عبارت ساده‌تر، یک گزارش هنگامی یک سند اداری محسوب می‌شود که توسط اشخاص مذکور ایجاد یا دریافت شده باشد، فارغ از اینکه در چه تاریخی ایجاد یا دریافت شده و بدون توجه به محل نگهداری و شکل و فرمت آن. در نتیجه، فقط در چنین حالتی نهادهای مذکور ملزم به ایجاد دسترسی برای افراد دارای حق دسترسی هستند.

از زمان تصویب قانون ۱۹۷۸ تا به امروز و برای اعطای وصف اداری به یک سند، معیارهای متعددی موردنظر قانونگذار فرانسوی بوده‌اند که در این قسمت بحث این معیارها بررسی می‌شوند.

۱.۱. معیار منشأ

باید توجه داشت که در ماده ۲ قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۸ عنوان شده بود که اسناد «نشئت‌گرفته از ادارات دولتی، نهادهای محلی، مؤسسات عمومی[۱] یا مؤسسات حقوق خصوصی عهده‌دار انجام یک خدمت عمومی» سند اداری محسوب می‌شوند و در نتیجه، این نهادها به در نظر گرفتن حق دسترسی افراد به این اسناد ملزم‌اند.

شورای دولتی نیز در راستای این ماده در رأی خود در تاریخ ۱۳ آوریل ۱۹۸۸ و در قضیه وزارت امور اجتماعی و امور کار علیه فدراسیون ملی سندیکاهای منطقه‌ای کارمندان شوراهای مراجع حل اختلافات کار[۲]، شورای‌عالی حل اختلافات کار[۳] را به ارائه اسناد ملزم دانسته است.[۴] به‌موجب رأی شورای دولتی در تاریخ ۲۸ ژوئن سال ۱۹۶۳ در قضیه نارسی[۵]، سه معیار برای شناسایی یک مؤسسه خصوصی عهده‌دار خدمات عمومی، مقرر شده است: ۱. فعالیت در راستای تأمین منفعت عمومی[۶] باشد؛ ۲. فعالیت تحت نظارت یک شخص حقوق عمومی باشد؛ ۳. برخورداری از امتیازات ویژه[۷] اقتدار عمومی.

شورای دولتی در رأی دیگری نیز که در ۲۰ اکتبر ۱۹۹۵ و در قضیه مونیه[۸] درمورد اتحادیه استانی شکارچیان صادر کرده، عنوان داشته است که درخصوص اسناد ناشی از اشخاص حقوق خصوصی، با وجود مشارکت این اشخاص در مأموریت انجام خدمت عمومی، این اشخاص «نمی‌توانند همچون «نهادهای حقوق خصوصی عهده‌دار اداره یک خدمت عمومی» و در مفهوم ماده ۲ قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۸ در نظر گرفته شوند». بنابراین، مشخص می‌شود که رویه قضایی فقط به معیار «منشأ» یک سند توجه نمی‌کند و عامل دیگری همچون «تأمین خدمات عمومی» نیز تأثیرگذار است.[۹]

بیش از دو دهه بعد از قانون ۱۹۷۸، قانونگذار با تصویب قانون ۱۲ آوریل سال ۲۰۰۰ در مقام اصلاح این ماده برآمد و طبق اصلاحیه سال ۲۰۰۰، «دولت، نهادهای محلی، مؤسسات عمومی و یا نهادهای حقوق عمومی یا خصوصی عهده‌دار اداره یک خدمت عمومی» ملزم به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری شدند. در رأی شورای دولتی در ۸ اکتبر ۱۹۹۳

---

1. Établissements publics
2. Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi, c. Fédération nationale des syndicats régionaux de fonctionnaires des conseils de prud'hommes
3. Conseil supérieur de la prud'homie
4. Prétot, X., "Note sur l'arrêt du 13 avril 1988", *Actualité juridique – Droit administratif (AJDA)*, 1988, p. 552.
5. Narcy
6. Intérêt général
7. Prérogatives
8. Mugnier
9. Maillard Desgrées du Loû, op. cit., p. 423.

در پرونده کریستین اودن[1] مقامات اداری مستقل[2] نیز ملزم به رعایت این قانون در نظر گرفته شدند.[3] نکته‌ای که درباره اصلاح صورت‌گرفته باید گفت، تفکیکی است که قانونگذار میان «مؤسسات عمومی» ذکرشده در قانون ۱۹۷۸ و عبارت «نهادهای حقوق عمومی عهده‌دار اداره یک خدمت عمومی» در قانون اصلاحی انجام داده است.

همچنان که برخی از حقوق‌دانان عنوان داشته‌اند، قانونگذار در هنگام تصویب این مواد در سال ۱۹۷۸ و همچنین در سال ۲۰۰۰، تعلق خاطر خود را به اهمیت ویژه «منشأ» یک سند نمایان ساخته است. هرچند معیار «منشأ» می‌تواند برای ایجاد وصف اداری مورد استفاده قرار گیرد، درهرصورت، این معیار فاقد دقت لازم است و در واقع معیاری کافی و جامع نیست. باید توجه داشت که در حقوق موضوعه معیارهای توصیفی دیگری نیز پذیرفته شده‌اند که در رأس همه می‌توان به ترکیبی از این دو معیار اشاره کرد: ۱. سند باید دارای ارتباطی با یک فعالیت تأمین‌کننده خدمات عمومی باشد؛ ۲. تابع حقوق اداری باشد. با عنایت به معیار منشأ، طبق دو رأی شورای دولتی در تاریخ ۲۱ ژوئیه ۱۹۸۹ و در قضیه انجمن S.O.S.-Défense و برتن[4] دو وزارتخانه ملزم به اعطای حق دسترسی به نامه‌های تبادل‌شده میان خود هستند.[5]

با ملاحظه این موارد مشخص می‌شود که تا چه اندازه مسئله شناسایی تابعان حق دسترسی به اسناد اداری به تشخیص یک سند اداری پیوند خورده است. دراین‌خصوص، بررسی دقیق‌تر رأی شورای دولتی در قضیه کریستین اودن جالب توجه است. در این قضیه در تاریخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۲ آقای اودن که رئیس شرکت اودن بود، شکایتی را نزد کمیسیون ملی انفورماتیک و آزادی‌ها[6](CNIL) ثبت می‌کند؛ چراکه شرکت بیمه از ارائه اطلاعاتی که در اختیار داشت و بیشتر درمورد شرکت وی به‌عنوان یک شخصیت حقوقی حقوق خصوصی بود تا خود وی، امتناع ورزیده بود.

با مداخله (CNIL)، آقای اودن به یک‌سری از اطلاعاتی دستیابی پیدا می‌کند که شرکت بیمه درمورد شخص وی «در اختیار داشته است». در جریان بازرسی‌های (CNIL) از شرکت بیمه، آنها از مدارک موجود در شرکت بیمه کپی‌هایی تهیه می‌کنند و گزارشگر کمیسیون نیز گزارشی از مأموریت خود تهیه می‌کند. در این مرحله آقای اودن از کپی‌های موجود نزد (CNIL) مطلع می‌شود و درنتیجه، مجدداً تقاضای دریافت تمامی اسناد مرتبط با شرکت خود را که این بار در اختیار کمیسیون است، به کمیسیون ارائه می‌کند.

(CNIL) در تصمیم خود از ارائه کپی‌های اسناد شرکت بیمه به آقای اودن خودداری می‌کند. زیرا کمیسیون دسترسی به اسناد اداری[7] (CADA) عنوان کرد که این اسناد ممکن است به اسرار صنعتی و تجاری[8] لطمه وارد آورند. همچنین (CNIL) گزارش تهیه شده توسط گزارشگر خود را به‌جز قسمت‌های مرتبط با اسرار صنعتی و تجاری، در اختیار وی قرار می‌دهد.[9] با توجه به امتناع مجدد (CNIL)، شورای دولتی در رأی خود مقرر می‌دارد که تنها گزارش «تهیه شده»

---

1. Christian Hudin
2. Les autorités administratives indépendantes

مقامات اداری مستقل نهادهای دولتی‌اند که به نام دولت، عهده‌دار تضمین تنظیم آن دسته از بخش‌های اساسی‌اند که دولت درخصوص آنها از مداخله مستقیم پرهیز می‌کند. مطابق نظر شورای دولتی نیز، این مقامات نهادهایی اداری‌اند که به نام دولت عمل می‌کنند و دارای اختیار واقعی‌اند. این مقامات برای اولین بار در قانون ۶ ژانویه ۱۹۷۸ مقرر شدند و طبق آن، کمیسیون ملی انفورماتیک و آزادی‌ها (CNIL) تأسیس شد. مطابق با قانون ارگانیک مصوب ۲۰ ژانویه ۲۰۱۷ هم‌اکنون ۲۶ مقام اداری مستقل و همچنین مقام عمومی مستقل در فرانسه فعالیت دارند.

3. Maillard Desgrées du Loû, op. cit., p. 422.
4. Assoc. SOS-Défense et Bertin
5. Ibid.
6. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
7. Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)
8. Secrets industriels et commercials
9. Fratacci, S., "Conclusion sur l'arrêt de C.E. sect., 8 octobre 1993, *Christian Hudin*", *A.J.D.A.*, No 12, 1993, p. 873.

توسط(CNIL) باید در اختیار فرد گذاشته شود. درنتیجه، ملاحظه می‌شود که کمیسیون تصمیم خود را با توجه به معیار منشأ یک سند صادر کرده و به این مسئله که سند در اختیار چه‌کسی قرار دارد توجهی نداشته است.

۱.۲. معیار تصاحب سند

علاوه‌بر معیار «ایجاد» سند که در کنار معیار «منشأ» یک سند ذکر شد، معیار حائز اهمیت دیگر در رویه قضایی فرانسه، معیار «تصاحب» یک سند است. در دوره‌ای تردیدی وجود نداشت که اشخاص مذکور در قانون در مواردی ملزم به ارائه اسنادی هستند که تحت تصاحب آنها قرار دارد. کمیسیون دسترسی به اسناد اداری (CADA) در نظر خود در سال ۱۹۹۷ عنوان داشته است که «اسناد در تصاحب یک اداره که با توجه به ماهیت، موضوع و یا کاربرد خود با تأمین خدمات عمومی مرتبط هستند، چه از اداره نشئت‌گرفته باشند و یا به آن ارسال شده باشند، دارای ویژگی اداری هستند» و اداره به اعطای حق دسترسی به این اسناد ملزم است. بنابراین، معیار تصاحب یک سند ساده به‌نظر می‌رسد، اما معیاری گسترده است.[1]

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که به‌محض آنکه کپی اسناد ایجاد شده توسط شخص خصوصی در اختیار یک مقام اداری قرار گرفت، آیا این اسناد قابل ارائه به فرد متقاضی نمی‌شوند؟ همان‌گونه که در رأی شورای دولتی در قضیه *کریستین اودن* هم ملاحظه شد، قضات به معیار «تصاحب سند» توجه نکرده‌اند. در این قضیه (CNIL) کپی اسنادی را در اختیار داشت که در جریان مأموریت نظارت بر شرکت بیمه خصوصی به دست آورده بود که این اسناد در قالب فعالیت‌های مربوط به حقوق خصوصی و درمورد شرکت اودن ایجاد شده بودند و طبق رأی شورای دولتی نیز، (CNIL) ملزم به ارائه این کپی‌ها نشد.

گفتنی است، درحالی‌که متن قانون ۱۹۷۸ در آن دوره فقط از اسنادی صحبت می‌کرد که از نهادهای مذکور نشئت می‌گیرند، معیار تصاحب سند به‌طور معمول توسط (CADA) برای تعیین دامنه اعمال قانون مورد استفاده قرار می‌گرفته است. درواقع، معیار تصاحب با سادگی غیرقابل انکار خود، درمورد اسنادی که از بخش‌های اداری نشئت می‌گیرند و اغلب شامل اسناد دارای منشأ خصوصی می‌شوند، این اجازه را می‌دهد که تمامی پرونده‌های دراختیار اداره، تابع قانون ۱۹۷۸ شوند. اما همان‌طورکه «لبرتون» هم اشاره کرده است، باید توجه داشت که درمورد اسنادی که توسط اداره ایجاد نشده و حتی برای وی ارسال نشده و فقط «به‌طور تصادفی» در تصاحب وی قرار گرفته‌اند،[2] این الزام بدون تردید فراتر از تفسیری است که از قانون ۱۹۷۸ قابل پذیرش است. درنتیجه، همان‌گونه‌که شورای دولتی نیز قبل از اصلاح قانون و در قضیه *اودن* عنوان داشته، این اسناد نباید در اختیار فرد متقاضی قرار داده شوند.

۱.۳. معیار انجام گرفتن عملی روی سند توسط اداره

معیاری که به‌نظر برخی مناسب‌تر به‌نظر می‌رسد، این است که اداره عملیاتی را روی یک سند انجام داده باشد. طبق این معیار، افزون‌بر اسناد ایجاد شده توسط اداره، سایر اسناد دارای منشأ خصوصی و مهیا برای انجام کاری توسط اداره روی خود نیز اداری‌اند. برای نمونه این موارد قابل ذکرند:

- رونوشت یک آزمون که توسط شخص حقوق خصوصی و با هدف ارزیابی در یک فرایند اداری تهیه شده است.[3]

---

1. Maillard Desgrées du Loû, op. cit., p. 423.
2. Lebreton, G., *Droit administratif général*, Paris: Dalloz, 2017, p. 275.
3. C.E. Ass., 8 avril 1987, *Ministre de la Santé c/ M. Tête.*

- مدارک ارسال شده برای اداره برای درخواست گواهینامه معماری.[1]

- مدارک موجود در پرونده درخواست اجازه ساخت، مانند نقشه‌های موجود در پرونده؛ زیرا اداره به‌منظور صدور جواز ساخت، عملی را روی این اسناد انجام می‌دهد.

بنابراین در قضیه *کریستین/ودن* که عملی ازسوی اداره روی مدارک ایجاد نشده و اداره به‌شکلی تصادفی و با انحراف از مأموریت بازرسی خود به کپی اسناد دست یافته بود، الزامی در ایجاد حق دسترسی وجود نداشت.[2] البته باید تکرار کرد عملی که اداره روی سند انجام می‌دهد باید با اجرای خدمات عمومی مرتبط، و تابع حقوق اداری باشد. درنتیجه و مطابق این معیار، حتی اگر یک سند ازسوی شخص خصوصی ایجاد شده تا بعداً شخص حقوق عمومی عملی را روی آن انجام دهد، این سند اداری محسوب می‌شود و باید به فرد متقاضی ارائه شود.

۱.۴. ایجاد ترکیبی از معیارهای قبل

با درنظرگرفتن معیارهای ارائه‌شده در آرای شورای دولتی، ماده ۱ قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۸ توسط نظام‌نامه مصوب ۶ ژوئن سال ۲۰۰۵ دچار اصلاح شد و مطابق آن، نهادهای مذکور در قانون ۱۹۷۸ فقط ملزم به ایجاد حق دسترسی برای اسنادی شدند که توسط آنها «ایجاد شده و یا در تصاحب آنها باشد». شورای دولتی برای نمونه در رأی خود در تاریخ ۶ اکتبر سال ۲۰۰۸ در پرونده فرومانتن[3] که درمورد حسابداری یک فدراسیون ورزشی است، به اصلاح انجام شده در قانون توجه کرده است.[4] بنابراین، برای اینکه یکی از نهادهای مذکور در قانون ملزم به اعطای دسترسی به یک سند اداری باشد، به‌موجب اصلاح انجام‌گرفته، ضرورتی برای اینکه این سند از وی نشئت گرفته باشد وجود نداشته است و صرف دراختیار داشتن یک سند برای الزام وی به رعایت حق دسترسی به اسناد اداری کفایت می‌کرد.

اما این معیار ترکیبی نیز از تحول و تغییر مصون باقی نماند و به‌موجب نظام‌نامه مصوب ۲۹ آوریل سال ۲۰۰۹ دستخوش اصلاح شد. به‌موجب اصلاح انجام‌گرفته، نهادهای مذکور در ماده ۱ قانون ۱۹۷۸ ملزم به ارائه اسنادی هستند که در چهارچوب مأموریت تأمین خدمات عمومی «ایجاد شده و یا دریافت شده باشند». بنابراین، در اصلاح انجام‌گرفته در سال ۲۰۰۹ مجدداً بر معیار ایجاد شدن یک سند تأکید شده است. دو ملاک مذکور عیناً در عبارات ماده L۳۰۰-۲ کد روابط میان مردم و اداره مصوب ۲۰۱۵ هم ذکر شده‌اند و در حال حاضر هم حدود یک دهه است که به‌همین شکل در حال اجرا هستند. با وجود مطالب گفته شده، ضرورت دارد تا درخصوص نهادهای ملزم به رعایت حق دسترسی دقت لازم صورت گیرد. به‌همین دلیل، قضات شورای دولتی در آرای متعدد خود به‌دقت هر مورد را رصد و رأی خود را صادر کرده‌اند.

درهرحال، نباید این ضرورت را فراموش کرد که اشخاص مذکور در قانون و حتی شخص خصوصی برای مشمول قانون بودن باید به انجام خدمت عمومی و تحت حاکمیت حقوق عمومی بپردازند. برای نمونه شورای دولتی در رأی خود در تاریخ ۲۶ ژوئیه ۱۹۸۵ در قضیه امدو[5] عنوان داشته است که اشخاص حقوق عمومی ملزم به ارائه قرارداد مربوط به اداره

---

1. C.E., 3 juin 1987, *Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports c/ Durand*.
2. Touvet, L. et Jacques-Henri Stahl, "Précisions concernant l'application de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs", *Actualité juridique – Droit administratif (AJDA)*, No 10, 1994, p. 683.
3. Fromentin
4. Debbasch, Colin, op. cit.
5. Amadou

حوزه خصوصی نیستند[۱] یا در رأی ۲۴ آوریل ۲۰۱۳ درمورد پرونده فدراسیون کاراته و گرایش‌های مرتبط که مقرر داشته است در این خصوص به اندازه کافی پیوند مستقیمی با خدمت عمومی برقرار نیست.[۲] درمورد اسناد مربوط به معاملات دولتی نیز روشن است که اگر این اسناد شامل موارد استثنا نباشند، به‌عنوان اسناد اداری محسوب می‌شوند.

به‌علاوه، طبق رأی شورای دولتی در تاریخ ۱۷ آوریل سال ۲۰۱۳ در قضیه لا پست[۳]، از میان اسنادی که دراختیار مؤسسه خصوصی عهده‌دار انجام خدمات عمومی قرار دارد، فقط آن دسته از اسناد به‌عنوان اسناد اداری در نظر گرفته شده و قابل دسترسی‌اند که به اندازه کافی با مأموریت انجام خدمت عمومی مرتبط باشند.

در ارتباط با مؤسسات صنعتی و تجاری نیز، شورای دولتی در رأی دیگری که در تاریخ ۲۱ آوریل سال ۲۰۱۷ در پرونده مؤسسه مستقل حمل‌ونقل پاریس[۴] صادر کرده، دستورالعمل قواعد عمومی و غیرشخصی مربوط به دستمزد مدیریت یک مؤسسه عمومی صنعتی و تجاری را اداری قلمداد کرده و قابل دسترسی دانسته است.[۵]

در اینجا لازم به توضیح است که مؤسسه عمومی ارائه‌دهنده خدمات عمومی اداری به‌عنوان مؤسسه عمومی اداری (EPA) و مؤسسه عمومی ارائه‌دهنده خدمات عمومی صنعتی و تجاری، به‌عنوان مؤسسه عمومی صنعتی و تجاری (EPIC) شناخته می‌شود. نفع شناسایی تمایز میان این دو مؤسسه عمومی در این نکته است که مؤسسات عمومی اداری به‌واسطه ماهیت خود به‌عنوان شخص حقوقی حقوق عمومی و همچنین فعالیت خود، کاملاً تابع حقوق اداری هستند. اما مؤسسات عمومی صنعتی و تجاری به‌علت ماهیت فعالیت خود، به‌شکلی وسیع تابع حقوق خصوصی هستند و فقط به میزان اندکی که ناشی از ماهیت آنها به‌عنوان شخص حقوقی حقوق عمومی است، تابع حقوق اداری‌اند. این تمایز گاهی به مشکلاتی برای قضات دیوان تمیز و شورای دولتی منجر می‌شود و به همین علت، دیوان حل تعارضات در آرای خود برای ساده کردن قواعد توزیع صلاحیت‌ها میان مراجع مذکور تلاش ویژه‌ای کرده است.[۶]

۲. در ایران

درخصوص مؤسسات مشمول حق دسترسی آزاد به اسناد اداری، باید به بررسی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ۱۳۸۸ و آیین‌نامه اجرایی این قانون مصوب ۱۳۹۳ پرداخت. در ماده ۵ قانون انتشار و... آمده است که «مؤسسات عمومی مکلف‌اند اطلاعات موضوع این قانون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترس مردم قرار دهند». علاوه‌بر عبارت «مؤسسات عمومی» در این ماده، قانونگذار در ماده ۸ همین قانون از «مؤسسات خصوصی» نیز سخن گفته است.[۷] در بند (ذ) ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی قانون انتشار و... مصوب ۱۳۹۳، مؤسسات مشمول قانون مذکور بدین‌ترتیب مشخص شده‌اند: «مؤسسات خصوصی، عمومی و خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی».

به‌منظور مشخص شدن ماهیت مؤسسات مذکور در قانون ۱۳۸۸ و آیین‌نامه اجرایی و در شرایطی که قضات دیوان در

---

1. Delaunay, B., "La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations", *Revue du droit public* (*R.D.P)*., 2000: 1211 ; Laveissière, J., "Le «droit à l'information» à l'épreuve du contentieux : à propos de l'accès aux documents administratifs", *Dalloz,* 1987, p. 277.
2. Debbasch, Colin, op. cit.
3. La poste
4. Régie autonome des transports parisiens
5. Stahl, J.-H. (Sous la direction), *Code des relations entre le public et l'administration*, Paris: Dalloz, 2018, pp. 173-174.
6. Van Lang, A., Gondouin, G. et Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administrative*, Paris: sirey, 2015, p. 199.
۷. ماده ۸: «موسسه عمومی یا خصوصی باید به درخواست دسترسی به اطلاعات در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهد (...)».

آرای خود به بیان این موارد نمی‌پردازند، بهتر آن است تا ابتدا به تعاریف موجود از این مؤسسات که در خود مصوبات ذکر شده است رجوع شود.

۲.۱. مؤسسات عمومی

مطابق با بند (د) ماده (۱) قانون انتشار و...، مؤسسات عمومی شامل سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به‌معنای عام کلمه و شامل تمام ارکان و اجزای آن، که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده است، هستند. ازسوی‌دیگر و مطابق با بند (ح) ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی این قانون، در تعریف مؤسسات عمومی آمده است: «سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به‌معنای عام آن شامل دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری[۱]، نهادهای انقلابی، نیروهای مسلح، قوای قضائیه و مقننه و مؤسسات، شرکت‌ها، سازمان‌ها، نهادهای وابسته به آنها و بنیادها و مؤسساتی که زیر نظر مقام معظم رهبری اداره می‌شوند با رعایت تبصره ذیل ماده (۱۰) قانون[۲] و همچنین هر مؤسسه، شرکت یا نهادی که تمام یا بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به دولت یا حکومت که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده است».

در ایران و در راستای برقراری عدم تمرکز فنی، برخی از فعالیت‌ها با توجه به ماهیت و ضرورت‌های خود از سازمان اداری کشور منتزع و به یک شخصیت حقوقی مستقل سپرده شده که به تبع حقوق فرانسه «مؤسسات عمومی» نام گرفته‌اند. در تعریفی عام، مؤسسات عمومی به سازمان‌هایی گفته می‌شود که برخوردار از مجموعه‌ای از افراد و امکانات بوده و به‌موجب قانون و به‌منظور انجام امور عمومی ایجاد شده‌اند و شخصیت حقوقی مستقل دارند. این مؤسسات، در سه دسته اصلی جای می‌گیرند: ۱. مؤسسه دولتی، ۲. شرکت دولتی، ۳. مؤسسه عمومی غیردولتی[۳]. در نظر برخی، مؤسسه عمومی در معنای واقعی کلمه باید دارای شخصیت حقوقی جدای از دولت بوده و دارایی، بودجه و مأموران مخصوص به خود داشته باشد و به‌طور مستقل انواع معاملات را انجام دهد.[۴] همچنین، در موارد تردید در خصوصی یا عمومی بودن ماهیت یک نهاد نیز «خدمات عمومی»که فلسفه وجودی مؤسسات عمومی است، به‌عنوان یک معیار قابل استناد است.[۵]

در ابتدای تصویب قانون انتشار و... و پیش از تصویب آیین‌نامه اجرایی در سال ۱۳۹۳، برخی با توجه به عبارات «سازمان‌ها و نهادها» و «حکومت به‌معنای عام کلمه» چنین عنوان کردند که منظور قانونگذار از مؤسسات مشمول، فقط قوه مجریه نیست و هرچند در این قانون مشخص نشده که نهادهای غیرمتمرکزی همچون شوراهای اسلامی نیز ملزم به ارائه اطلاعات عمومی هستند، منطق حقوقی حکم می‌کند که درصورت جواز دسترسی به اطلاعات حکومتی، به طریق اولی امکان دسترسی به اطلاعات نهادهای غیرمتمرکز نیز وجود داشته باشد. ازسوی‌دیگر، تفسیر موسع از این عنوان نیز خالی از مانع

---

[۱]. ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، «کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند».

[۲]. تبصره ماده ۱۰: «حکم این ماده درمورد دستگاه‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری است، منوط به عدم مخالفت معظم‌ٌله می‌باشد».

[۳]. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، «جایگاه مفهوم خدمات عمومی در حقوق اداری ایران»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۶، ص.۱۳.

[۴]. مدنی، سید جلال‌الدین، ***حقوق اداری ایران***، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۸۹، ص.۸۶.

[۵]. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، پیشین، ص.۲۹.

است و می‌تواند تمامی مؤسسه‌های مذکور در قانون مدیریت خدمات کشوری را شامل شود.[۱]

در حال حاضر و با تصویب آیین‌نامه اجرایی و تصریح به انواع دستگاه‌ها و نهادهای حاکمیتی و مؤسسات و بنیادها و شرکت‌های دولتی، دیگر جای تردیدی در شمول این دسته از مؤسسات عمومی باقی نمی‌ماند. بدیهی است که هر اندازه دامنه تابعان این قانون گسترده‌تر باشد، در آن صورت بهتر می‌توان از یک دسترسی آزاد و گسترده به اسناد اداری صحبت کرد. باید توجه داشت که مطابق با مبانی آزادی اطلاعات، تمامی دستگاه‌های اجرایی باید مشمول الزامات آن شوند و در نتیجه استفاده از عناوین مختلف همچون بانک، بنیاد، شرکت و غیره تأثیری در تبعیت یک دستگاه اجرایی از این الزامات نخواهد داشت.[۲]

پس از انقلاب اسلامی در کنار وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، بنا به دلایلی از جمله جلب مشارکت مردمی یا عضویت برخی سازمان‌های کشور در برخی سازمان‌های بین‌المللی از قبیل صلیب سرخ و فدراسیون‌های ورزشی بین‌المللی که شرط عضویت در آنها غیردولتی بودن است، مؤسساتی غیردولتی در امور اجتماعی، فرهنگی و ورزشی به نام مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی تشکیل شده‌اند[۳] که تا به امروز همچنان پرچالش‌ترین بخش مؤسسات عمومی را تشکیل می‌دهند.

دو دهه بعد از تعریفی که از مؤسسات عمومی غیردولتی در قانون محاسبات عمومی ارائه شد،[۴] طبق ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری، مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی، «واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد». در نظر برخی، برخلاف تعریف سابق لازم نیست که این مؤسسات به‌موجب قانون تحت این عنوان شناخته شوند. بنابراین، مؤسسات دارای شرایط مذکور در ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری، هرچند به این عنوان شناخته نشده باشند می‌توانند جزو مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی محسوب شوند؛ مانند: سازمان‌های حرفه‌ای همچون نظام پزشکی، کانون وکلای دادگستری و مؤسسات خدماتی مانند اتاق بازرگانی و صنایع و معادن، اتاق تعاون و...[۵].

با وجود این، در رویه عملی همچنان به‌نظر می‌رسد که اضافه شدن به قانون فهرست یا نامیده شدن در قانون خود مؤسسه مذکور با عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی، لازم است و صرف داشتن شرایط مذکور در ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری، به ایجاد چنین مؤسسه‌ای منجر نمی‌شود. مصداق این امر را می‌توان در افزودن صندوق بیمه اجتماعی روستائیان و عشایر و به قانون فهرست در سال ۱۳۸۷ و بعد از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری دانست که بیانگر پابرجایی رویه سابق است.[۶] برای نمونه درمورد دانشگاه آزاد اسلامی، با وجود شباهت این دانشگاه در برخی ویژگی‌های اشخاص

---

[۱]. ویژه، محمدرضا و آزاده سادات طاهری، پیشین، ص.۲۴۷.

[۲]. انصاری، باقر، «بررسی و نقد لایحه آزادی اطلاعات»، *فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی*، شماره ۱۳، ۱۳۸۷، ص.۲۱۳.

[۳]. عباسی، بیژن، ***حقوق اداری***، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵، ص۷۴.

[۴]. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶: «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به‌منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده و یا می‌شود. تبصره: فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید».

[۵]. رستمی، ولی و سیدمجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۵، ۱۳۹۲، ص.۵۳.

[۶]. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی: مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۶، شماره۴، ۱۳۹۳، صص. ۱۸۸-۱۸۹.

حقوقی حقوق عمومی مانند هدف و شباهت به مؤسسات عمومی غیردولتی در تبعیت از قوانین و وجود استقلال همراه با نظارت دولتی در دانشگاه، شناسایی دانشگاه به‌عنوان یک مؤسسه عمومی غیردولتی، نیازمند تصریح و شناسایی دانشگاه به‌عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی ازسوی قانونگذار است.[۱]

البته با عنایت به نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در سال ۱۳۹۲، به‌نظر می‌رسد که بتوان لزوم الحاق به قانون فهرست را منتفی دانست.[۲] در هر صورت دیوان عدالت اداری به بهترین شکل قادر است در آرای خود به تبیین این امر بپردازد و ابهامات موجود را برطرف سازد.

امروزه مؤسسات عمومی دولتی و غیردولتی به‌گونه‌ای خاص در راستای انجام مسئولیت‌ها و نیل به اهداف خود، وظایف و مسئولیت‌های گسترده و متنوعی را برعهده دارند و به همین منظور، واحدهای متعددی را برای ارائه خدمات مورد نظر تأسیس کرده‌اند. این مؤسسات دارای برخی صلاحیت‌های آیین‌نامه‌ای و همچنین مراجع نظارتی و انضباطی درخصوص وظایف و اختیارات خود هستند. با توجه به اقتدارات وسیع، امکانات، منابع مالی و انسانی فوق‌العاده‌ای که در اختیار این مؤسسات قرار گرفته است، زمینه انحراف و سوءاستفاده این مؤسسات از اقتدارات عمومی همواره وجود دارد[۳] و به همین دلیل، امکان دسترسی به اسناد موجود در این دسته از مؤسسات ضروری به‌نظر می‌رسد.

شرکت دولتی[۴] نیز که یکی دیگر از مؤسسات عمومی رایج است، از نظر ماهیتی در واقع نوعی مؤسسه دولتی با ساختاری متفاوت و به‌صورت سهامی است که وظایف خدماتی دولت را در حوزه صنعت و تجارت برعهده دارد.[۵] شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی که از طریق فرایند خصوصی‌سازی و یا تأسیس بدوی توسط مؤسسات عمومی غیردولتی به وجود می‌آیند، دارای استقلال حقوقی هستند و برای انجام بخشی از امور عمومی مربوط به تصدی‌گری دولت و شامل خدمات صنعتی و بازرگانی مانند تولید یا مبادله کالاها و خدمات، ایجاد می‌شوند. با تحلیل کارکرد و ساختار این شرکت‌ها، شباهت آنها به شرکت‌های دولتی مشخص می‌شود و با اصلاح تعریف شرکت‌های دولتی و مقتضیات متناظر با آن در قانون، این دسته از شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی و تأسیسات حقوقی دارای کارکرد مشابه شرکت‌های دولتی نیز می‌توانند جزو شرکت‌های دولتی محسوب شوند[۶] و در نتیجه امکان دسترسی به اسناد مورد نظر فراهم شود.

---

۱. همان، ص.۲۱۰.

۲. نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوۀ قضائیه، شماره ۷/۹۲/۲۵۴۵، ۱۳۹۲/۱۲/۲۸: «مؤسساتی که مشمول تعریف مندرج در ماده ۳ باشند، گرچه در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی آن نیامده باشند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی تلقی خواهند شد؛ زیرا قانون اخیرالذکر (فهرست نهادها...) براساس تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور تصویب شده است که با تعریف جدید مقرر در ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری اصولاً لزوم تصویب فهرست منتفی است».

۳. رستمی، ولی و سیدمجتبی حسینی‌پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، *فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص.۲۸.

۴. ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری: «شرکت دولتی: بنگاه اقتصادی است که به‌موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به‌موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، ابلاغی ازسوی مقام معظم رهبری جزو وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است».

۵. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، پیشین، ص۱۴.

۶. غمامی، سیدمحمدمهدی، کمال کدخدا مرادی و مهدی فلاحیان، «ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۸، شماره ۴۶، ۱۳۹۶، صص.۹۲-۹۴.

۲.۲. مؤسسات خصوصی

مؤسسات خصوصی معمولاً با هدف نفع خصوصی و گاه برای اهداف غیرانتفاعی و معنوی و توسط اشخاص حقوق خصوصی ایجاد می‌شوند.[۱] طبق بند (هـ) ماده ۱ قانون انتشار و ...، مؤسسه خصوصی شامل هر مؤسسه انتفاعی و غیرانتفاعی به‌استثنای مؤسسات عمومی است. در بند (چ) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ۱۳۹۳ نیز آمده است که مؤسسات خصوصی، «اشخاص حقوقی هستند که با تجویز قانون یا به‌موجب قانون خاص تأسیس شده یا می‌شوند و دارای فعالیت انتفاعی یا غیرانتفاعی می‌باشند؛ از قبیل شرکت‌ها، مؤسسات غیرتجاری، احزاب و سازمان‌های مردم‌نهاد».

در تفاوت میان مؤسسات عمومی و خصوصی باید عنوان کرد که مؤسسات خصوصی همواره به حساب اشخاص خصوصی تصمیم گرفته و توسط آنها اداره می‌شوند و به‌همین جهت تابع مقررات قانون مدنی و یا قانون تجارت هستند و اموال آنها جزو اموال خصوصی محسوب می‌شود. کارکنان آنها نیز تابع حقوق خصوصی‌اند و اختلافات و دعاوی آنها در صلاحیت دادگاه عمومی است. درهرحال، صرف برخورداری برخی از این مؤسسات خصوصی از بعضی تسهیلات و معافیت‌ها، منجر به کاهش خصلت خصوصی آنها نمی‌شود.[۲]

ورود به مؤسسات خصوصی و عضویت در آنها نیز آزاد بوده و حدود صلاحیت آنها محدود و منحصر به اموری است که در حقوق خصوصی تعیین شده است و مقررات حاکم بر تشکیل و اداره و انحلال مؤسسات خصوصی متفاوت از مقررات حاکم بر مؤسسات عمومی است.[۳] به‌علاوه، مؤسسات خصوصی باید در اداره ثبت شرکت‌ها نیز به ثبت برسند؛ درحالی‌که مؤسسات عمومی نیازی به ثبت در این مرجع ندارند و دارایی، تابعیت و اقامتگاه مؤسسات خصوصی نیز با مؤسسات عمومی متفاوت است.[۴] مهم‌ترین تفاوت میان مؤسسات خصوصی و عمومی در استفاده از اقتدار عمومی و حق اعمال حاکمیت است که مؤسسات خصوصی از این ویژگی محروم‌اند.[۵]

با وجود ذکر مؤسسات خصوصی در بند (ذ) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی درمورد مؤسسات مشمول، مشخص نشده که آیا تنها مؤسسات خصوصی عهده‌دار یک خدمت عمومی مشمول این قانون هستند یا اینکه تمامی مؤسسات خصوصی درنظرگرفته شده‌اند. در نظر برخی با امعان‌نظر به اینکه دسترسی به اطلاعات مؤسسه‌های خصوصی می‌تواند پاسخ‌گوی ابهام‌های موجود در فعالیت‌های عمومی و درخصوص قراردادهای این مؤسسات با مؤسسات عمومی باشد، الزام مؤسسات خصوصی نیز امری ضروری است. ازسوی‌دیگر، نباید از نظر دور داشت که قانون انتشار و... قادر نیست تمامی مؤسسات خصوصی را شامل شود و این امر باید فقط درصورتی روی دهد که اطلاعات مؤسسات خصوصی دارای «پیوندی قابل اعتنا با منافع عمومی و اختیارهای حاکمیتی» باشد؛[۶] چراکه مؤسسات عمومی نیز به‌دلیل اقتضای نفع عمومی، به رعایت حق دسترسی به اطلاعات و اسنادی که در اختیار دارند مکلف‌اند.[۷]

بنابراین، شاید با توجه به هدف قانون که دسترسی به اطلاعات عمومی است، چنین به‌نظر برسد که مقصود قانونگذار فقط مؤسسات خصوصی عهده‌دار یک خدمت عمومی است؛ چراکه این نهادها برای حفظ حقوق شهروندان در مقابل آنها

---

۱. عباسی، بیژن، همان، ص.۶۸.

۲. مدنی، سید جلال‌الدین، پیشین، صص. ۸۸-۸۹.

۳. انصاری، ولی‌الله، ***کلیات حقوق اداری***، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص.۱۱۸.

۴. همان، ص.۱۲۱.

۵. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، ***حقوق اداری***، جلد ۱، تهران، میزان، ۱۳۹۵، ص.۵۲.

۶. ویژه، محمدرضا و آزاده سادات طاهری، پیشین، ص. ۲۴۸.

۷. انصاری، باقر، «مفهوم، مبانی و لوازم آزادی اطلاعات»، *مجله نامه حقوقی*، دوره ۰، شماره ۶۱، ۱۳۸۶، ص.۱۵۰.

مسئول‌اند و درنتیجه به رعایت قانون مکلف‌اند؛ مانند بیمارستان‌های خصوصی.

هرچند ازیک‌سو، اطلاعات عمومی مندرج در قانون به‌طور معمول توسط مؤسسات خصوصی که به انجام خدمات عمومی نمی‌پردازند، ایجاد یا نگهداری نمی‌شوند و ازسوی‌دیگر، صرف در اختیار داشتن این اطلاعات نیز نمی‌تواند آنان را جزو مؤسساتی قرار دهد که به‌طور معمول به ایجاد و نگهداری از اطلاعات عمومی می‌پردازند، اما با توجه به بند (ج) ماده نخست قانون انتشار[۱] و مواد ۲ و ۳ آیین‌نامه اجرایی[۲] که تمامی مؤسسات مشمول از جمله مؤسسات خصوصی را به ارائه «اطلاعات عمومی» مکلف کرده است، به‌نظر می‌رسد که اطلاعات در معنای غیرشخصی آن و نه الزاماً دولتی یا حتی مرتبط با حاکمیت و نفع عمومی یا در راستای خدمات عمومی مورد نظر است و مؤسسات خصوصی غیرارائه‌دهنده خدمات عمومی نیز غالباً چنین مواردی را در اختیار دارند. نگاهی به موارد مذکور در ماده ۷ آیین‌نامه که مؤسسه خصوصی مکلف به ارائه آن است نیز این نکته را تأیید می‌کند[۳].

۲.۳. مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی

یکی دیگر از نهادهایی که به اعطای حق دسترسی به اطلاعات ملزم است، مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی‌اند که مطابق با بند (خ) آیین‌نامه اجرایی ۱۳۹۳، «آن‌دسته از مؤسسات غیردولتی هستند که اقدام به ارائه خدمات عمومی به مردم می‌کنند، از قبیل سازمان‌های صنفی و حرفه‌ای، بانک‌ها و بورس اوراق بهادار».

امروزه برخی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی عهده‌دار اداره امور عمومی شده‌اند و در انجام خدمات عمومی با اشخاص عمومی همکاری می‌کنند؛ مانند: نظام‌های صنفی و حرفه‌ای، اتاق‌های بازرگانی و صنایع و معادن، کانون سردفتران، کانون وکلا، سازمان نظام پزشکی، نظام پرستاری، نظام دام‌پزشکی، نظام روان‌شناسی و مشاوره، نظام مهندسی و... ۰ قوانین و مقررات به‌لحاظ اهمیت فعالیت این نهادها در برطرف کردن نیازهای همگانی، امتیازهای حقوق عمومی را برای آنها در نظر گرفته‌اند، مانند: صدور پروانه اشتغال و لغو آن و تخفیف‌ها یا معافیت‌های مالیاتی و گمرکی.[۴] درنظر برخی حقوق‌دانان، این‌گونه از مؤسسات خصوصی که عهده‌دار خدمات عمومی‌اند و در مواردی از امتیازات مربوط به اقتدار عمومی نیز استفاده

---

[۱]. «ج) اطلاعات عمومی: اطلاعات غیرشخصی نظیر ضوابط و آیین‌نامه‌ها، آمار و ارقام ملی و رسمی، اسناد و مکاتبات اداری که از مصادیق مستثنیات فصل چهارم این قانون نباشد.»

[۲]. ماده۲: «مؤسسات مشمول قانون موظف‌اند ذخایر اطلاعاتی مذکور در ماده (۷) این آیین‌نامه را (...) با رعایت قوانین و مقررات مربوط در دسترس کاربران در سطوح مختلف قرار دهند. ماده۳: مؤسسات مشمول قانون موظفند عناوین اطلاعات عمومی و غیرطبقه‌بندی شده خود و شیوه دسترسی به آنها را در درگاه خود قرار دهند.»

[۳]. «الف) شرح وظایف و الزامات قانونی. ب) قوانین و مقررات حاکم بر فعالیت‌های مؤسسه. پ) ساختار سازمانی و وظایف هر پست تا پایین‌ترین سطح سازمانی. ت) فهرست کلیه مدیران سازمان به همراه تلفن ثابت و رایانامه (ایمیل) سازمانی ایشان. ث) فهرست و امکان دسترسی به کلیه نهادهای تابعه و بالادست. ج) صفحه اعلام اعتراض به فعالیت‌های مؤسسه، واحد تابعه یا کارکنان (ایجاد سامانه دریافت تلفنی یا پیامکی یا رایانامه (ایمیل) داخلی برای اعلام اعتراض ضروری است.) چ) طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای مؤسسه به همراه گزارش آخرین وضعیت پیشرفت آنها. ح) صفحه اعلام نیازمندی‌های مناقصات و مزایده‌ها و اعلام آخرین وضعیت آنها. خ) شناسنامه کلیه خدمات قابل ارائه مؤسسه به‌همراه متولی پاسخ‌گویی هر خدمت. د) فرایند ارائه هر خدمت به همراه کلیه نیازمندی‌های مربوط. ذ) زمان‌بندی ارائه خدمات و فهرست و شیوه دسترسی به کارکنان پاسخ‌گوی خدمات. ر) اعلام شیوه‌های ارائه خدمت درصورت برون‌سپاری از طریق دفاتر پیشخوان خدمات و تعهدات ایشان. ز) ایجاد صفحه راهنمای پیشخوان و سؤالات مکرری که از مؤسسه شده و پاسخ‌های مربوط. ژ) ایجاد صفحه پیگیری خدمت یا درخواست اطلاعات به‌همراه اطلاعات فرایند طی‌شده برای ارائه خدمت. س) گزارش زمان‌هایی که پیشخوان جهت به‌روزرسانی یا مسائل فنی از دسترس خارج می‌شود یا شده است».

[۴]. عباسی، بیژن، پیشین، ص.۸۰؛ انصاری، ولی‌الله، پیشین، ص.۱۲۱.

می‌کنند «در حکم اشخاص حقوقی حقوق عمومی» محسوب می‌شوند[۱] و معمولاً بخشی از وظایف حاکمیتی را برعهده دارند.

اکثر حقوق‌دانان معتقدند که هدف خدمات عمومی، تأمین نفع عمومی است؛ اما خدمت عمومی صرفاً به آن دسته از فعالیت‌هایی که هدف از ارائه آنها تأمین نفع عمومی بوده است اطلاق نمی‌شود و به‌نظر استاد طباطبایی مؤتمنی، با رویکردی عینیت‌گرا باید عنوان کرد که خدمت عمومی فعالیتی است که «متضمن» رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است.[۲] امروزه، با توجه به نسل‌های نوین خدمات عمومی، محصور کردن خدمات عمومی به بخش عمومی صحیح به‌نظر نمی‌رسد.[۳] به همین منظور، در تعیین «خدمت عمومیِ در اختیار بخش خصوصی»، آن دسته از خدماتی که به‌صورت «سنتی» و «انحصاری» از کارکردهای حکومتی بوده و امروزه خصوصی‌سازی شده‌اند، مشمول عنوان خدمات عمومی هستند.[۴]

افزون‌بر این و طبق اصل استمرار خدمات عمومی، وسائل و امکانات این‌گونه از مؤسسات باید به‌گونه‌ای طراحی شده باشد که مؤسسه در ارائه خدمت دچار وقفه نشود.[۵] ازسوی‌دیگر، با توجه به اهداف اولیه تأسیس مؤسسات خصوصی، هنگامی‌که مؤسسه‌ای خصوصی، عهده‌دار انجام خدمات عمومی می‌شود، در هنگام وجود تعارض میان منافع خصوصی خود و منافع عمومی، موظف به در اولویت قرار دادن منافع عمومی است.

نتیجه‌گیری

در فرانسه درخصوص تابعان حق دسترسی به اطلاعات و اسناد اداری ملاحظه می‌شود که قانونگذار با به‌کارگیری کوتاه‌ترین عبارات ممکن، به دامنه‌ای وسیع در اعمال این قانون دست یافته است. اما در ایران با وجود ذکر لیستی بلندبالا از نهادها و مؤسسات مشمول، در نهایت نیز هدف مورد نظر به‌دست نمی‌آید و برخی نهادها همچنان ممکن است به‌هرنحوی از اعمال قانون شانه خالی کنند. ضروری است تا در چنین مواردی، فقط به ویژگی‌های یک مؤسسه نگریسته شود و درصورت مطابقت ویژگی‌های آن با ویژگی‌های مؤسسات مشمول، الزام مذکور فارغ از عنوان و وابستگی آن مؤسسه اعمال شود.

در فرانسه به‌درستی به این نکته توجه شده که درمورد مؤسسات مشمول قانون، ضروری است تا معیارهایی متناسب همچون «ایجاد» یا «تصاحب» سند مقرر شوند و یک مؤسسه فقط در بعضی موارد و درخصوص برخی از اسناد، به اعطای حق دسترسی ملزم باشد. این نکته در قانون انتشار و... و آیین‌نامه اجرایی به‌هیچ عنوان در نظر گرفته نشده است.

هرچند قانون انتشار و... از قوانین کلیدی و مهم در جهت تحقق شفافیت در کشور است، این قانون و آیین‌نامه‌های اجرایی به‌دلیل مواجه بودن با ابهامات، ایرادها و خلأهای قانونی نتوانسته‌است اهداف مورد نظر را محقق سازد و در نهایت منجر به اجرای سلیقه‌ای قانون شده است.

دراین‌خصوص ضرورت داشت فقط اطلاعاتی قابل دسترسی باشند که در مؤسسات مشمول «تولید شده و یا در آنها نگهداری می‌شوند». بنابراین، درصورتی‌که دو معیار «ایجاد» و «تصاحب» سند در ارائه اطلاعات به افراد متقاضی حاکم می‌شد، این امر می‌توانست مؤسسات مشمول قانون را از سردرگمی درباره اطلاعات قابل ارائه برهاند. البته در حال حاضر

---

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، پیشین، ص.۵۴.

۲. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، صص.۱۴۰-۱۴۱.

۳. همان، ص.۱۴۳.

۴. همان، ص.۱۴۵.

۵. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، پیشین، ص.۴۰.

نیز علی‌رغم عدم تأکید عبارات مصوبات مذکور بر این معیارها، به‌نظر می‌رسد که این دو معیار به‌شکلی ضمنی بر مؤسسات مشمول حاکم باشند و به‌طور معمول فقط اطلاعاتی که توسط این مؤسسات ایجاد شده و یا در آنها نگهداری می‌شوند، قابل ارائه باشند.

شایان ذکر است که دیوان عدالت اداری به‌عنوان بالاترین مرجع نظارت بر تصمیمات مراجع اداری می‌تواند نقش بسیار مهمی را در تبیین اشخاص مشمول ایفا کند. آرای صادره از دیوان می‌تواند پاسخ‌گوی ابهامات این قانون باشد و راه را بر سوءاستفاده‌های احتمالی مقامات اداری درمورد ارائه اطلاعات و اسناد اداری ببندد. مشاهده می‌شود که رویه حاصله از آرای شورای دولتی فرانسه به چه شکل در حمایت از حقوق و منافع شهروندان گام برمی‌دارد و حدود و ثغور اعمال مفاد قانون را تعیین می‌کند. در این باره رویه کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ایران نیز قابل چشم‌پوشی نیست، به‌خصوص که مطابق با ماده ۱۸قانون ۱۳۸۸، «رفع اختلاف در چگونگی ارائه اطلاعات موضوع این قانون از طریق ایجاد وحدت رویه» از وظایف کمیسیون مذکور است.

با تصویب این قانون و پذیرش کلیت این حق در نظام حقوقی ایران، باید مشکلات و ابهامات موجود در قانون از طریق اصلاح قانون توسط مجلس شورای اسلامی یا تصویب مقررات مورد نیاز توسط دولت رفع شوند. بهتر آن است که قضات دیوان عدالت اداری با شهامت و جدیت وارد این عرصه شوند و حتی مسیر اصلاحات بعدی قانونگذار را نیز تعیین کنند. قانون ۱۹۷۸ فرانسه نیز به‌منظور حمایت حداکثری از حقوق افراد به‌دفعات اصلاح شده که نقش شورای دولتی در موارد اصلاحی بسیار چشمگیر است. همچنین ضروری است تا درخصوص تابعان حق دسترسی به اطلاعات و اسناد کمترین موارد استثنا در میان نهادها و دستگاه‌های کشور وجود داشته باشد.

منابع

کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، ***حقوق اداری***، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

۲. انصاری، باقر، ***آزادی اطلاعات***، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.

۳. انصاری، باقر، ***حقوق ارتباط جمعی***، تهران: سمت، ۱۳۸۶.

۴. انصاری، ولی‌الله، ***کلیات حقوق اداری***، تهران: میزان، ۱۳۸۹.

۵. عباسی، بیژن، ***حقوق اداری***، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵.

۶. مدنی، سید جلال‌الدین، ***حقوق اداری ایران***، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.

مقاله

۷. انصاری، باقر، «مفهوم، مبانی و لوازم آزادی اطلاعات»، *مجله نامه حقوقی*، دوره ۰، شماره ۶۱، ۱۳۸۶، صص ۱۳۷–۱۵۸.

۸. انصاری، باقر، «بررسی و نقد لایحه آزادی اطلاعات»، *فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی*، شماره ۱۳، ۱۳۸۷، صص ۲۰۵–۲۲۴.

۹. حبیبی، محمدحسن، «بررسی حق آگاهی مردم به‌عنوان یک حق اساسی»، *فصلنامه حقوق اساسی*، شماره ۱، ۱۳۸۲، صص ۶۵–۹۶.

۱۰. رستمی، ولی و سیدمجتبی حسینی‌پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، *فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص ۲۷–۵۰.

۱۱. رستمی، ولی و سیدمجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۵، ۱۳۹۲، صص۴۱–۶۰.

۱۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و یحیی احمدی، «مبانی حق دسترسی شهروندان به اسناد و اطلاعات دولتی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۴، ۱۳۸۸، صص ۲۱۳-۲۳۲.
۱۳. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، صص ۱۳۵-۱۵۶.
۱۴. غمامی، سیدمحمدمهدی، کمال کدخدا مرادی و مهدی فلاحیان، «ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۸، شماره ۴۶، ۱۳۹۶، صص ۷۳-۹۶.
۱۵. مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری، «گزارش توجیهی پیش‌نویس لایحه شفافیت»، ۱۳۹۷.
۱۶. نمک‌دوست تهرانی، حسن، «آزادی اطلاعات و حق دسترسی: بنیان دموکراسی»، *مجله مجلس و پژوهش*، دوره ۱۰، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، صص ۶۳-۱۰۷.
۱۷. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، «جایگاه مفهوم خدمات عمومی در حقوق اداری ایران»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۴، شماره ۱۲، ۱۳۹۶، صص ۹-۳۲.
۱۸. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی: مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۶، شماره ۴، ۱۳۹۳، صص ۱۸۳-۲۱۵.
۱۹. ویژه، محمدرضا و آزاده سادات طاهری، «تحلیلی بر قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در پرتوی اصول کلی حاکم بر دسترسی به اطلاعات»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۳، شماره ۳۵، ۱۳۹۰، صص ۲۳۷-۲۶۸.

References

Books

1. Abbasi, Bijan, *Administrative Law*, Tehran: Dadgostar, 2016. (in Persian)
2. Ansari, Baqer, *Freedom of Information*, Tehran: Dadgostar, 2008. (in Persian)
3. Ansari, Baqer, *Mass Media Law*, Tehran: SAMT, 2007. (in Persian)
4. Ansari, Valiollah, *General Principles of Administrative Law*, Tehran: Mizan, 2010. (in Persian)
5. Debbasch, C., and Frédéric Colin, *Administrative Law*, Paris: Economica, 2014. (in French)
6. Emami, Mohammad, and Kourosh Ostvarsangari, *Administrative Law*, Volume. 1, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
7. Lebreton, G., *General Administrative Law*, Paris: Dalloz, 2017. (in French)
8. Madani, Seyyed Jalaleddin, *Iranian Administrative Law*, Volume. 2, Tehran: Jangal, 2010. (in Persian)
9. Maillard Desgrées du Loû, D., *Law Governing Relations between the Administration and Its Users*, Paris: PUF, 2000. (in French)
10. Stahl, J.-H. (ed.), *Code of Relations between the Public and the Administration*, Paris: Dalloz, 2018. (in French)
11. Van Lang, A., Gondouin, G., and Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionary of Administrative Law*, Paris: Sirey, 2015. (in French)

Articles

12. Ansari, Baqer, "A Review and Critique of the Freedom of Information Bill", *Legal Information Quarterly*, Issue 13, 2008, pp. 205-224. (in Persian)
13. Ansari, Baqer, "The Concept, Foundations, and Requirements of Freedom of Information", *Legal Letter Journal*, Vol. 0, Issue 61, 2007, pp. 137-158. (in Persian)
14. Center for Strategic Studies of the Presidency, "Justificatory Report on the Draft Transparency Bill", 2018. (in Persian)

15. Delaunay, B., "The Law of 12 April 2000 on the Rights of Citizens in Their Relations with Administrative Authorities", *Review of Public Law (RDP*), 2000. (in French)
16. Fratacci, S., "Conclusion on the decision of the Council of State, Section, October 8, 1993, Christian Hudi", *Legal News – Administrative Law (AJDA),* Issue 12, 1993. (in French)
17. Ghamami, Seyyed Mohammad Mehdi, Kamal Khodadmoradi, and Mehdi Fallahian, "The Legal Nature of Companies Affiliated with Non-Governmental Public Institutions", *Islamic Law Research Journal*, Vol. 18, Issue 46, 2017, pp. 73-96. (in Persian)
18. Habibi, Mohammad Hassan, "Examining the Right of the People to Be Informed as a Fundamental Right", *Constitutional Law Quarterly*, Issue 1, 2003, pp. 65-96. (in Persian)
19. Laveissière, J., "The 'Right to Information' Put to the Test of Litigation: On Access to Administrative Documents", *Dalloz*, 1987. (in French)
20. Morange, G., "Secrecy in French Public Law", *Dalloz*, 1978. (in French)
21. Namakdoost Tehrani, Hassan, "Freedom of Information and the Right of Access: The Foundation of Democracy", *Parliament and Research Journal*, Vol. 10, Issue 42, 2003, pp. 63-107. (in Persian)
22. Prétot, X., "Case Note on the Judgment of 13 April 1988," *Legal News – Administrative Law (AJDA)*, 1988. (in French)
23. Rezaizadeh, Mohammad Javad, and Yahya Ahmadi, "The Foundations of Citizens' Right of Access to Government Documents and Information", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Vol. 39, Issue 4, 2010, pp. 213-232. (in Persian)
24. Rostami, Vali, and Seyyed Mojtaba Hosseini Pour Ardakani, "Judicial Review of Non-Governmental Public Institutions and Organizations", *Public Law Review Qarterly*, Vol. 2, issue 1, 2013. (in Persian)
25. Rostami, Vali, and Seyyed Mojtaba Hosseini Pour Ardakani, "The Position of Islamic City and Village Councils in the Legal System of the Islamic Republic of Iran", *Knowledge of public law Quarterly*, Vol. 2, issue 5, 2013, pp. 41-60. (in Persian)
26. Sabourin, P., "Reflections on Relations between Citizens and the Administration", *Dalloz*, 1978. (in French)
27. Touvet, L., and Jacques-Henri Stahl, "Clarifications on the Application of the Law of 17 July 1978 on Access to Administrative Documents*", Legal News – Administrative Law (AJDA)*, Issue 10, 1994. (in French)
28. Vaezi, Seyyed Mojtaba, and Zahra Alborzi, "The Place of the Concept of Public Service in Iranian Administrative Law", *Administrative Law Quarterly*, Vol. 4, Issue 12, 2018, pp. 9-32. (in Persian)
29. Vizheh, Mohammad Reza, and Azadeh Sadat Taheri, "An Analysis of the Law on the Publication and Free Access to Information in Light of the General Principles Governing Access to Information", *Public Law Research Quarterly*, Vol. 13, Issue 35, 2011, pp. 237-268. (in Persian)
30. Vizheh, Mohammad Reza, and Fatemeh Afshari, "Islamic Azad University: A Public or Private Institution?", *Legal Studies Quarterly*, Vol. 6, Issue 4, 2015, pp. 183-215. (in Persian)
31. Zarei, Mohammad Hossein, and Majid Najjarzadeh Hanjani, "The Concept of Public Service and Its Transformation in Light of the Doctrine of Public Function", *Public Law Research Quarterly*, Vol. 19, Issue 56, 2017, pp. 135-156. (in Persian)

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 111-130 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Agency of Legal Academics under Conditions of Institutional Disequilibrium

Morteza Shahbazinia[1]

Highlights

- The article shows that under conditions of institutional disequilibrium, changes in institutional context transform the meaning of legal academics' teaching, research, and interpretive activities, giving them different public and institutional implications.
- As institutions become less capable of stabilizing meaning and absorbing interpretive conflict, part of the "burden of meaning" shifts to knowledge actors; consequently, dichotomies such as silence/intervention and professionalism/politics are insufficient to explain the role of legal academics.
- The article conceptualizes "principled engagement" not as a fixed model of conduct, but as a multidimensional reconfiguration of doctrinal reconstruction, argumentative accountability, problem-oriented teaching and research, expert public engagement, and epistemic independence.

ABSTRACT

Introduction

This article examines the role and patterns of engagement of legal academics when a gap emerges between legal rules, institutional performance, and social expectations. It uses the concept of "institutional disequilibrium" to describe a situation in which legal rules and formal institutions continue to exist, but their capacity to stabilize legal meaning, absorb interpretive disagreements, and channel disputes through established legal processes is weakened. By contrast, "institutional equilibrium" is treated not as an ideal condition, but as an analytical reference point in which legal rules remain reasonably predictable, institutional roles are relatively stable, and disagreements are largely managed through existing legal mechanisms. The central problem concerns how academic legal action changes when the institutional environment moves from relative equilibrium toward disequilibrium. Conduct that appears purely educational, scholarly, or interpretive under equilibrium may acquire broader public and institutional significance under disequilibrium. Teaching, doctrinal interpretation, silence, or public criticism may therefore be understood differently across institutional contexts. The main question is how institutional disequilibrium changes the meaning and consequences of legal academics' teaching, research, interpretation, and public engagement, and what patterns of academic legal engagement can be identified in response. The article does not prescribe political positions or offer prior moral judgments; rather, it

How to Cite: Shahbazinia, Morteza, "The Agency of Legal Academics under Conditions of Institutional Disequilibrium", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 111-130.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.243855.3048 Received: 05/04/2026-Accepted: 14/06/2026

1. Associate Professor, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: shahbazinia@modares.ac.ir

Copyright: © 2026 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/).

explains the relationship between institutional context, professional action, and legal and public consequences.

Methods

The study adopts a theoretical, analytical, and institution-centered methodology based on conceptual analysis and comparison between institutional equilibrium and disequilibrium. First, equilibrium is reconstructed as the analytical reference condition, with emphasis on stable professional roles, predictable legal rules, and the capacity of institutions to absorb social and interpretive tensions. Disequilibrium is then conceptualized as a weakening of the alignment among legal rules, institutional implementation, and social expectations. The concept is distinguished from related notions such as the state of exception, legitimation crisis, rule-of-law erosion, and democratic backsliding. Institutional disequilibrium does not necessarily presuppose the suspension of ordinary law, a complete crisis of political legitimacy, or regression from a consolidated democratic order. Its focus is the weakening of institutional capacity to stabilize legal meaning and manage interpretive conflict. The analysis then considers how changing institutional conditions affect legal knowledge, especially the partial shift of the burden of stabilizing meaning from institutions to knowledge actors and the weakening of the boundary between legal expertise and the public sphere. On this basis, the article identifies different patterns of academic legal engagement and examines their institutional consequences. It draws on public-law scholarship, rule-of-law theory, institutional analysis, and studies of legal and institutional erosion. These materials support conceptual differentiation and explanation of institutional mechanisms rather than an independent literature review.

Results and Discussions

The first finding is that institutional disequilibrium changes the meaning of legal action itself. Under equilibrium, teaching, research, and doctrinal debate generally remain within the recognizable boundaries of the legal academic's professional role, while values such as the rule of law and fundamental rights are largely mediated through formal institutions. Once institutions lose part of this capacity, however, the same activities may be interpreted differently. Silence, technical teaching, doctrinal interpretation, or criticism of a public decision may, regardless of the scholar's intention, be read as endorsement, distancing, legitimization, or criticism of the existing institutional order. Academic legal engagement therefore cannot be assessed adequately without reference to its institutional context. The second finding concerns the partial transfer of the "burden of meaning" from institutions to knowledge actors. When legal institutions become less capable of organizing competing interpretations and containing interpretive conflict, the interpretive weight of professional actors increases. Universities and legal academics may then become important sites for reproducing legal standards and clarifying limits on public power. This does not mean that individuals replace institutions; rather, weakened mediating institutions make their interpretive and public responsibilities more visible. The third finding is the weakening of the conventional boundary between legal expertise and the public sphere. Under disequilibrium, technical legal discourse is more readily interpreted within wider public controversies, while political, security-oriented, moral, or efficiency-based rationales may themselves be reformulated in legal language. Legal form therefore does not necessarily preserve law's limiting function. Concepts such as proportionality, necessity, emergency powers, or standards of review may formally remain in place while gradually losing elements of their internal structure and constraining function.On this basis, the article identifies four principal patterns of academic legal engagement. The first is "professional minimalism," in which legal academics concentrate on teaching existing rules, explaining established concepts, and conducting specialized research. Under equilibrium, this may constitute a legitimate academic division of labor; under disequilibrium, disregard for institutional context may inadvertently contribute to the normalization of problematic developments.The second pattern is "expert public engagement." Legal academics use professional knowledge to explain public legal issues, clarify the consequences of competing interpretations, and identify legal limits on public authority without reducing their academic role to political advocacy. Its central feature is the translation of legal expertise into publicly accessible reasoning while preserving analytical independence. The third pattern is "doctrinal reconstruction," which seeks to preserve the internal coherence of legal concepts and rules by reconstructing their conditions of application, limits, exceptions, and relationship to fundamental principles. It aims to prevent legal concepts from gradually being emptied of their constraining functions. Yet this approach may become overly formalistic if detached from institutional context and practical consequences. The fourth pattern is the "multidimensional reconfiguration of professional engagement." It assumes that exclusive concentration on teaching, research, doctrinal analysis, or public engagement is insufficient under disequilibrium. These dimensions must instead be consciously coordinated. Its main components include doctrinal reconstruction, argumentative accountability, problem-oriented teaching and research, expert public engagement, epistemic independence, and sustainable professional action. Within this framework,

"principled engagement" is not a fixed behavioral formula, but a way of organizing academic legal activity in light of institutional conditions while preserving the possibility of legal judgment. The responsibility of legal academics should therefore be assessed not through simple dichotomies such as silence versus intervention or professionalism versus politics, but through the relationship among action, institutional context, legal language, and institutional consequences.

Conclusion

Under conditions of institutional disequilibrium, the meaning and consequences of academic legal activity change, and apparently technical professional actions may acquire broader public and institutional effects. The central issue is not the transformation of the legal academic into a political actor, but the weakening of institutional capacities to stabilize legal meaning and the consequent transfer of part of that burden to knowledge actors. Principled engagement should therefore be understood not as a fixed model of conduct, but as a conscious reconfiguration of teaching, research, interpretation, and public engagement. Such an approach preserves epistemic independence and legal reasoning while remaining attentive to institutional consequences. Institutional analysis is thus necessary for understanding the responsibilities of legal academics and preserving law's capacity to evaluate public power, protect fundamental rights, and serve the public interest.

Keywords: Institutional Equilibrium, Institutional Disequilibrium, Legal Academic, Rule of Law, Academic Freedom, Public Intellectual.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

کنشگری حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط عدم‌تعادل نهادی

مرتضی شهبازی‌نیا[1]

نکات برجسته

- مقاله نشان می‌دهد که در شرایط عدم تعادل نهادی، معنای کنش‌های آموزشی، پژوهشی و تفسیری حقوقدان دانشگاهی با تغییر زمینه نهادی دگرگون می‌شود و این کنش‌ها می‌توانند واجد پیامدهای عمومی و نهادی متفاوتی شوند.
- با تضعیف ظرفیت نهادها برای تثبیت معنا و جذب اختلاف‌های تفسیری، بخشی از «بار معنا» از نهادها به کنشگران دانشی منتقل می‌شود و ازاین‌رو دوگانه‌هایی چون سکوت/مداخله و تخصص/سیاست برای تحلیل نقش حقوقدان دانشگاهی کفایت نمی‌کنند.
- مقاله «کنش اصولی» را نه الگویی رفتاری ثابت، بلکه بازآرایی چندساحتیِ بازسازی دکترینال، پاسخ‌گویی استدلالی، آموزش و پژوهش مسئله‌محور، حضور عمومی تخصصی و حفظ استقلال معرفتی می‌داند.

چکیده

این مقاله به بررسی کنش آموزگاران و پژوهشگران حقوق در شرایطی می‌پردازد که تعادل نهادی میان قواعد حقوقی، کارکرد نهادها و انتظارات اجتماعی دچار اختلال می‌شود. ایده مقاله این است که به‌جای ارائه توصیه‌های هنجاری یا داوری‌های اخلاقی، رویکردی تحلیلی و نهادمند اتخاذ کند و نشان دهد که چگونه معنا و پیامد کنش‌های دانشگاهی با تغییر زمینه نهادی دگرگون می‌شود. در شرایط تعادل نهادی، کنش‌های آموزشی، پژوهشی و تفسیری حقوق‌دان دانشگاهی عمدتاً در شبکه‌ای از نهادها جذب می‌شوند و آثار عمومی محدودی دارند؛ اما در وضعیت عدم‌تعادل، همان کنش‌ها می‌توانند بار معنایی و نهادی متفاوتی پیدا کنند و به کانون داوری‌های عمومی درباره نقش این دسته از حقوق‌دانان، بدل شوند. مقاله با مقایسه تحلیلی این دو وضعیت به ارائه نوع‌شناسی الگوهای کنشگری آموزگار و پژوهشگر حقوق از کنش حرفه‌ایِ تقلیل‌یافته گرفته تا کنش تفسیری – تحلیلی، آموزش مسئله‌محور، پژوهش ساختاری و کنش عمومیِ تخصص‌محور می‌پردازد و نشان می‌دهد که «کنش اصولی» را باید نه به‌عنوان یک الگوی رفتاری واحد، بلکه به‌مثابه نسبت میان کنش، زبان حقوق و پیامدهای نهادی آن فهم کرد. استدلال اصلی مقاله این است که ارزیابی کنشگری آموزگار و پژوهشگر حقوق بدون توجه به زمینه‌ای که در آن معنا می‌یابد، به داوری مطلق و گمراه‌کننده می‌انجامد. مقاله در پایان تأکید می‌کند که تحلیل نهادی کنش‌های حقوقی، شرط لازم برای فهم نقش حقوق‌دان در نسبت با حکومت قانون، حقوق بنیادین و منافع عمومی است.

کلید واژگان: تعادل نهادی، عدم‌تعادل نهادی، حقوق‌دان دانشگاهی، حکومت قانون، آزادی علمی، روشنفکر عمومی.

استناد به این مقاله: شهبازی‌نیا، مرتضی، «کنشگری حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط عدم‌تعادل نهادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱۱۱-۱۳۰.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.243855.3048

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۰۱/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۲۴

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: shahbazinia@modares.ac.ir

Copyright: © 2026 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 شرایطی که میان قواعد حقوقی، نهادهای اجراکننده و انتظارات اجتماعی نوعی هم‌زمانی و هم‌پوشانی پایدار برقرار است، حقوق معمولاً به‌عنوان زبانی باثبات برای داوری، حل اختلاف و تنظیم روابط اجتماعی عمل می‌کند. در چنین وضعیتی که می‌توان آن را «تعادل نهادی»[1] نامید، قواعد حقوقی، چارچوبی قابل پیش‌بینی برای تصمیم‌گیری فراهم می‌آورند، نهادهای حقوقی (ازجمله قانون‌گذار، دادگاه‌ها، مراجع تجدیدنظر، دیوان‌های اداری، نهادهای نظارتی و سایر سازوکارهای رسمی حل‌وفصل اختلاف) در مسیری کم‌وبیش شناخته‌شده حرکت می‌کنند و در سطح عمومی، دانش «حقوق» غالباً به‌مثابه مرجعی برای توجیه یا نقد کنش[2]ها فهم می‌شود. در نتیجه، کنش‌های حقوقی از حیث معنا و پیامد، در ساحتی نسبتاً تثبیت شده، تفسیر می‌شوند.

در شرایط تعادل نهادی، نقش‌ها نیز از شفافیت بیشتری برخوردارند و برای مثال محیط کنشگری دانشگاهی در رشته حقوق، مشتمل بر چارچوب‌هایی قابل پیش‌بینی، نظیرآموزش قواعد و مفاهیم تثبیت شده، مشارکت در اختلافات تفسیری درون‌رشته‌ای و درصورت ورود به عرصه عمومی، ارائه تحلیل‌هایی است که فاصله‌ی روشنی با منازعات سیاسی روزمره دارند. در این بستر، اختلاف‌نظرها اغلب ناظر به محتوای تفسیرها یا روش‌های استدلال است، نه به خودِ مشروعیت کنش یا حدود نقش استاد و پژوهشگر حقوق.

بااین‌حال، تعادل نهادی را نباید وضعیتی همیشگی یا مفروض دانست. گاه هم‌زمانی میان سطوح هنجاری، نهادی و اجتماعی نظام حقوقی دچار اختلال می‌شود؛ به‌گونه‌ای‌که قواعد حقوقی همچنان از حیث صوری معتبر باقی می‌مانند، نهادهای حقوقی به فعالیت خود ادامه می‌دهند و آموزش و پژوهش حقوقی نیز جریان دارد، اما پیوند میان آنچه در سطح هنجاری مقرر شده، آنچه در سطح نهادی اجرا می‌شود و آنچه در سطح اجتماعی انتظار می‌رود، سست یا گسسته می‌شود. در چنین وضعیتی که در این نوشته از آن با عنوان «عدم‌تعادل نهادی[3]» یاد می‌شود، «حقوق» به‌کلی غایب یا فروپاشیده نیست، بلکه با فاصله گرفتن از وضعیت پیش‌فرض، در وضعیتی میانی قرار می‌گیرد که در آن معنا و کارکرد کنش‌های حقوقی، سیال و در معرض تفسیرهای متشتت و گاه متعارض است.

در این بستر، تمرکز بر حقوق‌دان دانشگاهی ازآن‌رو اهمیت می‌یابد که او برخلاف بسیاری از دیگر کنشگران حقوقی، در نقطه تلاقی آموزش، پژوهش و تفسیر دانش حقوقی قرار دارد و در بازتولید مفاهیم، روش‌ها و چارچوب‌های فهم حقوق نقشی ساختاری ایفا می‌کند. استاد حقوق نه تصمیم‌گیر نهادی است و نه کنشگر سیاسی به‌معنای متعارف؛ بااین‌حال، یکی از بازیگران اصلی تولید و بازتولید دانشی است که به‌طور مستقیم با مفاهیمی چون الزام، مشروعیت، اقتدار و داوری عمومی پیوند دارد. براین‌اساس، دانشکده‌های حقوق، حتی بدون قصد مداخله صریح، ناگزیر در شکل‌دهی به فهم عمومی از قانون، حدود قدرت و معنای نهادهای حقوقی نقش ایفا می‌کنند.[4]

در شرایط تعادل نهادی، این نقش تا حد زیادی در درون سازوکارهای تثبیت‌شده حقوقی جذب می‌شود و کمتر موضوع توجه مستقل قرار می‌گیرد. اما در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، بخشی از بار تثبیت معنا از نهادها به کنشگران دانشی منتقل

---

[1]. Institutional Equilibrium

[2]. مراد از کنش در این مقاله، هرگونه مداخله حرفه‌ای معنادار در تولید، انتقال یا تفسیر دانش حقوقی است و لزوماً با مفهوم کنش سیاسی در سنت آرنت یا نظریه کنش ارتباطی هابرماس منطبق نیست.

[3]. Institutional Disequilibrium

[4]. Jackson, V.C. "Knowledge Institutions in Constitutional Democracies: Preliminary Reflections", *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol. 7, 2021, pp. 168-169.

می‌شود و در نتیجه، فعالیت‌های آموزشی، پژوهشی و تفسیری بیش از گذشته در افق مسائل عمومی خوانده می‌شوند. این امر بدان معنا نیست که استاد حقوق لزوماً به کنشگر سیاسی تبدیل می‌شود؛ بلکه نشان می‌دهد که در چنین شرایطی، دانش حقوق به دشواری می‌تواند به‌عنوان دانشی خنثی و فارغ از پیامدهای اجتماعی و سیاسی فهم شود.

تحلیل‌های تاریخی از نقش استادان حقوق در دوره های تنش نهادی نشان می‌دهد که آنان حتی بدون اعلام موضع یا قصد مداخله مستقیم، در جایگاهی قرار می‌گیرند که میان دانش تخصصی و امر عمومی میانجی‌گری می‌کند.[1] اهمیت این دیدگاه در آن است که «فعال شدن» نقش استاد حقوق در این چارچوب را نه محصول انتخاب اخلاقی یا سیاسی، بلکه پیامد ساختاریِ جایگاه دانش حقوق در نظم اجتماعی می‌داند؛ جایگاهی که در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، دانش حقوق را از حاشیه آموزش و پژوهش به یکی از منابع اصلی تفسیر، داوری و معنا بخشی عمومی منتقل می‌کند، حتی اگر کنشگر قصد مداخله فراتر از تحلیل تخصصی نداشته باشد.

بااین‌حال، همین جایگاه ساختاری، در شرایط عدم تعادل نهادی، به سرعت محل مناقشه می‌شود. کنشی که در وضعیت تعادل، مصداق احتیاط حرفه‌ای یا تمرکز بر تخصص تلقی می‌شد، ممکن است به‌عنوان بی‌تفاوتی نسبت به تحولات بنیادین نظم حقوقی فهم شود و کنشی که با هدف روشن‌سازی یا تحلیل صورت می‌گیرد، ممکن است به‌عنوان خروج از نقش حرفه‌ای یا ورود به منازعات سیاسی تفسیر شود. بدین‌ترتیب، مسئله اصلی نه نیت کنشگر، بلکه دگرگونی زمینه‌ای است که کنش‌ها در آن معنا می‌یابند.

پرسش محوری این نوشته از دل همین دگرگونی برمی‌خیزد. هنگامی که تعادل نهادی با اختلال مواجه می‌شود، نوع فعالیت آموزگار حقوق چگونه معنا و پیامدهای متفاوتی پیدا می‌کند و چه الگوهای کنشی را می‌توان در واکنش به این وضعیت، شناسایی و تحلیل کرد؟ این مقاله به‌جای تجویز رفتار مطلوب یا داوری هنجاری پیشینی، می‌کوشد با اتخاذ رویکردی تحلیلی و مقایسه‌ای، الگوهای کنش آموزگار حقوق را در نسبت با شرایط تعادل و عدم‌تعادل نهادی بررسی کند.

براین‌اساس، تمرکز مقاله بر سه محور اصلی است: نخست، تبیین ویژگی‌های تعادل نهادی و الگوی کلاسیک کنش آموزگار و پژوهشگر حقوق در این وضعیت؛ دوم، تحلیل پیامدهای عدم تعادل نهادی برای دانش حقوقی و دگرگونی معنای کنش‌های دانشگاهی؛ سوم، شناسایی و تحلیل الگوهای متنوع کنش در این شرایط. این چارچوب تحلیلی امکان آن را فراهم می‌کند که کنش حقوق‌دان دانشگاهی، نه در قالب دوگانه‌های ساده‌ای چون سکوت یا مداخله، بلکه به‌عنوان مجموعه‌ای از پاسخ‌های متکثر به یک وضعیت ساختاری مشترک، فهم شود.

۱. تعادل نهادی و الگوی کلاسیک کنشگری

تحلیل کنش حقوق‌دان دانشگاهی بدون تعیین وضعیت نهادی مرجع، به‌سرعت دچار ابهام مفهومی می‌شود. بسیاری از انتظارات حرفه‌ای، داوری‌ها درباره فعال بودن یا نبودن و حتی اختلافات نظری درباره نقش حقوق‌دان، به‌طور ضمنی بر این فرض نانوشته استوارند که نظام حقوقی در وضعیتی نسبتاً متعادل قرار دارد. ازاین‌رو، پیش از بررسی پیامدهای اختلال نهادی و الگوهای کنش در چنین شرایطی، لازم است ابتدا وضعیت مرجع روشن شود. این بخش با توصیف تعادل نهادی و بازسازی الگوی کلاسیک کنشگری دانشگاهی در این بستر، امکان مقایسه‌ای تحلیل دگرگونی معنا و پیامد کنش‌ها در بخش‌های بعدی را فراهم می‌کند.

[1]. Bernstein, R. B., "The Law Professor as Public Intellectual", *Touro Law Review* Vol, 39, Issue 3, 2024, pp.796–803.

۱.۱. تعادل نهادی به‌مثابه وضعیت مرجع تحلیل

چنان‌که گفته شد، در تحلیل کنشگری دانشگاهی، فرضِ ضمنی آن است که نظام حقوقی در وضعیت تعادل نهادی قرار دارد. در این وضعیت، میان قواعد حقوقی، سازوکارهای اجرایی و انتظارات اجتماعی نوعی هم‌زمانی پایدار برقرار است. قانون، هرچند که محل اختلاف تفسیری باشد، از حیث کارکردی واجد درجه‌ای از پیش‌بینی‌پذیری است. نهادهای حقوقی، نقش‌های نسبتاً تثبیت‌شده دارند و منازعات سیاسی، عموماً از طریق سازوکارهای نهادی مدیریت می‌شوند. در واقع، تعادل نهادی صرفاً به وجود قواعد وابسته نیست، بلکه به استمرار ساختارهای نهادی که اقتدار عمومی را در قالب‌های حقوقی سازمان‌دهی می‌کنند، نیز بستگی دارد.[۱]

تعادل نهادی در این معنا نه وضعیتی آرمانی، بلکه یک فرض عملیاتی است که امکان می‌دهد نقش‌ها، ازجمله نقش آموزگار حقوق، به‌صورت نسبتاً شفاف تعریف و ارزیابی شوند. در چنین بستری، کنش‌های حقوقی معمولاً در چارچوب‌های نهادی موجود جذب می‌شوند و کمتر به مناقشه‌ای درباره مشروعیت نهادها یا معنای خودِ نقش‌ها تبدیل می‌گردند. یکی از ویژگی‌های اصلی تعادل نهادی، برخورداری از «ظرفیت جذب تنش» است. منظور از ظرفیت جذب تنش، توان نهادهای حقوقی برای مهار، توزیع و مدیریت اختلاف‌ها و ناهمخوانی‌های تفسیری پیش از آن است که این اختلاف‌ها به بحران اعتماد عمومی یا منازعه‌ای درباره اعتبار قواعد و بی‌طرفی نهادها تبدیل شوند. بخش مهمی از ظرفیت جذب تنش از طریق نهادهایی تحقق می‌یابد که اختلاف‌های سیاسی و اجتماعی را به‌صورت اختلاف‌های حقوقی قابل رسیدگی بازتعریف می‌کنند.[۲] این ظرفیت صرفاً به وجود نهادها وابسته نیست، بلکه به نحوه عملکرد آنها نیز بستگی دارد. سازوکارهایی مانند رسیدگی‌های چندمرحله‌ای، امکان بازنگری و اصلاح تصمیمات، نظارت‌های درون و برون‌نهادی و رویه‌های نسبتاً پایدار، این امکان را فراهم می‌کنند که تنش‌ها در مسیرهای نهادی جریان یابند و به‌جای تمرکز بر مشروعیت نظام حقوقی، در درون سازوکارهای حقوقی مدیریت شوند.

برای مثال، در یک نظام انتخاباتی برخوردار از تعادل نهادی، ممکن است درباره حدود اختیارات نهاد ناظر یا مجری انتخابات اختلاف نظرهای جدی وجود داشته باشد، اما این اختلاف‌ها از طریق سازوکارهای رسمی (اعم از سازوکار تفسیر و سازوکار رسیدگی و حل اختلاف) پیگیری می‌شوند و معمولاً به تردید گسترده درباره بی‌طرفی نهادها یا مشروعیت فرایند انتخاباتی منجر نمی‌شوند. به بیان دیگر، تنش تفسیری در درون نظام حقوقی جذب می‌شود و به بحران عمومی تبدیل نمی‌شود.

از این منظر، اهمیت نهادها صرفاً در اجرای قواعد نیست، بلکه در ایجاد چارچوب‌های پایدار برای مدیریت اقتدار عمومی و تبدیل تعارض‌های سیاسی به فرایندهای حقوقی قابل پیش‌بینی است.[۳]

۱.۲. الگوی کنشگری دانشگاهی در شرایط تعادل نهادی

در شرایط تعادل نهادی، استاد حقوق عمدتاً به‌عنوان کنشگری دانشگاهی شناخته می‌شود که وظایف اصلی او آموزش قواعد و مفاهیم حقوقی، مشارکت در منازعات تفسیری درون‌رشته‌ای و تولید دانش حقوقی در قالب پژوهش‌های دکترینال

---

[۱]. نک. به: لاگلین، مارتین، ***مبانی حقوق عمومی***، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

[2]. Shapiro, M., *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1986, pp.1-8.

[۳]. همان، صص ۸۲–۹۰.

یا نظری[1] است. ورود او به عرصه عمومی نیز اغلب نه به‌عنوان کنش سیاسی مسئله‌ساز، بلکه به‌عنوان امتداد طبیعی تخصص حقوقی تلقی می‌شود. این تلقی با برخی روایت‌های اثبات گرایانه از حقوق، به‌ویژه در سنت هارت، همخوانی دارد؛[2] هرچند هارت نیز مدعی جدایی کامل حقوق از سیاست یا اخلاق در عرصه اجتماعی نبود.[3]

نکته مهم آن است که در وضعیت تعادل، فعال بودن یا نبودن استاد حقوق فی‌نفسه موضوع مناقشه قرار نمی‌گیرد. تمرکز بر آموزش، اشتغال به پژوهش‌های تخصصی یا حتی پرهیز از اظهارنظر در مسائل عمومی، همگی در چارچوب نقش دانشگاهی قابل فهم و دفاع‌اند؛ زیرا معنا و پیامد کنش‌ها بیش از آنکه به موضع‌گیری فردی استاد وابسته باشد، در شبکه‌ای از نهادها و سازوکارهای تثبیت‌شده حقوقی مدیریت می‌شود.

براین‌اساس، می‌توان ویژگی‌های اصلی الگوی کلاسیک کنش حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط تعادل نهادی را چنین برشمرد:

۱. غلبه کنش آموزشی و پژوهشی بر کنش عمومی؛
۲. تمرکز بر اختلاف‌های تفسیری درون‌حقوقی به‌جای پیامدهای کلان نهادی و سیاسی؛
۳. فاصله‌گذاری روشن میان تحلیل حقوقی و منازعه سیاسی؛[4]
۴. واگذاری بار دفاع از ارزش‌هایی چون حکومت قانون و حقوق بنیادین به نهادها (قانون‌گذار، دادگاه‌ها و نهادهای نظارتی).

۱.۳. نسبت الگو با حکومت قانون و حقوق بنیادین

ویژگی های ذکر شده به‌معنای بی‌تفاوتی استاد حقوق نسبت به حکومت قانون یا حقوق بنیادین نیست، بلکه بدین معناست که حساسیت نسبت به ارزش‌های مذکور از طریق نهادها و رویه‌های تثبیت شده میانجی‌گری می‌شود و کنش آموزگار حقوق، به‌صورت غیرمستقیم در خدمت حفظ و بازتولید آنها قرار می‌گیرد.

در چنین شرایطی، تفکیک نسبی نقش‌ها، ثبات نهادی و پیش‌بینی‌پذیری سازوکارهای حقوقی این امکان را فراهم می‌آورد که دفاع از حقوق بنیادین و محدودسازی قدرت، عمدتاً از مسیر نهادهای رسمی دنبال شود. در نتیجه، استاد حقوق نه نقطه کانونی این فرایند، بلکه بخشی از زنجیره‌ای نهادی است که در مجموع به حفظ افق هنجاری نظم حقوقی کمک می‌کند. به تعبیر جکسون، در دمکراسی‌های متعادل مبتنی‌بر قانون‌اساسی، نهادهای دانایی ازجمله دانشکده‌های حقوق، در پس‌زمینه عمل می‌کنند و نقش آنها در حفظ افق هنجاری نظم حقوقی، غالباً غیرمستقیم و کم‌تنش است.[5]

---

[1]. پژوهش دکترینال به تحلیل فنی حقوقی معطوف به قواعد، رویه‌ها و متون معتبر حقوقی و پژوهش نظری به تأمل مفهومی و تبیینی درباره حقوق می‌پردازد، درباره تمایز این دو نوع پژوهش به منابع زیر ر.ک:

Hutchinson T. and Duncan N., "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research", *Deakin Law Review,* Vol. 17, Issue1, 2012, pp. 83–119; Hoecke M. V. (ed.), *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Hart Publishing, 2011.

[2]. Hart, H. L. A.: "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, Issue 4, 1958, pp. 598-600.

[3]. هربرت، هارت، ***مفهوم قانون***، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰، صص. ۳۲۰–۲۸۵.

[4]. البته این فاصله‌گذاری به‌معنای استقلال کامل حقوق از سیاست یا اخلاق نیست. چنان‌که گرین یادآور می‌شود، حقوق همواره در بستری از نهادهای سیاسی و داوری‌های ارزشی عمل می‌کند، هرچند منطق حقوقی لزوماً در منطق سیاسی ادغام نمی‌شود.

-Green, L., "Positivism and the inseparability of law and morals", *New York University Law Review,* Vol, 83, Issue 4, 2008, pp. 1041–1043, 1047–1049.

[5]. Jackson, Op. Cit., pp. 163, 168–169.

البته این بدان معنا نیست که الگوی کلاسیک کنشگری دانشگاهی از منظر نظری محل مناقشه نبوده است. برخی نویسندگان هشدار داده‌اند که تمرکز صرف بر انسجام درونی حقوق و واگذاری کامل مسئولیت دفاع از ارزش‌های بنیادین به نهادهای رسمی، ممکن است به نوعی «قانون‌گرایی» بینجامد که نسبت حقوق با قدرت و پیامدهای سیاسی اعمال حقوقی را در حاشیه قرار می‌دهد.[1] بااین‌حال، هدف این مقاله ارزیابی هنجاری این الگو نیست، بلکه تبیین شرایطی است که در آن مفروضات نهادیِ پشتیبان این الگو تضعیف می‌شوند.

۲. عدم‌تعادل نهادی و دگرگونی معنای کنشگری حقوق‌دان

با تضعیف تعادل نهادی، مسئله صرفاً تغییر دامنه کنشگری نیست، بلکه معنای کنش‌های حقوقی نیز دگرگون می‌شود. این بخش با مقایسه وضعیت تعادل و عدم‌تعادل نشان می‌دهد که چگونه فعالیت‌هایی که در شرایط عادی در چارچوب نقش تخصصی حقوق‌دان فهم می‌شوند، در شرایط عدم‌تعادل می‌توانند واجد دلالت‌های عمومی و پیامدهای نهادی متفاوتی شوند.

۲.۱. عدم‌تعادل نهادی به‌مثابه اختلال در همزمانی حقوق

چنان‌که در بخش پیشین بیان شد، در وضعیت تعادل نهادی میان قواعد حقوقی، الگوهای اجرای آنها و انتظارات اجتماعی نوعی هم‌زمانی نسبی برقرار است. این هم‌زمانی به قواعد حقوقی ظرفیت هدایت رفتار، به نهادها ظرفیت جذب اختلاف‌ها و به شهروندان امکان شکل‌دهی به انتظارهای نسبتاً پایدار می‌دهد. در نتیجه، حتی اختلاف‌های مهم تفسیری نیز عمدتاً در مسیرهای نهادی مدیریت می‌شوند و به منازعه‌ای درباره اعتبار قواعد یا بی‌طرفی نهادها تبدیل نمی‌شوند.

عدم‌تعادل نهادی زمانی پدید می‌آید که این هم‌زمانی تضعیف شود. در چنین وضعیتی، قواعد حقوقی همچنان معتبر و قابل استنادند، نهادهای حقوقی به فعالیت خود ادامه می‌دهند و فرایندهای رسمی نیز ظاهراً برقرارند، اما میان آنچه قواعد مقرر می‌کنند، آنچه نهادها انجام می‌دهند و آنچه جامعه از حقوق انتظار دارد، شکافی فزاینده شکل می‌گیرد. پیامد این شکاف آن است که نهادها به‌تدریج بخشی از توان خود را برای تثبیت معنا، جذب اختلاف‌های تفسیری و بازگرداندن منازعات به مسیرهای حقوقی از دست می‌دهند. برای مثال، امکان اعتراض یا تجدیدنظر نسبت به تصمیمات یک نهاد اداریِ مجری یا ناظر انتخابات ممکن است همچنان وجود داشته باشد، اما به‌جای آنکه اختلاف تفسیری را فروبنشاند، هر مرحله از رسیدگی خود به موضوعی تازه برای مناقشه تبدیل شود. در چنین وضعیتی، تنش تفسیری نه حل می‌شود و نه جذب، بلکه به سطح اعتماد عمومی و ارزیابی بی‌طرفی نهادها سرریز می‌کند.

مفهوم عدم‌تعادل نهادی در این مقاله با «وضعیت استثنایی» در اندیشه اشمیت[۲] و نیز با «بحران مشروعیت» در نظریه هابرماس[۳] یکسان نیست. در اولی، مسئله اصلی نسبت میان قاعده و استثنا و امکان تعلیق نظم عادی حقوقی است و در

---

[1]. Green, Op. Cit., pp. 1057–1058.

[۲]. نقطه عزیمت اشمیت، مسئله حاکمیت در وضعیت استثنایی است. عبارت مشهور او این است: «حاکم کسی است که درباره وضعیت استثنایی تصمیم می‌گیرد». در نظریه اشمیت، وضعیت استثنایی زمانی رخ می‌دهد که نظم عادی حقوقی برای حفظ موجودیت سیاسی کافی نباشد و تصمیم حاکم بر قاعده حقوقی تقدم پیدا کند. نک. به:

–Schmitt, C., *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, George Schwab (trans.), Chicago: University of Chicago Press, 2005.

[3]. Habermas, J. *Legitimation Crisis*. Translated by: Thomas McCarthy. Beacon Press, 1975.

دومی، کاهش ظرفیت نظام سیاسی برای تولید مشروعیت که مربوط به ساحت سیاسی و اجتماعی است. در مقابل، عدم‌تعادل نهادی مفهومی عام‌تر و ناظر به تضعیف ظرفیت (و نه تعلیق) نهادهای حقوقی برای تثبیت معنا، جذب اختلاف‌های تفسیری و حفظ هم‌زمانی میان قواعد، اجرا و انتظارات اجتماعی است. در این میان، به‌نظر می‌رسد عدم تعادل نهادی نزدیک‌ترین قرابت معنایی را با وضعیت استثنایی در اندیشه آگامبن[1] دارد. آگامبن از وضعیت استثنایی اشمیت شروع می‌کند، اما نتیجه متفاوتی می‌گیرد. از نظر او وضعیت استثنایی دیگر یک حادثه موقتی نیست؛ بلکه به‌تدریج به پارادایم حکومت‌داری مدرن تبدیل شده است. استثنا به قاعده تبدیل می‌شود. درنتیجه مرز میان قانون و بی‌قانونی محو می‌شود، نظم حقوقی حفظ اما هم‌زمان تعلیق می‌شود. در عدم تعادل نهادی، ممکن است هیچ وضعیت اضطراری وجود نداشته و هیچ تعلیق رسمی حقوق رخ نداده باشد و حتی هیچ تمرکز ویژه‌ای بر امنیت نباشد. بااین‌حال نهادها توان جذب اختلاف را از دست بدهند؛ معانی حقوقی دچار واگرایی شوند و قواعد و اجرا از یکدیگر فاصله بگیرند. بنابراین به‌نظر می‌رسد هر وضعیت مورد نظر آگامبن نوعی عدم‌تعادل نهادی است، اما هر عدم‌تعادل نهادی الزاماً وضعیت آگامبنی نیست. بسیاری از تحولات بنیادین حقوقی نه از طریق گسست‌های آشکار، بلکه از مسیر تغییرات تدریجی، تفاسیر انباشتی و جابه‌جایی‌های ظریف در نسبت میان قواعد، نهادها و انتظارات عمومی رخ می‌دهند.[2] بخشی از ادبیات معاصر، چنین وضعیت‌هایی را با مفاهیمی چون «فرسایش حکومت قانون[3]» یا «پسرفت دمکراتیک[4]» توضیح می‌دهد.[5] بااین‌حال، عدم‌تعادل نهادی در این مقاله از پسرفت دمکراتیک نیز مفهومی عام‌تر است؛[6] زیرا این وضعیت می‌تواند هم در نتیجه تضعیف تدریجی یک نظم نسبتاً تثبیت‌شده و هم در نتیجه نهادینه نشدن کامل حکومت قانون و دمکراسی پدید آید.[7] بنابراین، آنچه کانون توجه این مقاله را تشکیل می‌دهد نه منشأ تاریخی وضعیت، بلکه پیامد مشترک آن برای

---

1. Agamben, G., *State of Exception*، Trans. Kevin Attell. University of Chicago Press, 2005.

2. Scheppele K. L., ‘‘Autocratic Legalism’’, *University of Chicago Law Review,* Vol. 85, 2018, pp. 548–551; Ginsburg T. and Huq A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2018, pp. 16-63.

3. Rule of Law Erosion / Rule of Law Backsliding

4. Democratic Backsliding

۵. برای تحلیل فرسایش تدریجی دمکراسی و حکومت قانون و نقش تغییرات انباشتی و بازآرایی تدریجی نسبت میان حقوق، نهادها و قدرت، ر.ک. به:

Ginsburg & Huq, Op. Cit. pp 64-141; Scheppele, Op. Cit., pp. 545-582; Pech L. and Scheppele K. L., “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19 , 2017, pp. 3-47; Landau D., “Abusive Constitutionalism”, *University of California, Davis Law Review,* Vol. 47, 2013, pp. 189-259.

برای ملاحظه ادبیات حقوقی پیرامون فرسایش دمکراسی در دوره ریاست‌جمهوری ترامپ بر ایالات متحده آمریکا ر. ک:

Jardina A. and Mickey R., “White Racial Solidarity and Opposition to American Democracy”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science,* Vol. 699, Issue 1, 2022, pp. 79–89.

۶. مفهوم عدم‌تعادل نهادی در این مقاله به‌عنوان یک مفهوم تحلیلی ابداعی به کار می‌رود که از ادبیات وضعیت استثنایی، ظرفیت نهادی، فرسایش حکومت قانون و پسرفت دمکراتیک الهام گرفته، اما با هیچ‌یک از آنها مترادف نیست.

۷. در ادبیات تطبیقی، میان وضعیت‌هایی که نتیجه «پسرفت دمکراتیک» از یک نظم بالنسبه مستقر هستند و وضعیت‌هایی که از ابتدا با استقرار صوری یا ناقص نهادهای دمکراتیک و حقوقی شکل گرفته‌اند، تمایز گذاشته می‌شود. برای تحلیل رژیم‌هایی که از آغاز واجد نهادهای نمایشی یا کارکردهای ناقص بوده‌اند، ر.ک:

Levitsky, S. and Way A., *Competitive Authoritarianism*, Cambridge University Press, 2010; Carothers T., ” The End of the Transition Paradigm”, *Journal of Democracy,* Vol. 13, Issue1 ,2002, pp. 5-21; O’Donnell G. “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy,* Vol. 5, Issue 1, 1994, pp. 55-69.

این ادبیات نشان می‌دهد که همه وضعیت‌های «میانی» را نمی‌توان ذیل مفهوم پسرفت از یک تعادل نهادی پیشین تحلیل کرد.

کارکرد نهادهای حقوقی و معنای کنشگری حقوقی است.

در چنین شرایطی، حقوق همچنان زبان اصلی داوری، توجیه و نقد باقی می‌ماند، اما دیگر واجد آن درجه از ثبات تفسیری نیست که بتواند اختلاف‌ها را به‌طور مؤثر در درون خود جذب کند. ازاین‌رو، بسیاری از منازعات از سطح تفسیر قواعد فراتر می‌روند و به اختلاف بر سر دامنه الزام‌آوری، کارکرد و حتی مشروعیت خود قواعد و نهادها تبدیل می‌شوند. این زبان می تواند، ازیک‌سو، ابزار داوری و محدودسازی قدرت باشد و ازدیگرسو، منبع مشروعیت‌بخشی به اعمالی که با اهداف کلاسیک حقوق در تنش یا تعارض قرار می‌گیرند.

برای مثال، در وضعیت تعادل نهادی، اختلاف بر سر اصل «تناسب»[۱]در محدودسازی آزادی‌های عمومی معمولاً به بحث درباره دامنه، شدت یا شیوه اعمال محدودیت‌ها محدود می‌شود، بی‌آنکه اصل الزام‌آور بودن معیار تناسب مورد تردید قرار گیرد. اما در شرایط عدم‌تعادل نهادی، همین اصل می‌تواند به میدان رقابت تفسیری بدل شود؛ به‌گونه‌ای‌که برخی تفاسیر، با گسترش مفهوم «ضرورت» یا فروکاستن سنجش تناسب به یک تشخیص اداری، عملاً معیار تناسب را از یک قاعده محدودکننده قدرت به ابزاری برای توجیه اقتدارگرایی تبدیل کنند. در چنین وضعیتی، اختلاف دیگر صرفاً بر سر تفسیر یک معیار حقوقی نیست، بلکه بر سر حفظ یا از دست رفتن کارکرد محدودکننده آن است.

صلاحیت‌های اضطراری[۲]می‌تواند مثال روشن دیگری در این باب باشد. در شرایط تعادل نهادی، اختلاف‌ها معمولاً بر سر دامنه یا مدت اعمال این صلاحیت‌هاست و موقتی بودن آنها مفروض گرفته می‌شود. اما در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، تفسیرهای پی‌درپی می‌توانند به عادی شدن تدریجی وضعیت اضطراری بینجامند؛ به‌گونه‌ای‌که مرز میان قاعده و استثنا کم‌رنگ شود. در اینجا نیز منازعه صرفاً بر سر تفسیر یک قاعده نیست، بلکه بر سر جایگاه خود قاعده در نظم حقوقی است.

۲.۲. انتقال بار معنا از نهادها به افراد کنشگر

یکی از پیامدهای ساختاری این وضعیت، انتقال تدریجی بخشی از «بار معنا» از نهادها به کنشگران است. در شرایط تعادل نهادی، معنا و اعتبار حقوقی عمدتاً در شبکه‌ای از نهادها، رویه‌ها و سازوکارهای تثبیت‌شده تولید و بازتولید می‌شود. دادگاه‌ها، مراجع نظارتی، نهادهای حل‌وفصل اختلاف و رویه‌های نسبتاً پایدار این امکان را فراهم می‌کنند که اختلاف‌های تفسیری در قالب‌های شناخته‌شده مدیریت شوند و کنش‌های فردی در درون این شبکه نهادی معنا پیدا کند.

در شرایط عدم‌تعادل نهادی، این ظرفیت تثبیت‌کننده تضعیف می‌شود. نهادها همچنان وجود دارند، اما دیگر به همان میزان قادر نیستند اختلاف‌های تفسیری را مهار و معناهای رقیب را در چارچوب‌های مشترک سامان دهند. در نتیجه، بخشی از وظیفه معنابخشی که پیش‌تر بر عهده نهادها بود، به سطح کنشگران منتقل می‌شود.[۳] انتقال بار معنا به این

---

[۱]. برای تحلیل اصل تناسب به‌عنوان معیار الزام‌آور محدودسازی حقوق و خطر فروکاستن آن به تشخیص اداری در زمینه‌های نهادی ناپایدار ر.ک. به:

- Huscroft, G., Miller, B. W. & Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning,* Cambridge University Press, 2014.

[۲]. درباره استثنایی و موقتی بودن صلاحیت‌های اضطراری در وضعیت عادی، و خطر عادی‌سازی وضعیت اضطراری و محو شدن مرز میان قاعده و استثنا، بنگرید به:

Dyzenhaus D. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006, pp. 17-61.

[۳]. درباره محدودیت‌های اتکای صرف به قالب‌های رسمی حقوقی در شرایطی که خود نهادها موضوع منازعه‌اند، نک:

Shklar, J. N., *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, 1964, pp. 111–125.

معنا نیست که نهادها اهمیت خود را از دست می‌دهند، بلکه بدین معناست که در شرایط ضعف نهادهای میانجی، وزن تفسیری و هنجاری کنشگران حرفه‌ای افزایش می‌یابد.

در چنین وضعیتی، فعالیت‌های آموزشی، پژوهشی و تفسیری حقوق‌دان دانشگاهی نیز واجد معنایی فراتر از کارکرد تخصصی متعارف خود می‌شوند. توضیح یک مفهوم حقوقی، دفاع از یک تفسیر یا حتی سکوت درباره یک مسئله مناقشه‌برانگیز، ممکن است صرفاً به‌عنوان موضعی علمی فهم نشود، بلکه در افق منازعات گسترده‌تر نهادی و عمومی قرائت شود. این دگرگونی نه الزاماً ناشی از قصد مداخله کنشگر، بلکه حاصل تغییر زمینه نهادی‌ای است که کنش در آن معنا پیدا می‌کند.

برای مثال، در نظامی که معیارهای نظارت بر تصمیمات اداری به‌طور پایدار تثبیت نشده‌اند، تبیین دانشگاهی مفاهیمی چون «تناسب»، «ضرورت» یا «منع سوءاستفاده از اختیار» ممکن است دیگر صرفاً بخشی از یک گفت‌وگوی دکترینال تلقی نشود، بلکه به‌عنوان مرجعی برای فهم حدود قدرت عمومی مورد استناد قرار گیرد.

ادبیات جدید درباره فرسایش دمکراتیک و بازآرایی کارکرد نهادهای حقوقی نشان می‌دهد که این انتقال بار معنا، الگویی تکرارشونده در زمینه‌هایی است که سازوکارهای میانجی تضعیف شده‌اند.[1]

۲.۳. دگرگونی مرز میان امر تخصص حقوقی و امر عمومی

یکی دیگر از پیامدهای مستقیمِ عدم‌تعادل نهادی، دگرگونی مرز میان «امر تخصص حقوقی» و«امر عمومی» است. در شرایط تعادل نهادی، تحلیل حقوقی می‌تواند وارد عرصه عمومی شود، بی‌آنکه معیارهای درون‌حقوقی خود را از دست بدهد و امر عمومی نیز می‌تواند از زبان حقوق بهره بگیرد، بی‌آنکه آن را به ظرفی برای منطق‌های بیرونی (به‌ویژه منطق سیاسی و امنیتی) فروبکاهد؛ زیرا نهادهای حقوقی همچنان مرجع اصلی تثبیت معنا و حل اختلاف باقی می‌مانند. اما در وضع عدم‌تعادل، حفظ مرز متعارف بین این دو سطح دشوار می‌شود. زبان حقوقی ازیک‌سو به ابزاری برای تبیین منازعه و بازتوزیع مرجعیت تبدیل می‌شود و ازسوی‌دیگر منطق‌های غیرحقوقی (اعم از کارآمدی‌محور، سیاسی، اخلاقی یا امنیتی) می‌توانند در لباس اصطلاحات حقوقی بازتعریف شوند؛ به‌گونه‌ای‌که «صورت» حقوقی باقی بماند، اما «قواعد بازی» تغییر کند. حاصلِ این جابه‌جایی، تیره شدن مرز میان تحلیل حقوقی و موضع‌گیری عمومی است. گفتار فنی حقوقی به‌سرعت در افق نزاع‌های عمومی خوانده می‌شود و امر عمومی نیز برای تثبیت خود، به زبان حقوق تکیه می‌کند.

می‌توان این دگرگونی را به‌طور بارز در منازعات حقوقی پیرامون «کنترل فرایند انتخابات از طریق رسیدگی به صلاحیت نامزدها» مشاهده کرد. در شرایط تعادل نهادی، نظارت بر صلاحیت‌ها معمولاً به‌عنوان سازوکاری برای تضمین حداقل شرایط قانونی نامزدی فهم می‌شود و اختلافی اگر باشد، بر سر معیارها، حدود اختیار نهاد ناظر و شیوه‌های رسیدگی است، بی‌آنکه اصل رقابت انتخاباتی یا نقش رأی‌دهندگان به‌عنوان منبع اصلی مشروعیت محل تردید قرار گیرد. اما در وضعیت عدم تعادل نهادی، همین سازوکار می‌تواند به ابزار اصلی تنظیم میدان رقابت بدل شود: تفسیرهای موسع از مفاهیمی چون «صلاحیت»، «التزام» یا «احراز شرایط قانونی» به‌تدریج چنان دامنه می‌یابند که حذف گسترده یا ساختاریِ برخی گرایش‌ها و افراد، نه به‌عنوان مداخله در اراده انتخاباتی، بلکه به‌مثابه اجرای قواعد حقوقی توجیه می‌شود. در این زمینه، تحلیل حقوقیِ استاد حقوق درباره حدود این نظارت حتی اگر با زبان فنی و غیرتجویزی بیان شود، به‌سرعت در افق نزاع سیاسی قرائت می‌شود و به‌عنوان داوری درباره مشروعیت فرایند انتخاباتی تعبیر می‌شود. در اینجا، موضوع

[1]. Scheppele, Op. Cit., p. 545 ; Ginsburg & Huq, Op. Cit., p. 64.

مناقشه تنها تفسیر قواعد نیست، بلکه نسبت میان حقوق، نمایندگی سیاسی و اقتدار عمومی نیز محل نزاع قرار می‌گیرد و مرز میان تخصص حقوقی و امر عمومی از بین می‌رود.

از این منظر، اهمیت دانشگاه در شرایط عدم‌تعادل نهادی صرفاً آموزشی نیست. دانشگاه می‌تواند یکی از معدود فضاهایی باشد که هنوز امکان بازتولید و نقد معیارهای حقوقی را فراهم می‌کند و از این طریق، به حفظ تمایز میان استدلال حقوقی و سایر اشکال توجیه قدرت یاری می‌رساند. همین ویژگی است که کنش دانشگاهی را بیش‌ازپیش در معرض خوانش‌های عمومی قرار می‌دهد.[1]

۲.۴. تأثیر عدم‌تعادل بر الگوی کلاسیک کنشگری

نتیجه مباحث پیشین آن است که الگوی کلاسیک کنشگری حقوق‌دان دانشگاهی، که در شرایط تعادل نهادی عمدتاً بر آموزش، پژوهش و مشارکت در منازعات درون‌رشته‌ای استوار بود، در وضعیت عدم‌تعادل با دگرگونی معنایی مواجه می‌شود. در این شرایط، هر کنش متعارف دانشگاهی می‌تواند دلالت عمومی و نهادی پیدا کند و به‌صورت همراهی، فاصله‌گذاری، مشروعیت‌بخشی یا نقد وضعیت موجود تفسیر شود.

ازاین‌رو، مسئله اصلی دیگر صرفاً محتوای کنش نیست، بلکه زمینه نهادی‌ای است که کنش در آن معنا می‌یابد. در نتیجه، پرسش تحلیلی این مقاله نه خوب یا بد بودن کنش‌ها، بلکه آن است که الگوهای مختلف کنشگری در شرایط عدم‌تعادل نهادی چگونه پیامدهای متفاوتی ایجاد می‌کنند. بررسی این الگوها موضوع بخش بعدی مقاله است.

۳. تحلیل پاسخ‌های ممکن به وضعیت عدم‌تعادل نهادی

برای فهم دگرگونی معنا و پیامدهای کنش حقوقی در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، می‌توان الگوهای متفاوتی را شناسایی کرد که استادان و پژوهشگران حقوق در عمل در پیش می‌گیرند. این الگوها فقط در نسبت با شرایط نهادی معنا می‌یابند و هریک بازتاب تلقی متفاوتی از نقش حقوق‌دان دانشگاهی است.

الگوی نخست: کنش حرفه‌ای تقلیل‌یافته[2]

در این الگو، حقوق‌دان دانشگاهی خود را به هسته سخت نقش حرفه‌ای، یعنی آموزش قواعد موجود، شرح مفاهیم تثبیت‌شده و پژوهش‌های تخصصی محدود می‌کند و آگاهانه از ورود به تنش‌های نهادی، منازعات تفسیری و پیامدهای عملی اجرای قواعد پرهیز دارد. در شرایط تعادل نهادی، چنین رویکردی بخشی از تقسیم کار علمی و نهادی محسوب می‌شود و می‌تواند به تثبیت مفاهیم، انتقال دانش و استمرار زبان حقوقی کمک کند.

اما در شرایط عدم‌تعادل نهادی، معنای این رویکرد دگرگون می‌شود. در وضعیتی که میان صورت حقوقی قواعد و کارکرد عملی آنها فاصله ایجاد شده است، تمرکز صرف بر شرح قواعد و بسط مفاهیم، بدون توجه به زمینه نهادی و آثار اجرایی آنها، ممکن است ناخواسته به عادی‌سازی وضعیت‌های مسئله‌دار بینجامد. برای مثال، تأکید مستمر بر استثناها، محدودیت‌ها و صلاحیت‌های فوق‌العاده، بدون بازاندیشی در نسبت آنها با قاعده و اصول بنیادین، می‌تواند به تثبیت خوانشی از حقوق کمک کند که گسترش استثنا را امری طبیعی و بخشی عادی از نظم حقوقی می‌نمایاند.

---

[1]. Jackson, Op. Cit., pp. 168–169, 211–212, 216–217; Bernstein, Op. Cit., pp. 796–803.

[2]. Professional Minimalism

کنش حرفه‌ایِ تقلیل‌یافته را نمی‌توان لزوماً به‌عنوان «انفعال» یا «قصور اخلاقی» توصیف کرد، بلکه باید آن را پاسخی دانست که در شرایط تعادل نهادی کارکرد تثبیت‌کننده دارد، اما در وضعیت عدم‌تعادل نهادی می‌تواند ناخواسته به یکی از سازوکارهای فرسایش تدریجی حکومت قانون بدل شود. ادبیات معاصر درباره قانون‌گرایی اقتدارگرا نشان می‌دهد که این فرسایش اغلب نه از طریق نقض آشکار قواعد، بلکه از مسیر بازتولید تفاسیر فنیِ بدون توجه به زمینه رخ می‌دهد. وضعیتی که حقوق همچنان به‌کار می‌رود، اما نسبت آن با محدودسازی قدرت دگرگون می‌شود.[1]

الگوی دوم: کنش عمومی[۲] تخصص‌محور

در این الگو، حقوق‌دان دانشگاهی نقش خود را به آموزش و پژوهش درون‌رشته‌ای محدود نمی‌کند، بلکه حضور در عرصه عمومی را نیز بخشی از مسئولیت حرفه‌ای خود می‌داند. براین‌اساس، آموزگار یا پژوهشگر حقوق می‌کوشد از دانش تخصصی خود برای تحلیل تحولات نهادی، نقد تصمیمات عمومی و دفاع از ارزش‌هایی چون حکومت قانون، استقلال نهادهای حقوقی و حقوق بنیادین استفاده کند.

در این الگو، گسترش کنش حرفه‌ای استاد حقوق به عرصه عمومی، نه از مسیر بسیج سیاسی، اعلام موضع‌های کلی یا ورود مستقیم به رقابت‌های قدرت؛ بلکه از طریق ترجمه تخصص حقوقی به زبانی قابل فهم برای عموم، بدون فروکاستن آن به شعار یا داوری سیاسی صورت می‌گیرد. محور این الگو، حضور عمومیِ استاد حقوق به‌مثابه مرجع تبیینی است. کسی که معیارها، تمایزها و منطق‌های حقوقی را روشن می‌کند و امکان داوری آگاهانه را برای مخاطبان غیرمتخصص فراهم می‌سازد، بی‌آنکه خود را نماینده یک جریان سیاسی معرفی کند.

در شرایط تعادل نهادی، چنین حضوری اغلب نقش مکمل دارد و می‌تواند به ارتقای فرهنگ حقوقی یا افزایش فهم عمومی از نهادها کمک کند، اما در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، که مرز میان تخصص حقوقی و امر عمومی فرسوده شده و زبان حقوق به‌طور گسترده در منازعات سیاسی به‌کار گرفته می‌شود، کنش عمومی تخصص‌محور معنایی متفاوت می‌یابد. در چنین زمینه‌ای، غیبت صدای حقوقی دقیق و غیرشعاری می‌تواند میدان عمومی را به تفاسیری ساده‌سازی‌شده، تقلیل‌گر یا ابزاری از مفاهیم حقوقی واگذار کند.

کنش عمومی در این الگو نه با اعلام «موضع نهایی»، بلکه با تبیین پیامدهای حقوقی گزینه‌های تفسیری مختلف شکل می‌گیرد. برای مثال، در منازعات مربوط به حدود اختیارات نهاد ناظر بر انتخابات، صلاحیت‌های اضطراری دولت یا محدودسازی آزادی‌های عمومی، استاد حقوق در این الگو نمی‌کوشد نتیجه سیاسی مطلوب را تعیین کند، بلکه نشان می‌دهد هر تفسیر حقوقی چه آثاری بر پاسخ‌گویی، توازن نهادی، حقوق بنیادین و حکومت قانون بر جای می‌گذارد. بدین‌ترتیب، امر عمومی نه از طریق توصیه سیاسی، بلکه از طریق افزایش شفافیت تحلیلی تغذیه می‌شود.

تنش درونی این الگو نیز از آنجا ناشی می‌شود که کنش عمومیِ تخصص‌محور هم‌زمان در معرض دو سوءبرداشت متضاد است. ازیک‌سو، ممکن است به‌عنوان سیاسی شدن نقش دانشگاهی یا عبور از بی‌طرفی حرفه‌ای تعبیر شود و ازدیگرسو، از منظر کنشگران سیاسی به‌سبب امتناع از جانب‌داری صریح، ناکافی یا محافظه‌کارانه به حساب آید. بااین‌حال، ویژگی متمایز این الگو در آن است که استاد حقوق می‌کوشد بی‌آنکه به قهرمان‌سازی یا سکوت پناه ببرد، زبان حقوق را در

[1]. Scheppele, Op. Cit., p 545; Ginsburg & Huq, Op. Cit., p 64.

[۲]. حضور عمومی حقوق‌دانان طیفی از کنش‌های سیاسی تا مداخله‌های تخصصی را دربرمی‌گیرد. مقاله حاضر بر نوع دوم متمرکز است؛ یعنی کنش‌هایی که همچنان در چارچوب نقش دانشگاهی و مرجعیت حرفه‌ای حقوقدان قابل تحلیل‌اند.

عرصه عمومی زنده نگاه دارد و مانع از آن شود که مفاهیم حقوقی به ابزارهای صرف اقناع، مشروعیت‌بخشی یا حذف رقیب تبدیل شوند.

ادبیات مربوط به نقش روشنفکر عمومی و نهادهای دانشی نشان می‌دهد که در زمینه‌های نهادی ناپایدار، حضور عمومیِ تخصص‌محور می‌تواند یکی از معدود راه‌های حفظ پیوند میان دانش حقوقی و منافع عمومی باشد؛ پیوندی که نه از مسیر بسیج سیاسی، بلکه از طریق تداوم گفتار معیارمند و توضیح‌محور برقرار می‌شود.[1] از این منظر، این الگو نه جایگزین سایر اشکال کنش حرفه‌ای، بلکه مکمل آنهاست. همچنین می‌توان آن را با هشدار برخی نویسندگان نسبت به تقلیل حقوق به تکنیک حقوقی صرف مرتبط دانست؛ هشداری که بر توجه حقوق‌دان به پیامدهای عمومی و نهادی کاربرد مفاهیم حقوقی تأکید می‌کند.[2]

الگوی سوم: بازسازی دکترینال و حفظ ساخت درونی مفاهیم حقوقی

در این الگو، حقوق‌دان دانشگاهی تمرکز اصلی خود را نه بر حضور عمومی و نه بر مداخله مستقیم در منازعات نهادی، بلکه بر بازسازی و حفظ انسجام مفاهیم، قواعد و استدلال‌های حقوقی قرار می‌دهد. فرض بنیادین این رویکرد آن است که در شرایط عدم‌تعادل نهادی، یکی از نخستین نشانه‌های فرسایش حقوق، نه حذف قواعد، بلکه دگرگونی تدریجی معنا و کارکرد آنهاست؛ وضعیتی که در آن مفاهیم حقوقی همچنان در قوانین، رویه‌ها و گفتار رسمی حضور دارند، اما به‌تدریج از محتوای محدودکننده و معیارهای درونی خود فاصله می‌گیرند.

از این منظر، وظیفه حقوق‌دان پیش از هر چیز حفظ ساخت درونی مفاهیم و قواعد حقوقی (گرامر حقوقی) است؛ یعنی بازسازی شرایط تحقق، حدود اعمال، استثناها، نسبت مفاهیم با یکدیگر و پیوند آنها با اصول بنیادین نظم حقوقی. مقصود از این رویکرد دفاع از یک نتیجه سیاسی خاص نیست، بلکه جلوگیری از آن است که مفاهیم حقوقی به ظرف‌هایی تهی تبدیل شوند که بتوان هر معنا یا کارکردی را در آنها جای داد. این تلقی با رویکرد هارت در تحلیل ساختار مفهومی قواعد حقوقی و نیز تأکید گرین بر حفظ هویت مفهومی حقوق در برابر فروکاست آن به ملاحظات صرفاً سیاسی یا اخلاقی همخوانی دارد.[3]

برای مثال، صلاحیت‌های اضطراری معمولاً به‌عنوان اختیاراتی استثنایی، موقتی و مقید به شرایط خاص توجیه می‌شوند. اگر تفاسیر انباشتی و رویه‌های تدریجی، این صلاحیت‌ها را به شیوه‌ای عادی برای اعمال قدرت تبدیل کنند، مسئله صرفاً تغییر یک تفسیر حقوقی نیست، بلکه دگرگونی ساخت درونی مفهوم «وضعیت اضطراری» است.[4] به همین ترتیب، اگر اصل تناسب تشریفاتی برای توجیه هر نوع محدودیت فروکاسته شود، دیگر با اختلافی عادی در تفسیر یک قاعده مواجه نیستیم، بلکه با تهی شدن تدریجی یک مفهوم از کارکرد محدودکننده آن روبه‌روییم. در چنین مواردی، کار دکترینال حقوق‌دان آن است که نشان دهد این تفاسیر تا چه اندازه با عناصر سازنده مفهوم، حدود سنتی آن و نسبت آن با اصول بنیادین حقوق عمومی سازگارند.[5] نمونه‌ای دیگر از این وضعیت را می‌توان در دگرگونی مفهوم هیئت‌منصفه مشاهده کرد؛

---

[1]. Habermas J., "Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research", *Communication Theory,* Vol. 16, Issue 4, 2006, pp. 415–416; Post, R., *Democracy, Expertise, and Academic Freedom*, Yale University Press, 2012, pp. 61-94; Bernstein, Op. Cit., pp. 796–803.

[2]. Shklar, J. N., Op. Cit., pp. 8-17.

[3]. همان، صص. ۷۹ به بعد.

-Green, Op. Cit., pp. 1039–1043.

[4]. Schmitt, C., Op. Cit.,, pp. 5–15; Agamben, 2005, pp. 1–31.

[5]. Shklar, J.N., Op. Cit., pp. 1–18; Dyzenhaus, D., Op. Cit., pp. 1–12.

نهادی که ممکن است در سطح قانون اساسی یا قوانین بالادستی به‌عنوان تضمینی برای مشارکت شهروندان در دادرسی حفظ شود، اما از طریق محدود کردن دامنه صلاحیت، نحوه گزینش اعضا یا کاهش تأثیر عملی تصمیمات آن، به‌تدریج از کارکرد اصلی خود فاصله بگیرد. در چنین مواردی، مسئله صرفاً بقای صوری نهاد نیست، بلکه حفظ عناصر سازنده مفهومی است که به آن معنا می‌بخشند.

مزیت الگوی بازسازی دکترینال آن است که حتی در شرایطی که امکان مداخله عمومی یا اثرگذاری نهادی محدود است، می‌تواند زبان حقوق را از فرسایش مفهومی حفظ کند و معیارهای داوری حقوقی را زنده نگاه دارد. بااین‌حال، این رویکرد نیز با محدودیت‌هایی مواجه است. بازسازی دکترینال اگر به زمینه‌های نهادی و پیامدهای عملی قواعد بی‌اعتنا بماند، ممکن است به نوعی صورت‌گرایی انتزاعی فروکاسته شود و از درک تحولات واقعی فاصله بگیرد؛ انتقادی که شکلار در نقد قانون‌گرایی و ایدئولوژی حقوقی بر آن تأکید کرده است.[1]

با وجود این، در شرایط عدم‌تعادل نهادی، بازسازی دکترینال یکی از مهم‌ترین ابزارهای حفظ ظرفیت انتقادی حقوق باقی می‌ماند؛ زیرا بدون حفظ ساخت درونی مفاهیم و قواعد حقوقی، سایر اشکال کنش دانشگاهی نیز به‌تدریج معیارهای داوری خود را از دست خواهند داد و حقوق بیش از آنکه زبان سنجش قدرت باشد، به زبان توجیه آن تبدیل خواهد شد.

الگوی چهارم: بازآرایی کنش حرفه‌ای در شرایط عدم‌تعادل نهادی (الگوی ترکیبی چندساحتی)

تحلیل‌های پیشین نشان داد که پیامد اصلی عدم‌تعادل نهادی صرفاً کاهش کارآمدی نهادها یا اختلال در اجرای قواعد نیست، بلکه فرسایش مرزهای متعارف میان ساحت‌های مختلف کنش حقوقی است. در چنین وضعیتی، آموزش، پژوهش، تحلیل دکترینال و حضور عمومی دیگر به‌طور کامل از یکدیگر تفکیک نمی‌شوند و کنش‌هایی که در شرایط تعادل صرفاً ماهیتی تخصصی داشتند، واجد دلالت‌های نهادی و عمومی نیز می‌شوند. ازاین‌رو، مسئله اصلی دیگر انتخاب میان سکوت یا مداخله، آموزش یا حضور عمومی نیست، بلکه چگونگی تنظیم رابطه میان این ساحت‌هاست.

براین‌اساس، الگوی چندساحتی بر این فرض استوار است که در شرایط عدم‌تعادل نهادی، تمرکز انحصاری بر یک ساحت، خواه صرفاً دکترینال، صرفاً آموزشی یا صرفاً عمومی، می‌تواند به سوءفهم نقش حقوق‌دان دانشگاهی و کاهش اثربخشی فعالیت وی بینجامد. در مقابل، ترکیب متوازن و آگاهانه ساحت‌های مختلف کنش حرفه‌ای امکان حفظ مرجعیت دانش حقوقی و کاهش مخاطرات ناشی از سیاسی‌شدن یا تهی شدن مفاهیم حقوقی را فراهم می‌کند.

این الگو بر سه مبنا استوار است: وفاداری به منطق درونی حقوق، استقلال معرفتی و مسئولیت نهادی. وفاداری به منطق درونی حقوق به این معناست که تحلیل حقوقی حتی در شرایط تنش سیاسی و اجتماعی نیز بر قواعد، اصول و روش‌های استدلال حقوقی متکی بماند. استقلال معرفتی ناظر به حفظ فاصله تحلیلی از قدرت سیاسی و سایر کانون‌های نفوذ است و مسئولیت نهادی بر این واقعیت تأکید دارد که کنش یا سکوت حقوق‌دان دانشگاهی بر کیفیت نهادهای حقوقی و افق‌های فهم عمومی از حقوق اثر می‌گذارد. این تلقی از نقش دانشگاه با فهم از دانشگاه به‌عنوان نهادی معطوف به حقیقت و داوری مستقل[2] سازگار است.

---

[1]. Shklar, J.N., Op. Cit., pp. 1–12.

[2]. نک. به:

Jaspers Karl.. *The Idea of the University*, transl. H. A. T. Reiche, H. F. Vander-schmidt. Boston: Beacon Press, 1959.

۳.۱. بازسازی دکترینال مفاهیم حقوقی

نخستین مؤلفه، حفظ ساخت درونی یا «نحو حقوقی» مفاهیم و قواعد حقوقی است. در وضعیت عدم‌تعادل نهادی، مفاهیم حقوقی مستعد کش‌دار شدن، ابهام یافتن یا تهی شدن از معیارهای درونی خود هستند. در چنین شرایطی، وظیفه حقوق‌دان نه کنارگذاشتن این مفاهیم، بلکه بازسازی عناصر سازنده آنهاست؛ عناصری مانند شرایط تحقق، حدود اعمال، نسبت با اصول بنیادین و امکان بازگشت به قاعده. برای مثال، در مورد تهی شدن تدریجی مفهوم «هیئت‌منصفه» از معیارهای سازنده آن، کار دکترینال در اینجا بازسازی همین معیارها و یادآوری نسبت آنها با فلسفه وجودی نهاد است. این رویکرد با آنچه دورکین از «تمامیت حقوق» و انسجام تفسیری دفاع می‌کند قرابت دارد، هرچند نقدهای شکلار نسبت به خطر فروکاستن حقوق به صرف تفسیر نیز اهمیت توجه به زمینه‌های نهادی را یادآور می‌شود.[1]

۳.۲. پاسخ‌گویی استدلالی

دومین مؤلفه، پاسخ‌گویی استدلالی است. در شرایط تعادل نهادی، بسیاری از اختلاف‌های تفسیری در چارچوب سازوکارهای نهادی جذب می‌شوند؛ اما در وضعیت عدم‌تعادل، استدلال‌های حقوقی بیش از گذشته در معرض ارزیابی عمومی قرار می‌گیرند. در چنین شرایطی، تحلیل حقوقی باید به‌نحوی صورت‌بندی شود که مسیر استدلال، مبانی داوری و امکان نقد آن برای دیگران قابل ردیابی باشد.

پاسخ‌گویی استدلالی به‌معنای ساده‌سازی حقوق نیست، بلکه مستلزم آن است که استدلال حقوقی از صورت تکنیکی صرف خارج شود و امکان سنجش و مقایسه آن حفظ گردد. این مؤلفه مانع از آن می‌شود که زبان حقوق به قلمرویی بسته و خودبسنده تبدیل شود؛ قلمرویی که آثار نهادی گسترده دارد، اما نسبت به پیامدهای خود پاسخ‌گو نیست.

۳.۳. آموزش و پژوهش مسئله‌محور

سومین مؤلفه، آموزش و پژوهش مسئله‌محور است. در این رویکرد، کلاس درس، مقاله یا کتاب صرفاً محلی برای انتقال قواعد تثبیت‌شده نیست، بلکه فضایی برای بازسازی مسائل حقوقی زنده و تحلیل پیامدهای نهادی تفاسیر مختلف است. در این چارچوب، اختلاف‌ها و تنش‌های نهادی نه حذف می‌شوند و نه طبیعی جلوه داده می‌شوند، بلکه به موضوع آموزش و پژوهش تبدیل می‌گردند. برای مثال، به‌جای اکتفا به شرح قواعد مربوط به صلاحیت‌های اضطراری یا محدودسازی حقوق و آزادی‌ها، می‌توان نسبت این نهادها را با اصل حاکمیت قانون، کنترل قدرت و موقتی بودن وضعیت‌های استثنایی بررسی کرد. بدین‌ترتیب، آموزش حقوق از انتقال صرف اطلاعات فراتر می‌رود و به تمرین داوری حقوقی تبدیل می‌شود.

۳.۴. حضور عمومی تخصصی

چهارمین مؤلفه، حضور عمومی تخصص‌محور است. در شرایطی که مفاهیم حقوقی به‌طور گسترده در منازعات عمومی و سیاسی به کار گرفته می‌شوند، غیبت صدای حقوقی دقیق می‌تواند میدان عمومی را به تفسیرهای تقلیل‌گر یا ابزاری واگذار کند. بااین‌حال، حضور عمومی مورد نظر این الگو با کنش سیاسی یا بسیج سیاسی یکسان نیست.

هدف از این حضور، ترجمه معیارهای حقوقی به زبانی قابل فهم برای عموم، توضیح تمایزهای مفهومی و روشن ساختن پیامدهای نهادی تفاسیر مختلف است. برای مثال، توضیح آثار حقوقی محدودسازی دسترسی به وکیل مستقل، نقد

[1]. Dworkin, R., *Law's Empire,* Harvard University Press, 1986, pp. 225–226; Shklar, J. N., Op. Cit.

روشمند یک رویه اداری یا تبیین نسبت میان نظارت انتخاباتی و اصل نمایندگی، نمونه‌هایی از حضور عمومی تخصص‌محورند. در این موارد، حقوق‌دان نتیجه سیاسی مطلوب را تعیین نمی‌کند، بلکه چارچوب حقوقی لازم برای داوری آگاهانه را فراهم می‌آورد.

۳.۵. استقلال و پایداری کنش

پنجمین مؤلفه، استقلال و پایداری کنش است. در شرایط عدم‌تعادل نهادی، کنش‌های حقوقی به‌سرعت شخصی‌سازی می‌شوند و بار نمادین سنگینی بر افراد تحمیل می‌شود. ازاین‌رو، کنش اصولی می‌کوشد تمرکز را از اشخاص به قواعد، رویه‌ها و نهادها منتقل کند و تا حد امکان از قالب‌های جمعی و نهادمند بهره گیرد. نقد یک مقرره، رویه یا ساختار نهادی بدون نسبت‌دادن انگیزه‌ها به اشخاص، نمونه‌ای از این رویکرد است.

همچنین استمرار کنش اقتضا می‌کند که هزینه‌پذیری در چارچوبی عقلانی و قابل تداوم سامان یابد؛ به‌گونه‌ای‌که پذیرش هزینه‌های ضروری با پرهیز از هزینه‌های غیرضروری همراه باشد. پژوهش‌های جمعی، گزارش‌های کارشناسی مستند و تولید دانش انباشتی ازجمله سازوکارهایی‌اند که هم استقلال کنشگر را حفظ می‌کنند و هم امکان تداوم اثرگذاری را افزایش می‌دهند.

۳.۶. پیوند با منافع ملی و حقوق بشر

در این الگو، منافع ملی نه به‌مثابه مجموعه‌ای از مصلحت‌های زودگذر سیاسی، بلکه به‌عنوان منافع نهادی پایدار فهم می‌شود؛ منافعی که با ثبات قواعد، پیش‌بینی‌پذیری تصمیمات، محدودسازی قدرت و افزایش اعتماد عمومی پیوند خورده‌اند. از این منظر، حاکمیت قانون صرفاً یکی از اجزای منافع ملی نیست، بلکه شرط تحقق بسیاری از منافع عمومی دیگر است.

همچنین، حقوق بشر در این مقاله نه به‌عنوان یک موضع سیاسی، بلکه به‌مثابه بخشی از منطق درونی نظام حقوقی فهم می‌شود. اصولی مانند دادرسی منصفانه، اصل برائت، منع تبعیض، حق دسترسی به دادگاه و لزوم تناسب محدودیت‌ها، صرفاً ارزش‌های اخلاقی نیستند، بلکه سازوکارهایی حقوقی برای کنترل قدرت و حفظ کرامت انسانی در فرایند حکمرانی به شمار می‌آیند. از این منظر، دفاع از حقوق بشر بخشی از دفاع از عقلانیت حقوقی و حاکمیت قانون است.

بدین‌سان، کنش اصولی حقوق‌دان دانشگاهی در شرایط عدم‌تعادل نهادی نه به‌معنای انتخاب میان سکوت و مداخله، بلکه به‌معنای بازآرایی آگاهانه ساحت‌های مختلف کنش حرفه‌ای است، با این هدف که امکان داوری حقوقی، حفظ معنا و استمرار زبان حقوق را در شرایط تنش و ناپایداری نهادی تضمین کند.

نتیجه‌گیری

در شرایط عدم‌تعادل نهادی، کنش حرفه‌ای آموزگار حقوق ناگزیر با دلالت‌های نهادی و عمومی همراه می‌شود. در چنین وضعیتی، دوگانه‌های ساده‌ای چون تخصصی، سیاسی یا سکوت، مداخله برای فهم نقش آموزگار و پژوهشگر حقوق کفایت نمی‌کنند؛ زیرا حتی تحلیل‌های تخصصی نیز در افق منازعه عمومی تفسیر می‌شوند و بار معنا بیش‌ازپیش بر دوش کنشگران دانش قرار می‌گیرد.

ترسیم عدم‌تعادل نهادی به‌عنوان وضعیتی میانی نشان می‌دهد که مسئله اصلی، فقدان قواعد نیست، بلکه دگرگونی

کارکرد آنها و فرسایش تفکیک ساحت‌های کنشگری حقوقی است. براین‌اساس، کنش اصولی نه در تمرکز بر یک ساحت خاص، بلکه در بازآرایی هماهنگ ساحت‌های آموزش، پژوهش، تفسیر و حضور عمومی معنا پیدا می‌کند. الگوی ترکیبیِ چندساحتی با حفظ ساخت درونی مفاهیم و قواعد حقوقی، پاسخ‌گویی استدلالی و بازتولید امکان داوری حقوقی، افقی فراهم می‌آورد که در آن نقش کنشگر نه به کنش سیاسی تقلیل می‌یابد و نه به انفعال فنی محدود می‌شود، بلکه در میانه تنش، ظرفیت حقوق برای سنجش و معنابخشی حفظ می‌گردد.

منابع

کتاب

۱. هارت، هربرت، ***مفهوم قانون،*** ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.

۲. لاگلین، مارتین، ***مبانی حقوق عمومی،*** ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

References

Books

1. Agamben, G., *State of Exception*, Trans. Kevin Attell. University of Chicago Press, 2005.
2. Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
3. Dyzenhaus, D.,*The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.
4. Ginsburg, T. and Huq A. Z., How *to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2018.
5. Habermas, J., *Legitimation Crisis*. Translated by: Thomas McCarthy. Beacon Press, 1975.
6. Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Translated by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publishsing, 2011. (in Persian)
7. Hoecke, M. V. (ed.) *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline*? Hart Publishing, 2011.
8. Huscroft, G., Miller, B. W. & Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning,* Cambridge University Press, 2014.
9. Jaspers, Karl, *The Idea of the University*, transl. H. A. T. Reiche, H. F. Vander-Schmidt. Boston: Beacon Press, 1959.
10. Laughlin, Martin, *The Idea of Public Law*, Translated by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publishsing, 2009 (in Persian)
11. Levitsky, S. and Way A., Competitive *Authoritarianism*, Cambridge University Press, 2010.
12. Post, R., *Democracy, Expertise, and Academic Freedom*, Yale University Press, 2012.
13. Schmitt, C., *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, George Schwab (trans.), Chicago: University of Chicago Press, 2005.
14. Shapiro, M. Courts: *A Comparative and Political Analysis*. University of Chicago Press, 1986.
15. Shklar, J. N., *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, 1964.

Articles

16. Bernstein, R. B., "The Law Professor as Public Intellectual*", Touro Law Review*, Vol. 39, Issue 3, 2024, pp. 796–803.
17. Carothers T.," The End of the Transition Paradigm", *Journal of Democracy,* Vol. 13, Issue 1, 2002. pp. 5–21.

18. Green, L., “Positivism and the inseparability of law and morals”, *New York University Law Review,* Vol. 83, Issue 4, 2008, pp. 1035–1058.
19. Habermas, J., “Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research”, *Communication Theory,* Vol. 16, Issue 4, 2006, pp. 411–426. DOI: 10.1111/j.1468-2885.2006.00280.x/
20. Hart, H. L. A., “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, Issue 4, 1958, pp. 593–629. DOI: 10.2307/1338225/
21. Hutchinson T. and Duncan N., “Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research” *Deakin Law Review,* Vol. 17, Issue 1, 2012, pp. 83–119. DOI: 10.21153/dlr2012vol17no1art70/
22. Jackson, V. C., “Knowledge Institutions in Constitutional Democracies: Preliminary Reflections”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol. 7, 2021, pp. 156–221.
23. Jardina A. and Mickey R., “White Racial Solidarity and Opposition to American Democracy”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science,* Vol. 699, Issue 1, 2022, pp. 79–89. DOI: 10.1177/00027162211069730/
24. Landau D. “Abusive Constitutionalism”, *University of California, Davis Law Review,* Vol. 47, 2013, pp. 189–259.
25. O’Donnell G. “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy,* Vol. 5, Issue 1, 1994, pp. 55–69. DOI: 10.1353/jod.1994.0010/
26. Pech L. and Scheppele K. L., “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017, pp. 3–47. DOI: 10.1017/cel.2017.9
27. Scheppele K. L., “Autocratic Legalism’’, *University of Chicago Law Review,* Vol. 85, Issue 2, 2018, pp. 545–584. DOI: 10.2307/26455917

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 131-154 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Capacities and Challenges of AI-Based Video Surveillance Systems in Situational Crime Prevention; Under the European Union Artificial Intelligence Act of 2024

Amir Hassan Niazpour[1], Mostafa Taqavi[2], Shima Shafiee[3]

Highlights

- AI-based video surveillance systems can strengthen the capacity of situational crime prevention by enabling early intervention.
- The preventive use of these systems requires adherence to the rule of law, proportionality, fundamental rights and freedoms, privacy, transparency, accountability, and human oversight.
- The European Union Artificial Intelligence Act of 2024 imposes stringent restrictions on certain applications of AI-based video surveillance systems, while several other capabilities remain in need of supplementary rules and safeguards.

ABSTRACT

Introduction

Recent developments in artificial intelligence (AI) have provided new instruments for strengthening crime prevention. Among them, AI-based video surveillance systems—a combination of CCTV cameras and video analytics algorithms—play a prominent role in governing public spaces and advancing the goals of situational crime prevention. By relying on capabilities such as facial recognition, person and object tracking, abandoned-object detection, suspicious-behavior detection, emotion recognition, and crowd anomaly detection, these systems can reduce opportunities for a wide range of crimes, from theft and vandalism to violent and terrorist offenses. At the same time, these capacities may generate serious risks for fundamental rights and freedoms, privacy, the rule of law, and the presumption of innocence, potentially fostering mass surveillance and diminishing public trust. Accordingly, this article pursues three objectives. First, it offers an innovative account of the preventive capacities of AI-based video surveillance systems across four categories: scene-oriented monitoring, identity-oriented monitoring, individual-oriented monitoring, and crowd-oriented monitoring. This fourfold classification is significant because, although these capacities all operate within the broader framework of video surveillance, they differ in terms of the subject matter of processing, the degree of interference with individual rights, and their preventive functions; therefore, they cannot be subjected to a uniform legal response. Second, it analyzes the

How to Cite: Niazpour, Amir Hassan, Taqavi, Mostafa, Shafiee, Shima, "Capacities and Challenges of AI-Based Video Surveillance Systems in Situational Crime Prevention; Under the European Union Artificial Intelligence Act of 2024 ", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 131-154.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.243090.3027 Received: 13/01/2026-Accepted: 18/03/2026

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. Associate Professor, Department of Philosophy of Science, Sharif University of Technology, Tehran, Iran
3. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: s_shafiee@sbu.ac.ir

Copyright: © 2026 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/).

corresponding socio-legal challenges. Finally, it evaluates the legal status of each capacity in light of the risk-based approach adopted by the European Union Artificial Intelligence Act (EU AI Act) of 2024.

Methods
This study is descriptive–analytical and adopts an interdisciplinary approach, focusing simultaneously on the technical foundations of AI-based video surveillance systems and the principles of crime prevention. First, the preventive capacities are classified based on the purpose of processing—ranging from situational and pattern monitoring to identity recognition and crowd analysis. Second, the challenges are identified and examined in five main areas: 1) the rule of law, 2) the principle of proportionality, 3) fundamental freedoms, 4) privacy, 5) institutional accountability, including the necessity of human oversight. In the final step, these capacities and challenges are mapped onto the EU AI Act's risk-based logic to clarify which uses—given the impacts on fundamental rights—fall under prohibitions, strict restrictions, or high-risk system obligations, and which governance mechanisms are required to control their risks. In this analysis, in addition to the technical function of each capacity, its relationship with the objectives of situational crime prevention and its reliance on personal, biometric, or behavioral data are also taken into consideration. Furthermore, in determining their legal status, a distinction is drawn between capacities that are explicitly addressed by the EU AI Act and those that fall only indirectly within the Act's general provisions.

Results and Discussion
The findings indicate that the development of the technical capacities of AI-based video surveillance systems and the real-time processing of data enable these systems to transform ongoing data into alerts and preventive interventions in real time, thereby thereby narrowing the gap between observation, analysis, and preventive action. These capacities can reinforce the core logic of situational crime prevention—namely, increasing risk for potential offenders, increasing effort, reducing rewards, and reducing provocations. However, their legitimacy and effectiveness depend on the quality of regulation and institutional design. In scene-oriented monitoring, person/object tracking and abandoned-object detection enable early warnings regarding intrusions into restricted areas, suspicious stops, or hazardous items. Yet, false positives and false negatives, together with technical constraints (e.g., occlusion, crowd density, lighting variation), may trigger unnecessary preventive interventions. In identity-oriented monitoring, facial recognition—especially when deployed in real time and at a distance—may enhance deterrence and facilitate targeted control of high-risk individuals. Conversely, because it processes biometric data, it heightens risks of discrimination, misidentification, and privacy infringement; moreover, by weakening the presumption of innocence and the rule of law, it may contribute to transforming citizens into "permanent suspects." In individual-oriented monitoring, detecting suspicious or violent behavior can support minimal, situational interventions; nevertheless, distinguishing ordinary behavior from crime-relevant conduct remains persistently difficult. Emotion recognition, as a branch of affective computing (emotional AI), is even more contested in terms of scientific foundation and reliability for preventive purposes, and is particularly vulnerable to undermining human dignity. Finally, crowd-oriented monitoring, through crowd anomaly detection without individual identification, may be useful for congestion management and for reducing criminal opportunities in high-density environments; however, in the absence of clear criteria, it may still lead to group labeling and the normalization of mass surveillance. From a legal perspective, the article argues that responding to these challenges requires a combination of strict enforcement of proportionality (suitability, necessity, and proportionality in a strict sense), strengthening the presumption of innocence, protecting fundamental freedoms and privacy, limiting the scope of surveillance, ensuring transparency and prohibiting covert surveillance, institutionalizing accountability and integrating implementing human oversight. Under the EU AI Act (2024), a substantial share of security-related uses involving biometric recognition are treated as high-risk and must therefore comply with enhanced requirements for risk management, data quality, documentation, event logging, human oversight, and mechanisms for accountability and contestation. By contrast, lower-risk uses may be pursued with fewer legal constraints if the above principles are respected. Nevertheless, the Act does not explicitly address certain AI-based capabilities, potentially leaving gaps in legal protection and oversight for individuals' rights and freedoms.

Conclusion
In conclusion, AI-based video surveillance systems can be an important tool for situational crime prevention, but only when deployed within a clear legal framework and strict institutional controls designed to uphold the rule of law, the presumption of innocence, proportionality, privacy protection, and human oversight. Otherwise, the same preventive capacities may become a threat to fundamental freedoms and human dignity, thereby undermining the legitimacy and effectiveness of crime prevention governance.

Keywords: Crime Prevention, Situational Crime Prevention, Video Surveillance System, Artificial Intelligence (AI), Video Analytics**.**

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

ظرفیت‌ها و چالش‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان در پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم؛ در پرتو قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴

امیرحسن نیازپور[۱]، مصطفی تقوی[۲]، شیما شفیعی[۳]

نکات برجسته

- سامانه‌های نظارت‌تصویری هوش‌بنیان می‌توانند با فراهم آوردن امکان مداخله زودهنگام، ظرفیت پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم را تقویت نمایند.
- کاربست پیشگیرانه این سامانه‌ها مستلزم رعایت حاکمیت قانون، تناسب، حقوق و آزادی‌های بنیادین، حریم خصوصی، شفافیت، مسئولیت‌پذیری و نظارت انسانی است.
- قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴ برای برخی کاربردهای سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان محدودیت‌های سخت‌گیرانه مقرر نموده، اما شماری دیگر از ظرفیت‌ها همچنان نیازمند قواعد و سازوکارهای تکمیلی‌اند.

چکیده

تحولات عرصهٔ هوش‌مصنوعی، امکانات و ابزارهای نوین متعددی را برای تقویت برسازهٔ پیشگیری از جرم فراهم آورده است.از مهم‌ترین این ابزارها، سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان است که با تلفیق دوربین‌های مداربسته و الگوریتم‌های تحلیل تصویر پیشرفته، نقش برجسته‌ای در مدیریت فضاهای عمومی از طریق پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم ایفا می‌کند. این سامانه‌ها با بهره‌گیری از فناوری‌هایی نظیر شناسایی چهره، تحلیل رفتار و احساسات، ردیابی اشخاص و اشیا و تشخیص ناهنجاری‌های جمعی، از ظرفیت پیشگیری از جرائم متعددی مانند سرقت، خراب‌کاری، جرائم تروریستی، کودک‌ربایی، جرائم خشونت‌آمیز و... برخوردارند. این نوشتار با رویکردی توصیفی تحلیلی و با تمرکز بر ابعاد فنی و حقوقی، به بررسی ظرفیت‌های پیشگیرانه سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان پرداخته و پس از تحلیل چالش‌های حقوقی آن، هریک را با رویکرد ریسک‌محورِ نخستین هنجارِ بایدی در این پهنه، یعنی قانون هوش‌مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴میلادی، تطبیق می‌دهد. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که به‌کارگیری این فناوری، ضمن کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم، می‌تواند ابزاری مهم برای پیشگیری موقعیت‌مدار از جرائم به‌شمار رود؛ مشروط بر آنکه الزامات حقوقی، ساختاری و اجرایی با هدف حفاظت از کرامت انسانی و حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی، مورد توجه نهادهای مسئول قرار گیرد.

کلید واژگان: پیشگیری از جرم، پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم، سامانه نظارت تصویری، هوش مصنوعی، تحلیل تصویر.

استناد به این مقاله: امیرحسن، نیازپور، تقوی، مصطفی، شفیعی، شیما، «ظرفیت‌ها و چالش‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان در پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم؛ در پرتو قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱۳۱-۱۵۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۲۷ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.243090.3027

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشیار، گروه فلسفه علم، دانشگاه صنعتی شریف، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: s_shafiee@sbu.ac.ir

Copyright: © 2026 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

در سال‌های اخیر، بخش گسترده‌ای از مباحث حقوق کیفری و جرم‌شناختی به پیشگیری کنشی از جرم اختصاص یافته است، زیرا با افزایش پیچیدگی و شمار جرائم و هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی مقابله با آنها، تردیدهای بسیاری درخصوص کارکرد مثبت تدابیر واکنشی پدید آمده است. ازاین‌رو، سیاست‌گذاران جنایی به بهره‌گیری از سازوکارهای پیشگیرانه توجه جدی نشان داده‌اند. پیشگیری موقعیت‌مدار[1] یکی از شاخه‌های پیشگیری از جرم است که از طریق مجموعه‌ای از اقدامات غیرکیفری و با تمرکز بر وضعیت‌های پیشاجنایی، در پی کاستن از فرصت‌های ارتکاب جرم از طریق افزایش خطر، دشوارسازی فرایند، کاهش منافع و کاهش عوامل تحریک و انگیزش ارتکاب جرم برمی‌آید.[2و 3]

این عرصه نیز امروزه تحت‌تأثیر هوش‌مصنوعی قرار گرفته و ناگزیر است برای حفظ کارایی خود از ظرفیت‌های این فناوری بهره برد. سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان[4] که از دوربین‌های مداربسته[5] و الگوریتم‌های تحلیل تصویر[6] تشکیل شده‌اند، نمونهٔ مهمی از کاربست هوش‌مصنوعی در عرصهٔ پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم است که امکان نظارت بر فضاهای عمومی را فراهم می‌گرداند.

در دهه اول قرن ۲۱ میلادی، الگوریتم‌های تحلیل تصویر مبتنی‌بر هوش‌مصنوعی، به‌تدریج به سامانه‌های نظارت تصویری راه یافتند و شیوهٔ کار آنها را تغییر دادند. با توسعه شاخه‌های یادگیری ماشین[7] و یادگیری عمیق[8]، الگوهای هوش مصنوعی[9] توانستند قواعد و روابط پنهان میان داده‌ها را کشف کنند و با یادگیری و اصلاح پیاپی، عملکرد خود را ارتقا بخشند. همچنین، شاخه بینایی کامپیوتر[10] نیز توسعه یافت و به بینایی‌شناختی[11] ارتقا پیدا کرد؛ سطحی از تحلیل که در آن، الگوریتم‌ها علاوه‌بر شناسایی ابژه‌ها، قادر به درک کنش‌های انسانی و تعاملات پیچیده میان اجزای تصویر شدند و توانستند با تکیه بر ظرفیت بالای خود برای تطبیق با محیط‌های غیرقابل پیش‌بینی، پویا و پیچیده، واکنش‌های هوشمندانه و متناسب ارائه دهند. این پیشرفت‌ها هوش‌مصنوعی را به بخش جدایی‌ناپذیر سامانه‌های نظارت تصویری تبدیل کرد، امکان اجرای پروژه‌های دشوارتر را فراهم آورد و سامانه‌ها را قادر به انجام وظیفه در شرایط پیچیدهٔ واقعی نمود.

در نظام‌های عدالت کیفری، سامانه‌های نظارت تصویری عموماً ماهیتی واکنشی داشته و با هدف دستگیری مجرمان مورد استفاده قرار می‌گیرند. در مقابل، گفتمان پیشگیرانه بر منصرف کردن مجرم از ارتکاب جرم در فرایند گذار از اندیشه به عمل، متمرکز است. در این چارچوب، سامانه‌های نظارت تصویری نه امکان فیزیکی ارتکاب جرم را از میان می‌برند و نه

---

1. Situational Crime Prevention

2. Clarke, R. V. "Situational Crime Prevention:Its Theoretical Basis and Practical Scope", *Crime and Justice: A Review of Research, University of Chicago Press*, Vol 4, 1983, p.225.

۳. نیازپور، امیرحسن، ***پیشگیری از جرم***، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۰، صص۱۸۶-۲۰۲.

4. AI-Based

5. Closed-Circuit Television (CCTV)

6. Video Analytics

7. Machine Learning

8. Deep Learning

۹. در این نوشتار، عبارت الگوی هوش مصنوعی معادل عبارت انگلیسی AI Model به‌کارگرفته شده است.

10. Computer Vision

11. Cognitive Vision

مانع وقوع مطلق آن می‌شوند، بلکه با بیدار کردن سازوکار ادراکی مجرم و تغییر برآورد او از میزان خطر و احتمال دستگیری، فرایند ارتکاب جرم را دشوار می‌کنند و این‌گونه از شمار جرائم می‌کاهند.[۱و۲]

برای دسترسی به این هدف، لازم است که با استفاده از دوربین‌های مشاهده‌پذیر و اعلام نظارت بر محدوده، اشخاص را از تحت‌نظارت بودن خود، آگاه کرد؛ البته، باید با برقراری تعادل میان اطلاع‌رسانی نظارت، عمومی‌سازی توانمندی‌های بازدارنده و امنیت عملیاتی سامانه‌ها، اثربخشی آنها را تضمین کرد.[۳]

سامانه‌های نظارت تصویری هوش بنیان، از ظرفیت‌های پیشگیرانه‌ای مانند تشخیص چهره، ردیابی افراد و اشیا، تحلیل رفتار و احساسات، تشخیص وضعیت‌های ناهنجار و مخاطره‌آمیز برخوردارند، اما استفاده از این سامانه‌ها توسط دولت‌ها، سازمان‌ها و حتی اشخاص حقیقی، با چالش‌هایی نیز همراه است که می‌تواند حقوق و آزادی‌های مدنی را به‌شدت تهدید کند و شهروندان را در معرض خطر نظارت فراگیر[۴] قرار دهد.

با گسترش استفاده از این سامانه‌ها[۵]، ضرورت وجود چارچوب‌های دقیق و روشن قانونی که چگونگی استفاده از هوش‌مصنوعی را مدیریت کند، بیش از پیش احساس شده و کشورها و نهادهای بین‌المللی جهت حفظ حقوق و آزادی‌های افراد و جوامع، ناگزیر از قاعده‌مندسازی این حوزه هستند. قوانین موجود عمدتاً به‌دلیل سرعت بالای پیشرفت فناوری و پیچیدگی آن، ابهامات برآمده از نو بودن مفاهیم، سرعت پایین قانونگذاری و ناآگاهی یا توجه نداشتن قانونگذاران نسبت به اهمیت موضوع، با کاستی‌های فراوانی روبه‌رو است. در این میان، اگرچه می‌توان به دستورالعمل‌های ارشادی ملی[۶] و بین‌المللی[۷] اشاره کرد، قانون هوش‌مصنوعی[۸] اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴ میلادی، نخستین سند جامع الزام‌آور در این عرصه است که به قاعده‌مندسازی شماری از ظرفیت‌های هوش‌مصنوعی و سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان پرداخته است.

پرسش بنیادین آن است که سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان در چارچوب پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم، از چه ظرفیت‌هایی برخوردارند، با چه چالش‌هایی مواجه‌اند و وضعیت آنان در بستر نظام حقوقی چیست؟ این نوشتار با رویکردی

---

1. Ratcliffe, Jerry,"Video Surveillance of Public Places (Problem-Oriented Guides for Police.Response Guide Series.Guide No.4)", *U.S.Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services*, Washington, DC: Center for Problem-Oriented Policing, 2006, p.13.

2. Welsh, B. C., and D. P. Farrington. "Surveillance for Crime Prevention in Public Space: Results and Policy Choices in Britain and America", *Criminology and Public Policy,* Vol 3, Issue 3, 2004, p.501.

3. Johnson, T. L., N. N. Johnson, V. Topalli, D. McCurdy, and A. Wallace, "Police Facial Recognition Applications and Violent Crime Control in U.S. Cities", *Cities*, Vol 155, 2024, p.12.

4. Mass Surveillance

۵. براساس آمارهای غیررسمی در سال۲۰۲۵، تعداد دوربین‌های نظارتی در سطح جهان حدود یک‌میلیارد عدد تخمین زده شده که سهم چین و آمریکا از این آمار، به‌ترتیب دویست‌میلیون و پنجاه‌میلیون دوربین برآورد شده است.https://www.fortunebusinessinsights.com/cctv-camera-market-107115

۶. سند ملی هوش‌مصنوعی ایران مصوب۱۴۰۳، اولین سند داخلی در این عرصه است که به بیان شماری‌از اولویت‌ها، اصول و اهداف کلی ازجمله ایجاد و توسعه زیرساخت‌های حقوقی، مالکیت فکری و پردازش داده جهت شتاب‌دهی به پیشرفت هوش‌مصنوعی و کاربردی‌سازی آن می‌پردازد.

۷. سازمان ملل متحد در مارس ۲۰۲۴، قطعنامه‌ای باعنوان Seizing the opportunities of safe, secure and trustworthy artificial intelligence systems for sustainable development به‌تصویب رساند و نیز گزارشی با عنوان Governing AI for Humanity منتشر نمود. در سال۲۰۲۱ نیز سندی با عنوانUNESCO Recommendation on the Ethics of AI توسط این سازمان تهیه گردید.

8. Artificial Intelligence ACT (AI ACT), 2024.

توصیفی - تحلیلی، پس از تبیین نوآورانهٔ ظرفیت‌های پیشگیرانه سامانه‌ها در قالب چهاردسته جداگانه (بند اول)، به بررسی چالش‌های حقوقی و اجتماعی کاربست سامانه‌های مذکور می‌پردازد (بند دوم) و سپس، وضعیت حقوقی هر ظرفیت را با تمرکز بر قانون هوش‌مصنوعی۲۰۲۴ مطالعه می‌کند.

۱. ظرفیت‌های پیشگیرانه سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان

سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، به‌عنوان ابزاری مهم برای پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم، با رصد مداوم فضاهای عمومی می‌توانند به‌طور محسوس بر احتمال شناسایی، تعقیب و دستگیری بزهکاران بیفزایند و تصمیم آنان را برای ارتکاب جرم تحت تأثیر قرار دهند. به‌ویژه آنکه توسعهٔ پردازش بی‌درنگ[1] به‌معنای دریافت و تحلیل هم‌زمان داده‌های زنده در لحظهٔ وقوع، پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم را وارد مسیر تازه‌ای کرد و فرصت‌های تازه‌ای در اختیار آن قرار داد. در ادامه، مهم‌ترینِ این ظرفیت‌ها ذیل چهار دستهٔ پایش موقعیت‌محور، هویت‌محور، فردمحور و جمعیت‌محور بررسی می‌شود.

۱. ۱. پایش موقعیت‌محور؛ ردیابی موضوع[2] و تشخیص اشیای رهاشده[3]

با پیشرفت پرشتاب یادگیری عمیق و شبکه‌های عصبی در عرصه بینایی کامپیوتر، ردیابیِ موضوع به یکی از ظرفیت‌هایی مهم و پیچیده سامانه‌های نظارت تصویری تبدیل شده است. در گذشته، الگوهای تک‌موضوعی[4] تنها قادر به ردیابی یک سوژهٔ مشخص بودند؛ اما به‌تدریج، الگوهای نویافتهٔ ردیابی چندموضوعی[5] امکان رهگیری تصویری چندین سوژه را به‌طور هم‌زمان فراهم آوردند. در الگوهای پیشرفته‌تر[6]، امکان شناسایی و تطبیق سوژه‌ها در تصاویری که هم‌زمان از دوربین‌هایی با زوایای گوناگون دریافت می‌شد، فراهم آمد و سطح تحلیل ارتقا یافت.[7] این ظرفیت‌ها به مجریان قانون اجازه می‌دهد که با تحلیل موقعیت، مسیر و نحوه حرکت اشخاص و اشیا و تحلیل روابط میان آنان، به پیش‌بینی وقوع جرم و اعمال تدابیر پیشگیرانه جهت ارتقای امنیت محدودهٔ تحت نظارت بپردازند.

البته این نظارت تصویری همچنان با چالش‌های متعددی از قبیل انسداد[8]، تغییر شکل هدف، تارشدگی، ازدحام شدید، تغییر نور و عدم تشخیص اشیای مشابه مواجه است.[9] محققان برای رفع این چالش‌ها، علاوه‌بر ارتقای نرم‌افزاری و سخت‌افزاری سامانه‌ها، شماری از روش‌های چندوجهی[10] که داده‌های تصویری را با سایر داده‌ها ازجمله متن، صدا، اشعه

---

1. Real-Time
2. Person/Object Tracking
3. Abandoned Object Detection
4. Single-Object Tracking Model (SOT)
5. Multi-Object Tracking Model (MOT)
6. Multi-View Multi-Human Association and Tracking Model(MvMHAT)
7. Feng, W., F. Wang, R. Han, Y. Gan, Z. Qian, J. Hou, and S. Wang, "Unveiling the Power of Self-Supervision for Multi-View Multi-Human Association and Tracking", *IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence,* Vol 47, Issue 1, 2025, p.351.
8. Occlusion
9. Guan, Z., Z. Wang, G. Zhang, L. Li, M. Zhang, Z. Shi, and N. Jiang. "Multi-Object Tracking Review: Retrospective and Emerging Trend", *Artificial Intelligence Review,* Vol 58, Issue 235, 2025, p.3.
10. Cross-Modal MOT

مادون قرمز و... ترکیب می‌کند پیشنهاد کرده‌اند.[۱] برای مثال، با فراهم آوردن امکان دریافت و آنالیز داده‌های صوتی[۲] مانند فریاد، شلیک گلوله، شکستن شیشه یا انفجار، تشخیص منشأ صدا و تطبیق آن با سایر داده‌های تصویری، می‌توان با اطمینان بیشتری نسبت به مداخله زودهنگام اقدام کرد.

الگوریتم‌های ردیاب می‌توانند وارد شدن شخص به منطقه ممنوعه‌ای همچون نیروگاه هسته‌ای یا کارخانه صنعتی، عبور افراد از مسیرهای غیرمعمول و توقف‌های مشکوک را شناسایی و احتمال وقوع جرائمی مانند خرابکاری را ارزیابی کنند. ردیابی وسایل نقلیه و شناسایی تخلفات ترافیکی نیز کارکرد شناخته‌شدهٔ دیگری است که با کاهش بی‌نظمی، از وقوع رویدادهای پرمخاطره جلوگیری می‌کند. ترکیب الگوریتم‌های ردیابی گروه‌های آسیب‌پذیر مانند دوچرخه‌سواران، توان‌خواهان و عابران پیاده با چراغ‌های هوشمند راهنمایی و رانندگی نیز می‌تواند در کاهش تصادفات و جرائم رانندگی مؤثر باشد.

افزون‌بر این، از دههٔ گذشته متخصصان در پی توسعه الگوریتم‌هایی بودند که با ردیابی و تحلیل الگوی حرکتی و رفتاری افراد، به استخراج ارتباط میان آنان به‌عنوان اعضای یک گروه و شناسایی رفتارهای گروهی[۳] ازجمله پیوستن، جدا شدن، توقف جمعی یا هرگونه تعامل دیگری بپردازد.[۴] الگوهای پیشرفته‌تر این الگوریتم‌ها با تحلیل الگوی فردی در نسبت با دیگران، می‌کوشند ارتباط میان افراد را کشف کنند، آنان را گروه‌بندی نمایند، نوع فعالیت آنان را تشخیص دهند و حتی با تعیین میزان تأثیرگذاری افراد در گروه، افراد نامرتبط را تشخیص دهند و از تحلیل حذف نمایند.[۵] چنین ظرفیتی با کشف ارتباط پنهان میان اعضای یک گروه که ظاهراً مستقل حرکت می‌کنند یا پس از ورود به یک محدوده پراکنده می‌شوند، می‌تواند در پیشگیری از جرائم دسته‌جمعی ازجمله سرقت مسلحانه یا نزاع برنامه‌ریزی‌شده مؤثر واقع شود.

دیگر ظرفیت موقعیت‌محور سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان شناسایی اشیای رهاشده در دو مرحله است: نخست، وجود و موقعیت شیء شناسایی می‌گردد و سپس، با تحلیل ویژگی‌های زمانی و مکانی، سطح خطر آن سنجیده می‌شود.[۶] با شناسایی زودهنگام اجسام مشکوکی مانند کیف، چمدان، بسته یا ماشینی که برای مدت غیرمعمول بدون مراقب رها شده و خارج کردن شیء یا تخلیه محل، می‌توان از جرائم فاجعه‌باری همچون حملات تروریستی، بمب‌گذاری و جاسوسی جلوگیری کرد. بااین‌حال، سنجش دقیق سطح خطر اشیای کوچک، به‌دلیل وقوع خطای مثبت‌کاذب[۷] یا منفی‌کاذب[۸]، همچنان چالش اصلی این حوزه به‌شمار می‌رود.

---

1. Ibid, pp.35-36.
2. Audio Analytics
3. Group Activity Recognition
4. Zaidenberg, S., B. Boulay, and F. Brémond, "A Generic Framework for Video Understanding Applied to Group Behavior Recognition", *IEEE Ninth International Conference on Advanced Video and Signal-Based Surveillance*, 2012, p.2.
5. Huang, J., L. Li, L. Qing, W. Tang, P. Wang, L. Guo, and Y. Peng, "Spatio-Temporal Interactive Reasoning Model for Multi-Group Activity Recognition", *Pattern Recognition,* Vol 159, 2025, 111104, pp.2-5.
6. Zhou, L., and J. Xu., "Enhanced Abandoned Object Detection through Adaptive Dual-Background Modeling and SAO-YOLO Integration", *Sensors,* Vol 24, Issue 20, 2024, p.2.
7. False Positive
8. False Negative

۲. ۱. پایش هویت‌محور؛ شناسایی چهره

برجسته‌ترین و حساس‌ترین ظرفیت‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، در قالب فناوری‌های شناسایی چهره[۱] تبلور یافته و هدف آن، شناسایی هویت[۲] و احراز هویت[۳] اشخاص حقیقی است. این سامانه‌ها، با تحلیل داده‌های بایومتریک[۴]_ به‌معنای داده‌های شخصی و مربوط به ویژگی‌های منحصربه‌فرد فیزیولوژیکی یا رفتاری اشخاص از قبیل عنبیه چشم، فرم صورت، کف‌دست و الگوی‌حرکت و راه رفتن[۵]_، قادرند هویت سوژه را تشخیص دهند. چگونگی پردازش داده توسط این سامانه‌ها، به دو شیوهٔ بی‌درنگ و پسینی تقسیم می‌شود که قابلیت‌های متفاوتی دارند؛ دسته اول، بدون مشارکت فعال افراد، از راه دور و در لحظه، به مقایسه داده‌های بیومتریک فرد با سوابق موجود در یک پایگاه داده مرجع می‌پردازند و نتیجه را اعلام می‌کنند؛ اما دسته دوم، با تأخیر قابل‌توجهی هویت افراد را شناسایی می‌کنند.

نقش سامانه‌های شناسایی چهرهٔ پسینی در مرحله کشف جرم یا تحقیقات جنایی پررنگ‌تر است، اما سامانه‌ها بی‌درنگ، از ظرفیت‌های پیشگیرانه قابل‌توجهی برخوردارند؛ بدین‌گونه که از طریق افزایش سرعت و قطعیت نظام کیفری به پدیده‌های مجرمانه، ریسک جرم را بالا برده، براساس رویکرد بازدارندگی سزار بکاریا[۶]، می‌توانند بزهکاران احتمالی را از ارتکاب جرم منصرف نمایند.[۷] افزون‌بر این، با کاربست هدفمند این سامانه‌ها جهت شناسایی افراد معین_ مانند افراد خطرناک یا مجرمان سابقه‌دار_، می‌توان به‌موقع از حضور آنان در فضاهای حساس یا پرخطر جلوگیری کرد یا با تحت نظر داشتن آنان، از تکرار الگوی‌جرم جلوگیری به عمل آورد.

در فرایند شناسایی هویت، با تطبیق ویژگی‌های بایومتریک یک فرد ناشناس با ویژگی‌های بایومتریک افراد شناخته‌شده که در پایگاه داده موجود است، هویت سوژه شناسایی می‌گردد. برای این فرایند، سه مرحله ذکر شده است: در گام نخست، داده‌های لازم برای ایجاد پایگاه‌های داده و نیز، داده‌های مربوط به اشخاص تحت‌نظارت جمع‌آوری می‌گردد. سپس، این داده‌ها جهت استخراج ویژگی‌های بایومتریک پردازش می‌شود و الگوریتم، براساس میزان تطبیق ویژگی‌ها و شباهت‌های یافت‌شده، سیاهه‌ای از هویت‌های احتمالی به همراه درصد تطبیق آن را اعلام می‌نماید. در نهایت، نتایج حاصل‌شده جهت دستیابی به اهداف گوناگون_ ازجمله پیشگیری از جرم_، مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرند.[۸] همچنین، برای رفع مشکلات تصویر در سامانه‌های پیشرفته، روش‌هایی همچون بازسازی چهره برای افزایش وضوح یا تکمیل جزئیات گمشده، دوربین‌های حرارتی و تصویرپردازی زیرپوستی[۹] برای ثبت الگوی رگ‌ها با کمک نور مادون قرمز وجود

---

1. Facial Recognition Technology (FRT)

2. Biometric Identification

۳. Biometric Verification: احراز هویت، فرایند تأیید یا رد ادعای فرد درخصوص داشتن هویتی خاص از طریق تطبیق داده‌های بایومتریک است و برای مثال، به محدودسازی دسترسی افراد به مکان‌های حساس یا سامانه‌های رایانه‌ای می‌پردازد. این ظرفیت به‌دلیل عدم کاربرد در فضای عمومی جامعه و کم‌خطرتر، موضوع بررسی این مقاله قرار نگرفته است.

4. Biometric Data

5. Gait Recognition

۶. بکاریا در رساله جرائم و مجازات‌ها، بازدارندگی را هدف اصلی کیفر می‌داند که از طریق کاهش سود جرم و افزایش خطر آن برای بزهکار، از ارتکاب جرم جلوگیری می‌کند. برای مطالعه بیشتر درخصوص اندیشه‌های بکاریا، نک به: پرادل، ژان، ***تاریخ اندیشه‌های کیفری***، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، صص۴۲-۶۰.

7. Johnson et al.,Op.Cit., pp.3-4.

8. Simmler, M., and G. Canova, "Facial Recognition Technology in Law Enforcement: Regulating Data Analysis of Another Kind", *Computer Law & Security Review,* Vol 56, 2025, p.3.

9. Subepidermal Imaging/Vein Matching

دارد که البته در محیط‌های شهری به‌ندرت استفاده می‌شود.[۱]

نتایج این الگوریتم‌ها ممکن است به‌دلیل ایرادات فنی، سوگیری، داده‌های کم و بی‌کیفیت و... به خطای مثبت کاذب و منفی کاذب دچار شود و شخص بی‌خطری را به‌عنوان مجرم احتمالی یا بالعکس، فرد خطرناک را بی‌خطر تلقی کند. همچنین باتوجه‌به اینکه فرایند شناسایی هویت، عموماً بدون رضایت یا حتی آگاهی افراد صورت می‌پذیرد، با انتقادات گسترده‌ای مواجه است. بنابراین، اثبات کارکرد پیشگیرانهٔ آنها نیازمند شواهد تجربی بیشتر و چارچوب‌های قانونی دقیق و شفاف است.

۳. ۱. پایش فردمحور؛ شناسایی رفتارها و احساس‌ها

در ذیل این چارچوب، دو ظرفیت پیشگیرانهٔ سامانه‌های نظارت تصویری، یعنی شناسایی رفتارهای عینی و شناسایی احساسات، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. ظرفیت نخست، به تفکیک رفتارهای عادی و غیرعادی و شناسایی زودهنگام رفتارهای مشکوک[۲] و خشونت‌آمیز، پیش از وقوع جرم می‌پردازد. الگوریتم‌های یادگیری ماشین و یادگیری عمیق می‌توانند با تحلیل بی‌درنگ داده‌های تصویری، تشخیص الگوهای رفتاری غیرعادی و مرتبط با جرم مانند پرسه‌زنی، توقف طولانی، تغییر غیرعادی فواصل میان افراد، حرکات تهاجمی، فرار و پرتاب جسم و... و ترکیب آن با ظرفیت‌هایی همچون شناسایی اشیای خطرناک در صحنه، سطح خطر و احتمال وقوع جرم در آیندهٔ نزدیک را پیش‌بینی کنند و به نیروهای امنیتی هشدار دهند.[۳] برای مثال، سامانه می‌تواند حالت مستی یا استفاده از تلفن همراه حین رانندگی را به‌عنوان رفتار جرم‌زا شناسایی کند یا با پایش فاصله میان افراد و تشخیص سرعت غیرعادی نزدیک شدن یک عابر به کودکی که به‌تنهایی در خیابان حرکت می‌کند، احتمال وقوع سرقت یا کودک‌ربایی را اعلام نماید. البته، جداسازی نشانه‌های وقوع جرم از رفتارهای عادی_ مانند تفکیک فرار یا حمله از دویدن یک ورزشکار_، همچنان با چالش مواجه است.

یکی از نویافته‌ترین روش‌ها برای شناسایی نشانه‌های رفتاری وقوع جرم، تحلیل مسیر حرکت اسکلتی[۴] توسط هوش‌مصنوعی است که با بررسی مسیر حرکت مفصل‌ها و اسکلت افراد حاضر در تصویر در یک بازه زمانی، می‌کوشد رفتار غیرعادی را شناسایی کنند و با دسته‌بندی الگوهای حرکتی مجرمانه، ازجمله آزار جسمی، انواع سرقت، تیراندازی، نزاع و...، رفتار موردنظر را در نزدیک‌ترین طبقه قرار دهند.[۵] بااین‌حال، میزان موفقیت این الگوریتم‌ها در تفکیک انواع رفتار مجرمانه، به‌ویژه درمورد جرائم دارای الگوهای رفتاری مشابه مثل انواع سرقت‌ها، هنوز محدود و نیازمند توسعهٔ بیشتر است.

شناسایی احساسات[۶]، که ذیل مفهوم هوش‌مصنوعی عاطفی[۷] قرار می‌گیرد، ظرفیت فردمحور دیگری است که می‌کوشد

---

1. Johnson et al., Op.Cit., p.2.

2. Anomaly / Suspicious Behavior Detection

3. Ali, M. M., "Real-Time Video Anomaly Detection for Smart Surveillance", *IET Image Processing*, Vol 17, Issue 5, 2023, pp.1375-1376.

4. Skeletal Trajectory Analysis

5. Matei, A-D., E. Talavera, and M. Aghae, "Crime Scene Classification from Skeletal Trajectory Analysis in Surveillance Settings", *Engineering Applications of Artificial Intelligence*, Vol 141, 2025, pp.1-2.

6. Emotion Recognition

۷. Emotional AI: قلمرویی میان‌رشته‌ای شامل هوش‌مصنوعی، روان‌شناسی و علوم اعصاب است که با تحلیل نشانه‌های مختلف، ماشین را قادر به درک و تفسیر احساسات انسان و پاسخ‌دهی متناسب به او می‌گرداند.

با تحلیل وضعیت و تغییرات چهره افراد تاحدودی به احساسات و نیات درونی آنان پی ببرد. نهادهای پیشگیری از جرم پس از استخراج الگوهای احساسی و هیجانی و سنجش میزان همبستگی آنان با ارتکاب جرم براساس داده‌های تاریخی می‌توانند الگوریتم‌های شناسایی احساسات را به سامانه‌های نظارت‌تصویری اضافه کنند و بدین‌ترتیب، نسبت به پیش‌بینی و پیشگیری موقعیت‌مدار از وقوع جرم بپردازند.[1]

در سال‌های گذشته، الگوهای هوش مصنوعی عموماً به تشخیص احساسات طبق برچسب‌های کلی همچون شادی، غم، ترس و خشم می‌پرداختند و از توصیف پیچیدگی هیجانات انسانی ناتوان بودند. اما پژوهش‌های نوین، با اتکا بر رویکردی سمانتیک و با کشف رابطه معنایی بین واژگان توصیف‌کنندهٔ احساسات و نشانه‌های ظاهری آنها در چهره، الگویی آزمایشگاهی ترسیم کرده‌اند که قادر است تغییرات ظریف چهره را با مجموعه‌ای شامل ۱۳۵ واژه مرتبط با احساسات مثل عصبانیت، خشم، انزجار، بیزاری و... تطبیق دهد و نتایج دقیق‌تری استخراج کند.[2]

الگوهای شناسایی زودهنگام احساسات برای پیشگیری از جرم، با وجود جذابیت از منظر جرم‌شناسی و روان‌شناسی جنایی، بیش از سایر ظرفیت‌ها با مناقشه‌های علمی و اخلاقی مواجه است. پژوهش‌های تجربی در این حوزه بسیار معدود است و شواهد متقنی مبنی‌بر صحت عملکرد این الگوها وجود ندارد؛ بنابراین مشروعیت آنها به‌دلیل فقدان پشتوانه علمی کافی، به‌شدت مورد تردید است. افزون‌بر این، صرف وجود یک حالت هیجان‌مدارانه در فرد و همبستگی آن با ارتکاب جرم در آینده هرگز نمی‌تواند دلالت قطعی بر قصد و اراده ارتکاب جرم داشته باشد، عنصر معنوی آن را احراز کند و مبنای محدودسازی حقوق و آزادی‌های افراد قرار گیرد.[3]

۴. ۱. پایش جمعیت‌محور؛ شناسایی ناهنجاری جمعیت[4]

سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، با فراهم آوردن امکان پایش مستمر محیط و رفتارهای جمعی، از کارآمدترین ابزارها برای تحقق اهداف پیشگیرانه محسوب می‌شوند. این الگوریتم‌ها قادرند بدون نیاز به شناسایی هویت یا ردیابی فردی سوژه‌ها، به تحلیل الگوی رفتار جمعی بپردازند و براساس نشانه‌هایی همچون ایجاد ازدحام غیرمعمول، تغییر غیرعادی سرعت و جهت حرکت جمعیت و...، بروز ناهنجاری را شناسایی کنند.

با تشخیص زودهنگام ناهنجاری و مداخله فوری مانند کنترل ورودی‌ها و خروجی‌ها، مدیریت جریان جمعیت، اعزام نیروهای انتظامی و امدادی، می‌توان از تبدیل یک موقعیت ناهنجار به یک وضعیت بحرانی پیشگیری کرد. برای‌مثال، به‌کارگیری این سامانه‌ها در خیابان‌های اصلی، ایستگاه‌های مترو، بازارها و مراکز خرید، فرودگاه‌ها، رویدادهای بزرگ، تجمع‌ها و زندان‌ها، می‌تواند در پیشگیری موقعیت‌مدار از وقوع جرائمی همچون حملات تروریستی، سرقت، آزارهای جنسی و کودک‌ربایی، که عموماً در مکان‌های شلوغ و پرتردد ارتکاب می‌یابند، نقش اساسی ایفا نکماید.

الگوهای شناسایی ناهنجاری جمعیت عموماً بر الگوریتم‌های بینایی ماشین، یادگیری عمیق و شبکه‌های عصبی متکی‌اند.

---

[1]. Talaei Khoei, T., and A. Singh, "A Survey of Emotional Artificial Intelligence and crimes: Detection, Prediction, Challenges and Future Direction", *Journal of Computational Social Science,* Vol 7, 2024, p. 2363.

[2]. Chen, K., X. Yang, C. Fan, W. Zhang, and Y. Ding, "Semantic-Rich Facial Emotional Expression Recognition", *IEEE Transactions on Affective Computing,* Vol 13, Issue 4, 2022, pp.1906-1907.

[3]. Podoletz, L. "We Have to Talk about Emotional AI and Crime", *AI & Society,* Vol 38, Issue 3, 2023, p.1071.

[4]. Crowd Anomaly Detection

روش مبتنی‌بر رهگیری[1] مسیر حرکت افراد، یکی از این روش‌هاست که ضمن آن، سامانه با رصد پیوستهٔ مسیر حرکت هر سوژه، هرگونه الگوی نامعمول در سرعت، جهت یا میزان ازدحام را به‌عنوان ناهنجاری شناسایی و اعلام می‌کند. البته، بهره‌وری آن در محیط‌های بسیار شلوغ، به‌دلیل دشواری رهگیری مسیر حرکت افراد و هم‌پوشانی سوژه‌ها با مشکل مواجه است.[2]

الگوی دیگری[3] که اخیراً توسعه یافته، تحلیل میزان بی‌نظمی در حرکت جمعیت است و ضمن آن، مسیر حرکت افراد در طول زمان به شکل رشته‌هایی دنبال می‌شود که عموماً در حالت عادی، بدون برخورد و به‌طور موازی پیش می‌روند. درصورت بروز رفتاری غیرعادی، مانند دویدن، حرکت خلاف جهت یا هجوم ناگهانی جمعیت، این خطوط منظم به خطوطی درهم و مملو از نقاط تقاطع تبدیل می‌شوند. بدین‌ترتیب، الگوریتم با افزایش میزان نقاط تقاطع، که نشان‌دهندهٔ آشفتگی و تغییر الگوی حرکت است، وقوع ناهنجاری جمعی را شناسایی می‌کند و نسبت به پدید آمدن موقعیت مخاطره‌آمیز مانند فرار، نزاع یا وحشت‌زدگی هشدار می‌دهد.[4]

با وجود این، نظارت جمعی بر جامعه بدون اخذ رضایت افراد و بدون وجود شواهدی مبنی‌بر ارتکاب جرم ازسوی آنان با اصول بنیادین حقوق کیفری همچون اصل برائت، تناسب تدابیر پیشگیرانه و مداخله حداقلی در زندگی شهروندان در تعارض است و نبود چارچوب‌های حقوقی و اخلاقی روشن در این خصوص حقوق و آزادی‌های شهروندان را در سطح خرد و کلان در معرض خطر قرار می‌دهد.

۲. چالش‌های کاربست سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان

سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، ظرفیت‌های فراوانی در پهنه پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم فراهم می‌کنند، اما هم‌زمان با چالش‌ها و نقدهای جدی نیز روبه‌رو هستند. این سامانه‌ها ممکن است حقوق و آزادی‌های بنیادین را نقض کنند، چگونگی کنش افراد را تحت تأثیر قرار دهند، شکاف‌های اجتماعی را تشدید کنند یا ایدئولوژی‌های افراط‌گرایانه را ترویج نمایند.[5]

در ادامه، مهم‌ترین چالش‌های حقوقی و اجتماعی کاربست پیشگیرانه سامانه‌های مذکور ذیل پنج دستهٔ آزادی‌های بنیادین، حریم خصوصی و سوءاستفاده از داده‌های شخصی، اصل تناسب و نظارت فراگیر، اصل حاکمیت قانون و فرض برائت و مسئولیت نهادهای حاکمیتی و حق شهروندان بر اعتراض، بررسی می‌شود.

۱. ۲. نقض اصل حاکمیت قانون و فرض برائت

براساس اصل حاکمیت قانون[6]، به‌عنوان بنیان تمامی نظام‌های حقوقی مدرن، هرگونه سوءاستفاده از قدرت و نقض حقوق و آزادی‌های افراد ممنوع است و تمام اقدامات نهادهای حاکمیتی باید در چارچوب مشروع قانونی اعمال شوند. مهم‌ترین

---

1. Tracking-Based

2. Rezaee, Kh, S. Rezakhani, M. R. Khosravi, and M. K. Moghimi, "A Survey on Deep Learning-Based Real-Time Crowd Anomaly Detection for Secure Distributed Video Surveillance", *Personal and Ubiquitous Computing,* Vol 28, Issue 1, 2024, pp.138-139.

3. Cross-Trajectories

4. Akpulat, M., and M. Ekinci, "Anomaly Detection in Crowd Scenes via Cross Trajectories", *Applied Intelligence,* Vol 55, Issue 525, 2025, pp.3-6.

5. Haley, P., "The Impact of Biometric Surveillance on Reducing Violent Crime: Strategies for Apprehending Criminals While Protecting the Innocent", *Sensors,* Vol 25, Issue 10, 2025, p.7.

6. Rule of Law

قاعده درخصوص کاربست سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان آن است که دولت‌ها هرگز نباید از آن به‌گونه‌ای استفاده کنند که به هر نحو، کرامت انسانی و حقوق بشر را در معرض خطر قرار دهد، آزادی‌های بنیادین را تضعیف کند یا حریم خصوصی افراد و جامعه را نقض نماید. در این راستا، ضروری است کاربردهای مجاز و ممنوع این سامانه‌ها، به‌طور دقیق در قوانین تعیین و محدودیت‌ها و استانداردهایی براساس معیارهای عینی ارائه شود تا از تسهیل نقض حقوق و آزادی‌های مردم توسط نهادهای قدرت جلوگیری شود. همچنین، تهیه کدهای رفتاری، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های ارشادی، که اگرچه الزام قانونی در پی ندارند، چگونگی استفاده اخلاقی و ارزش‌مدارانه از سامانه‌های نظارتی را نهادینه می‌کنند، راهکاری تکمیلی اما مهم محسوب می‌شود.

رعایت اصلِ بنیادین برائت در عصر پیشگیری از جرم از طریق سامانه‌های نظارتی هوش‌بنیان، باتوجه‌به ماهیت پیشگیرانه این سامانه‌ها و فقدان عناصر تشکیل‌دهنده جرم در عالم واقع، از اهمیت دوچندانی برخوردار است و همواره در معرض خطر نقض قرار دارد. نبود ساختارهای قانونی محدودکننده، عدم شفافیت درخصوص اختیارات نهادهای ناظر، عدم آگاهی یا رضایت افراد تحت نظارت و با عادی‌سازی نظارت فراگیر بر مردم، فرض مجرمیت را جایگزین فرض برائت، و شهروندان را به مظنونین دائمی تبدیل می‌کند.

۲. ۲. نقض اصل تناسب و نظارت فراگیر

از مهم‌ترین چالش‌های ناشی از به‌کارگیری سامانه‌های نظارتی، خطر نقض اصل تناسب[1] در مواجهه با دو ارزش است: ازیک‌سو، ضرورت حفظ حریم خصوصی و آزادی‌های فردی و از سوی‌دیگر، میل نظام پیشگیری از جرم به نظارت بر جامعه با هدف صیانت از امنیت و منافع عمومی. هرگونه ناترازی در برقراری تعادل میان این دو، جامعه را در معرض خطر شکل‌گیری نظارت‌فراگیر و تسلط رویکردهای اقتدارگرایانه قرار می‌دهد.

رعایت اصل تناسب، نیازمند تحقق سه معیار است[2]: ۱. شایستگی و مناسب بودن[3]، این معیار ایجاب می‌کند سامانه نظارتی از قابلیت تحقق اهداف مشروع برخوردار باشد. استفاده از سامانه‌های نظارت تصویری در حوزه پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم، تنها زمانی مجاز است که نوع نظارت، شدت آن و شیوه مداخله با اهداف پیشگیرانه همسو باشد و بتواند سازوکارهای ادراکی و انتخاب‌های عقلانی مجرمان احتمالی را تحت‌تأثیر قرار دهد. ۲. ضرورت[4]، این معیار که با اصل حداقلی بودن مداخله کیفری نیز مرتبط است، در پی آن است که از میان گزینه‌های موجود، کم‌خطرترین و کم‌مداخله‌ترین شیوه را انتخاب کند. برای مثال، با ممنوع‌سازی هرگونه نظارت همگانی و بدون محدودیت و مشروط نمودن اعمال نظارت به تعیین زمان، مکان، هدف، سوژه خاص و وجود توجیه قانونی، می‌توان از فراگیری بی‌حدوحصر سامانه‌های نظارتی و امنیتی شدن فضای جامعه جلوگیری کرد. ۳. اقتضا یا تناسب در مفهوم مضیق[5]، طبق این معیار، به‌کارگیری سامانه‌های نظارت‌تصویری، حتی در فرض رعایت شایستگی و ضرورت، هنگامی توجیه‌پذیر است که مزایای پیشگیرانه آن، بر آسیب‌ها و معایبش غلبه داشته باشد. برای‌مثال،اگر الگوریتم‌های تحلیل احساسات به تبعیض یا

---

1. The Principle of Proportionality

۲. اصفهانی، بابک و صابر نیاورانی، «اصل تناسب، ابزار تضمین وتعادل میان حق‌ها و آزادی‌های بنیادین و منافع عمومی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۷، شماره ۴، ۱۴۰۳، ص ۲۱۵.

3. Suitability

4. Necessity

5. Proportiotnality in a Strict Sense

سوءاستفاده از قدرت منجر شوند، معیار اقتضا به ممنوعیت کامل آنها حکم می‌نکماید.

بنابراین، باتوجه‌به آنکه سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بیان، قدرت بی‌سابقه‌ای در اختیار دولت‌ها و نهادهای قدرت قرار می‌دهند و قابلیت بالایی برای تبدیل شدن به ابزار نظارت فراگیر بر شهروندان دارند، رعایت اصل تناسب در قانونگذاری، به‌کارگیری و نظارت بر این سامانه‌ها اهمیت بسیاری خواهد داشت؛ اصلی که قانون هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴ در بند ۲۶ مقدمه خود به آن پرداخته و با اتخاذ رویکرد ریسک‌محور در پی محقق‌ساختن آن برآمده است.

۳. ۲. نقض آزادی‌های بنیادین

سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان اگرچه در ذات خود تهدیدآمیز نیستند، کاربست غیرقانونی و بی‌ضابطهٔ آنها می‌تواند آزادی‌های بنیادین بشر و کرامت انسانی را با خطرات جدی مواجه سازد. نظام پیشگیری از جرم، باید همواره به این اصل پایبند باشد که سامانه‌های نظارت‌تصویری‌هوش‌بنیان،مثل هر فناوری دیگری، باید فقط در جهت خدمت به انسان‌ها به‌کار گرفته شوند. طبق اصل اخلاقی مشهور کانت، انسان همواره هدف است، نه وسیلهٔ رسیدن به هدف[۱]؛ اصلی که در عصر داده‌محوری و گسترش استفاده از هوش‌مصنوعی، بیش از هر زمان دیگری با تهدید مواجه است.

نظارت تصویری هوش‌بنیان، می‌تواند آزادی بیان و آزادی مشارکت در اجتماعات را، که طبق مواد ۱۹ و ۲۱ میثاق بین‌المللی مدنی سیاسی از آزادی‌های بنیادین به‌شمار می‌روند، نیز تحت‌تأثیر قرار دهد؛ بدین‌نحو که از طریق نظارت بر جامعه در همهٔ زمان‌ها و مکان‌ها، نوعی بازدارندگی مبتنی‌بر ارعاب ایجاد کند و مردم را از ابراز آزادانه دیدگاه‌ها یا مشارکت در اجتماعات مدنی مشروع، که ممکن است از طرف دولت‌ها ناهنجار تشخیص داده شود، منصرف سازد. استمرار چنین وضعیتی می‌تواند به تضعیف رویکردهای دمکراتیک و تقویت گرایش‌های اقتدارگرایانه بینجامد.

افزون‌بر این، استفاده نادرست یا سوگیرانه از داده‌ها و الگوریتم‌های هوش‌مصنوعی، می‌تواند به تولید نتایج تبعیض‌آمیز و نقض حق بر برابری و منع تبعیض منجر شود؛ چنان‌که بسیاری از پژوهش‌ها حکایت از نرخ بالای تبعیض در نتایج سامانه‌های شناسایی‌چهره، به‌ویژه براساس معیار نژاد و جنسیت، داشته و بیشترین تهدید را متوجه گروه زنان سیاه‌پوست دانسته‌اند.[۲] در سطح کلان نیز، تحلیل داده‌های رفتاری جمعی ممکن است به برچسب‌زنی گروهی و شکل‌گیری تبعیض ساختاری بینجامد؛ بدین‌معنا که در فقدان معیارهای فنی و حقوقی روشن، رفتارهای عادی در محلات فرودست اقتصادی، اقلیت‌نشین یا جوامع دارای الگوی فرهنگی متفاوت، می‌تواند براساس هنجارهای غالب یا پیش‌فرض‌های نهادی، به‌عنوان رفتار ناهنجار دسته‌بندی شود و آزادی‌های‌بنیادین فردی و جمعی را به‌طور ناموجهی نقض گرداند.[۳]

۴. ۲. نقض حریم خصوصی و سوء استفاده از داده‌های شخصی

یکی از چالش‌برانگیزترین مخاطرات به‌کارگیری سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، دسترسی گسترده به حجم

---

۱. کانت، ایمانوئل، ***نقد عقل عملی***، ترجمه انشاءالله رحمتی، تهران: نورالثقلین، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص۱۴۶.

2. Serna, I., A. Morales, J. Fierrez, and N. Obradovich, "Sensitive Loss: Improving Accuracy and Fairness of Face Representations with Discrimination-aware Deep Learning", *Artificial Intelligence,* Vol 305, 2022, p.4.

۳. سند تحول و تعالی قوه قضائیه ۱۴۰۳، تدوین و پیگیری تصویب «لایحه حمایت از آزادی‌های مشروع» با احصای مصادیق آزادی‌های مشروع به‌صورت دقیق و شفاف و تعیین مجازات مناسب برای نقض آن را به‌عنوان راهکاری برای مقابله با نقض و محدودسازی سلیقه‌ای آزادی‌ها در دستور کار قوه قضائیه قرار داده است.

عظیمی از داده‌های فردی و جمعی است؛ ظرفیتی که نقض حریم خصوصی[۱] و سوءاستفاده از داده‌های شخصی را ممکن می‌گرداند. حتی الگوریتم‌هایی مانند الگوریتم‌های شناسایی ناهنجاری جمعیت، که عموماً بر ثبت و تحلیل داده‌های زمانی، مکانی و ظاهری افراد متکی‌اند و لزوماً داده‌های بایومتریک را استخراج نمی‌کنند، حریم خصوصی را در معرض تهدیدهای جدی قرار می‌دهند؛ زیرا داده‌هایی که برحسب آن بتوان افراد را ردیابی و شناسایی کرد، اگرچه داده بایومتریک نیست، همچنان در زمره داده‌های شخصی دسته‌بندی می‌شود.[۲]

رضایت و شفافیت، دو عنصر مهم در حفاظت از حریم خصوصی هستند. در اصول اخلاقی مربوط به محافظت از داده‌های شخصی، رضایت باید مشروط و پویا باشد؛ بدین معنا که هدف و حدود استفاده از آن مشخص شود و نیز، امکان بازپس‌گیری و لغو رضایت برای رضایت‌دهنده به رسمیت شناخته شود.[۳] همچنین، شماری از محققان نسبت به شرطی‌سازی رضایت توسط دولت‌ها یا نهادهای قدرتمند هشدار داده‌اند[۴]؛ به این معنا که نهاد نظارت‌کننده، ارائه خدمات عمومی یا دسترسی به امکانات اجتماعی را به رضایت افراد به پردازش داده‌های شخصی آنان مشروط نماید یا با معرفی یک فناوری به‌عنوان تنها راه پیشگیری از جرم براساس اطلاعات غیرواقعی، خودمختاری آگاهانه آنان را برای تصمیم‌گیری از میان ببرد. در این شرایط، رضایت فاقد وصف آزادانه است و ماهیتی تحمیلی و ابزاری برای مشروعیت‌بخشی صوری به استفاده از سامانه‌های نظارتی می‌یابد. فقدان رضایت یا اخذ صوری آن در مواردی که رضایت آزادانه و آگاهانه مبنای هرگونه پردازش است، مصداق قطعی سوءاستفاده و تعرض به حریم‌خصوصی به‌شمار می‌رود.

برای مقابله با این چالش‌ها، قانون‌گذاری دقیق و شفاف برای تعیین چارچوب‌های فنی و حقوقی حاکم بر سامانه‌های هوش‌بنیان و چگونگی پردازش داده ضروری است. حریم خصوصی با طراحی[۵]، چارچوبی حقوقی و فلسفی برای استفاده از فناوری است که حریم خصوصی را جزئی از معماری و ساختار فنی سامانه و نه جزئی بیرونی و پسینی می‌داند. در این رویکرد ملزومات رعایت حریم خصوصی باید در زمان طراحی هر فناوری و در خودِ فناوری تعبیه گردد و با کمینه‌سازی جمع‌آوری داده‌ها، شفاف‌سازی و توضیح‌پذیری فرایند، اخذ رضایت کاربران و... نقض حریم خصوصی را ناممکن یا دشوار می‌سازد.[۶] فناوری‌های ارتقادهنده حریم‌خ صوصی[۷]، یکی از ابزارهای اعمال این رویکرد است که با روش‌های نظیر ناشناس‌سازی، محو چهره و رمزنگاری، از ثبت داده‌های غیرمجاز و غیرضروری، افشای هویت افراد، نشت داده‌های شخصی و قرار گرفتن آن در اختیار افراد غیرصالح در حین فعالیت الگوهای هوش‌مصنوعی جلوگیری می‌کند.[۸]

---

۱. اهمیت بنیادین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین‌المللی نظیر ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی، ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اصل ۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌رسمیت شناخته شده است.

۲. ماده۴ قانون GDPR: «داده شخصی هرگونه اطلاعات مربوط به یک شخص حقیقیِ شناسایی‌شده یا قابل شناسایی است که می‌توان او را به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از طریق ارجاع به نام، شماره شناسایی، داده‌مکانی، شناسه‌الکترونیک، یا یک یا چند شناسه مربوط به هویت فیزیکی، فیزیولوژیکی، ژنتیکی، روانی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی شناسایی نمود».

3. The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems.Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems, First Edition, *IEEE*, 2019, p.112.

4. Fontes, C., E. Hohma, C. C. Corrigan, and C. Lütge, "AI-Powered Public Surveillance Systems: Why We (Might) Need Them and How We Want Them", *Technology in Society,* Vol 71, 2022, p.7.

5. Privacy by Design (PbD)

۶. این مفهوم در قانون GDPR باعنوان Data Protection by Design آمده است.

7. Privacy Enhancing Technology (PET)

8. Feretzakis, G., K. Papaspyridis, A. Gkoulalas-Divanis, and V. S. Verykios, "Privacy-Preserving Techniques in Generative AI and Large Language Models: A Narrative Review", *Information*, Vol 15, Issue 11, 2024, p.10.

در به‌کارگیری سامانه‌های نظارت‌تصویری، رعایت اصل شفافیت نیز نقش مهمی در حفاظت از حریم‌خصوصی دارد. ازاین‌رو، نه‌تنها لازم است نحوه کارکرد سامانه‌های نظارتی، تاحدی که به اهداف پیشگیرانه خللی وارد نکند، به اطلاع جامعه برسد، بلکه باید استفاده مخفیانه و غیرعلنی از آنها، جز در موارد استثنایی در چارچوب مجوز قانونی و تحت‌نظارت قضایی، ممنوع گردد و شهروندان از تحت‌نظارت بودن خود و حدود آن کاملاً آگاه شوند.

پذیرش اجتماعی سامانه‌های نظارت تصویری بیش‌از آنکه صرفاً تابع پیشرفت‌های فناورانه باشد، به کیفیت چارچوب‌های حقوقی، فنی و اخلاقی وابسته است. اگر این سامانه‌ها در بستری شفاف، پاسخ‌گو و قابل‌اعتماد به‌کار گرفته شوند و آثار واقعی و قابل‌سنجش آنان بر کاهش جرم و ارتقای امنیت عمومی اثبات گردد، اعلام رضایت آگاهانه و مختارانهٔ افراد نسبت به پردازش داده‌های آنان در حدود قانونی، امری محتمل و عقلانی خواهد بود. یافته‌های پژوهشی نیز نشان می‌دهد که اعتماد عمومی به دولت‌ها و نهادهای اجرای قانون، تعیین‌کننده‌ترین عامل موفقیت یا ناکامی اعمال نظارت تصویری است[1]؛ به‌گونه‌ای‌که حتی پیشرفته‌ترین سامانه‌های نظارتی، درصورت بی‌اعتمادی عمومی، نه‌تنها کارآمد نیستند، بلکه می‌توانند به مقاومت مدنی، کاهش همکاری اجتماعی و تضعیف سازوکارهای پیشگیرانه منجر شوند. نظارت‌تصویری هوش‌بنیان، فرایندی صرفاً فناورانه نیست، بلکه پدیده‌ای اجتماعی تکنیکی است که به نحوهٔ برخورد نهادهای نظارت‌کننده و برداشت مردم از نحوهٔ اعمال قدرت بستگی دارد. آیا مردم احساس می‌کنند که نظام پیشگیری از جرم، احترام و کرامت آنان را حفظ نموده و قابل‌اعتماد است یا خیر؟

۵. ۲. مسئولیت‌پذیری نهادی و لزوم نظارت انسانی[2]

با پذیرش اصول بنیادینی همچون حاکمیت قانون، برائت، تناسب، رعایت حریم خصوصی و آزادی‌های بنیادین، بار مسئولیت تماماً برعهده نهادهایی قرار می‌گیرد که در چرخه طراحی، توسعه، استقرار، بهره‌برداری و نظارت بر سامانه‌های نظارتی نقش دارند. بنابراین، حدود مسئولیت هریک از نهادها، ازجمله نهادهای انتظامی، قضایی، ناظر و بخش خصوص توسعه‌دهنده فناوری، باید به‌طور مستقل و شفاف، جهت جلوگیری از عدم‌پاسخ‌گویی و مسئولیت‌گریزی آنان تعیین گردد. همچنین، شماری‌از متخصصان عرصهٔ اخلاق و حقوق هوش‌مصنوعی، حضور، دخالت و نظارت انسان[3] در فرایند به‌کارگیری هوش‌مصنوعی‌های پرخطر و حساس را ضروری می‌دانند و از آن با عنوان «اصل انسان در چرخه»[4] یاد می‌کنند.[5] هرگونه تحلیل و تصمیم‌گیری توسط سامانه‌های نظارت‌تصویری که به هر نحو بر ابعاد حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و... زندگی افراد تأثیر می‌گذارد، باید تحت نظارت یک یا چند عامل انسانی حقیقی قرار داشته باشد. عامل انسانی باید بر صحت فرایند و نتایج سامانه نظارت کند، اشتباهات آن را اصلاح یا حدف کند، از عملکرد سوگیرانه یا غیرقانونی سامانه جلوگیری کند و درصورت تقصیر در انجام وظیفه، مسئولیت قانونی آن را برعهده گیرد.

بر این مبنا، نظام حقوقی باید پیش از هرگونه استفاده از سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، مسئولیت هریک از

[1]. Choung, H., P. David, and T-W. Ling, "Acceptance of AI-Powered Facial Recognition Technology in Surveillance Scenarios:Role of Trust, Security, and Privacy Perceptions", *Technology in Society*, Vol 79, 2024, p.7.

[2]. Human Oversight

[3]. Human Oversight

[4]. Human-in-the-loop

[5]. Veltmeijer, E., and C. Gerritsen, "Legal and Ethical Implications of AI-based Crowd Analysis: The AI Act and Beyond", *AI Ethics,* Vol 5, Issue 3, 2025, p.3179.

عوامل نهادی یا انسانی را در زنجیرهٔ مسئولیت[1] مشخص کند تا بتوان درصورت بروز هرگونه خطا یا سوءاستفاده، شخص مسئول را ملزم‌به پاسخ‌گویی و جبران ضرر و زیان کرد.

۳. وضعیت حقوقی ظرفیت‌های سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان

قانون هوش‌مصنوعی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۲۴، به‌عنوان نخستین مقررهٔ الزام‌آور در حوزهٔ هوش‌مصنوعی، نقطهٔ عطفی در تاریخ تنظیمگری این فناوری به‌شمار می‌رود و از ظرفیت فراوانی برای مدیریت خطرات و چالش‌ها در عصر هوش‌مصنوعی و حفاظت از حقوق و آزادی‌های‌بنیادین برخوردار است. هدف اصلی این قانون طبق مقدمهٔ آن، بهبود کارکرد بازار داخلی ازطریق ایجاد چارچوب حقوقی واحد و هماهنگ در محدودهٔ اتحادیه‌اروپاست و هم‌زمان با حمایت از نوآوری و ترویج هوش‌مصنوعی انسان‌محور و قابل اعتماد، به پاسداشت ارزش‌های اتحادیه، ازجمله کرامت انسانی، دمکراسی و حاکمیت قانون، و همچنین تضمین سطح بالای سلامت، امنیت و حفاظت از حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌پردازد.

این قانون، با رویکردی مبتنی‌بر ریسک، سامانه‌های هوش‌مصنوعی را در چهار سطح تقسیم‌بندی می‌کند: ۱. هوش‌مصنوعی با خطر غیرقابل قبول[2] که استفاده از آن ممنوع است، ۲. هوش‌مصنوعی پرخطر[3] که استفاده از آن مشروط به رعایت الزامات قانونی است، ۳. هوش‌مصنوعی با خطر محدود[4] که ملزم به رعایت تدابیر مربوط به شفافیت است، ۴. هوش‌مصنوعی کم‌خطر[5] که با محدودیت خاصی روبه‌رو نشده است.[6]

به‌موجب فصل دوم و سوم این قانون،سامانه‌های پرخطر باید مجموعه‌ای از الزامات فنی و سازمانی را رعایت کنند که اعمال آنها عمدتاً برعهده تأمین‌کنندگان، عرضه‌کنندگان و کاربران این سامانه‌هاست. این الزامات که شامل استقرار نظام مدیریت ریسک، کنترل کیفیت و نحوهٔ آموزش و استفاده از داده‌ها، ثبت مستندات فنی به‌روز، ثبت خودکار وقایع سامانه، رعایت اصل شفافیت، نظارت انسانی، برخورداری از دقت و استحکام و امنیت سایبری و... است، پیش‌نیاز ورود سامانه‌های هوش‌مصنوعی به اتحادیه‌اروپا و ادامهٔ حیاتشان در آن حوزه محسوب می‌شود.

قانون هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴، اگرچه گام مهمی در مسیر نهادینه کردن رویکرد ریسک‌محور به هوش‌مصنوعی، کاهش چالش‌ها و حفاظت از حقوق و آزادی‌ها برداشته است، اما رویکردی بسیار کلی داشته و اعمال دقیق و واقع‌بینانهٔ آن نیازمند قانونگذاری‌های تفصیلی و جزئی‌تر است. افزون‌براین، این قانون از منظر سیاست‌جنایی پیشگیرانه با ناترازی‌هایی نیز مواجه است و میزان توجه آن به ظرفیت‌های گوناگون سامانه‌های هوش‌مصنوعی از انسجام و توازن کافی برخوردار نیست. برای‌مثال، باوجود وضع مقررات دقیق‌تری برای سامانه‌های شناسایی هویت بایومتریک، ظرفیت‌هایی همچون شناسایی رفتار، تحلیل ناهنجاری جمعیت و ردیابی سوژه، فاقد چارچوب اختصاصی‌اند. ازاین‌رو، برای پرهیز از تکرار

---

1. Accountability Chain
2. Unacceptable Risk AI Systems
3. High Risk AI Systems
4. Limited Risk AI Systems
5. Minimal Risk AI Systems
6. بر پایهٔ بندهای ۹ و ۱۰ مقدمه قانون‌هوش‌مصنوعی، مفاد این قانون باید در کنار سایر قوانین اتحادیه اروپا ازجمله قانون حفاظت از داده‌های شخصی (GDPR) ۲۰۱۶ تفسیر و اعمال گردد. باتوجه به عدم ارتباط مستقیم این قانون با وضعیت حقوقی استفاده از هوش‌مصنوعی، برای مطالعه بیشتر ر.ک به: انصاری، باقر، ***حقوق داده‌ها و هوش مصنوعی: مفاهیم و چالش‌ها***، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مباحث، بررسی وضعیت حقوقی شماری از ظرفیت‌ها به‌طور مجزا و شماری دیگر به‌نحو تجمیعی و با تکیه بر احکام کلی قانون صورت خواهد گرفت.

۱. ۳. وضعیت حقوقی پایش هویت‌محور

قانون هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴، سامانه‌های شناسایی هویت بایومتریک را براساس زمان پردازش داده، به دو دستهٔ بی‌درنگ و پسینی تفکیک نموده و با اتخاذ رویکردی متمایز، به سامان‌دهی آنها پرداخته است.[۱] طبق این قانون، سامانه‌های شناسایی هویت بایومتریک بی‌درنگ[۲] که در فضاهای عمومی برای اجرای قانون[۳] استفاده می‌شوند، دارای خطر غیرقابل قبول بوده و استفاده از آنها به‌طور کلی ممنوع است (بند۱-h ماده ۵)؛ زیرا طبق بند۳۲ مقدمه قانون،این سامانه‌ها به‌دلیل ماهیت تهاجمی خود،به حقوق و آزادی‌های اشخاص تعرض نموده و احساس نظارت دائمی ایجاد می‌کنند. همچنین، در پردازش بی‌درنگ، فرصت محدودتری برای بررسی دقیق‌تر داده‌ها و اصلاح خطاها در اختیار کاربران قرار دارد و امکان بروز نتایج تبعیض‌آمیز و ناقض حقوق و آزادی‌های اشخاص به‌دلیل نارسایی‌های فنی افزایش خواهد یافت.

اما در ادامه ماده، این سامانه‌ها در سه مورد استثنایی زیر، پرخطر محسوب شده و به‌کارگیری آنان، مشروط به رعایت الزامات قانونی، مجاز خواهد بود (بند۱-h ماده ۵): ۱. برای جست‌وجوی بزه‌دیدگان جرائم خاص مذکور در این قانون، ۲. برای جلوگیری از یک تهدید خاص، جدی و قریب‌الوقوع نسبت به جان یا ایمنی فیزیکی افراد یا یک حمله تروریستی واقعی یا قابل پیش‌بینی، ۳. برای شناسایی مجرم یا مظنون به ارتکاب یکی از جرائم خاص مذکور در این قانون. چنان‌که ملاحظه می‌شود، کاربرد مجاز این سامانه‌ها برای پیشگیری از جرم صرفاً به مورد دوم محدود شده است.

البته این قانون، دامنهٔ استفاده از این سامانه‌ها در محدوده استثناهای فوق را مجدداً محدود کرده و به‌کارگیری آنان را صرفاً برای شناسایی هویت افراد هدف‌گذاری‌شده مجاز کرده است (بند۲ماده۵). همچنین، پیش از هرگونه اقدام، ارزیابی پیامدهای استفاده از این سامانه‌ها بر حقوق و آزادی‌های افراد و نیز سنجش میزان شدت، احتمال و مقیاس آسیب ناشی از عدم استفاده از آنها نیز الزامی است. به‌علاوه، اخذ مجوز موردی توسط مقام قضایی یا مقام صالح دیگر با رعایت ضرورت و تناسب، لازمهٔ کاربست آنها خواهد بود و نیز هیچ تصمیمی که اثر قانونی منفی بر یک شخص داشته باشد نباید صرفاً براساس خروجی این سامانه‌ها اتخاذ گردد (بند۳ ماده۵). افزون‌بر این،کشورهای عضو اتحادیه برای به‌کارگیری سامانه‌های شناسایی چهره در موارد مجاز استثنایی، ملزم به تهیهٔ قوانین تفصیلی داخلی خواهند بود (بند۵ ماده۵)؛ زیرا اگرچه قانون هوش‌مصنوعی به ارائه رهنمودها و قواعد کلی می‌پردازد، اما یک چارچوب حقوقی جامع، مستقل و جزئی نیست[4] و تدوین قواعد و تشریفات مربوط به آیین دادرسی داخلی از محدودهٔ صلاحیت اتحادیه اروپا و این قانون خارج است.[۵]

دسته دوم، یعنی سامانه‌های شناسایی هویت بایومتریک از راه دور پسینی[۶]، که عموماً در حوزه کشف جرم یا تحقیقات

---

۱. در این قانون به وضعیت سامانه‌های احراز هویت بایومتریک پرداخته نشده است.

2. Real-Time Remote Biometric Identification System

3. Law Enforcement

4. Simmler, M., and G. Canova, Op.Cit., p.10.

5. Ebers, M., V. R. S. Hoch, F. Rosenkranz, H. Ruschemeier, and B. Steinrötter, "The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society(RAILS)", *J — Multidisciplinary Scientific Journal* , Vol 4, Issue 4, 2021, p.590.

6. Post-Remote Biometric Identification

جنایی کاربرد دارند، در تمامی موارد پرخطر شناخته شده و درصورت رعایت الزامات قانونی منعی برای استفاده از آنها وجود ندارد. البته، استفاده از این سامانه‌ها نیز مستلزم اخذ مجوز از مقام صالح جهت تحقیق درباره فرد هدف‌گذاری شده دارای ارتباط مستقیم با جرم کیفری واقعی یا بالقوه است و هیچ تصمیمی که دارای اثر حقوقی نامطلوب بر فرد باشد، نباید صرفاً براساس نتایج ارائه شده توسط این سامانه‌ها اخذ گردد (بند۱۰ ماده ۲۹). شایان‌ذکر است که اگرچه این قانون به لزوم قانون‌گذاری داخلی جهت استفاده از سامانه‌های پیسینی اشاره نکرده، اما تضمین رعایت سایر شروط و الزامات تعیین‌شده همچنان در گرو آن خواهد بود.

در نهایت، قانون هوش‌مصنوعی هرگونه عرضه و استفاده از سامانه‌های هوش‌مصنوعی برای ایجاد یا گسترش پایگاه داده‌های تشخیص چهره به‌صورت بی‌هدف،چه از طریق دوربین‌های مداربسته و چه در بستر اینترنت، را ممنوع دانسته است (بند۱-e ماده ۵)؛ زیرا این اقدام نوعی پردازش دادهٔ شخصی تلقی می‌شود و مطابق مفاد قانون حفاظت از داده‌های شخصی ۲۰۱۶ غیرمجاز است.[1]

۳.۲. وضعیت حقوقی پایش فردمحور

قانون هوش‌مصنوعی، به‌طور مستقل به تعیین وضعیت حقوقی استفاده از هوش‌مصنوعی با هدف شناسایی رفتارها نپرداخته است. اما باتوجه‌به آنکه این ظرفیت عموماً با هدف پیش‌بینی وقوع جرم اعمال می‌شود، می‌توان از این منظر به تبیین چارچوب مجاز استفاده از آن پرداخت.

به‌موجب بند۱-d ماده ۵، هرگونه عرضه یا استفاده از هوش‌مصنوعی برای ارزیابی یا پیش‌بینی خطر ارتکاب جرم توسط اشخاص حقیقی که تنها بر پروفایل‌سازی[2] یا ارزیابی ویژگی‌ها و خصوصیات شخصیتی مبتنی باشد، ممنوع است؛ اما این ممنوعیت درمورد سیستم‌های هوش‌مصنوعی که برای حمایت از ارزیابی انسانی درخصوص دخالت یک فرد در یک فعالیت مجرمانه که بر حقایق عینی و قابل تأییدی که مستقیماً با یک عمل مجرمانه مرتبط است، اعمال نمی‌شود.

بدین‌ترتیب، این قانون، الگوریتم‌های پیش‌بینی جرم را فقط درصورتی مجاز به استفاده از رفتارهای شناسایی‌شده دانسته است که رفتارها عینی و مستقیماً مربوط به جرم باشند؛ اما پیش‌بینی جرم با استفاده از تحلیل یا استنتاج هوش‌مصنوعی بر مبنای رفتارهای غیرمستقیم ممنوع است؛ زیرا به پروفایل‌سازی و ارزیابی غیرمجاز ویژگی‌های شخصیتی منجر خواهد شد. همچنین، طبق بند۴۲ مقدمه این قانون، براساس اصل برائت، اشخاص حقیقی در اتحادیه اروپا باید همواره براساس رفتار واقعی خود قضاوت شوند، نه براساس رفتار پیش‌بینی‌شده توسط هوش‌مصنوعی که بر ظن معقول مبتنی‌بر حقایق عینی درخصوص درگیری در یک عمل مجرمانه متکی نیست. برای‌مثال، پیش‌بینی وقوع جرم ضرب و جرح براساس پردازش بی‌درنگ تصاویر فردی که چاقویی را از کیف خود درآورده و با حالت تهاجمی به‌سمت شخص دیگری می‌رود، باتوجه‌به وقوع رفتاری عینی و مستقیماً مربوط به جرم، مجاز است. اما اگر سامانه با تطبیق مسیر دو فرد که برای مدتی طولانی پشت‌سرهم حرکت می‌کردند استنتاج کند که یکی از افراد دیگری را تعقیب می‌کند، نمی‌توان این نتیجه را

---

[1]. در چارچوب مقررات داخلی، یکی از راهبردهای سند تحول و تعالی قوه قضائیه مصوب ۱۴۰۳ با عنوان بهره‌گیری از فناوری‌های نوین در فرایند کشف جرم و هوشمندسازی آن، تقویت توانایی شناسایی متهمان از طریق داده‌کاوی اطلاعات مجرمان را در دستور کار سازمان‌هایی از قبیل معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه قرار داده است. این کاربرد اگرچه با تأکید بر کشف جرم، و نه پیشگیری از آن، تدوین شده، اما از جهت ارتباط با موضوع نوشتار حاضر قابل‌توجه است؛ زیرا همچنان اصول و قواعد مشخصی برای اعمال چنین نظارتی بر افراد و جلوگیری از چالش‌های آن پیش‌بینی نشده است.

[2]. Profiling

مبنای پیش‌بینی قرار داد. بدین‌ترتیب، به‌نظر می‌رسد بسیاری از کارکردهای الگوریتم‌های شناسایی رفتار که ذیل بخش ۱. ۳. ذکر شد با ممنوعیت مواجه شود.

استفاده از سامانه‌های شناسایی و تحلیل احساسات نیز طبق بند۱-f ماده ۵ قانون هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴ تنها در محیط‌های تحصیلی و شغلی غیرمجاز است؛ درحالی‌که عدم ممنوعیت استفاده از آنها در حوزه پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم کاملاً ناموجه به‌نظر می‌رسد؛ زیرا به‌کارگیری همین الگوریتم‌ها در موقعیت‌های پیشگیرانه و امنیتی، می‌تواند خطر نقض کرامت انسانی، ایجاد تبعیض و مداخله ناقض حقوق و آزادی‌ها را به‌مراتب بیش از دو حوزه مذکور افزایش دهد. بااین‌حال، طبق بند۱-c ضمیمه سوم این قانون، کاربست این سامانه‌ها در سایر حوزه‌ها پرخطر محسوب شده و باید از الزامات مربوط به این دسته پیروی نمایند. افزون‌بر این، درصورتی‌که الگوریتم‌های شناسایی احساسات مشمول قواعد فوق درباره پیش‌بینی جرم قرار بگیرند، به‌کارگیری آنان نیز ممنوع خواهد بود. این رویکرد ناموجه، معیار دسته‌بندی سامانه‌های هوش‌مصنوعی را با ابهام و عدم انسجام مواجه می‌سازد.

۳. ۳. وضعیت حقوقی پایش موقعیت‌محور و جمعیت‌محور

قانون هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴ مقررات مستقلی درباره استفاده از الگوریتم‌های ردیابی سوژه و اشیا و شناسایی ناهنجاری جمعیت پیش‌بینی نکرده است. بنابراین، مادام که این سامانه‌ها در زمرهٔ سامانه‌های دارای خطر غیرقابل قبول یا پرخطر قرار نگیرند، صرفاً ملزم به رعایت مفاد قانون حفاظت از داده‌های شخصی ۲۰۱۶ خواهند بود.

بااین‌حال، درصورتی‌که کارکرد این سامانه‌ها بر یکی از موارد مذکور در ماده ۵ یا ضمیمه سوم این قانون منطبق گردد، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های جدی بر آنها اعمال می‌شود. برای‌مثال، استفاده از سامانه‌های تحلیل رفتار جمعیت برای شناسایی هویت بایومتریک، تحلیل احساسات، پروفایل‌سازی و یا ایجاد و گسترش بی‌هدف پایگاه‌های دادهٔ تشخیص چهره، براساس مقرراتی که پیش‌تر ذکر شد، ممنوعیت یا محدودیت مواجه خواهد شد. همچنین، اگر هریک از الگوریتم‌های فوق بدون شناسایی هویت یا پیش‌بینی ارتکاب جرم توسط شخص خاص مورد استفاده قرار گیرند، قانون هوش‌مصنوعی مانعی برای به‌کارگیری آنها تعیین نکرده است؛ اما چنانچه این سامانه‌ها توسط نهادهای اجرای قانون و بر مبنای تحلیل داده‌های فردی، مانند تغییر سرعت و جهت حرکت، برای پیش‌بینی ارتکاب جرم اشخاص حقیقی به‌کار گرفته شوند، طبق بند۶-d ضمیمه سوم این قانون پرخطر محسوب شده و مشمول محدودیت‌های سخت‌گیرانه خواهند شد.

نتیجه‌گیری

سامانه‌های نظارت تصویری هوش‌بنیان، اگرچه به‌تنهایی از وقوع جرائم در سطح جامعه پیشگیری نمی‌کنند، جایگاه مهمی را در سبد تدابیر پیشگیری موقعیت‌مدار به خود اختصاص داده‌اند. براساس یافته‌های این پژوهش، بهره‌گیری مسئولانه و کارآمد از ظرفیت‌های پیشگیرانه این سامانه‌ها هنگامی ممکن است که با سیاست‌گذاری ارزش‌مدار و انسان‌محور همراه شود و از طریق جلب اعتماد عمومی و مشارکت سازندهٔ شهروندان در راستای تأمین امنیت به‌نحو مشروع اعمال گردد؛ درغیراین‌صورت به کاهش اعتماد اجتماعی و شکست اهداف پیشگیرانه منجر خواهد شد. ازاین‌رو، نظام حقوقی موظف است چارچوبی دقیق و شفاف برای نحوهٔ جمع‌آوری، پردازش و نگهداری داده‌ها، رعایت حریم خصوصی، صیانت از آزادی‌های بنیادین، پیاده‌سازی استانداردهای فنی و تعیین مسئولیت نهادها و ناظران انسانی ارائه کند؛ چنان‌که قانون

هوش‌مصنوعی ۲۰۲۴ گامی مهم و شایسته در مسیر دستیابی به آن برداشته است.البته، استمرار و ارتقای کارآمدی و مشروعیت این قانون، مشروط به تکمیل و اصلاح کاستی‌های مذکور در این نوشتار و توجه به سایر انتقاداتی است که نیازمند پژوهش‌های دیگر خواهد بود.

در نظام حقوقی ایران، باوجود گسترش نظارت تصویری در سال‌های اخیر توسط نهادهایی همچون پلیس[1] و تصریح بند اول ماده ۵ سند ملی هوش‌مصنوعی۱۴۰۳ به لزوم تدوین نظام حکمرانی داده، لوایح قانونی لازم به‌منظور ایجاد زیرساخت‌های حقوقی مورد نیاز برای مواجهه با مخاطرات هوش‌مصنوعی و تدوین استانداردهای مربوط به سامانه‌های هوش‌مصنوعی، هنوز هیچ مقرره تخصصی در این حوزه تهیه نشده و وظیفهٔ مدیریت چالش‌ها تنها بر عهدهٔ چند مادهٔ قانونی معدود و غیرتخصصی قرار گرفته است. قانونگذار اگرچه کنترل صوتی و تصویری خلاف قانون در محیط کار، اماکن عمومی و فروشگاه‌ها (ماده ۴۱ منشور حقوق شهروندی)، دسترسی غیرمجاز به داده‌های حفاظت شده (ماده ۱ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸)، انتشار غیرمجاز داده‌های شخصی (تبصره ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷) و ذخیره، پردازش و توزیع داده پیام‌های شخصی (ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲) را جرم‌انگاری نموده، اما حدود حریم‌خصوصی و مصادیق دسترسی غیرمجاز همچنان مبهم است.[2]به‌علاوه، این مواد کلی و محدود، توان مواجهه با ابعاد، چالش‌ها و سرعت پیشرفت حوزهٔ پیچیدهٔ هوش‌مصنوعی را نداشته و در سامان‌دهی ظرفیت‌های آن، به‌ویژه هنگامی‌که توسط نهادهای قدرت به‌کار گرفته‌شود، ناکارآمدند. تداوم این خلأ قانونی، به عدم‌آگاهی مردم از حقوق خود، فقدان محدودیت‌های لازم برای نهادهای حاکمیتی، رواج تفسیرهای سلیقه‌ای و موسع و بروز بحران‌های حقوقی، اجتماعی و اخلاقی خواهد انجامید. همچنین، مطالعات مشخصی برای پایش وضعیت نظارت تصویری هوش‌بنیان در ایران یافت نشد که پیشنهاد می‌شود با توجه به اهمیت آن، مدنظر پژوهشگران قرار گیرد.

براین‌اساس، تدوین و تصویب قانون جامع هوش‌مصنوعی ضرورتی غیرقابل انکار تلقی می‌شود؛ قانونی که نه‌تنها باید محدودهٔ مجاز و الزامات استفاده از فناوری هوش‌مصنوعی را در حوزه‌های حساسی همچون پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم و تحقیقات جنایی مشخص کند، بلکه باید تکالیف و مسئولیت‌های تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی را نیز تعیین نماید. همچنین پیشنهاد می‌شود چارچوب ملی ارزیابی ریسک فناوری‌های هوش‌مصنوعی طراحی شود تا پیش از استقرار هر سامانهٔ هوش‌بنیان، ریسک‌های فنی، حقوقی، اخلاقی و امنیتی آن سنجیده شده و درصورت کسب امتیاز لازم، مجوز بهره‌برداری صادر گردد. چنین سازوکاری بنیان لازم برای استفادهٔ مسئولانه و کرامت‌محور از هوش‌مصنوعی را فراهم خواهد آورد.

نظارت بر این پهنهٔ پیچیده، پویا و تخصصی نیازمند یک نهاد ملی مستقل و متشکل از متخصصان هوش‌مصنوعی، حقوق‌دانان و سیاستگذاران حوزه فناوری است. اهمیت استقلال این نهاد زمانی آشکارتر می‌گردد که از قاعده‌مندسازی و نظارت بر نحوهٔ استفادهٔ نهادهای حاکمیتی از سامانه‌های نظارتی هوش‌بنیان سخن به میان می‌آید؛ زیرا یک نهاد مستقل از اختیارات بیشتر و ارادهٔ راسخ‌تری برای جلوگیری از تجاوز از مرزهای قانونی، تفسیرهای سلیقه‌ای یا سوءاستفاده از این ابزار توسط حاکمیت‌ها و نهادهای صاحب قدرت همچون پلیس، برخوردار است. ازاین‌رو، پیشنهاد می‌شود سازمان ملی

---

[1]. طبق بند (خ) ماده ۱۰۳ قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۳ـ ۱۴۰۷)، دسترسی به سامانه‌های نظارتی (کنترلی) و مراقبتی هوشمند کلیه معابر اصلی، میادین و بزرگ‌راه‌ها در مراکز استان‌ها، کلان شهرها، جاده‌های اصلی و آزادراه‌ها که توسط شهرداری‌ها و وزارت راه و شهرسازی، نصب، نگهداری و به‌روزرسانی می‌شود نیز، به‌صورت برخط در اختیار فرماندهی انتظامی قرار می‌گیرد.

[2]. قناد، فاطمه و الهام شریف، «مطالعه اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا»، *دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص ۱۸.

نظارت بر هوش‌مصنوعی با استقلال حقوقی و اداری تأسیس شود و مسئولیت تهیه پیش‌نویس مقررات، نظارت بر اجرای قانون و انجام ممیّزی‌های دوره‌ای را برعهده گیرد. یادآوری می‌شود که هم‌اکنون، هیچگونه نظارت بیرونی بر نحوهٔ استفادهٔ نهادهای دولتی و انتظامی از سامانه‌های نظارت‌تصویری در ایران وجود ندارد.

ازسوی‌دیگر، به رسمیت شناختن حقوق شهروندان در مواجهه با فناوری‌های هوش‌مصنوعی از الزامات بنیادین در بستر حکمرانی داده‌محور و هوش‌بنیان است. ازاین‌رو، لازم است دسترسی افراد به سوابق پردازش الگوریتم‌ها در مواقعی که تصمیم سامانه بر حقوق و آزادی‌های آنان اثر می‌گذارد، حق اعتراض به نتایج پردازش‌ها و الزام نهادها به پاسخ‌گویی و شفاف‌سازی نیز تصویب و تضمین شود. تحقق این امر از طریق ایجاد مرکز رسیدگی به شکایات الگوریتمی که زیرنظر سازمان مستقل مذکور، با مشارکت نهادهایی همچون قوه قضائیه، امکان‌پذیر خواهد بود.

در نهایت، با توجه به ماهیت فراملی، بی‌مرز و پویای هوش‌مصنوعی، ایجاد هماهنگی‌های فنی و حقوقی در سطح بین‌المللی ضرورت دارد.[1] عدم‌انطباق مقررات داخلی با استانداردهای جهانی، می‌تواند کشور را در معرض انزوای حقوقی، اقتصادی و فناورانه قرار دهد. البته، رعایت این نکته به‌معنای بی‌توجهی به ارزش‌های فرهنگی جامعه نیست، بلکه مؤید رویکردی تلفیقی است که علاوه‌بر معرفی ارزش‌های اخلاقی و فرهنگی جامعهٔ ایران در سطح بین‌المللی، بر بهره‌گیری از ظرفیت‌های مثبت و تجربیات موفق دیگر جوامع با هدف ارتقای وضعیت حکمرانی در حوزهٔ فناوری و همسویی با جامعهٔ جهانی، تأکید می‌کند.

منابع

کتاب

۱. انصاری، باقر، ***حقوق داده‌ها و هوش مصنوعی: مفاهیم و چالش‌ها***، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۰.

۲. پرادل، ژان، ***تاریخ اندیشه‌های کیفری***، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.

۳. کانت، ایمانوئل، ***نقد عقل عملی***، ترجمه انشاءالله رحمتی، تهران: نورالثقلین، ۱۳۸۵.

۴. نیازپور، امیرحسن، ***پیشگیری از جرم***، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۴۰۲.

مقاله

۵. اصفهانی، بابک و صابر نیاورانی، «اصل تناسب، ابزار تضمین و تعادل میان حق‌ها و آزادی‌های بنیادین و منافع عمومی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۷، شماره ۴، ۱۴۰۳، صص ۲۰۷-۲۲۴. https://doi.org/10.48308/jlr.2022.220751.1852

۶. قناد، فاطمه و الهام شریف، «مطالعه اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا»، *دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص۱-۲۲. https://doi.org/10.22133/clj.2021.244608.1020

[1]. قانون هوش‌مصنوعی۲۰۲۴، نمونه‌ای مهم برای ایجاد رویکردی واحد و هماهنگ در سطح منطقه به‌شمار می‌رود. «پیمان جهانی دیجیتال»(Global Digital Compact) مصوب۲۰۲۴ نیز، چارچوب پیشنهادی سازمان ملل متحد برای تقویت همکاری جهانی در زمینه فناوری‌های دیجیتال ازجمله هوش‌مصنوعی است. در این راستا، شورای عالی فضای مجازی ایران در سال ۱۴۰۱، تشکیل کارگروه تخصصی و تقسیم کار جهت مشارکت در روند شکل‌گیری پیمان جهانی دیجیتال سازمان ملل متحد را تصویب نمود؛ اگرچه به‌نظر می‌رسد تاکنون ارادهٔ جدی مبنی‌بر اجرای مفاد آن وجود نداشته است. همچنین، در سطح جهانی پیشنهادهایی برای تأسیس آژانس بین‌المللی هوش‌مصنوعی (IAIA) با الگوبرداری از آژانس بین‌المللی انرژی اتمی (IAEI) ارائه شده است.

References

Books

1. Ansari, Bagher, *Data Rights and Artificial Intelligence: Concepts and Challenges*, Tehran: Sahami Enteshar Company, First Edition, 2021. (In Persian)
2. Kant, Immanuel, *Critique of Practical Reason,* Translated by: InshaAllah Rahmati, Tehran: Nour al-Thaqalain, 2006. (In Persian)
3. Niazpour, Amir Hassan, *Crime Prevention,* Tehran, Dadgostar, Second Edition, 2023. (In Persian)
4. Pradel, Jean, *History of Penal Doctrines,* Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand-Abadi, Tehran: Samt, Fourth Edition, 2009. (In Persian)

Articles

5. Akpulat, M., and M. Ekinci, "Anomaly Detection in Crowd Scenes via Cross Trajectories", *Applied Intelligence*, Vol 55, Issue 525, 2025, pp.1-16. https://doi.org/10.1007/s10489-025-06338-z /
6. Ali, M. M., "Real-Time Video Anomaly Detection for Smart Surveillance", IET Image Processing, Vol 17, Issue 5, 2023, pp.1375-1388.https://doi.org/10.1049/ipr2.12720/
7. Chen, K., X. Yang, C. Fan, W. Zhang, and Y. Ding, "Semantic-Rich Facial Emotional Expression Recognition", *IEEE Transactions on Affective Computing*, Vol 13, Issue 4, 2022, pp.1906-1916. https://doi.org/10.1109/TAFFC.2022.3201290/
8. Choung, H., P. David, and T-W. Ling. "Acceptance of AI-Powered Facial Recognition Technology in Surveillance Scenarios:Role of Trust, Security, and Privacy Perceptions", *Technology in Society,* Vol 79, 2024, pp.1-11.https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2024.102721/
9. Clarke, R. V., "Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope", *Crime and Justice: A Review of Research*, *University of Chicago Press*, Vol 4, 1983, pp.225–256. https://doi.org/10.1086/449090
10. Ebers, M., V. R. S. Hoch, F. Rosenkranz, H. Ruschemeier, and B. Steinrötter. "The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society(RAILS)", *J — Multidisciplinary Scientific Journal,* Vol 4, Issue 4, 2021, pp.589-603. https://doi.org/10.3390/j4040043/
11. Esfahani, Babak and Saber Niavarani, "The Principle of Proportionality; A Tool to Guarantee and Balance the Fundamental Rights and Freedoms and Public Interests", *Legal Research Quarterly*, Volume 27, Issue 4, 2024, pp.207-224. (In Persian) https://doi.org/10.48308/jlr.2022.220751.1852/
12. Feng, W., F. Wang, R. Han, Y. Gan, Z. Qian, J. Hou, and S. Wang, "Unveiling the Power of Self-Supervision for Multi-View Multi-Human Association and Tracking", *IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence*, Vol 47, Issue 1, 2025, pp.351-368. https://doi.org/10.1109/TPAMI.2024.3463966/
13. Feretzakis, G., K. Papaspyridis, A. Gkoulalas-Divanis, and V. S. Verykios, "Privacy-Preserving Techniques in Generative AI and Large Language Models: A Narrative Review", *Information*, Vol 15, Issue 11, 2024, pp.1-25. https://doi.org/10.3390/info15110697/
14. Fontes, C., E. Hohma, C. C. Corrigan, and C. Lütge, "AI-Powered Public Surveillance Systems: Why We (Might) Need Them and How We Want Them", *Technology in Society*, Vol 71, 2022, pp.1-12. https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2022.102137 /
15. Ghanad, Fatemeh and Elham Sharif, "Comprehensive Study of Personal Data Protection in Iran's Legal System and European General Data Protection Regulations", *Modern Technologies Law Quarterly,* Volumw 2, Issue 4, 2021, pp.1-22. (In Persian) https://doi.org/10.22133/clj.2021.244608.1020/

16. Guan, Z., Z. Wang, G. Zhang, L. Li, M. Zhang, Z. Shi, and N. Jiang. "Multi-Object Tracking Review: Retrospective and Emerging Trend", *Artificial Intelligence Review*, Vol 58, Issue 235, 2025, pp.1-46. https://doi.org/10.1007/s10462-025-11212-y/
17. Haley, P. "The Impact of Biometric Surveillance on Reducing Violent Crime: Strategies for Apprehending Criminals While Protecting the Innocent", *Sensors*, Vol 25, Issue 10, 2025, pp.1-21. https://doi.org/10.3390/s25103160 /
18. Huang, J., L. Li, L. Qing, W. Tang, P. Wang, L. Guo, and Y. Peng. "Spatio-Temporal Interactive Reasoning Model for Multi-Group Activity Recognition", *Pattern Recognition*, Vol 159, 2025, pp.1-14. https://doi.org/10.1016/j.patcog.2024.111104/
19. Johnson, T. L., N. N. Johnson, V. Topalli, D. McCurdy, and A. Wallace. "Police Facial Recognition Applications and Violent Crime Control in U.S. Cities", *Cities,* Vol 155, 2024, pp.1-14. https://doi.org/10.1016/j.cities.2024.105472 /
20. Matei, A-D., E. Talavera, and M. Aghae."Crime Scene Classification from Skeletal Trajectory Analysis in Surveillance Settings", *Engineering Applications of Artificial Intelligence*, Vol 141, 2025, pp.1-14. https://doi.org/10.1016/j.engappai.2024.109800
21. Podoletz, L. "We Have to Talk about Emotional AI and Crime", *AI & Society*, Vol 38, Issue 3, 2023, pp.1067–1082. https://doi.org/10.1007/s00146-022-01435-w/
22. Rezaee, Kh, S. Rezakhani, M. R. Khosravi, and M. K. Moghimi. "A Survey on Deep Learning-Based Real-Time Crowd Anomaly Detection for Secure Distributed Video Surveillance", *Personal and Ubiquitous Computing,* Vol 28, Issue 1, 2024, pp.135–151.https://doi.org/10.1007/s00779-021-01586-5/
23. Serna, I., A. Morales, J. Fierrez, and N. Obradovich. "Sensitive Loss: Improving Accuracy and Fairness of Face Representations with Discrimination-aware Deep Learning", *Artificial Intelligence,* Vol 305, 2022, pp.1-15.https://doi.org/10.1016/j.artint.2022.103682/
24. Simmler, M., and G. Canova. "Facial Recognition Technology in Law Enforcement: Regulating Data Analysis of Another Kind", *Computer Law & Security Review*, Vol 56, 2025, pp.1-10. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106092/
25. Talaei Khoei, T., and A. Singh. "A Survey of Emotional Artificial Intelligence and Crimes: Detection, Prediction, Challenges and Future Direction", *Journal of Computational Social Science,* Vol 7, 2024, pp.2359–2402. https://doi.org/10.1007/s42001-024-00313-3/
26. Veltmeijer, E., and C. Gerritsen. "Legal and Ethical Implications of AI-based Crowd Analysis: The AI Act and Beyond", *AI Ethics*, Vol 5, Issue 3, 2025, pp.3173–3183. https://doi.org/10.1007/s43681-024-00644-x/
27. Welsh, B. C., and D. P. Farrington. "Surveillance for Crime Prevention in Public Space: Results and Policy Choices in Britain and America", *Criminology and Public Policy*, Vol 3, Issue 3, 2004, pp.497–526. https://doi.org/10.1111/j.1745-9133.2004.tb00054.x/
28. Zaidenberg, S., B. Boulay, and F. Brémond. "A Generic Framework for Video Understanding Applied to Group Behavior Recognition", *IEEE Ninth International Conference on Advanced Video and Signal-Based Surveillance*, 2012, pp.1-7. https://doi.org/10.1109/AVSS.2012.1/
29. Zhou, L., and J. Xu. "Enhanced Abandoned Object Detection through Adaptive Dual-Background Modeling and SAO-YOLO Integration", *Sensors*, Vol 24, Issue 20, 2024, pp.1-20. https://doi.org/10.3390/s24206572

Reports

30. Ratcliffe, Jerry, "Video Surveillance of Public Places (Problem-Oriented Guides for Police. Response Guide Series. Guide No. 4)", *U.S.Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services*, Washington, DC: Center for Problem-Oriented Policing, 2006. https://popcenter.asu.edu/sites/g/files/litvpz3631/files/video_surveillance.pdf
31. The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems. Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems,

First Edition. *IEEE*, 2019.https://standards.ieee.org/content/ieee-standards/en/industry-connections/ec/autonomous-systems.html/

Website

32. "CCTV Camera Market Size, Global Report 2022-2029", Fortune Business Insights, 2025, Accessed 02 December 2025. https://www.fortunebusinessinsights.com/cctv-camera-market-107115/

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 155-174 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Conceptual Propositions of "Coercion" and "Shared Responsibility" in the Case Law of the European Court of Human Rights

Saeed Mokhtari[1], Mohamad Setayeshpur[2]

Highlights

- The European Court of Human Rights seldom explicitly employs the term “coercion”; nevertheless, through concepts such as “decisive influence,” “effective control,” “unbearable pressure,” and “positive obligations,” it fulfils the same function in multilateral scenarios.
- The Court lacks a coherent doctrine for distinguishing “coercion” from “participation in a crime” and “effective control”; this ambiguity has rendered the apportionment of shared responsibility difficult.
- The explicit recognition of coercion as an autonomous basis for shared responsibility strengthens the coherence of judicial practice.

ABSTRACT

Introduction

In the contemporary world, complex cooperation and interactions among States and international organizations, from joint military operations and migration control regimes to economic and security pressures, increasingly give rise to indivisible human rights harms. Traditional frameworks of State responsibility, which are primarily designed on the basis of bilateral relations and direct attribution, have proven inadequate in accounting for multiple or shared responsibility of States in such scenarios. The Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law (2020) were developed to fill this gap and introduce the concept of “coercion” as one of the distinct and independent grounds for establishing shared responsibility (particularly Principle 8(2)). Nevertheless, the judicial application of this concept, especially within the specialized field of human rights, has not yet been comprehensively examined. The principal objective of the present study is to analyze the conceptual relationship between “coercion” and “shared responsibility” in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). In this regard, the precise scope and judicial application of the concept of “coercion”, which emerges as a distinct and potentially significant factor for shared responsibility (Principle 8(2)), has received insufficient attention, particularly in the specialized adjudication of human rights cases. The central research question is the extent to which the Court recognizes coercion as an independent basis for establishing shared responsibility and

How to Cite: Mokhtari, Saeed, Setayeshpour, Mohamad, "The Conceptual Propositions of "Coercion" and "Shared Responsibility" in the Case Law of the European Court of Human Rights", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 155-174.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241592.2957 Received: 17/09/2025-Accepted: 09/12/2025

1. Postdoctoral Candidate, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
Corresponding Author Email: saeed.mokhtari@stu.qom.ac.ir
2. Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Copyright: © 2026 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/).

how it distinguishes it from related concepts such as complicity, effective control, and positive obligations. The hypothesis of the study posits that, despite frequently encountering coercion-based scenarios, the Court lacks a coherent and explicit doctrine in this area and relies predominantly on alternative or functionally equivalent concepts, thereby generating ambiguity in the allocation of shared responsibility and creating accountability gaps. The significance of this issue lies in the fact that explicit recognition of coercion could prevent major powers from evading responsibility through the indirect exertion of pressure on weaker States or international organizations, while enhancing coherence between general rules of international responsibility and the specialized European human rights regime.

Methods

The research methodology is qualitative and doctrinal, based on legal content analysis. A theoretical framework was first constructed drawing on the International Law Commission's 2001 Articles on State Responsibility (ARSIWA), the 2020 Guiding Principles on Shared Responsibility, and relevant scholarly literature. Subsequently, an analytical-comparative approach was employed to conduct an in-depth examination of landmark judgments of the European Court of Human Rights containing elements of coercion or its functional equivalents. The pivotal cases selected include Ilascu v. Moldova and Russia, Catan v. Moldova and Russia, Al-Skeini v. United Kingdom, El-Masri v. Macedonia, Cyprus v. Turkey, Georgia v. Russia (II), M.S.S. v. Belgium and Greece, and Sargsyan v. Azerbaijan. These cases were chosen owing to their incorporation of hierarchical power dynamics, extraterritorial control, security cooperation, and migration-related elements. The analysis proceeded comparatively between the Court's standards (decisive influence, effective control, positive obligations) and the stricter criteria of the Guiding Principles (intentional coercion, absence of reasonable alternatives, nullification of agency).

Results and Discussions

The findings of the study may be categorized into three principal axes: First, the Court rarely employs the term "coercion" explicitly but consistently applies functionally equivalent concepts. In Ilascu and Catan, the Court invoked phrases such as "decisive influence" and "overwhelming pressure" to hold Russia primarily responsible for completely nullifying the agency of Moldova and the Transnistrian authorities. This approach aligns precisely with Principle 8(2) of the Guiding Principles, which treats coercion as effecting a transfer of responsibility to the coercing actor while simultaneously preserving shared responsibility. The Court emphasized that Russia's military and economic support rendered local authorities "devoid of any reasonable alternative" and reduced Moldova's sovereignty to a "legal fiction." Second, the Court regards coercion not as a factor extinguishing responsibility but as one that redistributes it. In Al-Skeini and Sargsyan, the Court drew on the doctrine of positive obligations to declare that, even in the presence of external pressure or wartime conditions, a State exercising de facto control remains obliged to take preventive and remedial measures. This perspective is fully consonant with Principle 5 of the Guiding Principles (non-elimination of wrongfulness due to coercion) and demonstrates that coercion cannot serve as an excuse for inaction on the part of the host or occupying State. Third, the absence of a clear distinction between coercion and adjacent concepts constitutes the most significant weakness in the Court's jurisprudence. In El-Masri, the Court held Macedonia responsible solely on the ground of "knowing assistance" and refrained from examining the possibility of United States coercion; yet, had the Guiding Principles' criteria been applied, the United States could have been deemed jointly or even primarily responsible. Similarly, in Al-Skeini, the Court established the United Kingdom's "effective control" without addressing potential coercion arising from Security Council resolutions or coalition pressure. This insufficient differentiation results in weaker States bearing exclusive or disproportionate responsibility in hierarchical situations, while the coercing power escapes accountability.

Conclusion

In sum, the present study demonstrates that the jurisprudence of the European Court of Human Rights exhibits considerable practical convergence with the 2020 Guiding Principles yet remains conceptually deficient in a coherent doctrine of coercion. It is recommended that the Court, in future judgments, recognize coercion as an independent ground for shared responsibility, explicitly articulate its threshold of proof (intent, absence of reasonable alternatives, specific wrongful act), and apply the concept in cases involving migration, joint military operations, or European Union pressures. Such an evolution would not only enhance the Court's judicial consistency but also prevent accountability gaps in the international human rights system and encourage States to adhere to the principle of coercion-free cooperation in international relations.

Keywords: Coercion, Shared Responsibility, European Court of Human Rights, Positive Obligations, Effective Control.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

گزاره‌های مفهومی «اجبار» و «مسئولیت مشترک» در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

سعید مختاری[۱]، محمد ستایش‌پور[۲]

نکات برجسته

- دیوان اروپایی حقوق بشر کمتر واژه «اجبار» را صریحاً به کار می‌برد اما با مفاهیمی مانند «نفوذ قاطع»، «کنترل مؤثر»، «فشار طاقت‌فرسا» و «تعهدات مثبت» همان نقش را در سناریوهای چندجانبه ایفا می‌کند.
- دیوان دکترین منسجمی برای تفکیک «اجبار» از «مشارکت در جرم» و «کنترل مؤثر» ندارد و همین ابهام، تخصیص مسئولیت مشترک را دشوار کرده است.
- شناسایی صریح اجبار به‌عنوان مبنایی مستقل برای مسئولیت مشترک، انسجام رویه قضایی را تقویت می‌کند.

چکیده

این مقاله به بررسی رابطه مفهومی «اجبار» و «مسئولیت مشترک» در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر پرداخته است. با وجودی که چارچوب‌های سنتی مسئولیت دولت در تبیین مسئولیت چندجانبه دولت‌ها در قبال آسیب‌های غیرقابل تقسیم ناتوان هستند، اصول راهنمای مسئولیت مشترک (۲۰۲۰) نقش اجبار را به‌عنوان عاملی متمایز در ایجاد مسئولیت مشترک برجسته ساخته است. این پژوهش با روشی کیفی و از طریق تحلیل آرای کلیدی دیوان ازجمله ایلاسکو علیه مولداوی و روسیه، السکینی علیه بریتانیا و المصری علیه مقدونیه، استدلال کرده است که دیوان اگرچه به‌ندرت صراحتاً از اصطلاح «اجبار» استفاده می‌کند، مفاهیم معادل دیگری مانند «نفوذ قاطع»، «کنترل مؤثر» و «تعهدات مثبت» را برای تخصیص مسئولیت در وضعیت‌های مبتنی‌بر اجبار به کار می‌بندد. یافته‌ها نشان داد که رویکرد دیوان در تبیین اینکه اجبار مسئولیت را زایل نمی‌کند، بلکه بازتوزیع می‌نماید، با اصول راهنما همسو است. فقدان یک دکترین منسجم برای تمایز اجبار از مفاهیم مشابهی مانند مشارکت در جرم، به ابهام در اجرای مسئولیت مشترک منجر می‌شود. این مقاله نتیجه گرفته است که شناسایی صریح‌تر اجبار به‌عنوان مبنای مسئولیت مشترک می‌تواند به انسجام بیشتر رویه قضایی و جلوگیری از شکاف‌های پاسخ‌گویی در عرصه بین‌المللی منجر شود.

کلید واژگان: اجبار، مسئولیت مشترک، دیوان اروپایی حقوق بشر، تعهدات مثبت، کنترل مؤثر.

استناد به این مقاله: مختاری، سعید، ستایش‌پور، محمد، «گزاره‌های مفهومی «اجبار» و «مسئولیت مشترک» در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱۵۵-۱۷۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۱۸ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241592.2957

۱. دانشجوی پسادکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: saeed.mokhtari@stu.qom.ac.ir
۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

Copyright: © 2026 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

همکاری‌ها و همراهی‌های بین‌المللی میان تابعان فعال حقوق بین‌الملل- از رژیم‌های کنترل مهاجرت و عملیات نظامی چندملیتی گرفته تا تخریب محیط زیست - شامل چندین دولت یا سازمان بین‌المللی می‌شود که به‌صورت هماهنگ، تجمعی یا تحت روابط سلسله‌مراتبی عمل می‌کنند و به‌طور فزاینده‌ای موجب آسیب‌های غیرقابل‌تقسیم می‌شوند.[۱] چارچوب‌های سنتی مسئولیت دولت، که عمدتاً براساس روابط دوجانبه الگوبرداری شده‌اند، در به تصویر کشیدن این پویایی‌ها با مشکل مواجه می‌شوند. اصول راهنمای مسئولیت مشترک در حقوق بین‌الملل (از این به بعد اصول راهنما) که به‌صورت مقدماتی در سال ۲۰۲۰ توسط برخی اندیشمندان حقوق بین‌الملل تدوین شده است تا خلأ موجود درباره تسهیم مسئولیت در وقایع مربوط به مسئولیت مشترک را در مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت بابت عمل متخلفانه بین‌المللی[۲] (از این به بعد مواد ۲۰۰۱) و مشابه آن در خصوص مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی (موسوم به مجموعه مواد ۲۰۱۱) پر کند، چارچوب تفسیری مهمی ارائه می‌دهد و مسئولیت مشترک را مختص زمانی می‌داند که چندین شخص بین‌المللی مرتکب اَعمال متخلفانه می‌شوند که به یک آسیب غیرقابل‌تقسیم منجر می‌گردد (اصل ۲).

در این زمینه، حدود دقیق و کاربرد قضایی مفهوم «اجبار»[۳] که به‌عنوان یک عامل متمایز و بالقوه برای مسئولیت مشترک ظاهر می‌شود (اصل (۲)۸)، به‌ویژه در حوزه تخصصی قضاوت در پرونده‌های حقوق بشری، مورد بررسی کافی قرار نگرفته است. این مقاله رابطه پیچیده و اغلب مبهم بین اجبار و مسئولیت مشترک را از دیدگاه رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر (از این به بعد دیوان) بررسی می‌کند و از اصول راهنما به‌عنوان یک مرجع تحلیلی بهره می‌برد.

دیوان مکرراً با سناریوهایی مواجه می‌شود که دلالت بر اجبار بالقوه یا نفوذ فراگیر دارند؛ پرونده‌هایی که واجد موضوعاتی مثل صلاحیت فراسرزمینی (کنترل مؤثر: پرونده‌های السکینی، الجده)،[۴] همکاری در مسائل مهاجرت (هیرسی‌جماع، ان‌دی و ان‌تی)،[۵] سازمان‌های بین‌المللی (بسفر، گاسپارینی)[۶] و عملیات نظامی مشترک (جلود)[۷] هستند. دیوان اروپایی حقوق بشر درحالی‌که مفاهیمی مانند «صلاحیت»،[۸] «کنترل مؤثر»، «رضایت و هم‌دستی»[۹] و «اهتمام لازم»[۱۰] را به کار گرفته، به‌ندرت یافته‌های خود را به‌صراحت و با استفاده از اصطلاح «اجبار» بیان کرده یا نقش آن را در چارچوب‌های «مسئولیت مشترک» آن‌گونه‌که توسط اصول راهنما تعریف شده، به‌طور سیستماتیک تحلیل کرده است. درحالی‌که دیوان به مشارکت در جرم (مثلاً المصری علیه مقدونیه، استرداد فوق‌العاده)،[۱۱] عملیات مشترک (جلود علیه هلند)[۱۲] و مسئولیت

---

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق بین‌الملل عمومی***، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۲۵۷.

2. Draft articles of International Law Commission on International Responsibility of States (2001) (ARSIWA).

3. Coercion.

4. "effective control": Al-Skeini, Al-Jedda

5. Hirsi Jamaa, N.D. & N.T.

6. Bosphorus, Gasparini

7. Jaloud

8. Jurisdiction

9. Acquiescence/Connivance

10. Due Diligence

11. (El-Masri v. Macedonia, extraordinary rendition). El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, App No. 39630/09 (ECtHR, 13 December 2012), para. 206.

12. (Jaloud v. Netherlands). Jaloud v. Netherlands, App No. 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014), para. 152.

غیرمستقیم (چونکا علیه بلژیک)[1] پرداخته است، رویه قضایی آن فاقد یک دکترین منسجم برای تسهیم مسئولیت در سناریوهای مرتبط با مفهوم اجبار است. محققانی مانند آست[2] رویکرد قضایی دیوان در بررسی مسئولیت یک «اقدام مشترک» را مورد انتقاد قرار داده‌اند.[3] وی درحالی‌که موقعیت‌های پیچیده چندعاملی (مثلاً بحث انتساب دوگانه در پرونده «الجده»، تسهیم مسئولیت در پرونده «مادران سربرنیتسا») را می‌پذیرد، معتقد است که تحلیل صریح اجبار به‌عنوان یک عامل محرکِ متمایز، در استدلال‌های دیوان در موارد مرتبط با مسئولیت مشترک ، همچنان نوپاست. اغلب آثار بر «کنترل» به‌طور کلی یا بر مشارکت در جرم تمرکز دارند، و به‌طور خاص آستانه تشدیدشده و پیامدهای قانونی متمایز اجبار را آن‌طورکه توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل و اصول راهنمای مسئولیت مشترک تعریف شده است، بررسی نمی‌کنند.

درک رابطه اجبار و مسئولیت مشترک در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر به چند دلیل، بسیار مهم است: نخست به‌دلیل وجود شکاف‌های پاسخ‌گویی دولت‌ها؛ آسیب‌های پیچیده اغلب شامل اجبار یا اِعمال فشار طاقت‌فرسا از سوی کشورهای قدرتمند بر کشورهای ضعیف‌تر یا سازمان‌های بین‌المللی برای ارتکاب یا تحمل نقض حقوق بشر (مثلاً توافق‌نامه‌های مهار مهاجرت، همکاری‌های امنیتی) می‌شود. مدل‌های سنتی انتساب در بیشتر موارد منتج به تبرئه فرد اجبارکننده می‌شوند یا نمی‌توانند ماهیت مشترک آسیب را به تصویر بکشند. نکته دیگر انسجام قواعد حقوقی است؛ بررسی چگونگی انطباق یافته‌های واقعی دیوان (مثلاً «کنترل مؤثر»، «نفوذ قاطع») با تعریف کمیسیون حقوق بین‌الملل و اصول راهنما از اجبار، انسجام بین حقوق بشر تخصصی و قواعد عمومی مسئولیت بین‌المللی را افزایش می‌دهد.[4] نهایتاً موضوع پیامدهای سیاستی تنظیم و تدوین اصول مربوط به مسئولیت مشترک و به‌خصوص مفهوم اجبار در میان است؛ شفاف‌سازی آستانه‌های قانونی و پیامدهای اجبار می‌تواند دولت‌ها را از به‌کارگیری تاکتیک‌های قهری برای دور زدن تعهدات حقوق بشری بازدارد و ترتیبات همکاریِ مطابق با کنوانسیون را هدایت کند.

هدف از این مطالعه تحلیل سیستماتیک چگونگی عملکرد مفهوم اجبار در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر درخصوص وضعیت‌های مسئولیت مشترک برای آسیب‌های غیرقابل‌تقسیم وارده بر افراد است. مقصود این است که مشخص شود، چه زمانی و چگونه دیوان به‌طور ضمنی یا صریح، استدلال وجود اجبار را پیش می‌کشد و تأثیر آن بر انتساب مسئولیت و جبران خسارت را ارزیابی می‌کند.

این مقاله می‌کوشد تا با مقایسه استانداردهای واقعی دیوان (مانند سطوح بالای «نفوذ» یا «وابستگی») با تعریف سخت‌گیرانه‌تر کمیسیون حقوق بشر و اصول راهنمای مسئولیت مشترک، درک مفهوم «اجبار» در زمینه حقوق بشر را آسان‌تر سازد. پرسش اصلی این پژوهش این است که دیوان تا چه حد اجبار را به‌عنوان مبنایی برای مسئولیت مشترک به رسمیت می‌شناسد؟ و فرضیه اصلی مورد نظر این است که دیوان با سناریوهای مختلف اجبار مواجه می‌شود، اما آنها را از طریق دکترین‌های متمایز حل می‌کند، که ابعاد گوناگون مسئولیت مشترک را مبهم می‌نماید. این تحقیق از روش مطالعه حقوقی کیفی و نظری از طریق تحلیل احکام دیوان و مقایسه با اصول راهنما و منابع ثانویه حقوق بین‌الملل استفاده می‌کند و با ارزیابی چگونگی همسویی یا واگرایی رویکرد دیوان با این چارچوب‌ها، و پیامدهای عملی آن برای

---

[1]. (Čonka v. Belgium). Čonka v. Belgium, App No. 51564/99 (ECtHR, 5 February 2002).

[2]. Helmut Philipp Aust.

[3]. Aust H. P., *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p 247.

[4]. سیفی، سیدجمال، محسن عبداللهی و حسین ملکی‌زاده، «قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو قضیه ژنوساید (بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۴، ویژه‌نامه شماره ۵، ۱۳۹۰، ص ۲۸۹.

تخصیص مسئولیت و جبران خسارات، به نتیجه لازم می‌رسد.

۱. چارچوب‌های مفهومی «اجبار»

چارچوب‌های نظری مهمی که اجبار را در بافتار مسائل مربوط به مسئولیت مشترک قرار می‌دهند، به‌ویژه از طریق نوآوری‌های معرفی شده توسط اصول راهنمای مسئولیت مشترک، نشان‌دهنده بروز تکامل قابل‌توجهی در این حوزه و فراتر از «مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل» است. فرض مطرح در این چارچوب‌ها چنین است که اجبار، به‌عنوان عنصری از تعاملات دولتی، از الگوهای دوجانبه سنتی مندرج در مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل فراتر می‌رود. نوآوری‌های اصول راهنما بر شرایطی تأکید دارد که در آن چندین بازیگر در آسیب‌های غیرقابل‌تقسیم نقش دارند و بنابراین نیاز به انتساب مسئولیت مشترک به‌وضوح احساس می‌شود. تحلیل حاضر، این چارچوب نظری را از طریق رویه دیوان که به‌طور ماهوی به عملیاتی‌سازی اجبار در مسئولیت دولت پرداخته است، بررسی می‌کند.

۱.۱. اجبار به‌عنوان عامل ابطال اختیار

رویه حقوقی دیوان همواره فرضیه اصلی ماده ۱۸ مجموعه مواد ۲۰۰۱ را منعکس می‌کند که بر اساس آن، وقوع اجبار، به نفی عاملیت دولتِ مجبورشده منجر می‌شود و در نتیجه، مسئولیتِ اجبارکننده را به دنبال دارد. در پرونده «ایلاسکو علیه مولداوی و روسیه»،[1] دیوان به این نتیجه رسید که روسیه «نفوذ قاطعی»[2] بر مقامات ترانس‌نیستریا[3] اِعمال کرده و حاکمیت رسمی مولداوی را به یک «وهم حقوقی»[4] تبدیل کرده است که این کشور در آن «هیچ کنترل مؤثری»[5] برای جلوگیری از نقض حقوق بشر ندارد.[6] به زبان ساده، معنای آن این است که اگر یک دولت (مثل روسیه) با فشار شدید (مانند حمایت نظامی، اقتصادی یا سیاسی) دولت دیگری (مثل مولداوی) را وادار به کاری کند یا مانع از کنترل او بر منطقه‌ای شود، دولت اجبارکننده مسئول اصلی نقض حقوق بشر تلقی می‌شود.[7] دلیلش این است که دولت مجبور (مولداوی) عملاً اختیاری ندارد و نمی‌تواند جلوی تخلف را بگیرد؛ مانند اینکه کسی را با تهدید وادار به کاری کنند و مسئولیت بر گردن تهدیدکننده بیفتد. این امر با اصل ۸(۲) از اصول راهنما همسو است که اجبار را به‌عنوان گونه‌ای از «کنترل» در نظر می‌گیرد که مسئولیت مشترک عاملان را به همراه خواهد داشت. تأکید دیوان در این پرونده بر این امر است که حمایت نظامی و اقتصادی روسیه وضعیتی را ایجاد کرده که در آن بازیگران ترانس‌نیستریا «هیچ جایگزین معقولی»[8] جز پیروی از دستورالعمل‌های روسیه نداشته‌اند، که این رویکرد منعکس‌کننده کاربستِ استاندارد ابطال عاملیت در تفسیر اصول راهنماست.[9]

به همین ترتیب، در قضیه «کاتان علیه مولداوی و روسیه»،[10] دیوان روسیه را مسئول اقدامات قهری دانست که حقوق

---

1. Ilascu v. Moldova and Russia, 2004.
2. Decisive Influence
3. Transnistria
4. Legal Fiction.
5. Effective Control
6. Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, App no 48787/99, ECHR 2004-VII, paras. 330–331, p 392.
۷. نیکنامی، رکسانا، «عوامل مؤثر بر کنشگری اتحادیه اروپا در حل منازعه ترانسنیستریا بر مبنای الگوی مجتمع‌های امنیتی منطقه‌ای»، *فصلنامه بین‌المللی ژئوپلیتیک*، دوره ۱۷ شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۷۱.
8. Reasonable Alternative
9. Ilaşcu and Others, para. 50.
10. Catan v. Moldova and Russia, 2012.

زبانی در ترانس‌نیستریا را سرکوب می‌کرد (تبعیض زبانی علیه مدارس رومانیایی‌زبان) و به «ناتوانی مولداوی در اِعمال اقتدار»[1] به‌دلیل «فشار طاقت‌فرسا»ی[2] روسیه اشاره کرد.[3] از نظر دیوان اجبار وقوع‌یافته به این شکل بود که روسیه در توانمندسازی مقامات ترانس‌نیستریا برای ایجاد رعب و وحشت، ازجمله تعطیلی مدارس، دستگیری‌های خودسرانه و فشار اقتصادی، نقش برجسته‌ای داشته است.[4] این امر نشان می‌دهد که مسئولیت روسیه علی‌رغم حاکمیت اسمی مولداوی بر منطقه، دقیقاً به این دلیل که اجبار «به حاکمیت قاطع [مولداوی] ضربه زده است» مطرح می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، چنین اجباری نه‌فقط مسئولیت را به اجبارکننده منتقل می‌کند، بلکه جلوی فرار از پاسخ‌گویی در روابط پیچیده بین‌المللی (مثل مناطق جدایی‌طلب) را می‌گیرد و تأکید دارد که قدرت‌های بزرگ نمی‌توانند با فشار غیرمستقیم از تعهدات حقوق بشری خود شانه خالی کنند. این مفهوم به سیاست‌گذاران هشدار می‌دهد که همکاری‌های بین‌المللی باید بدون اجبار باشد تا عدالت در روابط فیمابین برقرار شود.

۱.۲. عدم رفع وصف متخلفانه و تعهدات مثبت

دیوان اروپایی حقوق بشر از طریق دکترین «تعهدات مثبت» خود، اصل (۲)۵ را که تصریح می‌کند اجبار مانع از تخلف سایر مشارکت‌کنندگان نمی‌شود، ارتقا داده است. به زبان ساده‌تر دیوان بر آن است حتی در شرایطی که یک نیروی خارجی قوی (مانند یک گروه شورشی، کشور دیگر، یا شرایط جنگی) در کار است، دولتِ صاحب مسئولیت «تعهدات مثبت» دارد.[5] یعنی نه‌فقط نباید کاری کند که حقوق افراد نقض شود (تعهد منفی)، بلکه باید اقدامات فعالانه و عملی برای محافظت از حقوق افراد در پیش بگیرد(تعهد مثبت). در پرونده «السکینی علیه بریتانیا»،[6] دیوان رأی داد که کنترل «عملی»[7] بریتانیا بر بصره، در عراق، صرف نظر از چگونگی‌های محلی اِعمال اجبار، تعهداتی را تحت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برای این کشور به بار می‌آورد. نکته مهم در حکم دیوان این است که بریتانیا نمی‌تواند برای رفع مسئولیت خود به اجبار بازیگران غیردولتی استناد کند، و این امر تأکید دارد که چندین نهاد می‌توانند وظایف و تعهدات هم‌زمان داشته باشند.[8] به بیان دیگر، اجبار، مسئولیت را از بین نمی‌برد، بلکه بازتوزیع می‌کند. دیوان می‌گوید وجود یک عامل اجبارگر (مثلاً یک جنگ یا یک نیروی شورشی قوی) باعث نمی‌شود که مسئولیت دولت میزبان یا دولت کنترل‌کننده به‌کلی ناپدید شود. بلکه این مسئولیت توزیع می‌شود. هم آن عامل اجبارگر مسئول است و هم دولت مربوطه به اندازه‌ای که توانایی و کنترل داشته، مسئولیت دارد که از حقوق افراد محافظت کند.

در پرونده «سارگسیان علیه آذربایجان»،[9] این اصل بیشتر بسط داده می‌شود. استدلال آذربایجان مبتنی‌بر این بود که حذف قوم ارمنی از قره‌باغ کوهستانی ناشی از اجبار زمان جنگ بوده است، اما دیوان رأی داد که این اجبار صرفاً مسئولیت

---

1. Inability to Exert Authority
2. Overwhelming Pressure
3. Catan and Others v. Moldova and Russia, Applications nos. 43370/04, 8252/05, and 18454/06, Judgment (Grand Chamber, European Court of Human Rights, 19 October 2012), para. 121, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114213.
4. Ibid, paras. 141-150.
5. 1. Stoyanova V., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford: Oxford University Press, 2023, p 45.
6. Al-Skeini v. UK, 2011.
7. De Facto
8. Milanovic M., "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg", *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue No 1, 2012, pp. 135–137.
9. Sargsyan v. Azerbaijan, 2015.

را - به‌جای از بین بردن آن - بازتوزیع کرده است. آذربایجان تعهدات مثبتی را برای تضمین حقوق آوارگان به عهده داشته است. دیوان تأکید داشت که اجبار اِعمال‌شده توسط یک نهاد «مانع از احراز تخلف دیگران نمی‌شود»(اصل (۲)۵ اصول راهنما).[۱] حتی اگر آذربایجان در طول جنگ، تحت اجبار (مثلاً فشار نظامی ارمنستان) اقدام به تخلیه منطقه کرده باشد، این اجبار مسئولیت آن کشور برای جبران خسارت وارده به افراد آواره (در این پرونده، یک شهروند ارمنی) را به‌طور کامل از بین نمی‌برد. این اجبار فقط ممکن است مسئولیت را بین چند نهاد (مثلاً بین آذربایجان و ارمنستان) توزیع کند، اما آذربایجان را به‌کلی مبرا نمی‌سازد. به قول برخی محققان دیوان از دولت‌ها می‌خواهد نه‌فقط از نقض مستقیم حقوق خودداری کنند، بلکه چارچوبی قانونی و عملی برای محافظت از افراد در برابر نقض حقوق توسط اشخاص ثالث (مانند سایر افراد یا شرکت‌های خصوصی) ایجاد کنند.[۲] هر دولتی به اندازه‌ای که کنترل و توانایی دارد، موظف است برای محافظت از حقوق بنیادین افراد، هر اقدامی که از دستش برمی‌آید انجام دهد. این رویکرد، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به یک سند زنده و پویا تبدیل کرده که در سخت‌ترین شرایط نیز قابل استناد است.

۱.۳. جبران‌ها و تعهدات مستمر: بُعد فراسرزمینی

چارچوب مربوط به جبران‌های مدنظر دیوان، اصل دهم از اصول راهنما را عملیاتی می‌کند که تعهدات کامل جبران خسارت را الزامی می‌داند، مگر اینکه سهم پرداختی ناچیز باشد. در پرونده «قبرس علیه ترکیه»،[۳] ترکیه این ادعا را داشت که مقامات قبرس شمالی به‌طور مستقل حقوق مالکیت را نقض کرده‌اند. دیوان این ادعا را رد و حکم کرد که کنترل قهری ترکیه، این دولت را مسئول «تمام» عواقب اَعمال متخلفانه، ازجمله جبران خسارت، می‌کند. این حکم، ترکیه - و نه دولت محلی - را به پرداخت خسارت محکوم می‌کرد که منعکس‌کننده این اصل بود که اجبارکنندگان بار اصلی جبران خسارت را بر دوش دارند.[۴] علاوه‌بر این، پرونده «گرجستان علیه روسیه (۲)»،[۵] تصریح می‌کند که اجبارکنندگان تعهدات مستمری را بر دوش دارند. تاکتیک‌های اشغال روسیه پس از سال ۲۰۰۸، مقامات گرجستان را مجبور به توقف فعالیت‌های اداری در آبخازیا کرد. دیوان، روسیه را مسئول نقض‌های «مستمر» دانست و تأکید کرد تعهدات مربوط به توقف تا زمان توقف کامل کنترل قهری پابرجاست که مصداق مستقیم استاندارد جبران خسارت غیرقابل‌فسخ مطابق اصل ۱۰ اصول راهنماست.[۶]

این رویه دیوان، ویژگی‌های متمایز اجبار را در ساختارهای مسئولیت مشترک متبلور می‌کند. برخلاف سناریوهای مشارکتی مانند پرونده (ام‌اس‌اس علیه بلژیک و یونان)،[۷] اجبار را در سلسله‌مراتبی قرار می‌دهد که در آن مسئولیت اصلی با اجبارکننده است. همان‌طور که دیوان در قضیه «ایلاسکو» اشاره کرد، اجبار، نهادِ تحت اجبار را به یک «وسیله» تقلیل می‌دهد،[۸] که این توصیف دیوان با توصیف اصول راهنما از اجبار به‌عنوان عاملی که منحصراً مبطل اختیار است، همسو

1. Sargsyan v. Azerbaijan, Application No. 40167/06, European Court of Human Rights (Grand Chamber), 16 June 2015, paras. 217–223.
2. Güler,T. S., "Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?," *European Journal of Multidisciplinary Studies,* Volume 2, Issue 1, 2017, p 358.
3. Cyprus v. Turkey, 2001.
4. Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, European Court of Human Rights (Grand Chamber), 10 May 2001, paras. 61–82, pp. 153–160.
5. Georgia v. Russia (II), 2021.
6. Georgia v. Russia (II), Application No. 38263/08, European Court of Human Rights (Grand Chamber), 21 January 2021, paras. 126–141, pp. 173–174, 331.
7. M.S.S. v. Belgium and Greece, 2011.
8. Ilaşcu and Others, para. 392.

است. این پیشرفت در رویه حقوقی، نوآوری اصول راهنما را تأیید می‌کند: اجبار از ابطال مشروط وصف متخلفانه بودن فراتر می‌رود و خود را به‌عنوان یک عامل تعیین‌کننده ساختاری در تخصیص مسئولیت تثبیت می‌کند. این رویه حقوقی حاکی از آن است که طرح بحث اجبار در سناریوهای مرتبطه صرفاً یک ابزار دفاعی نیست، بلکه«عنصر سازنده» مسئولیت مشترک است، جایی که کنترل سلسله‌مراتبی، تعهدات اولیه‌ای برای اجبارکننده ایجاد می‌کند و در چگونگی وضع جبران‌های متوازن ایفای نقش می‌کند.

۲. اجبار در مقابل مشارکت و کنترل مؤثر

دیوان اروپایی حقوق بشر با آستانه‌های تحقق مسئولیت دولت در سناریوهای پیچیده چندجانبه‌ای دست‌وپنجه نرم کرده و رسیدن به وجه تمایز دقیق بین اجبار، مشارکت و کنترل مؤثر را ضروری ساخته است. همان‌طورکه پیش‌تر در بحث چارچوب نظری بیان شد، مفهوم «اجبار» مستلزم احراز «اجبار عمدی به انجام یک عمل متخلفانه خاص» است که آن را از آموزه‌های متشابه متمایز می‌کند. این بخش از تحلیل پیش‌رو این تمایزات را از طریق رویه دیوان بررسی می‌کند و آشکار می‌سازد که چگونه عناصر منحصر به فرد اجبار، علی‌رغم محوریت آن در مسئولیت مشترک، همچنان به‌قدر کافی مورد توجه نظریه‌پردازان قرار نگرفته‌اند.

۲.۱. اجبار در مقابل مشارکت: الگوی قضیه «المصری»

طبق اصول راهنمای مسئولیت مشترک، مشارکت مستلزم نوعی «کمک آگاهانه»[1] بدون لزومِ داشتن کنترل بر عمل متخلفانه اولیه است. رأی دیوان در قضیه «المصری علیه مقدونیه»،[2] نمونه‌ای از استدلال برای اثبات وجود مشارکت در جرم را بدون ورود به تحلیل اجبار نشان می‌دهد. خالد المصری (یک شهروند آلمانی از تبار لبنانی) به‌اشتباه به‌عنوان تروریست دستگیر شد. مقامات مقدونیه او را ۲۳ روز در هتلی در پایتختشان (اسکوپیه) نگاه داشتند، با او بدرفتاری کردند (ازجمله بازجویی خشن) و بعد وی را به مأموران سیا تحویل دادند تا به افغانستان برده، در آنجا شکنجه شود. دیوان گفت مقدونیه نه‌فقط مسئول رفتار خودش است، بلکه به‌خاطر «تسهیل فعال» (کمک کردن به) عملیات سیا هم مسئول است. مثلاً، مقامات مقدونیه او را به فرودگاه بردند؛ جایی که سیا او را کتک زد و منتقل کرد. نکته مهم این است که دیوان بر «مساعدت»[3] مقدونیه در عملیات سیا (مثلاً انتقال المصری به فرودگاه که در آنجا مورد ضرب و شتم قرار گرفته بود) تأکید کرد، اما مقدونیه را به‌عنوان کشوری که توسط ایالات متحده مورد «اجبار» واقع شده است، توصیف نکرد.[4] تصور کنید دو نفر در یک کار اشتباه شریک می‌شوند. یکی کار اصلی را می‌کند (مثل شکنجه)، و دیگری فقط کمک می‌کند (مثل فراهم کردن مکان یا انتقال فرد). اگر کمک‌کننده بداند چه می‌کند و گزینه‌های دیگری هم داشته باشد، نمی‌تواند بگوید «من مجبور بودم» و از مسئولیت فرار کند. این امر با اصل ۶ اصول راهنما همسو است که می‌گوید مشارکت مستلزم «کمک یا مساعدت... با آگاهی از شرایط» است، اما کنترل بر تصمیم‌گیری دولتِ تحتِ اجبار را شامل نمی‌شود. دیوان به استقلال مقدونیه در همکاری اشاره کرد و جایگزین‌های موجود (مثلاً امتناع از استرداد یا درخواست تضمین‌های دیپلماتیک از آمریکا) را برجسته نمود و بدین ترتیب معیار «تنها گزینه قابل‌اجرا» برای مقدونیه را که برای اِعمال زور و

[1]. Knowing Assistance
[2]. El-Masri v. Macedonia, 2012.
[3]. Assistance
[4]. El-Masri v. Macedonia, para. 217.

اجبار ضروری است، نفی نمود.

۲.۲. اجبار در مقابل کنترل مؤثر: الگوی قضیه «السکینی»

حکم پرونده «السکینی» انتساب را با معیارهای صلاحیت تلفیق کرده و نشان داده است که چگونه «کنترل مؤثر» متمایز از اجبار عمل می‌کند.[۱] این پرونده مربوط به صلاحیت فراسرزمینی بریتانیا در عراق طبق ماده ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بود.[۲] دیوان در رأی خود اشاره کرد که از ماه مه ۲۰۰۳ تا ژوئن ۲۰۰۴، بریتانیا «اختیارات عمومی»[۳] را در بصره اِعمال می‌کرده و مسئولیت‌هایی را که «معمولاً توسط یک دولت مستقل اِعمال می‌شود» برعهده داشته است؛ ازجمله عملیات امنیتی که به مرگ غیرنظامیان منجر شد.[۴] این «کنترل مؤثر» بر قلمرو سرزمینی، برای این دولت ایجاد صلاحیت کرده و موجب شکل‌گیری وظایف اجرایی تحت ماده ۲ کنوانسیون (تحقیقات مؤثر در مورد مرگ‌ومیرها) شده است. بااین‌حال، دیوان، اقدامات بریتانیا را به‌عنوان نتیجه اجبارِ ناشی از مشارکت ائتلافی یا قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد ندانست. در عوض، دیوان بر اِعمال اقتدار خودمختار بریتانیا تأکید کرد: «بریتانیا (به همراه ایالات متحده) اِعمال تمام یا برخی از اختیارات عمومی را بر عهده گرفت». این موضوع با الزامات اصلی اجبار در تضاد است: اجباری که شرط انتخاب داوطلبانه عمل را از بین می‌برد. آزمون «کنترل مؤثر» در قضیه «السکینی» بر مفهوم «اقتدار سرزمینی»[۵] و «حکمرانی عملی»[۶] تمرکز دارد، نه بر اینکه آیا بریتانیا توسط متحدانش مجبور به ارتکاب اَعمال متخلفانه خاص (مثلاً تحقیقات ناکافی) شده است یا خیر.[۷] وقتی بریتانیا استدلال کرد که عملیات‌های پس از اکتبر ۲۰۰۳ خود را ناشی از قطعنامه ۱۵۱۱ شورای امنیت سازمان ملل (که دلالت بر تعهد خارجی دارد) می‌داند، دیوان این موضوع را رد کرد، اما نکته مهم‌تر این است که قطعنامه ۱۵۱۱ را وسیله‌ای اجبارکننده ندانست.[۸]

در همین خصوص در موردی دیگر، فرض چارچوب‌های نظری این است که حق منفی آزادی اجتماع (ماده ۱۱ کنوانسیون) از نظر مفهومی با هنجارهای ضد اجبار همسو است اما در سطح فردی عمل می‌کند. پرونده «سیگورجانسون علیه ایسلند»[۹] این امر را به‌خوبی نشان می‌دهد. قانون ایسلند رانندگان تاکسی را ملزم می‌کرد که برای حفظ مجوز، به انجمن «فرامی»[۱۰] بپیوندند. دیوان این امر را به‌منزله اجبار و نقض ماده ۱۱ دانست و تأکید کرد که «جوهر»[۱۱]

---

۱. مختاری، سعید و محمد ستایش‌پور، «رابطه مسئولیت مشترک و صلاحیت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، *دوفصلنامهٔ بین‌المللی حقوق بشر*، دوره ۲۰، شماره ۱، ۱۴۰۴، صص ۱۴۸–۱۵۵.

۲. سادات اخوی، سیدعلی و حوریه حسینی اکبرنژاد، «اِعمال فراسرزمینی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۲۳۵.

3. Public Powers

4. Al-Skeini and Others v. United Kingdom, App. No. 55721/07, Eur. Ct. H.R. (2011), para. 149, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606

5. Territorial Authority

6. De facto Governance

7. European Court of Human Rights (ECtHR), Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Application, No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, paras. 131–150.

8. Milanovic M., "Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq", *Cambridge Law Journal*, Volume 70, No. 1, 2011, pp 4-7.

9. Sigurjónsson v. Iceland, 1993.

10. Frami

11. Essence

آزادی تشکیل انجمن و اجتماعات، «وابستگی داوطلبانه»[1] است. دیوان این موضوع را تحت عنوان حمایت از افراد در برابر «اجبار به اجتماع»[2] برخلاف میلشان مطرح کرد که مستقیماً مشابه بحث اجبار در روابط بین‌دولتی و اجتناب از مجبور شدن دولت‌ها به انجام اَعمال متخلفانه است.[3] بااین‌حال، همان‌طور که اشاره شد، این دکترین «روابط عمودی دولت-فرد» را مورد توجه قرار می‌دهد، نه «سازوکارهای افقی بین‌دولتی». استدلال مطرح در قضیه «سیگورجانسون» مبتنی‌بر این است که اجبار در جایی وجود دارد که امتناع از آن عمل مستلزم «از دست دادن معیشت» باشد و این امر منعکس‌کننده الزام مطرح در دکترین اجبار است که دولتِ مجبور باید با «آسیب شدید و جبران‌ناپذیر» به‌دلیل عدم رعایت آن عمل اجباری، مواجه باشد. بااین‌حال، تمرکز دیوان بر استقلال فردی («آزادی اندیشه و عقیده... بدون حق اجتماع دامنه محدودی خواهد داشت») همچنان از پرسش‌های سیستماتیک مربوط به مسئولیت مشترک دولت، متمایز است.

تمایز اساسی، یعنی محدود کردن الزام اجبار به «اجبار عمدی به یک عمل متخلفانه خاص»، در رویه دیوان مورد بررسی قرار نگرفته است. برخلاف موضوع هم‌دستی در قضیه «المصری» یا کنترل صلاحیتی در قضیه «السکینی»، اجبار مستلزم این موارد است: نخست وجود عمد: اکراه‌کننده باید عمداً شرایطی را ایجاد کند که به عمل متخلفانه منجر می‌شود. دوم خاص بودن فعل صورت‌گرفته: عمل باید قابل شناسایی باشد، نه اینکه صرفاً نتیجه فشار کلی تلقی گردد. در نهایت فقدان جایگزین: نهادِ تحتِ اجبار باید «هیچ گزینه عملی» جز اطاعت و انطباق نداشته باشد. رد انتساب بریتانیا به قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل در پرونده «السکینی» به همین نکته اشاره دارد: اگر دیوان به این استدلال می‌پرداخت، ممکن بود این سؤال را بپرسد که آیا این قطعنامه «موجب» قصور تحقیقاتی خاصی شده است یا خیر. به همین ترتیب، در پرونده «المصری»، خودمختاری مقدونیه علی‌رغم فشار ایالات‌متحده، مانع از بسط و تحلیل موضوع اجبار شد. در کل، دیوان از بررسی اینکه آیا کنترل عملیاتی به‌معنای اجبار بوده است یا خیر، اجتناب می‌کند و چارچوب‌های مشارکت در جرم یا کنترل مؤثر را که استانداردهای قطعی‌تری ارائه می‌دهند، ترجیح می‌دهد.

رویه حقوقی دیوان خلأ نظری را آشکار می‌کند و آن اینکه در وضعیتی که مشارکت در جرم (المصری)، کنترل مؤثر (السکینی) و آزادی منفی (سیگورجانسون) به‌خوبی تثبیت شده‌اند، اجبار همچنان امری ضمنی باقی می‌ماند. بااین‌حال، این تمایز نظری واضح است. اجبار به سناریوهایی می‌پردازد که در آن‌ها دولت «الف»، دولت «ب» را «مجبور به ارتکاب یک عمل متخلفانه می‌کند (مثلاً از طریق تحریم‌های اقتصادی یا تهدیدهای نظامی)، و رفتار «ب» را غیرارادی جلوه می‌دهد. همان‌طورکه در تلفیق انتساب و صلاحیت در قضیه «السکینی» مشاهده می‌شود، ابزارهای فعلی دیوان نمی‌توانند این موضوع را به‌طور کامل پوشش دهند. پرونده‌های آینده مربوط به نقض حقوق بشر ناشی از تحریم‌ها یا فشار متحدین و مؤتلفین ممکن است دیوان را مجبور به بیان یک معیار مستقل برای اجبار کند؛ معیاری که مستلزم اثبات این امر باشد که عمل متخلفانه «نتیجه اجتناب‌ناپذیر»[4] رفتار قهری بین‌دولتی بوده است. تا آن هنگام ساختار مسئولیت مشترک کامل نخواهد شد.

---

[1]. Voluntary Affiliation
[2]. Forced to Associate
[3]. Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland, App. no. 16130/90, Eur. Ct. H.R. 1993, para. 37.
[4]. Inescapable Outcome

۳. اِعمال اصول راهنمای مسئولیت مشترک در پرونده‌های دیوان اروپایی حقوق بشر

۳.۱. بررسی پرونده‌ها از دریچه مفهوم اجبار

اعمال اصول راهنمای مسئولیت مشترک در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر ، با برجسته کردن مفاهیم «اجبار» و «کنترل» به‌عنوان کاتالیزورهایی برای پاسخ‌گویی مشترک، مسئولیت دولت را از نو تعریف می‌کند. این تحلیل، سه پرونده برجسته را از طریق بررسی اصول ۵، ۸ و ۱۰ از اصول راهنما بازتفسیر می‌کند و شکاف‌های ساختاری در چارچوب مفهوم انتساب نزد دیوان را آشکار می‌سازد.

۳.۱.۱. اجبار به‌عنوان عامل تعیین‌کننده مسئولیت مشترک

نخست به بررسی پرونده «المصری علیه مقدونیه شمالی»[1] می‌پردازیم. دیوان، مقدونیه شمالی را مسئول «تسهیل فعال»[2] انتقال‌های غیرعادی سیا دانست و بر دخالت مستقیم مقامات آن در بازداشت و انتقال المصری تأکید کرد.[3] اگرچه دیوان دخالت ایالات متحده را پذیرفت، اما طبق ماده ۱ کنوانسیون، با مقدونیه به‌عنوان «تنها بازیگر مسئول» رفتار کرد. بااین‌حال، اصل (۲)۸ از اصول راهنما بررسی این موضوع را الزامی می‌کند که آیا تهدیدات ایالات‌متحده (مثلاً خودداری از همکاری امنیتی) اجبار محسوب می‌شود یا خیر. درصورت اثبات، این امر:

- ایالات متحده را در قبال نقض [حقوق بشر] مسئول مشترک محسوب می‌کند (اصل (۱)۸)؛
- اَعمال مقدونیه را «منتسب به ایالات متحده» می‌کند (اصل (۴)۸)؛

و

- ایالات متحده را ملزم به جبران کامل خسارات می‌نماید (اصل ۱۰)، صرف‌نظر از مسئولیت هم‌زمان مقدونیه (اصل (۲)۵).

این امر با حکم غیابی دیوان در قضیه «گرجستان علیه روسیه (۲)) همسو است؛ مبنی‌بر اینکه مسئولیت «نمی‌تواند به این بستگی داشته باشد که آیا یک دولت، تحت فشار دولت دیگری عمل کرده است یا خیر» که تلویحاً اهمیت اجبار را تصدیق می‌کند، اما آن را عملیاتی نمی‌سازد.[4]

پرونده قابل بحث دیگر قضیه «ام‌اس‌اس. علیه بلژیک و یونان» است. دیوان مسئولیت را به صورت دوجانبه تقسیم کرد: یونان به‌دلیل نقض ماده ۳ به دلیل شرایط پذیرش غیرانسانی، و بلژیک به دلیل انتقال خواهان تحت مقررات دوبلین علیرغم نقص‌های سیستماتیک.[5] در هر صورت تحلیل رویکرد مندرج در اصول راهنما، «اجبار ساختاری در اتحادیه اروپا» را به‌دقت زیر ذره‌بین می‌برد:

- «اصل (۲)۸» (کنترل از طریق اجبار) به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا مشروط بودن بودجه اتحادیه اروپا (مثلاً تهدید به تعلیق بودجه حمایت از پناهندگان مگر اینکه یونان سهمیه‌ها را بپذیرد) باعث عدم رعایت حقوق توسط یونان شده است یا خیر.
- «اصل (۳)۸» مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی (در اینجا، اتحادیه اروپا) را در قبال «فشارهای ناشی از اوضاع

---

1. El-Masri v. North Macedonia, 2012.
2. Active Facilitation
3. El-Masri v. FYROM, para. 207.
4. Georgia v. Russia (II), para. 134.
5. M.S.S. v. Belgium and Greece, §§358–363.

و احوالی» که به‌طور قابل‌پیش‌بینی باعث نقض می‌شوند، گسترش می‌دهد.

- بی‌میلی دیوان برای پرداختن به سازوکارهای اتحادیه اروپا ارزش واقعی اصول راهنما را در پرونده‌های سیستماتیک برجسته می‌کند.[1] دیوان در این پرونده، با وجود شواهدی مبنی‌بر همسویی این عملیات با دستور کار برون‌سپاری امور مربوط به مرزهای اتحادیه اروپا، عمداً از ارزیابی اینکه آیا بودجه آموزش نیروهای لیبیایی توسط اتحادیه اروپا، مسئولیت مشترک را در پی داشته است یا خیر، اجتناب کرد.

۳.۱.۲. کنترل فراتر از «نفوذ مؤثر»

در این زمینه پرونده «کاتان علیه مولداوی و روسیه»[2] قابل توجه است. دیوان، روسیه را به دلیل «نفوذ قاطع» بر منطقه، مسئول تعطیلی مدارس مولداویایی‌زبان توسط مقامات ترانس‌نیستریا دانست.[3] اصل (۲)۸ از اصول راهنما اگرچه با معیار «کنترل مؤثر» مطرح‌شده در قضیه «لوئیزیدو علیه ترکیه»[4] سازگار است، اثبات این را می‌طلبد که روسیه «اقدامات خاصی را اجباری کرده است» (مثلاً از طریق تهدید صریح به قطع حمایت سیاسی و نظامی). درصورت عدم وجود چنین شواهدی:

- نفوذ روسیه صرفاً «تحریک»[5] محسوب می‌شود (عدم تعامل طبق اصل (۱)۸)؛
- مسئولیت اصلی همچنان بر عهده ترانس‌نیستریا (یک رژیم «واقعی») و مولداوی (به‌دلیل عدم اِعمال اقتدار) است.

این آستانه سخت‌گیرانه‌تر، مانع از گسترش بیش از حد مسئولیت، صرفاً به خاطر داشتن «نفوذ» می‌شود؛ انتقادی که به دیوان در پرونده «حنان علیه آلمان»[6] وارد شده؛ جایی که «ویژگی‌های خاص»[7] جایگزین پیوندهای واضح قضایی شده است.

۳.۱.۳. از انتساب تا هم‌دستی ساختاری

چارچوب اصول راهنما نشان می‌دهد که چگونه مدل دولت‌محور دیوان اروپایی حقوق بشر:

الف) با کشورهای تحت فشار به‌عنوان ناقضان «واجد اختیار» رفتار می‌کند (نادیده گرفتن اجبار سلسله‌مراتبی)، (المصری)؛

ب) نقش سازمان‌های بین‌المللی در تسهیل نقض حقوق بشر را نادیده می‌گیرد (نادیده گرفتن مشارکت سازمانی)، (اماس‌اس)؛

ج) مسئولیت «نفوذ» را بدون اثبات اجبار مستقیم معین می‌سازد (کنترل را با علّیت اشتباه می‌گیرد)، (کاتان).

همان‌طور که محققان خاطرنشان می‌کنند، اکراه دیوان برای تخصیص مسئولیت به صورت فراسرزمینی «به چندپارگی

---

1. S.S. and Others v. Italy (dec.), no. 21660/18, ECtHR, 17 June 2025, paras. 81–83, 102.
2. Catan v. Moldova & Russia, 2012.
3. Catan and Others v. Moldova and Russia [GC], nos. 43370/04, 8252/05, and 18454/06, ECtHR, 19 October 2012, para. 121.
4. Loizidou v. Turkey, 1995.
5. Incitement
6. Hanan v. Germany, 2021.
7. Special Features

دامن می‌زند»[1] و عدم تعادل قدرت را که در آن «شرکای ضعیف‌تر مسئولیت قانونی انحصاری را بر عهده دارند» عادی‌سازی می‌کند.[2]

یکپارچگی مفاد اصول راهنما، دیوان را با رویکردهای کارکردی به صلاحیت (نظرات مخالف پرونده‌های « آلبوکرک»،[3] «حنان»[4]) همسو می‌سازد؛ جایی که «اختیارات عمومی» از طریق اجبار اِعمال می‌شوند و تعهدات مشترک را به دنبال دارند.[5] این بازنگری در مواقعی که موارد زیر مطرح می‌شوند، ضروری است:

- «فشار دولت ثالث» (مثلاً، قراردادهای مهاجرتی که بودجه اتحادیه اروپا را به برون‌سپاری کنترل مرزها مشروط می‌کنند)؛
- «هم‌دستی شرکت‌ها» در تخلفات دولتی (مثلاً قضیه در دست بررسی «حسین علیه آلبانی»[6])؛
- «منازعات شامل چند بازیگر» (به‌عنوان مثال، «اوکراین و هلند علیه روسیه»[7] که در آن اقدامات نیروهای نیابتی روسیه مستلزم تحلیل مفهوم اجبار است).

تا زمانی که دیوان چنین چارچوبی را اتخاذ نکند، رویه قضایی آن خطر تداوم «استعمار توسط عدالت تجزیه‌شده»[8] را به همراه دارد؛ جایی که اجبار سیستماتیک از نظر قضایی نامریی باقی می‌ماند.

۳.۲. آستانه‌ها و اثبات: ادغام استانداردهای دیوان اروپایی حقوق بشر

۳.۲.۱. تحمیل هدفمند و قصد فعل

حکم دیوان در قضیه «ایرلند علیه بریتانیا»[9] تصریح دارد که شکنجه مستلزم «تحمیل عمدی و هدفمند» رنج شدید برای دستیابی به اهداف خاص (مثلاً گرفتن اعتراف، ارعاب یا مجازات) است و آن را از رفتار غیرانسانی فاقد چنین قصدی متمایز می‌کند.[10] این موضوع با الزام اصل ۸(۱) از اصول راهنما مبنی‌بر اینکه اجبار باید «آگاهانه» اِعمال شود؛ یعنی با آگاهی از عواقب شدید آن - همسو است. برای مثال:

- در قضیه «المصری»، موضوع انتقال غیرعادی شامل اجبار حساب‌شده (انتقال اجباری به سایت‌های مخفی سیا) برای استخراج اطلاعات بود. دیوان این عمل را به دلیل «هدف از پیش تعیین‌شده»[11] آن شکنجه تلقی کرد.
- به همین ترتیب، اصول راهنما چنین اَعمالی را درصورت اثبات عمدی بودن، طبق اصل ۱۳ به‌عنوان «نقض‌های

---

1. Dolzhikov A., "The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in 'Russian' Cases", *TEISĖ [Law]*, Volume 82, 2012, pp. 215–224.
2. Lavrysen, L., Natasa Mavronicola, Liora Lazarus, and Ben Saul (eds.). *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 2020, p 195.
3. Albuquerque
4. Hanan
5. Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011), Concurring Opinion of Judge Albuquerque, para 11.; Hanan v. Germany, App No 4871/16 (ECtHR Grand Chamber, 16 February 2021), Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Grozev, Ranzoni and Eicke, para 25.
6. Hussein v. Albania, 2006.
7. Ukraine and Netherlands v. Russia, 2025.
8. Coloniality of Disembodied Justice.
9. Ireland v. UK, 1978.
10. Ireland v. United Kingdom, App No 5310/71 (ECtHR, 18 January 1978), para 167.
11. Premeditated Purpose

جدی» طبقه‌بندی می‌کند و شکاف‌هایی را که در آن دولت‌ها با ادعای بروز آسیب غیرعمدی از مسئولیت شانه خالی می‌کنند، پر می‌کند.

۳.۲.۲. درجه‌بندی شدت عمل و استانداردهای درحال تکامل

دیوان در قضیه «سلمونی علیه فرانسه»[1] تأکید داشت که آستانه‌های ماده ۳ کنوانسیون «همراه با هنجارهای اجتماعی تکامل می‌یابند» و خشونتی را که زمانی «قابل قبول» بود، به‌عنوان شکنجه طبقه‌بندی کرد. این موضوع، ارزیابی‌های شدت اجبار در اصول راهنما را تحت تأثیر قرار می‌دهد:

- «اجبار شدید»: مانند قضیه «سلمونی»، شامل ضرب و شتم سیستماتیک و آسیب به اعضای بدن بود که اکنون به‌عنوان شکنجه طبقه‌بندی می‌شود. به‌طور مشابه، اصول راهنما اجبار دولتی یا شرکتی مشابه (مثلاً اردوگاه‌های کار اجباری) را به‌عنوان نقض اصل ۱۳ تلقی می‌کند.
- «اجبار با شدت کمتر»: رفتار تحقیرآمیز در بازداشتگاه‌های مهاجرتی مانند آنچه در قضیه «ام‌اس‌اس» وجود داشت، به قول دیوان اگرچه همیشه با مفهوم شکنجه منطبق نیست، اما همچنان ماده ۳ را نقض می‌کند. اصل ۸(۲) از اصول راهنما می‌تواند به اَعمالی مانند «اجباری که منجر به محرومیت شدید می‌شود» بپردازد، به‌ویژه در مواردی که گزینه‌های جایگزین رد می‌شوند.

بنابراین، «مقیاس درجه‌بندی‌شده» دیوان اروپایی حقوق بشر (شکنجه، سپس رفتار غیرانسانی، سپس رفتار تحقیرآمیز) به مفاد اصول راهنما این امکان را می‌دهد که واکنش‌ها را با شدت اجبار تنظیم کند.

۳.۲.۳. قصور سیستماتیک و هم‌دستی دولت

پرونده «ولودینا علیه روسیه»[2] نشان می‌دهد که چگونه «تحمل سیستماتیک دولت» در برابر اجبار (مثلاً خشونت خانگی) با عادی‌سازی مصونیت از مجازات، ماده ۳ کنوانسیون را نقض می‌کند. این امر مستقیماً اصل ۱۳ از اصول راهنما درمورد «نقض‌های جدی شامل قصورهای سیستمی» را درگیر می‌سازد:

- دیوان «بی‌تحرکی ساختاری» روسیه را محکوم کرد: پلیس این دولت شکایات را رد کرد و کنترل متجاوزان را تداوم بخشید. این امر منعکس‌کننده تمرکز اصول راهنما بر دولت‌هایی است که «اجبار را تسهیل می‌کنند یا لااقل از آن جلوگیری نمی‌کنند».[3]
- اَعمال فراسرزمینی: در مواردی که دولت‌ها اجبار را برون‌سپاری می‌کنند، معیار «کنترل مؤثر» مشابه آنچه در پرونده «السکینی» وجود داشت موجب احراز صلاحیت می‌شود. بنابراین، اصل ۸ از اصول راهنما مسئولیت «فعال‌سازی آگاهانه» اجبار توسط شخص ثالث را تعیین می‌کند.

۳.۲.۴. آزادی منفی و کنترل

دکترین‌های دیوان اروپایی حقوق بشر، دامنه اجبار فراسرزمینیِ مقرر در اصول راهنمای مسئولیت مشترک را گسترش

[1]. Selmouni v. France, 1999.
[2]. Volodina v. Russia, 2019.
[3]. European Court of Human Rights, Volodina v. Russia, Application no. 41261/17, Judgment of 9 July 2019, paras. 74, 78, 83–85.

می‌دهند:

- «کنترل مؤثر» (السکینی): دولت‌هایی که در خارج از کشور اِعمال اقتدار می‌کنند (مثلاً اشغال، ممنوعیت دریایی) تعهدات مندرج در ماده ۳ کنوانسیون را بر عهده دارند. اصل ۸ از اصول راهنما نیز به‌طور مشابه مسئولیت را به «کنترل بر وضعیت»[1] مرتبط می‌کند.
- آزادی منفی (سیگورجانسون): اجبار بی‌اعتبارکننده رضایت (مثلاً تهدید به نابودسازی معیشت برای وادار کردن به پذیرش موضوع اجبار) ماده ۱۱ (آزادی تجمع و تشکل) را نقض می‌کند. آزمون «نبودن جایگزین معقول» (اصل ۸(۲)) در اصول راهنما، همین منطق را برای اجبار اقتصادی یا دیجیتال اتخاذ می‌کند.

نهایتاً می‌توان گفت ادغام رویه حقوقی دیوان اروپایی حقوق بشر با اصول راهنمای مسئولیت مشترک شکاف‌های اساسی را بدین نحو پر می‌کند:

الف) «آستانه‌های قصد» مستخرج از «ایرلند علیه بریتانیا» تضمین می‌کند که الزام «آگاهانه» اصول راهنما آسیب تصادفی را مستثنا می‌کند.

ب) «استانداردهای درحال‌تکامل شدت اجبار» (پرونده «سلمونی») به اصول راهنما اجازه می‌دهد تا به اجبارهای جدید (مثلاً تبعیض روشمند) بپردازد.

ج) «تحلیل سیستمی» (پرونده ولودینا) پیامدهای سخت‌گیرانه اصول راهنما را برای اجبار دولتی اِعمال می‌کند.

همان‌طور که دیوان در پرونده «چاهال علیه انگلستان»[2] اشاره کرد، ممنوعیت مطلق ماده ۳ مستلزم «حمایت عملی و مؤثر»[3] است.

نتیجه‌گیری

تحلیل حاضر نشان می‌دهد که مفهوم «اجبار» در چارچوب مسئولیت مشترک، به‌عنوان یکی از عوامل کلیدی در حقوق بین‌الملل، در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر حضوری ضمنی اما پررنگ دارد. این مطالعه با بررسی پرونده‌های کلیدی مانند ایلاسکو علیه مولداوی و روسیه، السکینی علیه بریتانیا، المصری علیه مقدونیه، و سارگسیان علیه آذربایجان، آشکار ساخت که دیوان، هرچند به‌ندرت از اصطلاح «اجبار» به‌طور صریح استفاده می‌کند، اما از مفاهیم همسو مانند «نفوذ قاطع»، «کنترل موثر»، و «فشار طاقت‌فرسا» برای تخصیص مسئولیت در سناریوهای پیچیده چندجانبه بهره می‌برد. این رویکرد، که اغلب بر پایه تعهدات مثبت و عدم رفع وصف متخلفانه استوار است، با اصول راهنمای مسئولیت مشترک (به‌ویژه اصول ۲، ۵، ۸ و ۱۰) همخوانی دارد، اما فقدان یک دکترین منسجم برای تمایز اجبار از مشارکت در جرم یا کنترل مؤثر، به ابهاماتی در ساختار مسئولیت مشترک منجر می‌شود.

فرضیه اصلی این پژوهش – که دیوان با سناریوهای اجبار مواجه است، اما آنها را از طریق رویکردهای متمایز حل می‌کند و ابعاد مسئولیت مشترک را مبهم می‌سازد – تأیید می‌شود. برای نمونه، در پرونده ایلاسکو، دیوان اجبار را به‌عنوان عامل ابطال اختیار نهاد تحت اجبار (مانند مقامات ترانسنیستریا) تلقی کرد و مسئولیت اصلی را به اجبارکننده (روسیه) نسبت داد که این امر با اصل ۸(۲) اصول راهنما همسو است. بااین‌حال، در پرونده المصری، تمرکز بر «مساعدت آگاهانه» بدون ورود به تحلیل اجبار، نشان‌دهنده تمایل دیوان به استفاده از چارچوب‌های مشارکتی است تا اجباری، که این امر می‌تواند

[1]. Control over the Situation
[2]. Chahal v. UK, 1996.
[3]. Practical and Effective Protection

شکاف‌های پاسخ‌گویی را در روابط سلسله‌مراتبی بین‌المللی افزایش دهد. همچنین، تمایز اجبار از کنترل مؤثر در السکینی، بر این نکته تأکید دارد که اجبار مستلزم اثبات «عدم گزینه معقول» و «اجبار عمدی به عمل متخلفانه خاص» است، درحالی‌که کنترل مؤثر بیشتر بر صلاحیت فراسرزمینی و اقتدار عملی تمرکز دارد.

از منظر نظری، این یافته‌ها انسجام بین حقوق بشر تخصصی و قواعد عمومی مسئولیت بین‌المللی را تقویت می‌کنند. دیوان با تلفیق مفاهیم مانند «وابستگی» و «نفوذ قاطع» با استانداردهای کمیسیون حقوق بین‌الملل (مانند ماده ۱۸ مواد ۲۰۰۱)، نشان می‌دهد که اجبار نه‌فقط یک دفاع منفی، بلکه عنصری سازنده در مسئولیت مشترک است. این امر می‌تواند به تکامل اصول راهنما کمک کند، به‌ویژه در پر کردن خلأهای مربوط به آسیب‌های غیرقابل تقسیم در همکاری‌های بین‌المللی، مانند کنترل مهاجرت یا عملیات نظامی مشترک. ازسوی‌دیگر، پیامدهای عملی این تحلیل برجسته است: شفاف‌سازی آستانه‌های قانونی اجبار می‌تواند دولت‌ها را از به‌کارگیری تاکتیک‌های قهرآمیز برای دور زدن تعهدات حقوق بشری بازدارد و ترتیبات همکاری را با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همسو سازد. برای مثال، در پرونده‌های مربوط به مهاجرت (مانند هیرسی‌جماع) یا سازمان‌های بین‌المللی (مانند بوسفوروس)، شناسایی صریح اجبار می‌تواند به توزیع عادلانه‌تر غرامت‌ها و تعهدات مستمر منجر شود و از تبرئه اجبارکنندگان قدرتمند جلوگیری کند.

باوجوداین، محدودیت‌های رویه دیوان – مانند تمرکز بر روابط دوجانبه به‌جای چندجانبه، و عدم تحلیل سیستماتیک پیامدهای اجبار بر جبران خسارت – نشان‌دهنده نیاز به پیشرفت‌های بیشتر است. پیشنهاد می‌شود که دیوان در احکام آتی، اجبار را به‌عنوان مبنایی مستقل برای مسئولیت مشترک به رسمیت بشناسد و استانداردهای سخت‌گیرانه‌تری (مانند اثبات فقدان گزینه جایگزین و عمد اجبارکننده) را اعمال کند. این امر نه‌فقط انسجام قضایی را افزایش می‌دهد، بلکه به سیاست‌گذاران بین‌المللی کمک می‌کند تا در توافق‌نامه‌های مهاجرتی یا امنیتی، مکانیسم‌های ضداجبار را تعبیه کنند.

در نهایت، این پژوهش بر اهمیت ادغام اصول راهنمای مسئولیت مشترک در حقوق بشر تأکید دارد تا از ایجاد شکاف‌های پاسخ‌گویی در جهان چندقطبی جلوگیری شود. تحقیقات آینده می‌تواند بر مقایسه رویه دیوان با سایر محاکم منطقه‌ای (مانند دیوان آمریکایی حقوق بشر) تمرکز یا نقش اجبار در زمینه‌های نوظهور مانند سایبری و زیست‌محیطی را بررسی کند. چنین رویکردی، حقوق بین‌الملل را به‌سمت پاسخ‌گویی فراگیرتر و عادلانه‌تر سوق خواهد داد.

منابع

کتاب

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق بین‌الملل عمومی***، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.

مقاله

۲. سادات اخوی، سیدعلی و حوریه حسینی اکبرنژاد، «اعمال فراسرزمینی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۴، ۱۳۸۸، صص ۲۵۶-۲۳۳. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1388.39.4.13.3

۳. سیفی، سیدجمال، محسن عبداللهی و حسین ملکی‌زاده، «قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو قضیه ژئوساید (بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۴، ویژه‌نامه ۵، ۱۳۹۰، صص ۳۰۲– ۲۸۵.

٤. مختاری، سعید و محمد ستایش‌پور، «رابطه مسئولیت مشترک و صلاحیت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، *دوفصلنامهٔ بین‌المللی حقوق بشر*، دوره ۲۰، شماره ۱، ۱۴۰۴، صص ۱۴۷-۱۶۵. https://doi.org/10.22096/hr.2025.2055472.1729

۵. نیکنامی، رکسانا، «عوامل مؤثر بر کنشگری اتحادیه اروپا در حل منازعه ترانسنیستریا بر مبنای الگوی مجتمع‌های امنیتی منطقه‌ای»، *فصلنامه بین‌المللی ژئوپلیتیک*، دوره ۱۷، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۱۹۵–۱۷۰. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17354331.1400.17.63.7.2

References

Books

1. Aust, H. P., *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
2. Lavrysen, L., Natasa Mavronicola, Liora Lazarus, and Ben Saul (eds.). *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 2020.
3. Stoyanova, V. *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford: Oxford University Press, 2023.
4. Ziaei Bigdeli, Mohammad Reza, *Public International Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1400. (In Persian)

Articles

5. Dolzhikov, A. “The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in ‘Russian’ Cases”, *TEISĖ*, Volume 82, 2012, pp. 215–224. https://doi.org/10.15388/Teise.2012.0.127/
6. Güler, T. S., “‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?”, *European Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 6, Issue 1, 2017, pp. 358–364. https://doi.org/10.26417/ejms.v6i1.p358-364/
7. Milanovic, M. “Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq”, *Cambridge Law Journal*, Volume 70, Issue 1, 2011, pp. 4-7. Doi: 10.1017/S000819731100002X/
8. Milanovic, M., “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, *European Journal of International Law,* Volume 23, Issue 1, 2012, pp. 121–139. https://doi.org/10.1093/ejil/chr102/
9. Mokhtari, Saeed and Mohammad Setayesh-Pour, “The Relationship between Shared Responsibility and Jurisdiction in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Bi-Quarterly International Journal of Human Rights,* Volume 20, Issue 1, 2025, pp. 147–165. (In Persian) https://doi.org/10.22096/hr.2025.2055472.1729/
10. Niknami, Roxana, “Determinants of EU Agency in Resolving the Transnistrian Conflict Based on the Regional Security Complex Theory”, International Journal of Geopolitics, Volume 17, Issue 3, 2021, pp. 170–195. (In Persian) https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17354331.1400.17.63.7.2/
11. Sadat-Akhavi, Sayyed Ali and Hoorieh Hosseini Akbarnajad, “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights in ECtHR Case Law”, *Private Law Studies Quarterly,* Volume 39, Issue 4, 2009, pp. 233–256. (In Persian) https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1388.39.4.13.3/
12. Seyfi, Sayyed Jamal, Mohsen Abdollahi and Hossein Maleki-Zadeh, “Attribution of Responsibility in the ICJ Jurisprudence in Light of the Genocide Case (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, *Legal Research Quarterly*, Volume 14, Special Issue 5, 2011, pp. 285–302. (In Persian)

Cases

13. *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, App. No. 55721/07 (ECtHR, July 7, 2011).
14. Al-Skeini and Others v., *The United Kingdom*, Concurring Opinion of Judge Albuquerque, App. No. 55721/07 (ECtHR, July 7, 2011).

15. *Catan and Others v. Moldova and Russia*, Apps. Nos. 43370/04, 8252/05 & 18454/06 (ECtHR [GC], October 19, 2012).
16. *Chahal v. The United Kingdom*, App. No. 22414/93 (ECtHR [GC], November 15, 1996).
17. *Čonka v. Belgium*, App. No. 51564/99 (ECtHR, February 5, 2002).
18. *Cyprus v. Turkey*, App. No. 25781/94 (ECtHR [GC], May 10, 2001).
19. *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 39630/09 (ECtHR [GC], December 13, 2012).
20. *Georgia v. Russia (II)*, App. No. 38263/08 (ECtHR [GC], January 21, 2021).
21. *Hanan v. Germany*, App. No. 4871/16 (ECtHR [GC], February 16, 2021).
22. Hanan v., *Germany*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Grozev, Ranzoni & Eicke, App. No. 4871/16 (ECtHR [GC], February 16, 2021).
23. *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 48787/99 (ECtHR [GC], July 8, 2004).
24. International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. 2001.
25. *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71 (ECtHR, January 18, 1978).
26. *Jaloud v. Netherlands*, App. No. 47708/08 (ECtHR [GC], November 20, 2014).
27. *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, App. No. 15318/89 (ECtHR [GC], March 23, 1995).
28. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09 (ECtHR [GC], January 21, 2011).
29. *S.S. and Others v. Italy (dec.)*, App. No. 21660/18 (ECtHR, June 17, 2025).
30. *Sargsyan v. Azerbaijan*, App. No. 40167/06 (ECtHR [GC], June 16, 2015).
31. *Selmouni v. France*, App. No. 25803/94 (ECtHR [GC], July 28, 1999).
32. *Sigurjónsson v. Iceland*, App. No. 16130/90 (ECtHR, June 30, 1993).
33. *Volodina v. Russia (No. 2)*, App. No. 40419/19 (ECtHR, September 14, 2021).

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 175-196 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Zemiological Analysis of Educational Privatization with Emphasis on Its Impact on Crime Prevention

Behzad Razavifard[1], Peyman Dolatkhah Pashakie[2]

Highlights

- Educational privatization, under market dominance and weak public regulation, can exacerbate social and class inequalities, generating structural harms.
- Educational inequality, economic and psychological pressures, and weakened social capital undermine education's preventive capacity in socialization and reducing criminogenic risk factors.
- Strengthening public education, implementing Article 30 of the Constitution, regulating non-governmental schools, and supporting teachers are essential to mitigating the structural harms of privatization.

ABSTRACT

Introduction

Education is one of the fundamental human and social rights and an important institutional basis for social justice, equality of opportunity, and human development. However, the expansion of educational privatization, particularly when accompanied by market-oriented and profit-seeking logic, may strengthen the relationship between access to education and household economic capacity and may generate consequences extending beyond educational administration. The central question of this article is how educational privatization may produce or intensify structural social harms and how such harms may weaken mechanisms of crime prevention. The article adopts a zemiological perspective, which does not confine the object of analysis to formally criminalized conduct but focuses on social harms, suffering, deprivation, inequality, and the structural effects of policies and power relations. The objective is to provide a zemiological analysis of the consequences of educational privatization and to explain its relationship with crime prevention. Education is therefore considered not merely a public service but also an institution that contributes to socialization, social capital, reduction of deprivation, and limitation of risk factors associated with offending.

Methods

The article employs a descriptive-analytical method and relies on documentary and library-based research. Persian and English sources concerning zemiology, educational privatization, the right to education, educational justice, crime prevention, social strain, and the social consequences of educational policies are

How to Cite: Razavifard, Behzad, Dolatkhah Pashakie, Peyman, "Zemiological Analysis of Educational Privatization with Emphasis on Its Impact on Crime Prevention", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 175-196.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242977.3020 Received: 28/12/2025-Accepted: 10/02/2026

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
2. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: dolatkhah@atu.ac.ir

Copyright: © 2026 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/).

examined. The analytical framework connects three components: educational privatization as a policy and institutional mechanism; zemiology as an approach to studying social harms generated by structures and policies; and crime prevention as one of the social functions of education. Accordingly, the article considers equal access, social and class inequality, economic and psychological pressure, social capital, educational relations, teachers' employment conditions, and opportunities for social mobility, rather than economic or managerial indicators alone. The legal foundations of educational privatization in Iran and the position of Article 30 of the Constitution concerning public education are also considered. The analysis indicates an analytically relevant relationship between structural harms associated with educational policies and the preventive capacities of education, without claiming a definitive causal relationship between privatization and increased crime beyond the evidence and analytical framework of the sources examined.

Results and Discussions

The findings can be organized around several main dimensions. First, educational privatization may make access to quality education increasingly dependent on household purchasing power and economic position. Under such conditions, differences in family economic capacity can become differences in educational opportunity, and education may, in certain circumstances, reproduce rather than reduce existing social and class inequalities. From a zemiological perspective, some consequences may not constitute formally defined crimes while nevertheless appearing as deprivation, discrimination, economic pressure, and restricted opportunities for development and social mobility. Second, privatization may increase economic and psychological pressures on students and families. Educational competition, direct and indirect educational costs, and the growing importance of financial capacity in school and educational-service selection may, in the absence of compensatory mechanisms, create experiences of pressure and relative deprivation. Third, the article indicates that the commodification of education may contribute to the reproduction of relations of dominance and the concentration of educational opportunities among advantaged groups. The growth of educational and examination-preparation networks, and what the article describes as the "exam oligarchy," is examined as a manifestation of concentration of educational resources and opportunities. Fourth, the consequences of privatization are not limited to students and families. Teachers' conditions are also significant from a zemiological perspective. Temporary contracts, employment insecurity, economic pressure, and differences in employment conditions in non-governmental schools may constitute hidden costs of privatization. Fifth, the findings establish an analytical connection between educational privatization and crime prevention. Education has preventive capacity through socialization, development of social skills, legal awareness, legitimate opportunities for social mobility, and reinforcement of social capital. Factors that restrict equal access to these functions may reduce the preventive capacity of the educational system. Finally, the analysis emphasizes institutional responses and structural policy-making, including full implementation of Article 30 of the Constitution, strengthening public schools, effective regulation of non-governmental schools, limiting profit-oriented logic in basic education, greater transparency and accountability, sustained support for teachers, parental participation, and attention to critical education. The analysis also shows that the preventive role of education depends not only on enrollment but also on the quality, accessibility, continuity, and social inclusiveness of educational opportunities. Where educational resources become differentiated according to economic capacity, formally equal access may coexist with materially unequal opportunities. From the zemiological standpoint adopted in the article, such inequality is relevant because it distributes exposure to educational deprivation unevenly across social groups and may reinforce cumulative disadvantage. The discussion therefore treats educational privatization as a process whose social effects should be assessed together with the institutional arrangements that regulate fees, quality, admission, accountability, and protection of vulnerable groups. The article further emphasizes that crime prevention should not be reduced to direct interventions against offending; preventive capacity may also be strengthened through policies that reduce structural deprivation before it is translated into social exclusion or other risk conditions. From this perspective, educational privatization is not limited to financing arrangements or school administration; it also concerns the distribution of educational opportunities and their effects on different social groups. When access to quality education becomes excessively dependent on household financial capacity, economic differences may be transformed into differences in the quality and range of educational opportunities. This is significant from a zemiological perspective because social harm may be experienced before it appears as criminal conduct or an explicit violation of a criminal rule, in the form of deprivation, exclusion, pressure, perceived injustice, and reduced opportunities for social mobility. Accordingly, assessment of privatization should consider not only formal educational indicators but also its distributive and social consequences. The preventive role of education also requires attention to its indirect functions. Schools can provide settings for developing social skills, participation, learning social rules and norms, increasing awareness, and strengthening social bonds. Consequently, reduced equality of access to education or increased pressure

resulting from competition and educational costs may affect the social and preventive capacities of the educational system. Within this framework, crime prevention is not limited to direct interventions designed to prevent offending; it also includes policies that reduce deprivation and strengthen legitimate opportunities, thereby creating more supportive social conditions. At the institutional level, the findings also emphasize the importance of public regulation. The participation of non-governmental actors in education, when not accompanied by clear rules, effective oversight, transparency, and mechanisms protecting vulnerable groups, may contribute to the intensification of some of the harms discussed in the article. The central issue is therefore not the absolute rejection of non-governmental participation in education, but the regulation of such participation in a manner that preserves the right to education, educational justice, and the social and preventive functions of schools. In this regard, strengthening public schools and providing sustained support for teachers, together with appropriate regulation of non-governmental schools, forms part of the structural response emphasized by the article.

Conclusion

The analysis indicates that educational privatization should not be assessed merely as the transfer of part of educational provision from the state to non-governmental actors. The manner in which privatization is regulated and implemented may affect the distribution of educational opportunities, social inequality, families and teachers, and consequently the preventive capacities of the educational system. A zemiological perspective makes these consequences visible as structural social harms. Accordingly, equitable educational policy and effective public regulation, together with the strengthening of public education, can contribute to reducing harms associated with educational inequality and preserving the long-term role of education in crime prevention.

Keywords: Privatization, Education, Zemiology, Crime Prevention, Harm.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تحلیل زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش با تأکید بر تأثیر آن در پیشگیری از جرم

بهزاد رضوی فرد[۱]، پیمان دولت‌خواه پاشاکی[۲]

نکات برجسته

- خصوصی‌سازی آموزش در شرایط غلبه منطق بازار و ضعف تنظیم‌گری عمومی، با تشدید نابرابری‌های اجتماعی و طبقاتی، زمینه‌ساز بروز آسیب‌های ساختاری است.
- نابرابری آموزشی، فشارهای اقتصادی و روانی و تضعیف سرمایه اجتماعی، ظرفیت پیشگیرانه آموزش در جامعه‌پذیری و کاهش عوامل خطر بزهکاری را تضعیف می‌کند.
- تقویت آموزش عمومی، اجرای اصل ۳۰ قانون اساسی، تنظیم‌گری مدارس غیردولتی و حمایت از معلمان، از الزامات کاهش آسیب‌های ساختاری خصوصی‌سازی است.

چکیده

حق آموزش یکی از بنیادی‌ترین حقوق طبیعی و اجتماعی انسان است که تحقق عدالت اجتماعی، توسعه انسانی و برابری فرصت‌ها را تضمین می‌کند. بااین‌حال، گسترش سیاست‌های خصوصی‌سازی آموزش، این حق عمومی را به کالایی تجاری تبدیل کرده و دسترسی به آموزش را به قدرت خرید و موقعیت طبقاتی پیوند زده است. رویکرد زمیولوژیک امکان تحلیل پیامدهای گسترده و کمتر قابل مشاهده خصوصی‌سازی آموزش را فراهم می‌سازد. براین‌اساس، خصوصی‌سازی آموزش موجب ایجاد آسیب‌های ساختاری، ازجمله افزایش نابرابری اجتماعی و طبقاتی، محدودسازی دسترسی گروه‌های کم‌درآمد به آموزش باکیفیت، فشار اقتصادی و روانی بر خانواده‌ها و دانش‌آموزان، تضعیف سرمایه اجتماعی، کاهش انسجام مدرسه و بازتولید سلطه نولیبرالی می‌شود. این آسیب‌ها، از منظر پیشگیری از جرم، با افزایش عوامل خطر، کاهش مهارت‌های اجتماعی، محدودسازی فرصت‌های مشروع ارتقای اجتماعی و فرسایش کنترل اجتماعی، زمینه‌ساز رفتارهای انحرافی و خشونت می‌گردند. همچنین، خصوصی‌سازی آموزش به شکل‌گیری شبکه‌های سوداگرانه و الیگارشی آموزشی منجر می‌شود که با ایجاد نیازهای کاذب، دسترسی عادلانه به فرصت‌های آموزشی را محدود می‌کند. آثار منفی این سیاست‌ها بر معلمان شامل تضعیف دانشگاه فرهنگیان، به‌کارگیری نیروهای موقت و کاهش امنیت شغلی، نیز از منظر زمیولوژیک قابل تحلیل است. این مقاله با رویکرد توصیفی - تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ضمن بررسی چارچوب نظری و مفهومی زمیولوژی، آسیب‌های ناشی از خصوصی‌سازی آموزش و پیامدهای آن بر عدالت اجتماعی و پیشگیری از جرم را شناسایی، و بر ضرورت سیاست‌گذاری علمی و عدالت‌محور در حوزه آموزش تأکید می‌کند تا آموزش به‌عنوان حق عمومی و ابزار کاهش نابرابری و پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی و جرم بازتعریف شود.

کلید واژگان: خصوصی‌سازی، آموزش، زمیولوژی، پیشگیری از جرم، آسیب.

استناد به این مقاله: رضوی فرد، بهزاد، دولت‌خواه پاشاکی، پیمان، «تحلیل زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش با تأکید بر تأثیر آن در پیشگیری از جرم»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱۷۵-۱۹۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۲۱ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242977.3020

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: dolatkhah@atu.ac.ir

Copyright: © 2026 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

آموزش به‌مثابه یکی از بنیادی‌ترین حقوق طبیعی و اجتماعی انسان، نقشی تعیین‌کننده در تحقق عدالت اجتماعی، برابری فرصت‌ها و توسعه انسانی ایفا می‌کند. این حق، نه امتیازی وابسته به جایگاه طبقاتی، جنسیت یا قومیت، بلکه حقی همگانی است که در اسناد بنیادین حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته است؛ ازجمله ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) و ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) که دولت‌ها را به تأمین آموزش ابتدایی رایگان و تضمین دسترسی برابر به آموزش عالی ملزم می‌سازند.[۱] در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز اصل سی‌ام قانون اساسی، دولت را مکلف به فراهم‌سازی آموزش رایگان تا پایان دوره متوسطه و گسترش آموزش عالی تا مرز خودکفایی می‌داند. بدین‌ترتیب، آموزش به‌عنوان یک کالای عمومی و ابزار بنیادین تحقق عدالت اجتماعی، جایگاهی ریشه‌دار در نظام‌های حقوقی و هنجاری یافته است.

بااین‌حال، تحولات اقتصادی و سیاسی دهه‌های پایانی قرن بیستم و غلبه گفتمان نئولیبرالی، موجب تغییر جهت سیاست‌گذاری‌های آموزشی در بسیاری از کشورها شده است. تأکید بر خصوصی‌سازی، کوچک‌سازی دولت و حاکمیت منطق بازار، آموزش را از قلمرو حقوق اجتماعی به حوزه کالاهای قابل مبادله منتقل کرده[۲] است.

خصوصی‌سازی آموزش در ایران از دهه ۱۳۳۰ آغاز شد و پس از وقفه‌ای کوتاه پس از انقلاب ۱۳۵۷، با تصویب قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی در سال ۱۳۶۷ مجدداً نهادینه شد و به‌تدریج گسترش یافت. این روند با حمایت اسناد بالادستی و سیاست‌های توسعه‌ای تقویت شد؛ به‌گونه‌ای که سهم مدارس غیردولتی به‌طور چشمگیری افزایش یافت و ایران در سطح بین‌المللی در زمره کشورهای فعال در خصوصی‌سازی آموزشی قرار گرفت. در سطح نظری و تطبیقی، خصوصی‌سازی آموزش متأثر از منطق بازار و اندیشه‌های اقتصاد لیبرال است، درحالی‌که برخی کشورها با رویکرد عدالت‌محور، آن را به‌طور آگاهانه محدود کرده‌اند.[۳]

پیامد این تحول، وابسته شدن دسترسی به آموزش به قدرت خرید، تعمیق نابرابری‌های طبقاتی و تضعیف کارکرد اجتماعی آموزش در کاهش شکاف‌های اجتماعی بوده است. این وضعیت، به‌ویژه در جوامعی با نابرابری ساختاری، به حذف تدریجی گروه‌های کم‌درآمد از فرصت‌های آموزشی باکیفیت منجر شده و آثار اجتماعی گسترده‌ای بر جای گذاشته است. این وضعیت نه‌تنها کارکرد آموزشی مدارس را تضعیف می‌کند، بلکه پیامدهای اجتماعی گسترده‌ای به همراه دارد که در سیاست‌گذاری‌های کیفری و اجتماعی غالباً نادیده گرفته می‌شود.

بیان مسئله اصلی پژوهش ناظر بر این پرسش است که خصوصی‌سازی آموزش چگونه و از چه مسیرهایی به تولید آسیب‌های اجتماعی ساختاری منجر می‌شود و این آسیب‌ها چه تأثیری بر تضعیف سازوکارهای پیشگیری از جرم دارند. تمرکز صرف بر آثار اقتصادی خصوصی‌سازی، موجب غفلت از هزینه‌های انسانی، اجتماعی و امنیتی آن شده است؛ درحالی‌که محرومیت آموزشی، ترک تحصیل، نابرابری فرصت‌ها و تضعیف سرمایه اجتماعی، از مهم‌ترین متغیرهای جرم‌زا در ادبیات جرم‌شناسی محسوب می‌شوند. ازاین‌رو، مسئله تحقیق صرفاً بررسی یک سیاست آموزشی نیست، بلکه تحلیل

---

[۱]. مرندی، الهه و اعظم قربانی، «مبانی و سازوکارهای حمایتی حق آموزش در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اسناد حقوق بشری»، *فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، سال ۱۰، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۹۶و۱۱۲.

[۲]. حسنی، محمد، «نقدی بر سیاست خصوصی‌سازی تربیت مدرسه‌ای در نظام آموزشی ایران»، *دوفصلنامه پژوهش‌نامه مبانی تعلیم و تربیت*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۱۸.

[۳]. جمالی، جلال و محمد سلطانی، «تأثیر خصوصی‌سازی مدارس و مدیریت آن بر کیفیت آموزش در ایران»، *جهان نوین*، شماره ۱۲، ۱۳۹۹، ص۴۰.

یکی از ریشه‌های ساختاری تولید جرم و ناامنی اجتماعی است.

در این زمینه، رویکرد زمیولوژیک ـ به‌عنوان مطالعه علمی آسیب‌های اجتماعی ناشی از ساختارها، سیاست‌ها و روابط قدرت، مستقل از معیارهای جرم‌انگاری رسمی ـ چارچوبی تحلیلی و انتقادی برای فهم پیامدهای پنهان خصوصی‌سازی آموزش فراهم می‌آورد. زمیولوژی با تمرکز بر رنج اجتماعی، محرومیت سیستماتیک و نابرابری نهادی، امکان شناسایی آسیب‌هایی را فراهم می‌کند که اگرچه در قالب «جرم» تعریف نمی‌شوند، زمینه‌ساز افزایش بزهکاری، خشونت و فروپاشی پیوندهای اجتماعی هستند. از این منظر، خصوصی‌سازی آموزش پدیده‌ای مولد آسیب‌های اجتماعی است که در سطح کلان، ظرفیت‌های پیشگیری اجتماعی از جرم را به‌شدت تضعیف می‌کند. در همین راستا از منظر پیشگیری از جرم، آموزش عادلانه یکی از مؤثرترین ابزارهای کاهش عوامل خطر اجتماعی محسوب می‌شود. تضعیف دسترسی برابر به آموزش، محدودسازی فرصت‌های مشروع ارتقای اجتماعی، افزایش ترک تحصیل و فرسایش سرمایه اجتماعی، زمینه‌ساز گسترش رفتارهای انحرافی و خشونت‌آمیز است. در مقابل، سیاست‌گذاری عادلانه در حوزه آموزش می‌تواند در سطوح مختلف پیشگیری اجتماعی، رشدمدار و حتی ثالث، نقشی بنیادین در کاهش بزهکاری و آسیب‌های اجتماعی ایفا کند.[1] ازاین‌رو، بررسی زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش نه‌تنها ضرورتی علمی، بلکه ضرورتی سیاستی و اجتماعی در راستای تأمین امنیت پایدار و عدالت اجتماعی است.

ضرورت انجام این پژوهش از چند منظر قابل توجیه است: نخست، از حیث علمی، خلأ مطالعاتی در پیوند میان زمیولوژی، سیاست‌های آموزشی و پیشگیری از جرم وجود دارد و ادبیات موجود غالباً به تحلیل‌های اقتصادی یا مدیریتی محدود مانده است. دوم، از منظر حقوقی و سیاست‌گذاری، بی‌توجهی به پیامدهای جرم‌زای سیاست‌های آموزشی، موجب انتقال هزینه‌ها از حوزه آموزش به نظام عدالت کیفری می‌شود؛ به‌گونه‌ای که ناکارآمدی در تحقق عدالت آموزشی، در بلندمدت به افزایش بزهکاری، جمعیت کیفری و هزینه‌های اجتماعی منجر می‌گردد. سوم، از منظر پیشگیری از جرم، آموزش عادلانه یکی از مؤثرترین ابزارهای پیشگیری اجتماعی اولیه و رشدمدار است و تضعیف آن، مستقیماً عوامل خطر مانند فقر آموزشی، طرد اجتماعی و فرصت‌های نابرابر را تشدید می‌کند.

براین‌اساس، مقاله حاضر با روش توصیفی – تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، می‌کوشد با بهره‌گیری از رویکرد زمیولوژیک، آسیب‌های اجتماعی ناشی از خصوصی‌سازی آموزش را شناسایی و نسبت آنها را با تضعیف سازوکارهای پیشگیری از جرم تبیین کند. هدف نهایی پژوهش، تأکید بر ضرورت سیاست‌گذاری علمی و عدالت‌محور در حوزه آموزش به‌عنوان یکی از راهبردهای بنیادین پیشگیری بلندمدت از جرم و تأمین امنیت اجتماعی پایدار است.

۱. چارچوب نظری و مفهومی

بخش نخست به تبیین چارچوب نظری و مفهومی پژوهش اختصاص دارد و مبنای مفهومی لازم برای تحلیل زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش و آثار آن بر پیشگیری از جرم را فراهم می‌سازد. در این راستا، ابتدا مفهوم زمیولوژی و ظرفیت آن برای شناسایی و تحلیل آسیب‌های ناشی از سیاست‌ها و ساختارهای اجتماعی، به‌ویژه در حوزه آموزش، تبیین می‌شود و سپس پیوند میان خصوصی‌سازی آموزش، تولید آسیب‌های ساختاری و پیشگیری از جرم مورد بررسی قرار می‌گیرد. در ادامه، خصوصی‌سازی آموزش از منظر نظریه‌ها و رویکردهای مرتبط با آن بررسی شده و آثار و کارکردهای مورد ادعای

[1]. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Education for Justice (E۴J) Initiative: University Module Series on Crime Prevention and Criminal Justice. Vienna: United Nations, 2018.

این سیاست در کنار ملاحظات و آسیب‌های احتمالی آن مورد توجه قرار می‌گیرد. در نهایت، با توجه به اینکه خصوصی‌سازی آموزش در ایران در بستر مجموعه‌ای از قوانین، مقررات و تصمیمات سیاستی شکل گرفته است، مبانی حقوقی و قانونی آن بررسی می‌شود تا چارچوب لازم برای تحلیل آثار و پیامدهای این سیاست در پرتو حق بر آموزش، عدالت آموزشی، مسئولیت دولت و رویکرد زمیولوژیک فراهم شود.

۱.۱. تبیین زمیولوژی در حوزه آموزش

آسیب اجتماعی‌شناسی به‌معنای مطالعه آسیب‌های است که نظام اجتماعی به سرکردگی دولت - شرکت‌ها آنها را پدید می‌آورند. مراد از آسیب، تمرکز بر موارد نقض حقوق بشر (نظیر حق بر آموزش و عدالت آموزشی) در پرتو مفاهیم حقوق بشری است که درصورت نقض، پتانسیل انسان را تا حد ممکن محدود می‌سازد.[۱] زمیولوژی، به‌عنوان چارچوبی برای مطالعه آسیب‌های اجتماعی، درک عمیق‌تری از پیامدهای خصوصی‌سازی آموزش ارائه می‌دهد. به‌جای محدود کردن بحث به جنبه‌های قانونی یا کارایی سیاست‌ها، زمیولوژی بر آسیب‌های گسترده‌ای که بر افراد و جوامع تحمیل می‌شود، تمرکز دارد و این‌گونه استدلال می‌کند که خصوصی‌سازی نه‌تنها آموزش را به یک کالای تجاری تبدیل کرده، بلکه باعث ایجاد نابرابری‌های ساختاری، مشکلات مالی و تنش‌های روانی شده است. نگاه آسیب اجتماعی‌شناسانه تأکید مؤکد خود را به توجه بر این آسیب‌ها، تبعات و پیامدهای حاصل از یک سیاست (در اینجا خصوصی‌سازی آموزش) متمرکز می‌کند و این نکته مهم را بازتأکید می‌کند که آسیب ناشی از عملکردهای سازمانی که شاید تنها با قدرت قلم (سیاست‌گذاری) صورت می‌گیرد بسیار خطرناک‌تر و برنده‌تر از شمشیری خواهد بود که فرد مجرم در دست می‌گیرد و همچنین دولت‌ها و سیاست‌گذاران را ملزم به توجه و اقدام به پیامدهای ناشی از سیاست‌گذاری‌های خویش می‌کند. در واقع با نگاه زمیولوژی، دولت‌ها نه‌فقط به‌عنوان یک کنشگر در صحنه اجتماعی، بلکه خود درگیر کنترل آسیب خواهند شد و باید در مقابل منشأ ایجاد آسیب واکنش مناسب داشته و حتی مانع ایجاد آن شوند.[۲] ازاین‌رو، آسیب اجتماعی‌شناسی می‌تواند رویکرد مناسبی برای شناسایی آسیب‌های به‌کارگیری سیاست‌های خصوصی‌سازی در آموزش توسط دولت‌ها و هشداردهنده‌ای علمی به سیاست‌گذاران و دولت‌ها جهت توجه،کنترل و جبران این آسیب‌ها باشد.

بسیاری از مسائل اساسی جامعه معاصر، فراتر از دایره ممنوعیت‌های قانونی قرار گرفته و در چارچوب عملکرد عادی اقتصاد سیاسی لیبرال ـ سرمایه‌داری به‌صورت آسیب‌های ساختاری نهادینه شده‌اند.[۳] رویکرد زمیولوژیک با تمرکز بر آسیب‌ها، ساختارها و نهادها، می‌پرسد که سیاست‌ها و نهادها به نفع چه کسانی عمل می‌کنند و چه گروه‌هایی را متضرر می‌سازند.[۴] در این چارچوب، آسیب‌ها در قالب دسته‌بندی‌هایی چون آسیب‌های فیزیکی، مالی، روانی، فرهنگی، اقتصادی، خودآیینی و محیط کار قابل شناسایی‌اند که ماهیتی پویا و قابل توسعه دارند. تمرکز زمیولوژی بر چگونگی تولید آسیب‌ها

---

۱. غلامی، حسین، ***درآمدی بر آسیب اجتماعی‌شناسی (زمیولوژی)***، تهران: پژوهشگاه علوم انتظامی و مطالعات اجتماعی ناجا، ۱۳۹۹، صص ۵و۹.

۲. همان، صص ۶۹ و ۶۸

3. Raymen, T., "The Enigma of Social Harm and the Barrier of Liberalism: Why Zemiology Needs a Theory of the Good," *Justice, Power and Resistance*, Vol. 3, Issue 1, 2019, p135.

4. Canning, V., & Tombs, S., *From Social Harm to Zemiology: A Critical Introduction*, 1st Ed. Abingdon: Routledge, 2021, p1.

توسط سیاست‌ها، امکان تحلیل دقیق‌تر پیامدهای واقعی و قابل پیشگیری سیاست‌گذاری را فراهم می‌کند.[1] براین‌اساس، مقاله با بهره‌گیری از این رویکرد، به شناسایی آسیب‌های ناشی از خصوصی‌سازی آموزش می‌پردازد.

۱.۲. بازپیوند خصوصی‌سازی آموزش، زمیولوژی و پیشگیری از جرم

خصوصی‌سازی آموزش به‌عنوان منبع آسیب‌های اجتماعی مورد توجه زمیولوژی قرار می‌گیرد. زمیولوژی با نقد و واکاوی آسیب‌های آن می‌تواند راهکارهای مناسبی در جهت کاهش آسیب و پیشگیری از آسیب‌های حاصل از آن ارائه کند. به همین اعتبار، در این بخش، به اختصار ارتباط و پیوند هریک از عناصر پژوهش با یکدیگر مورد بررسی قرار می‌گیرد. در ابتدا خصوصی‌سازی آموزش به‌عنوان منبعی از آسیب‌های اجتماعی بررسی می‌شود و با رویکرد زمیولوژیک، پیامدهای ساختاری آن در ابعاد اقتصادی، اجتماعی و سیاسی تحلیل می‌گردد. سپس نقش زمیولوژی در نقد منطق آسیب‌زا و قربانی‌ساز این سیاست تبیین می‌شود. در پایان، تأثیر خصوصی‌سازی آموزش بر تضعیف پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی و جرم بررسی می‌شود.

۱.۲.۱. خصوصی‌سازی به‌عنوان منبع آسیب‌های اجتماعی

خصوصی‌سازی آموزش عمدتاً باهدف کاهش بار مالی دولت، افزایش کارایی و ارتقای کیفیت توجیه می‌شود. بااین‌حال، در عمل خصوصی‌سازی به منبع مهمی از آسیب‌های اجتماعی تبدیل شده است. افزایش شهریه‌ها، نابرابری دسترسی، جداسازی طبقاتی دانش‌آموزان، و فشار مالی بر خانواده‌های کم‌درآمد، پیامدهایی است که هرچند در چارچوب قانونی قابل‌قبول به نظر می‌رسد، در عمل به محرومیت، تبعیض و گسترش شکاف اجتماعی دامن می‌زند. از منظر زمیولوژیک، این روند «قانونی» ولی «آسیب‌زا» است؛ زیرا آموزش را از یک حق عمومی به کالایی لوکس تبدیل می‌سازد.

۱.۲.۲. زمیولوژی و تحلیل آسیب‌های ساختاری خصوصی‌سازی آموزش

زمیولوژی با تمرکز بر مفهوم «آسیب ساختاری» امکان می‌دهد تا خصوصی‌سازی آموزش نه‌فقط به‌عنوان سیاست اقتصادی، بلکه به‌عنوان فرایند تولیدکننده نابرابری اجتماعی تحلیل شود. آسیب‌های ساختاری ازجمله: بدهکارسازی خانواده‌ها و حذف اقشار ضعیف از دسترسی به مدارس باکیفیت (اقتصادی). گسترش شکاف طبقاتی و تمرکز فرودستان در مدارس کم‌کیفیت (اجتماعی). انتقال مسئولیت دولت در اجرای اصل ۳۰ قانون اساسی به بازار و تضعیف پاسخ‌گویی عمومی (سیاسی) و تغییر نگاه به آموزش از «حق عمومی» به سرمایه‌گذاری فردی (نمادین).

۱.۲.۳. زمیولوژی به‌عنوان ابزار نقد خصوصی‌سازی آموزش

زمیولوژی ابزاری انتقادی برای پرسشگری درباره سیاست‌هایی است که به‌رغم قانونی بودن، آسیب‌های اجتماعی گسترده ایجاد می‌کنند. از منظر زمیولوژیک خصوصی‌سازی آموزش از این منظر قابل‌نقد است؛ زیرا سازوکارهای قربانی‌ساز ایجاد می‌کند؛ یعنی دانش‌آموزان و معلمان در معرض آسیب قرار می‌گیرند، بی‌آنکه مجالی برای اعتراض یا جبران داشته باشند.

[1]. Hope, A., "The Shackled School Internet: Zemiological Solutions to the Problem of Over-Blocking", *Learning, Media and Technology*, Vol. 38, Issue 3, 2013, p. 271.

منطق بازار را جایگزین عدالت اجتماعی می‌سازد. دسترسی برابر به فرصت‌های رشد و تحرک اجتماعی را مختل می‌کند. نقش دولت در تأمین آموزش رایگان و همگانی (مطابق اصل ۳۰ قانون اساسی و ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) را تضعیف می‌سازد. بدین‌ترتیب، زمیولوژی خصوصی‌سازی آموزش را نه به‌مثابه «اصلاح»، بلکه به‌مثابه «منبع تولید آسیب اجتماعی» آشکار می‌کند.

۱.۲.۴. خصوصی‌سازی، پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی و ساختار قربانی ساز

خصوصی‌سازی آموزش، برخلاف ادعاهای رسمی، نه‌تنها به پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی منجر نمی‌شود، بلکه خود به بنیاد تولید آسیب و قربانی‌سازی ساختاری بدل می‌شود. در فرایند خصوصی‌سازی آموزش، دانش‌آموزان طبقات فرودست قربانی اصلی می‌شوند؛ زیرا از تحصیل باکیفیت محروم می‌شوند و در چرخه فقر باقی می‌مانند. معلمان در مدارس خصوصی با قراردادهای موقت، دستمزدهای پایین و نبود امنیت شغلی قربانیان دیگری‌اند و ازسوی‌دیگر جامعه به‌طورکلی قربانی می‌گردد؛ زیرا انسجام اجتماعی تضعیف شده و نابرابری‌های ساختاری بازتولید می‌شوند. از منظر زمیولوژیک، این ساختار قربانی‌ساز نیازمند بازنگری بنیادین در سیاست‌های آموزشی است تا آموزش به‌عنوان حق عمومی و ابزاری برای عدالت اجتماعی بازتعریف شود.

۱.۲.۵. خصوصی‌سازی آموزش و پیشگیری از جرم

بازپیوند میان آموزش و پیشگیری از جرم بر این مبناست که آموزش، از طریق تقویت مهارت‌های اجتماعی، سرمایه اجتماعی و آگاهی حقوقی، یکی از مؤثرترین ابزارهای کاهش عوامل خطر بزهکاری محسوب می‌شود. در سطح پیشگیری اجتماعی و رشدمدار، آموزش با توانمندسازی کودکان و نوجوانان و تقویت جامعه‌پذیری سالم، مسیرهای انحراف را محدود می‌کند. در پیشگیری وضعی نیز آگاهی‌بخشی عمومی نقش مهمی در کاهش فرصت‌های مجرمانه و ارتقای امنیت رفتاری دارد. از منظر زمیولوژی، آموزش می‌تواند ابزار افشای آسیب‌های ساختاری ناشی از خصوصی‌سازی و نابرابری باشد و پیشگیری را از سطح جرم‌محور به سطح «آسیب‌محور» ارتقا دهد. خصوصی‌سازی آموزش با افزایش نابرابری و محدودسازی فرصت‌ها، عوامل ساختاری جرم‌زا را تقویت و نقش پیشگیرانه آموزش عمومی را تضعیف می‌کند. مدل تلفیقی زمیولوژیک نشان می‌دهد که آموزش، هم در پیشگیری کلاسیک و هم در پیشگیری از آسیب، کارکردی بنیادی در عدالت اجتماعی دارد. در نهایت، آموزش انتقادی می‌تواند با کاهش نابرابری و ارتقای آگاهی اجتماعی، ساختارهای تولیدکننده آسیب را محدود کرده و به‌عنوان سیاست کلان پیشگیری از جرم و آسیب عمل کند.

۱.۳. خصوصی‌سازی آموزش: نظریه‌ها و رویکردها

به یک اعتبار، خصوصی‌سازی را اتکای بیشتر به مؤسسات خصوصی جامعه و تکیه کمتر بر دولت برای برآورده کردن نیازهای مردم دانسته‌اند.[۱] از منظر انتقادی در پرتو رویکرد آسیب اجتماعی‌شناسانه خصوصی‌سازی به‌عنوان مجموعه سیاست‌های سلب‌کننده مالکیت اموال عمومی از مالکان اصلی آن، یعنی توده‌های مردم، و واگذاری آن به سرمایه‌داران و

[۱]. شیرازی، عظیم و محمد جعفری، ***برنامه خصوصی‌سازی کشور؛ عملکرد، ملاحظات و چالش‌ها***، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۹۳، ص۸.

تلاشی به‌منظور کاهش مسئولیت‌های دولت در قبال وظایف اصلی خویش و واگذاری آن به طبقه سرمایه‌دار به نام ملت در جهت استقرار منطق بازار در تمام شئونات زندگی انسان امروزی تعریف می‌شود.[۱]

خصوصی‌سازی آموزش بر انتقال اداره، تأمین مالی و مدیریت مؤسسات آموزشی از دولت به بخش خصوصی استوار است. خصوصی‌سازی آموزش ریشه در اندیشه‌های آدام اسمیت[۲] و نظریه «کوپن آموزشی» میلتون فریدمن[۳] دارد که آموزش را تابع منطق بازار می‌دانند. از دهه ۱۹۸۰ و با گسترش مدیریت دولتی نوین، خصوصی‌سازی خدمات آموزشی در قالب‌های متنوعی توسعه یافت. این اشکال شامل خصوصی‌سازی مستقیم، غیرمستقیم، قراردادهای آموزشی، مشارکت‌های دولتی – خصوصی و خصوصی‌سازی ضمنی در کشورهای مختلف است. در مقابل، کشورهایی مانند فنلاند و کوبا با تأکید بر عدالت آموزشی، خصوصی‌سازی را به‌طور جدی محدود کرده‌اند.[۴]

موافقان خصوصی‌سازی آموزش معتقدند رقابت موجب افزایش کارایی و نوآوری در مدیریت آموزشی، جذب منابع مالی بیشتر و کاهش هزینه‌های دولت، و افزایش پاسخ‌گویی مؤسسات آموزشی می‌شود. در مقابل، مخالفان هشدار می‌دهند که این سیاست ممکن است به حذف اقشار کم‌درآمد از چرخه آموزش بینجامد، زیرا آموزش خصوصی عموماً مستلزم پرداخت شهریه است. همچنین، اولویت یافتن منافع اقتصادی بر اهداف آموزشی و کاهش نظارت عمومی دولت بر کیفیت آموزش ازجمله نگرانی‌های اساسی است.

۱.۴. مبانی حقوقی و قانونی خصوصی‌سازی آموزش در ایران

همان‌طورکه گفته شد، زمیولوژی به دنبال شناسایی آسیب‌های حاصل از به‌کارگیری سیاست‌ها مختلف توسط دولت‌ها و دولت شرکت‌ها است و ازاین‌رو، پیش از برشمردن این آسیب‌ها ضروری است مبانی حقوقی و قانونی این سیاست‌ها که در این مقاله خصوصی‌سازی آموزش است بیان شود؛ چراکه صرفاً یک مقدمه توصیفی نیست، بلکه شرط لازم برای ارزیابی انتقادی این سیاست و سنجش میزان انطباق آن با تعهدات حاکمیتی دولت در تضمین حق بر آموزش به‌عنوان حق بنیادین اجتماعی است. بدون شناسایی دقیق منابع قانونی، اسناد بالادستی و تصمیمات سیاستی مؤثر در گسترش خصوصی‌سازی، امکان تفکیک میان «نقص در اجرا» و «ایراد ذاتی سیاست» وجود نخواهد داشت. ازسوی‌دیگر، تحلیل حقوقی این مبانی امکان آشکارسازی جابه‌جایی مسئولیت دولت از نقش تأمین‌کننده حق به نقش ناظر یا تسهیل‌گر بازار آموزش را فراهم می‌کند؛ جابه‌جایی‌ای که می‌تواند منشأ آسیب‌های ساختاری، نابرابری‌های آموزشی و بازتولید محرومیت اجتماعی باشد. بنابراین، پرداختن به این مبانی زمینه‌ای ضروری برای شناسایی نقاط مداخله اصلاحی، بازاندیشی سیاست‌ها و ارائه پیشنهادهای مبتنی‌بر عدالت آموزشی و مسئولیت اجتماعی دولت فراهم می‌سازد. به‌هرروی عمده مستندات و مبانی حقوقی و قانونی خصوصی‌سازی آموزش در ایران در جدول ذیل دسته‌بندی شده است.

---

۱. امیدی، مسعود، ***کارنامه نئولیبرالیسم در ایران***، تهران: گل‌آذین، ۱۴۰۲، ص۲۷.

2. Adam Smith (1723-1790).

3. Milton Friedman (1912-2006).

۴. برای مطالعه کامل تاریخچه خصوصی‌سازی آموزش در جهان به منابع زیر مراجعه شود:

Levin, H. M., *Privatizing Education: Can the School Marketplace Deliver Freedom of Choice, Efficiency, Equity, and Social Cohesion*, Boulder: Westview Press, 2019.

Verger, A., Lubienski, C., & Steiner-Khamsi, G. *The Global Education Industry: World Yearbook of Education* 2016, London: Routledge, 2016.

UNESCO, Global Education Monitoring Reports, 2018.

نام مستند قانونی	مرجع تصویب
تصویب قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی در سال ۱۶۳۱	مجلس شورای اسلامی
لایحه اصلاح قانون تاسیس مدارس غیرانتفاعی و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۸۳	مجلس شورای اسلامی
اساسنامهٔ سازمان مدارس غیردولتی و توسعهٔ مشارکت‌های مردمی ۱۳۸۸.۰۵.۲۵	هیئت وزیران
اساسنامهٔ صندوق حمایت از توسعهٔ مدارس غیردولتی مصوب ۱۳۹۶.۰۹.۱۹	هیئت وزیران
تبدیل طرح مدارس غیرانتفاعی از حالت آزمایشی چندساله به قانون ۱۳۹۵.۱۰.۱۵	مجلس شورای اسلامی
مجوز فعالیت مدارس هیئت‌امنایی	شورای عالی آموزش و پرورش
مصوبهٔ برنامه‌ریزی نظام تأمین و تخصیص مالی نظام تعلیم و تربیت رسمی	شورای عالی آموزش و پرورش

۲. آسیب‌های خصوصی‌سازی آموزش از منظر زمیولوژی

بخش دوم به بررسی و تحلیل آسیب‌های ناشی از خصوصی‌سازی آموزش از منظر زمیولوژی اختصاص دارد. در این چارچوب، خصوصی‌سازی آموزش نه‌فقط به‌عنوان یک سیاست اقتصادی یا شیوه‌ای برای تأمین و مدیریت خدمات آموزشی، بلکه به‌مثابه فرایندی مورد مطالعه قرار می‌گیرد که می‌تواند از طریق سازوکارهای ساختاری و نهادی، زمینه تولید و بازتولید آسیب‌های اجتماعی را فراهم سازد. براین‌اساس، ابتدا پیامدهای خصوصی‌سازی در تشدید نابرابری‌های اجتماعی و طبقاتی و آثار آن بر دسترسی برابر به فرصت‌های آموزشی و در نتیجه ظرفیت‌های پیشگیری اجتماعی از جرم بررسی می‌شود؛ سپس ارتباط میان محرومیت و نابرابری آموزشی، ترک تحصیل و بزهکاری مورد توجه قرار می‌گیرد. در ادامه، آسیب‌های روانی و فشارهای اقتصادی تحمیل‌شده بر دانش‌آموزان و خانواده‌ها، بازتولید سلطه از طریق نظام آموزشی، شکل‌گیری و گسترش الیگارشی کنکور و در نهایت هزینه‌های پنهان خصوصی‌سازی بر معلمان تحلیل خواهد شد. این بررسی با تمرکز بر مفهوم آسیب ساختاری، نشان می‌دهد که پیامدهای سیاست خصوصی‌سازی صرفاً متوجه افراد یا خانواده‌ها نیست، بلکه می‌تواند کارکردهای اجتماعی و پیشگیرانه نظام آموزش را نیز تحت تأثیر قرار دهد و از طریق بازتولید نابرابری، فشار، محرومیت و بی‌ثباتی نهادی، زمینه‌های تولید آسیب‌های اجتماعی و عوامل خطرزای مرتبط با جرم را تقویت کند.

۲.۱. افزایش نابرابری اجتماعی و طبقاتی

مطالعات جرم‌شناسی به‌طور مستمر نشان داده‌اند که میان افزایش سطح تحصیلات و کاهش مشارکت در جرم، رابطه‌ای معکوس و معنادار وجود دارد؛ به‌گونه‌ای‌که آموزش، یکی از مهم‌ترین عوامل بازدارنده بزهکاری محسوب می‌شود. در مقابل، محرومیت گسترده از فرصت‌های آموزشی، شغلی و اجتماعی، منابع مشروع معیشت را محدود، و زمینه گرایش به رفتارهای غیرمشروع، خشونت‌آمیز و انحرافی را تقویت می‌کند؛ الگویی که در پژوهش‌های مرتبط با نابرابری اقتصادی و خشونت اجتماعی نیز تأیید شده است.[1] منتقدان خصوصی‌سازی آموزش بر این باورند که این سیاست با افزایش شکاف طبقاتی، تمرکز منابع در مدارس خصوصی و تضعیف آموزش دولتی، دسترسی طبقات فرودست به آموزش باکیفیت را کاهش می‌دهد. در فرایند طبقه‌ای شدن جامعه، مناسبات اقتصادی به نفع طبقات برخوردار بازتولید، و گروه‌های فاقد سرمایه و رانت اقتصادی در موقعیت فرودست تثبیت می‌شوند. مدارس خصوصی در این چارچوب به ابزاری برای بازتولید ساختار طبقاتی بدل می‌شوند و از همان آغاز، کودکان را در نظامی طبقاتی از دانش و فرصت قرار می‌دهند. این وضعیت

[1]. Lochner, L., & Moretti, E., "The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports", *American Economic Review*, Vol. 94, Issue 1, 2004, p.163.

امکان تحرک علمی و اجتماعی طبقات کم‌برخوردار را مسدود، و نابرابری را نهادی می‌کند[۱]. شواهد بین‌المللی، از جمله پژوهش‌های انجام‌شده در امارات متحده عربی و قطر، نشان می‌دهد که گسترش مدارس خصوصی به تعمیق جداسازی اجتماعی و نابرابری آموزشی می‌انجامد.[۲] در مجموع، بررسی‌ها حاکی از آن است که خصوصی‌سازی و بازاری‌سازی آموزش، در چارچوب اصلاحات نئولیبرالی، با افزایش بی‌عدالتی اجتماعی در نظام‌های آموزشی در سطح جهانی پیوندی ساختاری دارد.[۳]

در چارچوب پیشگیری از جرم، کاهش دسترسی طبقات فرودست به آموزش باکیفیت، سرمایه اجتماعی، پیوندهای جمعی، مهارت‌های زندگی و ظرفیت‌های مشارکت اجتماعی را تضعیف می‌کند؛ عناصری که از مهم‌ترین عوامل کاهش بزهکاری‌اند (تضعیف پیشگیری اجتماعی). همچنین آموزش نامتوازن موجب شکاف در جامعه‌پذیری، ضعف کنترل اجتماعی و کاهش مهارت‌های مقابله‌ای می‌شود؛ موضوعی که امکان مداخله زودهنگام و پیشگیری رشدمدار را کاهش می‌دهد (بازماندن از مسیرهای رشدمدار سالم). محرومیت آموزشی و شغلی، احساس بی‌عدالتی، ناکامی ساختاری و انزوای اجتماعی را تشدید می‌کند؛ عواملی که در نظریه فشار[۴] رابرت مرتن[۵] به‌عنوان محرک‌های اصلی رفتار مجرمانه شناخته شده‌اند. آخر آنکه قطبی شدن مدارس به طبقات بالا و پایین، احساس «دیگری‌سازی» و «بی‌عدالتی نهادی» را افزایش می‌دهد و این وضعیت بستر مناسبی برای شکل‌گیری خرده‌فرهنگ‌های بزهکارانه فراهم می‌کند.

۲.۲. افزایش نرخ بزهکاری

دسترسی برابر به آموزش باکیفیت، برای ترویج عدالت اجتماعی و توسعه اقتصادی ضروری است. بااین‌حال، در سراسر جهان نابرابری‌هایی در فرصت‌های آموزشی، به‌ویژه برای گروه‌های کم‌درآمد، مشاهده شده است. این نابرابری‌ها اغلب به افزایش نرخ ترک تحصیل منجر می‌شود که به‌نوبه‌خود می‌تواند به افزایش جرم و آسیب‌های اجتماعی بینجامد. دسترسی محدود به آموزش می‌تواند به افزایش نرخ ترک تحصیل در میان جمعیت‌های محروم منجر شود که این امر با افزایش جرائم ارتباط دارد. اگرچه پژوهش‌های مستقل، آمار دقیق و رابطه علت‌ومعلولی قابل وثوقی درخصوص رابطه میان گران‌سازی آموزش و افزایش خصوصی‌سازی‌ها و نرخ ترک تحصیل و افزایش نرخ ارتکاب جرم در ایران وجود ندارد، بااین‌حال، آموزه‌های علوم اجتماعی و جرم‌شناسی و آمارهای کشورهای دیگر وجود چنین فرضیه را تقویت می‌کند. به‌هرروی بنا بر آمار در دسترس طی پژوهش‌های صورت‌گرفته، تعداد دانش‌آموزان ترک تحصیلی در سال تحصیلی ۱۳۹۴- ۱۳۹۳ برابر با ۳۴۷.۲۰۳ نفر بوده کـــه با کاهش ۶/۱۹ درصدی در سال تحصیلی ۱۴۰۱- ۱۴۰۰ به عدد ۲۷۹.۰۱۹ رسیده است. تعداد کل افراد بازمانده از تحصیل در ســـال تحصیلی ۱۳۹۵- ۱۳۹۴ برابر ۷۷۷.۸۶۲ نفر است که در سال

---

۱. ایمان‌نمدیان‌پور، حیدر، علی‌اصغر جانعلی‌زاده و علی فیروزجائیان، «تأملی جامعه‌شناختی بر خصوصی‌سازی آموزش (مدارس غیردولتی) در ایران»، *نشریه جامعه‌پژوهی فرهنگی*، سال ۱۴، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۳۱-۱۳۰.

۲. حسنی، محمد، «نقدی بر سیاست خصوصی‌سازی تربیت مدرسه‌ای در نظام آموزشی ایران»، *دوفصلنامه پژوهش‌نامه مبانی تعلیم و تربیت*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۲۰-۱۱۹.

۳. در این خصوص به پژوهش‌های ذیل مراجعه شود:

1. Ball, S. J., & Junemann, C., Networks, New Governance and Education, 1st Ed. Policy Press, 2012.

2. Dingerson, Leigh, Barbara Miner, Bob Peterson, and Stephanie Walters, eds. *Keeping the Promise?: The Debate Over Charter Schools.* Milwaukee, WI: Rethinking Schools, 2008.

4. Strain Theory

5. Robert K. Merton (1910-2003).

تحصیلی ۱۴۰۱- ۱۴۰۰ با ۲۶ درصد رشـــد به ۹۱۱.۲۷۲ نفر افزایش یافته است. استان‌های سیستان و بلوچستان، خراسان رضوی، خوزستان، آذربایجان غربی و کرمان به‌ترتیب دارای بیشترین آمار تارکان از تحصیل در سال ۱۴۰۱-۱۴۰۰ هستند که اکثریت استان‌ها با وضعیت ضعیف درآمدی و محدودیت در دسترسی به مدارس دولتی مواجه‌اند. تحقیقات نشان می‌دهد خانوارهایی که در دهک‌های پایین، فاقد بیمه، فقیر، فاقد درآمد ثابت و... هستند، بیشتر در معرض بازماندگی از تحصیل قرار دارند.[۱] به‌طورکلی می‌توان گفت که بازماندگی از تحصیل با وضعیت رفاه خانوار مرتبط است. درخصوص نرخ ارتکاب جرائم، شایان ذکر است، بنا بر اظهارات مقامات قضایی استان کردستان، سطح سواد ارتباط مستقیم و انکارناپذیر بر ارتکاب جرم در جامعه دارد؛ چراکه بیش از ۷۸ درصد از زندانیان استان سوادشان زیر دیپلم است که ۳۱ درصد آنان زیر سیکل‌اند.[۲] همچنین بنا بر اظهارنظر رئیس نهضت سوادآموزی کشور، بیش از ۵۰ درصد زندانیان کشور بی‌سوادند و طبق آمار دیگر ۶۰ درصد مجرمان زیر ۳۰ سال تهرانی بی‌سوادند.[۳] این آمارها و پژوهش‌های صورت‌گرفته بر نقش عامل اقتصادی، عدم دسترسی عادلانه به خدمات آموزشی و گرانی آموزش بر محرومیت یا ترک تحصیل اشخاص صحه می‌گذارد.

در سطح بین‌المللی در بریتانیا، مطالعه‌ای نشان داده است نوجوانانی که به‌طور دائم از مدرسه اخراج می‌شوند، دوبرابر بیشتر از دانش‌آموزانی که فقط تعلیق شده‌اند، در عرض یک سال در خشونت‌های جدی شرکت می‌کنند. این یافته نشان‌دهنده ارتباط میان اخراج از مدرسه و درگیری‌های بعدی در رفتارهای مجرمانه است.[۴] در ایالات متحده، پدیده «مسیر مدرسه به زندان» نشان می‌دهد که نابرابری‌های آموزشی چگونه به افزایش نرخ زندانی‌شدن منجر می‌شود. دانش‌آموزانی که ترک تحصیل می‌کنند، سه‌برابر بیشتر از دیگران در طول زندگی خود در معرض زندانی شدن قرار دارند که اهمیت حیاتی مشارکت مستمر در آموزش را در پیشگیری از جرم نشان می‌دهد.[۵]

نابرابری‌های آموزشی در مکزیک به‌وضوح مشاهده می‌شود؛ جایی که فقر بر نرخ حضور در مدرسه و تکمیل تحصیلات تأثیر می‌گذارد. در سال ۲۰۰۹، حدود ۷۰۰,۰۰۰ دانش‌آموز از پایه‌های ۱ تا ۹ ترک تحصیل کردند و نرخ بی‌سوادی به۷.۹ درصد رسید. این وضعیت در ایالت‌هایی مانند چیاپاس[۶]، وراکروز[۷]، ایدالگو[۸]، اوآخاکا[۹] و گوئررو[۱۰] وخیم‌تر است؛ جایی که ۴۰درصد از جمعیت تحصیلاتی کمتر از پایه هفتم دارند. این کمبودهای آموزشی فرصت‌ها را محدود، و چالش‌های اجتماعی - اقتصادی مداومی ایجاد می‌کند؛[۱۱] بنابراین کاهش فرصت‌های برابر آموزشی پیامدهای گسترده‌ای دارد، ازجمله

---

[۱]. بیات، موسی و محمدرضا ملاشاهی، «بررسی روند ترک تحصیل و بازماندگی از تحصیل در آموزش و پرورش (سال‌های ۱۳۹۳ تا ۱۴۰۱)»، *دفتر مطالعات فرهنگ و آموزش*، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۱، صص۷و ۱۴.

[2]. shabestan.news/xgTT

[3]. https://www.afkarnews.com/fa/tiny/news-380549/

[4].https://www.theguardian.com/education/2025/mar/22/teenagers-excluded-from-school-twice-as-likely-tocommit-serious-violence?CMP=share_btn_url/

[5]. https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8277150/

[6]. Chiapas

[7]. Veracruz

[8]. Hidalgo

[9]. Oaxaca

[10]. Guerrero

[11]. Schmelkes del Valle, S., Robles Vásquez, H., & Santos del Real, A., "Education and Learning at the Bottom of the Pyramid*", in Learning, Marginalization, and Improving the Quality of Education in Low-Income Countries*, Cham: Springer, 2020, p 236.

افزایش نرخ ترک تحصیل در میان گروه‌های کم‌درآمد و افزایش میزان بزهکاری و آسیب‌های اجتماعی.

۲.۳. افزایش آسیب‌های روانی و فشار اقتصادی بر دانش‌آموزان و خانواده‌ها

پژوهش‌ها نشان داده است که تأثیرات بدهی‌های ناشی از هزینه‌های آموزشی فراتر از آثار مالی است و پیامدهای روانی جدی دارد. داده‌های فراوانی نشان می‌دهد که **نگرانی از بدهی تحصیلی** با کاهش سلامت روان و جسم در ارتباط است؛ احساس بدهی و اضطراب ناشی از لزوم بازپرداخت و تضمین «بازده سرمایه‌گذاری آموزشی» نوعی فشار روانی دائمی ایجاد می‌کند. این اضطراب ممکن است به **اشتغال اجباری در مشاغل نامرتبط** یا **احساس شکست و بی‌کفایتی** منجر شود.[۱] تجاری‌سازی و رقابت فزاینده در نظام‌های آموزشی باعث تشدید فشارهای روانی و اجتماعی بر دانش‌آموزان و خانواده‌های آنها شده است که در ادامه به بررسی دو محور مهم آن پرداخته می‌شود.

۲.۳.۱. رقابت شدید و تأثیر آن بر سلامت روان دانش‌آموزان

تأکید فزاینده بر آزمون‌های استاندارد و پذیرش دانشگاهی، فرهنگ رقابتی شدیدی در نظام‌های آموزشی ایجاد کرده که پیامدهای منفی جدی بر سلامت روان دانش‌آموزان دارد. فشار تحصیلی بیش از حد با افزایش اضطراب، افسردگی و گرایش به خودکشی همراه است. در کره جنوبی، بیش از نیمی از دانش‌آموزان دبیرستانی دچار استرس مزمن ناشی از فشار تحصیلی‌اند و ساعات طولانی آموزش رسمی و خصوصی به فرسودگی روانی و عاطفی انجامیده است.[۲] در ژاپن نیز «جهنم امتحان» موجب احساس شرم، انزوا و آسیب به عزت‌نفس دانش‌آموزان ناموفق شده و روابط خانوادگی را تحت تأثیر قرار داده است.[۳] در ایالات متحده، اکثریت نوجوانان استرس درسی را اصلی‌ترین منبع اضطراب خود می‌دانند که نشان‌دهنده پیامدهای گسترده رقابت آموزشی است. براساس نظرسنجی انجمن روان‌شناسی آمریکا، ۸۱ درصد از نوجوانان دچار استرس ناشی از مسائل درسی‌اند و بسیاری از آنها عملکرد تحصیلی را به‌عنوان منبع اصلی اضطراب خود معرفی کرده‌اند.[۴]

۲.۳.۲. فشارهای اقتصادی بر خانواده‌ها برای تأمین هزینه‌های آموزشی

خصوصی‌سازی آموزش، علاوه‌بر فشارهای روانی، خانواده‌ها را با فشارهای مالی فزاینده مواجه کرده است. هزینه‌های بالای آموزش، کلاس‌های تقویتی و شهریه‌ها به‌ویژه بر خانواده‌های کم‌درآمد فشار اقتصادی شدید وارد می‌کند. در اروپا، سطح بالای شهریه و بدهی‌های آموزش عالی، همراه با تفاوت در ادراک درآمد آینده، تجربه نابرابری میان دانشجویان را رقم زده است.[۵] در چین، گسترش آموزش خصوصی به «مسابقه تسلیحاتی آموزشی» انجامیده و خانواده‌ها بخش قابل‌توجهی

---

1. Rainford, Jon, "Using Zemiology to explore the potential social harms of a lifelong learning entitlement", Journal of Education Policy, Vol. 41, Issue 5, 2026, p 12.
2. Lim, H. S., "The Impact of Korea's 'Hagwon' Culture on Academic Pressure among High School Students", *Research and Advances in Education*, Vol. 4, Issue 1, 2025, p 6.
3. Koyama, A., et al., "Association between Depression, Examination-Related Stressors, and Sense of Coherence: The Ronin-Sei Study," *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, Vol. 68, Issue 6, 2014, p 446.
4. Heissel, J. A., Adam, E. K., Doleac, J. L., Figlio, D. N., & Meer, J., "Testing, Stress, and Performance: How Students Respond Physiologically to High-Stakes Testing", *Education Finance and Policy*, Vol. 16, Issue 2, 2021, p 199.
5. Rainford, Jon. Op.Cit, p 11.

از درآمد خود را صرف آموزش می‌کنند.[۱]

افزایش فشارهای روانی و اقتصادی ناشی از خصوصی‌سازی و رقابتی شدن آموزش، پیامدهایی فراتر از آسیب‌های فردی و خانوادگی دارد و از منظر پیشگیری از جرم نیز معنادار است. استرس مزمن، اضطراب تحصیلی، ناکامی و محدودیت تحرک اجتماعی، از عوامل خطرزایی‌اند که می‌توانند رفتارهای پرخطر و انحراف نوجوانان را تقویت کنند. فشار اقتصادی آموزشی با تضعیف امنیت مالی و کارکرد حمایتی خانواده، به کاهش سرمایه اجتماعی می‌انجامد. مطابق نظریه فشار عمومی[۲] رابرت آگنیو[۳]، این وضعیت نوعی فشار منفی ساختاری و مولد خشم و بی‌عدالتی ادراک شده است. از منظر زمیولوژی نیز این آسیب‌ها محصول سیاست‌های قانونی، اما نابرابر خصوصی‌سازی آموزش‌اند که در نهایت ریسک بزهکاری و آسیب‌های اجتماعی را افزایش می‌دهند.

۲.۴. بازتولید سلطه از طریق آموزش

نولیبرالیسم از طریق خصوصی‌سازی و بازاری‌سازی آموزش، نهادهای آموزشی را به فضاهایی فردگرایانه و غیرانتقادی تبدیل می‌کند و به‌زعم ژیرو[۴]، با کاهش مشارکت اجتماعی و تضعیف دمکراسی، آزادی اقتصادی را جایگزین عدالت اجتماعی می‌سازد. در این چارچوب، با اتکا به اندیشه‌های هایک[۵]، آموزش از مباحث برابری و عدالت تهی شده و دولت از مسئولیت تأمین آموزش عمومی عقب‌نشینی می‌کند؛[۶] امری که به افزایش شهریه‌ها، افت کیفیت آموزش دولتی و تشدید نابرابری آموزشی می‌انجامد.[۷] سیاست‌ها و رده‌بندی‌های آموزشی نیز با کالایی‌سازی آموزش، به «نادیده‌انگاری هویتی» و تحقیر نمادین گروه‌های فرودست دامن می‌زنند که می‌تواند خشم اجتماعی و بزهکاری واکنشی را تقویت کند.[۸] آزمون‌های استاندارد، به‌زعم فریره، ابزار مشروعیت‌بخشی به نابرابری‌اند و شکست تحصیلی طبقات محروم را به‌جای تبعیض ساختاری، به ضعف فردی نسبت می‌دهند؛[۹] روندی که در کشورهایی چون آمریکا، بریتانیا و شیلی به بازتولید چرخه فقر آموزشی انجامیده است. در برابر این سلطه، گرامشی[۱۰] آموزش را عرصه‌ای کلیدی برای مقاومت می‌داند و بر تبدیل آن به حق عمومی، تقویت آموزش دولتی و حذف سازوکارهای تبعیض‌آمیز تأکید می‌کند.

از منظر پیشگیری از جرم، سیاست‌های آموزشی نولیبرالی، علاوه‌بر بازتولید نابرابری، عوامل خطرزا و جرم‌زا را در سطوح فردی، اجتماعی و ساختاری تقویت می‌کنند. محرومیت نمادین، تحقیر آموزشی و شکست تحصیلی ساختارمند، مطابق نظریه فشار آگنیو، خشم و بی‌عدالتی ادراک‌شده را افزایش می‌دهد و بزهکاری واکنشی و خشونت اجتماعی را تشدید

---

1. Chen, Y.; Salagean, I.; Zou, B. “Private Educational Expenditure Inequality between Migrant and Urban Households in China’s Cities”. *Economies*, Vol. 12, Issue 10, 2024, p4.
2. General strain theory
3. Robert Agnew
4. Henry Armand Giroux
5. Friedrich Hayek (1899-1992).

۶. ژیرو، هنری ا.ا.، ***درگیری نئولیبرالیسم با آموزش عالی***، ترجمه انور محمدی، تهران: نشر تیسا، ۱۳۹۹، ص ۴۵.

۷. هاروی، دیوید، ***تاریخ مختصر نئولیبرالیسم***، ترجمه محمود عبدالله‌زاده، تهران: نشر اختران، ۱۳۸۴، ص ۸۷.

8. Canning, V., & Tombs, S., Op. Cit., p 67.

۹. زیباکلام، فاطمه، ***از مکتب تربیتی لیبرالیسم تا نئولیبرالیسم؛ نگاهی انتقادی***، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۲، صص ۹۲-۹۸.

10. Antonio Gramsci (1891-1937).

می‌کند. کالایی‌سازی آموزش با تضعیف سرمایه اجتماعی، کاهش مشارکت مدنی و بی‌اعتمادی به نهادها، کنترل اجتماعی غیررسمی را تضعیف می‌کند و جرم فرصت‌محور را گسترش می‌دهد. در سطح ساختاری، زمیولوژی نشان می‌دهد که سلطه نولیبرالی با انسداد مسیرهای مشروع موفقیت و بازتولید طبقات محروم، احتمال رفتارهای انحرافی را افزایش می‌دهد. ازاین‌رو، اصلاحات آموزشی عدالت‌محور به‌عنوان راهبردی کلان در پیشگیری از جرم و کاهش آسیب‌های اجتماعی ضروری است.

۲.۵. رشد الیگارشی کنکور

نگاه بازاری به آموزش موجب شکل‌گیری الیگارشی[۱] قدرتمند آموزشی شده است که در ساختارهای تصمیم‌سازی نفوذ دارد و برای تحقق اهداف نامشروع خویش حتی به دیدار مراجع تقلید می‌روند.[۲] این شبکه با استفاده از مدارس خصوصی، کتاب‌ها، کلاس‌ها، اپلیکیشن‌ها و تبلیغات گسترده، آموزش را به کالایی سودآور بدل کرده است. رقابت فزاینده برای دستیابی به فرصت‌های برتر، زمینه رشد این سوداگری را فراهم کرده است. گردش مالی این الیگارشی طبق آمار سال ۱۳۹۶ به حدود ۸ هزار میلیارد تومان رسیده است.[۳] این الیگارشی همچون مافیای مواد مخدر در آمریکای لاتین، بر سیاست‌گذاری حوزه خود اثرگذار است. شهروندان بر اساس توان مالی به طبقات آموزشی نابرابر تقسیم می‌شوند. طبقات مرفه از خدمات حضوری کامل و طبقات متوسط از آموزش‌های غیرحضوری بهره‌مند می‌شوند. سهم طبقات فرودست، مدارس خیریه‌ای است که گاه صرفاً ابزار معافیت مالیاتی‌اند. خصوصی‌سازی آموزش به تشدید نابرابری و تضییع آینده گروه‌های فرودست انجامیده است. منطق سرمایه با عدالت و کیفیت آموزشی سازگار نیست. در ایران، خصوصی‌سازی آموزش به تولید نیازهای کاذب و سوداگری گسترده منجر شده است.

در تحلیل جرم‌شناختی، الیگارشی کنکور محصول خصوصی‌سازی آموزش و جرم‌انگاری‌زدایی از قدرت اقتصادی است. این فرایند به شکل‌گیری شبکه‌های سازمان‌یافته منافع منجر شده که با نفوذ در سیاست‌گذاری، نیازهای کاذب آموزشی تولید می‌کنند. از منظر زمیولوژی، این شبکه‌ها بیش از آنکه مجرم قانونی باشند، مولد آسیب اجتماعی گسترده‌اند. کالایی‌سازی آموزش نابرابری فرصت‌ها را تشدید و محرومیت ساختاری طبقات فرودست را بازتولید می‌کند. در منطق نولیبرالی، آموزش به میدان انباشت سرمایه، و الیگارشی آموزشی به عامل گسترش آسیب اجتماعی تبدیل می‌شود.

۲.۶. هزینه‌های پنهان خصوصی‌سازی آموزش بر معلمان

یکی از مهم‌ترین پیامدهای مغفول‌مانده خصوصی‌سازی آموزش، تحمیل آسیب‌های ساختاری گسترده بر معلمان به‌عنوان کنشگران اصلی نظام تعلیم و تربیت است. در رویکرد زمیولوژیک، تمرکز تحلیل نه بر رفتارهای مجرمانه فردی، بلکه بر آسیب‌ها و آسیب‌هایی است که در نتیجه سیاست‌ها، تصمیمات کلان اقتصادی و ساختارهای نهادی نابرابر تولید و بازتولید می‌شوند. از این منظر، خصوصی‌سازی آموزش را می‌توان یکی از مصادیق بارز سیاست‌گذاری مولد آسیب دانست که

---

۱. الیگارشی معادل سیطرهٔ حلقه‌ها و گروه‌های کم‌شمار فوقانی حاکم بر طبقات یا احزاب یا سازمان بوروکراتیک یا حکومت‌ها و نظایر آن است (شاملو، باقر و غلامرضا اسماعیلی آذر، «الگوی سیاست جنایی در مواجهه با فساد سیاسی- اقتصادی نظام الیگارشی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۴۰۳، ص ۵۱).

2. khabaronline.ir/xdk۸Q

3. donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-3323680/

پیامدهای آن مستقیماً متوجه نیروی انسانی آموزشی شده است.

گسترش به‌کارگیری نیروهای خرید خدمت آموزشی، به‌عنوان یکی از ابزارهای اجرایی خصوصی‌سازی، موجب شکل‌گیری الگویی از اشتغال ناپایدار، کم‌درآمد و فاقد حمایت‌های اجتماعی برای معلمان شده است. این وضعیت، معلمان را در موقعیتی از ناامنی شغلی مزمن قرار می‌دهد که در آن استمرار همکاری، میزان دستمزد و حتی پرداخت به‌موقع حقوق، تابع اراده کارفرمایان خصوصی است. دریافت دستمزدهای کمتر از حداقل‌های قانونی، تأخیرهای مکرر در پرداخت حقوق، فقدان بیمه پایدار و اجبار عملی به پنهان‌سازی واقعیت‌های مزدی، مجموعه‌ای از آسیب‌های نهادی را شکل می‌دهد که در چارچوب مفهومی زمیولوژی، واجد ماهیت ساختاری و سیستماتیک است.

در پیوند با سیاست‌گذاری جنایی آموزشی، این وضعیت از منظر «پیشگیری اجتماعی رشدمدار» اهمیت مضاعف می‌یابد. آموزش و پرورش یکی از بنیادی‌ترین نهادهای پیشگیری غیرکیفری از بزهکاری و انحرافات اجتماعی است و معلم، نقش محوری در تحقق این کارکرد ایفا می‌کند. بااین‌حال، هنگامی که معلم خود در معرض فشارهای شدید اقتصادی، بی‌ثباتی شغلی و تحقیر نهادی قرار می‌گیرد، ظرفیت او برای ایفای نقش پیشگیرانه، انتقال هنجارهای اجتماعی و ایجاد پیوند عاطفی و اخلاقی با دانش‌آموزان به‌طور جدی تضعیف می‌شود. در نتیجه، سیاستی که ظاهراً با هدف افزایش کارآمدی یا کاهش هزینه‌های عمومی اتخاذ شده است، در عمل کارکرد پیشگیرانه نظام آموزشی را مختل می‌سازد.

از منظر نابرابری نهادی، خصوصی‌سازی آموزش موجب دوپاره شدن ساختار نیروی انسانی آموزشی می‌شود: ازیک‌سو معلمان برخوردار از امنیت نسبی شغلی و حمایت‌های قانونی، و ازسوی‌دیگر نیروهای خرید خدمت که در شرایطی نابرابر، ناامن و فاقد قدرت چانه‌زنی قرار دارند. این دوگانگی، انسجام نهادی مدرسه را تضعیف می‌کند و به کاهش سرمایه اجتماعی در محیط آموزشی می‌انجامد؛ امری که بنا بر یافته‌های جرم‌شناسی انتقادی، رابطه مستقیمی با افزایش آسیب‌های رفتاری، افت اعتماد نهادی و کاهش مشارکت مدنی در سطوح بعدی زندگی اجتماعی دارد.

در نهایت، از منظر زمیولوژی، آسیب‌های تحمیل‌شده بر معلمان در فرایند خصوصی‌سازی آموزش را نمی‌توان به‌عنوان پیامدهای جانبی یا اجتناب‌ناپذیر سیاست‌های اقتصادی توجیه کرد. این آسیب‌ها بخشی از هزینه‌های پنهان سیاست‌گذاری نولیبرالی در حوزه آموزش هستند که بدون پاسخ‌گویی کیفری یا اداری مؤثر، به تضعیف جایگاه معلم، فرسایش کارکرد تربیتی مدرسه و بازتولید نابرابری‌های اجتماعی منجر می‌شوند. چنین وضعیتی، ضرورت بازاندیشی در سیاست‌گذاری جنایی آموزشی را برجسته می‌سازد؛ سیاست‌گذاری‌ای که به‌جای تمرکز صرف بر کنترل‌های پسینی و واکنشی، بر حفاظت از نهاد آموزش و نیروی انسانی آن به‌عنوان زیربنای پیشگیری اجتماعی پایدار تأکید داشته باشد.

۳. نظام پیشنهادها

نظام پیشنهادها برای کاهش آسیب‌های ناشی از خصوصی‌سازی آموزش با توجه به یافته‌های تحلیلی این پژوهش و در چارچوب رویکرد زمیولوژیک و سیاست‌گذاری جنایی آموزشی را می‌توان در چهار محور کلی و به‌هم‌پیوسته صورت‌بندی کرد؛ محورهایی که هدف آنها نه ارائه راهکارهای اجرایی خرد، بلکه اصلاح جهت‌گیری‌های کلان حقوقی، نهادی و سیاستی به‌منظور کاهش تولید آسیب‌های ساختاری خصوصی‌سازی حوزه آموزش است.

۳.۱. بازتعریف جایگاه آموزش در سیاست‌گذاری حقوقی و نهادی

نخستین محور، ناظر بر ضرورت بازتعریف آموزش به‌عنوان «حق عمومی» و نه کالای اقتصادی در نظام حقوقی و سیاست‌گذاری است. در این چارچوب، اصل ۳۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باید از سطح اعلامی و نمادین، به سطح تعهدات عملیاتی در قوانین برنامه، بودجه و مقررات ناظر بر مشارکت بخش غیردولتی ارتقا یابد. هرگونه سیاست مرتبط با خصوصی‌سازی یا واگذاری خدمات آموزشی، باید ذیل این اصل و با تقدم حق دسترسی برابر، عدالت آموزشی و مسئولیت دولت ارزیابی شود. از منظر زمیولوژی، این بازتعریف حقوقی، شرط بنیادین جلوگیری از تبدیل سیاست‌گذاری آموزشی به منبع تولید آسیب نهادی و نابرابری ساختاری است.

۳.۲. تنظیم‌گری عمومی و محدودسازی منطق سود در آموزش پایه

محور دوم به ضرورت تقویت تنظیم‌گری عمومی و مهار منطق سود در حوزه آموزش، به‌ویژه در مقاطع پایه، اختصاص دارد. خصوصی‌سازی در فقدان قواعد شفاف، ارزیابی‌های اثرات اجتماعی و سازوکارهای پاسخ‌گویی، مستعد بازتولید نابرابری و تضعیف کیفیت است. ازاین‌رو، مشارکت بخش غیردولتی در آموزش باید تابع مقررات سخت‌گیرانه‌ای باشد که شامل شفافیت مالی، پاسخ‌گویی نهادی و ارزیابی مستمر آثار توزیعی و عدالت‌محور سیاست‌هاست. چنین رویکردی، همسو با الزامات حقوق آموزش در اسناد بین‌المللی و با نقدهای زمیولوژیک نسبت به کالایی‌سازی خدمات عمومی سازگار است.

۳.۳. بازآرایی سیاست جنایی آموزشی با تمرکز بر پاسخ‌گویی نهادی

سومین محور، به بازآرایی سیاست جنایی آموزشی اختصاص دارد؛ سیاستی که به‌جای تمرکز صرف بر مداخلات کیفری پسینی، بر پیشگیری ساختاری و پاسخ‌گویی نهادی تأکید دارد. در این چارچوب، رفتارهای سوداگرانه، فریبکارانه یا آسیب‌زن در حوزه آموزش ـ ازجمله نقض حقوق تحصیلی، سوءاستفاده از مجوزها یا تحمیل هزینه‌های ناموجه ـ باید با سازوکارهای حقوقی و کیفری متناسب، شفاف و بازدارنده مواجه شود. بااین‌حال، هدف اصلی، جرم‌انگاری گسترده نیست، بلکه ایجاد نظامی است که هزینه نقض حق آموزش و تولید آسیب اجتماعی را برای کنشگران نهادی افزایش دهد و از عادی‌سازی آسیب جلوگیری کند.

۳.۴. پیشگیری ساختاری و تقویت ظرفیت‌های پایدار عدالت آموزشی

محور چهارم، ناظر بر اقدامات پیشگیرانه بلندمدت و ساختاری است که بر رفع علل ریشه‌ای تولید آسیب تمرکز دارد. تأمین مالی پایدار آموزش عمومی، حمایت نهادی از حرفه معلمی و استقرار نظام‌های داده‌محور برای پایش عدالت آموزشی، ازجمله مؤلفه‌های کلیدی این محور به‌شمار می‌روند. افزون‌بر این، به‌جای رویکردهای شعاری یا بسیج اجتماعی غیرعلمی، لازم است بستر مشارکت علمی، کیفی و نهادمند نهادهای مردمی، انجمن‌های تخصصی و سازمان‌های غیردولتی در فرایند سیاست‌گذاری آموزشی فراهم شود؛ مشارکتی که مبتنی‌بر داده، پژوهش و ارزیابی مستقل بوده و به ارتقای پاسخ‌گویی و کاهش آسیب‌های ساختاری کمک کند.

نتیجه‌گیری

در جمع‌بندی، باید تأکید کرد که آموزش به‌عنوان حق بنیادین و ابزار اصلی تحقق برابری اجتماعی، نقشی اساسی در پیشگیری از جرم دارد؛ زیرا دسترسی برابر به آموزش باکیفیت، یکی از مهم‌ترین سازوکارهای کاهش نابرابری، تقویت سرمایه اجتماعی و پیشگیری از بروز رفتارهای معارض قانون تلقی می‌شود. خصوصی‌سازی آموزش با تضعیف مدارس دولتی، کالایی‌سازی فرصت‌های تحصیلی و ایجاد شکاف طبقاتی، زمینه شکل‌گیری محرومیت نسبی، ناکامی ساختاری و احساس بی‌عدالتی را فراهم می‌کند؛ عواملی که مطابق نظریه‌های فشار، رویکردهای انتقادی و تحلیل‌های زمیولوژیک، از مهم‌ترین محرک‌های بزهکاری و آسیب‌زایی اجتماعی به شمار می‌روند. بر همین اساس، بررسی پیامدهای خصوصی‌سازی آموزش صرفاً مطالعه‌ای در حوزه سیاست‌گذاری آموزشی نیست، بلکه ضرورت راهبردی در سیاست جنایی و پیشگیری از جرم است؛ زیرا هرگونه اختلال در کارکرد آموزشی، به‌طور مستقیم سازوکارهای اجتماعی کردن، هویت‌یابی، انتقال هنجارها و ارتقای فرصت‌های مشروع را تضعیف می‌کند.

از این منظر، پیشنهادهای این پژوهش با رویکردی چندسطحی طراحی شده‌اند تا ضمن کاهش آسیب‌های ساختاری ناشی از خصوصی‌سازی، کارکرد پیشگیرانه نظام آموزشی نیز تقویت شود. در سطح تقنینی، اجرای کامل اصل ۳۰ قانون اساسی، تنظیمگری سخت‌گیرانه مدارس غیردولتی و جلوگیری از سودآوری افسارگسیخته، بستر کاهش نابرابری آموزشی و تقویت عدالت توزیعی را فراهم می‌کند. در سطح اجتماعی - فرهنگی، تقویت مدارس دولتی، توسعه آموزش انتقادی و افزایش مشارکت والدین، به ارتقای سرمایه اجتماعی و انسجام جمعی منجر می‌شود و زمینه‌های پیشگیری اجتماعی رشدمدار را تقویت می‌کند. در سطح کیفری، جرم‌انگاری رویه‌های فریبنده آموزشی، اعمال مالیات بر سود مازاد مؤسسات انتفاعی و تشدید نظارت بر مدیران متخلف، نقش بازدارنده‌ای در مقابله با الیگارشی آموزشی دارد. در نهایت، در سطح اقدامات پیشگیرانه، تأمین مالی پایدار، حمایت ساختاری از معلمان و ایجاد سامانه ملی پایش عدالت آموزشی، کارکرد نظام آموزشی را در کاهش نابسامانی‌های اجتماعی و بزه‌خیزی گروه‌های آسیب‌پذیر تقویت می‌کند. بدین‌ترتیب، اتخاذ سیاست‌های جامع و عدالت‌محور در حوزه آموزش، نه‌تنها مانعی در برابر گسترش آسیب‌های ناشی از خصوصی‌سازی است، بلکه ابزاری مؤثر در پیشگیری از جرم و تضمین توسعه متوازن و انسانی جامعه محسوب می‌شود.

منابع

کتاب

۱. امیدی، مسعود، ***کارنامه نئولیبرالیسم در ایران***، تهران: گل‌آذین، ۱۴۰۲.

۲. زیباکلام، فاطمه، ***از مکتب تربیتی لیبرالیسم تا نئولیبرالیسم؛ نگاهی انتقادی***، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۲.

۳. ژیرو، هنری ا.ا.، ***درگیری نئولیبرالیسم با آموزش عالی***، ترجمه انور محمدی، تهران: نشر تیسا، ۱۳۹۹.

٤. شیرازی، عظیم و محمد جعفری، ***برنامه خصوصی‌سازی کشور؛ عملکرد، ملاحظات و چالش‌ها***، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۹۳.

٥. غلامی، حسین، ***درآمدی بر آسیب اجتماعی‌شناسی (زمیولوژی)***، تهران: پژوهشگاه علوم انتظامی و مطالعات اجتماعی ناجا، ۱۳۹۹.

٦. هاروی، دیوید، ***تاریخ مختصر نئولیبرالیسم***، ترجمه محمود عبدالله‌زاده، تهران: نشر اختران، ۱۳۸۴.

مقاله

۷. ایمان‌نمدیان‌پور، حیدر، علی‌اصغر جانعلی‌زاده و علی فیروزجائیان، «تأملی جامعه‌شناختی بر خصوصی‌سازی آموزش (مدارس غیردولتی) در ایران»، *نشریه جامعه‌پژوهی فرهنگی*، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص۱۱۱-۱۴۰. Doi: 10.30465/scs.2023.43806.2652

۸. جمالی، جلال و محمد سلطانی، «تأثیر خصوصی‌سازی مدارس و مدیریت آن بر کیفیت آموزش در ایران»، *مجله جهان نوین*، دوره ۳، شماره ۱۲، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۴۷.

۹. حسنی، محمد، «نقدی بر سیاست خصوصی‌سازی تربیت مدرسه‌ای در نظام آموزشی ایران»، *دوفصلنامه پژوهش‌نامه مبانی تعلیم و تربیت*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۱۳-۱۳۴. Doi: 10.22067/fedu.2024.84268.1290

۱۰. شاملو، باقر و غلامرضا اسماعیلی آذر، «الگوی سیاست جنایی در مواجهه با فساد سیاسی- اقتصادی نظام الیگارشی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص۴۱-۷۲. Doi: 10.48308/eclr.2024.234620.1050/

۱۱. مرندی، الهه و اعظم قربانی، «مبانی و سازوکارهای حمایتی حق آموزش در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اسناد حقوق بشری»، *فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص۹۱-۱۲۰. Doi: 20.1001.1.23225637.1400.10.1.11.1/

گزارش

۱۲. بیات، موسی و محمدرضا ملاشاهی، «بررسی روند ترک تحصیل و بازماندگی از تحصیل در آموزش و پرورش (سال‌های ۱۳۹۳ تا ۱۴۰۱)»، *دفتر مطالعات فرهنگ و آموزش، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، ۱۴۰۱.

References

Books

1. Ball, S. J., & Junemann, C., *Networks, New Governance and Education*, 1st Ed. Policy Press, 2012. Doi: 10.2307/j.ctt9qgnzt
2. Canning, V., & Tombs, S., *From Social Harm to Zemiology: A Critical Introduction*, 1st Ed. Abingdon: Routledge, 2021.
3. Dingerson, Leigh, Barbara Miner, Bob Peterson, and Stephanie Walters, eds. *Keeping the Promise?: The Debate Over Charter Schools.* Milwaukee, WI: Rethinking Schools, 2008.
4. Gholami, Hossein, *An Introduction to Social Harm Studies (Zemiology),* Tehran: Research Institute of Law Enforcement Sciences and Social Studies, 2020. (in Persian)
5. Giroux, Henry A. A., *Neoliberalism's War on Higher Education*, Translated by: Anvar Mohammadi, Tehran: Tisa Publishing, 2020. (in Persian)
6. Harvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Translated by: Mahmoud Abdollahzadeh, Tehran: Akhtaran Publishing, 2005. (in Persian)
7. Levin, H. M., *Privatizing Education: Can the School Marketplace Deliver Freedom of Choice, Efficiency, Equity, and Social Cohesion*, Boulder: Westview Press, 2019.
8. Omidi, Masoud, *The Record of Neoliberalism in Iran*, Tehran: Golazin Publishing, 2023. (in Persian)
9. Shirazi, Azim, and Mohammad Jafari, *The National Privatization Program: Performance, Considerations, and Challenges,* Tehran: Tadbir-e Eqtesad Research Institute, 2014. (in Persian)
10. Verger, A., Lubienski, C., & Steiner-Khamsi, G., *The Global Education Industry: World Yearbook of Education 2016*, London: Routledge, 2016.

11. Zibakalam, Fatemeh, *From the Educational School of Liberalism to Neoliberalism: A Critical Perspective,* Tehran: University of Tehran Press, 2023. (in Persian)

Articles

12. Chen, Y.; Salagean, I.; Zou, B. "Private Educational Expenditure Inequality between Migrant and Urban Households in China's Cities". *Economies* ,Vol. 12, Issue 10, 2024, pp. 1-22. https://doi.org/10.3390/economies12100277
13. Hassani, Mohammad, "A Critique of the Policy of Privatizing School-Based Education in Iran's Educational System", *Bi-Quarterly Journal of Research on the Fundamentals of Education*, Vol. 13, Issue 2, 2023, pp. 113–134. Doi: 10.22067/fedu.2024.84268.1290/ (in Persian).
14. Heissel, J. A., Adam, E. K., Doleac, J. L., Figlio, D. N., & Meer, J., "Testing, Stress, and Performance: How Students Respond Physiologically to High-Stakes Testing", *Education Finance and Policy*, Vol. 16, Issue 2, 2021, PP 183–208. doi: 10.1162/edfp_a_00306.
15. Hope, A., "The Shackled School Internet: Zemiological Solutions to the Problem of Over-Blocking", *Learning, Media and Technology*, Vol. 38, Issue 3, 2013, PP 270–283. doi: 10.1080/17439884.2012.670646.
16. Iman-Nemadianpour, Heydar, Ali-Asghar Janalizadeh, and Ali Firoozjaeian, "A Sociological Reflection on the Privatization of Education (Non-Governmental Schools) in Iran", *Cultural Sociology Studies Journal*, Vol. 14, Issue 2, 2023, pp. 111–140. Doi: 10.30465/scs.2023.43806.2652/ (in Persian).
17. Jamali, Jalal, and Mohammad Soltani, "The Impact of School Privatization and Its Management on the Quality of Education in Iran", *New World Journal*, Volume 3, Issue 12, 2020, pp. 35–47. (in Persian).
18. Koyama, A., et al., "Association between Depression, Examination-Related Stressors, and Sense of Coherence: The Ronin-Sei Study", *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, Vol. 68, Issue 6, 2014. PP 441–447. doi: 10.1111/pcn.12146.
19. Lim, H. S., "The Impact of Korea's 'Hagwon' Culture on Academic Pressure among High School Students", *Research and Advances in Education*, Vol. 4, Issue 1, 2025. PP 1–10. doi: 10.56397/RAE.2025.01.01.
20. Lochner, L., & Moretti, E., "The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports", *American Economic Review*, Vol. 94, Issue 1, 2004, PP 155–189. doi: 10.1257/000282804322970751.
21. Morandi, Elaheh, and Azam Ghorbani, "Foundations and Supportive Mechanisms of the Right to Education in the Constitution of the Islamic Republic of Iran and Human Rights Instruments", *Islamic Human Rights Studies Quarterly,* Vol. 10, Issue 1, 2021, pp. 91–120. Doi: 20.1001.1.23225637.1400.10.1.11.1/ (in Persian)
22. Rainford, Jon, "Using Zemiology to explore the potential social harms of a lifelong learning entitlement", *Journal of Education Policy*, Vol. 41, Issue 5, 2026, pp. 1-20. doi: 10.1080/02680939.2025.2560376.
23. Raymen, T., "The Enigma of Social Harm and the Barrier of Liberalism: Why Zemiology Needs a Theory of the Good", *Justice, Power and Resistance*, Vol. 3, Issue 1, 2019. PP 134-163.
24. Schmelkes del Valle, S., Robles Vásquez, H., & Santos del Real, A., "Education and Learning at the Bottom of the Pyramid", in *Learning, Marginalization, and Improving the Quality of Education in Low-Income Countries*, Cham: Springer, 2020, pp. 223–276.
25. Shamloo, Bagher, and Gholamreza Esmaeili Azar, "The Criminal Policy Model in Addressing Political-Economic Corruption in the Oligarchic System", *Economic and Commercial Legal*

Research Quarterly, Volume 2, Issue 1, 2024. pp.41-72. DOI: 10.48308/eclr.2024.234620.1050/ (in Persian)

Reports

26. Bayat, Mousa, and Mohammad Reza Mollashahi, "An Analysis of School Dropout and Educational Exclusion in the Education System (2014–2022)", *Office of Culture and Education Studies, Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, 2022. (in Persian)
27. UNESCO, *Global Education Monitoring Report*, Paris: UNESCO, 2018.

Websites

28. donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-3323680/
29. https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8277150/ https://www.afkarnews.com/fa/tiny/news-380549/
30. https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-action-leads-us-dept-education-forgive-nearly-37-million-loans-students-deceived-university.
31. https://www.theguardian.com/education/2025/mar/22/teenagers-excluded-from-school-twice-as-likely-to-commit-serious-violence

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 197-216 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Strategies and Legal Challenges of the National Development Fund's Investment in the Upstream Sector of the Oil and Gas Industry

Hossein Zare[1], Navid Rahbar[2]

Highlights

- Co-investment and acting as an anchor investor constitute the primary strategy of national development funds for attracting private and foreign investors.
- Limitations on investment authority and a focus on lending hinder the National Development Fund's strategic investment role in the upstream oil and gas sector.
- Legal risks associated with existing participation structures and IPC contracts have reduced investment attractiveness for private and foreign investors.

ABSTRACT

Introduction

The need for substantial financial resources and high risk has made investment in the oil and gas industry, particularly its upstream sector, a challenging endeavour. In this sector, millions of dollars may be invested, yet for reasons such as the failure to discover economically viable reserves and the uncertainty inherent in the exploration, development, and production stages, the return on investment may not be guaranteed. Providing all the capital required for such projects is beyond the capacity of governments, and foreign borrowing is also not cost-effective due to high interest rates. Therefore, attracting investors in this industry requires facilitative mechanisms. In this regard, national development funds, as a subset of sovereign wealth funds, possess significant capacity; these institutions, by channelling capital towards priority sectors of the national economy, create the conditions for attracting private and foreign investment. In recent years, efforts have been made in Iran to establish the necessary legal frameworks for the National Development Fund to invest in the upstream sector of the oil and gas industry. This study aims to evaluate the effectiveness of these laws in enabling the National Development Fund of Iran to facilitate investment in the upstream sector of the country's oil and gas industry and to identify potential challenges.

Methods

To achieve these objectives, this research is structured using a descriptive-analytical method. Firstly, based on the relevant literature concerning 'National Development Funds', the common investment model of these entities in attracting private and foreign investors in strategic sectors of the economy is recognized. Secondly, the legal foundations for the investment of the National Development Fund of Iran in the

How to Cite: Zare, Hossein, Rahbar, Navid, "Strategies and Legal Challenges of the National Development Fund's Investment in the Upstream Sector of the Oil and Gas Industry", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 197-216.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242605.3007 Received: 27/11/2025-Accepted: 13/06/2026

1. L.L.M., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: ho.zare@mail.sbu.ac.ir
2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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/).

upstream sector of oil and gas are outlined and explained. Thirdly, the extent to which these legal foundations align with the typical investment model of national development funds aimed at attracting investors is analysed.

Results and Discussions

The findings of this research indicate that, internationally, national development funds play a key role as anchor investors in investment processes, contributing to risk redistribution, enhancing investor confidence, and ultimately facilitating their entry into large-scale and strategic projects. This mechanism is realised through co-investment, which involves the fund sharing in the profits and losses of the project. By making an initial investment in domestic projects, these funds signal their presence as confirmation of a project's feasibility and stability, thereby reducing the entry risk for the private sector. They also employ a range of diverse instruments—such as public–private partnerships, blended finance, "first-loss equity", and "capped-return agreements"—to recalibrate the risk-to-return ratio of projects for investors. The role of anchor investor for the National Development Fund of Iran in the upstream oil and gas sector encounters fundamental challenges. Some of these challenges relate to the fund's statutes, while others concern the legal and contractual structures governing investor participation in this sector. The investment mechanism envisaged in the statutes of the National Development Fund of Iran is based on providing facilities through agent banks. In this mechanism, the risk associated with non-repayment of facilities is transferred to the banks, the interest rate is pre-determined, and the fund does not participate in potential project losses; a factor that practically renders the implementation of the co-investment strategy impossible. Moreover, the prohibition on granting facilities to state-owned enterprises and the lack of access to other investment vehicles have significantly constrained the fund's capacity to invest in the upstream oil and gas sector. The provision of facilities, particularly in the form of issuing guarantees, conflicts with the "principle of contractual self-sufficiency" and the condition prohibiting guarantees by the government and banks, which is reflected in numerous laws. Investment mechanisms in the upstream oil and gas sector also pose serious problems. To attract domestic and foreign investors, the development funds must design investment platforms that are sufficiently attractive for long-term investments. However, the existing legal and contractual structures for investment in the upstream sector face significant deficiencies. The IPC contract (Iran Petroleum Contract), in terms of attractiveness for investors, ranks at the lowest compared to other oil contracts. Additionally, structural deficiencies relating to "reserve booking", "cost recovery", and "payment ceilings", as well as the exclusion of the "Foreign Investment Promotion and Protection Act" from this contract, markedly diminish its attractiveness to investors. The "Legal and Contractual Framework for the Participation of Qualified Oil Companies with Investors" lacks the necessary balance and fosters potential conflicts of interest between investors and contractors, a matter that entails considerable risks for investors. Within this framework, the regime of joint and several liability of the partners—combined with the deprivation of the investor's right to intervene in project management, and the conditioning of the investor's exit upon the employer's approval—imposes risks beyond the investor's control. The "Accelerated Plan for Increasing Crude Oil Production", which was adopted with the permission of the Supreme Leader and constitutes the first legal foundation for the fund's "direct investment", likewise does not present a sustainable, transparent, and comprehensive mechanism for investment, nor does it provide the necessary infrastructure for effective private and foreign investor participation.

Conclusion

The aforementioned challenges have weakened the impact of investments made by the National Development Fund as an anchor investor, reducing the leverage ratio of its investments to the lowest possible level and causing the Fund's investment to take on the character of mere financing. Expanding the investment capabilities of the Fund in the upstream oil and gas sector, enhancing its investment vehicles—especially by creating opportunities for co-investments with foreign investors and the private sector through collaborative structures—and addressing the shortcomings of the IPC, while providing access to more attractive contractual models such as the "production sharing agreement", along with a review of the participation structure between qualified oil companies and investors to reduce risk and create contractual balance, can pave the way for the National Development Fund's "strategic investment" in the upstream oil and gas sector.

Keywords: Strategic Investment, Co-Investment, Anchor Investor.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

راهبردها و چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز

حسین زارع[۱]، نوید رهبر[۲]

نکات برجسته

- سرمایه‌گذاری مشترک و ایفای نقش سرمایه‌گذار مرجع، راهبرد اصلی صندوق‌های توسعه ملی برای جذب سرمایه‌گذاران خصوصی و خارجی است.
- محدودیت در صلاحیت سرمایه‌گذاری و تمرکز بر اعطای تسهیلات، مانع نقش‌آفرینی راهبردی صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی نفت و گاز است.
- ریسک‌های حقوقی ساختارهای مشارکتی موجود و قرارداد آی‌پی‌سی، جذابیت سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران خصوصی و خارجی را کاهش داده‌اند.

چکیده

صنعت نفت و گاز، به‌ویژه در بخش بالادستی، با نیازهای عظیم مالی و ریسک‌های بالایی مواجه است. از همین رو جذب سرمایه‌گذاران کلان در این حوزه از اهمیت راهبردی برخوردار است. ازجمله سرمایه‌گذاران نهادی واجد ظرفیت‌های چشمگیر در این زمینه، صندوق توسعه ملی ایران است. صندوق‌های توسعه ملی نهادهایی‌اند که جریان سرمایه را به‌سمت بخش‌های راهبردی اقتصاد ملی هدایت می‌کنند. در این راستا، صندوق‌های مزبور تلاش می‌کنند ثروت‌های ملی را که در اختیار آنهاست، به‌نحوی سرمایه‌گذاری کنند که سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران خارجی را با خود همراه سازند. این پژوهش با بهره‌گیری از روش توصیفی ـ تحلیلی، مبانی قانونی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی ایران در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز را از حیث انطباق با راهبردهای مؤثر سرمایه‌گذاری صندوق‌های توسعه ملی، تحلیل و ارزیابی می‌کند. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که تلاش‌های تقنینی اخیر در جهت بهره‌گیری از ظرفیت‌های صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، به‌دلیل محدودیت‌های موجود در صلاحیت صندوق برای سرمایه‌گذاری در این حوزه و نیز ضعف ساختارهای قراردادی پیش‌بینی‌شده در قوانین مربوطه، نتوانسته است زمینه‌های لازم برای ایفای نقش راهبردی صندوق توسعه ملی در این بخش را به‌نحو مطلوب فراهم سازد. ارتقای جایگاه صندوق توسعه ملی از یک تأمین‌کننده مالی صرف به یک سرمایه‌گذار راهبردی در صنعت نفت و گاز، مستلزم توسعه حدود صلاحیت سرمایه‌گذاری صندوق، بازنگری در ساختارهای قراردادی موجود و نیز تنوع‌بخشی به ابزارها و شیوه‌های سرمایه‌گذاری این نهاد است.

کلید واژگان: سرمایه‌گذاری راهبردی، سرمایه‌گذاری مشترک، سرمایه‌گذار مرجع.

استناد به این مقاله: زارع، حسین، رهبر، نوید، «راهبردها و چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۱۹۷-۲۱۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۹/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۲۳ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242605.3007

۱. کارشناس‌ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: ho.zare@mail.sbu.ac.ir
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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

صنعت نفت و گاز، صنعتی به‌شدت سرمایه‌بر و وابسته به منابع مالی کلان است؛ به‌گونه‌ای‌که واحد ارزی متداول در محاسبات مالی آن، «میلیون دلار ایالات متحده» محسوب می‌شود و بودجه بسیاری از پروژه‌های این حوزه از چندین میلیارد دلار نیز فراتر می‌رود.[۱] افزون‌بر این، به‌ویژه در بخش بالادستی، این صنعت با سطح بالایی از ریسک مواجه است. در این بخش، ممکن است میلیون‌ها دلار سرمایه‌گذاری صورت گیرد، اما به دلایلی چون عدم کشف منابع نفت و گاز با توجیه اقتصادی، وجود عدم قطعیت و احتمال بروز خطا در مراحل اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری، بازگشت سرمایه و جبران هزینه‌ها امکان‌پذیر نباشد.[۲] تأمین تمام سرمایه مورد نیاز در چنین پروژه‌هایی به‌ویژه در کشورهای درحال‌توسعه از توان دولت‌ها خارج است. ازسوی‌دیگر استقراض خارجی نیز به‌دلیل نرخ بالای سود و عدم مشارکت طرف قرض‌دهنده در ریسک‌های پروژه مقرون‌به‌صرفه نیست.[۳] از همین رو وجود نهادهایی که بتوانند زمینه ترغیب و جذب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و خارجی را در این صنعت فراهم آورند، از اهمیت بالایی برخوردار است.

در راستای جذب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و خارجی، صندوق‌های ثروت حاکمیتی[۴] گونه‌ای نو از سرمایه‌گذاران نهادی هستند[۵] که از ظرفیت‌های قابل‌توجهی برخوردارند. صندوق‌های مزبور که ازجمله سرمایه‌گذاران فعال در صنعت نفت و گاز نیز به‌شمار می‌آیند[۶]، طبقه‌ای نوپدید از سرمایه‌گذاران دولتی هستند که امروزه از ارکان اصلی برنامه‌های توسعه ملی و از بازیگران مؤثر در بازارهای مالی جهانی محسوب می‌شوند.[۷] به‌ویژه، صندوق‌های توسعه ملی یا صندوق‌های سرمایه‌گذاری راهبردی به‌عنوان زیرمجموعه‌ای از این نهادها، جایگاهی ویژه در جذب سرمایه برای بخش‌های راهبردی اقتصاد ملی دارند؛ زیرا با هدایت سرمایه به حوزه‌های اولویت‌دار اقتصاد، زمینه جذب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی را نیز فراهم می‌سازند.[۸]

صندوق توسعه ملی ایران نیز در شمار نهادهای مزبور قرار دارد و از ظرفیت‌هایی برخوردار است که درصورت بهره‌برداری مناسب، می‌تواند نقشی مؤثر در جذب سرمایه و توسعه بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایفا کند. در سال‌های اخیر، تلاش‌هایی در راستای استفاده از این ظرفیت‌ها در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز صورت گرفته است. «چارچوب

---

1. Bret-Rouzaut, N. *Economics of Oil and Gas Production*. In: Hafner, M., Luciani, G. (eds) *The Palgrave Handbook of International Energy Economics*. Palgrave Macmillan, Cham. 2022. p.3.

۲. شیروی، عبدالحسین، ***حقوق نفت و گاز***، تهران: میزان، ۱۴۰۲، ص ۲۹۲.

۳. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، ***حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری***، تهران: تیسا، ۱۳۹۴، ص ۶۶۱.

4. Sovereign Wealth Funds

این اصطلاح نخستین بار در سال ۲۰۰۵ توسط اندرو رزانوف مطرح شد و به‌طور کلی، به ابزارهای سرمایه‌گذاری دارایی‌های ملی و تحت کنترل دولت اشاره دارد.

نک: قلیپور دمیه، مجتبی، سیدعلیرضا میرمحمدصادقی و محمدعلی رستگار سرخه، «سنجش و بهبود ریسک پذیری صندوق توسعه ملی تحت یک رویکرد کلی»، *مهندسی سیستم و بهره‌وری*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۴۰۴، ص ۱۰۵.

۵. نظام‌الملکی، جعفر و محمد نظام‌الملکی، «واکاوی ماهیت و قالب حقوقی صندوق ثروت حاکمیتی خارجی در بازار سرمایه ایران با نگاهی بر اسناد بین‌المللی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۳۲، شماره ۲۸، ۱۴۰۴، ص ۲۶۵.

6. Halbout, J., and M. N. Riboud-Seydoux, *Financing of Energy Investment*, in *The Palgrave Handbook of International Energy Economics*, 1st Ed. Cham: Palgrave Macmillan, 2022, p. 311.

7. Alami, Ilias, and Adam D. Dixon, *The Spectre of State Capitalism*, Oxford: Oxford Univ, Press, 2024, p.7.

8. Halland, H., M. Noel, S. Tordo, and J. J. Kloper-Owens, "Strategic Investment Funds: Opportunities and Challenges", *World Bank Group,* 2016, p. 1.

حقوقی و قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران» که در تاریخ ۱۴۰۳/۱۱/۱ توسط وزیر نفت ابلاغ شد امکان سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بستر قرارداد آی‌پی‌سی را پیش‌بینی کرده است. همچنین مصوبه شورای اقتصاد به تاریخ ۱۴۰۴/۰۴/۲۴ در قالب طرحی موسوم به «طرح ضربتی جهش تولید نفت خام به میزان ۲۵۰ هزار بشکه در روز» سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز را تجویز کرده است.

ارزیابی کارایی مقررات یادشده مستلزم تحلیلی حقوقی است که بتواند نسبت میان راهبردهای مؤثر سرمایه‌گذاری و سازوکارهای حقوقی پیش‌بینی‌شده را با دقت بررسی کند؛ امری که تاکنون به‌گونه‌ای منسجم و نظام‌مند مورد مطالعه قرار نگرفته است. به‌ویژه آن‌که مقررات ناظر بر سرمایه‌گذاری صندوق در این بخش به‌تازگی به تصویب رسیده است و تا کنون پژوهشی در این زمینه انجام نشده است. از همین رو، پژوهش حاضر به این پرسش می‌پردازد که «راهبردهای حقوقی و مالی مؤثر برای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی ایران در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز کدام‌اند و قوانین و مقررات موجود تا چه میزان بستر اجرایی این راهبردها را فراهم ساخته‌اند».

این پژوهش مبتنی‌بر روش پژوهش توصیفی - تحلیلی و در سه بخش سازمان‌دهی شده است. در گام نخست، به شناسایی راهبردهای سرمایه‌گذاری صندوق‌های توسعه ملی پرداخته می‌شود تا الگوهای موفق در نحوه تخصیص منابع توسط نهادهای مزبور شناسایی شوند. در گام دوم، مبانی و چارچوب‌های قانونی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی ایران در بخش بالادستی نفت و گاز تبیین می‌شود. در بخش سوم نیز به‌منظور امکان‌سنجی اجرای راهبردهای سرمایه‌گذاری شناسایی‌شده، قوانین و مقررات موجود مورد تحلیل قرار خواهند گرفت تا موانع و چالش‌های احتمالی در مسیر اجرای راهبردهای مذکور توسط صندوق توسعه ملی ایران احصا و تبیین شود.

۱. معرفی صندوق‌های توسعه ملی و راهبردهای سرمایه‌گذاری آنها

۱.۱. اهداف و کارکردهای صندوق‌های توسعه ملی

«صندوق‌های توسعه ملی»[1] یکی از جدیدترین انواع «صندوق‌های ثروت حاکمیتی» هستند که هدف از تأسیس آنها مدیریت و هدایت مؤثر دارایی‌های ملی به‌سمت رشد و پیشرفت اقصاد و دنبال نمودن اهداف توسعه‌ای کشور است.[2] این صندوق‌ها با نام‌های «صندوق توسعه حاکمیتی»[3] و «صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی»[4] نیز شناخته می‌شوند.[5]

شکل‌گیری صندوق‌های توسعه ملی را می‌توان نتیجه بازنگری سرمایه‌گذاری ثروت‌های ملی در بازارهای مالی خارجی تلقی کرد؛ مسیری که پیش‌تر برخی پژوهشگران به‌درستی آن را پیش‌بینی کرده بودند. این پیش‌بینی‌ها براساس این فرض استوار بود که «صندوق‌های ثروت حاکمیتی»، در واکنش به کاهش پایداری بازدهی سرمایه‌گذاری‌ها در بازارهای مالی غربی، به‌تدریج از این مسیر فاصله خواهند گرفت و به نهادهایی با ماهیت و کارکردی متفاوت تبدیل خواهند شد.

---

1. National Development Funds

۲. جان‌احمدی، فرصاد و شهیاد آبنار، «صندوق توسعه ملی وتوسعه پایدار؛ الزامات تغییر رویکرد به‌سمت سرمایه‌گذاری»، *دومین همایش ثروت ملی و عدالت بین نسلی*، تهران، ۱۴۰۲، ص ۱۶.

3. Sovereign Development Fund

4. Strategic Investment Fund

5. Barbary, Victoria, Adam D. Dixon, and Patrick J. Schena. *The Evolving Landscape of Sovereign Wealth Funds in a Changing World Economy: How Resilient Are the Santiago Principles?,* In: Pohl, Jens Hillebrand; Joanna Warchol; Thomas Papadopoulos and Janosch Wiesenthal. Weaponising Investments,Volume I, Cham: Springer International Publishing, 2023, p. 28.

در این روند، بسیاری از این صندوق‌ها از الگوی سنتی مبتنی‌بر «نظریه نوین پرتفوی» عبور کرده و به سرمایه‌گذاران بلندمدتی تبدیل خواهند شد که انتخاب دارایی‌های خود را نه براساس اصل تنوع‌بخشی کلاسیک، بلکه به‌طور خاص بر مبنای منافع راهبردی صندوق و کشور متبوع آن انجام می‌دهند. بدین‌ترتیب، نقش این صندوق‌ها از تمرکز صرف بر سوداگری و کسب بازدهی در بازارهای مالی فاصله گرفته و به مشارکت فعال در تحقق «اهداف راهبردی ملی» و پیشبرد «توسعه اقتصادی» معطوف خواهد شد.[1] در ادامه این تحول، کارکردهای این صندوق‌ها در حوزه اجرای سیاست‌های صنعتی و توسعه اقتصاد ملی مورد توجه قرار گرفت.

وقوع بحران مالی سال ۲۰۰۸ و نیاز مبرم دولت‌ها به مدیریت تبعات اقتصادی ناشی از آن را می‌توان یکی از عوامل تسریع در تغییر کارکرد و جایگاه صندوق‌های ثروت حاکمیتی تلقی کرد؛ چراکه این تحولات موجب توجه فزاینده به نقش این صندوق‌ها در فرایند توسعه اقتصادی ملی گردید. در همین راستا شماری از پژوهشگران بر این باورند که احیای سیاست‌های صنعتی در دوران پس از بحران مالی ۲۰۰۸، با گسترش صندوق‌های ثروت حاکمیتی ارتباط مستقیم داشته است.[2] براساس آمار، ۱۷ مورد از مجموع ۲۶ صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی موجود، در سال‌های پس از بحران ۲۰۰۸ تأسیس شده‌اند.[3]

کارکرد این نهادهای مالی بر دو محور استوار است: کسب سود از ثروت‌های ملی و کمک به توسعه ملی. مورد اخیر یعنی کمک به توسعه ملی، از طریق هدایت جریان سرمایه به‌سوی بخش‌های اولویت‌دار اقتصاد ملی محقق می‌شود. صندوق‌های مزبور با تمرکز بر بخش‌های راهبردی اقتصاد داخلی، در ساختاردهی و تأمین مالی پروژه‌ها ایفای نقش می‌کنند. مشارکت آنها زمینه ایجاد اطمینان و ارتقای امنیت سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران خارجی را فراهم می‌آورد؛ چراکه این صندوق‌ها از طریق مشارکت در سرمایه‌گذاری، نوعی حمایت ضمنی در برابر ریسک‌های سیاسی و حقوقی برای سرمایه‌گذاران ایجاد می‌کنند، به‌ویژه در پروژه‌های زیربنایی که معمولاً با ریسک‌های حاکمیتی بیشتری همراه‌اند.[4] بنابراین تسهیل جریان سرمایه در بخش‌های راهبردی اقتصاد ملی را می‌توان مهم‌ترین کارکرد صندوق‌های توسعه ملی برشمرد. از همین رو جلب مشارکت بخش خصوصی را هدف مشترک نهادهای مزبور دانسته‌اند.[5]

ازجمله نمونه‌های صندوق‌های توسعه ملی می‌توان به نهاد سرمایه‌گذاری حاکمیتی نیجریه، صندوق ثروت حاکمیتی سنگال، صندوق سرمایه‌گذاری مستقیم روسیه، صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی ایرلند، صندوق سرمایه‌گذاری زیربنایی ملی هند و صندوق توسعه ملی ایران اشاره کرد.[6]

صندوق توسعه ملی ایران به‌موجب ماده (۸۴) «قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران» در سال ۱۳۸۹ تأسیس شد. اهداف مندرج در صدر ماده مذکور عبارت است از: «تبدیل بخشی از درآمدهای حاصل از فروش نفت، گاز، میعانات گازی و فراورده‌های نفتی به ثروت‌هایی پایدار و مولدی که قدرت ایجاد سرمایه‌های زاینده اقتصادی را

---

1. Clark, G. L., A. D. Dixon, and A. H. B. Monk, *Sovereign Wealth Funds: Legitimacy, Governance, and Global Power*, 1st Ed. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2013, p. 154.
2. Braunstein, J., *Capital Choices: Sectoral Politics and the Variation of Sovereign Wealth*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2019, p.36.
3. Halland, H., M. Noel, S. Tordo, and J. J. Kloper-Owens, Op.Cit, p.10.
4. Ibid. p.1.
5. Ibid. p.24.
6. Schena, Patrick, and Matthew Gouett, *Re-imaging Development Finance: Sustainability, Catalytic Capital, and the Role of Sovereign Wealth Funds*. in *Regulation of State-Controlled Enterprises: International Law and the Global South*. 1st Ed. Singapore: Springer, 2022, p. 317.

دارند» و «حفظ سهم نسل‌های آینده از منابع طبیعی نفت و گاز و فرآورده‌های نفتی». افزون‌بر این، با عنایت به مضامین موجود در بند (خ) اساسنامه صندوق توسعه ملی، می‌توان حمایت از سرمایه‌گذاری تولیدی داخلی، توسعه صادرات خدمات فنی و مهندسی، تسهیل صادرات کالا و خدمات ایرانی و جذب سرمایه خارجی را نیز به اهداف و کارکردهای صندوق توسعه ملی ایران افزود.

۱.۲. راهبردهای سرمایه‌گذاری

مهم‌ترین راهبرد سرمایه‌گذاری صندوق‌های توسعه ملی «سرمایه‌گذاری مشترک»[1] است. اتخاذ چنین راهبردی ریشه در دو دلیل عمده دارد: نخست آنکه صندوق‌های توسعه ملی عموماً بر بخش‌های راهبردی و زیربنایی اقتصاد ملی متمرکز هستند؛ ازجمله زیرساخت‌های اقتصادی و انرژی، شرکت‌های بزرگ ملی با دامنه فعالیت بین‌المللی و جایگاه برجسته در بازار و نیز بنگاه‌هایی که از فناوری‌های پیشرفته و راهبردی برخوردارند. سرمایه‌گذاری در چنین حوزه‌هایی مستلزم برخورداری از دانش تخصصی عمیق، توان فنی و مدیریتی بالا و ظرفیت اجرایی گسترده است؛ اموری که بخش خصوصی در آن مزیت نسبی دارد. مشارکت با نهادهایی که از استانداردهای معتبر در کیفیت پروژه و حاکمیت شرکتی برخوردارند، زمینه بهره‌گیری از دانش تخصصی گسترده‌تر، ارتقای شفافیت و تقویت نظارت بیرونی بر سرمایه‌گذاری‌های مستقیم داخلی را برای صندوق فراهم می‌آورد. حضور سرمایه‌گذاران معتبر، زمینه‌ای حرفه‌ای و نظارتی برای ارزیابی عملکرد مالی پروژه‌ها و سنجش کارایی سیاست‌های اجرایی فراهم می‌آورد.[2]

دیگر آنکه، ماهیت پروژه‌های زیرساختی ذاتاً با چالش‌هایی همراه است که اتخاذ «راهبرد سرمایه‌گذاری مشترک» را به امری اجتناب‌ناپذیر بدل می‌سازد. پروژه‌های زیرساختی عموماً مستلزم تأمین منابع مالی کلان‌اند و با ریسک‌هایی مواجه‌اند که فراتر از حدودی است که یک سرمایه‌گذار منفرد یا حتی کنسرسیومی از سرمایه‌گذاران به‌تنهایی مایل یا قادر به پذیرش و تأمین آن باشد.[3] این مسئله به‌ویژه در بخش‌هایی مانند صنعت نفت و گاز که متضمن ریسک بیشتری است، می‌تواند مانعی جدی در مسیر جذب سرمایه به‌شمار آید. بنابراین، طراحی سازوکارهای تسهیل‌گر برای بازتنظیم نسبت ریسک/ بازده به‌منظور ترغیب مشارکت بخش خصوصی امری اجتناب‌ناپذیر است.

در چنین شرایطی، نقش نهادهایی همچون صندوق‌های توسعه ملی که می‌توانند با مشارکت‌های راهبردی، ریسک‌ها را مدیریت، و منابع مالی مورد نیاز را تأمین کنند، بیش از پیش پررنگ می‌شود. صندوق‌های توسعه ملی در نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی، نقشی راهبردی با عنوان «سرمایه‌گذار مرجع»[4] ایفا می‌کنند.[5] این نهادهای بزرگ و معتبر دولتی، با انجام سرمایه‌گذاری اولیه در پروژه‌های داخلی، اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی را جلب و بدین‌وسیله، اطمینان نسبت به امنیت، پایداری و افق بازده پروژه‌ها را تقویت می‌کنند. در واقع، حضور صندوق توسعه ملی در یک پروژه به‌منزله تأییدی بر امکان‌پذیری و ثبات آن تلقی می‌شود و همین امر ریسک ورود را برای بخش خصوصی کاهش می‌دهد. به‌عبارت‌دیگر مزیت اصلی این رویکرد، کاهش ریسک سرمایه‌گذاری اولیه برای بخش خصوصی است؛ زیرا این صندوق‌ها

[1]. Co-investment

[2]. Gelb, A., S. Tordo, H. Halland, N. Arfaa, and G. Smith, "Sovereign Wealth Funds and Long-Term Development Finance: Risks and Opportunities", *World Bank Policy Research Working Paper*, Issue 6776, 2014. Washington, DC. p. 13.

[3]. Dewar, John, ed., *International Project Finance: Law and Practice*, 2nd Ed. Oxford: Oxford Law Pro, 2015, p. 29.

[4]. Anchor Investor

[5]. Braunstein, J.,. Op.Cit, p.37.

قادر به تزریق «ریسک سرمایه»[1] یا سرمایه خطرپذیر در بخش‌ها یا پروژه‌های راهبردی هستند.[2]

افزون‌بر این، صندوق‌های توسعه ملی با هدف ریسک‌زدایی و تسهیل سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در پروژه‌های زیرساختی و صنعتی بزرگ‌مقیاس، از مجموعه‌ای از ابزارهای متنوع، ازجمله مشارکت عمومی – خصوصی و تأمین مالی ترکیبی، بهره می‌گیرند. این ابزارها با ترکیب هوشمندانه سرمایه عمومی و سرمایه بخش خصوصی، در پی بازتنظیم نسبت ریسک به بازده پروژه‌ها برای بخش خصوصی هستند. ابزارهای مذکور با بازتوزیع ریسک، پاداش و مسئولیت میان دولت میزبان و سرمایه‌گذاران، زمینه جذب حجم قابل‌توجهی از نقدینگی در گردش در بازار جهانی را فراهم می‌کنند. اجرای این سیاست، در عمل به‌نوعی سرشکن‌سازی و توزیع ریسک‌های مالی منجر می‌شود؛ بدین معنا که دولت‌ها بخشی از ریسک‌هایی را که در شرایط عادی بر عهده سرمایه‌گذاران است، خود متقبل می‌شوند تا از این طریق، انگیزه و تمایل سرمایه‌گذاران برای مشارکت در پروژه‌ها افزایش یابد.[3]

«سرمایه سهامی با اولویت زیان‌پذیری»[4] و «توافق بازده محدود»[5] از دیگر ابزارهای متداولی‌اند که صندوق‌ها به‌منظور بازتوزیع ریسک و پاداش پروژه‌ها به کار می‌گیرند. در سازوکار سرمایه سهامی با اولویت زیان‌پذیری، بخش دولتی درصورت بروز زیان، نخستین طرفی است که سهم زیان را متحمل می‌شود؛ اقدامی که موجب افزایش ظرفیت ریسک‌پذیری پروژه برای سرمایه‌گذاران بخش خصوصی می‌شود. در سازوکار توافق بازده محدود نیز بازده سرمایه‌گذاری دولت دارای سقف از پیش تعیین‌شده است و تعیین این سقف، امکان بهره‌مندی سایر شرکای سرمایه‌گذار از سودهای بالاتر را فراهم می‌سازد.[6]

افزون‌بر موارد یاشده، مزیتی دیگر نیز وجود دارد که صندوق‌های توسعه ملی را به شرکایی راهبردی در سرمایه‌گذاری‌های داخلی بدل می‌سازد. نهادهای یادشده با اتکا به شناخت عمیق از ظرفیت‌های بومی، شرایط بازار داخلی و روندهای حاکم بر اقتصاد ملی، توانایی شناسایی، تثبیت و بهره‌برداری از فرصت‌های راهبردی سرمایه‌گذاری را دارا هستند. اعتماد متقابل میان صندوق توسعه ملی و دولت متبوع خود، همراه با برتری اطلاعاتی نهاد مزبور نسبت به اقتصاد ملی، امکان گزینش دقیق‌تر فرصت‌های سرمایه‌گذاری، کمک به دولت در اولویت‌بندی پروژه‌ها، صیانت از فرایند تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاری در برابر فشارهای سیاسی و جذب سرمایه خصوصی به‌منظور توزیع ریسک در پروژه‌های راهبردی کمک می‌کند.[7]

بنابراین، صندوق‌های توسعه ملی فرصت‌های سرمایه‌گذاری داخلی را بر مبنای اولویت‌های راهبردی غربالگری می‌کنند و سپس به شناسایی سرمایه‌گذاران بالقوه و جذب آنها از رهگذر سرمایه‌گذاری‌های مشترک مبادرت می‌ورزند. این مشارکت‌ها، حسب مورد، با سرمایه‌گذاران خارجی یا با سرمایه‌گذاران بخش خصوصی داخلی منعقد می‌شود.

ازجمله مشارکت‌های بین‌المللی صندوق‌ها می‌توان از «طرح راهبردی مشترک»، که توسط صندوق‌های ثروت حاکمیتی کشورهای مالزی و سنگاپور در سال ۲۰۱۱ به‌منظور توسعه پروژه‌های زیرساختی این دو کشور ایجاد شد یاد کرد.[8] مورد دیگر مربوط به توافق‌نامه صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی فرانسه و صندوق ثروت حاکمیتی ابوظبی است که در سال

---

1. Risk Capital
2. Ibid. p.13.
3. Alami, Ilias, and Adam D. Dixon, Op.Cit, p.97.
4. First-Loss Equity
5. Capped Return
6. Halland, H., M. Noel, S. Tordo, and J. J. Kloper-Owens, Op.Cit, p. 16.
7. Casady, Carter B., Rajiv Sharma, and Ashby Monk, *Why a Commercial Focus Is Key to SWF Development Success*, in *The Palgrave Handbook of Sovereign Wealth Funds*. 1st Ed. Cham: Palgrave Macmillan, 2024, p.361.
8. Gelb, A., S. Tordo, H. Halland, N. Arfaa, and G. Smith, Op.Cit, pp. 13-14.

۲۰۰۹ با هدف سرمایه‌گذاری‌ه‌ای مشترک در فرانسه منعقد شد.[۱]

در سطح داخلی نیز مشارکت‌های «صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی فرانسه» با سرمایه‌گذاران و فعالان اقتصادی بخش خصوصی نمونه‌ای شایان ذکر است. ازجمله این مشارکت‌ها می‌توان به تشکیل «صندوق نوسازی تجهیزات خودروسازان» اشاره کرد که حاصل مشارکت این صندوق با گروه‌های بزرگ خودروسازی فرانسه است. همچنین، «صندوق اینو بیو» نمونه‌ای دیگر از این مشارکت‌هاست که با حضور صندوق سرمایه‌گذاری راهبردی و ۹ آزمایشگاه دارویی و با هدف سرمایه‌گذاری در شرکت‌های بیوتکنولوژی فرانسه شکل گرفته است.[۲]

درحالی‌که مرور تجربه‌های بین‌المللی بر غلبه سازوکارهای مشارکتی دلالت دارد، بررسی اساسنامه صندوق توسعه ملی ایران از رویکردی متمایز حکایت می‌کند.

براساس شقوق اول و پنجم بند (خ) اساسنامه صندوق توسعه ملی، این صندوق با هدف «توسعه سرمایه‌گذاری‌های دارای توجیه فنی، مالی و اقتصادی»، مجاز است به بخش خصوصی، تعاونی و بنگاه‌های اقتصادی وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی تسهیلات اعطا کند. همچنین، در راستای جلب و حمایت از «سرمایه‌گذاری خارجی»، امکان ارائه تسهیلات به سرمایه‌گذاران خارجی پیش‌بینی شده است.

براساس شق دهم از بند (د) اساسنامه، این تسهیلات ممکن است به‌صورت صدور ضمانت‌نامه یا پرداخت مستقیم باشد که صرفاً باید از طریق بانک‌های عامل، اعم از دولتی یا غیردولتی، انجام گیرد. بانک‌های عامل پیش از تخصیص منابع، موظف به احراز صلاحیت سرمایه‌پذیر و ارزیابی طرح سرمایه‌گذاری هستند. وفق شق سوم از بند (د) اساسنامه صندوق، وظیفه بانک عامل مبنی‌بر ارزیابی طرح‌های سرمایه‌گذاری «به‌مثابه تضمین بانک عامل در بازپرداخت اصل و سود تسهیلات به صندوق است». بدین‌ترتیب چنان‌که ملاحظه می‌شود، اساسنامه صندوق توسعه ملی به‌گونه‌ای تنظیم شده است که ریسک ناشی از عملکرد طرح سرمایه‌گذاری و متعاقباً مسئولیت بازپرداخت اصل سرمایه و نرخ سود مورد انتظار را تماماً به بانک عامل منتقل می‌کند.

امکان تبیین سازوکار اعطای تسهیلات در چارچوب عقود مشارکتی با چند چالش بنیادین روبه‌روست. نخست آنکه، عقد مشارکت به‌دلیل ایجاد اشاعه، مستلزم تقسیم سود و زیان میان طرفین است، حال آنکه از مفاد بند (د) اساسنامه چنین قصدی ازسوی صندوق استنباط نمی‌شود؛ ازاین‌رو، نخستین ایراد، عدم انطباق میان مقتضیات عقد و قصد طرفین است. افزون‌بر این، مشارکت مستلزم امتزاج قهری اموال طرفین است، درحالی‌که بررسی قراردادهای تسهیلاتی صندوق و اسناد عاملیت با بانک‌ها نشان می‌دهد که وجوه صرفاً به حساب دریافت‌کننده تسهیلات واریز شده و هیچ حساب مشترکی میان طرفین افتتاح نشده است. ازسوی‌دیگر، تعیین نرخ سود مقطوع و عدم پذیرش ریسک از سوی صندوق با ماهیت عقد شرکت، که بر تقسیم سود و زیان واقعی استوار است، ناسازگار می‌نماید.[۳] لذا می‌توان نتیجه گرفت که صندوق توسعه ملی ایران، در مقایسه با نهادهای مشابه، رویکردی محافظه‌کارانه‌تر در پیش گرفته و دارای سازوکاری غیرمشارکتی است.

---

[1]. Fiechter, J.-R. W., "The French Strategic Investment Fund: A Creative Approach to Complement SWF Regulation or Mere Protectionism?", *Journal of Applied Economy*, Vol 3 .2010, p. 15.

[2]. Nicinski, Sophie "Le Fonds stratégique d'investissement", *Revue française de droit administratif*, n°03, 2012, p. 452.

[۳]. مرادی، یاسر و سیدامیرحسین سیدی، «بررسی فقهی – حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها»، *مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۲۳، شماره ۵۸، ۱۴۰۱، صص ۶۵۸-۶۶۲.

۲. مبانی قانونی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در صنعت نفت و گاز

۲.۱. شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز

الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز ایران که با عنوان «آی‌پی‌سی»[1] نیز شناخته می‌شود، در قالب «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» در تاریخ ۱۳۹۵/۰۵/۱۶ به تصویب هیئت وزیران رسید. تصویب‌نامه مزبور از مهم‌ترین اسناد راهبردی در زمینه تأمین مالی قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز به شمار می‌آید. براساس بند (ر) ماده (۱) تصویب‌نامه، طرف دوم قرارداد که به‌عنوان پیمانکار نیز شناخته می‌شود، متعهد است تمام منابع مالی مورد نیاز برای اجرای قرارداد را تأمین کند.

به‌موجب بند (۱) «اصلاح تصویب‌نامه درخصوص شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» مصوب ۱۴۰۲/۰۷/۲۶، با هدف تسهیل در تأمین مالی و افزایش جذابیت ساختار قراردادی آی‌پی‌سی برای پیمانکاران، از طریق اصلاح بند (ر) ماده (۱) قرارداد مذکور، رویکردی نوین در زمینه تأمین مالی قراردادها معرفی شد. براساس این مصوبه، علاوه‌بر امکان تأمین مالی توسط پیمانکار، مشارکت پیمانکار با سرمایه‌گذاران نیز به رسمیت شناخته شده است؛ به‌گونه‌ای‌که «مشارکت پیمانکار و سرمایه‌گذاران» می‌تواند به‌عنوان طرف دوم قرارداد تلقی شود.

تصویب‌نامه فوق‌الذکر درخصوص شرایط حاکم بر مشارکت صرفاً بر این نکته تأکید دارد که راهبری و اجرای پروژه باید توسط شرکتی برخوردار از صلاحیت حرفه‌ای در حوزه نفت و گاز صورت پذیرد و تعیین سایر ابعاد و جزئیات ناظر بر «چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت با سرمایه‌گذاران»، به وزیر نفت تفویض شده است تا در قالب ابلاغیه‌های مقتضی اعلام و اجرا شود.

۲.۲. گروه مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران

پیرو اصلاحات اخیر قرارداد آی‌پی‌سی و شیوه نوین تأمین مالی که ذیل بند پیشین به آن اشاره شد، «چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران» به استناد تبصره (۲) بند (الف) ماده (۱) «شرایط عمومی ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» توسط وزیر نفت در تاریخ ۱۴۰۳/۱۱/۱ ابلاغ شد.

بند (ب) ماده (۱) چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت، زمینه مشارکت صندوق توسعه ملی به‌عنوان سرمایه‌گذار را در گروه مشارکت فراهم آورده است. وفق بند مذکور، سرمایه‌گذار عبارت است از «کلیه اشخاص حقوقی تأیید صلاحیت شده توسط شرکت ملی نفت ایران اعم از ایرانی یا خارجی به غیر از شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی که تمایل و توانایی دارند نسبت به سرمایه‌گذاری در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز با مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی و در قالب تشکیل گروه مشارکت به‌عنوان طرف دوم قرارداد اقدام نمایند که شامل و نه محدود به صندوق توسعه ملی، بانک‌ها و ... است». بدین‌ترتیب مصوبه مذکور امکان حضور صندوق توسعه ملی به‌عنوان طرف دوم قرارداد آی‌پی‌سی را به رسمیت شناخته است.

ساختار مشارکت پیمانکار و سرمایه‌گذاران به‌موجب ماده (۲) چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت تبیین شده است که اهم مفاد آن، مربوط به «نظام مسئولیت شرکا»، «راهبرد خروج سرمایه‌گذاران» و «راهبری مشارکت» است.

«نظام مسئولیت شرکا» به‌موجب بند (الف) ماده (۲) تبیین شده است. براساس این بند، تمام اعضای گروه مشارکت

[1]. Iran Petroleum Contract (IPC)

اعم از پیمانکاران یا سرمایه‌گذاران، به‌عنوان طرف دوم قرارداد شناخته می‌شوند؛ لذا درخصوص کلیه تعهدات و مسئولیت‌های «طرف دوم» قرارداد به‌موجب قرارداد یا ناشی از آن در مقابل طرف اول قرارداد به‌صورت «مشترکاً و منفرداً» ضامن‌اند.

بند (ب) ماده (۲) چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت مقرر کرده است واگذاری تمام یا بخشی از سهم قراردادی، انتقال حقوق و تعهدات اعضای گروه مشارکت به اشخاص یا شرکت‌های خارج از توافق‌نامه مشارکت منوط به تأیید طرف اول قرارداد است. بنابراین «راهبرد خروج» سرمایه‌گذاران به‌طور جدی تحت تأثیر اراده کارفرماست.

وفق بند (د) ماده (۲) چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت، صرف‌نظر از میزان سهم هریک از اعضای مشارکت، راهبری و اجرای طرح همواره و در کل دوره قرارداد بر عهده شرکت صاحب صلاحیت نفتی است. بنابراین به‌نظر می‌رسد هیچ‌یک از سرمایه‌گذاران حق مداخله در امور فنی، اجرایی و حتی مالی پروژه را ندارند؛ چراکه تمام این موارد تحت تأثیر اقتضائات «راهبری پروژه» بوده و این موضوع فقط در صلاحیت پیمانکار است.

۲.۳. طرح ضربتی جهش تولید نفت خام به میزان ۲۵۰ هزار بشکه در روز

تصویب «طرح ضربتی جهش تولید نفت خام به میزان ۲۵۰ هزار بشکه در روز» از دیگر اقدامات مهمی است که با هدف تقویت سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز انجام شده است. طرح یادشده در نتیجه تعامل و پیگیری‌های مستمر وزارت نفت و صندوق توسعه ملی، به تصویب شورای اقتصاد رسید؛ اقدامی که می‌توان آن را دستاوردی قابل‌توجه در جهت رفع تنگناهای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در صنعت نفت به‌شمار آورد.

با توجه به محدودیت‌های ناشی از اساسنامه صندوق توسعه ملی مبنی‌بر سرمایه‌گذاری مستقیم در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، وزارت نفت و صندوق توسعه ملی، طی مکاتباتی رسمی درخواست صدور مجوز سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در این بخش را به شورای اقتصاد ارائه کردند. شورای مذکور با استناد به ماده (۱۲) «قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور» و با کسب اجازه از رهبر جمهوری اسلامی ایران درخصوص امکان سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در حوزه انرژی، طرح یادشده را در تاریخ ۱۴۰۴/۰۴/۲۳ تصویب کرد.

همان‌طور که از نام طرح برمی‌آید، هدف آن افزایش تولید نفت خام در تعدادی از «میادین نفتی معین» است که تأمین مالی این عملیات، از محل سرمایه‌گذاری مشترک صندوق توسعه ملی و شرکت ملی نفت ایران صورت می‌پذیرد.

ساختار این مشارکت در قالب سازوکار «نهاد مالی ویژه»[1] سازمان‌دهی می‌شود. ۸۰ درصد از سرمایه طرح مزبور توسط صندوق توسعه ملی و ۲۰ درصد دیگر، توسط شرکت ملی نفت ایران تأمین خواهد شد. این نهاد، صرفاً به‌منظور اجرای طرح مزبور تشکیل می‌شود و با پایان قرارداد سرمایه‌گذاری منعقده میان صندوق توسعه ملی، نهاد مالی ویژه و شرکت ملی نفت ایران، صندوق از این نهاد خارج می‌شود. ازاین‌رو، نهاد مالی مزبور، ماهیتی موقتی دارد و نمی‌توان آن را به‌منزله سازوکاری دائمی برای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در حوزه نفت و گاز تلقی کرد. همچنین تبصره (۱) ماده (۱) مصوبه، مقرر کرده است: «ایفای نقش صندوق در این مصوبه صرفاً به‌عنوان سرمایه‌گذار است، شرکت ملی نفت ایران مسئولیت فنی و اجرایی این مصوبه را بر عهده دارد».

[1]. Special Purpose Vehicle (SPV)

۳. تحلیل اسناد بالادستی در چارچوب راهبردهای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی

۳.۱. تحلیل اسناد بالادستی از حیث انطباق با اساسنامه صندوق توسعه ملی ایران

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، روش سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در عرصه سرمایه‌گذاری داخلی، صرفاً اعطای تسهیلات است. ازسوی‌دیگر اعطای تسهیلات از محل منابع صندوق توسعه ملی به بخش دولتی به‌موجب اساسنامه صندوق منع شده است. بنابراین صلاحیت سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی را می‌توان منحصر به اعطای تسهیلات به بنگاه‌های اقتصادی غیردولتی دانست.

سرمایه‌گذاری در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، که به موجب «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» در قلمرو فعالیت اقتصادی بخش دولتی قرار گرفته است، توسط صندوق توسعه ملی ممکن نیست؛ چراکه فعالیت‌های اقتصادی این بخش در انحصار شرکت‌های دولتی است. تنها مورد استثنا مربوط به تبصره (۱) بند (ج) ماده (۳) قانون یادشده است. در چارچوب تبصره مذکور «خرید خدمات مالی، فنی، مهندسی و مدیریتی از بنگاه‌های بخش‌های غیردولتی در فعالیت‌های گروه سه تنها با حفظ مالکیت صددرصد دولت مجاز است». بنابراین تنها فرض ممکن برای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، عبارت است از اعطای تسهیلات به شرکت‌های غیردولتی که موضوع فعالیت آنها مشتمل‌بر موارد مندرج در تبصره (۱) بند (ج) ماده (۳) «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» است. این نکته را نیز باید افزود که منابع صندوق توسعه ملی تنها به شرکت‌های خصوصی پیمانکاری که هم‌زمان سرمایه‌گذار نیز هستند، تعلق می‌گیرد. چراکه جزء (۱) بند (ج) اساسنامه صندوق، هنگامی که مجوز ارائه تسهیلات به شرکت‌های خصوصی را می‌دهد، هدف از آن را تولید و توسعه سرمایه‌گذاری‌های دارای توجیه فنی، مالی و اقتصادی می‌داند.[۱]

سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در قالب گروه مشارکت به‌عنوان طرف دوم قرارداد آی‌پی‌سی بلااشکال است؛ چراکه قرارداد مزبور در زمره قراردادهای خدماتی است و تأمین مالی نیز از تعهدات پیمانکار است. لیکن به‌نظر می‌رسد ساختار مشارکت‌نامه منصرف از فرض اعطای تسهیلات از طریق بانک‌های عامل تنظیم شده است. چنانچه بنا باشد در «چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت با سرمایه‌گذاران» صندوق توسعه ملی به‌صورت مستقیم و خارج از چارچوب «قرارداد عاملیت» سرمایه‌گذاری کند، سند مذکور با اساسنامه صندوق در تعارض قرار می‌گیرد.

از طرفی، امکان اصلاح و تغییر اساسنامه صندوق توسعه ملی توسط تصویب‌نامه هیئت وزرا نیز ممکن نیست؛ چراکه شورای نگهبان با عنایت به شق دهم سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه مبنی‌بر تنفیذ اساسنامه صندوق توسعه ملی توسط مقام معظم رهبری(رهبر شهید (ره)) و همچنین استناد به اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی، اصلاح اساسنامه صندوق را منحصراً در صلاحیت مقام معظم رهبری(رهبر شهید (ره)) تلقی کرده و این امر را حتی از صلاحیت‌های قوه مقننه نیز خارج دانسته است.[۲] با توجه به تفسیر ارائه شده ازسوی شورای نگهبان، تنها فرض ممکن برای مشارکت صندوق توسعه ملی با شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی، عبارت است از اعطای تسهیلات یا ضمانت‌نامه به شرکت صاحب صلاحیت نفتی (پیمانکار) از طریق عاملیت بانک‌های دولتی یا غیر دولتی که این امر از چند جهت قابل نقد است.

---

[۱]. گودرزی، زهرا، ***تأمین مالی در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز از منظر حقوقی – قراردادی***، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۵۷.

[۲]. پاک‌نژاد، امین‌اله و محمد برزگرخسروی، «اظهارنظر کارشناسی درباره «طرح تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» (اعاده شده از شورای نگهبان)»، *ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، دوره ۳۱، شماره ۱۰، ۱۴۰۲، ص ۱۸.

نخست آنکه، اعطای تسهیلات، همان‌طور که پیش‌تر مطرح شد، فاقد ساختار مشارکتی است. بنابراین، اعطای تسهیلات نمی‌تواند مشابه ساختارهای مشارکتی که ریسک‌های ناشی از طرح‌های سرمایه‌گذاری را میان صندوق توسعه ملی و سایر طرف‌های مشارکت تقسیم می‌کند، موجب کاهش ریسک، افزایش اعتبار پروژه و تقویت ضریب اطمینان سرمایه‌گذاران خارجی شود. بدین ترتیب، اعطای تسهیلات به‌دلیل عدم توانایی در ایجاد ضریب اهرم مالی و جذب سرمایه‌گذاران خارجی و بخش خصوصی، چندان کارآمد نیست.[۱]

دیگر آنکه اعطای تسهیلات به‌ویژه به‌صورت صدور ضمانت‌نامه در تقابل با «اصل خودکفایی قرارداد» قرار می‌گیرد. این اصل به‌صورت شرط «عدم تضمین دولت یا بانک مرکزی و دیگر بانک‌ها» تبلور یافته و در بسیاری قوانین از جمله «قانون نفت خزر»، بند (ب) ماده (۳) «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاران خارجی»، بند (ب) ماده (۱۴) «قانون برنامه چهارم توسعه»، موارد دوم و سوم ماده (۱۲۶) «قانون برنامه پنجم توسعه» بازتاب یافته است.[۲] حال آنکه فرایند اعطای تسهیلات صندوق توسعه ملی از دریچه بانک‌های عامل اعم از بانک‌های دولتی یا غیر دولتی صورت می‌پذیرد. براین‌اساس، امکان صدور ضمانت‌نامه برای پیمانکاران خارجی به‌طور جدی محل تردید است. ازسوی‌دیگر، سازوکار اعطای تسهیلات به‌نحوی است که ریسک ناشی از عملکرد طرح سرمایه‌گذاری تماماً به بانک‌های عامل منتقل شده است. بنابراین ریسک شکست عملیات موضوع قرارداد آی‌پی‌سی، متوجه بانک عامل می‌شود که این امر به‌موجب قوانین فوق‌الذکر منع شده است.

گفتنی است که به‌موجب «اصلاح تصویب‌نامه درخصوص شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» مصوب ۱۴۰۲ /۰۷/۲۶ مقرر شده است: «تضمین تعهدات طرف دوم قرارداد ازسوی بانک‌های غیردولتی در چارچوب قوانین و مقررات مربوط و بدون ایجاد تعهد برای بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بلامانع است». اگرچه براساس مصوبه مزبور بخشی از ایرادات فوق درخصوص اعطای تسهیلات از طریق عاملیت بانک‌های غیر دولتی برطرف می‌شود، اما باید در نظر داشت با اضافه شدن چنین محدودیتی به سایر محدودیت‌های سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی نفت و گاز، عرصه فعالیت صندوق توسعه ملی بسیار محدودتر می‌شود.

۳.۲. تحلیل چارچوب حقوقی مشارکت با سرمایه‌گذاران

صندوق‌های سرمایه‌گذاری راهبردی در راستای جذب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران خارجی باید نهادهای سرمایه‌گذاری خود را به‌گونه‌ای ساختاربندی کنند که برای سرمایه‌گذاران بلندمدت جذاب باشد.[۳] در چارچوب بحث حاضر، با عنایت به اینکه مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی و سرمایه‌گذاران در بستر قرارداد آی‌پی‌سی شکل می‌گیرد، شرایط و ضوابط حاکم بر سرمایه‌گذاری نیز به‌تبع آن، متأثر از ساختار این نوع قراردادها خواهد بود.

---

۱. اعطای تسهیلات توسط صندوق توسعه ملی نه تنها در راستای جذب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و خارجی بلکه به‌طور کلی از حیث اثربخشی در اقتصاد کشور نیز شیوه‌ای ناکارآمد تلقی می‌شود (نک: عبدالهی، محمدرضا، مازیار ماهری و مرتضی واسعی، «سرمایه‌گذاری منابع صندوق ثروت ملی (صندوق توسعه ملی) برای توسعه حال و آینده کشور»، *دومین همایش ثروت ملی و عدالت بین نسلی*، تهران، ۱۴۰۲، ص ۹)، چنین شیوه‌ای میان صندوق‌های ثروت حاکمیتی چندان رایج نیست و اساساً با اهداف صندوق توسعه ملی ایران نیز ناسازگار است (نک: علیرضا صدیقی و عاطفه جلالی موسوی، «بررسی گزارش عملکرد صندوق توسعه ملی»، *ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، دوره ۳۱، شماره ۵، ۱۴۰۲، ص ۱۸).

۲. بهمئی، محمدعلی و داود زارع شیبانی، «نظم نوین نفتی ایران و بازتاب آن در طراحی الگوهای قراردادی پروژه‌های بالادستی صنعت نفت»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۴۳-۴۴.

3. Casady, Carter B., Rajiv Sharma, and Ashby Monk, *Why a Commercial Focus Is Key to SWF Development Success*, in *The Palgrave Handbook of Sovereign Wealth Funds*, 1st Ed, Cham: Palgrave Macmillan, 2024, p.359.

ازاین‌رو، ارکان مطلوبیت شرایط سرمایه‌گذاری، تابعی از ساختار قرارداد آی‌پی‌سی و «چارچوب قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران» است.

قرارداد آی‌پی‌سی در زمره «قراردادهای خدماتی همراه با ریسک»[1] طبقه‌بندی می‌شود. در این نوع از قراردادها، ریسک مالی به‌طور کامل بر عهده پیمانکار قرار دارد؛ بدین معنا که وی موظف است کلیه منابع مالی مورد نیاز جهت انجام عملیات اکتشاف و توسعه را رأساً تأمین کند. بااین‌حال، بازپرداخت هزینه‌ها صرفاً درصورت تحقق تولید و مطابق با شرایط پیش‌بینی‌شده در قرارداد امکان‌پذیر خواهد بود.[2] از حیث محبوبیت مدل‌های قراردادی، قراردادهای خدماتی همراه با ریسک نسبت به قراردادهای «امتیاز» و «مشارکت در تولید» در رده پایین‌تری قرار می‌گیرند.[3]

با توجه به اینکه قرارداد آی‌پی‌سی از منظر شاخص ریسک در زمره قرارداد پرریسک قرار دارد و از حیث محبوبیت نیز در رده پایینی قرار می‌گیرد، انتظار می‌رود مفاد و سایر شرایط این نوع قرارداد به‌گونه‌ای تدوین شود که ضمن ایجاد انگیزه برای سرمایه‌گذاران، از تحمیل ریسک‌های اضافی به آنها تا حد امکان جلوگیری شود. با وجود این، قرارداد آی‌پی‌سی دارای چندین نقطه ضعف است؛ ازجمله مسائل مربوط به «ثبت ذخایر»[4]، «بازیابی هزینه‌ها»، «سقف پرداخت» و «کمیته مدیریت مشترک» که موجب کاهش جذابیت تجاری این الگو می‌شوند.[5]

افزون‌بر موارد فوق، عدم شمول «قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی» بر قرارداد آی‌پی‌سی، موانع حقوقی و عملی متعددی برای شرکت‌های بین‌المللی نفتی ایجاد می‌کند. ازجمله پیامدهای این نارسایی می‌توان به محرومیت از حمایت‌های قانونی پیش‌بینی شده در قانون فوق‌الذکر، عدم بهره‌مندی از معافیت‌ها و مشوق‌های مالیاتی، ناتوانی در بازپرداخت هزینه‌های واقعی نظیر مالیات‌های پرداخت‌شده در خارج از کشور و نیز محدودیت‌های اجرایی ناشی از ساختار نهادی خاص شرکت‌های خارجی در ایران اشاره کرد. این وضعیت، ریسک‌های حقوقی، مالی و اجرایی سنگینی را بر سرمایه‌گذار تحمیل کرده و از جذابیت قراردادهای آی‌پی‌سی برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت نفت و گاز ایران به‌طور چشمگیری می‌کاهد.[6]

با توجه به ناکارآمدی الگوهای قراردادی نفتی ایران در جذب سرمایه‌گذاران خارجی، شماری از پژوهشگران به‌کارگیری الگوی قراردادی «مشارکت در تولید» را پیشنهاد کرده‌اند.[7] تجربه به‌کارگیری این نوع قرارداد در اقلیم کردستان عراق، زمینه‌ساز جلب سرمایه‌گذاری خارجی و حضور شرکت‌های بزرگ بین‌المللی همچون شرکت نروژی «دی‌ان‌او» در میدان نفتی تاوکه، شرکت‌های «جنل انرژی» و «ساینوپک چین» در میدان نفتی تق‌تق و نیز شرکت «دانا گاز» در میدان گازی

---

1. Risk service contracts
2. Duval, Claude, Honoré Le Leuch, André Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, Owen L. Anderson, R. Doak Bishop, and John P. Bowman, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects*, 2nd Ed. Houston, TX: Barrows Company, Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), 2009, p .86.
3. Ibid. p.100.
4. Reserve Booking
5. Bahmaei, M. A., and E. Afshar, "The Main Policies of International Oil Companies (IOCs) in Petroleum Contracts: An Overview on Risk Service Contracts in Iran's Upstream Oil Industry", *Petroleum Business Review,* Vol 8, Issue 2, 2024, p.83.
6. Bahmaei, M. A., and E. Afshar. "New Iran's Petroleum Contract 'IPC' in Comparison with Buy-Back and Production Sharing Agreement", *Energy Strategy Reviews*, Vol 57, Issue 1, 2025, pp.10-11.
۷. بهنام، محمد و محمدحسین زارعی، «قابلیت اعمال قراردادهای مشارکت در تولید در ایران: تحلیلی بر ملاحظات قانونی»، *دو فصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۶، شماره ۱۲، ۱۴۰۴، صص ۳۰۵-۳۰۶.

خورمور بوده است.[۱] تسهیل مشارکت سرمایه‌گذاران خارجی، امکان هم‌افزایی مالی میان صندوق توسعه ملی و سرمایه‌گذاران بین‌المللی را افزایش داده و در نتیجه، موجب ارتقای ضریب اهرمی سرمایه‌گذاری‌های صندوق در این حوزه می‌شود.

همچنین بخش مهمی از حقوق و تعهدات سرمایه‌گذاران به‌موجب «چارچوب قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران» تعیین می‌شود. از همین رو ساختار مشارکت‌نامه مذکور واجد آثار جدی بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران خواهد بود.

در چارچوب قراردادی یادشده «نظام مسئولیت شرکا» در برابر طرف اول قرارداد مبتنی‌بر مسئولیت تضامنی است؛ بدین معنا که هریک از شرکا «مشترکاً و منفرداً» نسبت به «تعهدات گروه مشارکت» ضامن محسوب می‌شوند. این سازوکار، در کنار سلب حق مداخله سرمایه‌گذار در راهبری پروژه می‌تواند ریسک‌های قابل ملاحظه‌ای برای وی در پی داشته باشد. ساختار مزبور، به‌ویژه در موارد نقض تعهدات ازسوی پیمانکار نظیر تأخیر در اجرا، کاهش تولید یا بروز خسارات فنی، موجب تسری تبعات عملکرد پیمانکار به سرمایه‌گذار می‌شود؛ به‌گونه‌ای‌که طرف اول قرارداد می‌تواند مطالبه جبران خسارت را از وی مطرح کند، حتی اگر سرمایه‌گذار نقشی در وقوع آن نداشته باشد. ازاین‌رو، مسئولیت تضامنی موجب می‌شود سرمایه‌گذار در معرض ریسک‌هایی قرار گیرد که کنترلی بر آنها ندارد؛ امری که چارچوب قراردادی یادشده را برای وی به‌مراتب پرریسک‌تر از الگوهای متعارف سرمایه‌گذاری می‌سازد. ازاین‌رو، سرمایه‌گذاران اغلب از پذیرش چنین مسئولیت‌هایی به‌ویژه در غیاب ابزارهای کنترلی خودداری می‌ورزند.

بروز تعارض منافع میان پیمانکار و سرمایه‌گذاران، نتیجه انکارناپذیر نظام مسئولیت شرکا در «چارچوب قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران» است. در شرایطی که میزان کنترل سرمایه‌گذار بر راهبری پروژه محدود است، خروج وی می‌تواند پاسخی منطقی به سوءمدیریت پیمانکار تلقی شود؛ چراکه ازیک‌سو، امکان رهایی از وضعیت نامطلوب را فراهم می‌سازد و ازسوی‌دیگر، تهدید به خروج می‌تواند اهرم فشاری بر پیمانکار باشد. بااین‌حال، در این ساختار قراردادی خروج سرمایه‌گذار منوط به تأیید طرف اول قرارداد است. هرچند چنین شرطی در قراردادهای نفتی متداول است، اما در تعامل با نهادهای فعال در صنعت سرمایه‌گذاری که نیاز به نقدینگی فوری یا تجدیدنظر در راهبردهای مالی، امری رایج تلقی می‌شود، عنصری بازدارنده و نامطلوب به شمار می‌آید.

ریسک‌های بالقوه موجود در «چارچوب حقوقی و قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران»، عاملی بازدارنده در جذب و ترغیب سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاران بخش خصوصی به شمار می‌آید. می‌توان اذعان داشت ساختار مزبور از کارایی لازم برخوردار نیست و نمی‌تواند انگیزه کافی برای مشارکت ایجاد کند؛ امری که موجب کاهش چشمگیر ضریب اهرمی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی می‌شود.

۳.۳. تحلیل طرح ضربتی جهش تولید نفت خام

با عنایت به اینکه اصلاحات اخیر تصویب‌نامه «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، قادر به تأمین بستر قانونی لازم برای «سرمایه‌گذاری مستقیم» صندوق توسعه ملی در این حوزه نبوده است، نهادهای ذی‌ربط درصدد برآمدند تا تدابیر جدیدی در این خصوص بیندیشند. در این راستا، این بار با کسب اجازه از رهبر جمهوری اسلامی ایران، گام مؤثری در جهت رفع محدودیت‌های ناشی از اساسنامه صندوق و ایجاد بستر قانونی برای «سرمایه‌گذاری

[۱]. همان، صص ۲۹۸-۲۹۹.

مستقیم» صندوق توسعه ملی در بخش انرژی، برداشته شد. در واقع، از حیث انطباق با مفاد اساسنامه صندوق توسعه ملی، می‌توان طرح ضربتی جهش تولید نفت خام را نخستین مبنای قانونی برای «سرمایه‌گذاری مستقیم» صندوق در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز تلقی کرد. با این‌همه، طرح مذکور دست کم از دو جهت قابل نقد است.

نخستین مورد مربوط به نحوه توسعه صلاحیت سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی است. استیذان موردی از رهبر جمهوری اسلامی ایران(رهبر شهید (ره)) را نمی‌توان به‌معنای اصلاح اساسنامه صندوق و ایجاد سازوکاری دائمی و نظام‌مند برای سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی نفت و گاز تلقی کرد؛ چراکه چنین امری فقط از رهگذر وضع قانون جدید ممکن است. مصوبه شورای اقتصاد که به استناد اجازه مقام معظم رهبری(رهبر شهید (ره))، صادر شده و ناظر بر یک طرح معین بوده است و رویه‌ای پایدار و تکرارپذیر ایجاد نمی‌کند. بنابراین انجام سرمایه‌گذاری‌های جدید مستلزم تکرار تشریفات و صدور مصوبه جدید ازسوی شورای اقتصاد است. این امر موجب افزایش هزینه‌های معاملاتی، صرف زمان بیشتر و متعاقباً افزایش هزینه فرصت می‌شود.

دیگر آنکه نبود ساختاری شفاف و دائمی برای ساختار سرمایه‌گذاری‌های صندوق در بخش نفت و گاز، موجب کاهش پیش‌بینی‌پذیری و افزایش احتمال بروز ریسک‌های حقوقی می‌شود. این امر موجب اخلال در «راهبرد سرمایه‌گذاری مشترک» و ایفای نقش صندوق توسعه ملی به‌عنوان «سرمایه‌گذار مرجع» می‌شود؛ زیرا وجود ساختار سرمایه‌گذاری شفاف و قابل‌اتکا برای سرمایه‌گذاران خارجی و بخش خصوصی در تصمیم‌گیری درباره ورود به پروژه‌های نفت و گاز، امری حیاتی است. به‌ویژه آنکه طرح ضربتی جهش تولید نفت خام، خارج از چارچوب آی‌پی‌سی طراحی شده است و از این جهت امکان مشارکت با سایر سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاران بخش خصوصی را فراهم نمی‌آورد.

اگرچه «طرح ضربتی جهش تولید نفت خام» بستر قانونی لازم برای سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق توسعه ملی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز را مهیا کرده است، ساختار سرمایه‌گذاری مندرج در این طرح، فضایی برای حضور سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاران بخش خصوصی فراهم نمی‌آورد. در غیاب سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، ضریب اهرمی سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی به پایین‌ترین سطح ممکن کاهش یافته و در نتیجه، بهره‌برداری از ظرفیت‌های راهبردی این سازوکار عملاً غیرممکن می‌گردد.

نتیجه‌گیری

صندوق‌های توسعه ملی، گروهی از سرمایه‌گذاران نهادی دولتی نوظهورند که با اتکا به ثروت‌های ملی و «هم‌افزایی مالی» با سایر بازیگران اقتصادی، نقشی مؤثر در هدایت سرمایه به بخش‌های راهبردی اقتصاد ایفا می‌کنند. راهبرد محوری آنان، «سرمایه‌گذاری مشترک» است که از طریق ایفای نقش «سرمایه‌گذار مرجع»، ریسک سرمایه‌گذاری اولیه را کاهش می‌دهد و مشارکت بخش خصوصی را در پروژه‌های بزرگ‌مقیاس تسهیل می‌سازد. حضور این صندوق‌ها با بازتنظیم ساختار ریسک و بازده و تقویت اعتماد نسبت به امنیت و افق سرمایه‌گذاری، انگیزه مشارکت سرمایه‌گذاران را افزایش می‌دهد. شناخت عمیق از ظرفیت‌های بومی و تعامل مؤثر با نهادهای دولتی، آنان را به بازیگرانی کلیدی در سرمایه‌گذاری‌های ملی بدل کرده است؛ عاملی که تصمیم‌گیری مستقل، اولویت‌بندی پروژه‌های راهبردی و جذب مؤثر سرمایه‌گذاران خصوصی را ممکن می‌سازد.

در این چارچوب، صندوق توسعه ملی ایران از ظرفیت بالایی برای ایفای نقش «سرمایه‌گذار مرجع» در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز برخوردار است. مشارکت صندوق در این بخش می‌تواند با افزایش ضریب اطمینان سرمایه‌گذاران داخلی

و خارجی، به‌منزله تضمینی برای امنیت و پایداری سرمایه‌گذاری تلقی شود و در نتیجه جریان سرمایه را تسهیل کند. با وجود تلاش‌های اخیر برای فعال‌سازی این ظرفیت، یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد چالش‌های حقوقی و ساختاری قابل‌توجهی مانع تحقق نقش راهبردی صندوق در این حوزه است.

نخست، صلاحیت سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی محدود به ابزار اعطای تسهیلات است که مشارکت واقعی در سود و زیان پروژه‌ها و در نتیجه اجرای «راهبرد سرمایه‌گذاری مشترک» را ناممکن می‌سازد. در این سازوکار، ریسک قراردادهای بالادستی به بانک‌های عامل منتقل می‌شود؛ امری که برای بانک‌های دولتی ممنوع و برای بانک‌های خصوصی بازدارنده است. علاوه‌بر آن، ممنوعیت اعطای تسهیلات به شرکت‌های دولتی و فقدان دسترسی به سایر ابزارهای مالی، صلاحیت صندوق را در حوزه بالادستی صنعت نفت و گاز به‌شدت محدود کرده است.

دوم، صندوق‌های توسعه ملی برای جلب مشارکت سرمایه‌گذاران بخش خصوصی و خارجی، باید سازوکارهای سرمایه‌گذاری خود را به‌گونه‌ای طراحی کنند که برای سرمایه‌گذاران بلندمدت جذابیت لازم را داشته باشد. این درحالی است که ساختارهای حقوقی و قراردادی مشارکت سرمایه‌گذاران در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز نیز با نارسایی‌های جدی مواجه است. چارچوب موجود برای مشارکت شرکت‌های نفتی و سرمایه‌گذاران، الگویی فراتر از اعطای تسهیلات برای صندوق فراهم نکرده است. ضعف‌های قرارداد آی‌پی‌سی نیز جذابیت سرمایه‌گذاری را به‌ویژه برای سرمایه‌گذاران خارجی، کاهش داده است. افزون‌بر این، نبود توازن در روابط قراردادی مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با پیمانکاران، احتمال بروز تعارض منافع میان طرفین را افزایش می‌دهد. هرچند «طرح ضربتی جهش تولید نفت خام» امکان سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق را در بخش بالادستی ایجاد کرده است، اما فاقد سازوکاری دائمی، شفاف و جامع برای تنظیم این سرمایه‌گذاری‌ها است و بستر مشارکت مؤثر بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران خارجی را نیز مهیا نمی‌کند.

چالش‌های یادشده، آثار مترتب بر سرمایه‌گذاری‌های صندوق توسعه ملی ازجمله ایجاد اعتماد نسبت به امنیت و افق سرمایه‌گذاری و ایجاد ضریب اهرمی سرمایه‌گذاری صندوق را تضعیف می‌کند و موجب می‌شود که سرمایه‌گذاری صندوق در بخش بالادستی نفت و گاز ماهیت تأمین مالی صرف داشته باشد. در نتیجه، ظرفیت‌های بالقوه این نهاد در ایجاد محیطی امن و جذاب برای سرمایه‌گذاران نادیده انگاشته شده است. رفع محدودیت‌های حقوقی و ساختاری، زمینه مشارکت واقعی صندوق در مدیریت ریسک و تسهیل مشارکت بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران خارجی در پروژه‌های بالادستی را فراهم می‌کند. در این راستا سه اقدام کلیدی ضروری است:

۱. اصلاح قوانین ناظر بر صلاحیت سرمایه‌گذاری صندوق توسعه ملی به‌منظور گسترش صلاحیت سرمایه‌گذاری این نهاد؛
۲. توسعه ابزارهای مالی مشارکتی همچون صندوق‌های پروژه و قراردادهای مشارکتی به‌منظور مشارکت صندوق توسعه ملی با سایر سرمایه‌گذاران خارجی و بخش خصوصی؛
۳. رفع نواقص قرارداد آی‌پی‌سی، فراهم ساختن امکان دسترسی به مدل‌های قراردادی جذاب‌تر مانند «مدل مشارکت در تولید» و بازنگری در ساختار مشارکت شرکت‌های صاحب صلاحیت نفتی با سرمایه‌گذاران به‌منظور کاهش ریسک سرمایه‌گذاران و ایجاد ساختار متوازن.

تحقق این اصلاحات، صندوق توسعه ملی ایران را از یک تأمین‌کننده مالی صرف به بازیگری راهبردی در صنعت نفت و گاز بدل می‌سازد؛ نهادی که با تقویت اعتماد سرمایه‌گذاران و همسویی با سیاست‌های کلان کشور، می‌تواند نقش بسزایی

در هدایت جریان سرمایه به سمت بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایفا کند.

منابع

کتاب

۱. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، ***حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه گذاری***، تهران: تیسا، ۱۳۹۴.

۲. شیروی، عبدالحسین، ***حقوق نفت و گاز***، تهران: میزان، ۱۴۰۲.

۳. گودرزی، زهرا، ***تأمین مالی در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز از منظر حقوقی - قراردادی***، تهران: میزان، ۱۴۰۱.

مقاله

٤. بهمئی، محمدعلی و داود زارع شیبانی، «نظم نوین نفتی ایران و بازتاب آن در طراحی الگوهای قراردادی پروژه‌های بالادستی صنعت نفت»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۲۹-۶۵ 10.22099/jls.2018.26991.2614

٥. بهنام، محمد و محمدحسین زارعی، «قابلیت اعمال قراردادهای مشارکت در تولید در ایران: تحلیلی بر ملاحظات قانونی»، *دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۶، شماره ۱۲، ۱۴۰۴، صص ۲۹۳-۳۰۸. https://doi.org/10.22133/mtlj.2025.395528.1203

٦. جان‌احمدی، فرصاد و شهیاد آبنار، «صندوق توسعه ملی وتوسعه پایدار؛ الزامات تغییر رویکرد به‌سمت سرمایه‌گذاری»، *دومین همایش ثروت ملی و عدالت بین نسلی*، تهران، ۱۴۰۲، صص ۱-۱۸. https://www.ndf.ir/Portals/0/1027-NDF%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20.docx

۷. عبدالهی، محمدرضا، مازیار ماهری و مرتضی واسعی، «سرمایه‌گذاری منابع صندوق ثروت ملی (صندوق توسعه ملی) برای توسعه حال و آینده کشور»، *دومین همایش ثروت ملی و عدالت بین‌نسلی*، تهران، ۱۴۰۲، صص ۱-۲۲. https://www.ndf.ir/Portals/0/1035-NDF%20%20%20%20%20%20%28%20%20%29%20%20%20%20%20%20%20.pdf

۸. قلیپور دمیه، مجتبی، سید علیرضا میرمحمدصادقی و محمدعلی رستگار سرخه، «سنجش و بهبود ریسک‌پذیری صندوق توسعه ملی تحت یک رویکرد کلی»، *نشریه مهندسی سیستم و بهره‌وری*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۴۰۴، صص ۱۰۱-۱۲۴. Doi: 10.22034/sep.2025.2063764.1334

۹. مرادی، یاسر و سیدامیرحسین سیدی، «بررسی فقهی-حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها»، *مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۲۳، شماره ۵۸، ۱۴۰، صص ۶۵۳-۶۸۳. Doi: 10.30497/law.2023.243202.3264

۱۰. نظام‌الملکی، جعفر و محمد نظام‌الملکی، «واکاوی ماهیت و قالب حقوقی صندوق ثروت حاکمیتی خارجی در بازار سرمایه ایران با نگاهی بر اسناد بین‌المللی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۳۲، شماره ۲۸، ۱۴۰۴، صص ۲۵۰-۲۷۱. https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.95718.1492

گزارش

۱۱. پاک‌نژاد، امین‌اله و محمد برزگرخسروی، «اظهارنظر کارشناسی درباره «طرح تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» (اعاده شده از شورای نگهبان)»، *ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، دوره ۳۱، شماره ۱۰، ۱۴۰۲.

۱۲. صدیقی، علیرضا و عاطفه جلالی موسوی، «بررسی گزارش عملکرد صندوق توسعه ملی»، *ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، دوره ۳۱، شماره ۵، ۱۴۰۲.

References

Books

1. Alami, Ilias, And Adam D. Dixon, *The Spectre Of State Capitalism*. Oxford: Oxford University Press, 2024.
2. Barbary, Victoria, Adam D. Dixon, and Patrick J. Schena. *The Evolving Landscape of Sovereign Wealth Funds in a Changing World Economy: How Resilient Are the Santiago Principles?,* In: Pohl, Jens Hillebrand; Joanna Warchol; Thomas Papadopoulos and Janosch Wiesenthal. Weaponising Investments,Volume I, Cham: Springer International Publishing, 2023.
3. Braunstein, J., *Capital Choices: Sectoral Politics And The Variation Of Sovereign Wealth*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2019.
4. Bret-Rouzaut, N., *Economics Of Oil And Gas Production*. In: Hafner, M., Luciani, G. (eds.). *The Palgrave Handbook Of International Energy Economics*. Palgrave Macmillan, Cham. 2022.
5. Casady, Carter B., Rajiv Sharma, And Ashby Monk, *Why A Commercial Focus Is Key To SWF Development Success*, In: *The Palgrave Handbook Of Sovereign Wealth Funds*. 1st Ed. Cham: Palgrave Macmillan. 2024.
6. Clark, G. L., A. D., Dixon, And A. H. B. Monk, *Sovereign Wealth Funds: Legitimacy, Governance, And Global Power*, 1st Ed. Princeton And Oxford: Princeton University Press, 2013.
7. Dewar, John (ed.), *International Project Finance: Law And Practice*, 2nd Ed. Oxford: Oxford Law Pro, 2015.
8. Duval, Claude, Honoré Le Leuch, André Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, Owen L. Anderson, R. Doak Bishop, And John P. Bowman, *International Petroleum Exploration And Exploitation Agreements: Legal, Economic And Policy Aspects*, 2nd Ed. Houston, TX: Barrows Company, Association Of International Petroleum Negotiators (AIPN), 2009.
9. Goudarzi, Z., *Financing In Upstream Oil And Gas Projects From A Legal-Contractual Perspective*. Tehran: Mizan, 2022. (In Persian)
10. Halbout, J., And M. N., Riboud-Seydoux, *Financing Of Energy Investment*. In *The Palgrave Handbook Of International Energy Economics*. 1st Ed. Cham: Palgrave Macmillan, 2022.
11. Hatami, A., And E. Karimiran, *Foreign Investment Law In The Light Of Investment Act And Contracts.* Tehran: Teesa, 2015. (In Persian)
12. Schena, Patrick, And Matthew Gouett, *Re-Imaging Development Finance: Sustainability, Catalytic Capital, And The Role Of Sovereign Wealth Funds*. In *Regulation Of State-Controlled Enterprises: International Law And The Global South*. 1st Ed. Singapore: Springer, 2022.
13. Shiravi, A., *Oil And Gas Law*. Tehran: Mizan, 2023. (In Persian)

Articles

13. Abdollahi, M. R., Maheri, M., And M. Vasei, "Investing The Resources Of The Sovereign Wealth Fund (National Development Fund) For The Present And Future Development Of The Country", *Second Conference On National Wealth And Intergenerational Justice*, Tehran, 2023: pp. 1-22. (In Persian)
14. Bahmaei, M. A., And D. Zare Shibani, "Iran's New Petroleum Order And Its Reflection In The Design Of Contractual Models For Upstream Oil Industry Projects", *Legal Studies Quarterly*, Vol 10, Issue 3, 2018, pp. 29–65. (In Persian) 10.22099/jls.2018.26991.2614
15. Bahmaei, M. A., And E. Afshar, "New Iran's Petroleum Contract 'IPC' In Comparison With Buy-Back And Production Sharing Agreement", *Energy Strategy Reviews*, Vol 57, Issue 1, 2025. https://doi.org/10.1016/j.esr.2024.101599
16. Bahmaei, M. A., And E. Afshar, "The Main Policies Of International Oil Companies (Iocs) In Petroleum Contracts: An Overview On Risk Service Contracts In Iran's Upstream Oil Industry,"

Petroleum Business Review, Vol 8, Issue 2, 2024, pp. 83–103. https://doi.org/10.22050/pbr.2024.442677.1329/

17. Behnam, M., And M. H. Zarei, "Applicability Of Production Sharing Contracts In Iran: An Analysis Of Legal Considerations", *Bi-Quarterly Journal of Law Of New Technologies,* Vol 6, Issue 12, 2025, pp. 293–308. (In Persian) https://doi.org/10.22133/mtlj.2025.395528.1203/
18. Fiechter, J.-R. W. "The French Strategic Investment Fund: A Creative Approach To Complement SWF Regulation Or Mere Protectionism?", *Journal Of Applied Economy*, Vol 3, 2010, pp.59–77.
19. Gelb, A., S. Tordo, H. Halland, N. Arfaa, And G. Smith, "Sovereign Wealth Funds And Long-Term Development Finance: Risks And Opportunities", *World Bank Policy Research Working Paper*, Issue 6776, 2014, pp. 1-30. https://doi.org/10.1596/1813-9450-6776
20. Gholipour Domyeh, M., S. A. Mir-Mohammad Sadeghi And M. A. Rastegar-Sorkhe, "Measuring And Improving Risk-Taking Of The NDFI Under A General Approach," *System Engineering And Productivity*, Vol 5, Issue 4, 2025, pp. 101-124 (In Persian) Doi: 10.22034/sep.2025.2063764.1334
21. Halland, H., M. Noel, S. Tordo, And J. J. Kloper-Owens, "Strategic Investment Funds: Opportunities And Challenges", *World Bank Group*, 2016, pp. 1-47 https://doi.org/10.1596/1813-9450-7851/
22. Jan-Ahmadi, F., And S. Abnar, "National Development Fund And Sustainable Development: Requirements For Changing The Approach Towards Investment", *Second Conference On National Wealth And Intergenerational Justice*, Tehran, 2023, pp. 1-20 (In Persian)
23. Moradi, Y., And S. A. H. Seyyedi, "A Jurisprudential-Legal Analysis Of The Relationship Between The Bank, The Customer And The National Development Fund In Granting Facilities: Challenges And Solutions", *Islamic Law Research Journal*, Vol 23, Issue 58, 2023, pp. 653–683. (In Persian) Doi:10.30497/law.2023.243202.3264/
24. Nezamolmolki J. And M. Nezamolmolki, "Analysis Of The Nature And Legal Framework Of Foreign Sovereign Wealth Funds In Iran's Capital Market With A Look At International Instruments", *Bi-Quarterly Journal of Encyclopedia Of Economic Law*, Vol 32, Issue 28, 2025, pp. 250-271. (In Persian) https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.95718.1492/
25. Nicinski, S., "The Strategic Investment Fund," *French Review Of Administrative Law*, Issue 3, 2012, pp. 449-457. (In French).

Reports

26. Pak-Nejad, A., And M. Barzegar-Khosravi. "Expert Opinion On The 'Production And Infrastructure Financing Bill' (Returned From The Guardian Council)," *Monthly Expert Reports Of The Research Center Of The Islamic Consultative Assembly*, Vol 31, Issue 10, 2023. (In Persian)
27. Sedighi A. And A. Jalali Mousavi, "Examining The Performance Report Of The National Development Fund," *Monthly Expert Reports Of The Research Center Of The Islamic Consultative Assembly,* Vol 31, Issue 5, 2023. (In Persian)

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 217-242 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Interaction between Private Law and International Law in Contract for the Transfer of Sensitive Technologies

Haniyeh Zakerinia[1], Amirhossein Khatami[2]

Highlights

- The contract for the transfer of sensitive technologies is a hybrid and interdisciplinary institution situated at the intersection of private law and public international law, with the type and sensitivity of the technology determining the extent and intensity of the intervention of international rules and requirements.
- Throughout the contract lifecycle from formation and drafting to performance and termination the parties' freedom of contract is constrained by peremptory norms, non-proliferation regimes, export controls, sanctions, and considerations of security, development, and global peace, so that the contract's validity and enforceability depend on its conformity with transnational public order.
- A sustainable solution requires a balanced and practical framework between private autonomy and global public interests, achieved through explicit contractual clauses (such as peaceful end-use, prohibition of transfer to third parties, export-licensing requirements, and automatic suspension or termination clauses), multilateral institutional coordination, and the development of model rules and interpretive standards.

ABSTRACT

Introduction

Contracts for the transfer of sensitive technologies, although appearing as private law institutions founded on party autonomy, are in practice subject to peremptory norms and transnational requirements due to the strategic nature of the technologies involved – including military, dual-use, biological and space technologies. These norms fundamentally challenge the classical structure of contractual freedom. This research aims to reconceptualise the interdisciplinary nature of such contracts and explain how private law rules interact with public international law imperatives. The central question is how the type of technology determines the degree of transnational normative intervention, and how these contracts can be analysed in light of non-proliferation regimes, international sanctions, global public order and development-oriented obligations. Beyond theoretical analysis, this study seeks to construct a framework for understanding the dual character of these contracts throughout their life cycle – from formation to performance and termination – and to propose practical solutions for reconciling the two legal systems.

How to Cite: Zakerinia, Haniyeh, Khatami, Amirhossein, "Interaction between Private Law and International Law in Contract for the Transfer of Sensitive Technologies", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 217-242.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241203.2948 Received: 13/09/2025-Accepted: 10/06/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran
Corresponding Author Email: amir.khatami@hafez.shirazu.ac.ir

Copyright: © 2026 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 adopts an analytical-descriptive approach using documentary research. Library resources, international instruments, multilateral treaties, export control regimes, as well as domestic and international case law have been examined. The interdisciplinary analysis is structured in six logical steps: first, clarifying the concept and characteristics of technology; second, classifying sensitive technologies and examining how technological sensitivity restricts contractual freedom; third, exploring the positions of private law and public international law in this field; fourth, analysing transnational considerations relating to security, development and global peace; fifth, identifying normative conflicts between the two systems; and sixth, providing a phase-by-phase analysis of the contract's life cycle from the pre-contractual stage to termination.

Results and Discussion

The findings show that the type of technology plays a decisive role in determining the extent of restriction on contractual freedom and the intensity of international law intervention. For military technologies, stringent export regulations and UN Security Council sanctions largely limit transfers to government-to-government transactions. For dual-use technologies, informal but effectively powerful international regimes have made obtaining governmental licensing a precondition for any private agreement. Biological technologies are caught in a fundamental conflict: on the one hand, the Biological Weapons Convention in Article 10 emphasises the right to universal access to scientific and medical advances for peaceful purposes; on the other hand, concerns about the misuse of these technologies in producing biological weapons have led to severe restrictions on their transfer. Space technologies, governed by the principle of peaceful use of outer space and missile control regimes, are generally transferred in a managed and restricted manner. From a private law perspective, although fundamental principles such as freedom of contract uphold party autonomy, in the field of sensitive technologies peremptory transnational norms so structurally constrain the parties' will that clauses such as "suspension of performance pending export licensing" or "absolute prohibition on transfer to any third party" become standard and unavoidable elements of these contracts. Public international law, in contrast, adopts a dual approach: on the one hand, the development-oriented approach – rooted in the New International Economic Order movement of the 1970s and the TRIPS Agreement and the UN Sustainable Development Goals – encourages industrialised countries to facilitate technology transfer to developing countries. On the other hand, the security-oriented approach based on non-proliferation regimes, Security Council Resolution 1540 and unilateral and multilateral sanctions severely restricts and, in some cases, completely prohibits the transfer of sensitive technologies. A phase-by-phase analysis of the contract's life cycle reveals that at the formation stage, party autonomy is valid only to the extent permitted by export control regimes and Security Council resolutions. In other words, before the parties can conclude an agreement, they must ensure the possibility of obtaining necessary licences and the compatibility of the contract with international obligations. At the drafting stage, confidentiality evolves from a secondary and routine obligation into the very backbone of the contract. Contemporary case law has clearly shown that breach of confidentiality in this field is not merely a contractual violation but a threat to technological security and the strategic supply chain, and can lead to severe penalties and even complete project collapse. During the performance stage, obligations arising from party autonomy and transnational requirements are so intertwined that both the judgment of the European Court of Justice in the Kadi case and the US court ruling in DuPont v. Kolon emphasise that requirements relating to international sanctions and the protection of trade and technical secrets override any private agreement; no contract can exempt the parties from complying with these requirements. Finally, at the termination stage, sovereign interventions often prove stronger and more decisive than the general rules of contractual dissolution, and can overnight annul a contract that had been properly performed for years.

Conclusion

The contract for the transfer of sensitive technologies is no longer merely a private institution; it has become a point of convergence between public and private interests at the global level, possessing a hybrid and systemic nature that can only be adequately analysed through a simultaneous reading of private law and peremptory international norms. Striking a balance between contractual freedom and transnational public order is not a theoretical choice but a vital practical necessity. This balance can be achieved through several mechanisms: first, incorporating explicit and clear clauses in contract texts regarding commitment to export licensing, non-proliferation and confidentiality; second, drafting model rules and contractual guidelines by international bodies such as UNCITRAL and UNIDROIT to assist contracting parties in drafting clauses compatible with transnational requirements; third, strengthening multilateral supervisory bodies with transparent and accountable structures, similar to those employed in the Arms Trade Treaty. This research also opens new horizons for future studies, including comparative examinations of dispute resolution

mechanisms in sensitive technology contracts, analysis of the role of international organisations in monitoring the performance of private contracts, and assessment of the effectiveness of contractual clauses in the face of unilateral sanctions and emerging peremptory norms.

Keywords: Technology Transfer Contract, Sensitive Technologies, Dual-Purpose Technologies, International Law, Freedom of Contract.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

میان‌کنش حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل در قرارداد انتقال فناوری‌های حساس

حانیه ذاکری‌نیا[۱]، امیرحسین خاتمی[۲]

نکات برجسته

- قرارداد انتقال فناوری‌های حساس نهادی مختلط و میان‌رشته‌ای است که در تلاقی حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی شکل می‌گیرد و نوع فناوری و سطح حساسیت آن، میزان و شدت مداخله قواعد و الزامات بین‌المللی را تعیین می‌کند.
- در سراسر چرخه حیات قرارداد از تشکیل و تنظیم شروط تا اجرا و انحلال آزادی قراردادی طرفین تحت تأثیر قواعد آمره، رژیم‌های عدم اشاعه، کنترل صادرات، تحریم‌ها و ملاحظات امنیت، توسعه و صلح جهانی قرار می‌گیرد و اعتبار و قابلیت اجرای قرارداد به انطباق آن با نظم عمومی فراملی وابسته است.
- راه‌حل پایدار، طراحی چارچوبی متوازن و عملی میان اراده خصوصی و منافع عمومی جهانی است که از طریق شروط صریح قراردادی (مانند کاربری نهایی غیرنظامی، ممنوعیت انتقال به ثالث، لزوم اخذ مجوز صادرات و شرط تعلیق یا فسخ خودکار)، هماهنگی چندجانبه ملل و تدوین قواعد نمونه و استانداردهای تفسیری محقق می‌شود.

چکیده

قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس، گرچه در ظاهر بخشی از حقوق خصوصی‌اند، در عمل در نقطه تلاقی قواعد حقوق خصوصی و الزامات حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند و ماهیتی میان‌رشته‌ای دارند. این مقاله با رویکردی تحلیلی ـ توصیفی، تلاش می‌کند ابعاد میان‌کنشی این قراردادها را در پرتو آزادی اراده طرفین ازیک‌سو، و قواعد آمره بین‌المللی ازسوی‌دیگر، مورد بازشناسی قرار دهد. مسئله اصلی آن است که چگونه قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس ازجمله فناوری‌های دومنظوره، زیستی، فضایی و امنیتی نه‌فقط بر مبنای منطق قراردادهای خصوصی، بلکه در پرتو نظم عمومی فراملی، رژیم‌های عدم اشاعه، تعهدات توسعه‌محور بین‌المللی و الزامات صلح و امنیت جهانی قابل تحلیل‌اند. پژوهش حاضر نشان می‌دهد که نوع فناوری موضوع قرارداد، سطح مداخله حقوق بین‌الملل را تعیین می‌کند و قواعد عمومی قراردادها در این حوزه به‌شدت تحت‌تأثیر الزامات بین‌المللی، تحریم‌ها، مجوزهای صادراتی و ملاحظات امنیتی قرار می‌گیرند. براین‌اساس، قرارداد انتقال فناوری حساس نه‌تنها نهادی مختلط و ترکیبی است، بلکه نقطه تلاقی منافع عمومی و خصوصی در سطح جهانی به شمار می‌رود. تحلیل این قراردادها مستلزم چارچوبی میان‌رشته‌ای است که بتواند تعامل پیچیده بین حقوق خصوصی، حقوق بین‌الملل و سیاست‌های عمومی را درک و تبیین کند.

کلید واژگان: قرارداد انتقال فناوری، فناوری‌های حساس، فناوری‌های دومنظوره، حقوق بین‌الملل، آزادی قراردادی.

استناد به این مقاله: ذاکری‌نیا، حانیه، خاتمی، امیرحسین، «میان‌کنش حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل در قرارداد انتقال فناوری‌های حساس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۲۱۷-۲۴۲.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۲۰ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241203.2948

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: amir.khatami@hafez.shirazu.ac.ir

Copyright: © 2026 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

قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس اگرچه در ظاهر توافقاتی خصوصی و مبتنی‌بر اصل حاکمیت اراده‌اند، به‌دلیل ماهیت راهبردی فناوری‌های نظامی، دومنظوره، زیستی و فضایی، در عمل در معرض الزامات حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند. این قراردادها در نقطه تلاقی قواعد حقوق خصوصی و محدودیت‌های ناشی از امنیت، عدم اشاعه و تعهدات توسعه‌محور شکل می‌گیرند و صرفاً بر منطق آزادی قراردادی قابل تحلیل نیستند. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی – تحلیلی، به بررسی نحوه تعامل قواعد سنتی حقوق خصوصی با قواعد آمره و رژیم‌های بین‌المللی در تنظیم و اجرای این قراردادها می‌پردازد و نشان می‌دهد که قرارداد انتقال فناوری حساس دارای ماهیتی دوگانه و مختلط است که فقط در پرتو فهم هم‌زمان این دو نظام حقوقی به‌درستی قابل تبیین است.

اهمیت پژوهش حاضر در آن است که تلاش دارد قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس را نه‌فقط به‌عنوان نهادهایی از دل حقوق خصوصی، بلکه به‌مثابه مفصل اتصال میان منطق قراردادی و منطق نظم عمومی بین‌المللی مورد تحلیل قرار دهد. این مطالعه با رویکردی میان‌رشته‌ای، سعی دارد جایگاه این قراردادها را در تعامل میان اراده طرفین و قیود بین‌المللی مرتبط با امنیت، توسعه و صلح جهانی بازشناسی کند و با تکیه بر اسناد، رویه‌ها و تحلیل‌های تطبیقی، چارچوبی تحلیلی برای فهم بهتر الزامات حقوقی این قراردادها ارائه نماید. بدین ترتیب مقاله حاضر با رویکردی تدریجی در شش فصل، از تبیین مفهوم فناوری آغاز می‌کند و با نشان دادن نقش حساسیت فناورانه در تحدید آزادی قراردادی، به تحلیل جایگاه فناوری‌های حساس در پرتو حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی می‌پردازد. سپس تعارضات حقوقی برآمده از این تعامل واکاوی می‌شود و چرخه حیات قرارداد انتقال فناوری حساس، از شکل‌گیری تا اجرا و انحلال، مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ نهایتاً پژوهش با ارائه راهکارهای عملی برای مواجهه و تجمیع این تعارضات به پایان می‌رسد.

مفهوم فناوری و کارکرد حقوقی آن

فناوری در ادبیات حقوقی مفهومی چندلایه، پویا و نسبتاً مبهم است که تعریف یکسانی در اسناد بین‌المللی ندارد.[1] در یک تعریف کلی، فناوری عبارت است از مجموعه‌ای از دانش سازمان‌یافته، مهارت‌های فنی، روش‌ها، اختراعات و تجهیزات که برای کاربردهای عملی به کار می‌روند و در قالب دارایی‌های نامشهودی همچون دانش فنی، اسرار تجاری، فرمول‌ها و روش‌های تولید متجلی می‌شوند.[2]

تمایز اساسی فناوری از سایر دارایی‌های فکری در آن است که فناوری لزوماً متکی بر حقوق مالکیت فکری ثبت‌شده

---

1. UNCTAD, *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments*, U.N. Sales No. E.01.II.D.28, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5, 2001. 6; Rozghon, Olha. "Problems of Identification of the Concept of International Technology Transfer in the Scientific Discourse." *Law and Innovations,* Vol. 1. issue 41, 2023, pp. 7-14;

حجازی، جلال، پرویز دوامی، ناصر توحیدی، علی حائریان اردکانی، علی کریمی طاهری و رضا محمودی، «فناوری و دانش فنی»، *فصلنامه آموزش مهندسی ایران*، دوره ۱۲، شماره ۴۸، ۱۳۸۹، ص. ۷۲.

2. Waibel, M., and W. Alford, "Technology Transfer". In: Wolfrum, R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Volume IX, Oxford: Oxford University Press, 2012, P. 804؛ Dosi, G., and M. Grazzi, "On the nature of technologies: knowledge, procedures, artifacts and production inputs", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, Issue 1, 2010, P. 173.

نیست، بلکه ممکن است به‌صورت دانش غیرافشا شده یا مهارت‌های عملیاتی نیز وجود داشته باشد.[1] درحالی‌که مالکیت فکری متضمن حقوق انحصاریِ قانونی برای آثار و اختراعات است.[2] فناوری ممکن است واجد چنین حمایت‌هایی نباشد و بااین‌حال موضوع قرارداد انتقال واقع شود. به‌عنوان مثال، انتقال دانش فنی محرمانه‌ای که ثبت اختراع نشده است، همچنان می‌تواند منشأ تعهدات قراردادی گردد.[3]

افزون بر تمایزهای مفهومی، فناوری به‌عنوان موضوع قرارداد، ویژگی‌هایی دارد که آن را از سایر موضوعات قراردادی اعم از دارایی‌های مادی یا فکری متمایز می‌سازد و ماهیت حقوقی قراردادهای مربوط به آن را پیچیده می‌کند: نخست، فناوری ماهیتی غالباً نامشهود و اطلاعاتی دارد؛[4] این ویژگی، فناوری را به کالایی با مصرف غیررقابتی نزدیک می‌کند؛ مگر در مواردی که حقوق انحصاری قانونی آن را محدود کرده باشد. دوم، قابلیت تکثیر و انتشار سریع فناوری، ویژگی متمایز دیگری است. برخلاف کالاهای ملموس که انتقال آن‌ها به محرومیت دارنده اولیه منجر می‌شود، فناوری با یک بار افشا می‌تواند در اختیار دیگران قرار گیرد. ازاین‌رو، در قراردادهای انتقال فناوری، شروط سخت‌گیرانه‌ای برای حفظ محرمانگی و جلوگیری از انتقال غیرمجاز پیش‌بینی می‌شود. سوم، پویایی ذاتی فناوری باعث می‌شود که دانش فنی موضوع قرارداد، در معرض تغییر، به‌روزرسانی یا منسوخ شدن قرار گیرد.[5] این ویژگی، گاه الزاماتی مانند تعهد به انتقال بهبودهای آتی یا ارائه خدمات پشتیبانی را در قراردادها ضروری می‌سازد.[6] چهارم و مهم‌تر از همه، فناوری در بسیاری موارد ارزش راهبردی و حساسیت امنیتی دارد.[7] به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند نظامی، زیستی، هسته‌ای یا فضایی، فناوری می‌تواند تأثیر مستقیمی بر قدرت ملی و صلح جهانی داشته باشد. در چنین مواردی، نه‌تنها شروطی چون محدودیت جغرافیایی، عدم رقابت یا نظارت دقیق بر نحوه استفاده در قرارداد گنجانده می‌شود،[8] بلکه اصول بنیادین حقوق بین‌الملل مانند ممنوعیت اشاعه یا الزامات توسعه‌ای نیز بر مفاد قرارداد تأثیرگذارند.

بنابراین، شناخت دقیق مفهوم و ویژگی‌های فناوری، نه‌فقط از حیث نظری، بلکه به‌مثابه پایه‌ای برای تحلیل میان‌کنش میان حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل در قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس ضروری است.

دسته‌بندی فناوری‌ها و نقش حساسیت فناورانه در تحدید آزادی قراردادی

تحلیل مفهوم فناوری، ما را به ضرورت تفکیک مصادیق و به‌ویژه شناسایی فناوری‌های حساس و دومنظوره رهنمون

---

1. Luk, A. "The relationship between law and technology: comparing legal responses to creators' rights under copyright law through safe harbour for online intermediaries and generative AI technology", *Law, Innovation and Technology*, Vol. 16, Issue 1, 2024, P. 151.

2. Long, P. O. "Invention, authorship, "intellectual property," and the origin of patents: Notes toward a conceptual history." *Technology and culture*, Vol. 32, Issue 4, 1991, PP. 846**;** Morcos, Paul G., and Elsa F. Khneisser. "Intellectual Property Rights". In: Badran., Adnan, Elias Baydoun, and John R. Hillman (eds.). *Higher Education in the Arab World: Building a Culture of Innovation and Entrepreneurship,* Cham: Springer, 2020, P. 183.

3. Waibel and Alford, Op. Cit., P. 802.

4. Dosi and Grazzi, Op. Cit., P. 173.

5. Raymond, H. A. "Technology value as a dynamic strategic framework", *European Business Review*, Vol. 22, Issue 5, 2010, P. 556.

6. Schott, K. "The rate of obsolescence of technical knowledge--A comment", *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 26, Issue 3, 1978, P. 163.

7. Hamilton, W. F., "Managing technology as a strategic asset", *International Journal of Technology Management*, Vol. 14, Issue 2-4, 1997, P. 163.

۸. ماندگار، مصطفی، ***قراردادهای تجاری بین‌المللی فناوری انتقال فناوری***، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۲۱۱.

می‌سازد؛ زیرا نوع فناوری، به‌طور مستقیم دامنه آزادی قراردادی و میزان مداخله قواعد فراملی را تعیین می‌کند. در این میان، فناوری‌های حساس به فناوری‌هایی اطلاق می‌شود که به‌دلیل ارتباط با امنیت، صلح یا سلامت جهانی، مشمول مراقبت‌ها و محدودیت‌های ویژه حقوقی می‌شوند. در ادامه، این مصادیق بررسی می‌شوند.

۲.۱. فناوری‌های نظامی

بسیاری از کشورها مقررات سخت‌گیرانه‌ای برای صادرات یا انتقال دانش فنی نظامی دارند و این امر را مرتبط با امنیت ملی خود می‌دانند.[۱] به‌عنوان مثال، ایالات متحده تحت نظام قانونی «مقررات بین‌المللی تجارت اسلحه» (ITAR) صادرات بسیاری از فناوری‌های نظامی و حتی برخی اقلام غیرنظامی مرتبط (مانند تصاویر ماهواره‌ای دقیق) را مستلزم مجوز ویژه کرده است.[۲] از منظر حقوق بین‌الملل، انتقال فناوری‌های کاملاً نظامی عمدتاً در چارچوب موافقت‌نامه‌های دوجانبه دفاعی یا معاملات تسلیحاتی بین دولت‌ها انجام می‌شود که خود تابع رژیم حقوقی تجارت تسلیحات و محدودیت‌های شورای امنیت در موارد تحریم تسلیحاتی است.[۳] به‌عنوان نمونه، قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل درباره تحریم تسلیحاتی (نظیر قطعنامه‌های مرتبط با کره شمالی یا ایران) انتقال هرگونه اقلام و دانش فنی مرتبط با تسلیحات خاص را ممنوع کرده‌اند.[۴] در زمان مخاصمات مسلحانه نیز قواعد حقوق جنگ مانند مقررات راجع به کنترباند جنگی[۵] انتقال فناوری‌های دارای کاربرد نظامی به طرف‌های درگیر را ممنوع یا محدود می‌کند.[۶]

۲.۲. فناوری‌های دومنظوره

فناوری دومنظوره[۷] به تکنولوژی‌هایی گفته می‌شود که دارای کاربردهای غیرنظامی و صلح‌آمیز هستند، اما قابلیت به‌کارگیری در تولید سلاح یا مصارف نظامی را نیز دارند.[۸] این دسته بسیار گسترده است و شامل فناوری‌هایی در زمینه‌های شیمیایی، زیستی، الکترونیک، هوافضا و حتی فناوری اطلاعات می‌شود. رژیم‌های کنترل صادرات چندجانبه برای نظارت

---

1. Sayler, Kelley M. *Emerging Military Technologies: Background and Issues for Congress*. Washington, DC: Congressional Research Service, 2024. P. 9.

2. U.S. Department of State. *International Traffic in Arms Regulations: U.S. Munitions List Categories I, II, and III*, 2020: Sec.121.

3. Karczewski, M. "System kontroli i regulacji międzynarodowego handlu uzbrojeniem", *Przegląd Strategiczny*, Vol. 1, Issue 2, 2011, PP. 59-60.

4. UNSC, *Resolution 2231*, 2015; Silva, Clare da, and Penelope Nevill. Prohibitions. In: Silva, Clare da, and Brian Wood (eds.). The Arms Trade Treaty: Weapons and International Law, Cambridge: Intersentia, 2021, P. 103.

۵. کُنترباند (Contraband) در ادبیات حقوق بین‌الملل به کالاها و اقلامی گفته می‌شود که در زمان جنگ یا مناقشه مسلحانه، حمل و نقل یا تجارت آنها به‌نفع دشمن ممنوع است.

6. Declaration of London. Declaration concerning the Laws of Naval War. London Naval Conference, 1909. Retrieved from https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/decl-london-1909; Declaration of Paris. Declaration respecting maritime law. Paris Conference, 1856. Retrieved from https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/decl-paris/

7. Dual-Use

8. Reppy, Judith. "Managing Dual-Use Technology in an Age of Uncertainty", *The Forum*, Vol. 4, Issue 1, 2006; P. 6; Shaw, R. "Export controls and the life sciences: controversy or opportunity? Innovations in the life sciences' approach to export control suggest there are ways to disrupt biological weapons development by rogue states and terrorist groups without impeding research", *EMBO reports*, Vol. 17, Issue 4, 2016, P. 474.

بر انتقال این نوع فناوری‌ها شکل گرفته‌اند. مهم‌ترین آنها «ترتیبات واسِنار» است[1] که بین ده‌ها کشور صنعتی توافق شده تا صادرات کالاها و فناوری‌های دومنظوره را پایش و محدود کنند. نیز «گروه استرالیا[2]» مجموعه‌ای از کشورهاست که به طور غیررسمی صادرات مواد و دانش مرتبط با سلاح‌های شیمیایی و میکروبی را کنترل می‌کنند. انتقال فناوری دومنظوره در سطح بین‌المللی غالباً نیازمند مجوزهای دولتی است و بسیاری از قراردادهای انتقال فناوری در این حوزه‌ها در متن خود مشروط به اخذ مجوز صادرات از دولت مبدأ می‌شوند. برای نمونه، ممکن است در یک قرارداد انتقال فناوری ساخت نیمه‌رساناها قید شود که «اجرای تعهدات فروشنده منوط به صدور مجوزهای صادراتی لازم طبق قوانین کشور موردنظر است». حساسیت این فناوری‌ها به حدی است که کشورهای دارای فناوری پیشرفته، گاهی برای حفظ برتری فناورانه خود نیز جریان انتقال آنها را مدیریت می‌کنند. به بیان دیگر، محدودیت انتقال فناوری دومنظوره نه‌فقط جنبه جلوگیری از اشاعه تسلیحات، بلکه جنبه حفظ مزیت رقابتی و امنیت تکنولوژیک نیز دارد.[3]

۲.۳. فناوری‌های زیستی و زیست‌پزشکی

این دسته شامل فناوری‌هایی است که با علوم زیستی و پزشکی سروکار دارند؛ مانند مهندسی ژنتیک، بیوتکنولوژی، تولید واکسن‌ها و داروهای نوترکیب، فناوری‌های مرتبط با ویروس‌ها و باکتری‌ها، و نظایر آن. فناوری‌های زیستی به دو دلیل جزء فناوری‌های حساس به شمار می‌روند: نخست به‌لحاظ بهداشت و سلامت جهانی و نیاز به دسترسی همگانی به آنها، و دوم به‌دلیل قابلیت سوءاستفاده برای مقاصد غیرصلح‌آمیز (توسعه سلاح‌های بیولوژیک). کنوانسیون منع سلاح‌های بیولوژیک[4] صریحاً توسعه و انتقال عوامل بیماری‌زا برای مقاصد خصمانه را ممنوع کرده است، اما درعین‌حال در ماده ۱۰ خود تأکید می‌کند که هیچ‌چیز در این کنوانسیون نباید مانع تبادل تجهیزات، مواد و اطلاعات علمی - فنی زیستی برای مقاصد صلح‌آمیز شود. بدین‌ترتیب حقوق بین‌الملل در حوزه فناوری زیستی دو هدف متعارض را دنبال می‌کند: ازیک‌سو عدم اشاعه فناوری‌های خطرناک زیستی، و ازسوی‌دیگر تشویق همکاری علمی و انتقال فناوری برای پیشرفت پزشکی و کشاورز.[5] نمونه معاصر، بحث انتقال فناوری واکسن‌های کووید-۱۹ است که در خلال پاندمی ۲۰۲۰–۲۰۲۱ مطرح شد. بسیاری از کشورهای درحال‌توسعه خواستار تعلیق حقوق مالکیت فکری واکسن‌ها و انتقال دانش فنی ساخت آنها بودند تا دسترسی جهانی به واکسن تسریع شود؛ این درخواست به مذاکراتی در چارچوب سازمان جهانی تجارت (اعطای معافیت موقت تریپس برای واکسن) منجر شد.[6] فناوری‌های زیست‌پزشکی همچنین در معرض استانداردها و ملاحظات اخلاقی هستند (مثلاً فناوری ویرایش ژنوم انسان یا شبیه‌سازی) که می‌تواند موجب وضع محدودیت‌های بین‌المللی یا ملی بر انتقال چنین دانش‌هایی شود.

---

1. Wassenaar Arrangement. W*assenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies*, 1996.
2. Australia Group
3. Bromley, Mark, and Giovanna Maletta. *The Challenge of Software and Technology Transfers to Non-proliferation Efforts: Implementing and Complying with Export Controls*. Stockholm: SIPRI, 2018. P. 24.
4. UN. *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction (BWC)*, 1972.
5. Millett, P. "The Biological Weapons Convention: Securing biology in the twenty-first century", *Journal of Conflict and Security Law,* Vol. 15, Issue 1, 2010, P. 25.
6. WTO. *Waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the prevention, containment and treatment of COVID-19 – Communication from India and South Africa*, IP/C/W/669, 2021.

۲.۴. فناوری‌های هوافضا

این حوزه شامل فناوری ماهواره‌ای، فضانوردی، موشک‌های فضایی، مخابرات فضایی و همچنین هواپیماهای پیشرفته و همچنین طراحی، تولید و مراقبت از آنها می‌شود. بسیاری از فناوری‌های هوافضا دومنظوره نیز هستند؛ به‌عنوان مثال، فناوری موشک‌های حامل ماهواره می‌تواند برای تولید موشک بالستیک قاره‌پیما به کار رود. به همین خاطر، رژیم کنترل فناوری موشکی[1] بین کشورهای عمده فضایی به وجود آمده که هدف آن محدود کردن گسترش موشک‌ها و فناوری‌های مرتبط با توان حمل سلاح کشتار جمعی است. براساس این رژیم، که یک توافق غیررسمی بین ۳۵ کشور است، اعضا متعهدند از انتقال تجهیزات و دانش فنی که به توسعه موشک‌های با بُرد بیش از ۳۰۰ کیلومتر و توان حمل کلاهک سنگین می‌انجامد، خودداری یا بادقت بسیار بررسی کنند.[2] فناوری‌های ماهواره‌ای و مخابراتی نیز جزو مواردی‌اند که انتقال آنها گاهی با ملاحظات امنیتی همراه است؛ برای مثال، دقت بالای تصاویر ماهواره‌ای یا فناوری مکان‌یابی پیشرفته (GPS)ممکن است طبق مقررات ایالات متحده به‌صورت تضعیف‌شده برای مشتریان خارجی صادر شوند. علاوه‌بر جنبه‌های امنیتی، فناوری فضایی از منظر حقوق بین‌الملل با اصل استفاده صلح‌آمیز از فضای ماورای جوّ گره خورده است.[3]همکاری‌های بین‌المللی در پروژه‌های فضایی مانند ایستگاه فضایی بین‌المللی نمونه‌ای از انتقال مدیریت‌شده فناوری‌های پیشرفته هوافضا میان دولت‌هاست که با موافقت‌نامه‌های خاص و رژیم‌های کنترلی دقیق صورت می‌گیرد. ازسوی‌دیگر، رقابت فضایی نیز باعث می‌شود دولت‌ها در انتقال برخی فناوری‌های کلیدی مثل فناوری بازگشت به جوّ یا موتورهای پرقدرت بااحتیاط عمل کنند.

علاوه‌بر دسته‌های فوق، می‌توان به فناوری اطلاعات و ارتباطات به‌عنوان حوزه‌ای اشاره کرد که اگرچه مستقیماً ذکر نشده، به‌طور فزاینده‌ای اهمیت استراتژیک یافته و موضوع مقررات بین‌المللی است.[4] برای مثال رمزنگاری پیشرفته یا فناوری هوش مصنوعی نیز می‌توانند حساس قلمداد شوند و مقررات صادراتی ویژه‌ای پیدا کنند. در مجموع، فناوری‌های حساس آنهایی‌اند که یا مستقیماً با امنیت و قدرت کشورها ارتباط می‌یابند، یا برای رفاه و سلامت بشر به حدی مهم‌اند که جامعه بین‌المللی بر سر نحوه انتقال و انتشار آنها ملاحظات ویژه‌ای اعمال کرده است. شناخت این دسته‌بندی‌ها برای تحلیل موضوع قرارداد انتقال فناوری ضروری است؛ چراکه ماهیت حقوقی و شروط قرارداد در زمینه یک فناوری عادی (مثلاً فناوری تولید محصولات غذایی) با یک فناوری حساس (مثلاً فناوری غنی‌سازی اورانیوم) کاملاً متفاوت خواهد بود. در دومی، اغلب قوانین آمره ملی و بین‌المللی دخیل می‌شوند و آزادی قراردادی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهند.

انتقال فناوری‌های حساس در پرتو حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی

قراردادهای انتقال فناوری حساس، گرچه بر پایه قواعد حقوق خصوصی تنظیم می‌شوند، به‌دلیل پیامدهای امنیتی و الزامات ژئوپلیتیکی در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی نیز مطرح‌اند. بنابراین، تحلیل آنها نیازمند توجه هم‌زمان به اصول حقوق خصوصی و محدودیت‌های ناشی از تعهدات بین‌المللی دولت‌هاست. این فصل به بررسی جایگاه حقوق خصوصی،

---

1. Missile Technology Control Regime (MTCR). *MTCR Guidelines and Equipment, Software and Technology Annex*, 1987.

2. MTCR. *MTCR Guidelines and Equipment, Software and Technology Annex*, 1987.

3. اصل مندرج در معاهده فضای ماورای جو ۱۹۶۷.

4. EU, *Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items (recast)*, 2021, L 206; UN. *Report of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security*, A/76/135, 2021.

الزامات حقوق بین‌الملل و ملاحظات فراملی می‌پردازد.

۳.۱. جایگاه حقوق خصوصی در قرارداد انتقال فناوری‌های حساس

قرارداد انتقال فناوری، توافقی خصوصی بر مبنای اصل حاکمیت اراده برای انتقال دانش یا بهره‌برداری از اختراع است. در حقوق خصوصی، تحلیل آن به نوع عقد، تعهدات و شیوه حل اختلاف مربوط می‌شود؛ اما در فناوری‌های حساس یا دوگانه، این چارچوب سنتی با محدودیت‌ها و دگرگونی‌هایی همراه است. در حقوق ایران، ماده ۱۰ قانون مدنی اصل آزادی قرارداد را به رسمیت شناخته و بیان می‌دارد قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، درصورتی‌که مخالف صریح قانون نباشند، نافذ است. در سطح بین‌المللی نیز اصول یوندرویت و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا[1] بر اصل اراده و توافق متقابل استوارند. در قرارداد انتقال فناوری، مقتضی آن است که طرفین بتوانند موضوع، عوض، نوع تعهد و قانون حاکم را آزادانه تعیین کنند. بااین‌حال، درخصوص فناوری‌های حساس، ملاحظاتی چون امنیت ملی، حقوق رقابت، یا قواعد فراملی، عملاً این آزادی را مقید می‌سازند.

همچنین قراردادهای انتقال فناوری از حیث شکلی، به‌طور هم‌زمان واجد ویژگی‌های عقد بیع (در مورد فروش کامل دانش فنی)، اجاره (درخصوص واگذاری منافع استفاده از فناوری) و پیمانکاری (در خدمات نصب و آموزش) هستند. برخی نویسندگان[2] این قرارداد را با اجاره اموال معنوی مقایسه کرده‌اند، و برخی دیگر از آن به‌عنوان نهادی sui generis یاد می‌کند.[3] در ایران نیز، این قراردادها با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر شمرده می‌شوند، هرچند احکام خاصی درباره آنها وجود ندارد. در نتیجه، حقوق‌دانان ناچارند با ترکیب قواعد عمومی تعهدات، اصول معامله‌محور و عرف تجاری بین‌المللی، ساختار این عقد را تحلیل کنند.

تعهد اصلی انتقال‌دهنده، افشای دانش فنی یا اعطای مجوز بهره‌برداری از آن است. این تعهد ممکن است به‌صورت تعهد به نتیجه (مثلاً تحویل نقشه‌ها و اسرار فنی) یا تعهد به وسیله (مثلاً تلاش برای آموزش و انتقال مهارت) تلقی شود. رویه قضایی فرانسه تمایل دارد این تعهد را از نوع تعهد به وسیله بداند، زیرا تحقق کامل اهداف انتقال ممکن است به عوامل بیرونی وابسته باشد. همچنین، انتقال‌دهنده ممکن است به عدم نقض حقوق ثالث، کارایی فناوری منتقل‌شده و همکاری فنی در نصب و بهره‌برداری متعهد گردد. در مقابل، تعهد اصلی گیرنده معمولاً پرداخت عوض (مبلغ یا حق‌الامتیاز) و نیز حفظ محرمانگی اطلاعات و عدم انتقال به غیر است.

در عمل، قراردادهای انتقال فناوری ممکن است با عناوینی چون «قرارداد لیسانس»، «قرارداد انتقال دانش فنی»، «قرارداد خدمات مهندسی»، یا «فرانشیز» ظاهر شوند. قرارداد لیسانس[4] یکی از رایج‌ترین قالب‌هاست که در آن، اجازه بهره‌برداری از اختراع، طرح صنعتی یا دانش فنی به گیرنده داده می‌شود. گاهی نیز قرارداد انتقال به‌صورت توأم با خرید تجهیزات یا خدمات آموزشی منعقد می‌شود.[5]

---

1. UNCITRAL. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1980.
2. Baslar, K. *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1998, P. 142.
3. Major, J. D. "Some practical intellectual property aspects of technology transfer", *International Journal of Technology Management,* Vol. 3, Issue 1-2, 1988, P. 43.
4. License
5. ماندگار، مصطفی، پیشین، صص. ۱۵۷ و ۲۱۱؛

Waibel and Alford, Op. Cit., P. 801.

با توجه به ماهیت بین‌المللی این قراردادها، تعیین قانون حاکم و مرجع حل اختلاف اهمیت زیادی دارد. اصل حاکمیت اراده به طرفین امکان انتخاب قانون را می‌دهد، اما قواعد آمره، قوانین صادراتی و تحریم‌های بین‌المللی می‌توانند اجرای مفاد قرارداد را محدود کنند. برای مثال، حتی اگر قراردادی طبق قانون کشوری با آزادی قراردادی منعقد شود، ممکن است در کشور طرف مقابل یا در سطح بین‌المللی به‌دلیل نقض مقررات ضدتحریمی یا عدم اشاعه، غیرقابل اجرا گردد.[1] در نتیجه، تحلیل قراردادهای انتقال فناوری در چارچوب حقوق خصوصی، گرچه برای فهم ساختار داخلی قرارداد و نقش اراده طرفین ضروری است، اما برای فناوری‌های حساس کافی نیست. پیچیدگی ماهیت فناوری، ابعاد فرامرزی تعهدات، و ورود قواعد آمره و منافع عمومی، ساختار سنتی حقوق خصوصی را به چالش می‌کشند و ضرورت بازاندیشی در مرز میان قرارداد خصوصی و نظارت حاکمیتی را مطرح می‌کنند.

۳.۲. جایگاه حقوق بین‌الملل عمومی در انتقال فناوری‌های حساس

در حوزه فناوری‌های حساس، ابعاد سیاسی، امنیتی و نهادی بر انتقال آنها تأثیرگذار است. حقوق بین‌الملل عمومی به‌ویژه در فناوری‌های دوگانه یا با پیامدهای جهانی، نقشی کلیدی در تنظیم قواعد ایفا می‌کند. بدین‌ترتیب، فناوری صرفاً مسئله‌ای فنی نیست، بلکه موضوعی حقوقی‌ـسیاسی است که از توسعه و حقوق بشر تا امنیت و کنترل تسلیحات را دربرمی‌گیرد.

از منظر نخست، یعنی توسعه‌محور، گفتمان حقوق بین‌الملل عمومی از دهه ۱۹۶۰ به‌ویژه در قالب جنبش نظم نوین اقتصادی بین‌المللی (NIEO) به انتقال فناوری به‌مثابه ابزاری برای تحقق عدالت اقتصادی نگریسته است.[2] کشورهای درحال‌توسعه با استناد به شکاف علمی و فناورانه با کشورهای توسعه‌یافته، خواستار به رسمیت شناختن حق خود در بهره‌مندی از دانش فنی به‌مثابه میراث مشترک بشریت شدند. قطعنامه ۳۲۰۲ مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۷۴ بر لزوم دسترسی کشورهای درحال‌توسعه به فناوری‌های پیشرفته تأکید کرد.[3] همچنین، بند «ب» ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۲۰۱۰) به‌صراحت حق بهره‌مندی همگان از پیشرفت علمی را تضمین می‌کند. در همین راستا، گروه حقوق توسعه سازمان ملل، انتقال فناوری را جزئی از «حق بر توسعه» دانسته است.[4] در پی این مطالبات، سازمان‌های بین‌المللی ازجمله آنکتاد در دهه ۱۹۷۰ اقدام به تدوین پیش‌نویس مقررات رفتاری در زمینه انتقال فناوری کردند که حاصل مذاکرات طولانی میان کشورها بود.[5] این سند پیشنهادی، فناوری را در معنایی

---

[1]. Sauvant, K. P. "The negotiations of the UN code of conduct on transnational corporations: experience and lessons learned", *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, Issue 1, 2015, P. 58; Alavi, H., and T. Khamichonak, "EU and US export control regimes for dual use goods: An overview of existing frameworks", *Romanian J. Eur. Aff.* Vol. 17, Issue 1, 2017, P. 59.

[2]. Waibel and Alford, Op. Cit., P. 802.

[3]. UN. *General Assembly Resolution 3202 (S-VI), Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*, 1974; Thomas, M. "Economic development, technological change, and the new international economic order", *Geoforum*, Vol. 10, Issue 2, 1979, P. 130.

[4]. UN. *Report of the Working Group on the Right to Development*, A/HRC/15/WG.2/TF/2/Add.2, 2010. para. 47.

[5]. Fairley, H., and P. Rowcliffe, "The UNCTAD Code of Conduct for the International Transfer of Technology: Problems and Prospects." *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international,* Vol. 18, 1981, P 218; Kaul, J. "UNCTAD Draft Code of Conduct on Transfer of Technology, Third World Demands and Western Responses", *Foreign Trade Review*, Vol. 25, 1991, P. 368.

موسع شامل مالکیت صنعتی، دانش فنی، مهارت‌های عملیاتی، تجهیزات و مواد واسطه تعریف می‌کرد و خواستار تسهیل دسترسی کشورهای درحال‌توسعه، به‌ویژه به فناوری‌های تحت کنترل بخش خصوصی و دولتی، شده بود. هرچند این سند به دلیل اختلافات بنیادین (بر سر اصل آزادی قراردادی یا قانون حاکم) به یک معاهده الزام‌آور تبدیل نشد، اما اصول رقابتی آن در اسناد بعدی نظیر ماده ۴۰ موافقت‌نامه تریپس بازتاب یافت.[۱] در دهه ۱۹۸۰ به بعد، با گرایش به بازار آزاد، دیدگاه بازارمحور در عرصه فناوری غلبه یافت. در این چارچوب، حمایت قوی از حقوق مالکیت فکری به‌عنوان عامل محرک انتقال داوطلبانه فناوری در نظر گرفته شد.[۲] تجلی نهایی این روند را می‌توان در موافقت‌نامه تریپس (۱۹۹۴) در چارچوب سازمان تجارت جهانی، یافت. این موافقت‌نامه با تثبیت استانداردهای حداقلی حمایت از اختراعات، علائم و اسرار تجاری، سعی کرد انتقال فناوری را تسهیل کند. مواد ۷ و ۸ تریپس نیز بر توازن میان حمایت انحصاری و منافع عمومی تأکید دارند.[۳] همچنین، بند دوم ماده ۶۶ این سند، کشورهای توسعه‌یافته را ملزم به ایجاد مشوق برای انتقال فناوری به کشورهای کمتر توسعه‌یافته کرده است.[۴] تعهدی که البته همواره با انتقادات درباره ضعف اجرای آن مواجه بوده است.[۵] اعلامیه دوحه ۲۰۰۱ نیز بر ضرورت دسترسی جهانی به فناوری‌های پزشکی تأکید مضاعف داشت.[۶] به‌موازات این تحولات در حقوق تجارت، شاخه‌های دیگری از حقوق بین‌الملل نیز به ابعاد زیست‌محیطی و بشردوستانه فناوری توجه نشان داده‌اند. برای مثال، کنوانسیون چارچوب تغییرات اقلیم،[۷] پروتکل کیوتو، و موافقت‌نامه پاریس[۸] کشورهای صنعتی را به انتقال فناوری‌های پاک به کشورهای درحال‌توسعه ملزم کرده‌اند. همچنین، پروتکل مونترال (۱۹۸۷) با ایجاد یک صندوق چندجانبه، زمینه تأمین مالی فناوری‌های جایگزین برای کشورهای جنوب را فراهم ساخت.[۹] در دیگر حوزه‌ها نیز اصل بهره‌برداری مشترک از فضا[۱۰] و مقررات انتقال فناوری دریایی در کنوانسیون حقوق دریاها[۱۱] نشان‌دهنده امتداد مسئولیت‌های فناوری‌محور در اسناد بین‌المللی هستند.

از منظر دوم، یعنی امنیت‌محور، حقوق بین‌الملل در قالب رژیم‌های عدم اشاعه تلاش کرده است دسترسی به برخی

---

1. Watal, Jayashree. *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague: Kluwer Law International, 2001. P. 63.
2. Maskus, K. E. "The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer." *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Issue 1, 1998, P. 109; Waibel and Alford, Op. Cit., P. 809.
3. WTO. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, 1869 UNTS 299, 1994. Arts.7-8; Alhelali, S. "International transfer of technology under the TRIPS Agreement." PhD Thesis, *University of Nottingham,* 2017, P. 8.
4. Michaels, A. "International Technology Transfer and TRIPS Article 66.2: Can global Administrative Law help Least-Developed Countries get what they bargained for", *Geo. J. Int'l L.*, Vol. 41, Issue 1, 2009, PP. 224-243; WTO. *Agreement on Trade-Related*, Art. 66(2).
5. Moon, S. "Does TRIPS Art. 66.2 encourage technology transfer to LDCs", *Retrieved January*, Vol. 30, 2008, P. 25; Fox, D. M. "Technology transfer and the TRIPS agreement are developed countries meeting their end of the Bargain", *Hastings Sci. and Tech. LJ*, Vol. 10, 2019, P. 1.
6. WTO. *Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN (01)/DEC/2, Nov14, 2001. para.7.
7. UN. *UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, 1992.
8. UN. *Paris Agreement under the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, 2015. Art. 10.
9. Birnie, P., A. Boyle, and C. Redgwell, *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed. 2009, P. 351.
10. UN. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, 1967. Art. I.
11. UN. *UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, 1982. Arts.266-269.

فناوری‌های پرخطر را محدود سازد. بارزترین نمونه، معاهده منع اشاعه سلاح‌های هسته‌ای است که در ماده ۴ خود «حق غیرقابل انکار» اعضا برای بهره‌برداری صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای را در کنار تعهد به عدم اشاعه سلاح‌ها به رسمیت شناخته است.[1] این رویکرد دوسویه، در دیگر اسناد کنترل تسلیحات نیز تکرار شده است؛ نظیر کنوانسیون‌های منع سلاح‌های شیمیایی و بیولوژیک که ضمن ممنوعیت توسعه نظامی، بر انتقال فناوری‌های کاربردی صلح‌آمیز تأکید دارند. در نهایت، می‌توان گفت فناوری در حقوق بین‌الملل عمومی از جایگاهی دوگانه برخوردار است: ازیک‌سو به‌مثابه ابزار رشد و حق ملت‌ها برای توسعه، و ازسوی‌دیگر، به‌عنوان موضوعی راهبردی و بالقوه تهدیدزا که مستلزم کنترل، نظارت و محدودیت است. این دوگانگی در هیچ سند جامع و واحدی تجمیع نشده، بلکه در میان رژیم‌های تجاری، زیست‌محیطی، حقوق بشری و امنیتی پراکنده شده است. بدین ترتیب، انتقال فناوری، به‌ویژه در حوزه‌های حساس، در معرض مجموعه‌ای از قواعد فراملی قرار دارد که بر آزادی قراردادی در سطح خصوصی تأثیرگذارند و باید در تحلیل حقوقی قراردادها به‌طور جدی مورد توجه قرار گیرند.

۳.۳. ملاحظات فراملی مؤثر بر ماهیت قرارداد انتقال فناوری در بستر امنیت، توسعه و صلح جهانی

قراردادهای انتقال فناوری، اگرچه خصوصی به‌نظر می‌رسند، در عمل متأثر از ملاحظات امنیتی، توسعه‌ای و سیاسی بین‌المللی‌اند و فقط در پرتو امنیت، توسعه و صلح جهانی قابل تحلیل‌اند.

۳.۳.۱. ملاحظات امنیتی

امنیت ملی و بین‌المللی همواره عامل تعیین‌کننده‌ای در نحوه انتقال فناوری بوده است.[2] دولت‌ها نگران‌اند که انتقال برخی فناوری‌ها به بازیگران نامطلوب (چه دول متخاصم، چه گروه‌های تروریستی) امنیت آنها و جامعه جهانی را تهدید کند. ازاین‌رو با وضع قوانین داخلی و همکاری‌های بین‌المللی، سازوکارهایی برای کنترل صادرات فناوری ایجاد کرده‌اند. برای مثال، ایالات متحده و اتحادیه اروپا فهرست‌هایی از فناوری‌های حساس دارند که صادرات آنها بدون مجوز ممنوع است.[3] این مقررات مستقیماً در قراردادهای انتقال فناوری بازتاب می‌یابد؛ طرفین ممکن است شرط کنند که تأمین‌کننده درصورت عدم صدور مجوز دولتی مسئولیتی نخواهد داشت یا قرارداد منفسخ می‌شود. افزون‌بر این، امنیت می‌تواند ایجاب کند که شرط عدم انتقال به ثالث به‌طور مؤکدتری درج شود یا حتی نماینده‌ای از دولت در روند اجرا نظارت کند (مانند قراردادهای مربوط به فناوری غنی‌سازی اورانیوم که آژانس بین‌المللی انرژی اتمی بر نصب و کاربرد تجهیزات نظارت فنی دارد). تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل و تحریم‌های یک‌جانبه نیز ابزارهای امنیتی تأثیرگذارند. برای نمونه، در سال‌های اوج تحریم ایران، بسیاری از قراردادهای انتقال فناوری شرکت‌های اروپایی با ایران عملاً تعلیق یا لغو شد، زیرا این شرکت‌ها طبق تحریم‌ها مجاز به انتقال دانش فنی در حوزه‌های نفت‌وگاز، پتروشیمی، هوافضا و IT به ایران نبودند.[4] لذا می‌توان گفت ملاحظات امنیتی به قرارداد انتقال فناوری ماهیتی مشروط و آسیب‌پذیر در برابر تصمیمات حاکمیتی می‌دهد و ریسک‌های ناشی از تغییر اوضاع سیاسی - امنیتی همواره باید توسط طرفین در نظر گرفته شود.

---

[1]. UN. *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)*, 1968. Art. IV

[2]. Mountain, Maurice. The continuing complexities of technology transfer. In: Bertsch, G. K. (ed.). *National Security And Technology Transfer*, London: Routledge, 2019, P. 7.

[3]. Alavi and Khamichonak, Op. Cit., P. 59.

[4]. Makinsky, M. "FRENCH TRADE AND SANCTIONS AGAINST IRAN." *MERIA Journal*, Vol. 13, Issue 1, 2009, P. 107.

۳.۳.۲. ملاحظات توسعه و عدالت بین‌المللی

یکی از اهداف اصلی طرح موضوع انتقال فناوری در حقوق بین‌الملل، کمک به توسعه کشورهای فقیرتر بوده است.[۱] هنوز هم در اسناد بین‌المللی مانند اهداف توسعه پایدار سازمان ملل[۲] بر انتقال فناوری به‌عنوان وسیله‌ای برای توانمندسازی کشورهای درحال‌توسعه تأکید می‌شود. این نگاه ارزشی، فشار بر کشورهای ثروتمند و شرکت‌های چندملیتی را افزایش داده تا دانش فنی را با شرایط منصفانه‌تر در اختیار کشورهای نیازمند قرار دهند. در عمل، تجلی این ملاحظه در قراردادهای انتقال فناوری می‌تواند به‌صورت اعطای شرایط ترجیحی باشد؛ مانند تخفیف در حق امتیاز، انعقاد قراردادهای لیسانس اختراعات دارویی به‌صورت غیرانحصاری با شرکت‌های تولیدکننده در کشورهای کمترتوسعه‌یافته (نمونه آن برنامه‌های *دسترسی به دارو* توسط برخی شرکت‌های داروسازی)، یا انتقال دانش فنی همراه با کمک‌های فنی بلاعوض ازسوی سازمان‌های بین‌المللی. حتی در برخی سرمایه‌گذاری‌های خارجی، شرکت‌های بزرگ برای نشان دادن مسئولیت اجتماعی (CSR) خود، بندهایی مبنی‌بر آموزش نیروهای بومی و انتقال تدریجی دانش مدیریتی و فنی به کشور میزبان را می‌پذیرند. به‌طور خلاصه، گرایش به قراردادهای انتقال فناوری نوع‌دوستانه و مشارکتی، با هدف کاهش شکاف فناوری جهانی تقویت شده است. هرچند این رویکرد بیشتر توصیه‌ای و سیاسی است تا الزام‌آور حقوقی، اما در اسنادی چون «اعلامیه حق توسعه ۱۹۸۶» و گزارش‌های دبیرکل سازمان ملل بر تعهد اخلاقی دولت‌ها و شرکت‌ها به همکاری فناورانه تأکید شده است.[۳]

بُعد دیگر ملاحظات توسعه‌ای، چنان‌که اشاره شد، بحث حقوق مالکیت فکری و دسترسی عادلانه است. نظام بین‌المللی حق اختراع گاهی به زیان کشورهای درحال‌توسعه یا کمتر توسعه‌یافته، عمل می‌کند؛ زیرا اجازه نمی‌دهد آنها از فناوری‌های روز (مثلاً در پزشکی یا کشاورزی) بدون پرداخت هزینه‌های سنگین بهره‌مند شوند. این امر موجب شده است ابتکاراتی نظیر مجوزهای اجباری[۴] در کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس تجویز شود تا در شرایط اضطراری یا برای منافع عمومی، دولت‌ها بتوانند بدون رضایت مالک اختراع، استفاده از فناوری را برای خود فراهم کنند.[۵] هرچند استفاده از این مجوزها خود نوعی مداخله حاکمیتی در قراردادهای انتقال فناوری به شمار می‌رود، ابزار مهمی برای ایجاد توازن بین انحصار فناوری و نیازهای توسعه‌ای است. برای مثال، صدور مجوز اجباری توسط دولت هند در سال ۲۰۱۲ برای داروی ضدسرطان «سورافنیب» اجازه داد یک شرکت هندی دانش ساخت این دارو را کسب کند و قیمت را تا ۹۷ درصد کاهش دهد.[۶] این نمونه‌ای از تأثیر ملاحظات توسعه بر ماهیت حقوقی ترتیبات انتقال فناوری است که عملاً قرارداد انتقال فناوری واجد اوصافی نظیر یک‌طرفه، تحمیلی و داوطلبانه شد.

---

1. Pandey, N., H. de Coninck, and A. D. Sagar, "Beyond technology transfer: Innovation cooperation to advance sustainable development in developing countries", *Wiley Interdisciplinary Reviews: Energy and Environment*, Vol. 11, Issue 2, 2022, e422.
2. UN. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015.
3. UN. *Declaration on the Right to Development*, A/RES/41/128, 1986; UN. *Report of the Secretary-General on the Right to Development*, A/74/230, 2019.
4. Compulsory Licenses
۵. ماده ۳۱ موافقت‌نامه جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت فکری (تریپس) به موضوع «استفاده‌های دیگر بدون اجازه دارنده حق» می‌پردازد. این ماده شرایطی را تعیین می‌کند که تحت آن یک کشور عضو سازمان تجارت جهانی می‌تواند بدون رضایت دارنده حق، از اختراع یا فناوری بهره‌برداری کند. این بهره‌برداری معمولاً از طریق صدور مجوز اجباری صورت می‌گیرد.
6. Arie, Sophie "Bayer Challenges India's First Compulsory Licence for Generic Version of Cancer Drug", *BMJ*, Vol. 345, 2012, e6015.

۳.۳.۳. ملاحظات صلح جهانی

فناوری هم می‌تواند عامل منازعه باشد و هم وسیله‌ای برای ارتقای صلح و همکاری. از جنبه منفی، رقابت برای دستیابی به فناوری‌های برتر نظامی یا راهبردی در طول تاریخ محرک مسابقه تسلیحاتی و تنش بین قدرت‌ها بوده است (مانند رقابت هسته‌ای یا فضایی در جنگ سرد). حقوق بین‌الملل برای پیشگیری از تبدیل شدن فناوری به عامل جنگ‌آفرین، رژیم‌های عدم اشاعه و کنترل تسلیحات را همان‌گونه که دیدیم توسعه داده است. به‌علاوه، اصل منع توسل به زور و مداخلات شورای امنیت، انتقال فناوری به مخاصمه‌جویان را محدود ساخته و بدین ترتیب تلاش شده است صلح از طریق جلوگیری از صدور ابزارهای پیشرفته جنگ حفظ شود. اما از جنبه مثبت، همکاری فناوری می‌تواند ابزاری برای تقویت صلح و اعتماد متقابل باشد. وقتی کشورها در پروژه‌های بزرگ فناورانه با یکدیگر مشارکت می‌کنند، وابستگی متقابل ایجاد شده احتمال درگیری را کاهش می‌دهد. نمونه برجسته، برنامه ایستگاه فضایی بین‌المللی (ISS) است که همکاری فضایی پساجنگ سرد بین آمریکا، روسیه و دیگر قدرت‌ها را شکل داد؛ انتقال فناوری‌های حساس بین این شرکا تحت رژیم قراردادهای بین‌المللی خاص انجام گرفت و همین همکاری علمی-فنی به ارتقای اعتماد بین طرف‌ها کمک کرد.[1] در حوزه انرژی نیز پروژه‌هایی مانند رآکتور گداخت هسته‌ای بین‌المللی (ITER) که مستلزم اشتراک فناوری میان کشورهاست، علاوه‌بر پیشرفت علمی به دیپلماسی علمی و صلح کمک می‌کند.

بنابراین قراردادهای انتقال فناوری در سطح دولتی می‌توانند ابزاری برای صلح و امنیت باشند و گاه در معاهدات صلح یا اقدامات اعتمادساز گنجانده می‌شوند. نمونه آن موافقت‌نامه صلح ۱۹۷۹ مصر و اسرائیل است که آمریکا در آن تعهد به ارائه کمک‌های فناوری و اقتصادی به مصر را به‌عنوان مشوقی برای صلح پذیرفت. همچنین باید اشاره کرد که فناوری‌های ارتباطاتی نوین، خود موجب افزایش شفافیت و آگاهی جهانی شده‌اند و برخی استدلال می‌کنند گسترش فناوری اطلاعات و ارتباطات به دمکراتیزه شدن دانش و در نتیجه کاستن از سوءظن‌ها میان ملت‌ها انجامیده است.[2] هرچند اثر فناوری بر صلح غیرمستقیم است، در بلندمدت می‌تواند پایه‌های صلح را تقویت کند. به‌ویژه قراردادهای انتقال فناوری در حوزه‌هایی چون ارتباطات، آموزش و اینترنت منافعی فراتر از اقتصاد دوجانبه داشته و به سود جامعه جهانی عمل می‌کنند.

در پایان، می‌توان گفت قرارداد انتقال فناوری در چارچوب نظام بین‌المللی متحول معنا پیدا می‌کند و سه بُعد امنیت، توسعه و صلح سیاست‌های مربوط به آن را شکل می‌دهند. مفاد و قابلیت اجرای این قراردادها تحت تأثیر این ملاحظات است: فناوری‌های استراتژیک معمولاً به دلیل ملاحظات امنیتی قابل انتقال نیستند یا با محدودیت شدید منتقل می‌شوند، درحالی‌که فناوری‌های حیاتی برای بشریت می‌توانند با ابتکارهای بین‌المللی ترویج شوند. بنابراین، تحلیل این قراردادها نیازمند رویکردی میان‌رشته‌ای در بستر حقوق بین‌الملل عمومی و سیاست جهانی است.

تعارضات حقوق خصوصی و قواعد بین‌المللی در قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس

قرارداد انتقال فناوری در حقوق خصوصی توافقی میان دو اراده آزاد است، اما در حوزه فناوری‌های حساس زیر نفوذ نظارت‌ها و تعهدات فراملی قرار می‌گیرد. در این شرایط، حقوق بین‌الملل عمومی می‌تواند حتی بر روابط خصوصی هم حاکم شود، به‌ویژه وقتی فناوری تهدیدی برای امنیت، صلح یا توازن راهبردی ایجاد کند. بنابراین، چنین قراردادهایی

[1]. Gallagher, Nancy, and John D. Steinbruner. *Reconsidering the Rules for Space Security*. Cambridge, MA: American Academy of Arts and Sciences, 2008, P. 11.

[2]. Nye, J. "The Information Revolution and Soft Power", *Current History*, Vol. 113, Issue 759, 2014, PP. 19-25.

تنها وسیله انتقال دانش نیستند، بلکه به منافع جهانی پیوند خورده و گاه در قلمرو قواعد آمره حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند، حتی اگر طرفین غیردولتی باشند.

تأثیر قواعد آمره بین‌المللی در قراردادهای انتقال فناوری، عمدتاً از مسیرهایی غیرمستقیم ولی الزام‌آور صورت می‌گیرد. در بسیاری از کشورها، صادرات یا انتقال فناوری‌های دومنظوره، نظامی یا زیستی، نیازمند صدور مجوزهای خاص دولتی است. این الزام، نه‌فقط یک رویه اداری، بلکه بازتاب یک تعهد بین‌المللی است که دولت‌ها به‌موجب معاهداتی چون معاهده عدم اشاعه سلاح‌های هسته‌ای[1] کنوانسیون سلاح‌های بیولوژیک[2] و کنوانسیون سلاح‌های شیمیایی[3] پذیرفته‌اند. بنابراین اگرچه ممکن است طرفین به‌درستی تمام ارکان قرارداد را طبق قواعد عمومی قراردادها تنظیم کرده باشند، اجرای قرارداد به صرف اراده آنها منوط نیست، بلکه تابع اراده نهادهای ناظر، قواعد تحریم، و ارزیابی امنیتی نیز خواهد بود. از منظر عملی، این میان‌کنش در قالب شروط شرطی‌شده، تعلیق در اجرا، یا حتی بی‌اعتباری قرارداد در صورت تغییر وضعیت سیاسی جلوه‌گر می‌شود. در بسیاری از قراردادهای فناوری، طرف انتقال‌دهنده تصریح می‌کند که «اجرای مفاد قرارداد منوط به صدور مجوزهای لازم طبق قوانین صادراتی کشور محل اقامت اوست»؛ شرطی که ماهیتاً نشان‌دهنده پذیرش تقدم حقوق عمومی فراملی بر آزادی قراردادی است. چنین شروطی نه‌تنها به قواعد بین‌المللی متکی‌اند، بلکه در برخی نظام‌های حقوقی، نظیر حقوق ایالات متحده یا اتحادیه اروپا، اجرای بدون مجوز آنها جرم تلقی می‌شود.[4]

فراتر از مجوزها، گاه مفاد قرارداد مستقیماً با قواعد آمره تعارض می‌یابد. برای مثال، انتقال فناوری موشک‌های ماهواره‌بر به کشوری تحت تحریم شورای امنیت، حتی اگر در قالب یک قرارداد کاملاً متوازن، با رضایت طرفین و در چارچوب حقوق قراردادها انجام شده باشد، مشمول ماده ۵۳ کنوانسیون وین (۱۹۶۹) در مورد قواعد آمره خواهد بود و بی‌اعتبار تلقی می‌شود[5] یا در نمونه‌ای دیگر، ماده ۷ موافقت‌نامه تریپس بر لزوم ارتقای انتشار و انتقال فناوری به‌نفع مصرف‌کنندگان تأکید دارد، ولی همین موافقت‌نامه در مواد ۸ و ۴۰ اجازه مداخله دولت‌ها را در صورت سوءاستفاده از حقوق مالکیت یا ایجاد شرایط ضدرقابتی در قراردادهای انتقال فناوری صادر می‌کند.[6]

تعارضات نیز تنها به محدودیت‌ها ختم نمی‌شود؛ گاه قواعد بین‌المللی ناظر بر توسعه، دولت‌ها را ملزم به تسهیل انتقال فناوری می‌سازند. ماده ۶۶(۲) موافقت‌نامه تریپس کشورهای توسعه‌یافته را متعهد می‌سازد تا برای بنگاه‌های خود مشوق‌هایی فراهم کنند تا فناوری را به کشورهای کمتر توسعه‌یافته منتقل کنند.[7] این بدان معناست که گاه اراده خصوصی برای عدم انتقال نیز ممکن است در برابر الزامات توسعه‌ای بین‌المللی به چالش کشیده شود، و مفاد قرارداد در معرض تعدیل قرار گیرد.

در سطح داخلی نیز قواعد عمومی حقوق قراردادها در برخی نظام‌های حقوقی با هدف حمایت از گیرندگان فناوری یا حفظ حاکمیت ملی، آزادی طرفین را محدود می‌سازند. برای نمونه، قانون تجارت مصر (۱۹۹۹) تصریح می‌کند که در قراردادهای انتقال فناوری میان یک طرف خارجی و گیرنده مصری، قانون حاکم الزاماً قانون مصر است و هر شرطی

---

1. UN, (NPT).
2. UN, (BWC).
3. OPCW. *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (CWC)*, 1993.
4. Alavi and Khamichonak, Op. Cit., P. 59.
5. UNSC. *Resolution 2231*, 2015; Silva and Nevill, Op. Cit., P. 103.
6. WTO. *TRIPS*. Arts.7-8; Watal, Op. Cit.
7. Michaels, Op. Cit., P. 224; WTO. *TRIPS*. Art.66 (2).

برخلاف آن باطل است.[۱] در ایران نیز، قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور (مصوب ۱۳۹۸) شرکت‌های خارجی را عملاً به انتقال دانش فنی به‌طرف ایرانی ملزم می‌سازد؛ امری که در تعارض با اصل آزادی قراردادی قابل تحلیل است، اما از منظر حقوق عمومی قابل توجیه است.

بدین ترتیب، قرارداد انتقال فناوری حساس در نقطه تلاقی دو نظام قرار دارد؛ حقوق خصوصی که بر آزادی و توافق طرفین تکیه می‌کند و حقوق بین‌الملل عمومی که قواعد خود را حتی بر آثار خصوصی قرارداد تحمیل می‌کند. این تقابل معمولاً راه‌حل مطلق ندارد و تحلیل آن نیازمند رویکردی میان‌رشته‌ای و چندسطحی است؛ به‌گونه‌ای‌که مفاد قرارداد در پرتو نظم عمومی جهانی و قواعد الزام‌آور فراملی سنجیده شود.

تحلیل تفکیکی چرخه حیات قرارداد انتقال فناوری حساس از منظر حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل

چرخه حیات قرارداد انتقال فناوری‌های حساس در تمام مراحل، نتیجه هم‌زمان تعامل قواعد حقوق خصوصی و الزامات حقوق بین‌الملل است و همین دوگانگی سبب می‌شود که تشکیل، اجرا و خاتمه این قراردادها همواره در میدان تنش میان آزادی قراردادی و ملاحظات فراملی شکل گیرد. مفهومی که در ادبیات انتقال فناوری، به‌عنوان تنش میان آزادی قراردادی و منافع جمعی جهانی می‌توان قلمداد کرد.[۲] تشکیل این قراردادها صرفاً محصول توافق دو اراده نیست، زیرا فناوری‌های حساس به‌دلیل ظرفیت‌های راهبردی و احتمال سوءاستفاده نظامی و زیستی، پیش از ورود به قلمرو اراده خصوصی، در مرحله قابلیت انتقال سنجیده می‌شوند. رژیم‌های کنترل صادرات مانند واسِنار[۳]، رژیم کنترل فناوری موشکی،[۴] گروه استرالیا[۵] و رژیم تأمین‌کنندگان هسته‌ای[۶] عملاً نقش پیش‌شرط تشکیل قرارداد را پیدا کرده‌اند و تعیین می‌کنند که چه اقلامی اصلاً بدون مجوز قابل انتقال نیستند. همین منطق در مقرره ۲۰۲۱/۸۲۱ اتحادیه اروپا نیز دیده می‌شود که صدور، دلالی و انتقال اقلام دومنظوره را منوط به مجوز می‌کند.[۷] بنابراین، حتی اگر ارکان تراضی میان طرفین کامل باشد، حقوق عمومی فراملی می‌تواند مانع تولد قرارداد شود و اراده خصوصی فقط تا جایی معتبر است که ترتیبات عدم اشاعه و کنترل صادرات آن را مجاز بدانند.

تعهدات الزام‌آور شورای امنیت نیز مستقیماً بر مرحله تشکیل قرارداد اثر می‌گذارند. قطعنامه ۱۵۴۰ دولت‌ها را مکلف کرده است از دسترسی اشخاص غیردولتی به فناوری‌های حساس جلوگیری کنند و نظام‌های سخت‌گیر کنترل صادرات ایجاد کنند.[۸] رویه دادگاه‌های داخلی و اروپایی نیز نشان می‌دهد که الزامات ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت یا مقررات اتحادیه اروپا می‌توانند بر آزادی قراردادی تقدم یابند، هرچند رعایت حداقلی حقوق بنیادین همچنان ضروری است.[۹] همچنین تفسیر اخیر نهادهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی از استثنای امنیتی ماده XXI گات روشن کرده که دولت‌ها می‌توانند جریان کالا و فناوری را به دلایل امنیتی محدود کنند، مشروط بر اینکه این استثنا به شکل خودسرانه

---

1. Egypt. Commercial Code, 1999, Art. 72.

۲. مجاهد، افشین، «آثار قرارداد انتقال تکنولوژی در حقوق ایران»، *فصلنامه تمدن حقوقی*، دوره ۴، شماره ۹، ۱۴۰۰، ص. ۶۶

3. Wassenaar Arrangement, 1996.

4. MTCR, 1987.

5. Australia Group, 2025.

6. NSG.

7. EU. *Regulation (EU) 2021/821*.

8. UN Security Council. *Resolution 1540 S/RES/1540*, 2004.

9. Kadi v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) 2008.

اعمال نشود.[1]

علاوه‌بر محدودیت‌های بین‌المللی، ماهیت نامشهود فناوری و نقش دانش ضمنی باعث شده تعهدات پیش‌قراردادی مانند محرمانگی، محدودیت استفاده از اطلاعات در مذاکرات و ارزیابی صلاحیت فنی طرف مقابل، نقش ساختاری در تشکیل قرارداد ایفا کنند.[2] زیرا بدون این سازوکارها، امکان اخذ مجوز صادرات یا اقناع نهادهای ناظر دشوار می‌شود و آنچه در قراردادهای عادی تعهدات مقدماتی تلقی می‌شود، در فناوری حساس به عناصر هسته‌ای تشکیل قرارداد تبدیل می‌شود. حتی انتخاب قانون حاکم یا مکان داوری نیز گاه تحت کنترل دولت‌ها قرار می‌گیرد تا بر سازگاری قرارداد با تعهدات بین‌المللی و مصالح امنیت ملی نظارت کنند. در نتیجه، تشکیل چنین قراردادهایی مستلزم جمع میان توافق خصوصی و انطباق با قواعد آمره است و فقدان هریک مانع اعتبار یا اجرای قرارداد خواهد بود.

در مرحله تنظیم شروط قراردادی نیز وضعیت مشابهی دیده می‌شود. شروط این قراردادها بسیار فراتر از نقش متعارف خود عمل می‌کنند، زیرا هدف اصلی آنها کنترل، محدودسازی و مدیریت ریسک انتقال فناوری‌های راهبردی است. به همین دلیل، ادبیات بین‌المللی، از جمله تحلیل‌های متعددی[3] تأکید می‌کند که شروط قراردادی در این حوزه نه‌فقط ابزار تنظیم روابط خصوصی، بلکه سازوکارهایی برای تضمین سازگاری قرارداد با الزامات امنیتی، مالکیت فکری، کنترل صادرات و حتی منافع ژئوپلیتیکی هستند. در رویه عملی، شروطی مانند تعیین دقیق دامنه افشا، ممنوعیت انتقال به ثالث، محدودیت‌های جغرافیایی و تکنیکی، شروط استفاده مجاز، استانداردهای امنیت اطلاعات و شروط معلق‌کننده مبتنی‌بر صدور مجوزهای دولتی تقریباً جزء ثابت این قراردادها هستند. اما هیچ شرطی به اندازه محرمانگی نقش ساختاری ندارد؛ به‌طوری‌که محرمانگی در فناوری حساس نه یک تعهد فرعی، بلکه بنیان قرارداد محسوب می‌شود.

در سال‌های اخیر، پرونده‌های فناوری حساس این اهمیت را به‌وضوح نشان می‌دهند. در پرونده Huawei v. CNEX (۲۰۲۰) دادگاه فدرال آمریکا نقض محرمانگی را صرفاً نقض قراردادی ندانست و آن را تهدیدی برای زنجیره تأمین فناوری‌های حساس تلقی کرد؛ تهدیدی که مسئولیت شدید و محدودیت ادامه پروژه را توجیه می‌کند. در حوزه زیست‌فناوری نیز پرونده Lieber (۲۰۲۱) نشان داد که حتی خارج از قالب قرارداد رسمی، افشای داده‌های زیست‌مولکولی حساس ناقض سازوکارهای منع اشاعه است.[4] این نمونه‌ها اثبات می‌کنند که محرمانگی در این حوزه شرط مسئولیت‌پذیری پژوهشی و امنیت فناوری است و نقض آن موجب فروپاشی اعتماد، تهدید منافع راهبردی و فعال شدن مداخلات نظارتی می‌شود. بنابراین نقض محرمانگی معمولاً با خسارت ساده جبران نمی‌شود و می‌تواند به فسخ فوری، توقف پروژه یا مداخله دولت‌ها بینجامد.

مرحله اجرا نیز در این قراردادها ماهیتی دوگانه دارد. انجام تعهدات ناشی از اراده خصوصی و رعایت الزامات فراملی مانند کنترل صادرات، تحریم‌ها و قواعد آمره. حتی اگر قرارداد به‌درستی تشکیل شده باشد، اجرای آن ممکن است به‌دلیل تحولات بین‌المللی یا الزامات نظارتی ناممکن یا ممنوع شود. رأی Kadi نشان داد که تصمیمات شورای امنیت می‌توانند تعهدات خصوصی را کنار بزنند. علاوه‌بر این، اجرای تعهدات فناورانه درصورتی‌که به افشای غیرمجاز اطلاعات منجر شود،

---

1. Russia – Traffic in Transit, WTO Panel Report, 2019.
2. Dosi and Grazzi, Op. Cit., P. 173; Hamilton, W. F. Op. Cit., P. 163.
3. Major, J. D. Op. Cit., PP. 43-49; Hamilton, W. F. Op. Cit.
4. Reuters, **Huawei Technologies loses trade secrets case against US chip-designer**. (June 2019), available at: https://www.reuters.com/article/technology/huawei-technologies-loses-trade-secrets-case-against-us-chip-designer-idUSKCN1TR2YH/ (last visited on April 6, 2025).

مسئولیت قراردادی، مدنی و حتی کیفری ایجاد می‌کند؛ چنان‌که در پرونده DuPont v. Kolon تأیید شد.[۱] این پرونده در ادبیات حقوق فناوری به‌عنوان نمونه‌ای یاد می‌شود که نشان می‌دهد «اجرای تعهدات در حوزه فناوری حساس تنها زمانی معتبر است که الزامات محرمانگی، اقدامات مراقبتی و استانداردهای موافقت‌نامه تریپس رعایت شده باشد. بنابراین اجرای قرارداد در این حوزه، در عمل یک فرایند دوبخشی است؛ انجام تعهدات برخاسته از اراده خصوصی، و هم‌زمان رعایت سقف و کف قواعد آمره، تحریم‌ها، کنترل صادرات و الزامات مربوط به حفاظت از اطلاعات فنی.

سرانجام، انحلال قراردادهای انتقال فناوری حساس نیز غالباً نتیجه مداخلات حاکمیتی و محدودیت‌های فراملی است، نه اراده طرفین. قراردادهایی که هنگام انعقاد مشروع بوده‌اند ممکن است در اثر تحریم‌ها یا مقررات جدید کنترل صادرات خودبه‌خود منحل شوند. در پرونده World Eagle(۲۰۲۰) دادگاه تصریح کرد که تغییرات در مجوزهای صادرات بخشی از صلاحیت حاکمیتی است و می‌تواند قرارداد را قهراً بی‌اثر کند. همین منطق در پرونده‌های مرتبط با Huawei نیز اعمال شد و مقررات امنیتی آمریکا امکان تداوم قراردادهای فناوری را از اساس ناممکن ساخت. نمونه شدیدتر، پرونده ZTE (۲۰۱۷–۲۰۱۸) است که در اثر نقض تعهدات محرمانگی و دور زدن مقررات صادراتی، تمام مجوزهای صادراتی شرکت لغو شد و همه قراردادهای مرتبط عملاً و قانوناً منحل شدند.[۲] رویه WTO نیز در پرونده Russia – Traffic in Transit تأیید کرده که دولت‌ها می‌توانند جریان فناوری را به دلایل امنیتی محدود یا متوقف کنند، بدون آنکه الزاماً ناقض تعهدات تجاری باشند. بنابراین در حوزه فناوری حساس، انحلال قرارداد اغلب تابع ملاحظات فراملیِ بعد از انعقاد است و نه صرفاً قواعد قراردادیِ خصوصی.

در مجموع، چرخه حیات قرارداد انتقال فناوری‌های حساس از آغاز مذاکره تا خاتمه، همواره تابع قواعد فراملی و امنیتی است و اراده خصوصی تنها در محدوده‌ای معتبر است که این قواعد تعیین می‌کنند. در این حوزه، قرارداد نه یک توافق صرفاً خصوصی، بلکه نهادی وابسته به نظم عمومی بین‌المللی است.

پیشنهاد راهکارهای عملی انتقال فناوری‌های حساس در پرتو حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی

انتقال فناوری‌های حساس نظیر فناوری‌های دومنظوره، نظامی یا راهبردی، بستری است که در آن ضرورت هم‌گرایی میان قواعد اراده‌محور حقوق خصوصی و الزامات نظم‌محور حقوق بین‌الملل عمومی بیش از هر زمان دیگری احساس می‌شود. در نظام‌های حقوقی مختلف، این تجمیع نه‌فقط یک انتخاب نظری، بلکه ضرورتی عملی برای جلوگیری از تعارض منافع دولتی، مسئولیت‌های بین‌المللی، و ریسک‌های ژئوپلیتیکی است.[۳] به‌عنوان مثال، چین در «قانون کنترل صادرات» ۲۰۲۰ تأکید کرده که این قانون در راستای انجام تعهدات بین‌المللی مرتبط با عدم اشاعه تصویب شده است. به‌طور مشابه، قطعنامه ۱۵۴۰ شورای امنیت سازمان ملل تمامی دولت‌ها را ملزم می‌کند تا از دستیابی اشخاص غیردولتی به

---

۱. نمونه مشهور پرونده E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Kolon Industries, Inc. 803 F. Supp. 2d 469 E.D. Va. 2011. یکی از شاخص‌ترین دعاوی مربوط به نقض تعهدات محرمانگی و سوءاستفاده از دانش فنی در فناوری‌های حساس است. اهمیت این پرونده در آن است که نشان می‌دهد محرمانگی نه‌تنها رکن اساسی اجرای قرارداد انتقال فناوری حساس، بلکه الزام حاکم بر مراحل پیش‌قراردادی و تبادل اولیه دانش فنی نیز محسوب می‌شود.

2. Visual Compliance, **The Curious (Export Violation) Case of ZTE**, Visual Compliance Blog, (May 2018), https://www.visualcompliance.com/blog/the-curious-export-violation-case-of-zte/. (last visited on April 6, 2025).

3. Alavi and Khamichonak, Op. Cit., PP. 66-68.

فناوری‌های خطرناک جلوگیری کنند.[1]

در سطح قراردادی، نخستین راهکار، گنجاندن الزامات بین‌المللی در بندهای صریح قرارداد است. شروطی مانند «کاربری نهایی صرفاً غیرنظامی»، «عدم انتقال به ثالث»، و «لزوم اخذ مجوز صادرات» می‌توانند ابزارهایی برای الحاق دغدغه‌های نظم عمومی بین‌المللی به توافق خصوصی باشند. همچنین گنجاندن شرط تعلیق یا فسخ خودکار در صورت تغییرات حقوقی ناشی از تحریم‌ها یا نقض تعهدات بین‌المللی می‌تواند از نقض غیرمستقیم قواعد آمره جلوگیری کند. در سطح نهادی، چالش اصلی پراکندگی رژیم‌های کنترل صادرات است. ترتیباتی نظیر گروه استرالیا، واسِنار، و رژیم تأمین‌کنندگان هسته‌ای عمدتاً غیرالزام‌آورند و مکانیزم‌های نظارتی و ضمانت‌اجرا ندارند. پیشنهاد می‌شود یک چارچوب نهادی رسمی‌تر با دبیرخانه دائمی و سیستم گزارش‌دهی مشترک در سطح بین‌المللی ایجاد شود، مشابه ساختاری که کنوانسیون تجارت اسلحه[2] ارائه داده است. افزون‌بر آن، نهادهایی چون کمیته ۱۵۴۰ شورای امنیت یا آژانس بین‌المللی انرژی اتمی می‌توانند با توسعه اختیارات خود، نظارت پیشگیرانه بر قراردادهای انتقال فناوری را در حوزه‌هایی غیر از هسته‌ای نیز اعمال کنند.[3] در سطح تقنینی، باید میان آزادی تجاری و امنیت بین‌المللی توازن برقرار شود. ماده ۲۱ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت به کشورها اجازه می‌دهد محدودیت‌هایی را به دلایل امنیت ملی اعمال کنند، اما تفسیر موسع از این ماده گاه با منافع تجارت آزاد در تعارض قرار گرفته است. راهکار پیشنهادی، تدوین استانداردهای تفسیری مشخص در چارچوب سازمان تجارت جهانی یا توافقات منطقه‌ای است که خطوط قرمز و حوزه مشروع اعمال استثنائات امنیتی را روشن کند.

در نهایت، نهادهایی مانند آنسیترال و یونیدروا می‌توانند با تدوین قواعد نمونه برای قراردادهای انتقال فناوری حساس، توازنی میان آزادی قراردادی و الزامات نظم عمومی فراملی ایجاد کنند؛ امری که تجربه تطبیقی، کارآمدی آن را در انتقال مسئولانه فناوری تأیید می‌کند.

نتیجه‌گیری

تحلیل میان‌رشته‌ای قراردادهای انتقال فناوری‌های حساس نشان داد که این قراردادها در نقطه تلاقی دو نظم حقوقی مستقل، اما درهم‌تنیده قرار دارند؛ ازیک‌سو حقوق خصوصی، که بر پایه اصل حاکمیت اراده و انعقاد آزاد قراردادها ساختار یافته است، و ازسوی‌دیگر، حقوق بین‌الملل عمومی، که متکی بر قواعد آمره، مصالح امنیت جمعی، الزامات عدم اشاعه و حقوق توسعه محسوب می‌شود و همچنین آنکه بررسی چرخه حیات قرارداد انتقال فناوری‌های حساس نشان داد که محدودیت‌های برخاسته از نظم عمومی فراملی، در تمام مراحل شکل‌گیری، اجرا و انحلال قرارداد حضور مؤثر دارند و مانع از اعمال کامل منطق کلاسیک آزادی قراردادی می‌شوند؛ لذا پاسخ به پرسش اصلی پژوهش این است که ماهیت حقوقی این قراردادها دیگر در چارچوب صرفاً خصوصی قابل تحلیل نیست، بلکه ساختاری مختلط و سیستمی یافته‌اند که باید در پرتو تعهدات بین‌المللی دولت‌ها، نظام‌های کنترل صادرات، استانداردهای حقوق بشری و نظارت نهادهای بین‌المللی بازخوانی شوند. مطالعه اسناد بین‌المللی نشان داد که تنظیم این قراردادها بدون در نظر گرفتن تعهدات بین‌المللی، می‌تواند ناقض منافع جمعی بشر و تهدیدی برای صلح

1. UN Security Council. *Resolution 1540*.
2. UN. *Arms Trade Treaty (ATT)*, 2013.
3. Bunn, Matthew. Securing the Bomb 2010: *Securing All Nuclear Materials in Four Years.* Cambridge, Mass., and Washington, D.C.: Project on Managing the Atom, Harvard University, and Nuclear Threat Initiative, 2010. P. 94.

جهانی تلقی شود. درعین‌حال، مداخله افراطی حقوق بین‌الملل نیز، اگر بدون لحاظ منطق قراردادهای خصوصی، حقوق مالکیت فکری و آزادی عمل شرکت‌ها باشد، ممکن است به اختلال در جریان مشروع فناوری، کاهش انگیزه نوآوری، و بی‌ثباتی در سرمایه‌گذاری‌های فناورانه منجر شود. ازاین‌رو، ایجاد توازن حقوقی میان این دو قلمرو نه یک انتخاب، بلکه ضرورتی حیاتی است. تنها راه‌حل پایدار، طراحی سازوکارهایی است که به‌طور عملی و قابل پیاده‌سازی، میان اراده قراردادی بازیگران خصوصی و الزامات نظم عمومی فراملی توازن برقرار کنند. این پژوهش در همین راستا مجموعه‌ای از راهکارهای مکمل را ارائه داد؛ ازجمله گنجاندن شروط تعهد به عدم اشاعه و رعایت مجوزهای صادراتی در قراردادها، طراحی نهادهای نظارتی چندجانبه با ساختار شفاف، و تدوین قواعد نمونه برای قراردادهای فناوری از سوی نهادهای بین‌المللی. این راهکارها اگر به‌درستی تقویت شوند، می‌توانند موجب تقویت اعتماد حقوقی، حفاظت از منافع عمومی، و تسهیل گردش ایمن فناوری در سطح جهانی شوند. همچنین این پژوهش، افق‌های تازه‌ای را برای مطالعات آتی می‌گشاید. ازجمله، بررسی تطبیقی مدل‌های حل‌وفصل اختلافات در قراردادهای فناوری حساس، تحلیل نقش سازمان‌های بین‌المللی در نظارت بر اجرای قراردادهای خصوصی، و ارزیابی کارآمدی شروط قراردادی در مواجهه با تحریم‌ها یا قواعد آمره می‌تواند موضوعات سودمندی برای پژوهش‌های آینده باشد.

منابع

کتاب

۱. ماندگار، مصطفی، ***قراردادهای تجاری بین‌المللی فناوری انتقال فناوری***، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.

مقاله

۲. حجازی، جلال، پرویز دوامی، ناصر توحیدی، علی حائریان اردکانی، علی کریمی طاهری و رضا محمودی، «فناوری و دانش فنی»، *فصلنامه آموزش مهندسی ایران*، دوره ۱۲، شماره ۴۸، ۱۳۸۹، صص. ۶۵-۸۸. Doi: 10. 2047/ijee.2011.691

۳. مجاهد، افشین، «آثار قرارداد انتقال تکنولوژی در حقوق ایران»، *فصلنامه تمدن حقوقی*، دوره ۴، شماره ۹، ۱۴۰۰، صص. ۵۷-۶۸. Doi: 10. 2034/lc.2022.133965

References

Books

1. Baslar, K. *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998.
2. Birnie, P., A. Boyle, and C. Redgwell, *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 3rd edition, 2009.
3. Bromley, Mark, and Giovanna Maletta. *The Challenge of Software and Technology Transfers to Non-proliferation Efforts: Implementing and Complying with Export Controls.* Stockholm: SIPRI, 2018.
4. Bunn, Matthew. *Securing the Bomb 2010: Securing All Nuclear Materials in Four Years.* Cambridge, Mass., and Washington, D.C.: Project on Managing the Atom, Harvard University, and Nuclear Threat Initiative, 2010 .
5. Gallagher, Nancy, and John D. Steinbruner. *Reconsidering the Rules for Space Security.* Cambridge, MA: American Academy of Arts and Sciences, 2008.

6. Mandegar, M. *International Commercial Contracts of Technology Transfer*. Tehran: Shahre-e-Danesh, 2014. (in Persian)
7. Morcos, Paul G., and Elsa F. Khneisser. "Intellectual Property Rights". In: Badran., Adnan, Elias Baydoun, and John R. Hillman (eds.). *Higher Education in the Arab World: Building a Culture of Innovation and Entrepreneurship*, Cham: Springer, 2020, PP. 183-204.
8. Mountain, Maurice. *The continuing complexities of technology transfer*. In: Bertsch, G. K. (ed.). *National Security And Technology Transfer*, London: Routledge, 2019, PP. 7-20.
9. Sayler, Kelley M. *Emerging Military Technologies: Background and Issues for Congress.* Washington, DC: Congressional Research Service, 2024.
10. Silva, Clare da, and Penelope Nevill. *Prohibitions*. In: Silva, Clare da, and Brian Wood (eds.). *The Arms Trade Treaty: Weapons and International Law*, Cambridge: Intersentia, 2021, PP. 103-141.
11. Waibel, M., and W. Alford, *Technology Transfer*. In: Wolfrum, R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Volume 9, Oxford: Oxford University Press, 2012, PP. 801-814.
12. Watal, Jayashree. *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

Articles

13. Alavi, H., and T. Khamichonak, "EU and US Export Control Regimes for Dual Use Goods: An Overview of Existing Frameworks", *Romanian J. Eur. Aff*. Vol. 17, Issue 1, 2017, PP. 59-74.
14. Arie, Sophie, "Bayer Challenges India's First Compulsory Licence for Generic Version of Cancer Drug", *BMJ*, Vol. 345, 2012. https://doi.org/10.1136/bmj.e6015
15. Dosi, G., and M. Grazzi, "On the Nature of Technologies: Knowledge, Procedures, Artifacts and Production Inputs", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, Issue 1, 2010, PP. 173-184. https://doi.org/10.1093/cje/bep041/
16. Fairley, H., and P. Rowcliffe, "The UNCTAD Code of Conduct for the International Transfer of Technology: Problems and Prospects." *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, Vol. 18, 1981, PP. 218-247. https://doi.org/10.1017/S0069005800012832
17. Fox, D. M., "Technology Transfer and the TRIPS Agreement Are Developed Countries Meeting Their End of the Bargain", *Hastings Sci. and Tech. LJ*, Vol. 10, Issue 1, 2019, PP. 1-38.
18. Hamilton, W. F., "Managing Technology as a Strategic Asset", *International Journal of Technology Management*, Vol. 14, Issue 2-4, 1997, PP. 163-176. https://doi.org/10.1016/j.iimb.2013.07.003/
19. Hejazi, J., Davami, P., Towhidi, N., Haerian ardakani, A., Karimi Taheri, A. and Mahmodi, R., "Technology and Know-how", *Iranian Journal of Engineering Education*, Vol. 12, Issue 48, 2011, PP. 65-88. doi: 10.22047/ijee.2011.691 (in Persian) https://doi.org/10.22047/ijee.2011.691/
20. Karczewski, M., "The System of Control and Regulation of the International Arms Trade", *Strategic Review*, Vol. 1, Issue 2, 2011, PP. 59-72. (in Polish)
21. Kaul, J., "UNCTAD Draft Code of Conduct on Transfer of Technology, Third World Demands and Western Responses", *Foreign Trade Review*, Vol. 25, 1991, PP. 366-387. https://ideas.repec.org/s/sae/fortra4.html/
22. Long, P. O., "Invention, Authorship, "Intellectual Property", and the Origin of Patents: Notes Toward a Conceptual History", *Technology and Culture*, Vol. 32, Issue 4, 1991, PP. 846-884. https://doi.org/۳۱۰۶۱۵۴/۱۰/۲۳۰۷
23. Luk, A., "The Relationship between Law and Technology: Comparing Legal Responses to Creators' Rights under Copyright Law Through Safe Harbour for Online Intermediaries and Generative AI Technology", *Law, Innovation and Technology*, Vol. 16, Issue 1, 2024, PP. 148-169. https://doi.org/۱۷۵۷۹۹۶۱/۲۰۲۴/۲۳۱۳۸۰۰/۱۰/۱۰۸۰/

24. Major, J. D., “Some Practical Intellectual Property Aspects of Technology Transfer”, *International Journal of Technology Management*, Vol. 3, Issue 1-2, 1988, PP. 43-49. https://doi.org/10.1504/IJTM.1988.025954
25. Makinsky, M., “French Trade and Sanctions Against Iran”, *MERIA Journal*, Vol. 13, Issue 1, 2009, PP. 107-122.
26. Maskus, K. E., “The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Issue 1, 1998: PP. 109-161. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1243&context=djcil
27. Michaels, A., “International Technology Transfer and TRIPS Article 66.2: Can Global Administrative Law help Least-Developed Countries Get What they Bargained For”, *Geo. J. Int'l L.*, Vol. 41, Issue 1, 2009, PP. 223-261.
28. Millett, P. “The Biological Weapons Convention: Securing Biology in the Twenty-First Century”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, Issue 1, 2010, PP. 25-43.
29. Mojahed, A., “Review of Technology Transfer Contract in Iranian Subject Law”, *Fares Law Research*, Vol. 4, Issue 9, 2022, PP. 57-68. doi: 10.22034/lc.2022.133965 (in Persian) https://doi.org/10.22034/lc.2022.133965
30. Moon, S., “Does TRIPS Art. 66.2 Encourage Technology Transfer to LDCs”, *Retrieved January*, Vol. 30, 2008, PP. 1-12. https://unctad.org/system/files/official-document/iprs_pb20092_en.pdf
31. Nye, J., “The Information Revolution and Soft Power”, *Current History*, Vol. 113, Issue 759, 2014, PP. 19-25.
32. Pandey, N., H. de Coninck, and A. D. Sagar, “Beyond Technology Transfer: Innovation Cooperation to Advance Sustainable Development in Developing Countries”, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Energy and Environment*, Vol. 11, Issue 2, 2022. ttps://doi.org/10.1002/wene.422/
33. Raymond, H. A., “Technology Value as a Dynamic Strategic Framework”, *European Business Review,* Vol. 22, Issue 5, 2010, PP. 556-571. https://doi.org/10.1108/09555341011068949
34. Reppy, J., “Managing Dual-Use Technology in an Age of Uncertainty”, *The Forum*, Vol. 4, Issue 1, 2006, PP. 1-10. https://doi.org/10.2202/1540-8884.1116/
35. Rozghon, O., “Problems of Identification of the Concept of International Technology Transfer in the Scientific Discourse”, *Law and Innovations*, Vol. 1, Issue 41, 2023, PP. 7-14. https://doi.org/10.37772/2518-1718-2023-1(41)-1/
36. Sauvant, K. P., “The Negotiations of the UN Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, Issue 1, 2015, PP. 11-87. https://doi.org/10.1163/22119000-01601002/
37. Schott, K., “The Rate of Obsolescence of Technical Knowledge--A Comment”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 26, Issue 3, 1978, PP. 281-283, https://doi.org/10.2307/2097872
38. Shaw, R., “Export Controls and the Life Sciences: Controversy or Opportunity? Innovations in the Life Sciences' Approach to Export Control Suggest There Are Ways to Disrupt Biological Weapons Development by Rogue States and Terrorist Groups without Impeding Research”, *EMBO Reports*, Vol. 17, Issue 4, 2016, 474-480. https://doi.org/١٠,١٥٢٥٢/embr.٢٠١٦٤٢٢٥٤
39. Thomas, M., “Economic Development, Technological Change, and the New International Economic Order”, *Geoforum*, Vol. 10, Issue 2, 1979, PP. 129-140. https://doi.org/10.1177/016001768300800201

Thesis

40. Alhelali, S., “International Transfer of Technology under the TRIPS Agreement”, PhD Thesis, *University of Nottingham*, 2017.

Documents

41. Declaration of London. Declaration Concerning the Laws of Naval War. London Naval Conference, 1909. Retrieved from https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/decl-london-1909/
42. Declaration of Paris. Declaration Respecting Maritime Law. Paris Conference, 1856. Retrieved from https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/decl-paris/
43. E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Kolon Industries, Inc. 803 F. Supp. 2d 469 E.D. Va. 2011.
44. Egypt. Commercial Code, 1999.
45. European Parliament and Council of the European Union (EU). *Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 Setting up a Union Regime for the Control of Exports, Brokering, Technical Assistance, Transit and Transfer of Dual-Use Items (recast)*, 2021.
46. Kadi v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) 2008.
47. Missile Technology Control Regime (MTCR). *MTCR Guidelines and Equipment, Software and Technology Annex*, 1987.
48. Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW). *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (CWC)*, 1993.
49. U.S. Department of State. *International Traffic in Arms Regulations: U.S. Munitions List Categories I, II, and III*, 2020.
50. UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1980.
51. UN Security Council, *Resolution 2231*, on the Joint Comprehensive Plan of Action concerning the Islamic Republic of Iran's Nuclear Programme (S/RES/2231), 2015.
52. UN Security Council. *Resolution 1540 S/RES/1540*, 2004, Retrieved from https://www.un.org/
53. UN. *Arms Trade Treaty (ATT)*, 2013.
54. UN. *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction (BWC)*, 1972.
55. UN. *Declaration on the Right to Development,* A/RES/41/128, 1986.
56. UN. *General Assembly Resolution 3202 (S-VI), Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*, 1974.
57. UN. *Paris Agreement under the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, 2015.
58. UN. *Report of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security*, A/76/135, 2021.
59. UN. *Report of the Secretary-General on the Right to Development*, A/74/230, 2019.
60. UN. *Report of the Working Group on the Right to Development*, A/HRC/15/WG.2/TF/2/Add.2, 2010.
61. UN. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015.
62. UN. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, 1967.
63. UN. *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)*, 1968.
64. UN. *UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, 1982.
65. UN. *UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, 1992.
66. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments*, U.N. Sales No. E.01.II.D.28, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5. 2001.
67. United States v. Harvard University Researcher Charles Lieber, 2021. https://www.justice.gov/usao-ma/pr/harvard-university-professor-convicted-making-false-statements-and-tax-offenses?utm /

68. Wassenaar Arrangement. *Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies*, 1996.
69. World Eagle v. United States (F.C.A.), 2020. https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20200127?utm_source/
70. World Trade Organization (WTO). *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, 1869 UNTS 299, 1994.
71. World Trade Organization (WTO). *Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN (01)/DEC/2, Nov14, 2001.
72. World Trade Organization (WTO). *Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 – Communication from India and South Africa*, IP/C/W/669, 2021.

Website

73. Australia Group. **The Australia Group: An informal forum of countries to help prevent the proliferation of chemical and biological weapons**. Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade (last visited on April 6, 2025) https://www.dfat.gov.au/publications/minisite/theaustraliagroupnet/site/en/index.html
74. Reuters, **Huawei Technologies loses trade secrets case against US chip-designer**. (June 2019), available at: https://www.reuters.com/article/technology/huawei-technologies-loses-trade-secrets-case-against-us-chip-designer-idUSKCN1TR2YH/ (last visited on April 6, 2025).
75. Visual Compliance, **The Curious (Export Violation) Case of ZTE**, Visual Compliance Blog, (May 2018), https://www.visualcompliance.com/blog/the-curious-export-violation-case-of-zte/. (last visited on April 6, 2025).

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 243-260 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Impact of Metaverse Technology on the Rate of Financial Crimes

Mahmoud Mahdavi[1], Mohammad Rouhollahi[2], Seyyed Mahyar Morovati[3]

Highlights

- Within the metaverse, due to the decentralized nature of blockchain and user anonymity, criminals can convert vast sums into assets such as NFTs, virtual land, or related cryptocurrencies to engage in money laundering.
- Unlike bank transfers, which are traceable, the origin of illicit funds in the metaverse is easily concealed; consequently, this technology has become a convenient channel for laundering proceeds derived from both traditional and crypto-related crimes.
- The metaverse is an attractive platform for terrorist financing and support, as it lowers training costs, enables anonymous funding through cryptocurrencies, and diminishes the effectiveness of financial blacklists.

ABSTRACT

Introduction

With the development of science, various technologies have also grown rapidly or new technologies have emerged. One of these new technologies, which is known as a revolution in the field of information and communication technology (ICT), is metaverse technology. As a new emerging technology, this technology is a world consisting of virtual spaces in which people can communicate with each other in the virtual world instead of being physically together, a world that provides its inhabitants with the possibility of communication and gaining various experiences regardless of the limitations of the Internet. Since this technology is still growing and has not reached the stage of development, it has faced challenges such as deficiencies in regulations, technical security, and privacy, which have led to the emergence of some crimes in this context. But one of the less studied aspects of this technology is its impact on financial crimes, because the metaverse is becoming a vast world there is a huge financial turnover in it, and on the other hand, people in it can communicate like in the physical and material world. One of the social phenomena in the real world is also crime, and since a large amount of wealth is circulating in this technology, metaverse is likely to be a suitable platform for committing some financial crimes, and this can lead to challenges in cybersecurity and e-commerce. Therefore, this research examines the impact of metaverse

How to Cite: Mahdavi, Mahmoud, Rouhollahi, Mohammad, Morovati, Seyyed Mahyar, "The Impact of Metaverse Technology on the Rate of Financial Crimes", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 243-260.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239696.2889 Received: 29/04/2025-Accepted: 20/10/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
2. L.L.M., Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: mhmdrwhallhy00@gmail.com
3. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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/).

technology on increasing the rate of financial crimes, because this question is very important. metaverse technology today has a significant impact on individuals' economic and social relations.

Methods
The research is conducted using a descriptive-analytical method and uses library- based researches such as books and scholary articles.

Results and Discussions
The findings of the study show that metaverse technology, using its capacity, is a suitable platform for committing crimes, especially financial crimes. This technology is suitable for committing financial crimes due to its capabilities. One of the crimes that can be committed using this ability is fraud, which can be done both in a computerized way, which is done by deceiving a computer system, and traditionally, which is done by creating fraudulent data with the intention of deceiving the audience. Another crime that may be committed through the metaverse platform is money laundering. Metaverse technology is a good option for money laundering, due to the anonymity of its users, and people can launder their dirty money by buying and selling NFTs and make their money obtained from illegal methods appear clean. Theft is also one of the other crimes that can be committed from the metaverse space. In the metaverse, since data is obtained from various sources, the possibility of theft also increases. Data and information theft can occur at any stage of data collection, storage, and processing. For example, someone in the metaverse may steal an existing object that is visible to the naked eye, has been paid for, and has value. Another financial crime that can be committed in the metaverse, and perhaps one of the most important financial crimes committed in this space, is the financing of terrorism. metaverse can facilitate terrorism in two ways. First, it reduces its costs; for example, this technology facilitates the training of people for terrorist purposes. In fact, terrorists use various online platforms to train attackers. Through the metaverse and augmented reality or virtual reality, they can teach how to make the manufacture of chemical weapons, the construction of explosive devices, and how to attack infrastructure or conduct cyber-attacks. without all of them being present in a specific location. In the second step, individuals can finance terrorists and terrorist groups by donating valuable NFTs to them without being identified.

Conclusion
Significant advances in the field of information and communication technology have led to the emergence of new technologies, one of which is the metaverse. This growing technology has the ability to collect and analyze a vast amount of data and has affected various areas such as economics, politics, and social relations. This technology is rapidly expanding and becoming widespread due to its advantages, but since metaverse is still being completed and has shortcomings, it faces challenges such as lack of adequate regulations, deficiencies in supervision, the inability of security systems to detect and prevent crimes, privacy, technical security, and the possibility of fraud, and provides the ground for committing crimes. Due to the unprecedented opportunities in the field of financial activities, one of the categories of crimes that the metaverse provides a suitable platform for committing is financial crimes, and metaverse technology, as an emerging phenomenon, may have a significant impact on increasing the commission of financial crimes. this study finds that the use of metaverse technology, which is an emerging technology under development and itself uses other technologies such as virtual reality, blockchain and other technologies, can create conditions that increase the commission of financial crimes such as fraud, theft, money laundering or even terrorist financing. In other words, it creates conditions for its users to commit these crimes. Or, due to the challenges it faces, it causes users to be victims of financial crimes. This result shows that we need a comprehensive and broad view of the social and economic impacts of metaverse technology.

Keywords: New Crimes, Financial Crimes, Information Technology, Metaverse.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تأثیر فناوری متاورس بر میزان ارتکاب جرائم مالی

محمود مهدوی[۱]، محمد روح اللهی[۲]، سید مهیار مروتی[۳]

نکات برجسته

- در بستر متاورس به‌دلیل ماهیت غیرمتمرکز بلاک‌چین و ناشناس بودن کاربران، مجرمان می‌توانند مبالغ هنگفت را به دارایی‌هایی مثل NFT ، زمین مجازی یا رمزارزهای مرتبط تبدیل کنند و مرتکب پولشویی شوند.
- برخلاف انتقال بانکی که قابل ردیابی است، در متاورس مبدأ وجوه غیرقانونی به‌راحتی پنهان می‌ماند و این فناوری به کانالی مناسب برای تطهیر پول‌های حاصل از جرایم واقعی یا رمزارزی تبدیل شده است.
- متاورس برای تأمین مالی و پشتیبانی تروریسم جذاب است چراکه هم هزینه آموزش را کاهش می‌دهد و هم با ارزهای رمزنگاری‌شده، تأمین مالی ناشناس را ممکن می‌سازد و فهرست‌های سیاه مالی را کم‌اثر می‌کند.

چکیده

با پیشرفت علم و تکنولوژی شاهد گسترش فناوری‌ها در تمام شاخه‌های علوم هستیم. یکی از فناوری‌های نوپدید در علوم اطلاعات و ارتباطات، فناوری متاورس است که به‌دلیل ظرفیت‌ها و امکاناتی که در اختیار کاربران خود قرار می‌دهد به‌سرعت درحال‌گسترش و همه‌گیر شدن است و از آنجایی که این فناوری همچنان درحال‌رشد بوده و به مرحله تکامل نرسیده با چالش‌هایی از قبیل نقص در مقررات، امنیت فنی و حریم خصوصی مواجه شده که سبب بروز برخی جرائم در این بستر شده است و سؤالی را که به ذهن متبادر می‌کند این است که این فناوری چه تأثیری بر میزان جرائم مالی دارد؟ به‌دلیل گستردگی امکاناتی که متاورس در اختیار کاربران خود در حوزه‌های مختلف قرار می‌دهد، در رابطه با این فناوری در حوزه‌های مختلف مانند علم روان‌شناسی و پزشکی تحقیقاتی نیز صورت گرفته است، اما در حوزه علم حقوق در کشور ما آن‌طور که باید به این فناوری پرداخته نشده است. ازاین‌رو پژوهش ذیل به روش توصیفی - تحلیلی به ارتباط فناوری متاورس و میزان جرائم مالی پرداخته است و نتایج نشان می‌دهد، فناوری متاورس که یک فناوری درحال‌توسعه است، با توجه به ویژگی‌هایش مانند غیرمتمرکز بودن، عدم احراز هویت کاربران، نبود نهاد ناظر و ناآگاهی برخی کاربران سبب افزایش جرائمی مانند سرقت، کلاهبرداری، پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم می‌شود و به‌منظور پیشگیری از این جرائم می‌شود اقداماتی از قبیل معرفی نهاد ناظر مانند پلیس فتا را انجام داد.

کلید واژگان: جرائم نوین، جرائم مالی، فناوری اطلاعات، متاورس.

استناد به این مقاله: مهدوی، محمود، روح‌اللهی، محمد، مروتی، سید مهیار، « تأثیر فناوری متاورس بر میزان ارتکاب جرائم مالی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۲۴۳-۲۶۰.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۸ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239696.2889

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
۲. کارشناس‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: mhmdrwhallhy00@gmail.com
۳. دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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 علم، فناوری‌های مختلف نیز به همراه آن به‌سرعت رشد کرده یا فناوری‌های جدید به وجود می‌آیند. یکی از این فناوری‌های جدید که به‌عنوان انقلابی در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT) شناخته شده است، فناوری متاورس است. این فناوری به‌عنوان یک تکنولوژی نوظهور، دنیایی را به تصویر می‌کشد که از فضاهای مجازی تشکیل شده است. در این دنیا، افراد می‌توانند بدون حضور فیزیکی در کنار یکدیگر، از طریق محیط‌های مجازی باهم ارتباط برقرار کنند. جهانی که فارغ از محدودیت‌های اینترنت، فرصت برقراری ارتباط و کسب تجربیات متنوع را برای کاربران خود فراهم می‌سازد. در دنیای مجازی متاورس هرچیز که افراد بخواهند در دسترسشان قرار می‌گیرد و می‌توانند شخصیت خود را در آن بسازند و مانند دنیای واقعی در آن زندگی کنند و هرچیز را در آن به‌صورت غیرمتمرکز کنترل کنند بدون اینکه مدیریت آن‌ها در دست نهاد دولتی خاصی باشد[۱]. متاورس که با امکانات گسترده‌اش ازجمله واقعیت افزوده[۲]، واقعیت مجازی[۳] که به‌سرعت درحال‌گسترش است، به‌طور قابل‌توجهی بر روابط اجتماعی و تجاری افراد تأثیر گذاشته و حتی بازارهای مختلف را تحت تأثیر خود قرار داده است. به‌طوری‌که بنا بر گزارش بلومبرگ[۴] تا سال ۲۰۲۴، متاورس به بازار اقتصادی با سرمایه ۸۰۰ میلیارد دلاری مبدل خواهد شد[۵]. در همین راستا شرکت‌های بزرگ تجاری مانند گوچی[۶] با خریداری زمین‌های مجازی در فضای متاورس به تأسیس فروشگاه‌هایی اقدام کرده‌اند که امکان حضور و خرید در فضای متاورس را به کاربران می‌دهد[۷]. اما یکی از جنبه‌های کمتر مورد بررسی این تکنولوژی، تأثیر آن بر جرائم مالی است؛ چراکه متاورس درحال تبدیل شدن به دنیایی گسترده است و گردش مالی هنگفتی نیز در آن وجود دارد و از طرفی افراد در آن می‌توانند مانند دنیای فیزیکی و مادی ارتباط بر قرار کنند، یکی از پدیده‌های اجتماعی در دنیای واقعی نیز جرم است و از آنجایی که حجم زیادی از ثروت در این فناوری در گردش است، احتمال آن می‌رود که بستری مناسب برای انجام برخی جرائم مالی باشد و این امر می‌تواند منجر به ایجاد چالش در امنیت سایبری و همچنین تجارت الکترونیک باشد. ازاین‌رو این مقاله بر آن است تا با روش توصیفی - تحلیلی به بررسی این مسئله بپردازد و تأثیر فناوری متاورس را بر افزایش ضریب جرائم مالی مورد مطالعه قرار دهد؛ چراکه این سؤال بسیار مهم است که این فناوری به‌روز و مهم در روابط اجتماعی و اقتصادی و ... چه تأثیری می‌تواند بر میزان ارتکاب جرائم مالی داشته باشد؟

۱. تبیین مفهوم فناوری متاورس و تکنولوژی‌های مرتبط

برای مشخص کردن ماهیت فناوری متاورس ابتدا به معنای خود واژه می‌پردازیم. واژه متاورس از دو عبارت متا که ریشه‌ای یونانی دارد و در مفهوم به ماورای چیزی گفته می‌شود[۸] و عبارت یونیورس[۹] که به‌معنای جهان و کائنات است، تشکیل

---

۱. محمودی، محسن و سالار صادقی، «متاورس و تأثیر آن بر سبک زندگی»، *مطالعات حقوقی فضای مجازی*، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۶.

2. Augmented Reality

3. Virtual Reality

4. Bloomberg

5. Intelligence, Bloomberg. 2021. Metaverse may be $800 billion market, next tech platform. 12 01. https://www.bloomberg.com/professional/blog/metaverse-may-be-800-billion-market-next-tech-platform/

6. Gucci

۷. محمد باقری، زهرا و سیدمجتبی سیدباقری، «مد سریع در جهان مادی و متاورس»، *فصلنامه مطالعات حقوقی فضای مجازی*، دوره ۱، شماره ۴، ۱۴۰۱، ص ۷۱.

8. Donaldson, Tara. "Year in Review: What Exactly Is the Metaverse? The Simplest Explanation of What It Means for Fashion". 2021, pp 12- 22. https://wwd.com/business-news/business-features/what-is-metaverse-simple-explainermeta-zuckerberg-digital-fashion-1235015619/

9. Universe

شده است. لذا متاورس به‌طور یکپارچه به مفهوم ماورای جهان است. این عبارت نخستین بار در یک رمان در سال ۱۹۹۲ به نام *تصادف برفی*[۱] در مفهوم جهان مجازی به‌موازات جهان فیزیکی به کار رفته است که اهالی آن به وسیله آواتارهای مجازی با یکدیگر به تعامل می‌پرداختند[۲]. اما در عرصه تکنولوژی متاورس بسیار پیچیده‌تر و گسترده است. درابتدای امر به نظر می‌رسد متاورس، پلتفرم‌های دیجیتال در زمان حال یا آینده با تمرکز بر واقعیت افزوده و واقعیت مجازی است. پلتفرم‌هایی نظیر هدست‌های واقعیت مجازی، تلفن‌های هوشمند و مانند این‌ها که این امکان را به افراد می‌دهند تا با دسترسی به محیط سه‌بعدی واقعیت مجازی یا واقعیت افزوده به فعالیت و تعامل با سایر افراد بپردازند[۳]. اما متاورس نه‌فقط به محتوا و تجربه کاربردی در یک دنیای مجازی اطلاق می‌شود، بلکه اهداف و کاربردهای این فناوری بسیار گسترده‌تر از آن است و شامل تعاملات اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و حتی سیاستی افراد با یکدیگر نیز می‌شود. این مفهوم به دنیایی از جهان‌های مجازی که می‌تواند از سکوهای مختلف فناوری ایجاد شود، اشاره دارد. برای مثال، روبلاکس یکی از پلتفرم‌های متاورس است که گیمرها می‌توانند بازی‌های تولید شده توسط کاربر را براساس آن انجام دهند. همچنین این پلتفرم به کاربران اجازه می‌دهد تا اقلام مجازی بخرند و از راه دور در رویدادها، ازجمله کنسرت، مراسم دسته‌جمعی و مهمانی‌ها شرکت کنند. اما طیف وسیع‌تری از کاربردها و فرصت‌هایی فراتر از بازی که متاورس را در حوزه‌های مختلف جذاب می‌کند، وجود دارد[۴]. متاورس در اصل شبکه‌ای گسترده از جهان‌ها و شبیه‌سازی‌های سه‌بعدی پایدار است که به‌طور هم‌زمان و لحظه‌ای پردازش می‌شوند. در این فضا، هویت افراد، اشیای فیزیکی، تاریخ بشر و حتی سیستم‌های پرداخت، انسجام و ارتباط خود را حفظ می‌کنند. این مجموعه می‌تواند هم‌زمان تعداد زیادی از افراد را به‌طور مجازی درون خود جای دهد، بدون اینکه افراد در یک مکان فیزیکی حضور داشته باشند. هرکدام از اعضای کاربر دراین دنیای مجازی در قالب بدن‌های دیجیتالی پیکربندی شده که به آن‌ها آواتار[۵] می‌گویند، نمود مادی پیدا می‌کنند[۶]. متاورس در حقیقت به‌عنوان یک شبکه جهانی مجازی فعالیت می‌کند که در آن کاربران می‌توانند با یکدیگر و همچنین با عناصر مختلف محیط اطراف خود تعامل داشته باشند. در این میان، ارتباط هماهنگ و یکپارچه‌ای میان هویت افراد و ماهیت اشیا وجود دارد که اهمیت ویژه‌ای دارد. در حقیقت انگار افراد به دنیای واقعی اما در شکل مجازی وارد شده‌اند. به عبارتی دیگر، در دنیای متاورس افراد به‌صورت برخط و مجازی به ایفای نقش خود می‌پردازند. این دنیای مجازی، جنبه‌های مختلف تکنولوژی نظیر شبکه‌های اجتماعی، بازی‌های ویدئویی، فناوری واقعیت مجازی (VR) و واقعیت افزوده (AR) و در نهایت بلاک‌چین[۷] را با یکدیگر ادغام می‌کند. به همین دلیل متاورس را می‌توان به دنیایی که توسط واقعیت‌های مجازی و واقعیت‌های افزوده ساخته می‌شود هم نسبت داد و یکی از راه‌های ورود به این دنیای مجازی داشتن هدست

---

1. Snow Crash

۲. عاکفی قاضیانی، موسی، سیدمصطفی میلانی و وحید عاکفی قاضیانی، «متاورس و چالش‌های حقوقی در حوزه حقوق اموال»، *مجله حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۳، شماره ۶، ۱۴۰۱، صص۱۴۴-۱۴۵.

3. Neuburger Jeffrey D., "Proskauer Rose LLP, In the Coming 'Metaverse', There May Be Excitement but There Certainly Will Be Legal Issues", *National Law Review*, Friday, December 3, 2021. https://newmedialaw.proskauer.com/2021/12/03/in-the-coming-metaverse-there-may-be-excitement-but-there-certainly-will-be-legal-issues/ (last visited on: 20/8/2024).

4. Weimann, Gabriel & Dimant, Roy, "The Metaverse and Terrorism: Threats and Challenges". *Perspective on Terrorism. Issue XVII*, Volume 17, Issue 2, 2023, P 93.

5. Avatar

6. Dionisio, J.D.N.; Burns, W.G., III; Gilbert, R., "3D Virtual worlds and the metaverse". *ACM Comput.Surv*, Volume 45, Issue 3, 2013, p 35.

7. Block Chain

واقعیت مجازی و عینک هوشمند واقعیت مجازی در کنار اینترنت پرسرعت است[1].

۱.۱. واقعیت مجازی(VR)

یکی از فناوری‌هایی که متاورس بر آن تمرکز دارد، واقعیت مجازی است. واقعیت مجازی یکی از فناوری‌های نوین در حوزه فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی است که تغییر عادت در زندگی مردم، گونه‌های مختلف تجارت و راهبردها را در پی داشته است. این فناوری به کاربران اجازه می‌دهد تا به یک محیط مجازی سه‌بعدی وارد شوند که نشانه‌های موجود در یک محیط واقعی را فراهم می‌کند. محققان این ورود به محیط مجازی را با تجربه ذهنی در زمینه‌های مختلف بررسی و مشاهده کردند که این ورود و غوطه‌ور شدن در فضای مجازی سبب می‌شود که افراد خود را به‌طور واقعی حاضر در آن فضا حس کنند و توجه خود را به اشیا و محیط پیرامونی معطوف نمایند[2]. در واقع هنگامی‌که فرد هدست واقعیت مجازی را روی سر خود می‌گذارد، محیطی را مشاهده می‌کند که براساس تغییر موقعیت بدنش تغییر می‌کند و فرد بعد از گذشت زمان اندکی می‌پذیرد که در یک محیط واقعی قرار گرفته است. یک محیط واقعیت مجازی در پلتفرم‌های خاص خود مانند هدست‌های واقعیت مجازی به وجود می‌آید. علاوه‌بر آن به وسیله ابزارهای دیگر می‌شود حواس پنج‌گانه فرد را در آن محیط مجازی تحت تأثیر خود قرار داد تا با ادغام حواس تجربه نزدیک‌تری به واقعیت را به فرد بدهد[3]. با توجه به ساختار متاورس که پیش‌تر گفته شد و تعریف واقعیت مجازی، می‌توان این‌گونه گفت که واقعیت مجازی یکی از المان‌های اصلی متاورس است. زیرا در فضای متاورس، ما انتظار داریم که افراد به‌طور فعال در دنیای مجازی شرکت و از آن استفاده کنند و فناوری واقعیت مجازی می‌تواند یکی از راه‌های ایجاد و ورود به این دنیای مجازی باشد.

۱.۲. واقعیت افزوده (AR)

به‌موازات فناوری واقعیت مجازی، فناوری واقعیت افزوده وجود دارد. در این فناوری دنیای واقعی و تصاویر مجازی با هم ادغام می‌شوند. در واقعیت افزوده ارزش اولیه واقعیت موجود حفظ می‌شود و اطلاعات حساس و مهم آن توسط تولیدات، نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای کامپیوتری پوشش داده می‌شوند. به این صورت، یک نمای فیزیکی زنده به دنیای واقعی افراد اضافه می‌شود. عناصر پیرامون همانند داده به وسیله سنسورها دریافت می‌شود و توسط کامپیوتر پردازش می‌شوند. سپس تولیدات کامپیوتری با یک رابطه تعاملی با عناصر محیطی آمیخته می‌شوند؛ به‌طوری‌که به‌صورت اجسام واقعی درک می‌شوند. بنابراین، همان‌طور که اشاره شد، واقعیت افزوده همانند واقعیت مجازی مبتنی‌بر تصاویر ایجاد شده توسط کامپیوتر است و درحالی‌که نمای فیزیکی دارد واقعیت فیزیکی ندارد[4]. این فناوری مبتنی‌بر سه بخش است: بخش اول آن وظیفه دریافت اطلاعات محیطی را برعهده دارد؛ به‌عبارت‌دیگر این بخش مربوط به ورودی داده‌هاست؛ بخش دوم آن وظیفه دریافت اطلاعات از بخش اول و پردازش آن‌ها و تهیه اطلاعات مورد نیاز جهت اضافه کردن به تصویر واقعی است

---

[1]. محمودی و صادقی، منبع پیشین، ص ۴۸.

[2]. Schultze, U.; Brooks, J. A. M.; "An interactional view of social presence: Making the virtual other 'real'", *Information Systems Journal*, Volume 29, Issue 3, pp 710-712.

[3]. Vidal-Balea, A.; Blanco-Novoa, Ó.; Fraga-Lamas, P.; Fernández-Caramés, T.M.; "Developing the Next Generation of Augmented Reality Games for Pediatric Healthcare: An Open-Source Collaborative Framework Based on ARCore for Implementing Teaching, Training and Monitoring Applications", *Sensors*, Volume 21, Issue 5, 2021, pp 2-3.

[4]. مهپور، علیرضا و مهسا اکبری، «تأثیر استفاده از فناوری واقعیت مجازی بر قصد رفتاری مصرف‌کننده در صنعت مسکن»، *فصلنامه توسعه تکنولوژی صنعتی*، شماره ۴۴، ۱۴۰۰، ص ۴.

و بخش سوم، که خروجی سیستم است، وظیفه به نمایش گذاشتن اطلاعات را برعهده دارد که به نمایش گذاشتن نمای فیزیکی از اطلاعات منجر می‌شود[۱]. با توجه به توضیحاتی که داده شد، می‌شود گفت واقعیت افزوده یک فناوری است که به کاربران این امکان را می‌دهد تا در دنیای واقعی خود، اطلاعات یا اشیای دیجیتالی را به‌طور مستقیم اضافه کنند و برای انجام این کار از ابزارهای دیجیتال، مانند گوشی‌های هوشمند، عینک‌های هوشمند یا عینک‌های واقعیت افزوده استفاده می‌شود. ازاین‌رو این فناوری یکی از ابزارهای بسیار مهم برای درک و تجربه بهتر و تعامل بیشتر با متاورس است که به‌مثابه یک جامعه مجازی است.

۱.۳. فناوری بلاک‌چین

بلاک‌چین به مانند پایگاه داده‌ای است که اطلاعات در آن ذخیره می‌شود؛ اما تفاوت یک پایگاه داده و بلاک‌چین در نحوه دسترسی و ساختاردهی به داده‌هاست؛ به‌طوری‌که یک بلاک‌چین از مجوعه بلوک‌ها تشکیل شده است که هرکدام از آن‌ها مجوعه‌ای از داده‌ها یا تراکنش‌هاست و هر بلوک به بلوک قبلی متصل است و یک زنجیره را تشکیل می‌دهند. هنگامی که بلوک از داده‌ها به زنجیره اضافه شود، نمی‌توان آن را بدون اجماع از شبکه حذف کرد یا تغییر داد. ازاین‌رو سبب می‌شود بلاک‌چین‌ها در برابر دست‌کاری یا هک بسیار امن و مقاوم باشند[۲]. در واقع این فناوری یک پایگاه داده است که بین گره‌های شبکه‌های کامپیوتری به اشتراک گذاشته شده است. اهمیت بلاک‌چین‌ها بیشتر به‌دلیل نقششان در سیستم‌های ارزهای دیجیتال برای حفظ یک سابقه و داده امن و غیرمتمرکز از تراکنش‌ها است؛ اما کاربرد بلاک‌چین صرفاً مربوط به ارزهای دیجیتال نیست، بلکه از آن‌ها می‌توان برای تغییرناپذیر کردن داده‌ها در هر صنعت و تجارتی استفاده کرد؛ چراکه بلاک‌چین‌ها از رمزنگاری برای اطمینان از یکپارچگی و امنیت داده‌های ذخیره شده در آن‌ها محافظت و استفاده می‌کنند و تراکنش‌ها و داده‌ها قبل از اینکه به بلاک‌چین وارد و ذخیره شوند، توسط چند گره در شبکه تأیید و اعتبارسنجی می‌شوند تا اطمینان حاصل شود که داده‌ها دقیق و قابل اطمینان هستند[۳]. از آنجایی که فناری بلاک‌چین در ذخیره امن اطلاعات و انتقال آن‌ها کاربرد دارد، با سایر فناوری‌ها ازجمله متاورس تلاقی پیدا می‌کند که این امر می‌تواند تأثیرات جالبی روی متاورس و دنیای مجازی داشته باشد. چراکه کاربران دنیای مجازی نیاز دارند تا اطلاعات خود را در جایی امن ذخیره کنند و بلاک‌چین نیز این امکان را برای آنان فراهم می‌کند.

۲. ویژگی‌های اشیا در متاورس

اشیایی که در دنیای متاورس مورد معامله قرار می‌گیرند، مجازی و غیرواقعی‌اند و منظور این است که مورد معامله در متاورس وجود خارجی و فیزیکی ندارد و ممکن است این سؤال را ایجاد کند که چگونه مورد معامله قرار دادن اشیایی که وجود فیزیکی ندارند و ارزش‌گذاری روی آن‌ها در دنیایی که وجود خارجی و فیزیکی ندارد، ممکن است؟ در ادامه توضیح خواهیم داد هرچند اشیا واقعی و فیزیکی نیستند، موجودند و مالیت دارند.

---

۱. محبی، فاطمه، «تکنولوژی، "واقعیت افزوده" و کاربرد آن در آموزش زیست‌شناسی»، *فصلنامه پژوهش در آموزش زیست‌شناسی*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۸، ص ۷۵.

2. Hayes, Adam, "Blockchain Facts: What Is It, How It Works, and How It Can Be Used", 2023. https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp/

3. Iansiti, Marco. Lakhani. Karim, R. "The Truth About Blockchain", *Harvard Business Review*, Volume 95, Issue 1, 2017. PP 118-127.

۲.۱. موجود بودن اشیا

وقتی از اشیای درون متاورس سخن می‌گوییم، منظور اشیایی است که درون فضای مجازی وجود دارند و قابل رؤیت‌اند. برای توضیح بیشتر این امر باید گفت شیء مجازی در فضاهای دیجیتالی، صرفاً مجموعه‌ای از داده‌هاست که این داده‌ها الگوریتم مشخصی دارند و کاربران، آن‌ها را از سایر چیزهایی که در فضای مجازی وجود دارند، تمییز می‌دهند[۱]. این بدین معناست که هر داده‌ای به‌صورت خاص خود نمایان می‌شود و ارتباط کاربران با آن‌ها زنده و واقعی است. ازسوی‌دیگر، بیشتر مفاهیم حقوقی اعتباری‌اند و توسط عرف اعتبار پیدا کرده‌اند و اعتبار آن‌ها ذاتی نیست و با توجه آن آثار حقوقی و ضمانت‌اجرای لازم توسط قانونگذار اعمال می‌شود و از آنجایی که مال مفهوم اعتباری است، پس لزوماً مختص اشیا مادی و ملموس نیست؛ چراکه در تقسیم‌بندی اموال از حیث ماهیت جسمانی آن، به دو دسته مادی و غیرمادی تقسیم می‌شوند. ازاین‌رو اموال غیرمادی وجود خارجی ندارند و قابل لمس نیستند، بلکه فقط وجود ذهنی و اعتباری دارند[۲]. اشیا در فضای مجازی نیز چنین‌اند و هنگامی که از موجود بودن اشیا در فضای مجازی سخن می‌گوییم قابل لمس بودن آن‌ها نیست، بلکه قابل رؤیت‌اند و می‌شود آن‌ها را از طریق برخی ابزارهای دیجتال حس کرد و با آن‌ها ارتباط بر قرار کرد. برای مثال در فناوری واقعیت افزوده (AR) می‌شود به وسیله هدست واقعیت افزوده داده‌های درون فضای مجازی به‌صورت یک شیء عینی درک کرد و حتی از آن همانند یک جسم در عالم واقع بهره برد. البته گفتنی است که داده‌های دیگری نیز وجود دارند که پردازش شده و قابل رؤیت‌اند، ولی برخلاف اشیای عینی متاورس و فضای مجازی که ساختار سه‌بعدی دارند و می‌شود مانند اجسام دنیای واقعی از آن‌ها استفاده کرد، قابل لمس و درک نیستند، ولی موجودیت دارند؛ مانند عکس‌ها، فیلم‌ها، اسناد و یا داده‌های تعاملی مانند اشیا در برخی بازی‌ها کامپیوتری و شبیه‌سازها که قابل رؤیت‌اند و می‌توان از آن‌ها بهره برد.

۲.۲. مالیت داشتن اشیا

مالیت داده‌ها در فضای مجازی به‌دلیل اتفاقاتی از قبیل تخریب و سرقت و ...، که ممکن است برای آن‌ها به وقوع بپیوندد، حائز اهمیت است. در تعریف‌هایی که در ادبیات فقهی از مفهوم مال ارائه شده است، رویکردهای متفاوتی[۳] در رابطه با توصیف مال اتخاذ شده است. یکی‌از مهم‌ترین محورهای تعاریف فقهی مال، رویکرد عرفی به مفهوم مال در قالب میل و رغبت و تلاش عمومی برای به دست آوردن آن است[۴]. به‌عبارت‌دیگر، از دیدگاه عرفی مال چیزی است بیشتر یا همه مردم به دنبال به دست آوردن آن هستند. درخصوص داده‌های دیجیتال نیز باید گفت که ارزش داده‌های دیجیتال، ارزشی ذهنی است و به‌دلیل آنکه تولید عینی در بازار داده‌های دیجیتال وجود ندارد و هیچ دو

---

۱. حسنی، ابوالحسن، ***مالکیت در فضای مجازی از منظر فقهی***، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۳۹۹، ص ۳۵.

۲. عبدی‌پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های مجازی»، *فصلنامه راهبرد اجتماعی فرهنگی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۷۰.

۳. فقها در تعریف مال رویکردهای مختلفی اتخاذ کرده‌اند؛ ازجمله برخی از فقها منفعت مطلقه را معیار قرار داده‌اند. (شیخ طوسی، ***المبسوط فی فقه الالمامیة شیخ طوسی***، جلد ۶، تهران: المکتبة المرتضویة، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص۱۲۷)؛ یعنی هرچیز که منفعت داشته باشد مال محسوب می‌شود. برخی دیگر منفعت عقلایی را معیار برای مالیت داشتن در نظر می‌گیرند (نجفی، محمدحسن، ***جواهر الکلام***، جلد ۲۲، بیروت: داراحیاء التراث‌العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲، ص۳۴۴) و برخی دیگر عرف را معیار مالیت داشتن می‌دانند؛ به‌عبارت‌دیگر، عنصر مال را براساس رفتار عرف جامعه در ارتباط با اشیا می‌سنجند.

۴. عاکفی قاضیانی، میلانی و عاکفی قاضیانی، منبع پیشین، ص ۱۵۰.

داده دیجیتالی در بازار عین هم نیست، ذهن جامعه است که ارزش داده‌های دیجیتال را در بازار تعیین می‌کند[۱]. براساس رویکرد عرفی، صرفاً برخورداری یک شیء از منفعت عقلایی برای تحقق عنوان مال کافی نیست. برخی از فقها در اتخاذ این رویکرد عرفی به تأثیر عواملی چون عرضه و تقاضا نیز اشاره می‌کنند؛ به این معنا که ارزش مبادله یک کالا به‌طور کامل و مستقیم به میزان تمایل اجتماعی نسبت به آن وابسته است. بنابراین، اگر رغبت و تمایل افراد جامعه به کالایی کاهش یابد، قیمت آن نیز به‌تبع آن کاهش پیدا می‌کند[۲]. در علم حقوق نیز در ماده ۳۴۸ قانون مدنی[۳] مالیت داشتن را به مفهوم قابلیت تقویم داشتن و ارزش‌گذاری کردن، معنا کرده‌اند. همچنین برای تعریف حقوقی مال، عناصر آن را ذکر کرده‌اند که این عناصر عبارت‌اند از: قابلیت اختصاص دادن به شخص، قابلیت نقل و انتقال داشتن، نفع عقلایی و ارزش ذاتی[۴]. با توجه به توضیحات گفته شده درخصوص مالیت داشتن و همچنین موجود و قابل رؤیت بودن داده‌ها و اشیا، می‌توان گفت که داده‌ها با توجه به عرف و منفعت عقلایی در فضای مجازی مالیت دارند؛ مانند اشیا درون بازی‌های کامپیوتری که کاربران با پرداخت درون برنامه‌ای منابع مورد نیاز خود درون بازی را ازجمله سکه و پول و نفت و تجربیات سایر چیزها را به دست می‌آورند و مختص آن‌ها می‌شود؛ به‌تبع آن در فضای متاورس نیز می‌توان گفت که این داده‌ها در فضای متاورس دارای ارزش بوده و مالیت دارند؛ چراکه اشیا و داده‌ها در فضای متاورس قابل نقل و انتقال‌اند و به افراد تخصیص می‌یابند و برای صاحبان آن نیز منفعت دارند؛ مانند زمین‌هایی که در این فضای مجازی توسط شرکت گوچی برای سرمایه‌گذاری خرید شد و پیش‌تر نیز به آن اشاره شد.

۳. تعامل متاورس و ارتکاب جرائم مالی

از آنجایی از متاورس به‌عنوان یک جامعه مجازی یاد می‌شود، پس باید این نکته را در خاطر داشت که جرم یکی از پدیده‌های ممکن‌الوقوع در هر جامعه‌ای است تا آنجا که این امکان به وجوب نزدیک می‌شود و در دنیای مجازی متاورس نیز ممکن است جرائمی رخ بدهد؛ برای مثال یکی از جرائمی که در فضای متاورس می‌تواند رخ بدهد آزار و اذیت جنسی است و آواتارها به‌عنوان نمادی برای هویت افرادند و می‌توانند به آزار جنسی اقدام بنمایند[۵]. از طرفی فناوری متاورس می‌تواند زمینه را برای ارتکاب جرائم در دنیای حقیقی مهیا کند؛ مانند پرونده‌ای که در آن یک گیمر بازی‌های انلاین حریف خود را برای اینکه شمشیر مجازی‌اش را فروخت، به قتل رساند[۶]. البته این نوع از جرائم هدف پژوهش نیست و در ادامه به بررسی جرائم مرتبط با اموال و ارتباط آن‌ها با فناوری متاورس خواهیم پرداخت.

---

[۱]. حسین‌زاده سرشکی، اسماء و سیدعلیرضا فروغی، «بررسی فقهی و حقوقی مالیت و مالکیت داده‌های دیجیتال در فضای سایبری»، *دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی*، دوره ۲، شماره ۵، ۱۴۰۴، ص ۴۲.

[۲]. صدر، سیدمحمدباقر، ***اقتصادنا***، قم: مؤسسه بوستان‌کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص ۱۹۷.

[۳]. بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت تسلیم آن ندارد باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

[۴]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***، جلد ۴، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۱۲۶.

[5]. Bermejo Fernandez, Carlos and Hui, Pan, "Life, the Metaverse and Everything: An Overview of Privacy, Ethics, and Governance in Metaverse", *Ethics, and Governance in Metaverse*, 2022,

[6]. online gamer killed for selling virtual weapon(3/1/2024) available at: https://www.smh.com.au/world/online-gamer-killed-for-selling-virtual-weapon-20050331-gdl12j.html/

۳.۱. متاورس و کلاهبرداری

یکی از رایج‌ترین انواع جرائم که کاربران فضای متاورس را تهدید می‌کند، کلاهبرداری است. طبق آمار خبرگزاری‌های خارجی، در سال ۲۰۲۱ ارزش دارایی‌های رمزنگاری شده که هدف ارتکاب جرم کلاهبرداران بوده، حدود ۱۴ میلیارد دلار تخمین زده شده است[۱]. کلاهبرداری در ارتباط با متاورس از طرق مختلف می‌تواند صورت گیرد؛ به‌عبارت‌دیگر، فضای متاورس هم می‌تواند سبب فراهم کردن شرایط برای کلاهبرداری ساده شود که در این صورت شامل ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری[۲] می‌شود و هم بستر را برای کلاهبرداری رایانه‌ای مهیا کند که ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی کتاب *تعزیرات*[۳] به آن پرداخته است. به‌طور کلی، فناوری متاورس می‌تواند زمینه را برای طرق مختلف کلاهبرداری مهیا کند که یکی از آن‌ها فیشینگ[۴] است. در این روش از طریق ایجاد سایت‌های جعلی برای به دست آوردن اطلاعات کاربری افراد و بردن دارایی‌های آن‌ها صورت می‌گیرد. به‌طوری‌که این سایت‌ها می‌توانند از پنل ورود به سیستم ارائه‌دهنده یک کیف پول قانونی یا یک متاورس تقلید نمایند و کاربران به‌جای استفاده از دامنه رسمی از پیوند و لینک ارتباطی فیشینگ استفاده کنند. در این صورت کاربران تصور می‌کنند که به کیف پول یا داده‌های خود دسترسی دارند، درحالی‌که دسترسی به اطلاعات یا داده‌های محرمانه و خصوصی خود را برای کلاهبرداران مهیا کرده‌اند که از این طریق کلاهبرداران داده‌ها یا منافع افراد در متاورس را به نفع خود یا دیگری تحصیل می‌کنند[۵]. در واقع فیشینگ نوعی رفتار متقلبانه محسوب شده و یکی از شیوه‌های ارتکاب جرم کلاهبرداری در فضای سایبر مانند متاورس است. همچنین کلاهبرداران می‌توانند گالری‌های متاورس جعلی برای نمایش و فروش آثار تقلبی ایجاد کنند[۶]. علاوه‌بر این موارد، شیوه‌های دیگری نیز برای کلاهبرداری در متاورس وجود دارد که یکی از شایع‌ترین آن‌ها، پروژه‌های یکپارچه‌سازی با فناوری بالا مانند، پشتیبانی از هوش مصنوعی و واقعیت مجازی است و هدف جذب سرمایه‌گذاران با سرمایه بالاست و هنگامی که سرمایه به حد مطلوب رسید، کلاهبرداران اموال سرمایه‌گذاران را به نفع خود تحصیل می‌کنند و می‌گریزند و هیچ سود یا خدماتی به سرمایه‌گذاران ارائه نمی‌کنند و پروژه را رها می‌کنند[۷]. به‌عبارت‌دیگر، در این روش توسعه‌دهندگان پروژه با وعده‌های فریبنده و دست‌کاری بازار باعث افزایش ناگهانی توکن پروژه می‌شوند، ولی

---

[1]. Crypto scammers took a record $14 billion in 2021(last visit 5/1/2024) available at: https://www.cnbc.com/2022/01/06/crypto-scammers-took-a-record-14-billion-in-2021-chainalysis.html/

[۲]. هرکس از راه حیله و تقلب مردم را به وجود شرکت‌ها یا تجارتخانه‌های یا کارخانه‌ها یا مؤسسات موهوم یا به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد یا به امور غیرواقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیشامدهای غیرواقع بترساند و یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسایل مذکور و یا وسایل تقلبی دیگر وجوه و یا اموال یا اسناد یا حوالجات یا قبوض یا مفاصاحساب و امثال آنها تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد کلاهبردار محسوب و علاوه‌بر رد اصل مال به صاحبش، به حبس از یک تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می‌شود.

[۳]. هرکس به‌طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه‌بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از صد و شصت و پنج میلیون (۱۶۵ /۰۰۰ /۰۰۰) ریال تا هشت صد و بیست و پنج میلیون (۸۲۵ /۰۰۰ /۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

[4]. Fishing

[5]. Zotter. A., "Financial crime in the metaverse is real – how can we fight back?, Wolf Theiss". 2022. available at: https://www.wolftheiss.com/insights/financial-crime-in-the-metaverse-is-real (last visited on 14/10/ 2024). P 2.

[۶]. ترکاشوند، عباس، رضا مالکی‌پور و حامد محمدی سپاسی، «اکوسیستم متاورس با محوریت جرائم مالی در آن»، *چهارمین کنفرانس ملی پدافند سایبری*، ۱۴۰۲، ص ۴.

[۷]. محمودی و صادقی، منبع پیشین، ص ۵۵.

بعد از اینکه خریداران سرمایه‌های خود را وارد بازار کردند، دارایی خریداران را به نفع خود تصاحب می‌کنند و می‌گریزند که در اصطلاح به این روش راگ‌پول[1] (قالی‌کشی) می‌گویند. یکی دیگر از راه‌های کلاهبرداری در متاورس در متاورس ایجاد و فروش NFT[2]های تقلبی است؛ به‌طوری‌که یک‌سری از اشخاص یک توکن غیرقابل تعویض فاقد ارزش ایجاد می‌کنند و یک‌سری معاملات پشت‌سر هم انجام می‌دهند و آن توکن را بین خودشان رد و بدل می‌کنند و برخی از شکارچیان تازه‌کار NFT ممکن است فکر کنند این کار، یک سرمایه‌گذاری ارزشمند است، پس از خرید آن با قیمت بالا، این سرمایه‌گذار متوجه می‌شود که هیچ‌کس نمی‌خواهد این NFT یا توکن را بخرد، زیرا همه خریداران قبلی در واقع همان فرد یا گروهی از افراد بوده‌اند که این NFT جعلی را تولید کرده‌اند. درواقع بسیاری از NFTها اصلاً حجم معاملاتی ندارند. به‌طوری‌که مجرمان می‌توانند NFTهای جعلی ایجاد کنند و آنها را در ازای مبالغ هنگفتی به فروش برسانند[3]. یا ممکن است کلاهبرداران در قبال سرمایه‌ای که دریافت می‌کنند داده یا شیء اشتباه و فاقد ارزش را در اختیار کاربران در دنیای متاورس قرار دهند. برای مثال ممکن است شخصی کفش مجازی باارزشی را سفارش دهد، ولی در قبال پرداخت هزینه آن کفش مجازی مورد نظر خود را دریافت نکند یا داده‌ای که قرار است پس از پردازش توسط ابزارهای مخصوص، مانند کفش، رؤیت شود خراب باشد. سرمایه و هزینه‌های پرداخت شده نیز بر دو قسم در حالت اول کاربران سرمایه‌ای را در دنیای مادی در اختیار کلاهبرداران قرار می‌دهند و در حالت دوم ممکن است داده‌ای دارای ارزش و یا رمز ارزی باشد که در دنیای مجازی متاورس در اختیار کلاهبرداران قرار می‌گیرد و در هر صورت اگر در قبال منفعت دریافت شده خدمت یا کالای مورد نظر دریافت نشود یا چیزی به غیر از آن‌ها دریافت شود. به‌عبارت‌دیگر، داده‌های کاذب و غلط به‌عنوان ورودی به این فناوری ارائه شود که محصول نهایی مدنظر نباشد، کلاهبرداری محقق می‌شود.

۳.۲. متاورس و سرقت

یکی دیگر از جرائم مالی مربوط به حوزه متاورس، سرقت است. واژه سرقت در لغت به‌معنای گرفتن و بردن شیء به‌طور پنهان است و در معنای آن مفهوم خفا و پنهان اخذ شده است. در تعریفی دیگر، سرقت عبارت است از «ربودن مال متعلق به دیگری با قصد محروم‌سازی دائمی صاحب مال از آن و محروم شدن مالک از مال خود است» و سرقت دارای شرایط خاص است که عبارت‌اند از: ۱. مخفیانه بودن ۲. ربودن ۳. منقول بودن و قابلیت جابه‌جایی داشتن ۴. تعلق به غیر داشتن[4]؛ به‌عبارت‌دیگر، با توجه به مفهوم فوق، ربایش با سرقت متفاوت است؛ چراکه ربایش می‌تواند در مرئی و منظر نیز صورت بگیرد. از همین رو در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چندین ماده درخصوص ربایش وجود دارد و سرقت و ربایش از یکدیگر تمییز داده شده‌اند. مانند ماده ۶۵۷ کتاب *تعزیرات*[5] که از کیف‌قاپی به‌عنوان ربودن مال غیر یاد کرده است. خود سرقت نیز در سیاست جنایی ایران به دو بخش حدی و تعزیری تقسیم می‌شود و برای هریک متناسب با

---

[1]. Rug Pull

[2]. توکن‌های غیرقابل تعویض (NFT) نوعی توکن مبتنی بر بلاک‌چین هستند و با یک کالای غیرقابل تعویض مطابقت دارند. این اقلام باید منحصربه‌فرد باشند، مانند یک نقاشی، کالای کلکسیونی یا قطعه موسیقی. مالک کالا می‌تواند NFTهایی را براساس کالا ایجاد کند تا مالکیت خود را تضمین کند. سپس NFT به‌عنوان نوعی گواهی اصالت و مالکیت در دنیای مجازی عمل می‌کند.

[3]. Alessa. **What Is Cryptocurrency Wash Trading?** 2023. available at: https://alessa.com/blog/crypto-wash-trading/ (last visited on 08/10/ 2024).

[4]. اعتمادی، امیر، ***جرائم مالی***، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۴۰۳، صص ۲۴-۴۹.

[5]. هرکس مرتکب ربودن مال دیگری از طریق کیف‌زنی – جیب‌بری و امثال آن شود به حبس از شش ماه تا دو سال و شش ماه و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

شرایط وقوع، ماده‌ای خاص و به‌تبع آن مجازات خاص وجود دارد. یکی از انواع سرقت‌ها که در سیاست جنایی و قانون مجازات به آن پرداخته شده است، سرقت رایانه‌ای است. در متاورس نیز با توجه به آنکه داده‌ها از منابع گوناگون به دست می‌آیند، احتمال وقوع سرقت نیز زیاد می‌شود. سرقت هویت، هک داده‌ها، نقض‌ها و سایر جرائم مالی همگی در متاورس ممکن است؛ زیرا هدف بیشتر آن‌ها سرقت اطلاعات شخصی و دسترسی به کیف پول دیجیتال افراد برای فعالیت‌های غیرقانونی است. سرقت داده‌ها و اطلاعات می‌تواند در هریک از مراحل جمع‌آوری، ذخیره‌سازی، پردازش داده‌ها به وقوع پیوندد. سرقت داده‌های مرتبط با رمز یکی از انواع سرقت در متاورس است که شامل هرگونه اقدام در راستای سرقت اطلاعات، سرقت کلید خصوصی اشخاص و در اختیار گرفتن رمز ارز اشخاص جهت خارج‌سازی دارایی‌های رمز ارز اشخاص از کیف پول ایشان و انتقال این دارایی‌ها به کیف پول دیگر می‌شود[1]. ازسوی‌دیگر، بسیاری از هکرها از آسیب‌پذیری‌های موجود در قراردادهای هوشمند برای سرقت دارایی‌های رمزنگاری شده سوءاستفاده می‌کنند. همچنین، تعداد زیادی قرارداد هوشمند در متاورس وجود دارد. بنابراین، مجرمان سایبری می‌توانند از قراردادهای هوشمند با ساختار ضعیف یا آسیب‌پذیری‌های موجود در قراردادهای هوشمند نیز برای سرقت ارزهای دیجیتال و NFTها در متاورس استفاده کنند و در همین رابطه در سپتامبر ۲۰۲۰، یکی از توسعه‌دهندگان Yearn Finance یک بازی NFT به نام Eminence Finance توسعه داد که توکن مخصوص به خود به نام EMN را دارد. برخی از سرمایه‌گذاران بدون درک زیاد از این پروژه، این توکن را کشف کردند و در عرض چند ساعت ۱۵ میلیون دلار EMN ضرب کردند. آنها از یک قرارداد هوشمند طراحی شده برای امکان تبادل DAI (یک کوین پایدار) با EMN برای تأمین مالی خریدهای درون بازی استفاده کردند. بااین‌حال، یک هکر راهی برای تخلیه وجوه موجود در قرارداد کشف کرد که باعث کاهش چشمگیر قیمت توکن شد[2]. از آنجایی که سرقت‌های یاد شده در متاورس که یک جهان و جامعه‌ای مجازی است به وقوع پیوسته است؛ شامل ماده ۷۴۰ قانون مجازات اسلامی کتاب *تعزیرات*[3] می‌شود. به‌طور خلاصه می‌توان گفت که فناوری متاورس با توجه به جدید بودن و برخی از ویژگی‌ها مانند غیر متمرکز بودن آن بستری مناسب برای ارتکاب برخی جرائم مالی مانند سرقت است.

۳.۳. متاورس و پول‌شویی

پول‌شویی فرایندی است که طی آن پول غیرقانونی یا کثیف که حاصل فعالیت‌های مجرمانه است، در چرخه‌ای از فعالیت‌ها و معاملات با گذر از مراحلی شسته و به پول قانونی و تمیز تبدیل می‌شود[4]. طبق ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، پول‌شویی عبارت است از: الف) تحصیل، تملک، نگهداری یا استفاده از عواید حاصل از ارتکاب جرائم با علم به منشأ مجرمانه آن. ب) تبدیل، مبادله یا انتقال عوایدی به‌منظور پنهان یا کتمان کردن منشأ مجرمانه آن با علم به اینکه به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرم به دست آمده یا کمک به مرتکب جرم منشأ به‌نحوی‌که وی مشمول آثار و تبعات

---

[1]. ترکاشوند، مالکی پور و محمدی سپاسی، منبع پیشین، ص ۷.

[2]. J. Wu, K. Lin, D. Lin, Z. Zheng, H. Huang and Z. Zheng, "Financial Crimes in Web3-Empowered Metaverse: Taxonomy, Countermeasures, and Opportunities", *in IEEE Open Journal of the Computer Society*, volume 4, 2023, pp 37-49.

[3]. هرکس به‌طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را برباید، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، به جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰۰۰۰۰۰) ریال تا صد و شصت و پنج میلیون (۱۶۵۰۰۰۰۰۰) ریال و در غیر این صورت به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از شصت و شش میلیون (۶۶۰۰۰۰۰۰) ریال تا دویست و شصت و چهار میلیون (۲۶۴۰۰۰۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

[4]. احمدی جویباری، مهدی، «جرم پول‌شویی و تبیین عوامل شیوع وگسترش آن در جوامع»، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۵۸.

قانونی ارتکاب آن جرم نشود. پ) پنهان یا کتمان کردن منشأ، منبع، محل، نقل و انتقال، جابه‌جایی یا مالکیت عوایدی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه جرم تحصیل شده باشد.

این عمل از طرق مختلف قابلیت انجام دارد؛ به‌طور مثال، طی آن یک معامله‌گر، اوراق بهادار را به‌منظور ارائه اطلاعات گمراه‌کننده به بازار، خرید و فروش می‌کند. در برخی شرایط، پول‌شویی توسط یک معامله‌گر و یک کارگزار که با یکدیگر تبانی می‌کنند، انجام می‌شود و در برخی مواقع توسط سرمایه‌گذارانی که هم به‌عنوان خریدار و هم فروشنده اوراق بهادار عمل می‌کنند، انجام می‌شود[1]. متاورس نیز به‌دلیل نقص و فقدان مقررات حول معاملات آن نظیر معاملات اِن‌اِف‌تی(NFT) سبب گسترش تهدیداتی مانند افزایش پول‌شویی می‌شود. متاورس در کنار همه فرصت‌های اقتصادی که ارائه می‌دهد، به‌دلیل استفاده از تکنیک‌های پیچیده‌ای که در انجام معاملات در اختیار کاربران خود قرار می‌دهد، سبب شده است تا مبدأ معاملات پوشیده بماند. ازاین‌رو، مجرمین به‌خصوص پول‌شویان را برای استفاده از این فناوری تحریک و ترغیب می‌کند[2]. از دیدگاه مجرمین پول‌شویی، فناوری متاورس، بستری با ظرفیت‌های مناسب برای پنهان کردن منشأ غیرقانونی تراکنش‌ها و درآمدهای غیرقانونی آن‌هاست. زیرا اولین علتی که سبب انجام پول‌شویی در متاورس می‌شود، ماهیت غیرمتمرکز صنعت بلاک‌چین و ناشناس بودن برخی پلتفرم‌هاست که سبب می‌شود تا شناسایی کاربران سیاه شرکت‌کننده در تجارت شست‌وشو با دشواری روبه‌رو شود[3]. افزون‌بر آن، علت دیگر برای پول‌شویی از طریق متاورس، ناشناس بودن شخصی است که معاملات را انجام می‌دهد، زیرا هیچ قانونی وجود ندارد که کاربران را ملزم احراز هویت کند[4]. درحالی‌که انجام پول‌شویی از طریق انتقال وجوه بین حساب‌های بانکی ریسک شناسایی را به همراه دارد و در هر صورت‌حساب را می‌توان به شخص خاصی مرتبط کرد که خود پول‌شویی را انجام داده است یا از طریق آن حساب پول‌شویی را انجام داده است. مورد دیگری که سبب می‌شود تا فناوری متاورس برای انجام پول‌شویی مناسب باشد این است که از طریق متاورس می‌توان معاملات با ارزش‌ها و مبالغ بالا و هنگفت را انجام داد، بدون اینکه شخص یا نهاد خاصی مشکوک شود[5]. به‌عبارت‌دیگر متاورس را می‌توان به‌عنوان کانالی برای شستن وجوه غیرقانونی، خواه از جرائم دنیای واقعی یا اینکه مبتنی‌بر رمزنگاری باشد، در نظر گرفت. با کمک این فناوری، وجوه را می‌توان با دارایی‌های مبتنی‌بر متاورس مانند زمین،NFT یا دارایی‌های رمزنگاری مرتبط با متاورس رد و بدل کرد و سرمایه‌های غیرقانونی را از این طریق، تطهیر کرد. به‌طور مثال، تاجران مواد مخدر می‌توانند درآمد حاصل از فروش مواد مخدر را که معمولاً نیز مبالغ هنگفتی‌اند، به NFTتبدیل کنند، بدون اینکه شناسایی شوند یا کسی به حجم معاملات آن‌ها مشکوک شود. البته پول‌شویی محدود به این موارد نمی‌شود و متاورس به طرق دیگر سبب گسترش پول‌شویی می‌شود.

---

1. Chen, James, “Wash Trading: What It Is and How It Works, With Examples”, 2022. https://www.investopedia.com/terms/w/washtrading.asp#citation-8/

2. Money Laundering Threats To Metaverse (last visit 2024/1/16) available at: https://financialcrimeacademy.org/money-laundering-threats-to-metaverse/

3. Alessa. Op. Cit.

4. 31. Kelly C, Lynes A., **The Democratization of White-Collar Criminality in Video Games.** In: Kelly C, Lynes A (eds), *Video Games Crime and Next-Gen Deviance.* Emerald, 2020, P 114. https://www.researchgate.net/publication/342130412_The_Democratisation_of_White-collar_Criminality_in_Video_Games/

5. Mooij, A., *Regulating the Metaverse Economy, How to Prevent Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Springer Nature Switzerland, 2024, P 27.

۳.۴. متاورس و تأمین مالی تروریسم

با گسترش تکنولوژی، علاوه‌بر اینکه می‌توان از محصولات آن در راه تسهیل زندگی و پیشرفت تمدن استفاده کرد، می‌شود در راه سیاه نیز از آن استفاده کرد و امروزه فناوری متاورس در خدمت تروریسم نیز قرار گرفته است و برای رسیدن به اهداف خود از آن استفاده می‌کند. فناوری متاورس از دو جهت برای تروریسم سودآوری دارد: در وهله اول موجب کاهش هزینه‌های آن می‌شود؛ برای مثال این فناوری موجب تسهیل در امر آموزش افراد در خدمت تروریسم می‌شود. در واقع تروریست‌ها از پلتفرم‌های آنلاین مختلف برای آموزش مهاجمان استفاده می‌کنند. آن‌ها از طریق متاورس و واقعیت افزوده و یا واقعیت مجازی می‌توانند نحوه ساخت سلاح‌های شیمیایی، انواع بمب‌ها و یا نحوه حملات به تأسیسات زیرساختی و نحوه انجام حملات سایبری را آموزش دهند، بدون اینکه همه آن‌ها در مکان مشخصی حضور داشته باشند و خطری آن‌ها را تهدید کند و یا برای آموزش افراد و تهیه وسایل و مهمات هزینه زیادی صرف کنند[1]. در گام بعدی متاورس شرایط را برای جذب و تأمین سرمایه برای گروه‌های تروریستی مهیا می‌سازد؛ وجود ارزهای رمزنگاری‌شده چشم‌اندازهای وسیع‌تری را برای تأمین مالی ناشناس در اختیار تروریست‌ها قرار داده است؛ چراکه در این صورت فهرست‌های سیاه مالی و معمولاً، گام‌هایی که در حال حاضر برای مقابله با تأمین مالی تروریسم استفاده می‌شود اثربخشی اندکی خواهند داشت[2]. در واقع منشأ سرمایه‌های تأمین‌شده برای فعالیت‌های تروریستی ناشناس می‌ماند و مقابله با این پدیده تروریسم را دشوار می‌سازد و کسانی قصد تأمین مالی گروه‌های تروریستی را داشته باشند با خیال آسوده اقدام به انجام این کار می‌کنند. احتمالاً از افراد خواسته می‌شود که یک کیف پول ارز دیجیتال برای دسترسی به متاورس و حفظ سرمایه‌گذاری دیجیتال خود داشته باشند، که باعث افزایش استفاده از آنها می‌شود. نگرانی‌های فزاینده ای در مورد استفاده از ارزهای رمزنگاری‌شده در تأمین مالی تروریسم به‌دلیل ناشناس بودن، امکان پرداخت فوری و قابلیت انجام نقل و انتقالات برون‌مرزی بدون نظارت هیچ مقام دولتی یا بانک وجود دارد. به‌عنوان مثال، دارایی‌های رمزنگاری‌شده را می‌توان برای پول‌شویی یا جمع‌آوری سرمایه استفاده کرد. ردیابی معاملات و تراکنش‌ها در متاورس به‌دلیل پیوند قوی آن با ارزهای دیجیتال بسیار دشوارتر خواهد بود. می‌توان تصور کرد که با استفاده از مصنوعات هویتی، مانند صلیب شکسته یا نمادهای تروریستی، به‌عنوان NFT پول به دست می‌آید که سپس برای شخصی‌سازی آواتارها و نشان دادن وابستگی فرد به سازمان‌های تروریستی استفاده می‌شود. گروه‌های تروریستی می‌توانند ذخایر مالی خود را تقویت کنند و جوامع خود را از طریق نمایش‌های آنلاین یا مسابقات آواتار، که در حال حاضر برای افزایش بودجه سازمان‌دهی می‌شوند، تقویت کنند. این گونه تأمین مالی غیرمتمرکز می‌تواند به سازمان‌های تروریستی در ایجاد اکوسیستم‌های آنلاین و مدیریت متارون‌های خود کمک کند؛ نگرانی‌ای که در گزارش شورای اتحادیه اروپا ذکر شده است[3].

نتیجه‌گیری

پیشرفت‌های چشمگیر در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات، سبب ظهور فناوری‌های جدید شده است که یکی از این فناوری‌ها متاورس است. این فناوری روبه‌رشد، توانایی تجمیع و تحلیل حجم عظیمی از اطلاعات را داراست و بر حوزه‌های

[1]. Weimann & Dimant, op. cit. pp 97-100.

[2]. Debuire, D., **TERRORIST Use of the Metaverse: New Opportunities And New Challenges**, Security Distillery. 2022, available at: https://thesecuritydistillery.org/all-articles/terrorism-and-the-metaverse-new-opportunities-and-new-challenges (last visited on: 19/8/2024).

[3]. Council of the European Union, "The Metaverse in the Context of the Fight Against Tterrorism", 2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9292-2022-INIT/en/pdf.

مختلف مانند اقتصاد، سیاست و روابط اجتماعی تأثیر داشته است و حتی سبب شده تا برخی از شرکت‌های بزرگ به سرمایه‌گذاری در این عرصه روی آورند. این فناوری با توجه به مزایایی که دارد به‌سرعت درحال‌گسترش و همه‌گیر شدن است Y اما از آنجایی که هنوز درحال‌تکمیل شدن است و نواقصی دارد و با چالش‌هایی مانند نبود مقررات کافی، نقص در نظارت، ناتوانی سیستم‌های امنیتی در تشخیص و پیشگیری از جرائم، حریم خصوصی، امنیت فنی و امکان تقلب روبه‌رو است و زمینه را برای ارتکاب جرائم فراهم می‌کند و به‌دلیل ارائه فرصت‌های بی‌سابقه در حوزه فعالیت‌های مالی یک دسته از جرائمی‌که که متاورس بستر مناسب برای ارتکاب آن را فراهم می‌کند، جرائم مالی‌اند و فناوری متاورس، به‌عنوان یک پدیده نوظهور، ممکن است تأثیر بسزایی در افزایش ارتکاب جرائم مالی داشته باشد. مطالعه و بررسی‌های انجام شده در این رابطه نشان داده است که استفاده از فناوری متاورس که یک فناوری نوپدید درحال‌توسعه است و خود نیز از فناوری‌های دیگری نظیر واقعیت مجازی، بلاک‌چین و سایر فناوری‌ها بهره می‌برد، می‌تواند شرایطی را فراهم کند که سبب افزایش ارتکاب جرائم مالی نظیر کلاهبرداری، سرقت، پول‌شویی یا حتی تأمین مالی تروریسم شود؛ چراکه به‌دلیل داشتن برخی از ویژگی‌ها مانند اینکه افراد هر چیز را در آن به‌صورت غیرمتمرکز کنترل می‌کنند، بدون اینکه مدیریت آن‌ها در دست نهاد دولتی خاصی باشد و نبود قانون خاصی که کاربران را ملزم به احراز هویت کند که همین امر سبب ناشناس بودن کاربران می‌شود و همچنین نبود ناظر در این بستر که بر رفتار کاربران و انجام معاملات آن‌ها نظارت داشته باشد، سبب شده تا جرائمی مانند سرقت، پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم در فضای متاورس به‌راحتی انجام شود. افزون‌بر آن، ناآگاهی برخی کاربران سبب می‌شود تا هدف مناسبی برای کلاهبرداری باشند. به‌طور خلاصه، فناوری متاورس شرایطی را فراهم می‌کند تا کاربران خود مرتکب این دسته از جرائم باشند. یا اینکه به‌دلیل چالش‌هایی که با آن مواجه است، سبب می‌شود کاربران بزه‌دیدگان جرائم مالی باشند. این نتیجه نشان می‌دهد که دید جامع و گسترده‌ای نسبت به تأثیرات اجتماعی و اقتصادی فناروی متاورس مورد نیاز است. از طرف دیگر به‌منظور پیشگیری و کاهش جرائم مالی در این بستر سایبری می‌توان اقداماتی لازم نظیر ایجاد یک پلیس تخصصی یا ایجاد یک واحد مجزا در پلیس فتا به‌منظور حضور مخفیانه در پلتفرم‌های معروف و فراگیر متاورس برای نظارت بر متاورس و همچنین نظارت بر تراکنش‌ها و تحلیل رفتار مشکوک در آن را نام برد؛ به‌عنوان مثال، ایجاد واحد مجزا در پلیس فتا نقش مؤثری در نظارت بر انجام معاملات هنگفت و تراکنش‌های بالا دارد؛ همچنین ایجاد یک سامانه منسجم به‌منظور احراز هویت کاربران و افراد دارای فعالیت در بستر متاورس با هدف ایجاد علم برای کاربران در رابطه با توانایی شناسایی آن‌ها درصورت ارتکاب جرم یا آموزش به کاربران برای افزایش اگاهی درمورد چالش‌ها و خطرات متاورس قبل از حضور در بستر متاورس و استفاده از کیف پول‌های دیجیتالی امن و معتبر به همراه رمزنگاری قوی توسط کاربران به‌منظور پیشگیری از سرقت و کلاهبرداری امری مؤثر است. افزون‌بر این موارد برای انجام معاملات مالی در متاورس، می‌توان از قراردادهای هوشمند با امنیت بالا بررسی شده توسط کارشناسان امنیتی استفاده کرد تا از وجود حفره‌های امنیتی جلوگیری شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اعتمادی، امیر، ***جرائم مالی***، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۴۰۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***، جلد ۴، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۳. حسنی، ابوالحسن، ***مالکیت در فضای مجازی از منظر فقهی***، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۳۹۹.

عربی

٤. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الالمامیة شیخ طوسی***، جلد ۶، تهران: المکتبة المرتضویة، چاپ سوم، ۱۳۸۷.

٥. صدر، سیدمحمدباقر، ***اقتصادنا***، قم: مؤسسه بوستان‌کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۵.

٦. نجفی، محمدحسن، ***جواهر الکلام***، جلد ۲۲، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲.

مقاله

۷. احمدی جویباری، مهدی، «جرم پول‌شویی و تبیین عوامل شیوع و گسترش آن در جوامع»، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۶۸-۵۷.

۸. ترکاشوند، عباس، رضا مالکی‌پور و حامد محمدی سپاسی، «اکوسیستم متاورس با محوریت جرائم مالی در آن»، *چهارمین کنفرانس ملی پدافند سایبری*، ۱۴۰۲.

۹. حسین‌زاده سرشکی، اسماء و سیدعلیرضا فروغی، «بررسی فقهی و حقوقی مالیت و مالکیت داده‌های دیجیتال در فضای سایبری»، *دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی*، دوره ۲، شماره ۵، ۱۴۰۴، صص۵۳-۳۵.

۱۰. عاکفی قاضیانی، موسی، سیدمصطفی میلانی و وحید عاکفی قاضیانی، «متاورس و چالش‌های حقوقی در حوزه حقوق اموال»، *مجله حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۳، شماره ۶، ۱۴۰۱، صص ۱۵۳-۱۴۲.

۱۱. عبدی‌پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های مجازی»، *فصلنامه راهبرد اجتماعی فرهنگی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۶، صص ۷۴-۵۳.

۱۲. محبی، فاطمه، «تکنولوژی، "واقعیت افزوده" و کاربرد آن در آموزش زیست‌شناسی»، *پژوهش در آموزش زیست‌شناسی*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص۸۴-۷۳.

۱۳. محمد باقری، زهرا و سیدمجتبی سیدباقری، «مد سریع در جهان مادی و متاورس»، *فصلنامه مطالعات حقوقی فضای مجازی*، دوره ۱، شماره ۴، ۱۴۰۱، صص۷۸-۶۴. Doi: 10.30495/cyberlaw.2023.699220

۱٤. محمودی، محسن و سالار صادقی، «متاورس و تأثیر آن بر سبک زندگی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی فضای مجازی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۶۲-۴۴.

۱۵. مهپور، علیرضا و مهسا اکبری، «تأثیر استفاده از فناوری واقعیت مجازی بر قصد رفتاری مصرف‌کننده در صنعت مسکن»، *فصلنامه توسعه تکنولوژی صنعتی*، دوره ۱۹، شماره ۴۴، ۱۴۰۰، صص۲۲-۳. Doi: 20.1001.1.26765403.1400.19.44.1.4

References

Books

1. Etemadi, Amir, *Financial Crimes,* Volume 2, Tehran: Mizan, Second Edition, 2024. (In Persian)
2. Hassani, Abul Hasan, *Ownership in Cyberspace from a Jurisprudential Perspective,* Tehran: National Center for Cyberspace, 2010. (In Persian)
3. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, *Detailed in Legal Terminology*, Volume 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, First Edition, 1999. (In Persian)
4. Mooij, A., *Regulating the Metaverse Economy, How to Prevent Money Laundering and the Financing of Terrorism,* Springer Nature Switzerland, 2024.
5. Najafi, Mohammad Hassan, *Jewel of speech*, Volume 22, Beirut: House for the Revival of Arab Heritage, Seventh Edition, 1983. (In Arabic)

6. Sadr, Sayyed Mohammad Bagher, *Our Economy*, Qom: Book Garden Institute, Second Edition, 2006. (In Arabic)
7. Sheikh Tousi, Abu Jafar Mohammad Ibn Hassan, *Detailed in Imamieh Jurisprudence by Sheikh Tousi*, Volume 6, Tehran: Mortazavi Library, Third Edition, 2008. (In Arabic)

Articles

8. Abdi-Pour-Fard, Ebrahim and Morteza Wesali Naseh, "Jurisprudential and Legal Aspects of Virtual Games", *Socio-Cultural Strategy Quarterly*, Volume 6, Issue 2, 2017, PP. 53-74. (In Persian)
9. Ahmadi Jouybari, Mehdi, "The Crime of Money Laundering and the Explanation of the Factors of Its Prevalence and Expansion in Societies", *Quarterly Journal of Political Science, Law and Jurisprudence Studies,* Issue 2, 2016, PP 57-68. (In Persian)
10. Akefi Ghaziani, Mousa, Sayyed Mostafa Milani and Vahid Akefi Ghaziani, "Metaverses and Legal Challenges in the Field of Property Law", *Journal of Law of New Technologies*, Volume 3, Issue 6, 2022, PP 142-153. (In Persian)
11. Bermejo Fernandez, Carlos and Hui, Pan, "Life, the Metaverse and Everything: An Overview of Privacy", *Ethics, and Governance in Metaverse*, 2022. https://doi.org/10.13140/RG.2.2.35094.63042
12. Chen, James, "Wash Trading: What It Is and How It Works, With Examples", 2022. https://www.investopedia.com/terms/w/washtrading.asp#citation-8.
13. Council of the European Union, "The Metaverse in the Context of the Fight Against Tterrorism", 2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9292-2022-INIT/en/pdf.
14. Dionisio, J.D.N.; Burns, W.G., III; Gilbert, R., "3D Virtual Worlds and the Metaverse", *ACM Comput.Surv*, Volume 45, Issue 3, 2013, pp 1–38. https://doi.org/10.1145/2480741.2480751.
15. Donaldson, Tara. "Year in Review: What Exactly Is the Metaverse? The Simplest Explanation of What It Means for Fashion", 2021, pp 12- 22 https://wwd.com/business-news/business-features/what-is-metaverse-simple-explainer-meta-zuckerberg-digital-fashion-1235015619/
16. Hayes, Adam, "Blockchain Facts: What Is It, How It Works, and How It Can Be Used", 2023. https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp
17. Hossein Zadeh Sareshki, Asmaa and Sayyed Alireza Foroughi, "A jurisprudential and legal study of the property and ownership of digital data in cyberspace", *Bi-Quarterly Journal of Jurisprudence and Private Law,* Volume 2, Issue 5, 2025, PP 35-53. (In Persian)
18. Iansiti, Marco. Lakhani. K, R., "The Truth About Blockchain", *Harvard Business Review*, Volume 95, Issue 1, 2017, PP 118-127.
19. J. Wu, K. Lin, D. Lin, Z. Zheng, H. Huang and Z. Zheng, "Financial Crimes in Web3-Empowered Metaverse: Taxonomy, Countermeasures, and Opportunities", *IEEE Open Journal of the Computer Society*, Volume 4, 2023, pp 37-49, DOI: 10.1109/OJCS.2023.3245801/
20. Mahmoudi, Mohsen and Salar Sadeghi, "Metaverse and its Impact on Lifestyle", *Legal Studies in Cyberspace Quarterly*, Volume 1, Issue 4, 2022, PP 44-62. (In Persian)
21. Mahpour, Alireza and Mahsa Akbari, "The effect of using virtual reality technology on consumer behavioral intention in the housing industry", *Quarterly Journal of Industrial Technology Development*, Volume 19, Issue 44, 2021, PP 3-22. (In Persian) Doi: 20.1001.1.26765403.1400.19.44.1.4
22. Mohammad Bagheri, Zahra and Sayyed Mojtaba Sayyed Bagheri, "Fast Fashion in the Material World and the Metaverse", *Legal Studies in Cyberspace Quarterly*, Volume 1, Issue 4, 2022 , PP 64-78. (In Persian) Doi: 10.30495/cyberlaw.2023.699220
23. Mohebbi, Fatemeh, "Technology, "Augmented Reality" and its Application in Biology Education", *Research in Biology Education Quarterly,* Volume 1, Issue 3, 2019, PP 73-84. (In Persian)

Other '*Real'". Information Systems Journal*, Volume. 29, Issue 3, 2019, pp 707–737. https://doi.org/10.1111/isj.12230/
25. Torkashvand, Abbas, Reza Maleki-Pour and Hamed Mohammadi Sepasi, "Metaverse Ecosystem with a Focus on Financial Crimes in It", *Fourth National Conference on Cyber Defense*, 2023. (In Persian)
26. Vidal-Balea, A.; Blanco-Novoa, Ó.; Fraga-Lamas, P.; Fernández-Caramés, T.M.; "Developing the Next Generation of Augmented Reality Games for Pediatric Healthcare: An Open-Source Collaborative Framework Based on ARCore for Implementing Teaching, Training and Monitoring Applications", *Sensors*, Volume 21, Issue 5, 2021, Doi: 10.3390/s21051865
27. Weimann, Gabriel. Dimant, Roy. "The Metaverse and Terrorism: Threats and Challenges", *Perspective on Terrorism. Issue XVII*, Volume 17, Issue 2, 2023, pp 92-107.

Internet Resources

28. Alessa. **What Is Cryptocurrency Wash Trading?**, 2023. Available at: https://alessa.com/blog/crypto-wash-trading/ (last visited on 08/10/ 2024).
29. Debuire, D., **Terrorist Use of the Metaverse: New Opportunities And New Challenges**. Security Distillery, 2022. available at: https://thesecuritydistillery.org/all-articles/terrorism-and-the-metaverse-new-opportunities-and-new-challenges (last visited on: 19/8/2024).
30. Intelligence, Bloomberg, **Metaverse May be $800 Billion Market, Next Tech Platform**. 12 01, 2021. https://www.bloomberg.com/professional/blog/metaverse-may-be-800-billion-market-next-tech-platform/.
31. Kelly C, Lynes A., **The Democratization of White-Collar Criminality in Video Games.** In: Kelly C, Lynes A (eds), *Video Games Crime and Next-Gen Deviance.* Emerald, 2020. https://www.researchgate.net/publication/342130412_The_Democratisation_of_White-collar_Criminality_in_Video_Games/ Doi: 10.1108/978-1-83867-447-220201007
32. **Money Laundering Threats To Metaverse,** 2021. https://financialcrimeacademy.org/money-laundering-threats-to-metaverse/
33. Neuburger Jeffrey D., Proskauer Rose LLP, **In the Coming 'Metaverse', There May Be Excitement but There Certainly Will Be Legal Issues**, *National Law Review*, Friday, December 3, 2021. https://newmedialaw.proskauer.com/2021/12/03/in-the-coming-metaverse-there-may-be-excitement-but-there-certainly-will-be-legal-issues/ (last visited on: 20/8/2024).
34. Zotter. A., **Financial Crime in the Metaverse is Real –How Can We Fight Back?.** Wolf Theiss, 2022. available at: https://www.wolftheiss.com/insights/financial-crime-in-the-metaverse-is-real/ (last visited on 14/10/ 2024)

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 261-282 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

An Analysis of the Legal Dimensions of Online Price Discrimination from the Perspective of Competition Law and Data Protection Law in the EU Legal System

AmirAbbas Alaedini[1], Fateme Faghih[2]

Highlights

- The effects of algorithmic price discrimination depend on market structure and access to data, and may, depending on the circumstances, produce both pro-competitive and welfare-enhancing effects as well as exploitative effects
- Under European Union competition law, personalized price discrimination does not yet fully correspond to traditional patterns of abuse of a dominant position; however, where it disrupts competition or reinforces market power, it may become subject to competition law intervention.
- The use of personal data for personalized pricing requires compliance with data protection requirements, particularly lawfulness, transparency, and informed consent, while regulating this phenomenon requires simultaneous consideration of competition, welfare, distributive justice, and data protection.

ABSTRACT

Introduction

The development of digital markets and the growing use of personal data and advanced algorithms have significantly transformed traditional pricing practices. In digital markets, firms can use behavioral data and other information about users to identify their characteristics, preferences, and price sensitivity, and consequently offer different prices to different consumers. This practice, commonly referred to as personalized or algorithmic price discrimination, provides firms with a greater capacity to differentiate among consumers than traditional forms of price discrimination and, in some cases, may enable them to set individualized prices for consumers. The expansion of this practice, alongside its economic and welfare effects, has raised questions concerning the scope of competition law and the requirements of personal data protection. The importance of this issue lies partly in the fact that personalized price discrimination does not produce the same effects in all markets. Under certain conditions, offering prices according to consumer characteristics may increase competition, create greater price variety, and potentially improve consumer welfare. In contrast, in concentrated or monopolistic markets, extensive access to personal data may enable firms to exploit consumers more effectively, strengthen market power, and reduce transparency. At the

How to Cite: Alaedini, AmirAbbas, Faghih, Fateme, "An Analysis of the Legal Dimensions of Online Price Discrimination from the Perspective of Competition Law and Data Protection Law in the EU Legal System", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 261-282.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242825.3016 Received: 09/12/2025-Accepted: 18/04/2026

1. Assistant Professor, Institute of Culture & Communication, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: amirabbas.alaedini@atu.ac.ir
2. L.L.M Student, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i Univerity, Tehran, Iran

Copyright: © 2026 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/).

same time, personalized pricing generally requires the processing of personal data and therefore raises questions under data protection law, particularly concerning the lawfulness of processing, transparency, and user consent. Against this background, this study examines the economic and legal dimensions of personalized price discrimination to determine under what circumstances this pricing practice may raise concerns under competition law and personal data protection law in the European Union.

Methods

This study adopts a descriptive-analytical method and draws on economic and legal studies as well as relevant case studies concerning online markets. It first examines the concept of price discrimination, its principal forms, and the conditions required for its implementation. It then focuses on the specific characteristics of algorithmic personalized price discrimination, including the role of personal data, algorithms, and the ability of firms to differentiate among consumers. Subsequently, the study examines the effects of price discrimination under different market structures, with particular attention to competition, consumer welfare, market power, and distributive considerations. The practice is then analyzed within the framework of European Union competition law, including its potential relationship with the rules concerning abuse of a dominant position and other competition concerns. The study also considers personalized price discrimination from the perspective of personal data protection law, focusing on the requirements governing data processing, consent, and transparency. Finally, the economic and legal findings are combined to examine the possibility of adopting a multidimensional approach to the assessment and regulation of this practice.

Results and Discussions

The findings indicate that the effects of algorithmic price discrimination cannot be assessed independently of market structure and firms' access to consumer data. In relatively competitive markets, personalized pricing can enable firms to offer a wider range of prices and, under certain conditions, may contribute to increased competition and consumer welfare. The same mechanism may nevertheless produce different consequences in concentrated or monopolistic markets. Greater access by dominant firms to consumers' behavioral data can enable them to estimate consumers' willingness to pay more accurately and extract a greater portion of consumer surplus. Consequently, the risks of consumer exploitation and strengthened market power may increase. From the perspective of European Union competition law, one of the main challenges is that personalized price discrimination, unlike many traditional forms of discriminatory conduct, is applied directly to final consumers and does not necessarily correspond to established patterns of anticompetitive behavior. Accordingly, the mere fact that different consumers are offered different prices is not, by itself, sufficient to justify competition law intervention. The legal assessment should take into account the structure of the relevant market, the firm's degree of market power, the nature of the product or service, the intensity of competition, and the actual or potential effects of the conduct on the market. At the same time, where algorithmic price discrimination results in harm to competition, consolidation of a dominant position, or barriers to entry of competitors, it may become relevant under the rules governing abuse of dominance. A case-by-case assessment that takes the particular circumstances of each market into account is therefore important in evaluating this pricing practice. The economic analysis also indicates that price discrimination cannot be regarded as inherently anticompetitive or welfare-enhancing. Its effects depend on the way in which data are used, the structure of the market, and the degree of market power held by the firm. A general prohibition of all forms of personalized pricing may therefore conflict with its potentially beneficial effects in certain markets, while ignoring its risks in concentrated markets may contribute to increased market power and consumer exploitation. From the perspective of personal data protection law, personalized pricing generally involves the collection, processing, and analysis of information concerning users. Such information may include search and purchase histories, users' behavior on websites, location information, cookies and other online identifiers, and behavioral patterns. Personalized pricing may therefore fall within the scope of personal data protection rules. Under the European Union data protection framework, firms must have a lawful basis for processing personal data and provide users with clear and accessible information concerning the purposes and manner of processing. In cases where consent constitutes the legal basis for processing, informed consent assumes particular importance, since consumers may not agree to the use of their personal data for individualized pricing. The use of cookies and similar technologies may also trigger specific requirements concerning user consent. Transparency requirements may also affect the effectiveness of personalized price discrimination itself. When consumers become aware of personalized pricing and the ways in which their data are used, they may respond by restricting firms' access to personal data, using anti-tracking tools, deliberately altering their behavioral patterns, or adopting other similar measures. These responses may reduce the ability of algorithms to identify consumers' characteristics accurately. Data protection therefore concerns not only

the lawfulness of information processing but may also indirectly affect the ability of firms to implement personalized pricing models effectively.

Conclusion

Personalized price discrimination is an emerging phenomenon in the digital economy that connects the use of personal data and algorithms with pricing decisions. The findings of this study indicate that its effects depend on market conditions and the manner in which data are accessed and used, and therefore cannot be assessed solely by reference to the concept of price discrimination. From the perspective of competition law, particular attention should be paid to the effects of the practice on competition, market power, and the conditions of entry for competitors. From the perspective of data protection law, the lawfulness of processing, transparency, and informed consent are particularly important. Accordingly, the regulation of algorithmic personalized price discrimination requires a multidimensional approach that considers economic efficiency, competition, consumer welfare, and distributive concerns alongside the protection of personal data.

Keywords: Digital Markets, Price Discrimination, Competition Law, Personal Data, Algorithmic Personalization.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

بررسی ابعاد حقوقی تبعیض قیمتی آنلاین از منظر حقوق رقابت و حقوق حمایت از داده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا

امیرعباس علاءالدینی[۱]، فاطمه فقیه[۲]

نکات برجسته

- آثار تبعیض قیمتی الگوریتمی به ساختار بازار و دسترسی به داده وابسته است و می‌تواند بسته به شرایط، هم آثار رقابتی و رفاهی و هم آثار استثماری داشته باشد.
- در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده هنوز به‌طور کامل با الگوهای سنتی سوءاستفاده از موقعیت مسلط منطبق نیست، اما در صورت ایجاد اخلال در رقابت یا تحکیم قدرت بازار می‌تواند موضوع مداخله حقوق رقابت قرار گیرد.
- استفاده از داده‌های شخصی برای قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده مستلزم رعایت الزامات حمایت از داده، به‌ویژه مشروعیت، شفافیت و رضایت آگاهانه است و تنظیم این پدیده نیازمند توجه همزمان به رقابت، رفاه، عدالت توزیعی و حفاظت از داده است.

چکیده

مقاله حاضر به بررسی تبعیض قیمتی آنلاین مبتنی‌بر شخصی‌سازی الگوریتمی پرداخته و تلاش کرده است به این پرسش پاسخ دهد که آیا چنین شیوه‌ای از قیمت‌گذاری می‌تواند از منظر حقوق رقابت و حمایت از داده‌های شخصی با چالش‌های جدی مواجه شود یا خیر. این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که در سال‌های اخیر، شرکت‌های فعال در فضای دیجیتال با استفاده از داده‌های رفتاری کاربران و الگوریتم‌های پیشرفته، به‌سمت قیمت‌گذاری فردی برای هر مشتری حرکت کرده‌اند؛ امری که نظام سنتی قیمت‌گذاری را دگرگون ساخته است. مقاله با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و بهره‌گیری از مطالعات موردی، آثار اقتصادی، رفاهی و حقوقی این نوع تبعیض قیمتی را بررسی و آن را در بستر ساختارهای مختلف بازار تحلیل کرده است. همچنین ابعاد حقوقی آن از منظر قواعد رقابت اتحادیه اروپا و مقررات مربوط به داده‌های شخصی تحلیل شده است. یافته‌های تحقیق نشان داده‌اند که آثار تبعیض قیمتی الگوریتمی وابسته به ساختار بازار، میزان دسترسی به داده‌ها و شفافیت آنهاست. این پدیده می‌تواند هم‌زمان موجب افزایش رقابت یا تحکیم انحصار، و هم گسترش بازار یا بهره‌کشی از مصرف‌کننده شود. در نهایت، ارزیابی و تنظیمگری این نوع تبعیض، نیازمند رویکردی است که به‌طور هم‌زمان به کارایی، عدالت، شفافیت و حریم خصوصی توجه داشته باشد.

کلید واژگان: بازارهای دیجیتال، تبعیض قیمتی، حقوق رقابت، داده‌های شخصی، شخصی‌سازی الگوریتمی.

استناد به این مقاله: علاءالدینی، امیرعباس، فقیه، فاطمه، «بررسی ابعاد حقوقی تبعیض قیمتی آنلاین از منظر حقوق رقابت و حقوق حمایت از داده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۲۶۱-۲۸۲.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۹/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۱/۲۹ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242825.3016

۱. استادیار، پژوهشکده فرهنگ و ارتباطات، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: amirabbas.alaedini@atu.ac.ir
۲. دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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

دنیای امروز با کلان‌داده‌ها[۱] و الگوریتم‌های شخصی‌سازی‌شده[۲] عجین شده است. فعالیت‌های روزمره کاربران در فضای آنلاین، حجم عظیمی از داده‌ها تولید می‌کند که به‌صورت مستمر قابل ردیابی و تحلیل است. الگوریتم‌ها می‌توانند با سرعت و دقت بالا به تغییرات بازار واکنش نشان دهند و بر مبنای داده‌های رفتاری، پیشنهادهایی متناسب با ترجیحات کاربران ارائه دهند.[۳]

شخصی‌سازی الگوریتمی، فراتر از تبلیغات هدفمند، به قیمت‌گذاری نیز راه یافته است؛ جایی که خرده‌فروشان آنلاین با استفاده از داده‌هایی همچون محل زندگی، سابقه خرید و زمان بازدید، برای هر مشتری قیمت متفاوتی تعیین می‌کنند.[۴] بازارهای دیجیتال با ویژگی‌هایی چون امکان جمع‌آوری انبوه داده‌ها، تحلیل الگوریتمی و طراحی سیستم‌های شخصی‌سازی‌شده، بستر مساعدی برای شکل‌گیری تبعیض قیمتی مهیا کرده‌اند. این امر نگرانی‌هایی را از حیث نقض رقابت منصفانه و حقوق داده‌ها برانگیخته است.[۵]

مقاله حاضر با تمرکز بر تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده و مبتنی‌بر الگوریتم در بازارهای دیجیتال، تلاش می‌کند این خلأ را با نگاهی هم‌زمان به حقوق رقابت، مقررات داده‌های شخصی و پیامدهای رفاهی و توزیعی این پدیده پر کند.

۱. تبعیض قیمتی، انواع و شرایط آن

تبعیض قیمتی[۶] به حالتی اطلاق می‌شود که در آن یک بنگاه اقتصادی محصولات یا خدمات خود را به قیمت‌های متفاوتی به مشتریان مختلف عرضه می‌کند؛ درحالی‌که هزینه تولید برای این محصولات یا خدمات یکسان است.[۷] البته ممکن است قیمت‌ها برای مشتریان یکسان باشد؛ درحالی‌که هزینه تولید محصول یا خدمت برای هر شخص متفاوت باشد.[۸]

---

۱. داده‌های کلان (Big Data) تعریف واحد و پذیرفته‌شده‌ای ندارد، اما معمولاً براساس سه ویژگی اصلی توصیف می‌شود: حجم زیاد داده‌ها (Volume)، سرعت بالای گردآوری و پردازش داده‌ها (Velocity) که گاه در زمان واقعی انجام می‌شود، و تنوع گسترده داده‌های گردآوری‌شده (Variety) که امکان قیمت‌گذاری شخصی، بازاریابی هدفمند و تبعیض رفتاری را برای شرکت‌ها فراهم می‌کند.

Alves de Oliveira, R. & Bollen, M., "Deep learning for power quality," Electric Power Systems Research, Vol. 214, 2023, p 2; Competition and Markets Authority [CMA]. "Pricing algorithms: Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalized pricing", Competiton and Markets Authority, 2018, p.14.

2. Personalization

3. McSweeny, T., & O'Dea, B. "The implications of algorithmic pricing for coordinated effects analysis and price discrimination markets in antitrust enforcement", Antitrust, Vol. 32, 2017, p.76; Graef, I. "Algorithms And Fairness: What Role For Competition Law In Targeting Price Discrimination Towards End Consumers?", *Columbia Journal of European Law*, 24, Issue 3, 2018, p.541; Gautier, A., Ittoo, A., and Van Cleynenbreugel, Pieter. "AI algorithms, price discrimination and collusion: a technological, economic and legal perspective", *European Journal of Economic Law*, Vol.50, 2020, p.1.

۴. رهبری، ابراهیم، «تحلیلی بر چالش‌های حقوق رقابتی کلان‌داده‌ها»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۱۴۰۱، دوره ۲۵، شماره ۹۸، ص.۳۰۶.

Townley, C, Morrison, E. & Yeung, K. "Big Data and Personalized Price Discrimination in EU Competition Law", *Yearbook of European Law*, Issue 36, 2017, p.1.

5. Graef, I., op.cit, p.558; Gautier et. al., op. cit.

6. Price discrimination

7. Gautier et. al., op.cit, p.2; Posner, R, *Antitrust Law*. 2nd edition, Chicago: University of Chicago Press, 2001, pp.79-80;

نوری یوشانلوئی، جعفر، و هدایت فرخانی، «هدایت، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز در حقوق رقابت تطبیقی»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص.۱۶۵.

8. Townley et. al., op.cit; Rodger, B. J., and MacCulloch, A., *Competition Law and Policy in the EC and UK*, 4th edition. New York: Routledge, 2008, p.115.

بنابراین، تعریف دقیق این عبارت را می‌توان این‌گونه بیان کرد: فروش دو یا چند کالای مشابه[۱] با قیمت‌هایی که نسبت‌های مختلفی با هزینهٔ نهایی (هزینه حاشیه‌ای)[۲] دارند.[۳] برای مثال، اگر کالایی با هزینه تولید ۴ ریال به قیمت ۱۰ ریال فروخته شود و کالای مشابهی با هزینه تولید ۲ ریال نیز به همان قیمت عرضه شود، تفاوت در نسبت سود، نشانگر تبعیض قیمتی خواهد بود. در ادامه، انواع و شرایط اعمال تبعیض قیمتی بررسی خواهد شد.

۱.۱. انواع تبعیض قیمتی

تبعیض قیمتی در ادبیات اقتصاد و حقوق رقابت به سه نوع یا درجه اصلی تقسیم می‌شود.[۴] تبعیض نوع اول[۵] یا تبعیض «کامل»[۶] زمانی رخ می‌دهد که فروشنده برای هر خریدار، قیمتی دقیقاً مطابق با حداکثر تمایل او به پرداخت[۷] تعیین می‌کند.[۸] این نوع، مستلزم دسترسی به داده‌های کامل و دقیق از ویژگی‌های رفتاری خریداران است و هدف آن، استخراج کامل مازاد رفاه مصرف‌کننده[۹] است.

در تبعیض نوع دوم،[۱۰] فروشنده اطلاعات دقیقی از تمایل به پرداخت مشتریانش ندارد، اما با طراحی بسته‌های قیمتی و گزینه‌های متنوع، مشتری را وادار به «خودافشایی» می‌کند.[۱۱] نمونه‌های رایج آن شامل تخفیف‌های حجمی («سه عدد بخر، ۱۰ درصد تخفیف بگیر») یا قیمت‌گذاری پلکانی براساس حجم مصرف است. کاربران با انتخاب بین بسته‌های کم‌حجم و پرحجم یا نسخه‌های اقتصادی و لوکس، جایگاه قیمتی خود را مشخص می‌کنند.[۱۲] تبعیض نوع سوم، بر پایه ویژگی‌های قابل مشاهده خریداران، مانند سن، شغل یا محل سکونت، قیمت متفاوتی برای گروه‌ها تعیین می‌کند.[۱۳] تخفیف دانشجویی یا تخفیف‌های ویژه سالمندان از نمونه‌های رایج این نوع‌اند.[۱۴] شباهت‌های مهمی میان تبعیض نوع اول و سوم وجود دارد، زیرا هر دو بر تفکیک خریداران استوارند؛ با این تفاوت که در نوع اول، تفکیک بسیار دقیق و فردی، و در نوع سوم، کلی و مبتنی‌بر گروه‌بندی است. با توجه با اینکه ماهیت این دو نوع از تبعیض تا حد زیادی به یکدیگر نزدیک است، برخی از صاحب‌نظران، تبعیض کامل را حد اعلای تبعیض نوع سوم در نظر گرفته‌اند.[۱۵]

---

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص چرایی استفاده از لفظ «مشابه» به‌جای عبارت یکسان، ر.ک. به:
Borgesius, F. Z., & Poort, J. "Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 40, Issue 3, 2017, p.5; Yadav, S. P., "A Research Paper on-Price Discrimination", *International Journal of Science and Research (IJSR)*, Vol.12, Issue 2, 2023, p.1388.

2. Marginal cost

3. Borgesius & Poort, op.cit; Stigler, G. J., *Theory of price*. 4th edition. New York: Macmillan, 1987, p.210.

۴. این تقسیم‌بندی برای اولین بار توسط آرتور سیسیل پیگو، اقتصاددان انگلیسی، در سال ۱۹۳۲ مطرح شد.

5. First-degree price discrimination

6. Perfect price discrimination

7. Willingness to pay (WTP)

8. Borgesius & Poort, op.cit; Gautier et al., p.4; McSweeny & O'Dea, op.cit., p. 76.

9. Consumer surplus

10. Second-degree price discrimination

11. Townley et al., op.cit., p.6.

۱۲. زین‌الدین، مهدی، «قیمت‌گذاری چیست و چرا حیات کسب‌وکارها را در گروی خود دارد؟»، *بانا: دوماهنامه تخصصی اقتصاد و مدیریت کسب‌وکار*، دوره ۱، شماره ۱، آبان ۱۴۰۲، ص.۱۸؛
McSweeny & O'Dea, op.cit., p.76; Borgesius & Poort, op.cit.

13. Ezrachi, A., & Stucke, M. E., *Virtual Competition: The Promise And Perils Of The Algorithm- Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016, p.86.

14. McSweeny & O'Dea, op.cit; Gautier et al., op.cit., p.4.

15. Gautier et al., op.cit.

در گذشته، اعمال تبعیض نوع اول غیرممکن تلقی می‌شد؛ اما امروزه و با بروز پدیده قیمت‌گذاری شخصی‌سازی شده الگوریتمی، برخی محققان گفته‌اند که این نوع از قیمت‌گذاری، نمودی واقعی از تبعیض قیمتی نوع اول است یا اثرات مشابه دارد.[۱] بااین‌حال، برخی تحلیل‌ها همچنان آن را شکل پیشرفته‌ای از تبعیض نوع سوم می‌دانند.[۲]

۱.۲. شرایط اعمال تبعیض قیمتی

برای اعمال تبعیض قیمتی به‌طور کلی چند شرط لازم است:[۳] اولین پیش‌نیاز آن، قابلیت تفکیک مشتریان است؛ به این معنا که بنگاه اقتصادی باید بتواند تفاوت‌های مشتریان را شناسایی[۴] و آنها را به‌صورت دقیق به گروه‌های مختلف تقسیم‌بندی کند. [۵]

دومین پیش‌شرط اعمال تبعیض، عدم امکان فروش مجدد یا آربیتراژ[۶] به‌معنای خرید کالا یا خدمات با قیمت پایین‌تر و فروش آن با قیمت بالاتر به دیگران است. برای مثال، ممکن است شخصی که به‌دلیل قرار گرفتن در گروهی خاص مانند دانشجویان، از قیمت‌های کمتری به او ارائه می‌شود، کالاها را با قیمت پایین‌تر بخرد و به اشخاص دیگر در دسته‌های دیگر بفروشد.

اما مشتریان همیشه نمی‌توانند از آربیتراژ استفاده کنند. دشواری آربیتراژ می‌تواند به‌دلیل موانع طبیعی یا موانعی باشد که فروشنده‌ها ایجاد می‌کنند. برای مثال، تعرفه‌ها، هزینه بالای معامله یا شروطی که فروشندگان برای استفاده از کالا می‌گذارند، مانند شرط نشان دادن کارت دانشجویی هنگام بازدید از سینما، برای بهره‌مندی از تخفیف دانشجویی می‌توانند جلوی فروش مجدد کالا به سایرین را بگیرند.[۷] آربیتراژ به‌طور اساسی مانع از اثربخشی تبعیض قیمتی برای سود بیشتر فروشندگان می‌شود. بنابراین، برای موفقیت در اعمال تبعیض قیمتی، بنگاه‌ها باید اطمینان حاصل کنند که مشتریان نمی‌توانند از این شکاف قیمتی به نفع خود استفاده کنند.[۸]

علاوه‌بر این شرایط، برای اینکه تبعیض قیمتی صورت بگیرد، درجه‌ای از قدرت بازاری لازم است[۹] ازیک‌سو، برخی معتقدند که تقریباً همه بازیگران بازار، چه کوچک و بزرگ، توانایی و انگیزه تبعیض قیمتی را دارند[۱۰] اما ازسوی‌دیگر، گفته می‌شود که تبعیض قیمت در بازار رقابتی کامل ایجاد نمی‌شود؛ زیرا در بازار رقابتی کامل، تعداد زیادی تولیدکننده، کالاهای خود را با قیمت‌های مختلف ارائه می‌کنند و هیچ تولیدکننده‌ای قادر به تعیین قیمت نیست.[۱۱] به‌هرحال، قدرت بازاری در

---

1. McSweeny & O'Dea, op.cit., p.77; Gautier et. al.,op.cit.
2. Office of Fair Trading[OFT], "The Economics Of Online Personalized Pricing", *Office of Fair Trading*, No. OFT1488, 2013, p.15, ARCHIVED. Accessed 10 January 2025.
3. Motta, M., *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p.492.
4. OFT, op.cit., p. 17.
5. Varian, H. R., *Price discrimination. In Handbook of industrial organization*, Amsterdam: Elsevier, 1989, p.599; Gautier et. al., op.cit., p.7.
6. Arbitrage
7. Motto, M., op.cit., p.680.
8. Ezrachi & Stucke, op.cit., pp.85-86; OFT, op.cit., p.17; Borgesius & Poort, op.cit; McSweeny & O'Dea, op.cit., p.76
9. Varian, op.cit; Stole, L. A. "Price discrimination and imperfect competition", In: Handbook of Industrial Organizatio, Amsterdam: Elsevier, Vol 3, 2007, p.2224.; Klein, B, "Price Discrimination and Market Power", *Issues In Competition Law And Policy*, Vol. 2, 2008, p. 978.
10. Motto, op.cit., p.680.
۱۱. نوری یوشانلوئی، جعفر و هدایت فرخانی، پیشین.

بررسی اثرات ضدرقابتی تبعیض بر بازار اهمیت قابل‌توجهی پیدا می‌کند.[۱]
امروزه، پیشرفت فناوری و الگوریتم‌ها امکان آن را فراهم کرده‌اند که بنگاه‌ها با دقت بیشتری ترجیحات و سلایق مشتریان را شناسایی کرده، آنها را گروه‌بندی کنند، موانع اعمال تبعیض قیمتی را دور بزنند و با محدود کردن آربیتراژ، گزینه‌هایی متناسب با سلیقه‌ها و ویژگی‌های فردی مصرف‌کنندگان ارائه دهند.[۲]

۲. تبعیض قیمتی در دنیای دیجیتال؛ نقش قابل‌توجه داده

انقلاب دیجیتال و جایگزینی الگوریتم‌ها به‌جای انسان، در کنار مزایا، چالش‌هایی چون تبعیض قیمتی الگوریتمی را نیز به‌دنبال داشته و لزوم مداخله قانون‌گذار را مطرح کرده است.[۳] الگوریتم‌ها که در ابتدا به‌عنوان ابزارهایی برای افزایش کارایی بازار و تصمیم‌گیری‌های دقیق‌تر معرفی شدند، به‌تدریج خود به منشأ خطراتی جدید تبدیل شده‌اند؛ از جمله امکان تسهیل هماهنگی غیرقانونی میان رقبا از طریق تبانی الگوریتمی.[۴] در کنار آن، توان الگوریتم‌ها در تحلیل رفتاری مصرف‌کنندگان، زمینه‌ساز اعمال تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده نیز شده است؛ وضعیتی که نگرانی‌هایی را درباره عدالت اقتصادی و حریم خصوصی پدید آورده است.

۲.۱. مکانیسم‌های تبعیض قیمتی در بازارهای دیجیتال

الگوریتم‌های قیمت‌گذاری، فرایندهایی خودکار برای تعیین قیمت هستند[۵] و به سه دسته تقسیم می‌شوند: پایش قیمت رقبا، قیمت‌گذاری پویا براساس شرایط عرضه و تقاضا در بازار، و شخصی‌سازی قیمت براساس ویژگی‌های کاربران.[۶]
برای اعمال تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده، شرکت‌ها از ابزارهایی چون کوکی‌ها، آدرس IP، و تاریخچه مرورگر[۷] استفاده می‌کنند تا داده‌های رفتاری و شخصی کاربران را بدون اطلاع آنان جمع‌آوری کنند و از آنها برای رخ‌نمانگاری (پروفایلینگ) بهره ببرند.[۸] این داده‌ها امکان پیش‌بینی دقیق‌تری از «تمایل به پرداخت» کاربران فراهم می‌کنند و تبعیض قیمتی درجه‌سوم را هدفمندتر می‌سازند.[۹] مثلاً کاربرانی که خریدهای مکرر دارند ممکن است قیمت‌های بالاتری ببینند، چون الگوریتم آنها را «کم‌حساس‌تر به قیمت»[۱۰] تشخیص می‌دهد.
در چنین شرایطی، فروشنده می‌تواند به تبعیض قیمتی کامل (درجه اول) نزدیک شود و قیمت را دقیقاً مطابق با تمایل

---

۱. ن.ک: بخش «تبعیض قیمتی در حقوق رقابت».

2. Ezrachi & Stucke, op.cit., p.102; Gautier et. al., op.cit., p.5.

3. Grauf, op.cit., p.558; Townley et al., op.cit., p.29; Gautier et al., op.cit., p.1.

۴. رهبری، ابراهیم، «تبانی قیمتی الگوریتمی: مطالعهٔ تطبیقی در حقوق رقابت امریکا، اتحادیهٔ اروپا و ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۲۷۱.

5. Guerrero Perez, A., Ancelin, O., "Trapp, D., and Pomana, A. Competition Authorities Zero In On Antitrust Risks Of Algorithmic Pricing". *Global Competition Review*, September 2025. Available at: https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/fifth-edition/article/eu-competition-authorities-zero-in-antitrust-risks-of-algorithmic-pricing, last visited on 3 december 2025. , p.5.

6. Organization for Economic Co-operation and Development[OECD], "Algorithmic Competition", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 2023. p.11.

7. Browser history/cache

۸. ماده ۲۲ مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها (GDPR)؛ عزیزیان‌پور، کوثر، «قواعد حقوقی حاکم بر پروفایلینگ»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *تهران: دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۴۰۲، صص ۸–۱۵.

9. Gautier et al., op.cit., p.11.

10. Less price sensitive

پرداخت هر فرد تعیین کند.[۱] این امر مازاد مصرف‌کننده را به سود تولیدکننده منتقل می‌کند و بهره‌گیری از پروفایل‌های آنلاین را به ابزاری مؤثر در استخراج حداکثری رفاه مصرف‌کننده تبدیل می‌سازد.

روش‌های اصلی تبعیض قیمتی عبارت‌اند از: ۱- نمایش قیمت‌های متفاوت برای کاربران بر مبنای پروفایل آنها؛ ۲- ارائه کوپن‌های تخفیف هدفمند.[۲] علاوه‌بر این‌ها، شرکت‌ها می‌توانند با شخصی‌سازی ترتیبِ نمایش نتایج جست‌وجو یا تبلیغات[۳]، کاربران را به‌سمت پیشنهادهای خاص هدایت کنند. از آنجایی که تحقیقات نشان می‌دهد که ترتیب رتبه‌بندی نتایج جست‌وجوی الگوریتمی، تأثیر معناداری بر تعداد کلیک‌های اشخاص دارد،[۴] تبلیغات هدفمند و تغییر در این رتبه‌بندی ها بر مبنای شخصی‌سازی می‌تواند راهکاری برای ارائه قیمت‌ها و بسته‌های قیمتی متفاوت به آنها باشد.[۵] این روش که گاه «قیمت‌گذاری هدایت‌شده»[۶] خوانده می‌شود، حتی با قیمت‌های ثابت نیز می‌تواند نوعی تبعیض غیرمستقیم ایجاد کند، اما در زمره تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده مبتنی‌بر الگوریتم‌های قیمت‌گذاری قرار نمی‌گیرد.[۷]

۲.۲. مثال‌های گزارش‌شده از تبعیض قیمتی الگوریتمی

تبعیض قیمتی الگوریتمی به روش‌های مختلفی در بازارهای دیجیتال مشاهده شده است که در ادامه به برخی از موارد مهم اشاره می‌شود:

۲.۲.۱. دی‌وی‌دی‌های آمازون

در سال ۲۰۰۰، کاربران دریافتند قیمت برخی محصولات، مانند دی‌وی‌دی‌ها، بنا بر تاریخچه مرور یا اطلاعات شناسایی‌شان در وب‌سایت آمازون متفاوت است. برای مثال، کاربری مشاهده کرد که پس از حذف کوکی‌ها، قیمت یک دی‌وی‌دی از ۲۶.۲۴ دلار به ۲۲.۷۴ دلار کاهش یافت. این اختلاف باعث اعتراض عمومی شد. آمازون این تفاوت را به آزمایش‌های تصادفی برای سنجش واکنش بازار نسبت داد و مبالغ اضافی را بازگرداند. این ماجرا نشان داد که تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده در عمل ممکن و حساسیت‌برانگیز است.[۸]

۲.۲.۲. مهره‌های بازی ماهجونگ

کاربری گزارش داد که قیمت مهره‌های بازی ماهجونگ در سبد خرید او ۷۹.۹۹ دلار بود، درحالی‌که همان محصول دقایقی پیش ۵۴.۹۹ دلار و پس از پاک‌کردن تاریخچه مرورگر ۵۹.۹۹ دلار قیمت داشت.[۹]

---

1. Borgesius & Poort,op.cit., p.6.
2. Grauf, op.cit., p.5.
3. Ranking
4. Ghose, A., Yang, S. "An empirical analysis of search engine advertising: Sponsored search in electronic markets", *Management Science*, Vol. 55, Issue 10, 2009, pp. 1614.
5. Grauf, op.cit., p.5.
6. Price steering
7. Borgesius & Poort, op.cit., p.7.
8. Gautier et. al., op.cit., p.5; CMA, op.cit., p.37; Cavallo, A. "More Amazon Effects: Online Competition and Pricing Behaviors", Cambridge, *MA: National Bureau of Economic Research(NBER),* Working Paper No. w25138, 2019, p.16.
9. Townley et. al., op.cit., p.2.

۲.۲.۳. تبعیض قیمتی در Staples، Travelocity و Orbitz

وب‌سایت Staples بسته به کدپستی کاربر قیمت‌های متفاوتی ارائه می‌داد؛ مثلاً منگنه‌ای ممکن بود ۱۵.۷۹ یا ۱۴.۲۹ دلار قیمت داشته باشد. کاربران نزدیک فروشگاه‌های رقیب قیمت کمتری می‌دیدند، درحالی‌که مصرف‌کنندگان مناطق روستایی که از لحاظ اقتصادی آسیب‌پذیرتر بودند، قیمت‌های بالاتری پرداخت می‌کردند.[۱] همچنین، وب‌سایت Travelocity به کاربران Safari در iOS نتایج متفاوت و قیمت‌های پایین‌تری (حدود ۱۵ درصد) نشان می‌داد. Orbitz نیز نتایج جست‌وجو را برای کاربران مک با تأکید بر هتل‌های گران‌قیمت‌تر نمایش می‌داد؛ چراکه این کاربران به‌طور میانگین هزینه بیشتری پرداخت می‌کردند. پس از افشای این موضوع، Orbitz این الگوریتم را کنار گذاشت.

در بخش خرده‌فروشی، شرکت Home Depot نیز به تبعیض بر مبنای نوع دستگاه روی آورد. کاربران موبایل به‌سوی کالاهای گران‌تر هدایت می‌شدند و نتایج جست‌وجوی کاربران iOS و Android تفاوت چشمگیری داشت، بی‌آنکه هم‌پوشانی قابل‌توجهی میان آنها وجود داشته باشد. این شواهد نشان می‌دهد که شخصی‌سازی قیمت و نمایش محصولات می‌تواند به شکل‌های پنهان و پیچیده‌ای صورت گیرد و تجربه مصرف‌کننده را به‌طور نابرابری تحت تأثیر قرار دهد.[۲]

۲.۳. امکان‌سنجی کشف تبعیض قیمتی الگوریتمی

اگرچه گزارش‌های متعددی درباره تبعیض قیمتی در فضای آنلاین وجود دارد، شواهد نشان می‌دهد که این پدیده هنوز به‌صورت گسترده و آشکار در بازار رواج نیافته است. تحقیقات انجام‌شده تاکنون نتوانسته‌اند به‌صورت علمی وجود گسترده چنین پدیده‌ای را اثبات کنند.

یکی از اصلی‌ترین دلایل این مسئله، نگرانی شرکت‌ها از واکنش منفی و بعضاً شدید مصرف‌کنندگان است. افکار عمومی، به‌ویژه در جوامع با حساسیت بالا نسبت به عدالت اقتصادی، تبعیض قیمتی را رفتاری ناعادلانه تلقی می‌کند و این امر باعث می‌شود بنگاه‌ها از اجرای آشکار آن اجتناب ورزند.[۳]

ازسوی‌دیگر، حتی در مواردی که شرکت‌ها ممکن است به‌صورت محدود و مخفیانه از قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده استفاده کنند، شناسایی و اثبات چنین رفتاری با چالش‌های اساسی مواجه است. تمایز بین تبعیض قیمتی مبتنی‌بر ویژگی‌های شخصی و نوسانات طبیعی قیمت‌ها، به‌ویژه به‌دلیل عواملی مانند تغییرات سریع موجودی، تفاوت‌های مالیاتی منطقه‌ای یا تفاوت زمان و محل دسترسی به سرورها، دشوار است. همان‌طورکه درمورد آمازون در سال ۲۰۰۰ مشاهده شد، قیمت‌های متفاوت ممکن است در قالب آزمایش‌های بازاری توجیه شوند.

همچنین، با گسترش شیوه‌های قیمت‌گذاری پویا در بازارهای آنلاین، تشخیص وجود یک «قیمت مرجع» یا «قیمت عمومی» برای یک محصول خاص دشوارتر از قبل شده است. این پیچیدگی فنی، همراه با فضای مبهم و متغیر قیمت‌گذاری آنلاین، باعث شده است که تبعیض قیمتی، حتی اگر وجود داشته باشد، به‌راحتی برای مصرف‌کنندگان قابل

---

1. Gautier et. al.,op.cit., p.5.
2. Hannak, A., Soeller, G., Lazer, D.M., Mislove, A., and Wilson, C. "Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites", Proceedings of the 2014 Conference on Internet Measurement Conference, 2014, p. 317.
3. Odlyzko, A. "Network Neutrality, Search Neutrality, And The Never-Ending Conflict Between Efficiency And Fairness In Markets", *Review Of Network Economics*, Vol.8, Issue 1, 2009, p. 47; Executive Office of the President of the United States (Council of Economic Advisors). "Big Data and Differential Pricing", White House Reports, 2015. At: https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2015/02/06/economics-big-data-and-differential-pricing Accessed on 22 April 2025.

شناسایی یا پیگیری نباشد.[۱]

اودلیزکو در مقاله خود تأکید می‌کند که هنوز مشخص نیست جامعه چه اشکالی از تبعیض قیمتی را می‌پذیرد و بنابراین باید انتظار نوعی آزمایشگری پنهان ازسوی فروشندگان را داشت؛ آزمایش‌هایی که گاهی با اعتراض عمومی همراه می‌شوند و شرکت‌ها را به عقب‌نشینی، حداقل به‌صورت جزئی، وادار می‌کنند. در مواردی که اعتراض جمعی شدت می‌یابد، احتمال مداخله تنظیمگر دولتی نیز وجود دارد.[۲]

۳. نگاه عمومی مصرف‌کنندگان؛ فقدان شفافیت، احساس بی‌عدالتی و بحران اعتماد

با وجود آنکه تحلیل‌های اقتصادیِ مبتنی‌بر رفاه ممکن است در برخی شرایط تبعیض قیمتی را ابزاری برای افزایش کارایی یا حتی ارتقای رفاه مصرف‌کننده بدانند، نگرش عمومی مصرف‌کنندگان نسبت به آن غالباً منفی است. در مطالعات تجربی، اغلب مصرف‌کنندگان، به‌ویژه در حوزه قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده، این پدیده را ناعادلانه یا حتی غیراخلاقی تلقی می‌کنند.[۳] در نظرسنجی دیگری، ۷۸ درصد از پاسخ‌دهندگان عنوان کردند که تمایلی ندارند تخفیف‌هایی دریافت کنند که براساس رفتارشان در سایر وب‌سایت‌ها تنظیم شده‌اند.[۴]

دید منفی مصرف‌کنندگان نسبت به تبعیض قیمتی را می‌توان از منظر اقتصاد رفتاری تبیین کرد. مفاهیمی مانند بیزاری از زیان و گریز از پشیمانی[۵] نقش مهمی در درک این مسئله دارند.[۶] بسیاری از افراد از اینکه ممکن بود با استفاده از مرورگری دیگر یا حذف کوکی‌ها، قیمت بهتری دریافت کنند، احساس پشیمانی یا خسران می‌کنند. حتی اگر شخص واقعاً متحمل زیان مالی نشده باشد، صرف تصورِ این امکان برای ایجاد حس بی‌عدالتی کافی است. علاوه‌بر این، مصرف‌کنندگان اغلب نمی‌دانند در کدام دسته قیمتی قرار دارند و چگونه می‌توانند آن را تغییر دهند. این ابهام، آنها را نسبت به کل سازوکار بی‌اعتماد می‌کند.[۷] این فرضیه توسط یک مطالعه تجربی تأیید شده است. در این مطالعه، مصرف‌کنندگان درصورتی بیشتر با اشکال تبعیض قیمتی کنار می‌آمدند که دست‌کم تا حدودی در سازوکار تعیین قیمت مشارکت داشته باشند. به بیان دیگر، به‌نظر می‌رسد مصرف‌کنندگان بیشتر با «پنهان‌کاری» در قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده مخالفت دارند تا با خود تبعیض قیمتی.[۸]

مسئله تنها به قیمت بالاتر ختم نمی‌شود. یکی از نگرانی‌های مصرف‌کنندگان، نقض حریم خصوصی‌شان است؛ چرا که برای اجرای تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده، شرکت‌ها نیازمند جمع‌آوری داده‌های گسترده‌ای از رفتار مصرف‌کنندگان هستند. به باور اودلیزکو، «گسترش نقض حریم خصوصی در فضای دیجیتال بخشی از تلاش شرکت‌ها برای آماده‌سازی زیرساخت‌های تبعیض قیمتی است.»[۹] تورو نیز اشاره دارد که بسیاری از شرکت‌ها، تحت پوشش خدمات رایگان یا ساده،

---

1. Ezrachi & Stucke,op.cit., p.114; Borgesius & Poort, op.cit., p.3-4.
2. Odlyzko, op.cit., p.50.
3. Turow, J., Feldman, L., & Meltzer, K. "Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline", *A report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania*, June 2005, p.4.
4. Turow J., King, J., Hoofnagle, C. J., Bleakley, A., and Hennessy, M. "Americans Reject Tailored Advertising and Three Activities that Enable it", *SSRN Electronic Journal*, September 2009, p.15.
5. loss/regret aversion
6. Borgesius & Poort, op.cit., p.9.
7. Borgesius & Poort, op.cit., pp.9-10.
8. Botta, M., Wiedemann, K. "To Discriminate Or Not To Discriminate? Personalized Pricing In Online Markets As Exploitative Abuse Of Dominance", *European Journal Of Law And Economics*. Vol. 50, 2020, p. 388.
9. Odlyzko, op.cit., p.47.

داده‌هایی را جمع‌آوری می‌کنند که بعداً می‌توانند در جهت قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز استفاده شوند.[1]

از منظر کلان اقتصادی، اگر قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده باعث شود مصرف‌کنندگان به‌طور کلی اعتماد خود را به فروشندگان آنلاین از دست بدهند. حتی شائبه وجود چنین رویه‌ای می‌تواند هزینه‌های جست‌وجوی مصرف‌کنندگان را افزایش دهد، آنها را به تغییر فروشگاه وادار کند یا تجربه خرید روزمره را پیچیده‌تر و پُرهزینه‌تر سازد. در نهایت این بی‌اعتمادی می‌تواند کارایی بازار را کاهش دهد.

بنابراین، همان‌طورکه در ادامه نیز توضیح داده خواهد شد، بهتر است به‌جای آنکه به‌طور کامل و مطلق هرگونه تبعیض قیمتی ممنوع شود، تمرکز تنظیمگران بر تقویت شفافیت و افزایش حقوق مصرف‌کنندگان باشد. برای نمونه، در گزارش‌های رسمی تأکید شده که یکی از راه‌های محدود کردن استفاده‌های ناعادلانه یا نادرست از داده‌های کلان، اعطای کنترل بیشتر به خود مصرف‌کنندگان بر اطلاعات شخصی‌شان است.[2] همچنین، الزام به شفافیت در فرایندهای قیمت‌گذاری و فراهم کردن امکان انصراف[3]می‌تواند جایگزینی مناسب‌تر و اثربخش‌تر برای رفع نگرانی‌ها و بی‌اعتمادی‌های مصرف‌کنندگان نسبت به قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده باشد؛ راهکاری که نسبت به ممنوعیت کامل این شیوه تجاری معقول‌تر و مؤثرتر به نظر می‌رسد.[4]

۴. آثار اقتصادی تبعیض قیمتی الگوریتمی بر رفاه

تبعیض قیمتی الگوریتمی، به‌واسطه اتکا به کلان‌داده‌ها و مدل‌های یادگیری ماشین، یکی از پیچیده‌ترین اشکال مدرن قیمت‌گذاری است که آثار آن از دیدگاه نظریات رفاه و کارایی اقتصادی، بسته به شرایط بازار و نوع تبعیض، می‌تواند متضاد باشد. در این بخش، ابتدا مزایای بالقوه و آثار مثبت این پدیده بررسی می‌شود.

۴.۱. مزایای تبعیض قیمتی از دید ارزیابی رفاه

«مازاد رفاه مصرف‌کننده»[5] یکی از مفاهیم پایه در اقتصاد رفاه است و به مابه‌التفاوت میان تمایل به پرداخت مصرف‌کننده برای یک کالا و قیمت واقعی پرداختی او اطلاق می‌شود. در واقع، اختلاف میان قیمتی که مصرف‌کننده حاضر به پرداخت آن است با قیمتی که واقعاً پرداخت می‌کند، مازاد رفاه مصرف‌کننده نام دارد. تبعیض قیمتی، به‌ویژه در نوع اول، با هدف استخراج حداکثری این مازاد عمل کرده و مستقیماً بر بازتوزیع رفاه تأثیر می‌گذارد.[6]

اقتصاددانان از این شاخص برای ارزیابی معاملات تبعیض‌آمیز استفاده می‌کنند؛ به‌نحوی‌که اگر این معاملات به افزایش رفاه مصرف‌کننده بینجامند، مجاز تلقی می‌شوند و در غیر این صورت، ممنوع. بااین‌حال، یافته‌ها نشان می‌دهد که قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز می‌تواند به افزایش مازاد تولیدکننده منجر شود و این، باعث می‌شود که فروشندگان بتوانند بیشتر تولید کنند. بنابراین، تبعیض قیمتی لزوماً رفتاری ضدرقابتی نیست و در برخی موارد با اصول رقابت نیز سازگار

---

1. Turow J., *The Daily You: How the new advertising industry is defining your identity and your worth*. New Haven: Yale University Press, 2011, pp.108-110.
2. Executive Office of the President of the United States (Council of Economic Advisors). Op.cit., p. 18.
3. Opt-out
4. Botta & Wiedemann, op.cit., p.389.
5. Consumer Surplus
6. Bergemann, D., Brooks, B., And Morris, S. "The Limits Of Price Discrimination", *American Economic Review*, Vol. 105, Issue 3, 2015, p. 921; Mehra, S. K. "Price Discrimination-Driven Algorithmic Collusion: Platforms for Durable Cartels", *Stanford Journal of Law, Business, and Finance, Forthcoming, Temple University Legal Studies Research Paper*, Issue 35, 2020, p.21.

است؛ به‌ویژه در صنایعی با هزینه‌های ثابت[1] بالا و هزینه حاشیه‌ای[2] کم.[3] در چنین شرایطی، این شیوه قیمت‌گذاری ممکن است تنها راه تأمین مالی تولید بدون اتکا به یارانه‌های دولتی باشد.[4] به همین دلیل، در این موارد، تبعیض قیمتی به‌عنوان راهبردی برای توزیع هزینه‌های ثابت میان تولیدات مختلف تلقی می‌شود.[5]

در بازارهایی با هزینه‌های ثابت اولیه بالا، تبعیض قیمتی گاه با رقابت نیز هم‌راستا است؛ چرا که ممکن است تنها راه جبران این هزینه‌ها باشد. این تحلیل به‌ویژه در مواردی که تولیدکننده دچار سرمایه ازدست‌رفته شده، کاربردی است و می‌تواند به افزایش کارایی منجر شود.[6]

۴.۱.۱. گسترش بازار

یکی از مهم‌ترین مزایای اقتصادی تبعیض قیمتی، توانایی آن در گسترش بازار و پوشش گروه‌های حساس به قیمت است. در قیمت‌گذاری یکنواخت، بسیاری از مشتریانی که تمایل به پرداختشان پایین‌تر از سطح بازار است، از خرید محروم می‌شوند؛ اما با استفاده از تبعیض قیمتی، بنگاه می‌تواند با تعیین نرخ‌های متناسب‌تر، آنها را وارد بازار کند.[7] این امر به‌ویژه در صنایعی با هزینه‌های ثابت بالا و هزینه نهایی پایین، مانند پلتفرم‌های دیجیتال، مخابرات یا خدمات نرم‌افزاری، اهمیت ویژه‌ای دارد؛ چراکه افزایش فروش، حتی با حاشیه سود اندک، می‌تواند به پوشش بهتر هزینه‌ها منجر شود.[8]

۴.۱.۲. بهبود کارایی تخصیصی و کاهش زیان مرده

در صورت تعیین قیمت یکسان برای همه مصرف‌کنندگان، بسیاری از تراکنش‌هایی که می‌توانند سودمند باشند، انجام نمی‌شوند و این امر به زیان رفاه اجتماعی یا همان «اتلاف رفاه»[9] می‌انجامد. تبعیض قیمتی با تنظیم نرخ‌ها متناسب با توان پرداخت، می‌تواند چنین تراکنش‌هایی را ممکن ساخته و زیان مذکور را کاهش دهد، در نتیجه کارایی تخصیصی[10] بهبود می‌یابد.[11] مثال عددی زیر موضوع را روشن می‌کند:

فرض کنید تولیدکننده‌ای محصولی را با هزینه نهایی ۵ یورو تولید می‌کند. نیمی از مشتریان حاضرند برای آن ۱۵—۲۰ یورو بپردازند و نیم دیگر فقط ۸—۱۰ یورو. در قیمت‌گذاری یکنواخت، اگر قیمت ۸ یورو باشد، همه خریدار می‌شوند، اما سود کمتر است؛ اگر ۱۵ یورو باشد، نیمی از مشتریان حذف می‌شوند. اما درصورت تبعیض قیمتی (۸ یورو برای یک گروه، ۱۵ یورو برای گروه دیگر)، سود تولیدکننده، مازاد مصرف‌کننده و رفاه کل افزایش می‌یابد. در این حالت، سود ۶۵۰

---

1. Fixed cost
2. Marginal Cost
3. Grauf et. al., op.cit, pp.544-545.
4. Organization for Economic Cooperation and Development [OECD], "Price Discrimination", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 2016, p.4.
5. Geradin, D, & Petit, N. "Price Discrimination Under Ec Competition Law: The Need For A Case-By-Case Approach", *Global Competition Law Centre Working Paper Series*, Issue 07/05, 2005, p.6.
6. Niels, Gunnar, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*. 2nd edition. United Kingdom: Oxford Univeristy Press, 2016, p.182.

نوری یوشانلوئی و هدایت فرخانی، پیشین، ص.۱۷۵.

7. OECD, 2016, op.cit., p.4; Townley et al., op.cit.
8. Niels et al., op.cit., pp.182-183.
9. Deadweight loss
10. Allocative efficiency
11. Bergemann et al., op.cit.

یورو، مازاد ۱۷۵ یورو و رفاه کل ۸۲۵ یورو خواهد بود، در حالی که در قیمت ۱۵ یورو، رفاه کل فقط ۶۲۵ یورو است.[۱]

۴.۱.۳. افزایش رقابت

در بازارهایی با رقابت ناقص یا الیگوپولی، تبعیض قیمتی می‌تواند شدت رقابت را افزایش دهد؛ هر بنگاه برای جذب مشتریان حساس به قیمت، نرخ‌های پایین‌تری پیشنهاد می‌دهد و این رقابت، به کاهش میانگین قیمت‌ها و افزایش رفاه مصرف‌کننده منجر می‌شود؛ به‌ویژه در بازارهایی که مقایسه قیمت‌ها آسان است.[۲]

برخی مطالعات تجربی نیز نشان داده‌اند که پلتفرم‌هایی که تبعیض قیمتی هدفمند را به‌صورت گسترده اجرا می‌کنند، به‌جای تثبیت نرخ‌ها، الگوهای رقابتی تازه‌ای را شکل داده‌اند که نهایتاً به نفع مصرف‌کننده تمام شده است.[۳]

از نظر آثار رفاهی تبعیض قیمتی، می‌توان اثرهای مثبت فراوانی را در نظر گرفت؛ بااین‌حال، باید توجه کرد که این آثار لزوماً به نفع همه گروه‌های مصرف‌کننده نیست. در ادامه، نگرانی‌های اصلی مربوط به اثرهای تبعیض قیمتی بر رفاه کل و تهدیدات بالقوه تبعیض الگوریتمی بررسی می‌شود.

۴.۲. مضرات اقتصادی، آثار توزیعی و تهدیدات بالقوه تبعیض قیمتی الگوریتمی

اگرچه تبعیض قیمتی می‌تواند در برخی شرایط به افزایش رفاه کل منجر شود، لزوماً به نفع همه گروه‌های مصرف‌کننده نیست.

تبعیض قیمتی الگوریتمی، که با بهره‌گیری از کلان‌داده‌ها و الگوریتم‌های پیشرفته اجرا می‌شود، به‌طور خاص شبیه به تبعیض قیمتی کامل یا نوع اول است. در این سازوکار، تولیدکننده می‌تواند برای هر فرد قیمتی نزدیک به حداکثر تمایل به پرداخت او تعیین کند.[۴] این امر به تملک بخش بزرگی از مازاد مصرف‌کننده منجر می‌شود و حتی میان گروه‌های پردرآمد نیز، افراد با میل پرداخت بالاتر مشمول قیمت‌های بالاتری می‌شوند.[۵] علاوه‌بر پیامدهای توزیعی، چنین شیوه‌ای ممکن است باعث تحکیم موقعیت انحصاری شرکت‌ها شود، زیرا انحصارگر می‌تواند تمامی بخش‌های بازار را پوشش دهد، از صرفه‌های مقیاس و آثار شبکه‌ای بهره ببرد و فرصت ورود رقبا را کاهش دهد.[۶]

از منظر رفاه کل، تبعیض قیمتی تنها زمانی قابل دفاع است که به گسترش تولید یا پوشش مصرف‌کنندگان جدید منجر شود؛ اما اغلب این اتفاق رخ نمی‌دهد و تنها مازاد مصرف‌کننده به تولیدکننده منتقل می‌شود. بدون آنکه خروجی بازار یا کیفیت محصول افزایش یابد. ازسوی‌دیگر، تبعیض قیمتی الگوریتمی نابرابری اطلاعاتی را عمیق‌تر می‌کند. بنگاه‌ها داده‌هایی در اختیار دارند که مصرف‌کننده از آنها بی‌اطلاع است و امکان مقابله یا چانه‌زنی ندارد. این ناآگاهی، به‌ویژه در سازوکارهای شخصی‌سازی‌شده، باعث می‌شود مصرف‌کننده در برابر قیمت‌گذاری بی‌دفاع باشد، که مشابه تبعیض قیمتی کامل عمل می‌کند. این وضعیت می‌تواند بحران اعتماد و کاهش رضایت را به دنبال داشته باشد.[۷]

در نهایت، تبعیض قیمتی الگوریتمی با دقت و قدرت بالای خود، می‌تواند مازاد مصرف‌کننده را به‌طور کامل به تولیدکننده

---

۱. برای دیدن محاسبات کامل اقتصادی این مثال، ر.ک: Borgesius & Poort, op.cit., pp.7-8.

2. Grauf, op.cit., p.454; OECD, 2023, op.cit., p.13.
3. Cavallo, op.cit; CMA, 2018.
4. Bergemann et al., op.cit., p.921; OECD, 2016, op.cit., p.16.
5. Mehra, op.cit.
6. OECD, 2023, op.cit., p.13; Gautier et al., op.cit., p.5.
7. Executive Office of the President, op.cit.

منتقل کند و شکلی تقریباً کامل به خود بگیرد.[۱] هرچند در برخی بازارهای رقابتی این شیوه ممکن است رقابت و رفاه مصرف‌کنندگان را افزایش دهد،[۲] اما در بازارهای انحصاری، تبعیض قیمتی الگوریتمی می‌تواند کل رفاه مصرف‌کننده را به سود تولیدکننده منتقل کند. این آثار، از منظر اقتصادی، حقوقی و توزیعی، برای طراحی سیاست‌های رقابتی و تنظیمگری بسیار مهم هستند.[۳] به همین دلیل، تحلیل دقیق پیامدهای توزیعی تبعیض قیمتی، در کنار ارزیابی کارایی آن، برای سیاست‌گذار ضروری است.

۵. ابعاد حقوقی تبعیض قیمتی

۵.۱. تبعیض قیمتی الگوریتم از منظر حقوق رقابت

با توجه به اینکه تبعیض قیمتی گاهی می‌تواند موجب افزایش رفاه کل شود، حقوق رقابت با احتیاط و ملاحظه بیشتری نسبت به این پدیده واکنش نشان می‌دهد. اقتصاددانان معمولاً میان اشکال تبعیض قیمتی که به رقبا آسیب می‌زند («آسیب درجه اول»)[۴] و اشکالی که مشتریان نهایی را هدف قرار می‌دهد («آسیب درجه دوم»)[۵] تمایز قائل می‌شوند. در اینجا، تمرکز بر بُعد «استثماری»[۶] تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده توسط شرکت‌های دارای موقعیت مسلط نسبت به مصرف‌کنندگان نهایی است.[۷]

در اینجا، مسئله کلیدی تعادل میان دو معیار مهم اقتصادی است: رفاه کل[۸] و رفاه مصرف‌کننده.[۹] درحالی‌که تبعیض قیمتی در برخی موارد می‌تواند رفاه کل را افزایش دهد، معمولاً به کاهش رفاه مصرف‌کننده می‌انجامد. اتحادیه اروپا، برخلاف برخی رویکردهای ایالات متحده که بر رفاه کل تأکید دارند، تمرکز ویژه‌ای بر رفاه مصرف‌کننده دارد. بنابراین، نسبت به اشکالی از تبعیض قیمتی که به انتقال ارزش از مصرف‌کننده به بنگاه‌ها منجر می‌شوند، حساسیت بیشتری نشان می‌دهد. این امر، به‌ویژه در زمینه تبعیض قیمتی الگوریتمی که از داده‌های گسترده، الگوریتم‌های سریع و قابلیت تنظیم‌پذیری بالا بهره می‌گیرد، اهمیت مضاعف دارد.[۱۰]

ازسوی‌دیگر، تبعیض قیمتی الگوریتمی ممکن است آثار غیرمستقیم مهمی بر رقابت داشته باشد. برای مثال، چنانچه شرکت‌های مسلط با بهره‌گیری از اطلاعات دقیق درباره ترجیحات مصرف‌کنندگان، بتوانند برای هر بخش بازار قیمتی متفاوت تعیین کنند، این توانایی را دارند که رقبا را از بازار حذف کنند یا مانع ورود آنها شوند. این موضوع در بازارهای دیجیتال که داده و الگوریتم نقشی کلیدی در تصمیمات قیمتی دارند، اهمیتی دوچندان می‌یابد. در چنین شرایطی،

---

1. Bergemann et al., op.cit., p.921; OECD, 2016, op.cit., p.16.
2. Grauf, op.cit., p.454; OECD, 2023, op.cit., p.13.
3. Borgesius & Poort, op.cit., p.10; Strandburg, K. J. "Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect", *University of Chicago Legal Forum*, 2013, pp.138-139.
4. First-line injury
5. Second-line injury
6. Exploitative abuse

به رفتاری می‌گویند که به آسیب مستقیم به بازیگران طرفِ معامله با بنگاه دارای موقعیت مسلط منجر می‌شود. (مانند قیمت‌گذاری گزاف) در مقابل آن، سوءاستفاده «طردکننده» یا Exclusionary abuse وجود دارد که به‌معنای رفتاری است که رقبا را از بازار خارج می‌کند (مانند قیمت‌گذاری تهاجمی).

7. Botta & Wiedemann, op.cit.
8. Total welfare
9. Consumer welfare
10. Townley et al., op.cit.; Ezrachi & Stucke, op.cit.

تبعیض قیمتی نه‌تنها مسئله‌ای توزیعی، بلکه ابزاری بالقوه برای تحکیم قدرت بازار و رفتار ضدرقابتی محسوب می‌شود که مستلزم توجه جدی حقوق رقابت است.[1]

در حقوق اروپا، ماده ۱۰۲ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا،[2] اعمال تبعیض را ازسوی شرکت‌های دارای قدرت بازار قابل توجه منع می‌کند. بااین‌حال، تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده معمولاً در چارچوب سنتی ماده ۱۰۲ که بر تبعیض علیه بنگاه‌های پایین‌دستی متمرکز است، قرار نمی‌گیرد؛ زیرا تمرکز آن بر مصرف‌کنندگان نهایی است. این امر سبب شده است جایگاه حقوق رقابت در مواجهه با تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده همچنان درحال تکوین و مبهم باقی بماند.

علاوه‌بر این، تأکید صرف بر ممنوعیت پیشینی تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده، به‌ویژه در بازارهای دیجیتال، در حقوق رقابت اتحادیه اروپا جایگاه روشنی ندارد. مداخله در تصمیمات تجاری بنگاه‌های غالب نیازمند توجیه دقیق و موازنه منافع متضاد است، به‌گونه‌ای که سطح و ماهیت آسیب به‌روشنی مشخص شود. بنابراین، نهادهای رقابت معمولاً رویکرد تحلیل موردی را ترجیح می‌دهند. در اینجا، نوع کالا، میزان رقابت، رفتارهای شناختی مصرف‌کنندگان و ساختار بازار، همگی عواملی هستند که باید در تحلیل‌های حقوق رقابت لحاظ شوند. در غیر این صورت، ممکن است مداخله حقوقی بیش از حد یا ناکافی باشد و به نتایج ناخواسته‌ای در بازار منجر شود.[3]

برخی نویسندگان بر این باورند که اهداف حقوق رقابت اتحادیه اروپا باید از چارچوب صرفاً اقتصادی فراتر رود و ملاحظات عدالت و انصاف را نیز در بر بگیرد.[4] از این دیدگاه، تبعیض قیمتی، به‌ویژه در اشکال الگوریتمی و شخصی‌سازی‌شده، ممکن است مصداقی از رفتارهای «غیرمنصفانه» تلقی شود. بااین‌حال، این رویکرد چالش‌برانگیز است؛ زیرا تعیین دقیق معیار «غیرمنصفانه» بودن، مبهم و وابسته به برداشت‌های ذهنی است و نمی‌تواند به‌راحتی مبنایی روشن و مشخص برای تعیین دامنه اجرای قواعد رقابت فراهم کند.[5]

۵.۲. تبعیض قیمتی الگوریتمی از منظر حقوق داده‌های شخصی

۵.۲.۱. داده شخصی و «پردازش» آن

قوانین حمایت از داده‌های شخصی[6] ابزارهای حقوقی HKN که هدفشان اطمینان از رعایت انصاف، شفافیت و مشروعیت این داده‌های شخصی افراد است.[7] قیمت گذاری شخصی‌سازی‌شده نیز عموماً نیازمند تحلیل و پردازش این داده‌هاست.[8] داده‌های شخصی[9] داده‌هایی‌اند که با آنها می‌توان مستقیم یا غیرمستقیم افراد را شناسایی کرد.[10] ذیل مقررات عمومی

---

1. OECD, 2023, op.cit.
2. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)
3. Botta & Wiedemann, op.cit.
4. Townley et al., op.cit.; Ezrachi & Stucke, op.cit.
5. Botta & Wiedemann, op.cit., p.388.
6. Data protection laws

۷. مقدمه مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا (GDPR)؛ بند ۱ ماده ۸ منشور حقوق بشر سازمان ملل؛
Borgesius & Poort, op.cit., p.10.

۸. عزیزیان‌پور، کوثر، پیشین، ص.۶۲؛
Hildebrandt, M., Koops, B. J. "The challenges of ambient law and legal protection in the profiling era", *The Modern Law Review*, Vol. 73, Issue 3, 2010, p.437؛ Borgesius & Poort, op.cit., p.2.

9. Personal data

۱۰. قناد، فاطمه و الهام شریف، «مطالعهٔ اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیهٔ اروپا»، *دوفصلنامهٔ تخصصی حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص۶.

حفاظت از داده‌های اروپا،[1] داده شخصی شامل هر اطلاعاتی است که به یک فرد که قبلاً شناسایی‌شده یا قابل شناسایی است[2] مربوط باشد؛ مانند نام، شماره شناسایی، داده مکانی، شناسه آنلاین یا ویژگی‌هایی مرتبط با هویت فیزیکی، فیزیولوژیکی، ژنتیکی، ذهنی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی فرد.[3] پردازش نیز هر نوع عملیات بر داده‌های شخصی مانند جمع‌آوری، ثبت، سازمان‌دهی، ذخیره، تغییر، بازیابی و مانند آن، به صورت خودکار و چه غیرخودکار است.[4]

قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده معمولاً شامل پردازش داده‌های شخصی است. این داده‌ها ممکن است در زمان ثبت‌نام در سایت جمع‌آوری شوند؛ مثلاً فردی که همواره کالاهای گران‌قیمت می‌خرد، به‌دلیل عدم حساسیت به قیمت، قیمت‌های بالاتری ببیند. در مقابل، کاربری که به جست‌وجوی کالاهای دست‌دوم یا مقایسه قیمت‌ها می‌پردازد، ممکن است تخفیف‌هایی دریافت کند؛ زیرا الگوریتم تشخیص می‌دهد که او به قیمت حساس است.

همچنین، حتی کاربران ثبت‌نام‌نکرده نیز هدف قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده قرار می‌گیرند. سایت‌ها با استفاده از کوکی‌ها و شناسه‌های منحصربه‌فرد، می‌توانند رفتار افراد را در سایت‌های مختلف ردیابی و پروفایلی از آنان تهیه کنند. این اطلاعات ممکن است شامل تاریخچه جست‌وجو، بازدید از صفحات خاص، یا عادات خریدشان باشد. بنابراین، حتی بدون داشتن ایمیل فرد یا پروفایل شخصی، سایت می‌تواند قیمت‌ها را مطابق با حساسیت او تنظیم کند. اگر کاربر معمولاً به دنبال کالاهای ارزان‌تر باشد یا به سایت‌های مقایسه قیمت[5] سر بزند، احتمال تخفیف برای او بیشتر است.

ازاین‌رو، اغلب موارد قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده تحت شمول قوانین حمایت از داده قرار می‌گیرد و شرکت‌ها باید الزامات این قوانین را رعایت کنند.[6] براساس اصل شفافیت در قوانین اروپا، شرکت‌ها موظف‌اند هدف از پردازش داده‌ها را به کاربران اطلاع دهند.[7] همچنین، مطابق GDPR، استفاده قانونی از داده‌های شخصی منوط به اخذ رضایت کاربر است.[8]

۵.۲.۲. لزوم اخذ رضایت کاربر برای مشروعیت قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده

مطابق مقررات عمومی حفاظت از دادهٔ اتحادیه اروپا (GDPR)، پردازش و استفاده از داده‌ها در چهارچوب قانونی و اهداف مشروعی که در ماده ۶ با عنوان «مشروعیت پردازش داده» پیش‌بینی شده‌اند و در زمان جمع‌آوری داده به صورت دقیق و واضح به اطلاع کاربر برسد مجاز است.[9] از این میان، سه مورد در روابط خصوصی اهمیت بیشتری دارند:

نخست، رضایت فرد (بند ۱ ماده ۶) است که با اعلام آن، پردازش در حدود مشخص خود قانونی تلقی می‌شود. بااین‌حال به‌نظر نمی‌رسد که بسیاری از افراد به پردازش به هدف قیمت‌گذاری شخصی رضایت دهند. دوم، ضرورت است؛ پردازش باید در راستای اجرای قرارداد و ضروری باشد، مانند پردازش آدرس برای ارسال کالا (بند ۲ ماده ۶). اما این معمولاً شامل قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده نمی‌شود، زیرا چنین پردازشی ضروری نیست. سوم، تعادل منافع است که امکان پردازش را در صورت ضرورت برای منافع مشروع شرکت‌ها می‌دهد، مشروط بر آنکه حقوق اساسی افراد نقض نشود. (بند ۶ ماده ۶) اما معمولاً مقامات حفاظت از داده‌ها این نوع پردازش را برای قیمت‌گذاری شخصی‌سازی شده ضروری نمی‌دانند، زیرا

---

1. General Data Protection Regulation (GDPR)
2. Identified or identifiable

۳. بند ۱ ماده ۴.

۴. بند ۲ ماده ۴ GDPR.

5. Price comparison websites
6. Borgesius & Poort, op.cit., pp.10-12.
7. Borgesius & Poort, op.cit., p.2.
8. Gautier et. al., op.cit., p.21.
9. Ibid.

منافع مصرف‌کنندگان بر منافع شرکت‌ها ارجح است. بنابراین، قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده عمدتاً فقط در صورت رضایت صریح و آگاهانه کاربر مجاز است و شرکت‌ها نمی‌توانند با اتکا به منافع خود یا ضرورت قراردادی، داده‌ها را به این منظور پردازش کنند.[1]

زمانی که شرکت‌ها از کوکی‌ها و تکنیک‌های مشابه استفاده می‌کنند، علاوه‌بر قوانین عمومی حفاظت از داده‌ها، دستورالعمل حریم خصوصی الکترونیکی[2] نیز اعمال می‌شود. در این قانون نیز الزامی مبنی‌بر اخذ رضایت کاربران قرار داده شده است. بنابراین، کوکی‌ها تنها زمانی به‌طور قانونی می‌توانند استفاده شوند که مصرف‌کننده به آن رضایت داده باشد. اگر رضایتی نباشد و شرکت نتواند بر مبنای قانونی دیگری پردازش داده‌ها را توجیه کند، پردازش داده‌های شخصی مجاز نخواهد بود.[3]

۵.۲.۳. لزوم اطلاع‌رسانی شفاف به کاربران درخصوص قیمت‌گذاری شخصی‌سازی شده

ازسوی‌دیگر، یکی از طرقی که قوانین حمایت از داده‌های شخصی برای اطمینان از منصفانه بودن نحوه پردازش و استفاده از داده‌ها استفاده می‌کنند، اصل شفافیت مندرج در مواد ۱۲ تا ۱۴ قانون است که طبق آن، شرکت‌ها باید اطلاعات واضح، قابل‌فهم و در دسترس را به افرادی که داده‌هایشان پردازش می‌شود ارائه دهند. این اطلاعات باید شامل جزئیات مربوط به نوع داده‌های پردازش‌شده، اهداف پردازش، مدت نگهداری داده‌ها و حقوق افراد درخصوص داده‌هایشان باشد.[4]

۵.۲.۴. نقش الزامات شفافیت و آگاهی مصرف‌کننده در اعمال تبعیض قیمتی

الزامات قانونی شفافیت و لزوم اخذ رضایت آگاهانه می‌توانند نحوه اجرای قیمت‌گذاری شخصی‌سازی‌شده و نتایج حاصل از آن را دگرگون سازند. هنگامی که مصرف‌کنندگان نسبت به تبعیض قیمتی آگاه می‌شوند، می‌توانند با اقداماتی مانند محدودسازی دسترسی به داده‌های شخصی، استفاده از ابزارهای ضددیابی یا تغییر عمدی الگوهای رفتاری برای گمراه کردن الگوریتم‌ها، کارایی مدل‌های تبعیض قیمتی را کاهش دهند و شرکت‌ها را ناگزیر به بازنگری در رویه‌های الگوریتمی خود کنند.[5]

حتی در بازارهای انحصاری که مصرف‌کننده امکان تغییر فروشنده را ندارد، افراد می‌توانند با پنهان‌سازی هویت دیجیتال خود از طریق حذف کوکی‌ها، پاک‌سازی تاریخچه مرورگر، استفاده از پروکسی یا خودداری از به‌اشتراک‌گذاری داده‌های شخصی، توان پلتفرم‌ها در برآورد دقیق قیمت تمایلی را مختل کنند. در چنین شرایطی، پلتفرم به داده‌های حیاتی موردنیاز برای اجرای موفق تبعیض قیمتی دسترسی نخواهد داشت. هنگامی که کیفیت داده‌ها کاهش می‌یابد یا امکان دسته‌بندی دقیق کاربران از بین می‌رود، ممکن است برای شرکت‌ها مقرون‌به‌صرفه‌تر باشد که اساساً از جمع‌آوری داده خودداری کرده و به قیمت‌گذاری یکنواخت روی آورند.[6]

در نهایت، ترکیب مقررات شفافیت و رضایت با توانمندی مصرف‌کنندگان در مدیریت داده‌هایشان، به عاملی کلیدی در

---

[1] Borgesius & Poort, op.cit., p.14.

[2]. Privacy Directive

[3]. Borgesius & Poort, op.cit., pp.12-14.

[4]. ماده ۱۲ مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا (GDPR)

[5]. Borgesius & Poort, op.cit., p.2.

[6]. Liu, Q & Serfes, K. "Quality of Information and Oligopolistic Price Discrimination", *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol.13, Issue 4, 2004, p.686.

مهار تبعیض قیمتی مبتنی بر الگوریتم تبدیل شده است.

نتیجه‌گیری

تاکنون، اغلب به قیمت‌گذاری ثابت و یکسان برای همه عادت داشتیم،[1] اما با گسترش فناوری‌های تحلیل داده، این عادت درحال‌تغییر است. امروزه قیمت‌ها می‌توانند متناسب با ویژگی‌ها، ترجیحات و تمایل هر فرد به پرداخت تعیین شوند؛ نه براساس ماهیت کالا، بلکه صرفاً بر پایه خصوصیات مصرف‌کننده. این تغییر، نظم سنتی بازار را دگرگون کرده و مباحثی همچون عدالت، شفافیت و رقابت منصفانه را در مرکز توجه سیاست‌گذاران و حقوق‌دانان قرار داده است.

مطالعه حاضر نشان می‌دهد که تبعیض قیمتی شخصی‌سازی‌شده، پدیده‌ای نوظهور در اقتصاد دیجیتال است که با تکیه بر داده‌های شخصی و الگوریتم‌ها، امکان اجرای دقیق‌تر تبعیض قیمتی ـ حتی از نوع اول آن ـ را فراهم کرده است. آثار این شیوه به‌شدت به ساختار بازار و میزان دسترسی به داده‌ها وابسته است. در بازارهای نسبتاً رقابتی، ممکن است چنین تبعیضی موجب افزایش رقابت، ارتقاء رفاه و تنوع قیمتی شود؛ اما در ساختارهای انحصاری یا متمرکز، خطر استثمار مصرف‌کننده، کاهش شفافیت و تقویت قدرت بازار به‌مراتب بیشتر است. از منظر حقوق رقابت، چالش اصلی این است که تبعیض الگوریتمی برخلاف اشکال سنتی، میان مصرف‌کنندگان نهایی اعمال می‌شود و با الگوهای شناخته‌شده پیشین مطابقت ندارد. بااین‌حال، اگر این رفتار به اخلال در رقابت، تحکیم موقعیت مسلط یا جلوگیری از ورود رقبا بینجامد، می‌تواند مشمول عنوان سوءاستفاده از قدرت بازاری شود. ازاین‌رو، نهادهای رقابتی باید به‌دنبال توسعه معیارهای نوینی برای ارزیابی این رفتارها باشند.

از منظر حقوق داده نیز، هرگونه استفاده از اطلاعات شخصی برای تعیین قیمت باید منطبق بر اصولی مانند شفافیت، مشروعیت و رضایت آگاهانه باشد اما بررسی‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از شیوه‌های موجود، فاقد این الزامات هستند و ممکن است به نقض حقوق بنیادین افراد بینجامند. درعین‌حال، افزایش آگاهی کاربران از تبعیض قیمتی و سازوکارهای آن، می‌تواند به اصلاح رفتار مصرف‌کننده و تضعیف اثربخشی مدل‌های تبعیض بینجامد. در نهایت، سیاست‌گذاران باید با اتخاذ رویکردی چندبُعدی، ملاحظات رقابتی، رفاهی، عدالت توزیعی و حفاظت از داده را توأمان مدنظر قرار دهند. با تحلیل موردی، شناسایی دقیق ابزارهای الگوریتمی، و ایجاد توازن میان منافع اقتصادی و اجتماعی می‌توان چارچوبی مؤثر برای تنظیمگری این پدیده طراحی کرد.

منابع

مقاله

۱. رهبری، ابراهیم، «تبانی قیمتی الگوریتمی: مطالعهٔ تطبیقی در حقوق رقابت امریکا، اتحادیهٔ اروپا و ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۲۶۹-۲۹۰. https://doi.org/10.22059/jcl.2023.345558.634394/

۲. رهبری، ابراهیم، «تحلیلی بر چالش‌های حقوق رقابتی کلان‌داده‌ها»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۹۸، ۱۴۰۱، صص۲۹۵-۳۲۰. https://doi.org/10.29252/jlr.2022.226773.2164/

۳. زین‌الدین، مهدی، «قیمت‌گذاری چیست و چرا حیات کسب‌وکارها را در گروی خود دارد؟»، *بانا: دوماهنامه تخصصی اقتصاد و مدیریت کسب‌وکار*، دوره ۱، شماره ۱، آبان ۱۴۰۲، صص ۱۶-۲۰. http://banaelc.com/wp-content/uploads/2024/06/bana1.pdf

[1]. Mehra, op.cit., p.13.

۴. قناد، فاطمه و الهام شریف، «مطالعهٔ اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیهٔ اروپا»، *دوفصلنامهٔ تخصصی حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۱-۲۲. doi:10.22133/clj.2021.244608.1020/

۵. نوری یوشانلوئی، جعفر و هدایت فرخانی، «قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز در حقوق رقابت تطبیقی»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۱۵۹-۲۲۰. http://qjal.smtc.ac.ir/article-1-33-fa.html

پایان‌نامه

۶. عزیزیان‌پور، کوثر، «قواعد حقوقی حاکم بر پروفایلینگ». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *تهران: دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۴۰۲.

References

Books

1. Ezrachi, A., & Stucke, M. E., *Virtual Competition: The Promise And Perils Of The Algorithm-Driven Economy*. 1st Edition, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
2. Motta, M., *Competition Policy: Theory And Practice*. 1st Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
3. Niels, Gunnar, Helen Jenkins, And James Kavanagh, *Economics For Competition Lawyers.* 2nd Ed., United Kingdom: Oxford Univeristy Press, 2016.
4. Posner, R, *Antitrust Law*. 2nd Edition, Chicago: University Of Chicago Press, 2001.
5. Rodger, B. J., And Macculloch, A., *Competition Law And Policy In The Ec And Uk,* 4th Edition. New York: Routledge, 2008.
6. Stigler, G. J., *Theory Of Price*. 4th Edition, New York: Macmillan, 1987.
7. Turow J., *The Daily You: How The New Advertising Industry Is Defining Your Identity And Your Worth*. 1st Edition, New Haven: Yale University Press, 2011.

Articles

8. Alves de Oliveira, R. & Bollen, M., "Deep Learning for Power Quality," *Electric Power Systems Research*, Vol. 214, 2023, pp. 1-12. https://doi.org/10.1016/j.epsr.2022.108887
9. Bergemann, D., Brooks, B., And Morris, S. "The Limits Of Price Discrimination", *American Economic Review*, Vol. 105, Issue 3, 2015, pp. 921-957.
10. Borgesius, F. Z., & Poort, J. "Online Price Discrimination And Eu Data Privacy Law", *Journal Of Consumer Policy*, Vol. 40, Issue 3, 2017, pp. 1-20. http://Dx.Doi.Org/10.2139/Ssrn.3009188/
11. Botta, M., Wiedemann, K. "To Discriminate Or Not To Discriminate? Personalized Pricing In Online Markets As Exploitative Abuse Of Dominance", *European Journal Of Law And Economics*. Vol. 50, 2020, pp. 381–404. Https://Doi.Org/10.1007/S10657-019-09636-3/
12. Cavallo, A. "More Amazon Effects: Online Competition And Pricing Behaviors", *Cambridge, Ma: National Bureau Of Economic Research(Nber)*. Working Paper No. W25138, 2019, pp.1-37. Https://Doi.Org/10.3386/W25138
13. Competition And Markets Authority [Cma]. "Pricing Algorithms: Economic Working Paper On The Use Of Algorithms To Facilitate Collusion And Personalized Pricing", *Competiton And Markets Authority*, 2018. Available At: https://www.gov.uk/government/publications/pricing-algorithms-research-collusion-and-personalised-pricing/
14. D., Brooks, B., And Morris, S. "The Limits Of Price Discrimination", *American Economic Review*, Vol. 105, Issue 3, 2015, pp. 921–957. Http://Dx.Doi.Org/10.1257/Aer.20130848

15. Executive Office Of The President Of The United States (Council Of Economic Advisors). “Big Data And Differential Pricing”, *White House Reports*, 2015. Available At:https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf Accessed On 22 April 2025.
16. Gautier, A., Ittoo, A., And Van Cleynenbreugel, Pieter. “Ai Algorithms, Price Discrimination And Collusion: A Technological, Economic And Legal Perspective”, *European Journal of Economic Law*, Vol. 50, 2020, pp. 1-31. https://Doi.Org/10.1007/S10657-020-09662-6/
17. Geradin, D, & Petit, N. “Price Discrimination Under Ec Competition Law: The Need For A Case-By-Case Approach”, *Global Competition Law Centre Working Paper Series*, Issue 07/05, 2005. http://Dx.Doi.Org/10.2139/Ssrn.763484/
18. Ghanad, F., Sharif, E. “A Preliminary Study Of Personal Data Protection In The Iranian Legal System And The Eu General Data Protection Regulation”, *Bi-Annual Journal Of New Technology Law*, Vol. 2, Issue 4, 1400, pp.1-22. Doi:10.22133/Clj.2021.244608.1020 (In Persian)
19. Ghose, A., Yang, S. “An Empirical Analysis Of Search Engine Advertising: Sponsored Search In Electronic Markets”, *Management Science*, Vol. 55, Issue 10, 2009, pp. 1605–1622. https://Doi.Org/10.2139/Ssrn.1022467
20. Graef, I. “Algorithms And Fairness: What Role For Competition Law In Targeting Price Discrimination Towards End Consumers?”, *Columbia Journal Of European Law*, Vol. 24, Issue 3, 2018, pp. 541-559. Http://Dx.Doi.Org/10.2139/Ssrn.3090360
21. Guerrero Perez, A., Ancelin, O., Trapp, D., And Pomana, A. “Competition Authorities Zero In On Antitrust Risks Of Algorithmic Pricing”. *Global Competition Review*, September 2025. Available At: Https://Globalcompetitionreview.Com/Guide/Digital-Markets-Guide/Fifth-Edition/Article/Eu-Competition-Authorities-Zero-In-Antitrust-Risks-Of-Algorithmic-Pricing/ Last Visited On 3 December 2025.
22. Hannak, A., Soeller, G., Lazer, D.M., Mislove, A., And Wilson, C. “Measuring Price Discrimination And Steering On E-Commerce Web Sites”, *Proceedings Of The 2014 Conference On Internet Measurement Conference*, 2014, pp. 305-318. https://doi.org/10.1145/2663716.2663744
23. Hildebrandt, M., Koops, B. J. “The Challenges Of Ambient Law And Legal Protection In The Profiling Era”, *The Modern Law Review*, Vol. 73, Issue 3, 2010, pp. 428-460. https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2010.00806.x
24. Klein, B, “Price Discrimination And Market Power”, *Issues In Competition Law And Policy*, Vol. 2, 2008, pp. 977-996, Available At: Https://Ssrn.Com/Abstract=1657202
25. Liu, Q & Serfes, K. “Quality Of Information And Oligopolistic Price Discrimination”, *Journal Of Economics & Management Strategy,* Vol.13, Issue 4, 2004, pp. 671-702. Https://Doi.Org/10.1111/J.1430-9134.2004.00028.X/
26. Mcsweeny, T., & O'dea, B. “The Implications Of Algorithmic Pricing For Coordinated Effects Analysis And Price Discrimination Markets In Antitrust Enforcement”, *Antitrust*, Vol.32, Issue 1, 2017, pp. 75-81. Available At: https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/implications-algorithmic-pricing-coordinated-effects-analysis-price-discrimination-markets-antitrust
27. Mehra, S. K. “Price Discrimination-Driven Algorithmic Collusion: Platforms For Durable Cartels”, *Stanford Journal Of Law, Business, And Finance, Forthcoming, Temple University Legal Studies Research Paper,* Issue 35, 2020. Available At: Https://Ssrn.Com/Abstract=3699032/
28. Nouri Youshanlouei, J, Farkhani, H. “Discriminatory Pricing In Comparative Competition Law”, *Administrative Law Quarterly*, Vol. 1, Issue 2, 2013, pp. 159-220. http://Qjal.Smtc.Ac.Ir/Article-1-33-Fa.Html (In Persian)
29. Odlyzko, A. “Network Neutrality, Search Neutrality, And The Never-Ending Conflict Between Efficiency And Fairness In Markets”, *Review Of Network Economics*, Vol.8, Issue 1, 2009, pp.40-60. https://Doi.Org/10.2139/Ssrn.1095350

30. Office Of Fair Trading, "The Economics Of Online Personalized Pricing", *Office Of Fair Trading*, No. Oft1488, 2013. Archived. Accessed 10 January 2025.
31. Organization For Economic Co-Operation And Development [OECD], "Algorithmic Competition", *Oecd Roundtables On Competition Policy Papers*, 2023. Https://Doi.Org/10.1787/Cb3b2075-En /
32. Organization For Economic Cooperation And Development [Oecd], "Price Discrimination", *Oecd Roundtables On Competition Policy Papers*, 2016. https://Doi.Org/10.1787/4ee4dc56-En
33. Rahbari, E. "Algorithmic Price Collusion: A Comparative Study In The Competition Law Of The Usa, Eu, And Iran", *Comparative Law Studies Quarterly*, Vol. 14, Issue 1, 2023, pp.269-290. https://Doi.Org/10.22059/Jcl.2023.345558.634394 (In Persian)
34. Rahbari, E. "An Analysis Of The Challenges Of Competition Law For Big Data", *Quarterly Journal Of Legal Research*, Vol.25, Issue 98, 2022, pp. 295-320. https://Doi.Org/10.29252/Jlr.2022.226773.2164 (In Persian)
35. Stole, L. A. "Price Discrimination And Imperfect Competition", In: *Handbook Of Industrial Organizatio, Amsterdam: Elsevier*, Vol 3, 2007, pp. 2221-2299. https://doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03034-2
36. Strandburg, K. J. "Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect", *University Of Chicago Legal Forum*, 2013, Available At: Available at: https://ssrn.com/abstract=2323961
37. Townley, C, Morrison, E. & Yeung, K. "Big Data And Personalized Price Discrimination In Eu Competition Law", *Yearbook Of European Law*, Issue 36, 2017, pp. 1-58. https://Doi.Org/10.1093/Yel/Yex015
38. Turow J., King, J., Hoofnagle, C. J., Bleakley, A., And Hennessy, M. "Americans Reject Tailored Advertising And Three Activities That Enable It", *SSRN Electronic Journal,* September 2009. http://Dx.Doi.Org/10.2139/Ssrn.1478214/
39. Turow, J., Feldman, L., & Meltzer, K. "Open To Exploitation: America's Shoppers Online And Offline", *A Report From The Annenberg Public Policy Center Of The University Of Pennsylvania*, June 2005. https://repository.upenn.edu/handle/20.500.14332/2000
40. Varian, H. R. "Price Discrimination". In: *Handbook Of Industrial Organization*. Amsterdam: Elsevier, Vol.1, 1989. pp.597–654.
41. Yadav, S. P., "A Research Paper On-Price Discrimination", *International Journal Of Science And Research (Ijsr)*, Vol.12, Issue 2, 2023, pp. 1388-1393. Https://www.Doi.Org/10.21275/Sr23220191529/
42. Zeynoddin, M. "What Is Pricing And Why Is The Survival Of Businesses Dependent On It?", *Bana: Bi-Monthly Journal Of Business Economics And Management*, Vol. 1, Issue 1, October 2023, pp. 16-20. (In Persian)

Thesis

43. Azizianpour, Kosar."Legal Rules Governing Profiling", Master's Thesis. *Tehran: Shahid Beheshti University*, 2023. (In Persian)

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 283-302 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

A Critical Study of the Offender Personality File in Iranian and English Criminal Law

Yaser Hajipour[1]

Highlights

- A comparative analysis of the Personality File in Iranian law and the pre-sentence report in English law shows that this institution serves as a fundamental tool for achieving criminal justice and the individualization of punishment, rather than a mere procedural appendage.
- Although the English system holds a structural advantage due to the independence of the reporting body from the prosecuting authority, the judicial practice of Iran's Supreme Court, which has overturned verdicts issued without a personality file, has created a powerful practical guarantee that even surpasses the English legislator's approach.
- Elevating the personality file in Iran from a symbolic institution to a functional tool requires, first, a legislative revision of its scope (extending it to all Ta'ziri offenses while exempting Hudud and Qisas crimes) and, second, the establishment of a specialized, independent institution with an explicit enforcement guarantee**.**

ABSTRACT

Introduction

Modern criminal justice, by moving away from purely punitive approaches, has shifted toward the individualization of punishment and esurance proportionality between the act committed, the offender's personality, and the judicial response. Within this framework, the personality file functions as a practical and multidimensional institution which, by collecting data on the psychological, social, familial, economic, educational conditions, and background of the individual, plays a decisive role in achieving a more accurate understanding of the offender and analyzing the underlying causes of criminal behavior. The use of a personality file enables judges to render decisions grounded in individual and social realities, thereby preventing the issuance of uniform and generalized judgments for fundamentally different offenders. Moreover, by supporting the objectives of restorative justice, the personality file can facilitate rehabilitation, prevent recidivism, and reduce the human and social costs of the criminal justice system. The importance of this institution is not confined to the sentencing stage; rather, it may exert influence throughout all phases of criminal proceedings, from preliminary investigations to the execution of sentences and corrective and rehabilitative programs. Given the relatively recent introduction of the personality file in Iranian law and its longer-established history in England, the present study aims to conduct a comparative analysis of the status, mechanisms, and effectiveness of the personality file in the legal systems of Iran and

How to Cite: Hajipour, Yaser, "A Critical Study of the Offender Personality File in Iranian and English Criminal Law", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 283-302.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242176.2987 Received: 26/10/2025-Accepted: 25/01/2026

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

Corresponding Author Email: docyas1366@iau.ac.ir

Copyright: © 2026 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/).

England, and to propose solutions to strengthening this institution within Iran's criminal justice system, in a manner that respects domestic requirements while enhancing criminal and restorative justice, and reducing recidivism.

Methods

This study adopts a descriptive–analytical method with a comparative approach. First, the theoretical foundations of modern criminal justice, the individualization of punishment, and the relationship between the personality file and the prevention of recidivism are examined. Subsequently, the legal rules and structures governing the personality file in Iran—particularly the 2013 Iranian Code of Criminal Procedure and its requirements concerning serious crimes and juvenile offenders—are analyzed, along with the practical challenges and legal ambiguities surrounding its implementation.

Results and Discussions

The findings indicate that in both legal systems, the personality file serves as an important instrument for achieving the individualization of punishment and enhancing the accuracy of judicial decision-making. However, significant differences exist in terms of institutionalization, scope of application, and supporting mechanisms. In Iranian law, the personality file was formally recognized for the first time in the 2013 Code of Criminal Procedure, and its preparation was made mandatory for certain serious crimes as well as for children and juveniles. This development reflects the legislator's acknowledgment of the need for a more comprehensive understanding of offenders and attention to their personal characteristics during criminal proceedings. Nevertheless, in practice, the personality file faces several challenges, including the lack of uniform practice in its preparation and use, shortages of trained and specialized personnel, ambiguity regarding the scope and content of admissible information, and insufficient coordination between judicial authorities and supportive and rehabilitative institutions. Furthermore, limiting the mandatory preparation of personality files to specific cases deprives many proceedings—where the prevention of recidivism and offender rehabilitation may be achievable—of an effective tool for accurate assessment. This situation hampers the effective implementation of individualization of punishment and, at times, leads criminal justice toward standardized responses that are not necessarily proportionate to the offender's personal and social circumstances. By contrast, the English legal system, benefiting from a longer history of utilizing offender assessment mechanisms, employs the personality file in a broader and more coherent manner throughout the criminal justice process. In this system, psychological, social, familial, and even risk-assessment evaluations regarding recidivism are typically prepared in the form of specialized reports. These reports are not confined to the sentencing stage but are utilized from early decision-making phases through sentencing, supervision of sentence execution, and rehabilitation programs. One of the key strengths of the English model lies in the structured cooperation among courts, mental health services, social services, and post-release supervision agencies. This coordinated network not only enhances the accuracy of personality file data but also facilitates the design of proportionate responses such as treatment programs, support services, alternative sanctions, and restorative measures. As a result of this integrated system, the likelihood of effective implementation of recommendations derived from personality files increases, thereby amplifying their impact on reducing recidivism. Comparative analysis demonstrates that although the legal recognition of the personality file in Iran constitutes a significant step toward modern criminal justice and restorative justice, deficiencies in executive infrastructure, institutional organization, and legal limitations hinder the full realization of its potential. In England, however, the personality file is regarded as a continuous decision-making tool, with a more prominent role in rehabilitation and the reduction of reoffending. Based on the findings, drawing upon the English experience—particularly in expanding the scope of personality files, establishing clear standards for their content and preparation, strengthening the role of multidisciplinary experts, and enhancing coordination between the judiciary and supportive and therapeutic institutions—could significantly improve the effectiveness of this institution in Iran. Moreover, the targeted use of personality files in criminal policy-making may shift judicial responses from pure punishment toward rehabilitation and restoration, thereby realizing criminal justice in its true sense, namely proportionality and individualization of punishment.

Conclusion

The present study demonstrates that the personality file constitutes one of the key pillars for achieving individualization of punishment, criminal justice, and restorative justice, and can play an effective role in reducing recidivism and enhancing rehabilitation prospects. In Iran, despite the legal recognition of the personality file in the 2013 Code of Criminal Procedure, practical challenges and legal ambiguities have prevented full utilization of its capacities. The English experience shows that institutionalizing personality files through specialized reports and inter-institutional cooperation can significantly enhance the efficiency of the criminal justice system. Accordingly, it is recommended that, while respecting domestic conditions,

structural and legislative reforms, the development of expert infrastructures, and strengthened inter-agency cooperation be pursued in Iran, so that the personality file may become a more effective instrument for realizing restorative justice and reducing recidivism.

Keywords: Pre-Sentence Report, Individualization of Punishment, Criminal Justice, Restorative Justice, Recidivism

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

تأملی بر پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان

یاسر حاجی‌پور[۱]

نکات برجسته

- بررسی تطبیقی پرونده شخصیت در حقوق ایران و گزارش پیش از صدور حکم در انگلستان نشان می‌دهد که این تاسیس، ابزاری بنیادین برای تحقق عدالت کیفری و فردی‌سازی مجازات‌هاست، نه صرفاً یک ضمیمه شکلی در فرآیند دادرسی.
- اگرچه نظام انگلستان به‌واسطه استقلال نهاد تهیه‌کننده گزارش از مقام تعقیب برتری ساختاری دارد، رویه قضایی دیوان عالی کشور ایران با نقض آرای صادره بدون تشکیل پرونده شخصیت، ضمانت اجرای عملی قدرتمندی ایجاد کرده که حتی از رویکرد قانون‌گذار انگلیسی نیز پیشی گرفته است.
- ارتقای پرونده شخصیت در ایران از یک تاسیس نمادین به ابزاری کاربردی، در گام نخست به بازنگری قانونی در دایره شمول آن (گسترش به جرایم تعزیری و استثنای حدود و قصاص) و در گام دوم به ایجاد نهادی تخصصی و مستقل با تضمین اجرایی صریح نیاز دارد.

چکیده

عدالت کیفری نوین بر پایه فردی‌سازی مجازات‌ها و تناسب میان عمل، شخصیت مرتکب و واکنش قضایی استوار است. در این میان پرونده شخصیت به‌عنوان ابزاری کلیدی با گردآوری اطلاعات چندلایه برای تحلیل ویژگی‌های شخصیتی، روانی، اجتماعی و پیشینه مجرم عمل می‌کند. این تأسیس با فراهم کردن داده‌های جامع، به تحلیل ریشه‌های رفتار مجرمانه و تصمیم‌گیری قضایی آگاهانه‌تر کمک کرده و اهداف عدالت ترمیمی، کاهش تکرار جرم و بازپروری را محقق می‌سازد. جایگاه پرونده شخصیت در نظام حقوقی کنونی، نه‌فقط در مرحله صدور حکم، بلکه در تمام مراحل دادرسی و حتی در اصلاح و بازپروری مجرم، پر اهمیت جلوه می‌نماید. پژوهش حاضر به بررسی تطبیقی پرونده شخصیت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان می‌پردازد. در حقوق ایران، پرونده شخصیت نخستین بار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفت و تشکیل آن برای جرائم مهم و اطفال الزامی شد؛ اما در عمل با چالش‌ها و ابهامات قانونی مواجه است که اجرای مؤثر آن نیازمند اصلاحات ساختاری است. در مقابل، نظام حقوقی انگلستان دارای سابقه‌ای طولانی در بهره‌گیری از پرونده شخصیت بوده که شامل ارزیابی‌های روان‌شناختی، اجتماعی و خانوادگی است و در تمام مراحل دادرسی کاربرد دارد. همکاری میان دادگاه‌ها، نهادهای سلامت روان و خدمات اجتماعی، دقت و کارآمدی این نهاد را افزایش داده و به کاهش تکرار جرم کمک کرده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که بهره‌گیری از تجربیات موفق انگلستان، ضمن توجه به اقتضائات داخلی، می‌تواند به تقویت جایگاه پرونده شخصیت و در نتیجه، ارتقای عدالت ترمیمی و کارآمدی نظام کیفری ایران منجر شود.

کلید واژگان: پرونده شخصیت، فردی‌سازی مجازات، عدالت کیفری، عدالت ترمیمی، تکرار جرم.

استناد به این مقاله: حاجی‌پور، یاسر، «تأملی بر پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۲۸۳-۳۰۲.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۵ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.242176.2987

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: docyas1366@iau.ac.ir

Copyright: © 2026 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 گذار از اندیشه‌های سنتی عدالت کیفری به رویکردهای نوین و انسان‌محور، یکی از بنیادی‌ترین تحولات، ظهور و تثبیت اصل «فردی‌سازی مجازات»[1] بوده است. این اصل بر این باور استوار است که عدالت حقیقی نه در اعمال کیفرهای یکسان برای جرائم مشابه، بلکه در تطبیق واکنش اجتماعی با ویژگی‌های منحصربه‌فرد شخصیتی، روانی و اجتماعی بزهکار محقق می‌شود. در این نگرش، قاضی دیگر تنها مجری بی‌طرف قانون نیست که عمل مجرمانه را با مواد قانونی تطبیق دهد؛ بلکه با تطبیق اطلاعات جامع درباره وضعیت روانی، خانوادگی، اجتماعی، تحصیلی و حرفه‌ای، مجازاتی متناسب با شخصیت و حالت خطرناک بزهکار تعیین می‌کند.[2] هدف غایی از تشکیل پرونده شخصیت، فراتر از یک اقدام تشریفاتی صرف، دستیابی به اهداف عالی‌تری چون اصلاح و بازپروری بزهکار، پیشگیری از تکرار جرم، و در نهایت، تحقق عدالت ترمیمی و افزایش امنیت اجتماعی است.[3] بااین‌حال، علی‌رغم اجماع نظری جهانی بر اهمیت این تأسیس، مسیر تحقق عملی آن در نظام‌های حقوقی مختلف، با فراز و نشیب‌ها و چالش‌هایی همراه بوده است. این پژوهش با اتخاذ رویکردی تطبیقی، به بررسی و تحلیل جایگاه، کارکردها و چالش‌های فراروی پرونده شخصیت در دو نظام حقوقی متمایز ایران و انگلستان می‌پردازد.

نظام حقوق کیفری ایران، به‌ویژه با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، گام‌های مثبتی در جهت شناسایی و قانونمندسازی پرونده شخصیت برداشته شده است. مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ این قانون، تشکیل این پرونده را برای طیف وسیعی از جرائم مهم و همچنین برای اطفال و نوجوانان، الزامی کرده است. این رویکرد در سطح تقنین، نشان از پذیرش نگرش نوین جرم‌شناختی و حرکت به‌سوی یک نظام عدالت کیفری اصلاح‌مدار دارد؛ اما اجرای این تکلیف قانونی در عمل با موانع ساختاری عظیمی مواجه است که آن را تا حد یک نهاد «نمادین» و «تشریفاتی» تنزل داده است.

در مقابل، نظام عدالت کیفری انگلستان، به‌عنوان یکی از پیشروترین سیستم‌های حقوقی جهان، سابقه طولانی‌تری در استفاده از پرونده شخصیت دارد. این پرونده، شامل اطلاعات جامعی درباره پیشینه کیفری، وضعیت اجتماعی، سلامت روانی، وضعیت خانوادگی و... بوده که هدف آن کمک به دادگاه برای تعیین مجازات مناسب، با تمرکز بر کاهش استفاده از زندان و افزایش گزینه‌های جامعه‌محور مانند خدمات اصلاحی است.[4] مقاله حاضر به مطالعه تطبیقی نقش پرونده شخصیت در نظام عدالت کیفری ایران و انگلستان می‌پردازد و هدف آن، شناخت بهتر فرایند ارزیابی شخصیت و چگونگی تأثیر آن بر تصمیمات قضایی است. ابتدا به تعریف و مفهوم دقیق پرونده شخصیت در نظام حقوق کیفری ایران و انگلستان و سپس به واکاوی جایگاه آن در دو نظام حقوقی و میزان تأثیر آن پرداخته می‌شود. در نهایت، با ارائه یک تحلیل تطبیقی جامع، تلاش می‌شود تا با الهام از تجربیات هر دو نظام، راهکارهایی برای تقویت این ابزار حیاتی در راستای تحقق یک عدالت کیفری کارآمدتر، عادلانه و منصفانه‌تر پیشنهاد شود.

---

[1]. Personalization of Sentences

[2]. فروتن، رضا و سید محمدرضا امام، «مطالعه تطبیقی اصل فردی کردن مجازات‌ها در فقه جزایی اسلام و حقوق ایران با نگاهی به تحولات قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه فقه جزای تطبیقی*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۶۹.

[3]. سبزه علی، راضیه و قدرت‌الله خسروشاهی، «نقش پرونده شخصیت در پیشگیری از تکرار جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۴۵، ۱۳۹۶، ص ۱۲۰.

[4]. Gelsthorpe, L., Raynor, P., and Robinson, G**.,** *Pre-Sentence Reports in England and Wales: Changing Discourses of Need, Risk and Quality,* Cullompton: Willan Publishing, First Edition, 2010, p. 405.

۱. مفهوم و مبانی پرونده شخصیت

۱.۱. مفهوم پرونده شخصیت

«پرونده شخصیت» برآیند رویکرد انسان‌محور و از دستاوردهای برجسته جرم‌شناسی نوین در دادرسی کیفری است که از نیمه دوم قرن بیستم میلادی در نظام‌های حقوقی جهان مورد توجه قرار گرفت؛ سندی که در کنار پرونده کیفری تشکیل می‌شود تا تصویر چندبعدی‌تری از متهم ارائه کند و تصمیم‌گیران را از صرف تمرکز بر «فعل مجرمانه» به‌سمت شناخت «فاعلِ جرم» سوق دهد که نه‌تنها به شناخت عمیق‌تر مجرم کمک می‌کند، بلکه قاضی را در تعیین مجازات مناسب یاری می‌رساند.[۱]

پرونده شخصیت به مجموعه‌ای از اطلاعات و گزارش‌های مستند اطلاق می‌شود که وضعیت عمومی و خاص متهم یا محکوم را بررسی می‌کند. این پرونده شامل جنبه‌های روانی، خانوادگی، اجتماعی، تحصیلی، اقتصادی، فیزیولوژیکی و... فرد است. برای مثال، وضعیت عاطفی، تعداد اعضای خانوار، سوابق کیفری، شکست‌ها و ناکامی‌های زندگی، انگیزه‌های ارتکاب جرم و حتی حالت خطرناک در آن ارزیابی می‌شود.[۲]

محتوای پرونده شخصیت، فراتر از گزارش‌های ساده است؛ در جرم‌شناسی بالینی، این پرونده ابزاری کلیدی برای ارزیابی حالت خطرناک بزهکار و پیش‌بینی رفتار آینده اوست. برای نمونه، اگر مجرم دچار بیماری روانی باشد، به‌جای مجازات سخت، درمان و بازپروری پیشنهاد می‌شود. در نتیجه، پرونده شخصیت از طریق شناخت علمی بزهکار، به تصمیم قضایی متناسب منجر می‌شود و ابزاری است که علاوه‌بر فردی نمودن عدالت، خطر تکرار جرم را نیز می‌کاهد.[۳]

۱.۲. مبانی لزوم تشکیل پرونده شخصیت

پس از بررسی مفهوم پرونده شخصیت، ضروری است که به بررسی مبانی تشکیل آن به‌طور خلاصه پرداخته شود؛ چراکه این امر به شناخت بهتر آن کمک می‌کند. در ذیل به مهم‌ترین مبانی تشکیل پرونده شخصیت پرداخته می‌شود:

۱.۲.۱. اصل فردی کردن واکنش کیفری

مهم‌ترین و بنیادین‌ترین دلیل برای لزوم تشکیل پرونده شخصیت، تحقق اصل فردی کردن مجازات‌هاست که بر تطابق مجازات با شرایط منحصربه‌فرد متهم تأکید دارد. اصل مذکور بر این فرض استوار است که انسان‌ها موجوداتی منحصربه‌فردند و نمی‌توان با دو فرد که مرتکب جرم یکسانی شده‌اند، به شیوه‌ای کاملاً مشابه برخورد کرد.[۴] لذا واکنش نظام کیفری باید با شخصیت، سوابق، وضعیت روانی و شرایط اجتماعی هر فرد متناسب‌سازی شود. فردی کردن واکنش کیفری در دو سطح قابل تحلیل است:

---

[۱]. همان، ص ۱۱۹.

[۲]. جمادی، علی، رامین رستمی و جلال بهادری، «پرونده شخصیت، از نگاه قانون‌گذار تا رویه محاکم»، *فصلنامه قضاوت*، دوره ۲۱، شماره ۱۰۵، ۱۴۰۰، ص ۱۰۸.

[۳]. فارسی، مهوش، قدرت‌الله خسروشاهی و روح‌الله سپهری، «ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در پیشگیری رشدمدار از بزهکاری اطفال»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۵۶، ۱۳۹۹، ص۳۵.

[۴]. غیاثوند، سعید، ساجده موسوی، فاطمه زند و میترا بسیوند، «جایگاه اصل فردی کردن مجازات‌ها در میان اصول حاکم بر مجازات‌ها»، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، دوره ۹، شماره ۳، ۱۴۰۲، ص ۶۳۸.

الف) فردی کردن تقنینی: در این سطح، قانون‌گذار با پیش‌بینی تدابیری چون تعیین حداقل و حداکثر برای مجازات‌ها، کیفیات مخففه و مشدده، و نهادهای ارفاقی مانند تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط، زمینه را برای اعمال نظر قضایی فراهم می‌کند. به‌عنوان مثال، تشدید مجازات برای کارمندان دولت در جرم کلاهبرداری یا اعمال مجازات‌های ملایم‌تر برای اطفال و نوجوانان، نمونه‌هایی از فردی کردن در سطح قانون‌گذاری است.[۱]

ب) فردی کردن قضایی: این سطح، نقطه تبلور کارکرد پرونده شخصیت است. در اینجا، قاضی با تکیه بر داده‌های و تحلیل‌های کارشناسی مندرج در پرونده شخصیت، از اختیارات قانونی خود برای تعیین مجازات متناسب، بهره می‌برد. به‌عنوان مثال، قاضی با مشاهده ندامت متهم، فقدان سابقه کیفری و... در پرونده شخصیت، می‌تواند از نهاد تعلیق اجرای مجازات استفاده کند. لذا پرونده شخصیت، ابزار علمی و کارشناسی است که به قاضی امکان می‌دهد تا از میان گزینه‌های قانونی، تصمیمی را اتخاذ کند که بیشترین انطباق را با وضعیت خاص متهم داشته باشد.[۲]

۱.۲.۲. پیشگیری از وقوع و تکرار جرم

یکی از اهداف نظام عدالت کیفری، حفاظت از جامعه از طریق پیشگیری از وقوع جرم، به‌ویژه تکرار آن توسط بزهکاران سابقه‌دار است. پیشگیری از وقوع و تکرار جرم دومین مبنای لزوم تشکیل پرونده شخصیت است که با شناسایی مسائل روانی و اجتماعی، طراحی مداخلات هدفمند (مانند معرفی فرد به مراکز درمانی یا کارگاه‌های حرفه‌آموزی) و افزایش آگاهی عمومی سعی در تحقق این هدف دارد. این رویکرد، شبکه‌های پشتیبانی اجتماعی را تقویت، و افراد را به رفتارهای صحیح هدایت می‌کند تا فرد از ارتکاب یا تکرار جرم پرهیز کند.[۳]

۱.۲.۳. اصلاح و درمان

سومین مبنا، تغییر نگرش از «سزاگرایی» صرف به رویکرد اصلاحی و درمانی است. از این منظر، جرم همیشه یک انتخاب شرورانه نبوده، بلکه نشانه‌ای از آسیب‌ها، ناهنجاری‌ها و اختلالات شخصیتی فرد است و واکنش جامعه نباید صرفاً جنبه تنبیهی داشته باشد بلکه باید درصدد درمان و بازپروری فرد و بازگشت وی به‌عنوان یک عضو مفید به جامعه بود؛ لذا پرونده شخصیت به قاضی پرونده کمک می‌کند با شناخت دقیق شخصیت بزهکار و بررسی گزارش‌های روان‌شناسان و روان‌پزشکان، با اتخاذ تصمیمات مناسب به بازسازی شخصیت و بازاجتماعی نمودن فرد اهتمام ورزد.[۴]

۱.۲.۴. اصل برائت

آخرین مبنا، اصل برائت است که هرچند در نگاه اول ارتباط آن با پرونده شخصیت آشکار نیست، این نهاد می‌تواند به تقویت اصل برائت و حفظ کرامت انسانی متهم کمک کند. اصل برائت مبین این مهم است که با فردی که در مظان اتهام

---

[1]. Ryan, M. J., "Framing Individualized Sentencing for Politics and the Constitution", *American Criminal Law Review*, Vol. 58, 2021, p. 1754.

[۲]. رحیمیان، میترا و مرتضی زهرابی، ***امکان‌سنجی تشکیل پرونده شخصیت در فرایند رسیدگی کیفری***، تهران: نجش و دانش، ۱۴۰۲، چاپ اول، ص۵۰.

[۳]. همان، ص ۵۷.

[4]. Robinson, G., and Crow, I. D., *Offender Rehabilitation: Theory, Research and Practice*, London: SAGE Publications, 2009, p. 2.

قرار دارد، نباید همچون یک مجرم قطعی رفتار شود و تا زمان اثبات قطعی جرم، وی بی‌گناه فرض می‌شود.[1] درخصوص ارتباط این اصل با پرونده شخصیت باید بیان داشت که پرونده شخصیت با ارائه تصویری جامع و چندبعدی از زندگی فرد از تقلیل هویت او جلوگیری می‌کند. این پرونده به قضات رسیدگی‌کننده یادآوری می‌کند که با یک انسان کامل، با تمام پیچیدگی‌ها و جنبه‌های مثبت و منفی‌اش، روبه‌رو است. این امر تضمین می‌کند که تصمیمات قضایی، با پیش‌فرض گناهکاری فرد اتخاذ نشود، بلکه بر مبنای شناختی همه‌جانبه و منصفانه از فرد صورت گیرد.[2]

۲. تطور و جایگاه پرونده شخصیت در نظام‌های کیفری ایران و انگلستان

۲.۱. نظام حقوق کیفری ایران

پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران دارای سابقه قانون‌گذاری بوده است که ازجمله آنها می‌توان به ماده ۴ آیین‌نامهٔ اجرایی‌سازمان کانون اصلاح و تربیت ۱۳۴۷/۷/۱۸ اشاره کرد که درخصوص تشکیل پرونده شخصیت برای اطفال و نوجوانان بزهکار، مقرر کرده است: «در مدت توقف طفل در قسمت نگاهداری موقت از نظر اجرای ماده ۷ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار به وسیله مددکاران اجتماعی کانون درباره سوابق خانوادگی، اجتماعی و خصوصیات اخلاقی طفل تحقیقات لازم به عمل خواهد آمد و از نظر وضع جسمانی، روانی، میزان قوه درسی و استعداد حرفه‌ای به وسیله متخصصین کانون مورد معاینه قرار خواهد گرفت. مجموعه سوابق جمع‌آوری شده در شورایی با حضور مدیر کانون و متخصصینی که از طفل معاینه به عمل آورده‌اند و بررسی خواهد شد و گزارش نهایی که متضمن خصوصیات واقعی شخصیت طفل و تدابیر پیشنهادی درباره وی خواهد بود، در دو نسخه تنظیم می‌گردد که یک نسخه از آن به دادگاه اطفال ارسال خواهد شد و نسخه دیگر در پرونده وی در کانون باقی خواهد ماند. در این پرونده تصمیمات دادگاه و گزارش‌های واصله مربوط به طفل و نتیجه تحقیقات و معایناتی که از طرف مددکاران اجتماعی و متخصصین تهیه می‌شود نگاهداری خواهد شد. پرونده مزبور شامل دو قسمت قضایی و اجتماعی خواهد بود».

در مواردی نیز قانون‌گذار به‌طور غیرمستقیم از پرونده شخصیت سخن به میان آورده است که ازجمله آنها می‌توان به ماده ۱۳۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، اشاره کرد که درخصوص لزوم توجه به شخصیت متهم در زمان صدور تأمین کیفری بیان می‌دارد: «تأمین باید با اهمیت جرم و شدت مجازات و دلایل و اسباب اتهام و احتمال فرار متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم و وضعیت مزاج و سن و حیثیت او متناسب باشد».

اما در حال حاضر، مستند تشکیل پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران، ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کفری مصوب ۱۳۹۲ است که مقرر می‌دارد: «در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به‌صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است:

---

[1]. خالقی، علی، ***آیین دادرسی کیفری***، جلد ۲، تهران: شهر دانش، چاپ پنجاهم، ۱۴۰۳، ص. ۲۰۶.

[2]. فتاحی، حیدر و روح‌الله سپهری، «تأثیرگذاری پروندهٔ شخصیت بر مراحل مختلف فرایند دادرسی کیفری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۶، شماره ۱۰۲، ۱۴۰۲، ص.۴۶۰.

الف) گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم. ب) گزارش پزشکی و روان پزشکی». قانون‌گذار درخصوص اطفال و نوجوانان حساسیت بیشتری از خود نشان داده و موارد لزوم تشکیل پرونده شخصیت را گسترش داده است. دراین‌خصوص ماده ۲۸۶ قانون یادشده بیان می‌دارد: «علاوه‌بر موارد مذکور در ماده (۲۰۳) این قانون، در جرائم تعزیری درجه پنج و شش نیز، تشکیل پرونده شخصیت در مورد اطفال و نوجوانان توسط دادسرا یا دادگاه اطفال و نوجوانان الزامی است».

همچنین باید توجه داشت که اولاً، محتوای پرونده شخصیت محرمانه است؛ ثانیاً، به استناد ماده ۱۷ دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت متهم، اگر متهم یا وکیل وی به محتوای پرونده شخصیت اعتراضی داشته باشند، از تاریخ اطلاع دو روز فرصت دارند تا اعتراض خود را مستند به مدارک و شواهد به‌صورت کتبی به مقام قضایی اعلام کنند.

۲.۲. نظام حقوق کیفری انگلستان

درخصوص حقوق کیفری انگلستان، باید میان دو مفهوم مختلف و متفاوت، اما نزدیک به هم، قائل به تفکیک بود که تبیین صحیح این دو مفهوم، برای مطالعه تطبیقی میان نظام حقوقی ایران و انگلستان، ضروری به‌نظر می‌رسد.

۲.۲.۱. گزارش پیش از صدور حکم[1]

این نهاد در قوانین مختلفی در انگلستان مورد توجه قانون‌گذار این کشور بوده است که ازجمله آنها می‌توان به ماده ۳ قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ [2]، مواد ۳۶ و ۸۱ قانون اختیارات دادگاه‌های کیفری (صدور حکم)[3]، ماده ۱۵۶ قانون عدالت کیفری ۲۰۰۳ اشاره کرد.

اما در حال حاضر، جدیدترین مستند قانونی برای ایجاد گزارش پیش از صدور حکم یا گزارش قبل از تعیین مجازات، ماده ۳۰ قانون تعیین مجازات[4] است. براساس این ماده، هرگاه قانون، تشکیل «گزارش پیش از صدور حکم» را ضروری بداند، دادگاه موظف است پیش از صدور حکم، گزارش مذکور را بررسی کند. درمورد متهمان بالای ۱۸ سال، اصل بر ضرورت تهیه و مطالعه این گزارش است، مگر اینکه قاضی با توجه به شرایط خاص پرونده، آن را غیرضروری بداند. اما درخصوص متهمان زیر ۱۸ سال، دادگاه فقط درصورتی می‌تواند از تهیه گزارش جدید صرف‌نظر کند که از قبل، گزارشی درباره همان فرد موجود باشد و قاضی نیز محتوای گزارش موجود را برای تصمیم‌گیری کافی بداند. درعین‌حال، در مواردی که اخذ و بررسی گزارش پیش از صدور حکم الزامی است، چنانچه دادگاه به چنین امری اقدام نکند، این قصور به‌تنهایی موجب بی‌اعتباری حکم صادره نمی‌شود.

باید توجه کرد که این گزارش در همه جرائم تهیه نمی‌گردد. برای مثال در جرائم کم‌اهمیت، گزارشی تحت عنوان «گزارش خاص»[5] به‌سرعت و به‌طور کوتاه به دادگاه ارائه می‌شود. گزارش پیش از تعیین مجازات، باید حداکثر ظرف مدت ۱۵ روز بعد از درخواست، توسط فرد ذی‌صلاح ثبت گردد[6] که مطابق ماده ۳۱ قانون تعیین مجازات، این شخص ذی‌صلاح

---

1. Pre-Sentence Reports (PSR)
2. Criminal Justice Act 1991.
3. Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000.
4. Sentencing Act 2020.
5. Short-Sentence Report (SSR)
6. مهرا، نسرین، ***دایره‌المعارف عدالت کیفری انگلستان***، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۵۰۱.

در جرائم افراد بالای ۱۸ سال، افسر وابسته به خدمات پروبیشن[1] (مأمور نظارت بر مجرمان در جامعه) و در جرائم افراد کمتر از ۱۸ سال، افسر اداره مراقبت یا مددکار اجتماعی وابسته به مقام محلی یا عضوی از تیم عدالت نوجوانان است.

گزارش پیش از تعیین مجازات، باید دربردارنده موارد ذیل باشد: ۱. منابع اطلاعات: این بخش شامل اطلاعات واقعی مربوط به مشخصات مرتکب، جرم یا جرائم ارتکابی و منابع استفاده شده در تهیه گزارش پیش از محاکمه است و تعیین می‌کند که کدام اطلاعات راستی‌آزمایی شده‌اند. ۲. تحلیل جرم: این بخش شامل بررسی زمینه ارتکاب جرم، میزان تقصیر، شدت جرم، تأثیر جرم بر قربانی، آثار جرم بر بزه‌دیده، وضعیت بزه‌دیده، آگاهی مرتکب از پیامدهای جرم و هرگونه تلاش مرتکب برای جبران خسارت و... است. ۳. ارزیابی مرتکب: این بخش باید بر جزئیات شخصی یا اجتماعی ازجمله: وضعیت خانوادگی، تحصیلات، اشتغال و هر موضوع مرتبط موجود در پیشینه مرتکب که بیان‌کننده انگیزه ارتکاب جرم باشد، تمرکز کند. به‌طور کلی، این بخش الگوهای ارتکاب جرم و نتایج مداخلات قضایی پیشین (نظارت‌ها، مجازات‌ها و واکنش‌ها) را ارزیابی می‌نماید. ۴. ارزیابی خطر جرم برای جامعه: که باید احتمال تکرار جرم، احتمال ورود آسیب به عموم و احتمال آسیب به خود مرتکب را بررسی کند. ۵. نتیجه: انگیزه و توانایی مرتکب برای اصلاح، ارزیابی شود. این بخش شامل مجازات پیشنهادی نیز می‌شود که این پیشنهاد باید به‌طور روشن و واقع‌بینانه باشد و هدف کاهش جرم و حمایت از جامعه را دنبال کند. این قسمت باید نوع و شکل مجازات را پیشنهاد کند و درصورت پیشنهاد دادن حبس، باید آثار احتمالی آن بر وضعیت خانوادگی مرتکب، اشتغال یا تحصیل وی، ارزیابی کند.[2]

دادگاه می‌تواند تقاضای سه نوع گزارش پیش از تعیین مجازات کند: ۱. گزارش شفاهی: این گزارش زمانی ارائه می‌شود که دادگاه فقط نیاز به اطلاعات اندکی دارد. ۲. گزارش تحویل سریع: این گزارش زمانی تهیه می‌گردد که جرم ارتکابی از جرائم کم‌اهمیت بوده یا زمانی که دادگاه نشان می‌دهد حکم ارائه خدمات عمومی یا حبس در دست بررسی است. این گزارش می‌تواند در روز صدور حکم، توسط مقام ذی‌صلاح کامل گردد. ۳. گزارش تحویل استاندارد: مورد اخیر درمورد جرائم پراهمیت تهیه شده و از جرئیات بیشتری برخوردار است.[3]

بنابر ماده ۳۱ قانون تعیین مجازات، اگر که مرتکب کمتر از ۱۸ سال باشد، پیش از اتخاذ تصمیم درخصوص تعیین آستانه شدت جرم برای صدور حکم حبس اختیاری، تعیین مدت مجازات حبس، ارزیابی خطر آسیب‌رسانی به عموم برای تشدید مجازات یا به‌منظور تعیین حبس ابد، باید گزارش پیش از تعیین مجازات کتبی، به دادگاه ارائه گردد.

مطابق ماده ۳۲ قانون تعیین مجازات، دادگاه باید یک نسخه از گزارش پیش از صدور حکم را به مرتکب یا نماینده قانونی وی، و درصورتی‌که مرتکب کمتر از ۱۸ سال باشد، باید به والدین یا سرپرست قانونی وی تسلیم کند. اما اگر مرتکب کمتر از ۱۸ سال بوده و به تشخیص دادگاه، افشار اطلاحات مندرج در گزارش، به ورود آسیب جدی به مرتکب منجر شود، دادگاه الزامی به تحویل «گزارش پیش از صدور حکم» ندارد. علاوه‌بر این، یک نسخه از این گزارش باید به دادستان

---

[1]. Probation Service

خدمات پروبیشن، نهادی وابسته به وزارت دادگستری انگلستان و ولز است که مسئولیت نظارت بر مجرمان خارج از زندان و کمک به بازپروری آنان در جامعه را بر عهده دارد. این نهاد از طریق افسران پروبیشن فعالیت می‌کند و نقش دوگانه‌ای دارد: نخست، تهیه گزارش‌های تخصصی برای دادگاه‌ها (از جمله گزارش پیش از صدور حکم) و دوم، اجرای نظارت و حمایت از محکومان در جامعه یا افراد آزادشده به‌صورت مشروط، با هدف کاهش خطر بازارتکابی و ارتقای امنیت عمومی:

https://www.gov.uk/government/organisations/hm-prison-and-probation-service

در ادامه به‌جای «سرویس پروبیشن» از معادل فارسی آن یعنی «اداره مراقبت» استفاده می‌گردد.

[2]. Ashworth, A. and Rory Kelly. *Sentencing and Criminal Justice,* Cambridge: Cambridge University Press, Fourth Edition, 2005, p. 350.

[3]. همان، ص ۵۰۳.

تحویل داده شود؛ لیکن چنانچه دادگاه ارائه نسخه‌ای از گزارش به دادستان را مقتضی نداند، الزامی به تسلیم آن وجود نخواهد داشت.

۲.۲.۲. سوابق کیفری[1]

پس از ارجاع پرونده به دادگاه جزا،[2] پلیس باید سوابق کیفری متهم را ظرف ۲۱ روز پس از ارجاع، در اختیار دادستانی، وکیل‌مدافع و دادگاه قرار دهد و یک هفته پیش از جلسه رسیدگی، این پرونده مجدداً بررسی و به‌روزرسانی می‌شود. سابقه کیفری متهم شامل مواردی چون سن مرتکب، تحصیلات، مشاغل گذشته و فعلی وی، وضعیت خانوادگی و درآمد، تاریخ دقیق بازداشت، وضعیت او از نظر بازداشت موقت یا آزادی به قید ضمانت وثیقه بودن، تاریخ آخرین آزادی او از زندان، خلاصه‌ای از محکومیت‌های پیشین و... است.[3]

مطابق ماده ۱۰۸ قانون عدالت کیفری ۲۰۰۳، در رسیدگی کیفری به جرائمی که در ۲۱سالگی یا بعد از آن توسط متهم ارتکاب یافته، ارائه ادله مربوط به جرائمی که وی در زمان کمتر از ۱۴سالگی مرتکب شده، قابل پذیرش نیست، مگر اینکه هر دو جرم از جرائمی قابل کیفرخواست[4] بوده و دادگاه بپذیرد که حصول عدالت منوط به پذیرش چنین ادله‌ای است. حتی اگر جرمی که متهم پیش از ۱۴سالگی مرتکب شده، در خارج از قلمرو قضایی انگلستان ارتکاب یافته باشد، به شرطی که مطابق قوانین انگلستان از جرائم قابل کیفرخواست باشد، می‌تواند جزو سوابق کیفری متهم در نظر گرفته شود.

به سوابق کیفری، فرمی ضمیمه می‌شود که به‌طور مشروح، پیشینه کیفری شخص را بیان می‌کند. در فرم مذکور هر محکومیت یا حکم مجرمیت، نام دادگاه صادرکننده حکم، جرم مورد رسیدگی، میزان مجازات و تاریخ آزادی (در صورت صدور حکم حبس) درج می‌گردد. علاوه‌بر این، موارد محکومیت غیرمؤثر کیفری نیز با درج «غیرمؤثر بودن» در این فرم ذکر می‌شود تا دادگاه به تمام محکومیت‌های مؤثر و غیرمؤثر کیفری شخص، دسترسی داشته باشد. پلیس باید خلاصه‌ای از سه محکومیت اخیر که مشابه جرم فعلی متهم هستند و هر جرم دیگری را که منجر به صدور دستور اجتماعی[5] شده و هنوز معتبر است نیز قید کند. علاوه‌بر این، اخطارهای رسمی پلیس[6] نیز می‌تواند آورده شود، اما باید در برگه‌ای جداگانه از محکومیت‌های قبلی درج شوند وکیل متهم می‌تواند در هر مرحله از دادرسی، به جزئیات سوابق کیفری متهم دسترسی داشته باشد و به آن اعتراض کند که در این صورت، اثبات صحت سوابق کیفری بر عهده دادستان است.[7]

---

1. Antecedents
2. Crown Court
3. Sprack, J., *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 14th ed, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 380.
4. Indictable Offences
5. Community Order:

«دستور اجتماعی» نوعی مجازات جایگزین حبس در نظام حقوقی انگلستان و ولز است که مطابق ماده ۱۷۷ قانون عدالت کیفری ۲۰۰۳ صادر می‌شود. این دستور به دادگاه اختیار می‌دهد تا به‌جای مجازات حبس، مجموعه‌ای از الزامات را بر محکوم‌علیه تحمیل نماید؛ ازجمله انجام کار بدون مزد برای جامعه، شرکت در برنامه‌های بازپروری، رعایت محدودیت‌های رفت‌وآمد، اقامت در محل معین، یا حضور تحت نظارت مأمور مراقبت.

6. Police Caution:

«اخطار پلیس» مطابق مواد ۲۲ تا ۲۷ قانون عدالت کیفری ۲۰۰۳ و دستورالعمل‌های وزارت کشور، ابزاری در نظام حقوق کیفری انگلستان و ولز است که به پلیس اجازه می‌دهد در مواردی که دلایل کافی برای تعقیب وجود دارد و متهم ارتکاب جرم را می‌پذیرد، بدون ارجاع پرونده به دادگاه هشدار رسمی صادر کند. این نهاد که در سوابق فرد ثبت می‌شود، اما محکومیت محسوب نمی‌گردد.

7. Ibid., p. 381

از باب مقایسه و تطبیق بین دو تأسیس «گزارش پیش از صدور حکم» و «سوابق کیفری» می‌توان چند تفاوت میان آنها ذکر نمود: نخست، هدف اصلی «گزارش پیش از صدور حکم» کمک به دادگاه در تعیین مناسب‌ترین مجازات برای مجرم است، اما «سوابق کیفری» این امکان را به دادگاه می‌دهد تا از پیشینه مجرمانه فرد مطلع شود و این اطلاعات را در تعیین شدت و نوع مجازات لحاظ کند. وجود محکومیت‌های کیفری پیشین، هم به‌عنوان عاملی برای تشدید مجازات بوده و هم می‌تواند نشان‌دهنده میزان تأثیر اقدامات اصلاحی و بازپرورانه گذشته بر شخص باشد.[1] دوم، مرجع تهیه «گزارش پیش از صدور حکم»، افسران اداره مراقبت هستند که پس از مصاحبه با متهم و بررسی سوابق وی، این گزارش را تهیه می‌کنند و به دادگاه ارائه می‌دهند؛ اما «سوابق کیفری» توسط پلیس تهیه می‌شود و برای ارائه به دادگاه در اختیار دادستانی قرار می‌گیرد.[2] سوم، «گزارش پیش از صدور حکم» برای دادگاه الزام‌آور نیست، بلکه نقش مشورتی دارد و قاضی دادگاه می‌تواند مستقل از توصیه‌های مندرج در گزارش، تصمیم نهایی را اتخاذ کند. اما «سوابق کیفری» از نظر قانونی بخشی از ادله در مرحله صدور حکم است و دادگاه باید محکومیت‌های پیشین مربوط را در نظر بگیرد؛ چراکه وجود سابقه محکومیت کیفری می‌تواند از عوامل تشدید مجازات باشد.[3] در نهایت، محتوای «گزارش پیش از صدور حکم» جامع بوده و شامل مواردی از قبیل: خلاصه‌ای از جرم ارتکابی،شرایط فردی مجرم (نظیر وضعیت خانوادگی، اشتغال و...)، ارزیابی خطر تکرار جرم و اصلاح مجرم و مجازات پیشنهادی است.[4] درحالی‌که محتوای «سوابق کیفری» عمدتاً شامل فهرست محکومیت‌های کیفری پیشین فرد است که جزئیاتی مانند تاریخ و نوع هر جرم، نام دادگاه رسیدگی‌کننده و مجازات اعمال‌شده را دربردارد.

با توجه به توضیحات فوق، مشخص می‌شود که آنچه از آن در حقوق ایران به‌عنوان «پرونده شخصیت» یاد می‌گردد، می‌توان معادل «گزارش پیش از صدور حکم» در حقوق انگلستان دانست. اگرچه گستره این دو عنوان به‌طور کامل منطبق و مشابه با هم نیستند و تفاوت‌هایی دارند.

۳. پرونده شخصیت در آیینه تطبیق: ایران و انگلستان

در این قسمت از نوشتار حاضر، سعی در بررسی تطبیقی پرونده شخصیت در حقوق ایران و گزارش پیش از صدور حکم در حقوق انگلستان در جهت شناخت و تبیین بهتر این دو نهاد مشابه، می‌شود.

نخست، مطابق ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، بازپرس در حین انجام تحقیقات مقدماتی، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را صادر می‌کند. در این خصوص، ممکن است این ابهام به ذهن متبادر گردد که بازپرس از مقامات تحقیق محسوب می‌شود، درصورتی‌که هدف از تشکیل پرونده شخصیت، «فردی‌سازی مجازات و تعیین مجازات متناسب» برای مرتکب است که این امر در صلاحیت دادگاه است. به بیان دیگر، بازپرس فقط درخصوص وقوع یا عدم وقوع جرم اظهارنظر می‌کند، نه درخصوص تعیین مجازات. لذا، از آنجایی که تعیین مجازات بر عهده دادگاه صالح است، بهتر بود که دستور تشکیل پرونده شخصیت، همانند حقوق انگلستان، از وظایف دادگاه باشد و نه از وظایف بازپرس. در پاسخ به این

---

1. https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/sentencing-overview-general-principles-and-mandatory-custodial-sentences

2. https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn06441/

3. https://www.sentencingacademy.org.uk/wp-content/uploads/2023/08/Previous-Convictions-Explainer-1.pdf/

۴. گشتاسبی، محمد، حمیدرضا آداب و محمدعلی مهدوی ثابت، «تحلیل تطبیقی جایگاه پرونده شخصیت در فرایند دادرسی کیفری: مطالعه موردی حقوق ایران و انگلستان»، *مجله پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۳۵.

ابهام، باید بیان نمود که نظر به اینکه ماده ۶ دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت متهم، مقرر می‌دارد: «پرونده شخصیت درمورد متهمانی تشکیل می‌شود که برابر ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری، اتهام به آنان تفهیم شده و دلایل کافی برای توجه اتهام به آنان وجود داشته باشد» و با عنایت به ماده ۱۴ دستورالعمل مذکور که به‌صراحت مقرر داشته است: قضات در مراحل مختلف تحقیق، دادرسی و اجرا، باید با توجه به پرونده شخصیت اتخاذ تصمیم نموده و در مواردی همچون قرارهای ترک تعقیب، تعلیق تعقیب، قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی، تعیین مجازات، تخفیف یا تشدید مجازات و... پرونده شخصیت را لحاظ کنند. بنابراین تشکیل پرونده شخصیت در مرحله تحقیقات مقدماتی و در دادسرا، مناسب ارزیابی می‌گردد. چراکه برخلاف حقوق انگلستان (فارغ از تفاوت ساختاری در این دو نظام) که تشکیل «گزارش پیش از صدور حکم» را صرفاً در مواردی ضروری می‌داند که دادگاه قصد تعیین مجازات‌های خاصی را دارد، توجه به پرونده شخصیت در حقوق ایران، حتی در زمان صدور تأمین کیفری متناسب، ضروری است که این ضرورت را می‌توان در تصریح ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر داشته است: «قرار تأمین و نظارت قضایی باید مستدل و موجه و با... سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او متناسب باشد» مشاهده کرد.

دوم، مطابق ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، بازپرس دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر کند. بنابر ماده ۴۸۵ قانون مذکور، «معاونت اجرای احکام کیفری، به تعداد لازم قاضی اجرای احکام کیفری، مددکار اجتماعی، و... اختیار دارد» و مطابق ماده ۴۸۴ همین قانون، معاونت اجرای احکام کیفری تحت ریاست و نظارت دادستان است. در این مقررات تعارضی بدین شرح جلب توجه می‌کند که بازپرس از مقامات تحقیق است؛ درحالی‌که دادستان مقام تعقیب محسوب می‌شود و واحد مددکاری اجتماعی نیز تحت ریاست دادستان قرار دارد. حال، آیا اساساً بازپرس می‌تواند به واحد مددکاری اجتماعی که زیر نظر دادستان فعالیت می‌کند، دستور تشکیل پرونده شخصیت صادر کند؟ آیا این امر، دخالت در اختیارات مقام تعقیب محسوب نمی‌شود؟ حال آنکه تشکیل گزارش پیش از صدور حکم در حقوق انگلستان در اختیار اداره مراقبت و افسران این نهاد است.

سوم، درخصوص افراد زیر ۱۸ سال، باید در نظر داشت که مطابق ماده ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، تشکیل پرونده شخصیت حسب مورد بر عهده دادسرا یا دادگاه اطفال و نوجوانان است. همین تمایز در حقوق انگلستان نیز دیده می‌شود؛ ازاین‌رو، ماده ۳۱ قانون تعیین مجازات، وظیفه تهیه و تشکیل گزارش پیش از صدور حکم برای افراد زیر ۱۸ سال را بر عهده افسر اداره مراقبت یا مددکار اجتماعی وابسته به مقام محلی و یا عضوی از تیم عدالت نوجوانان قرار داده است.

چهارم، درخصوص ضمانت اجرای عدم تشکیل پرونده شخصیت، باید بیان کرد: در حقوق ایران، هرچند قانون‌گذار در مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری تکلیف بازپرس و دادگاه به تشکیل پرونده شخصیت را تصریح کرده است، هیچ ضمانت‌اجرای صریحی برای تخلف از این تکلیف پیش‌بینی نشده است؛ اما در رویه، دیوان عالی کشور در مواردی به دلیل عدم تشکیل پرونده شخصیت، با استناد به بند ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری، اقدام به نقض دادنامه صادره کرده است. شعبه پانزدهم دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۱۵۱۳۱۰۲۲۷ تصریح کرده است: «با عنایت به مواد ۲۰۳ و ۲۹۷ (بند چ) از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، بازپرس مکلف به تشکیل پرونده شخصیت متهم بوده که با توجه به محتویات پرونده به این وظیفه قانونی عمل نشده و پرونده ازاین‌جهت دارای منقصت قانونی است. لذا بنا به مراتب مذکور با استناد به بند ۲ از قسمت ب ماده ۴۶۹ از قانون مزبور با نقض دادنامه فرجام‌خواسته، پرونده جهت رفع نقص به دادگاه صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌گردد». علاوه‌بر این، می‌توان به دادنامه صادره از

شعبه بیست و هفتم دیوان عالی کشور اشاره کرد که بیان داشته است: «پرونده شخصیت برای متهم تشکیل نگردیده است.که به لحاظ آمره بودن ماده ۲۰۳ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ رفع نقص مطابق بندهای ذیل ماده مذکور لازم است... بنا به مراتب نقص تحقیقات تلقی و مستنداً به بند ۲ شق ب ماده ۴۶۹ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با الحاقات و اصلاحات بعدی آن دادنامه فرجام‌خواسته در قسمت محکومیت فرجام‌خواه نقض و پرونده برای رسیدگی مجدد به دادگاه صادرکننده رأی ارجاع می‌گردد».[۱] بنابراین می‌توان گفت که رویه قضایی ایران عدم تشکیل پرونده شخصیت را نقض تحقیقات مقدماتی تلقی می‌کند. اما در حقوق انگلستان، مطابق ماده ۳۰ قانون تعیین مجازات، قانون‌گذار این کشور بیان می‌دارد که در مواردی که گزارش پیش از صدور حکم الزامی است، دادگاه نمی‌تواند بدون توجه به آن، اقدام به صدور رأی کند، مگر در مواردی که تهیه این گزارش را ضروری نداند. از طرفی، ذیل ماده فوق مقرر کرده است که در موارد لزوم تشکیل این گزارش، اگر دادگاه بدون توجه به آن، اقدام به صدور رأی کند، این امر موجب بی‌اعتباری رأی صادره نیست. غیرقابل اندازه‌گیری و غیرمشخص بودن معیار «تشخیص عدم ضرورت تشکیل گزارش پیش از صدور رأی» توسط دادگاه از طرفی، و عدم لطمه به اعتبار رأی صادره بدون توجه به «گزارش پیش از صدور حکم» از طرف دیگر، نشانگر آن است که در این کشور، تشکیل «گزارش پیش از صدور حکم»، دارای ضمانت‌اجرای مناسبی نیست و در این زمینه، حقوق کیفری ایران با توجه به رویه شعب دیوان عالی کشور، مناسب‌تر عمل کرده و گامی فراتر از حقوق کیفری انگلستان برداشته است.

پنجم، با عنایت به مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، می‌توان دریافت که قانون‌گذار کشور ما برای ایجاد پرونده شخصیت دو معیار را در نظر دارد: معیار نخست، نوع جرم ارتکابی و معیار دوم، سن مرتکب است که حاصل جمع این دو معیار به این نتیجه منجر می‌شود که اگر سن مرتکب بیشتر از ۱۸ سال باشد، بازپرس رسیدگی‌کننده زمانی مکلف به تشکیل پرونده شخصیت است که جرم ارتکابی از جرائمی است که مجازات قانونی آن سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد، تعزیر درجه چهار یا بالاتر باشد، یا جنایت عمدی علیه تمامیت جسمانی محسوب شود و دیه آن به میزان یک‌سوم دیه کامل مجنی‌علیه یا بیشتر باشد. همین‌طور، اگر سن مرتکب کمتر از ۱۸ سال باشد، علاوه‌بر موارد فوق، درصورت ارتکاب جرائم تعزیری درجه پنج و شش نیز، تشکیل پرونده شخصیت ضروری است. اما در حقوق انگلستان نیز، دو معیار مورد توجه قانون‌گذار این کشور بوده است: معیار نخست، سن مرتکب است که به تصریح ماده ۳۰ قانون تعیین مجازات، درصورتی‌که سن مرتکب ۱۸ سال یا بیشتر باشد، دادگاه باید اقدام به دریافت گزارش پیش از صدور حکم نماید، مگر اینکه دادگاه آن را غیرضروری تشخیص دهد. اما درصورتی‌که سن مرتکب کمتر از ۱۸ سال باشد، دادگاه باید گزارش پیش از صدور حکم را دریافت کند، مگر اینکه یک گزارش از قبل موجود باشد و دادگاه آن را کافی بداند و تهیه یک گزارش جدید را غیرضروری تشخیص دهد. معیار دوم نیز، نوع مجازات قانونی برای جرم ارتکابی است. مطابق راهنمای شورای تعیین مجازات[۲]، گزارش پیش از صدور حکم، فقط درصورتی تهیه می‌شود که دادگاه قصد صدور حکم اجتماعی[۳] یا حکم حبس[۴] داشته باشد.[۵] لذا در مواردی که دادگاه درصدد تعیین مجازات سبک‌تر، مانند جزای نقدی، است، گزارش

---

[۱]. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به سامانه ملی آرا قضایی به این آدرس: https://ara.jri.ac.ir

[2]. Sentencing Council Guideline

[3]. Community Sentence

– «مجازات اجتماعی»، همان «دستور اجتماعی» است.

[4]. Custodial Sentence

[5]. https://www.gov.uk/government/publications/sentencing-guidelines-pre-sentence-reports-bill/sentencing-guidelines-pre-sentence-reports-bill-fact-sheet/

پیش از صدور حکم تهیه و تنظیم نمی‌شود.

بنابراین می‌توان درخصوص نظام حقوقی ایران، این انتقاد را مطرح کرد که درباره سایر جرائم ارتکابی، چرا قانون‌گذار تشکیل پرونده شخصیت را ضروری ندانسته است؛ مگر نه آنکه این پرونده برای تشخیص و تعیین متناسب‌ترین مجازات‌ها تشکیل می‌شود؛ پس چرا درخصوص تمام جرائم، چنین پرونده‌ای تشکیل و مناسب‌ترین مجازات برای تمام جرائم تعیین نشود. انتقاد دوم که می‌توان به آن وارد داشت، این است که در جرائم حدود، قصاص و دیات، مجازات به‌طور دقیق از سمت شارع مشخص و مورد تأیید قانون قرار گرفته است و لذا متناسب‌سازی مجازات در آنها عملاً منتفی است. ازاین‌رو، بهتر بود که قانون‌گذار تشکیل پرونده شخصیت را فقط در جرائم تعزیری ضروری می‌دانست. اما درخصوص حقوق انگلستان نیز می‌توان این انتقاد را مطرح کرد که برخلاف حقوق ایران که معیارهای مشخص و قاطعی برای تشکیل پرونده شخصیت تعیین نموده، سیستم حقوقی انگلستان بر اختیار قضایی متکی است. قانون‌گذار این کشور نیز دو معیار سن و نوع مجازات را در لزوم تهیه گزارش پیش از صدور حکم در نظر گرفته است. قانون تعیین مجازات در ابتدا، تشکیل گزارش پیش از صدور حکم را ضروری می‌داند، اما در ادامه، آن را به اختیار و تشخیص دادگاه رسیدگی‌کننده قرار می‌دهد که این امر در رابطه با مرتکبین بالای ۱۸ سال، کاملا مشهود است. لذا قضات رسیدگی کننده می‌توانند به اختیار خود، از بررسی گزارش مذکور امتناع کنند. درخصوص مرتکبین کمتر از ۱۸ سال نیز، هرچند که موضع قانون‌گذاری انگلستان محل انتقاد است، وضعیت مناسب‌تری وجود دارد و دادگاه ملزم به توجه به گزارش پیش از صدور حکم است، مگر اینکه از پیش یک گزارش پیش از صدور حکم درخصوص متهم موجود باشد و دادگاه آن را کافی بداند.

به‌عنوان ششمین مورد، می‌توان به محتوای پرونده شخصیت در ایران و گزارش پیش از صدور حکم در انگلستان اشاره کرد. در ایران مطابق ماده اول دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت متهم، پرونده شخصیت پرونده‌ای مشتمل بر اطلاعات شخصی متهم از قبیل سوابق فردی، خانوادگی، اجتماعی، تحصیلی و وضعیت شغلی، اقتصادی، پزشکی و روان‌پزشکی، گزارش مددکار اجتماعی و همچنین سوابق کیفری است. اما مطابق بند ۶.۵۷ دستورالعمل خدمات دادگاهی (مرتبط با) نظارت و تعلیق مجازات[1]، گزارش پیش از صدور حکم در حقوق انگلستان، مشتمل بر تحلیل جرم و آثار آن بر بزه‌دیده، بررسی وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی متهم، سوابق و تحلیل الگوی رفتاری او در ارتکاب جرم، ارزیابی خطر تکرار جرم یا آسیب به دیگران، شناسایی نیازها و آسیب‌پذیری‌های شخصی (ازجمله مشکلات روانی، اعتیاد یا مسئولیت‌های خانوادگی)، نتایج استعلام از نهادهای مرتبط، تحلیل گزینه‌های مجازات و پیشنهاد افسر اداره مراقبت درباره نوع و نحوه مجازات مناسب، عوامل مرتبط با تنوع و ویژگی‌های حمایتی مانند جنسیت، ناتوانی یا پیشینه فرهنگی، و دیدگاه متهم نسبت به جرم، است.[2] همان‌گونه‌که مشاهده می‌شود، محتوای گزارش پیش از صدور حکم در انگلستان گسترده‌تر از پرونده شخصیت در ایران بوده و بر این اساس می‌توان بیان کرد که محتوای پرونده شخصیت در ایران تصویری جامع و توصیفی از متهم است؛ درحالی‌که محتوای گزارش پیش از صدور حکم در انگلستان یک ابزار تحلیلی و کاربردی برای کمک به تصمیم‌گیری قضایی در جهت تعیین مناسب‌ترین مجازات است. رویکرد ایرانی بر «شناخت متهم» و رویکرد انگلیسی بر «مدیریت خطر و پیشنهاد راهکار» تأکید دارد.

به‌عنوان هفتمین مورد، می‌توان به «نوع ارائه» اشاره کرد. در ایران مستنبط از ماده ۲۰ دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت متهم، این پرونده به‌صورت کتبی تشکیل و ارائه می‌گردد. هرچند مطابق تبصره ماده مذکور، تشکیل آن به‌صورت

[1]. Probation Court Services Policy Framework

[2]. https://www.gov.uk/government/publications/probation-court-services-policy-framework/

الکترونیکی نیز بلامانع است، ماده فوق بیان می‌دارد: «پرونده شخصیت، پیوست پرونده اتهامی (قضایی) است و باید در کلیه موارد، همراه آن به مراجع صالح ارسال شود، تا مورد مطالعه و استناد قرار گیرد». در حقوق انگلستان، اصل بر کتبی بودن «گزارش پیش از صدور حکم» است، اما مطابق ماده ۳۱ قانون تعیین مجازات، در مواردی این گزارش می‌تواند به‌صورت شفاهی به دادگاه ارائه گردد.

نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی پرونده شخصیت در نظام حقوقی ایران و گزارش پیش از صدور حکم در انگلستان، نشان می‌دهد که این تأسیس، صرفاً ابزاری جانبی در فرایند دادرسی نیست، بلکه به‌عنوان ابزاری بنیادین برای تحقق عدالت کیفری و فردی‌سازی مجازات‌ها عمل می‌کند. این دو، تصویر کامل‌تری از «فاعل جرم» را ارائه می‌دهند که در نتیجه آن، تصمیمات قضایی از یک واکنش خشک و صرفاً قانونی، به‌سمت واکنشی اصلاح‌مدار و مبتنی‌بر عدالت ترمیمی گام برمی‌دارند. این امر نه‌فقط به اصلاح و بازپروری بزهکار کمک می‌کند، بلکه با کاهش احتمال تکرار جرم، امنیت اجتماعی را نیز افزایش می‌دهد.

مطالعه تطبیقی میان دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، که هریک با سوابق و ساختارهای متفاوتی به این مفهوم پرداخته‌اند، نتایج قابل تأملی را به دست داد. در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، به‌ویژه در مواد ۲۰۳ و ۲۸۶، گامی بلند و ستودنی در جهت شناسایی و الزامی کردن تشکیل پرونده شخصیت برای طیف وسیعی از جرائم مهم و همچنین برای اطفال و نوجوانان برداشت. این رویکرد تقنینی، نشان از پذیرش آگاهانه گفتمان نوین عدالت کیفری و حرکت به‌سوی یک نظام اصلاح‌مدار دارد.

در مقابل، نظام حقوقی انگلستان با نهاد مشابه خود، تجربه‌ای طولانی‌تر و ساختاری متفاوت را به نمایش می‌گذارد. در انگلستان، تهیه این گزارش بر عهده نهادهای تخصصی و مستقل مانند «اداره مراقبت» قرار دارد که استقلال آنها از نهادهای تعقیب (دادستانی و پلیس)، به عینیت و بی‌طرفی گزارش‌ها می‌افزاید. این درحالی است که در ایران، ارجاع این وظیفه به «واحد مددکاری اجتماعی»، که تحت نظارت دادستان فعالیت می‌کند، می‌تواند شائبه تعارض منافع و تأثیرپذیری از مقام تعقیب یا حتی تحقیق را ایجاد کند.

بااین‌حال، نظام انگلستان نیز خالی از نقد نیست. اتکای زیاد به اختیار قضات در استفاده از گزارش پیش از صدور حکم، نبود ضمانت‌اجرای کافی برای بی‌توجهی دادگاه به این گزارش و محدود کردن کاربرد آن به برخی جرائم یا سنین خاص، نقاط ضعف مهمی محسوب می‌شوند. در ایران نیز محدود بودن تشکیل پرونده شخصیت به جرائم با اهمیت بیشتر، برخلاف فلسفه اصلی فردی‌سازی مجازات است؛ چراکه حتی جرائم کم‌اهمیت نیز ممکن است ریشه در مشکلات عمیق روانی یا اجتماعی داشته باشند و بی‌توجهی به آنها می‌تواند به تداوم چرخه بزهکاری، تکرار جرم و کاهش امنیت اجتماعی، بینجامد.

این بررسی تطبیقی، نقطه قوت مهمی را در نظام حقوقی ایران آشکار ساخت و نشان داد که علی‌رغم فقدان ضمانت‌اجرای قانونی صریح برای عدم تشکیل پرونده شخصیت، رویه قضایی شکل‌گرفته در دیوان عالی کشور، که به نقض آرای صادره بدون این پرونده منجر شده، ضمانت‌اجرای عملی بسیار قدرتمند ایجاد کرده است. این رویکرد قضایی، حتی از موضع قانون‌گذار انگلستان نیز فراتر رفته است که این امر نشان می‌دهد قوه قضائیه ایران در سطح عالی، به اهمیت ماهوی این نهاد واقف است و تلاش دارد خلأ قانونی را از طریق تفسیر هدفمند و اصول‌گرایانه جبران کند.

در نهایت، با جمع‌بندی یافته‌های این پژوهش، می‌توان چنین استنتاج کرد که ارتقای جایگاه پرونده شخصیت در ایران و حرکت از تأسیس «نمادین» به ابزار «کاربردی»، نیازمند رویکرد اصلاحی دومرحله‌ای است: اصلاحات قانونی و اصلاحات ساختاری. در حوزه تقنین، پیشنهاد می‌شود که اولاً، در دایره شمول تشکیل پرونده شخصیت بازنگری شده و گسترش تشکیل آن تمام جرائم تعزیری را دربرگیرد. ثانیاً در جرائمی با مجازات مقدر شرعی (حدود و قصاص) که امکان انعطاف و متناسب‌سازی مجازات در آنها وجود ندارد، از لزوم تشکیل پرونده شخصیت خارج شوند. ثالثاً، با الهام از رویه دیوان عالی کشور، ضمانت‌اجرای صریح قانونی برای عدم تشکیل آن در موارد الزامی پیش‌بینی شود. در حوزه ساختاری نیز حرکت به‌سمت ایجاد یک نهاد تخصصی و مستقل برای تشکیل پرونده شخصیت، امری حیاتی است. این نهاد باید از منابع مالی و انسانی کافی برخوردار بوده، گزارش‌های آن از اعتبار کارشناسی لازم برای تأثیرگذاری بر تصمیمات قضایی بهره‌مند باشد.

به‌طور کلی، نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد که پرونده شخصیت یک ضرورت در عدالت کیفری معاصر است. این مهم باید در ایران از مقرره نمادین، به سازوکاری نهادین، پایدار و تخصصی ارتقا یابد. درنهایت، پرونده شخصیت نه‌فقط ابزاری برای فردی‌سازی مجازات‌ها، بلکه ابزاری است که اگر به‌درستی ساخته و بهره‌برداری شود، می‌تواند به اصلاح و بازپروری مجرم، پیشگیری از تکرار جرم و افزایش امنیت اجتماعی در جامعه بینجامد.

منابع

کتاب

۱. خالقی، علی، ***آیین دادرسی کیفری***، جلد ۲، تهران: شهر دانش، چاپ پنجاهم، ۱۴۰۳.

۲. رحیمیان، میترا و مرتضی زهرابی، ***امکان‌سنجی تشکیل پرونده شخصیت در فرایند رسیدگی کیفری***، تهران: سنجش و دانش، چاپ اول، ۱۴۰۲.

۳. مهرا، نسرین، ***دایره المعارف عدالت کیفری انگلستان***، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.

مقاله

۴. جمادی، علی، رامین رستمی و جلال بهادری، «پرونده شخصیت، از نگاه قانون‌گذار تا رویه محاکم»، *فصلنامه قضاوت*، دوره ۲۱، شماره ۱۰۵، ۱۴۰۰، صص ۱۰۵-۱۲۷.

۵. سبزه علی، راضیه و قدرت‌الله خسروشاهی، «نقش پرونده شخصیت در پیشگیری از تکرار جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۴۵، ۱۳۹۶، صص ۱۱۷- ۱۵۲.

۶. غیاثوند، سعید، ساجده موسوی، فاطمه زند و میترا بسیوند، «جایگاه اصل فردی کردن مجازات‌ها در میان اصول حاکم بر مجازات‌ها»، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، دوره ۹، شماره ۳، ۱۴۰۲، صص ۶۳۶-۶۵۹.

۷. فارسی، مهوش، قدرت‌الله خسروشاهی و روح‌الله سپهری، «ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در پیشگیری رشدمدار از بزهکاری اطفال»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۵۶، ۱۳۹۹، صص ۳۱ — ۴۷.

۸. فتاحی، حیدر و روح‌الله سپهری، «تأثیرپذیری فرآیند دادرسی کیفری از تشکیل پرونده شخصیت»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۶، شماره ۱۰۲، ۱۴۰۲، صص ۴۵۷-۴۷۶. https://doi.org/10.48308/jlr.2022.229239.2358

۹. فروتن، رضا و سید محمدرضا امام، «مطالعه تطبیقی اصل فردی کردن مجازات‌ها در فقه جزایی اسلام و حقوق ایران با نگاهی به تحولات قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه فقه جزای تطبیقی*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۶۷-۸۲.
https://doi.org/10.22034/jccj.2022.148190

۱۰. گشتاسبی، محمد، حمیدرضا آداب و محمدعلی مهدوی ثابت، «تحلیل تطبیقی جایگاه پرونده شخصیت در فرایند دادرسی کیفری: مطالعه موردی حقوق ایران و انگلستان»، *مجله پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۲۸-۱۴۴. https://doi.org/10.61838/csjlp.5.2.10

References

Books

1. Ashworth, A. and Rory Kelly. *Sentencing and Criminal Justice,* Cambridge: Cambridge University Press, Fourth Edition, 2005.
2. Gelsthorpe, L., Raynor, P., and Robinson, G., *Pre-Sentence Reports in England and Wales: Changing Discourses of Need, Risk and Quality,* Cullompton: Willan Publishing, First Edition, 2010.
3. Khaleghi, Ali, *Criminal Procedure Law*, Volume 2, Tehran: Shahr-e Danesh, 50th Edition, 2024. (In Persian)
4. Mehra, Nasrin, *Encyclopedia of Criminal Justice in England*, Tehran: Mizan, First Edition, 2019. (In Persian)
5. Rahimian, Mitra and Morteza Zohrabi, *Feasibility of Establishing a Character File in the Criminal Procedure Process*, Tehran: Sanjesh and Danesh, First Edition, 2023. (In Persian)
6. Robinson, G., and Crow, I. D., *Offender Rehabilitation: Theory, Research and Practice*, London: SAGE Publications, 2009.
7. Sprack, J.*, A Practical Approach to Criminal Procedure,* Oxford: Oxford University Press, 14th Edition, 2012.

Articles

8. Farsi, Mahvash, Khoshroshahi, Ghodratollah Khosroshahi and Rouhollah Sepehri, "The Necessity of Establishing a Character File in Developmental Prevention of Juvenile Delinquency", *Crime Prevention Studies Quarterly*, Issue 56, 2020, PP 31 – 47. (In Persian)
9. Fattahi, Heydar and Rouhollah Sepehri, "The Impact of the Criminal Trial Process on the Formation of a Personality Case", *Legal Research Quarterly*, Volume 26, Issue 102, 2023, PP 457-476. https://doi.org/10.48308/jlr.2022.229239.2358/ (In Persian)
10. Foroutan, Reza and Sayyed Mohammadreza Emam, "A Comparative Study of the Principle of Individualization of Punishment in Islamic Criminal Jurisprudence and Iranian Law," *Comparative Criminal Jurisprudence Quarterly*, Volume 1, Issue 1, 2021, PP 67-82. https://doi.org/10.22034/jccj.2022.148190/ (In Persian)
11. Ghiasvand, Saeed, Sajedeh Mousavi, Fatemeh Zand and Mitra Basivand, "The Position of the Principle of Individualization of Punishment among the Governing Principles of Penalties," *Studies in Political Science, Law and Jurisprudence*, Volume 9, Issue 3, 2023, PP 636-659. (In Persian)
12. Goshtasbi, Mohammad, Hamidreza Aadabi and Mohammad Ali Mahdavi-Sabet, "A Comparative Analysis of the Position of the Character File in Criminal Proceedings: A Case Study of Iranian and English Law", *Journal of Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, Volume 5m Issue 2, 2023, PP 128-144. https://doi.org/10.61838/csjlp.5.2.10/ (In Persian)
13. Jamadi, Ali, Ramin Rostami and Jalal Bahadori, "The Character File: From the Perspective of the Legislator to Judicial Practice", *Judgment Quarterly*, Volume 21, Issue 105, 2021, PP 117-139. (In Persian)
14. Ryan, M. J., "Framing Individualized Sentencing for Politics and the Constitution," *American Criminal Law Review*, Vol. 58, Issue 4, pp. 1747-1773, 2021.

15. Sabzeh Ali, Razieh and Ghodratollah Khosroshahi, “The Role of the Personality File in Preventing Repeat Crime”, *Crime Prevention Studies Quarterly*, Issue 45, 2017, PP 117- 152. (In Persian)

Websites

16. https://ara.jri.ac.ir/
17. https://commonslibrary.parliament.uk/
18. https://www.cps.gov.uk/
19. https://www.gov.uk/
20. https://www.sentencingacademy.org.uk/

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 115, 2026: 303-324 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Ideal Model of Constitutional Adjudication in Iran

Rohola Alidadzadeh[1]

Highlights

- The Guardian Council's emphasis on safeguarding Sharia and Islamic rulings has relegated the protection of the Constitution and the protection of fundamental rights and freedoms to a secondary position, diminishing their importance.
- Integrating Sharia oversight into constitutional review, limiting electoral supervision to the results, and expanding both a priori and a posteriori review of fundamental laws and regulations transforms the Guardian Council into an institution that supports the Constitution.
- Achieving the ideal model of constitutional adjudication in Iran requires fundamental reforms, including a review of the composition of the Guardian Council, the eligibility criteria for membership, and the procedures for selecting its members.

ABSTRACT

Introduction

Constitutional adjudication is a vital institution in contemporary legal systems, tasked with protecting the Constitution and ensuring compliance with the Constitution by the branches of government. In the Islamic Republic of Iran, the Guardian Council supervises the conformity of enactments with Sharia and the Constitution. However, its practice has prioritized the protection of Islamic rulings ("Sharia adjudication") over the comprehensive protection of the Constitution ("constitutional adjudication"). The central problem is the separation of these competences within the Council: The Sharia adjudicator, consisting of the Council's fuqaha, can annul enactments that legal experts consider constitutional on the grounds that they conflict with Sharia. This imbalance may weaken constitutional protection and legal certainty. The research asks: What model would enable the Guardian Council to fulfil its primary duty of safeguarding both the Constitution and Islamic Sharia? It hypothesizes that establishing a Constitutional Court without due regard to the religious nature of the Iranian system and Shiite jurisprudence would face serious challenges. Instead, a realistic model would retain the Council structure while reforming it by unifying its legal personality, integrating Sharia adjudication into constitutional adjudication, revising membership and selection, expanding review to regulations and enacted laws, and limiting electoral supervision. The study aims to explain the structural defect arising from the duality of legal personality, design a feasible model for the Council's composition, independence, and competences, and propose constitutional amendments to advance constitutional justice and protect citizens' rights and freedoms.

How to Cite: Alidadzadeh, Rohola, "The Ideal Model of Constitutional Adjudication in Iran", Legal Research, Vol. 29, No. 115, 2026, pp: 303-324.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233251.2617 Received: 31/10/2023-Accepted: 19/06/2024

1. PhD, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: r.alidadzadeh@atu.ac.ir

Copyright: © 2026 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 study uses a descriptive-analytical method. Data were collected through library research and examined using legal documents, Guardian Council opinions and rulings, the detailed proceedings of the Council for the Revision of the Constitution (1989), public-law scholarship, and online resources. Normative and comparative analysis was applied by comparing established models of constitutional adjudication—particularly the centralized European Constitutional Court model and non-European models—with the requirements of Iran's legal system. Iranian legal scholarship was also used to identify the theoretical foundations of independence in constitutional adjudication and the principles of judicial impartiality. Comparing the Constitution, especially Articles 91–99, with the Council's practice helped identify structural deficiencies and assess which elements of other systems could be adapted to Iran's particular legal and political circumstances.

Results and Discussions

The principal finding is a structural "gap of duality of legal personality" in Iran's constitutional supervisory institution. Two parallel adjudicators operate within the Guardian Council: a constitutional adjudicator and a Sharia adjudicator. The latter can invalidate enactments already approved as constitutional because of an alleged conflict with Sharia, weakening the protection of fundamental rights and the legal certainty of legislation. The proposed model rests on five pillars. First, the Council's independence should be guaranteed institutionally, administratively, and financially. Institutional independence requires separation from the three branches of government and a distinct constitutional chapter recognizing the Council's judicial status. Administrative independence entails authority to adopt its own internal regulations and to enact of a special law governing the Council. Financial independence requires the Council to prepare its budget directly and submit it to the Cabinet, while restricting the government's power to amend it. Second, membership should be restructured to prevent appointment from being concentrated in one institution and to balance participation. The proposed Council would have sixteen members: four jurists appointed by the Leader; four judges selected through nomination and voting involving the Supreme Court and the Administrative Justice Court; four law professors elected by university professors nationwide; two lawyers proposed by the President; and two lawyers proposed by the Islamic Consultative Assembly. Qualification requirements would include, for jurists, Level Four seminary education and eight years of teaching; for judges, at least a bachelor's degree in law and eight years' experience in senior authorities; and for law professors, associate-professor rank and eight years' experience. General conditions would include a minimum age of forty-five, no party affiliation, no other employment or economic or political activity, and no effective criminal record, except political convictions. Membership would last eight non-renewable years. Removal would be permitted only on conclusive evidence through proceedings before a specialized six-member committee, followed by the specified two-thirds and ultimately three-fourths approval of the Council. Third, the Council's adjudicatory competences should be redesigned. Constitutional and Sharia review of parliamentary enactments should be conducted by the Council as a single legal body, with all sixteen members participating. Its opinions should give reasons and propose amendment wording for Parliament's consideration. Constitutional review of general regulations should be supported by special constitutional-claims chambers within the Supreme Court and the Administrative Justice Court, which could refer unconstitutional regulations to the Council. To address negative legislation by the jurists, the model proposes ex post review of laws through referrals by judicial authorities or lawyers representing the parties. Electoral supervision would be narrowed from unlimited approbative supervision to verifying the accuracy of election results. Constitutional interpretation would require a request from a high authority and an actual dispute concerning implementation. Fourth, referral and review procedures should distinguish fundamental laws from ordinary laws. Mandatory prior review would apply only to fundamental laws and territorial and peace treaties. Ordinary laws would be subject to ex post review, upon request by competent authorities, within one month before publication. Citizens would also be granted access to constitutional litigation through an "indirect constitutional action." Fifth, decisions and their legal effects should be clarified. A finding that an enactment is unconstitutional would require a two-thirds majority of Council members. Substantive decisions would be final and non-appealable, while formal decisions would be relative and capable of amendment.

Conclusion

The study concludes that Iran's current system of constitutional adjudication does not adequately protect the Constitution and fundamental rights because constitutional and Sharia competences are separated and Sharia adjudication predominates. The underlying defect is the duality of legal personality within the supervisory institution. The proposed remedy is to establish a single legal personality and integrate Sharia review into Constitutional review, consistent with the fact that Iran's Constitution itself is grounded in

Sharia. Given the country’s political realities and the influence of Shiite jurisprudence, reforming the existing Council is considered more compatible with Iran's context than establishing a separate Constitutional Court. A reformed Council, with a balanced and specialized membership, participation by judges and law professors, and institutional, administrative, and financial independence, is presented as the most suitable realistic model for constitutional justice and the protection of citizens’ rights and freedoms.

Keywords: The Ideal Model of Constitutional Adjudication, Guardian Council, Amendment of The Constitution, Council System, Sharia Adjudication.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران

روح‌اله علیدادزاده[۱]

نکات برجسته

- تمرکز شورای نگهبان بر پاسداری از شرع و احکام اسلامی موجب شده است که پاسداری از قانون اساسی و حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین در مرتبه دوم قرار گیرد و از اهمیت کمتری برخوردار شود.
- ادغام نظارت شرعی در نظارت دستوری، محدود کردن نظارت انتخاباتی به نتایج و گسترش نظارت پیشینی و پسینی بر قوانین و مقررات بنیادین، شورای نگهبان را به نهادی پشتیبان قانون اساسی تبدیل می‌کند.
- تحقق الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران مستلزم انجام اصلاحات اساسی، از جمله بازنگری در ترکیب اعضای شورای نگهبان، شرایط عضویت و نحوه انتخاب آنان است.

چکیده

دادرسی اساسی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین و حیاتی‌ترین نهادهای یک نظام سیاسی و حقوقی تلقی می‌شود. با توجه به چنین جایگاهی است که شواری نگهبان در نظام حقوقی ایران دارای نقش ویژه‌ای است؛ به‌نحوی‌که می‌توان گفت شورای نگهبان یکی از مهم‌ترین نمادهای نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود. با مروری بر متن قانون اساسی و رویه حاکم بر شورای نگهبان بخصوص نظریات صادره از شورا، می‌توان گفت پاسداری از شرع و احکام اسلامی (دادرسی شرعی) هدف اصلی از تأسیس شورای نگهبان بوده است و پاسداری از قانون اساسی (دادرسی اساسی) در مرحله دوم قرار دارد. تمرکز شورا بر دادرسی شرعی سبب شده است تا پشتیبانی از قانون اساسی دغدغه اصلی شورا نباشد. با توجه به انتقاداتی که نسبت به شورای نگهبان صورت می‌گیرد، ضرورت بازبینی در ساختار و نگرش شورا ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. در مقاله پیش‌رو با روشی توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی به دنبال الگویی مطلوب از نهاد دادرس اساسی در ایران هستیم. ازاین‌رو در ارائه الگوی مطلوب دادرسی اساسی توجه به ماهیت نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قرار گرفته است. امری که در نهایت و با توجه به رویه و سنت حاکم بر کشور، می‌توان گفت نظام شورایی با انجام پاره‌ای اصلاحات اساسی ازجمله اصلاح قانون اساسی همچنان بهترین گزینه به‌عنوان نهاد دادرس اساسی در کشور است.

کلید واژگان: الگوی مطلوب دادرسی اساسی، شورای نگهبان، اصلاح قانون اساسی، نظام شورایی، دادرسی شرعی.

استناد به این مقاله: علیدادزاده، روح‌اله، «الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۵، مهر ۱۴۰۵، صص: ۳۰۳-۳۲۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۳۰ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233251.2617

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: r.alidadzadeh@atu.ac.ir

Copyright: © 2026 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 اساسی حاوی مبانی و اساسی‌ترین اصول و قواعد حاکم بر یک کشور است که شالوده نظام سیاسی را تنظیم و چارچوب‌بندی می‌کند. درواقع قانون اساسی بیان‌کننده و تابلوی تعیین مسیر و هدف یک کشور است. اما اینکه قانون اساسی حاوی مبانی و اصول مورد پذیرش است، به‌تنهایی برای اجرای شدن آن کفایت نمی‌کند و «بدون نهادهای پایشگر، به‌ویژه دادرس اساسی، به نوشته‌ای ایدئولوژیک و آرمانی دست‌نیافتنی مبدل خواهد شد».[۱] بلکه باید بتوان از این قانون حمایت و پشتیبانی کرد تا در بطن جامعه، دولت و نهادها ساری و جاری شود. عملی شدن این روند نیاز به نگهبان و پشتیبان دارد تا بتواند چتر حمایتی خود را نسبت به قانون اساسی در برابر نقض و عدم پایبندی به آن بگستراند. حاکمیت قانون اساسی با نظارت بر دستوری بودن قوانین تثبیت می‌شود. به عبارت دیگر «قانون اساسی بدون روش مؤثر دادرسی اساسی، قانون اساسی نیست و فقدان این فرایند و نهاد ضامن حاکمیت قانون اساسی به فقدان تضمین حقوق بنیادین نیز می‌انجامد».[۲] در راستای چنین روندی پای نهاد ناظر و پشتیبان قانون اساسی به میان می‌آید. به‌عبارتی دیگر، «قانون اساسی زیربنای نظام حقوق ملی و عامل تضمین حقوق افراد و تقسیم اقتدارات حاکمیتی است. صیانت از این سند بنیادین و جلوگیری از انحراف یا تخطی از آن جز با پیش‌بینی نهادی به‌منزله مرجع مفسر نهایی و ناظر بر عدم تخطی سایر قوانین و مقررات از آن میسر نیست».[۳] نهاد ناظر با توجه به مطالعات صورت‌گرفته امروزه در اکثر کشورهای جهان مورد پذیرش قرار گرفته است. از نهاد ناظر گاهی با عنوان دادرسی اساسی و دادگستری اساسی نیز یاد می‌شود. «ایده دادگستری اساسی مبتنی‌بر پذیرش قانون اساسی در رأس سلسله‌مراتب قواعد مندرج در نظم حقوقی داخلی یک کشور است».[۴] بنابراین نهاد ناظر بر قانون اساسی از اهمیت و جایگاه والایی در نظام سیاسی یک کشور برخوردار است؛ چراکه به‌عنوان پشتیبان و حامی هنجار برتر تلقی می‌شود. پذیرش این نهاد را می‌توان مقارن با پذیرش قانون اساسی در کشورها دانست. بر مبنای همین پذیرش می‌توان از دو الگوی دادرسی اساسی یاد کرد. الگوی دادرسی آمریکایی و الگوی دادرسی اروپایی. هرچند «گنجاندن تمام سامانه‌های دادرسی اساسی در این دو الگو با دقت علمی سازگار نیست، با توجه به ویژگی‌های کلی این دو الگو تطابق سامانه‌های مختلف با آنها را می‌توان نسبی دانست».[۵] این دو الگو را می‌توان با دو عنوان دیگر نیز مورد شناسایی قرار داد: متمرکز و غیرمتمرکز. با توجه به ویژگی‌ها و چارچوب نظری الگوی اروپایی به‌ویژه موضوع تمرکز دادرسی اساسی در یک نهاد، در موضوع نهاد دادرسی اساسی، مؤسس اساسی ایران از الگوی اروپایی تبعیت کرد. درخصوص الگوی مطلوب باید گفت که مطلوب از واژه طلب و به‌معنای دلپسند، خواسته شده[۶] و شایسته است بنابراین الگوی مطلوب را می‌توان از دو جنبه مورد توجه قرار داد: ۱- الگوی مطلوب آرمانی که در این الگو بدون در نظر گرفتن موقعیت جغرافیایی، فرهنگی، دینی و نوع نظام سیاسی مطرح می‌شود.

---

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، ***دادگاه‌های قانون اساسی الگوی غیر اروپایی دادرسی اساسی***، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص. ۵.

2. Ides, Allan, "Comparative Judicial Review", *Loy. L.A. L. Rev*, Vol. 41, 2008, P. 477.

۳. خلف رضایی، حسین، «بررسی وظایف و کار ویژه‌های دادگاه قانون اساسی آلمان»، *فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص. ۱.

۴. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی مبانی و کارکرد الگوهای دادگستری اساس»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۶.

۵. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، پیشین، ص. ۸.

۶. معین، محمد، ***فرهنگ فارسی***، جلد ۱، تهران: انتشارات ادنا، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۶۰.

۲- الگوی مطلوب واقع گرایانه. در این الگو که پژوهش پیش‌رو بر مبنای این دیدگاه ارائه شده است الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران با توجه به حاکمیت دین اسلام، چیرگی فقه شیعه بر نظام سیاسی و موقعیت سیاسی جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌شود.

شورای نگهبان قانون اساسی در نظام حقوقی ایران از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ به‌طوری‌که می‌توان گفت این نهاد یکی از مهم‌ترین نمادهای نظام جمهوری اسلامی ایران است. اهمیت این نهاد را می‌توان در این جمله یافت که مجلس شورای اسلامی به‌عنوان تبلور حاکمیت ملی بدون وجود این نهاد فاقد اعتبار است. شورای نگهبان دارای دو وظیفه اصلی است: یکی پاسداری از قانون اساسی و دیگری پاسداری از شرع اسلام. پاسداری از قانون اساسی را می‌توان هدف اصلی دادرسی اساسی دانست و با عنوان دادرسی اساسی مطرح می‌شود. امری که در نظام‌های حقوقی کشورهای غربی چون آمریکا، فرانسه و آلمان و یا کشورهای مسلمان چون مصر، الجزایر و عراق نمود عینی یافت. پاسداری از شرع که هدف اصلی نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران از تأسیس شورای نگهبان است با عنوان دادرسی شرعی مطرح می‌شود؛ موضوعی که از مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی نیز به دست می‌آید: «مجلس شورای ملی هر قانونی را که تصویب کند این قانون به حکم عقل اجراشدنی و لازم‌الاجرا نیست، مگر آنکه آن قانون اسلامی گردد و شورای نگهبان آن را تأیید و امضا نمایند... هیچ مصوبه‌ای تا مجتهدین امضا نکنند جنبه قانونی نخواهد یافت و لازم‌الاجرا نمی‌گردد».[۱] امری که در نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی چون مصر و عراق در دل نظارت دستوری تحقق یافت و نه به‌صورت مستقل از دادرسی اساسی. به‌طوری‌که می‌توان گفت پیش از آنکه دادرسی اساسی در ایران مورد شناسایی قرار بگیرد، دادرسی شرعی پذیرفته شد. با توجه به مباحث مطروحه، فرضیه پژوهش بر این امر استوار است که شورای نگهبان به‌عنوان نهاد دادرس اساسی و شرعی در اعمال صلاحیت‌ها و وظایفش به‌نحوی‌که از یک نهاد نگهبان قانون اساسی انتظار می‌رود، موفق نبوده است. ازاین‌رو می‌توان پرسش اصلی پژوهش پیش‌رو چنین بیان کرد: از چه الگویی باید استفاده کرد تا شورای نگهبان بتوانند در اعمال وظیفه اصلی یعنی پاسداری از قانون اساسی و شرع اسلام موفق عمل کند؟ این پژوهش بر مبنای مطالعه منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی به روشی توصیفی - تحلیلی به تبیین و ارائه الگوی مطلوب دادرسی اساسی در ایران می‌پردازد.

۱. الگوی پیشنهادی استقلال شورای نگهبان قانون اساسی

استقلال یک نهاد، اولین گام در اعمال صلاحیت‌هایش به‌صورت بی‌طرفانه و متکی بر قانون است. از طرفی «اصول استقلال و بی‌طرفی مراجع قضایی (دادرس اساسی) از مهم‌ترین مبانی نیل به یک دادرسی عادلانه و تأمین حقوق شهروندان در جریان دادرسی هستند که فقط از خلال آنها می‌توان به وجود قوه قضائیه (دادرس اساسی) و قضاتی عدالت پیشه و حق‌مدار امید داشت».[۲] با توجه به جایگاه، موقعیت و صلاحیت‌های نهاد دادرس اساسی در پشتیبانی از قانون اساسی به‌ویژه حقوق و آزادی‌های مندرج در اصول قانون اساسی، استقلال آن امری ضروری و حیاتی تلقی می‌گردد. «یکی از موضوعات مهم در ارتباط با نهادهای صیانت‌کننده از قانون اساسی، استقلال آن و مصون بودن آنها

---

[۱]. ***مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی***، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلام، ۱۳۶۴، ص. ۹۲.

[۲]. ویژه، محمدرضا و محمدرضا محمدی کشکولی، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین اصل بی‌طرفی قضایی در نظام بین‌الملل و حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های قضایی*، دوره ۲۴، شماره ۸۴، ۱۳۹۷، ص ۲۸۴.

از فشارهای ارگان‌های سیاسی و قوای دیگر حکومت است. دادرس اساسی حامل و پشتیبان ارزش‌های ضروری، حق‌های بنیادین و گفتمان و توسعهٔ نظارت بر اساسی بودن قوانین است».[۱] بنابراین در کنار استقلال حقوقی شورا، باید از بُعد فرهنگی و آموزشی از دخالت مقامات نصب/ انتخاب کننده در امور اعضای شورا پس از تعیین‌شان نیز ممانعت به عمل آورد.[۲] چرا که استقلال حقوقی شورا برای اعمال صلاحیت‌هایش به‌تنهایی کافی به مقصود نیست، بلکه درک و پذیرش مقامات سیاسی، اعضای شورا و افکار عمومی نسبت به اهمیت این استقلال و تأثیرگذاری آن در پشتیبانی از اصول

---

[۱]. گرجی ازندریانی، علی اکبر، «شورای نگهبان به‌مثابه سوزن‌بان قانون»، *نشریه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۱، شماره ۸۲، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۷.

[۲]. با توجه به جایگاه رهبری در نظام حقوقی و سیاسی ایران و به‌خصوص اصول ۵ و ۵۷ قانون اساسی می‌توان گفت استقلال شورای نگهبان تحت تأثیر جایگاه و موقعیت رهبری قرار دارد و چنین جایگاهی بر عملکرد کیفی استقلال شورا تأثیرگذار است. اما بایدتوجه نمود که اختیارات و صلاحیت‌هایی مقام رهبری متکی به قانون اساسی است. به عبارتی دیگر این قانون اساسی است که به رهبری صلاحیت و اختیار داده است؛ چراکه اگر غیر از این می‌بود اصولاً نیازی به وضع قانون اساسی نبود. از طرفی «وظیفه اساسی رهبر شأن هدایتی اوست که بخش عمده آن در قالب سیاستگذاری کلی نظام تجلی پیدا کرده است. رهبر از اختیارات بی‌حد و حصر برخوردار نیست و باید به قانون اساسی، قوانین عادی مصوب مجلس و مصوبات دولت، که رهبر نیز شامل آن می‌شود، متعهد باشد. علاوه‌بر آن، رهبر باید به چارچوب‌های دینی و شرعی نیز پایبند باشد» (مرندی، سید علی، ««وظایف و اختیارات رهبری» از نگاه آیت‌الله خامنه‌ای مبتنی بر روش تحلیل مضمون»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، دوره ۲۶، شماره ۹۹، ۱۴۰۲، ص ۷). دیدگاه دیگری در این باره وجود دارد که برای مقام رهبری اختیارات وسیع و فراتر از قانون اساسی در نظر می‌گیرد و اختیارات رهبری را محدود به قانون اساسی نمی‌داند (ارسطا، محمدجواد، ***نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران***، قم: مؤسسه کتاب، ۱۳۹۸، ص. ۱۲). مطابق این دیدگاه «... عده‌ای دیگر با عنایت به نظریه ولایت فقیه یا تکیه بر مشروعیت بلاواسطه ولی فقیه از جانب شارع مقدس بر این باورند که ولی فقیه به شرایط و قیودات پیش‌بینی شده در قانون اساسی محدود نیست، بدین خاطر نظریه ولایت فقیه در قانون اساسی را مطرح کرده‌اند. آنها بر این نظریه تصریح می‌نمایند که ولی فقیه می‌تواند درصورت صلاحدید فراتر از قانون اساسی عمل کند. بنابراین ولی‌فقیه در اعمال ولایت خود محدود به اصول قانون اساسی نمی‌باشد و دستورات و احکام ولی‌فقیه فراتر از قانون اساسی است (شیخ‌الاسلامی، سید محسن، «اختیارات رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران با نگرشی تطبیقی به اختیارات رهبران در نظام‌های سیاسی لیبرال»، *فصلنامه ۱۵ خرداد*، دوره ۳، شماره ۹، ۱۳۸۵، ص. ۶۲) همان‌طور که رسول اکرم(ص) و معصومین تابع قانون اسلامی می‌باشند اختیارت مطلق ولی‌فقیه و ولایت فقیه نیز در چارچوب احکام قرآن محدود است و به نظر می‌رسد اعمال ولایت با رعایت قانون اساسی محدود کردن اختیارات شرعی ولی فقیه نیست» (همان، ص. ۶۵). همچنین «در نظام جمهوری اسلامی ایران ولایت فقیه رکن اساسی محسوب می‌شود و تمام قوا و دستگاه‌های حاکمیتی مستقیم یا غیرمستقیم تحت نظارت ولایت امر و امامت امت انجام وظیفه می‌نمایند» (رجایی، حسین، علیرضا سلیمی، سیدعلیرضا حسینی، و محمد حسین ناظمی اشنی، «قلمرو اختیارات ولی فقیه از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با رویکرد امنیت ملی»، *فصلنامه امنیت ملی*، دوره ۹، شماره ۳۳، ۱۳۹۸، ص. ۵۳). درخصوص استقلال شورای نگهبان از رهبری نکات زیر قابل توجه است: شورای نگهبان یکی از ارکان قوه مقننه است در نتیجه مطابق اصل ۵۷ زیر نظر رهبری می‌باشد. ۲- شش عضو فقیه شورا به‌صورت مستقیم و شش عضو حقوق‌دان به صورت غیرمستقیم توسط رهبری منصوب و برگزیده می‌شوند. ۳- چنین انتصاب و انتخابی نمی‌تواند به‌معنای دخالت رهبری در وظایف و اختیارات شورا تلقی شود. هرچند رهبری مطابق متن و روح قانون اساسی در رأس قوای سه‌گانه و بالتبع شورای نگهبان قرار دارد ولی این در رأس بودن را نباید به‌معنای تهی شدن استقلال شورا در انجام وظایف و اختیارات دانست و آن را صرفاً یک نهاد زیرمجموعه رهبری تلقی نمود که در چارچوب سلسه‌مراتب اداری قرار دارد. به عبارتی دیگر، هرچند رهبری بر قوای سه‌گانه نظارت دارد، این نظارت به‌معنای نفی استقلال آنها از رهبری نیست. بنابراین هرچند در زمان غیبت امام معصوم(ع) ولی‌فقیه (جامع الشرایط) به نیابت از ولی‌عصر(عج) عهده‌دار ولایت امر است. (مصباح یزدی، محمدتقی، ***نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه***، چاپ ششم، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره)، ۱۳۸۱، ص ۸۰) باید توجه نمود که پذیرش قانون اساسی مکتوب و قرار گرفتن مقام رهبری در چارچوب آن به‌خودی‌خود به برخی محدودیت‌ها و در نتیجه ایجاد وظایف و اختیارت برای رهبری در چارچوب قانون اساسی منجر می‌گردد. در واقع هرچند بعد شرعی مقام رهبری می‌تواند (توانسته است) بر روند و جنبه شکلی و ماهوی شورای نگهبان تأثیرگذار باشد و چنین موضوعی را نمی‌توان نه از جنبه شکلی و نه از جنبه واقعیت عینی در جامعه نادیده گرفت، باید توجه نمود که استقلال شورا در تصمیم‌گیری نسبت به قوانین و مقررات و نظارت بر انتخابات به تقویت جایگاه رهبری منجر خواهد شد و نه تضعیف آن.

قانون اساسی و به‌ویژه حقوق و آزادی‌ها نقش بسزایی دارد و این دو با هم می‌توانند نهاد دادرس اساسی را در ماموریت محوله توانمند و قدرتمند کنند. نتیجه چنین روندی این خواهد شد که دادرس اساسی در اعمال صلاحیت‌هایش صرفاً بر مبنای قانون اساسی و درصورت ضرورت و به اقتضای موضوع مطروحه بر مبنای معاهدات بین المللی حقوق بشری اقدام خواهد کرد.

استقلال نهاد دادرس اساسی را می‌توان از سه جنبه مورد توجه قرار داد: استقلال نهادی، اداری و مالی. درخصوص استقلال نهادی شورای نگهبان قانون اساسی باید گفت که ضروری است این نهاد در فصلی مستقل و جدای از دیگر قوای سه‌گانه قرار گیرد و به‌عنوان یک نهاد مستقل مورد توجه قرار گیرد. قرار گرفتن این نهاد مستقل از دیگر قوا به‌خصوص مجلس نمایندگان، آن را به‌عنوان یک نهاد اساسی معرفی خواهد کرد که می‌تواند با توجه به صلاحیت‌های اعطای به آن، بُعد قضایی شورا را تقویت کند. درخصوص استقلال اداری باید گفت بهتر است که مؤسس اساسی در قانون اساسی بر استقلال اداری این نهاد تأکید کند و مجلس را ملزم به تصویب قانون درخصوص شورای نگهبان قانون اساسی نماید و صلاحیت وضع آیین‌نامه را در اختیار خود شورا قرار دهد؛ چراکه اولین گام در داشتن استقلال اداری یک نهاد سپردن امور داخلی و تنظیم چارچوب فعالیت آن به وسیله خود آن نهاد است. برای دستیابی به استقلال مالی شورا پیشنهاد می‌گردد بودجه شورا توسط خود شورا تهیه و به هیئت دولت جهت درج در لایحه بودجه ارسال گردد. البته این به‌معنای تبعیت محض دولت از بودجه پیشنهادی نیست، بلکه درصورتی‌که دولت با بودجه پیشنهادی شورا مخالفت کند، موضوع در جلسه مشترک نمایندگان دولت و شورا مطرح و مورد بررسی قرار گیرد. درصورت عدم حصول توافق، موضوع در هیئت دولت مطرح خواهد شد و درصورتی‌که نظر هیئت دولت با بودجه پیشنهادی شورا بیش از ۱۰ درصد کل بودجه اختلاف داشته باشد، نظر دولت در لایحه بودجه به همراه بودجه درخواستی شورا به مجلس نمایندگان ارسال گردد و تصمیم نهایی با مجلس است. افزون بر اینکه نهاد شورا باید از جنبه مالی دارای استقلال باشد، ضروری است که اعضای شورا نیز از حقوق و مزایای کافی و متناسب با شأن شورا برخوردار باشند تا بتوانند بدون دغدغه مالی به انجام وظایفشان بپردازنند.[۱] در پایان این مطلب باید گفت در کنار فراهم شدن زمینه‌های حقوقی و تدوین متون مرتبط با استقلال شورا، ضروری است که موضوع از جنبه فرهنگی و آموزشی نیز مورد توجه قرار گیرد و اهمیت و حیاتی بودن استقلال این نهاد در پیشبرد اهداف قانون اساسی و به‌ویژه پشتیبانی از حقوق و آزادی‌ها برای مقامات و نهادهای حاکمیتی، اعضای شورا و افکار عمومی روشن شود.

---

۱. قانون اساسی درخصوص موضوع استقلال اداری و مالی شورا سکوت کرده است و تا مدت‌ها این مجلس بود که در این خصوص اقدام به وضع قانون می‌نمود و شورای نگهبان چنین قوانینی را نیز تأیید نمود؛ اما به‌یک‌باره با ارائه نظریه تفسیری ۸۶/۳۰/۲۱۹۳۴ صلاحیت وضع مقرره درخصوص امور اداری و مالی شورا را در صلاحیت خود دانست و مجلس را صالح به وضع مقرره در این خصوص ندانست. هرچند واگذاری امور اداری و مالی به خود شورا در حدود استقلال این نهاد تأثیرگذار خواهد بود، ولی چنین روندی باید در چارچوب قانون و صلاحیت‌های شورا باشد، نه اینکه شورا تحت این عنوان که مفسر متون قانون اساسی است می‌تواند صلاحیت‌های خود را گسترش دهد. «در واقع شورای نگهبان برای تعیین حدود استقلال خود، با استفاده از راهکار قانونی مندرج در اصل ۹۸ قانون اساسی به نام تفسیر که در زمره اختیارات این نهاد است، حدود استقلال خود را فراتر از آنچه که از قانون اساسی برداشت می‌شود، تعیین کرده است؛ به طوری که حتی صلاحیت وضع قانون را نیز به خود اختصاص می‌دهد که این عمل به عهده قانون اساسی به‌عنوان عالی‌ترین سند حقوقی کشور است که شورای نگهبان متولی پاسداری از آن است» (مرادخانی، فردین و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، *فصلنامه مطالعات حقوقی معاصر*، دوره ۱۳، شماره ۲۶، ۱۴۰۱، ص. ۲۱۸).

۲. الگوی پیشنهادی ترکیب شورای نگهبان قانون اساسی

۲.۱. نحوه ترکیب

مقام رهبری در نظام مذهبی، سیاسی و حقوقی کشور نقش بی بدیل و شگرفی دارد و انتصاب نیمه‌ای از اعضای شورای نگهبان، می‌تواند به جایگاه این اشخاص در شورا نسبت به دیگر اعضا نقشی دوچندان بدهد و دیگر اعضا را به حاشیه ببرد و از طرفی با توجه به انتصاب رئیس قوه قضائیه توسط مقام رهبری، همچنین حاکمیت دین اسلام بر نظام حقوقی کشور و در جهت ایجاد توازن بین نهادهای نصب / انتخاب‌کننده پیشنهاد می‌گردد تقسیم اعضای شورای نگهبان قانون اساسی بدین شکل صورت گیرد: دو عضو فقیه منتصب رهبری. دو عضو قاضی به پیشنهاد هیئت عمومی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری به‌صورت برابر با اکثریت مطلق در دوره اول و اکثریت نسبی در دوم. سه عضو از طریق رأی‌گیری از طرف استادان حقوق در دانشگاه‌های کشور با رأی اکثریت نسبی. دو عضو به پیشنهاد رئیس‌جمهور و دو عضو به پیشنهاد مجلس شورای اسلامی. رئیس شورا توسط خود اعضا و با رأی‌گیری مخفی برگزیده شود. علت چنین ترکیبی را می‌توان اینگونه بیان نمود: شورا به‌عنوان نهاد دادرس اساسی دارای ماهیت چندگانه حقوقی- سیاسی- قضایی است. بُعد قضایی شورای کنونی بسیار ضعیف و در حاشیه قرار دارد؛ امری که درواقع مهم‌ترین ضعف شورای کنونی تلقی می‌شود؛ چراکه یکی از ویژگی‌های ماهیتی نهاد دادرس اساسی، بُعد قضایی آن است که در کنار بُعد حقوقی- سیاسی، می‌تواند در تقویت تصمیمات و آرای صادره از شورا و اجرایی شدن مفاد قانون اساسی و بالتبع پشتیبانی از حقوق و آزادی‌ها مؤثر واقع شود.[۱] بنابراین انتخاب الزامی اعضای قضایی از طرف دو نهاد عالی قضایی تقویت‌کننده بُعد قضایی شورا و انتخاب سه عضو به‌صورت مستقیم از طرف استادان حقوق و بدون مداخله قوای سیاسی می‌تواند تقویت‌کننده بُعد حقوقی شورا و بدون ملاحظات سیاسی تلقی شود.

۲.۲. شرایط اعضای شورای نگهبان قانون اساسی

با توجه به اینکه صلاحیت‌های شورا از درجه اهمیت بسیار بالایی برخوردار است و بر روند سیاسی و حقوقی کشور و نهادهای آن تأثیر زیادی می‌گذارند، ضروری است که اعضای شورا از دانش و صلاحیت‌های علمی و تجربی لازم و کافی برخوردار باشند. اعضای شورای نگهبان قانون اساسی، یعنی سه گروه فقها، قضات و حقوق‌دانان، باید دارای شرایط ملموس و عینی‌تری باشند که برای فقها: سطح چهار حوزه عملیه با حداقل هشت سال سابقه تدریس در حوزه‌های علمیه یا دانشگاه. قضات: از اعضای دادگاه‌های تجدیدنظر، دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری با داشتن هشت سال سابقه قضاوت در دادگاه‌های مذکور و دارای حداقل مدرک کارشناسی حقوق. استادان حقوق: داشتن مدرک حقوق- درجه دانشیاری، هشت سال سابقه تدریس در دانشگاه. اعضای پیشنهادی رئیس‌جمهور و مجلس: از میان قضات دیوان عالی کشور، قضات دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های تجدیدنظر و استادان حقوق (هشت سال سابقه). در کنار این شرایط اختصاصی، اعضای مذکور باید دارای شرایط عمومی نیز باشند: حداقل ۴۵ سال سن، عدم وابستگی به حزب سیاسی در

[۱]. با توجه به نوع نظام سیاسی ایران که مقام رهبری عالی‌ترین مقام سیاسی و مذهبی کشور تلقی می‌شود و از طرفی مقام ریاست‌جمهوری نیز از طریق انتخابات برگزیده می‌شود، بنابراین حضور دو نفر از طریق رئیس جمهور متناسب با چنین تقسیم قدرت و وظایف قانونی است و درصورتی‌که قانون اساسی تغییر و نخست وزیر جای رئیس‌جمهور را بگیرد، می‌توان انتخاب این دو نفر را نیز به مجلس سپرد.

طول دوره عضویت، ممنوعیت جمع عضویت در شورا با هر شغل دیگر[1] بدون اینکه قائل به استثنا برای یکی از اعضا شویم، عدم انجام هر گونه فعالیت اقتصادی و سیاسی در طول دوره عضویت، عدم محکومیت قطعی کیفری که رفع اثر نشده باشد (محکومیت‌های سیاسی مشمول این ممنوعیت نباشند).

شیوه‌نامه نحوه انتخاب و معرفی اعضا، توسط مقامات نصب / انتخاب‌کننده تصویب گردید، ولی در شیوه‌نامه شرایط زیر ذکر شود:

۱- همه اشخاصی که در زیرمجموعه گروه‌های پنج‌گانه‌اند و دارای شرایط ذکر شده باشند، بتوانند خود را داوطلب عضویت در شورا نمایند و مقام انتخاب / انتصاب‌کننده از بین اعضای داوطلب انتخاب نماید.

۲- شیوه‌نامه پنج مقام انتصاب / انتخاب‌کننده به‌ترتیب بدین شکل تصویب گردد: ۱. رهبری، ۲. در جلسه مشترک هیئت عمومی دیوان عالی و دیوان عدالت اداری و با رأی اکثریت نسبی، ۳. از هر استان یک نماینده از استادان

---

[1]. مطابق تبصره‌های ۸ و۱۰ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، اعضای حقوقدان شورای نگهبان از تصدی هر شغل دیگر به‌جز مشاغل آموزشی و انتصاب از سوی مقام رهبری، ممنوع هستند. در جهت محافظت از موقعیت شغلی دادرسان که استقلال و بی‌طرفی‌شان را تضمین کند، اصل منع جمع مشاغل وضع گردید تا استقلالشان را تقویت و تضمین نماید. در واقع «یکی از راهکارهایی که برای تصمیم‌گیری‌های مستقل و به دور از هرگونه شائبه توسط اعضای نهادهای ناظر قانون اساسی لازم و ضروری می‌باشد مانعه‌الجمع انجام وظیفه به عنوان عضو این نهاد با مشاغل دیگر است» (آذری، هادی، ***بررسی شاخصه‌های الگوی متمرکز (اروپایی) دادرسی اساسی***، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه تهران*، ۱۳۹۰، ص ۸۱). درخصوص اینکه اعضای شورای نگهبان از عهده‌داری هرگونه شغل و یا سمت دیگری به جز عضویت در شورا ممنوع باشند، حکم صریحی در قانون اساسی وجود ندارد. اما با استناد به اصل ۱۴۱ و ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌توان گفت شورای نگهبان به‌عنوان یک مؤسسه دولتی مشمول قاعده منع جمع مشاغل می‌باشد و اعضای آن به‌جز عضویت در شورا باید از هر داشتن هر شغل دیگری ممنوع باشند. تا پیش از سال ۱۳۸۷ و طرح الحاق یک تبصره به قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳، اعضای شورای نگهبان خود را مشمول قاعده مذکور و اصل ۱۴۱ نمی‌دانستند و افزون‌بر عضویت در شورای نگهبان سمت‌های دیگری در دولت و قوه قضائیه نیز داشتند. در سال ۱۳۸۷ مجلس طرح مذکور را در قالب قانون به تصویب رساند که مورد مخالفت شورای نگهبان قرار گرفت. در تبصره‌ماده واحده آمده است: «عضویت کلیه اشخاص شاغل در هر یک از قوای سه‌گانه و مؤسسات و سازمان‌های تابعه آنها و شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام بوده و به هر مقدار از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند، در شورای نگهبان به‌عنوان حقوق‌دان ممنوع است و این ممنوعیت شامل اعضای کنونی شورای نگهبان که قبل از این قانون انتخاب شده‌اند نیز می‌شود و چنانچه ظرف یک ماه پس از تصویب این قانون استعفا ندهند از عضویت در شورای نگهبان مستعفی شناخته می‌شوند». شورای نگهبان با دلایلی چند تبصره مذکور را ناقص قانون اساسی ازجمله اصل ۹۲ دانسته بود و اعضای حقوق‌دان شورا را مشمول اصل ۱۴۱ ندانسته بود، ولی با اصرار مجلس و پس از ارجاع طرح به مجمع تشخیص مصلحت نظام، تبصره مذکور را تصویب قرار گرفت و برای اولین بار اعضای حقوق‌دانان شورا به‌صورت قانونی و رسمی مشمول قاعده منع جمع مشاغل شدند. با وجود منع حقوق‌دانان از عهده‌داری هر شغل دیگر اما طرح مذکور خود یک استثنای دیگر بر اصل ۱۴۱ قانون اساسی افزود و درواقع مجلس یک گام به جلو و یک گام به عقب برداشت. در طرح مذکور اعضای فقیه شورا مشمول قاعده منع جمع مشاغل نشدند. اینکه نیمه‌ای از اعضای شورا مشمول قاعده مذکور قرار بگیرند و نیمه دیگر خیر، در نوع خود جالب است. عدم شمول قاعده منع جمع مشاغل نسبت به اعضای فقیه به‌صورت ضمنی در قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب سال ۱۳۷۳ آمده است. مطابق تبصره ۸ قانون مذکور، «افرادی که مستقیماً از سوی مقام معظم رهبری به سمت‌هایی در دستگاه‌های مختلف منصوب می‌گردند از شمول مفاد این قانون مستثنا خواهند بود». «استثنای مذکور، که به‌معنای فراقانونی بودن اختیارات رهبری و مستثنا انگاشتن وی از حاکمیت قانون اساسی تلقی می‌شود، علاوه بر مغایرت با اصل ۱۴۱، نافی عبارت ذیل اصل یکصدوهفتم قانون اساسی است که مقرر می‌دارد: «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است». بدون تردید استثنا کردن مقام رهبری از شمول قانون اساسی و تلقی اختیارات فراقانونی برای وی، نه‌فقط به تقویت جایگاه رهبری نمی‌انجامد، بلکه به دلیل شائبه تبعیض به تضعیف جایگاه معنوی و روحانی رهبری در اذهان عمومی منجر می‌شود. افزون‌بر این، صرف‌نظر از مباحث نظری رایج درباره جایگاه و قلمرو اختیارات ولی‌فقیه، چون از لحاظ عینی و حقوقی صلاحیت‌ها و اختیارات رهبر متکی بر قانون اساسی است، بنابراین توسعه فراقانونی اختیارات وی متضمن یک تناقض آشکار قانونی و عقلی است که نتیجه آن متزلزل گردیدن جایگاه بلند قانون اساسی و تنزل مقام رفیع رهبری است» (فخر، حسین «بررسی قلمرو قاعدهٔ ممنوعیت جمع مشاغل دولتی»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۸).

حقوق جهت تشکیل جلسه و تصویب شیوه‌نامه معرفی گردد، ۴. مجلس شورای اسلامی، ۵. رئیس‌جمهور.

۲.۳. مدت دوره عضویت

اعضای شورا برای یک دوره هشت‌ساله و غیرقابل تجدید منصوب/ انتخاب گردند؛ چراکه تعیین مدت عضویت برای تنها یک دوره و غیرقابل تمدید بودن در تضمین استقلال اعضای دادگاه و اعمال صلاحیت‌هایش به شکل بی‌طرفانه مؤثر خواهد بود. به عبارت دیگر عدم تمدید دوره می‌تواند شرایطی را فراهم کند که عضو شورا بر مبنای وجدان شغلی و قانون اساسی به اعمال صلاحیت‌های خود بپردازد و نه براساس تمایل نهادی که او را منصوب یا انتخاب کرده است. همچنین نیمی از اعضا (از هر گروه نیمی از اعضا) پس از یک دوره چهارساله تجدید شوند. چنین روشی دو مزیت دارد: ۱. هیچ‌وقت شورا خالی از اعضا نمی‌شود و همیشه نیمی از اعضا حضور دارند و از این طریق فرصت کافی برای گروه‌های انتخاب/ انتصاب‌کننده برای گزینش دوباره وجود دارد. ۲. حضور اعضای قدیمی سبب می‌شود تا تجارب به اعضای جدید منتقل شود و یا به عبارت دیگر اعضای جدید بتوانند از رویه و عملکرد اعضای قدیمی بهره ببرند و اعضای قدیمی نیز با اندیشه‌ها و استدلال‌های تیم جدید آشنا و در تصمیمات خود از آنها بهره‌مند شوند.

۲.۴. عدم عزل اعضای شورای نگهبان قانون اساسی

با توجه به اینکه غیرقابل عزل بودن اعضای نهاد دادرس اساسی یکی از ارکان بسیار مهم در تضمین استقلال آن نسبت به نهادهای انتخاب کننده/ انتصاب‌کننده است، لذا جهت عملکرد بهتر و به دور از فشار از طرف نهادهای مذکور، پیش‌بینی عدم عزل اعضا در طول دوره عضویت پیشنهاد می‌شود. البته درصورتی‌که که عضو شورا عملی خلاف شئون شغلی انجام دهد که به اعتبار شورا لطمه وارد کند، موضوع ابتدا توسط رئیس به کمیته‌ای مرکب از شش عضو شورا (از هر گروه یک عضو) ارجاع و پس از تحقیقات اولیه و درصورت تأیید دوسوم اعضا، موضوع جهت تصمیم‌گیری به شورا ارجاع گردد که درصورت تأیید سه‌چهارم اعضا که مستند به ادله، مستندات و براهین قاطع باشد، عضو از شورا برکنار گردد. واگذاری چنین اختیاری در رسیدگی به اعمال خلاف به شورا توسط خود شورا، باعث تقویت و تحکیم شورا و استقلال آن می‌شود.

۲.۵. مصونیت قضایی

با توجه به جایگاه و موقعیت اعضای شورای نگهبان قانون اساسی و اینکه در معرض تهدید و در نتیجه عدم تصمیم‌گیری شایسته و مناسبت قرار نگیرند، پیشنهاد می‌گردد اعضا از مصونیت قضایی نسبت وظایف و اختیارات خود برخوردار باشند و این مصونیت هم در دوره شغلی‌شان اعمال شود و هم پس از این دوره. از طرفی درصورتی‌که اعضا در معرض اتهامات قضایی قرار گیرند، بازداشت و سلب مصونیت از آنها با تأیید اکثریت اعضای شورا امکان‌پذیر باشد. درمورد جرائم مشهود کیفری به‌ویژه جرائم ضرب و جرح و قتل موضوع باید ظرف مدت حداکثر ۲۴ ساعت به شورا ارجاع شود تا شورا نسبت به ادامه بازداشت تصمیم‌گیری کند. پذیرش چنین موضوعی باعث می‌شود که هم اعضا به‌راحتی در معرض تهدید و ممانعت از انجام وظایفشان قرار نگیرد و هم اعضا به بهانه این مصونیت دست به هر اقدامی نزنند.

۳. الگوی پیشنهادی صلاحیت‌های شورای نگهبان قانون اساسی

شورای نگهبان قانون اساسی به‌عنوان نهاد دادرس قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، جایگاه اختصاصی و انحصاری در

نظارت بر دستوری و شرعی بودن مصوبات مجلس و قوانین و نظارت شرعی بر مقررات و نظارت بر انتخابات داراست. بنابراین یک نکته درخصوص شورای نگهبان از دید مؤسس مغفول مانده است و آن نظارت بر دستوری بودن مقررات است. موضوعی که شورا را از حالت انحصاری و اختصاصی به‌عنوان نهاد دادرسی قانون اساسی خارج می‌کند. به‌نظر می‌رسد که در عمل، بخش قابل ملاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از اصول قانون اساسی بر عهده دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. بنابراین با توجه به جایگاه و موقعیت نهاد دادرس اساسی به‌عنوان عالی‌ترین نهاد مستقل از قوای سه‌گانه و ماهیت حقوقی- قضایی- سیاسی این نهاد، می‌توان صلاحیت‌های شورا را در چند بُعد: نظارت بر دستوری بودن قوانین و مقررات، مرجع نهایی درخصوص عالی‌ترین نمود و بروز سیاسی یک نظام سیاسی یعنی انتخابات و مقام حل‌وفصل اختلاف درخصوص دو نهاد عالی قضایی یعنی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری تقسیم و بررسی کرد:

۳.۱. نظارت بر دستوری بودن مصوبات مجلس

مهم‌ترین وظیفه و صلاحیت شورای نگهبان را می‌توان در این صلاحیت گنجاند. صلاحیتی که می‌توان گفت دلیل تأسیس شورای نگهبان توسط مؤسس اساسی است و با تأسیس چنین نهادی در پی ایجاد یک نظام دینی و محافظت از آن در برابر هرگونه انحراف قانونی از طرف قوای مجریه و قانونگذاری بوده است. در نظام سیاسی و حقوقی کشور، دو نظارت دستوری و شرعی مستقل از هم اعمال می‌شوند؛ امری که به‌نظر می‌رسد می‌توان آن را در یک قالب، و نظارت شرعی را در دل نظارت دستوری قرار داد و آن بر عهده شخصیت حقوقی شورای نگهبان قانون اساسی نهاد. بنابراین پیشنهاد می‌شود نظارت شرعی و دستوری بر مصوبات مجلس، قوانین و مقررات به طور هم‌زمان و توسط شخصیت حقوقی شورای نگهبان قانون اساسی و تمام اعضا صورت گیرد و نه‌فقط توسط اعضای فقیه شورا. مصوبات مربوط به همه‌پرسی تقنینی را نیز باید مشمول نظارت شورا دانست. بدین صورت که پس از تصویب مجلس نمایندگان، مصوبه جهت اعمال نظارت دستوری به شورا ارسال شود و پس از تأیید شورا برای طی شدن فرایند همه‌پرسی به رئیس‌جمهور ارجاع گردد. درخصوص اثر تصمیم شورا بر متن مصوبه باید گفت درصورتی‌که تصمیم شورا عدم دستوری بودن متن مصوبه باشد، مجلس باید به‌صورت دقیق نظر شورا را در اصلاحیه متن یا حذف آن اعمال کند. البته باید این نکته را هم اضافه کرد که شورا باید در رأی صادره خود مستدل و مستند و درصورت ضرورت متن پیشنهادی خود را جهت اصلاح متن ناقض قانون اساسی به مجلس اعلام کند تا مجلس در تعیین مسیر قانون اساسی و نص مصوبه به‌درستی عمل کند و دوباره همان مسیر قبلی در نص مصوبه را طی نکند.

۳.۲. نظارت بر دستوری بودن مقررات

در نظام حقوقی ایران اصل بر نظارت پیشینی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است و مؤسس اساسی درخصوص نظارت بر دستوری بودن مقررات سکوت کرده است. با توجه به اینکه مراحل بررسی، تحقیق و بحث نسبت به قانونگذاری‌های اصلی کمتر است، چشم انداز خروج قانونگذاری‌های فرعی از قانون اساسی بیشتر است که این خود ضرورت نظارت دستوری بر این مقررات را نشان می‌دهد. بنابراین درخصوص نظارت دستوری بر مقررات صادره ازسوی هر نهاد، شخص حقیقی یا حقوقی که صلاحیت وضع صدور مقررات در حوزه حقوق عمومی دارد، ازجمله مصوبات اداری مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای امنیت ملی، شورای انقلاب فرهنگی می‌توان از شیوه نظارت شرعی و البته به شیوه ارسال از طریق دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور اقدام نمود؛ چراکه نظارت دستوری در نظام حقوقی ایران به‌صورت انحصاری و

تخصصی در صلاحیت شورای نگهبان قانون اساسی است و دیوان عدالت اداری یا هر نهاد دیگری چنین صلاحیتی را ندارد. همچنین درصورتی‌که مراجع قضایی و مراجع اختصاصی دادرسی اداری به هنگام رسیدگی به دعوا، مقرره‌ای را ناقض قانون اساسی بدانند، آن را ظرف مدت ۱۰ روز به دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری ارسال نمایند و درصورت تأیید جدی بودن موضوع در شعبه ویژه دعاوی دستوری با رأی دوسوم اعضا، آن را حداکثر در مدت ۱۰ روز به شورای نگهبان قانون اساسی ارسال کنند. همچنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌تواند درصورتی‌که مقرره را از جنبه قانونی عادی ناقض بداند، موضوع را خود بررسی و نسبت به آن رأی صادر کند. در این صورت تا صدور رأی شورا، روند رسیدگی مرجع قضایی متوقف می‌شود. در کنار این دو روش که پس از اجرایی شدن مقرره و در هر زمانی قابل اعمال است، درخصوص اثر رأی صادره از شورا بر مقرره اداری باید گفت اصل بر اجرایی شدن اثر رأی شورا از تاریخ انتشار رأی است، مگر اینکه با توجه به شرایط و موقعیت حقوقی افراد، شورا بر عطف به ماسبق شدن متن مقرره تصمیم بگیرد. از طرفی اثر رأی محدود به طرفین دعوای اصلی نمی‌شود و آثار این حجیت همه اشخاص دولتی و غیردولتی را دربرمی‌گیرد.

۳.۳. نظارت پسینی بر قوانین

مؤسس اساسی نظارت پسینی شرعی و دستوری بر قوانین را به‌طور صریح شناسایی نکرده و صرفاً نظارت پیشینی بر شرعی و دستوری بودن مصوبات مجلس را به رسمیت شناخته است. مرجع انحصاری و اختصاصی تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با اصول قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است، اما درمورد قوانین حاکم، یعنی قوانینی که نافذ و درحال اجرا هستند، مؤسس اساسی تعیین تکلیف نکرده است. با نگاهی به نظریه تفسیری شماره ۱۹۸۳ تاریخ ۱۳۶۰/۰۲/۰۸ و ماده ۱۹ آیین‌نامه شورا می‌بینیم که شورای نگهبان بدون اینکه مؤسس اساسی به‌صراحت چنین صلاحیتی بر عهده شورای نگهبان قرار دهد، خود با تفسیر از اصل ۴ قانون اساسی و با افزایش حوزه نظارتی خود در آیین‌نامه داخلی خود نظارت پسینی بر قوانین را برای فقهای شورای نگهبان به رسمیت شناخت. به نظر می‌رسد چنین شیوه‌ای چندان مورد اعتماد جامعه حقوقی و سیاسی کشور قرار نگرفته است و از طرفی عدم تصریح مؤسس اساسی بر چنین صلاحیتی اقتضا می‌کند که فقهای شورا اقدام به چنین صلاحیتی به‌صورت مستقل و رأساً نکنند. بنابراین پیشنهاد می‌گردد نظارت پسینی بر قوانین با پذیرش آن توسط مؤسس اساسی و اصلاحیه قانون اساسی صورت گیرد و آن هم نظارت پسینی بر دستوری بودن قوانین که نظارت شرعی در دل آن باشد و توسط شخصیت حقوقی شورای نگهبان قانون اساسی اعمال شود. البته این نظارت پسینی برعکس نظارت پیشینی که توسط اشخاص خاصی صورت می‌گرفت، باید به دو شیوه اقدام شود: ۱. مراجع قضایی و مراجع اختصاصی دادرسی اداری به هنگام رسیدگی به دعوای مطروحه نزدشان، درصورتی‌که متن قانون مرتبط با دعوا را ناقض قانون اساسی بدانند، موضوع را با مستند و مدلل به دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری ارجاع دهند. موضوع به شعبه ویژه دعاوی دستوری ارجاع و نسبت به جدی بودن و رعایت شرایط شکلی تصمیم‌گیری شود که درصورت تأیید، دعوا از طریق رئیس دیوان به شورا ارجاع می‌گردد. ۲. اقدام از طریق یکی از طرف‌های دعوی در مراجع مذکور و به شیوه بند پیشین صورت گیرد، با این تفاوت که طرح موضوع باید از طریق وکیل صورت گیرد. مطابق قانون اساسی، فقط مجلس شورای اسلامی صلاحیت وضع قانون را دارد، در نتیجه هیچ نهاد دیگری ازجمله مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای انقلاب فرهنگی، شورای عالی امنیت ملی صلاحیت وضع قانون را ندارد، هرچند در واقعیت نظام حقوقی ایران می‌بینیم که چنین نهادهای گاهی اقدام به وضع قانون یا مصوباتی می‌کنند که ماهیت قانون را دارند. درخصوص اینکه آیا شورای نگهبان قانون اساسی صلاحیت نظارت دستوری بر چنین قوانین و

مصوباتی را دارد، باید گفت برای داشتن یک نظام حقوقی منسجم و یکدست که در یک مسیر گام بردارد و هیچ نهاد یا مقامی چه مجمع تشخیص مصلحت نظام باشد و چه شورای انقلاب فرهنگی توان خروج از اصول قانون اساسی را نداشته باشد و خود را مصون از هرگونه نظارت دستوری نداند، ضروری است که تمامی مصوباتشان تابع نظارت دستوری شورای نگهبان قانون اساسی باشند. البته یک استثنا را در ارتباط با مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام که مطابق اصل ۱۱۲ قانون اساسی صادر می‌شوند باید قائل شد که چنین مصوباتی خارج از نظارت دستوری شورای نگهبان قانون اساسی هستند. هرچند بهتر و شایسته‌تر است که چنین صلاحیتی برای مجمع در اصلاحیه قانون اساسی در نظر گرفته نشود و همه موصوبات مجلس شورای اسلامی در نهایت تابع نظارت دستوری شورای نگهبان قانون اساسی باشند. درخصوص اثر رأی صادره از شورا بر قانون باید گفت اصل بر اجرایی شدن اثر رأی شورا از تاریخ انتشار رأی است، مگر اینکه با توجه به شرایط و موقعیت حقوقی افراد، شورا تصمیم بر عطف به ماسبق شدن متن قانون نماید.

۳.۴. نظارت بر انتخابات

مطابق اصل ۹۹ قانون اساسی، شورای نگهبان قانون اساسی به‌عنوان نهاد ناظر بر انتخابات معرفی شده است. از طرفی حوزه و قلمرو نظارتی شورا بر انتخابات مشخص نشده و همین ابهام و کلی‌گویی سبب شده است تا درخصوص درجه و سطح نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، چالش‌ها و اختلاف‌های جدی میان حقوق‌دانان، سیاست‌مداران و شورای نگهبان به وجود آید. نظارت شورای نگهبان یک نظارت استثنایی نسبت به روند و عملیات انتخابات است که تمام مراحل انتخابات با تمام جزئیات آن را پوشش می‌دهد. به‌نظر می‌رسد چنین نظارتی نتوانست تا به امروز به نحو مطلوب اعمال شود و همواره نسبت به عملکرد شورای نگهبان درخصوص انتخابات به‌ویژه رد صلاحیت‌های گسترده شورا نسبت به نامزدهای انتخاباتی، پرسش‌ها و ابهام‌های مطرح بوده است و خواهد بود. بنابراین پیشنهاد می‌گردد نظارت شورا قانون اساسی بر انتخابات صرفاً درخصوص نتایج انتخابات اعمال شود و دیگر مراحل از حوزه نظارتی شورا خارج شوند. به عبارت دیگر، این شورا باشد که درخصوص نتایج انتخابات نظر نهایی را صادر می‌کند؛ به‌خصوص درمورد اعتبارنامه نامزدهای که نتایج انتخابات آنها توسط شورای نگهبان قانون اساسی تأیید شده است. بدین معنا که حتی اگر بپذیریم مجلس می‌تواند نسبت به اعتبارنامه نامزدهای پیروز انتخابات بررسی مجدد نماید و رأی به عدم تأیید اعتبارنامه بدهد، باید این فرصت برای نامزدی که اعتبارنامه‌اش رد شده است، داده شود که به شورای نگهبان قانون اساسی مراجعه و اعتراض کند.

۳.۵. تفسیر اصول قانون اساسی

برای اجرای این صلاحیت توسط شورای نگهبان قانون اساسی باید دو شرط رعایت شود: ۱. ازسوی اشخاص ذی‌صلاح (رهبری، رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی، یک‌چهارم نمایندگان مجلس، رئیس قوه قضائیه به شورا درخواست نظر تفسیری شود. ۲. بین نهادهای قانون اساسی درخصوص متن قانون اساسی در اجرا یا هنگام اعمال، اختلاف ایجاد گردد. پیچیدگی در متن درخواستی برای تفسیر شرط ضروری است، اما برای اعمال صلاحیت تفسیری دادگاه قانون اساسی کافی نیست؛ چراکه ضروری است که این پیچیدگی در متن، در اجرا نیز باعث ایجاد اختلاف شده باشد. از طرفی شورا باید متعهد به چارچوب حدود تفسیر متن قانونی ارائه شده به آن باشد و در تفسیر خود به یکی از بنیادی‌ترین مبانی یک نظام سیاسی یعنی پشتیبانی از حقوق و آزادی‌ها پایبند باشد. بنابراین شورا نمی‌تواند تحت پوشش تفسیر، قاعده قانونی جدیدی وضع کند، وگرنه به صلاحیت مؤسس اساسی ورود می‌کند. شورا در تفسیر متون قوانین صلاحیت

وضع قواعد جدید یا اصلاح آنها را، خواه با اضافه کردن یا حذف آنها، به نحوی از هدف مؤسس اساسی عبور کند، ندارد.

۳.۶. رسیدگی به اختلاف صلاحیت بین دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری

با توجه به اینکه دیوان عالی کشور به‌عنوان عالی‌ترین مقام قضایی در سلسله‌مراتب دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری به‌عنوان عالی‌ترین نهاد دادرسی اداری بر مراجع اختصاصی دادرسی اداری نظارت دارند و به اعمال صلاحیت قانونی محوله می‌پردازند، در نتیجه امکان اختلاف در صلاحیت بین این دو نهاد وجود دارد و از آنجایی که باید این دو را هم سطح هم دانست، بنابراین درصورت اختلاف باید به شورای نگهبان قانون اساسی جهت حل اختلاف مراجع شود. در این صورت رأی شورای نگهبان قانون اساسی برای هر دو طرف الزامی و نهایی است.

۴. الگوی پیشنهادی آشکال ارجاع به شورای نگهبان قانون اساسی

الگوی اصلی در نظارت بر دستوری بودن قوانین و مقررات در نظام دادرسی اساسی ایران به‌صورت نظارت پیشینی و نسبت به تمام مصوبات مجلس شورای اسلامی اعمال می‌شود. مطابق اصل ۹۴ قانون اساسی، تمام مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان ارسال شوند. این اطلاق مصوبات سبب شده است که مجلس نمایندگان در نقش تنظیم‌کننده پیش‌نویس قوانین مطرح باشد. از طرفی ارسال تمام مصوبات به شورای نگهبان سبب شده است که با توجه به محدودیت زمانی که شورا درخصوص بررسی مصوبات دارد (حداکثر بیست روز) عملاً نتواند نقش مؤثر خود را در بررسی مصوبات ایفا کند و شاید بتوان گفت یکی از مهم‌ترین دلایلی که سبب شده است که شورا نتواند تصمیمات خود را مستدل و مستند و با ارزش استدلالی و آموزشی بیان کند، همین موضوع باشد. با توجه به اینکه نظام دادرسی اساسی ایران از محدود نظام‌های دادرسی است که نظارت پیشینی را الگوی خود قرار داده است، برای بررسی دقیق مصوبات توسط دادرس اساسی و دادن جایگاه به نمایندگان مجلس و اعتماد به آنها به‌عنوان نمایندگان ملت، پیشنهاد می‌شود در نظام دادرسی اساسی ایران قوانین به دو دسته قوانین بنیادین و عادی تقسیم و صرفاً در صوص قوانین بنیادین اعمال نظارت پیشینی صورت گیرد و از ارجاع تمام مصوبات به شورای نگهبان قانون اساسی خودداری شود. درباره قوانین عادی پس از تصویب مجلس و تا یک ماه پیش از انتشار در روزنامه رسمی اشخاص ذی‌صلاح (رهبری، رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضائیه، رئیس مجلس، یک‌چهارم نمایندگان مجلس) این اختیار را داشته باشند که با فراهم شدن شرایطی بتوانند به شورا برای نظارت دستوری مراجعه کنند. با توجه به اینکه امروزه در نظام‌های دادرس اساسی و با مطالعاتی که انجام شده است مراجعه افراد به نهاد دادرس اساسی امری پذیرفته شده است، بنابراین پیشنهاد می‌گردد به افراد اجازه داده شود درصورتی‌که قوانین و مقررات حاکم بر دعوی، ناقض حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی باشند، بتوانند پس از طرح موضوع نزد دادگاه‌های عادی یا مراجع اختصاصی دادرسی اداری و تأیید شرایط شکلی طرح دعوا در شعبه ویژه دعاوی دستوری دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری (دوسوم اعضا) از طریق وکیل به شورای نگهبان قانون اساسی مراجعه و درخواست نظارت دستوری بر متن مورد نظر کنند. همچنین به دادگاه‌ها و مراجع اختصاصی دادرسی اداری اجازه داده شود درصورتی‌که به هنگام رسیدگی به دعوای مطروحه، قانون یا مقرره مرتبط با دعوی را ناقض قانون اساسی بدانند؛ به‌نحوی‌که حکم دادگاه به اعتبار آن قانون یا مقرره بستگی داشته باشد، رسیدگی به دعوا را متوقف و موضوع را به دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری ارسال کند. درصورتی‌که دوسوم اعضای شعبه ویژه دعاوی دستوری دیوان عالی و دیوان عدالت اداری جدی بودن موضوع را تأیید کنند، پرونده را به شورای نگهبان قانون اساسی برای بررسی

دستوری یا عدم دستوری بودن ارسال کنند. ذکر این نکته ضروری است که درخصوص قوانین بنیادین که مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته‌اند، درصورتی‌که مورد اعتراض افراد یا مراجع قضایی قرار بگیرند، تأیید دوسوم اعضای شورای نگهبان و گذشت زمانی معقول جهت صدور رأی عدم دستوری ضروری است.

درخصوص معاهدات بین‌المللی باید گفت معاهدات مرتبط با حوزه سرزمینی کشور و معاهدات صلح باید به مانند قوانین بنیادین تلقی شوند و در نتیجه مشمول نظارت دستوری پیشینی شورای نگهبان قانون اساسی قانون اساسی قرار گیرند. دیگر معاهدات به مانند قوانین عادی مورد نظارت دستوری قرار گیرند. البته ذکر این نکته ضروری است که افراد و مراجع قضایی نباید پس از تأیید شورای نگهبان قانون اساسی صلاحیت مراجعه به شورا را جهت اعمال نظارت دستوری بر معاهدات را داشته باشند.

۵. الگوی پیشنهادی حجیت تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی

تصمیمات (احکام) صادره از دادرس اساسی باید از ویژگی حجیت مطلق (در موارد ماهوی) و حجیت نسبی (در موارد شکلی) برخوردار باشند و امکان اعتراض و درخواست تجدیدنظر نسبت به آنها وجود نداشته باشد. از طرفی حجیت این تصمیمات نباید محدود به طرفین اصلی دعوای موضوعی باشد و آثار این حجیت همه نهادهای دولتی مانند قوه مقننه، قضائیه و مجریه و اشخاص خصوصی و عمومی غیردولتی و همچنین خود نهاد دادرس اساسی را دربرگیرد. همچنین طرح دعوا در نهاد دادرس اساسی باید یک‌مرحله‌ای باشد و هر نوعی از اعتراض، خواه عادی یا غیرعادی و توسط هر شخص یا نهادی امکان‌پذیر نباشد. بنابراین تصمیمات این نهاد، نهایی، قطعی و الزام‌آورند. شورای نگهبان قانون اساسی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای تأثیرگذار در نظام حقوقی ایران درخصوص حجیت تصمیماتش نیاز به بازنگری اساسی دارد. ازاین‌رو، به‌منظور عملکرد بهتر و پایبندی نهادهای دولتی به‌خصوص خود شورای نگهبان قانون اساسی و اشخاص خصوصی به تصمیمات شورا، پیشنهاد می‌شود تصمیمات این نهاد از قطعیت و اثر الزام‌آور برخوردار باشند. رأی‌گیری برای همه موضوعات (شرعی و قانونی) و با رأی دوسوم اعضا نسبت به عدم دستوری بودن قانون یا مقرره صورت گیرد. از طرفی با توجه به متن آیین‌نامه داخلی شورا، بررسی و اظهارنظر درخصوص شرعی بودن قوانین حتی پس از تأیید توسط فقهای شورا، در هر زمانی و به‌صورت مستقل و رأساً توسط خود اعضا قابلیت بررسی مجدد دارد. در واقع فقهای شورا این صلاحیت و اختیار را دارند که با تصمیم چهار نفر از اعضا، بدون اینکه مصوبه‌ای ازسوی مجلس به شورا ارسال شود، قوانین ساری و جاری که در نظام حقوقی کشور رسمیت قانونی دارد و اشخاص مطابق آن اقدام می‌کنند، بدون اینکه مراحل اصلاحی در مجلس را طی کنند، کأن‌لم‌یکن اعلام کنند. در اینجا فقهای شورا، قانونگذاری سلبی خود را گسترش می‌دهند و قوانینی را که مطابق قانون اساسی تمامی مراحل و تشریفات طی کردند، خود اصلاح می‌کنند. برای اصلاح چنین روندی شورا باید از بررسی شرعی بودن قوانین به‌صورت مستقل خودداری کند و اصل حجیت مطلق تصمیمات شورا را رعایت نماید. درخصوص اینکه تا چه زمانی شورا باید به تصمیمات سابق خود احترام بگذارد، به‌نظر می‌رسد نتوان یک زمان قطعی در نظر گرفت، ولی سپری شدن زمانی معقول و همچنین ضروری بودن تغییر دیدگاه با توجه به شرایط و تغییر اوضاع و احوال باید به درجه‌ای برسد که برای اکثریت اعضا و همچنین جامعه قابل قبول و توجیه باشد. همچنین دلایلی که براساس آنها تصمیم اتخاذ شد، دیگر معتبر نباشد. رسیدگی در شورا نسبت به موضوع ارجاعی باید دربرگیرنده ایرادهای ماهوی و شکلی باشد. البته بین عدم دستوری بودن تصمیمات شورا و رد دعوای دستوری یا دستوری بودن مصوبات، قوانین و مقررات باید قائل به تفکیک شد. بدین صورت، هنگامی که شورا رأی به عدم دستوری بودن متن به

صورت ماهوی صادر کند، رأی صادره قطعی، نهایی و غیرقابل اعتراض است. چنین تصمیمی از روز پس از اعلام به مجلس درخصوص مصوبات و انتشار درخصوص قوانین و مقررات برای همه اشخاص حقوقی و حقیقی، دولتی و غیردولتی الزام‌آور است؛ البته به شرطی که تاریخ دیگری تعیین نشده باشد. در نتیجه متن مصوبه، قانون یا مقرره‌ای که ناقض قانون اساسی تشخیص داده شده است، غیرقابل اجرا خواهد شد. درصورتی‌که رأی صادره به عدم دستوری بودن به دلایل شکلی باشد، می‌توان گفت رأی صادره نسبی است و با برطرف شدن ایرادهای شکلی قابلیت طرح مجدد در شورا را دارد. اما هنگامی که شورا رأی به رد دعوای دستوری یا دستوری بودن صادر کند، در این صورت، می‌توان گفت تصمیم صادره از شورا نسبی است و درصورت فراهم شدن شرایط، بار دیگر قابل اعتراض در شوراست. درخصوص شیوه نگارش تصمیمات شورا باید گفت ضروری است که در ابتدای هر رأیی توضیحات مختصری از روند ارجاع موضوع به شورا داده شود و سپس شرح مختصر موضوع ارجاعی و دلایل طرف ارجاع‌کننده و مستند قانونی عدم دستوری بودن ذکر شود. در ادامه شورا ضمن بیان مختصر دعوا و مستندات شاکی، به تحلیل و تطبیق موضوع با متون قانون اساسی ادعایی بپردازد و در پایان نسبت به موضوع رأی خود را صادر کند. هرچند شورا از شیوه پیشینی جهت بررسی و تطبیق قوانین با قانون اساسی استفاده می‌کند، ولی نتوانست جامعیت یک تصمیم قضایی- حقوقی را داشته باشد؛ اگرچه در تعدادی از تصمیمات خود سعی کرده است مستدل و مستند به تطبیق موضوع با قانون اساسی بپردازد. هرچند شورا مطابق قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی خود ملزم به مستدل و مستند بودن تصمیمات خود نیست. این درحالی است که «ارائه دلایل تصمیم، جزئی جدایی‌ناپذیر از اصل حاکمیت قانون به‌مثابه بنیادی‌ترین اصل حقوق عمومی است. ارائه دلایل در نظام حقوقی، شرط اجتناب‌ناپذیر شناسایی یک نظام سیاسی متعهد به حاکمیت قانون است. به‌عبارت‌دیگر، یکی از عناصر پایبندی هر نظام سیاسی به اصل حاکمیت قانون، میزان تعهد مقامات عمومی و اداری به بیان دلایل تصمیماتشان است. به این معنا که نهادهای عمومی یک نظام‌سیاسی، باید ملزم به توجیه علنی تصمیمات خود باشند».[۱] این رویه درخصوص تصمیمات شورا تا پیش از دهه ۱۳۸۰ اعمال می‌شد؛ امری که انتقادات بسیاری را نیز در پی داشت؛ چراکه شورا صرفاً با یک عبارت کوتاه ماده یا بندی از قانون را ناقض قانون اساسی یا شرع می‌دانست.[۲] از اوایل دهه ۱۳۸۰ شورا رویه خود را تغییر داده است و استدلال‌های حقوقی و شرعی وارد نقطه‌نظرات خود کرده است. در واقع شورا کوشیده است از این طریق از کم‌گویی و گزیده‌گویی فاصله بگیرد و به‌سمت تحلیل و مستدل نمودن تصمیمات خود برود. چنین تغییری در رویه شورای نگهبان گامی مهم در جهت تقویت نظریات نهاد دادرس اساسی به شمار می‌رود. اما نکته منفی چنین روندی عدم ورود چنین استدلال‌های به تصمیم نهایی شورای نگهبان است؛ چرا که شورا در تصمیم نهایی خود همان روند گذشته خود را ادامه داده و استدلال‌های حقوقی یا شرعی را به‌عنوان نظرات کارشناسی در نظر گرفته است. با مروری که بر استدلال‌های حقوقی و فقهی شورا صورت گرفته، این نتیجه به دست آمده که استدلال‌های شورا کمتر وارد تحلیل اصول قانون اساسی مرتبط با حقوق و آزادی‌ها به شکلی آموزش‌دهنده شده است. البته شاید یکی از مهم‌ترین دلایل چنین روندی حجم

---

۱. رضایی، مهدی و نیما خسروی، «نسبت‌سنجی اصل الزام به بیان دلایل تصمیمات و حاکمیت قانون»، *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۰، شماره ۶۱، ۱۳۹۷، ص. ۶۵.

۲. آرای دادگاه قانون اساسی مانند آرای دادگاه مستدل و مستند به قوانین و هنجارها و ارزش‌های برتر جامعه است، ولی در دیدگاه‌های شورا نگهبان، به‌طور معمول، اثری از استدلال دیده نمی‌شود و این نهاد به مانند مقام افتا خود را بی‌نیاز از ذکر استدلال می‌داند؛ هرچند که به‌طور قطع، در ورای دیدگاه‌های این شورا نیز استدلالاتی نهفته است. (محمدزاده، مسلم، «خلأ نبودِ دادرسی اساسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (گفتاری در نقد دیدگاه شورای نگهبان پیرامون تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی)»، *دوفصلنامه حقوق اساسی*، دوره ۱۴، شماره ۲۸، ۱۳۹۶، ص. ۹۶.)

گسترده قوانین و مقررات و اساسنامه‌ها ارجاعی به شورا باشد که مانع از تمرکز و دقت‌نظر بر این اصول شده است؛ چراکه زمان کافی برای تحلیل جامع حقوقی و فقهی برای چنین موضوعی در اختیار شورا نیست. به‌جرئت می‌توان گفت همین حجم گسترده قوانین و مقررات سبب شده است که شورا از کارآمدی مورد انتظار یک نهاد دادرس اساسی در نظام حقوقی ایران برخوردار نباشد. ازاین‌رو ضروری است شورا به تصمیمات خود به‌خصوص در زمینه حقوق و آزادی‌ها جامعیت حقوقی و استدلالی بیشتری بخشد و یک روند آموزشی در پیش بگیرد و حداقل در تصمیمات صادره خود به متون تعهدات بین المللی در زمینه حقوق و آزادی‌ها استناد نماید؛ چراکه این متون امروزه از منطقه‌ای یا وابسته به یک فرهنگ یا حوزه جرافیایی فراتر رفته و به‌عنوان متونی تلقی می‌شوند که جهانی هستند و قابلیت اعمال و استناد در متون قوانین کشورها و تصمیمات دادرس اساسی را دارند. در نتیجه تا زمان تغییر روند نظارتی شورا، حداقل درخصوص حقوق و آزادی‌ها به تصمیمات خود غنای حقوقی بیشتری براساس اصول قانون اساسی و تعهدات بین المللی حقوق بشر بخشد. درخصوص نحوه اطلاع‌رسانی تصمیمات صادره از شورای نگهبان قانون اساسی ضروری است که این تصمیمات به مانند قوانین ظرف مدت ۱۵روز در روزنامه رسمی منتشر شوند تا هم به‌صورت رسمی این تصمیمات به اطلاع همه برسد و هم بر اهمیت آنها تأکید بیشتری گردد.

نتیجه‌گیری

دادرسی اساسی امروزه از ارکان پایه‌ای یک نظام سیاسی تلقی می‌شود؛ به‌نحوی‌که بحث از امکان‌پذیری وجود آن به کیفیت تعامل با آن و بهره‌گیری از آن به بهترین شکل، تغییر یافت. این تحول را می‌توان محصول ظهور مفهوم دولت قانونمند و اصل حاکمیت قانون دانست. قانون اساسی به‌عنوان نقطه مرکزی و قله دولت قانونمند نیاز به پشتیبانی و نگهبان دارد تا به‌عنوان نقشه راه مورد احترام قوای حاکم و نظام سیاسی قرار گیرد. در نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران، با توجه به ویژگی منحصر به فرد آن و جایگاه و موقعیت دین اسلام و در نتیجه حاکمیت شرع، مؤسس اساسی در ایران به‌صراحت، دو صلاحیت ویژه برای شورای نگهبان در نظر گرفته است. بدین نحو که نهاد دادرس اساسی ایران از دو شخصیت حقوقی مستقل از هم تشکیل می‌شود: شورای نگهبان قانون اساسی (دادرس اساسی) و شورای فقهای نگهبان شرع (دادرس شرعی). هرکدام از این دو شخصیت حقوقی مطابق قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی شورا دارای وظایف و صلاحیت‌هایی هستند که مستقل از هم به انجام آنها می‌پردازند. دادرس اساسی متشکل از دوازده عضو شورای نگهبان (حقوق‌دانان و فقها) و دادرس شرعی صرفاً از شش عضو فقیه شورای نگهبان تشکیل می‌شود. هر شش عضو فقیه توسط مقام رهبری به این سمت منصوب می‌شوند و در هر زمانی قابل عزل و نصب هستند. از طرفی نقش و جایگاه دادرس شرعی بسیار پررنگ‌تر و قوی‌تر از دادرسی اساسی است و دادرس شرعی می‌تواند مصوبات و قوانینی که توسط دادرس اساسی مورد تأیید نظارت دستوری قرار گرفته‌اند، در هر زمانی به‌دلیل نقض شرع، ابطال کند، بنابراین پیشنهاد می‌شود نهاد ناظر در ایران صرفاً یک شخصیت حقوقی داشته باشد و وظیفه نظارت شرعی و اساسی درهم ادغام شود و دادرس اساسی صرفاً به نظارت بر دستوری بودن قوانین و مقررات بپردازد؛ چراکه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توسط مؤسس اساسی‌ای تصویب شد که خود عالم به مبانی اسلام بودند و تمام اصول قانون اساسی در چارچوب شرع اسلام وضع شد. بنابراین هنگامی که دادرس اساسی به نظارت بر دستوری بودن می‌پردازد، نظارت بر شرعی بودن را نیز هم‌زمان می‌تواند اعمال کند. در نتیجه نظارت بر شرعی بودن قوانین و مقررات باید در دل نظارت بر دستوری بودن گنجانده شود. هرچند درخصوص اینکه حدود و چارچوب موازین و اصول شرعی جهت اعمال نظارت دستوری همواره در بین رویه

رسمی شورای نگهبان و دیدگاه‌های بعضی از حقوق‌دانان و صاحب نظران در حوزه فقه سیاسی اسلامی- شیعی اختلاف وجود دارد، ولی به‌نظر می‌رسد باید مبانی شرعی جهت اعمال نظارت شرعی بر قوانین و مقررات را به‌صورت مضیق تفسیر کرد و مبانی کلی شریعت اسلامی که در بین فقها درمورد آنها اختلافی نیست و ثابت و غیرقابل تغییرند، منبع اساسی و پایه‌ای برای قانونگذاری دانست و در نتیجه شورا باید در نظارت شرعی خود مبانی و موازین شرعی را به‌صورت موسع تفسیر نکند و دایره آنها را گسترده ننماید. در کنار نظارت دستوری شورا به‌عنوان وظیفه اصلی و اساسی شورا که در اعمال آن کمترین اختلاف وجود دارد و در واقع ماهیت وجودی یک نهاد دادرس اساسی را تشکیل می‌دهد، باید درخصوص حدود و چارچوب نظارت شورا بر روند و تشریفات انتخابات در نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران بازنگری اساسی گردد و صلاحیت شورا از نظارت بر تمامی مراحل و روند انتخابات به نظارت شورا بر اعتراض به نتایج انتخابات محدود شود و نقش اجرایی آن که با ماهیت نهاد دادرس اساسی سازگار نیست، کنار گذاشته شود و به نقش اصلی خود، که همانا پشتیبانی از مفاد قانون اساسی و به‌طور خاص‌تر پشتیبانی از حقوق و آزادی‌هاست، برگردد.

با توجه به مطالعات صورت‌گرفته و ارزیابی تمام جوانب، مزایا و معایب نهاد دادرس اساسی و همچنین با توجه به واقعیت‌ها و نظام سیاسی حاکم بر ایران به‌خصوص برتری مطلق و بی‌چون‌وچرای مذهب شیعه بر تمام ارکان سیاسی و حقوقی کشور، هرچند شورای نگهبان در اعمال صلاحیت‌ها و وظایفش به نحوی مؤثر و قابل قبولی موفق نبوده و عملکرد آن سبب انتقادهای بسیاری از طرف اشخاص حقیقی و حقوقی و به‌ویژه اکثریت حقوق‌دانان شده است، باید گفت نظام شورایی همچنان بهترین گزینه برای نهاد دادرس اساسی در کشور است و با انجام پاره‌ای اصلاحات می‌توان این نظام را کارآمدتر کرد؛ به‌نحوی‌که صلاحیت‌ها، وظایف و اختیارات خود را بی‌طرفانه، منصفانه، مطابق قواعد حقوقی و در جهت پشتیبانی از حقوق و آزادی‌ها اعمال کند. پیش‌فرض چنین روندی بازنگری قانون اساسی و داشتن قانونی مستقل برای نهاد دادرس اساسی است. هرچند با همین قانون اساسی امکان برخی از این اصلاحات در زمان کنونی وجود دارد، ولی برای داشتن یک الگوی مطلوب از نهاد دادرس اساسی در کشور، بازنگری قانون اساسی امری اجتناب‌ناپذیر است.

منابع

کتاب

۱. ارسطا، محمدجواد، ***نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران***، چاپ چهارم، قم: مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۹۴.

۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، ***دادگاه‌های قانون اساسی الگوی غیراروپایی دادرسی اساسی***، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.

۳. ***مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی***، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.

٤. مصباح یزدی، محمدتقی، ***نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه***، چاپ ششم، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره)، ۱۳۸۱.

٥. معین، محمد، ***فرهنگ فارسی***، جلد ۱، تهران: انتشارات ادنا، ۱۳۸۶.

مقاله

٦. خلف رضایی، حسین، «بررسی وظایف و کارویژه‌های دادگاه قانون اساسی آلمان»، *فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص. ۱-۲۶.

۷. رجایی، حسین، علیرضا سلیمی، سیدعلیرضا حسینی، و محمد حسین ناظمی اشنی، «قلمرو اختیارات ولی فقیه از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با رویکرد امنیت ملی»، *فصلنامه امنیت ملی*، دوره ۹، شماره ۳۳، ۱۳۹۸، صص. ۷۴-۵۳.

۸. رضایی، مهدی و نیما خسروی، «نسبت سنجی اصل الزام به بیان دلایل تصمیمات و حاکمیت قانون»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۰، شماره ۶۱، ۱۳۹۷، صص. ۶۵- ۹۲. Doi: 10.22054/qjpl.2019.25485.1628

۹. شیخ‌الاسلامی، سید محسن، «اختیارات رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران با نگرشی تطبیقی به اختیارات رهبران در نظام‌های سیاسی لیبرال»، *فصلنامه ۱۵ خرداد*، دوره ۳، شماره ۹، ۱۳۸۵، صص. ۷۵-۲۲.

۱۰. فخر، حسین، «بررسی قلمرو قاعدهٔ ممنوعیت جمع مشاغل دولتی»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۰، صص ۱۴۵-۱۷۴.

۱۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «شورای نگهبان به‌مثابه سوزن‌بان قانون»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۱، شماره۸۲، ۱۳۹۷، صص. ۱۵۳-۱۸۰. Doi: 10.22034/jlr.2018.127827.1154

۱۲. محمدزاده، مسلم، «خلأ نبود دادرسی اساسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (گفتاری در نقد دیدگاه شورای نگهبان پیرامون تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی)»، *دوفصلنامه حقوق اساسی*، دوره ۱۴، شماره ۲۸، ۱۳۹۶، صص. ۹۵-۱۱۸.

۱۳. مرادخانی، فردین و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، دوره ۱۳، شماره ۲۶، ۱۴۰۱، صص. ۲۳۵-۲۱۵. Doi: 10.22034/law.2021.46318.2917

۱۴. مرندی، سید علی، ««وظایف و اختیارات رهبری» از نگاه آیت‌الله خامنه‌ای مبتنی بر روش تحلیل مضمون»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، دوره ۲۶، شماره ۹۹، ۱۴۰۲، صص. ۳۶-۷.

۱۵. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی مبانی و کارکرد الگوهای دادگستری اساسی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص. ۱۵۵-۱۷۴.

۱۶. ویژه، محمدرضا و محمدرضا محمدی کشکولی، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین اصل بی‌طرفی قضایی در نظام بین‌الملل و حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۴، شماره ۸۴، ۱۳۹۷، صص.۲۶۳-۲۸۳.

پایان‌نامه

۱۷. آذری، هادی، «بررسی شاخصه‌های الگوی متمرکز (اروپایی) دادرسی اساسی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه تهران*، تهران، ۱۳۹۰.

References

Books

1. Arasta, Mohammad Javad, *A Look at the Analytical Foundations of the Islamic Republic of Iran*, Qom, Publishing Center of the Islamic Propagation Office of the Qom Seminary, Fourth Edition, 2015. (in Persian)
2. *Detailed Minutes of the Assembly for the Final Review of the Constitution*, Tehran, General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, 1985. (in Persian)
3. Gorji Azandariani, Ali Akbar, *Constitutional Courts: The Non-European Model of Constitutional Adjudication*, Tehran, Jungle Publications, 2015. (in Persian)
4. Mesbah Yazdi, Mohammad Taqi, *A Brief Look at the Theory of Wilayat al-Faqih*, Qom, Imam Khomeini Educational and Research Institute, Sixth Edition, 2002. (in Persian)

5. Moein, Mohammad, *Persian Dictionary*, Volume. 1, Tehran, Adena Publications, 2007. (in Persian)

Articles

6. Fakhr, Hossein, "Examining the Scope of the Rule Prohibiting the Accumulation of Public Offices", *Contemporary Comparative Law Studies Quarterly*, Vol. 2, Issue 3, 2011. (in Persian)
7. Gorji Azandariani, Ali Akbar, "The Guardian Council as the Switchman of the Law", *Legal Research Quarterly*, Vol. 21, Issue 82, 2018. (in Persian) Doi:10.22034/jlr.2018.127827.1154
8. Ides, Allan, "Comparative Judicial Review", *Loy. L.A. L. Rev*, Vol. 41, 2008.
9. Khalaf Rezaei, Hossein, "Examining the Duties and Functions of the German Constitutional Court", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 2, Issue 1, 2013. (in Persian)
10. Marandi, Seyed Ali, "The Duties and Powers of the Leadership from the Perspective of Ayatollah Khamenei Based on Thematic Analysis", *Strategic Studies Quarterly,* Volume 26, Issue 99, 2023, pp. 7–36. (in Persian)
11. Mohammadzadeh, Moslem, "The Vacuum of the Absence of Constitutional Adjudication in the Constitution of the Islamic Republic of Iran (A Discourse Critiquing the Guardian Council's View on Note 1 of Article 26 of the Law on the Organization of Islamic Councils)", *Constitutional Law Biennial*, Vol. 14, Issue 28, 2017, pp. 95-118. (in Persian)
12. Moradkhani, Fardin, and Ebrahim Sabaghi Valashani, "The Limits of the Independence of the Guardian Council (A Case Study of the Financial, Administrative, Employment, and Organizational Independence of the Guardian Council)", *Contemporary Comparative Law Studies Quarterly*, Vol. 13, Issue 26, 2022, pp. 215–235. (in Persian) Doi: 10.22034/law.2021.46318.2917
13. Rajaei, Hossein, Ali Reza Salimi, Seyed Ali Reza Hosseini, and Mohammad Hossein Nazemi Ashani, "The Scope of the Authority of the Vali-e Faqih from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran with a National Security Approach", *National Security Quarterly*, Vol. 9, Issue 33, 2019, pp. 53–74. (in Persian)
14. Rezaei, Mehdi, and Nima Khosravi, "Assessing the Relationship between the Principle of Obligation to State Reasons for Decisions and the Rule of Law", *Public Law Research Quarterly*, Vol. 20, issue 61, 2018, pp 62-97. (in Persian) Doi: 10.22054/qjpl.2019.25485.1628
15. Sheikh al-Islami, Seyed Mohsen, "The Powers of the Leader in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran with a Comparative Approach to the Powers of Leaders in Liberal Political Systems", 15 Khordad Quarterly, Third Series, Issue 9, 2006, pp. 22–75. (in Persian)
16. Vaezi, Seyed Mojtaba, "A Comparative Study of the Foundations and Functions of Constitutional Justice Models", *Comparative Law Researches Quarterly*, Vol. 15, Issue 2, 2011, pp. 155-174. (in Persian)
17. Vizheh, Mohammad Reza, and Mohammad Reza Mohammadi Kashkoli, "Fundamental Principles Governing the Guarantee of the Principle of Judicial Impartiality in the International System and Iranian Law", *Judicial Law Views Quarterly*, Vol. 24, Issue 84, 2018, pp. 263-283. (in Persian)

Thesis

18. Azari, Hadi, "A Study of the Characteristics of the Centralized (European) Model of Constitutional Adjudication", Master's Thesis, *University of Tehran*, 2011. (in Persian)

This page is intentionally
left blank.

Legal Research
Volume 29, Issue 115, 2026

Table of Contents

A Comparative Legal Study of Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health System 1
Mohammad Rasekh, Faezeh Ameri

Analysis of Nature of Judicial Presumption 33
Mahdi Hasanzadeh

Economic Analysis of Physician's No-Liability Rule 51
Abbas Ghasemi Hamed, Mojtaba Ghasemi, Seyyed Alireza Shokuhyan

Analyzing the Potential and Challenges of Artificial Intelligence in Advancing Women's Right to Equality 69
Fahimeh Heidari Torkabad, Seyed Ghasem Zamani

A Reflection on The Legal Essence of Institutions' Obligation to The Right on Access to Administrative Documents in Iran and France 91
Mohammad Hosein Zarei, Saeed Khanivalizadeh

The Agency of Legal Academics under Conditions of Institutional Disequilibrium 111
Morteza Shahbazinia

Capacities and Challenges of AI-Based Video Surveillance Systems in Situational Crime Prevention; Under the European Union Artificial Intelligence Act of 2024 131
Amir Hassan Niazpour, Mostafa Taqavi, Shima Shafiee

The Conceptual Propositions of "Coercion" and "Shared Responsibility" in the Case Law of the European Court of Human Rights 155
Saeed Mokhtari, Mohamad Setayeshpur

Zemiological Analysis of Educational Privatization with Emphasis on Its Impact on Crime Prevention 175
Behzad Razavifard, Peyman Dolatkhah Pashakie

Strategies and Legal Challenges of the National Development Fund's Investment in the Upstream Sector of the Oil and Gas Industry 197
Hossein Zare, Navid Rahbar

Interaction between Private Law and International Law in Contract for the Transfer of Sensitive Technologies 217
Haniyeh Zakerinia, Amirhossein Khatami

The Impact of Metaverse Technology on the Rate of Financial Crimes 243
Mahmoud Mahdavi, Mohammad Rouhollahi, Seyyed Mahyar Morovati

An Analysis of the Legal Dimensions of Online Price Discrimination from the Perspective of Competition Law and Data Protection Law in the EU Legal System 261
AmirAbbas Alaedini, Fateme Faghih

A Critical Study of the Offender Personality File in Iranian and English Criminal Law 283
Yaser Hajipour

The Ideal Model of Constitutional Adjudication in Iran 303
Rohola Alidadzadeh

Legal Research

Editorial

In the autumn of 2026, Issue 115 of *Legal Research* was published. In this issue, the selected articles have been published after undergoing different phases of formal and substantive review, literary and technical editing, and final page layout. In this regard, we appreciate all authors who collaborated with us.

The first article of this issue No. 115 is dedicated to *"A Comparative Legal Study of Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health System"*. This article concludes "There is no single legal system in the world for the registration of information of gamete and/or embryo donors and the method of disclosing this donation and under the current Iranian legal system, where the criterion for determining filiation and parentage is genetic relationship, the “anonymous donation” model is preferable". Moreover, this issue of *Legal Research* encompasses topics in various areas including International Law, Civil Procedure Law, Criminal Law & Criminology, Human Rights, Competition Law, Economic Analysis of Law, Contract Law, and Public Law containing articles aiming to provide researchers with appropriate content in different legal fields.

We respectfully request the authors to fully study the journal's guidelines before submitting their articles to get informed of the journal's formal and substantive requirements. This leads to time reduction in evaluation and review process and prevents the prolongation of initial formal review before substantive review. We desire that the review process be completed in a reasonable and standard time however the initial formal and structural deficiencies including failure to adhere to word count limits or journal's citation method and etc. hinder the achievement of this goal. Furthermore, authors can lower their article's similarity score by adopting correct citation methods and improving their citation practices. To ensure compliance with these requirements, *Legal Research* mandates the uploading of an up-to-date similarity report at two stages: during the initial substantive review and upon acceptance of the article, after the reviewers' comments and revisions have been addressed.

We also recommend that authors, if they use artificial intelligence to find sources relevant to their field of study, personally examine and analyze the sources suggested by the AI. Sometimes, the sources introduced by AI do not actually exist, or their information is incomplete or incorrect, which calls the authenticity of the article into question. We strive at various stages, including the technical editing stage, to minimize such cases; however, on this path, we need the cooperation of respected authors, their adherence to the prevailing rules and regulations, and their commitment to the principles of research ethics.

Legal Research cooperates with both literary and technical editors. Publication therefore involves two distinct editing stages. The literary editing stage addresses Persian grammar and writing conventions, whereas the technical editing stage examines the extended english abstracts, the translation of sources, the authenticity of cited sources, and compliance with citation standards. We kindly ask authors to collaborate with the journal's editors at both stages of the publication process.

Please share any suggestions and criticisms with us via the journal's email address: law.res.mag@sbu.ac.ir.

Mansour Amini
Editor in Chief of Legal Research

Legal Research

Volume 29, Issue 115, 2026

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 Admimistrative 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, Factuly 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

Shahid Beheshti University
Faculty of Law

No 115/ 2026

Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Legal Research

- **A Comparative Legal Study of Registration and Disclosure of Information of Gamete and Embryo Donors under the Public Health System**
  Mohammad Rasekh, Faezeh Ameri
- **Analysis of Nature of Judicial Presumption**
  Mahdi Hasanzadeh
- **Economic Analysis of Physician's No-Liability Rule**
  Abbas Ghasemi Hamed, Mojtaba Ghasemi, Seyyed Alireza Shokuhyan
- **Analyzing the Potential and Challenges of Artificial Intelligence in Advancing Women's Right to Equality**
  Fahimeh Heidari Torkabad, Seyed Ghasem Zamani
- **A Reflection on The Legal Essence of Institutions' Obligation to The Right on Access to Administrative Documents in Iran and France**
  Mohammad Hosein Zarei, Saeed Khanivalizadeh
- **The Agency of Legal Academics under Conditions of Institutional Disequilibrium**
  Morteza Shahbazinia
- **Capacities and Challenges of AI-Based Video Surveillance Systems in Situational Crime Prevention; Under the European Union Artificial Intelligence Act of 2024**
  Amir Hassan Niazpour, Mostafa Taqavi, Shima Shafiee
- **The Conceptual Propositions of "Coercion" and "Shared Responsibility" in the Case Law of the European Court of Human Rights**
  Saeed Mokhtari, Mohamad Setayeshpur
- **Zemiological Analysis of Educational Privatization with Emphasis on Its Impact on Crime Prevention**
  Behzad Razavifard, Peyman Dolatkhah Pashakie
- **Strategies and Legal Challenges of the National Development Fund's Investment in the Upstream Sector of the Oil and Gas Industry**
  Hossein Zare, Navid Rahbar
- **Interaction between Private Law and International Law in Contract for the Transfer of Sensitive Technologies**
  Haniyeh Zakerinia, Amirhossein Khatami
- **The Impact of Metaverse Technology on the Rate of Financial Crimes**
  Mahmoud Mahdavi, Mohammad Rouhollahi, Seyyed Mahyar Morovati
- **An Analysis of the Legal Dimensions of Online Price Discrimination from the Perspective of Competition Law and Data Protection Law in the EU Legal System**
  AmirAbbas Alaedini, Fateme Faghih
- **A Critical Study of the Offender Personality File in Iranian and English Criminal Law**
  Yaser Hajipour
- **The Ideal Model of Constitutional Adjudication in Iran**
  Rohola Alidadzadeh