



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48667.5036>



Research Article

The European Court of Human Rights' Interpretation of the Right to Freedom and Its Role in Defining the Best Interests of the Child in Asylum Procedures

Ebrahim Beigzadeh¹, Ahmadreza Azarpendar^{2*}

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

2. Ph D Student of International Law, Department of Public and International Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 24-10-2023

Accepted: 31-01-2024

Abstract

Introduction

Poverty, climate change, armed conflicts, national upheavals, persecution, and other global crises have forced many children to migrate alone or with their guardians to seek asylum in other countries for a chance at a normal life. Unfortunately, these children often face violence and abuse during asylum procedures, endure harsh living conditions, and later experience restrictions on their rights even in host countries. With the escalation of armed conflicts in the Middle East, large-scale climate disasters, and other global challenges in recent years, the number of children seeking asylum in the European Union has risen sharply. Consequently, EU member states have sought to limit or prevent the entry of asylum seekers. At the same time, international and European human rights laws have established minimum safeguards in asylum procedures to restrict states' broad discretion in deporting or detaining children.

Please cite this article as:

Beigzadeh, E., Azarpendar, A. (2025). The European Court of Human Rights' Interpretation of the Right to Freedom and Its Role in Defining the Best Interests of the Child in Asylum Procedures. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 1-24.

<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48667.5036>.

* Corresponding author:

E-mail address: a_azarpendar@sbu.ac.ir

Methods

The key question addressed in this study is: How has the European Court of Human Rights balanced the best interests of the child against state security concerns? To answer this, the authors employed a combination of analytical and library-based research methods, leading to the following findings.

Findings

Under Article 37(b) of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), EU member states have specific obligations regarding child detention. Additionally, the Committee on the Rights of the Child, alongside the Committee on Migrant Workers, asserts that detaining migrant children solely due to irregular entry or residence—unless absolutely necessary for state security—violates the principle of the best interests of the child and should be prohibited.

However, if children in asylum procedures pose a genuine and immediate security threat to the host state, detention may be justified under extreme circumstances. This interpretation aligns with Article 3(1) of the CRC, which recognizes the best interests of the child as “a primary, but not sole, consideration” that must be weighed against other factors. In such cases, states may detain children only as a last resort, applying strict legal tests to assess necessity.

Results

The “necessity and proportionality” test dictates that any restriction on a child’s freedom must be both essential and proportionate to the threat. Balancing this with the best interests of the child, the European Court of Human Rights, through its interpretation of Article 5 of the European Convention on Human Rights, has outlined specific conditions for lawful detention:

- The detention must be legally justified;
- The detention facility must be child-appropriate.

Regarding the second condition, the Court emphasizes that detention centers for children must meet their unique needs, including access to education, healthcare, recreational activities, and cultural resources. Moreover, prolonged detention or placement in police facilities can cause severe psychological harm and is deemed incompatible with the child’s best interests.

Keywords: Detention of children, European Union law, Children’s rights, European Court of Human Rights, Best interests of the child.



تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر از حق بر آزادی و نقش آن در تبیین مفهوم مصالح عالیه کودک در فرآیند پناهندگی

ابراهیم بیگزاده^۱، احمدرضا آذرپندار^{۲*}

۱. استاد، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: فقر، تغییرات اقلیمی، مخاصمات مسلحانه، آشوب‌های ملی، تعقیب آزارمند یا سایر مسائل جهانی، کودکان را مجبور ساخته است، به تنهایی یا به همراه سرپرستان خود به سایر کشورها سفر کرده و به منظور داشتن یک زندگی معمول، در آن کشور درخواست پناهندگی دهند. این کودکان، اغلب در رویه‌های پناهندگی، در معرض خشونت‌ها و سوءاستفاده‌ها قرار گرفته، کودکی خود را در شرایط بسیار سختی را طی می‌کنند و سپس در کشورهای پناهنده‌پذیر نیز حقوق ایشان محدود می‌شود. با بروز مخاصمات مسلحانه در خاورمیانه در سال‌های اخیر، تغییرات اقلیمی کلان در سطح جهانی و سایر مسائل جهانی، تعداد کودکان در رویه‌های پناهندگی که وارد اتحادیه اروپا شده‌اند، بسیار افزایش یافته و همین امر موجب شده است، دولت‌های اتحادیه اروپا درصدد جلوگیری یا محدود کردن ورود پناهجویان برآیند. از سوی دیگر، قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل بشر و حقوق اروپایی بشر، مقررات حداقلی پیرامون پناهندگی برقرار ساخته است تا از اختیار گسترده دولت‌ها به منظور اخراج یا بازداشت کودک، جلوگیری به عمل آورد.

استناد به این مقاله:

بیگزاده، ابراهیم و آذرپندار، احمدرضا (۱۴۰۴). تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر از حق بر آزادی و نقش آن در تبیین مفهوم مصالح عالیه کودک در فرآیند پناهندگی. ۱۷، (۱)، ۲۴-۱.

E-mail address: azarpendar@sbu.ac.ir

*نویسنده مسئول:

روش‌ها: سوالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که دیوان تعادل میان مصالح عالیه کودک و امنیت دولت را چگونه برقرار ساخته است؟ برای پاسخ به این سوال، نگارندگان به‌منظور پاسخ به این سوال با استفاده از روش تحلیلی و کتابخانه‌ای، به نتایج زیر رسیده‌اند.

یافته‌ها: در این رابطه دولت‌های عضو اتحادیه اروپا، تعهدی متعاقب ماده ۳۷ (ب) کنوانسیون حقوق کودک دارند. همچنین کمیته حقوق کودک همراه با کمیته کارگران مهاجر نیز بازداشت کودکان مهاجر را به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی، به‌واسطه تضاد با اصل مصالح عالیه کودک، جز در مواردی که امنیت دولت ضروری تشخیص دهد، غیرقابل اجرا می‌دانند. با این حال چنانچه کودکان در رویه‌های پناهندگی مخاطرات امنیتی برای دولت پناهنده‌پذیر داشته باشند، دولت‌ها می‌توانند، با در نظر داشتن خطر فوری و ضرورت برای امنیت ملی، دست به بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی بزنند. این امر را همچنین می‌توان از ماده ۳(۱) کنوانسیون حقوق کودک مستخرج دانست. در ماده ۳(۱) کنوانسیون حقوق کودک، مصالح عالیه کودک صرفاً «یک ملاحظه اولیه» شناخته شده است و باید با در نظر داشتن سایر ملاحظات سنجیده شود. بر همین مبنا در شرایط بسیار حاد ممکن است، به عنوان آخرین راه چاره، دولت‌ها به بازداشت کودکان اقدام کنند. به‌منظور آنکه این شرایط حاد احراز شود، دولت‌ها، آزمون‌های مختلفی را برای حل این تعارض برقرار کرده‌اند.

نتایج: رویکرد آزمون «ضرورت و تناسب» در این رابطه بیان می‌دارد که محدودیت‌ها باید در درجه اول ضرورت داشته باشند و در ثانی با اوضاع و احوال موجود متناسب باشند. بر اساس این آزمون و همچنین تعادل با اصل مصالح عالیه - به‌عنوان یک ملاحظه اولیه - چنانچه بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی، قابل اجرا تلقی شود، این بازداشت باید شرایطی را اقتاع کند. در این رابطه، دیوان اروپایی حقوق بشر، با استفاده از ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اقدام به تفسیر حق بر آزادی کرده و شرایط بازداشت را احصا کرده است. به نظر می‌رسد، در این زمینه دیوان به این نتیجه رسیده است که چنانچه به‌عنوان آخرین راه چاره بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی لازم باشد، باید دو شرط لحاظ شود. اول آن بازداشت باید قانونی باشد؛ و دوم بازداشتگاه باید برای کودک مناسب باشد. مورد دوم پیرامون قانونی بودن بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی، مناسب بودن شرایط بازداشتگاه است. از آنجا که کودکان بسیار آسیب‌پذیر هستند و نیازهای خاصی دارند، شرایط بازداشت باید برای کودک مناسب‌سازی شده باشد. به‌منظور احراز حقوق کودک در رویه‌های پناهندگی، اماکن بازداشت و نگهداری مناسب کودک، باید شامل شرایط لازم برای آموزش، بهداشت، دسترسی به بازی و امکانات فرهنگی باشد. علاوه بر آن مدت زمان طولانی بازداشت و وضعیت بلا تکلیفی کودکان، باعث اضطراب و آشفتگی روانی کودکان می‌شود؛ همچنین صرف‌نظر از زمان سپری شده در بازداشت، شرایط

بازداشتگاه پلیس با توجه به استرس حضور در آنجا، برای کودکان مناسب تشخیص داده نشده و در صورت نگهداری در بازداشتگاه‌های پلیس چنین امری مخالف با مصالح عالیه شناخته شده است.

واژگان کلیدی: بازداشت کودکان، حقوق اتحادیه اروپا، حقوق کودک، دیوان اروپایی حقوق بشر، مصالح عالیه کودک

سرآغاز

فقر، بلایای محیط‌زیستی، جنگ یا سایر ناآرامی‌های سیاسی و مدنی، کودکان را مجبور ساخته است، داوطلبانه یا غیرارادی، با سرپرستان خود یا به‌تنهایی از مرزها عبور کنند و به کشورهای دیگر پناهنده شوند (Bhamba, 2008:1). آن‌ها ممکن است پیش یا در طول فرآیند پناهندگی، انواع خشونت، استثمار، قاچاق و آزار را تجربه کرده باشند؛ حقوق این کودکان اغلب نادیده گرفته می‌شود یا در موارد حاد ممکن است ایشان به‌طور کامل ناپدید شوند. این خطرات هنگامی که کودکان بدون همراه باشند چند برابر می‌شوند و در برخی موارد کودکان موظف می‌شوند، امکاناتی را که به دلیل کودک بودن به ایشان تعلق گرفته است، با بزرگسالان به اشتراک بگذارند (ICRC, 2004). در اکثر موارد تجربه فرآیند پناهندگی برای کودکان بسیار آسیب‌زاست (Bronstein and Montgomery, 2011: 44-56). از سوی دیگر کشورهایی که این کودکان به آنجا می‌روند و سعی دارند در آن مستقر شوند، معمولاً چندان خوش‌آمدگو نیستند. در چند سال گذشته، تعداد کودکانی که در فرآیند پناهندگی وارد اتحادیه اروپا شده‌اند، به‌طور چشم‌گیری افزایش یافته است. افزایش تعداد کودکانی که به اروپا می‌رسند، فشار زیادی بر مدیریت مهاجرت ملی و سیستم‌های حمایت از کودکان وارد می‌کند (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, 2008). بر همین مبنا دولت‌های اروپایی برای حفظ منافع خود، اقدام‌هایی را در جهت محدود کردن حقوق کودکان در فرآیند پناهندگی در نظر می‌گیرند. کودکان ممکن است در فرآیند پناهندگی، تحت بازداشت و حبس قرار گرفته یا از خانواده‌های خود جدا شوند.

از سوی دیگر بر مبنای ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، در کلیه اقدام‌های متخذ در رابطه با کودکان پیرامون حق آزادی، اصل مصالح عالیه ایشان باید یک ملاحظه اولیه باشد؛ بااین‌حال ازآنجاکه مفهوم مصالح عالیه مفهومی نامشخص و مبهم است، زمینه را برای برداشت‌های متفاوت ازآنچه در جهت مصلحت کودک است، آماده می‌سازد و ممکن است فضای سوءاستفاده از این مفهوم را برای دولت‌ها فراهم آورد (Mary, 2019: 1). سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که با توجه به اینکه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به حقوق کودک و به‌طریق‌اولی به مصالح عالیه کودک اشاره‌ای نشده است، دیوان چگونه به این مفهوم

ورود کرده است؟ دیوان اروپایی حقوق بشر، با در نظر گرفتن طیف وسیعی از اسناد و رویه-های دولتی به استثنائات مطرح در اعمال ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پرداخته است. در این راستا، در این مقاله ابتدا حقوق قابل اعمال و روش تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است و سپس به مسائل مربوط به حق آزادی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پرداخته شده است. به نظر می‌رسد دیوان حداقل‌هایی را مشخص کرده است که دولت‌ها به منظور اقناع اصل مصالح عالی‌ه کودک، نمی‌توانند از آن‌ها تخطی کنند. در رابطه با ماده ۵ کنوانسیون پیرامون حق بر آزادی، دیوان در قضایای مختلف مشخص ساخته است که در شرایط استثنائی، هنگامی محدود کردن حق بر آزادی منطبق بر مصالح عالی‌ه خواهد بود که بازداشت قانونی باشد و همچنین شرایط بازداشت برای کودکان مناسب باشد.

۱. حقوق قابل اعمال و روش تفسیر

از رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان دریافت که دیوان به تدریج دامنه آسنادی را که به عنوان ابزار تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به آن‌ها تکیه می‌کند، گسترش داده است. این امر در درجه نخست سطح حمایت از حقوق بشر در عملکرد داخلی دولت‌های عضو را توسعه می‌دهد (ECtHR, 1978: 31) و سپس همان‌گونه که دیوان اروپایی حقوق بشر اشاره می‌کند، توجه خود را به این واقعیت معطوف می‌سازد که حقوق داخلی دولت‌های عضو شورای اروپا، به طور مداوم مطابق با اسناد بین‌المللی مربوط در حال تغییر است (ECtHR, 1979(B): 41). این امر از ماهیت زنده بودن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ناشی می‌شود (ECtHR, 2008: 65-68).

دیوان اروپایی حقوق بشر عمدتاً بر مبنای دادخواست‌های فردی مطابق با مواد ۳۴ و ۳۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به کلیه موضوع‌های مربوط به تفسیر و اجرای این کنوانسیون و

۱. «دیوان می‌تواند از هر شخص، سازمان غیر حکومتی یا گروهی از افراد که ادعا می‌کنند قربانی نقض حقوق مندرج در کنوانسیون یا پروتکل‌های آن توسط یکی از اطراف عالی متعاقد هستند، دادخواست دریافت کند. اطراف عالی متعاقد متعهد می‌شوند که به هیچ وجه مانع اعمال مؤثر این حق نشوند.»

پروتکل‌های آن می‌پردازد. از طرفی پروتکل ۱۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در سال ۲۰۱۸ لازم‌الاجرا شد، به عالی‌ترین محاکم دولت‌های تصویب‌کننده پروتکل اجازه می‌دهد تا از دیوان بخواهند، نظرات مشورتی در مورد مسائل اصلی مربوط به تفسیر یا اعمال حقوق و آزادی‌های تعریف‌شده در کنوانسیون یا پروتکل‌های آن را ارائه دهد. با اینکه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌خودی‌خود حاوی مقررات خاصی در مورد کودکان نیست، با این‌حال کودکان به‌عنوان دارندگان حقوق، با توجه به ویژگی‌ها و نیازهای خاص خود، از کلیه حقوق و آزادی‌های بنیادین مندرج در کنوانسیون بهره‌مند خواهند شد.

از سوی دیگر حجم قابل‌توجهی از منافع حقوقی کودکان، ناشی از دعاوی قضایی است که توسط والدین یا سایر نمایندگان قانونی آنان آغاز شده است. دیوان اروپایی حقوق بشر در این دعاوی رویکرد مترقیانه‌ای را در استناد به مقررات خاص کنوانسیون حقوق کودک در احکام خود دنبال کرده (Kilkelly, 2001: 308-326) و در حال رواج گسترده حقوق مندرج در این

۱. «۱- دیوان صرفاً پس از پایان یافتن تمامی راه‌های تجدیدنظر داخلی، مطابق قواعد عمومی شناخته‌شده حقوق بین‌الملل و ظرف مدت چهار ماه از تاریخ تصمیم نهایی، می‌تواند به موضوع رسیدگی کند.
۲- دیوان به هیچ درخواستی که مطابق ماده ۳۴ ارائه شده است رسیدگی نخواهد کرد چنانچه:
(الف) ناشناس باشد؛ یا

(ب) اساساً همان موضوعی است که پیش‌ازاین توسط دیوان بررسی شده است یا قبلاً به رویه دیگری برای تحقیقات یا حل‌وفصل بین‌المللی ارجاع شده است و حاوی اطلاعات جدید مرتبطی نیست.
۳. دیوان هر دادخواست فردی را که مطابق ماده ۳۴ ارائه شده باشد، غیرقابل‌قبول اعلام خواهد کرد، در صورتی که تشخیص دهد:

(الف) دادخواست ناسازگار با مقررات کنوانسیون یا پروتکل‌های آن باشد، آشکارا بی‌اساس باشد یا سوءاستفاده از حق درخواست فردی باشد؛ یا

(ب) متقاضی ضرر قابل‌توجهی متحمل نشده باشد، مگر اینکه احترام به حقوق بشر همان‌گونه که در کنوانسیون و پروتکل‌های آن تعریف شده است، مستلزم بررسی ماهیت دادخواست باشد.

۴- دیوان هر درخواستی را که طبق این ماده غیرقابل‌قبول بداند رد خواهد کرد. ممکن است این امر در هر مرحله از دادرسی دیوان رخ دهد.»

کنوانسیون است. به عنوان مثال، در پرونده ماسلوف علیه اتریش،^۱ دیوان به ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک^۲ به منظور تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استناد کرد (ECtHR, 2008: 83). همچنین دیوان به ماده ۳۱(۳)(ج) کنوانسیون حقوق معاهدات (Mousazadeh and Azarpendar (a), 2020: 242) استناد می‌کند و از هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط میان اطراف قابل اعمال است، استفاده کرده و آن را در میان روش‌های عمومی تفسیر معاهده قرار می‌دهد. دیوان اروپایی حقوق بشر با تکیه بر این ماده و ارائه تفسیری پویا از کنوانسیون با کمک اسناد حقوقی پذیرفته شده جهانی یا منطقه‌ای، تحولات مشترک را بررسی می‌کند و تکامل طبیعی و مستمر حقوق حمایت شده را به رسمیت می‌شناسد (Ulfstein, 2018: 83).

علاوه بر این، دیوان با استفاده از رویه قضایی خود، یادآوری می‌کند که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همواره «هنجارهای متحول حقوق ملی و بین‌المللی» را در نظر گرفته است. به عبارت دیگر، دیوان اروپایی حقوق بشر ممکن است، انواع مختلفی از اسناد حقوقی بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط با پرونده مورد بحث را در نظر بگیرد. نکته قابل ذکر این است که دیوان میان منابع بر اساس اینکه آیا دولت خواننده این اسناد را تصویب کرده است یا نه

۱. در این پرونده خواهان یک تبعه بلغارستان بود که در سال ۱۹۹۰ در سن شش سالگی وارد اتریش شد و به طور قانونی با خانواده خود در آنجا اقامت گزید. او در سال ۱۹۹۹ مجوز اقامت نامحدود را دریافت کرد. خواهان در سن ۱۴ و ۱۵ سالگی به دلیل جرائم دزدی شدید، اخاذی و ضرب و جرح در دادگاه کودکان و نوجوانان محکوم شد. پس از گذراندن دوران محکومیت و در پی محرومیت ده ساله توسط اداره پلیس فدرال و رسیدن به سن ۱۸ سالگی، خواهان در سال ۲۰۰۳ به بلغارستان مسترد شد. دیوان در این پرونده با اشاره به مصالح عالیله کودک بیان کرد که هدف دولت باید ادغام کودکان در فرهنگ دولت مربوطه باشد و این امر با اخراج وی محقق نخواهد شد و بر همین مبنا تصمیم دولت اتریش را غیرقانونی دانست.

دیوان در این پرونده با اشاره به مصالح عالیله کودک بیان کرد که باید ادغام مجدد کودک تسهیل شود و این امر با اخراج وی محقق نخواهد شد و بر همین مبنا تصمیم دولت اتریش را غیرقانونی دانست.

۲. ماده ۴۰(۱) کنوانسیون حقوق کودک بیان می‌دارد: «دولت‌های طرف کنوانسیون حق هر کودک را که مظنون یا متهم است یا تشخیص داده شده است که حقوق جزا را نقض کرده، برای رفتار با شیوه‌ای سازگار با تعالی حس کرامت و ارزش کودک مورد شناسایی قرار می‌دهند؛ این رفتار باید موجب احترام کودک به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین دیگران شود و همچنین به سن کودک و شرایط مطلوبیت ارتقای ادغام مجدد کودک و بر عهده گرفتن نقش سازنده در جامعه را مدنظر قرار دهد.» (Mousazadeh and Azarpendar (b), 2020: 176).

تمایزی قائل نمی‌شود، زیرا دیوان بر این باور است که وجود این معاهدات منعکس‌کننده توسعه حمایت از حقوق بشر است و می‌تواند به‌عنوان بازتابی از ارزش‌های مشترک تلقی شود (ECtHR, 2009 (A): 74-84). همچنین دیوان با توجه به «اصول کلی حقوق» و نیز هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل در پرونده‌های مربوط تصمیم‌گیری می‌کند؛ چراکه این اصول و هنجارها تفسیر عینی حقوق مندرج در کنوانسیون را حمایت می‌کنند (Gerards, 2019: 46-77).

از سوی دیگر دولت‌های عضو نیز می‌توانند بر تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تأثیر بگذارند؛ به این معنا که رویه‌های دولتی در رویه قضایی دیوان تأثیرگذار خواهد بود. دیوان اروپایی حقوق بشر همچنین اذعان کرده است که تفسیر غایت شناختی کنوانسیون باید همواره «اوضاع و احوال کنونی» را در نظر داشته باشد. رویکرد دیوان برای بررسی و توجه به تکامل مستمر و تحولات مشترک قوانین دولت‌های عضو نیز می‌تواند به‌عنوان تعادلی برای استفاده از رویکرد «سند زنده» عمل کند. بر همین مبنا، هنگامی که دیوان، با پراکندگی در قوانین و سیاست‌های دولت‌های عضو برخورد می‌کند، موضعی محافظه‌کارانه را اتخاذ کرده و حقوق مورد بحث را مضیق تفسیر می‌کند (Gerards, 2008: 9-12).

درنهایت، باید به اصطلاح «کنسانسوس اروپایی» پرداخته شود (ECtHR, 2004) (ECtHR, 2001). دیوان دائماً بررسی می‌کند که چگونه نظام‌های حقوقی داخلی دولت‌های عضو شورای اروپا به مسائل حقوق بشر رسیدگی می‌کنند و چگونه استانداردهای حمایتی در حوزه‌های خاصی از حمایت از حقوق بشر افزایش می‌یابند (Ziemele, 2013: 250-251). پس از یافتن یک زمینه مشترک و یک رویه مشترک در سیاست‌های چندین دولت عضو، دیوان ممکن است هنگام تفسیر مفاهیم کنوانسیون بر چنین زمینه یا رویه مشترکی تکیه کند (ECtHR, 2020(A):3). با وجود این امر، باید میان رویه‌های داخلی دولت‌ها و تعهداتی که ایشان در سطح بین‌المللی پذیرفته‌اند، تمایز قائل شد، زیرا ممکن است اختلاف‌های خاصی بروز یابد. از این رو، دیوان اروپایی حقوق بشر موظف است، برای اسناد بین‌المللی اهمیت بیشتر قائل شود، زیرا این اسناد دیدگاه دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در مورد برخی تعهدات بین‌المللی بیان می‌کنند.

۲. مسائل مربوط به حق آزادی (ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر)

از آنجاکه دولت‌های طرف کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اطراف کنوانسیون حقوق کودک نیز هستند، تعهدی بر مبنای ماده ۳۷(ب) این کنوانسیون بر عهده دارند. این ماده بیان می‌کند: «هیچ کودکی نباید به‌طور غیرقانونی یا خودسرانه از آزادی خویش محروم شود؛ توقیف، بازداشت یا حبس یک کودک باید در مطابقت با قانون و صرفاً به‌عنوان آخرین راه چاره و برای کوتاه‌ترین دوره زمانی ممکن اعمال شود» (Mousazadeh and Azarpendar (B), 2020: 172). با این حال تعهدات بین‌المللی در همین جا برای دولت‌های اروپایی به پایان نمی‌رسد.

در این رابطه در سال ۲۰۱۷ کمیته حقوق کودک و کمیته کارگران مهاجر، اظهار نظر عمومی مشترک شماره ۲۳ و شماره ۴ خود را منتشر کرده و تأکید کردند که علیرغم ماده ۳۷(ب) کنوانسیون حقوق کودک که مطابق آن بازداشت کودکان را به‌عنوان آخرین راه چاره مجاز می‌داند، با این حال توسل به این امر در چارچوب پناهندگی و مهاجرت، به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی قابل اجرا نیست، زیرا با اصل مصالح عالی‌ه کودک در تضاد است (CMW & CRC, 2017). این سند یکی از مهم‌ترین اسناد در زمینه حق آزادی کودکان در فرآیند پناهندگی محسوب می‌شود، زیرا بازداشت را از گزینه‌های مورد استفاده - حتی در آخرین مرحله - برای کودکانی که صرفاً به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی وارد قلمرویی شده‌اند، حذف می‌کند. از این رو دولت‌ها در برخورد با کودکان پناهنده، چنانچه امنیت ملی آنان بر اساس قوانین داخلی نقض نشده و خطر فوری و ضروری برای امنیت ملی وجود نداشته باشند، نمی‌تواند دست به بازداشت کودکان در فرآیند پناهندگی بزنند.

با این حال چنانچه کودکان در فرآیند پناهندگی مخاطرات امنیتی برای دولت پناه پذیر داشته باشند، وضعیت به‌گونه‌ای دیگر خواهد بود. باید توجه داشت که مصالح عالی‌ه کودک صرفاً یک ملاحظه اولیه است و باید با در نظر داشتن سایر ملاحظات بررسی شود. در شرایط بسیار حاد ممکن است، محدودیت‌هایی برای حقوق بشر، از جمله بازداشت کودک، به‌عنوان آخرین راه چاره اعمال شود. در این رابطه دولت‌ها ممکن است با توجه به حقوق داخلی خود، دست به اقدام‌های محدودکننده‌ای بزنند. بر همین اساس بازداشت کودکان به همراه خانواده‌هایشان صرفاً زمانی مجاز است که امنیت ملی یا قوانین داخلی مربوط به امنیت ملی نقض شده و بازداشت آخرین راه چاره برای جلوگیری از وضعیت به وجود آمده باشد. در این رابطه

مقامات داخلی موظف‌اند کلیه گزینه‌های دیگر -همچون بازگرداندن ارادی کودک به کشور خاستگاه، همبستگی با خانواده در کشور ثالث یا ادغام کودک در کشور پذیرنده- را در مطابقت با ماده ۵ (۱) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۱ بررسی کنند (ECtHR, 2019(A); ECtHR, 2020).

از سوی دیگر در رویه‌های دولتی، رویکرد آزمون «ضرورت و تناسب» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین راه‌حل‌ها برای محرومیت کودکان از آزادی شناخته می‌شود (Supreme Court of Canada, 2007: 383-397). آزمون «ضرورت و تناسب» بیان می‌دارد که محدودیت‌ها باید در درجه نخست ضرورت داشته باشند و در ثانی با اوضاع و احوال موجود متناسب باشند.^۲

۱. ماده ۵(۱) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان می‌کند: «هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان از آزادی خود محروم کرد مگر در موارد زیر و به ترتیبی که در قانون مقرر شده باشد:

- (الف) بازداشت قانونی شخص پس از محکومیت توسط محکمه ذی‌صلاح؛
- (ب) دستگیری یا بازداشت قانونی شخص به دلیل عدم رعایت دستور قانونی محکمه با به‌منظور اطمینان از ایفای هریک از تعهدات مقرر در قانون؛
- (ج) دستگیری یا بازداشت قانونی شخصی به‌منظور معرفی وی به مرجع قانونی ذی‌صلاح به دلیل شک معقول به ارتکاب جرم یا زمانی که منطقاً، برای جلوگیری از ارتکاب جرم یا فرار وی پس از انجام ضروری تشخیص داده شود، انجام شود.
- (د) بازداشت یک کودک به دستور قانونی به‌منظور نظارت آموزشی یا بازداشت قانونی وی با هدف معرفی وی به محضر مرجع قانونی ذی‌صلاح؛

(ه) بازداشت قانونی اشخاص به‌منظور جلوگیری از شیوع بیماری‌های عفونی و بازداشت افراد ناسالم ذهنی، معتادان به الکل، مواد مخدر و یا اشخاص ولگرد؛

(و) دستگیری یا بازداشت قانونی شخص برای جلوگیری از ورود غیرمجاز وی به کشور یا دستگیری و بازداشت قانونی شخصی که علیه او اقدام‌هایی به‌منظور اخراج یا استرداد در حال انجام شدن است.»

۲. هنگام ارزیابی محدودیت حقوق اساسی، ضرورت محدودیت، یک اصل اساسی در نظر گرفته خواهد شد. ضرورت محدودیت، باید بر اساس شواهد عینی توجیه شود و اولین گام پیش از ارزیابی تناسب محدودیت است. از سوی دیگر تناسب با الزام ایجاد تعادل میان وسایل مورد استفاده و هدف موردنظر شناخته می‌شود. به‌طور خاص تناسب مستلزم آن است، مشخص شود که مزیت‌های ناشی از محدود کردن حق، بیش از معایب اعمال حق نباشد. به‌عبارت دیگر، محدودیت در حق باید موجه باشد. تضمینات همراه با یک اقدام می‌تواند، توجیه‌کننده یک اقدام باشد (European Data Protection Supervisor, 2021: 1).

باین حال دیوان همواره این آزمون را ضروری تشخیص نداده است و عنصر حقوق داخلی دولت را به این امر اضافه می‌کند. این امر در پرونده‌های سعدی (EctHR, 2008)^۱ و چاهال (EctHR, 1996)^۲ بیان شد و دیوان به این نتیجه رسید که آزمون ضرورت و تناسب با توجه به ماده ۵(۱)(و) ضروری نیست، مگر در مواردی که حقوق داخلی دولت‌های پناه پذیر چنین امری را اقتضا کند (FRA, 2017: 47-62).^۳

در سال ۲۰۱۱، پرونده رحیمی علیه یونان منجر به یک حکم تاریخی در مورد بازداشت یک کودک بدون همراه در یک بازداشتگاه با بزرگسالان شد. دیوان هنگام نقض ادعایی ماده

۱. خواهان یک کرد عراقی بود که از کشور خاستگاه خود گریخته و در ۳۰ دسامبر ۲۰۰۰ به فرودگاه هیترو لندن رسید. او بلافاصله درخواست پناهندگی داد و پذیرش موقت به او اعطا شد. با گزارش مقامات مهاجرت در ۲ ژانویه ۲۰۰۱ او بازداشت شد و به مرکز پذیرش اوکینگتون منتقل شد که برای پناهجویانی استفاده می‌شد که بعد به نظر می‌رسد فرار کنند و به درخواست‌هایشان با یک رویه سریع رسیدگی می‌شد. درخواست پناهندگی متقاضی در ۸ ژانویه ۲۰۰۱ رد شد و او رسماً از ورود وی به بریتانیا جلوگیری شد. او روز بعد آزاد شد و متعاقباً پس از موفقیت‌آمیز بودن درخواست تجدیدنظر در مورد جلوگیری از ورود، پناهندگی بریتانیا را دریافت کرد. او سپس خواستار بازنگری قضایی درباره تصمیم بازداشت خود شد. این امر در نهایت توسط مجلس اعیان رد شد. مجلس اعیان دریافت که بازداشت متناسب و معقول بوده است. در حکمی که در ۱۱ ژوئیه ۲۰۰۶ دیوان اروپایی اعلام کرد که هیچ نقضی از ماده ۵(۱) کنوانسیون صورت نگرفته است، اما نقض الزام ماده ۵(۲) برای ارائه دلایل فوری صورت گرفته است.

۲. خواهان یک شهروند هندی بود که در سال ۱۹۷۱ به‌طور غیرقانونی وارد بریتانیا شد و در سال ۱۹۷۴ اجازه حضور نامحدود یافت. در اوت ۱۹۹۰ دولت بریتانیا تصمیم گرفت که متقاضی باید اخراج شود. متقاضی در همان روزی که اخطار قصد اخراج صادر شد، درخواست پناهندگی داد. وی ادعا کرد که در صورت بازگشت به هند مورد شکنجه و تعقیب آزارمند قرار خواهد گرفت. در سال ۱۹۹۱ درخواست وی رد شد و پس‌از آن نیز چندین بار درخواست تجدیدنظر وی نادیده انگاشته شد. خواهان در ۱۹۹۳ به کمیسیون شکایت کرد و بیان داشت که اخراج وی به هند او را در معرض خطر واقعی قرار می‌دهد و همچنین بازداشت او بیش‌ازحد طولانی بوده و کنترل قضایی بر آن ناکارآمد و کند بوده است که نقض مواد ۵(۱) و ۴ است. دیوان در این قضیه نقض ماده ۳ و ماده ۵ کنوانسیون را در رابطه با خواهان احراز کرد.

۳. همین امر متعاقباً در گزارش حقوق بنیادین اتحادیه اروپا درج شد که بیان می‌داشت، چنانچه حقوق داخلی یک دولت ایجاب کند، آزمون ضرورت و تناسب باید چهار شرط زیرا را به‌منظور اقتناع مصالح عالیه کودک رعایت کنند: ۱- بازداشت آخرین راه چاره باشد، ۲- برای کوتاه‌ترین مدت صورت پذیرد، ۳- حق زندگی خانوادگی رعایت شود و ۴- بازداشتگاه‌ها برای کودکان مجهز شده باشد.

۵(۱) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دریافت، هنگامی که مقام‌های ملی دستور بازداشت خواهان را صادر کردند، در هیچ مرحله‌ای مصالح عالیه کودک را به‌عنوان «یک قاعده رویه‌ای» (A rule of procedure) - که تأثیرات احتمالی تصمیم بر کودک را شناسایی کند - در نظر نگرفته‌اند^۱ و نمی‌توانسته‌اند تعادل منصفانه‌ای میان منافع رقیب - یعنی منافع دولت در کنترل مهاجرت در مقابل مصالح عالیه کودک - ایجاد کنند؛ از این رو مصالح عالیه کودک به‌عنوان یک ملاحظه اولیه - بر مبنای ماده ۳(۱) کنوانسیون حقوق کودک - در نظر گرفته نشده است (ECtHR, 2011(A): 109). این پرونده می‌تواند به‌عنوان نقطه عطفی در روند پرونده‌های مهاجرت کودکان در نظر گرفته شود، زیرا دیوان هنگام ارزیابی نقض حق آزادی اهمیت قاطعی به در نظر گرفتن مصالح عالیه کودک می‌دهد. دیوان هم‌چنین به ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک استناد می‌کند که حمایت‌هایی مشابه ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در نظر دارد؛ و بر همین مبنای دیوان ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در پرتوی ماده ۳۷، به‌صورت دوستدار کودک تفسیر می‌کند.^۲

۱. کمیته حقوق کودک تصریح کرده است که مفهوم مصالح عالیه کودک، مفهومی سه وجهی است: در ابتدا یک حق ماهوی است، به این معنا که به‌منظور ارزیابی یا تصمیم‌گیری برای کودک در شرایطی که مصلحت‌های گوناگون برای وی وجود دارد، کودک حق خواهد داشت تا مصالح عالیه وی به‌عنوان یک ملاحظه اولیه مدنظر قرار گیرد. در درجه دوم یک اصل حقوقی تفسیری بنیادین است، به این معنا که چنانچه یک مقرر حقوقی تفاسیر متعددی در برداشته باشد، تفسیری که مؤثرترین حمایت را از مصالح عالیه کودک به عمل می‌آورد، باید انتخاب شود و در درجه سوم یک قاعده رویه‌ای است که هرگاه تصمیمی در حال اتخاذ باشد، این اتخاذ تصمیم باید تأثیرات احتمالی بر روی کودک را ارزیابی کند (CRC Committee, 2013: 6).

۲. بند ۱ سند «برنامه اقدام شورای اروپا به‌منظور حمایت از کودکان پناهنده و مهاجر» با عنوان «تضمین دسترسی به حقوق و رویه‌های دوستدار کودک» بیان می‌دارد که در درجه اول باید با کودکان پناهنده و مهاجر به‌عنوان یک کودک رفتار شود. در این راستا پیشنهاد شده است که سمینار یا میزگردی در مورد اطلاعات مربوط به مهاجرت کودک سازمان‌دهی شود و مقامات دولتی و سایر ذی‌نفعان همچون آموذمن کودکان و سازمان‌های غیردولتی گرد هم آیند تا بهترین روش‌های برخورد با کودکان را شناسایی کرده و توصیه‌هایی را ارائه کنند. همچنین یک واحد آموزشی در مورد حقوق کودکان پناهنده و مهاجر توسعه یابد. اقدام پیشنهادی بعدی نیز ایجاد تلفیقی از روش‌های خوب برای فرآیند مربوط به مهاجرت کودکان است که شامل رسیدگی‌های قضایی، تجدیدنظر اداری، بررسی اولیه درخواست‌های پناهندگی و همچنین اخراج یا بازگرداندن و سایر رویه‌های اجرای قانون، از جمله رویه‌های حمایت از قربانیان استثمار و سوءاستفاده با روشی مناسب کودک است.

بر اساس مطالب پیش گفته و در راستای تفسیر ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در فرآیند پناهندگی، دیوان، دو موضوع را به عنوان آزمونی برای ایفای مصالح عالیه در شرایط بازداشت مورد تأکید قرار داده است. موضوع اول «قانونی بودن بازداشت» و موضوع دوم «مناسب بودن شرایط بازداشتگاه» کودکان در فرآیند پناهندگی است. دیوان معتقد است چنانچه این دو موضوع رعایت نشده باشد، اصل مصالح عالیه کودک نادیده انگاشته شده و دولت در راستای ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مسئول خواهد بود.

۲-۱. قانونی بودن بازداشت

دیوان معتقد است یک رویکرد رویه‌ای برای ارزیابی و تبیین مصالح عالیه هر کودک در صورت بازداشت لازم است و همواره بر این نکته تأکید می‌کند که آیا می‌توان اقدام‌های مداخله‌جویانه کمتری نسبت به بازداشت کودکان انجام شود یا نه، زیرا جستجوی روش‌های جایگزین برای بازداشت به منظور از میان بردن وجه خودسرانه آن کاملاً ضرورت دارد. دیوان در پرونده پوپوف علیه فرانسه^۱ اهمیت قاطعی را به این واقعیت اختصاص می‌دهد که ارزیابی و تبیین مصالح عالیه، باید وضعیت کودک را به طور منفرد ارزیابی کند؛ از این رو با توجه به اینکه مقام‌های ملی به طور جداگانه وضعیت کودک را مورد بررسی قرار نداده‌اند و نمی‌توانسته‌اند اقدام‌های جایگزین را در نظر گرفته باشند، دیوان نقض ماده ۵(۱) را تشخیص داد (ECtHR, 2012:119). این امر بدان معناست که دولت‌ها باید وجهی از مصالح عالیه کودک را در نظر بگیرند که به عنوان یک قاعده رویه‌ای شناخته می‌شود.

همچنین بازداشت باید برای امنیت دولت ضرورت داشته باشد؛ چنانچه کودک برای دولت هیچ‌گونه ملاحظه امنیتی به وجود نیاورد، بازداشت وی، بازداشتی غیرقانونی بوده و مصالح

۱. شاکیان یک زوج قزاقستانی بودند که در سال ۲۰۰۲ وارد فرانسه شده و در همان‌جا صاحب دو فرزند شدند. والدین با ادعای تعقیب آزارمند در قزاقستان، تقاضای پناهندگی کردند؛ با این حال درخواست آن‌ها برای پناهندگی و مجوز اقامت رد شد. در سال ۲۰۰۷ والدین و کودکان در خانه خود دستگیر و در بازداشت پلیس قرار گرفتند. دستور بازداشت اداری آن‌ها در هتل، در همان روز صادر شد و روز بعد آن‌ها به فرودگاه منتقل شدند تا به قزاقستان برگردانده شوند که با لغو پرواز این امر رخ نداد. پس از آن به بازداشتگاه اداری روئن اوسل منتقل شدند. این بازداشت چندین بار تمدید شد تا اینکه در سال ۲۰۰۹ وضعیت پناهندگی به ایشان اعطا شد.

عالیه وی را نقض می‌کند. پرونده موبیلانزیلا مایکا و کنیکی میتونگا علیه بلژیک (Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium) نمونه خوبی از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در رابطه با بازداشت کودکان پناهجو است (ECtHR, 2006(A)). این پرونده در رابطه با یک کودک پنج‌ساله بدون همراه است که به مدت دو ماه بدون حمایت مناسب بازداشت شده بود. این کودک از جمهوری دموکراتیک کنگو به امید اینکه با مادرش که وضعیت پناهندگی را در کانادا اخذ کرده بود، ملاقات کند، بدون مدارک لازم سفر کرده بود. این کودک متعاقباً به جمهوری دموکراتیک کنگو بازگردانده شد، اگرچه هیچ عضوی از خانواده برای مراقبت از وی در آنجا وجود نداشت. دیوان در این قضیه حکم داد که در غیاب هرگونه خطر فرار، بازداشت او در یک مرکز بزرگ‌سالان غیرضروری بوده است. همچنین دیوان به اقدام‌های دیگری همچون همبستگی کودک با خانواده خود در کشور ثالث اشاره می‌کند که می‌توانست به‌گونه‌ای اتخاذ شود که مصالح عالیه کودک، همان‌گونه که در ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک ذکر شده، برآورده شود.

از سوی دیگر، اجبار حضور در مراکزی غیر از بازداشتگاه، عنصر قانونی بودن بازداشت را برآورده نمی‌سازد. در پرونده RR و دیگران علیه مجارستان،^۱ خانواده‌ای با سه کودک، اجباراً برای نزدیک چهار ماه در یک منطقه ترانزیت در مرز در انتظار نتیجه درخواست پناهندگی خود، بودند. دیوان در این قضیه دریافت که این امر با توجه به ماهیت و میزان محدودیت‌هایی که عملاً بر آن‌ها تحمیل شده است، به معنای محرومیت واقعی از آزادی بوده است. از آنجایی که بازداشت آن‌ها فاقد مبنای قانونی کاملاً تعریف شده است، این امر نقض ماده ۵(۱) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است و مصالح عالیه کودکان را نادیده انگاشته است (ECtHR, 2021). محتوای این رأی بدان معناست که ممکن است عنصر بازداشت، در هر مرکزی غیر از بازداشتگاه‌های رسمی حاصل شود. از این‌رو چنانچه بازداشت غیرقانونی باشد، فرقی میان

۱. در این پرونده مادر که در افغانستان مورد شکنجه قرار گرفته بود به ایران فرار می‌کند و با مردی ایرانی ازدواج می‌کند. در اوایل سال ۲۰۱۶ آن دو به دلیل ترس از نیروهای نظامی ایران به ترکیه و سپس به یونان رفتند. پس از یک جدایی موقت، خانواده در صربستان با یکدیگر همبسته شدند و در سال ۲۰۱۶ با یکدیگر صاحب کودکی شدند. در آوریل ۲۰۱۷، متقاضیان از صربستان وارد مجارستان شده و در منطقه ترانزیت روزکه (Röszke) بازداشت شدند.

بازداشتگاه رسمی و غیررسمی وجود ندارد. در این چارچوب باید در نظر داشت که ممکن است حتی بازداشت در مراکز غیررسمی خود به عنوان نادیده گرفتن اصل مصالح عالیه مطرح شود. دیوان در پرونده Sh.D و دیگران علیه یونان،^۱ بازداشت کودکان پناهجوی بدون همراه را مورد بررسی قرار داد. دو نفر از آنها در یک بازداشتگاه به اصطلاح حفاظتی در یک ایستگاه پلیس قرار گرفتند و سپس یک ماه در اردوگاه ایدومنی^۲ به عنوان یک اردوگاه غیررسمی، در یونان زندگی کردند. با توجه به اینکه این جزیره در قلمروی صلاحیتی یونان بوده است و یونان به تعهدات حقوق بشری خود، همچون ارائه مراقبت کافی به کلیه کودکان که از محیط خانوادگی خود بر اساس ماده ۲۰ کنوانسیون حقوق کودک محروم شده‌اند، پایبند بوده است، دیوان با تکیه بر اهمیت قاطع مصالح عالیه کودک، نقض ماده (۱)۵ را احراز کرد. دیوان بیان داشت که اقدام مقام‌های یونانی برای بازداشت کودکان در ایستگاه‌های پلیس به جای اسکان موقت، به دلیل آنکه مصالح عالیه ایشان را نادیده گرفته است، اقدامی غیرقانونی است (ECtHR, 2019(B): 69).

قانونی بودن بازداشت زمانی که کودک موردنظر با یک فرد بالغ همراه بوده است نیز در دیوان مورد آزمایش قرار گرفته است. دیوان معتقد است، حضور در کنار یک فرد بزرگسال همواره باید در جهت مصالح کودک و نه در جهت منافع دولت، در نظر گرفته شود. در پرونده موستحی علیه فرانسه (ECtHR, 2020(A)، مقام‌های فرانسوی دو کودک را که با یک قایق به مایوت سفر می‌کردند، رهگیری کردند. آن‌ها به همراه بزرگسالان پیش از اخراج فوری،

۱. متقاضیان پنج کودک بدون همراه، با اصالت افغانی بودند که در اوایل سال ۲۰۱۶ وارد یونان شدند. آن‌ها پس از ورود دستگیر شده و در فوریه ۲۰۱۶ دستور بازگرداندن آن‌ها صادر شد. متقاضیان که قصد داشتند با اعضای خانواده خود در آلمان همبسته شوند، سعی کردند که به مقدونیه شمالی بگریزند که توسط مرزبانان رهگیری شدند. یک متقاضی توسط پلیس یونان دستگیر شد و چهار متقاضی دیگر در فوریه ۲۰۱۶ در خیوس دستگیر شده و دستور اخراج آن‌ها صادر شد. آن‌ها به اردوگاه ادومنی فرستاده شدند و تقریباً یک ماه در آنجا در شرایط بسیار بد نگهداری شدند.

2. Idomeni camp

۳. دیوان همچنین یافته‌های خود را از H.A. and Others علیه یونان تکرار کرد و اظهار داشت که بر اساس ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، دولت‌ها موظف‌اند مصالح عالیه کودک را هنگام تصمیم‌گیری در مورد ایشان در نظر بگیرند.

بازداشت شدند. در این مدت، این کودکان با یک فرد بزرگسال غیر از خانواده خود، در ارتباط بودند و متعاقباً این دو کودک نیز ذیل حکم اخراج او قرار گرفتند. دیوان در این قضیه دریافت که کودکان متقاضی به‌طور خودسرانه با یک بزرگسال مرتبط در نظر گرفته شده بودند و اخراج ایشان به‌منظور حفظ مصالح عالیه آنها نبوده است، بلکه برای تسهیل اخراج سریع‌تر آنها در نظر گرفته شده است. این امر نشان می‌دهد که انتساب یک کودک به فرد بزرگسال نباید بر مبنای نفع دولت تلقی شود. ممکن است در شرایطی حقوق بیشتری به کودک غیرهمراه اعطا شود و با در نظر گرفتن فرد بزرگسالی که هیچ رابطه‌ای با کودک ندارد، این حقوق از کودک سلب شود؛ ازاین‌رو نیاز است، هنگام ارزیابی مصالح عالیه کودکانی که همراهان ایشان هیچ رابطه خویشاوندی یا قیمومیتی با ایشان ندارند، مصالح عالیه کودک نسبت به منافع دولت در اولویت قرار گیرد.

۲-۲. مناسب بودن شرایط بازداشتگاه

دیوان شرایط مناسب بازداشتگاه را نیز یکی از عناصر مهم در جهت ایفای مصالح عالیه کودک می‌داند. در پرونده SF و دیگران علیه بلغارستان (ECtHR, 2017)،^۱ دیوان بازداشت یک خانواده با سه کودک در بازداشتگاه پلیس مرزی و مدت اقامت آنها را مدنظر قرار داد. در این قضیه دیوان خاطرنشان کرد که بازداشت کودکان در فرآیند پناهندگی چه همراه با خانواده باشند و چه نباشند، نگرانی‌های خاصی را ایجاد می‌کند، زیرا کودکان بسیار آسیب‌پذیر هستند و نیازهای خاصی دارند. صرف‌نظر از زمان سپری‌شده در بازداشت شرایط بازداشتگاه پلیس برای کودکان مناسب نبوده است و همین امر موجب نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر خواهد شد. ازاین‌رو مدت طولانی بازداشت کودکان می‌تواند خود به‌عنوان یک عامل برای شرایط نامناسب بازداشتگاه تلقی شود.

۱. شاکیان سه کودک عراقی به همراه والدین خود بودند که از عراق فرار کرده بودند. ایشان توسط پلیس در مرز بلغارستان و صربستان ره‌گیری شده و در بازداشتگاه پلیس مرزی در شهر ویدین بازداشت شدند. آنها متعاقباً به یک بازداشتگاه مهاجرت در صوفیه منتقل شدند. در محضر دیوان، متقاضیان ادعا کردند که شرایط بازداشت آنها در ویدین ایشان را در معرض رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز برخلاف ماده ۳ کنوانسیون قرار داده است.

علاوه بر مدت زمان طولانی بازداشت، شرایط نگهداری کودک نیز در آرای متعددی موردتوجه قرار گرفته است. در پرونده RR و دیگران علیه مجارستان علاوه بر مبحث قانونی بودن بازداشت، دیوان همچنین به وضعیت نگهداری کودکان پرداخته است. دیوان در این پرونده بیان می‌کند که اگرچه حقوق اتحادیه اروپا مقام‌ها را موظف می‌کند که نیازهای ویژه اشخاص آسیب‌پذیر را در پذیرش ایشان در نظر بگیرد، با این حال در محل ترانزیت، امکانات برای کودکان نامناسب بوده و کمبود خدمات پزشکی وجود داشته است. وجود عناصری شبیه به محیط زندان و محدودیت‌های نهفته در حبس نیز می‌تواند باعث اضطراب و آشفتگی روانی کودکان شده باشد و تصویر والدین را در نگاه کودکان خدشه‌دار کند. با توجه به طولانی بودن مدت اقامت خانواده، تکرار و انباشته شدن شرایط ذکرشده، الزاماً عواقب زیانباری برای کودکان به وجود آمده است که مخالف با مصالح عالیه کودک خواهد بود. از آنجاکه کودک به دلیل وضعیت کودک بودن خود دارای نیازهای خاصی است، چنانچه این نیازها در نظر گرفته نشود و یا این نیازها در قالب نیازهای بزرگسالان در نظر گرفته شود، به منزله نقض مصالح عالیه کودک خواهد بود. اماکن نگهداری مناسب کودک، شرایط آموزشی و بهداشتی، دسترسی به بازی و امکانات فرهنگی از جمله مواردی هستند که کودکان به صرف کودک بودن باید از آن برخوردار شوند.

لازم به ذکر است که این موارد صرفاً مربوط به فرآیند پذیرش پناهجویان نیست و حتی در هنگام اجرای یک‌رویه اخراج نیز باید لحاظ شود. پرونده AM و دیگران علیه فرانسه (A.M. and Others v. France) مربوط به بازداشت اجرائی^۱ کودکان همراه با والدین آن‌ها در چارچوب یک‌رویه اخراج بوده است. دیوان در این قضیه دریافت که اگرچه شرایط مادی در مراکز بازداشت پیش از انتقال عموماً مناسب بوده است، اما شرایط موجود در این مراکز برای کودکان خردسال، به‌ویژه سروصدا و اعلان‌های بلندگو که در معرض آن قرار گرفته بودند، منبع اضطراب بوده است. قرار دادن کودکان در این مراکز به منزله رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز بوده و باید مخالف با مصالح عالیه کودک در نظر گرفته شود.^۲

1. Executive Detention

۲. برای موارد مشابه می‌توان به پرونده‌های زیر اشاره کرد:

فرجام سخن

بسیاری از پناهجویان، پناهندگان و مهاجرانی که به اتحادیه اروپا وارد می‌شود، کودک هستند و در هر اقدامی که در رابطه با این کودکان اتخاذ می‌شود، باید اصل مصالح عالیه برای ایشان به‌منزله یک ملاحظه اولیه در نظر گرفته شود. از این‌رو دیوان اروپایی حقوق بشر در آرای خود در فرآیند پناهندگی به تبیین مفهوم مصالح عالیه کودک پرداخته است. در این رابطه دیوان با تفسیر ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اصل مصالح عالیه را برجسته کرده است. از آنجاکه مصالح عالیه کودک، صرفاً یک ملاحظه اولیه است و می‌تواند با سایر ملاحظات در نظر گرفته شود، دولت‌ها می‌توانند تدابیری را پیرامون محدودیت حق بر آزادی کودکان در فرآیند پناهندگی اتخاذ کنند؛ با این حال به‌منظور آنکه دولت‌ها از حق خود تجاوز نکرده و به تبع آن مصالح عالیه را نقض نکنند، باید تعادل منصفانه‌ای میان امنیت دولت و حق بر آزادی کودک به وجود آید.

با در نظر داشتن نکته فوق پیرامون حق بر آزادی، دیوان با تفسیر ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان داشته است که هیچ کودکی که در فرآیند پناهندگی وارد اتحادیه اروپا می‌شود، به‌صرف ورود غیرقانونی —حتی به‌عنوان آخرین راه چاره— نباید مورد بازداشت قرار گیرد. با این حال چنانچه مخاطرات امنیتی، همچون مشارکت در عملیات تروریستی، آسیب‌رساندن به حقوق سایر اشخاص یا نقض گسترده حقوق پناهندگی، در پی ورود کودکان به اتحادیه اروپا وجود داشته باشد، دولت‌ها با در نظر داشتن مصالح عالیه به‌عنوان ملاحظه اولیه، می‌توانند تدابیر محدودکننده‌ای را اتخاذ کنند. در این راستا دیوان اروپایی حقوق بشر، در پی ایجاد تعادل منصفانه، عناصر حق بر آزادی کودک در فرآیند پناهندگی را سامان بخشیده است. دیوان بر این باور است که تعادل منصفانه هنگامی برقرار خواهد شد که شاخص‌های حداقلی حق بر آزادی لحاظ شود. این شاخص‌ها در دو شاخه موردتوجه دیوان قرار گرفته است: در شاخه اول دیوان معتقد است، بازداشت کودکان باید قانونی باشد؛ به این معنا که مصالح عالیه هر کودک به‌طور انفرادی ارزیابی و تبیین شود تا مشخص شود آیا محرومیت از آزادی کودک با

امنیت دولت «تناسب» داشته است و آیا بازداشت حقیقتاً برای امنیت دولت «ضروری» بوده است. شایان ذکر است، این بازداشت با حضور اجباری کودک در یک مکان حاصل می‌شود و استدلال دولت مبنی بر حضور در محیطی غیر از بازداشتگاه عنصر قانونی بودن بازداشت را برآورده نمی‌سازد.

در شاخه دوم، دیوان به مناسب بودن شرایط بازداشت برای کودک پرداخته است. دیوان معتقد است، با اینکه دولت‌ها در برخی شرایط می‌توانند کودکان را به صورت قانونی بازداشت کنند، اما شرایط بازداشت کودکان باید کودک‌محور و دوستدار کودک باشد؛ به این معنا که نیازهای خاص کودکان همچون امکانات مناسب برای زندگی، خدمات پزشکی، ایجاد مکانی آرام برای سلامت روان و جسم در فرآیند پناهندگی و حتی در فرآیند اخراج کودکان نیز باید مراعات شود؛ همچنین مدت‌زمانی محرومیت از آزادی نباید بیش‌ازحد طولانی شود، زیرا طولانی شدن مدت حبس موجب آسیب‌های ذهنی و روانی برای کودک خواهد شد.

References

- Bhabha, J. (2008). *Independent Children, Inconsistent Adults: International Child Migration and the Legal Framework 2*, (Geneva: UNICEF Innocenti Research Centre, Discussion Papers IDP No. 2008-02); Available at: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/idp_2008_02.pdf.
- Bronstein and Montgomery (2011). "Psychological Distress in Refugee Children: A Systematic Review", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 14, 44-56. DOI: 10.1007/s10567-010-0081-0
- FRA (2017). *European Legal and Policy Framework on Immigration Detention of Children*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 47–62.
- Gerards, J. (2008). Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights in Huls, N., Adams, M. and Bomhoff, J. (eds), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Hague: Asser Institute. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1435258>.
- Gerards, J. (2019). Principles Governing the Interpretation and Application of Convention Rights, In *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9781108652926
- Kilkelly U. (2001). The Best of Both Worlds for Children's Rights Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the

- UN Convention on the Rights of the Child, 23, *HRQ*, 308–26. DOI: 10.1353/hrq.2001.0019.
- Mary, G. (2019). The Best Interests Principle Within Article 3(1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child, *International Journal of Business, Economics and Law*, 19(14).
- Mousazade R. and Azarpendar A. (2020). *The Basic Treaties of International Law*, Tehran: Institute for Political and International Studies (IPIS). ISBN: 978-964-361-986-2 [In Persian].
- Mousazade R. and Azarpendar A. (2020), *The Basic Treaties of International Law*, Vol.II, Tehran, Institute for Political and International Studies (IPIS). ISBN: 978-964-361-987-9 [In Persian].
- Smyth, C. (2013). The common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance, *Doctoral thesis*, Leiden, Leiden University.
- Ulfstein, G. (2018) 'Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments: Law and Legitimacy' in van Aaken, A. and Motoc, I. (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP. DOI: 10.1093/oso/9780198830009.003.0005.
- Ziemele, I. (2013) Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – the Method, No.12, *LAPE*. DOI: 10.1163/15718034-12341255.

Judgments

- ECtHR (1978), *Tyrer v the United Kingdom* App no 5856/72, 25 April 1978.
- ECtHR (1979(A)), *Sunday Times v The United Kingdom* App no 6538/74, 26 April 1979.
- ECtHR (1979(B)), *Marckx v. Belgium* App no 6833/74, 13 June 1979.
- ECtHR (1996) *Chahal v the United Kingdom* App no 22414/93, 15 November 1996.
- ECtHR (2004), *Vo v. France* App no 53924/00, 8 July 2004.
- ECtHR (2001), *Lee v UK* 25289/94, 18 January 2001.
- ECtHR (2005), *Tuquabo-Tekle and Others v the Netherlands* App no 60665/00, 1 December 2005.
- ECtHR (2006(A)), *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* App no 13178/03, 12 October 2006.
- ECtHR (2006(B)), *Rodrigues da Silva v the Netherlands* App no 50435/99, 31 January 2006.
- ECtHR (2007), *Evans v UK* 6339/05, 10 April 2007.
- ECtHR (2008), *Saadi v the United Kingdom* App no 13229/03, 29 January 2008.

- ECtHR (2008), Demir and Baykara v Turkey App no 34503/97, 12 November 2008.
- ECtHR (2008), Maslov v Austria (Grand Chamber) App no 1638/03, 23 June 2008.
- ECtHR (2009 (A)), Glor v Switzerland App no 3444/04, 30 April 2009.
- ECtHR (2010), Neulinger and Shuruk v Switzerland App no 41615/07, 6 July 2010.
- ECtHR (2011(A)), Rahimi v Greece App no 8687/08, 5 April 2011.
- ECtHR (2011(B)), Saleck Bardi v Spain App no 66167/09, 24 May 2011.
- ECtHR (2012), Popov v France App no 39472/07 and 39474/07, 19 January 2012.
- ECtHR (2013), Berisha v Switzerland App no 948/12, 30 July 2013.
- ECtHR (2014), Mugenzi v France, App no 52701/09, 10 July 2014.
- ECtHR (2016), I.A.A and Others v the United Kingdom App no 25960/13, 8 March 2016.
- ECtHR (2017), El Ghatet v Switzerland App no 56971/10, 8 February 2017.
- ECtHR (2018), Assem Hassan Ali v Denmark App no 25593/14, 23 October 2018.
- ECtHR (2019(A)), H. A. and Others v Greece App no 19951/16, 28 February 2019.
- ECtHR (2019(B)), Sh.D and Others Vs Greece, Austria, Croatia, Hungary, North Macedonia, Serbia and Slovenia App no 14165/ 16, 13 June 2019.
- ECtHR (2020(A)), ‘Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life’.
- ECtHR (2020(B)), Registry, ‘The Convention as a Living Instrument at 70’ Background Paper for the Judicial Seminar.
- ECtHR (2020), Moustahi v France App no 9347/14, 25 June 2020.
- ECtHR (2021), RR and others v Hungary, Application no. 36037/17, 2 March 2021.

Documents

- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and Committee on the Rights of the Child, Joint general comment No. 4 (2017) and No. 23 (2017), on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return.
- Committee on the Rights of the Child (2012), Days of General Discussions, ‘The Rights of All Children in International Migration’, Background Paper, August 2012.

- Committee on the Rights of the Child (2013), General Comment no 14: on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1) 29 May 2013.
- European Data Protection Supervisor (2021), Annual Report 2020, 'Necessity & Proportionality', Available at: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en#:~:text=Necessity%20shall%20be%20justified%20on,t he%20processing%20of%20personal%20data.
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (2008), Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions, Brussels, Available at: <http://lastradainternational.org/lisidocs/picum.pdf>.
- Teacher, Law (2013), Examining the Fair Balance Principle, Available at: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/examining-the-fair-balance-principle-administrative-law-essay.php?vref=1>.
- The International Committee of the Red Cross (2004), Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, Geneva, January 2004.
- UN (1980), Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (adopted 25 October 1980, entered into force 1 December 1983).
- UN (1980), Vienna Convention on the Law of the Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.
- UN (1989), Convention on the Rights of the Child (adopted: 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3.
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013), General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14.
- UNGA (1959), Declaration of the Rights of the Child, UNGA Res 1386 (XIV) (20 November 1959).
- UNGA (2014), Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (adopted 19 December 2011, entered into force on 14 April 2014) by General Assembly resolution A/RES/66/ 138.
- UNGA (2020), 'Note by the Secretary General transmitting the Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants' A/75/183, (20 July 2020).



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48533.5027>



Research Article

Freint de Route (In-transit loss) in Carriage of Oil Products by Sea Extended

Mojtaba Eshraghi Arani*

Assistant Prof. Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Article history:

Received: 08/10/2023

Accepted: 21/04/2024

Abstract

Introduction

In maritime cargo transportation, numerous claims are frequently lodged against carriers, with the most prevalent issue in petroleum product shipments being claims for short delivery at the destination port. Such claims, governed by established legal frameworks including the 1924 Hague Rules concerning bills of lading and Iran's Maritime Law enacted in 1964, invariably result in carrier liability. Carriers are legally obligated to deliver the exact quantity of cargo specified in the bill of lading to the consignee at the destination port, with this document serving as the primary evidentiary standard for verifying cargo quantities originally received at the loading port. However, minor cargo discrepancies may occur at discharge despite the carrier's faultless performance throughout loading, transportation, and unloading operations (including absence of tank leakage or other operational failures). These inevitable losses, commonly termed "in transit loss" (freint de route) or "customary allowance," are referred to in this study as "natural damage" due to their inherent occurrence in maritime transport. This

Please cite this article as:

Eshraghi Arani, Mojtaba. (2025). Freint de Route (In-transit loss) in Carriage of Oil Products by Sea Extended. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 25-54.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48533.5027>

* Corresponding author:

E-mail address: mojtabaeshraghi@ut.ac.ir

phenomenon manifests when, for instance, petroleum products evaporate or adhere to tank walls, making complete delivery impossible, though no actual removal of cargo from vessels occurs. The principal causes of such losses stem from petroleum's unique physical properties (including hardening tendencies, tank wall adhesion, and volumetric shrinkage), specific cargo handling conditions during loading/unloading operations (including tank cleaning procedures and water/sediment content), and measurement inaccuracies during vessel loading. Consequently, standard dispute resolution procedures in oil transportation claims typically exempt carriers from liability for shortages up to approximately 0.5% of total cargo volume.

Methods

This research employs an analytical methodology incorporating comparative legal analysis of French, English, and American maritime law frameworks. Data collection was conducted through comprehensive review of library resources and legal databases, focusing on primary legal texts and secondary scholarly commentary.

Results and Discussion

The investigation identified evaporation, tank wall adhesion, water/sediment content, and loading/discharge measurement inaccuracies as primary contributors to natural damage. Beyond demonstrating vessel seaworthiness, carriers must additionally establish that such losses resulted from ordinary transportation circumstances. Liability exemption thresholds for such damages, absent contrary port customs, generally approximate 0.5% of cargo volume.

Conclusions

Contracting parties in maritime transport, particularly charterparty agreements, often expressly stipulate terms governing in-transit loss allowances. Absent such contractual provisions, the conditions for carrier exemption require careful legal examination. Scholarly perspectives diverge significantly: some authorities maintain that the inherent normality of such damage obviates the need for carrier proof; others contend that exemption merely requires demonstrating local port customs' acceptance of such losses; while a third approach, particularly prevalent in French jurisprudence, mandates case-specific proof of ordinary loss based on cargo nature and transport conditions.

American jurisprudence presents a complex counterpoint, where courts acknowledge industry practice while simultaneously deeming it incompatible with COGSA (derived from the 1924 Hague Rules), thereby

imposing stricter evidentiary burdens on carriers. This tension has prompted U.S. courts and arbitral bodies to adopt a nuanced "totality of circumstances" assessment framework, requiring meticulous examination of all contextual factors in dispute resolution.

Keywords: Freint de route, maritime carriage, in-transit loss, short delivery, petroleum transportation.



خسارت طبیعی در حمل دریایی محصولات نفتی مجتبی اشراقی آرانی*

استادیارگروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۱۶

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: در حمل و نقل دریایی دعاوی متعددی علیه متصدی حمل اقامه می‌شود. یکی از دعاوی رایج در حمل و نقل دریایی محصولات نفتی، کسر تحویل بار در مقصد است که با توجه به قواعد حاکم از جمله قواعد لاهه ۱۹۲۴ راجع به بارنامه‌های دریایی و قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ مسئولیت متصدی حمل را به بار می‌آورد، زیرا متصدی حمل ملزم است همان میزان باری را که در بندر مبدأ تحویل گرفته است در بندر مقصد به گیرنده تحویل دهد و معیار احراز میزان بار نیز همان مقداری است که در بارنامه دریایی درج شده است. در حقیقت، بارنامه دریایی مهم‌ترین دلیل برای احراز و اثبات میزان باری است که متصدی حمل در مبدأ تحویل گرفته است. باین‌حال، ممکن است در یک مقیاس جزئی، بخشی از بار در مقصد قابل تحویل نباشد با وجود آنکه متصدی حمل در بارگیری، حمل و تخلیه مرتکب هیچ تقصیر و یا حتی اشتباهی نشده است (از قبیل آنکه موردی مانند نشستی نفت از مخزن کشتی در هیچ‌یک از مراحل حمل رخ نداده است) که در ادبیات حقوق خارجی به «خسارت ناشی از مسیر (فرنت دو روت)» یا «تخفیف مجاز عرفی» شهرت دارد و در این نوشتار به دلیل عادی بودن آن در حمل دریایی، «خسارت طبیعی» نام‌گذاری شده است. به بیان دیگر، هیچ بخشی از نفت بارگیری‌شده از کشتی خارج نشده است اما به‌عنوان مثال، به دلیل تبخیر یا چسبندگی به دیواره مخزن امکان تحویل بخشی از بار به گیرنده

استناد به این مقاله:

اشراقی آرانی، مجتبی احمدرضا (۱۴۰۴). خسارت طبیعی در حمل دریایی محصولات نفتی. ۱۷. (۱). ۵۴-۲۵.

E-mail address: mojtabaeshraghi@ut.ac.ir

* نویسنده مسئول:

وجود ندارد. علل بروز این خسارت را می‌توان در ماهیت ویژه خود نفت (ازجمله گرایش به سفت شدن، چسبندگی به دیواره مخزن و انقباض نفت)، شرایط ویژه حمل و هندلینگ بار در بارگیری و تخلیه (ازجمله شستشوی مخزن و رسوب کردن آب و ...) و اشتباهات محاسباتی به هنگام بارگیری کالا در کشتی خلاصه کرد و رویه حل و فصل اختلاف‌های دعاوی حمل نفت، متصدی حمل را به میزان تقریباً نیم درصد (۰/۵٪) از پرداخت خسارت کسر تحویل بار معاف می‌داند.

روش: شیوه تحقیق در این مقاله تحلیلی و با مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه، انگلیس و آمریکا بوده و روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است.

یافته‌ها: در این نوشتار مشخص شد که علل عمده بروز این خسارت، تبخیر نفت، چسبندگی نفت به دیواره‌های مخزن، وجود آب و رسوبات در نفت، اشتباه محاسباتی در میزان نفت بارگیری یا تخلیه شده بوده و متصدی حمل افزون بر قابلیت دریانوردی کشتی باید عواملی را که بر حسب سیر متعارف امور به این نوع خسارت منجر می‌شود اثبات کند؛ همچنین، میزان معافیت متصدی حمل از جبران این نوع خسارت جز در صورت عرف بندری مخالف، حدود نیم درصد (۰/۵٪) است.

نتیجه‌گیری: گاه طرفین قراردادهای حمل و نقل دریایی به‌ویژه در قراردادهای چارترپارتی صراحتاً به شرایط و میزان خسارت طبیعی توافق می‌کنند و یا آنکه با توافق بر انواع شروط قراردادی سعی در کنترل اسباب ایجاد خسارت طبیعی داشته که در این نوشتار به معرفی مهم‌ترین این شروط پرداخته شده است؛ اما در حالت اطلاق قرارداد، باید دید که متصدی حمل تحت چه شرایطی از جبران خسارت طبیعی معاف می‌شود. نظریات متعددی در این خصوص وجود دارد: برخی از نویسندگان بر این باورند که به دلیل عادی بودن این خسارت، متصدی حمل نیازی به اثبات آن ندارد. برخی دیگر معتقدند که متصدی حمل برای معافیت از مسئولیت، کافی است اثبات کند که عرف (عرف بندر مقصد) آن میزان خسارت را در هر حال، می‌پذیرد. در مقابل، نظر دیگری وجود دارد که بر اساس آن متصدی حمل باید در هر مورد خاص با توجه به طبیعت کالا و شرایط حمل ثابت کند که ورود آن میزان خسارت طبیعی است که این نظریه در حقوق فرانسه جایگاه بهتری یافته است. این در حالی است که دادگاه‌های آمریکا ضمن تأیید وجود چنین رویه‌ای در کشتیرانی این کشور، آن را مغایر با قانون حمل و نقل دریایی که برگرفته از قواعد لاهه ۱۹۲۴ است اعلام و در نتیجه متصدی حمل را ملزم به اثبات شرایط استثنای مسئولیت مندرج در این قواعد می‌داند. انتقادهای به رویه مزبور، در نهایت دادگاه‌ها و مراجع داوری آمریکا را به اتخاذ معیار «کلیه اوضاع و احوال حاکم بر دعوا» رهنمود می‌سازد که بررسی عناصر این دیدگاه ضروری است.

واژگان کلیدی: خسارت طبیعی، حمل دریایی، کسری بار، نفت، فرت دو روت.

سرآغاز

یکی از دعاوی رایج در حمل و نقل دریایی محصولات نفتی، کسر تحویل بار در مقصد^۱ است که با توجه به قواعد حاکم از جمله قواعد لاهه ۱۹۲۴ راجع به بارنامه‌های دریایی و قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ مسئولیت متصدی حمل را به بار می‌آورد، زیرا متصدی حمل ملزم است همان میزان باری را که در بندر مبدأ تحویل گرفته است در بندر مقصد به گیرنده تحویل دهد و معیار احراز میزان بار نیز همان مقداری است که در بارنامه دریایی درج شده است (Batz, 2014: 199). با این حال، ممکن است در یک مقیاس جزئی، بخشی از بار در مقصد قابل تحویل نباشد با وجود آنکه متصدی حمل در بارگیری، حمل و تخلیه مرتکب هیچ تقصیر و یا حتی اشتباهی نشده است (از قبیل آنکه موردی مانند نشستی نفت از مخزن کشتی در هیچ یک از مراحل حمل رخ نداده است) که به این خسارت به دلیل آنکه در غالب موارد حمل و نقل محصولات نفتی رخ می‌دهد، «خسارت طبیعی» می‌گویند. به بیان دیگر، هیچ بخشی از نفت بارگیری شده از کشتی خارج نشده است اما به عنوان مثال، به دلیل تبخیر یا چسبندگی به دیواره مخزن امکان تحویل بخشی از بار به گیرنده وجود ندارد. علل بروز این خسارت را می‌توان در ماهیت ویژه خود نفت (از جمله گرایش به سفت شدن، چسبندگی به دیواره مخزن و انقباض نفت)، شرایط ویژه حمل و هندلینگ بار در بارگیری و تخلیه (از جمله شستشوی مخزن و رسوب کردن آب و ...) و اشتباهات محاسباتی به هنگام بارگیری کالا در کشتی خلاصه کرد و رویه حل و فصل اختلاف‌های دعاوی حمل نفت، متصدی حمل را به میزان تقریباً نیم درصد (۰/۵٪) از پرداخت خسارت کسر تحویل بار معاف می‌داند.

حال مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که ماهیت حقوقی خسارت طبیعی چیست؟ آیا یک نوع فرانشیز و کسورات قراردادی است یا خسارت مقطوع مجاز است که به موجب عرف یا قانون از مسئولیت متصدی حمل مستثنا شده است؟ آثار مهمی بر تمیز ماهیت حقوقی این خسارت بار می‌شود به ویژه آنکه در صورت بروز خسارت به میزانی بیشتر از خسارت طبیعی، برحسب مورد، متصدی حمل به جبران تمام خسارت محکوم می‌شود یا فقط مسئول جبران خسارت مازاد بر خسارت طبیعی قرار می‌گیرد.

گاه طرفین قراردادهای حمل و نقل دریایی به‌ویژه در قراردادهای چارترپارتی با توافق بر انواع شروط قراردادی سعی در کنترل اسباب ایجاد خسارت طبیعی داشته که در این نوشتار به معرفی مهم‌ترین این شروط پرداخته شده است و گاه با پیش‌بینی فرمول‌های قراردادی، سعی در جبران حداکثری این نوع خسارت به نفع صاحب کالا می‌شود که مصداق بارز آن شرط کسورات مربوط به کالای باقی‌مانده در مخزن کشتی^۱ است.

در هر حال، باید دید که متصدی حمل تحت چه شرایطی از جبران خسارت طبیعی معاف می‌شود. نظریات متعددی در این خصوص وجود دارد: برخی از نویسندگان بر این باورند که به دلیل عادی بودن این خسارت، متصدی حمل نیازی به اثبات آن ندارد. برخی دیگر معتقدند که متصدی حمل برای معافیت از مسئولیت، کافی است اثبات کند که عرف (عرف بندر مقصد) آن میزان خسارت را در هر حال، می‌پذیرد. در مقابل، نظر دیگری وجود دارد که بر اساس آن متصدی حمل باید در هر مورد خاص با توجه به طبیعت کالا و شرایط حمل ثابت کند که ورود آن میزان خسارت طبیعی است که این نظریه در حقوق فرانسه جایگاه بهتری یافته است. این در حالی است که دادگاه‌های آمریکا ضمن تأیید وجود چنین رویه‌ای در کشتیرانی این کشور، آن را مغایر با قانون حمل و نقل دریایی که برگرفته از قواعد لاهه ۱۹۲۴ است اعلام و در نتیجه متصدی حمل را ملزم به اثبات شرایط استثنای مسئولیت مندرج در این قواعد می‌دانند. انتقادات به رویه مزبور، در نهایت دادگاه‌ها و مراجع داوری آمریکا را به اتخاذ معیار «کلیه اوضاع و احوال حاکم بر دعوا» رهنمود می‌سازد که بررسی عناصر این دیدگاه ضروری است.

در نهایت، پس از بررسی شرایط پذیرش چنین دفاعی از سوی متصدی حمل به مسئله میزان قابل قبول برای خسارت طبیعی در حمل نفت پرداخته می‌شود. بدیهی است که اگر طرفین در قرارداد بر میزان مشخصی به عنوان خسارت طبیعی توافق کرده باشند، به همان صورت عمل می‌شود اما در حالتی که توافقی در این خصوص نشده است باید دید که آیا می‌توان میزان یا درصد مشخصی برای خسارت طبیعی در دعاوی کسر تحویل محمولات نفتی در نظر گرفت.

با توجه به آنکه ایران یکی از صادرکنندگان عمده نفت و مشتقات نفتی جهان به شمار می‌رود و از سوی دیگر دارای ناوگان کشتیرانی بزرگ در حوزه حمل این محصولات است، مقاله حاضر تلاش دارد تا ابعاد و شرایط معافیت متصدی حمل را از جبران این نوع خسارات با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی تحلیل کند.

این مقاله در ۵ گفتار ارائه شده است. در گفتار نخست، مفهوم، مصادیق و اسباب خسارت طبیعی و در گفتار دوم، ماهیت حقوقی آن مورد بحث قرار گرفته است. گفتار سوم به بررسی شروط استاندارد قراردادی برای کنترل خسارت طبیعی می‌پردازد. فصل چهارم، به شرایط معافیت متصدی حمل از جبران خسارت طبیعی اختصاص یافته است. در نهایت در فصل پنجم، میزان خسارت طبیعی مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفهوم، مصادیق و اسباب خسارت طبیعی

«خسارت طبیعی» که در ادبیات حمل و نقل با عنوان «کسری ناشی از مسیر» (ترجمه اصطلاح فرانسوی «فرت دو روت»^۱) و یا «خسارت بین راهی»^۲ شناخته می‌شود به معنای «کاهش جزئی اجتناب‌ناپذیر در میزان (و گاه کیفیت)^۳ کالا است که در حین حمل رخ داده و پس از تخلیه در مقصد آشکار می‌شود» (Tetley, 2008: 1160). در حقیقت، بسیاری از کالاها از قبیل آرد، برنج، سیمان، اوره و قهوه بخش کوچکی از وزن خود را در حین حمل دریایی از دست می‌دهند؛ به‌طوری‌که میزان بار تحویل شده در مبدأ با میزان بار تخلیه شده در مقصد مطابقت ندارد و گاه کالا با تغییر رنگ به مقصد می‌رسد.^۴ این مشکل غالباً برای کالاهایی که به‌صورت فلّه^۵ از قبیل نفت حمل می‌شوند رخ می‌دهد، هرچند در مواردی مانند حمل سیمان در کیسه

1. freinte de route/ Déchet de route

2. In-transit loss

۳. کاهش کیفیت کالا در موارد محدودی که مصداق بارز آن، همان خراش جزئی در اتومبیل‌های حمل شده بدون روکش یا بسته‌بندی است به‌عنوان خسارت طبیعی پذیرفته شده است (American Motor Sales v. Furness, Withy & Co, 1958 AMC 911).

۴. چون این خسارت در حین حمل کالا واقع می‌شود به آن in-transit loss هم می‌گویند درحالی‌که اصطلاح اخیر در معنای لفظی آن شامل تمام خسارات وارده به کالا در حین حمل می‌شود.

5. bulk cargo

هم این نقصان در میزان بار (به‌ویژه به هنگام بارگیری و تخلیه) پدیدار می‌شود. در این نوع کالاها، به دلیل وزش باد یا گرمای هوا در حین حمل دریایی، کالا پراکنده، تبخیر یا خشک می‌شود و همین امر به کاهش میزان یا وزن کالا می‌انجامد. همچنین، به دلیل آنکه به‌طور معمول چنین خسارتی در حمل کالا رخ می‌دهد در بیمه‌نامه‌های استاندارد به آن، «خسارت عادی»^۱ اطلاق می‌شود. به نظر می‌رسد هدف از چنین نام‌گذاری (خسارت عادی)، آن بوده است که عنصر «احتمالی یا اتفاقی بودن خطر» که رکن اصلی قراردادهای بیمه به شمار می‌رود در این نوع خسارت انکار شده و در نتیجه بیمه‌گر تعهدی به جبران آن نداشته باشد.^۲

چنین خسارتی جزء لاینفک حمل نفت و مشتقات نفتی در کشتی‌های نفت‌کش است.^۳ اسباب بروز این نوع خسارت در محمولات نفتی متعدد است که به‌طور کلی می‌توان به خسارت در بندر مبدأ^۴، خسارت در حین حمل^۵ و خسارت در بندر مقصد^۶ تقسیم کرد. از یک طرف، میزان نفتی که در کشتی بارگیری می‌شود به جهات مختلف از قبیل اتکا به محاسبه قسمت خالی تانکر (آلیج)^۷، ناپایداری مخزن کشتی یا ناتراز بودن کشتی به هنگام محاسبه و

1. ordinary loss

۲. «اتفاقی بودن، وصف اساسی و بنیادی عقد بیمه است. لذا ریسک‌هایی که با توجه به اوضاع و احوال وقوع آن‌ها بسیار محتمل است از نظر تکنیکی قابل بیمه شدن به نظر نمی‌رسند. به همین علت، شرکت‌های بیمه تنها اموری را بیمه می‌کنند که وصف اتفاقی یا حادثه (accidental) داشته باشند» (بابایی، ۱۳۸۹: ۴۹)؛ بنابراین، خطر موضوع عقد بیمه باید جنبه اتفاقی داشته باشد.

۳. هرچند با پیشرفت‌های فنی در ساخت کشتی‌های نفت‌کش جدید و محاسبات رایانه‌ای روز به روز از میزان این خسارات کاسته می‌شود.

4. load port loss

5. transit loss

6. discharge port loss

۷. آلیج (ullage) بخشی از فضای فوقانی مخزن است که به دلیل احتمال انبساط محصول داخل مخزن در اثر افزایش دما و جلوگیری از انفجار، خالی می‌ماند. تعیین میزان کالای فلّه بارگیری شده، در حمل نفت و مشتقات نفتی بر اساس اندازه‌گیری آلیج کشتی (ullage method) و در حمل کالای فلّه خشک بر اساس اندازه‌گیری آبخور کشتی (draught survey) انجام می‌شود. ر.ک. به Burgess v. M/V Tamano 1976 AMC, p. 1809. البته در اندازه‌گیری کمیت محصولات نفتی حتماً باید به دمای مربوط به نوع محصول هم توجه کرد که این امر کار سنجش میزان بار را دشوارتر می‌سازد. از این‌رو است که بسیاری از قضات معتقدند که اندازه‌گیری کمیت بار نفتی،

نظایر آن به اشتباه محاسبه شده، به طوری که گاه حتی میزان بار در مخازن بندر بارگیری^۱ با میزان بار بارگیری شده در کشتی متفاوت است. به این ترتیب، بخشی از خسارت طبیعی محصولات نفتی به اشتباه در محاسبات برمی گردد و از این رو، در حمل کالاهای نفتی به «خسارات کاغذی»^۲ مشهور است (Wouters, 1988: 257). شایان ذکر است از حیث قابلیت انتساب چنین خسارتی به کشتی یا متصدی حمل، به نظر می رسد که این نوع خسارت بیشتر ناشی از محاسبات متصدیان بندر یا ترمینال است تا متصدی حمل و به همین دلیل، در زمره «خسارات بندر مبدأ» به شمار می رود. به عنوان مثال، ممکن است بندر مبدأ از جداول اندازه گیری نفت قدیمی (شماره ۶) استفاده کند در حالی که هنگام تخلیه در بندر مقصد، جداول اندازه گیری جدید^۳ به کار رود.^۴ البته نباید این نکته را نادیده گرفت که خسارت کاغذی یا محاسباتی، خسارت به معنای حقیقی خود به شمار نمی رود، زیرا همان میزان نفتی که در بندر مبدأ بارگیری شده در بندر مقصد تحویل می شود اما به دلیل اشتباه در محاسبه میزان نفت در بندر مبدأ، بار بیشتر از میزان واقعی خود اعلام شده یا آنکه نفت در حین حمل تحت تأثیر فعل و انفعالات شیمیایی منقبض شده و در نتیجه در مقصد بر اساس محاسبات آلیج کمتر نشان داده می شود در حالی که از نظر وزن همان بار است (Textor, 1982: 282). به بیان دیگر، آن مقدار کسر تحویل نفت که در مقصد مشخص می شود اساساً در بندر مبدأ در کشتی بارگیری نشده است و از این رو باید آن را یک نوع «خسارت ظاهری» قلمداد کرد.

همچنین، از آنجاکه معمولاً در قراردادهای خرید و فروش نفت خام، معیار محاسبه قیمت، میزان خالص نفت^۵ است که حاصل تفریق آب و رسوبات^۶ از نفت خشک است بخشی از این اختلاف میزان نفت بارگیری شده و نفت تخلیه شده، ناشی از وجود آب در محموله نفت خام

یک هنر است تا دانش. The George S 1989, 1 Lloyd's Rep. 369, p. 371 (C.A.); Sun Oil Co.

v. M/T Mercedes Maria

1. shore tank

2. paper losses/ paper shortage

3. Voyage Analysis Report VAR- Modified Form

۴. این جداول از سوی موسسه آمریکایی نفت (American Petroleum Institute/ API) منتشر می شود.

5. Net standard Volume

6. sediment and water/ S&W

به هنگام بارگیری است. البته همان‌طور که در ادامه ملاحظه خواهد شد، ناخالصی آب موجود در نفت در نهایت، به افزایش تهنشین مخزن منجر می‌شود. از سوی دیگر، ممکن است بخش بسیار کوچکی از این خسارت در حین حمل رخ دهد که عمدتاً ناشی از تبخیر نفت در اثر دمای هوای داخل مخزن است. تبخیر با آزاد شدن اجزای سبک از نفت یا مشتقات نفتی در مخزن به وقوع می‌پیوندد و به وضعیت کشتی، بی‌ثباتی بار و استفاده از گازهای خنثی بستگی دارد (Hermawan et al, 2021: 3). همچنین، همان‌طور که در بالا به آن اشاره شد، بعد از بارگیری نفت در مخزن کشتی به تدریج که در آن باقی می‌ماند دچار انقباض شده و حجم نفت کمتر می‌شود درحالی‌که وزن آن تغییری نکرده است. این امر باعث می‌شود که در محاسبات بار در مقصد بر اساس خط کش مخزن کسر تحویل نشان داده شود (Textor, 1982: 283).

در نهایت، بخش مهمی از این نوع خسارت در بندر مقصد و به هنگام خروج نفت از مخزن کشتی رخ می‌دهد؛ به این صورت که بخشی از نفت به دیواره‌های مخزن می‌چسبد و یا بخشی از آن به دلیل جامد شدن، در هر حال داخل مخزن می‌ماند که در صنعت حمل‌ونقل نفت خام به آن «آر. او. بی.» یا به اصطلاح، «ته‌نشین مخزن»^۱ اطلاق می‌شود. علت عمده بروز ته‌نشین مخزن گرمادهی نامناسب بار نفتی در کشتی است که منجر به سفت شدن بار نفت در مخزن می‌شود به‌طوری‌که پمپ دیگر قادر به مکش و خارج کردن تمام بار از مخزن نیست. در حقیقت، غالب محصولات نفتی دارای مقداری موم هستند که در طول سفر دریایی باید تحت حرارت مناسب در مخزن کشتی قرار گیرند تا از سفت شدن آن‌ها جلوگیری شود و اگر این سیستم کنترل دمای مخزن نامیزان باشد بار بیشتری در مخزن ته‌نشین می‌شود (Sapra, 2016: 16). در زمره استانداردهای کشتیرانی نفتی آن است که از همان ابتدای سفر دریایی حرارت دادن بار آغاز و به‌صورت مستمر انجام شود تا در انتهای سفر و قبل از تخلیه نیازی به حرارت فوق‌العاده یا شستشوی مخزن^۲ نباشد که ممکن است تأثیر بخشی چندانی هم نداشته باشد هرچند این مسئله

1. ROB (remaining on board)

۲. شستشوی مخزن کشتی در غالب موارد به ته‌نشین شدن آب و رسوبات نفت در مخزن شده که آن‌هم معمولاً در کشتی انباشت می‌شود. باین‌حال، شستشوی مخزن کشتی در زمره الزامات مارپول (MARPOL) ۷۸/۷۳ به شمار می‌رود تا از آلودگی‌های ناشی از مخزن کشتی جلوگیری شود.

تا حد زیادی به تجربه و مهارت فرمانده وابسته است (Sapra, 2016: 16)؛ بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که بخشی از علت کسری بار به ماهیت محصولات نفتی و بخشی دیگر به عملیات تخلیه و بارگیری و به‌طور کلی هندلینگ بار مربوط می‌شود.^۱

۲. ماهیت حقوقی خسارت طبیعی: خسارت مقطوع مجاز یا فرانشیز؟

خسارت طبیعی به‌زعم برخی نویسندگان، نوعی خسارت ناشی از طبیعت کالا است که به‌موجب جزء m از بند ۲ ماده ۴ قواعد لاهه راجع به بارنامه‌های دریایی ۱۹۲۴ و نیز جزء م بند ۲ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران از موارد معافیت از مسئولیت متصدی حمل به شمار می‌رود (تقی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۷۴). در این بند، خسارت طبیعی تحت عنوان «کسر و کمبود وزن یا حجم کالا و هر نوع خسارت دیگری که از معایب مخفی، طبیعت و نقایص ذاتی کالا ناشی شود» آمده است. در حقیقت، از میان مصادیق متعدد خسارت شامل تلف کلی،^۲ تلف جزئی،^۳ خسارت یا آواری و تأخیر، این نوع خسارت تنها به‌صورت تلف جزئی که در صنعت حمل‌ونقل دریایی با عنوان «کسری تحویل»^۴ شناخته می‌شود (و میزان آن با مقایسه وزن کالای بارگیری شده در کشتی بر اساس بارنامه دریایی^۵ و وزن کالای تخلیه‌شده به دست می‌آید) و گاه خسارت ناشی از کاهش کیفیت بار (به‌اصطلاح off-spec) متجلی می‌شود. علاوه بر این، خسارت طبیعی خواه به‌صورت کسری تحویل و یا به شکل کاهش کیفیت کالا همواره به

۱. لازم به ذکر است که بر اساس عرف قاطع قراردادهای چارترپارتی کشتی‌های نفت‌کش، پمپاژ نفت به داخل کشتی به هزینه و ضمان چارترکننده و تخلیه نفت از کشتی به هزینه و ضمان مالک کشتی انجام می‌شود و در هر حالت، از زمانی که نفت از نقطه اتصال دائمی شلنگ به کشتی (ship's permanent hose connection) عبور می‌کند خطر به مالک (در صورت بارگیری) یا چارترکننده (در صورت تخلیه) منتقل می‌شود.

2. total loss

3. partial loss

4. short delivery

۵. مناط و معیار برای احراز خسارت یا تلف جزئی یا کلی همان بارنامه دریایی است که به‌موجب قانون، رسید دریافت بار با اوصاف معین و دال بر انعقاد و شرایط قرارداد حمل است. (بند ۷ ماده ۵۲ و نیز بند ۳ و ۴ ماده ۵۴ قانون دریایی) از نظر نویسندگان، بارنامه دریایی یک دلیل سستی در تمام نظام‌های حقوقی بر دریافت بار به مقدار و وزن مشخص بوده است (Wallace, 1977: 85).

میزانی جزئی بروز پیدا می‌کند و جنبه اساسی ندارد. به همین دلیل، چون همان‌طور که از عنوان آن برمی‌آید از یک طرف اجتناب‌ناپذیر و از طرف دیگر، جزئی است نوعی «خسارت مقطوع مجاز» است که با توجه به ماهیت کالا و شیوه حمل آن، عادی و قابل اغماض بوده و مسئولیت متصدی حمل را به بار نمی‌آورد (Rodiere et Du Pontavice, 2000: 373). در این راستا، برخی از استادان حقوق دریایی ایران معتقدند مطابق عرف دریایی، در حد معینی که حسب مسیر، زمان حمل و نوع کالا تعیین می‌شود، این کاهش وزن و حجم مجاز تلقی می‌شود (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۱: ۸۳).

از سوی دیگر، ممکن است چنین تصور شود که اساساً خسارت طبیعی ماهیت خسارت مقطوع مجاز ندارد بلکه نوعی تخفیف عملکردی (کسورات قراردادی) یا «فرانشیز» است که متصدی حمل تا آن میزان الزامی به پاسخگویی ندارد (Bonassies et Scapel, 2007: 1087). ریشه این دیدگاه را باید در قرارداد بیمه جستجو کرد که بیمه‌گر در هر حال درصدی از تعهد خود را برای پرداخت غرامت بیمه‌ای اجرا نمی‌کند. اتفاقاً، مرسوم بوده است که شرکت‌های بیمه در بیمه باربری محصولات نفتی اگرچه پوشش بیمه‌ای تمام خطر^۱ عرضه می‌کنند اما کسری بار به میزان درصدی توافق شده (معمولاً ۵/۰٪) از ارزش کل بار را که ناشی از خسارات طبیعی باشد به‌عنوان کسورات^۲ به ذینفع بیمه پرداخت نمی‌کنند (Thomajan, 1983: 22). این دقیقاً به معنای «کاهش تعهد متصدی حمل» است به این صورت که اگر خسارت طبیعی در حمل محصولات نفتی ۱/۰٪ باشد، متصدی حمل صرفاً متعهد به تحویل ۹۹/۹٪ بار در مقصد است. بی‌تردید، چنین کاهش تعهدی منوط به توافق طرفین در قرارداد حمل است.

همین توصیف در حقوق ایالات متحده آمریکا اما به‌عنوان یک شرط ضمنی و با عنوان «تخفیف تجاری عرفی»^۳ به رسمیت شناخته شده است. این بدان معنا است که طرف قرارداد حمل پذیرفته است که در هر بار حمل نفت خام و یا دیگر محصولات نفتی بخشی کوچکی از بار در مقصد به گیرنده تحویل داده نشود. این پذیرش منتسب به عرف تجاری حمل دریایی این محصولات است که حتی اگر در قرارداد حمل به میزان آن توافق نشده باشد به‌صورت

1. All-risk insurance

2. Deductible

3. Customary trade allowance

خودکار بر قرارداد حاکم می‌شود؛^۱ با این تأکید که مرجع تعیین‌کننده چنین عرفی، بندر مقصد خواهد بود. چنین مفهومی از خسارت طبیعی تا مدت زیادی در صنعت حمل‌ونقل دریایی نفت در آمریکا حاکم بلامنازع بود و حتی میزان آن‌هم کاملاً معلوم بود (۵/۰٪ یا نیم درصد) تا اینکه در پرونده مشهور^۲ Sun Oil در سال ۱۹۸۵ دادگاه چنین دفاعی را نامعتبر اعلام کرد با این استدلال که هیچ عرفی که برخلاف قانون حمل‌ونقل دریایی کالا^۳ از میزان مسئولیت متصدی حمل می‌کاهد نمی‌تواند در قرارداد حمل گنجانیده شده یا بر آن حاکم شود (Staples, 1985: 183-202). این در حالی است که دادگاه به ماهیت خسارت طبیعی توجه نداشته که نه شرط عدم مسئولیت، بلکه نوعی شرط کاهش تعهد است و مقررات داخلی و بین‌المللی حمل دریایی کالا، شروط عدم مسئولیت متصدی حمل را باطل اعلام کرده‌اند نه شروط مربوط به کاهش تعهد متصدی حمل.

اثر دیگر این تمیز آن است که اگر خسارت کسری بار در مقصد بیش از خسارت طبیعی باشد (به‌عنوان مثال، میزان کسری محموله نفتی در مقصد دو درصد باشد درحالی که میزان عرفی کسری این محصول معمولاً نیم درصد است) در فرضی که ماهیت آن، نوعی تعهد کاهش‌یافته یا تخفیف تجاری عرفی تلقی شود، باید متصدی حمل صرفاً نسبت به میزان مازاد بر خسارت طبیعی مسئول جبران خسارت قرار گیرد، درحالی که اگر ماهیت خسارت مقطوع مجاز را بر آن بار کنیم متصدی حمل مسئول جبران تمام خسارت وارده خواهد بود.

۳. شروط قراردادی استاندارد برای کنترل خسارت طبیعی

در این بخش به معرفی شروطی در قراردادهای چارترپارتی و بارنامه‌های دریایی پرداخته می‌شود که به‌طورکلی یا جزئی خطراتی را که به خسارت طبیعی منجر می‌شود، مدیریت می‌کنند.

۱. باین حال، برخی از نویسندگان از قبیل تتلی چنین نام‌گذاری را نادرست تلقی کرده‌اند، زیرا این تخفیف مجاز در میزان تخلیه بار را نه ناشی از عرف بلکه متناسب به توافق طرفین قرارداد حمل می‌دانند؛ توافقی که از قبل یا بعد از عملیات حمل میان طرفین شکل می‌گیرد (Tetley, op. cit., p. 718).

2. Sun Oil Co. v. M/T Carisle, 771 F. 2d AMC 1986, p. 816

3. COGSA

۳-۱. شرط کسورات مربوط به کالای باقیمانده^۱

یکی از این شروط، شرط کسورات مربوط به کالای باقیمانده است که در خصوص نفت باقی مانده در مخزن کشتی به مستأجر حق کسر از کرایه و تهاتر به ارزش اف. او. بی^۲ آن در بندر بارگیری اعطا می کند. نسخه استاندارد این شرط که با تغییراتی در غالب انواع قراردادهای چارترپارتی مانند ماده ۳۳ قرارداد BPVOY 4 دیده می شود (Bundock, 2011: 803) به طور معمول چنین مقرر می دارد:

«در صورتی که پس از تخلیه، بخشی از بار در مخزن کشتی باقی بماند، مستأجر کشتی حق دارد تا از کرایه حمل، مبلغی به میزان ارزش اف. او. بی. آن کالا در بندر مبدأ به علاوه کرایه متعلقه به آن کسر کند مشروط بر آنکه آن میزان باقی مانده به وسیله پمپ های کشتی قابل مکش (تخلیه) باشد. هرگونه اقدام یا عدم اقدام بر اساس این ماده بدون لطمه به حقوق یا تعهدات طرفین خواهد بود».

این شرط که در بسیاری از قراردادهای چارترپارتی همچنان رواج دارد سبب می شود نه تنها متصدی حمل خود را از تخلیه باقیمانده نفت در مخزن و یا جبران خسارت آن معاف نداند بلکه باید ارزش اف. او. بی آن را به انضمام کرایه متعلقه پرداخت کند (Thomajan, 1983: 238). از این رو، در تعدادی از پرونده هایی که در مراجع داوری رسیدگی شده، استناد به خسارت طبیعی در صورت توافق طرفین بر این شرط غیر ممکن اعلام شده است.^۳ با این حال، به نظر می رسد که شرط فوق اساساً ناظر به فرضی است که هنوز خسارت طبیعی رخ نداده است، زیرا این شرط قراردادی تنها در صورتی قابل اعمال است که نفت باقی مانده در مخزن به وسیله پمپ های کشتی قابل تخلیه باشد، در حالی که خسارت طبیعی به آن بخشی از باقی مانده کشتی اطلاق می شود که دیگر قابل تخلیه نیست و باید آن را نوعی «خسارت فرضی»^۴ تلقی کرد.

1. Cargo Retention Clause

2. Free on Board

3. K/S A/S Verven and Co. v. Amoco Transport Co. (S. S. Staland), SMA No. 1636; 420 mnia Transport Inc. v. Amerada Hess Shipping Corp. (Devali 1), SM A No. 1782 at 1-2 (New York Arbitration 1982)

۴. چون کالا در واقع تلف نشده است بلکه وجود دارد اما عملاً قابل تخلیه و تحویل به گیرنده نیست.

۲-۳. شرط پمپاژ نفت به داخل یا خارج از مخزن^۱

بر اساس شرط پمپاژ نفت به داخل یا خارج از کشتی، مسئولیت و خطر در نقطه اتصال دائمی کشتی^۲ به متصدی حمل (در فرض بارگیری) یا گیرنده (در فرض تخلیه) منتقل می‌شود و در هر دو حالت، پمپاژ به مسئولیت و هزینه صاحب کالا در فرض بارگیری و متصدی حمل در فرض تخلیه صورت می‌گیرد. شرط استاندارد پمپاژ نفت در قراردادهای چارترپارتی ASBATANKVOY (ماده ۱۰) به این گونه است:

«بار باید به هزینه و مسئولیت مستأجر کشتی به داخل مخزن کشتی پمپاژ شود و به هزینه مالک کشتی از آن تخلیه شود درحالی‌که ریسک (مسئولیت) مالک کشتی تا نقطه اتصال دائمی کشتی که در آن مقطع تحویل بار محقق می‌شود ادامه دارد. ...» بنابراین از یک سو، مسئولیت هرگونه نشستی نفت یا دیگر مشتقات نفتی در مرحله بارگیری و تخلیه بر عهده مستأجر کشتی قرار می‌گیرد نه مالک (متصدی حمل) و از سوی دیگر، معیار اندازه‌گیری بار تحویل شده به کشتی نیز همان محاسبات آلیج یا خط کش مخزن کشتی است و نه محاسبات مخزن بندر. این امر سبب می‌شود که به هنگام تخلیه بار در مقصد اختلاف کمتری میان محاسبات بندر بارگیری و بندر تخلیه نمایان شده و این بخش از خسارت ظاهری کاهش می‌یابد (McCary, 2000: 80).^۳

1. Pumping in and out clause

2. vessel permanent hose connection

۳. در قراردادهای چارترپارتی رایج است که طرفین به انتخاب بازرس مستقل برای تأیید میزان بار بارگیری شده در کشتی و نیز بار تخلیه شده از آن توافق می‌کنند. وجود یک بازرس مستقل سبب می‌شود تا اختلافات کمتری میان طرفین در خصوص دعای کسری تحویل مطرح شود. البته زمانی وصف استقلال بازرس به درستی محقق می‌شود که هر دو طرف قرارداد به طرز مساوی در انتخاب و پرداخت حق الزحمه او مشارکت کنند، در غیر این صورت نمی‌توان قائل به استقلال بازرس (به دلیل تأثیرپذیری او از طرفی که حق الزحمه خود را از او دریافت می‌کند) بود.

۳-۳. شروط ویژه هندلینگ بار^۱

این دسته از شروط به شرایط ویژه‌ای اشاره دارد که محموله نفتی باید بر اساس آن حمل شود. برخی از محصولات نفتی که به اصطلاح سنگین هستند یا ناخالصی بیشتری دارند، نیاز به حرارت دهی مناسب در حین حمل دارند تا از انقباض یا چسبندگی آن‌ها به دیواره‌های مخزن جلوگیری شود؛ بنابراین، شروطی در قراردادهای چارترپارتی (مانند ماده ۲۴ و ۲۵ قرارداد BPVOY4) درج می‌شود تا مالک کشتی را به نگهداری و حمل بار در دمای بیشتر (در ازای پرداخت قیمت سوخت استفاده‌شده برای حرارت دادن) ملزم کند و بدیهی است که اگر متصدی حمل از اجرای این توافقات قراردادی تخلف ورزد و خسارات فوق رخ دهد دیگر نمی‌تواند به طبیعی یا عادی بودن این خسارت استناد و خود را معاف از مسئولیت بداند.^۲ به‌عنوان مثال، درست است که بخش قابل‌توجهی از خسارت طبیعی در اثر چسبندگی نفت به دیواره‌های مخزن رخ می‌دهد اما اگر متصدی حمل در هر زمان از عملیات حمل مشعل را خاموش کند یا درجه حرارت را کمتر از میزان توافق شده یا استاندارد قرار دهد دیگر نمی‌تواند به خسارت طبیعی استناد کند. همچنین است شروطی که معمولاً در قراردادهای چارترپارتی برای جلوگیری از پدیده OBQ رایج بوده و مالک کشتی را به تمیز کردن کامل مخزن قبل از بارگیری ملزم می‌کند. بر اساس ماده ۱۸ قرارداد چارترپارتی ASBATANKVOY، «مالک کشتی موظف است مخزن، لوله‌ها و پمپ‌ها را قبل از بارگیری بار کاملاً پاک‌سازی کند و این امر باید به تأیید بازرس منتخب مستأجر کشتی برسد». به هر ترتیب، جلوگیری از بروز خسارات طبیعی در حمل محصولات نفتی با تعریف و توافق بر یک سری رویه‌های هندلینگ بار به طرز قابل‌ملاحظه‌ای محقق می‌شود.

1. Cargo Handling Clauses

۲. به‌عنوان مثال، ماده ۲۵ قرارداد چارترپارتی BPVOY4 با عنوان حرارت دهی بار (cargo heating) مقرر می‌دارد:

Charterers shall have the right to instruct Owners to raise the temperature of the cargo above the loaded temperature up to a maximum temperature of 60°C in each of the Vessel's cargo tanks provided always that the length of the voyage is such as to permit the temperature rise required. In such case the Master shall advise Charterers daily, at noon local time, of the temperature of the cargo in each of the Vessel's tanks. Charterers shall reimburse Owners for the cost of additional bunkers consumed to raise the temperature of the cargo as aforesaid.

۴. شرایط معافیت متصدی حمل از جبران خسارت طبیعی

مهم‌ترین شرط برای استناد به خسارت طبیعی آن است که این خسارت در اثر عواملی ایجاد شده باشد که به صورت عادی و طبیعی در یک سفر حمل و نقل دریایی رخ می‌دهد. لذا در پرونده *Trafigura Beheer BV v. Navigazione Montanari* که بخشی از نفت موجود در کشتی^۱ توسط دزدان دریایی به کشتی دیگری منتقل شده بود دادگاه استناد به شرط خسارت طبیعی را به این دلیل نپذیرفت که دزدی دریایی یک عامل عادی در حمل و نقل دریایی نیست که منجر به کسر تحویل شود.^۲ باین حال، دکترین و رویه قضایی کشورها در خصوص نحوه اثبات طبیعی بودن یک خسارت اختلاف دارند. برخی از استادان حقوق دریایی ایران بر این باورند که اساساً متصدی حمل نیازی به اثبات چنین خسارتی ندارد؛ (محمدرزاده وادقانی، ۱۳۸۱: ۸۳) به‌زعم ایشان، «کاهش وزن و حجم به لحاظ مشکلات مسیر امری عادی است، بنابراین متصدی تکلیف به هیچ اثباتی ندارد». در مقابل، برخی معتقدند که متصدی حمل برای معافیت از مسئولیت، کافی است اثبات کند که عرف (عرف بندر مقصد) آن میزان خسارت را در هر حال، می‌پذیرد (طبیعی می‌داند) (Rodiere, 1968: 639). برخی دیگر بر این باورند که متصدی حمل باید در هر مورد خاص با توجه به طبیعت کالا و شرایط حمل ثابت کند که ورود آن میزان خسارت طبیعی است (Tetley, 2008: 717). در عین حال، یک دیدگاه چهارمی هم در این خصوص وجود دارد که ضمن تأکید بر لزوم پذیرش این خسارت توسط عرف بندر مقصد، متصدی حمل را ناگزیر به اثبات خسارت طبیعی در شرایط خاص هر دعوا می‌داند.^۳

در حقوق فرانسه بر اساس بند ۵ ماده L5422-12 کد حمل و نقل فرانسه اصلاحی ۲۰۱۰ (که از قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ نشئت گرفته است)^۴ که امور حمل و نقل داخلی فرانسه را پوشش می‌دهد، خسارت طبیعی در صورتی پذیرفته می‌شود که بندر مقصد آن را متعارف بداند.^۵ یعنی، ملاک در قانون فرانسه شناسایی مجاز بودن این نوع خسارت بر اساس عرف بندر مقصد است

1. M/T VALLE DI CORDOBA

2. [2014] EWHC 129 (COMM), [2015] EWCA Civ 91

3. Cour d' app de Rouen, July 12, 1957, DMF 1958, 521.

۴. حقوق دریایی مدرن فرانسه از دهه ۱۹۶۰ ایجاد شد (Chamberlain et al, 2022: 269).

5. "de freintes de route dans la mesure des tolérances d'usage au port de destination".

(Bonassies et Scapel, 2007:1087)؛ اما دادگاه‌های فرانسه به این امر اکتفا نکرده و بر لزوم موجه بودن چنین خسارتی با توجه به نوع بار، شرایط جوی، منطقه جغرافیایی حمل و نحوه هندلینگ بار در مبدأ، مقصد و حین حمل تأکید دارند؛^۱ بنابراین، متصدی حمل به‌صرف اثبات عرف بندر مقصد از زیر بار جبران این خسارت رهایی نمی‌یابد.

در حقوق آمریکا پذیرش خسارت طبیعی در عرف بندر مبدأ یا مقصد برای معافیت متصدی حمل از مسئولیت جایگاهی ندارد، بلکه باید به‌موجب بارنامه یا قرارداد چارترپارتی در این خصوص صراحتاً توافق شده باشد. در دعوای Esso Nederland علیه MT. Trade Fortitude^۲ که بار نفت خام از نیجریه بارگیری و حمل شده بود اما در مقصد (روتتردام) به میزان ۵۱۶ لیتر کسر تحول داشت، خوانده چنین دفاع می‌کند که این خسارتی است که عرف آن را به‌عنوان خسارت طبیعی بین راهی می‌پذیرد. لیکن، قاضی فرانکل^۳ دفاع مزبور را با این استدلال رد می‌کند:

«دادگاه استدلال خوانندگان را مبنی بر اینکه قانون باید عرف ادعاشده در تجارت را بپذیرد که به متصدی حمل تخفیف ۰/۵٪ (نیم درصدی) بابت خسارت بین راهی اعطا کرده، رد می‌کند؛ نه بارنامه دریایی و نه قرارداد چارترپارتی هیچ ارجاعی به این تخفیف نمی‌دهد و خوانندگان هیچ منبعی هم برای تأیید چنین دفاعی در رویه قضایی در خصوص دعوای کسر تحویل بار ارائه نکرده‌اند.» در ادامه قاضی استدلال می‌کند، «این حقیقت که در رویه حل و فصل اختلافات خارج از دادگاه، ممکن است از چنین دفاع یا تخفیفی استفاده شود آن را تبدیل به قاعده حقوقی نمی‌کند»^۴ (Thomajan, 1983: 229). همچنین در دعوای Kerr-McGee Refining Corporation علیه MV la Libertad که میان خواهان و خوانده یک قرارداد چارترپارتی منعقد شده بود اما پس از وصول کشتی به مقصد بار به میزان ۱۷۳۰ بشکه نفت کسر تحویل داشت، دادگاه اظهار کرد: «اگرچه یک رویه تجاری در صنعت نفت هم در حل و فصل دعوای و هم داوری

1. cour d'appel d Aix, October 1959, DMF 1960, 153; Cour de Cassation, June 16, 1987, DMF 1988, 236

2. 1977 AMC 2144, 2146 (S.D. N.Y. 1977)

3. Judge Marvin Frankel

4. ibid cite par.

اثبات شده است که به میزان نیم درصد از کل محموله خسارت مجاز قائل می‌شود، دادگاه از پذیرش این خسارت مجاز در این دعوا خودداری می‌کند، زیرا در قرارداد چارترپارتی هیچ اشاره‌ای به این نوع خسارت نشده است.^۱

درنهایت، مهم‌ترین تحول حقوق آمریکا را در این خصوص باید در پرونده Sun Oil Co. علیه MT Carlisle^۲ جستجو کرد که در سال ۱۹۸۶ نه‌تنها عرف بلکه هر توافق یا شرط قراردادی را که بر مجاز بودن میزان معینی از خسارت حکم کند برخلاف قواعد آمره بین‌المللی (قواعد لاهه ۱۹۲۴) و داخلی (قانون حمل دریایی کالا/COGSA) اعلام و باطل می‌داند. در این پرونده، شرکت سان اویل، کشتی را برای حمل نفت از مبدأ تونس به مقصد پنسیلوانیا اجاره می‌کند اما به هنگام رسیدن کشتی به مقصد، بار با ۲۸۳۵ بشکه نفت کسری به گیرنده تحویل می‌شود. پس از اقامه دعوای خواهان، دادگاه بخش شرقی پنسیلوانیا که در مقام احراز امور موضوعی دعوا بوده است جلسه استماع برگزار کرده و در آن جلسه، مالک کشتی به خسارت عرفی مجاز و معافیت خود استناد می‌کند. اولین مسئله پیش روی دادگاه این بود که آیا اساساً عرف قاطعی دال بر پذیرش خسارت طبیعی به میزان نیم درصد وجود دارد؟ (Staples, 1985: 186) دادگاه وجود چنین عرفی را تأیید کرد و چنین رأی داد که خواهان تنها مستحق دریافت خسارتی مازاد بر میزان عرفی مجاز (نیم درصد) است.^۳ دادگاه برای اثبات وجود این عرف به تلاش خواهان در مذاکرات مقدماتی قرارداد برای توافق بر خسارت طبیعی به میزان ۰/۲۵٪ استناد کرد که به معنای این است که در عرف خسارت طبیعی به میزانی بالاتر از قبیل نیم درصد پذیرفته‌شده که خواهان به دنبال توافق برای میزان کمتری بوده است (Longaker, 1986: 1231).

متعاقب تجدیدنظرخواهی خواهان از رأی مزبور، دادگاه تجدیدنظر ضمن تأیید این نکته که حقوق دریایی اصول کلی حقوق تجارت را به رسمیت می‌شناسد اما عرف نمی‌تواند در مقابل اصول آمره قانون حمل دریایی کالا (قواعد لاهه) بایستد و نیز هر شرط قراردادی خواه صریح یا ضمنی که به دنبال محدود کردن مسئولیت متصدی حمل باشد (به‌تصریح بند ۸ ماده ۳

1. 529 F. Supp. 78, 85, 1982 AMC 340, 349 (S.D. N.Y. 1981).

۲. خواهان دعوا را علیه خود کشتی به‌صورت دعوای عینی (In rem) طرح کرده است.

۳. مستند قانونی دادگاه فوق، اصول حقوق تجارت مندرج در قانون متحدالشکل تجارت و طرح دوم قراردادهای آمریکا بوده است (Longaker, 1986: 1228).

قواعد لاهه)^۱ باطل و بلااثر خواهد بود (McCary, 2000: 54). درنهایت، دادگاه چنین رأی داد که متصدی حمل برای معافیت از مسئولیت باید اثبات کند که ورود خسارت مزبور ناشی از ماهیت کالا یا نقص ذاتی آن بوده است تا بر اساس جزء m از بند ۲ ماده ۴ قواعد لاهه ۱۹۲۴ مشمول استثنائات مسئولیت متصدی حمل دریایی قرار گیرد.^۲ البته در این پرونده متصدی حمل (خواننده دعوا) هیچ استنادی به مقرر مزبور نداشته بلکه به دنبال رهایی از مسئولیت با این استدلال بوده که فرستنده باید ثابت کند که خسارت او مازاد بر نیم درصد بوده است (McCary, 2000: 62; Longaker, 1986: 1237).

این رأی با انتقاد زیادی از سوی حقوقدانان مواجه شد از آن جهت که نه تنها یک عنصر عدم قطعیت به روابط حقوقی و تجاری طرفین قرارداد حمل کالاهای نفتی وارد می‌سازد، بلکه بار سنگین و غیرمنصفانه‌ای بر دوش متصدیان حمل می‌گذارد که علی‌رغم اتلاف جزئی تمام محموله‌های نفتی در حین حمل، متصدی حمل را ناگزیر به تحویل صد درصد بار به گیرنده می‌کند، مگر آنکه ثابت کند این خسارت ناشی از ماهیت یا عیب ذاتی کالا بوده است! (Longaker, 1986: 1244; Staples, 1985: 199) به همین دلیل، در حقوق آمریکا بعد از پرونده Sun Oil، دادگاه‌ها و نیز مراجع داوری، موضع معتدل‌تری اتخاذ و به معیار «کل وقایع و اوضاع و احوال حاکم بر پرونده» توسل جستند.^۳ بنابراین، در هر مورد خاص اسباب بالقوه خسارت بررسی شده و اگر به‌عنوان مثال، تقصیر یا همدلینگ نادرست متصدی حمل منجر به خسارت طبیعی شده باشد چنین دفاعی دیگر از سوی متصدی حمل پذیرفته نخواهد بود؛ اما

۱. بند ۸ ماده ۳ قواعد لاهه ۱۹۲۴: «قید هرگونه شرط یا توافق در قرارداد حمل و نقل به‌منظور سلب مسئولیت متصدی حمل یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارد به آن ناشی از غفلت یا تقصیر یا تسامح در انجام وظایف محوله در این فصل باطل و بلااثر خواهد بود. مزایای بیمه یا شروط مشابه آن که به نفع متصدی حمل منظور شود نیز تابع حکم فوق خواهد بود.»

۲. البته افزایش قیمت نفت و قابل ملاحظه بودن ارزش خسارات طبیعی را در صدور رأی فوق نباید نادیده گرفت. شایان ذکر است که رأی فوق‌الذکر با اکثریت دو قاضی از سه قاضی دادگاه صادرشده و نظر قاضی مخالف (قاضی هانتر) این بوده است که ماهیت این خسارت طبیعی نه «خسارت» بلکه «تخفیف» (تلورانس) است (Staples, 1985: 188).

3. New England Petroleum Co. v. O.T. Sonja, 732 F. Supp. 1276, 1286 (S.D.N.Y.) 1990; S.T.S. International v. Laurel Sea, 932 F.2d 437, 440 (5th Cir. 1991)

اگر این خسارت مثلاً، ناشی از تغییرات دمایی بار موجود در مخزن کشتی که به تقصیر متصدی حمل منتسب نیست باشد در حدود متعارف به عنوان تخفیف عملکردی متصدی حمل پذیرفته می‌شود؛^۱ که به نظر می‌رسد، نوعی بازگشت ضمنی به حاکمیت عرف بر این نوع خسارت در رویه قضایی و داوری ایالات متحده است.

در حقوق ایران به نظر می‌رسد که نباید تردیدی در اعتبار شرط خسارت طبیعی داشت، زیرا زمانی که طرفین قرارداد حمل یا چارترپارتی، چنین توافق می‌کنند که خسارات طبیعی پیش آمده در حین حمل به میزان معین مانند نیم درصد یا یک درصد موجب مسئولیت متصدی حمل نیست، قصد حقیقی ایشان نه تحدید مسئولیت متصدی حمل بلکه کاهش اصل تعهد متصدی حمل است به این معنا که متصدی حمل در فرض یادشده تنها متعهد به تحویل ۹۹ درصد یا ۹۹.۵ درصد از محموله به گیرنده در مقصد است و این توافق متضمن شرط تحدید مسئولیت نیست. به عنوان مثال، بر اساس ماده ۵۳ و نیز بند ۲ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران متصدی حمل متعهد به بارگیری و یا تخلیه کالا نیز است، اما کسی در اعتبار شرطی در بارنامه دریایی که این امور را به خود فرستنده یا گیرنده واگذار کند تردیدی ندارد (نجفی اسفاد، ۱۳۹۳: ۱۶۴).^۲ به این معنا که شروط مربوط به آن را نباید شرط عدم یا تحدید مسئولیت تلقی کرد تا بر اساس بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی باطل باشد.

لیکن در فرضی که قرارداد حمل نسبت به چنین خسارتی سکوت کرده باشد و عرف قاطعی هم بر پذیرش خسارت طبیعی وجود نداشته باشد، قاضی باید کل عوامل و اسبابی را که منجر به خسارت طبیعی شده و از فعل یا تقصیر متصدی حمل یا کارکنان او نشئت نمی‌گیرد (مستنداً به جزء ف بند ۲ ماده ۵۵ قانون دریایی) در نظر بگیرد. بدون شک با توجه به خلاف اصل بودن این نوع خسارت، بار اثبات اجتناب ناپذیر بودن آن بر دوش متصدی حمل قرار دارد و این مهم با اثبات عواملی که برحسب سیر متعارف امور به این نوع خسارت منجر

1. *Georiandis Navigation, Inc. v. Mobile Shipping (SMA No. 2384, June 28, 1987, Cederholm Arbitration)*.

۲. البته نویسنده این کتاب در مجاز بودن تقبل بارگیری توسط فرستنده، به ماده ۵۷ قانون دریایی استناد کرده است درحالی که ماده مزبور ناظر به قرارداد حمل با شرایط خاص است که در آن بارنامه دریایی صادر نشده و اساساً ناظر به حمل کالاهای بازرگانی معمولی که در جریان عادی تجارت حمل می‌شوند نیست.

شده، میسر می‌شود. از سوی دیگر، با توجه به مواد ۵۴ و ۵۵ قانون دریایی متصدی حمل اول ابتدا باید اثبات کند کشتی قابلیت دریانوردی داشته و تمام مراقبت‌های لازم برای بارگیری، حمل و تخلیه انجام شده است (تقی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۷۳). درعین‌حال، علل نادری هم برای کسری تحویل بار در مقصد وجود دارد که به خطا یا تقصیر متصدی حمل منتسب است و نباید آن را خسارت طبیعی در نظر گرفت؛ از قبیل آنکه مخزن کشتی نشستی داده باشد،^۱ یا فرمانده کشتی از بار به‌عنوان سوخت کشتی استفاده کرده باشند،^۲ یا حتی بخشی از بار به سرقت رفته باشد.

۵. میزان خسارت طبیعی

در غالب قراردادهای چارترپارتی برای حمل محصولات نفتی ملاحظه می‌شود که طرفین قرارداد بر میزان خسارت طبیعی تصریح و توافق می‌کنند. مشکل زمانی بروز می‌یابد که هیچ در توافقی در خصوص میزان این خسارت نشده باشد و باید دید که آیا میزان مشخصی برای این نوع خسارت در حمل نفت و مشتقات نفتی وجود دارد؟ بدیهی است در صورتی که میزان خسارت طبیعی در قانون یا عرف حاکم ولو عرف بندر مقصد (که می‌تواند متفاوت از عرف سایر بنادر باشد) معین باشد، دعاوی مربوط به این نوع خسارت با پیچیدگی کمتری به‌خصوص از طرف متصدی حمل همراه خواهد بود.

در حقوق داخلی فرانسه بر اساس آیین‌نامه‌هایی که در سال ۱۹۹۶ به تصویب رسیده است نرخ ۲/۵٪ خسارت طبیعی برای کالاهای مایع پیشنهاد شده است مگر آنکه در قرارداد حمل (بارنامه دریایی) به میزان دیگری توافق شده باشد.^۳ هرچند در عمل، محاکم فرانسوی به میزانی بیش از ۰/۵٪ قائل نیستند.^۴ دادگاه‌های انگلستان نرخ‌های متفاوتی برای میزان خسارت طبیعی

۱. علی‌رغم افزایش استانداردهای ایمنی، هنوز مواردی از این‌دست در آب‌های ایران دیده می‌شود که آخرین نمونه آن در ۳۱ تیرماه ۱۴۰۲ در بندرعباس (شهید رجایی) رخ داد و محموله نفت کوره (Fuel oil) از مخزن کشتی به مخزن آب توازن (Ballast) نشستی داده و از آنجا به دریا سرایت و موجب آلودگی آب دریا نیز شده بود.

۲. این حالت به Burn-off مشهور است.

3. Decree No. 99-268, Article 18.3.

4. Cour d'appel de Montpellier, June 24, 1968, Bulletin des Transports, p. 253.

اعلام کرده‌اند که از ۰/۲٪ تا ۰/۵٪ نوسان دارد (George, 1984: 145). در پرونده «ریو سان»^۱ دادگاه ضمن تأیید این نکته که در هر بار حمل نفت خام مقداری کسر تحویل در مقصد ملاحظه می‌شود، اعلام کرد که میزان این خسارت از ۰/۲۵٪ به‌عنوان حداقل میزان خسارت تا ۰/۵٪ (به دلیل فقدان حرارت دهی مناسب) به‌عنوان حداکثر میزان خسارت نوسان دارد. البته در پرونده‌ای دیگر نرخ ۰/۵۵٪ به‌عنوان خسارت طبیعی شامل ۰/۳۰٪ برای آب و رسوبات و ۰/۲۵٪ برای تبخیر محموله نفتی به رسمیت شناخته شد.^۲

همین بازه تقریباً در دادگاه‌های آمریکا نیز ملاحظه می‌شود به‌طوری‌که دادگاه بخش شرقی لوئیزیانا قائل به نرخ ۰/۲۲۵٪ و دادگاه بخش شرقی پنسیلوانیا قائل به نرخ ۰/۵٪ است (McMahon, 1978: 270; Tetley, 2008: 722).

در رویه قراردادهای اجاره کشتی‌های نفت‌کش و عرف بنادر ایران و دیگر بنادر کشورهای حوزه خلیج فارس نیز میزان خسارت طبیعی از ۰/۳٪ تا ۰/۵٪ نوسان دارد. به‌این‌ترتیب، به نظر می‌رسد گرایش غالب و تاریخی در رویه اکثر کشورها مبنی بر پذیرش ۰/۵٪ به‌عنوان میزان خسارت طبیعی در حمل نفت و مشتقات نفتی تثبیت شده است. اگرچه دادگاه تجدیدنظر پنسیلوانیا در پرونده Sun Oil خسارت طبیعی به میزان نیم درصد را مغایر با اهداف و مبانی قواعد لاهه و قانون حمل دریایی کالا دانست اما در وجود و تأیید عرف در خصوص این میزان خسارت، آن‌چنان‌که توسط دادگاه بدوی احراز شده بود، ابراز تردید نکرد.^۳

باوجوداین، به نظر می‌رسد بهترین معیار و مرجع برای تعیین میزان خسارت طبیعی عرف بندر مقصد باشد. در حقیقت، عرف بنادر به‌عنوان یکی از منابع حقوق دریایی در تعیین حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد حمل به رسمیت شناخته شده است و می‌توان برای پرهیز از بروز

1. The Rio Sun (1985) 1 Lloyds's Rep, p. 357

2. Ypatianna (1988), 1 Q. B. p. 360.

۳. البته برخی از نویسندگان بر این باورند که در شرایط کنونی، با توجه به وضع مقررات جدید جلوگیری از آلودگی‌های نفتی و پیشرفت‌های صورت گرفته در صنعت کشتی‌سازی و کشتی‌رانی و نیز افزایش قیمت نفت نمی‌توان هنوز در دعاوی خسارت طبیعی به همان نرخ نیم درصد (۰/۵٪) پایبند بود، بلکه نتایج برخی مطالعات انجام شده نشان‌دهنده نرخ حدود ۰/۲۵٪ است. (McCary, 2000: 69)

اختلاف در خصوص میزان خسارت به همین عرف متوسل شد.^۱ افزون بر این، دادگاه می‌تواند با یافتن علت اصلی بروز خسارت طبیعی بر اساس داده‌های منتشرشده از سوی مؤسسات ذی‌صلاح، مانند مؤسسه آمریکایی نفت (API) به میزان دقیق‌تری برای این نوع خسارت دست یابد و درهرحال، بار اثبات میزان خسارت طبیعی بر عهده متصدی حمل قرار دارد؛ زیرا اوست که برخلاف اصل مسئولیت متصدی حمل، به دنبال معافیت از این مسئولیت است.

حال، این پرسش مطرح می‌شود که اگر مشخص شد میزان خسارت طبیعی به‌عنوان مثال، ۰/۲۵٪ است اما کسری تحویل محموله نفتی در مقصد بیشتر از این مقدار (مثلاً ۲ درصد) باشد، آیا متصدی حمل می‌تواند پس از کسر این مبلغ که به خسارت طبیعی مربوط است صرفاً الباقی را جبران کند یا آنکه مکلف به جبران تمامی خسارت وارده است؟ برخی مانند رودیر حقوقدان فرانسوی بر این باورند که در این حالت، متصدی حمل باید تمام خسارت را جبران کند؛ زیرا ورود خسارت بیش از میزان مفروض خسارت طبیعی خود بزرگ‌ترین دلیل بر آن است که چیزی بیش از صرف ماهیت بار مسبب خسارت بوده که مطابق اصل متصدی حمل مسئول آن قلمداد می‌شود (Rodiere & Du Pontavice, 2000: 373). در مقابل، عده‌ای دیگر از نویسندگان معتقدند وقتی متصدی حمل در شرایط عادی می‌تواند به این سبب متمسک و خود را معاف از جبران بداند در شرایط سختی به‌طریق‌اولی باید بهره‌مند از این نوع معافیت شود (Bonassies et Scapel, 2007: 1087). به نظر می‌رسد نظر نخست با مبانی مسئولیت متصدی حمل دریایی سازگاری بیشتری داشته باشد؛ زیرا خسارت طبیعی زمانی قابل استناد است که متصدی حمل مرتکب هیچ تقصیری نشده و تمام اقدام‌های احتیاطی را نیز انجام داده ولی بروز این خسارت اجتناب‌ناپذیر بوده است، اما وقتی خسارت کلی یا خسارت جزئی بیشتری به بار می‌آید تقصیر متصدی حمل مفروض است و در بحث تداخل اسباب باید به آثار ناشی از سبب اقوی عمل کرد. در همین راستا، قاضی اسکراتن در یک پرونده قدیمی *Silver v. Ocean S. S. Co*^۲ به‌درستی اظهار داشته است: «شخصی

۱. مطالعات انجام شده از سوی برخی مؤسسات بازه بزرگ‌تری را برای میزان خسارت طبیعی در حمل محصولات نفتی حتی تا یک درصد نشان می‌دهد. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به Textor, op. cit. p. 293.
2. 1929, 35, U. L. Rep, p. 54.

(متصدی حملی) که مرتکب تقصیر در تخلیه شده و به کالا خسارت وارد کرده است نمی‌تواند بگوید، «اگر کالا را به‌درستی تخلیه کرده بودم خسارتی به بار می‌آمد که اکنون می‌توانم آن را از خسارتی که در اثر تقصیر من ایجاد شده کسر کنم!».

فرجام سخن

واقعیت کنونی صنعت حمل‌ونقل نفت در راستای حمایت از مالکان به‌عنوان پیش‌شرط ماندگاری و بقای این صنعت، خسارات جزئی مربوط به کاهش مقدار یا کیفیت بار را که از تقصیر متصدی حمل ناشی نمی‌شود در زمره طبیعیات و لوازم بدیهی حمل نفت انگاشته، به‌گونه‌ای که آن را از ماهیت خسارت تهی ساخته است. «خسارت طبیعی» که به‌خصوص در نظام حقوقی کامن لو به‌عنوان «تخفیف عملکردی» یا «فرانشیز» یا «تخفیف عرفی مجاز» شناخته می‌شود ریشه در عرف قاطع بنادر مختلف کشورها دارد که متصدی حمل را در خصوص بخش ناچیزی از محموله نفتی ملزم به تحویل در مقصد ندانسته و دعوای صاحب بار برای جبران این نوع خسارت را مسموع نمی‌داند. اگرچه عرف بنادر و به‌ویژه عرف بندر مقصد نقش مهمی در خلق قواعد حقوق دریایی دارد و در خصوص خسارت طبیعی حتی در حقوق برخی از کشورها مانند فرانسه به‌صراحت به رسمیت شناخته شده است اما آرای دادگاه‌های آمریکایی حکایت از این دارد که چنین عرفی نمی‌تواند به‌صورت یکسان چه از حیث شرایط و یا از جهت میزان خسارت در تمام دعوای قابلیت اعمال داشته باشد و گرنه به دلیل مغایرت با قواعد لاهه ۱۹۲۴ یا قانون حمل دریایی کالا^۱ که دربرگیرنده قواعد آمره برای تنظیم مسئولیت متصدی حمل است باطل و بلااثر تلقی خواهد شد.

در حقوق ایران با توجه به ماده ۲۲۱ قانون مدنی که طرفین را به نتایج و لوازم عرفی عقود پایبند می‌داند و در حقیقت، قواعد عرفی نوعی شرط ضمنی به شمار می‌رود باید خسارت طبیعی را برگرفته از توافق صریح یا ضمنی طرفین قرارداد حمل قلمداد کرد که نه درصدد کاهش مسئولیت بلکه درصدد کاهش تعهد متصدی حمل بوده و مغایرتی با قواعد آمره مقرر در قانون دریایی (بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی) ندارد، لیکن بار اثبات بروز این خسارت بر

عهده متصدی حمل قرار دارد. از سوی دیگر، آن بخش از خسارت طبیعی که ناشی از طبیعت کالا است مستند به جزء م بند ۲ ماده ۵۵ قانون دریایی از موجبات معافیت متصدی حمل به شمار می‌رود و به این منظور کافی است متصدی حمل ثابت کند کشتی قابلیت دریانوردی داشته و تمام مراقبت‌های لازم را برای بارگیری، حمل و تخلیه انجام داده است.

همچنین در خصوص میزان خسارت طبیعی در حمل محصولات نفتی مشخص شد که اگر در قرارداد به میزان مشخصی توافق نشده باشد می‌توان به رویه تثبیت شده در غالب بنادر و مراجع حل اختلاف دنیا عمل کرد و آن را معادل نیم درصد میزان کل بار دانست. ممکن است روزی فرارسد که فناوری بارگیری، حمل و تخلیه محموله نفتی و نیز اندازه‌گیری این نوع بار به حدی پیشرفت کند که صنعت حمل‌ونقل نفت، عرف جاری در خصوص خسارت طبیعی را متروکه قلمداد کند. افزایش قیمت نفت و رفع نواقص عملیاتی در حمل نفت خام و مشتقات نفتی یک شتاب‌دهنده مهم برای متروکه شدن عرف جاری خواهد بود.

References

- بابایی، ایرج. (۱۳۸۹). حقوق بیمه، ویراست دوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات سمت.
- تقی‌زاده، ابراهیم. (۱۳۸۹). حقوق حمل‌ونقل دریایی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- محمد زاده وادقانی، علیرضا. (۱۳۸۱). مسئولیت متصدی حمل‌ونقل دریایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۵۵، ۶۹-۱۰۱.
- نجفی اسفاد، مرتضی. (۱۳۹۳). حقوق دریایی بر پایه مقررات دریایی و موازین بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- Babaei, I. (2010). *Insurance Law*, Second Edition, 9th Edition, Tehran: Samt Publications.
- Taghizadeh, E. (2010). *Maritime Transportation Law*, First Edition, Tehran: Majd Publications.
- Mohammadzadeh Vadeghani, A. (2002) Liability of the Sea Carrier, *Journal of the Faculty of Law and Political Sciences*, 55, 69-101.
- Najafi Asfad, M. (2014) *Maritime Law Based on Maritime Regulations and International Standards*, Fifth Edition, Tehran: Samt Publications.
- Anthony, G. (1984). *Oil claims Recoveries in London*, in Bulk Oil Transport Disputes, London: B.L.C.
- Baatz, Y. (2014). *Maritime Law*, third edition, New York: Informa Law from Routledge.

- Babai, I. (2010). *The Law of Insurance*, second edition, Tehran: Samt Publication [in Persian].
- Bonassies, P. and Scapel, C. (2007). *Traité de droit Maritime*, Paris : L.G.D.J Delta.
- Bundock, M. (2011) *Shipping Law Handbook*, 5th edition, London: Informa.
- Mona D. (2022). France, in Chamberlain, Andrew, Colaço, Holly and Neylon, Richard, *Shipping Law Review*, 9th Edition, The Law Reviews.
- Hermawan, Y. et al, (2021). *Oil Losses Problem in Oil and Gas Industries*, in Crude Oil, edited by Elsayed Abdel-Raouf and Mohamed Hasan El-Keshawy, Cairo: IntechOpen.
- Longaker, K. (1986). Maritime Law - Custom - Carriage of Goods by Sea Act Precludes Enforcement of Oil Shipping Industry's 0.5% Customary Trade Allowance, *Villanova Law Review*, 31,1221-1244.
- McCary, M. (2000). Distant Past or Future Trouble- Redefining Customary Trade Allowance in Maritime Oil Shortage Claims, *Review of Litigation*, 20 (1), 5-88.
- McMahon, J. P. (1978). Oil - Calculation of Shortage - Trade Loss Allowance, *Journal of Maritime Law and Commerce* 9 (2) January.
- Najafi Asfad, M. (2014). *The Law of sea Transportation under national and International Rules*, fifth edition, Tehran: Samt Publication [In Persian].
- Rodiere, R. et Du Pontavice, E. (2000). *Droit Maritime*, 12 Edition, Paris: Dalloz.
- Rodiere, R. (1968). *Affretements et Transports*, Tome 2, Paris: Dalloz.
- Sapra, R. (2016) Cargo oil heating practices, *Standard Safety Tankers Journal*, May (16-18).
- Sivaraman, S. (1990). *Vessel Experience Factor Issues Clarified*, OIL & GAS Journal, Oct. 15.
- Staples, C. (1985). The 0.5% Trade Allowance: The Third Circuit Holds the Custom Unenforceable under COGSA, *Maritime Lawyer* 10 (2),183-202.
- Taghizadeh, E. (2010). *the Law of Carriage by Sea*, First Edition, Tehran, Majg publication [In Persian].
- Tetley, W. (2007). *Marine Cargo Claims*, 4th edition, Vol. 1, London: Thomson Carswell.
- Textor, M. (1982). Oil Shortages Caused by the Inherent Properties of Petroleum Cargoes, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 13, 281-294.
- Thomajan, R. (1983). Tanker Problems in Arbitration: The 0.5% Allowance, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 14 (2), 225-242.
- Vadeghani, A. (2002). Liability of Sea Carrier, *Journal of Faculty of Law and Political Science*, 55,101-69 [In Persian].

- Wallace, E. (1977). Bulk Cargo Shortages: A Marine Whodunit, *Maritime Lawyer*, 3 (1), 83-102.
- Wouters, M. (1988). Freinte de Route and the Carriage of Oil Products, *Journal of Law and Economics*, 23, 257-276.

Cases

- American Motor Sales v. Furness, Withy & Co, 1958 AMC
- Burgess v. M/V Tamano 1976 AMC
- Sun Oil Co. v. M/T Carisle, 771 F. 2d 1986 AMC
- Esso Nederland v. MT. Trade Fortitude 1977 AMC 2144 (S.D. N.Y.)
- K/S A/S Verven and Co. v. Amoco Transport Co. (S. S. Staland), SMA No. 1636 (New York Arbitration 1982)
- Trafigura Beheer BV v. Navigazione Montanari [2014] EWHC 129 (COMM).
- Kerr-McGee Refining Corporation v. MV la Libertad 529 F. Supp. 78, 85, 1982 AMC 340 (S.D. N.Y.)
- Cour d' apple de Rouen, July 12, 1957, DMF 1958.
- New England Petroleum Co. v. O.T. Sonja, 732 F. Supp. 1276, 1286 (S.D.N.Y.) 1990;
- S.T.S. International v. Laurel Sea, 932 F.2d 437, 440 (5th Cir. 1991)
- Georiandis Navigation, Inc. v. Mobile Shipping (SMA No. 2384, June 28, 1987, Cederholn Arbitration)
- New England Petroleum Co. v. O.T. Sonja, 732 F. 1276. 83 (1990)
- The Rio Sun (1985) 1 Lloyds's Rep.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.49597.5122>



Research Article

Competent Court in Consumer v. Trader Disputes in E-Contracts: A Comparative Study of European Union and Iranian Law

Negar Rokhchekav¹, Azam Ansari^{2*}, Sayyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan³

1. Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran
2. Assistant Prof., Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran
3. Prof., Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Article history:

Received: 27/02/2024

Accepted: 28/07/2024

Abstract

Introduction

In contemporary legal systems, substantive consumer protection rules address only part of the challenges arising from consumer contracts, making it equally crucial to examine extraterritorial jurisdiction rules governing consumer e-contract disputes. This article conducts a comprehensive analysis of jurisdictional rules applicable to consumer e-contract disputes in both the European Union and Iranian legal frameworks. The study specifically investigates scenarios where: (1) a consumer domiciled in Iran disputes an e-contract with an EU-domiciled trader; and (2) an EU-domiciled consumer initiates proceedings against a non-EU trader. These cross-border situations raise critical questions about which court possesses competent jurisdiction to adjudicate such disputes.

Please cite this article as:

Rokhchekav, N., Ansari, A., Qabuli Dorafshan S.M.Mahdi. (2025). Competent Court in Consumer v. Trader Disputes in E-Contracts: A Comparative Study of European Union and Iranian Law. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 55-88.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.49597.5122>

* Corresponding author:

E-mail address: aansari@um.ac.ir

Methods

This research employs an analytical-descriptive methodology with a comparative law approach, examining both Iranian and EU legal systems. The analysis focuses on applicable jurisdictional rules within these frameworks, evaluating their respective strengths and weaknesses through doctrinal legal analysis. The study incorporates examination of primary EU legal instruments, particularly the recast Brussels I Regulation (2012), and relevant Iranian legislation. European case law precedents are analyzed to illustrate practical applications of these rules. Data collection was conducted through traditional library research methods, utilizing legal texts, scholarly articles, and judicial decisions.

Results and Discussions

The research reveals significant divergences between the EU and Iranian approaches to determining competent courts in consumer e-contract disputes: In Iranian law, statutory provisions lack specific rules regarding extraterritorial jurisdiction for consumer e-contracts. Consequently, Iranian judges must resort to applying domestic jurisdiction rules, which may prove inadequate for cross-border digital transactions. This legal gap creates uncertainty for both consumers and traders engaged in international e-commerce. Conversely, the EU's recast Brussels I Regulation (2012) establishes a sophisticated jurisdictional framework for consumer disputes. Article 17(3) introduces the critical "directing activities" test, whereby jurisdiction is established when traders direct their commercial activities to the consumer's domicile. Article 18 then outlines three distinct jurisdictional presumptions: First, when both parties are EU-domiciled, consumers enjoy multiple forum options including their own domicile, the trader's domicile, or the location of the trader's branch/agency involved in the contract. This expansive approach significantly enhances consumer access to justice. Second, for EU-domiciled consumers suing non-EU traders without EU establishments, Article 18 permits consumers to file in their home courts regardless of the trader's domicile. This protective measure ensures EU consumers maintain access to local judicial remedies. Third, when non-EU consumers dispute with EU-domiciled traders, jurisdiction defaults to the general rule of defendant's domicile under Article 4, requiring consumers to litigate in the trader's home jurisdiction. This asymmetrical treatment reflects policy choices favoring EU consumers.

Conclusions

The comparative analysis demonstrates that the EU's jurisdictional framework prioritizes consumer protection through expansive forum options

and the "directing activities" test, while Iranian law lacks specific mechanisms for cross-border e-contract disputes. Notably, the EU system disregards both the contract conclusion location and performance place as jurisdictional factors- elements that remain relevant in Iranian jurisprudence. The study recommends that Iranian law adopt a modified version of the plaintiff's domicile rule, incorporating safeguards like the EU's targeting test to prevent excessive jurisdictional claims. Without such balanced reforms, Iranian consumers will continue facing significant disadvantages in cross-border e-commerce disputes. The EU model offers valuable insights for developing countries seeking to modernize their private international law frameworks for the digital economy.

Keywords: Competent Court, Private International Law, Electronic Contracts, Domicile, Consumer Protection, Jurisdictional Rules.



دادگاه صالح در دعاوی مصرف‌کننده علیه تاجر در قراردادهای الکترونیکی در حقوق اتحادیه اروپا و ایران

نگار روخ چکاو^۱، اعظم انصاری^{۲*}، سید محمد مهدی قبولی درافشان^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
۳. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

اطلاعات مقاله	تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۷
---------------	--------------------------	-------------------------

چکیده

مقدمه: امروزه حمایت از مصرف‌کننده با وضع ضوابط ماهوی تنها بخشی از چالش‌های قراردادهای مصرف‌کننده را پوشش می‌دهد، این در حالی است که توجه به قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در دعاوی مربوط به قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده نیز ضرورت دارد. مقاله حاضر به بررسی قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در حقوق اتحادیه اروپا و حقوق ایران در دعاوی الکترونیکی مصرف‌کننده می‌پردازد. پرسش این است که چنانچه مصرف‌کننده مقیم ایران بخواهد در خصوص قرارداد الکترونیکی علیه تاجر مقیم یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا اقامه دعا کند، مطابق حقوق اتحادیه اروپا و حقوق ایران دادگاه چه کشور یا کشورهایی صلاحیت دارند؟ و یا بالعکس در وضعیتی که مصرف‌کننده مقیم یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا بخواهد علیه تاجر مقیم یک کشور غیر عضو اتحادیه اقامه دعا کند دادگاه یا دادگاه‌های صالح کدام‌اند؟

روش‌ها: در نگارش این اثر از روش پژوهش توصیفی-تحلیلی با رویکرد تطبیقی در دو نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا استفاده شده است. با این توضیح که در این نوشتار با تکیه بر قواعد موجود در دو

استناد به این مقاله:

روخ، چکاو نگار؛ انصاری، اعظم؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۴۰۴). دادگاه صالح در دعاوی مصرف‌کننده علیه تاجر در قراردادهای الکترونیکی در حقوق اتحادیه اروپا و ایران. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷. (۱). ۸۸-۵۵.

نظام حقوقی مورد مطالعه و مقایسه آن‌ها با یکدیگر به نقد و ارزیابی آن‌ها نیز پرداخته شده است تا نقاط قوت و ضعف این دو نظام حقوقی در موضوع این پژوهش روشن شود. همچنین در این بررسی از آرای صادره اروپایی در این زمینه نیز استفاده شده است. روش جمع‌آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است.

یافته‌ها: در حقوق ایران در خصوص صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ایران در دعاوی مصرف‌کننده علیه تاجر مقرره‌ای وضع نشده است؛ لذا قاضی ایرانی باید به قواعد صلاحیت داخلی دادگاه‌ها مراجعه کند. در اتحادیه اروپا بر اساس بند ۳ ماده ۱۷ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲، چنانچه تاجر فعالیت - های حرفه‌ای و تجاری‌اش را به محل اقامت مصرف‌کننده «هدایت» و یا این‌گونه فعالیت‌ها را در محل اقامت وی «دنبال» کند، اگر مصرف‌کننده بخواهد دعوایی علیه تاجر اقامه نماید، بر اساس بند ۱ ماده ۱۸ مقررات مزبور در خصوص دادگاه صالح چند فرض متصور است:

الف. در فرض نخست، چنانچه مصرف‌کننده و تاجر هر دو مقیم کشورهای عضو اتحادیه باشند، مصرف‌کننده می‌تواند در محل اقامت خود یا تاجر علیه وی اقامه دعوا کند. همچنین در این حالت فرض دومی متصور است: تاجر علاوه بر اقامت در یک کشور عضو اتحادیه، دارای شعبه، مؤسسه یا نمایندگی در یکی دیگر از کشورهای عضو اتحادیه باشد. مصرف‌کننده در این موقعیت حق انتخاب بیشتری دارد و می‌تواند با در نظر گرفتن محل شعبه، نمایندگی یا مؤسسه تاجر، علاوه بر طرح دعوا در محل اقامت خود یا تاجر، در محل شعبه یا نمایندگی یا مؤسسه‌ای که با آن قرارداد منعقد کرده، اقامه دعوا کند.

ب. در فرض دوم، مصرف‌کننده (خواهان) مقیم کشور عضو اتحادیه و تاجر (خوانده) مقیم کشور ثالث است و شعبه، مؤسسه یا نمایندگی در هیچ‌یک از کشورهای عضو اتحادیه اروپا ندارد. بر اساس بند ۱ ماده ۱۸ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲ مصرف‌کننده - صرف‌نظر از محل اقامت تاجر - می‌تواند در دادگاه‌های کشور محل اقامت خود اقامه دعوا کند.

ج. در فرض سوم، تاجر در یک کشور عضو اتحادیه مقیم است اما مصرف‌کننده مقیم کشور ثالث (کشور غیر عضو اتحادیه) است. مصرف‌کننده‌ای که مقیم کشوری از اعضای اتحادیه نیست، مورد حمایت مقررات بروکسل یک جدید نیست. چنین مصرف‌کننده‌ای باید بر اساس ماده ۴ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲ که قاعده اصلی صلاحیت یعنی دادگاه محل اقامت خوانده را وضع کرده است به موجب قواعد ملی صلاحیت دادگاه‌ها در کشور محل اقامت تاجر علیه وی اقامه دعوا کند.

نتیجه‌گیری: قانون‌گذار اتحادیه اروپا برخلاف قانون‌گذار ایرانی به محل انعقاد قرارداد و اجرای تعهد در تعیین دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده بی‌اعتنا است. رویکرد دو نظام حقوقی به ضابطه محل اقامت خواهان (مصرف‌کننده) متفاوت است. مناسب است قانون‌گذار

ایرانی معیار محل اقامت خواهان را با رعایت شرایطی به عنوان ملاک تعیین صلاحیت دادگاه ایرانی بپذیرد؛ والا معیار مزبور، کارایی چندانی برای مصرف کننده ایرانی به عنوان خواهان دعوا نخواهد داشت.

واژگان کلیدی: دادگاه صالح، دعاوی خصوصی بین المللی، قرارداد الکترونیکی، محل اقامت، مصرف کننده.

سرآغاز

ایترنت سبب توسعه تجارت الکترونیکی در سطح بین‌المللی و داخلی شده و انعقاد بسیاری از قراردادهای را به راحتی و با سرعت میسر کرده است. یکی از اقسام این قراردادهای، قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده است که در چنین قراردادی، مصرف‌کننده به منظور رفع نیاز شخصی و خارج از حرفه و تجارت خود با تاجر فعال در حوزه تجاری و حرفه‌ای‌اش قرارداد منعقد می‌کند. نابرابری قدرت چانه‌زنی طرفین و دانش حقوقی محدود مصرف‌کننده نسبت به تاجر، چنین قراردادی را در زمره قراردادهای الحاقی قرار می‌دهد. چنین وضعیتی سبب شده تا قانون‌گذاران کشورهای مختلف برای حمایت از مصرف‌کننده در مقابل تاجر چاره‌جویی کنند. در همین راستا در برخی نظام‌های حقوقی ضوابطی در خصوص امکان ابطال قرارداد یا تعدیل شروط غیرمنصفانه در این قراردادهای و یا جبران خسارات مصرف‌کننده پیش‌بینی شده است. باین‌حال باید توجه داشت که حمایت از مصرف‌کننده با وضع ضوابط ماهوی تنها بخشی از چالش را پوشش می‌دهد، درحالی‌که حمایت همه‌جانبه از مصرف‌کننده توجه به سایر ابعاد از جمله وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در دعوی مربوط به قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده را می‌طلبد، زیرا چه‌بسا عدم دسترسی مصرف‌کننده به دادگاه مناسب برای طرح دعوا مانع از احقاق حق و حتی منجر به سوءاستفاده تاجر از موقعیت ضعیف مصرف‌کننده شود.

بررسی ادبیات حقوقی ایران در این حوزه نشان می‌دهد در رابطه با موضوع دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی آثار ارزشمندی نگاشته شده است. همایون مافی، سام محمدی و حسین کاویار در مقاله‌ای با عنوان «دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی» (۱۳۹۰) به بررسی قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده و تعیین دادگاه صالح در حقوق اتحادیه اروپا پرداخته‌اند. در این اثر، مفهوم مصرف‌کننده و مواد ۱۵ الی ۱۷ مقررات بروکسل یک و توافق انتخاب دادگاه تبیین شده است. همچنین به ضابطه‌ی «جهت‌دهی فعالیت تاجر به محل اقامت مصرف‌کننده» توجه ویژه‌ای شده است. باین‌حال از آنجاکه در زمان تدوین اثر مذکور، مقررات بروکسل یک جدید مصوب ۲۰۱۲ که در حال حاضر در اتحادیه اروپا لازم‌الاجراست تصویب نشده بود آخرین تحولات قانونی اتحادیه اروپا در این اثر مشاهده نمی‌شود. ضمن اینکه در این اثر معیارهای تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی در

حقوق ایران - آن گونه که در نوشتار حاضر مدنظر قرار گرفته است - به تفکیک بررسی نشده است. مصطفی بختیاروند در مقاله‌ای با عنوان «صلاحیت محاکم در قراردادهای الکترونیک مصرف کننده» (۱۳۸۹) موضوع دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده را مورد بررسی قرار داده است. بخش اول این مقاله، اعتبار توافقی‌های انتخاب دادگاه در قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده و بخش دوم مسئله دادگاه صالح در این گونه قراردادها را مورد توجه قرار داده است. باین حال این مقاله نیز با توجه به سال تدوین، مقررات بروکسل یک جدید را مدنظر قرار نداده و همچنین معیار «جهت دهی فعالیت های تاجر» را محور بحث قرار داده است. همایون مافی و سودابه اسدیان در مقاله‌ی «دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری الکترونیکی در نظام های حقوقی آمریکا و اروپا» (۱۳۹۵)، به مسئله تعیین دادگاه صالح در قراردادهای تجاری الکترونیکی پرداخته اند. در این اثر تعیین دادگاه صالح در حقوق ایران مورد توجه نبوده است. ضمن اینکه در زمینه اتحادیه اروپا نیز مقررات بروکسل یک جدید واکاوی نشده است. نکته مهم تر اینکه موضوع مقاله مزبور قراردادهای الکترونیکی بوده و با محوریت قراردادهای الکترونیکی «مصرف کننده» نوشته نشده است. با توضیحات فوق به نظر می رسد نگرارش مقاله حاضر که هم حقوق ایران و هم آخرین ضوابط لازم الاجرا در این موضوع در اتحادیه اروپا (مقررات بروکسل یک جدید، ۲۰۱۲) را مورد توجه قرار داده است می تواند در توسعه ادبیات حقوقی ایران در این زمینه مفید باشد.

با این توضیحات، مقاله حاضر به بررسی قواعد صلاحیت بین المللی دادگاه ها در اتحادیه اروپا و حقوق ایران در دعاوی الکترونیکی مصرف کننده می پردازد. به عبارت روشن تر مقاله به دنبال پاسخ این پرسش است که در فرضی که مصرف کننده، مقیم ایران بوده و بخواهد در خصوص قرارداد الکترونیکی منعقد شده میان او و تاجر مقیم یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا اقامه دعوا کند، مطابق حقوق اتحادیه اروپا و حقوق ایران دادگاه چه کشور یا کشورهایی صالح به رسیدگی است؟ و یا بالعکس در وضعیتی که مصرف کننده مقیم یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، در خصوص یک قرارداد الکترونیکی بخواهد علیه تاجر مقیم یک کشور

غیر عضو اتحادیه مانند ایران اقامه دعوا کند، دادگاه یا دادگاه‌های صالح به رسیدگی کدام‌اند؟^۱ بررسی دادگاه صالح در این‌گونه دعاوی، قابلیت پیش‌بینی تجار در خصوص دعاوی آینده و هزینه‌های ناشی از آن‌ها را افزایش می‌دهد و در طراحی شروط قراردادی به‌نحوی که موازنه قراردادی حاصل شود بسیار مهم است. شایان‌ذکر است که به دلیل تنوع قراردادهای الکترونیکی تاجر با مصرف‌کننده و نیز از آنجاکه قراردادهای خدمات با توجه به اقتضائات خاص خود نوشتار مجزایی را می‌طلبد، تمرکز این نوشتار بر قراردادهای الکترونیکی تاجر با مصرف‌کننده از نوع قراردادهای بیع است.

در این راستا در این جستار ابتدا به مفهوم مصرف‌کننده در قرارداد بین‌المللی الکترونیکی پرداخته می‌شود. سپس در بخش دوم مقاله پس از اشاره به پیشینه وضع ضوابط در تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده، ضوابط تعیین دادگاه صالح در این حوزه در حقوق اتحادیه اروپا و ایران به تفکیک و به‌صورت مقایسه‌ای بررسی می‌شود. در پایان، نتیجه‌ای از مطالب ارائه‌شده در مقاله ارائه می‌شود.

۱. مفهوم مصرف‌کننده

در حقوق اتحادیه اروپا در برخی کنوانسیون‌های مرتبط با صلاحیت دادگاه‌های کشورها در رسیدگی به دعاوی، تعاریفی از مصرف‌کننده ارائه شده است. با این توضیح که گرچه در کنوانسیون بروکسل ۱۹۶۸^۲ مصرف‌کننده تعریف نشده است با این حال، در ماده ۱۳ اصلاحات سال ۱۹۷۸ کنوانسیون بروکسل^۳، مصرف‌کننده به‌عنوان شخصی که خارج از حرفه یا تجارت خود عمل می‌کند معرفی شد (Tang, 2015: 6). همچنین در بند ۱ ماده ۱۵ مقررات بروکسل

۱. در این نوشتار، در مواردی جهت رعایت اختصار به‌جای «مصرف‌کننده مقیم اتحادیه اروپا»، «مصرف‌کننده مقیم ایران»، «تاجر مقیم اتحادیه اروپا» و «تاجر مقیم ایران» به ترتیب از «مصرف‌کننده اروپایی یا خارجی»، «مصرف‌کننده ایرانی»، «تاجر اروپایی یا خارجی» و «تاجر ایرانی» استفاده می‌شود.

2. Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968.

3. Convention 78/884/EEC on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the 1968 Brussels Convention and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, [1978] OJ L304/1.

یک ۲۰۰۱^۱ و بند ۱ ماده ۱۷ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲/۱۲۱۵ اتحادیه اروپا راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای احکام در مسائل مدنی و تجاری^۲ (از این پس مقررات بروکسل یک جدید)، مقرر شده است: «مصرف کننده شخصی است که قرارداد را برای هدفی غیر از حرفه یا تجارت خود منعقد می کند». در صدر ماده ۱۳ کنوانسیون لوگانو ۱۹۸۸ و بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون لوگانو ۲۰۰۷^۳ و همچنین در بند ۱ ماده ۶ مقررات رم یک ۲۰۰۸^۴ در رابطه با قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تعریفی مشابه تعریف مقررات بروکسل یک جدید مشاهده می شود. با توجه به تعاریف فوق، به باور برخی (Hornle, 2009: 32-33) مفهوم قرارداد مصرف کننده دارای دو جزء محوری است: مصرف کننده، در صدد رفع نیاز شخصی خود باشد^۵ و تاجر در حوزه فعالیت های تجاری و حرفه ای اش قرارداد مزبور را منعقد کند.

در حقوق ایران در قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو ۱۳۸۶ و قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ۱۳۸۸ قواعدی در حمایت از مصرف کننده پیش بینی شده است. بند (س) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی «هر شخصی که به منظوری، جز تجارت یا شغل حرفه ای اقدام می کند» را مصرف کننده می داند. به باور برخی (Fizi Chakab & Asadi, 2015: 70) در این تعریف به انگیزه و هدف خریدار توجه شده است و صرفاً اشخاصی که با انگیزه غیرتجاری اقدام به خرید می کنند در زمره مصرف کنندگان مورد حمایت واقع می شوند. همچنین به موجب بند «ب» ماده ۱ آئین نامه اجرایی ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۴: «مصرف کننده، هر شخص اعم از حقیقی و حقوقی

1 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

2. Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) [2012]. Art17(1).

3. Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 16 September 1988 revised in 30 October 2007 (The Lugano Convention).

4. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

5. Unfair Contract Terms Act 1977, s. 12(1)(a); Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts, Art. 2(b); E-commerce Directive 2000/31/EC, Art. 2(e); Distance Selling Directive 1997/7/EC, Art. 2(2) and Jurisdiction Regulation EC/44/2001, Art. 15(1).

است که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای به خرید کالا و خدمات اقدام می‌کند». علاوه بر تعاریف فوق، بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مقرر می‌دارد: «مصرف‌کننده: هر شخص حقیقی یا حقوقی که خودرو را برای استفاده شخصی یا عمومی در اختیار دارد». در بند ۱ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، مصرف‌کننده هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کالا یا خدمتی را خریداری می‌کند. برخی (Youzbashi, Molaei & Abbasi, 2019: 310) در انتقاد از این تعریف بیان داشته‌اند که این قانون، هدف خریدار کالا یا خدمات را از خرید مدنظر قرار نداده است. به عقیده برخی دیگر (Taherzadeh-Kakli, 2008: 12) تعریف مزبور فلسفه قانون موردنظر را که حمایت از طرف ضعیف‌تر در قراردادهای مصرف‌کننده است، تأمین نمی‌کند. همچنین برخی نویسندگان (Ghaffari Farsani, 2010: 82) بر این باورند که مقصود قانون‌گذار از به کار بردن عبارت «خرید کردن» خریدار بوده است نه مصرف‌کننده و چنانچه مصرف‌کننده مدنظر باشد، بهتر است عبارت «استفاده کردن» به جای «خرید کردن» استعمال شود. با این توضیحات می‌توان گفت قرارداد الکترونیکی تاجر با مصرف‌کننده، قراردادی است که توسط یک طرف (مصرف‌کننده) به منظور رفع نیازهای شخصی، خانوادگی و خارج از حرفه یا تجارت خود و طرف مقابل (تاجر) در راستای حرفه یا تجارت خود و با استفاده از ابزارهای الکترونیکی منعقد می‌شود.

با توضیحات فوق در مقام مقایسه می‌توان گفت تعاریف ارائه‌شده در حقوق اتحادیه اروپا با تمرکز بر انگیزه و هدف غیرتجاری شخص، معیار نسبتاً روشنی برای تشخیص مصرف‌کننده ارائه داده است. این در حالی است که گرچه قانون‌گذار ایرانی در قانون تجارت الکترونیکی و آیین‌نامه اجرایی آن از معیار مشابهی پیروی کرده است اما در سال‌های بعد بدون توجه به رعایت هماهنگی در ارائه معیارهای قانونی، با ذکر عبارت «استفاده شخصی یا عمومی» در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو و با غفلت از عنصر «هدف از انعقاد قرارداد» و محدود کردن قراردادها به قرارداد بیع در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، مفهوم مصرف‌کننده را دچار ابهام کرده است. درمجموع رویکرد حقوق اتحادیه اروپا در خصوص تبیین مفهوم مصرف‌کننده منسجم‌تر و با فلسفه حمایت از مصرف‌کننده سازگارتر است. با این حال همچنان ابهام‌هایی در این زمینه وجود دارد: مفهوم عبارت «خارج از حرفه یا تجارت» در تعریف مصرف‌کننده چیست؟ آیا قراردادهای با اهداف مختلف، در زمره

قراردادهای تاجر با مصرف کننده قرار می گیرند؟ و آیا شخص حقوقی به عنوان مصرف کننده ی قرارداد الکترونیکی می تواند مورد حمایت قرار گیرد؟

۱-۱. مفهوم «خارج از حرفه یا تجارت»

به طور معمول، استفاده شخصی یا خانوادگی و یا تأمین نیازهای شخص از نظر مصرف خصوصی را می توان خارج از تجارت یا حرفه هر شخصی دانست (Lutzi, 2018: 376). از این رو، تاجری که برای مقاصد تجاری و حرفه ای خود اقدام نکرده بلکه برای مقاصد شخصی خود قرارداد منعقد می کند، مصرف کننده محسوب می شود (Abdolahi & Sayyed, 2014, 123-124). البته ناگفته نماند در تعیین اینکه فعالیت یک تاجر خارج از حرفه و تجارت وی است معیاری ارائه نشده است. این امر منجر به بروز ابهام هایی می شود. مثلاً آیا قراردادی که با هدف کسب سود و خارج از حوزه فعالیت یا حرفه منعقد می شود قرارداد مصرف کننده محسوب می شود؟ به عقیده برخی (Ghaffari Farsani, 2010: 104-110) چون این اشخاص، خارج از حرفه یا تجارت خود و در راستای تأمین نیاز شخصی خود اقدام می کنند مصرف کننده محسوب می شوند. در همین راستا در دعوایی^۱، دادگاه عالی انگلستان اظهار داشت سرمایه گذاران خصوصی که با هدف کسب سود از درآمدهای خود، قراردادهای ارزی منعقد می کنند اما از این طریق، امرار معاش نمی کنند، در راستای تجارت یا حرفه خود فعالیت نکرده اند و لذا مصرف کننده محسوب می شوند (Tang, 2015: 32). همچنین بررسی بخش ۲۶ مقررات رم یک هم نشان می دهد که سرمایه گذاران خصوصی در این مقررات مصرف کننده تلقی می شوند (Tang, 2015: 32-33).^۲

1. Standard Bank London Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis [2000] ILPr 766, 771.

۲. باین حال دیدگاه مخالف نیز مشاهده می شود. در دعوایی (OGH, 25 October 2000-8 Nd 502/00) در خصوص باغبانی که به منظور پرورش اسب، اسب های فریز شده را خریداری می کرد دادگاهی در اتریش بیان کرد گر چه انعقاد این نوع قراردادها در راستای حرفه باغبان نبود اما در نظر گرفتن چنین قراردادی به عنوان قرارداد مصرف کننده محل تردید است، زیرا هدف از قرارداد به جای مصرف خصوصی شخص، کسب سود است و لذا نمی توان وی را مصرف کننده دانست (Wilderspin, 2016: 460).

پرسش دیگر این است که در موردی که مثلاً خریداری خارج از حرفه یا تجارت خود قراردادی با تاجر منعقد می‌کند اما در آینده از موضوع قرارداد برای تجارت یا حرفه خود استفاده می‌کند، آیا چنین قراردادی در حوزه قرارداد تاجر با مصرف‌کننده قرار می‌گیرد یا خیر؟ فرض مزبور در دعوایی^۱ نزد دیوان دادگستری اروپا در تبیین مفهوم مصرف‌کننده و دادگاه صالح مطرح شد. دیوان در این دعوا بیان داشت مصرف‌کننده باید خارج از هرگونه فعالیت حرفه‌ای یا تجاری، چه در زمان حال و یا آینده، قرارداد خود را منعقد کند. به عبارت دیگر مصرف‌کننده شخصی است که قرارداد وی نه تنها در زمان انعقاد با هدفی خارج از تجارت یا حرفه وی منعقد شده است بلکه قرارداد مزبور خارج از حرفه یا تجاری باشد که در نتیجه قرارداد به آن خواهد پرداخت (Tang, 2015: 30-31).

۱-۲. مصرف‌کننده در «قراردادهای ترکیبی یا چندمنظوره»

ابهام دیگر در خصوص تعیین مصرف‌کننده در قراردادهای «چندمنظوره یا ترکیبی»^۲ است. در این نوع قراردادها هدف شخص از انعقاد قرارداد، استفاده توأمان شخصی و تجاری است. حال سؤال این است که در موردی که شخصی بخشی از قرارداد را برای اهدافی خارج از تجارت یا حرفه خود و بخشی از قرارداد را برای هدف تجاری یا حرفه‌ای خود منعقد می‌کند آیا با یک قرارداد تاجر با مصرف‌کننده مواجهیم؟ برخی (Fizi Chakab & Asadi, 2015: 73) بر این باورند که آن بخش از قرارداد که جزء فرایند تجاری به شمار می‌آید قرارداد مصرف‌کننده تلقی نمی‌شود و بخشی که برای مصارف غیرتجاری و غیرحرفه‌ای منعقد شده است در حوزه قرارداد مصرف‌کننده مورد حمایت قرار می‌گیرد. با این حال این دیدگاه روشن نمی‌کند که چنانچه شخصی، کالایی را خریداری کند که از آن استفاده تجاری و غیرتجاری داشته باشد و قرارداد هم قابل تفکیک نباشد وضعیت چگونه است؟ به عنوان مثال، در دعوایی^۳ یک کشاورز مصالح ساختمانی برای تعویض سقف خانه مزرعه خود-که به همراه خانواده‌اش در آنجا

1. Case C-269/95 Benincasa v Dentalkit [1997] ECR I-3767.

2. Mixed Purpose

3. Case C-464/01 Gruber v Bay Wa AG [2005] ECR I-439.

زندگی می‌کرد- خریداری کرده بود. در این زمینه دیوان دادگستری اروپا با تکیه بر پیشینه مقررات حمایتی مصرف کنندگان و رویه قضایی موجود، رویکردهای مختلفی داشته است:

در رویکرد اول در دعوای فوق، قراردادهای چندمنظوره به عنوان قراردادهای غیر مصرفی (تجاری) در نظر گرفته شد، زیرا قواعد مربوطه با هدف حمایت از مصرف کننده به عنوان شخص ضعیف تر وضع شده است درحالی که خریداری که برای اهداف تجاری یا حرفه‌ای خود -ولو در حد ناچیز- قراردادی منعقد می‌کند در موقعیتی ضعیف تر قرار ندارد. همچنین مقررات مرتبط با صلاحیت حمایتی مربوط به مصرف کننده برخلاف اصل کلی «صلاحیت دادگاه محل اقامت خواننده» است و لذا باید تفسیر مضیق شود (Schmon, 2020:116).

درهرحال اگر ارتباط میان قرارداد و حرفه و تجارت شخص آن چنان ناچیز باشد که نسبت به کل قرارداد، جزئی محسوب شود [نزدیک به صفر باشد] چنین شخصی مشمول حمایت های مصرف کننده قرار می‌گیرد (Chen, 2023:913). این رویکرد نشان می‌دهد که صرف اینکه هدف استفاده شخصی، غالب باشد کافی نیست تا قرارداد در عداد قراردادهای مصرف کننده قرار گیرد.

درهرحال در دعوای دیگری^۱ دیوان، رویکرد متفاوتی برگزید. در این دعوا، دیوان بیان داشت که قرارداد با هدف دوگانه که «اساساً» برای رفع نیازهای شخصی منعقد شده است قرارداد مصرف کننده محسوب می‌شود. با این معیار، قراردادهای دوگانه‌ی بیشتری در عداد قراردادهای مصرف کننده قرار می‌گیرند.

در رویکرد سوم در دعوایی دیگر^۲، دیوان دادگستری اروپا مقرر داشت که تنها قراردادهایی که خارج از تجارت یا اهداف و فعالیت های حرفه‌ای و صرفاً به منظور رفع نیازهای خود فرد و در رابطه با مصرف شخصی منعقد می‌شود، قرارداد مصرف کننده است. کلمه «صرفاً» در این عبارات روشن می‌سازد که از نظر دیوان قراردادهایی با هدف ولو ناچیز تجاری یا حرفه‌ای در حوزه مقررات حمایتی مصرف کننده قرار نمی‌گیرد. مزیت این رویکرد نسبت به دو رویکرد دیگر این است که دادگاه برای تشخیص مصرف کننده، نیاز به تشخیص این امر ندارد که آیا مقاصد تجاری شخص، ناچیز بوده یا اهداف شخصی غالب بوده است یا خیر (Tang,)

1. Case C-630/17, Milivojević v. Raiffeisenbank [2019].

2. Case C-419/11 Ceska Sporitelna, AS v Feichter [2013] ILPr 22.

2015:32). در هر حال این رویکردهای متفاوت نوعی عدم قابلیت پیش‌بینی و اطمینان در خصوص دادگاه صالح برای رسیدگی ایجاد می‌کند.

به نظر می‌رسد معیار اخیر یعنی قراردادهایی که «صرفاً» با هدف رفع نیازهای شخصی منعقد شوند معیار بهتری برای تشخیص مصرف‌کننده جهت تعیین دادگاه صالح است. باید توجه داشت که مسئله در اینجا تشخیص مصرف‌کننده برای تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا است. اگر معیار «اساساً برای رفع نیازهای شخصی» بخواهد اعمال شود در این صورت قاضی باید به نوعی وارد رسیدگی ماهیتی و درگیر جزئیات و سبک و سنگین کردن اهداف تجاری و شخصی شود تا بتواند تشخیص دهد قرارداد اساساً برای رفع نیازهای شخصی بوده یا خیر. لذا این معیار در مقایسه با معیار «صرفاً»، قاضی را در عبور از مرحله مقدماتی رسیدگی (تصمیم پیرامون صلاحیت) بیشتر به سمت بررسی امور ماهیتی سوق می‌دهد، این در حالی است که رسیدگی به امور ماهیتی اصولاً باید بعد از مرحله تشخیص صلاحیت دادگاه برای رسیدگی باشد. ضمن اینکه کلمه «اساساً» هم می‌تواند مناقشه‌برانگیز باشد و قضات ممکن است تفسیرهای متنوعی از آن ارائه دهند. این امر در نهایت می‌تواند نوعی عدم اطمینان در تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به این‌گونه دعاوی پدید آورد و قابلیت پیش‌بینی اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت توسط دادگاه را برای اصحاب دعوا به شدت کاهش دهد.

۳-۱. اطلاق عنوان مصرف‌کننده بر شخص حقوقی

چالش دیگر، ابهام پیرامون اطلاق عنوان «مصرف‌کننده» بر شخص حقوقی است. آیا شخص حقوقی می‌تواند در یک قرارداد، مصرف‌کننده محسوب شود؟ در برخی مقررات برای مصرف‌کننده به وضوح از واژه «شخص حقیقی» استفاده شده است.^۱ مطابق بند ۱ ماده ۶ مقررات رم یک نیز مصرف‌کننده باید «شخص حقیقی» باشد. در مقابل در قوانین برخی کشورها مانند ایران مصرف‌کننده اعم از شخص حقیقی و حقوقی است. قانون‌گذار ایرانی در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، مصرف‌کننده را هر شخصی می‌داند که با هدفی جز تجارت و شغل

1. Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts [1997] OJ L144/1, Art 2(2); Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (Unfair Terms Directive) [1993] OJ L95/29, Art 2(b); US Uniform Commercial Code, Arts 2 – 102.

حرفه‌ای خود عمل می‌کند و در تعریف شخص در بند «م» ماده ۲ همان قانون بیان می‌دارد: «شخص اعم از شخص حقیقی و حقوقی و یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل آن» است. در بند «ب» ماده ۱ آئین‌نامه اجرایی ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۴، نیز از شخص حقیقی و حقوقی یاد شده است. همچنین برخی نویسندگان (Ghaffari Farsani, 2010: 106) با توسل به بند ۱ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده بر این باورند که فرض مصرف غیرتجاری برای اشخاص حقوقی فرض محالی نیست، زیرا شرکت‌های تجاری مانند اشخاص حقیقی ضروریاتی دارند که با اهداف فعالیت تجاری آن ملازمه ندارد و همچنین برخی اشخاص حقوقی مانند مؤسسات غیرانتفاعی و یا نهادهای دولتی، تاجر نیستند. به دیدگاه فوق، دو نقد وارد است: نخست، در بند «م» ماده ۲ قانون اخیرالذکر، شخص اعم از حقیقی، حقوقی یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل است. چنانچه شخص در بند «س» ماده ۲ همان قانون بر اساس بند «م» تبیین شود، مصرف‌کننده اعم از شخص حقیقی و حقوقی محسوب می‌شود و سیستم‌های رایانه‌ای را نیز در برمی‌گیرد درحالی‌که تعبیر سیستم رایانه‌ای به‌عنوان مصرف‌کننده فرض بعیدی است؛ دوم، نیازهای ضروری و مصارف غیرتجاری شرکت‌ها در راستای تأمین اهداف تجاری آن‌هاست؛ به‌طور مثال، انعقاد قرارداد سفارش غذا توسط یک شرکت خودروسازی برای رفع نیاز خصوصی کارکنان آن شرکت است که در راستای اهداف تجاری شرکت فعالیت می‌کنند و این کارکنان هستند که مصرف‌کننده نهایی محسوب می‌شوند نه شخص حقوقی شرکت.

۲. ضوابط تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده در اتحادیه اروپا و ایران

در تعیین دادگاه صالح به رسیدگی به دعاوی مصرف‌کننده علیه تاجر که ناشی از یک قرارداد الکترونیکی است، نظام‌های حقوقی مختلف، ضوابط متعددی وضع کرده‌اند. در حال ازنجا که در این نوشتار حقوق اتحادیه اروپا و ایران مدنظر است در ادامه، ضوابط پیش‌بینی شده در این دو نظام حقوقی مورد واکاوی قرار می‌گیرد تا از خلال این بررسی وجوه اشتراک و افتراق آن‌ها در این زمینه روشن شود.

نظام حقوقی اتحادیه اروپا در زمره نظام‌هایی است که ضوابطی در خصوص صلاحیت دادگاه‌ها برای دعاوی مصرف‌کننده وضع کرده است. در کنوانسیون بروکسل ۱۹۶۸ ضوابطی در

جهت حمایت از مصرف‌کننده در خصوص تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از قراردادهای اعتباری و فروش اقساطی پیش‌بینی شده است؛ با این توضیح که به استناد ماده ۱۴ کنوانسیون مذکور، خریدار یا وام‌گیرنده در اختلاف‌های ناشی از قرارداد با فروشنده یا وام‌دهنده می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود اقامه دعوا کند. البته توجه به تصمیم‌های دیوان دادگستری اروپا در برخی پرونده‌ها^۱ منجر به اصلاحات متعددی در کنوانسیون شد. به‌طور مثال در اصلاحات کنوانسیون در ۱۹۷۸ در بند ۳ ماده ۱۳ کنوانسیون، علاوه بر قراردادهای فروش اعتباری و وام اقساطی، مصرف‌کنندگان در سایر قراردادهای فروش کالا و خدمات نیز از این قاعده حمایتی یعنی امکان اقامه دعوا در محل اقامت خود برخوردار شدند (Tang, 2015: 223-224; Bonomi, 2015: 6). متعاقباً، در سال ۲۰۰۱ کنوانسیون بروکسل جای خود را به مقررات بروکسل یک راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای احکام داد که از مارس ۲۰۰۲ در همه کشورهای عضو اتحادیه لازم‌الاجرا شد. قاعده حمایتی (امکان اقامه دعوا در محل اقامت مصرف‌کننده) در بند ۳ ماده ۱۵ مقررات بروکسل یک ۲۰۰۱ تکرار شد. در آخرین اصلاحات در ۱۲ دسامبر ۲۰۱۲ پارلمان و شورای اتحادیه اروپا با الغای مقررات بروکسل یک، مقررات بروکسل یک جدید راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری را تصویب کرد که از ۱۰ ژانویه ۲۰۱۵ لازم‌الاجرا شده است و در حال حاضر مبنای اصلی تعیین صلاحیت قضایی در اتحادیه اروپا است (Hess, 2022: 1-5). شایان‌ذکر است که مقررات بروکسل یک جدید در خصوص تعیین دادگاه صالح صرفاً در رابطه با دعاوی حقوقی آغاز شده، اسناد معتبری که به‌طور رسمی تنظیم یا ثبت شده‌اند و سازشی که در دادگاه در تاریخ ۱۰ ژانویه ۲۰۱۵ یا پس‌از آن تأیید یا منعقد شده‌اند، اعمال می‌شود؛ بنابراین نسبت به اختلاف‌هایی که قبل از تاریخ فوق، اقامه شده و در جریان رسیدگی است مقررات بروکسل یک ۲۰۰۱ اعمال می‌شود (Heinze & Steinrotter, 2017:3).

بررسی مقررات بروکسل یک جدید نشان می‌دهد که گرچه ضوابط آن بر هر نوع قرارداد تاجر با مصرف‌کننده (اعم از الکترونیکی و غیر الکترونیکی) حاکم است اما وضع ضوابط در این مقررات با نگاهی به توسعه تجارت الکترونیکی صورت گرفته است. توضیح این‌که با

1. Case 150/77 Bertrand v Ott [1978] ECR 1431, para 21.

توجه به افزایش مبادلات الکترونیکی، حوزه صلاحیت دادگاه‌های کشورهای اتحادیه در این مقررات به تاجر مقیم در کشور ثالث کشیده شده است. این مسئله در مقررات قبلی سابقه نداشته است. موضع نظام حقوقی اتحادیه اروپا در خصوص تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده در مواد ۴، ۱۷ و ۱۸ مقررات بروکسل یک جدید متمرکز است. در حقوق ایران برخی قوانین در باب حمایت از مصرف کننده وضع شده است. قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو ۱۳۸۶ و قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ۱۳۸۸ از جمله مقررات مزبور است. باین حال، در هیچ یک از مقررات یادشده در خصوص صلاحیت بین المللی دادگاه‌های ایران در دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده، مقرره‌ای وضع نشده است. باین حال برخی (Mafi, Mohammadi & Kaviar, 2011: 181) بیان داشته‌اند: از ماده ۴۴ قانون تجارت الکترونیکی می‌توان فهمید دادگاه‌ها در تعیین صلاحیت برای رسیدگی به این گونه دعاوی باید از قواعد عام صلاحیت دادگاه‌ها در ایران پیروی کنند. باین حال، در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، قواعدی برای تعیین صلاحیت بین المللی دادگاه‌های ایرانی پیش‌بینی نشده است و از این رو قاضی ایرانی باید به قواعد صلاحیت داخلی دادگاه‌های ایران متوسل شود (Kabry, Ansari & Khodabakhshi, 2021: 136). در حال حاضر در حقوق ایران، مواد ۱۱، ۱۳ و ۲۳ ق.آ.د.م، معیارهایی برای تعیین دادگاه صالح در هرگونه اختلاف ناشی از یک قرارداد ارائه می‌دهند که در موضوع بحث این نوشتار نیز مورد استفاده است. با این توضیحات در ادامه معیارهای ارائه شده در این دو نظام حقوقی به صورت مجزا بررسی می‌شوند.

۲-۱. محل اقامت خوانده

بند ۱ ماده ۴ مقررات بروکسل یک جدید (همانند بند ۱ ماده ۲ مقررات بروکسل یک) مقرر می‌دارد: «در خصوص اشخاص مقیم در یک کشور عضو اتحادیه، بدون لحاظ تابعیت آن‌ها، باید در دادگاه همان کشور عضو، اقامه دعوا شود»^۱. این ماده دو هدف را دنبال می‌کند: از یک- سو، قلمرو سرزمینی صلاحیت قضایی مقررات بروکسل یک جدید را تبیین کرده و از سوی

1. Art 4(1): "Subject to this Regulation, persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State".

دیگر، قاعده عمومی در خصوص صلاحیت قضایی تعیین کرده است. در توجیه وضع چنین قاعده‌ای بیان شده که خوانده در دادگاه محل اقامت خود بهتر، آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر از دعوا دفاع می‌کند. ماده ۴، دو اصل «قطعیت حقوقی» و «انصاف قضایی» را به عنوان اهداف اصلی مقررات بروکسل یک جدید مدنظر قرار داده است (Mariottini, 2022: 61). به موجب بند ۱ ماده ۴ مزبور، اقامت در کشور عضو به معنای ارتباط میان دعوا و قلمرو سرزمینی آن کشور عضو محسوب می‌شود.

قانون‌گذار ایران نیز چنین معیاری را می‌پذیرد. محل اقامت خوانده یکی از معیارهای مهم در تعیین دادگاه صالح در حقوق ایران است. طبق ماده ۱۱ ق.آ.د.م اصل بر صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده است. به عقیده برخی (Shams, 2005: 404) عامل ارتباطی اقامت خوانده، با برخی اصول عملیه (مانند اصل برائت) و اماره دلالت ظاهر بر واقع، تطابق دارد. شخصی که خلاف اصل برائت ادعایی دارد باید آن را در دادگاهی که برای طرف مقابل، دارای کمترین هزینه و زحمت است، اثبات کند. همچنین همان‌گونه که برخی (Mafi & Hosseini, 2017: 300) بیان داشته‌اند معمولاً اموال خوانده، در محل اقامت وی موجود است و چنانچه رأی از دادگاه محل اقامت خوانده صادر شود و وی محکوم‌علیه دعوا شود، شناسایی اموال وی و اجرای حکم نیز آسان‌تر و سریع‌تر خواهد بود. در دعاوی میان مصرف‌کننده با تاجر در صورتی که مصرف‌کننده خارجی و تاجر ایرانی باشد باید به قاعده اصلی (محل اقامت خوانده) مطابق صدر ماده ۱۱ ق.آ.د.م متوسل شد اما در موردی که مصرف‌کننده ایرانی به عنوان خواهان، قصد اقامه دعوا علیه تاجر خارجی در محاکم ایران داشته باشد، نمی‌توان به این قاعده تمسک جست؛ بنابراین لازم است سایر ضوابط در خصوص تعیین دادگاه صالح در اختلافات ناشی از قراردادهای یادشده مورد واکاوی قرار گیرد.

۲-۲. محل انعقاد قرارداد

معیار محل انعقاد قرارداد در تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده مورد توجه قانون‌گذار اروپایی قرار نگرفته است. باین حال، در حقوق ایران، ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادهای ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه

آن واقع شده است...»؛ بنابراین طبق این ماده برای مثال چنانچه مصرف کننده مقیم ایران در یک قرارداد الکترونیکی مال منقولی را از فروشنده خارجی خریداری کند، اگر دادگاه ایرانی محل انعقاد چنین قراردادی را ایران بداند، دادگاه ایرانی به عنوان دادگاه محل وقوع عقد صلاحیت رسیدگی به دعوا خواهد داشت. البته شایان توجه است همان طور که برخی (Nahreini, 2017: 425; Shams, 2005: 222) بیان کرده اند توسل به معیار محل وقوع عقد در ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مانع از اعمال صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده (موضوع ماده ۱۱) نیست. ذکر کلمه «می تواند» در ماده ۱۳ مزبور و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۹ به تاریخ ۱۳۵۹/۳/۲۸ در مورد ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که استدلال مندرج در آن در مورد ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ نیز قابل استفاده است، مؤید چنین دیدگاهی است؛ بنابراین می توان گفت در دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده، خواهان (مصرف کننده) علاوه بر امکان رجوع به دادگاه محل اقامت خوانده، می تواند به دادگاه محل اجرای تعهد یا دادگاه محل انعقاد عقد نیز رجوع کند.

در هر حال باید توجه داشت که استفاده از معیار محل انعقاد عقد برای تعیین دادگاه صالح در اختلاف های ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده چندان آسان نیست، زیرا در قوانین ایران در خصوص زمان و مکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی ضوابط خاصی پیش بینی نشده است. در فقدان چنین ضوابطی، ناچار باید به سراغ دکترین حقوقی پیرامون زمان انعقاد عقد بین غایبان رجوع کرد تا پس از تعیین زمان انعقاد، به تبع آن مکان انعقاد عقد هم مشخص شود. باین حال در خصوص زمان انعقاد عقد در عقد بین غایبان اتفاق نظری میان حقوقدانان ایرانی وجود ندارد. نظریه های «صدور قبول»، «ارسال قبول»، «دریافت قبول» و «اطلاع از قبول» طرفدارانی در حقوق ایران دارد و طبیعی است که این اختلاف در زمان انعقاد، در تعیین مکان انعقاد عقد نیز مؤثر است.^۱ شاید به دلیل همین اختلاف ها، قانون گذار ایرانی در قانون تجارت الکترونیکی متعرض مسئله زمان و مکان انعقاد قرارداد الکترونیکی نشده و موضوع را مسکوت گذاشته است. همچنین ممکن است بی اعتنائی حقوق اتحادیه اروپا به محل انعقاد عقد در

۱. برای مطالعه بیشتر و نقد و بررسی دیدگاه های مزبور ر.ک: (Shiravi, 2017: 79-83).

تعیین دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده، ناشی از توجه به چالش‌هایی بوده که در تعیین زمان و مکان انعقاد این‌گونه قراردادها وجود دارد.

۲-۳. محل اجرای تعهد

محل اجرای تعهد یکی از ضوابط تعیین صلاحیت دادگاه‌ها در حقوق اتحادیه اروپاست. صدر ماده ۷ مقررات بروکسل یک جدید مقرر می‌دارد که علیه خوانده مقیم یکی از کشورهای عضو اتحادیه می‌توان در دادگاه‌های کشور دیگر عضو اتحادیه که محل اجرای تعهدات قراردادی است اقامه دعوا کرد. در ادامه در بند الف پاراگراف یک ماده ۷، دادگاه محل اجرای تعهد را نیز دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از تعهدات قراردادی می‌داند. بند ب پاراگراف یک همین ماده مقرر می‌دارد که -جز در مواردی که طرفین توافق دیگری کرده باشند- در قراردادهای فروش کالا، محل اجرای تعهد محلی است که مطابق قرارداد، کالا تحویل داده‌شده یا باید تحویل داده می‌شد و در مورد قراردادهای ارائه خدمات، محلی اجرای تعهد محلی است که طبق قرارداد، خدمات ارائه شده یا باید ارائه می‌شد.

البته دو نکته راجع به بند الف و ب پاراگراف مزبور قابل توجه است: نکته اول اینکه اعمال این بند نافی صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده (مندرج در ماده ۴ مقررات بروکسل یک جدید) نیست. بلکه قانون‌گذار اروپایی در کنار صلاحیت عام دادگاه محل اقامت خوانده، به‌منظور تسهیل دادرسی دادگاه محل اجرای تعهد را هم برای اقامه دعوا صالح دانسته است. نکته دوم و مهم‌تر این است که بخش‌های ۳، ۴ و ۵ فصل دوم مقررات بروکسل یک جدید که حاوی ضوابط خاصی برای تعیین دادگاه صالح در رسیدگی به دعاوی مرتبط با قراردادهای بیمه، کار و مصرف‌کننده می‌باشند از شمول پاراگراف ۱ ماده ۷ مقررات خارج اند (Lehmann, 2015: 132, 146)؛ بنابراین می‌توان گفت ضابطه «محل اجرای تعهد» در تعیین دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده قابل اعمال نیست.

در حقوق ایران توجه به ضابطه «محل اجرای تعهد» در تعیین دادگاه صالح در مواد ۱۳ و ۲۳ قانون آ.د.م ایران^۱ مشاهده می شود. برخی نویسندگان ایرانی (Habibzadeh, 2017: 284) با توجه به مواد مزبور معتقدند که چنانچه مصرف کننده مقیم ایران، با مشاهده یک وبسایت مانند آمازون، کتابی را سفارش دهد، توجه به مکان فیزیکی تحویل کتاب برای تعیین صلاحیت قضایی بین المللی راهگشاست. اگرچه در این فرض، قرارداد به صورت الکترونیکی منعقد شده است اما مصرف کننده می تواند با ذکر آدرس پستی خود برای دریافت کالا، محل اجرای تعهد تاجر را تعیین کند. با پذیرش این دیدگاه، چنانچه کتاب تحویلی با مشخصات ذکر شده در وبسایت تطابق نداشته باشد مصرف کننده می تواند با استناد به مواد ۱۳ یا ۲۳ ق.آ.د.م ایران، در دادگاه محل اجرای تعهد تاجر که محل اقامت خود مصرف کننده است، اقامه دعوا کند.

تحلیل فوق مربوط به کالایی است که به طور فیزیکی تحویل مصرف کننده می شود اما در مواردی که موضوع قرارداد، ناملموس است مانند نرم افزار رایانه ای که به صورت الکترونیکی مورد معامله واقع می شود نحوه تسلیم آن، در تعیین محل اجرای تعهد شایان توجه است. در فرضی که نرم افزار یا بازی رایانه ای در یک حامل فیزیکی مانند لوح فشرده قرار گرفته است تحویل آن با کالاهای فیزیکی تفاوتی نمی کند و دادگاه محل تحویل لوح فشرده حاوی بازی یا نرم افزار رایانه ای، صالح به رسیدگی است؛ اما جایی که کالای دیجیتالی مثلاً یک کتاب از طریق در اختیار قرار دادن لینک در سایت و دانلود فایل توسط خریدار در اختیار وی قرار می گیرد، تعیین محل اجرای تعهد دشوار است. قانون مدنی و قانون تجارت الکترونیکی ایران در این خصوص ساکت اند. در اینجا چند نظریه وجود دارد:

۱. ماده ۱۳: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد، خواهان می تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می بایست در آنجا انجام شود». ماده ۲۳: «دعای ناشی از تعهدات شرکت در مقابل اشخاص خارج از شرکت، در محلی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلی که کالا باید در آنجا تسلیم گردد یا جایی که پول باید پرداخت شود اقامه می شود. اگر شرکت دارای شعب متعدد در جاهای مختلف باشد دعوی ناشی از تعهدات هر شعبه یا اشخاص خارج باید در دادگاه محلی که شعبه طرف معامله در آن واقع است اقامه شود، مگر آن که شعبه یاد شده برچیده شده باشد که در این صورت نیز دعاوی در مرکز اصلی شرکت اقامه خواهد شد».

در نظریه نخست، دادگاه صالح یا دادگاه محل استقرار سیستم رایانه‌ای خریدار یا محل سروری است که وبسایت تاجر، کالاهای دیجیتالی را در آن بارگذاری کرده و مصرف‌کننده آن را از این مکان دانلود می‌کند. در این فرض از آنجاکه ممکن است خریدار در زمان مسافرت به یک کشور ثالث کالا را خریداری کرده یا سرور وبسایت تاجر در کشور ثالثی باشد این امر می‌تواند منجر به صلاحیت دادگاه یک کشور ثالث برای رسیدگی به دعوا شود.

در نظریه‌ای دیگر، می‌توان محل دریافت کالای دیجیتال را به عنوان محل تحویل در نظر گرفت. مطابق این نظر، دانلود کالای دیجیتال توسط مصرف‌کننده همان عملکردی را انجام می‌دهد که یک سیستم پستی سریع، کالا را از تاجر به مصرف‌کننده تحویل می‌دهد (Habibzadeh, 2017: 285-287). در هر حال باید توجه داشت که مصرف‌کننده آدرس پستی معینی دارد در حالی که در زمان دانلود کالا، مصرف‌کننده آدرس مشخصی ندارد و در هر مکانی می‌تواند کالا را تحویل گیرد. این امر می‌تواند منجر به عدم اطمینان طرفین قرارداد در تعیین دادگاه صالح به رسیدگی به دعوا باشد.

در نظریه سوم، «کالای دیجیتالی را می‌توان مانند مجموعه‌ای از داده‌پیام در نظر گرفت و محل اجرای تعهد را محلی دانست که اطلاعات در آنجا دریافت می‌شود». با این توضیح که «در این مکان است که مصرف‌کننده می‌تواند از کالا بهره‌مند شود و می‌توان گفت کالا به وی تسلیم شده است. کالاهای دیجیتالی مجموعه‌ای از داده‌پیام‌ها هستند و لذا چنانچه مقدار اندکی از داده-پیام‌ها تحویل نشود، کالا قابل استفاده نیست و می‌توان گفت کالا تحویل داده نشده است. این تحلیل با ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران که محل تجارت یا کار مخاطب، محل دریافت داده پیام در نظر گرفته شده است هماهنگ است» (Habibzadeh, 2017: 287-288).

دیدگاه دیگر این است که در قرارداد الکترونیکی میان تاجر و مصرف‌کننده، تسلیم دربردارنده اقدام‌هایی است که به‌طور معمول از جانب تاجر شروع شده و در محل استقرار مصرف‌کننده خاتمه می‌یابد و به‌طور مفروض محل استقرار مصرف‌کننده محل اقامت یا محل سکونت دائمی وی است (Habibzadeh, 2017: 289; Habibzadeh, 2011: 225-226).

در هر حال هیچ‌یک از نظرات یادشده، جهت تعیین دادگاه صالح اطمینان‌بخش نیست و به نظر می‌رسد دخالت قانون‌گذار در این زمینه بایسته است.

۲-۴. محل اقامت خواهان

به موجب بند ۱ ماده ۶ مقررات بروکسل یک جدید، ماده ۱۸ این مقررات، یکی از استثنائات قاعده کلی صلاحیت محل اقامت خوانده محسوب می شود (Lazic & Stuij, 2015:57). مطابق ماده ۱۸ مصرف کننده می تواند در چارچوب ماده ۱۷، در محل اقامت خود علیه تاجر اقامه دعوا کند.^۱ ماده ۱۷ مقرر می دارد:

«۱- در مسائل مرتبط با قرارداد منعقدۀ توسط یک شخص، مصرف کننده که با هدفی خارج از تجارت و حرفه وی منعقد می شود صلاحیت، بدون صدمه به ماده ۶ و پاراگراف ۵ ماده ۷، باید بر اساس ضوابط این بخش تعیین شود اگر:

الف) قراردادی برای فروش کالا با شرایط اعتبار اقساطی منعقد شود؛

ب) قرارداد برای وام قابل بازپرداخت با اقساط یا هر نوع دیگری از اعتبار برای تأمین مالی فروش کالا منعقد شود یا

ج) در تمامی قراردادهای دیگر، چنانچه قرارداد با شخصی منعقد شود که فعالیت های تجاری یا حرفه ای اش را در کشور عضو محل اقامت مصرف کننده دنبال می کند یا به هر طریقی چنین فعالیت هایی را به آن کشور عضو یا چندین کشور از جمله آن کشور عضو، هدایت می کند و قرارداد در حوزه این فعالیت ها قرار می گیرد.

۲- در موردی که مصرف کننده با طرفی که در یکی از کشورهای عضو مقیم نیست اما شعبه، نمایندگی یا مؤسسه دیگری در یکی از کشورهای عضو دارد قرارداد منعقد کند، آن طرف [تاجر] باید در اختلافات ناشی از فعالیت شعبه، نمایندگی یا مؤسسه، مقیم آن کشور عضو محسوب شود.

۳- ضوابط این بخش نباید در مورد قرارداد حمل و نقل اعمال شود، جز در موردی قراردادی که در ازای مبلغی، ترکیبی از سفر و اسکان را فراهم می کند».

۱. فقدان قدرت چانه زنی، هزینه دادرسی بالا، خطر طرح دعوا در محلی به غیر از محل اقامت مصرف کننده، دانش حقوقی محدود وی و محدودیت در دسترسی به مشاوره حقوقی از جمله عواملی است که وضع چنین استثنایی را توجیه می کند (Law, 2022:244).

ماده ۱۸ در خصوص دادگاه صالح در رابطه با قراردادهای مذکور در ماده ۱۷، مقرر می‌دارد: «۱- مصرف‌کننده می‌تواند علیه طرف دیگر قرارداد در دادگاه‌های کشور عضوی که آن طرف [خوانده]، در آن اقامت دارد یا بدون توجه به اقامتگاه طرف مقابل، در دادگاه‌های محلی که مصرف‌کننده در آن اقامت دارد، دعوا اقامه کند...». به عقیده برخی نویسندگان (Mafi, Mohammadi & Kaviar, 2011: 171-172) چنین ضابطه‌ای در تشویق مصرف‌کنندگان برای انعقاد قراردادهای الکترونیکی و رشد تجارت الکترونیکی مؤثر است.

با توجه به مقررات فوق و تمرکز بر دو معیار «دنبال کردن...» یا «هدایت...» فعالیت تاجر به محل اقامت مصرف‌کننده، در حالتی که مصرف‌کننده پس از انعقاد قرارداد، بخواهد دعوی علیه تاجر اقامه کند در خصوص دادگاه صالح به رسیدگی سه حالت متصور است: (الف) مصرف‌کننده و تاجر هر دو مقیم اتحادیه اروپا هستند. (ب) مصرف‌کننده مقیم اتحادیه و تاجر مقیم کشور ثالث (کشور غیر عضو اتحادیه) است و (ج) مصرف‌کننده مقیم کشور ثالث (کشور غیر عضو اتحادیه) و تاجر مقیم اتحادیه است. در ادامه سه حالت مزبور بررسی می‌شود:

۱-۴-۲. مصرف‌کننده و تاجر مقیم اتحادیه اروپا

در فرضی که مصرف‌کننده و تاجر هر دو مقیم کشورهای عضو اتحادیه اروپا هستند و تاجر فعالیت‌های تجاری و حرفه‌ای خود را به کشور محل اقامت مصرف‌کننده هدایت کرده و با وی قرارداد منعقد کند، به موجب بند ۱ ماده ۱۸ مقررات بروکسل یک جدید، مصرف‌کننده می‌تواند دعوا را در دادگاه محل اقامت خوانده یا دادگاه محل اقامت خود، اقامه کند.

البته در این حالت دو فرض متصور است:

الف) مصرف‌کننده (خواهان) و تاجر (خوانده) هر دو مقیم کشورهای عضو اتحادیه اروپا هستند.

ب) مصرف‌کننده (خواهان) مقیم یک کشور عضو اتحادیه (مثلاً فرانسه) و تاجر (خوانده) مقیم کشور دیگری از اعضای اتحادیه (مثلاً آلمان) و هم‌چنین دارای شعبه، مؤسسه یا نمایندگی در یکی دیگر از کشورهای عضو اتحادیه اروپا (مثلاً بلژیک) است. در حالت اول، مصرف‌کننده (خواهان) می‌تواند در محل اقامت خود یا تاجر (خوانده) اقامه دعوا کند (Law, 2022: 275). چنانچه تاجری بعد از انعقاد قرارداد با مصرف‌کننده، به کشور دیگری

نقل مکان کند، مصرف کننده در صورت تمایل به اقامه دعوا در محل اقامت تاجر (خوانده)، باید در محل اقامت جدید وی، به طرح دعوا بپردازد. در فرض دوم، مصرف کننده حق انتخاب بیشتری دارد. با این توضیح که مصرف کننده (خواهان) می تواند به استناد بند ۱ ماده ۱۸ و بند ۵ ماده ۷ مقررات بروکسل یک جدید، با در نظر گرفتن محل شعبه، نمایندگی یا مؤسسه تاجر، علاوه بر طرح دعوا در محل اقامت خود یا تاجر، در محل شعبه یا نمایندگی یا مؤسسه ای که اختلاف از عملیات و فعالیت های آن شعبه یا نمایندگی ناشی شده، اقامه دعوا کند (Bonomi, 2015: 215, 231-232). همچنین، اگر تاجر شخص حقوقی باشد اقامتگاه وی بر اساس بند ۱ ماده ۶۳ مقررات اخیرالذکر تعیین می شود: مقر قانونی، اداره مرکزی و محل اصلی فعالیت تجاری؛ بنابراین مصرف کننده می تواند در هریک از مکان های مذکور علیه تاجر اقامه دعوا کند (Mariottini, 2022: 64).

۲-۴-۲. مصرف کننده مقیم اتحادیه اروپا و تاجر مقیم کشور ثالث

فرض دوم، مربوط به وضعیتی است که مصرف کننده (خواهان) مقیم کشور عضو اتحادیه اروپا و تاجر (خوانده) مقیم کشور ثالث است و شعبه، مؤسسه یا نمایندگی در هیچ یک از کشورهای عضو اتحادیه اروپا ندارد. در این حالت یا خواهان می تواند با توسل به قواعد ملی صلاحیت بین المللی یکی از کشورهای عضو، دعوا را در یک کشور عضو اتحادیه اقامه کند. مثلاً در حالتی که مطابق قواعد ملی یکی از کشورهای عضو چنانچه یکی از طرفین دعوا تبعه آن کشور باشد دادگاه های آن کشور صالح به رسیدگی باشد و تاجر نیز تبعه آن کشور باشد، دادگاه کشور مزبور صالح به رسیدگی است؛ اما چنانچه مصرف کننده بخواهد در محل اقامت خود اقامه دعوا کند گرچه به موجب ماده ۱۶ مقررات بروکسل یک ۲۰۰۱، اقامه دعوا توسط مصرف کننده در محل اقامت خود، در صورتی ممکن است که هر دو طرف، مقیم کشورهای عضو اتحادیه اروپا باشند اما بر اساس بند ۱ ماده ۱۸ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲ مصرف کننده -صرف نظر از محل اقامت تاجر- می تواند در دادگاه های کشور محل اقامت خود اقامه دعوا کند. به نظر می رسد هدف از وضع این قاعده، افزایش توانایی دادخواهی مصرف کننده در اقامه دعوا با آیین دادرسی ویژه دادگاه های محل اقامت خودش است. در این فرض، وی با تکیه بر قوانین ملی محل اقامت خود از حمایت بیشتری برخوردار خواهد بود

(Law, 2022:275; Bonomi, 2015:215). همان‌طور که برخی (Law, 2022:275) بیان داشته‌اند مقررات بروکسل یک جدید صرفاً تعیین‌کننده صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های اتحادیه اروپا در رسیدگی به این‌گونه دعاوی است؛ لذا بعد از تعیین صلاحیت بین‌المللی بر اساس مقررات مزبور، باید به قواعد دادرسی ملی کشور موردنظر (اقامتگاه مصرف‌کننده یا تاجر) مراجعه و بر اساس قواعد صلاحیت محلی آن، دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا را تشخیص داد.

۳-۴-۲. مصرف‌کننده مقیم کشور ثالث و تاجر مقیم اتحادیه اروپا

در این فرض، تاجر در یک کشور عضو اتحادیه اروپا مقیم است اما مصرف‌کننده، مقیم کشور ثالث (کشور غیر عضو اتحادیه اروپا) است. امکان اقامه دعوا توسط مصرف‌کننده به‌عنوان خواهان در محل اقامت خودش در بند ۱ ماده ۱۸ مقررات بروکسل یک جدید محدود به موردی است که مصرف‌کننده در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا مقیم باشد؛ بنابراین مصرف‌کننده‌ای که مقیم کشوری از اعضای اتحادیه نیست، مورد حمایت مقررات بروکسل یک جدید نیست. از این‌رو چنین مصرف‌کننده‌ای باید بر اساس ماده ۴ مقررات بروکسل یک جدید ۲۰۱۲ که قاعده اصلی صلاحیت (دادگاه محل اقامت خوانده) را وضع کرده است به‌موجب قواعد ملی صلاحیت دادگاه‌ها در کشور محل اقامت تاجر علیه وی اقامه دعوا کند (Law, 2022: 252).

حال پس از بررسی ضابطه «محل اقامت خواهان» در حقوق اتحادیه اروپا، توجه به ماده ۱۱ قانون آ.د.م ایران در این خصوص شایان توجه است. بر اساس ماده ۱۱ قانون آ.د.م ایران، صلاحیت دادگاه بر اساس موقعیت جغرافیایی خوانده تعیین می‌شود. با این توضیح که موقعیت جغرافیایی خوانده - البته با رعایت اولویت - به اقامتگاه قانونی، محل سکونت و محل اموال غیرمنقول وی ارتباط دارد. باین‌حال آخرین معیار وضع‌شده در ماده ۱۱ قانون مزبور، ارتباطی به موقعیت جغرافیایی خوانده ندارد، بلکه به اقامتگاه خواهان اشاره دارد (Nahreini, 2017: 196-197). قسمت اخیر ماده ۱۱ قاعده حل تعارض در صلاحیت محاکم است (Mohajeri, 2009: 83) که مقرر می‌دارد چنانچه خوانده (تاجر در فرض حاضر) در ایران اقامتگاه، محل سکونت و اموال غیرمنقول نداشته باشد، مصرف‌کننده به‌عنوان خواهان مقیم ایران می‌تواند در دادگاه ایرانی اقامه دعوا کند.

گرچه برخی (Shams, 2005: 410) معتقدند که در خصوص معیار محل اقامت خواهان، قانون‌گذار ایران هماهنگ با مقررات اکثر کشورها در توسعه صلاحیت دادگاه‌های ملی عمل کرده اما تحولات اخیر حقوق اتحادیه اروپا نشان می‌دهد که توسل به این معیار با رعایت برخی شروط امکان‌پذیر است. همچنین همان‌طور که برخی (Shams, 2005: 410; Sadrzadeh Afshar, 2001: 140 & Nasiri, 2017: 340) بیان داشته‌اند توسل به این معیار توسط خواهان ایرانی و صدور حکم از دادگاه ایران در صورتی سودمند خواهد بود که خوانده اموالی در ایران داشته باشد تا امکان اجرای رأی در ایران وجود داشته باشد در غیر این صورت خواهان ایرانی از فرصت امکان طرح دعا در دادگاه ایرانی امتناع خواهد کرد مگر اینکه همان‌طور که برخی (Sadrzadeh Afshar, 2001: 140) بیان داشته‌اند ایران و کشور محل اقامت تاجر موافقت‌نامه‌های همکاری حقوقی و قضایی در زمینه اجرای احکام داشته باشند.

فرجام سخن

بررسی‌ها نشان داد در هر دو نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا برخی ضوابط برای تعیین دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده وجود دارد، البته با این تفاوت که در نظام حقوقی اتحادیه اروپا این ضوابط با لحاظ موقعیت ضعیف مصرف‌کننده و لزوم حمایت از وی، به‌طور خاص پیش‌بینی شده است اما در حقوق ایران به دلیل عدم توجه قانون‌گذار به این مسئله، ضوابط عام صلاحیت دادگاه‌ها در سایر قراردادها در خصوص قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده نیز اعمال می‌شود. امری که می‌تواند نه تنها دادگاه‌های ایرانی را با چالش مواجه کند بلکه مصرف‌کننده را نیز در احقاق حق خود ناکام گذارد. گرچه در هر دو نظام حقوقی، محل اقامت خوانده به‌عنوان یک قاعده عام صلاحیت دادگاه‌ها پذیرفته شده است اما به دلیل عدم تصریح قانون‌گذار ایرانی در خصوص زمان و مکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی، اعمال این ضابطه توسط دادگاه‌های ایرانی با چالش‌هایی روبروست. همچنین در خصوص استفاده از معیار «محل اقامت خواهان» -در فرض نوشتار ما مصرف‌کننده- نیز میان دو نظام حقوقی مشابهت وجود دارد، البته با این توضیح که در خصوص استفاده از این معیار در حقوق اتحادیه اروپا چنانچه تاجری، فعالیت‌های تجاری‌اش

را به محل اقامت مصرف‌کننده اروپایی «هدایت» یا این‌گونه فعالیت‌ها را در آنجا «دنبال» کند، مصرف‌کننده می‌تواند در دعاوی ناشی یا مرتبط با این قراردادها در دادگاه محل اقامت خود علیه تاجر اقامه دعوا کند. این در حالی است که در حقوق ایران چنین محدودیتی برای استفاده از این معیار وجود ندارد. چنین رویکردی می‌تواند تاجر خارجی را که بازار ایران را هدف فعالیت‌های خود قرار نداده‌اند و باین‌وجود در معرض طرح دعاوی مختلف توسط مصرف‌کنندگان ایرانی در دادگاه‌های ایران هستند را ترغیب کند تا در انعقاد قرارداد با این دسته از مصرف‌کنندگان محدودیت ایجاد کنند یا در قراردادهای منعقد، شرط توافق انحصاری صلاحیت به نفع دادگاه‌های محل اقامت خود درج کنند تا مانع رجوع مصرف‌کنندگان ایرانی به دادگاه‌های ایران شوند. هر دو اثر چنین رویکردی به نفع مصرف‌کنندگان مقیم ایران نیست. ضمن اینکه چنانچه تاجر خارجی در ایران اموالی نداشته باشد تا زمینه اجرای حکم صادره فراهم باشد صرف امکان طرح دعوا توسط خواهان (مصرف‌کننده ایرانی) در دادگاه ایرانی علیه تاجر خارجی و حتی صدور رأی به نفع مصرف‌کننده نیز ممکن است برای وی مفید نباشد. در خصوص دو معیار «محل انعقاد قرارداد» و «محل اجرای تعهد» درحالی‌که حقوق اتحادیه اروپا این دو معیار را برای تعیین دادگاه صالح در این‌گونه دعاوی مدنظر قرار نداده است، در حقوق ایران هر دو معیار قابل استفاده است. باین‌حال، توسل به معیار محل انعقاد عقد با توجه به سکوت قوانین ایران در خصوص زمان و مکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و معیار محل انجام تعهد با توجه به ابهامات در خصوص محل انجام تعهد در قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده با موضوع غیر فیزیکی مانند نرم‌افزارها، نیز چالش‌برانگیز است و پیش‌بینی تصمیم دادگاه در خصوص اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت را برای طرفین دعوا دشوار می‌سازد. این امر مغایر با لزوم حمایت از مصرف‌کننده در اقامه دعوا علیه تاجر است.

با توجه به این نکات به نظر می‌رسد دستاورد اصلی این نوشتار برای حقوق ایران، توجیه ضرورت وضع ضوابطی ویژه در خصوص تعیین دادگاه صالح در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده است، به‌گونه‌ای که با توجه به خصیصه الکترونیکی بودن این قراردادها، با وضع ضوابط روشن و مناسب و حذف ضوابط مناقشه‌برانگیز مانند محل انجام تعهد، مصرف‌کننده بتواند با سهولت و هزینه کمتر اقامه دعوا کند و با اطمینان بیشتری در خصوص تصمیم دادگاه در اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت پیش‌بینی کند. همچنین بایسته

است چنین ضوابطی منجر به خودداری تاجر خارجی از انعقاد قرارداد الکترونیکی با مصرف‌کننده ایرانی نشود و یا آن‌ها را به درج شرط صلاحیت انحصاری به نفع دادگاه‌های خودشان در قراردادهای منعقدۀ با مصرف‌کنندگان ایرانی سوق ندهد. بهره‌گیری از ضوابط مندرج در مقررات بروکسل یک جدید اتحادیه اروپا به‌عنوان الگو می‌تواند راهکار مناسبی برای وضع ضوابطی مناسب در حقوق ایران باشد.

References

- Abdolahi, M. & Sayyed Ahmadi Sajadi, S.A.A. (2014). A Comparative Study of Consumer Protection in Electronic Funds Transactions, *Encyclopedia of Economic Law journal*, 21(5), 122-141. Doi: 10.22067/le.v21i5.48146 [In Persian]
- Bakhtiarvand, M. (2011). Determining the Competent Court in Consumer's International E-contracts, *Law Quarterly, Law and Political Science Faculty Journal*, 40(3), 77-95. [In Persian]
- Bonomi, A. (2015). Jurisdiction Over Consumer Contracts, in: *The Brussels I Regulation Recast*, Dickinson, A; Lein, E. & James, A, Oxford: Oxford University Press.
- Chen, Z. (2023). The Classification of Dual Purpose Contract in European Private International, *European Review of Private Law*, 31(5), 909-932 . Doi: 10.54648/erpl2023044
- Fizi Chakab, Gh & Asadi, Taghi (2015). The Concept of the Rights of Consumers and Suppliers of Goods and Services in Iranian and European Regulations, *Civil Law Knowledge*, 4(1), 68-78. DOR:20.1001.1.23221712.1394.4.1.6.9 [In Persian]
- Ghaffari Farsani, B. (2010). *Consumer and His Fundamental Rights (A Perspective on Consumers' Rights Protection Act)*, Tehran: Institute for Trade Studies and Research. [In Persian].
- Habibzadeh, T. (2017). Developing Internet Jurisdiction in B2B and B2C Contracts: Focusing on Iranian Legal System with Comparative Study of American, English and EU Laws, *Arab Law Quarterly*, 31(3), 276-304. Doi: 10.1163/15730255-12313034.
- Habibzadeh, T. (2011). IT Law Competent Court and Applicable Law in E-Contracts (Comparative Study), Vol.3, Tehran: Islamic Parliament Research Center. [In Persian]
- Heinze, Ch. & Steinrotter, B. (2017). The Revised Lis Pendens Rules in the Brussels Ibis Regulation, in: *Brussels Ibis Regulation Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Lazic, V & Stuij.S, The Hague: Asser press.

- Hess. B. (2022). Introduction” in: *Brussels I Bis a Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Isidro, M.R, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Hornle, J. (2009). *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, New York: Cambridge University Press.
- Kabry, M.M.; Ansari, A. & Khodabakhshi, A. (2021). Jurisdiction to Related Actions in Private International Disputes; A Comparative Study between Iranian and Egyptian law, *Comparative Law Researches*, 25(2), 135-159. DOR:20.1001.1.22516751.1400.25.2.3.0 [In Persian]
- Law. S. (2022). “Article 17” in: *Brussels I Bis a Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Isidro, M.R, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Lazic,V & Stuij, S. (2017). *Brussels Ibis Regulation Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, The Hague: T.M.C. Asser Press.
- Lehmann, M. (2015). Special Jurisdiction, in *The Brussels I Regulation Recast*, Dickinson, A & Lein, E, Oxford: Oxford University Press.
- Lutzi, T. (2018). What’s a consumer?’ (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, EU:C:2018:37, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(3), pp 374–381. Doi.org/10.1177/1023263X18783.
- Mafi, H. & Asadian, S. (2016). The Competent Court in Cases Resulting from Commercial Electronic Contracts in American and European Legal Systems, *Comparative Law Review*, 7(1), 323-345. Doi: 10.22059/jcl.2016.58614 [In Persian]
- Mafi, H. & Hosseini Moghaddam, S.H. (2017). Competent Court for the Settlement of Disputes Arising from Contractual Obligations in the Iranian and the European Law, *Comparative Law Review*, 8(1), 297-322. Doi:10.22059/jcl.2017.62538 [In Persian]
- Mafi, H.; Mohammadi, S. & Kaviar, H. (2011). Competent Court for Hearing the Lawsuits Resulting from Electronic Contracts, *The Judiciarys Law Journal*, 75(74), 161-190. Doi:10.22106/jlj.2011.11087 [In Persian]
- Mariottini. C.M. (2022), Article 4 in: *Brussels I Bis a Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Isidro, M.R, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Mohajeri. A. (2009), *MABSOOT Procedure Civil*, Tehran: Fekrsazan. [In Persian].
- Nahreini, F. (2017), *Civil Procedure*, Vol.1, Tehran: Ganjedanesh. [In Persian].

- Nasiri, M. (2017), *Conflict of Laws in Transnational Business*, Tehran: Jangal. [In Persian].
- Sadrzadeh Afshar, S.M. (2001), *Commercial and Civil Procedure*, Theran: Jahade Daneshgahi. [In Persian].
- Schmon, Ch. (2020). *The Interconnection of the EU Regulations Brussels I Recast and Rome I Jurisdiction and Law*, The Hague: Asser Press.
- Shams, A. (2005). *Civil Procedure*, Vol.1, Tehran: Derak. [In Persian].
- Shiravi, A. (2017). *Contract Law, Conclusion, Effects and Termination*, Tehran: Samt. [In Persian].
- Taherzadeh-Kakli, S. M. A. (2008). Consumer's Right of Withdrawal in the Sale of Goods and Services, Master Thesis, Supervisor: Sattar Zarkalam, Allameh Tabatabayi University. [In Persian].
- Tang Zh. S. (2015). *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Second edition, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Wilderspin, M. (2016). "Article 6: consumer contracts" in: *Rome I Regulation - commentary*. Magnus U, Mankowski P (eds), Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Youzbashi, S.A.; Molaei, Y. & Abbasi, A. (2019). The Comparative Study of Protection from Subsequent Consumer in Iranian and Turkish Law, *Contemporary Comparative Legal Studies*, 11(21), 299-325. Doi:10.22034/law.2020.12639. [In Persian]

Cases

- Case 150/77 Bertrand v Ott [1978] ECR 1431, para 21.
- Case Benincasa v Dentalkit Srl (n 50) para 16
- Case C-269/95 Benincasa v Dentalkit [1997] ECR I-3767.
- Case C-419/11 Ceska Sporitelna, AS v Feichter [2013] ILPr 22.
- Case C-464/01 Gruber v Bay Wa AG [2005] ECR I-439.
- Case OGH, 25 October 2000–8 Nd 502/00.
- Standard Bank London Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis [2000] ILPr 766, 771.

Regulations & Directives

- Convention 78/884/EEC on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the 1968 Brussels Convention and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, [1978] OJ L304/1
- Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Convention), 1968.

Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Lugano Convention). 1988, 2007.

Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (Unfair Terms Directive), 1993.

Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, 1977.

E-commerce Directive, 2000.

Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2001.

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008.

Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), 2012.

Unfair Contract Terms Act, 1977.

US Uniform Commercial Code, 1952.



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2025.52131.5255>



Research Article

Effects of Transaction Costs on Organization Inefficiencies in Developing Contract Self - Performance Path

Shahrzad Haddadi*

Assistant Prof., Department of Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 10/01/2025

Accepted: 13/02/2025

Abstract

Introduction

One of the most significant challenges facing legal systems, with far-reaching economic, social, and cultural consequences, involves the pervasive issue of contractual non-performance. This phenomenon adversely impacts overall business conditions by generating excessive transaction costs for contracting parties and third-party stakeholders alike, ultimately hindering the development processes within both legal and economic systems. Transaction costs consume substantial portions of organizational resources across various institutions, leading to marked reductions in operational efficiency and economic productivity. These costs create systemic barriers that undermine contractual relationships and impede commercial growth.

Methods

This research employs an analytical-descriptive methodology to examine the multifaceted effects of transaction costs on organizational inefficiencies within the framework of contract self-performance. The study comprehensively

Please cite this article as:

Haddadi, Sh. (2025). Effects of Transaction Costs on Organization Inefficiencies in Developing Contract Self - Performance Path. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 89-122.
<https://doi.org/10.22099/jls.2025.52131.5255>

* Corresponding author:

E-mail address: sh_haddadi@sbu.ac.ir

reviews library resources, analyzes World Bank reports, and evaluates the legal capacities established by both the Iranian Constitution and Development Plan Acts. Through this multi-dimensional approach, the investigation seeks to identify key institutional factors influencing contractual efficiency.

Results and Discussions

The analysis reveals that among various transaction costs affecting contractual relationships, the most impactful include inflation rates, communication expenses, the degree of property law protection, and costs associated with information gathering and regulatory compliance. These transaction costs exert diverse influences on organizational functionality and contract performance, with varying degrees of impact depending on their specific interaction dynamics within different institutional contexts.

Critical impediments to contract self-performance emerge from several systemic deficiencies: limited contractual protections through available remedies, inefficient judicial processes for contract enforcement, and inadequate safeguards for property rights. These structural weaknesses impose substantial transaction costs on obligees, often making recourse to judicial or arbitration procedures prohibitively expensive and thereby undermining potential compromise solutions. The protracted and complex nature of legal proceedings frequently incentivizes defaulting parties to strategically increase the obligee's costs, coercing them into accepting economically disadvantageous settlements.

Furthermore, deficiencies in property law systems that fail to adequately protect citizens' assets or complicate ownership registration processes create significant information transparency barriers. These institutional shortcomings substantially elevate transaction costs related to information accessibility, further impairing contract self-performance capabilities. Consequently, transaction costs represent a pivotal legal and economic issue with profound implications for contractual relationships and broader development processes.

Conclusions

The Iranian Constitution, as the foundational legal framework, establishes essential institutional prerequisites for effective contract self-performance through various constitutional provisions. Principle 22 explicitly safeguards citizens' property rights, while Principle 34 guarantees access to justice, and Principle 40 prohibits the abusive exercise of rights. These constitutional mandates provide critical legal underpinnings for contractual relations.

Complementing these constitutional protections, Development Plan Acts serve as vital formal institutions that systematically reduce transaction costs and enhance contract self-performance efficiency. These legislative instruments incorporate specific provisions designed to improve business development indicators and facilitate contractual compliance. Together, these legal frameworks create an interconnected system that addresses the multifaceted challenges of transaction costs while promoting more efficient contractual relationships.

Keywords: Organization, Transaction Cost, The Constitution, Development Plan Acts, Contract Self-Performance.



تأثیر هزینه مبادله بر ناکارآمدی سازمان‌ها در مسیر توسعه نظام خوداجرای قراردادها شهرزاد حدادی*

استادیار، گروه حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۲۱

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: یکی از دشواری‌های نظام‌های حقوقی که دارای آثار اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی متعددی است و بر وضعیت کلی کسب‌وکار تأثیر می‌گذارد، خوداجرا شدن قراردادها است که تحت تأثیر هزینه‌های گزاف مبادله وارده به طرفین درگیر در رابطه قراردادی و اشخاص ثالث مرتبط با آن، نظام‌های حقوقی و اقتصادی را از فرآیندهای توسعه‌ای دور می‌سازند. هزینه‌های مبادله بخش مهمی از منابع سازمان‌های مجری نهادهای مختلف را به خود اختصاص می‌دهند و از این طریق سبب کاهش کارایی می‌شوند.

روش‌ها: این تحقیق با روش تحلیلی و توصیفی به بررسی تأثیر هزینه مبادله بر ناکارآمدی سازمان‌ها در مسیر توسعه نظام خوداجرای قراردادها می‌پردازد و برای این منظور ضمن مطالعه منابع کتابخانه‌ای، نتایج گزارش‌های بانک جهانی را به همراه ظرفیت‌های قانون اساسی و قوانین برنامه توسعه مطالعه می‌کند.

یافته‌ها: ازجمله اقلام هزینه مبادله تأثیرگذار در مسیر توسعه نظام خوداجرای قراردادها، نرخ تورم، هزینه‌های ارتباطات، اندازه حمایت از حقوق مالکیت و هزینه‌های ناشی از جمع‌آوری اطلاعات و ملزومات است. در عین حال هزینه مبادله در سطوح مختلفی بر کارکرد سازمان‌ها و اجرای

استناد به این مقاله:

حدادی، شهرزاد (۱۴۰۴). تأثیر هزینه مبادله بر ناکارآمدی سازمان‌ها در مسیر توسعه نظام خوداجرای قراردادها.

۱۷. (۱). ۱۲۲-۸۹

قراردادها تأثیر می‌گذارند که متناسب با سطح تعامل میزان آن‌ها می‌تواند متفاوت باشد. میزان حمایت‌کنندگی محدود از قرارداد توسط ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی و نیز روندهای رسیدگی شکلی نه‌چندان کارآمد برای اجرای اجباری قراردادها در کنار حقوق مالکیت غیرتضمین‌کننده، همگی از موانع توسعه نظام خوداجرای قراردادها محسوب می‌شود. اگر ساختارهای اجرای قهری قرارداد کارآمد نباشند و با تحمیل هزینه‌های گوناگون مبادله به ذی‌نفع قرارداد، تمسک به سازوکارهای قضایی یا داوری را پرهزینه کنند، انگیزه‌های لازم برای نقض تعهدات قراردادی را برای متعهده فراهم می‌کنند و گاهی اوقات بر روند صلح و سازش نیز تأثیر می‌گذارند، زیرا متعهد با مشاهده فرآیندهای رسیدگی طولانی و پر پیچ‌وخم، ترجیح می‌دهد با افزایش هزینه‌های متعهده، وی را به توافقی به‌صرفه‌تر قانع سازد. همچنین اگر نظام حقوق مالکیت نتواند از اموال و دارایی‌های شهروندان حفاظت کند یا آنکه با دشوار کردن قانونی شدن و ثبت مالکیت آن‌ها بر اموال و دارایی‌های مشروعشان، مانع شفافیت اطلاعاتی شود، هزینه مبادله دسترسی به اطلاعات را افزایش داده و مجدداً بر خوداجراشدن قرارداد تأثیر می‌گذارد. به همین علت است که مسئله هزینه مبادله در توسعه یک امر حقوقی دارای ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مختلف، اهمیت می‌یابد. خاصه آنکه مجری نهادهای رسمی یعنی قوانین و مقررات نیز، همانا سازمان‌هایی هستند که به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم در مسیر اجرای قراردادها نقش‌آفرین هستند. لذا یکی از الزام‌های بهبود کارکردهای سازمان‌ها، کاهش هزینه‌های مبادله است که به ارتقای وضعیت کارایی آن‌ها نیز منتهی می‌شود و از این طریق بر توسعه نظام خوداجرای قراردادها تأثیر می‌گذارد. در نتیجه قرارداد، به‌عنوان حلقه‌ای از زنجیره فعالیت‌های اقتصادی، می‌تواند با کارکرد کارآمد خود، وضعیت اقتصادی را بهبود بخشد. درعین حال، گاه سازمان‌ها نیز خود موجد هزینه‌های مبادله هستند و به شیوه‌های مختلف در مسیر خوداجراشدن قرارداد، موانعی ایجاد می‌کنند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز قوانین برنامه توسعه در کنار اجرای صحیح الزام‌های برآمده از آن‌ها، می‌توانند نقش مهمی در کاهش هزینه‌های مبادله و کارآمدی نظام خوداجرای قراردادها ایفا کنند. مانند اینکه اصل ۲۲ قانون اساسی، مال، حقوق و مسکن اشخاص را مصون از تعرض اعلام کرده است. همچنین اصل ۳۴ همین قانون به دادخواهی و مراجعه به نظام قضایی به‌عنوان یکی از حقوق مسلم هر فرد اشاره کرده است و اصل ۴۰ قانون اساسی نیز صراحتاً اعلام کرده که هیچ‌کس حق ندارد اعمال حق خود را وسیله اضرار به سایرین قرار دهد. حال در پرتو این اصول تبیین‌کننده، قوانین عادی ما نیز لازم است هم‌راستا با آن‌ها، احکامی را بیان کنند که تحقق اهداف اصول متعدد قانون اساسی را عملی کنند. ازجمله مهم‌ترین قوانین عادی در نظام حقوقی ایران که نقش مهمی در توسعه ازجمله توسعه نظام خوداجرای قراردادها دارند، قوانین برنامه توسعه پنج‌ساله هستند.

نتیجه‌گیری: قانون اساسی، به‌عنوان یک نهاد رسمی و قانون مادر، زیرساخت‌های لازم برای توسعه نظام خوداجرای قراردادها را تبیین کرده است. ازجمله در اصول مختلف این قانون، به موضوع‌هایی پرداخته که در این مسیر راهگشا هستند. قوانین برنامه توسعه نیز به‌عنوان یک قانون عادی و نهاد رسمی، نقش مهمی در کاهش هزینه‌های مبادله و متعاقباً توسعه نظام خوداجرای قراردادها دارند و با تبیین مقرراتی که شاخص‌های توسعه کسب‌وکار را ارتقا می‌دهند، به خوداجراشدن قراردادها کمک می‌کنند.

واژگان کلیدی: سازمان‌ها، هزینه مبادله، قانون اساسی، قوانین برنامه توسعه، نظام خوداجرای قراردادها.

سرآغاز

امروزه یکی از دغدغه‌های صاحب‌نظران تعداد قابل توجهی از کشورها، موضوع «توسعه» است. توسعه فرآیندی چندمرحله‌ای و مستمر است که از شرایط و اوضاع و احوال مختلفی تأثیر می‌پذیرد. توسعه ملی نیز از مسیر توسعه و تعادل منطقه‌ای محقق می‌شود (کوزه‌گر کالجی، نوروزی، ۱۴۰۱: ۳۱۲). یکی از مؤلفه‌های مهم سنجش توسعه، وضعیت کسب‌وکار در جوامع گوناگون است. شاخصه‌های متنوعی برای بررسی وضعیت کسب‌وکار در کشورهای مختلف ذکر شده است که یکی از آن‌ها، شاخصه «اجرای قرارداد» است (Word Bank Group, 2024: 79-80). منظور از اجرای قرارداد، توسل اشخاص به سازوکارهای الزام‌کننده جهت الزام متعهد به ایفای تعهدات قراردادی خویش است. فقدان یا ناکارآمدی نظام خوداجرای قراردادها، سبب اتلاف و هدر رفت منابع عظیمی در مسیر اجرای قراردادها می‌شود و به کارایی نظام حقوقی و اقتصادی لطمه می‌زند و با تحمیل هزینه‌های گزاف مبادله بر کارگزاران اقتصادی، آنان را در مسیر دشوار اجرای توافقات قراردادی ناکام می‌سازد. بدین ترتیب قرارداد که رکن مهمی در وضعیت کسب‌وکار و ابزاری جهت برقراری ارتباط با دیگران و رفع نیازهای اشخاص است، از این هدف خود دور می‌شود.

یکی از دستگاه‌های نظری برای مطالعه توسعه نظام خوداجرای قراردادها^۱، نهادگرایی^۲ اقتصادی است که بر این پیش‌فرض مبتنی است که اقدام‌های انسان و نتایج آن‌ها باید در راستای قواعد اقتصادی، اجتماعی و سیاسی تحلیل شود که زندگی اجتماعی وی را پوشش می‌دهند (Marinescu, 2012: 254). نهادگرایی اهمیت تاریخ و روندی را که جوامع از گذشته طی کرده‌اند و ریشه مشکلاتی که با آن‌ها دست‌وپنجه نرم می‌کنند به تصویر می‌کشد. این مکتب اقتصادی نیز در طول تاریخ تحولات مختلفی را تجربه کرده است. نهادگرایی اقتصادی جدید بر مفاهیمی مانند «عقلانیت محدود» و «هزینه مبادله» تأکید می‌کند. در همین راستا،

1. Contract Self – Performance

۲. در این دستگاه نظری، منظور از نهادها، مجموعه‌ای از قواعد بازی، هنجارها، آداب، رسوم و رفتارها هستند که در دو قالب رسمی (مانند قوانین و مقررات) و غیررسمی (آداب، رسوم و ...) تقسیم‌بندی می‌شوند. نهادها سبب ساختار مند شدن انگیزه‌های نهفته در مبادلات بشری می‌شوند (نورث، ۱۳۸۵: ۲۰-۱۹).

فروزی مانند اطلاعات کامل و عقلانیت کامل مورد نقد قرار می‌گیرند و اهمیت عدم قطعیت و مشکلات مرتبط با اطلاعات و هزینه‌های مبادله در رفتار اقتصادی کارگزاران برجسته می‌شود و مانعی در راستای اتخاذ تصمیمات اقتصادی بهینه دانسته می‌شود (Ankarloo, 2002: 12). در این دیدگاه، سازمان‌ها به‌عنوان مجریان نهادهای رسمی (مانند قوانین و مقررات) و غیررسمی (مانند عادات رفتاری و رسوم) عمل می‌کنند. هدف از نگارش این مقاله، پاسخ به این پرسش‌ها است که چگونه هزینه‌های مبادله بر کارکرد کارآمد سازمان‌ها تأثیر می‌گذارند و سازمان‌ها، خود به عاملی در راستای تحمیل هزینه‌های مبادله به طرفین رابطه حقوقی تبدیل می‌شوند؟ علاوه بر این، قانون اساسی و نیز قوانین برنامه توسعه، چه تأثیری بر کاهش هزینه‌های مبادله سازمان‌ها دارند؟ و نهایتاً چرا ساختار نهادی حاکم بر حقوق مالکیت و نیز حقوق قراردادهای، بر خوداجرا شدن قراردادهای مؤثر هستند؟ بدیهی است هنگامی که قرارداد به‌عنوان موجود پویا، نتواند خودبه‌خوداجرا شود و در مسیر تحقق اهداف خود ناتوان باشد، نوبت به توسل به سازوکارهای قهری برای اجرای توافقی‌های قراردادی می‌رسد^۱ و همین مسئله هزینه‌های سنگینی بر سازمان‌ها و نیز نظام اقتصادی در مفهوم اعم تحمیل می‌کند؛ حال آنکه ارتقای کارایی نهادی و سازمانی از طرق مختلف، در حکم پیشگیری از وقوع این رویداد است و به خوداجرا شدن قراردادهای کمک می‌کند. در این راستا قانون اساسی و قوانین برنامه توسعه، به‌عنوان قوانین کلیدی در توسعه نظام خوداجرای قراردادهای به طرق مختلف، می‌توانند شاخص‌های عملکردی را ارتقا بخشند. به نقش هزینه‌های مبادله در کارکرد سازمان‌ها و تأثیر عملکرد سازمان‌ها در ایجاد هزینه‌های مبادله در این مسیر پرداخته می‌شود.

مطالعه مسئله هزینه مبادله، دارای ابعاد مختلفی است که پرداختن به همه آن‌ها در این مقاله مقدور نیست؛ بنابراین در این تحقیق، با رویکردی گزینشی، ابتدا مهم‌ترین اقلام هزینه مبادله تأثیرگذار بر خوداجرا شدن قراردادهای مطالعه می‌شود. سپس سطوح مختلف هزینه مبادله

۱. مجموعه‌ای از دشواری‌های حاکم بر انعقاد و اجرای قراردادهای، سبب شده است تا ایده طراحی و توسعه قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک‌چین شکل گیرد تا بدون نیاز به سازمان‌های واسطه، قراردادهای خود اجرایی شوند. برای مطالعه بیشتر درباره اوصاف خوداجرایی قراردادهای هوشمند رک: (خارکش و فتحی زاده، ۱۴۰۱: ۳۶؛ مظفری و ناصر، ۱۴۰۰: ۲۶۲-۲۵۹).

شناسایی می‌شود و آنگاه نقش تقنین در کاهش هزینه‌های مبادله با نگاه به قانون اساسی و قوانین برنامه توسعه مورد تدقیق قرار می‌گیرد.

۱. شناسایی موارد هزینه مبادله

هزینه‌های مبادله بخش مهمی از منابع سازمان‌های مجری نهادهای مختلف را به خود اختصاص می‌دهند و از این طریق سبب کاهش کارایی می‌شوند. به همین جهت درک موضوع هزینه مبادله، از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. گاهی اوقات منظور از مبادله، معامله میان دو یا چند شخص است که برای رسیدن به هدفی با یکدیگر مذاکره می‌کنند؛ اما در یک مفهوم عام‌تر، می‌توان «مبادله» را هر نوع تعامل میان اشخاص و گروه‌ها دانست که تحت تأثیر نهادهای موجود، هزینه‌هایی را برای طرفین این تعامل در پی دارد.

اقتصاد هزینه مبادله، زیرمجموعه اقتصاد نهادگرایی جدید است. اقتصاد هزینه مبادله تنها به تحقیقات صرف در حوزه مسائل اقتصادی منحصر نمی‌شود؛ بلکه موضوع تلاش‌های عملی بسیاری از اقتصاددانان است که هدف آن‌ها پروراندن ایده «هزینه داشتن مبادله» است. در ابتدا عنوان «هزینه مبادله» صرفاً شامل هزینه‌های نقل و انتقال بود تا آنکه در قرن نوزدهم، مشکلات متنوعی در زمینه فرآیند قیمت‌گذاری به وجود آمد و متعاقباً بحث هزینه مبادله رونق بیشتری یافت و از آن در موضوعات مختلف دیگری نیز برای تحلیل استفاده شد (Hardf, 2009: 30-31).

نقش ویلیام سون هرچند برجسته است؛ اما هرگاه موضوع هزینه مبادله مطرح می‌شود اهمیت آثار کوز بیش از هرامر دیگر به ذهن متبادر می‌شود. کوز این پرسش را مطرح می‌کند که اگر سازوکار تخصیص منابع بازار است، پس چرا بنگاه به وجود می‌آید؟ در پاسخ به این سؤال، کوز موضوع هزینه‌های مبادله را مطرح می‌کند و چنین اظهار می‌دارد که استفاده از سازوکار بازار بدون هزینه نیست؛ بلکه دربردارنده هزینه مبادله است. اقتصاد هزینه مبادله دو فرض مبنایی را محور مطالعات خود قرار می‌دهد: اول آنکه عقلانیت کارگزاران محدود است؛ بدین معنا که رفتار کنشگران به‌گونه‌ای است که قصد عقلایی رفتار کردن را دارند؛ اما به دلیل اطلاعات ناقص و ضعف در توان محاسباتی، عقلانیت آنان محدود است. نتیجه چنین فرضی عدم امکان انعقاد قراردادهای کامل و وجود قراردادهای ناقص است. دوم آنکه فرض بر

فرصت طلبی است؛ به این معنی که نفع شخصی طلبی، گاهی اوقات امکان سوءاستفاده از نواقص قرارداد را به دنبال می‌آورد (نادران، شکوهی، ۱۳۹۱، ۱۶۳).

همچنین هزینه‌های مبادله شیوه تأمین مالی یک بنگاه را تعیین می‌کنند؛ یعنی بنگاه بر اساس ملاحظات هزینه، شیوه‌ای را برای تأمین مالی برمی‌گزیند که کم‌ترین هزینه را در بر داشته باشد. هرچه سازوکارهای تأمین مالی ناکارآمدتر باشد، بنگاه‌ها با هزینه بیشتری مواجه می‌شوند و ممکن است سبب شود برخی از بنگاه‌ها به دلیل افزایش هزینه‌ها، شیوه دیگری را برای تأمین مالی خود برگزینند (نصیری اقدم، نادران، ۱۳۸۵: ۹۵). از طرفی مطالعه هزینه مبادله در بررسی و کنترل قیمت‌ها نقش دارد، زیرا فرض بر آن است که هرچه هزینه‌های مبادله کاهش می‌یابد قیمت‌های بازار معتدل‌تر می‌شود. درواقع همان‌طور که از هزینه‌های مبادله کاسته می‌شود، اشخاص بیشتری مستقیماً وارد بازار معاملات می‌شوند (M.Hitt & GU, 2001: 89).

همچنین می‌توان گفت هزینه‌های مبادله از قرارداد و توافق طرفین برمی‌آید و این هزینه‌ها چیزی بیش از قیمت یا ارزشی است که برای تحقق شکلی مبادله لازم است ردوبدل شود؛ بنابراین هزینه مبادله دربرگیرنده هزینه کسب اطلاعات درباره فروشنده، خریدار و کیفیت کالا یا خدمتی که مبادله می‌شود، هزینه عقد قرارداد و نظارت بر عملکرد طرف دیگر، هزینه‌های مرتبط با تعریف حقوق مالکیت و تضمین اعمال آن‌ها است (صادقی، وفایی یگانه، آقا نصیری، ۱۳۹۱: ۶).

با این اوصاف فهم هزینه مبادله نه تنها در بررسی قیمت‌های بازار بلکه در مطالعه سازمان‌ها نیز اهمیت دارد. از این جهت صرفه‌جویی در هزینه‌های مبادله در مطالعات سازمان‌ها، موضوعی شایان توجه است؛ درنتیجه گاهی اوقات نیاز است تا ساختارهای نظارتی جایگزینی به وجود بیاید که هزینه‌های مبادله کمتری را تحمیل می‌کند (E.Williamson, 1981:548). این بدان جهت است که همواره بخشی از منابع درون سازمان‌ها صرف نظارت می‌شود؛ با این همه تنها مورد از تأثیر منفی هزینه‌های مبادله بر سازمان‌ها، افزایش هزینه‌های نظارت نیست، زیرا تمام عملکرد سازمان‌ها معطوف به عملیات نظارتی نیست و سازمان‌ها کارکردهای منحصربه‌فرد و عمومی دیگری نیز دارند. در همین راستا می‌توان کاهش اعتماد عمومی به عملکرد سازمان‌ها یا ترجیح روش‌های جایگزین دیگری (مانند رواج معاملات رمز ارزی) خارج از چارچوب سازمان‌های موجود را از انواع آثار منفی هزینه مبادله بر عملکرد سازمان‌ها دانست.

بدین ترتیب منابع صرف شده در زمان انتظار برای ورود به بازار، دریافت مجوز یک فعالیت تجاری، طی تشریفات و مقررات دست و پاگیر در اقتصادهای درحال توسعه و انتقالی به عنوان عوامل موجب هزینه مبادله شایع هستند؛ هرچند که اندازه بخش معاملات رسمی کوچک باشد. با این وجود اهمیت بسیاری دارند، زیرا نه تنها اقدامات قراردادی حوزه تولید را دربر می گیرد؛ بلکه بر میزان و شکل کالا و خدماتی که تولید می شوند و در دسترس هستند نیز تأثیر می گذارند (Wang, 2003: 6) و از این طریق به هزینه های عملکردی سازمان ها می افزاید. افزایش هزینه های سازمان هایی که عملکرد کارآمدی ندارند به اتلاف منابع آن ها منتهی می شود و از این طریق این سازمان ها از منظر مراجعه به آن ها، ناکارآمد به نظر می رسند. با این اوصاف می توان به برخی از مهم ترین اقلام هزینه مبادله که بر خوداجراشدن قراردادها تأثیر منفی می گذارند در ادامه اشاره کرد.

۱-۱. نرخ تورم

نرخ تورم عامل مهمی است که بر هزینه های مبادله تأثیر می گذارد و از آن تأثیر می پذیرد (صامتی، صامتی، جنتی مشکانی، ۱۳۸۳: ۹۵). یکی از عوامل مهم مؤثر در هزینه، استفاده از پول به عنوان ابزار مبادله است. تورم انتظاری، هزینه های مبادله را با کاهش سرمایه گذاری و تقاضا برای پول، افزایش می دهد (صادقی، وفایی یگانه، آقا نصیری، ۱۳۹۱: ۱۷). در شرایطی که تورم لجام گسیخته بر اقتصاد یک کشور حاکم است، مدام از ارزش پول ملی و قدرت خرید آن کاسته می شود. این امر عملکرد سازمان ها را تحت تأثیر قرار می دهد و ضمن تحمیل انواع متفاوتی از هزینه های فرعی دیگر، هزینه های اجرایی سازمان ها را نیز افزایش می دهد. از این روی و به عنوان مثال، در صورتی که افزایش نرخ تورم، عاملی بازدارنده برای ایفای تعهدات قراردادی باشد و متعهد یک رابطه قراردادی، پس از برآورد هزینه - فایده تصمیم بگیرد، به علت افزایش هزینه های اجرای تعهد در مقابل منافع ناشی از اجرای آن، تعهد قراردادی را نقض کند، قرارداد از روند اجرای اختیاری فاصله می گیرد و متعهد له ناگزیر است برای اجرای آن به سازمان مجری نهادهای رسمی مشتمل بر قوانین ماهوی و شکلی متوسل شود. یکی از این سازمان های مجری، نظام قضایی است. در چنین شرایطی به علت وجود شرایط تورمی، هزینه های اجرای قراردادها از این طریق نیز افزایش می یابد و دولت ناگزیر است با استخدام

قضات و پرداخت انواع حقوق و مزایای مادی به آنان، راه‌اندازی شعبات متعدد رسیدگی به دعاوی در نقاط مختلف شهرها و استان‌های غیر مرکز، آموزش قضات و افزایش هزینه‌های نظارت بر عملکرد آنان، از طریق سازمان قضایی به اجرایی شدن قراردادها کمک کند تا نظام حقوق قراردادها همچنان استوار بماند؛ بنابراین هزینه‌های متعددی که در نتیجه افزایش نرخ تورم، به‌صورت زنجیره‌وار بر سازمان‌ها وارد می‌شود؛ عملکرد آنان را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

۱-۲. هزینه ارتباطات

با اتخاذ مفهوم وسیعی از هزینه‌های مبادله به‌عنوان هزینه‌های هماهنگی برای تعامل و مبادله، روشن است که هزینه ارتباطات برای تعیین سطح هزینه مبادلات اهمیت دارند. آسانی ارتباطات عامل مهمی برای اندازه بازار است و ارتباطات شاخص مهم دیگری برای دسترسی به بازار گسترده هستند (صادقی، وفایی یگانه، آقا نصیری، ۱۳۹۱: ۱۶). این قسم از هزینه‌های مبادله یکی از انواع شایع آن است. از این‌روی یکی از اصلاحات اساسی موردنیاز جهت کاهش هزینه‌های مبادله در سازمان‌ها و بهبود عملکرد آن‌ها، کاهش هزینه‌های ارتباطات است.

در حال حاضر فرآیند ارتباط میان برخی از سازمان‌ها با یکدیگر و نیز مردم با این سازمان‌ها، فرآیندی زمان‌بر و پیچیده است. علاوه بر این روندهای موجود در سازمان‌های مختلف با یکدیگر متفاوت هستند؛ به‌نحوی که شیوه برقراری ارتباط در یک سازمان با سازمان دیگر متفاوت است و بخش‌های تصمیم‌گیر در این زمینه در سازمان‌های مختلف با یکدیگر فرق دارند. به همین جهت کاهش مراتب و تشریفات اداری جهت برقراری ارتباط با مدیران و مسئولین مرتبط با امور مختلف و نیز ایجاد رویه‌ای مشابه برای برقراری این ارتباط در سازمان‌های مختلف یکی دیگر از الزامات کاهش هزینه‌های مبادله و بهبود کارکرد سازمان‌ها محسوب می‌شود. پابندی به بروکراسی‌های ایجادشده و رویه‌های از قبل موجود برای پیگیری یک موضوع اداری، عملکرد سازمان‌های مرتبط و کارایی در اعمال آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. همین امر سبب می‌شود تا رویه‌هایی خارج از فرآیندهای تعریف‌شده موجود شکل بگیرد تا در زمان صرفه‌جویی شود. چنین عاملی می‌تواند از طرف دیگر به افزایش هزینه فرصت ازدست‌رفته آن سازمان و نیز متقاضیان برقراری ارتباط با آن منتهی شود؛ زیرا کندی در

برقراری ارتباط سبب به تأخیر افتادن امور و نیز عدم موفقیت در بهره‌برداری از موقعیت‌هایی می‌شود که شخص می‌توانست با ذخیره زمان و با سرعت عمل بیشتر به آن‌ها دست یابد.

۳-۱. اندازه حمایت از حقوق مالکیت

عامل دیگری که تأثیر قابل توجهی بر هزینه‌های مبادله دارد، اندازه حمایت از حقوق مالکیت و دارایی است. حقوق مالکیت، دارایی‌ها را قابل تعویض می‌کند تا بتوان از آن‌ها به‌عنوان وثیقه در افزایش دادن وام‌ها و اعتبارات استفاده کرد. حقوق مالکیت تقسیم دارایی‌ها را میان تعداد زیادی از مالکان تسهیل می‌کند، به توزیع اطلاعات کمک می‌کند تا افرادی که همدیگر را نمی‌شناسند نیز بتوانند با هم تجارت کنند و به‌طور خلاصه هزینه مبادله را کاهش می‌دهد (صادقی، وفایی یگانه، آقا نصیری، ۱۳۹۱: ۱۶). دارندگان حقوق مالکیت می‌توانند در آن حقوق تصرف کنند یا از آن کسب درآمد کنند. این موضوع از منظر اقتصادی اهمیت کلیدی دارد. تحکیم مالکیت خصوصی از طریق حفاظت از اموال و قراردادهای در تقویت کارآفرینی و خلاقیت مؤثر است و این هماهنگی، زمینه‌های پیشرفت اقتصادی را فراهم می‌کند. به همین جهت برخی از اندیشمندان حقوقی و اقتصادی عقیده دارند که در شرایط بروز دشواری‌های حقوق مالکیت، مناسب است دولت‌ها در امور مربوطه دخالت کنند؛ اما در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند که دخالت بیشتر دولت مخرب است و ترسیم حقوق مالکیت پایه‌ای است که با کمک آن می‌توان مانع دخالت‌های بیشتر دولت و مقامات رسمی شد (دادگر، ۱۳۹۰: ۱۷۳-۱۷۱).

کاهش هزینه‌های مبادله ناشی از عدم حفاظت از حقوق مالکیت، به بهبود کارکرد سازمان‌ها کمک می‌کند و از بار هزینه‌هایی که برای جبران عدم حفاظت کافی از حقوق مالکیت پدید می‌آیند و به سازمان‌ها وارد می‌شود، می‌کاهد. ازجمله این سازمان‌ها می‌توان به سازمان قضایی، سازمان‌های مالی، اداری و اجرایی اشاره کرد که ناگزیرند به اختلافات ناشی از این امر که میان اشخاص بروز می‌کند، رسیدگی کنند.

۴-۱. جمع‌آوری اطلاعات و ملزومات

جمع‌آوری اطلاعات و ملزومات، همواره یکی از اجزای مهم و قابل‌توجه مجموع هزینه‌های مبادله را به خود اختصاص می‌دهد.^۱ اطلاعات کالایی گران‌بها محسوب می‌شود که لازم است برای به دست آوردن آن‌ها، هزینه‌های بسیاری را تحمل کرد. از این‌روی افزایش سهولت در دسترسی به اطلاعات، می‌تواند به کاهش هزینه‌های جمع‌آوری اطلاعات منتهی شود. یکی از مواردی که می‌تواند دسترسی به اطلاعات و ملزومات را تسهیل کند، افزایش شفافیت است. با بهبود وضعیت شفافیت، اطلاعات سریع‌تر و آسان‌تر در اختیار سازمان‌ها قرار می‌گیرد و هزینه‌های سازمان‌ها در دستیابی به اطلاعات کاهش می‌یابد و اطلاعات به دست آمده، با قابلیت اتکای بیشتری مورد استفاده و بهره‌برداری قرار می‌گیرد و از این طریق از هزینه‌های صحت‌سنجی اعتبار و درستی این اطلاعات برای سازمان‌ها کاسته می‌شود.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که هزینه‌های مبادله چه تأثیری مهمی بر کارکرد سازمان‌ها دارند و می‌توانند از طریق افزایش هزینه‌های آن‌ها، وضعیت عدم کارایی موجود را پیچیده‌تر کنند. چنین امری توسعه نظام خوداجرای قراردادها را با دشواری مواجه می‌سازد؛ زیرا سازمان‌ها بخشی از روند خوداجرایی شدن قراردادها هستند و در ایفای تعهدات قراردادی طرفین، به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم تأثیر می‌گذارند. به‌عنوان مثال اگر سازمان گمرک به جهت هزینه‌های مبادله بسیاری که بر آن تحمیل می‌شود، عملکرد ناکارآمدی داشته باشد و عملیات ترخیص کالاها با تأخیر یا دشواری همراه باشد، ایفای تعهد واردکننده کالا در مقابل طرف قراردادی او را تحت تأثیر قرار می‌دهد و این‌گونه مانعی در راستای خوداجرا شدن قراردادها می‌شود.

۱. هنگامی که اشخاص تصمیم بگیرند با یکدیگر وارد روابط قراردادی شوند، نیازمند آن هستند که اطلاعاتی در زمینه موضوع معامله، طرفین قرارداد، نظام حقوقی و اقتصادی و مانند آن به دست آورند، با متخصصان این حوزه مشاوره کنند، حسب مورد از خدمات مشاوران حقوقی استفاده کنند که تمام این موارد هزینه‌بر هستند. درواقع به دست آوردن اطلاعات فرآیندی پرهزینه است و هزینه مبادله را افزایش می‌دهد.

۲. سطوح مختلف هزینه‌های مبادله

نهادها که خود موجد هزینه‌های مبادله هستند، می‌توانند مجموعه‌ای از روابط را تحت تأثیر قرار دهند و در سطحی دیگر نهادها می‌توانند سازمان‌ها را متأثر سازند.

۱-۲. هزینه مبادله در سطح مبادلات فردی

در سطح اولیه تعاملات میان اشخاص، هزینه‌های مبادله ممکن است به جهت ساده بودن رابطه و نوع تعامل اقتصادی میان طرفین مبادله گزاف نباشد. همچنین وجود برخی پیوندهای خانوادگی و یا روابط خویشاوندی و دوستانه می‌تواند به حصول اطمینان و شناخت میان طرفین مبادله بینجامد. در این حالت هزینه‌های مبادله کمتر خواهد بود (نورث، ۱۳۸۵: ۶۷-۶۶). چنین معاملاتی در گذشته می‌توانستند نیازهای اشخاص را برطرف کنند و آنان را از ورود به معاملاتی با اشخاصی غریبه و گروه‌های خارج از خانواده و رابطه دوستان بی‌نیاز می‌ساختند؛ اما امروزه نوع نیازهای اشخاص متفاوت شده است و رفع نیازهای آنان نیازمند برخورداری از خدمات تخصصی اشخاصی است که لزوماً در گروه‌های خانوادگی یافت نمی‌شوند. همین امر نیاز به برقراری ارتباط با دیگران را برجسته می‌سازد. در نتیجه وجود نیازهای مختلف و تنوع در خواسته‌های اشخاص، سبب می‌شود تا مبادلات در سطح بالاتری دنبال شوند. در نگاه اول مبادلات فردی هزینه‌های مبادلاتی کمتری به دنبال دارند؛ زیرا بخش قابل توجهی از هزینه‌های مبادله صرف شناخت طرف مقابل و جمع‌آوری اطلاعات پیرامون وی و نظارت بر رابطه قراردادی فی‌مابین می‌شود. چنین استدلالی ممکن است در ابتدا صحیح به نظر آید؛ اما با واقعیت زندگی اقتصادی افراد فاصله دارد. به عبارت دیگر هرچند برخی از اجزای هزینه مبادله در مبادلات فردی وجود ندارد؛ اما این مبادلات به علت عدم امکان رفع مجموعه‌ای از نیازهای اشخاص چندان کارآمد نیستند؛ به عبارت دیگر زمانی که اشخاص ناگزیر باشند تا برای تعاملات اقتصادی تنها در یک مجموعه محدودی از گزینه‌ها، دست به انتخاب بزنند، حداقل، هزینه مبادله‌ای در حد هزینه فرصت ازدست‌رفته برای معامله با اشخاص دیگر و چانه‌زنی برای شرایط بهتر را متحمل می‌شوند. ممکن است گفته شود، چانه‌زنی فی‌نفسه متضمن هزینه

مبادله است؛ اما می‌توان در پاسخ چانه‌زنی را -هرچند دارای هزینه است- فرصتی برای دستیابی به شرایط بهتر دانست که در حساب نهایی هزینه- فایده شخص به‌صرفه است.

۲-۲. هزینه مبادله در سطح مجموعه‌ای از مبادلات

در سطح دوم از روابط اقتصادی میان اشخاص و سازمان‌ها در جوامع، معاملات از سطح مبادلات فردی ساده فراتر رفته و به سطح بالاتری ارتقا می‌یابد (نورث، ۱۳۸۵: ۶۷-۶۶)؛ بنابراین تکامل روند معاملاتی جوامع سبب می‌شود، مردم برای رفع نیازهای خود به سراغ گزینه‌هایی غیر از اشخاص درون خانواده روند. در چنین وضعیتی لازم است تا در خصوص طرف معامله، توانایی‌ها و امکانات وی و یا شرایط مورد معامله تحقیق و بررسی کنند و یا از مشاوره‌های اشخاص متخصص بهره‌مند شوند و زمان بیشتری را برای پیدا کردن طرف مبادله صرف کنند؛ اما با همه این اوصاف می‌توانند نیازهای بیشتری از خود را رفع کنند. با این حال هنوز سطح تعاملات مردم با یکدیگر به حدی ارتقا نیافته است که دامنه وسیع و گسترده‌ای داشته باشد. در این سطح زنجیره‌های مختلف پشت سر هم نظام تولیدی را به وجود می‌آورد. بدین ترتیب تولید و نظام اقتصادی وارد سطح پیچیده‌تری می‌شود. درهم‌تنیده شدن بیشتر روابط سبب افزایش هزینه‌های مبادله می‌شوند. در این بین، نوع نظام سیاسی که نظام اقتصادی متناسب با خود را به دنبال می‌آورد، می‌تواند بر میزان هزینه‌های مبادله تأثیر بگذارد. در چنین سطحی از نظام اقتصادی، نهادها با افزایش قابلیت پیش‌بینی رفتار طرف معامله تا حدودی از هزینه‌های معامله می‌کاهند؛ اما اقتصاد همچنان در سطح محدودی باقی‌مانده است که نیازمند توسعه بیشتری است. توسعه بیشتر نظام اقتصادی، زمینه‌های افزایش هزینه‌های مبادله را فراهم می‌آورد؛ اما همچنان توسعه اقتصادی نیازمند سطح بالاتری از روابط میان اشخاص است.

۲-۳. هزینه مبادله در سطح پیچیده اقتصادی

پس از سیر مراحل تکامل نظام اقتصادی برای گذار از سطح اقتصاد مبادله‌ای فردی به نظام اقتصادی پیچیده، نوع دیگری از روابط اقتصادی پدید می‌آید که یکی از لوازم مهم توسعه اقتصادی است. در این سطح از روابط اقتصادی، نوع تعاملات مردم در بازار پیچیده‌تر می‌شود (نورث، ۱۳۸۵: ۶۷-۶۶) و نیازهای آنان به کسب‌وکار و تخصص دیگری افزایش می‌یابد. در

این سطح از تعاملات اقتصادی، بالاترین حد از هزینه‌های مبادله قابل تصور است. در این بین نوع نظام سیاسی و اقتصادی حاکم می‌تواند با کاهش هزینه‌های مبادله ناشی از اجرای قراردادها و حقوق مالکیت، از هزینه‌های مبادله بکاهد و به کارایی عملکرد سازمان‌ها کمک کند. تنوع در نوع روابط اشخاص با یکدیگر، زمینه‌های عدم اطمینان را افزایش می‌دهد و از این طریق هزینه مبادله ایجاد می‌کند. آنچه در این بین اهمیت دارد ساختار نهادی موجود است که می‌تواند از میزان این هزینه‌ها بکاهد یا آن‌ها را افزایش دهد. اگر ساختار نهادی موجود به حمایت و حفاظت از حقوق مالکیت پردازد و یا از مداخله مستقیم دولت در اقتصاد ممانعت به عمل آورد^۱ و با کاهش نفع مستقیم دولت در اقتصاد، بازار را به سمت رقابتی شدن هدایت کند و به‌عنوان شخص ثالث بی‌طرف بر روابط قراردادی نظارت کند، قراردادها می‌توانند از طریق نظام قضایی کارآمد اجرایی شوند. چنین ساختاری کاهنده هزینه‌های مبادله است. در طرف مقابل اگر در چنین سطحی از تعاملات اقتصادی، دولت با دخالت‌های ناکارآمد در اقتصاد و تنظیم بدون ضرورت عرصه فعالیت‌های اقتصادی و اعمال سیاست‌های نادرست، انجام فعالیت‌های اقتصادی را با دشواری مواجه سازد و یا در مقام تنظیم‌گری، حجم انبوهی از قوانین و مقررات را بکار گیرد، هزینه‌های مبادله کارگزاران و دیگر سازمان‌ها افزایش می‌یابد و این امر می‌تواند به مانعی در راه خوداجرا شدن قراردادها منتهی شود.

بنابراین دیده می‌شود که سازمان‌ها به‌عنوان اجراکنندگان نهادهای رسمی که خود تحت تأثیر مجموعه‌ای از نهادهای غیررسمی هستند، چه میزان از هزینه‌های مبادله تأثیر می‌پذیرند. این تأثیرپذیری را می‌توان از طریق افزایش هزینه‌های مختلف یا از بین رفتن منابع مادی (مانند بودجه‌های عملیاتی) یا غیرمادی (مانند اعتماد عمومی) ملاحظه کرد. با همه این اوصاف نمی‌توان نقش سازمان‌ها در ایجاد هزینه‌های مبادله را نیز نادیده گرفت. درواقع سازمان‌های ناکارآمد نیز خود موجب هزینه‌های مبادله هستند. عملکرد سازمان‌ها، عملکردی پسینی و تحت

۱. هرچند در یک فرض ایدئال مورد استفاده در اقتصاد نئوکلاسیک، هزینه‌های مبادله صفر در نظر گرفته می‌شود و از این طریق دخالت دولت در اقتصاد موردانتقاد قرار می‌گیرد؛ اما در عالم واقع هزینه‌های مبادله صفر نیستند و درنتیجه دخالت دولت برای تنظیم بازار موردنیاز است؛ با همه این اوصاف این دخالت دارای شرایطی است و زمانی توجیه‌پذیر خواهد بود که فی‌نفسه به افزایش هزینه‌های مبادله طرفین مبادله منتهی نشود.

تأثیر نهادها است و این نهادها می‌توانند هزینه‌های مبادله‌ای به وجود آورند که عملکرد سازمان‌های مجری را ناکارآمد کند.

ازجمله نهادهایی که می‌توانند به کاهش هزینه مبادله سازمان‌ها در سطح پیچیده اقتصادی کمک کنند، نهادهای محرک سرمایه هستند. این نهادها می‌توانند با گردش سرمایه میان اشخاص، به‌نوعی زمینه‌های اطمینان‌آوری را برای تعاملات اشخاص به وجود آورند و این‌گونه صاحبان سرمایه‌ها را تشویق کنند تا از سرمایه‌های خود استفاده کنند (مؤمنی، رمضان‌زاده و لیس، ۱۳۹۳: ۱۲). ازجمله این نهادها می‌توان به پیش‌فاکتورها، صورت‌حساب‌های معاملات، تضامین مختلف بانکی و غیر بانکی، صورت‌وضعیت‌ها و دیگر اسناد در این زمینه اشاره کرد که به شخص دارنده آن‌ها چشم‌اندازی در خصوص محدوده و موضوع مذاکره، برآورد هزینه‌ها، تضمین ایفای تعهدات طرف مقابل و دستاویزی برای پیگیری مطالبات آن‌ها در نتیجه انعقاد قراردادها می‌دهد. این نهادها، نه تنها هزینه مبادله در روابط خصوصی اشخاص را کاهش می‌دهد؛ بلکه می‌تواند از طریق پیش‌بینی روش‌هایی با صرف زمان کمتر، امکان اجرای مفاد تعهدات قراردادی را فراهم کنند. به‌عنوان نمونه رواج تضامین بانکی و انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب حسن انجام کار و مانند آن و بهره‌گیری از سازوکار قانونی اندیشیده شده برای آن‌ها، می‌تواند از حجم کار سازمان‌ها برای اجرای قراردادها بکاهند و از این طریق، هزینه‌های اجرایی و نظارتی آن‌ها کاسته می‌شود. همچنین با به گردش درآمدن سرمایه‌های نهفته اشخاص و ورود آن‌ها به عرصه تولید یا دیگر بخش‌های اقتصاد، از هزینه‌ها و مخارج سازمان دولت برای تأمین تمام منابع مالی موردنیاز برای کمک به بنگاه‌های اقتصادی کاسته می‌شود. علاوه بر این هنگامی که اشخاص، خود بخشی از مسئولیت نظارت بر عملکرد طرف مقابل را بر عهده می‌گیرند، به‌نوعی از هزینه‌های نظارتی سازمان‌ها کاسته می‌شود. همچنین به گردش درآمدن سرمایه با ایجاد احساس مالکیت و تعلق‌خاطر برای صاحبان سرمایه، به افزایش میل به همکاری و تعامل منتهی خواهد شد. چنین سازوکارهای اطمینان‌بخشی می‌تواند از طریق کاهش هزینه‌های مبادله سازمان‌ها به کارایی آن‌ها کمک کنند و با ترویج روش‌هایی غیر از مراجعه مستقیم به سازمان‌ها، اجرایی شدن تعهدات طرفین را تسهیل کنند.

با این همه دولت‌ها می‌توانند از طریق وضع قوانین و مقرراتی در راستای کاهش زمینه‌های ایجاد هزینه مبادله اقدام کنند. در نظام حقوقی ایران نیز دولت با وضع و تصویب قوانینی تحت

عنوان «قوانین برنامه توسعه» سعی داشته است در مسیر توسعه اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی گام بردارد. اینکه دولت تا چه میزان موفق بوده است، به رویکردی که در طول تاریخ اتخاذ کرده است بازمی‌گردد. گاهی اوقات دولت نقش حداقلی و گاهی اوقات نقش حداکثری برای خود در اقتصاد قائل شده است و این امر تحت تأثیر شرایط اقتصادی و اجتماعی مختلفی است که دولت در ادوار تاریخی گوناگون در آن‌ها قرار داشته است.

۳. نقش تقنین در مقابله با هزینه مبادله

یکی از راهکارهای دولت‌ها برای توسعه در ابعاد مختلف، تدوین قوانین و مقررات است که در پس آن‌ها تلاش می‌شود تا عملکرد سازمان‌های مختلف به سمتی پیش روند که نتیجه آن‌ها بهبود وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی باشد. حال این قوانین به‌عنوان نهادهای رسمی زمانی می‌توانند به کاهش هزینه‌های مبادله کمک کنند که بسترهای کافی برای اجرای آن‌ها وجود داشته باشد و خود نیز به عاملی برای ایجاد هزینه‌های بیشتر تبدیل نشوند.

۱-۳. قانون اساسی

یکی از قوانین مهمی که می‌تواند در میزان هزینه مبادله تأثیرگذار باشد، قانون اساسی است. قانون اساسی به‌عنوان سند مادر و قانون مبنایی است که لازم است قوانین عادی در راستای آن و در انطباق با آن نگارش و تصویب شوند، زیرا از حیث سلسله‌مراتب قوانین عادی در درجه پایین‌تری از قانون اساسی قرار دارند و اصولاً نباید هیچ قانونی برخلاف مقررات قانون اساسی وضع و اجرا شود (خمامی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۶). برای همین منظور در نظام‌های حقوقی، سازمان‌های مختلفی برای پاسداشت و حفاظت از این قانون به وجود آمده‌اند. ازجمله در نظام حقوقی ایران شورای نگهبان وظیفه بررسی عدم مخالفت قوانین عادی با قانون اساسی را بر عهده دارد. از این جهت این قانون از اهمیت بالایی در تحلیل‌های اقتصادی مبتنی بر هزینه مبادله برخوردار است، زیرا اگر مبنای قانون اساسی مبتنی بر اصولی باشد که از خلق هزینه مبادله جلوگیری می‌کنند، این مبنا به‌صورت متوالی در قوانین عادی نیز به کار می‌رود (دادگر، ۱۳۹۰: ۷۲).

۱-۱-۳. مؤلفه حفاظت و حمایت از حقوق مالکیت

حقوق مالکیت حقی انحصاری نسبت به یک مال یا منبع برای یک یا مجموعه‌ای از اشخاص به وجود می‌آورد و بدین وسیله دارندگان این حق می‌توانند در آن حقوق و اموال تصرف کنند و کسب درآمد کنند (دادگر و بزنگانی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). طبق اصل ۲۲ قانون اساسی مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند؛ بنابراین نمی‌توان جز در موارد محدود و مضیقی که قانون‌گذار تجویز می‌کند، به مالکیت یا حقوق اشخاص متعرض شد.^۱ اگر این اصل قانون اساسی به درستی و کامل اجرا شود، جایگاهی برای تضعیف حقوق مالکیت اشخاص و ایجاد هزینه مبادله برای آن‌ها در این راستا باقی نمی‌ماند. همچنین طبق اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی و مراجعه به نظام قضایی حق مسلم هر فرد است که می‌تواند به دادگاه‌های صالح رجوع کند و همه افراد ملت حق دارند به این گونه دادگاه‌ها دسترسی داشته باشند. بعلاوه بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. درعین حال، یکی از راه‌های حفاظت از حقوق مالکیت، گسترش و توسعه ثبت رسمی املاک است که عدم اطمینان در معاملات را کاهش می‌دهد و دسترسی به اطلاعات را فراهم می‌کند و با کاهش هزینه‌های مبادله، سبب دفاع شخصی از املاک می‌شود (طباطبائی حصار، ۱۳۹۴: ۳۳۳). مجموعه راهکارهای اداری، ثبتی و حقوقی به حفاظت از حقوق مالکیت کمک می‌کند.

۱-۲-۳. مؤلفه خصوصی سازی و مشارکت عمومی

طبق اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام جمهوری اسلامی ایران دارای سه بخش اقتصادی دولتی، تعاونی و خصوصی است و مالکیت در این بخش‌ها مادامی که از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور شود، مورد حمایت قانونی جمهوری اسلامی ایران است. پیرو این اصل در سال ۱۳۸۶، قانون اجرای سیاسی‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تصویب شد تا به موجب آن صنایع دولتی به بخش خصوصی واگذار شود. آنچه در عمل اتفاق

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص ارتباط میان حقوق مالکیت و حقوق قراردادهای با توسعه اقتصادی ر.ک.:

(فروزان بروجنی، ۱۳۹۷؛ تقوی فردود، ۱۳۹۵)

اقتاد تا حدودی از اهداف این اصل دور شد و در نتیجه آن نه تنها مدیریت برخی از بنگاه‌های اقتصادی چابک، کارآمد و بهینه نشد؛ بلکه وضعیت از حالت پیشین دشوارتر شد، زیرا ماهیت بنگاه‌های واگذار شده دارای ابعاد چندگانه شد که نه تنها دیگر دولتی نبود، بلکه خصوصی نیز محسوب نمی‌شد. چنین امری هزینه مبادله سنگینی بر نظام اقتصادی ایران تحمیل کرد که به نوبه خود می‌تواند موضوع مطالعه مستقلی باشد و اثر قابل توجه آن در مواردی تحمیل ناکارآمدی به نظام اقتصادی و حقوقی ایران بود که بعضاً نه تنها به توسعه سرمایه‌گذاری عموم مردم منتهی نشد، بلکه در واگذاری بخشی از بنگاه‌های اقتصادی به آنان نیز تا حدودی موفق عمل نکرد. در نتیجه بنگاه‌های اقتصادی واگذار شده نتوانستند عملکرد کارآمدی داشته باشند و در عین حال هزینه‌های مبادله سرمایه‌گذاران آن‌ها و جامعه افزایش یافت.

۳-۲. قوانین برنامه توسعه

به منظور بررسی قوانین برنامه توسعه، چند معیار کلی بکار گرفته می‌شود که بر اساس شاخص‌های تدوین شده توسط بانک جهانی برای اعلام وضعیت کسب و کار در کشورهای مختلف جهان، گزینش شده است (World Bank Group, 2020). عملکرد مناسب این نهادها با توجه به این معیارها، ضمن ارزیابی جامع قوانین، به بهبود شاخص هزینه مبادله مرتبط می‌شود.

۳-۲-۱. هزینه مبادله ناشی از مقررات گذاری و تنظیم‌گری‌های بی‌شمار

اگر متقاضیان راه‌اندازی یک کسب و کار قصد داشته باشند وارد بازار فعالیت‌های اقتصادی شوند، لازم است خود را با مجموعه‌ای از قوانین و مقررات گوناگون هماهنگ سازند. گاهی اوقات این مقررات بسیار قدیمی هستند که نیازهای روز را برآورده نمی‌سازند و در مواردی آن‌قدر پیچیده‌اند که فعال اقتصادی مورد نظر را سردرگم می‌سازند. این مقررات هر کدام متضمن احکامی هستند که رعایت آن‌ها سبب افزایش هزینه مبادله متقاضیان می‌شود. بدین ترتیب افرادی که تطبیق وضع کاری خود با این قوانین و مقررات را پرهزینه می‌بایند ترجیح می‌دهند تا در فضاهای غیررسمی، کم‌هزینه و نامولد اقتصادی فعالیت کنند. در نتیجه منابعی که قرار است به سمت رشد و توسعه اقتصادی کشور هدایت شوند در یک فرآیند غیر مولد قرار می‌گیرند. در مواردی بیشترین اشخاصی که از مقررات دست‌وپا گیر متضرر می‌شوند، صاحبان

درآمدهای خرد هستند. از آنجا که این‌ها نمی‌توانند به طریق قانونی فعالیت اقتصادی خود را دنبال کنند، جذب فعالیت‌های زیرزمینی و غیررسمی می‌شوند؛ بنابراین راه‌حل اولیه کاهش موانعی است که به‌وسیله مقررات قدیمی ایجاد شده‌اند (دوسوتو، ۱۳۹۴: ۱۳۹).

کاهش هزینه مبادله مربوط به مقررات حجیم و گسترده نیازمند آن است تا قانون‌گذار در قوانین برنامه صریحاً کاهش حجم مقررات دست‌وپا گیر را به‌طور اساسی دنبال کند. نمونه چنین رویکردی را می‌توان در تبصره ماده ۱۱۰ قانون برنامه سوم توسعه مشاهده کرد (دادگر، حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۶) که به‌موجب آن قانون‌گذار وزارت بازرگانی را مجاز کرد تا واحدهای صنفی فاقد پروانه کسبی را که تا قبل از سال ۱۳۷۸ دایر شده بودند و دارای سند مالکیت، اجاره‌نامه یا مبیعه‌نامه و امثال آن با اشخاص حقیقی و حقوقی بودند، ساماندهی و با دریافت گواهی عوارض سالیانه شهرداری و همچنین گواهی مشخص بودن وضعیت مالیاتی، برای آن‌ها پروانه کسب موقت صادر کند. در یک نمونه دیگر قانون‌گذار در ماده ۷۶ قانون برنامه پنجم توسعه، مقابله با مقررات گذاری در عرصه تولید را مورد توجه قرار داده؛ اما سطح مقررات زدایی را در بخش تولید متوقف کرده است؛ درحالی‌که علاوه بر تولید، توزیع هم بخشی از فعالیت‌های اقتصادی است. در کنار توزیع می‌توان از بخش‌های دیگر یک فرآیند اقتصادی نیز نام برد؛ لذا به نظر می‌رسد مقررات زدایی می‌بایست در سطح عمده هدف قرار بگیرد. هرچند قانون‌گذار تلاش کرده است تا در قوانین برنامه و در عرصه تقنین به لزوم مقررات زدایی توجه کند؛ اما در عمل مقررات ناظر بر حوزه اقتصاد همچنان حجیم و گسترده باقی‌مانده و دولت موفقیت چندانی در این امر حاصل نکرده است. در قانون برنامه ششم نیز این مهم مدنظر قرار گرفت و در این راستا به‌موجب بند «الف» ماده ۲۲ این قانون، به اصلاح قوانین و مقررات، رویه‌ها و محیط کسب‌وکار به‌عنوان راهکاری برای بهبود شاخص رقابت‌پذیری بین‌المللی و حقوق مالکیت اشاره شده است؛ اما روشی که دولت از طریق آن به دنبال بهبود محیط کسب‌وکار یا حمایت از حقوق مالکیت است مشخص نیست.

۲-۳. هزینه مبادله ناشی از رویه‌های متکثر جهت اخذ مجوز فعالیت‌های اقتصادی

یکی دیگر از عوامل بسیار مهمی که سبب بروز هزینه مبادله می‌شود، نیاز به طی مراحل و رویه‌های متعدد برای اخذ مجوز راه‌اندازی یک کسب‌وکار قانونی در ایران است (دادگر،

حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). طی هرکدام از این مراحل مستلزم صرف زمان و هزینه‌های مادی دیگری است که درمجموع هم هزینه‌های مبادله مربوط به دولت و هم هزینه‌های مربوط به فعالان اقتصادی را افزایش می‌دهد. بدین ترتیب که اگر برای اخذ مجوز تأسیس یک کسب‌وکار کوچک لازم باشد مراحل بی‌شماری طی شود، ضروری است تا در هر مرحله تعدادی کارمند وظیفه انجام اموری را بر عهده بگیرند. درنتیجه سازمان دولت به‌جای آنکه از آن کارمندان در بخش‌های کارآمدتر استفاده کند، جهت اعطای مجوز، بهره‌برداری می‌کند (دادگر، حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). همچنین دولت به‌منظور حصول اطمینان از صحت عملکرد این دسته از کارکنان خود لازم است بر رفتار آنان نظارت داشته باشد که خود امری پرهزینه است. بعلاوه دولت موظف است علاوه بر نیروی انسانی، امکانات سخت‌افزاری مناسبی را نیز برای طی هرکدام از این مراحل تهیه کند. گاهی اوقات نیز استعلام‌های غیرضروری در امور مجوزها سبب افزایش حجم کار دیگر سازمان‌ها می‌شود.

هزینه دیگری که از صرف زمان طولانی جهت اخذ مجوز به وجود می‌آید، از دست دادن بازار و یا حجم فروش^۱ است. درواقع تعدادی از مشاغل در یک برهه زمانی خاص با مقادیر بالای تقاضا مواجه هستند؛ اما با تغییر شرایط زمانی این میزان تقاضا فروکش می‌کند. نتیجه چنین رویه‌ای عدم تمایل متقاضیان به راه‌اندازی کسب‌وکارهای خرد یا کلان برای آغاز یک فعالیت اقتصادی قانونی است. کارگزاران اقتصادی با یک تحلیل هزینه-فایده^۲ زمانی که راه‌های قانونی کسب مجوز را پرهزینه می‌یابند یا از ادامه فعالیت ناامید می‌شوند و یا توسل به شیوه‌های غیرقانونی را ترجیح می‌دهند.

۳-۲-۳. هزینه‌های مبادله ناشی از مقررات حوزه روابط کار و حقوق کارگران

یکی دیگر از شاخصه‌هایی که می‌تواند در کاهش هزینه‌های مبادله تأثیرگذار باشد، بهبود وضعیت مقررات کار و حقوق کارگران است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بدان پرداخته است و در این بین به زنان نیز به‌عنوان بخشی از نیروی کار توجه داشته است؛ ازجمله در اصل ۲۱، به ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و

1. Loss of Volume

2. Cost-Benefit Analysis (CBA)

معنوی وی اشاره می‌کند و در انتها نیز به ایجاد بیمه‌های خاص برای قشر خاصی از ایشان می‌پردازد (حیدری، ۱۴۰۲: ۷).

قوانین کار سخت‌گیرانه که الزامات و تعهدات سنگینی را بر عهده کارفرما می‌گذارد، شاید در اولین نگاه حامی حقوق کارگر به حساب آیند؛ اما این اقدامات در نهایت سبب می‌شوند که کارفرمایان در قالب عناوینی همچون تعدیل نیروی کار، از تعداد کارگران خود بکاهند. حقوق کارگران بخشی از هزینه‌های ثابت هر بنگاه اقتصادی است (دادگر، حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۵). زمانی که این هزینه در کنار سایر هزینه‌ها سبب شود که فعالیت اقتصادی موردنظر توجیه اقتصادی نداشته باشد، یکی از راه‌های در دسترس کارفرمایان کاهش تعداد نیروی کار است. درعین حال نگاه افراطی در اعطای امتیازات فوق‌العاده به کارفرمایان نیز سبب بروز بی‌عدالتی و ناهنجاری‌های دیگر می‌شود. خروج از تعادل در هر دو سر طیف سبب بروز هزینه‌های مبادله‌ای وسیعی می‌شود. اخراج نیروی کار و رشد نرخ بیکاری در اثر حمایت بیش‌ازاندازه از کارگر در قوانین و مقررات موجب نرخ بالای بیکاری می‌شود. این موضوع از طریق کاهش تقاضا سبب می‌شود تا عرضه‌کنندگان و تولیدکنندگان نتوانند محصولات خود را به فروش برسانند و رکود حاصل شود. در چنین شرایطی ممکن است دولت برای خروج از رکود ناگزیر شود تا به این بنگاه‌ها یارانه و کمک‌های مالی تخصیص دهد. بدین ترتیب نوع دیگری از هزینه‌های مبادله ناشی از وضع و تصویب قوانین و مقررات غیر کارآمد بروز می‌یابد. از طرف دیگر عدم حمایت از کارگران و تصویب قوانین یک‌جانبه به نفع کارفرمایان سبب می‌شود تا کارگران انگیزه خود برای کار کردن طبق قراردادهای تحمیلی را از دست بدهند. این امر علاوه بر اینکه می‌تواند سبب رشد نرخ بیکاری شود، نیروی کار مولد را به سمت فعالیت‌های غیر مولد اقتصادی از جمله سفته‌بازی یا دلالی و مشاغلی از این قبیل هدایت خواهد کرد. این مشاغل غیر مولد، دولت را ملزم می‌دارند تا برای تنظیم بازار به مقابله با آنان بپردازد. این مقابله برای دولت هزینه ایجاد می‌کند. این مثال تنها یکی آثار خارجی منفی^۱ ناشی از وضع قوانین و مقررات غیر کارآمد است که درونی کردن^۲ آن‌ها برای دولت هزینه‌هایی به مراتب بیشتر ایجاد می‌کند.

۴-۲-۳. هزینه مبادله ناشی از اجرای قراردادها

یکی دیگر از اقلام هزینه مبادله که بسیار کلیدی است، هزینه‌های اجرای قرارداد است. متعاقدين با انگیزه‌های مختلفی، نسبت به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند و در این مسیر تلاش دارند تا از مسیر اجرای قرارداد، به اهداف خود دست یابند. در نتیجه نظام حقوق مسئولیت قراردادی کارآمد، تضمین‌کننده و اجبار کننده قراردادها است (شریفی محله، کریمی، تقوی، ۱۴۰۳: ۲۴). رفتار نا همکارانه یکی از طرفین روابط قراردادی، طرف دیگر را متحمل هزینه‌های مادی و غیرمادی بسیاری می‌کند که در قالب هزینه مبادله نمود می‌یابد. در ابتدا متعهد له می‌بایست برای اقامه یک دعوای حقوقی از مشاوره‌های حقوقی و کلاً بهره‌مند شود. همچنین لازم است برای اقامه دعوا در دادگاه‌ها هزینه‌های دادرسی هنگفتی بپردازد. سپس زمان بسیاری را صرف پیگیری پرونده تا صدور حکم کند. پس از صدور حکم بر فرضی که متعهد له، محکوم له دعوا واقع شود لازم است خود را آماده تجدیدنظرخواهی محکوم علیه (متعهد) کند. در این مرحله نیز می‌بایست برای دفاع از رأیی که قبلاً به نفع او صادر شده است، از مشاوره‌های حقوقی و همراهی و کلاً استفاده کند. علاوه بر این پس از طی یک دوره زمانی طولانی اگر در تمام مراحل در دعوا پیروز شود، می‌بایست عملیات اجرایی اجرای حکم دادگاه را پیگیری کند و همواره این امکان وجود دارد تا رأی صادره به نفع او مورد اعاده دادرسی یا اعتراض ثالث قرار گیرد؛ بنابراین هزینه‌های مادی و غیرمادی بسیاری را متحمل می‌شود تا قراردادی را که سابقاً با متعهد منعقد کرده بود، اجرا کند. همچنین مجموعه خسارات قابل مطالبه برای متعهد له و ضوابط ارزیابی آن‌ها در نظام حقوقی ایران، به گونه‌ای است که جبران‌کننده ضرر و زیان وارده به وی نیست (وحیدی فردوسی، حدادی، ۱۳۹۷: ۱۸۶). در این بین مجموعه‌ای از عوامل وجود دارند که بر میزان هزینه مبادله اجرای قرارداد تأثیر می‌گذارند. بدین ترتیب لازم است تا در قوانین و لوایح برنامه قانون‌گذاران و دولت به مجموعه روند قضایی جهت اجرای قرارداد توجه داشته باشند. در قوانین برخی از برنامه‌های توسعه، به موضوع مهم افزایش سرعت، دقت و کیفیت در رسیدگی‌های قضایی اشاره شده است؛ اما بسترهای مورد نیاز برای اجرا و ضمانت اجرای موارد یادشده چندان روشن نیست؛ بنابراین

افزایش سرعت، دقت و کیفیت در رسیدگی قضایی، علاوه بر اینکه سبب کاهش هزینه‌های اجرای قرارداد می‌شود، انگیزه متعهد برای نقض تعهدات قراردادی را نیز کاهش می‌دهد.^۱ از آنجا که یکی از انگیزه‌های سرمایه‌گذاران خارجی و داخلی برای سرمایه‌گذاری، سازوکارهای حل و فصل اختلافات است، تأسیس دادگاه‌های تجاری و مراجع قضایی تخصصی برای کاهش حجم کار دادگاه‌ها نقش بسیار مهمی دارد (دادگر، حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). به عنوان مثال، یکی راه‌حل‌های موجود در زمان فقدان دادگاه‌های تجاری، اختصاص تعدادی از شعب دادگاه‌های عمومی به حل و فصل دعاوی تجاری است. در همین راستا ماده ۲۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار به تشکیل دادگاه‌های تجاری و تدوین آیین دادرسی خاص آن اشاره کرده و دولت و قوه قضائیه را مسئول تحقق این مهم دانسته است.

۵-۲-۳. هزینه مبادله ناشی از عدم دسترسی به اطلاعات

هنگامی که اشخاص تصمیم بگیرند وارد فعالیت‌های اقتصادی شوند، نیازمند آن هستند که اطلاعات مورد نیاز فعالیت مدنظر خود را به دست آورند، با متخصصان این حوزه مشاوره کنند، حسب مورد از خدمات مشاوران حقوقی استفاده کنند، آموزش‌های مورد نیاز تخصصی را فراگیرند. تمام این موارد مستلزم پرداخت هزینه‌هایی هستند (دادگر، حدادی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). به دست آوردن اطلاعات فرآیندی پرهزینه است و هزینه مبادله را افزایش می‌دهد. اطلاعات کارآمد می‌توانند ریسک را کاهش دهند. در مواردی به‌ویژه در روزهای آغازین کسب و کار، یا اطلاعاتی در دسترس نیست و یا اطلاعات در دسترس غیر شفاف، محدود و بعضاً غیر قابل اعتماد است. به دلیل دشواری‌های ساختاری در دستگاه‌های آماری در ایران، این معضل به صورت جدی احساس می‌شود هرچند قانون‌گذار ایرانی سعی کرده است تا به این مسئله بپردازد.^۲ با این اوصاف اطلاعات به صورت دقیق و منظم در اختیار متقاضیان قرار نمی‌گیرد و

۱. قانون‌گذار در زمینه راهکارهای قضایی در راستای بهبود وضعیت شاخص اجرای قراردادها قواعدی را مقرر می‌کند. از جمله: در بند «ط» ذیل تبصره ۶ ماده واحده قانون برنامه اول توسعه، بند ۹ ذیل سیاست‌های کلی برنامه اول، تبصره ۵۳ قانون برنامه دوم، ماده ۱۸۸ قانون برنامه سوم، ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم، ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم، مواد ۱۱۳ و ۱۱۷ قانون برنامه ششم.

۲. به عنوان نمونه ر.ک. مواد ۴۶ و ۹۰ قانون برنامه پنجم توسعه.

داده‌های در دسترس با عدم اطمینان همراه است. در دنیایی که ویژگی بارز آن عدم اطمینان است، کارایی مطلوب و غیرقابل دسترس است (Rothbard, 1978: 266). برای مقابله با این پیامد منفی دولت باید زمینه‌های لازم برای دستیابی فعالان اقتصادی به اطلاعات مورد نیاز برای شروع و ادامه فعالیت‌های اقتصادی خود را فراهم کند. نکته مهم دیگر در این زمینه شفافیت اطلاعات موجود است. اطلاعات غیر شفاف بعضاً آثار زیان‌بارتری دارند؛ زیرا می‌توانند تمام ارزیابی‌های بنگاه‌های اقتصادی را تحت تأثیر قرار دهند (Berge, 2008: 8). توجه به شفافیت اطلاعات و در دسترس بودن آن‌ها مورد توجه و تأکید قانون‌گذار و مقررات‌گذار ایرانی نیز بوده است. ازجمله مصادیق آن را می‌توان در حقوق بازار سرمایه مشاهده کرد که علاوه بر دستورالعمل‌های افشای اطلاعات مختلف، با الزاماتی ازجمله مقررات حاکمیت شرکتی، ضمن دنبال کردن اهداف گسترده‌تری ازجمله حفظ حقوق سهامداران اقلیت، به دسترسی ایشان به اطلاعات شرکت نیز توجه داشته است، هرچند از نظر برخی حقوق‌دانان، قانون تجارت ایران، به استناد به استانداردهای حداقلی اکتفا کرده است؛ (جعفری، ۱۳۹۳: ۲۰۰) اما مقررات‌گذار سعی کرده است در مواردی این خلأها را تا حدودی پوشش دهد.

۶-۲-۳. هزینه مبادله ناشی از ناکارآمدی قوانین خاتمه فعالیت اقتصادی

همانند رویه‌های مورد نیاز جهت آغاز یک فعالیت اقتصادی، رویه‌های مورد نیاز برای خاتمه یک کسب‌وکار نیز تأثیر قابل توجهی در میزان هزینه‌های مبادله دارد. از این رو اگر فرآیند خاتمه یک فعالیت اقتصادی پیچیده و دارای مراحل متعدد و طولانی باشد، زمان و هزینه بسیاری را صرف می‌کند و به دنبال منابعی که از این جهت به هدر می‌روند، کارایی کاهش می‌یابد. مؤلفه‌هایی مانند مدت زمان خاتمه فعالیت اقتصادی، هزینه‌های مورد نیاز برای تکمیل فرآیند ورشکستگی، قدرت قوانین ورشکستگی، مدیریت دارایی‌های بدهکار، مشارکت طلبکار در فرآیندهای تصفیه ورشکستگی و شروع رسیدگی قضایی در این مسئله در زمره عوامل مؤثر بر کاهش هزینه‌های مبادله ناشی از رویه‌ها و قوانین خاتمه فعالیت اقتصادی است. بدیهی است در این بین، حقوق ورشکستگی که به عنوان بخشی از نظام حقوق بازرگانی در مفهوم عام خود، به توسعه نظام حقوق بازرگانی وابسته است، (مجاهد، ۱۴۰۱: ۱۰) به عنوان یکی از زیرساخت‌های قانونی لازم برای خاتمه یک فعالیت اقتصادی می‌تواند بر هزینه‌های مبادله

تأثیرگذار باشد. حال قوانین برنامه توسعه می‌توانند بر توسعه نظام حقوق بازرگانی در مفهوم اعم آن آثار مهمی داشته باشند.

۷-۲-۳. هزینه مبادله ناشی از عدم حمایت از سرمایه‌گذاری

حذف مقررات دست‌وپا گیر و حجیم، کاهش رویه‌های موردنیاز برای ورود به بازار و دریافت مجوز قانونی، سرعت رسیدگی به اختلافات و اجرای مناسب قراردادهای، دسترسی به اطلاعات و نظام اطلاع‌رسانی شفاف، حقوق کار کارآمد و نیز فرآیند خاتمه یک فعالیت اقتصادی همگی از موضوعات تأثیرگذار در حمایت از سرمایه‌گذاری هستند. بدین ترتیب ارتقای کیفیت کلیه مراحل قبلی، می‌تواند به بهبود کیفیت این شاخصه کمک کند. همچنین مناسب است تا در قوانین برنامه توسعه در قالب حمایت از سرمایه‌گذاری به موضوع ثبات در قوانین و مقررات پرداخته شود. قابلیت پیش‌بینی همواره یکی از ارکان مهم تصمیم‌گیری‌های اقتصادی است. اگر قوانین و مقررات دائماً در حال تغییر و تحول باشند، سرمایه‌گذاران به جهت عدم قابلیت پیش‌بینی آینده فعالیت اقتصادی خویش، ممکن است از سرمایه‌گذاری صرف‌نظر کنند؛ در نتیجه لازم است بررسی جامعی صورت گیرد و نظام مدونی ایجاد شود که به‌موجب آن آخرین قوانین و مقررات مربوط به سرمایه‌گذاری با تشخیص ناسخ و منسوخ آن گردآوری شود و بدین ترتیب سرمایه‌گذاران هر حوزه از اطلاعات لازم برخوردار باشند، با این قید که قوانین و مقررات مذکور جز در شرایط استثنایی تغییر نخواهند کرد.

موضوع حمایت از سرمایه‌گذاری در برابر سرمایه‌گذاری خارجی نیز قابل ادراک است. ازجمله دغدغه‌های اصلی سرمایه‌گذار خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی احترام به حقوق مالکیت وی، رفتار عادلانه و غیر تبعیض‌آمیز در کشور سرمایه‌پذیر و مواردی ازجمله سهولت خروج اصل و سود سرمایه‌گذاری از کشور میزبان، قوانین و مقررات گمرکی و مالیاتی کارآمد و حل و فصل عادلانه و بی‌طرفانه اختلافات است (کیانی مجاهد، باغبان، ۱۳۹۹: ۴۱). درعین حال که حفاظت و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی ایجاب می‌کند تا ملی‌سازی و مصادره سرمایه‌گذاری خارجی بدون هرگونه سوءاستفاده از مؤلفه‌هایی که منجر به عدم اطمینان می‌شود، صورت گیرد؛ زیاده‌روی در این مسیر و رهاسازی سرمایه‌گذاری خارجی نیز می‌تواند به ضرر منافع عمومی و کاهش مشروعیت نزد افکار عمومی منتهی شود (خسروی،

شیروی، محبی، ۱۴۰۱: ۹۲). حفظ تعادل در این رویکرد، از وظایف قانون‌گذار است. در مجموع، انعکاس بهبود این شاخصه را می‌توان در کاهش هزینه‌های مبادله مشاهده کرد. از جمله مؤلفه‌های مهم در شاخص حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران می‌توان به میزان افشا، میزان مسئولیت مدیر، میزان حاکمیت سهامداران، میزان حقوق سهامداران، میزان کنترل و مالکیت، میزان شفافیت شرکیتی اشاره کرد.

بنابراین ملاحظه می‌شود که قوانین برنامه توسعه در ایران تاکنون در برخی زمینه‌های مرتبط با توسعه و کاهش هزینه‌های مبادلاتی که نقش قابل‌توجهی در خوداجرایی شدن قراردادها دارند، احکامی را مقرر کرده‌اند و تلاش قانون‌گذاران در برهه‌های زمانی مختلف بر آن بوده است تا نسبت به این امر اهتمام لازم را در عرصه تقنین بکار بندند؛ اما هنوز در برخی حوزه‌ها نیاز به اقدامات بیشتری است تا از رهگذر آن‌ها هزینه‌های مبادله کاهش یابد و مسیر توسعه نظام خوداجرایی قراردادها، تسطیح شود.

فرجام سخن

سازمان‌ها نقش قابل‌توجهی در توسعه نظام خوداجرایی قراردادها دارند. هرچند سازمان‌ها از نقشی ثانویه برخوردار هستند و مجری نهادهای موجود رسمی و غیررسمی محسوب می‌شوند؛ اما می‌توانند با عملکرد خود، نتایج بهتری از اجرای نهادها به نمایش بگذارند. بدین ترتیب می‌توان بهبود کارکرد سازمان‌ها را بخشی از مسیری دانست که برای خوداجراشدن قراردادها لازم است طی شود. از این‌روی پرداختن به مؤلفه مهم هزینه مبادله از اهمیت قابل‌توجهی برخوردار است. عنصر هزینه مبادله، به‌عنوان مؤلفه‌ای مهم برای مطالعه نهادها مورد توجه قرار می‌گیرد؛ بنابراین برای ارتقای عملکرد سازمان‌ها ضروری است با مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده هزینه مبادله به مقابله پرداخت. در این بین می‌توان به افزایش نرخ تورم، هزینه ارتباطات و دستیابی به اطلاعات و مانند آن به‌عنوان مهم‌ترین اقلام هزینه مبادله نگریست که وجود آن‌ها بر کارکرد سازمان‌های مجری نهادها تأثیر می‌گذارد. قانون اساسی و قوانین برنامه توسعه در ایران، به‌عنوان نمونه‌های مهمی از نهادهای رسمی که از جمله با هدف بنا نهادن ساختار نظام کلی اقتصادی و نیز توسعه در ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وضع و تصویب می‌شوند، از

اهمیت مطالعه‌ای قابل ملاحظه‌ای برخوردار هستند. به همین ترتیب می‌توان با به‌کارگیری مؤلفه‌های کارآمدی قوانین و مقررات و نیز شاخص‌های بین‌المللی استاندارد، میزان تأثیرگذاری قوانین برنامه توسعه در عنصر هزینه مبادله به‌عنوان یکی از عوامل موجد اتلاف و هدر رفت منابع را سنجید. به‌عنوان نمونه با ملاحظه شاخص‌های به‌کاررفته برای اعلام وضعیت کشورهای مختلف در عرصه کسب‌وکارها، می‌توان به برخی ناکارآمدی‌های قوانین برنامه توسعه در مقابله با عنصر هزینه مبادله اشاره کرد. درواقع وضعیت کسب‌وکار، خود آینه تمام‌نمای وضعیت حقوق قراردادها و حقوق مالکیت است؛ بنابراین نظر به اینکه وضعیت کسب‌وکارها به‌عنوان عاملی کلیدی در توسعه کشورها، بر وضعیت نظام خوداجرای قراردادها تأثیر مستقیم می‌گذارد، می‌توان ناتوانی قوانین برنامه توسعه در رفع معضل هزینه مبادله یا پرداختن شایسته به آن را یکی از موانع توسعه نظام خوداجرای قراردادها دانست. بدین ترتیب عواملی مانند رویه‌های طولانی و متوالی برای اخذ مجوزها، روندهای مطول خروج از بازار و اعلام ورشکستگی، اندازه حمایت از حقوق مالکیت، اجرای قراردادها، حمایت از سرمایه‌گذاران و یا قوانین و مقررات ناظر بر روابط میان کارگران با یکدیگر، همگی مؤلفه‌های مهمی هستند که در قوانین برنامه توسعه بعضاً مورد اشاره قرار گرفته‌اند اما آن‌گونه که شایسته است به راهکاری برای ارتقای وضعیت آن‌ها پرداخته نشده یا علی‌رغم اشاره به رفع آن‌ها، سازوکار خاصی برای حل آن‌ها ارائه نشده است و یا برخی راهکارهای ارائه‌شده در مرحله اجرا موفق نبوده‌اند؛ بنابراین می‌توان اصلی‌ترین نهاد رسمی متولی توسعه در نظام حقوقی ایران را در حل معضل خوداجراشدن قراردادها و تدارک زیرساخت‌های مناسب برای آن، چندان کارآمد ندانست. هرچند که این مسیر از رهگذر تجربیات گذشته قانون‌گذار در طول تاریخ، دستاوردهایی داشته است؛ بنابراین مقابله با عنصر هزینه مبادله در عرصه عمل و تقنین یکی از عوامل ضروری برای کارکرد مناسب سازمان‌ها است که از این طریق می‌تواند به خوداجرا شدن قراردادها کمک کند.

References

- جعفری، امین، (۱۳۹۳)، وضعیت نظام حاکمیت شرکتی در حقوق ایران و ضرورت بازنگری لایحه قانون تجارت جدید، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۶، ۲۰۵-۱۹۷.
- حیدری، معصومه، (۱۴۰۲)، مطالعه تطبیقی وضعیت زنان سرپرست خانوار در حقوق کار و تأمین اجتماعی جمهوری اسلامی ایران و نظام بین‌الملل حقوق بشر، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، ۵۱، ۱۳-۱.
- خارکش، فاطمه، فتحی زاده، امیر هوشنگ، (۱۴۰۱)، قراردادهای هوشمند؛ امکان‌سنجی انعقاد قراردادهای خوداجرا در حقوق ایران، فصلنامه حقوق و فناوری اطلاعات، ۲ (۲)، ۶۰-۲۷.
- خسروی، نور اله، شیروی، عبدالحسین، محبی، محسن، (۱۴۰۱)، هدف عمومی در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، مطالعات حقوقی، ۱۴ (۲)، ۹۷-۶۵. 10.22099/jls.2022.39116.4174
- خمامی‌زاده، فرهاد، (۱۳۸۸)، بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، مجله آموزه‌های حقوقی، ۶ (۱۲)، ۳۶-۱۵.
- دادگر، یدالله، (۱۳۹۰)، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم.
- دادگر، یدالله، (۱۳۹۳)، ظرفیت نظریه اقتصاد سیاسی قانون اساسی جهت انضباط بخشی مدیریت بخش عمومی، مجله بررسی مسائل اقتصاد ایران، ۱ (۲)، ۸۹-۶۵.
- دادگر، یدالله، بزرگانی، هاشم، (۱۳۹۰)، جایگاه حقوق مالکیت در استحکام نظام اقتصادی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۴ (۵۵)، ۱۶۱-۱۳۵.
- دادگر، یدالله، حدادی، شهرزاد، (۱۳۹۵)، «تحلیل اقتصادی قوانین برنامه‌های توسعه»، مجموعه مقالات نخستین همایش نقد و تحلیل قوانین برنامه پنج‌ساله از منظر حقوق اقتصادی، تهران: میزان.
- دوستو، هرناندو، (۱۳۹۴)، راز سرمایه: چرا سرمایه‌داری در غرب موفق می‌شود و در جاهای دیگر شکست می‌خورد؟ ترجمه فریدون تفضلی، تهران: نشر نی.
- زین‌العابدین، تقوی فردود، (۱۳۹۵)، تضمین حقوق مالکانه از منظر حقوق عمومی در جمهوری اسلامی ایران، رساله دکتری، به راهنمایی محمدجواد رضائی‌زاده، دانشگاه تهران: پردیس البرز، تهران.
- شریفی محله، رامین، کریمی، عباس، تقوی، زین‌العابدین، (۱۴۰۳)، سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۷ (۱)، ۳۶-۲۱. 10.52547/jlr.2022.220984.1863
- صادقی، حسین، وفایی یگانه، رضا، آقا نصیری، مریم، (۱۳۹۱)، سنجش و تحلیل هزینه مبادله در ایران، مجله مجلس و راهبرد، ۱۹ (۷۱)، ۳۷-۵.
- صامتی، مرتضی، صامتی، مجید، جنتی مشکانی، ابوالفضل، (۱۳۸۳)، بررسی نقش هزینه مبادله بر تورم رکودی در ایران (۱۳۷۹-۱۳۵۰)، جستارهای اقتصادی با رویکرد اسلامی، ۱ (۱)، ۱۲۶-۹۵.
- طباطبائی حصار، نسرين، (۱۳۹۴)، کارکردهای اقتصادی ثبت رسمی املاک در پرتو آموزه کارایی اقتصادی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۸ (۷۲)، ۳۳۶-۳۱۱.

فرنز، فروزان بروجنی، (۱۳۹۷)، بررسی تأثیر نظام حقوق خصوصی بر توسعه اقتصادی با تأکید بر نهاد حقوق مالکیت و قراردادها، رساله دکتری، به راهنمایی حسن بادینی، دانشگاه تهران: پردیس بین‌المللی کیش، کیش.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قوانین برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

کوزه‌گر کالجی، لطفعلی، نوروزی، علی، (۱۴۰۱)، نقش نهادگرایی در توسعه پایدار منطقه‌ای، *مجله جغرافیا و روابط انسانی*، ۵ (۲)، ۳۱۱-۳۲۰.

کیانی مجاهد، آرزو، باغبان، رحیم، (۱۳۹۹)، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگاهی به قانون تجارت ایران، *فصلنامه اندیشه حقوقی معاصر*، ۱ (۲)، ۲۹-۴۳.

مجاهد، افشین، (۱۴۰۱)، جایگاه کارآمدی اقتصادی در حقوق ورشکستگی، *مجله دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی*، ۵ (۵۰)، ۱-۱۴.

مظفری، مصطفی، ناصر، مهدی، (۱۴۰۰)، نقش قراردادهای هوشمند در تثبیت حقوق مالکانه افراد، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۲۴ (۹۵)، ۲۸۲-۲۵۹. 10.22034/jlr.2019.122103.1142

مؤمنی، فرشاد، رمضان زاده ولیس، گلروز، (۱۳۹۳)، نوآوری‌های نهادی کاهنده هزینه مبادله و توسعه اقتصادی: نگاهی به تجربه ایران، *پژوهش‌های اقتصادی*، ۱۴ (۵۴)، ۱-۳۲.

نادران، الیاس، شکوهی، محمدرضا، (۱۳۹۱)، جایگاه و مبانی اقتصاد هزینه مبادله، *فصلنامه تحقیقات اقتصادی*، ۴۷ (۲)، ۱۵۹-۱۷۷.

نصیری اقدم، علی، نادران، الیاس، (۱۳۸۵)، هزینه مبادله تأمین مالی بنگاه‌های تولید- ساخت، *فصلنامه تحقیقات اقتصادی*، ۴۳ (۷۴)، ۸۳-۱۲۱.

نورث، داگلاس، (۱۳۸۵)، *نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی*، ترجمه محمدرضا معینی، تهران: انتشارات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.

وحیدی فردوسی، عبدالهادی، حدادی، شهرزاد، (۱۳۹۷)، خسارات حداقلی: مانعی برای توسعه نظام خوداجرای قراردادها در حقوق ایران، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۲۱ (۸۴)، ۱۹۰-۱۶۵. 10.22034/jlr.2018.130442.1167۱۶۵

Ankarloo, D. (2002). New Institutional Economics and Economic History, *Capital & Class*, 26 (3), 9-36. doi.org/10.1177/030981680207800102

Berge, A. (2000). Improved Rules On Public Access To Documents, *Stockholm University*.

Dadgar, Y. (2011). *An Introduction to Economic Analysis of Law*, Tehran: Economics Research Institute of Tarbiat Modares University & Noor-e-Elm Publication. [in Persian].

Dadgar, Y. (2015). The Capacity of the Theory of Political Economy of the Constitution to Discipline the Management of the Public Sector, *Journal of the Iranian Economic Issues Review*, 1 (2), 65-89. [in Persian]

Dadgar, Y., Bezangani, H. (2011). The Place of Property Law in the Strength of the Economic System, *Legal Research*, 14 (55), 135-161. [in Persian]

- Dadgar, Y., Haddadi, Sh. (2016). *Economic Analysis of Developing Plan Laws, The Collection of the Articles of the 1st Conference on Criticism and Analysis of the Laws of the 5 Year Plan from Economic Law Perspective*, Tehran: Mizan Publication. [in Persian]
- De Soto, H. (2015). *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Translated by Freidoon Tafazoli, Tehran: Ney Publication. [in Persian]
- E. Williamson, O. (1981). The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach, *An American Journal of Sociology*, 87 (3), 548-577. doi:10.1086/227496
- Forouzan Boroujeni, F. (2018). An Examination of Private Law Influence on Economic Development with Focus on Institutions of Property and Contract Law, PhD. Thesis, Supervised by Hassan Badini, University of Tehran: Kish International Campus, Kish. [in Persian]
- Hardf, L. (2009). The History of Transaction Cost: Economics and Its Recent Developments, *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, 2 (1), 29-51. doi:10.23941/ejpe.v2i1.22
- Heydari, M. (2023). A Comparative Study of the Status of Households Women in Labor Rights and Social Security of the Islamic Republic of Iran and International Human Rights System, *Journal of Research and Studies of Islamic Sciences*, 51, 1-13. [in Persian].
- Jafari, A. (2014). Status of Corporate Governance in Iranian Law and the Necessity of Reviewing New Trade Bill, *Journal of Legal Research*, 13(26), 197-204. [in Persian]
- Kharkesh, F. Fathizade, A. (2022). Smart Contracts; Feasibility of Concluding Self-Executing Contracts in Iranian Law, *Law & IT Quarterly*, 2 (2), 27-60. [in Persian]
- Khomami Zade, F. (2009). Comparative Review of the Monitoring the Conformity of Ordinary Laws with the Constitution, *Criminal Law Doctrines*, 6 (12), 15-36. [in Persian]
- Khosravi, N., Shiravi, A., Mohebi, M. (2022), Public Purpose in Foreign Investment Law, *Journal of Legal Studies*, 14(2), 65-97. 10.22099/jls.2022.39116.4174. [in Persian]
- Kiani Mojahed, A. Baghban, R. (2020). The Law of Foreign Investment in International Trade Contracts with a View to Iran's Trade Law, *The Journal of Contemporary Legal Thought*, 1(2), 29-43. [in Persian]
- Kozegar Kaleji, L., Norouzi, A. (2022). The Role of Institutionalism in Regional Sustainable Development, *Geography and Human Relationships*, 5(2), 311-320. [in Persian]
- M.Hitt, L., GU, B. (2001). Twenty-Second International Conference of Information Systems, *University of Pennsylvania*.
- Marinescu, C. (2012). Transaction Costs and Institutions' Efficiency: A Critical Approach, *The American Journal of Economic & Sociology*, 71 (2), 254-276.
- Mojahed, A. (2022), The Place of Economic Efficiency in Bankruptcy Law, *Journal of New Achievements in Humanities Studies*, 5(50), 1-14. [in Persian]

- Momeni, F., Ramezanzadeh Velis, G. (2014). Institutional Innovations that Reduce Cost and Their Role in Economic Development: Iran's Experiment, *Economic Research*, 14 (54), 1-32. [in Persian]
- Mozafari, M., Naser, M. (2021). The Role of Smart Contracts in Establishing the Property Rights of Individuals, *Legal Research*, 24 (95), 259-282. 10.22034/jlr.2019.122103.1142. [in Persian].
- Naderan, E., Shokouhi, MR. (2012). Station and Foundation of Transaction Cost Economics, *Economic Research*, 47 (2), 159-177. [in Persian]
- Nasiri Aghdam, A., Naderan, E. (2006). Transaction Cost of Financing Production-Construction Enterprises, *Economic Research*, 43 (74), 83-121. [in Persian]
- North, D. (2006), Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Translated by Mohammad Reza Moeini, Tehran: Organization of the Management and Planning of the Country Publication. [in Persian]
- Rothbard, M., (1978), The Myth of Efficiency, *Libertarian Studies*. doi: <https://doi.org/10.30800/mises.2013.v1.517>
- Sadeghi, H., Vafaei Yeganeh, R., Agha Nasiri, M. (2012). Measurement and Analysis of Transaction Cost in Iran, *Parliament and Strategy Magazine*, 19 (71), 5-37. [in Persian]
- Sameti, M., Sameti, M., Jannati Meshkati, A. (2004). The Role of Transaction Costs on Stagflation in Iran's Economy During 1971-2000, *Journal of Economic Essays; An Islamic Approach*, 1 (1), 95-126. [in Persian]
- Sharifi M., Ramin, K., Abbas, Taghavi, Z. (2024). Abuse of Contractual Rights In Contract Performance Phase, *Legal Research*, 27(1), 21-36. 10.52547/jlr.2022.220984.1863. [in Persian]
- Tabatabaei Hesari, N. (2016). Economic Functions of Official Real Estate Registration in the Light of the Doctrine of Economic Efficiency, *Legal Research*, 18 (72), 311-336. [in Persian].
- Vahidi Ferdosi, A., Haddadi, Sh. (2019), Minimum Damages: An Impediment to Develop Contract Self-Performance in Iran's Law, *Legal Research*, 21 (84), 165-190. 10.22034/jlr.2018.130442.1167. [in Persian]
- Wang, N. (2003). Measuring Transaction Costs: An Incomplete Survey, The University of Chicago, *The Ronald Coase Institute*, 1-14.
- World Bank Group. (2020). Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economics.
- World Bank Group . (2024). Business Ready.
- Taghavi Fardoud, Z. (2016). Ownership Equity Guarantee from the Viewpoint of Public Rights in the Islamic Republic of Iran, Supervised by Mohammad Javad Rezaeizadeh, University of Tehran: Alborz College, Tehran. [in Persian]

Laws

Islamic Republic of Iran Constitution

Plan Laws of Economic, Social and Cultural Development of Islamic Republic of Iran



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.46618.4899>



Research Article

Guaranteeing the Order of Public Hearings in Criminal Courts in the Mirror of Iran's Legislation (With a View to International Standards)

Morteza Rasteh^{1*}, Gholam hassan Kooshki², Mozghan Nemati³

1. MA. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, Chalus Branch, Chalus, Iran
2. Associate Prof., Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
3. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 05/10/2023

Accepted: 01/02/2024

Abstract

Introduction

Public hearings in courts are universally recognized as a fundamental mechanism for ensuring judicial transparency and enabling public oversight of legal proceedings. Such hearings allow litigants to present evidence and arguments before both the public and the media, while judges—under societal scrutiny—adjudicate cases with precision and impartiality. To function effectively, public hearings must balance competing imperatives: upholding judicial dignity, safeguarding participants' security, and maintaining courtroom order. A chaotic environment disrupts judicial concentration, undermining the fairness of verdicts. Thus, public attendance demands a culture of respect for legal decorum. This study investigates the nature and scope of disorder in public criminal hearings under Iran's legal framework.

Please cite this article as:

Rasteh, M., Kooshki, G.H., Nemati, M. (2025). Guaranteeing the Order of Public Hearings in Criminal Courts in the Mirror of Iran's Legislation (With a View to International Standards). *Journal of Legal Studies*, 17(1), 123-156.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.46618.4899>

* Corresponding author:

E-mail address: morteza.rasteh313@gmail.com

It analyzes domestic mechanisms for preserving order while benchmarking them against international human rights standards. The central research question is: *What legislative measures has Iran adopted to ensure order in public criminal court sessions?*

Methods

Employing a descriptive-analytical methodology, this research draws on library sources, notably Iran's 2013 Criminal Procedure Code (Article 354), to examine legal responses to courtroom disorder. A comparative analysis of international human rights instruments and practices contextualizes Iran's approach. The paper is structured as follows:

1. **Iranian Framework:**

- Part 1: Legislative strategies for addressing disruptions, focusing on Article 354's prescribed conduct.
- Part 2: Taxonomy of disruptive behaviors and the roles of actors referenced in Article 354.

2. **International Standards:**

- Overview of human rights documents and monitoring bodies.
- Analysis of global norms on courtroom order.

Results and Discussion

Key findings reveal that Iran's criminal justice system categorizes courtroom disorder as an offense *never* justifying private trials. Judicial authorities bear absolute responsibility for maintaining order, wielding tools such as:

- Expelling or detaining disruptors.
- Issuing warnings to parties.
- Directing spectators.

Article 354 mandates judges to utilize all legal means, including collaboration with bailiffs, to uphold order. Crucially, it prohibits citing disorder as grounds for closed proceedings. By contrast, international human rights regimes, while prioritizing open trials, permit limited exceptions where "interests of justice" necessitate privacy—provided measures like warnings or expulsions prove insufficient. Such exceptions require proportionality and case-specific justification.

Conclusions

Iran's approach to courtroom order is markedly stricter than international standards. Unlike global norms, its legal system admits *no* exceptions for private trials due to disorder. Judges must enforce order exhaustively, leveraging all available legal instruments. This reflects Iran's unique balance between transparency and judicial control.

Keywords: Expulsion from hearings, Disorder in court, Public trial, Criminal proceedings, International standards.



تضمین نظم جلسات علنی دادگاه‌های کیفری در آیین تقنینی ایران (با نگاهی به موازین بین‌المللی)

مرتضی راسته^{۱*}، غلامحسن کوشکی^۲، مژگان نعمتی^۳

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چالوس، چالوس، ایران
۲. دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۳

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: رسیدگی علنی در دادگاه‌ها به‌عنوان یک ابزار کلیدی در جهت شفافیت دادرسی و اطمینان از نظارت عمومی بر عملکرد دستگاه قضایی شناخته می‌شود. این نوع رسیدگی، به طرفین دعوا اجازه می‌دهد تا در حضور مردم و رسانه‌ها، اسناد و مدارک خود را ارائه دهند و قاضی نیز تحت نظارت عمومی، به‌طور دقیق و بی‌طرفانه به بررسی پرونده بپردازد. بر این اساس، برگزاری دادرسی علنی به روش مناسب، مستلزم رعایت احترام به شأن قاضی، حفظ امنیت افراد دخیل در دادرسی و به‌طور کلی ایجاد نظم و آرامش در صحن دادگاه است. اگر جو دادگاه آرام نباشد و قاضی نتواند به‌درستی به دلایل و اظهارات متمرکز شود، نمی‌تواند قضاوتی شایسته انجام دهد. بر همین اساس، حضور در جلسات علنی دادگاه، فرهنگ خاص خود را می‌طلبد. این پژوهش با هدف بررسی ماهیت و گستره موضوع اخلاف در نظم جلسات علنی دادگاه و تحلیل سازوکارهای تضمین نظم این جلسات در نظام دادرسی کیفری ایران و تحلیل تطبیقی این موضوع با رویکرد موازین بین‌المللی حقوق بشر، انجام شده است.

استناد به این مقاله:

راسته، مرتضی؛ کوشکی، غلامحسن؛ نعمتی، مژگان (۱۴۰۴). تضمین نظم جلسات علنی دادگاه‌های کیفری در آیین تقنینی ایران (با نگاهی به موازین بین‌المللی). ۱۷. (۱). ۱۵۶-۱۲۳.

E-mail address: morteza.rasteh313@gmail.com

*نویسنده مسئول:

سؤال اصلی پژوهش این است که چه سازوکاری از سوی قانون‌گذار در رابطه با تضمین نظم جلسات علنی دادگاه‌های کیفری به کار گرفته شده است؟

روش‌ها: این تحقیق به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است. در این پژوهش، قوانین و مقررات مرتبط با اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه در نظام کیفری ایران، به‌ویژه ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. همچنین، در راستای مقایسه رویکردهای ایران و موازین بین‌المللی حقوق بشر، اسناد و رویه‌های بین‌المللی مرتبط نیز بررسی شده‌اند. بر این اساس، سازمان مقاله این‌گونه خواهد بود که ابتدا در دو بخش، به بررسی موضوع در نظام کیفری ایران می‌پردازد؛ بدین ترتیب که در بخش اول چگونگی مواجهه قانون‌گذار ایران با اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه بررسی و ماهیت رفتار موضوع ماده ۳۵۴ قانون دادرسی کیفری تبیین خواهد شد و در بخش دوم، رفتارهای مخل نظم جلسات علنی دادگاه و افراد و مراجع موضوع ماده مزبور بررسی خواهد شد. در بخش پایانی نیز، با نگاهی اجمالی به اسناد حقوق بشری و مراجع نظارتی آن‌ها، «رویکرد موازین بین‌المللی» را مورد مطالعه قرار خواهد داد.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که در نظام کیفری ایران، موضوع اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه به‌عنوان یک تخلف شناخته می‌شود و تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند توجیهی برای برگزاری غیرعلنی محاکمه از سوی دادگاه باشد. درواقع، با توجه به اینکه مدیریت فرآیند محاکمه و استقرار نظم جلسه دادگاه، یکی از تکالیف مهم مرجع قضایی است، قاضی موظف است حتی در صورت وجود اخلال در نظم، از طریق ابزارهایی چون اخراج یا بازداشت افراد مختل‌کننده نظم، تذکر به اصحاب دعوا و ارشاد تماشاچیان، اقدام‌های مقتضی برای حفظ نظم جلسه را اتخاذ کند. قانون آیین دادرسی کیفری نیز در ماده ۳۵۴ به صراحت پیش‌بینی کرده است که قاضی باید با استفاده از تمام سازوکارهای قانونی ازجمله همکاری با ضابطان قضائی، نظم جلسه را حفظ کند و تحت هیچ شرایطی اجازه ندهد که مشکلات مربوط به نظم، بهانه‌ای برای برگزاری غیرعلنی محاکمه شود. این در حالی است که در نظام بین‌المللی حقوق بشر، به‌رغم اینکه نگرانی‌های مربوط به نظم جلسات علنی دادگاه‌ها نمی‌تواند به‌طور مطلق اصل دادرسی علنی را محدود کند و در ابتدا باید اقدام‌های لازم برای تضمین نظم به روش‌های مختلفی ازجمله اخراج، تذکر و استفاده از نیروهای انتظامی انجام شود، اما در مواردی خاص، بر اساس ضرورت و رعایت تناسب، امکان عدول از دادرسی علنی تحت عنوان حفاظت از «منافع عدالت» وجود دارد.

نتیجه‌گیری: بر این اساس، چنین نتیجه‌گیری شده است که نظام کیفری ایران در مقایسه با نظام بین‌المللی حقوق بشر، در زمینه حفظ نظم در جلسات علنی دادگاه‌ها رویکردی به‌مراتب سخت‌گیرانه‌تر اتخاذ کرده است، زیرا در ایران برخلاف نظام بین‌المللی حقوق بشر، هیچ‌گونه توجیهی برای برگزاری

غیرعلنی محاکمه به دلیل نگرانی‌های مربوط به نظم دادگاه وجود ندارد و قاضی موظف است با روش‌های مختلف و استفاده از تمامی ابزارهای قانونی، نظم مؤثر در دادگاه برقرار کند.

واژگان کلیدی: اخراج از جلسه، اخلال در نظم، دادرسی علنی، دادرسی کیفری، موازین بین‌المللی.

سرآغاز

رسیدگی علنی در دادگاه که امروزه به‌عنوان ابزار مهمی در جهت شفافیت دادرسی و اطمینان از نظارت عمومی بر عملکرد دستگاه قضایی شناخته می‌شود، به طرفین دعوا فرصت می‌دهد تا در حضور مردم و رسانه‌ها، ادله خود را اعم از اسناد و مدارک و شهود ابراز دارند و در چنین موقعیتی، به ارائه توضیحات و دفاعیات شفاهی در مورد موضوع پرونده بپردازند. قاضی نیز با توجه به نظارت افکار عمومی بر جریان دادرسی و زیر ذره‌بین قرار گرفتن عملکرد خود، به‌طور دقیق و بی‌طرفانه و در راستای اجرای صحیح عدالت، پرونده را موردبررسی قرار خواهد داد. ازاین‌رو، باوجوداینکه نظم جلسات دادگاه و فراهم کردن شرایط آن، به‌عنوان یک ویژگی مشترک برای تمامی جلسات رسیدگی کیفری محسوب می‌شود، اما این موضوع در رابطه با پرونده‌هایی که با حضور شهروندان و اصحاب رسانه به‌صورت علنی رسیدگی می‌شوند، از اهمیت و حساسیت بسیار بیشتری برخوردار است؛ به‌طوری‌که قانون‌گذار به‌صراحت برای اخلاف و برهم زدن نظم جلسات علنی دادگاه، ضمانت اجرا قرار داده است. باین‌حال، در نظام دادرسی کیفری ایران نمی‌توان به این عذر که اخلاف در نظم دادگاه از سوی طرفین دعوا یا سایر اشخاص حاضر در جلسه علنی، موجب سختی و مشقت در کنترل جلسه است، محاکمه را غیرعلنی برگزار کرد؛ بلکه باید به نحو مقتضی، نظم را برقرار کرد. در این راستا، رئیس دادگاه طبق قانون می‌تواند کسانی را که باعث برهم زدن نظم جلسه دادرسی می‌شوند، حسب مورد از دادگاه اخراج کند یا دستور توقیف آن‌ها را صادر کند. همچنین، تذکر به اصحاب دعوا، ارشاد تماشاگران یا تهدید آن‌ها به اخراج از جلسه دادگاه، استمداد از ضابطان دادگستری مستقر در واحد قضایی و غیره، از دیگر روش‌های برقراری نظم است؛ بنابراین قاضی به‌عنوان مدیر جلسه، در ابتدای رسیدگی، به تمام افراد حاضر در جلسه تذکر لازم را می‌دهد.

در نظام بین‌المللی حقوق بشر نیز صرف نگرانی‌های مربوط به اخلاف در نظم جلسات علنی دادگاه و یا ایجاد بی‌نظمی‌های خفیف و قابل‌کنترل، نمی‌تواند دادرسی علنی را با محدودیت مواجه سازد و محرومیت بی‌قیدوشرط افراد را از حضور در یک محاکمه توجیه کند اما باین‌حال، گاهی ممکن است در شرایطی خاص و در راستای اجرای صحیح عدالت که ضرورت و تناسب آن را دادگاه تشخیص می‌دهد، تمام یا بخشی از جلسه دادرسی به‌صورت غیرعلنی برگزار شود.

دلیل اصلی منع غیرعلنی کردن جلسات دادرسی به دستاویز اخلال در نظم دادگاه در نظام کیفری ایران و اهتمام جدی نظام بین‌المللی حقوق بشر در رابطه با رفع هرگونه مانع برای حضور مردم و رسانه‌ها در جلسات دادگاه را می‌بایست در جایگاه حساس و خطیر اصل علنی بودن دادرسی‌های کیفری جستجو کرد. این اصل دارای علت و مبنایی مرکب است و همان‌گونه که برخی از نویسندگان (Bassiouni, 1994: 609) نیز تصریح کرده‌اند، دادرسی علنی می‌تواند به‌طور هم‌زمان دو جریان را به‌صورت موازی ساماندهی کند: نخست، حمایت از متهم در برابر محاکمات سری و غیرمنصفانه و دوم، تضمین منافع جامعه از طریق نظارت اجتماعی بر کار دادگاه‌ها و جلب اعتماد عمومی نسبت به اجرای صحیح عدالت. از همین رو، اکثر حقوقدان‌ها و جامعه‌شناسان معتقدند که علنی بودن محاکمات، همان اندازه که تضمین‌کننده حقوق متهم در برابر قدرت حکومت است، تأمین‌کننده مصلحت جامعه نیز است. این دو کارکرد، از ارزش‌های اساسی و واقعی دموکراتیک هستند و بدون شک، به یکدیگر وابسته و درهم‌آمیخته شده‌اند (Bicskei; Csizmár & Kotsis, 2018: 4).

این نوشتار با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، در پی پاسخ به این پرسش است که در نظام کیفری ایران، چه سازوکاری از سوی قانون‌گذار در رابطه با موضوع اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه به کار گرفته شده است؟ در این راستا، قواعد و مقررات مربوط به این موضوع در نظام کیفری ایران به‌ویژه قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت. همچنین دستیابی به پاسخ این پرسش که رویکرد نظام بین‌المللی حقوق بشر در رابطه با این موضوع چیست و قلمرو اعمال آن تا چه اندازه با نظام کیفری ایران دارای معیارهای مشترک است، یکی از دغدغه‌های اصلی نویسندگان این مقاله در خصوص انجام چنین پژوهشی است.

از آنجاکه تاکنون تحقیقی اختصاصی، جامع و مبسوط در زمینه اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، شناسایی افراد و مراجع مرتبط با این موضوع و احکام مربوط به هر یک از آن‌ها بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و همچنین جایگاه چنین مسئله‌ای در موازین بین‌المللی به انجام نرسیده است، لذا کاربردی بودن محتوای علمی و نظری این مقاله، انجام آن را ضرورت می‌بخشد. با این مقدمه، سازمان مقاله این‌گونه خواهد بود که ابتدا در دو بخش، به بررسی موضوع در نظام کیفری ایران می‌پردازد؛ بدین ترتیب که در بخش اول چگونگی

مواجهه قانون‌گذار ایران با اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه بررسی و ماهیت رفتار موضوع ماده ۳۵۴ قانون دادرسی کیفری تبیین خواهد شد و در بخش دوم، رفتارهای مخل نظم جلسات علنی دادگاه و افراد و مراجع موضوع ماده مزبور بررسی خواهد شد. در بخش پایانی نیز، با نگاهی اجمالی به اسناد حقوق بشری و مراجع نظارتی آن‌ها، «رویکرد موازین بین‌المللی» را مورد مطالعه قرار خواهد داد.

۱. ماهیت‌شناسی اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه

سیاست قانون‌گذار ایران برای تأمین و تضمین نظم جلسات علنی دادگاه، در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ انعکاس یافته است^۱ که مقرر می‌دارد: «اخلال در نظم دادگاه از طرف متهم یا سایر اشخاص، موجب غیرعلنی شدن محاکمه نمی‌شود، بلکه باید به گونه مقتضی نظم برقرار شود. رئیس دادگاه می‌تواند دستور اخراج کسانی را که باعث اخلال در نظم دادگاه می‌شوند، صادر کند؛ مگر اینکه اخلال‌کننده از اصحاب دعوا باشد که در این صورت رئیس دادگاه دستور حبس او را از یک تا پنج روز صادر می‌کند. این دستور پس از

۱. لازم به توضیح است که اخلال در نظم دادگاه نمی‌تواند مشمول عنوان مجرمانه مذکور در ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب سال ۱۳۷۵ (اخلال نظم و آسایش و آرامش عمومی) قرار گیرد، زیرا اخلال در نظم دادگاه با اخلال در نظم عمومی که اقتضای آن، وقوع اخلال در نظم و آسایش و آرامش در غیر محل‌های محصور و محدود با حکم خاص است، تفاوت دارد و دادگاه گرچه صفت «عمومی» را به همراه دارد و حضور در آن برای همگان آزاد است، اما مکان عمومی تلقی نمی‌شود (National System of Judicial Judgments, 2020). در توجیه این نظر باید گفت که نظم عمومی مدلول مقرراتی است که در آن، ذات، حیثیت و منافع مادی و معنوی جامعه می‌بایست مورد حمایت جدی قرار گیرد. از این‌رو در صورت برهم زدن نظم عمومی، وجدان جامعه جریحه‌دار می‌شود (Hashemi, 2019: 414). بنابراین، قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است که در ردیف اموری باشد که نظام جامعه به آن وابسته است و نقض آن امور، به این نظام خدشه و خلل وارد می‌آورد. این در حالی است که اخلال در نظم دادگاه اصولاً اخلال در نظم عمومی را در پی ندارد و صرفاً برهم زنده نظم شعبه رسیدگی یا نهایتاً نظم ساختمان دادگستری که جلسه دادرسی در آن برگزار شده است، است. در نظام بین‌المللی حقوق بشر نیز مراد از «نظم عمومی» -که برهم خوردن آن، اصل علنی بودن دادرسی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد- ناظر به نظم جامعه است؛ و حفظ نظم دادگاه باوجود شرایطی، تحت «منافع عدالت» قرار می‌گیرد (Rasteh; Moazenadegan & Dolatkah, 2023: 202).

جلسه رسیدگی، فوری اجرا می‌شود. اگر اخلاص‌کننده از وکلای اصحاب دعوا باشد، دادگاه به وی در خصوص رعایت نظم دادگاه تذکر می‌دهد و در صورت عدم تأثیر، وی را اخراج و به دادرسی انتظامی وکلا معرفی می‌کند. چنانچه اعمال ارتكابی، واجد وصف کیفری باشد، اجرای مفاد این ماده، مانع از اعمال مجازات قانونی نیست. دادگاه پیش از شروع به رسیدگی، مفاد این ماده را به اشخاصی که در جلسه دادگاه حضور دارند، تذکر می‌دهد.^۱

پرسشی که در نخستین مواجهه با این ماده قابل طرح است این است که اساساً ماهیت رفتار موضوع ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری چیست؟ به عبارت دیگر، قانون‌گذار ایران رفتارهای مخل نظم جلسه علنی دادگاه را جرم محسوب کرده یا به تخلف‌انگاری آن اکتفا کرده است؟ پیش‌بینی «حبس» در این ماده برای برخی صورّ اخلاص، مؤید این دیدگاه است که قانون‌گذار در ماده مزبور مبادرت به جرم‌انگاری کرده و اخلاص در نظم دادرسی علنی، ماهیتاً جرم محسوب می‌شود؛ روشن است که حبس، به عنوان متداول‌ترین مجازات در قوانین کیفری ایران، پاسخی است که در برابر «جرم» قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که قانون‌گذار در این ماده با پیش‌بینی حبس، اقدام به کیفرگذاری کرده و این امر به معنای جرم‌انگاری ضمنی اخلاص در نظم جلسات علنی دادگاه است.

۱. ممکن است گفته شود که حکم ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، جلسات غیرعلنی را نیز در برمی‌گیرد؛ اما با توجه به صدر این ماده که مقرر می‌دارد: «اخلاص در نظم دادگاه از طرف متهم یا سایر اشخاص، موجب غیرعلنی شدن محاکمه نمی‌شود...» و نظر به اینکه ماده مزبور در ادامه مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ که مربوط به احکام دادرسی علنی می‌باشند آمده است، حکم مقرر در خصوص اخلاص در نظم جلسات دادگاه را باید محدود به جلسات علنی دانست. سابقه تقنینی این حکم نیز مؤید این برداشت است؛ به طوری که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸، ضمانت اجرای اخلاص در نظم دادگاه را در تبصره ۲ ماده ۱۸۸ این قانون مقرر کرده بود. روشن است که آن تبصره را باید با توجه به ماده اخیرالذکر تفسیر کرد که ناظر بر اصل علنی بودن محاکمات کیفری بوده است. اختصاص حکم ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری به جلسات علنی دادگاه را می‌توان این‌طور توجیه کرد که اصولاً کنترل نظم دادگاه، هنگامی که تعداد افراد حاضر در آن زیاد باشد، سخت‌تر و حساس‌تر خواهد بود. بر این اساس، در دادرسی‌هایی که به صورت علنی برگزار می‌شود احتمال درگیری‌های لفظی و برخوردهای فیزیکی بین افراد حاضر در جلسه اعم از طرفین دعوا، دوستان و خویشاوندان آنها، وکلای مدافع، اصحاب رسانه و به طور کل، تمام شهروندانی که به عنوان نظاره‌گر در دادگاه حضور دارند، بسیار بیشتر از زمانی است که جلسات دادگاه به طور غیرعلنی برگزار می‌شود و صرفاً افراد درگیر در پرونده، در دادگاه حضور دارند.

با پذیرش وصف کیفری این رفتار، باید آن را از یک‌سو تابع قواعد عمومی جرائم و مجازات‌ها و از سوی دیگر تابع تشریفات دادرسی کیفری دانست. باین‌حال، ملاحظه می‌شود که ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، با برخی قواعد ماهوی و شکلی حاکم بر جرائم سازگاری ندارد؛ برای نمونه، چنانچه اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، «جرم» تلقی شود، حبس یک الی پنج روز مقرر در ماده مزبور نیز «کیفر» محسوب می‌شود و باید مطابق با الزام ماده ۶۵ قانون مجازات اسلامی، به مجازات جایگزین حبس تبدیل شود؛ بنابراین با توجه به حکم ماده اخیر، در مورد اخلال در نظم دادگاه صدور دستور حبس متفی خواهد بود؛ درحالی‌که این موضوع مغایر با هدف قانون‌گذار از ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری و برخلاف رویه حاکم بر دادگاه‌ها است. از سوی دیگر، قانون‌گذار رسیدگی به اخلال در نظم جلسه علنی را از بسیاری تشریفات مهم دادرسی کیفری نظیر تشکیل پرونده، تفهیم اتهام، تحقیق و گردآوری ادله، صدور حکم و ابلاغ آن، قابلیت اعتراض به رأی دادگاه و اجرای آن پس از قطعیت، عدول کرده است. ازجمله آنکه، تصمیمی که دادگاه در قبال اخلال در نظم جلسه علنی اتخاذ می‌کند برخلاف معمول، در قالب دادنامه نیست بلکه به‌صراحت ماده مزبور، -حتی در خصوص حبس مرتکب- به «صدور دستور» اکتفا می‌کند. به‌علاوه، پرونده‌ای مستقل از پرونده دعوای اصلی تشکیل نمی‌شود که محتویات آن را صورت‌جلسه اخلال در نظم دادگاه و عندالاقضا شهادت شهود، صوت یا تصویر ضبط‌شده از جلسه دادگاه و درنهایت رأی صادره تشکیل دهد. درواقع برای صدور دستور موضوع این ماده، نیازی نیست که شخص اخلال‌گر به دادسرا معرفی شود تا پس از تحقیقات مقدماتی و احراز مجرمیت، کیفرخواست صادر شود؛ بلکه دادگاه بلافاصله صورت‌جلسه تنظیم کرده و در صورت امکان، شهادت شهودی که در جلسه دادرسی حضور داشته‌اند را اخذ و در صورت جلسه منعکس می‌کند. در همان زمان نیز دستور را صادر و به محکوم‌علیه ابلاغ کرده و او را برای اجرای حکم اعزام می‌کند.^۱

۱. البته باید توجه کرد که ماده مزبور، تنظیم صورت‌جلسه و ذکر اخلال در آن را به دادگاه تکلیف نکرده است و بر این اساس، عدم ذکر نوع اخلال در نظم دادگاه، تخلف انتظامی محسوب نمی‌شود؛ باین‌حال بهتر است این اقدام صورت گیرد تا دادرس در معرض اتهام نباشد.

با این تفصیل، اگر رویکرد قانون‌گذار ایران به موضوع اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، نه «جرم‌انگاری» بلکه «تخلف‌انگاری» محسوب شود، قابل توجیه خواهد بود. مؤید این نظر، قسمت اخیر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری است که مقرر می‌دارد: «... چنانچه اعمال ارتكابی، واجد وصف کیفری باشد، اجرای مفاد این ماده، مانع از اعمال مجازات قانونی نیست...». به این ترتیب، اقوا آن است که بگوییم اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، فی‌نفسه فاقد وصف کیفری است؛ اگرچه ممکن است توأم با رفتارهای مجرمانه‌ای همچون توهین، ضرب و جرح، تهدید، افترا و غیره ارتكاب یابد.^۱ بر این اساس، با توجه به عدم شمول قوانین آیین دادرسی کیفری بر رسیدگی به تخلفات، ایراد پیش‌گفته در خصوص عدول قانون‌گذار از تشریفات دادرسی کیفری در این فرض مرتفع خواهد بود. به علاوه، در صورت تخلف انگاشتن اخلال در نظم دادگاه، حبس مقرر در ماده مزبور مشمول قواعد عمومی حاکم بر مجازات از جمله ماده ۶۵ قانون مجازات اسلامی نیز نخواهد بود.

با این حال باید اذعان کرد که حتی در صورت تخلف محسوب کردن رفتار موضوع ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، این نقد به قانون‌گذار ایران وارد است که بدون جرم شناختن یک رفتار، رایج‌ترین مجازات نظام عدالت کیفری (حبس) را در مورد آن قابل اعمال می‌داند؛ زیرا حبس، یک کیفر است و کیفر نیز واکنشی است در قبال جرم که اجرای آن مقید به ضوابط و تشریفات خاصی است؛ بنابراین، استعمال لفظ «حبس» در قبال تخلف، صحیح نیست. به نظر می‌رسد مقصود قانون‌گذار از حبس یک الی پنج روز مقرر در این ماده، نه کیفر، بلکه ضمانت اجرایی قوی‌تر از اخراج است؛ زیرا با وجود اینکه برای تضمین نظم جلسه دادگاه، اخراج از صحن دادگاه نیز کفایت می‌کند اما قانون‌گذار این اختیار را به رئیس دادگاه داده است که در خصوص طرفین دعوا، با توجه به نوع اخلال و بی‌نظمی صورت گرفته از سوی آن‌ها و با

۱. چنانچه اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه به عنوان تخلف موضوع ماده ۳۵۴ ق.آ.د.ک.، توأم با عناوین مجرمانه مانند قتل، ایراد ضرب و جرح، توهین، تهدید، قذف، افترا و غیره ارتكاب یابد، هر کدام باید جداگانه مورد حکم قرار گیرند؛ بدین معنی که دادرسی در مورد اخلال در نظم دادگاه صورت جلسه تنظیم کرده و دستور مقتضی صادر می‌کند و در مورد عناوین مجرمانه ارتكابی، بر اساس ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری مراتب را به دادستان اطلاع می‌دهد و دادستان موظف به تعقیب خواهد بود؛ مگر اینکه جزء جرائمی باشد که تعقیب آن مستلزم شکایت شاکی خصوصی است.

رعایت اصل تناسب، اقدام مقتضی را به عمل آورد. باین‌حال، شایسته این بود مقنن که به‌صراحت چنین عملی را جرم نمی‌داند، به‌جای کاربرد لفظ حبس یا حتی بازداشت که توالی و تبعات فاسد دارد، از واژگان مناسب‌تری مانند نگهداری یا مراقبت در مکان مناسب، استفاده می‌کرد، زیرا الفاظ محمول هستند بر معانی عرفیه و اصطلاحات حقوقی، به‌طریق‌اولی محمول بر این معانی هستند. از سوی دیگر، درست است که قانون‌گذار این حبس را به‌عنوان یکی از ضمانت اجرای اخلاف در نظم جلسه دادگاه پیش‌بینی کرده و آثار محکومیت کیفری به معنای خاص نیز نباید بر آن متصور باشد، اما تفویض اختیار مطلق و بی‌ضابطه به رئیس دادگاه در صدور و اجرای چنین دستوری، زمینه را برای تشتت آرا در اثر برداشت‌های متفاوت از واژگان تفسیربرداری نظیر «نظم» و «اخلال» و حتی سوءاستفاده از این آزادی عمل فراهم می‌سازد؛ به‌ویژه آنکه این دستور به‌رغم ارتباط با حقوق و آزادی‌های افراد- نه قابلیت اعتراض دارد و نه سازوکاری برای نظارت قضایی بر آن پیش‌بینی شده است. ضمن اینکه معرفی چنین اشخاصی به زندان آن‌هم برای مدت کوتاه یک الی پنج‌روزه، نه‌تنها اثربخشی مثبتی نخواهد داشت، بلکه عملاً می‌تواند آثار سوء زندان ازجمله برچسب‌زنی و ایجاد زمینه معاشرت و مصاحبت با زندانیان حرفه‌ای و سابقه‌دار را به همراه داشته باشد و آموزه‌های مجرمانه را در همین زمان اندک، به فرد انتقال دهد. در راستای حل چنین معضلی، از یک‌سو شایسته است که قانون‌گذار در جهت کاستن از توسعه بلاوجه دامنه این دستور و سوءاستفاده از این اختیار قانونی، مستدل بودن دستور حبس و قابلیت اعتراض به آن را پیش‌بینی کند تا از این طریق، نظارت قضایی بر این تشخیص دادگاه میسر شود؛ از سوی دیگر، ضروری است اشخاصی که به دستور رئیس دادگاه، یک تا پنج روز حبس می‌شوند، در مکانی مناسب و مجزا از سلول‌های عمومی زندان نگهداری شوند تا بدین ترتیب از آثار سوء ناشی از محیط زندان و ارتباط با مجرمان سابقه‌دار در امان بمانند.

۲. گستره موضوعی اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه

پرسشی که در گام دوم مطرح می‌شود این است که اساساً اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، - آن‌گونه که قانون‌گذار در ماده ۳۵۴ ق.آ.د.ک. مقرر کرده است-، به کدام رفتارها اطلاق می‌شود و چه اشخاص و مراجعی را در برمی‌گیرد؟ پاسخ به این پرسش در سه بند ذیل دنبال خواهد شد:

۱-۲. رفتارهای محل نظم دادگاه

اگرچه قانون‌گذار در ماده مزبور منظور خود از «نظم» دادگاه و «اخلال» در آن را مشخص نکرده است اما به نظر می‌رسد نظم دادگاه را می‌توان به‌عنوان وضعیت و اوضاع‌واحوالی تعریف کرد که وابسته به حسن رفتار و اعمال سنجیده از سوی طرفین دعوا و سایر اشخاص حاضر در صحن دادگاه است که محیطی نظام‌مند و شریطی آرام و پایدار فراهم می‌سازد تا ضمن احترام به شئون دادگاه و مقامات قضایی، دعاوی با رعایت سازوکار قانونی و بدون هیچ مانعی مورد رسیدگی قرار گیرند. بر این اساس، اخلال در نظم دادگاه اقدامی است علیه عدالت کیفری و مقصود از آن، اعمال و رفتار و در برخی موارد گفتاری است که حسب مورد از سوی طرفین دعوا یا سایر اشخاص حاضر در صحن دادگاه صورت می‌گیرد و سبب نقض شأن و احترام دادگاه، برهم خوردن انتظام و آرامش حاکم بر جلسه و ایجاد وقفه یا انحراف در جریان رسیدگی می‌شود؛ بنابراین هرگاه شخصی با هیاهو، جنجال و درگیری، مانع رسیدگی شود و مثلاً صندلی‌های دادگاه را برهم بریزد یا با فریاد و سروصدا و استفاده از الفاظی که منافی با شئون دادگاه و اشخاص حاضر است، جو دادگاه را متشنج کند یا با اشخاص حاضر در جلسه درگیر شود و از این قبیل موارد، نظم جلسه دادگاه با اخلال مواجه شده است؛ که البته تشخیص آن بر عهده قاضی است.

این رفتارها معمولاً در قالب فعل مادی مثبت صورت می‌گیرد؛ بنابراین اگر طرفین دعوا یا وکلای آن‌ها از دادن پاسخ صحیح طفره برونند یا جلسه رسیدگی را ترک کنند یا به شکل دیگری مانع روند صحیح و کامل دادرسی شوند، از مصادیق اخلال در نظم دادگاه نخواهد بود (Carter & Harris, 2018: 99). همچنین باید توجه داشت که اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، به رفتارهای تنازعی و درگیری‌های فیزیکی و کلامی محدود نمی‌شود؛ بلکه ممکن است عناصر غیرتنازعی نیز، نظم دادگاه را مختل سازند؛ از مهم‌ترین این عناصر، می‌توان از رسانه‌های گروهی نام برد که ممکن است حین پوشش رسانه‌ای جلسات دادرسی، با اقدامات خود نظم دادگاه را برهم زده و در روند رسیدگی اخلال به وجود آورند (Lepofsky, 2009: 361).

تفاوتی ندارد که فرد از ارتکاب این‌گونه رفتارها، قصد جلوگیری از شروع یا تداوم رسیدگی دادگاه را داشته باشد یا اینکه بدون قصد ایجاد مانع برای ادامه رسیدگی و صرفاً از روی تقصیر و یا حالاتی نظیر عصبانیت، این کار را انجام دهد. به عبارت دیگر، رفتار مزبور،

عمل مادی صرف است که سوءنیت عام و سوءنیت خاص برای تحقق آن لازم نیست؛ هرچند دادرسی دادگاه کیفری بر اساس تکلیف مصرح در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری وظیفه دارد ممنوعیت اخلال در نظم جلسه دادگاه را به حاضرین گوشزد کند؛ بنابراین، فرض بر آن است که حاضرین در دادگاه نسبت به ممنوعیت این عمل آگاهی دارند. از این رو، وقتی این عمل را انجام می‌دهند، وجود سوءنیت عام در ایشان را می‌توان مفروض دانست (Zera'at & Mohajeri, 2006: 72). بر این اساس، دفاعیاتی مبنی بر عدم قصد بر هم زدن نظم جلسه، نمی‌تواند مستمسک شخص اخلال‌گر قرار گیرد؛ مانند اینکه در مقام پاسخ به اهانت‌های طرف مقابل یا سایر افراد حاضر در دادگاه و دفاع از خود برآمده و به هیچ وجه قصد اخلال در نظم دادگاه را نداشته است.

۲-۲. افراد مشمول

حکم مقرر در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، همه افراد حاضر در جلسه دادگاه اعم از شاکی، متهم، وکلای دادگستری و تماشاگران را در برمی‌گیرد. نکته‌ای که باید در اینجا خاطرنشان کرد این است که قانون‌گذار ایران در تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، همه حاضران در دادگاه را تابع حکمی واحد دانسته و برای دادگاه این اختیار را قائل بود که بتواند هر کسی را که مخل نظم جلسه می‌شود، از یک تا پنج روز توقیف کند. این در حالی است که ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضمانت اجرای حبس یک تا پنج روز را صرفاً در مورد اصحاب دعوا پیش‌بینی کرده است؛ بنابراین رئیس دادگاه نمی‌تواند در مورد وکلای دادگستری، شهود و مطلعان، کارشناسان، اصحاب رسانه و تماشاچیان جلسه که باعث اخلال در نظم دادگاه می‌شوند، دستور حبس بدهد؛ چون آن‌ها اصحاب دعوا نیستند (Khaleghi, 2021: 497). در ادامه، احکام مربوط به هر یک از افراد مشمول ماده ۳۵۴، مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۱. اصحاب دعوا (شاکی و متهم)

حق حضور اصحاب دعوا -به‌ویژه متهم- در جلسات علنی دادگاه، به‌عنوان عنصری مهم و انکار نشدنی در زمینه ارائه یک دفاع مناسب از سوی طرفین به‌صراحت در نظام کیفری ایران

به رسمیت شناخته شده است.^۱ این موضوع در درجه‌ای از اهمیت قرار دارد که حتی در مواردی که با تجویز قانون و به‌طور استثنائی امکان محدود کردن حق دادرسی علنی و ممانعت از حضور عموم مردم و رسانه‌ها وجود دارد، طرفین دعوا حق حضور در جلسه دادگاهی را که در حال رسیدگی به اتهام آن‌هاست دارند (Robinson, 2009: 85). بر این اساس، یکی از نقاط عطف ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری این است که قانون‌گذار در مورد اخلاف‌گری اصحاب دعوا، ضمانت اجرای اخراج از جلسه دادرسی را در نظر نگرفته است. اخراج اصحاب دعوا از دادگاه ممکن است موجبات نقض برخی از اصول دادرسی کیفری و متعاقباً تضییع حقوق آنان را فراهم آورد. به‌طور مثال، اگر متهم در جلسه دادگاه حضور نداشته باشد، تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع از او امکان نخواهد داشت و اعلام ختم مذاکرات و صدور رأی به‌موجب ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز قانوناً بدون اخذ آخرین دفاع ممکن نخواهد بود. از همین روست که مقنن با در نظر گرفتن تبعات منفی اخراج اصحاب دعوا در ماده مزبور، به دادگاه‌ها متذکر شده است که در صورت برهم زدن نظم جلسه علنی دادگاه توسط اصحاب دعوا، بدون اخراج آن‌ها، صرفاً می‌توانند دستور حبس ایشان را به مدت یک تا پنج روز صادر کنند و به جهت اینکه طرفین بتوانند به بهترین نحو از حقوق خود دفاع کنند و همچنین اخذ آخرین دفاع از متهم امکان‌پذیر باشد، این دستور پس از پایان جلسه رسیدگی، اجرا می‌شود (Zera'at & Ashrafi, 2018: 28).

حال این پرسش مطرح می‌شود که اگر طرفین یا یکی از آن‌ها دست به اقدامات خشونت‌آمیز بزنند و در قالب ارتکاب جرمی مانند ضرب و جرح در صحن دادگاه موجب اخلاف در نظم شود به‌طوری‌که حضور او در جلسه عملاً ادامه رسیدگی را امکان‌ناپذیر کند- آیا در چنین مواردی نیز، محرومیت وی از حضور در دادگاه سبب تضییع حقوق انسانی و قانونی او خواهد شد؟ شاید در نگاه اول گفته شود که حتی در چنین مواردی نیز محرومیت هر یک از طرفین دعوا از حضور در دادگاه، موجبات نقض برخی اصول دادرسی کیفری و تضییع حقوق او را فراهم می‌آورد؛ اما باید پذیرفت که این محرومیت، نتیجه عمل خود شخص است و

۱. مواد ۳۴۲ و ۳۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری.

نمی‌توان دیگران را در این امر دخیل و مسئول دانست.^۱ بدین ترتیب، درست است که قانون‌گذار با در نظر گرفتن توالی فاسد اخراج طرفین دعوا از جلسه دادگاه، این امر را تجویز نکرده است، اما در مواجهه با رفتارها و اقدامات خشونت‌آمیز و غیرقابل کنترل از سوی متهم یا بزه‌دیده - که واجد وصف کیفری هستند - توجه به نظم جلسه دادگاه و فراهم بودن تمام شرایط برای ادامه رسیدگی، از چنان اهمیتی برخوردار است که باعث می‌شود گاه از برخی اصول و قواعد پذیرفته‌شده در فرآیند دادرسی - مانند اصل حضور متهم در جلسه - عدول شود. این موضوع حتی در موازین بین‌المللی حقوق بشری نیز در راستای جلوگیری از سوءاستفاده متهم از حق دادرسی حضوری و همچنین اطلاع بی‌مورد دادرسی، پذیرفته شده است (Case of Idalov v. Russia, 2012: 175-177). از طرفی نیز باید توجه داشت که در بسیاری از موارد، صرف حضور وکیل نیز می‌تواند دادرسی را واجد وصف حضوری کند و در چنین مواقعی، از تضییع حقوق آن‌ها جلوگیری کند.

در رابطه با اخلال در نظم جلسه دادگاه توسط اصحاب دعوا، توجه به چند نکته ضروری است: نخست، در صورتی که اصحاب دعوا به دلیل اخلال در نظم دادگاه محکوم شوند و پس از صدور دستور، مجدداً در همان جلسه مرتکب اخلال در نظم دادگاه گردند، رئیس دادگاه نمی‌تواند دستور بیش از پنج روز حبس را علیه آن‌ها صادر کند. در این خصوص، دادگاه انتظامی قضات در یکی از آرای خود^۲ چنین نظر داد که: «تبصره ماده ۳۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری (در حال حاضر، ماده ۳۵۴) به دادگاه اختیار داده است کسانی را که باعث اخلال نظم دادگاه می‌شوند، از یک تا پنج روز توقیف کند؛ درحالی که رئیس دادگاه عمومی، به‌رغم صراحت ماده مرقوم، متهم را به دو فقره حبس، هریک به مدت پنج روز محکوم کرده که تخلف است...». بالاین حال، به نظر می‌رسد اگر رسیدگی در یک جلسه به اتمام نرسد و وقت جلسه تجدید شود، در صورتی که اصحاب دعوا در جلسه دوم نیز سبب اخلال در نظم دادگاه شوند، امکان صدور حبس تا پنج روز وجود داشته باشد.

۱. به نظر می‌رسد چنین موضوعی را بتوان در چهارچوب «قاعده اقدام» قرار داد. قاعده اقدام به این معنی است که هرگاه شخص با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ایراد ضرر توسط دیگران به او شود، واردکننده زیان مسئولیتی ندارد؛ بنابراین، قاعده اقدام نمایانگر رابطه سببیت بین «رفتار شخص» و «ضرر» است.

۲. رأی شماره ۷۱-۷۴-۱۳۷۸/۳ ش ۳.

دوم، دستور دادگاه مبنی بر حبس اصحاب دعوا در صورت اخلال در نظم دادگاه، دستوری اداری است که در همان جلسه صادر و بلافاصله در پایان آن اجرا می‌شود. این دستور، قطعی و غیرقابل اعتراض است. بر همین اساس، این موضوع بدون نیاز به تشکیل پرونده و انجام تحقیقات و دادرسی صورت می‌پذیرد (Khaleghi, 2021: 497).

سوم، اگر طرفین پرونده دیگری یا دوستان و خویشاوندان آن‌ها در راهروی دادگستری و خارج از شعبه‌ای که در حال رسیدگی است، بدون اطلاع و بدون قصد برهم زدن جلسه مربوطه، با یکدیگر درگیر شده و سروصدا راه اندازند، به نحوی که عملاً آن جلسه نظم خود را از دست بدهد، اقدام آن‌ها مستوجب حکم ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیست. درواقع، عبارت «اخراج» در این ماده، مؤید این ادعاست.

۲-۲-۲. وکلای مدافع

بر پایه قواعد و اصول حاکم بر وکالت در دادگاه‌ها، لزوماً حضور شخص متهم در جلسه دادرسی ضرورت ندارد و صرف حضور وکیل وی نیز کفایت می‌کند، زیرا در این صورت از یک سو، وصف منصفانه بودن دادرسی تقویت می‌شود و از سوی دیگر، از طریق حضور وکیل در یک جلسه دادرسی علنی، می‌توان امکان دفاع مؤثر را به متهم داد و اعتماد عمومی را به نظام عدالت کیفری ارتقا بخشید (Fazaeli, 2018: 436). ضمن اینکه به طریق اولی، زمانی که متهم در دادگاه حضور دارد اما به دلایلی قادر به دفاع مؤثر از خود نیست، حضور وکیل متهم می‌تواند دادرسی را واجد وصف دادرسی حضوری کند (Case of Stanford v. The United Kingdom, 1994: 30-32). در نظام حقوقی ایران نیز حق برخورداری از وکیل مدافع، در اصل ۳۵ قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. بر اساس این اصل، «در همه دادگاه‌ها، طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب کنند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم کرد». این مهم همچنین در مواد ۳۴۶ و ۳۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری از سوی قانون‌گذار تصریح شده است.

به‌رغم حق برخورداری اصحاب دعوا از حضور و همراهی وکیل در جلسه، چنانچه وکیل هر یک از طرفین پرونده، در جلسه دادرسی به گونه‌ای رفتار کند که منحل نظم دادرسی تلقی شود، دادگاه حق خواهد داشت که به نحو مقتضی با وی برخورد کند. قانون‌گذار در تبصره ۲

ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸، برای رئیس دادگاه این اختیار را قائل بود که بتواند در این‌گونه موارد، وکیل را از یک تا پنج روز توقیف کند اما در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، دستور حبس یک تا پنج روز صرفاً مختص اصحاب دعوا در نظر گرفته شده است و در مورد وکلای اصحاب دعوا، دادگاه تنها می‌تواند در بار اول به وی در خصوص رعایت نظم دادگاه تذکر دهد و در صورت تکرار، او را از جلسه اخراج و به دادرسی انتظامی وکلا معرفی کند.

منع حبس وکلای دادگستری به دستاویز اخلال در نظم دادگاه توسط قاضی محاکم کیفری، به‌عنوان تحولی عدالت‌محورانه و گامی در راستای استقلال وکلای دادگستری در قبال مقامات قضایی، قلمداد شده است (Shamloo, 2022: 13)؛ اما این نظر محل تأمل است، زیرا هرچند بین حبس و اخراج وکیل از دادگاه تفاوت وجود دارد اما در هر دو حالت، از حضور وی در جلسه دادگاه ممانعت به عمل می‌آید و بدین ترتیب، همان‌طور که استقلال وکیل از طریق حبس دچار خدشه می‌شود، در صورت اخراج از جلسه دادگاه نیز استقلال وی در مقابل قاضی مخدوش خواهد شد. از سوی دیگر، عدول از حبس به اخراج در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، علاوه بر وکلا شامل سایر افراد حاضر در صحن دادگاه از جمله تماشاگران، اصحاب رسانه، شهود، مأموران انتظامی، منشی دادگاه و غیره نیز می‌شود؛ بنابراین، این حکم اختصاص به وکلا ندارد تا بتوان آن را در راستای استقلال آن‌ها ارزیابی کرد. همچنین ممکن است گفته شود که با توجه به تبصره ۳ ماده‌واحد «انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا» مصوب سال ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام که مقرر می‌دارد: «وکیل در موضع دفاع، از احترام و تأمینات شاغلین شغل قضا برخوردار است»^۱، عدم جواز حبس وکلای دادگستری از آنجا نشأت می‌گیرد که اخلال در نظم دادگاه از سوی وکیل معمولاً عملی است که در مقام دفاع صورت می‌گیرد و وکیل در این موضع، از مصونیت قضایی برخوردار است؛ اما این برداشت نیز چندان دقیق نیست، زیرا چنین موضوعی می‌تواند شامل طرفین دعوا نیز شود که

۱. ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۴۰۰ رئیس قوه قضاییه نیز در حکمی مشابه مقرر می‌دارد: «وکیل در مقام دفاع از احترامات و تأمینات شغل قضا برخوردار است. کلیه مقامات قضایی، کارکنان اداری و ضابطان، در برخورد با وکلای دادگستری موظف‌اند ضمن حفظ کرامت آنان، بر مبنای اصول و موازین اخلاقی، شرعی، قانونی و حقوق شهروندی رفتار کنند».

ممکن است در مقام دفاع از خود، مرتکب اخلاف شوند. از سوی دیگر، زمانی می‌توان از مصونیت قضایی وکلای دادگستری در خصوص اخلاف در نظم دادگاه صحبت کرد که علاوه بر عدم جواز حبس، منع اخراج آن‌ها نیز از سوی قانون‌گذار مورد تأکید قرار می‌گرفت؛ این در حالی است که تنها امتیاز داده‌شده به وکلا و تفاوت آن‌ها نسبت به سایر افراد حاضر در جلسه این است که در صورت ایجاد اخلاف در نظم از سوی وکیل، رئیس دادگاه در مرتبه نخست به وی تذکر می‌دهد؛ اما در صورت تکرار، می‌تواند وی را -همانند سایر افراد- از جلسه دادگاه اخراج کند. ناگفته نماند که هرگاه ایجاد اخلاف در نظم جلسه دادگاه توسط وکیل، هم‌زمان واجد وصف کیفری نیز باشد -مانند اینکه وکیل مرتکب ضرب و جرح شود یا به تهدید، توهین و فحاشی به اصحاب دعوا یا سایر افراد حاضر در جلسه دادگاه مبادرت کند-، توقیف وکیل بر اساس قسمت اخیر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، مجاز خواهد بود.

۲-۳. تماشاگران

علنی بودن دادرسی در مفهوم حقیقی آن، به معنای برداشتن گام‌هایی است که به‌موجب آن عموم مردم قادر باشند با حضور در دادگاه‌ها، بر فرایند دادرسی نظارت کنند (Stepniak, 2014: 1). در یک جامعه دموکراتیک^۱، مردم از دستگاه قضایی خود انتظار مصونیت مطلق از خطا را ندارند اما پذیرفتن آنچه از مشاهده آن منع شده‌اند، برای آن‌ها دشوار است و به‌طور منطقی و قابل‌درک، نسبت به آنچه پشت درهای بسته اتفاق می‌افتد تردید دارند و مشکوک هستند (Wayne, 2009: 7). بر همین اساس، دادرسی علنی با این استدلال توجیه می‌شود که نظارت عمومی، زمینه‌های بی‌عدالتی در نظام عدالت کیفری را به حداقل می‌رساند و اصولاً واکنش افکار عمومی در قبال رفتارهای جانب‌دارانه و غیرعادلانه، خود عاملی برای کنترل عملکرد این نظام است. لذا یکی از ابتدایی‌ترین و درعین‌حال مهم‌ترین الزام‌های برگزاری علنی دادرسی‌ها، امکان حضور عموم شهروندان در جلسات دادگاه است. در نظام حقوقی ایران، اصل ۱۶۵ قانون اساسی با اصالت بخشیدن به علنی بودن دادرسی‌ها، دادگاه‌ها را مکلف کرده است تا غیر از استثنائات تصریح‌شده در قانون، مانعی جهت حضور افراد جامعه در جلسه‌های محاکمه

ایجاد نکنند. همچنین بر اساس صدر ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره آن، امکان دسترسی همگانی به جلسات رسیدگی مورد تأکید قرار گرفته است.

کسانی که در جلسه دادگاه به عنوان نظاره‌گر حاضر می‌شوند، حق هیچ‌گونه اظهارنظری ندارند؛ در طول مدت رسیدگی باید سکوت کرده و از جانب‌داری به نفع یکی از طرفین خودداری کنند. قطع سخنان هر یک از کسانی که اجازه صحبت می‌یابند اعم از اینکه برای تأیید باشد یا تکذیب، ممنوع است و نظم دادگاه باید رعایت شود (Khaleghi, 2004: 42).

باین‌حال، ممکن است حاضران در جلسه علنی دادگاه، به وظایف خود به عنوان تماشاگر آشنایی نداشته باشند و نظم جلسه را رعایت نکنند و بدین ترتیب در روند رسیدگی خلل ایجاد کنند. باوجوداین، ایجاد التهاب، مهمه و جنجال از سوی تماشاگران، دلیلی برای اعلام غیرعلنی بودن رسیدگی محسوب نمی‌شود بلکه قاضی صرفاً می‌تواند دستور اخراج افراد خاطی را از جلسه دادگاه صادر کند. در این خصوص برخی بر این عقیده‌اند که به‌طورکلی امکان اخراج تماشاگران اخلال‌گر، در راستای برپایی نظم و امنیت جلسه دادگاه، حفظ تمرکز قاضی و آرامش طرفین دعوا و وکلای آن‌ها است. لذا قاضی نباید این مجوز را وسیله‌ای برای انتقام‌جویی قرار داده و از این راه، عصبانیت خویش را بکاهد؛ بلکه هرگاه تماشاگرانی که بر اثر ناراحتی اقداماتی را انجام داده و برای لحظه‌ای، نظم دادگاه را برهم ریزند، بلافاصله پشیمان شده و عذرخواهی کنند، دلیلی ندارد که دادگاه همچنان بر تنبیه پافشاری کند؛ زیرا در این صورت، نظم و امنیت دادگاه که فلسفه اخراج تماشاچیان اخلال‌گر است، بدون اینکه نیازی به اخراج آنان احساس شود، برقرار شده است (Carter & Harris, 2018: 112).

۲-۲-۴. اصحاب رسانه

یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده ساختار دادرسی علنی، امکان حضور اصحاب رسانه در دادگاه و جواز انتشار جریان محاکمه است. از یک‌سو، به دلیل اینکه اتاق‌های دادگاه ظرفیت محدودی برای حضور عموم مردم دارند و از سوی دیگر، از آنجاکه اکثر مردم به دلیل داشتن مشغله یا دور بودن از محل برگزاری دادرسی، هرگز به‌طور فیزیکی در جلسه دادگاه شرکت نمی‌کنند، لذا پخش جلسات دادرسی از طریق تلویزیون و یا انتشار جریان آن توسط روزنامه‌ها یا خبرگزاری‌ها، تنها راه دستیابی خیل عظیمی از شهروندان به اطلاعات دادرسی و نظارت آن‌ها

در زمینه عملکرد نظام عدالت کیفری است (Marder, 2012: 1496)؛ در مقابل، محرومیت رسانه‌ها از حضور در دادگاه و منع انتشار جریان دادرسی توسط آن‌ها، منجر به تصمیم‌های ناصواب و احتمال بروز فساد در نظام قضایی می‌شود؛ بنابراین دادگاه‌ها باید با این واقعیت سازگار شوند که مفهوم علنی بودن دادرسی، گسترده شده است و با فناوری‌های رسانه‌ای مدرن، چنین حقی معنای وسیع‌تری برای شهروندان پیدا کرده است (Bicskei; Csizmár & Kotsis, 2018: 8).

موضوعی که باید به آن توجه کرد این است که اخلال در نظم جلسه علنی دادگاه، صرفاً با رفتار تماشاگرها و منازعه‌های کلامی حاضرین در جلسه صورت نمی‌پذیرد، بلکه ممکن است عوامل دیگری نیز نظم جلسه را برهم بزند و آرامش دادگاه را مختل کند. از مهم‌ترین عناصر مختل‌کننده غیرتنازعی در دادگاه، رسانه‌های گروهی هستند. ممکن است روزنامه‌نگار، عکاس، فیلم‌بردار و سایر اصحاب رسانه، پس از اخذ اجازه از رئیس دادگاه، به پوشش خبری دادرسی مبادرت کرده اما به دلیل اینکه با اقدامات خود نظم جلسه را برهم زده و در روند رسیدگی اخلال به وجود آورده است، رئیس دادگاه از ادامه فعالیت وی جلوگیری کند و حتی برای دفعات بعد نیز او را از فعالیت در محیط آن دادگاه منع کند (Aghmesheh & Salmanpour, 2015: 125). بر همین اساس، چنانچه حضور اصحاب رسانه در جلسه دادرسی منجر به ایجاد سروصدا در دادگاه شود یا استفاده رسانه‌ها از نورافکن‌ها، گرمای جلسه را از حد معمول افزایش دهد یا صدای فلش دوربین‌ها، صدای تعویض نوار یا جابجایی دوربین فیلم‌برداری، تمرکز طرفین دعوا و وکلای آن‌ها یا قاضی دادگاه را برهم بزند - مثلاً در کلام آن‌ها انقطاع ایجاد کند یا به نحو دیگر حواس آن‌ها را پرت کند-، قاضی دادگاه رأساً یا به تقاضای هریک از اصحاب دعوا می‌تواند برای حفظ نظم جلسه دادرسی، تصمیم مقتضی اتخاذ کند (Ansari, 2011: 286)؛ به‌طور مثال، از ادامه فیلم‌برداری جلوگیری کند یا تعداد و محل قرارگیری دوربین‌هایی را که می‌توانند در سالن دادگاه حضور داشته باشند، محدود کند و یا به شخص فیلم‌بردار تذکر دهد که نظم جلسه را رعایت کند و در صورت تکرار، وی را از دادگاه اخراج کند.

در پایان این بخش شایان‌ذکر است که مطلق بودن واژه «سایر اشخاص» و همچنین به کار بردن عبارت عام «کسانی که باعث اخلال در نظم دادگاه می‌شوند...» در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بیانگر آن است که حکم مقرر در این ماده، به‌طور کلی تمامی افرادی که با تجویز قانون یا اجازه دادگاه در جلسه دادرسی حضور دارند را در برمی‌گیرد و بدین ترتیب،

افرادی غیر از موارد فوق‌الذکر نظیر شهود و مطلعان، کارشناسان رسمی، ضابطان دادگستری، مددکاران اجتماعی، منشی و دیگر کارکنان دادگاه نیز مشمول حکم ماده ۳۵۴ هستند. البته با توجه به اینکه ضمانت اجرای حبس یک تا پنج روز صرفاً در مورد اصحاب دعوا پیش‌بینی شده است، رئیس دادگاه نمی‌تواند در صورتی که اشخاص مزبور باعث اخلال در نظم دادگاه شوند، دستور حبس بدهد و صرفاً می‌تواند دستور اخراج آن‌ها را صادر کند؛ مگر اینکه اخلال در نظم جلسه دادگاه، توأم با رفتارهای مجرمانه‌ای همچون توهین، ضرب و جرح، تهدید، افترا و غیره ارتکاب یابد که در آن صورت، اشخاص مزبور تحت آن عنوان مجرمانه، مورد تعقیب قرار خواهند گرفت. ممکن است گفته شود به دلیل تأثیری که شاید اخراج این افراد در روند دادرسی داشته باشد، ضروری است که اصل تناسب در اینجا نیز رعایت شود و قاضی تا جای ممکن از روش‌هایی غیر از اخراج -مانند تذکر، تهدید به اخراج، استمداد از ضابطان مستقر در ساختمان دادگستری و غیره- استفاده کند. این گفته تا حدودی موجه به نظر می‌رسد اما باین‌حال، ظاهر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری بیانگر آن است که رئیس دادگاه برای اخراج اشخاصی که سبب اخلال در نظم جلسه دادگاه شده‌اند، کاملاً اختیار دارد و موظف نیست از اهرم اخراج به‌عنوان آخرین حربه استفاده کند.

۳-۲. مراجع تحت شمول

برخلاف تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ که تصریحی به عبارت «جلسه دادگاه» نداشت، قسمت اخیر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، به‌صراحت این عبارت را بیان کرده است؛ بنابراین، اخلال در نظم باید در «جلسه دادگاه» صورت گیرد تا مشمول ماده مزبور شود. منظور از جلسه دادگاه جلسه‌ای است که در آن، قاضی رسیدگی‌کننده با ورود به ماهیت دعوا و بررسی تمام شواهد و مدارک، به‌طور مستدل و مستند به مواد قانونی و اصول کلی حقوقی تصمیم می‌گیرد که آیا شخصی که متهم به ارتکاب جرم و نقض قوانین کیفری است، مجرم است یا خیر. در این راستا، جلسه دادگاه از لحاظ بازه زمانی، فاصله میان اعلام شروع رسیدگی (اعلام رسمیت جلسه) از سوی قاضی رسیدگی‌کننده تا اعلام ختم دادرسی در آن جلسه از سوی ایشان است که معمولاً در آغاز و پایان رسیدگی با صدایی رسا از سوی مقام مذکور به حاضران در دادگاه اعلام می‌شود؛

بنابراین، قبل از اعلام شروع رسیدگی و یا بعد از اعلام ختم دادرسی را نمی‌توان مشمول این بحث دانست. ضمن اینکه جلسه دادگاه از لحاظ مکانی نیز محدود و محصور به اتاق داخل دادگاه (شعبه رسیدگی‌کننده به پرونده مربوطه) یا در برخی موارد استثنایی، سالن بزرگی است که در خارج از ساختمان دادگستری صرفاً برای رسیدگی به یک پرونده خاص - با رعایت تمام شرایط و ضوابط شکلی و ماهوی - مورد استفاده قرار می‌گیرد.

توجه به نکاتی چند در این خصوص، ضروری به نظر می‌رسد:

نخست اینکه جلسه معاینه محل، تحقیقات محلی و تأمین دلیل، «جلسه دادگاه» محسوب نمی‌شوند؛ بنابراین، اخلاف در چنین جلساتی مشمول ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری نخواهد بود. دادگاه انتظامی قضات در این خصوص این گونه رأی داده است^۱: «در موردی که دادرس دادگاه برای تحقیقات محلی به خارج شهر رفته و پس از مراجعت دستور داده که یکی از وکلای اصحاب دعوا را سه روز حبس کنند، قطع نظر از اینکه توقیف وکیل به عنوان اختلال در نظم جلسه در خارج از جلسه رسیدگی که راجع به قرار تأمین دلیل بوده، یک عمل خلاف قانون است، عدم تنظیم صورت مجلسی که کاشف از نوع اختلال بوده و معلوم دارد که چه عملی از وکیل سر زده که منحل به نظم جلسه تأمین دلیل بوده است نیز تخلف محسوب می‌شود» (Shahidi, 2002: 140).

دوم، قلمرو اعمال ماده مزبور، منحصراً جلسه دادگاه است و در مورد دادرسی و مرحله تحقیقات مقدماتی، چنین تصریح و تجویزی وجود ندارد. در این خصوص، کمیسیون تخصصی معاونت آموزش قوه قضائیه این طور استدلال کرده است که: «اعمال تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ (در حال حاضر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲)، مختص جلسه دادگاه است، زیرا طبق این ماده، جلسه دادگاه، علنی بوده و تماشاجی حاضر می‌شود و رئیس دادگاه تکلیف اعلام مفاد ماده را قبل از شروع محاکمه پیدا می‌کند. لذا مفاد ماده، نه تنها در مورد قاضی تحقیق، بلکه در موردی هم که دادگاه اقدام به تحقیقات مقدماتی می‌کند، مجری نخواهد بود و با استنباط از فوریت امر، نیاز به اطلاع به رئیس دادگستری و ارجاع وی نیست» (Judicial

50: 2013). بر این اساس، بازپرس در صورت مواجهه با موارد اخلاف در نظم جلسات تحقیق و بازجویی، می‌تواند از قوای انتظامی دادسرا برای کنترل نظم استمداد جوید یا در صورت اعتقاد به جرم بودن عمل، حسب تجویز ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری از آن‌جهت که ناظر وقوع جرم بوده، تحقیقات را شروع و مراتب را فوراً به دادستان اعلام کند و در صورت ارجاع دادستان، تحقیقات را ادامه دهد.

سوم، اگر جلسه دادرسی در محلی غیر از اتاق دادگاه و مکانی خارج از ساختمان دادگستری مانند سالن اجتماعات تشکیل شود، باز هم اخلاف در نظم دادگاه بر آن صدق خواهد کرد، زیرا به‌رغم اینکه اصطلاح «اتاق دادگاه» در نظر اول ممکن است به معنای اتاقی در نظر گرفته شود که از ابتدای امر، برای انجام دادرسی اختصاص یافته باشد و به‌عنوان شعبه‌ای از دادگاه، جلسات محاکمه در آن برگزار شود، اما باید پذیرفت که با یک تفسیر معقول می‌توان سالن بزرگی مانند سالن اجتماعات را که در خارج از ساختمان دادگستری وجود دارد، اتاق دادگاه دانست؛ حتی اگر صرفاً برای یک پرونده مورداستفاده قرار گیرد (Rasteh; Tavajohi, 2023: 222). البته باید در نظر گرفت زمانی که چنین سالن‌هایی به‌عنوان محل رسیدگی به پرونده مورداستفاده قرار می‌گیرند، باید تمام شرایط و ضوابط مربوط به یک جلسه دادرسی علنی در آن رعایت شود و بدین ترتیب در دسترس عموم قرار گیرد (Barrett, 2009: 72). لذا دادگاه‌ها موظف‌اند اقدامات و تدابیر جبرانی را در این خصوص اتخاذ کنند.

چهارم اینکه مشاجره اصحاب دعوا و وکلای آن‌ها در دفتر شعبه با یکدیگر یا با کارمندان دفتر، در زمانی که دادگاه جلسه رسیدگی ندارد، یا در صورت انعقاد جلسه تا هنگامی که موجب اخلاف در نظم جلسه دادگاه نشوند، حسب مورد مجوزی برای دستور حبس یا اخراج آن‌ها نبوده و مشکل به وجود آمده باید به طریق دیگر، از جمله دعوت از یگان انتظامی مستقر در محل، رفع شود (Khaleghi, 2021: 497). بنابراین، اخلاف فقط در «محل شعبه» و در زمان رسیدگی در دادگاه متصور است و قید عبارت «محاکمه» و «رسیدگی» در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، دلالت بر مقید بودن موضوع و محدودیت اعمال این اختیار در جلسه دادرسی دارد.

پنجم، اگرچه ضرورت برقراری نظم در جلسات رسیدگی اقتضا می‌کند که قضات دیوان عالی کشور نیز در اعمال حکم ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری اختیار داشته باشند، اما به نظر می‌رسد واژه «دادگاه» شامل دیوان عالی کشور نمی‌شود و قضات این مرجع از چنین حقی

برخوردار نیستند. در مورد دادگاه تجدیدنظر نیز ابهام وجود دارد، اما با توجه به اینکه ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری، مقررات مرحله نخستین را در مرحله تجدیدنظر هم قابل اجرا می‌داند و نام دادگاه نیز بر این مرجع صدق می‌کند، بنابراین دادگاه تجدیدنظر حق اخراج یا بازداشت مرتکبان اخلال در نظم دادگاه را دارد.

در پایان این بخش، بیان این مطلب خالی از لطف نیست که صدر ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت، صدور دستور اخراج کسانی را که باعث اخلال در نظم دادگاه می‌شوند در «اختیار» دادگاه دانسته است؛ بنابراین دادگاه می‌تواند از این اختیار استفاده کرده یا از آن صرف نظر کند؛ اما در ادامه این ماده و در مورد دستور حبس طرفین دعوا از یک تا پنج روز، این اختیار را به صراحت بیان نکرده است: «...مگر اینکه اخلال کننده از اصحاب دعوا باشد که در این صورت رئیس دادگاه دستور حبس او را از یک تا پنج روز صادر می‌کند». به نظر می‌رسد در اینجا نیز دادگاه تکلیفی برای صدور دستور ندارد؛ زیرا صدر این ماده به اختیار دادگاه برای اخراج اخلالگران اشاره دارد و ذیل ماده نیز معطوف به صدر آن است؛ بنابراین در هر دو مورد، باید قائل به اختیار دادگاه در صدور دستور بود. به علاوه، این اختیار مختص همان شخصی است که تصدی دادگاهی را که نظم آن به هم ریخته است بر عهده دارد؛ بنابراین، دادرس دادگاه نمی‌تواند این موضوع را جهت تعقیب به دادستان گزارش کند و او نیز به دادگاه دیگری ارجاع دهد؛ مگر اینکه اخلال در نظم جلسه دادگاه، متضمن عنوان مجرمانه‌ای نیز باشد و تحت آن عنوان مجرمانه، مورد تعقیب قرار گیرد.

۳. رویکرد موازین بین‌المللی در خصوص اخلال در نظم جلسه علنی دادگاه

در نظام بین‌المللی حقوق بشر، اغلب از طریق اسناد جهانی و منطقه‌ای حقوق بشری مانند میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۱، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۲ و کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر^۳ و همچنین مراجع قضایی و اجرایی آن‌ها، سازوکارهای مشخصی در جهت رصد و حمایت از حق بر دادرسی علنی و نظارت دقیق بر اعمال آن در محاکم ملی،

1. International Covenant on Civil and Political Rights (1966)

2. European Convention on Human Rights (1950)

3. American Convention on Human Rights (1969)

پذیرفته شده است و از رهگذر رسیدگی به قضایا و پرونده‌های مطروحه در این مراجع، الزامات و استثنائات دادرسی علنی به‌طور دقیق و شفاف، تبیین شده است. دراین‌بین، یکی از استثنائات دادرسی علنی در نظام بین‌المللی حقوق بشر که به‌صراحت در این اسناد ذکر شده است، حفاظت از «منافع عدالت»^۱ است. مطالعه رویه مراجع قضایی حقوق بشری ازجمله دادگاه اروپایی حقوق بشر^۲ -که به‌عنوان به‌روزترین دادگاه منطقه‌ای حقوق بشری شناخته می‌شود- نشان می‌دهد که این موضوع بیشتر در زمینه حفظ نظم و امنیت جلسه دادگاه مطرح شده است (Case of Chaushev and Others v. Russia, 2016: 24). درواقع، بی‌نظمی در دادگاه و برهم خوردن امنیت جلسه دادرسی به‌واسطه بروز شدید احساسات طرفین دعوا یا وکلای آن‌ها و همچنین تماشاگران در یک محاکمه علنی، به‌عنوان نمونه‌ای از یک مانع جدی بر سر راه تأمین منافع عدالت و اجرای صحیح آن تلقی شده که ممکن است سبب ایجاد محدودیت در برگزاری علنی جلسات دادرسی شود.

باین‌حال در نظام بین‌المللی حقوق بشر، صرف چنین نگرانی‌هایی نمی‌تواند محرومیت بی‌قیدوشرط افراد از حضور در یک محاکمه را توجیه کند؛ بلکه مقامات قضایی باید در ابتدای امر با تکیه بر اصل «ضرورت» و رعایت «تناسب»، همه گزینه‌های ممکن را برای تضمین امنیت و ایجاد نظم در دادگاه در نظر بگیرند و تا زمانی که می‌توانند با روش‌های ساده‌تر مانند تذکر، اخراج یا حبس کسانی که نظم جلسه علنی دادگاه را برهم می‌زنند، نظم و امنیت جلسه را برقرار کنند، این روش‌ها را به اقدامات سخت‌گیرانه‌تر مانند غیرعلنی کردن جلسه دادگاه، ترجیح دهند (Rasteh; Moazenzadegan & Dolatkah, 2023: 212). از منظر موازین بین‌المللی نیز فلسفه ممنوعیت اخلال در نظم و امنیت دادگاه و اعطای اختیار به قاضی برای اخراج یا حبس کسانی که نظم جلسه علنی دادگاه را برهم می‌زنند، علاوه بر احترام به منزلت دادگاه و قضات و متصدیان آن، اعمال صحیح و بدون نقص اصل علنی بودن محاکمات و صیانت از اهداف متعالی آن است (Barrett, 2009: 81). بر همین اساس، برای اجتناب از به‌کارگیری نامعقول و گسترده محرومیت مردم و رسانه‌ها از حضور در جلسات دادرسی به بهانه حفظ نظم دادگاه، چنین موضوعی با دقت و حساسیت ویژه در بند ۱ ماده ۱۴ میثاق

1. The interests of justice

2. European Court of Human Rights (ECtHR)

بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند ۵ ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر بیان می‌شود. همان‌طور که در هر یک از این سه سند آمده است، غیرعلنی شدن جلسه در جهت تأمین منافع و اجرای صحیح عدالت، فقط «در حد ضرورت و در شرایط خاص» امکان‌پذیر خواهد بود؛ بنابراین هنگامی که در نظم دادگاه اخلاص به وجود آید، اعمال محدودیت در برگزاری علنی دادگاه و محرومیت مردم و رسانه‌ها از حضور در جلسات دادرسی، محدود به شرایطی است که دادگاه معتقد باشد علنی بودن دادرسی، به منافع عدالت لطمه وارد می‌سازد (OSCE/ODIHR, 2012: 83) و باعث می‌شود روند رسیدگی به پرونده، از روال عادلانه خود خارج شود. در این مورد، «ضرورت» به‌عنوان مبنا و معیار غیرعلنی برگزار کردن دادرسی‌ها محسوب می‌شود؛ لذا نباید از مفهوم «ضرورت» تفسیر موسع به عمل آید. کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد^۱ نیز به‌عنوان یک نهاد جریان‌ساز و یگانه مرجع تفسیرکننده حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، در یکی از پرونده‌های تحت رسیدگی خود تأکید می‌کند که تدابیر اتخاذی برای تضمین امنیت و ایجاد نظم در دادگاه‌های ملی، باید به‌طور محدود در نظر گرفته شود و با اصل ضرورت و تناسب مطابقت داشته باشد. لذا برای برقراری نظم و امنیت در دادگاه، استفاده از ساده‌ترین روش مانند استمداد از نیروهای انتظامی و امنیتی نسبت به اقدامات سخت‌گیرانه‌تر مانند غیرعلنی کردن جلسه دادرسی، اولویت دارند (Nowak & Schabas, 2019: 522).

آنچه در این خصوص حائز اهمیت است این است که بار اثبات ضرورت اعمال محدودیت در برگزاری علنی دادرسی‌ها در راستای تأمین نظم دادگاه، بر عهده محاکم ملی است که باید با یک معیار مشخص و ضابطه‌ای مضیق ثابت کنند که به هیچ طریق دیگری غیر از برگزاری غیرعلنی دادرسی، نمی‌توان نظم جلسه دادگاه را تأمین کرد؛ بنابراین، صرف دلایل غیرمنطقی و گمانه‌زنی‌های بی‌اساس نمی‌تواند کافی و قابل توجیه باشد (Dick, 2010: 2). در این رابطه، دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده‌ای که مربوط به محاکمه یک باند سازمان‌یافته سارقان مسلح بود اعلام کرد که صرف این احتمال که ممکن است برخی از اعضای این گروه مسلح هنوز دستگیر نشده و برای ایجاد اخلاص در محاکمه دوستان خود، در سالن دادگاه

¹. U.N. Human Rights Committee

حضور داشته باشند، نمی‌تواند محرومیت مردم از حضور در تمامی جلسات محاکمه را به بهانه حفظ نظم و امنیت دادگاه توجیه کند. در این پرونده، متقاعدکننده‌ترین بخش از استدلال قضات استراسبورگ^۱ این است که: نخست، دقیقاً مشخص نیست کدام یک از اعضای این گروه هنوز آزاد هستند، لذا هر اظهارنظری در این خصوص صرفاً یک گمانه‌زنی غیرمنطقی محسوب می‌شود؛ دوم اینکه حتی با فرض وجود چنین مواردی، دادگاه ملی به هیچ مؤلفه عملی و واقعی که بتواند ثابت کند وجود آن اعضا می‌تواند یک خطر واقعی برای افراد حاضر در دادگاه به‌ویژه قربانیان و شهود محسوب شود، استناد نکرده است (Case of Kartoyev and Others v. Russia, 2021: 60-61).

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در نظام بین‌المللی حقوق بشر، اعمال چنین محدودیتی از سوی محاکم، صرفاً باوجود توأمان دو شرط معتبر است: ۱- در شرایط خاصی که از قبل در قوانین آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نشده است و به اعتقاد دادگاه، علنی بودن دادرسی موجب سلب نظم و امنیت دادگاه و مختل شدن اجرای عدالت می‌شود؛ ۲- در حد ضرورت که فقط باید به‌صورت مضیق و در اوضاع و احوال بسیار خاص صورت پذیرد؛ به‌طوری‌که با روش‌های دیگر غیر از غیرعلنی کردن جلسه دادگاه، نتوان نظم جلسه را برقرار کرد.

در پایان این بخش، نکته مهمی که باید بدان توجه کرد این است که به‌رغم تصریح اسناد حقوق بشری به حق حضوری بودن دادرسی^۲ و جایگاه حساس و خطیر آن به‌عنوان عنصری مهم و انکار نشدنی در زمینه ارائه یک دفاع مناسب^۳، نظام بین‌المللی حقوق بشر این امکان را

1. Strasbourg

۲. شق «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ شق «د» از بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر؛ شق «ج» از بند ۱ ماده ۷ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم؛ بند ۱ ماده ۶۳ و شق «د» از بند ۱ ماده ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

۳. حضوری بودن دادرسی، همچنین به‌عنوان یکی از مهم‌ترین الزامات و مؤلفه‌های دادرسی علنی شناخته می‌شود؛ به‌طوری‌که عدم شرکت متهم در جلسه دادرسی علنی، نه‌تنها موجب ورود خدشه به حق دفاع مؤثر وی خواهد شد بلکه، مفهوم واقعی علنی بودن دادرسی را نیز تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. در این رابطه، دادگاه اروپایی حقوق بشر در یکی از پرونده‌های تحت رسیدگی خود، با استناد به اینکه خواهان در زمان تشکیل دادگاه علنی در بازداشتگاه بوده و فرصتی برای شرکت در آن جلسه به او داده نشد، به دلیل عدم رعایت یکی از الزامات دادرسی علنی، حکم به نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون داد (Case of Antonov v. Russia, 2022: 5-7). البته این دادگاه از

به محاکم ملی داده است که به جهت اخلاف در نظم جلسه دادرسی از سوی متهم و باوجود شرایطی، وی را از دادگاه اخراج کرده و جلسه دادرسی را بدون حضور متهم برگزار کنند (Case of Idalov v. Russia, 2012: 175-177). فلسفه جواز محاکمه غیابی در چنین مواردی را بایستی در جلوگیری از سوءاستفاده متهم از حق دادرسی حضوری و همچنین اطاله بی‌مورد دادرسی جستجو کرد.

فرجام سخن

دادرسی علنی یک مفهوم کاربردی و فایده‌گرا است که هدف اصلی آن، نظارت عمومی بر عملکرد دستگاه قضایی به واسطه تحقق شفافیت دادرسی و اطمینان از اجرای عدالت طبق قانون است. از طرفی نیز، اجرای عدالت قضایی مستلزم آن است که دعوای به‌صورت صحیح و بدون هیچ مانعی، مورد رسیدگی قرار گیرند، به شئون دادگاه و مقامات قضایی احترام کامل گذاشته شود و امنیت افراد حاضر در جلسه دادرسی نیز حفظ شود. بر این اساس، ممکن است در برخی موارد، علنی بودن دادرسی و حضور عموم مردم و اصحاب رسانه موجب اخلاف در نظم جلسه دادگاه شود و مانعی برای اجرای صحیح عدالت محسوب شود. با این‌حال، در نظام دادرسی کیفری ایران، رئیس دادگاه نباید به این عذر که علنی بودن دادرسی و حضور تماشاگران موجب سختی و مشقت در کنترل جلسه است، محاکمه را غیرعلنی برگزار کند؛ بلکه با توجه به اینکه مدیریت فرآیند محاکمه و استقرار نظم جلسه دادگاه یکی از تکالیف مهم مرجع قضایی است، باید به نحو مقتضی، نظم را برقرار کند. این موضوع به‌صراحت در ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده است که بر اساس آن، رئیس دادگاه می‌تواند کسانی را که باعث برهم زدن نظم جلسه دادگاه می‌شوند، حسب مورد از دادگاه اخراج کند یا دستور توقیف آن‌ها را صادر نماید. همچنین، تذکر به اصحاب دعوا، ارشاد تماشاگران یا تهدید آن‌ها به اخراج از جلسه دادگاه، استمداد از ضابطان دادگستری

قبل پذیرفته است که حق دادرسی حضوری و شفاهی در برخی مواقع لزوماً و به‌خودی‌خود نیاز به حضور فیزیکی متهم ندارد و مثلاً ارتباط ویدئو کنفرانس با بازداشتگاه نیز می‌تواند نوعی اطمینان به حصول اهداف آن باشد (Case of Vasilyev v. Russia, 2012: 84).

مستقر در واحد قضایی و غیره، از دیگر روش‌های برقراری نظم است. حکم اخلال در نظم جلسات علنی دادگاه، تمام کسانی که در آن جلسه حضور دارند اعم از شاکی، متهم، وکلای دادگستری و تماشاگران را شامل می‌شود، اما ضمانت اجرای آن متفاوت است؛ بدین ترتیب که قانون‌گذار در ماده مزبور، حکم حبس یک تا پنج روز را صرفاً مختص اصحاب دعوا در نظر گرفته است و بنابراین رئیس دادگاه نمی‌تواند در مورد وکلای دادگستری و تماشاگران جلسه که باعث اخلال در نظم دادگاه می‌شوند دستور حبس بدهد، بلکه در خصوص تماشاچیان می‌تواند بلافاصله دستور اخراج اخلال‌گران را صادر کند. باین‌حال، در رابطه با وکلای دادگستری به دلیل اینکه این قشر در موضع دفاع، از احترام و تأمینات شاغلان امر قضا برخوردار می‌باشند، در صورت اخلال در نظم جلسه از سوی ایشان، رئیس دادگاه ابتدا به وی در خصوص رعایت نظم دادگاه تذکر می‌دهد و در صورتی که این تذکر تأثیری در رفتار وی نداشت و این رفتار را تکرار کرد، می‌تواند او را از جلسه اخراج کند و به دادرسی انتظامی وکلا معرفی نماید.

با کمی اغماض می‌توان پذیرفت که سازوکارهای اتخاذی در خصوص مواجهه با موضوع نظم جلسات علنی دادگاه در نظام بین‌المللی حقوق بشر و قوانین ایران، اشتراکاتی با هم داشته و مصادیق آن تا حدود زیادی هماهنگ و منطبق است؛ به‌خصوص اینکه بر اساس موازین بین‌المللی هنگامی که جلسه علنی دادگاه با بی‌نظمی مواجه شود، قاضی در ابتدا باید از طریق روش‌هایی مانند تذکر به اشخاص اخلال‌گر، اخراج یا حبس کسانی که نظم جلسه علنی دادگاه را برهم می‌زنند و همچنین استمداد از نیروهای انتظامی و امنیتی مستقر در ساختمان دادگستری، نظم و امنیت جلسه را برقرار کند و این روش‌ها را به اقدامات سخت‌گیرانه‌تر مانند غیرعلنی کردن جلسه دادگاه، ترجیح دهد. باین‌حال، در نظام بین‌المللی حقوق بشر برخلاف حقوق ایران، عدول از اصل علنی بودن دادرسی و بستن دادگاه به روی شهروندان به دلیل تأمین نظم و امنیت دادگاه، تحت عنوان «منافع عدالت» قرار می‌گیرد و در راستای اجرای صحیح این موضوع و بنا بر شرایط خاص و استثنایی که ضرورت و تناسب آن را دادگاه تشخیص می‌دهد، معتبر است. لذا به نظر می‌رسد موضع نظام دادرسی کیفری ایران در این خصوص که قضات تحت هیچ شرایطی نمی‌توانند با توسل به موضوع نظم دادگاه، محاکمه را غیرعلنی برگزار کنند و صرفاً باید به نحو مقتضی نظم را برقرار نمایند، با آنچه در اسناد

بین‌المللی حقوق بشر تصریح شده است یکسان نبوده و به شکل منطقی و قابل قبولی، سخت‌گیرانه‌تر از نظام بین‌المللی حقوق بشر است.

در پایان، مسئله مهمی که باید به آن توجه کرد این است که به‌رغم آنکه قانون‌گذار ایران دستور حبس طرفین دعوا را علی‌الظاهر یک اقدام احتیاطی و برای تأمین نظم جلسه دادگاه تلقی کرده و آثار محکومیت کیفری به معنای خاص نیز نباید بر آن متصور باشد، اما به نظر می‌رسد تفویض اختیار مطلق و بی‌ضابطه به مقام قضایی در صدور و اجرای چنین دستوری از لحاظ شکلی و ماهوی، مغایر با اصول دادرسی منصفانه و منافی با حقوق و آزادی‌های فردی اشخاص باشد. به عبارتی دیگر، مقنن کیفری، در خلال یک مصوبه قانونی که مدعی بیشترین میزان انطباق با معیارهای دادرسی منصفانه و تضمین حداکثری حقوق دفاعی طرفین دعوا است، بدون ارائه ضابطه و معیار مشخصی در تعریف نظم دادگاه و موارد اخلال در آن، رئیس دادگاه را بی‌آنکه مکلف به ذکر استدلال و مستند دستور باشد، تصمیم‌گیرنده اول و آخر دانسته است؛ دستوری که بدون رسیدگی و ارائه فرصت دفاع به مرتکب، قطعی و غیرقابل‌اعتراض در نظر گرفته شده است. اگرچه این دستور ماهیتاً رأی نیست لیکن ظاهراً در حکم رأی است و بدون نیاز به ابلاغ، از برخی آثار آن برخوردار است! بر این اساس، از آنجاکه شیوه اعمال و اجرای حکم ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری به‌عنوان ضمانت اجرای موضوع اخلال در نظم جلسه دادگاه، تأثیر قابل‌توجهی در تحقق دادرسی منصفانه و حفظ حقوق طرفین دعوا خواهد داشت، لذا ضروری است که در این خصوص هیچ اقدامی به روش خودسرانه اعمال نشود؛ بنابراین، باید دادگاه را ملزم به توجیه دستور حبس طرفین دعوا دانست تا از این طریق، از سوءاستفاده‌های احتمالی ممانعت شود. از این‌رو می‌بایست امکان به چالش کشیدن دستور دادگاه مبنی بر حبس طرفین دعوا، وجود داشته باشد. بر این اساس، شایسته است که قانون‌گذار در جهت کاستن از توسعه بی‌جهت دامنه این دستور و سوءاستفاده از این اختیار قانونی، مستدل بودن دستور حبس و قابلیت اعتراض به آن را پیشبینی کند تا از این طریق، نظارت قضایی بر این تشخیص دادگاه میسر شود.

References

- Aghmesheh, A. & Salmanpour, A. (2015). The Media's Right to Access Judicial Information (With a Comparative Study in Iran, France and America), *News Sciences*, 4(15), 117-140. [In Persian]
- Ansari, B. (2011). A Comparative Study of the Right of Media Access to Judicial Proceedings and Information, *Public Law Research*, 13(35), 269-308. [In Persian]
- Barrett, J. (2009). *Protecting Court: A Practitioner's Guide to Court Security*, Florida: Mill City Press, Inc.
- Bicskei, T.; Csizsár, A. & Kotsis, J. (2018). Content Creators v. Judges, (How Open Can a Courtroom be in the Information Age?), *EJTN Themis Semi-Final D - Judicial Ethics and Professional Conduct*, 1(2), 1-19.
- Carter, R. & Harris, R. (2018). *Court Security For Judges, Officers and Court Personnel*, Park City: Blue360 Media.
- Dick, T. (2010). Open Justice and Closed Courts: Media Access in Criminal Proceedings in NSW, *Journal Criminal Law*, 34(6), 1-20.
- Fazaeli, M. (2018). *Fair Trial; International Criminal Courts*, Tehran: Shahre Danesh. [In Persian]
- Hashemi, S. M. (2019), *Fundamental Rights of the Islamic Republic*, Vol. 2, Tehran: Mizan. [In Persian]
- Judicial Research and Investigation Office (2013). *Set of Judicial Meetings; Issues of Criminal Procedure*, Vol. 1, Tehran: Javadaneh. [In Persian]
- Khaleghi, A. (2004). Publicity of Proceedings in the Light of International Documents and Domestic Law, *Legal Research*, 3(5), 29-49. [In Persian]
- Khaleghi, A. (2021). *Brief Commentaries on: Code of Criminal Procedure*, Tehran: Shahre Danesh. [In Persian]
- Lepofsky, D. (2009). "Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent", in *Media Freedom and Contempt of Court*, Eric Barendt, London: Routledge.
- Marder, N. (2013). The Conundrum of Cameras in the Courtroom, *Arizona State Law Journal*, 44(6), 1490-1574.
- National System of Judicial Judgments (2020). Disturbance in the Order of the Prosecutor's Office or Court, (View Date: 02/05/2023) In: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/1593> [In Persian]
- Nowak, M. & Schabas, W. (2019). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) (2012). *Legal Digest of International Fair Trial Rights*, Warsaw: Agencja Karo.
- Rasteh, M.; Tavajohi, A. & Nemati, M. (2023). Comparison of the Components of the Public Hearing in the International Human Rights

- System and Iranian Criminal Proceeding System, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 10(20), 209-241. [In Persian]
- Rasteh, M.; Moazenzadegan, H.A. & Dolatkah Pashaki, P. (2023). Comparative Study of Exceptions to the Attendance the People in Criminal Hearing; International Human Right System and Iranian Criminal System, *Criminal Law and Criminology Studies*, 52(2), 195-222. [In Persian]
- Robinson, M. (2009). *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings: Practitioners Guide No.5*, Geneva: International Commission of Jurists.
- Shahidi, M. (2002). *Judicial Standards (Legal, Criminal, Administrative, Lawyers' Affairs) of Justice; Judges High Disciplinary Court*, Tehran: Raham. [In Persian]
- Shamloo, B. (2022). Pathology of Advocacylaws in Realization of Fair Trial, *Legal Research Quarterly*, 25(Attorney Standards), 11-36. [In Persian]
- Stepniak, D. (2014). *The Therapeutic Value of Open Justice*, Melbourne: The University of Western Australia.
- Uka, M. (2019). The Right of the Defendant for Public Hearing and the Role of Media in this Publicity, *Acta Universitatis Danubius*, 15(1), 214-228.
- Wayne, M. (2009). Improving Access to Justice, The Role of the Media, *Curtin University, School of Media, Culture and Creative Arts*.
- Zera'at, A. & Ashrafi, M. (2018). The Principle of Adversary in Criminal Proceedings in Iranian Law, *The Judiciary Law Journal*, 82(101), 11-35. [In Persian]
- Zera'at, A. & Mohajeri, A. (2006). *Criminal Procedure Code*, Vol. 2, Tehran: Fekrsazan. [In Persian]

- Judicial Cases

- Case of Antonov v. Russia (Application No. 72900/11). ECtHR: Judgement of 24 February 2022.
- Case of Chaushev and Others v. Russia (Application Nos. 37037/03, 39053/03 and 2469/04). ECtHR: Judgement of 25 October 2016.
- Case of Idalov v. Russia (Application No. 5826/03). ECtHR: Judgement of 22 May 2012.
- Case of Kartoyev and Others v. Russia (Application No. 9418/13, 9421/13 and 49007/13). ECtHR: Judgement of 19 October 2021.
- Case of Riepan v. Austria (Application No. 35115/97). ECtHR: Judgement of 14 November 2000.
- Case of Stanford v. United Kingdom, (Application No. 16757/90). ECtHR: Judgment of 23 February 1994.
- Case of Vasilyev v. Russia (Application No. 28



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2023.46388.4876>



Research Article

Analyzing the Reflection of the Risk-Based Approach Regarding Crime-Related Property in Iran's Legal System in Light of FATF Standards: A Comparative Perspective

Hossain Sobhani*

Ph.D.in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabatabai University (RA), Tehran, Iran

Article history:

Received: 19/12/2022

Accepted: 29/11/2023

Abstract

Introduction

The increasing complexity of organized macroeconomic crimes, particularly money laundering, necessitates a sophisticated and coordinated response at both national and international levels. The Financial Action Task Force (FATF), as the leading global authority in this domain, has established a comprehensive framework centered on the risk-based approach (RBA) to combat financial crimes effectively. This research seeks to explore the foundational principles of the risk-based approach and assess how its requirements, particularly those pertaining to crime-related property, have been integrated into Iran's legal system.

Money laundering, often described as the lifeblood of organized crime, operates within intricate networks that transcend national borders. Given its transnational nature, a fragmented or inconsistent legal response can undermine global efforts to curb illicit financial flows. FATF's recommendations emphasize the need for jurisdictions to adopt a proactive

Please cite this article as:

Sobhani, H. (2025). Analyzing the Reflection of the Risk-Based Approach Regarding Crime-Related Property in Iran's Legal System in Light of FATF Standards: A Comparative Perspective. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 157-200.
<https://doi.org/10.22099/jls.2023.46388.4876>

* Corresponding author:

E-mail address: Hemmmmat.ebrahim@gmail.com

and risk-sensitive strategy, ensuring that resources are allocated where threats are most severe. This study examines whether Iran's legal framework aligns with these international standards and identifies areas where legislative or procedural enhancements may be necessary.

The research is driven by two central questions: First, what constitutes the risk-based approach as defined by FATF, and what specific obligations does it impose concerning the management of crime-related property? Second, to what extent has Iran's legal system incorporated these requirements, and where do discrepancies or shortcomings exist? By addressing these questions, this study aims to contribute to the ongoing discourse on legal reforms needed to strengthen Iran's anti-money laundering (AML) and counter-terrorist financing (CTF) regimes.

Methodology

This study adopts a descriptive-analytical approach, combining doctrinal legal research with comparative analysis. The primary sources include Iran's domestic legislation, FATF recommendations, and international best practices from jurisdictions with advanced AML frameworks, such as the United Kingdom and the United States. The methodology involves a thorough review of legal texts, policy documents, and scholarly commentary to evaluate the strengths and weaknesses of Iran's current system.

The research process entails three key stages. First, an examination of FATF's risk-based approach, focusing on its core components—risk assessment, mitigation measures, and enforcement mechanisms. Second, a detailed analysis of Iran's legal provisions related to crime-related property, including confiscation laws, financial transparency requirements, and investigative powers. Third, a comparative assessment to identify gaps between Iran's framework and FATF standards, culminating in actionable recommendations for reform.

Results

The findings reveal that while Iran has taken significant steps toward aligning its legal system with FATF's risk-based approach, several critical gaps persist. One of the most notable shortcomings is the absence of a comprehensive National Risk Assessment Document, despite its explicit provision under Article 3 of the Executive Regulations of Iran's Anti-Money Laundering Law. This document is essential for identifying high-risk sectors, prioritizing resource allocation, and tailoring regulatory responses to specific threats. Without it, Iran's AML efforts may lack the precision required to combat sophisticated financial crimes effectively.

Another area of concern is the partial criminalization of money laundering. While Iran has recognized money laundering as a distinct offense, its legal framework still ties it closely to predicate crimes, limiting the scope of prosecutions. FATF standards advocate for absolute independence of money laundering offenses to ensure that illicit proceeds can be targeted regardless of the underlying crime.

Confiscation mechanisms in Iran also exhibit gaps. The current system permits extended civil confiscation, but it lacks provisions for extended criminal and administrative confiscation, which are pivotal in jurisdictions like the UK and the US. These mechanisms allow authorities to seize assets linked to criminal activity even in the absence of a conviction, provided there is sufficient evidence of illicit origins. Their absence in Iran's legal system weakens the state's ability to disrupt criminal enterprises financially.

Investigative powers remain underdeveloped, particularly in the realm of provisional measures. Tools such as unjustified wealth orders, electronic monitoring, and parallel financial investigations—which are instrumental in uncovering hidden assets—are either absent or inadequately regulated. Strengthening these measures would enhance Iran's capacity to trace and recover illicit proceeds.

To bridge these gaps, a series of targeted reforms are proposed. At the legislative level, Iran should prioritize the completion and implementation of the National Risk Assessment Document. This would provide a clear roadmap for identifying vulnerabilities and allocating resources efficiently. Additionally, the legal definition of money laundering should be revised to ensure its full independence from predicate offenses, aligning with FATF's expectations.

In the realm of provisional measures, introducing differential investigation tools would significantly bolster Iran's AML framework. These could include:

- Asset freezing and confiscation orders to prevent the dissipation of illicit wealth.
- Unjustified wealth provisions to shift the burden of proof onto individuals who cannot account for suspicious asset accumulation.
- Enhanced electronic surveillance to monitor high-risk transactions in real time.

For the final response phase, adopting extended criminal and administrative confiscation= would bring Iran in line with international best practices. This would empower authorities to target assets tied to criminal networks more aggressively, even in cases where direct prosecution is challenging. Furthermore, integrating litigation revolution principles—such

as reducing evidentiary burdens in complex financial cases—would streamline judicial processes and improve conviction rates.

Conclusion

Iran's legal system has made progress in incorporating elements of FATF's risk-based approach, particularly in areas like third-party rights and civil confiscation. However, significant gaps remain, particularly in risk assessment, criminal confiscation, and investigative powers. Addressing these deficiencies through systematic reforms would not only enhance Iran's ability to combat economic crimes but also improve its standing in international AML evaluations.

The path forward requires a balanced approach, combining robust legislation with effective enforcement. By adopting these recommendations, Iran can build a more resilient financial system, reduce its exposure to illicit activities, and contribute to global efforts against money laundering and terrorist financing.

Keywords: Risk-based approach, FATF standards, crime-related property, money laundering, confiscation, Iran legal system.

.



مقاله پژوهشی

رویکرد ریسک پایه ناظر بر عوائد مجرمانه در پرتو مطالعه تطبیقی و استانداردهای FATF

حسین سبحانی*

دانش‌آموخته دکتری، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران

اطلاعات مقاله	تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۸	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۸
---------------	--------------------------	-------------------------

چکیده

مقدمه: جرایم سازمان‌یافته کلان اقتصادی و سیستماتیک، به ویژه پولشویی، مستلزم پاسخی هماهنگ و نظام‌مند هستند که با ماهیت پیچیده این جرایم تناسب داشته باشد. گروه اقدام مالی (FATF) به عنوان مرجع تخصصی بین‌المللی در این حوزه، چارچوبی جامع مبتنی بر «رویکرد مبتنی بر ریسک» را برای مقابله مؤثر با جرایم مالی تدوین نموده است. این پژوهش به بررسی اصول بنیادین رویکرد مبتنی بر ریسک و میزان انعکاس الزامات آن، به ویژه در مورد اموال مرتبط با جرم، در نظام حقوقی ایران می‌پردازد. پولشویی که اغلب به عنوان جریان حیات جرایم سازمان‌یافته توصیف می‌شود، در شبکه‌های پیچیده فرامرزی فعالیت می‌کند. ماهیت فراملی این پدیده، ایجاب می‌کند که پاسخ حقوقی کشورها منسجم و هماهنگ باشد تا از تضعیف تلاش‌های جهانی برای مهار جریانه‌های مالی غیرقانونی جلوگیری شود. توصیه‌های گروه اقدام مالی بر اتخاذ «استراتژی پیشگیرانه و حساس به ریسک» تأکید دارد تا منابع متناسب با سطح تهدیدات تخصیص یابد. این مطالعه به بررسی میزان انطباق نظام حقوقی ایران با این استانداردهای بین‌المللی و شناسایی حوزه‌های نیازمند اصلاح می‌پردازد.

استناد به این مقاله:

سبحانی، حسین (۱۴۰۴). رویکرد ریسک پایه ناظر بر عوائد مجرمانه در پرتو مطالعه تطبیقی و استانداردهای FATF. ۱۷. (۱). ۲۰۰-۱۵۷.

E-mail address: Hemmmmat.ebrahim@gmail.com

* نویسنده مسئول:

روش شناسی: این پژوهش با اتخاذ «روش توصیفی-تحلیلی» و با ترکیب تحقیق حقوقی دکترینال با تحلیل تطبیقی انجام شده است. منابع اولیه شامل قوانین داخلی ایران، توصیه‌های گروه اقدام مالی و بهترین شیوه‌های بین‌المللی از کشورهایمانند انگلستان و آمریکا با نظام‌های پیشرفته مبارزه با پولشویی میباشد. روش تحقیق شامل بررسی دقیق متون قانونی، اسناد سیاستی و دیدگاه‌های علمی برای ارزیابی نقاط قوت و ضعف نظام فعلی ایران است.

فرآیند پژوهش در سه مرحله اصلی صورت گرفته است: نخست، بررسی رویکرد مبتنی بر ریسک گروه اقدام مالی با تمرکز بر مؤلفه‌های اصلی آن شامل ارزیابی ریسک، اقدامات کاهشی و مکانیسم‌های اجرایی. دوم، تحلیل مفصل مقررات ایران در مورد اموال مرتبط با جرم، شامل قوانین مصادره، الزامات شفافیت مالی و اختیارات تحقیقاتی. سوم، ارزیابی تطبیقی برای شناسایی شکاف‌های بین نظام ایران و استانداردهای گروه اقدام مالی و در نهایت ارائه توصیه‌های عملی برای اصلاحات.

یافته‌ها: یافته‌ها نشان می‌دهد که اگرچه ایران گام‌های مهمی در جهت انطباق نظام حقوقی خود با رویکرد مبتنی بر ریسک گروه اقدام مالی برداشته است، اما کاستی‌های قابل توجهی باقی مانده است. یکی از بارزترین این نواقص، عدم تدوین «سند ملی ارزیابی ریسک» است، حال آنکه ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی ایران صراحتاً به آن اشاره دارد. این سند برای شناسایی بخشهای پرریسک، اولویت‌بندی تخصیص منابع و تنظیم پاسخ‌های نظارتی متناسب با تهدیدات خاص ضروری است. بدون این سند، تلاش‌های ایران در مبارزه با پولشویی ممکن است فاقد دقت لازم برای مقابله با جرایم مالی پیچیده باشد.

حوزه نگران‌کننده دیگر، «جرم انگاری نسبی پولشویی» است. اگرچه ایران پولشویی را به عنوان جرمی مستقل به رسمیت شناخته، اما نظام حقوقی آن هنوز این جرم را به جرایم اصلی گره زده است که دامنه تعقیب قضایی را محدود می‌کند. استانداردهای گروه اقدام مالی بر «استقلال مطلق» جرایم پولشویی تأکید دارد تا اطمینان حاصل شود که عواید مجرمانه صرفنظر از جرم اصلی قابل پیگرد هستند.

برای پر کردن این شکافها، مجموعه اصلاحات هدفمند پیشنهاد می‌شود. در سطح تقنینی، ایران باید تهیه و اجرای «سند ملی ارزیابی ریسک» را در اولویت قرار دهد. این سند نقشه راه روشنی برای شناسایی آسیب‌پذیری‌ها و تخصیص کارآمد منابع فراهم می‌کند. علاوه بر این، تعریف قانونی پولشویی باید بازنگری شود تا «استقلال کامل از جرایم اصلی» را تضمین کند که با انتظارات گروه اقدام مالی همخوانی دارد.

در حوزه اقدامات تأمینی، معرفی «ابزارهای تحقیق تفکیکی» می‌تواند چارچوب مبارزه با پولشویی ایران را تقویت کند. این ابزارها می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

-دستورهای توقیف و مصادره اموال برای جلوگیری از پراکنده شدن ثروت‌های غیرقانونی

-مقررات ثروت‌های نامشروع برای انتقال بار اثبات به افراد دارای دارایی‌های مشکوک

-نظارت الکترونیک پیشرفته برای رصد بلادرنگ معاملات پرریسک

نتیجه‌گیری: نظام حقوقی ایران در انعکاس عناصر رویکرد مبتنی بر ریسک گروه اقدام مالی، به ویژه در حوزه حقوق اشخاص ثالث و مصادره مدنی پیشرفت‌هایی داشته است. با این حال، شکاف‌های مهمی در ارزیابی ریسک، مصادره کیفری و اختیارات تحقیقاتی باقی مانده است. رفع این کاستی‌ها از طریق اصلاحات سیستماتیک نه تنها توانایی ایران در مبارزه با جرایم اقتصادی را افزایش می‌دهد، بلکه موقعیت آن را در ارزیابی‌های بین‌المللی مبارزه با پولشویی بهبود می‌بخشد.

مسیر پیش رو نیازمند «رویکرد متعادلی» است که قانونگذاری قوی را با اجرای مؤثر ترکیب کند. با اتخاذ این توصیه‌ها، ایران می‌تواند نظام مالی مقاوم‌تری بسازد، مواجهه خود با فعالیت‌های غیرقانونی را کاهش دهد و به تلاش‌های جهانی علیه پولشویی و تأمین مالی تروریسم کمک کند.

واژگان کلیدی: رویکرد مبتنی بر ریسک، استانداردهای گروه اقدام مالی، اموال مرتبط با جرم، پولشویی، مصادره، نظام حقوقی ایران.

سرآغاز

از جمله معضل‌های جهانی‌شدن و نزدیکی جوامع، بروز جرائم سازمان‌یافته و فراملی است (Javanmard, 2016: 101-100؛ Bassiouni & Eduardo, 1998:2). مبارزه با این دسته از جرائم به جهت ساختارمند، سازمان‌یافته و فراملی بودن آن‌ها (Najafi Abrandabadi, Habibzadeh, Shams Natri, 1379:61) نیازمند اتخاذ سامانه و سیستم هماهنگ با ویژگی آن‌ها و از نوع نظام‌مند و سازمان‌یافته است؛ گروه ویژه اقدام مالی^۱ تخصصی‌ترین سازمان حوزه مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم است که سیستم واکنشی خود را در قالب یک رژیم نظام‌مند متناسب با ماهیت سازمان‌یافته جرم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم در قالب ارائه توصیه‌هایی به کشورها با عنوان «استانداردهای بین‌المللی در مبارزه با پول‌شویی و تأمین مال تروریسم» ارائه داده است. گروه موردبحث مبنای نظری رژیم مذکور را رویکرد ریسک‌پایه قرار داده و آن را در توصیه شماره ۱ و نگاشته تفسیری آن ذیل عنوان «ارزیابی ریسک‌ها و اتخاذ رویکرد مبتنی بر ریسک» تشریح کرده است (FATF, 2018-2012:29)؛ همچنین گروه مذکور، در برخی از توصیه‌های چهل‌گانه ازجمله توصیه شماره ۲، ۳، ۴، ۳۰، ۳۱ و ۳۸، منبعث از رویکرد ریسک‌پایه ناظر بر اموال مرتبط با جرم به ارائه بایسته‌هایی برای نظام حقوقی جهت کارآمدی و مقابله با فساد اقتصادی حاصل از جرائم سازمان‌یافته پرداخته است.

به عملکرد سه مؤلفه تهدید، آسیب‌پذیری و آثار (پیامدهای) تهدید و آسیب‌پذیری، ریسک گفته می‌شود (FATF, 2013:8؛ United States, 2015:6).^۲ یک شخص یا گروهی از افراد، چیز یا فعالیتی که پتانسیل ایجاد یک آسیب برای یک کشور، جامعه اقتصادی و ... را دارد تهدید دانسته می‌شود در سند ملی ارزیابی ریسک (خطر) ایتالیا در تحلیل ارزیابی ریسک پول‌شویی، از جرائم منشأ به عنوان تهدید نام برده‌اند و آن‌ها را تهدید ریسک پول‌شویی کشور خود برشمرده‌اند (ITALY, 2018: 4). غالباً جرائم منشأ، جرائم و مفساد کلان اقتصادی

1. FATF (Financial Action Task Force)

۲. لازم به ذکر است که در سند ریسک ملی آمریکا پیامدهای تهدید و آسیب‌پذیری را به عنوان سومین عنصر ریسک به حساب نمی‌آورد و فقط آن را محصول ریسک و تهدید می‌داند که به نظر می‌رسد تعریف گروه ویژه اقدام مالی کامل‌تر است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

United States: National Money Laundering Risk Assessment - 2015: 6

هستند؛ آسیب‌پذیری شامل مواردی می‌شود که توسط تهدید مورد سوءاستفاده قرار گرفته یا اینکه فراهم‌کننده یا تسهیل‌کننده فعالیت تهدیدی باشد (Ireland, 2016: 6). آسیب‌پذیری‌ها همان ویژگی‌های یک بخش خاص یا یک خدمت مالی یا ویژگی از نوعی از یک خدمت است که آن را جهت اهداف پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم مجذوب می‌کند؛ پیامدها، اثر یا ضرری است که پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم در نتیجه تهدید و آسیب‌پذیری، می‌آفریند. به عبارتی دیگر آسیب‌پذیری‌ها، نقصان و ضعف درون سیستم است که زمینه را برای وقوع جرم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم را فراهم می‌کند اما آثار پس‌ازاینکه سوءاستفاده از نقصان‌های سیستم مبارزه با پول‌شویی توسط مجرمین به وقوع پیوست ظاهر می‌شود؛ خسارات و زیان‌های حاصله از ارتکاب جرائم مذکور همان آثار هستند؛ بنابراین آسیب‌پذیری یک مرحله قبل از آثار است و می‌توان گفت آثار، نتیجه آسیب‌پذیری است (Masciandaro, 1999: 255-40; 2013: 8).

رویکرد مبتنی بر ریسک، نوعی مدیریت و نظارت بر مجرمین در درجه اول بالقوه و در درجه دوم بالفعل^۱ است (Najafi Abrandabadi, 1388: 730; Sayql, 1397:2). این مدیریت به‌صورت پویا و مداوم انجام می‌شود (Pak Nahad, 2018: 39). رویکرد ریسک‌پایه از منظر گروه ویژه اقدام در توصیه شماره ۱ و نگاشته تفسیری آن ذیل عنوان «ارزیابی ریسک‌ها و اتخاذ رویکرد مبتنی بر ریسک»^۲ و بخش راهبردها و هماهنگی مورد تحلیل و تبیین قرار گرفته است؛ به این نحو که در خصوص تعیین چگونگی اجرای رویکرد مبتنی بر ریسک در یک بخش، کشورها باید ظرفیت و تجارب بخش مربوط به ضد پول‌شویی و مبارزه با تأمین مالی تروریسم را موردتوجه قرار دهند (لحاظ کنند)؛ در زمان اجرای رویکرد مبتنی بر ریسک مؤسسات مالی و مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین می‌بایست فرایندهای تشخیص ارزیابی،

۱. مجرمین بالقوه افرادی هستند که اگرچه مرتکب جرم نشده‌اند اما با توجه به شرایطی که برای آنها وجود دارد در معرض ارتکاب جرم قرار دارند. برای مثال افرادی که در محله جرم‌خیز و مجرم‌نشین ساکن هستند در معرض مجرم شدن قرار دارند ازاین‌رو به آن‌ها مجرمین بالقوه گفته می‌شود. مجرمین بالفعل افرادی هستند که با توجه به شرایطی که داشته‌اند مرتکب جرم شده‌اند. رویکرد ریسک‌پایه تمرکز خود را بر زمینه‌های ارتکاب جرم می‌گذارد تا از این طریق زمینه‌ها را کاهش دهد و منجر به عدم امکان وقوع جرم شود. ازاین‌رو در رویکرد ریسک پایه هدف اولیه مجرمین بالقوه هستند.

2. Assessing risks and applying a risk-based approach

پویش، کنترل و کاهش ریسک‌های پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم را دارا باشند. درواقع کشورها می‌بایست ریسک‌های (خطرهای) پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم در خصوص کشور را شناسایی، ارزیابی و بررسی کنند و اقدام‌هایی مشتمل بر تأسیس یک مرجع یا سازوکاری جهت همکاری و اقدام‌های مرتبط با ارزیابی ریسک در پیش گیرند؛^۱ همچنین آن‌ها می‌بایست منابعی جهت اطمینان یافتن در خصوص اینکه ریسک‌ها (خطرها) به نحو مؤثری کاهش یافته است به کارگیرند.

مبتنی بر آن ارزیابی، کشورها می‌بایست یک رویکرد مبتنی بر ریسک اتخاذ کنند تا اطمینان یابند که جهت پیشگیری کردن یا کاهش دادن پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، تدابیر اتخاذشده متناسب با ریسک‌های (خطرهای) شناخته‌شده است. در خصوص اتخاذ رویکرد مبتنی بر ریسک مراجع قضایی، مؤسسات مالی^۲ و مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین^۳ می‌بایست مطمئن شوند که اقدام‌های با هدف پیشگیری یا کاهش پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم هماهنگ (منطبق) با ریسک‌های شناخته‌شده انجام می‌شود و از این طریق آن‌ها متمکن می‌شوند که در خصوص چگونگی تخصیص منابعشان به مؤثرترین وجه، تصمیم اتخاذ کنند.

این رویکرد ریسک‌پایه، یک مبنای اساسی جهت تخصیص دادن کافی منابع در راستای نظام (رژیم) مبارزه با پول‌شویی، مبارزه کردن با تأمین مالی تروریسم و اجرا کردن اقدام‌های مبتنی بر ریسک در تمام پیشنهاد‌های گروه ویژه اقدام مالی است؛ درجایی که کشورها ریسک‌های (خطرهای) شدیدتر را شناسایی می‌کنند آن‌ها می‌بایست اطمینان یابند که سامانه (رژیم) مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، به‌طور کافی به چنین اقدام‌ها و ریسک‌هایی توجه داشته است. درجایی که کشورها ریسک‌های (خطرهای) ضعیف‌تر را شناسایی کرده‌اند، آن‌ها ممکن است که تصمیم به مجاز دانستن اقدام‌های مخففه در خصوص برخی از پیشنهاد‌های گروه ویژه اقدام مالی مبتنی بر اوضاع و احوال و شرایط معین بگیرند (FATF, 2018/2012: 10-29-30-31).

۱. دستورالعمل چهارم اتحادیه اروپا نیز کشورهای عضو را به شناسایی، درک و کاهش ریسک‌های پول‌شویی خود ملزم کرده است.

2. financial institutions

3. designated non-financial businesses

حال که رویکرد ریسک پایه از منظر گروه ویژه اقدام مالی بیان شد چالش این پژوهش به این شرح است که مبتنی بر رویکرد ریسک پایه ناظر بر اموال مرتبط با جرم، گروه ویژه اقدام مالی چه بایسته‌هایی را توصیه کرده است؟ در ضمن این الزام‌ها در نظام‌های حقوقی پیشرو چگونه تبلور یافته است؟ این انعکاس در نظام حقوقی ایران چگونه واکاوی می‌شود؟ در جهت پاسخ به پرسش‌های مذکور الزام‌های حاصل از رویکرد ریسک پایه از منظر گروه ویژه اقدام مالی در دو گفتار بایسته‌های مرحله تقنین و بایسته‌های مرحله واکنش تشریح و چگونگی انعکاس آن در نظام‌های حقوقی در هر مرحله تبیین و با نگاهی تحلیلی، الزام‌های مذکور در نظام حقوقی ایران واکاوی می‌شود.

۱. پیشینه پژوهش

نزدیک‌ترین پژوهش‌های مرتبط با موضوع تحقیق حاضر همراه با تبیین وجه تمایز آن به شرح ذیل قابل ارائه است:

- «رهیافت مدیریت ریسک جرم و جلوه‌های آن در نظام عدالت کیفری ایران»^۱: پژوهش مذکور با بهره‌گیری از دستاوردهای عدالت سنجشی و استفاده از آمار جنایی رویکرد ریسک پایه را شرح داده و از این طریق به دسته‌بندی بزه‌کاران به کم‌ریسک و پر ریسک پرداخته و مجازات تعزیری و قصاصی در نظام حقوقی ایران را تحلیل می‌کند. در نهایت، پذیرفته‌شدن رهیافتی چون اصلاح و بازپروری مجرمین و شدت‌گیری نسبت به جرائم با ریسک بالا در قوانین شکلی و ماهوی کیفری ۱۳۹۲ را دلیل بر توجه قانون‌گذار به رویکرد علمی رهیافت مدیریت جرم دانسته و به‌عنوان برآمد تحقیق خود بیان می‌کند. این در حالی است که در پژوهش حاضر رویکرد ریسک پایه مبتنی بر اسناد گروه ویژه اقدام مالی تبیین شده و به واکاوی و تحلیل نظام حقوقی ایران از منظر انعکاس این رویکرد با نگاهی تطبیقی پرداخته است.

۱. که توسط جلال‌الدین حسینی، سید محمود میر خلیلی، محمدرضا نظری نژاد (۱۴۰۰) به رشته تحریر درآمده است.

- «رویکرد ریسک مدار سیاست جنایی در قبال پول شویی»^۱: مقاله فوق رویکرد ریسک محور را از نگاه چرخه اطلاعات مالی و با توجه به نقش مرکزی واحدهای اطلاعات مالی با نگاه فراملی تحلیل کرده و بر نقش گروه اگمونت^۲ تأکید داشته است؛ سپس با همین نگاه به آسیب شناسی و ارائه پیشنهادی لازم در خصوص سیاست جنایی نظام تقنینی ایران در خصوص جرائم مالی و اقتصادی پرداخته است؛ با این شرح که تعامل مرکز اطلاعات مالی با دیگر دستگاه ها و اشخاص مشمول باید تعیین شود؛ سامانه های اطلاعاتی مورد نیاز جهت گردش اطلاعات می بایست گسترش یابد و برنامه اقدام و سند ریسک ملی باید تدوین شود؛ بنابراین مسئله مقاله مذکور، اگرچه به بحث گروه ویژه اقدام مالی اشاره داشته اند؛ اما نقطه ثقل بحث خود را بر اسناد و توصیه قرار نداده است، ضمن اینکه به واکاوی و تحلیل نظام حقوقی ایران از منظر انعکاس این رویکرد نپرداخته و فاقد نگاه تطبیقی است.

- «مطالعه رهیافت مدیریت ریسک جرم از چشم اندازهای فقه امامیه، حقوق کیفری ایران و حقوق کیفری بین المللی»^۳: در این پژوهش به عنوان نتیجه تشریح، بزه پوشی، امر به معروف در فقه و درجه بندی تعزیری، تعیین کیفیات مشدده، قرارهای تأمین کیفری در حقوق ایران و جرم انگاری جرائم بین المللی در اساسنامه دیوان و مجازات شدید آن را به عنوان رهیافت های مدیریت ریسک بر شمرده است؛ این در حالی است که چالش مقاله حاضر انعکاس رویکرد ریسک پایه از منظر گروه ویژه اقدام مالی است و با این نگاه به تحلیل و بررسی نظام های حقوقی از جمله ایران می پردازد.

۱. که توسط باقر شاملو و عارف خلیلی نگاشته شده.

۲. گروه اگمونت (EGMONT GROUP) گروهی است که همکاری و به اشتراک گذاری اطلاعات بین واحدهای اطلاعات مالی ملی را برای بررسی و جلوگیری از پول شویی و تأمین مالی تروریسم را تسهیل می کند. درواقع گروه اگمونت، گروه همکاری واحدهای ملی اطلاعات مالی است که از طریق تبادل اطلاعات زمینه مقابله با جرم پول شویی را فراهم می کند.

۳. که توسط جلال الدین حسانی، سید محمود میر خلیلی و محمدرضا نظری نژاد (۱۴۰۰) تدوین شده است.

۲. بایسته‌های مرحله تقنین

گروه ویژه اقدام مالی در دو سطح کلان و خرد کشورها را به تقنین مبتنی بر رویکرد ریسک‌پایه فراخوانده است؛ (FATF، 2018:2)؛ در سطح کلان کشورها را به داشتن سند ملی ارزیابی ریسک (خطر) فراخوانده^۱ و در سطح خرد در هر بخش حسب اقتضای موضوع مبتنی بر رویکرد ریسک‌پایه، به ارائه توصیه‌های متناسب پرداخته است که به فراخور بحث در ذیل بدان پرداخته می‌شود.

۱-۲. بایسته سند ملی ارزیابی ریسک (خطر)

گروه ویژه اقدام مالی در توصیه شماره ۲ کشورها را به داشتن سازوکار لازم جهت هماهنگی و انسجام ملی در مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم فراخوانده است؛ جهت کارآمدی و روزآمدسازی این انسجام و هماهنگی، پایش مستمر آن سازوکار ضروری است (FATF، 2018/2012-10:30). این سازوکار هماهنگ‌سازی در قالب سند ارزیابی ریسک ملی انعکاس می‌یابد و مبتنی بر آن، قوانین و مقررات و شناسایی، ارزیابی و دانستن ریسک‌های پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم بناگذاری می‌شود (Matt & Shelton, 2018: 3-4). گروه ویژه اقدام مالی بایسته‌های لازم جهت تدوین سند ملی ارزیابی ریسک را در «سند رهنمود ارزیابی ریسک ملی پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم ۲۰۱۳»^۲ به کشورها پیشنهاد داده است (FATF، 2013). غالب کشورهای پیشرو مبتنی بر سند رهنمود مذکور، برای محقق شدن انسجام و هماهنگی ملی مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، سند بالادستی تحت عنوان «سند ملی ارزیابی ریسک» را تدوین و در مجموعه مقررات خود تصویب کرده‌اند^۳ در این راستا می‌توان به سند ملی ارزیابی ریسک ملی آمریکا (United States, 2015)، آلمان (GERMANY،)

۱. در قالب سند راهنمایی گروه ویژه اقدام مالی در خصوص ارزیابی ریسک ملی در سال ۲۰۱۳ به کشورها ارائه شد

2. FATF^۴ (2013) Guidance national Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment

۳. لازم به ذکر است که کشورهایی از جمله آمریکا در کنار سند ارزیابی ریسک، سند استراتژی ملی مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم نیز تدوین کرده‌اند.

«National Strategy for Combating Terrorist and Other Illicit Financing 2020»

Mir Sa'idi, Sobhani, (2018/2019) و روسیه (Russian Federation, 2017-2018) اشاره کرد (1401, 75-116).

در نظام حقوقی کیفری ایران، ماده ۳ آیین نامه اجرایی ماده (۱۴) الحاقی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸، کارگروه ملی ارزیابی خطر (ریسک) را مکلف دانسته تا در ظرف یک سال پس از تشکیل، سند ملی ارزیابی خطر (ریسک) را با همکاری مرکز اطلاعات مالی، تدوین و در دوره های زمانی سه تا پنج ساله به روزرسانی کند؛ علی رغم وجود مقرر قانونی مورد بحث، این مهم به اجرا نرسیده است.

نبود سند ملی ارزیابی ریسک (خطر)، موجب کاهش و در مواردی عدم کارآمدی منابع می شود، زیرا عدم ارزیابی و عدم شناخت ریسک های بخش های مختلف موجب تخصیص غیر متوازن منابع و در نتیجه عدم کارآمدی نظام مبارزه با پولشویی و هدررفت منابع می شود. در نتیجه، نظارت بر حوزه های پر ریسک کاهش یافته و به نقصان هر چه بیشتر سیستم مبارزه با پولشویی می انجامد. به اضافه اینکه عدم واکنش مناسب در خصوص ریسک های نوظهور را به دنبال دارد، زیرا از بایسته های سند خطر ملی پویایی مستمر و روزآمد آن متناسب با تحولات حوزه های مختلف از منظر ظهور ریسک های جدید است. از این حیث است که کشور برای مثال در خصوص ظهور ارزش های مجازی و پول های الکترونیک سیاست مشخصی را اتخاذ نکرده و در نتیجه موجب سوء استفاده مجرمان از این نقصان در گسترش فعالیت های پولشویی در این حوزه شده است. همچنین نبود سند، مانع از جامعیت شناخت ریسک ها در حوزه های متفاوت مالی می شود. در نتیجه با توجه به حرفه ای بودن مجرمین این حوزه و شناخت کامل آنها از آسیب های نظام مالی موجود، زمینه برای بهره برداری از آنها، جهت گسترش فعالیت های مجرمانه هموارتر شده و به ناکارآمدی نظام مبارزه با پولشویی می انجامد. از طرف دیگر واکنش چندپاره در مبارزه با پولشویی را به دنبال دارد، زیرا این سند انسجام و همکاری در میان نهادهای داخلی از جمله، مؤسسات مالی، مشاغل و حرفه های غیرمالی معین، نهادهای خودکنترل، مجریان قانون، ناظران را گسترش، به صورت نظام مند آنها را هدایت و موجب شناخت و ارزیابی ریسک به صورت سیستماتیک می شود تا بتواند نقش سند بالادستی در این عرصه را ایفا کند.

همان‌طور که در سند ارزیابی ریسک کشورهای پیشرو مذکور و سند ارزیابی ریسک ملی گروه ویژه اقدام مالی قابل‌مشاهده است، لازم است تا طرف‌های دخیل در امر مبارزه با پول‌شویی ازجمله نهادهای سیاست‌گذار، مؤسسات مالی، مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین، در قالب کارگروه‌های تخصصی که هر یک به‌صورت بخشی ازجمله بورس، بانک، صرافی‌ها و... با تعیین هدف مشخص، تهدیدات و آسیب‌پذیری‌ها را در هر حوزه تعیین، سپس به تجزیه و تحلیل منبع، منشأ و آثار آن‌ها پرداخته و درنهایت بسته به نوع ریسک، واکنش مناسب اعم از حذف، کنترل یا کاهش آن را تجویز کنند. ازاین‌رو برآمد سند ارزیابی ریسک صرف‌نظر از شکل و ارائه ارزیابی ریسک پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، باید به‌گونه‌ای باشد که درنهایت این امکان را برای مراجع عمومی فراهم کند که بتوانند در خصوص سطوح ریسک‌ها و اولویت‌دهی در کاهش دادن ریسک آن‌ها، قضاوت کنند، به‌نحوی که حوزه‌ها و بخش‌های با ریسک خفیف و با ریسک بالا و جرائم پر ریسک به‌طور جامع در هر حوزه مشخص شود و اقدام‌های لازم بسته به نوع ریسک ارائه شود. تخصیص منابع برای مبارزه با ریسک‌های مشخص‌شده در هر بخش می‌بایست با توجه به سند ریسک انجام شود و بسته به پویایی نظام مالی و درنتیجه پویای ریسک سند ارزیابی ریسک نیز به‌صورت دوره‌ای و مستمر به‌روزرسانی شود؛ در این راستا با توجه به اسناد گروه ویژه اقدام مالی و با عنایت به اسناد ملی ارزیابی ریسک چند کشور پیشرو در این عرصه، بایسته‌های پیشنهادی تدوین سند ملی ارزیابی ریسک می‌تواند شامل ادبیات بنیادین، جامعه هدف در اجرای ارزیابی ریسک ملی، فرایند ارزیابی ریسک، تداوم در ارزیابی ریسک و ماحصل ارزیابی ریسک شود^۱.

۲-۲. بایسته جرم‌انگاری مستقل جرم پول‌شویی

گروه ویژه اقدام مالی در توصیه شماره ۳ و نگاشته تفسیری آن، کشورها را به جرم‌انگاری پول‌شویی مبتنی بر کنوانسیون وین و کنوانسیون پالرمو واداشته است؛ در این راستا تصریح داشته که جرائم منشأ می‌تواند به همه جرائم به‌عنوان جرم منشأ یا به مجموعه از جرائم شدید محدود

1. United states National Money Laundering Risk Assessment - 2018 p21-45
ITALY, National risk assessment of money laundering and terrorist financing -
2018P31-39japan'National Risk Assessment of Money Laundering and Terrorist
Financing - 2019

شود، یا به جرائم حبس دار (رویکرد حد محور) و یا اینکه به یک فهرست تعیین شده از جرائم منشأ یا ترکیبی از این رویکردها اطلاق شود (FATF، 2018/2012:32-10). جرمی که پول و اموال موضوع پول شویی مستقیماً از آن‌ها تحصیل شده است جرم منشأ گفته می‌شود. برای مثال، فردی که در نتیجه ارتکاب جرم قاچاق مواد مخدر، اموالی را تحصیل کرده و برای مشروع جلوه دادن آن اموال، آن‌ها را به مسکن و سپس به زمین تبدیل می‌کند، پول شویی محسوب می‌شود. در این مثال، قاچاق مواد مخدر به عنوان جرم منشأ محسوب می‌شود، زیرا اموال و پول موضوع پول شویی مستقیماً از آن تحصیل شده است.

در نظام حقوقی ایران، در بند «الف» ماده ۱، قانون اصلاح قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۱۳۹۷، مقرر شده است که «جرم منشأ هر رفتاری است که مطابق ماده (۲) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲ جرم محسوب شود ...» بنابراین قانون‌گذار رویکرد نامحدود را اتخاذ کرده و جرائم منشأ را به همه جرائم تسری داده است؛ حال آنکه جرم پول شویی در دامنه جرائم اقتصادی و منفعت مالی معنی می‌یابد والا در جرائم منافی عفت، اخلاقی، توهین و ... معنی ندارد؛ از این‌روست که در ماده ۳ قانون اصلاح ۱۳۹۸، عواید حاصل از جرم به «تحصیل مال از طریق مستقیم یا غیرمستقیم از جرم منشأ» تعریف شده است؛ بنابراین جرم منشأ باید بتواند به صورت مستقیم یا غیرمستقیم مولد مال باشد؛ لذا تعریف فوق از جرم منشأ می‌تواند در مواردی فاقد مصداق باشد؛ در این راستا پیشنهاد می‌شود که در حیطه جرم منشأ در نظام حقوقی ایران محدود به جرائم شدید تعریف شود یا همانند کشور سوئد^۱ قید «منفعت اقتصادی و مالی» در ماده لحاظ شود.

گروه مذکور در همین توصیه و نگاشته تفسیری آن، کشورها را به جرم‌انگاری مستقل پول شویی از جرم منشأ فراخوانده و تصریح داشته که «با اثبات اینکه اثبات شود اموال حاصل از جرم است دیگر نیازی نیست که اثبات شود مال از چه جرم خاصی تحصیل شده است و صرف اثبات کلی اینکه مال از رفتار مجرمانه تحصیل شده است کافی است» (FATF، 2018/2012: 32-10). در کشورهایی که مصادره مبسوط^۲ با همه مؤلفه‌های آن پذیرفته شده است از آن جهت که لازمه مصادره مبسوط جرم‌انگاری پول شویی با قطع نظر از جرم منشأ

1. Swedish criminal law Chapter 36 section B

۲. در بند بایسته‌های واکنش نهایی در ادامه، توضیح داده شده و انواع آن بیان شده است.

است؛ از این رو استقلال پول‌شویی از جرم منشأ در نظام‌های حقوقی آن‌ها پذیرفته شده است که در این راستا می‌توان به فصل ۱۳، بخش ۶۸ گفتار ۴-۵ قانون مجازات نروژ؛ فصل ۱۰ بخش ۹ گفتار ۴ قانون مجازات فنلاند؛ و فصل ۹ گفتار ۷۶ الف قانون مجازات دانمارک و نیز در کشورهای اسلامی می‌توان به ماده ۶۴ قانون کیفری و ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری بحرین و بخش ۶۳ گفتارهای ۱۹، ۱۳ و ۳۹ قانون کنترل مواد مخدر پاکستان اشاره کرد (Sobhani, 192-193: 1402).

جهانی‌شدن اندیشه جرم و پیچیده شدن رفتار مجرمانه موجب فراملی شدن آن، سازمان‌یافته شدن آن، خروج از حالت آنی و لحظه‌ای، توسل به برنامه منسجم و نظام‌مند شدن جرم در رسیدن به هدف، شد از این رو کشف و مقابله با جرم نیز، نیازمند تغییر ماهوی در ابزارها و بازتعریفی از اصول حاکم بر استandarدهای دفاعی متهم و ابزارهای نظام عدالت کیفری می‌باشد؛ مهم‌ترین موانع در جرائم سازمان‌یافته، گم‌شدن منشأ جرم و اثبات تحصیل نامشروع بودن اموال است؛ مجرمین سازمان‌یافته با آگاهی از موانع مذکور از قاعده درء و بالتبع اصل برائت و اصل صحت معاملات نهایت سوءاستفاده را می‌کنند تا از این طریق بتوانند به سلطه خود بر اموال نامشروع تداوم بخشند؛ ممانعت از مجرمین در مصادره به مطلوب کردن اصول حقوق کیفری از جمله قاعده درء، بایسته‌ای جهت واداشتن مجرم به تشریح منشأ جرائم را می‌طلبد. این بایسته ثمره استقلال جرم پول‌شویی از جرم منشأ است که در نظام واکنش معکوس و جرم پول‌شویی، در قالب انقلاب دعوا که همان اماره مجرمیت است ظاهر می‌شود؛ در پی استقلال جرم پول‌شویی از جرم منشأ است که سوءاستفاده از حقوق کیفری سستی، خنثی شد و منشأ جرم که به دلیل فراملی بودن بخش‌های متعدد رفتار مجرمانه توسط مجرمین فراملی، غیرقابل کشف بود، از طریق پرسش از منشأ اموال و عواید، کشف می‌شود.

در قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ کشور ایران، اگرچه به‌صورت صریح به استقلال جرم پول‌شویی در قانون اشاره‌ای نشده است، اما در ماده ۳ قانون مذکور، جرم پول‌شویی در کنار جرم منشأ ذکر شده است؛ به این صورت که تصریح شده «عواید حاصل از جرم به معنای هر نوع مال یا امتیازی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرائم، اعم از جرائم منشأ و پول‌شویی به‌دست‌آمده باشد»؛ بنابراین بر اساس این ماده عواید حاصل از جرم لزوماً از جرم منشأ تحصیل نمی‌شود بلکه می‌تواند به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم از جرم

پولشویی نیز حاصل شود؛ همین رویه نیز در ماده ۹ قانون مورد بحث، پذیرفته شده و جرم پولشویی به صورت مستقل ذکر شده است؛ این در حالی است که در ماده ۳ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ در تعریف عواید حاصل از جرم تصریح شده بود که «عواید حاصل از جرم به معنای هر نوع مالی است که به طور مستقیم یا غیرمستقیم از فعالیت های مجرمانه به دست آمده باشد». همچنین در ماده ۱ قانون اصلاح ۱۳۹۷ تصریح شده که ماده ۱، جایگزین ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ می شود؛ در ماده ۱ قانون مصوب ۱۳۸۶، تصریح شده بود که «اصل بر صحت و اصالت معاملات تجاری موضوع ماده (۲) قانون تجارت است، مگر آنکه بر اساس مفاد این قانون خلاف آن به اثبات برسد. استیلاي اشخاص بر اموال و دارایی اگر توأم با ادعای مالکیت شود، دال بر ملکیت است.» این ماده در قانون اصلاح ۱۳۹۷ حذف شد در مقابل سه تبصره ماده ۲ در قانون گنجانده شده؛ بنابراین در قانون ۱۳۸۶ عواید حاصل از فعالیت های مجرمانه تحصیل می شد و جرم پولشویی با اصل صحت و اصل برائت نمی توانست تعارض کند؛ بلکه اصل صحت و برائت بر پولشویی مقدم بود؛ از این رو اثبات جرم منشأ برای پولشویی لازم و ضروری بود و پولشویی یک جرم مستقل محسوب نمی شد؛ این در حالی است که وقتی ماده ۳ قانون اصلاح ۱۳۹۷ در کنار ۳ تبصره ماده ۲ قرار داده می شود^۱ می توان تمایل قانون گذار به استقلال جرم پولشویی بماهو پولشویی نه بماهو منشأ را استنباط کرد؛ از این روست که در ماده ۱۴۶ آیین نامه مصوب ۱۳۹۸، بیان شده که «قوه قضائیه ضمن رعایت ماده (۳۰) قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره های ذیل آن، با همکاری مرکز نسبت به آموزش مستمر مقامات و کارکنان و کارمندان قضایی و ضابطان دادگستری در خصوص جرائم پولشویی و تأمین مالی تروریسم و ابعاد حقوقی آن به عنوان جرم مستقل اقدام خواهد کرد» و ضوابط اجرایی آن توسط قوه و همکاری مرکز اطلاعات مالی تدوین می شود.^۲

لازم به ذکر است که به کار بردن اصطلاح کلی «ابعاد حقوقی آن به عنوان جرم مستقل» نمی تواند بیان کننده آثار استقلال جرم پولشویی بر عدم آن در مجموعه قوانین کیفری باشد. در این راستا باید اذعان داشت، لازمه استقلال جرم پولشویی و آثار و ابعاد حقوقی آن، طریق اثبات

۱. در ادامه در بحث واکنش نهایی شرح آن بیان می شود.

۲. تبصره ماده ۳۰ آیین نامه ۱۳۹۸

که عبارت از رفتار مجرمانه، سبک زندگی و الگوی رفتاری مجرمانه است تعریف می‌شود، ارزش ادله اثباتی در استقلال جرم پول‌شویی نسبت به شرایطی که متکی بر اثبات جرم منشأ و به‌صورت قاعده «فرای ظن معقولانه» است متفاوت است، زیرا در شرایط عدم استقلال جرم پول‌شویی اصل برائت و اماره ید بر آن پیشی داشت و اثبات جرم بر عهده دادستان قرار داشت؛ حال‌آنکه در رویکرد استقلالی جرم پول‌شویی ارزش ادله اثباتی، تقلیل یافته و در نظام حقوقی ما به‌صورت «ظن متأخم به علم» یا همان «علم عرفی» یا همان «اطمینان» و حتی می‌توان گفت «ظن قوی» که نوعاً قابل اتکا عقلاً است، ظاهر شده است؛^۱ بنابراین در تعارض با قاعد درء، اصل برائت، اماره ید، اصل صحت معاملات، اماره مجرمیت مقدم شده و بار اثبات منقلب می‌شود. در این شرایط است که متهم باید جهت اثبات مشروعیت اموال خود و رفع اماره مجرمیت و شیوه اثباتی الگوی رفتار مجرمانه، اقامه دلیل کند؛ ازاین‌رو اموال موضوع مصادره، منحصر به اموال موضوع جرم منشأ که در دامنه جرم پول‌شویی قرار گرفته و به اموال دیگر تبدیل شده نیست؛ بلکه به همه اموال متهم ناشی از الگوی رفتار مجرمانه وی تسری می‌یابد. ملاحظات مذکور می‌تواند مورد توجه تدوین‌کنندگان ضوابط اجرایی ماده ۱۴۶ آیین‌نامه ۱۳۹۸، قرار گیرد.^۲

۳. بایسته‌های مرحله واکنش

بایسته‌های مرحله واکنش در خصوص اموال مرتبط با جرم در سه مرحله قابل بررسی و تحلیل است که شامل بایسته‌های مرحله تحقیقات مقدماتی، واکنش موقت و واکنش نهایی می‌شود. در ادامه به تشریح و بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۱. بایسته‌های تحقیقات مقدماتی

در توصیه شماره ۴، گروه ویژه اقدام مالی در جهت تحقق امر مصادره و اقدام‌های موقت (پیشگیرانه)^۳ ممانعت و پیشگیری کردن نواقص و آسیب‌هایی که توانایی کشور را در اقدام‌های تحقیقی، توقیف مادی یا معنوی یا بازگرداندن اموال موضوع مصادره، کاهش می‌دهد را از

۱. شرح مباحث در بحث واکنش نهایی بیان می‌شود.

۲. ماده ۱۴۶ آیین‌نامه ۱۳۹۸

الزام‌های لازم برای کشورها برشمرده است. در ذیل توصیه‌ها و اسناد مرتبط با اختیارات تحقیقی تبیین می‌شود.

۱-۱-۳. مسئولیت مراجع مجری قانون

در توصیه شماره ۳۰ کشورها به اطمینان یافتن از تعیین و تأسیس مراجع مجری قانون^۱ در خصوص تحقیقات پول‌شویی و تأمین مالی تروریست ملزم شده‌اند؛ مراجع مذکور حداقل در همه موارد مربوط به جرائم عمده درآمدزا، می‌بایست تحقیقات مالی پیش‌دستانه موازی^۲ در زمانی که پول‌شویی، جرائم منشأ مرتبط و تأمین مالی تروریست را تعقیب می‌کنند، به‌کارگیرند؛ این تحقیقات موازی می‌بایست شامل مواردی نیز که جرائم منشأ مرتبط خارج از حوزه صلاحیت قضایی^۳ ارتکاب می‌یابد شود؛ کشورها می‌بایست همچنین در شرایط ضروری، از گروه‌های چندگانه، موقت یا دائمی^۴ که در عرصه تحقیقات مالی یا دارایی تخصص دارند، استفاده کنند. کشورها می‌بایست اطمینان یابند که در شرایط ضروری، تحقیقات مشترک با مراجع ذی‌صلاح در دیگر کشورها انجام می‌شود (FATF, 2018/2012: 98).

تحقیقات مالی پیش‌دستانه موازی^۵ به انجام دادن یک تحقیق مالی پهلوه‌پهلوه یا در چارچوب، یک تحقیق کیفری (سنتی) در خصوص پول‌شویی، تأمین مالی تروریست یا جرائم منشأ اقتصادی کلان اشاره دارد (FATF, 2018/2012: 98).

از این‌روست که بیشتر کشورها، تعقیب‌کنندگان یا دایاران تحقیقی یا مقام تحقیق را به اجرای تدابیر پیش از مصادره و به‌طور خاص دستورات توقیف مادی صالح دانسته‌اند^۶ این در حالی است که در نظام عدالت کیفری ایران این اختیارات محدود هستند که به فراخور موضوع در ادامه به آن اشاره می‌شود.

1. law enforcement

2. pro-active parallel financial

3. outside of jurisdictions

4. permanent or temporary multi-disciplinary groups

5. pro-active parallel financial

6 Brun2011, chapter 2 and 3; Gray Clive Scott

۲-۱-۳. اختیارات مراجع مجری قانون

در توصیه شماره ۳۱ تبیین شده است که در زمان انجام دادن تحقیقات (جرم) پول‌شویی، جرائم منشأ مرتبط و تأمین مالی تروریست، مراجع ذیصلاح می‌بایست قادر باشند که جهت استفاده کردن در این تحقیقات و تعقیبات (کیفری) و اقدام‌های مرتبط، امکان دسترسی به همه اسناد و اطلاعات ضروری را داشته باشند، این مهم باید شامل اختیارهایی جهت به‌کارگیری اقدام‌های قهری^۱، برآمدهای (نتایج) سوابق ثبت‌شده^۲ توسط مؤسسات مالی، مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین و سایر اشخاص حقوقی و حقیقی، بازرسی اشخاص و اماکن، گرفتن اظهارات شهود، توقیف معنوی و به دست آوردن اسناد، باشد (FATF, 2018/2012: 23).

در سند راهنمایی قضات و دادستان‌ها گروه ویژه اقدام مالی، مجموعه‌ای از اختیارات تحقیقی و قابل‌دسترس برای مراجع طراحی و پیشنهاد شده است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از وجود ابزارها و وسایلی که مجریان قانون بتوانند با استفاده از آن‌ها اختیار صدور دستور و اختطاریه اجرایی و توقیف را دارا باشند؛ همچنین اختیارهایی مبنی بر عملیات مخفی، ره‌گیری ارتباطات و مرادات و دسترسی به سیستم‌های فناوری اطلاعات جهت ردیابی اموال را دارا باشند؛ اختیار صدور «دستور نظارت و پایش»^۳ از دیگر موارد مورد تأکید سند موردبحث است که به‌موجب آن یک حکم دادگاه از اشخاص (معمولاً مؤسسات مالی) می‌خواهد هرگونه معامله در آینده، با مجرمان مظنون را برای مدتی گزارش دهند. این درواقع «اطلاعات پنهان مالی بی‌وقفه»^۴ را ارائه می‌دهد.

در سند موردبحث، برای «دنبال کردن پول» روش‌ها و تکنیک‌های مناسبی ازجمله استفاده از سوابق برای ردیابی وجوه از طریق حساب‌ها یا مؤسسات متعدد، به کار گماردن خبررسان یا شاهدان اصلی، همچنین استفاده از تکنیک‌های ویژه تحقیق مانند نظارت الکترونیک یا پایش عملیات مخفی برای نفوذ در موانعی که اشخاص حقوقی برای شناخت صاحب و ذی‌نفع واقعی ایجاد می‌کنند، پیشنهاد شده است (FATF, 2018:44). اختیارات مذکور، در کشورهای متفاوت تحت قراردادهای تأمینی مناسبی ذیل مجموعه مقررات کیفری آن‌ها، پیش‌بینی و تبیین شده تا بتوانند در جهت کارآمدی نظام عدالت کیفری در مبارزه با جرائم اقتصادی نقش مؤثری ایفا کنند.

1. compulsory measures
2. the production of records
3. monitoring order
4. real-time financial intelligence.

ازجمله در تانزانیا دادستان می‌تواند به صرف اینکه دلیلی مبنی بر تحصیل شدن مال از طریق نامشروع به دست آورد دستور ممنوعیت انتقال و تصرف مال موردنظر را صادر و به شخص متهم ابلاغ کند (Prevention and Combating of Corruption Act, No. 11/2000). همچنین در انگلستان یک وسیله تحقیقی برای نهادهای مجری در ارتباط با جرائم مالی تحت عنوان دستورات ثروت توجیه (توضیح داده) نشده در قانون دارایی کیفری ۲۰۱۷ ارائه شده است (362A-362R Proceeds of Crime Act 2002 Criminal Finances Act 2017). درواقع این قرار از اختیارات مقام‌های مجری قانون است. در پیش‌نویس قانون موردبحث در خصوص دستور مذکور اذعان شده که این دستور، برای نهادهای مجری قانون، بازگرداندن و بازیافتن عواید حاصل از فساد و دیگر جرائم مهم و شدید را بهتر تسهیل می‌کند، زیرا اگر توضیح خواننده قانع‌کننده نباشد، اطلاعات جمع‌آوری شده می‌تواند جهت مصادره عواید مجرمانه مورد استفاده قرار گیرد (Home Secretary Amber Rudd's Speech on Economic Crime, 2017). این دستور مستلزم آن است که شخصی که مشکوک به مشارکت یا ارتباط با جرائم شدید است منشأ دارایی‌هایی را که به نظر می‌رسد با درآمد شناخته‌شده وی تناسب ندارد، توضیح دهد. عدم ارائه پاسخ، این فرض را ایجاد می‌کند که اموال قابل بازیابی و مصادره است (Sproat 2018:2). این قرار، نقش کلیدی در قلع و قم کردن مجرمین اقتصادی در بهره‌گیری از منافع فساد می‌تواند داشته باشد؛ حسب تحقیق این پژوهشگر، در نظام حقوقی ما اعم از قانون مجازات و قانون آیین دادرسی کیفری و همچنین دیگر مقررات مرتبط این نوع از اختیارات و ابزارهای قانونی برای مقام‌های مجری قانون، جهت مبارزه با جرائم فساد کلان تقنین نشده است و گستره آماری جرائم فساد و نیز اخلال در نظام اقتصادی موجود نیز می‌تواند از آثار عدم وجود این دست از ابزارهای ضروری دستگاه عدالت قضایی جهت مقابله با فساد و جرائم کیفری باشد؛ ازاین‌رو لزوم تدوین قراردایی که امکان اجرایی‌سازی واکنش نهایی را برای مجریان قانون به‌عنوان بازوان اجرایی دستگاه عدالت کیفری فراهم می‌کند ضروری است؛ ازجمله این قرارها، قرار ثروت‌های توجیه نشده است؛ این قرار برای نهادهای مجری قانون، بازگرداندن و بازیافتن عواید حاصل از فساد و دیگر جرائم مهم و شدید را که در کشور نگهداری می‌شود بهتر تسهیل می‌کند، زیرا اگر توضیح

خواننده قانع کننده نباشد، اطلاعات جمع‌آوری شده می‌تواند توسط مقام‌ها برای درخواست مصادره ميسوط مدنی^۱ از دادگاه مورد استفاده قرار گیرد؛ در نتیجه این قرار، مجریان قانون می‌توانند از دستور ثروت توجیه (توضیح داده) نشده استفاده کنند تا از مالکان بخواهند تا مثلاً نحوه خرید یک‌خانه لوکس را فاش کنند و اگر با توضیح وی موافق نیستند، می‌توانند از دادگاه‌ها بخواهند که اموال را توقیف کنند تا بتواند در نهایت موضوع مصادره ميسوط قرار گیرد؛ بنابراین نهادهای مجری می‌توانند از طریق دستور مذکور، شخص یا شرکتی را ملزم کنند تا اسناد و اطلاعات مربوطه را در خصوص اثبات اینکه اموال مورد نظر از طریق مشروع تحصیل شده است ارائه دهند و این دستور درواقع یک راه جایگزین جهت تحصیل اطلاعات و همین‌طور ردیابی اموال است، این در حالی است که بدون قرار مذکور برای نهادهای مجری، چنین اختیاری وجود ندارد و می‌بایست اطلاعات مذکور را از نهادهای دیگر مثل ثبت اسناد و دارایی دریافت کنند نه مستقیماً از خود شخص متهم؛ با توجه به فقدان نظام شفافیت مالی در نظام حقوقی و اقتصادی ایران، چنین قراری می‌تواند نقصان نظام شفافیت اموال را کاهش دهد و به کارآمدی نظام مصادره ميسوط بینجامد.

۴. بایسته‌های واکنش موقت

واکنش موقت شامل توقیف مادی و معنوی می‌شود که به آن‌ها تدابیر پیشگیرانه یا موقت نیز گفته می‌شود. در نگاشته تفسیری توصیه‌های شماره ۴ و ۳۸ اذعان شده که کشورها می‌بایست سازوکارهایی را طراحی کنند که مراجع ذی‌صلاح (مراجع قضایی) را به نحو مؤثری در کنترل و در شرایط ضروری تصرف اموال که موضوع توقیف مادی و معنوی قرار گرفته‌اند، توانمند کند؛ توقیف مادی^۲ تصدی موقت بر نگهداری یا کنترل اموال بر اساس حکمی تعریف می‌شود که توسط دادگاه یا سایر مقام‌های صالح صادر شده است؛ بنابراین اموال به حضانت و نگهداری فیزیکی و مکانی تحت کنترل فرد یا نهاد تعیین شده در حکم دادگاه یا در قانون منتقل می‌شود. توقیف معنوی^۳ مثل مسدود شدن حساب بانکی، تدبیری است که به صورت موقت انتقال،

۱. در بحث گفتار واکنش نهایی شرح داده می‌شود.

2. seizure
3. freeze

تبدیل، تصرف یا جابه‌جایی اموال را ممنوع می‌کند؛ بنابراین در توقیف معنوی، نگهداری اموال تحت تصرف یا تحت کنترل شخص یا نهادی که آن را از قبل در اختیار داشته است -خواه مالک یا متصرف یا نهاد یا شخص ثالثی که به نمایندگی از مالک و متصرف باشد- اجازه داده می‌شود و مجری قانون یا اداره مدیریت اموال یا فرد تعیین‌شده توسط دادگاه، فقط وظیفه نظارت و پایش انطباق آن با قرار و دستور دادگاه را به عهده دارند، این در حالی است که در توقیف مادی حضانت و نگهداری فیزیکی از مال توسط فردی که دادگاه تعیین می‌کند انجام می‌شود نه متصرف مال (FATF,2018/2012:119&123).

در کنار این دو نوع قرار، در کشور کانادا و سوئیس قرار سومی با عنوان «قرار توقیف معنوی اداری»^۱ نیز وجود دارد که هدف از صدور این نوع از قرارها حفظ شدن اموال و ممانعت از دسترسی داشتن به آن اموال توسط مالک یا متصرف است فارغ از اینکه آن مال مجرمانه باشد یا غیر مجرمانه (Foreign Illicit Assets Act Embargo Act2015). در برخی از کشورها از جمله کانادا از نهاد «Restraint» در کنار دو نهاد دیگر تدابیر موقت نام برده شده است این قرار در خصوص اموالی که به‌صورت فیزیکی نمی‌تواند توقیف شود، صادر می‌شود، مثل حساب‌های بانکی، دارایی‌های غیرمنقول (مستغلات) و شغل (UNODC,2017:16). البته در کشور آفریقای جنوبی نهاد «Restraint» شامل ترکیبی از توقیف مادی و معنوی^۲ می‌شود. این قرار در مورد شخصی استفاده می‌شود که همه اموال وی می‌خواهد موضوع تدابیر موقت واقع شود که ترکیبی از توقیف مادی و معنوی جهت حفظ کردن ارزش همه دارایی‌ها است (South Africa, section 75 of Act 121 of 1998) درواقع قرار ناظر به فرد است نه ناظر به مال خاص بلکه شامل همه اموال فرد خاص می‌شود.^۳

در توصیه ۴ گروه ویژه اقدام مالی، کشورها به اتخاذ اقدام‌های قانون‌گذاری الزام شده‌اند تا از این طریق مراجع ذی‌صلاح به توقیف مادی و معنوی و مصادره (اموال) ذیل، بدون تعدی به حقوق اشخاص ثالث قادر شوند (این اموال عبارت‌اند از):

1. administrative freezing orders
2. freezing and seizure

۳. در سوئد مراجع ذی‌صلاح در صورتی می‌توانند قرار توقیف مادی را صادر کنند که ارزش مال مورد توقیف

بیش از هزینه فروش و نگهداری آن باشد (Sweden, Penal Code, chapter 36.1962).

الف. اموال (موضوع پول‌شویی واقع شده)، ب. اموال تحصیل شده یا وسایل استفاده شده یا به قصد استفاده شدن در پول‌شویی یا جرائم منشأ (کشف شده) پ. اموال که از جرم تأمین مالی تروریسم یا فعالیت‌های تروریستی حاصل شده یا در جهت جرائم مذکور استفاده شده یا برای ارتکاب جرائم مذکور تخصیص داده شده یا قصد استفاده آن در جهت جرم مذکور وجود دارد و ت: اموال بالارزش معادل^۱ (FATF, 2018/2012: 10).

توانایی توسل جستن به اقدام به موقع و آنی از لوازم ضروری برای مقام‌های مجری قانون است، از این رو توانایی اقدام بر مبنای یک‌طرفه^۲، بدون توجه به مظنون، حتی برای یک مدت کوتاه نیز برای اطمینان از کارایی تدابیر موقت (پیشگیرانه)^۳ می‌تواند مفید باشد تا مفسدین اقتصادی فرصتی برای انتقال یا ناپدید کردن دارایی‌ها را نداشته باشند. الزام‌های مدرک‌گرایی و بار اثبات نمی‌بایست در مرحله توقیف مادی و معنوی عواید، به نحو بیش‌ازحدی طاقت‌فرسا و دشوار باشد. الزام بر اثبات ریسک ناپدید شدن اموال (الزام و تعهد مدرک مدار) قبل از تحصیل دستور توقیف مادی یا معنوی، دشوار خواهد بود. چنین الزامی غالباً در عمل اثبات را دشوار می‌سازد و بر کارآمدی توقیف مادی اموال در مبارزه با جرائم اقتصادی و پول‌شویی تأثیر منفی می‌گذارد (FATF, 2018:50). از این رو در نظام حقوقی آلمان در رابطه با تحقیقات در مورد جرائمی چون جرائم سازمان‌یافته، تروریسم، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و فرار مالیاتی مدارک مربوط به جرم مجرمانه که به‌طور جداگانه مرتکب شده است برای توقیف مادی موردنیاز نیست. در عوض دادگاه زمانی می‌تواند دستور مصادره نهایی را صادر کند که متقاعد شود منشأ دارایی خاص مورد بحث جرم کیفری بوده است (Sonnenberg, 2017:1). در مواردی که مراجع جهت صدور دستورهای مقدماتی صالح هستند می‌بایست اطمینان یابند که اموال موضوع مصادره تا صدور حکم نهایی محفوظ می‌ماند. گستره این دستورها می‌بایست گسترده باشد؛ به نحوی که تا حد امکان درآمد حاصل از مالی که می‌تواند مصادره شود و اموال بالارزش معادل یا اموال تعویضی و جانشین شده را نیز در برگیرد (FATF, 2018:50).

1. property of corresponding value
2. ex parte basis

۳. توقیف مادی، معنوی

در نظام حقوقی ایران سازوکار طراحی شده برای واکنش موقت، به این شرح است که در جهت سازوکار اجرایی توقیف در آیین نامه ۱۳۹۸ دو دسته فهرست تحریمی و فهرست توقیفی در آیین نامه تدوین شده است؛ فهرست تحریمی،^۱ فهرستی است از مشخصات اشخاص حقیقی یا حقوقی مشمول تحریم های شورای امنیت سازمان ملل متحد موضوع قطعنامه (۱۲۶۷) و قطعنامه های متعاقب آن و اشخاص مندرج در فهرست تحریم های جمهوری اسلامی ایران که توسط شورای عالی امنیت ملی بر اساس شرایط تعیین شده در قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم - مصوب ۱۳۹۴ - و اصلاحات بعدی آن و با توجه به قطعنامه شماره (۱۳۷۳) شورای امنیت سازمان ملل متحد تعیین می شود. فهرست توقیفی^۲ فهرست اشخاصی است که دستور توقیف اموال زیر در خصوص آنها صادر شده باشد:

الف. اموالی که ظن حصول آنها از طریق ارتکاب جرم (اعم از پولشویی و جرائم منشأ) وجود داشته باشد.

ب. اموالی که ظن به اختصاص آنها جهت تأمین مالی تروریسم وجود داشته باشد.

پ. اموالی که ظن به نامشروع بودن آنها وجود داشته باشد.

ت. اموالی که در فرایند جرائم مذکور، وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال یا برای استعمال اختصاص یافته باشد.

جهت توقیف و درنهایت مصادره، مرکز مکلف به تعیین معیارها، ملاک ها و رویه ها جهت تعیین اشخاص مظنون شده؛^۳ از این رو می بایست برای مثال با همکاری سازمان حسابرسی و جامعه حسابداران رسمی ایران، معیارهای معاملات و عملیات مشکوک را تعیین کند.^۴ در مقابل اشخاص مشمول نیز در صورت داشتن اطلاعات، قرائن و شواهد منطقی ظن آور در انطباق هویت یک فرد یا نهاد با فهرست توقیفی، مکلف به شناسایی مضاعف و با وجود شرایطی، توقیف و ضبط اموال شده اند. در خصوص اشخاصی که در فهرست تحریمی قرار دارند نیز مؤسسات مالی و اعتباری و بانک مرکزی مکلف شده اند از انجام آن دسته از نقل و انتقالات

۱. بند ۲ ماده ۱ آیین نامه ۱۳۹۸.

۲. بند ۲۱ ماده ۱ آیین نامه ۱۳۹۸.

۳. ماده ۸۳ آیین نامه ۱۳۹۸.

۴. ماده ۴۶.

الکترونیک که فرستنده یا دریافت کننده آن یکی از اشخاص موجود در فهرست تحریمی است، به صورت سامانه‌ای (سیستمی) جلوگیری و گزارش آن را برای مرکز ارسال کنند.^۱

لازم به ذکر است در نظام حقوقی ایران اگرچه به وجود بایسته‌های سیستمی ازجمله پایش سیستمی و نظام عدالت قضایی سیستمی در آیین نامه ۱۳۹۸ تأکید شده، اما به صورت کلی گویی ازجمله «پایش به صورت سامانه‌ای»^۲، «تهیه سامانه‌های هوشمند و شناسایی معاملات مشکوک»^۳، «فرایند نظارت خودکار جهت شناسایی عملیات مالی یا معاملات مشکوک»^۴، «استقرار نرم افزارهای کشف تقلب»^۵، «روش‌های داده کاوی»^۶ «شناسایی سامانه‌ای (سیستمی)، تعاملات غیرمجاز ارزی»^۷، «سازوکار مؤثر سامانه‌ای (سیستمی) جهت کشف تخلف»^۸ بدون ارائه راهکار نمی‌تواند کارآمدی متناسب با هدف موردنظر را برای کشور به ارمغان بیاورد؛ ازاین‌رو لازم است مطابق با توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی و چگونگی بروز آن‌ها در نظام‌های حقوق دیگر کشورها، اختیارات لازم در قالب قرارهای تأمینی ازجمله قرار توقیف ثروت غیرقابل توجیه، قرار تحقیقات پیش‌دستانه و نیز امکان انقلاب دعوی در مرحله تحقیقات مقدماتی لازم برای همه مراجع ذی‌صلاح در کنار «نظام کنترل قضایی مکانیکی» تقنین شود؛ درواقع وجود اختیاراتی چون «قرار ثروت‌های غیرقابل توجیه»، «دستور نظارت و پایش»، «دستور نظارت الکترونیک»، «دستور ممنوعیت انتقال»، «اختیار تحقیقات مالی پیش‌دستانه موازی»، «توقیف اموال معادل» و «انقلاب بار اثبات در مرحله تحقیقات مقدماتی» در مرحله واکنش اعم از تحقیقات مقدماتی و واکنش موقت برای مجریان تحقیق در خصوص جرائم اقتصادی ازجمله جرائم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم دلالت بر لزوم تدوین نظام تحقیقی

۱. تبصره ۲ ماده ۹۹

۲. ماده ۱۳ آیین‌نامه ۱۳۹۸

۳. بند سوم ماده ۴ قانون اصلاح ۱۳۹۷ از اهداف تشکیل شورای عالی مبارزه با پول‌شویی

۴. ماده ۸۱

۵. ماده ۸۱ آیین‌نامه ۱۳۹۸

۶. ماده ۴۱ آیین‌نامه ۱۳۹۸

۷. ماده ۱۱۰ آیین ۱۳۹۸.

۸. تبصره ۳ ماده ۱۱۰ آیین‌نامه ۱۳۹۸

افتراقی دارد که متشکل از اختیاراتی هم‌سنگ با جرم سازمان‌یافته اقتصادی است، این در حالی است که نظام تحقیقی افتراقی ناظر با جرائم اقتصادی کلان در نظام حقوقی ایران به اجرا گذاشته نشده و فرایند تحقیقی ناظر بر جرائم مورد بحث، همانند دیگر جرائم رایج در دادسراها و نظام عدالت کیفری مجری است. عدم وجود چنین نظام افتراقی، کارآمدی نظام مبارزه با فساد اقتصادی را کاهش داده و به تحلیل رفتن بازدارندگی مجازات تدوین شده برای مجرمین در قانون ناظر بر جرائم اقتصادی از جمله قانون مبارزه با پول‌شویی و قانون تأمین مالی تروریسم می‌انجامد. این نظام افتراقی اختیاراتی چون تحقیقات موازی، دستور نظارت و پایش و قرار ثروت‌های غیرقابل توجیه و ... را می‌طلبد که لازم است در فرایندهای اصلاحی تقنینی بدان توجه شود.

۵. بایسته‌های واکنش نهایی (مصادره مبسوط)

مصادره به‌عنوان یک وسیله پیشگیری از آینده است که مانع می‌شود متهم اموال و عواید را برای ارتکاب جرائم مشابه یا دیگر جرائم شدید به کار گیرد (Stefan D. Cassella:98-103). توصیه شماره ۴ و نگاشته تفسیری آن، سند عملکرد (سوابق) بهینه در خصوص مصادره و نیز توصیه شماره ۳۸ نظامی را برای مصادره تعریف کرده است که در نظام‌های حقوقی به‌عنوان نظام مصادره مبسوط شناخته می‌شود. در مصادره مبسوط با وجود شرایطی، بدون نیاز به اثبات رابطه منشأ مجرمانه جرم با اموال، می‌توان اموال مورد نظر را مصادره کرد. در سوئد در سال ۲۰۱۶ مقررات حوزه مصادره مبسوط در مسائل کیفری در فصل ۳۶ قانون کیفری سوئد تقنین یافته است (Sweden, Penal Code, chapter 36.1962). در نظام حقوقی دانمارک مقررات بحث مصادره مبسوط کیفری در فصل ۹، بخش ۷۶ الف قانون مجازات دانمارک تقنین یافته است (Danmarks borgerliga Straf elov 1930).

مصادره مبسوط کیفری، مدنی و اداری به‌عنوان انواع مصادر مبسوط در نظام‌های حقوقی ظهور یافته است؛ گروه ویژه اقدام مالی در «سند عملکردهای بهینه در خصوص مصادره اموال» سبک زندگی مجرمانه (جرائم موجب)، کاهش ارزش ادله اثبات، مفروضات قانونی و انقلاب دعوا را به‌عنوان چهار مؤلفه مصادره مبسوط کیفری در قالب یک نمونه ارائه داده است (FATF, 2012: 98). برای احراز داشتن سبک زندگی مجرمانه - مؤلفه نخست مصادره مبسوط

کیفری - در خصوص متهم سه شرط بیان شده است: نخستین شرط آن ارتکاب جرائم شدید است؛ در خصوص جرائم شدید در ترمینولوژی استانداردهای گروه ویژه ذیل مجموعه جرائم معین، اذعان داشته که جرائم ذیل در هر کشور می‌تواند به‌عنوان جرائم شدید محسوب شود. از جمله آن جرائم می‌توان به مشارکت در گروه مجرمانه سازمان‌یافته، جرائم تروریستی، قاچاق انسان، قاچاق مواد مخدر، استثمار جنسی و سوءاستفاده جنسی از کودکان، قاچاق سلاح، فساد و جرائم محیط زیستی اشاره کرد (FATF, 2018/2012: 10). در مواد ۳ و ۵ دستورالعمل ۲۰۱۴ با موضوع مبارزه با پول‌شویی، نیز جرائم مذکور به‌عنوان جرم موجب که دال بر سبک زندگی مجرمانه دارد پذیرفته شده است (Directive 2014/ European Union).

دو شرط دیگر جهت اثبات شدن سبک زندگی مجرمانه عبارت‌اند از: نخست در طول تحقیقات کیفری علیه شخص تحقیقات مالی نیز شروع شده و گزارش تحقیقات مالی جنایی نشان می‌دهد که جرمی که فرد به آن محکوم شده است یا جرائم جنایی دیگر ارتکابی، موجب شده که وی از طریق نامشروع اموالی را دارا شود و دوم اینکه اماره و شواهد پذیرفتنی و اقناع‌کننده وجود داشته باشد که متهم همه اموال موضوع مصادره را از طریق نامشروع تحصیل کرده است (FATF, 2012: 7). در نظام حقوقی انگلستان نیز دادگاه بدوی^۱ می‌بایست در آغاز فرآیند مصادره تعیین کند که آیا متهم سبک زندگی مجرمانه داشته است؟ و همچنین از «رفتار مجرمانه فراگیر^۲ خود»^۳ منفعت کسب کرده است؟ در ضمن مجموع تحصیل منفعت نباید کمتر از ۵۰۰ پوند باشد (Part 6(4) OF the Proceeds of Crime Act 2002).

مؤلفه دوم که مفروضات قانونی است به این نحو است که پس از اثبات سبک زندگی مجرمانه برای متهم، در جهت تعیین دامنه اموال موضوع مصادره دادگاه می‌بایست فرض کند که: نخست، هرگونه اموالی که از تاریخ شش سال قبل از رفتار مجرمانه به متهم منتقل شده است، در نتیجه رفتار مجرمانه بوده است؛ دوم، هر مالی که متهم از تاریخ پس از محکومیت دارد، در نتیجه رفتار مجرمانه تحصیل کرده است؛ برای مثال متهم در حکم محکوم می‌شود که وی ۶ سال قبل مرتکب جرائم خاصی شده است از آن زمان به بعد تابه‌حال همه اموال او ناشی از

1. Crown Court

2. general criminal conduct;

رفتار مجرمانه فرض می‌شود؛ سوم، هرگونه هزینه در طی ۶ سال ذکر شده در بالا در نتیجه رفتار نامشروع حاصله از جرم، تأمین شده است و چهارم، هر مالی که توسط متهم تحصیل شده عاری از منافع شخص ثالث است (FATF, 2012: 182). در نظام حقوقی انگلستان نیز همین رویه را اتخاذ کرده است (Part 10(5) OF the Proceeds of Crime Act 2002).

مؤلفه سوم کاهش ارزش ادله اثباتی است؛ به این معنی که برای اجرای مصادره مبسوط نیاز به اثبات رابطه بین آنچه موضوع مصادره واقع می‌شود و آنچه موضوع جرم منشأ واقع می‌شود کاهش یافته است و لازم نیست اثبات شود که این مال از آن جرم خاص تحصیل شد است؛ بلکه کافی است که از اوضاع و احوال و شرایط موجود استنباط شود که مال مذکور منشأ غیرقانونی دارد و درواقع از رفتار مجرمانه صادره شده نه از عنوان خاص مجرمانه (Bought, 2017: 27-28). همچنین به تصریح گروه ویژه اقدام مالی در سند راهنمایی قضات و دادستان‌ها پیشنهاد شده است که اگر بار اثبات - همانند استاندارد دعاوی مدنی - توازن احتمال‌ها یا چیزهایی مانند آن برای مصادره مبسوط کیفری به کار گرفته شود می‌تواند کارآمدی بیشتری را در پی داشته باشد (FATF, 2018: 59). توازن احتمال به این صورت است که اگر از اوضاع و احوال شرایط احتمال منتفع شدن متهم از رفتار جزایی بیشتر از احتمال عدم انتفاع وی باشد، فرض می‌شود که وی از رفتار جزایی منتفع شده است و این به عنوان یک روش اثباتی که در قیاس با ادله اثبات کیفری - که به «ادله فرای ظن معقولانه» تعبیر می‌شود - از ارزش اثباتی کمتری برخوردار است. دادگاه اروپایی حقوق بشر و نیز دادگاه قانون اساسی ایتالیا در توجیه پذیرش این نوع مصادره هدف از مصادره مبسوط را پیشگیری از آثار و زیان‌های بسیار خطرناک اموال نامشروع بر جامعه و اقتصاد دانسته و بیان داشته که مصادره مبسوط از خطرناکی اموال در آینده که به نابسامانی اقتصادی می‌انجامد جلوگیری می‌کند؛ بنابراین مصادره مبسوط واکنش مناسب در قبال جرائم سازمان یافته است (ECtHR, M v. Italy, appl. no. 52024/99, 5 July 2001؛ Italy, appl. no. 12386/86, 15 April 1991؛ Italy, appl. no. 12954/87, 22 February 1994).^۱ از این رو این مؤلفه مورد بحث اگرچه سخت گیرانه است و چه بسا بتواند در بادی امر مضر به سرمایه گذاری و گردش ثروت به نظر برسد اما در نگاه

1. As cited Malin Thunberg Schunke (2017) Extended confiscation in criminal law: national, European and international perspective • Publisher: Intersentia.

کلان‌نگر، بنیه اقتصاد جامعه را تقویت کرده و مانع از ورود عواید مجرمانه و در نتیجه پول کثیف به نظام اقتصادی می‌شود.

در نظام حقوقی انگلستان در گفتار ۶(۷) قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲، مقرر شده که دادگاه می‌بایست در خصوص مصادره مبسوط کیفری، مبتنی بر توازن احتمالات تصمیم بگیرد (Part 6(7) OF the Proceeds of Crime Act 2002). در مقابل، رد این نوع طریق اثباتی نیز توسط متهم به همین نحو صورت می‌گیرد. در خصوص مؤلفه چهارم - انقلاب دعوا - باید گفت پس‌ازاینکه امارات، اوضاع، احوال و شرایط ازجمله سبک زندگی مجرمانه و وجود جرائم موجب دلالت بر منشأ غیرقانونی اموال فرد کند، بار اثبات منقلب شده و فرض می‌شود که اموال متهم نامشروع است و وی باید مبتنی بر توازن احتمالات مشروع بودن اموال موضوع مصادره مبسوط کیفری را اثبات کند (FATF, 2012: 18).

در کنار توسعه رژیم مصادره مبسوط کیفری، نظام مصادره مبتنی بر عدم محکومیت نیز ظهور کرد (Sobahani, Razavi Fard, 1402). این نظام جواز مصادره اموال بدون محکومیت قبلی کیفری فرد را در دادگاه فراهم می‌کند. این اقدام مستقیماً علیه فرد اتخاذ نمی‌شود بلکه «علیه اموال بمأهو اموال» اعمال می‌شود (Cassella, 2008: 14-18; Alagna, 2015: 447; Maugeri, 2012: 257). مصادره بدون محکومیت کیفری یکی از انواع مصادره مبسوط است که برای مصادره اموال نیازی به محکومیت قبلی متهم نیست؛ از این حیث، این نوع مصادره حتی در صورت برائت متهم نیز متصور است؛ وجه اشتراک مصادره مبسوط با مصادره بدون محکومیت کیفری در این است که در هر دو نوع مصادره ممانعت مجرم از دارا شدن عواید مجرمانه از طریق مفروضات قانونی، کاهش ارزش ادله اثبات جرم و انقلاب دعوا دنبال می‌شود و وجه افتراق آن‌ها محدود به مسائل رسیدگی و دادرسی و ارتکاب جرائم خاص می‌شود (Boucht, 2017: 2).

بنابراین تمام مؤلفه‌های مصادره مبسوط کیفری در مصادره مبسوط مدنی پیش‌بینی شده، با این تفاوت که مؤلفه نخست که (سبک زندگی مجرمانه) جرم موجب باشد در این نوع مصادره وجود ندارد. توصیه شماره ۴ گروه ویژه اقدام مالی کشورها را به اتخاذ اقدام‌هایی الزام کرده است که اجازه می‌دهند بدون نیاز به محکومیت کیفری (مبتنی بر مصادره فاقد محکومیت) یا بدون نیاز به (بودن) یک مجرم که منشأ غیرقانونی بودن اموال ادعائی را که قابل مصادره باشد

نشان دهد، اموال، مصادره شوند. همچنین در توصیه شماره ۳۸، کشورها را به داشتن اختیاراتی در پاسخ دادن به درخواست مبتنی بر مصادر اموال بدون محکومیت و اقدام‌های موقت مرتبط فراخوانده است (FATF, 2018/2012: 9&26&27).

در بخش پنجم، ششم و فصل سوم بخش پنجم قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲ انگلستان، نظام مصادره مبسوط مدنی تشریح شده است؛ مصادره مبسوط مدنی این امکان را فراهم می‌کند که اموال به‌دست‌آمده از طریق رفتار غیرقانونی مصادره شود هرچند که امکان اثبات جرم خاص برای متهم فراهم نشود (Rui, 2011: 61-153).

در کشور ایرلند^۱ مصادره بدون محکومیت کیفری یا مصادره مبسوط مدنی در دو قانون عواید حاصل از جرم ۱۹۹۶ - که توسط قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۵ و قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۱۶ ایرلند اصلاح شده است - و قانون اداره دارایی‌های کیفری ۱۹۹۶ تقنین شده است (the Proceeds of (Crime Act 1996 (PoCA 1996)).^۲

تغییر و تحولات اجتماعی موجبات تحولات نظام‌های حقوقی را فراهم می‌سازد. به نظر می‌رسد ظهور این نوع مصادره منبعث از ظهور انواع نوین جرائم ازجمله جرائم سازمان‌یافته است و کشورها به جهت مقابله با این دسته از جرائم به مصادره مبسوط در ابتدا کیفری و سپس مدنی روی آورده‌اند، زیرا با جهانی‌شدن اعتبار مرزهای سیاسی رو به افول رفته و با ظهور انواع نوین جرائم سازمان‌یافته ازجمله جرم پول‌شویی دیگر دولت‌ها نمی‌توانند تنها متکی بر قلمروی خود منشأ جرائم را کشف کنند. اصل جرم در کشورهای دیگر اتفاق می‌افتد و اموال حاصل از آن در کشور دیگر در چرخه پول‌شویی، مشروع جلوه می‌کند و این فرآیند جرم توسط متهمین با تابعان مختلف انجام می‌شود، در نتیجه امکان کشف جرم و مجرم و در مواردی حتی با کشف جرم نیز امکان شناسایی مجرم کأن لم یکن یا بسیار محدود یا دشوار می‌شود. این استیصال دستگاه قضایی منبعث از ماهیت جرائم سازمان‌یافته و چگونگی ارتکاب جرائم سازمان‌یافته است. این ویژگی‌های افتراقی جرائم سازمان‌یافته، واکنش‌های افتراقی با

۱. در صفحه ۵۳ سند راهنمای قضات و دادستان‌ها گروه ویژه اقدام مالی از کشور ایرلند به‌عنوان کشور سرآمد در

بحث مصادره بدون محکومیت کیفری نام‌برده است.

2. as amended by the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005 (PoCA 2005) and the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2016 (PoCA 2016), the Criminal Assets Bureau (CAB) Act 1996).

ابزارهای منحصر به فرد خود را می‌طلبد که در قالب مصادره مرسوم ظهور می‌کند. از این رو کشورها مصادره مرسوم مدنی و کیفری را دنبال کرده‌اند تا لزوم اثبات جرم منشأ از بین رود و مستقیماً اموال حاصل از جرم - که هدف غایی مجرمین از جرائم سازمان یافته است - مصادره شود و از این طریق از ارتکاب جرائم کلان اقتصادی پیشگیری کنند. در نتیجه فرامرزی و جهانی بودن اصل جرم نمی‌تواند سبب کسب سود و منفعت برای مجرمین باشد. از این طریق هدف غایی مجرمین که کسب منفعت حداکثری بود، کنترل شده و سپس کاهش یافت.

علاوه بر دو نوع مذکور، مصادره اداری نیز از دیگر انواع مصادره مرسوم است. برخلاف مصادره کیفری و مصادره بدون محکومیت کیفری که نیازمند حکم و فرایند قضایی و وجود دادگاه بود، مصادره اداری معمولاً شامل سازوکار غیرقضایی می‌شود و توسط نهادهای مجری مانند واحد پلیس یا دیگر نهادهای مجری قانون انجام می‌شود. در این نوع مصادره نهادهای قضایی و تعقیبی (دادستان و بازپرس) دخالتی ندارد و محدود به دارایی‌های کم‌ارزش یا دسته‌ای از دارایی‌های خاص است (Jean Larissa Kevin Clive, 2021:14). در سند راهنمایی قضات و دادستان‌ها نیز این نوع، معمولاً تنها برای انواع خاصی از دارایی‌ها برای مثال دارایی‌های با ارزش مشخص یا وجوه نقدی که در مرز توقیف شده، تجویز شده است. اموالی که مورد انکار و ادعای معارض واقع نشود توسط اختاریه اداری می‌تواند مصادره شود و چنانچه انکار شود و مورد ادعای معارض واقع شود در دادرسی حقوقی (مدنی) می‌تواند مورد رسیدگی قرار گیرد. لازم به ذکر است که جهت مشخص شدن مدعی معارض لازم است که از زمان اعلام، فرصت زمانی معقولی پیش‌بینی شود، همان‌طور که در نظام حقوقی آمریکا چنین قیدی وجود دارد. استانداردهای لازم جهت اثبات در چنین مواردی در سطح سبک‌تر و خفیف‌تر مثل توازن احتمالات قرار دارد (FATF, 2018: 54).

در آمریکا این نوع مصادره در پرونده‌های توافقی (بدون معارض)^۱ و توسط نهادهای مجری قانون فدرالی به‌عنوان یک موضوع اداری بدون دخالت دادگاه و دادستان انجام می‌شود. بیشتر مصادره‌های فدرالی از انواع مصادره اداری هستند، زیرا فرایندهای رسیدگی مصادره اداری

۱. uncontested پرونده‌هایی که در آن اعتراض و ادعایی معارض با توقیف و مصادره شدن وجود ندارد.

توافقی^۱ است. اساساً مصادره اداری برای نهادهای مجری قانون به صورت خاص با توجه به موضوع در حیطه وظیفه آنها تعیین شده است. برای مثال اداره اجرای مواد مخدر در خصوص پرونده‌های مواد مخدر؛ اداره فدرالی تحقیقاتی در خصوص پرونده‌های کلاهبرداری، مصادره اداری را اجرا می‌کند. مصادره اداری زمانی آغاز می‌شود که یک نهاد مجری فدرالی با توجه به اختیاراتی که در حیطه وظایف آنها تعریف شده است، اموال کشف شده در جریان تحقیقات را توقیف مادی کند. برای انجام توقیف مادی، نهاد مجری قانون در ابتدا یک اختطاریه در روزنامه چاپ می‌کند و از شخص ذی نفع می‌خواهد که در صورت اعتراض به مال موضوع توقیفی، تا تاریخ مشخص، می‌تواند اعتراض خود را ارسال دارد (Code of Laws of the United States of America 18. 981(b)

در اختطاریه بیان می‌شود که «مال موردنظر توقیف مادی شده است و قصد مصادره آن به نفع دولت آمریکا وجود دارد. هر کس به آن اعتراض دارد مخالفت خود را تا تاریخ مشخص اظهار کند وگرنه همیشه باید از حق خود صرف نظر و سکوت کند». اگر هیچ شخصی در مدت مشخص شده اعتراض نکرد این اعلامیه در حکم دستور قضایی دادگاه بوده و مال به نفع دولت مصادره می‌شود (The Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000', 27 Notre Dame J. Legis. 97)؛ بنابراین توقیف اداری درواقع یک اقدام قضایی نیست؛ بلکه بیشتر یک «اعراض از مال»^۲ است (Simon,2009:37-39). اگر اعتراضی به مصادره مبسوط اداری وجود داشته باشد، دعوا به دادگاه بدوی فرستاده می‌شود. در آنجا نیز بسته به شرایط، ذیل عنوان مصادره مبسوط اعم از مدنی یا کیفری به موضوع رسیدگی می‌شود؛ یعنی چنانچه معارض یافت شد و ادعای مالکیت را مطرح کرد پرونده به دادگاه بدوی فرستاده می‌شود، دادگاه با بررسی پرونده و شرایط موجود، چنانچه همه مؤلفه‌های مصادره مبسوط اعم از مدنی یا کیفری وجود داشته باشد به پرونده رسیدگی کرده. بار اثبات مشروعیت اموال بر عهده فرد مدعی قرار می‌گیرد. اگر وی نتواند مشروع بودن مال موردادعا را اثبات کند حکم به مصادره، صادر می‌شود و در غیر

۱. uncontested

۲. abandonment.

این صورت مال مورد ادعا، از ضبط مصون می‌ماند (The Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000^۱, 27 Notre Dame J. Legis. 97).

طبق تحقیقات نویسنده این پژوهش، در نظام حقوقی ایران قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها مصوب ۱۳۳۷ را می‌توان از نخستین قوانینی برشمرد که برخی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مصادره ميسوط از جمله تشریح طریق تحصیل مال از جانب مالک که از لوازم انقلاب دعوی محسوب می‌شود را داراست. این قانون افراد مشمول را مکلف به ارائه مستندات مشروعیت اموال و صورت اموال خود کرده است^۱ و کذب بودن صورت اعلامی را موجب انفصال می‌داند؛ در ضمن آن‌ها را موظف به پاسخ‌دهی به همه سؤال‌ها کرده است،^۲ تا آنجا که اگر به‌صورت کذب صورت دارایی خود را تنظیم کنند، آن اموالی که به‌صورت خلاف واقع اظهار یا کتمان شده‌اند، به نفع دولت مصادره می‌شود.^۳ همچنین موجبی برای تعقیب کیفری محسوب می‌شود؛^۴ بنابراین در این قانون نوعی مصادره ميسوط مدنی را که دارای مؤلفه رفتار مجرمانه و انقلاب دعوی است می‌توان استنباط کرد.

نظام مصادره تدوین‌شده در سه تبصره ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ شباهت بسیاری به نظام مصادره تدوین‌شده در کشورهای پیشرو در این عرصه دارد؛ نظام مصادره تدوین‌شده در این قانون، نوعی مصادره ميسوط تدوین‌شده در دادگاه کیفری است و بر اساس رویه کیفری به آن رسیدگی می‌شود؛^۵ باین وجود نیاز محکومیت به جرم خاص جهت مصادره ميسوط، پیش شرط آن نیست؛ از این رو اگرچه در دادگاه کیفری به آن رسیدگی می‌شود اما می‌توان از دسته مصادره ميسوط مدنی محسوب شود، زیرا چنانچه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد (مؤلفه کاهش

۱. ماده ۱

۲. ماده ۵

۳. ماده ۴

۴. ماده ۶

۵. برخلاف نظام قانون الحاق به قانون اجرایی اصل ۴۹ که رسیدگی طبق مقررات حقوقی و مدنی به آن انجام می‌شود.

ارزش ادله اثبات جرم)، همه اموال موضوع ظن می تواند موضوع مصادره واقع شود؛ مانند آنکه نوعاً با توجه به شرایط امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد^۱ (مؤلفه رفتار مجرمانه). در این صورت بار دعوی منقلب شده و متهم می بایست اسناد مثبتی مبنی بر مشروع بودن اموال موضوع مصادره را اقامه کند (مؤلفه انقلاب دعوی). عدم توانایی وی در اقامه دلیل مصادره اموال وی، حبس^۲ و در مواردی مجازات جزای نقدی را برای وی در پی خواهد داشت^۳؛ بنابراین، سه مؤلفه عنوان مجرمانه، انقلاب دعوا و کاهش بار اثبات دعوا را می توان در این قانون مشاهده کرد.

در قانون الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم و نیز دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹، شیوه رسیدگی و استناد به ادله و بار اثبات، مبتنی بر نظام حاکم بر تبصره ۱ ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۱۳۹۷^۴ انجام می شود؛ در این راستا به تصریح این قانون، محکومیت به جرم خاص کیفری لازمه و مقدمه مصادره مبسوط نیست^۵ (مؤلفه رفتار مجرمانه)؛ ضمن اینکه بار اثبات منقلب شده^۶ (مؤلفه انقلاب دعوی) و ارزش ادله اثباتی از تحصیل علم به ظن نزدیک به علم^۷ و نیز ظن قوی^۸ کاهش یافته است (مؤلفه کاهش ارزش ادله اثباتی)؛ بنابراین می توان اذعان داشت نظام مصادره مبسوط تدوین شده در قانون مورد بحث، مصداق مصادره مبسوط مدنی است، زیرا هر سه مؤلفه رفتار مجرمانه، انقلاب دعوی و کاهش ارزش ادله اثبات دعوی را داراست.

در واکاوی نظام حقوقی ایران می بایست اذعان داشت برابری سلاح ها به این معنی است که شرایط تعریف شده برای هر یک از طرفین باید به گونه ای باشد که هیچ یک از طرفین به صورت

۱. تبصره ۱ - ماده ۲

۲. تبصره ۳ ماده ۲

۳. تبصره ۲ ماده ۲

۴. تبصره ۱ - ماده ۱۹

۵. ماده ۱۱ دستورالعمل

۶. تبصره ۲ ماده ۱۳

۷. تبصره ۱ و ۳ ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۱۳۹۷

۸. تبصره ۳ ماده ۱۶

اساسی نسبت به دیگر، در وضعیت نامناسب‌تری جهت اثبات و رد دعوا واقع نشود. از این‌روست که در نظام‌های حقوقی پیشرو از جمله انگلستان، همان‌طور که دادستان و قاضی با ابتنا بر ادله اثباتی با ارزش کاهش‌یافته «توازن احتمالات» می‌توانستند اموال متهم را موضوع مصادره مبسوط کیفری قرار دهند، متهم نیز می‌توانست مبتنی بر توازن احتمالات مشروع بودن اموال خود را اثبات کند؛ این در حالی است که در نظام حقوقی ایران با اینکه دادگاه و دادستان می‌تواند بر اساس دلیل اثباتی با ارزش کاهش‌یافته «ظن متأخم به علم» یا «ظن قوی» اموال متهم را موضوع مصادره مبسوط قرار دهند؛ اما مشخص نیست که آیا متهم نیز از چنین حقی برخوردار است یا اینکه برای رفع اتهام از خود باید ادله علم آور و فرای ظن معقولانه ارائه کند؟ بنابراین لازم است که قانون‌گذار در قوانین مورد بحث با توجه به اصل برابری سلاح حق مذکور را برای متهم به رسمیت شناخته و به آن تصریح کند.

ملاک در کاهش ارزش ادله اثبات دعوا در مصادره مبسوط بیان‌شده در قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ موجب سلیقه‌ای شدن و خودتفسیری قانون می‌شود، زیرا مفاهیم استفاده‌شده مبهم و قابلیت تفسیرهای متعددی دارد. در نظام حقوقی انگلستان و اسناد گروه ویژه اقدام مالی، «توازن احتمالات» به عنوان یک قاعده اثباتی شناخته‌شده در دعاوی مدنی است که مصادیق آن در رویه‌های قضایی مشخص است، حال آنکه دو ملاک کاهش ارزش ادله اثبات دعوا تعریف‌شده در مقررات حقوقی ایران، «ظن نزدیک به علم» و «ظن قوی» به عنوان یک نهاد تأسیسی جدید، در دو قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ و قانون الحاق موادی به قانون اجرای اصل ۴۹ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹، تعریف عینی و مشخص ندارد؛ با توجه به اینکه این دو ملاک تنزل‌یافته اثباتی ادله، در دو قانون جزایی و حقوقی (مدنی) استعمال شده، سؤالی که به ذهن خطور می‌کند این است که قانون‌گذار از دو عبارت یک مفهوم را اراده کرده یا دو مفهوم متفاوت و اصل تأسیسی بودن الفاظ نیز این ابهام را بیشتر می‌کند؛ در این حالت نیز ملاک عینی ارائه‌نشده مبنی بر اینکه منظور از ظن نزدیک به علم یعنی همان علم عرفی است که از علم فلسفی و دقت‌بینی فلسفی خارج است و با رجوع به عرف مشخص می‌شود؟ یا منظور ظنی است که از شک گذشته و به مرحله علم نرسیده است؛ با توجه به قید «نزدیک به علم» یعنی ظن بیش از ۸۰ تا ۹۰ درصد؟ ابهام در مفاهیم و انعطاف در معنی موجب سردرگمی محاکم و سوءاستفاده مجرمین از ابهام قانونی می‌شود،

ضمن اینکه دادرسی از حالت قانون محوری به سمت شخص محوری پیش می برد، به نحوی که هر شعبه نسبت به یک موضوع واحد می تواند آرای خاص خود را داشته باشد؛ بنابراین به هدف عینی تر شدن و ارائه ملاک ظن متأخم به علم می بایست تعریف مصداقی در کنار تعریف مفهومی از دو عبارت «ظن متأخم به علم» و «ظن قوی تر» ارائه شود؛ در این راستا می تواند از شیوه سبک زندگی مجرمانه و ملاک های چهارگانه گروه ویژه اقدام مالی و نمونه بیان شده در «سند عملکردهای بهینه در خصوص مصادره اموال» گروه ویژه اقدام مالی استفاده کرد.

همچنین لازم به ذکر است که در نظام حقوقی ایران منقلب شدن بار اثبات محدود به هیچ ملاک کمی نشده^۱ و تنها به تحلیل کیفی اکتفا شده است، حال آنکه پیشنهاد می شود همانند کشور انگلستان و نمونه بیان شده در «سند عملکردهای بهینه در خصوص مصادره اموال» توسط گروه ویژه اقدام مالی، محکومیت به جرائم خاص، تکرار دسته ای از جرائم در یک دوره زمانی مشخص و در نهایت ملاک سبک زندگی مجرمانه به عنوان سنجه کمی انقلاب دعوا در کنار تبیین کیفی تقنین شود.

نظام حقوقی ایران فاقد نهاد مصادره مبسوط اداری است. نبود چنین ابزاری موجب هدررفت منابع مالی و انسانی در مبارزه نظام مند با مفسدین اقتصادی محسوب می شود، زیرا این نوع از مصادره مبسوط، ضمن اینکه به دلیل عدم ورود به چرخه قضایی از سرعت مناسبی برخوردار است در خصوص جرائم اقتصادی خرد، نقش مهمی می تواند ایفا کند، زیرا همانند سایر انواع مصادره نیازمند منابع انسانی و مالی نیست؛ از این رو با نگاه اقتصادی به تحلیل جرم می تواند منفعت آور باشد؛ بنابراین وجود آن در موسوعه قوانین حقوق کیفری ایران پیشنهاد می شود.

فرجام سخن

نگاه ریسک محور در خصوص اموال مرتبط با جرم در قالب بحث تقنینی و بحث کشف سیستمی مبتنی بر الگوهای پر ریسک و نیز واکنش های ریسک مدار مثل توقیف مادی و معنوی، همچنین رسیدگی مبتنی بر ریسک از جمله انقلاب دعوا و حتی واکنش نهایی چون مصادره مبسوط و ادله اثبات مبتنی بر ریسک به عنوان ریسمان همه مباحث گروه ویژه اقدام

۱. تبصره ۱ ماده ۲ قانون اصلاح مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷.

مالی در مجموعه استانداردهای گروه مذکور قابل مشاهده است. جرائم اقتصادی سازمان یافته و نظام مند واکنشی سازمان یافته و هماهنگ با جنس خود می طلبد. گروه ویژه اقدام مالی به عنوان تخصصی ترین سازمان این حوزه از جرائم، نحوه مقابله با جرائم اقتصادی که پول شویی رکن رکن آن ها محسوب می شود اتخاذ رویکرد ریسک پایه را توصیه کرده است؛ به این صورت که با توجه به شرایط منجر به وقوع و عدم وقوع این جرائم در هر حوزه مالی باید واکنش مناسبی اتخاذ شود به نحوی که در حوزه هایی که شرایط وقوع این جرائم بیشتر است و ریسک این جرائم افزایش می یابد، منابع و امکانات واکنش نیز در این حوزه با هدف کاهش ریسک افزایش یابد و در مواردی که ریسک کمتری وجود دارد به همین نسبت باید واکنش مناسبی اتخاذ شود و واکنش مناسب در قالب ریسک پایه باید طراحی شود. با این نگاه می توان اذعان داشت که جرم انگاری مستقل جرم پول شویی در مرحله تقنین، توقیف مادی و معنوی در مرحله واکنش موقت، انقلاب بار دعوا در مرحله اثبات و مصادره مبسوط در مرحله واکنش نهایی، همه به هدف از بین بردن زمینه هایی است که وقوع جرائم اقتصادی از جمله جرم پول شویی و تأمین مالی تروریسم، قاچاق انسان، قاچاق مواد مخدر و ... را گسترش می دهد و در نتیجه ریسک جرائم مذکور را افزایش می دهد؛ از این رو تأسیس نهادهای حقوقی جدید توسط گروه مذکور در جهت کاهش ریسک پول شویی و مبتنی بر نظریه ریسک پایه ناظر به اموال مرتبط با جرم ارائه شده، لازم است که در نظام های تقنینی و اجرایی ما نیز راه یابد تا بتواند کارآمدی بهتر دستگاه عدالت در قبال مفاسد و جرائم اقتصادی کلان را به دنبال داشته باشد:

- در مرحله تقنین: جامعه جهانی منبعث از متخصصین امر و سیره عقلای موضوع مورد بحث، نظام مهندسی معکوس مقابله با عواید مجرمانه را که مایه حیات و استمرار جرائم مجرمانه اقتصادی است طراحی کرد تا از این طریق ضمن ناکام گذاری مجرمین در پیگیری جرائم اقتصادی از طریق پایان دادن به هدف غایی مجرمین سازمان یافته کلان اقتصادی، مانع از ارتکاب آن ها شود؛ به نحوی که استمرار آن سازمان مفاسد اقتصادی با کاهش بودجه به خطر افتد و از این طریق ضمن ضعیف کردن سازمان مجرمانه آن ها را از ارتکاب جرائم جدید منصرف کند. این مهندسی معکوس که در مقابله با جرائم سازمان یافته اقتصادی فراملی طراحی شده در قالب جرم پول شویی مستقل از جرم منشأ

معنی می‌یابد و بایسته‌های اجرای آن می‌بایست از طریق سند ملی ارزیابی ریسک طراحی و تدوین شود؛ به عبارتی جرائم سازمان‌یافته اقتصادی پاسخ سازمان‌یافته و نظام‌مند می‌خواهد که این پاسخ در سند ملی ارزیابی ریسک مبتنی بر رویکرد ریسک‌مدار متبلور می‌شود. از این حیث پیشنهاد می‌شود در جهت کارآمدی نظام مبارزه با پول‌شویی با توجه به فراهم شدن بایسته قانونی تدوین سند ارزیابی خطر (ریسک) ملی در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده (۱۴) الحاقی قانون مبارزه با پول‌شویی، کارگروه ملی ارزیابی خطر در اسرع وقت این مهم را با همکاری مرکز اطلاعات مالی به اجرا گذارد تا از این طریق بتواند به کارآمدی و پایان‌دهی به آسیب‌های رژیم مبارزه با مفاسد اقتصادی و پول‌شویی نقش مهمی ایفا کند؛

- **در مرحله واکنش موقت:** باید تصریح داشت در نظام کیفری سستی با وقوع جرمی مانند سرقت مراحل کشف، تعقیب، تحقیق و دادرسی و مجازات به دلیل شناخته بودن بزه‌کار برای بزه دیده ممکن بود و موانعی مثل سازمان‌یافته بودن جرم، فراملی بودن جرم، فراملی بودن مجرمان و ... وجود نداشت؛ از این رو قاعداً در چنین فضایی، ابزارهای در دسترس متهم برای دفاع و ابزارهای مورد استفاده دستگاه عدالت قضایی جهت مقابله و کنترل جرم با هم هماهنگ بوده است. در پی جهانی‌شدن جرم و پیچیده شدن رفتار مجرمانه از جمله فراملی‌شدن و سازمان‌یافته‌شدن آن، خروج از دفع‌الوقتی و توسل به برنامه منسجم و نظام‌مند شدن جرم در رسیدن به هدف، کشف و مقابله با آن نیازمند تغییر ماهوی در ابزارها و بازتعریفی از اصول حاکم بر استانداردهای دفاعی متهم و واکنشی مجریان قانون است؛ از این رو نظام افتراقی تحقیقی مشتمل بر «قرار توقیف مادی و معنوی اموال معادل»، «قرار ثروت‌های غیرقابل توجیه»، «دستور نظارت و پایش»، «دستور نظارت الکترونیک»، «دستور ممنوعیت انتقال» و «اختیار تحقیقات مالی پیش‌دستانه موازی» در نظام حقوقی ما برای مفاسد اقتصادی و جرم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم لازم است تدوین شود تا از این طریق ریسک پول‌شویی و جرائم اقتصادی کاهش یابد؛

- **در مرحله واکنش نهایی:** مهم‌ترین انگیزه ارتکاب جرم از منظر مجرمین جرائم اقتصادی، تحصیل عواید و اموال از طریق ارتکاب جرم است. از این حیث لازم است که قلع هدف غایی مرتکب جرم از مهم‌ترین اهداف نظام حقوق کیفری تعریف شود.

سیاست تقنینی اتخاذشده در کشورهای پیشرو در امر مبارزه با جرائم سازمان‌یافته اقتصادی در قالب انواع سه‌گانه مصادره مبسوط بروز کرده است. این در حالی است که همه مؤلفه‌های مصادره مبسوط کیفری نیز و نهاد مصادره مبسوط اداری در مجموعه قوانین کیفری کشور پیش‌بینی نشده است؛ از این‌رو پیشنهاد می‌شود در کنار مصادره مبسوط مدنی همانند نظام حقوقی انگلستان و آمریکا، مصادره مبسوط کیفری و مصادره مبسوط اداری را نیز در نظام حقوقی حاکم بر مصادره اموال مرتبط با جرم، تقنین شود. همچنین بحث اصل برابری سلاح‌ها، تعیین ملاک عینی در کاهش ارزش ادله اثبات، ارائه ملاک انقلاب دعوا، همان‌طور که شرح آن گذشت، می‌بایست در مقررات موجود لحاظ شود تا از این طریق موجبات کارآمدی بهتر نظام مقابله با عواید مجرمانه تسهیل و ریسک وقوع جرائم اقتصادی از جمله پول‌شویی و جرائم مالی و سازمان‌یافته کاهش یابد.

References

- Bassiouni, M. C. & Eduardo V. (1998). *Organized Crime; A Compilation of U.N. Documents*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York.
- Bello, A., & Harvey, J. (2017). From a risk-based to an uncertainty-based approach to anti-money laundering compliance. *Security Journal*, 30(1), 24–39.
- Boucht, J. (2017). *Curtain: Assessing the Feasibility of Extended Appropriation. The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. Oxford: Hart Publishing, Bloomsbury Collections.
- Bullock, K., Mann, D., Street, R., & Coxon, C. (2009). *Examining attrition in confiscating the proceeds of crime*. Home Office Summary Research Report 17. London: Home Office National Audit Office (NAO) (2013). *Confiscation Orders*. HC 738 Session 2013–14, December 2013. London: The Stationary Office.
- Cassella. (2008) The Case for Civil Forfeiture, Why in Rem Proceedings are an Essential Tool for Recovering the Proceeds of Crime, *Journal of Money Laundering Control*, 8 – 14,
- Code of Laws of the United States of America 18. 981(b).
- Danmarks borgerliga Straf elov (1930).
- Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Instrumentalities and Proceeds of Crime in the European Union
- ECtHR, M v. Italy, appl. no. 12386/86, 15 April 1991؛

- FATF (2012-2018), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, FATF, Paris, France, 119-123.
- FATF (2013), Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, updated February 2018, FATF, Paris, France,
- FATF (2018), FATF President's paper: Anti-money laundering and counter terrorist financing for judges and prosecutors, FATF, Paris, France, www.fatf-gafi.org/publications/methodandtrends/documents/AML-CFT-judges-prosecutors.html
- FATF (2-13) Guidance National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment
- GERMANY: First National Risk Assessment Anti-Money Laundering/ Countering the Financing of Terrorism 2018/2019:
- Hassani, Jalaluddin, Mir Khalili, Mahmoud, Nazari, Mohammad Reza, study of the crime risk management approach from the perspectives of Imami jurisprudence, Iranian criminal law and international criminal law, jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Azad University, summer 1400.[In Persian]
- Hassani, Jalaluddin, Mirkhalili, Seyed Mahmoud, Nazarinejad Mohammad Reza, Crime risk approach and its effects in Iran's criminal justice system, Criminal Law Research Journal, Spring and Summer 1400[In Persian]
- Home Secretary Amber Rudd's Speech on Economic Crime at the Financial Conduct Authority Annual Crime Conference (10 November 2016). Available at: <https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretary-s-speech-to-the-fcas-financial-crime-conference> (accessed 19 September 2017). <https://egmontgroup.org/>In South Africa, section 75 of Act 121 of 1998. ireland:National Risk Assessment for Ireland – 2016
- Ireland, the Proceeds of Crime Act 1996 (PoCA 1996), as amended by the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005 (PoCA 2005) and the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2016 (PoCA 2016),
- Italy, appl. no. 52024/99, 5 July 2001 'appl. no. 12954/87, 22 February 1994.
- ITALY, National risk assessment of money laundering and terrorist financing – 2018
- ITALY, National risk assessment of money laundering and terrorist financing - 2018P31-39
- J.P. Rui, "The Civil Asset Forfeiture Approach to Organized Crime" (2011) 4eucrim, pp. 153 – 61
- japan:National Risk Assessment of Money Laundering and Terrorist Financing – 2019

- Javanmard, Behrouz, Transnational Organized Crimes from Comparative Criminal Law to the Internationalization of Criminal Law, Javadane Publications, Volume 1, First Edition, 2016,[In Persian]
- Jean-Pierre Brun؛Larissa Gray؛Clive Scott؛Kevin M Stephenson؛Asset Recovery Handbook A Guide for Practitioners؛2021 T e International Bank for Reconstruction and Development / T e World Bank.p14؛
- Levi, M., & Reuter, P. (2006). Money laundering. Crime and Justice: A Review of Research, 34(1), 289–375.
- Malin Thunberg Schunke (2017)Extended confiscation in criminal law,. national, European and international perspective•Publisher: Intersentia.
- Masciandaro, D. (1999), ‘Money laundering: the economics of regulation’, European Journal of Law and Economics,
- Matt Hopkins1 & Nikki Shelton2018؛ Identifying Money Laundering Risk in the United Kingdom: Observations from National Risk Assessments and a Proposed Alternative Methodology؛ European Journal on Criminal Policy؛p3-4
- Mirsaeidi, Seyed Mansour, Sobhani, Hossein, The requirements of the national risk assessment document for money laundering and terrorist financing in the light of the basic risk approach, Criminal Law and Criminology Research Journal, Volume 10, Number 20, Autumn and Winter 1401.[In Persian]
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein, Habibzadeh, Mohammad Jafar, Shams Natari, Mohammad Ibrahim, Organized crime in criminology and criminal law, Modares, fourth volume, number 4, 1379[In Persian]
- Najafi Ebrandabadi, Ali Hossein (2008) New criminology - New criminology; An introduction to risk management criminal policy, updates of criminal sciences, under the supervision of Dr. Ali Hossein Najafi Abrandabadi, first edition, Tehran, Mizan Publications, [In Persian]
- Pak Nihad, Amir, risk-oriented criminal policy, Mizan, Tehran, first edition, 2018, [In Persian.]
- Peter Sproat؛ Unexplained Wealth Orders:An Explanation, Assessment and Set of Predictions؛ The Journal of Criminal Law 2018, Vol. 82(3) 232–244^a The Author(s) 2018
- Russian Federation؛ National Terrorism Financing Risk Assessment 2017-2018؛
- Sayqal Yazdan (2017) Legal study - criminology of crime in a risky society, doctoral dissertation in criminal law and criminology, Shahid Beheshti University.[In Persian]

- Shamlou, Bagher, Khalili Paji, Aref, Risk-based approach to criminal policy against money laundering, criminal law research journal, 11th year, spring and summer 2019.[In Persian]
- Simon N.M. Young: Civil Forfeiture of Criminal Property Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime 2009, Published by Edward Elgar Publishing Limited The Lypiatts 15 Lansdown Road Cheltenham Glos GL50 2JA UK.p37-39
- Sobhani, Hossein, Basics and requirements of the system governing property related to crime in the light of the standards of the Special Financial Action Group, their assessment and reflection in Iranian jurisprudence and law, PhD thesis, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh University, Shahrivar 1402 [In Persian]
- Sobhani, Hossein, Razavifard, Behzad, Comparative study of the extended civil sources system in the laws of England, Ireland and Iran, Contemporary Comparative Law Studies, 1402.[In Persian]
- Sonnenberg, Thomas, Germany: New law makes confiscating proceeds of crimes easier 2017p1 [https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/07/germany-new-law-makes-confiscating-proceeds-of-crimes-easier?](https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/07/germany-new-law-makes-confiscating-proceeds-of-crimes-easier?cc_lang=fr)
cc_lang=fr
- Stefan D. Cassella: Asset Recovery: The American Experience” that appeared in eucrim: The European Criminal Law Associations’ Forum 3/2013, pp. 98–103,
- Sweden, Penal Code, chapter 36.1962
- Switzerland, Foreign Illicit Assets Act or the Embargo Act, 2015
- Tanzania & Prevention and Combating of Corruption Act, No. 11/200.
- the Criminal Assets Bureau (CAB) Act 1996
- UK, Criminal Finances Act 2017
- UK, Proceeds of Crime Act 2002
- United States National Money Laundering Risk Assessment - 2018 p21-45
- United States, The Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000’, 27 Notre Dame J. Legis. 97
- United States: National Money Laundering Risk Assessment – 2015.
- UNODC & the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery ‘Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets’ 23 August 2017 P16



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.49074.5061>



Research Article

The Swinging Pendulum of Constitutionalism in the Interaction between Constituent Power and Constitutional Rights (With Reference to the US Legal System)

Alireza Dabirnia¹, Abdul-Saeid Shojai^{2*}, Mehrad Momen³

1. Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

2. Assistant Professor of Public Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

3. Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, Qom Iran

Article history:

Received: 08/12/2023

Accepted: 08/03/2025

Abstract

Introduction

The profound transformations in governmental structures and foundational principles since the Renaissance have given rise to pivotal concepts such as constituent power and constitutional rights, which have become determinative elements in shaping modern governance frameworks. These concepts fundamentally influence both the establishment of political authority and the protection of individual liberties. While historical political power was traditionally consolidated through hierarchical systems based on hereditary succession and trusteeship models, the modern era has witnessed a paradigm shift toward constituent and participatory approaches that have radically transformed legal and political principles. The primary objective of this research is to conduct a comprehensive examination of the dynamic interaction and inherent tension between two fundamental constitutional

Please cite this article as:

Dabirnia, A., Shojai, A.S., Momen, M (2025). The Swinging Pendulum of Constitutionalism in the Interaction between Constituent Power and Constitutional Rights (With Reference to the US Legal System). *Journal of Legal Studies*, 17(1), 201-232.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.49074.5061>

* Corresponding author:

E-mail address: dr.sshojaei62@gmail.com

elements: constituent power as the legitimate expression of collective public will and constitutional rights as essential safeguards for individual freedoms. From this analytical perspective, the central research question emerges: Through what mechanisms and upon what foundational principles can these two critical dimensions be effectively reconciled? This study adopts a rigorous descriptive-analytical methodology, drawing upon extensive library resources and established legal theories, to investigate the complex dynamics of this interaction and to elucidate the mediating role of constitutionalism as the predominant governing ideology in contemporary states.

Methods

To thoroughly address the research objectives, this study employs a multi-layered descriptive-analytical methodology that incorporates several investigative approaches. The research process commenced with an exhaustive review of specialized constitutional law literature, systematically comparing theoretical frameworks of both conservative and progressive constitutionalism. Foundational library resources and peer-reviewed scholarly articles—particularly seminal works by prominent theorists including Loughlin, Chemerinsky, and Hirschl—formed the substantive basis for developing a precise analytical discourse. The methodological approach begins with a detailed historical analysis tracing the evolution of political power from rigid hierarchical models to more dynamic constituent frameworks, thereby establishing the necessary theoretical foundation. Subsequently, through meticulous examination of constitutional rights' role in protecting individual freedoms and shaping judicial interpretation doctrines, the research delineates the multifaceted dimensions of the interaction between constituent power and constitutional guarantees. The methodology culminates in a sophisticated textual and comparative analysis that derives the comprehensive theoretical framework of constitutionalism as an operative governance ideology.

Findings

The research yields significant findings demonstrating that constitutionalism, as an all-encompassing governance ideology, performs an indispensable mediating function in regulating the complex interplay between collective public will (manifested as constituent power) and constitutional rights protections. This ideological framework essentially represents an institutionalized equilibrium where majority preferences in political decision-making processes must be carefully balanced against inviolable protections for individual rights. The investigation reveals two predominant constitutional approaches that embody this tension: The conservative constitutional approach advocates strongly for judicial restraint principles,

seeking to limit judicial intervention in constitutional interpretation matters. This perspective elevates popular votes and legislative decisions as the primary legitimate expressions of public will, while assigning the judiciary a deliberately constrained interpretive role focused primarily on maintaining stability in constitutional principles and doctrines. In contrast, the progressive constitutional approach emphasizes the necessity of flexible constitutional interpretation methodologies that permit adaptation to evolving socio-political realities. The findings conclusively demonstrate that supreme courts in developed jurisdictions, particularly the United States, have historically played a decisive role in defining constitutional provisions and mediating conflicts between majority will and minority rights through robust judicial review mechanisms. Legal historical analysis reveals numerous landmark instances where activist courts have vigorously defended vulnerable minority groups and facilitated progressive social reforms during critical historical junctures. Furthermore, the study illuminates how the simultaneous existence of conservative and progressive constitutional paradigms inevitably generates systemic tensions, as each approach institutionalizes fundamentally different preferences regarding the appropriate balance between constitutional rights protections and constituent power expressions. While conservative philosophy stresses judicial non-interference in democratic policymaking processes, progressive ideology justifies strategic judicial intervention during constitutional crises to uphold fundamental human rights and protect marginalized groups. In essence, constitutionalism functions as a sophisticated mediating mechanism that navigates between expansive constitutional interpretation and principled judicial restraint, ultimately shaping national legal architectures and influencing macro-level policy directions.

The research additionally establishes that constitutional stability and longevity are best achieved through the deliberate use of broadly-phrased, interpretation-friendly language in constitutional provisions, enabling their continued relevance across evolving social contexts and generational changes. However, this necessary ambiguity inherently creates varying degrees of interpretive discretion and judicial review authority that remain contested in constitutional theory and practice.

Conclusion

Based on the comprehensive research results, it can be authoritatively concluded that constitutionalism serves as an exceptionally effective governance ideology for mediating between constituent power expressions and constitutional rights protections in modern political systems. Institutional tools such as judicial review enable precise yet flexible

responses to the enduring challenges arising from the tension between majority rule principles and minority rights protections, thereby playing a vital role in sustaining both justice and democracy in constitutional orders. The study ultimately demonstrates that the swinging pendulum of constitutionalism reflects the necessary and creative tension between these fundamental constitutional forces.

Keywords: Constitutionalism, Conservative Constitutionalism, Progressive Constitutionalism, Constituent Power, Constitutional Rights.

•
•



آونگ اساسی گرایي در تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی (با نگاهی به نظام حقوقی ایالات متحده)

علیرضا دبیرنیا^۱، عبدالسعید شجاعی^{۲*}، مهرداد مؤمن^۳

۱. دانشیار حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

۲. استادیار حقوق عمومی، دانشگاه پیام نور تهران، تهران، ایران

۳. پژوهشگر دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: با توجه به تغییرات بنیادینی که در شیوه و مبانی کارکردی دولت از آغاز دوران رنسانس به وقوع پیوست، نسبت به تأسیس قدرت سیاسی و نحوه حفاظت از حقوق اساسی افراد، مفاهیمی همچون قدرت مؤسس و حقوق اساسی به عنوان عناصر تعیین کننده در ساختار حکومت معاصر شکل گرفتند. در گذشته، قدرت سیاسی بر اساس روابط نزولی و مبتنی بر ارث و امانت تثبیت می شد؛ اما در دوران مدرن با ظهور رویکرد تأسیس کنندگی و مشارکت مردم، اصول و ارزش های حقوقی و سیاسی دستخوش تحول شدند. هدف اصلی این پژوهش، بررسی این تعامل و تنش بین دو مؤلفه اساسی یعنی «قدرت مؤسس» به عنوان نمایانگر اراده و خواست عمومی و «حقوق اساسی» به عنوان تضمین محافظت از آزادی ها و حقوق فردی است. از این منظر، سؤال اصلی این پژوهش بر آن است که تنظیم گری میان این دو بُعد مهم چگونه و بر چه اساسی انجام می شود؟ پژوهش مورد نظر در تلاش است تا ابعاد این تعامل و نقش اساسی گرایي به عنوان ایدئولوژی حاکم را مورد بررسی قرار دهد.

استناد به این مقاله:

دبیرنیا، علیرضا؛ شجاعی، عبدالسعید؛ مؤمن، مهرداد (۱۴۰۴). آونگ اساسی گرایي در تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی (با نگاهی به نظام حقوقی ایالات متحده). ۱۷، (۱)، ۲۳۲-۲۰۱.

E-mail address: dr.sshojaei62@gmail.com

*نویسنده مسئول:

روش‌ها: برای دستیابی به اهداف پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی به کار گرفته شده است. در این روش ابتدا با مرور ادبیات تخصصی در حوزه حقوق اساسی، نظریه‌های مربوط به اساسی‌گرایی محافظه‌کار و مترقی مورد مقایسه قرار گرفتند. منابع کتابخانه‌ای و مقالات تخصصی، به‌ویژه آثاری از نظریه‌پردازانی نظیر Loughlin، Chemerinsky و Hirschl، مبنای تحلیل دقیق مباحث ارائه‌شده بوده‌اند. در این پژوهش ابتدا با تحلیل تاریخی تحول مفهوم قدرت سیاسی از نظام نزولی به نظام صعودی که منجر به ظهور قدرت مؤسس شده است، زمینه نظری مورد بررسی قرار گرفت؛ سپس با توضیح نقش حقوق اساسی در حمایت از حقوق فردی و تعیین جهت‌گیری‌های قوه قضاییه در تبیین این حقوق، ابعاد مختلف تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی ترسیم شد. بدین ترتیب، با استفاده از رویکرد تحلیل متنی و مقایسه‌ای، چارچوب نظری اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی حکمرانی استخراج شد.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی جامع حکمرانی، نقش واسطه‌ای مهم در تنظیم تعامل میان اراده عمومی (قدرت مؤسس) و حقوق اساسی دارد. این ایدئولوژی در اصل نشانگر تعادلی است که در آن هرگاه خواست اکثریت در تصمیم‌گیری‌های سیاسی مطرح شود، باید با حفاظت از حقوق فردی تعادل برقرار شود. از یک سو، رویکرد محافظه‌کارانه اساسی‌گرایی به بازنگری قضایی به‌عنوان ابزاری برای محدود کردن مداخله قضات در تفسیر قانون اساسی اعتقاد دارد، زیرا در این دیدگاه، ترجیح بر آن است که رأی مردمی و تصمیم‌های مقننه به‌عنوان بازنماینده اراده عمومی به اعمال بپردازند و قوه قضاییه نقش تفسیرکننده محدود و تثبیت‌کننده اصول داشته باشد. از سوی دیگر، رویکرد مترقی اساسی‌گرایی به انعطاف‌پذیری در تفسیر مفاد قانون اساسی و امکان تغییر و تطبیق آن بر اساس تحولات اجتماعی و سیاسی تأکید می‌کند. مطابق یافته‌ها، دادگاه‌های عالی در کشورهایی نظیر ایالات متحده از طریق بازنگری قضایی نقش کلیدی در تبیین مفاد قانون اساسی و تنظیم تعارض میان خواست عمومی و حقوق فردی ایفا کرده‌اند؛ به‌طوری‌که تاریخیچه حقوقی این کشور نشان‌دهنده تحولاتی است که در مواقع بحرانی، مدافع حقوق اقلیت و فراهم‌کننده فضای برای اصلاحات اجتماعی بوده است.

همچنین این پژوهش نشان می‌دهد که وجود دو پارادایم اساسی‌گرایانه - محافظه‌کار و مترقی - در عمل موجب بروز تعارضاتی نیز می‌شود، زیرا هر یک از این رویکردها دارای نهاده‌سازی متفاوتی از اصل ترجیح میان حقوق اساسی و قدرت مؤسس هستند. درحالی‌که رویکرد محافظه‌کار بیشتر بر اصل عدم دخالت قضات در سیاست‌گذاری تأکید دارد، رویکرد مترقی به ضرورت مداخله قضایی در موارد بحرانی برای حمایت از حقوق بشر و اقلیت‌ها استناد می‌کند. به‌بیان دیگر، اساسی‌گرایی عمل‌ماجرایی از میانجی‌گری میان تفسیر گسترده و محافظت نسبی از اصول است که در نهایت در تعیین سیاست‌های

کلان و ساختارهای حقوقی نهایی کشورها منعکس می‌شود. یافته‌های پژوهش همچنین به این نکته اشاره دارد که ثبات و دوام قانون اساسی مستلزم استفاده از زبان و عبارات نسبتاً مبهم در مفاد آن است تا بتوانند در طول زمان با تغییرات اجتماعی، معنا و مفهوم خود را حفظ کنند؛ امری که به نوبه خود منجر به ایجاد مجوزهای متفاوت برای تفسیر و بازنگری قضایی شده است.

نتیجه‌گیری: بر اساس نتایج به‌دست‌آمده، می‌توان گفت اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی حکمرانی، ابزاری کارا برای میانجی‌گری میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی در نظام‌های مدرن محسوب می‌شود. استفاده از ابزارهایی نظیر بازنگری قضایی امکان تنظیم دقیق و انعطاف‌پذیر برخورد با چالش‌های ناشی از تعارض میان اراده اکثریت و حفاظت از حقوق فردی را فراهم آورده و نقش مهمی در تضمین عدالت و دموکراسی ایفا می‌کند.

واژگان کلیدی: اساسی‌گرایی، اساسی‌گرایی محافظه‌کار، اساسی‌گرایی مرفقی، قدرت مؤسس، حقوق اساسی.

«دولت و ملت دو برادرند که به هم بروند و از یکدیگر جدا نباشند.»
تاریخ بیہقی، ۴۳۲ هجری، ص ۹۱۳.

سرآغاز^۱

عصر رنسانس نقطه عطف تاریخ حکمرانی محسوب می‌شود. طی این دوره بود که رابطه حاکم و مردم دچار تغییرات بنیادی شد. تا قبل از این دوره، رابطه حاکم و مردم یک رابطه نزولی بود؛ منشأ قدرت حاکم عواملی غیر از خواست و اراده ملت بود. در عصر رنسانس بود که رابطه قدرت سیاسی با مردم به صورت صعودی شد. بر این اساس، عنصر خواست و اراده ملت بنیادی‌ترین عامل تأسیس و ایجاد قدرت سیاسی محسوب شد؛ و بر همین اساس بود که اندیشه حقوق عمومی مدرن مطرح و از قدرت سیاسی تحت عنوان قدرت عمومی یاد شد و منشأ آن به بنیانی تحت عنوان قدرت مؤسس^۲ رنگ تازه گرفت. به اقتضای این تغییر مسیر ماهوی رابطه قدرت سیاسی و قدرت مؤسس، هدف وجودی قدرت سیاسی هم متحول شد. در رابطه نزولی قدرت سیاسی با مردم، از آنجایی که منشأ تأسیس این قدرت ریشه در عواملی مثل وراثت، امانت و یا عوامل دیگر داشت و اینکه عنصر مردم فاقد نقش تأسیس‌کنندگی در ایجاد این قدرت بوده است، غایت بنیادین قدرت سیاسی به حفاظت و حمایت از حقوق اساسی ارتقا یافت. در همین راستا، با هر عنصری که در صدد نقض این حقوق بنیادین برمی‌آمد، مقابله می‌کرد؛ گویی دولت و قدرت سیاسی پدیده‌ای است که در ذیل عنصر و مؤلفه مردم قرار دارد.

می‌توان رویکرد دولت مبتنی بر رابطه نزولی را با توجه به عدم نقش مردم در موجودیت آن، یک رویکرد جوهر و هدف-بنیاد نام‌گذاری کرد. در رابطه صعودی، مردم در موجودیت قدرت سیاسی نقش تأسیس‌کنندگی دارند و این قدرت مؤسس همواره از ظرفیت ایجاد ساختار سیاسی جدید برخوردار است؛ دولت و قدرت سیاسی نسبت به مردم موجودیتی ثانوی و در طول آن دارد. قاعدتاً، مصالح و منافع این موجود، با واسطه و ثانوی و در ذیل منافع و مصالح قدرت مؤسس قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، مصالح و منافع قدرت سیاسی همان مصالح

۱. واژه حقوق در این نوشتار عمدتاً به معنی حق‌ها (rights) است.

قدرت مؤسس است. به اقتضای این تغییر، رویکرد قدرت سیاسی هم به رویکرد ابزار و مکانیسم-بنیاد تبدیل شد. ظهور نقش تأسیس‌کنندگی قدرت مؤسس در قدرت سیاسی و رویکرد مکانیسم-بنیاد این قدرت منجر به تغییر اهداف بنیادی و ذاتی قدرت سیاسی شد؛ به‌طوری‌که هدف ذاتی دولت از حفظ مصالح خودش به حمایت و حفاظت از حقوق اساسی تغییر پیدا کرد.

امروزه و در میان نظریه‌پردازان، این تغییر و تحولات حول قدرت سیاسی ذیل موارد سه‌گانه بالا امری پذیرفته‌شده است؛ همان چیزی که در عصر جدید و با مذاقه در قدرت‌های سیاسی شکل‌گرفته، قابل‌لمس است و شکل‌گیری مدل‌های مختلف حکمرانی را به همراه داشته است. به‌طورکلی، از عوامل اصلی این مدل‌ها می‌توان به نوع نگاه به جایگاه خواست و اراده ملت به‌عنوان قدرت مؤسس در تأسیس قدرت سیاسی و میزان وابستگی تعیین مؤلفه‌ها و قلمرو حقوق اساسی به‌عنوان غایت ذاتی قدرت سیاسی اشاره کرد.

بر اساس مقدمات بالا، مسئله و سؤال این پژوهش بدین شکل قابل‌طرح است: تنظیم‌گری و اولویت‌بخشی مؤلفه‌های قدرت مؤسس به‌عنوان عنصر بنیادین قدرت سیاسی و حفظ حقوق اساسی مردم به‌عنوان رسالت ذاتی این قدرت در اثرگذاری هرکدام بر دیگری به چه صورت و با چه کیفیتی انجام می‌پذیرد؟ فرضیه این پژوهش هم در راستای پاسخ به این سؤال بدین شکل است که اساسی‌گرایی^۱ به‌عنوان یک ایدئولوژی^۲ حکمرانی با استفاده از ابزارهایی

۱. نگارندگان نیک آگاه هستند در ادبیات حقوق عمومی ایران، مطالب بسیاری در این حوزه ذیل عباراتی نظیر دستورگرایی، مشروطه‌گرایی و مشروطه‌خواهی منتشر شده است. باری، به‌زعم ایشان، این عبارات معادل‌های دقیقی برای مفهوم constitutionalism متعارف در گفتمان حقوق عمومی غرب نیستند و اساساً مفهوم‌سازی درستی از آن در ادبیات حقوق عمومی ایران نضج نیافته است. در همین راستا، نوشتار حاضر یکی از مجموعه آثار نگارندگان در تلاش برای شاکله بندی دوباره این مفهوم و گفتمان کلیدی، ذیل عنوان «اساسی‌گرایی» است. همچنین برای اجتناب از خلط مباحث، در نوشتار حاضر از استناد به آثار محققان بومی پرهیز شده است. گفتنی است، در نوشتار تحت داوری دیگری با عنوان «پدیدارشناسی اساسی‌گرایی در ایران معاصر»، به بازخوانی خوانش‌های موجود از این مفهوم در گفتمان حقوق عمومی ایران با استناد به آثار محققان ایرانی، به تفصیل پرداخته شده است؛ بنابراین، از برخی توضیحات در این خصوص، در مقاله حاضر قلم گرفته شده است و مقاله حاضر درواقع یکی از تکلمه‌های موجود در تلاش برای جابایی و مفهوم‌سازی صحیح از اندیشه اساسی‌گرایی است.

۲. واژگان ایده و ایدئولوژی در این نوشتار متفاوت انگاشته و استفاده شده‌اند.

همچون بازنگری قضایی به تناسب و به فراخور ضرورت یا ویژگی‌های خود، کار تنظیم‌گری این دو مؤلفه مهم قدرت سیاسی مدرن را به عهده دارد.

بر همین اساس و برای تبیین موضوع، پژوهش حاضر در چهار مبحث کلی تقسیم‌بندی می‌شود. ابتدا، به جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایی و انواع آن می‌پردازیم. در ادامه، جنبه هویت جمعی اساسی‌گرایی مورد بحث قرار می‌گیرد. سپس، چالش‌ها و رهنمودهایی حول اساسی‌گرایی را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم. در نهایت، اساسی‌گرایی را بر مبنای نظام بازنگری قضایی مورد واکاوی قرار خواهیم داد.

۱. جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایی

اصطلاح «اساسی‌گرایی» در جغرافیای گفتمان عمومی، متضمن معانی مختلفی است. با این حال، هراندازه که اساسی‌گرایی از پذیرش یک تعریف و معنی واحد سر باز می‌زند (ButleRitchie, 2004: 3)، این مفهوم دارای غایت و هویت منسجم در ادبیات حقوق اساسی و سیاسی است (Farinacci-Fernós, 2018: 4). کارویژه اساسی‌گرایی - به عنوان یکی از مؤلفه‌های حکمرانی کارآمد - تضمین سازواری مصوبات و اقدام‌های مقننان و مجریان با شئون و اراده قدرت مؤسس است که در قانون اساسی تبلور یافته است (Babie & Bhanu, 2022: 33). مسامحتاً، در تبیین اساسی‌گرایی می‌توان گفت این پدیده زمانی ظهور پیدا می‌کند که یک قانون اساسی به‌طور کلی دارای سه ویژگی ارائه یک طرح جامع برای استقرار دولت است؛ تقسیم، راهبری و تحدید قوای حکمرانی برای صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی بر اساس اصل دولت - نمایندگی است و ایجاد یک چهارچوب حکمرانی پایدار بر اساس حقوق بنیادین باشد. در مرحله بعد حکمرانی شکل گرفته نیز در پی استقرار یک نظام حقوق اساسی تحت صیانت و نظارت یک قوه قضاییه مستقل است. از این رهگذر، قانون اساسی قادر است جایگاه واقعی خود را در بیان هویت سیاسی - جمعی یک ملت و به عنوان مبنای نظری حکمرانی و یک سنجه قابل اعتنا برای محک آن تثبیت کند (MacDonnell, 2013: 637, 647).

بر مبنای توضیحات بالا وجود یک قانون اساسی مدون^۱ برای برآورده کردن معیارهای بالا در یک جامعه اساسی‌گرا (مبتنی بر نظم بر خواسته از قانون اساسی) اجتناب‌ناپذیر اما ناکافی است. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد قانون اساسی متناسب با یک جامعه اساسی‌گرا بایستی حاوی ویژگی‌های بالا باشد. نویسندگان غربی البته بین «اساسی‌گرایی» و «دموکراسی اساسی»^۲ تفاوت قائل هستند. به‌زعم این‌ها، «دموکراسی اساسی» ابزاری برای تثبیت خود-آیینی و خود-حاکمیتی است (Bowie, 2020: 1652; Brown-John, 1999: 567; Weller, 2005: 1). این فرآیند از طریق طراحی نهادهایی مانند قوه مقننه و قوه مجریه که ترجیحات عمومی را به سیاست عمومی تبدیل می‌کند، صورت می‌پذیرد؛ در صورتی که اساسی‌گرایی حافظ و حمایتگر دموکراسی راستین است. در همین راستا نگاه اساسی‌گرایانه در حالت افراطی خود، قانون اساسی - که خود شأنش را از قدرت مؤسس می‌گیرد - را قدسی می‌شناسد و هرگونه صلاحیتی را مادون و مأذون از آن می‌داند. از همین روی، برخی اندیشمندان حوزه حقوق اساسی، امروزه کمتر از دموکراسی (مردم‌سالاری) و بیشتر از ژورستوکراسی^۳ (محکمه سالاری) یاد می‌کنند (Albert, 2017: 182)؛ بنابراین و منطقاً، برای حفظ دموکراسی راستین، باید بر اساسی‌گرایی لگام زد. باین‌حال، اگرچه این دو همدیگر را محدود می‌کنند، نمی‌توان انکار کرد که دموکراسی مولود و محصول اساسی‌گرایی است. درواقع، یک حکومت اساسی‌گرا، لزوماً رگه‌های دموکراتیک را در خود دارد و تداوم اساسی‌گرایی ناگزیر بر شالوده دموکراسی استوار است.

می‌توان گفت اگرچه اساسی‌گرایی در قرن بیستم به بلوغ کامل رسید اما ریشه‌های آن بسیار قدیمی‌تر است. این مفهوم ریشه در اندیشه‌های روشنگری دارد، به‌ویژه در یک ایدئولوژی لیبرال که در پی حمایت از حقوق تثبیت‌شده با ایجاد یک نظام حکمرانی و دستگاه حکومت محدود بود. اساسی‌گرایی همچنین مدیون ایده‌های جان لاک در مورد حقوق طبیعی است که بر آزادی‌های منفی متمرکز بود - حق رهایی از دخالت دولت. از طرفی باید گفت که قوانین اساسی نه تنها برای تأمین آزادی منفی بلکه برای تسهیل مثبت نظم اقتصادی مبتنی بر بازار و تضمین حق بر توسعه اقتصادی نیز ضروری هستند (Gould, 2022: 2062).

۱. استفاده از واژه مدون، برای تأکید بر این موضوع است که یک قانون اساسی کارآمد، لزوماً مکتوب نیست.

2. constitutional democracy

3. Juristocracy

بر اساس اصل اساسی گرایي، شأن قانون اساسی فراتر از خلق، توانمندسازی و تحدید نهادهای حکومت است. از دیگر کارکردهای قانون اساسی این است که این قانون به عنوان نمادی از هویت سیاسی-جمعی عمل می کند و انسجام اجتماعی را با فراهم کردن زمینه های مشارکت معنادار، گفتمان عمومی و وحدت ملی برای شهروندان پیش می برد (Loughlin, 2022: 112-113). قوه قضائیه نیز به عنوان تبیین گر قانون اساسی، بیش از تفسیر قانون عادی یا حل منازعات وظیفه دارد. این قوه باید همچنین نقش ابزاری قانون اساسی در سازمان دهی دولت را با نقش نمادین آن در قامت مانیفست ارزش های ملی تطبیق دهد (Loughlin, 2022: 122). بدین ترتیب، دادگاه عالی قانون اساسی با تصمیم های خود در خصوص مطابقت قوانین با اُس و نص و مَر قانون اساسی که بر روح ملت دمیده می شوند، حمایتگر و محافظ هویت سیاسی جامعه می شود (Loughlin, 2022: 138).

می توان گفت پیدایش اساسی گرایي ناشی از تلاقی دو اندیشه تاریخی مهم است؛ یکی قدرت مؤسس: این ایده که حاکمیت در اختیار مردمی است که قدرت آن ها قبل تر و خارج از هر ساختار قانون اساسی وجود دارد (Schmitt, 2008: 125; Loughlin, 2022: 85-86; Loughlin, 2014: 218) و دیگری ظهور حقوق اساسی است. شاهد مثال این ظهور و نقش قدرت مؤسس، گذار از یک دیدگاه فلسفی-سیاسی حقوق طبیعی به یک رژیم حقوقی است که حمایت از حقوق فردی در گرانیگاه آن قرار دارد (Loughlin, 2022: 89-95). در یک نظم مبتنی بر حق،^۱ اقتدار حکومت بر ظرفیت آن برای حمایت از منافع افراد دارای حق استوار است که ابزار اصلی چنین حمایتی، قانون اساسی است.

گاهی ممکن است خواست عمومی افراد با سیاست های مشروع حکومت در تعارض باشد؛ بدون تردید، یکی از ابعاد زیست سیاسی-اجتماعی، پذیرش این موضوع است (Waldron, 2022: 1372). ریچارد وولهایم (۱۹۶۹) این دشواره را «یک تناقض در نظریه دموکراسی» نامید، زیرا یک شهروند ممکن است یک سیاست عمومی را از آن جهت که او به آن رأی منفی داده مناسب نداند؛ یا در سوی دیگر، بایستی سیاستی تصویب شود، زیرا مبتنی بر ذائقه عمومی و منتخب اکثریت است. بیشترین نگرانی که در مورد کار یک مجلس

قانون‌گذاری دموکراتیک بیان می‌شود این است که چون آن‌ها بر اساس اکثریت سازمان‌دهی می‌شوند، رویه‌های قانون‌گذاری ممکن است مقوم استبداد اکثریت باشد. این نگرانی به قدری گسترده و به عنصری آشنا در فرهنگ‌های سیاسی تبدیل شده است که نیاز به محدودیت‌های نظارتی قضایی در تصمیم‌ها و اقدام‌های قانون‌گذاری کم‌وبیش بدیهی و موجه شده است (Waldron, 2022: 1395). اختیارات قانون‌گذاری نامحدود در این مجالس ممکن است اقلیت‌ها را در رابطه با اکثریت مورد ظلم یا تبعیض قرار دهد، زمینه‌های انکار و نقض حقوق آن‌ها را فراهم آورد و یا منافع مشروع آن‌ها را به‌طور ناروایی تابع منافع اکثریت قرار دهد (Waldron, 2022: 1396).

بر این اساس می‌توان در باب نقش «اساسی‌گرایی» نسبت به قدرت مؤسس و حقوق اساسی گفت که اساسی‌گرایی برای میانجی‌گری تنش اجتناب‌ناپذیر میان این دو پدیدار می‌شود. اساسی‌گرایی تعیین می‌کند که چه زمانی اراده مردم باید جای خود را به حقوق فردی بدهد و چه زمانی حقوق فردی باید تسلیم خواست عمومی شود. البته ناگفته هویداست یک قانون اساسی مدون، حتی اگر بخواهد دقیق باشد، نمی‌تواند چگونگی کاربرد مفاهیم تفسیرپذیر مانند آزادی، برابری و کرامت را در موقعیت‌های احتمالی متفاوت به‌طور قطعی تبیین کند. بلکه، قضات از میان غایات متعارض که هرکدام مدعی بهترین قرائت از ارزش‌های قانون اساسی هستند، گزینش می‌کنند. هم‌زمان که قضات همچنان از ارزش‌های لیبرال کلاسیک - که سالیان دراز به اساسی‌گرایی جان بخشیده‌اند - محافظت می‌کنند، در سال‌های اخیر طراحان و قضات قانون اساسی نیز حقوق اساسی را به هدف مشخص حفظ آزادی فردی از طریق حفاظت از نظم مبتنی بر بازار به کار گرفته‌اند (Gould, 2022: 2062-63).

۱-۱. انواع اساسی‌گرایی

همان‌طور که در مبحث قبل اشاره شد اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی که فرای قانون اساسی و اساسی‌سازی^۱ قرار دارد، رابطه بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی را به اقتضای شرایط

۱. اساسی‌گرایی یک ایدئولوژی و اساسی‌سازی یک فرایند است؛ این فرایند متضمن تسری آن ایدئولوژی در سازمان حکمرانی عمومی است. این دو، در تعامل تثلیثی امر سیاسی، امر حقوقی و امر عمومی نضج گرفته و

و بر اساس مؤلفه‌های ایدئولوژیک خود تنظیم می‌کند. در این بخش به دو پارادایم متعارف از اساسی‌گرایی یعنی محافظه‌کار^۱ و مترقی^۲، تعریف، ویژگی‌ها و مؤلفه‌های آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۱-۱. اساسی‌گرایی محافظه‌کار

به‌طورکلی اساسی‌گرایی محافظه‌کار دارای دو گرایش اصلی است. گرایش اول، گرایش کلاسیک است. این گرایش بر مبنای محدودیت قضایی است. گرایش کلاسیک برای دادگاه‌ها نقش محدودی در تفسیر قانون اساسی قائل است. محافظه‌کاران طرفدار محدودیت قضایی، ابطال قضایی اقدام‌های مقام‌های منتخب را عملی ضد-اکثریتی می‌دانند، زیرا این عمل تصمیم‌های دادگاه‌ها را جایگزین تصمیم‌های اکثریتی می‌کند که این مقام‌ها به نمایندگی آن‌ها اقدام می‌کنند؛ به تعبیر دیگر، شایسته‌تر آن است که دادگاه‌ها نسبت به بازیگران سیاسی احترام بیشتری قائل باشند. در گرایش محافظه‌کار بر مبنای محدودیت قضایی، دادگاه‌ها در نظارت تفسیری بر قانون اساسی فاقد نقش تعیین‌کننده‌ای هستند (Marshall, 2011: 1253).

گرایش دوم اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه، اصالت‌گرایی^۳ است. اصالت‌گرایان^۴ معتقدند که بهتر است دادگاه‌ها خویشن‌داری قضایی پیشه کنند. بر این اساس، باز هم به‌مثابه گرایش اولی، اصل بر عدم دخالت دادگاه در تصمیم‌گیری تفسیری-تطبیقی از قانون اساسی است؛ اما بر اساس این گرایش و در تفاوت با گرایش اولی، تغییر در معنای اصلی می‌تواند مبنای مداخله قضایی باشد. به باور این گروه از محافظه‌کاران، چنین رویکردی دارای دو فایده است؛ نخست اینکه قانون اساسی را به‌عنوان سندی برتر معرفی می‌کند که به جنبه الزام‌آوری آن پایبند است و دیگر اینکه مانع استفاده قضات از قانون برای اعمال اولویت‌های سیاست‌گذاری فرای حقوق و قانون اساسی و اساسی‌گرایی می‌شود؛ بنابراین در این گرایش از اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه، قضات می‌بایست در استفاده از قانون برای نظارت بر تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌ها خویشن-

مفصل‌بندی می‌شوند. در نوشتار دیگری از «سلسله گفتارهای در باب اساسی‌گرایی» که در دست تألیف است، نگارندگان به تبیین ابعاد این دو، اشتراکات و تفاوت‌های آن‌ها، به تفصیل پرداخته‌اند.

1. Conservative constitutionalism
2. Progressive constitutionalism
3. Originalism

۴. همچنین می‌توان معادل نص گرایي (textualism) را با مسامحه برای آن متصور بود.

داری پیشه کنند و پایبند به اساسی گرایشی باشند (Gienapp, 2021: 321-360; Colby & Smith, 2009: 239; Smith, 2010: 707).

طرفداران گرایش محافظه کارانه، ادعا می کنند که مردم - نه دادگاه - بهترین داوران برای تفسیر قانون اساسی هستند. قضات باید قانون را اجرا کنند نه اینکه آن را وضع کنند. این گرایش، فرضیه نانوشته و نامشروع عدم اشتباه دادگاه ها را انکار می کند. از دیدگاه این گرایش دادگاه ها ممکن است در اجرای برخی از ارزش ها که قانون گذاران بر آنها اصرار می کنند، اهمال کنند و نظرات خود را اعمال کنند؛ به عنوان مثال، قانون احیای آزادی مذهبی نشان داد که دادگاه ها در اعمال برخی ارزش ها تفریط کنند و در نتیجه قدرت عمومی و تصمیم گیری نهادهایی متولی برای اداره خود را از آنان سلب می کنند (Tushnet, 2000: 126). وویگت این نگرانی را با کلمات زیبایی جمع بندی می کند، «اگر مجرای قانون گذاری بر حاکمیت قضات استوار باشد، حکومت قانون متزلزل خواهد شد (Voigt, 2005: 2)».

بیش از دو قرن است که اندیشمندان و دولتمردان نسبت به مبانی قانونی و مشروعیت قضایی قوانین مصوب مقام های عمومی فدرال اختلاف نظر و بحث وجدل کرده اند. برخی بر این باورند که نمی توان مبنای مستدل در متن قانون اساسی برای بازنگری قضایی یافت، زیرا هیچ ماده قانون اساسی به طور خاص و صریح اجازه بازنگری قضایی قوانین فدرال را نمی دهد. این اندیشمندان در کنار منتقدان اقدام های دیوان عالی فدرال، بازنگری قضایی را معضل ضد اکثریتی بیان می کنند که اراده عمومی را ناکام می گذارد و از این رو ضد دموکراتیک است. از اواخر قرن نوزدهم، اندیشمندان متعددی در ایالات متحده با نگارش مقالات متعدد، بازنگری قضایی را مورد تشکیک و هجمه قرار دادند. این دسته از نگارندگان معتقدند که قوه قضاییه نمی تواند و نباید یک قانون کنگره را به دلیل آنچه دادگاه ها مغایرت با قانون اساسی تفسیر می کنند، لغو کند، زیرا در این صورت، کنگره مجاز است این حکم دادگاه ها را به دلیل خروج از صلاحیتشان نادیده بگیرد.

همچنین، بازنگری قضایی با تفویض صلاحیت به قضات غیر منتخب برای جایگزینی قواعد قانون اساسی قدیمی با خواست و ذائقه عمومی اکثریت حاضر، دموکراسی را مخدوش می کند. انتقادات از نهاد بازنگری قضایی در دهه چهل قرن بیستم هم زمان با ریاست جمهوری

روزولت و مخالفت دیوان عالی فدرال با طرح اقتصادی او^۱ تشدید شد. از نظر منتقدین، در این پرونده دیوان دیدگاهی مضیق از اصل بازرگانی^۲ و مفهوم موسعی از آزادی‌های اقتصادی را تحمیل کرد تا بخش قابل توجهی از قوانین طرح اقتصادی روزولت را مغایر با قانون اساسی اعلام کند. در نهایت، علیرغم مخالفت‌های دیوان، طرح رئیس جمهور در سال ۱۹۳۷ به تصویب و مرحله اجرایی رسید. در مورد این طرح و مشروعیتش در آن زمان دیدگاه‌های مختلفی وجود داشت، اما مسئله مهم‌تر، پیامد آن و ظهور موجی از مجادله‌های دانشگاهیان و روشنفکران بود که اساس بازنگرایی قضایی را به چالش کشیدند (Prakash & Yoo, 2003: 9).

به عبارت دیگر می‌توان گفت که در اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه، در اصل محدودیت قضایی نسبت به تصمیم‌گیری در خصوص قانونی بودن مصوبات و اقدام‌های مقنن و مجریان (مقام‌های منتخب) با سنجهی قانون اساسی اتفاق نظر وجود دارد، اما در کیفیت و کمیت این محدودیت اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که معتقدان به گرایش کلاسیک قائل به صلاحیت تحدیدی قضایی گسترده برای دادگاه‌ها در تفسیر قوانین و تطبیق آن‌ها با قانون اساسی هستند ولی طرفداران گرایش اصالت‌گرایی، با نگاهی مضیق‌تر، معتقد به محدودیت قضایی دادگاه‌ها در تصمیم‌گیری تفسیری از قانون اساسی صرفاً در چهارچوب کلی معنای اصلی قانون اساسی هستند. بر این اساس، در صورت خدشه و نقض به متن اصلی قانون اساسی، دادگاه‌ها در جهت جلوگیری از این نقض، قدرت تصمیم‌گیری در مورد مطابقت مصوبات با قانون اساسی را دارند؛ ولی در صورت عدم خدشه و نقض معنای اصلی قانون اساسی، صلاحیت دادگاه‌ها برای تصمیم‌گیری در این مورد بایستی محدود باشد.

۲-۱. اساسی‌گرایی مترقی (ایدئولوژی اساسی‌گرایی مترقی)

همان‌طور که اشاره شد نگاه مترقیانه روی دیگر سکه اساسی‌گرایی است که خود دارای مؤلفه‌هایی است که بر پایه آن‌ها نوع خاصی از تنظیم‌گیری بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی شکل می‌گیرد. در ادامه به تبیین مؤلفه‌های اساسی‌گرایی مترقی می‌پردازیم.

1. New Deal

2. Commercial Clause

گرایش مترقیانه اساسی‌گرایی، دارای دو مؤلفه عمده است. اولین مورد تقریباً به دو قرن پیش برمی‌گردد، زمانی که جان مارشال، قاضی ارشد دیوان عالی فدرال اظهار داشت «ما نباید هیچ‌گاه فراموش کنیم که این قانون اساسی است که ما در حال تبیین آن هستیم {...و...}» قرار است تا اعصار آینده دوام بیاورد و در نتیجه با بحران‌های مختلف امور بشری سازگار باشد.^۱ به‌زعم مارشال، مؤسسين دوران‌دیشانی بودند که خوب می‌دانستند کاربست اصولی که ایجاد کردند لزوماً درگذر زمان تکامل می‌یابد. بر این اساس، آن‌ها کوشیدند اصول بنیادینی را ایجاد کنند که ملت جدید را به‌سوی آینده‌ای نامطمئن صیانت و راهبری کند و آن‌قدر کوتاه‌بین نبودند که تنها به دنبال رسیدگی به چالش‌های خاص آن زمان ملت باشند. به همین دلیل، مؤسسين تعمداً از عبارات گسترده و تفسیرپذیری مانند آزادی بیان،^۲ الزامات شایسته قانون^۳ و حمایت در برابر قوانین^۴ استفاده کرده‌اند؛ بلکه نسل‌های آینده از ذکاوت، قضاوت و تجربه زیسته خود استفاده کنند تا در هر زمان به فراخور مقتضیات همان زمان، به این اصول گسترده معنایی مناسب بدهند.

بنابراین، اولین مؤلفه اساسی‌گرایی مترقی درک این موضوع است که اصول مندرج در قانون اساسی در طول زمان تغییر نمی‌کنند، اما کاربرد آن اصول باید به فراخور تحولات جامعه و پویایی ادراک تجربی ما، تکامل یابد. مؤلفه دوم اساسی‌گرایی مترقی به این سؤال می‌پردازد که چگونه دادگاه‌ها برای مفاد با بافت باز^۵ و تفسیرپذیر قانون اساسی معنای مشخصی ارائه دهند. پاسخ به این سؤال از دو بُعد قابل ارزیابی است. اول اینکه، از آنجاکه قانون اساسی مبتنی بر اصول حکمرانی دموکراتیک است، عموماً دادگاه‌ها باید دایقه عمومی را لحاظ کنند. در مرحله دوم، مادامی‌که دلایل خاصی برای زیر سؤال بردن اقدام‌های اکثریت وجود داشته باشد، مانند وضع قوانین غیرمنصفانه و غیر دموکراتیک که بر اقلیت‌ها تأثیر ناگوار می‌گذارند، یا قوانینی که از اساس مشروعیت فرآیندهای دموکراتیک را زیر سؤال می‌برند، نظارت و بازنگری قضایی ویژه موردنیاز است.

۱. اصلاحیه اول

۲. اصلاحیه پنجم و چهاردهم

۳. اصلاحیه چهاردهم

اینکه بگوئیم هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند دموکراتیک باشد مگر اینکه قوه مقننه آن دارای قدرت مستقل باشد، سهل‌انگارانه و شروع یک انحراف بزرگ است. تحدید و تفکیک قوا، اگر بخواهد دوام و تأثیر خود را حفظ کند، مستلزم اتخاذ رویکردی برای میانجی‌گری مستقل بین قوا و کاهش تنش‌های اجتناب‌ناپذیر مرزهای قدرت است که در فرآیند حکمرانی به وجود می‌آید. بر این اساس تفسیر قانون اساسی توسط دادگاه‌ها به هیچ وجه نباید باعث ایجاد تصور برتری قوه قضاییه بر قوه مقننه شود؛ بلکه مفروض است که خواست و قدرت عمومی بر هر دو برتری دارد و هرگاه اراده قوه مقننه، در تقابل با روح اراده عمومی مصرح در قانون اساسی قرار گیرد، قضات باید دومی را معیار قرار دهند نه اولی. قضات بایستی آراء خود را بر اساس اصول بنیادین تنظیم کنند. به‌طور مثال، حق بر زیست آبرومندانه، مالکیت خصوصی، آزادی عقیده و بیان، کیش و آیین، تظاهرات و اجتماعات و سایر حقوق اساسی را نمی‌توان در معرض رأی قرار داد، زیرا این حقوق وابسته به نتیجه هیچ انتخاباتی نیستند.

بر اساس توضیحات بالا اینکه گفته شود حقوق و آزادی‌های مدنی صرفاً از مجرای و به‌واسطه فرآیندهای سیاسی معمول در دادگاه‌ها قابل محافظت هستند، فاقد مبنای در تاریخ حقوق عمومی است، زیرا گاه این قانون‌گذاران در قوه مقننه و مجریان در قوه مجریه هستند که از حقوق و آزادی‌های مدنی محافظت می‌کنند و دادگاه‌ها ناتوان هستند؛ اما در مجموع به نظر می‌رسد که وجود و مداخله مستمر قوه قضاییه در حمایت از حقوق بنیادین افراد انکارناپذیر بوده است. از طرف دیگر، حمایت از اقلیت‌ها و حقوق آن‌ها نمی‌تواند به اکثریت واگذار شود. به یک معنا، می‌توان گفت برای دوام همراه با سلامت سازمان قدرت و سازمان جامعه مدنی، قوه قضاییه، با همه تنگناها و کاستی‌هایش، یک بایسته است (Chemerinsky, 2004a: 690).

علیرغم تفسیر بالا طرفداران اساسی‌گرایی مرفقی معتقدند که بازنگری قضایی ممکن است ایده ناخلفی باشد که می‌تواند در بعضی مواقع جنون‌آمیز و ضد اکثریتی باشد. بااین‌حال، بازنگری قضایی نهادی فرا-قانون اساسی یا غیرقانونی نیست؛ بلکه، بازنگری قضایی در متن و ساختار قانون اساسی، آن‌گونه که مؤسسان آن را تدوین و تصویب کردند، ریشه دارد و فی‌نفسه محل مشروعیت، قانونیت و عقلانیت است (Prakash & Yoo, 2003: 7). در این میان، قضات بایستی به‌مثابه تسهیل‌گران و نه صرفاً کارگزاران یا اصلاح‌کنندگان قانون اساسی عمل

کنند که هدف مشترک آن‌ها در همکاری با مؤسسان قانون اساسی و قدرت مؤسس، نزدیک کردن جامعه سیاسی به تحقق عدالت است (Sager, 2004: 70-83).

مهم‌ترین نقد بر گرایش مترقیانه را هیرشل در دهه اول هزاره سوم (۲۰۰۶، ۲۰۰۸، ۲۰۰۹) طرح کرده است. هیرشل از قضایی‌سازی سیاست، محکمه‌سالاری و نگاهداشت هژمونیک این قدرت صحبت می‌کند. نظریه ابداعی هیرشل نشان می‌دهد که تمسک دولت‌ها به اساسی‌گرایی یا بازنگری قضایی صرفاً از روی نوع‌دوستی، همدردی با حقوق بشر، یا احساس وجوب و وثوق آن نیست. در عوض، مادامی که نخبگان سیاسی، اقتصادی و قضایی در یک دولت، قدرت خود را در معرض تهدید می‌بینند، تمایل دارند این کار را انجام دهند. به‌عنوان مثال، هنگامی که شکاف‌های اجتماعی عمیق‌تر می‌شود و ممکن است خود را در معرض هیجانات توده‌ای ببابند، به جهت حفظ قدرت خود، آن‌ها قدرت سیاسی را از فرآیند تصمیم‌گیری دموکراتیک به دادگاه‌ها منتقل می‌کنند. به عبارت دیگر، وقتی توده‌ها تهدید به شورش می‌کنند، نخبگان از دموکراسی روی برمی‌گردانند و از بازنگری قضایی حمایت می‌کنند تا موقعیت‌های قدرت خود را مستحکم کنند (Hirschl, 2009: 190-191).

روی هم رفته، اساسی‌گرایی مترقی مبتنی بر درک صحیح از زمانی است که فرایند دموکراتیک مستلزم مداخله قضایی است و در بیشتر شرایط، دخالت قضایی لازم نیست. همچنین زمانی که محصول فرایندهای دموکراتیک ممکن است آسیب‌زا باشد، مداخله قضایی لازم است.

۲-۱. مقایسه اساسی‌گرایی مترقی با اساسی‌گرایی محافظه‌کار

ممکن است از بحث‌های پیشین این استنباط حاصل شود که نظرات اساسی‌گرایان مترقی با هم‌تایان محافظه‌کار خود نسبت به تنظیم تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی بیش از آنچه معمولاً تصور می‌شود اشتراکاتی دارند. به‌طور مثال، اساسی‌گرایان مترقی مانند نظریه محدودیت قضایی محافظه‌کاران، اهمیت احترام (و اطاعت) دادگاه‌ها نسبت به تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های منتخب را به رسمیت می‌شناسند و تنها مواقعی که چنین احترامی موجه نباشد، دادگاه‌ها را مجاز به مخالفت می‌دانند.

همچنین، اساسی‌گرایی مترقی همانند اصالت‌گرایی، اصول مندرج در قانون اساسی را ثابت می‌شناسد؛ باین‌حال، در بیان وجوه تفاوت میان اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه و مترقیانه می‌توان گفت نوع مترقیانه آن برخلاف گرایش اصالت‌گرایی محافظه‌کارانه، تحقق دیدگاه مؤسسين را مستلزم به‌کارگیری آن اصول و تغییرات احتمالی متعاقب آن در طول زمان می‌داند. به یک معنا، می‌توان این تفاوت را از یک جوهره و اساس اما در سطوح متفاوتی از انتزاع توصیف کرد. به بیان دیگر، محافظه‌کاران مفاد قانون اساسی را در سطح نسبتاً محدودی از انتزاع تفسیر می‌کنند و تحلیل‌های خود را با خوانش‌های دقیق از متن و به اصطلاح معنای اصلی گره می‌زنند، درحالی‌که مترقیان مفاد قانون اساسی را در طیف اصول وسیع‌تری تفسیر می‌کنند. پرواضح است تفاوت بین این دو رویکرد می‌تواند منجر به تفسیرهای متفاوت شود.

منازعه میان مترقیان و محافظه‌کاران بر سر نتیجه است، نه رویکرد. این در حالی است که محافظه‌کاران می‌کوشند تفاوت بین دیدگاه‌های خود و مترقیان را در حیطه‌ی رویکرد و متدولوژی ترسیم کنند. آن‌ها ادعا می‌کنند که مواضع محافظه‌کارانه محصول پیروی از یک رویکرد بی‌طرفانه است، درحالی‌که مترقیان ارزش‌های خود را در قانون اساسی داخل می‌کنند (Chemerinsky, 2004b: 59).

اساسی‌گرایی به‌عنوان یک فلسفه متمایز حکمرانی و یک ایدئولوژی، آرام آرام در جغرافیای نظام سیاسی غرب جایگاه خود را تثبیت کرد. بر اساس این ایدئولوژی، قانون اساسی ظرف خالی نیست که بتوان هرگونه تعهدی را در آن ریخت، بلکه خود ارزش‌ها، منطق و تعهدات هنجاری خاص خود را دارد (Gould, 2022: 2060). تلقی اساسی‌گرایی به‌مثابه یک ایدئولوژی به ما این امکان را می‌دهد که تلاقی آن را با ترقی‌گرایی ارزش‌گذاری کنیم.

۲. جمعی بودن اساسی‌گرایی به‌منزله یک هویت

همان‌طور که در بالا اشاره شد، اساسی‌گرایی در یک معنا نماد هویتی افراد و جمعیت موجود در یک جامعه سیاسی است. بنا بر همین ویژگی است که از اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی یاد می‌شود که در چهارچوب کلی آن موارد دیگری از جمله قدرت مؤسس، حقوق اساسی، قانون اساسی و تفکر اساسی‌سازی قرار می‌گیرد. کار ویژه این ایدئولوژی، تنظیم‌گری مناسبات و تعاملات میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی از مجرای وضع یک قانون اساسی کلی و عمومی

است. به واقع، یک قانون اساسی کارآمد و پویا به عنوان ظرف و حوزه قلمرویی اساسی‌گرایی است که به اقتضای نیاز افراد جامعه سیاسی دائماً در حال بازتنظیم رابطه حقوق اساسی و قدرت مؤسس است؛ بنابراین، می‌توان گفت ویژگی تنظیم‌گری اساسی‌گرایی بر مبنای معیارهای پذیرفته‌شده و پیشینی است؛ یکی از این معیارها هویت جمعی یک جامعه سیاسی است.

بر این اساس، تحت لوای اساسی‌گرایی، قانون اساسی نه تنها ساختارهای حکمرانی، بلکه هویت ملی را نیز شکل می‌دهد. در این رابطه، قانون اساسی به گونه‌ای عمل می‌کند که همه افراد در یک جامعه سیاسی^۱ بتوانند بدون توجه به تفاوت‌هایشان، در اطراف آن جمع شوند. این نقش در نظم میهن‌پرستانه (مبتنی بر قانون) اساسی نهفته شده است که بر اساس آن هنجارها، ارزش‌ها و به طور غیرمستقیم‌تر، رویه‌های قانون اساسی لیبرال-دمکراتیک، هسته اصلی فرهنگ سیاسی یک کشور هستند (Loughlin, 2022: 106-18). به لحاظ تاریخی، دولت-ملت‌ها توانستند از رهرو پیشینه قومی، مذهبی یا فرهنگی مشترک شهروندان خود، همبستگی اجتماعی ایجاد کنند. قائلین به این نظریه معتقدند که به همین دلیل است که ما به قانون اساسی نه تنها به عنوان یک ابزار، بلکه به عنوان نمادی از ارزش‌هایی که می‌توانیم انسجام و ادغام اجتماعی را در یک جامعه سکولار، نوئیداد و از نظر فرهنگی ناهمگون بازسازی کنیم، روی می‌آوریم (Loughlin, 2022: 113).

این سازوکار به ما در توضیح اینکه چرا نسخه‌های میهن‌پرستی اساسی در زمینه‌هایی برجسته هستند که نمی‌توان به میراث مشترک جمعیتی یا فرهنگی برای ایجاد وحدت تکیه کرد، کمک می‌کند. به طور مثال، ایالات متحده آمریکا با توجه به وسعت سرزمینی‌اش، تنوع آن و تمسک به تاریخی که دستخوش سرکوب‌های نژادی و قومیتی است، نمونه‌ای آشکار از این موضوع است. احترام به قانون اساسی در ایالات متحده به اواخر قرن هجدهم، بسیار قبل‌تر از موج‌های مهاجرت که به طور قابل توجهی باعث کثرت در ملت شده است، بازمی‌گردد.

تمرکز بر مسئله کثرت روشن می‌کند که چرا احترام به قانون اساسی می‌تواند برای مترقیان معاصر کاربرد سیاسی خاصی داشته باشد. انسجام (وحدت) در کثرت به مدت نیم قرن به عنوان یک سنگ محک متری گرایانه بوده است. با توجه به این تعهد، مترقیان استدلال می‌کنند که

قانون اساسی، همه آمریکایی‌ها را، علیرغم اختلاف‌هایشان، گرد هم آورده است. سانفورد لوینسون بیان می‌کند: «یکی از دلایل تأکید بر احترام به قانون اساسی، درک این نکته است که ممکن است هیچ مبنای دیگری برای متحد کردن ملتی از گروه‌های بسیار متفاوت وجود نداشته باشد» (Levinson, 2011: 73).

۳. چالش‌ها و رهنمودهای اساسی گرایي مرقی

بر اساس مطالب بالا به نظر می‌رسد که یکی از ابهام‌های موجود در موضوع پژوهش حاضر تعارضی باشد که میان اساسی‌گرایی به‌عنوان ایدئولوژی و اساسی‌گرایی از نوع مرقیانه آن وجود دارد؛ زیرا بر اساس جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایی به نظر می‌رسد که قوه قضاییه می‌تواند در شرایطی و بر اساس مواردی همچون هویت جمعی، اراده قدرت مؤسس را نادیده بگیرد و مؤلفه‌های زیست جمعی و حقوق اساسی را ملاک عمل و تفسیر خود از قانون اساسی به‌عنوان حوزه قلمرو اساسی‌گرایی قرار دهد. از طرف دیگر، بر مبنای جنبه مرقیانه اساسی‌گرایی، بروز و ظهور نخبگان و اراده اکثریت نمی‌تواند معطوف به محدودیت قضایی قرار گیرد. در ادامه، در دو مبحث تحت عنوان چالش‌ها و رهنمودها در حوزه اساسی‌گرایی به شرح این ابهام خواهیم پرداخت.

۳-۱. در برابر اساسی‌گرایی

همان‌طور که اشاره شد اساسی‌گرایی یک ایدئولوژی حکومت‌داری است که پیوندی ناخوشایند با ترقی‌گرایی^۱ دارد. در برابر / اساسی‌گرایی اثر نسبتاً جدید مارتین لاگلین (۲۰۲۲)، بررسی جامعی از اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی ارائه می‌کند. لاگلین، اساسی‌گرایی به سبک ایالات متحده را از بیرون نظاره می‌کند. او توضیح می‌دهد که چگونه یک قانون اساسی مکتوب می‌تواند اساسی‌گرایی ایجاد کند و به همین خاطر اذعان می‌کند قانون اساسی مفهومی است متمایز که فلسفه خاصی از حکومت‌داری را بیان می‌کند (Loughlin, 2022: 7). از نظر لاگلین، این فلسفه با مختصات خاصی از جمله

دولت محدود و قدرت‌های تفکیک‌شده‌ای که توسط یک قوه قضائیه نظارت می‌شود که خود مطابق با اصول منطق عمومی عمل می‌کند و در آن قانون اساسی هویت سیاسی رژیم را بیان می‌کند، قابل‌شناسایی است (Loughlin, 2022: 6-7). عنوان انتخابی لاگلین موضع‌گیری او را آشکار می‌کند: او استدلال می‌کند که اساسی‌گرایی یک ایدئولوژی مخرب است که مانع دموکراسی می‌شود و حکمرانی عمومی را با معطوف کردن توجه به دادگاه‌ها به عنوان محل مناسب برای تسهیل عدالت اجتماعی مخدوش می‌کند (Loughlin, 2022: 195-202).

این نگاه و نقد لاگلین با گرایش مهمی در سنت ترقی‌گرایانه اساسی‌گرایی که بر تصمیم‌ها و اقدام‌های قانون‌گذاری متمرکز است و اولویت را به قدرت مؤسس اعطا می‌کند، همخوانی دارد. دیگر اینکه، همان‌طور که اشاره شد بر اساس نگاه مترقیانه از اساسی‌گرایی، دادگاه‌ها در باب نظارت بر قانون اساسی دارای محدودیت بیشتری هستند (Gould, 2022: 2057). می‌توان گفت از نگاه لاگلین مؤلفه‌های حقوق اساسی به نسبت خواست و اراده قدرت مؤسس که در قاموس رأی اکثریت تعیین پیدا می‌کند در اولویت ثانوی قرار می‌گیرد؛ بنابراین، تحلیل لاگلین به اولین چالش پیش‌روی مترقی‌ها اشاره می‌کند: به نظر می‌رسد که اساسی‌گرایی از نوع مترقیانه آن دارای اشکالاتی است. به نظر می‌رسد که نمی‌توان با لاگلین در مورد برتری مطلق ترقی‌گرایی که مبتنی بر رجحان خواست عمومی یا همان اراده قدرت مؤسس است، هم‌نظر بود؛ زیرا موارد و مصادیق بسیاری از جمله حقوق اقلیت‌ها وجود دارد که مانع از هجسه ترقی‌گرایان علیه دادگاه‌ها در اولویت‌بخشی حقوق اساسی بر قدرت مؤسس می‌شود. درنهایت، به نظر می‌رسد که موضوع اصلی و بنیادی در بحث اولویت‌بخشی به حقوق اساسی یا اراده قدرت مؤسس، تحت تأثیر شرایط حاکم بر جامعه سیاسی است که دادگاه‌ها در بعضی موارد از طریق نظارت خود به آن جامعه عمل می‌پوشانند.

در همین راستا، اساسی‌سازی حقوق و در نتیجه آن توانمندسازی قضایی از رهرو این فرایند، تدبیر و تبانی نخبگان - سیاسی، اقتصادی و قضایی - برای نگاهداشت هژمونیک قدرت خود است. هیرشل معتقد است که تعامل راهبردی میان این نخبگان - (الف) نخبگان سیاسی در معرض تهدید که به دنبال جداسازی سیاست‌گذاری و ترجیحات

سیاستی خود از فراز و نشیب‌های حکمرانی دموکراتیک هستند؛ (ب) نخبگان اقتصادی که به دنبال تحدید صلاحیت‌های دولت و ترویج یک چهارچوب اقتصادی مبتنی بر بازار آزاد و (ج) نخبگان قضایی و دادگاه‌های عالی ملی که به دنبال افزایش نفوذ سیاسی و اعتبار بین‌المللی خود هستند- تعیین‌کننده زمان، وسعت و ماهیت تفسیر و استیلای قانون اساسی است. هیرشل معتقد است که این راهبرد باعث پیشبرد عدالت اجتماعی نمی‌شود و حتی ممکن است مانع آن شود. درنهایت، هیرشل مدعی است که دادگاه‌های عالی مقررات عمومی و دولتی را تهدیدی برای آزادی و برابری انسان‌ها، حتی مهیب‌تر از نهادهای بخش خصوصی، تلقی می‌کند (McClain & Fleming, 2005: 146-47).

۲-۳. کیفی بخشی در حوزه اساسی‌گرایانه مرفی

همان‌طور که اشاره شد یک نقد بنیادین به اساسی‌گرای مرفی این است که مردم و نمایندگان منتخب آن‌ها، به‌جای قضات غیرمنتخب، بایستی هویت سیاسی ملت را تعریف کنند و در ساخت تصمیم‌های سیاست عمومی مشارکت کنند (Loughlin, 2022: 124-132). این استدلال برای ارزیابی اساسی‌گرای بر مبنای نظریه دموکراتیک بسیار مهم است، اما تمرکز تنها بر این اصل عالی، می‌تواند یک سؤال پراگماتیک را مبهم باقی بگذارد: برندگان و بازندگان اساسی‌گرای به‌راستی چه کسانی هستند؟

ماحصل برتری قضایی، دادگاه‌هایی است که به‌عنوان بزنگاهی برای رد و ایراد مصوبات و اقدام‌های نمایندگان ذائقه عمومی عمل می‌کنند. صلاحیت دادگاه‌ها برای رد اعمال ناقض قانون اساسی، سازوکاری تحت عنوان بازنگری قضایی را به روند قانون‌گذاری اضافه می‌کند که از مجرای آن دادگاه‌ها می‌توانند سیاست‌های مترقیانه و هم محافظه‌کارانه را خنثی کنند. بااین‌حال، با تعمیق در عملکرد این دو گروه در سیاست‌گذاری درمی‌یابیم که بازنگری قضایی در مجموع سیاست‌های مترقیانه را بیشتر از سیاست‌های محافظه‌کارانه پس‌زده است. دادگاه‌ها در برخی نظام‌های سیاسی، با اجرایی کردن حقوق مثبت، دولت‌ها را مجاب به ایجاد برنامه‌ها و انجام هزینه‌های عمومی کرده‌اند. البته در برخی نظام‌های سیاسی دیگر، در دفاع از حقوق منفی مردم، دادگاه‌ها صرفاً ملزم به اجرایی کردن حقوق و آزادی‌های عمومی شده‌اند. به‌عنوان مثال، دیوان عالی ایالات‌متحده معمولاً این شیوه را انجام داده است و اغلب گفته می‌شود که قانون اساسی

ایالات متحده به طور مرسوم از حقوق و آزادی‌های منفی محافظت کرده است تا حقوق و آزادی‌های مثبت. بر همین اساس، می‌توان بازنگری قضایی معمول در نظام قضایی و حکمرانی ایالات متحده را به عنوان مانعی در مسیر اقدام‌های مترقیانه مقننان و مجریان، حداقل در مورد سیاست‌های تنظیم‌گری و دولت رفاهی توصیف کرد که در آن میل به استقرار یک حکومت مقتدر مرکزی وجود دارد، حکومتی که مداخله‌گر است تا منفعل (Law, 2008: 723; Prakash & Yoo, 2003: 887-982; Wellington, 1982: 486-520; Rostow, 1952: 193).

البته، در برخی مسائل، شناسایی قانون اساسی به عنوان منشور حقوق و آزادی‌های منفی و در نتیجه آن مداخله محدود دادگاه‌ها در تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های عمومی، می‌تواند قواعد بازی را به نفع مترقیان تسهیل کند. از آنجایی که مترقیان بیش از محافظه‌کاران در صدد تغییر^۱ هنجارهای موجود از رهگذر سیاست‌گذاری عمومی هستند، به نظر منطقی می‌رسد که تلاش‌ها برای پیگیری این سیاست‌ها از طریق دادگاه‌ها آماج واکنش‌های تند باشد. با این حال، اتکا به دادگاه‌ها به عنوان بازیگران و تسهیلگران تغییر اجتماعی، آسیب‌های خود را نیز برای مترقیان به همراه دارد. گاهی، اصلاحاتی که توسط دادگاه‌ها انجام می‌شود، به ویژه در مورد مسائل اجتماعی چالش‌برانگیز، واکنش‌های تند بیشتری را نسبت به اصلاحات مشابه که از مجرای تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های عمومی صورت می‌پذیرد، ایجاد می‌کند. به بیان ساده‌تر، در شرایطی که تصمیمی توسط دادگاه‌ها اتخاذ می‌شود و با آنچه توسط مقام‌های عمومی تصویب می‌شود، ماهیتاً تفاوتی ندارد، اما واکنش‌های متفاوتی را در پی دارد، زیرا آنچه در نزد افکار عمومی معیار و ملاک محسوب می‌شود صرفاً این است که تصمیم برآمده از مرجع و نهادی دمکراتیک باشد.

۴. اساسی‌گرایی در نظام بازنگری قضایی قانون اساسی

به نظر می‌رسد ظهور اساسی‌گرایی از ایده‌های سیاسی یک مسئله حائز اهمیت و غیرقابل چشم‌پوشی است. بر این اساس که حول تلاقی دو مؤلفه مهم یعنی قدرت مؤسس و حقوق فردی نظرات مختلف و بعضاً متفاوتی ارائه شده است. این ایده‌های سیاسی در قالب

۱. برخلاف محافظه‌کاران که اغلب در صدد تثبیت ارزش‌های موجود هستند.

راهبردهای مختلف در باب برتری قضایی ظهور و بروز یافته‌اند. به‌عنوان مثال، برخی از نظریه‌پردازان، انقلاب‌های حقوق فردی قرن بیستم در چندین دموکراسی بالغ را به فشارهای سازمان‌های جامعه مدنی و حقوقدانان فعال نسبت می‌دهند (Cohen & Arato, 2016: 370-374). برخی دیگر از اندیشمندان هم به مجموعه‌ای از بازیگران اشاره می‌کنند (Epp, 1998) و ظهور ژورنیستوکراسی را به همگرایی انگیزه‌های راهبردی سه گروه از نخبگان نسبت می‌دهند: نخبگان سیاسی که از جدا کردن سیاست‌گذاری از کنترل دموکراتیک مستقیم سود می‌برند، نخبگان اقتصادی که قدرت قضایی را راهی برای حمایت از حقوق مالکیت خصوصی و اقتصاد بازار آزاد می‌دانند و نخبگان قضایی که در تکاپوی تثبیت قدرت و افزایش منزلت خود هستند. با تمرکز بر سازمان قدرت در ایالات متحده، می‌توان دریافت که انگیزه‌های راهبردی رهبران سیاسی و به‌ویژه رؤسای جمهور، دلیل ظهور بازنگری قضایی است. به نظر می‌رسد در بیشتر تاریخ آمریکا، رؤسای جمهور ارجاع به دادگاه و ترغیب آن به نقش‌پذیری فعال در حل و فصل اختلافات قانون اساسی را به صلاح خود تشخیص داده‌اند (Hirschl, 2009; Lovell & Lemieux, 2006: 100; Hirschl, 2004: 6-11; Goldstein, 2004; Guarnieri & Pederzoli, 2002).

از ویژگی‌های مهم اساسی‌گرایی، عام و کلی بودن و ماندگاری بالای نوع قوانین اساسی است که این خود باعث دوام بالای متون قانون اساسی می‌شود. بر اساس همین ویژگی‌ها است که بسیاری از بندهای مناقشه‌آمیز در متون قوانین اساسی یا هرگز اصلاح نشده‌اند و یا به‌سختی و به‌ندرت اصلاح شده‌اند؛ به‌طوری‌که می‌توان اذعان کرد اصلاحات رسمی هم به‌ندرت انجام می‌شود و هم به‌ندرت به موضوع‌هایی مربوط می‌شود که بیشترین نگرانی عمومی در مورد آن‌هاست. در نتیجه، قانون اساسی عملاً از مجرای تصمیم‌های مراجع عالی قضایی، بدون تغییر در متون اصلاح و به‌روزرسانی می‌شود. به‌عنوان مثال، می‌توان به رویه دیوان عالی فدرال آمریکا در این زمینه اشاره کرد. دیوان در موارد متعددی، خوانش‌های متعارف از مفاد قانون اساسی را از مجرای صدور رأی، از جمله انقلاب حقوق در دهه ۱۹۶۰، تغییر داده است (Ware, 2012: 1087). اگر اصلاح رسمی قانون اساسی آسان‌تر بود، چنین تغییرهایی احتمالاً از رهگذر فرایند متمم و اصلاحیه قابل انجام بود. در عوض، ماهیت شکننده

این سند متعارف منجر به استقرار دادگاه عالی‌ای شده است که به‌عنوان تنها نهاد قادر به اصلاح قانون اساسی عمل می‌کند.

می‌توان گفت نقش بازنگری قضایی دادگاه عالی قانون اساسی زمانی کارآمد و مفید است که اصول مندرج در قانون اساسی هم به‌صورت عام و قابل تأویل حداکثری مندرج شوند تا قابلیت انطباق با پویایی جامعه سیاسی و ذائقه عمومی در نسل‌های مختلف را داشته باشد و هم دارای انعطاف‌ناپذیری حداکثری باشد تا به‌آسانی دستخوش اصلاحات و تغییرات در این اصول مندرج نباشد. تنها در این صورت است که بازنگری قضایی قانون اساسی به فراخور نیازهای افراد یک جامعه سیاسی، منجر به استفاده حداکثری از ظرفیت‌های قانون اساسی می‌شود. این ویژگی در قانون اساسی ایالات متحده قابل مشاهده است، به‌طوری‌که اصلاح رسمی قانون اساسی ایالات متحده سخت‌تر از هم قوانین اساسی ایالت‌ها و هم قوانین اساسی مکتوب بسیاری از کشورهای دیگر است. یقیناً اگر مؤسسان رویه‌های اصلاحی سست‌تری را تصویب می‌کردند، متن قانون اساسی بسیار انعطاف‌پذیرتر می‌شد. حتی اگر توماس جفرسون بر موضع خود- که بهتر است قانون اساسی در هر نسل از نو نگاشته و تصویب شود- اصرار می‌کرد، هرچند امروزه به نظر غیرمعمول می‌رسد، متن قانون اساسی انعطاف بیشتری می‌داشت (Loughlin, 2022: 7-8). اگر تنها کمی از ثبات متن قانون اساسی کاسته می‌شد، سیاست و فرهنگی که طی دو قرن گذشته پدید آمده است می‌توانست متفاوت‌تر باشد.

زبان مختصر و قابل تأویل قانون اساسی نیز به ظهور اساسی‌گرایی کمک می‌کند. قانون اساسی، به‌ویژه مفاد حقوق فردی آن، حاوی عبارات بازتفسیری مانند آزادی بیان، الزامات شایسته و حمایت برابر قانون است. چنین زبانی موقعیت‌های بی‌بدیلی برای تبیین‌کنندگان آن خلق می‌کند که به آن‌ها اجازه می‌دهد بر تصمیم‌ها و اقدام‌های مقننان، مجریان و دولت‌های محلی نظارت کنند. با توجه به اهمیت حقوق فردی مانند آزادی بیان و برابری نژادی در فرهنگ سیاسی ایالات متحده، دادگاه عالی که محدوده حقوق فردی را تعریف می‌کند، تبیین‌کننده اخلاق سیاسی کشور نیز می‌شود.

درست است که انعطاف‌ناپذیری و قابلیت تأویل قانون اساسی ایالات متحده، فضایی را برای دادگاه‌ها فراهم می‌کند تا نقش پررنگی در زیست سیاسی مردم ایفا کنند؛ اما این عوامل

دیرپا و قدیمی هستند، درحالی که نسخه اساسی گرایي که در حال حاضر در ایالات متحده حاکم است، نوپا و جدیدتر است.

فرجام سخن

در مدل صعودی رابطه حاکمیت و مردم، قدرت مؤسس نسبت به قدرت سیاسی شأن تأسیس کنندگی دارد و به اقتضای این نقش، کارکرد و هدف ذاتی دولت هم در راستای خواست و اراده ملت قرار می گیرد. در یک تقسیم بندی کلی حقوق مردم به دودسته حقوق فردی و حقوق اجتماعی تقسیم می شود. می توان گفت که حقوق اساسی در قلمرو و مؤلفه های خود شامل هر دو دسته حقوق می شود. تنظیم اراده قدرت مؤسس در تشکیل قدرت سیاسی و کارکردهای این قدرت از جهت انطباق و یا حل تعارض میان این دو در الگویی به نام اساسی گرایي انجام می شود. اساسی گرایي یک ایدئولوژی حکمرانی محسوب می شود که وظیفه میانجی گری بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی را به عهده دارد؛ به این ترتیب که چه هنگام بر اساس اراده قدرت مؤسس، ذائقه عمومی به صورت اکثریتی و جمعی به نسبت حقوق فردی در اولویت قرار گیرد و چه هنگام حقوق فردی مردم به نسبت خواست عمومی ارجح باشد. ذیل اساسی گرایي، دو پارادایم محافظه کارانه و مترقیانه قابل ترسیم است. پارادایم محافظه کارانه بازنگری قضایی تصمیم ها و اقدام های مقام های عمومی منتخب را عملی ضد اکثریتی قلمداد می کند و بر این اساس قائل به محدودیت قضایی است. پارادایم مترقیانه هم به ابتدای تفسیرپذیر و قابل تأویل بودن مفاد قانون اساسی، قائل به درک صحیح از زمانی است که فرایند دموکراتیک مستلزم مداخله قضایی است و رعایت ترجیحات اکثریت را به اقتضای شرایط زمانی و مکانی قبول می کند.

قدردانی

نگارندگان بر خود لازم می دانند از داوران و ویراستار مجله مطالعات حقوقی برای بازبینی پیش نویس مقاله و توصیه های ارزشمند ایشان قدردانی کنند.

References

- بی‌هقی، ابوالفضل (۴۳۲ ق). تاریخ بی‌هقی، به تصحیح دکتر علی اکبر فیاض با مقدمه دکتر محمد جعفر یاحقی (۱۳۷۵)، مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی.
- Albert, R. (2017). How a court becomes supreme: Defending the constitution from unconstitutional amendments. *Maryland. Law Review*, 77(1), 181.
- Babie, P. T., & Bhanu, A. P. (2022). The Form and Formation of Constitutionalism in India. *Laws*, 11(2), 33-41.
- Beyhaqhi, A. (1053). Beyhaqhi Chronicle, edited by Ali Akbar Fayyaz with an introduction by Mohammad Jafar Ya-Haghi (1996). Mashhad: Ferdowsi University Publication [In Persian].
- Bowie, N. (2020). The Constitutional Right of Self-Government. *The Yale Law Journal*, 130 (7), 1652.
- Brown-John, C. L. (1999). Self-Determination, Autonomy and State Secession in Federal Constitutional and International Law. *South Texas Law Review*, 40(2), 567.
- ButleRitchie, D. T. (2004). Critiquing Modern Constitutionalism. *Appalachian Journal of Law*, 3(1), 37.
- Chemerinsky, E. (2004a). In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, 18(1), 637-689.
- Chemerinsky, E. (2004b). Progressive and Conservative Constitutionalism as the United States Enters the 21st Century. *Law and Contemporary Problems*, 67(3), 53-62.
- Cohen, J. L., & Arato, A. (2016). Civil society and political theory. In *Democracy: A Reader* (pp. 370-374). Columbia University Press.
- Colby, T. B., & Smith, P. J. (2009). Living originalism. *Duke Law Journal*, 59(1), 239.
- Epp, C. R. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press.
- Farinacci-Fernós, J. M. (2018). Post-liberal constitutionalism. *Tulsa Law Review*, 54(1), 4.
- Gienapp, J. (2021). Written Constitutionalism, Past and Present. *Law and History Review*, 39(2), 321-360.
- Goldstein, L. F. (2004). From democracy to juristocracy. *Law & Society Review*, 38(3), 611-629.
- Gould, J. S. (2022). Puzzles of Progressive Constitutionalism, *Harvard Law Review*, 135(8), 2053-2062.
- Guarnieri, C., & Pederzoli, P. (2002). *From Democracy to Juristocracy. The Power of Judges*. Oxford University Press.

- Hirschl, R. (2004). Juristocracy- Political, not Juridical. *The Good Society*, 13(3), 6-11.
- Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, 75(2), 721-754.
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, 11(1), 93-118.
- Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- Law, D. S. (2008). A theory of judicial power and judicial review. *Georgetown Law Journal*, 97(1), 723-802.
- Levinson, S. (2011). *Constitutional faith*. Princeton University Press.
- Loughlin, M. (2014). The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, 13(2), 218-237.
- Loughlin, M. (2022). *Against Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Lovell, G. I., & Lemieux, S. E. (2006). Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents. *Maryland Law Review*, 65(1), 100-114.
- MacDonnell, V. A. (2013). The constitution as framework for governance. *University of Toronto Law Journal*, 63(4), 624-654.
- Marshall, W. P. (2011). Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory. *Ohio Student Law Journal*, 72(6), 1251-1276.
- McClain, L. C., & Fleming, J. E. (2005). Constitutionalism, judicial review, and progressive change. *Texas Law Review*, 84(2), 433-470.
- Prakash, S. B., & Yoo, J. C. (2003). The origins of judicial review. *The University of Chicago Law Review*, 70(3), 887-982.
- Wollheim, R. (2016) *A Paradox in the Theory of Democracy*. In *Democracy: A Reader*, eds. Blaug, R. & Schwarzmantel, J., pp. 177-78. New York: Columbia University Press.
- Rostow, E. V. (1952). The democratic character of judicial review. *Harvard Law Review*, 66(2), 193-224.
- Sager, L. G. (2004). *Justice in Plainclothes: a theory of American constitutional practice*. Yale University Press.
- Schmitt, C. (2008). *Constitutional theory*. Duke University Press.
- Smith, P. J. (2010). How different are originalism and non-originalism? *Hastings Law Journal*, 62(2), 707-736.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.
- Voigt, S. (2005). *The Economic Effects of Judicial Accountability: Some Preliminary Insights*. University of Kassel Press.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.

- Ware, L. (2012). Civil rights and the 1960s: A decade of unparalleled progress. *Maryland Law Review*, 72(4), 1087-1095.
- Weller, M. & Wolff, S. (2005). *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*. Routledge.
- Wellington, H. H. (1982). The nature of judicial review. *The Yale Law Journal*, 91(3), 486-520.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48515.5025>



Research Article

Analysis of the Interaction Between Classical Natural Law and Modern Natural Law (A Reflection on the Shift from Kantian Right to Aristotelian Right)

Mahdi Shahabi*

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Isfahan University, Isfahan, Iran

Article history:

Received: 07/10/2023

Accepted: 04/05/2024

Abstract

Introduction

Classical natural law, in contrast to modern natural law, demonstrates a deeper allegiance to social tradition. This allegiance should not be dismissed as a negative trait, for it ensures the precedence of Aristotelian thought over the natural law derived from the paradigm of modernity. Indeed, Aristotelian frameworks often appear more efficacious and pragmatic when compared to contemporary positivism. To state plainly, a natural law that fails to adapt to reality becomes the very foundation for the rise of legal positivism—including its more extreme manifestations. Yet, this fidelity to tradition within classical natural law also poses an internal challenge, threatening its identity, nature, and function with a crisis that must be navigated to yield meaningful outcomes. The core function of natural law lies in facilitating the transition from *what is* to *what ought to be*, thereby guiding and refining positive law. This assertion, of course, does not negate the role of positive law itself. Rather, positive law complements classical natural law by

Please cite this article as:

Shahabi, M. (2025). Analysis of the Interaction Between Classical Natural Law and Modern Natural Law (A Reflection on the Shift from Kantian Right to Aristotelian Right). *Journal of Legal Studies*, 17(1), 233-272.

<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48515.5025>.

* Corresponding author:

E-mail address: M_shahabi@ase.ui.ac.ir

providing a framework for its objectification and implementation, serving as the culmination of the dialectical process inherent in classical natural law. Classical natural law theorists appear preoccupied with this transition from *what is* to *what ought to be*, a process bound by a specific framework. This framework must be reconstructed through the logical progression from *Mythos* to *Physis*, then to *Logos*, and finally to *Arete*. A critical question arises: Can this transition occur without metaphysical dominance over a changing reality? The role of metaphysics in this legal tradition, as well as the interplay between metaphysics and nature, remains a subject demanding rigorous examination. In the lexicon of Greek philosophy, this interaction might be understood as the coexistence of myth and nature (*Physis*). Myth here embodies the latent idealism within Aristotelian ontology, while *Arete*, though an elusive and unconventional concept, represents the path toward that idealism. Nature—even in its Zeusian form—cannot inherently possess normative function. Instead, it is the Greek *Logos*, rooted in *Themis* (itself imbued with the essence of *Mythos*), that confers normative authority upon the nature of things. *Logos*, crucially, is not merely a human metaphysical construct akin to Kantian reasoning. At times, *Logos* is interpreted mechanistically and reduced to rigid rules. Yet it transcends such limitations, serving as an argument that endows both nature and *Arete* with normative character. However, the very notion of the "nature of things" invites scrutiny: Is Aristotelian natural law immutable? If it is subject to change, how can a variable standard serve as the measure of *Jus* or the validity of positive law? Assuming mutability in natural law, must we conclude that the proofs symbolized by *Logos* are purely empirical? Or does *Logos* instead reside uniquely within natural-mechanical rules, rendering the pursuit of idealism through *Mythos* and *Arete* obsolete—thereby reducing Zeus to a ruler and erasing *Themis*?

Method

Given that classical natural law embodies the interplay between metaphysics and reality, neither a purely empirical nor a purely deductive method suffices for its analysis. Acknowledging this, the author adopts a moderate positivist approach to data analysis. This method is not merely descriptive; it employs a normative perspective to address the aforementioned questions.

Results and Discussion

If idealism is to be discussed in this context, is it solely a historical-Greek construct? Should *Arete* thus be relegated to the annals of history, with the conclusion that no liaison exists between classical natural law and modern human rights—the latter being a product of contemporary metaphysics? If

we acknowledge a metaphysical dimension in Aristotelian thought, framed as *Mythos* and *Arete*, can this foundation accommodate modern human rights within Aristotelian natural law? Should the answer prove negative, what form of rights would Aristotelian idealism align with when assuming normative force? Aristotle resolves this challenge by emphasizing the nature of things—particularly the historical-social nature of humanity (*Physis*)—as the source of justice’s validity. Human nature, being evolutionary, harbors a form of idealism that ensures progression beyond *what is* toward *what ought to be*. In other words, a profound connection binds Aristotelian *Physis* to *Arete*. This minimal metaphysical presence must be recognized as the outcome of *Mythos* in Aristotelian thought—a truth that, being mythic, eludes pure reason and is graspable only through persuasive, rather than argumentative, logic.

Aristotelian thought charts a logical trajectory beginning with Greek myth, advancing through *Physis*, mediated by *Logos*, and culminating in *Arete*. Disrupting any link in this chain risks trapping thought in sophistry or reducing it to modern *jus-naturalism*. Nevertheless, the nature of Aristotelian evolutionary idealism and its endpoint present further challenges. Perceiving universalism—and its quintessential expression, human rights—as the terminus of this evolution calls into question classical natural law’s loyalty to social tradition. Universalism, as a cultural metanarrative, clashes with cultural relativism, echoing Kantian globalization of right. While natural law’s realism necessitates the concept of right, this must not mirror Kantian metaphysics, which imposes metaphysical dominion over nature, thereby voiding natural law’s traditionalist allegiance.

Conclusion

If Aristotelian *Jus* originates from an evolving nature of things, there is no justification for excluding this nature as the source of subject-centered right or reducing its compatibility to objectified right. Aristotle’s focus on human nature implies the acceptance of an Aristotelian subject—why should this subject not also ground Aristotelian natural right? Resolving Kant’s subject-centered challenge does not entail retreating to Michel Villey’s traditionalism or substituting subject with object. Instead, the solution lies in a nuanced understanding of the Aristotelian subject: one that does not presume pre-social existence but embraces sociality as its defining trait.

Keywords: Classical Natural Law, Modern Natural Law, Natural Law, Nature of Things, Nicomachean Ethics.



تحلیل چگونگی تعامل حقوق طبیعی کلاسیک و حقوق طبیعی مدرن؛ تأملی بر گذار از حق کانتی به حق ارسطویی

مهدی شهابی*

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۵

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: حقوق طبیعی کلاسیک، در مقایسه با حقوق طبیعی مدرن، به سنت اجتماعی وفادارتر است؛ این وفاداری را نباید، خیلی هم منفی ارزیابی کرد، زیرا موجب می‌شود اندیشه ارسطویی بر حقوق طبیعی میراث پارادایم مدرنیته ترجیح داشته باشد و حتی در تقابل با پوزیتیویسم امروزی، کارتر و مؤثرتر به نظر برسد. راستی را اگر بخواهیم، حقوق طبیعی‌ای که امکان سازگاری با واقعیت را ندارد، خود، زمینه‌ساز توسعه پوزیتیویسم حقوقی و آن‌هم از نوع افراطی آن است؛ اما این وفاداری به سنت نزد حقوق طبیعی کلاسیک، می‌تواند چالشی درونی را برای این نوع از حقوق طبیعی موجب شود و هویت، ماهیت و کارکرد آن را با بحران مواجه سازد و عبور از آن را نتیجه بدهد. کارکرد اصلی حقوق طبیعی، گذار از هست به باید و اصلاح و جهت‌دهی حقوق موضوعه، بر اساس همین گذار است. این سخن البته، به معنای نفی نقش حقوق موضوعه نیست. حقوق موضوعه می‌تواند با تکمیل حقوق طبیعی کلاسیک، زمینه عینی‌سازی و تحقق اجرایی آن را فراهم آورد و نقطه پایان دیالکتیک در حقوق طبیعی کلاسیک باشد.

استناد به این مقاله:

شهابی، مهدی (۱۴۰۴). تحلیل چگونگی تعامل حقوق طبیعی کلاسیک و حقوق طبیعی مدرن؛ تأملی بر گذار از حق کانتی به حق ارسطویی. ۱۷. (۱). ۲۳۳-۲۷۲.

E-mail address: M_shahabi@ase.ui.ac.ir

*نویسنده مسئول:

به نظر می‌رسد دغدغه گذار از هست به باید نزد اندیشه‌ورزان حقوق طبیعی کلاسیک وجود دارد و چارچوب مشخصی هم دارد؛ این چارچوب را باید در سیر منطقی میتوس به فوسیس، لوگوس و در نهایت به آرته بازیافت. پرسش این است که آیا بدون حاکمیت متافیزیک بر واقعیت متغیر، این گذار اتفاق می‌افتد؟ واقعیت این است که جایگاه متافیزیک در این حقوق و چگونگی تعامل متافیزیک و طبیعت در آن، محل بحث و تأمل است. این تعامل را در لسان فلسفه یونانی، شاید بتوان به تعامل و چگونگی هم‌زیستی میتوس و طبیعت (فوسیس) تعبیر کرد. میتوسی که می‌تواند نقش ایدالیسم نهفته در طبیعت اشیاء ارسطویی را ایفاء کند و آرته یونانی، اگرچه مفهومی مبهم و غیرهنجاری دارد، مسیر آن ایدالیسم باشد. آری، طبیعت حتی از نوع زئوس آن، به خودی خود نمی‌تواند کارکرد هنجاری داشته باشد؛ اما این لوگوس یونانی است که با تکیه بر تمیس یونانی - که خود، بوی میتوس یونانی را می‌دهد - خوانشی هنجاری به طبیعت اشیاء می‌دهد؛ لوگوسی که البته بنا نیست به‌مانند اندیشه کانتی، خود نماد متافیزیک محض انسانی باشد؛ حتی گاه از آن، خوانشی مکانیکی ارائه می‌شود و در قواعد مکانیکی نمود می‌یابد؛ اما از قواعد مکانیکی فراتر است و برهانی است که می‌رود تا ماهیت و کارکردی هنجاری به طبیعت اشیاء و حتی آرته یونانی بدهد.

باین حال، خود اصطلاح واقعیت و طبیعت اشیاء این پرسش را ایجاد می‌کند که آیا حقوق طبیعی ارسطویی تغییرپذیر است؟ اگر این حقوق طبیعی متغیر باشد، چگونه امری متغیر می‌تواند معیار امر درست و ملاک سنجش اعتبار حقوق موضوعه باشد؟ آیا با فرض تغییرپذیری حقوق طبیعی، باید نتیجه گرفت که اثبات و برهانی که لوگوس نماد آن است، صرفاً تجربی محض بوده و یا لوگوس در قواعد مکانیکی طبیعی منحصر است و به همین دلیل، دیگر نباید ایدالیسمی را با کمک میتوس و آرته دنبال کرد و زئوس را حاکم دانست و تمیس را به فراموشی سپرد؟

آیا در این صورت، اگر بتوان از ایدالیسمی هم سخن گفت، ایدالیسمی تاریخی-یونانی بوده و به‌این ترتیب، باید، آن را و آرته یونانی را به فراموش‌خانه تاریخ سپرد و نتیجه گرفت که اساساً میان حقوق طبیعی کلاسیک از یکسو و حقوق بشر - که نماد متافیزیک مدرن تلقی می‌شود - از سوی دیگر رابطه‌ای وجود ندارد؟ اگر به نام میتوس و آرته، قائل به عنصر متافیزیکی در اندیشه ارسطویی باشیم، آیا این عنصر می‌تواند زمینه‌ساز پذیرش حقوق بشر پارادایم مدرن، در چارچوب حقوق طبیعی ارسطویی باشد؟ اگر پاسخ منفی است، ایدالیسم ارسطویی، میتوس و آرته یونانی، آنگاه که بناست ماهیتی هنجاری پیدا کنند، با چه نوعی از حق سازگار خواهند بود؟

روش: از آنجا که حقوق طبیعی کلاسیک نماد تعامل متافیزیک با واقعیت است، بالطبع نه روش تجربی محض برای تحلیل آن می‌تواند مورد استفاده باشد و نه روش قیاسی محض؛ با عنایت به این نکته،

نگارنده در تحلیل داده‌ها، روش پوزیتیویسم میانه را اتخاذ می‌کند. این روش تحلیلی، توصیفی نیست؛ بلکه، نگاهی هنجاری را در پاسخ به پرسش‌های فوق دنبال می‌کند.

یافته‌ها: ارسطو با تأکید بر طبیعت اشیاء و به‌طور خاص، طبیعت تاریخی-اجتماعی انسان یا همان فوسیس انسانی، به‌عنوان منشأ اعتبار امر درست، درواقع، از بحران و چالش چگونگی تعامل عبور کرده است، زیرا این طبیعت انسانی، ماهیتی تکاملی دارد و نوعی از ایدآلیسم درون آن وجود دارد و همین ایدآلیسم، باقی نماندن در هست و گذار از هست به باید را تضمین می‌کند؛ به‌سخن دیگر، ارتباط معناداری میان فوسیس ارسطویی و آرته وجود دارد؛ این حداقلی از متافیزیک را باید حاصل توجه به جایگاه میتوس در اندیشه ارسطویی دانست؛ حقیقتی که اسطوره است و به همین دلیل، با استدلال و برهان، قابل بازشناسی نیست و نسبت به آن، منطق اقناعی جواب می‌دهد و منطق استدلالی راهگشا نیست. واقعیت این است که اندیشه ارسطویی، مبین سیری منطقی است که از میتوس یونانی آغاز می‌شود و با ابتنای بر فوسیس ارسطویی و به وسیله لوگوس، به آرته یونانی می‌رسد. سیری زنجیروار که حذف شدن هر کدام از حلقه‌های آن، یا اندیشه را در دام سوفسطایی گرفتار می‌سازد یا به ژوسناتورالیسم مدرن می‌انجامد. باین‌حال، ماهیت ایدآلیسم و تکامل ارسطویی و تعیین نقطه پایان این تکامل، خود چالش دیگری است. تلقی یونیورسالیسم و هسته اصلی و ذاتی آن یعنی حق بشری به‌عنوان نقطه پایان این تکامل، وفاداری حقوق طبیعی کلاسیک به سنت اجتماعی را، زیر سؤال می‌برد، زیرا یونیورسالیسم، نوعی فراروایت فرهنگی است که با نسبیت فرهنگی مؤانستی ندارد و بیان دیگری از جهانی‌سازی حق کانتی است. برای تعدیل واقع‌گرایی حقوق طبیعی، به مفهوم حق نیاز است؛ اما نباید این حق، همان متافیزیک کانتی باشد، زیرا در این صورت، باید از حاکمیت متافیزیک بر طبیعت سخن گفت و با این حاکمیت، سخن گفتن از وفاداری حقوق طبیعی به سنت اجتماعی بی‌معنا خواهد بود.

نتیجه‌گیری: اگر خاستگاه امر درست ارسطویی، طبیعت اشیائی است که ماهیتی تکاملی دارد، دلیلی ندارد که این طبیعت، منشأ حق سوژه‌محور نباشد و صرفاً آن را، سازگار با حق چون ابژه بدانیم. تأکید ارسطو بر طبیعت انسانی به معنای پذیرش سوژه ارسطویی هم است و چرا این سوژه ارسطویی، منشأ حق طبیعی ارسطویی‌شده نباشد. چاره حل چالش سوژه کانتی، این نیست که به سنت‌گرایی میشل ویله اکتفا کنیم و ابژه را، جایگزین سوژه کنیم؛ بلکه، چاره را باید در درک درست سوژه ارسطویی جستجو کرد؛ سوژه‌ای که ادعای ماقبل‌الاجتماعی بودن ندارد و اجتماعی بودن، شاخصه آن است.

واژگان کلیدی: حقوق طبیعی کلاسیک، حقوق طبیعی مدرن، حق طبیعی، طبیعت اشیاء، اخلاق نیکوماخس.

سرآغاز

«[حقوق طبیعی کلاسیک]، پنهان، عقلی، محو در اشیاء و نانوشته است»
(Oppetit, 2000: 45, 46).

برونو اپتی، استاد فقید فرانسوی، چهار ویژگی فوق را برای حقوق طبیعی کلاسیک ذکر می‌کند. به نظر می‌رسد زمانی می‌توان این چهار ویژگی و چرایی وجود آن‌ها را درک کرد که دریابیم اندیشه حقوق طبیعی کلاسیک، استمرار یا بیان دیگری از همان اندیشه حقوق طبیعی ارسطویی است؛ اندیشه‌ای که قانون دولتی رومی، به عنوان نقطه پایان دیالکتیک ارسطویی، اعتبار خود را از آن اخذ می‌کرده است (Villey, 2006: 196؛ ارسطو، ۱۳۶۴: ۴، ۳۱۷، ۳۱۸؛ Troper, 2005: 16, 17).

هسته اصلی حقوق طبیعی کلاسیک یا حقوق طبیعی ارسطویی را باید «طبیعت اشیاء» دانست؛ طبیعتی که وجودی حقیقی - ذاتی و نه مبتنی بر اراده دارد (Gény, 1927/2: 274, 51؛ Ponton, 1987: XII, XIII؛ Gény, 1927/4: 275). از این منظر، حقوق طبیعی - که در قالب مجموعه‌ای از قواعد ماهوی و فنی تبلور پیدا نمی‌کند - به معنای امر درست بوده، ماهیتی خودجوش دارد و مبتنی بر اراده انسان یا خواست او نیست و به همین دلیل، پنهان، محو در اشیاء و نانوشته است. نسبت عالم حقوق و دانش حقوق با این حقوق طبیعی، نسبت کشفی است و با توجه به ماهیت خودجوش آن، با روش تجربی^۱ و یا با روش استقرایی^۲ می‌توان به محتوای آن دست یافت؛ بنابراین، منظور اپتی از اینکه این حقوق، عقلی است، همان ابتدای بر طبیعت اشیاء است و عقلانیت متافیزیکی - که گاه با عنوان رسیونالیسم مدرن^۳ از آن یاد می‌شود (Villey, 1982: 8) - مدنظر نیست؛ اگر حقوق طبیعی مبتنی بر عقلانیت کانتی بود، تفسیربردار نبوده محتوای آن با روش تجربی قابل‌بازشناسی نبود و برای دستیابی به محتوای آن، تکیه بر عقلانیت محض نظری و استفاده از روش قیاسی اولویت داشت.

رابطه حقوق موضوعه - که حقوقی قراردادی است - نیز با حقوق طبیعی کلاسیک، رابطه‌ای تکمیلی و یا تفصیلی است؛ به سخن دیگر، حقوق موضوعه می‌تواند با تکمیل حقوق

1. Empirique

2. Induction

3. Rationnalisme moderne

طبیعی خودجوش، زمینه عینی سازی و تحقق اجرایی آن را فراهم آورد (Oppetit, 2004: 45, 183; Villey, 2006:85, 196; Weil, 1991: 46). به این ترتیب، حقوق موضوعه را باید نقطه پایان دیالکتیک در حقوق طبیعی ارسطویی دانست. با این حال، این نقش حقوق موضوعه، کارکرد حقوق طبیعی به عنوان معیار ارزیابی درستی یا نادرستی حقوق موضوعه زیر سؤال نمی برد؛ این کارکرد، باقی می ماند و از همین رو و از آنجاکه حقوق طبیعی، ماهیتی تاریخی - اجتماعی دارد و خودجوش است، در صورتی که حقوق موضوعه، در تضاد با آن بوده و باز، اصرار بر بقاء داشته باشد، نتیجه ای جز متلاشی شدن ساختار اجتماعی به دست نمی آید و باید پذیرفت که اگر حقوق موضوعه می خواهد نقش مؤثری در ساختار اجتماعی ایفا کند، باید در انطباق با حقوق طبیعی، تحول یابد (Gény, 1927/2 : 389; Weil, 1991: 183).

با این حال و با وجود تبیین شاخصه های حقوق طبیعی کلاسیک، جایگاه متافیزیک در این حقوق و چگونگی تعامل متافیزیک و واقعیت در آن، محل بحث و تأمل است. این تعامل را، در لسان فلسفه یونانی، شاید بتوان به تعامل و چگونگی همزیستی میتوس^۱ و طبیعت (فوسیس)^۲ تعبیر کرد. میتوسی که می تواند نقش ایدآلیسم نهفته در طبیعت اشیاء ارسطویی را ایفاء کند و آرته^۳ یونانی، اگرچه مفهومی مبهم و غیر هنجاری دارد، مسیر آن ایدآلیسم باشد. آری؛ طبیعت، حتی از نوع زئوسی^۴ آن، به خودی خود نمی تواند کارکرد هنجاری داشته باشد؛ اما این لوگوس^۵ یونانی است که با تکیه بر تمیس^۶ یونانی - که خود، بوی میتوس یونانی را می دهد - خوانشی هنجاری به طبیعت اشیاء می دهد؛ لوگوسی که البته بنا نیست به مانند اندیشه کانتی، خود، نماد متافیزیک محض انسانی باشد؛ حتی گاه، از آن، خوانشی مکانیکی ارائه می شود و در قواعد مکانیکی نمود می یابد؛ اما از قواعد مکانیکی فراتر است و برهانی است که می رود تا ماهیت و کارکردی هنجاری به طبیعت اشیاء و حتی آرته یونانی بدهد. با این حال، خود اصطلاح واقعیت و طبیعت اشیاء این پرسش را ایجاد می کند که آیا حقوق طبیعی ارسطویی

-
1. Mythos
 2. Fosis
 3. Arete
 4. Zeus
 5. Logos
 6. Themis

تغییرپذیر است؟ اگر این حقوق طبیعی، متغیر باشد، چگونه امری متغیر، می‌تواند معیار امر درست و ملاک سنجش اعتبار حقوق موضوعه باشد؟ آیا با فرض تغییرپذیری حقوق طبیعی، باید نتیجه گرفت که اثبات و برهانی که لوگوس نماد آن است، صرفاً تجربی محض بوده و یا لوگوس در قواعد مکانیکی طبیعی منحصر است و به همین دلیل، دیگر نباید ایدئالیسمی را، با کمک میتوس و آرته دنبال کرد و زئوس را حاکم دانست و تمیس را به فراموشی سپرد؟ آیا در این صورت، اگر بتوان از ایدئالیسمی هم سخن گفت، ایدئالیسمی تاریخی - یونانی بوده و به این ترتیب، باید، آن را و آرته یونانی را، به فراموش خانه تاریخ سپرد و نتیجه گرفت که اساساً میان حقوق طبیعی کلاسیک از یکسو و حقوق بشر - که نماد متافیزیک مدرن تلقی می‌شود - از سوی دیگر، رابطه‌ای وجود ندارد؟ اگر به نام میتوس و آرته، قائل به عنصر متافیزیکی در اندیشه ارسطویی باشیم، آیا این عنصر می‌تواند زمینه‌ساز پذیرش حقوق بشر پارادایم مدرن، در چارچوب حقوق طبیعی ارسطویی باشد؟ اگر پاسخ منفی است، ایدئالیسم ارسطویی، میتوس و آرته یونانی، آنگاه که بناست ماهیتی هنجاری پیدا کنند، با چه نوعی از حق سازگار خواهند بود؟

برای پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، ابتدا به بررسی تردیدهایی که در رابطه با وجود حقوق طبیعی ارسطویی مطرح است، می‌پردازیم؛ اساس و منشأ این تردیدها، احتمال تغییرپذیری حقوق طبیعی ارسطویی است و تلقی، این است که تغییرپذیر بودن، با بنیان حقوق طبیعی و ذات‌گرایی آن تعارض دارد. سپس، تفسیرهای مختلف از متن ارسطویی در رابطه با حقوق طبیعی را، مورد بررسی قرار می‌دهیم؛ به نظر می‌رسد می‌توان تفسیری ارائه داد که در عین حال که حقوق طبیعی ارسطویی را تغییرپذیر می‌داند، نافی نسبت آن با متافیزیک و با مهم‌ترین آموزه حقوق طبیعی مدرن، یعنی حقوق بشر نباشد؛ نسبتی که می‌تواند حتی چالش‌های حقوق بشر اندیشه حقوق طبیعی مدرن و از همه مهم‌تر، چالش متافیزیکی محض بودن آن و عدم انطباق آن با نسبی‌گرایی فرهنگی را تعدیل کند.

۱. تردید در اندیشه حقوق طبیعی ارسطویی

آیا می‌توان اندیشه ارسطو را، اندیشه حقوق طبیعی دانست و وی را «پدر حقوق طبیعی» محسوب کرد؟ از نظر بسیاری از استادان فلسفه حقوق، از جمله لئو اشتراوس، استاد آلمانی - آمریکایی، تردیدهایی جدی در این رابطه وجود دارد.

اول اینکه تفاوت بنیادین مهمی میان اندیشه ارسطویی از یکسو و ژوسناتورالیست‌های مدرن از سوی دیگر وجود دارد (Destrée, 2000: 220; اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۵)؛ گویا، باید پذیرفت که حقوق بشر به‌عنوان میراث مدرنیته و به‌عنوان ابزار اصلاح اجتماعی، فارق تفکر مدرن از اندیشه ارسطویی است (Weil, 1991: 194, 195; Renaut et Sosoe, 1991: 235). برخی از استادان فلسفه حقوق تصریح دارند که اگر منظور از حقوق طبیعی، حقوق طبیعی مدرن مبتنی بر طبیعت انتزاعی و متافیزیکی انسان باشد، بی‌تردید، ارسطو، پدر چنین حقوق طبیعی‌ای نیست و اساساً اندیشه ارسطویی، با یونیورسالیسم کانتی بیگانه است و هیچ نسبت و رابطه‌ای با آن ندارد (Villey, 1965: 21; Aubenque, 1980: 156).

واقعیت این است که در اندیشه ارسطو، حقوق طبیعی، در چارچوب امر سیاسی (به معنای عام) و نه در تقابل با آن معنا پیدا می‌کند و عدالت خارج از متن سیاسی - اجتماعی، عدالتی ناقص و غیر قابل اتکا قلمداد می‌شود. در اندیشه ارسطویی، این امر درست سیاسی است که به دو بخش طبیعی و قراردادی تقسیم می‌شود و به‌این‌ترتیب، حقوق طبیعی، زیرمجموعه حقوق سیاسی تلقی شده، قسیم حقوق موضوعه است. امر درست سیاسی به معنای عام کلمه، نیز در شهر است که معنا و هویت وجودی پیدا می‌کند (Aristotle, 1959(a): 9, 10)؛ به‌این‌ترتیب، نباید حقوق طبیعی در اندیشه ارسطویی را، برخلاف تلقی که ژوسناتورالیست‌های مدرن دارند، نماد مطالبات نظام اخلاقی از نظام سیاسی - اجتماعی تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۶۰; Villey, 2006: 85) تا حقوق بشر به‌عنوان ابزار این مطالبه (راسخ، ۱۳۹۶: ۲۵۴، ۳۵۳)، اعتبار یابد؛ به سخن دیگر، حقوق طبیعی ارسطویی، چارچوب مراقبت ازادی فردی در تقابل با امر سیاسی و ساختار اجتماعی نیست و می‌توان ادعا کرد که اگر بنا باشد حقوق طبیعی ارسطویی، از دوراهی آزادی و برابری، یکی را انتخاب کند (Spitz, 2005: 413, 434)، برابری را بر خواهد گزید. حتی اگر بنا باشد این برابری، نه صرفاً با تکیه بر نهادهای مدنی، بلکه با کمک دولت طبیعی

قوام یافته در شهر ارسطویی محقق شود (Aristotle, 1959(a): 9, 10)، حقوق طبیعی ارسطویی، ناسازگار با این دولت نیست. نباید نادیده انگاشت که اندیشه ارسطو، با توجه به جایگاهی که واقعیت در آن دارد و با عنایت به اینکه در این اندیشه، شهر بر فرد تقدم می-یابد، زمینه مناسبی را، برای واقع گرایی دولتی - که البته نماد پوزیتیویسم نیست - فراهم می آورد (Aristotle, 1959(a): 9, 10). از نظر ارسطو، انسان، به مثابه یک امر طبیعی، ذاتاً موجودی سیاسی - اجتماعی است؛ پس نمی توان انسانیتی را، خارج از شهر تصور کرد و اخلاقی را، در خارج از چارچوب شهر جستجو کرد (Aristotle, 1959(a): 9, 10; Villey, 2006: 85)؛ زیرا فوسیس یونانی و پلیس^۱ یونانی چنین اقتضایی دارد. به بیان دیگر، از آنجاکه خود شهر ارسطویی، امری طبیعی است، دولت ارسطویی نیز طبیعی است و نباید آن را، نماد دولت سوفسطایی، یعنی دولت منفک و رها از طبیعت اشیاء دانست. پس واقع گرایی دولتی ارسطویی، به هیچ وجه، تقابلی با انسان به عنوان موجودی اجتماعی ندارد (کلی، ۱۳۸۲: ۴۸، ۴۹).

از نظر اشتراوس، تنها نکته ای که می توان از عبارات ارسطو در رابطه با حقوق طبیعی، یعنی عبارات فصل دهم از کتاب پنجم اخلاق نیکوماخس، استنباط کرد و در مورد آن تردید نداشت، این است که تعارض بنیادینی میان حقوق طبیعی ارسطویی از یکسو و مقتضیات یک جامعه سیاسی وجود ندارد و بنابراین، ضرورتی به اصلاح جامعه سیاسی بر مبنای حقوق طبیعی نیست (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۵). به نظر می رسد همین نکته ضروری نبودن اصلاح، اگر درست باشد، حقوق طبیعی ارسطویی را، از اساس، از هویت تهی می کند؛ به علاوه، آن را، در تقابل با حقوق طبیعی ژوسنتورالیست های مدرن قرار می دهد و شاید، پاسخ این پرسش باشد که چرا حقوق طبیعی ارسطویی، تکیه گاه گذار از سنت به مدرنیته در تحولات عصر روشنگری نیست (Cf. Villey, 2006: 188). همان طور که آلن رونو و لوکاس سوسو، استادان آمریکایی، به آن اشاره کرده اند (Renaut et Sosoe, 1991: 235)، امروزه نیز، ارجاع به اندیشه های ارسطویی، برای طرد مدرنیته و گذار به گفتمان پست مدرن، با اقبال بیشتری روبرو است؛ حتی، رالز نتوانستی نیز برای تکمیل تئوری عدالت به مثابه انصاف خود که تحلیلی نوین از قرارداد اجتماعی است، لازم می بیند به اندیشه ارسطویی مراجعه کند؛ زیرا ارسطو، هدف اجتماعی را

بر هدف فردی مقدم می‌دارد (Aristotle, 1959(a): 9, 10) و فردگرایی ژوسناتورالیست‌های مدرن، جایگاهی در اندیشه ارسطویی ندارد و رالز نیز برای ایجاد تعادل میان آزادی و برابری و برای دوری از این فردگرایی است که به ارسطو پناه می‌برد (Rawls, 1997: 465, 466, 473).

دوم اینکه متن اصلی و مهم ارسطو در رابطه با حقوق طبیعی، فصل دهم از کتاب پنجم اخلاق نیکوماخس است (Aristote, 1994, V, 14, 1134 b) که از نظر بسیاری از مفسرین و از جمله اشتراوس (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۵)، آن را باید یکی از پیچیده‌ترین و البته، مبهم‌ترین متن‌های فلسفی تلقی کرد. همین پیچیدگی و ابهام که منشأ آن را باید در دو نکته ذیل جستجو کرد، اندیشه حقوق طبیعی نزد ارسطو را، با تردید مواجه می‌کند.

الف) در این متن، ارسطو، صراحتاً، حقوق طبیعی را متغیر قلمداد می‌کند (Aristote, 1994, V, 14, 1134 b) و گویا می‌پسندد (Aristote, 1915, 1194 b 30; Aristote, 1997: 57, 152, 183; Aristote, 1997: 57, 152, 183; Aristote, 1915, 1194 b 30). به نظر می‌رسد این تلقی، با توجه به اینکه حقوق طبیعی زیرمجموعه امر درست سیاسی است، غیرقابل اجتناب باشد. منتهی، مسئله و چالش مهم در متن ارسطویی، وجود تناقض است، زیرا ارسطو در سطور بعدی اعلام می‌کند که امر طبیعی، آن چیزی است که در همه‌جا، یک قدرت دارد و ارزش و اعتبار آن، برخلاف حقوق موضوعه، به اراده نیست؛ به عبارت دیگر، امر ارادی، از آنجاکه اراده، در زمان و مکان، معنای وجودی خود را بازمی‌یابد، متأثر از زمان و مکان است؛ ولی، امر طبیعی این گونه نیست.

ب) چالش دوم، به عبارت پایانی متن برمی‌گردد؛ جایی که ارسطو اعلام می‌کند تنها یک رژیم سیاسی است که می‌توان در همه‌جا به عنوان بهترین رژیم سیاسی معرفی کرد (Aristote, 1994, V, 14, 1134 b). قائل بودن به «بهترین رژیم سیاسی»، به عنوان ایده آل و آرمان، نوعی حقوق طبیعی ثابت و جهان‌شمول را اقتضا می‌کند و این در حالی است که ارسطو، قبل از آن، حقوق طبیعی را، متغیر دانسته است.

با توجه دو نکته پیش گفته، تفسیر متن ارسطویی و چگونگی این تفسیر، اهمیت قابل توجهی پیدا می‌کند؛ تفسیری که با لحاظ جایگاه «متافیزیک» و «واقعیت» و امکان تقابل یا تعامل آن دو با یکدیگر و نیز نسبت و رابطه میتوس، لوگوس و فوسیس یونانی متنوع خواهد بود.

۲. تفسیر متن ارسطویی در موضوع حقوق طبیعی

تقابل تفسیر متافیزیک محور که حقوق طبیعی ارسطویی را غیر متغیر می‌داند و تفسیر واقعیت محور که متغیر ارزیابی می‌کند، از منظر نتیجه، به معنای تقابل توجیه و انکار حقوق طبیعی ارسطویی است. ذیلاً، به مطالعه این دو نوع تفسیر می‌پردازیم.

۱-۲. تفسیر متافیزیک محور از متن ارسطویی و رفع تردید؛ حقوق طبیعی ارسطو، حقوقی

تغییر ناپذیر

در تفسیر متافیزیک محور، حقوق طبیعی ارسطویی در تقابل با جریان سوفسطایی، یعنی نماد واقع‌گرایی محض که پروتاگوراس^۱ از بزرگان آن است، قرار می‌گیرد؛ جریان سوفسطایی، قابل مقایسه با رویکردهای پوزیتیویستی امروزی و برای مثال نرماتیویسم کلسنی است (کاپلستون، ۱۳۸۸: ۱۰۷، ۱۰۸؛ Kelsen, 1999: 280, 281). در اندیشه سوفسطایی، امر طبیعی، - حتی اگر ایدئولوژیک هم نباشد - جهانی بوده، غیرقابل تغییر است و در همه‌جا، از قدرت و اعتبار یکسانی برخوردار است؛ به همان ترتیب که تفاوتی میان آتش در پارس و در یونان وجود ندارد؛ پس باید آن را کنار گذارد. اقتضای واقع‌گرایی، از منظر سوفسطائیان، این است که امر سیاسی یا قانونی از امر طبیعی تفکیک شود و ملاک تفکیک نیز، شاخصه قراردادی و تغییرپذیری امر سیاسی و تغییرناپذیری امر طبیعی است (Aubenque, 1980: 147, 151). گویا، اراده بر فوسیس تقدم و حاکمیت دارد و اگر هم قالب لوگوسی به خود می‌گیرد، نه ارتباطی با فوسیس دارد و نه از میتوس که حقیقتی ورا طبیعت است، متأثر است. البته، در نگاه سوفسطائیان، امر قانونی یا سیاسی را نیز می‌توان به درست بودن متصف کرد، اما نکته این است که منشأ این انتصاف، اراده است و قبل از اینکه اراده ایجادکننده امر قانونی یا سیاسی، وصف درست به آن بدهد، لا اقتضا است؛ بنابراین، درست بودن یا نبودن آن، بسته به قرارداد اجتماعی است و محتوای قرارداد اجتماعی نیز بسته به زمان و مکان متفاوت است (Ponton, 1987: 52). پس باید پذیرفت که امر درست سیاسی، کاملاً به جهان متغیرها و غیرثابت‌ها تعلق دارد و از مردمی به مردم دیگر، متفاوت است. در هر حال، نتیجه این تفکیک، این است که در

رویکرد سوفسطایی، حقوق موضوعه، لزومی به تبعیت از امر درست طبیعی ندارد؛ همان‌طور که در رویکردهای پوزیتیویستی معاصر و برای مثال در اندیشه کلسن ملاحظه می‌کنیم (Kelsen, 1999: 280, 281).

در تفسیر متافیزیک محور، تلاش می‌شود تا تغییرپذیری حقوق طبیعی که متن ارسطویی دال بر آن است، کمرنگ شده، به‌عنوان ویژگی اصلی حقوق طبیعی ارسطویی انگاشته نشود. بی‌تردید، این نتیجه وقتی حاصل می‌شود که میتوس، در پیوند با آرته، آنگاه‌که قالب لوگوس به خود می‌گیرد، بر فوسیس ارسطویی تقدم داشته باشد. از لحاظ فنی، راه‌های طی شده یا روش‌ها و توجیهات مطرح‌شده در این نوع تفسیر برای تقلیل تغییرپذیری، یکسان نیست. یک روش این است که عدالت طبیعی را تغییرناپذیر بدانیم و قائل باشیم که این، کاربرد و نحوه اعمال عدالت طبیعی - و نه خود آن - است که می‌تواند متأثر از مقتضیات زمان و مکان بوده، متغیر باشد. در برداشت آکویناس - و البته، آن‌گونه که لوئی لوفور و لئو اشتراوس تصور می‌کنند (Strauss, 2016:481; Louis Le Fur, 1928, 325)، حقوق طبیعی ارسطویی، متغیر نیست و علت تحول‌پذیری و تغییرپذیر تلقی کردن حقوق طبیعی، نه در خود حقوق طبیعی، بلکه در انسان - که اجراکننده حقوق طبیعی یا مفسر آن است - جستجو می‌شود (Aquinas, 1984:1199, 1201; Aquinas, 1993: 327). رد امانت واجب است؛ اما اگر موضوع امانت اسلحه باشد و مالک بخواهد با دریافت آن، گروهی را به قتل برساند، عقل مجری یا مفسر، طبعاً، آن را واجب نمی‌داند (Aristotle, 1959 (b): 139, 140; Aquinas, 1993: 328; Aristote, 1994, V, 14, 1135 b 18). روش و توجیه دیگر این است که انسان، ممکن است در برداشت از حقوق طبیعی، دچار بدفهمی بشود. آکویناس، حقوق طبیعی را درنهایت، به قانون الهی برمی‌گرداند؛ منتهی، انسان را همان موجود خطاکاری می‌داند که یا ممکن است برداشت نادرستی از حقوق طبیعی داشته باشد و یا از آن تخطی کند و همین تخطی است که تعبیر به تغییرپذیری حقوق طبیعی می‌شود (کاپلستون، ۱۳۸۸: ۵۲۰، ۵۲۱، Aquinas, 1984:2333). این مشکل ادراکی را می‌توان با بیماری‌ای مقایسه کرد که موجب می‌شود تا انسان، مزه شیرین شکر را نتواند بچشد؛ اما معنای این عدم امکان، شیرین نبودن شکر نیست. پس تغییرپذیری حقوق طبیعی را باید عارضی دانست و الا، اصل و ذاتی حقوق طبیعی، تغییرناپذیری آن است (Destrée, 2000: 223, 224).

البته، ذکر این نکته لازم است که در برخی از نوشته‌های فلسفی و حقوقی و برخلاف آنچه گفته شد، بر تغییرپذیری حقوق طبیعی آکویناسی تأکید می‌شود. استدلال این است که آکویناس با تأکید بر جنبه‌های اومانستی فلسفه ارسطویی، زمینه گذار از متافیزیک الهی به عقلانیت ابزاری و امر متغیر انسانی را فراهم آورده است (ر.ک. نصر، ۱۳۸۰: ۲۸۷). طبیعت انسان ارسطویی نیز ماهیتی دینامیک دارد و بر اساس علتی غایی، تحول می‌یابد.^۱ آری، قانون طبیعی^۲، جهانی است و امر جهانی نیز زمانی و مکانی نیست؛ اما نکته این است که نباید آن را، با حقوق طبیعی^۳ خلط کرد (Kalinowski et Villey, 1984: 197). باین حال، پرسشی باقی می‌ماند و آن اینکه، اگر به لوگوس نیازی نیست، چگونه امر متغیر با آرته پیوند پیدا می‌کند؟ به نظر نمی‌رسد راه دینامیک دانستن فوسیس انسانی، جدا کردن آن از لوگوس باشد. این لوگوس است که فوسیس را به آرته پیوند می‌دهد. حرکت فوسیس ارسطویی را نباید تعبیر به تغییرپذیری کرد (Metaphysics, 1015 a 13).

۲-۲. تفسیر واقعیت محور از متن ارسطویی؛ حقوق طبیعی ارسطو، حقوقی تغییرپذیر
در تفسیر واقعیت محور از متن ارسطویی، اصل تغییرپذیری حقوق طبیعی ارسطویی، با توجه به شاخصه تغییرپذیری ذاتی «واقعیت»، پذیرفته می‌شود و نقطه آغاز تحلیل و تفسیر، همین اصل قرار داده می‌شود.

۲-۲-۱. تفسیر میشل ویله، پیر اوپنک و لئو اشتراوس و تغییرپذیری حقوق طبیعی ارسطویی

میشل ویله، استاد فرانسوی، ارسطو را در موضوع حقوق طبیعی، یک جامعه‌شناس حقوقی معرفی می‌کند:

ارسطو «پدر دکتترین حقوق طبیعی» است...؛ اما حقوق طبیعی ارسطویی، کاملاً متفاوت از تصور معاصران ما از حقوق طبیعی است. تصور معاصران ما بر این است که

1. Natura hominis est mutabilis

2. Loi naturelle/ Natural Rule

3. Droit naturel/Natural law

راه‌حل‌های حقوق طبیعی، برآمده از اصول است: یا اصول برآمده از عقل عملی (مکتب کانتی)، یا برداشت‌های انتزاعی از «طبیعت انسان» (مکتب حقوق طبیعی مدرن). این نوع حقوق طبیعی ... نزد بنیان‌گذار حقوق طبیعی پذیرفته نیست. ارسطو واقع‌گرا است و به هیچ وجه، نمی‌توان وی را ایدئالیست [به معنای کانتی کلمه] دانست. او روشی تجربی را دنبال می‌کند؛ [ارسطو] به‌مانند یک گیاه‌شناس [که گونه‌ها را جمع‌آوری، مقایسه و استنتاج علمی می‌کند]، تجربه حکومت‌ها و جوامع زمان خود را جمع‌آوری کرده، با مقایسه آن‌ها، به ساختار حکومتی مطلوب در زمان و مکان و یا قانون اساسی مطلوب در زمان و مکان می‌رسد. [به این ترتیب]، او منادی حقوق تطبیقی و جامعه‌شناسی حقوق است؛ حقوق طبیعی ارسطویی، [نماد] روش تجربی است» (Villey, 2006: 90).

در دیدگاه ویله، اگرچه ممکن است قانون طبیعی و البته به‌عنوان یک قانون اخلاقی، ثابت باشد، اما حقوق (مجموعه قواعد و حق‌ها) طبیعی، از آنجاکه بناست روابط انسانی را تنظیم کند و طبیعت انسان نیز ماهیتی دینامیک دارد، نمی‌تواند ثابت باشد. منظور این نیست که حقوق طبیعی، اصولاً ثابت است و استثنائاً (مثال ممنوعیت رد امانت) تغییر می‌کند و بنابراین، تغییر آن به‌مانند حقوق موضوعه، عادتاً نیست؛ خیر؛ حقوق طبیعی اساساً ماهیتی دینامیک دارد (Kalinowski et Villey, 1984: 193,197).

از نظر پیر اوبنک، استاد فرانسوی نیز:

حقوق طبیعی واقعی، حقوقی است که با طبیعت انسانی که بی‌نهایت متغیر است، انطباق داشته باشد. [شاخصه] جهانی بودن [امر] انتزاعی که می‌خواهد قوانین پارسیان، همان قوانین یونانیان باشد، درواقع، برخلاف طبیعت است. تفاوت مردمان، تفاوت قوانین را اقتضا می‌کند (Aubenque, 1980:154).

در اندیشه اوبنک، طبیعت ارسطویی، مفهومی بی‌زمان و بی‌مکان و به معنای افلاطونی کلمه نیست؛ داده‌ای تجربی محض و منفعل هم نیست. طبیعت ارسطویی یک تمایل است؛ یک حرکت است که محقق شدن خود را در اینجا و آنجا جستجو و دنبال می‌کند و دقیقاً به همین دلیل، بنا بر مقتضیات، متنوع و متحول می‌شود و تکامل می‌یابد (Aubenque, 1980: 153). وانگهی، اگر حقوق طبیعی را ثابت بینگاریم، نتیجه‌ای جز تقابل حقوق طبیعی و حقوق

موضوعه به همراه نخواهد داشت؛ در این صورت، حقوق موضوعه، خود را مستقل از حقوق طبیعی می‌انگارد و دیگر نمی‌توان عناصر و محتوای حقوق طبیعی را، در حقوق موضوعه یافت (Petit, 1999: 280). آری، طبیعت الهی و طبیعت فیزیکی (آتش)، همه‌جا یکسان است؛ اما طبیعت انسانی این‌گونه نیست و انعطاف و حرکت تکاملی را باید شاخصه مهم آن دانست (Aubenque, 1980: 154, 157). به این ترتیب و بنا بر تفسیر ویله و اوبنک، سخن ارسطو مبنی بر قانون اساسی بهتر^۱، به معنای قانون اساسی جهانی نیست که برای همیشه و برای همه مردمان در همه زمان‌ها و مکان‌ها بهتر باشد؛ آری، قانون اساسی بهتر وجود دارد؛ ولی منظور، قانونی است که منطبق با وضعیت هر کشور و مردمان آن کشور باشد و بهترین، برای آن کشور و آن مردمان، در همان زمان باشد (Aubenque, 1980:154; Villey, 2006: 85, 90). پس نباید اندیشه ارسطویی را با اندیشه کانتی یا روسویی مقایسه کرد و اگر بنا بر مقایسه هم باشد، حقوق طبیعی ارسطویی به حقوق طبیعی مونتسکیو نزدیک‌تر است (شهابی، ۱۴۰۱: ۸۲، ۸۳ Aubenque, 1980:154).

تحلیل ویله و اوبنک از حقوق طبیعی ارسطویی، اگرچه در آغاز مبتنی بر برداشت ارسطو از فوسیس یونانی است، اما رنگ و بوی جامعه‌شناختی پیدا می‌کند. تأکید بر حرکت، بدون لحاظ حداقلی از متافیزیک، عملاً به جدایی لوگوس از میتوس می‌انجامد. روشن است که چنین لوگوسی، به‌سختی می‌تواند با آرته پیوند داشته باشد و تبلور ایدآلیسم باشد. با این رویکرد و تفسیر جامعه‌شناسانه از حقوق طبیعی ارسطویی، نمی‌توان شاخصه تکاملی بودن را برای فوسیس انسانی باقی نگاه داشت.

مصادق دیگر تفسیر واقعیت محور از حقوق طبیعی ارسطویی، تفسیری است که لئو اشتراوس ارائه می‌دهد. اشتراوس تصریح می‌کند که حقوق طبیعی ارسطویی، با واقعیت‌ها و متغیرهای اجتماعی سازگاری دارد (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۵). به عبارت دیگر، نباید محتوای آن را، اصولی متافیزیکی دانست که ورای متغیرها است و اصرار کرد که نظام حقوقی انسانی که

۱. «اموری که طبیعی نیستند، بلکه صرفاً از منظر انسانی درست‌اند، در همه‌جا یکسان نیستند، زیرا خود قوانین اساسی نیز در همه‌جا یکسان نیستند، حتی اگر قانون اساسی واحدی، در همه‌جا و در هر باری، از منظر طبیعت، بهترین قانون اساسی باشد» (Aristote, 1994, V, 14, 1135 a)

اصولاً قراردادی و ارادی است، باید با آن انطباق داشته باشد. وی، برای نتیجه‌گیری از بحث خود، در ابتدا، دو برداشت آکویناسی و ابن رشدی از حقوق طبیعی ارسطویی را، به‌عنوان دو تفسیر متعارض ذکر می‌کند (Strauss, 2016: 482, 483). از نظر اشتراوس، تلقی و برداشت آکویناسی از اندیشه ارسطویی، حقوق طبیعی را، نامتغیر قلمداد می‌کند (Strauss, 2016:481) و تردیدی نیست که رویکرد تاریخی و یا جامعه‌شناختی، این تفسیر را برنمی‌تابد. آکویناس محتوای حقوق طبیعی را، اصولی می‌داند که ماهیتی عادت گونه یا خوی گونه دارند و خود آکویناس ترجیح می‌دهد تا تعبیر «مراعات فطری» را، در مورد آن به کار ببرد (Aquinas, 1993:327, 328). این اصول، با توجه به ماهیتی که دارند، تغییرناپذیرند؛ اگرچه چگونگی اجرای آن‌ها و برای مثال اصل مهم لزوم به بازگرداندن امانت، حسب اوضاع و احوال متغیر خواهد بود (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۶). در هر حال، برداشت آکویناس را باید تعبیر مدرسی از حقوق طبیعی ارسطویی دانست.

بر اساس تفسیر ابن رشدی، حقوق طبیعی ارسطویی را باید حقوق طبیعی وضعی نامید، زیرا در هر حال، اصول آن، در بطن نهادهای بشری و با استمرار قراردادهای اجتماعی شکل گرفته، تثبیت می‌شوند و یگانه تفاوتی که با حقوق وضعی مصطلح دارد، این است که قراردادهای و نهادهایی که مبنای حقوق طبیعی وضعی‌اند، برخلاف حقوق موضوعه، از پذیرش همگانی یا جهانی برخوردارند (Aristotle, 1959(b): 139, 140؛ اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۷۷)؛ اما نباید فراموش کرد که ماهیت این اصول، قراردادی است و به همین دلیل، تردیدی نیست که اگر مقتضیات اجتماعی (به معنای عام) ایجاب کند، این قواعد عام استثنا می‌پذیرند، یا کنار گذاشته می‌شوند و یا تغییر معنا پیدا می‌کنند (Strauss, 2016:483)؛ مثال این تغییر معنا، اصل حسن نیت است که در حقوق فرانسه، در ابتدای قرن نوزدهم، اجرای مطلوب مفاد قرارداد را به همان نحو که متعاملین آن را منعقد کرده‌اند، نتیجه می‌داد و در ابتدای قرن بیستم و با توجه به تحولات عمیق اجتماعی و اقتصادی، تغییر معنا و کارکرد داد و به‌عنوان منشأ تعهد جدید قراردادی مورد استناد قرار گرفت (شهابی، ۱۳۹۳: ۷۱، ۷۶). به این ترتیب، باید پذیرفت که برداشت ابن رشدی از حقوق طبیعی، در مقایسه با تفسیر کسانی چون اوبنک و ویله از حقوق طبیعی، یک گام فراتر می‌گذارد؛ اما می‌توان ادعا کرد که حقوق طبیعی وضعی یا قراردادی، علاوه بر آنکه به طبیعت اشیای ارسطویی بی‌توجه است، تلاشی در جهت عبور از اندیشه حقوق طبیعی

است. این گونه به نظر می‌رسد که از میان دو رویکرد ذکرشده، تنها باید تلاش آکوناس را، تلاشی در جهت حفظ حقوق طبیعی قلمداد کرد.

آری، نمی‌توان نادیده انگاشت که ارسطو، تغییرپذیری را، از شاخصه‌های ذاتی حقوق طبیعی خود می‌انگارد (Strauss, 2016:482; Ponton, 1987: 52, 53). ارسطو حقوق طبیعی را، انسانی - و نه الهی - می‌داند و قائل است که هر آنچه انسانی است، حتی طبیعت انسانی، موضوع تغییر و تحول است (Aristote, 1997: 152, 153)؛ اما تغییرپذیری امر طبیعی، به این معنا نیست که درست بودن آن را نیز، به‌مانند ابن رشد، قراردادی بدانیم؛ همان‌طور که اشاره شد، امر طبیعی، موضوعه نیست و ناشی از قانون نوشته و یا ناشی از عرف نیست و قدرت و اقتدارش را، از اراده دولتی اخذ نمی‌کند.

اشتراوس درست می‌اندیشد که پذیرش شاخصه تغییرپذیری و پذیرش تفسیر ابن رشدی، نتیجه و معنایی جز نفی خود حقوق طبیعی ندارد و راهی باید برای توجیه این سخن ارسطو یافت (Strauss, 2016:482). پس این‌گونه توجیه می‌کند که ارسطو، قواعد عام حقوق طبیعی را، با توجه به متن و زمینه‌ای که در آن اجرا می‌شوند و این اجرا نیز در قالب هنجارهای جزئی است، عادلانه یا ناعادلانه ارزیابی می‌کند و همین قواعد جزئی‌اند که قواعد طبیعی تلقی می‌شوند؛ به عبارت دیگر، حقوق طبیعی، مجموعه‌ای غیر انحصاری و البته، متغیر، از تصمیم‌های درست عینی است که بر اساس اوضاع و احوال و موقعیت‌های مختلف اخذ شده‌اند. مهم‌ترین عاملی که موجب تغییر قواعد می‌شود، تقابل آن‌ها با اصل امنیت عمومی^۱ است (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۸۰)؛ بنابراین، اگر لزوم رد امانت، قاعده‌ای طبیعی است، از نظر اشتراوس، در مواردی که اصل امنیت عمومی را، خدشه‌دار می‌کند، کنار گذاشته می‌شود. پس بهتر است قائل باشیم که غایت عام، یعنی عدالت یا امنیت عمومی، در یک نظام سلسله‌مراتبی، فراتر از قواعد رفتاری قرار می‌گیرند و این قواعد رفتاری که نقش عینی‌سازی اصول و قواعد عام را بر عهده‌دارند، حسب شرایط تغییر پیدا می‌کنند (اشتراوس، ۱۳۷۳: ۱۸۱)؛ البته، شکی نیست که این رویکرد، نوعی نسبی‌گرایی را نتیجه می‌دهد، زیرا حقوق طبیعی، معنای خود و کارکرد خود و حتی استثنای وارد بر خود را، در زمان و مکان بازمی‌یابد. تنها تفاوت حقوق موضوعه با این حقوق

1. Salus publica suprema lex (public safety is the supreme law)

طبیعی، این خواهد بود که حقوق موضوعه، ارادی یا قراردادی است؛ درحالی که حقوق طبیعی، این گونه نیست.

تحلیل اشتراوس از اندیشه ارسطویی، اگرچه نافی آرته ارسطویی نیست، اما از آنجاکه متغیر بودن زمانی و مکانی را جایگزین حرکت تکاملی در فوسیس یونانی می‌کند، عملاً لوگوس را اسیر متغیر می‌کند؛ نتیجه اینکه از لوگوس جز اسم و صورت باقی نمی‌ماند و آرته نیز از ماهیت ایدئالیستی خود تهی می‌شود. شاید به همین دلیل است که اشتراوس، در تعریف خود از حقوق طبیعی، به جای اصطلاح قانون طبیعی، از اصطلاح قانون موضوعه^۱ استفاده می‌کند. وی می‌گوید «حقوق طبیعی، قانون موضوعه‌ای است که فاقد عنصر ارادی است و با روشی عادلانه و درست، مسائل موجود در یک جامعه مشخص و در زمان مشخص را حل و فصل می‌کند» (Strauss, 2016:482). اگر وصف موضوعه، به ارادی بودن قاعده برنمی‌گردد، پس باید آن را به طبیعت خودجوش مکتب تاریخی بازگرداند که به‌هرحال نوعی از پوزیتیویسم است. پرسش این است که آیا تأسی به آموزه مکتب تاریخی برای تبیین ماهیت حقوق طبیعی ارسطویی که به اذعان اشتراوس، ایدالیسم تکاملی را درون خود دارد (Strauss, 2016:475, 476)، درست است؟ پاسخ بی‌تردید منفی است. ایدالیسم تکاملی در صورتی می‌تواند محقق شود که پیوند میان لوگوس و آرته حفظ شود و فوسیس ارسطویی نیز با تکیه بر میتوس یونانی در محاق تجربه‌گرایی محض گرفتار نیاید.

مسئله دیگر، رابطه حقوق موضوعه با این حقوق طبیعی اشتراوسی است. اشتراوس این رابطه را رابطه بی‌تفاوتی نمی‌داند و تصریح می‌کند که حقوق طبیعی، چارچوب حقوق موضوعه است (Strauss, 2016:475, 465, 466). با این حال، معلوم نیست که تغییرپذیری و انطباق‌پذیری حقوق طبیعی و قرار گرفتن آن در قالب قواعد جزئی و گرفتار پوزیتیویسم بودن آن، بناست چه مجالی را، برای حقوق موضوعه باقی بگذارد و چگونه می‌تواند معیار سنجش درستی حقوق موضوعه باشد.

پیر دستره، استاد فرانسوی، تفسیر آکویناس از متن ارسطویی مبنی بر نامتغیر بودن حقوق طبیعی ارسطویی را، خوانشی افلاطونی و برداشت اشتراوس و اوینک را، خوانشی تاریخی از

1. loi positive/positive law

متن ارسطویی می‌داند و هر دو را، غیرقابل پذیرش ارزیابی می‌کند و تلاش می‌کند تا خوانش سوم و البته متفاوتی را ارائه دهد؛ تفسیری که به‌زعم خود دسته، هم تغییرپذیری را به‌عنوان ویژگی ذاتی و اصلی حقوق طبیعی، برخلاف خوانش اول، نتیجه دهد و هم حقوق طبیعی ارسطویی را، برخلاف خوانش دوم، از نسبی‌گرایی و پوزیتیویسم سوفسطایی دور سازد و نشان دهد که حقوق طبیعی، در تقابل با پوزیتیویسم است (Destrée, 2000: 228).

ازنظر دسته، برای شناخت درست مفهوم حقوق طبیعی در اندیشه ارسطویی، باید به دوگانگی حقوق طبیعی- که مبتنی بر اراده انسان نیست- و حقوق موضوعه در اندیشه ارسطو بازگشت؛ حقوق موضوعه‌ای که ناشی از اراده انسانی و اقتدار این اراده است.

دسته، غیرارادی تلقی کردن حقوق طبیعی ارسطویی را بازگشت به خوانش افلاطونی نمی‌داند، زیرا معتقد است بر اساس تفسیر افلاطونی، حقوق طبیعی، وصفی الهی پیدا می‌کند و این در حالی است که حقوق طبیعی غیرارادی، انسانی باقی می‌ماند و الهی نمی‌شود و به همین دلیل هم متغیر است. دغدغه افلاطون این است که کار فیلسوف، تابعی از امر الهی باشد و این، امر الهی باشد که چارچوب امر درست و حقوق به‌عنوان امر درست تلقی شود (Destrée, 2000: 230, 231). ارسطو بر تفاوت دنیای خدایان و دنیای انسانی تأکید دارد (Aubenque, 1980: 150)؛ پس نباید تفسیری الهی از اندیشه حقوق طبیعی او داشت و آن را، بر این اساس، غیر متغیر دانست. به‌علاوه، ارسطو، ثبات مکانیکی حقوق طبیعی را نیز قبول ندارد و طبیعت حقوق را، همانند آتش، مبتنی بر قواعد مکانیکی نمی‌داند که در یونان و پارس به یک نحو باشند. این طبیعت ارسطویی، باز به این دلیل که انسانی است، تفسیربردار است و همین تعدد تفسیر، کافی است تا تعبیر متغیر بودن، در مورد آن، به کار رود (Destrée, 2000: 231, 232).

بااین حال از منظر نگارنده، باید توجه داشت که تفسیربرداری حقوق طبیعی می‌تواند به نفی شاخصه غیرارادی بودن آن بیانجامد، زیرا معنای حقوق طبیعی و محتوا و کارکرد آن، به اراده مفسر منوط خواهد بود. نباید فراموش کرد که در بسیاری از مواقع، ایجاد معنا در پوشش تفسیر تحقق می‌پذیرد. برای دوری از این چالش، راه‌حلی که به نظر می‌رسد، این است که تفسیر را چون اراده معنا تلقی نکنیم؛ بلکه، آن را، همان کشف یا ادراک معنا بدانیم. در غیر این صورت، حقوق طبیعی با حقوق انسانی که ارادی است، تفاوتی نخواهد داشت. قتل، به‌طور کلی، بد است (Aristotle, 1959(b): 139, 140)؛ اما تفسیر این قاعده، بستگی به زمان و

مکان دارد و از این منظر، اوتانازی می‌تواند عادلانه یا ناعادلانه تلقی شود؛ اما این معنا را، اراده نمی‌کنیم، بلکه کشف یا ادراک می‌کنیم. باین‌حال، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا با پذیرش تحلیل تفسیرمحور، به برداشت واقعیت‌گرا و برای مثال اندیشه اشتراوس، اوبنک و یا ویله نزدیک نمی‌شویم؟ به‌ویژه، با عنایت به این نکته که ملاکی برای تفکیک کشف معنا از اراده معنا در دست نداریم و در بسیاری از مواقع، ایجاد هنجار، در پوشش تفسیر انجام می‌گیرد. از نظر دستره، پاسخ چنین پرسشی، منفی است (Destrée, 2000: 233)؛ زیرا ارسطو، در گزاره‌ای اعلام می‌کند که «تنها یک رژیم سیاسی است که بهترین است» (Aristote, 1994, V, 14, 1135 a 6). وصف «بهترین»، در این عبارت، به معنای این است که یک تفسیر از حقوق طبیعی ارسطویی می‌تواند بهترین تفسیر باشد و امکان ارائه چنین تفسیری وجود دارد. نکته این است که دستره، معنای این گزاره را نیز، حرکت به سمت اندیشه افلاطونی و یا یونیورسالیسم نمی‌داند، زیرا این گزاره، به معنای آرمانی متافیزیکی و یا فرازمینی نیست که هست‌ها به‌سوی آن تعالی یابند؛ بلکه، صرفاً مطلوبی هست انگار است که هست‌های دیگر یا همان دیگر رژیم‌ها، بر اساس آن، باید اصلاح شوند. با نفی یونیورسالیسم و نیز ایدآل افلاطونی، باید پذیرفت که ارسطو، به گذار از هست به باید نمی‌اندیشد و مراد او از گزاره فوق، چنین‌گذاری نیست؛ بلکه، در میان هست‌ها، دغدغه جستجوی بهترین را دارد و قصد آن دارد که این رژیم برتری که با استقراء و تفسیر به آن رسیده است و می‌رسد، ملاک سنجش و ارتقای سایر رژیم‌های موجود باشد. به‌این‌ترتیب، دستره، عملاً تحلیلی هست‌انگار از اندیشه حقوق طبیعی ارائه می‌دهد و این تحلیل، معنایی جز زمانی و مکانی کردن فوسیس، نفی حرکت تکاملی در آن و زمانی و مکانی کردن لوگوس و قطع ارتباط آن با آرته ارسطویی ندارد. البته، دستره، باوجود تعبیر هست‌گونه از حقوق طبیعی، رابطه حقوق موضوعه و حقوق طبیعی را نفی نمی‌کند و معتقد است که حقوق طبیعی، به‌مثابه چارچوبی که حقوق موضوعه، هویت وجودی خود را درون آن بازمی‌یابد، باقی خواهد ماند (Destrée, 2000: 236). آیا بدون ارتباط لوگوس و آرته ارسطویی و نفی حرکت تکاملی در فوسیس، حقوق طبیعی می‌تواند چارچوب حقوق موضوعه باقی بماند؟ پاسخ به نظر نمی‌رسد مثبت باشد.

۲-۲-۲. نقد تفسیر واقعیت محور از حقوق طبیعی ارسطویی

لیونل پنتون، استاد کانادایی، نتیجه تحلیل و تفسیر اوبنک از حقوق طبیعی ارسطویی را نوعی نسبی‌گرایی می‌داند و به نظر وی، اندیشه ارسطویی از این نسبی‌گرایی فاصله دارد. تحلیل پنتون از قانون اساسی برتر در اندیشه ارسطویی و البته در عباراتی از مقاله خود، فقط و فقط یک قانون اساسی جهانی است که به‌عنوان چارچوبی برای قضاوت و به‌عنوان آرمان و ایدآلی برای همه جوامع سیاسی و در همه زمان‌ها به کار می‌آید (Ponton, 1987: 55). روشن است که این تفسیر، برداشتی متافیزیک محور از اندیشه ارسطویی است و بر حاکمیت میتوس - یعنی حقیقتی که صرفاً می‌توان آن را حکایت کرد - و لوگوس بر فوسیس یونانی مبتنی است. به این ترتیب، پنتون نمی‌تواند موافق برداشت میشل ویله، اشتراوس و حتی دستره از حقوق طبیعی ارسطویی نیز باشد و از این منظر، موافق مقایسه ارسطو با جامعه‌شناسان حقوقی نیست.

با این حال، به نظر می‌رسد، برداشت پنتون، چندان هم از نسبی‌گرایی فاصله ندارد؛ وی بر این نکته تأکید دارد که حقوق طبیعی، وجودی مقدم بر حقوق موضوعه دارد تا به آنجا که می‌توان گفت، بدون حقوق طبیعی، حقوق موضوعه، معنای وجودی خود را از دست می‌دهد؛ اما پنتون، قانون اساسی برتر را با تأسی از اریک ویل (Weil, 1991: 180, 182)، افلاطونی معنا نمی‌کند تا بتوان بر اساس آن، حاکمیت متافیزیک الهی بر واقعیت را در اندیشه ارسطو نتیجه گرفت؛ بلکه، آن را ایدآلیسمی تاریخی - اجتماعی تلقی می‌کند که از طریق آسیب‌شناسی قوانین اساسی موجود، باید در مسیر آن حرکت کرد (Ponton, 1987: 55). سرانجام این ایدآلیسم، یونیورسالیسم است؛ اما یونیورسالیسمی - بخوانیم آرته‌ای - که با فوسیس ارسطویی مرتبط است. به بیان دیگر، بر طبیعت دینامیک انسان که از دل همان تحول تاریخی اجتماعی سر برآورده است و به همین دلیل، بی‌اعتنا به واقعیت متغیر نیست، مبتنی است (Weil, 1991: 182, 183). اریک ویل این گزاره را از ارسطو اخذ می‌کند که طبیعت انسان، قابل مقایسه با طبیعت آتش نیست تا در همه‌جا، از یک قاعده تبعیت کند و همه‌جا یکسان باشد؛ بلکه، ماهیتی دینامیک و تکاملی دارد و سوبه این تکامل نیز یونیورسالیسم سازگار با واقعیت است. به سخن دیگر، نباید طبیعت انسان را، در مفهومی مکانیستی (Weil, 1991: 180, 182, 194, 195) و یا از پنجره فلسفه مکانیسم دید.

۳. تعدیل تفسیر واقعیت محور و تفسیر متافیزیک محور حقوق طبیعی ارسطویی

مسئله اساسی این است که آیا واقعاً ارسطو را می‌توان با جامعه‌شناسان حقوقی مقایسه کرد؟ اگر اندیشه ارسطویی، مصداقی از پوزیتیویسم^۱ و یا تاریخ‌گرایی^۲ تلقی شود، پاسخ به پرسش فوق، مثبت است و از این منظر، باید رویکرد کسانی چون اشتراوس را پذیرفت، زیرا این دو گرایش بزرگ از فلسفه سیاسی مدرن، جستجوی بهترین رژیم سیاسی را از اساس با چالش مواجه می‌دانند. پوزیتیویسم، به‌ویژه در رویکرد جامعه‌شناختی یا به‌طریق‌اولی، در خوانش تاریخی خود، بر جدایی واقعیت از ارزش تأکید می‌کند (Duguit, 1927/1: 683; Duguit, 2003: 16; Strauss, 2016: 461). تاریخ‌گرایی، آن‌گونه که نزد ساوینی و پیروان او ملاحظه می‌کنیم (Savigny, 2006: 13, 14, 89)، بر این است که با توجه به تغییرهای فرهنگی - تاریخی، نمی‌توان از حقیقتی برتر سخن گفت (Cf. Spector, 2013: 68). می‌دانیم که مکتب تاریخی، اساساً به گذار از هست به باید نمی‌اندیشد.

باین‌حال، به نظر می‌رسد ارسطو را نه می‌توان پوزیتیویست دانست و نه پیرو مکتب تاریخی، زیرا از منظر نگارنده، دغدغه ارسطو، تعامل متافیزیک و طبیعت است. او به دنبال چگونگی تعامل و ارتباط فوسیس خود با لوگوس و آرته است. ارسطو برخلاف تصور پنتون، به حاکمیت متافیزیک یا همان میتوس بر واقعیت یا همان فوسیس نیز نمی‌اندیشد. وی، اگرچه به مقتضیات زمان و مکان نظر دارد، اما با تکیه بر طبیعت اشیاء یا همان حقوق طبیعی، هم به معیاری جهانی یا حقیقتی ورا استدلالی یا میتوس می‌اندیشد تا بر اساس آن، بتواند به قضاوت ارزشی پیرامون نظام سیاسی - اجتماعی موجود بپردازد (Cf. Spector, 2013: 68; Weil, 1991: 182, 195). و هم ایدآلیسمی تکاملی را مدنظر دارد که طبیعتی استعلایی را برای وی به ارمغان می‌آورد (Aubenque, 1980: 157). منشأ اعتبار حقوق طبیعی ارسطویی، چیزی جز طبیعت اشیای ارسطویی یا فوسیس ارسطویی نیست و این طبیعت، همان‌طور که ویله و حتی اوپنک به آن قائل‌اند (Aubenque, 1980: 153, 157)، ماهیتی دینامیک و تکاملی دارد و این تکامل را نیز از ارتباط فوسیس با آرته و از طریق لوگوس دارد؛ آرته‌ای که نمود همان میتوس

1. Positivisme/ positivism

2. Historicisme/Historicism

یونانی است. به تعبیر اوبنک، متافیزیک یا همان ایدآلیسم، اگر در فلسفه کانتی، مبنای اعتبار هنجار است، در فلسفه ارسطویی، هدف است و تکامل طبیعت ارسطویی را معنا می‌دهد؛ اگرچه سویه این تکامل، در اندیشه ارسطویی روشن نیست و همین نکته را هم اوبنک به عنوان ایراد و چالش اندیشه ارسطویی مطرح می‌کند (Aubenque, 1980: 157). شاید، بر مبنای همین ایراد است که شکل‌گیری حقوق طبیعی مدرن و مهم‌ترین آموزه آن، یعنی حقوق بشر را پیشرفتی تلقی می‌کند که حقوق طبیعی ارسطویی، گویا از محقق کردن آن ناتوان بوده است (Aubenque, 1980: 157). ویله، نیز اگرچه برخلاف اریک ویل، حذر دارد از اینکه سویه این تکامل را در اندیشه ارسطویی، یونیورسالیسم بداند، اما به این تکامل قائل است و البته برخلاف اوبنک، شکل‌گیری حقوق طبیعی مدرن را نیز پیشرفت ارزیابی نمی‌کند (Villey, 1965: 26).

برخی از فیلسوفان حقوق، اگرچه تفکیک قانون طبیعی عام و انتزاعی از قانون موضوعه متغیر در اندیشه ارسطویی را به معنای احیای رویکرد افلاطونی می‌دانند (Renaut et 1991: 238)، اما معتقدند که ارسطو، خود، این دوگانگی را - که می‌توان آن را معرفت‌شناختی دانست - رادیکال ارزیابی می‌کند و به همین دلیل، سعی می‌کند آن را تعدیل کند و همین تعدیل است که نوعی نسبی‌گرایی را وارد اندیشه ارسطو کرده است (Renaut et 1991: 238)؛ اما نه به آن میزان که منجر به حذف متافیزیک یا همان ایدآلیسم انسان-گرایانه بشود. از آنجاکه قانون طبیعی، کلی است و قانون موضوعه جزئی است، تأکید بر این تفکیک، فاصله آن دو را زیاد می‌کند و نمی‌توان، به‌آسانی، از انطباق قانون موضوعه با قانون طبیعی سخن گفت و در این صورت، قدرت و کارکرد هنجاری خود قانون طبیعی نیز با چالش مواجه است (Renaut et Sosoe, 1991: 238; Aubenque, 1980: 154). به همین دلیل ارسطو، امر درست را به دو بخش طبیعی و قانونی تقسیم می‌کند و امر قانونی که نقش تعیین‌بخشی به امر طبیعی دارد را، نه در تقابل، بلکه در کنار و در تعامل با حقوق طبیعی قرار می‌دهد و آن را مبین و مکمل لازم و اجتناب‌ناپذیر حقوق طبیعی قلمداد می‌کند (Villey, 2006: 85; Aubenque, 1980: 154). به عبارت دیگر، قوانین دولتی، - برخلاف برداشت ژوسناتورالیست‌های مدرن - نه تنها تقابلی با حقوق طبیعی ندارند، بلکه بیان‌کننده و کامل‌کننده عدالت طبیعی تلقی می‌شوند (Villey, 2006: 85; Aubenque, 1980: 154). برای مثال جبران خسارت، امر درست طبیعی است؛ اما نحوه جبران خسارت را در کنشی دیالکتیک، امر قانونی

(قراردادی) تعیین می‌کند و برحسب زمان و مکان نیز متفاوت است. دادن مالیات، امر درست طبیعی است؛ اما میزان و مبلغ آن را بازهم در کنشی دیالکتیک، امر قانونی (قراردادی) تعیین می‌کند (Villey, 1076: 13, 14; Aubenque, 1980:154). روشن است که بدون تدوین راه‌حل‌های جبران خسارت، جبران خسارت به‌عنوان امر درست طبیعی، قابلیت عینی پیدا نمی‌کند (Aristote, 1994, V, 14, 1135 b 18). بنابراین، میان حقوق طبیعی و حقوق موضوعه، تقابلی وجود ندارد؛ آنچه هست، تفکیک است و نه تقابل (Aubenque, 1980: 154). از نظر رونی و سوسو، تلاش اخیر ارسطو در باز تحلیل نسبت امر طبیعی و امر قانونی است که بزرگ‌ترین خدمت وی به فلسفه حقوق تلقی می‌شود (Renaut et Sosoe, 1991:239)؛ روشن است که این روش فلسفه حقوقی ارسطویی، چندان با مذاق ژوسنتورالیسم مدرن سازگار نباشد؛ تفکیک اصطلاح فلسفه حقوق از تئوری عمومی حقوق، یادآور همین ناسازگاری است؛ «فلسفه حقوق»، برای ژوسنتورالیست‌ها باقی می‌ماند و رویکردهای تحقیقی، اصطلاح «تئوری عمومی حقوق» را برمی‌گزینند (Kelsen, 1999: 190 et 191; Dabin, 1969:11).

علت ناسازگاری فلسفه حقوق ارسطویی با مذاق ژوسنتورالیسم مدرن این است که ارسطو، حقوق طبیعی را جهانی نمی‌خواهد و به نظرش، متغیر بودن نحوه جبران خسارت که اقتضای اجتناب‌ناپذیر تأثیر زمان و مکان است، با همیشگی، انتزاعی و جهانی تلقی کردن امر درست طبیعی سازگاری ندارد و تنها راهی که عملاً باقی می‌ماند، نفی حقوق طبیعی جهانی و متافیزیک محور چون مبنای حقوق موضوعه متغیر است و معنای این نفی، چیزی جز رد رویکرد سوفسطایی که به تقابل ذاتی حقوق طبیعی و حقوق موضوعه باور دارد، نیست. برای دوری از همین چالش سوفسطایی است که ارسطو، حقوق طبیعی را تنها و تنها به امر طبیعی انسانی بازمی‌گرداند و این امر طبیعی انسانی را نیز از امر طبیعی الهی و هم از امر طبیعی مکانیکی چون آتش تفکیک و تصریح می‌کند که دو نوع اخیر جهانی‌اند؛ اما امر طبیعی انسانی، متغیر است و به این ترتیب، حقوق طبیعی همانند حقوق موضوعه متغیر بوده و البته، متغیر بودن آن، ساختگی و یا ارادی هم نیست (Aristote, 1994, V, 14, 1135 b 32)؛ بلکه ذاتی است. این گونه است که می‌توان قائل بود اندیشه ارسطویی مبین سیر منطقی است که از میتوس یونانی آغاز می‌شود و با ابتدای بر فوسیس ارسطویی و به وسیله لوگوس به آرته یونانی می‌رسد.

سیری زنجیروار که حذف شدن هر کدام از حلقه‌های آن، یا اندیشه را در دام سوفسطایی گرفتار می‌سازد یا به ژوسناتورالیسم مدرن می‌انجامد.

با این حال، پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر حقوق طبیعی، متغیر است، پس چگونه می‌توان نقش حقوق موضوعه را تعیین‌بخشی به چنین حقوق طبیعی‌ای دانست؟ زیرا تعیین‌بخشی، زمانی ضرورت دارد که محتوای حقوق طبیعی، از کلیت برخوردار باشند؛ به عبارت دیگر، اصول کلی بوده و روشن است که اصل، برای اصل بودن، باید از ثباتی برخوردار بوده، متغیر نباشد.

راه حل را خود ارسطو ارائه داده است؛ حقوق طبیعی و حقوق موضوعه هر دو متغیرند، اما بر اساس دو روش متفاوت (Renaut et Aristote, 1994, V, 14, 1135 a 2-3; Sosoe, 1991: 242, 243; Kalinowski et Villey, 1984: 193, 197; Aubenque, 1980: 155) و همین نکته نیز معیار تفکیک واقعی این دو است. توضیح اینکه، حقوق طبیعی، هم در شکل و هم در محتوا تغییر پیدا می‌کند؛ وقتی می‌گوییم در محتوا تغییر پیدا می‌کند، پس یعنی چیزی هست که خود باقی است، اما محتوای آن تغییر پیدا می‌کند. نباید نادیده انگاشت که حقوق طبیعی، به هر حال، به انسان بازمی‌گردد؛ اگرچه، طبیعت انسان، ماهیتی دینامیک دارد؛ اما دینامیک بودن طبیعت انسان، به معنای از بین رفتن انسان نیست؛ انسان، انسان باقی می‌ماند (Weil, 1991: 182, 183). تغییر حقوق طبیعی هم به همین گونه است؛ عدالت و برداشت‌های متفاوت از آن و یا گذار از عدالت مبتنی بر آزادی به عدالت مبتنی بر برابری، نشان از همان دینامیک بودن حقوق طبیعی و تغییر محتوایی آن دارد؛ اما تغییر محتوای عدالت، به معنای از بین رفتن خود مفهوم عدالت نیست. این در حالی که تغییرات حقوق موضوعه، تغییر از جنس فنی است و از آنجاکه جنس حقوق موضوعه، اساساً فنی است و نمی‌توان در سطح حقوق موضوعه از کلیتی سخن گفت که دینامیک است، پس تغییر فنی حقوق موضوعه، به معنای از بین رفتن یک حقوق موضوعه و شکل گرفتن حقوق موضوعه دیگری است (Aubenque, 1980: 155)؛ ارسطو، خود، حقوق موضوعه را از منظر تغییرپذیری، به واحدهای اندازه‌گیری وزن و یا واحدهای اندازه‌گیری مساحت تشبیه می‌کند که در جاهای مختلف متفاوت است و در جایی برای مثال مایل است و در جایی دیگر کیلومتر؛ در جایی کیلو است و در جای دیگری پوند. همان‌طور که واحدهای اندازه‌گیری متعدد ضرورت دارد، حقوق موضوعه‌های

متعدد نیز ضرورت دارد (Aristote, 1994, V, 14, 1135 a 2-3; Renaut et Sosoe, 1991:242, 243; Aubenque, 1980:155); اما در هر حال، همه حقوق موضوعه‌ها، راه‌های فنی موازنه، به-عنوان قانونی طبیعی‌اند؛ قانونی که خود دینامیک است؛ موازنه، بسته به زمان و مکان، معنای خودش را خواهد داشت و این معنا، در حرکتی تکاملی قرار دارد؛ به عبارت دیگر، زمانی، معنای کانتی داشت و امروزه و برای مثال، معنای رالزی پیدا می‌کند که در مجموع نسبت به معنای کانتی، تکامل یافته‌تر است. بنا بر آنچه گفته شد، نمی‌توان از حقوق موضوعه جهانی سخن گفت و انتظار داشت که حقوق موضوعه زمان و مکان خاصی، در همه جا مطرح باشد تا آنگاه از تغییرپذیری ماهوی آن حقوق موضوعه سخن بگوییم.

۴. سازگاری متافیزیک مدرنیته و «واقعیت» ارسطویی

می‌دانیم که حق بشری، میراث پارادایم حقوق طبیعی مدرن است و این پارادایم، حق و اساساً امر درست طبیعی را مفهومی متافیزیکی و غیر متغیر می‌خواهد (Maspetiol, 1964: 76; Miaille, 1980: 171) تا به آنجا که جامعه‌شناسان حقوقی، حق پارادایم مدرنیته را مانع واقع‌گرایی دانسته، نفی می‌کنند (Duguit, 1927/1: 200, 211, 212)؛ منشأ اعتبار حق نیز همان عقلانیت کانتی است تا به این ترتیب، مفهوم حق، ماهیتی تماماً متافیزیکی پیدا کند و متعلق به انسان ماقبل‌اجتماعی باشد. پس پرسش از چگونگی سازگاری حقوق طبیعی تغییرپذیر و حق بشری به عنوان متافیزیک مدرنیته باقی می‌ماند.

اریک ویل، خوانشی از متن ارسطویی دارد که لیونل پنتون، آن را خوانشی انقلابی و متفاوت می‌داند، زیرا به سازگاری حقوق طبیعی ارسطویی با حقوق بشر می‌انجامد.

دستره نیز برخلاف تاریخ‌گرایان - که بر مفهوم کلاسیک حقوق طبیعی تأکید می‌کنند و بیش از آنکه حقوق طبیعی را در لباس حق‌های طبیعی ببینند، در قالب قانون طبیعی می‌نگرند - حقوق طبیعی ارسطویی را بی‌ارتباط با حقوق طبیعی عصر روشنگری که مؤلفه اصلی آن، همان حق‌های بشری است، نمی‌داند؛ به‌ویژه، با توجه به این نکته که خاستگاه حقوق طبیعی مدرن نیز به انسان بازمی‌گردد تا قابل ارزیابی باشد و تأکید می‌شود که این خاستگاه، همان طبیعت انسانی است (Destrée, 2000: 237, 238). باین حال، دستره، برخلاف اریک ویل، این ارتباط را نقطه پایان تکامل یا ایدآلیسم ارسطویی نمی‌داند. ارتباط حقوق طبیعی ارسطویی با حقوق

بشر، ورود نوعی یونیورسالیسم در اندیشه ارسطویی را اقتضا می‌کند؛ ورودی که ویل به آن معتقد است؛ اما ایدآلیسم دستره، همان‌طور که در تفسیر وی از قانون اساسی برتر ملاحظه کردیم، به یونیورسالیسم نمی‌انجامد و نمی‌تواند بیانجامد، زیرا دستره، ایدآلیسم ارسطویی را، در حال شدن همیشگی می‌داند و شاید این شدن همیشگی، گزار از یونیورسالیسم را اقتضا کند؛ پس از نظر دستره، یونیورسالیسم نمی‌تواند نقطه پایان ایدآلیسم ارسطویی باشد. وانگهی، اگر بناسست تفسیر بهتر از حقوق طبیعی ارسطویی، معیاری زمانی و مکانی داشته باشد و خوشبختی و سعادت، به‌عنوان بیان دیگری از ایدآلیسم ارسطویی، نسخه واحد و نهایی ندارد، تأکید بر یونیورسالیسم معنایی نخواهد داشت.

بااین‌حال، اگر رویکرد ویل را بپذیریم، این پرسش باقی می‌ماند که آیا یونیورسالیسم ویل، از نوع کانتی بوده و در نتیجه، حق کانتی در چارچوب رویکرد ارسطویی قابل‌پذیرش است؟ از لحاظ تحلیلی، در کنار برداشت انتزاعی و متافیزیکی از حقوق بشر - که آن را ابزاری در برابر دولت، برای حفظ و تضمین کرامت انسانی می‌انگارند - (Villey, 2001: 99; Weil, 1991: 187)؛ برداشتی که ماهیت و هویتی تاریخی - اجتماعی برای حقوق بشر قائل است نیز وجود دارد (Dabin, 2007: 18 et 19; Weil, 1991: 194)؛ بنابراین، اگر کلیت ارتباط حقوق طبیعی ارسطویی با حقوق بشر قابل‌تأیید باشد، بازهم، قبل از هر چیز، باید به این پرسش پاسخ داده شود که این ارتباط، با کدامیک از دو برداشت پیش‌گفته از حقوق بشر وجود دارد؟ برداشت متافیزیکی یا برداشت تاریخی - اجتماعی؟

همان‌طور که اشاره شد، طبیعت انسانی، نزد ارسطو و برخلاف برداشت ژوسنتورالیست های مدرن، ماهیتی متافیزیکی ندارد؛ به سخن دیگر، این طبیعت، قابل‌مشاهده تجربی است؛ اما این مشاهده، مشاهده واقعیت صرف یا «آنچه هست»، نیست تا به‌این‌ترتیب، نتوان - به‌ویژه به‌زعم ژوسنتورالیست‌های مدرن - از قابلیت اندیشه ارسطویی برای پذیرش حق سخن گفت؛ علت غایی، عنصر اساسی طبیعت ارسطویی است (Villey, 2006: 86) به‌عبارت دیگر و همان‌طور که اشاره شد، فوسیس ارسطویی در یک سیر منطقی به آرته ارسطویی می‌رسد. همین ارتباط است که موجب می‌شود منشأ این غایت، عقلانیت طبیعی و متافیزیکی - یا به تعبیر دیگر عقلانیت مدرن - نباشد (Villey, 2006: 87). طبیعت ارسطویی ماهیتی شدنی و تکاملی دارد؛ منتهی، در تاریخ است که این شدن و این تکامل، محقق شده، معنا پیدا می‌کند و از همین

رو، این طبیعت را، تاریخی - اجتماعی می‌دانیم و همین نکته، در ماهیت حق، اگر بناست منشأ حق، این طبیعت باشد، تأثیرگذار است. از منظر اریک ویل، وقتی از تاریخ سخن می‌گوییم، اگرچه تحولات تاریخی - اجتماعی، ازجمله شکل‌گیری جامعه شهری و اقتصاد بازار نیز مدنظر است، اما نمی‌توان از تحولات فکری و ازجمله نومی‌نالیسم (کلی، ۱۳۸۲: ۳۴۲؛ Villey, 2003: 99) غافل شد، زیرا خود این اندیشه‌ها نیز، به‌نوعی محصول تطور تاریخی و تحول زمانی و مکانی‌اند (Weil, 1991: 193, 194, 195). به‌این‌ترتیب و نظر به تحول‌پذیری طبیعت تاریخی - اجتماعی انسان، می‌توان انتظار داشت که سرانجام و اگر اندیشه ارسطویی، مبتنی بر نیل به «باید» و باقی‌نماندن در «هست» معنا شود، گذار از مفهوم قانون طبیعی به حق طبیعی تحقق یابد؛ تردیدی نیست که آزادی فردی را باید نقطه عطفی در تاریخ اجتماعی بشر دانست؛ اما این حق آزادی فردی، طبیعی یعنی مبتنی بر طبیعت تاریخی - اجتماعی انسان بوده، فطری و یا متافیزیکی نیست. از همین روست که ویل، برداشت کانتی، لاک و هابزی از انسان و از حقوق بشر را نقد و رد می‌کند (Weil, 1991: 195). از نظر اریک ویل و با عنایت به همان جنبه تاریخی شکل‌گیری حقوق بشر، نباید صورت‌گرایی آزادی فردی و رویکرد لیبرالیستی ابتدایی آن را جدی گرفت. شکی نیست که تأکید بر صورت‌گرایی حق آزادی فردی، می‌تواند طبیعی و خودجوش بودن حق را با چالش مواجه ساخته و تصنعی، ایدئولوژیک و ساختاری بودن آن را به ذهن متبادر سازد؛ حق طبیعی ارسطویی شده، ماهیتی پوزیتیو و اجتماعی و مبتنی بر تاریخ دارد (Weil, 1991: 187, 194, 195).

البته، تحلیل ویل به‌گونه‌ای است که انگار برداشت متافیزیکی از حق، خود، حاصل تحول تاریخی حقوق طبیعی و درواقع طبیعت انسانی بوده است و از این منظر، چندان هم تعارضی با اندیشه ارسطویی نداشته است؛ بلکه باقی‌ماندن در آن، اصالت دادن به آن و نادیده‌انگاشتن طبیعت تاریخی - اجتماعی آن است که در تعارض با اندیشه ارسطویی است. حق، ماهیتی دینامیک و تکاملی دارد و شکل‌گیری نسل‌های مختلف حقوق بشری و ازجمله شکل‌گیری حق طبیعی اقتصادی، نشانه آن است.

باید پذیرفت که امر درست طبیعی در گذر زمان، گاه قالب قانون طبیعی به خود گرفته است و گاه قالب حقی متافیزیکی و گاه نیز لباس حق اجتماعی یا خودجوش را پوشیده است

و همه این تحولات، ناشی از این است که انسان، موجودی تاریخی - اجتماعی است. با شکل‌گیری تاریخی دولت مدرن در بستر بازار آزاد، منطقی است که از قانون طبیعی به سمت حق طبیعی حرکت کنیم و وقتی این نوع دولت، در ساختار مدرنیته شکل گرفته و دغدغه گذار از سنت اجتماعی مطرح است، منطقی است که این حق، ماهیتی متافیزیکی به خود بگیرد و آنگاه که دغدغه اجتماعی شدن، به دنبال بحران متافیزیک‌گرایی و فردگرایی مبتنی بر آن اهمیت پیدا می‌کند، حق، ماهیتی خودجوش می‌یابد تا مانع روند اجتماعی شدن نشود و شاید، حتی بتوان در آینده با توجه به ماهیت تاریخی - اجتماعی انسان، از عبور از حق طبیعی سخن گفت و این نکته، دقیقاً به این معنی است که حتی نئولیبرالیسم - که در مقایسه با لیبرالیسم، با برداشت اجتماعی از حق موافق است - پایان تاریخ نیست.

همان‌طور که اشاره شد ویل، یونیورسالیسم را پایان تاریخ می‌داند. وی یونیورسالیته را به‌عنوان نقطه کمال طبیعت انسانی یاد می‌کند و حقوق بشر را جهانی می‌خواهد و حتی آن را برای جوامعی که از جامعه غربی فاصله‌دارند نیز می‌خواهد. از همین رو، در وفاداری او به اندیشه ارسطویی می‌توان تردید کرد؛ اگر طبیعت انسان، تاریخی - اجتماعی و تکاملی است، نخست یونیورسالیته را نمی‌توان پایان این کمال دانست و دوم، اقتضای عدالت طبیعی نه یونیورسالیته، بلکه **پلورالیه** است، زیرا همه جوامع، از منظر طبیعت تاریخی، وضعیت یکسانی ندارند.

از نظر اریک ویل، انسان می‌خواهد مؤثر بر طبیعت باشد و ابایی ندارد که این مؤثر بودن، تلقی به گذار از سنت بشود. انسان، بر اساس همین منطق و با رویکردی جهانی که با شاخصه همیشگی بودن امر درست نیز پیوند دارد، مفهوم عقلانیت را کشف می‌کند تا آن را، منشأ قوانین جهانی و حق‌های جهانی قرار دهد؛ او یونیورسالیته^۱ را کشف می‌کند: جهانی بودن قوانین طبیعی را، جهانی بودن طبیعت انسانی را. به این ترتیب، قاعده‌ای که جهانی نیست را نیز طبیعتاً نادرست ارزیابی می‌کند (Ponton, 1987: 60).

ویل، تصریح می‌کند که حق‌های بشری، بیان تاریخی مفادی فرا تاریخی‌اند و تاریخ، بزرگ‌ترین کاشف همین محتوای فرا تاریخی و همیشگی است که در نهاد انسان است. این حق‌ها متعلق به هر انسانی است؛ حتی، انسانی که سنت جامعه زیستی او یا به عبارت دیگر،

طبیعت تاریخی او، هنوز، پذیرای چنین حق‌هایی نیست. قانونی اساسی عادلانه نیز همان قانون اساسی است که نه فقط این حق‌ها را اعلام کند، بلکه تضمین‌کننده آن‌ها نیز باشد. پس محتوای قانون اساسی برتر، همین حق‌های همیشگی است و بر همین اساس، می‌توان قائل به وجود قانون اساسی جهانی، برتر و همیشگی بود. همان قانون اساسی‌ای که ایدآل قوانین اساسی دیگر است و همه قوانین اساسی دیگر، باید به سمت و سوی آن حرکت کنند.

معنی این سخنان ویل، می‌تواند نفی نسبی‌گرایی از اندیشه ارسطویی باشد. نفی‌ای که شاید، درنهایت یک ضرورت باشد و الا تعامل متافیزیک و واقعیت، عملاً به نفع واقعیت تمام می‌شود و تاریخ و برای مثال موضوع بردگی، شاهی برای آن است. اوینک، شکل‌گیری حقوق بشر در پارادایم مدرنیته را، در مقایسه با پارادایم حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی، یک پیشرفت تلقی می‌کند (Aubenque, 1980: 157). پس اگر حقوق طبیعی ارسطویی می‌خواهد متهم به ضد توسعه بودن نشود، گویا، راهی جز این ندارد که مفهوم حق بشری را به نحوی بپذیرد و با یونیورسالیسم سازگاری یابد؛ دیدگاهی که میشل ویله، استاد فرانسوی به آن قائل نیست.

از نظر ویله، در اندیشه حقوق طبیعی کلاسیک و نزد ارسطو، حق، نه امر ذاتی انسانی (چه انسان اجتماعی و چه انسان کانتی)^۱، بلکه امری نوعی یا ابژه-گونه^۲ است؛ درواقع، همان سهم عادلانه‌ای است که در چارچوب عدالت توزیعی مکتب حقوق طبیعی کلاسیک، به فرد تعلق می‌گیرد^۳ و دقیقاً، بر همین اساس است که صحبت از برابری حق‌ها پذیرفتنی نیست، زیرا موقعیت اجتماعی فرد در این تقسیم‌بندی تأثیرگذار است؛ سهم عادلانه‌ای که همان امر درست حقوق طبیعی کلاسیک تلقی می‌شود و نشان از همان حق بودن دارد و تفاوت آن با حق فردی که تعبیر دیگر آن، حق داشتن است، روشن است (Villey, 2006: 243). اگر بارها بر این نکته تأکید می‌شود که حقوق طبیعی کلاسیک ابژه‌محور است و حقوق طبیعی مدرن، سوژه‌محور (Cf. Renaud et Ferry, 1992/3:49) از همین باب است.

واقعیت این است که میشل ویله سنت‌گرا، برخلاف اوینک و ویل (Aubenque, 1980: 157; Weil, 1991: 187, 194, 195) و البته، همگام با بسیاری از حقوق‌دانان واقع‌گرا چون

1. droit subjectif/ Subjective Right

2. droit objectif/ Objective Right

3. Summ jus cuique tribuere

ریموند سالی (Saleilles, 1922: 535, 536)، چندان با مفهوم حق فردی موافق نیست و حتی شکل‌گیری آن را نه نماد توسعه، بلکه حاصل نوعی نقص فرهنگی از یک سو و التقاط اندیشه از سوی دیگر، می‌داند. منظور ویله از نقص فرهنگی، به عنوان یکی از عوامل گرایش به مفهوم حق فردی، خودخواهی و باور ماتریالیستی است؛ همان‌که لئون پترازیسکی، به شدت به چالش می‌کشد (ر.ک. شهابی، ۱۴۰۱: ۲۱۶)؛ و نکته‌ای که از دید هابرماس، فیلسوف آلمانی نیز مغفول نمانده است؛ وی دکترین حقوق طبیعی مدرن را زمینه‌ساز پوزیتیویزه کردن سنت ریشه‌دار حقوق طبیعی کلاسیک^۱ می‌داند و معنای پوزیتیویزه کردن نیز این است که ارزش، به جای اینکه اعتبار خود را از طبیعت اشیا اخذ کند، از نوعی اراده‌گرایی فردی که با خودمحوری و خودپرستی عجین است، اخذ می‌کند (Habermas, 1974: 84). سالی نیز، حق فردی را مبتنی بر برداشتی انتزاعی از انسان می‌داند و با وضعیت طبیعی او که همان همبستگی اجتماعی است و دو مؤلفه تاریخ و واقعیت اجتماعی بر آن گواه‌اند، مغایر ارزیابی می‌کند (Saleilles, 1922: 535, 536).

منظور ویله از التقاط اندیشه نیز تأثیرگذاری مسیحیت و انتقال برخی آموزه‌های مسیحی از ساحت اخلاق و کنش اخلاقی به ساحت حقوق و تنظیم روابط اجتماعی است و از آموزه‌های مسیحی نیز به طور خاص، فرقه فرانسیسکن را مدنظر دارد. بی‌تردید مسیحیت، با آن نقص اخلاقی خودمحوری و خودپسندی ضرورتاً همگام نیست؛ اما از منظر ویله و البته، همین‌طور لئون هوسن (Husson, 1972: 46, 48)، دیگر استاد فرانسوی، در کنار هم قرار گرفتن این دو عامل، زمینه‌ساز فردگرایی و شکل‌گیری حق فردی شد. آموزه‌های فرانسیسکن حقوقی نیست؛ اما به سرزمین حقوق منتقل می‌شود تا سعی شود حق فردی بیش‌ازحد نماد خودپسندی نباشد و وصف اخلاقی نیز به خود بگیرد (Villey, 1969: 140, 141; Boureau, 1992: 1113-1135).

باین حال، این نکته را نیز نباید نادیده انگاشت که میراث حقوق طبیعی مدرن، یعنی همان حقوق بشر متأفیزیکی، در زمان خود، تأثیرگذاری قابل توجهی در مقایسه با ژوسناتورالیسم ارسطویی، در گذار از ساختار اجتماعی سنتی به ساختار اجتماعی مدرن دارد؛ گذار و درواقع پیشرفتی که به وسیله ژوسناتورالیسم ارسطویی و به دلیل تعامل آن با واقعیت، امکان تحقق

نداشته است؛ نکته‌ای که اوبنک، با وجود تفسیری نسبی گرایانه از حقوق طبیعی ارسطویی و دفاع از آن، به آن اذعان دارد (Aubenque, 1980: 157) و سوسو و رونو نیز نمی‌توانند از آن چشم‌پوشی کنند (Renaut et Sosoe, 1991: 244). وانگهی، با برداشت نسبی‌گرایانه از حقوق طبیعی ارسطویی، عملاً نقش اصلاح ساختار سیاسی - اجتماعی از آن سلب می‌شود و می‌دانیم که هسته اصلی مدرنیته، همین اصلاح است و به همین دلیل، در تقابل با رواقی‌گری قرار می‌گیرد (برن، ۱۳۶۲: ۱۱۵).

در مقایسه میان حقوق طبیعی میراث پارادایم مدرنیته و حقوق طبیعی ارسطویی، اندیشه ارسطویی ترجیح دارد و حتی در تقابل با پوزیتیویسم امروزی، کاراتر و مؤثرتر به نظر می‌رسد. روشن است که اگر منظور از دکتترین حقوق طبیعی، نظریه‌هایی باشند که نوعی حقوق طبیعی ازلی و غیر قابل‌تغییر را در مقابل حقوق موضوعه قرار می‌دهند و این حقوق طبیعی نیز مبتنی بر برداشتی انتزاعی از طبیعت و ماهیت انسان باشد، ارسطو را نباید پیشگام اندیشه حقوق طبیعی دانست (Renaut et Sosoe, 1991: 244)؛ اما به نظر می‌رسد ارسطو با برداشت خاص خود از حقوق طبیعی، درواقع از نوعی حقوق طبیعی گرفتار در چارچوب فرمالیسم و منقطع از واقعیت دوری می‌کند. ارسطو با برقراری نسبت میان حقوق طبیعی و واقعیت، بهتر توانسته است از حقوق طبیعی و اقتدار آن دفاع کند، زیرا برداشتی که مدرنیته از حقوق طبیعی دارد و آن را متافیزیکی و انتزاعی می‌خواهد، درواقع، کارکرد هنجاری حقوق طبیعی را به‌ویژه در تقابل با پوزیتیویسم اجتماعی و نیز دولتی، به چالش می‌کشد و آن را از محتوا تهی می‌کند؛ نتیجه چنین حقوق طبیعی‌ای که امکان سازگاری با واقعیت را ندارد، توسعه پوزیتیویسم حقوقی است (Renaut et Sosoe, 1991: 244). نمی‌توان انکار کرد که شکل‌گیری نظریه حقوق طبیعی تغییرپذیر در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم به نجات اندیشه حقوق طبیعی در مواجهه با بحران واقع‌گرایی یا همان پوزیتیویسم اجتماعی انجامید (Ripert, 1994: 17).

آری، ایدآلیسم کانتی با طبیعت ارسطویی مؤانستی ندارد؛ از همین رو، نباید انتظار داشته باشد که حق کانتی که نماد یک‌تازی متافیزیک در ساحت اجتماعی است، موردپذیرش حقوق طبیعی ارسطویی باشد؛ اما اگر خاستگاه امر درست ارسطویی، طبیعت اشیاء و به تعبیر خاص‌تر، طبیعت تاریخی اجتماعی انسان است و این طبیعت نیز ماهیتی تکاملی دارد، دلیلی ندارد که این طبیعت، منشأ حق سوژه محور نباشد و صرفاً آن را به‌مانند میشل ویله، سازگار با

حق چون ابژه بدانیم. سوژه ارسطویی منشأ حق طبیعی ارسطویی شده است. چاره حل چالش سوژه کانتی، پناه بردن به سنت‌گرایی میشل ویله و گذار از سوژه به ابژه نیست؛ بلکه، چاره را باید در درک درست سوژه ارسطویی جستجو کرد.

فرجام سخن

حقوق طبیعی کلاسیک، در مقایسه با حقوق طبیعی مدرن، به سنت اجتماعی وفادارتر است؛ این وفاداری را، نباید، خیلی هم منفی ارزیابی کرد، زیرا موجب می‌شود در مقایسه میان حقوق طبیعی میراث پارادایم مدرنیته و حقوق طبیعی ارسطویی، اندیشه ارسطویی ترجیح داشته باشد و حتی در تقابل با پوزیتیویسم امروزی، کاراتر و مؤثرتر به نظر برسد. راستی را اگر بخواهیم، حقوق طبیعی‌ای که امکان سازگاری با واقعیت را ندارد، خود، زمینه‌ساز توسعه پوزیتیویسم حقوقی و آن‌هم از نوع افراطی آن است.

اما این وفاداری به سنت نزد حقوق طبیعی کلاسیک، می‌تواند چالشی درونی را برای این نوع از حقوق طبیعی موجب شود و هویت، ماهیت و کارکرد آن را با بحران مواجه سازد و عبور از آن را نتیجه بدهد. کارکرد اصلی حقوق طبیعی، گذار از هست به باید و اصلاح و جهت‌دهی حقوق موضوعه، بر اساس همین گذار است. این سخن، البته، به معنای نفی نقش حقوق موضوعه نیست. حقوق موضوعه می‌تواند با تکمیل حقوق طبیعی کلاسیک، زمینه عینی‌سازی و تحقق اجرایی آن را فراهم آورد و نقطه پایان دیالکتیک در حقوق طبیعی کلاسیک باشد.

ارسطو با تأکید بر طبیعت اشیاء و به‌طور خاص، طبیعت تاریخی - اجتماعی انسان یا همان فوسیس انسانی، به‌عنوان منشأ اعتبار امر درست، درواقع، از بحران و چالش پیش‌گفته عبور کرده است، زیرا این طبیعت انسانی، ماهیتی تکاملی دارد و نوعی از ایدآلیسم درون آن وجود دارد و همین ایدآلیسم، باقی نماندن در هست و گذار از هست به باید را تضمین می‌کند. به سخن دیگر، ارتباط معناداری میان فوسیس ارسطویی و آرته وجود دارد؛ این حداقلی از متافیزیک را باید حاصل توجه به جایگاه میتوس در اندیشه ارسطویی دانست. حقیقتی که اسطوره است و به همین دلیل، با استدلال و برهان قابل‌بازشناسی نیست. نسبت به آن منطق

اقتناعی و نه منطق استدلالی جواب می‌دهد. واقعیت این است که اندیشه ارسطویی، مبین سیری منطقی است که از میتوس یونانی آغاز می‌شود و با ابتدای بر فوسیس ارسطویی و به‌وسیله لوگوس، به آرته یونانی می‌رسد. سیری زنجیروار که حذف شدن هرکدام از حلقه‌های آن، یا اندیشه را در دام سوفسطایی گرفتار می‌سازد یا به ژوسناتورالیسم مدرن می‌انجامد.

باین‌حال، ماهیت ایدآلیسم و تکامل ارسطویی و تعیین نقطه پایان این تکامل، خود چالش دیگری است. تلقی یونیورسالیسم و هسته اصلی و ذاتی آن یعنی حق بشری به‌عنوان نقطه پایان این تکامل، وفاداری حقوق طبیعی کلاسیک به سنت اجتماعی را، زیر سؤال می‌برد، زیرا یونیورسالیسم، نوعی فرا روایت فرهنگی است که با نسبیت فرهنگی مؤانستی ندارد و بیان دیگری از جهانی‌سازی حق کانتی است. برای تعدیل واقع‌گرایی حقوق طبیعی، به مفهوم حق نیاز است؛ اما نباید این حق، همان متافیزیک کانتی باشد، زیرا در این صورت، باید از حاکمیت متافیزیک بر طبیعت سخن گفت و با این حاکمیت، سخن گفتن از وفاداری حقوق طبیعی به سنت اجتماعی بی‌معنا خواهد بود. اگر خاستگاه امر درست ارسطویی، طبیعت اشیائی است که ماهیتی تکاملی دارد، دلیلی ندارد که این طبیعت، منشأ حق سوژه محور نباشد و صرفاً آن را سازگار با حق چون ابژه بدانیم. تأکید ارسطو بر طبیعت انسانی به معنای پذیرش سوژه ارسطویی هم است و چرا این سوژه ارسطویی، منشأ حق طبیعی ارسطویی شده نباشد. چاره حل چالش سوژه کانتی، این نیست که به سنت‌گرایی میشل ویله اکتفا کنیم و ابژه را جایگزین سوژه کنیم؛ بلکه، چاره را باید در درک درست سوژه ارسطویی جستجو کرد؛ سوژه‌ای که ادعای ماقبل‌اجتماعی بودن ندارد و اجتماعی بودن، شاخصه آن است.

References

- اشتراوس، لئو (۱۳۷۳). *حقوق طبیعی و تاریخ*، ترجمه باقر پرهام، تهران: آگه.
- برن، ژان (۱۳۶۲). *فلسفه رواقی*، ترجمه سید ابوالقاسم پور حسینی، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- راسخ، محمد. (۱۳۸۵). ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، مجلس و پژوهش، ۱۳ (۵۱)، ۴۰-۱۳. SID. <https://sid.ir/paper/432924/fa>
- راسخ، محمد (۱۳۹۶). *حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد دوم، تهران: نشر نی.

- شهابی مهدی (۱۴۰۱). حقوق طبیعی مونتسکیو؛ تأملی بر نسبت متافیزیک و واقعیت در اندیشه حقوق طبیعی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۶ (۱)، ۹۷-۷۵. <http://clr.modares.ac.ir/article-20-41511-fa.html>
- شهابی، مهدی (۱۳۹۷). فلسفه حقوق، مبانی نظری تحول نظام حقوقی، از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- شهابی، مهدی. (۱۴۰۱). حقوق اشراقی لئون پترایسکی؛ تأملی بر گذار از عقل و طبیعت اشیا به اشراق تجربی چون مبنای اعتبار حقوق، پژوهش حقوق عمومی، ۲۴ (۷۶)، ۲۴۶-۲۱۵. <https://doi.org/10.22054/qjpl.2022.62722.2651>
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۸). تاریخ فلسفه، فلسفه قرون وسطی، از آوگوستینوس تا اسکوتوس؛ مترجم ابراهیم دادجو، جلد دوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلی، جان موریس (۱۳۸۲). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه دکتر محمد راسخ، تهران: طرح نو.
- نصر، سید حسین (۱۳۸۰). معرفت و معنویت، ترجمه انشاء الله رحمتی، تهران: سهروردی.

- Aquinas, T. (1984). *Summa theologiae*, Digital edition: library of the Cerf edition [In French].
- Aquinas, T. (1993). *Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics*, Translated by C.I. Litzinger, O. P. Indiana, DUMB OX BOOKS.
- Aristotle (1994). *Nicomachean Ethics*, Paris: Vrin [In French].
- Aristotle (1991). *The Metaphysics*, translated by John H. Macmahin, New York: Prometheus.
- Aristotle (1997). *Ethics in Eudemus*, Paris: Philosophical bookstore J. Vrin, translated by Vianney Décarie [In French].
- Aristotle, (1959(a)). *Politics*, with an English translation by H. Rackham, M. A. London: William. Heinemann LTD; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Aristotle (1959(b)). *The Art of Rhetoric*, with an English translation by John Henry Freese, London: William Heinemann LTD; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Aubenque, P. (1980). The law according to Aristotle, Archives of Philosophy of Law, n° 25, Paris, Sirey, 147-157 [In French].
- Bern, J. (1983). *Stoic philosophy*, translated by Seyyed Abolqasem Pour Hosseini, Tehran: Amir Kabir Publishing [In Persian].

- Bureau, A. (1992). Law and Theology in the 13th Century, *Annals History, Social Sciences*, 47(6), 1113–1125 [In French].
- Capleston, F. (2008). *History of Philosophy, Medieval Philosophy, from Augustine to Scotus*; Translated by Ibrahim Dadjo, T. II, Tehran: Scientific and Cultural Publishing Company [In Persian].
- Carré de Malberg, R. (2003). *Contribution to the General Theory of the State*, T. I., Paris: Dalloz [In French].
- Charette, L. (1981). Natural Law and Positive Law in Saint Thomas Aquinas, *Philosophical*, 8(1), 113-130 ; DOI: <https://doi.org/10.7202/203152ar> [In French].
- Dabin, J. (1969). *General Theory of Law*, Paris: Dalloz [In French].
- Dabin, J. (2007). *Subjective Right*, Paris: Dalloz [In French].
- Destrée, P. (2000). Aristotle and the Question of Natural Law ("Eth. Nic.", V, 10, 1134 b 18-1135 a 5), *Phronesis*, 45(3), 220-239; <https://www.jstor.org/stable/4182647> [In French].
- Duguit, L. (1927). *Treatise on Constitutional Law*, T. I. *The Rule of Law and the Problem of the State*, Paris: Former Fontemoing bookstore [In French].
- Duguit, L. (2003) *The State, Objective Law and Positive Law*, Paris: Dalloz [In French].
- Éric Weil (1991). "Natural law", *Essays and Conferences*, T.I, *Philosophy*, Paris: J. Vrin philosophical bookstore edition [In French].
- Finnis, J. (1998). *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory, Founders of Modern Political and Social Thought*: New York, Oxford university press.
- Habermas, J. (1974). *Theory and Practice*, Trans. J. Viertel, Boston: Beacon Press.
- Husson, L. (1972). The Philosophical Foundations of Modern Law, *Philosophical Studies*, 1, 39-54 [In French].
- Jellinek, G. (2005). *The Modern State and its Law*, T. I., *General Theory of the State*, Paris: V. Giard and E. Brière edition [In French].
- Kalinowski. G. et M. Villey (1984). The Mobility of Natural Law in Aristotle and Thomas Aquinas, In. *Archives of Philosophy of Law*, 29, Paris: Sirey, 187-199 [In French].
- Katouzian, N. (2010), *Philosophy of Law*, T. I, Tehran: Publishing Company [In Persian].
- Kelly, J. (1382), *A Short History of Western Legal Theory*, translated by Dr. Mohammad Rasakh, Tehran: New Tarh [In Persian].
- Kelsen, H. (1999). *Pure Theory of Law*, Translated by Charles Eisenmann, Paris: Bruylant and L.G.D.J. [In French].

- Le Fur, Louis, *The Theory of Natural Law since the 17th Century and Modern Doctrine*, Collection of courses, Academy of International Law, 18, 259-442 [In French].
- Maspetiol, R. (1964). Ambiguity of Subjective Right, In. *Archives of philosophy of law*, Paris: Sirey, 71-81 [In French].
- Miaille, M. (1980). *A Critical Introduction to Law*, Paris: Edition F. Maspero [In French].
- Nasr, S. (2010). *Knowledge and Spirituality*, translated by Insha Allah Rahmati, Tehran: Sohrvardi [In Persian].
- Oppetit, B. (2004), *Philosophy of Law*, Paris: Dalloz [In French].
- Petit, A. (1999). Scot and Cudworth, the Augustinian 'Question' 'DE IDEIS', *Journal of Philosophical and Theological Sciences*, 83(1), 73–84; <https://www.jstor.org/stable/44410136> [In French]
- Ponton, L. (1987). Eric Weil: Aristotelian Natural Law and Human Rights, *Laval theological and philosophical*, 43(1), 49-65; DOI: <https://doi.org/10.7202/400277ar> [In French].
- Rasekh, M. (2016). Right and Expediency, *Essays in Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, T. II, Tehran: Nei Publishing.
- Rasakh, M. (2006) Intrinsic and Transverse Features of the Rule, *Majlis and Research*, 13(51), 13-40 [In Persian].
- Rawls, J. (1997) *Theory of Justice*, Translated from the American by Catherine Audard, Paris: Édition du Seuil.
- Renard, D. (2000) The Three Births of the Welfare State, *Powers*, French Journal of Constitutional and Political Studies, 94, 19-30.
- Renaud, A., Ferry, L. (1992) *Political philosophy*, Vol. III, from human rights to the republican idea, Paris: Puf [In French].
- Renaut A. et Sosoe, L. (1991). *Philosophy of Law*, Paris: Puf [In French].
- Ripert, G. (1994). *The Moral Rule in Civil Obligations*, Paris: L.G.D.J. [In French].
- Saleilles, R. (1922). *Legal Personality; History and Theories; Twenty-five Introductory Lessons to a Comparative Civil Law Course on Legal Entities*; Paris: Arthur Rousseau Bookstore [In French]
- Savigny, F. (2006). *On the Vocation of Our Time for Legislation and the Science of Law; Translation and notes: A. Dufour*, Paris, puf [In French].
- Shahabi, M. (1401). Montesquieu's Natural Law; A Reflection on the Relationship Between Metaphysics and Reality in the Thought of Natural Law, *Comparative Law Research*, 26 (1), 75-97.
- Shahabi, M. (2017). *Philosophy of Law, Theoretical Foundations of the Transformation of the Legal System, from Fraditional Law to Modern*

- Law, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publications
- Shahabi, M. (2022) Leon Petrazyski's Intuitive Law; A Reflection on the Transition from Reason and the Nature of Things to Empirical Illumination as the Basis of the Validity of Law, *Public Law Research*, 24 (76), 215-246.[In Persian].
- Spector, C. (2013) Montesquieu and the Crisis of Modern Natural Law: Straussian Exegesis, *Review of Metaphysics and Morality*, 77(1), 65-78 [In French]
- Spitz, J. (2005). Ronald Dworkin and the False Dilemma of Equality and Freedom, *International Review of Philosophy*, 233(3), 413-433; <https://doi.org/10.3917/rip.233.0413> [In French]
- Strauss, L. (1994). *Natural law and History*, translated by Bagher Parham, Tehran: Agah [In Persian]
- Strauss, L. (2016). Natural Law, translated into French by Emmanuel Patard, *Philosophy Archives*, 79 (3), 453-484 [In French]
- Troper, M. (2005). *The Philosophy of Law*, Paris: Puf [In French]
- Villey, M. (1969). Subjective Law I (The Genesis of Subjective Law in William of Occam)", *Sixteen Essays on the Philosophy of Law Including One on the University Crisis*, Paris: Dalloz [In French]
- Villey, M. (1976). New Rhetoric and Natural Law, Logic and Analysis, 19(73), 3-24; <https://www.jstor.org/stable/44084506> [In French]
- Villey, M. (2001). *Philosophy of Law, Definitions and Ends of Law, The Means of Law*, Paris: Dalloz [In French]
- Villey, M. (2006) *The Formation of Modern Legal Thought*, Paris: Quadrige/PUF [In French]
- Villey, M. (1965) A Historian's Observations on Classical Natural Law, *Archives for Philosophy of law and Social Philosophy*, 51, 19- 35 [In French]
- Villey, M. "Preface" to: Grzegorzczuk, Christophe (1982), *The General Theory of Values and the Law*, Paris: L.G.D.J. [In French]



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/jls.2025.46564.4892>



Research Article

The Role of Health in Peacebuilding in the Phases of Armed Conflict with Reference to the Performance of the World Health Organization

Elmira Rahmani¹, Aghil Mohammadi^{2*}

1. L.L. M in International Law, School of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. Assistant Professor of International Law, Department of Public and International Law, School of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 14/01/2023

Accepted: 02/03/2023

Abstract

Introduction

Various factors can lead to the violation of the right to health, the weakening and even the collapse of a country's health system, among which the outbreak of armed conflict is considered the most important and devastating factor. The exacerbation of diseases, widespread malnutrition, the systematic destruction of health system infrastructure and structures, and the alarming increase in mental illnesses are among the most significant and long-lasting effects of violent conflicts. As two fundamental and interdependent human rights, health and peace maintain a complex and mutually reinforcing relationship. Health can play an influential and transformative role in peacebuilding across all three critical phases: before the outbreak, during, and after the cessation of armed conflict. There is no doubt that building and maintaining sustainable peace through health initiatives requires a comprehensive, multifaceted approach

Please cite this article as:

Rahmani, E., Mohammadi, A. (2025). The Role of Health in Peacebuilding in the Phases of Armed Conflict with Reference to the Performance of the World Health Organization. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 273-312.
<https://doi.org/10.22099/jls.2025.46564.4892>

* Corresponding author:

E-mail address: aghilmohammadi@shirazu.ac.ir

that cannot be successfully achieved without the active participation and commitment of health professionals at all levels. The health system, as the primary institution responsible for medical treatment before, during and after the outbreak of conflict, has specific tasks and responsibilities that it must carry out through its trained personnel and established networks. This global system is coordinated and led by the World Health Organization as the preeminent international health body. This organization, while fully understanding the fundamental importance of sustainable peace for global health, consistently emphasizes the special role of doctors, nurses and other health workers in building, maintaining and promoting peace as the most important factor in achieving the goal of universal health coverage. This article systematically answers two key questions: what concrete role does health play in peacebuilding throughout different conflict phases, and what specific measures has the World Health Organization implemented in this regard?

Method

This article thoroughly examines the issue based on a rigorous descriptive-analytical method that incorporates multiple research approaches. The comprehensive content of this article has been carefully collected through extensive reference to authoritative Persian and English academic books and peer-reviewed journal articles. Relevant international legal documents and official reports from international organizations, as well as reliable institutional websites, have also been critically reviewed and analyzed, with significant content being systematically extracted from these diverse sources to ensure a balanced perspective.

Results

This article presents a compelling argument that health should be considered central and indispensable to peacebuilding efforts for two fundamental and interrelated reasons. First, access to basic health services and ensuring a minimum quality of health standards constitute an inalienable human right that must be protected in all circumstances. In this fundamental sense, improving population health represents not just a means but an essential goal in itself. Especially for societies devastated and traumatized by prolonged war, the urgent provision of improved medical and public health services is both desperately needed and morally imperative. Second, improving health outcomes serves as an integral and necessary component of other critical elements of peacebuilding and consolidation, namely sustainable economic development, meaningful political participation, and long-term societal stability. In practical terms, the health system can play a key and multifaceted role in supporting the interconnected fields of health, peace,

and development, as well as in transforming the prevailing culture of violence into a sustainable culture of peace, primarily through innovative health diplomacy and equitable healthcare delivery.

During active conflict situations, the role of doctors, nurses, and frontline health workers becomes particularly crucial and challenging in efforts to reduce tensions, mitigate conflict impacts, and ultimately create conditions for stability and reconciliation. Restoring or strengthening community trust that has been severely eroded by violence, particularly through ensuring fair and impartial distribution of scarce health services, represents an important peacebuilding strategy that can be highly effective at this critical stage of conflict. In this regard, the health system can be particularly impactful by actively supporting the efficient delivery of humanitarian medical aid and participating in mediated dialogue processes between conflicting parties through health-focused diplomacy, thereby helping to reduce hostilities and resolve underlying tensions.

This article also reaches the significant conclusion that building trust between divided social groups, facilitating collaborative health partnerships, improving health equity through structured dialogue between government agencies, health providers and humanitarian organizations, promoting mutual understanding and cooperation, and helping to reconstruct damaged health infrastructure constitute important and practical measures that can substantially contribute to peacebuilding both during ongoing conflicts and in post-conflict recovery phases. The World Health Organization has also been consistently trying for many years to play a constructive role in achieving sustainable peace through health interventions, primarily through two flagship programs: the innovative "Health as a Bridge to Peace" initiative and the comprehensive "Humanitarian Response" framework, although their concrete results have shown considerable variation across different contexts, despite demonstrating significant potential effectiveness in certain situations.

Conclusions

Overall, the success and measurable effectiveness of health systems in contributing to peacebuilding has varied considerably across different conflict settings and historical periods. In reality, it is not possible to formulate a definitive or universal assessment regarding the precise extent to which specific health programs have been successful in establishing lasting peace, although substantial evidence suggests their effectiveness has been highly context-dependent and variable. The complex reality is that a careful examination of conditions in countries affected by violent conflicts clearly shows that given their vastly different situations in terms of the specific

conditions prevailing at the time of conflict, as well as their varying institutional abilities, technical capacities, health system resilience, educational resources, and financial facilities, the effectiveness and long-term success of health-focused programs in establishing and maintaining sustainable peace in these troubled territories has inevitably shown significant variation and requires case-by-case evaluation.

Keywords: Health as Bridge for Peace, Humanitarian Response Plan, Stages of armed conflicts, World Health Organization, Peacebuilding.



نقش سلامتی در ایجاد صلح در مراحل مخاصمه مسلحانه با اشاره به عملکرد سازمان جهانی بهداشت

المیرا رحمانی^۱، عقیل محمدی^{۲*}

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
استادیار حقوق بین‌الملل، بخش حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۴

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: عوامل مختلفی می‌توانند نقض حق بر سلامتی، تضعیف و حتی فروپاشی نظام سلامتی یک کشور را به دنبال داشته باشند که در این میان، بروز مخاصمه مسلحانه مهم‌ترین عامل محسوب می‌شود. تشدید بیماری‌ها، سوء تغذیه، تخریب زیرساخت‌ها و ساختارهای نظام سلامت و افزایش بیماری‌های روانی از مهم‌ترین آثار مخاصمات هستند. میان سلامتی و صلح به‌عنوان دو حق بنیادین بشر، رابطه‌ای متقابل وجود دارد. سلامتی می‌تواند نقش تأثیرگذاری در صلح‌سازی در مراحل سه‌گانه پیش، حین و پس از مخاصمه مسلحانه ایفا کند. در این میان، سازمان جهانی بهداشت ضمن درک اهمیت صلح پایدار، بر نقش ویژه پزشکان و کارکنان سلامت در ایجاد صلح، حفظ و ارتقا آن به‌عنوان مهم‌ترین عامل دستیابی به سلامت برای همه تأکید دارد. تردیدی نیست که ایجاد و حفظ صلح از راه سلامتی نیازمند رویکردی چندجانبه است که بدون مشارکت متخصصان بهداشت محقق نمی‌شود. نظام سلامت به‌عنوان پرچم‌دار درمان قبل از آغاز مخاصمه، حین و پس از آن، تکالیفی دارد که آن‌ها را از طریق کارکنان خود به انجام می‌رساند. در رأس این نظام، سازمان جهانی بهداشت قرار دارد. سازمان جهانی بهداشت ضمن

استناد به این مقاله:

رحمانی، المیرا؛ محمدی، عقیل (۱۴۰۴). نقش سلامتی در ایجاد صلح در مراحل مخاصمه مسلحانه با اشاره به عملکرد سازمان جهانی بهداشت. ۱۷، (۱)، ۳۱۲-۲۷۳.

E-mail address: aghilmohammadi@shirazu.ac.ir

* نویسنده مسئول:

درک اهمیت صلح پایدار، بر نقش ویژه پزشکان و کارکنان سلامت در ایجاد صلح، حفظ و ارتقا آن به عنوان مهم ترین عامل دستیابی به سلامت برای همه تأکید دارد. این مقاله مبتنی بر یک روش توصیفی - تحلیلی به این پرسش پاسخ می دهد که سلامتی چه نقشی در ایجاد صلح در مراحل مخاصمه دارد و در این خصوص، سازمان جهانی بهداشت چه عملکردی داشته است؟

روش: این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی به بررسی موضوع می پردازد. مطالب این مقاله با مراجعه به کتب و مقالات فارسی و انگلیسی گردآوری شده است. اسناد و گزارش های بین المللی و همچنین وبسایت ها نیز بررسی شده و مطالبی از آن ها استخراج شده است.

یافته ها: این مقاله استدلال می کند که به دو دلیل کلی، سلامت باید به عنوان محوری برای ایجاد صلح در نظر گرفته شود. نخست، خدمات اولیه بهداشتی و کیفیت اولیه بهداشت یک حق بشری است. در این مفهوم، بهبود سلامت یک هدف است. به ویژه برای جوامعی که توسط جنگ ویران شده اند، ارائه خدمات پزشکی و بهداشت عمومی بهبود یافته بسیار مورد نیاز و مطلوب است؛ دوم، بهبود سلامت، جزئی جدایی ناپذیر از دیگر عناصر ایجاد و تثبیت صلح یعنی توسعه اقتصادی، مشارکت سیاسی و پایداری جامعه است. عملاً نظام سلامت می تواند از رهگذر دیپلماسی سلامت و مراقبت های بهداشتی، نقش کلیدی در حمایت از رشته های بهداشت، صلح و توسعه و همچنین در تبدیل فرهنگ خشونت به فرهنگ صلح ایفا کند. حین مخاصمه نیز نقش پزشکان، پرستاران و کارکنان حوزه سلامت در کاهش یا رفع مخاصمه و نهایتاً ایجاد و تثبیت بسیار مهم است. احیا یا تقویت اعتماد از دست رفته جامعه به ویژه از طریق عادلانه کردن روند توزیع خدمات بهداشتی و درمانی راهکار مهمی است که می تواند در این مرحله از مخاصمه مفید باشد. در این خصوص نظام سلامت می تواند با حمایت از ارسال کمک های بشردوستانه و مشارکت در فرایند گفتگو میان طرفین از رهگذر دیپلماسی سلامت تأثیرگذار باشد و به کاهش یا رفع مخاصمه کمک کند.

این مقاله همچنین نتیجه می گیرد که نظام سلامت می تواند از جمله به وسیله ارزیابی شاخص های سلامت عمومی و کمک به ارائه خدمات بهداشتی به پیشگیری از مخاصمه کمک کند. اعتمادسازی میان طبقات اجتماعی، تسهیل همکاری های بهداشتی، بهبود برابری سلامت از طریق گفتگو بین نهادهای دولتی، بهداشتی و بشردوستانه، ترویج همکاری متقابل و کمک به بازسازی زیرساخت های سلامتی، اقدام های مهمی هستند که می تواند به صلح سازی در حین و پس از مخاصمه کمک کنند. سازمان جهانی بهداشت نیز سال هاست که تلاش دارد از طریق اجرای دو برنامه «سلامتی به عنوان پلی برای صلح» و «واکنش بشردوستانه» در مسیر دستیابی به صلح از طریق سلامتی نقش آفرین باشد که البته نتایج آن ها علی رغم اثربخش بودن، متغیر بوده است.

نتیجه‌گیری: به‌طور کلی، موفقیت و اثربخشی سیستم‌های بهداشتی در ایجاد صلح متغیر است. در واقع نمی‌توان در مورد میزان تأثیرگذاری برنامه‌های بهداشتی در برقراری صلح نظر قطعی داد، اگرچه شواهد حاکی از اثربخشی متغیر آن‌هاست. واقعیت این است که نگاهی به شرایط کشورهای درگیر مخاصمه نشان می‌دهد که با توجه به موقعیت‌های متفاوت آن‌ها از نظر شرایط زمان مناقشه و همچنین توانایی‌ها، ظرفیت‌ها، امکانات بهداشتی، آموزشی و مالی، اثربخشی و موفقیت برنامه‌های بهداشتی در برقراری و حفظ صلح پایدار در این سرزمین‌ها قطعاً متفاوت است.

واژگان کلیدی: سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح، برنامه واکنش بشردوستانه، حقوق بشر، مراحل مخاصمات مسلحانه، سازمان جهانی بهداشت.

سرآغاز

مقدمه اساسنامه سازمان جهانی بهداشت سلامتی را «وضعیت رفاه کامل جسمی، روانی و اجتماعی و نه صرفاً فقدان بیماری یا ناتوانی»^۱ تعریف کرده است. تحقق «حق بر سلامتی»^۲ به عنوان یک حق بشری و فراگیر، مرتبط و وابسته به اجرای حق‌های بشری دیگر همچون حق بر دسترسی به غذا، مسکن، کار، کرامت انسانی و حیات است. این حق، آن گونه که در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آمده است، به حق مراقبت‌های بهداشتی محدود نشده است، بلکه شامل طیفی وسیع از عوامل دیگر است که افراد را قادر می‌سازد تا زندگی سالمی داشته باشند.

عوامل مختلفی می‌توانند نقض حق بر سلامتی، تضعیف و حتی فروپاشی نظام سلامتی یک کشور را به دنبال داشته باشند که در این میان، بروز مخاصمه مسلحانه مهم‌ترین عامل محسوب می‌شود. تشدید بیماری‌ها، سوء تغذیه، تخریب زیرساخت‌ها و ساختارهای نظام سلامت، افزایش بیماری‌های روانی، گسترش نابرابری اجتماعی و در نتیجه افزایش آشوب‌های داخلی و بی‌خانمانی و همچنین افزایش بیماری‌های مسری مانند سرخک و مالاریا از مهم‌ترین آثار هستند. نگاهی به اوضاع و احوال کشورهای درگیر مخاصمه به‌ویژه در خاورمیانه، آثار مخرب جنگ بر نظام سلامت را تأیید می‌کند. سازمان جهانی بهداشت و «گروه بانک جهانی»^۳ از جنگ به عنوان یکی از ۱۰ عامل اول ناتوانی و مرگ نام برده‌اند (Vass, 2001: 1023). جالب این است که از سوی دیگر، اجرای حق بر سلامتی، خود می‌تواند موجبی برای ایجاد و حفظ صلح باشد. از این رو است که رابطه میان دو مقوله سلامتی و صلح، دوسویه و متقابل است. این مسئله را می‌توان به وضوح در قطعنامه ۳۴/۵۸ (۱۹۷۹) مجمع عمومی سازمان ملل متحد مشاهده کرد؛ جایی که مقرر شده است که صلح و امنیت به نوبه خود برای حفظ و ارتقا سلامتی همه مردم اهمیت دارند و همکاری میان کشورها در زمینه مسائل حیاتی بهداشتی می‌تواند کمک مهمی به صلح کند (UN Doc. A/RES/34/58, 1979). در واقع اشتراک دو مقوله صلح و سلامتی، در احساس سلامتی و امنیت متبلور می‌شود و ذیل توجه به یکی،

1. Constitution of the World Health Organization, 19848, Preamble.

2. Right to health

3. World Bank Group (WBG)

دیگری حاصل می‌شود؛ یعنی از یک‌سو توجه به مشکلات سلامتی و رفع آن‌ها می‌تواند صلح پایدار را به ارمغان آورد و از سوی دیگر دستیابی به بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی مستلزم اتخاذ اقدام‌هایی جهت ایجاد صلح پایدار و بلندمدت از طریق کاهش انواع خشونت‌ها و جنگ‌ها است (Sherin, 2018:122). اهداف بررسی این دو مقوله در بسیاری از موارد چون حفظ تندرستی بشر و محافظت از نیازهای او هم‌پوشانی دارند. از سوی دیگر کاهش و پیشگیری آلام بشری از وظایف هر دو مقوله است. در واقع سلامت و احساس سلامتی یکی از نیازهای اولیه بشری است که دستیابی به آن به دلیل ایجاد حس حمایت و از بین رفتن بی‌توجهی و انزوا، منجر به کاهش خشونت و ایجاد صلح می‌شود.

تردیدی نیست که ایجاد و حفظ صلح از راه سلامتی نیازمند رویکردی چندجانبه است که بدون مشارکت متخصصان بهداشت محقق نمی‌شود. نظام سلامت به‌عنوان پرچم‌دار درمان قبل از آغاز مداخله، حین و پس‌از آن، تکالیفی دارد که آن‌ها را از طریق کارکنان خود به انجام می‌رساند. این نظام که در رأس آن سازمان جهانی بهداشت قرار دارد، با استفاده از تجربیات خود می‌تواند با کاهش آلام بشری در مداخلات و تربیت کارکنان کارآزموده، نقش مؤثری در برپایی صلح ایفا کند. ابتکارات بهداشتی، زمانی که یک راهبرد بهداشت عمومی با دسترسی بدون مانع به جمعیت نیازمند ترکیب می‌شود، ممکن است به‌طور مؤثری سطح عوارض و پیامدهای ناشی از بیماری و مرگ‌ومیر را در بحبوحه مداخلات کاهش دهند و پیشگیری از مداخله و روند مداخله پس‌از آن را تقویت کنند. سازمان مزبور چندین دهه است که بر پایه این اعتقاد که سلامتی انسان از لوازم اساسی برای دستیابی به صلح و امنیت است، تلاش کرده است که از طریق پیاده‌سازی برنامه‌ها و عملیات مختلف بهداشتی و سلامتی از جمله «سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح»^۱ و «برنامه واکنش بشردوستانه»^۲ در این حوزه نقش‌آفرینی کند. نظر به آنچه گفته شد، این مقاله با فرض وجود رابطه متقابل میان سلامتی و صلح، ابتدا صرفاً بر تبیین و واکاوی نقش و اثربخشی سلامتی در ایجاد صلح در مراحل پیش، حین و پس از مداخله مسلحانه متمرکز می‌شود و در ادامه عملکرد سازمان جهانی بهداشت در این حوزه را در پرتو اشاره به دو برنامه فوق‌الذکر موردبررسی قرار می‌دهد.

1. Health as a Bridge for Peace (HBP)
2. Humanitarian Response Plan (HRP)

۱. ایجاد صلح در مراحل سه گانه مخاصمه مسلحانه از طریق نظام سلامت

بر اساس دیدگاه برخی نویسندگان، پایان جنگ جهانی دوم، نقطه عطفی در احیای مفهوم حق بر صلح تلقی می‌شود. این حیات دوباره تا حدی حاصل انزجار و ترس از نازیسم و نظامی موضوعه بوده است که برای فرد ارزشی قائل نبوده‌اند (اکبرپور، مسعود و اخوان فرد، ۱۴۰۰: ۶۱۱). صلح، حالتی است که در آن، جنگ حکم‌فرما نباشد. صلح تا قبل از تأسیس سازمان ملل متحد، در روابط بین‌المللی نیز همین مفهوم را داشت، لکن ملل متحد، مفهوم آن را توسعه داد و به‌عنوان «نهاد یک نظم بین‌المللی مبتنی بر عدالت» شناسایی کرده است. بنابراین از این دیدگاه، صرفاً فقدان جنگ به معنای صلح نیست، بلکه انجام هر عملی که در تعارض با عدالت باشد ممکن است سبب تهدید صلح و نقض آن شود (اشرفی، ۱۳۹۳: ۸۵). درواقع امروزه صلح در دو معنای صلح منفی (فقدان مخاصمه و خشونت ساختاری) و صلح مثبت (با شاخصه‌هایی چون توزیع عادلانه منابع، جریان آزاد اطلاعات و رعایت موازین حقوق بشر خصوصاً قواعد دموکراسی) مطرح می‌شود. از آنجاکه حق بشر نسبت به صلح، حقی جهانی و ناگسستنی از سایر حقوق است، بنابراین از یک سو، حق بشر به صلح هنگامی تحقق می‌یابد که سایر حقوق بشر نیز تحقق یابند و از سوی دیگر تحقق دیگر حقوق بشر متکی به تحقق حق صلح است. بر این اساس حق بر صلح نمی‌تواند در هیچ زمان، مکان یا شرایطی ویژه نقض شود (طلایی و پورسعید، ۱۳۹۲: ۹۳).

مفهوم سلامتی در طول زمان دچار تغییرات بسیاری شده است. در تعریفی موسع از سلامت، می‌توان به نگرانی‌ها و دغدغه‌های اجتماعی نظیر انواع خشونت و مخاصمه مسلحانه نیز اشاره کرد (سید موسوی، ۱۳۹۹: ۲۷۹). مطلب اخیر اهمیت توجه به حق بر سلامتی در زمان مخاصمه را نشان می‌دهد. مشخصاً مخاصمات مسلحانه از طریق خشونت مستقیم (کاربرد تسلیحات نظامی) و نیز خشونت ساختاری، علاوه بر تأثیرات سوء بر سلامت انسان، تخریب و توقف کارکرد سیستم‌های اقتصادی- اجتماعی که مردم برای رفع نیازهای بهداشتی خود از آن‌ها بهره می‌برند را به دنبال دارد. این مسائل با بلایای طبیعی و آسیب‌پذیری‌های متعددی که کشورها را به اختصاص منابع اقتصادی خود در سایر موضوع‌ها به‌جز حوزه سلامت و خدمات بهداشتی مجبور می‌کنند، ترکیب می‌شوند؛ بنابراین کاملاً واضح به نظر می‌رسد که جنگ و خشونت از نگرانی‌های سلامت عمومی تلقی شوند (Chattu and Knight, 2019: 148). در

این میان، آن‌گونه که بیان شد، اهمیت پزشکان و سایر کارکنان بهداشتی بیش از دیگر مواقع مشخص می‌شود، زیرا خود با نقش‌آفرینی در حفظ و ارتقا صلح، به عاملی برای دستیابی به سلامت برای همه تبدیل می‌شوند. ابتکارات بهداشتی زمانی که یک راهبرد بهداشت عمومی با دسترسی بدون مانع به جمعیت نیازمند، ترکیب و همراه می‌شود، ممکن است به‌طور مؤثری سطح عوارض و پیامدهای ناشی از بیماری و مرگ‌ومیر را در بحبوحه مخاصمات کاهش دهند و پیشگیری از مخاصمه و روند مصالحه پس‌از آن را تقویت کنند. ابتکارات بهداشتی همچنین در مواقعی که مبتنی بر چشم‌انداز گسترده و برنامه‌ریزی راهبردی باشند، ممکن است تأثیر مثبتی بر ایجاد صلح داشته باشند. این امر مستلزم در نظر گرفتن نگرانی‌های کوتاه‌مدت، میان‌مدت و بلندمدت، رسیدگی به نیازهای اساسی و حقوق بشری شامل ظرفیت‌های محلی و ملی برای تغییر، ارتقا مشارکت‌ها و شبکه‌سازی‌های بین‌المللی است. برعکس، زمانی که این شرایط برآورده نمی‌شوند و فقط ملاحظات کوتاه‌مدت وجود دارند، ابتکارات بهداشتی عملاً تأثیری بر ایجاد صلح ندارند و حتی در برخی موارد، این ابتکارات ممکن است به‌طور غیرمستقیم به اقتصاد جنگ نیز کمک کنند. نظر به این مقدمه، در این قسمت نقش و اثربخشی سلامتی و نظام سلامت در ایجاد صلح در سه مرحله پیش، حین و پس از مخاصمه مسلحانه تبیین می‌شود.

۱-۱. «پیش از مخاصمه مسلحانه»^۱

اساسنامه سازمان جهانی بهداشت ارتباط میان سلامت و صلح را به رسمیت می‌شناسد و بیان می‌کند که «سلامتی برای دستیابی به صلح و امنیت، اساسی است و این امر به همکاری کامل افراد و دولت‌ها بستگی دارد.» مجمع جهانی بهداشت به‌عنوان رکن اصلی و تصمیم‌ساز سازمان مزبور در «قطعنامه ۳۶/۲۸» سال ۱۹۸۳ (Doc. WHA36.28, 1983) خود بر نقشی که بخش بهداشت می‌تواند در حفظ و ارتقا صلح «به‌عنوان مهم‌ترین عامل برای دستیابی به سلامتی برای همه» ایفا کند، تأکید کرده و سازمان جهانی بهداشت را ملزم به تسهیل اجرای قطعنامه‌های

سازمان ملل در زمینه تقویت صلح، تنش‌زدایی، خلع سلاح و جلوگیری از جنگ‌های اتمی کرده است.

نظام سلامت به دو طریق می‌تواند به پیشگیری از بروز مخاصمه و تحقق صلح پایدار کمک کند. نخست: شناسایی و شناساندن خطر شروع مخاصمه است که از طریق اقدام‌هایی چون جمع‌آوری و ارائه اطلاعات مربوط به میزان و سرعت مرگ‌ومیر افراد، تحقیقات دوره‌ای از جمعیت، مصاحبه با گروه‌های خاص، بررسی گزارش‌های مربوط به فعالیت اجتماعی افراد، ارزیابی میزان فقر و نابرابری اجتماعی و سطوح اضطراب جامعه صورت می‌گیرد. طبقه دوم، ارائه خدمات لازم و مؤثر در حوزه سلامت جسمی و روانی است. درواقع ارزیابی نقش و اثربخشی سلامتی در مناطق درگیر مخاصمه می‌بایست از طریق بررسی سلامت روانی و اجتماعی، باروری و تولید نسل و سیستم‌های ارائه‌دهنده خدمات سلامتی و سرویس‌دهی از طریق تشخیص سریع مشکلات پزشکی و گروه‌های با بیشترین میزان آسیب، پیش‌بینی چالش‌های فراروی افراد جامعه و تأثیرات مخاصمه و وقوع آن صورت گیرد (Arya, 2008: 193-195). درواقع، متخصصان بهداشت عمومی به دلیل داشتن مهارت در حوزه «همه‌گیرشناسی»، شناسایی عوامل خطر، برنامه‌ریزی، توسعه، نظارت و ارتقای راهبردهای پیشگیری، نقش منحصربه‌فردی در پیشگیری از مخاصمه دارند. نکته حائز اهمیت اینکه از طریق جمع‌آوری منظم و بررسی شاخص‌های سلامت عمومی می‌توان هشدارهای اولیه را نسبت به وقوع خشونت و مخاصمه داد. سلامت عمومی همچنین می‌تواند نظامی‌گری را که اغلب به مخاصمه مسلحانه می‌انجامد و اشتیاق عمومی برای جنگ را نشان می‌دهد، شناسایی کند. در کل نظام سلامت عمومی می‌تواند سهم ویژه‌ای در پیشگیری از جنگ داشته باشد، زیرا بر اساس داده‌های متقن و علمی اقدام به برنامه‌ریزی، آموزش، سیاست‌گذاری و ارائه مشاوره می‌کند (Wiist, 2014: 38).

پزشکان و متخصصان حوزه سلامت از جهت دیگری هم می‌توانند در پیشگیری از جنگ نقش‌آفرین باشند؛ آن‌هم زمانی که با حفظ اعتبار بالای خود در میان مردم، به مناصب سیاسی دست پیدا می‌کنند و می‌توانند زمینه‌ساز گفتگو میان طرفین مناقشه باشند. درواقع آن‌ها منوط به آموزش لازم، می‌توانند دست به فعالیت‌های دیپلماتیک مانند میانجیگری میان طرفین بزنند و این همان چیزی است که از آن به‌عنوان دیپلماسی سلامت یاد می‌شود. در این خصوص

می‌توان به مذاکره پزشکان بین‌المللی با ریگان و گورباچف برای جلوگیری از رخداد جنگ هسته‌ای در طول جنگ سرد اشاره کرد. آن‌ها همچنین از طریق انجام تحقیقات پزشکی مشترک و سازمان‌های حرفه‌ای، تماس‌های بین‌المللی گسترده‌ای با همکاران خود دارند و می‌توانند داده‌ای و یافته‌های خود را در جهت تقویت گفتگو و اعتمادسازی میان طرفین به‌کار گیرند.

مقوله صلح، زمینه‌ساز استقرار و تداوم امنیت، توسعه و پیشرفت در جامعه است و از این‌رو از ضروری‌ترین نیازهای جوامع بشری تلقی می‌شود. سلامتی از مهم‌ترین پیش‌شرط‌های تحقق چنین مقوله‌ای است، به‌ویژه از این جهت که می‌تواند خطر مخاصمه و همچنین تأثیر آن را کاهش دهد. درواقع سرمایه‌گذاری در حوزه بهداشت و سلامت هر جامعه و اهمیت بخشیدن به عوامل مؤثر در تحقق آن ازجمله دسترسی به آب و غذای سالم، ارائه خدمات بهداشتی جسمی و روانی به‌موقع و کافی و آموزش مردم، مساوی با سرمایه‌گذاری در امر ایجاد و تثبیت صلح تلقی می‌شود. همچنین باید توجه داشت که قرار دادن خدمات اجتماعی در دستورکار سیاسی یارای حفظ ثبات اجتماعی خواهد بود که این امر، خود می‌تواند در شرایطی که خطر درگیری خشونت‌آمیز زیاد است، نظامی‌گری را کاهش می‌دهد.

برای ساخت ابعاد تأثیرگذاری سلامتی در صلح در سطح بین‌المللی باید به سراغ سازمان جهانی بهداشت رفت. هرچند در امر صلح‌سازی، هیچ تکلیفی بر دوش این سازمان قرار داده نشده است، اما در عمل نقش روشنی در تشویق دولت‌ها به طراحی سیستم‌های بهداشتی دارد که می‌توانند در برابر بحران‌ها مقاومت کرده و به پیشگیری از مخاصمه کمک کند. دبیر کل این سازمان در هفتاد و پنجمین مجمع جهانی بهداشت در ۲۲ می ۲۰۲۲ ضمن اشاره به پیوند ناگسستنی میان سلامت و صلح، در مطلبی اظهار داشته است که نظام سلامت می‌تواند با ارائه خدمات عادلانه به همه افراد جامعه به‌ویژه گروه‌های محروم به تحقق صلح پایدار و مقابله با محرک‌های مخاصمه مانند دسترسی نابرابر به مراقبت‌های بهداشتی که اغلب ممکن است منجر به احساس محرومیت و طرد شدن شوند، کمک کند. خدمات بهداشتی عادلانه اعتماد جامعه را تقویت می‌کنند که این امر به‌نوبه خود نقش مؤثری در ارتقا نظام سلامت و ایجاد صلح خواهد داشت. به‌عنوان مثال، در تونس و پس از شروع اعتراض‌های در سال ۲۰۱۱، با حمایت سازمان جهانی بهداشت، گفتگوی اجتماعی برای سلامت، بستری برای مردم این کشور فراهم آورد تا نیازها و ایده‌های خود را در مورد سلامت بیان کنند. در این نشست دبیرکل موضوع‌های مهمی

چون طراحی نیروی کار سلامت در آینده، ریشه‌کن کردن فلج اطفال، ساختن بنیانی جدید برای امنیت جهانی سلامت و تجدید حرکت به‌سوی پوشش همگانی سلامت را به دولت‌ها گوشزد کرد (World Health Organization, "Director-General's address at the High-(Level Welcome at the 75th World Health Assembly", 22 May 2022).

حال که سخن از پوشش همگانی سلامت به میان آمد، لازم است اشاره شود که این مسئله بر پایه اساسنامه سازمان جهانی بهداشت استوار است که سلامتی را یک حق اساسی بشر اعلام کرده و متعهد به تضمین بالاترین سطح سلامت برای همه است همچنین این آرمان را نشان می‌دهد که هر فردی بتواند خدمات بهداشتی با کیفیت مطلوب را در هر زمان و هر مکان بدون تحمل مشکلات مالی دریافت می‌کند. این ایده بلندپروازانه مجموعه‌ای از اهداف را در دستور کار ۲۰۳۰ سازمان ملل برای (هدف ۳.۸) توسعه پایدار تشکیل می‌دهد. پوشش همگانی سلامت علاوه بر حمایت از سلامت و رفاه، به برخورداری اجتماعی، برابری جنسیتی، ریشه‌کنی فقر، رشد اقتصادی و کرامت انسانی نیز کمک می‌کند. گزارش‌های جهانی ۲۰۲۱ در مورد پوشش همگانی سلامت و حفاظت مالی در سلامت که توسط سازمان جهانی بهداشت و بانک جهانی منتشر شده‌اند نشان از این دارد که پیش از همه‌گیری کووید-۱۹ پوشش خدمات درمانی از میانگین جهانی با شاخص ۴۵ (از ۱۰۰) در سال ۲۰۰۰، به ۶۷ در سال ۲۰۱۹ ارتقا یافته است. با این حال نسبت جمعیتی که مخارج بهداشتی خارج از پوشش بیمه آن‌ها بیش از ۱۰ درصد از بودجه خانوار است، از ۹.۴ درصد جمعیت در سال ۲۰۰۰ به ۱۳.۲ درصد در سال ۲۰۱۷ افزایش یافته است (World Health Organization, 2022. Licence: CC BY-NC-SA) (3.0 IGO: 60-61).

در تحلیل پایانی این قسمت، با در نظر گرفتن این نکته مهم که خشونت و درگیری همواره به‌عنوان یک نگرانی بهداشتی عمومی محسوب می‌شود، می‌توان بیان داشت که ابتکارها و مداخلات بهداشتی می‌تواند با احیا یا تقویت اعتماد بین دولت و شهروندان از طریق گسترش حمایت‌های بهداشتی و اجتماعی و عدالت در مناطق محروم، فراهم کردن فرصت برای اتخاذ اقدام‌های اعتمادساز بین همه طرف‌های درگیری و کمک به اصلاح روابط بین افراد و جوامع از طریق اتخاذ فرآیندهایی جهت ترویج گفت‌وگو و انسجام اجتماعی به بهبود چشم انداز صلح محلی و پیشگیری از مخاصمه کمک کنند. می‌توان اذعان داشت که اگر افراد و

گروه‌ها از دسترسی عادلانه به خدمات بهداشتی برخوردار باشند و از نظر جسمی و ذهنی قدرت مقابله با ناملایمات و وضعیت‌های دشوار را داشته باشند، احتمال بیشتری وجود دارد که در سازگاری با یکدیگر زندگی کنند، کمک‌های صلح‌آمیز به جامعه داشته باشند و در برابر رفتارهای خشونت‌بار مقاومت کنند.

۲-۱. «حین مخاصمه مسلحانه»^۱

پس از دهه‌ها تنش‌زدایی تدریجی، مخاصمات دوباره در حال افزایش هستند. در سال ۲۰۲۰، ۵۶ مخاصمه دولت‌محور فعال در ۳۷ کشور رخ داد که بیشترین میزان از زمان پایان جنگ جهانی دوم را نشان می‌دهد. بیشتر این میزان افزایش را می‌توان به مخاصمات مستقیم دولت‌های اسلامی با سایر دولت‌ها در بسیاری از کشورها نسبت داد. البته باید توجه داشت که تمرکز مخاصمات از میان بازیگران دولتی با یکدیگر به سوی بازیگران غیردولتی در حال تغییر است. همچنین معیارهای مخاصمات سنتی مانند تعداد مخاصمات جاری یا مرگ‌های ناشی از مخاصمات، به‌طور کامل تصویر درستی از دامنه مخاصمات مسلحانه امروزی و مقیاس پیامدهای امنیتی و انسانی آن‌ها ارائه نمی‌دهند.

بررسی‌ها حکایت از این امر دارد که از سال ۱۹۹۰ به این‌سو، تعداد افرادی که در مجاورت رویدادهای مخاصمه‌آمیز زندگی می‌کنند، بیش از دو برابر شده‌اند و سهم افراد متأثر از مخاصمه نیز به سرعت در حال افزایش است. امروزه حدود ۱.۲ میلیارد نفر در مناطق متأثر از مخاصمه زندگی می‌کنند که ۵۶۰ میلیون نفر از آن‌ها در کشورهایی هستند که به‌عنوان مناطق آسیب‌پذیر طبقه‌بندی نشده‌اند. در سال ۲۰۲۰، مردم در حداقل ۲۵ کشور که با شرایط آسیب‌پذیر مواجه نبوده‌اند، در مجاورت رویدادهای تحت مخاصمه زندگی می‌کرده‌اند. بین سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۲۰ نیز به تعداد افرادی که در مناطق تحت تأثیر مخاصمه حضور داشتند، ۳۷۸ میلیون نفر اضافه شد که ۴۰ درصد از آن‌ها خارج از محیط‌های آسیب‌پذیر بودند (United Nations Development Programme (UNDP), 2022: 87-88).

در محیط‌های شکننده و متأثر از مخاصمه، تأمین صلح کلید تضمین دستاوردهای سلامت پایدار است. متقابلاً، سلامتی و تلاش برای بهبود آن مانند دسترسی فراگیر به مراقبت‌های بهداشتی برای همه می‌تواند سازوکار قدرتمندی برای ایجاد و حفظ صلح باشد. این امر بدین معنا است که پیشگیری، کاهش و حل و فصل مخاصمه از موضوعات بهداشت عمومی تلقی می‌شوند که بخش بهداشت با استفاده از ظرفیت‌ها و شبکه‌های خود می‌تواند نقش مهمی در تحقق آن‌ها ایفا کند. البته آن‌گونه که سازمان جهانی بهداشت در گزارشی در سال ۲۰۰۲ در مورد خشونت و سلامتی تصریح داشته است، عملکرد صحیح نظام سلامت و بهداشت عمومی مستلزم شناسایی عوامل خطر، عوامل تعیین‌کننده خشونت جمعی و ایجاد روش‌هایی برای حل مخاصمات بدون توسل به خشونت است (Perry, 2015:150).

طی مخاصمه، نظام سلامت از چندین سو مورد آسیب قرار می‌گیرد که از آن جمله می‌توان به کاهش بودجه به دلیل افزایش هزینه‌های نظامی، تخریب ساختارهای نظام سلامت، کمبود منابع موردنیاز جهت تأمین بسترهای لازم برای حضور کارکنان نظام سلامت در محل مخاصمه، کمبود تعداد نیروهای خدمات سلامت در کشور، افزایش احتمال شیوع گسترده بیماری‌ها و نیاز به پیش‌بینی و مداخله برای جلوگیری از وقوع آن‌ها اشاره کرد. تقویت نظام سلامت عمومی نقش حیاتی در کاهش آثار مخاصمه بر سلامتی دارد. نظام‌های سلامت انعطاف‌پذیر باید برنامه‌های قوی جهت ارتقا ظرفیت بازیگران سلامت مانند نهادهای مربوطه و مساعدت به مردم برای پاسخ مؤثر به بحران‌ها داشته باشند (Takian and Rajaeieh, 2020: 24). درواقع به نظر می‌رسد در وضعیتی که سیستم‌های بهداشتی، اجتماعی و اقتصادی به واسطه مخاصمه با اختلال یا فروپاشی روبرو شده‌اند و اپیدمی‌ها، گرسنگی و مهاجرت کارکنان حوزه سلامت افزایش یافته است، سلامتی می‌تواند به شکل کاملاً بی‌طرفانه، زمینه‌ساز گرد هم آمدن طرفین مخاصمه باشد، زیرا کارکنان مراقبت‌های بهداشتی می‌توانند نقش مؤثری در راستای اجرای یک طرح بهداشتی مانند واکسیناسیون کودکان یا درمان مجروحان داشته باشند. باین‌حال، اگر در ارائه خدمات بهداشتی نابرابری وجود داشته باشد، این امر می‌تواند منجر به تشدید مخاصمه شود.

باید توجه داشت که تقریباً تمام متخصصان مراقبت‌های بهداشتی از جمله پزشکان، پرستاران، کارکنان بهداشت عمومی و پزشکان سلامت روان می‌توانند نقش بسزایی در ایجاد

صلح ایفا کنند که این امر لزوماً از طریق فعالیت‌های امدادی بشردوستانه صورت نمی‌گیرد. البته علی‌رغم اهمیت و ظرفیت بالای این متخصصان در فعالیت‌های ترویج صلح، در سطح جهانی موضوع صلح از طریق سلامتی در برنامه‌های درسی دانشکده‌های پزشکی لحاظ نشده است. معرفی اصول اولیه و کلیدی و بیان فرصت‌ها و معضلات صلح از طریق سلامتی به فارغ‌التحصیلان و دانشجویان مقطع کارشناسی رشته‌های مرتبط با حوزه سلامت نیز می‌تواند یک برنامه بسیار مؤثر برای تقویت صلح محسوب شود (Taherifard et al, 2020:27).

حین مخاصمه، پیاده‌سازی طرح‌های بهداشتی به اجرای طرح‌ها و فرایندهای توسعه در جامعه دچار بحران کمک خواهد کرد. پیش از پایان درگیری‌ها، بخش بهداشت و سلامت می‌تواند به عاملی برای افزایش تلاش‌ها جهت غلبه بر آسیب‌های پایدار ناشی از جنگ، تشویق به آشتی میان طرفین و جلوگیری از بروز مجدد درگیری‌های خشونت‌بار تبدیل شود. ابتکارات بهداشتی می‌توانند سطح بحران و مرگ‌ومیر را در بحبوحه جنگ‌ها کاهش دهند و روند پیشگیری از درگیری‌های خشونت‌بار را بهبود بخشند. کارکنان نظام سلامت می‌توانند با حمایت از ارسال کمک‌های بشردوستانه در جریان مخاصمات مسلحانه، نقش مهمی در ایجاد صلح ایفا کنند. گسترش ارتباطات اجتماعی حمایت‌کننده و اعتمادسازی در بین طبقات اجتماعی از طریق درمان فیزیکی و روانی از جمله زمینه‌های نقش‌آفرینی آن‌ها است. البته نباید فراموش کرد که علی‌رغم اینکه کارکنان نظام سلامت به دلیل نگرش و توانایی‌های خود می‌توانند در پیشبرد صلح دخیل باشند، اما در کشورهای در حال توسعه یا کمتر توسعه‌یافته که به‌طور جدی‌تری درگیر انواع خشونت‌ها هستند، آموزش‌های لازم به آن‌ها ارائه نمی‌شود. شناساندن مدل‌های آموزش صلح، متناسب‌سازی آن‌ها با نیازهای محلی، تلفیق آن‌ها در برنامه‌های درسی آموزش پزشکی و به‌کارگیری روش‌های کارآمد آموزشی از جمله ملزومات رسیدن به صلح از طریق سلامتی است (Molavi Vardanjani, Salehi and Aminlari, 2020: 58).

به لحاظ تاریخی، مواردی از دخالت‌ها و ابتکارات بهداشتی در جریان مخاصمه صورت گرفته است. برای نمونه سازمان جهانی بهداشت در جاهایی با همکاری «صندوق کودکان سازمان ملل، ۱۹۴۶»^۱ و «سازمان بین‌المللی مهاجرت، ۱۹۵۱»^۲، پروژه‌های مشترکی با موضوع

1. United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF)
2. International Organization for Migration (IOM)

سلامت روانی و «روانی - اجتماعی»^۱ و با هدف کاهش مخاصمه و ناآرامی‌های اجتماعی از طریق ارائه خدمات در حوزه‌های مزبور برای جوامع متأثر از مخاصمه و نیز آوارگان داخلی اجرا کرده‌اند. بعلاوه آموزش متخصصان مراقبت‌های بهداشتی در خط مقدم مخاصمه جهت ارائه مراقبت‌های بهداشتی با کیفیت برای همه می‌تواند به پیشگیری، کاهش و حل مخاصمه کمک کند. البته باید توجه داشت که ارائه عادلانه مراقبت‌های بهداشتی و سایر خدمات اجتماعی به‌ویژه توجه به نیازهای گروه‌های اقلیت در محیط‌های متأثر از مخاصمه بسیار مهم است، زیرا دسترسی ناعادلانه می‌تواند یک محرک یا محرک اصلی درگیری باشد. عدم دسترسی به خدمات اولیه اجتماعی مانند مراقبت‌های بهداشتی به‌ویژه نسبت به گروه‌های جمعیتی خاص آن‌هم غالباً به دلایل قومی یا مذهبی منجر به احساس طرد شدن و رفتار نابرابر با سایر گروه‌ها می‌شود که نتیجه آن چیزی جز ایجاد نارضایتی نخواهد بود که این امر نیز به‌نوبه خود می‌تواند در مراحل بعدی به بروز اعتراضات و درگیری‌های خشونت‌بار بینجامد.

همچنین باید توجه داشت که موضوع سلامتی می‌تواند بستری برای گرد هم آمدن متخصصان سلامت از گروه‌های مختلف و حتی طرفین مخاصمه چه برای آموزش مشترک یا برای گفتگو در زمینه‌های موردعلاقه متقابل مانند پیشگیری و مقابله با شیوع بیماری‌ها باشد. در این خصوص به‌عنوان نمونه می‌توان به موارد میانجی‌گری سازمان جهانی بهداشت برای تحقق همکاری میان کارکنان بهداشتی در سرزمین‌های اشغالی فلسطین به‌منظور تسهیل گفتگو و تبادل دانش، تجربه و تخصص در زمینه نگرانی‌های متقابل مانند شیوع بیماری‌های عفونی اشاره کرد (World Health Organization, 2021: 9 / MacQueen and Santa-Barbara: 2000: 295). در کل شواهد تجربی حاکی از آن است که سلامتی می‌تواند از لحاظ عملیاتی به تحقق صلح کمک کند. مسائل مرتبط با حوزه سلامت و بهداشت به‌عنوان نگرانی‌های مشترک شناخته و می‌توانند گفتگو بین طرف‌های مخاصمه را تسهیل کنند. بااین‌حال باید مواظب بود که مبدا ابتکارات بهداشتی اسیر برنامه‌های و رویکردهای سیاسی شوند.

۳-۱. «پس از مخاصمه مسلحانه»^۱

بنا بر بررسی‌ها مشخص می‌شود که هیچ اتفاق‌نظری در مورد تعریف محیط‌های پس از مخاصمه وجود ندارد. از منظر جهانی، «پس از مخاصمه»، به عنوان پیامد وضعیتی تعریف شده است که چالش‌هایی برای تهدید ادامه حیات یک نظام سیاسی، اقتصادی و اجتماعی ایجاد می‌کند. برای کشورهایی که در مرحله پس از مخاصمه قرار دارند، چهار ویژگی در نظر گرفته شده است: امضا موافقت‌نامه رسمی صلح، فرایند انتقال سیاسی و انتخابات میان‌دوره‌ای، کودتاهای نظامی یا غیرنظامی و درنهایت، افزایش سطح امنیت و ادراک در میان بازیگران ملی و بین‌المللی مبنی بر اینکه فرصتی برای صلح و بازسازی وجود دارد. نکته مهم این است که همه این ویژگی‌ها نباید به‌طور هم‌زمان وجود داشته باشند. ممکن است کشورهایی که در دوران گذار پس از مخاصمه هستند، بی‌ثبات باشند. برای مثال، برخی از کشورها مانند آنگولا، لیبیا و کنگو چرخه مکرر بین جنگ و صلح را تجربه کرده‌اند (Bwirire et al, 2022: 3-4).

در این مرحله از مخاصمه است که عملاً بحث «ایجاد صلح»^۲ و «حفظ صلح»^۳ مطرح می‌شود. بر اساس تعریف سازمان ملل، «ایجاد صلح» به معنای شناسایی و حمایت از اقدام‌ها و ساختارهایی است که موجب تحکیم و ایجاد اعتماد و تعامل میان دشمنان سابق می‌شود تا از بازگشت دوباره مخاصمه جلوگیری به عمل آید و اغلب شامل برگزاری انتخابات سازماندهی‌شده توسط سازمان ملل یا تحت نظارت آن، بازسازی مؤسسات و زیرساخت‌ها مانند مدارس و بیمارستان‌ها و بازسازی اقتصادی است (espace-mondial-atlas, 2018). اهمیت ویژه ایجاد صلح در مرحله پس از مخاصمه را می‌توان از سخنان کوفی عنان، دبیر کل وقت سازمان ملل در سال ۲۰۰۶ در «ادیس آبابا» (پایتخت اتیوپی) فهمید؛ زمانی که ابراز داشت که جامعه بین‌المللی دریافته است که حل مخاصمه مستلزم رویکردی جامع است که در

1. Post-armed Conflict

2. Peacebuilding

3. Peacekeeping

سازمان ملل حفظ صلح را به عنوان «تکنیکی طراحی‌شده برای حفظ صلح هرچند شکننده در جایی که مخاصمه متوقف‌شده و برای کمک به اجرای توافقات به‌دست‌آمده توسط صلح‌طلبان» تعریف می‌کند. این تعریف با برقراری صلح (Peacemaking) که مربوط به مخاصماتی است که در حال حاضر در جریان است و با اجرای صلح (Peace enforcement) که شامل به‌کارگیری اقدامات قهری از جمله استفاده از زور است، متفاوت است.

آن طرفین مخاصمه نه تنها در مذاکره برای موافقت‌نامه‌های صلح، بلکه در ایجاد و تحکیم صلح نیز به کمک نیاز دارند (Alger, 2007:309).

به نظر می‌رسد که بیش از دو مرحله پیش و حین مخاصمه، در این مرحله است که آسیب‌ها و آثار سوء ناشی از به خطر افتادن سلامتی افراد در نتیجه مخاصمه به چشم می‌آید. زندگی در محیطی که خشونت در آن جاری است و همچنان تحت تأثیر ویرانی‌های منتج از مخاصمه است پیامدهای منفی بی‌شماری را با خود به همراه دارد که برخی از آن‌ها در طول چرخه زندگی خود را نشان می‌دهند. تردیدی نیست که تجربه رویدادهای آسیب‌زا می‌تواند منجر به مشکلات روانی و رفتاری جدی شود که خود می‌تواند کارایی افراد را به میزان زیادی کاهش دهد. بنا بر آمار بانک جهانی، ۳۰ تا ۷۰ درصد از افرادی که در مناطق تحت تأثیر مخاصمه زندگی کرده‌اند، از علائم اختلال اضطراب و افسردگی رنج می‌برند. در این میان، کودکانی که یتیم یا از خانواده جدا شده‌اند، اغلب تحت فشار قرار می‌گیرند تا زندگی خود را تأمین کرده یا سرپرست خانوار شوند که این امر می‌تواند آن‌ها را در معرض استثمار شبکه‌های قاچاق یا گروه‌های مسلح قرار دهد (World Bank, 2018:31). خشونت ساختاری مداوم که در محیط‌های پس از مخاصمه رایج است، می‌تواند مشکلات روانی مانند اضطراب، افسردگی، ترس و مشکل در برقراری ارتباط با سایر افراد را به همراه داشته باشد. جوامعی که از مخاصمه رهایی می‌یابند، مدت‌ها پس از آتش‌بس، خشونت و بی‌عدالتی را تجربه می‌کنند. مخاصمه و خشونت اعتماد بین فردی و اعتماد به نهادها را از بین برده، روابط را از هم‌پاشیده و در نهایت با فقدان عدالت عمومی و عدم پاسخ‌گویی، انسجام اجتماعی را از بین می‌برند. این امر منجر به احساس ناامیدی، درماندگی و انزوای اجتماعی می‌شود که بر سلامت روانی و در نتیجه بر شرایط اجتماعی و اقتصادی افراد تأثیر منفی می‌گذارد. این سطوح فزاینده اضطراب نه تنها بر سلامت روانی افراد تأثیر می‌گذارد، بلکه اغلب در خانواده‌ها و جامعه نیز مشکل‌ساز است و به چرخه‌های مکرر خشونت کمک می‌کند. خشونت خانگی، خود آسیب‌رسانی و سوء‌مصرف مواد تنها بخشی از این چرخه‌های خشونت را تشکیل می‌دهند که در نهایت آسیب‌های بیشتری را در جامعه ایجاد می‌کنند (Tankink, Sliap, Bubenzer, 2021: 2).

باید توجه داشت که نقش نظام سلامت در صلح‌سازی، در مرحله پس از مخاصمه بیشتر نمود پیدا می‌کند، زیرا در این مرحله است که جامعه درگیر بحران‌های جدی ناشی از مخاصمه

به‌ویژه مشکلات جسمی، روانی و رفتاری می‌شود و ممکن است تا سال‌ها با این وضعیت دسته و پنجه نرم کند. اساساً بازسازی زیرساخت‌ها و برنامه‌ریزی جهت ارائه خدمات سلامتی، بهداشتی و درمانی برای اقشار مختلف جامعه در این مرحله صورت می‌گیرند. پس از اتمام مخصصه، بایستی نیازهای اولیه به‌صورت سریع شناخته شده و میزان ذخایر و منابع موجود و کمک‌های داخلی و خارجی بررسی شوند (University of new south wales, 2004:12). به‌ویژه کارکنان سلامت در زمینه حمایت و برقراری کمک‌های بشردوستانه پس از مخصصات دارای تکالیفی هستند که البته این امر، مستلزم باز نگه‌داشتن کانال‌های ارسال کمک و متوازن کردن کنترل میان حکومت و دیگر طرف‌های مخصصه است. تدوین برنامه‌هایی جهت سلامتی جوانان و پیشگیری از خشونت و ارائه مشاوره در زمینه سلامت روانی به توان‌بخشی افراد جامعه کمک می‌کند. درواقع در این مرحله نه‌تنها باز توانی و توان‌بخشی افراد مجروح و آسیب‌دیده جسمی و روانی اهمیت پیدا می‌کند، بلکه باز توانی جامعه نیز می‌بایست موردتوجه جدی قرار گیرد. یکی دیگر از اقدام‌های حوزه سلامتی جهت ایجاد صلح، تأمین سرپناه‌های بهداشتی برای افراد پناهجو، واکسیناسیون کودکان و مقابله با بیماری‌های عفونی و ویروسی است.

علاوه بر موارد فوق، کارکنان و متخصصان مراقبت‌های بهداشتی از طریق به‌کارگیری سازوکارهای ذیل نیز می‌توانند در مسیر صلح‌سازی پس از مخصصه نقش‌آفرین باشند: الف. مدیریت مخصصه: مخصصه بین گروه‌های متخاصم ممکن است با استفاده از «دیپلماسی پزشکی»^۱ حل‌وفصل، کاهش یا مهار شود؛ ب. همبستگی: کارکنان و متخصصان مزبور می‌توانند از افراد و گروه‌هایی که برای توسعه صلح در شرایط سخت کار می‌کنند، حمایت لازم ره به عمل آورند؛ ج. تقویت بافت اجتماعی: پیوندهایی که جمعیت را در عین تنوع قومی، مذهبی، ملی، زبانی و طبقه اجتماعی متحد می‌سازند، ممکن است از طریق روش‌های ارائه مراقبت‌های بهداشتی و همچنین مصالحه و درمان، احیا یا تقویت شوند؛ د. محدود کردن دامنه ویرانگری مخصصه: با توجه به اثراتی مخربی که سیاست‌های نظامی و مخصصه بر سلامتی می‌گذارند، کارکنان و متخصصان مراقبت‌های بهداشتی می‌توانند با استفاده از دانش تخصصی و گفتمان مراقبت‌های بهداشتی، برای محدود کردن یا لغو این سیاست‌ها تلاش کنند

و با دیگران همکاری کنند تا محدودیت‌هایی برای دولت‌ها در قوانین بین‌المللی گنجانده شوند (Peters, 1996: 9-10).

نظر به آنچه گفته شد، می‌توان دریافت که چنین مداخلاتی که سلامت جامعه را بهبود می‌بخشند، به‌طور اساسی به تلاش کلی برای تحقق صلح کمک می‌کنند و توسعه دموکراسی و رشد اقتصادی را تسهیل خواهند کرد. شاید تصورش کمی دشوار باشد، اما تردیدی نیست که بقای یک کودک، یا درمان فرد در یک مرکز بهداشتی، خود زمینه امیدآفرینی و افزایش تعامل خانواده با آینده جامعه خود را فراهم می‌کند. شواهد نشان می‌دهد که برخی از ابتکارات سلامتی برای صلح، اقدام در زمینه صلح را محور اصلی فعالیت‌های خود قرار داده‌اند. این ابتکارات ممکن است برای جلوگیری از تبدیل‌شدن درگیری و آشوب به مخاصمه، محدود کردن مخاصمه با منع یا محدود کردن استفاده از انواع خاصی از سلاح‌ها، پایان بخشیدن به مخاصمه و افزایش فرصت برای ایجاد صلح واقعی و پایدار پس از مخاصمه به کار روند. باید توجه داشت که با توجه به اینکه هرگونه کمک خارجی به افراد در منطقه تحت مخاصمه مسلحانه ممکن است درگیری را تشدید کند، لذا بررسی ابعاد تمام ابتکارات بهداشتی برای ارزیابی احتمال ایجاد یا تشدید مخاصمه امری مهم به نظر می‌رسد. از این‌رو بسیار مهم است که بدانیم نظام سلامت با تمرکز بر ارائه خدمات بهداشتی اولیه و جامعه‌محور باعث می‌شود که سلامتی به‌عنوان یک عنصر حیاتی لازم برای ایجاد صلح و بازسازی پس از مخاصمه در نظر گرفته شود که این امر برای توسعه جامعه‌ای پایدار، متعهد و صلح‌آمیز ضروری به نظر می‌رسد (Negin, 2007: 12).

در کل باید توجه داشت که برای تدوین برنامه‌های راهبردی جهت ایجاد صلح از طریق سلامتی در مرحله پس از مخاصمه می‌بایست نسبت به مخاصمه و علل وقوع آن، قربانیان مخاصمه و بازیگران سیاسی و نیز موضوع‌های حقوق بشری شناخت کافی داشت. برنامه‌ریزی برای بازیابی سیستم سلامت مستلزم تجزیه و تحلیل دقیق تأثیر مخاصمه بر عوامل تعیین‌کننده سلامت است. به‌عنوان مثال، وضعیت برای دیدن اینکه چگونه جابه‌جایی جمعیت بر دسترسی به آب سالم یا مراقبت‌های بهداشتی اثر می‌گذارد، یا اینکه چگونه برنامه‌های تأمین مالی حوزه سلامت با گذار اقتصادی پس از خاتمه جنگ مطابقت دارد، به دقت مورد بررسی قرار گیرد. به‌هرحال به نظر می‌رسد که برنامه‌ریزی برای بازسازی در جامعه جنگ‌زده باید هر چه زودتر

آغاز شود. البته در مسیر بازسازی و احیا زیرساخت‌های بهداشتی و سلامتی جامعه هدف باید احتیاط لازم را به خرج داد، زیرا بازگرداندن سیستم بهداشتی سابق لزوماً انتخاب درستی نیست، آن‌هم به این علت که غالباً سیستم بهداشتی که قبل از بروز مخاصمه وجود داشته است، خود بخشی از علل ساختاری بوده که در ریشه خود مخاصمه نهفته بوده است. بازسازی پس از مخاصمه نباید نابرابری‌های گذشته را احیا کند. به عنوان مثال، برای اطمینان از دسترسی عادلانه‌تر و مناسب‌تر به خدمات بهداشتی، نیازهای گروه‌های اقلیت باید بیشتر مورد توجه قرار گیرند تا دسترسی عادلانه‌تر و مناسب‌تر به خدمات بهداشتی تضمین شود.

۲. نقش سازمان جهانی بهداشت در ایجاد صلح در مراحل مخاصمه مسلحانه

در سال ۱۹۹۶، مجمع جهانی سازمان جهانی بهداشت، خشونت را «پیشروترین مشکل بهداشت عمومی در سراسر جهان» اعلام کرد و قطعنامه «۴۹/۲۵» را با موضوع ضرورت ارائه راهکارهای بهداشت عمومی برای رفع خشونت و دستیابی به صلح تصویب کرد.^۱ پیش از این گفته شد که سازمان جهانی بهداشت سلامتی انسان‌ها را امری اساسی برای دستیابی به صلح و امنیت دانسته در این مسیر، نقش ویژه‌ای را برای پزشکان و کارکنان درمان قائل است. علی‌رغم این امر که سازمان جهانی بهداشت از نهادهای حقوق بشری سازمان ملل محسوب نمی‌شود، اما اقدام‌ها و بیانیه‌های این سازمان در استخراج عناصر سازنده حق بر سلامتی تأثیر بسزایی دارد (حبیبی مجنده، ۱۳۸۶: ۲۰). علاوه بر این، با اینکه این سازمان هیچ تعهدی در زمینه برقراری و حفظ صلح ندارد، اما نظر به نقش ویژه سلامتی در ایجاد صلح، در این عرصه نیز فعال است. برخی از مأموریت‌های اضطراری سازمان یادشده مربوط به حفظ صلح هستند که برای نمونه در مواردی با همکاری یونیسف برای برقراری آتش‌بس واسطه شده‌اند تا کمپین‌های واکسیناسیون فلج اطفال در کشورهایی که تحت تأثیر مخاصمات هستند، شروع به فعالیت کنند (Beigbeder, 1998: 31). در مجموع، این سازمان سعی دارد که از طریق برنامه‌ها و عملیات گوناگون بهداشتی و سلامتی، در زمینه ایجاد صلح به‌ویژه در مناطق درگیر مخاصمه

1. WHO, World Health Assembly, WHA49/1996/REC/1, 1996.

نقش‌آفرینی کند که در ادامه، ابعاد این دو برنامه در پرتو اشاره به وضعیت برخی کشورهای درگیر مخاصمه در گذشته یا حال حاضر بررسی می‌شود.

۱-۲. برنامه سلامتی به عنوان پلی برای صلح

اصطلاح «سلامتی به عنوان پلی برای صلح»، نخستین بار در دهه ۱۹۸۰ توسط «سازمان بهداشت پان‌آمریکن»^۱ به کاربرده شد و سپس مجمع جهانی بهداشت در ماه می ۱۹۹۸، به طور رسمی برنامه‌ای را تحت همین نام و به عنوان بخشی از استراتژی‌های سلامت برای همه در قرن ۲۱ موردپذیرش قرار داد که شامل مجموعه‌ای از اصول، مفاهیم و راهبردهای ایجاد صلح از طریق فرایند تحقق سلامتی است. هدف این برنامه، تعیین چارچوبی برای کارکنان سلامت جهت اجرای برنامه‌های بهداشتی در شرایط مخاصمه مسلحانه و پس‌از آن است تا بتوانند از طریق دیپلماسی، میانجی‌گری و حل منازعات در ایجاد صلح مشارکت کنند. برنامه مذکور به دنبال انعکاس اولویت‌های بهداشتی سنتی در مناطق مخاصمه شامل نجات جان افراد و جلوگیری از شیوع بیماری‌های عفونی است (Garber, 2002:70 / World Health Organization, 1997). نظر به اهمیت نقش و اثرگذاری سلامتی و بهداشت عمومی در ایجاد صلح، سازمان جهانی بهداشت در این برنامه، ارائه خدمات درمانی و سلامتی را با مدیریت مخاصمه، بازسازی اجتماعی و برقراری صلح پایدار در جامعه ادغام کرده است. باور سازمان این است که در وضعیت بی‌ثباتی اجتماعی و شرایط اضطراری پیچیده، برای اطمینان نسبت به حصول دستاوردهای سلامتی پایدار، ضرورت دارد که راهبردهای لازم برای برقراری صلح اتخاذ شوند. در دستیابی به هدف اصلی سلامت برای جوامع مستعد و تحت تأثیر جنگ، سازمان از متخصصان سلامت و بهداشت می‌خواهد که تکالیف خود برای ایجاد فرصت‌هایی جهت صلح سازی را تشخیص دهند.

برنامه سلامتی، پلی برای صلح از توسعه برنامه‌های سلامتی و بهداشتی جهت ارتقا ثبات دموکراتیک، ایجاد صلح و پیشگیری از مخاصمه، به عنوان مهم‌ترین و اصلی‌ترین اقدام‌های پیش از بروز مخاصمه نام می‌برد. در طول مخاصمه، پیاده‌سازی طرح‌های بهداشتی می‌تواند به

1. Pan American Health Organization (PAHO), 1902.

شناسایی گستره حمایت از فرایندهای توسعه در جامعه دچار بحران بیانجامد. سازمان بر این باور است که تا قبل از پایان درگیری‌ها، بخش سلامت و بهداشت می‌تواند موجب افزایش تلاش‌ها برای غلبه بر آسیب‌های پایدار ناشی از جنگ شده، همچنین آشتی را تشویق کرده و به پیشگیری از بروز مجدد درگیری‌های خشونت‌بار کمک فراوانی کند. بی‌تردید وقوع مخاصمه و وجود سیستم‌ها و ساختارهای معیوب یک جامعه به افزایش نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی و درگیری‌ها دامن خواهد زد که در این خصوص، بخش بهداشت و درمان می‌تواند در مرحله پس از پایان مخاصمه، نقش مهمی در ایجاد بسترهای لازم برای تغییر چنین سیستم‌ها و ساختارهایی ایفا کند (Manenti, 2001:13-15). همچنین به باور برخی، سیاست‌گذاران حوزه سلامت می‌توانند از طریق ترکیبی از تجزیه و تحلیل مخاصمه و علل بروز آن، حمایت و ارتقا ظرفیت نیروی کار سلامت برای کسب مهارت‌های ایجاد صلح و مشارکت در این حوزه، به عملیاتی شدن برنامه سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح کمک کنند (Al Mandhari, Ghaffar and Etienne, 2022: 1).

بررسی‌ها نشان از این دارد که این برنامه سازمان در موارد متعددی اجرا و عمدتاً با نتایج مثبت همراه بوده است. برای نمونه در سریلانکا (۲۰۰۰-۱۹۹۹) و اندونزی (۲۰۰۱-۲۰۰۰)، برنامه مذکور منجر به ایجاد شبکه‌های اجتماعی و ارتباط با سایر سازمان‌ها، مؤسسات و افراد با پیشینه متفاوت شد. به‌طور خاص در اندونزی، سازمان جهانی بهداشت با کمک دولت، سازمان ملل و دانشگاه‌ها، اقدام به آموزش متخصصین برای عملکرد بهتر در مناطق تحت تأثیر مخاصمه یا مستعد آن کرد. در السالوادور با اجرای این برنامه در همکاری با یونسف، امکان واکسیناسیون فراهم شد. در بوسنی هرزگوین (۱۹۹۸-۱۹۹۷)، سازمان جهانی بهداشت با همراهی بانک جهانی و سازمان ملل متحد، دولت محلی و سازمان‌های غیردولتی محلی از طرق تماس مداوم و منظم بین کارکنان بهداشت و درمان طرفین برای تشکیل کنفرانس، کارگاه و سمینار مشترک، افزایش گفتگو در زمینه سیاست مشترک، برنامه‌ریزی برای ایجاد زیرساخت‌های بهداشت و درمان، تشکیل انجمن‌های مشترک میان طرفین، ایجاد شبکه‌های اجتماعی و کمپین‌های مشترک، گام‌های مؤثری را برای تحقق صلح پایدار از طریق ارتقا سلامت برداشت. این اقدام‌ها موجب شد که سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی وارد این فرایند شوند و نقش‌آفرینی کنند (Arya, 2008: 240-241).

در ارتباط با مخاصمات یک دهه اخیر می‌توان به وضعیت سوریه و میانمار اشاره کرد. در سوریه و در جریان مخاصمه در این کشور از سال ۲۰۱۱ به این‌سو، سیستم بهداشتی در پی تخریب زیرساخت‌ها، حمله به کارکنان بهداشتی و مهاجرت آن‌ها از کشور و شیوع چندین بیماری واگیردار با بحران روبرو شد و ارائه خدمات بهداشتی به شدت کاهش یافت (Jabbour et al, 2021: 1245). برخی ابراز داشته‌اند که درگیری در سوریه یک نمونه گویا از وضعیتی است که نشان می‌دهد که اگرچه در آنجا ابتکارات بهداشتی با هدف ایجاد صلح صورت گرفته است، اما با موفقیت چندانی همراه نبوده است. درواقع شواهد کمی وجود دارد که نشان دهد این ابتکارات به ایجاد گفتگو و همکاری‌های معنادار بین مقامات ایالتی و جوامع پزشکی، برابری شهروندان در برخورداری از خدمات بهداشتی و سلامتی و نیز تقویت اعتماد میان شهروندان و دولت و درنهایت تحقق اهداف صلح‌سازی که توسط سازمان جهانی بهداشت برای طرح‌های بهداشتی در این سطح در قالب برنامه سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح تعیین شده است، کمک کرده باشد. فقدان بودجه کافی، سیاسی شدن موضوع و حمله به مراکز مراقبت‌های بهداشتی و هدف قرار دادن کارکنان این حوزه از مهم‌ترین عوامل این عدم موفقیت محسوب می‌شوند. برای نمونه در چارچوب این ابتکارات بهداشتی، واکسیناسیون و اخذ آزمایش‌های پزشکی ازجمله فرصت‌هایی بود که می‌توانست به بازسازی اعتماد میان شهروندان و دولت مرکزی سوریه کمک کند که عملاً توزیع نابرابر خدمات در این حوزه، ساختارهای ناهماهنگ مراقبت‌های بهداشتی، کمبود بودجه، تجهیزات ناکافی و شیوع کرونا در سال‌های اخیر، این فرصت را از دولت گرفت (AlGhatrif, 2022: 3).

در نمونه دیگر، بسیاری از امکان موفقیت برنامه سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح در «میانمار»^۱ سخن گفته‌اند و سلامت را ابزاری حیاتی برای اعتمادسازی در این کشور دانسته‌اند، زیرا این حوزه یکی از محدود حوزه‌های اجتماعی است که دولت مرکزی و «سازمان‌های مسلح قومی»^۲ در میانمار می‌توانستند علی‌رغم مخالفت‌های سیاسی خود با یکدیگر، در آن به تفاهم و

۱. سال‌هاست که میانمار درگیر شورش، آشوب و حتی جنگ داخلی است. در این میان، خشونت‌های ارتكابی دولت علیه اقلیت قومی مسلمانان روئینگیا در ایالت راخین منجر به وقوع نسل‌کشی و پاک‌سازی قومی در سال‌های اخیر شده است.

2. "Ethnic Armed Organisations" (EAOs)

توافق برسند. البته این مسئله فقط در مورد میانمار صدق نمی‌کند. بلکه به‌طور کلی در مورد تمامی کشورهای درگیر مخاصمه و ناآرامی‌های داخلی، حوزه سلامت و بهداشت، همان‌گونه که می‌تواند به‌واسطه ضعف‌ها و نقایص به عاملی برای ایجاد تنش و ناآرامی تبدیل شود، در مقابل می‌تواند فضایی برای تعامل و توافق میان طرفین درگیری فراهم کند.

در مورد میانمار، به‌طور خاص دهه‌ها است که انزوا و نظامی‌سازی موجب شده است که مناطق قومی در این کشور از سیستم‌ها و زیرساخت‌های بهداشتی ضعیف برخوردار باشند. به‌ویژه پس از کودتای فوریه ۲۰۲۱ در این کشور، سیستم بهداشت عمومی تقریباً سقوط کرد. به نظر می‌رسد ادغام خدمات بهداشتی دو طرف و اصطلاحاً همگرایی سلامت می‌تواند تعامل مثبتی بین سیستم‌های بهداشت ملی و قومی میانمار ایجاد کند، شکاف سلامتی را کاهش دهد و همچنین درک متقابل و اعتماد بین طرفین را ارتقا دهد. البته نباید فراموش کرد که سیستم‌های بهداشتی در مناطق قومی اغلب آن‌قدر دچار بحران هستند که نمی‌توانند احیا شوند، زیرا مدت‌هاست که از حداقل حمایت مالی، کمبود شدید منابع انسانی، فناوری‌های قدیمی و کیفیت پایین بهداشتی رنج می‌برند (Tang and Zhao, 2017: 2-3). در این راستا برای نمونه «آژانس توسعه و همکاری سوئیس»^۱ در مناطق مورد مناقشه جنوب شرقی میانمار، «پروژه مراقبت‌های بهداشتی اولیه»^۲ را اجرا کرد. این آژانس بودجه مساوی را برای هر دو طرف درگیری فراهم کرد و با ایجاد اعتماد میان مردم، به نحوی به کاهش تنش‌ها و درگیری‌ها کمک کرد (Décobert et al, 2022:1).

شایان‌ذکر است که سازمان جهانی بهداشت از سال ۲۰۱۹ به این سو و بر اساس برنامه مذکور، طرح جدیدی تحت عنوان «ابتکار برای صلح»^۳ را آغاز کرده است که قصد دارد با تمرکز بر روی مخاصمات، به شناسایی علل اصلی آن‌ها اقدام کند. تقویت انعطاف‌پذیری در برابر خشونت و توانمندسازی مردم برای برقراری روابط صلح‌آمیز با یکدیگر، توجه به طیف گسترده‌ای از زمینه‌های بروز تنش‌ها و درگیری‌ها، از شیوع بیماری‌های عفونی گرفته تا بحث سلامت کودکان، فرزندان، تغذیه و تقویت سیستم‌های بهداشتی از اهداف رویکرد جدید

دولت میانمار این عنوان را برای گروه‌های مسلح در درگیری‌های داخلی این کشور انتخاب کرده است.

1. Swiss Agency for Development and Cooperation (SDC)

2. Primary Health Care Project (PHCP)

3. Health for Peace Initiative

سازمان مزبور است و ظاهراً برخی از پروژه‌های مرتبط به این برنامه در اوکراین در حال پیاده‌سازی هستند.

در یک جمع‌بندی می‌توان بیان داشت که مسائل بهداشتی فراتر از شکاف‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و قومی بین مردم است و می‌تواند پیوندی برای گفت‌وگو در سطوح مختلف ایجاد کند و برنامه سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح، مشخصاً همین امر را هدف قرار داده است. در بیانی دیگر می‌توان هدف نهایی این برنامه را تحقق صلح از رهگذر دیپلماسی سلامت دانست، شیوه‌ای که می‌تواند تعامل میان ذی‌نفعان درگیر در امر بهداشت و سلامت و نیز متولیان امر سیاست جهت همکاری، حل اختلافات، ارتقا سیستم‌های بهداشتی و تأمین حق بر سلامتی برای جمعیت‌های آسیب‌پذیر و متأثر از مخاصمه و درگیری را به دنبال داشته باشد.

۲-۲. برنامه واکنش (پاسخ) بشردوستانه

بسیاری در سراسر جهان در محیط‌های آسیب‌پذیر، متأثر از مخاصمه و خشونت زندگی می‌کنند؛ جایی که دشواری و مشکلات زندگی، به‌موجب وقوع شرایط اضطراری مانند بلایای طبیعی و شیوع بیماری‌های عفونی و ویروسی مانند همه‌گیری «کووید-۱۹»^۱ تشدید می‌شوند. شرایط اضطراری تأثیر مستقیمی بر سلامتی دارند و موجب ایجاد صدمات، بیماری‌ها، آسیب‌های روانی و مرگ‌ومیر شده و از طریق اثرگذاری بر عوامل تعیین‌کننده سلامتی، حساسیت جمعیت را به بیماری‌ها و بهداشت ضعیف افزایش می‌دهند. بحران‌ها در هر یک از کشورهای درگیر بر ارائه خدمات بهداشتی آن‌ها تأثیر داشته و جمعیت‌های در معرض خطر را با خطر مضاعف مواجه کرده‌اند. به‌عنوان مثال، ۶۰ درصد از مرگ‌های قابل‌پیشگیری مادران، ۵۳ درصد از مرگ‌های زیر پنج سال و ۴۵ درصد از مرگ‌های نوزادان در شرایطی چون مخاصمات مسلحانه، جابه‌جایی‌ها و بلایای طبیعی رخ می‌دهند. شرایط اضطراری همچنین از طریق آسیب یا اختلالی که در سیستم‌های بهداشتی ایجاد می‌کنند، بر سلامتی تأثیر می‌گذارند. در سال‌های اخیر، شرایط اضطراری به‌طور فزاینده‌ای طولانی و پیچیده شده‌اند و افراد بیشتری را تحت تأثیر قرار می‌دهند. بر اساس گزارش «دفتر هماهنگی امور بشردوستانه سازمان ملل»^۲،

1.Covid-19

2.United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA).

در حال حاضر میانگین مدت زمان بحران انسانی بیش از نه سال طول می کشد. پیش بینی اخیر این نهاد در سال ۲۰۲۱، ۲۳۵ میلیون نفر نیازمند کمک در سراسر جهان را شناسایی و هزینه آن را ۳۵.۱ میلیارد دلار برآورد کرده است که این رقم بالاترین میزان ثبت شده تا آن زمان است (World Health Organization, 2021: 1).

در کنار برنامه سلامتی به عنوان پلی برای صلح، سازمان جهانی بهداشت در راستای ایفا نقش و اثربخشی در موضوع ایجاد صلح از رهگذر سلامتی، مبتنی بر تجزیه و تحلیل دقیق نیازها در «۲۶ کشور دنیا»، برنامه ای را تحت عنوان «واکنش یا پاسخ بشردوستانه را در سال ۲۰۱۸ تدوین کرد که دربرگیرنده ارزیابی کلی از وضعیت کشورها، اهداف سازمان برای رسیدگی به جوانب سلامتی و بهداشتی بحران ها و بودجه مورد نیاز برای پیاده سازی برنامه ها است. شایان ذکر است که این برنامه که در حال حاضر در ۵۰ کشور دنیا در حال انجام است، هر سال تمدید می شود.^۱ البته باید توجه کرد که اگرچه این برنامه، ابتکار سازمان جهانی بهداشت است، اما درواقع، خود بخشی از طرح های کلی واکنش بشردوستانه را تشکیل می دهد که توسط شرکای سازمان همچون «صندوق جمعیت ملل متحد»^۲ و بازیگران بین المللی در واکنش گسترده تر بشردوستانه به بحران ها و مخاصمات در کشورها برنامه ریزی شده اند (<https://www.who.int/emergencies/funding/response-plans>). نظر به این توضیحات، در ادامه به بررسی برخی از مهم ترین ابعاد اجرای این برنامه در لیبی و سوریه اشاره می شود.

۱-۲-۲. لیبی

در سال ۲۰۱۱ و به دنبال اعتراض وسیع مردم به سیاست های دولت معمر قذافی، حکومت مرکزی لیبی تصمیم به سرکوب شدید معترضان گرفت. به تدریج، آشوب های داخلی به سمت مخاصمه داخلی رفت. ثمره درگیری ها و بی نظمی در این کشور تاکنون، چیزی جز از بین رفتن و محرومیت شمار زیادی از جمعیت غیرنظامی و نابودی زیرساخت های این کشور نبوده است. به ویژه وضعیت بحرانی در بخش سلامت این کشور، دسترسی به خدمات بهداشتی را بسیار محدود کرده است. افراد آسیب پذیر با فقدان یا ضعف شدید خدمات درمانی پیشگیرانه

1. See: <https://www.humanitarianresponse.info/>

2. United Nations Population Fund (UNFPA), 1969.

روبرو هستند. به علاوه، تسهیلات بهداشتی برای پاسخگویی به وضعیت‌های اورژانسی ناکافی است. بی‌ثباتی و بحران در بخش سلامت و درمان پزشکی لیبی، اجرای برنامه‌های مختلف مراقبت‌های بهداشتی به‌ویژه در بهداشت باروری نوزادان متولدشده، مقابله با بیماری‌های واگیر از جمله اچ آی وی، سل و بیماری‌های غیر واگیر همچون بیماری‌های مرتبط با سلامت روان و نیز ارائه خدمات تخصصی مانند جراحی و اورژانس را به‌طور جدی مختل کرده است. کمبود دارو و تجهیزات در مراکز درمانی و نیز کمبود نیروی متخصص حوزه بهداشت و سلامت، از دیگر مشکلاتی است که مردم لیبی با آن دست‌وپنجه نرم می‌کنند (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Libya Humanitarian Response Plan, 2018: 33). بنا بر گزارش‌ها، یکی از رایج‌ترین موانع مقابله با بیماری‌های غیر واگیر در لیبی، ناتوانی در تصویب سیاست‌ها و مقررات در سطح ملی است. در طول یک دهه منازعه، هیچ نهاد مشورتی واحد و یکپارچه‌ای وجود نداشته است که دارای ظرفیت قانونی برای رسیدگی به بیماری‌های غیر واگیر باشد (Al Mandhari, Ghaffar and Etienne, 2022: 2).

نظر به مشکلات فوق، سازمان جهانی بهداشت در قالب برنامه‌های واکنش بشردوستانه ۲۰۱۸، سه هدف راهبردی را در این کشور دنبال می‌کند که عبارت‌اند از: بهبود دسترسی افراد آسیب‌پذیر به خدمات درمانی پیشگیرانه و درمانی، بازیابی کارکردهای اساسی خدمات درمانی و کاهش خطر شیوع بیماری‌ها و سایر موارد اضطراری بهداشتی. ارائه خدمات بهداشتی به مردم توسط وزارت بهداشت لیبی و واحدهای فنی آن، سازمان‌ها از جمله سازمان ملل متحد، سازمان‌های غیردولتی بین‌المللی و سازمان‌های ملی، تأمین تجهیزات و ملزومات پزشکی به‌عنوان کمک‌های مالی، اعزام کادر بهداشتی به مراکز درمانی و از طریق کلینیک‌های سیار، برگزاری کارگاه‌های آموزشی از اصلی‌ترین روش‌های پاسخگویی بخش بهداشت به بحران سلامت در لیبی است (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Libya Humanitarian Response Plan, 2018: 33-35).

شایان‌ذکر است که در پایان سال ۲۰۲۱، تیم کشوری بشردوستانه در لیبی موافقت کرد که برنامه واکنش بشردوستانه را به مدت پنج ماه دیگر و تا ۳۱ مه ۲۰۲۲ تمدید کند. این تصمیم بر اساس یافته‌های بررسی کلی نیازهای بشردوستانه که بهبود وضعیت کلی بشردوستانه در این کشور پس از یک دوره ثبات نسبی سیاسی و اقتصادی را تأیید کرده است، اتخاذ شد. بر اساس

برنامه ۲۰۲۲ برای لیبی، سازمان جهانی بهداشت: - افزایش دسترسی به کمک‌های بهداشتی انسان دوستانه برای نجات جان و حفظ زندگی، با تأکید بر آسیب‌پذیرترین افراد و بهبود تشخیص زودهنگام و پاسخ به شیوع بیماری، - تقویت ظرفیت نظام سلامت برای ارائه حداقل بسته خدمات سلامت و مدیریت سیستم‌های اطلاعات سلامت و - تقویت سلامت و تاب‌آوری جامعه (از جمله افراد آواره داخلی، مهاجران و پناهندگان) برای واکنش به بحران‌ها با تأکید بر لزوم اطمینان از دسترسی عادلانه به خدمات مراقبت‌های بهداشتی با کیفیت را به‌عنوان اهداف خود اعلام کرده بود (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2022: 17-18).

۲-۲-۲. سوریه

آغاز بحران در سوریه به فوریه ۲۰۱۱ برمی‌گردد، زمانی که برخی از مخالفان دولت مرکزی در اعتراض به موضوعاتی چون فقر، فساد و نبود آزادی بیان به تظاهرات پرداختند. به تدریج و با اوج‌گیری دامنه اعتراض‌ها، وضعیت این کشور نیز شبیه لیبی به سمت مخاصمه مسلحانه میان شبه‌نظامیان و گروه‌های تروریستی چون القاعده، جبهه‌النصره و داعش با دولت مرکزی سوق یافت. بنا بر بررسی‌ها، درگیری‌ها در این کشور تاکنون، به کشته شدن حدود ۵۹۰ هزار نفر، آوارگی ۵.۵ میلیون نفر از سوریه و آوارگی ۶.۶ میلیون در داخل سوریه منجر شده است. همچنین ۱۳ میلیون نفر از افراد در مناطق مختلف این کشور تحت تأثیر فروپاشی نظام اجتماعی-اقتصادی و ارائه خدمات ضعیف در این حوزه‌ها از جمله مراقبت‌های بهداشتی قرار گرفته‌اند (AlGhatrifan and Alkhouri, 2021:125). در جریان این مخاصمه، زیرساخت‌های حیاتی این کشور به‌ویژه نظام سلامت عمومی به‌طورجدی آسیب دیده‌اند و روز به روز بر تعداد افراد نیازمند درمان افزوده می‌شود. مردم سوریه در معرض شیوع بیماری‌های واگیردار همچون هپاتیت، تیفوئید، سرخک قرار گرفته‌اند و سیستم واکسیناسیون در این کشور نیز با بحران روبرو است. همچنین بیماری‌های غیر واگیردار مانند فشارخون، دیابت، بیماری‌های قلبی، سیستم سلامت این کشور را به‌صورت جدی تحت تأثیر قرار داده است (World Health Organization, 2018: 44).

بنا بر برنامه واکنش بشردوستانه سازمان جهانی بهداشت برای سوریه در سال ۲۰۱۸، این سازمان و دیگر نهادهای همکار به دنبال این بودند که با بودجه‌ای حدود ۵۳۶ میلیون دلار آمریکا، جمعیتی بالغ بر ۱۱.۲ میلیون نفر را در این کشور تحت پوشش برنامه‌های سلامتی و صلح خود قرار دهند. در سوریه مبتلایان به بیماری‌های مزمن، کودکانی که واکسینه نشده‌اند، زنان باردار و نوزادانی که دسترسی به مراقبت‌های زنان و زایمان ندارند، زنانی که دسترسی کم به مراقبت‌های اساسی بهداشت باروری دارند و آن‌هایی که نیاز به سلامت روانی و حمایت روانی و اجتماعی دارند، افرادی هستند که بیشتر در معرض خطر قرار دارند. سازمان جهانی بهداشت در پرتو اجرای پروژه‌هایی چون بهبود خدمات بهداشتی و درمانی پایدار و با کیفیت، مراقبت‌های بهداشتی و ارجاعی در سراسر کشور، تقویت سیستم‌های نظارتی ملی و فرعی برای شناسایی زودرس، پیشگیری و کنترل مستعد بیماری‌های همه‌گیر، از سال ۲۰۱۸ به این سو تحقق سه هدف عمده را در سوریه دنبال می‌کند که عبارت‌اند از: - ارائه کمک‌های بهداشتی انسان دوستانه جهت تداوم زندگی افراد؛ - تقویت هماهنگی بخش بهداشت و سیستم‌های اطلاع‌رسانی بهداشتی برای بهبود اثربخشی پاسخگویی بهداشتی به افراد نیازمند و - ارتقا ظرفیت سیستم بهداشتی برای حمایت از استمرار مراقبت‌های بهداشتی و تقویت تاب‌آوری جامعه و واکنش به شیوع بیماری (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Syrian Arab Republic Humanitarian Response Plan, 2018: 61-62). در ارتباط با برنامه واکنش بشردوستانه ۲۰۲۲ در سوریه، همان اهداف سه‌گانه مدنظر در برنامه لیبی برای این سال، دنبال شده است.

گفتنی است که در عمل، سازمان جهانی بهداشت تلاش کرده است که با کمک شرکای داخلی و بین‌المللی و نیز «دفتر کشوری»^۱ خود در سوریه، پروژه‌های سلامتی را دنبال کند. به‌خصوص در دوره همه‌گیری کرونا، این سازمان نقش مهمی در کمپین ملی واکسیناسیون کووید-۱۹ با تأکید بر آسیب‌پذیرترین گروه‌ها از جمله آوارگان داخلی، زنان، کودکان و کسانی که در پناهگاه‌ها و کمپ‌ها زندگی می‌کنند، ایفا کرد. این دفتر در راستا و در ادغام با برنامه واکنش بشردوستانه برای سوریه، موضوع تاب‌آوری و بهبودی زود هنگام در این کشور را

شروع کرد. همچنین می‌توان به حمایت از مقامات ملی بهداشت سوریه در دیجیتالی کردن اطلاعات بهداشتی و سلامتی و ظرفیت‌سازی برای جمع‌آوری، تأیید اطلاعات بهداشتی به‌ویژه راجع به ارزیابی آسیب‌های وارده به مراکز بهداشتی برای اهداف حمایتی و توان‌بخشی اشاره کرد. این دفتر کوشش کرد که با استفاده از موقعیت خود به‌عنوان آژانس بین‌المللی بهداشت، مفهوم «سلامتی برای صلح» را برای رسیدگی به چالش‌های مرتبط با سلامت از طریق دیپلماسی سلامت توسعه ببخشد (World Health Organization, 2021). البته ناگفته نماند که درگیری یک دهه‌ای در سوریه، عمیق‌تر شدن بحران‌های اقتصادی ملی و منطقه‌ای و تحریم‌های اعمال‌شده توسط اتحادیه اروپا و آمریکا علیه این کشور، دامنه عملیات بشردوستانه در این کشور را محدود و تهیه تدارکات و تجهیزات را دشوار کرده است. دفتر کشوری سازمان جهانی بهداشت در سوریه هم به دلیل نبود امنیت، عملاً در دسترسی به برخی مناطق این کشور محدودیت دارد. همچنین دولت سوریه در بسیاری از حوزه‌های تخصصی پزشکی با فقدان یا کمبود نیروی متخصص روبرو است و بعلاوه در سال‌های اخیر تعداد بالایی از کارکنان و متخصصان حوزه بهداشت و سلامت این کشور مهاجرت کرده‌اند. این‌ها چالش‌های پیش‌روی نظام سلامت ملی سوریه و نیز سازمان جهانی بهداشت برای کمک به بهبود وضعیت سلامتی و درنهایت ایفا نقش در روند صلح‌سازی در سوریه هستند.

نظر به مطالب فوق، می‌توان این‌گونه بیان داشت که راهکارهای سلامتی می‌تواند به روند برقراری صلح و حفظ آن کشورهای درگیر منحصم یا متأثر از آن کمک کند. برگزاری جلسات مشترک با مقامات حوزه بهداشت، کنفرانس‌ها و کارگاه‌ها مشترک جهت تقویت ارتباط بین طرفین درگیری، طراحی برنامه‌های راهبردی و تعیین استانداردهای سلامتی مشترک در قالب همکاری‌های دوجانبه می‌تواند به ایجاد صلح پایدار در این کشورها کمک کند. متخصصان حوزه سلامتی می‌توانند از مجرای دیپلماسی سلامت، نقش ویژه‌ای ایفا کنند. ضمناً نقش سازمان‌های بین‌المللی به‌ویژه سازمان‌های غیردولتی از این جهت که می‌توانند لزوم این مذاکرات را به طرفین خاطرنشان کرده و مقدمات جلسات مشترک را با توجه به آمار دقیق خود از میزان فاجعه فراهم کنند، بسیار مهم است.

به‌عنوان مطلب پایانی این مقاله باید گفت که به نظر می‌رسد صلح‌سازی و تحقق صلح پایدار در یک جامعه درگیر منحصم یا متأثر از آن مستلزم اتخاذ رویکردی سه‌جانبه شامل پاسخ

گویی به نیازهای فوری، بازسازی سیستم سلامت و پیشگیری از بروز شرایط مشابه در آینده است. به طور سنتی، این سه جنبه میان بازیگران فعال در سه عرصه بشردوستانه، بهداشت و سلامت، توسعه و ایجاد صلح تقسیم شده‌اند؛ به طوری که هر گروه به طور مستقل با بهره‌گیری از سازوکارهای هماهنگی، برنامه‌ریزی و بسیج منابع خود فعالیت می‌کنند. باید در نظر داشت که فعالیت‌های انجام‌شده در یکی این سه بخش می‌تواند نتایج و پیامدهای مثبت یا منفی برای سایر بخش‌ها داشته باشد. برای مثال، ساختارها و سازوکارهایی که در طول یک برنامه واکنش بشردوستانه بکار گرفته می‌شوند، در صورت مفید بودن و اثربخش بودن به طور حتم می‌تواند توسعه بلندمدت سیستم‌های سلامت و همچنین ایجاد و تثبیت صلح را به همراه داشته باشد و اساساً سازمان جهانی بهداشت نیز با چنین رویکردی اقدام به اجرای برنامه‌های واکنش بشردوستانه در کشورهای هدف کرده است. برعکس، فعالیت توسعه‌ای که با اصول انصاف، بی‌طرفی و استقلال عملیاتی در تضاد است، ممکن است نیاز به اقدام بشردوستانه را افزایش دهد.

فرجام سخن

به دو دلیل کلی، سلامت باید به عنوان محوری برای ایجاد صلح در نظر گرفته شود. نخست، خدمات اولیه بهداشتی و کیفیت اولیه بهداشت یک حق بشری است. در این مفهوم، بهبود سلامت یک هدف است. به ویژه برای جوامعی که توسط جنگ ویران شده‌اند، ارائه خدمات پزشکی و بهداشت عمومی بهبودیافته بسیار مورد نیاز و مطلوب است؛ دوم، بهبود سلامت، جزئی جدایی‌ناپذیر از دیگر عناصر ایجاد و تثبیت صلح یعنی توسعه اقتصادی، مشارکت سیاسی و پایداری جامعه است. البته میزان موفقیت‌ها و اثرگذاری نظام سلامت در صلح سازی متغیر بوده و این امر به واسطه تفاوت کشورها از حیث توانایی و ظرفیت‌های بهداشتی آن‌ها و نیز نوع سیاست اتخاذی جامعه بین‌المللی در خصوص آن‌هاست. پزشکان، متخصصان و کارکنان حوزه سلامت در پرتو داده‌ها و اطلاعات جمع‌آوری شده گهگاه می‌توانند در نقش دیپلمات یا میانجی‌گر ظاهر شده و زمینه و چارچوب‌های گفتگو میان دولت مرکزی و گروه‌های مخالف شورشی در سطح ملی را فراهم کنند. بعلاوه اینان می‌توانند ضمن بررسی شاخص‌های عمومی سلامت جامعه و خلأها و ضعف‌های حوزه سلامت، داده‌های لازم را در اختیار دولت هدف قرار داده و با شناسایی خطر آغاز مخاصمه، به دولت جهت ارائه خدمات

بهداشتی روحی و جسمی به شهروندان کمک کنند؛ یعنی عملاً نظام سلامت می‌تواند از رهگذر دیپلماسی سلامت و مراقبت‌های بهداشتی، نقش کلیدی در حمایت از رشته‌های بهداشت، صلح و توسعه و همچنین در تبدیل فرهنگ خشونت به فرهنگ صلح ایفا کند. متخصصان بهداشت باید در کسب مهارت‌های دیپلماتیک که می‌تواند جهت ایجاد و تثبیت صلح مورد بهره‌برداری واقع شوند و درعین حال سلامتی برای همه را در پی داشته باشند، مشارکت کنند. اعتمادسازی میان مردم و حاکمیت و ارتقا انسجام اجتماعی و بهبود دسترسی به خدمات بهداشتی عادلانه از رهگذر ابتکارات و مداخلات بهداشتی، می‌تواند به پیشگیری و مقابله با تشدید نابرابری‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی به‌عنوان محرکی برای بروز بی‌ثباتی و درگیری کمک کند.

حین مخاصمه نیز نقش پزشکان، پرستاران و کارکنان حوزه سلامت در کاهش یا رفع مخاصمه و نهایتاً ایجاد و تثبیت بسیار مهم است. احیا یا تقویت اعتماد ازدست‌رفته جامعه به‌ویژه از طریق عادلانه کردن روند توزیع خدمات بهداشتی و درمانی راهکار مهمی است که می‌تواند در این مرحله از مخاصمه مفید باشد. در این خصوص نظام سلامت می‌تواند با حمایت از ارسال کمک‌های بشردوستانه و مشارکت در فرایند گفتگو میان طرفین از رهگذر دیپلماسی سلامت تأثیرگذار باشد و به کاهش یا رفع مخاصمه کمک کند. پس از مخاصمه، نظام سلامت با تمرکز بر تأمین خدمات بهداشتی اولیه و جامعه‌محور، می‌تواند نقش محوری در صلح‌سازی ایفا کند، زیرا توسعه اقتصادی، داشتن حاکمیت و جامعه مدنی قوی به‌عنوان عناصر بنیادین صلح به‌طورجدی به وضعیت سلامتی در جامعه وابسته‌اند و بی‌تردید قوت یا ضعف این حوزه بر آن عناصر و درنهایت حفظ صلح تأثیرگذار است. در وضعیتی که ازیک‌طرف ظرفیت‌های بهداشتی ملی به‌واسطه آسیب‌ها و خسارات ناشی از جنگ در پایین‌ترین حد خود بوده و از طرف دیگر، نیازها و تقاضاهای این حوزه در بالاترین میزان خود هستند، توان‌بخشی افراد جامعه به‌عنوان یک ضرورت محسوب می‌شود. تحقق این امر مستلزم بهره‌گیری از توان متخصصان و کارکنان عرصه سلامت و بهداشتی شناخت درست از نیازها و تقاضای مردم و نیز تلاش برای احیا یا تقویت تأسیسات و زیرساخت‌های بهداشتی با هدف ارائه خدمات به جامعه است.

لازم به ذکر است که نظر به اهمیت و لزوم اتخاذ اقدام‌های بین‌المللی سازماندهی‌شده در امر ایجاد و تثبیت صلح از رهگذر سلامتی، چندین دهه است که شاهد نقش‌آفرینی سازمان جهانی بهداشت به‌ویژه در مرحله پس از مخاصمه هستیم. شواهد نشان از این دارد که این سازمان با بهره‌گیری از امکانات خود و در پرتو به‌کارگیری کارکنان، پزشکان و متخصصان پزشکی و بهداشتی توانسته است در کشورهایی چون لیبی، سوریه، یمن، فلسطین و اوکراین به موفقیت‌های در امر صلح‌سازی دست پیدا کند. سازمان جهانی بهداشت در عمل به رابط میان سلامت با صلح و توسعه بشردوستانه تبدیل شده است. عملکرد سازمان نقش کلیدی سلامت به‌عنوان محرک صلح و توسعه پایدار از طریق تعریف و اجرای پروژه‌های سلامتی و درمان پزشکی، پوشش همگانی سلامت و بازسازی و تقویت سیستم‌های مراقبت بهداشتی فراگیر در شرایط شکننده کشورهای درگیر یا متأثر از مخاصمه را تقویت کرده است. این سازمان با اجرای دو برنامه سلامتی به‌عنوان پلی برای صلح و واکنش‌های بشردوستانه، تلاش دارد که به تقویت دسترسی عادلانه مردم به خدمات بهداشتی، شناسایی، پیشگیری و کنترل بیماری‌های واگیردار کمک کند و فراتر از آن‌ها، ترویج صلح از طریق دیپلماسی و برنامه‌ریزی و ظرفیت‌سازی در مناطق تحت تأثیر مخاصمه را دنبال کند. البته در باب اینکه این برنامه‌ها به چه میزان اثرگذار بوده‌اند، نظر قطعی نمی‌توان داد، هرچند شواهد حاکی از اثربخشی متغیر آن‌هاست. واقعیت آن است که نگاهی به اوضاع و احوال کشورهای درگیر مخاصمه به‌ویژه کشورهای مذکور نشان از این دارد که با توجه به متفاوت بودن وضعیت آن‌ها از باب شرایط زمان درگیری و نیز توانایی‌ها، ظرفیت‌ها و امکانات بهداشتی، آموزشی و مالی، به‌طورقطع میزان اثرگذاری و موفقیت برنامه سلامتی و بهداشتی در ایجاد صلح پایدار و حفظ آن در این سرزمین‌ها متفاوت است.

References

- اشرافی، داریوش (۱۳۹۳). تفسیر جدید از صلح و امنیت بین‌المللی و تأثیر آن بر مفهوم حاکمیت ملی، پژوهش حقوق عمومی، ۱۵ (۴۲)، ۸۳-۱۰۹.
- اکبرپور، ساجده، مسعود، غلام‌حسین، اخوان فرد، مسعود (۱۴۰۰). حقوق همبستگی و نقش آن در شکوفایی نسل سوم حقوق بشر، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۵ (۱۵)، ۶۰۳-۶۲۰.

حبیبی مجنده، محمد (۱۳۸۶). حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق بشر، ۲(۱)، ۳۸-۷.

سید موسوی، میرسجاد (۱۳۹۹). رویکردی بر نظریه: حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت، تحقیقات حقوقی، ۲۳(۸۹)، ۲۷۳-۲۹۶. doi: 10.52547/lawresearch.23.89.273

طلایی، فرهاد، پور سعید، فرزانه (۱۳۹۲). بررسی تأثیر متقابل حقوق بشر و صلح بر یکدیگر، دوفصلنامه حقوق بشر، ۸(۱)، ۸۵-۱۲۲. doi: 10.22096/hr.2013.33410

Alger, C. F. (2007). Peace studies as a transdisciplinary project, in: *Handbook of Peace and Conflict Studies*, Edited by Charles Webel and Johan Galtung, London: Routledge, Taylor & Francis group, 299-318.

Arya, N. (2008). Humanitarian ceasefires", in: *Peace through health: How health professionals can work for a less violent world*, Edited by Arya, N and Santa Barbara J, United States: Kumarian Press, 193-196.

Arya, N. (2008). The world health organization: Health as a bridge for peace, in: ", in: *Peace through health: How health professionals can work for a less violent world*, Edited by Arya, N and Santa Barbara J, United States: Kumarian Press, pp.240-246.

AlGhatrif M & Alkhouri, I. (2021). Syria after a decade of atrocity: Toward a holistic healing and prevention strategy, in: *Public Heal Ment Heal Mass Atrocity Prevention*, Edited by: Jocelyn Getgen Kestenbaum et al., London: Routledge, Taylor & Francis group, 123-41.

A *Health-to-Peace Handbook: Ideas and Experiences of how Health Initiatives Can Work in Practice* (1996), Edited by: Mary Anne Peters, War and Health Program at McMaster University.

Al Mandhari A, Ghaffar, A, Etienne, C. F (2022). Health is a bridge for peace: let us make use of it, *British Medical Journal Global Health*, 7(8), 1-2. doi:10.1136/bmjgh-2022-010577

AlGhatrif, M, et al (2022). Power dynamics and health initiative design as determinants of peacebuilding: a case study of the Syrian conflict, *British Medical Journal Global Health*, 7(8), 1-7. doi.org/10.1136/bmjgh-2021-007745

Ashrafi, D. (2015). New Interpretation on Peace and International Security and Its Influence on the National Sovereignty, *Public Law Research*, 15(42), 83-109. [In Persian]

Akbarpoor S, Masoud G, Akhavan Fard M (2021). Solidarity Rights and their Roles in the Development of the Third Generation of Human Rights, *Medical Law Journal*, 15, 603-620. [In Persian]

Beigbeder, Y. (1998). The world health organization and peacekeeping, *International Peacekeeping*, 5(4), 23-26.

- Bwirire, D. et al (2022). Health inequalities in post-conflict settings: A systematic review, *PLoS ONE*, 17(3), 1-22. doi: 10.1371/journal.pone.0265038
- Chattu, V. K, Knight, W. A. (2019). Global Health Diplomacy as a Tool of Peace, *Peace Review*, 31(2), 148-157. doi:10.1080/10402659.2019.1667563
- Donna J. P. et al (2015). The Right to Life in Peace: An Essential Condition for Realizing the Right to Health, *Health and Human Rights Journal*, 17(1), 148-158.
- Décobert A. et al (2022). How political engineering can make health a bridge to peace: lessons from a Primary Health Care Project in Myanmar's border areas, *British Medical Journal Global Health*, 7(8), 1-6. doi:10.1136/bmjgh-2021-007734
- espace-mondial-atlas (September 28, 2018), Positive and Sustainable Peace, <https://espace-mondial-atlas.sciencespo.fr/en/topic-insecuritypeace/article-4A08-EN-positive-and-sustainable-peace.html>
- Garber, R. (2002). Health as a Bridge for Peace: Theory, Practice and Prognosis Reflections of a Practitioner, *Journal of Peacebuilding and Development*, 1(1), 69-84. doi:10.1080/15423166.2002.827416170519
- Jabbour, S. et al (2021). 10 years of the Syrian conflict: a time to act and not merely to remember, *Lancet*, 397(10281), 1245-1248. doi: 10.1016/S0140-6736(21)00623-1
- Molavi V. H., Salehi, A., Aminlari, F. (2020). Conception of "Peace through Health" in the "Middle East" Region, Report of the International Congress on Health for Peace, Shiraz, Iran, *Arch Iran Med*, 23(4 Suppl 1), 54-59. doi: 10.34172/aim.2020.s12
- MacQueen, G, Santa-Barbara, J. (2000). Peace building through health initiatives, *British Medical Journal Global Health*, 321(7256), 293-296. doi: 10.1136/bmj.321.7256.293
- Manenti, A. (2001). Health as a potential contribution to peace: realities from the field. What has WHO learned in the 1990s?, *Geneva: World Health Organization, Health and Conflict, Department of Emergency and Humanitarian Action*.
- Habibi Mojandeh, M. (2007). Right to Health in International Human Rights Law, *The Journal of Human Rights*, 2(3), 7-38. [In Persian]
- Negin, J. (2007). The central role of health in building peaceful post-conflict societies, *Journal of Peace Conflict & Development*, pp.1-22.
- Sherin, A. (2018). Health and peace: global, regional and local perspective, *Khyber Medical University Journal*, 10(13), 121-123.
- Seeyed Mosavi, M. S. (2020). An Approach to the theory of The Right to the highest level of health attainable, *Legal Research Quarterly*, 23(89), 273-296. [In Persian] doi:10.52547/lawresearch.23.89.273

- Takian, A. H., Ramaiah, G. (2020). Peace, Health, and Sustainable Development in the Middle East, *Arch Iran Med*, 23(4 suppl 1), 23–26. doi.org/10.34172/aim.2020.s5
- Taherifard, E. et al. (2020). Peace through Health and Medical Education: First Steps in Inclination of Healthcare Workers Toward Conflict-Preventive Activities, *Arch Iran Med*, 23(4 suppl 1), 27-32. doi: 10.34172/aim.2020.s6
- Tankink, M., Sliep, Y., Bubenzer, F. (2021). No Peace Without Peace of Mind: The Impact of Violent Conflict on Individuals and Society, (8 October 2022), pp.1-3. Available at: <https://www.africaportal.org/features/no-peace-without-peace-mind-impact-violent-conflict-individuals-and-society/>.
- Tang, K, Zhao, Y. (2017). Health as a bridge to peace and trust in Myanmar: The 21st Century Panglong Conference, *Globalization and Health*, 13(40), 1-4. doi: 10.1186/s12992-017-0271-3
- Talaie, F. & Poursaeed, F. (2013). A Study of Mutual Effects of Human Rights and Peace, *The Journal of Human Rights*, 8(1), 85-122. [In Persian] doi: 10.22096/hr.2013.33410
- UN Doc. A/RES/34/58, 1979.
- United Nations Development Programme (UNDP) (2022). *New Threats to Human Security in the Anthropocene, Demanding greater solidarity*, SPECIAL REPORT.
- University of New South Wales (2004). *Health and peace building: securing the future*”, *UNSW health and conflict project*, (January 3. 2023) <http://www.med.unsw.edu.au/SPHCMWeb.nsf/resources/AUSCAN-Issue-Paper-I.pdf/>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (2018). *Libya Humanitarian Response Plan 2018*, <https://reliefweb.int/report/libya/2018-libya-humanitarian-response-plan-overview>
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (2018). *Syrian Arab Republic Humanitarian Response Plan*, <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/2018-syrian-arab-republic-humanitarian-response-plan-january-december#:~:text=The%202018%20Humanitarian%20Response%20Plan,undertaken%20across%20and%20within%20sectors>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (2022). *Libya Humanitarian Response Plan 2022 Review*, <https://reliefweb.int/report/libya/libya-humanitarian-response-plan-2022-december-2021-enar>
- Vass, A. (2001). Peace through health: This new movement needs evidence, not just ideology, *British Medical Journal Global Health*, 320(7320), 1020-1043. doi: 10.1136/bmj.323.7320.1020

- Wiist, W. H. et al. (2014). The Role of Public Health in the Prevention of War: Rationale and Competencies, *American Journal of Public Health*, 104(6), pp.34-47. doi: 10.2105/AJPH.2013.301778
- World Bank (2018). *Pathways for Peace: Inclusive Approaches to Preventing Violent Conflict*, Report by: United Nations and World Bank, Washington, DC: World Bank.
- World Health Assembly, 36. (1983). *The role of physicians and other health workers in the preservation and promotion of peace as the most significant factor for the attainment of health for all*, World Health Organization, Doc. WHA36.28,
- World Health Organization (1997). *Report on the First WHO Consultative Meeting on Health as a Bridge for Peace*, Les Pensières, Annecy, 30–31 October.
- World Health Organization (2020). *Health and peace initiative*, License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.
- World Health Organization, Regional Office for the Eastern Mediterranean (2021). *Bridging the divide: a guide to implementing the Humanitarian-Development-Peace Nexus for health*, License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.
- World Health Organization (2022). *World health statistics 2022: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*, Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.
- World Health Organization (2022). *Director-General's address at the High-Level Welcome at the 75th World Health Assembly – 22 May 2022*, (10 October 2022, Available at: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-address-at-the-75th-world-health-assembly---22-may-2022>.
- WHO, World Health Assembly, WHA49/1996/REC/1, 1996.
- World Health Organization (2018). *Syrian Arab Republic: annual report 2017*, <https://www.who.int/publications/i/item/world-health-organization-syrian-arab-republic-annual-report-2017>
- World Health Organization (2021). *How Who Is Driving Impact On The Ground, Demonstrating Greater Accountability And Transparency, SYRIAN ARAB REPUBLIC [REPORT]*, <https://www.who.int/about/accountability/results/who-results-report-2020-2021/country-profile/2021/syrian-arab-republic>.
- World Health Organization (January 9, 2023), *Response Plans*, <https://www.who.int/emergencies/funding/response-plans>.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48758.5041>



Research Article

Interpretation of the Law from the Perspective of the "Denial of Justice" Doctrine

Parisa Mohammadi Moghadam^{1*}, Hassan Badini², Javad Niknejad³

1. PhD Student in Private Law, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran
2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
3. Assistant Professor, Department of Private Law, West Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 03/11/2023

Accepted: 02/03/2024

Social phenomena are constantly evolving, creating unforeseen conditions that cannot always be predicted. In certain cases, circumstances involve such intricate details that establishing specific laws for every possible scenario becomes impractical. Moreover, applying a rigid legal framework to diverse situations may sometimes result in rulings that deviate from the principles of justice, leading to what is known as "denial of justice." The expectation that a judge should function like an automated system—merely processing input data and producing verdicts strictly based on codified laws—undermines the very essence of judicial work.

On the other hand, individuals who turn to the judicial system for redress, whether to assert their rights or defend against unjust claims, expect this institution to deliver fair and discerning judgments. They view judges as figures of wisdom, capable of distinguishing truth from falsehood, and anticipate that their grievances will be addressed in a manner that upholds justice and prevents oppression. It is challenging for society to accept that a judge's ability to discern right from wrong is constrained by legal statutes,

Please cite this article as:

Mohammadi Moghadam, P., Badini, H., Niknejad, J. (2025). Interpretation of the Law from the Perspective of the "Denial of Justice" Doctrine. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 313-348.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48758.5041>

* Corresponding author:

E-mail address: pmmattorney@gmail.com

and that rulings must adhere strictly to predefined legal criteria. People yearn to witness the genuine execution of justice, one that resonates with their innate sense of fairness.

Methods

This article employs a library-based research method to gather primary data, followed by a practical analysis of the issue. It proposes innovative and specialized approaches to legal interpretation as a means to avert and counteract instances of "denial of justice."

Results and Discussion

"Denial of justice" refers to a scenario where justice is not merely compromised but entirely disregarded—a form of severe injustice that undermines the very foundation of legal proceedings. It creates such a profound sense of inequity that observers unanimously condemn it, leading to disillusionment with the judicial system and a departure from its core purpose. This, in turn, fosters widespread discontent. Even the most meticulously crafted laws, developed after years of deliberation and research, cannot anticipate every conceivable case. When a judge encounters a situation where applying the law as written would result in "denial of justice," how should they proceed? How can judges prevent such outcomes while remaining faithful to legal principles and avoiding deliberate defiance of statutory regulations? This article explores solutions through novel interpretive techniques, emphasizing the necessity of legal interpretation from the "denial of justice" perspective. It proposes three primary methods:

- **Referring to the legislator's intent** – A text-centered approach.
- **Deconstructing the law** – An author-centered approach.
- **Interpreting according to the spirit of the law** – An interpreter-centered approach.

These methods should be applied sequentially. If the first method resolves the issue, the subsequent ones need not be invoked. This structured approach ensures that judicial interpretation remains both principled and flexible.

Conclusions

In domestic law, the doctrine of "denial of justice" can be applied through legal interpretation. However, in the case of formal (procedural) laws—which are typically mandatory—legislative intervention is necessary to grant judges discretionary authority to prevent "denial of justice." Simply interpreting such laws may not suffice, particularly since procedural rules are particularly susceptible to injustices. In today's global movement toward accessible justice, Iran, as an independent and historically justice-oriented

nation, should leverage these interpretive methods to issue equitable and progressive rulings, setting an example for other legal systems. Recognizing judicial interpretive authority is not merely an option but a necessity—one that every legal system must embrace to ensure justice prevails.

Keywords: interpretation of law, methods of interpretation, denial of justice, legal doctrine, just verdict, legal hermeneutics.

.

.



تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت»

پریسا محمدی مقدم^{۱*}، حسن بادینی^۲، جواد نیک نژاد آرانی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت ا... آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: پدیده‌های اجتماعی همواره در حال تغییر و تحول هستند و شرایط تازه‌ای را به وجود می‌آورند که از قبل قابل پیش‌بینی نبوده است. در بعضی موارد نیز، اوضاع و احوال دارای جزئیاتی چنان گسترده است که اصولاً نمی‌توان برای همه آن موارد، قانون ویژه‌ای وضع کرد و در عین حال، ممکن است شمول قانون معین بر مصادیق مختلف، موجب خروج احکام صادره از دایره عدالت و تحقق «انکار عدالت» شود. اینکه دادرس، مانند ربانی که به او داده‌هایی منتقل کرده و سپس در قبال سؤال مطروحه، منتظر استنتاج و پاسخ آن باشند و از او بخواهند که فقط بر اساس قانون به صدور رأی بپردازد، اساس کار قضا را زیر سؤال می‌برد. از طرفی، آنکه برای دادخواهی به دستگاه قضا متوسل شده و برای احقاق حق خویش بدان پناه برده است یا شخصی که بی‌خبر، دستاویز زیاده‌خواهی برنامه‌ریزی شده دیگران قرار گرفته، توقع دارد که این نهاد به یاری او شتافته و در تشخیص حق از باطل بکوشد و توانا باشد. او قاضی را شخصی برتر می‌داند که ذکاوت لازمه جهت تمیز راست از دروغ را دارد و می‌خواهد که به تظلم‌خواهی‌اش رسیدگی شده تا حق به حق‌دار برسد و از ظلم و بی‌عدالتی جلوگیری شود. برای افراد جامعه پذیرش اینکه توانایی قاضی در تشخیص حق از باطل محدود است و فقط بر اساس و معیار

استناد به این مقاله:

محمدی مقدم، پریسا؛ بادینی، حسن؛ نیک‌نژاد آرانی، جواد (۱۴۰۴). تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت».

۱۷. (۱). ۳۴۸-۳۱۳.

قانون بتواند اقدام به صدور رأی کند، سخت و دشوار است و می‌خواهد اجرای عدالت را با تمام وجود حس کند.

روش‌ها: این مقاله که اطلاعات اولیه خود را به روش کتابخانه‌ای گردآوری کرده و سپس به تجزیه و تحلیل موضوع به صورت کاربردی پرداخته، به بیان این راهکار از طریق شیوه‌های نوین و خاص تفسیر قانون به منظور پرهیز و دفع انکار عدالت پرداخته است.

یافته‌ها: «انکار عدالت» به حالتی گفته می‌شود که عدالت به طرزی جدی و آشکار نادیده گرفته شده باشد که مراتبی بالاتر از بی‌عدالتی صرف است. «انکار عدالت» نوعی «بی‌عدالتی شدید» است که اساس و مبنای دادرسی و دادخواهی را زیر سؤال می‌برد تا جایی که به نظر می‌رسد «استنکاف از احقاق حق» صورت گرفته است و هر بیننده و شنونده‌ای آن را مذموم می‌داند و موجب سرخوردگی از دادخواهی و جدا افتادن دادرسی از فلسفه وجودی خود می‌شود که مسلماً موجب نارضایتی‌های گسترده خواهد شد. حتی سنجیده‌ترین قوانین که پس از سال‌ها تجربه و تحقیق از تصویب گذشته‌اند، نتوانسته‌اند برای همه موارد ممکن و متصور، از پیش پاسخی درخور تدارک ببینند. حال اگر دادرس در موقعیتی قرار بگیرد که اعمال قانون در آن مورد، به جای آنکه موجب احقاق حق واقع شود، بروز شرایط «انکار عدالت» را به همراه داشته باشد، در این صورت قاضی چگونه می‌تواند از به وجود آمدن «انکار عدالت» جلوگیری کند؛ به گونه‌ای که ضمن حفظ بنیان قانون و بدون قصد زیر پانهادن و تمرد از مقررات قانونی، از بی‌عدالتی آشکار بگریزد؟

این مقاله ضمن بیان علل لزوم تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت»، سعی داشته که روش‌هایی جهت تفسیر قانون ارائه کند تا در حد ممکن ضمن حفظ اساس و بنیان قانون و عدم سرپیچی از آن، بتوان از بروز «انکار عدالت» جلوگیری کرد. عمده این روش‌ها عبارت‌اند از: ۱. رجوع به آخرین اراده قانون‌گذار؛ ۲. ساختارشکنی و ۳. تفسیر منطبق با روح قانون. اگر بخواهیم جایگاه این‌گونه از تفاسیر را در هرمنوتیک حقوقی که شامل انواع تفسیر متن‌محور و مؤلف‌محور و مفسر‌محور است بیابیم، باید گفت که روش اول زیرمجموعه تفسیر متن‌محور، روش دوم زیرمجموعه تفسیر مؤلف‌محور و روش سوم نیز زیرمجموعه روش مفسر‌محور قرار خواهد گرفت. نکته‌ای که در این میان حائز اهمیتی ویژه است این است که لازم است روش‌های تفسیری ذکرشده به ترتیب مورد استفاده قرار گیرند و در هر پرونده، قدم به قدم، پیش رفته و چنانچه امکان استفاده از روش اول و رفع انکار عدالت وجود داشته باشد، نوبت به روش دوم نمی‌رسد و به همین ترتیب از روش‌های دوم سوم استفاده می‌شود.

نتیجه‌گیری: در حقوق داخلی، اگرچه بتوان در خصوص قواعد ماهوی، دکترین «انکار عدالت» را با تمسک به تفسیر قانون به شیوه‌هایی همچون رجوع به آخرین اراده قانون‌گذار، ساختارشکنی و تفسیر منطبق با روح قانون، اعمال کرد؛ لیکن در خصوص قواعد شکلی که عموماً امری هستند، نیازمند قانون‌گذاری و پیش‌بینی قانون جهت امکان اعمال نظر قاضی به منظور اجتناب از «انکار عدالت» است و نمی‌توان صرفاً با تفسیر قانون، از «انکار عدالت» به وجود آمده ناشی از قوانین شکلی رهایی یافت. امری که توجه بدان بسیار بیشتر از سایر حوزه‌ها ضروری است، زیرا درواقع قوانین شکلی، جولانگاه وسیعی جهت بروز «انکار عدالت» هستند. امروزه هم‌زمان با جنبش دسترسی به عدالت در جوامع بین‌المللی، لازم است که ایران نیز به‌عنوان کشوری مستقل، پیشرفته و غنی در دستیابی و در نظر گرفتن عدالت، در این زمینه و با اتکا به روش‌های مذکور، دارای احکامی عادلانه و پیشرو و الگویی برای سایر کشورها باشد؛ بنابراین به رسمیت شناختن امکان‌های تفسیری برای قضات نه یک «انتخاب» بلکه «ضرورت» است؛ ضرورتی که عملاً بر هر نظام حقوقی تحمیل می‌شود.

واژگان کلیدی: تفسیر قانون، روش تفسیر، انکار عدالت، دکترین حقوق، حکم عادلانه، هرمنوتیک حقوقی.

سرآغاز

از لوازم زندگی اجتماعی، وضع قوانین و مقررات است. ادراک و استنباط هر شخص ممکن است با دیگری متفاوت باشد و از این رو بین افراد جامعه، مشکلات و درگیری‌هایی به وجود آید و برای جلوگیری از این اصطکاک منافع و ایجاد مانعی جهت بروز مجدد آن، قوانین وضع شدند؛ اما رفته‌رفته مردم و مجریان قوانین به این نتیجه رسیدند که قانون به‌تنهایی برای ایجاد نظم و احقاق حق کافی نیست، بلکه گاهی اجرای مرّ قانون، باعث ایجاد هرج و مرج و سوءاستفاده از آن قانون می‌شود و شرایطی را به وجود می‌آورد که باید برای آن چاره‌ای اندیشید.

قوانین برای آنکه موردپذیرش افراد تحت شمول آن قرار گیرد باید با عوامل و شرایط خاصی که در حیات اجتماعی یک جامعه یا کشور مؤثر است، تناسب داشته باشند. چنانکه منتسکیو می‌گوید: «قوانین باید با اوضاع طبیعی کشور، با آب‌وهوای هر کشور، با نوع زندگی ملتی که در لوای آن زندگی می‌کند تناسب داشته باشد. قوانین باید با تمام جزئیات محیط و مردمانی که بر آن‌ها مسلط می‌شود و اساس روابط آن‌ها را تشکیل می‌دهند، متناسب باشد» (مونتسکیو، کتاب اول، فصل ۳).

اما آنچه در این میان به‌عنوان یک نقص وجود دارد، این است که قانون‌گذار نمی‌تواند همواره قوانین را به‌روزرسانی کرده و آن‌ها را با پدیده‌ها و شرایط روز جامعه منطبق کند. شرایط زندگی اجتماعی و آداب و رسوم همواره در حال تغییر و دگرگونی هستند. مثلاً زمانی زنان بیشتر خانه‌دار بوده و به امور خانه و فرزندپروری مشغول بودند و در دوره‌ای، زنان نیز پا به پای مردان در بیرون از خانه شاغل بوده و شرایط جدیدی از زندگی را به وجود آوردند و بر همان اساس نیازهای تازه‌ای پای به عرصه گذاشت که قوانین تازه‌ای را می‌طلبیدند. سؤال اصلی این است که چگونه می‌توان از تنگنا و حصار قانونی که موجب «انکار عدالت» می‌شود، رها شد و چه راهکاری می‌تواند پاسخگوی این کاستی باشد؟

یکی از راه‌های جبران ناکافی بودن قانون، «تفسیر» است. علمای حقوق و دادرسان، برای حل چنین مشکلی، به تفسیر قانون دست می‌زنند. بدین جهت تفسیر قانون، تجلی‌گاه اوج دانش حقوقی دادرسان و حقوق‌دانان و نتیجه ممارست طولانی آنان در کار دشوار فهم قانون است و طبیعی است که دست یافتن به چنین مهمی، قبل از هر چیز نیازمند روشی مضبوط و قانون‌مند است (قیاسی، ۱۳۷۹: ۱۵). از طرفی الزام به نص قانون و جمود قانونی می‌تواند منجر به «انکار

عدالت» شود و شرایطی را به وجود آورد که اعمال مرتکبان، ناقض عدالت شده و شدیداً آن را پایمال کند.

«انکار عدالت» عبارتی است که در حقوق بین‌الملل مورد استفاده و استناد قرار گرفته است و برخی از کشورها از جمله فرانسه نیز در حقوق داخلی خود، آن را به کار برده و برای آن قواعدی نیز پیش‌بینی کرده‌اند. به‌طور کلی می‌توان گفت، «انکار عدالت» نوعی بی‌عدالتی شدید است که اساس و مبنای دادرسی و دادخواهی را زیر سؤال می‌برد. در «انکار عدالت»، اتفاقی فراتر از بی‌عدالتی رخ می‌دهد و به‌نوعی «بی‌عدالتی غلیظ» است. در این حالت در اثر نقص قانون و در شرایطی که هر فرد نوعی، آن را خلاف عدالت می‌داند، حق شخص از بین می‌رود و به‌گونه‌ای، اجرای عدالت که هدف و مبنای حقوق و دادرسی است، انکار و رد می‌شود و نقض غرض صورت می‌پذیرد و شاید دلیل تعبیر برخی از حقوق‌دانان (محسنی، ۱۳۹۴، ج ۲: ۲۲۹) از این مفهوم به «استنکاف از احقاق حق» نیز به همین جهت باشد؛ یعنی در «انکار عدالت»، بی‌عدالتی به حدی می‌رسد که به نظر می‌رسد احقاق حق، مورد استنکاف قرار گرفته است (محمدی مقدم، بادینی و نیک نژاد، ۱۴۰۱: ۱۲۹).

آنچه از مجموع تعاریف این اصطلاح در حقوق بین‌الملل برمی‌آید می‌توان این چهار موضوع را برای مبحث «انکار عدالت» در حقوق بین‌الملل برشمرد:

۱. از قوانین هر کشوری توقع می‌رود، همان توجهاتی که در احقاق حق نسبت به شهروندان خود دارد، نسبت به افراد غیر تبعه نیز روا دارد و اگر در رسیدگی به حقوق بیگانگان، تعلل ورزیده و یا استنکاف کنند، «انکار عدالت» رخ داده است؛

۲. همچنین هرگونه تأخیر در رسیدگی و احقاق حق نیز به‌نوعی «انکار عدالت» شناخته می‌شود. تأخیر باید از نوع قابل اجتناب باشد و همه تأخیرها را شامل نمی‌شود. چه‌بسا رسیدگی عجولانه و بی‌دقت، خود منجر به انکار عدالت شود (Sourdin and Burstyner, 2014: 47)؛

۳. مورد دیگر، سوءاستفاده از قانون به نحو مخرب است که از مصادیق انکار عدالت شناخته شده است؛ به این معنا که شخص با آگاهی از قوانین و با سوءاستفاده از آن‌ها، قصد داشته باشد حقی را ناحق جلوه داده و یا برعکس، درصدد به دست آوردن حقی باشد که استحقاق آن را ندارد؛

۴. همچنین بی‌عدالتی آشکار و شدید نیز از موارد «انکار عدالت» محسوب می‌شود که بنا به مورد ممکن است در هریک از بخش‌های رسیدگی از جمله بخش شکلی، ماهوی و یا ادله اثبات دعوا رخ دهد (محمدی مقدم، بادینی و نیک نژاد، ۱۴۰۱: ۱۲۵-۱۲۶).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در خصوص جلوگیری از وقوع انکار عدالت موضوع بندهای سوم و چهارم، آنچه به‌عنوان راهکار پیشنهاد می‌شود، تمسک به روش‌های تفسیر است. البته باید اذعان داشت که همواره اصلاح قانون و پیش‌بینی موارد جزئی در قانون و طبقه‌بندی شرایط و اوضاع و احوال در قوانین حقوقی، از جمله تأثیر قصد اولیه و فهم آن در قراردادهای می‌تواند در عادلانه‌سازی قوانین حقوقی سهم بسزایی داشته باشد کما اینکه در اصلاحات صورت گرفته در قوانین کیفری نیز این امر رعایت شده و ضمن درجه‌بندی کردن جرائم و مجازات و در نظر گرفتن اوضاع و احوال وقوع جرم و شرایط متهم و سابقه و پیشینه او، مجازات مختلفی متناسب با نحوه وقوع جرم و شرایط متهم پیش‌بینی شده است که درواقع همان فازی کردن قواعد کیفری و شناور کردن مجازات متناسب با جرائم است.

در قانون آیین دادرسی کیفری با عنایت به اینکه در زمانی جدیدتر به‌روزرسانی شده است، شاهد پیش‌بینی طیف بیشتری از شرایط و اوضاع و احوال ممکن هستیم و مقررات دادرسی کیفری از انعطاف و شناوری بیشتری برخوردار هستند. اگرچه هیچ‌گاه قوانین به‌طور کامل نمی‌توانند تمام شقوق متصوره را پیش‌بینی کرده و برای آن تعیین تکلیف کنند؛ اما شکی نیست که فازی‌سازی مقررات به معنای شناور کردن قوانین خصوصاً قواعد آمره (ابوذری، ۱۳۹۶) و طبقه‌بندی جزئی‌تر آن‌ها، در عادلانه‌سازی هرچه بیشتر قوانین نقش مهمی دارد و منطق فازی در تفسیر قوانین می‌تواند نقشی اساسی داشته باشد.

منطق فازی، منطقی چند ارزشی است در برابر منطق دو ارزشی ارسطو؛ اگر در منطق ارسطو گزاره‌ها یا صادق‌اند یا کاذب، منطق فازی در پی گزاره‌هایی است که نیم صادق‌اند و نیم کاذب. باید دانست که منطق فازی سرانجام منطق حقوق است و منطق حقوق نیز چیزی نیست مگر شیوه استدلال قاضیان و استادان حقوق و سعی بر آن دارد تا حقوق را مدرج کند. بدین‌سان منطق فازی باید بیشتر به کار دادرسان و مفسران حقوق آید تا قانون‌گذاران (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۸). به‌طور مثال در مقررات کیفری شاهد هستیم که مجازات قتل عمد و غیرعمد و خطای محض با یکدیگر فرق داشته و هرکدام از آن‌ها نیز با شرایطی تقسیم‌بندی و

مدرج شده است؛ بنابراین در مورد هر قتلی، مجازات واحد به کار گرفته نشده و شرایط و اوضاع و احوال در نوع جرم و مجازات در نظر گرفته می‌شوند و همین‌طور انواع جرائم به درجات مختلف تقسیم شده و بنا بر شرایط، در درجه مخصوصی رتبه‌بندی شده و بر اساس آن مجازات و سایر مقررات تشدید یا تخفیفی نسبت به آن اعمال می‌شود؛ اما در مقررات حقوقی، چنین «فازی‌سازی قانونی» کمتر رخ داده و قاضی ناچار است برای اقناع وجدان خود و پرهیز از «انکار عدالت» به «فازی‌سازی قضایی» روی آورد و تا جای ممکن، با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال، دست به تفسیر حقوقی بزند و البته این امر بیشتر در حوزه مقررات ماهوی امکان‌پذیر خواهد بود. عدم اصلاح مقررات حقوقی در طول زمان و به وجود آمدن شرایط جدید و متفاوت در جامعه، نمی‌تواند و نباید موجب نادیده گرفتن شرایط ویژه هر اختلاف در هر پرونده قضایی شود.

در این مقاله سعی شده با ارائه راهکار و روشی برای تفسیر قوانین نشان داد که ضمن حفظ شالوده و پیکره اصلی قوانین و احترام به نظر قانون‌گذار و حتی قبل از اصلاح مقررات لازم‌الاصلاح، می‌توان از جمود قانونی و حبس در عبارات آن رها شد و انحصاری را که منجر به انکار عدالت شود از میان برداشت. در خصوص روش‌های تفسیر قوانین، کتب و مقالات بسیاری به رشته تحریر درآمده است، اما آنچه در این مقاله برای نخستین بار به آن پرداخته شده، این است که کدام یک از روش‌های تفسیری می‌تواند در جلوگیری از «انکار عدالت» مؤثر باشد. در بخش اول مقاله علل لزوم تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت» بیان و در بخش دوم به ذکر روش‌های برگزیده تفسیر جهت جلوگیری از بروز «انکار عدالت» پرداخته شده است.

۱. علل لزوم تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت»

حضرت علی (ع) فرموده است: «العدل اساس الملك» یعنی پایه و اساس حکومت، عدالت است. تمام قوانین و سازوکارهای قضایی و دستگاه‌های مربوطه، برای اجرای عدالت و رساندن حق به ذی‌حق و گسترش عدل و داد تشکیل شده و به وجود آمده‌اند. مبنا و هدف، رسیدن به عدالت است. اینکه دادرس، مانند ربّاتی که به او داده‌هایی منتقل کرده و سپس در قبال سؤال مطروحه، منتظر استنتاج و پاسخ آن باشند و از او بخواهند که فقط بر اساس قانون به صدور رأی بپردازد، اساس کار قضا را زیر سؤال می‌برد. از طرفی، آن که برای دادخواهی به دستگاه

قضا متوسل شده و برای احقاق حق خویش بدان پناه برده است یا شخصی که بی خبر، دستاویز زیاده خواهی برنامه ریزی شده دیگران قرار گرفته، توقع دارد که این نهاد به یاری او شتافته و در تشخیص حق از باطل بکوشد و توانا باشد. او قاضی را شخصی برتر می داند که ذکاوت لازمه جهت تمیز راست از دروغ را دارد و می خواهد که به تظلم خواهی اش رسیدگی شود تا حق به حق دار برسد و از ظلم و بی عدالتی جلوگیری شود. برای افراد جامعه پذیرش اینکه توانایی قاضی در تشخیص حق از باطل محدود است و فقط بر اساس و معیار قانون بتواند اقدام به صدور رأی کند، سخت و دشوار است.

هدف قانون تا آنجا که ممکن است اجرای عدالت و بعد فصل خصومت است (گوینده، ۱۴۰۲: ۱۵۵). عدالت درواقع، بخشی از قانون است و جدا یا متمایز از آن نیست. قانون چیزی نیست جز مجموعه ای از ابزارهای مسلماً پیچیده و از نظر فکری جذاب؛ اما نباید آن قدر درگیر منافع فکری قانون شویم که فراموش کنیم قانون به خودی خود نمی تواند مشکلات بشر را حل کند؛ مانند هر ابزار دیگری، قانون ممکن است حل یک مشکل را تسهیل کند؛ اما نمی توانیم انتظار داشته باشیم که قانون به ما بگوید که چگونه باید مشکل را حل کرد (D'Amato, 1992: 582-587).

هرروز مسائلی تازه به وجود می آید که نمی توان آن ها را دقیقاً از مصادیق قانون موجود دانست و شرایط حاکم بر آن با آنچه در قانون آمده، متفاوت است و این تفاوت گاه تا جایی است که اجرای آن قانون در مورد این مصداق، از موارد بارز «انکار عدالت» خواهد بود و چه بسا منجر به صدور احکامی ناحق شود. درحالی که امام علی (ع) فرمود: «اگر هزاران نفر گناهکار بی کیفر بمانند بهتر از آن است که یک نفر بی گناه برخلاف حق به کیفر برسد.» در ادامه با بررسی برخی نواقص موجود و موانع دستیابی به دادرسی عادلانه سعی داریم تا از این مجرا به دلایل ضرورت تفسیر قانون از منظر دکترین «انکار عدالت» پی ببریم.

۱-۱. قانون بر مبنای مصادیق نوعی

قانون نمی تواند جزئیات و خصوصیات هر مورد را پیش بینی کند، به ناچار احکام خود را بر مبنای مصالح و مفاسد نوعی معین می کند، درحالی که اجرای آن در پاره ای موارد با «عدالت» موافق نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۱۶۹) حتی سنجیده ترین قوانین که پس از سال ها تجربه و

تحقیق از تصویب گذشته‌اند، نتوانسته‌اند برای همه موارد ممکن و متصور، از پیش پاسخی درخور تدارک ببینند؛ بنابراین به رسمیت شناختن امکان‌های تفسیری برای قضات نه یک «انتخاب» بلکه «ضرورت» است، ضرورتی که عملاً بر هر نظام حقوقی تحمیل می‌شود.

به‌طور مثال قانون، وجه التزام قراردادی را قابل کاهش یا افزایش از سوی قاضی نمی‌داند (ماده ۲۳۰ قانون مدنی)، اما اگر شخصی با سوءاستفاده از کم‌دانشی طرف مقابل، وجه التزامی تعیین کرد که هیچ تناسبی با اصل تعهد نداشته و بسیار بیشتر از آن باشد و مشخص باشد که خواننده نیز به‌صورت واقعی و منطقی نمی‌توانسته موافق با چنین وجه التزام نامتناسبی باشد، آیا بازهم دستگاه قضا باید از خواهان حمایت کرده و وسیله زیاده‌خواهی وی شود یا اینکه قاضی با بررسی اوضاع و احوال و شرایط، مانع چنین سوءاستفاده‌هایی شده و با صرف‌نظر از قانون، توجیه و استدلالی منطبق با عدالت آورده و حکم دهد؟

همچنین اگر شخصی به دلیل عذر موجهی که خارج از موارد مصرحه در قانون آیین دادرسی مدنی است، نتواند در موعد مقرر نسبت به ارائه اعتراض خود اقدام کند و قاضی هم به این موضوع علم و یقین داشته و برایش به اثبات رسیده باشد، آیا رواست که بدون توجه بدان و صرفاً به جهت خارج از موارد مصرحه قانونی بودن آن عذر موجه، از پذیرش اعتراض شانه خالی کند؟

البته لازم به ذکر است که در حقوق داخلی ما اگرچه بتوان در خصوص قواعد ماهوی، دکترین «انکار عدالت» را با تمسک به تفسیر قانون، اعمال کرد؛ لیکن در خصوص قواعد شکلی که عموماً امری هستند، نیازمند قانون‌گذاری و پیش‌بینی قانون جهت اعمال نظر قاضی به‌منظور اجتناب از انکار عدالت است و نمی‌توان صرفاً با تفسیر قانون، از «انکار عدالت» به وجود آمده ناشی از قوانین شکلی رهایی یافت.

۲-۱. دور ماندن قضاوت از رسالت اصلی خود در برخی موارد

از روزگاران قدیم و زمانی که مدنیت شکل گرفت و برای رسیدگی به دعاوی، شخصی به نام «حاکم» منصوب شد، مراجعین توقع داشتند که به موضوع اختلافشان رسیدگی شده و با بررسی‌های انجام‌یافته در ادله و مستندات و اوضاع و احوال، حکم شایسته‌ای صادر شود و پس از خروج از نزد حاکم از بلا تکلیفی درآمده و فصل خصومت شده باشد. در آن زمان، نه تنها

این همه مقررات شکلی و ماهوی وجود نداشت، بلکه چیزی به نام هزینه دادرسی در میان نبود و خبری از اوقات رسیدگی طولانی مدت نیز نبود. لیکن امروزه با توجه به شرایط کنونی و افزایش جمعیت و تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضا با پدیده‌های جدیدی همچون هزینه دادرسی و... مواجه هستیم و چنانچه به دلیل ایرادهای شکلی غیراساسی و قابل اصلاح، پرونده رد شود، تمام این هزینه‌ها و زمان مصروفه به هدر می‌رود که این خود به‌طور واضح، برخلاف عدالت است.

همچنین فرض کنید یکی از طرفین با راهکارهای متفاوت و چه‌بسا مزورانه، فقط قسمت کمی از ادله و مدارک به نفع خود را برای دادرس ارائه دهد تا به این وسیله دادگاه را فریب داده و حکم به نفع خویش بگیرد و محکمه نیز ناگزیر و بدون داشتن اختیار و مغلوب رابطه طرفین دعوا و خواسته‌های آنان، مجبور به صدور رأی شود. آیا با این شرایط به‌راستی اختلاف طرفین از میان رفته و فصل خصومت شده است؟ (محسنی، ۱۳۸۷: ۲۹۴).

برخلاف تصور عموم، قاضی در مقام صادرکننده رأی، در استخدام و کارمند دولت نیست. بلکه دارای استقلال قضایی بوده و در دیدگاه ملت و جامعه مسئول اجرای عدالت است و اگر هم جز این باشد و قاضی صرفاً تابع و مطیع قانون قرار گیرد، از عنصر اصلی وجود خود دور می‌ماند. در این زمان است که تئوری «انکار عدالت» و روش‌های تفسیری خروج از آن، به کمک قاضی می‌شتابند تا با استناد به آن‌ها، از این حصار خارج شود.

۳-۱. قرائت‌های متفاوت از قانون

گذشته از ضرورت‌های عملی، از منظر فلسفی باید تأکید کرد که فعالیت فهم، رویدادی است که نمی‌تواند تحت کنترل یک نهاد رسمی مانند مجلس قانون‌گذاری واقع شود و بر اساس خواست قانون‌گذار تحقق یابد. هر واقعیتی پس از آمیختن با ذهن و ادراک انسان است که به‌صورت «واقعیت» جلوه می‌کند. از سویی نحوه تطبیق واقعیت‌های پرونده با قانون را نمی‌توانیم در یک قالب مکانیکی طراحی کنیم و این مرحله از قضاوت نیز کاملاً در معرض تنوع است (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۱۵۲).

قضاوت فرایندی است که کنترل آن توسط دیگران امکان‌پذیر نیست. از سویی خود متن نیز در هر دوره زمانی، محدودیت‌های خاص بر امکانات تفسیری مفسر تحمیل می‌کند و

ممکن است بالاخره زمانی فرا رسد که قاضی پس از طی فرایند پیچیده قضاوت، خود را در موقعیت احتمالاً ناخوشایندی بیاید و به این نتیجه رسد که محتوای قانون با مقتضای «انصاف»، «عدالت»، «مصلحت» و یا «اخلاق» سازگار نیست. (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۱۵۳) مقصود، داد است و حق و نصیفت و راه‌های گونه‌گون تفسیر، همه بهانه‌هایی است برای رسیدن به آن (جعفری تبار، ۱۳۹۵: ۱۸۴).

حتی برخی از حقوقدانان نیز علیرغم آنکه عدالت را از مبهمات حقوق می‌دانستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۹۲)؛ در قالب ارائه راهکاری غیر از استفاده از عنوان عدالت، با این توصیف که دادرس به‌جای تحقیق و تفحص به‌منظور اجتهاد در حکم، به اجتهاد در موضوع و ماهیت حقوقی پردازد و اجتهاد در موضوع را مقدم بر اجتهاد در حکم دانسته‌اند، بازهم در ضمیر خود به دنبال اجرای عدالت و دستیابی بدان بوده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۴۳۳).

عدالت هرگز مفهومی مبهم و ناشناس نبوده است، بلکه بشر در ذات خویش و به‌حکم فطرت الهی خود، همواره در جستجوی استقرار عدالت بوده و هست و آن را به‌خوبی احساس می‌کند؛ چنانکه چارلز دیکنز گفته است: «هیچ‌چیز در دنیا به‌اندازه بی‌عدالتی به‌وضوح احساس و درک نمی‌شود» و نادیده گرفتن آن همچون دور ماندن از مفاهیمی مانند عشق و نوع‌دوستی و زندگی اجتماعی است. آیا می‌توان گفت از آنجاکه زندگی اجتماعی مشکلات عدیده‌ای را به وجود می‌آورد و انواع جرائم و خلاف‌ها در بستر اجتماع رخ می‌دهد، بنابراین زندگی اجتماعی را نفی کنیم و تنهایی را بر آن ترجیح دهیم؟

قاضی به‌عنوان شخصی که دارای ویژگی‌های خاص بوده که برای انجام قضاوت انتخاب شده است، وظیفه دارد تا با بررسی هر پرونده و آنچه واقع شده است، طرف حق را گرفته و نسبت به صدور حکمی شایسته و به‌دوراز انکار عدالت اقدام کند.

۴-۱. سوءاستفاده از قوانین

اطلاع برخی اشخاص از پیچ و خم‌های قوانین و دستاویز قراردادن آن مقررات برای سوءاستفاده از طرف معامله نباید دادرس را همچنان ملزم به اطاعت از قانونی کند که مورد سوءاستفاده قرار گرفته است. چه‌بسا، اشخاص سودجویی که با تبحر در مواد قانونی و شناسایی گلوگاه‌های آن که عموماً مردم عادی از آن بی‌اطلاع هستند، دستگاه قضا را تبدیل به

رباتی کنند که ناچار است در همه موارد دارای موضوع یکسان، رأی مشابه صادر کند. درحالی که این امر، نه تنها موجب وهن دستگاه قضا خواهد شد بلکه به طور مسلم، عدالت ماهوی را زیر سؤال برده و رسماً نمونه‌ای از انکار عدالت خواهد بود.

توقع اینکه اشخاص عادی همچون حقوقدانان و استادان حقوق از مطالب و عناوین حقوقی سردرآورند، تکلیفی مالایطاق است و در این صورت دیگر فلسفه وجود رشته‌ای مجزا و علمی به نام حقوق بی معنا بود. حال اگر شخصی با اطلاع از قوانین و مقررات خاص، از آن‌ها با نیت سوء، استفاده کرده و در این راستا، شخص یا اشخاصی را مغلوب خویش کند، هرگز نمی‌توان دادرس را ملزم کرد که به استناد قانون، رأی به نفع وی صادر کند، فقط به خاطر اینکه قانون‌گذار حکم آن را مشخص کرده است. بلکه از قاضی توقع می‌رود با به‌کارگیری عدالت ماهوی و توجه به مضمون و محتوای قاعده و کشف اراده واقعی طرفین و عدم کفایت برابری صرف، سزاوار بودن را نیز، شرط اجرای عدالت به شمار آورد؛ چنانکه تأمل در رویه‌های قضایی نیز نشان می‌دهد که بسیاری از آرا دادگاه‌ها از نظر منطقی قابل توجیه نیست و چه بسا مخالف با قانون است (کاتوزیان، ۱۳۶۹).

از نظر حقوق تطبیقی نیز، هیچ قانونی قصد حمایت از اشخاصی که به دنبال سوءاستفاده از آن هستند، ندارد؛ چنانکه ماده ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل آمریکا مقرر داشته است: «اگر دادگاه طبق قانون دریابد که قرارداد یا هر شرطی از آن در زمان انعقاد نامعقول بوده است، می‌تواند از اجرای قرارداد یا باقیمانده آن استنکاف یا اعمال شروط غیرمعقول را برای جلوگیری از نتایج غیرمعقول محدود کند» (رشوند بوکانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۹۱).

۵-۱. تأکید فقه بر رعایت عدالت

در فقه نیز تأکید بسیار بر صدور احکام عادلانه شده است. در قرآن کریم، نخستین دستور خداوند در مقام دادرسی و داوری حکومت به عدل است^۱ که نزدیک‌تر به تقوا (معیار برتری انسان‌ها نزد خداوند) است.^۲ عدل و عدالت تا جایی اهمیت دارد که پیامبر اسلام

۱. «و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» (۵۸/ نساء) - «ان... یامر بالعدل والاحسان» (۹۰/ نحل)

۲. «اعدلوا هو اقرب للتقوی» (۸/ مائده) - «ان اکرمکم عندا... اتقیکم» (۱۳/ حجرات)

(ص) فرمودند: «بالعدل قامت السموات والارض» (فیض کاشانی: ۶۲۸ و سعیدی مهر، ج ۱، ۱۳۸۹: ۳۱۹) یعنی آسمان و زمین به سبب عدالت است که پایدار و ثابت است؛ چنانکه حضرت حافظ فرمود: «دور فلکی یکسره بر منهج عدل است». همچنین خداوند حکمت بعثت و ارسال رسل را در این قرار داده که عدل و قسط بر نظام زندگی بشر حاکم باشد: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ» (آیه ۲۵ سوره حدید) و در آیه‌ای دیگر آمده است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» (آیه ۹۰ سوره نحل). خداوند در این آیه به‌عنوان یک اصل از اصول و مبانی کلی اسلام، به عدل و احسان امر می‌کند و از فحشا و زشت‌کاری‌ها و بدی‌ها و ظلم‌ها نهی می‌کند.

۲. روش‌های برگزیده تفسیر قانون جهت اجتناب از «انکار عدالت»

کار حقوقدان ماهر این است که از ترکیب قوانین، قیاس‌هایی بسازد که منتهی به عدالت شود و اگر نتوانست به عدالت برسد، فقط این خشنودی و امتیاز برایش می‌ماند که با ظلم درافتاده است. سایه عدالت، رنگ عدالت و پرتو عدالت مثل عقربه قطب‌نما، مسیر حرکت فکر قاضی را معین می‌کند و استدلال‌های حقوقی راه رسیدن به مقصود را فراهم می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۰ و ۲۱۱).

اما در این گذر پرواضح است که نمی‌توان بی‌محابا دست قاضی را باز گذارد و پیرو مکتب «علمی آزاد» شویم. «ژنی» در اروپا مکتب تحقیق علمی آزاد را تأسیس کرد و گفت: «ما معلومات معینی داریم که باید مبنای کشف حکم قرار گیرد و از جمله آن‌ها است معلومات غایی، معلومات تاریخی، معلومات قانونی». باید آن‌ها را ترکیب کنیم و راه‌حلی از میان آن‌ها که مطابق با مصالح جامعه باشد به دست آوریم. این مکتب ظاهر فریبنده‌ای دارد، ولی اگر اجرای قانون به تحقیق آزاد و علمی از واقعیت‌ها کشیده شود، قاضی آزاد می‌شود که آنچه می‌خواهد از راه‌حل‌های غایی و تاریخی و قانونی به دست آورد و چیزی جلودار آن نیست و نظم فدای عدالت می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۰۹). پیروان این مکتب عقیده داشتند که برخلاف تفسیر تحت‌اللفظی، زمانی که وجود و چگونگی «توافق» مورد تردید است، دادرس بیهوده به جستجوی «اراده مفروض» می‌پردازد و درنهایت مجبور است آنچه از نظر خود عادلانه و

متعارف است، به طرفین دعوا تحمیل کند. لذا بر اساس این نظریه، عرف و حسن نیت در قراردادهای برتر از قصد مشترک است و گاه احتمال دارد هرچند که با قصد یکی از طرفین مخالف باشد ولیکن بر او حکومت کند. (رشنود بوکانی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۷۸).

این مکتب یکی از مکاتبی است که زیرمجموعه تفسیر مفسر محور قرار گرفت. با این توضیح که شیوه‌های تفسیری به‌طور کلی به سه دسته عمده متن محور، مؤلف محور و مفسر محور تقسیم می‌شوند. در مکتب تحقیق علمی آزاد که یکی از مکاتب زاده تفسیر مفسر محور است، دست قاضی به‌طور نامحدود باز است تا هرگونه که بخواهد به تفسیر قانون بپردازد؛ اما در موارد دیگر، آزادی مطلق وجود ندارد و تفسیر جهت جلوگیری از خودکامگی و بی‌نظمی، در چهارچوب‌های خاصی قرار دارد و روش‌های بیان‌شده در این مقاله نیز فارغ از مکتب علمی آزاد و آزادی مطلق در تفسیر است.

لذا در مواردی که با پیشه گرفتن جمود قانونی، امکان بروز انکار عدالت وجود داشته باشد، روش‌های مختلفی جهت تفسیر قانون از سوی حقوقدانان مطرح شد. در این مقاله نگارنده به دنبال آن است که از میان روش‌های مختلف تفسیری به ارائه روش‌هایی به‌منظور تفسیر قوانین جهت خروج از «انکار عدالت» بپردازد تا ضمن جلوگیری از مخدوش کردن نظم، گریزگاهی برای مقابله با بروز «انکار عدالت» نشان داده و در عین محدودیت در تنوع تفسیر، از استبداد قانونی نیز پرهیز شود.

۱-۲. رجوع به آخرین اراده قانون‌گذار

یکی از روش‌هایی که بدین منظور حقوقدانان پیشرو و حامی عدالت^۱ پیشنهاد داده‌اند «رجوع به آخرین اراده قانون‌گذار» است. این روش، تحولی در رویه قضایی ایجاد کرد و راهی منطقی برای حرکت در مسیر عدالت و حفظ نظم است؛ با این توضیح که به‌جای تفسیر و تلاش جهت جستجوی اراده قانون‌گذار اولیه که ممکن است نظری کهنه و به‌دوراز مقتضیات زمان باشد، از قوانین مختلف مربوط و به‌روز شده، در مقام جستجوی اراده قانون‌گذار کنونی باشیم و از مجموع این احکام احراز کنیم که نظر قانون‌گذار کنونی چیست؟ به عبارت دیگر، فکر کنیم

۱. امیرناصر کاتوزیان

که اگر این مسئله در مجلس مقننه فعلی مطرح شود، چه نظری را قانون‌گذاران در این خصوص ابراز می‌کنند؟ و راهی بیابیم تا قانون ناعادلانه، با چکش عدالت کوبیده شود و با استدلال‌هایی برگرفته از دیگر قوانین و قواعد، به نتیجه‌ای عادلانه برسیم. این راه‌حل این فایده را دارد که: ۱. مستند قاضی قانون است؛ ۲. از کهنگی آن راه‌حل‌ها جلوگیری می‌شود. در این روش، قوانین جدید مورد مطالعه است و در نتیجه راه‌حلی که به دست می‌آوریم هم نو و هم متکی به اراده قانون‌گذار است. اکنون مثال می‌زنیم تا کارایی این شیوه مشخص شود:

ما دو نوع مال داریم؛ مال مثلی و مال قیمی. در صورتی که کسی مال دیگری را از بین ببرد، به موجب قانون مدنی، اگر مثل موجود باشد، باید مثل آن را بدهد و اگر بنایی را خراب کند باید مثل روز اول بنا کند. ولی چنانچه دسترسی به مثل نباشد، باید قیمت بدهد. این تقدم بین مثل و قیمت در قانون مدنی مسلم است. حال اگر قاضی بخواهد اراده نویسندگان قانون مدنی را اجرا کند، در بعضی مسائل دچار اشکال می‌شود. فرض کنید اتومبیلی تصادف کرده و مالک اتومبیل آن را تعمیر کرده و برای مخارج تعمیر، طرح دعوا کرده و مبلغ هزینه را می‌خواهد. کارشناس اعلام می‌کند که اتومبیل به صورت اولیه قابل بازگشت است و وکیل، بر اساس نظر کارشناس، ایراد می‌کند که در صورتی که مالی به مثل صورت اول قابل بنا کردن بوده و دادن مثل، ممکن باشد، دادن قیمت ممکن نیست و دعوای قیمت باید رد شود. در این حالت، دادگاه می‌تواند به این عنوان که مدعی باید مثل را بخواهد، دعوا را رد کند. لیکن آیا درست است کسی که تصادف می‌کند، امکان تعمیر آن را نداشته باشد و چندین سال به انتظار حکم بماند؟ در این صورت وقتی که بخواهند ماشین را به صورت اول دربیاورند، دیگر ماشینی است که قیمت ندارد. این راه‌حل را چه باید کرد؟ اگر به اراده نویسندگان قانون مدنی در روز تصویب تکیه کنیم، جز این راه‌حلی نیست ولی می‌توان از این شیوه بهره گرفت و در متون و قوانین دیگر بررسی کرد که آیا قواعدی هست که بتوان از آن‌ها استفاده کرد و به جای مثل، قیمت داد؟ در این جستجو و استقراء به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی برمی‌خوریم که سال‌ها پس از قانون مدنی وضع شده و مقرر کرده است که نوع خسارت و نحوه جبران آن در اختیار دادگاه است. (برگرفته از کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۰۳-۲۰۵) بنابراین چنانچه بتوان قانون را با خود قانون (قوانین و مقررات هم‌دوره یا مؤخر) تفسیر و تأویل کرد و به این طریق از دام مقرره‌ای ناعادلانه و

دست‌وپاگیر (در خصوص پرونده پیش رو) رها شد، تنها مجاز به اعمال این روش بوده و نباید بیش از آن دست به تفسیر زد.

اگر بخواهیم جایگاه این نوع از تفسیر را در میان انواع تفسیر که قبلاً برشمردیم، لحاظ کنیم، باید گفت که این تفسیر زیرمجموعه «تفسیر متن محور» قرار می‌گیرد، زیرا متن قانون با متنی دیگر تفسیر می‌شود.

۲-۲. ساختارشکنی

روش دیگری که از سوی یک فیلسوف الجزایری تبار فرانسوی قرن ۲۰ میلادی به نام ژاک دریدا^۱ مطرح شد، «ساختارشکنی» است. دریدا متن را مجموعه‌ای از آثار و نشانه‌های برجای‌مانده می‌داند که قرائت‌های مختلفی می‌پذیرد. زبان‌شناسی دریدا او را قانع می‌کند که متن، معنایی مستقل از نویسنده دارد و خواندن، عبارت است از تأثیرگذاری و تأثیرپذیری از متن (جعفری، ۱۳۸۱: ۶۹)؛ علامات نوشتاری از نویسنده می‌برند و نوشته، آزاد از حضور نویسنده و معنای موردنظر او، به بیان دیگر، رها از زندگی نویسنده اثر می‌گذارد. از سویی، نوشته‌ها به هر نیتی که باشند، کلاً در غیاب هرگونه مخاطب معین تجربی می‌بایست قابلیت کارکرد داشته باشند ...؛ بدین ترتیب، حضور در نوشتار دوامی ندارد (کالینز، ۱۳۸۰: ۵۵) و به همین سبب، متن هیچ‌گاه معنای نهایی نمی‌پذیرد؛ علاقه میان «دال» و «مدلول» دارای جنبه ذهنی و شخصی است و هرکس برحسب دریافت خود می‌تواند تناسبی را میان آن‌ها برقرار سازد. از طرفی، معنا هیچ‌گاه با خودش منطبق نیست، زیرا نشانه در بسترهای متفاوتی ظاهر می‌شود که مطلقاً مشابه هم نیستند و مدلول به وسیله زنجیره متنوع دال‌هایی که در میان آنان گرفتار آمده دگرگون می‌شود. هیچ عنصری کاملاً و به‌طور مطلق تعریف‌پذیر نیست و هر چیزی آلوده و متأثر از چیزهای دیگر است، هیچ‌چیز هرگز به‌طور کامل در نشانه‌ها حضور ندارد (جهانبگلو، ۱۳۸۳: ۵۳). نکته اصلی، مناسبت میان نویسنده و اثر نیست، بلکه، مناسبت میان نگارش و خواندن است. متن به گونه‌ای مستقیم و بی‌واسطه دانستنی نیست، نیازمند تأویل است، یعنی به کلماتی دیگر برای توضیح نیازمند است، متن و توضیح متن با یکدیگر موضوع

تازه‌ای می‌سازند که خود نیازمند توضیح افزونه‌ای خواهد شد، پس معنای کامل وجود ندارد (احمدی، ۱۳۷۵: ۴۰۱). دریدا تأکید دارد که ساختارشکنی یک روش نیست بلکه یک «فعالیت خواندن» است که تکنیک‌های خاصی را برای «خواندن» به خدمت می‌گیرد. ساختارشکن نشان می‌دهد که چگونه یک تفسیر در بین سایر تفسیرها برجسته می‌شود و اولویت می‌یابد. او تلاش می‌کند آشکار سازد که یک مفهوم، صرفاً به این دلیل اولویت پیدا کرده که مثلاً رایج‌تر یا معمول‌تر است یا در مقطعی از زمان در دیالوگ‌های اجتماعی مرکزیت یافته، درحالی‌که سایر برداشت‌ها و دیدگاه‌ها که ترجیح داده نشده‌اند، شخصی، استثنایی و از منظر عموم، پیرامونی یا اشتقاقی تلقی شده‌اند. ساختارشکنی، همچنین نشان می‌دهد که «چیزها» می‌توانند بیش از یک متضاد داشته باشند و به همین دلیل، انواع مختلفی از ترجیحات ممکن است هم‌زمان رخ دهند (Thomson, 2005: 3-5).

در فرض‌های حقوقی نیز قانون‌گذار یا قاضی می‌تواند با طرح کردن فرضی خلاف واقع، حوزه موضوعی معین را گسترش یا کاهش دهند و برخی مصادیق را، به ادعا، جزء آن موضوع بدانند یا از دایره آن خارج سازند (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۴). دادرسان نیز می‌توانند از مجاز و استعاره مدد گیرند و با تصرف در موضوع دعوا، برخی نتایج غیرعادلانه قانون را به عدالت نزدیک سازند. برای مثال در موردی که مالک، سنگ مرمری مغضوب را مطالبه می‌کند که غاصب به مجسمه‌ای ارزشمند مبدلش کرده است، دادرس می‌تواند عین مغضوبه را (در حکم) تألف فرض کند و به پرداخت ثمن حکم دهد نه رد عین مال (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۶)؛ چنانکه حکایتی در گلستان سعدی وجود دارد که از همین باب بدان پرداخته شده و نشان می‌دهد چگونه برای آنکه حد سرقت بر سارق محتاج و بینوا جاری نشود متوسل به تفسیر شده‌اند و قاضی هم آن را می‌پذیرد: درویشی را ضرورتی پیش آمد، گلیمی از خانه یاری بدزدید. حاکم فرمود که دستش ببرند. صاحب گلیم شفاعت کرد که من او را بجل کردم (بخشیدم). گفتا: به شفاعت تو، حد شرع فرو نتوان گذاشت. گفت: آنچه فرمودی راست گفتی، ولیکن هرکه از مال وقف چیزی بدزد قطعش لازم نیاید و الفقیرُ لایمِلُکُ (صوفی، مالک چیزی نمی‌شود). هرچه درویشان راست، وقف محتاجان است. حاکم دست از او برداشت. (گلستان سعدی، باب دوم، حکایت سیزدهم)

شاید مهم‌ترین کاربرد ساختارشکنی در تحقیقات حقوقی، استفاده از آن به‌عنوان روشی برای انعقاد ایدئولوژی‌های حقوقی است. تحلیل‌های ساختارشکنانه، آن مواردی را جستجو می‌کنند که در مکاتب و دکترین‌های حقوقی مورد کم‌توجهی قرار گرفته، سرکوب‌شده یا از ابتدا نادیده انگاشته شده‌اند. این تحلیل‌ها گاه نشان می‌دهند که چگونه اصول سرکوب‌شده (به حاشیه رانده‌شده) در نمودی تازه ظهور می‌یابند که اگر این اصول جدی گرفته شوند، می‌توانند به‌سادگی جایگزین اصل غالب و مسلط فعلی شوند (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۷۰).

یکی از مثال‌هایی که در این خصوص می‌توان ذکر کرد، ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران است. در این ماده آمده است که اگر کسی مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است؛ بنابراین، اگر کسی مالی به دیگری بدهد، بدون آن‌که مقروض آن باشد، می‌تواند آن را استرداد کند. آنچه بدو با ملاحظه این ماده و اصول حقوقی به نظر می‌رسد، این است که برای استرداد مال کافی است تأدیه‌کننده تسلیم مال را به گیرنده ثابت کند و دیگر لزوم ندارد تعلق آن مال را به خویش و یا مدیون نبودن خود را به گیرنده ثابت کند. بلکه این گیرنده است که باید برای امتناع خود از برگرداندن مال به تأدیه‌کننده دلیل بیاورد و استحقاق خود را نسبت به آن ثابت کند؛ زیرا نخست، از عبارات ماده (۲۶۵) بیش از این استفاده نمی‌شود که ظاهر از تسلیم مال این است که به‌طور تبرع نبوده اما این امر دلالت نمی‌کند که دادن مال ظاهر در قصد و نیت ادای دین و یا اماره بر مدیونیت‌دهنده به گیرنده است؛ دوم با کمی دقت در قسمت دوم ماده -که به‌صورت نتیجه قسمت اول تنظیم شده است- صحت آنچه در تفسیر ماده ذکر شده تأیید می‌شود، زیرا در قسمت دوم نتیجه‌ای که از قسمت اول گرفته می‌شود این است که اگر شخصی که مدیون نیست مالی به دیگری بدهد، می‌تواند آن را استرداد کند (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲۲)؛ اما این تفسیر که با تمسک به اصول عدم و برائت شکل گرفته بود، توقع حقوقدانان در رفع اختلاف‌ها و اجرای عدالت را برآورد نمی‌کرد و نیاز بود که گونه‌ای دیگر از تفسیر این خلأ را پر کند. تفسیری که برخلاف آنچه در ظاهر می‌کرد، مقصود دیگری را از دل این قانون بیرون بیاورد که ممکن بود حتی مخالف و در تضاد با تفسیر اولیه باشد. چنانکه حقوقدانانی دیگر منطبق بر نیاز جامعه و زمانه، تفسیری کاملاً برعکس این تفسیر از همان قانون ارائه کردند و بیان داشتند: عبارت «... اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون این‌که مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد کند» این مفهوم را القاء می‌کند که هرکس مالی به دیگری بدهد فرض این است که

دین خویش را ادا می‌کند. اگر ثابت کند دینی نداشته می‌تواند آن را استرداد کند. در نتیجه هرگاه پرداخت‌کننده مدعی شود که به گیرنده وام داده یا وکالت در انجام کاری مطرح بوده است یا مالی را به امانت سپرده است، باید وجود آن عناوین را ثابت کند تا در دعوی استرداد موفق شود. به‌ویژه که ادعای وجود عقد قرض یا وکالت یا ودیعه با اصل عدم برخورد می‌کند و نیاز به اثبات دارد. چون در آغاز ماده تنها اماره «عدم تبرع» تصریح شده این احتمال باقی می‌ماند که پرداخت به‌عنوان دیگری، با وجود این عقد مانند قرض و وکالت و امانت باشد؛ عنوانی که تبرع در آن نیست ولی وفای به عهد نیز به شمار نمی‌آید؛ بنابراین باید پذیرفت در حقوق ما پرداخت، اماره بر وجود دین است و این قاعده ریشه بسیاری از احکام حقوقی قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۵).

این تفسیر که گاهی با تعبیر اولیه فاصله‌ای زیاد دارد، نیاز جامعه امروزی است. چه بسیار از معاملاتی که به‌صورت شفاهی منعقد می‌شود و خریدوفروش‌های روزانه که در بازارها صورت می‌گیرد و در آن‌ها، خریدار با قبض مبیع، نسبت به انتقال وجه به‌حساب فروشنده اقدام می‌کند و اگر بخواهیم از تمام آن‌ها، مدرکی دال بر دریافت وجه در ازای فروش کالا بخواهیم، تکلیفی سنگین بر دوش فروشنده خواهد بود. درحالی‌که با تفسیری این‌چنین، این ماده قانونی کارکردی متعادل‌تر و کاربردی‌تر در جامعه خواهد داشت و از بروز انکار عدالت نیز جلوگیری خواهد شد. قاطبه مردم، زمانی که شخصی وجهی را به‌حساب دیگری واریز می‌کند، بدهکاری پرداخت‌کننده را مفروض می‌دانند، درحالی‌که پرداخت به‌قصد قرض و امانت و غیره، نیازمند دلیل است و اکثر مواقع نیز، در این‌گونه موارد، دلایلی همچون پیامک و شاهد و حتی قرارداد کتبی وجود دارد، زیرا این امور به‌ندرت اتفاق افتاده و جزو روتین معاملاتی جامعه نیست.

ساختارشکنی درصدد نیست نشان دهد که متون فاقد معنایند، بلکه می‌کوشد آشکار سازد هر متنی سرشار از معانی چندگانه و اغلب متضاد است (Balkin, 2000:366). دریدا برای توصیف نزدیکی ارتباط بین «ساختارشکنی آرمانی و آرمان عدالت» می‌نویسد: «کسی که از ساختارشکنی برای انتقادهای سیاسی و اجتماعی استفاده می‌کند، لاجرم ارزش متعالی عدالت را مفروض می‌انگارد؛ چنین کسی نسبت به عدالت چنان اشتیاق متزاید و نامحدودی دارد که هرگز به‌طور کامل از طریق «حقوق موضوعه» سیراب و خاموش نمی‌شود، عدالتی که هرگز

نمی‌تواند در کتاب‌های قانون مدون شود. ساختارشکنی از آن جهت به عنوان وسیله و ابزاری برای انتقاد به کار می‌رود که قادر است خلأ و نابسندگی میان ارزش متعالی عدالت و ظهور متصل آن در تمدن بشر را به خوبی آشکار سازد» (Balkin, 1994: 133).

جایگاه این نوع از تفسیر در میان انواع تفسیر که قبلاً برشمردیم، زیرمجموعه «تفسیر مؤلف محور» قرار می‌گیرد. تفسیر مؤلف محوری که نظر بر معانی و تأویل‌های دیگری ورای متن دارد و مقاصد دیگری از مؤلف را مطرح می‌کند که در وهله اول به نظر نیامده بود. مقصودی که شاید کاملاً برعکس آنچه می‌کند، باشد. در این رویکرد، هدف از تفسیر، دستیابی به مقصود واقعی مؤلف یا طرفین عقد است و از این رو اکتفا به ظواهر لفظی بدون توجه به قرائن و اوضاع و احوال مجاز نیست.

۳-۲. تفسیر منطبق با روح قانون

قاضی باید سعی خود را به کار گیرد تا جای ممکن از دو روش فوق، رأیی صادر کند که انکار عدالتی بروز نیابد. خصوصاً در زمان استناد به تئوری «انکار عدالت» در بخش قواعد ماهوی دادرسی، پا را از این فراتر گذاشته و محتاطانه‌تر عمل می‌شود؛ یعنی از قاضی توقع نمی‌رود که بر اساس تشخیص و مصلحت خویش، قانون را فدای عدالت کند، بلکه در اعطای این مجوز سخت‌گیرانه‌تر عمل می‌کند تا نتوان به هر بهانه‌ای متمسک شد و پیش‌بینی طرفین دعوا و وکلای آنان را برهم زد. اما چنانچه علیرغم به کارگیری دو روش فوق که اتکا به قانون در آن اولی است، نتواند از انکار عدالت پیشگیری کند، به جای زیر پا نهادن عدالت و پیشه کردن جمود قانونی، می‌تواند به تفسیری فراقانونی متوسل شود.

رونالد مایلز دورکین^۱ که شاید بتوان او را بانفوذترین نظریه‌پرداز حقوقی انگلیسی‌زبان معاصر دانست، نظریه‌ای که حقوق را مساوی با قانون می‌گیرد و به قضات حق می‌دهد در صورت نبود قانون از بصیرت قضایی خود برای تصمیم‌گیری استفاده کنند^۲ به نقد کشیده و نظریه‌ای پیش می‌نهد که مطابق آن، منابع حقوقی موجود برای حل اختلاف، متنوع و گوناگون

1. Ronald Myles Dworkin

۲. نسخه‌ای ویژه از پوزیتیویسم حقوقی

هستند و به قانون محدود نمی‌شوند و فراگرد تشخیص حکم قانون فعالیت‌ی ماهرانه‌تر است (McLeod, 2005:123).

او استدلال می‌کند که نظام‌های حقوقی علاوه بر قواعد، دربردارنده اصولی نیز هستند. اصول حقوقی، همانند قوانین به شیوه «همه یا هیچ» عمل نمی‌کنند، آن‌ها این استعداد را دارند که قضاوت را به نتایج متفاوتی هدایت کنند و غالباً می‌توانند برای مسئله حقوقی واحد پاسخ‌های متضادی تدارک ببینند. در این نظریه نوعی تفکیک میان حقوق و اخلاق وجود دارد و از قضاوت خواسته می‌شود نه بر مبنای اقتضائات اصول اخلاقی بلکه با مراجعه به مجموعه‌ای از اصول حقوقی با یکدیگر متفاوت و چه بسا متضاد تصمیم بگیرند، اصولی که به صورت صریح یا ضمنی از مجاری رسمی عبور کرده‌اند.

دورکین برای اثبات وجود چنین اصولی به رویه‌های قضایی استناد می‌کند. او این اصول را بخشی از سیستم حقوقی می‌داند و نشان می‌دهد که چگونه قضاوت تصمیم‌های مخالف قانون اتخاذ می‌کنند و آن را به «معنای واقعی» یا «روح» قانون نسبت می‌دهند. او همچنین به آرائی اشاره می‌کند که به نحوی قانون را تعدیل، یا مواردی را از شمول آن استثنا کرده‌اند یا به کلی قانون را نادیده گرفته‌اند و این اقدامات را با استناد به برخی اصول توجیه کرده‌اند (Dworkin, 2003:51-55).

قاعده از نظر دورکین آن حکمی است که قانون‌گذار آن را وضع کرده است و پیشینه آن در همین قانون‌گذاری ردیابی می‌شود. در مقابل، اصل، عبارت از معیارهای اخلاقی و اصول عدالت و سیاست‌گذاری‌های اجتماعی است. دورکین برخلاف قواعد بر این باور است که در صورت تعارض دو اصل تساقطی پیش نمی‌آید، بلکه اصل دارای چیزی است که او به آن «وزن» می‌گوید. توضیح این مطلب آن است که ممکن است برخی اصول در کنار یکدیگر در تصمیم‌گیری قضایی به کار آیند، اما آن اصل کاربرد بیشتری پیدا می‌کند که «وزن» بیشتری دارد. اصول در جایی وضع نمی‌شوند، بلکه با بهترین رویه‌های حقوقی استنباط می‌شوند. دورکین برای توضیح بحث خود به پرونده رگیس علیه پالمر اشاره می‌کند. در این پرونده نوجوان ۱۶ ساله‌ای به نام پالمر، پدر بزرگش را کشت تا از تغییر وصیت‌نامه او که بخش اصلی اموال را به پالمر می‌رساند جلوگیری کند. پس از دوره محکومیت زندان، معلوم شد که قاعده‌ای وجود ندارد که پالمر را از موصی به محروم سازد. دیگر موصی لهم به این موضوع

اعتراض کردند. دادگاه اولیه رأی به نفع پالمر داد و دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرد. استدلال دادگاه این بود که کسی نباید از جرم خود منفعت برد. دورکین نظریه قضات تجدیدنظر را تأیید می‌کند، زیرا که عدالت نه تنها چنین حکمی را مجاز می‌شمارد بلکه آن را الزامی می‌داند. این همان راه‌حلی است که می‌باید کشف می‌شد. دورکین می‌گوید اصل قاطع کامن لا در این پرونده آن بود که کسی نباید از خطای خود منتفع شود. این رأی از نظر حقوقی معقول است، زیرا تمام قواعد مربوط و اصول و سیاست‌های اجتماعی را شامل می‌شود. وزن داشتن اصول به این معنا است که اگر اصول با قواعد تثبیت‌شده، اصول دیگر و یا سیاست‌های مثبت اجتماعی معارض افتد، گونه‌ای تعادل ایجاد می‌شود (Tebbit, Mark, op.cit., 58-60 به نقل از آقایی، ۱۳۹۳: ۲۷۷-۲۷۸).

همچنین در دوره‌های مختلف، نظر و اجماع جامعه بر مصادیق عدالت ممکن است متفاوت باشد، زیرا هرگونه تغییر و تحول در اوضاع و احوال حاکم بر زندگی، تجربه و درک متفاوت عقلی، طبیعتاً تغییر مقررات حقوقی و عدالت ناشی از آن را نیز به همراه خواهد داشت؛ بنابراین کاربرد اصطلاح «عدالت زمانه» در این نوع تفکر و نگرش امری اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد، زیرا تغییر اوضاع و احوال اجتماعی و تجربه بشری امری اجتناب‌ناپذیر است و این امر، چیزی جز نسبت مفاهیم حقوق و عدالت را به ارمغان نخواهد آورد (کریمی، ۱۳۹۶: ۲۷۶). چنانکه بیگیری^۱ فیلسوف آمریکایی- ایتالیایی اصطلاحی تحت عنوان «گرامر جامعه» دارد که عقیده دارد آن بر روی رفتار، لباس پوشیدن، غذا خوردن و سایر کارهای روزمره ما تأثیر می‌گذارد (Bicchieri, 2006:ix) و این هنجارهای اجتماعی مانند گارد ریل‌های کنار بزرگراه زندگی عمل کرده و رفتار انسان را در شرایط مختلف هدایت می‌کنند. همین هنجارهای اجتماعی رفتار ما را هنگام پیروی یا عدم پیروی از متن قانون نیز رهنمون می‌شوند. این همان چیزی است که روح قانون نام دارد و از نظر مفهومی با نص قانون متفاوت است (Matthew T.Gordon and others, 2014:4). در پرونده‌ای دیگر، طرفین قرارداد، توافق کرده بودند که چنانچه هریک از وجوه ثمن معامله در موعد مقرر پرداخت نشود، بیع منفسخ می‌شود. از قضا خریدار که بنا به دلایلی از خرید خود ناراضی شده بود و دنبال بهانه‌ای جهت بی‌اعتباری

قرارداد می‌گشت، از پرداخت بخشی از ثمن معامله در موعد مقرر خودداری ورزید و همین امر را دلیلی بر انفساخ قرارداد تلقی کرده و دادخواست اعلام انفساخ قرارداد تقدیم دادگاه کرد. فروشنده که خوانده دعوا بود، با ناامیدی در جلسه دادگاه شرکت کرد، زیرا اکثر حقوقدانان نظر داشتند که انفساخ پدیده‌ای است که به محض عدم پرداخت ثمن، خودبه‌خود رخ می‌دهد و نیازمند اراده طرفین نیست و ادعای خواهان را تأیید کرده بودند؛ اما قاضی با بررسی امر متوجه شد که خریدار عمداً ثمن معامله را در موعد مقرر پرداخت نکرده تا از تعهدات قراردادی شانه خالی کند و بتواند معامله را برهم زند. درحالی‌که ذات درج چنین شرطی در قراردادها، تأمین منفعت فروشنده و جلوگیری از تضییع حقوق وی است که در صورت عدم دریافت به‌موقع ثمن، ناچار به ادامه معامله نبوده و انتقال مالکیت به خریدار صورت نگیرد و فروشنده بتواند ملک خود را باز پس گیرد؛ اما در این پرونده که فروشنده علیرغم تأخیر در پرداخت ثمن، به ادامه قرارداد راضی بود و قصد برهم زدن معامله را نداشت، تحمیل چنین شرطی به او، برخلاف اصول حقوقی و ناعادلانه می‌کرد. ازاین‌رو قاضی خواسته خریدار را نپذیرفت و با استناد به اصل لزوم قراردادها و اصل صحت، معامله را صحیح و غیر منفسخ اعلام کرد و دادگاه تجدیدنظر نیز با این استدلال که قصد واقعی طرفین بر این اساس بوده که شرط مذکور به نفع فروشنده باشد و نمی‌تواند مستند خریداری که خود مقصر عدم پرداخت ثمن بوده، قرار گیرد، رأی دادگاه بدوی را تأیید کرد.

در این نوع از تفسیر که زیرمجموعه تفسیر مفسر محور قرار می‌گیرد، با نوعی از «تفسیر مفسر محور» روبرو می‌شویم که برخلاف آنچه در مکتب تحقیق علمی آزاد وجود دارد، مفسر با دریافت اینکه یکی از طرفین قرارداد، مقهور و مورد استثمار طرف دیگر قرار گرفته و متعهد له، قصد سوءاستفاده از قانون را داشته و یا آنکه می‌دانسته طرف مقابل، برداشت دیگری از متن قرارداد داشته است، به دنبال حمایت از طرف ضعیف‌تر است و با استناد به اصول حقوقی مسلم که شالوده و اساس و فلسفه تشکیل حقوق و دادگستری بوده است، دست به تفسیر می‌زند.

قاضی قبل از هر چیز، مجری اصول حقوقی و سرباز عدالت (عدالت به مفهوم نوعی و حقوقی آن) است و تلاش می‌کند این اصول را با بهره‌گیری از امکانات نظام حقوقی عملی سازد و با موارد خاص تطبیق دهد. (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۱۵۴-۱۵۵)

مثال دیگر در خصوص وجه التزام گزاف یا ناچیز قراردادی است. هرگاه تعادل حقوق قراردادی به‌طور معناداری مخدوش شود، نظریه عدالت معاوضی اقتضا می‌کند تا به‌وسیله اصول معتبر حقوقی جبران شود و مواد ۴۱۷ و ۴۱۹ قانون مدنی ایران نیز، آن را تأیید می‌کند، زیرا از نظر عرف نیز چنین نابرابری قابل مسامحه نیست. (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲: ۷۱) عدالت قضایی در چنین وضعیتی اقتضای رسیدن به یک حکم عادلانه در خصوص متعهده را دارد که تحت تأثیر شرایط خارجی (نه به میزان قوه قاهره) نتوانسته است به تعهدات خود به‌طور کامل عمل کند. (داراب‌پور و ادیب، ۱۳۹۲: ۷۶) اگرچه در این حین و در شرایطی که رویه قضایی کم کم به سمتی گرایش یافته بود که در برخورد با وجه التزام‌های قراردادی نامتعارف و ناعادلانه، برابر اصول انصاف و عدالت رفتار کند؛ به‌یک‌باره هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ مانعی بر سر راه این چشمه جاری تازه راه‌یافته در سرزمین عدالت قرار داد و بیان داشت: «تعیین وجه التزام قراردادی به‌منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین‌شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی‌که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است؛» باین‌وجود باز هم قضاتی شجاع و حامی عدالت، با تفسیر مضیق از این رأی وحدت رویه، همچنان بر مواضع عادلانه خود ایستادگی کرده و حاضر به پذیرش وجه التزام نامتعارف و ناعادلانه و چه‌بسا سودا گرانه نشدند.

مخالفین وجه التزام گزاف بر این باورند که هرچند رأی وحدت رویه مذکور، جواز تعیین وجه التزام با مبلغی بیش از نرخ تورم است، لیکن صادرکنندگان این رأی نیز هرگز با تعیین وجه التزاماتی گزاف و غیرمنطقی و زورگویانه موافق نیستند و این‌گونه مبالغ غیرعقلایی، حتی

با نظم عمومی نیز در تضاد است و از این جهت قابلیت عدم پذیرش دارند. مثلاً فرض کنیم متعهد له برای عدم پرداخت در موعد مبلغ یک صد میلیون تومان، خسارت تأخیر روزانه ۵۰ میلیون تومان تعیین کرده باشد و پس از گذشت یک ماه، مبلغ یک میلیارد و پانصد میلیون تومان بابت وجه التزام اصل بدهی یک صد میلیون تومانی مطالبه کند، یقیناً نمی‌توان رضایت قانون‌گذار و صادرکنندگان رأی وحدت رویه را در این وضعیت مشاهده کرد و به‌طور حتم چنین قصدی نداشته‌اند.

لذا حتی حدود یک سال بعد از صدور رأی وحدت رویه نیز با آرای روبرو می‌شویم که همچنان، وجه التزام گزاف را نپذیرفته‌اند^۱ و در صدور آرای این چنین، علاوه بر جسارت و عدالت قاضی، عواملی همچون تمسک به نظم عمومی، اخلاق حسنه، اصول اساسی نظام

۱. رأی زیر نمونه‌ای از این آراء است:

دادنامه شماره ۰۰۰۲۳۶ مورخ ۳۰/۰۸/۱۴۰۰ صادر از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران:

در این دعوا خواهان که مبادرت به فروش آهن به خواننده کرده است، بر اساس رأی داور به محکومیت او به پرداخت اصل ثمن که حدود هفت صد میلیون تومان و وجه التزام قراردادی به‌قرار روزانه ده میلیون تومان موفق شده است. دادگاه در مقام رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور در بخشی از این رأی راجع به شرط وجه التزام گزاف مقرر داشته: «تعیین روزانه ده میلیون تومان خسارت نیز مصداق شرط حاوی تهدید و ارعاب و به تعبیری جرم انگاری به توسط طرفین از مجرای قرارداد است؛ زیرا تعیین روزشمار ده میلیون تومان خسارت تأخیر تأدیه به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند جبرانی باشد و هیچ‌گاه تأخیر در پرداخت دین کمتر از هشت صد میلیون تومان روزانه ده میلیون تومان خسارت به طلبکار وارد نمی‌کند. وقتی خسارت وجه التزام قراردادی با زیان‌هایی که درواقع و بر اثر عدم انجام یا تأخیر در انجام تعهد به متعهد له وارد می‌شود تناسب نداشته باشد وجه التزام دیگر صرفاً جبران نیست بلکه تنبیهی و در حکم مجازات است. در مورد مطروحه شرط ربوی است و با وجود صراحت قواعد عالی و اساسی (اصول ۴ و ۴۹ قانون اساسی) و قواعد مربوط به نظم عمومی (ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی) و قاعده مسلم محدود بودن خسارت تأخیر تأدیه به کاهش ارزش پول ملی در زمان (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی) در منع تحریم و نفی ربا و فساد معامله ربوی و با تشخیص ربوی بودن خسارت تأخیر تأدیه در تعهدات پولی، رویکرد دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ نمی‌تواند مجوز معامله ربوی باشد و قاعده‌گذاری از مجرای رأی وحدت رویه فقط در مقام تفسیر از یک قاعده مورد اختلاف معتبر است و صرفاً در مورد همان رابطه حقوقی ناشی از دعوا برای دادگاه‌ها الزام می‌آورد. رأی وحدت رویه نمی‌تواند برخلاف اصول اساسی نظام حقوقی باشد، به‌ویژه در اینجا که سخن در ربا و تحریم و نهی شرعی و قانونی آن است...»

حقوقی، تفسیر در پرتو کل قرارداد، قاعده نفی عسر و حرج، قاعده لا ضرر و نهی از معاملات ربوی مؤثر بوده و به درستی مورد استناد نیز قرار گرفته است (موسوی، ۱۴۰۱: ۵۳۶).

از این رو نباید چنین پنداشت که تحت هیچ شرایطی مفاد عقد تغییر نمی‌کند، بلکه عوامل گوناگونی از جمله لزوم اجرای عدالت، لزوم رعایت حسن نیت و ایجاد تعادل اقتصادی میان عوضین، ایجاب می‌کند تا مفاد عقد متناسب با ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی و خواست مشترک طرفین تغییر یابد و در این راستا روش تعدیل یا حذف شروط قرارداد به عنوان ابزاری در جهت اصلاح یا تجدیدنظر در مفاد قراردادی که توان مالی آن برهم خورده، عمل می‌کند و از این طریق وضعیت طرفین را به شرایط قبل از وقوع حادثه برمی‌گرداند. (رحیمی و عزیزاده، ۱۳۹۶: ۱۴۹-۱۵۰).

حال اگر قاضی بدون توجه به مطالب بالا و صرفاً بر اساس جمود قانونی هر شرط وجه التزام را صرف نظر از گراف بودن و نامتعادل و غیرمنصفانه بودن، ملاک نظر قرار داده و اقدام به صدور رأی به نفع متعهد له کند، یقیناً آنچه واقع شده است، نمونه بارزی از «انکار عدالت» خواهد بود. دادگاه در چنین مواردی، می‌تواند علاوه بر یافتن مستندات پیش گفته، به لزوم پرهیز و ممانعت از بروز انکار عدالت نیز استناد جوید.

باید توجه داشت که در بکارگیری روش‌های پیش گفته، در هر پرونده، قدم به قدم، پیش رفته و چنانچه امکان استفاده از روش اول و رفع انکار عدالت وجود داشته باشد، نوبت به روش دوم نمی‌رسد و به همین ترتیب از روش‌های دوم و سوم استفاده شود.

همچنین باید در نظر داشت که قاضی زمانی می‌تواند به این روش‌ها متوسل شده، تئوری «انکار عدالت» را مدنظر قرار داده و بدان استناد جوید که عدالت، آشکارا و واضح در خطر افتاده باشد و هر شنونده و بیننده‌ای این امر را تصدیق کند. به عبارت حقوقی‌تر، زمانی که خلاف عدالت بین به وقوع پیوسته باشد و از مجرای اجرای قانون، شخص ذی‌حق، حقوق خویش را اذ دست داده و مغبون شود، می‌توان به دکترین انکار عدالت استناد کرد و از این طریق، مانع تضییع حق مستحق شد. در این حالت، دیگر شک و شبهه‌ای نمی‌ماند که عدالت به طور شفاف زیر سؤال رفته و صرفاً به نظر قاضی چنین نبوده است، بلکه عرف مسلم جامعه، این بی‌عدالتی را تصدیق می‌کند.

فرجام سخن

جهت حفظ نظم عمومی در اجتماع، نیازمند وضع قوانین و مقررات هستیم تا از هرج و مرج و اصطکاک منافع جلوگیری شود. لیکن جوامع با سرعتی شگرف در حال تغییر و دگرگونی بوده و همواره شاهد بروز شرایط و اوضاع و احوال تازه‌ای هستیم که مقررات قابلیت همسویی دائم با آن‌ها را ندارند. چه بسیار مواردی که با تدقیق در موضوع، درمی‌یابیم که اجرای قانون و تحمیل حکم قانون بر موضوع پیش رو، منجر به نفی و انکار عدالت می‌شود، زیرا قانون در آن خصوص به صورت خشک و انعطاف‌ناپذیر حکم داده است. به گونه‌ای که قاضی در درون خود از استناد به آن قانون در پرونده‌ای با شرایط خاص ابا دارد و آن را مخالف با شرایط و اوضاع و احوال ویژه آن پرونده می‌بیند و اگر خود را محصور در به‌کارگیری قانون مذکور بداند، چه بسا از سوگندی که خود را ملتزم بدان می‌داند (سوگند قضاوت)، دور شود. در فرازی از این سوگند آمده است که «...با تکیه بر شرف انسانی خویش، تعهد می‌کنم که همواره در کشف حقیقت و احقاق حق و اجرای عدالت و قسط اسلامی در گرفتن حق از ظالم و بازگرداندن آن به صاحبش کوشا باشم...» و همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این قسم‌نامه نیز، اجرای عدالت و بازگرداندن حق مظلوم را جزو وظایف اصلی قاضی قلمداد کرده است.

گاهی نیز یکی از طرفین دعوا، قصد سوءاستفاده از قوانین را دارد و با آگاهی از مقررات حقوقی و ناآگاهی طرف مقابل، حق و حقوقی برای خود متصور می‌شود و دستگاه قضا را مستمسک زیاده‌خواهی‌های خود قرار می‌دهد. همچنین قدیمی بودن برخی قوانین و عدم به‌روزرسانی آن‌ها، می‌تواند توقع مردم جامعه از کارآمدی یک قانون خوب و لازم را کفایت نکند و مردم با این قوانین بیگانه شوند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، همه این موارد می‌تواند از موجبات بروز «انکار عدالت» تلقی شوند؛ لذا لازم است برای پرهیز از آن که درواقع نوعی بی‌عدالتی شدید و آشکار است و اصطلاحاً خلاف بین عدالت است، چاره‌ای اندیشید. یکی از اصلی‌ترین و اساسی‌ترین کارهایی که در این زمینه می‌توان به انجام رساند، تصویب قوانین تازه و اصلاح قوانین پیشین است؛ اما صعوبت و طولانی بودن پروسه خلق قانون، نیاز به ابزار و روش‌های دیگر زودبازده را به وجود آورده است. در این راستا به نظر می‌رسد که «تفسیر قانون» یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین راهکارهای برون‌رفت از حصار قانونی باشد.

شاید در وهله اول به نظر آید که دست قاضی را باز گذاردن و توانایی تفسیر قوانین را برای او مجاز دانستن، موجب تالی فاسد و خروج قاضی از مدار قانون شود. درحالی که باید گفت جمود قانونی آثاری به مراتب مخرب تر از تجویز تفسیر آن جهت خروج از بن بست های حامل «انکار عدالت» دارد. قاضی ربات نیست که مجبور باشد صرفاً بر اساس قوانین رأی دهد و هیچ یک از شرایط و اوضاع و احوال طرفین پرونده را در تصمیم خود لحاظ نکند؛ بنابراین تفسیر قوانین می تواند راهگشا باشد. لیکن باید این تفسیر دارای روش خاصی باشد تا هرچه کمتر در مقابل قانون قرار گیرد و تا جای ممکن در مدار قانون گردش کند. ازاین رو، نوع تفسیر و طریق آن بسیار مهم است.

اما اینکه آیا می توان از روش تفسیر جهت برون رفت از «انکار عدالت» در خصوص همه قوانین اعم از شکلی و ماهوی بهره برد، باید گفت این نوع از تفسیر در خصوص قوانین ماهوی کاربرد دارد و در قوانین شکلی و امری، امکان تفسیر علی الاصول وجود ندارد مگر آنکه، مقرراتی جهت رفع «انکار عدالت» در حوزه قوانین شکلی نیز تصویب شود و قبل از وجود چنین مجوزی، قوانین شکلی، قابلیت تفسیر را ندارند.

ازاین رو در این مقاله ضمن بیان دلایل ضرورت تفسیر قوانین جهت اجتناب از انکار عدالت، به بیان انواع تفسیر کاربردی برای رفع انکار عدالت پرداخته شد که عمده این روش ها عبارت اند از ۱. رجوع به آخرین اراده قانون گذار؛ ۲. ساختارشکنی و ۳. تفسیر منطبق با روح قانون که در رویکردهای هرمنوتیک حقوقی نیز هریک از آن ها به ترتیب زیر مجموعه تفسیر متن محور، مؤلف محور و مفسر محور قرار می گیرند که در متن بدان ها اشاره شد؛ اما نکته قابل توجه این که لازم است روش های تفسیری گفته شده، به ترتیب مورد استفاده قرار گیرند و در هر پرونده قدم به قدم، پیش رفته و چنانچه امکان استفاده از روش اول و رفع انکار عدالت وجود داشته باشد، نوبت به روش دوم نمی رسد و به همین ترتیب از روش های دوم و سوم استفاده شود. در این روش های تفسیری که جهت جلوگیری از بروز «انکار عدالت» در قوانین ماهوی بدان پرداخته شد، نه تنها نظم مورد نظر قانون گذار که لازمه یک نظام قضایی مورد اعتماد و توانمند است زایل نشده، بلکه از میان همان قوانین پیش بینی شده، با تمسک به نهاد تفسیر می توان از این حصار رها شده و ضمن حفظ اصول بنیادین دادرسی، به جلوگیری از بروز «انکار عدالت» امیدوار بود.

References

- ابوذری، مهرانوش (۱۳۹۶). کاربرد منطق فازی در حقوق کیفری ایران، تهران: نشر میزان.
- احمدی، بابک (۱۳۷۵). ساختار و تأویل متن، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر مرکز.
- آقایی، کامران (۱۳۹۳). مکتب های تفسیری بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- جعفری، عبدالله (۱۳۸۱). راز متن، تهران: انتشارات آفتاب توسعه.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). فلسفه تفسیری حقوق، تهران: شرکت انتشارات.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۵). دیو در شیشه، در فلسفه رویه قضایی، تهران: حق گزاران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱). الفارق، دایره المعارف عمومی حقوق، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: نشر گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). روش جدید در مقدمه عمومی حقوق، تهران: نشر گنج دانش.
- جهانبگلو، رامین (۱۳۸۳). حاکمیت و آزادی، تهران: نشر نی.
- حاتمی، علی اصغر و عبدالرضا صادقی (۱۳۹۱). شرط وجه التزام غیرعادلانه، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱(۲)، ۵۹-۱۰۴.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹). حقوق دعاوی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خندانی، سید پدرام و خاکباز، محمد (۱۳۹۲). تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۵(۸)، ۶۹-۸۴.
- دارابپور، مهرباب و ادیب، علی اکبر (۱۳۹۲). تأثیر عدم قابلیت پیش بینی در روند اجرایی قراردادهای تجاری، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۶(۶۳)، ۹۹-۶۹.
- رشوند بوکانی، مهدی، پژمان محمدی، حسن خسروی و آذین ساردوی (۱۴۰۱). تأثیر دیدگاه های تفسیری هرمنوتیک بر تفسیر قضایی قراردادهای فصلنامه مطالعات حقوقی، ۱۴(۲)، ۱۷۶-۲۰۷.
- رحیمی، حبیب الله و علیزاده، سعیده (۱۳۹۶). ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک، فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، ۶(۲۱)، ۱۴۷-۱۷۵.
- سعیدی مهر، محمد (۱۳۸۹). آموزش کلام اسلامی، جلد اول، چاپ هفتم، قم: انتشارات طه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). سقوط تعهدات، چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد.
- عامری نیا، محمد باقر، علی جمادی (۱۳۹۶). استناد به روح قانون در دادرسی، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۹(۱)، ۲۲۷-۲۴۱.
- فیض کاشانی، محسن (بی تا). تفسیر صافی، ج ۲.

- قیاسی، جلال الدین (۱۳۷۹). *روش تفسیر قوانین کیفری*، چاپ اول، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۶۹). *توجیه و نقد رویه قضایی*، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *فلسفه حقوق*، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد چهارم، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۴). *گامی به سوی عدالت*، جلد اول: تهران، نشر میزان.
- کالینز، جف (۱۳۸۰). *دریاء*، ترجمه علی سپهران، تهران: انتشارات شیرازه.
- کریمی، عباس و آیین، علیرضا و شیروانی، خدیجه (۱۳۹۶). *نظریه عمومی عدالت در علم حقوق*، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- کیوانفر، شهرام (۱۳۹۹). *مبانی فلسفی تفسیر حقوق*، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گوینده، حمید (۱۴۰۲). *تفسیر قانون در پرتو عدالت*، *دوفصلنامه بررسی و تحلیل تصمیمات قضایی*، ۲ (۳)، ۱۶۴-۱۵۵.
- محسنی، حسن (۱۳۹۴). *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۸۷). *عدالت آیینی: پژوهشی در نظریه های دادرسی عادلانه مدنی*، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۳۸ (۱)، ۲۸۵-۳۱۹.
- محمدمدی مقدم، پریرسا، حسن بادینی و جواد نیک نژاد (۱۴۰۱). *قابلیت اعمال نظریه انکار عدالت در دادرسی های مدنی*، *فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، ۲۷ (۱۰۰)، ۱۲۱-۱۴۴.
- موسوی، سید عباس (۱۴۰۱). *مهار وجه التزام قراردادی با اصول عدالت و انصاف (نقد وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۶)*، *دو فصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی*، ۱ (۲)، ۵۲۲-۵۴۸.
- مونتسکیو، چارلز، *روح قوانین*، کتاب اول.
- Abuzari, M. (2016). *Application of Fuzzy Logic in Iranian Criminal Law*, Tehran: Nashre Mizan. [In Persian]
- Aghaei, K. (2013). *Schools of interpretation based on the foundation of legal hermeneutics*, second edition, Tehran: Nashre Mizan. [In Persian]
- Ahmadi, B. (1996). *Text structure and interpretation*, Volume 1, 3rd edition, Tehran: Nashre markaz. [In Persian]
- Amerinia, M., Ali Jamadi (2016). *Regarding the spirit of law in proceedings*, *Shiraz University legal studies*, 9(1), 227-241. [In Persian]

- Balkin, J. M. (2000). *Deconstruction*, Dennis Patterson(ed.) Acompanion of Philosophy of Law and Legal Theory, USA:Blackwell, (24).
- Balkin, J. M. (1994). Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice, *Michigan Law Review*,94(1).
- Balkin, Jack M. (1987). *Deconstructive Practice and Legal Theory*-Part 1, Yale L.J.743.
- Bicchieri, C. (2006). The grammar of society: The nature and dynamics of social norms. New York: *Cambridge University Press*.
- Collins, Jeff, Derrida(2001). *translated by Ali Sepahran*, Tehran: Shirazeh Publications.
- D'Amato, Anthony(1992)*On the Connection Between Law and Justice*,26 U.C. Davis L.Rev.527-582,Northwestern University School of Law,93.
- Darabpour, M. & Adib, A. (2012) The effect of unpredictability on the execution process of commercial contracts, *Legal Research Magazine*, 16(63), 69-99. [In Persian]
- Dworkin, R. (2003). *Law as Interpretation*, Dennis Patterson(ed.), Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Black well, (14).
- Dworkin, R. (2003). *The Model of Rules*, Dennis Patterson(ed.). Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Black well, (3).
- Feiz Kashani,M. (B. Ta). *Tafseer Safi*,vol.2.
- Gouiandeh, H. (2023). The interpretation of the law in the light of justice, *bi-quarterly review and analysis of judicial decisions*,2(3), 155-164. [In Persian]
- Hatami, A. and Abdolreza Sadeghi(2012). Unfair commitment condition, *two quarterly journals of knowledge and legal research*,1 (2), 59-104. [In Persian]
- Jafari Langroudi, M. (2012). *Al Faraq(General Encyclopaedia of Law)*, Volume 3, Second Edition, Tehran: Nesherganj Danesh. [In Persian]
- Jafari Langroudi, M. (2008). *New method in the general introduction of law*, Tehran: Ganj Danesh Publishing. [In Persian]
- Jafari Tabar, H. (2009). *The interpretative philosophy of law*, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
- Jafari Tabar, H. (2015). *Devil in the Glass; In the philosophy of judicial procedure*, Tehran: Haq Ghazaran.
- Jafari, A. (2002), *The Secret of Text*, Tehran:Aftab Tehseh Publications. [In Persian]

- Jahanbeglu, R. (2004). *Sovereignty and Freedom*, Tehran: Ney Publishing.
[In Persian]
- Karimi, A. and Ayeen, A. and Shirvani, K. (2016). *The General Theory of Justice in Legal Science*, First Edition, Tehran, Judge's Publishing House.
[In Persian]
- Katoozian, N. (2014) *A step towards justice*, first volume: Tehran, Mizan Publishing. [In Persian]
- Katoozian, N. (2003). *General rules of contracts*, fourth volume, fourth edition, Tehran, publishing company. [In Persian]
- Katouzian, N. (1369). *Judiciary Justification and Criticism*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Katouzian, N. (2015). *Philosophy of Law*, first volume, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
- Khandani, S. P., and Khakbaz, M. (2012). Interpretation of the Theory of Exchange Justice in the Realm of Contracts, *Fiqh and Islamic Law Studies*, 5 (8), 69-84 . [In Persian]
- Khodabakhshi, A. (2019), *Claims Law*, Volume 1, Third Edition, Tehran, Publishing Company. [In Persian]
- Kivanfar, S. (2019). *Philosophical Foundations of Law Interpretation*, second edition, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
- Matthew T.Gordon, Stephen M.Garcia, Patricia Chen(2014), *The Letter versus the spirit of the law:alay perspective on culpability*, Cambridge University Press.
- Mcleod, I. (2005). *Legal Theory*, Marise Cremona (ed.). UK: Palgrave Macmillan, 3nd-edn.
- Mohammadi Moghadam, P., Hassan Badini,& Javad Niknejad (2022), Applicability of the theory of "denial of justice, in civil proceedings, *Judicial Law Perspectives Quarterly*, 27 (100), 121-144. [In Persian]
- Mohseni, H. (2014). *French civil procedure*, second volume, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
- Mohseni, Hassan(2008), Ritual justice: a study on the theories of fair civil proceedings, *Law Quarterly of the Faculty of Law and Political Science*, 38 (1), 285-319. [in persian]
- Montesquieu, Charles, *Spirit of Laws*, Book I.

- Mousavi, S. A. (2022). Limitation of contractual obligations with the principles of justice and fairness (Critique of Vahdat Ruyeh No.805 dated 10/16/2019), *two quarterly reviews and analysis of judicial decisions*, 1 (2), 522-548. [In Persian]
- Qiazi, J. (2000). *The Method of Interpretation of Criminal Laws*, first edition, Qom, Islamic Propaganda Office Publications Center. [In Persian]
- Rahimi, Habib A. & Alizadeh, S. (2016). The Nature and Basis of Adjustment in Iran and Fidik Laws, *Private Law Research Quarterly*, 6 (21), 147-175. [In Persian]
- Rashvand Bokani, et al (2022). The influence of hermeneutic interpretation views on the judicial interpretation of contracts, *Legal Studies Quarterly*, 14 (2), 176-207. [In Persian].
- Saeedi Mehr, M. (2009). *Teaching Islamic Theology*, Volume 1, 7th Edition, Qom: Taha Publications. [In Persian]
- Shahidi, M. (2008). *Fall of Obligations*, 5th edition, Tehran, Majd Publications. [In Persian]
- Thomson A. J. P. (2005). *Deconstruction and Democracy: Derrida's Politics of Friendship*, London: Continuum.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48429.5019>



Research Article

Regulation of Legal Actions in French Law and Its Feasibility in Jurisprudence and Iranian Law

Mehdi Narimanpour^{1*}, Morteza Chitsazian²

1. Ph.D. in jurisprudence and private law, department of jurisprudence and private law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran
2. Associate Professor of Shahid Motahari University and Higher School, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 24/09/2023

Accepted: 27/02/2024

Abstract

Introduction

In contract law, one of the principles consistently emphasized by jurists and Islamic scholars—both in theory and practice—is the avoidance of contract nullification. The principle of preventing contract nullification does not adhere to a uniform system across legal frameworks; rather, each jurisdiction has developed its own distinct methods. One such approach involves legislative or contractual intervention to rectify elements that would otherwise render a contract void. For instance, mechanisms like the severability of contracts or the elimination of invalid clauses demonstrate efforts to preserve contractual validity by excising defective portions. These examples illustrate that legislators have long recognized—and utilized—methods to salvage voidable acts. However, such cases remain context-specific, lacking a comprehensive theoretical foundation. Through meticulous analysis, certain French judges

Please cite this article as:

Narimanpour, M., Chitsazian, M. (2025). Regulation of Legal Actions in French Law and Its Feasibility in Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 349-386.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48429.5019>

* Corresponding author:

E-mail address: narimanpour71@Gmail.Com

and jurists have observed that legislators, whether intentionally or inadvertently, remedy void acts. Consequently, they have sought to systematize these isolated instances under a unified framework termed the *regulation of legal acts*. This article examines this institution, elucidating French jurists' perspectives on the theory and evaluating its potential applicability within Imamiyyah jurisprudence and Iranian law.

Methods

This research employs a comparative methodology, drawing on library sources and descriptive-analytical approaches to assess the viewpoints of French and Iranian jurists, as well as Imamiyyah scholars.

Results

The regulation of legal acts constitutes a specific judicial or legislative process whereby a defective legal act is corrected—for example, a contract containing an invalid clause may be preserved if the parties remove the offending provision. French jurists lack consensus on the regulation of legal acts, a divergence rooted in several factors. Some equate it with the institution of *confirmation of relative nullity*, arguing that confirmation occasionally fulfills the same function as regulation, thereby blurring the distinction between the two. Others highlight inconsistencies in regulatory methods, noting that while some forms of regulation are statutory, others arise from party autonomy or require judicial intervention.

Proponents of regulation's unique nature advocate caution, as its retroactive application risks harming third parties. For instance, during the interval between a contract's formation and its regulatory correction, parties may act on the contract's terms, potentially incurring significant costs. By contrast, Imamiyyah jurisprudence and Iranian law lack preventive mechanisms like the bifurcation of nullity (absolute vs. relative) or doctrines such as *contractual transformation* and *apparent acts*. Consequently, void legal acts proliferate, as the legal system recognizes only three states for such acts: *void*, *valid*, and **non-effective**. While valid acts pose no issue, non-effectiveness (e.g., unauthorized contracts or acts by legally incapacitated persons) and voidness (resulting from violations of mandatory rules) create ambiguities. Crucially, any breach of mandatory rules outside the scope of non-effectiveness leads to nullity, disproportionately expanding the range of void acts—a paradigm at odds with transactional stability. Thus, introducing regulatory mechanisms could resolve this tension.

Conclusion

Despite its challenges, the regulation of legal acts—by prioritizing contractual continuity and legal security—merits adoption within a carefully delineated framework.

Keywords: Void contract, regulation of legal acts, correction of void contracts, formal conditions, substantive conditions.



تنظیم اعمال حقوقی در حقوق فرانسه و امکان‌سنجی به کارگیری آن در فقه و حقوق ایران

مهدی نریمانپور^{۱*}، مرتضی چیت‌سازیان^۲

۱. دانش‌آموخته دکتری دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه و مدرسه عالی شهید

مطهری، تهران، ایران

۲. دانشیار دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، گروه فقه و حقوق، دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: در حقوق قراردادهای، یکی از اصولی که همواره حقوق‌دانان و فقها در مقام عمل و نظر بدان اهتمام دارند، پرهیز از ابطال قراردادهاست. اصل پرهیز از ابطال قراردادها در نظام‌های حقوقی از نظم واحدی بهره‌مند نیست، بلکه هر کدام راه و شیوه خاص خود را برگزیده‌اند. یکی از این شیوه‌ها این است که قانون‌گذار یا طرفین قرارداد اقدام به اصلاح عناصری می‌کنند که موجب بطلان عقد می‌شود. به‌عنوان مثال در تجزیه قرارداد و اسقاط شرط فاسد، با حذف بخش باطل، اقدام به نجات عقد می‌کنند. نمونه‌های اخیر به‌خوبی روشن می‌سازد که قانون‌گذاران با نجات فعل باطل آشنا بوده و هستند؛ ولی این نمونه‌ها موردی هستند و در هیچ‌کدام یک نظریه عمومی دیده نمی‌شود. برخی از قضات و حقوق‌دانان فرانسه با دقت در این‌گونه مثال‌ها مشاهده کرده‌اند که قانون‌گذار خواه عالمانه و خواه به‌صورت ناخودآگاه عملاً فعل باطل را علاج می‌کنند، لذا سعی کرده‌اند این مثال‌های محدود را در قالب نهاد

استناد به این مقاله:

نریمانپور، مهدی و چیت‌سازیان، مرتضی (۱۴۰۴). تنظیم اعمال حقوقی در حقوق فرانسه و امکان‌سنجی به کارگیری آن در فقه و حقوق ایران. ۱۷. (۱). ۳۴۹-۳۸۶.

* نویسنده مسئول:

E-mail address: narimanpour71@gmail.com

تحت عنوان تنظیم عمل حقوقی شناسایی و معرفی کنند. در این مقاله این نهاد به بحث گذاشته خواهد شد تا بدین نحو روشن شود که حقوق دانان فرانسوی چه دیدگاه‌هایی در خصوص این نظریه مطرح کردند و آیا این نهاد در فقه امامیه و حقوق ایران نیز امکان به‌کارگیری را دارد یا نه؟

روش‌ها: این پژوهش با استناد به منابع کتابخانه‌ای و با روش توصیفی و تحلیلی به مطالعه تطبیقی دیدگاه‌های حقوق دانان فرانسوی، ایرانی و فقیهان امامیه پرداخته است.

یافته‌ها: تنظیم اعمال حقوقی یک عمل یا فرآیند قانونی خاصی است که طی آن عمل حقوقی که از نقصان رنج می‌برد، اصلاح یا رفع نقص می‌شود، مانند عقدی که در ضمن آن شرط باطلی گنجانده شده است و طرفین قرارداد با حذف شرط باطل، قرارداد را استمرار می‌بخشند. حقوق دانان فرانسه در برخورد با تنظیم اعمال حقوقی رویه یکسانی ندارند. این مسئله دلایل متعددی دارد. برخی از حقوق-دانان آن را با نهاد تنفیذ بطلان نسبی یکی می‌دانند و معتقد هستند که در برخی از موارد کارکرد تنفیذ همان تنظیم عمل حقوقی است، در نتیجه تمایز میان این دو مفهوم در این گونه موارد بسیار سخت است. عده‌ای نیز روی پراکندگی و نامنظمی در شیوه‌های تنظیم‌گری تأکید می‌کنند، زیرا برخی از نمونه‌های تنظیم‌گری قانونی است و ریشه قانونی دارد، برخی دیگر ارادی است و با اراده متعاقدين تنظیم‌گری صورت می‌گیرد و برخی دیگر نیز نیاز به اقدام‌های قانونی از جمله رجوع به دادگاه دارد. از طرف دیگر کسانی که ویژگی خاص نهاد تنظیم‌گری را تأیید می‌کنند، بسیار محتاط عمل می‌کنند، زیرا اثر عطف به ماسبق قانون‌گذاری، تبدیل آن به یک قانون کلی را ممنوع می‌کند. تحکیم دیر هنگام عمل می‌تواند اشخاص ثالث را شگفت‌زده کند و به آن‌ها آسیب برساند. به عبارت دیگر در حفاصل میان زمان تنظیم قانونی و قبل از آن ممکن است متعاقدين اقدام به تصرف در موضوع قرارداد کنند که چه بسا هزینه‌های قابل توجهی را به ارمان بیاورد. در مقابل در فقه امامیه و حقوق ایران، با توجه به اینکه نه خبری از رویکردهای پیشگیرانه مانند تقسیم بطلان به بطلان مطلق و بطلان نسبی وجود دارد و نه خبری از نهادهایی همچون تحول عقد و عمل به ظاهر؛ لذا با تعداد قابل توجهی از اعمال حقوقی باطل مواجه هستیم، زیرا در فقه امامیه و حقوق ایران وضعیت حقوقی یک عمل حقوقی از سه حالت خارج نیست: باطل، صحیح و عدم نفوذ. وضعیت حقوقی صحیح روشن است که مشکلی ندارد، لکن مشکل در دو وضعیت عدم نفوذ و باطل به وجود می‌آید، زیرا عدم نفوذ مربوط به مواردی است که رضایت ذی‌النفع در عمل حقوقی مخدوش باشد مانند عقد فضولی و تصرفات حقوقی مجبورین؛ در مقابل بطلان مربوط به مواردی است که دایره مخالفت با قواعد آمره در محدوده رضایت نباشد؛ لذا عملاً هرگونه مخالفت با قواعد آمره در غیر از محدوده عدم نفوذ، موجب بطلان عمل حقوقی می‌شود و بدین ترتیب دامنه اعمال باطل بسیار بیشتر خواهد شد و این رویه مسلم است که با هدف از معاملات که استقرار و

تداوم قراردادهاست، در تنافی است، لذا لازم است ایده جدیدی برای حل این مشکل ایجاد شود و این ایده می‌تواند تنظیم اعمال حقوقی باشد.

نتیجه‌گیری: به نظر می‌رسد تنظیم اعمال حقوقی هرچند با مشکلاتی همراه است ولی در نهایت با توجه به اینکه در راستای استمرار قراردادهاست و به تبع به امنیت حقوقی کمک می‌کند، در نتیجه می‌توان در چهارچوب مشخصی اقدام به‌کارگیری آن کرد.

واژگان کلیدی: عقد باطل، تنظیم اعمال حقوقی، تصحیح عقد باطل، شرایط شکلی، شرایط ماهوی.

سرآغاز

یکی از سیاست‌های حقوقی که در حوزه حقوق قراردادها جولان می‌دهد، استمرار عقود است؛ سیاستی که هم می‌توان در سیره عملی فقہیان و حقوق‌دانان مشاهده کرد و هم در سیره نظری آن‌ها. این سیاست با تعبیر متعددی به ادبیات حقوقی راه یافته است، از جمله اصل ابقای عقود (Jafari Langroudi, 2015: 112)، استقرار عقود و امنیت قراردادی (Rodríguez, 2019: 51).

ریشه این سیاست را باید در راستای امنیت حقوقی و در سطح کلان در راستای یقین حقوقی دانست. از طرف دیگر، قراردادها از حیث اثربخشی به دو دسته کلان تقسیم می‌شود: قراردادهای صحیح و قراردادهای غیرصحیح. قراردادهای صحیح قراردادهایی هستند که آثار قانونی، شرعی و عرفی موردنظر قرارداد بر آن بار می‌شود و قرارداد غیرصحیح قراردادی است که آثار قانونی، شرعی و عرفی بر آن مترتب نمی‌شود.

پیاده‌سازی استمرار قراردادها در قراردادهای غیرصحیح که اعم از بطلان است، همواره موردتوجه صاحب‌نظران بوده است. این پیاده‌سازی در مراحل متعدد واقع می‌شود. اولین مرحله از این پیاده‌سازی را در ماقبل از انعقاد عقد، می‌توان مشاهده کرد که مشهورترین ایده‌ای که در این زمینه می‌توان مشاهده کرد، ایده مرتبه‌پذیری بطلان است؛ به این ترتیب که در بسیاری از نظام‌های حقوقی سعی شده است با مرتبه‌پذیری بطلان و تقسیم بطلان به اقسام متعدد از جمله بطلان مطلق، بطلان نسبی و عدم پیدایش قرارداد زمینه‌های کاهش موارد بطلان فراهم شود (Al-Sabaei, 2000: 53). از جمله نظام‌های حقوقی که از این اصل پیروی کرده‌اند، نظام حقوقی فرانسه است. حقوق‌دانان این نظام‌های حقوقی با تقسیم بطلان به بطلان مطلق و نسبی و ایجاد نهاد تأیید (تنفیذ) و حق اعتراض سعی کرده‌اند، دامنه بطلان را بسیار محدود کنند. به واقع از طریق این ایده زمینه‌های نجات بعدی قرارداد را فراهم می‌کنند؛ بدین ترتیب که با گنجاندن بخشی از موارد بطلان در ذیل بطلان نسبی، زمینه تأیید و تنفیذ توسط ذی‌النفع قرارداد را فراهم می‌کنند؛ برخلاف عقد باطل که تأیید آن ممکن نیست.

دومین مرحله از این پیاده‌سازی را می‌توان در حین انعقاد عقد دانست؛ بدین ترتیب که متعاقبین آگاه به بی‌اعتباری عقد هستند، لکن با توسل به چاره‌جویی‌هایی سعی می‌کنند از بطلان عقد جلوگیری کنند. از این روش به وفور در کتب فقہیان امامیه می‌توان مشاهده کرد. فقہیان امامیه در این روش به جای اینکه موارد بطلان را محدود کنند یا قرارداد را بعد از انعقاد

مطابق با قانون تنظیم کنند، اقدام به تصحیح در ضمن عقد کرده‌اند که می‌توان از آن به چاره-جویی حقوقی تعبیر کرد.^۱ در این روش فقہیان امامیه سعی می‌کنند از طریق ابزارها و فنون فقهی و حقوقی شناخته شده به گونه‌ای عمل کنند که راه برای تأمین اهداف قانون‌گذار از جعل عنصری به عنوان مبطل، فراهم شود. مثال‌های متعددی از این دست را می‌توان در فقه مشاهده کرد، از جمله اگر معامله‌ای متضمن ربا باشد، با توسل به حیل شرعی آن عقد را تصحیح می‌کنند (Shahid Avval, 1989: 117).

سومین مرحله از این پیاده‌سازی را می‌توان در مرحله بعد از انعقاد عقد مشاهده کرد. در این مرحله سعی می‌شود عنصری که عقد را بی اعتبار می‌کند، علاج و درمان شود. در این مرحله از ابزارهای متعددی به تناسب نوع عنصر بی اعتبارکننده استفاده می‌شود. به عنوان مثال در صورت اختلال در اصل رضا، از نظریه عدم نفوذ استفاده می‌شود؛ یا در صورتی که در مواردی غیر از اختلال در رضا که منجر به بطلان عقد می‌شود، برخی از نهادهای حقوقی سعی می‌کند که فعل باطل را در قالب تفسیر حقوقی نجات دهد. نمونه‌ای از این روش را می‌توان در حقوق مصر مشاهده کرد که با ایجاد نهاد تحول عقد و با تبدیل عقد باطل به عقد جدید بر پایه تفسیر حقوقی مبتنی بر اراده احتمالی متعاقدين سایه بطلان را از عمل حقوقی دور می‌سازند (Khamar, 2016: 10). از دو مرحله اخیر می‌توان به ایده نجات قراردادهای تعبیر کرد؛ ایده‌ای که سعی می‌کند در حین انعقاد عقد یا بعد از انعقاد عقد، قرارداد بی اعتبار را به نحوی از طریق ابزارهای حقوقی متعدد نجات دهد.

یکی از این ابزارهای که در راستای ایده نجات قراردادهای بی اعتبار نام برد و ذیل مرحله سوم می‌گنجد، تنظیم اعمال حقوقی است. عملکرد این نهاد حقوقی در حوزه قراردادهای باطل است؛ یعنی قراردادی که از حیث اجزا و عناصر قانونی و شرعی ناقص است و آثار مطلوب قانونی و شرعی بر آن مترتب نمی‌شود. به عبارت دیگر قراردادی که متعاقدين در خلال عناصر مبطل منعقد می‌کنند؛ بنابراین حیطه این نظریه، مربوط به مواردی است که متعاقدين قرارداد را برخلاف قانون و شرع تشکیل می‌دهند. این نهاد حقوقی سعی می‌کند با طرق متعدد از جمله، حذف عنصر مبطل یا تغییر عنصر مبطل، قرارداد باطل را تصحیح و به تبع احیا و ابقا کند.

^۱ در عرف فقہیان و حقوقدانان از این قبیل موارد به حیل شرعی و قانونی تعبیر می‌کنند.

به عنوان مثال قانون گذاران اروپایی در اصول قراردادهای تجاری بین المللی سخن از تصحیح اشتباه به میان آورده است که با مفهوم حق تعمیر کالا در کنوانسیون بیع بین المللی تا حدودی شبیه است (Darabpour, 2016: 117; Safai, 2017: 120). ماده ۱۰-۲-۳ اصول قراردادهای تجاری در این رابطه مقرر می دارد: «گر یکی از طرفین، حق اجتناب از قرارداد را به دلیل اشتباه داشته باشد اما طرف دیگر اعلام کند که مایل است با همان صورتی که طرف ذی النفع (قرارداد) ابطال آن را می فهمد، قرارداد را اجرا کند یا خود، به همان صورت آن را اجرا کند؛ قرارداد به همان صورتی که طرف حق اجتناب از آن درک کرده است، تلقی می شود». محتوای این ماده را با تغییرات بسیار جزئی در ماده ۷: ۲۰۳ DCFR می توان مشاهده کرد. همان طوری که روشن است، مطابق این ماده اشتباه که ضمانت اجرایی آن بطلان نسبی یا مطلق است (به-تناسب نظام های حقوقی) قابلیت تصحیح را دارد و در نتیجه با تصحیح اشتباه، عقد ابقا می شود. در این پژوهش بر آن هستیم که به این سؤالات پاسخ بدهیم که نظریه تنظیم اعمال حقوقی چیست؟ با نهادهای مشابه چه تفاوت های دارد؟ آیا این نظریه، نظریه موفقی بوده است؟ آیا این نظریه را می توان در حقوق ایران اعمال کرد؟ آنچه ضرورت پاسخ گویی به این سؤالات و به تبع زمینه این پژوهش را ایجاب می کند این است که این نظریه از آن جهت که عمل حقوقی بطلان را نجات می دهد بسیار برای حقوق قراردادهای می تواند کارآمد باشد و در استقرار قراردادهای کمک شایان کند، خصوصاً در حقوق ایران و فقه امامیه که اساساً زمینه های بطلان بسیار زیاد است، زیرا در غیر از موارد عدم نفوذ به ناچار هرگونه مخالفت با قوانین را باید موجب بطلان قرارداد دانست. جست و جو در پایگاه های علمی از جمله ایرانداک و نورمگز نشان می دهد که در موضوعات مشابه از جمله تقسیم بطلان مطلق و نسبی و نهاد تحول عقد پژوهش های ارزنده ای صورت گرفته است. در تقسیم بطلان به مطلق و نسبی می توان به پژوهش هایی از قبیل «مفهوم و آثار بطلان نسبی» به نویسندگی سعید محسنی و سید محمد مهدی قبولی درافشان (۱۳۹۸)، «معیارهای تعیین اقسام بطلان قرارداد در حقوق ایران و فرانسه» به نویسندگی سید محمد تقی کریم پور آل هشام (۱۴۰۱)، «مطالعه تطبیقی عدم نفوذ با بطلان نسبی در حقوق ایران و فرانسه» به نویسندگی عباس کریمی و همکاران (۱۴۰۰). در تحول عقد نیز، می توان به «نظریه تحول عمل حقوقی در فقه اسلامی و نظام حقوق مدون (مطالعه تطبیقی)»، به نویسندگی محمد صالحی (۱۴۰۱)، «نظریه تحول عقد» به نویسندگی

حمید شوکت (۱۳۹۰) اشاره کرد. باوجوداین، حسب آنچه در پایگاه‌های علمی همچون ایرانداک تتبع شد، پژوهشی که مستقلاً به معرفی تنظیم عمل حقوقی بپردازد، یافت نشد. در مقابل در حقوق فرانسه پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است، ازجمله «تنظیم اعمال باطل» به نویسندگی دوپیرون (۱۹۷۳م) و «تنظیم قراردادی که به علت بطلان آلوده است» به نویسندگی پاتریک (۲۰۱۶).

۱. مفهوم‌شناسی تنظیم عمل حقوقی

«Régularisation» یکی از نهادهای حقوقی است که در کنار نهادهای همچون فسخ و تنفیذ به‌وفور در ادبیات حقوقی و قضایی فرانسه مشاهده می‌شود. این نهاد در حقوق ایران از آن جهت که بدان پرداخته نشده است، کمتر ترجمه شده است. برخی از نویسندگان آن را به «قاعده‌مهندسازی» ترجمه کرده‌اند (Shoareyan, 2013: 288). برخی دیگر نیز آن را به «قانونی‌سازی» ترجمه کرده‌اند (Pakbaz, 2021: 206). از نویسندگان عربی نیز، برخی آن را به تصحیح معنا کرده‌اند. به نظر می‌رسد ترجمه «تنظیم عمل حقوقی» یا «منظم‌سازی» ترجمه مناسب‌تر باشد، زیرا با مفهوم لغوی و با تعاریفی که حقوق‌دانان فرانسوی از این نهاد دارند، سازگار است.

قانونی‌سازی در معنای عام (لغوی)، عبارت است از عملیات انطباق یک عمل یا موقعیت با یک قاعده. ولی در معنای اخص آن، حقوق‌دانان فرانسوی عبارات یکسانی به کار نیستند. در برخی از تعاریف آمده است: تنظیم عبارت است از عملیاتی که طی آن - با یک ابتکار مثبت از طریق انجام تشریفات مناسب مانند ثبت‌نام، اطلاعات تکمیلی، ذکر سند، پرداخت مبلغی، تأمین امنیت، تشکیل جلسه جدید - یک عمل یا موقعیت که مشوب و آلوده به نقایص صوری است، اصلاح و پاک‌سازی می‌شود (Cornu, 1987: 792).

این تعریف با این اشکال مواجه است که تنظیم را محدود به مواردی می‌داند که عمل حقوقی دارای نقص صوری است، لذا تنظیم را به حقوق اداری، آیین دادرسی مدنی، قوانین مرتبط با شهرداری و مواردی از این دست محدود کرده است، درحالی‌که مواردی متعددی وجود دارد که تنظیم به مواردی می‌پردازد که نقص ماهوی دارد. برخی دیگر از نویسندگان چنین تعریف کرده‌اند: «تنظیم اعمال حقوقی عبارت است از اصلاح موضوعی عقد معیوبی که بطلان

بر آن عارض می‌شود؛ به‌طوری‌که یکی از آثار آن تحکیم عقد در مقابل اشخاص ثالث است و موجب می‌شود که عقد برای زمان آینده محکم شود و دیگر نمی‌توان آن را باطل ساخت» (THibierge, 1992: 342). عده‌ای نیز گفته‌اند: «تنظیم اعمال حقوقی یک عمل یا فرآیند قانونی خاصی است که به معنای اصلاح یا رفع نقص است، مانند پیشنهادی که شامل پرداخت مبلغ اضافی در کنار قیمت واقعی پرداخت‌شده در صورت فروش ناعادلانه» (Dupeyron, 1973: 9). همچنین گفته شده است: «زمانی که قرارداد به دلیل باطل بودن آن خدشه‌دار شود، طرفین ممکن است تصمیم بگیرند که به جای اجازه دادن به ادامه وضعیت بطلان، قرارداد را تنظیم کنند. این تنظیم به آن‌ها اجازه می‌دهد که قرارداد را بدون خطر متحمل شدن از پیامدهای لغو احتمالی انجام دهند» (WÉRY, 2006: 74). این تعریف از آن‌جهت که محدوده تنظیم را به تنظیم اختیاری محدود کرده است، ناقص است، درحالی‌که در مواردی قانون‌گذار الزام به رفع نقص می‌کند؛ بنابراین از میان تعاریف مذکور، تعریف دوم و سوم، تعریف قریب به واقع است؛ گرچه از حیث ورود به جزئیات تعریف دوم از تعریف سوم جامع و کامل است.

حقوق‌دانان فرانسوی طیف وسیعی از مثال‌های را برای تنظیم‌گری مطرح کرده‌اند. یکی از بارزترین مثال‌های که در این زمینه زده شده است، رفع موجبات بطلان شرکت است. ماده ۱۸۴۴-۱۰ قانون مدنی و ماده L۲۳۵-۱ قانون تجارت طیف وسیعی از موارد مبطل فعالیت شرکت را مطرح می‌کند، ازجمله اینکه در شرکت مدنی سود و زیان یک شرکت نمی‌تواند صرفاً از آن‌یکی از سهام‌داران باشد. در هر دو قانون بعد از ذکر عوامل بطلان‌ساز شرکت‌ها نصوصی تدوین شده که حاوی تنظیم‌گری است. مطابق ماده ۱۸۳۹ قانون مدنی در صورتی‌که اساسنامه نامه حاوی تمام عبارات موردنیاز قانون نباشد یا تشریفات که توسط آن برای تشکیل یک شرکت مقرر شده است، حذف شده باشد یا به‌طور نامنظم تکمیل شده باشد، هر شخص ذینفع می‌تواند برای صدور حکم به تنظیم و قانون‌سازی آن از دادگاه درخواست کند، همچنان که ماده L235-3 مقرر می‌دارد: «دعوی بطلان زمانی ساقط می‌شود که علت بطلان در روزی که دادگاه بدوی رأی ماهوی صادر می‌کند از بین برود مگر اینکه این بطلان ناشی از غیرقانونی بودن هدف شرکت باشد».

مثال دیگر: مطابق ماده ۱۴۴ قانون مدنی فرانسه نمی‌توان تا قبل از هجده‌سالگی ازدواج کرد. مطابق ماده ۱۸۴ نیز هر ازدواجی که برخلاف مقررات مندرج در مواد ۱۴۴، ۱۴۶، ۱۴۶-۱،

۱۴۷، ۱۶۱، ۱۶۲ و ۱۶۳ منعقد شود، در مدت سی سال از تاریخ برگزاری آن ممکن است از طرف زوجین یا همه یا مدعی‌العموم مورد طعن و اعتراض قرار گیرد. باین‌وجود، ماده ۱۸۵ با ذکر شرایطی امکان تصحیح ازدواج را فراهم می‌آورد (Shahidi, 2017: 78). ماده مذکور مقرر می‌دارد: ازدواجی که توسط همسرانی که هنوز به سن لازم نرسیده‌اند یا یکی از آن‌ها به این سن نرسیده باشد، دیگر قابل تعرض نیست:

۱. زمانی که شش ماه از زمانی که آن همسر یا همسران به سن صلاحیت رسیده‌اند، گذشته باشد.

۲. زمانی که زنی که به سن قانونی نرسیده، ظرف مدت شش ماه از تاریخ ازدواج، آبستن شود.

۲. نسبت بین تنظیم اعمال حقوقی با نهادهای مشابه

تنظیم اعمال حقوقی با برخی از نهادها و نظریات حقوقی دارای مشابهت و قرابت‌های نزدیکی است؛ لذا لازم است جهت تبیین دقیق ماهیت نهاد تنظیم اعمال حقوقی، به بررسی این دسته از نهادها و نظریات پرداخته شود.

۲-۱. نسبت بین تنظیم اعمال حقوقی و نهاد تأیید

تمییز تنظیم اعمالی حقوقی و نهاد تأیید یکی از ظریف‌ترین مسائل حقوقی است که بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی را به خود مشغول داشته است.

نهاد تأیید زمانی به کار می‌رود که عمل حقوقی آلوده به عناصر مبطل باشد و بطلان عمل حقوقی نیز از نوع نسبی باشد نه مطلق، زیرا بنا بر نظر مشهور حقوق‌دانان، عمل حقوقی که متصف به بطلان مطلق است با تأیید تصحیح نمی‌شود. گرچه کارایی نهاد تأیید میان حقوق‌دانان فرانسوی محل اختلاف نیست، لکن ماهیت آن به‌شدت محل مناقشه واقع شده است. به‌طور کلی دو رویکرد کلی نسبت به نهاد تأیید وجود دارد. حقوق‌دانان کلاسیک در تعریف تأیید همواره دو عنصر را مدنظر دارند: (۱) بطلان وصف فعل حقوقی است (۲) حق اعتراض؛ لذا تأیید را به تعمیر و رفع عیب تعریف می‌کنند (Sophie, 2015: 290). از این‌رو، در تعریف تأیید آورده‌اند: «تأیید عبارت است از رفع نقصی که موجب لکه‌دار شدن تعهد می‌شود، با صرف‌نظر از حق استناد به آن برای درخواست بطلان عمل» یا اینکه گفته‌اند: «تأیید عبارت

است از یک عمل حقوقی که به موجب آن شخص عیوبی را که تعهد به آن آلوده شده است برطرف می‌کند» (Aubry, 2011: n°339).

بنا بر دو تعریف اخیر، لازمه رفع نقص این است که: (۱) شخصی که تأیید می‌کند، باید علم به نقصان و علت بطلان داشته باشد، (۲) قصد ترمیم و تعمیر آن را داشته باشد و در صورتی که هر دو عنصر موجود باشد، تأیید نافذ خواهد بود، در غیر این صورت نافذ نیست. بنا بر این نکته است که دادگاه تجدیدنظر در موردی که یک خردسال دوچرخه‌ای را که خریده بود و دادگاه بدوی آن را تأیید از سوی والدین او تشخیص داده بود، نقض کرد. همچنین در رأی دیگر، دادگاه تجدیدنظر خانم سهام‌داری که امضای وی در انتهای صورت-جلسه مجمع بوده ولی خودش در جلسه فروش سهام یکی از سهامداران، حضور نداشته است، امضای وی را دلیل تأیید نمی‌داند (Sophie, 2015: 306). در مقابل، حقوق‌دانان معاصر تأیید را به عنوان یک حق ذهنی معادل چشم‌پوشی از اقدام برای بطلان دانسته‌اند؛ در نتیجه از نظر این گروه، انصراف از اقدام برای بطلان، موضوع تأیید است، نه اینکه اثر تأیید باشد؛ دقیقاً برعکس دیدگاه اول که انصراف از دعوی بطلان را اثر تأیید می‌دانند.

دو تعریفی که گفته شد، صرف تفاوت لفظی نیست، بلکه تفاوت معنوی است و آثار حقوقی آن را در کیفیت ابراز تأیید می‌توان دید؛ بدین صورت که بنا بر تعریف اول، صرف انفعال اظهار تأیید نیست، بلکه اظهار تأیید باید فعالانه باشد؛ بنابراین تأیید باید صریح یا ضمنی انجام بگیرد؛ برعکس، در تعریف دوم، صرف انفعال کفایت می‌کند. به عنوان مثال دادگاه تجدیدنظر در پرونده‌ای که یکی از مشترکان واحدی را به صورت غیرقابل انشعاب اجاره داده بود و دادگاه بدوی با استناد به اینکه «سایر مشترکین از این وضعیت اطلاع داشته‌اند و هرگز به آن اعتراض نکرده‌اند» آن را تأیید کرده بود، نقض کرد. در این پرونده همان‌طوری که روشن است دادگاه بدوی بر اساس تعریف مدرن از تأیید به صرف تأیید انفعالی یعنی سکوت، تأیید را معتبر دانسته است، حال آنکه دادگاه تجدیدنظر با ابتناء بر تعریف کلاسیک آن را نفی می‌کند (Sophie, 2015: 290).

حال که مشخصات و ویژگی‌های تأیید مبرهن شد، لازمه است به تبیین تفاوت دو نهاد تنظیم عمل حقوقی و نهاد تأیید پرداخت. در تفاوت این نهاد گفته‌اند که تنظیم عمل حقوقی تنظیم عینی است (Dupeyron, 1973: n°54)؛ به این معنا که در تنظیم با ترمیم و رفع نقص

عینی و ملموس سرکار داریم. در مقابل تأیید تنظیم ذهنی عمل باطل است. به عبارت دیگر گرچه هر دو نهاد در تنظیم‌گری و رفع نقص باهم مشترک هستند، ولیکن محدوده تنظیم متفاوت است: در اولی محدوده تنظیم رفع عیب عینی و ملموس است ولی در دومی محدوده تنظیم صرفاً ذهنی است، به این معنا که قانون‌گذار به شخص ذی‌النفع این امتیاز را قائل شده است که عمل باطل را بپذیرد یا نپذیرد و دیگر رفع عیب خارجی مطرح نیست.

۲-۲. نسبت بین تنظیم اعمال حقوقی و نظریه تحول عقد

به موجب نظریه تحول، عقد باطل یا قابل ابطال به عنوان عقدی خود، تبدیل به عقد صحیح دیگری با عنوان عقدی متفاوت می‌شود و این عملیات توسط قاضی انجام می‌شود، در صورتی که شرایط مقرر قانونی را داشته باشد (Baali, 2009: 32; Sufyan, 2017:139). برای اعمال این نظریه سه شرط لازم است: (۱) بطلان عقد: عقد مبدأ باطل باشد، در نتیجه اگر عقد صحیح باشد، دلیلی برای تحول آن به عقد دیگر نیست؛ (۲) عقد باطل باید ارکان عقد مقصد را دارا باشد؛ بنا بر این شرط در صورتی که عقد باطل شامل عنصر و ارکان عقد دیگر نباشد، تحول عقد انجام نخواهد نشد؛ (۳) انصراف اراده موجود در عقد باطل به عقد صحیح؛ مطابق این شرط اراده متعاقدين در زمان انعقاد عقد باید منصرف و متوجه به عقد صحیح باشد؛ به طوری که اگر می‌دانسته‌اند، این عقد باطل خواهد شد، اقدام به انعقاد عقد صحیح می‌کرده‌اند نه عقد باطل.

در وجه تفاوت میان دو نظریه می‌توان، گرچه مطابق هر دو نظریه عقد باطل و غیر معتبر از بطلان نجات پیدا می‌کند و در نتیجه عقد صحیح می‌شود، لکن شیوه این نجات متفاوت است: در نظریه تحول عقد، به اتفاق نظر حقوق‌دانان، عقدی به عقدی جدید تبدیل می‌شود، منتها به شرطی که عقد جدید مشتمل بر ارکان و عناصر عقد باطل باشد؛ حال آنکه در نظریه تنظیم اعمال حقوقی عقدی به عقد دیگر تبدیل نمی‌شود، بلکه همان عقد منعقدشده پابرجا است، لکن نقایصی که موجبات بطلان عقد را فراهم کرده است، به طرق متعدد رفع می‌شود، مانند جایی که شرطی موجب بطلان عقد شود ولیکن با تنظیم‌گری از طریق حذف شرط و منطبق- سازی آن با قانون عقد باطل نجات پیدا می‌کند.

۲-۳. تفاوت میان تنظیم اعمال حقوقی و نظریه عمل به ظاهر

نظریه «عمل به ظاهر» بر این مفهوم استوار است که اگر فردی با رفتار یا گفتار خود ظاهری را ایجاد کند که نوعاً قابل اعتماد است و شخص ثالثی، با حسن نیت، بر این ظاهر اعتماد کند و اقدامی را انجام دهد، شخصی که ظهور منسوب به اوست، در برابر شخص ثالث مسئول است (Lotfi, 2016: 311). به عنوان مثال اگر شخصی در فروشگاه‌ای اقدام به خرید کند و پول کالا را به شخصی که به ظاهر صندوق دار است بپردازد، عمل حقوقی با استناد به ظاهر اعتمادساز مشروع است و بدین ترتیب عقد باطل نمی‌شود ولو اینکه صاحب کالا آن معامله را رد کند. با توجه به توضیحی که ذکر شد، تفاوت میان نظریه تنظیم اعمال حقوقی و نظریه عمل به ظاهر روشن می‌شود؛ بدین ترتیب که نظریه عمل به ظاهر گرچه به مانند نظریه تنظیم در پی تصحیح عمل حقوقی است، لیکن در این نظریه اقدام به رفع نقص معامله از جمله تأمین رضایت مالک اصلی نمی‌شود، بلکه با استناد به نظریه ظهور اعتمادساز که ریشه در اصل حفظ امنیت قراردادی دارد، عمل حقوقی ابقا می‌شود.

۳. رویکرد حقوق دانان فرانسوی نسبت به تنظیم اعمال حقوقی

حقوق دانان فرانسه در برخورد با تنظیم اعمال حقوقی رویه یکسانی ندارند. این مسئله دلایل متعددی دارد. برخی از حقوق دانان آن را با نهاد تنفیذ بطلان نسبی یکی می‌دانند و معتقد هستند که در برخی از موارد کارکرد تأیید همان تنظیم عمل حقوقی است، در نتیجه تمایز میان این دو مفهوم در این گونه موارد بسیار سخت است.

توضیح مطلب اینکه در برخی از موارد مرزبندی روشنی میان این دو نهاد دیده می‌شود. به عنوان مثال زمانی که فروشنده از حق فسخ خود صرف نظر می‌کند، در اینجا صرف نظر کردن از حق فسخ، یک تأیید و تنفیذ معامله است. یا اینکه اگر مشتری که مغبون شده، به جای فسخ قرارداد، مبلغ اضافی را از بایع می‌ستاند، این مبلغ اضافی نقش تنظیم‌گیری دارد. ولی در برخی از مواقع شرایط به گونه‌ای پیچیده است که نمی‌توان تمایزی قائل شد. به عنوان مثال زمانی که قرارداد به دلیل نبود رضایت، معیوب شود، در این گونه موارد رضایت لاحق فروشنده هم تأیید است و هم نوعی تنظیم‌گری (Wéry, 2016: 297).

عده‌ای نیز روی پراکندگی و نامنظمی در شیوه‌های تنظیم‌گری تأکید می‌کنند، زیرا برخی از نمونه‌های تنظیم‌گری قانونی است و ریشه قانونی دارد، برخی دیگر ارادی است و با اراده متعاقدين تنظیم‌گری صورت می‌گیرد و برخی دیگر نیز نیاز به اقدامات قانونی ازجمله رجوع به دادگاه را دارد (Wéry, 2016: 297).

از طرف دیگر کسانی که ویژگی خاص نهاد تنظیم‌گری را تأیید می‌کنند، بسیار محتاط عمل می‌کنند، زیرا اثر عطف به ماسبق قانون‌گذاری، تبدیل آن به یک قانون کلی را ممنوع می‌کند، زیرا تحکیم دیر هنگام عمل می‌تواند اشخاص ثالث را شگفت زده کند و به آن‌ها آسیب برساند. به عبارت دیگر در حفاصل میان زمان تنظیم قانونی و قبل از آن ممکن است متعاقدين اقدام به تصرف در موضوع قرارداد کنند که چه‌بسا هزینه‌های قابل توجهی را به ارمغان بیاورد. علاوه بر این اصولاً حقوق دانان فرانسه تمایلی چندانی با عطف باسابق بودن نهادهای حقوقی ندارند و تنظیم‌گری نیز از آن‌جهت که آثار قهقرایی دارد، لذا با دیده احتیاطی به آن می‌نگرند.

رویکرد مذکور رویکرد غالبی نویسندگان فرانسوی است، با این وجود در حقوق فرانسه اتفاقاتی افتاده است که نشان می‌دهد که هنوز حقوق دانان و قضاتی هستند که تمایل جدی به این نظریه دارند. توضیح مطلب اینکه سیستم قضایی فرانسه، در سال‌های اخیر شاهد یکی از پرونده‌های بسیار جالب در خصوص تنظیم اعمال حقوقی به موجب رأی دادگاه تجدیدنظر فرانسه بوده است. از آن‌جهت که این رأی یکی از آرای قضایی است که به وضوح از منظم‌سازی و کیفیت سازوکار آن را نشان می‌دهد، به تفصیل به این رأی می‌پردازیم.

طی یک معامله‌ای، یک شرکتی، ساختمانی را با تقسیم به سه خانه به فروش می‌رساند. ولی این فروش حاوی مجوز مصوب شده در سال ۱۹۹۷ نبوده است. خریداران با توجه به اینکه فروش مجدد ملک مشکل بود، درخواست لغو فروش کرده بودند. آن‌ها با استناد به تقلب، اشتباه، عیوب پنهان و ماده ۱۵۵ CWATUPE خواستار لغو فروش شده‌اند. در مقابل فروشنده استدلال کرد که منظم‌سازی شهری امکان‌پذیر است. دادگاه بدوی با کم‌اهمیت خواندن قابل تنظیم بودن یا نبودن نقض قانون، حکم به لغو فروش داد. در مقابل، دادگاه تجدیدنظر با الهام از گفته‌های پروفیسور «ون اومسلاگه» رأیی کاملاً متفاوت صادر کرد. آن‌ها چنین استدلال کرده‌اند: «از این منظر، مهم است که بدانیم آیا دلیلی برای قاعده‌مند شدن وجود دارد یا خیر، زیرا در این صورت، باید به این سؤال که آیا خریداران با فرض فسخ بیع، از حق

خود سوءاستفاده نمی‌کنند؟ پرداخته شود.» سپس دادگاه به گفته‌های پروفیسور «ون» استناد می‌کند: «درواقع، بطلان اغلب تحریمی است با آثار زیان‌بار، به‌ویژه از این جهت که به دلیل اثر ماسبق آن، عملیاتی را که قبلاً به‌طور کامل یا جزئی انجام شده است، به زیر سؤال می‌برد. اطمینان حقوقی را تضعیف می‌کند.

به همین دلیل است که برای جلوگیری از اعلام بطلان، بدون تخطی از قواعد تحریم بطلان، از روش‌های متعددی استفاده می‌شود. روش اول عبارت است از اجازه دادن به رفع نقص به‌گونه‌ای که یا در زمان طرح دعوای بطلان و یا حتی زمانی که قاضی حکم می‌کند، رفع شود. این روش صراحتاً در قانون شرکت برای شرکت‌های دارای شخصیت حقوقی پیش‌بینی شده است: ماده ۱۷۶ مقرر می‌دارد که در صورت امکان تنظیم وضعیت شرکت، قاضی می‌تواند مهلتی را برای این تنظیم در نظر بگیرد و در نتیجه قرارداد ابطال نمی‌شود...».

در ادامه در رأی صادر آمده است: «بنابراین مقتضی است قبل از ادامه رسیدگی به دعوای متقابل، به تجدیدنظرخواهان اجازه داده شود تا درخواستی را برای منظم‌سازی به مرجع ذیصلاح ارائه کنند، کاری که آن‌ها ادعا می‌کنند قبلاً می‌خواستند انجام دهند، اما خریداران از آن خودداری کردند؛ بنابراین توجه آن‌ها به پیامدهای احتمالی هر رفتاری که با هدف جلوگیری از تسلیم درخواست تجدیدنظر توسط تجدیدنظرخواهان انجام شود، جلب می‌شود. به متقاضیان مهلت شش‌ماهه برای معرفی آن داده می‌شود. پس از انقضای یک دوره شش‌ماهه در صورت عدم ارائه درخواست تنظیم یا پس از مداخله، تصمیم نهایی در مورد درخواست تنظیم، بر عهده کوشاترین طرف خواهد بود» (Wéry, 2016: 295).

علاوه بر اتفاق مذکور، یکی از موضع‌گیری‌های صریح را می‌توان در طرح موسوم به کاتالا مشاهده کرد. در ماده ۱۱۳۳ طرح کاتالا آمده است: «در مواردی که قانون اجازه می‌دهد، می‌توان از طریق رفع نقص مؤثر بر عمل حقوقی یا با تکمیل هرگونه تشریفات ضروری، آثار عمل حقوقی را به شکل صحیح اعاده کرد». باوجود این، ماده مذکور در اصلاحات ۲۰۱۶- حذف شد و بلکه صرفاً قسمت دوم ماده «تکمیل هرگونه تشریفات ضروری در ماده ۱۱۷۲ با طرح متفاوتی آمده است. این ماده مقرر می‌دارد: «قراردادها بر اساس اصل رضایی بودن منعقد می‌شود. استثنائاً اعتبار قراردادهایی تشریفاتی منوط به انطباق با تشریفات معین‌شده توسط قانون است که در صورت عدم رعایت آن تشریفات، باطل است، مگر اینکه این نقص قابل‌رفع باشد.»

در اصلاحات جدید قانون مدنی فرانسه، صرفاً به حذف ماده ۱۱۳۳ کاتالا اکتفا نشده است، بلکه ماده ۱۱۸۳ اصلاحات جدید متضمن محتوایی است که شک و تردیدهایی را در تنظیم اعمال حقوقی ایجاد کرده است. ماده ۱۱۸۳ اصلاحات جدید مقرر می‌دارد: «یک‌طرف عقد می‌تواند طی یک دادخواست کتبی از طرفی که حق تنفیذ با اوست، بخواهد که ظرف مدت شش ماه نسبت به تنفیذ یا طرح دعوی بطلان اقدام کند. در این فرض بطلان باید ساقط شده باشد. دادخواست باید به‌طور صریح اعلام دارد که چنانچه طرح دعوی قبل از موعد شش ماه اعلام نشود، عقد تنفیذ شده، فرض می‌شود».

این ماده به شخصی که حق اعتراض به ضرر اوست، این اجازه را داده است که (۱) در صورتی که موجب بطلان رفع شده باشد (۲) کتباً از ذی‌الحق تنفیذ درخواست کند که ظرف موعد شش ماه معامله را تنفیذ کند یا طرح دعوی کند (۳) صراحتاً قید کرده باشد که اگر قبل از موعد شش ماه یکی از دو اقدام طرح دعوی یا تنفیذ را انجام ندهد، عقد تنفیذ شده محسوب می‌شود.

این ماده صراحتاً با وجود تنظیم عمل حقوقی، به‌ذی‌النفع امکان طرح دعوی را می‌دهد و از این حیث مخالف عملکرد تنظیم حقوقی است.

با تتبع در بسیاری از پایگاه‌های علمی مطلبی یافت نشد که این ماده را از منظر تنظیم عمل حقوقی نگریسته باشد، ولی به هر روی باید دید رویه قضایی فرانسه با این ماده چگونه برخورد خواهد کرد آیا به‌طور مطلق دیگر خبری از تنظیم عمل حقوقی در حقوق فرانسه نخواهد بود یا اینکه این ماده صرفاً در مورد خود به‌صورت موجه جزئی با آن برخورد خواهد شد.

۴. دامنه تنظیم‌گری در حقوق فرانسه

با توجه به آنچه در مبحث پیشین گذشت، طبیعی است که نباید از بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی انتظار داشت که اقدام به معیاری مشخص در تنظیم‌گری اعمال حقوقی داشته باشند، لذا اصولاً چنین چیزی در آثار آن‌ها مشاهده نمی‌شود. باوجوداین برخی از حقوق‌دانان که رویکرد نظریه‌ای یا قاعده‌ای به تنظیم‌گری دارند، سعی کرده‌اند که به آن جنبه عمومی بدهند و

بدین ترتیب یک معیار روشنی را مطرح کنند. ازجمله این نویسندگان می‌توان به ون اومسلاگه^۱ اشاره کرد. بنا بر نظر وی تنظیمی که از آن به‌عنوان «ترمیم عیب» یاد می‌کند، حتی در صورت عدم وجود نص کلی، می‌تواند به هر اقدامی برای بطلان تعمیم یابد، مشروط بر اینکه نظم عمومی مخدوش نشود (Van, 2010: 961).

بنابراین از منظر اومسلاگه تنظیم‌گری دامنه بسیاری وسیعی دارد و تنها خط قرمز در این زمینه نظم عمومی است و با توجه به اینکه ضمانت اجرایی حوزه نظم عمومی بطلان مطلق است، می‌توان این نتیجه را گرفت که بطلان مطلق قابل تنظیم‌گری نیست. به‌طریق‌اولی می‌توان ادعا کرد که از نظر وی تنظیم‌گری شامل موارد عدم پیدایش قرارداد نیز نمی‌شود، زیرا در این گونه موارد اصلاً قرارداد شکل نمی‌گیرد تا نوبت به تنظیم‌گری برسد. به نظر می‌رسد، شایسته است این سؤال را مطرح کرد که اگر بطلان مطلق موقت باشد، به‌عنوان مثال نصوص مورد استناد با قوانین جدید نسخ شود و یا حتی به‌واسطه امور اتفاقی زمینه کلی بطلان مطلق رفع شود، آیا در این صورت نیز همچنان باید قائل شد که بطلان مطلق تبدیل به عقد صحیح نمی‌شود؟

در آرای قضای دادگاه‌های فرانسه این سؤال در خصوص نهاد تأیید مطرح شده است و با توجه به اینکه تنظیم عمل حقوقی و نهاد تأیید مجرای مشترکی دارند، لذا شاید بتوان اظهارنظرها در این خصوص را به تنظیم عمل حقوقی نیز سرایت داد.

همان‌طوری که سابقاً مطرح شد، دو نوع تعریف از تأیید مطرح شده است: (۱) تأیید عبارت است از چشم‌پوشی از اقدام برای بطلان و (۲) تأیید عبارت است از ترمیم عنصر معیوب و عدم استناد به دعاوی ناشی از آن. حقوق‌دانان که تعریف اول را برگزیده‌اند، اظهار داشته‌اند که تأیید صرفاً به علل خاصی از بطلان محدود نمی‌شود - یعنی موارد بطلان نسبی - بلکه «در دسترس بودن حق اعتراض» شیوه‌ای است برای از بین کلیه علل بطلان.

ازاین‌رو، برخی از نویسندگان معتقدند که فعل آلوده به بطلان مطلق را می‌توان در صورتی که «علت بطلان ناشی از حالت موقتی باشد» و این امر پایان یافته باشد و یا زمانی که علت بطلان به دلیل اصلاحیه قانونی از بین رفته باشد، تأیید کرد.

1. Van Ommeslaghe.

۵. تنظیم اعمال حقوقی در فقه امامیه و حقوق ایران

در این بخش به بررسی امکان به کارگیری تنظیم اعمال حقوقی در فقه امامیه و حقوق ایران پرداخته خواهد شد؛ در همین راستا ابتدا به بیان دیدگاه فقهیان امامیه پرداخته می‌شود و سپس دیدگاه حقوق‌دانان به بحث گذاشته خواهد شد.

۵-۱. دیدگاه فقهای امامیه

از تعریف‌های تنظیم اعمال حقوقی به خوبی نمایان است که هدف کسانی که این نظریه را بسط و توسعه داده‌اند، تصحیح عقد باطل یا به عبارت دیگر نجات اعمال باطل حقوقی است. تصحیح عقد باطل یا نجات فعل باطل نیز مفهوم ناشناخته در فقه امامیه نبوده است؛ خواه در قالب مصادیق و خواه به عنوان یک ایده احتمالی. در این بخش ابتدا به مصادیق تصحیح عقد باطل در فقه امامیه اشاره خواهد شد و در نهایت ایده احتمالی که در کتب فقهیان از آن به اشاراتی سخن رفته است، مورد بررسی و کنکاش قرار می‌گیرد.

۵-۱-۱. مصادیق تصحیح عقد باطل

در فقه امامیه مصادیقی متعددی می‌توان یافت که می‌تواند در قالب تصحیح عقد باطل به تحلیل آن‌ها پرداخت. لکن از میان این مصادیق متعدد، می‌توان دو مورد را از مصادیق قطعی تصحیح عقد باطل دانست:

- اسقاط شرط باطل

اسقاط شرط باطل یا شرط فاسد (Sobhani, 1995, Vol 1: 454)، یکی از عمده موارد تصحیح عقد باطل است. توضیح مطلب اینکه شروط باطل را در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان به سه دسته کلی تقسیم کرد: دسته اول شروطی هستند که مخالف مقتضای عقد هستند؛ دسته دوم شروطی هستند که مخل شرایط اساسی عقد هستند و دسته سوم نیز شروطی هستند که جزء هیچ کدام از این موارد نیستند. از میان شروط سه گانه، نسبت به مبطل بودن دسته اول و دوم تردیدی در میان مشهور فقهای شیعه ابراز نشده است و بلکه صراحتاً با عبارات گوناگون ابراز داشته‌اند. ولی دسته سوم محل مناقشه واقع شده است. در میان فقهای شیعه، در مورد تأثیر

دسته سوم از شروط باطل بر عقد، دو دیدگاه کلی وجود دارد: گروهی از فقها شرط باطل را مبطل عقد می‌دانند (Ameli Hosseini, 1998, Vol 14: 730)؛ در مقابل عده‌ای از فقهای معتقد هستند شرط باطل موجب بطلان عقد نمی‌شود (Ameli Hosseini, 1998, Vol 14: 728). کسانی که از نظریه اول پیروی کرده‌اند، این سؤال را مطرح کرده‌اند که آیا با اسقاط شرط باطل می‌توان عقدی که به خاطر شرط باطل یا شرط فاسد، باطل شده است، تصحیح کرد؟ (Hali, 1993, Vol 10: 372).

در پاسخ به این سؤال دو نظریه ابراز شده است. برخی بر این عقیده هستند که با حذف شرط عقد تصحیح می‌شود. در مقابل عده‌ای نیز معتقد هستند که با اسقاط شرط باطل عقد تصحیح نمی‌شود (Ansari, 1994, Vol 6: 102; Yazdi, 1999, Vol 2: 70).

- نکاح شخص مست

یکی دیگر از مصادیق تصحیح عقد باطل، تصحیح نکاح مست است. در روایت آمده است: محمد بن اسماعیل بن بزيع گوید: از حضرت رضا علیه السلام پرسیدم: زنی به نوشیدن نبیند (نوعی شراب) مبتلاست و در حال مستی خود را به زوجیت مردی درآورد و بعد به هوش آمد و انکار کرد، سپس به این فکر افتاد که این زوجیت گردنگیرش است و از انکار دست کشید و با همان تزویجی که شده بود با مرد باقی ماند. آیا این مرد برای او حلال است یا اینکه به جهت مستی نکاح باطل است و مرد حق بر او ندارد؟ امام علیه السلام فرمود: چنانچه پس از به هوش آمدن با مرد ماند و او را رها نکرد پس این دلیل رضای اوست، گوید: پرسیدم: آیا این تزویج بر آن زن جایز است؟ فرمود: آری (Ghaffari, 1988: Vol: 46).

این روایت از روایات مشکل است، زیرا برخلاف قواعد پذیرفته شده در فقه است. بنا بر رویه پذیرفته شده یکی از شرایط صحت عقد قصد است و شخص مست و بی‌هوش که عقلش زایل شده نمی‌تواند قصد کند و به تبع مانند سایر عقود، نکاح باطل می‌شود. باوجود تصریح فقهای به این نکته و پذیرش آن، برخی از فقهای نامدار به این روایت عمل کرده‌اند (Tousi, 1979: 468). پذیرش این نظریه مستلزم این است که اجازه متأخر مصحح عقد باطل است؛ استلزامی که بسیاری از فقهای متعرض آن شده و آن را نپذیرفته‌اند، لذا دست به توجیهات متعددی زده‌اند (Shobeari, 1998: Vol 10: 3448).

۵-۱-۲. تحلیل و استدلال فقهیان

در فقه امامیه به طرح جدی مسئله تصحیح عقد باطل پرداخته نشده و در مواردی که سخنی از آن رفته، در حد همان گزاره مورد بحث خودشان است و فراتر از آن نرفته‌اند. علاوه بر این بسیار مختصر و مجمل بحث کرده‌اند. شاید دلیل عدم طرح این مسئله به نحو تفصیلی ناشی از تلقی و ارسال مسلم گرفتن عدم امکان تصحیح عقد باطل است. به‌هرروی تتبع در کتب فقهیان نشان می‌دهد، هر جا ایده یا زمینه تصحیح عقد باطل مطرح شده است، به‌شدت با آن مخالفت کردند و در مقام مخالفت استدلال‌های متعددی مطرح کرده‌اند:

۱. برخی چنین اظهار داشته‌اند که تصحیح عقد باطل از قبیل انقلاب ذات است و انقلاب ذات محال است. مطابق این استدلال اگر عقدی باطل شد و ما بخواهیم آن را به وجهی از وجوه به عقد صحیح تبدیل کنیم، مسئله از قبیل انقلاب ذات خواهد بود؛ یعنی انقلاب عقد باطل به عقد صحیح و این محال است (Bojnordi, 1998: Vol 4: 215; Khoei, 1991, Vol 7: 405; Tabatabai Qomi, 1992, Vol 4: 54).

۲. عده‌ای نیز تصحیح عقد باطل را با اعاده معدوم مقایسه کرده‌اند و گفته‌اند تصحیح عقد باطل از قبیل اعاده معدوم است و اعاده معدوم محال است. آن‌ها ادعا می‌کنند که عقد باطل عقدی منعدم و بلااثر است و اصلاً وجود خارجی ندارد، در نتیجه چگونه ممکن است که چیزی را که معدوم و هیچ است، اعاده کرد و آن را به منصفه وجود رساند؟

۳. اجماع؛ با توجه به عبارات و کلماتی که فقهیان ابراز داشته‌اند، ممکن است بتوانیم به یک نوعی از استظهار اجماع برسیم؛ بدین ترتیب که اذعان بسیاری از فقهیان به «استحاله انقلاب ذات» و «الساقط لا یعود» و «المعدوم لا یعود» و نبود اختلاف در کتب فقهی حول این قواعد عقلی و از طرف دیگر، عدم تصریح فقهیان به امکان تصحیح عقد باطل در کتب فقهی، خصوصاً که برخی از فقها به امتناع تصحیح عقد باطل صراحتاً اذعان داشته‌اند، ما را به‌نوعی به استظهار اجماع رهنمون می‌کنند.

۵-۱-۳. ارزیابی استدلال‌های فقهیان

بررسی صحت و سقم یک دیدگاه نیازمند کنکاش ادله و اعتبارسنجی آن است؛ بدین ترتیب که اگر ادله از اتقان کافی برخوردار بودند، می‌توان تن به دیدگاه موردنظر داد؛ در غیر این

صورت الزامی به پذیرش آن دیدگاه نیست. در عمل به این نکته، به ترتیب ادله، به تحلیل انتقادی ادله می‌پردازیم.

به نظر می‌رسد در استدلال مبتنی بر انقلاب ذات که متضمن یک ادعاست، تردید جدی وجود دارد. مدعای استدلال آن‌ها این است که در تصحیح عقد انقلاب ذات رخ می‌دهد. آیا واقعاً این‌گونه است؟ به نظر می‌رسد، پاسخ منفی است، زیرا در تبدیل عقد باطل به عقد صحیح انقلاب ذات اتفاق نمی‌افتد، زیرا ماهیت عقدی به عقدی دیگر تغییر نمی‌کند، بلکه همان عقد با حذف عناصر مبطل احیا می‌شود. به عبارت دیگر می‌توان ادعا کرد که در تبدیل عقد باطل به عقد صحیح، انقلاب در اوصاف و احوال صورت گرفته است نه انقلاب در ماهیت، زیرا مقومات عقد برقرار است و صرفاً تغییر در وصفی از اوصاف عقد انجام می‌شود و تغییر در اوصاف به اتفاق فیلسوفان محال نیست. در رابطه با استدلال به استحاله اعاده معدوم نیز می‌توان به بینش فقهیان متأخر و معاصر نسبت به اعتباریات تمسک کرد، زیرا بر پایه برخی از مبانی اندیشمندان اعمال حقوقی از قبیل اعمال اعتباری است و در اعتباریات جایی برای استدلال‌های عقلی وجود ندارد (Hosseini Milani, 1992, Vol 1: 131; Tabatabai Qomi, 2007, Vol 5: 54).

استدلال به اجماع نیز به مراتب از دو استدلال نخستین سست‌تر است، زیرا همان‌طوری که گفته شد، این اجماع مستظهر است نه اجماع حقیقی، زیرا صرف استظهار است و نه کاشفیت از قول امام (علیه‌السلام) را دارد و نه موضوعاً اجماع بر آن صدق می‌کند و نهایت ارزشی که این استدلال دارد، مؤید بودن آن است. کما اینکه بسیاری از فقهیان در موارد متعددی از ادله‌ای که حجیت آن نزد وی ثابت نیست یا اینکه ارزش استدلالی کمتری دارد و یا سایر موارد دیگر به‌حسب مورد، به‌عنوان مؤید بهره می‌برند.

بالاین وجود، مؤید بودن در جایی نافع است که ادله موردنظر تام باشد و بتوان مؤید به اجماع مستظهر کرد، درحالی‌که در مباحث پیشین، بلاوجه بودن استدلال‌ها روشن شد. در نتیجه این اجماع مستظهر نه دلیلاً نافع می‌شود و نه مؤیداً.

۵-۲. دیدگاه حقوق‌دانان

در حقوق ایران نیز، تصحیح عقد باطل، مبتلا به اوضاع و احوالی است که فقہیان به آن مبتلا هستند؛ بدین ترتیب که نمی‌توان مصادیقی قابل توجهی از آن مشاهده کرد و نه در کتب حقوقی از آن به نحو تفصیلی سخن به میان رفته است. وجود این محدودیت‌ها ما را از رجوع به قوانین و کتب حقوقی جهت بررسی این مسئله باز نمی‌دارد و به‌مانند مبحث پیشین، در طی دو بخش به بررسی مسئله پرداخته خواهد شد.

۵-۲-۱. مصادیق

همان‌طوری که گفته شد، در قوانین ایران، مصادیق قابل توجهی برای تصحیح عقد باطل وجود ندارد؛ باوجوداین برخی از حقوق‌دانان ماده ۲۷۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت را مصداق تصحیح عقد باطل دانسته‌اند (Katouzian, 2016: Vol 2: 325). ماده ۲۷۱ مقرر می‌دارد: «در صورتی که قبل از صدور حکم بطلان شرکت یا بطلان عملیات یا تصمیمات آن در مرحله بدوی موجبات بطلان مرتفع شده باشد دادگاه قرار سقوط دعوای بطلان را صادر خواهد کرد.» در مقابل برخی از نویسندگان رفع موجبات بطلان را از مصادیق تصحیح عقد باطل ندانسته‌اند، بلکه از مصادیق سقوط دعوی دانسته‌اند (SHahidi, 2017: 78). بنا بر این دیدگاه، مورد ماده ۲۷۱ قانون تجارت شرکت باطل یا بطلان عملیات شرکت نیست؛ بلکه مورد آنجایی است که نسبت به بطلان شرکت یا عملیات شرکت ادعا شده است و پیش از آنکه دادگاه حکم به بطلان آن دهد، موجب بطلان رفع شده و دادگاه قرار سقوط دعوی را صادر می‌کند. به‌واقع شبیه ماده ۷۶۵ قانون مدنی است که در آن صلح دعوی ناشی از بطلان معامله را صحیح دانسته است و قبل از اینکه دادگاه به بطلان معامله رسیدگی کنند، طرفین به صلح و سازش اقدام می‌کنند.

به نظر می‌رسد ریشه نظریه اخیر را باید در قضایی بودن بطلان دانست؛ بدین ترتیب که در شرکت‌های تجاری، هر ذی‌نفع، به‌موجب عوامل بطلانی که در عملکرد شرکت می‌بیند، از دادگاه درخواست ابطال معامله را می‌کند؛ و این درخواست بدین معناست که موجبات بطلان واقع شده و در نتیجه عملکرد شرکت باطل است؛ به‌تبع اگر با این رویه پیش برود، دادگاه حکم به بطلان عملکرد شرکت خواهد داد؛ ولی قانون‌گذار بنا بر مصالحی، این فرصت را می‌دهد تا اگر موجبات بطلان رفع شد، عملکرد شرکت تصحیح خواهد شد. به عبارت دیگر قرار سقوط

دعوی در پی رفع موجبات بطلان، دلیل بر این نیست که تبدیل عملکرد باطل به صحیح واقع نمی‌شود؛ بلکه اتفاقاً بالعکس واقع می‌شود.

به‌عنوان مثال در صورتی که در معاملات شرکت، قواعد عمومی قراردادها رعایت نشود؛ در صورتی که ضمانت اجرای تخلف از قاعده موردنظر، بطلان باشد، شکی وجود ندارد که معامله باطل است؛ حال قانون‌گذار با اعطای فرصت رفع موجبات بطلان، از عوامل شرکت می‌خواهد که موجبات بطلان را رفع کند؛ آیا اگر این درخواست واقع نشود، بازهم معامله باطل نیست؟ مسلماً باطل است، منتها چون ابطال معامله در قانون تجارت عملی قضایی است، لذا باید درخواست ابطال به دادگاه ارائه شود.

۵-۲-۲. تحلیل و استدلال حقوق دانان

تتبع در کتب حقوق دانان، نشان می‌دهد که عده‌ای از حقوق دانان از جمله مرحوم شهیدی با تصحیح عقد باطل به شدت مخالفت کرده‌اند. ایشان استدلال کرده‌اند که قانون هرگز ایجاد اعمال حقوقی در زمان گذشته را پیش‌بینی نکرده است. قاعده لزوم قراردادها و نافذ بودن آن و عموماً فقهی نظیر وفا به عقد همگی ناظر بر آینده و پس از انشای عقد است. سپس ایشان در مقام پاسخ به نقض استدلال مذکور به واسطه معاملات غیر نافذ، می‌گویند که معامله غیر نافذ خلاف قاعده است؛ علاوه بر این معامله در زمان گذشته انشا یافته است، در نتیجه اجازه عمل حقوقی است که پس از انشای عقد انجام می‌شود. علاوه بر استدلال اخیر، نویسنده اخیرالذکر در ادامه متوسل به استدلال دیگری می‌شوند و می‌نویسند: «تصرف اعتباری از قبیل تغییر در اعمال حقوقی در زمان گذشته نظام روابط حقوقی را مختل می‌کند و مخالف با نظم عمومی است». علاوه بر این، برخی از حقوق دانان از جمله کاتوزیان، در عین تصریح به این نکته که عقد باطل قابل اصلاح نیست، استدلالی مطرح نمی‌کنند؛ باوجوداین، اظهار می‌دارند که ممکن است قانون‌گذار بنا به مصالحی اجازه اصلاح عقد را بدهند. ایشان در این رابطه به ماده ۸۴ قانون تجارت (منسوخ) و ماده ۲۷۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مثال می‌زنند (Katouzian, 2016: Vol 2: 325).

در مقابل دیدگاهی که موافق تصحیح عقد باطل باشد، یافت نشد و نزدیک‌ترین دیدگاه به تصحیح عقد باطل، ایده برخی از حقوق دانان از جمله مرحوم جعفری لنگرودی ذیل نظریه اداره

عقد است؛ نظریه‌ای که ایشان مدعی کشف آن هستند. مطابق دیدگاه ایشان، مقصود از نظریه اداره عقد این است که عقدی در شرایطی بسته شود که با موازین موردقبول قانون‌گذار یا مصلحت یک طرف معامله وفق نمی‌دهد، اما قانون‌گذار به جای اینکه آن را ابطال کند، راه‌های می‌یابد که عقد را نجات دهند، مانند اجازه مالک در عقد فضولی و عقد اکراهی (Jafari (Langroudi, 2014, Vol 1: 295).

همان‌طوری که کلمه «ابطال» نشان می‌دهد، خصوصاً مثال‌های مطرح شده، نظریه اداره عقد مربوط به مواردی که عقد باطل نباشد، بلکه عقد از سایر جهات مخدوش باشد و لذا ایده ایشان قابل انطباق با تصحیح عقد باطل نیست.

۵-۲-۳. ارزیابی ادله حقوق‌دانان

به نظر می‌رسد، استدلال نخستین از چند جهت قابل نقد است: نخست، موارد متعددی وجود دارد که قانون‌گذار در اعمال زمان گذشته تصرف می‌کنند، بنابراین خلاف قاعده نیست؛ دوم، عدم پیش‌بینی قانون‌گذار از عملیات قانونی خاص دلیل بر ممنوعیت آن نیست، آنچه نیاز به دلیل دارد ممنوعیت و محظوریت است و مشروعیت و مباح بودن نیازی به دلیل ندارد؛ سوم جوابی که خودشان در مورد نقض گفته‌اند، بعینه در عقد باطل نیز می‌توان گفت بدین‌صورت که در تصحیح، عقد باطل در زمان گذشته انشا شده است، منتها با حذف عنصر مبطل عقد به حیات خود ادامه می‌دهد و حذف عنصر مبطل نه انشای عقد را از بین می‌برد و نه ارکان اساسی آن را.

استدلال دوم نیز چندان نمی‌تواند مانع جدی در مشروعیت تصحیح عقد باطل باشد، زیرا در برخی از نظام‌های حقوقی از جمله در فقه حنفی و فرانسه تصحیح عقد باطل برقرار است و کسی در این نظام‌های حقوقی ادعا نکرده است که نظم عمومی به هم خورده است. به عبارت دیگر اثبات برخلاف نظم عمومی بودن نیاز به شواهد خارجی دارد و به صرف پیش‌بینی و تصور، برخلاف نظم عمومی بودن امری، اثبات نمی‌شود.

۳-۵. محدوده تنظیم اعمال حقوقی در فقه و حقوق ایران

تنظیم اعمال حقوقی در فقه و حقوق ایران می‌تواند از وسیع‌ترین حالت تا مضیق‌ترین حالت را به خود ببیند؛ به‌طوری‌که می‌توان برای هر دو حالت پشتوانه نظری استوار دانست.

- مضیق‌ترین حالت

با تتبع در مواردی که در فقه و حقوق ایران باطل شمرده شده است، با دو طیف از بطلان مواجه می‌شویم: طیفی که بطلان ناشی از عدم رعایت شرایط اساسی قرارداد است. این طیف از بطلان مواردی متعددی را در برمی‌گیرد، از جمله نبود قصد، معاملات مجنون و صغیر غیر ممیز، اشتباه در ماهیت عقد و مورد معامله، مالیت نداشتن و مشروع و عقلایی نبودن، مقدورالتسلیم نبودن، معلوم نبودن، قابل انتقال نبودن، موجود نبودن مورد معامله. در مقابل طیف دیگری از موارد بطلان وجود دارد که یا این موارد جزء شرایط اساسی عقد نیست یا اساساً به خاطر جهات دیگری از نظر قانون‌گذار باطل شمرده شده است. از جمله این موارد عبارت‌اند از: ماده ۴۰۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.

ماده ۴۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است.

ماده ۵۸۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند. علاوه بر این موارد متعدد دیگری به‌مانند مثال‌های مذکور می‌توان در فقه یافت: (۱) در مزارعه و مساقات شرط است که حصه طرفین به‌صورت مشاع تعیین شود مانند، ربع، ثلث، خمس و غیره؛ (۲) معاملات ربوی، مانندی جایی که یکی از دو عوضین هم‌جنس نسبت به دیگری زیادتی داشته باشد.

در نمونه‌های اخیرالذکر، قانون‌گذار می‌تواند به متعاقدين فرصت تصحیح عقد را بدهد؛ بدین‌صورت که در خیار شرط به متعاقدين فرصت تعیین زمان یا اسقاط شرط کند؛ اینکه در اجاره به موجر و مستأجر فرصت دهد تا متعاقدين زمان اجاره را مشخص کند؛ در شرط

ضمانت و تأدیه کلیه خسارات از طرف عامل، قانون‌گذار خود مستقیماً شرط را اسقاط کند یا به متعاقدين چنین فرصتی بدهد؛ در مزارعه و مساقات قانون‌گذار اجازه دهد حصه را به صورت مشاع تعیین کنند و ایضاً در معامله ربوی زیادی حذف شود.

بالعکس موارد طیف دوم از بطلان، موارد طیف اول جدا از اینکه جزء شرایط اساسی عقد هستند، اساساً موجب بطلان قابل‌رفع نیست، زیرا در بخشی از این موارد اساساً معامله منعقد نمی‌شود، مانند معاملات مجنون و صغیر غیر ممیز، زیرا اصلاً قصد ندارد، همچنان که در اشتباه در ماهیت عقد یا مورد معامله ایجاب و قبول تطابق ندارند؛ لذا عقد منعقد نمی‌شود. در بخشی دیگر از جمله شرایط مورد معامله مانند، مالیت نداشتن و مشروع و عقلایی نبودن، مقدورالتسلیم نبودن، معلوم نبودن، قابل‌انتقال نبودن، موجود نبودن مورد معامله چگونه می‌شود معامله را تصحیح کرد؟ وقتی مورد معامله مالیت ندارد، مشروع نیست، مقدورالتسلیم نیست، موجود نیست راهی جزء اینکه با مبیعی که شرایط مذکور را دارد، جایگزین شود وجود ندارد و جایگزینی با مبیعی دیگر تصحیح نیست، بلکه یک قرارداد جدید است. از میان شروط مذکور تنها شرط معلوم بودن قابلیت تصحیح را دارد و آن هم با توجه به شدت اهتمام قانون‌گذار و شرع نسبت به غری نبودن معامله، قول به امکان تصحیح آن دور از ذهن است. در توجیه این معیار می‌توان گفت که وقتی عقد شرایط اساسی عقد را دارد و اقتضای صحت را دارد، می‌توان با رفع موانعی که عارض بر شرایط اساسی عقد است، عقد را تصحیح و احیا کرد. به‌واقع با استناد به قاعده مقتضی و مانع این معیار را توجیه کرد.

- وسیع‌ترین حالت

در یک تقسیم‌بندی شرایط عقد را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

الف) شرایط وجودی عقد: این شروط را می‌توان در سه مورد خلاصه کرد (Haeri, 2002, Vol 1: 321).

- قصد انعقاد عقد: فقهیان برای تحقق عقد صحیح سه دسته از شرایط برشمرده‌اند: شرایط عقد، شرایط متعاقدين و شرایط عوضین. یکی از شرایط متعاقدين را قصد شمرده‌اند؛ لذا شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید: «من جمله شرایط المتعاقدين، قصدهما لمداول اللفظ الذی يتلفظان به؛ و اشتراطه بهذا المعنى فى صحه العقد، بل فى تحققه، مما لا خلاف فيه» (Ansari,

Khomeini, (1415, Vol 3: 295)؛ یا همچنان که آورده‌اند: «إنَّ القصد من مقومات العقد» (Khomeini, 1997, Vol 1: 307).

همان‌طوری که از عبارت شیخ انصاری «بل فی تحقیقه» و «القصد من مقومات العقد» روشن است، قصد از شرط وجودی عقد است؛ به این معنا که بدون قصد اصلاً عقد محقق می‌شود، اعم از اینکه این قصد را کافی در انعقاد عقد بدانیم یا اینکه کافی ندانیم و بلکه نیاز به مبرزیت داشته باشد.

- وجود متعاقدين: دومین شرط وجود عقد، وجود متعاقدين است. این شرط از آن‌جهت که برای تحقق قصد انعقاد عقد لازم است، جزء این دسته از شروط قرار گرفته است؛ بدین ترتیب که تحقق قصد نیازمند وجود انسان است تا قصد و اراده انعقاد معامله را داشته باشد؛ زیرا بدون وجود موجود ذی‌الاراده قصد انعقاد عقد بی‌معناست.

البته روشن است که صرف وجود متعاقدين کافی نیست؛ بلکه متعاقدين باید ممیز باشند؛ بنابراین انشای عقد توسط طفل غیر ممیز یا مجنون کافی نیست؛ چراکه اساساً در انشای طفل غیر ممیز و مجنون تحقق قصد منتفی است؛ چراکه اساساً اراده‌ای ندارند.

- وجود عوضین: سومین شرط از شرایط وجودی عقد، وجود عوضین است، زیرا هر عقدی نیازمند موضوع است و بدون وجود موضوع، عقد محقق نمی‌شود. به عبارت دیگر باید شی یا چیزی باشد که متعاقدين بر روی آن توافق کنند و بدون آن امری غیر عقلایی و بلکه موهوم و از عرف عقلانی و عقلی خارج است.

ب) شرایط اعتباری عقد

این شرایط عبارت از مجموعه شرایطی است که بر هرکدام از شرایط وجودی عارض می‌شود و موجب اعتبار قانونی عقد می‌شود. این دسته از شرایط بسیار است. به عنوان مثال شرط بلوغ برای وجود متعاقدين یا نبود غرر در وجود عوضین از جمله این شرایط است. تقسیم شرایط به شرایط وجودی و اعتباری یکی از عمده نظریات فقهای شیعه در فقه‌المعاملات است؛ نظریه‌ای که فراوان در ابواب مختلف فقهی می‌توان مشاهده کرد و برخی از حقوق‌دانان مطرح از این نظریه به نظریه ارکان و شروط تعبیر می‌کنند (Jafari Langroudi, 2007: 154). توضیح مطلب اینکه فقهای در هرکدام از ابواب معاملات به عنوان مثال بیع، اجاره، مزارعه و ...، هنگام طرح

شرایط هر کدام از معاملات، شرایط را به دو دسته تقسیم می‌کنند: ارکان عقد و شرایط عقد. در کتب فقهی فراوان مواردی شبیه این عبارات دیده می‌شود: «فی أركانها» که اشاره صریح به این تقسیم‌بندی دارد. به عنوان مثال در جامع المقاصد در باب اجاره آمده است: «الفصل الثانی: فی أركانها و هی ثلاثه: المحل - و هو العین التي تعلقت الإجاره بها کالدار و الدابۀ و الآدمی و غیرها - العوض و المنفعه» (Mohaghegh Karki, 1989, VOL 7: 78).

ارکان عقد به واقع استوانه‌های وجودی عقدی هستند که عقد بدون آن اصلاً وجود پیدا نمی‌کند ولی شرایط یا عقد مربوط به کیفیت تحقق هر کدام از ارکان عقد است. به عنوان مثال در بیع اجرای صیغه عقد یعنی ابراز قولی یا فعلی برای تحقق عقد ضروری و از ارکان عقد بیع است و بدون آن اصلاً عقد محقق نمی‌شود، ولی درعین حال، شرط ماضویت، موالات، تقدم ایجاب بر قبول و غیره از شرایط اعتبار و صحت اجرای صیغه عقد است. فقیهان از این نظریه در تصویر جامع مشترک صحیح و باطل در نزاع معروف اصولی یعنی مسئله صحیحی یا اعمی نیز بهره برده‌اند؛ بدین صورت که علمای اصول بعد از اختیار قول به صحیحی یا نزاعی این مسئله را مطرح کرده‌اند که جامع مشترک صحیحی یا اعمی چیست؟ یکی از تصویرسازی‌های در میان قائلین به اعم، شرایط وجودی است که از آن به ارکان یاد کرده‌اند.

به هر روی مطابق این معیار تصحیح عقد باطل زمانی مقدور است که شرایط وجودی عقد محقق شده باشد؛ در غیر این صورت تصحیح عقد ممکن نیست، زیرا تصحیح عقد باطل، زمانی امکان‌پذیر است که عقد موجود باشد ولی اگر عقد موجود نباشد، چگونه می‌توان آن را تصحیح کرد.

۶. توسعه موارد تنظیم‌گری

سؤالی که در برخورد با تنظیم‌گری و تصحیح عقد قابل طرح است، این است که آیا دلیلی برای انحصار تنظیم‌گیری به موارد بطلان وجود دارد؟ به عبارت دیگر اگر هدف از تصحیح عقد باطل رفع موجبات بطلان است، دیگر چه دلیلی وجود دارد که آن را محدود به عقد باطل دانست، بلکه در محدوده اختلال در رضا از جمله عدم نفوذ و حق فسخ نیز می‌توان به رفع موجبات اقدام کرد، خصوصاً اینکه این مسئله در فقه شیعه بی‌سابقه نیست؛ در نتیجه با رفع موجبات عدم نفوذ دیگر ذی‌النفع حق رد معامله را نخواهد داشت.

به عنوان مثال در صورتی که مبیع معیوب شود، مشتری میان حق فسخ و اخذ ارش مختار است؛ بنابراین به هر کدام که مایل بود می تواند اخذ کند. فقہیان در ذیل این مسئله، این سؤال را مطرح کرده اند که اگر عیب کالا رفع شود، آیا بازهم گزینه های دوگانه پابرجاست یا نه بلکه گزینه های مشتری ساقط خواهد شد؟ فقہیان نظریات متعدد و تفصیلات گوناگونی را مطرح ساخته اند. برخی از فقہا معتقد هستند که زوال عیب موجب اسقاط حق فسخ و ارش نمی شود. عده ای نیز قائل هستند که زوال عیب موجب اسقاط حق فسخ و ارش می شود. گروهی نیز معتقد هستند که زوال عیب موجب سقوط خیار می شود ولی موجب سقوط ارش نمی شود (Khomeini, 2000, Vol 5: 77).

همان طوری که روشن است بر اساس نظریه دوم، دیگر ذی النفع حق رد معامله را نخواهد داشت و بدین ترتیب معامله از خطر فروپاشی نجات می کند. همچنان که یکی از فروعی که در ذیل خیار غبن مطرح شده است، این است که اگر بایع زیادی قیمت ناشی از غبن در معامله را قبل از فسخ، به مشتری اعطا کند، آیا بازهم مشتری حق فسخ دارد یا نه؟ قانون گذار ایران وفق ماده ۴۲۱ قانون مدنی به سؤال مذکور پاسخ منفی داده است. این دیدگاه به تبعیت از مشهور فقہا است (Bojnordi, 1998, Vol 4: 319). در مقابل عده ای از فقہیان، با دیدگاه مشهور مخالفت کرده اند. این دسته از فقہا با استناد به اصالة اللزوم، قاعده لاضرر و قاعده «اذا زال المانع زال الممنوع» حق فسخ را منتفی می دانند.

۷. مقایسه تنظیم گری در حقوق فرانسه و فقه و حقوق ایران

مقایسه تنظیم گری در هر دو نظام حقوقی منوط بر این است که ماهیت بطلان در هر دو نظام حقوقی روشن شود. در حقوق موضوعه فرانسه، قراردادهای نامعتبر را به دو دسته تقسیم می کنند: بطلان نسبی و بطلان مطلق. بطلان نسبی عبارت است از نقض منافع خصوصی افراد؛ لذا در تعریف بطلان نسبی آورده اند: «بطلان نسبی، وضعیتی است که قانون گذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت اشخاص یا اشخاص معینی در نظر گرفته است و به همین جهت سرنوشت عقد را فقط در اختیار ایشان قرار داده است و تا زمانی که ذی نفع تعرضی نسبت به قرارداد نکند، قرارداد صحیح بوده و تمام آثار خود را بر جای می گذارد، اما اگر ابطال قرارداد به درخواست ذی نفع از سوی دادگاه تأیید شود، اصولاً جزء در موارد استثنائی، قرارداد از ابتدا

باطل گشته و آثار خود را از دست می‌دهد» (Mohseni, 2010: 247)؛ و در مقابل بطلان مطلق عبارت است از نقص قوانین آمره‌ای که برای حفظ نظم عمومی مقرر شده است (ماده ۱۱۷۹ قانون تعهدات فرانسه).

در حقوق ایران نیز بطلان بر آن دسته از اعمال حقوقی مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نیستند؛ خواه آن عمل از آغاز غیرقانونی باشد و خواه به علت امری عارضی اعتبار قانونی خود را از دست داده باشد (Mohagheq Damad, 1416, Vil 2: 137)؛ همچنان که در کتب فقهی نیز قریب به این مضمون تعریف شده است؛ هرچند که عبارات فقہیان در این زمینه متنوع است. به عنوان مثال در تعریف آن آورده‌اند: «عقد باطل عقدی است که شرایط مطلوب (در عقد صحیح) فراهم نشده باشد و هیچ کدام از آثار شرعیه بر آن مترتب نمی‌شود» (Mughniyeh, 2000, Vol 3: 46).

در مقام مقایسه، با توجه به تعاریفی که ذکر شد، می‌توان گفت مفهوم بطلان در حقوق ایران، از یک مرتبه واحد برخوردار است؛ برخلاف حقوق فرانسه که از دو مرتبه تشکیل یافته است. با وجود این، با توجه به تعریفی که از بطلان مطلق در حقوق فرانسه رفت، می‌توان آن را معادل بطلان در حقوق ایران دانست؛ لذا میان دو نظام حقوقی از حیث بطلان مطلق هم‌پوشانی وجود دارد؛ هرچند که ممکن است در مصادیق آن میان هر دو نظام حقوقی تفاوت وجود داشته باشد. برخلاف بطلان مطلق، ضمانت اجرای بطلان نسبی در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است؛ لیکن این عدم پیش‌بینی به این معنا نیست که معادل آن در حقوق ایران روشن نیست. همان‌طوری که برخی از نویسندگان متعرض شده‌اند، بطلان نسبی به‌واقع ضمانت اجرای اختلال در رضاست و حقوق فرانسه همه طیف‌های اختلال در رضا را به یک چوب رانده است و یک ضمانت اجرا برای آن در نظر گرفته است و آن عبارت است از بطلان نسبی. در مقابل در حقوق ایران برای اختلال در رضا ضمانت اجرای مختلفی در نظر گرفته شده است. در دیدگاه مشهور فقهای امامیه و حقوق‌دانان و حتی قریب به اتفاق صاحب‌نظران، رضایت دارای دو مرتبه کلی است: نبود رضا و رضای معیوب. نبود رضا اشاره به معاملاتی دارد که اساساً رضایت مالک وجود ندارد؛ مانند عقد فضولی و عقد اکراهی و به‌طور کلی همه معاملات حوزه نظریه عدم نفوذ در این قسم می‌گنجد. رضای معیوب نیز مربوط به اختلال در رضای متعاقدين است که در آن به اشتباه تعبیر می‌کند. اشتباه گاهی در شخص متعاقدين است و گاهی

در موضوع عقد. در صورتی که اشتباه در موضوع عقد باشد، گاهی موجب بطلان عقد می‌شود، مانند جایی که مورد عقد با مقصود متعاقدين تطابق نداشته باشد و گاهی موجب حق فسخ می‌شود که در قالب خيارهايي همچون خيار عيب و خيار غبن نمود پيدا می‌کند.

همان‌طوری که روشن است، عملاً در فقه و حقوق ایران، در خصوص رضایت سه ضمانت اجرای شناسایی شده است: نظریه عدم نفوذ در صورت نبود رضایت مالک، نظریه بطلان در صورت نبود رضایت و عدم تطابق مورد عقد با خواست متعاقدين یا اشتباه جوهری و عدم فسخ در صورت معیوب درآمدن مورد عقد یا مغبون شدن متعاقدين.

اکنون با توجه با مطالبی که ذکر شد، به مقایسه هر دو نظام حقوقی در تنظیم‌گری پرداخته می‌شود. همان‌طوری که در بخش مربوط به حقوق فرانسه مطرح شد، در اینکه حدود دامنه تنظیم‌گری تا کجاست؟ میان حقوق‌دانان فرانسوی اختلاف نظر وجود داشت؛ برخی محدوده آن را بطلان نسبی دانسته‌اند. بنا بر این دیدگاه، در سنت فقهی و حقوقی ایران، این‌گونه از تنظیم‌گیری را می‌توان در برخی از موارد حق فسخ مشاهده کرد؛ به‌عنوان مثال در حق فسخ ناشی از خيار عيب، با رفع عيب کالا یا پرداخت ارش، نقض عقد رفع می‌شود و احیا می‌شود؛ همچنان که در حق فسخ ناشی از خيار غبن نیز، بنا بر دیدگاه برخی از صاحب‌نظران، با پرداخت مازاد قیمت، عقد ترمیم و احیا می‌شود.

بنا بر آنچه گذشت، وجه اشتراک تنظیم‌گیری در هر دو نظام حقوقی روشن است و آن عبارت است از رفع نقصی که عقد را در شرف تزلزل قرار داده است و وجه افتراق هر دو نظام، این است که در حقوق فرانسه تنظیم‌گیری شامل همه مصادیق بطلان نسبی است؛ لیکن در نظام فقهی و حقوقی ما - با حفظ اختلافاتی که در این زمینه است - محدود به برخی از موارد حق فسخ شده است. با وجود این، در بخش قبلی مقاله، گفته شد در صورتی که بتوان عقد باطل را تصحیح کرد؛ به‌طریق اولی می‌توان این تصحیح را در موارد اختلال در رضا نیز انجام داد؛ چراکه اختلال در رضا مؤنه کمتری نسبت موارد بطلان دانست و به‌مراتب از مشکلات فقهی و حقوقی کمتر برخوردار است. در صورت پذیرش این دیدگاه، عملاً تفاوتی میان این دو نظام حقوقی در حوزه مصادیق وجود نخواهد داشت.

در مقابل دیدگاهی که ذکر شد و میان دو نظام حقوقی مقایسه صورت گرفت، برخی از حقوق‌دانان فرانسوی معتقد هستند که تنظیم‌گری شامل محدوده بطلان مطلق نیز می‌شود. در

مقابل در فقه و حقوق ایران، تنظیم‌گیری در موارد بطلان جزء در موارد استثنایی پذیرفته نشده است. این موارد استثنایی عبارت‌اند از ماده ۲۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت، عقد مقرون به شرط فاسد و نکاح فاسد (بنگرید به بخش فقه امامیه و حقوق ایران در این مقاله).

باوجوداین، در این پژوهش با استناد به ادله متعدد و نقض استدلال‌های مخالفین تصحیح عقد باطل، قائل شدیم که عملاً تصحیح عقد باطل ممکن است و این به نفع حقوق قراردادهاست. در صورت پذیرش این دیدگاه، عملاً میان هر دو نظام حقوقی، تفاوتی وجود نخواهد شد و صرفاً تفاوت میان این دو نظام، به اختلاف در مصادیق بازخواهد شد؛ بدین صورت که ممکن است در نظام حقوقی ایران مواردی از مصادیق بطلان مطلق شمرده شود ولی در حقوق فرانسه از مصادیق بطلان شمرده نشود و بالعکس.

فرجام سخن

تنظیم اعمال حقوقی به نحو موجه جزئی در قالب مصادیقی از جمله اسقاط شرط باطل و تجزیه عقد کم‌وبیش در بسیاری از نظام‌های حقوقی قابل مشاهده است؛ ولیکن به این مصادیق اکتفا نشده است، بلکه در برخی از نظام‌های حقوقی برای محدود کردن هرچه بیشتر اعمال باطل یا راه پیشگیرانه در پیش‌گرفته‌اند، بدین صورت که در خود وضعیت حقوقی بطلان تصرف کرده‌اند؛ بدین صورت که قائل به مرتبه‌پذیری بطلان شده‌اند یا اینکه در کنار مرتبه‌پذیری بطلان و راه‌های پیشگیرانه، راه‌های علاج بطلان نیز در پیش‌گرفته‌اند، از جمله اینکه در برخی از نظام‌های حقوقی از جمله مصر و آلمان با ایجاد نهادهای همچون تحول عقد، عقد باطل را از طریق تبدیل به یک عقد جدید صحیح نجات می‌دهند.

در کنار این دو روش مذکور، برخی از حقوق‌دانان به جای تمرکز بر مرتبه‌پذیری بطلان و نهاد تحول عقد مستقیماً به این اندیشیده‌اند که خود بطلان را علاج کنند و بدین ترتیب سعی می‌کنند با ترمیم و رفع موارد بطلان ساز، عقد را نجات دهند.

دیدگاه اخیر عملاً در حقوق فرانسه مطرح شد؛ بدین صورت که زمانی که قرارداد به دلیل باطل بودن آن خدشه‌دار شود، طرفین ممکن است تصمیم بگیرند که به جای اجازه دادن به ادامه وضعیت بطلان، قرارداد را تنظیم کنند. این تنظیم به آن‌ها اجازه می‌دهد که قرارداد را بدون خطر متحمل شدن از پیامدهای لغو احتمالی اجرا کنند. این نظریه در دو سطح کلان

قابلیت اجرا دارد: شرایط ماهوی و شرایط شکلی. از نظر بخشی از حقوق دانان فرانسوی تنظیم‌گری شامل هر دو شرایط می‌شود، ولی قانون‌گذار فرانسوی تا به امروز به این دیدگاه تن نداده است؛ بلکه مطابق ماده ۱۱۷۲ اصلاحات جدید قانون فرانسه، صرفاً در حوزه شرایط شکلی پذیرفته شده است.

جریان تنظیم‌گری در دو شرایط گرچه دارای مزایا قابل توجهی است، لکن نگرانی جدی برای برهم خوردن قواعد حاکم بر بطلان در آن دیده می‌شود، لذا لازم است با نگاه محتاطانه بدان نگرست و به تبع باید به گونه‌ای این نظریه را پیش برد که در عین استفاده از مزایا آن، معایب قابل توجهی بروز نکند؛ بنابراین به نظر نویسندگان در موارد تشریفاتی و شکلی و در شرایط ماهوی غیراساسی می‌توان از این نظریه کمال بهره برد.

در فقه امامیه و حقوق ایران صرفاً به موارد استثنایی همچون اسقاط شرط و تجزیه عقد اکتفا شده است نه خبری از راه‌های پیشگیرانه است و نه خبری از راه‌حل‌های همچون تحول عقد و از طرف دیگر اکتفا به وضعیت سه‌گانه «صحت، بطلان و عدم نفوذ» دامنه بطلان را نه تنها کم نمی‌کنند، بلکه بر موارد نیز اضافه می‌کند؛ لذا ضروری است که در نظام فقهی و حقوقی ما راه‌حلی ارائه داد که تا حد ممکن دامنه بطلان قراردادهای کاهش یابد و این راه‌ها یا در مراحل پیشینی یعنی پیشگیرانه است و یا در مراحل پیشینی یعنی علاج و درمان.

References

- Alavi Gorgani, M. (2005). *Al-Taliqa Ali Tahrir al-Wasila*, Tehran: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [in Arabic]
- Allameh Tabatabai, M. (1981). *Hashiyyah Al-Kafaye*, Qom: Allameh Tabatabai Scientific and Intellectual Foundation. [in Arabic]
- Al-Saba'i, H. (2000) *Theory of nullity of contracts*, Morocco: Manshorat Akad. [in Arabic]
- Ameli Hosseini, J. (1998). *Miftah al-Karamah*, Qom: tari whakaputa Ihirama e hono ana ki te hapori o nga kaiako o te whare wananga o Qom. [in Arabic]
- Ameli Larijani, S. (2005). Argument in Credibility, *Philosophical-Theological Researches*, 24(2) 4-34, Dol: 10.22091/PFK.2005.319. [in Persian]
- Anne Sophie, L.(2015). *La distinction des nullités relative et absolue*.

- Ansari Dezfouli, M. (1994). *Kitab al-Makasab*, Qom: Sheikh Azam Ansari World Congress. [in Arabic]
- Aubry, Ch. (2011). *Cours de droit civil français*, Strasbourg.
- Baali, A. (2009). *An introductory study on the transformation of contracts in jurisprudence and law*, United Arab Emirates: Department of Islamic Affairs and Charity. [in Arabic]
- Bénabent, A. (2012). *Droit des obligations*, LGDJ, 13ème éd.
- Bojnordi, H. (1998). *Al-Qasas al-Fiqhiyyah*, Qom: Al Hadi publication. [in Arabic]
- Hosseini Milani, A. (2007). *Tahgig al-Usul*, Qom: Al-Haqaq. [in Arabic]
- Darabpour, M. (2016). *Commentary on international sales law*, Tehran: Ganch Danesh. [in Persian]
- Dupeyron, ch. (1973). *La régularisation des actes nuls*, préface P. HÉBRAUD, Paris, L.G.D.J.
- Fazel Lankarani, M. (2004). *Tafseel AL Shari'ah - al-Mudarabah, al-Sharqa, al-Muzharah, al-Masaqa, al-Din, al-Rahn, al-zaman, al-Hwala, al-Kafala, al-Wakalah, al-Iqar and al-Haba*, Qom: Center of Jurisprudence of Imams Athar. [in Arabic]
- Gaudef, S. (1995). *Inexistence, nullit et annulabilit du contrat: essai de synthe'se*.
- Ghaffari, A. (1988). *Man la Yahdrah Al-Faqih*, Tehran: Sadouq Publishing. [in persian]
- Hakim, M. (1995). *Mustamsk al-Arwa al-Waghti*, Qom: Dar al-Tafseer Institute. [in Arabic]
- Haeri, K. (2002). *Fiqh al-Aqud*, Qom: Islamic Thought Forum. [in Arabic]
- Halabi, H. (1996). *Ghaniyeh al-Nuzou*, Tehran: Institute of Imam Sadiq (peace be upon him). [in Arabic]
- Hali, F. (1967). *Idah al-Fawadee*, Qom: Ismailian publishing house. [in Arabic]
- Hali, H. (1993). *Tazkira al-Fiqaha*, Qom: Al-Al-Bayt Institute, peace be upon them. [in Arabic]
- Hali, M. (1989). *Al-Sraer*, Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Hashemi Shahroudi, M. (2005). *Researches in agricultural jurisprudence*, Qom: Islamic Fiqh Encyclopedia. [in Arabic]
- Jafari Langroudi, M. (2007). *Al-faraq*, Tehran: Ganj Danesh. [in persian]
- Jafari Langroudi, M. (2014). *Philosophy of civil rights*, Tehran: Ganj Danesh. [in persian]
- Jafari Langroudi, M. (2015). *Higher philosophy in the science of law*, Tehran: Ganj Danesh. [in Persian]
- Katouzian, N. (2016). *Course of civil rights*, Tehran: Ganj Danesh. [in persian]

- Kazem Yazdi, M. (1999). *Hashiyyah al-Makasab*, Qom: Ismailian Institute. [in Arabic]
- Khamar, N. (2016). *The theory of transformation of contract in civil law*, Master's thesis, Algiers. [in Arabic]
- Khoei, A. (1991). *Misbah al-Faqaha*, Beyrouth: Dar El Hadi. [in Arabic]
- Sabaei, A. (1987). *The Theory of Nullity of Contracts*. [in Arabic]
- Khomeini, M. (1997). *Kitab al-Bai*, Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini Quds Sar. [in Arabic]
- Lotfi, E. (2016). *a speech in criticism of the legal theory of "action by appearance"*, *Private Legal Studies*, 47 (2) 309-323, DOI:10.22059/JLQ.2017.62616. [in Persian]
- Makarem Shirazi, N. (2009). *Tariq al-Wasl Ala Mohemmat Usul*, publisher: Dar al-Nashar al-Imam Ali bin Abi Talib, peace be upon him. [in Arabic]
- Malaurie, p; Aynès, L; Stoffe. (2016). *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd.
- Meshkini, A. (2008). *Collection of works of Ayeollah Meshkini*, vol. 7, Qom: Dar al-Hadith. [in Arabic]
- Mohaghegh Kirki, Abdul Ali. (1989). *Al-Maqassed Mosque*, Qom: Al-Al-Bayt Alaihim Islam Institute. [in Arabic]
- Mohagheq Damad, M. (2010). *Terms and obligations in Islamic law*, Tehran: Islamic Publishing Center. [in persian]
- Mohseni, S. (2010). *The Concept and Effects of Relative Nullity*, *Knowledge and Development Magazine*, 33, 246-271. DOI: <https://doi.org/10.22067/pm.v17i33.27318>. [in persian]
- Mousavi Khomeini, R. (2000). *Kitab Al-Bai*, Tehran: Imam Khomeini Publishing and Works Organization Institute. [in Arabic]
- Mughniyeh, M. (2000). *Fiqh of Imam al-Sadiq* (peace be upon him), Qom: Ansarian Institute. [in Arabic]
- Nekonam, M. (2007). *Tahrir al-Tahrir*, Qom: Zahoor Shafaq. [in Arabic]
- Pakbaz, S. (2021). *Description of French civil law*, Tehran: Iran. [in persian]
- Pierre, Jobin. (1974). *L'inexistence dans le droit commun des contrats*, Volume 15, numéro 1.
- Planiol, M. (1980). *Traité élémentaire de droit civil*.
- Safai, H. (2017). *Laws of International Sale of Goods*, Tehran: Tehran University Press. [in persian]
- Sanei, Y. (2010). *Al-Taliqa Ali Tahrir al-Wasila*, Tehran: Al-Arouj Institute. [in Arabic]
- Shahid Avval, M. (1989). *Al-Lama Al-Damashqiyah*, Beirut: Dar al-Trath - Al-Dar al-Islami. [in Arabic]
- Shahidi, M. (2017). *Principles of contracts and obligations*, Tehran: Majd. [in Persian]

- Shaygan, A. (1996). *Civil Rights*, Qazvin: Taha. In Persian.
- Shoareyan, E; Torabi, E. (2013). *The law of obligations, a comparative study of the French law of obligations reform plan with Iranian law and international documents*, Tehran, Shahraneh Publications. [in Persian]
- Shobeari Zanjani, S. (1998). *Ketab Nikah*, Qom: Rai Pardaz Research Institute. [in persian]
- Sobhani Tabrizi, J. (1995). *Nizam al-Madarabah fi al-Shari'a al-Islamiyya al-Ghara*, Qom: Institute of Imam Sadiq (peace be upon him). [in Arabic]
- Sufyan, S. (2017). *The Theory of Contract Transformation in Algerian Civil Law*, Journal of Studies and Research, 29 (2). [in Arabic]
- Tabatabai Qomi, T. (1992). *Arauna Fi Asul Fiqh*, Qom: Mahalati. [in Arabic]
- Tabatabai Qomi, T. (1992). *Omdat al-Mataleb Fe Ta'aliq Ali al-Makasib*, Qom: Mahalati Bookstore. in Arabic.
- Tabatabai Qomi, T. (2002). *Alghaye al-Qaswi fi al-ta'aliq Ali al-Arwa al-Waghti*, Qom: Mahalati Publications. [in Arabic]
- THibierge, C. (1992). *Nullité, Restitution et Responsabilité*, PARIS.
- Tousi, M. (1979). *Al-Nahaye*, Beyrouth: Dar al-Kitab al-Arabi. [in Arabic]
- Tusi, M. (1987). *Al-Wasileh*, Tehran: Publications of Ayatollah Al-Marashi Library. [in Arabic]
- Van, O. (2010). *Droit des obligations*, tome II, Sources des obligations (deuxième partie), Bruxelles, Bruylant.
- WÉRY, p. (2006). *La nullité des contrats*, Belgique.
- Wéry, P. (2016). La régularisation d'un contrat entaché d'une cause de nullité. In: *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, Vol 128, no 7, p 295-300, DOI: <http://hdl.handle.net/2078.1/171877>.