



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50666.5181>



Research Article

The Scope of “Prohibited Goods” Concept from Customs Law Perspective: Criticism of Judgment No. 321842 of the General Board of the Administrative Court of Justice

Mohammad Arian

Assistant Professor, International Commercial Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 07-07-2024

Accepted: 02-09-2024

Abstract

Introduction

The import & export of goods into territory of each country is subject to custom laws & regulations that each country approves and implements in accordance with its political, economic, and cultural conditions. One of the key concepts in the field of custom law is “prohibited goods”, whose range of examples can be changed according to circumstances. In February 2022, a note was added to sub-paragraph "C" of Article 1 of Law for Combating Goods and Currency Smuggling (LCGCS), according to which goods whose export or import is prohibited by the orders of Council of Ministers is tantamount to restricted goods. This amendment caused serious ambiguity regarding examples of prohibited goods, so the Iran's Customs Department issued Circular No. 13982460 upon which new provision was interpreted as limited to LCGCS and government-prohibited goods were still considered subject to custom regulations

Please cite this article as:

Arian, M (2025). The Scope of “Prohibited Goods” Concept from Customs Law Perspective: Criticism of Judgment No. 321842 of the General Board of the Administrative Court of Justice. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 1-36. <https://doi:10.22099/JLS.2024.50666.5181>

* Corresponding author:

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

governing prohibited goods, including Articles 35 and 105 of Custom Affairs Law. This interpretation caused a dispute between Iran's Customs Department and some owners of imported goods, so the circular was protested in Administrative Court of Justice. After performing the hearing, the General Board of Administrative Court of Justice (GBACJ) ruled, in accordance with Judgement No. 140331390000321842 dated April 30, 2024, that based on the new added note, government-prohibited goods are not subject to custom regulations governing prohibited goods by the law and annulled the circular. The annulment of the circular raises the question of whether distinction made between government-prohibited goods and goods prohibited in decision of GBACJ has a legal basis? Another question that has to be answered is whether the decision will invalidate government orders to prohibit import of unnecessary goods while the country is under economic sanctions?

Methods

This research is based on an analytical-critical methodology and its content collected and analyzed through review of library resources and judicial opinions. To achieve the objectives, as first step, various regulations governing prohibited goods are examined; then from substantive point of view, the compliance of decision of GBACJ with relevant regulations is evaluated and analyzed.

Findings

Findings of this research indicate that distinction between government-prohibited goods and goods prohibited by law has no legal basis, because according to paragraph "b" of Article 122 of the Custom Affairs Law, goods prohibited by government orders are one of the clear examples of goods prohibited by law. In addition, the purpose of enactment of added note to sub-paragraph "C" of Article 1 of LCGCS is that if goods whose import or export has been prohibited by the government orders is smuggled into country, it will be considered as goods tantamount to restricted goods in terms of application of criminal penalties and will be subject to the provisions mentioned in chapter 3 (Articles 18 to 21) of LCGCS, and the penalties mentioned in chapter 4 regarding the smuggling of prohibited goods will not be applied to them. Furthermore, the interpretation presented in Judgement of GBACJ will have the unacceptable effect that the prohibitions imposed by government orders will easily become ineffective and that the government will not practically be able to manage the balance of foreign exchange payments through import control in special circumstances such as current conditions of economic sanctions. It is, therefore, suggested

that in order to overcome this situation and prevent the abuse by importers, the Iran's Customs Department, should submit through the Government, to the Parliament a bill interpreting the added note to sub-paragraph "C" of Article 1 of LCGCS.

Conclusion

Although annulment of Custom Circular No. 13982460 by GBACJ is acceptable in terms of form due to the authorities acting beyond their legal authority, but in terms of substance it is unacceptable due to the violation of regulations (Clause "b" of Article 122 of the Custom Affairs Law and Note 1 in Paragraph 3 of Article 2 of the Export and Import Regulations Law) and provision of an expanded interpretation of the added note to sub-paragraph "C" of Article 1 of LCGCS.

Keywords: Prohibited Goods, Customs Laws, Goods Tantamount to Restricted Goods, Smuggling Crime, Abandoned Goods.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50666.5181>

مقاله پژوهشی

قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع از منظر حقوق گمرکی: نقد دادنامه شماره ۳۲۱۸۴۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

محمد آرین

استادیار گروه حقوق تجارت بین الملل، مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۷

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: واردات و صادرات کالا به قلمرو سرزمینی هر کشور تابع مجموعه مقررات گمرکی است که هر کشور متناسب با شرایط سیاسی، اقتصادی و فرهنگی خود آن‌ها را تصویب و اجرایی می‌کند. یکی از مفاهیم کلیدی در حوزه حقوق گمرکی مفهوم کالای ممنوع است که گستره مصادیق آن بر اساس شرایط قابل تغییر است. در بهمن‌ماه سال ۱۴۰۰، تبصره‌ای به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز الحاق شد مبنی بر اینکه کالاهایی که طبق مصوبات هیئت دولت صدور یا ورود آن‌ها ممنوع می‌شوند، در حکم کالای مجاز مشروط هستند. وضع این مقرر سبب ایجاد ابهام جدی در مصادیق کالای ممنوع شد به نحوی که گمرک ایران، در تاریخ ۱۸ شهریور ماه ۱۴۰۲ بخشنامه شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ را صادر کرد که طبق آن حکم تبصره مذکور، محدود به قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تفسیر شد و کالاهای ممنوع دولتی کماکان مشمول قواعد گمرکی مربوط به کالاهای ممنوعه از جمله مواد ۳۵ و ۱۰۵

استناد به این مقاله:

آرین، محمد (۱۴۰۴). قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع از منظر حقوق گمرکی: نقد دادنامه شماره ۳۲۱۸۴۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۳۶-۱.

قانون امور گمرکی دانسته شد. این تفسیر سبب بروز اختلاف بین گمرک ایران و برخی از صاحبان کالاهای وارداتی شد به نحوی که بخشنامه مذکور در دیوان عدالت اداری مورد اعتراض قرار گرفت. پس از رسیدگی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طبق دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۳۲۱۸۴۲ مورخ ۱۴۰۳/۲/۱۱ مقرر کرد که بر اساس تبصره جدید، کالاهای ممنوع دولتی مشمول قواعد گمرکی کالاهای ممنوع قانونی نمی‌شوند و بخشنامه مذکور را ابطال کرد. ابطال بخشنامه این سؤال را به ذهن متبادر می‌نماید که آیا تفکیک کالاهای ممنوع دولتی از قانونی بر اساس تصمیم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری واجد مبنای قانونی است؟ پرسش دیگری که باید پاسخ داده شود این است که آیا تصمیم مذکور سبب بلااثر شدن مصوبات دولتی برای منع واردات کالاهای غیرضروری در شرایط تحریمی کشور خواهد شد؟

روش‌ها: پژوهش حاضر مبتنی بر روش تحلیلی-انتقادی است و محتوی آن از طریق بررسی منابع کتابخانه‌ای و آراء قضائی تدوین و تحلیل شده است. برای تحقق اهداف پژوهش، ابتدا بررسی ضوابط مختلف ناظر بر کالای ممنوع در حوزه حقوقی گمرکی و قاچاق کالا و ارز در دستور کار قرار گرفته؛ سپس از نظر ماهوی، تطبیق رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موازین قانونی ارزیابی و تحلیل شده است.

یافته‌ها: بر اساس یافته‌های پژوهش حاضر، تفکیک کالاهای ممنوع شده بر اساس مصوبات هیئت دولت از کالاهای ممنوع قانونی فاقد مبنای قانونی است؛ زیرا طبق بند «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی، کالاهای ممنوع طبق مصوبات دولتی یکی از مصادیق بارز کالاهای ممنوع قانونی هستند. در ضمن شأن نزول تبصره الحاقی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز این است که چنانچه کالایی که بر اساس مصوبات هیئت دولت واردات یا صادرات آن بنا به شرایط زمانی خاص ممنوع اعلام شده، به‌طور قاچاق وارد کشور شود، از حیث اعمال مجازات جرائم در حکم کالای مجاز مشروط قلمداد شود و مشمول احکام مندرج در فصل سوم (مواد ۱۸ تا ۲۱) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز شود خواهد شد و مجازات مندرج در فصل چهارم ناظر به قاچاق کالای ممنوع در مورد آن‌ها اعمال نخواهد شد. همچنین تفسیر ارائه‌شده در دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری توأم با این تالی فاسد خواهد بود که ممنوعیت‌های اعمال‌شده بر اساس مصوبات دولت به‌راحتی قابلیت ختشی شدن خواهند داشت و عملاً دولت در شرایط خاص زمانی همچون شرایط فعلی تحریم‌های اقتصادی قادر به مدیریت تراز پرداخت ارزی از طریق کنترل واردات نخواهد بود؛ لذا پیشنهاد می‌شود که برای برون‌رفت از وضعیت ایجادشده و جلوگیری از سوءاستفاده برخی از واردکنندگان، گمرک جمهوری

اسلامی از طریق هیئت دولت لایحه استفساریه حکم مندرج در تبصره الحاقی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را به مجلس شورای اسلامی ارائه دهد.

نتیجه‌گیری: هرچند ابطال بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از نظر شکلی به دلیل خروج مقامات صادرکننده آن از حدود اختیارات قانونی موجه است، لیکن از نظر ماهوی به دلیل نقض موازین قانونی (بند «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی و تبصره ۱ بند ۳ از ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات) و ارائه تفسیر موسع از حکم مقرر در تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز فاقد وجهت قانونی است.

واژگان کلیدی: کالای ممنوع، حقوق گمرکی، کالای در حکم مجاز مشروط، جرم قاچاق، کالای متروکه.

سرآغاز

واردات و صادرات کالاها به قلمرو سرزمینی هر کشور تابع مجموعه ضوابط و مقررات گمرکی است که هر کشور متناسب با شرایط و مقتضیات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی خود آنها را تدوین، تصویب و اجرایی می‌کند (Rostami & Naghdibadi, 2022: 146). در نظام گمرکی ایران از گذشته تاکنون ورود و خروج کالاها بسته به اینکه کالای مورد نظر در زمره کالاهای مجاز، مجاز مشروط یا ممنوع قرار گیرد، تابع قواعد متفاوتی بوده است.^۱ در سال‌های اخیر به‌خصوص پس از نوسانات ارزی شدید و کمبود منابع ارزی یا به منظور حمایت از تولید برخی از کالاهای داخلی، هیئت دولت اقدام به وضع مقررات خاص برای ممنوعیت واردات برخی از کالاها کرده است. درواقع کالاهایی که بدین شکل بر اساس مصوبات هیئت دولت واردات آنها به کشور ممنوع می‌شود، به طور ذاتی در دسته کالاهای ممنوع قرار ندارند بلکه بنا به مقتضیات و شرایط خاص زمانی، واردات آنها برای مدیریت شرایط ممنوع می‌شود؛ به همین خاطر از نظر ماهوی این نوع ممنوعیت، موقتی قلمداد می‌شود.

گسترده‌گی وضع مقررات دولتی برای واردات برخی از کالاها در سال‌های اخیر سبب بروز پاره‌ای از ابهامات جدی در خصوص نحوه اعمال قواعد گمرکی ناظر بر کالاهای ممنوعه شده است؛ به گونه‌ای که گمرک ایران در تاریخ ۲۱ آذرماه سال ۱۴۰۰ طی بخشنامه شماره ۱۲۷۵۱۱۸/۱۴۰۰ تلاش کرد تا ابهامات موجود را در این زمینه مرتفع کند؛ لیکن الحاق تبصره‌ای به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در تاریخ ۱۰ بهمن ماه ۱۴۰۰ توسط مجلس شورای اسلامی، قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع را در هاله‌ای از ابهام قرار داد. به همین خاطر، گمرک ایران در بخشنامه دیگری

۱. در برخی از کشورها، دسته‌بندی کالاها از حیث ممنوعیت صادراتی یا وارداتی بدین صورت است که واردات یا صادرات هر کالایی مجاز است مگر کالایی که در زمره کالاهای موسوم به “Negative List Goods” قرار داشته باشد یا اینکه کالاها به دو گروه “Prohibited Goods” و “Restricted Goods” دسته‌بندی می‌شوند. Seyoum, 2009: 499; Gopal, 2008: 9-10; Capela, 2008: 43; WCO, 2018: 16 & 29;

به شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ مورخ ۱۸ شهریور ماه ۱۴۰۲ اقدام به تفسیر مقررہ جدید مندرج در بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز کرد که سبب بروز اختلافات جدی بین گمرک ایران و برخی از صاحبان کالاهای وارداتی شد که گمرک کالای آنها را مصداق کالای ممنوع دانسته بود و مسئله به قدری جدی شد که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۳۲۱۸۴۲ در تاریخ ۱۱ ادیبهشت ماه سال ۱۴۰۳ اقدام به ابطال بخشنامه شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ کرد.^۱

تحوالات مذکور این سؤال اساسی را به ذهن متبادر می‌کند که آیا از نظر مقررات گمرکی، کالاهایی که بر اساس مصوبات هیئت دولت ممنوع اعلام می‌شوند، در زمره کالاهای ممنوعه قانونی قرار می‌گیرند و احکام این دسته از کالاها از جمله حکم مندرج در مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی در مورد آنها قابل اجراست یا اینکه این دسته از کالاها باید بر اساس حکم مندرج در بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در زمره کالاهای در حکم مجاز مشروط قلمداد و مشمول احکام گمرکی ناظر بر کالاهای مجاز مشروط شوند؟ پرسش دیگری که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا تصمیم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۳۲۱۸۴۲ می‌تواند همسو با هدف تعریف‌شده برای جلوگیری از واردات کالاهایی شوند که دولت بنا به مقتضیات و شرایط خاص زمانی واردات آنها را ممنوع اعلام کرده است؟

برای پاسخ به این سوالات ابتدا در قسمت اول، مفهوم کالای ممنوع و ضوابط اصلی حاکم بر مقابله با واردات آنها بررسی خواهد شد؛ سپس در قسمت دوم، تصمیم متخذه

۱. برای ملاحظه متن کامل دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری رجوع کنید:

روزنامه رسمی جمهوری اسلامی، آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، سال هشتاد، شماره ۲۳۰۷۸، مورخ ۳۰

خردادماه ۱۴۰۳

Available at <https://www.rrk.ir/Laws/PrintLaw.aspx?Code=29114> or

وب سایت رسمی دیوان عدالت اداری، آراء هیئت عمومی

Available at <https://ara.divan-edalat.ir/judgment.aspx?idr=76031&tar=200&ida=992&o=5>

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۳۲۱۸۴۲ نقد و بررسی خواهد شد. در پایان ذکر این نکته لازم است که موضوع نوشتار حاضر، یک موضوع خاص در حوزه حقوق گمرکی ایران است که امکان انجام مطالعه تطبیقی در این زمینه به دلیل خاص بودن آن میسر نیست. همچنین کتب و مقالات تألیفی در شاخه حقوق گمرکی بسیار محدود و انگشت‌شمار است به همین دلیل، پژوهش حاضر از حیث منابع بیشتر متکی به قوانین و مقررات موجود در این حوزه است.

۱. کالای ممنوع و ضوابط قانونی ناظر بر مقابله با واردات یا صادرات آن

برای فهم درست قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع و آثار حقوقی مترتب بر آن، مذاقه در تعریف ارائه‌شده برای این مفهوم و مصادیق آن در متون قانونی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا یکی از تعاریف این مفهوم در بند «ث» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ارائه شده است که با الحاق تبصره‌ای ذیل بند «ج» ماده مورد اشاره توسط قانون‌گذار در تاریخ ۱۰ بهمن‌ماه ۱۴۰۰ و خلق مفهوم جدیدی تحت عنوان «کالای در حکم کالای مجاز مشروط» ابهام جدی در خصوص قلمرو شمول مفهوم مورد اشاره ایجاد شد به نحوی که این ابهام در نهایت با مداخله هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مرتفع شد. علاوه بر این مسئله مهم، موضوع دیگری که در این قسمت بدان پرداخته خواهد شد، بررسی ضمانت اجرای قانونی وضع‌شده برای مقابله با واردات یا صادرات کالای ممنوع است؛ زیرا آنچه در عمل سبب بروز اختلاف بین گمرک ایران و برخی صاحبان کالاهای ممنوعه دولتی شد، نوع ضمانت اجرای اعمال‌شده توسط گمرک در مورد کالاهای آن‌ها بود که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

۱-۱. تعریف و مصادیق کالای ممنوع در قوانین موضوعه کشور

تعریف کالای ممنوع و مصادیق آن تا قبل از الحاق تبصره جدید به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز محل مناقشه جدی نبود، اما قرار دادن کالاهای دارای

ممنوعیت واردات یا صادرات بر اساس مصوبات هیئت دولت به‌عنوان کالای در حکم کالای مجاز مشروط در تبصره مورد اشاره و متعاقب آن صدور دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۰۳۲۱۸۴۲ در تاریخ ۱۱ ادیبهشت ماه سال ۱۴۰۳ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری سبب شد تا تعریف و مصادیق کالای ممنوع به ابهام جدی دچار شود؛ از این رو لازم است در گام اول مفهوم کالای ممنوع و مصادیق آن مورد واکاوی قرار گیرد سپس بر اساس یافته‌های قانونی، تأثیر حکم مندرج در تبصره مورد اشاره و دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تحلیل و ارزیابی شود.

۱-۱-۱. کالای ممنوع: تعاریف

ارائه یک تعریف جامع و مانع از مفهوم کالای ممنوع^۱ کار چندان ساده‌ای به نظر نمی‌رسد (Winqvist, 1999: 20) زیرا مفهومی است شناور که مصادیق آن بر اساس شرایط و مقتضیات زمانی خاص تعیین می‌شود. اولین تعریف ارائه‌شده برای مفهوم کالای ممنوع در نظام حقوقی ایران در قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۲ قابل ملاحظه است (Gheib Gholami, 2015: 57). بند ۳ از ماده ۲ قانون مورد اشاره در تعریف مفهوم مذکور چنین مقرر کرده است که «کالایی است که صدور یا ورود آن به موجب شرع مقدس اسلام (به اعتبار خرید و فروش یا مصرف) یا به موجب قانون ممنوع گردد». همچنین تبصره یک این بند اعلام می‌دارد که «دولت می‌تواند بنا به مقتضیات و شرایط خاص زمانی با رعایت قوانین مربوطه صدور یا ورود بعضی از کالاها را ممنوع نماید».^۲ براساس این مقرر قانونی دایره شمول مفهوم کالای ممنوع، طبق سه ضابطه احکام شرع مقدس اسلام، حکم قانون و مصوبات هیئت دولت قابل تعیین است (Banaei, 2012: 93-94).

1. Prohibited Goods

۲. لازم است ذکر شود که بند ۳ ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات به موجب بند «ت» ماده ۱۶۵ قانون امور گمرکی مصوب ۲۲/۸/۱۳۹۰ ملغی شده است.

در سال ۱۳۹۰ که قانون امور گمرکی به طور کامل مورد بازنگری قرار گرفت، مجلس شورای اسلامی در بند «ف» ماده ۱ قانون مورد اشاره تعریف دیگری از مفهوم کالای ممنوع ارائه کرد بدین شرح که «کالای ممنوع کالایی [است] که صدور یا ورود آن بنا به مصالح ملی یا شرع مقدس اسلام به موجب قانون ممنوع است». مطابق این تعریف در نگاه اول این طور به نظر می‌رسد که مصادیق کالای ممنوع صرفاً باید براساس حکم قانون تعیین شود و کالاهایی که براساس مصوبات هیئت دولت ممنوع اعلام می‌شوند، در زمره کالای ممنوع قلمداد نخواهد شد. در ضمن براساس این تعریف گرچه احکام شرع مقدس اسلام می‌تواند به طور غیرمستقیم در تعیین مصادیق کالای ممنوع مؤثر باشند؛ ولی برخلاف مقررده موجود در قانون مقررات صادرات و واردات به طور مستقیم برای تعیین مصادیق قابل استناد نیستند بلکه حتماً باید متکی به حکم قانون‌گذار باشند. به نظر می‌رسد که هدف مقنن از الزام به وجود حکم قانون برای ممنوعیت صادرات یا واردات کالاهای ممنوعه شرعی جلوگیری از بروز اختلاف و اعمال رفتارهای سلیقه‌ای در گمرکات کشور است (Pasban, Javandel & Heidarian Allah Abad, 2017: 52).

چنین برداشتی بدون در نظر گرفتن سایر مواد قانون امور گمرکی صحیح نیست؛ زیرا وقتی بندهای «الف» و «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی در کنار حکم مندرج در بند «ف» ماده ۱ قانون موصوف گذاشته شود، می‌توان گفت که مقنن در چارچوب قانون امور گمرکی از آنچه پیشتر در قانون مقررات صادرات و واردات وضع کرده بود، انحراف نداشته است. ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی چنین مقرر می‌نماید که «ورود قطعی کالاهای مشروحه زیر ممنوع است: الف- کالاهای ممنوعه براساس شرع مقدس اسلام و به موجب قانون؛ ب- کالاهای ممنوع شده به موجب جدول تعرفه گمرکی یا تصویب‌نامه‌های متکی به قانون...».

تعریف دیگر در خصوص مفهوم کالای ممنوع در بند «ث» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ بیان شده است. طبق بند مورد اشاره، «کالای

ممنوع کالایی [است] که صدور یا ورود آن به موجب قانون ممنوع است». همان‌طور که ملاحظه می‌شود در چارچوب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، معیار برای تعیین مصادیق کالای ممنوع حکم قانون است و برخلاف قانون مقررات صادرات و واردات و قانون امور گمرکی، در این قانون صحبتی از شرع مقدس اسلام و مصوبات هیئت دولت برای تعیین مصادیق کالای ممنوع نشده است. مسئله بسیار چالش برانگیز در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز حکمی است که قانون‌گذار در قالب تبصره‌ای در تاریخ ۱۰ بهمن ماه ۱۴۰۰، به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز الحاق کرد که براساس آن چنین مقرر شده است: «هرگاه کالایی [که] به موجب صلاحیت اعطائی قانون، براساس مصوبات هیئت وزیران یا سایر مراجع قانونی بنا به مقتضیات و شرایط خاص، صدور یا ورود آن ممنوع شود، در حکم کالای مجاز مشروط است و حسب مورد مجازات جرائم و تخلفات مربوطه، حداکثر مجازات مربوط به کالای مجاز مشروط است».

طبق مقرره جدید این‌گونه به نظر می‌رسد که کالاهایی که هیئت وزیران به موجب صلاحیت اعطایی قانون، ورود یا صدور آنها را ممنوع اعلام می‌کند، حکماً در زمره کالاهای مجاز مشروط قرار می‌گیرند و در اساس نمی‌توان احکام مترتب بر کالاهای ممنوع از جمله مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی را درخصوص آنها اعمال کرد. همان‌طور که در مقدمه نیز اشاره شد، این حکم جدید قانون‌گذار منشاء ایجاد ابهام جدی در قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع شد به نحوی که در ابتدا گمرک جمهوری اسلامی ایران اقدام به صدور بخشنامه جهت رفع ابهام از نحوه اجرای مقرره جدید کرد لیکن این اقدام به موجب دادنامه صادره هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شد که در قسمت دوم مقاله حاضر ضمن بررسی محتوی دادنامه موصوف، تفسیر ارائه‌شده در آن مورد بررسی و نقد قرار خواهد گرفت.

۱-۱-۲. کالای ممنوع: مصادیق

همان‌طور که بررسی شد، قانون‌گذار مفهوم کالای ممنوع را در قوانین مختلفی تعریف کرده است لیکن درخصوص تعیین مصادیق آن، صرفاً قانون امور گمرکی مصوب سال ۱۳۹۰ در مواد ۱۲۲ و ۱۲۶ به ترتیب مصادیق کالاهای ممنوع‌الورود و ممنوع‌الصدور را تعیین کرده است (Khani Chehri, 2013: 208). با مذاقه در بندهای مختلف ماده ۱۲۲ دو نکته مهم قابل توجه است؛ اول آنکه در ماده مذکور در بندهای «الف»، «ب» و «ز» قانون‌گذار در عمل به تعیین مصادیق کالای ممنوع اقدام نکرده است بلکه ضابطه یا ضوابط اشاره‌شده در تعریف کالای ممنوع در بند «ف» ماده ۱ را به نحو دیگری تکرار کرده است. در بندهای مورد اشاره در ماده ۱۲۲ چنین حکم شده است: «ورود قطعی کالاهای مشروحه زیر ممنوع است: الف. کالاهای ممنوعه براساس شرع مقدس اسلام و به موجب قانون؛ ب. کالاهای ممنوع‌شده به موجب جدول تعرفه گمرکی یا تصویب‌نامه‌های متکی به قانون؛ ز. کالاهای ممنوع‌الورود به موجب قوانین خاص».

دوم آن که مصادیق تعیین‌شده در بندهای «پ»، «ت»، «ث»، «ج» و «چ» از نظر ماهیتی می‌توانند در قلمرو شمول کالاهای مجاز مشروط قرار گیرند؛ زیرا در بندهای مورد اشاره طبق حکم قانون‌گذار واردات اسلحه، مواد مخدر و روان‌گردان، دستگاه‌های فرستنده از هر نوع و قطعات متعلق به آنها، دستگاه مخصوص عکاسی و فیلمبرداری هوایی و سامانه (سیستم)‌های استراق سمع، فرستنده‌ها و ضبط‌کننده‌های کوچک به ترتیب در صورت اخذ موافقت از وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات و وزارت اطلاعات منعی برای واردات آنها وجود ندارد. لازم است ذکر شود که طبق بند «غ» ماده ۱ قانون امور گمرکی، کالای مجاز مشروط به کالایی اطلاق می‌شود که صدور یا ورود آن نیاز به کسب موافقت قبلی یک یا چند سازمان دولتی دارد.

با توجه به نکات مذکور می‌توان چنین گفت که مقنن فقط در بندهای «ح»، «خ»، «د»، «ذ» و «ر» ماده ۱۲۲ اقدام به تعیین مصادیق برخی از کالاهای ممنوع کرده است

هرچند محتوی برخی از این بندها نیز قابل بحث هستند که پرداختن بیشتر بدانها از قلمرو پژوهشی این نوشتار خارج است. همچنین مقنن در ماده ۱۲۶ قانون امور گمرکی به سبک و سیاق ماده ۱۲۲ قانون مذکور، اقدام به تعیین مصادیق کالاهای ممنوع‌الصدور کرده است؛ البته آنچه در بندهای «الف» و «ت» این ماده بیان شده است، از نظر ماهیتی تعیین ضابطه به جای تعیین مصداق قلمداد می‌شود ولی در بندهای «ب» و «پ» با اعلام ممنوعیت صادرات اشیاء عتیقه یا میراث فرهنگی و اقلام دامی یا نباتی و گونه‌های جانوری که برای حفظ ذخایر ژنتیک یا حفاظت محیط زیست لازم هستند به تعیین مصداق پرداخته است.

۱-۲. ضوابط قانونی ناظر بر مقابله با صادرات و واردات کالای ممنوع

بنیاد نظری وضع ممنوعیت برای واردات یا صادرات برخی از کالاها بر این اندیشه استوار شده است که متناسب با هنجارهای فرهنگی - مذهبی، نیازهای اقتصادی و بعضاً حفظ امنیت ملی ضروری است که از صدور یا ورود برخی از اقلام کالاها جلوگیری شود. برای نیل به چنین اهدافی به‌طور کلی در قانون یا قوانین وضع‌کننده ممنوعیت، ضمانت‌اجراهایی برای جلوگیری از نقض احکام قانونی در این زمینه در نظر گرفته می‌شود. مذاقه در قوانین مختلفی که در قسمت قبلی بدانها اشاره شد، حکایت از این امر دارد که در نظام قانونی ایران دو ضمانت‌اجرای اصلی برای مقابله با واردات کالای ممنوع و یک ضمانت‌اجرای اصلی برای مقابله با صادرات کالای ممنوع در نظر گرفته شده است که در ادامه تلاش خواهد شد تا به صورت مختصر هر یک از آنها به‌دقت تفکیک و تشریح شود تا در پرتو بررسی انجام‌شده، بتوان تحلیل درستی از مفاد و نتیجه حاصله از دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ارائه کرد.

۱-۲-۱. ضمانت اجرای کیفری: جرم قاچاق

مهم‌ترین ضمانت اجرای پیش‌بینی شده برای واردات یا صادرات کالاها ممنوع، ضمانت اجرای کیفری تعیین شده برای جرم قاچاق کالا است. در این باره بند «ث» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی در مقام تبیین یکی از مصادیق جرم قاچاق گمرکی چنین مقرر کرده است که «کالایی که ورود یا صدور آن ممنوع است تحت عنوان کالای مجاز یا مجاز مشروط و با نام دیگر اظهار شود...». طبق مقرره مورد اشاره، صرف اینکه کالای ممنوع جهت واردات یا صادرات به اماکن گمرکی وارد شود منجر به تحقق جرم قاچاق نمی‌شود بلکه چنانچه صاحب کالای ممنوعه اقدام به ارائه اظهارنامه گمرکی برای چنین کالایی تحت عنوان کالای مجاز، مجاز مشروط یا سایر عناوین کند، یا به تعبیر دیگر اقدام به «پنهان نمودن ماهیت کالای ممنوع» (Ghasemi & Malekzadeh Rudbane, 2023: 184) کند، فعل وی یکی از مصادیق قاچاق گمرکی طبق بند «ث» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی محسوب خواهد شد (Ahmadi, 2011: 360, Ebrahimi, 2017: 147). بر این اساس از نظر مقررات امور گمرکی، چنانچه کالای ممنوع فقط وارد اماکن گمرکی شود و صاحب کالا مرتکب اظهار خلاف واقع نشود، چنین عملی مصداق قاچاق نخواهد بود (Sadati, 2016: 89).

در قانون امور گمرکی مجازاتی برای ارتکاب قاچاق کالا لحاظ نشده و این مقوله مهم، طبق مفاد ماده ۱۱۸ به قوانین دیگر احاله شده است که این رفتار قانون‌گذار محل نقد جدی است (Sadati, 2016: 107) به موجب ماده موصوف «مقررات کشف، تحویل، تهیه صورت مجلس قاچاق، توقیف کالا و متهم، مخبر، کاشف، میزان جریمه‌ها، نحوه وصول، فروش و تقسیم حاصل فروش و جریمه‌های آن، نحوه ارجاع پرونده به مراجع صالحه و سایر موارد پیش‌بینی نشده در این فصل تابع قوانین مربوط به قاچاق است». مهم‌ترین قانون در زمینه قاچاق کالا، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ است که فصل چهارم آن ذیل عنوان «قاچاق کالاها ممنوع» ضمانت اجرای کیفری ارتکاب جرم قاچاق این دسته از کالاها را تبیین کرده است. براساس مفاد

ماده ۲۲ قانون مذکور، چنانچه کالای قاچاق از مصادیق کالاهای ممنوعه باشد، علاوه بر ضبط کالا، بسته به ارزش آن مرتکب به جزای نقدی یا حبس محکوم خواهد شد.

۱-۲-۲. ضمانت اجرای غیرکیفری: ضبط کالا

همان‌طور که اشاره شد، چنانچه صاحب کالای ممنوع که آن را جهت صادرات یا واردات به اماکن گمرکی وارد کرده است اقدام به اظهار آن به نحو صحیح و واقعی نماید به گونه‌ای که مشمول حکم مندرج در بند «ث» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی نشود، چنین کالایی مصداق کالای قاچاق قلمداد نخواهد شد و ضوابط قانونی مندرج در فصل چهارم قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اعمال نخواهد شد. در چنین حالتی درخصوص کالای ممنوع‌الورود گمرک مکلف است که طبق ماده ۱۰۵ قانون امور گمرکی رفتار کند. براساس این ماده «هرگاه کالایی که ورود آن ممنوع است، برای ورود قطعی با نام و مشخصات کامل و صحیح اظهار شود گمرک باید از ترخیص آن خودداری و به صاحب کالا یا نماینده قانونی وی به‌طور مکتوب اخطار کند که حداکثر ظرف سه ماه نسبت به عبور خارجی یا مرجوع کردن کالا با رعایت ضوابط اقدام نماید. در صورت اقدام نکردن ظرف مدت مزبور، گمرک کالا را ضبط و مراتب را به صاحب آن یا نماینده او ابلاغ می‌نماید. صاحب کالا حق دارد از تاریخ ابلاغ ضبط تا دو ماه اعتراض خود را به دادگاه صالحه تسلیم نماید و مراتب را حداکثر ظرف پانزده روز از تاریخ مراجعه به دادگاه صالحه به گمرک مربوطه اعلام کند. در غیر این صورت، کالا به ضبط قطعی دولت در می‌آید». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، چنانچه صاحب کالا ظرف سه ماه پس از ابلاغ اخطار گمرک اقدام به مرجوع کردن کالا یا عبور خارجی آن به کشور دیگر ننماید، گمرک اقدام به ضبط کالا به نفع دولت می‌کند.

حالت دیگر این است که صاحب کالای ممنوع، هیچ اقدامی برای اظهار کالای خود به گمرک نمی‌کند، و کالا پس از گذشت سه ماه از تاریخ تحویل به اماکن گمرکی یا پنج ماه (در صورت درخواست تمدید) براساس حکم ماده ۲۴ قانون امور گمرکی

مشمول مقررات ناظر بر کالای متروکه می‌شود. در این حالت، طبق ماده ۳۵ قانون امور گمرکی «هرگاه کالای متروکه از نوع کالای ممنوع باشد ارزیابان مکلف‌اند بلافاصله برای آن صورت‌مجلس ضبط تنظیم نمایند و گمرک باید مراتب را به صاحب کالا یا آورنده آن (در صورت مشخص نبودن نام و نشانی صاحب کالا) و همچنین در صورت معلوم نبودن آورنده به وسیله درج آگهی در یک روزنامه کثیرالانتشار ابلاغ نماید. در صورتی که صاحب کالا به عمل ضبط گمرک اعتراض داشته باشد می‌تواند ظرف دو ماه از تاریخ ابلاغ صورت‌مجلس ضبط یا درج در روزنامه، به مرجع قضایی محل مراجعه کند و مراتب را حداکثر ظرف پانزده روز از تاریخ مراجعه به مرجع قضایی با ارائه گواهی به گمرک مربوطه اعلام نماید. در غیر این صورت کالا به ضبط قطعی دولت در می‌آید».

مشابه مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی در خصوص کالاهای ممنوع‌الصدور در قانون مورد اشاره وجود ندارد با این توضیح که چنانچه کالای ممنوع‌الصدوری وارد اماکن گمرکی شود و صاحب کالا اقدامی برای اظهار خلاف واقع آن به گمرک نکند، بدیهی است که مشمول بند «ث» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی (قاچاق کالا) نخواهد شد. حال چنانچه این کالا را صاحب آن به صورت واقعی اظهار کند یا اقدامی برای اظهار آن ننماید، قانون امور گمرکی به‌طور مشخص همانند مواد ۳۵ و ۱۰۵ در مورد کالاهای ممنوع‌الورود تعیین تکلیف نکرده است که آیا کالا ضبط خواهد شد یا خیر؟ و در صورت ضبط کالا، تشریفات قبلی آن چیست؟ البته در ماده ۸۶ قانون‌گذار در خصوص مرسولات پستی ممنوع‌الصدور ضبط فوری آن را حکم کرده است با این مضمون که «گمرک در دفاتر مبادله مرسولات پستی، مرسولات قبول‌شده را با توجه به فرم‌های... همراه آنها کنترل و در صورت وجود تردید می‌تواند جهت تطبیق محتوی با فرم همراه مرسوله از مأمور پست دفتر مبادله درخواست نماید که آنها را باز کند و در صورت عدم تطبیق، مرسوله برگشت داده می‌شود و چنانچه جزء کالای ممنوع‌الصدور باشد ضبط و طبق مقررات مربوطه اقدام می‌شود».

۲. بررسی و نقد دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

همان‌طور که پیشتر اشاره شد، الحاق تبصره‌ای از سوی مجلس شورای اسلامی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در تاریخ ۱۰ بهمن ماه سال ۱۴۰۰ قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع را با ابهام جدی مواجه نمود؛ به نوعی که مدیران گمرک با وضع بخشنامه شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ درصدد شفاف‌سازی در زمینه نحوه اجرای مقرره مورد اشاره برآمدند؛ بخشنامه‌ای که سرانجام با رأی صادره از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شد. برای ارزیابی رأی صادره موصوف، لازم است که در ابتدا محتوای بخشنامه گمرکی موضوع بحث و دیدگاه قضائی درخصوص آن مورد کاوش قرار گیرد تا در ادامه بتوان در مورد صحت و سقم مبانی رأی صادره از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ارزیابی دقیقی ارائه کرد.

۲-۱. بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰: بررسی و جاهت قانونی

برای رفع ابهام در زمینه قلمرو شمول مفهوم کالای ممنوع پس از الحاق تبصره‌ای به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، دفتر حقوقی گمرک جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۸ شهریور ماه ۱۴۰۲ بخشنامه‌ای را با موضوع کالاهای ممنوع و ذیل شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ به کلیه ادارات کل ستادی و گمرکات اجرایی کشور ابلاغ کرد که براساس آن چنین مقرر شده بود که «پیرو بخشنامه‌های شماره ۱۴۰۰/۱۷۷۱۴۲ مورخ ۱۴۰۰/۷/۶ دفتر حقوقی و نیز شماره ۱۴۰۰/۱۲۷۵۱۱۸ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ معاونت امور گمرکی در ارتباط با تشخیص و اقدام راجع به نوع کالا از حیث ممنوعیت قانونی و با عنایت به اینکه براساس تبصره الحاقی مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ به بند (ج) ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «هرگاه کالایی به موجب صلاحیت اعطایی قانون، براساس مصوبات هیئت وزیران یا سایر مراجع قانونی بنا به مقتضیات و شرایط خاص، صدور یا ورود آن ممنوع شود، در حکم کالای مجاز مشروط است و حسب مورد مجازات جرائم و تخلفات مربوطه حداکثر مجازات مربوط به کالای مجاز مشروط است» این

امور موجب بروز ابهامات متعدد در اجرای تشریفات گمرکی شده که بدین وسیله تأکید می‌کند: حکم مقرر در تبصره ذیل بند (ج) ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز صرفاً شامل پرونده‌های موضوع قانون مبارزه با قاچاق (از حیث صلاحیت رسیدگی و جرایم متعلقه) بوده و درخصوص پرونده‌های موضوع ماده ۱۰۵ قانون امور گمرکی بخشنامه شماره ۱۲۷۵۱۲۱۸/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ معاونت امور گمرکی ملاک عمل می‌باشد.^۱

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در متن بخشنامه موضوع بحث به بخشنامه دیگری تحت شماره ۱۲۷۵۱۱۸/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ ارجاع شده است که این بخشنامه را معاونت امور گمرکی تدوین و ابلاغ کرده است. در این بخشنامه به‌طور صریح اعلام شده است که کالاهای ممنوع از جمله کالاهای دارای اولویت ۴ مشمول حکم مندرج در ماده ۱۰۵ قانون امور گمرکی هستند و چنانچه صاحب کالا یا نماینده قانونی وی ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ اقدامی برای مرجوع کردن یا عبور خارجی کالای ممنوع مشمول نکند، گمرک باید بلافاصله به ضبط کالا اقدام نماید. شایان ذکر است که منظور از کالاهای دارای اولویت ۴، ۱۳۳۹ قلم کالاهایی است که براساس مصوبه شماره ۳۰ ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی مورخ ۱۳۹۷/۳/۳۰ صادرات یا واردات آنها به کشور ممنوع اعلام شد.

قبل از اعتراض به بخشنامه مذکور و ابطال آن در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، عدم وجاهت قانونی بخشنامه اشاره شده در برخی از آراء صادره دادگاه‌های عمومی مورد توجه قرار گرفته بود. درواقع، صاحبان کالاهایی که گمرک ایران براساس این بخشنامه، کالای آنها را مشمول ماده ۳۵ قانون امور گمرکی اعلام کرده بود، با

۱. برای ملاحظه متن کامل بخشنامه به پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور به شرح ذیل رجوع کنید:
Available at <https://media.dotic.ir/uploads/org/2023/09/10/169433849882491300.pdf>

۲. برای ملاحظه متن کامل بخشنامه به پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور به شرح ذیل رجوع کنید:
Available at <https://media.dotic.ir/uploads/org/2021/12/14/163947203912459300.pdf>

استفاده از ظرفیت قانونی موجود در خود ماده ۳۵ به اعتراض در دادگاه عمومی واقع در حوزه گمرکی محل وقوع کالا اقدام کردند.^۱ به عنوان مثال شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی بندرعباس به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۲۴۰۳۹۰۰۰۲۹۸۴۷۳۶ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۲۰ صادره در پرونده شماره ۱۴۰۲۴۰۹۲۰۰۰۱۳۴۶۶۴۶ در ارتباط با عدم وجاهت قانونی بخشنامه مذکور چنین حکم صادر کرده است که «... ثانیاً: مبنای اقدام گمرک در ممنوع تلقی نمودن کالای موضوع پرونده، یک بخشنامه بوده [بخشنامه شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۸] که در صدر آن به بخشنامه دیگری به شماره ۱۴۰۰/۱۷۷۱۴۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۰۶ صادره از دفتر حقوقی اداره گمرک اشاره گردیده است، در حالی که از سیاق عبارات یادشده در بند «ف» ماده یک و بند «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی و بند «ث» ماده یک قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، حصر در مصادیق ایفاد می‌شود و در سایر موارد نیز می‌بایست در پرتو این تعاریف قانونی تفسیر مضیق به نفع صاحب کالا شود و تا زمانی که قانون‌گذار به طور صریح یا ضمنی آن را نسخ ننموده، اعتبار آن را استصحاب نمود. از سوی دیگر، با توجه به اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، جرم‌انگاری و تشخیص جرائم در انحصار قانون‌گذار است؛ از این رو، نمی‌توان مواردی را که به موجب صلاحیت اختیاری هیئت وزیران به تصویب می‌رسد در شمول کالای ممنوع دانست و مشمول مجازات کیفری تلقی داشت. در نتیجه تفسیر موسع از مصادیق کالای ممنوع قانونی و تسری آن به کالاهایی که به صورت موقت و مقطعی برای رعایت مصلحت‌های دوره‌ای توسط مقامات اداری یا هیئت وزیران ممنوع اعلام می‌شود، خلاف اصول و قواعد حقوقی می‌باشد. در واقع این قبیل کالاها در دسته کالای ممنوعه قانونی نبوده و مشمول مقررات کیفری قاچاق کالا قرار نمی‌گیرند. ثالثاً: ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی صراحتاً در مقام

۱. هدف پژوهش حاضر نقد تصمیم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است و اشاره به رویکرد قضائی برخی از شعب دادگاه‌ها در مقاله حاضر صرفاً برای تبیین این نکته است که تصمیم اتخاذی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به نوعی مشابه تصمیمات اتخاذی برخی از شعب دادگاه عمومی بندرعباس به خصوص شعبه ۱۲ است.

بیان مصادیق کالاهای ممنوع برآمده است و در بند «الف» کالای ممنوعه را کالایی دانسته که ممنوعیت آن به موجب قانون و شرع مقدس محرز گردیده است، همچنین بند «ث» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز ممنوع بودن را تعارض با قانون دانسته حال آنکه ماشین‌آلات موضوع پرونده در هیچ‌یک از شقوق ماده ۱۲۲ مذکور نمی‌گنجد. رابعاً: خلط دو عنوان ممنوعیت قانونی و ممنوعیت دولتی از دیگر مواردی است که در صدور بخشنامه اخیرالصدور موجبات تضییع حقوق خواهان را فراهم آورده [است]. در واقع آنچه در کلیه مواد قانونی مرتبط، من جمله قانون امور گمرکی و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در راستای تشخیص ممنوعیت کالا مقرر گردیده است، تعارض ورود کالا به کشور با قانون و شرع می‌باشد که با عنایت به اصول حقوقی و لزوم تفسیر مضیق، شامل قانون به معنی اخص کلمه و آنچه توسط قوه مقننه مصوب می‌شود و در روزنامه رسمی منتشر و سپس لازم‌الاجرا می‌گردد، می‌باشد و شامل مصوبات هیئت وزیران، دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی نمی‌باشد؛ یعنی دستگاه‌های مذکور نمی‌توانند با مصوبات خود اقدام به ممنوع اعلام نمودن کالا یا اعمال مجازات بر اشخاص نمایند...^۱ رأی صادره به شرح فوق به موجب دادنامه صادره از سوی شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان هرمزگان به شماره ۱۴۰۲۴۰۳۹۰۰۰۳۴۲۶۲۹۹ مورخ ۱۴۰۲/۱۱/۲۵ مورد تأیید قرار گرفت.

تصمیم شعبه ۱۲ دادگاه عمومی بندرعباس از چند جهت مختلف قابل نقد جدی است. اول؛ همان‌طور که ملاحظه شد، در بخشی از رأی مورد اشاره چنین بیان شده است که «... از این رو نمی‌توان مواردی را که به موجب صلاحیت اختیاری هیئت

۱. شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی بندرعباس که به نوعی شعبه تخصصی رسیدگی به دعاوی ماده ۳۵ قانون امور گمرکی است، آراء مشابه دیگری در این خصوص صادر کرده است که از جمله می‌توان به دادنامه شماره ۱۴۰۲۴۰۳۹۰۰۰۲۸۴۳۰۸۸ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۶ رجوع کرد که این دادنامه نیز به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۲۴۰۳۹۰۰۰۳۲۶۰۰۷۱ مورخ ۱۴۰۲/۱۱/۱۰ صادره شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان هرمزگان مورد تأیید قرار گرفته است.

وزیران به تصویب می‌رسد در شمول کالای ممنوع دانست و مشمول مجازات کیفری تلقی داشت...». گرچه این استنباط شعبه ۱۲ همسو با تعریف ارائه‌شده در بند «ف» ماده ۱ قانون امور گمرکی به نظر می‌رسد، لیکن در تعارض با حکم مندرج در ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی قرار دارد؛ زیرا همان‌طور که پیشتر توضیح داده شد، یکی از مصادیق کالای ممنوع طبق بند «ب» ماده ۱۲۲ «کالاهای ممنوع‌شده به موجب جدول تعرفه گمرکی یا تصویب‌نامه‌های متکی به قانون» است. طبق مفاد این مقرر تصویب‌نامه‌های صادره هیئت وزیران مصداق بارز کالای ممنوع است. همین حکم به‌طور صریح در تبصره یک بند ۳ از ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۲ نیز وجود دارد؛ لذا تصمیم دادگاه به شرح فوق در تعارض صریح با مواد قانونی مذکور قرار دارد. همچنین دیدگاه شعبه درخصوص اینکه چنانچه کالایی در شمول کالای ممنوع قرار گرفت، مشمول مجازات کیفری قرار می‌گیرد، صحیح نیست؛ زیرا همان‌طور که در قسمت ۱-۲-۱ نوشتار حاضر تبیین و تشریح شد، ورود کالای ممنوع به منطقه گمرکی به خودی خود مصداق فعل مجرمانه قاچاق کالا نیست بلکه چنانچه چنین کالایی به‌عنوان کالای مجاز یا مجاز مشروط و با نام دیگر اظهار شود، مصداق فعل مجرمانه قاچاق خواهد بود؛ به همین خاطر، کالای ممنوعی که به منطقه گمرکی وارد شود ولی به نحو خلاف واقع به گمرک اظهار نشود، مشمول مجازات کیفری جرم قاچاق نمی‌شود بلکه فقط ضمانت اجراهای غیرکیفری موضوع مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی بسته به شرایط در مورد آن اعمال خواهد شد.

دوم؛ در رأی صادره، شعبه ۱۲ قائل بدین نظر شده است که گمرک در بخشنامه موضوع بحث، مفاهیم ممنوعیت قانونی و ممنوعیت دولتی را با هم خلط کرده است. استفاده از تعابیر ممنوعیت قانونی و ممنوعیت دولتی که در دادنامه صادره هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز تکرار شده است، بدعت‌گذاری نادرستی محسوب می‌شود که با ضوابط حاکم در قانون امور گمرکی و آئین‌نامه اجرایی آن تطابق ندارد. درواقع همان‌طور که تبیین شد، ممنوعیت‌های اعمال‌شده هیئت وزیران برای واردات

برخی از اقلام کالاها از مصادیق بارز ممنوعیت‌های قانونی است که همانند سایر ممنوعیت‌های مندرج در ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی مشمول مقررات حاکم بر واردات یا صادرات کالاهای ممنوعه از جمله مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی می‌شود. به همین دلیل، قانون امور گمرکی از اساس قائل به تفکیک بین ممنوعیت قانونی و دولتی نیست و همه ممنوعیت‌های مندرج در ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی مشمول مقررات و ضوابط واحد هستند و تفکیک بین آنها آن‌طور که در دادنامه شعبه ۱۲ دادگاه عمومی بندرعباس اشاره شده است، فاقد وجهت قانونی بوده و محلی از اعراب ندارد. تحلیل بیشتر در زمینه وجهت یا عدم وجهت قانونی بخشنامه گمرکی موضوع بحث، در ادامه پس از بررسی دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ارائه خواهد شد.

۲-۲. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری: تفکیک ممنوعیت قانونی از

ممنوعیت دولتی

قبل از پرداختن به مبانی دادنامه صادره هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و تحلیل محتوای آن، لازم است ذکر شود که بخشنامه گمرکی مورد اشاره در قسمت قبلی، ابتدا مورد اعتراض یکی از شهروندان (صاحبان کالای ممنوعه) قرار می‌گیرد و پرونده آن برای رسیدگی به هیئت تخصصی صنایع و بازرگانی در دیوان عدالت اداری ارجاع می‌شود و هیئت موصوف به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۲۵۱۸۶۶ مورخ ۴ اردیبهشت ماه ۱۴۰۳ حکم به رد شکایت و تأیید بخشنامه مذکور صادر می‌کند. برای ارزیابی وجهت قانونی دادنامه صادره هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ابتدا مبانی دادنامه موصوف مورد کنکاش و واکاوی قرار خواهد گرفت، سپس در ادامه محتوای آن از منظر تطبیق با قواعد ماهوی حاکم در حوزه حقوق گمرکی مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۱. بررسی مبانی دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

استدلال هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای مردود دانستن بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۸ بر مبانی مختلفی استوار شده است که در ادامه تلاش خواهد شد مبانی موصوف به صورت مختصر از متن دادنامه استخراج و تبیین شوند:

الف. تفکیک ممنوعیت قانونی از ممنوعیت دولتی

از نظر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، یکی از مبانی مهمی که با اتکاء بدان ابطال بخشنامه گمرکی موضوع بحث اعلام شده است، ضرورت تفکیک ممنوعیت قانونی از ممنوعیت دولتی در خصوص کالاهای ممنوع‌الورود یا ممنوع‌الصدور است. این مبنا در بخشی از دادنامه بدین نحو تبیین شده است: «... قانون‌گذار براساس تبصره ۱ ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۲ و ماده ۱۶ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی مصوب سال ۱۳۹۸ این اختیار را به دولت داده است که در شرایط خاص زمانی بتواند ورود بعضی از کالاها را به کشور ممنوع اعلام نماید که واردات این دسته از کالاها برخلاف گروه نخست به‌طور مطلق ممنوع نیست و درحقیقت ممنوع کردن واردات آنها را بنا به مقتضیات و در شرایط خاص زمانی دولت صورت می‌دهد و به همین دلیل قانون‌گذار براساس تبصره بند (ج) ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (الحاقی ۱۴۰۰/۱۱/۱۰) مقرر کرده است که: «هرگاه کالایی به موجب صلاحیت اعطایی قانون، براساس مصوبات هیئت وزیران یا سایر مراجع قانونی بنا به مقتضیات و شرایط خاص، صدور یا ورود آن ممنوع شود، در حکم کالای مجاز مشروط است و حسب مورد مجازات جرایم و تخلفات مربوطه، حداکثر مجازات مربوط به کالای مجاز مشروط است»؛ بنابراین قانون‌گذار این گروه از کالاها را که واردات آنها را عنداللزوم دولت ممنوع اعلام می‌کند، از کالاهای ممنوع موضوع بند «ف» ماده ۱ قانون امور گمرکی که واردات آنها به‌طور مطلق ممنوع است، متمایز کرده و این دسته از کالاها را در «حکم کالای مجاز مشروط» تشخیص داده است. به‌علاوه، برخلاف کالاهای نوع اول که واردات آنها مطلق

ممنوع بوده و در صورت وارد شدن به کشور مرجوع یا توسط دولت ضبط می‌شوند، چنانچه افراد بدون اخذ مجوزهای لازم اقدام به واردات کالاهای نوع دوم نمایند، براساس بند «ب» ماده ۲۹ قانون امور گمرکی مراتب به صاحب کالا اعلام شده و مقررات کالای متروکه در مورد آنها اعمال می‌گردد و براساس ماده ۳۳ همین قانون نیز کالای متروکه به سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی تحویل داده می‌شود و تا زمانی که کالا توسط سازمان یادشده به فروش نرسیده، صاحب کالا حق دارد پس از اعلام گمرک به سازمان مذکور، برای انجام تشریفات قطعی گمرکی و ترخیص کالای خود با پرداخت کلیه وجوه متعلقه و سایر هزینه‌های انجام شده اقدام نماید و لذا با توجه به موازین فوق مشخص است که رویکرد قانون‌گذار به نحوه برخورد با واردات کالاهای مطلقاً ممنوع (ممنوع‌شده توسط قانون‌گذار) و کالاهای مجاز مشروط (ممنوع‌شده توسط دولت) متفاوت است و واردات کالاهای نوع اول حسب مورد مشمول حکم مقرر در مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی یعنی مرجوع نمودن یا ضبط کالا است و واردات کالاهای نوع دوم مشمول حکم مقرر در مواد ۲۹ و ۳۳ قانون امور گمرکی یعنی شناسایی کالای وارد شده به‌عنوان کالای متروکه و امکان ترخیص آن با پرداخت جرایم و حقوق متعلقه است...».

اساس نگرش هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای تفکیک بین ممنوعیت قانونی و ممنوعیت دولتی مبتنی بر حکم مندرج در تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با کالا و ارز است، با این توضیح که از نظر هیئت مذکور قانون‌گذار کالاهایی را که واردات آنها را دولت ممنوع کرده در حکم کالای مجاز مشروط اعلام نموده است به همین دلیل، نباید احکام قانونی ناظر بر کالاهایی که واردات آنها به‌طور مطلق ممنوع هستند از جمله مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی بر این دسته از کالاها اعمال شود. این دیدگاه که در دادنامه شعبه ۱۲ دادگاه عمومی بندرعباس نیز مورد توجه قاضی صادرکننده رأی قرار گرفته بود، محل تردید جدی قرار دارد؛ زیرا اعمال چنین

دیدگاهی در عمل تالی فاسدی را به همراه خواهد داشت که در قسمت بعدی این نوشتار تبیین و تحلیل خواهد شد.

ب. تفسیر موسع حکم مندرج تبصره الحاقی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز علاوه بر تفکیک بین کالاهای ممنوع قانونی و دولتی، آنچه در دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری جلب توجه می‌کند این است که هیئت موصوف با گسترش قلمرو اعمال حکم تبصره بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، تفسیر موسعی از حکم مورد اشاره ارائه کرده است. توضیح اینکه قانون‌گذار با وضع این مقررہ جدید کالاهای دارای ممنوعیت دولتی را در دسته کالاهای در حکم مجاز مشروط قرار داده است و بدین طریق احکام مندرج در مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی دیگر قابل اعمال بر این دسته از کالاهای ممنوع نیست. به تعبیر دیگر، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر این باور است که قلمرو اعمال حکم تبصره بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز محدود به خود قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز یعنی پرونده‌های قاچاق کالا نیست بلکه این حکم به نوعی قانون امور گمرکی را در زمینه تعریف مفهوم کالای ممنوع و مقررات حاکم بر آن نیز اصلاح کرده است. اینکه آیا مقررہ مندرج در تبصره الحاقی شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تاب چنین تفسیری را دارد، سئوالی است که در قسمت مربوط به تحلیل محتوای دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بدان پاسخ داده خواهد شد.

ج. صدور بخشنامه خارج از حدود اختیارات مقامات صادرکننده آن

به‌عنوان سومین مبنای ابطال بخشنامه گمرکی مورد بحث، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در بخشی دیگری از دادنامه صادره چنین عنوان کرده است: «... بر همین اساس موضوع بخشنامه مذکور [بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ مورخ ۱۳۹۸/۲/۱۸]، پاسخگویی به ابهامات مطروحه درخصوص تبصره بند (ج) ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (الحاقی ۱۴۰۰/۱۱/۱۰) است... و از دو جهت واجد ایراد است: اول

اینکه براساس اصل هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفسیر قوانین موضوعه از صلاحیت‌های مجلس شورای اسلامی و در مقام تمیز حق از صلاحیت‌های دادرسان است و مدیرکل دفتر حقوقی گمرک و سرپرست دفتر واردات این نهاد، مرجع رفع ابهام از قوانین موضوعه نیستند و رفع ابهام از قوانین در شمار وظایف آنها نیز قرار ندارد و از این رو، صدور بخشنامه مورد شکایت که به دلالت صدر آن، در مقام تفسیر و رفع ابهام از قانون صادر شده، خارج از حدود اختیار مقامات صادرکننده آن است...».

گرچه استدلال مذکور مبنی بر اینکه بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ با توجه به محتوای آن، یک بخشنامه تفسیر از قانون قلمداد می‌شود و مدیران گمرکی با صدور چنین بخشنامه‌ای خارج از حدود اختیارات خود عمل کرده‌اند، استدلال صحیحی به نظر می‌رسد اما سئوالی که از حیث ماهوی باید بدان پاسخ داده شود این است که آیا به‌طور اساسی مقرر مندرج در تبصره بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز یک مقرر مبهم است تا برای رفع ابهام آن صدور چنین بخشنامه‌ای لازم باشد؟ پاسخ به این سئوال نیز همانند تردید در دیگر مبانی رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در قسمت بعدی بیان خواهد شد.

۲-۲-۲. تحلیل محتوی دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

بررسی محتوای رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و تطبیق آن با مفاد قوانین موضوعه کشور به‌خصوص قانون امور گمرکی بیانگر این امر است که رأی صادره به دلایل ذیل از حیث ماهوی منطبق با موازین قانونی نبوده و وجاهت آن محل تردید جدی است. در ادامه به‌طور مختصر دلایل و مستندات اعتبار نداشتن رأی مورد اشاره تبیین و تحلیل خواهد شد:

الف. اول آنکه رویکرد هیئت عمومی مبنی بر تفکیک کالای ممنوع قانونی از کالای ممنوع دولتی فاقد جایگاه قانونی است؛ زیرا همان‌طور که پیشتر نیز درخصوص دادنامه صادره شعبه ۱۲ دادگاه عمومی بندرعباس اشاره شد، قانون‌گذار در بند «ب» ماده ۱۲۲

قانون امور گمرکی ممنوعیت‌های اعمال‌شده برای واردات کالاها براساس تصویب‌نامه‌های هیئت دولت را از مصادیق کالاهای ممنوعه قانونی دانسته است که این حکم پیشتر در تبصره یک بند ۳ ماده ۲ قانون صادرات و واردات کشور مصوب سال ۱۳۷۲ به شکل کامل‌تری بیان شده بود. ممنوعیت دولتی برای واردات برخی از اقلام کالاها تابع همان قواعد حاکم بر واردات کالاهای ممنوعه از جمله مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی است و اعمال قواعد کالای متروکه بر این دسته از کالاها و اجازه ورود آنها از طریق سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی سبب تهی کردن مفاد قانون امور گمرکی از درون درخصوص مفهوم کالای ممنوع و خلع سلاح کردن دولت برای مدیریت شرایط خاص زمانی از جمله کمبود نقدینگی ارزی در شرایط تحریمی فعلی خواهد شد که در ادامه بیشتر راجع به این تالی فاسد بحث خواهد شد.

ب. دوم آنکه ممکن است این ایراد مطرح شود که خود قانون‌گذار با وضع مقررده مندرج در تبصره بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و خلق مفهوم جدید «کالای در حکم کالای مجاز مشروط» درصدد تفکیک کالاهای ممنوع دولتی به‌عنوان کالای در حکم مجاز مشروط از کالای ممنوع قانونی بوده است به همین دلیل، تفکیک مورد اشاره دارای مبنای قانونی است. چنین ایرادی محلی از اعراب نخواهد داشت؛ زیرا شأن نزول تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز این است که چنانچه کالایی که براساس مصوبات هیئت دولت واردات یا صادرات آن بنا به شرایط زمانی خاص ممنوع اعلام شده، به‌طور قاچاق وارد کشور شود، از حیث اعمال مجازات جرائم و تخلفات مربوطه در حکم کالای مجاز مشروط قلمداد و مشمول احکام مندرج در فصل سوم (مواد ۱۸ تا ۲۱) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز شود و مجازات‌های مندرج در فصل چهارم ناظر به قاچاق کالای ممنوع در مورد آنها اعمال‌نشود. این نکته به‌صراحت در متن مقررده موضوع بحث درج شده است چراکه مقنن چنین اشعار می‌کند که «هرگاه کالایی به موجب صلاحیت اعطایی قانون، براساس مصوبات هیئت وزیران یا سایر مراجع قانونی بنا به مقتضیات و شرایط خاص، صدور یا

ورود آن ممنوع شود، در حکم کالای مجاز مشروط است و حسب مورد مجازات جرائم و تخلفات مربوطه، حداکثر مجازات مربوط به کالای مجاز مشروط است». در این مقرر قانون‌گذار کالاهای دارای ممنوعیت دولتی را از حیث اعمال مجازات جرائم، مشمول مجازات کالاهای مجاز مشروط یعنی مواد ۱۸ تا ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دانسته است؛ لذا ارائه تفسیر موسع از این مقرر و تسری حکم آن به قانون امور گمرکی آن‌طور که در متن دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صورت گرفته است، به‌طور کامل بلاوجه بوده و با توجه به نص صریح خود مقرر فاقد مبنای قانونی است. به تعبیر دیگر، اگر کالایی که واردات یا صادرات آن براساس مصوبات هیئت دولت ممنوع اعلام شده است، وارد منطقه گمرکی شود ولی اقدامی در جهت قاچاق آن به داخل کشور از جمله اظهار آن تحت عنوان کالای مجاز یا مجاز مشروط نشود، به دلیل عدم وقوع جرم قاچاق مشمول ضوابط حاکم در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نخواهد شد ولی ضمانت اجرای غیرکیفری ضبط کالا طبق مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی در مورد آن باید اعمال شود و نمی‌توان گفت که حکم مندرج در تبصره الحاق‌شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز سبب اصلاح مقررات مربوط به کالای ممنوع در قانون امور گمرکی و ایجاد نظم حقوقی جدید برای کالاهای دارای ممنوعیت دولتی شده است؛ زیرا اولاً چنین تفسیری نه تنها در تعارض با متن مقرر موضوع بحث است بلکه در اساس سبب تهی شدن هدف قانون‌گذار از درون برای اعطای اختیار به دولت به جهت وضع ممنوعیت برای صادرات یا واردات برخی از اقلام کالاها در شرایط خاص زمانی می‌شود که مفسده جدی به شرح بند بعدی به همراه خواهد داشت. ثانیاً اگر قانون‌گذار قصد تسری حکم مورد اشاره در تبصره الحاق‌شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را به قانون امور گمرکی و اصلاح آن داشت، عقلایی این بود که چنین هدفی را از طریق اصلاح مواد مربوطه در قانون امور گمرکی (نه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) انجام می‌داد.

ج. سوم آنکه پذیرش تفسیر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر اینکه کالاهایی که براساس مصوبات هیئت دولت واردات یا صادرات آنها ممنوع اعلام می‌شوند، طبق حکم مندرج در تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا، مشمول مفاد مواد ۱۰۵ و ۳۵ قانون امور گمرکی نبوده بلکه احکام کالای متروکه از جمله مواد ۲۹ و ۳۳ قانون امور گمرکی در مورد آنها باید اعمال شود، مفسده یا تالی فاسدی بدین شرح به همراه خواهد داشت که شرکت‌های بازرگانی می‌توانند به راحتی براساس تفسیر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اقدام به دور زدن ممنوعیت‌های اعلام شده براساس مصوبات هیئت دولت درخصوص برخی از اقلام کالاها کنند؛ زیرا طبق تفسیر مورد اشاره کالاهای دارای ممنوعیت دولتی در حکم کالای مجاز مشروط هستند و شرکت‌های بازرگانی می‌توانند بدون نیاز به ثبت سفارش و اخذ مجوز از دستگاه‌های دولتی، اقدام به واردات آنها به اماکن و انبارهای گمرکی نمایند و سپس به صورت آگاهانه صبر پیشه کنند تا مهلت ۳ ماهه مندرج در ماده ۲۴ قانون امور گمرکی منقضی شود و کالاها مشمول مقررات اموال متروکه شوند و درنهایت کالاها را از طریق شرکت در مزایده فروش آنها یا بعضاً به روش تهاثر دین و طلب^۱ از طریق سازمان جمع‌آوری و فروش اموال متروکه به کشور وارد کنند و بدین طریق ممنوعیت

۱. رک: سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، شیوه‌نامه اجرایی فروش اموال منقول، نسخه چهارم، مورخ ۱۶ اسفندماه ۱۴۰۲، ماده ۸۵- «در مواردی که صاحبان کالاها می‌توانند متقاضی خرید کالاها را خود باشند و با توجه به مصرف خاص کالا امکان عرضه آن در مزایده یا حراج وجود نداشته باشد، مدیران استان‌ها موظف‌اند به شرح زیر اقدام و مجوز تهاثر دین و طلب را صرفاً از شورای فروش مرکزی اخذ نمایند: ۱. دریافت درخواست متقاضی و ثبت آن در دبیرخانه استان؛ ۲. استعلام مالکیت کالا از گمرک ذی‌ربط و احراز هویت وی؛ ۳. استعلام ضبطی گمرکی نبودن کالا از گمرک ذی‌ربط؛ ۴. تعیین ارزش کالا با رعایت ضوابط مندرج در فصل ارزیابی؛ ۵. اخذ مجوزهای قانونی مربوط».

وضع شده از سوی دولت را به راحتی خنثی و بی اثر کنند.^۱ در شرایط فعلی کشور که منابع ارزی به دلیل وجود تحریم‌های یک‌جانبه دولت امریکا به صورت محدودی در اختیار دولت است، برای مدیریت بهینه این منابع و رفع نیازهای اساسی کشور چاره‌ای جز اعمال ممنوعیت برای واردات برخی از اقلام کالاها خصوصاً کالاهای لوکس نیست و تفسیر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از حکم مندرج در تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به راحتی ممنوعیت‌های اعلامی دولت را برای برخی از کالاها بی اثر می‌کند؛ زیرا کالاهای این‌چنینی طبق تفسیر ارائه شده، نباید براساس مواد ۳۵ یا ۱۰۵ قانون امور گمرکی ضبط شوند بلکه پس از متروکه شدن باید مقررات متروکه در مورد آنها اعمال شود؛ لذا ممنوعیتی برای ورود آنها در عمل وجود ندارد و همان‌طور که اشاره شد می‌توان آنها را از طریق سازمان جمع‌آوری و فروش اموال متروکه وارد کشور کرد و این فرایند سبب خروج ارز از کشور در شرایط حساس کنونی برای واردات کالاهایی خواهد شد که نیاز اساسی و ضروری کشور نیستند و دولت را در عمل برای مدیریت تراز پرداخت ارزی و تنظیم بازار ارز با مشکل جدی مواجه خواهد ساخت.

در پایان لازم است ذکر شود که گرچه ابطال بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از حیث شکلی به دلیل خروج مقامات صادرکننده آن از حدود اختیارات قانونی صحیح به نظر می‌رسد مفاد تصمیم هیئت عمومی از نظر ماهوی به دلایلی که در بندهای قبلی گفته شد نه تنها منطبق با موازین قانونی نیست بلکه به راحتی می‌تواند مورد سوءاستفاده برخی از بازرگانان برای دور

۱. خبرگزاری مهر، واردات اقلام ممنوعه در پوشش کالاهای متروکه، کد خبر ۵۹۲۰۲۹۳، ۶ آبان ماه ۱۴۰۲.

زدن ممنوعیت‌های اعمال شده دولت درخصوص برخی از اقلام کالاها شود و باید برای جلوگیری از چنین سوءاستفاده‌ای طرحی درانداخته شود.

فرجام سخن

اعمال ممنوعیت برای واردات یا صادرات برخی از کالاها یکی از سیاست‌های تقنینی مهم در زمینه امور گمرکی قلمداد می‌شود که هر کشور متناسب با فرهنگ و شرایط زمانی خاص اقتصادی-اجتماعی خود از این سیاست استفاده می‌کند. به همین دلیل، کالای ممنوع مفهومی است که گستره یا قلمرو شمول آن با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم در هر مقطع زمانی می‌تواند دستخوش تغییر قرار گیرد و مصادیق ذکر شده در ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی مصادیق حصری نیستند بلکه متناسب با شرایط زمانی ممکن است به شمار آنها افزوده یا کاسته شود. مقنن برای مدیریت تعیین مصادیق، براساس مقرر مندرج در بند «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی و تبصره یک بند ۳ از ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات اختیار تعیین مصادیق جدید را در قالب تصویب‌نامه به هیئت دولت واگذار کرده است؛ لذا کالاهایی که براساس مصوبات هیئت دولت صادرات یا واردات آنها ممنوع اعلام می‌شود، از نظر مقررات گمرکی کالای ممنوعه قانونی محسوب می‌شوند و حکم مقرر در تبصره الحاقی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز سبب تغییر مقررات گمرکی حاکم بر کالاهای مورد اشاره نخواهد شد. درواقع، دامنه نفوذ مقرر مورد اشاره، محدود به خود قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از حیث تعیین میزان مجازات و مرجع صلاحیتدار است؛ بدین نحو که چنانچه کالاهای ممنوعه براساس مصوبات دولتی مورد قاچاق قرار گیرند، مجازات قانونی آنها به جای اینکه مشمول مواد ۲۲ تا ۲۷ در فصل چهارم قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز درخصوص قاچاق کالاهای ممنوع شود، براساس مواد ۱۸ تا ۲۱ در فصل سوم قانون مورد اشاره درخصوص قاچاق کالاهای مجاز و مجاز مشروط محاسبه و اعمال خواهد شد.

بر این اساس، ابطال بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۰۳۲۱۸۴۲ از نظر ماهوی به دلیل نقض موازین قانونی (بند «ب» ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی و تبصره ۱ بند ۳ از ماده ۲ قانون مقررات صادرات و واردات) و ارائه تفسیر موسع از حکم مقرر در تبصره الحاق شده به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز فاقد وجهت قانونی است؛ هرچند ابطال بخشنامه موصوف از نظر شکلی به دلیل خروج مقامات صادرکننده آن از حدود اختیارات قانونی موجه است. به هر حال، تفسیر ارائه شده در دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر تفکیک ممنوعیت دولتی از ممنوعیت قانونی و عدم اعمال مواد ۳۵ و ۱۰۵ قانون امور گمرکی درخصوص کالاهای دارای ممنوعیت دولتی توأم با این تالی فاسد خواهد بود که ممنوعیت‌های اعمال شده بر اساس مصوبات دولت به راحتی قابلیت خنثی شدن خواهد داشت و عملاً دولت در شرایط خاص زمانی همچون شرایط فعلی تحریم‌های اقتصادی قادر به مدیریت تراز پرداخت ارزی از طریق کنترل واردات نخواهد بود؛ لذا تفسیر موصوف همسو با هدف سیاست تقنینی منع واردات برخی از کالاها در شرایط زمانی خاص نیست به همین خاطر پیشنهاد می‌شود که برای برون رفت از وضعیت ایجاد شده براساس تفسیر اشاره شده و جلوگیری از سوءاستفاده برخی از واردکنندگان، گمرک جمهوری اسلامی از طریق هیئت دولت لایحه استفساریه حکم مندرج در تبصره الحاقی به بند «ج» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را به مجلس شورای اسلامی ارائه دهد.

References

- احمدی عبدالله (۱۳۹۰)، حقوق گمرکی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- بنائی رضا (۱۳۹۱)، قانون امور گمرکی و یادداشت های توضیحی، چاپ دوم، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- ساداتی سیدمحمد مهدی (۱۳۹۵). قاچاق کالا از طریق ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع در حقوق کیفری ایران. *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، ۲۳(۱۰). ۸۵-۱۱۲.

غیب غلامی سعیده (۱۳۹۴). حقوق گمرکی، چاپ اول، انتشارات مجد.
 قاسمی ناصر و ریحانه ملک زاده رودبند (۱۴۰۲). اشکال قاچاق کالا و چرایی جرم انگاری آن در
 حقوق ایران، فصلنامه علمی دیدگاههای حقوق قضائی، ۲۸(۱۰۱). ۱۷۷-۲۰۲.

قوانین، مقررات و آراء قضائی

بخشنامه گمرکی شماره ۱۳۹۸۲۴۶۰ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۸
 بخشنامه گمرکی شماره ۱۴۰۰/۱۲۷۵۱۱۸ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱
 شیوه نامه اجرائی فروش اموال منقول (سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی)، نسخه
 چهارم، مورخ ۱۶ اسفندماه ۱۴۰۲
 قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۲ و آئین نامه اجرائی آن
 قانون امور گمرکی مصوب سال ۱۳۹۰ و آئین نامه اجرائی آن
 قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ و اصلاحات بعدی آن
 مصوبه شماره ۳۰ ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی مورخ ۱۳۹۷/۳/۳۰

- Ahmadi, A. (2011). *Customs Law*, Second Edition, Tehran: Mizan. [in Persian].
- Ahmadi, A. (2014). *Encyclopedia of Customs Law*, Second edition, Tehran: Mizan. [in Persian].
- Banaei, R. (2012). *Customs Law and Explanatory Notes*, Second edition, Tehran: Sherkat Chap va Nashr Bazargani. [in Persian].
- Bultan News (2024). Importing Prohibited Goods into the Country with the green light of the Administrative Court of Justice and Help of the Organization for Collection and Sale of Abandoned Goods: A Trick to Destroy HEPCOs and Spoil the Currency Market, News ID No. 845540. Available at <https://www.bultannews.com/fa/news/845540> (Last visited on June 28, 2024).
- Capela John J. (2008). *Import/Export for Dummies*, Indiana: Wiley Publishing, Inc.
- Ebrahimi, Sh. (2017). Prevention in the Law for Combating Goods and Currency Smuggling Enacted in 2012: Why, What and How, *Legal Researches Journal*, 20(78), 131-152. [in Persian].
- Ghasemi N. & Malekzadeh Rudbane R. (2023). Forms of Goods Smuggling and the Reason for its Criminalization in Iranian Law, *Journal of Judicial Law Views*, 28(101), 177-202. [in Persian]. URL: <http://jlvviews2.ujsas.ac.ir/article-1-2206-fa.html>

- Gheib Gholami, S. (2015). *Customs Law*, First edition, Tehran: Majd. [in Persian].
- Gopal C. R. (2008). *Export and Import Procedures: Documentation & Logistics*, New Delhi: New Age International (P) Ltd., Publishers.
- Khani Chehri M. (2013). *Law of Customs Affairs Enacted in 2013 and its Bylaw Enacted in 2013: Research and Content Analysis*, First edition, Tehran: Vakil. [in Persian].
- Mehr News Agency (2023). Importing Prohibited Goods under the Cover of Abandoned Goods, News ID No. 5920293. Available at <https://www.mehrnews.com/news/5920293> (Last visited on June 28, 2024).
- Pasban MR., Javandel S. & Heidarian Allah Abad A. (2017). Legal Dimensions of Iran's Accession to the World Trade Organization in the Field of Export and Import Regulations, *Private Law Research Journal*, 6(21), 39-68. [in Persian]. Doi: <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.23695.1617>
- Rostami V. & Naghdibadi E. (2022). The Legislative Policy of Iran's Customs Law and its Damages. *Administrative Law Journal*, 10(32), 137-158. [in Persian]. Doi: 10.52547/qjal.10.32.137
- Sadati S. M. M. (2016). Smuggling of Goods Through Presenting False Documents or Statement in Iranian Criminal Law, *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 23(9), 85-112. [in Persian]. Doi: <https://doi.org/10.22067/le.v23i10.49388>
- Seyoum B. (2009). *Export-Import Theory, Practices, and Procedures*, 2nd edition, New York: Routledge (Taylor & Francis Group).
- Winqvist Tina (1999). Trade in Domestically Prohibited Goods, Canada: International Institute for Sustainable Development. Available at https://www.iisd.org/system/files/publications/viet_dpg.pdf (Last visited on June 27, 2024).
- World Customs Organization-WCO (2018), Glossary of International Customs Terms, available at <https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/glossary-of-international-customs-terms/glossary-of-international-customs-terms.pdf> (Last visited on Aug. 10, 2024).

Laws and Regulations

Anti-Smuggling of Goods and Currency Act (2013).

Customs Administration of Iran (2023). Custom Circular No. 13982460. Available at

at

<https://media.dotic.ir/uploads/org/2023/09/10/169433849882491300.pdf>
(Last visited on June 21, 2024).

Customs Administration of Iran (2021). Custom Circular No. 1275118.
Available at

<https://media.dotic.ir/uploads/org/2021/12/14/163947203912459300.pdf>
(Last visited on June 21, 2024).

Customs Affairs Act (2011).

Executive Bylaw of Customs Affairs Act (2012).

Export & Import Regulations Act (1993).

Executive Bylaw of Export & Import Regulations Act (1994).

Resistance Economy Bureau (2018). Ordinance No. 30.

Organization for Collection and Sale of Abandoned Goods (2023).

Procedural Order for the Sale of Movable Property, 4th edition. Available
at <https://www.tamliki.ir/Portals/0/Asnad/Manghol-Shivehnameh.pdf>
(Last visited on June 23, 2024).

Cases

General Board of Administrative Court of Justice (2024). Judgement No. 140331390000321842. Available at <https://ara.divan-edalat.ir/judgment.aspx?idr=76031&tar=200&ida=992&o=5> (Last visited on June 20, 2024).

Special Board of Industries and Commerce- Administrative Court of Justice (2024). Judgement No. 140331390000251866.

General Court of Bandar Abbas- Branch 12 (2023). Judgement No. 140240390002843088.

General Court of Bandar Abbas- Branch 12 (2023). Judgement No. 140240390002984736.

Appeal Court of Bandar Abbas- Branch 2 (2023). Judgement No. 140240390003260071.

Appeal Court of Bandar Abbas- Branch 2 (2023). Judgement No. 140240390003426299.



Research Article

The Legal Effects of China's Environmental Laws and Regulations on Crude Oil Imports from Iran

Sayed Mohammad Hassan Razavi^{1*}, Elham Aminzadeh², Mohammadreza Salari³

1. Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
2. Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
3. Ph.D. in Oil and Gas Law, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Article history:

Received: 23-02-2024

Accepted: 03-07-2024

Abstract

Introduction: The People's Republic of China, with daily crude oil imports exceeding 10 million barrels, is considered one of the primary destinations for oil-producing countries worldwide. The Islamic Republic of Iran is no exception to this rule, as China is currently the destination for the vast majority of Iran's oil export shipments. Consequently, understanding the dynamics of China's crude oil market and the factors influencing it is beneficial and impactful for all oil-producing nations. The most significant factor affecting China's crude oil market and its consumption pattern is the body of laws and regulations that, while targeting polluting industries, aim to improve the country's environmental conditions.

Methods: This research employs a descriptive-analytical method to examine those environmental laws and regulations within China's legal system that impact the export of crude oil from the Islamic Republic of Iran. The

Please cite this article as:

Razavi, S.M.H., Aminzadeh, E., Salari, M (2025). The Legal Effects of China's Environmental Laws and Regulations on Crude Oil Imports from Iran. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 37-80.
doi:<https://10.22099/JLS.2024.49578.5119>.

* Corresponding author:

E-mail address: hassan.razavi@ut.ac.ir

required data for the study has been collected using a library research method.

Findings: According to the "Regulations on the Administration of Pollutant Discharge Permits," no company or producer has the right to emit pollutants without obtaining a pollutant discharge permit. This regulation stipulates that the management of pollutant discharge for units whose emissions have a significant environmental impact is classified as "key." These units are obligated to use automatic pollutant monitoring equipment, which must be connected online to the supervisory authority's network to facilitate monitoring. Another effective measure China has implemented to achieve its environmental goals is the Carbon Emission Trading Scheme (ETS), which has commenced operation at the national level. Under this mechanism, a maximum allowable limit for carbon dioxide emissions is set for each industrial unit in the form of an emission quota. Units then have the discretion to reduce their operational carbon emissions such that by the end of the compliance period, they have not exceeded their quota, or, if they exceed it, they must purchase quotas from other units at a negotiated price. According to decrees from the Ministry of Ecology and Environment, the refining and petrochemical industries will soon be included under the carbon emission trading program. Pollution Discharge Tax is another legal instrument within China's environmental system, established under the "Environmental Protection Tax Law." This law specifies the pollutants subject to taxation and the equivalent value per unit of each. The government then sets the tax rate per unit of the pollutants listed in the regulation, and the annual tax is determined by aggregating the total units of pollutants emitted by the taxpayers. It is noteworthy that the vast majority of pollutants generated by refining and petrochemical activities are subject to this tax. Based on the aforementioned laws and regulations, a set of legal restrictions has been imposed on the operations of Chinese independent refiners (teapot refineries). The first restriction is the Chinese government's gradual phasing out of the market for super-heavy crude oil and fuel oil. These types of oil, due to their lower price and the technical inability of many independent refiners to use other crude types, constitute the primary feedstock for numerous independent refineries. The implementation of stringent tax policies is another method of constraining independent refiners. Specifically, in its latest tax system reforms, China subjected the use of fuel oil and the import of "blended bitumen" to a consumption tax. This decision was explicitly taken to counter opportunistic practices by independent refiners importing super-heavy crude oil under the guise of "blended bitumen" outside the official crude oil import quota system.

Conclusion: Due to the direct impact of independent refiners on China's environmental crises, efforts towards the merger and shutdown of private refineries have been identified as the government's main approach to consolidating the refining and petrochemical sector. This aims to eliminate small and inefficient players from the downstream oil industry. The policy of granting crude oil import quotas did not alter this previous approach of the Chinese government, as the number of independent refiners has continued to decline even after its implementation. Therefore, identifying independent refiners as long-term partners by some oil-exporting countries, such as Iran, is not advisable. It is inferred that despite the current possibility of trading crude oil with these refineries, the future downstream oil industry in China will likely be devoid of independent refiners.

Keywords: Environmental Impact Assessment, Chinese Independent Refiners (Teapot Refineries), Carbon Emission Trading, Pollution Discharge Tax, Pollutant Discharge Permit.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>doi: <https://10.22099/JLS.2024.49578.5119>

مقاله پژوهشی

آثار حقوقی قوانین و مقررات زیست‌محیطی کشور چین بر واردات نفت خام از ایران

سیدمحمدحسن رضوی^{۱*}، الهام امین‌زاده^۲، محمدرضا سالاری^۳

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. دانش‌آموخته دکتری رشته حقوق نفت و گاز، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۴

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: جمهوری خلق چین با واردات بیش از ۱۰ میلیون بشکه نفت خام در روز، یکی از اصلی‌ترین مقاصد کشورهای نفتی جهان محسوب می‌شود. جمهوری اسلامی ایران نیز از قاعده فوق مستثنا نیست، چراکه امروزه چین، مقصد اکثریت قریب به اتفاق محموله‌های صادراتی نفت ایران نیز است. در نتیجه، شناخت بازار نفت خام این کشور و عوامل مؤثر بر این بازار برای تمامی کشورهای تولیدکننده نفت مفید و مؤثر است. مهم‌ترین عامل اثرگذار بر بازار نفت خام چین و الگوی مصرف آن، مجموعه قوانین و مقرراتی است که ضمن مخاطب قرار دادن صنایع آلاینده، درصدد بهبود وضعیت زیست‌محیطی کشور هستند.

روش‌ها: در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی آن دسته از قوانین و مقررات زیست‌محیطی نظام حقوقی کشور چین می‌پردازیم که بر صادرات نفت خام جمهوری اسلامی ایران اثرگذارند. اطلاعات مورد نیاز پژوهش نیز به روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است.

استناد به این مقاله:

رضوی، سیدمحمدحسن؛ امین‌زاده، الهام و سالاری، محمدرضا (۱۴۰۴). آثار حقوقی قوانین و مقررات زیست‌محیطی کشور چین بر واردات نفت خام از ایران. *مجله مطالعات حقوقی*. شماره ۱۷. (۳). ۳۷-۸۰

E-mail address: hassan.razavi@ut.ac.ir

*نویسنده مسئول:

یافته‌ها: بر اساس «مقررات اجرایی مجوزهای انتشار آلاینده»، هیچ شرکت و تولیدکننده‌ای بدون اخذ مجوز انتشار آلاینده، حق انتشار آلودگی نخواهد داشت. طبق این مصوبه، مدیریت انتشار آلاینده درخصوص آن دسته از واحدهایی که آلاینده‌های منتشره توسط آن‌ها اثر وسیع بر محیط‌زیست دارد، به شکل «کلیدی» است. این واحدها موظف به استفاده از ابزارآلات اندازه‌گیری آلاینده خودکار هستند که باید به شکل برخط به شبکه نهاد ناظر متصل شود تا نظارت بر آن‌ها تسهیل شود. از دیگر اقدامات مؤثر کشور چین جهت تحقق اهداف زیست‌محیطی، سازوکار تجارت انتشار کربن است که در سطح ملی آغاز به کار کرده است. در این سازوکار، محدوده مجاز انتشار دی‌اکسیدکربن توسط هر واحد صنعتی در قالب سهمیه تعیین شده و سپس واحدها این اختیار را دارند که میزان انتشار کربن ناشی از فعالیت‌های خود را به‌نحوی کاهش دهند که در پایان دوره زمانی، بیش از سهمیه خود کربن منتشر نکرده باشند و یا در صورت انتشار بیش از سهمیه، نسبت به خرید سهمیه سایر واحدها بر مبنای یک قیمت توافقی اقدام کنند. طبق مصوبات وزارت محیط‌زیست، صنایع پالایشگاهی و پتروشیمی به زودی تحت‌الشمول برنامه تجارت انتشار کربن قرار خواهند گرفت. مالیات بر انتشار آلودگی، دیگر بستر حقوقی نظام زیست‌محیطی چین است که به موجب «قانون مالیات بر حفاظت زیست‌محیطی» طراحی شده است. طبق این قانون، آلاینده‌های مشمول مالیات و ارزش تولیدی هر واحد از آن‌ها معین شده و از سپس دولت میزان مالیات بر انتشار هر یک واحد از آلاینده‌های موضوع آیین‌نامه را مشخص کرده و از طریق جمع واحدهای آلاینده‌گری منتشرشده توسط مودیان، مالیات سالانه معین می‌شود. لازم به ذکر است که اکثریت قریب به اتفاق آلاینده‌های تولیدی در جریان فعالیت‌های پالایشگاهی و پتروشیمی تحت‌الشمول مالیات قرار گرفته‌اند. بر اساس قوانین و مقررات فوق، مجموعه‌ای از محدودیت‌های قانونی علیه فعالیت پالایشگران مستقل چینی اعمال شده است. اولین محدودیت، حذف تدریجی بازار نفت فوق سنگین و نفت کوره توسط دولت چین است. نفت‌های موصوف به دلیل قیمت ارزان‌تر و همچنین عدم توانایی فنی در استفاده از سایر انواع نفت، اصلی‌ترین خوراک بسیاری از پالایشگران مستقل هستند. اعمال سیاست‌های سختگیرانه مالیاتی، دیگر روش محدودسازی پالایشگران مستقل است. توضیح آنکه، چین در آخرین اصلاحات نظام مالیاتی خود، استفاده از نفت کوره و واردات قیر مخلوط را مشمول پرداخت مالیات بر مصرف کرد. این تصمیم مشخصاً در راستای مقابله با اقدامات فرصت‌طلبانه پالایشگران مستقل در واردات نفت خام فوق‌سنگین به نام قیر مخلوط و خارج از سهمیه واردات نفت خام گرفته شده است.

نتیجه‌گیری: به دلیل اثرگذاری مستقیم پالایشگران مستقل در بحران‌های زیست‌محیطی کشور چین، تلاش در جهت ادغام و تعطیلی پالایشگاه‌های خصوصی به عنوان رویکرد اصلی دولت برای ایجاد

استحکام در بخش پالایشگاهی و پتروشیمی شناخته شده است تا از این طریق بازیگران کوچک و ناکارآمد از بخش پایین‌دستی صنعت نفت خارج شوند. سیاست اعطای سهمیه واردات نفت خام نیز اثری بر رویکرد سابق دولت چین نداشت، زیرا پس از پیگیری این سیاست نیز تعداد پالایشگران مستقل رو به کاهش بوده است. لذا، شناسایی پالایشگران مستقل از ناحیه برخی از کشورهای صادرکننده نفت مانند ایران به عنوان شرکایی بلندمدت، مطلوب نبوده و چنین برداشت می‌شود که علی‌رغم امکان تجارت نفت خام با این پالایشگاه‌ها در برهه فعلی، در آینده بخش پایین‌دستی صنعت نفت این کشور در اثری از پالایشگران مستقل وجود نخواهد داشت.

واژگان کلیدی: ارزیابی آثار زیست‌محیطی، پالایشگران مستقل چینی، تجارت انتشار کربن، مالیات بر انتشار آلودگی، مجوز انتشار آلودگی.

سرآغاز

کشور چین سال‌هاست که به‌عنوان بزرگ‌ترین واردکننده نفت خام جهان شناخته می‌شود. با این حال، استفاده افراطی از نفت با هدف رشد اقتصادی و پاسخگویی به نیازهای صنعت، ثمره‌ای جز تشدید بحران‌های زیست‌محیطی و افزایش انتشار گازهای گلخانه‌ای نداشته است. چنانکه امروزه، چین رتبه اول را در میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای در میان تمامی کشورهای جهان به خود اختصاص می‌دهد. با پدیدار شدن عواقب زیست‌محیطی ناشی از توسعه و همچنین افزایش فشارهای بین‌المللی به‌منظور تغییر رویکرد این کشور، توسعه پایدار و باکیفیت در صدر برنامه‌های چین قرار گرفت. به طور طبیعی، حصول چنین وضعیتی برای بزرگ‌ترین واردکننده نفت جهان، نیازمند تصویب چارچوب قانونی پیشرفته با محوریت اصلی‌ترین صنایع منتشرکننده آلودگی و گازهای گلخانه‌ای است. یکی از حوزه‌های مهمی که از زمان حرکت چین به سمت صنعتی‌شدن در انتشار آلاینده سهم به‌سزایی داشته است، دو بخش پالایشگاهی و پتروشیمی است.

از طرف دیگر، چین همواره برای کشور ما، اصلی‌ترین مقصد صادرات نفت به شمار می‌رود. این اهمیت در شرایط تحریم‌های امریکا علیه ایران پررنگ‌تر نیز شده است. چنانکه در وضعیت تحریمی، چین به‌عنوان تنها بازار صادرات نفت ایران شناخته می‌شود؛ لذا می‌توان چنین استدلال کرد که آن دسته از قوانین و مقررات زیست‌محیطی کشور چین که بر مصرف‌کنندگان نفت خام - پالایشگاه‌ها و پتروشیمی‌ها - اثرگذارند، به شکل غیرمستقیم جریان صادرات نفت خام را نیز به این کشور تحت تأثیر قرار می‌دهند. به‌رغم لزوم توجه ویژه به چین و شناخت دقیق دورنمای روابط دو کشور، ادبیات علمی کشور ما به‌ویژه در حوزه حقوق، دچار خلأی جدی و اساسی است. همین امر فی‌نفسه توجیه‌کننده ضرورت نگارش مقاله پیش رو است. باید توجه داشت که ایران در کنار عربستان و امارات، یکی از سه کشور منطقه خاورمیانه است که در

بالاترین سطح رسمی روابط چین با دول خارجی یعنی مشارکت جامع راهبردی^۱ قرار دارد. به عقیده نگارندگان، اصلی‌ترین علت جایگاه رفیع کشور ما نزد چین، در اختیار داشتن ذخایر عظیم نفت و تأمین نفت خام مورد نیاز بزرگ‌ترین بازار صادراتی انرژی فسیلی در جهان است؛ با این حال، حوزه مطالعات نظام حقوقی این کشور از جانب ما، به‌شدت مغفول باقی مانده است. در نتیجه، در ارتباط با ادبیات علمی مرتبط با پژوهش حاضر، منبعی وجود ندارد که به‌طور خاص به موضوع پیش رو پرداخته باشد؛ با این حال، برخی منابع در تحلیل و ایده‌پردازی به‌جهت نگارش این اثر علمی مؤثر بوده‌اند. به‌عنوان مثال، رضوی، امین‌زاده و سالاری در مقاله‌ای با عنوان «اثرات قوانین تحریمی ایالات متحده آمریکا بر تجارت نفت میان ایران و چین»، بازار نفت خام کشور چین را به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم کرده‌اند. براساس این تقسیم‌بندی، بازیگران بازار اصلی، آن دسته از پالایشگران دولتی هستند که در تملک شرکت‌های نفتی دولتی چین هستند. از طرف دیگر، کنشگران بازار فرعی، پالایشگران مستقل چین موسوم به قوری چای^۲ هستند. علاوه بر این، میخال میدان^۳ در مقاله «پالایشگران مستقل چین: نیروی جدید شکل‌دهنده بازارهای جهانی نفت» به تشریح برخی از مقتضیات بازار نفت چین از جمله تعیین سهمیه واردات نفت برای پالایشگران مستقل پرداخته است. در اثر پژوهشی دیگری با نام «در شرف وقوع: پالایشگران قوری چای چین و تولیدکنندگان نفت خاورمیانه» که به قلم جان کالابرسه^۴ مؤسسه خاورمیانه به چاپ رسانده است، برخی از چالش‌های دولت چین در نظام‌مندسازی رفتار پالایشگران از قبیل عدم رعایت قواعد مالیاتی احصاء شده است.

اما بعدی که در آثار فوق مفقود بوده و در عین حال، بیانگر نوآوری مقاله حاضر است، اثر قوانین و مقررات چین بر دورنمای مصرف نفت خام این کشور و ارتباط با

-
1. Comprehensive Strategic Partnership
 2. Teapot
 3. Meidan, M.
 4. Calabrese, J.

کشورهای صادرکننده نفت است. باید توجه داشت که امروزه یکی از دغدغه‌های کشور چین دور شدن از صنایع سنگین و بهبود شاخص‌های زیست‌محیطی کشور است. در این میان، صنایع آلاینده‌ای چون پالایشگاهی و پتروشیمی مخاطب مستقیم نظام حقوقی قرار گرفته‌اند. با عنایت به مطالب فوق، سؤال اصلی پژوهش، نحوه اثرگذاری نظام حقوق داخلی کشور چین اعم از قوانین و مقررات بر صادرات نفت از ناحیه کشورهای چینی چون ایران است. به عبارت بهتر، سیاست‌گذار ایرانی باید برای حفظ روابط نفتی با کشور چین دورنمای نظام حقوقی این کشور را به‌درستی مطالعه نماید و ضمن تحلیل اثرات آن بر صادرات نفت خام ایران در آتیه‌ای نزدیک، درصدد حفظ و توسعه جایگاه کشور در این حوزه باشد. رفع این خلاء علمی، دغدغه مقاله حاضر است؛ لذا در بخش نخست، به بررسی و توصیف بخشی از قوانین و مقررات داخلی چین می‌پردازیم که بر انتشار آلاینده‌های زیست‌محیطی و به‌ویژه دی‌اکسیدکربن از ناحیه پالایشگاه‌ها و پتروشیمی‌های این کشور اثرگذارند. سپس در بخش دوم، ضمن شناسایی بازیگران فرعی صنعت پالایشگاهی چین، جایگاه و چالش‌های این بازیگران را در منظومه جدید حقوق محیط‌زیست این کشور بررسی و دورنمای روابط تجاری ایران را با شرکای چینی تحلیل خواهیم کرد.

۱. چارچوب قانونی کشور چین در ارتباط با فعالیت‌های پالایشگاهی و پتروشیمی

از سال ۲۰۱۸ کشور چین ضمن پشت سر گذاشتن امریکا، عنوان بزرگ‌ترین واردکننده نفت خام جهان را تصاحب کرد (Zhao, Shi, Song, 2020:2). متعاقب شدت گرفتن رشد اقتصادی و نیاز روزافزون به فرآورده‌های نفتی، ظرفیت چین در بخش پایین‌دستی نفت نیز گسترش پیدا کرد، اما یکی از قربانیان این افزایش ظرفیت، وضعیت شاخص‌های زیست‌محیطی این کشور بوده است. شدت تولید گازهای گلخانه‌ای در این کشور به حدی است که در سال ۲۰۱۹، حجم انتشار این دسته از گازهای چین از مجموع حجم انتشار امریکا و قاره اروپا بیشتر بوده است (Downs et al, 2020: 8).

با تغییر رویکرد و تشدید مقابله با انتشار گازهای گلخانه‌ای، چین از طریق وضع مجموعه‌ای از قوانین و مقررات، درصدد کاهش آلودگی و نظام‌مندسازی صنایع پالایشگاه و پتروشیمی به شکل مستقیم و غیرمستقیم برآمده است؛ البته، لازم است ذکر شود که پرداختن به این مفاهیم در مجموعه قوانین و مقررات کشور چین امر بدیعی نیست. چنانکه، در قانون ارزیابی اثرات زیست‌محیطی^۱ این کشور نیز از توسعه پایدار و هم‌زمان اقتصادی و زیست‌محیطی و جلوگیری از بروز اثرات نامطلوب طرح‌های توسعه‌ای بر محیط‌زیست سخن به میان آمده است (NPC, 2003: Art. 1). با این حال، در چند سال اخیر و به‌ویژه هم‌زمان با پذیرش تعهدات بین‌المللی از ناحیه این کشور، میزان سختگیری‌های قانونی در ارتباط با فعالیت صنایع آلاینده مانند پالایشگاه‌ها و پتروشیمی‌ها شدت گرفته است. بارزترین نمونه از این تغییر رویکرد در اهداف مشارکت ملی^۲ کشور چین ذیل معاهده «چارچوب تغییرات اقلیمی سازمان ملل متحد»^۳ قابل مشاهده است. توضیح آنکه مستند به ماده سوم موافقتنامه پاریس، تمامی دول عضو موظف به تهیه برنامه و ارائه میزان و نحوه مشارکت خود در تحقق اهداف زیست‌محیطی هستند (سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۷: ۱۱۸). این سند که در اکتبر سال ۲۰۲۱ تقدیم دبیرخانه کنوانسیون شده، به‌صراحت حکایت از تغییر رویکرد چین در مبارزه با انتشار گازهای گلخانه‌ای می‌کند؛ زیرا در بند دوم از بخش یکم آن، رسیدن به قله انتشار دی‌اکسیدکربن^۴ تا پیش از سال ۲۰۳۰ و متعاقباً رسیدن به وضعیت کربن-خنثی^۵ پیش از سال ۲۰۶۰، به‌عنوان اصلی‌ترین هدف کشور معین شده است (PRC, 2021: 2). وضعیت کربن-خنثی یا کربن-صفر^۶ به حالتی اطلاق می‌شود که در یک منطقه جغرافیایی میزان انتشار و جذب دی‌اکسیدکربن به توازن برسد و اختلاف کمی میان این

-
1. Environmental Impact Assessment Law
 2. Nationally Determined Contributions (NDC)
 3. The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)
 4. CO2 Emissions Peak
 5. Carbon Neutrality
 6. Net Zero CO2 Emission

دو عنصر صفر شود. در ادامه بخشی از قوانین و مقررات جدید چین در این حوزه را از نظر می‌گذرانیم.

۱-۱. الزامات مرتبط با کربن در مطالعات امکان‌سنجی پروژه‌ها

یکی از اقدامات جدید قانونی کشور چین که واجد اثرگذاری مستقیم بر صنایع پالایشگاهی و پتروشیمی این کشور است، تدوین و انتشار آیین‌نامه گزارش مطالعات امکان‌سنجی پروژه‌های سرمایه‌گذاری^۱ است. این آیین‌نامه در مارس سال ۲۰۲۳ به تصویب کمیسیون ملی اصلاح و توسعه^۲ چین رسید و هدف از تصویب آن، بهبود کیفیت پروژه‌های سرمایه‌گذاری و رسیدن به توسعه پایدار و پاک عنوان شد (NDRC, 2023: Para.2). درخصوص تکالیف جدید شرکت‌های دولتی و خصوصی ذیل این آیین‌نامه، تاکنون کمیسیون فوق به انتشار سه سند با موضوع نحوه تنظیم گزارش‌های مطالعات امکان‌سنجی در پروژه‌های سرمایه‌گذاری دولتی و شرکت‌های خصوصی اقدام کرده است.

در اولین سند که مرتبط با طرح کلی گزارش‌های مطالعات امکان‌سنجی درخصوص پروژه‌های سرمایه‌گذاری دولتی است، تعهدات و الزامات متعددی در ارتباط با انتشار دی‌اکسیدکربن برای صاحبان پروژه پیش‌بینی شده است. این سند اشعار می‌دارد که در بخش دوم گزارش مطالعات امکان‌سنجی که «پیشینه و ضرورت پروژه» نام دارد، باید اطلاعاتی از قبیل میزان صرفه‌جویی پروژه از حیث مصرف انرژی، میزان کاهش انتشار آلاینده‌ها، قله انتشار کربن و وضعیت کربن- صفر پروژه ارائه شود (NDRC, 2023: Sec.2). همچنین، در بخش چهارم با عنوان عناصر طرح، صاحب پروژه موظف به بررسی مصرف انرژی، شدت انتشار کربن به‌ازای تولیدات پروژه و مقدمات لازم برای کاهش آلودگی است. به‌عنوان یک تکلیف خاص نیز پروژه‌های مشمول این آیین‌نامه

1. Feasibility Study Report of Investment Projects
2. National Development and Reform Commission (NDRC)

مؤلف هستند در گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی طرح خود، میزان انتشار آلاینده‌ها و روش‌های کاهش انتشار را نیز برآورد و گزارش کنند (NDRC, 2023: Sec.8(3)). قرارگرفتن بخشی با عنوان «ارزیابی قله کربن و کربن - صفر» در گزارش مطالعات امکان‌سنجی، از دیگر دستاوردهای نوین این سند است. توضیح آنکه، آن دسته از پروژه‌هایی که مصرف انرژی یا میزان انتشار آلاینده‌ها بالا دارند، باید سالیانه میزان انتشار کربن را در پروژه خود محاسبه کنند. همچنین آنها باید برنامه‌ای با عنوان کنترل انتشار کربن تدوین کنند و در این برنامه، به تشریح اثر پروژه بر حصول وضعیت کربن - صفر در منطقه محل احداث بپردازند (NDRC, 2023: Sec. 8(5)).

در دومین سند با موضوع گزارش مطالعات امکان‌سنجی در پروژه‌های سرمایه‌گذاری شرکت‌های خصوصی چین، تمامی الزامات زیست‌محیطی مذکور در پروژه‌های دولتی مجدداً برای آن دسته از طرح‌هایی که صاحبان آن بخش خصوصی است تکرار شده است. سند سوم نیز به شکل توصیفی، دستورالعمل نگارش بخش‌های مختلف گزارش مطالعات امکان‌سنجی را تشریح کرده است. به عنوان مثال، سند فوق درخصوص بخش «ارزیابی قله کربن و کربن - صفر» بیان می‌دارد که در این بخش باید علاوه بر تخمین میزان انتشار کربن و شدت انتشار آن به ازای هر واحد از تولیدات پروژه به شکل سالیانه، روش‌های کاهش انتشار کربن در محل احداث پروژه نیز ارائه شود (NDRC, 2023: Sec.8).

۱-۲. مجوز انتشار آلاینده

پیشینه ایجاد سازکاری اختصاصی را برای نظارت بر انتشار آلودگی می‌توان در دومین برنامه کنترل آلودگی هوا با نام دفاع از آسمان آبی^۱ جست‌وجو کرد. این برنامه که در سال ۲۰۱۸ به تصویب شورای دولتی چین رسید، ضمن تعیین یک ضرب‌الاجل سه

ساله مقرر کرد که تا پایان سال ۲۰۲۰ اقدامات عملی در خصوص کاهش آلودگی هوا صورت پذیرد. اقدامات عملی موصوف عبارت‌اند از: افزایش کنترل بر آلودگی‌های صنعتی؛ افزایش ضمانت اجرای ناشی از تخلفات حوزه آلودگی هوا؛ متوقف ساختن فرآیند تولید در واحدهای متخلف؛ آغاز به کار سیستم مجوز انتشار آلاینده با پوشش تمامی منابع ثابت انتشار آلودگی و اتمام صدور مجوزهای انتشار آلاینده (State Council, 2018: Art.1.Para.7). با تصویب و انتشار برنامه فوق، تلاش‌ها در جهت تأسیس مجوز انتشار آلاینده تسریع شد و جنبه عملی به خود گرفت. همچنین در این برنامه ضمن اشاره صریح به صنایع پتروشیمی، مقرر شد که هرگونه گسترش، نوسازی یا تأسیس واحدهای صنعتی در این حوزه باید منطبق با الزامات گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی صورت پذیرد (State Council, 2018: Art.1.Para.4). سرانجام در نهم دسامبر سال ۲۰۲۰، شورای دولتی ضمن تصویب مقررات اجرایی مجوزهای انتشار آلاینده،^۱ گامی بزرگ در جهت مدیریت زیست‌محیطی جدید کشور چین برداشت. این مقررات که از مارس ۲۰۲۱ در وضعیت لازم‌الاجراست، با هدف نظام‌مندسازی رفتار شرکت‌ها و تولیدکنندگان نسبت به انتشار و کنترل آلودگی در سراسر کشور و بهبود وضعیت محیط‌زیست تصویب شده است (State Council, 2020: Art.1).

به شکل کلی، سازکار اخذ مجوز انتشار آلاینده از دو بخش مهم تشکیل می‌شود که عبارت‌اند از: تعهدات واحدهای آلاینده و گزارش‌دهی (EU China Environment Project, 2021: 20). درخصوص تعهدات واحدها، به‌صراحت ماده دوم مقررات فوق، از ابتدای مارس ۲۰۲۱، هیچ شرکت یا تولیدکننده‌ای بدون اخذ مجوز انتشار آلاینده حق انتشار آلودگی نخواهد داشت. برای صدور مجوز و دسته‌بندی واحدهای انتشار آلاینده، ضوابطی مانند صحت گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی، انتشار آلاینده و پایش و اندازه‌گیری آن طبق ضوابط فنی ابلاغ‌شده مورد بازرسی قرار می‌گیرد. همچنین، ماده ۱۳

مقررات موصوف اشعار می‌دارد که به منظور افزایش نظارت و اثرگذاری مجوز انتشار، مواردی از قبیل انواع، شدت و حجم آلاینده‌های قابل انتشار هر واحد، در مجوز درج می‌شود. مضافاً ضوابط حاکم بر پایش و اندازه‌گیری آلاینده‌ها، نحوه مدیریت آنها و حفظ سوابق زیست محیطی واحد، در مجوز معین خواهد شد. به نحوی که به صراحت ماده ۱۷، مجوز انتشار آلاینده، اصلی‌ترین مبنای نظارت بر عملکرد زیست محیطی واحدها خواهد بود. براساس تقسیم‌بندی مذکور در این مقررات، واحدها از حیث مدیریت انتشار آلاینده به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف. آن دسته از واحدهایی که آلاینده‌های منتشره آنها اثر وسیع بر محیط زیست دارد، مؤظف به اعمال مدیریت کلیدی^۱ هستند؛

ب. واحدهایی که میزان انتشار آلاینده‌های پایین و اثرگذاری کم بر محیط زیست دارند، اقدام به مدیریت ساده^۲ خواهند کرد (State Council, 2020: Art.2)

واحدهای مشمول مدیریت کلیدی مؤظف به نصب و استفاده از ابزارآلات اندازه‌گیری آلاینده خودکار هستند. این تجهیزات خودکار باید به شکل برخط به شبکه نهاد ناظر متصل شود تا نظارت بر انتشار آلاینده از ناحیه واحدهای انتشار آلاینده کلیدی سهل‌تر شود. حال آنکه، چنین تکلیفی برای واحدهای مشمول مدیریت ساده معین نشده است (State Council, 2020: Art.20) ضمانت اجرای عدم رعایت تکالیف مذکور در مقررات اجرایی مجوز انتشار آلاینده، از جمله نگرفتن مجوز انتشار یا انتشار آلاینده به میزانی بیش‌تر از آنچه در مجوز معین شده، سنگین و به صراحت مواد ۳۳ تا ۳۶، جریمه نقدی تا یک میلیون یوان و توقف فعالیت واحد متخلف پیش‌بینی شده است.

درخصوص گزارش‌دهی از ناحیه واحدهای آلاینده، باید بیان کرد که به صراحت بند سوم از ماده هفتم مقررات فوق، یکی از پیش‌شرط‌های اصلی صدور مجوز انتشار آلاینده، خوداظهاری واحدها درخصوص نوع، شدت و حجم انتشار آلاینده است؛ البته،

-
1. Key Management
 2. Simplified Management

مرجع صدور مجوز از حق ارسال نهادهای بازرسی برای ارزیابی فنی اطلاعات ارائه شده از ناحیه واحدها برخوردار است (State Council, 2020: Art.10). به منظور تجمیع اطلاعات فوق براساس مصوبه مورخ ۲۹ مارس ۲۰۲۱، بستر ملی اطلاعات مجوز انتشار آلاینده^۱ را وزارت محیط زیست چین^۲ تأسیس کرده و تمامی اطلاعات اعم از گزارش های واحدها، مجوزهای انتشار و اطلاعات حاصل از ابزارآلات خودکار اندازه گیری آلاینده- که در واحدهای مشمول مدیریت کلیدی نصب خواهند شد- در این بستر تجمیع شده است (MEE, 2021: Sec. 2(1) & 2(5)). اطلاعات فوق مرتباً مورد صحت سنجی قرار خواهد گرفت و در صورت بروز تناقض یا تخلف، مرجع صدور مجوز حق بازرسی دارد (State Council, 2020: Art.27).

۳-۱. مقررات ناظر بر افشاء اطلاعات زیست محیطی شرکت ها

ایجاد الزاماتی در جهت انتشار اطلاعات زیست محیطی شرکت ها در چارچوب سیاست افشاء نام و شرمندسازی^۳ قابل تفسیر است. این سیاست که یکی از ابتکارات قانونی روزآمد در حوزه قوانین زیست محیطی است، در حکم نوعی ضمانت اجرای اجتماعی عمل می کند و در کنار قواعد سنتی حقوق از قبیل جزای نقدی و مسئولیت حقوقی، منتهی به اثراتی مانند توسعه فرهنگ حفاظت از محیط زیست، افزایش حس مسئولیت پذیری و ایجاد احساس شرمساری در متخلفان خواهد شد (پوربافرانی، همتی، ۱۳۹۵: ۳۵۸-۳۵۹). در کشور چین مقررات این حوزه به موجب مصوبه وزارت محیط زیست با عنوان افشاء قانونی اطلاعات زیست محیطی شرکت ها^۴ نظام مند شده است. این مصوبه که از فوریه سال ۲۰۲۲ لازم الاجرا شده است، شرکت های مکلف به افشاء اطلاعات زیست محیطی را معین می کند که عبارت اند از:

1. National Pollutant Discharge Permit Management Information Platform. Available at: <http://permit.mee.gov.cn/>
2. Ministry of Ecology and Environment (MEE)
3. Naming and Shaming
4. Administration of Legal Disclosure of Enterprise Environmental Information

- الف. واحدهای انتشار آلاینده کلیدی (موضوع مقررات اجرایی مجوز انتشار آلاینده)؛
- ب. شرکتهای مجرم یا مشمول جریمه در حوزه زیست محیطی به میزانی بیش از ۱۰۰ هزار یوان و تمامی شرکتهای فرعی؛
- پ. شرکتهایی که به دلیل تخلفات زیست محیطی محکوم به کاهش یا توقف تولیدات خود شده‌اند و تمامی شرکتهای فرعی؛
- ت. شرکتهایی که به دلیل تخلفات زیست محیطی محکوم به ابطال یک یا چند مجوز شده‌اند و تمامی شرکتهای فرعی؛
- ث. شرکتهایی که احدی از مدیران یا نمایندگان قانونی آنها به دلیل تخلفات زیست محیطی محکوم شده‌اند و تمامی شرکتهای فرعی (MEE, 2021: Art.7-8).
- مضافاً به صراحت ماده دهم مصوبه، شرکتهای دارای سوابق کیفری و حقوقی در حوزه محیط زیست به مدت سه سال متوالی، مؤظف به اجرای ضوابط این مصوبه خواهند بود. شرکتهای فوق به موجب ماده ۱۲، مؤظف به افشاء اطلاعات زیست محیطی در قالب گزارش سالیانه هستند که مهم‌ترین بخش‌های این گزارش به شرح ذیل است:
- الف. ارائه اطلاعات مرتبط با مدیریت زیست محیطی مانند مجوزهای اخذ شده، رقم سالیانه پرداختی به‌عنوان مالیات بر حفاظت محیط زیست و بیمه‌های حوزه محیط زیست؛
- ب. ارائه اطلاعات مرتبط با میزان انتشار کربن؛
- پ. ارائه اطلاعات مرتبط با تخلفات صورت گرفته در حوزه محیط زیست.
- همچنین، اگر در طول سال شرکتی در حوزه‌های مرتبط با محیط زیست مشمول مجازات‌های اداری شود یا مسئولیت حقوقی یا کیفری آن به اثبات رسد، مؤظف به تدوین و انتشار گزارش افشاء اطلاعات موقت ظرف پنج روز از زمان صدور حکم دادگاه یا مراجع اداری خواهد بود (MEE, 2021: Art.17).

۱-۴. مالیات بر انتشار آلودگی

بستر قانونی پرداخت مالیات به واسطه انتشار آلودگی در نظام حقوقی چین، قانون مالیات بر حفاظت زیست محیطی^۱ است. این قانون که در اکتبر سال ۲۰۱۸ اصلاح شده است، مقرر می‌کند که به جهت کاهش انتشار آلاینده تمامی شرکت‌ها و تولیدکنندگان خصوصی و دولتی که به انتشار آلاینده‌های مشخصی اقدام نمایند، به‌عنوان مؤدیان مالیاتی، موظف به پرداخت مالیات هستند (NPC, 2018: Art.2)؛ البته پیش از اصلاح قانون فوق نیز دولت چین تلاش‌هایی ابتدایی برای تحمیل هزینه‌های ناشی از انتشار آلودگی بر منتشرکنندگان آن انجام داده بود. به‌عنوان مثال، در سال ۱۹۸۲ شورای دولتی ضمن تصویب آیین‌نامه اقدامات موقت درخصوص جمع‌آوری هزینه‌های انتشار،^۲ استاندارد مشخصی را از انتشار آلاینده معین و مقرر کرد که اگر واحدهای صنعتی به میزانی بیش از استاندارد ابلاغی، اقدام به انتشار آلودگی کنند، موظف به پرداخت هزینه هستند. اجرای مقررات فوق و کسب تجربه در این حوزه، منتهی به طراحی یک سازکار جامع با محوریت اخذ مالیات از منتشرکنندگان آلاینده در اصلاحیه قانون فوق شد.

درخصوص آلاینده‌های هوا، نحوه محاسبه مالیات بدین شکل است که در ابتدا براساس آیین‌نامه ماده ششم همین قانون با نام جدول آلاینده‌های مشمول مالیات و ارزش آن،^۳ آلاینده‌هایی که انتشار آنها مستلزم پرداخت مالیات شود و ارزش تولیدی هرکدام معین می‌شود. به‌عنوان مثال، در این آیین‌نامه گردوغبار به‌عنوان نوعی آلاینده معین شده است و انتشار هر چهار کیلوگرم توسط مودی، در حکم یک واحد آلاینده گردوغبار است. در قدم دوم، دولت به شکل رسمی و براساس صلاحدید خود، میزان مالیات را بر انتشار هر یک واحد از آلاینده‌های موضوع آیین‌نامه مشخص می‌کند و از طریق جمع واحدهای آلاینده منتشرشده مؤدیان، مالیات سالیانه معین می‌شود.

1. Environmental Protection Tax Law of China

2. Interim Measures of Emissions Charges Collection

3. Taxable Pollutants and Equivalent Values Table

همچنین، به عنوان یک سیاست تشویقی به جهت کاهش انتشار آلودگی، قانون مقرر می کند که چنانچه میزان انتشار آلاینده های هوای مؤدیان به میزان ۳۰ درصد کمتر از رقم اعلامی سالیانه دولت باشد، حداکثر رقم مالیات مؤدیان ۷۵ درصد معین شده و اگر آلاینده های منتشره مؤدی به کمتر از ۵۰ درصد از میزان اعلامی دولت برسد، تخفیف در مالیات قطعی تا ۵۰ درصد خواهد بود (NPC, 2018: Art.13). همچنین در این قانون نحوه احراز صحت گزارش های انتشار آلاینده از ناحیه مؤدیان، از طریق بازرسی یا مانند سازکار مجوز انتشار آلودگی، با تجهیزات اندازه گیری خودکار است (Wu, Chang, 2020: 79)؛ البته، لازم است ذکر شود که انتشار دی اکسید کربن تحت الشمول ضوابط فوق قرار نمی گیرد و در این خصوص، سازکار مجزایی پیش بینی شده است که در ادامه بررسی می شود. برخی از آلاینده های مهم جوی مندرج در آیین نامه و ارزش تولیدی هر کدام به شرح ذیل است:

جدول ۱-۱ آلاینده های مشمول مالیات به تفکیک ارزش تولیدی^۱

آلاینده های مشمول مالیات	ارزش تولیدی (کیلوگرم)
نیتروژن اکسید	۰,۹۵
کربن مونوکسید	۱۶,۷
گوگردی اکسید	۰,۹۵
کادمیم	۰,۰۳
تولوئن	۰,۱۸
زایلین	۰,۲۷
نیتروبنزن	۰,۱۷
هیدروژن سولفید	۰,۲۹
بنزن	۰,۰۵
نیکل	۰,۱۳
متان تیول	۰,۰۴
فرمالدهید	۰,۰۹

۱. برای مشاهده و مطالعه بیشتر در خصوص فهرست کامل آلاینده های مشمول مالیات و ارزش تولیدی آنها رک: NPC (2018). Environmental Protection Tax Law of China, Appendix 2, Para. 5.

۱-۵. سازکار تجارت انتشار کربن

تجارت انتشار کربن^۱ به‌عنوان روشی بازارمحور، طبق مصوبه کمیسیون ملی اصلاح و توسعه چین در اکتبر سال ۲۰۱۱ به شکل آزمایشی در هفت منطقه^۲ شروع به کار کرد. در این روش در ابتدا، سقف حجم انتشار کربن^۳ در یک استان برای یک دوره زمانی، معین و سپس، محدوده مجاز انتشار هرکدام از واحدهای منتشرکننده کربن در قالب سهمیه^۴ تعیین می‌شود. پس از تعیین سهمیه، واحدهای منتشرکننده اختیار دارند که میزان انتشار دی‌اکسیدکربن ناشی از فعالیت‌های خود را به نحوی کاهش دهند که در پایان دوره زمانی، بیش از سهمیه خود منتشر نکرده باشند یا در غیر این صورت، سهمیه سایر واحدها را بر مبنای یک قیمت توافقی خریداری کنند (Chen, 2015: 17). تا پایان سال ۲۰۱۹، ۳۶۸ میلیون تن سهمیه انتشار دی‌اکسیدکربن در چارچوب برنامه‌های آزمایشی و به ارزش تقریبی ۸,۱۲۸ میلیارد یوان معامله شد. همچنین، در تمامی شهرها و استان‌های تحت‌الشمول برنامه آزمایشی، به استثنای شژن، صنایع شیمیایی، پالایشگاهی و پتروشیمی به‌عنوان بخش‌های آلاینده، مخاطب برنامه تجارت انتشار کربن قرار گرفته بودند (PRC, 2021: Art.1(4)). موفقیت در برنامه‌های آزمایشی تجارت کربن، چین را بر آن داشت که به‌سمت طراحی این برنامه به شکل ملی، گام بردارد. درنهایت، برنامه ملی تجارت انتشار کربن مستند به آیین‌نامه وزارت محیط‌زیست با عنوان اقدامات اجرایی تجارت انتشار کربن^۵ در ژوئیه ۲۰۲۱ رسماً آغاز به کار کرد (Xiaoying, 2023). برنامه تجارت انتشار کربن در سطح ملی با هدف توسعه کم‌کربن، کاهش گازهای گلخانه‌ای و افزایش نقش سازکارهای بازاری در مقابله با تغییرات اقلیمی تأسیس شده است. براساس مصوبه فوق، هر واحد منتشرکننده

-
1. Carbon Emission Trade
 2. Guangdong, Hubei, Beijing, Tianjin, Shanghai, Chongqing, Shenzhen
 3. Carbon Emission Cap
 4. Allowance
 5. Measures for the Administration of Carbon Emissions Trading

گازهای گلخانه‌ای که واجد شرایط زیر باشد مکلف به اجرای ضوابط مصوبه خواهد بود:

الف. تمامی فعالان در آن دسته از صنایعی که صراحتاً دولت آنها را تحت‌الشمول برنامه ملی قرار دهد.

ب. آن دسته از واحدهایی که حجم انتشار گازهای گلخانه‌ای آنها برابر با ۲۶ هزار تن باشد (MEE, 2020: Art.8).

هر واحد یا صنعتی که در برنامه ملی گنجانده شود، از برنامه‌های منطقه‌ای و آزمایشی حذف می‌شود و مکلف به تطبیق وضعیت خود با الزامات برنامه ملی خواهد بود؛ البته تا زمان اعلام دولت، برنامه‌های منطقه‌ای تجارت انتشار کربن هم‌زمان و به موازات برنامه ملی لازم‌الاجرا هستند و صرفاً صنایعی که دولت اعلام کند از شمول آنها خارج خواهد شد (ICAP, 2022: 1). نحوه تخصیص سهمیه در برنامه ملی بدین شکل است که در ابتدا، وزارت محیط‌زیست سهمیه انتشار کربن را در هر استان به تفکیک معین می‌کند. سپس ادارات استانی زیرمجموعه وزارتخانه، براساس سهمیه استانی و برنامه تخصیص، میزان دقیق سهمیه انتشار کربن هر واحد صنعتی را معین و ابلاغ می‌کنند. براساس مصوبه وزارت محیط‌زیست چین با موضوع طراحی برنامه تخصیص، اداره‌های استانی موظف هستند در تعیین سهمیه واحدها، از روش معیارگیری^۱ استفاده کنند. در روش معیارگیری، یک دهک از واحدهای مشمول برنامه که بیشترین تولید را داشته‌اند، معین و حجم انتشار آنها به‌ازای هر واحد از تولید، محاسبه و به‌عنوان معیار پذیرفته می‌شود (MEE, 2021: Sec.1-4). به عبارت بهتر، معیار انتشار دی‌اکسیدکربن، از طریق تقسیم کربن منتشره دهک بالای تولیدی بر حجم تولید آنها مشخص می‌شود و همان معیار، بر سایر شرکت‌ها نیز اعمال خواهد شد. سهمیه ابلاغی رایگان است اما دولت این اختیار را نیز دارد که به صلاحدید خود نسبت به اخذ وجه نیز برای صدور سهمیه اقدام نماید (MEE, 2020: 1).

Art.14-15). با این حال، تاکنون دولت چین در برنامه تجارت انتشار کربن در سطح ملی، به سمت اخذ وجه برای سهمیه پیش نرفته است.

همچنین، ماده ۲۵ مصوبه مقرر می‌دارد که واحدهای مشمول سهمیه موظف هستند تا تاریخ ۳۱ مارس هر سال، براساس ضوابط فنی اعلامی وزارت محیط‌زیست، گزارش میزان انتشار کربن و سایر گازهای گلخانه‌ای خود را تسلیم کنند. وظیفه تأیید گزارش‌ها به عهده ادارات استانی است. پس از تأیید گزارش و قطعی شدن میزان انتشار، هر واحد موظف است تا تاریخ اعلامی وزارتخانه، نسبت به تسویه سهمیه انتشار خود اقدام نماید. درگاه ملی ثبت و انجام معاملات ناظر بر تجارت انتشار کربن، بورس انرژی و محیط‌زیست شانگهای^۱ نام دارد (Luyue, 2022)؛ البته به‌صراحت ماده ۲۹ مصوبه، واحدها می‌توانند علاوه بر امکان خرید سهمیه استفاده‌نشده سایر تولیدکنندگان، از طریق طرح تأییدشده کاهش انتشار چین^۲ نیز نسبت به تسویه تعهدات کربنی خود اقدام کنند. این طرح که در سال ۲۰۱۲ و براساس آیین‌نامه کمیسیون ملی اصلاح و توسعه چین ایجاد شد، یک سازکار مکمل است که به تولیدکنندگانی که با استفاده از روش‌های پاک در عدم انتشار کربن ناشی از فعالیت‌های خود موفق بوده‌اند، این امکان را می‌دهد که با ثبت میزان دقیق کربن‌زدایی و اخذ گواهی از کمیسیون فوق، نسبت به فروش گواهی به واحدهای متشرکننده کربن براساس قیمت توافقی، اقدام کنند (NDRC, 2012: Art.13)؛ البته در حال حاضر، شرط بهره‌مندی واحدهای مشمول برنامه ملی تجارت انتشار کربن از گواهی‌های موضوع طرح تأییدشده کاهش انتشار این است که فقط پنج درصد از سهمیه کربن هر واحد از طریق این طرح تسویه شود (MEE, 2020: Art.29). از حیث تشریفات نیز، به موجب مصوبه وزارت محیط‌زیست، آن دسته از متشرکنندگان کربن که درصدد تسویه تعهدات خود از طریق خرید گواهی‌های صادره در طرح تأییدشده کاهش انتشار هستند، باید در سامانه ملی ثبت‌نام

1. Shanghai Environment and Energy Exchange (SEEE)
2. China Certified Emission Reduction Scheme (CCER)

کاهش اختیاری انتشار^۱ حساب افتتاح کنند و معاملات خود را از طریق این سامانه انجام دهند (State Council, 2021: Para.3). لازم است ذکر شود که طرح تأییدشده کاهش انتشار چین به مدت پنج سال (۲۰۱۲-۲۰۱۷) در این کشور اجرا شد، اما به دلیل عدم رشد و توسعه سازکار تجارت انتشار کربن در آن سال‌ها، صرفاً ۳۲ میلیون تن معامله کربن از طریق این مکانیسم به عمل آمد. در نتیجه، دولت چین از سال ۲۰۱۷، گواهی جدیدی ذیل طرح تأییدشده کاهش انتشار صادر نکرد. اما با آغاز برنامه ملی تجارت انتشار کربن شرایط به کلی تغییر یافت. به نحوی که، فقط در سال اول اجرایی‌شدن برنامه ملی تجارت انتشار کربن، ۳۳ میلیون تن معامله از طریق سازکار طرح تأییدشده کاهش انتشار به عمل آمد، که بیشتر از مجموع پنج سال عملکرد این طرح در سال‌های ۲۰۱۲ تا ۲۰۱۷ بوده است (Nan, 2022). با گسترش هرچه بیشتر برنامه ملی تجارت انتشار کربن، نقش طرح تأییدشده کاهش انتشار نیز به‌عنوان نهاد مکمل این برنامه پررنگ‌تر خواهد شد. چنانکه برآوردها نشان می‌دهد تا سال ۲۰۲۵، معاملات به ارزش ۲٫۸ میلیارد دلار امریکا از طریق طرح تأییدشده کاهش انتشار صورت خواهد گرفت (Lican, 2023).

به‌منظور اطمینان از حسن اجرای برنامه تجارت انتشار کربن در سطح ملی، ضمانت‌اجراهای قاطعانه‌ای را دولت پیش‌بینی کرده است. ماده ۳۹ از آیین‌نامه اقدامات اجرایی تجارت انتشار کربن مقرر داشته است که چنانچه واحدهای مشمول، گزارش انتشار کربن خود را تسلیم نکنند یا در آن به شکل متقلبانه و دروغین حجم انتشار را کمتر جلوه دهند، علاوه بر جریمه نقدی از ۱۰ هزار تا ۳۰ هزار یوان، اداره ذی‌صلاح دولتی نسبت به محاسبه میزان واقعی انتشار اقدام و از سهمیه سال آتی واحدهای متخلف کسر خواهد کرد. همچنین با استناد به ماده ۴۰ آیین‌نامه مذکور، هر واحدی که از پرداخت و تسویه تعهدات کربنی خود در مدت زمان مقرر شده باز بماند، مشمول جریمه نقدی از

1. National Voluntary Emission Reduction Registration System

۲۰ هزار تا ۳۰ هزار یوآن می‌شود و اداره دولتی ذی‌صلاح، تعهد موصوف را از سهمیه انتشار کربن واحد متخلف در سال آتی کسر می‌کند. علاوه بر آن، سهمیه انتشار هر واحد صنعتی که مرتکب تخلفات ذیل شود، ابطال خواهد شد:

الف. هرگونه ساخت‌وساز در واحد صنعتی که برخلاف قوانین و مقررات ملی یا استانی صورت پذیرد؛

ب. توجه نکردن به دستور تعطیلی واحد صنعتی که از ناحیه مقامات ملی یا استانی ذی‌صلاح صادر شود؛

پ. نگرفتن مجوز انتشار آلاینده یا منتشر نکردن گزارش‌هایی که در زمره تکالیف واحدها ذیل مجوز انتشار آلاینده قرار دارد (MEE, 2021: Sec.8(2)).

به دلیل رشد خیره‌کننده فعالیت‌های صنعتی در فرآیند توسعه کشور چین، بیشترین میزان انتشار دی‌اکسیدکربن را صنایع به وجود می‌آورند. به نحوی که آمارها حکایت از سهم ۶۶ درصدی این بخش از اقتصاد در انتشار دی‌اکسیدکربن دارد (Ohshita et al, 2015: 4). بر همین اساس، فاز اول برنامه ملی تجارت انتشار کربن صرفاً درخصوص صنعت برق و با مشارکت آن دسته از واحدهایی اجرایی شد که در این حوزه صنعتی فعال بودند و به میزان ۲۶ هزار تن انتشار کربن در یک دوره یک‌ساله و در بازه زمانی ۲۰۱۳ تا ۲۰۱۹ داشتند (ICAP, 2022: 3). براساس معیارهای فوق، ۲۱۶۲ واحد صنعتی تحت‌الشمول فاز اول برنامه قرار گرفتند که ثمره آن معامله ۱۷۸,۷۹ میلیون تن سهمیه کربن به ارزش هفت و شش دهم میلیارد یوآن بوده است (Li, Yao, Wang, 2022: 3-). علاوه بر آن، طبق مصوبات وزارت محیط‌زیست، صنایع دیگری مانند پالایشگاه‌ها، پتروشیمی، ساختمان‌سازی، فولاد، فلزات غیرآهنی، کاغذسازی و هوانوردی در زمره صنایعی هستند که به‌زودی مشمول برنامه ملی تجارت انتشار کربن قرار خواهند گرفت (MEE, 2021: Para.1). برآوردها حکایت از آن می‌کند که با اجرایی شدن کامل برنامه ملی تجارت انتشار کربن در تمامی صنایع مذکور، کشور چین تبدیل به بزرگ‌ترین بازار تجارت دی‌اکسیدکربن در جهان خواهد شد (IEA, 2020: 64).

۲. اثرگذاری نظام جدید زیست‌محیطی چین بر بازار نفت خام

براساس آمارهای سال ۲۰۲۳، چین با در اختیار داشتن ظرفیت پالایشگاهی به میزان ۱۹,۸ میلیون بشکه در روز، یکی از کشورهای اصلی جهان از حیث گستردگی بخش پایین‌دستی صنعت نفت است؛ بنابراین برای تأمین خوراک این ظرفیت عظیم، کشور چین در سال‌های ۲۰۲۱ و ۲۰۲۲ روزانه ۱۰,۳ و ۱۰,۲ میلیون بشکه واردات نفت خام داشته است (IEA, 2023: 3&12). بدنه اصلی بخش پالایشگاهی و پتروشیمی کشور چین را شرکت‌های دولتی تشکیل می‌دهند. تسلط چشمگیر این شرکت‌ها بر بخش پایین‌دستی صنعت نفت، منتهی به امتیازات ویژه‌ای برای آنها نیز شده است. چنانکه امروزه، پنج شرکت دولتی نفتی چین به نام‌های چایناویل^۱، یونیک^۲، سینوک^۳، سینوکم^۴ و ژوهای‌ژنرونگ^۵ بدون نیاز به گرفتن مجوز و محدودیت کمی، امکان واردات نفت خام را به کشور دارند (WTO, 2001: 2).

با این حال، در کنار تسلط بازیگران دولتی، قسمت کوچکی از صنایع پالایشگاهی و پتروشیمی نیز در اختیار پالایشگاه‌های مستقل موسوم به «قوری چای» است. امروزه بیش از ۶۸ درصد پالایشگاه‌های مستقل در استان شاندونگ^۶ واقع شده‌اند و استان شنشی^۷ نیز میزان حدود ۱۰ درصد از آنهاست (Downs, 2017: 7). از اواسط سال ۲۰۱۵، دولت چین تصمیم به اختصاص سهمیه واردات نفت خام به پالایشگاه‌های مستقل چینی گرفت. متعاقب این تغییر رویکرد، تا پایان سال ۲۰۱۶، ۱۹ پالایشگاه مستقل روزانه حدود یک و نیم میلیون بشکه سهمیه واردات اخذ کردند (Downs,

1. China Oil Co.

2. China International United Petroleum & Chemicals Co. (UNIPEC)

3. China National Offshore Oil Corporation (CNOOC)

4. China National Chemical Import and Export Corporation (SINOCEM)

5. Zhuhai Zhen Rong Co.

6. Shandong

7. Shaanxi

4: 2017). در نتیجه امروزه پالایشگران مستقل نیز به عنوان خریداران نفت خام، در بازارهای بین‌المللی مشغول فعالیت هستند.

اهمیت شناخت بازار نفت چین زمانی آشکار می‌شود که بدانیم امروزه، چین بزرگ‌ترین مشتری نفت ایران است (Blas, 2023). براساس آمارهای شرکت تحلیل داده کیپلر، حجم صادرات نفت خام ایران به چین در اوت سال ۲۰۲۳ به رقم ۱,۵ میلیون بشکه در روز رسید که بیشترین میزان صادرات نفت ایران به چین از سال ۲۰۱۳ به بعد تلقی می‌شود (Bloomberg, 2023)؛ بنابراین نفت خام ایران در وضعیت فعلی، حدود ۱۰ درصد از بازار چین را به خود اختصاص می‌دهد. در این میان، خریداران اصلی نفت کشور ما نه پالایشگران و پتروشیمی‌های دولتی این کشور، بلکه پالایشگران مستقل چینی هستند (Bloomberg, 2023). اصلی‌ترین علت این مسئله نیز تحریم‌های امریکا علیه ایران است. به شکل خلاصه، در شرایط عادی و غیرتحریمی، عمده‌ترین مشتریان نفت خام ایران، پالایشگران دولتی چین (با مالکیت شرکت‌های دولتی) هستند، اما در وضعیت تحریم، پالایشگران دولتی از خرید نفت خام ایران خودداری می‌نمایند (رضوی، امین‌زاده، سالاری، ۱۴۰۳: ۲۱۱). حضور این شرکت‌ها در بازارهای متعدد جهانی و بورس‌های بین‌المللی سبب شده است خطرپذیری آنان درخصوص معامله با ایران ممکن نباشد. در طرف مقابل، پالایشگران مستقل اساساً منفعت خاصی در عرصه جهانی ندارند و بازار آنان محدود به کشور چین است؛ بنابراین، بخش اعظمی از خوراک خود را از طریق خرید نفت کشورهای تحت تحریم مانند ایران تأمین می‌کنند.

۱-۲. درونی‌سازی هزینه‌های زیست‌محیطی

یکی از اصول حاکم بر نظام حقوقی نوین چین در جهت پاسخگویی به چالش‌های مرتبط با محیط‌زیست، بهره‌مندی از سیاست درونی‌سازی هزینه‌های زیست‌محیطی^۱

است. مبنای این سیاست را می‌توان در قالب اصل الزام آلوده‌کننده به پرداخت^۱ مندرج در اصل ۱۶ از بیانیه ریو درباره محیط‌زیست و توسعه جست‌وجو کرد که اشاره مستقیم به پرداخت نوعی از هزینه یا عوارض مترتب بر آلودگی^۲ توسط آلوده‌کنندگان با هدف حفظ منافع عمومی دارد (موسوی، شیرمزدی دزکی، ۱۳۹۴: ۹۷). براساس مفاد اصل الزام آلوده‌کننده به پرداخت، آن دسته از تولیدکنندگانی که فعالیت‌هایشان منتهی به بروز خسارات و آلودگی محیط‌زیست می‌گردد موظفند نسبت به پرداخت هزینه‌های پیشگیری، تدابیر پاکسازی و جبران آلودگی‌های زیست‌محیطی اقدام کنند (مولائی، ۱۳۹۹: ۲۷۸). مکانیسم‌های تجارت انتشار کربن و مالیات بر انتشار آلودگی در زمره سیاست‌هایی عملی برای به کارگیری اصل فوق قلمداد می‌شوند.

اهمیت سازکار مالیات بر انتشار آلودگی و اثر آن بر مصرف‌کنندگان نفت زمانی آشکار می‌شود که بدانیم تمامی آلاینده‌های مندرج در جدول ۱-۱، در حین فعالیت‌های پالایشگاهی و پتروشیمی تولید می‌شوند. توضیح آنکه در عالم صنعت، پالایشگاه‌های نفت اصلی‌ترین منبع انتشار آلاینده‌هایی از قبیل زایلین، تولوئن، بنزن، نیتروژن‌اکسید، کربن‌مونوکسید، هیدروژن‌سولفید، گوگرددی‌اکسید و متان هستند (جمال، غلامپور، قریشی، ۱۳۸۵: ۲). گازهایی مانند نیتروژن‌اکسید، کربن‌مونوکسید و اکسیدگوگرد از علل اصلی باران‌های اسیدی و گازهای متان و کربن‌چنانکه می‌دانیم به دلیل ایجاد اثر گلخانه‌ای، از عوامل گرمایش زمین هستند (احمدی، برنا، مرشدی، ۱۴۰۱: ۲۹۶). همچنین امروزه انتشار گازهای حاوی کادمیم، کروم و نیکل در تأسیسات پتروشیمی و اثرات جبران‌ناپذیر آنها بر محیط‌زیست و سلامت انسان، کاملاً اثبات شده است (کشمیری و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۶۳). مضافاً، مهم‌ترین مصادیق آلاینده‌های مخاطره‌آمیز هوا،^۳ فرمالدهید، بنزن و هیدروژن‌سولفید هستند که منبع اصلی انتشار آنها نیز

-
1. Polluter Pays Principle
 2. Pollution Levies
 3. Hazardous Air Pollutants (HAPs)

فعالیت‌های پالایشگاهی است (موسویون، پورخباز، ۱۳۹۶: ۵). سامانه مشعل^۱ در پالایشگاه‌های نفتی هم یکی از بخش‌های بزرگ آلوده‌کننده هواست که گازهایی از قبیل کربن مونوکسید، آرگون و متان از آن متصاعد می‌شود (جعفری، جعفری، مبرقی، ۱۳۹۰: ۵). سوزاندن ضایعات و مواد سوختی موجود در پالایشگاه‌ها نیز باعث ایجاد انواع دوده‌ها و گردوغبارها می‌شود که در جدول فوق برخی از مصادیق آنها مشمول مالیات قرار گرفته‌اند. در حال حاضر، نرخ مالیات ناظر بر انتشار آلاینده‌های فوق، ۱,۲ تا ۱۲ یوآن، به ازای هر واحد، تعیین شده است (NPC, 2018: Appendix 1). همچنین از آنجایی که احتمال ورود برخی از آلاینده‌های مجتمع‌های پالایشگاهی و پتروشیمی به منابع آبی نیز وجود دارد، ضمیمه دوم از «جدول آلاینده‌های مشمول مالیات و ارزش آن» به میزان مالیات آلاینده‌های آبی اختصاص پیدا کرده است. توضیح آنکه، ورود آلاینده‌هایی از قبیل کادمیم، نیکل، ترکیبات گوگردی، فرمالدهید، نیتروبنزن، بنزن و هر نوع از نفت و مشتقات نفتی به منابع آبی ممنوع بوده و مشمول مالیات بیشتری به میزان ۱,۴ یوآن تا ۱۴ یوآن به ازای هر واحد است (NPC, 2018: Appendix 2)؛ بنابراین، چنین می‌توان استدلال کرد که سازکار گرفتن مالیات بابت انتشار آلاینده مستقیماً بر هزینه‌ای پالایشگاهی و پتروشیمی اثرگذار است.

برنامه تجارت انتشار کربن هم از دیگر مصادیق بارز درونی‌سازی هزینه‌های زیست‌محیطی است. توضیح آنکه در ادبیات حقوقی، یکی از روش‌های پیگیری سیاست‌های زیست‌محیطی، دستور و نظارت یا قواعد مستقیم^۲ نامیده می‌شود. در این روش، دولت ضمن اعمال محدودیت علیه مخاطبان خود از طریق تعیین ضمانت اجراهای مختلف حقوقی و کیفری، درصدد بهبود وضعیت زیست‌محیطی صنعت برمی‌آید. تعیین سقف انتشار، یک نمونه از مصادیق سیاست دستور و نظارت است که در آن دولت می‌تواند ضمن کاهش تدریجی سهمیه‌های ابلاغی در طول زمان، حجم

1. Flare System

2. Direct Regulations

انتشار آلاینده را کاهش دهد (Wu, Chang, 2020: 115). اما در روش دیگر که مبتنی بر بازار است، مخاطبان سیاست‌های زیست محیطی به منظور کسب سود و منفعت بیشتر، به سمت پیگیری و حصول سیاست‌های دولت پیش می‌روند. به عبارت بهتر، منافع عمومی با منافع خصوصی شرکت‌ها در یک جهت قرار می‌گیرد. با این توضیحات ملاحظه می‌شود که برنامه تجارت انتشار کربن، سازگاری است که وجه بازاری را در خود جای می‌دهد، لذا از لحاظ تئوری، علت اصلی موفقیت برنامه تجارت انتشار کربن، گره زدن منافع و سود و زیان صنایع با اقدامات پیشگیرانه زیست محیطی است. چراکه در برنامه تجارت انتشار کربن، سهمیه انتشار تبدیل به یک سند یا مجوز بهادار می‌شود. به عبارت بهتر، آن دسته از واحدهای صنعتی که کمتر از سهمیه خود اقدام به انتشار کربن کنند، می‌توانند سهمیه اضافی خود را به دیگر واحدها بفروشند و کسب درآمد نمایند (Wu, Fan, Xia, 2016: 129). در نتیجه با پیگیری رویکرد فوق، علاوه بر تحقق سیاست‌های زیست محیطی، تمامی شرکت‌ها و صنایع نیز درصدد بهبود وضعیت خود از حیث انتشار دی‌اکسید کربن خواهند بود. چراکه شرکت‌های دارای سهمیه اضافی می‌توانند در یک بازار غیردستوری، از سهمیه انتشار خود درآمدزایی کنند و شرکت‌های نیازمند خرید سهمیه نیز به دلیل اثرگذاری مستقیم انتشار کربن بر سود خالص خود، انگیزه بیشتری برای بهبود وضعیت زیست محیطی پیدا می‌کنند.

در ارتباط با سازکار تجارت انتشار کربن نیز باید توجه داشت که براساس آمارهای سال ۲۰۲۰، صنعت پالایشگاهی و پتروشیمی چین با انتشار ۵ درصد از مجموع دی‌اکسید کربن این کشور پس از صنایع برق و فولاد، در جایگاه سوم قرار دارد (Wang et al, 2021: 727)، لذا قطع به یقین در آتی‌های نزدیک تمامی پالایشگاه‌ها و پتروشیمی‌های کشور نیز مشمول برنامه تجارت انتشار کربن می‌شوند. با اجرایی شدن این برنامه علیه صنایع نفتی، فرآیند حذف پالایشگران مستقل سرعت بیشتری خواهد گرفت؛ زیرا تجربه اتحادیه اروپا در تجارت انتشار کربن ثابت کرده است که این مکانیسم در کوتاه مدت، از طریق ایجاد انگیزه‌های مالی برای واحدهای آلاینده، منتهی

به ایجاد یک تغییر نسل در ابعاد فنی صنعت و حرکت به سمت بهره‌وری بیشتر می‌شود. همچنین، در بلندمدت نیز برنامه تجارت انتشار کربن از طریق اعمال فشار بر واحدهایی که در برابر تغییرات مقاومت کنند، منتج به توقف تولید و خروج واحدهای کوچک و فاقد بهره‌وری از عالم صنعت خواهد شد (IEA, 2020: 12).

۲-۲. حذف تدریجی بازار نفت فوق‌سنگین و نفت کوره

یک نمونه از چالش‌های دولت چین با پالایشگران مستقل، استفاده از انواع سنگین نفت در میان این دسته از پالایشگران است. بهره‌مندی از چنین نفتی هرچند در گذشته همگام با سیاست امنیت انرژی چین بوده، هزینه‌های زیست‌محیطی متعدد مانند انتشار گازهای گلخانه‌ای و افزایش آلودگی هوا را نیز در پی داشته است. در حال حاضر، میزان استفاده از نفت کوره نیز در میان پالایشگران مستقل چین بسیار بالاست. نکته مهم اینکه، به نظر می‌رسد سیاست‌های حقوقی جدید چین مبنی بر کاهش آلودگی و اعمال فشار بر صنایع آلاینده و پرمصرف، بر مصرف نفت کوره اثرگذار خواهد بود (Huang, Han, 2022: 152). در این میان، اگرچه پالایشگران اصلی و دولتی، سرمایه‌گذاری عظیمی در بحث حذف گوگرد کرده‌اند، پالایشگاه‌های مستقل که در مالکیت شرکت‌های خصوصی هستند همچنان نسبت به خرید نفت و فروش فرآورده‌های حاوی گوگرد بالا اقدام می‌کنند. دلایل اصلی این امر نیز قیمت ارزان‌تر نفت‌های موصوف و همچنین ناتوانایی فنی بسیاری از پالایشگران مستقل در استفاده از سایر انواع نفت است (Leung, 2010: 935).

در وهله اول، چنین به نظر می‌رسد که با اعطاء سهمیه واردات نفت به پالایشگران مستقل، به مرور وابستگی این دسته از پالایشگران به نفت‌های فوق سنگین و کوره کاهش خواهد یافت. با این حال، این دسته از پالایشگران به تاسی از برخی مقتضیات بازار، نه تنها استفاده از این خوراک آلاینده را کاهش ندادند بلکه واردات نفت فوق‌سنگین و کوره افزایش نیز پیدا کرد. گزارش‌های بازار نفت خام چین نشان می‌دهد

که در فوریه سال ۲۰۲۳، واردات نفت کوره با افزایشی دو برابری نسبت به ماه‌های گذشته، به ۱۹۸ هزار بشکه در روز رسید. بنادر تخلیه این نوع از نفت هم در شان‌دونگ، محل استقرار پالایشگران مستقل بوده است (S&P Global, 2023). توضیح آنکه، به دلیل تفاوت قیمت فاحش میان نفت کوره و سایر انواع نفت خام، پالایشگران مستقل بخش اعظمی از خوراک خود را به وسیله نفت کوره تأمین می‌کنند.

به منظور مقابله با این سیاست، دولت چین اقدام به وضع مقررات چندی کرده است. یکی از این مقررات، اعمال سهمیه درخصوص واردات نفت کوره به شکل مجزا است. درواقع واردات نفت کوره از ناحیه پالایشگران مستقل به چین نیز مشمول سیاست سهمیه‌بندی قرار می‌گیرد و به شکل مجزا از سهمیه واردات نفت خام محاسبه می‌شود. سیاست دیگر، ایجاد محدودیت در اعطاء سهمیه واردات نفت کوره است. با این توضیح که پالایشگران مستقل صرفاً زمانی می‌توانند درخواست سهمیه واردات نفت کوره را ثبت کنند که محموله قبلی آنان در گمرک چین ترخیص شده باشد (S&P Global, 2023). پالایشگران مستقل با هدف دور زدن محدودیت‌های فوق روش دیگری را پی گرفتند و آن، واردات قیر مخلوط^۱ به اسم نفت کوره است. درواقع، به دلیل وابستگی این دسته از پالایشگران به نفت کوره و تأثیرپذیری از اعمال سهمیه بر این محصول، آنان نفت کوره را به نام قیر مخلوط - که خارج از مقررات سهمیه‌بندی قرار می‌گیرد - به گمرک اظهار می‌کردند. پس از اطلاع و کشف این اقدامات، گمرک کشور چین در آوریل سال ۲۰۲۳ اعلام کرد که از این پس تمامی محموله‌های نفتی اعم از اینکه به‌عنوان نفت خام سبک، سنگین، نفت کوره یا قیر اظهار شده باشد، مورد ارزیابی کیفی و فنی قرار خواهد گرفت. نتیجه این اقدام دولت، افزایش مدت انتظار برای ترخیص محموله‌ها به مدت سه هفته، کاهش حاشیه سود استفاده از نفت کوره،

1. Bitumen Mixture/Blend

کاهش میزان مصرف این ماده و متعاقباً، کاهش مطلوبیت نفت کوره و فوق سنگین ایران بوده است (S&P Global, 2023).

اقدامات فوق همسو با دورنمای مطلوب چین درخصوص بهبود ساختار انرژی کشور و به‌ویژه نفت خام نیز تلقی می‌شود؛ زیرا، پیش‌نویس قانون انرژی این کشور اشعار می‌دارد که استفاده از منابع انرژی باید توأم با بهره‌وری بالا و به شکل پاک صورت بپذیرد و بر همین اساس، استفاده منطقی از انرژی‌های فسیلی، استفاده از انرژی کم‌کربن به جای انواع پرکربن و حمایت از توسعه جایگزین‌هایی برای نفت خام به‌صراحت مدنظر دولت قرار گرفته است (NEA, 2020: Art.32). علاوه بر آن، در ماده ۴۰ پیش‌نویس قانون فوق، دولت موظف به بهبود ساختار پالایشگاهی در کشور از طریق تشویق و حمایت از پالایشگاه‌های کلان، متمرکز و پیشرفته شده است. نکته مهم دیگر آنکه در نظام حقوقی جدید چین، سازکار قیمت‌گذاری در بخش انرژی صرفاً برگرفته از نیاز بازار و عواملی چون عرضه و تقاضا نخواهد بود بلکه، به‌صراحت پیش‌نویس قانون موصوف، هزینه‌های ناشی از خسارات و صدمات زیست‌محیطی نیز به‌عنوان یکی از شاخص‌های تعیین قیمت مورد توجه قرار خواهد گرفت (NEA, 2020: Art.66-67).

۲-۳. اعمال سیاست‌های سختگیرانه مالیاتی درخصوص نفت فوق‌سنگین و نفت کوره
در کشور چین، پالایشگران مستقل به‌عنوان دسته‌ای از اشخاص حقوقی شناخته می‌شوند که همواره تخلفات مالیاتی متعدد داشته‌اند. درخصوص فرار مالیاتی لازم است ذکر شود که پالایشگران مستقل در طول سالیان برای کاهش فشار مالیاتی از روش‌های مختلفی استفاده کرده‌اند. به‌عنوان مثال، با دستور دولت مبنی بر معافیت مالیاتی برای پالایشگاه‌هایی که از نفت کوره به‌عنوان خوراک استفاده می‌کنند، برخی پالایشگران ضمن استفاده از آسفالت و تظاهر به استفاده از نفت کوره در اظهارنامه‌های مالیاتی، اقدام به بهره‌مندی از معافیت می‌کردند. معرفی محصولاتی که مالیات بر مصرف

بیشتری دارند همانند بنزین به عنوان محصولاتی که مالیات کمتری دارند، از دیگر روش‌های فرار مالیاتی آنان بوده است (Downs, 2017: 12).

به منظور افزایش فشار بر پالایشگران مستقل و در جهت حصول اهداف زیست محیطی، چین در آخرین اصلاحات نظام مالیاتی خود، استفاده از نفت کوره را مشمول پرداخت مالیات بر مصرف کرده است. در نتیجه، در وضعیت فعلی استفاده از نفت کوره به عنوان خوراک مشمول مالیات بر مصرف است اما محصولات تولیدی آن به دلیل پرداخت سابق مالیات، از معافیت برخوردارند؛ البته، پالایشگران مستقل پس از وضع این محدودیت مجدداً دست به فرارهای مالیاتی زدند. به عنوان مثال، با عنایت به اینکه استفاده از سایر انواع نفت خام به عنوان خوراک مشمول مالیات ابتدایی نمی‌شود، برخی پالایشگاه‌های خصوصی ضمن استفاده از سهمیه واردات نفت خام خود، با خرید نفت خام و استفاده به عنوان خوراک و سپس وانمود کردن آن به عنوان نفت کوره، فرار مالیاتی داشته‌اند (Meidan, 2017: 8). این تخلف مورد توجه دولت قرار گرفت و عواقب سنگینی برای پالایشگران مستقل داشت. به نحوی که، پس از انجام بازرسی‌های دولتی، تمامی پالایشگاه‌های صاحب سهمیه به دلیل وقوع تخلفات متعدد از ضوابط اخذ سهمیه، جریمه شدند و حجم سهمیه اعطایی به آنها در سال بعد کاهش یافت (Considine, Wu, Aldayel, 2019: 14). نمونه دیگری از اعمال سیاست‌های سختگیرانه مالیاتی علیه پالایشگران مستقل، تصمیم دولت مرکزی چین مبنی بر اخذ مالیات بر مصرف از واردات قیر مخلوط در مه ۲۰۲۱ است. توضیح آنکه، این تصمیم در جهت مقابله با اقدامات فرصت طلبانه پالایشگران مستقل در واردات نفت خام فوق سنگین به نام قیر مخلوط و خارج از سهمیه واردات نفت خام بوده است؛ زیرا چنانکه پیشتر اشاره شد، پالایشگران مستقل برای مدت‌ها نفت خام فوق سنگین را به قیمت‌های جذاب خریداری و با اظهار نمودن آن به عنوان قیر مخلوط در گمرک چین، بدون محدودیت و نیاز به داشتن سهمیه واردات، استفاده می‌کردند (S&P Global, 2021). اثرگذاری سیاست موصوف زمانی آشکار می‌شود که در نظر داشته باشیم استان شان‌دونگ، به عنوان محل تمرکز پالایشگران مستقل چین، بیش از ۸۰ درصد قیر مخلوط وارداتی کشور را به مصرف می‌رساند (S&P Global, 2023). در نتیجه، اعمال سیاست مالیاتی

فوق، فشار مستقیم بر پالایشگران خصوصی ایجاد خواهد کرد و چنین به نظر می‌رسد که فشارهای مالیاتی در آینده نیز ادامه یابد و شدت بیشتری پیدا کند. صحت ادعای فوق و ادله ناظر بر آن، با مذاقه در پیش‌نویس قانون انرژی چین یافت می‌شود. در این پیش‌نویس، دولت مؤظف به بهبود سیستم مالیاتی در حوزه انرژی با هدف توسعه انرژی‌های غیرفسیلی و کم‌کربن شده است (NEA, 2020: Art.36). به نظر می‌رسد که یکی از مصادیق اصلی این سیاست، گسترش سخت‌گیری‌های مالیاتی نسبت به خوراک‌هایی مانند نفت سنگین، کوره و قیر مخلوط باشد.

۲-۴. دورنمای حذف بازار فرعی بر اثر اعمال فشارهای متعدد زیست‌محیطی

اکثریت قریب به اتفاق گازهای گلخانه‌ای منتشره کشور چین (حدود ۹۵ درصد)، دی‌اکسیدکربن است. همچنین، لازم است تأکید شود که اکثریت قریب به اتفاق پالایشگران مستقل نیز در استان شرقی شان‌دونگ مستقر هستند. ارتباط آمارهای فوق با مسائل زیست‌محیطی زمانی آشکار می‌شود که بدانیم شان‌دونگ از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۹، در زمره استان‌های دارای بیشترین میزان انتشار دی‌اکسیدکربن قرار گرفته است. همچنین، براساس آخرین مطالعات صورت‌گرفته درخصوص پراکندگی انتشار دی‌اکسیدکربن در کشور چین در سال ۲۰۱۹، فقط سه استان در دسته بالای انتشار این گاز گلخانه‌ای قرار دارند: شان‌دونگ، هبی^۱ و هنان^۲ (Ge et al, 2023: 13). علاوه بر بحران آلودگی هوا، صنعت نفت و صنایع وابسته به آن از جمله صنایع پالایشگاهی و پتروشیمی به دلیل انتشار ترکیبات آلی فرار، اثر مستقیمی در کاهش لایه اوزون نیز دارند و در این میان، شان‌دونگ به دلیل تمرکز فعالیت‌های پالایشگاهی و پتروشیمی در بروز این چالش هم اثرگذار است (Chengcheng, Qi, 2023). در نتیجه، یک ارتباط

1. Hebei
2. Henan

مستقیم میان بازیگران بازار فرعی نفت چین یا همان پالایشگران مستقل و معضلات و چالش‌های زیست محیطی این کشور قابل تحلیل است.

در طول سالیان، تلاش در جهت ادغام و تعطیلی پالایشگاه‌های مستقل به‌عنوان رویکرد اصلی دولت برای ایجاد استحکام در بخش‌های پالایشگاهی و پتروشیمی شناخته شده است تا از این طریق بازیگران کوچک و ناکارآمد از بخش پایین دستی صنعت نفت چین خارج شوند. متعاقب اعمال سیاست‌های سختگیرانه، تعداد پالایشگاه‌های خصوصی از عدد ۲۰۰ در سال ۱۹۹۵ به ۸۰ رسید و سایر پالایشگاه‌ها در تملک دو شرکت سینوپک و سی‌ان‌پی سی قرار گرفت. سپس در اواخر سال ۲۰۰۰، دولت چین با هدف اعمال محدودیت‌های محیط‌زیستی، ۱۳ پالایشگاه را فاقد حداقل الزامات زیست محیطی برای فعالیت شناسایی کرد و به لغو مجوز آنها پرداخت. مضافاً تمام پالایشگاه‌هایی که ظرفیتی کمتر از ۲۳ هزار بشکه در روز داشتند، از حیث زیست محیطی غیربهبینه شناسایی و بسته شدند (Kambara, Howe, 2007: 104). به عبارت بهتر، دولت چین همواره در حال تلاش برای انحلال یا ادغام پالایشگاه‌های مستقل و متمرکز کردن فعالیت پالایشگاهی کشور در دستان شرکت‌های دولتی بوده است (Downs, 2017: 10-13). پیگیری سیاست اعطاء سهمیه واردات نفت خام نیز اثری بر رویکرد سابق دولت چین نداشته است. وقوع ادغام در سه پالایشگاه مستقل در سال ۲۰۱۷ نشان‌دهنده صحت این ادعاست (Downs, 2017: 4). چراکه آن دسته از پالایشگاه‌هایی که توانایی اخذ سهمیه واردات نداشته باشند، اساساً امکان رقابت با سایر رقبا را نخواهند داشت و خودبه‌خود با ورشکستگی یا ادغام در پالایشگاه‌های بزرگ‌تر مواجه می‌شوند. همچنین، به نظر می‌رسد تلاطم قیمت نفت خام در عرصه جهانی نیز بر پالایشگاه‌های کوچک و ناکارآمد چینی اثرگذار است و آنها را به مرور از بازار خارج می‌کند (Daojong, 2006: 185). باید در نظر داشت که در حال حاضر نیز سیاست فعلی چین مبنی بر اعطاء سهمیه واردات نفت خام و هم‌زمان، اخذ مالیات بر مصرف نفت کوره به‌عنوان خوراک پالایشگاهی، نوعی سیاست زیست محیطی تلقی می‌شود.

چراکه اعمال محدودیت مالی بر استفاده از نفت کوره و ایجاد امکان استفاده از سایر انواع نفت با درجه آلاینده‌گی پایین‌تر، ابزاری است که به مرور منتهی به کاهش آلودگی صنعت پالایشگاهی و تولید محصولات باکیفیت‌تر خواهد شد (Meidan, 2017: 5). در مجموع باید توجه داشت که فشار بر پالایشگران مستقل از سال ۲۰۲۱ شدت بیشتری پیدا کرده است (Calabrese, 2022) و چنین برداشت می‌شود که در آینده نیز ادامه یابد.

فرجام سخن

دولت مرکزی با اعطاء سهمیه واردات نفت خام به پالایشگران مستقل، یک بازار فرعی صادرات نفت خام به این کشور شکل گرفت. این امر برای کشورهای تحت تحریم از جمله ایران بسیار مغتنم بود چراکه به‌رغم قطع روابط تجاری با شرکت‌ها و پالایشگران دولتی به دلیل تحریم‌های امریکا، حضور در بازار نفت چین از طریق فروش نفت خام به پالایشگران مستقل ممکن شد. با این حال به عقیده نگارندگان، نظام حقوقی زیست‌محیطی نوین چین و مجموعه تعهدات بین‌المللی این کشور در تضاد مستقیم با نحوه فعالیت پالایشگران مستقل قرار می‌گیرد. تأسیسات حقوقی بدیع کشور چین از جمله مجوز انتشار آلودگی، مالیات بر انتشار آلاینده، افشاء اطلاعات زیست‌محیطی و الزامات جدید در مطالعات امکان‌سنجی پروژه‌ها به افزایش فشارهای زیست‌محیطی بر این دسته از پالایشگاه‌ها منتهی شده است.

باید توجه داشت که صنایع پالایشگاهی و پتروشیمی، بخش‌هایی هستند که براساس «حاشیه سود» به حیات اقتصادی خود ادامه می‌دهند؛ بنابراین اگر هزینه‌های زیست‌محیطی ناشی از این فعالیت‌ها افزایش یابد، حاشیه سود کمتر می‌شود و طبیعتاً، احتمال انحلال افزایش می‌یابد. در این میان، پالایشگران مستقل چینی که تنها شرکای نفتی ایران در برهه فعلی هستند، بیش از پیش در معرض فشارهای قانونی قرار گرفته‌اند. اعمال جریمه‌های متعدد زیست‌محیطی، اخذ مالیات بابت انتشار آلودگی، اخذ مالیات بر مصرف انواع آلاینده و سنگین نفت، شناسایی روش‌های دور زدن مالیات و

مجزا ساختن نظام واردات نفت خام از نفت کوره برخی از اقدامات دولت مرکزی علیه پالایشگران مستقل است. علاوه بر این، در آتیه‌ای بسیار نزدیک، برنامه ملی تجارت انتشار کربن نیز علیه پالایشگران و مجتمع‌های پتروشیمی اعمال خواهد شد. این اقدامات که برگرفته از آخرین قوانین و مقررات کشور چین در حوزه محیط‌زیست است، فعالیت پالایشگران مستقل را تحت تأثیر قرار داده است. با تبدیل شدن کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای به یکی از اهداف بین‌المللی چین، بهبود وضعیت زیست محیطی کشور و پیگیری سیاست درونی‌سازی هزینه‌های زیست محیطی، پالایشگران مستقل که ویژگی‌های اصلی آنان بهره‌مندی از فناوری ضعیف و استفاده از نفت سنگین و فوق سنگین است، آنچنان در معرض فشار همه‌جانبه نظام حقوقی چین قرار گرفته‌اند که کاهش شدید ظرفیت یا انحلال یکی از دو سرنوشت محتوم آنهاست. لذا، شناسایی پالایشگران مستقل از ناحیه برخی از کشورهای صادرکننده نفت مانند ایران به‌عنوان شرکایی بلندمدت، مطلوب نیست و چنین برداشت می‌شود که به‌رغم امکان تجارت نفت خام با این پالایشگاه‌ها در برهه فعلی، بخش پایین‌دستی صنعت نفت کشور چین براساس منظومه زیست محیطی جدید کشور، دچار تغییرات شگرف شده و ثمره این تغییرات، از میان رفتن قریب‌الوقوع پالایشگران مستقل است. به نظر می‌رسد اصلی‌ترین راهکار سیاست‌گذار ایرانی برای خروج از این بحران، بازگشت به شرکت‌های نفتی دولتی چین و تلاش به جهت توسعه روابط تجاری با این شرکت‌ها در حوزه نفت خام باشد.

References

- احمدی، هدی؛ برنا، رضا؛ مرشدی، جعفر (۱۴۰۱). تاثیر صنایع نفت بر آلودگی هوا و مکان‌یابی بهینه آن با رویکرد زیست محیطی در کلان شهر اهواز. *آمایش سرزمین*، ۱۴(۱)، ۲۸۵-۳۱۵.
- پوربافرانی، حسن؛ همتی، مرضیه (۱۳۹۵). نقد سیاست کیفی ایران در قبال جرائم زیست محیطی. *مجلس و راهبرد*، ۲۳(۸۷)، ۳۴۹-۳۷۳.

جعفری، زهرا؛ جعفری، ضحی؛ مبرقی، نغمه (۱۳۹۰). ارزیابی اثرات زیست‌محیطی آلودگی هوا در صنعت پالایش نفت. پنجمین همایش تخصصی مهندسی محیط‌زیست، ۱-۱۰.

جمال، اکرم؛ غلامپور، اکبر؛ قریشی، حسین (۱۳۸۵). سنجش آلاینده‌های معیار در دودکش‌های پالایشگاه نفت تهران و مقایسه آن با استانداردهای محیط‌زیست. دومین همایش آلودگی هوا و اثرات آن بر سلامت، ۸-۱.

رضوی، سید محمد حسن؛ امین‌زاده، الهام؛ سالاری، محمدرضا (۱۴۰۳). اثرات قوانین تحریمی ایالات متحده آمریکا بر تجارت نفت میان ایران و چین. مطالعات حقوقی، (۴)۱۶، ۱۸۵-۲۲۰. سلیمی ترکمانی، حجت (۱۳۹۷). از مسئولیت حقوقی دولت‌ها تا مسئولیت اخلاقی آن‌ها در زمینه مقابله با تغییرات آب و هوایی. مطالعات حقوقی، (۲)۱۰، ۱۰۵-۱۳۳.

کشمیری، سعید؛ پردل، صفورا؛ رئیسی، علیرضا؛ نبی‌پور، ایرج؛ دارابی، حسین؛ جمالی، سعیده؛ دوبرادران، سینا؛ حیدری، غلامرضا؛ استوار، افشین؛ رماوندی، بهمن؛ طهماسبی، رحیم؛ مرزبان، مریم؛ خواجه‌نیا، عبدالمحمد؛ صنعتی، علی‌محمد؛ فرخی، شکراله (۱۳۹۷). بررسی آلودگی‌های زیست‌محیطی ناشی از صنایع گاز و پتروشیمی و اثرات آن بر سلامت ساکنین منطقه عسلویه، پایتخت انرژی ایران: یک مطالعه مروری. دوماهنامه طب جنوب، (۲)۲۱، ۱۶۲-۱۸۵.

موسوی، سید فضل‌الله؛ شیرمردی دزکی، محمدرضا (۱۳۹۴). تحلیل رویکرد زیست‌محیطی در قراردادهای نفتی. مطالعات حقوق انرژی، (۱)۱، ۹۱-۱۱۶.

موسویون، زهرا؛ پورخباز، حمیدرضا (۱۳۹۶). آلودگی‌های ناشی از صنایع نفت، گاز و پتروشیمی. چهارمین کنفرانس بین‌المللی برنامه‌ریزی و مدیریت محیط‌زیست. ۹-۱.

مولائی، آیت (۱۳۹۹). چالش‌های اجرای اصل پرداخت آلوده‌ساز در قانون هوای پاک ایران. مطالعات حقوقی، (۱)۱۲، ۲۷۵-۳۰۶.

Ahmadi, H., Borna, R., Morshedi, J. (2022). The Effect of Oil Industries on Air Pollution and Its Optimal Locating Through the Environmental Approach in Ahvaz Metropolis. *Town and Country Planning*, 14(1), 285-315. DOI: 10.22059/jtcp.2021.331136.670260 [In Persian]

Blas, J. (2023). White House Turns a Blind Eye to Iran's Surging Oil Sales, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2023-01-19/white-house-turns-a-blind-eye-to-iran-s-surging-oil-sales#xj4y7vzkg>

Bloomberg (2023). China Is Buying the Most Iranian Oil in a Decade, Kpler Says, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-08-15/china-is-buying-the-most-iranian-oil-in-a-decade-kpler-says#xj4y7vzkg>

- Bloomberg (2023). Iran Oil Snapped Up by Chinese Private Refiners as Market Shifts, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-04-06/iran-oil-snapped-up-by-chinese-private-refiners-as-market-shifts#xj4y7vzkg>
- Calabrese, J. (2022). Something's Brewing: China's "Teapot" Refineries and Middle East Oil Producers, (Last Visited: June 20, 2023), Available at: https://www.mei.edu/publications/somethings-brewing-chinas-teapot-refineries-and-middle-east-oil-producers#_ednref14
- Chen, H. (2015). *Towards a market-based climate regime in China? A legal perspective on the design and implementation of greenhouse gas emissions trading*, Doctoral Thesis, Maastricht University, DOI: <https://doi.org/10.26481/dis.20151021hc>
- Chengcheng, Q., Qi, Q. (2023). Analysis: Carbon-Intensive Industries Are Worsening China's Ozone Pollution, (Last Visited: June 20, 2023), Available at: <https://chinadialogue.net/en/pollution/carbon-intensive-industries-worsen-chinas-ozone-pollution/>
- Considine, J., Wu, K., Aldayel, A. (2019). Securing New Markets in Asia: The Value of Strategic Spot Crude Oil Sales to Teapot Refiners, *King Abdullah Petroleum Studies and Research Center*,1-47,Access Link: <https://www.kapsarc.org/file-download.php?i=44505>
- Daojiong, Z. (2006). China's Energy Security: Domestic and International Issues, *Survival: Global Politics and Strategy*,48(1),179-190,DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/00396330600594322>
- Downs, E. (2017). The Rise of China's Independent Refineries, *Center on Global Energy Policy*,1-35,Access Link: <https://www.energypolicy.columbia.edu/publications/rise-chinas-independent-refineries>
- Downs, E., Half, A., Sandalow, D., Blanton, E. (2020). China and The Oil Price War: A Mixed Blessing, *Center on Global Energy Policy*,1-16,Access Link: <https://www.energypolicy.columbia.edu/publications/china-and-oil-price-war-mixed-blessing/>
- EU China Environment Project (2021). China's Regulatory Framework on Pollutant Discharge Permits, (Last Visited: June 19, 2023),Access Link: <https://www.clientearth.org/media/3wcasqpf/china-s-regulatory-framework-on-pollutant-discharge-permits.pdf>
- Ge, F., Li, J., Zhang, Y., Ye, S., Han, P. (2022). Impacts of Energy Structure on Carbon Emissions in China, 1997–2019, *International Journal of Environmental Research and Public Health*,19(10),1-25,DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph19105850>

- Huang, Y., Han, D. (2022). Analysis of China's Oil Trade Pattern and Structural Security Assessment from 2017 to 2021, *Chemistry and Technology of Fuels and Oils*, 58,146-156,DOI: <https://doi.org/10.1007/s10553-022-01362-y>
- ICAP (2022). China National ETS, (Last Visited: June 19, 2023), Access Link: https://icapcarbonaction.com/system/files/ets_pdfs/icap-etsmap-factsheet-55.pdf
- IEA (2020). China's Emissions Trading Scheme Designing Efficient Allowance Allocation, (Last Visited: June 19, 2023), Access Link: <https://www.iea.org/reports/chinas-emissions-trading-scheme>
- IEA (2023). China Country Analysis Brief, (Last Visited: September 19, 2023), Access Link: https://www.eia.gov/international/content/analysis/countries_long/China/pdf/china-2023.pdf
- Jafari, Z., Jafari, Z., Mobarghaee, N. (2011). Environmental Impact Assessment of Air Pollution in Oil Refining Industry, *5th Conference and Exhibition on Environmental Engineering*,1-10.Access Link: <https://civilica.com/doc/122577> [In Persian]
- Jamal, A., Gholampour, A., Ghoreishi, H. (2006). A Comparison between Pollutants Measurement of Tehran Refinery Chimneys and Environmental Standards, *2nd National Air Pollution*,1-8.Access Link: <https://civilica.com/doc/13256> [In Persian]
- Kambara, T., Howe, C. (2007). *China and the Global Energy Crisis: Development and Prospects for China's Oil and Natural Gas*, Cheltenham: Edward Elgar, DOI: <https://doi.org/10.4337/9781847204318>
- Keshmiri, S., Pordel, S., Raeesi, A., Nabipour, I., Darabi, H., Jamali, S., Dobaradaran, S., Heidari, G., Ostovar, A., Ramavandi, B., Tahmasebi, R., Marzban, M., Khajeian, A., Sanati, A., Farrokhi, S. (2018). Environmental Pollution Caused by Gas and Petrochemical Industries and Its Effects on the Health of Residents of Assaluyeh Region, Iranian Energy Capital: A Review Study. *Iranian South Medical Journal*,21(2),162-185. DOI: <http://dx.doi.org/10.29252/ismj.21.2.162> [In Persian]
- Leung, G.C.K. (2010). China's Oil Use, 1990–2008, *Energy Policy*,38(2),932-944,DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2009.10.045>
- Li, J., Yao, Y., Wang, X. (2022). The First Compliance Cycle of China's National Emissions Trading Scheme: Insights and Implications, *Carbon Neutrality*,1(34), 1-10,DOI: <https://doi.org/10.1007/s43979-022-00035-3>
- Lican, L. (2023). China's Carbon Credit System to Restart This Year, (Last Visited: June 19, 2023), Available at:

- <https://chinadialogue.net/en/digest/chinas-carbon-credit-system-to-restart-this-year/>
- Luyue, T. (2022). The First Year of China's National Carbon Market, Reviewed, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://chinadialogue.net/en/climate/the-first-year-of-chinas-national-carbon-market-reviewed/>
- Meidan, M. (2017). China's Independent Refiners: A New Force Shaping Global Oil Markets, *The Oxford Institute for Energy Studies*, 1-11, Access Link: <https://www.oxfordenergy.org/publications/chinas-independent-refiners-new-force-shaping-global-oil-markets/>
- Mosavi, S. F., Shirmardi Dezki, M. R. (2015). An Analysis of the Environmental Approach in Oil Contracts. *Journal of Researches Energy Law Studies*, 1(1), 91-116. DOI: <https://doi.org/10.22059/jrels.2015.54554> [In Persian]
- Mousaviyon, Z., Pourkhabaz, H. (2017). Pollutions of Oil, Gas and Petrochemical Industries, *4th Conference on Environmental Planning and Management*, 1-9. Access Link: <https://civilica.com/doc/590116> [In Persian]
- Mulaee, A. (2020). Challenges of Implementing Polluter Pays Principle in Iranian Clean Air Act. *Journal of Legal Studies*, 12(1), 275-306. DOI: <https://doi.org/10.22099/jls.2020.32520.3301> [In Persian]
- Nan, X. (2022). Rebooting China's Carbon Credits: What Will 2022 Bring?, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://chinadialogue.net/en/climate/rebooting-chinas-carbon-credits-what-will-2022-bring/>
- Ohshita, S., Price, L., Zhou, N., Khanna, N., Fridley, D., Liu, X. (2015). The Role of Chinese Cities in Greenhouse Gas Emission Reduction, Briefing prepared by the China Energy Group, *Lawrence Berkeley National Laboratory, for Stockholm Environment Institute and Bloomberg Philanthropies*. 1-19. Access Link: <https://eta.lbl.gov/publications/role-chinese-cities-greenhouse-gas-0>
- Pourbafrani, H., Hemati, M. (2016). A Critique on Iranian Criminal Policy towards Environmental Crimes, *Majlis and Rahbord*, 23(87), 349-373. Access Link: magiran.com/p1596200 [In Persian]
- Razavi, S. M. H., Aminzadeh, E. Salari, M. (2025). The Impact of U.S. Sanction on Trade of Oil between Iran and China. *Journal of Legal Studies*, 16(4), 185-220. DOI: <https://doi.org/10.22099/jls.2023.48402.5012> [In Persian]
- S&P Global (2021). China's Consumption Tax Seen Hurting Bitumen Blend Imports in H2: Sources, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest->

- news/oil/052521-chinas-consumption-tax-seen-hurting-bitumen-blend-imports-in-h2-sources
- Salimi Turkamani, H. (2018). From Legal Responsibility of States to Their Ethical Responsibility in the Context of Climate Change. *Journal of Legal Studies*, 10(2), 105-133. DOI: <https://doi.org/10.22099/jls.2018.27734.2702> [In Persian]
- S&P Global (2023). China's Fuel Oil Imports to Continue Uptrend in 2023 Amid Strong Demand, Tight Crude Quotas, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/oil/072523-chinas-fuel-oil-imports-to-continue-uptrend-in-2023-amid-strong-demand-tight-crude-quotas>
- S&P Global (2023). China's Shandong Customs Resume Long-Suspended Bitumen Blend Clearance, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/oil/061923-chinas-shandong-customs-resume-long-suspended-bitumen-blend-clearance>
- S&P Global (2023). China's Small Independent Refineries Double Fuel Oil Imports in Feb Amid Good Margins, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/oil/022723-chinas-small-independent-refineries-double-fuel-oil-imports-in-feb-amid-good-margins>
- Wang, Y., Guo, C. H., Chen, X. J., Jia, L. Q., Guo, X. N., Chen, R. S., Zhang, M. S., Chen, Z. U., Wang, H. D. (2021). Carbon Peak and Carbon Neutrality in China: Goals, Implementation Path and Prospects. *China Geology*, 4(4), 720-746. DOI: <https://doi.org/10.31035/cg2021083>
- Wu, J., Chang, I.S. (2020). *Environmental Management in China Policies and Institutions*, Singapore: Springer, DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-15-4894-9>
- Wu, J., Fan, Y., Xia, Y. (2016). The Economic Effects of Initial Quota Allocations on Carbon Emissions Trading in China, *The Energy Journal*, 37, 129-151, DOI: <http://dx.doi.org/10.5547/01956574.37.S11.jwu>
- Xiaoying, Y. (2023). As China's Carbon Market Turns Two, How Has It Performed?, (Last Visited: June 19, 2023), Available at: <https://chinadialogue.net/en/climate/china-carbon-market-turns-two-how-has-it-performed/>
- Zhao, Y., Shi, X., Song, F. (2020). Has Chinese Outward Foreign Direct Investment in Energy Enhanced China's Energy Security?, *Energy Policy*, 146, 1-8, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2020.111803>

Laws and Regulations

- MEE (2020). Measures for the Administration of Carbon Emissions Trading (Trial), Access Link: https://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk02/202101/t20210105_816131.html
- MEE (2021). 2019-2020 Implementation Plan for National Carbon Emission Trading Total Allowances Setting and Allocation (Power Generation Industry), Access Link: https://www.cet.net.cn/uploads/soft/202102/1_05152340.pdf
- MEE (2021). Administration of Legal Disclosure of Enterprise Environmental Information, Access Link: https://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk02/202112/t20211221_964837.html?mc_cid=45e6a7ad33&mc_eid=627c47469b
- MEE (2021). Notice on Strengthening the Work Related to the Management of Corporate Greenhouse Gas Emission Reports, Access Link: https://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk05/202103/t20210330_826728.html
- MEE (2021). Notice on Strengthening the Management of Enterprise Greenhouse Gas Emission Reporting, Access Link: https://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk05/202103/t20210330_826728.html
- NDRC (2012). The Interim Regulation of Voluntary Greenhouse Gases Emission Trading in China, Access Link: <http://countrysafeguardsystems.net/sites/default/files/PRC%20Interim%20Regulation%20on%20Voluntary%20GHG%20Emissions%20Trading%202012.pdf>
- NDRC (2023). General Outline for Preparing Feasibility Study Reports on Government Investment Projects, Access Link: <https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/ghxwj/202304/P020230407401908422756.pdf>
- NDRC (2023). Instructions on the Outline for Preparing the Feasibility Study Report of Investment Projects, Access Link: <https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/ghxwj/202304/P020230407401908761224.pdf>
- NDRC (2023). National Development and Reform Commission's Notice on Issuing Investment Projects Notice on the Preparation Outline and Description of the Feasibility Study Report, Access Link: https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/ghxwj/202304/t20230407_1353356.html
- National Energy Administration (NEA) (2020). Energy Law of the PRC, Access Link:

<https://www.chinalawtranslate.com/en/%e4%b8%ad%e5%8d%8e%e4%ba%ba%e6%b0%91%e5%85%b1%e5%92%8c%e5%9b%bd%e8%83%bd%e6%ba%90%e6%b3%95%ef%bc%88%e5%be%81%e6%b1%82%e6%84%8f%e8%a7%81%e7%a8%bf%ef%bc%89/>

NPC (2003). Environmental Impact Assessment Law, Access Link:

<https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/environmental-impact-assessment-law-20181229>

NPC (2018). Environmental Protection Tax Law of China, Access Link:

<https://www.chinalawtranslate.com/en/2016-environmental-protection-tax-law-of-the-p-r-c/>

PRC (2021). China's Achievements, New Goals and New Measures for Nationally Determined Contributions, Access Link:

<https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/China%E2%80%99s%20Achievements%2C%20New%20Goals%20and%20New%20Measures%20for%20Nationally%20Determined%20Contributions.pdf>

State Council (2018). Defending the Blue Sky, Access Link:

https://www.gov.cn/zhengce/content/2018-07/03/content_5303158.htm

State Council (2020). Regulations on Administration of Pollutant Discharge Permits, Access Link:

<https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/regulations-on-administration-of-pollutant-discharge-permits-20201209>

State Council (2021). Notice on the Clearance of Carbon Emission Quotas in the First Compliance Period of the National Carbon Emissions Trading Market, Access Link:

https://www.mee.gov.cn/xxgk/xxgk06/202110/t20211026_957871.html

State Council (2021). Opinions on Deepening the Reform of the Ecological Protection Compensation System, Available at:

https://www.mee.gov.cn/zcwj/zyygwj/202109/t20210913_936077.shtml

WTO (2001). Accession of the PRC. Access Link:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/L/432.pdf&Open=True>



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50641.5180>



Research Article

Competitive Analysis of Supply Restrictions in Vertical Agreements: A Comparative Study in American, European Union, and Iranian Law

Masumeh Akbarian Tabari^{1*}, Mirghasem Jafarzadeh²

1. Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Associate Professor in Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 03-07-2024

Accepted: 02-10-2024

Abstract

Introduction: Supply restrictions represent a significant form of non-price restraint in vertical agreements. Under such arrangements, upstream firms impose limits on the quantity of products that may be sold, the extent of use, or the field of use for intellectual property across different levels of distribution and production in product, technology, and innovation markets. These restrictions are suspected of having both pro-competitive and anti-competitive effects, making a conclusive competitive assessment—particularly within Iran's specific economic context—complex and necessitating the intervention of competition law. While the legal frameworks of the United States and the European Union evaluate such restrictions against clear criteria and specific provisions that account for intellectual property standards, Iran's competitive framework for these practices remains ambiguous due to incomplete regulations and an underdeveloped jurisprudence. This article employs a comparative study of U.S. and E.U. approaches to elucidate the competitive consequences and

Please cite this article as:

Akbarian Tabari, M., Jafarzadeh M (2025). Competitive Analysis of Supply Restrictions in Vertical Agreements: A Comparative Study in American, European Union, and Iranian Law. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 81-126. doi: <https://10.22099/JLS.2024.50641.5180>

* Corresponding author:

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

evaluation criteria for supply restrictions, to propose appropriate legal solutions for the Iranian legal system.

The central research questions addressed are: What challenges do these intentionally restrictive practices pose to the competitive environment and consumers in product, technology, and innovation markets? By what criteria can illegitimate applications be distinguished from legitimate ones?

Method: Utilizing a descriptive and analytical methodology, this article examines the fundamental standards and legal approaches of the United States and the European Union. It explains the concept of supply restrictions across the three markets and analyzes the competitive implications of such clauses in vertical agreements.

Findings: The comparative study reveals that both the U.S. and European legal systems typically apply a rule-of-reason analysis to evaluate these limitations, recognizing their potential efficiencies and granting exemptions under certain conditions. In contrast, despite the issue's importance, Iranian law lacks specific provisions for supply restrictions. The Iranian legislator does not possess a comprehensive policy; rather, it prohibits supply restrictions only when deemed detrimental to competition and implemented by a dominant economic firm, without regard for the specific requirements of technology and innovation markets.

Conclusion: The article concludes by examining relevant Iranian laws and regulations to identify their stance on the issue. It proposes that Iran's legal framework should be amended to balance the interests of competitive markets and intellectual property rights. This can be achieved by establishing legal exemptions that maintain market competition while fostering continued creative activity.

Keywords: Competition Law, Competitive Analysis, Supply Restrictions, Vertical Agreements, Suspect Restrictive Practices.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50641.5180>

مقاله پژوهشی

تحلیل رقابتی تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی:

مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا، اتحادیه اروپا و ایران

معصومه اکبریان طبری^{۱*}، میرقاسم جعفرزاده^۲

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۳

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: تحدید میزان عرضه یکی از مهم‌ترین ترتیبات محدودکننده غیرقیمتی در توافقات عمودی به شمار می‌رود. به موجب این نوع ترتیبات محدودکننده، بنگاه‌های بالادست محدودیت‌هایی بر مقدار محصولات قابل فروش، تحدید میزان استفاده یا تخصیص حوزه استفاده از دارایی فکری در سطوح مختلف توزیع و تولید در بازارهای محصولات، فناوری و نوآوری اعمال می‌کنند. این تحدیدات مظنون، واجد آثار مطلوب و ناروا برای فضای رقابت، فناوری و نوآوری هستند که همین امر ارزیابی تبعات رقابتی را با توجه به شرایط اقتصادی ایران بسیار دشوار می‌سازد و دخالت حقوق رقابت را می‌طلبد. روند ارزیابی موضوع در حقوق رقابت ایالات متحده و اتحادیه اروپا بر اساس ضوابط روشن و تمهیدات خاص با عنایت به موازین خاص مالکیت فکری صورت می‌گیرد. لیکن چارچوب رقابتی این تضمینات در حقوق ایران به ویژه در عرصه فناوری و نوآوری با توجه به مقررات ناقص، مبهم و رویه قضایی ناکارآمد، هنوز روشن نیست.

استناد به این مقاله:

اکبریان طبری، معصومه و جعفرزاده، میرقاسم (۱۴۰۴). تحلیل رقابتی تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی: مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا، اتحادیه اروپا و ایران. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۱۲۶-۸۱.

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

* نویسنده مسئول:

در این نوشتار تلاش است تا این پرسش اساسی پاسخ داده شود که این تحدیدات به مثابه یک رفتار محدودکننده عام در سه بازار محصولات، فناوری و نوآوری چه چالش‌هایی متوجه فضای رقابت و مصرف‌کنندگان می‌کند و با چه معیاری می‌توان مصادیق رویه نامشروع را از مشروع متمایز کرد؟

روش: این مقاله می‌کوشد تا در یک مطالعه تطبیقی در رهیافت‌های حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا ضمن تبیین مفهوم دقیق و کارکردهای رقابتی و معیارهای ارزیابی آن‌ها به تحلیل موضع حقوق رقابت ایران بپردازد و راهکارهای حقوقی مناسب برای نظام حقوقی ایران ارائه دهد. این مقاله تلاش می‌کند تا با روشی توصیفی و تحلیلی، با مطالعه در موازین بنیادین و رهیافت‌های نظام‌های حقوقی آمریکا و اتحادیه اروپا، ضمن تبیین مفهوم تحدید عرضه در سه بازار محصولات، فناوری و نوآوری، جایگاه رقابتی این شرط در توافقات عمودی را تحلیل کند.

یافته: بررسی موضوع نشان می‌دهد سرنوشت رقابتی این رویه محدودکننده معمولاً با توجه به ساختار بازار نوآوری و فناوری، واکنش عرضه و تقاضا به تغییرات قیمتی، رفتار رقبا و نیاز مصرف‌کنندگان تعیین می‌شود. در حقوق رقابت ایران، قانون‌گذار نظر جامعی نسبت به این تحدیدات ندارد و صرفاً به صورت حصری و بدون توجه به مقتضیات خاص بازارهای فناوری و نوآوری، تحدید میزان عرضه مخل رقابت و توسط بنگاه اقتصادی مسلط به منظور تغییرات قیمتی را ممنوع اعلام کرده است. یافته‌های حاصل از مطالعه تطبیقی حکایت از آن دارد که در دو نظام حقوقی آمریکا و اروپا، متناسب با وضعیت نوین در حوزه نوآوری و فناوری معمولاً قاعده معقولیت جهت ارزیابی این تحدیدات اعمال شده و معافیت‌هایی در نظر گرفته شده است.

نتیجه‌گیری: علیرغم اهمیت موضوع، در حقوق ایران به طور خاص به تحدیدات میزان عرضه پرداخته نشده است. قانونگذار صرفاً به صورت حصری و بدون توجه به مقتضیات خاص بازارهای فناوری و نوآوری، تحدید میزان عرضه مخل رقابت و توسط بنگاه اقتصادی مسلط به منظور تغییرات قیمتی را ممنوع اعلام کرده است. بر همین اساس قوانین و مقررات مرتبط با ایران برای یافتن حکم مسأله و ارائه پیشنهاد بررسی شد. بنابراین اصلاح مقررات قانونی با توجه مصالح بازارهای رقابتی و مالکیت فکری و وضع معافیت‌نامه قانونی به منظور ایجاد موازنه بین حفظ رقابت در بازار و تداوم فعالیت خلاقانه پیشنهاد می‌شود.

واژگان کلیدی: تحلیل رقابتی، توافقات عمودی، حقوق رقابت، شرط تحدید میزان عرضه، رویه محدودکننده مطلق.

سرآغاز

تحدید میزان عرضه یکی از ترتیبات مهم محدودکننده غیرقیمتی^۱ در توافقات عمودی^۲ به شمار می‌رود. به موجب این نوع ترتیبات محدودکننده، بنگاه‌های بالادست محدودیت‌هایی بر مقدار محصولات قابل فروش، تحدید میزان استفاده یا تخصیص حوزه استفاده از دارایی فکری در سطوح مختلف توزیع و تولید در بازارهای محصولات، فناوری و نوآوری اعمال می‌کنند.

هزینه‌های تولید،^۳ کشش قیمتی عرضه،^۴ منابع،^۵ نیروهای بازار^۶ از عوامل مؤثر تعیین‌کننده میزان عرضه محصولات هستند، اما گاهی تحمیل‌کننده شرط برای تحصیل سود بیشتر و تسلط بر بازار یا ظرفیت مازاد^۷ و ارتقاء انگیزه نوآوری، محدودیت‌هایی در میزان عرضه یا میزان استفاده از یک دارایی فکری در یک بازار معین به وجود می‌آورد. به این ترتیب، از این نوع ترتیبات گاه در جهت اهداف مشروع حقوق رقابت و مالکیت فکری و گاه نیز به منظور انحصارطلبی استفاده می‌شود. از این رو، تعیین سرنوشت رقابتی این نوع ترتیبات مستلزم تحلیل و واکاوی دقیق موضوع، هدف و آثار آن در بازار محصولات، فناوری و نوآوری است.^۸ بدین منظور، با استفاده از تجربه نظام‌های پیشرو در حقوق رقابت، یعنی امریکا و اتحادیه اروپا، کاستی‌ها و نارسایی‌های

1. Non price Restraints

2. Vertical agreement

توافقاتی هستند که میان بنگاه‌های اقتصادی غیررقیب در موقعیت غیرمشابه تجاری به منظور اجرای هدف توافق در زنجیره تأمین محصول یا ارائه خدمات تنظیم شده که موجب اعمال محدودیت‌هایی برای طرفین یا یکی از طرفین توافق می‌شوند. برای مطالعه بیشتر بنگرید: (جعفرزاده و اکبریان، ۱۴۰۰: ۴۲-۴۳).

3. Output costs

4. Price Elasticity of Supply

5. Input

6. Market Forces

7. Overcapacity

۸. حوزه این پژوهش محدود به تحلیل رقابتی موضوع در بازار محصولات، فناوری و نوآوری است و تحدید میزان عرضه آنلاین از حوزه تحقیق خارج است.

مقررات ایران شناسایی و مورد بررسی قرار خواهد گرفت تا بستر نظری ارائه پیشنهادها به منظور بازنگری، اصلاح قوانین موجود یا تصویب اصول راهنما و آیین‌نامه جامع، هموار شود.

رویکرد معمول در حقوق امریکا، در رابطه با توافقات ناظر به تحدید میزان عرضه مادی، فناورانه و نوآورانه به‌طور اصولی مشمول قاعده معقولیت است و در حوزه فناوری، اصول راهنمای ضد انحصار لیسانس حقوق مالکیت فکری،^۱ ضوابط روشن و مشخصی مقرر کرده است.

در حقوق اتحادیه اروپا نیز این ترتیبات مطابق شرایط مقرر در بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده اجرایی اتحادیه اروپا،^۲ مقرر معافیت^۳ و اصول راهنمای جدید مقرر معافیت،^۴ مقرر جدید اتحادیه اروپا در خصوص اجرای بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده نسبت به قراردادهای انتقال فناوری مصوب ۲۰۱۴^۵ و اصول راهنمای آن،^۶ مقرر اتحادیه اروپا در خصوص اجرای بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده نسبت به برخی از انواع قراردادهای تحقیق و توسعه مصوب ۲۰۲۳^۷ ارزیابی می‌شوند که در صورت برخورداری از شرایط اعلام‌شده، مشمول معافیت می‌شوند؛ در غیر این صورت، مطابق بند اول ماده ۱۰۱ و ماده ۱۰۲ معاهده در شمار رویه‌های ضد رقابتی قرار می‌گیرند.

1. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2017.

2. Treaty on the Functioning of the European Union

3. Commission regulation (eu) 2022/720 of 10 may 2022 on the application of article 101(3) of the treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

4. Guidelines on vertical restraints, (2022), brussels, 10.5.2022

5. Commission regulation (EU) no 316/2014 of 21 march 2014 on the application of article 101(3) of the treaty on the functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements.

6. Guidelines on Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements

7. Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

در مقابل، در حقوق ایران، اگرچه رویکرد حقوق ایرانی را درخصوص این ترتیبات می‌توان از بندهای ۲ و ۷ ماده ۴۴ و قسمت ۳ و ۴ از بند «ط» ماده ۴۵ قانون اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵^۱ به اجمال استنباط کرد معیار و شرایط ارزیابی این تضییقات به‌مثابه رویه‌های ضد رقابتی چندان مشخص نیست. از سوی دیگر، رویه قضایی منسجمی در این خصوص شکل نگرفته است و دکتین حقوقی نیز به‌طور مستقل این تحدیدات را مورد بحث قرار نداده‌اند؛ بنابراین جایگاه این تحدیدات در نظام حقوقی ایران مبهم است. بدین منظور، تبیین اعتبار رقابتی تحدید میزان عرضه در مناسبات عمودی به‌جهت رفع خلاء قانونی و رویه قضایی مناسب از اهداف این پژوهش است.

درخصوص پیشینه تحقیق، برای یافتن منابع مرتبط با نگارش این پژوهش، در پایگاه‌های گوگل اسکالر، مگ ایران، اس آی دی، نورمگز و هین آنلاین، کلمات کلیدی حقوق رقابت، توافقات عمودی، تحدید میزان عرضه، کمیسیون اروپا، دیوان دادگستری اروپایی، نظام حقوقی امریکا «فارسی و انگلیسی» جست‌وجو شد. هم‌چنین به کتاب‌های فارسی و انگلیسی مرتبط با حقوق رقابت، رویه‌های محدودکننده در توافقات عمودی و رویه قضایی امریکا، دیوان دادگستری اروپایی و شورای رقابت با موضوع تحدید میزان عرضه مراجعه شد.

حسینی (۱۴۰۰)، در کتابی با عنوان حقوق رقابت در آئینه ساختار و تصمیمات شورای رقابت، به موضوع حقوق رقابت از دیدگاه عملی در حقوق رقابت ایران، اتحادیه اروپا و امریکا پرداخته است. در این مطالعه نویسنده ساختار و تصمیمات نهادهای ناظر بر رقابت در نظام‌های حقوقی امریکایی، اروپایی و ایران را مورد تحلیل قرار داده است.

۱. از این پس به اختصار «ق.ا.س.ک.ا.» یاد می‌شود.

جعفرزاده و اکبریان (۱۴۰۰)، در پژوهشی با عنوان «تحلیل رقابتی محدودیت‌های غیرقیمتی در توافقات عمودی» به بررسی تحدیدات عمودی غیرقیمتی و تبیین برخی از مصادیق آن از جمله تقسیم بازار بر مبنای قلمرو جغرافیایی و تخصیص مشتریان، ترتیبات پیوندی و معاملات انحصاری پرداختند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد تحدیدات غیرقیمتی در توافقات عمودی به‌طور مطلق موجب محدودیت یا اخلال در رقابت نمی‌شوند و باید در چارچوب قواعد رقابتی و ملاحظات اقتصادی ارزیابی نمود. کبیری شاه‌آباد و کلانترزاده سعدآباد در پژوهشی با عنوان «مطالعه تطبیقی معیارهای شناسایی توافقات عمودی ضد رقابتی در نظام حقوقی اتحادیه اروپا و ایران» با مطالعه مقررات اتحادیه اروپا و حقوق ایران، معیارهای شناسایی برای تمیز توافقات عمودی ضد رقابتی را مورد تحلیل قرار داده است.

جعفرزاده و انصاری (۱۳۹۳)، در مطالعه‌ای با عنوان «توافقات عمودی ممنوع از منظر حقوق رقابت»، به تحلیل توافقات ممنوع پرداخته و پس از ذکر مصادیقی از جمله شرط تثبیت حداقل قیمت بافروش، شروط درباره تقسیم بازار و تخصیص مشتریان، هر یک از مصادیق را از منظر حقوق رقابت اتحادیه اروپا، آمریکا و برخی کشورهای دیگر مورد تحلیل قرار داده‌اند.

حبیبیا و وکیلی مقدم (۱۳۹۳)، در مطالعه‌ای با عنوان «توافقات ضد رقابتی در روابط تولیدکننده و عرضه‌کننده» به بررسی توافقات عمودی و تبیین مصادیق آن از جمله تعیین حداقل قیمت فروش، معاملات انحصاری، محدودیت در توزیع و تبعیض در قیمت پرداخته‌اند. نتایج حاصل از این مطالعه نشان می‌دهد که برخی از مصادیق رویه‌های محدودکننده در توافقات عمودی را مورد توجه قرار داده‌اند، اما درخصوص تحدید در میزان عرضه در توافقات عمودی تاکنون تحقیق مستقلی انجام پذیرفته است. به همین ترتیب، جایگاه و اعتبار رقابتی این رویه مشکوک رقابتی روشن نیست و بسیاری از ابعاد آنها ناشناخته است.

با وجود اهمیت موضوع، در حقوق رقابت کشورهای پیشگام به‌رغم مطالعاتی که راجع به رویه‌های ضد رقابتی در توافقات عمودی صورت گرفته، در حقوق رقابت ایران به مباحث خاص توافقات عمودی توجهی نشده است و به تبع آن، شرط تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی مغفول مانده است. این در حالی است که سایر نظام‌های حقوقی، به‌ویژه امریکا و اتحادیه اروپا، ضمن اصلاح قوانین، تدوین آخرین نسخه مقرر معافیت و نسخه اصول راهنما درخصوص موضوع یادشده داشته‌اند؛ لذا به دلیل وجود خلأ نسبتاً گسترده در حوزه مطالعات حقوقی و قانون‌گذاری داخلی در موضوع تحدید میزان عرضه درصدد آن برآمدیم ضمن بررسی موازین بنیادین و رهیافت‌های دو نظام حقوقی پیشگام ویژه امریکا و اتحادیه اروپا در این موضوع، سیاست رقابتی قانون‌گذار ایرانی را در این خصوص، مورد نقد و بررسی قرار دهیم.

در این پژوهش به این پرسش‌ها پاسخ داده خواهد شد که آیا شرط تحدید میزان عرضه در بازار محصولات، نوآوری و فنآوری همواره محل رقابت است یا متضمن پیامدهای مثبت اقتصادی و رقابتی است؟ و در فرض اخیر، با چه معیارهای می‌توان مصادیق مشروع و نامشروع رقابتی این رویه محدودکننده را تفکیک کرد؟ نحوه مواجهه موازین رقابتی سه نظام حقوقی مورد مطالعه با این محدودیت‌ها چگونه است؟ با توجه به نارسایی‌های موجود، نخست به توصیف مفهوم خواهیم پرداخت و در ادامه رهیافت‌های نظام حقوقی امریکا و اروپا و موضع حقوق رقابت ایران در این خصوص مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد و در پایان نتایج حاصل از پژوهش و راهکارهای حقوقی مناسب برای نظام حقوقی ایران ارائه خواهد شد.

۱. مفهوم و صور تحدید میزان عرضه

تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی اصطلاحی است که به‌طور اصولی برای توصیف محدودیت‌هایی به کار برده می‌شود که در سطوح مختلف تولید یا توزیع، شرکت‌های بالادست (تولیدکننده یا تأمین‌کنندگان) بر شرکت‌های پایین‌دست

(توزیع‌کنندگان یا فروشندگان) در خصوص میزان عرضه محصولات مادی تحمیل می‌کند. به عبارت دیگر، این نوع ترتیبات محدودکننده به محدودیت‌هایی اشاره دارد که بر روی مقدار کالاها یا خدمات قابل فروش توسط بنگاه‌های اقتصادی در سطوح مختلف بازار اعمال می‌شود. این شرط در معنای وسیع خود به هر نوع اعمال محدودیت از سوی بنگاه اقتصادی به جهت محدودیت در مقدار فروش یا بازاریابی محصولات مادی، فناورانه و نوآورانه اطلاق می‌شود (Sinchit, 2018: 964).

این نوع ترتیبات در معنای اخص، به محدودیت‌هایی اشاره دارد که بر مقدار کالا یا خدمات قابل توزیع فعالان اقتصادی در سطوح مختلف زنجیره تأمین یا توزیع با قیمت معین در یک بازار خاص اعمال می‌شود.^۱ در گستره حقوق مالکیت فکری، مفهوم تحدید میزان عرضه شامل مصادیق متعددی است که تأثیر آن بر رقابت و مصرف‌کننده متفاوت از دیگری است. در بازار فناوری و نوآوری دارنده دارای فکری می‌تواند محدودیت‌هایی مقرر و تحمیل کند و بر طبق آن مجوزگیرنده یا عرضه‌کنندگان ملزم به استفاده به میزان مشخص یا معامله در عرصه‌ای خاص شوند. بر این اساس، چنین رویه‌ای در قالب محدودیت در استفاده به کار برده می‌شود که به موجب آن دارنده یا بهره‌بردار دارای فکری را به نحوی انحصار محدود می‌کند (رهبری، ۱۳۹۸، ج ۱: ۲۶۹).

از شایع‌ترین مصادیق این ترتیبات می‌توان به محدودیت زمینه استفاده^۲ و شرط تحدید میزان استفاده از دارای فکری^۳ اشاره کرد (Blönda, 2015: 4). محدودیت با ممانعت از استفاده از فناوری یا فعالیت لیسانس‌گیرنده در خارج از حوزه فنی مشخص شده گاه موجب تخصیص بهینه تولید و گاه زمینه‌ساز افزایش قیمت محصول نهایی می‌شود. از این رو، احراز وضعیت رقابتی مستلزم تجزیه و تحلیل بر اساس ضوابط مشخص و جامع است (Villar & García, 2017: 282, Schuett, 2012: 403).

1. Annex to The Communication from The Commission Approval of The Content of A Draft for a Communication from The Commission Guidelines on Vertical Restraints, 2022, p.61

2. Field-of-use Restrictions

3. limiting the amount of use

این تحدیدات با دو هدف ممکن است مورد استفاده تأمین‌کنندگان قرار گیرند: نخست به‌منظور دلایل اقتصادی از قبیل حفظ انحصار، کنترل قیمت، تخصیص منابع و کنترل سلطه‌گری خرده‌فروشان (Sinchit, 2018: 965. Richards, 2020: 116) و در کارکرد دوم به دلایل سیاسی^۱ به‌منظور جلوگیری از تسلط بنگاه خارجی یا امنیت عمومی و اخلاق منعقد شود. به‌طور مثال، ماده ۳۶ معاهده به کشورهای عضو اتحادیه اجازه می‌دهد تا محدودیت‌های کمی^۲ برای جابه‌جایی آزاد محصولات اعمال کنند؛ البته این امر نباید منجر به تبعیض خودسرانه یا موانع تجاری پنهان بین کشورهای عضو شود.^۳

اصطلاح مشابه این شرط، تحدید یا کنترل میزان تولید در روابط عمودی است. اگرچه تحدید میزان عرضه در مفهوم اعم خود شامل این شرط می‌شود در معنای اخص این دو رویه را باید از یکدیگر متمایز ساخت. توافق بر سر تحدید یا کنترل میزان تولید میان غیررقبا برای توصیف ترتیباتی اعمال می‌شود که میزان تولید محصولات مادی را محدود می‌کند که به‌طور معمول شامل کنترل نحوه تولید، حمل و نقل یا توزیع یک محصول می‌شود که عرضه محصول را به بازار دشوارتر یا گران‌تر می‌کند.^۴ در بازار مالکیت فکری نیز تعیین سقف برای تولید به انتقال‌دهنده دارایی فکری اجازه می‌دهد تا میزان تولید را به میل خود تنظیم کند (رهبری، ۱۳۹۸، ج ۱: ۲۲) اما شرط تحدید در میزان عرضه به توصیف ترتیباتی می‌پردازد که بنگاه اقتصادی پایین‌دست در میزان عرضه مقدار محصول قابل فروش به مصرف‌کنندگان محدود می‌شود و در عرصه مالکیت فکری به موجب این شرط، بهره‌بردار در میزان، حوزه استفاده یا میزان عرضه محصولات فکری محدود می‌شود. به عبارت دیگر، شرط تحدید میزان تولید بر فرآیند

۱. از آنجا که در این پژوهش تمرکز صرفاً درخصوص تحلیل رقابتی تحدید میزان عرضه در مناسبات عمودی است؛ لذا تحلیل سیاسی، خروج تخصصی از موضوع این پژوهش دارد.

2. quantitative limits

3. <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-russia/sanctions-against-russia-explained/>

4. <https://www.econlib.org/book-chapters/chapter-part-6-chapter-xxix-restriction-of-production/>

تولید اثرگذار است؛ در حالی که رویه مورد بحث به طور مستقیم بر میزان موجود برای فروش محصول مادی یا میزان و حوزه استفاده محصول فناورانه یا نوآورانه در بازار تأثیر می‌گذارد (Principles of Economics, 2016: 435).

اصطلاح مشابه دیگر، «شرط تثبیت مقدار»^۱ است. تحدید میزان عرضه گاه در قالب شرط تثبیت مقدار متجلی می‌شود. به موجب این شرط، خرده‌فروشان مکلف می‌شوند حداقل^۲ یا حداکثر^۳ مقدار معینی از محصولات را عرضه نمایند^۴ (Van Den Bergh, 2017: 243). به موجب این شرط، تأمین‌کننده مقادیر مشخصی از محصول را برای فروش تعیین می‌کند. این محدودیت براساس کمیت محصول موضوع قرارداد است و رقابت درون برندی قیمتی را با محدود کردن تعداد خرده‌فروشان آن محصول کاهش می‌دهد (Harbord, 2014: 3).

مفهوم رایج دیگر در این عرصه، تعهد به عرضه انحصاری^۵ است. به موجب این شرط، عرضه‌کننده مکلف می‌شود کالاها یا خدمات مشخص شده در قرارداد را صرفاً به یک خریدار به‌طور کلی یا برای استفاده خاص بفروشد (Blewett et al., 2023: 33). به عبارت دیگر، تأمین‌کننده به موجب این شرط ملزم می‌شود از عرضه محصول به دیگر خریداران اجتناب ورزد. به‌طور اصولی، این نوع محدودیت‌ها در شرایطی اعمال می‌شود که تأمین‌کنندگان مایل اند بازار باثباتی ایجاد کنند یا دسترسی خریداران را به بازار و تهیه محصولات مادی و فناورانه محدود کنند. این انحصار می‌تواند برای یک استفاده خاص یا برای اهداف فروش مجدد باشد (Blewett et al., 2023: 34)؛ در حالی که شرط تحدید میزان عرضه، اعمال محدودیت بر مقدار کالا یا خدمات قابل توزیع است.

-
1. Quantity fixing
 2. Quantity-Forcing (QF)
 3. Quantity-rationing (QR)
 4. https://www.epicenter.name/bach/Vertical_Restrains.pdf Exclusive supply obligation
 5. Exclusive supply obligation

اصطلاح مشابه دیگر، محدودیت‌های تخصیص^۱ است. به موجب این شرط، تأمین‌کنندگان، مقدار عرضه یا فروش محصولات از توزیع‌کننده خاص یا در قلمرویی مشخص تعیین می‌کنند.^۲ این امر تضمین می‌کند که مقدار عرضه کنترل می‌شود و هیچ توزیع‌کننده به تنهایی نمی‌تواند منابع موجود را در انحصار خود درآورد.^۳

در قوانین ایالات متحده، اتحادیه اروپا و حقوق ایران تعریفی درخصوص این نوع ترتیبات محدودکننده ارائه نشده است. در حقوق ایران در فراز ۳ بند ط ماده ۴۵ و بند ۲ ماده ۴۴ ق.ا.س.ک به این تحدیدات اشاره شده است. بر این اساس، در هر سه سیستم حقوقی مورد مطالعه، تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی (به محدودیت‌هایی گفته می‌شود که در سطوح مختلف تولید یا توزیع بنگاه اقتصادی بالادست به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به‌جهت میزان فروش یا بافروش، میزان و حوزه بهره‌برداری و انتقال دانش فنی برای کاهش مقدار یا محدود کردن محصولات مادی، فناورانه و نوآورانه عرضه‌شده اعمال می‌کند).

رویه مورد بحث می‌تواند اشکال مختلفی در سطوح مختلف فرآیند تولید و توزیع داشته باشد. این محدودیت ممکن است براساس کمیت (نظیر محدودیت در نوع یا تعداد محصولاتی که توزیع می‌شود) یا کیفیت محصولات موضوع توافق اعمال شود. براساس مؤلفه کیفیت، بنگاه اقتصادی پایین‌دست ملزم به فروش محصول با ظاهر یا ویژگی فنی خاص و از عرضه به گونه‌ای دیگر ممنوع می‌شود.

این شرط ممکن است به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم اعمال شود. روش‌های که به‌طور مستقیم میزان عرضه را محدود می‌کند یا تحت کنترل در می‌آورد عبارت است از: مشخص کردن میزان دقیق عرضه (سه‌میه‌بندی تولید یا فروش)، تعیین سقف یا کف مقدار عرضه. هم‌چنین، تعهد به‌عدم سرمایه‌گذاری یا توسعه فنی، محدود کردن میزان

1. Allocation limits

2. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/20220510_guidelines_vertical_restraints_art101_TFEU.pdf

3. <https://www.lawinsider.com/dictionary/allocation-limit>

سرمایه‌گذاری، تقسیم بازار، محدود کردن خرید مواد اولیه، محدود کردن میزان درآمد ناخالص سالیانه، تعیین وزن محصول یا سایر ویژگی‌های فنی و ظاهری آن یا ترتیبات پیوندی، محدود کردن تعداد پرسنل، کنترل منابع جایگزین، اعمال محدودیت بر عرضه متقابل در سیستم‌های توزیع انتخابی، شرط تعیین حداقل قیمت بافروش،^۱ تعیین حداکثر قیمت بافروش^۲ و تثبیت قیمت بافروش،^۳ شرط عدم رقابت از جمله مواردی هستند که به‌طور غیرمستقیم میزان عرضه را در روابط عمودی محدود می‌کنند (Duns, 2015:224).

۲. سیاست‌های رقابتی حاکم بر شرط تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی

در این قسمت سعی خواهد شد تا رویکردهای نظام‌های حقوقی مورد مطالعه توصیف، مقایسه و مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲-۱. حقوق امریکا

در رویه قضایی محاکم امریکایی درخصوص محدودیت مورد بحث در روابط افقی و عمودی بنگاه‌های اقتصادی تمایز قائل‌اند. نهادهای ناظر بر رقابت رویکرد منعطف‌تری نسبت به توافقات عمودی داشته‌اند. محدودیت عرضه در قراردادهای فی‌مابین غیررقبا مشمول ممنوعیت مطلق نیست و با توسل بر قاعده معقولیت مورد تحلیل قرار می‌گیرد. اولین پرونده مهم راجع به آن موسوم به پرونده شرکت ازو^۴ است که در سال ۱۹۹۶ بررسی شد. در آن پرونده قراردادی فی‌مابین شرکت ماتریکس (تولیدکننده محصولات

1. Minimum Resale Price Maintenance

2. Maximum vertical price fixing

3. Resale price maintenance in the US, vertical price fixing in the EU.

شامل تعیین حداقل یا حداکثر قیمتی است که خرده‌فروشان می‌توانند تأمین‌کننده را بفروشند و در نتیجه بر قیمت فروش مجدد تأثیر می‌گذارد.

4. Ezzo Investments Inc V. Royal Beauty Supply Inc (1996).

آرایی در سالن‌های حرفه‌ای) و شرکت رویال (توزیع‌کننده محصولات آرایشی) منعقد شد؛ مشروط بر اینکه صرفاً به سالن‌های آرایشی بفروشد که بیش از ۵۰ درصد درآمد خود را از طریق خدمات مراقبت از مو به دست می‌آورند، اما شرکت رویال به شرکت دیگری به نام «ازو» محصولات را با اعمال رعایت شرط شرکت ماتریکس فروخت ولی شرکت «ازو» به این شرط پایند نبود. بر این اساس، شرکت ماتریکس فروشش را متوقف کرد و متعاقب آن شرکت «ازو» به طرفیت شرکت ماتریکس و رویال طرح دعوا کرد. ابتدا دادگاه منطقه‌ای بدوی^۱ مقرر کرد که این شرط در روابط عمودی فی‌نفسه ناقص ماده ۱ قانون شرمین است و به‌طور ذاتی ضد رقابتی تلقی می‌شود؛ چراکه شرط کاهش میزان عرضه موجب ایجاد اختلال در قیمت رقابتی می‌شود، اما دادگاه بدوی معتقد بود که تحدیدات مورد بحث، قانون شرمین را نقض نمی‌کند.^۲ دادگاه تجدیدنظر استدلال دادگاه منطقه‌ای بدوی را نپذیرفت و رأی داد که دادگاه بدوی باید تحدید مورد بحث را تحت قاعده معقولیت بررسی نماید. این محکمه نظر و رأی دادگاه بخش را مبنی بر اعمال قاعده بطلان ذاتی^۳ با دو استدلال به چالش کشید: اول آنکه این قاعده صرفاً در موارد استثنائی به‌جهت ارزیابی محدودیت‌هایی اعمال می‌شود که به‌طور قطع یا احتمال منجر به محدود کردن رقابت یا کاهش قیمت شود و این اثر سوء برای آن مفروض است. ثانیاً شرط تحدید میزان عرضه موجب اخلال در رقابت نمی‌شود مگر اینکه به‌طور قابل توجهی، بر قیمت اثر سوء بگذارد؛ چراکه اصولاً توافقی‌های عمودی غیرقیمتی بر رقابت در سطح درون‌برندی‌ایی اثر می‌گذارند که تبعات ناگوار چندانی بر حقوق رقابت ندارند،^۴ اما قراردادهای افقی به‌واسطه مخدوش کردن رقابت میان

1. The United States District Court for the Middle District of Tennessee (hereinafter the lower court).

2. Ibid, pp. 984-85.

3. Per se illegal

۴. تحدیدات عمودی، محدودیت درون‌برندی و ناظر به محصول همان بنگاه اقتصادی است برخلاف محدودیت مربوط به رقبا که محدودیت میان‌برندی است. تحدیدات عمودی علی‌الاصول رقابت درون‌برندی را محدود می‌نمایند که در این صورت اگر شرایط عرضه یا قیمت تولیدکننده‌ای مناسب نباشد مصرف‌کننده قادر است

عرضه‌کنندگان برندهای در حال رقابت، چالش‌های جدی را رقم می‌زنند (Sinchit, 2018: 968).

در این پرونده شرکت «ازو» نتوانست اثرات نامطلوب شرط بر رقابت میان‌برندی را اثبات کند و دادگاه تجدیدنظر به این نتیجه رسید که محدودیت عمودی اعمال‌شده در توافق مورد بحث، محدودیت نامشروع ذاتی محسوب نمی‌شود و رویه محدودکننده تجاری تلقی نمی‌گردد؛ بنابراین، دعوی شرکت «ازو» را رد کرد.

یکی از استدلال‌هایی را که اندیشمندان مکتب شیکاگو در جهت توجیه این شرط ارائه کرده‌اند رشد نظریه کارایی اقتصادی است. با این توضیح که شرط تحدید میزان عرضه با استفاده کارآمد و توزیع بهینه منابع و افزایش کیفیت محصول موجب ارتقاء کارایی و رفاه مصرف‌کننده می‌شود و صرفاً زمانی که سبب تسهیل تبانی، کنترل قیمت در بازار و محدودیت در میزان تولید شود، چنین توافقی را می‌توان ضد رقابتی قلمداد کرد (Van Den Bergh, 2017: 50).

شرط محدودیت در حوزه استفاده دارایی فکری نیز در پرونده شرکت وسترن الکتریک^۱ مورد بررسی قرار گرفت. در این پرونده، دارنده گواهی‌نامه اختراع برای آمپلی‌فایرها دو دسته از بهره‌برداران را براساس زمینه استفاده از یکدیگر تفکیک کرد. پنجاه شرکت مجوز تولید و فروش این تقویت‌کننده را برای مصارف خانگی و دو شرکت، مجوز ساخت آمپلی‌فایرها را برای استفاده تجاری داشتند. این دعوا زمانی مطرح شد که یکی از بهره‌برداران، سالن تئاتری را یافت که از آمپلی‌فایرهای استفاده می‌کرد که شرکت آن فقط برای بازار داخلی مجوز داشت و دیوان عالی با توسل به قاعده‌ای که «صاحبان دارایی فکری می‌توانند مجوزهایی را برای کارکردهای گوناگون

محصولات برندهای دیگر را از رقبای وی تأمین نماید و این امر باعث حذف بنگاه ناکارآمد و استفاده بهینه منابع می‌شود؛ لذا محدود شدن رقابت درون‌برندی به‌طور اصولی تا زمانی که به رقابت میان‌برندی آسیب نرزد و منشأ یکی از آثار فوق نشود، برخلاف موازین رقابت تلقی نمی‌شود.

1. General Talking Pictures v. Western Electric Co., 304 US 175 (1937), aff'd on rehearing 305 US 124 (1938).

یا محدود به استفاده در عرصه خاص اعطا کنند مگر اینکه در جهت گسترش قلمرو حقوق انحصاری باشد»^۱، دعوا را پذیرفت و حکم به توقف تخلف صادر کرد. از منظر حقوق رقابت، این محدودیت‌ها آثار متعددی داشته است. از جمله مهم‌ترین اثرات ضد رقابتی این تحدیدات می‌توان به کاهش رقابت، کارایی و رفاه مصرف‌کننده اشاره کرد. بدین شرح که این تحدیدات با ایجاد مانع در راه موفقیت بنگاه‌های کارآمد و از بین بردن انگیزه آنها برای به دست آوردن سهم بازاری بیشتر، بقای بنگاه‌های ناکارآمد را تضمین می‌کنند. باقی ماندن بنگاه‌های ناکارآمد به معنای هدررفت بخشی از منابع جامعه است و رفاه اجتماعی نیز به کمتر از سطح مطلوب تنزل می‌یابد. از سوی دیگر، تولیدکننده ممکن است میزان عرضه محصولات را به مصرف‌کنندگان کاهش دهد. در این صورت، مقدار زیادی از یک کالای تولیدشده را در انبار ذخیره کند یا در بازارهای جایگزین بفروشد. این امر به افزایش هزینه‌های رقابتی بیانجامد و در نتیجه مانعی برای رقبا به جهت ورود به بازار ایجاد کند. همچنین با تعیین سقف یا کف میزان عرضه به جهت فروش توزیع‌کننده، رقابت درون‌برندی با محدود کردن میزان عرضه محصول معین کاهش می‌یابد و موجب محرومیت رقبا توزیع‌کننده و خرده‌فروش می‌شود (Winter.etal, 2020: 168) لذا ممکن است موجب افزایش میزان تمرکز در بازار شود و بنگاه‌های رقیب مجبور به ترک بازار شوند؛ بنابراین بسیاری از رقبا از فرصت‌های تجاری محروم می‌شوند و موجب تضعیف رقابت در بازار خواهد شد (Duns, 2015: 228). در رابطه با مالکیت فکری، اثر شرط محدودیت استفاده باید بر میزان تقاضا و نحوه عرضه در بازار ارزیابی شود. تحدید در حوزه و میزان استفاده ممکن است موجب کاهش رقابت در بازارهای پایین‌دستی شود و سبب امتناع از صدور مجوز بهره‌برداری یا زمینه‌ساز تحصیل مبلغ حق امتیازی بالاتر از مبلغ متعارف شود (Sousa., 2019:19)؛ از سوی دیگر، این شرط با برهم زدن تعادل میان عرضه و تقاضا و

1. Id. at 181.

افزایش قیمت، ساختار بازارها را برهم می‌زند و از رسیدن بازارها به قیمت تعادلی جلوگیری می‌کند و در نتیجه رقابیی حذف می‌شوند که قصد ورود به بازار را تحت شرایط رقابتی داشته‌اند؛ لذا کنترل انحصاری بر عرضه و مکانیسم قیمت‌گذاری منجر به ناکارآمدی در تخصیص منابع می‌شود (Geradin et al, 2012: 8). علاوه بر آن، در بازارهایی که تقاضا زیاد است تأمین‌کننده با تحدید عرضه می‌تواند با ایجاد کمیابی مصنوعی، قیمت محصول را افزایش دهد و در نتیجه آن دسته از مصرف‌کنندگانی که اگر محصول در قیمت رقابتی بود می‌توانستند آن را خریداری کنند از به دست آوردنش محروم می‌شوند. از سوی دیگر، این رویه در برخی شرایط می‌تواند تعداد خرده‌فروشان یا توزیع‌کنندگانی را محدود کند که یک محصول خاص را می‌فروشند، و با کاهش تنوع محصولات یا خدمات موجود در بازار، دسترسی مصرف‌کننده را به گزینه‌های مختلف کاهش دهد و به‌طور بالقوه قیمت رقابتی را افزایش دهد (Csongor, 2020: 48).

از آنجایی که این تحدیدات تحت شرایطی ممکن است آثار مثبتی بر رقابت بگذارند، نمی‌توان تبعات مثبت رقابتی آن را در تشدید رقابت، ارتقاء کارایی تخصیصی^۱ و پویا نادیده گرفت. با این توضیح که در شرایطی که بنگاه اقتصادی با ظرفیت مازاد مواجه باشد، با کاهش تدریجی میزان تولید، عرضه و متعاقب آن خروج از بازار به‌طور عملی مانع استفاده ناکارآمد از منابع و بنگاه‌های اقتصادی باقی‌مانده جایگزین بنگاه ضعیف می‌شود و هیچ آسیبی به میزان تولید کل در بازار نمی‌رساند به‌ویژه در شرایطی که با تخصیص نادرست منابع به دلیل عوامل خارجی، ساختارهای بازار غیررقابتی است، با محدود کردن میزان عرضه می‌توان قیمت بازار را به ارزش واقعی کالا یا خدمات نزدیک‌تر کرد. این امر می‌تواند منجر به کاهش رفاه از دست رفته و ارتقاء کارایی تخصیصی شود (Geradin et al., 2012: 9-10).

۱. فرآیندهای بازار منابع تولید را به ارزشمندترین کاربرد در میان تمامی احتمالات موجود اختصاص می‌دهند؛ یعنی به تولید محصولاتی که بیشترین تقاضا و بازدهی را دارند (رک: Ghaffari Farsani, 2014: 87).

از سوی دیگر، این تحدیدات گاهی با انگیزه ارتقاء نوآوری و تداوم فعالیت خلاقانه به منظور بهبود کیفیت عرضه محصول یا ایجاد روش نوآورانه بر مبنای مطالبات مصرف‌کننده، بنگاه اقتصادی پایین‌دست را می‌تواند به طراحی مدل‌های کسب‌وکار نوآور سوق دهند (Jedlicková, 2016: 268). علاوه بر آن، در بازاری که به‌رغم کاهش میزان عرضه محصول، جایگزین‌های متعددی به‌ویژه محصولات با کیفیت بالا یا محصولات خارجی وجود داشته باشد به‌خصوص زمانی که در ارتباط با محصولی باشد که مصرف‌کننده بتواند به راحتی کالای مورد نظر خود را از برند دیگری تهیه نماید؛ در این شرایط تحدید عرضه با افزایش کارایی توزیعی، درآمد خالص تأمین‌کننده را افزایش می‌دهد (kim, 2012: 8).

بر همین اساس، در حقوق آمریکا، ارزیابی رقابتی تحدیدات میزان عرضه میان غیررقبا تحت قاعده معقولیت و با توجه به پیامدهای مثبت و منفی آن صورت می‌گیرد. بر این اساس، اصولاً محاکم براساس «قاعده بررسی و نگاه اجمالی» ضد رقابتی بودن یا موافق بودن آنها با مقررات رقابت و آثار سوء بر بازار و مصرف‌کنندگان را مورد ارزیابی قرار می‌دهند (Csongor, 2020: 120).

مبنای قانونی حقوق ضد انحصار آمریکا در این خصوص، مواد اول و دوم قانون شرم، ماده سوم قانون کلایتون، ماده پنجم قانون کمیسیون تجارت فدرال و قسمت ۱، ۳ و ۴ اصول راهنمای ضد انحصار لیسانس حقوق مالکیت فکری است. ماده اول قانون شرم هر نوع رویه محدودکننده را غیرقانونی اعلام می‌کند و هرگاه تحمیل‌کننده شرط از قدرت بازاری خود برای ایجاد انحصار یا تلاش برای انحصار بازار استفاده کند با نقض ماده دوم قانون شرم روبه‌رو می‌شود. ماده ۳ قانون کلایتون تنها نسبت به دعوایی مورد استناد قرار می‌گیرد که محصول تحدیدشده، عینی باشد. علاوه بر آن، ممکن است به استناد ماده ۵ قانون کمیسیون تجارت فدرال، از جمله روش‌های

غیرمنصفانه رقابت^۱ محسوب شود و هرگاه آسیب قابل توجهی به رقابت^۲ وارد کند، ممنوع و بی اعتبار اعلام شود.

در چارچوب حقوق مالکیت فکری، پاراگراف ۱، ۳ اصول راهنمای ضد انحصار لیسانس حقوق مالکیت فکری به طور کلی مقرر می دارد: «رویه های محدودکننده واجد آثار مثبت رقابتی هستند^۳ مگر اینکه تقسیم بازار یا تعیین قیمت بافروش^۴ را تسهیل کنند یا از طریق مسدود کردن دسترسی به خروجی های توزیع و فروش^۵ و همچنین عوامل تولید به طور ضد رقابتی موجب افزایش قابل توجه قیمت محصول، رویه های هماهنگ برای افزایش قیمت یا کاهش میزان محصول موجب تضعیف و آسیب رقابت در بازار دیگر شوند؛ لذا چنین شرایطی ممکن است اثر سوء بر رقابت داشته باشد که در این صورت، آژانس های ضد انحصار به طور معمول اثرات رقابتی بازارهای متأثر شده از این تحدیدات را مورد تحلیل قرار می دهند»^۶.

بر این اساس، به منظور ارزیابی رقابتی این ترتیبات، آژانس های ضد انحصار براساس قاعده معقولیت به موجب پاراگراف ۴ اصول راهنمای مذکور، اعتبار آن را با توجه به مؤلفه هایی نظیر مدت زمان محدودیت، میزان تمرکز در بازار، ورود رقبای بازار و واکنش عرضه و تقاضا به تغییرات قیمتی در بازارهای مربوطه به چالش می کشند و اگر

1. Unfair Methods of Competition

2. Substantial Harm to Competition.

۳. البته برخی از این تحدیدات ممکن است واجد موضوع یا آثاری باشند که مقررات رقابتی را نقض نمایند که باید به موجب قاعده ممنوعیت مطلق ارزیابی شوند. از جمله محدودیت هایی که به طور ذاتی غیرقانونی هستند عبارت است از: شرط تثبیت قیمت بافروش، محدودیت در میزان تولید و توافقات افقی تخصیص یا تسهیم بازار و همچنین تحریم گروهی است (رک: برای مطالعه بیشتر به پاراگراف ۴،۳ اصول راهنمای ضد انحصار لیسانس حقوق مالکیت فکری).

4. Price-fixing.

5. Anti-competitively foreclosing access

۶: اصول راهنمای ضد انحصار لیسانس با هدف ایجاد توازن در حمایت از حقوق مالکیت فکری و ارتقای رقابت تضمین می کند که اجرای قواعد رقابتی، نوآوری ها و شیوه های صدور مجوز را در حوزه اموال فکری محدود نمی کند.

کارایی و افزایش رفاه مصرف‌کنندگان حاصل از آن را بیشتر از آثار ضد رقابتی تشخیص دهند، مشروعیت آن را می‌پذیرند.

۲-۲. حقوق اتحادیه اروپا

در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، توافق بر محدودیت عرضه یا تقاضا به دلیل اصل تجارت آزاد، به‌طور موضوعی محدودکننده رقابت و از مصادیق محدودیت‌های نامشروع محض به‌شمار می‌رفت و قاعده بطلان محض نسبت به آنها به دلیل حفظ ساختار بازار رقابتی و حمایت از فعالیت رقبا در بازار به‌ویژه بنگاه‌های کوچک و متوسط اعمال می‌شد (Duns, 2015: 234). هرچند این دیدگاه با تحلیل‌های حقوقی و با پذیرش تحلیل مبتنی بر کارایی تعدیل شد و گام‌های اولیه به‌سمت رویکرد اثرمحور به‌جهت ارزیابی این شرط برداشته شد و با انعطاف بیشتر و همگام با تحولات اقتصادی آراء به‌نسبت متفاوتی از مراجع رقابتی و قضایی در این خصوص صادر شد.^۱

بررسی‌ها مبین آن است که اکثر دعاوی مطرح‌شده در این حوزه مربوط به امتناع از عرضه^۲ محصولات مادی^۳ و دارایی‌های فکری بوده که چالش‌های جدی رقابتی ایجاد

1. See, eg. Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223, para. 25; Case 27/76, United Brands v Commission, [1978] ECR 207, paras. 183-184; Case C-95/04 P British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 69. 48 Commercial Solvents (n 47), para. 25

۲. شرط امتناع از عرضه به موقعیتی اطلاق می‌شود که شرکت با موقعیت مسلط از عرضه محصولات مادی یا صدور مجوز بهره‌برداری محصولات فناورانه بدون توجه عینی امتناع می‌ورزد که این امر منجر به حذف رقبا از بازار یا مانع تجارت موازی شده که به موجب ماده ۱۰۲ معاهده از مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط قلمداد می‌شود. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/disruptions-vs-refusals-of-supply>

۳. جدیدترین پرونده در این خصوص مربوط به شرکت موندلز است که این شرکت یکی از تولیدکنندگان بزرگ شکلات و بیسکویت در جهان است. کمیسیون اتحادیه اروپا در ۲۳ می ۲۰۲۴، این شرکت را به دلیل امتناع از عرضه شکلات، بیسکویت و محصولات قهوه در اتحادیه اروپا محکوم کرد چراکه معتقد بود شرکت مزبور با سوء استفاده از موقعیت مسلط خود در بازار با امتناع از عرضه محصولاتش به خرده‌فروشان در کشورهای آلمان و

کرده‌اند^۱ و مراجع رقابتی نیز با دقت و سخت‌گیری تمام به بررسی این دعوی پرداخته‌اند.^۲ در حالی که ظن ضد رقابتی بودن شرط تحدید عرضه به‌ویژه در روابط غیررقبا به شدت و حدت «شرط امتناع از عرضه» و «شرط میزان تولید» نبوده و به همین جهت، مراجع رقابتی و قضایی با در نظر گرفتن آثار مثبت این تحدیدات در مناسبات عمودی، انعطاف بیشتری نشان داده‌اند تا با تحریک ظرفیت‌های تولید، بازاریابی و تخصیص بهینه منابع و تشویق جریان نوآوری، موجب تقویت کارایی اقتصادی شوند.

در قضیه‌ا، کمیسیون اروپا در مقام مرجع رقابتی اتحادیه، در سال ۲۰۰۰ شرکت اوپل را به دلیل اعمال محدودیت در میزان عرضه و تقسیم بازار به استناد بند ۱ ماده ۱۰۱ معاهده به مبلغ ۴۳ میلیون یورو جریمه محکوم کرد. در این پرونده، شرکت اوپل از سال ۱۹۹۶ تا ۱۹۹۸ با هدف محدود کردن صادرات خودرو از کشور هلند به سایر کشورهای عضو اتحادیه اروپا، قراردادهای محدودکننده‌ای با فروشندگان منعقد می‌کرد. کمیسیون بر این اساس معتقد بود استراتژی تجاری شرکت اوپل بر مبنای محدود کردن صادرات و تقسیم بازار اتخاذ شده است. بر همین اساس، توافقات شرکت اوپل را با فروشندگان به جهت تحدید مقدار عرضه خودرو منحل رقابت و مغایر با ماده ۱۰۱ معاهده تلقی کرد ولی دادگاه بدوی هلند، استدلال کمیسیون را به دلیل فقدان دلایل اثباتی نپذیرفت و اعلام کرد رویه مذکور از حیث موضوع ضد رقابتی نیست و

هلند و انعقاد قراردادهای محدودکننده با عمده‌فروشان، قواعد رقابتی رقابت اتحادیه اروپا را نقض کرده است که به دلیل همکاری شرکت موندلز، مبلغ جریمه کاهش یافت. برای مطالعه بیشتر رک:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2727

1. <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/disruptions-vs-refusals-of-supply>

2. Case 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd. [1988] ECR 6211, paras. 8-9. See also Case 53/87 Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Régie nationale des usines Renault [1988] ECR 6039, paras. 11 and 15-16. & joined Cases C-241/91 P and 242/91 P Radio Telefís Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR I-743, paras. 50 and 53-56. & Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG. [2004] ECR I-5039, paras. 38-52.

Magill (n 57), paras 53-56; IMS Health (n 58), paras. 38-52.

3. General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v Commission (Case T-368/00).

باید ارزیابی رقابتی بر مبنای اثرات آن بر عملکرد بازار مربوطه صورت گیرد؛ لذا مبلغ جریمه را با توجه به ماهیت قرارداد و شدت تخلف به مبلغ ۳۵,۴۷۵ میلیون یورو کاهش داد و دادگاه تجدیدنظر نیز در نهایت رأی دادگاه بدوی را تأیید کرد.^۱

شرط محدودیت در حوزه استفاده دارایی فکری نیز در پرونده کمیسیون اتحادیه اروپا علیه شرکت بین‌المللی ویندسور^۲ بررسی شد. شرکت ویندسور، شرکت تولیدکننده امریکایی در زمینه تولید تخته‌های بادبانی بود که با چندین شرکت اروپایی برای تولید تخته بادبانی، قراردادهای ليسانس منعقد می‌کرد. این قراردادها شامل شروطی بود که محدودیت‌هایی را برای بهره‌برداری ليسانس‌گیرنده اعمال می‌کرد. کمیسیون اتحادیه اروپا بر این باور بود که شروط تخصیص حوزه استفاده در قراردادهای ليسانس ویندسور مغایر موازین رقابتی اتحادیه اروپاست و این شرکت را به پرداخت جریمه ۵۰ هزار یورویی محکوم کرد.^۳

مرجع رسیدگی‌کننده اذعان داشت «درج شرط محصور کردن زمینه استفاده در قرارداد ليسانس صرفاً برای محصولاتی که در بازارهای مختلف عرضه می‌شوند، مشروع است».^۴ این رأی موجب بحث‌های جدی شد و در نهایت دیوان دادگستری اروپا ضمن تأیید بی‌اعتباری شرط محدودیت در زمینه بهره‌برداری، مبلغ جریمه را به مبلغ ۲۵ هزار کاهش داد و اظهار داشت که کمیسیون نمی‌تواند گستره محدودیت را در استفاده و بهره‌برداری از دارایی فکری تعیین کند، اما این اختیار را دارد که ارزیابی کند آیا این شرط در قرارداد ليسانس، قوانین رقابت را نقض می‌کند یا خیر. از آن زمان، این رویکرد همان‌طور که در اصول راهنمای مقرر معافیت دیده می‌شود، تغییر کرده و کمیسیون رویکرد اثرمحور را جایگزین شکل‌گرایی کرده است (Blöndal, 2015:6).

1. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000TJ0368_SUM

2. Windsurfing International Inc. V Commission of the European Communities, C-193/83, ECLI:EU:C:1986/75.

3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0193>

4. para. 42.

در حال حاضر، محاکم اروپایی ضمن تفکیک روابط عمودی و افقی رقبا معتقدند که در مناسبات عمودی وضع محدودیت در میزان عرضه منجر به آثار ضد رقابتی قابل توجهی نمی‌شود؛ زیرا اعمال این محدودیت از سوی یک بنگاه اقتصادی ممکن است با وجود توجیه عینی نه تنها باعث محدود شدن رقابت رقبا در بازار پایین‌دستی و ورود رقبای جدید به بازار نشود بلکه موجب تقویت کارایی تخصیصی شود. کمیسیون اتحادیه اروپا در بررسی این تحدیدات نیز رویکرد اثرمحور مبتنی بر کارایی اتخاذ کرده است که براساس آن پیامدهای مثبت و منفی شرط محدودیت عرضه را مطابق بند سوم معاهده ۱۰۱ بررسی می‌کند و شرایطی به جهت معافیت اعلام کرده که عبارت‌اند از:

۱. ظرفیت مازاد اثبات شود.^۱
۲. قرارداد منجر به تعیین و تثبیت قیمت یا تقسیم بازار نشود.
۳. قرارداد برای مدت محدودی منعقد شده و مدت آن به‌طور دقیق مشخص شده باشد (Geradin et al., 2012:8-10).

مبنای قانونی حقوق رقابت اتحادیه اروپا در این خصوص، مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ معاهده، مقرر معافیت شماره ۷۲۰ مصوب ۲۰۲۲ و اصول راهنمای جدید مقرر معافیت مصوب ۲۰۲۲، مقرر جدید اتحادیه اروپا در خصوص اجرای بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده نسبت به قراردادهای انتقال فناوری مصوب ۲۰۱۴ و اصول راهنمای آن، مقرر اتحادیه اروپا در خصوص اجرای بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده نسبت به برخی از انواع قراردادهای تحقیق و توسعه مصوب ۲۰۲۳ است.

به موجب بند اول ماده ۱۰۱ معاهده، هر نوع توافقی که در تجارت دولت‌های عضو اتحادیه اثر سوء برجای بگذارد و موضوع یا اثر آنها ممانعت، محدودیت یا مختل کردن

۱. ظرفیت تولیدی استفاده نشده اثبات شود.

رقابت باشد، ضد رقابتی قلمداد می‌شود^۱ و ماده ۱۰۲ معاهده به سوءاستفاده موقعیت مسلط بنگاه اقتصادی اختصاص دارد.

کلیه مصادیق اعلامی مندرج در مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ معاهده جنبه تمثیلی دارند با عنایت به اینکه این ترتیبات در زمره مصادیق ضد رقابتی مندرج مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ معاهده نبوده است و به موجب بند سوم این ماده مورد ارزیابی قرار می‌گیرند که در صورت برخورداری از شرایط مقرر، مشمول معافیت انفرادی می‌شوند.^۲ متعاقب آن با تصویب مجموعه مقررات معافیت کلی شماره ۷۲۰ مصوب ۲۰۲۲، شرایط معافیت برای محدودیت‌های عمودی تبیین و احصا شد. طبق مقرره مذکور، اگر هدف یا اثر شرط انحصار از بین بردن، محدود یا مخدوش کردن رقابت در بازار مشترک اروپا باشد ممنوع است؛ در غیر این صورت، سهم تولیدکننده و توزیع‌کننده از بازار مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. به موجب ماده ۳ مقرره مذکور اگر سهم طرفین در بازار بیشتر از سی-درصد نباشد، بنگاه اقتصادی بالادست و پایین‌دست در حاشیه امن^۳ قرار می‌گیرند و مشمول معافیت کلی می‌شوند (Blewett et al., 2023: 33).

درخصوص قراردادهای مالکیت فکری توسط بنگاه‌های غیررقیب، مقرره معافیت شماره ۷۲۰ نیز قابل اعمال است مشروط بر اینکه:

۱. شرایط برای اعمال بند اول ماده ۱۰۱ معاهده عبارت‌اند از: ۱. محدودیت مبتنی بر توافق باشد (توافقات کلیه بنگاه‌ها جز بنگاه‌های کوچک)؛ ۲. توافق، تجارت دولت‌های عضو را به طرز محسوسی تحت تأثیر قرار دهد؛ ۳. موضوع یا اثر آنها ممانعت، محدود کردن یا اختلال رقابت باشد؛ ۴. محدودیت قابل ملاحظه‌ای بر رقابت در بازار داخلی ایجاد نماید (Enchelmaier, 2023: 73-74). برای اعمال ۱۰۲ معاهده اثبات دو رکن لازم است: ۱. برخورداری بنگاه مورد نظر از موقعیت مسلط؛ ۲. حذف یا محروم کردن رقبای بازار یا اجبار به ترک بازار یا صرف‌نظر کردن از بخشی از بازار (Kaltenbrunner, 2022: 25).
۲. مطابق معیارهای مقرر در بند ۳ این ماده اگر این تحدیدات فضای رقابتی را از بین نبرد و کارایی آن بیشتر از آثار منفی باشد و بایستگی آن به جهت افزایش بهره‌وری احراز شود و سهم عادلانه‌ای نصیب مصرف‌کنندگان سازد، مشروع تلقی می‌شود.

3. Safe Harbour

۱. مفاد حقوق مالکیت فکری بخشی از یک توافق عمودی باشد اما هدف اصلی توافقنامه نباشد.
 ۲. دارایی فکری به خریدار منتقل شود یا وی اجازه بهره‌برداری از آنها را داشته باشد.
 ۳. مفاد حقوق مالکیت فکری به‌طور مستقیم به استفاده، فروش، یا فروش مجدد کالاها یا خدمات عرضه‌شده توسط خریدار یا مشتریانش مرتبط و برای آنها ضروری باشد.
 ۴. هدف یا اثر شرط از بین بردن، محدود یا مخدوش کردن رقابت در بازار مشترک اروپا نباشد (Blewett et al., 2023: 12).
- بند دوم ماده ۸ مقررۀ اتحادیۀ اروپا درخصوص اجرای بند سوم ماده ۱۰۱ معاهده نسبت به برخی انواع قراردادهای تحقیق و توسعه، شرط محدودیت فروش را از شمول معافیت‌ها خارج کرده و در شمار محدودیت‌های ذاتی قرار داده است،^۱ اما در عین حال این سند درمورد شرط تحدید میزان استفاده از دارایی فکری، موضع متفاوتی دارد. به موجب پاراگراف ۱۹ مقدمه مقررۀ مذکور، محدودیت‌های میزان استفاده مشمول معافیت‌های کلی است و معتبر قلمداد می‌شوند.
- از آنجا که صاحب دارایی فکری در زمینه استفاده از دارایی فکری خود آزادی عمل دارد و زمینه استفاده خاص مطابق با استاندارد فناوری مشخص را تعیین می‌کند (Bharadwaj et al, 2018: 57) و زمانی که این شرط در جهت تشویق شرکت‌ها به سرمایه‌گذاری در توسعه محصولات و دستاوردهای جدید یا بهبود یافته باشد موجب ارتقاء رقابت پویا می‌شود (Bharadwaj et al, 2018: 22&289). بر همین اساس، پاراگراف ۲۱۲ اصول راهنمای رقابتی قراردادهای انتقال فناوری اتحادیۀ اروپا اشعار

۱. در ادامه همان بند، استثنائاتی مقرر شده که عبارت‌اند از: توزیع مشترک محصولات قرارداد یا صدور مجوز مشترک قراردادهای فناوری، اقداماتی که تخصص را در زمینه بهره‌برداری شکل می‌دهند، محدودیت آزادی طرفین برای تولید، فروش، واگذاری، یا اجازه بهره‌برداری محصولات مادی یا فناورانه یا در طول دوره‌ای که طرفین توافق کرده‌اند به‌طور مشترک از دستاورد بهره‌برداری نمایند، با محصولات قرارداد یا قراردادهای فناوری رقابت می‌کند.

می‌دارد: «محدودیت‌های حوزه استفاده با تشویق لیسانس‌دهنده به جهت صدور مجوز فناوری و در اختیار قرار دادن فناوری به سایر فعالان در حوزه‌ای که خارج از حیطه اصلی تمرکز اوست، می‌تواند پیامدهای مطلوب رقابتی داشته باشد» (Bharadwaj et al., 2018: 57). هم‌چنین به موجب پاراگراف ۲۰۹، این شرط مشمول معافیت‌های کلی است ولی طبق پاراگراف ۲۱۵ لیسانس‌دهنده در روابط میان غیررقبا به‌طور معمول حق اعطای مجوزهای منفرد یا انحصاری حاوی محدودیت در استفاده دارد. از آنجا که این تحدیدات رقابت درون‌برندی را محدود می‌کند باید به‌صورت موردی طبق قواعد لیسانس منفرد یا انحصاری سنجیده شود. با وجود این، پاراگراف ۲۰۹ اشعار می‌دارد: «با توجه به اینکه برخی محدودیت‌های در تولید به موجب قسمت ب بند اول ماده ۴ معاهده در شمار محدودیت محض است توجه به این نکته مهم است که محدودیت‌های حوزه استفاده به‌عنوان محدودیت در تولید در نظر گرفته نمی‌شوند؛ زیرا این محدودیت، محصولاتی را که بهره‌بردار ممکن است در حوزه استفاده دارای مجوز تولید کند، محدود نمی‌کنند».

براساس این موازین، ارزیابی رقابتی این تحدیدات در بازارهای محصولات با رویکرد اثرمحور مبتنی بر تحلیل‌های عمیق اقتصادی صورت می‌گیرد (Theron & Boshoff, 2011: 330) و مراجع رقابتی و قضایی، عواملی نظیر سهم بازار، موانع ورودی، ماهیت کالا، میزان اثرگذاری بر وضعیت فعالان اقتصادی، کمیت و تنوع محصول یا خدمات تحت تأثیر و هم‌چنین ساختار بازار یا بازارهای مورد نظر را ملحوظ قرار می‌دهند تا در پرتو آن مشروعیت این تحدیدات را مورد سنجش قرار دهند. در عرصه مالکیت فکری نیز شرط محدودیت در میزان و حوزه استفاده به‌طور اصولی مشمول قاعده معقولیت قرار می‌گیرند و مراجع ذی‌صلاح با توجه به پیامدهای مثبت و منفی بر عرصه رقابت و حمایت از منافع مشروع دارنده آفرینه فکری و تداوم انگیزه نوآوری، با دیده منعطفی بررسی می‌کنند (Lindeboom, 2022: 18).

۲-۳. حقوق ایران

در حقوق ایران به دلیل فقدان موضع‌گیری صریح، ابعاد این تحدیدات مبهم است؛ برخلاف دو نظام حقوقی فوق، در این سیستم حقوقی صرفاً به ذکر رویه‌های کلی در این خصوص بسنده شده است؛ لذا در این سیستم تنها با تفسیری توأم با مسامحه می‌توان این‌گونه تحدیدات را از بندهای ۲ و ۷ ماده ۴۴ و قسمت ۳ و ۴ از بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.س.ک استنباط کرد.

بر این اساس، بند ۲ ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا «تبانی میان بنگاه‌هایی را که منجر به محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید و فروش کالا یا خدمت در بازار شود» ممنوع اعلام کرده است. به این ترتیب، محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار به‌عنوان یکی از نمونه‌های توافق بر محدودیت عرضه مطرح شده است (حسینی، ۱۴۰۰: ۳۱۹)؛ بنابراین، تحدید میزان عرضه چنانچه مخل رقابت باشد ممنوع است و لازم نیست توافق صریح بر محدود کردن خرید و فروش کالا یا خدمت در بازار احراز شود. براساس این بند، تحدید عرضه ممکن است به‌طور مستقیم میزان عرضه محدود به سقف معینی شود یا اینکه به‌صورت غیرمستقیم کاهش یابد.

در بند «ط» ماده ۴۵ شش مصداق برای سوءاستفاده از وضعیت مسلط ذکر شده است. در قانون مزبور تعریفی از سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط ارائه نشده است. قانون‌گذار به ذکر مصادیق آن در شش بند اکتفا کرده است (جان محمدی و همکاران، ۱۴۰۱: ۸). در قوانین و مقررات اروپایی نیز تعریف دقیقی از سوءاستفاده از وضعیت مسلط ارائه نشده است. دیوان دادگستری اروپایی در قضایای مختلف به تعریف این عناصر پرداخته و برای تعیین مصداق، ملاکی نوعی را برگزیده است (موسوی و جدیدی، ۱۴۰۰: صص ۳۰۵-۳۰۶).

در قسمت ۳ از بند «ط» ماده ۴۵ قانون تحدید مقدار عرضه یا تقاضا به‌منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار توسط بنگاه اقتصادی مسلط از مصادیق سوءاستفاده از

وضعیت مسلط اقتصادی تلقی شده است که به نظر می‌رسد این بند نیز با اقتباس از بند دوم ماده ۱۰۲ معاهده تدوین شده باشد. بند دوم ماده ۱۰۲ معاهده، ایجاد محدودیت در تولید، بازار و توسعه فنی را به گونه‌ای که به زیان مصرف‌کنندگان باشد، از مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط می‌داند (حسینی، ۱۴۰۰: ۳۱۹).

هم‌چنین تحدید میزان عرضه در زمره رویه‌هایی است که سبب ممانعت از ورود رقبا یا حذف رقبا از بازار می‌شود؛ بنابراین در چارچوب قسمت ۴ از بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.س.ک.ا قرار می‌گیرد. هم‌چنین به بند ۷ ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا می‌توان استناد کرد که مقرر می‌دارد محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم به بازار ممنوع است. اطلاق این بند اگرچه دلالت بر ممنوعیت توافقی‌هایی دارد که اثر آنها به نوعی محدود کردن دسترسی دیگران به بازار است؛ با مسامحه می‌توان گفت مفاد این بند شامل توافق بنگاه‌هایی می‌شود که با کاهش میزان عرضه در سطح زنجیره تولید یا توزیع موجب محدود کردن دسترسی رقبا به بازار یا حذف بنگاه‌های رقیب و در نتیجه منجر به اختلال در رقابت شده‌اند.

قانون‌گذار به موجب مواد مزبور، شرط نهایی ایجاد مسئولیت رقابتی را مسئله اختلال در رقابت اعلام کرده است. در بند ۲۰ ماده اول قانون مذکور اختلال در رقابت بدین‌گونه تعریف شده است: «مواردی که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود».

در ماده مزبور، اختلال با توجه به آثارش تعریف شده و ماهیت اختلال در رقابت مورد توجه قرار نگرفته است. تمام آثاری که قانون‌گذار برای اختلال در رقابت بیان کرده است، در صورتی محقق می‌شود که رقابت به صورت قابل توجه و اساسی کاهش پیدا کند. در واقع، با کاهش جزئی رقابت آثار مذکور محقق نخواهد شد؛ بنابراین، باید گفت که اختلال در رقابت عبارت است از کاهش اساسی و قابل ملاحظه رقابت، به

گونه‌ای که جنبه‌های رقابتی عمل مورد نظر در مقابل جنبه‌های منفی آن قابل توجیه نباشد. (کبیری شاه آباد و کلانترزاده سعدآباد، ۱۴۰۲: ۱۳۹).

هم‌چنین، در ق.ا.س.ک.ا قدرت بنگاه‌ها در تعیین مقدار عرضه یکی از معیارهای شناسایی وجود موقعیت مسلط تلقی می‌شود. مطابق بند ۱۵ ماده ۱ قانون مذکور، وضعیت اقتصادی مسلط این‌گونه تعریف شده است: «وضعیتی در بازار که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی قرار گیرد». به این ترتیب، قانون‌گذار در خصوص میزان فروش و عرضه براساس کیفیت کالای موضوع قرارداد، میزان سهم بازاری بنگاه یا بنگاه‌های تحمیل‌کننده شرط و تأثیر آن بر رقابت ساکت است.

با توجه به مواد قانونی مذکور، قانون‌گذار ایرانی در خصوص تحدید مورد بحث به اعمال یک‌جانبه و دوجانبه بنگاه‌های اقتصادی نظر دارد. در ظاهر، موضوع فراز ۳ بند «ط» ماده ۴۵ این قانون، اعمال یک‌طرفه بنگاه‌های با موقعیت مسلط برای اخلال در رقابت است؛ در حالی که موضوع بند ۲ ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا ایجاد محدودیت یا کنترل مقدار خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار در قالب اعمال دو یا چندجانبه است که در صورتی که مخل رقابت شود به لحاظ رقابتی ممنوع است. در بند مزبور قانون‌گذار صرفاً محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار خرید یا فروش کالا را ذکر کرده که به نظر می‌رسد این امر اشاره به موارد غالب است و منظور کنترل یا تحدید میزان عرضه و تقاضا از سوی بنگاه‌هاست؛ بنابراین هر نوع توافقی که متضمن تحدید میزان عرضه باشد که مخل رقابت شود باید آن را مشمول بند ۲ ماده ۴۴ این قانون قلمداد کرد. علاوه بر آن، مقنن برخلاف فراز ۳ بند «ط» ماده ۴۵ از واژه «تحت کنترل درآوردن» استفاده کرده است که اجازه تفسیر موسع را به شورای رقابت می‌دهد (غفاری، ۱۳۹۸: ۳۲۷).

شاخص تمایز این دو ماده در ارزیابی رقابتی، برخورداری بنگاه مرتکب عمل از موقعیت مسلط یا قدرت بازاری چشمگیر است که ممنوعیت ماده ۴۵ را توجیه می‌سازد

(رهبری و حسنی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۲۷). علاوه بر آن، در جزء ۳ بند ط ماده ۴۵ ق.ا.س.ک.ا. مقنن عبارت مقید «تحدید مقدار عرضه یا تقاضا به منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار» به کار برده است، اما در بند ۲ ماده ۴۴ صرفاً «محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار» را رویهٔ مخل رقابت دانسته است؛ بنابراین بند «ط» ناظر به موقعیت مسلط بنگاه‌های اقتصادی است که بیشتر در معرض نقض قواعد رقابتی هستند. بندهای ۲ و ۷ ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا. که به توافقات دو یا چندجانبه اختصاص دارد قانون‌گذار بین توافقات افقی و عمودی تفکیکی قائل نشده است که این امر تحلیل رقابتی را با توجه به خلاء قانونی دشوار می‌کند.

با توجه به مطالب فوق، این پرسش مطرح می‌شود که توافق بر محدودیت عرضه غیررقبایی که قدرت بازاری دارند لیکن براساس سهم بازاری به میزان بنگاه مسلط نباشند چگونه ارزیابی می‌شود؟ مقنن درخصوص اعمال این شرط در قراردادهای رقبا و غیررقبا و درج شرط توسط بنگاه‌هایی با موقعیت مسلط یا واجد قدرت بازاری هیچ تفکیکی قائل نشده است. درخصوص اعمال این تحدیدات در توافقات عمودی توسط بنگاه‌های اقتصادی که واجد قدرت بازاری هستند با اینکه احتمال اخلال در رقابت ضعیف‌تر از توافقات افقی است، اما با توجه به قدرت بازاری بنگاه اقتصادی متعهدله امکان حذف بنگاه ضعیف‌تر از بازار و اثر نامطلوب بر قیمت‌ها وجود دارد. بر این اساس، این تحدیدات عمودی با توسل به بند ۲ از ماده ۴۴ این قانون ارزیابی می‌شوند. در ضمن از آنجا که این تحدیدات در زمره رویه‌های هستند که سبب محدود کردن دسترسی اشخاص به بازار یا حذف بنگاه‌های رقیب می‌شوند در چارچوب بند ۴ ماده مذکور نیز قرار می‌گیرد.

با توجه به مقررات مذکور می‌توان گفت این تحدیدات به جهت اثر نامطلوبی که بر قیمت‌ها، محدود کردن دسترسی اشخاص به بازار، ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها دارند مخل رقابت قلمداد می‌شوند؛ در حالی که نمی‌توان پیامدهای مثبت این تحدیدات را در تحقق کارایی تخصیصی و پویا، افزایش

رفاه مصرف‌کنندگان، بهبود رفاه کل و عرضه محصولات نوآورانه و کاهش هزینه سرمایه را در بازارهای رقابتی، نوآوری و فناوری نادیده گرفت؛ لذا ضد رقابتی اعلام کردن این تحدیدات بدون تحلیل تبعات آنها بر بازار بدون در نظر گرفتن مقتضیات خاص حوزه دارایی‌های فکری، منطبق با قواعد رقابتی نیست؛ لذا مهم‌ترین ایرادی که به مقررات حقوق رقابت ایران در مورد توافقات عمودی وارد است، کلی‌گرایی و انعطاف نداشتن قوانین است. در حال حاضر، روزه‌روز از محدوده قلمروی قاعده ممنوعیت مطلق و منع‌گرایی کاسته و به همان میزان به حوزه قلمرو شمول قاعده معقولیت افزوده می‌شود (جعفرزاده و انصاری، ۱۳۹۳: ۹۱). رویکرد قابل قبول این است که دادگاه در تحلیل هرنوع توافق، تمام آثار آن را مبنای تصمیم قرار دهد و صرفاً براساس قالب توافق حکم به بی‌اعتباری آن ندهد. چراکه مبنای بی‌اعتباری این رفتارها آثار اقتصادی ضد رقابتی آنهاست (رهبری و حسنی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۲۷). مضاف بر آن، طبق ماده ۵۸ ق.ا.س.ک. شورای رقابت به‌عنوان تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی در حقوق ایران به منظور حفظ سیر رقابت، اختیار تدوین و اعلام معافیت‌های قانونی را نیز دارد که متأسفانه تاکنون آیین‌نامه‌ای درخصوص شاخص‌های معافیت‌های کلی یا موردی تصویب نکرده است. بر این اساس، لازم است با وضع قاعده معقولیت یا احصاء استثنائات به همراه وضع اصول راهنما و دستورالعمل‌های اجرایی، ایرادها برطرف شود (قاسمی، ۱۳۹۸: ۲۶۶).

لازم است ذکر شود که پرونده خاصی درخصوص شرط تحدید محصولات نوآورانه و نوآورانه در تصمیمات شورای رقابت مشاهده نشد، اما در پرونده عدم عرضه شمش آلومینیوم تولیدی شرکت هرمزال به ادعای تحدید مقدار عرضه به منظور افزایش قیمت در رأی صادره در سیصدوسی و نهمین صورت جلسه شورای رقابت مورخ ۴ تیر ۱۳۹۷، شورای رقابت وفق ق جزء ۳ بند ط ماده ۴۵ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، عمل این شرکت را «سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به روش تحدید مقدار عرضه یا تقاضا به منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار» به‌عنوان مصداق اخلال در

رقابت و به موجب بندهای ۳ و ۴ ماده ۶۱ این قانون، دستور به «توقف رویه ضد رقابتی و عدم تکرار آن از سوی شرکت» و «اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بازار» و به استناد بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون مذکور، به پرداخت دو میلیارد و یکصد و سی و شش میلیون ریال «جریمه نقدی» و به استناد بند ۱۱ ماده ۶۱ قانون مزبور الزام به عرضه محصولات خود را در داخل کشور از طریق بورس کالا صادر کرد^۱ و متعاقب آن هیئت تجدیدنظر در تصمیم شماره ۳۸/۹۷/هـ ت مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۵ در خصوص موضوع تصمیم ۳۳۹ شورای رقابت مقرر داشت: «تولیدات شرکت شمش آلومینیوم مشمول دستورالعمل تنظیم بازار محصولات آلومینیومی مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۸ است که می‌باید صرفاً از طریق عرضه در بورس مبادرت به انجام معامله نمایند؛ لذا با توجه به وضع شرایط لازم از سوی مراجع ذیصلاح بر عرضه این‌گونه محصولات، هرگونه اراده خارج از الزامات تعیینی یعنی نادیده گرفتن حقوق سایر شرکت‌های مشابه و پایداری در ایجاد تعدد و تبعیض در نرخ‌گذاری تلقی و خلاف مقتضای اصول حاکم بر موضوع قلمداد می‌شود. با وجود این، ضمن رد تجدید نظرخواهی تجدید نظرخواهان‌ها به استناد جزء ج از بند ۳ ماده ۶۴ قانون مرقوم تصمیم تجدید نظر خواسته صحیح و منطبق با مقررات تشخیص و ابرام می‌شود. این تصمیم به استناد ماده ۶۳ قانون یادشده قطعی و لازم‌الاجراست»^۲.

با عنایت به مفاد آراء مورد بحث ملاحظه می‌شود که شورا با در نظر گرفتن موقعیت مسلط برای شمش آلومینیوم تولیدی شرکت هرمزال، رویه ارتكابی را بدون تحلیل بازار و شرایط آن و تبعات مثبت، مشمول جزء ۳ بند ط ماده ۴۵ ق.ا.س.ک.ا. ۴۴ دانست و این شرکت را به توقف رویه ضد رقابتی، اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بازار، پرداخت دو میلیارد و یکصد و سی و شش میلیون ریال جریمه نقدی و الزام به عرضه محصولات در داخل کشور از طریق بورس کالا محکوم کرد. شورای رقابت در این

1. <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/805-339-4-1397.html>

2. <https://www.nicc.gov.ir/revise/revise-decisions-council/1259-38-97-1397-07-15.html>

رأی، در ظاهر رفتار شرکت شمش آلومینیوم را آشکارا ضد رقابتی دانست و عرضه نکردن شمش آلومینیوم تولیدی را از طریق بورس کالا به شرکت‌های داخلی سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به روش تحدید مقدار عرضه به‌منظور افزایش قیمت بازار تشخیص داد و بر این اساس، معامله را ضد رقابتی دانست. در تصمیم شماره ۳۸/۹۷/هـ ت مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۵ هیئت تجدیدنظر، «ایجاد مانع ورود به بازار» به‌عنوان معیار شناسایی وجود موقعیت مسلط به روش «تحدید مقدار عرضه به‌منظور افزایش قیمت» تشخیص داد و ادعای تجدید نظرخواه را مبنی بر وجود نداشتن ارائه مدارک و اسناد مثبت وقوع تخلف را نپذیرفت و رفتار آن شرکت را به دلیل ترویج رویه ضد رقابتی به موجب قرارداد فی‌مابین با سایر شرکت‌ها و مؤسسات داخلی و خارجی در قبال پرداخت بدهی یا تأمین مواد اولیه که منجر به عرضه محصولات تولیدی خارج از شبکه تعیینی یا بورس کالا می‌شود و متعاقب آن سوءاستفاده از موقعیت مسلط در استتکاف از معامله از طریق عرضه در بورس از جمله مصداق قسمت جزء ۳ بند ط ماده ۴۵ دانست. در تصمیم اتخاذشده، تحلیل خلاصه بازار دیده نمی‌شود؛ ضمن آنکه به نظر می‌رسد سهم عمده بازاری شرکت هرمزال، نقش مهمی در اتخاذ تصمیم شورا مبنی بر ضد رقابتی بودن عمل داشته است. این در حالی است که اولاً در تصمیم شورای رقابت، هیچ‌گونه اشاره‌ای به معیار تشخیص موقعیت مسلط و قدرت بازاری چشمگیر در رسیدگی به پرونده نشده است. از سوی دیگر، با توجه به اینکه معیارهای شناسایی دارا بودن موقعیت مسلط در قانون نیامده است و شورای رقابت نیز تاکنون دستورالعملی را مبنی بر ارائه این معیارها به تصویب نرسانده است؛ لذا معیار ارزیابی موقعیت مسلط مشخص نیست. ثانیاً، صرف موارد احصاشده در ماده ۴۵ برای احراز ضد رقابتی بودن کافی نیست بلکه باید عمل ارتكابی به اخلال در رقابت منجر شود. بر این اساس، شورا می‌باید به آثار اقدامات بنگاه دارای موقعیت مسلط، ساختار بازار و موانع ورودی توجه می‌کرد؛ در حالی که تحلیل دقیق بازار در آراء صادره دیده نمی‌شود. ثالثاً دستور به «توقف رویه ضد رقابتی» معلوم نیست منظور

شورا ابطال قرارداد است یا توقف کلیه فعالیت‌های تجاری بنگاه متخلف. شورا بدون اینکه اشاره‌ای به توافق طرفین نماید، رفتار شرکت هرمزال را اقدامی یک‌جانبه غیرقراردادی تلقی کرده است که با سوءاستفاده از موقعیت مسلط سبب اختلال در رقابت بازار شده است؛ در حالی که توافقات موجود فی‌مابین شرکت هرمزال با شرکت‌ها و مؤسسات داخلی و خارجی در قبال پرداخت بدهی یا تأمین مواد اولیه، علت شکایت بوده است.

هم‌چنین، پرونده‌های متعددی نزد شورای رقابت به‌عنوان متولی قانونی رسیدگی به پرونده‌های رقابتی از جمله پرونده‌های رقابتی صنعت خودرو مطرح شده است. بخش عمده‌ای از این شکایات ناشی از سوءاستفاده این شرکت‌ها از وضعیت انحصاری صنعت خودرو بوده است. شرکت‌های عرضه‌کننده خودرو دارای وضعیت مسلط به‌جهت نیل به اهداف خود از شرط تحدید مقدار عرضه برای افزایش یا کاهش قیمت خودرو استفاده می‌کنند. سوءاستفاده این شرکت‌های دارای وضعیت مسلط منتهی به یکی از تصمیمات مهم شورای رقابت در سال‌های اخیر، «دستورالعمل تنظیم قیمت خودرو» (جان محمدی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۰).

اخیراً شورای رقابت، دستورالعمل اصلاح‌شده تنظیم بازار خودروی سواری (مصوب جلسه ۵۴۳ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۱) را به‌منظور تنظیم قیمت، تعیین میزان عرضه محصولات شرکت‌های عرضه‌کننده خودرو و شرایط دسترسی به بازار به تصویب رساند. به موجب بند ۱ ماده ۵ دستورالعمل مذکور، تولیدکنندگان خودرو موظف هستند در ابتدای هر سال برنامه تولید را به تفکیک ماه به شورای رقابت و وزارت صمت اعلام کنند و شورای رقابت نیز به موجب بند ۲ ماده مزبور مکلف است سالیانه میزان و نوع واردات خودرو را تعیین کند.

اگرچه اقدام شورای رقابت در تنظیم دستورالعمل به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده شرکت‌های عرضه‌کننده خودرو قابل تحسین است به دلیل نقش و حضور پررنگ

تحریک عرضه محصولات نوآورانه و کاهش هزینه سرمایه در تحقق کارایی اقتصادی و افزایش رفاه مصرف‌کنندگان، نقش شایانی ایفا کند.

در برابر، اتحادیه اروپا به دلیل یک‌پارچگی اقتصادی و حفظ تمامیت بازار مشترک اروپایی، موضع سخت‌گیرانه‌تری در قبال آن اتخاذ کرده است. در چارچوب موازین رقابتی اتحادیه اروپا، محدودیت‌های میزان عرضه به‌دقت بررسی می‌شوند تا اطمینان حاصل شود که رقابت در بازار را محدود نمی‌کند یا به مصرف‌کنندگان آسیب نمی‌رساند. با ارزیابی تأثیر چنین محدودیت‌هایی بر پویایی بازار و رفاه مصرف‌کننده، مراجع قضایی و رقابتی در نظر دارند تا محیط رقابتی را به گونه‌ای حفظ کنند که به نفع مصرف‌کنندگان باشد و در عین حال، کارایی اقتصادی را ارتقاء دهند. علت این رویکرد نیز حمایت از آزادی اقتصادی فعالان اقتصادی به‌ویژه بنگاه‌های کوچک و متوسط است و بر این اساس قدرت اقتصادی و سهم بازاری بنگاه‌ها نقش به‌سزایی ایفا می‌کند.

از سوی دیگر، قوانین اتحادیه اروپا به‌طور دقیق چارچوبی را تنظیم می‌کند که به موجب آن تحدید عمودی میزان عرضه، قانونی تلقی می‌شود. در حالی که قانون ضد انحصار ایالات متحده ضوابط مشخصی ارائه نمی‌دهد و روند ارزیابی به محاکم سپرده شده است. علاوه بر این، در حقوق اتحادیه اروپا، طبق معیار سهم بازار، قدرت مجاز بازاری طرفین قرارداد در توافق عمودی، ۳۰ درصد پیش‌بینی شده است، اما در ایالات متحده معیار ثابتی پیش‌بینی نشده است. در فرآیند ارزیابی آثار رقابتی نیز در ایالات متحده امریکا به افزایش رفاه مصرف‌کننده و کارایی اقتصادی توجه می‌شود در حالی که در اتحادیه اروپا، امکان رقابت رقبا با بنگاه اقتصادی مسلط در بازار عامل تعیین‌کننده است (Frenz, 2017: 596).

با وجود رویکرد متفاوت در سیاست‌های حقوق رقابتی این دو نظام حقوقی، اشتراک‌هایی در این خصوص وجود دارد: در هر دو نظام حقوقی، تحدید میزان عرضه مصداق از اعمال دو یا چندجانبه ضد رقابتی است که ارزیابی رقابتی با توجه به آثار

حقیقی ترتیبات بر بازار صورت می‌گیرد. علاوه بر آن، هر دو نظام حقوقی به تحولات حوزه نوآوری و فناوری توجه داشته و با هدف افزایش انگیزه نوآوری و ایجاد توازن میان حمایت از حقوق دارنده دارایی فکری و تأمین کارایی اقتصادی و رفاه مصرف‌کنندگان، مقرره معافیت و اصول راهنمای جامع در این زمینه وضع و اصلاح کرده‌اند.

در مقابل، قانون‌گذار ایرانی برخلاف حقوق رقابت اتحادیه اروپا و ایالات متحده، بدون توجه به اثرات رقابتی و اقتصادی، تحدید مقدار عرضه یا تقاضا را به‌منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار از مصادیق سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط قلمداد کرد و در روابط دوجانبه بدون تفکیک تحدیدات عمودی از افقی به عبارت کلی به محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار بسنده کرد. هم‌چنین به سهم بازاری تحمیل‌کننده شرط توجهی نداشته و به‌صورت کلی معیار اخلال در رقابت را به رسمیت شناخته و وظیفه شناسایی رویه‌های ضد رقابتی را به شورای رقابت سپرده است؛ در حالی که، کمیسیون اتحادیه اروپا با ترسیم منطقه امن ضد انحصار، تحدیدات مشمول قواعد معافیت کلی را تبیین می‌کند، اما مقنن ایرانی نه تنها موارد معافیت و استثنائات را تبیین نکرده بلکه مصادیق ممنوعیت اعمال ضد رقابتی را به‌صورت حصری بدون تشریح معیارهای ارزیابی رقابتی بیان کرده است که این امر ارزیابی رقابتی این ترتیبات را به‌ویژه محصولات فناورانه و نوآورانه با چالش مواجه می‌سازد.

فرجام سخن

تحدید میزان عرضه در توافقات عمودی به اعمال محدودیت بنگاه اقتصادی بالادست به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در مقدار محصولات مادی عرضه‌شده‌ای که بنگاه اقتصادی پایین‌دست می‌تواند از ایشان تهیه کنند یا به مصرف‌کنندگان عرضه نمایند و در عرصه

مالکیت فکری به محدودیت در میزان و حوزه استفاده محصول فناورانه یا نوآورانه بهره‌بردار اطلاق می‌شود. در هر سه نظام حقوقی مورد مطالعه، توافق بر میزان عرضه در روابط غیررقبا مشمول ممنوعیت مطلق یا محض واقع نشده است، بلکه در شرایطی که تحدید میزان عرضه در روابط عمودی دارای تبعات مثبت یا توجیه منطقی باشد از معقولیت رقابتی برخوردار یا معافیت‌های در نظر گرفته شده است.

در روند ارزیابی رقابتی، مواردی همچون اثرگذاری بر قیمت، وجود موانع ورود سایر فعالان به بازار، قدرت بازاری طرفین و میزان رقابت رقبا تعیین‌کننده است. همچنین اگر پیامد رویه مذکور مخدوش کردن مکانیسم‌های قیمت‌گذاری، کاهش دسترسی اشخاص به بازار، محدود کردن حق انتخاب مصرف‌کننده و ایجاد مانع برای ورود رقبای جدید باشد باید این ترتیبات را مظنون به نقض موازین رقابتی به شمار آورد، اما در مواردی که این رویه منجر به کاهش هزینه سرمایه و توزیع شود، مراجع قضایی و رقابتی با رویکرد منعطفی آن را بررسی می‌کنند؛ به‌خصوص که با افزایش کارایی تخصیصی و ابداعات فنی برای کیفیت محصولات بنگاه تحمیل‌کننده شرط موجب ارتقاء رفاه جامعه شود، در مشروعیت آن تردیدی وجود ندارد. هرچند حقوق اتحادیه اروپا، توافق را با ضوابط معینی تحلیل می‌کند و چارچوب دقیقی را تنظیم می‌کند تا کمیسیون اتحادیه اروپا با در نظر گرفتن شرایط اعلام‌شده و ضوابط اقتصادی حاکم ارزیابی نماید اما حقوق ضد انحصار ایالات متحده امریکا به موجب قاعده معقولیت با تکیه بر تحلیل اقتصادی و ملاحظات رقابتی، ترتیبات محدودکننده را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. در عین حال، هر دو نظام حقوقی پیشرو با وضع مقرر و اصول راهنمای دقیق و جامع تلاش می‌کنند که تعادل را بین انگیزه صاحبان دارایی فکری و اهداف حقوق رقابت برقرار کنند تا از این طریق، ضمن ارتقاء کارایی تخصیصی و پویا و افزایش رفاه مصرف‌کنندگان، نوآوران را به آشکارسازی ایده‌های نو و سرمایه‌گذاری بیشتر در فناوری نوین به‌منظور ارتقای رفاه جامعه تشویق کنند.

در حقوق ایران قانون‌گذار اگرچه به این تحدیدات در بازار محصولات مادی توجه داشته است کاستی‌ها و نارسایی‌های عمیقی وجود دارد که ارزیابی رقابتی ابعاد مختلف موضوع را با عنایت به مصالح اقتصادی با چالش‌های جدی مواجه می‌کند و این وضعیت در بازار فناوری و نوآوری، که به‌طور اساسی به مقتضیات خاص نظام اموال فکری و توسعه فعالیت‌های نوآورانه توجهی نداشته، آشکارتر است. بر این اساس، به‌صورت مشخص برای رفع این خلاء قانونی و رویه قضایی ناکارآمد، پیشنهادهایی به شرح ذیل ارائه می‌شود:

پیشنهادهای تقنینی

از منظر تقنینی، بند ۲ ماده ۴۴ و قسمت ۳ از بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.س.ک تحدید مقدار خرید و فروش در صورت اثبات اخلال در رقابت یا تحدید مقدار عرضه و تقاضا به‌منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار توسط بنگاه اقتصادی مسلط را ممنوع اعلام کرده است. نقد وارده به این رویکرد این است که قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن تبعات مثبت اقتصادی و رقابتی این تحدیدات، نوع روابط و سهم بازاری طرفین و ارائه ضوابط روشن و قواعد ارزیابی، ضد رقابتی اعلام می‌کند و تفکیکی میان محصولات مادی، فناورانه و نوآورانه قائل نشده است؛ لذا پیشنهاد می‌شود با عنایت به مقررات و اصول راهنمای نظام‌های پیشرو، مقرر شود: «شرط تحدید میزان عرضه، رویه‌هایی هستند که توسط بنگاه اقتصادی بالادست یا دارنده دارایی فکری در مناسبات عمودی وضع شده که منجر به اعمال محدودیت نسبت به مقدار عرضه و بازاری محصولات مادی یا تحدید میزان استفاده و تخصیص حوزه استفاده محصولات فناورانه و نوآورانه شده است و در نتیجه اعمال محدودیت مذکور، آثار مثبت و منفی اقتصادی و رقابتی را به دنبال داشته باشند. ارزیابی رقابتی براساس قاعده معقولیت و ملحوظ داشتن مؤلفه‌هایی نظیر سهم بازاری طرفین، میزان اثرگذاری بر رقابت رقبای، واکنش عرضه و تقاضا به تغییرات قیمتی، وجود موانع ورود به بازار و بهینه‌سازی میزان عرضه براساس

میزان تقاضا، دسترسی اشخاص به بازار و حق انتخاب مصرف‌کنندگان صورت می‌گیرد» افزون بر آن، پیشنهاد می‌شود به بند ۱۵ ماده اول که درخصوص معیارهای تشخیص وضعیت اقتصادی مسلط است سهم بیش از سی درصد بنگاه تحمیل‌کننده شرط در بازار محصول یا دارایی فکری و معیارهای کیفی اضافه شود. تبصره: منظور از موقعیت مسلط سهم بازاری تحمیل‌کننده شرط بیشتر از سی درصد باشد.

پیشنادهای اجرایی

به شورای رقابت متولی انحصاری تشخیص رویه‌های مخل رقابتی پیشنهاد می‌شود با تدوین آیین‌نامه‌ای معافیت‌های مشمول ق.ا.س.ک.ا با عنایت به فضای خاص اقتصادی، رقابتی و ملاحظات مالکیت فکری ایران تصریح نماید و شرط تحدید میزان عرضه را در توافقات عمودی که واجد آثار مثبت و منفی رقابتی در بازارهای محصولات، فناوری و نوآوری هستند، رویه محدودکننده مظنون اعلام نماید تا ضمن ارتقاء انگیزه نوآوران به تداوم فعالیت خلاقانه، متخلفان را با اعمال ضمانت اجرای مناسب و کارآمد هدایت نماید.

References

- حبیبیا، سعیدو وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۳). توافقات ضد رقابتی در روابط تولیدکننده و عرضه‌کننده، مطالعات حقوقی، ۳۷، ۳-۵۷.
- جان محمدی، سجاد، حسین زاده، جواد وحسینی، مینا (۱۴۰۱)، تحلیل سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در صنعت خودرو ایران و اتحادیه اروپا از منظر حقوق رقابت، پژوهش‌های اقتصاد صنعتی، ۲۰، ۱-۱۴.
- جعفرزاده، میرقاسم و اکبریان طبری، معصومه (۱۴۰۰). تحلیل رقابتی محدودیت‌های غیرقیمتی در توافقات عمودی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۰(۳۷)، ۳۷-۷۵.

- جعفرزاده، میرقاسم و عباس انصاری (۱۳۹۳). توافقات عمودی ممنوع از منظر حقوق رقابت، پژوهش حقوق خصوصی، ۷، ۷۳-۹۸.
- حسینی، مینا (۱۳۹۶). حقوق رقابت در آیینی ساختار و تصمیمات شورای رقابت. تهران: انتشارات مجد. چاپ اول.
- رهبری، ابراهیم و حسینی، وحید (۱۳۹۸). حقوق رقابت در عرصه مالکیت های فکری. تهران: انتشارات سمت.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۸). حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- قاسمی، محسن (۱۳۹۸). تبیین قواعد عمومی تشکیل قراردادهای توزیع با تأکید بر قواعد حقوق رقابت، پژوهش حقوق خصوصی، ۷(۲۶)، ۲۴۳-۲۷۰.
- کبیری شاه آباد، حمید و کلاتر زاده سعدآباد، سجاد (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی معیارهای شناسایی توافقات عمودی ضد رقابتی در نظام حقوقی اتحادیه اروپا و ایران، نشریه حقوق تطبیقی (نامه مفید)، ۱۰(۱)، ۱۲۳-۱۴۴.
- موسوی، سید فضل الله و جدیدی، انسیه (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی قواعد رقابت در قوانین رقابتی ایران و اتحادیه اروپا، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۸(۲)، ۲۷۹-۳۱۲.
- Bharadwaj, A., Vishwas H., & Devaiah, I., Gupta. (2018). *Multi-dimensional Approaches towards New Technology*, Springer.
- Blewett, R., Kennis, M., & Chance, C. (2023). EU vertical agreements, *Practical Law, European Union*. Department of Law EU Law.
- Blöndal, M. (2015). Field-of-use Restrictions: A Comparative Approach Towards the EU and US
- Csongor, N. (2020). *Eu and Us Competition Law*, USA, Routledge.
- Duns, J. (2015). *Comparative Competition Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing.
- Enchelmaier, S. (2023). Restrictions 'by object' after Generics, Lundbeck, and Budapest Bank: are we any wiser now?, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 11, Issue 1. DOI:10.1093/jaenfo/jnac020
- Frenz, W. (2017). *Handbook of EU Competition Law*, Berlin: Springer.
- Geradin, D., Layne-Farrar, A., & Petit, N. (2012). *EU Competition Law and Economics*, Oxford Competition Law.
- Ghaffari Farsani, B. (2014). *Competition Law and its Civil Remedies*, Tehran: Mizan Publications [In Persian].
- Ghasemi, M. (2019). Explaining the General Rules for the Formation of Distribution Agreements with Respect to the Competition Law, *Private*

- Law Research*, 7(26), 123-144 [In Persian]. DOI:10.22054/jplr.2018.25207.1649.
- Habiba, S., M. Hosein Vakili Moghadam, M. (2014). Anti-competitive agreements in producer-supplier relations, *Journal of Legal Studies*, 3, 37-57.
- Hosseini, M. (2021). *Competition Laws in the Mirror of the Structure and Decisions*, Tehran: Majd Publications, [In Persian].
https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/20220510_guidelines_vertical_restraints_art101_TFEU_.pdf
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2727
<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-russia/sanctions-against-russia-explained/>
<https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/disruptions-vs-refusals-of-supply/>
<https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/805-339-4-1397.html>
<https://www.nicc.gov.ir/revised/revised-decisions-council/1259-38-97-1397-07-15.html>
<https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/why-vertical-restraints-new-evidence-from-a-business-survey/>
- Jafarzadeh, M.; Ansari, A. (2015). Vertical Agreements from Competition Law Perspective, *Private Law Research*, 2(7), 73-97 [In Persian].
- Jafarzadeh, M., Akbarian. Tabari, A. (2021). Competitive Analysis of Non-Price Restraints in Vertical Agreements (A Comparative Study of American, European Union, and Iranian Law), *Private Law Research*, 10, 37-75 [In Persian]. DOI:10.22054/jplr.2022.59920.2551
- Janmohamadi, J., Hoseinzadeh, J., Hosseini, M. (2022). Analyzing the Abuse of dominant position in the Iranian and European automotive industries, view of competition law, *Quarterly Journal of Industrial Economics Research*, Vol. 6, No. 20, 1-14 [In Persian]. DOI :10.30473/jier.2023.65179.1343
- Jedlicková, B. (2016). *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.
- Kabiri Shahabad, H., & Kalantarzadeh Sadabad, S. (2023). A Comparative Study of the Criteria for Identifying Vertical Anti-Competitive Agreements in the Legal System of the European Union and Iran, *The Journal of Comparative Law*, 10(1), 243-270 [In Persian]. DOI: 10.22096/law 2023.543839.1977
- Kalten Brunner, L. (2022). Non-Pricing Conduct by Dominant Firms in the EU, Europe, Middle East and Africa, *Antitrust Review* 2023.
- Kaltenbrunner, L. (2022). European Union: Abuse of dominance and Article 102 of the TFEU, *Ropes & Gray*.

- Kim, K. (2012). Competition Law in the New Economy Industries: Is the Current Competition Analysis Adequate to Protect Consumers in the New Economy Industries? London: *The University of Manchester*.
- Lai, S. (2018). Defining and regulating hardcore cartels in Hong Kong: agency reconciling the divergence between legislators and international standards, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20, Iss. 4.
- Legal Framework, *FACULTY OF LAW, Lund University*.
- Lindeboom, J. (2022). Formalism in Competition Law, *Journal of Competition Law & Economics (Forthcoming)*, Vol. 18, Issue 4.
- Mousavi, F., Jadidi, E. (2020). A Comparative Study of Competitive Rules in Competition Laws of Iran and the European Union, *Quarterly Journal of Comparative Laws of Islam and West*, 8(2), 279-312 [In Persian]. DOI: 10.22091/csiw.2020.5692.1854
- Principles of Economics*. (2016). University of Minnesota, Available at: <https://open.lib.umn.edu/principleseconomics>.
- Rahbari, E., Hasani Sangani, V. (2019). *Competition Law in the Realm of Intellectual Ownership* (Vol. I, 2): Notions, Basic Rules and Anticompetitive Agreements, Tehran: SAMT Publications, [In Persian].
- Richards, D. G. (2020). *Intellectual Property Rights and Global Capitalism: The Political Economy of the TRIPS Agreement*, USA, Routledge.
- Schuett, F. (2012). *Field-of-use restrictions in licensing agreements*, International Journal of Industrial Organization, London,
- Sousa, P. (2019). Licensing of IP Rights and Competition Law, Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Theron, N. & Boshoff, W. H. (2011). When Do Vertical Restraints Harm Competition? *The Economics-Based Approach and Its Application in the Batsa Case*, 79(3).
- Van den Bergh, R. .J.(2017). *Comparative Competition Law and Economics*, USA, Edward Elgar.
- Villar, Mar, García, Santiago. (2017). *Assessing the Impact of Field-of-Use Restrictions in Patent Licensing Agreements: The Ethical Pharmaceutical Industry in the United States, 1950–1962*, *Enterprise & Society*, Cambridge University Press.
- Winter, R. & Pil Choi, Jay, Lim, Wonhyuk. (2020). *Competition Law and Economics*, Elgar Publishing, Bergh, Roger.2017, Comparative Competition Law and Economics, USA, Edward Elgar. ISBN: 978 1 83910 340 7

Statutes

Annex To The Communication From The Commission Approval of The Content of A Draft For A Communication From The Commission Guidelines On Vertical Restraints, 2022.

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2017.

Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

Commission regulation (EU) no 316/2014 of 21 March 2014 on the application of article 101(3) of the treaty on the functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements.

Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

Federal Trade Commission (FTC) Act of 1914.

Guidelines on Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements

Guidelines on vertical restraints, (2022), Brussels, 10.5.2022.

The Clayton Antitrust Act, 1914.

The Sherman Antitrust Act of 1890.

Cases and Materials

Case 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd. [1988] ECR 6211, paras. 8-9.

Case 27/76, United Brands v Commission, [1978] ECR 207, paras. 183-184;

Case 53/87 Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Régie nationale des usines Renault [1988] ECR 6039, paras. 11 and 15-16.

Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG. [2004] ECR I-5039, paras. 38-52.

Case C-95/04 P British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 69. 48 Commercial Solvents (n 47), para. 25.

Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223, para. 25.

Cases C-241/91 P and 242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR I-743, paras. 50 and 53-56.

Ezzo Investments Inc V. Royal Beauty Supply Inc (1996).

General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v Commission (Case T-368/00)



C-193/83 Windsurfing International Inc. V Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1986/75. para. 42.



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.50707.5184>



Research Article

The Interception of Communications in the International Criminal Court with Emphasis on the *Bemba et al.* Case

Abbas Barzegarzadeh

Assistant Prof., International law, faculty of Law, Islamic Azad University, Bushehr branch, Bushehr, Iran

Article history:

Received: 10-07-2024

Accepted: 07-01-2025

Abstract

Introduction: Following the issuance of charges for crimes against humanity and war crimes against Mr. Bemba, the International Criminal Court (ICC), pursuant to Article 70 of the Rome Statute (hereinafter: the Statute), adjudicated the charges against Mr. Bemba and others under the title "Offences against the Administration of Justice." Given the payment of bribes by Mr. Bemba through his lawyer, Mr. Aimé Kilolo Musamba, to witnesses, the Prosecutor submitted a request to Pre-Trial Chamber III for the interception of communications between them, which was granted by the said Chamber. This research, conducted in a descriptive-analytical manner, seeks to answer the following questions: Firstly, considering the authorization to intercept communications between Mr. Bemba and his lawyer and the violation of the right to professional immunity, what considerations were taken into account by the Pre-Trial Chamber to limit the scope of the Prosecutor's discretion? Secondly, under what circumstances

Please cite this article as:

Barzegarzadeh, A (2025). The Interception of Communications in the International Criminal Court with Emphasis on the Bemba et al. Case. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 127-176.
doi: <https://10.22099/JLS.2025.50707.5184>

* Corresponding author:

E-mail address: abbasbarzegar60@gmail.com

and for what types of crimes can the contents of intercepted communications be relied upon? In answering the research questions, through studying the provisions of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, and the practice of the International Criminal Court, it is concluded that, given the appointment of a third party other than the Prosecutor responsible for the interception and the fact that only those parts of the communications pertaining to offences against the administration of justice were provided to the Prosecutor, the interception of the accused's statements to his lawyer is not admissible or reliable as evidence in the main crimes (subject of Article 5 of the Statute), nor are the intercepted communications between them admissible or reliable.

Methodology: For the precise evaluation of the main question of the article, the present research has been organized based on internet and library sources and using a descriptive-analytical method.

Findings: The right to a fair trial, which is based on the presumption of innocence, is among the rights recognized in all international and regional instruments and is also acknowledged in all legal systems. The then Secretary-General of the United Nations considered adherence to recognized international standards mandatory for all international tribunals (UN SC, s/25704, 1993). On the other hand, among the rights of the community is a genuine adjudication for the punishment of violators of civil and criminal laws and the prevention of obstruction of proceedings. Article 70 of the ICC Statute guarantees the protection of proper and unimpeded proceedings. "Contempt of court," an institution previously recognized by the ad hoc international tribunals, also represented this function. In this research, we aim to analyze the practice of the International Criminal Court to determine criteria for presenting a model of proceedings that respects both rights (individual and community). The issue of "contempt of court" has a history in Common Law and Civil Law (Romano-Germanic) systems and entered the international criminal legal system from these sources (Charleton, 2024:45). It has been addressed in the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and the Special Court for Sierra Leone (SCSL), and was ultimately explicitly criminalized in the Statute of the International Criminal Court (ICC). The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) also confirms the recognition of this crime and its punishment as a supplementary penalty (Sluiter, 2004: 7). In the case under study (*Bemba et al.*), by issuing the order for communication interception, the client's right to the confidentiality of his

discussions with his lawyer was violated. In international criminal law literature, the protection of this right is organized under the institution called "professional immunity." It should be explained that the interception of telephone communications between Mr. Bemba and his lawyer (Mr. Musamba) violated the aforementioned principle.

Considering that in the *Bemba et al.* case, these measures (interception of communications) were undertaken for the adjudication of the charged "offences against the administration of justice" (subject of Article 70 of the ICC Statute) and for obtaining evidence, we will first proceed to explain the concept of "contempt of court" (as explicitly stated in the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc international criminal tribunals) and "offences against the administration of justice" (according to the ICC Statute), and finally, the study of the conflict of this principle with the rights of the accused and their lawyers, with emphasis on the case of *Bemba, Musamba, Mangenda, Babala, and Arido*, will be on the agenda. Two issues are studied in this research: first, examining the determination of the scope of competence of the Chamber, judge, or Prosecutor regarding the violation of the principle of professional immunity through interception; and second, the possibility of interception based on the type of crime or potential crime. The first hypothesis that comes to mind in answering this question is the limitation of the Prosecutor's scope of authority to access the contents of communications between Mr. Bemba and his other lawyers and advisors to respect the bounds of professional immunity and internationally recognized human rights under Article (7) [likely refers to relevant principles, Art. 69(7) is related to evidence] of the Statute. The second hypothesis is based on the distinction between "offences against the administration of justice" and the main crimes under Article 5 of the Statute (genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression) – reliance on the contents obtained from intercepted communications is possible for "offences against the administration of justice" but is impossible for the main crimes due to the sequence of the crime's occurrence relative to the stage of proceedings (in the general sense, which includes the stages of investigation, prosecution, and trial) and constitutes a clear violation of professional immunity. Therefore, it is necessary to first study the institutions of "contempt of court," "offences against the administration of justice," professional immunity, and interception of communications as the foundations of the discussion, and then, focusing on the jurisprudence of the International Criminal Court, arrive at answers to the posed questions.

Conclusion: Considering the practice of the International Criminal Court and also the nature and requirements of the criminal response to offences

against the administration of justice, interception of communications in this regard is possible while respecting the rights of the accused and the lawyer by refraining from using and relying upon statements of the accused and the lawyer concerning the main crime. In other words, any interception regarding the main crimes will be prohibited.

Keywords: Interception of Communications, Professional Immunity, International Criminal Court, *Bemba et al.*, Offences against the Administration of Justice.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.50707.5184>

مقاله پژوهشی

شنود مکالمات در دیوان کیفری بین‌المللی با تاکید بر قضیه بمبا و دیگران

عباس برزگرزاده

استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر، بوشهر، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: متعاقب ایراد اتهامات جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی علیه «بمبا»، دیوان کیفری بین‌المللی مستند به ماده ۷۰ اساسنامه رم (از این بعد اساسنامه) به اتهامات انتسابی «بمبا» و دیگران تحت عنوان «جرایم علیه اجرای عدالت» رسیدگی کرد. با توجه به پرداخت رشوه توسط «بمبا» از طریق وکیل خودش «موسامبا» به شهود، دادستان درخواست شنود مکالمات فی مابین ایشان را تقدیم شعبه پیش دادرسی سوم کرد و این درخواست مورد پذیرش شعبه موصوف واقع شد. در این تحقیق که به صورت توصیفی تحلیلی به سامان رسیده است در پی پاسخ به این پرسش هستیم که با توجه به اجازه شنود مکالمات «بمبا» با وکیل وی و نقض حق بر مصونیت حرفه‌ای، چه ملاحظاتی به منظور تحدید دامنه صلاحید دادستان مد نظر شعبه پیش دادرسی بوده و دوم اینکه در چه شرایطی و در چه نوع جرایمی امکان استناد به مفاد مکالمات فی مابین وجود دارد. در پاسخ به پرسش‌های تحقیق با مطالعه مفاد اساسنامه، آیین دادرسی و ادله و همچنین رویه «دیوان کیفری بین‌المللی»، چنین استنتاج می‌شود که با توجه به تعیین شخص ثالثی به جز دادستان که وظیفه شنود مکالمات را بر عهده دارد و اینکه منحصراً

استناد به این مقاله:

برزگرزاده، عباس (۱۴۰۴). شنود مکالمات در دیوان کیفری بین‌المللی با تاکید بر قضیه بمبا و دیگران. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۱۲۷-۱۷۶.

E-mail address: abbasbarzegar60@gmail.com

* نویسنده مسئول:

آن بخش‌هایی از مکالمات در اختیار دادستان قرار گرفته که ناظر بر جرائم علیه اجرای عدالت بوده است، شنود اقراریه متهم نزد وکیل به‌عنوان ادله در جنایات اصلی (موضوع ماده ۵ اساسنامه) و همچنین شنود مکالمات فی‌مابین بین قابل استماع و استناد نیست.

روش: به منظور ارزیابی دقیق سؤال اصلی مقاله تحقیق حاضر با استناد به منابع اینترنتی و کتابخانه‌ای و به روش توصیفی - تحلیلی سامان داده شده است.

یافته‌ها: حق بر دادرسی عادلانه که مبتنی بر فرض براءت است از جمله حقوقی است که در همه اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای به رسمیت شناخته شده و در همه نظام‌های حقوقی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. دبیرکل وقت سازمان ملل متحد رعایت استانداردهای شناخته‌شده بین‌المللی را نسبت به همه محاکم بین‌المللی نیز الزامی می‌داند. از دیگر سو، از جمله حقوق جامعه، رسیدگی واقعی به منظور مجازات ناقضان قوانین مدنی و کیفری و منع اخلال در رسیدگی‌هاست. ماده ۷۰ اساسنامه «دیوان کیفری بین‌المللی» حفاظت از رسیدگی صحیح و بدون مانع را تضمین می‌نماید. «اهانت به دادگاه» که نهاد پیشینی مورد شناسایی دیوان‌های بین‌المللی موقت بود نیز همین کارکرد را نمایندگی می‌کرد. در این پژوهش، تحلیل رویه «دیوان کیفری بین‌المللی» به منظور تعیین معیارهایی برای ارایه مدلی از رسیدگی که هر دو حق (شخص و جامعه) را رعایت نماید، در دستور کار قرار داده‌ایم. موضوع «اهانت به دادگاه» در حقوق کامن لا و رومی ژرمنی دارای سابقه است و از این مبادی وارد نظام حقوق بین‌الملل کیفری شده است. در آیین دادرسی و ادله «دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی»، «دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا» و «دیوان ویژه سیرالئون» این موضوع مورد توجه قرار گرفته است و نهایتاً در اساسنامه «دیوان کیفری بین‌المللی» نیز به صراحت جرم‌انگاری شده است. رویه قضایی «دیوان اروپایی حقوق بشر» نیز مؤید شناسایی این جرم و همچنین حکم به محکومیت آن به عنوان یک مجازات تکمیلی است. در پرونده مورد مطالعه («بمبا» و دیگران)، با صدور دستور شنود مکالمات، حق موکل مبنی بر محرمانه ماندن مذاکرات وی با وکیل نقض شده است. در ادبیات حقوق کیفری بین‌المللی، محافظت از این حق را در قالب نهادی به نام «مصونیت حرفه‌ای» سازماندهی نموده‌اند. توضیح اینکه شنود مکالمات تلفنی «بمبا» و وکیل («موسامبا») ایشان اصل فوق‌الاشاره را مورد تعرض قرار داده است.

با عنایت به اینکه در پرونده «بمبا» و دیگران این اقدامات (شنود مکالمات) جهت رسیدگی به اتهام انتسابی جرائم علیه اجرای عدالت (موضوع ماده ۷۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) و تحصیل ادله صورت پذیرفت، نخست، مبادرت به تبیین مفهوم «اهانت به دادگاه» (حسب تصریح در آیین دادرسی و ادله دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت) و «جرائم علیه اجرای عدالت» (مطابق با اساسنامه دیوان کیفری

بین‌المللی) خواهیم کرد و در نهایت، مطالعه تعارض این اصل با حقوق متهم و وکلای آن‌ها با تأکید بر پرونده «بمبا»، «موسامبا»، «مانگندا»، «بابالا» و «نارسیس» در دستورکار خواهد بود. دو مسئله در این تحقیق مورد مطالعه است: اول، بررسی تعیین دامنه صلاحیت شعبه، قاضی و یا دادستان در خصوص نقض اصل مصونیت حرفه از طریق شنود و دوم امکان شنود بر حسب نوع جرم و یا جنایت احتمالی. فرضیه اول که در پاسخ به این پرسش به ذهن متبادر می‌شود تحدید دامنه صلاحیت دادستان برای دسترسی به مفاد مکالمات میان «بمبا» با دیگر وکلا و مشاورینش به منظور رعایت حدود مصونیت حرفه‌ای و حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی موضوع ماده (۷) ۶۹ اساسنامه است و فرضیه دوم را بر این اساس استوار نموده‌ایم که با تفکیک «جرایم علیه اجرای عدالت» و جنایات اصلی موضوع ماده ۵ اساسنامه (ژنوساید، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز ارضی) استناد به مفاد حاصله از شنود مکالمات در «جرایم علیه اجرای عدالت» ممکن است ولی در جنایات اصلی به دلیل تقدم و تأخر وقوع جنایت نسبت به مرحله رسیدگی (در مفهوم عام که شامل مراحل تحقیق، تعقیب و محاکمه است) غیرممکن و ناقض صریح مصونیت حرفه‌ای است. بنابراین، ضرورت دارد نهادهای «اهانت به دادگاه»، «جرایم علیه اجرای عدالت»، مصونیت حرفه‌ای و شنود مکالمات به‌عنوان مبانی بحث، بدو مورد مطالعه قرار گرفته و سپس با تمرکز بر رویه قضایی «دیوان کیفری بین‌المللی» به پاسخ به سوالات مطروحه نائل شویم.

نتیجه‌گیری: با توجه به رویه دیوان بین‌المللی کیفری و همچنین ذات و مقتضیات مقابله کیفری با جرائم علیه اجرای عدالت، شنود مکالمات در این خصوص با رعایت حقوق متهم و وکیل از طریق عدم ورود و استناد به اظهارات متهم و وکیل در خصوص جنایت اصلی، ممکن است. به عبارت دیگر در جنایات اصلی هرگونه شنودی ممنوع خواهد بود.

واژگان کلیدی: شنود مکالمات، مصونیت حرفه‌ای، دیوان کیفری بین‌المللی، «بمبا» و دیگران، جرائم علیه اجرای عدالت.

سرآغاز

حق بر دادرسی عادلانه که مبتنی بر فرض برائت^۱ است از جمله حقوقی است که در همه اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای^۲ به رسمیت شناخته شده و در همه نظام‌های حقوقی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. دبیرکل وقت سازمان ملل متحد رعایت استانداردهای شناخته‌شده بین‌المللی را نسبت به همه محاکم بین‌المللی نیز الزامی می‌داند (UN SC, s/25704, 1993). از دیگر سو، از جمله حقوق جامعه، رسیدگی واقعی به منظور مجازات ناقضان قوانین مدنی و کیفری و منع اخلال در رسیدگی‌هاست. ماده ۷۰ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی محافظت از رسیدگی صحیح و بدون مانع را تضمین می‌کند. اهانت به دادگاه^۳ که نهاد پیشینی مورد شناسایی دیوان‌های بین‌المللی موقت بود نیز همین کارکرد را نمایندگی می‌کرد. در این پژوهش، تحلیل رویه دیوان کیفری بین‌المللی به منظور تعیین معیارهایی برای ارائه مدلی از رسیدگی که هر دو حق (شخص و جامعه) را رعایت نماید، در دستور کار قرار داده‌ایم. موضوع «اهانت به دادگاه» در حقوق کامن‌لا و رومی ژرمنی سابقه دارد و از این مبادی وارد نظام حقوق بین‌الملل کیفری شده است (Charleton, 2024: 45). در آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی،^۴ دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا^۱ و دیوان ویژه

1. presumption of Innocence

۲. از جمله آن‌ها، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض نژادی، کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون‌های ژنو و در پروتکل الحاقی، منشور آفریقای حقوق مردم و بشر، کنوانسیون امریکایی حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حفاظت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی

3. Contempt of the court

برای این عبارت ترجمه‌های دیگری از قبیل «سوءرفتار نسبت به دیوان»، «توهین به دیوان»، «سرپیچی از حکم دیوان» و «توهین به مقررات دیوان» را هم می‌توان به کار برد، ولی با توجه به سابقه ترجمه این اصطلاح در ادبیات حقوق کیفری از همان عبارت مانوس «اهانت به دادگاه» استفاده شده است.

4. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, On 25 May 1993, the UN Security Council passed resolution 827 formally establishing the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, known as the ICTY.

قاعده ۷۷ آیین دادرسی و ادله

سیرالئون^۲ این موضوع مورد توجه قرار گرفته است و در نهایت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۳ نیز به صراحت جرم‌انگاری شده است. رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر^۴ نیز مؤید شناسایی این جرم و همچنین حکم به محکومیت آن به‌عنوان یک مجازات تکمیلی است (Sluiter, 2004: 7). در پرونده مورد مطالعه (بمبا و دیگران)، با صدور دستور شنود مکالمات، حق موکل مبنی بر محرمانه ماندن مذاکرات وی با وکیل نقض شده است. در ادبیات حقوق کیفری بین‌المللی، محافظت از این حق را در قالب نهادی به نام مصونیت حرفه‌ای^۵ سازمان‌دهی کرده‌اند. توضیح اینکه شنود مکالمات تلفنی^۶ بمبا و وکیل (موسامبا) ایشان اصل مذکور را مورد تعرض قرار داده است.

با عنایت به اینکه در پرونده بمبا و دیگران این اقدامات (شنود مکالمات) به‌جهت رسیدگی به اتهام انتسابی جرایم علیه اجرای عدالت (موضوع ماده ۷۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) و تحصیل ادله صورت پذیرفت، اولاً مبادرت به تبیین مفهوم «اهانت به دادگاه» (حسب تصریح در آیین دادرسی و ادله دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت) و جرایم علیه اجرای عدالت^۷ (مطابق با اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) خواهیم کرد و در نهایت مطالعه تعارض این اصل، با حقوق متهم و وکلای آنها با تأکید بر پرونده

1. International Criminal Tribunal for Rwanda, The ICTR, which was established pursuant to United Nations Security Council Resolution 955 of November 8, 1994.

قاعده ۷۷ آیین دادرسی و ادله

2. Special Court for Sierra Leone, The Government of Sierra Leone and the United Nations signed an agreement establishing the Court on January 16, 2002

قاعده ۷۷ آیین دادرسی و ادله

3. International Criminal Court, Established in 2002 pursuant to the multilateral Rome Statute

ماده ۷۰ اساسنامه

4. ECHR 159 (2022) CASE of Simic v. Bosnia and Herzegovina, 17 may 2022, Strasbourg

5. professional privilege

6. telephon

۷. رک: برای اطلاعات بیشتر: عابد، رسول (۱۳۹۱) همراهی، رضیه (۱۳۹۶) سلیمی، صادق (۱۴۰۰) و

کوهستانی‌فر، عیسی و دیگران (۱۴۰۰).

بمبا،^۱ موسامبا،^۲ مانگندا،^۳ بابالا^۴ و ناریسیس^۵ در دستور کار خواهد بود. دو مسئله در این تحقیق مطالعه می‌شود؛ اول، بررسی تعیین دامنه صلاحیت شعبه، قاضی یا دادستان در خصوص نقض اصل مصونیت حرفه از طریق شنود و دوم، امکان شنود برحسب نوع جرم یا جنایت احتمالی. فرضیه اول که در پاسخ به این پرسش به ذهن متبادر می‌شود تحدید دامنه صلاحیت دادستان برای دسترسی به مفاد مکالمات میان بمبا با دیگر وکلا و مشاورانش به منظور رعایت حدود مصونیت حرفه‌ای و حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی موضوع ماده (۷) ۶۹ اساس‌نامه است و فرضیه دوم را بر این اساس استوار کرده‌ایم که با تفکیک جرایم علیه اجرای عدالت و جنایات اصلی موضوع ماده ۵ اساس‌نامه (ژنوساید، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز ارضی) استناد به مفاد حاصله از شنود مکالمات در جرایم علیه اجرای عدالت ممکن است ولی در جنایات اصلی به دلیل تقدم و تأخر وقوع جنایت نسبت به مرحله رسیدگی (در مفهوم عام که شامل مراحل تحقیق، تعقیب و محاکمه است) غیرممکن و ناقض صریح مصونیت حرفه‌ای است؛ بنابراین ضرورت دارد نهادهای «اهانت به دادگاه»، جرایم علیه اجرای عدالت، مصونیت حرفه‌ای و شنود مکالمات به‌عنوان مبانی بحث، در ابتدا مورد مطالعه قرار گیرد و سپس با تمرکز بر رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی به پاسخ به سئوالات مطرح‌شده نائل شویم. بدیهی است که شنود مکالمات نقض یک حق اساسی قلمداد می‌گردد و همچنانکه به این قائلیم که در مقام تعارض میان حق آزادی بیان با منفعت عمومی، تقدم با آزادی بیان است و تنها عاملی که می‌تواند آن را محدود کند این است که، از برای رعایت آن، خطری جدی، روشن و واضح (و نه ظنی و گمانی)

1. Jean-Pierre Bemba Gombo
2. Aimé Kilolo Musamba
3. Jean-Jacques Mangenda Kabongo
4. Fidèle Babala Wandu
5. Narcisse Arido

۶. ادله‌ای که با نقض این اساس‌نامه یا حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی تحصیل شده باشد، مورد پذیرش

اکثریت جامعه، جان، مال و حقوق درجه اول آن‌ها را در معرض تهدید قرار دهد (رحیمی و دیگران، ۱۴۰۳: ۱۵۶).

۱. اهانت به دادگاه و جرایم علیه اجرای عدالت

در ابتدا به منظور تبیین دقیق مفهوم «اهانت به دادگاه»، مفهوم آن در دکترین مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس اسناد دیوان‌های موقت مورد مطالعه قرار خواهند گرفت و پس از آن به مفهوم جایگزین آن (اهانت به دادگاه) یعنی جرایم علیه اجرای عدالت در اساس‌نامه، آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی خواهیم پرداخت.

۱-۱. اهانت به دادگاه در دکترین

با توجه به اینکه حقوق کیفری برخاسته از سنت‌ها، عموماً عوام‌گراست، زیرا هیات حاکمه برای اقتناع وجدان جمعی، هم‌سو با سیر سیل نیروهای اجتماعی به حرکت ادامه می‌دهد (دانش آرا و کاظمی، ۱۴۰۱: ۱۸۷)، تحلیل جرم‌انگاری اهانت به دادگاه نیز در همین قالب توجیه پذیر خواهد بود. هرگونه اختلال در جریان رسیدگی به پرونده‌های مطروحه نزد محاکم، ذیل «اهانت به دادگاه» یا جرایم علیه اجرای عدالت قابل تعقیب است. این دو نهاد حقوقی تمایز شاخصی با یکدیگر ندارند ولی در آیین دادرسی و ادله دیوان‌های موقت از عنوان «اهانت به دادگاه» استفاده شده ولی در اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی عنوان مجرمانه جرایم علیه اجرای عدالت جایگزین آن شده است. استفاده از عبارت اجرای عدالت^۱ در آیین دادرسی و ادله دیوان‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا نیز دارای سابقه است. در صدر قواعد ۷۷ اسناد مذکور و در توضیح و تشریح عنوان مجرمانه «اهانت به دادگاه»، این نهاد خود را صالح به رسیدگی نسبت به اعمال اشخاصی می‌داند که آگاهانه در مسیر اجرای عدالت مداخله می‌نمایند.

1. administration of justice,

پیشنهاد اولیه در تدوین اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی، جرایم علیه تمامیت دیوان^۱ بود ولی پس از ختم مذاکرات عبارت جرایم علیه اجرای عدالت جایگزین آن شد.^۲ «اهانت به دادگاه» شامل هرگونه اختلال عمدی در روند رسیدگی‌ها اعم از شهادت دروغ، ارائه مدارکی که ارائه‌دهنده از جعلی بودن آنها آگاهی دارد، اعمال نفوذ بر کارکنان دیوان و مانع‌تراشی، درخواست قبول رشوه، مزاحمت یا ممانعت از حضور شاهد و هرگونه اقدام عامدانه‌ای می‌شود که به مختل شدن رسیدگی‌ها منجر شود، (ماده ۷۰ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی).

برای تحقق حاکمیت قانون، دادگاه‌ها باید بتوانند به‌طور مؤثر عمل کنند و ابزارهای مناسب برای تضمین این امر وجود داشته باشد؛ بنابراین نهاد «اهانت به دادگاه» به گونه‌ای توسعه یافته که اجرای عدالت بدون مانع یا مداخله ناروا محقق شود (Henchi, 1982: 326). از دیگر سو، از جمله ویژگی‌های جرایم علیه اجرای عدالت این است که در مواجهه با دیوان صورت پذیرد، به این معنا که شامل اقدامی که پیش از محاکمه (محاکمه در اینجا به مراحل تحقیق، تعقیب و جلسه رسیدگی تسری می‌یابد) و غیرمرتبط با آن باشد نخواهد شد (Gomez, 2002: 3).

1. offences against the integrity of the court

۲. در مذاکرات مقدماتی در ابتدا پیشنهادهای متعددی در قالب قسمت‌های جداگانه مطرح شد. از جمله پیشنهادها می‌توان به عناوین مجرمانه‌ای همچون «سوءرفتار» (misconduct)، «شهادت دروغ» (perjury)، «اهانت به دادگاه» (contempt of the tribunal)، «سوء رفتار وکیل» (misconduct of counsel)، «شهادت دروغ» (false testimony)، «اقدامات علیه مقامات دیوان» (impending against officials of the court) و نهایتاً «مانعت از اجرای وظایف دیوان» (obstructing the functions of the court) اشاره کرد. ولی نهایتاً کنفرانس تصمیم گرفت که همه جرایم مذکور را در ذیل ماده ۷۰ اساس‌نامه و با تغییر جزئی پیشنهاد ژاپن (پیشنهاد ژاپن عنوان مجرمانه جرایم علیه تمامیت دیوان) تحت عنوان جرایم علیه اجرای عدالت جرم‌انگاری نماید. برای مشاهده مشروح مذاکرات به منبع زیر مراجعه شود:

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, volume II, General Assembly, Official Records Fifty-first Session, Supplement No. 22A (A/51/22), pp.210-214

در خصوص منع اهانت به دادگاه به عنوان یک قاعده اخلاقی که واجد خصیصه قانونی شده است باید پذیرفت که مهم‌ترین معضلات قوانین اخلاقی در عرصه عمل و در مقام اعمال آن‌ها در جامعه ایجاد می‌شود (وکیلان و مقتدر، ۱۴۰۲: ۶۱). برای مطالعه مفهوم اهانت در حقوق وضعی، به آئین دادرسی دیوان‌های بین‌المللی کیفری موقت اعم از یوگسلاوی، رواندا و دیوان ویژه سیرالئون مراجعه خواهیم داشت و برای بررسی مفهوم جرایم علیه اجرای عدالت، اساس‌نامه و آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۱-۲. اهانت به دادگاه در اسناد و رویه دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت

دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق^۱ براساس قطعنامه ۸۲۷ سال ۱۹۹۳ شورای امنیت برای رسیدگی به مهم‌ترین جنایاتی تشکیل شد که از سال ۱۹۹۱ در قلمرو یوگسلاوی سابق ارتکاب^۲ یافت. اساس‌نامه دیوان مزبور مشتمل بر ۳۴ ماده است که واجد هیچ مقرره‌ای ناظر بر جرم‌انگاری «اهانت به دادگاه» نیست. همین شرایط درخصوص اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا^۳ که براساس قطعنامه شماره ۹۵۵ سال ۱۹۹۴ شورای امنیت تأسیس شد و درخصوص جنایات ژنوساید (ماده ۲) جنایت علیه بشریت (ماده ۳) و نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی (ماده ۴) صلاحیت رسیدگی داشت، حاکم بود و متضمن رسیدگی به جرم «اهانت به دادگاه» نبود. اساس‌نامه دیوان ویژه سیرالئون^۴ نیز شرایط مشابهی با اسناد پیش‌گفته داشت.

1. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

۲. نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (ماده ۲) نقض حقوق یا عرف‌های جنگی (ماده ۳)، ژنوساید (ماده ۴) جنایت علیه بشریت (ماده ۵)

3. International Criminal Tribunal for Rwanda

۴. دیوان سیرالئون براساس موافقت‌نامه منعقد شده میان سازمان ملل متحد و حکومت سیرالئون متعاقب قطعنامه ۱۳۱۵ شورای امنیت مصوب ۱۴ آگوست ۲۰۰۰ تشکیل شد. مطابق مواد ۲ الی ۵ اساس‌نامه به ترتیب این دیوان

ماده ۱۵ اساس‌نامه «دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق»، ماده ۱۴ «دیوان کیفری بین‌المللی رواندا» و ماده ۱۴ اساس‌نامه «دیوان ویژه سیرالئون»، دیوان‌ها را به‌منظور اداره رسیدگی‌ها مجاز به وضع و تصویب آیین دادرسی و ادله کرده بودند. به همین منظور، در آیین دادرسی و ادله تنظیم‌شده این دیوان‌ها جرم اهانت به دادگاه^۱ به دیگر جنایات تحت صلاحیت آنها اضافه شد که به تصریح در اساس‌نامه ذکر نشده بود. درخصوص جایگاه حقوقی تصمیمات دیوان‌های بین‌المللی، اشاره به اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری مفید و ضروری به نظر می‌رسد. براساس ماده (د) ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری اولاً تصمیمات قضایی از جمله وسایل فرعی^۲ برای تعیین قواعد حقوقی است، ثانیاً با توجه به اینکه تصمیمات قضایی با حفظ نقش فرعی در میان منابع قابل اعمال در تعیین حقوق، در اسباب موجه حکم و ادله طرفین، دارای کارکرد توجیهی است و به هیچ‌وجه مشابه دیگر منابع، مورد حکم واقع نمی‌شوند (برزگرزاده، ۱۳۹۹: ۲۷) و با توجه به اینکه تصویب آیین دادرسی و ادله در زمره تصمیمات اداری قرار دارند و در مقام و مرتبه‌ای پایین‌تر از تصمیمات قضایی قرار می‌گیرد (براساس ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه قضایی از جمله منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود و این در حالی است که تصمیمات اداری دیوان فاقد چنین جایگاهی هستند)، به طریق اولی نمی‌تواند به‌عنوان یک منبع الزام‌آور در نظام حقوق بین‌الملل قلمداد شود. از دیگر سو، براساس استدلال دیوان بین‌المللی دادگستری - منطبق با آموزه‌های حقوق کامن‌لا - و به عقیده بسیاری از نویسندگان و حقوق‌دانان (Lauterpacht, E, 1996) نباید هیچ مانعی، اختیار ذاتی^۳ دیوان را برای

صلاحیت رسیدگی به جنایت علیه بشریت، نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی، دیگر نقض‌های جدی حقوق بشردوستانه و جرایم مطابق با حقوق سیرالئون داشت.

۱. قاعده ۷۷ آئین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، قاعده ۷۷ آئین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی رواندا و قاعده ۷۷ دیوان ویژه سیرالئون

2. Subsidiary

3. Inherent jurisdiction or power

صدور دستورات و تصمیماتی محدود کند که برای اهداف عدالت ضرورت دارد. براساس صدر قاعده ۷۷ آیین دادرسی و ادله «دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی» براساس اصل «اختیار ذاتی»، دیوان صلاحیت رسیدگی به جرایم ارتكابی اشخاصی را که عامدانه در امر اجرای عدالت^۱ اخلال ایجاد می‌کنند خواهد داشت. در ادامه، قاعده ۷۷ آیین دادرسی و ادله مذکور، اعمال زیر را مجرمانه قلمداد می‌کند: امتناع^۲ یا قصور^۳ از پاسخ به سئوالات توسط شهود (۱) (الف) ۷۷، فاش کردن اطلاعات مربوط به دادرسی که نقض دستور شعبه باشد (۲) (الف) ۷۷، عدم حضور و ارسال لایحه بدون عذر موجه (۳) (الف) ۷۷، تهدید^۴، ارعاب^۵ یا ایجاد هرگونه جرح یا پیشنهاد پرداخت رشوه^۶ به شهود بالقوه^۷ (۴) (الف) ۷۷، تهدید، ارعاب و پیشنهاد پرداخت رشوه به هر شخص دیگری به منظور عدم اجرای دستورات دیوان (۵) (الف) ۷۷.

«دیوان کیفری بین‌المللی رواندا» و «دیوان ویژه سیرالئون» نیز با استناد به اختیار ذاتی دیوان مقرراتی مشابه با قاعده ۷۷ «دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی» را مصوب کردند، اما این قواعد که مبتنی بر اختیار ذاتی دیوان به تصویب رسیده بودند با یک مانع عمده مواجه هستند. در حقوق بین‌الملل اختیار وضع قاعده در صلاحیت دولت‌هاست و نه دیوان‌ها. گرچه اختیار ذاتی دیوان‌ها به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی مورد پذیرش نظامات عمده حقوقی قرار گرفته است و براساس ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری اصول کلی حقوقی^۸ جزء منابع حقوق محسوب شده است غالب وکلای متهمان معتقد به تعارض اصل قانونی بودن جرم و مجازات^۹ و اصل اختیار ذاتی

-
1. Administration of justice
 2. Refuses
 3. Fails
 4. Threatens
 5. Intimidates
 6. Offers a bribe
 7. Potential witness
 8. General principles law
 9. Nullum crimen sin lege praevia

دیوان‌ها بودند.^۱ توضیح اینکه دیوان‌ها نمی‌توانند از طریق اتخاذ تصمیمات قضایی خود، مبادرت به وضع قاعده در نظام بین‌الملل نمایند. پس به طریق اولی وضع قاعده از طریق مصوبات هیئتی از قضات (به‌عنوان قانون) به‌طور قطع مورد پذیرش حقوق بین‌الملل نخواهد بود و این امر وصف قانونی بودن را از تصمیم متأخذ سلب می‌کند. ثانیاً صلاحیت وضع قاعده (قواعد آیین دادرسی و ادله) که بنا بر تجویز اساس‌نامه دیوان‌ها به آنها اعطا شده، ناشی از اراده دولت‌ها نبوده و منشأ این صلاحیت، در نتیجه قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل است که خود (شورای امنیت) صلاحیت وضع قانون در نظام بین‌الملل ندارد و حال چگونه صلاحیتی را که در اساس وجود ندارد به مرجع دیگری اعطا می‌کند. در ادامه باید افزود که اصول کلی حقوقی منبع فرعی حقوق بین‌الملل هستند که برای تعیین قاعده حقوقی دولت‌ها نقش راهنما دارند و اعطای نقشی بیش از این پذیرفته نیست.

از دیگر سو، با توجه به مواد ۲۸ و ۲۷ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا توسل به اصول کلی حقوقی مجاز قلمداد شده است. استناد به اصول کلی حقوقی در ماده ۲۱ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی توسط این نهاد ذیل عنوان حقوق قابل اعمال دیوان با رعایت سلسله‌مراتب^۲ تجویز شده است. به نظر می‌رسد رویکرد غالب پس از تصویب اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری در ۲۶ ژوئن ۱۹۴۵، حکایت از تقویت جایگاه اصول کلی حقوقی در میان منابع حقوق بین‌الملل خصوصاً در زمینه کیفری دارد.^۳

۱. بحث مستوفی و مفصلی است که موضوع این مقاله نیست (قابل ذکر است که در ماده ۲۱ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز بعد از اساس‌نامه، سند عناصر جرایم، آیین دادرسی و ادله و معاهدات مرتبط، اصول کلی حقوقی از جمله حقوق قابل اعمال توسط این دیوان قلمداد شده‌اند).

۲. منطبق بر اساس‌نامه دیوان ابتدا اساس‌نامه، عناصر اختصاصی جرایم، در وهله دوم معاهدات ذی‌ربط و در صورت فقدان موارد پیشین به اصول کلی حقوقی مراجعه می‌کند.

۳. رک برای مطالعه بیشتر: موسوی، سید فضل‌الله و میرمحمدی، معصومه سادات، ۱۳۹۰ اصول کلی حقوق، عامل پویایی حقوق بین‌الملل کیفری، دوره ۸ شماره پیاپی ۳۱.

۱-۲-۱. پرونده شسلج و ادعای نقض اصل قانونی بودن جرم

در پرونده شسلج^۱ مطروحه نزد دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق^۲ نیز اصل اختیار ذاتی دادگاه مورد مناقشه قرار گرفت. شسلج که بابت نقض حقوق بشر دوستانه به‌عنوان متهم به دیوان جلب شده بود (پرونده اصلی) در دو پرونده به اتهام توهین به دیوان نیز مورد محاکمه قرار گرفت و به تحمل حبس ۱۵ و ۱۸ ماه محکوم شد. در ۱۵ ژوئیه ۲۰۱۱، شعبه دادرسی ۳ دستوری صادر کرد و به شسلج دستور داد کتابی را که خود نوشته بود و حاوی اطلاعات محرمانه مشتمل بر اظهارات شهود بود را از وب‌سایت عمومی حذف کند.^۳ شسلج در دفاعیات خود ضمن پذیرش انتشار اظهارات شهود، تأکید کرد که فقط اظهارات شهودی را منتشر کرده است که به وی برای تهیه لایحه دفاعیه ارسال شده بود.^۴

شسلج مدعی بود که عمل ارتكابی نه در اساس‌نامه و نه در حقوق بین‌الملل عرفی جرم‌انگاری نشده است. از نظر شسلج، جرم‌انگاری دیوان از طریق وضع قاعده در مجموعه قواعد دادرسی و ادله برخلاف مقررات حقوق بین‌الملل است و به‌طور اصولی با تشریفات قانون‌گذاری در حقوق بین‌الملل مغایرت دارد. شعبه تجدید نظر به‌صراحت بیان کرد که دیوان دارای اختیار (صلاحیت) ذاتی است و قادر خواهد بود استدلال‌هایی را که در ظاهر بی‌اساس هستند بدون ارائه دلایل دقیق رد نماید.^۵ توضیح اینکه براساس رأی شعبه دادرسی ۳ اقدام شسلج نقض قاعده (۲) (الف) ۷۷ آیین دادرسی و ادله^۶

1. Vojislav Seselj, 2013, IT-03-67-R77.4-A

۲. نمونه‌ای از پرونده‌هایی که موضوع اهانت به دادگاه در آن مطرح شد:

Jojić et al. (IT-03-67-R77.5), Avramović & Simić (IT-95-9-R77), Beqaj (IT-03-66-R77), Bulatović (IT-02-54/R-77.4), Haraqija & Morina (IT-04-84-R77.4), Hartmann (IT-02-54-R77.5), Haxhiu (IT-04-84-R77.5), Jokić (IT-05-88-R77.1), Jović (IT-95-14 and 14/2-R77), Kabashi (IT-04-84-R77.1), Krstić (IT-95-5/18-R77.3), Šešelj (IT-03-67-R77.4) Third contempt case in <https://www.icty.org/en/contempt-cases>

3. IT-03-67-R.77.4-A, 2013, para.4

4. IT-03-67-R77.3, 2011, para.24

5. IT-03-67-R77.4-A, 2013, para.29

۶. انتشار اطلاعات مرتبط با دادرسی از طریق نقض عامدانه دستور شعبه دادرسی‌کننده.

«دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی» محسوب می‌شود. شعبه دادرسی ۳ با رد دفاعیات شسلج معتقد بود که شسلج دستورات دیوان را نادیده گرفته و به اتهام اخلال در رسیدگی‌ها محکوم به تحمل ۱۸ ماه حبس با در نظر داشتن حکم صادره در پرونده دیگری^۱ که وی متهم به انتشار گزینشی بخشی از اظهارات شهود در کتاب شده بود نیز، محکوم به تحمل ۱۵ ماه (مجموعاً ۳۳ ماه) شده است. درنهایت شعبه تجدیدنظر شسلج را مستحق تحمل دو سال حبس دانست.^۲ همان‌گونه که ذکر آن رفت شسلج نسبت به تعارض میان جرم‌انگاری «اهانت به دادگاه» توسط قضات «دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی» و اصل قانونی بودن جرم و مجازات ایرادهایی مطرح و به شعبه رسیدگی‌کننده اعلام کرد ولی مورد توجه دیوان قرار نگرفت. در تحلیل اینکه چرا این ایراد مورد توجه دیوان واقع نشد، طرح دو رویکرد کلی نسبت به اصل قانونی بودن جرم و مجازات بی‌مناسبت نخواهد بود. درخصوص اصل قانونی بودن جرم و مجازات دو رویکرد عمده عدالت مطلق^۳ و قانونی بودن مطلق^۴ در دکتین حقوقی مطرح شده است. (کسسه، ۱۳۸۶: ۱۶۷) حقوق‌دانانی که اندیشه و مبانی فکری آنها مبتنی بر «حقوق طبیعی» است، از رویکرد عدالت مطلق دفاع می‌کنند. توضیح اینکه براساس این رویکرد، رفتاری که مغایر با وجدان بشری^۵ باشند، نقض حقوق طبیعی قلمداد و بدون نیاز به تصریح قانونی، جرم محسوب می‌شوند. ولی در رویکرد «عدالت قانونی» که براساس مکتب پوزیتیویسم سامان داده شده است، منحصرأ آن رفتاری مجرمانه محسوب می‌شود که از طریق دولت‌ها (اراده صریح دولت‌ها از طریق معاهده یا اراده ضمنی دولت‌ها از طریق عرف) تبدیل به قانون شده باشد.

-
1. No. IT-03-67-R77.2, 2009. Para. 40
 2. IT-03-67-R.77.4-A, 2013, para.54
 3. Substantive justice
 4. Strict legality
 5. Human conscience

محاکم کیفری نورنبرگ، توکیو، یوگسلاوی و رواندا به دلیل فوریت در تأسیس، عدم قانون‌گذاری جامع در نظام حقوق بین‌الملل و همچنین اقتضاء کیفردهی اشخاصی که با اعمالشان «وجدان بشری» را آزرده کرده بودند، به محاکمه ناقضان عمده حقوق کیفری بین‌المللی می‌پرداختند و چاره‌ای جز استناد به اصول کلی حقوقی نداشتند که مورد پذیرش ملل متمدن^۱ بوده است. دادگاه‌ها با استناد به اصل «اختیار ذاتی»، اهانت به دادگاه را جرم‌انگاری می‌کردند. این نوع جرم‌انگاری براساس رویکرد عدالت مطلق صورت می‌پذیرفت و با رویکرد قانونی بودن مطلق، که مورد استناد شسلج بود، مابینت داشت. ولی با توجه به خط‌مشی و مبانی فکری دیوان (غلبه رویکرد حقوق طبیعی و استناد به اصول کلی حقوقی) ایرادهای مطروحه مورد توجه دیوان قرار نگرفت.

۱-۳. جرایم علیه اجرای عدالت در اسناد و رویه دیوان کیفری بین‌المللی

اسناد دیوان کیفری بین‌المللی شامل اساس‌نامه، آیین دادرسی و ادله، عناصر اختصاصی جرایم، آیین‌نامه‌های دیوان، قانون اخلاق قضایی، آیین‌نامه کارکنان، موافقت‌نامه مزایا و مصونیت‌ها و موافقت‌نامه همکاری بین دیوان و سازمان ملل متحد هستند. با توجه به اینکه فقط دو سند اول درخصوص موضوع مورد مطالعه، حاوی قواعد و مقررات ذی‌ربط است، بررسی و مطالعه دیگر اسناد موضوعاً متنتفی خواهد بود.

۱-۳-۱. اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی برای رسیدگی به شایع‌ترین جنایات بین‌المللی به وجود آمده است. لیکن برای اجرای این وظیفه باید صلاحیت رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت و بدرفتاری در برابر دیوان را نیز داشته باشد تا فرایند دادرسی کیفری مورد حمایت قرار گیرد و کسانی که در راه اجرای عدالت کیفری بین‌المللی اخلاص می‌کنند مجازات شوند (Mirmohammad sadeghi, 2016:152).

1. General principles of law recognized by civilized nations

برخلاف دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت، اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی با توجه به تجارب پیشین، نقیصه فقدان جرم‌انگاری «اهانت به دادگاه» را از طریق جرم‌انگاری آن در اساس‌نامه، تحت عنوان جرایم علیه اجرای عدالت با تصویب مجمع دولت‌های امضاکننده، ایراد وارده بر اساس‌نامه‌های سابق را رفع کرده است و از این حیث، تعارضی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات متصور نیست. همان‌گونه که پیش از این بیان شد در نظام حقوق بین‌الملل وضع قانون را به دو طریق عمده تصویب معاهدات و عرف بین‌الملل دولت‌ها صورت می‌دهند که در هر دو، اراده دولت‌ها (در معاهدات اراده صریح و در عرف اراده ضمنی) ذی‌مدخل است؛ بنابراین وضع قاعده از حدود اختیارات دیوان‌ها خارج است و وضع قاعده از این طریق مورد پذیرش نیست. اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی برخلاف دیوان‌های بین‌المللی موقت پیشین که به تصویب شورای امنیت سازمان ملل متحد رسیده بود، دولت‌های مذاکره‌کننده امضا و نهایتاً به تصویب رساندند و دوم اینکه جرم‌انگاری در این خصوص را به آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع نداده‌اند. با این وصف ایراد تعارض جرایم علیه اجرای عدالت با اصل قانونی بودن جرم و مجازات متصور نیست.

دولت‌های استرالیا و هلند در زمان تدوین و انجام کارهای مقدماتی^۱ تدوین اساس‌نامه، مدل مورد استفاده در «دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق» را پیشنهاد کردند و قائل به اختیار ذاتی دیوان در خصوص جرم‌انگاری جرایم علیه اجرای عدالت بودند (GA, NO.22/A (A/51/22) p.210). این پیشنهاد را دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس رم نپذیرفتند (پیشنهاد کمیسیون حقوق بین‌الملل^۲ مبتنی بر جرم‌انگاری جرایم علیه اجرای عدالت در اساس‌نامه بود) و تصمیم بر آن شد که ماده ۷۰ اساس‌نامه به جرم‌انگاری جرایم علیه اجرای عدالت اختصاص داده شود.

1. Preparatory work
2. International law commission

متن ماده ۷۰ اساسنامه به این شرح مورد تصویب قرار گرفت: ۱. دیوان نسبت به جرایم ذیل که به‌طور عمدی علیه اجرای عدالت صورت می‌گیرد، صلاحیت رسیدگی خواهد داشت: الف. ادای شهادت دروغ در موردی که مطابق پاراگراف ۱ ماده ۶۹ الزام بیان حقیقت وجود داشته است؛ ب. تقدیم مدارکی که ارائه‌دهنده می‌دانسته است دروغ یا جعلی هستند؛ ج. اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ایجاد مانع یا مزاحمت در حضور یا ادای شهادت شاهد، امحاء ادله و مستندات یا مداخله در جمع‌آوری آنها؛ د. مانع‌تراشی یا اعمال نفوذ غیرقانونی بر یکی از کارکنان دیوان به‌منظور اجبار یا ترغیب آنان در عمل نکردن به وظایف یا انجام نامناسب وظایف خود؛ و. درخواست یا قبول رشوه به‌عنوان کارگزار دیوان در رابطه با وظایف رسمی خود.^۱

۱-۳-۲. آیین دادرسی و ادله

بخش نهم آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی به موضوع جرایم علیه اجرای عدالت اختصاص دارد. مسئله اول اینکه، ارتکاب جرایم علیه اجرای عدالت اختصاص به مرحله محاکمه دارد یا در دیگر مراحل همچون تحقیق و تعقیب هم امکان ارتکاب

1. The Court shall have jurisdiction over the following offences against its administration

of justice when committed intentionally:

- (a) Giving false testimony when under an obligation pursuant to article 69, paragraph 1, to tell the truth;
- (b) Presenting evidence that the party knows is false or forged;
- (c) Corruptly influencing a witness, obstructing or interfering with the attendance or testimony of a witness, retaliating against a witness for giving testimony or destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence;
- (d) Impeding, intimidating or corruptly influencing an official of the Court for the purpose of forcing or persuading the official not to perform, or to perform improperly, his or her duties;
- (e) Retaliating against an official of the Court on account of duties performed by that or another official;
- (f) Soliciting or accepting a bribe as an official of the Court in connection with his or her official duties

آنها وجود دارد یا خیر. تدقیق در آیین دادرسی و ادله و همچنین اساس‌نامه ضرورت دارد. در پاسخ باید چنین اظهار عقیده کرد که ارتکاب جرایم علیه اجرای عدالت منحصر به مرحله محاکمه نیست و نسبت به مراحل تحقیق یا تعقیب هم تعمیم می‌یابد. این را می‌توان هم از مفاد اساس‌نامه و هم از عبارات مندرج در آیین دادرسی و ادله استنباط نمود. الف. با توجه به مفاد مواد ۵۷ به بعد اساس‌نامه که شروع تحقیقات دادستان را منوط به موافقت شعبه پیش‌دادرسی کرده است^۱ و ارتکاب جرایمی همچون مداخله در امحاء ادله و مستندات و همچنین تأثیر غیرقانونی بر شهود در این مرحله (شروع تحقیقات) متصور و ممکن است؛ ب. از دیگر سو، با توجه به شق «ج» و «ه» بند ۲ قاعده ۱۶۲ آیین دادرسی و ادله دیوان که بر «وابستگی اتهامات مبتنی بر ماده ۷۰ اساس‌نامه با اتهامات مندرج در ماده ۵ اساس‌نامه» تأکید دارد، نتیجه مذکور تأیید می‌شود. توضیح اینکه، وابستگی به این معناست که بدون ارتکاب اعمالی که نقض مفاد مواد ۶ تا ۸ اساس‌نامه که مشتمل بر ژنوساید، جنایت علیه بشریت و جنایات جنگی محسوب شده و موجب شروع مراحل تحقیق، تعقیب، محاکمه و مجازات است، رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت موضوعاً منتفی است. توضیح بیشتر اینکه ابتدا باید جنایت تحت صلاحیت دیوان ارتکاب یابد تا سپس نوبت به رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت شود چراکه خصیصه جرایم ذکرشده پسینی است و قبل از ارتکاب جنایت اصلی متصور نیست.

ج. همچنین براساس بند ۱ ماده ۷۰ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی که اشعار می‌دارد دیوان نسبت به جرایم ذیل که به‌طور عمدی علیه اجرای عدالت صورت می‌گیرد، صلاحیت رسیدگی خواهد داشت می‌توان چنین نتیجه گرفت که وقوع جرایم علیه اجرای عدالت در مرحله تحقیقات و به طریق اولی در مرحله تعقیب قابل

۱. براساس ماده (الف) ۵۷، که به مواد ۱۵، ۱۸، ۱۹، (۲) ۵۴، ۶۱(۷) و ۷۲ اشاره دارد، مفاد این ماده (موافقت با شروع تحقیقات) درخصوص ارجاع وضعیت توسط یک دولت عضو اعمال نمی‌شود.

رسیدگی است؛ در صورتی که جنایت اصلی، منطبق با مواد ۶ الی ۸ اساسنامه نیز قابلیت رسیدگی داشته باشد. در غیر این صورت، با استناد به بند ۴ قاعده ۱۶۲ دولت-های عضو صلاحیت رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت را خواهند داشت.^۱

د. با تدقیق در ماده (ج) (۱) ۷۰ اساسنامه که مقرر می‌دارد «اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ایجاد مانع یا مزاحمت در حضور یا ادای شهادت شاهد، امحاء ادله و مستندات یا دخالت در جمع‌آوری آنها» این تفسیر تقویت می‌شود که با توجه به لحاظ زمانی، امکان ارتکاب جرایم علیه اجرای عدالت در مراحل تحقیق و تعقیب نیز وجود دارد و ارتکاب این جرایم مختص به مرحله رسیدگی نیست. به عبارت دیگر، چرا نباید قائل به ارتکاب جرایم «علیه اجرای عدالت» با «دخالت در جمع‌آوری ادله و مستندات» یا «امحاء ادله» بود؟ بدیهی است که جمع‌آوری ادله و مستندات و امحاء آنها از جمله اعمال مرحله تحقیق است و نه رسیدگی.

مسئله دوم مبحث شمول یا عدم شمول مرور زمان نسبت به جرایم علیه اجرای عدالت است. براساس تصریح ماده ۲۹ اساسنامه جنایات اصلی (موضوع ماده ۵ اساسنامه) مشمول مرور زمان نمی‌شوند.^۲ در «جرایم علیه اجرای عدالت» در صورتی که ثابت

۱. همچنین بند ۴ ماده ۷۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی «هر دولت عضو موظف است در مورد مجازات جرایم علیه اجرای عدالت قوانین کیفری خود را توسعه دهد یا رسیدگی‌های قضایی خود را به جرایم علیه اجرای عدالت که در این ماده به آنها اشاره شده و در قلمرو آن دولت یا توسط یکی از اتباع آن ارتکاب یافته است، تعمیم دهد». بند ۴ قاعده ۱۶۴ آیین دادرسی و ادله چنین مقرر می‌کند: «در صورتی که دیوان تصمیم بر عدم اعمال صلاحیت خود بگیرد، می‌تواند از یکی از دولت‌های عضو درخواست اعمال صلاحیت بنماید».

2. Non-applicability of statute of limitations

شود که در خلال ۵ سال تحقیق یا تعقیبی آغاز نشده باشد^۱ و یا اجرای مجازات تعیین‌شده پس از مدت ۱۰ سال متوقف شده باشد^۲ مشمول مرور زمان خواهند شد. مسئله سوم حدود اختیارات دادستان در اعمال صلاحیت درخصوص جرایم علیه اجرای عدالت است. براساس مفاد احکام مندرج در قاعده ۱۶۳ آیین دادرسی و ادله، به‌طور اصولی اعمال صلاحیت درخصوص جرایم علیه اجرای عدالت منطبق با اساس‌نامه و رعایت الزامات ماده ۲۱^۳ است. درخصوص تحقیق، تعقیب و محاکمه استلزامات مواد ۵۳ و ۵۹ اساس‌نامه اجرایی نخواهد شد؛ به این معنا که دو نهاد قابلیت پذیرش^۴ و منافع برای عدالت (با رعایت مفاد قاعده ۱۶۲ آیین دادرسی و ادله) محلی از اعراب ندارند، چراکه در ابتدا باید وضعیت مطروحه نزد دیوان کیفری بین‌المللی پذیرفتنی باشد و مبنایی معقول وجود داشته باشد درخصوص اینکه جنایت ارتكابی در صلاحیت دیوان^۵ است؛ بنابراین آنچه از خوانش آیین مرتبط مستفاد می‌شود این است که دادستان همه اختیارات لازم را برای تحقیق و تعقیب متهم درخصوص «جرایم علیه اجرای عدالت» و به‌طور ویژه در موضوع مورد مطالعه یعنی شنود (به‌عنوان اختیار کسب اطلاعات مرتبط با پرونده) خواهد داشت. به‌منظور فهم و اشرافیت بر مسئله، نهادهایی همچون مصونیت حرفه‌ای و شنود، مورد مطالعه و بررسی قرار خواهند گرفت

۱. بند ۲ قاعده ۱۶۴ آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی «جرایم تعریف شده در ماده ۷۰ اساس‌نامه مشمول مرور زمان ۵ ساله از تاریخ ارتكاب جرم خواهد بود؛ به شرطی که ثابت شود که در خلال این مدت تحقیق یا تعقیبی آغاز نشده است».

۲. بند ۳ قاعده ۱۶۴ آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی «اجرای مجازات‌های تعیین‌شده در رابطه با جرایم موصوف در ماده ۷۰ اساس‌نامه مشمول مرور زمان ۱۰ ساله از تاریخ قطعیت مجازات خواهد شد».

۳. ماده ۲۱ در مقام بیان حقوق قابل اعمال توسط دیوان کیفری بین‌المللی است.

۴. شق ب بند ۱ ماده ۵۳ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی «آیا مورد مشمول ماده ۱۷ اساس‌نامه است یا خیر».

۵. شق الف بند ۱ ماده ۵۳ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی «آیا اطلاعاتی که در دسترس او قرار گرفته است مبنای منطقی برای این باور که یکی از جرایم مشمول صلاحیت دیوان واقع شده یا در حال وقوع است، را تشکیل می‌دهد یا خیر».

تا از این رهگذر، رابطه آنها با مسئله «جرایم علیه اجرای عدالت» شفاف‌تر، و تبیین شود که چگونه در بستر و پوشش مصونیت حرفه‌ای امکان ارتکاب «جرایم علیه اجرای عدالت» وجود دارد.

۲. مصونیت حرفه‌ای^۱

به‌منظور تأمین اقتضائات رسیدگی عادلانه، در همه نظام‌های عمده حقوقی مصونیت ویژه‌ای در خصوص روابط وکیل و موکل مقرر شده است. این نهاد ابتدا در حقوق رومی- ژرمنی ایجاد و توسط نظام کامن‌لا در رویه آن توسعه یافت (E.sphan, 2013:6). مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط وکیل و موکل، از کلیه ارتباطات و مکاتبات آنها در شرایط خاص محافظت می‌کند.

محرمانه بودن ارتباطات بر همه ادله اثبات دعوی از قبیل اقرار، اسناد داده‌های الکترونیکی و نظایر اینها حاکم خواهد بود. اصل بنیادین محرمانه بودن روابط وکیل و موکل مبتنی بر اموری همچون اعتماد و اظهارات صریح و کامل است [و با این فرضیه تقویت می‌شود] که موکل قادر باشد همه مسائل خود را با وکیل در میان بگذارد و در نتیجه وکیل نیز بتواند به نحو مؤثری در مقام دفاع از وی عمل نماید (D. kent et al, 2019:82). بدیهی است که اگر موکل در بیان اظهاراتش اعتماد کافی نسبت به وکیل نداشته باشد احتمال اختلال در روند اثبات دعوی یا دفاع وجود خواهد داشت. مصونیت حرفه‌ای به‌جهت برآورده کردن یک نیاز اساسی و بدیهی تبدیل به یک اصل حقوقی شده است. با این توضیح که موکل در بیان اظهاراتش نزد وکیل نباید با مانعی مواجه باشد. امری که موجب کتمان وقایع و حقایق توسط موکل نزد وکیل می‌شود، احتمال استناد به آنها توسط ضابطان یا مقامات قضایی است. فرض چنین احتمالی می‌تواند آثار جبران‌ناپذیری برای متهم داشته باشد. با توجه به فرض عدم اشرافیت موکل

1. Professional privilege

(متهم) نسبت به قانون و فرض خبره بودن وکیل در این خصوص، موکل با کتمان برخی از وقایع می‌تواند در براءت یا محکومیت متهم مؤثر باشد. دوم اینکه وکیل هم حق افشای اظهارات موکل را نزد ثالث، ضابطان و مقامات قضایی ندارد و اقرار در امور قاطع دعوی توسط وکیل در نفس موکل مؤثر نیست. با این اوصاف مصونیت حرفه‌ای دارای آثار متعددی از حیث ذی‌نفعان اصل مزبور است.

مصونیت حرفه‌ای ناظر بر رابطه وکیل و موکل ابعاد مختلفی دارد. مصونیت حرفه‌ای از حیث تحقق دادرسی عادلانه منقسم به سه ذی‌نفع می‌شود، ۱. موکل ۲. جامعه ۳. وکیل، توضیح اینکه محرمانه بودن ارتباطات میان وکیل و موکل می‌تواند با توجه به اصل براءت، موجب بری شدن ذمه موکل شود. از سوی دیگر، بیان نکردن همه حقایق منجر به تضییع حق جامعه خواهد شد. اما بعد سوم این مصونیت ناظر بر مسئولیت‌های حرفه‌ای وکیل است. بدین نحو که وکیل نیز با توجه به اصل حفظ رازداری^۱ مکلف به رعایت محرمانگی اطلاعات دریافتی است^۲ و انتشار آنها موجب مسئولیت انتظامی وکیل خواهد بود. از دیگر آثار اصل مصونیت حرفه‌ای، عدم تکلیف وکیل به در اختیار قرار دادن اطلاعات و اظهارات موکل به مقام تحقیق و تعقیب است.

اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی ضمن احترام به اصل مصونیت حرفه‌ای در خصوص انتشار و افشای مراودات و مکاتبات وکیل و موکل ملاحظاتی مقرر کرده است. با رعایت شرایط مقرر در ماده (ب) (۱) ۶۷ اساس‌نامه «ارتباطات برقرارشده در زمینه ارتباط حرفه‌ای بین متهم و وکیل وی، محرمانه تلقی شده و در نتیجه قابل افشا نخواهد بود مگر اینکه: الف. شخص (متهم) کتباً به چنین افشایی رضایت بدهد؛ ب. شخص متهم عالمانه متن ارتباطات مذکور را نزد شخص ثالثی افشا کند و سپس

1. Confidentiality

۲. وکیل در مقابل اظهارات موکل که به صورت خصوصی نزد وی مطرح می‌شود، مسئول است. به این معنا که با توجه به لزوم رعایت غبطه و مصلحت موکل، رعایت رازداری که به نحو روشنی مورد تصریح واضعان اساس‌نامه و آیین دادرسی و ادله قرار گرفته است، از جمله تکالیف وکیل محسوب می‌شود.

شخص ثالث، این افشا را به‌عنوان مدرک ارائه دهد. آنچه از این مقرر استنباط می‌شود به این شرح است: اول اینکه وکیل در هیچ صورتی مجاز به انتشار و افشای مباحث فی‌مابین نیست، دوم اینکه مقامات قضایی و ضابطان حق تحت فشار قرار دادن وکیل به‌منظور در اختیار قرار دادن اظهارات موکل را ندارند که به‌صورت خصوصی نزد وکیل بیان شده است و درنهایت اینکه فقط در صورت رضایت مستقیم (رضایت کتبی) و غیرمستقیم (افشا نزد ثالث) موکل، امکان استناد به اظهارات موکل نزد وکیل، در دیوان به‌عنوان سند وجود خواهد داشت.

در پرونده بمبا و دیگران که از مظاهر نقض مصونیت حرفه‌ای از طریق شنود قلمداد می‌شود، به‌رغم عدم وجود نصی خاص دایر بر تکلیف دادستان برای اخذ مجوز برای شنود مکالمات بین بمبا و دیگران، وی (دادستان) مبادرت به تحصیل مجوز از شعبه کرد. عنایت به تکالیف قانونی دادستان و شعب دیوان در رعایت حفظ حقوق متهم و نحو اخص رعایت اصل مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط وکیل و موکل، در پرونده بمبا و دیگران که جزء اولین پرونده‌هایی بود که منجر به محکومیت متهمان آن شد، دو اقدام قابل توجه موجب مشروعیت رسیدگی درخصوص جرایم علیه اجرای عدالت شده است. متعاقب درخواست دادستان از دیوان به‌منظور شنود مکالمات تلفنی میان بمبا و تیم وکلای ایشان، قاضی واحد شعبه پیش دادرسی ۳ با موافقت با درخواست دادستان برای شنود مکالمات، محدودیت‌هایی وضع کرد. براساس تصمیم قاضی واحد، مقرر شد که اولاً هیچ‌یک از مکالمات حرفه‌ای میان وکیل و موکل درخصوص جنایات اصلی در اختیار دادستان قرار نگیرد (ICC-01/05-51, para.3) ثانیاً مقرر شد که یک وکیل مستقل بر تماس‌های ضبط‌شده توسط دولت‌های هلند و بلژیک نظارت داشته باشد. وکیل مستقل فقط تماس‌هایی را در اختیار دادستان قرار داد که مرتبط با پرونده جرایم علیه اجرای عدالت است (ICC-01/05-para.28) با اعمال این دو الزام، دامنه صلاحیت دادستان محدود شد و اقتضائات حقوق بشر بین‌المللی مندرج در ماده (۳) ۲۱ اساس‌نامه و دیگر قواعد آیین دادرسی و ادله برآورده شد.

۱-۲. مصونیت حرفه‌ای در اسناد دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت

درخصوص مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط وکیل و موکل، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قاعده ۹۷ از آیین دادرسی و ادله خود چنین مقرر کرده است:

۱. همه ارتباطات میان وکیل و موکل محرمانه است و نمی‌تواند افشا شود مگر: الف. افشای آنها با رضایت موکل؛ ب. افشای ارادی آنها توسط موکل نزد شخص ثالث و سپس افشای آنها توسط ثالث به‌عنوان جرم ارتكابی نزد دادگاه ذیصلاح.

دیوان رواندا، که پس از تشکیل و تأسیس دیوان یوگسلاوی ایجاد شده با توجه به تجارب پیشین، علاوه بر افشای ارادی اطلاعات توسط موکل به احتمال ارتكاب عمل مجرمانه نیز توجه ویژه‌ای مبذول داشته و به این ترتیب، یک استثنای مهم مقرر و آن را از اطلاق خارج کرده است (قاعده (ب) ۹۷ آیین دادرسی و ادله رواندا مقرر می‌دارد که مصونیت حرفه‌ای نمی‌تواند موجبی برای ارتكاب عمل مجرمانه باشد. به عبارت دیگر، طرفین نمی‌توانند تحت پوشش این مصونیت برای ارتكاب جرم برنامه‌ریزی و تبانی نمایند).

قاعده ۹۷ آیین دادرسی و ادله «دیوان ویژه سیرالئون» به موضوع مصونیت حرفه‌ای وکیل و موکل^۱ اختصاص دارد. بندهای «الف» و «ب» قاعده مزبور عیناً تکرار مفاد قواعد آیین دادرسی و ادله دو دیوان موقت پیش از خود است. تنها بند سوم است که با ادعای موکل، کمک وکیل غیر مؤثر^۲ اعلام می‌شود و دیوان این اختیار را خواهد داشت که به مراودات و مکاتبات وکیل و موکل دسترسی داشته باشد. در توضیح و توجیه بند سوم قاعده ۹۷ می‌توان چنین استدلال کرد که اولاً «مصونیت حرفه‌ای مختص رابطه وکیل و موکل است» ثانیاً منظور از وکیل شخصی است که در حرفه خود متخصص باشد و در غیر این صورت مصونیت مزبور به‌صورت مبنایی اصولی ایجاد نمی‌شود. به

1. Lawyer-Client Privilege

۲. کمک غیرمؤثر وکیل به معنای عدم توانایی وکیل در امور حقوقی یا حداقل مرتبط با پرونده است.

عبارت دیگر در این وضعیت، رابطه، رابطه وکیل و موکل نیست و شرایط اختصاصی این رابطه بر آن حاکم نیست.

۳. شنود مکالمات

ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ و ماده (۱) ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ حق بر محرمانه بودن مکاتبات^۳ را به رسمیت شناخته‌اند. در این مواد مکاتبات ناظر بر آن چیزی نیست که لزوماً کتبی باشد. دلیل این تفسیر، موقعیت این لغت در مواد مذکور است که در ادامه عبارت «هیچ شخصی نباید در معرض مداخله خودسرانه در زندگی شخصی، خانواده، خانه یا مکاتبات خود یا اینکه شرف و آبروی او مورد تعرض قرار گیرد» واقع شود و ظهور در هر نوع ارتباطی^۴ دارد که با توجه به دامنه شمول ارتباطات، سیاق عبارات و اینکه ارتباط تلفنی نیز قسمی از آن قلمداد می‌شود، شنود تلفن نیز نقض اصل مسلم حق بر ارتباطات به شمار می‌آید (Shahrani and Jazayeri, 2022). گزارش گزارشگر عالی سازمان ملل متحد برای حقوق بشر در خصوص حق بر حفظ حریم خصوصی در عصر دیجیتال چنین اشعار می‌دارد که «هر دولت عضو باید به حقوق مندرج در میثاق حقوق مدنی و سیاسی نسبت به هر شخصی که در اختیار یا کنترل مؤثر آن دولت است احترام بگذارد و حقوق وی را تضمین نماید. حقوق بشر در جایی اعمال می‌شود که یک دولت قدرت یا کنترل مؤثر خود را در رابطه با زیرساخت‌های ارتباطات دیجیتال در هر جا که واقع شده است، اعمال می‌کند»^۵. برای مثال نسبت به شنود مستقیم یا نفوذ به زیرساخت‌های ارتباطی واقع در خارج از قلمرو آن، حتی خارج از کشور نیز

1. Universal declaration of human rights

2. International covenant on civil and political rights

3. Correspondence

4. Communication

5. See: UN Doc CCPR/C/NZL/co /6, 28 APRIL 2016 and Human Rights committee, UN DOC CCPR/C/GBR/CO/7/17,17 August 2015 and UN DOC CCPR/FRA/CO15/17 August 2015

مسئولیت دارد (A/HRC/39/29, 2018: para.9,p.3) مفاد این مسئولیت طی نظریه تفسیری کمیته حقوق بشر به تأیید می‌رسد- کمیته حقوق بشر اظهار می‌دارد که «دولت عضو باید تدابیری اتخاذ کند تا اطمینان حاصل شود که شرکت‌های تحت صلاحیت آنها به‌ویژه شرکت‌های فناوری، استانداردهای حقوق بشر را حتی هنگامی که در عملیات خارج از کشور مقرر، عمل می‌نمایند، رعایت می‌کنند» (CCPR/C/ITA/CO/1602017: (para.37). گزارش گزارشگر ویژه سازمان ملل در خصوص حق بر حفظ حریم خصوصی، حفظ حریم خصوصی را حتی به بازیگران غیردولتی نیز تعمیم می‌دهد (A/C/HRC/43/52,2020: para.27).

در پرونده بمبا و دیگران دو دولت هلند و بلژیک مخاطب دستور دیوان کیفری بین‌المللی برای شنود مکالمات میان بمبا و وکلا قرار گرفتند. دلیل این امر این بود که مقرر دیوان کیفری بین‌المللی در کشور هلند قرار داشت و دوم اینکه بمباموسامبا که وکیل بمبا بود در بلژیک اقامت داشت و به‌عنوان عضو اتحادیه وکلا بلژیک فعالیت می‌کرد. دولت‌های مذکور علاوه بر اینکه متعهد به قواعد میثاق حقوق مدنی و سیاسی هستند، به تعهدات مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۱ نیز ملتزم هستند. براساس ماده (۱) ۸ کنوانسیون^۲ مزبور که به‌حق بر احترام به خصوصی ماندن زندگی خانوادگی و مکاتبات انسان‌ها اشاره دارد، تکالیفی متوجه دولت‌های متعهد طرف کنوانسیون می‌نماید.

براساس قوانین کیفری بلژیک ضبط مکالمه در صورتی که یکی از طرفین مکالمه آن را صورت دهد بلامانع است؛ ولی در صورتی که شنود را شخص ثالثی انجام دهد ممنوع است.^۳ در هلند براساس بخش ۱۳۹ قانون کیفری به‌طور اصولی ضبط مکالمه آزاد است، حتی در صورت رضایت فقط یکی از طرفین مکالمه و بیش از آن اینکه، فرد اخیر می‌تواند دستور ضبط مکالمه را به شخص ثالثی هم بدهد. مطابق با قوانین بلژیک

1. European Convention on Human Rights, 1950, Rome

۲. هر شخصی حق بر رعایت حریم زندگی و زندگی خانوادگی، مکاتبات و خانه خود را داراست.

3. <https://www.belgium.be/en/justice/privacy>

شنود تلفن توسط دولت در مواردی همچون ۱. زندگی خصوصی؛ ۲. نوشتن نامه یا ایمیل؛ ۳. آنچه در تلفن می‌گوید ممنوع است ولی این امر استثنائات مهمی دارد از قبیل: الف. اگر امنیت ملی یا عمومی یا رفاه اقتصادی در خطر باشد؛ ب. برای جلوگیری از بی‌نظمی یا اعمال مجرمانه؛ ج. برای محافظت از سلامتی اخلاق، حقوق و آزادی‌های دیگران (ماده ۳۱۴ مکرر قانون کیفری بلژیک).^۱ به‌منظور اطمینان از حفظ حریم خصوصی مرجع حفاظت از داده‌ها^۲ را مجلس قانون‌گذاری نمایندگان بلژیک در ۳ دسامبر ۲۰۱۷ ایجاد کرد و جانشین کمیسیون حفاظت از حریم شخصی^۳ شد.^۴

۴. رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی

تاکنون ۴ پرونده با اتهام جرایم علیه اجرای عدالت در دیوان کیفری بین‌المللی مطرح و رسیدگی شده است.^۵ ضمن رسیدگی به اتهامات انتسابی علیه بمبا، مشتمل بر دو جنایت اصلی مندرج در مواد ۷ و ۸ اساس‌نامه دیوان، اتهام جرایم علیه اجرای عدالت از طریق تأثیر بر شهود با پرداخت رشوه، موضوع ماده ۷۰ اساس‌نامه نیز مطرح شد. به همین دلیل، در ابتدا اختصاری از پرونده اصلی و سپس پرونده بمبا و دیگران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۴-۱. پرونده بمبا

دستور بازداشت آقای بمبا در ۱۰ ژوئن ۲۰۰۸ صادر و نامبرده در ۳ جولای ۲۰۰۸ به دیوان منتقل شد. وی که نخست‌وزیر سابق و رهبر نظامی در جمهوری دموکراتیک کنگو

1. <https://www.belgium.be/en/justice/privacy>

2. Data protection Authority, see : www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/L-autorite/organisation

3. Privacy protection commission

4. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/l-autorite/organisation>

5. Bemba et al , Paul Gicheru, Walter barasa, Ruto and Sang

بود به ارتکاب جنایاتی از قبیل جنایت علیه بشریت (مشمول بر قتل،^۱ تجاوز)^۲ و جنایت جنگی (مشمول بر قتل، تجاوز و غارت)^۳ متهم شده بود. پس از برگزاری جلسه تأیید اتهامات در مورخ ۱۲ الی ۱۵ ژانویه ۲۰۰۹ در تاریخ ۱۵ ژوئن ۲۰۰۹ اتهامات وی را شعبه پیش‌دادرسی تأیید کرد و برای رسیدگی به شعبه دادرسی ارجاع داده شد. شعبه دادرسی در ۲۱ مارس ۲۰۱۶ متهم را به دلیل نقض مواد (الف) (۱) ۷ (قتل)، (ز) (۱) ۷ (تجاوز جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت)، (د) (۲) ۸ (جنایت در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی)، (ج) (۲) ۸ (تجاوز به‌عنوان جنایت جنگی) و (۵) (د) (۲) ۸ (غارت شهر) مجرم شناخت (ICC-bi/05-01/08-3343, para. 2) در ۲۱ ژوئن ۲۰۱۶ حکم مجازات ۱۸ سال حبس برای آقای بمبا صادر شد (ICC-01/05-01/08-3399, paa.95).

علاوه بر بمبا، دادستان دیوان نیز در ۲۲ جولای ۲۰۱۶ نسبت به رأی صادره اعتراض و پرونده به‌جهت رسیدگی به مرجع تجدیدنظر ارسال شد. در ۸ ژوئن ۲۰۱۸ شعبه تجدیدنظر با اکثریت آراء رأی صادره شعبه دادرسی را به دلیل اینکه اساس مجرم قلمداد نمودن آقای بمبا مبتنی بر مسایلی خارج از محدوده حقایق و شرایط توصیف‌شده برای آن است نقض کرده و آقای بمبا را از اتهامات وارده تبرئه^۴ کرد (ICC-01/05-01/08-p.5, para.7).

اما در پرونده دیگری که معروف به پرونده بمبا و دیگران است، وی و دیگر شرکای جرم، متهم به ارتکاب جرایم علیه اجرای عدالت شدند. مسئله قابل مطالعه در این پرونده شنود مکالمات آقای بمبا با وکیل (موسامبا)^۵ ایشان است که با ملحوظ نظر داشتن اصل مهم مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط وکیل و موکل و همچنین منع سوءاستفاده از این حق توسط متهم، دامنه صلاحیت دادستان براساس اساس‌نامه و آیین

-
1. Murder
 2. Rape
 3. Pillaging
 4. Acquitted
 5. Aime kililo musamba

دادرسی و ادله دیوان و نیز اقتضائات رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت واجد اهمیت خواهد بود.

۲-۴. پرونده بمبا و دیگران^۱

از ۳ ژوئن ۲۰۱۳، دادستانی به‌طور متوالی گزارش‌هایی از مکالمات غیرمعمول میان بمبا و وکیل وی (موسامبا) از سوی دبیرخانه دریافت می‌کرد. گزارش‌ها و پیام‌های ضبط‌شده مؤید اتهام رشا و ارتشاء میان بمبا و دیگر متهمان بود. بمبا از بمباموسامبا (وکیل) برای تسهیل ارتباط با شهود استفاده می‌کرد (3, para 2 ICC-01/05-51, p,). دادستان مطابق ماده ۵۴ اساس‌نامه اختیارات لازم برای شروع تحقیقات دارد. با توجه به حضور متهمان در کشور هلند (مقر دیوان کیفری بین‌المللی) و بلژیک (محل اقامت موسامبا)، مستند به بند ۳ ماده ۵۴ اساس‌نامه، دادستان تقاضای صدور مجوز از شعبه پیش‌دادرسی ۳ به‌منظور شنود مکالمات میان متهم با بمباموسامبا (عضو اتحادیه وکلا بلژیک) که به‌عنوان وکیل ارشد و همچنین «مانگندا» کرد که مدیر پرونده متهم بود (ICC-01/05-51, para.3).

در ۶ می ۲۰۱۳ قاضی کُنو^۲ به‌عنوان قاضی واحد شعبه پیش‌دادرسی برای رسیدگی به درخواست دادستان توسط شعبه پیش‌دادرسی ۳ تعیین شد. در ۸ می ۲۰۱۳ شعبه پیش‌دادرسی به دبیرخانه دستور داد تا الف. شماره تلفن‌ها و ب. گزارش کاملی از تمام تماس‌ها را در اختیار دادستان قرار دهد (ICC-01 /05-51, p.5, para.9). در خلال ۶ نوامبر تا ۱۱ فوریه تماس‌های متعددی میان بمبا با بمباموسامبا و «مانگندا» برقرار شده بود، که در آنها متهمان با کدهایی به زبان‌های لینگالا^۳ و فرانسوی با یکدیگر در ارتباط بودند و در موضوعاتی جز مسایل مرتبط با محاکمه و امور مالی، به زبان ساده و قابل

1. Bemba et al

2. Cuno

۳. ماده الف (۱) ۷۰

فهم صحبت می‌کردند (ICC-01/05-51, p.7, para.15). با بررسی اسناد و مدارک متقن، بمبا در مجموع مبلغ ۳۱۸۹ دلار به بمباموسامبا و مبلغ ۴۷۴۴ دلار به «نارسیس» به واسطه «بابالا» پرداخت کرده بود و «مانگندا» نیز در مجموع ۲۱۹۵۹/۷۷ دلار از «بابالا» دریافت کرده بود (ICC-01/05-51, p.9, para.19).

در نهایت شعبه دادرسی به اتهامات ادای شهادت دروغ^۱، اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ایجاد مانع یا مزاحمت در حضور یا ادای شهادت شاهد، امحاء ادله و مستندات، دخالت در جمع‌آوری و همچنین ارائه مدارکی که می‌دانسته دروغ یا جعلی هستند^۲، رسیدگی کرد (ICC-01/05-01/13, 2016, p.455-456). شعبه هفتم دادرسی به ترتیب آقای بمبا، بمباموسامبا، «مانگندا»، «نارسیس» و «بابالا» را محکوم به حبس و جزای نقدی به میزان یک سال و ۳۰۰ هزار یورو جریمه نقدی، دو سال و شش ماه و ۳۰۰ هزار یورو، دو سال، یازده ماه و شش ماه حبس محکوم کرد. شعبه تجدیدنظر در تصمیم ۸ مارس ۲۰۱۸ (ICC-01/05-01/13, para.1631) آقایان بمبا، «کیلولو» و «مانگندا» را از اتهام ارائه مدارکی مبرا کرد که جعلی بودن آن بر متهمان آشکار بوده است و عالمماً و عامداً به دیوان تقدیم شده بود و دیگر اتهام آنها را درخصوص تحت‌تأثیر قرار دادن شهود مورد تأیید قرار داد (ICC-01/05-01/13, P.455).

۴-۲-۱. اتهامات و دفاعیات موسامبا، مانگندا، بابالا و نارسیس

براساس رأی شعبه دادرسی هفتم، اتهامات آقای بمباموسامبا مستند به بندهای (ب) و (ج) (۱) ماده ۷۰ اساس‌نامه^۳، دایر بر ادای شهادت دروغ، ارائه مدارکی که ارائه‌دهنده

۱. ماده (ج) (۱) ۷۰

۲. ماده (ب) (۱) ۷۰

۳. ب. تقدیم مدارکی که ارائه‌دهنده می‌دانسته دروغ یا جعلی هستند.

ج. اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ایجاد مانع یا مزاحمت در حضور یا ادای شهادت شاهد، امحاء ادله و مستندات یا دخالت در جمع‌آوری آنها

می‌دانسته دروغ است و اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد مورد تأیید قرار گرفت. اتهامات وارده به آقای مانگندا براساس بندهای (ب) و (ج) ماده ۷۰^۱ اساس‌نامه مشتمل بر اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ارائه مدارکی که ارائه‌دهنده می‌دانسته دروغ است مورد تأیید قرار گرفت ولی از اتهامات کمک، مشارکت یا کمک در ارائه شهادت دروغ شهود تبرئه شد. اتهام وارده بر آقای «بابالا» مستند به بند (ج) ماده ۷۰ اساس‌نامه^۲ (ادای شهادت دروغ) مورد تأیید شعبه دادرسی قرار گرفت و از اتهامات کمک، مشارکت یا کمک در ارائه شهادت دروغ شهود تبرئه شد. اتهام ادای شهادت دروغ آقای «نارسیس» مستند به بند (ج) ماده ۷۰ اساس‌نامه مورد تأیید قرار گرفت ولی از اتهامات کمک، مشارکت یا کمک در ارائه شهادت دروغ شهود تبرئه شد.

بمباموسامبا به جهات عدم قابلیت پذیرش اسناد و مدارکی که در نتیجه نقض مصونیت حرفه‌ای کسب شده بود و بی‌توجهی شعبه رسیدگی‌کننده به دلایل ابرازی، اعتراض خود را به مرجع تجدیدنظر تقدیم کردند (ICC-01/05-01/13-2275, para.39, 2018). دیگر متهم پرونده «مانگندا» که در شعبه دادرسی به دلیل اتهامات وارده محکوم شده بود، به جهات عدم قابلیت پذیرش اتهامات، ایراد بر تفسیر ارکان قانونی ماده ۷۰ اساس‌نامه و بی‌توجهی به دلایل ابرازی به رأی صادره اعتراض کرد (ICC-01/05-01/13-2275, 2018, para.40). آقای «بابالا» به دلیل بی‌توجهی شعبه رسیدگی‌کننده به دلایل ابرازی، عدم قابلیت پذیرش مدارک و مستندات و نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات (موضوع ماده ۲۲ اساس‌نامه) نسبت به رأی صادره اعتراض خود را ثبت کردند (ICC-01/05-01/13-2275, 2018, para.41). مهمترین جهات اعتراضی آقای «نارسیس» مبتنی بر ایراد بر تفسیر ارکان جرایم علیه اجرای عدالت و ایرادهای وارده بر رسیدگی بود (ICC-01/05-01/13-2275, 2018, para.42).

۱. ارجاع به پاراگراف ۸۷

۲. اعمال نفوذ غیرقانونی بر شاهد، ایجاد مانع یا مزاحمت در حضور یا ادای شهادت شاهد، امحاء ادله و مستندات یا دخالت در جمع‌آوری آنها.

در مجموع، اعتراض متهمان عمدتاً متمرکز بر: الف) فقدان ارکان مشارکت در جنایت بود که به نحو اخص در ماده (۳) ۲۵^۱ اساس‌نامه جرم‌انگاری شده و ب) نحوه تحصیل و ارزش ادله بود. بمباموسامبا که در سمت وکیل بمبا در پرونده اصلی تعیین شده بود، معتقد به استثناء شدن کلیه مدارک تحصیلی از مؤسسه مالی اتحادیه غربی^۲ و کلیه مدارک حاصل از شنود تلفنی بود (ICC-01/05-01/13, 2016, p.3) چراکه به عقیده بمباموسامبا در تحصیل ادله، مقررات بند ۷ ماده ۶۹ اساس‌نامه توسط دیوان رعایت نشده و حقوق بشر شناخت‌شده بین‌المللی وی نقض شده است. ماده موصوف اشعار دارد که «ادله‌ای که با نقض این اساس‌نامه یا حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی تحصیل شده باشد، پذیرفته نیست». بمباموسامبا برای تقویت استدلال خودش به رویه دیوان در قضیه لوبانگا^۳ نیز استناد کرد که مؤید تأکید دیوان بر تحصیل قانونی ادله است.^۴

بمباموسامبا بر این باور بود که دادستان قبل از صدور اجازه شعبه پیش‌دادرسی، مبادرت به دریافت اطلاعات تراکنش‌های بانکی از «مؤسسه مالی اتحادیه غربی» کرده است. به عقیده وی با توجه به اینکه طریقه تحصیل ادله در مغایرت با مفاد اساس‌نامه خصوصاً ماده (۷) ۶۹ بوده؛ بنابراین هرگونه اتخاذ تصمیم شعبه دادرسی در این زمینه فاقد مشروعیت است. شعبه تجدیدنظر استدلال کرد که هر اشتباه شعبه دادرسی موجب نقض حکم صادره نمی‌شود (به‌صورت تلویحی اشتباه شعبه دادرسی را مورد پذیرش قرار داد) و آن اشتباهی مورد توجه است که اساسی بوده و در صورت فرض عدم وقوع

۱. براساس ماده (۳) ۲۵ مسئولیت کیفری اشخاص منوط به مباشرت، معاونت و مشارکت در جرایم ارتكابی شده است.

2. Western union

یک مؤسسه مالی است که انتقال پول‌ها از این طریق صورت می‌پذیرفته است. برای کسب اطلاعات بیشتر به سایت مؤسسه مراجعه بفرمایید: www.westernunion.com
این مؤسسه اطلاعات تراکنش‌های بانکی را در اختیار دادستانی قرار داده است.

3. Thomas Lubanga Dyilo

در این پرونده به لزوم رعایت موازین ماده (۷) ۶۹ اساس‌نامه و حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی تأکید شده بود.

4. ICC-01/04-01/06, 2009, para.35

آن اشتباه، نتیجه رأی صادره متفاوت می‌شده است (ICC-01/05-01/13, 2018, para.90). شعبه تجدیدنظر با ملاحظه اوراق پرونده و در مقام رسیدگی به اعتراض متهمان درخصوص ارتباطات میان دادستان و «مؤسسه مالی اتحادیه غربی» که پیش از صدور دستور شعبه پیش‌دادرسی، اطلاعات مالی را در اختیار دادستان قرار داده بود، به این نتیجه رسید که حتی با در نظر گرفتن معیارهای دوگانه (بندهای الف و ب) ماده ۶۹(۷)، حقوق متهمان نقض نشده است (ICC-01/05-01/13-2275,2018, paras.280-282) و نهایتاً رأی شعبه دادرسی را مورد تأیید قرار داد.^۱ به‌منظور تحلیل این بخش از رأی شعبه تجدیدنظر، مطالعه ماده ۶۹(۷) اساس‌نامه ضرورت دارد. ماده ۶۹(۷) اساس‌نامه مقرر می‌نماید «ادله‌ای که با نقض این اساس‌نامه یا حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی تحصیل شده باشد، مورد پذیرش نیست، به شرط آنکه: الف. نقض مذکور، تردید اساسی در اعتبار آن ادله ایجاد کند؛ یا ب. پذیرش آن ادله معارض با صحت دادرسی بوده یا آن را جدا به مخاطره بیافکند».

عنایت به این امر که ادله تحصیل‌شده از مؤسسه مالی اتحادیه غربی با دو معیار ماده ۶۹(۷) معارضه‌ای ندارد نمی‌توان آن را از عداد دلایل اثباتی خارج نمود. توضیح اینکه تقدم و تأخر در ارائه اطلاعات صحیح بانکی نمی‌تواند برآورده‌کننده اقتضائات و الزامات دو تبصره ذیل بند هفتم از ماده ۶۹ اساس‌نامه قلمداد شود.

بمبا و بمباموسامبا شنود مکالمات تلفنی را ناقض حق بر مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط محرمانه وکیل و موکل قلمداد کرده و بر این اساس اعتراض خود را در سه محور تقدیم نمودند: الف. نقض مصونیت حرفه‌ای؛ ب. دستور قاضی واحد شعبه پیش‌دادرسی مبنی بر بازداشت مقامات هلندی؛ ج. ایرادهای ناظر بر نحوه جمع‌آوری اطلاعات و کسب آنها توسط دادستان. شعبه تجدیدنظر در مقام تعیین شرایط احترام و

۱. لازم است ذکر شود که شعبه تجدیدنظر میان دو دستور صادره در این خصوص قائل به تفکیک است به این صورت که دستور اول را صحیح و دستور دوم را مغایر با اساس‌نامه قلمداد کرد. برای اطلاع بیشتر به این آدرس

مراجعه بفرمایید: ICC-01/05-01/13-2275, 2018, paras.280-282

رعایت مصونیت حرفه‌ای به‌درستی بر این باور بود، تا زمانی این مصونیت اعتبار دارد که از حدود متعارف خود خارج نشده و منجر به ارتکاب عمل مجرمانه نشود. این رویکرد شعبه تجدیدنظر با اصل حسن‌نیت^۱ و منع سوءاستفاده از حق^۲ مطابقت دارد. بمبا و بمباموسامبا بدون در نظر گرفتن فلسفه وجودی حق بر مصونیت حرفه‌ای، از این حق به‌عنوان پوششی برای ارتکاب عمل مجرمانه استفاده می‌کردند. بدیهی است اعمال هر حقی منوط به اجرای تکالیفی نیز هست. بمبا و بمباموسامبا تحت لوای مجرمانه ماندن مکاتبات و ارتباطات تلفنی، در حال برنامه‌ریزی برای تحت تأثیر قرار دادن شهود از طریق پرداخت رشوه بودند. اینکه موکل با استناد به حق بر مصونیت حرفه‌ای که در اصل برای ایجاد اعتماد میان وکیل و موکل، عدم استناد به اقرار موکل نزد وکیل در مقابل دیوان و عدم تکلیف وکیل به بیان هر آنچه موکل نزد وی بازگو کرده است، استقرار یافته، برای اغراض مجرمانه دیگری بهره‌برد مورد پذیرش اصول کلی حقوقی و مفاد اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی نیست.^۳

درخصوص ایراد دوم ذکر این پیش‌زمینه لازم است که شعبه پیش‌دادرسی در مورخ ۲۹ جولای ۲۰۱۳ به دادستان مجوز بازداشت مقامات هلندی (در صورت استتکاف از اجرای دستور) را به‌منظور ضبط مکالمات و جمع‌آوری گزارش‌های ذی‌ربط اعطا کرده بود. مواد (۳) ۵۴^۴ و (الف) (۳) ۵۷^۵ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی، ترتیبات اختیارات دادستان و نحوه اخذ مجوز از شعبه پیش‌دادرسی را معین کرده است و با

1. Bona fide in latin and good faith in english

2. Abuse of right

۳. قاعده (ب) ۹۷ آیین دادرسی و ادله رواندا نیز به این مهم توجه داشته است.

۴. دادستان می‌تواند ادله را جمع‌آوری و بررسی نماید (الف)، حضور و تحقیق از متهمان و قربانیان و شهود را درخواست نماید (ب)، همکاری هر دولت یا سازمان بین‌المللی را درخواست نماید و... (ج)، ورود به ترتیبات یا موافقت‌نامه‌های دولتی (د)، رعایت محرمانگی اطلاعات دریافتی (ه)، اقدامات لازم به‌منظور اطمینان از مجرمانه ماندن اطلاعات، حمایت از اشخاص یا حفظ مدارک... (و).

۵. براساس درخواست دادستان، قرارها و مجوزهایی را که ممکن است برای تحقیق لازم باشد، صادر نماید.

بررسی روند صدور دستورات، مغایرت اساسی با مفاد اساسنامه ملاحظه نمی‌شود. درخصوص ایراد بر نحوه جمع‌آوری و کسب اطلاعات توسط دادستان، اعتراض متهمان و همچنین دفاعیات دادستان، ارائه استدلال جالب بمبا قابل اعتناست. به عقیده بمبا در نحوه جمع‌آوری اطلاعات حقوق داخلی کشور هلند نقض شده است. شعبه تجدیدنظر ضمن تأیید این ایراد، معتقد بود که اشتباه شعبه رسیدگی‌کننده، اساسی و ناقض حقوق بشر متهمان نیست و به آن درجه از اهمیت نبوده است که رأی صادره را بی‌اعتبار سازد (para.499, (ICC-01/05-01/13-2275, 2018).

استدلال شعبه تجدیدنظر با استناد به ماده (۸) ۶۹ اساس‌نامه نیز تقویت می‌شود. براساس مفاد این ماده «هنگام تصمیم راجع به ارتباط یا قابلیت پذیرش ادله تحصیل‌شده به وسیله یک دولت، دیوان براساس قانون ملی آن دولت تصمیم نخواهد گرفت». همین ملاک در ماده ۱۷ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز مشاهده می‌شود. براساس مفاد ماده ۱۷ اساس‌نامه تشخیص محاکمه واقعی از غیرواقعی بر عهده دیوان کیفری بین‌المللی است و نه دولت محاکمه‌کننده.^۱ به عبارت دیگر، درست که دولت‌ها اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی را مصوب کرده‌اند ولی این به معنای رجحان تشخیص آنها بر تشخیص دیوان کیفری بین‌المللی نیست؛ البته این امر متمایز از اعمال صلاحیت است. حسب تصریح مقدمه و ماده ۱ اساس‌نامه، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت تکمیلی^۲ است و در صورت اعمال صلاحیت محاکم ملی، نوبت به رسیدگی در دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌رسد. ولی به‌منظور منع سوءاستفاده دولت‌ها و بی‌خاصیت نشدن اصل مقابله با بی‌کیفرمانی که توجیه‌کننده تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی است، تشخیص حقیقی بودن رسیدگی‌ها بر عهده نهاد قضایی اشاره شده است.

۱. براساس ماده (۲) ۱۷ اساس‌نامه که ناظر بر مسئله قابلیت پذیرش موضوع نزد دیوان است مقرر شده است که «به‌منظور تصمیم‌گیری در مورد عدم تمایل در رسیدگی به موضوعی خاص، دیوان با عنایت به اصول دادرسی شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل، بررسی خواهد کرد که آیا یک یا چند مورد از شرایط زیر وجود دارد».

2. Complementarity jurisdiction

با مطالعه اساس‌نامه، آیین دادرسی و ادله و روح حاکم بر آنها، ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی آشکار است. با این توضیحات، در فرض پذیرش نقض حقوق داخلی کشور هلند، این نقض با استانداردهای بین‌المللی و دو معیار مطرح‌شده در بند ۷ ماده ۶۹ مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد، که نتیجه این امر، عدم مغایرت اساسی اقدامات صورت‌پذیرفته دولت هلند و معیارهای شناخته‌شده بین‌المللی را تأیید می‌کند. ثانیاً معیار عمل دیوان استانداردهای بین‌المللی است و نه قوانین داخلی کشورها که بعضی از آنها شاید برآورده‌کننده الزامات استانداردهای بین‌المللی نباشند.

اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی در چند موقعیت به نحو اخص به استانداردهای بین‌المللی اشاره دارد. استانداردهای بین‌المللی در بند ج ماده ۲۱ اساس‌نامه که ناظر بر استعمال اصول کلی حقوقی است، به کارگیری استانداردهای بین‌المللی در رفتار با زندانیان (ماده (ب) (۳) ۱۰۳ اساس‌نامه)، مطابقت اجرای حکم با استانداردهای بین‌المللی (ماده (۱) ۱۰۶ اساس‌نامه) ملحوظ نظر تدوین و تصویب‌کنندگان اساس‌نامه قرار گرفته است.

۵. منع شنود مکالمات و کیل و موکل در جنایات اصلی^۱

با مراجعه به مفاد آیین دادرسی و ادله دیوان‌های موقت، اساس‌نامه و آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی و رویه ذکرشده، درخصوص منع شنود مکالمات و کیل و موکل در جنایات اصلی نتیجه مهمی اخذ می‌شود. با این وصف که شنود کنترل‌شده مکالمات و کیل و موکل براساس تصمیم متأخذه در پرونده بمبا و دیگران مورد تأیید دیوان قرار گرفته است، سؤالی که ذهن را به خود مشغول می‌نماید این است که با چه استدلالی نباید به شنود مکالمات و کیل و موکل در جنایات اصلی قائل بود. زمینه بحث، تصمیم شعبه پیش‌دادرسی ۳ درخصوص در اختیار قرار ندادن مکالمات ناظر بر ارتباط

۱. جنایات اصلی همان صلاحیت موضوعی مندرج در ماده ۵ اساس‌نامه اعم از ژنوساید، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز ارضی است.

حرفه‌ای وکیل و موکل است که مؤید این استنباط خواهد بود که شنود هرگونه مکالمه‌ای که مرتبط با جنایات اصلی باشد ممنوع است. ذکر این نکته نیز ضرورت دارد که احترام و رعایت مصونیت حرفه‌ای وکیل و موکل تا زمانی الزامی است که، ارتباطات طرفین منحصرأً به منظور تدارک دفاع از موکل باشد و در غیر این صورت، مصونیت حرفه‌ای، لازم الوفا نخواهد بود. این استدلال با نتیجه رأی شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی نیز تأیید می‌شود.^۱

برای تبیین این موضع باید به اصول کلی حقوقی متوسل شد که براساس بند (ج) (۱) ۲۱ اساس‌نامه دیوان از جمله حقوق قابل اعمال دیوان کیفری بین‌المللی قلمداد شده است. اول اینکه وقوع و رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت تا پیش از مرحله رسیدگی به جنایات اصلی موضوعیت ندارد. توضیح اینکه اصولاً اگر رسیدگی به جنایات اصلی شروع نشده باشد، جرایمی همچون اعمال نفوذ غیرقانونی بر شهود (بند ج ماده ۷۰ اساس‌نامه)، ارائه مدارکی که ارائه‌دهنده بر جعلی بودن آنها آگاه است (بند ب ماده ۷۰ اساس‌نامه)، مانع‌تراشی یا اعمال نفوذ غیرقانونی بر کارکنان دیوان (بند د ماده ۷۰ اساس‌نامه) موضوعیت ندارند. اصولاً جرایم علیه اجرای عدالت از جمله امور تبعی هستند و نه اصیل، به عبارت دیگر، رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت به‌عنوان تابعی از رسیدگی به جنایاتی از قبیل ژنوساید، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی خواهد بود (شق «ج») و «ه» بند ۲ قاعده ۱۶۲ آیین دادرسی و ادله دیوان که بر «وابستگی اتهامات مبتنی بر ماده ۷۰ اساس‌نامه با اتهامات مندرج در ماده ۵ اساس‌نامه» تأکید دارد).

دوم اینکه توجه به این تمایز ضرورت دارد که در زمان وقوع جنایات اصلی به‌طور اصولی رابطه‌ای میان وکیل و موکل وجود ندارد که مشمول رعایت مصونیت حرفه‌ای میان وکیل و موکل شود. این رابطه به‌طور عمومی پس از اعلام وکالت نزد محکمه

1. ICC-01/05-01/13, 2018, para.7

است که رسمیت می‌یابد و از مصونیت موصوف برخوردار می‌شود. وقوع جرایم علیه اجرای عدالت در زمان تحقیق، تعقیب و جلسات رسیدگی متصور است و در موضوع خاص (مصونیت حرفه‌ای) مورد پژوهش، مشارکت وکیل و موکل در ارتکاب عمل مجرمانه محل بحث است در حالی که با مدنظر قرار دادن «زمان وقوع» جنایات اصلی (که پیش از مراحل تحقیق، تعقیب و محاکمه است و نظر به اینکه ارتکاب جرایم علیه اجرای عدالت مختص به این مراحل است)، به‌طور اصولی و عمومی وجود رابطه وکالت فی‌مابین طرفین متصور نیست.

سوم اینکه با توجه به اینکه اصل بر حفظ محرمانگی روابط وکیل و موکل است، منع توسعه دامنه شنود به جنایات اصلی با اصل حقوقی تفسیر استثناء در حدود نص سازگارتر است. در همین زمینه، توسل به ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ و ماده (۱) ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ که به موجب ماده (۳) ۲۱ اساس‌نامه از جمله حقوق قابل اعمال است، راهگشاست. سوم اینکه اگر قائل به شنود مکالمات وکیل و موکل در جنایات اصلی هم باشیم، دیگر رعایت مصونیت حرفه‌ای فلسفه وجودی خود را از دست خواهد داد.

و در آخر اینکه، تعیین یک وکیل مستقل از نهاد دیوان کیفری بین‌المللی و ارسال بخش‌هایی از مکالمات میان بمبا با وکیل نامبرده، که منحصرأ درخصوص اعمال ارتكابی در مورد جرایم علیه اجرای عدالت بوده است. ثادثاً، مستند به ماده (ب) (۱) ۶۷ اساس‌نامه «ارتباطات برقرارشده در زمینه ارتباط حرفه‌ای بین متهم و وکیل وی، مجرمانه تلقی شده و در نتیجه قابل افشا نخواهد بود مگر اینکه: الف. شخص (متهم) کتباً به چنین افشایی رضایت بدهد؛ ب. شخص مذکور عمداً متن ارتباطات مذکور را نزد شخص ثالثی افشا کند و سپس شخص ثالث این افشا را به‌عنوان مدرک ارائه دهد،

۱. منع مداخله در مکاتبات و ارتباطات اشخاص

۲. منع مداخله در زندگی اشخاص بدون مجوز قانونی

مؤید این استنتاج است که استناد به اقرار موکل نزد وکیل درباره دیگر جنایات اصلی تحت صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و همچنین شنود مکالمات، مکاتبات و ارتباطات میان وکیل و موکل غیرقانونی است.

فرجام سخن

اسناد دیوان کیفری بین‌المللی اعم از اساس‌نامه و آیین دادرسی و ادله درخصوص جرایم علیه اجرای عدالت یک ایراد مهم حقوقی را رفع کرده است. با جرم‌انگاری نهاد پیشینی اهانت به دادگاه که صرفاً در آیین دادرسی و ادله دیوان‌های موقت وضع شده بود، با تعیین عنوان جدید جرایم علیه اجرای عدالت در اساس‌نامه، موجب تطابق جرایم علیه اجرای عدالت با ماده‌های ۲۲ و ۲۳ اساس‌نامه و برآورده نمودن مقتضیات اصل قانونی بودن جرم و مجازات کرده است. در پرونده بمبا و دیگران که مظهر رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی درخصوص رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت بود، دیوان با لحاظ اصل «مصونیت حرفه‌ای» با تعیین شخص ثالث به‌عنوان شنودکننده مکالمات میان بمبا و وکلا و طبقه‌بندی موضوعات داخل در صلاحیت اصلی دیوان و مسائل مرتبط با جرایم علیه اجرای عدالت و به نحو مشخص اعمال نفوذ غیرقانونی بر شهود از طریق پرداخت رشوه، ضمن رعایت حقوق بشر به‌عنوان مبنای دادرسی عادلانه موضوع ماده (۳) ۲۱ اساس‌نامه از طریق ارائه منحصر مکالمات مرتبط با جرایم علیه اجرای عدالت به دادستان، دو نتیجه مهم به دست می‌دهد: اول، تحدید دامنه صلاحیت دادستان در شنود مکالمات وکیل و موکل و دوم، اینکه شنود مکالمات (اقرار نزد وکیل) در جنایات اصلی مندرج در ماده ۵ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی مجاز نیست و در صورت وقوع، فلسفه وجودی اصل مصونیت حرفه‌ای ناظر بر روابط وکیل و موکل سالبه به انتفای موضوع می‌شود. نتیجه حاضر با امعان‌نظر به قاعده ۹۷ آیین دادرسی و ادله دیوان رواندا که مقرر می‌دارد «مقررات این قاعده نمی‌تواند برای مشارکت در ارتکاب عمل مجرمانه تفسیر شود» (به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی مورد پذیرش) تأیید

می‌شود. به عبارت دیگر، با توجه به زمان ارتکاب جنایت در جنایات اصلی که قبل از جلسات رسیدگی است و زمان وقوع جرایم علیه اجرای عدالت و انعقاد عقد وکالت که در حین رسیدگی است، مشارکت در ارتکاب عمل مجرمانه - در جنایات اصلی - موضوعاً منتفی بوده ولی در جرایم علیه اجرای عدالت ممکن قلمداد می‌شود. در نهایت اینکه به منظور سلب حقوق ناشی از مصونیت حرفه‌ای باید ظن قوی نسبت به ارتکاب عمل مجرمانه وجود داشته باشد و به صرف شک داشتن، این حق خدشه‌پذیر نیست.

References

- برزگرزاده، عباس (۱۳۹۹)، کارکرد و منزلت تصمیمات قضایی در رویه دیوان بین المللی دادگستری، *مجله مطالعات بین المللی*، ۱۷(۲)، ۲۷-۵۱
- جزایری، سید عباس و شهرانی، محمود (۱۴۰۳)، شنود مکالمات از منظر حقوق کیفری ایران، *فقه امامیه*، اسناد و کنوانسیون های بین المللی، *مجله فقه و حقوق نوین*، ۲(۹)، ۱۴۹-۱۶۶
- دانش آرا، سجاد، کاظمی، سید سجاد (۱۴۰۱) *دگردیسی حقوق کیفری در موازنهی سنت و مدرنیته؛ با تاکید بر حقوق ایران، مجله مطالعات حقوقی*، ۱۴(۴)، ۱۸۳-۲۱۴
- رحیمی، محسن، شایگان فرد، مجید و شیخ الاسلامی، عباس (۱۴۰۳) *چالش حقوق کیفری ایران با آزادی بیان شهروندان، مجله مطالعات حقوقی*، ۱۶(۲)، ۱۴۵-۱۹۰
- سلیمی، صادق (۱۴۰۰)، *جرایم علیه اجرای عدالت در آرای دیوان بین المللی کیفری، مجله مطالعات بین المللی پلیس*، ۱۲(۱)، ۱۰-۳۳
- عابد، رسول و میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۱)، *جرایم علیه اجرای عدالت کیفری در اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی، مجله حقوق کیفری*، ۱(۱)، ۹۷-۱۲۱
- کسسه، آنتونیو (۱۳۸۶)، *حقوق کیفری بین المللی، ترجمه پیران، حسین، امیر ارجمند، اردشیر و موسوی، زهرا، تهران: انتشارات جنگل.*
- کوهستانی فر، عیسی، نژندی منش، هیبت اله و راعی، مسعود (۱۴۰۱)، *فساد به مثابه جنایت علیه بشریت و بررسی صلاحیت دیوان کیفری بین المللی در رسیدگی به آن، مجله پژوهش های حقوقی*، ۲۱(۴۹)، ۹۱-۱۱۸
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۴)، *دادگاه کیفری بین المللی، انتشارات دادگستری، تهران.*

- موسوی، سید فضل الله، میرمحمدی، معصومه سادات (۱۳۹۰)، اصول کلی حقوق؛ عامل پویایی حقوق بین الملل کیفری، *مجله حقوق اسلامی*، ۸(۳۱)، ۶۳-۹۳
- وکیلان، حسن و مقتدر، محمد (۱۴۰۲) نقد قانون گذاری در حوزه اخلاق از منظر حقوق طبیعی مدرن، *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۵(۴)، ۳۵-۶۴
- همراهی، راضیه، حسن پور، جمیل و صدیق، میر ابراهیم (۱۳۹۶)، بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی در پنج کشور امریکا، آلمان، آلبانی، ایران و فرانسه، *مجله علوم اجتماعی*، ۱۱، ۴۶۱-۴۸۴
- Abed, R., Mir Mohammad Sadeghi, H. (2012). Crimes against the Administration of Criminal Justice in the Statute of the International Criminal Court, *Journal of Criminal Law Research*, 1 (1), 97-120. [In Persian].
- Barzegarzadeh, A. (2019). The Function and Status of Judicial Decisions in the Practice of the International Court of Justice, *Journal of International Studies*, 17(2), Consecutive Issue, 27-51, DOI, 10.22034/isj.2020.118191 [In Persian]
- Basten, J. (1978). Control and the Lawyer-Client Relationship, *The Journal of the Legal Profession*, 7-38.
- Casse, A. (2008). *International Criminal Law*, translators: Piran, Hossein, Amir Arjomand, Ardeshir and Mousavi, Zahra, first edition, Jangal Publications, Tehran.[In Persian]
- Charleton, P. (2024). Try something else: contempt and confusion, *Irish Judicial Studies Journal*, p.44-63.
- Danesh ara, s., and kazemi, s. (2023). Transformation of criminal law in the balance of tradition and modernity; With emphasis on Iranian criminal law, *Journal of Legal Studies*, 4(46), 183-213
- D.kent, R. Ahmad, N. Mahmud, and reyes, ana c., and M. landy, jonathan (2020). *international attorney client privilege and ethics*, international bar association, annual conference. Available at <https://www.wc.com/portalresource/lookup/poid>, View in 2024/04/12
- E.spahn,T. (2013). *A practitioners summary guide to the attorney client privilege and the work product doctrine*. Available at: <https://media.mcguirewoods.com/publications>, view in 2024/05/14
- Gomez, J. (2002). Contempt of court – freedom of expression and the rights of the accused, *Malayan law journal*, p.1-25.
- Hamrahi, R, and Hosseinpour, J, and Seddigh, M. E. (2017). Comparative study of crimes against the administration of judicial justice in five countries: America, Germany, Albania, Iran, and France, *Journal of Social Sciences*, Winter, 11, 461-484.[In Persian]
- Jazayeri, S. A., and Shahrani, M. (1401). Eavesdropping on conversations from the perspective of Iranian criminal law, *Imamiyyah jurisprudence*,

- international documents and conventions, *Journal of Modern Jurisprudence and Law*, 2(9), 149-166. DOI, 10.22034/jml.2024.544274.1070, [In Persian]
- Kohestanifar, I and Najndimanesh, H and Raei, M. (1400). Corruption as a Crime Against Humanity and the Jurisdiction of the International Criminal Court in Addressing It, *Journal of Legal Research*, 21(49) , p. 95-118. DOI, 10.48300/jlr.2021.283871.1642 [In Persian]
- Lauterpacht, E. (1996). *Partial judgments and the inherent jurisdictions of the International Court of Justice*, in Lowe, V. and Fitzmaurice, M.(eds), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996.
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2016). *International Criminal Court*, Dadgostar Publications, Tehran.[In Persian]
- Mousavi, S. F., F, and Mirmohammadi, M. S. (2011). General Principles of Law, the Dynamic Factor of International Criminal Law, *Journal of Islamic Law*, 8(31), 63-93.[In Persian]
- Partlett, D.F. (1983). Attorney-Client Privilege, Professions and the Common Law Tradition, *The Journal of the Legal Profession*, 9-25.
- Rahimi, Mohsen, Shayeganfard, Majid, and Sheikholeslami, Abbas (2024). The Challenge of Iranian Criminal Law to Citizens' Freedom of Speech, *Journal of Legal Studies*, 16(2), 145-190
- Richardson, L. (2017). Offences against the Administration of Justice at the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, 15(4), 741-774.
- Salimi, S. (1400). Crimes against the administration of justice in the decisions of the International Criminal Court, *Journal of International Police Studies*, 12(45), p. 9-33. DOI, 10.22034/interpol.2021.95809 [In Persian]
- Schiettekatte, S. (2017). Article 70 proceedings at the ICC: in pursuit of the administration of (in)justice? Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2964244>. View In 2024/05/15
- Sluiter, G. (2004). The icty and offences against the administration of justice, *journal of international criminal justice 2, oxford university press*. 631-641
- Vakilian, H., and Moghtader, M. (2023). Revisiting the Relationship between Law and Morality through the Lens of Natural Law Jurisprudence, *Journal of Legal Studies*, 15(4), 35-63
- Weissbrodt, D. (2009). The Administration of Justice and Human Rights, *City University of Hong Kong Law Review*, 1(1), p.23-47.

Documents and Awards

- Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission,(2010) curia C-550/07. Available at: <https://curia.europa.eu/juris> ,view in 2024/04/12

- Big Brother Watch and Others v The United Kingdom,(2021) Apps Nos 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment, Grand Chamber, European Court of Human Rights. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre> ,view in 2024/05/23
- Case C-550/07 P, (2010), Judgment of the European Court of justice (Grand Chamber). Available at: At <https://curia.europa.eu/juris> ,view in 2024/05/13
- Certiorari to the united stats court of appeals for the sixth circuit, (1981), Upjohn CO. et al. V. united states et al. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383> ,view in 2024/04/18
- Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of New Zealand,(2016) Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/NZL/CO/6. Available at: <https://www.ohchr.org/en/documents> ,view in 2024/04/22
- Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Human Rights Committee, (2015) UN Doc CCPR/C/GBR/CO/7. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/804708?ln=en&v=pdf> , view in 2024/02/19
- Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Italy, (2017) Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/ITA/CO/6. Available at: <https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations> , view in 2024/05/21
- Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems (C-311/18), (2020) Judgment, Grand Chamber, Court of Justice of the European Union. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62018CJ0311> , view in 2024/05/12
- European Convention Human Rights (1950) as amended by Protocols Nos. 11,14 and 15. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG , view in 2024/04/13
- ECHR 159 (2022) CASE of Simic v. Bosnia and Herzegovina, 17 may 2022, Strasbourg. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-217256%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-217256%22]}) , view in 2024/03/22
- Human Rights Committee , UN DOC CCPR/C/GBR/CO/7/17,17 August 2015. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/804708?ln=en&v=pdf> , view in 2024/04/11
- ICC Rules of Procedure and Evidence. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf> ,view in 2024/04/11
- Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016, Trial Chamber III.

- Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF ,view in 2024/05/22
- Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba GomboI et al, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05-01/13, (2018), The appeals chamber, situation in the central African republic, bemba et al. Available at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/05-01/13-2276-red> ,view in 2024/05/21
- Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba GomboI et al, Situation in the Central African Republic , ICC-01/05-51,(2014), pre trial chamber II, Judge Cuno Tarfusser, Single Judge, Request for Judicial Order. to Obtain Evidence for Investigation under Article 70. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_09742.PDF ,view in 2024/05/21
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06, 2009,Trial chamber. Available at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-1813> ,view in 2024/04/09
- ICJ Rep, 1963, Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom). Available at: <https://www.icj-cij.org/case/48> ,view in 2024/05/12
- ICJ Rep 1974, Nuclear tests, Australia v. france. Available at: <https://www.icj-cij.org/case/58/judgments> ,view in 2024/04/17
- ICTR Rules of Procedure and Evidence, Adopted on 29 June 1995. Available at: <https://www.google.com/search?client> ,view in 2024/04/17
- ICTY Rules of Procedure and Evidence, Adopted on 8 July 2015. Available at: <https://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence> ,view in 2024/04/17
- ILC, Yearbook, Vol II,1960. Available at: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1960_v2.pdf ,view in 2024/04/13
- ICSID Case No. ARB/16/16,(2018), Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada Procedural Order NO. 5, Decision on Outstanding Issues of Legal Privilege. Available at: <https://www.italaw.com/cases/4695> ,view in 2024/04/07
- International Covenant on Civil and Political Rights, (1966), General Assembly Resolution 2200A (XXI). Available at: <https://www.un.org/en> ,view in 2024/05/03
- PIS Guide to International law and Surveillance, 2021, at:www.privacyinternational.org. Available at: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2022-01/2021%20GILS%20version%203.0_0.pdf ,view in 2024/05/12

- Prosecutor v. Dusko Tadic, 15 July 1999, IT-94-1-A, ICTY Appeals Chamber. Available at: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> ,view in 2024/05/11
- Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002. Available at: <https://www.icc-cpi.int/publications/core-legal-texts/rome-statute-international-criminal-court> ,view in 2024/03/14
- Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court VOL II, General Assembly Official Records Fifty-first Session Supplement No. 22A (A/51/22). Available at: <https://www.legal-tools.org/doc/e75432/pdf/> ,view in 2024/03/19
- Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Right to Privacy in the Digital Age, UN Doc A/HRC/39/29 (2018). Available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/239/58/pdf/g1823958.pdf> ,view in 2024/03/11
- Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy,(2020) UN Doc A/HRC/43/52. Available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/071/66/pdf/g2007166.pdf> ,view in 2024/04/15
- Special Court for sierraleone Rules of procedure and evidence, Amended on 31 May 2012. Available at: <https://www.rscsl.org/Documents/RPE.pdf> ,view in 2024/04/16
- Statute of the Special Court for sierraleone. Available at: <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> ,view in 2024/04/16
- The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo ,Summary of the Appeal Judgment in the case, The Hague, 8 June 2018. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf> ,view in 2024/04/05
- Universal Declaration of Human Rights, 10 Dec 1948, General resolution 217 A. Available at: <https://www.ohchr.org/en> ,view in 2024/03/04
- UN Doc CCPR/C/NZL/co /6, 28 APRIL 2016. Available at: <https://www.ohchr.org/en/documents> , view in 2024/04/12
- UN DOC CCPR/FRA/CO15/17 August 2015. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=899&Lang=en , view in 2024/03/12



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50741.5185>



Research Article

Legal Requirements for the Legitimacy of Territorial Annexation from the Perspective of International Law

Seyed Yaser Ziaee^{1*}, Shaho Jafari²

1. Associate Professor of Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
2. Ph.D. student in Public International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Article history:

Received: 26-07-2024

Accepted: 19-11-2024

Abstract

Introduction: Territorial expansion through annexation has historically been a key aspiration and desire of statesmen and political officials in countries. In the past, territorial annexation was one of the consequences of state conquests and victories, and gradually, during the United Nations era, it has been addressed as one of the forms of exercising the right to self-determination. Therefore, the evolution of the concept of territorial annexation, from conquests and state-building to its recognition as one of the expressions of the right to self-determination in General Assembly Resolution 1541, clearly demonstrates the historical trajectory of this concept. Hence, annexation can be examined in two dimensions: Forcible annexation, which results from war and conquest and is currently illegal in the modern system of international law due to the prohibition of war and the prohibition of aggression, and is not a source of legal effect; and the legal annexation of territory, which can be achieved through the will

Please cite this article as:

Ziaee, S.Y., Jafari, Sh (2025). Legal Requirements for the Legitimacy of Territorial Annexation from the Perspective of International Law. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 177-214.
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50741.5185>

* Corresponding author:

E-mail address: yaserziaee@gmail.com

and consent of nations and states and is a source of legal effect. What is addressed in this research is: What requirements exist for the legal annexation of territory? In other words, what criteria exist for the legal annexation of territory? Since the main actors in territorial annexation are the two elements of the people and the state, the issue must be sought within these two main elements. In addition to these two elements, the element of recognition must not be overlooked. The hypothesis or theoretical framework of this discussion will be that any territorial annexation resulting from the use of force is prohibited, illegal, and devoid of any source of effect, and on the other hand, that form of territorial annexation which is based on the will and consent of the people and the state and adheres to the rules of human rights and international law is legal and legitimate and creates effects.

Methods: The main question of this research is the legal requirements for the annexation of territory to a foreign state. In other words, what criteria or requirements must be observed for that annexation to have a legal form? Using a descriptive-analytical method, the authors have reached the following conclusions.

Findings: Through a legal and logical interpretation of the texts, following a positivist approach in the discussion of respecting the right of nations to self-determination, the findings can be stated as follows: Annexation of territory as a result of exercising the right to self-determination in cases where the rules of international law have been observed is an acceptable matter and there is little doubt about it. However, the issue must be examined separately in each case. On the other hand, in situations that are not in accordance with the will of the nations and do not comply with international standards, a nullification approach will be responsible. Finally, the reaction of the international community within the framework of recognition will also be very decisive in this regard.

Results: The results of this research are crystallized in examining the role of each of the elements of the people, the state, and recognition. If consent exists from both the state and the people of that territory, there is little doubt about the validity of the annexation. However, if annexation occurs with the consent of the annexing state and without the explicit consent of the people, the annexation may be legitimate if a democratic mechanism exists in the country. Suppose annexation occurs with the consent of the people and without the consent of the state. In that case, it can be said that in situations of colonialism, occupation, and trusteeship, and in cases of non-self-governing territories and racist regimes, permission for annexation is

conceivable. However, regarding states that systematically violate human rights, the answer depends on whether annexation is considered an institution independent of secession or connected to secession. If secession is assumed to be an indispensable prerequisite for annexation, the conditions for the legitimacy of secession, including remedial secession, are necessary. Where there is a fundamental violation of human rights concerning a minority residing in a country, in the view of proponents of the remedial secession theory, the possibility of proposing remedial annexation can exist; of course, this theory will be defensible only if we believe that annexation is a process relative to secession. In discussing the role of recognition in the validity or unacceptability of the status of territorial annexation, it must also be said that the issue cannot be examined solely within the framework of the classical theories of recognition, namely the constitutive and declaratory theories. Rather, in such a situation, the issue must be examined within the framework of recognition of the situation.

Keywords: Annexation, Secession, Recognition, Right to Self-Determination, International Law

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50741.5185>

مقاله پژوهشی

الزامات حقوقی مشروعیت الحاق سرزمین از منظر حقوق بین الملل

سید یاسر ضیایی^{۱*}، شاهو جعفری^۲

۱. دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۵

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: توسعه طلبی ارضی از طریق الحاق سرزمین در طول تاریخ یکی از آمال و آرزوهای دولتمردان و مقامات سیاسی کشورها بوده است. در گذشته الحاق سرزمین یکی از آثار کشورگشایی و فتوحات دولت‌ها بوده و به تدریج در دوره سازمان ملل به مثابه یکی از صور اعمال حق تعیین سرنوشت به آن پرداخته شده است. لذا تحول مفهوم الحاق سرزمین، از فتوحات و کشورگشایی گرفته تا شناسایی آن به مثابه یکی از صور بیان حق تعیین سرنوشت در قطعنامه ۱۵۴۱ مجمع عمومی، سیر تاریخی این مفهوم را به خوبی نمایان می‌سازد. از این رو الحاق سرزمین را در دو بعد می‌توان بررسی کرد. الحاق قهری که ناشی از جنگ و کشورگشایی است و هم‌اکنون در نظام نوین حقوق بین الملل به دلیل ممنوعیت جنگ و ممنوعیت تجاوز، غیرقانونی بوده و منشأ اثر قانونی نیست و دیگر الحاق قانونی سرزمین که با اراده و رضایت ملت‌ها و دولت‌ها می‌تواند محقق شود و منشأ اثر قانونی است. آنچه که در این پژوهش بدان پرداخته می‌شود این است که در الحاق قانونی سرزمین چه الزاماتی وجود دارند؟ به عبارتی چه ضوابطی در الحاق قانونی سرزمین وجود دارد. از آنجا که بازیگران اصلی الحاق سرزمین دو عنصر

استناد به این مقاله:

ضیایی، سید یاسر و جعفری، شاهو (۱۴۰۴). الزامات حقوقی مشروعیت الحاق سرزمین از منظر حقوق بین الملل. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۱۷۷-۲۱۴.

E-mail address: yaserziaee@gmail.com

* نویسنده مسئول:

مردم و دولت هستند لذا باید مسئله را در این دو عنصر اصلی جستجو کرد. افزون بر این دو عنصر نباید عنصر شناسایی را نیز نادیده گرفت.

فرضیه یا چهارچوب نظری این بحث این خواهد بود که هر گونه الحاق سرزمین ناشی از توسل به زور ممنوع، غیرقانونی و فاقد منشأ اثر است و از طرفی آن شکل از الحاق سرزمین که با خواست و اراده مردم و دولت بوده باشد و مبتنی بر رعایت ضوابط حقوق بشر و حقوق بین‌الملل باشد، قانونی و مشروع بوده و موجد آثار است.

روش: سؤال اصلی این پژوهش الزامات حقوقی الحاق سرزمین به دولت خارجی است. در پرتو روش توصیفی-تحلیلی، نگارندگان به نتایج زیر رسیده‌اند.

یافته‌ها: با تفسیر حقوقی و منطقی از متون در پی اتخاذ یک رویکرد اثبات‌گرایانه در بحث رعایت حق تعیین سرنوشت ملت‌ها می‌توان یافته‌ها را اینگونه بیان کرد که الحاق سرزمین در نتیجه اعمال حق تعیین سرنوشت در مواردی که ضوابط حقوق بین‌الملل رعایت شده باشد امری است مقبول و کمتر تردیدی در آن وجود دارد. متنها در هر مورد باید به صورت مجزا مسئله بررسی شود. از طرف دیگر در وضعیت‌هایی که منطبق با خواست و اراده ملت‌ها نبوده و منطبق با ضوابط بین‌المللی نیز نباشد، رویکرد ابطال‌گرایانه پاسخگو خواهد بود. نهایتاً اینکه واکنش جامعه بین‌المللی در چهارچوب امر شناسایی نیز در این خصوص بسیار تعیین‌کننده خواهد بود.

نتایج: نتایج این پژوهش در بررسی نقش هر یک از عناصر مردم، دولت و شناسایی متبلور می‌شود. چنانچه رضایت دولت و مردم آن سرزمین هر دو وجود داشته باشد کمتر تردیدی در صحت الحاق وجود دارد. اما چنانچه الحاق با رضایت دولت الحاق‌شونده و بدون رضایت صریح مردم باشد، در صورت وجود سازوکاری دموکراتیک در کشور ممکن است الحاق مشروع باشد. چنانچه الحاق با رضایت مردم و بدون رضایت دولت باشد، می‌توان گفت که در وضعیت‌های استعمار، اشغال و قیمومت و در مواردی در سرزمین‌های غیرخودمختار و حکومت‌های نژادپرست مجوز الحاق مطرح است. اما راجع به حکومت‌های ناقض سیستماتیک حقوق بشر پاسخ به این برمی‌گردد که الحاق، تأسیسی مستقل از جدایی یا پیوسته به جدایی در نظر گرفته شود. اگر جدایی مقدمه جدایی‌ناپذیر الحاق، فرض شود، شرایط مشروعیت جدایی از جمله جدایی چاره‌ساز ضروری است. آنجا که نقض بنیادین حقوق بشر در خصوص اقلیت ساکن در یک کشور وجود دارد، در نظر مدافعان نظریه جدایی چاره‌ساز، امکان طرح الحاق چاره‌ساز می‌تواند وجود داشته باشد؛ البته این نظریه در صورتی قابل دفاع خواهد بود که قائل به فرایندی بودن الحاق نسبت به جدایی باشیم. در بحث نقش شناسایی در اعتبار یا عدم مقبولیت وضعیت الحاق سرزمین نیز باید گفت که نمی‌توان مسئله را صرفاً در چارچوب

نظریه‌های کلاسیک شناسایی یعنی تأسیسی و اعلامی بررسی کرد، بلکه در چنین وضعیتی باید مسئله را در چارچوب شناسایی وضعیت مورد بررسی قرار داد.

واژگان کلیدی: الحاق، جدایی، شناسایی، حق تعیین سرنوشت، حقوق بین الملل.

سرآغاز

قبل از آنکه زمین‌ها به تملک درآیند و مفهوم دولت-ملت ابداع شود مفهوم سرزمین آزاد^۱ حاکم بود. جوامع ابتدایی بشر فارغ از وجود دولت‌ها، خود را در چارچوب خویشاوندی^۲، قبایل و گروه‌ها سازماندهی می‌کردند (Maxcy Zane, 1927: 22)^۳؛ و بعد از آن در منشور ملل متحد، کشورها احترام به تمامیت ارضی را یک اصل غیرقابل تخطی شمردند.

گسترش قلمرو سرزمینی همواره یکی از امیال سیاست‌مداران در طول تاریخ بوده است. خاستگاه اکتساب سرزمین از شکل توسل به زور و خشونت، به شیوه‌های مسالمت‌آمیز خودمختاری یا مراجعه به همه‌پرسی تغییر و تحول پیدا کرده است. تا قبل از تشکیل جامعه ملل، الزامات حقوقی الحاق سرزمین، در نتیجه فتح کامل سرزمین و خاتمه جنگ یا از طریق قرارداد بین طرفین مشروع و قانونی بود. در دوران جامعه ملل شیوه حل و فصل اختلافات به جنگ محدود شد،^۴ اما عرف بین‌المللی آن دوره اکتساب سرزمین را در نتیجه جنگ به طور مطلق غیرقانونی اعلام نکرده بود و بلکه یکی از اشکال اکتساب سرزمین بود. به طور مثال، در قضیه وضعیت حقوقی گرینلند شرقی بین دولت‌های دانمارک و نروژ در سال ۱۹۳۳ در پاراگراف ۱۰۱ رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی بیان شده بود: «فتح تنها زمانی به‌عنوان عامل از دست دادن حاکمیت عمل می‌کند که

1. Free territory

2. Kinship

3. This book provides a fascinating in-depth look into the origins and evolution of legal development. Also see, John C. Duncan, Jr: Following A Sigmoid Progression: Some Jurisprudential and Pragmatic Considerations Regarding Territorial Acquisition Among Nation-States, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, Winter 1-1-2012, p 1-2.

۴. چون در میثاق توسل به زور محدود به شرایط خاصی شده بود اما در میثاق بریاند کلاگ که البته میثاقی جهانی

نبود جنگ ممنوع شده بود.

جنگ بین دو دولت رخ دهد و به دلیل شکست یکی از آنها، حاکمیت بر سرزمین از کشور بازنده به کشور پیروز منتقل شود (Legal Status of Eastern Greenland (Den. (v. Nor.), 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No.) 53, at 22 Apr. 5

اما در دوره سازمان ملل از یک طرف با اعتلای جایگاه حق تعیین سرنوشت، الحاق سرزمین به صورت داوطلبانه و آزاد در قطعنامه ۱۵۴۱ مصوب ۱۹۶۰ به عنوان یکی از شیوه‌های اعمال حق تعیین سرنوشت مورد پذیرش قرار گرفت و از طرف دیگر، شاهد شکل‌گیری قاعده منع الحاق سرزمین ناشی از تجاوز هستیم. این ممنوعیت در اسناد متعددی از قبیل بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد، ماده ۵۲ کنوانسیون حقوق معاهدات، قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی از جمله قطعنامه تعریف تجاوز و قطعنامه‌های متعدد شورای امنیت از جمله قطعنامه مربوط به الحاق کویت به عراق و نیز الحاق بلندی‌های جولان به رژیم صهیونیستی همگی بر ممنوعیت الحاق سرزمینی دلالت دارد؛ بنابراین احترام به حق تعیین سرنوشت و واقعیات سیاسی مبتنی بر اعمال حاکمیت و رویه‌سازی از یک سو و قواعد منع توسل به زور و احترام به تمامیت ارضی کشورها از سوی دیگر، ضرورت بررسی دقیق مشروعیت الحاق سرزمین را در حقوق بین‌الملل روشن می‌سازد. سؤالی که در این پژوهش به آن پرداخته می‌شود این است که الزامات قانونی یک الحاق سرزمینی مشروع چیست؟ تحقیق حاضر در چند بخش به پرسش فوق پاسخ می‌دهد. ابتدا در مورد مبانی نظری و حقوقی الزامات الحاق سرزمین بحث می‌شود. متعاقب آن شرایط و وضعیت‌هایی که مردم و دولت می‌توانند الحاق سرزمین را محقق سازند بررسی خواهد شد.

۱. مبانی نظری الزامات الحاق سرزمین به دولت خارجی

به منظور رهیافت حقوقی راجع به الحاق سرزمین لازم است مبانی نظری الحاق سرزمین در مکاتب مختلف فکری حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. از قدیمی‌ترین مکاتب فکری، حقوق فطری بوده است. ویتوریا از مدافعان این مکتب از یک طرف معتقد بود

که کشورها ملزم به رعایت حقوق طبیعی هستند، اما وی در عین حال به این هم معتقد بود که در هر صورت اختیار چنین دولتی با پادشاه آن است که قدرت اعلام جنگ دارد و نه کس دیگر (Crawford, 2006: 7). در همین راستا نظریه پردازان دیگری همچون آکویناس مخالف جنگ بودند و آن را گناه تلقی می نمودند. (رحمتی فر، ۱۴۰۲: ۸۴) با سيطرة الهیات مسیحی به روابط بین اجتماعات بشری آن دوران، کمتر بحث الحاق سرزمین و ممنوعیت یا مشروعیت آن مطرح بوده است؛ زیرا پاپ و کلیسا بر جوامع اروپایی حکمرانی کرده‌اند. (مقامی و شیرزاد، ۱۴۰۳: ۹) کرافورد به درستی بیان داشته است که به‌رغم ادعای جهان‌شمولی مکاتب حقوق ملل نخستین، این مکاتب بیشتر بر مبنای سیستم دولت اروپایی و نه جهانی شکل گرفته بود (سیفی، ۱۴۰۱، ۳۱).

با گذار از مکتب حقوق طبیعی و با ظهور مکتب اصالت اراده، حقوق بین‌الملل متکی بر کارکرد و باورهای عمومی دولت‌ها و حقوق در این مکتب محصول اراده کشورها بود. در این مکتب، ما شاهد دیدگاه نظری دیگری در خصوص الحاق سرزمین هستیم. این مکتب که بر مبنای حقوق موضوعه ناشی از توافق دولت‌هاست، نتوانست در اوایل ظهور خود در این خصوص در شکل‌گیری قاعده منع تجاوز و الحاق سرزمین موفق باشد. در کنگره وین سازمانی تأسیس شد به نام «اتحاد مقدس» که وظیفه حفظ مرزهای ترسیم‌شده قبل از جنگ‌های ناپلئون و بر مبنای حفظ توازن قوا را بر عهده گرفت که بیشتر سلطنت بریتانیا در آن نقش داشت. در این نظام حقوقی، توسل به زور برای سرکوب جنبش‌های مردمی امری مشروع بود و حق تعیین سرنوشت آنچنان مطرح نبود. به عبارتی، مرزها را ملت‌ها تعیین نمی‌کردند بلکه این پادشاه و ملکه بود که کسب سرزمین یا عدم آن را تجویز می‌کردند. در صورت ضرورت، ممنوعیتی بر الحاق سرزمینی وجود نداشت. کنفرانس صلح لاهه نیز تنها محدودکننده جنگ بودند و منع قانونی جنگ در این کنفرانس‌ها نیز به صورت سند تصویب نشد.

هم اکنون با پوزیتیویسم حقوقی حاکم بر ارکان ملل متحد، الحاق سرزمین با معیارهای حقوق بشری سنجدیده می‌شود. قاعده حق تعیین سرنوشت مبنای فکری و

نظری چیستی الحاق سرزمینی است. هر چند حقوق پوزیتیویستی جدایی یک‌جانبه را در وضعیت‌هایی چون استعمار و اشغال مجاز دانسته است، با این حال، درباره جدایی یک‌جانبه در موارد نقض حقوق بشر مسکوت بوده است. جدایی یک‌جانبه به استناد نقض سیستماتیک حقوق بشر در چارچوب مفهوم محوری رویکرد پوزیتیویستی یعنی حق تعیین سرنوشت به این صورت تحلیل شده است که با شرایطی امکان جدایی چاره‌ساز وجود دارد؛ با این حال، برای تعمیم این رویکرد به موضوع الحاق لازم است نسبت میان جدایی و الحاق مشخص شود. در این رابطه دو فرضیه قابل طرح است: یک فرض این است که مقدمه جدایی ناپذیر الحاق، جدایی است.^۱ به عبارت دیگر، سرزمین ملحق‌شده قبل از الحاق - ولو به جهت نظری در کمترین لحظه ممکن - جدا و سپس ملحق شده است. در این فرض، قبل از هر چیز باید جدایی و کشوربودگی برای آن سرزمین از منظر حقوق بین‌الملل مشروع باشد تا نوبت به بررسی مشروعیت الحاق آن برسد. فرض دیگر این است که الحاق حادثه‌ای مستقل از جدایی است. چراکه در الحاق برخلاف جدایی، قصد ایجاد یک کشور مستقل - ولو برای یک لحظه قبل از پیوستن به دولت دیگر - نیست، بلکه پیوستن به یک کشور از پیش موجود دیگر است. در این فرض، نیازی به احراز شرایط کشوربودگی نیست.

به نظر می‌رسد الحاق تأسیسی مستقل و بی‌ارتباط به جدایی باشد. چراکه ممکن است یک سرزمین بدون قصد تشکیل کشور و بدون آنکه لحظه‌ای فاصله بیافتد به کشوری دیگر ملحق شود. اثر حقوقی این فرضیه در اعمال برخی شرایط مربوط به جدایی برای الحاق خواهد بود. به‌طور مثال، در نظریه جدایی چاره‌ساز^۲ چنانچه شرایط لازم مانند نقض حقوق بشر مردم فراهم آمده باشد، رضایت دولت الحاق‌شونده برای

۱. برای مطالعه بیشتر رک: سید یاسر ضیایی، ۱۳۹۲.

جدایی نادیده گرفته می‌شود؛^۱ علاوه بر این، شناسایی در جدایی نقش اعلامی برای کشوربودگی و تأسیسی برای حکومت آن دارد (ضیایی، ۱۳۹۱: ۱۲۶-۱۲۳)

۲. شرایط مشروعیت الحاق سرزمین در حقوق بین‌الملل

در موضوع الحاق سرزمین دو ذی‌نفع اصلی وجود دارد: دولتی که بخشی از سرزمین آن جدا می‌شود و مردمی که ساکن در آن سرزمین هستند. جایگاه رضایت هریک از این دو، در مشروعیت الحاق بسیار اساسی است. چنانچه رضایت دولت الحاق‌شونده و مردم آن سرزمین هر دو وجود داشته باشد کمتر تردیدی در صحت الحاق وجود دارد؛ چنانکه در اصل ۷۳ قانون اساسی اتحاد جماهیر شوروی حق خروج آزادانه هریک از جمهوری‌های عضو مجاز دانسته شده است. شورای دولتی اتحادیه جماهیر شوروی در تاریخ ۶ دسامبر سال ۱۹۹۱ به اتفاق آراء استقلال این جمهوری‌ها را شناسایی کرد و این وضعیت مورد تأیید شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز قرار گرفت (Crawford, 2000: 46, para. 35).

سؤال جایی است که یکی از این دو مفقود باشد. چنانچه الحاق با رضایت دولت الحاق‌شونده و بدون رضایت مردم آن منطقه باشد، این‌گونه موارد تابع شرایط خاص خود است و چنین مواردی عمدتاً در جنگ مسلحانه بین‌المللی محقق شده و دولت‌ها در مخاصمات مسلحانه و در صورت شکست در آن، مجبور به تن دادن به واگذاری اراضی

۲. مبنای حقوقی جدایی جبران‌ساز یا چاره‌ساز بند ۷ قطعنامه ۲۶۲۵ معروف به شرط محافظ است که در اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل مربوط به روابط دوستانه و همکاری میان کشورها تصویب شده است. با توجه به اینکه اعلامیه مذکور به اجماع تصویب شد، اعتقاد حقوقی بر آن است که ماهیت اعلامیه خصوصیت الزام‌آور دارد. رک: Mullerson, Rein, "Precedents in the Mountains: on the Parallels and Uniqueness of the Cases of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia", Chinese Journal of International Law, 2009.

خود هستند.^۱ در این موارد، به جهت انعقاد معاهدات متارکه و صلح کمتر تردید در مشروعیت الحاق سرزمین پیدا می‌شود. در واقع، چنین معاهداتی ممکن است استثنایی بر ماده ۵۲ کنوانسیون حقوق معاهدات باشند.^۲ اما چنانچه الحاق با رضایت مردم آن سرزمین و بدون رضایت دولت متبوع آنها باشد در وضعیت استعمار، اشغال و قیمومت و در مواردی سرزمین‌های غیر خودمختار و حکومت‌های نژادپرست پاسخ روشن است. در سایر وضعیت‌ها مشروعیت الحاق با تردید مواجه است. علاوه بر این، موارد واکنش جامعه بین‌المللی در برابر الحاق سرزمین می‌تواند مؤثر در مشروعیت الحاق تلقی شود؛ بنابراین عوامل مؤثر بر مشروعیت الحاق سرزمین شامل عناصر رضایت مردم سرزمین مورد الحاق، رضایت دولت مورد الحاق و شناسایی بررسی می‌شود.

۱-۲. الحاق با رضایت مردم سرزمین مورد الحاق

رضایت مردم برای الحاق سرزمین خود به یک کشور دیگر مهم‌ترین شرط الحاق مشروع است. سؤال اساسی که در این رابطه وجود دارد این است که حق تعیین سرنوشت خارجی شامل اراده مردم یک سرزمین برای الحاق به دولت دیگر هم می‌شود؟ و چنانچه پاسخ مثبت است شرایط اعلام رضایت برای الحاق چیست؟

۱. البته در عمل کشورها نیز تحت شرایط خاصی ناچار به واگذاری سرزمین خود بوده‌اند و کمتر دولتی وجود دارد که بدون اجبار و ضرورت اقدام به الحاق اراضی خود کرده باشد. چنانکه در جنگ‌های ایران و روسیه در سده نوزدهم میلادی، ایران به دلیل ضرورت جلوگیری از جنگ مجدد و ترس از دست دادن قلمرو بیشتر مجبور به اعطای بخشی از اراضی خود شد، بدون اینکه رضایت مردمان سرزمین‌های مورد الحاق جلب شده باشد. برای مطالعه بیشتر در این رابطه رک:

Andreeva, E. (2010). *Russia and Iran in the great game: travelogues and orientalism* (reprint ed.). Taylor & Francis. also, Swietochowski, Tadeusz (1995). *Russia and Azerbaijan: A Borderland in Transition*. Columbia University Press.

۲. اجبار یک کشور با تهدید یا اعمال زور معاهده‌ای که انعقاد آن با تهدید یا اعمال زور و در نقض اصول حقوق بین‌الملل مندرج در منشور ملل متحد تحصیل شده باشد، باطل خواهد بود.

۱-۱-۲. الحاق به‌مثابه حق تعیین سرنوشت خارجی مردم

حق تعیین سرنوشت خارجی از طرق مختلفی مانند تشکیل کشور، ادغام با کشور دیگر یا الحاق با کشور دیگر قابل تصور است. به گفته قاضی دیلارد در رأی مشورتی صحرای غربی آنچه اهمیت دارد احراز اراده مردم است، و نتیجه اعمال حق تعیین سرنوشت موضوعیت ندارد (B.C, Nirmal: 1999, p.137)، اما درخصوص جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت آنچه بیشتر مورد توجه ادبیات حقوق بین‌الملل بوده است تشکیل کشور و شرایط آن است و درمورد الحاق سرزمین رویه غالب وجود ندارد. درباره الحاق یک رویه بین‌المللی مورد کنگو است که تحت اداره دولت بلژیک بود و این دولت با تصویب قانونی در سال ۱۹۰۸ کنگو را به کشور خود الحاق کرده بود.^۱ مجمع عمومی در جهت شناسایی حق تعیین سرنوشت خارجی برای سرزمین‌های غیرخودمختار، با رد عمل دولت بلژیک در الحاق کنگو، در دهه ۱۹۵۰ از بلژیک درخواست کرد که باید در مورد اداره سرزمین غیرخودمختار کنگو به سازمان ملل گزارش ارائه دهد. این در حالی بود که مجمع عمومی در قطعنامه‌های متعدد تأکید داشته است که این سرزمین‌ها مجبور به تشکیل کشور مستقل نیستند و می‌توانند سایر اشکال صور حق تعیین سرنوشت را اعمال نمایند. مثلاً با کشور دیگر اتحاد نمایند یا ادغام یا به سرزمین کشور دیگر الحاق شوند (GA res 742, 1541, 2625). همین رویه بعدها در مورد نامیبیا نیز اتخاذ شد.

یکی از اسناد بین‌المللی نادری که به موضوع الحاق به‌مثابه یکی از صور اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی اشاره می‌کند، قطعنامه ۱۵۴۱ مجمع عمومی است. این قطعنامه یکی از شیوه‌های اعمال حق تعیین سرنوشت برای سرزمین‌های غیرخودمختار را الحاق

۱. بلژیک دو سرزمین مستعمره در آفریقا در اختیار داشت: «کنگوی لئوپولدویل» و «سرزمین رواندا-بروندی». به جهت مساحت بیشتر کنگو و نیز منابع غنی آن کشور، بلژیک آن را به سرزمین خود الحاق کرد، اما سرزمین رواندا-بروندی را در زمره سرزمین‌های غیرخودمختار قرار داد. برای مطالعه بیشتر در این رابطه رک: عزیزی، ستار (۱۴۰۰)، حق تعیین سرنوشت در آئینه حقوق بین‌الملل، مرکز نشر دانشگاه بوعلی سینا،

آزاد^۱ می‌داند. هرچند مقررات این قطعنامه راجع به سرزمین‌های غیرخودمختار است با استفاده از قیاس می‌توان مناط آن را برای وضعیت الحاق در دیگر سرزمین‌ها نیز در نظر گرفت (GA Res, 1541, 1960). آنچه مسلم است این است که در حق تعیین سرنوشت سیاسی، که حق تعیین وضعیت سیاسی به مردم سرزمین اعطا می‌شود، می‌تواند به هر شکلی که مغایر با قواعد آمره حقوق بین‌الملل نباشد از جمله الحاق با دولت خارجی محقق شود.

همچنین در اصول دوازده‌گانه مصوب کمیته شش نفره تشکیل شده مجمع عمومی در ارتباط با رفع اختلاف میان مجمع عمومی و دولت‌های مخالف ارائه گزارش درباره سرزمین‌های غیرخودمختار، در اصول ششم و هفتم این اصول به الحاق آزاد به‌مثابه یکی از صور اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی اشاره شده که باید از طریق ابزارهای دموکراتیک به صورت آزادانه بیان شود (GA Resolution, 1467: (XIV).

۲-۲. شرایط حقوقی اعلام رضایت مردم

با این حال، آیا شرایطی برای اعلام رضایت مردم برای الحاق در حقوق بین‌الملل وجود دارد؟ بررسی اسناد و رویه بین‌المللی نشان می‌دهد که «رضایت مردم» نیازمند شرایطی است که به دو دسته قابل تقسیم است: شرایط مربوط به رضایت و شرایط مربوط به مردم که در ادامه توضیح داده می‌شود.

۲-۲-۱. شرایط حقوقی «اعلام رضایت»

ماده ۷ قطعنامه ۱۵۴۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد بیان می‌کند: «الف. الحاق آزاد باید نتیجه یک انتخاب آزاد و اختیاری توسط مردم سرزمین مورد نظر و از طریق یک فرایند شفاف و دموکراتیک باشد. همچنین باید به فردیت و ویژگی‌های فرهنگی

سرزمین و مردم آن احترام گذاشته شود و حق مردم سرزمین الحاق شده برای تغییر وضعیت سرزمین از طریق بیان اراده خود با وسائل دموکراتیک و فرایند اساسی سازی حفظ شود. ب. سرزمین الحاق شده باید این حق را داشته باشد که قانون اساسی داخلی خود را بدون مداخله خارجی مطابق با فرآیندهای قانون اساسی و آزادانه تعیین کند. این حق مانع مشورت مناسب و ضروری طبق شرایط الحاق آزاد، که براساس آن توافق شده است، نخواهد بود» (GA/RES/1541, 1960). شرایطی که در این قطعنامه بیان شده است عبارت‌اند از: ۱. همه‌پرسی آزاد و اختیاری و شفاف و دموکراتیک از همه مردم سرزمین الحاق شده؛ ۲. رعایت حقوق بشر فردی و فرهنگی مردم سرزمین الحاق شده؛ ۳. حق تغییر وضعیت سیاسی آن سرزمین یا تصویب قانون اساسی برای آن سرزمین توسط مردم سرزمین الحاق شده.

اصل مراجعه به «آرای عمومی» به منظور اعمال حق تعیین سرنوشت مورد تأیید میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بوده است. کمیته حقوق بشر در تفسیر ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان می‌دارد: «افرادی که حق رأی دارند باید در رأی دادن به هر نامزد انتخاباتی و نیز در رأی مثبت یا منفی دادن به هر پیشنهاد ارائه شده در همه‌پرسی و نیز برای حمایت یا مخالفت با دولت آزاد باشند به گونه‌ای که هیچ نوع نفوذ ناروا یا اجباری که ممکن است به تحریف یا مهار آزاد بیان رأی‌دهندگان شود بر آنان تحمیل نشود. رأی‌دهندگان باید قادر باشند نظریات خود را به‌طور مستقل و عاری از هر نوع خشونت یا تهدید به خشونت، اجبار، فریب یا هر نوع دخالت و دست‌کاری ارائه دهند. (UN Human Rights Committee 12 July 1996, para 19)

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در قضیه نامیبیا در سال ۱۹۷۱ و متعاقب آن در رأی مشورتی خود در قضیه صحرای غربی در سال ۱۹۷۵ به بیان «اراده آزاد مردم» پرداخته است (International Status of South-West Africa (Advisory Opinion), 1950 ICJ Rep 128. Para 55-59).

همچنین دیوان در قضیه کامرون شمالی که انتخاب مردم صرفاً محدود به انتخاب یکی از دو گزینه بود از فقدان گزینه سوم انتقاد کرد. دیوان در آن قضیه بیان کرد: «دادگاه نمی‌تواند چشمان خود را به این واقعیت مسلم ببندد که اگر نتیجه همه‌پرسی در کامرون شمالی علاقه به پیوستن به فدراسیون نیجریه نباشد، علاقه به پیوستن به جمهوری کامرون خواهد بود. در این میان، هیچ انتخاب سومی در سؤال تنظیم شده مجمع عمومی ارائه نشده و هیچ جایگزین دیگری هم‌زمان مورد بحث قرار نگرفته بود» (Case concerning the Northern Cameroon (Cameroon v. United Kingdom), (Preliminary Objections, Judgment of 2

در قضیه صحرای غربی نیز به مسئله بیان آزاد و حقیقی اراده مردم پرداخته شد. دیوان در این قضیه اعلام کرد: لازمه بیان آزادانه و حقیقی اراده مردم، وجود آزادی بیان در میان افراد و اصحاب رسانه‌هاست (Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975) در قضیه الحاق دونستک و لوهانسک به روسیه راجع به قانونی بودن یا نبودن همه‌پرسی اختلاف نظر وجود داشته است. در جریان تصویب قطعنامه عدم شناسایی الحاق این مناطق به روسیه در مجمع عمومی سازمان ملل متحد، نماینده دولت روسیه در مجمع عمومی بیان می‌کند که بیش از صد ناظر بین‌المللی از ایتالیا، آلمان، ونزوئلا، لاتویا و دیگر کشورها بر همه‌پرسی این مناطق نظارت داشته‌اند. در حالی که بسیاری از کشورها مدعی‌اند که این همه‌پرسی غیرقانونی یا ساختگی^۱ بوده است بدون آنکه دلایل خود را بیان کنند. در این میان صرفاً نماینده مؤسسه بین‌المللی دموکراسی و کمک انتخاباتی^۲ اشاره می‌کند که این همه‌پرسی همراه با نقض حقوق بشر و بشردوستانه بوده است و آن هم بدون آنکه مصادیقی را بیان کند (<https://press.un.org/en/2022/ga12458.doc.htm>) در هر صورت، صرف‌نظر از اختلاف دولت‌ها در این موضوع، به نظر می‌رسد اختلافی راجع به اصل این حکم

1. Sham referenda

2. International Institute for Democracy and Electoral Assistance

وجود ندارد که اگر همه‌پرسی بدون رعایت قواعد حقوق بشر و ح باشد محل اشکال خواهد بود. در تأیید این نظر درخصوص الحاق مناطق چهارگانه اکراین شامل مناطق دونتسک، خرسون و زاپروژیا و لوهانسک همه‌پرسی در جریان جنگ انجام شده بود و در نتیجه جنگ در مناطق مذکور جمعیت کثیری از آن مناطق مجبور به ترک محل زندگی خود شده بودند و لذا استناد به همه‌پرسی در این شرایط خالی از اشکال نخواهد بود (Walker, 23 September 2022).

در مجموع رعایت حقوق بشر و حقوق فرهنگی بعد از الحاق و نیز حق خودمختاری بعد از الحاق نیز از توصیه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد بوده است که به نظر می‌رسد مورد اول از تعهدات عام‌الشمول و الزامی برای دولت الحاق‌کننده است و مورد دوم در صورت وجود شرایط حق تعیین سرنوشت داخلی برای آن مردم جنبه الزامی خواهد یافت.

۲-۲-۲. شرایط حقوقی «مردم»

مردمی که تصمیم به الحاق به یک کشور خارجی دارند لازم است در یک وضعیتی باشند تا چنین اقدامی که مغایر با اصل احترام به تمامیت ارضی کشور است، مورد قبول باشد. در حالی که، برخی حقوق‌دانان اصل تمامیت ارضی را مبنای رد تغییرات سرزمین می‌دانند، در مقابل برخی نظریه‌پردازان دیگر از جمله ابی‌صعب، آلن پله و ملکم شاو اصل تمامیت ارضی و نیز منع توسل به زور را ناظر به صحنه روابط بین‌المللی کشورها می‌دانند و قائل بر این هستند که در صحنه داخلی کشورها این اصول قابلیت اعمال ندارند. (عزیزی، ۱۳۸۷: ۲۶) در مقابل این گروه پروفیسور کرافورد اعتقاد دارد این نظریه صحیح نیست که اصل تمامیت ارضی بین کشورها قابلیت اجرایی دارد و ناظر به صحنه داخلی کشورها نیست. ایشان در تبیین نظریه خود بیان می‌کند گرچه این اصول در منشور ملل متحد ذکر شده‌اند و در آن اشاره‌ای به رعایت آن توسط گروه‌های داخلی نشده است، این به آن معنا نیست که این اصول در صحنه داخلی کشورها لازم‌الرعايه

نیست. بلکه به این دلیل است که گروه‌های داخلی به‌مثابه دولت‌ها موضوع حقوق بین‌الملل نیستند و یک گروه داخلی به صرف ادعای جدایی نمی‌تواند به تابع حقوق بین‌الملل تبدیل شود و تا پیشرفت در منویات آن گروه، مسئله در صلاحیت داخلی دولت‌ها باقی می‌ماند (Crawford, 1997: 157, para 6).

الحاق رویه مربوط به جزایر آلاند بیانگر آن بود که الحاق جز با رضایت دولت مورد نظر امکان‌پذیر نیست. ساکنان جزایر آلاند در سال ۱۹۲۰ خواستار جدایی از فنلاند و الحاق به پادشاهی سوئد بودند که همین امر نیز موجب بروز اختلافات جدی میان دو کشور شد. شورای جامعه ملل با تأسیس کمیته‌ای متشکل از سه حقوق‌دان خواست که موضوع را از لحاظ حقوقی بررسی کنند. کمیته مذکور در پاسخ بیان کرد: «اصل حق تعیین سرنوشت یک اصل سیاسی است و در حقوق بین‌الملل موضوعه وارد نشده است» (Koskenniemi, 1994: vol. 43, 246) و حقوق بین‌الملل موضوع حق جدا شدن برای گروه‌های ملی را به‌صرف تمایل آنها به رسمیت نمی‌شناسد و این امر در حیطه صلاحیت داخلی کشور متبوع است که اراده مردم را از طریق همه‌پرسی یا طریق دیگر اخذ کند (Report of International Committee of Jurists, 1920).^۱ از نظر کمیته این امر در صلاحیت انحصاری دولت مربوطه است که به مردم خود حق تعیین سرنوشت سیاسی خود را آن‌گونه که بخواهند از طریق همه‌پرسی اعطا کنند (Preliminary Observation by the finish minister on the report of the) (Committee of Jurists) 1921: 66.

با این حال، تحولات بعدی حقوق بین‌الملل در حوزه جدایی نشان داد که در برخی وضعیت‌های خاص برای مردم امکان اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی توسط مردم بدون رضایت دولت وجود دارد که از طریق قیاس منطقی امکان تعمیم آن به موضوع الحاق نیز خواهد بود. اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی که الحاق نیز یکی از طرق

1. For more information, see: Antonio Cassese (1995), Self Determination of Peoples, A Legal Reappraisal, Cambridge University Press pp 28-29

اعمال آن است، در وضعیت‌های استعماری، سرزمین‌های غیرخودمختار، سرزمین‌های تحت قیمومت، وضعیت رژیم‌های نژادپرست و سرزمین‌های تحت اشغال به رسمیت شناخته شده است. حق تعیین سرنوشت مردم ساکن سرزمین مستعمره از طریق مراجعه به آراء عمومی قابل تحقق است (United Nations General Assembly Session -1 (Resolution 1514. A/RES/1514(XV)).

در ماده ۷۳ منشور در مورد سرزمین‌های غیرخودمختار که سرزمین‌های مستعمره دولت‌های فاتح جنگ جهانی دوم بود و این دولت‌ها مایل نبودند که تحت نظام قیمومت سازمان ملل متحد باشند، حق خودگردانی لحاظ شد، اما در مورد سرزمین‌های تحت قیمومت که سرزمین‌های مستعمره دولت‌های مغلوب جنگ جهانی دوم بود، در بند ب ماده ۷۶ حق خودگردانی و استقلال لحاظ شد.^۱

تدوین‌کنندگان منشور تنها قائل به شناسایی جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت برای سرزمین‌های تحت قیمومت بودند و برای سرزمین‌های غیرخودمختار با شناسایی حق خودگردانی قائل به پذیرش جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت بودند (Vrushali (2008): 48). از این رو، تا این دوره الحاق سرزمین تنها می‌توانست ناظر به سرزمین‌های تحت استعمار و تحت قیمومت باشد، اما به تدریج نظام حقوقی حاکم بر این دو نوع سرزمین با اقدامات مجمع عمومی یکسان‌سازی شد؛ به نحوی که در مورد سرزمین‌های غیرخودمختار نیز جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت لحاظ شد و بسیاری از این سرزمین‌ها به استقلال دست یافتند. اولین اقدام مجمع عمومی در این رابطه به جهت تسری حکم بهره‌مندی سرزمین‌های غیرخودمختار در تحصیل حق تعیین سرنوشت سرزمین‌های تحت قیمومت به قطعنامه شماره ۶۳۷ مربوط می‌شود که در تاریخ ۱۶

۱. برای مطالعه بیشتر در این باره رک: ستار عزیز، روند استعمارزدایی از منظر حقوق بین‌الملل، فصلنامه علمی دولت‌پژوهی، سال ششم، شماره ۲۶، پاییز ۱۴۰۰.

دسامبر ۱۹۵۲ با عنوان «حقوق مردمان و ملت‌ها در تعیین سرنوشت» به تصویب رسید (GA/RES/637(VII) A, also see: A/RES/1514(XV), 14 December 1960).

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه نامیبیا، که سرزمین غیرخودمختار تحت اداره دولت آفریقای جنوبی بود، بیان داشت که توسعه حقوق بین‌الملل موجب شده است که اصل حق تعیین سرنوشت نیز در مورد سرزمین‌های غیرخودمختار اعمال شود. در نهایت، نامیبیا نیز در سال ۱۹۹۰ موفق به استقلال از دولت آفریقای جنوبی شد. مجدد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه صحرای غربی در سال ۱۹۷۵ حق جمعیت صحرای غربی را برای تعیین سرنوشت خود تأیید کرده است (ICJ Reports, 1975: 35-36) که این مورد نیز منجر به پیدایش کشور جمهوری دموکراتیک عرب صحرا شد. در مورد سرزمین‌های اشغال شده و تحت انقیاد قدرت‌های خارجی نیز موضع حقوق بین‌الملل روشن است. در اینجا نیز حق تعیین سرنوشت خارجی جاری خواهد بود. مفهوم سلطه بیگانه^۱ در بند ۱ اعلامیه اعطای استقلال گنجانده شده بود و از این نظر، دور از ذهن تدوین‌کنندگان اعلامیه نبود. همچنین در اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ به چند وضعیت که در آن شرایط حق تعیین سرنوشت اعمال خواهد شد، اشاره شده است که یکی از آن شرایط وضعیت انقیاد،^۲ استثمار^۳ و اشغال خارجی^۴ است (A/Res/2625 (XXV), 24 October, 1970, Annex). شده^۵ با برخورداری از حق تعیین سرنوشت خارجی حق الحاق سرزمین خود را به سرزمین کشور دیگری که همگونی‌های سیاسی، فرهنگی و اجتماعی با آنها دارند خواهند داشت (Mullerson, 2009).

1. Alien Domination
2. Subjugation
3. Exploitation
4. Foreign occupation

۵. نوار غزه فلسطین کماکان یک سرزمین اشغال شده محسوب می‌شود. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: ذاکر

در نتیجه می‌توان گفت که امروزه الحاق سرزمین با رضایت مردم در وضعیت‌های استعمار، قیمومت، غیرخودمختار، رژیم‌های نژادپرست و اشغال برای الحاق سرزمین به دولت خارجی حتی بدون رضایت دولت حاکم امکان‌پذیر است، اما راجع به وضعیت مردم موضوع نقض سیستماتیک حقوق بشر این پرسش باقی است که آیا الحاق چاره‌ساز مانند آنچه در جدایی وجود دارد، امکان‌پذیر است یا خیر؟

در خصوص تعمیم نظریه جدایی چاره‌ساز به الحاق - مثلاً تحت عنوان الحاق چاره‌ساز - باید احتیاط بیشتری کرد. توضیح آنکه در جدایی چاره‌ساز اعتقاد بر این است که به دلیل نقض سیستماتیک حقوق بشر با وجود شرایطی مانند بی‌نتیجه ماندن توسل به روش‌های دیگر، امکان جدایی برای آن مردم در نظر گرفته شود. با توجه به اختلافی بودن این نظریه و استثناء بودن جواز جدایی نسبت به اصل احترام به تمامیت ارضی کشورها، تسری این حکم به الحاق نیازمند دلیل یا نص خاص است. هرچند در قضیه جدایی کوزوو کشورهای زیادی در لوایح تسلیمی خود به دیوان از نظریه جدایی چاره‌ساز حمایت کرده‌اند. (عزیزی، ۱۳۸۸: ۱۵۷-۱۵۲). اما در حمایت از الحاق به استناد نقض بنیادین حقوق بشر رویه کمتری وجود دارد. در قضیه شبه‌جزیره کریمه، از استنادات دولت روسیه نقض حقوق بشر مردم این سرزمین توسط اوکراین (Solchanyk, 2001: 66-162) حمایت از روس‌تبارها و اگذاری غیرقانونی این سرزمین به اوکراین در گذشته بوده است (President of the Russian Federation Vladimir Putin, 2014).

در مجموع ۱۰۱ کشور جدایی کوزوو و پانزده کشور الحاق کریمه به روسیه^۱ و دو کشور الحاق منطقه دونباس را (لوهانسک و دونتسک و خرسون و زاپروژیا) به روسیه^۲ به رسمیت شناخته‌اند.^۳ جالب توجه آنکه در این میان صرفاً افغانستان در هر دو

1. Armenia, Belarus, North Korea, Bolivia, Burundi, Cuba, Eritrea, Islamic Republic of Afghanistan, Laos, Myanmar, Nicaragua, Sudan, Syria, Venezuela, Zimbabwe.

2. North Korea and Syria

۱. نباید فراموش کرد که از این تعداد صرفاً پنج کشور به قطعنامه مجمع عمومی در محکومیت الحاق روسیه به‌طور صریح رأی منفی دادند.

فهرست شناسایی الحاق و جدایی وجود دارد و سایر دولت‌ها در این دو جبهه مقابل یکدیگر قرار دارند. شاید بتوان گفت که دولت‌های حامی الحاق کریمه، معتقد به نگرش استقلالی به الحاق هستند. چراکه اگر معتقد به نگرش فرایندی به الحاق بودند و الحاق را مرحله بعد از جدایی می‌دانستند، لازم می‌آمد تا جدایی کوزوو را نیز شناسایی کنند. به عبارت دیگر، از نظر این کشورها ممکن است الحاقی مشروع باشد بدون آنکه یک جدایی با همان دلیل مشروع باشد؛ البته این استدلال زمانی قابل دفاع است که معلوم شود دلیل شناسایی الحاق کریمه با استناد به نقض حقوق بشر بوده که دلیل جدایی کوزوو نیز بوده است؛ اما تفاوت مهم دو جبهه مذکور این است که اولی (جدایی کوزوو) به‌طور صریح مستند به ادعای نقض حقوق بشر بوده است؛ اما دومی (الحاق کریمه) مستند به این ادعا نبوده است و به عبارت دیگر، دلیل حقوقی شناسایی این الحاق در هاله‌ای از ابهام باقی مانده است؛^۱ بنابراین می‌توان گفت جدایی چاره‌ساز از نظر تعداد زیادی از کشورهای دنیا پذیرفته است و لاقلاً میان آنها تبدیل به قاعده عرفی شده است و الحاق نیز به‌طور اجمال از نظر تعدادی از کشورهای دنیا پذیرفته شده است، اما با توجه به نامعلوم بودن دلیل یا جهت حقوقی آن، فعلاً نمی‌توان قائل به عرفی شدن الحاق چاره‌ساز - حتی میان خود آن دولت‌ها - بود. نباید فراموش کرد که در نگرش فرایندی به الحاق، زمینه مشروع دانستن الحاق به استناد همان جهت حقوقی در مشروعیت جدایی، بیشتر است.

۲-۳. الحاق با رضایت دولت مورد الحاق

در اعلام رضایت دولت الحاق‌شونده برای الحاق بخشی از سرزمین خود به دولت خارجی، دو حالت متصور است: ۱. رضایت در شرایط خاصه؛ ۲. رضایت در شرایط

Belarus, Democratic People's Republic of Korea, Nicaragua, Russian Federation, Syria.

۱. برای مطالعه بیشتر در این رابطه رک: Miller Daniel, The Kosovan Precedent for the

Annexation of Crimea, E-International Relations, MAR 18 2019. At: <https://www.e-ir.info/2019/03/18/the-kosovan-precedent-for-the-annexation-of-crimea/>

صلح تغییرات سرزمینی در زمان جنگ یا بعد از جنگ از طریق - به ظاهر - توافقات بین‌المللی فراوان بوده است. این توافقات نیز به‌طور عمده در جهت خاتمه جنگ بوده و طرف غالب شروط خود را که بعضاً الحاق قلمرو کشور مغلوب به خود بوده است، بر کشور مغلوب تحمیل کرده است. کنگره وین که در واقع پایان جهان ناپلئونی^۱ بود و سلطنت‌گرایی بریتانیا را به جای جمهوری‌خواهی فرانسه در اروپا حاکم کرد، از این نمونه است. نتیجه کنگره وین این بود که فرانسه تمام فتوحات خود را از دست داد، در حالی که پروس، اتریش و روسیه به دستاوردهای بزرگ ارضی دست یافتند. کشور پروس ایالت‌های کوچک‌تر آلمان در غرب، پومرانی سوئد و چهل درصد از پادشاهی ساکسونی را به سرزمین خود الحاق کرد و نیز ناحیه پوزنان، پومرانی، وستفالن و راینلند شمالی را تصاحب کرد. در ادامه الحاقات سرزمینی ناشی از کنگره وین، اتریش و نیز و بسیاری از شمال ایتالیا را به دست آورد. روسیه نیز بخش‌هایی از لهستان را به دست آورد. نتایج اصلی کنگره، گسترش روسیه بود که بیشتر دوک‌نشین ورشو (لهستان) را به دست آورد (Lumen Candela, 2024).

همچنین معاهدات صلح ورسای که بعد از وقوع جنگ جهانی اول انعقاد یافت و نقشه جغرافیای اروپا را تغییر داد، از نمونه توافقات بین‌دولتی بعد از جنگ برای تغییرات سرزمینی است. معاهده سور^۲ نیز بعد از فروپاشی امپراتوری عثمانی منعقد شد و تغییرات سرزمینی بعد از آن اعمال شد.^۳ تمامی این معاهدات مشروعیت داشته‌اند و اعتراضی به آنها صورت نگرفته است.

نکته‌ای که در خصوص این معاهدات وجود دارد این است که این معاهدات به‌رغم در بر داشتن عنصر اجبار طرف مغلوب، با چالشی اساسی مواجه نبوده و به‌طور عمده

1. Napoleonic world

2. Treaty of Sèvres

۱. معاهده سور معاهده‌ای بود که در روز ۱۰ اوت سال ۱۹۲۰ میلادی بین امپراتوری عثمانی که در جنگ جهانی اول در کنار امپراتوری آلمان و امپراتوری اتریش - مجارستان وارد جنگ شده بود و نیروهای پیروز متفق یعنی (روسیه، بریتانیا و فرانسه) امضا شد.

مورد پذیرش همه کشورها بوده است. در واقع معاهدات خاتمه‌دهنده به جنگ‌های نظامی اگرچه متضمن عنصر اجبار و اکراه هستند و این معاهدات در بعضی مواقع می‌توانند متضمن الحاق سرزمین کشور مغلوب نیز شده باشند، اما چنین معاهداتی مشروعیت دارند و این استثنائی بر ماده ۵۲ کنوانسیون حقوق معاهدات است.

در هر صورت، رضایت دولت به الحاق در حالت اول یعنی وضعیت جنگ، هر چند تا قبل از تاریخ انعقاد منشور سازمان ملل متحد یعنی ۱۹۴۵ معتبر بوده است، اما در حال حاضر به سختی می‌توان قائل به مشروعیت آنها بود. به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی اعلام رضایت در شرایط اشغال، توسل به زور یا تهدید به آن معتبر نخواهد بود. همان‌گونه که این قاعده در حقوق معاهدات بین‌المللی و حقوق مسؤولیت بین‌المللی تحت عنوان اجبار^۱ آمده است؛ البته در حقوق بین‌الملل چنین رضایتی از موارد بطلان نسبی یا به عبارت دیگر، غیرنافذ در نظر گرفته شده است که دولت می‌تواند بعد از پایان وضعیت اجبار، رضایت خود را به پایبندی به این وضعیت اعلام کند مشروط به آنکه سایر تعهدات بین‌المللی مانند احترام به حق تعیین سرنوشت مردم رعایت شود.

در این خصوص، می‌توان به الحاق بخش‌هایی از کشور اوکراین در جریان اشغال مناطقی از این کشور توسط روسیه اشاره کرد که با تصویب قوانین داخلی کشور روسیه به این کشور الحاق یافته است و اکثریت نهادها و کشورها چنین عملی را مردود اعلام کرده‌اند. الحاق شبه‌جزیره کریمه که متعاقب تصویب برگزاری رفراندوم و الحاق به روسیه مجلس کریمه انجام داد و چندین منطقه دیگر اوکراین که اخیراً روسیه الحاق کرده است، جز کره شمالی و بلاروس شناسایی نشده‌اند.^۲ به نظر می‌رسد این رویه‌ای در تأیید نپذیرفتن الحاق ناشی از توسل به زور در زمان مخاصمه در دوران معاصر است. در قطعنامه صادره از مجمع عمومی راجع به الحاق کریمه به روسیه در سال ۲۰۱۴ اکثریت دولت‌ها بر حفظ تمامیت ارضی کشور اوکراین تأکید کردند (UNGA resolution) of 27

1. Coercion

۲. برای مطالعه بیشتر رک: موسایی و یزدانی، ۱۴۰۰.

March 2014). در حالی که قطعنامه‌های مجمع عمومی به‌طور عموم الزام‌آور نیستند، اما در قطعنامه راجع به الحاق کریمه به روسیه تنها یازده کشور در جریان تصویب قطعنامه صادره رأی مخالف دادند که این حکایت از نظر غالب جامعه بین‌المللی در حفظ تمامیت ارضی کشور اکراین بوده است (lauri: 2019, 30 no. 1. 311).

رضایت دولت به الحاق سرزمین خود در شرایط صلح دو صورت دارد: ۱. رضایت قبلی؛ ۲. رضایت بعدی. رضایت قبلی دولت بیشتر از طریق توافقات الحاق ارضی در قالب خرید و فروش سرزمین محقق می‌شود. چنانکه قرارداد خرید ایالت لوئیزیانا در سال ۱۸۰۳ بین کشورهای ایالات متحده آمریکا و فرانسه^۱ یا قرارداد خرید ایالت آلاسکا توسط آمریکا از روسیه از جمله معاهداتی است که به الحاق ارضی خریداری شده انجامیده است. ایالت آریزونا نیز در سال ۱۸۵۳ و ایالات کالیفرنیا و نوادا را نیز در سال ۱۸۴۸ آمریکا از مکزیک خریداری کرد و به سرزمین آمریکا پیوست شده است. همچنین در سال ۲۰۱۷ جزایر تیران و صنایع را که مصر اداره می‌کرد، عربستان خریداری کرد. این موافقت‌نامه متعاقب آن به تصویب پارلمان مصر و درنهایت در ۲۴ ژوئن ۲۰۱۷ به تصویب رئیس‌جمهور مصر رسید (Aboulenein, Arabia, June 24, 2017).

در مواردی نیز رضایت دولت بعد از الحاق یک سرزمین توسط دولت خارجی، اعلام شده است و این الحاق را مشروعیت بخشیده است. نمونه آن الحاق سرزمین تبت به چین پس از یک درگیری نظامی در منطقه چامدو و شکست نیروهای تبت از چین در سال ۱۹۵۰ است که منجر به الحاق تبت به چین شد.^۲ بسیاری از صاحب‌نظران نیز

۱. در این معامله با فرانسه که در ۳۰ آوریل ۱۸۰۳ امضا شد، ایالات متحده ۸۲۸۰۰۰ مایل مربع زمین در غرب رودخانه می‌سی‌سی‌پی را به مبلغ ۱۵ میلیون دلار خریداری کرد. در ازای تقریباً ۴ سنت برای هر هکتار، ایالات متحده وسعت خود را دو برابر کرد و کشور را به سمت غرب گسترش داد

۱. قبل از الحاق تبت به چین، این سرزمین را حکومت سلسله چینگ اداره می‌کرد که تا حدودی از استقلال برخوردار بود. تبت پس از تلاش‌های دولت تبت برای به رسمیت شناختن بین‌المللی، تلاش‌ها برای مدرن‌سازی ارتش، مذاکرات بین دولت تبت و جمهوری خلق چین، و درگیری نظامی در منطقه چامدو، تحت کنترل جمهوری خلق چین (PRC) قرار گرفت.

آن را الحاق غیرقانونی نامیدند (Wills, 2016) اما متعاقب آن در سال ۱۹۵۱ موافقت‌نامه هدفه ماده‌ای الحاق تبت به چین مورد تأیید مقامات تبتی قرار گرفت و از آن زمان، تبت به‌عنوان بخشی از سرزمین چین شناخته شده است (Blondeau; Buffettrille) October 2009: 953- 955 (2008: 61, and Wangchuk Deden Shakabpa)؛ البته در مواردی هم رضایت دولت اعلام نشده است. این موجب شده است تا سرزمین ملحق‌شده به دولت قبلی خود بازگردد؛ به‌طور مثال، اراضی لهستان را در سال ۱۹۳۹ شوروی اشغال و به آن ملحق کرده بود که بعد از آن در توافقات سال ۱۹۵۱ میان لهستان و شوروی این اراضی به لهستان عودت داده شد. یا به‌طور مثال اراضی از دست رفته مصر مثل صحرای سینا در قرارداد کمپ دیوید بین رژیم صهیونیستی و مصر مجدداً به مصر الحاق یافت.

اما راجع به اعلام رضایت در شرایط صلح ولو تحت فشارهای سیاسی نمی‌توان به‌راحتی قائل به عنصر اجبار شد. هرچند در بسیاری از این توافقات، طرفین در پی جلوگیری از تحقق جنگ یا لغو تهدیدات نظامی هستند، اما در عمل توسل به زور یا اشغال یا تهدید قابل اعتنا به آن صورت نگرفته است تا بحث اجبار یک طرف به پذیرش الحاق اراضی خود در میان باشد؛^۱ البته در چنین وضعیت‌هایی لازم است تا سایر تعهدات بین‌المللی دولت مانند احترام به حق تعیین سرنوشت مردم رعایت شود. اینکه در الحاق در شرایط صلح اخذ رضایت مردم سرزمین مورد الحاق ضرورت دارد یا خیر محل سؤال است. در رویه بین‌المللی به‌ندرت در این باره مشاهده می‌شود که الحاق صرفاً با رضایت دولت بوده و آن الحاق مورد شناسایی قرار گرفته باشد. به‌طور مثال، بسیاری از صاحب‌نظران نتایج تغییرات سرزمینی در اروپای بعد از کنگره وین را به دلیل سرکوب جنبش‌های دموکراتیک به نفع سلطنت‌گرایی مورد انتقاد قرار

۱. در یک چارچوب کلی، وجود روش‌های مسالمت‌آمیز تغییرات ارضی به دلیل وجود ضمنی اجبار و تهدیدات نظامی بوده است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: Arie M. Kacowicz, 1996

داده‌اند (Olson & Shadle 1991: 149) با این حال، این انتقادات تغییر در مرزهای ایجاد شده ایجاد نکرد. نمونه دیگر قرارداد مرزی چین- اینگوستیا است. این قرارداد برای تعیین حدود مرز بود که در ۲۶ سپتامبر ۲۰۱۸ بین رمضان قدیروف و یونس بک یوکوروف، به ترتیب، روسای چین و اینگوستیا، دو بخش فدرال فدراسیون روسیه واقع در منطقه قفقاز شمالی، منعقد شد. براساس این قرارداد، اینگوستیا ۳۴۰ کیلومتر مربع، یعنی حدود ۸ درصد از خاک خود را به چین واگذار کرد. این قرارداد باعث مخالفت و اعتراض‌های گسترده عمومی در اینگوستیا شد و در ۳۰ اکتبر ۲۰۱۸، دادگاه قانون اساسی اینگوستیا حکم داد که این توافق‌نامه غیرقانونی است؛ زیرا تغییرات در قلمرو اینگوستیا نیاز به تأیید از طریق همه‌پرسی دارد. یونس بک یوکوروف، رئیس اینگوستیا، این موضوع را به دادگاه قانون اساسی روسیه در مسکو برد و این دادگاه حکم دادگاه محلی را در دسامبر ۲۰۱۸ نقض کرد. بلافاصله پس از توافق بحث‌برانگیز مرزی، مجموعه‌ای از تجمعات در فضای باز در سراسر اینگوستیا آغاز شد که با درگیری با پلیس و دستگیری فعالان همراه شد. اعتراضات در مارس ۲۰۱۹ دوباره قوت گرفت. در میان ناآرامی‌ها، یوکوروف در ۲۴ ژوئن ۲۰۱۹ استعفا داد (Radio Free Europe/Radio Liberty. 27 March 2019).

گرچه قرارداد فوق بین دو جمهوری فدراسیون روسیه منعقد شده است، با توجه به اینکه جماهیر فدراسیون روسیه اختیار تعیین مرزهای خود را دارند؛ بنابراین از لحاظ حقوق بین‌الملل توافق مورد نظر واجد اثر خواهند بود (Radio Free, Europe/Radio Liberty. 14 May 2019).

در پاسخ به سؤال مطرح شده به لحاظ نظری آنچه مهم است تحقق حق تعیین سرنوشت است و این حق به معنای مشارکت مردم در تعیین وضعیت سیاسی خود است. چنانچه تصمیم دولت مورد نظر از طریق سازکارهای دموکراتیک گرفته شده باشد، شاید گفته شود نظر نمایندگان مردم در این تصمیم مداخله داشته است و لذا تصمیم به الحاق، مغایرتی با حق تعیین سرنوشت آن مردم نداشته است، اما چنانچه

نظریه وکالت مردم در حاکمیت مبنا باشد شاید این نتیجه حاصل شود که این تصمیم دولت اعتباری نخواهد داشت چراکه وکیل صرفاً در چارچوب اختیارات عمل می‌کند و نمی‌تواند برخلاف مصلحت موکل خود اقدامی نماید.

۲-۴. شناسایی سرزمین مورد الحاق

شناسایی سرزمین الحاق شده یکی دیگر از شیوه‌های مشروعیت بخشی به الحاق سرزمینی است. در این شیوه شرط رعایت قوانین و ضوابط بین‌المللی پیش شرط اصلی شناسایی و مشروعیت هر نوع عملی خواهد بود. به‌طور مشخص در الحاق سرزمین رعایت ضوابط الحاق از پیش شرط‌های ضروری مشروعیت خواهد بود. این پیش شرط‌ها در رعایت اصول حقوق بین‌الملل که در منشور به آنها اشاره شده نهفته است؛ البته در غیاب یک ارگان بین‌المللی صلاحیت‌دار برای شناسایی و اعلام الزامات شخصیت جدید بین‌المللی ناگزیر این دولت‌ها هستند که چنین وظیفه‌ای را بر عهده گرفته‌اند (Lauterpacht, 1994: 385).

از نظر حقوقی گسترش یا کاهش محدوده ارضی تأثیری در موجودیت و شخصیت حقوقی کشور ندارد و این کشور با شناسایی قبلی کشورها در جامعه بین‌المللی به‌عنوان تابع حقوق بین‌الملل شناخته شده است و در صورتی که شناسایی آن کشور دوزوره بوده باشد، به‌سختی می‌توان از شناسایی قبلی عدول کرد. در واقع هر چند وجود سرزمین از شرایط کشوربودگی است، اما مقدار و حدود سرزمین می‌تواند مجهول یا مجمل باشد. کما اینکه برخی دولت‌ها در حالی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند که مرزهای به‌شدت مورد اختلافی داشته‌اند.

لذا موضوع شناسایی در وضعیت الحاق نه در نظریه‌های کلاسیک، بلکه در چارچوب شناسایی وضعیت^۱ مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این معنا، کشورها تفسیر و

برداشت خود را از واقعه جدیدی طی اعلامیه‌ای بیان می‌دارند. این نوع از شناسایی بیانگر موضع کشور صادرکننده اعلامیه است. برخلاف شناسایی کشورها این نوع از شناسایی ویژگی خاصی که دارد آن است که کشورها در عدول از موضع قبلی خود آزادی عمل دارند. همچنین برخلاف شناسایی کشور - و البته مانند شناسایی حکومت - این شناسایی در اختیار بی‌قید و شرط دولت‌ها نیست و تا حدودی وابسته به تصمیمات نهادهای بین‌المللی است. همان طور که به‌طور معمول در بحث مشروعیت حکومت‌ها به تصمیمات نهادهای ملل متحد بالاخص مجمع عمومی درخصوص شناسایی توسل می‌شود. (توکلی، ۱۳۹۰: ۶)

وضعیت الحاق به وجودآمده زمانی می‌تواند مشروعیت یابد که مطابق ضوابط حقوق بین‌الملل باشد. به‌طور مثال، شورای امنیت در برخورد با قضیه الحاق کویت به عراق با صدور قطعنامه‌ای از تمامیت ارضی کویت دفاع کرد و از کشورها خواست که الحاق کویت را به عراق به رسمیت نشناسند (Security Council Resolution, 1190: 662)^۱ همچنین در الحاق بخشی از سرزمین فلسطین به اسرائیل، شورای امنیت از کشورها خواست که از شناسایی وضعیت جدید خودداری نمایند (UNSC Res 242 [22 November 1967]).

این رویکرد توصیه‌ای در قطعنامه مجمع عمومی در محکومیت الحاق شبه‌جزیره کریمه به روسیه در سال ۲۰۱۴ (GA/11493, 27 MARCH 2014)^۲ و نیز قطعنامه دیگر مجمع عمومی در محکومیت الحاق چهار منطقه دیگر اکراین به روسیه نیز مشهود است (GA/12458, 12 OCTOBER 2022).

۱. نکته قابل تأمل در این قطعنامه این بود که تصویب قطعنامه به اتفاق آراء انجام گرفت و هیچ رأی مخالف یا ممتنعی در جریان تصویب قطعنامه اعلام نشد و این خود نشان از توافق جمعی کشورها در ممنوعیت و غیرقانونی بودن الحاق سرزمین ناشی از جنگ است.

2. Calls upon all States, international organizations and specialized agencies not to recognize any alteration of the status of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol... GA/11493, 27 MARCH 2014 (Para. 6)

برخلاف حقوق بین الملل سنتی که مشروعیت در شناسایی جایگاهی نداشت (دانایی، ۱۳۷۸: ۵۱) در شناسایی وضعیت‌های جدید در حقوق بین الملل لازم است محدودیت‌های حقوقی در نظر گرفته شود. به‌طور مثال، در بند ۴ ماده منشور ملل متحد به‌صراحت توسل به زور منع شده است.^۱ همچنین مجمع عمومی بیان می‌دارد: «هیچ‌گونه اکتساب سرزمین یا منفعت ناشی از آن در نتیجه تجاوز به رسمیت شناخته نخواهد شد و غیرقانونی خواهد بود. به‌علاوه، اینکه اصل برابری حاکمیت دولت‌ها که در بردارنده تمامیت ارضی به‌عنوان یکی از اصول خود می‌باشد غیرقابل تعرض می‌باشد» (XXIX) (General Assembly Resolution 3314 (3) Art. 5) پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مصوب ۱۹۷۷ نیز مبارزه علیه اشغالگری را مشروع دانسته و لذا علاوه بر نفی فلسطینگری مبارزه علیه آن نیز مشروع است. در سطح منطقه‌ای نیز جامعه اروپایی در دستورالعمل‌های خود درباره به رسمیت شناختن کشورهای جدید در اروپای شرقی و اتحاد جماهیر شوروی در ۱۶ دسامبر ۱۹۹۱ بر «احترام به مصونیت از تعرض همه مرزهایی که فقط با وسایل مسالمت‌آمیز و با توافق مشترک قابل تغییر هستند» تأکید می‌کند (Declaration on the 'Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union' (adopted by the EC on 16 December 1991).

۱. گرچه دیدگاه کلی دال بر آمره نبودن قاعده منع توسل به زور است اما به هر جهت، فارغ از ماهیت قاعده مذکور که جزو تعهدات عام‌الشمول باشد یا امره، اصل مذکور یکی از شاخصه‌ها و معیارهای شناسایی وضعیت موجود ناشی از تغییرات سرزمینی است. برای مطالعه بیشتر درخصوص ماهیت اصل منع توسل به زور رک: محسن عبدالهی، کیوان بهزادی، موانع آمره بودن قاعده منع توسل به زور، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۳۶، پاییز زمستان ۹۶، و نیز رک:

Tladi, Dire, Special Rapporteur, Fourth Report on Preemptory Norms of General International Law (jus cogens), International Law Commission, 71st Sess., 2019, U.N. Doc. A/CN.4/727, p. 26. Para. 60.

همچنین برای مطالعه بیشتر در رابطه با منع الحاق سرزمینی با استناد قاعده منع توسل به زور رک: جعفری، ۱۴۰۴.

این قواعد بیانگر نامشروع بودن وضعیت الحاق ناشی از توسل به زور هستند. در ماده ۴۱ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت مورخ ۲۰۰۱ به ضرورت شناسایی نشدن وضعیت‌های ناشی از نقض‌های شدید قواعد امره حقوق بین‌الملل پرداخته است که در شرح و تفسیر این ماده به مصادیق نقض شدید قواعد امره اشاره شده و از منع اکتساب سرزمین با زور به‌عنوان یکی از نمونه‌های نقض‌های شدید قواعد امره یاد شده است (International Law Commission United Nations, 2013, 246-250).

این سؤال باقی خواهد بود که در چنین شرایطی دولت متعهد به عدم شناسایی خواهد بود یا متعهد به محکوم کردن هم هست؟ آنچه از رویه و اسناد استنباط می‌شود صرفاً تکلیف به عدم شناسایی است و دولت‌ها تکلیفی به نفی این وضعیت یا قطع روابط با دولت ملحق‌کننده نخواهند بود. مگر آنکه این الزام از طرق دیگری مانند تحریم‌های شورای امنیت ایجاد شود. در هر صورت، عدم شناسایی وضعیت الحاق موجب نفی شناسایی از کشور الحاق‌کننده نخواهد بود. چراکه جست‌وجو در مورد مشروعیت یک کشور از عناصر شناسایی نیست و حقوق بین‌الملل در این زمینه مداخله‌ای نخواهد داشت. (سیفی، ۱۳۷۵: ۲۴۵).^۱ نباید فراموش کرد که ممکن است شناسایی جمعی دولت‌ها از یک وضعیت نامشروع به‌تدریج موجب تغییر قاعده حقوقی از طریق افزایش استثنائات به آن شود؛ آنچه به‌طور تقریبی راجع به شناسایی دولت کوزوو اتفاق افتاد.

فرجام سخن

به‌طور کلی افزایش تحدیدات ارضی در نظم نوین حقوق بین‌الملل با تردید اعتبار و مشروعیت مواجه است. تردید از این لحاظ که مطابق اصل کلی منع اکتساب سرزمین

۱. به نقل از:

Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v. Costa Rica), 18 October 1923, RIAA, vol. I, 375, p 381

ناشی از تجاوز که در اسناد بین‌المللی متعدد به آن اشاره شده است، باید در هر مورد با دقت شرایط الحاق سرزمین مورد بررسی قرار گیرد و صرف عدم توسل به زور یا عدم اقدام به تجاوز به معنی مشروعیت الحاق نیست. در تحقیق پیش رو، عناصر و الزامات اعتبار حقوقی الحاق سرزمین به تفصیل مورد بحث واقع شد.

درخصوص مؤلفه اول یعنی مردم بیان شد که در این خصوص، این قاعده در وضعیت استعماری در حقوق بین‌الملل تثبیت شده است که مردم با اعلام اراده آزاد خود، که بعدها مراجعه به آراء عمومی به‌عنوان شیوه اعلان اراده پذیرفته شد حق دارند که به‌عنوان اعمال حق تعیین سرنوشت خود گزینه الحاق به سرزمین کشور دیگر را انتخاب کنند. این مسئله در قطعنامه ۱۵۴۱ مجمع عمومی مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۶۰ بیان شد. در خارج از وضعیت استعماری، درخصوص وضعیت اشغال نیز با وجود شناسایی حق تعیین سرنوشت برای ساکنان مناطق تحت اشغال می‌توان قائل به شناسایی حق الحاق سرزمین به کشوری بود که با مردم ساکن تحت اشغال با ملاحظات فوق همخوانی بیشتری دارند. بر همین اساس، در حکومت‌های نژادپرست نیز با شناسایی حق تعیین سرنوشت برای مردم و همچنین در سیستم قیمومت نیز با احراز اراده مردم می‌توان قائل به اعتبار الحاق سرزمین درخصوص خواست و اراده آزاد مردم بود.

درخصوص وضعیت‌هایی که متضمن نقض حقوق بشر هستند، با موازین حقوق بشر می‌توان قواعدی را در این خصوص استنباط و استخراج کرد. آنجا که نقض بنیادین حقوق بشر درخصوص اقلیت ساکن در یک کشور وجود دارد، در نظر مدافعان نظریه جدایی چاره‌ساز، امکان طرح الحاق چاره‌ساز می‌تواند وجود داشته باشد؛ البته این نظریه در صورتی قابل دفاع خواهد بود که قائل به فرایندی بودن الحاق نسبت به جدایی باشیم.

شایان ذکر است گرچه تئوری جدایی چاره‌ساز در موارد نقض حقوق بشر توسط برخی رویه‌های قضایی و نیز از سوی برخی دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است و تا حدودی در روابط بین برخی دولت‌ها حالت حقوق عرفی به خود گرفته است، اما

درخصوص نظریه الحاق جبران‌ساز چنین رویه غالبی وجود ندارد و کشورها در این خصوص با احتیاط بیشتری عمل کرده‌اند.

درباره مؤلفه دوم یعنی دولت نیز میان رضایت دولت مورد الحاق بدون رضایت مردم آن سرزمین در زمان مخاصمه و در زمان صلح تفکیک انجام شد. الحاق در نتیجه تهدید یا توسل به زور ولو با رضایت ظاهری دولت مورد الحاق باشد در دوره معاصر مغایر با اسناد و رویه بین‌المللی است. اما الحاق در زمان صلح بدون رضایت مردم سرزمین مورد الحاق دو حالت دارد: چنانچه دولت سازکاری دموکراتیک داشته باشد به نظر می‌رسد منعی در مشروعیت الحاق سرزمین وجود نخواهد داشت؛ چه آنکه نظر دولت نظر مردم تلقی می‌شود. برعکس اگر این رضایت از سازکاری دموکراتیک حاصل نشده باشد این تصمیم به الحاق منطبق با حق تعیین سرنوشت مردم نمی‌تواند باشد.

در مورد شناسایی نیز بیان شد که نمی‌توان مسئله را صرفاً در چارچوب نظریه‌های کلاسیک شناسایی یعنی تأسیسی و اعلامی بررسی کرد. بلکه در چنین وضعیتی باید مسئله را در چارچوب شناسایی وضعیت مورد بررسی قرار داد. چنانکه به رویه شورای امنیت، مجمع عمومی و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در این خصوص پرداخته شد.

References

- توکلی، علی (۱۳۹۰)، مشروعیت دموکراتیک و تحول در مفهوم شناسایی کشورها و حکومت‌ها، فصلنامه پژوهش حقوق، ۱۳(۳۲)، ۱-۳۰.
- جعفری، شاهر (۱۴۰۴)، الحاق سرزمین از منظر حقوق بین‌الملل، پایان‌نامه دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم.
- دانایی یوسف‌آباد، مظاهر. (۱۳۷۸-۱۳۷۹). مشروعیت حکومت‌ها و مداخلات بشردوستانه بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران. دانشگاه علامه طباطبایی.
- رحمتی‌فر، سمانه (۱۴۰۲)، دفاع صلح‌جویانه: تدوین نظریه حقوق جنگ سعدی، مجله علمی مطالعات حقوقی، ۱۵(۲)، ۱۱۰-۷۳.

- سیفی، سید جمال (۱۳۷۵)، تحولات مفهوم حاکمیت دولت‌ها در پرتو اصل حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱(۱۲۰)، ۲۳۷-۲۶۵
- ضیایی، سید یاسر (۱۳۹۱)، شناسایی در حقوق بین‌الملل: آثار حقوقی شناسایی کوزوو، آبخازیا و اوستیای جنوبی، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ۲۲، ۱۲۶-۱۲۳
- ضیایی، سید یاسر (۱۳۹۲)، *درآمدی بر جدایی‌طلبی در حقوق بین‌الملل*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول،
- عبدالهی، محسن - بهزادی کیوان (۱۳۹۶)، موانع آمره بودن قاعده منع توسل به زور، *مجله حقوقی بین‌المللی / شماره ۳۷ (۶۳)*، ۱۷۱-۱۹۸.
- عزیزی، ستار (۱۳۸۷)، *استقلال کوزوو، بررسی مشروعیت جدایی یکجانبه در حقوق بین‌الملل*، *مجله حقوقی*، ۲۵ (۳۸)، ۱۱-۴۵.
- عزیزی، ستار (۱۳۸۸)، رویکرد متعارض دولت‌ها به حق تعیین سرنوشت خارجی بررسی نظریات کتبی دولت‌ها در قضیه رأی مشورتی کوزوو، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ۸ (۱۶)، ۱۳۳-۱۵۹.
- موسایی، آل، یزدانی، ای. (۲۰۲۱). نقش عوامل غیرمادی در الحاق شبه‌جزیره کریمه به فدراسیون روسیه، *فصلنامه رویکردهای سیاسی و بین‌المللی*، ۱۲ (۴)، ۱۵۳-۱۸۰.
- مقامی، امیر و شیرزاد، امید (۱۴۰۳)، حق مقاومت در برابر اشغال؛ با تأکید بر وضعیت فلسطین، *مجله علمی مطالعات حقوقی*، ۱۶ (۱)، ۱-۴۲.
- ذاکر حسین، محمدهادی (۱۴۰۳)، شهرک‌سازی و شهرک نشینی در مناطق اشغالی از منظر حقوق کیفری بین‌المللی، *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۶ (۱)، ۳۹۱-۴۲۶.

Abdollahi, M., Behzadi K. (2017). Impediments to Peremptory Status of Prohibition on Use of Force, *International Law Review*, 37(63), 171-198. [In Persian]. DoI: 10.22066/cilamag.2020.114134.1786

Aboulenein, A. (2017). Egypt's Sisi ratifies deal ceding Red Sea islands to Saudi Arabia. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-egypt-saudi-islands/egypts-sisi-ratifies-deal-ceding-red-sea-islands-to-saudi-arabia-idUSKBN19FOKE?il=0>

Andreeva, E. (2010). *Russia and Iran in the great game: travelogues and orientalism*. Routledge Press.

Swietochowski, T. (1995). *Russia and Azerbaijan: A Borderland in Transition*. Columbia University Press

- Azizi, S. (2008), The Independence of Kosovo: The Legality of Unilateral Secession in International Law, *International Law Review*, 25(38), 11-45. [In Persian]. DoI: 10.22066/cilamag.2016.17396. [In Persian]
- Azizi, S. (2009). Contradictory Approaches to the Right of Self Determination: Examining the Written Statements of States in Kosovo Case (Request for advisory opinion, *Journal of Legal Research*, 8(16), 133-159. [In Persian]
- Blondeau, A., Buffetrille, K. (2008). *Authenticating Tibet: Answers to China's 100 Questions*. University of California Press.
- Wangchuk T. (2009). *One Hundred Thousand Moons: An Advanced Political History of Tibet*. BRILL. 23
- Case concerning the Northern Cameroon (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963, ICJ Reports 1963
- Cassese, A. (1995). *Self Determination of Peoples, A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press
- Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965.
- Covenant on Civil and Political Rights 1966
- Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights 1966
- Crawford, J. (1997). *state practice and international law in Relations to Unilateral Secession*, Department of Justice Canada Press
- Danaei, M. (1999-2000). Legitimacy of Governments and International Humanitarian Interventions, *M.A thesis, Tehran. Allameh Tabatabaei University*. [In Persian]
- Declaration on the Strengthening of International Security. (UNGA Res 2734 [XXV])
- Duncan, J. (2012). Following A Sigmoid Progression: Some Jurisprudential and Pragmatic Considerations Regarding Territorial Acquisition Among Nation-States, *Boston College International and Comparative Law Review*, 35, 1-1.
- Friendly Relations Declaration (1970). A/RES/2625(XXV)
- Friendly Relations Declaration (1970). A/RES/2625(XXV)
- GA/RES/637(VII) A, also see: A/RES/1514(XV), 14 December 1960
- General Assembly Resolution 47/230 of 28 May 1993.
- Helsinki Final Act (1975)
- Hofmann, R. (2013). Annexation, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*

- Human Rights Committee, General Comment No. 12: The right to self? Determination of peoples (Art. 1). adopted 13 March 1984, UN Doc. A/39/40, Annex VI (1984)
- Arnold, J. (1951). *A Study of History* 51–128. 2(5).
- International Status of South-West Africa (Advisory Opinion) [1950] ICJ Rep 128.
- Maxcy, J. (1927). *The Story of Law* 22
- Jafari, shaho (2025), *Annexation of Territory in perspective of international law*, Ph. D thesis, university of Qom [In Persian]
- Kacowicz, M. (1996). *The Process of Reaching Peaceful Territorial Change: The Arab-Israeli Conflict in Comparative Perspective*, *The Journal of Interdisciplinary History*, 27(2) which also available at: <https://www.jstor.org/stable/205155>. <https://doi.org/10.2307/205155>
- Korman, S. (1996). *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*. Clarendon Press.
- Koskenniemi M. (1994). National Self-determination today: Problems of legal Theory and Practice, *International and Comparative Law Quarterly*,
- Lauterpacht. (1994). Recognition of States in International Law, *The Yale Law Journal*, Reprint in 2012
- Legal Status of Eastern Greenland (Den. v. Nor.). 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53, at 22 (Apr. 5).
- Lumen Candela, *History of Western Civilization II, Territorial Changes in Europe*, Ch. 24 Post-Napoleonic Europe, available at: <https://courses.lumenlearning.com/suny-hccc/worldhistory2/chapter/territorial-changes-in-europe/>
- Lindley M.F. (1926). *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* 19
- Lauri, M. (2019). The Annexation of Crimea and Balance of Power in International Law, *The European Journal of International Law*, 3(1), 303-319. Published by Oxford University Press on behalf of EJIL)
- Miller, D. (2019). The Kosovan Precedent for the Annexation of Crimea, *E-International Relations*, At: <https://www.e-ir.info/2019/03/18/the-kosovan-precedent-for-the-annexation-of-crimea/>
- Mousai, Al, Yazdani, E. (2021). The Role of Incorporeal Factors in the Annexation of the Crimea Peninsula to the Russian Federation, *The Journal*

of *Political and International Approaches*, 12(4), 153-180. DoI: 10.29252/piaj.2021.210729.0Q[In Persian]

Maghami, Amir - Shirzad, Omid (1403), The Right to Resist Occupation; Emphasizing the Situation of Palestine, *Academic Journal of Legal Studies*, Volume 16, Issue 1 - Serial Number 51, 1-42. Doi: 10.22099/jls.2024.49129.5071.[In Persian]

Nirmal, B.C. (1999). *The right to self-determination in international law*,

Deep & Deep Publications PYTLTD

Olson, J, Shadle, R. (1991). *Historical dictionary of European Imperialism* (Archived 12 April 2021)

Osiander, A. (2001). *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*, *International Organization*, Vol. 55, No. 2. pp. 251-287.

Preliminary Observation by the finish minister on the report of the Committee of Jurists, January/February 1921

Rahmatifar, Samaneh (2023), Peaceful Defense: Formulation of Saadi's Theory of War Law, *Legal Studies*, 2023, Volume 15, Issue 2, pp 73-110 [In Persian]

Report of International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the task of Giving an advisory Opinion upon the legal aspects of the Aaland Island question, *Official Journal of the League of Nations*, Special Supplement No, 3, October 1920.

Report on the work of ILC, Int'l Law Commission, Report on the work of its 53rd Sess. / 23 April- 1 June and July- 10 August 2001, CAOR, 55th Sess, Supplement no, 10, A/56/10, Chapter III

Security Council Resolutions 1246 of 11 June 1999 and 1272 of 25 October 1999

Security Council resolutions: 1199, 23 Sep 1998, 1160, 31 March 1998, 1203, 24 October 1998,

Several Protesters in Ingushetia Injured in Clashes with Police. (27 March 2019.) Radio Free Europe/Radio Liberty.

Saifi, J. (1994). Developments in the concept of state sovereignty in light of the principle of self-determination of nations, *Journal of Legal Research*, 1(120), 237-265[In Persian]

Tavakoli, A. (2011). Democratic Legitimacy and the Evolution in the Concept of Identifying Countries and Governments, *Journal of Law Research*, 13(32), 1-30[In Persian]

- Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v. Costa Rica), 18 October 1923, RIAA, I (375)
- Tladi, D. (2019). Special Rapporteur, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens), *International Law Commission*, 71st Sess., U.N. Doc. A/CN.4/727
- UNGA Res 47/114 [16 December 1992] UNSC Res 242 [22 November 1967] UN Doc S/RES/242 [1967])
- Vrushali, P. (2008). *Negotiating Decolonization in the United Nations Politics of Space, Identity, and International Community*, New York & London, Routledge press
- Walker, S. (23 September 2022). 'Referendums' on joining Russia under way in occupied Ukraine. the Guardian. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2022/sep/23/occupied-parts-of-ukraine-prepare-to-vote-on-joining-russia>
- Webster, D. (1975). *Warfare and the Evolution of the State: A Reconsideration*, *American Antiquity*, 40(4), pp. 464 – 470. DOI: <https://doi.org/10.2307/279334>
- Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975
- Yearbook of ILC, 1966 Vol 2, p 248
- Zakerhossein, M. A. (2024). Settlements and Settlers in the Occupied Territories from the International Criminal Law Lens, *Journal of Legal Studies*, 16(1), 391-426. [In Persian]
- Ziaee, Y. (2012). Recognition in International Law: Legal Effects of the Recognition of Kosovo, Abkhazia and South Ossetia, *Journal of Legal Research*, 9(17). 115-144[In Persian]
- Ziaee, Y. (2013). An Introduction to Secessionism in International Law, *Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research*[In Persian]



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.51252.5214>



Research Article

Recognition of the Modes of Acquisition of Ownership; A Comparative Study in the Laws of Iran and Egypt, Imamiyyah and Sunni Jurisprudence

Habibollah Rahimi^{1*}, Erfan GholamHosseini²

1. Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University
2. MA in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 21-09-2024

Accepted: 11-12-2024

Abstract

Introduction: The modes of acquisition of ownership (Asbāb al-Tamalluk) are among the fundamental topics in civil law, which, despite their great importance, have received less attention. Article 140 of the Civil Code of Iran, in stating the modes of acquisition of ownership, is drafted with an exclusive language, making it appear as if the legislator considers the creation of ownership to be confined to those specific instances. However, the existence of numerous other modes of ownership is inconsistent with the ostensibly exclusive nature of this article. Consequently, the position of the modes that create ownership—as the most complete real right and the most important proprietary right—remains ambiguous. This research seeks to clarify the reasons for the exclusive language of the modes of acquisition of ownership in Article 140 by examining sources aligned with the Iranian legal system. Furthermore, it aims to identify its types and classifications, and to reveal the origin of the introduction of this discussion into the Civil Code.

Please cite this article as:

Rahimi, H., GholamHosseini, E (2025). Recognition of the Modes of Acquisition of Ownership; A Comparative Study in the Laws of Iran and Egypt, Imamiyyah and Sunni Jurisprudence. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 215-258. doi: <https://10.22099/JLS.2024.51252.5214>.

* Corresponding author:

E-mail address: Rahimi@atu.ac.ir

Methods: This fundamental research, with a descriptive-analytical and comparative approach, studies various aspects of the modes of acquisition of ownership. Also, for data collection using the library method, it examines various legal sources within the legal systems of Iran and Egypt, as well as Imamiyyah and Sunni jurisprudence.

Findings: The discussion on the Shari'a modes of acquisition of ownership has long been present in Imamiyyah and Sunni jurisprudence; so much so that some jurists have endeavored to explain these modes comprehensively—an indication that the enumeration of the modes of ownership has a clear precedent in jurisprudence. This subject is also observed in the Egyptian Civil Code under the title "Modes of Acquiring Ownership" (*Asbāb Kasb al-Milkiyyah*), which indicates the Egyptian legislator's intent to limit these modes; although the limited examples provided in this code are not considered complete either. Also noteworthy is the presentation of the types of modes of acquisition of ownership in Article 1248 of the *Majallah al-Ahkām al-'Adliyyah* (The Ottoman Civil Code). Therefore, the limitation of the modes of acquisition of ownership is preceded by precedent, and Article 140 of the Iranian Civil Code was also enacted not due to a literary error, but consciously and in line with that previous practice; however, like them, it has not succeeded in limiting these modes and has omitted some instances. Thus, contrary to the popular opinion of jurists, the topic of the modes of acquisition of ownership cannot be considered merely a French import; rather, Article 140 of the Civil Code, like some other articles, is an adaptation drawn simultaneously from both jurisprudence (*Fiqh*) and French civil law. A comparative study with the jurisprudence of the [Islamic] schools of law and Egyptian law reveals that there are numerous instances of modes of acquisition of ownership that the Iranian legislator has not addressed. However, in general, the modes of acquisition of ownership can be divided into three categories: Voluntary (*Ikhtiyārī*), Involuntary (*Qahrī*), and Fulfillment of Obligations Creating Ownership (*Īfā' al-Tazammunāt Mūjdat al-Milkiyyah*).

Voluntary modes include contracts (*'Uqūd*) and unilateral dispositions (*Īqā'āt*). Contracts creating ownership, in addition to the technical translative contracts (*'Uqūd al-Tamlīkiyyah al-Iṣṭilāhiyyah*), also include dower (*Mahr*), rescission by mutual agreement (*Iqālah*), and a resolutive condition (acting like a suspended rescission - *al-Sharṭ al-Fāsikh ka-māthil al-Iqālah al-Mu'allaqah*). Ownership-creating unilateral dispositions (*al-Īqā'āt al-Mumlikah*) include appropriation of ownerless things (*Ḥiyāzat al-Mubāḥāt*), pre-emption (*Shuf'ah*), rescission of a translative contract (*Faskh al-'Aqd al-*

Tamlīkī), retraction from a gift (Rujū‘ ‘an al-Hibah), and confiscation (Muṣādarah).

Involuntary modes are created by operation of law or Shari'a and include inheritance (Irth), accession/annexation (Tabi‘iyyah), dissolution of a translative contract by operation of law (Infiṣākh al-‘Aqd al-Tamlīkī bi-ḥukm al-qānūn), and the ownership of a usurper over a usurped thing that has undergone a change in essence (transformation - al-Māl al-Maghṣūb al-Mutaghayyir al-Māhiyyah).

Fulfillment of obligations creating ownership itself falls into three parts: First, fulfillment of obligations arising from involuntary guarantee (legal/quasi-delictual obligations - Ḍamān Qahrī), such as returning the equivalent in case of loss or destruction of property (Radd al-Mithl fī Talaf aw Itlāf al-Māl). Second, fulfillment of legal obligations (al-Tazammunāt al-Qānūniyyah), such as alimony (Nafaqah) in case of delivery of the specific thing. Third, fulfillment of contractual obligations (al-Tazammunāt al-Taḳwūdiyyah), such as fulfillment of the obligation in a contract of manufacture (‘Aqd al-Iṣtinā‘) where the construction of the product causes the ownership of the obligee (al-Muta‘ahhid lahu).

Conclusion: Despite the various instances of legitimate and legal modes of acquisition of ownership in different sources, providing a list, even if comprehensive, of these modes in the law is not feasible. Based on this, the existence of an article aiming to enumerate these modes is unnecessary and exemplifies legislative inflation (Ṭūrām al-Qawānīn - inflation of laws). Therefore, it is preferable to delete this article and leave the possibility of identifying these modes to the courts and legal doctrine. However, if the intention is to retain a list of these modes, presenting their general classification in the manner of the jurists is the best choice. Hence, amending this article as follows is proposed: "Ownership is obtained through all legal causes (Asbāb Qānūniyyah), including voluntary causes, involuntary causes, and the fulfillment of obligations creating ownership."

Keywords: Modes of Acquisition of Ownership (Asbāb al-Tamalluk), Limitation of the Modes of Acquisition of Ownership (Ḥaṣr Asbāb al-Tamalluk), Ownership (Milkiyyah), Modes of Creating Ownership (Asbāb Ijād al-Milkiyyah), Article 140 of the Civil Code (Māddah 140 Qānūn Madanī).

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>doi: <https://10.22099/JLS.2024.51252.5214>

مقاله پژوهشی

بازشناخت اسباب تملک؛ مطالعه تطبیقی با حقوق ایران و مصر، فقه امامیه و اهل سنت

حبیب‌الله رحیمی^{۱*}، عرفان غلامحسینی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
۲. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۳۱

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: اسباب تملک از مباحث اساسی حقوق مدنی است که با وجود اهمیت فراوان، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۱۴۰ قانون مدنی در بیان اسباب تملک، با ادبیاتی حصری تنظیم شده که چنین می‌نمایاند گویی قانون‌گذار ایجاد مالکیت را منحصر به همان موارد می‌داند. حال آنکه وجود اسباب متعدد دیگر برای مالکیت، با ظاهر حصری این ماده ناهمخوان است. بنابراین جایگاه اسباب پدیدآورنده مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین حق عینی و مهم‌ترین حق مالی، همچنان مبهم باقی مانده است. این پژوهش در پی آن است که با بررسی منابع همسو با نظام حقوقی ایران، علل ادبیات حصرگونه اسباب تملک در ماده ۱۴۰ را روشن سازد و ضمن بازشناسی اقسام و دسته‌بندی آن، منشأ ورود این بحث به قانون مدنی را آشکار کند.

استناد به این مقاله:

رحیمی، حبیب‌الله و غلامحسینی، عرفان (۱۴۰۴). بازشناخت اسباب تملک؛ مطالعه تطبیقی با حقوق ایران و مصر، فقه امامیه و اهل سنت. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۲۱۵-۲۵۸

E-mail address Rahimi@atu.ac.ir

* نویسنده مسئول:

روش‌ها: پژوهش بنیادی حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی و به صورت تطبیقی، جوانب گوناگون اسباب تملک را مورد مطالعه قرار می‌دهد. همچنین برای جمع‌آوری اطلاعات با استفاده از شیوه‌ی کتابخانه‌ای، به مطالعه منابع مختلف حقوقی در نظام حقوقی ایران، مصر و همچنین فقه امامیه و اهل سنت می‌پردازد.

یافته‌ها: بحث درباره اسباب تملک شرعی از دیرباز در فقه امامیه و اهل سنت مطرح بوده است؛ چنان‌که برخی فقها کوشیده‌اند تا این اسباب را به صورت جامع تبیین کنند؛ امری که نشان می‌دهد احصای اسباب مالکیت در فقه پیشینه‌ای روشن دارد. این موضوع در قانون مدنی مصر نیز با عنوان «اسباب کسب مالکیت»، ملاحظه می‌شود که نشان از قصد قانون‌گذار مصری در حصر اسباب مزبور دارد؛ گرچه مصادیق محصور ارائه‌شده در این قانون نیز، کامل تلقی نمی‌شود. همچنین ارائه اقسام اسباب تملک در ماده ۱۲۴۸ مجله‌الاحکام هم قابل ملاحظه است. بنابراین حصر اسباب تملک مسبوق به سابقه بوده و ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران نیز نه از سر خطای ادبی، بلکه آگاهانه و در راستای همان رویه پیشین وضع شده است؛ اما مانند آن‌ها، در حصر این اسباب، توفیق نیافته و برخی مصادیق را از قلم انداخته است. بنابراین، برخلاف نظر مشهور حقوق‌دانان، نمی‌توان موضوع اسباب تملک را صرفاً رهاوردی فرانسوی دانست؛ بلکه ماده ۱۴۰ قانون مدنی، همچون برخی مواد دیگر، اقتباسی توأمان از فقه و قانون مدنی فرانسه است.

مطالعه تطبیقی با فقه مذاهب و حقوق مصر نشان می‌دهد که مصادیق فراوانی از اسباب تملک وجود دارد که قانون‌گذار ایرانی به آن‌ها نپرداخته است. اما به‌طور کلی، اسباب تملک در سه دسته قابل تقسیم‌اند: ارادی، قهری و ایفای تعهدات موجد مالکیت. اسباب ارادی شامل عقود و ایقاعات است. عقود موجد تملک علاوه بر عقود تملیکی اصطلاحی، مهریه، اقاله و شرط فاسخ (به‌مثابه اقاله معلق) را نیز دربر می‌گیرد. ایقاعات مملک نیز شامل حیازت مباحات، شفعه، فسخ عقد تملیکی، رجوع از هبه و مصادره می‌شود. اسباب قهری به حکم قانون یا شرع ایجاد می‌شوند و شامل ارث، تبعیت، انفساخ عقد تملیکی به حکم قانون و مالکیت غاصب بر مال مغضوب تغییر ماهیت یافته، می‌شود.

ایفای تعهدات موجد مالکیت نیز، خود در سه قسم می‌گنجد: نخست، ایفای تعهدات ناشی از ضمان قهری، مانند رد مثل در تلف یا اتلاف مال، دوم، ایفای تعهدات قانونی، همچون نفقه در صورت تسلیم عین و سوم، ایفای تعهدات قراردادی، نظیر ایفای تعهد در عقد استصناع که ساخت محصول، سبب تملک متعهدله می‌گردد.

نتیجه‌گیری: با وجود مصادیق گوناگون از اسباب تملک مشروع و قانونی در منابع مختلف، ارائه‌ی فهرستی ولو جامع از این اسباب در قانون ممکن نیست. بر همین بنیاد، وجود ماده‌ای در مقام احصای

این اسباب، بلاوجه و مصداق تورم قوانین است. بنابراین، بهتر است با حذف این ماده، امکان تشخیص این اسباب را به محاکم و دکترین حقوقی واگذار نمود. اما چنانچه قصد بر ابقای فهرست این اسباب باشد، ارائه‌ی دسته‌بندی کلی آن‌ها به روش فقها، بهترین انتخاب است. لذا اصلاح این ماده به این صورت، پیشنهاد می‌شود: «مالکیت با کلیه‌ی اسباب قانونی، شامل اسباب ارادی، قهری و ایفای تعهدات موجد مالکیت، حاصل می‌شود».

واژگان کلیدی: اسباب تملک، حصر اسباب تملک، مالکیت، اسباب ایجاد مالکیت، ماده ۱۴۰ قانون مدنی.

سرآغاز

در عالم حقوق، حتی مفاهیمی که بدیهی به نظر می‌رسند، ممکن است محل چالش‌ها و بحث‌های سر به مهر بسیاری باشند. اسباب تملک به‌عنوان یکی از مباحث ابتدایی و مبنایی در حقوق مدنی، به‌رغم اهمیتی که حتی در بادی امر از نام آن نیز مشخص می‌شود، در زمره مفاهیمی است که در خیل انبوه پژوهش‌های حقوق خصوصی مهجور مانده است. بی‌تردید، اسباب تملک یا اسباب ایجاد مالکیت که به لحاظ جوهره و ذات خود، ارتباطی نزدیک و جایگاهی مهم در مباحث مختلف حقوق مدنی دارد، نباید مکتوم بماند. به‌ویژه اینکه حمایت از مالکیت در اسلام به‌عنوان منبع اصلی حقوق ایران، به‌قدری مورد توجه است که روایت می‌شود: «حرمت مال انسان مثل جان و خون او است» (شیخ‌طوسی، ۱۳۸۷ق: ۵۹)؛ بنابراین، اسباب پدیدآور مالکیت، به‌عنوان کامل‌ترین حق عینی و حتی مهم‌ترین حق مالی، باید به‌روشنی، تبیین شود.

ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران^۱ که به موضوع اسباب تملک می‌پردازد، به لحاظ ادبی، چنان تنظیم شده است که القای حصر می‌نماید؛ بدین معنی که گویی مقنن ایجاد مالکیت را تنها به موارد مندرج در این ماده، منحصر می‌داند. در حالی که وجود اسباب تملک دیگری، خارج از موارد این ماده، نظیر فسخ عقد تملیکی، تبعیت یا ایفای دین مملک، حقوق‌دانان را در حصری یا تمثیلی بودن این ماده، به اندیشه واداشته است؛ نتیجه آنکه غالب نویسندگان، ضمن معرفی برخی مصادیق مملک تصریح‌نشده، اعتقاد بر تمثیلی بودن مصادیق این ماده دارند (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۱۰-۳۰۹)؛ بنابراین، پرسش بنیادین آن است که القای حصر در این ماده، سهو ادبی قانون‌گذار است یا اینکه مقنن، آگاهانه در پی حصر این اسباب بوده است.

۱. تملک حاصل می‌شود: الف. به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه. ب. به وسیله عقود و تعهدات. پ. به وسیله اخذ به شفعه. ت. به ارث.

مطالعه دیدگاه‌های حقوقی در باب اسباب تملک، نشان می‌دهد که بیشتر نویسندگان، ماده ۱۴۰ قانون مدنی و ارائه فهرستی برای اسباب تملک را تقلیدی از قانون مدنی فرانسه می‌دانند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۳۹). ارائه پاسخ کامل برای ابهامات قبلی، مستلزم تبیین خاستگاه اسباب تملک در حقوق ایران است؛ بنابراین، پرسش دوم، چگونگی وضعیت خاستگاه آن است؛ چنان‌که آشکار شود آیا موضوع اسباب تملک، صرفاً ارمغانی غربی است یا در فقه اسلامی پیشینه دارد که گذشته و بن‌مایه حقوق ایران است؛ همچنین در صورت وجود سابقه فقهی برای آن، چه در فقه امامیه و چه در فقه اهل سنت، کیفیت و کمیت دیدگاه‌های فقهی چگونه است.

وانگهی، پژوهش تطبیقی در حقوق مصر برای اعتلای حقوق ایران، عواید بسیاری دارد. چراکه اولاً، قانون مدنی مصر نظیر ایران، اغلب از قانون مدنی فرانسه و فقه اقتباس شده است (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۱: ۶۱)؛ همین اشتراک در منابع نیز به درک بهتر مفاهیم حقوق مصر و سهولت انطباق یافته‌های مطالعه تطبیقی می‌انجامد. ثانیاً، تنظیم قانون مدنی در بسیاری از کشورهای عربی به‌ویژه سوریه و عراق، تقلید عمیقی از قانون مدنی مصر است، چنان‌که حقوق‌دانان مصری، شرح قانون مدنی مصر را به‌منزله شرح قوانین مدنی این کشورها، دانسته‌اند (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۱: ۱۰-۹). همین امر سودمندی مطالعه قانون مدنی مصر، به‌عنوان خاستگاه قوانین مدنی برخی دیگر از کشورهای اسلامی را دوچندان می‌سازد.

میان پژوهش‌های موجود، پیشینه‌ای مشابه با کلام این نوشتار، ملاحظه نمی‌شود. به‌طور مثال، مقاله «رویکرد نظری به اسباب تملک آثار فکری»، با تحلیل مالکیت فکری و ارتباط آن با اسباب تملک، تنها در صدد توجیه آن، ذیل برخی اسباب، همچون حیات است (حبیبی و شهبازی، ۱۳۹۶: ۴۹-۲۷). حال آنکه تحقیق کنونی، مالکیت فکری را متفاوت از معنای خاص مالکیت و مدنظر در اسباب تملک می‌داند. همچنین، مقاله «تحلیل تطبیقی مفهوم، اسباب حدوث، انتقال و زوال مالکیت و حق»، در اساس مالکیت را نوعی حق ندانسته و موضوع آن را به اشیای غیرمادی نیز تعمیم داده است.

در تنها بخش هم‌سو با پژوهش حاضر نیز، به‌طور مختصر به معرفی دسته‌بندی اسباب حدوث مالکیت، شامل اسباب فعلی تملک (حیازت مباحات) و اسباب انتقال مالکیت (اعمال و وقایع حقوقی) می‌پردازد (فصیحی‌زاده و حیدری، ۱۳۹۶: ۱۷۲-۱۵۳)، اما علاوه بر تفاوت ماهوی موضوع و قلمروی مطالعه تطبیقی میان این دو نوشتار، تحقیق پیش‌رو، اشیای غیرمادی را خارج از مالکیت در بحث اسباب تملک می‌داند. اما دسته‌بندی ارائه‌شده و برگرفته از فقه در مقاله مزبور نیز، همچون سایر تقسیم‌بندی‌ها، بررسی خواهد شد.

اما در جهت پاسخ به پرسش‌های پیش‌تر بیان‌شده، در نخستین گفتار این مقاله به تعریف اسباب تملک و مفهوم مالکیت مدنظر در آن، پرداخته می‌شود؛ سپس در گفتار دوم، به پیشینه این بحث در فقه امامیه و اهل سنت می‌پردازد؛ سومین گفتار نیز، اسباب تملک در حقوق ایران، مصر و مجله الاحکام را بررسی می‌کند؛ سرانجام در گفتار چهارم، مصادیق این اسباب با تقسیم بر سه دسته، شامل ارادی، قهری و ایفای تعهدات موجد مالکیت، تحلیل می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. تعریف اسباب تملک

برخی نویسندگان، «اسباب تملک» را به «وسایل قانونی که شخص از طریق آنها می‌تواند، مالی به‌عنوان مالکیت به دست آورد» تعریف کرده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۹: ۱۸۴). وانگهی عبارت اسباب تملک، مرکب از دو اصطلاح اسباب و تملک است؛ تملک در ادامه و همراه با مفهوم مالکیت، تبیین می‌شود. اما اسباب، اسم جمع سبب و هر دو از اصطلاحات متداول در فقه و حقوق هستند؛ مراد از سبب نیز، مفهومی است که از وجود آن، وجود چیزی و از عدم آن، عدم آن چیز، لازم می‌آید (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ج ۱: ۱۹۶؛ قرافی، بی‌تا، ج ۱: ۶۰)؛ بنابراین و با توجه به

مباحث اسباب تملک در فقه و حقوق تطبیقی، می‌توان در تعریفی دقیق‌تر اظهار داشت که اسباب تملک، «موجباتی ارادی یا غیرارادی هستند که بر اثر تحقق آنها، حق مالکیت ایجاد می‌شود».

۱-۲. قلمروی مفهوم مالکیت در اسباب تملک

حق مالکیت، مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی ایران و ماده ۸۰۲ قانون مدنی مصر،^۱ عبارت است از کامل‌ترین و وسیع‌ترین حق عینی که به موجب آن، مالک در چارچوب قوانین، حق هرگونه استفاده، بهره‌برداری و تصرف را در مال موضوع مالکیت خویش دارد (برای، ۲۰۲۴م: ۲۱-۱۳)؛ بنابراین، علت معرفی اسباب تملک در قانون و فقه، ارائه طرق قانونی و مشروع اکتساب مالکیت مورد حمایت قانون‌گذار است.

با دقت در تعریف حق مالکیت، مشخص می‌شود که برخی مصادیق استفاده از اصطلاح مالکیت، صرفاً به معنای دارا شدن و متفاوت از مالکیت اصطلاحی یا در معنای خاص خود است. چنان‌که دارا بودن حقوق فکری که بدان مالکیت فکری گفته می‌شود؛ گرچه به معنای تعلق حقوقی است که ارزش اقتصادی دارد، اما موضوع آن، یک شی مادی یا عین خارجی نیست (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۱۱-۳۱۰)؛ لذا چون مالکیت در معنای خاص، کامل‌ترین نوع حقوق عینی و اسباب تملک نیز اسباب کسب این معنای مالکیت است؛^۲ مالکیت فکری و طرق کسب آن از مبحث اسباب تملک خارج خواهد بود. همچنین، مالکیت مافی‌الذمه که به معنای دارا شدن دین موجود در ذمه خویش است؛ فاقد عینیت، به‌عنوان وصف جوهری مالکیت جوهری است؛ بنابراین مالکیت در معنای دقیق، تلقی نشده و از موضوع اسباب تملک، خارج است.

۱. المادة ۸۰۲ القانون المدنی المصری: لمالک الشیء وحده، فی حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فیہ.

۲. با وجود این، دیدگاه اخیر همواره مخالفانی نیز داشته است؛ چنان‌که به اعتقاد برخی نویسندگان، نه تنها این چهره از داراشدن، همان مالکیت اصطلاحی است؛ بلکه قلمروی «عین»، شامل دیون نیز می‌گردد (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۸).

البته نباید چنین پنداشت که تعبیر مالکیت به کامل‌ترین حق عینی، صرفاً به معنای دارا شدن اعیان است؛ بلکه بند اول ماده ۲۹ قانون مدنی، به صراحت مالکیت را «اعم از عین یا منفعت» می‌داند؛ بنابراین منافع اعیان نیز مصداقی از حقوق عینی و مالکیت اصطلاحی خواهند بود؛ زیرا منافع در ملکیت مالک می‌روید و وی از تمام حقوق مالکانه در منفعت به‌عنوان موضوع حق مالکیت خویش، برخوردار می‌شود؛ چنان‌که ماده ۴۶۶ قانون مدنی که عقد اجاره را موجد تملیک منافع و عقدی تملیکی می‌داند؛ تأییدی بر این سخن است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۸۱). علاوه بر سبب عقدی در تملک منافع، تبعیت به معنای مالکیت منافع به تبع مملوک نیز سبب دیگری در تملک است (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۰۷-۳۰۶)؛ بنابراین، مالکیت اعیان و منافع، موضوع و معنای خاص مالکیت هستند و در بحث اسباب تملک نیز، همین معنی مدنظر است. همین امر به خروج مصداقی مالکیت ناقص، همچون حق انتفاع و ارتفاق می‌انجامد. وانگهی، دلالت مالکیت بر عین و منافع در تألیفات فقهی نیز سابقه دارد؛ چنان‌که در «محل تملیک»، می‌گویند: «از نظر محل تملیک، مالکیت در عین محقق می‌شود نظیر بیع یا منافع اعیان، نظیر آنچه در اجاره، مصداق خواهد داشت» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ج ۶: ۴۷).

۲. پیشینه فقهی اسباب تملک

۱-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه، مباحث مختلفی، گواه آشنایی عمیق فقیهان با سبب تملک است؛ چنان‌که گاهی فقها در استدلال برای مملک نبودن چیزی، آن را مخالف اسباب تملک معلوم و مشخص در شرع دانسته‌اند (کلاتر، ۱۴۱۰ق: ۱۱۱)؛ برخی نیز در شناخت اسباب تملک، علاوه بر شرع، عقل را هم وارد و سرانجام، این اسباب را متعدد دانسته‌اند. (تبریزی، ۱۳۸۹ش: ۲۶۷). همچنین به این اسباب در ابواب گوناگون فقهی، اشاره می‌شود. چنانکه برخی، وصیت تملیکی را همچون سایر عقود نظیر بیع، هبه و صلح،

سبب تملک نامیده‌اند؛ سپس با معرفی وقف، به‌عنوان سبب دیگری برای تملک، به تحلیل و تمییز آنها، پرداخته‌اند (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۴: ۶۷۹).

اما پاره‌ای از تألیفات فقهی، گامی پیش‌تر رفته و به‌صورت خاص، به اسباب تملک پرداخته و فهرست مبسوطی برای آن، ارائه کرده‌اند؛ چنان‌که در مشارق الاحکام، نویسنده با تذکر به اینکه عناوین مذکور وی، تمثیلی است؛ در سه دسته، مصادیق مفصلی از اسباب تملک را نام می‌برد. مهم‌ترین مصادیق دسته اول، احیا و حیات، ارث، قراردادهای ناقله، وصیت، وقف، صدقه و گرفتن دین است. دسته دوم، اسبابی است که با جبر مبتنی بر اجازه شرع، مالکیت را فراهم می‌آورد؛ از جمله شفعه، تصاحب جبری (تقاص) مالی از بدهکاری که در تأدیه دیون خود، کاهلی می‌کند، فروش جبری مال بدهکاری که از پرداخت دیون خویش، استنکاف می‌کند و برداشتن طلب از ثمن بیع مزبور و همچنین، رجوع بایع به عین مبیع به‌عنوان حق تقدم در ورشکستگی مشتری. دسته سوم نیز تملک اموال مجهول‌المالک نظیر لقطه و گنج و همچنین مالکیت ناشی از اختلاط مال حلال با حرام است (نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲۷). گرچه کوشش بسیاری در ارائه فهرستی مفصل از اسباب تملک یا ایجاد مالکیت، مشهود است، اما ظاهراً در تفکیک و دسته‌بندی، ماهیت این اسباب، چندان مدنظر نبوده است؛ زیرا از نظر تحلیلی و به‌ویژه در دسته اول و سوم، ارتباط دقیقی میان مصادیق، وجود ندارد.

در تحریرالمجله که شرح مجله‌الاحکام مطابق فقه امامیه است؛ اسباب تملک، به دو دسته قهری، نظیر ارث جنایات و ارش و همچنین اختیاری، نظیر اکتساب، بیع، صید، حیات مباحات و احیای اراضی موات تقسیم می‌شود (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق: ۴۳۲). تقسیم اسباب تملک به اختیاری و قهری نزد فقهای امامیه، شیوه‌ای مرسوم است؛ چنانکه برخی دیگر با ارائه همین دسته‌بندی، برای سبب اختیاری، عقود و ایقاعات را مثال می‌زنند و سبب قهری را شامل مرگ که موجب نقل مالکیت با ارث می‌شود و انقلاب، به‌معنای تغییر ماهیت مملوک، می‌دانند (عراقی، ۱۳۹۲: ۱۴۸-۱۴۷).

۲-۲. فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت هم توجه دقیقی به اسباب تملک وجود دارد. قرافی فقیه مالکی، اسباب مختلفی نظیر بیع، صدقه و ارث را برای مالکیت معرفی و سپس این اسباب را به دو دسته فعلی، مثل حیازت مباحات و قولی، نظیر بیع تقسیم کرده است (قرافی، بی تا، ج ۳: ۲۳۶-۲۳۲). اما در این دسته بندی، ارث به عنوان سببی قهری برای مالکیت، در هیچ یک از دسته ها نمی گنجد؛ بنابراین، به نظر می رسد این تقسیم بندی، تنها ناظر بر اسباب ارادی مالکیت است.

سیوطی فقیه شافعی نیز اسباب تملک را شامل معاوضات، ارث، هبه، وصیت، وقف، غنیمت، احیا، صدقه، تملک لقطه، دبه و اختلاط مال مغضوب با مال غاصب یا دیگری به صورت غیرقابل تمیز، دانسته است (سیوطی، ۱۹۹۰م: ۳۱۷). زحیلی فقیه شافعی نیز برای اسباب تملک، چهار مورد را نام می برد که عبارت است از: استیلا بر مال مباح، عقود، خلیفه (جانشینی مالکی به جای مالک دیگر یا جایگزینی مالی به جای مال دیگر) و تولد چیزی از مال مملوک (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۰۵). ابن نجیم، فقیه حنفی هم در معرفی اسباب تملک، علاوه بر تکرار همین مصادیق، مهریه، خلع، استیلا بر موارد مجاز و همچنین مالکیت ناشی از فعل غاصب به دلیل تغییر ماهیت و افزایش ارزش مال مغضوب را نیز می افزاید. این فقیه درباره تفاوت ماهوی اسباب مذکور، به این مهم اشاره می کند که بدون اختیار انسان چیزی به مالکیت او در نمی آید؛ مگر به ارث و وصیت، در فرضی که موصی له پس از فوت موصی و قبل از قبول فوت نماید (ابن نجیم، ۱۹۹۹م: ۲۹۹).

۳. اسباب تملک در حقوق موضوعه

۳-۱. اسباب تملک در قانون مدنی ایران

چنانکه اشاره شد، ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران در مقام معرفی اسباب تملک، القای حصر می‌کند؛ در حقیقت اگر مطابق شیوه نگارش این ماده، تمام اسباب تملک را احصاشده دانست، مصادیق موجد مالکیت دیگری، نظیر مالکیت به تبعیت، ایفای دیون موجد مالکیت و همچنین برخی ایقاعات مملک، نظیر فسخ عقد تملیکی، در هیچ یک از موارد این ماده، نمی‌گنجد (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۱۰-۳۰۹)؛ بنابراین برای پی‌بردن به حصری یا تمثیلی بودن این ماده، نخست باید به تحلیل مراجع اقتباس آن و سپس، کشف مصادیق اسباب مزبور پرداخت.

برخی نویسندگان ایرانی، ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران را تقلیدی از مواد ۷۱۱ و ۷۱۲ قانون مدنی فرانسه می‌دانند که قانون‌گذار ایرانی با تغییراتی، کوشیده است تا مفاد این ماده را با فقه هم‌سو سازد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۴۵). مطابق ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه، «تحصیل و انتقال مالکیت به‌وسیله ارث، هبه، وصیت یا در اثر تعهدات صورت می‌گیرد»؛^۱ ماده ۷۱۲ این قانون نیز مقرر می‌کند: «مالکیت همچنین با تبعیت و مرور زمان موجد حق حاصل می‌گردد».^۲

گرچه واضح است که قانون مدنی فرانسه از منابع تدوین قانون مدنی ایران بوده است؛ اما آنچه از این دیدگاه به ذهن متبادر می‌شود، فقدان پیشینه این موضوع در منابع فقهی و عاریتی دانستن بحث حاضر است. حال آنکه تصویب قانون مدنی فرانسه، به حدود دو قرن قبل (۱۸۰۴م)، یعنی اوایل قرن سیزدهم هجری قمری باز می‌گردد؛ اما برخی فقها، پیش از شهرت این قانون، به اسباب تملک پرداخته‌اند. چنانکه تنها از

1. Article 711: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

2. Article 712: La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription.

مباحث فقهی ارائه شده در این نوشتار، قرافی در قرن هفتم، سیوطی در قرن نهم، ابن نجیم در قرن دهم و از میان فقهای امامیه نراقی در همان قرن، به صورت اختصاصی به اسباب تملک پرداخته‌اند. همچنین، همان‌طور که ملاحظه خواهد شد، *مجله الاحکام* در قرن چهاردهم به عنوان قانونی مبتنی بر فقه اهل سنت به ویژه فقه حنفی، در دسترس قانون‌گذار ایران قرار داشته است؛ بنابراین، نمی‌توان ورود مبحث اسباب تملک به حقوق ایران را تنها رهاوردی فرانسوی و فاقد پیشینه در فقه دانست.

۳-۲. اسباب تملک در قانون مدنی مصر

پیش از تصویب قانون مدنی کنونی مصر، قانون مدنی سابق این کشور، موسوم به «قانون مدنی مختلط» مصوب ۱۸۸۳، حاکم بود؛ ماده ۴۴ این قانون در حکمی شبیه به مواد ۷۱۱ و ۷۱۲ قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، درباره اسباب تملک مقرر می‌کرد: «مالکیت و حقوق عینی با اسباب آتی کسب می‌گردد که عبارت است از: عقود، هبه، ارث، وصیت، وضع ید، اضافه شدن ملحقات بر ملک، شفعه، گذشت زمان طولانی».^۱ اما با نسخ این قانون، قانون مدنی جدید مصر مصوب ۱۹۴۸، فاقد ماده‌ای نظیر ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران برای ارائه فهرست اسباب تملک است.

وانگهی برخلاف قانون مدنی ایران که بلافاصله پس از قید عنوان «در اسباب تملک» برای کتاب دوم، فهرستی از اسباب تملک را در ماده ۱۴۰ خود، ارائه می‌کند؛ در قانون مدنی جدید این کشور، ساختار مبحث اسباب تملک به این صورت است که ابتدا فصلی را به «اسباب کسب مالکیت» اختصاص می‌دهد؛^۲ سپس در طی هفت بند، این

۱. ماده ۴۴ القانون المختلط: تكتسب الملكية والحقوق العينية بالأسباب الآتية وهي: العقود. الهبة. الميراث والوصية. وضع اليد. إضافة الملحقات للملك. الشفعة. مضي المدّة الطويلة.

۲. کتاب سوم این قانون، «حقوق عینی اصلی» است و باب اول آن «حق مالکیت»، نام دارد و عنوان فصل دوم آن، «اسباب کسب مالکیت» است.

اسباب را برمی‌شمارد که عبارت است از: ۱. استیلا، ۲. ارث، ۳. وصیت، ۴. التصاق، ۵. عقد، ۶. شفعه، ۷. حیازت (تصرف).

با وجود ارائه ندادن فهرستی از اسباب تملک در قالب یک ماده، شیوه تنظیم این قانون و بیان عناوین این اسباب ذیل یک مبحث، چالشی نظیر حصری یا تمثیلی بودن اسباب تملک را در حقوق ایران به وجود آورده است. به همین دلیل، حقوق‌دانان مصری با استناد به آرای برخی محاکم، هدف قانون‌گذار را حصر این اسباب دانسته‌اند؛ حال آنکه برخی اسباب از نگاه مقنن مصری، پنهان مانده است (برای، ۲۰۲۴م: ۲۵)؛ برخی دیگر نیز با اشاره به غرض قانون مدنی مصر در حصر این اسباب، به ذکر برخی مصادیق نانوشته، همچون تملیک برای منافع عمومی، ملی‌سازی و مصادره، می‌پردازند (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۱۱).

۳-۳. اسباب تملک در مجله الاحکام العدلیه

مجله الاحکام که روزگاری بر عرصه وسیعی از جوامع اسلامی در قلمروی عثمانی، حاکمیت داشت و بعدها نیز به یکی از مراجع اقتباس قوانین مدنی کشورهای برآمده از فروپاشی آن، مبدل شد؛ در ماده ۱۲۴۸، به صراحت اسباب تملک را سه مورد، معرفی می‌کند: «اولاً، ناقل مالکیت از مالکی به مالک دیگر، مانند بیع، ثانیاً، جانشین شدن با دیگری مثل ارث و ثالثاً، احراز [تصرف] چیزی که مباح است و صاحبی ندارد»^۱. شارحان مجله، نمونه‌های سبب اول، یعنی ناقل در مالکیت را مهریه و تسلیم مالی اعم از آنکه به‌عنوان بدل چیزی یا غیر از آن باشد و تغییر مال مغضوب توسط غاصب، به نحوی که موجب تغییر نام آن مال شود، برشمرده‌اند. همچنین، سبب سوم یا تصرف مال مباح را مالکیت در معنای اصیل و ذاتی خود می‌دانند که به‌رغم آنکه برخی بدون

۱. المادة ۱۲۴۸ مجلة الأحكام العدلیة: اسباب التملک ثلاثة: الاول، الناقل للملک من مالک الی مالک اخر کالبیع والهبة. الثانی: ان یرث احد اخر کالارث. الثالث: احراز شیء مباح لامالک له. وهذا اما حقیقی وهو وضع الید حقیقه علی ذلک الشیء واما حکمی وذلك بتیهته سببه کوضع اناء لجمع المطر ونصب شبکه لاجل الصید.

ضرورت، احیای موات را جداگانه معرفی می‌کنند؛ سبب مزبور شامل احیای موات نیز می‌شود (علی‌حیدر، ۱۹۹۱م: ۲۵۹-۲۵۸).

۴. مصادیق اسباب تملک

پیش از تحلیل انواع اسباب تملک معرفی شده در لوای حقوق و فقه تطبیقی، می‌بایست با توجه به ماهیت آنها، به ارائه دسته‌بندی عقلی این اسباب پرداخت. چنانکه ملاحظه شد، اسباب تملک به اعتبار دخالت اراده تملک‌کننده، به دو دسته ارادی و قهری قابل تقسیم است. همچنین گاهی بر اثر ایفای تعهداتی که به دلایل مختلفی ایجاد می‌شوند، حق مالکیت برای متعهدله ایجاد می‌شود؛ بنابراین، سومین دسته نیز ایفای تعهد موجد مالکیت خواهد بود.

۴-۱. اسباب ارادی

گاهی تلاقی اراده تملیک‌کننده و تملک‌کننده با خلق عقدی، سبب تملک را فراهم می‌آورد؛ گاهی نیز تنها اراده یکی از آنها در قالب ایقاع، سبب در تملک می‌شود؛ بنابراین اراده در این اسباب، نقش جوهری خواهد داشت. تفصیل این اسباب بدین شرح است:

الف. عقود: در فقه و حقوق، عقود به‌عنوان متداول‌ترین سبب مالکیت، جایگاه روشنی دارد. برخی فقها «عقود ناقل مالکیت» را به‌عنوان یکی از اسباب مالکیت تلقی کرده‌اند (فضل‌الله، ۱۴۳۱ق: ۲۰-۱۹)؛ بعضی دیگر با جزئی‌نگری بیشتر، این سبب را به دو دسته، شامل معوض و غیرمعوض، تقسیم می‌کنند (سیوطی، ۱۹۹۰م: ۳۱۷). همچنین، ماده ۱۲۴۸ مجله/الاحکام، «ناقل مالکیت را از مالکی به مالک دیگر، نظیر بیع و هبه»، به‌عنوان اولین سبب مالکیت معرفی می‌کند.

مواد ۹۳۲-۹۳۴ قانون مدنی مصر نیز عقد را یکی از اسباب تملک می‌شمارد. سنهوری درخصوص کسب مالکیت با عقد می‌گوید: «همه عقود موجب کسب مالکیت یا کشف مالکیت نمی‌گردد، بلکه عقودی که کسب مالکیت می‌کند، عبارت است از بیع؛ معاوضه، هبه، شرکت و قرض؛ عقود معین کاشفیت از کسب مالکیت نیز عبارت است از: صلح و تقسیم» (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۳۳۲).

گفتنی است وصیت در مواد ۹۱۵ الی ۹۱۷ قانون مدنی مصر، جداگانه و به‌عنوان یکی دیگر از اسباب تملک، معرفی می‌شود. اما ماده ۹۱۵ این قانون، وصیت را به قوانین اسلامی و قوانین خاص مربوط به آن، احاله می‌دهد؛ به همین دلیل، قانون مزبور، احکام مبسوطی درباره آن ندارد؛ اما به‌رغم آنکه مقنن مصری، وصیت را مجزای از سایر عقود، معرفی می‌کند؛ حقوق‌دانان این کشور، آن را به‌عنوان یکی از عقود منتقل‌کننده مالکیت، همچون بیع، دانسته‌اند (عبدالستار، ۲۰۱۵م: ۳۶۴).

دومین بند ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، عقود را در زمره اسباب مالکیت معرفی می‌کند که شامل قراردادهایی می‌شود که مطابق قانون، دارای اثر تملیک خواهند بود. وانگهی مصادیق آنها، محل بحث است؛ چنانکه برخی فقیهان، با وجود معرفی وقف به‌عنوان یکی از اسباب تملک، آن را ذیل عقود مملک یا ناقله معرفی نمی‌کنند (سیوطی، ۱۹۹۰م: ۳۱۷؛ نراقی، ۱۳۸۰ش: ۱۲۷). اما مطابق قانون مدنی و به‌ویژه ماده ۵۶ آن، بی‌تردید وقف نیز عقد خواهد بود. وانگهی مطابق ماده ۳ قانون سازمان اوقاف مصوب ۱۳۵۴، موقوفه دارای شخصیت حقوقی است که پس از فک ملک، خود مالک مال موقوفه می‌شود؛ بنابراین گرچه وقف موجب تملک موقوفه برای موقوفه‌علیه نمی‌شود، به دلیل انتقال مالکیت از واقف به شخصیت حقوقی موقوفه، سبب تملک وی است (عامری و مصلحیان، ۱۳۹۲: ۱۶۲)؛ بنابراین وقف، عقدی تملیکی است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۸۱). فقها نیز وقف را عقدی غیرمعوض، مفید مالکیت عین و سرانجام، سبب مالکیت، دانسته‌اند (سنگلجی، ۱۳۵۳: ۲۴).

بیشتر عقود مملک یا موجد مالکیت نظیر بیع، اجاره و وصیت تملیکی،^۱ همان عقود تملیکی اصطلاحی هستند؛ اما چنانکه ملاحظه خواهد شد، پاره‌ای از عقود، گرچه عقد تملیکی قلمداد نمی‌شود، موجد مالکیت مستقیم و اثری همچون عقود تملیکی دارند؛ بنابراین می‌توان عقود تملیکی را قراردادهایی دانست که به دلیل شیاع در تملک، با این نام شناخته می‌شوند، حال آنکه برخی دیگر از عقود نیز به‌رغم آنکه متداول نیستند، واجد اثر مالکیت خواهند بود. بر این اساس، رابطه منطقی عقود موجد مالکیت و عقود تملیکی، عموم و خصوص مطلق است. چنانکه مطابق مواد ۱۰۷۸ و ۱۰۸۲ قانون مدنی، مهریه عقدی تبعی و به تبع نکاح است و در صورت عین بودن موضوع آن، واجد اثر تملیک می‌شود. همچنین تملیک ناشی از خلع و مبارات نیز مصداقی از سبب تملک است (ابن نجیم، ۱۹۹۹م: ۲۹۹؛ نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲۷)؛ این سبب هم به دلیل ماهیت توافقی، مبنی بر اعمال حق طلاق زوج و عدم رجوع در ازای عوض، در این دسته، قرار می‌گیرد.

اقاله عقد تملیکی نیز به دلیل ماهیت قراردادی آن، مصداق دیگری از عقود مملک است که با تحقق اعاده مالکیت به‌عنوان اثر اقاله، سبب تملک مجدد تملیک‌کننده سابق و ورود مال به دارایی وی، می‌شود. وانگهی شرط فاسخ نیز از نظر تحلیلی، اقاله‌ای معلق است (شهیدی، ۱۴۰۱: ۶۲)؛ بنابراین چون در عقود تملیکی، سبب تملک مجدد مال به مالک سابق می‌شود، ذیل اقاله قابل طرح است.

اما در تمام عقود مملک، اراده به شکل حقیقی خود، ظهور نمی‌یابد. چنانکه گاهی به دلیل ضرورت و برخی مصالح عمومی، مانند توسعه راه‌ها، حاکمیت، اموال مردم را تملک می‌کند؛ در این صورت، اراده حاکمیتی به نیابت از مالک، عقد اجباری را با قیمت عادلانه منعقد خواهد کرد؛ بنابراین، عقد سبب تملک، می‌تواند رضایی یا جبری باشد (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۱۳). چنانکه بخش اخیر ماده ۱ لایحه قانونی نحوه

۱. برخی فقهای امامیه، وصیت را در زمره عقود ناقله یا تملیکی ندانسته، بلکه آن را سببی مجزا برای تملک شمرده‌اند (نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲۷). به نظر می‌رسد علت این امر، ایقاع پنداشتن وصیت تملیکی است.

خرید و تملک اراضی و املاک مصوب ۱۳۵۸، مقرر می‌کند: «دستگاه اجرایی می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً یا به‌وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند، بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید».

ب. **ایقاعات:** یکی از مشهورترین ایقاعات مملک به‌ویژه در فقه، حیازت مباحات است. چنانکه قاعده فقهی «من حاز ملک»، به معنی «هرکس حیازت کند، مالک آن می‌شود»؛ گویای همین سبب است. مطابق دیدگاه گروهی از فقها، مالکیت به‌طور اساسی تنها با حیازت و استیلا بر مال به دست می‌آید و در حقیقت، سبب اصلی برای مالکیت، حیازت در معنای وسیع آن است؛ بر این اساس، پس از آنکه مال با این سبب در مالکیت انسان قرار گرفت، ممکن است، به‌صورت اختیاری، نظیر بیع یا به‌صورت قهری، مانند ارث، به دیگری انتقال یابد؛ اما این نواقل در حقیقت اسبابی هستند که موجب مالکیت مجدد بر مالی می‌شوند که در سابق با حیازت مباحات، تملک و مالکیت دیگری بر آن، برقرار شده بود؛ بنابراین نواقل مزبور، گرچه سببی برای مالکیت هستند، اسبابی اصیل و ابتدائی نیستند؛ بلکه ناقله و ایجادکننده مالکیت جدیدی پس از مالکیت سابق، خواهند بود (فضل‌الله، ۱۴۳۱ق: ۲۰-۱۹)؛ شایان ذکر است در فقه، تملک ناشی از غنیمت نیز به‌عنوان حیازت مباحات شناخته می‌شود و فقها به دلیل سابقه مالکیت دشمن بر این اموال، تمایزی میان مال موضوع غنیمت و سایر مباحات (اموال بلامالک)، قائل نمی‌شوند (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۱: ۱۱۷).

در قانون مدنی ایران، اولین قسمت کتاب دوم که به اسباب تملک اختصاص دارد؛ «در احیا اراضی موات و حیازت اشیا مباحه» است و ذیل آن، شش باب با عناوین مختلف، قرار دارد؛ گرچه تنها نام باب دوم این قسمت «حیازت مباحات» است؛ اما در حقیقت، تمام ابواب این قسمت، مصادیق حیازت مباحات هستند؛ بنابراین به نظر می‌رسد در تنظیم عناوین این بخش قانون مدنی، دقت کافی لحاظ نشده است. وانگهی مطابق مواد مذکور و مبانی فقهی، می‌توان حیازت مباحات را به‌صورت کلی، «تصرف و

استیلا (حیازت) اموال بدون مالک (مباح)، به قصد تملک و در چارچوب قوانین مربوطه» دانست.^۱

قانون مدنی مصر «استیلا» را در خلال مواد ۸۷۵-۸۷۰ و به‌عنوان اولین سبب در فصل اسباب تحصیل مالکیت خود معرفی کرده است که با حیازت مباحات در قانون مدنی ایران مطابقت دارد؛^۲ چنانکه حقوق‌دانان مصری، استیلا را به «حیازت مال بدون مالک، با نیت تملک» تعریف کرده‌اند (شکری سرور، ۲۰۰۹م: ۲۹). علاوه بر آن، استیلا یا تصرف، قرابت مفهومی با حیازت دارد؛ زیرا برای تحقق حیازت مباحات، استیلا یا تصرف، رکنی اساسی محسوب می‌شود. چنانکه گاهی فقها از این اصطلاح، در معنای حیازت مباحات استفاده کرده‌اند (ابن نجیم، ۱۳۹۹م: ۲۹۹). ماده ۸۷۰ قانون مدنی مصر^۳ نیز در بیان ارکان استیلا بر مال منقول، نشان روشنی از تطابق آن با حیازت مباحات در قانون مدنی ایران است؛ این ماده مقرر می‌کند: «کسی که بر اموال منقول بدون مالک با

۱. مطابق قانون مدنی ایران برای تحقق حیازت مباحات، تصرف و استیلا (ماده ۱۴۶) و قصد تملک (ماده ۱۴۳) در محدوده قوانین (ماده ۱۴۵) لازم است؛ همچنین، مطابق ماده ۲۷ همین قانون، اموالی برای حیازت، مباح هستند که در مالکیت شخصی نباشند؛ البته لفظه (ماده ۱۶۲) به دلیل سبق مالکیت، مال بلا مالک محسوب نمی‌شود؛ لذا تملک آن در حکم حیازت مباحات است.

۲. البته در قانون مدنی مصر، سبب تملک دیگری به‌طور دقیق با عنوان «حیازة» وجود دارد که آن هم به معنای تصرف است؛ اما با حیازت مباحات تفاوت دارد. در حقیقت، برخلاف استیلا (مقارن با حیازت مباحات در ایران)، موضوع تصرف در «حیازة»، مال بلا مالک نیست؛ بلکه مطابق ماده ۹۴۹ این قانون، مال غیر و رکن اساسی آن برای تملک، تقادم یا مرور زمان موجد حق است (ابوالعینین بدران، ۱۹۹۹م: ۳۲۰). اما به اعتقاد فقهای اهل سنت، تقادم (مرور زمان) یا تصرف طولانی مدت مال غیر، در اسلام، سبب مالکیت نیست (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۰۶). نویسندگان قانون مدنی ایران نیز به‌رغم ملاحظه مرور زمان موجد حق به‌عنوان سبب تملک در ماده ۷۱۲ قانون مدنی فرانسه، آگاهانه از ذکر آن در ماده ۱۴۰، خودداری کردند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۴۵). همچنین شورای نگهبان در نظریه شماره ۷۲۵۷-۱۳۶۱/۱۰/۲۷-۱۳۶۱، مرور زمان را غیر شرعی دانست؛ بنابراین در حقوق کنونی ایران، مرور زمان موجد حق مالکیت، منتفی است.

۳. ماده ۸۷۰ القانون المدنی المصری: من وضع یده علی منقول لا مالک له بنیة تملکة، ملکه.

قصد تملک، وضع ید نماید، مالک می‌شود». همچنین در ماده ۱۲۴۸ مجله الاحکام، سومین سبب مالکیت، احراز (تصرف) مال مباح بدون مالک است. اخذ به شفعه یا اجرای حق شفعه، دیگر ایقاع مشهور سبب تملک، در فقه امامیه و اهل سنت مملک است (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ج ۶: ۶۷۶؛ خفیف، ۱۹۹۶م: ۲۱۸). روشن است که شفعه در معنای خاص خود، تنها حق تملک است؛ اما آنچه سبب تملک می‌شود، اجرای این حق یا اخذ به شفعه خواهد بود. چنانکه فقیهان امامیه، شفعه را به «حق شریک برای انتزاع سهم شریک دیگر که وی آن را به دیگری انتقال داده است»، تعریف کرده‌اند (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۳۴۲).

اما شفعه در فقه حنفی، سبب مستقلی برای مالکیت شناخته نمی‌شود؛ بلکه همراه و مرتبط با عقود مطرح می‌شود. همچنین در فقه این مذهب، شفعه به «حق شریک یا همسایه مجاور، در تملک اجباری مبیع غیرمنقول از مشتری با پرداخت ثمن و هزینه‌ها»، تعریف می‌شود؛ حال آنکه طبق نظر مشهور در سایر مذاهب فقه اهل سنت، این حق، تنها به شریک اختصاص دارد (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۱۳).

قانون مدنی مصر نیز در مواد ۹۴۸-۹۳۵، اخذ به شفعه را سبب تملک، دانسته است. همچنین، بند سوم ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، اخذ به شفعه را یکی از اسباب تملک تلقی می‌کند و سپس در مواد ۸۰۸-۸۲۴ به جزئیات آن، می‌پردازد. وانگهی تطبیق این مواد، تفاوت‌هایی را آشکار می‌سازد. چنانکه قانون مدنی مصر، افزون بر اشاعه حاصل از بیع عین، در مصادیق دیگری نیز، قائل به ایجاد حق شفعه شده است. چنانکه اگر مالک عین و دارنده حق انتفاع متفاوت باشند و هر یک، حق خود را به‌طور جزئی یا کلی بفروشد، دیگری حق شفعه می‌یابد؛ اما در حقیقت، اگر مالک عین با اعمال شفعه، مالک حق انتفاع نیز شود، اخذ به شفعه در این حالت، سبب مالکیت در معنای خاص خود نیست؛ زیرا این سبب، تنها موجب کسب حق انتفاع می‌شود که آن، مصداق مالکیت کامل و اصطلاحی نخواهد بود (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۵۴۵).

ثانیاً قانون مدنی این کشور، همچون دیدگاه برخی فقهای حنفی، علل ایجاد حق شفعه را به همسایگی نیز توسعه داده است. اما حقوق دانان مصری، ضمن توجه به فقدان مبنای فقهی در بیشتر مذاهب برای توسعه حق شفعه به همسایگی و در انتقاد به آن، این حق را محدودیتی بر آزادی قراردادها می‌دانند که موجب تزلزل معاملات و گسترش تملک املاک هم‌جوار به زیان مالکان خرد می‌شود (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۴۸۰). وانگهی، ماده ۸۱۰ قانون مدنی ایران، به‌طور استثنائی با عدول از شرط اشاعه در شفعه، فروش یکی از دو ملک مشترک در ممر و مجری را چنانچه همراه با آنها باشد؛ موجد حق شفعه دانسته است، گرچه اغلب، همسایگی در فرض این ماده نیز وجود دارد؛ همسایگی، مبنای آن نیست و برخلاف حقوق مصر، تنها یک استثناست.

نمونه دیگر ایقاعات مملک، فسخ عقد تملیکی است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۸۴)؛ حال آنکه در قوانین مدنی ایران و مصر، تصریح به آن، ملاحظه نمی‌شود. برخی فقها با تعبیر فسخ عقود تملیکی به بازگشت عوض و معوض در مکان اولیه خود، می‌گویند: «فاسخ عوض را به‌عنوان مالکیتی جدید، تملک، نمی‌کند؛ زیرا فسخ، معامله جدیدی نیست، بلکه اعاده مالکیت است» (خویی، ۱۳۶۸ش، ۴۱۴). اما بازگشت یا اعاده مالکیت در جای اولیه خود، به معنای زوال حق مالکیت از مالک پیش از فسخ و تملک مجدد آن از سوی فاسخ است، این جابه‌جایی مالکیت و ورود مال به دارایی فاسخ یا همان مالک قبل از عقد، بدون سبب ممکن نیست. به دیگر سخن، گرچه فاسخ، سابقه مالکیت مال را پیش از وقوع عقد دارد، موضوع اعاده مالکیت، دلیل بر فقدان وجود سبب برای افزودن مجدد چیزی به مالکیت فاسخ، در حالی که پیش از فسخ نداشته است، نخواهد شد؛ بنابراین سبب این مالکیت مجدد فسخ، خواهد بود. چنانکه به عقیده گروهی دیگر از فقها، اسباب تملک مال غیر، تنها به معاملات، محدود نمی‌شود؛ بلکه اعمال خیرات^۱

۱. برخی حقوق‌دانان نیز «خیرات» را از اسباب تملک دانسته‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۷: ۱۳۴). حال آنکه خیار نظیر شفعه، حق است و همان‌طور که تملک با شفعه، موکول به اخذ به شفعه است؛ تملک با خیار، منوط به

هم از نوافل شرعی مالکیت هستند (طباطبائی قمی، ۱۴۱۳ق: ۵۷-۵۵؛ سنگلجی، ۱۳۵۳: ۲۵). فقیهان اهل سنت نیز، رد مبیع معیوب به بایع (فسخ با خیار عیب) را در زمره اسباب تملک دانسته‌اند (ابن نجیم، ۱۹۹۹م: ۲۹۹).

گفتنی است با وجود تفاوت ماهوی رجوع از هبه و فسخ، استدلال‌های فوق برای سبب تملک بودن رجوع از هبه نیز، به دلیل شباهت در نتایج آنها که همان اعاده مالکیت یا تملک مجدد مالک سابق (واهب) است؛ قابل طرح و پذیرش خواهد بود؛ بنابراین، رجوع از هبه، که موجب برقراری مجدد مالکیت واهب می‌شود، سبب دیگری در تملک است.

مصادره اموال به‌عنوان تملک قهری ناشی از اقتدار دولت از حیث تحلیلی، مصداق دیگری از ایقاعات مملک است؛ چنانکه حقوق‌دانان مصری، مصادره را از مصادیق جاافتاده اسباب تملک در قانون مدنی این کشور، دانسته‌اند (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۱۱). در قوانین موضوعه ایران نیز اصل ۴۹ قانون اساسی و ماده ۱۴ لایحه قانونی تشدید مجازات جرائم مواد مخدر، دلالت بر مصادره، به‌عنوان تملک جبری اموال توسط دولت دارد.

۴-۲. اسباب قهری

گاهی سبب تملک، اثر مستقیم و قهری شرع یا قانون است؛ بی‌آنکه اراده تملیک‌کننده یا تملک‌کننده، مؤثر باشد. مهم‌ترین این اسباب، بدین شرح است:

الف. ارث: مشهورترین سبب تملک قهری، ارث است. برخی فقهای اهل سنت، از ارث در باب «خلیفه» سخن گفته و خلیفه را سبب تملک برشمرده‌اند (ابوزهره، ۱۹۳۹م: ۱۰۸). در تعریف فقهی، خلیفه به معنای «جانشینی فردی به جای فرد دیگر در مالکیت یا جایگزینی مالی به جای مال دیگر» است؛ بنابراین خلیفه، دو گونه خواهد داشت؛

اعمال آن و فسخ است و پیش از آن، مالکیتی محقق نمی‌شود؛ بنابراین، خیارات اسباب تملک نیستند، بلکه اعمال آن یا فسخ، سبب در تملک است.

اولاً، جانشینی شخص به جای شخص که همان ارث و به معنای سببی جبری برای تملک است و ثانیاً، جایگزینی مالی به جای مال دیگر که به مفهوم جبران خسارت است (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۱۴). همچنین در ماده ۱۲۴۸ مجله الاحکام، دومین سبب، «جانشینی فردی به جای دیگری، مثل ارث»، معرفی می‌شود. مطابق این دیدگاه، جانشینی وارث به جای مورث در ترکه، قهری و به حکم قانون و شرع است؛ لذا در انتقال مالکیت مورث به وارث، احتیاجی به رضایت مورث یا قبول وارث نیست، بلکه آثار ارث به مجرد فوت، مترتب می‌شود (عبدالستار، ۲۰۱۵م: ۳۶۵). در فقه امامیه نیز معرفی ارث به سببی قهری برای تملک، امری شایع است (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ج ۶: ۴۲).

در قانون مدنی ایران، ارث به‌عنوان یکی از اسباب تملک در ماده ۱۴۰ ذکر شده و همچنین مواد ۸۶۱ تا ۹۴۹ آن، به جزئیات آن پرداخته است. چنانکه ماده ۸۶۷ قانون مزبور، به قهری بودن تملک از طریق ارث اشاره دارد. اما در مقابل، مواد ۹۱۴-۸۷۵ قانون مدنی مصر، گرچه ارث را از اسباب تملک تلقی می‌کند؛ بند اول ماده ۸۷۵ این قانون، احکام و جزئیات آن را به شریعت اسلامی و قوانین مربوطه احاله می‌دهد. سایر مواد این قسمت نیز تنها به تصفیه ترکه اختصاص دارد که همچون باب پنجم قانون امور حسبی ایران است، اما آنچه به باب ارث قانون مدنی ایران شباهت دارد؛ قانون میراث مصر مصوب ۱۹۴۳ است که به بیان مقررات ارث می‌پردازد. همچنین به اعتقاد حقوق‌دانان مصری نیز مالکیت ناشی از ارث، جبری است و رد یا قبول ورثه، در آن تأثیری ندارد (مهران، ۲۰۱۱م: ۱۴-۱۳).

ب. تبعیت (تولد از مملوک): با وجود اینکه اسباب ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، به تبعیت اشاره نمی‌کند؛ مواد ۳۲-۳۴ این قانون، بر مالکیت تبعی صراحت دارد. چنانکه

۱. المادة ۱-۸۷۵ القانون المدنی المصری: تعیین الورثة وتحديد أنصبتهم فی الإرث، وانتقال أموال التركة إلیهم تسری فی شأنها أحكام الشریعة الإسلامیة و القوانين الصادره بشأنها.

قدمای حقوق مدنی ایران، یکی از اسباب تملک غیرمصرح در ماده ۱۴۰ قانون مزبور را تبعیت مملوک دانسته و پیرامون عملکرد آن، اظهار کرده‌اند: «به موجب آن، مالک عین مالک توابع آن هم می‌شود» (عدل، ۱۳۱۷ش: ۳۰۷). در هر حال، در ظاهر چون معرفی تبعیت به‌عنوان یکی از اسباب تملک در فقه امامیه، معمول نبوده، قانون‌گذار ایرانی نیز از ذکر آن، خودداری کرده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۴۵).

وانگهی مطابق بخش اول ماده ۳۲ قانون مزبور، ثمرات و متعلقات اموال، اعم از آنکه به صورت طبیعی ایجاد شود یا در نتیجه عمل مالک مال اصلی، بالتبع در مالکیت مالک خواهد بود. همین امر، نشان از مالکیت تبعی قهری به حکم قانون دارد؛ بنابراین، قصد مالک مال اصلی، تأثیری در تملک با تبعیت ندارد.

در فقه اهل سنت نیز ذکر تبعیت در خلال اسباب تملک، متداول نیست. چنانکه به عقیده برخی فقیهان، تولد از مملوک، سبب جدیدی برای مالکیت نیست؛ بلکه مالکیت ثمرات متصل و منفصل، ناشی از خصلت مالکیت تام بر مال است و به همین دلیل، مالکیت آنها به سبب جدیدی نیاز ندارد (ابوالعینین‌بدران، ۱۹۹۹م: ۳۱۹). اما در مقابل، گروهی دیگر از فقهای اهل سنت، متولد از مملوک را اعم از آنکه منفصل، همچون میوه درختان یا متصل، نظیر چاقی حیوان مملوک باشد؛ سبب تملک دانسته‌اند (عبدالستار، ۲۰۱۵م: ۳۶۶).

اما آنچه در قانون مدنی مصر، امکان انطباق با تبعیت دارد، «التصاق» است که در مواد ۹۳۱-۹۱۸ این قانون، سبب تملک قلمداد شده است. چنانکه ماده ۹۱۸ این قانون^۱ در تطابقی آشکار با تبعیت، مقرر می‌کند: «زمین تشکیل شده با رسوبات قابل توجهی که رودخانه به‌تدریج همراه آورده، متعلق به مالکین مجاور آن است». اما ماده ۹۲۸ آن قانون، در مقام بیان یکی دیگر از احکام التصاق، بی‌آنکه با تبعیت مرتبط باشد، مقرر

۱. ماده ۹۱۸ القانون المدنی المصری: الارض التي تتكون من طمی یجلبه النهر بطریقه تدریجیه محسوسه تكون ملكا للمالك المجاورین.

می‌کند: «اگر مالک زمینی در حین ساخت و ساز با حسن نیت به قسمتی از زمین مجاور تجاوز کند، دادگاه می‌تواند در قبال خسارت عادلانه، مالک زمین مجاور را مجبور به واگذاری قسمت اشغال‌شده، به دیگری کند». همین امر، موجب اختلاف نویسندگان در خصوص ماهیت التصاق و رابطه آن با تبعیت، شده است. برخی حقوق‌دانان مصری، ضمن تمایز بین تبعیت و التصاق، تملک تبعی بر ثمره‌های زاده‌شده از مال را مالکیتی جدید نمی‌دانند، بلکه امتداد مالکیت شی اصلی در ثمره، تلقی می‌کنند؛ اما التصاق را مالکیتی جدید، همراه با سببی جدید و به صورت مستقل، تلقی می‌کنند (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۹: ۲۴۶). در حالی که گروهی دیگر، التصاق را مصداقی از ماده ۸۰۴ قانون مدنی این کشور (که دلالت بر تبعیت دارد و مالک شی را مالک تمامی ثمرات و ملحقات آن تلقی می‌کند)،^۱ به شمار آورده‌اند؛ اما چون تبعیت را سبب مالکیتی جدید نمی‌دانند، التصاق را هم سبب مالکیت جدید ندانسته‌اند (شکری سرور، ۲۰۰۹م: ۴۵). به اعتقاد گروهی دیگر، تولد از مملوک (تبعیت)، سبب تملک است و شامل التصاق نیز می‌شود (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۶: ۴۵۶۳).

ج. انفساخ عقد تملیکی: گاهی قانون، حکم به انفساخ عقد می‌دهد؛ اما چنانچه موضوع انفساخ، عقود تملیکی باشد، نظیر وقوع تلف مبیع قبل از قبض یا تعذر عارضی در تسلیم مبیع، انفساخ مزبور به حکم قانون، سبب تملک قهری می‌شود. بر این اساس مطابق ماده ۳۴۸ قانون مدنی در ناتوانی عارضی تسلیم مبیع عین معین پس از وقوع عقد، چنانچه به هر دلیل امکان تسلیم مبیع از میان برود، بیع منفسخ و مبیع و ثمن به مالکان پیشین، اعاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۴۶)؛ بنابراین، سبب مالکیت مجدد بایع بر مبیع، انفساخ خواهد بود؛ بدیهی است، اگر ثمن نیز عین باشد، مالکیت مشتری بر ثمن مبتنی بر همین سبب، به‌طور مجدد برقرار می‌شود.

۱. ماده ۸۰۴ القانون المدنی المصری: لمالک الشیء الحق فی کل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم یوجد نص أو اتفاق یخالف ذلك.

مصدق دیگر تملک به سبب انفساخ در ضمان معاوضی یا تلف مبیع قبل از قبض است که در ماده ۳۸۷ قانون مدنی انعکاس یافته است.^۱ روشن است که در عقود تملیکی، اصولاً مالکیت از زمان عقد، منتقل می‌شود؛ بنابراین تلف آن هم باید از کیسه مالک باشد، اما قاعده فقهی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» خلاف حکم فوق، تلف مبیع قبل از قبض و بعد از عقد را از کیسه بائع می‌داند. فقها در رفع تعارض این مسئله، موضوع «آنأ ما» را مطرح کرده‌اند (بجنوردی، ۱۳۷۹: ۲۹۷).

بدان معنی که انفساخ، لحظه‌ای قبل از تلف رخ داده و مبیع به مالکیت بائع برگشته است. این قاعده علاوه بر مبیع، در مورد ثمن معین نیز، جاری می‌شود (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱ق: ۱۴۸-۱۴۴)؛ بنابراین، با پذیرش باور فقهی «آنأ ما» که از حیث تطابق با سایر احکام، دیدگاهی مستدل است؛ صرف اعاده مالکیت مبیع به بائع یا ثمن به مشتری، و رای آنکه مالکیتی برای وی با وقوع تلف باقی نمی‌ماند، نشان از انفساخ، به‌عنوان سبب تملک دارد.

د. تغییر ماهیت مال مغضوب: برخی فقیهان اهل سنت، تغییر ماهیت مال مغضوب، ناشی از فعل غاصب را سبب تملک تلقی کرده و تغییر نام مال را معیار تغییر ماهیت، معرفی کرده‌اند (ابن‌نجیم، ۱۹۹۹م: ۲۹۹). چنانکه ماده ۸۹۹ مجله‌الاحکام،^۲ بیان می‌کند: «چنانچه غاصب مال مغضوب را چنان تغییر دهد که موجب تغییر نام آن شود، ضامن است؛ ولی مال مغضوب برای او خواهد بود». اما در فقه امامیه با این دیدگاه، مخالفت شده است (محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۹۱)؛ چنانکه به اعتقاد شارحان امامیه مجله، تغییر نام، عوارض و صفات مال مغضوب، بی‌اثر است و موجب تغییر حقیقت مال نمی‌شود (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق: ۱۵۵).

۱. با وجود اینکه برخی حقوق‌دانان، مبنای ضمان معاوضی را قهری شمرده‌اند (شهیدی، ۱۴۰۳: ۴۶-۴۵)؛ اما دیدگاه گروهی دیگر، بر ارادی بودن مبنای آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۸۸).

۲. المادة ۸۹۹ مجلة الأحكام العدلیة: اذا غیر الغاصب المال المغضوب بحیث یتبدل اسمه یكون ضامنا ویبقی المال المغضوب له.

وانگهی، قانون مدنی مصر، قسمتی پیرامون غصب ندارد و برای این موضوع، حکمی ارائه نمی‌دهد، اما برخی حقوق‌دانان این کشور، مطابق پاره‌ای از مواد قانون مزبور، این دیدگاه را پذیرفته‌اند (محسن و جیحان، ۲۰۲۲م: ۲۰). در قانون مدنی ایران، گرچه مطابق ظاهر ماده ۳۱۴ این قانون، افزایش قیمت ناشی از فعل غاصب، حقی برای وی، ایجاد نمی‌کند؛ اما حقیقت آن است، اگر در نتیجه عمل غاصب، قیمت مال مغضوب به قدری افزایش بیابد که قیمت مال حالت اصلی مغضوب در برابر آن ناچیز باشد، باید قائل به تلف حکمی آن مال شد؛ زیرا عمل به ظاهر این ماده، موجب استفاده بی‌جهت مالک پیشین می‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۶: ۳۱-۳۰)؛ بنابراین، اگر با عمل غاصب، شیر مغضوب به ماست تبدیل شود؛ تلف حکمی روی می‌دهد که به زوال مالکیت صاحب شیر و تملک ماست برای غاصب می‌انجامد. همچنین، چنانچه مالک با «اقدام» به ضرر خویش، مثلاً در ثبت مالکیت ملک خویش، سهل‌انگاری کند؛ اما در مقابل، متصرف ناآگاه و در حکم غاصب، مستحذاتی در آن ملک، بنا کند؛ باید پذیرفت که تلف حکمی و انتقال مالکیت، روی داده است (جوهر کلام و اردکانی، ۱۴۰۲: ۱۲۹). مثال قابل درک دیگر این امر، هنگامی است که مالک زمینی، به اشتباه و بدون قصد تجاوز به ملک غیر، مستحذاتی را بنا کند که بخشی از آن از ملک خویش تجاوز کند و به صورت جزئی، وارد در زمین مجاور گردد؛ در این حالت نیز برای قسمت مورد تصرف، باید قائل به تلف حکمی و تملک آن برای متجاوز ناخواسته بود (جاور و یعقوبی، ۱۴۰۴: ۲۷۴).

۳-۴. ایفای تعهدات موجد حق مالکیت

سومین دسته از اسباب تملک، ایجاد مالکیت به وسیله ایفای تعهد است. چنانکه برخی فقها، قبض خمس، زکات و دین را سبب تملک دانسته‌اند (نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲۷). بی‌تردید مقصود از قبض دین در اسباب تملک، تأدیه دیون نقدی نیست، بلکه ایفای تعهدات یا دیون موجد مالکیت است؛ قبض نیز روی دیگر ایفا و با آن مطابقت دارد.

وانگهی، ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، به این سبب تملک، تصریح ندارد؛ گرچه ممکن است مقصود قانون‌گذار از عبارت «تعهدات» در این ماده، ایفای تعهدات باشد. این سبب تملک، به اعتبار منشأ تعهد موضوع ایفا، شامل سه گونه، از قبیل ایفای تعهدات ناشی از ضمان قهری، ایفای تعهدات قانونی و ایفای تعهدات قراردادی می‌شود. تفصیل گونه‌های مزبور، بدین شرح است:

الف. ایفای تعهدات ناشی از ضمان قهری: همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، به عقیده فقهای اهل سنت، یکی از اسباب تملک خلیفه و گونه‌ای از آن، «تضمین» یا «تعویض» است که به مفهوم جایگزینی مالی به جای مال دیگر خواهد بود. چنانکه در تشریح آن، می‌گویند: «تضمین، یعنی چنانچه کسی مال دیگری را تلف کرد یا غصب نمود و سپس آن مال تلف یا گم شد؛ وی ضامن و ملزم به جبران خسارت است. این مفهوم، شامل دیه یا ارش جراحات ناشی از جنایت فردی به فرد دیگر هم می‌شود» (زحیلی، ۲۰۱۹م، ج ۴: ۲۹۱۴). فقیهان امامیه نیز یکی از اسباب تملک را اثر حکم شارع، هنگام تحقق فعلی از سوی مکلف (مسئول) می‌دانند، حتی اگر وی قصد آن فعل را نداشته باشد؛ سپس، حکم شارع به ضمان با وقوع اتلاف را برای آن، مثال می‌زنند (حجت‌کوهکمری، ۱۴۰۹ق: ۴۷)، اما از حیث تحلیلی، اتلاف، دیه و ارش، سبب تملک محسوب نمی‌شود؛ زیرا صرف وقوع آنها، موجب حق مالکیت نمی‌شود، بلکه موارد مذکور، مصادر التزام و تعهد هستند و سبب در تملک، ایفای آنها خواهد بود.

وانگهی قانون‌گذار مصر، نهاد دیه را از فقه اسلامی، وارد حقوق آن کشور نکرده است. در حقوق ایران نیز، دیه و ارش مطابق مواد ۴۵۲ و ۵۴۹ قانون مجازات اسلامی، همواره دین و نقد است که میزان آن سالانه، مطابق مقررات شرعی تعیین می‌شود؛^۱ بنابراین، در حال حاضر، تملیک و تملک در دیه، مصداق ندارد.

۱. البته در فقه امامیه از شش مورد معین برای دیه که بر یکدیگر ترجیح ندارند؛ دو مورد (هزار دینار یا ده‌هزار درهم) نقد و چهار مورد (صد شتر، دویست گاو، هزار گوسفند، دویست حله‌ی یمنی)، غیرنقدی است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۴۳)؛ بنابراین در موارد اخیر، تملیک و تملک، متصور است.

اما در ضمان قهری، چنانچه مالی غیرنقدی و عینی، به‌عنوان مثل و در مقام ایفای تعهد ناشی از ضمان، تملیک شود، بی‌تردید ایفا، سبب تملک است (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۰۹). این موضوع در اجرای حکم ماده ۳۱۱ قانون مدنی در رد مثل با تلف عین مغضوب و همچنین، مصادیق لزوم رد مثل در اتلاف به معنای عام (بالمباشره و بالتسبب) مطابق مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ این قانون، قابل‌تصور است. همچنین ضمان درک موضوع ماده ۳۹۰ قانون مدنی، مصادیقی از ضمان قهری و ناشی از مستحق‌لغیر درآمدن مبیع عین معین است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۲۶-۲۲۳)؛ مطابق بند دوم ماده ۳۶۲ قانون مدنی، این حکم درخصوص ثمن عین معین نیز جاری می‌شود؛ بنابراین گیرنده، در حکم غاصب و ضامن است و چنانچه عینی در مقام ایفای آن داده شود، سبب تملک گیرنده می‌شود؛ البته بیع در ضمان درک، ویژگی خاصی ندارد؛ لذا ضمان درک و به‌تبع، سبب تملک مزبور، در سایر عقود معوض نیز، امکان‌پذیر است.

وانگهی در حقوق مصر، نظام جبران خسارت مطابق مبانی فقهی ضمان قهری، سازمان نیافته است؛ بنابراین در آن، مباحثی همچون لزوم رد مثل، ملاحظه نمی‌شود. چنانکه ماده ۲-۱۷۱ قانون مدنی این کشور،^۱ مقرر می‌کند: «جبران خسارت، نقدی است؛ البته، قاضی می‌تواند برای جبران خسارت با توجه به شرایط یا درخواست زیان‌دیده، دستور به اعاده به وضع سابق یا کاری معین در ارتباط با عمل غیرقانونی بدهد». به اعتقاد حقوق‌دانان این کشور، پرداخت خسارت اصولاً نقدی است؛ اما در نهایت، شیوه و مقدار جبران خسارت، توسط قاضی تعیین می‌شود و حتی درخواست زیان‌دیده برای جبران غیرنقدی آن نیز برای قاضی، الزام‌آور نخواهد بود. همچنین، مقصود از اعاده به وضع سابق غالباً، مواردی همچون امر بر توقف عمل زیان‌بار است. اما در هر حال، گاهی ممکن است به تشخیص قاضی، روش مناسب جبران خسارت،

۱. ماده ۲-۱۷۱ القانون المدنی المصری: ویقدر التعویض بالنقد، علی أنه یجوز للقاضی، تبعاً للظروف وبناءً علی طلب المضرور، أن یأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت علیه، أو أن یحکم بأداء أمر معین متصل بالعمل غیرالمشروع، وذلك علی سبیل التعویض.

انتقال مالکیت مالی به زیان دیده باشد (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۱: ۱۰۹۵-۱۰۹۱). بنابراین در حقوق مصر نیز ایفای تعهد ناشی از ضمان قهری، در مواردی نادر، می‌تواند سبب تملک گردد.

ب. ایفای تعهدات قانونی: در فقه، ادای برخی تعهدات، همچون خمس، زکات و دین، سبب تملک شناخته می‌شود (نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲۷). ایفای تعهدات قانونی نیز ماهیت مشابهی دارد. چنان‌که گاهی، قانون به صورت مستقیم، تعهداتی را ایجاد می‌کند که اگر موضوع آن‌ها، واجد وصف مالکیت باشد؛ ایفای تعهدات مزبور، سبب تملک مستحق آن می‌گردد. نظیر آنکه مطابق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، اگر پدری به فرزند خود چیزی به‌عنوان نفقه بدهد، وی مالک آن می‌شود (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۳۰۹). این موضوع در نمونه‌های دیگر نفقه، همچون نفقه‌ی اقارب موضوع ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی و نفقه‌ی زوج که مطابق مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷ این قانون که از آثار قانونی نکاح است، صدق می‌کند. به اعتقاد فقها نیز با دادن چیزی به زوج، وی مالک آن می‌گردد؛ بنابراین، اگر احتیاج زن به طریق دیگری رفع شود و وی آن مال را نگه دارد؛ کماکان مالک آن است و فقیهان در این خصوص، اتفاق نظر دارند (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۶: ۲۵۸).

همچنین به عقیده حقوق دانان مصری، یکی از منابع التزام، قانون است و نمونه آن، تعهدات در نهاد خانواده، همچون پرداخت نفقه در رابطه زوجیت و در میان والدین با فرزندان است که جزئیات آن، مطابق قوانین مربوط به احوال شخصیه و شریعت اسلامی، تعیین می‌شود (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۱: ۱۴۶۱). ماده ۱ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۲۰ این کشور،^۱ نفقه را شامل لباس، پوشاک، مسکن، نیازهای درمانی و سایر احتیاجات شرعی دانسته و ماده ۱۸ مکرر- دوم قانون دیگر احوال شخصیه آن

۱. ماده ۱ قانون الأحوال الشخصية (۱۹۲۰م): «تشمّل النفقة الغذاء والكسوة والمسکن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع».

مصوب ۱۹۲۹، استحقاق نفقه را به فرزندان نیز تعمیم می‌دهد؛^۱ بنابراین، اعیان مزبور و سایر موارد واجد وصف مالکیت نفقه در شرع، نشان می‌دهد که ایفای نفقه به‌عنوان تعهدی قانونی، می‌تواند سبب تملک شود.

ج. ایفای تعهدات قراردادی: برخلاف عقود تملیکی که اثر مستقیم آنها ایجاد مالکیت است؛ عقود عهدی، به‌طور مستقیم، ایجاد تعهد می‌کنند، اما ایفا یا اجرای تعهدات این عقود نیز می‌تواند، سبب تملک شود (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۲۹۸). چنانکه به اعتقاد گروهی از فقهای امامیه، گرچه برخی عقود، سرانجام به مالکیت می‌انجامند، اما صرف انعقاد آنها، سبب تملک متعهدله نمی‌شود؛ بلکه حاصل آن، تنها حق مطالبه تسلیم از متعهد است. حال آنکه، سبب تملک، ایفای تعهدات آن قراردادهاست؛ نه آنکه ایفا، مکمل سبب دیگری برای تملک (عقد) باشد (اراکی، ۱۴۱۵ق: ۳۷۴). همچنین، برخی فقهای اهل سنت، افزون بر اسباب تملک دیگر، مانند عقود مملک، تسلیم را نیز سبب تملک دانسته و تصریح کرده‌اند که موضوع تسلیم، می‌تواند علاوه بر بدل ناشی از ضمان قهری، مستند به دلایل دیگری هم باشد (علی‌حیدر، ۱۹۹۱م: ۲۵۸). بی‌تردید، مهم‌ترین مصداق دیگر برای تسلیم، تعهدات قراردادی است؛ بنابراین، تسلیم در این دیدگاه‌ها با ایفای تعهدات قراردادی، هم‌سو خواهد بود.

این مضمون در حقوق مصر نیز ملاحظه می‌شود؛ چنانکه ماده ۲۰۴ قانون مدنی این کشور،^۲ درباره عقود مملک که به مجرد انعقاد، مالکیت را منتقل می‌سازند؛ مقرر می‌کند: «اگر موضوع تعهد، تعیین شده و متعلق به متعهد باشد؛ صرف تعهد به انتقال مالکیت یا هر نوع حق عینی دیگری، با رعایت قوانین ناظر بر ثبت معامله، به انتقال آن حقوق،

۱. ماده ۱۸ مکرر-ثانیاً قانون الأحوال الشخصية (۱۹۲۹م): «إذا لم یکن للصغیر مال، فنفقته علی أبیه. وتستمر نفقة الأولاد علی أبیهم».

۲. ماده ۲۰۴ القانون المدنی المصری: الالتزام بنقل الملكية أو أی حق عینی آخر، ینقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شیئاً معیناً بالذات یملکه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

منجر می‌شود». مطابق مفهوم مخالف این ماده، چنانچه موضوع عقد، تعیین نشود^۱ یا ضرورتی قانونی درباره ثبت آن، وجود داشته باشد؛ عقد مزبور، عهدی و ناظر بر تعهد به انتقال مالکیت است. به اعتقاد حقوق دانان مصری، در بیع املاک که ثبت معاملات آن، الزامی است؛ پیش از ثبت، تنها تعهد به انتقال مالکیت ایجاد می‌شود و تحقق آن، منوط به اجرای تعهدات لازم، توسط متعهد است (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۴: ۴۱۳-۴۱۲)؛ بنابراین گرچه عقد عهدی، بستر مالکیت را با قرار دادن تعهد بر ذمه متعهد، مهیا می‌کند؛ اما سبب تملک و ایجاد حق عینی، ایفای تعهدات قراردادی است.

وانگهی، عقود عهدی، محدود و محصور نیستند؛ بلکه در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها، مصادیق بسیاری دارد که ممکن است نتیجه ایفای تعهد در بعضی از آنها، موجب مالکیت برای متعهدله شود. چنانکه در عقد استصناع، یکی از طرفین عقد در مقابل طرف دیگر، متعهد به ساخت محصولی در ازای مبلغ معین و در زمان معین می‌شود،^۲ ایفای تعهد قراردادی سازنده با ساخت آن مال، سبب تملک طرف دیگر می‌شود.

ایفای تعهد ناشی از ضمان عهده در ماده ۶۹۷ قانون مدنی، به معنای ضمانت از مشتری یا بایع، در صورت مستحق‌للغیر درآمدن مبیع (ضمان درک)، نمونه دیگری از سبب تملک بودن ایفای تعهد قراردادی است. در حقیقت، چنانکه بیان شد، ضمان درک بایع یا مشتری از عین معین است که وصف تملک در آن مصداق دارد؛ بنابراین، ضمان عهده، همان آثار ضمان درک را خواهد داشت؛ با این تفاوت که مبنای ضمان عهده برخلاف ضمان درک، قراردادی است؛ بدین ترتیب، اگر ضامن عهده، مالی را در مقام ایفای تعهد خویش بدهد، این ایفا، سبب تملک گیرنده خواهد بود.

۱. در حقوق ایران نیز برخی حقوقدانان، بیع مال کلی را پیش از تعیین مصداق، عهدی دانسته‌اند (شهیدی، ۱۴۰۳:

۳۳)؛ بنابراین در صورت پذیرش این دیدگاه، سبب تملک در بیع کلی نیز، ایفای تعهد قراردادی است.

۲. در تأیید این تعریف، ر.ک: ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع، مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار بانک مرکزی.

در عقد کفالت نیز مطابق ماده ۷۴۰ قانون مدنی، اگر کفیل، مکفول را حاضر ننماید، موظف به ایفای تعهد وی می‌شود؛ بنابراین، چنانچه مکفول، متعهد به تسلیم عینی معین باشد، این تعهد بر عهده کفیل قرار می‌گیرد و وی باید مانند غاصب در رد مال مغضوب، عین یا بدل موضوع تعهد را رد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۳۰)؛ بنابراین، ایفای این تعهد نیز سبب تملک مکفول‌له می‌شود.

فرجام سخن

حصری یا تمثیلی بودن اسباب تملک: بیان و احصای اسباب تملک شرعی در فقه امامیه و اهل سنت، امری متداول است؛ چنانکه فقها کوشیده‌اند تا به شیوه‌های مختلف، فهرستی جامع برای اسباب تملک ارائه دهند. قانون مدنی مصر نیز با عنوان مشابه «اسباب کسب مالکیت» و طرح هفت سبب ذیل آن، به این موضوع می‌پردازد، اما به‌رغم کاستی‌های مصادیق ارائه‌شده، شیوه تدوین این قسمت، نشان از قصد قانون‌گذار مصری در حصر اسباب مزبور دارد. همچنین، طرح مصادیق اسباب تملک در ماده ۱۲۴۸ *مجله الاحکام*، ملاحظه می‌شود؛ بنابراین، حصر اسباب تملک، مسبوق به سابقه است. در حقیقت، بیان حصری اسباب مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران نیز تنها خطا یا سهو ادبی، نیست؛ بلکه مقنن، آگاهانه و هم‌سو با رویه مأنوس در فقه، قانون مدنی فرانسه و *مجله الاحکام*، درصدد احصای کلیه اسباب تملک شرعی و قانونی بوده است، اما همچون آنها در حصر اسباب مزبور، توفیق نیافته است و برخی مصادیق را از قلم می‌اندازد؛ بنابراین، اصلاح یا حذف این ماده، ضرورت است.

منشای ورود فهرست اسباب تملک به قانون مدنی: هنگام تدوین قانون مدنی ایران، منابع متعدد فقهی و *مجله الاحکام* که خود، اقتباسی از فقه اهل سنت است؛ در دسترس نویسندگان آن قانون که برخی فقیه هم بوده‌اند، قرار داشت؛ بنابراین، برخلاف نظر

شایع حقوق دانان، نمی توان موضوع اسباب تملک را صرفاً رهاوردی فرانسوی دانست؛ بلکه ماده ۱۴۰ قانون مدنی، اقتباسی توأمان از فقه و قانون مدنی فرانسه است.

مصادیق اسباب تملک: مطالعه در فقه امامیه، اهل سنت و حقوق مصری، اسباب تملک بسیاری را آشکار می سازد که مقنن ایرانی، متعرض آنها نشده است. توضیح آنکه اسباب تملک یا ایجاد مالکیت، به طور کلی در سه دسته، شامل اسباب ارادی، قهری و ایفای تعهد موجد مالکیت، تقسیم می شود. اسباب ارادی که رکن جوهری آنها اراده است، شامل عقود و ایقاعات می شود. عقود سبب تملک، علاوه بر عقود تملیکی اصطلاحی، برخی دیگر از عقود مملک را نیز همچون مهریه و اقاله عقد تملیکی در برمی گیرد. ایقاعات مملک نیز نظیر حیازت مباحات، شفعه، فسخ عقد تملیکی، رجوع از هبه و مصادره می شود. اسباب قهری که به صورت غیرارادی و بر اثر حکم مستقیم قانون یا شرع، سبب تملک می شود؛ این اسباب، شامل ارث، تبعیت، انفساخ عقد تملیکی به حکم قانون و مالکیت غاصب بر مال مغضوب تغییر ماهیت یافته، می شود. ایفای تعهدات موجد حق مالکیت نیز، خود به اعتبار منشای ایجاد تعهد، به سه دسته، تقسیم می شود که عبارت است از: ایفای تعهدات ناشی از ضمان قهری، ایفای تعهدات قانونی و ایفای تعهدات قراردادی. ایفای تعهدات ناشی از ضمان قهری موجد مالکیت، شامل رد مثل در مصادیقی همچون تلف عین مغضوب و اتلاف می شود. ایفای تعهدات قانونی نیز در مواردی مانند نفقه زوجه و اقارب، مصداق می یابد؛ چنانکه اگر متعهد، مالی عینی را در مقام ایفا به متعهدله بدهد، سبب تملک وی می شود. ایفای تعهدات قراردادی، به مفهوم تملک ناشی از ایفای تعهدهای عقود عهدی است؛ چنانکه اگر متعهد در عقد استصناع با ایفای تعهد، محصول موضوع عقد را بسازد، سبب تملک متعهدله می شود.

پیشنهاد: با وجود مصادیق گوناگون اسباب تملک مشروع و قانونی در منابع مختلف، ارائه فهرستی ولو جامع از آنها، مصداق تورم قوانین و موجب پیچیدگی و آثار نامطلوب است؛ بنابراین نخست، حذف ماده ۱۴۰ قانون مدنی و واگذاری تشخیص اسباب مزبور، به محاکم و دکتربین حقوقی، پیشنهاد می شود، اما چنانچه قصد بر ابقای فهرست این

اسباب باشد، ارائه دسته‌بندی کلی آنها به روش فقها، بهترین انتخاب است؛ بنابراین، اصلاح این ماده بدین شرح، پیشنهاد می‌شود: «مالکیت با کلیه اسباب قانونی، شامل اسباب ارادی، قهری و ایفای تعهدات موجد مالکیت، حاصل می‌شود».

References

- الشریف، محمد مهدی، جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۴). چالش های نظری بیع حق (تأملی بر امکان وقوع حق به عنوان مبیع یا ثمن در بیع)، *مجله مطالعات حقوقی*، ۷(۲)، ۲۶-۱.
- بجنوردی، محمد (۱۳۷۹ش). *قواعد فقهیه*، ج ۱، چ ۳، تهران: چاپ و نشر عروج.
- جاور، حسین، یعقوبی نادر، محمد (۱۴۰۴). تعدیل قواعد سخت‌گیرانه خلع ید در خصوص متصرف ناآگاه در املاک مجاور، *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۷(۲)، شماره پیاپی ۵۶، ۲۸۲-۲۴۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹). *ترمینولوژی حقوق*، چ ۳۲، تهران: گنج‌دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶). *حقوق اموال*، چ ۷، تهران: گنج‌دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷). *مجموعه محشی قانون مدنی*، چ ۶، تهران: گنج‌دانش.
- جواهرکلام، محمدهادی، حدادی اردکانی، صمد (۱۴۰۲). معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۲۴(۵۹)، ۱۰۹-۱۳۸.
- حبیبیا، سعید، شهبازی، مسعود (۱۳۹۶). رویکرد نظری به اسباب تملک آثار فکری، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، ۱۱۴(۱)، ۴۹-۲۷.
- سنگلجی، محمد (۱۳۵۳ش). *دلایل السداد در قواعد فقه و اجتهاد*، چ ۱، تهران: مطبوعه مجلس.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۱). *حقوق مدنی*، ج ۵، سقوط تعهدات، چ ۱۶، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۳). *حقوق مدنی*، ج ۶، عقود معین، چ ۳۰، تهران: مجد.
- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۶). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، چ ۱۰، تهران: سمت.
- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۹). *مسئولیت مدنی تطبیقی*، چ ۲، تهران: شهردانش.
- صفایی، سیدحسین، حسینی، سیداحسان (۱۳۹۹). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱، اشخاص و اموال، چ ۲۹، تهران: میزان.

عامری، پرویز، هاجر، مصلحیان (۱۳۹۲). وقف اموال اشخاص حقوقی به وسیله مدیران، مجله مطالعات حقوقی، ۲۵(۲)، ۱۹۱-۱۶۱.

عدل (منصورالسلطنه)، مصطفی (۱۳۱۷ش). حقوق مدنی، ج ۳، تهران: کانون کتاب.

فصیحی‌زاده، علیرضا، حیدری، اعظم (۱۳۹۶). تحلیل تطبیقی مفهوم، اسباب حدوث، انتقال، و زوال «ملکیت» و «حق» در حقوق ایران و فرانسه، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، ۴(۲)، ۱۷۲-۱۵۳.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۸). اموال و مالکیت، ج ۵۱، تهران: میزان.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۹). درس‌هایی از عقود معین، ج ۲، چ ۳۱، تهران: گنج‌دانش.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۶). عقود معین، ج ۱، معاملات معوض-عقود تملیکی، چ ۱۴، تهران: سهامی-انتشار.

ابوزهره، محمد (۱۹۳۹م). الملكية ونظریة العقد فی الشریعة الإسلامیة، چ ۱، قاهره: مطبعة فتح الله الیاس نوری و اولاده.

ابوالعینین بدران، بدران (۱۹۹۹م). تاریخ الفقه الإسلامی ونظریة الملكية والعقود، بیروت: دارالنهضة العربیة. ابن‌نجیم، زین‌الدین (۱۹۹۹م). الأشباه والنظائر علی مذهب أبی حنیفة النعمان، چ ۱. بیروت: دارالکتب العلمیة.

اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ق). کتاب البیع، ج ۱، چ ۱. قم: اسماعیلیان.

انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱ق)، مکاسب، ج ۳، چ ۱، قم: دارالذخائر.

براوی، حسن حسین (۲۰۲۴م). الحقوق العنیه الاصلیه، کتاب الاول، فی اسباب کسب الملكية، چ ۱، قاهره: جامعه القاهرة.

تبریزی، جواد (۱۳۸۹ش). ارشاد الطالب فی شرح المكاسب، ج ۳، چ ۶، قم: دارالصدیقه الشهیده (س).

حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۳، چ ۲، قم: اسماعیلیان.

حجت‌کوهکمری، محمد (۱۴۰۹ق). کتاب البیع، چ ۲، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.

خفیف، علی (۱۹۹۶م). الملكية فی الشریعة الإسلامیة مع مقارنته بالشرائع الوضعیة، چ ۱، قاهره: دارالفکر العربی.

خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸ش). مصباح‌الفقاهه (تحریر شیخ محمدعلی توحیدی تبریزی)، ج ۷، چ ۱، قم: مکتبه الداوری.

زحیلی، وهبه بن مصطفی (۲۰۱۹م). فقه الاسلامی وادلتنه، ج ۴ و ۶، چ ۱۲، دمشق: دارالفکر.

- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹م). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ۱، ۴ و ۹، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سيوطي، جلال الدين (۱۹۹۰م). الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي، ج ۱، بيروت: دارالكتب العلمية.
- شكري سرور، محمد (۲۰۰۹م). موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، ج ۱، قاهره: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- طباطبائي قمي، سيدتقي (۱۴۱۳ق). عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ۲، ج ۱، قم: محلاتي.
- طوسي (شيخ)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الامامية، ج ۳، ج ۳، تهران: مكتبة المرتضوية.
- عبدالستار، محمد عبدالهادي (۲۰۱۵). النظريات الفقهية في الفقه الاسلامي، ج ۱، قاهره: جامعة القاهرة.
- عراقي، محسن (۱۳۹۲ش). ملكية المعادن في الفقه الاسلامي، ج ۱، قم: مجمع الفكر الاسلامي.
- علي حيدر (افندي)، خواجه امين (۱۹۹۱م). درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام، ج ۲، ج ۱، بيروت: دار الجيل
- فضل الله، محمد حسين (۱۴۳۱ق). فقه الشريعة، ج ۲، بيروت: دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع.
- قراfi، ابو عباس (بي تا). أنوار البروق في أنواع الفروق، ج ۱ و ۳، بي تا: عالم الكتب.
- كاشف الغطاء، محمد حسين (۱۴۲۲ق). تحرير المجله، ج ۳، ج ۱، قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
- كركي (محقق)، علي بن حسين (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۶، ج ۲، قم: موسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث
- كلانتر، سيد محمد (۱۴۱۰ق). المكاسب (شيخ انصاري-تحقيق و تعليق محمد كلانتر)، ج ۴، ج ۳، قم: دارالكتاب.
- محسن، منصور حاتم، جیحان، عباس سهيل (۲۰۲۲م). التصرف الفعلي في المال المغصوب (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ش ۱۴، دوره ۱، ص ۹۰-۱۵۷، بابل (عراق): جامعة البابل.
- مهران، جابر علي (۲۰۱۱م). أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، أسيوط: جامعة أسيوط.
- نراقي، ملا محمد (۱۳۸۰ش). مشارق الأحكام (تحرير سيدحسن وحدتي شبيري)، ج ۱، قم: كنگره بزرگداشت ملا مهدي و ملا احمد نراقي.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۲۱ق). *جواهر الکلام*، ج ۱۶، ۱۴ و ۱۱، ج ۱، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۳۲ق). *موسوعه الفقه الاسلامی المقارن*، ج ۱ و ۶، ج ۱، قم: موسسه دائره المعارف فقه الاسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

Abdolsattar, M. (2015). *Jurisprudential Theories in Islamic Jurisprudence*, 1st edition, Cairo: Cairo University [In Arabic].

Abu Zahra, M. (1939). *Property And Contract Theory In Islamic Law*, 1st edition, Cairo: Fathollah Elias Nouri and Sons [In Arabic].

Abu al-Aynayn Badran, B. (1999). *History Of Islamic Jurisprudence and Property Theory and Contracts*, Beirut: Dar Alnahda [In Arabic].

Adl, Mostafa. (1938). *Civil Law*, 3rd edition, Tehran: Kanooneketab [In Persian].

Ali Haydar (Afandi), A. (1991). *Durar Al-Hakam Explanation Of The Majalla Al-Ahkam*, Vol. 2, 1st edition, Beirut: Dar Al-Jeel [In Arabic].

Al-Sharif, M. M. and Jafari Khosroabadi, N. (2015). Theoretical challenges of sale of rights: A reflection on the possibility of right as consideration in sale, *Journal of Legal Studies*, 7(2), 1-26. [In Persian]. DOI: 10.22099/jls.2015.3211.

Ameri, P. and Moslehian, H. (2013). Vaqf of Properties of Legal Enteties, *Journal of Legal Studies*, 5(2), 161-191. [In Persian]. DOI: 10.22099/jls.2013.1810.

Ansari(Sheikh), M. (1990). *Makaseb*, volume 3, 1st edition, Qom: Daralzakhair [In Arabic].

Araki, M. (1994). *Book of Sale*, vol. 1, 1st edition, Qom: Esmailian [In Arabic].

Baravi, H. (2024). *The Law of Fundamental Tangible Property*, volume 3, on the Causes of Acquiring Ownership, 1st edition, Cairo: Cairo University [In Arabic].

Bojnourdi, M. (2000). *Jurisprudence rules*, vol. 1, 3rd edition, Tehran: Orouj printing and publishing [In Persian].

Fasihzadeh, A. and Heydari, A. (2017). A Comparative Analysis of the Concept, Causes of Creation and Transfer and Extinguishment of "Ownership" and "Right" in Iranian and French Law, *Journal of Comparative Law*, 4(2), 153-172. [In Persian]. DOI: 10.22096/law.2018.30734.

Fazlollah, M. (2009). *Jurisprudence of Sharia*, Vol. 2, Beirut: Dar Al-Malak [In Arabic].

- Habiba, S. and Shahbazi, M. (2017). Theoretical Approach to Acquisition of Ownership in Intellectual Property, *Private Law*, 14(1), 27-49. [In Persian]. DOI: 10.22059/jolt.2017.138235.1006062.
- Hashemi Shahroudi, M. (2010). *Encyclopedia of Comparative Islamic Jurisprudence*, Vol. 1 and 6, 1st edition, Qom: Afiqh [In Arabic].
- Helli, J. (1987). *Sharaye al-Islam*, volume 3, 2nd edition, Qom: Esmailian [In Arabic].
- Hojjat kouhkamari, M. (1988). *Book of Sale*, 2nd edition, Qom: Islamic Publishing Foundation [In Arabic].
- Ibn Najim, Z. (1999). *Al-Ashbah wa al-Naza'ir On The Doctrine Of Abu Hanifa Al-Nu'man*, 1st edition, Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah [In Arabic].
- Iraqi, M. (2013). *Ownership of minerals in Islamic jurisprudence*, 1st edition: Qom: Majmaolfekr [In Arabic].
- Jafari Langroudi, M. (2018). *Annotated Civil Code of iran*. 6th edition, Tehran: Ganjedanesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2017). *Civil Law of proprties*. 7th edition, tehran: Ganjedanesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2020). *Legal Terminology*, 32nd edition, Tehran: Ganjedanesh [In Persian].
- Javaherkalam, M. H. and Haddadi Ardakani, S. (2023). Identifying Criteria of 'Waste in Law' in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of 'Transfer to a Third Party of Good Faith' in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code, *Journal of Islamic Law Research*, 24(1), 109-138. [In Persian]. DOI: 10.30497/law.2023.243910.3330.
- Javar, H. and Yaqubi Nader, M. (2025). Mitigation of Strict Rules Governing Ejectment Claims Regarding Innocent Possessors of Adjacent Properties, *Journal of Legal Studies*, 17(2), 243-282. [In Persian]. DOI: 10.22099/jls.2024.49891.5141.
- Kalantar, M. (1989). *Al-Makasab* (Kalantar's Commentary on Sheikh Ansari's al-Makasib), Vol. 4, 3rd edition, Qom: Dar al-Ketab [In Arabic].
- Karaki, A. (1993). *Jame al-Maqasid*, Vol. 6, 2nd edition, Qom: Alulbayt Foundation [In Arabic].
- Kashif al-Gheta, M. (2001). *Tahrir al-Majalla*, Vol. 3, 1st edition, Qom: WFPIST (Majma al-Taqrif) [In Arabic].
- Katouzian, A. (2020). *Lessons from specific contracts*, Vol. 2, 31st edition, Tehran: Ganjedanesh [In Persian].

- Katouzian, A. (2019). *Property and ownership*, 51st edition, Tehran: Mizan [In Persian].
- Katouzian, A. (2017). *Specific Contracts*, Vol. 1, Translative Contracts, 14th edition, Tehran: Sahamieenteshar [In Persian].
- Khafif, A. (1996). *Ownership in Islamic Sharia compared to the statutory laws*, 1st edition, Cairo: daralfikr Al-arabi [In Arabic].
- Khouyi, A. (1989). *Misbah Al-Fiqaha*, vol. 7, 1st edition, Qom: Al-Dawari Library [In Arabic].
- Mahran, J.A. (2011). *Provisions Of Succession In Islamic Sharia And Egyptian Law*, Asyut: Asyut University [In Arabic].
- Muhsin, M.H. and Jeyhan, A.S. (2022). Actual Disposal of Stolen Money: Comparative Study, *Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal for Legal and Political Science at the University of Babylon*, 14(1), 90-157. [In Arabic]. DOI: 10.36528/1150-014-001-004.
- Najafi, M. (2000). *Jawaher al-Kalam*, Vol. 11, 14 and 16, 1st edition, Qom: Afiqh [In Arabic].
- Naraqı, M. (2001). *Mashariq Al-Ahkam*, 1st edition, Qom: Congress in Commemoration of Mulla Mahdi and Mulla Ahmad Naraqı [In Arabic].
- Qarafi, S. (n.d). *Anwar al-Buruq fi Anwae al-Furuq*, Vol. 1 and 3, n.p: alam al-kotob [In Arabic].
- Safai, H. and Hosseini, E. (2020). *Civil Law introductory course, volume 1, persons and property*, 29th edition, Tehran: Mizan [In Persian].
- Safai, H. and Rahimi, H. (2017). *Civil liability (non-contractual obligations)*, 10th edition, Tehran: Samt [In Persian].
- Safai, H. and Rahimi, H. (2020). *Comparative Tort Law*, 2nd edition, Tehran: Shahredanesh [In Persian].
- Sanglaji, M. (1974). *Dala'il al-Sadad on the rules of Jurisprudence and Ijtihad*, 1st edition, Tehran: matbaeh majles [In Persian].
- Sanhuri, A. (2009). *Al-Wasit In Explaining The New Civil Code*, vol. 1,4, and 9, Beirut: Halabi-LP [In Arabic].
- Shahidi, M. (2022). *Civil law, volume 5, Extinction of Obligations*, 16th edition, Tehran: Majd [In Persian].
- Shahidi, M. (2024). *Civil law 6, Specific contracts 1*, 30th edition, Tehran: Majd [In Persian].
- Shokry Srour, M. (2009). *Summary of the Regulation of Property Rights in the Egyptian Civil Code*, 1st edition, Cairo: Dar Alnahda [In Arabic].
- Suyuti, J. (1990). *Al-Ashbah wa al-Naza'ir in the Rules and Subtopics of Shafi'i Jurisprudence*, 1st edition, Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah [In Arabic].

- Tabataba'i Qomi, T. (1992). *Oumda al-Matalib of Commentary on Al-Makaseb*, Vol. 2, 1st edition: Qom: mahallati [In Arabic].
- Tabrizi, J. (2010). *The Guidance of the Student in Explaining in the Makaseb*, vol .3, 6th edition, Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahidah [In Arabic].
- Tusi (Sheikh), M. (1967). *Al-Mabsut in Imami Jurisprudence*, vol. 3, 3rd edition, Tehran: Al-Mortazawiyya Library [In Arabic].
- Zuhaili, V. (2019). *Islamic Jurisprudence And Its Evidence*, vol. 4 and 6, 12th edition, Damascus: Dar Al-fikr [In Arabic].





Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51333.5220>



Research Article

Consequences of Preventing Anti-Social Behaviour through Community Protection Notices in the UK

Azim Aghababaei Taghanaki^{1*}, Rashid Ghadiri Bahram Abadi², Mehdi Amini³

1. PhD student in Criminal Law and Criminology, Department of Criminal and Criminology Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

2 & 3. Assistant Prof., Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran

Article history:

Received: 04-10-2024

Accepted: 22-01-2025

Abstract

Introduction: In criminal matters, driven by the ideal of creating a risk-free society, concepts such as risk management and security measures have led to the expansion of restrictive actions and certain punitive measures—at times applied before the formal establishment of criminal guilt. Among these preventive mechanisms are Community Protection Notices (CPNs). Community Protection Notices are civil preventive orders designed to prohibit specific behaviors by an individual or organization if the existing conduct is deemed to have a 'detrimental effect on the quality of life of individuals in the locality,' with non-compliance triggering specific enforcement mechanisms. The implementation of Community Protection Notices impacts several core principles of criminal law. This study aims to examine the consequences of adopting Community Protection Notices within the UK's criminal justice system to evaluate the feasibility of integrating CPN-related policies into Iran's criminal policy framework.

Please cite this article as:

Aghababaei Taghanaki, A., Ghadiri Bahram Abadi, R., Amini, M (2025). Consequences of Preventing Anti-Social Behaviour through Community Protection Notices in the UK. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 259-290. doi: <https://10.22099/JLS.2025.51333.5220>

* Corresponding author:

E-mail address: aghababaei.azim@modares.ac.ir

Methods: This study, aiming to examine the harms arising from the implementation of Community Protection Notice policies within Iran's criminal policy framework, employs library-based sources and a descriptive-analytical methodology to address the following questions: What constitutes the concept of anti-social behavior within a nation's criminal policy? What are the meanings of preventive justice, civil preventive orders, and Community Protection Notices? What are the advantages and disadvantages of adopting criminal policy frameworks based on Community Protection Notices in Iran? To this end, the study first establishes the theoretical framework by exploring concepts such as preventive justice, civil preventive orders, Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs), and Community Protection Notices. Library-based sources are utilized for data collection and analysis throughout this research.

Results: This study argues that civil preventive orders, under the framework of preventive justice, constitute a form of personalized, two-tiered criminal law. In the first stage, an order is issued through a civil judicial process, and in the second stage—should the order be violated—a punitive and coercive response is imposed via criminal proceedings. The Community Protection Notice is one such type of civil preventive order, designed to expedite and streamline interventions by non-judicial authorities, including police and social enforcement officers, in response to anti-social behavior. During the initial stage, individuals deemed at risk of deviance or criminal conduct receive a formal warning from the competent authority. Failure to comply with the warning triggers the issuance of a Community Protection Notice, resulting in penalties for the offender. While such orders may enable rapid responses, they carry significant systemic risks. The CPN, by extending the application of repressive and reactive responses to the pre-proof-of-crime stage in a competent criminal court, leads to a violation of the presumption of innocence, with extreme consequentialism regarding antisocial behaviors and inattention to the elements of committed behavior, leading to a violation of the general theory of crime, and by applying punitive and coercive measures under a sham legal cover in line with extreme governmental control, leads to a violation of the rule of law. Rather than addressing root causes, Community Protection Notices prioritize suppression and control—effectively sweeping societal issues under the rug. Paradoxically, the frustration and resentment generated by such coercive tactics, grounded in social psychology theories, may fuel further aggression and anti-social behavior. Furthermore, as societal norms are fluid and subject to shifting governmental priorities, citizens remain perpetually vulnerable to warnings or Community Protection Notices. This constant surveillance destabilizes the

principle of individual freedom, reducing liberty to a conditional privilege contingent on state-defined norms.

Conclusions: The Community Protection Notice has significantly influenced many fundamental principles of criminal law and introduced a novel form of excessive governmental control under the guise of legal frameworks. This phenomenon substantially contributes to the totalitarianization of states. Consequently, refraining from its implementation in Iran's criminal policy would be more advantageous than adopting it.

Keywords: Community Protection Warning, Community Protection Notice, Crime Prevention, Preventive Civil Order, Preventive Justice.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51333.5220>

مقاله پژوهشی

پیامدهای پیشگیری از رفتارهای ضد اجتماعی از طریق اعلامیه حفاظت از جامعه در بریتانیا

عظیم آقابابائی طاقانکی^{۱*}، رشید قدیری بهرام آبادی^۲، مهدی امینی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس،

تهران، ایران

۲ و ۳. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۳

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: در قلمروی کیفری با آرمان ایجاد یک جامعه بدون خطر، با پیدایش مفاهیمی همچون مدیریت ریسک و اقدامات تأمینی، اقدامات محدودکننده و برخی مجازات‌ها گاه به مرحله‌ای قبل از مرحله اثبات ارتکاب جرم توسط مجرم، تسری یافته‌اند. از زمره تدابیر پیشگیرنده می‌توان به اعلامیه‌های حفاظت از جامعه اشاره کرد. اعلامیه‌های حفاظت از جامعه، دستورات پیشگیرانه مدنی هستند که برای جلوگیری از ارتکاب رفتار خاص توسط یک فرد یا سازمان، در صورتی که رفتار موجود «تأثیر مضر بر کیفیت زندگی افراد در آن محل» داشته باشد استفاده می‌شوند و عدم رعایت آن‌ها ضمانت اجرای خاصی در پی دارد. در اعلامیه حفاظت از جامعه، برخی اصول حقوق کیفری تحت تأثیر قرار می‌گیرد. هدف از این پژوهش بررسی پیامدهای کاربست اعلامیه حفاظت از جامعه در سیستم عدالت کیفری بریتانیا به منظور امکان‌سنجی کاربست سیاست‌های مربوط به اعلامیه حفاظت از جامعه در سیاست جنایی ایران است.

استناد به این مقاله:

عظیم، آقابابائی طاقانکی؛ قدیری بهرام‌آبادی، رشید و امینی مهدی (۱۴۰۴). پیامدهای پیشگیری از رفتارهای ضد اجتماعی از طریق اعلامیه حفاظت از جامعه در بریتانیا. *مجله مطالعات حقوقی*. شماره ۱۷. (۳). ۲۵۹-۲۹۰.

E-mail address: aghababaei.azim@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول:

روش‌ها: در این پژوهش با هدف بررسی آسیب‌های ناشی از کاربست خط‌مشی اعلامیه حفاظت از جامعه در سیاست جنایی ایران با استفاده از منابع کتابخانه و با روش توصیفی-تحلیلی به این پرسش‌ها پاسخ داده می‌شود که مفهوم رفتارهای ضداجتماعی در بستر سیاست جنایی یک کشور چیست؟ عدالت پیشگیرنده، دستور پیشگیرنده مدنی و دستور حفاظت از جامعه به چه معنا هستند؟ مزایا و معایب کاربست خطوط مشی جنایی مبتنی بر اعلامیه حفاظت از جامعه در ایران چیست؟ بدین منظور در ابتدا و در راستای تبیین ادبیات پژوهش، به بررسی مفاهیمی همچون عدالت پیشگیرنده، دستور پیشگیرنده مدنی، دستور رفتار ضد اجتماعی و اعلامیه حفاظت از جامعه خواهیم پرداخت. در این پژوهش از منابع کتابخانه‌ای به منظور جمع‌آوری و ارائه مطالب استفاده شده است.

یافته‌ها: در این پژوهش بیان شده است که دستورات پیشگیرنده مدنی، در حقوق پیشگیری، نوعی حقوق کیفری شخصی و دو مرحله‌ای محسوب شده که در مرحله اول، ضمن فرایند دادرسی مدنی یک دستور صادر و در مرحله دوم، در فرض نقض دستور، ضمن فرایند دادرسی کیفری، پاسخ تنبیهی و قهرآمیز بر شخص مرتکب بار خواهد شد. اعلامیه حفاظت از جامعه یکی از اقسام دستورات پیشگیرنده مدنی است که با هدف سرعت بخشیدن و کارآمدسازی اقدامات مقامات رسمی غیرقضایی از جمله پلیس و افسران پلیس اجتماعی در برابر رفتارهای ضداجتماعی صادر می‌شود. در مرحله اول، شخص در معرض انحراف یا ارتکاب جرم، از مرجع صالحه اخطار دریافت می‌کند و در فرض عدم رعایت مفاد اخطارنامه، اعلامیه حفاظت از جامعه صادر شده و به موجب آن شخص مرتکب مجازات خواهد شد. هرچند شاید این نوع دستورات در پاسخ‌دهی، سریع عمل نمایند ولیکن آسیب‌های بسیاری را از خود به جای خواهند گذاشت. اعلامیه حفاظت از جامعه با تسری اعمال پاسخ‌های سرکوبگر و واکنشی به مرحله‌ی پیش از اثبات جرم در دادگاه صالح کیفری، منجر به نقض اصل برائت؛ با پیامدگرایی افراطی نسبت به رفتارهای ضداجتماعی و عدم توجه به ارکان رفتار ارتكابی منجر به نقض نظریه عمومی جرم؛ و با اعمال اقدامات تنبیهی و قهرآمیز با پوشش پوشالی قانونی در راستای کنترل‌گری افراطی حاکمیتی، منجر به نقض اصل حاکمیت قانون شده است. اعلامیه حفاظت از جامعه به جای حل مسئله به کنترل‌گری و سرکوبگری می‌پردازد و به نوعی به دنبال پاک کردن صورت مسئله است. این در حالی است که احساس ناکامی ناشی از برخوردهای سرکوبگر و اعمال اقدامات تنبیهی بر مبنای نظریات علم روانشناسی اجتماعی خود موجب پرخاشگری و اقدامات ضداجتماعی بعدی خواهد بود. از آن‌جا که هنجارها همواره ثابت نیستند و بسته به دولت حاکم بر جامعه ممکن است تغییر نمایند، شهروندان باید هر لحظه منتظر دریافت اخطار یا اعلامیه حفاظت از جامعه باشند و از این طریق اصل آزادی تخدیش می‌گردد.

نتیجه‌گیری: اعلامیه حفاظت از جامعه بسیاری از اصول اساسی حقوق کیفری را تحت تأثیر قرار داده و قسم جدیدی از کنترلگری افراطی دولتی در پوشش قانون را ارائه می‌دهد. این موضوع به توتالیترسازی دولتی بسیار کمک می‌کند. فلذا عدم کاربست آن در سیاست جنایی کشور ایران مفیدتر از کاربست آن می‌باشد.

واژگان کلیدی: اخطار حفاظت از جامعه، اعلامیه‌ی حفاظت از جامعه، پیشگیری از جرم، دستور پیشگیرنده مدنی، عدالت پیشگیرنده.

سرآغاز

ایجاد و توسعه قلمروی کیفری^۱ را دیوان اروپایی حقوق بشر^۲ براساس اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۳ و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۴ مرزهای کلاسیک حقوق کیفری^۵ را برهم زده و موجب ایجاد مقولات کیفری جدید شده است (بابایی و مهدوی، ۱۴۰۲: ۱۰۱-۱۰۲؛ یآوری، ۱۳۹۴: ۲۲۲). با این حال، قلمروی کیفری افسارگسیخته نیست و بازیگران عرصه عدالت کیفری نمی‌توانند با هر مقررہ‌گذاری به تحدید حقوق مردم بپردازند. بلکه در قلمروی کیفری باید تضمینات دادرسی عادلانه رعایت شود (Gless, 2013: 93; Lagoutte, 2005: 175). در قلمروی کیفری با آرمان ایجاد یک جامعه بدون خطر، با پیدایش مفاهیمی همچون مدیریت ریسک^۶ (O'Malley, 2006: 43-44; Kemshall, 2003) و اقدامات تأمینی^۷ (Miles, 2018: 1-2)، اقدامات محدودکننده و برخی مجازات‌ها،^۸ گاه به مرحله‌ای قبل از مرحله اثبات ارتکاب جرم مجرم، تسری یافته‌اند. به همین دلیل، در کنار پاسخ‌های پسینی و سستی به رفتارهای ضداجتماعی،^۹ در قالب کیفر،^{۱۰} پاسخ‌های پیشینی (حتی در بعضی مواقع سرکوبگر) نیز در قلمروی کیفری یافت می‌شوند.

تدابیر کنشگرانه سزادهنده یا قهرآمیز پارادایم عدالت پیش‌گیرنده (Ashworth & Zedner, 2013: 1 ; Ashworth & Zedner, 2014: 1) در کنار تدابیر پیش‌گیرانه از جمله پیشگیری وضعی^{۱۱} یا پیشگیری رشدمدار،^۱ از زمره تدابیر پیشینی کنترل رفتارهای

-
1. Criminal matters
 2. European Court of Human Rights
 3. European Convention on Human Rights
 4. International Covenant on Civil and Political Rights
 5. Criminal law
 6. Risk management
 7. Provisional measures
 8. Punishments
 9. Anti-social behaviours (ASBs)
 10. Penal
 11. Situational Prevention

رفتارهای مخاطره‌آمیز هستند (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۲۹۷؛ Cole, 2015: 501) که با هدف مهار جرم^۲ پیش از ارتکاب بزه اعمال می‌شوند.^۳ عدالت پیش‌گیرنده محض سیاست‌هایی را در برمی‌گیرد که به حاکمیت اجازه می‌دهد به هر طریقی، کسانی را که مرتکب جرم نشده‌اند اما به‌طور منطقی مشکوک به انجام این کار یا محرک دیگران به انجام این کار هستند با رفتارهای قهرآمیز منع کند (Matravers, 2013: 206). ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری در باب جلوگیری از فعالیت متضمن رفتار مجرمانه در آینده نسبت به تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی با توجیه جلوگیری از ایراد ضرر بارزترین مصداقی از تدابیر پیش‌گیرنده قهرآمیز در سیاست کیفری کشور ایران است. از زمره دیگر سازکارهای تنبیهی پیش‌گیرانه در سیستم عدالت کیفری ایران می‌توان به قرار نظارت قضایی (ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری)، دستورات مذکور در ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری به‌عنوان دستورات ذیل تعلیق تعقیب کیفری، محدودیت‌های پیش‌گیرنده مدنی از قبیل اقامت اجباری، منع از اقامت، الزام به خدمات عمومی، الزام به تحصیل و غیره مذکور در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان مجازات تکمیلی، قرار تأمین خواسته کیفری (مواد ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری)، دستور جلوگیری از نقض حقوق یا نقض قریب‌الوقوع حقوق توسط دادگاه مدنی موضوع ماده ۶۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری اشاره کرد.

اعلامیه حفاظت از جامعه^۴ از زمره سیاست‌های مربوط به رهیافت عدالت پیش‌گیرنده است. اعلامیه‌های حفاظت از جامعه (CPNs) دستورات پیش‌گیرانه مدنی^۵ (CPOs) هستند که برای جلوگیری از ارتکاب رفتار خاص یک فرد یا سازمان، در صورتی استفاده می‌شوند که رفتار ضداجتماعی «تأثیر مضر بر کیفیت زندگی افراد در

1. Developmental prevention

2. Crime control

۳. در کل پژوهش اقدامات قهرآمیز به‌منظور پیشگیری با عبارت «پیش‌گیرنده» و اقدامات غیرقهرآمیز با عبارت

«پیش‌گیرانه» مشخص خواهند شد.

4. Community protection notice (CPN)

5. Civil preventive orders

آن محل» داشته باشد (Heap et al., 2022: 305) و رعایت نکردن آنها ضمانت اجرایی خاصی در پی دارد. به عنوان مثال، در بریتانیا نقض این اعلامیه‌ها مستوجب جریمه صد پوندی خواهد بود (Heap et al., 2022: 305).

دستورات پیش‌گیرنده مدنی، به عنوان اقدامی دوجنبتین (کیفری-مدنی) به منظور جلوگیری از آسیب، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌هایی را در قالب یک حکم مدنی بر مخاطبان تحمیل می‌کنند و رعایت آن را با ضمانت اجراهای تنبیهی تضمین می‌نمایند (Collins, 2020: 373). این ضمانت اجراها می‌توانند محدودکننده یا محروم‌کننده باشند. در واقع، دستورات پیش‌گیرنده مدنی حقوق کیفری شخصی^۱ (Ashworth & Zedner, 2010: 74) و دو مرحله‌ای (Rodgers, 2023: 2; Ashworth & Zedner, 2012: 563) را ایجاد کرده‌اند که در مرحله اول به هیچ تدبیر واکنشی قهرآمیز متوسل نمی‌شود ولیکن در مرحله دوم از تدابیر قهرآمیزی استفاده می‌شود که گاهی پنج سال حبس را نیز در پی دارد (Methven & Carter, 2016: 228). این دستورات در مرحله اول محدودیتی در پی ندارند ولیکن در مرحله دوم، در صورتی مجازات می‌شود که شخص مرتکب رفتاری شود که به موجب دستور پیش‌گیرنده مدنی از آن منع شده است (Burney, 2002: 474-475). سیاست‌گذاری‌های مربوط به پذیرش دانشجویان یا کارمندان مشروط بر تزریق واکسن کرونا در زمان کرونا در کشور ایران از زمره مصادیق دستورات پیش‌گیرنده مدنی بود.

رفتار ضداجتماعی که گاه رفتار غیراجتماعی^۲ نیز نامیده می‌شوند به رفتاری اطلاق می‌شود که برخلاف هنجارها و ارزش‌های اجتماعی است (Millie, 2008: 40) و حقوق دیگران را نقض می‌کند (Calkin & Keane, 2009: 1095) یا به دیگران آسیب می‌رساند (Cacault, et al., 2015: 2). هر رفتار آسیب‌رسانی ضداجتماعی نیست، بلکه معیار ضداجتماعی بودن رفتار، توجیه‌ناپذیری با ارزش‌های اجتماعی است. به موجب

1. Personalized criminal law
2. Dissocial behaviours

قانون رفتارهای ضد اجتماعی، جرم و پلیسی‌گری ۲۰۱۴،^۱ رفتارهای ضد اجتماعی اقداماتی هستند که باعث آزار، هشدار یا ناراحتی یک یا چند نفر شود یا به‌طور احتمالی باعث آزار و اذیت، هشدار یا ناراحتی یک یا چند نفر خواهد شد (Rodgers, 2023: 488; Black & Heap, 2022: 1417).

به نظر می‌رسد در اعلامیه‌های حفاظت اجتماعی، برخی اصول حاکم بر مجازات‌ها از جمله اصل قضایی بودن تحت‌تأثیر قرار می‌گیرد. در برخی مناطق از جمله بریتانیا موضوع «رفتارهای ضد اجتماعی» و ابزارهای نظارتی و کنترل جرم، چالش بزرگی برای مفاهیم سنتی عدالت کیفری ایجاد کرده و به مداخله‌گرایی بیش‌فعال حکومت‌ها منجر شده است (Crawford, 2009: 810). آقای تونی بلر^۲ نخست‌وزیر سابق بریتانیا در سخنرانی خود در تاریخ دوم سپتامبر سال ۲۰۰۵ در مرکز اجتماعی مریدین^۳ در واتفورد^۴ بیان داشت: «هدف کل قانون رفتار ضد اجتماعی این است که اگر دوست دارید شرایط تجارت را تغییر دهید، قوانین بازی را تغییر دهید، مطمئن شوید که زمانی که ما نیاز به اقدام سریع داریم، قادر به انجام سریع هستیم». پس بنابراین به نظر می‌رسد که مقابله با رفتارهای ضد اجتماعی از طریق اعلامیه‌های حفاظت جامعه به‌عنوان ابزاری برای کنترل جرم برخی از اصول دادرسی عادلانه از جمله رسیدگی در مهلت معقول را هم تحت‌تأثیر قرار می‌دهد. به همین دلیل، ضرورت دارد معایب این خط‌مشی مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. با توجه به فرایند نقل و انتقال خط‌مشی‌های کنترل جرم^۵ در سرتاسر دنیا، بسیاری از کشورها از الگوهای کنترل جرم کشورهای دیگر، الگو برداری کرده و از این طریق درصد تدوین، طراحی و کاربست سیاست‌های مشابه آن سیاست‌ها برمی‌آیند. کما اینکه در کشور ایران در حال حاضر اقداماتی مشابه نیز در

-
1. Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014
 2. Tony Blair
 3. Meridian Community Centre
 4. Watford
 5. Crime Control Policy Transfer

حال انجام است. به‌عنوان مثال، در حال حاضر پیامک‌هایی مبنی بر کشف حجاب در خودرو برای صاحبان خودرو ارسال می‌شود و آنها را از تکرار رفتار با ضمانت اجرای تنبیهی (توقیف خودرو) منع می‌کند. احتمال اینکه در آینده کشور ایران در صدد الگوبرداری از خط‌مشی اعلامیه حفاظت از جامعه و موضوعه کردن آن برآید وجود دارد. به همین دلیل، در این پژوهش نگارنده در صدد مشخص کردن آسیب‌های ناشی از این کاربست سیاست‌های کنترل جرم از طریق اعلامیه حفاظت از جامعه سیاست است. با مشخص شدن آسیب‌های این خط‌مشی، سیاست‌گذاران می‌توانند با آسیب‌زدایی، سیاست جنایی کارآمدتری را تدوین نمایند.

۱. پیشینه پژوهش

ملاحظه می‌شود در کشور ایران پژوهشی درخصوص اعلامیه حفاظت از جامعه انجام نشده است و در کشورهای دیگر اندک پژوهش‌هایی به این موضوع پرداختند. در پژوهش‌های انجام‌شده در کشور ایران آقای اسماعیلی (۱۳۹۶) در مقاله «عدالت پیش‌گیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی» دستورات پیش‌گیرانه مدنی را از اقسام تدابیر عدالت پیش‌گیرانه معرفی کرده و در نهایت نتیجه‌گیری می‌کند که «پارادایم عدالت پیش‌گیرنده» که بر پیشگیری مستقیم از وقوع جرم به‌عنوان یکی از روش‌های قهرآمیز مقابله با جرم تأکید دارد، با معرفی عملکرد تدابیر پیش‌گیرنده که تحت عناوین گوناگون به بخش‌های مختلف نظام حقوقی از جمله حقوق اداری و مدنی راه یافته‌اند، به ترسیم قواعد ناظر بر «حقوق پیشگیری» و توسعه و تکامل فرایندهای آن در قالب نظم حقوقی‌ای مؤثر می‌پردازد. در پژوهش حاضر به‌صورت اختصاصی به اعلامیه حفاظت از جامعه به‌عنوان یک قسم از دستورات پیش‌گیرنده مدنی تحت پارادایم عدالت پیش‌گیرنده پرداخته می‌شود و آسیب‌های ناشی از آن تحلیل می‌شود.

در پژوهش‌های انجام‌پذیرفته در خارج از ایران بلک^۱ و هیپ^۲ (۲۰۲۲) در مقاله «عدالت رویه‌ای، انطباق و «شهروند شرافتمند»: مطالعه اعلامیه‌های حفاظت از جامعه» از طریق مطالعه کیفی بر روی دریافت‌کنندگان اعلامیه‌های حفاظت از جامعه (CPN)، به بررسی درک مردم از جنبه هویت اجتماعی نظریه عدالت رویه‌ای^۳ پرداخته‌اند. در این مقاله، یکی از نتایج به دست آمده از تحقیقات این است که مردم خود را مجبور به تبعیت از CPN می‌دانند. در پژوهش حاضر به صورت اختصاصی به آسیب‌شناسی اعلامیه حفاظت از جامعه از منظر حقوق کیفری، جرم‌شناسی و حقوق بشر پرداخته می‌شود و فهرستی مختصر از آسیب‌ها ارائه خواهد شد.

هیپ و همکاران (۲۰۲۲) در مقاله «عدالت پیش‌گیرانه: بررسی قدرت اجباری اعلامیه‌های حفاظت از جامعه برای مقابله با رفتارهای ضد اجتماعی» با استفاده از عدالت پیش‌گیرنده اشورث و زدنر^۴ به عنوان یک چارچوب تحلیلی به بررسی کیفی اعلامیه‌های حفاظت از جامعه می‌پردازند و در نهایت سه توصیه تجربی برای اصلاح این اعلامیه‌ها ارائه می‌دهند. این پژوهش معایب و مزایای اعلامیه حفاظت از جامعه را در بریتانیا بررسی می‌کند، اما در این پژوهش با رویکرد امکان انتقال سیاست‌های اعلامیه حفاظت از جامعه به کشور ایران، به بیان آسیب‌ها پرداخته و برای بیان آنها از منابع دیگر نیز بهره گرفته می‌شود.

کرافورد^۵ (۲۰۰۹) در مقاله «حکومت از طریق رفتار ضد اجتماعی: چالش‌های نظارتی برای عدالت کیفری» استدلال می‌کنند که مقرره‌گذاری به منظور مهار رفتارهای ضد اجتماعی موجب مشروعیت بخشیدن به حملات جاه‌طلبانه و مبهم حاکمیت و مداخله‌گرایی بیش‌فعال دولت می‌شود. در این پژوهش به توانالیت‌سازی حاکمیت از

-
1. Alex Black
 2. Vickey Heap
 3. Procedural Justice
 4. Ashworth and Zedner
 5. Adam Crawford

طریق توسل به خط‌مشی اعلامیه حفاظت از جامعه اشاره شده است و از این منظر آن را نقد می‌کند. ولیکن در پژوهش حاضر، بررسی کنترل‌گری حاکمیتی از طریق اعلامیه حفاظت از جامعه، صرفاً یکی از آسیب‌های احتمالی کاربست این دستورات را در سیاست جنایی ایران تشکیل می‌دهد.

۲. اعلامیه حفاظت از جامعه (CPN)

در حقوق کیفری سنتی، صحبت از دوگانه‌سازی ضمانت اجراهای کیفری در قالب مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی بود (نجیبیان و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۰۳). متعاقب توقعات بزه‌دیدگان از آسیب‌های وارده بر اثر رفتارهای ضداجتماعی، برخی حاکمیت‌ها در صدد برخورد سریع و رضایت‌بخش با این دسته از رفتارها در قالب اعلامیه حفاظت از جامعه برآمدند (Home Office, 2012:3-4). اعلامیه حفاظت از جامعه (CPN) یک دستور مدنی است برای محافظت از جوامع در برابر رفتارهای ضداجتماعی (ASB) غیرمنطقی و مداوم و مخرب بر کیفیت زندگی افراد؛ که ممنوعیت‌هایی را برای اشخاص حقیقی یا حقوقی در پی دارد (Rodgers, 2023: 488) مشروط بر اینکه این اشخاص برخلاف مفاد این اعلامیه‌ها رفتار (اعم از فعل یا ترک فعل) کنند. این اعلامیه در قانون رفتارهای ضداجتماعی، جرم و پلیسی‌گری ۲۰۱۴ در انگلستان و ولز ذیل مواد ۴۳ تا ۵۸ به صورت رسمی معرفی شده است. اعلامیه حفاظت از جامعه به دنبال سرعت بخشیدن و کارآمدسازی اقدامات مقامات رسمی غیرقضایی از جمله پلیس و افسران پلیس اجتماعی در برابر رفتارهای ضداجتماعی است (Rodgers, 2023: 488; Home Office, 2012: 23)؛ به‌عنوان مثال ممکن است بر اثر کاربست این قسم از سیاست‌ها مستأجران ضداجتماعی سریع‌تر از موعد اجاره از منزل استیجاری اخراج شوند (Home Office, 2012: 7). هدف از این اعلامیه، مقابله از طریق تحمیل ممنوعیت‌ها و محدودیت‌ها با مشکلات یا مزاحمت‌هایی است که بر کیفیت زندگی افراد جامعه تأثیر منفی می‌گذارد (Home Office, 2021:51). این اعلامیه‌ها در صدد مقابله با رفتارهای

غیرمجرمانه‌ای هستند که مقابله با آنها دشوار است (Home Office, 2012: 8-9). به منظور صدور اعلامیه حفاظت از جامعه، ابتدا یک اخطار حفاظت از جامعه^۱ متضمن الزاماتی صادر می‌شود که باید رعایت شوند و در صورت استمرار این اخطار منجر به صدور اعلامیه حفاظت از جامعه می‌شود (Heap, et al., 2022: 307). به موجب قوانین انگلستان و ولز، گیرنده هشدار حق اعتراض ندارد ولیکن گیرنده اعلامیه حق اعتراض بیست و یک روزه دارد (Rodgers, 2023: 488). در صورت نقض اخطار حفاظت از جامعه و صدور اعلامیه حفاظت از جامعه، شخص با ضمانت اجرای قهرآمیز مواجه خواهد شد. اخطار حفاظت از جامعه منطبق بر آیین دادرسی مدنی و اعلامیه‌های حفاظت از جامعه منطبق بر آیین دادرسی کیفری را علی‌الاصول دادگاه‌های مدنی صادر می‌کنند.

به موجب ماده (۱) ۴۳ قانون رفتار ضداجتماعی، جرم و پلیسی‌گری، این اعلامیه برای هر فرد بالای شانزده سال یا هر نهاد به شرطی که رفتار وی تأثیری زیان‌بار، از نوع مستمر یا ادامه‌دار، بر کیفیت زندگی دیگران داشته و رفتار غیرمنطقی باشد، می‌تواند موضوع اخطار یا هشدار حفاظت از جامعه قرار گیرد. منظور از نهاد^۲ به هر نوع سازمان، شرکت، مؤسسه، یا گروهی اطلاق می‌شود که شخصیت حقوقی مستقل از افراد تشکیل‌دهنده آن داشته باشد. به عبارت دیگر، «نهاد» در اینجا به اشخاص حقوقی اشاره دارد، نه اشخاص حقیقی (افراد). به موجب ماده (۷) ۴۱ قانون مذکور، اعلامیه حفاظت از جامعه باید رفتار مضر را که بابت آن صادر شده است به‌صراحت مشخص کند.

به موجب ماده (۳) ۴۱ اخطار حفاظت از جامعه، اخطاری است که هر یک از الزامات زیر را بر فرد یا نهادی که اخطار برای او صادر شده، تحمیل می‌کند: الف. الزام به ترک یا توقف انجام امور مشخص؛ ب. الزام به انجام امور مشخص؛ پ. الزام به اتخاذ گام‌های منطقی برای دستیابی به نتایج مشخص. الزام به اتخاذ گام‌های منطقی برای دستیابی به نتایج مشخص یعنی فرد موظف است اقدامات عملی، معقول و قابل

-
1. Community Protection Warning (CPW)
 2. Body

اجرا را برای رسیدن به اهداف مشخص شده در اخطار انجام دهد. این اقدامات باید به گونه‌ای باشند که بتوان به‌طور عینی و قابل اندازه‌گیری، تحقق نتیجه مورد نظر را بررسی کرد. این نوع الزام، انعطاف‌پذیری بیشتری نسبت به الزام به انجام یا انجام ندادن کارهای مشخص دارد و به فرد یا نهاد اجازه می‌دهد تا با توجه به شرایط خود، بهترین راه را برای رسیدن به نتیجه مطلوب انتخاب کند. با این حال، همچنان مسئولیت رسیدن به نتیجه مشخص بر عهده اوست.

شرط صدور اعلامیه حفاظت از جامعه در ماده (۴) ۴۱ مشخص شده است. به موجب این ماده الزامات مذکور در ماده (۳) ۴۱ تنها در صورتی قابل اعمال به اشخاص هستند که به‌منظور جلوگیری از ادامه یا تکرار تأثیر زیان‌بار یا کاهش آن تأثیر زیان‌بار یا کاهش خطر ادامه یا تکرار آن صادر شوند. به موجب ماده (۲) ۴۱ و (۱) ۵۳ اخطار حفاظت از جامعه را می‌تواند اشخاص ذیل صادر کند: ۱. مأمور پلیس؛ ۲. مرجع محلی ذی‌ربط؛^۱ ۳. شخصی را که مرجع محلی ذی‌ربط برای اهداف این ماده تعیین کرده باشد. مرجع محلی ذی‌ربط به نهاد یا سازمانی دولتی در سطح محلی اشاره دارد که مسئولیت اجرای قوانین و ارائه خدمات عمومی را در یک منطقه جغرافیایی مشخص بر عهده دارد. این نهادها را به‌طور معمول انتخابات محلی تعیین می‌کنند و وظایف گوناگونی از حفظ نظم و امنیت عمومی، ارائه خدمات شهری، برنامه‌ریزی شهری و توسعه محلی، صدور مجوزها و پروانه‌ها و... بر عهده دارند. به‌طور دقیق اینکه کدام نهاد مرجع محلی ذی‌ربط محسوب می‌شود، بستگی به موقعیت جغرافیایی و نوع رفتاری دارد که منجر به صدور اخطار حفاظت از جامعه شده است. همچنین مرجع محلی (مانند شهرداری یا شورای شهر) می‌تواند به افراد خاصی، خارج از کارکنان رسمی خود، اختیار صدور اخطار حفاظت از جامعه یا اخطار جریمه ثابت را تفویض کند. این افراد «اشخاص تعیین‌شده» یا مأموران تعیین‌شده^۲ نامیده می‌شوند.

1. Relevant Local Authority
2. Designated Persons/Officers

به موجب ماده (۱) ۴۸، شخصی که اخطار حفاظت از جامعه برای او صادر شده و از رعایت آن تخلف کند، مرتکب جرم شده است. به موجب ماده (۲) ۴۸ شخصی که مرتکب جرم مندرج در این ماده شود، پس از محکومیت خلاصه^۱، به جزای نقدی محکوم خواهد شد. تنها در صورتی شخص مجرم محسوب نخواهد شد که تمام اقدامات معقول را برای رعایت اخطار انجام داده باشد؛ یا عذر موجه دیگری برای عدم رعایت آن وجود داشته باشد. این موضوع در ماده (۳) ۴۸ ذکر شده است. محکومیت خلاصه، نوعی از رسیدگی و صدور حکم در سیستم حقوقی انگلستان و برخی دیگر از کشورهایی است که از نظام حقوقی کامن‌لا پیروی می‌کنند. این نوع رسیدگی برای جرایم به نسبت کم‌اهمیت‌تر یا جرایمی که پیچیدگی کمتری دارند، در نظر گرفته شده است. در مقابل آن، رسیدگی با کیفرخواست^۲ قرار دارد که برای جرایم سنگین‌تر و پیچیده‌تر در دادگاه‌های بالاتر انجام می‌شود. کیفرخواست شفاهی مذکور در ماده ۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری کشور ایران شباهت بسیاری با نهاد محکومیت مختصر در نظام کیفری بریتانیا دارد.

۳. آسیب‌های اعلامیه حفاظت از جامعه

هرچند اعلامیه حفاظت از جامعه منجر به پاسخ سریع به انحراف یا بزه شده است و همچنین مانع از تحقق یک ضرر یا آسیب بزرگ‌تر در آینده می‌شود، ولیکن این نوع از اقدامات تنبیهی، آسیب‌هایی نیز در پی دارد که در ادامه به برخی از آنها پرداخته می‌شود.

-
1. Summary Conviction
 2. Indictment

۳-۱. اعلامیه حفاظت از جامعه، اعلامیه‌ای بر ضد اصول اساسی حقوق کیفری بسیاری از حکومت‌ها با شعار جامعه‌عاری از خطر، با کاربست اعلامیه‌های حفاظت از جامعه، صرف‌نظر از اهداف سیاسی، به‌ظاهر در صدد پیشگیری از وقوع جرایم و خطرات اجتماعی هستند. ولیکن متوجه نیستند که این اعلامیه بسیاری از اصول بنیادین حقوق کیفری را نقض می‌کند که به‌منظور رعایت حداکثری حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص وضع شده است. البته این موضوع رفتار جدیدی نیست و مشاهده شده است که در بسیاری از مواقع اصول کلی حقوق کیفری توسط خود قانون‌گذار نقض شده است (حسینی و دیگران، ۱۴۰۴: ۵۰۲). رضایت سیاسی ناشی از دستورات پیش‌گیرانه مدنی جدید، در ادبیات جامعه‌شناسی کیفری به‌عنوان مصادیقی از سیاست‌های متضمن عوام‌گرایی کیفری^۱ در نظر گرفته شده است که اصول اساسی قانونی و اصول بنیادین حقوق کیفری را کنار می‌گذارد (Ramsay, 2008: 1) در ادامه به برخی از این اصول اشاره می‌شود.

۳-۱-۱. نقض اصل حداقلی بودن حقوق کیفری

گاه، ضمانت اجرای تخطی از دستورات پیش‌گیرنده مدنی، حبس است (Collins, 2020: 373; Rodger, 2023:488) و این موضوع به معنی توسعه گستره جرم‌انگاری و نقض اصل حداقلی بودن و حرکت روی پوسته نازک یخی است. در صورت صدور اعلامیه حفاظت از جامعه، مرتکب به‌طور اصولی با جزای نقدی مواجه خواهد شد. درواقع اعلامیه حفاظت از جامعه، برای رفتاری که ماهیتی غیرکیفری است، کیفر در نظر می‌گیرد (Hodgkinson & Tilley, 2011: 301). در چنین شرایطی، حاکمیت به نام اجرای قانون یا پیشگیری از جرم، اقدام به کاهش قلمرو حاکمیت شخصی و تعدی به فردیت و آزادی‌های بنیادین اشخاص می‌کند (غلامی، ۱۳۹۱: ۶۳)؛ این در حالی است

1. Penal populism

که به موجب اصل حداقلی بودن حقوق کیفری^۱ هنجارگذاری جنایی از طریق ممنوع‌انگاری رفتار دیگران و کیفرگذاری برای این رفتار باید آخرین راه‌حل باشد (Jareborg, 2005: 521; Minkkinen, 2006: 531 to 533). اعلامیه‌های حفاظت از جامعه به جای اینکه از خصیصه سرکوبگری پاسخ‌ها به انحرافات به‌عنوان مرحله آخر استفاده نمایند، از آنها به‌عنوان در دسترس‌ترین ابزار استفاده می‌کنند و این موضوع همان ابزارگرایی کیفری^۲ است. درواقع، حاکمیت‌ها به‌منظور کنترل‌گری بیشتر بر رفتارهای اشخاص در سطح جامعه، به بهانه پیشگیری از جرم، اقدام به جرم‌زایی می‌کنند و از این طریق، محدودیت‌های ناشی از واکنش‌های کیفری را بر مرتکبان رفتارهای ضداجتماعی بار می‌کنند. سیاست‌های مبتنی بر اعلامیه حفاظت از جامعه به‌تدریج موجب خواهند شد رفتارهایی که در قبل جرم محسوب نمی‌شدند یا در سطح پایین‌تری از تخلف قرار داشتند، به‌تدریج جرم‌انگاری شوند و تحت کنترل سیستم عدالت کیفری قرار گیرند (Heap & Black, 2024: 1) این موضوع منجر به افزایش گستره پاسخ‌های کیفری و نقض اصل حداقلی بودن حقوق کیفری در پاسخ‌دهی به رفتارهای غیرهنجارمند مرتکبان می‌شود.

۳-۱-۲. نقض اصل برائت

عدالت پیش‌گیرانه اصل برائت^۳ را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ زیرا حقوق کیفری تنها باید زمانی وارد عرضه شود که یک فرایند کیفری شروع شده باشد (Ferzan, 2014: 505) و این در حالی است که عدالت پیش‌گیرانه مجازات را به مرحله‌ای قبل از حتی گاهی مواقع شروع به تعقیب کیفری سرایت داده است و رفتارهای محتمل ضرر را پیش از اضرار مجازات می‌کند (Collins, 2020: 373). به موجب اصل برائت تا زمانی که جرم

-
1. The principle of last and least resort penal law
 2. Penal instrumentalism
 3. Presumption of Innocence

شخص به صورت قطعی در محکمه صالح به اثبات نرسد، شخص متهم محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری نخواهد داشت؛ بنابراین اعمال هرگونه مجازات یا تنبیه به‌جز مواردی که در قانون مجاز شمرده شده‌اند (همانند قرار تأمین یا قرار نظارت قضایی) بر وی قبیح است. ولیکن اعلامیه حفاظت از جامعه پاسخ‌های تنبیهی را پیش از مرحله احراز و اثبات جرم بر مرتکب بار می‌کنند. اصل برائت یا فرض بی‌گناهی، عدم مجازات پیش از اثبات جرم را در یک فرایند دادرسی کیفری به موجب صدور حکم قطعی محکومیت اقتضا دارد. با توجه به نظریات دیوان اروپایی حقوق بشر درخصوص اعمال تضمینات دادرسی عادلانه در کلیه مقولات جنایی با خصیصه قهرآمیز، اصل برائت باید در کلیه مراحل یک فرایند منتهی به کنش یا واکنش سرکوبگر اعمال شود. اصل برائت مهم‌ترین مبنای دادرسی عادلانه است (فتحی، ۱۳۹۲: ۱۲۶) و نقض اصل برائت منجر به نقض شاخصه‌های عدالت در دادرسی نیز خواهد شد.

۳-۱-۳. پیامدگرایی در مجازات به جای رفتارگرایی (نقض نظریه عمومی جرم)

در اعلامیه‌های حفاظت از جامعه آنچه موجب مجازات اشخاص می‌شود، رفتارهای ضداجتماعی است و در تعریف رفتار ضداجتماعی، آنچه موضوعیت دارد، پیامد رفتار است. در واقع، در صورت حصول نتیجه (آسیب یا آزار یا مزاحمت یا غیره) موضوع اعلامیه حاصل شده است؛ بنابراین نیازی به بررسی رفتار فیزیکی مرتکب وجود ندارد (Hodgkinson & Tilley, 2011: 284) همچنین اعلامیه حفاظت از جامعه به جای تمرکز بر رفتار، به‌ظاهر بر حمایت از بزه‌دیده متمرکز است (Rodgers, 2023: 489) این در حالی است که در حقوق کیفری به موجب نظریه عمومی جرم، علی‌الاصول، جرائم باید از رکن مادی و شامل رفتار فیزیکی تشکیل شده باشند و آنچه موجب مجازات می‌شود، تحقق نتیجه متعاقب ارتکاب یک رفتار فیزیکی است.

۳-۱-۴. نقض اصل حاکمیت قانون

زندگی تحت لوای حاکمیت قانون باعث می‌شود جامعه از هوا و هوس، پیش‌داوری، احساسات، تعصبات، سوگیری‌های کورکورانه، رفتارهای ایدئولوگ محض، و به‌طور کلی حاکمیت انسان^۱ به جای حاکمیت قانون محافظت شود (دبیرنیا و دیگران، ۱۴۰۱: ۹۳). در پشت پرده عبارت زیبای «عدالت پیش‌گیرنده»، حاکمیت، اقدامات محدودکننده و محروم‌کننده‌ای را اعمال می‌کند و این موضوع کنترل‌های هنجاری مرتبط با حاکمیت قانون^۲ را به نقطه محو یا پایین‌تر نزدیک می‌سازد (Dyzenhaus, 2013: 91) اعلامیه حفاظت از جامعه هرچند پوششی قانونی به خود گرفته است، اما نه تنها موجب تحقق حکومت قانون نمی‌شود، بلکه منجر به حکومت توسط قانون^۳ می‌شود. به نظر می‌رسد سیاست‌گذاران خط‌مشی اعلامیه حفاظت از جامعه به‌منظور مشروعیت بخشیدن به این سیاست از عوام‌گرایی^۴ نیز استفاده می‌کنند. آنجا که با شعار جامعه‌عاری از خطر در صدد کنترل رفتارهای ضداجتماعی برمی‌آیند و از این طریق در صدد جب نظر عوام مردم هستند. این اقدام مصداق بارز حکومت توسط قانون به جای حاکمیت قانون است.

۳-۲. ابهام در اثربخشی یا کارایی: سرکوبگری به جای حل مسئله

دستورهای پیش‌گیرنده مدنی به‌منظور پیشگیری فوق‌العاده خطرات و بزه‌دیدگی تدوین و اعمال شده‌اند. درست است که شاید در برخی حوزه‌ها همانند حوزه پیشگیری از شیوع بیماری‌ها در پزشکی، برخی تحقیقات اثربخشی و کارایی این نوع سیاست‌گزینی را نشان دهد (Nadzir, et al., 2020: 1237) ولیکن این به معنای اثربخشی و کارایی دستورات حفاظت از جامعه در همه عرصه‌ها از جمله پیشگیری از جرایم خانوادگی نیست. به‌عنوان مثال، در بحث آزار جنسی زنان در کشور امریکا، به‌طور تقریبی سالانه

-
1. Rule of Man
 2. Rule of law
 3. Rule by law
 4. Populism

یک و نیم میلیون زن مورد آزار جنسی قرار می‌گیرند و این درحالی است که بیست درصد از این زنان دستورات حفاظت مدنی را دریافت کرده‌اند (Holt et al., 2002: 589). این موضوع نشان‌دهنده این است که گاهی اوقات ممکن است این دستورات اثربخشی یا کارایی لازم را نداشته باشند.

از نظر علم روان‌شناسی اجتماعی، از علت‌های پرخاشگری و ارتکاب رفتارهای ضداجتماعی می‌توان به تحریک بیرونی (Chermack & Berman, 1997: 1) و احساس ناکامی (اشرفی و اشرفی، ۱۳۹۳: ۸۴۷) اشاره کرد. پاسخ تنبیهی به رفتارهای ضداجتماعی و پرخاشگرانه، خود نوعی تحریک بیرونی محسوب می‌شود و منجر به ایجاد احساس ناکامی یا بزه‌دیدگی در محکوم خواهد شد. این موضوع خود عامل ارتکاب رفتارهای ضداجتماعی در آینده خواهد بود. به نظر می‌رسد در صورت پافشاری دولت‌ها به صدور اعلامیه حفاظت از جامعه، اتخاذ تنبیهات در قالب دوره مراقبت، متضمن الزام مرتکب به مراجعه به روان‌شناس و درمان اختلال ضداجتماعی، مفیدتر جلوه می‌کند. به نظر می‌رسد اعلامیه حفاظت از جامعه، پیش از اینکه به بررسی مشکل و مسئله و حل ریشه‌ای آن اقدام کند، در صدد پاسخ‌دهی سریع به صورت سرکوبگرانه است. در چنین مواردی که مشکل یا مسئله حل نشده است، نه تنها تنبیه مرتکب مؤثر نخواهد بود، بلکه چه بسا منجر به پرخاشگری‌های بیشتری نیز بشود.

۳-۳. نقض اصل آزادی حداکثری شهروندان

همان‌طور که بیشتر بیان شد، اعلامیه حفاظت از جامعه، حاکمیت قانون را تحت الشعاع قرار می‌دهد. از آنجا که حاکمیت قانون، سنگ بنای رعایت حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص است (جوادی، ۱۳۹۷: ۳۰) بالتبع، اعلامیه حفاظت از جامعه این آزادی‌های را نیز تحت الشعاع قرار خواهد داد. حرکت به سمت مدل عدالت پیشگیرانه پتانسیل سوءاستفاده قابل توجهی را ایجاد می‌کند (Cole, 2015: 501) ظهور دولت پیش‌گیرانه ممکن است نویدبخش امنیت بیشتر باشد، اما تهدیدی برای آزادی‌های مدنی است

(Zedner & Ashworth, 2019: 429) با این حال، برخی حقوق دانان با توجهاتی از قبیل اینکه سیستم عدالت کیفری در جهت ایجاد تعادل بین عدالت و امنیت، می‌تواند از اقدامات پیش‌گیرانه قهرآمیز استفاده کند، عدالت پیش‌گیرانه را توجیه کرده‌اند (Matravers, 2013: 206). بر مبنای آموزه‌های عدالت پیش‌گیرنده، دولت بر مبنای اصل احتیاط در مواجهه با خطرات غیرقطعی اقدامات حاکمیتی انجام می‌دهد و این موضوع از بابت امکان نقض آزادی‌های شهروندی بر مبنای اصل احتیاط به نگرانی پژوهشگران حوزه عدالت پیش‌گیرانه تبدیل شده است (Stacey, 2017: 23). بسیاری از رفتارهای ضد اجتماعی به موجب قانون جرم‌انگاری کیفرگذاری نشده‌اند و پاسخ‌های تنبیهی به آن رفتارها نقض آشکار آزادی‌های شهروندان محسوب می‌شود. منشأ عدالت پیش‌گیرانه انگیزه نظارتی قوی و رسمی است (Collins, 2020: 373) جرم‌شناسان و نظریه‌پردازان حقوق جزا دستورات پیش‌گیرنده مدنی را به‌عنوان اقداماتی صرفاً ابزاری در خدمت کنترل جرم توضیح داده‌اند (Ramsay, 2008: 1). درست است که حاکمیت باید از شهروندان حفاظت و حمایت کند ولیکن کاربست افراطی سازکارهای قهرآمیز پیش‌گیرانه، خود ناقض آزادی‌های شهروندان است.

۳-۴. کنترلگری افراطی حاکمیت‌ها (توتالیترا سازی حکومت)

در سیاست‌های کنترل جرم، شکل جدیدی از کنترل در خصوص رفتارهای ضد اجتماعی به وجود آمده است (Brown, 2004: 203). در بستر سیاست‌گذاری جنایی^۱ به‌منظور مهار جرم، رفتار ضد اجتماعی، به اهرمی برای تدوین و اجرای سازکارهای دفاعی حکومت‌ها اعم از سازکارهای صرفاً بروکراتیک تا سخت‌گیرانه یا بعضی مواقع سرکوبگرانه تبدیل شده است (Burney, 2013: 92; Hodgkinson & Tilley, 2011: 283). قانون جرم و اختلال^۲ ۱۹۹۸ بریتانیا رفتار ضد اجتماعی را رفتاری تعریف می‌کند

1. Criminal Policy-making
2. the 1998 Crime and Disorder Act

که به صورت بالقوه یا بالفعل منجر به آزار، ترس، خطر و ناراحتی برای دیگران شود (Millie, 2008: 1) رفتارهای ضداجتماعی در سیاست‌گذاری‌های جنایی حکومت‌ها به‌خصوص حکومت‌های سرمایه‌داری به ابزاری برای حکومت بر جامعه از طریق ایجاد مکانیسم‌های کنترلی نظارتی تبدیل شده است (Crawford, 2009: 811). به گفته بریتویت^۱ ما در عصر سرمایه‌داری نظارتی زندگی می‌کنیم (Braithwaite, 2008) و این گفتمان به همه حوزه‌ها رسوخ کرده است (Levi-Faur, 2005: 27-28). سرمایه‌داری نظارتی مدعی است که نهاد سرمایه‌داری کارکرد نظارتی بر جامعه نیز دارد (Levi-Faur, 2017: 289) به‌منظور کنترل‌گری در جامعه، سرمایه‌داری نظارتی، مفهوم مدیریت ریسک را که در نظام سرمایه‌داری مفهومی جاافتاده است وارد در عرصه سیاست کرده (Moss, 2004: 15) و سیاست، اقتصاد و جامعه را به هم پیوند می‌زند. به همین دلیل، رفتارهای ضداجتماعی، به‌عنوان رفتارهای خطرآفرین نیازمند کنترل تلقی می‌شوند. این موضوع موجب در هم شکسته شدن مرزهای حقوق کیفری سنتی می‌شود. چراکه در حقوق کیفری آنچه نیازمند کنترل است رفتار مجرمانه است نه رفتار مخاطره‌آمیز ولیکن در سیاست‌گذاری‌های مبتنی بر سرمایه‌داری نظارتی، آنچه نیازمند کنترل محسوب می‌شود رفتارهای ضداجتماعی است. درواقع هرچند خاستگاه پیشگیری از جرم را باید در علم پزشکی جست‌وجو کرد (ابراهیمی، ۱۴۰۳: ۲۰) ولیکن نظام سرمایه‌داری مفهوم جدیدی تحت عنوان عدالت پیش‌گیرنده به آن اعطا کرده است. به همین دلیل، جوامع سرمایه‌داری مانند ولز و انگلستان، با اعلامیه‌های حفاظت از جامعه درصدد مدیریت ریسک و کنترل‌گری رفتارهای ضداجتماعی هستند (Ferzan, 2014: 523).

به نظر می‌رسد اعلامیه حفاظت از جامعه بیشتر از اینکه در خدمت جامعه باشد در خدمت حاکمیت‌های تمامیت‌خواه خواهد بود. چراکه این سازکار، قسمی از انواع

1. John Braithwaite

پیشگیری قهرآمیز است و توسل حاکمیت به این نوع از پیشگیری منجر به تمامیت‌خواهی و نفی آزادی‌ها خواهد شد (ابراهیمی، ۱۳۸۷: ۱۹). حکومت‌های تمامیت‌خواه به دنبال کنترل حداکثری شهروندان هستند و به همین دلیل، جامعه آزاد و لیبرال را به جامعه کنترلی تبدیل می‌کنند. دستورات حفاظت از جامعه با آرمان پیشگیری از خطرات و جرایم، ابزاری برای کنترل‌گری قانونی نسبت به آزادی‌های شهروندان است. حکومت‌ها می‌توانند با توسعه مفهوم خطر و سوق دادن آن به سمت ایدئولوژی‌های سیاسی، به دنبال استانداردسازی^۱ (در مقابل احترام به فردیت‌ها) در رفتار شهروندان برآیند. همچنین اعلامیه حفاظت از جامعه موجب کاهش آستانه رفتاری^۲ مداخله سیستم عدالت کیفری را پایین می‌آورد (Heap & Black, 2024: 1). این در حالی است که امروزه حقوق کیفری پس از گذر از مرحله تکلیف‌مداری به مرحله حق‌مداری رسیده است. تعمیم دستورات حفاظت از جامعه به کلیه مقولات رفتاری (اعم از فعل یا ترک فعل) شهروندان موجب فرگشت معکوس حقوق کیفری به تکلیف‌مداری خواهد شد. بروز استعدادهای اشخاص، منوط بر احترام به فردیت‌هاست و استعدادهای شهروندان در فرایند استانداردسازی به صورت تمام و کمال ظاهر نخواهد شد.

فرجام سخن

امروزه برخی سیاست‌های جنایی با شعارها و اهداف جذابی همچون عدالت پیش‌گیرنده، واکنش سریع، خوشایندی حداکثری برای شهروندان، جامعه بدون خطر، مدیریت خطر، پیشگیری حداکثری از بزهکاری و بزه‌دیدگی، افزایش آسایش و راحتی،

1. Standardization

۲. آستانه رفتاری (Behavioural threshold) به سطحی از رفتار اشاره دارد که عبور از آن منجر به مداخله پلیس و اجرای قانون می‌شود. کاهش این آستانه به این معناست که پلیس برای رفتارهای خفیف‌تر نیز مداخله می‌کند.

مقابله با جرم و بزه و رفتارهای ضداجتماعی، دفاع پیش‌دستانه از جامعه و غیره، در قالب دستورات پیش‌گیرنده مدنی، به برخوردهای قهرآمیز پیش‌گیرانه می‌پردازند. دستورات پیش‌گیرنده مدنی، در حقوق پیشگیری، نوعی حقوق کیفری شخصی و دو مرحله‌ای محسوب می‌شود که در مرحله اول، ضمن فرایند دادرسی مدنی یک دستور خطاب به شخص صادر، و در مرحله دوم، در فرض نقض دستور، ضمن فرایند دادرسی کیفری، ضمانت اجرای تنبیهی و قهرآمیز بر شخص مرتکب بار خواهد شد. اعلامیه حفاظت از جامعه یکی از اقسام دستورات پیش‌گیرنده مدنی است که با هدف سرعت بخشیدن و کارآمدسازی اقدامات مقامات رسمی غیرقضایی از جمله پلیس و افسران پلیس اجتماعی در برابر رفتارهای ضداجتماعی صادر می‌شود. در مرحله اول، شخص در معرض انحراف یا ارتکاب جرم، از مرجع صالحه اخطار دریافت می‌کند و در فرض رعایت نکردن مفاد اخطارنامه، اعلامیه حفاظت از جامعه صادر می‌شود و به موجب آن شخص مرتکب مجازات خواهد شد. هرچند شاید این نوع دستورات در پاسخ‌دهی سریع عمل نمایند ولیکن آسیب‌های بسیاری را از خود به جای خواهند گذاشت. اعلامیه حفاظت از جامعه با تسری اعمال پاسخ‌های سرکوبگر و واکنشی به مرحله پیش از اثبات جرم در دادگاه صالح کیفری، منجر به نقض اصل برائت، با پیامدگرایی افراطی نسبت به رفتارهای ضداجتماعی و بی‌توجهی به ارکان رفتار ارتكابی منجر به نقض نظریه عمومی جرم؛ و با اعمال اقدامات تنبیهی و قهرآمیز با پوشش پوشالی قانونی در جهت کنترل‌گری افراطی حاکمیتی، منجر به نقض اصل حاکمیت قانون شده است. امروزه اثربخش نبودن برخی از نهادهای حقوق کیفری از جمله نهادهای مدیریتی دولتی نوین در دادگستری به‌منظور مختومه‌سازی پرونده‌ها ملموس است و به جای آن دکترین حقوق کیفری نوین، بیش از آنکه به دنبال کیفرگرایی یا فایده‌گرایی باشند، به دنبال حل مسئله ایجادشده بر اثر ارتکاب جرم یا بزه هستند. این در حالی است که اعلامیه حفاظت از جامعه به جای حل مسئله به کنترل‌گری و سرکوبگری می‌پردازد و به نوعی به دنبال پاک کردن صورت مسئله است. در حالی که

احساس ناکامی ناشی از برخوردهای سرکوبگر و اعمال اقدامات تنبیهی بر مبنای نظریات علم روان‌شناسی اجتماعی خود موجب پرخاشگری و اقدامات ضد اجتماعی بعدی خواهد بود. از آنجا که هنجارها همواره ثابت نیستند و بسته به دولت حاکم بر جامعه ممکن است تغییر نمایند، شهروندان باید هر لحظه منتظر دریافت اخطار یا اعلامیه حفاظت از جامعه باشند و از این طریق اصل آزادی تخدیش می‌شود. اعلامیه حفاظت از جامعه قسم جدیدی از کنترلگری افراطی حاکمیت‌ها در پوشش قانون است؛ بنابراین به کار نبردن آن در سیاست جنایی کشور ایران مفیدتر از کار بست آن است. دولت بریتانیا از بین دوگانه امنیت و آزادی، در سیاست‌های مربوط به اعلامیه حفاظت از جامعه، امنیت را برگزیده است ولیکن به نظر می‌رسد در صورتی که آسیب‌های مذکور در خصوص کار بست اعلامیه حفاظت از جامعه با تضمینات دادرسی عادلانه و حقوق کیفری مرتفع شوند چه بسا کار بست آنها در کشور ایران بتواند در کوتاه‌ترین زمان ممکن در تأمین امنیت اجتماعی مؤثر واقع شود. در حال حاضر و با وضعیت موجود نظام عدالت کیفری ایران و سازکار مربوط به اعلامیه حمایت از جامعه در بریتانیا، کار بست آن اثربخش جلوه نمی‌کند. چه بسا با توجه به ایرادهای این قسم از دستورات در آینده‌ای نزدیک از آن در بریتانیا نیز عدول شود.

References

- ابراهیمی، شهرام. (۱۳۸۷). *پیشگیری از جرم در چالش با موازین حقوق بشر*. رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران.
- ابراهیمی، شهرام. (۱۴۰۳). *جرم‌شناسی پیشگیری*، تهران: میزان.
- اسماعیلی، محمد. (۱۳۹۶). *عدالت پیش‌گیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۴ (۲)، ۲۹۷-۳۲۶.
- اشرفی، منصور و اشرفی، مرتضی. (۱۳۹۳). *پرخاشگری، درس‌هایی از مکتب اسلام*، ۶۴۴ (۵۴)، ۶۴-۷۱.
- بابایی، محمدعلی و مهدوی، داور. (۱۴۰۲). *قلمرو کیفری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، آموزه‌های حقوق کیفری*، ۹ (۳)، ۵۹-۸۷.
- جوادی، امیر. (۱۳۹۷). *تأثیر حاکمیت قانون در تأمین حقوق شهروندی، اخلاق زیستی (ویژه‌نامه حقوق شهروندی)*، ۲۹-۴۱.
- حسینی، سید حسین؛ ملکی، نرجس و کاظمی، سید محمد مهدی. (۱۴۰۴). *فاصله‌گیری از اصول کلی حقوق کیفری در قوانین خاص؛ مطالعه تبصره ماده ۷ قانون آمران به معروف و ناهیان از منکر*. *مطالعات حقوقی*، ۱۷ (۲)، ۴۹۹-۵۳۲.
- دبیرنیا، علی‌رضا، مشهدی، علی و شفیعی افراپلی، مهدی. (۱۴۰۱). *واکاوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگاری یا تقابل، پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، ۴ (۱۳)، ۸۷-۱۱۱.
- غلامی، حسین. (۱۳۹۱). *اصل حداقل بودن حقوق جزا، پژوهش حقوق کیفری*، ۱ (۲)، ۴۱-۶۵.
- فتحی، محمدجواد و هادی، دادیار. (۱۳۹۲). *جایگاه دادستان در سیاست جنایی نوین و الزامات دادرسی عادلانه، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۴ (۷)، ۱۲۳-۱۴۸.
- نجیبیان، علی؛ صادقی، محمد هادی؛ فروغی، فضل اله؛ ابراهیمی، شهرام. (۱۳۹۹). *بررسی تطبیقی مصادیق ضمانت اجرای کیفری از منظر دوگانه‌سازی در حقوق ایران و فرانسه*. *مطالعات حقوقی*، ۱۲ (۴)، ۳۰۳-۳۳۷.
- یاوری، اسدالله. (۱۳۹۴). *از حقوق کیفری تا قلمرو کیفری (تسری تضمینات کیفری در «دادرسی منصفانه» به رسیدگی‌های شبه کیفری)*، *مطالعات حقوقی*، ۷ (۲)، ۲۲۱-۲۵۸.
- Ashrafi, M. & Ashrafi, M. (2014). *Aggression, lessons from the school of Islam*, 644 (54), 64-71. [In Persian]
- Ashworth, A. & Zedner, L. (2013). *Prevention and The Limits of Criminal Law*, London, Oxford University Press.

- Ashworth, A., & Zedner, L. (2010). Preventive orders: A problem of under-criminalization. *The boundaries of the criminal law*, 59-87.
- Ashworth, A., & Zedner, L. (2012). Prevention and criminalization: Justifications and limits. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 15(4), 542-571.
- Ashworth, A. & Zedner, L. (2014). *Preventive Justice*, London, Oxford University Press.
- Babaei, M. and Mahdavi, D. (2012). Criminal matters and their place in Iran's legal system. *Criminal Law Doctrines*, 9(3), 101-128. [In Persian]
- Black, A., & Heap, V. (2022). Procedural justice, compliance and the 'upstanding citizen': a study of Community Protection Notices. *The British Journal of Criminology*, 62(6), 1414-1430.
- Braithwaite, J. (2008). *Regulatory capitalism: How it works, ideas for making it work better*. Edward Elgar Publishing.
- Brown, A. P. (2004). Anti-social behaviour, crime control, and social control. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 43(2), 203-211. doi: 10.1111/j.1468-2311.2004.00321.x
- Burney, E. (2002). Talking tough, acting coy: what happened to the anti-social behaviour order?. *The Howard journal of criminal justice*, 41(5), 469-484.
- Burney, E. (2013). *Making people behave: Anti-social behaviour, politics and policy*. Willan.
- Cacault, M. P., Goette, L., Lalive, R., & Thoenig, M. (2015). Do we harm others even if we don't need to?. *Frontiers in psychology*, 6, 131747.
- Calkins, S. D., & Keane, S. P. (2009). Developmental origins of early antisocial behavior. *Development and psychopathology*, 21(4), 1095-1109.
- Chermack, S. T., Berman, M., & Taylor, S. P. (1997). Effects of provocation on emotions and aggression in males. *Aggressive Behavior: Official Journal of the International Society for Research on Aggression*, 23(1), 1-10. doi: 10.1002/(SICI)1098-2337(1997)23:1<1::AID-AB1>3.0.CO;2-S
- Cole, D. (2015). The Difference Prevention Makes: Regulating Preventive Justice. *Criminal Law and Philosophy*, 3(9), 501-519. doi: 10.1007/s11572-013-9289-7
- Collins, J. (2020). Securing Labour Standards Through Preventive Criminalisation: New Lessons from Civil Preventive Orders. *King's Law Journal*, 31(3), 373-401. doi: 10.1080/09615768.2020.1753349
- Crawford, A. (2009). Governing through anti-social behaviour: Regulatory challenges to criminal justice. *The British Journal of Criminology*, 49(6), 810-831. doi: 10.1093/bjc/azp041

- Dabirnia, A., Mashadi, A., & Shafiei Afrapoli, M. (2022). Analyzing the Ratio between the Rule of Law and Populism: Compatibility or Confrontation. *The Journal of Modern Research on Administrative Law*, 4(13), 87-111. [In Persian] doi: 10.22034/mral.2022.545919.1252
- Dyzenhaus, D. (2013). Preventive justice and the rule-of-law project. Oxford University Press.
- Ebrahimi, Sh. (2008). *Crime prevention in challenge with human rights standards* (Doctoral dissertation, University of Tehran, Tehran). [In Persian]
- Ebrahimi, Sh. (2024). *Preventive Criminology*. Tehran: Mizan, 8th Edition. [In Persian]
- Esmaeili, M. (2018). Preventive justice: controlling crime through the legal system. *Criminal Law and Criminology Studies*, 4(2), 297-326. doi: 10.22059/jqclcs.2018.239944.1232 [In Persian]
- Fathi, M. J., & Hadi, D. (2013). The Position of Prosecutor in Modern Criminal Policy and Fair Trial Requirements. *Jurisprudence and Islamic Law*, 4(7), 123-148. [In Persian]
- Ferzan, K. K. (2014). Preventive justice and the presumption of innocence. *Criminal Law and Philosophy*, 8(2), 505-525. doi: 10.1007/s11572-013-9275-0
- Gholami, H. (2012). Criminal law as the last and the least resort. *Journal of Criminal Law Research*, 1(2), 41-65. [In Persian]
- Gless, S. (2013). Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial: approaches to a general principle. *Utrecht Law Review*, 90-108.
- Heap, V., Black, A., & Rodgers, Z. (2022). Preventive justice: Exploring the coercive power of community protection notices to tackle anti-social behaviour. *Punishment & Society*, 24(3), 305-323. doi: 10.1177/1462474521989801
- Heap, V., & Black, A. (2024). Net-widening, gap-filling, and shortcut justice: The practice of Community Protection Notices to regulate anti-social behaviour. *Critical Social Policy*, 02610183241281344. doi: 10.1177/02610183241281344
- Hodgkinson, S., & Tilley, N. (2011). Tackling anti-social behaviour: Lessons from New Labour for the Coalition Government. *Criminology & Criminal Justice*, 11(4), 283-305. doi: 10.1177/1748895811414594
- Holt, V. L., Kernic, M. A., Lumley, T., Wolf, M. E., & Rivara, F. P. (2002). Civil protection orders and risk of subsequent police-reported violence. *JAMA*, 288(5), 589-594. doi:10.1001/jama.288.5.589
- Home Office. (2012). Putting victims first: More effective responses to anti-social behaviour. Available at:

- https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228863/8367.pdf
- Home Office. (2021). Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014: Anti-social behaviour powers-Statutory guidance for frontline professionals. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/956143/ASB_Statutory_Guidance.pdf
- Hosseini, S. H., Maleki, N., and Kazemi, M. M. (2025). Distancing from the General Principles of Criminal Law in Specific Laws: A Case Study of the Note on Article 7 of the Law on Protection of “Amr bil Ma’ruf wa Nahy anil Munkar”. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 499-532. doi: 10.22099/jls.2024.50546.5179 [In Persian]
- Jareborg, N. (2005). Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). *Ohio State Journal of Criminal Law*, 521-534.
- Javadi, A. (2018). The Effect of the Rule of Law on Citizenship. *Bioethics Journal*, Special Issue on Citizenship Rights, 29-41. [In Persian]
- Kemshall, H. (2003). *Understanding risk in criminal justice*. McGraw-Hill Education (UK).
- Lagoutte, S. (2005). Fair Trial and Defence Rights in Criminal Matters: An Introduction.
- Levi-Faur, D. (2005). The global diffusion of regulatory capitalism. *The annals of the American academy of political and social science*, 598(1), 12-32. doi: 10.1177/0002716204272371
- Levi-Faur, D. (2017). Regulatory capitalism. *Regulatory theory: Foundations and applications*, 289-302.
- Matravers, M. (2013). On preventive justice. In *Prevention and the Limits of the Criminal Law* (pp. 235-251). Oxford University Press.
- Millie, A. (2008) *Anti-social behaviour*. McGraw-Hill Education (UK).
- Miles, C. (2018). Provisional measures and the ‘new’ plausibility in the jurisprudence of the International Court of Justice. *British Yearbook of International Law*, bry011. Available online at www.bybil.oxfordjournals.org, doi:10.1093/bybil/bry011.
- Minkinen, P. (2006). ‘If Taken in Earnest’: Criminal law doctrine and the last resort. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 45(5), 521-536. doi: 10.1111/j.1468-2311.2006.00441.x
- Moss, D. A. (2004). *When all else fails: Government as the ultimate risk manager*. Harvard University Press.
- Nadzir, M. S. M., Ooi, M. C. G., Alhasa, K. M., Bakar, M. A. A., Mohtar, A. A. A., Nor, M. F. F. M., ... & Nor, M. Z. M. (2020). The impact of movement control order (MCO) during pandemic COVID-19 on local air

- quality in an urban area of Klang valley, Malaysia. *Aerosol and Air Quality Research*, 20(6), 1237-1248. doi: 10.4209/aaqr.2020.04.0163
- Najibiyan, A. , sadeghi, M. H. , Forughi, F. and ebrahimi, S. (2020). The comparative study species of penal sanctions from hybridization viewpoint in Iran and French law. *Journal of Legal Studies*, 12(4), 303-337. doi: 10.22099/jls.2020.34501.3551 [In Persian]
- O'Malley, P. (2006). Criminology and risk. *Beyond the risk society*, 43-59.
- Ramsay, P. (2008). The theory of vulnerable autonomy and the legitimacy of the civil preventative order. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1091782>
- Rodgers, Z. (2023). Examining victims' experiences of Community Protection Notices in managing anti-social behaviour. *International Review of Victimology*, 29(3), 487-506. doi: 10.1177/02697580221081860
- Stacey, J. (2017). Preventive justice, the precautionary principle, and the rule of law. In *Regulating preventive justice* (pp. 23-39). Routledge.
- Yavari, A. (2015). From criminal Law to criminal matters. *Journal of Legal Studies*, 7(2), 221-258. doi: 10.22099/jls.2015.3218 [In Persian]
- Zedner, L., & Ashworth, A. (2019). The rise and restraint of the preventive state. *Annual Review of Criminology*, 2(1), 429-450. doi: 10.1146/annurev-criminol-011518-024526.





Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51548.5230>



Research Article

The Role of External Variables in the Formation and Expected Function of Comparative Public Law

Ahmad Ranjbar

Assistant Professor of Law at Islamic Azad university, Bandar abbas branch, Iran

Article history:

Received: 28-10-2024

Accepted: 24-03-2025

Abstract

Introduction: Comparative law was long characterized by two features: its inclination towards private law and its Eurocentrism. In addition to the composition of attendees at the first International Congress of Comparative Law in 1900 in Paris, who were mostly representatives of the two European "legal families" (Roman law and Common law), comparative law scholars have traditionally shown an interest in comparing the two Western legal families. Until after World War II, the majority of studies and handbooks on comparative law or foreign legal systems were the work of specialists in comparative civil law or comparative commercial law, and areas of public law were not significantly subjects of comparative study. This article seeks to identify the variables that, in the author's view, are characteristics of comparative public law and explain the belated process of its development and evolution.

Method: This article, in an analytical-descriptive manner, seeks to identify the variables that, in the author's view, are characteristics of comparative public law and explain the process of its development and evolution. Accordingly, this article is divided into six sections. Each section,

Please cite this article as:

Ranjbar, A (2025). The Role of External Variables in the Formation and Expected Function of Comparative Public Law. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 291-320.
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51548.5230>

* Corresponding author:

E-mail address: ranjbar.ahd@gmail.com

separated by numbering, addresses a characteristic or variable that, in the author's opinion, more or less distinguishes comparative public law from comparative law or comparative private law.

The processes of "The Emergence of Comparative Public Law," "The Methodology of Comparative Public Law" distinct from the methodology of comparative law in the general sense, "The Challenge of 'Tradition' or Legal Family," "The Fluid Boundaries of Public and Private Law," "The Greater Dependence of Public Law on History, Culture, and Politics," and finally, attention to "Linguistic Issues" and access to resources in any comparative study, are among the most important variables that, from the author's perspective, distinguish comparative public law from other branches of comparative law, and are addressed in this article.

Findings: In the author's view, this belated attention to comparative public law (constitutional law and administrative law) is due to the unique characteristics that distinguish public law, as the law governing the rulers and the ruled, from the law governing private relations between individuals. The proximity of public law and politics, and the greater dependence or sensitivity of, at least, constitutional law (the most political branch of public law) to internal political developments and dominant political currents, as well as international and so-called "meta-constitutional" developments, the fluid boundaries between public and private law, and the lexical dependence or interconnection between public law and other social sciences, endow comparative public law and its expected function with characteristics that distinguish it from other branches of comparative law, and form the main subject of the present article. Thus, despite recent developments, it seems there is still a kind of resistance to change in the realm of public law, indicating its dependence on the path of development and overall evolution of each society.

Conclusion: In the author's view, the belated attention to comparative public law (constitutional law and administrative law) is due to the unique characteristics that distinguish public law, as the law governing the rulers and the ruled, from the law governing private relations between individuals. In other words, although most issues and problems in the field of comparative public law are found in any comparative research, the proximity of public law and politics, and the greater dependence or sensitivity of, at least, constitutional law to internal political developments and dominant political currents, as well as international and so-called "meta-constitutional" developments, the fluid boundaries between public and private law, and furthermore, the lexical dependence or interconnection between public law

and other social sciences, endow comparative public law and its expected function with characteristics that distinguish it from other branches of comparative law, and form the main subject of the present article.

Keywords: Administrative Law, Constitutional Law, Comparative Law, Public Law, Legal Tradition.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51548.5230>

مقاله پژوهشی

نقش متغیرهای بیرونی در شکل‌گیری و کارکرد قابل انتظار حقوق عمومی تطبیقی

احمد رنجبر

استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر عباس

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: حقوق تطبیقی تا مدت‌ها با دو ویژگی شناخته می‌شده است؛ یکی گرایش آن به حقوق خصوصی و دیگری، غرب محوری. علاوه بر ترکیب حاضران در اولین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال ۱۹۰۰ در پاریس که عموماً نمایندگان دو «خانواده حقوقی» اروپایی (حقوق رومی و حقوق عرفی) بودند، به طور سنتی، بیشتر محققان حقوق تطبیقی به مقایسه دو خانواده حقوقی غربی علاقه نشان داده‌اند. تا پس از جنگ جهانی دوم همواره بخش عمده مطالعات و کتاب‌های راهنمای حقوق تطبیقی یا نظام‌های حقوقی خارجی، کار متخصصان حقوق مدنی تطبیقی یا حقوق تجارت تطبیقی بوده و حیطه‌های حقوق عمومی چندان موضوع مطالعه تطبیقی نبوده است. این مقاله به دنبال شناسایی متغیرهایی است که به گمان نویسنده شاخصه‌های حقوق عمومی تطبیقی بوده و تبیین‌گر روند توسعه و تکامل دیر هنگام آن است.

یافته‌ها: به گمان نویسنده، این توجه دیر هنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت

استناد به این مقاله:

رنجبر، احمد (۱۴۰۴). نقش متغیرهای بیرونی در شکل‌گیری و کارکرد قابل انتظار حقوق عمومی تطبیقی. مجله مطالعات حقوقی، شماره ۱۷، (۳)، ۲۹۱-۳۲۰.

E-mail address: ranjbar.ahd@gmail.com

* نویسنده مسئول:

بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی (این سیاسی‌ترین رشته حقوق عمومی) به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و بعلاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است. این است که با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد همچنان نوعی مقاومت در برابر تغییر در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی هر جامعه نشان می‌دهد. روش: این مقاله به شیوه‌ای تحلیلی- توصیفی به دنبال شناسایی متغیرهایی است که به گمان نویسنده شاخصه‌های حقوق عمومی تطبیقی بوده و تبیین‌گر روند توسعه و تکامل آن است. بر همین اساس این مقاله به شش بخش تقسیم شده است. هر بخش که با شماره‌بندی از هم جدا شده، به ویژگی یا تغییری می‌پردازد که به گمان نویسنده حقوق عمومی تطبیقی را از حقوق تطبیقی یا حقوق خصوصی تطبیقی کم‌ویش متمایز می‌کند.

روند «پیدایش حقوق عمومی تطبیقی»، «روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی» متمایز از روش‌شناسی حقوق تطبیقی به معنی عام، «چالش «سنت» یا خانواده حقوقی»، «مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی»، «وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست» و سرانجام توجه به «مسائل زبانی» و دسترسی به منابع در هر مطالعه تطبیقی، از مهم‌ترین متغیرهایی است که از دید نویسنده، حقوق عمومی تطبیقی را از دیگر شاخه‌های حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و در این مقاله به آن‌ها پرداخته شده است.

نتیجه: به گمان نویسنده، توجه دیرنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان از حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. به عبارت دیگر، هر چند بیشتر مسائل و مشکلات در عرصه حقوق عمومی تطبیقی، در هرگونه پژوهش مقایسه‌ای یافت می‌شود، همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و بعلاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است.

واژگان کلیدی: حقوق اداری، حقوق اساسی، حقوق تطبیقی، حقوق عمومی، سنت حقوقی.

سرآغاز

حقوق تطبیقی تا مدت‌ها با دو ویژگی شناخته می‌شده است؛ یکی گرایش آن به حقوق خصوصی و دیگری، غرب‌محوری. علاوه بر ترکیب حاضران در اولین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال ۱۹۰۰ در پاریس که همگی نمایندگان دو «خانواده حقوقی» اروپایی (حقوق رومی و حقوق عرفی) بودند، به‌طور سنتی، بیشتر محققان حقوق تطبیقی به مقایسه دو خانواده حقوقی غربی علاقه نشان داده‌اند (Örücü, 2003: 467).

تمرکز دیرینه حقوق تطبیقی بر حقوق خصوصی به نظر عجیب می‌نماید اگر بپذیریم اولین کسی که در علوم اجتماعی دست به مقایسه زد، ارسطو بود که به مقایسه قانون اساسی‌ها^۱ پرداخت (Aristotle, 1970؛ Aristotle, 2009) و در قرن هجدهم، روح‌العوانین شارل منتسکیو یک پژوهش پیش‌تاز و اثری مهم در حقوق تطبیقی و به‌ویژه «حقوق اساسی تطبیقی» شناخته می‌شود؛ با این حال، تا پس از جنگ جهانی دوم همواره بخش عمده مطالعات و کتاب‌های راهنمای حقوق تطبیقی یا نظام‌های حقوقی خارجی، کار متخصصان حقوق مدنی تطبیقی یا حقوق تجارت تطبیقی بوده و حیطه‌های حقوق عمومی چندان موضوع مطالعه تطبیقی نبوده است.

این توسعه‌نیافتگی یا توسعه دیرنگام شاخه‌های تطبیقی حقوق عمومی (در اینجا به‌طور مشخص، حقوق اساسی و حقوق اداری) بخشی ناشی از توسعه دیرنگام خود حقوق عمومی در مقایسه با حقوق خصوصی است که البته خود معلول ویژگی‌هایی است

۱. ارسطو در کتاب سیاست (به‌ویژه در کتاب چهارم) به مقایسه انواع «پولیتیا» (politeia) پرداخت که به‌طور معمول به «قانون اساسی» (constitution) یا گاه «رژیم» و گاهی حتی (به اقتضای سیسرون و مترجمان فرانسوی) به جمهوری (republic) ترجمه می‌شود که البته با معنای نظام جمهوری (در برابر نظام پادشاهی) در حقوق اساسی مدرن متفاوت است. همین‌طور پولیتیا نام کتابی مستقل از ارسطو هست که در تکمیل سیاست نگاشته شده و در آن اصول حکومت ۱۵۸ دولت شهر یونانی را مقایسه می‌کند. از این بین، در ظاهر فقط بخش مربوط به دولت شهر آتن (Athenaios Politeia) باقی مانده و زیر عنوان «اصول حکومت آتن» به فارسی نیز ترجمه شده است.

که حقوق عمومی به‌عنوان حقوق حاکم بر روابط حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان را به‌طور کلی، از حقوق حاکم بر روابط اشخاص خصوصی متمایز می‌کند. اگر افزایش روزافزون مداخله دولت در زندگی شهروندان عامل اصلی در توسعه حقوق عمومی بوده، تثبیت دولت‌ها و همگرایی منطقه‌ای و بین‌المللی آنها در عرصه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی به‌ویژه در دهه‌های اخیر، نقشی حیاتی در رونق حقوق تطبیقی و توجه دولت‌ها به تجارب قانون‌گذاری و قضایی و نتایج آن در کشورهای دیگر داشته است. هر چند کنجکاوی‌های علمی و آکادمیک نیز در پیشبرد این روند بی‌تأثیر نبوده است.

اما با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد نوعی مقاومت در برابر تغییر در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی جامعه نشان می‌دهد. این وابستگی به مسیر^۱ تحولات فرهنگی و تاریخی و سیاسی گذشته جامعه (Sourgens, 2016; Husa, 2018) و نبود منافع تجاری کوتاه‌مدت که از مراودات حقوقی خصوصی انتظار می‌رود، ضمن ایجاد ثبات و پایداری، نوعی «اینرسی» یا مقاومت را در برابر تغییر در دولت‌مردان (و گاه حتی شهروندان) ایجاد می‌کند که بر کارکرد حقوق عمومی تطبیقی و نتایجی تأثیر می‌نهد که از آن انتظار می‌رود.^۲

۱. «وابستگی به مسیر» (path dependency) نظریه‌ای است که ابتدا در اقتصاد مطرح و سپس وارد علوم سیاسی و اجتماعی شد. این نظریه گویای این است که تاریخ و فرهنگ مهم است و انتخاب‌های گذشته بر مقبولیت، امکان و هزینه گزینه‌های آینده تأثیر می‌نهد. در حقوق این نظریه همچون ابزاری تحلیلی می‌تواند چارچوبی مثلاً برای تحلیل نقش سنت حقوقی (برای مثال قاعده سابقه در کامن‌لا) یا ساختارهای نهادی (برای مثال، یک قانون اساسی دیرپا و قدیمی) یا فرهنگ قضایی و غیره در سیر آینده تحولات حقوقی یک کشور در حیطه‌های مختلف (اعم از حقوق عمومی و حقوق خصوصی) فراهم کند. در صفحات آتی خواهیم گفت که حقوق عمومی، به‌ویژه به مسیر تحولات سیاسی و فرهنگی جامعه وابستگی نزدیک دارد. با این حال، نویسنده در اینجا قصد ندارد تحلیلی براساس یا در چارچوب این نظریه ارائه دهد و در ادبیات و منابع حقوقی فارسی، تحلیل و نوشته‌ای بر این مبنا سراغ ندارد.

۲. در آمریکا، توسعه دیر هنگام حقوق تطبیقی از جمله در حیطه حقوق عمومی علاوه بر عوامل یادشده به گستردگی سرزمینی و موقعیت مکانی این کشور نیز نسبت داده شده است. گفته شده حقوق تطبیقی در این کشور

همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی (این سیاسی‌ترین رشته حقوق عمومی)، به تحولات سیاسی داخلی (از تغییر رژیم تا تغییر دولت انتخابی) و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی» (همانند استعمارزدایی و فروپاشی دیوار برلین و غیره) ویژگی‌هایی به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن بخشیده است که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد.

هر بخش این مقاله که با شماره‌بندی از هم جدا شده است به ویژگی یا متغیری می‌پردازد که به گمان نویسنده حقوق عمومی تطبیقی را از حقوق تطبیقی یا حقوق خصوصی تطبیقی^۱ کم و بیش متمایز می‌کند. این تمایز هر چند ریشه در تمایز کلی‌تر حقوق عمومی از حقوق خصوصی دارد، همانند آن هرگز مطلق نیست. چه، به نظر می‌رسد همه ملاحظات یا محدودیت‌هایی که در همه رشته‌های حقوق تطبیقی محققان روا می‌دارند و در اختلاف‌نظرهای فراوان موجود به‌ویژه در روش‌شناسی حقوق تطبیقی رخ می‌نماید، در حقوق عمومی تطبیقی نیز ظهور و بروز دارد؛ آلا اینکه بستر سیاسی حقوق عمومی، به این ملاحظات حساسیت بیشتری بخشیده است. سیر تحول تاریخی نامتوازن حقوق عمومی تطبیقی و نقطه شروعی کم و بیش متمایز از دسته‌بندی‌های مرسوم خانواده‌ها یا سنت‌های حقوقی، به‌طور دقیق به همین نکته بازمی‌گردد.

بر این اساس، در این مقاله ابتدا به اختصار نگاهی می‌کنیم به روند پیدایش حقوق عمومی تطبیقی و سپس روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی متمایز از روش‌شناسی حقوق تطبیقی به معنی عام موضوع بحث قرار می‌گیرد. در بخش اخیر خواهیم گفت که

در ابتدا و اغلب به معنی نگاه به قوانین ایالتی بوده است. علاوه بر این، برخلاف کشورهای اروپایی که نزدیکی مرزها و مراودات فراوان شهروندان با کشورهای همسایه ضرورت شناخت حقوق خارجی را ایجاد می‌کرده است، در امریکا این حجم مراوده با دولت‌های همسایه وجود نداشته است (Larsen, 1998).

حقوق عمومی تطبیقی بیش از سایر رشته‌های حقوق تطبیقی به زمینه‌یابی^۱ نیاز دارد و پژوهش در آن نیازمند دانش و آگاهی وسیع‌تر از تاریخ، جامعه و اقتصاد است. مسئله برگزیدن «سنت» یا خانواده حقوقی به‌عنوان نقطه شروع و موضوع مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی چالش‌های دیگری است که در هر مطالعه تطبیقی در حقوق عمومی باید مدنظر قرار گیرد و به ترتیب، موضوع بحث‌های بعدی ما را تشکیل می‌دهد. در بخش پنجم، وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست در مقایسه با حقوق خصوصی به‌عنوان مشخصه دیگر حقوق عمومی تطبیقی موضوع بحث قرار گرفته است و سرانجام در بخش آخر خواهیم گفت که هر چند توجه به مسائل زبانی و دسترسی به منابع در هر مطالعه تطبیقی، به‌راستی چالشی جدی است؛ به دلیل اینکه حقوق عمومی بیش از حقوق خصوصی و امدار واژگان و اصطلاحاتی است که در سایر رشته‌های علوم اجتماعی از جمله علوم سیاسی به کار می‌رود، به هنگام ترجمه و تطبیق باید توجه بیشتری به بار معنایی این اصطلاحات صورت گیرد. درنهایت ارائه یک نتیجه‌گیری پایان‌بخش مطالب ما خواهد بود.

۱. پیدایی حقوق عمومی تطبیقی

گفته می‌شود متفکران سیاسی و حقوقی بسیاری در پیدایش آنچه امروز «حقوق عمومی تطبیقی» خوانده می‌شود، نقش داشته‌اند. شش کتاب درباره جمهوری (۱۵۷۶) ژان بُدن، درباره حقوق طبیعی و ملل، مطابق تعلیمات یهودیان (۱۶۴۰) جان سِلدن و نامه‌های ایرانی (۱۷۲۱) و روح القوانین (۱۷۴۸) شارل منتسکیو همگی شاهکارهای اولیه در پژوهش حقوق عمومی تطبیقی شناخته می‌شوند. از این رو، حقوق عمومی تطبیقی را به‌عنوان پژوهش در قوانین مؤسس ملل و جوامع دیگر بی‌تردید نباید محصول قرن بیستم دانست. گفته‌اند شاید بالاترین نوآوری در کار بُدن، بُعد تطبیقی کار او باشد که او

را به تأمل در فایده محدودیت‌های اساسی بر قدرت پادشاه کشانید (Hirschl, 2014, 119, 115-112). شش کتاب او علاوه بر تحقیق در ترتیبات حاکمیت در قانون فرانسه، قانون روم، قانون کلیسا و قوانین مصر و یونان قدیم، اشاراتی به تمدن‌های قدیم و همین‌طور قوانین قرن شانزدهم روسیه، لهستان و اسکاندیناوی دارد.

منتسکیو را علاوه بر اینکه پدر حقوق تطبیقی (David, 1990: 6)^۱ و کار او را «جهشی بزرگ به سمت تکامل حقوق تطبیقی به‌عنوان یک روش، رشته و علم» می‌دانند، او را «اولین استاد بزرگ حقوق عمومی تطبیقی» می‌شناسند (Hirschl, 2014: 127). مهم‌ترین جنبه کار او علاوه بر ارائه استدلال به سود «تفکیک قوا» در حکومت (پادشاهی)، این بود که از دید او نه تنها قوانین بر موضوعات مختلف تأثیر می‌گذارد، خود نیز از عوامل محیطی، اجتماعی و فرهنگی اثر می‌پذیرد. بخش دوم و سوم روح‌القوانین به ترتیب به تأثیر عوامل مادی همچون آب و هوا و کیفیت خاک و اجتماعی و اقتصادی بر ساختار جوامع بشری، سنت‌ها و سازمان‌ها و نهادهای سیاسی آنها می‌پردازد.^۲ از دید منتسکیو حقوق هم‌زمان «شاخص، علت و پیامد توسعه اجتماعی» است و بنابراین پژوهش او ربط و پیوند نزدیکی با شاخه‌های دیگر علوم اجتماعی و به‌ویژه جامعه‌شناسی دارد (Hirschl, 2014: 128-133)؛ چنانکه به عقیده امیل دورکیم، «این منتسکیو بود که در روح‌القوانین اصول علم نوین جامعه‌شناسی را پی ریخت» (Launay, 2001: 22).

۱. به گفته رنه داوید: «منتسکیو را با کمی اغراق پدر حقوق تطبیقی نامیدند».

۲. این رویکرد منتسکیو را بعدها دیگران دنبال کردند. به عقیده اتو کان فرویند (۱۹۰۰-۱۹۷۹) محقق حقوق تطبیقی و حقوق کار آلمانی، هر چند بسیاری از نیروهای مقاوم در برابر کاشت حقوقی که منتسکیو آنها را برشمرده است؛ اکنون اهمیت خود را از دست داده‌اند، برخی از آنها امروزه غلبه یافته‌اند. فرویند که در اوج جنگ سرد سخن می‌گفت، از این میان بر عامل سیاسی و تفاوت‌های سیاسی همچون مهم‌ترین مانع در استفاده از حقوق تطبیقی نام می‌برد (Kahn- Freund, 1974).

اما وقوع انقلاب‌های قرن نوزدهم در امریکا و فرانسه و نگارش و تدوین قانون اساسی در کشورهای مختلف بود که اندیشه قانون و حقوق را در کتاب‌ها در عمل به دستورالعمل‌های سیاسی برای تأسیس دولت‌های دموکراتیک و مشروطه‌خواه بدل کرد. نیاز به نوشتن قانون اساسی تازه و به اصطلاح «مهندسی اساسی» در قرن بیستم، افزایش تعداد دولت‌ها به یمن استعمارزدایی و فروپاشی دیوار برلین نقطه عطفی در شکل‌گیری حقوق اساسی تطبیقی به‌عنوان شاخه‌ای مستقل از حقوق تطبیقی محسوب می‌شود. چنانکه برخی از «رنسانس» حقوق اساسی تطبیقی از میانه دهه ۱۹۸۰ میلادی سخن گفته‌اند (Hirschl, 2014: 151).

توسعه «حقوق اداری تطبیقی» به دلایلی کم و بیش متفاوت حتی با تأخیر بیشتری همراه بوده است. یکی از متخصصان فرانسوی حقوق اداری و حقوق تطبیقی در مقاله‌ای در سال ۱۹۸۸ «استادان اندک، دانشجویان اندک، پژوهشگران اندک و بنابراین نشر اندک» را دلیل این توسعه‌نیافتگی دانسته بود. در همین سال، مرکز فرانسوی حقوق تطبیقی کنفرانس یک روزه‌ای را درباره حقوق اداری تطبیقی با شرکت استادانی از کشورهای مختلف سامان داد که گفته می‌شود نقش مهمی در توسعه حقوق اداری تطبیقی داشته است (Banggui, 1994, 134-135). توسعه کمتر یا دیرنگام حقوق اداری تطبیقی را به عوامل مختلفی نسبت داده‌اند: اول اینکه حقوق مدنی تطبیقی و حقوق تجارت تطبیقی با نیازهای عملی توسعه اجتماعی و علایق اقتصادی فراملی همخوانی بیشتری دارد. دوم اینکه تا مدت‌ها نبود قوانین اداری در برخی کشورها به انکار وجود حقوق اداری به‌عنوان یک حیطه حقوقی مستقل انجامید (Banggui, 1994, 133). چنانکه در بریتانیا اتکاء به ایده حقوق متحدالشکل عرفی (کامن لا)، مانع از توسعه نظام مجزای حقوق اداری شد. در آلمان نیز اولین تکننگاری در حقوق اداری آلمان را تنها در سال ۱۸۹۵ اتو مایر نگاشت. در این باره بنا به اظهار رنه داوید: «نخستین رساله حقوق اداری که در آلمان نوشته شد یک رساله درباره حقوق اداری فرانسه بوده است و تنها پس از نوشتن این کتاب حقوق اداری و با الگو قرار دادن آن

بوده که مؤلف آن اتومایر خود را قادر به نوشتن یک رساله در حقوق اداری آلمان دانست» (David, 1990: 81). دلایل دیگری نیز در کار بوده است: یکی پیچیدگی بیشتر مقررات و دعاوی‌ای است که در حقوق اداری موضوع استناد قرار می‌گیرد و دوم، تفاوت‌های بزرگ در مرزهای حقوق اداری از یک کشور به کشور دیگر (Ziller, 2006:606).

از ویژگی‌های حقوق اداری، ارتباط ویژه آن با سنت‌های اداری است. حقوق اداری حاصل تاریخ هر کشور است و به‌شدت صبغه ملی دارد (Vaezi, 2023: 49). از قرن نوزدهم تا مدت‌ها «نظام‌های اداری داخلی بازتاب انتخاب سازمانی منحصر به فرد دولت-ملت‌ها شناخته می‌شد که بیشتر با ویژگی‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی ملی آنها همخوانی دارد تا ارزش‌ها یا منافع بنیادین مشترک فراملی؛ بنابراین، از مفاهیم سنتی حقوق اداری برای تأکید بر منحصر به فرد بودن نظام اداری استفاده می‌شد که به‌آسانی اجازه مقایسه با نظام‌های دیگر را نمی‌داد؛ چه رسد به فراکاشت. عکسِ حقوق خصوصی که به‌ویژه در جنبه‌های تجاری‌اش به‌طور سنتی، به روی تحلیل تطبیقی و همگرایی فراملی گشوده‌تر بوده است».

با این حال، گفته می‌شود این امر به معنی انکار تأثیر حقوق اداری تطبیقی بر توسعه‌های اولیه سیاست دموکراتیک مدرن نیست: علاوه بر آثار و تحلیل‌هایی که در اواخر قرن نوزدهم در حقوق اداری تطبیقی نگاشته شد، «مقایسه‌ها با نظام‌های مهم اداری قاره‌ای همچون فرانسه و آلمان به شکل‌گیری و تحکیم ساختارهای اداری تحت «حاکمیت قانون» در پاره‌ای دولت‌های نوظهور انجامید و آنان را تا امروزه زیر نفوذ و تأثیر آنان قرار داد». امروزه نیز براساس تعدادی عوامل «حقوق اداری تطبیقی به بخش مهمی از فعالیت‌های حقوقی حرفه‌ای و دانشگاهی بدل کرده است. بین‌المللی شدن و تحکیم فزاینده روابط اقتصادی بین کشورها و افراد (جهانی شدن)، توزیع بین‌المللی اطلاعات، دانش و نوآوری‌های فنی، موضوعات محیط‌زیستی فراملی و غیره همگی پاسخ‌های اداری مشترک به مسائل مشترکی را می‌طلبد» که از مرزهای ملی فراتر

می‌رود. یک عاملی که به توسعه این روند کمک کرده، کم‌رنگ شدن مرزهای تمایز سنتی بین دو خانواده حقوقی رومی و کامن‌لا از نیمه دوم قرن بیستم و هم‌زمانی آن با شناسایی حقوق اداری به‌عنوان یک رشته مستقل است. هم‌زمان انسجام اروپایی نیز در گرایش‌های همگرایانه در حقوق اداری نقش مهمی ایفا کرده است (Nehl, 2006, 18-; Sadeghi Neshat and Haj Najafi, 2019, 20).

۲. روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی

۱-۲. روش‌شناسی حقوق تطبیقی

شاید گمان رود این واقعیت که هر چیزی را با هر چیزی می‌توان مقایسه کرد، موضوع «مقایسه‌پذیری» و «روش‌شناسی» را به امری حاشیه‌ای بدل می‌کند؛ اما چنین نیست و بحث «روش» در حقوق تطبیقی به‌طور کلی یکی از موضوعات بحث‌انگیز و محوری بوده است. به گونه‌ای که عده‌ای حقوق تطبیقی را چیزی جز یک «روش» تحقیق نمی‌شناسند. از دید آنها حقوق تطبیقی نام مشترک مجموعه‌ای از روش‌های نگاه به حقوق است. بر این اساس، تمایز روشنی میان حقوق تطبیقی و روش‌های مطالعه آن وجود ندارد. با این پیامد که حقوق تطبیقی «درنهایت جایگاه خود را به‌عنوان یک حیطه فکری مجزا و خودمختار از دست می‌دهد». می‌توان از روش تطبیقی در هر حیطه و عرصه تحقیقاتی حقوقی برای کمک به پژوهش‌های آن رشته یا حیطه تحقیقاتی استفاده کرد؛ همان کاری که پژوهشگران دانشگاهی با رجوع به قوانین و قواعد هنجاری و نهادهای حقوقی دیگر کشورها و مقایسه تفاوت‌ها و شباهت‌های آنها با عناصر حقوق داخلی به‌طور معمول صورت می‌دهند. در عوض، به نظر عده‌ای دیگر، حقوق تطبیقی را باید ابزار معرفی و ارائه «چشم‌انداز» تازه‌ای دانست که «تبیین انتقادی یک نظام حقوقی - نظام حقوقی خود یا دیگری - را امکان‌پذیر می‌کند؛ بسیار شبیه همان شیوه‌ای که برای مثال، مطالعات حقوقی انتقادی، مطالعات حقوقی فمینیستی، نشانه‌شناسی

حقوق، تحلیل اقتصادی حقوق می‌توانند انجام دهند. آیا برای مثال می‌توان گفت، مطالعات فمینیستی در حقوق تنها یک روش است» (Samuel, 2014: 13-14)؛ در رویکرد اخیر، روش تحقیق، پیچیده‌تر است و حقوق تطبیقی همچون یک «دیسپلین» مستقل، از «پژوهش هنجاری صرف» و جست‌وجوی سنتی شباهت‌ها و تفاوت‌های قواعد موضوعه (حسب حیطه‌ها یا رشته‌های حقوقی) در کشورها یا نظام‌های حقوقی مختلف فراتر می‌رود و به دنبال حل مشکلات پیچیده‌ای است که جز با اتخاذ رویکردی کلان و چه بسا استفاده از روش‌ها یا یافته‌های سایر رشته‌های علوم اجتماعی حاصل نمی‌شود (Samuel, 2014, Introduction)؛ بدین ترتیب، می‌توان گفت حقوق تطبیقی حیطه‌ای از آن خود دارد و بسیاری یافته‌های آن جز با مطالعه حقوق تطبیقی (مستقل از سایر رشته‌های حقوقی) حاصل نمی‌شود (برای این نتیجه، رک به: Shiravi, 2014: 18-20).

به همراه این مباحث دامنه‌دار، انبوهی از طرح‌ها و مفاهیم را برای معرفی روش درست یا مبنای علمی مقایسه محققان مختلف ابداع کرده‌اند: کارکردگرایی، رابطه درونی،^۱ روح ملی، سبک، ذهنیت،^۲ ارزش‌ها، فرهنگ‌ها، تشابهات، تفاوت‌ها، تبارشناسی در برابر روش قیاسی، نمونه‌ای از معیارها و مفاهیم یا طرح‌واره‌هاست که به‌مثابه چارچوب یا مبنای مقایسه در حقوق مطرح شده‌اند. حسب موضوع تحقیق، روش تحقیق متفاوت خواهد بود. اینکه محقق چه موضوعی و به تبع آن، چه روشی را برگزیند، به رویکرد (معرفت‌شناختی) او و هدفی بستگی دارد که از مقایسه انتظار دارد؛ بنابراین، انتخاب روش، هرگز روندی بی‌طرف نیست این است که « اکنون اختلاف درباره رویکردها و روش‌ها در مطالعات حقوقی تطبیقی امری محوری است. به‌طور خیلی کلی، برای مثال بین اتخاذ رویکرد کلان و رویکرد خرد، بین روش‌شناسی شکلی و کارکردی، بین رویکردی که بر قواعد تأکید می‌کند و رویکردی به آن سوی قواعد

-
1. inner relationship
 2. mentalité

نظر دارد و بین رویکرد پوزیتیویستی و رویکرد فرهنگی تنش وجود دارد» (Samuel, 2014: 48-49).

در سطح کلان که به‌طور معمول به مقایسه نظام‌ها یا سنت‌های حقوقی نظر دارد، موضوع مقایسه‌پذیری^۱ را بسیاری از محققان حقوق تطبیقی با این استدلال حل کرده‌اند که مقایسه باید به نظام‌هایی با سطح تکاملی مشابه تعمیم یابد و اینکه آنها از نظر توسعه، خواه اقتصادی، اجتماعی یا حقوقی، به هم نزدیک باشند؛ هر چند باید گفت منطق مقایسه، مرز ناشناس است و انتخاب هر سطح یا واحد مقایسه، دلبخواهی است، در سطح خرد، «فراوان استدلال می‌شود که همسانی کارکردی^۲ مبنای حقوق تطبیقی است» (Örtücü, 2006: 443). در این رویکرد روش‌شناختی برای مثال، پرسیده می‌شود کدام نهاد در نظام «الف» دارای کارکردی همسان نهاد موضوع مطالعه در نظام «ب» است؟ از پاسخ به این سؤال مفهوم «همسانی کارکردی» حاصل می‌شود. رویکرد حل مسئله روی دیگر این سکه است و براساس آن محقق می‌پرسد چگونه مسئله یا معضل حقوقی یا اجتماعی خاصی که در جامعه «الف» و «ب» وجود دارد، حل می‌شود؟ یا کدام نهاد حقوقی یا غیرحقوقی با این مسئله سروکار دارد؟

رویکرد کارکردی زمانی است که محقق با چشم‌انداز حل مسئله و با هدف نزدیک اصلاح و بهبود وضعیت موجود نظام حقوقی خودی یا نزدیکی و هماهنگ‌سازی قواعد حقوقی نظام‌های مختلف^۳ پژوهش می‌کند، اما اگر هدف چیزی فراتر از این باشد، مقایسه مستلزم روش دیگری است؛ بنابراین محقق با رویکرد کارکردی به‌طور منطقی به دنبال نهادهایی می‌رود که به شرح بالا مقایسه‌پذیر باشند و موضوعاتی که مقایسه‌ناپذیر شناخته

1. comparability

2. functional equivalence

۳. نمونه ای از این رویکرد کارکردگرایانه، بی‌هیچ نقطه عزیمت ایدئولوژیک و با هدف هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی کشورهای اروپایی را می‌توان در به اصطلاح «پروژه هسته مشترک» حقوق خصوصی کشورهای اروپایی مشاهده کرد. این رویکرد در اصل میراث فکری رودلف شلزینگر (Rudolf B. Schlesinger, 1909-1996) است که برخی او را پدر حقوق تطبیقی در امریکا می‌دانند (Mattei, 2001: 238-257).

می‌شوند یا گمان می‌رود تن به مقایسه نمی‌دهند، همانند ایدئولوژی سیاسی، ارزش‌های اخلاقی یا تفاوت‌های فرهنگی، از حوزه پژوهش تطبیقی خارج می‌شوند، اما اگر گمان و باور بر این باشد که قواعد و نهادهای موجود را باید در «متن» تاریخی، سیاسی، اقتصادی یا فرهنگی‌اش سنجید یا فهمید، آنگاه آنچه نیاز بیشتر به تأکید دارد نه کارکرد بلکه متن یا زمینه‌ای است که نهاد یا قاعده موضوع تحقیق در آن شکل گرفته‌اند. توصیف کارکردی، جدا از متن و به اصطلاح، «بُعد محلی»، حوزه مغفول کارکردگرایی و جنبه‌ای است که محل توصیه و تأکید نقد پست‌مدرنیستی به کارکردگرایی است؛ بنابراین، از این منظر، در سطح کلان گفته می‌شود مقایسه نباید منحصر به همان‌ها باشد و پژوهش تطبیقی را می‌توان به مقایسه نظام‌هایی کشانید که سنخیت اندکی با یکدیگر دارند (Örücü, 2006: 444-445; Nelken, 2003: 440-442).

بر همین اساس و با همین رویکرد، برخی در استفاده از حقوق تطبیقی برای اصلاح نظام حقوقی، رویکرد فرهنگ‌گرا را بر رویکرد کارکردگرا ترجیح داده‌اند؛ با این استدلال که اگر مقایسه یا اقتباس از حقوق خارجی «بدون توجه به تفاوت اوضاع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورها یا نظام‌های مورد مقایسه باشد، محکوم به شکست است» (Borjian and Al-Dabbagh, 2019: 189-190).

به هر روی و با هر رویکردی مقایسه مستلزم اطلاعات یا وجود داده‌های در دسترس است که با ابزارهای مختلف قابل تحصیل است، اما محدودیت‌هایی وجود دارد که برخی مربوط به فرد محقق، برای مثال، ترجمه‌های نادرست و نداشتن دانش کافی و برخی مربوط به عوامل بیرونی است. حقوق تطبیقی در هر حال با قاعده و نهاد حقوقی «بیگانه» سروکار دارد که در متن و زمینه محلی متفاوتی شکل گرفته‌اند که چه بسا ترجمه‌ناپذیرند. به عبارت دیگر، ممکن است در یک مطالعه تطبیقی، عنصر یا حیطة‌ای ناگفته وجود داشته باشد؛ اما هرگونه «بدبینی روش‌شناختی» و تأکید افراطی بر تفاوت‌ها و باور به دسترس‌ناپذیر بودن حقوق در متن فرهنگ و جامعه بیگانه، مانع پژوهش حقوقی تطبیقی می‌شود.

اینکه چه داده‌هایی لازم است، به رویکرد روش‌شناختی برمی‌گردد. مقایسه، روش است؛ اما روش‌شناسی چیزی بسیار بیش از تصمیم به مقایسه است. در هر حال، مهم این است که روش محقق او را به هدف یا اهداف مورد نظر، خواه نظری خواه کاربردی برساند.

۲-۲. ویژگی‌های روش‌شناختی حقوق عمومی تطبیقی

در مورد روش‌شناسی حقوق تطبیقی به‌طور کلی دو نظر وجود دارد: نظر کسانی که قائل‌اند شاخه‌های فرعی حقوق تطبیقی برای مثال حقوق مدنی، حقوق کیفری، حقوق اداری هر یک به دلیل ویژگی خاص خود روش مقایسه‌ای متفاوت دارند؛ اما دسته‌ای دیگر از محققان حقوق تطبیقی، صرف‌نظر از هدف یا موضوع مقایسه، روش‌شناسی تطبیقی را یکسان و دارای قابلیت کاربرد عمومی می‌دانند (Banggui, 1994: 139-140).

واقعیت این است که حقوق عمومی تطبیقی در قیاس با حقوق خصوصی تطبیقی نیاز بیشتری به «زمینه‌یابی» دارد. بدین معنی که پژوهش در آن نیازمند دانش و آگاهی وسیع‌تر از تاریخ، جامعه و اقتصاد است. بنا بر تحلیل نویسنده‌ای، «ماهیت و محتوای حقوق اساسی و اداری تنها در پرتو نظریه سیاسی زیرینی که جامعه به واقع از آن حمایت می‌کند یا زیربنایی که نویسنده خود بر این باور است که جامعه باید بر آن مبتنی باشد، به‌درستی فهم می‌شود» (Thomson, 2017: 920)؛ به همین دلیل، یکی از استدلال‌هایی که گاه برای نشان دادن تفاوت حقوق عمومی و حقوق خصوصی تطبیقی ارائه می‌شد این بوده که تنها در حقوق خصوصی امکان نزدیکی قوانین یا متحدالشکل‌سازی آن وجود دارد. حقوق‌دانان عمومی از مدت‌ها پیش بر این باور بودند که «قواعد سازمان‌دهنده نهادهای اساسی، تقنینی، اداری یا قضایی... نهادهایی هستند که بیشترین مقاومت را در برابر جابه‌جایی دارند» (Kahn-Freud 1974: 17)؛ یا به نقل از مارتین لاگالین، نظریه‌پرداز انگلیسی حقوق عمومی گفته شده است که «سیر یافتن شرایط اثربخش، روشنی‌بخش و آزادی‌بخش برای [تأسیس] حکومت سبیری است از درون تاریخ و در مسیرهایی که در سنت‌های فرهنگی خاص شکل گرفته است.

نقشه‌های ترسیم شده توسط جوامعی به‌جز جامعه ما بی‌شک دارای ارزشی ذاتی است، اما با آنها باید همچون راهنمای سفر با احتیاط برخورد کرد» (Bell, 2004: 267).

اما اگر از دیدی کارکردگرایانه هدف حقوق تطبیقی را دستیابی به «هسته مشترک» حقوق بدانیم، گفته شده دست‌کم حقوق بشر را به‌منابه بخشی محوری از حقوق عمومی مدرن باید یک نمونه عالی و در دسترس از «هسته مشترک» حقوق اروپایی به حساب آورد (Ziller, 2006: 607-608)؛^۱ اگر «جهانی شدن» حقوق بشر محل مناقشه باشد رویکرد روش‌شناختی «هسته مشترک» (Mohseni, 2019: 705) که در اصل در مطالعات حقوق خصوصی تطبیقی در سطح اروپا مطرح شد، هر چند ممکن است پایه‌ای برای یافتن ارزش‌های مشترک اروپایی در زمینه حقوق بشر باشد، همچنان از دید عده‌ای نتایج محل مناقشه است. از دید اینان، «اهمیت اتحادیه اروپا و کنوانسیون اروپایی [حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی] این است که از تمایز شکلی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، آن‌گونه که در نظم‌های حقوقی ملی خاص به کار می‌رود، می‌گیرند. آنها تعدادی اصول تنظیم می‌کنند و انتظار نتایجی دارند». آنچه مهم است، شباهت‌ها در نتیجه است؛ بی‌توجه به اینکه «از رهگذر سازکارهای خاص حقوق عمومی تحصیل شده‌اند یا حقوق خصوصی». نتیجه اینکه، تنها در یک متن خاص است که می‌توان فهمید مفاهیم، قواعد و نهادهای برآمده از محیط داخلی و خارجی چگونه با یکدیگر ارتباط می‌یابند (Bell, 2004: 268).

با این حال، واقعیت این است که هر چه بیشتر یک مفهوم در حقوق عمومی، بازتاب‌دهنده هویت و انتخاب‌های سیاسی و اجتماعی بنیادین دولت باشد، به همان میزان جای کمتری برای تحلیل مقایسه‌ای یا انطباق و سازگاری با راه‌حل‌های اقتباسی

۱. مطابق ماده ۴۹ معاهده اتحادیه اروپا (ماستریخت) «هر دولت اروپایی که به ارزش‌های اشاره‌شده در ماده ۲ احترام بگذارد و متعهد به پیشبرد آنها شود» می‌تواند به عضویت اتحادیه درآید. ارزش‌های موضوع ماده ۲ شامل «احترام برای کرامت انسانی، آزادی، دموکراسی، برابری، حاکمیت قانون و احترام برای حقوق بشر از جمله حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌ها» می‌شود.

وجود دارد (Nehl, 2006: 21). این است که هر چند به عقیده برخی «اصل روش شناختی بنیادی همه حقوق تطبیقی کارکرد داشتن^۱ است» (Valcke and Grellette, 99: 2014) وقتی نوبت به مفاهیم یا قواعد حقوق عمومی می‌رسد، مقایسه نیاز بیشتری به زمینه‌یابی در موقعیت‌های واقعی دارد. تا کارکرد آنها آشکار شود.

۳. چالش «سنت» یا خانواده حقوقی

به‌طور کلی، دسته‌بندی شایع نظام‌های حقوقی به خانواده‌های مختلف از جمله حقوق عرفی و حقوق نوشته (رومی) نمی‌تواند نقطه شروع مناسبی در مطالعات حقوق عمومی تطبیقی باشد. گفته می‌شود این ممکن است به دلیل پیدایی رژیم‌های حقوق بشر بین‌المللی و فراملی باشد؛ چیزی که به اصطلاح «اساسی‌سازی جهانی» خوانده شده است؛ در واقع، اگرچه «سنت حقوقی» هنوز ممکن است تفاوت‌های قابل ملاحظه را برای مثال در الگوهای دادرسی اساسی تبیین کند، اما نمی‌تواند تفاوت‌ها و شباهت‌های چشمگیر کشورها را در موضوعات حقوق اساسی توضیح دهد (Hischel, 2019: 20)؛ برای مثال این واقعیت که بریتانیا فاقد یک قانون اساسی مدون یا رسمی است و ایالات متحده آمریکا (و دیگر مستعمرات سابق این کشور) دارای یک قانون اساسی مکتوب و مدون هستند، مانع از این نشده است که همگی عضو یک خانواده حقوقی (عرفی) شناخته شوند. همین‌طور تفاوت‌های دیگری که از نظر موضوعات حقوق عمومی میان این نظام‌های به اصطلاح «هم‌خانواده» وجود دارد: برای مثال، نظام سیاسی آمریکا، پیشگام جمهوری ریاستی است؛ از نظر ساختار دولت کشوری، آمریکا دارای نظامی فدرال است؛ همین‌طور این کشور دارای یک نظام جاافتاده دادرسی اساسی است که هیچ یک در تاریخ بریتانیا نظیر ندارد.

همین‌طور، حقوق اداری فرانسه، محصول سوابق آرای است که در طی حدود دو قرن، بیشتر شورای دولتی این کشور صادر کرده است؛ بی‌آنکه کوششی جدی برای نظام‌مند کردن همه جانبه آن صورت گرفته باشد. این «رویه‌ای» بودن (Vaezi, 2023: 97) همان ویژگی‌ای است که به‌طور معمول به نظام حقوقی عرفی نسبت داده می‌شود؛ بنابراین، در این زمینه، فرانسه و پادشاهی بریتانیا نزدیکی بیشتری به هم دارند. علاوه بر این، انگلستان و (تا همین سال‌های اخیر) فرانسه^۱ کشورهای هستند که در برابر تدوین رویه‌های اداری مقاومت کرده‌اند. این در حالی است که امریکا با وضع قانون رویه اداری^۲ در سال ۱۹۴۶ و ۳۰ سال بعد جمهوری فدرال آلمان با وضع مقررات فدرال و ایالتی^۳ در تدوین رویه‌های اداری پیشگام هستند.

به نظر می‌رسد به جای سنت حقوقی، دست‌کم در سطح حقوق اساسی، شناسایی نوع نظام سیاسی از نظر شکلی و ماهوی (برای مثال، جمهوری یا پادشاهی بودن؛ پارلمانی، ریاستی یا نیمه‌ریاستی) یا دسته‌بندی‌های سیاسی همچون دموکراتیک یا غیردموکراتیک بودن نظام سیاسی می‌تواند مبنای مقایسه قرار گیرد. اینکه در عمل تا چه اندازه عزم و اراده جدی برای بهره‌بندی از تجارب دیگر کشورها وجود دارد، (چنانکه در مورد امریکا خواهیم دید) همچنان موضوعی سیاسی است. در مورد حقوق اداری چنانکه خواهیم گفت «سنت اداره عمومی» یا «سنت دولت» می‌تواند مبنای مناسبی برای دسته‌بندی مقایسه‌ای باشد.

۱. در فرانسه «قانون روابط مردم و اداره» در اکتبر ۲۰۱۵ به تصویب رسید و از ژانویه ۲۰۱۶ لازم‌الاجرا شد:

Code des Relations entre le Public et l'Administration (CRPA): Statutory provisions: Ordinance 2015- 1341, October 23, 2015.

2. Administrative Procedure Act (APA)

۳. قانون آیین دادرسی اداری ۲۵ مه ۱۹۷۶ ((Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG))

۴. مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی

گستره حقوق عمومی و حقوق خصوصی در نظام حقوقی هر کشور چالش دیگری در مقایسه است. هر چند مرز حقوق عمومی و حقوق خصوصی در هر نظام حقوقی کم و بیش مشخص است، اما این مرزها ثابت نیست و در گذر زمان تغییر می‌کند. واقعیت این است که کارکردها^۱ را می‌توان به «عمومی» یا «خصوصی» دسته‌بندی کرد؛ اما «عمومی بودن، چیزی مثل قرمز بودن نیست- ویژگی‌ای که بتوان به راحتی مشاهده کرد. فعالیت‌های دولت در ادوار مختلف و البته در کشورهای مختلف، متفاوت بوده است. از این رو هر کوششی برای یافتن پاسخی «درست» یا نهایی درباره تمایز عمومی- خصوصی یا عمومی (دولتی) بودن کارکردی خاص به‌ویژه در حوزه‌های مرزی ره به جایی نخواهد برد و در نهایت مستلزم قضاوت ارزشی و سیاسی است» (Cassie and Knight, 2007: 65). نظام حقوقی در هر کشور در متن وسیع‌تر سیاسی جای می‌گیرد. از این روست که گفته می‌شود: «در پس هر نظریه حقوق اداری یک نظریه دولت وجود دارد» (Harlow and Rawlings, 2009: 2) و استقرار یا سیطره هر نظریه‌ای درباره دولت (لیبرال-دموکراتیک، سوسیال-دموکراتیک، مارکسیستی، فاشیستی، اسلامی...)، به‌زودی زود اثر خود را در وضع یا تفسیر قوانین (اساسی و عادی) یا جابه‌جایی تأکیدات قانونی و قضایی بر جای می‌نهد؛ بنابراین علاوه بر اینکه مرزهای حقوق عمومی و خصوصی در طی تحولات تاریخی هر کشور همواره جابه‌جا می‌شود، از کشوری به کشور دیگر (حتی کشورهای عضو یک «خانواده حقوقی») نیز این مرزها متفاوت است. این تفاوت‌ها هم در سطح تعاریف مفهومی است و هم در سطح کارکردی.

۵. وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست

حقوق خصوصی ناظر به روابط خانوادگی و تجاری و شخصی اشخاص با یکدیگر است که دست‌کم در فرهنگ‌های غربی مشابه یکدیگرند و در فرهنگ‌های غیرغربی نیز احياناً از الگوی کم و بیش مشابهی پیروی می‌کنند. اما حقوق عمومی به نظر، بیشتر از حقوق خصوصی، بازتاب دهنده تاریخ، سنت و فرهنگ هر ملت است؛ به‌ویژه اگر بر مبنای ایدئولوژیک خاصی مبتنی باشد. گفته شده نهادهای حقوق عمومی «نه تنها از طراحی عامدانه (به نوعی از قانون‌گذار ملی یا حرفه‌های حقوقی ملی) بلکه از تاریخ و مسائل اجتماعی زیربنایی همچون تنوع مذهبی و زبانی ناشی می‌شوند» (Bell, 2004: 165-259).

واقعیت این است که قانون‌های اساسی در خلأ زاده نمی‌شوند و عمل نمی‌کنند و همواره متأثر از جریان‌های سیاسی داخلی و بین‌المللی هستند. در عرصه داخلی، یک نمونه از تأثیر سیاست و نگاه‌های ایدئولوژیک بر دیدگاه‌ها درباره نقش حقوق اساسی تطبیقی را می‌توان در مشاجرات درباره ارجاع یا عدم ارجاع به حقوق خارجی در آرای دادگاه‌های امریکا مشاهده کرد. اوج مشاجره هنگامی بود که در برخی احکام دیوان عالی این کشور، اکثریت قضات برای حمایت از تصمیمات خود به آرای خارجی ارجاع دادند.^۱ این اشاره به آرای خارجی که در بسیاری از نظام‌های قضایی شایع است، بحث‌های زیادی درباره مشروعیت ارجاع و اشاره قضایی به قوانین خارجی به‌طور کلی و قوانین اساسی کشورهای دیگر به‌طور خاص برانگیخت. محافظه‌کاران و جمهوری‌خواهان مخالف این عاریه گرفتن هستند و در عوض دموکرات‌ها، لیبرال‌ها و ترقی‌خواهان موافق آن. دلایل مخالفان این‌گونه خلاصه شده است:

۱. سه مورد از مهم‌ترین این دعاوی: (Lawrence v. Texas, (2003); Roper v. Simmons, (2005) (Atkins v. Virginia, (2002) در این آرا به تجربه و رویه قضایی دیگر کشورها و به‌ویژه در چارچوب اتحادیه اروپا اشاره شده است.

اول، قانون اساسی مؤسس دولت- ملت است و بنابراین ارجاع به احکام خارجی ناقض حاکمیت اساسی ملت است؛ دوم، به طور اصولی تغییر اساسی بهتر است از طریق اصلاح و قانون‌گذاری صورت گیرد و نه از راه تفسیر انعطاف‌پذیر یا ارجاع به منابع خارجی؛ سوم، قضات دادگاه‌های خارجی منصوب یا مورد تأیید رییس‌جمهور و کنگره نیستند و بنابراین هیچ‌گونه مسئولیت یا قدرتی از جانب مردم امریکا ندارند. چهارم اینکه، مشکلات روش شناختی جدی در ارجاع به دعاوی خارجی وجود دارد؛ از جمله گلچین کردن دعاوی مطلوب، تحلیل خارج از متن اصلی، گزینش منابع از برخی کشورها و مشروع شناختن آنها و نه منابع دیگر و سرانجام اینکه بار اثبات در این بحث بر دوش مدافعان ارجاع به احکام خارجی است؛ زیرا به لحاظ تاریخی، رویه غالب، ارجاع ندادن به این احکام بوده است.

به همین ترتیب، مشاجره درباره نقش حقوق اساسی تطبیقی در اختلافی که در رویکردهای تفسیری در امریکا وجود دارد، برای مثال، رویکرد «منشاگرایی» در برابر رویکرد تفسیری درخت زنده،^۱ نیز بازتاب یافته است. منشاگرایی ارتباط نزدیکی با جایگاه نیمه مقدس قانون اساسی امریکا در نزد جریان‌های محافظه‌کارتر دارد و اینکه وقتی نوبت به قانون اساسی، این پایه «دین مدنی» امریکا می‌رسد، چیز چندانی برای یادگیری از دیگران وجود ندارد (Hirschl, 2014: 142-145).

به همین سان، باید گفت نقش و اهمیت قانون و حقوق در «اداره عمومی» در کشورها یکسان نیست؛ نحوه «اداره» بخش عمومی در کشورهای مختلف ویژگی‌هایی دارد که آنها را از یکدیگر متمایز می‌کند. سنت‌های اداره عمومی^۲ یا سنت اداری بخشی از سنت دولت^۳ در هر کشور یا نظام سیاسی است که در برگیرنده مجموعه نهادهای حاکم در یک نظام سیاسی است.

-
1. living tree
 2. Traditions of public administration
 3. State Tradition

در سنت آنگلو-امریکایی، دولت «بخشی از گفتمان حقوق و سیاست محسوب نمی‌شود و در نوشته‌های آکادمیک مربوط به اداره عمومی به‌ندرت سخنی از دولت است. انگلیس و امریکا «جوامع بی‌دولت» خوانده می‌شوند. در این جوامع مرز میان دولت و جامعه، خوب روشن نیست و بازار و جامعه مدنی ایفاگر نقش مسلط هستند؛ به‌ویژه در ایالات متحده که تأکید بر اشکال متنوع خودسامانی و گونه‌های متکثر و داوطلبانه حکمرانی است. در این سنت، دولت به‌طور اساسی محصول قرارداد با جامعه است و فاقد هویت و اختیار ذاتی است و از این رو اداره فارغ از قیود ایدئولوژیک یا فرمالیسم حقوقی همواره آماده پذیرش تغییر است. نقش و جایگاه دولت در سنت انگلیسی- امریکایی اداره عمومی، پیوند نزدیکی با سنت حقوقی انگلو- ساکسونی دارد؛ نظام حقوق عرفی (کامن لا) نظامی است با رویکرد استقرایی و رویه‌ای که بر انباشت آراء قضایی تکیه دارد و برخلاف نظام قیاسی حقوق روم بر فلسفه ماهوی و تدوین تفصیلی قانون استوار نیست.

برعکس، در سنت فرانسوی یا ناپلئونی «حقوق ابزار دولت برای مداخله در اجتماع است تا ابزار حل اختلاف میان عاملان اجتماعی؛ یک نظام مجزای حقوق عمومی روابط دولت و شهروندان را تنظیم می‌کند؛ اداره پیوند نزدیکی با حقوق دارد» و یک سلسله‌مراتب پیچیده‌ای از قواعد حقوقی تعیین‌کننده حدود و محتوای همه اعمال اداری است؛ «هر زمان که صلاحیت‌گزینشی اداری اعمال می‌شود، توسط یک نظام بازنگری قضایی کنترل می‌شود که گستره آن به مراتب بیشتر از آن چیزی است که در سنت انگلو- امریکایی وجود دارد» (Ranjbar, 2016: 57-62).

به همین سان، سنت اداره دولت یا سنت دولت را در کشورهای مختلف می‌توان متفاوت دانست و هرگونه مقایسه نظام اداری یا نظام حقوق اداری در سطح کلان، بی‌توجه به این موارد تاریخی ناقص است. این تفاوت در رویکرد و تأکید بر آنچه بسا باعث مقاومت در برابر ایجاد «تغییر» و اصلاح می‌شود که یکی از اهداف مهم حقوق تطبیقی است. تأکید افراطی بر «خاص‌گرایی» یا «فرهنگ‌گرایی»، چنانکه بیشتر اشاره شد،

چه بسا نافی هرگونه کارکرد عملی برای حقوق تطبیقی است؛ مگر آنکه هدف، فراتر بردن مقایسه‌ها از سطح متون و اسناد رسمی و توجه به متغیرهای (سیاسی - اجتماعی - اقتصادی) دیگر مؤثر در وضع و اجرای قوانین و شکل‌گیری نظم حقوقی باشد.

۶. مسائل زبانی

مسائل زبانی همیشه با حقوق تطبیقی همراه بوده است. در حقوق عمومی تطبیقی نیز این موضوع نباید دست‌کم گرفته شود. مقایسه به‌طور معمول براساس ترجمه متون و اسناد حقوقی صورت می‌گیرد. این متون و اسناد باید در دسترس باشد که البته با گسترش اینترنت و تکنولوژی اطلاعات و وجود سایت‌های رسمی دولتی نباید نگرانی چندانی وجود داشته باشد. نگرانی اصلی احياناً دسترسی به آرای مهم و جریان‌ساز دادگاه‌های اساسی و اداری است که بدون تعمق کافی در آنها، هرگونه تحلیلی، در سطح باقی می‌ماند.

علاوه بر این، حقوق عمومی تطبیقی اغلب وابسته به ادبیات غیرحقوقی و واژگانی است که از رشته‌های دیگر از جمله علوم سیاسی (یا برای مثال در کشورهایی همچون ایران از الهیات و فقه سیاسی) وام گرفته شده است. ترجمه این واژگان به زبان مقصد به‌ویژه اگر به زبان‌های اقلیت نگاشته شده باشند، مسئله‌ساز است.

نکته دیگر اینکه به نظر می‌رسد تنوع معانی واژگان مشترک در حقوق عمومی بیش از حقوق خصوصی باشد. برای مثال، واژه 'décret' در زبان فرانسه به معنی فرمان دولتی است و حال آنکه در کشور هم‌زبان بلژیک این اصطلاح ناظر به قوانین منطقه‌ای است. یا واژه 'parastataux' در بلژیک، به معنی سازمان‌های «نیمه‌دولتی» معادلی در فرانسه ندارد (Ziller, 2006: 608)؛ به همین سان نهاد «ولایت فقیه» یا اصطلاح فقهی «حکم حکومتی» که گاه در تبیین و توجیه فرامین ولی فقیه در نظام حقوق اساسی ایران به کار گرفته می‌شود (Esmaili and Ghotbi, 2013) با توجه به ریشه فقهی شیعی آن به نظر نمی‌رسد معادل دقیقی در حقوق اساسی دیگر کشورها داشته باشد.

فرجام سخن

تفکر حقوقی مقایسه‌ای یا همان به اصطلاح حقوق تطبیقی متضمن فراتر بردن توجه و نگاه به آن سوی یک نظم یا نظام حقوقی خاص است. هر چند با وجود سوابق تاریخی، این رویکرد فراملی ابتدا در پژوهش‌های حقوق خصوصی رخ نمود و منحصر به مقایسه‌های خرد و کلان در چارچوب نظام‌ها یا خانواده‌های حقوقی غربی بود، اما پس از جنگ جهانی دوم و به‌طور مشخص از دهه ۱۹۸۰ پژوهش‌ها در حقوق عمومی تطبیقی به‌ویژه و بیش از همه در حوزه حقوق اساسی رونق بیشتری گرفت. استعمارزدایی، فروپاشی دیوار برلین و افزایش تعداد کشورها و نیاز آنها به الگویی برای نگارش قانون اساسی، همین‌طور افزایش همکاری‌ها و پیوندهای منطقه‌ای به‌ویژه در قالب «اتحادیه اروپا» به این روند دامن زد. پژوهش‌ها در حقوق اداری تطبیقی نیز هر چند با تأخیر بیشتری همراه بود، به اذعان برخی نویسندگان، حقوق اداری تطبیقی «نشان» حقوق عمومی تطبیقی در قرن بیست و یکم شناخته می‌شود.

به گمان نویسنده، این توجه دیرنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان از حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. به عبارت دیگر، هر چند بیشتر مسائل و مشکلات در عرصه حقوق عمومی تطبیقی، در هرگونه پژوهش مقایسه‌ای یافت می‌شود، همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و به‌علاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است. این است که با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد همچنان نوعی مقاومت در برابر تغییر

در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی هر جامعه نشان می‌دهد.

References

- ارسطو، (۱۳۴۹)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- ارسطو، (۱۳۸۸)، اصول حکومت آتن، ترجمه و تحشیه محمدابراهیم باستانی پاریزی، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ چهارم.
- اسماعیلی، محسن و میلاد قطبی، (۱۳۹۲). فقه سیاسی و اختیارات تقنینی حاکم، با تأکید بر آرای امام خمینی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۴(۲)، ۵-۲۹.
- برجیان، علی و حارث الدباغ، (۱۳۹۷). اصلاح نظام‌های حقوقی در گذر تکامل حقوق تطبیقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۲۰(۶۰) ۱۸۳-۲۰۶.
- داوید، رنه، (۱۳۶۹). نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- رنجبر، احمد، (۱۳۹۵). عدالت اداری: چارچوب حقوقی، سازوکارهای نهادی، روندهای قضایی، تهران، نشر میزان.
- شیروی، دکتر عبدالحسین، (۱۳۹۳). حقوق تطبیقی، تهران، سمت.
- صادقی نشاط، امیر و حسنا حاج نجفی، (۱۳۹۸). هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی در اتحادیه اروپا، مطالعات حقوقی، ۱۱(۴)، ۲۹۳-۳۲۸.
- محسنی، الهه، (۱۳۹۸). روش‌شناسی حقوق تطبیقی، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۰(۲)، ۶۹۵-۷۱۷.
- واعظی، دکتر سید مجتبی، (۱۴۰۲). حقوق اداری تطبیقی، تهران، نشر داتیک.
- Aristotle. (1970). *politics*, translated by Hamid Enayat, Tehran, Pocket Books Joint Stock Company. [In Persian]
- Aristotle. (2009). *The Athenian Constitution*, translated by Mohammad Ebrahim Bastani Parizi, Tehran, Pocket Books Joint Stock Company. [In Persian]
- Banggui, J. (1994). A preliminary study of Comparative Administrative Jurisprudence, *Special Asia Pac. L. Rev.* 132, 139-142. doi:10.1080/18758444.1994.11788014.

- Bell, J. (2004). Public Law in Europe: Caught between the National, the Sub-National and the European? in: M. V Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, Oxford.
- Borjian, A, and Al-Dabbagh, H (2019). Reform of Legal Systems through the evolution of comparative law, *Public Law Research*, 20(60) 183- 206. [In Persian]
- Cassie, J, and Knight, D. (2007). *The scope of judicial review: who and what may be reviewed*, NZLS CLE's Administrative Law Intensive, Wellington.
- David, R. (1990). *Major Contemporary Legal Systems*, translated by Safaii, H, Ashori, M, Eraghi, E, Tehran, Academic Publishing Center. [In Persian]
- Esmaili, M, and Ghotbi, M. (2013). jurisprudence and the legislative powers of the ruler, with emphasis on the views of Imam Khomeini, *Journal of Islamic Law Research*, 14(2),5-29. [In Persian]
- Harlow, R., and Rawlings, C. (2009). *Law and Administration*, Cambridge University Press, New York.
- Hirschl, R. (2019). Comparative Methodologies, in: R. Masterman and R. Schutze, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters, the Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Holmes, S. (2012). Constitutions and Constitutionalism, in: Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Husa, J. (2018). Developing Legal System, Legal Transplants, and Path Dependence: Reflections on the Rule of Law, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6(2), 129–150,
- Kahn- Freud, O. (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 *Modern Law Review*
- Larsen, C. (1998). The Future of Comparative Law: Public Law Systems, 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 847 . Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol21/iss4/7.
- Launay, R. (2001). Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law, in: A. Riles, (ed) *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Portland, Oregon.

- Mttei, U. (2001). «The Comparative jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in legal influence», in: A. Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford- Portland, Oregon, 238-258.
- Mohseni, E. (2019). Methodology of Comparative Law, *Comparative Law Studies*, 10(2), 695- 717. [In Persian].
- Nehl, H. P. (2006). Administrative Law, in: Jan M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 18-33.
- Nelken, D. (2003). Comparatists and transferability, in: P. Legrand and R. Munday, (eds) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 437-466
- Örücü, E. (2006). Methodology of comparative law, in: J M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 442-455.
- Ranjbar, A. (2016). *Administrative Justice; legal framework, Institutional mechanism, judicial trends*, Tehran, Mizan Publishing, [In Persian]
- Sadeghi Neshat, A. and Haj Najafi, H. (2019). Harmonization of Private Law in the European Union, *Journal of Legal Studies*, 11(4), 293-328. [In Persian].
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford and Portland.
- Shiravi, A. (2014). *Comparative Law*, Tehran, SAMT.
- Sourgens, F. G. (2016). The Virtue of Path Dependence in the Law, *Santa Clara Law Review*, Vol. 56, No. 2. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol.56/iss2/3>.
- Thomson, S. (2017). Judicial Review and Public Law: Challenging the preconceptions of a Troubled Taxonomy, *Melbourne University Law Review*, 41. 920.
- Vaezi, S. M. (2023). *Comparative Administrative Law*, Tehran, Datik Publishing. [In Persian]
- Valcke, C, and Mathew G. (2014). Three Functions of Function in Comparative Legal Studies, in: M. Adams and D. Heirbaut (eds), *The Method and Culture of Comparative Law, Essays in Honor of Marck Van Hoecke*, Hart Publishing. 99-113.
- Ziller, J. (2006). Public Law, in: J. M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 603-610.



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.51592.5234>



Research Article

Legal Rereading of Public Interest: The Outcome of Judicial Review on Activism in the Public Sphere

Samaneh Rahmatifar

Associate Prof. Department of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran

Article history:

Received: 02-11-2024

Accepted: 24-12-2024

Abstract

Introduction: Public interest holds little weight in legal doctrine and lacks a foundational role in most constitutions. While some, like Germany, Spain, and Italy, mention it in specific articles, others—such as the Philippines and Portugal—use the term frequently but without depth or consistency.

Public law is intrinsically linked to the concept of public interest, as the provision of public services within the framework of public interest forms the foundation for establishing an administrative system. The administration acts as the executor, defender, and guardian of the public interest, effectively advocating for it.

The primary objective of this research is to develop a framework for public interest that is derived from and compatible with public law. The secondary objectives include providing a legal definition of public interest that distinguishes it from related concepts; specifying the components of public interest; and developing a repeatable model for identifying instances of public interest in various contexts.

Please cite this article as:

Rahmatifar, S (2025). Legal Rereading of Public Interest: The Outcome of Judicial Review on Activism in the Public Sphere. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 321-356.
doi: <https://10.22099/JLS.2024.51592.5234>

* Corresponding author:

E-mail address: s.rahmatifar@iau.ir

Methods: The research method is descriptive-analytical. Initially, existing theories on public interest are critically examined and explained. Based on the principles and methods of public law, a new framework is created to enable an accurate assessment of compliance or violation of public interest in specific cases within the legal system.

Results: The results of a critical analysis of existing theories on public interest can be summarized as follows:

- **Served by Power:** All theories consider public interest as aligned with and served by power. This alignment manifests in several ways: either by giving primacy to the will of the government, ignoring the lack of infrastructure for the participation of marginalized individuals, or deeming the significant lost interest of a minority negligible.
- **Based on Private Interest:** Theories predominantly view public interest as a superstructure built on the foundation of private interest. Consequently, public interest often serves as a guise for justifying and pursuing personal interests, despite appearing benevolent and legitimate. This is problematic, as public and private interests are fundamentally different, with the former belonging to the public sphere and the latter to the private sphere.
- **Economic-oriented:** Existing theories focus on economy and reduce public interest to the level of material enjoyment for all or how public wealth is redistributed, essentially equating it with social need. Consequently, issues such as freedom, public participation, and judicial independence are presumed to be irrelevant to the concept of public interest.
- **Project-oriented:** One factor undermining public interest literature is its use for justifying projects, portraying public interest as their origin and legitimizing them. These projects, undertaken by the private sector as contractors for the public or government sector, reveal a fundamental issue: the private sector inherently seeks to secure private interests. Consequently, public interest is often used to justify the maximization of private benefit under the guise of serving the public. Thus, the justification for private benefit lies not in the project proposal itself but in the legal framework enabling its implementation, particularly the budget act, which requires prior authorization for any project to proceed.

Conclusions: From the perspective of public law, the public interest is the consensus of participants in the public sphere on an issue, such that a united voice is heard. This consensus is consolidated in the form of parliamentary

law, mediated by political parties, and supervised by the judiciary over parliament to ensure respect for children, minorities, and marginalized people, as well as the will of the public. This process particularly utilizes general principles of law.

The solution to the claim of a violation of the public interest by parliament is to establish a court with the competence to invalidate laws. In this court, the judge rules based on general principles governing public interest, rather than on statutory laws or even the constitution. The process of identifying new general principles constitutes a form of constitutionalization of law. Additionally, a large jury can serve alongside the court as advisors, simulating the public sphere to facilitate better judgment.

Keywords: General Principles of Law, Judicial Review, Public Interest, Public Law, Public Participation, Public Sphere.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.51592.5234>

مقاله پژوهشی

بازخوانی حقوقی منفعت عمومی: برون‌داد نظارت قضایی بر کنش‌گری در سپهر

عمومی

سمانه رحمتی‌فر

دانشیار، گروه حقوق، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: در دکتترین حقوقی جایگاهی برای منفعت عمومی دیده نشده است. در قوانین اساسی نیز منفعت عمومی جایگاه مبنایی ندارد؛ برای مثال ماده چهارده قانون اساسی آلمان مصادره اموال را منوط به رعایت منفعت عمومی می‌کند؛ ماده هفتاد و شش قانون اساسی اسپانیا به مجلسین اجازه داده در مورد هر موضوع مرتبط با منفعت عمومی، کمیته تحقیق مشترک احداث کنند؛ ماده هشتاد و دو قانون اساسی ایتالیا برای مجلسین صلاحیت تحقیق در مورد موضوع‌های منفعت عمومی ایجاد کرده است. قوانین اساسی بعضی کشورها مانند فیلیپین و پرتغال در موارد متعدد و به صورت پیش‌پاافتاده از این اصطلاح استفاده کرده‌اند. حقوق عمومی در این حد به مقوله منفعت عمومی ورود می‌کند که ارائه خدمات عمومی در چارچوب منفعت عمومی، مبنای ایجاد نظام اداری است؛ اداره مجری، مدافع و نگهبان منفعت عمومی یا دایعه‌دار منفعت عمومی تلقی می‌شود.

استناد به این مقاله:

رحمتی‌فر، سمانه (۱۴۰۴). بازخوانی حقوقی منفعت عمومی: برون‌داد نظارت قضایی بر کنش‌گری در سپهر عمومی. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۳۲۱-۳۵۶.

E-mail address: s.rahmatifar@iau.ir

* نویسنده مسئول:

هدف اصلی پژوهش ارائه چارچوبی برخاسته از و سازگار با حقوق عمومی از منفعت عمومی است؛ هدف‌های فرعی عبارتند از ارائه تعریفی حقوقی از منفعت عمومی و مقدمتاً مفاهیم هم‌مرز با آن به‌نحوی که قابل تمییز از یکدیگر باشند؛ مشخص کردن مؤلفه‌های منفعت عمومی و ارائه الگویی تکرارپذیر برای شناسایی مصادیق منفعت عمومی در اوضاع و احوال متفاوت.

روش: روش پژوهش توصیفی-تحلیلی است؛ به این ترتیب که ابتدا نظریه‌های موجود درباره منفعت عمومی مورد خوانش انتقادی قرار می‌گیرد و با مبنا قرار دادن اصول و روش‌های حقوق عمومی، چارچوبی نو ساخته می‌شود، به‌نحوی که بتوان ارزیابی دقیق در مورد رعایت یا نقض در نظام قوانین به دست داد.

یافته‌ها: نتیجه خوانش انتقادی نظریه‌های موجود درباره منفعت عمومی را می‌توان به ترتیب زیر خلاصه کرد:

- در خدمت قدرت بودگی: همه دیدگاه‌ها منفعت عمومی را هم‌راستا و در خدمت قدرت می‌بینند؛ به این ترتیب که یا برای اراده حکومت قائل به اصالت هستند؛ یا کسری زیرساخت برای مشارکت افراد حاشیه‌ای را نادیده می‌گیرند؛ یا نفع بزرگ فوت شده اقلیت کوچک را قابل چشم‌پوشی تلقی می‌کند.
- ابتدا بر منفعت خصوصی: نظریه‌ها عمدتاً منفعت عمومی را رو بنایی بر زیربنای منفعت خصوصی می‌بینند. در نتیجه منفعت عمومی به سرپوشی برای توجیه و پیگیری منفعت شخصی منتها با ظاهری دیگر/خیرخواهانه و مشروع تبدیل می‌شود. درحالی‌که اساساً جنس این دو تفاوت دارد. جای پیگیری یکی سپهر خصوصی و دیگری سپهر عمومی است.
- اقتصادمحوری: دیدگاه‌های موجود نگاه معطوف به اقتصاد دارند و منفعت عمومی را به سطحی از برخورداری مادی همگان یا چگونگی باز/توزیع ثروت عمومی یا به تعبیر دیگر به نیاز اجتماعی تقلیل می‌دهند. از این رو پیوند موضوع‌هایی چون آزادی، مشارکت عمومی و استقلال قضایی با منفعت عمومی می‌گسلد.
- پروژه-محوری: یکی از عوامل آسیب‌زننده به ادبیات منفعت عمومی، بهره‌گیری از آن برای طرح‌های توجیهی است، به‌نحوی که گویا خاستگاه منفعت عمومی مدیریت پروژه و کارکردش مشروعیت‌بخشی به آن است؛ پروژه‌هایی که بخش خصوصی به‌عنوان پیمانکار برای بخش عمومی یا دولتی به‌عنوان کارفرما انجام می‌دهد. بدیهی است که بخش خصوصی همواره به دنبال

تأمین منفعت خصوصی است؛ در نتیجه نفع خصوصی حداکثری خود را به نام عموم توجیه می‌کند. از این رو محل توجیه منفعت خصوصی نه طرح که قانونی است که زمینه انجام آن را فراهم کرده است؛ خصوصاً قانون بودجه که بدون مجوز اولی آن انجام هیچ طرحی ممکن نمی‌شود.

نتیجه‌گیری: منفعت عمومی از منظر حقوق عمومی، اجماع مشارکت‌کنندگان در سپهر عمومی بر سر موضوعی، در حد به گوش رسیدن صدای واحد، تثبیت این اجماع در قالب قانون پارلمانی، با واسطه‌گری احزاب و نظارت دستگاه قضایی بر پارلمان برای تضمین رعایت کودکان، اقلیت‌ها و افراد حاشیه‌ای و البته اراده عموم، با بهره‌گیری ویژه از اصول کلی حقوق است.

راهکار رسیدگی به ادعای نقض منفعت عمومی توسط پارلمان، تشکیل دادگاهی با صلاحیت ابطال قوانین است. در این دادگاه قاضی با استناد به اصول کلی حاکم بر منفعت عمومی حکم می‌دهد، نه قوانین و نه حتی قانون اساسی. فرایند شناسایی اصول کلی جدید چیزی از جنس اساسی‌سازی حقوق است. به علاوه هیأت منصفه‌ای پرشمار می‌تواند به صورت مشاور در کنار دادگاه قرار گیرد تا سپهر عمومی را برای قضاوت بهتر شبیه‌سازی کند.

واژگان کلیدی: اصول کلی حقوق، حقوق عمومی، سپهر عمومی، مشارکت عمومی، منفعت عمومی، نظارت قضایی.

سرآغاز

در دکترین حقوقی جایگاهی برای منفعت عمومی دیده نشده است. به‌عنوان شاهد مثال در دیکشنری حقوق لانگمن، دیکشنری حقوقی آکسفورد، ترمینولوژی حقوق جعفری لنگرودی و فرهنگ نظریه حقوقی بیکس مدخل منفعت عمومی وجود ندارد. در بررسی سیر تطور مفاهیم بنیادین حقوقی در غرب جایی نیافته است؛ به‌علاوه در کتاب‌های پایه حقوق اداری، مانند حقوق اداری نوشته طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری نوشته امامی و استوار سنگری و حقوق اداری نوشته عباسی لاهیجی سرفصلی به منفعت عمومی اختصاص نیافته است. در قوانین اساسی نیز به‌رغم وجود اشاره‌هایی، منفعت عمومی جایگاه مبنایی ندارد؛ برای مثال، ماده چهارده قانون اساسی آلمان مصادره اموال را منوط به رعایت منفعت عمومی می‌کند؛ ماده هفتاد و شش قانون اساسی اسپانیا به مجلسین اجازه داده است در مورد هر موضوع مرتبط با منفعت عمومی، کمیته تحقیق مشترک احداث کنند؛ ماده هشتاد و دو قانون اساسی ایتالیا برای مجلسین صلاحیت تحقیق در مورد موضوع‌های منفعت عمومی ایجاد کرده است. قوانین اساسی بعضی کشورها مانند فیلیپین و پرتغال در موارد متعدد و به‌صورت پیش‌پا افتاده از این اصطلاح استفاده کرده‌اند. حقوق عمومی در این حد به مقوله منفعت عمومی می‌پردازد که ارائه خدمات عمومی در چارچوب منفعت عمومی، مبنای ایجاد نظام اداری است؛ اداره مجری، مدافع و نگهبان منفعت عمومی است (Tweed and Wallace, 2020: 64) یا دایعه‌دار آن تلقی می‌شود (کمالی‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۸۶). درواقع، منفعت عمومی را به‌عنوان امری بدیهی می‌پذیرد. این نگاه وام‌گرفته از درک غالب از منفعت عمومی در علوم مرتبط با مدیریت است که علوم اداری را خاستگاه و اداره را متولی و مرجع تعیین آن می‌انگارند (Kaganovska et al, 2022: 1, 2).

مفهوم منفعت عمومی به‌رغم همه تلاش‌هایی که در علوم چون حسابداری برای تبیین آن صورت گرفته، مبهم مانده است. ابهامی که در حقوق می‌تواند نتایج غیرقابل قبولی در پی داشته باشد؛ برای مثال، وقتی این گزاره که نقض حقوق بشر می‌تواند

مصادیق منفعت عمومی باشد، جای بحث می‌یابد (Boot, 2022). این وضعیت نشان‌گر ظرفیت بالای منفعت عمومی برای اقتضایی شدن و سیال‌بودگی آن است. نتیجه اولی اقتضایی شدن، امکان عدم تأمین منفعت عمومی به‌واسطه پنهان‌سازی منافع خصوصی زیر پوشش آن به ابتکار کارکنان اداره و نتیجه نهایی‌اش نقض استقلال اداره به دلیل تلاش صاحبان قدرت برای تأثیرگذاری بر تصمیم اداره است. شناسایی چنین مقوله مبهمی در خلال انجام اعمال اداری، یعنی وظایف روزمره کارکنان اداره، چالش مضاعف دارد.

هدف اصلی پژوهش ارائه چارچوبی برخاسته از/سازگار با حقوق عمومی از منفعت عمومی است؛ هدف‌های فرعی عبارت‌اند از ارائه تعریفی حقوقی از منفعت عمومی و مقدمه‌وار مفاهیم هم‌مرز با آن به نحوی که قابل تمییز از یکدیگر باشند؛ مشخص کردن مؤلفه‌های منفعت عمومی و ارائه الگویی تکرارپذیر برای شناسایی مصادیق منفعت عمومی در اوضاع و احوال متفاوت. پرسش اصلی این است که چه خوانشی از منفعت عمومی آن را به مفهومی قابل استناد در حقوق تبدیل می‌کند؟ فرضیه پژوهش این است که طرح منفعت عمومی به‌عنوان عارضه‌ای بر منفعت خصوصی^۱ موجب بدفهمی آن در ادبیات حقوقی شده است؛ لازم است که منفعت عمومی به‌مثابه یک مفهوم اصیل، مورد توجه و استفاده نظریه حقوقی قرار گیرد. روش پژوهش توصیفی-تحلیلی است؛ به این ترتیب که ابتدا نظریه‌های موجود درباره منفعت عمومی مورد خوانش انتقادی قرار می‌گیرد و با مبنا قرار دادن اصول و روش‌های حقوق عمومی، چارچوبی نو ساخته می‌شود، به نحوی که بتوان ارزیابی دقیق در مورد رعایت یا نقض نقض، در نظام قوانین، به دست داد.

۱. اشاره به اینکه یکی از دیدگاه‌های مقبول در زمینه منفعت عمومی، بیشترین سود برای بیشترین تعداد مردم است؛ به عبارتی منفعت عمومی را نمی‌توان شناسایی کرد، مگر پس از شناسایی منافع خصوصی.

۱. چارچوب نظری

برای ورود به بحث ابتدا مفاهیم شبیه منفعت عمومی تبیین می‌شوند تا از التقاط نظری جلوگیری شود و سپس نظریه‌های منفعت عمومی مرور انتقادی می‌شود تا ضمن روشن شدن وضع موجود، چرایی لزوم طرح چارچوب جدید پاسخ گیرد.

۱-۱. مفاهیم هم‌مرز با منفعت عمومی

مقوله‌های متعددی با منفعت عمومی قرابت دارند؛ از جمله منفعت فردی (چون برآیند یا عدم نقض آن، در نظریه‌هایی که در ادامه می‌آید، به‌عنوان یکی از معیارهای شناخت منفعت عمومی دیده می‌شود)، منفعت ویژه،^۱ رفاه اجتماعی، منفعت اجتماعی، منفعت جمعی، خیر عمومی، خیر مشترک^۲ و منافع ملی. از این میان منفعت فردی و نیز دو مصداق اخیر مای جمعی، به دلیل کارآمدی بیشتر در بحث، طرح می‌شود، به‌علاوه‌ی مصلحت نظام که در ادبیات سیاسی و حقوقی حاکم پرتکرار است. به دو نکته لازم است اشاره شود: نخست اینکه شکل‌گیری هر مای جمعی، مستلزم داشتن آگاهی جمعی (مرزگذاری آگاهانه و هدف‌مند و غیراتفاقی، میان خود/دیگری یا خودی‌ها/دیگران)، تعلق خاطر گروهی، اشتراکات گسترده و وجود/ایجاد نهادهای مشترک است؛ دوم اینکه سازکارهای دموکراسی گفت‌وگویی، آن‌گونه که هابرماس صورت‌بندی می‌کند، به‌مثابه روش، می‌تواند در حصول به نتیجه در هر تصمیم‌گیری جمعی کارآمد باشد.

۱. Special interest، شخص یا گروهی که سعی می‌کند تصمیم حکومت را به نفع خود متأثر سازد (The Britannica Dictionary).

2. Common Good.

۱-۱-۱. منفعت فردی

منفعت خصوصی چندان نیازمند تعریف و شفاف‌سازی نیست؛ چون هر شخص به بهترین شکل ممکن آنچه را برایش خوب است شناسایی می‌کند و در شغل و انتخاب‌های روزمره تعقیب می‌نماید. مفاهیم مشابه منفعت خصوصی، مانند سعادت فردی، سود خصوصی، منفعت فردی، منفعت شخصی همه کم‌وبیش به امر واحد اشاره دارند، مگر اینکه در بافتار متفاوت، مانند بستر دینی یا ایدئولوژیک، قرار گیرند؛ در آن صورت خوانشی کلان بر درک فردی سایه می‌اندازد و به آن جهت می‌دهد.

وقتی منفعت خصوصی، در عرصه اجتماعی و در سطح تعاملی طرح شود، اختلاف نظرها بروز می‌کند: نظریه‌پردازانی چون راس و زیمل، منفعت را به‌مثابه یگانه نیروی عظیم در حیات اجتماعی فرض می‌کنند (Swedberg, 2018: 94)؛ وبر، بورديو و هم‌فکرانشان منفعت را به‌عنوان یکی از چندین عامل مؤثر بر رفتار اجتماعی تحلیل می‌کنند (Swedberg, 2018: 103) و کسانی چون پارسونز و مایر جایگاهی برای منفعت در تحلیل رفتار جمعی انسان قائل نیستند (Swedberg, 2018: 118). درخصوص رابطه میان منفعت عمومی و خصوصی^۱، نظریه‌های متعددی وجود دارد و به‌طور اساسی تمرکز دکرترین منفعت عمومی بر تبیین این ارتباط است. یک سر طیف قائل به وجود تعارض ذاتی و سر دیگر قائل به ضرورت هم‌سویی این دو است؛ پژوهش حاضر به دنبال مستقل کردن تئوری منفعت عمومی از خصوصی به‌مثابه راه سوم است.

۱-۱-۲. خیر مشترک

خیر مشترک یکی از نظریه‌های باستانی برای توضیح روح جمعی یک جامعه سیاسی است؛ یعنی نسبت به مفاهیم مشابه، سابقه تاریخی کهن‌تری دارد. پیدایش مفاهیم جدید

۱. رابطه میان منفعت عمومی و خصوصی در منابع کهن ایرانی نیز جای بحث و تأمل نظری دارد. (رک.

رحمتی‌فر، ۱۴۰۳: ۲۰۱)

و ایجاد تحولات همه‌جانبه در زیست جمعی انسان، از جمله افزایش جمعیت گروه‌های خرد انسانی،^۱ راه احیا و بازتعریف آن را باز کرده است. از منظر ارسطو جامعه سیاسی، اجتماعی از مردمی است که با هم، برای داشتن یک زندگی خوب، می‌زیند و کار می‌کنند. زندگی خوب برای همه، هدف غایی جامعه سیاسی و همان خیر مشترک است (Morrison, 2013: 176, 177) چنین تعریفی در زیست امروزی ناکافی و مستلزم بازخوانی است. از این رو، تعریف‌هایی چون سعادت‌مندی برای همه شهروندان، شرایط خوب برای انواع فعالیت‌های شبکه‌ای که زندگی اجتماعی را تشکیل می‌دهد، سعادت‌مندی همه شهروندان به‌مثابه کل واحد و سعادت‌مندی شهر (Morrison, 2013: 182-187) با لحاظ دیدگاه ارسطو از خیر مشترک ارائه شده است. مهم‌ترین نکته قابل استفاده از نگاه ارسطویی این است که خیر مشترک در سطوح خردتر و جمعیت‌های کم‌شمار قابل حصول است.

در تمایز با منفعت عمومی، خیر مشترک یک مفهوم اجتماعی و ناظر بر مجموعه امکاناتی، اعم از مادی، فرهنگی و نهادی است که برای یک اجتماع سودآور است. از این رو، در جوامع محلی، سازمانی و خرد در برابر ملی و کلان‌گره می‌خورد و کمتر از آن سیاست‌مداران استفاده می‌کنند. برای مثال، اصلاح سیستم آب‌رسانی یک محله، موضوع خیر مشترک ساکنان آن است؛ همین‌طور افزایش کیفیت غذای یک دانشگاه. این مفهوم تنها میان حاضران در تصمیم‌گیری شکل می‌گیرد، نه هیچ فرد یا گروه غایبی. روش حصول خیر مشترک چانه‌زنی، مصالحه^۲ و اجماع (Gutmann and Thompson, 2013: 185) و طبعاً اعلان نتیجه آن توسط تصمیم‌گیران و برنامه‌ریزان است؛ پس از دل مناسبات قدرت بیرون می‌آید و برآیند خودحاصل‌شونده منفعت‌های خصوصی نیست.

۴. منظور این است که جمعیت حدود دویست و پنجاه هزار نفری دولت-شهر آتن (Thorley, 2004: 74) در این زمانه قابل مقایسه با تعداد شاغلان صنعت نفت ایران است (Naftonline, 2021).

۱-۱-۳. منفعت ملی

منفعت ملی مفهومی سیاسی است که در رقابت و تعامل با دیگر ملت‌ها معنا می‌یابد و با مقوله حاکمیت و اقتدار دولت در پیوند است؛ از این رو، بیشتر با حقوق بین‌الملل عمومی و روابط بین‌الملل مرتبط است (Oxford Reference)، نه حقوق عمومی. برای مثال، هزینه‌های نظامی یک دولت در دولت دیگر به‌طور احتمالی با چالش مواجه‌سازی به نام منفعت عمومی مواجه است و در عوض به نام منافع ملی توجیه می‌شود. متولی منفعت ملی، قوه مجریه و به‌طور مشخص نظام دیپلماسی هر کشور است و پارلمان در آن در جایگاه راهبری قرار ندارد؛ مدعی نقض منفعت ملی دولت است، نه شهروندان. در واقع، به همان دلایلی که اصطلاح حقوق بین‌الملل به جای حقوق بین‌الدول کار می‌کند، منفعت ملی هم به جای منفعت دولت یا کشور^۱ نشسته است؛ البته اصطلاح اخیر بی‌سابقه نیست (Wight, 2023).

۱-۱-۴. مصلحت نظام

برخلاف مفاهیم پیشین، مصلحت نظام، کاربرد جهانی ندارد و در ادبیات سیاسی-حقوقی حاکم بر ایران استفاده می‌شود. مصلحت، در قالب مصالح مرسله، از مفاهیم اولی فقه عامه است؛ به معنای تشخیص حکم برای موضوع‌هایی که در شرع نصی و دلیلی در مورد آن وجود ندارد (سیدباقری، ۱۳۸۸: ۱۷۶ و ۱۷۷). از منظر فقه شیعه، مصلحت دلیل پشت هر حکمی، که گاه بر آن تصریح شده یا با استفاده از منابع قابل کشف است. مصالح با اختلاف نظرهایی، عبارت‌اند از حفظ دین (مانند جهاد)، جان (مانند قصاص)، عقل (مانند حرمت شراب)، نسل (مانند قاعده فراش) و مال (مانند حکم سرقت) به‌عنوان مصالح چندگانه است (شوشتری و صابری، ۱۳۹۵: ۲۰۸). در رویکرد شیعی، تشخیص مصلحت منوط به تعامل میان متخصص دین و متخصص

علوم دیگر است. در تاریخ فقه، مصلحت نظام اسلامی سابقه ندارد و تنها رگه‌هایی از مصلحت مسلمین دیده می‌شود (سیدباقری، ۱۳۸۸: ۱۷۸). پس از انقلاب با حکم حکومتی ولی فقیه، برای شناسایی مصلحت نظام، به‌عنوان یکی از مصالح چندگانه، در جدال میان مجلس و شورای نگهبان یا در صدور احکام حکومتی، مجمع تشخیص تشکیل شد؛ در واقع، مجمع نهاد عینیت‌بخشی به مای جمعی نظام است.

۱-۲. بازخوانی انتقادی نظریه‌های منفعت عمومی

تعاریف زیادی از منفعت عمومی وجود دارد که گاهی عاری از الزام‌های منطقی یا بی‌توجه به لوازم عمل‌گرایی هستند؛ مانند چیزی که مردم انتخاب می‌کنند؛ البته اگر درست ببینند، عاقلانه بیان‌دیشند، به دور از سود شخصی و خیرخواهانه عمل کنند یا با کنار گذاشتن خودخواهی فردی و قراردادن ترجیح‌های خود در کنار ترجیح‌های دیگران برای رسیدن به یک مصالحه (Glazer, 2007: 30) یا نفع خصوصی جهان‌شمول یا چیزی که همگان تمنای آن را دارند (منصوری و شیبانی، ۱۴۰۱: ۱۱۸). چنین تعاریفی با مبنا قراردادن معیارهای شخصی، غیرعینی و غیرقابل اندازه‌گیری،^۱ بیشتر کارکرد اخلاقی دارند. به این معنا که به کنشگر اخلاقی امکان انتخاب منطبق بر منفعت عمومی، در فرض قرارگرفتن بر سر دوراهی می‌دهد. بیشتر این تعاریف‌ها اصل را بر منفعت خصوصی می‌گذارند و برای منفعت عمومی استقلال معنایی - نهادی قائل نیست. نکته قابل توجه اینکه حتی در حد انتخاب اخلاقی، به‌ویژه وقتی یک سمت‌گزینش منفعت عمومی گروهی، مانند منفعت حزبی یا صنفی باشد، تشخیص منفعت عمومی از گروهی، در مقابل فردی، برای انسانی بسیار دشوار می‌شود چه رسد به ترجیح آن.

۱. انتقادهایی از این دست، گاه موجب انکار منفعت عمومی، به‌ویژه با لحاظ ظرفیت آن در توجه و تقویت استبداد دولت شده‌است (Short, 2023: 779).

۱-۲-۱. طبقه‌بندی دیدگاه‌ها

خلاصه‌وار چند خوانش از منفعت عمومی، قابل اشاره است؛ **فایده‌گرایی**: نظریه‌پردازان این دیدگاه طرفداران نظریه سودانگاری بن‌تام هستند. اینان منفعت عمومی را بیشترین سود برای بیشترین شمار مردم یا مجموعه همه منافع فردی می‌دانند؛ در این رویکرد، مرجع تشخیص منفعت عمومی، مقامات عمومی هستند (Sheydayia, Dadashpoor, 2022: 4)، اگرچه ممکن است اشتباه کنند. بن‌تام در واقع به منظور ایجاد تسهیل در کار دولت، معیار حداکثری‌سازی لذت و حداقلی‌سازی درد را پیشنهاد می‌دهد و چهار منبع را سرچشمه لذت و درد می‌داند: جسمانی، سیاسی، اخلاقی و دینی (Bentham, 2000: 27). چنین دیدگاهی به‌ظاهر پاسخ‌نهایی را می‌دهد ولی در واقع تنها مفاهیم مبهم دیگری را روی میز می‌گذارد. نتیجه اینکه اراده دولت به‌عنوان شاخص منفعت عمومی اجتناب‌ناپذیر می‌شود و تشکیک در آن تنها می‌تواند کارکرد اخلاقی داشته باشد؛ بنابراین در حالت خوش‌بینانه مخاطب فایده‌گرایی مقامات سیاسی هستند و به آنها برای انتخاب درست خط می‌دهد و گرنه نظریه‌ای محافظه‌کار برای مشروعیت‌بخشی به تصمیم و وضع موجود است؛ چراکه اساساً درک واحد از مفاهیم انتزاعی چون شادی، خوشبختی، سود و لذت وجود ندارد؛ پس هرچه حکومت اراده کند عین اینهاست.

نظریه‌های تجمیع و وحدت: طرفداران تجمیع^۱ در ادامه فایده‌گرایی و با اصالت دادن به فرد در برابر جامعه، منفعت عمومی را جمع یا برآیند منافع خصوصی تلقی می‌کنند (Boot, 2020: 9)؛ از این منظر، منفعت عمومی مساوی با منفعت اکثریت است. دیدگاه رقیب، یعنی وحدت‌گرایی، با اصالت دادن به جامعه، معتقد است که اگر اولاً منفعت عمومی به‌درستی شناسایی شود، ثانیاً منفعت خصوصی در یک فرایند اخلاقی تعریف گردد و مصداق یابد، درنهایت منفعت عمومی مساوی با منفعت خصوصی می‌شود؛ یعنی بروز هرگونه تعارض میان اینها منتفی است (Boot, 2020: 12, 13). روشن است

1. The aggregative theory.

که این مایه از پیش فرض و اگر، چنین نظریه‌ای را کم‌اعتبار یا حداقل فاقد فایده عملی می‌سازد.

عدالت اجتماعی: منفعت عمومی در رعایت عدالت برای همگان است. این دیدگاه معنای منفعت عمومی را کم‌وبیش همان عدالت اجتماعی می‌داند، پس آن را با انواع تئوری‌های عدالت، به‌ویژه عدالت توزیعی، درمی‌آمیزد و با ارائه یک‌سری اصول اولی و تخطی‌ناپذیر به دولت در جهت شناسایی منفعت عمومی خط می‌دهد (Chettiparamb, 1288, 1289: 2016). در این رویکرد، منفعت عموم در برخورداری از رفاه انگاشته می‌شود و پرسش از چگونگی حصول رفاه است که نظر را معطوف به عدالت می‌سازد؛ به عبارت دیگر، منفعت عمومی، ساده‌انگارانه همان رفاه اجتماعی است. به‌علاوه عدالت، دو بعد ماهوی (نتیجه تصمیم‌ها) و فرایندی (روش رسیدن به تصمیم) دارد. بعد اخیر بر لزوم استفاده از سازکارهای دموکراسی برای اتخاذ تصمیم تأکید دارد؛ از این رو، برخلاف سودانگاری، قیدی برای شناسایی منفعت عمومی می‌سازد. منتها روش اصلی دموکراتیک در این موضوع، همه‌پرسی است. برگزاری همه‌پرسی، جز در محدود سنت‌های دموکراتیک مانند سوئیس، به صورت گاه‌به‌گاه، آن هم به ابتکار حکومت، قابل اجراست؛ در حالی که مصداقیابی منفعت عمومی فرایندی هر روزه است.

ارتباطات محوری: این نگاه که وام‌دار دموکراسی گفت‌وگویی یورگن هابرماس (فیلسوف و نظریه‌پرداز اجتماعی معاصر)^۱ و تئوری قدرت ارتباطات مانوئل کاستلز (جامعه‌شناس و نظریه‌پرداز جهانی شدن) است، منفعت عمومی را واجد هیچ معنا و مصداق از پیش مشخصی نمی‌داند. شناسایی‌اش به این ترتیب است که افراد از طریق

۱. هابرماس این نظریه خود را در آثاری چون *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*، *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society and the Evolution of Society* and *Communication* طرح کرده‌است و نیز کتابی که به پارسی با عنوان *جهانی شدن و آینده دموکراسی، منظومه پساملی، کمال پولادی آن را ترجمه کرده‌است.*

فرایندهای دموکراسی ارتباطی و با کنار گذاشتن تعصب‌های فردی خود بر سر آن توافق می‌کند (Innes, Booher, 2015: 203-205)؛ با این نگاه، متصور است که نقض حقوق بشر مصداق منفعت عمومی شود (Boot, 2022)؛ یعنی برخلاف ظاهری دموکراتیک می‌تواند به نقض حقوق اقلیت زیر اراده اکثریت منجر شود. انتقاد دیگر اینکه پیش‌فرض این دیدگاه کنار گذاشتن تعصب فردی است، افراد در شرایط طبیعی سودجویانه و با ابزارهای قدرت خود وارد گفت‌وگو می‌شوند؛ در این صورت امیدی به شنیده شدن افراد و گروه‌های حاشیه‌ای نیست و منفعت عمومی به برآیند منافع خصوصی افراد دارای قدرت تنزل می‌یابد. چنین رویکردی بیشتر به کار شناسایی خیر مشترک می‌آید تا منفعت عمومی.

برخی از سایر دیدگاه‌ها: برای تکمیل بحث به چند دیدگاه دیگر به‌طور خلاصه اشاره می‌شود؛ اینها کماکان خارج از سنت حقوقی هستند. از منظر هست‌انگاران، منفعت عمومی امری غیرتجویزی یا توصیفی و پیشابندی است که ما را ما کرده است؛ در رویکرد تحلیل‌گران قدرت، منفعت عمومی، توجیه‌کننده تصمیم و اقدام صاحبان قدرت است (زندیه و صرافی، ۱۴۰۲: ۳۱). رویکرد نخبه‌گرایانه برای متخصصان جایگاه قائل است و منفعت عمومی را تعهد اولیه برنامه‌ریزان به جامعه می‌داند؛ تعهدی که از طریق بحث باز و مداوم فرمول‌بندی می‌شود؛ به بیانی دیگر، آن را منفعت واحد و کلی مردم تعریف می‌کند که نخبگان سیاسی - اجتماعی آن را تعیین می‌کنند. رویکرد اجماع‌محور، روش شناسایی منفعت را موضوع اصلی می‌بیند. نقطه تعادل بین منافع رقیب، که از طریق چانه‌زنی به دست می‌آید یا نحوه تجمیع ارزش‌های متناقض و چندگانه اجتماعی (Dadashpoor and Sheydayi, 2021: 4). فرایندگرایی بر بروکراسی حاکم بر شناسایی منفعت عمومی تأکید می‌گذارد: تعهد دولت به پیروی از فرایندی که پیشرفت اجتماعی را به حداکثری کردن انتخاب‌های فردی منوط می‌کند یا فرایند گام‌به‌گام تبدیل منفعت خصوصی به عمومی (Boot, 2020: 9-12).

۱-۲-۲. کاستی‌های مشترک نظریه‌ها

با تحلیل انتقادی رویکردهای پیش گفته به منفعت عمومی، وجوه اشتراک آنها، به عبارتی کاستی‌های نظریه‌های منفعت عمومی، عبارت‌اند از:

- در خدمت قدرت بودگی: همه دیدگاه‌ها منفعت عمومی را هم‌جهت و در خدمت قدرت می‌بینند؛ در دیدگاه‌های نتیجه‌گرا اراده حکومت تعیین‌کننده است؛ در فرایندگرایی، نبود زیرساخت برای مشارکت افراد حاشیه‌ای نادیده گرفته می‌شود. حتی تعریف بتنامی منفعت عمومی به بیشترین میزان سود برای بیشترین تعداد افراد چنین وصفی دارد؛ چراکه نفع بزرگ فوت شده اقلیت کوچک را قابل چشم‌پوشی تلقی می‌کند. هست‌انگاری، ظرفیت بالای برای تبدیل کردن منفعت عمومی به ابزار موجه‌سازی قدرت دارد.

- ابتدا بر منفعت خصوصی: از تمام این مناظر منفعت عمومی تابعی از نفع خصوصی یا روبنایی است که بر زیربنای منفعت خصوصی استوار شده است. یکی از علل در افتادن منفعت عمومی به ابزار قدرت، همین دیدن آن در ادامه منفعت خصوصی، به‌عنوان نیروی هدایتگر رفتار کنشگر در جهت تأمین و ارتقای امر اقتصادی خود است. در نتیجه، منفعت عمومی به سرپوشی برای توجیه و پیگیری منفعت شخصی منتها با ظاهری دیگر/خیرخواهانه و مشروع تبدیل می‌شود. از این رو، و به واسطه تکرار مداوم در ادعاهای زودگذر سیاسی، در کشاکش رقابت برای رسیدن به قدرت و ماندن در آن، تعریف قابل اتکایی نیافته و به اصطلاحی مبتذل تبدیل شده است؛ در حالی که به‌طور اساسی جنس این دو تفاوت دارد. در ادامه تبیین خواهد شد که جای پیگیری یکی سپهر خصوصی و دیگری سپهر عمومی است. دیدن منفعت عمومی، در ادامه منفعت خصوصی، غلط‌خوانی یک مفهوم حقوق عمومی است.

- اقتصادمحوری: دیدگاه‌های موجود نگاه معطوف به اقتصاد دارند و نفع عمومی را به سطحی از برخورداری مادی همگان یا چگونگی باز/توزیع ثروت عمومی یا به

تعبیر دیگر به نیاز اجتماعی^۱ تقلیل می‌دهند. از این رو، پیوند موضوع‌هایی چون آزادی، مشارکت عمومی و استقلال قضایی با منفعت عمومی تلقی می‌گسلد.

- پروژه - محوری: یکی از عوامل آسیب‌زننده به ادبیات منفعت عمومی، بهره‌گیری از آن برای طرح‌های توجیهی است، به نحوی که گویا خاستگاه منفعت عمومی مدیریت پروژه و کارکردش مشروعیت‌بخشی به آن است (Sheydayia, Dadashpoor, 2022: 1)؛ پروژه‌هایی که بخش خصوصی، به‌عنوان پیمانکار، برای بخش عمومی یا دولتی، به‌عنوان کارفرما، انجام می‌دهد. بدیهی است که بخش خصوصی همواره به دنبال تأمین منفعت خصوصی است؛ در نتیجه، نفع خصوصی حداکثری خود را به نام عموم توجیه می‌کند. از این رو، محل توجیه منفعت خصوصی نه طرح که قانونی است که زمینه انجام آن را فراهم کرده است؛ به‌خصوص قانون بودجه که بدون مجوز اولی آن انجام هیچ طرحی ممکن نمی‌شود.

۲. چارچوب‌بندی مفهومی منفعت عمومی از منظر حقوق عمومی

در ادامه منفعت عمومی آن‌گونه که باید باشد، یعنی با نگاهی هنجاری مورد تحلیل قرار می‌گیرد. هدف این است که این صورت‌بندی با اقتضاهای حقوق عمومی هماهنگ، از مفاهیم هم‌مرز خود متمایز و عاری از انتقادهای وارده بر دیدگاه‌های موجود باشد.

۲-۱. شناسایی امر عمومی به‌جای محاسبه گستره عموم

در بخش بزرگی از نظریه‌های منفعت عمومی، پرسش این است که عموم کیست؛ یعنی یک تصمیم اگر چه تعدادی از افراد از یک تصمیم مستقیم یا غیرمستقیم متأثر شوند، آن تصمیم موضوع منفعت عمومی تلقی می‌شود؟ یا به عبارت دیگر مساحت دایره عموم چقدر است؟ (ICAEW, 2018: 37) چنین نگاهی در تأمین سطح‌هایی از منفعت

1. Social need (Kivotidis, 2023). اصطلاح از اینجا وام گرفته شده‌است

خصوصی، به‌ویژه در نوع گروهی، به نام منفعت عمومی را می‌گشاید. برای مثال، در جایی که یک نماینده به دنبال توجیه طرحی برای احداث یک جاده از روستای کم‌جمعیت پدری‌اش به پایتخت است، عموم تلقی کردن مردم آن روستا، فقط جنبه استعاری دارد؛ در حالی که در همین روستا ساختن مدرسه از حیث منفعت عمومی موجه است. در حالی که پرسش از منظر حقوقی درست این است که عمومی چیست به جای عموم کیست.

ایجاد خوانش‌هایی که به دنبال کیستی عموم می‌روند، ناشی از وارد کردن نگاه عددی/آماری به یک مقوله اصالتاً حقوقی است. در حالی که منفعت عمومی، منفعت مورد اجماع در سپهر عمومی است؛ یعنی در جایی که در تناظر با سطح وظایف پارلمان، کسانی به صورت انتزاعی حق مشارکت عمومی دارند یا به صورت انضمامی در آن مشارکت می‌جویند. به‌طور اصولی شهروندانِ مقیم کشور، حق حضور در سپهر عمومی را دارند. نگرانی برای کسانی است که به دلایلی چون بی‌سوادی یا بی‌میلی از درون از مشارکت بازمی‌مانند یا به دلایل مربوط به نظام حقوقی مانند نداشتن مدارک مثبت هویت ملی از بیرون از مشارکت محروم می‌شوند (رحمتی‌فر، ۱۴۰۱) علاوه بر اینها نگرانی از وضعیت آیندگان نیز وجود دارد.

در مورد دیدن منفعت نسل آینده در قالب منفعت عمومی، قربانی کردن منفعت نسل حاضر به نام آیندگان موهوم، محل بحث جدی است؛ به‌طور مشخص یکی از انتقادهای لیبرالی به سوسیالیسم همین است. نسل آینده و به‌طور کلی فرد ناموجود کمتر مورد توجه سنت حقوقی است؛ مگر در حد مقرر ماده ۸۵۱ یا ۸۷۵ قانون مدنی ایران درباره وصیت به نفع و ارث‌بری حمل قطعاً موجود. طرف حق واقع شدن نسل آینده، از حیث اصولی تفاوتی با طرف وظیفه قرارگرفتن ندارد و هر دو با منطق حقوق مغایر است. به-علاوه منفعت عمومی، یگانه مفهوم مؤثر بر تئوری حقوق عمومی نیست. مفاهیمی چون منفعت ملی و میراث مشترک بشریت می‌توانند دغدغه درباره نسل آینده را پاسخ دهند.

با این حال، اگر نفع کودکان در فرایند عینی‌سازی منفعت عمومی دیده‌شود و اولویت-دار تلقی شود، به‌قدر کافی نگرانی برای نسل آینده رفع می‌گردد.

تکلیف تصمیم‌ها و اقدام‌هایی که در سطوح فروملی یا فراملی، به‌طور مثال احداث یک زیرگذر جدید در یک شهر یا تصویب کنوانسیون برای مبارزه با آلودگی ریزپلاستیکی، چه می‌شود؟ چراکه اینها برای ساکنان یک شهر یا مردم جهان سودمند احتمالاً عمومی تلقی می‌شوند. عمومی متعین در منفعت عمومی، در سطح ملی، در حدود صلاحیت پارلمان، کاربرد دارد. برای سطوح دیگر می‌توان از مفاهیم موجود مانند خیر مشترک و عام‌المنفعه^۱ استفاده کرد یا به ایجاد مفهوم جدید منفعت عمومی جهانی یا منفعت عمومی شهری و منفعت عمومی شرکتی اندیشید؛ در غیر این صورت منفعت عمومی، با خوانش علم حقوق از مفهوم عمومی به نحوی که در بالا طرح شد، چارچوبی است برای تحدید حاکمان در سطح ملی و تسری آن به امور محلی، حداقل از منظر حقوقی، جنبه استعاری دارد.

بنابراین مهم‌ترین مرحله حقوقی‌سازی منفعت عمومی، اثبات عمومی بودن یک منفعت است؛ یعنی اثبات اینکه این خواسته محصول اجماع حاصل از مشارکت در سپهر عمومی است. محل بروز آن مقدمه مصوبات و به دلایلی که در ادامه پژوهش بحث می‌شود، بدنه اصلی آرای قضایی است. روش آن موجه‌سازی و اثبات رفع تعارض منافع احتمالی است. در موجه‌سازی با رویکردی اقناعی و در نگارشی حقوقی، نه سیاسی و سخنورانه، عمومی بودن یک تصمیم به اثبات می‌رسد (ICAEW, 2018: 4). در مورد مدیریت تعارض منافع، در فرض بروز تعارض (میان منفعت عمومی و خصوصی نماینده) نماینده طی فرایندی از پیش گفته‌شده، آن را اطلاع‌رسانی می‌کند (رحمتی‌فر، ۱۴۰۲: ۲۰۷).

۲-۲. عینیت بخشی به منفعت عمومی

عینیت بخشی، لازمه حقوقی سازی هر مفهومی و به معنای خارج کردن منفعت عمومی از مقوله ای انتزاعی و در عوض انضمامی ساختن آن است، به نحوی که بتوان در مورد نقض یا رعایت آن قضاوت حقوقی داشت. عینیت بخشی به منفعت عمومی مستلزم چهار مرحله شکل دهی، شناسایی، تثبیت و تشخیص است، میان این مراحل تقدم و تأخر وجود دارد؛ یعنی ابتدا شکل دهی انجام می شود، سپس شناسایی، تثبیت و در پایان تشخیص. منتها در اینجا به منظور جلوگیری از تکرار مطالب، موضوع به ترتیب مقتضی زیر طرح می شود.

۱-۲-۲. تثبیت منفعت عمومی

در ساختار نظام تفکیک قوا، پارلمان به واسطه موقعیت واحد، ملی، کلی و همگانی خود به خوانش عمومی متجلی در منفعت عمومی نزدیک تر است و حتی نماد آن محسوب می شود. اداره مجری قوانین و مقررات پارلمانی است و بر این اساس مقرراتی هم تولید می کند؛ مقرراتی که به نوبه خود باید از منفعت عمومی مورد نظر پارلمان خط گرفته باشد. لازم است توجه شود که میان لزوم پیروی همیشگی اداره از قوانین پارلمانی (رعایت اصل حاکمیت قانون) و حرکت در خط منفعت عمومی تفاوت وجود دارد؛ در اولی تنها کافی است اداره مجری قانون باشد و آن را نقض نکند؛ از این رو است که در قالب آیین نامه مستقل (در ایران) یا با صلاحیت عام در قاعده گذاری (مفهوم مخالف ماده ۳۴ قانون اساسی در فرانسه) می تواند مستقل از پارلمان قاعده حقوقی تولید کند. در حالی که در بحث از منفعت عمومی، استناد به آن جز به عنوان اجرای اراده پارلمان ممکن نیست؛ یعنی اداره نمی تواند به نام منفعت عمومی، اقدام های مستقل از پارلمان خود را توجیه کند؛ بنابراین مرجع اعلان و تثبیت منفعت عمومی پارلمان است و اداره آن را به عنوان رهنمود در وظایف خود پیاده می سازد؛ منتها

پارلمانی که نه از پیش خود که به‌عنوان فصل‌الخطاب یک فرایند به‌طور نسبی طولانی و چند لایه مشارکت عمومی اقدام، نتیجه آن را اعلان کرده و به آن رسمیت داده است. درنهایت، حتی می‌توان این نظریه را طرح کرد که پارلمان تنها صلاحیت وضع قوانینی را دارد که متضمن منفعت عمومی باشد؛ به عبارت دیگر، تنها پارلمان می‌تواند منفعت عمومی را تثبیت کند و پارلمان فقط باید منفعت عمومی را تثبیت کند. این ادعا با دو گزاره قابل تقویت است؛ نخست اینکه روی دیگر بی‌توجهی به منفعت عمومی، بروز فساد است؛ یعنی اگر مصوبه پارلمان با منفعت عمومی قابل توجیه نباشد، آن مصوبه فسادآلود است؛ دوم اینکه سایر مقوله‌های هم‌مرز منفعت عمومی، هر کدام نهاد و متولی خود را دارند و وضع قانون در آن مورد به منزله مداخله، نقض اصل تفکیک قوا یا خروج از حیطه صلاحیت است؛ البته صلاحیت گسترده نظارتی پارلمان به جای خود باقی و وظیفه تثبیت منفعت عمومی صرفاً ناظر بر صلاحیت قانون‌گذاری است. این مرحله و دو مرحله بعدی، از طریق نظارت قضایی تضمین می‌شود.

۲-۲-۲. شناسایی و شکل‌دهی به منفعت عمومی

در نظام حقوق عمومی متناظر با یک حکمرانی دموکراتیک، تنها گزینه‌هایی برای ایجاد منفعت عمومی قابل پیشنهاد است که مبتنی بر پذیرش مشارکت عمومی و اعمال آن به‌عنوان یک حق بشری باشد. روش‌های مشارکت عمومی هم شامل سازکارهای دموکراسی مستقیم، مانند کنش‌گری پیشاسیاسی از طریق گروه‌های مدنی چون سازمان‌های غیردولتی و اصناف، گرد هم آمدن در فضاهای عمومی، استفاده از بسترهای برخط، فعالیت در قالب گروه‌های سیاسی، نظر دادن به پیشنهاد در شرف تصویب، تشکیل اتاق‌های فکر مردمی، هم‌فکری از طریق رسانه‌ها و مطبوعات، هم‌سازکار دموکراسی نیمه مستقیم، مانند همه‌پرسی است. منتها وقتی صحبت از واژه عمومی باشد مسئله اصلی تداوم حضور در سپهر عمومی است. از این رو، روش‌های نوع نخست چون به ابتکار خود مردم جریان می‌یابد، اصالت دارد؛ بنابراین به‌طور اصولی پارلمان

باید بتواند با رصد کردن گفت‌وگوها در سپهر عمومی، منفعت عمومی را شناسایی کند. منتها چه تضمینی وجود دارد که نمایندگان بتوانند منفعت عمومی را به‌درستی درک کنند^۱ یا نخواهند منفعت خصوصی خود را به منفعت عمومی ترجیح دهند؟

اگر نظام‌های سیاسی پارلمانی از حیث دموکراسی ماهوی به دو دسته دموکراتیک و غیر آن تقسیم شوند (Haas, 2019: 20)، نظام‌های غیردموکراتیک، مانند انواع پادشاهی-های مطلقه با ظاهر مشروطه یا جمهوری‌های غیردموکراتیک، به‌طور اساسی منشأ مشروعیت خود را از عموم مردم دریافت نمی‌کنند که پارلمان‌شان تأمین منافع عموم را هدف غایی خود قرار دهد. نظام سیاسی دموکراتیک هم با داشتن ویژگی ذاتی چرخش دوره‌ای قدرت، مسئولیتی در برابر تأمین منفعت عمومی و رای دوره حکمرانی خود ندارند. در چنین وضعیتی وارد کردن مرجعی که به‌رغم رقابت‌های سیاسی و غیرادواری وظایف خود را انجام دهد، ضروری است.

این مرجع احزاب هستند که با مشارکت و رقابت‌های سیاسی درازمدت، نهاد اصلی و مقوم سپهر عمومی محسوب می‌شوند (رحمتی‌فر، ۱۴۰۰: ۱۳۱) و به‌واسطه حضور تاریخی در سپهر عمومی، درک خود از منفعت عمومی را شکل داده‌اند، علنی کرده‌اند و به‌طور مدام آن را با رصد کردن گفت‌وگوهای عمومی و شناسایی اراده عمومی به - روزرسانی می‌کنند. اگرچه این درک در وهله نخست تأمین‌کننده منافع گروهی/حزبی آنهاست، مشارکت‌کنندگان در سپهر عمومی، در بزنگاه انتخاب، از حزبی که خوانشش از منفعت عمومی به اراده آنها نزدیک‌تر است، پشتیبانی می‌کنند و حزب کم‌توجه به منفعت عمومی ناچار رقابت را می‌بازد. خارج از چارچوب نظام احزاب، یعنی در دموکراسی‌هایی که به جریان‌های مبهم سیاسی و افراد مستقل امکان جلب حمایت و

۱. یکی از موضوع‌هایی که به‌ویژه در نظریه‌های مدیریتی (کلاً نظریه‌هایی که مردم بیشتر از حق مشارکت در ساختن منفعت عمومی، حق نظارت همگانی بر آنچه منفعت عمومی ادعا شده، دارند) مطرح می‌شود، لزوم بازبینی منطقی یا تقویت درک شهودی (sense check) نسبت به تحقق یا نقض منفعت عمومی است (ICAEW, 2018: 23).

تبدیل شدن به نماینده را می‌دهند یا نظام‌هایی که به معنای ماهوی دموکراتیک محسوب نمی‌شوند، هیچ تضمینی برای درک درست منفعت عمومی توسط پارلمان وجود ندارد. تا اینجا راه‌کاری برای رعایت منفعت کودکان و اقلیت‌ها و گروه‌هایی ارائه نشد که راه به سپهر عمومی ندارند و صدایشان در آن شنیده نمی‌شود. از این رو مرحله و فرایند تشخیص ضروری می‌شود.

۲-۲-۳. تشخیص منفعت عمومی

وقتی نوبت به تشخیص می‌رسد که اختلاف در مصداق بروز کند. به‌رغم اینکه محل اولی توافق بر/شکل‌دادن به منفعت عمومی سپهر عمومی، محل شناسایی آن احزاب و محل تثبیت آن پارلمان است، کماکان سازکاری برای نظارت بر درستی فرایند ضروری است. مناقشه بر سر معیار تشخیص منفعت عمومی به حدی است که دو ایده متناقض شکل گرفته است؛ یک سر طیف، چالش بر سر مصادیق را آن‌قدر بی‌پایان می‌بیند که می‌گوید اصلاً منفعت عمومی وجود ندارد (Sandercock, Dovey, 2002: 152)؛ اینها درواقع عطای نقاط قوتش را به لقای نقاط ضعفش می‌بخشد و می‌پذیرد که این صرفاً یک اصطلاح استعاری برای مشروع‌نمایی یک تصمیم است؛ در سر دیگر طیف، ایده لزوم بیمه کردن منفعت عمومی وجود دارد، تا اگر در آینده محرز شود که منفعت عمومی فوت شده، قابل جبران باشد (Blauvelt, 1915: 599- 611). دیدگاه اخیر بر این مبنا استوار است که رعایت منفعت عمومی، برخلاف زمان حال که محل بروز مناقشه-های سیاسی است، در گذر زمان یعنی در آینده قابل ارزیابی می‌شود. در مورد اخیر وجود منفعت عمومی قطعی و مصداقش آن چیزی است که آینده روشن می‌سازد. این میزان نایقینی نمی‌تواند در دکنترین حقوقی جایی داشته باشد. از این روی، ارائه معیاری به جهت قضاوت قطعی، ضروری است.

به علاوه هر آنچه که عموم بخواهد، همان منفعت عمومی نیست. اراده عموم در تبدیل شدن به منفعت عمومی با سه مرز مواجه است:

- حقوق اقلیت: بنا نیست به نام منفعت عمومی، کسری دموکراسی اکثریتی (نقض حق اقلیت به نام خواست اکثریت) تقویت شود. برای مثال اگر گرایش در سطح عمومی به جهت ایذای یک اقلیت نژادی ایجاد شود (مانند مورد روهنگیایی‌ها در میانمار)، نمی‌توان به نام منفعت عمومی به دنبال تثبیت و اجرای آن رفت.
- شنیدن گروه‌های حاشیه‌ای: کسانی به صورت رسمی از ورود به سپهر عمومی محروم هستند یا به آن دسترسی امکاناتی ندارند، نمونه باستانی آن زنان و بردگان در یونان و نمونه امروزی آن افراد فاقد مدارک هویتی، بی‌خانمان‌ها و بعضی اقلیت‌های جنسی، دینی و سیاسی (رحمتی‌فر، ۱۴۰۱) هستند.
- رعایت منفعت کودکان: وجه تمایز منفعت عمومی از خیر مشترک، لزوم توجه به نفع کودکان به نمایندگی از خودشان و نسل آینده است؛ در حالی که مشارکت در سپهر عمومی برایشان منتفی است.

این سه شرط، که هر سه در واقع همان تضمین و رعایت حقوق اقلیت است، حداقل ملزومات نظام حقوق بشر و به‌طور مشخص حقوق بشر بین‌الملل و خط قرمزی است که حقوق بشر برای دموکراسی تعریف می‌کند. در فرضی که در فرایند عینیت‌بخشی به منفعت عمومی، حقوق اقلیت‌ها (از جمله کودکان و افراد حاشیه‌ای) نقض شود، در واقع به نام اراده اکثریت، حقوق اقلیت نقض شده است و دموکراسی به یکی از آفت‌های خود یعنی دیکتاتوری اکثریت مبتلا می‌شود. در چنین وضعیتی نه تنها فرایند عینیت‌بخشی به منفعت عمومی که به‌طور اساسی مشروعیت نظام سیاسی زیر سؤال است. از این رو است که نظارت بر عمل پارلمان (به‌عنوان نماینده اکثریت) در تثبیت منفعت عمومی ضروری می‌شود.

الف. نظارت قضایی، روش تشخیص منفعت عمومی

تضمین قیده‌های سه‌گانه برعهده قوه قضائیه مستقل با قضاتی فاقد وابستگی حزبی - گروهی - شغلی^۱ است. منتها دادگاه‌ها به‌طور ذاتی ناظر پسینی هستند.^۲ راهکار، امکان طرح دعوی نقض منفعت عمومی توسط اشخاص خصوصی (اعم از حقیقی و حقوقی مانند احزاب و گروه‌های سیاسی) در مقام خواهان، در دادگاه‌هایی با صلاحیت ابطال قوانین است و این صلاحیت با نظارت بر پارلمان به قصد پاسداری از قانون اساسی و نیز با صلاحیت رسیدگی به دعوی منفعت عمومی سنتی^۳ تفاوت دارد.

دعوی منفعت عمومی، در بسیاری از نظام‌های حقوقی قابل طرح است؛ منتها خواسته‌ای که زیر این عنوان طرح می‌شود به‌طور عمده جبران خسارت ناشی از تحمل ضرر توسط یک شخص خصوصی به دلیل نقض منفعت عمومی در یک مورد مشخص است و جنبه مالی دارد (Tomlinson, 2019: 23). این رویکردِ تقلیل‌گرایانه، که مانع از تداوم نقض منفعت عمومی نمی‌شود، به دلیل اولاً منحصر دانستن منفعت عمومی به مقوله‌های رفاهی - اقتصادی (Dadashpoor and Sheydayi, 2021: 4) و ثانیاً دیدن منفعت عمومی در ادامه منفعت خصوصی، از جمله طبق نظریه سودانگاری است. در این نوع دعوی، این پیش‌فرض نهفته است که اگر منفعت عمومی به‌درستی اجرا شده بود به هیچ شخص خصوصی‌ای ضرر وارد نمی‌شد؛ البته حتی در این نوع دعوی هم فایده توانمندسازی ذی‌نفعان و تقویت درک شهودی از منفعت عمومی نهفته است، منتها ذی-

۱. اگر قاضی به گروه یا حزبی وابسته و از آن دستورپذیر نباشد و قاعده منع جمع مشاغل در مورد او با دقت اجرا شود، احتمال اینکه در پرونده مربوط به منفعت عمومی، نفع شخصی داشته باشد بسیار پایین است. در درک درست از استقلال قضایی، همه این اوصاف برای قاضی دیده می‌شود.

۲. لازم است اشاره شود که در اینجا نظارت قضایی به نحوی که در نظام‌های رومی - ژرمنی، از جمله ایران وجود دارد، دیده شده است و لزوماً قابل تسری به نظام‌های کامن لا نیست.

در این نوع دعوی نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا پیشرو محسوب می‌شود (3. Public Interest Litigation Hoseini, 2022: 126, 127). و رویه قابل ملاحظه‌ای دارد

نفعانی که برای مثال به کارگران یک معدن و خانواده‌های آنها خلاصه می‌شوند (Dhliwayo, 2013: 5-7).

اگر در یک نظام حقوقی امکان طرح دعوی منفعت عمومی با خواسته اصلاح قانون وجود داشته باشد، گفت‌وگوهای گسترده در سپهر عمومی درباره ماهیت و مصداق منفعت عمومی، به سطح بالاتر و همه‌گیرتری از توانمندسازی و شفافیت بیشتر منفعت عمومی می‌انجامد. چراکه در خوانش حقوقی، مسئله جایگاه منفعت عمومی در قوانین است و نه نحوه اعمال و اجرای قوانین در عمل. برای تقریب به ذهن، چیزی شبیه موضوع بند نخست ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری. به این ترتیب، درک شخصی و غیرعینی از منفعت عمومی، در کنار معیارهای حقوقی قرار می‌گیرد تا اگر پارلمان پا از چارچوب منفعت عمومی فراتر گذاشت، از طریق نظارت اگرچه واکنشی-پسینی قضایی قابل اصلاح باشد.

ب. ابزار قضایی برای تشخیص منفعت عمومی

نظارت قضایی^۱ به طو سنتی به فرایندی تعریف می‌شود که از طریق آن دادگاه تشخیص می‌دهد یک تصمیم یا اقدام وفق قانون است یا خلاف آن (Tomlinson, 2019: 19). در حالی که در بحث از منفعت عمومی، مسئله اولی این است که آیا قانون‌گذار در وضع قانون تثبیت‌کننده منفعت عمومی، صدای برخاسته از سپهر عمومی، حقوق اقلیت، دیدگاه گروه‌های حاشیه‌ای و نفع کودکان را لحاظ کرده است یا خیر؛ در اینجا اجرا یا نقض قانون وفق منفعت عمومی، توسط اداره، امری ثانوی است. در مورد اخیر، اصل حاکمیت قانون و توجه به روح و هدف قانون، مطابق معمول، راهگشای قضاوت است (Short, 2023: 824). هم‌چنین در جایی که دعوی راجع به نقض حقوق اقلیت (یا

^۱ صرف نظر از موضوع پژوهش حاضر، ۱۷۰ قانون اساسی حاوی یکی از سازکارهای نظارت قضایی در نظام حقوق اساسی ایران است. (رک. تقی‌زاده، نجابت‌خواه، فدایی، ۱۳۹۵)

همان حقوق بشر)، در تثبیت منفعت عمومی طرح شده باشد، به دلیل متعین شدن آن در اسناد بین‌المللی، مانند میثاقین، چالش جدی وجود ندارد.

در مورد کلیت منفعت عمومی، گروه‌های حاشیه‌ای و رعایت کودکان، این پرسش طرح می‌شود که دادگاه چه معیاری برای قضاوت و اعلان ابطال قانون در اختیار دارد؟ اگر پاسخ قانون اساسی باشد، در بهترین حالت راعی منفعت عمومی زمانه خود است و ارجاع ابدی به آن اراده نسل حاضر در شکل‌دهی به منفعت خود را نادیده می‌انگارد. از این رو است که مسئله بازنگری و بازنویسی قانون اساسی، یکی از سرفصل‌های حقوق عمومی و بحث‌های همیشگی سیاسی است. به‌علاوه برای نمونه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌طور اساسی ادعای تأمین منفعت عمومی ندارد؛ در اصولی از قانون اساسی (۲۸ و ۴۵) به مصلحت عمومی، حقوق عمومی (۲۴ و ۶۱) اشاره شده است و منفعت عمومی تنها در اصل ۴۰ آمده است.^۱ همان‌طور که در مقدمه آمد، در قوانین اساسی دیگر کشورها هم، حداقل تا جایی که بررسی شد، ارجاع معناداری به منفعت عمومی دیده نمی‌شود. بالاترین جایگاه را برای منفعت عمومی ماده ۱۲۴ قانون اساسی اسپانیا قائل شده که دادستان را موظف به حمایت از منفعت عمومی مورد تأیید قانون کرده است؛ در این مورد، دستگاه قضایی در واقع به‌طور معمول حافظ اصل حاکمیت قانون است، متنها با لحاظ محتوای منفعت عمومی؛ بنابراین قراردادن قانون اساسی در جایگاه سنجه منفعت عمومی ناموجه است یا حداقل راهگشا نیست.^۲

۱. شاید به نظر برسد که مصادیق منفعت عمومی در اصولی مانند نهم و ۵۰، ۷۹، ۳۰، ۳۱ و ۲۹ مورد توجه قرار گرفته است؛ می‌توان بر این فهرست اعدادی افزود یا کاست؛ به هر روی در جایی که قانون‌گذار اساسی در مقام تصریح به منفعت عمومی نیست، مصادیق منفعت عمومی دانستن یک موضوع، متضمن پیش‌فرض نسبت به آن است.

۲. به‌جهت مطالعه نظر مخالف (Pourezat, Damerchiloo, and Kyani, 2018: 14).

در این وضعیت راهکار قابل ارائه، بهره جستن از ظرفیت اصول کلی^۱ حقوق بنا به دلایل زیر است:

- اصول کلی حقوقی، مستقل از نظام تقنینی و مجادله مقام‌های سیاسی هستند؛ پس کمتر احتمال متأثر شدن از منافع شخصی صاحبان قدرت عمومی را دارند.
- اصول کلی حقوقی، محصول خوانش حقوقی از انتخاب عقلی انسان نوعی است؛ یعنی به‌طور ذاتی قابلیت نو به نو شدن ناشی از منفعت شخصی و نیز برداشت شخصی دادرس را ندارند.
- دادگاه‌ها صلاحیت استناد به اصول کلی موجود و نیز ایجاد اصول جدید را دارند. از میان قوای حکومتی، در بحث تشخیص منفعت عمومی، اعتماد بیشتری به دستگاه قضایی نسبت به سایر قوا می‌توان داشت. چون تا حد زیادی در لحظه قضاوت، قاضی بی‌طرف است و منفعت شخصی نسبت به پرونده ندارد. در اینجا استقلال قضایی پیش‌فرض است.

به‌عنوان چند نمونه از اصول مرتبط حقوقی می‌توان عدم صلاحیت، منع مداخله دولت در سپهر خصوصی، نظارت‌پذیری، مشارکت‌پذیری، حاکمیت قانون،^۲ فسادستیزی، تکثرگرایی، جبران خسارت، رعایت حقوق اقلیت، شفافیت، فراهم بودن زمینه کسب‌وکار برای همه، خشونت‌ستیزی، تبعیض مثبت به نفع اقلیت‌های تاریخی، توجه به کودکان، صلح‌طلبی یا هم‌زیستی مسالمت‌آمیز، آزادی، حفظ ژنوم انسان و طبیعت و تضمین پایداری محیط زیست، مداخله حداقلی در محیط زیست و تأمین

۱. جایگاه اصول کلی در میان قواعد حقوقی محل بحث مفصل است؛ جهت ملاحظه یکی از دیدگاه‌ها رک. حسینی، ملکی و کاظمی، ۱۴۰۴: ۵۰۸.

۲. در دکترین حقوقی، اصل حاکمیت قانون با رعایت حقوق بشر و تضمین استقلال قضایی در پیوند ناگسستنی است (UN Security Council, 2004: Para. 6). خوانش نادرست از حاکمیت قانون است که آن را به ضرورت پیروی از مصوبات رسمی منقلب سازد. نگاهی که مغایر توسعه حقوقی منفعت عمومی است و ظرفیت بالایی برای تضمین فسادآلود انواع منافع خصوصی دارد.

رفاه، را می‌توان مثال زد. اینها بیشتر همان اصول حقوق بشر، حکمرانی خوب و دموکراسی هستند.

به این ترتیب، منفعت عمومی از لفظ زبان سیاست‌مداران به مقوله‌ای عینی بدل و دارای چارچوبی از جنس اصول کلی حقوق می‌شود. در رسیدگی به دعاوی منفعت عمومی با خواسته ابطال قانون، حضور هیئت منصفه هم راهگشاست. همان‌طور که در دعاوی کیفری حضور هیئت منصفه در تشخیص عبور از خطوط قرمز جامعه به کمک قاضی می‌آید، در اینجا هم یک هیئت منصفه پرشمارتر می‌تواند به‌عنوان مشاور در کنار قاضی قرار گیرد.

فرجام سخن

منفعت عمومی از جمله مفاهیمی است که به‌طور ذاتی چارچوب و تعریف دقیقی ندارد؛ اگر به این ابهام ظرفیت این مفهوم در تبدیل شدن به پوششی برای تأمین مشروع منفعت خصوصی افزوده شود، پذیرفتن آن به‌عنوان یک اصطلاح حقوقی خطیر می‌شود. از این رو، بازخوانی آن در انطباق با اقتضائات حقوق ضروری است. منفعت عمومی از منظر حقوق عمومی، اجماع مشارکت‌کنندگان در سپهر عمومی بر سر موضوعی، در حد به گوش رسیدن صدای واحد، تثبیت این اجماع در قالب قانون پارلمانی، با واسطه‌گری احزاب، و نظارت دستگاه قضایی بر پارلمان برای تضمین رعایت کودکان، اقلیت‌ها و افراد حاشیه‌ای و البته اراده عموم، با بهره‌گیری ویژه از اصول کلی حقوق است. در این تعریف کودکان هم به جای خود مورد توجه قرار دارند و هم برای داشتن نیم‌نگاهی به نسل آینده. به‌علاوه رسیدن به اجماع مستلزم گفت‌وگوی کافی است؛ توجیه تصمیم اضطراری به نام منفعت عمومی ناروا است.

منفعت عمومی، ادامه طبیعی حق مشارکت عمومی و دموکراسی است که پارلمان آن را نمایندگی می‌کند. درواقع یکی از موازین مشروطه‌سازی پارلمان است و در کنار الزام‌هایی دیگری چون حقوق بشر و دموکراسی درونی پارلمان، با کمک نظارت قضایی

راه خودسری پارلمان و سوءاستفاده از دموکراسی اکثریتی را می‌بندد یا حداقل آن را ناهموار می‌کند. در این دیدگاه منفعت عمومی نه موجه‌ساز طرح‌های اجرایی بخش خصوصی که منطق هدایت‌گر قوانین است، از این رو، توجیه رعایت آن در مقدمه هر قانونی، ضرورت دارد. از آنجا که مفاهیم مشابه منفعت عمومی هر کدام متولی خود را دارند، برای مثال متولی منفعت ملی دستگاه دیپلماسی و متولی مصلحت نظام، مجمع (البته در ج.ا) است، منصرف از صلاحیت نظارتی، متولی منفعت عمومی پارلمان است و باید در تصویب هر قانون فقط و فقط در مقام تأمین و تثبیت منفعت عمومی باشد. راهکار رسیدگی به ادعای نقض منفعت عمومی توسط پارلمان، تشکیل دادگاهی با صلاحیت ابطال قوانین است. در این دادگاه قاضی با استناد به اصول کلی حاکم بر منفعت عمومی حکم می‌دهد، نه قوانین و نه حتی قانون اساسی. فرایند شناسایی اصول کلی جدید چیزی از جنس اساسی‌سازی حقوق است. به‌علاوه هیئت منصفه‌ای پرشمار می‌تواند به صورت مشاور در کنار دادگاه قرارگیرد تا سپهر عمومی را برای قضاوت بهتر شبیه‌سازی کند.

References

- پایگاه خبری نفت و انرژی. (۱۴۰۰). تعداد شاغلین وزارت نفت حدود ۲۰۵ هزار نفر است (تاریخ مشاهده ۱۴۰۳/۸/۱۱) در <https://naftonline.ir/news/25068/>
- پورعزت، علی‌اصغر، دمرچی‌لو، مریم و کیانی، پاکنوش. (۱۳۹۷). شاخص‌های مفهوم‌پردازی از اصطلاح «منفعت عمومی» براساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، *مطالعات مدیریت دولتی ایران*، ۱(۲)، ۱-۲۴.
- تقی‌زاده، جواد، نجابت‌خواه، مرتضی و فدایی، رضوان. (۱۳۹۵). صیانت از قانون اساسی توسط قضاوت محاکم با تأکید بر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی. *مطالعات حقوقی*، ۸(۱)، ۱-۲۷. doi: 10.22099/jls.2016.3748

حسینی، سید حسین، ملکی، نرجس و کاظمی، سید محمد مهدی. (۱۴۰۴). فاصله‌گیری از اصول کلی حقوق کیفری در قوانین خاص؛ مطالعه تبصره ماده ۷ قانون آمران به معروف و ناهیان از منکر. *مطالعات حقوقی*، ۱۷(۲)، ۴۹۹-۵۳۲. doi: 10.22099/jls.2024.50546.5179

حسینی، سیده‌ام‌البین. (۱۴۰۱). «دعوی مبتنی بر منفعت عمومی» و نقش آن در مبارزه با فساد اقتصادی، مطالعه تطبیقی حقوق ایران، آمریکا و انگلیس، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۹(۳)، ۹۵-۱۳۰. Doi: 10.22091/csiw.2021.7503.2171

رحمتی‌فر، سمانه. (۱۴۰۳). نظریه عدالت سعدی. *مطالعات حقوقی*، ۱۶(۲)، ۱۹۱-۲۲۸. doi: 10.22099/jls.2024.44895.4821

رحمتی‌فر، سمانه. (۱۴۰۰). مقایسه تطبیقی نظام حقوقی حاکم بر احزاب در جمهوری اسلامی ایران و آلمان: سنجش منزلت حقوقی سپهر عمومی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۸(۲)، ۱۲۹-۱۵۴. doi: 10.22091/csiw.2021.5980.1907

رحمتی‌فر، سمانه. (۱۴۰۱). حق حق داشتن: بازخوانی مفهوم شهروندی (شناسایی عوامل محرومیت از حق در ایران). *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، doi: 10.52547/jlr.2022.228777.2312

رحمتی‌فر، سمانه. (۱۴۰۲). از مصونیت پارلمانی تا نظارت بر رفتار نمایندگان: مقایسه تطبیقی مجلس ایران و پارلمان اروپا. *دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی*، ۱۰(۱). doi: 10.22096/law.2023.538230.1932

زندیه، سمیه و صراف، مظفر. (۱۴۰۲). تحلیل انگاره منفعت عمومی در برنامه‌ریزی با روش ردیابی نقشه‌نگارانه بررسی موردی یک برنامه تغییر کاربری زمین در چمستان، نامه معماری و شهرسازی، ۱۵(۳۹)، ۲۹-۵۳. Doi: 10.30480/aup.2022.4475.1974

سوئدبرگ، ریچارد. (۱۳۹۷). منفعت، صورتبندی مفهوم منفعت از منظرهای جامعه-شناسی، اقتصاد و سیاست، ترجمه حمزه نوذری و علیرضا اسکندری‌نژاد، تهران: انتشارات دنیای اقتصاد.

سید کاظم سید باقری. (۱۳۸۸). فقه سیاسی شیعه، سازوکارهای تحول در دوران معاصر، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

شوشتری، مهدی، ناصری مقدم، حسین و صابری، حسین. (۱۳۹۵). مقاصد انسانی شریعت در فقه امامیه. *انسان پژوهی دینی*، ۱۳(۳۵)، ۲۰۵-۲۲۲.

Doi: 10.22034/Ra.2016.21965

کمالی زاده، محمد. (۱۳۹۵). دیوان سالاری کارآمد از منظر نهادگرایی، پژوهش سیاست نظری، ۲۰(۱۱)، ۱-۱۰.

منصوریان، ناصر علی و شبیانی، عادل. (۱۴۰۱). مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری ایران. *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی*، ۲۱(۷۵)، ۱۱۷-۱۴۲.

Bentham, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books.

Blauvelt, A. (1915). The Public Insurable Interest, *Journal of Political Economy*, 23(6), 599- 611, Doi: 10.1086/252680

Boot, E. (2022). Public Interest, (date of observation 11/1/2024), in <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.2044>.

Boot, E. (2020). The Feasibility of a Public Interest Defense for Whistleblowing, *Law and Philos*, 39, 1–34. Doi: 10.1007/s10982-019-09359-1

Chettiparamb, A. (2016). Articulating ‘Public Interest’ Through Complexity Theory. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 34(7), 1284-1305. Doi: 10.1177/0263774X15610580.

Dadashpoor, H, and Sheydayia, A. (2021). Defining Public Interest in Planning: a Review, *Journal of Planning Literature*, 36(4), 543-561. Doi: 10.1177/08854122211018379

Dhliwayo, M. (2013). *Public Interest Litigation as an Empowerment Tool: The Case of the Chiadzwa Community Development Trust and Diamond Mining in Zimbabwe*, London: International Institute For Environment and Development.

Glazer, N. (2007). Realizing The Public Interest: Reflections on an Elusive Goal, *Daedalus*, 136(4), 30–36. Doi: 10.1162/daed.2007.136.4.30.

Gutmann, A, and Dennis T (2013). Valuing Compromise for the Common Good. *Daedalus*, 142(2), 185–198. Doi: 10.1162/DAED_a_00212.

Haas, M. (2019). *Why Democracies Flounder And Fail Remediating Mass Society Politics*, London: Palgrave Macmillan.

- hosseini, S. H. , Maleki, N. and Kazemi, M. M. (2025). Distancing from the General Principles of Criminal Law in Specific Laws: A Case Study of the Note on Article 7 of the Law on Protection of “Amr bil Ma’ruf wa Nahy anil Munkar”. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 499-532. doi: 10.22099/jls.2024.50546.5179 [In Persian]
- Hoseini, S. O. (2022). “Public Interest Litigation” and Its Role in Fighting Economic Corruption (A Comparative Study of the Iranian, American and English Law). *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 9(3), 95-130. doi: 10.22091/csiw.2021.7503.2171 [In Persian]
- ICAEW. (2018). *Acting In The Public Interest: A Framework For Analysis*. London: Institute of Chartered Accountants in England and Wales.
- Innes, J E, and Booher, D E. (2015). A Turning Point For Planning Theory? Overcoming Dividing Discourses. *Planning Theory*, 14(2), 195-213. Doi: 10.1177/1473095213519356
- Kaganovska, T E and Pakhomova, I A and Neviadovskyi, V O and Yefremov, A O. (2022). Public Interest as a Category of Administrative and Legal Science. *Ius Humani. Law Journal*, 11(1), 1-14. <https://doi.org/10.31207/Ih.V11i1.292>.
- Kamalizadeh, M. (2016). Efficient Bureaucracy in Institutional Approach, *Research in Theoretical Politics*, 11(20), 1-10. [In Persian]
- Kivotidis, D. (2023). “Public Interest or Social Need? Reflections on The Pandemic, Technology and the Law Chapter”, *Law, Humanities and The COVID Crisis Book*, Carl F. Stychin, London: University of London Press.
- Mansurian, N A, and Sheybani, A. (2023). The Concept of Public Interest and Its Place In The Legislation of Iran, *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, 21(75), 117-142. [In Persian]
- Morrison, D. (2013). “The Common Good”, *The Cambridge Companion To Aristotle’s Politics*. *Cambridge Companions To Philosophy*, Marguerite Deslauriers, Pierre Destrée, Cambridge: Cambridge University Press, 176-198.
- Naftonline. (2021) .The Number of Employees at the Ministry of Petroleum Is about 205,000. (accessed 1-11-2024) at <https://naftonline.ir/news/25068/>. [In Persian]
- Oxford Reference, National Interest, (date of observation 11/1/2024), in <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100224268>
- Pourezat, A. A., Damerchiloo, M., and Kyani, P. (2018). Indicators of Conceptualization of Public Interest According to the Constitution of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Iranian Public Administration Studies*, 1(2), 1-24. [In Persian]

- Rahmatifar, S. (2021). A Comparative Study on the Law Governing Political Parties in the Islamic Republic of Iran and Germany: Assessment on Legal Status of the Public Sphere. *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 8(2), 129-154. doi: 10.22091/csiw.2021.5980.1907 [In Persian]
- Rahmatifar, S. (2022). The right to have rights: Rereading the concept of citizenship (Identifying the factors of deprivation of rights in Iran). *Legal Research Quarterly*, (upcoming). doi: 10.52547/jlr.2022.228777.2312 [In Persian]
- Rahmatifar, S. (2023). From Parliamentary Immunity to Monitoring the Conduct of MPs (Comparative Study on the Majles and the European Parliament). *Journal of Comparative Law*, 10(1), 195-218. doi: 10.22096/law.2023.538230.1932 [In Persian]
- Rahmatifar, S. (2024). Theory of Justice in Sa'di's Works. *Journal of Legal Studies*, 16(2), 191-228. doi: 10.22099/jls.2024.44895.4821 [In Persian]
- Sandercock, L., and Dovey, K. (2002). Pleasure, Politics, and The "Public Interest": Melbourne's Riverscape Revitalization, *Journal of The American Planning Association*, 68(2), 151-164. Doi: 10.1080/01944360208976262
- Seyed Baqeri, S.K., *Mechanisms of Development in Shiite Political Fegh, Case Study: Contemporary Period*, Tehran: Sazman Entesharat Pajooheshgah Farhang va Andishe Eslami. [In Persian]
- Sheydayia, A, and Dadashpoor H. (2022). The Public Interest- Schools of Thought in Planning, *Progress in Planning*, 165(1), 1-19. Doi: 10.1016/j.progress.2022.100647.
- Short, J L. (2023). In Search Of The Public Interest, *Yale Journal on Regulation*, 40(759).
- shoshtari, M, Naserimoqaddam, H, and Saberi, H. (2016). Humanistic Objectives of Divine Law in Imamiyah Feqh. *Religious Anthropology*, 13(35), 205-222. doi: 10.22034/ra.2016.21965. [In Persian]
- Swedberg, R. (2018). *Benefit, Formulation of The Concept of Benefit from the Perspectives of Sociology, Economics and Politics*, translated by Hamzeh Nozari and Alireza Eskandarinejad, Tehran: Donya-ye-Eqtasad. [In Persian]
- Taghizadeh, J. , Nejabatkhah, M. and Fadaee, R. (2016). Preservation of Constitution by Judges of Courts with Emphasis on Article 170 of the Constitution. *Journal of Legal Studies*, 8(1), 1-27. doi: 10.22099/jls.2016.3748 [In Persian]
- The Britannica Dictionary (date of observation 11/1/2024), in <https://www.britannica.com/dictionary/special-interest>.
- Thorley, J (2004). *Athenian Democracy*, Oxfordshire: Routledge.

- Tomlinson, J. (2019). *Justice in The Digital State: Assessing The Next Revolution in Administrative Justice*, Bristol: Bristol University Press.
- Tweed, J, and Wallace, L M. (2020). Guardians of Public Interest: The Expectation and Experience of Non-Executive Directors in National Health Service Commissioning Boards in England. *Journal of Health Organization and Management*, 35(1). 53–67. 10.1108/JHOM-10-2019-0306.
- Wight, M. (2023). Interests of States, (date of observation 11/1/2024), in <https://doi.org/10.1093/oso/9780192867889.003.0012>
- Zandieh, S, and Sarrafi, M. (2023). An Analysis of the Notion of Public Interest in Planning through a Cartographic Methodology of Tracing A Land-Use Conversion Plan in Chamestan as a Case Study. *Journal of Architecture and Urban Planning*, 15(39), 29-53. Doi: 10.30480/aup.2022.4475.1974. [In Persian]

Documents

- Basic Law for the Federal Republic of Germany* (as amended July 2002), 23 May 1949.
- Spanish Constitution, 1978 (rev. 2011)*.
- Constitution of the Italian Republic*, 22 December 1947, as amended.
- Constitution of the Portuguese Republic*, 25 April 1976, as amended.
- Constitution of the Republic of the Philippines*, 2 February 1987.
- UN Security Council (23 August 2004). *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: Report of The Secretary-General*, S/2004/616.



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.52572.5287>



Research Article

The Image of "Sovereign Power" in the Mirror of Poetry from the 4th to the 8th Century AH (Hijri)

Ehsan Aghamohammad Aghaee

Assistant Prof. Department of Public law, NT.C. Islamic Azad University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 26-02-2025

Accepted: 27-04-2025

Abstract

Introduction: In the initial identification and encounter with a phenomenon such as power, two fundamental questions arise: The first question pertains to whether such a phenomenon has an independent existence, free from the influences of fields and contexts such as literary, social, philosophical, cultural, economic, legal, and political? Or is it the resultant of several backgrounds and origins from among these diverse types? The second question also relates to how the concept of a phenomenon like power is evaluated and raises the point: what are the criteria for knowing, measuring, and testing power? Is the understanding of power monolithic? Or does considering a set of voices and contexts lead to an accurate understanding and evaluation of power? In answer to the first question, it must be admitted that power is the product of a multi-faceted and specifically socio-political relationship between individuals and groups, wherein typically one side has the upper hand and the other is the weak hand; in answer to the second question, it must also be said: since power is the organizer and regulator of the relations of political actors; knowing it is primarily possible through a legal understanding of this human phenomenon and then through multiple interpretations, including a literary understanding of power.

Please cite this article as:

Aghamohammad Aghaee, E (2025). The Image of "Sovereign Power" in the Mirror of Poetry from the 4th to the 8th Century AH (Hijri). *Journal of Legal Studies*, 17(3), 357-388.

doi: <https://10.22099/JLS.2025.52572.5287>

* Corresponding author:

E-mail address: e.ghamohammadaghaee@iau-tnb.ac.ir

Methods: In stating the research method and organizing the materials, accepting the conventional research method which always first defines a problem and then gathers evidence and examples for it, it must be said that in the forthcoming section, due to the dual nature or essence of power—the divine force or demonic force present within it—without beginning our discussion in the usual manner with lexical semantics, conceptual understanding, and the perceptions and conceptions arising from it; at the outset, we will raise and trace the understanding of the concept of power within the realm of Persian poetic literature in specific centuries. The author's purpose in raising this discussion is to reveal what the mindset, perception, underlying design, and consequently the common imagery in the minds and language of poets and awakeners from the 4th to the 8th century AH was, in encountering and relating to a phenomenon like power? Did they, according to the common, inevitable, and compelled belief, consider it a necessary evil? Or were they fundamentally pessimistic and reproachful towards it and pursued the path of raising awareness and warning against the afflictions and corruptions of power?

Findings: The author is well aware that if one wishes to find a precise and meticulous trace of the turbulent currents of power across the sphere of Persian political literature, in the realms of poetry and prose and the opinions of the knowledgeable on this matter, and take that as a criterion, then even a lifetime of research would be insufficient. Also, he firmly believes that if he wished to dissect and understand the literary-semantic intricacies of power considering the tendency or nature and temperament of states towards the accumulation or disintegration of power, undoubtedly life would end, the trumpet would be blown, and he would still be falling down, bewildered and distraught, running hither and thither in search of a new document and source. Despite these, merely considering that in the world of literature in general and in Persian political literature in particular, power has a place and stature, he strives, through a specific process and within the realm of poetry from the 4th to the 8th century AH, to pause momentarily on the encounters of power and literature and, to the extent the theoretical framework of the research requires, process it. It must be mentioned beforehand that this processing only contains a view from the surface and upper layers of the subject or, in other words, represents the superstructure of the matter.

Conclusion: In the present article, the author, believing that the common and conventional perception of poets of the aforementioned century, based on experience and living with the manifestations of power, was the evilization and evil perception of the sovereign's power in the public sphere, seeks to uncover aspects of these perceptions, conceptions, and poetic images.

Keywords: Imagery of Power in Persian Poetry, Poetic Struggle against Sovereign Power, The Face of Power in 4th-8th Century Poetry, Power as Evil, Condemnation of Power in Persian Literature.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.52572.5287>

مقاله پژوهشی

تصویر «قدرت حاکم» در آینه اشعار سده چهارم تا هشتم هجری
احسان آقامحمدآقایی

استادیار گروه حقوق عمومی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۸

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: در مقام شناسایی و مواجهه نخستین با پدیداری چون قدرت، دو پرسش اساسی به میان می‌آید: پرسش اول ناظر به این است که چنین پدیده‌ای موجودیت مستقل و فارغ از تأثیرات دانش‌ها و زمینه‌هایی چون ادبی، اجتماعی، فلسفی، فرهنگی، اقتصادی، حقوقی و سیاسی دارد؟ یا برآیند بسترها و خاستگاه‌هایی چند از میان این انواع گونه‌گون است؟ پرسش دوم نیز، به چگونگی ارزیابی مفهوم پدیداری چون قدرت برمی‌گردد و این نکته را مطرح می‌کند که معیارهای شناخت و سنجش و آزمایش قدرت چیست؟ آیا فهم قدرت تک‌صدایی است؟ یا در نظر گرفتن مجموعه‌ای از اصوات و زمینه‌ها به فهم و ارزیابی دقیق از قدرت می‌انجامد؟ در پاسخ به پرسش اول باید اذعان داشت که قدرت محصول رابطه‌ای چند وجهی و به‌طور مشخص اجتماعی- سیاسی بین افراد و گروه‌هاست که طی آن به‌طور غالب یک طرف دست بالا را دارد و طرف دیگر ضعیف دست است؛ در پاسخ به پرسش دوم نیز، باید گفت: از آنجایی که قدرت سازمان‌دهنده و تنظیم‌کننده مناسبات بازیگران سیاسی است؛ شناخت آن در وهله نخست به‌واسطه فهم حقوقی از این پدیده انسانی و سپس از رهگذر تفاسیری چند از جمله فهم ادبی قدرت، میسر تواند بود.

استناد به این مقاله:

آقامحمدآقایی، احسان (۱۴۰۴). تصویر «قدرت حاکم» در آینه اشعار سده چهارم تا هشتم هجری. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۳۵۷-۳۸۸.

E-mail address e.ghamohammadaghaee@iau-tnb.ac.ir

* نویسنده مسئول:

روش‌ها: در بیان روش پژوهش و سازمان دادن مطالب، با قبول شیوه مرسوم پژوهش که همواره نخست یک مسئله را تعریف می‌کند و سپس به گردآوری شواهد و امثال برای آن می‌پردازد، باید گفت که در بخش پیش رو، به دلیل ماهیت یا ذات دوگانه قدرت؛ نیروی ایزدی یا نیروی اهریمنی موجود در آن، بی این که به عادت مألوف، از معناشناسی لغوی و مفهوم‌شناسی و برداشت‌ها و تلقی‌ات برآمده از آن آغاز سخن کنیم؛ در بادی امر، شناخت مفهوم قدرت را در ساحت ادب منظوم فارسی در سده‌های مشخصی، مطرح و ردیابی خواهیم کرد. غرض نگارنده از این طرح بحث چنین است که آشکار کند ذهنیت و تلقی و پی‌رنگ و متعاقب آن تصویرسازی رایج در ذهن و زبان شاعران و بیدارگران سده‌های چهارم تا هشتم هجری، در مواجهه و نسبت به پدیداری چون قدرت چه بوده است؟ آیا به باور رایج و ناگزیر و ناگزیر آن را چون شر لازم می‌پنداشته‌اند؟ یا از اساس نسبت بدان بدبین و سرزنشگر بوده و در مقام آگاهی‌بخشی و تحذیر از آفات و مفسد قدرت ره پویده‌اند؟

یافته‌ها: نگارنده نیک می‌داند چنانچه بخواهد ردی دقیق و موی‌شکافانه از جریان‌های پر اُفت‌وخیزِ قدرت بر سپهر ادب سیاسی فارسی، در ساحت نظم و نثر و آرای اهل نظر در این باره بیابد و آن را ملاک بداند، آنگاه مجالی ولو یک عمر تحقیق هم در آن باب کم است. نیز، سخت باور دارد که چنانچه خواسته باشد دقایق ادبی - معنایی قدرت را با نظر به گرایش یا طبع و مزاج دولت‌ها به انباشت یا گسست از قدرت بشکافد و بفهمد، بی‌شک عمر به سر می‌آید و در صورت دمیده می‌شود و او هنوز از برای یافتن مدرک و منبعی تازه سرگردان و ویلان به این سوی روان و به آن سوی دوان، از پای می‌افتد. با وجود این‌ها، تنها به ملاحظه اینکه در عالم ادبیات به‌طور عام و در ادب سیاسی پارسی به نحو خاص، قدرت را جایگاهی و قدری هست، می‌کوشد طی جریانی مشخص و در ساحت نظم سده چهارم تا هشتم هجری، لختی در مواجهات قدرت و ادبیات درنگ و تا حدی که چارچوب نظری پژوهش اقتضا داشته باشد، آن را پردازش کند. پیشتر باید یادآور شد که این پردازش تنها دربردارنده نگاهی از سطح و لایه‌های رویین به موضوع یا به تعبیری دیگر، معرفِ روبنای قضیه است.

نتیجه‌گیری: در مقاله پیش رو، نگارنده با باور به اینکه تلقی رایج و مرسوم شاعران سده پیش‌گفته بنا به تجربه و زیستن با مظاهر قدرت، شر انگاری و شر پنداری قدرت حاکمان در عرصه عمومی بوده است، بر آن است تا به زوایایی از این تلقی‌ات و تجسمات و تصاویر شاعرانه پی برد.

واژگان کلیدی: تصویرسازی قدرت در شعر فارسی، ستیز شاعرانه با قدرت حاکم، سیمای قدرت در شعر سده چهارم تا هشتم، قدرت چون شر، نکوهش قدرت در ادب فارسی.

سراغاز

پردازش دقیق ادبی و بازنمود مفهومی-تصویری قدرت در آثار منظوم را با درنگی در شعر قرن چهارم و با بررسی شاهنامهٔ فرزانه توس، پی خواهیم گرفت که به اذعان محققان، بازیابی بسیاری از جلوه‌های فرهنگ و خرد ایرانی را از آن دوران باید سراغ گرفت. در ادامه، فهم تصویری قدرت در ساحت شعر را با ذکر نمونه‌هایی از سده چهارم تا هشتم؛ به درازای چند سده سخنان نغز درباره قدرت حاکمان و نقد و نکوهش آن، پی می‌گیریم. نگارنده با اذعان به دو نکته زیر:

نکته اول این که نکوهش قدرت مطلقه فرمانفرمایان و نقد عملکرد و شیوه حکمرانی جباران تاریخ، پیش از آنچه در ادبیات و نظم پارسی سدهٔ چهارم تا هشتم هجری آمده باشد، در متون کلاسیک غربی در تمام ژانر آن از نمایشنامه‌ها، تراژدی‌ها، شرح جنگ‌ها و خطابه‌ها و اشعار حماسی و نوشته‌های کم‌دی تا مقاله‌های روشنگرانهٔ فیلسوفان سیاست‌اندیش، خاستگاه و پیشینه دارد؛^۱ نکته دوم، اشاره به این واقعیت است که سراغازِ جدل‌های نظری نوین در باب مناسبات قدرت و ضرورت مهارِ خودکامگی حاکمان جور و توجه به لزوم مشارکت شهروندان در جامعه نیز، به صورت روش‌مند و علمی یا به تعبیر دقیق‌تر، زمینی، به ادبیات و اندیشه غرب برمی‌گردد (رحمت الهی، آقامحمدآقایی، ۱۳۹۲: ۷۳-۷۰).

۱. این بررسی تاریخی را تا هزاره‌ای پیش از میلاد می‌توان به عقب برد و تاریخی سه هزار ساله برای آن متصور شد که تا به امروز نیز، در جریان است. برای نمونه از نخستین تلاش‌ها در این باره می‌توان به آثار هومر در خلق شاهکار حماسی *ایلیاد* و *ادیسه*، و نیز، اشعار هسیودوس در اثر مشهور او به نام *کارها و روزها*، همچنین آثار تراژدی‌نویسانی چون سوفکلس در آفرینش نمایشنامهٔ *آنتی‌گونه* و *آیسخولوس* و نیز، آریستوفانس در نگارش کم‌دی‌های جاندار و ظریف و نقادانه و اثر تاریخی توکودیدس با نام جنگ‌های پلوپونزی اشاره کرد که با نگاه سیاسی صرف نوشته شده است. این تلاش‌ها در دوره‌های بعدی با نگاه تحلیلی سقراط به پدیده قدرت، از زبان شاعرانه افلاطون ادامه می‌یابد و خود را در خطابه‌های سیسرو بازنمایی می‌کند. همچنین در قرون وسطا در بیان اشخاصی چون مارسیلیوس پادوایی با احتیاط بیان شده و پس از آن با ورود به دوران نوزایی تا زمانه اصحاب دایره‌المعارف و عصر روشنگری، در بیانیه‌های مختلف بازتولید می‌شود و تا قرن بیستم بیشترین تأثیر را بر ادبیات و حوزه‌های روشن‌فکری غرب به‌ویژه در فرانسه، بر جای می‌گذارد. به اقتضای موضوع پژوهش پیش رو، اشاره‌ای بدان خالی از لطف نیامد.

با وصف این، در مقال پیش رو، نگارنده بر آن است تا بازتابِ قدرت را در ساحت شعر فارسی از منظر ناظران و صاحبان اندیشه و بنیان فرهنگ نظم فارسی در سده‌های چهارم تا هشتم هجری، که از میانه این دوره به بعد متأثر از یورش مغول به ایران بوده‌اند، بکاود و پی‌گیرد. باید اشاره داشت که هرچند درباره تحلیل و تدقیق این موضوع، پژوهش‌هایی چند به صورت مستقل یا در قالب بخشی از یک طرح کلی، به انجام رسیده؛ ارائه تفسیر غالب از قدرت (قدرت چون شر) در بازه‌ای مشخص (سده چهارم تا هشتم هجری) و آنگاه در ساحت شعر فارسی و از دریچه دید نمایندگانی از سبک خراسانی (سده چهارم) و سبک عراقی (سده ششم تا هشتم) که هر یک با شگردهای زبانی ویژه خود و با مضامینی حماسی، عرفانی، اخلاقی، اجتماعی و انتقادی به نکوهش قدرت پرداخته‌اند (شعبانلو، مرادی، ۱۳۹۶: ۱۵۰)، می‌تواند واجد نگاهی نو به مسئله پژوهش باشد. از این رو، نقطه عزیمت بحث از قرن چهارم هجری در نظر گرفته شد؛ زیرا به باور محققانی چون جوئل کرمر؛ آدام متز و محمد آرکون، قرون سوم/ چهارم هجری مقارن با قرون نهم/دهم میلادی، به ویژه قرن چهارم هجری، دوره موسوم به رنسانس اسلامی و قرن پویایی و بیداری اندیشه و زبان در حیات فکری ایران است. دورانی که هر چند محور اصلی آن انسان‌گرایی فلسفی است، ادیبان، شاعران و کاتبان دیوانی، با خلق آثاری شگرف، آغازگر و سلسله‌جنبان انسان‌گرایی ادبی قرن چهارم بوده‌اند (شریعتمداری، ۱۴۰۰: ۱۹۶). در این دوران، قواعد حکمرانی، صرفاً جنبه عملی ندارد و فرمانروایی شایسته با فضیلت فرمانروا درآمیخته است. از این رو، ساحت شعر، عاملی نیرومند برای انتقال فرهنگ و گسترش زبان فارسی و احیای سنت‌های محلی در قالب‌های عام و ساختگی یکسره ایرانی و در عین حال اسلامی، به شمار می‌آید (میثمی، ۱۳۹۱: ۱۸ - ۵۷). با لحاظ آنچه یاد شد، باید افزود که مکاتب و اندیشه‌هایی چند بر این واقعیت تأکید دارند که اگر قدرت در دست فرمان‌فرمای

مستبدی جمع شود، شری شیطانی^۱ است که هم دامان فرمان فرما را می گیرد و او را به ورطه از خودبیگانگی ناشی از سلطه‌گری و قدرت‌زدگی در می‌اندازد و هم آزادی و حق‌های شهروندان را تحدید می‌نماید؛ اما اگر این قدرت بین مردم پخش یا به مردم واگذار شود، آن‌گاه قدرت فرّ یزدانی و موجب فراوانی و زایش است (رحیمی، ۱۳۷۶: ۸۵-۷۹، ۱۲۸) و شگفت این‌که هر دوی این استعدادها را در ذات جدال انگیز قدرت^۲ باید جست^۳ (گالبرایت، ۱۳۸۱: ۶۸). بدین منوال چهار فرضیه درباره قدرت وجود دارد که براساس فرضیه اول قدرت خیر محض است؛ بنا بر فرض دوم، قدرت شرّ محض است؛ فرضیه سوم بر خنثایی قدرت این‌که نه خیر و نه شر است، تکیه دارد و فرض چهارم نیز بر این مبنا استوار است که قدرت شری است لازم و تنها توجیه وجودی آن، پیش‌گیری از وقوع مصایب و مفسد بزرگ‌تر و بیشتر است (رحمت الهی، آقامحمدآقایی، ۱۴۰۲: ۴۳-۴۲)، از این‌رو، بنا به دلایل پیش‌گفته، و با تلقی از قدرت در پی‌رنگ^۴ «قدرت چون شرّ محض» سرآغاز بحث را از قرن چهارم هجری و از حکیم

۱. عنوان برگردان اثری به همین نام به ویراستاری استیون لوکس، با نام قدرت فرانسایی یا شرّ شیطانی، ترجمه فرهنگ رجایی، تهران، موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، ۱۳۷۰.

2. Dilemmatic /Essentially Contested Concept

۳. این دوگانگی و تناقض را با دیالکتیک قدرت نیز می‌توان مرتبط دانست. به‌طور معمول در اولین مواجهه هر کسی با اعمال قدرت نامطلوب، چنین نیست که واکنش‌ها به صورت تحمل آن باشد. گاهی هم قدرت را پدیده‌ای نامشروع، خلاف قانون، سرکوبگر، شرّ و ناب‌رحم می‌دانند و تلاش می‌کنند که مهارش کنند یا مانعش شوند. همچنین با نگرشی دوگانه به قدرت نخست از منظر زبان‌شناسانه و در بافت نظریات سوسور، قدرت دالی است که به مدلول خاصی ارجاع نمی‌کند و هیچ رابطه ذاتی، ماهوی بین دال و مدلول قدرت وجود ندارد، از این‌رو هر نوع رابطه‌ای در چارچوب قدرت، قراردادی است و مصداق‌های خود را از درون گفتمان‌های گوناگون می‌جوید. و از منظر تبارشناسانه و دیرینه‌شناسانه فوکو، پیدایش مفهوم قدرت و حوزه معرفتی مربوط به آن، بسیار پرمیانه و کهن است (کلگ، ۱۳۸۳: ۹-۱۰).

4. Plot of Power as Evil

فرزانه توس (فردوسی)، در نظر می‌گیریم، سپس با نظر به مشهور شعرا، تا قرن هشتم بحث را دنبال خواهیم کرد.^۱

در توضیح چرایی این امر باید بیان داشت که تا پیش از آن دوران (دوران نوزایی ادبی ایرانی-اسلامی)، چندان از نگاه جدی و نقادانه به قدرت، نمی‌توان سراغ گرفت زیرا متأثر از ظهور سامانیان، به‌ویژه اقدامات امیر نصر سامانی، در توسعه قلمرو ماورالنهر و خراسان بزرگ است که شعر فارسی به سوی دُرخشش ناگهانی و جهت‌گیری فرهنگی پیش می‌تازد (میثمی، ۱۳۹۱: ۳۱-۳۰).

۲- فهم قدرت در شعر حماسی سده چهارم هجری

با توجه به تأثیر مخربی که یورش مغولان بر پیکر تاریخ و تمدن ایران و ایرانی در ادوار بعدی (قرن ششم به بعد) گذاشت، دوره ادبی طی قرون چهارم تا ششم هجری را به نام دوره (پیشامغول)^۲ خوانده‌ایم. مناسبت این نام‌گذاری در تحقیق حاضر، صرفاً تأکیدی بر آفات قدرت‌طلبی بر حیات ادبی و فرهنگی ایران در آن دوران است. باری، طلوع قرن چهارم مقارن با جلوس امیر نصر سامانی شد که گرچه بُرنا بود، وزیران و درباریانی داشت که همه از اعظام دانشمندان و صاحبان فضیلت بودند و از فیض حضورشان، بخارای سامانی در مقابل بغداد عباسی گردن افراشته بود. دربار امیر نصر، مجمع اندیشمندان و دیوانیانی همه اهل بلاغت و فصاحت و صاحب رأی و تدبیر چون

۱. در توضیح باید اشاره داشت که پی‌رنگ به معنای طرح، نقشه، پی، ترسیم کردن، کشیدن به کار می‌رود و بیانگر زمینه طرح داستان و نگاه خالق اثر (نقاش، شاعر، نویسنده) به آن است. تعبیر پی‌رنگ در برگردان Plot را نخستین بار دکتر شفیع کدکنی پیشنهاد کرد و داستان‌نویس مشهور، جمال میرصادقی آن را به کار برد. از آنجایی که در پی رنگ خلق یک اثر عواملی چون (راوی، رخداد، شخصیت، توصیف، گفت‌وگو، فضا، ساختار، کشمکش، گره‌گشایی، و نظایر آن) وجود دارند، لذا به نظر رسید که تلقی نوع نگاه شاعران سده‌های چهارم تا هشتم هجری به قدرت را تحت عنوان پی‌رنگ قدرت در گزیده اشعار شاعران بنامیم. برگرفته از سایت تبیان در بیان چستی پی‌رنگ.

بلعمی صاحب‌بن عبّاد و سرایندگان نظیر شهید بلخی، دقیقی، رودکی بود. (ترکمنی آذر، ۱۳۸۹: ۲۳۸-۲۴۶). باری، فردوسی نیز، در همین سال‌های پرشکوه و در عین حال تلاطمات ناشی از هجوم ترکان و کشتار شیعیان زاده شد و با زبان ملی ایران و اقوام فارسی در دوره اسلامی، «شاهنامه» را همچون اثر هنری سترگ سرود و در سرایش این اثر عظیم، هیچ‌گاه اصول مورد قبول فرمانروایان روزگار اعم از سامانیان و غزنویان را رعایت نکرد که این خود دلیلی روشن بر جاودانگی و تأثیر عمیق شاهنامه در ایجاد و تثبیت زبان ملی ایران است (مرتضوی، ۱۳۷۲: ۱۲).

۱-۲- تصویرگری فردوسی از قدرت

چنانچه سیاست را در گسترده‌ترین معنای خود، یعنی سازکار زندگی اجتماعی در نظر آوریم، شاهنامه فردوسی کتاب سیاسی بزرگی خواهد بود که در آن آرمان‌های نیک پادشاهی و بدسگالی فرمانروایان مردم آزار نمود ویژه‌ای دارند. از بیداد شاه، راستی ناپدید و کژی و کاستی، ناتمامی و پریشانی و آشفتگی و آشوب پدیدار می‌شود (مسکوب، ۱۳۸۷: ۱۶۹، ۱۸۶).

به دیگر سخن، جهان‌بینی فردوسی در شاهنامه، بیان آرمان مبارزه دائم نیکی و بدی است و مبارزه خیر و شر در سرنوشت استوارترین و خدشه‌ناپذیرترین شخصیت‌ها (سام و گرشاسب و رستم)، دیده می‌شود (مرتضوی، ۱۳۷۲: ۴۶-۴۷). در این مقام، ضمن اشاره به دو داستان شاهنامه در تلقی بدبینانه از قدرت، تدابیر فردوسی را در برون‌رفت از آفت قدرت نیز از نظر می‌گذرانیم:

۱-۱-۲- انگاره شاه - موبدی جمشید

جمشید در آغاز جهان‌داری‌اش، با قبول دو منصب والا، یکی شهریار، یکی موبدی، به سودای رسیدن به قدرتی مضاعف، به ناگزیر، دو بار سنگین را بر دوش کشید: یکی وظیفه شاهی را که دفع میهن از چنگ متجاوزان و حفظ امنیت مردم بود و دیگری

وظیفه هدایت و تزکیه خلق را که پیشه موبدان بود. در این میان، جمشید، نخستین پادشاهی است که موبد نیز هست، و به روایتی جمشید مجمع حقوق و مذهب بود، گرچه این تجربه شاه- موبدی او عاقبتی محمود نداشت و در فرجام، به خودکامگی گرایید (جعفری تبار، ۱۳۸۴: ۵۱).

«منم گفت با فرّه ایزدی همم شهریاری، همم موبدی
بدان را ز بد دست کومه کنم روان را سوی روشنی ره کنم»

جمشید در سال‌های نخست جلوس بر سریر جهان‌شاهی، پس از آنکه به تجهیز سپاه و تأمین جنگ‌افزار پرداخت و برای رفاه مردم به اختراع و ترویج صنعت نساجی دست یازید، به سازندگی روی کرد و با استخراج معادن، مملکت را توان‌گر و آباد و مردم را ثروتمند و مرفه ساخت (سعیدی سیرجانی، ۱۳۸۹: ۶۰-۶۲) با وصف این، دوره طولانی حکمرانی جمشید و دیرزمانی آرامش و خوش‌زیستی، مانع فریب خوردن او از ابلیس نشد و او دچار کهن‌الگوی نقاب، ابلیس در ظاهر و سیمای فرشته شد و به زورگویی و طغیان و بیدادگری روی آورد. در نتیجه، جمشید از بندگی خدای روی بر تافت و آهنگ خدایی کرد (حبیبی و همکاران، ۱۳۹۹: ۹۳). و چنین خود را یگانه و دردانه عالم خواند:

«چنین گفت با سالخورده مهان که جز خویشتن را ندانم جهان
هنر در جهان از من آمد پدید چو من نامور تخت شاهی ندید
خور و خواب و آرام‌تان از من است همان پوشش و کامتان از من است»

(فردوسی، ۱۳۶۶: ۴۴/۱-۴۵).

در حقیقت ادعای الوهیت از جانب جمشید، موجب محرومیت او از فرّه ایزدی، تأیید الهی، می‌شود و او را به ورطه هلاک درمی‌اندازد. باید در نظر داشت که فرّه ایزدی سعادت و موهبتی بی‌دلیل نیست و به‌تمامی به پندار و کردار صاحبان فرّ و شایستگی یا ناشایستگی بستگی دارد. بدین‌سان، به زبان فردوسی، جمشید پادافره سرپیچی خود از

حکم یزدان پاک و دعوی خدایی کردن را می‌گیرد و قدرت در رفتار و سلوک او، همچون امری اهریمنی و مردم‌ستیز معرفی می‌شود (مرتضوی، ۱۳۷۲: ۱۳۲).

«تو مر دیو را مردم بد شناس کسی کو ندارد ز یزدان سپاس
هر آن کو گذشت از ره مردمی ز دیوان شمر، مشمرش ز آدمی»

(فردوسی، ۱۳۷۱: ۲۹۶/۳-۲۹۷).

۲-۱-۲- نمود خودکامگی ضحاک

پس از فروپاشی قدرت جمشید، بیوراسب دارنده هزار اسب زرین، یا همان ضحاک مار بر شانه، بر اورنگ جمشیدی، تکیه می‌زند.

«نهان گشت کردار فرزندگان پراگنده شد کام دیوانگان
هنر خوار شد، جادویی ارجمند نهان راستی، آشکارا گزند
شده بر بدی دست دیوان دراز به نیکی نبودی سخن جز به راز»

باری، فردوسی تمام بار معنایی دوران خودکامگی ضحاک و تمام جلوه‌های بدبینانه و قدرت همچون شر را در سه بیت بالا گنجانیده است (سعیدی سیرجانی، ۱۳۸۹: ۸۱-۸۲). درحقیقت فرزانه توس، با زبانی کنایی و اسطوره‌ای، برداشت مذموم و بدبینی به قدرت زمان خودش (عصر غزنویان) را به تصویر می‌کشد (رضاقلی، ۱۳۹۸: ۳۱) و به بیانی نغز و حماسی، بزرگ‌ترین آفت شهریاری را در گرایش به استبداد و خودکامگی و مطلق‌بینی می‌داند (پرهام، ۱۳۷۷، ۱۰۷) که این مهم را در روایات داستان‌گونه جمشید و ضحاک به چیره‌دستی تمام بیان کرده است و از سر چاره‌جویی برای در نیافتادن به دام افسون‌گر قدرت که شر مطلق می‌پنداردش، تدابیری چند را برمی‌شمارد.

۲-۲-۲- تدابیر فردوسی در مهار انگاره «قدرت چون شر مطلق»

فردوسی بزرگ، افزون بر بیان آفات بیدادگرانه و خانمان‌سوز قدرت مطلقه، هنر اصیل خود را در بیان راه‌کارهایی نیز، به کار می‌گیرد که برای جلوگیری از فساد قدرت و گرایش ذاتی‌اش به خودکامگی مؤثراند.

۱-۲-۲- آگاهی و خردورزی

تدبیر اول فرزانه توس، تأکید بر نیروی آگاهی و خرد و اخلاق شخصی شهریار و تشویق وی به فریفته نشدن به جلوه‌های پر کشش قدرت و افسون جهان است. فردوسی نمونه این چهره آرمانی را در کیخسرو می‌جوید که از درافتادن به شومی سرنوشت جمشید و ضحاک، به درگاه آفریدگار خویش پناه می‌خواهد و در فرجام کار از قدرت کناره می‌جوید:

«نماند کزین راستی بگذرم چو شاهان پیشین بیچد سرم
کنون جان و دل زین سرای سپنج بکندم سرآوردم این درد و رنج
کنون هر چه جستم همه یافتم ز تخت کی‌ای روی بر تافتم»

در تحلیل نوع نگرش کیخسرو به قدرت و کناره‌گیری او از فرمانروایی در اوج اقتدار سیاسی، باید اشاره داشت که بدبینی کیخسرو به ذات فریبنده قدرت و اینکه ممکن است سرنوشت او به تمرّد از زمان خداوند بگراید، چنانکه جمشید چنین شد بیدادگری به خلق روا دارد، او را بر آن می‌دارد که از اورنگ شاهی کناره‌گیری کند (نساج، حاجی مزادارانی، ۱۳۹۳: ۹۵-۹۶). باید اشاره داشت که در سیره و سلوک شهریاران پیش و پس کیخسرو چنین رفتاری رایج نبود و از این رو، نگرش کیخسرو به قدرت و کناره‌گیری او در چارچوب خرد اکتسابی و پهلوانی نیز نمی‌گنجد (مختاری، ۱۳۷۹: ۱۷۹، ۲۰۵).

۲-۲-۲- کارکرد جهان‌پهلوانی در کاستن از مفاسد قدرت

تدبیر دیگر فردوسیِ پاک‌نهاد، تأکید بر آزادی‌جویی و آزادگی جهان‌پهلوانان و مراقبت آنان در کار شهریاری و انتقادهای صریح و جسورانه‌شان به رفتار شهریار است. در این تدبیر، جهان‌پهلوان به‌طور موازی به قدرت پادشاه می‌پیچد و با او درمی‌آویزد، تا بتواند از زهر قدرت بکاهد و او را به راه آورد؛ بنابراین، در تمام شاهنامه نمی‌توان موردی سراغ گرفت که شهریار رأی جهان‌پهلوان را نادیده انگاشته باشد. از این رو، در شاهنامه کارکرد پهلوانی با سیاست آمیخته شده و سهمی قابل توجه در نهاد سیاسی بر عهده پهلوانان گذاشته می‌شود (مختاری، ۱۳۷۹: ۱۷۹، ۱۹۵). در توضیح باید افزود که از جمله شخصیت‌های پر رنگ شاهنامه، رستم است که خود نمونه بارز شخصیت اخلاقی و انسانی و پهلوانی و نماد تمام عیار حق اعتراض فرمانبران در برابر ظلم و بیداد و فساد فرمانروایان است. در این میان، استقلال و عظمت شخصیت رستم در برابر جاه‌طلبی و ناجویی اسفندیار و چهره منتقد و معترض پیران نسبت به افراسیاب کارکرد صحیح جهان‌پهلوانی را ترسیم می‌کند (مرتضوی، ۱۳۷۲: ۱۲).

۲-۲-۳- دعوت به یزدان‌شناسی و دوری از رأی اهریمنی

با نگاهی به تدابیر فردوسی بزرگ، می‌توان چنین برداشت کرد که فردوسی با یادکرد شهریاران پاک‌سرشت و یزدان‌شناس و خودکامگان پیرو اهریمن و سرپیچ از فرمان ایزدی در شاهنامه، بر آن بوده تا مایه‌های عبرتی از برای تاریخ فراهم آورد و جهان را به سوی آینده‌ای روشن به سرایش خواند.

«بیا تا جهان را به بد نسپریم
 نباشد همی نیک و بد پایدار
 فریدون فرخ فرشته نبود
 به داد و دهش یافت آن نیکویی
 به کوشش همه دست نیکی دهیم
 همان به که نیکی بود یادگار
 ز مشک و ز عنبر سرشته نبود
 تو داد و دهش کن فریدون تویی»

(بهفر، ۱۴۰۱: ۶۲۶).

در تمام شاهنامه، «ضحاک» تنها فرمانروای بی بهره از «فر» یزدانی و اهورایی و نمونه کامل سرسپردگی به نیروهای اهریمنی و شوم است که سرنوشت او در نتیجه خوی بد و کردار و منش زشت و جباریت وی آینه‌ای تمام‌قد از تیرگی‌ها و شراب قدرت است) (مرتضوی، ۱۳۷۲: ۱۱۷-۱۲۰). بر این برداشت، باید افزود که آرزوی فردوسی، سراسر عدل و داد و یزدان‌پرستی و بیداردلی و خردمندی و تأکید بر خویش‌شناسی و بر عهده گرفتن مسئولیت انسانی خود در برابر دیگران و نسل‌های در راه است (رضاقلی، ۱۳۹۸: ۲۳۰).

۳- قدرت در باور عارفانه- شاعرانه سده ششم هجری

در سال‌هایی که تشکیلات سیاسی منسجم و مقتدر خاندان‌های ترک و نیز، دستگاه خلفایی خاندان عباسی رو به افول بود و نشانه‌های پیدایش قوم مغول رسیده بود، شاعران بیدارگر دل‌آگاهی چون سنایی، عطار و مولوی ظهور کردند (حق‌دار، ۱۳۸۴: ۳۳-۳۴). از این رو، شعر عطار پس از سنایی و پیش از جلال‌الدین مولوی، سه موج بزرگ و سه اقلیم پهناور و سه کهکشان مستقل‌اند که فضای بیکرانه شعر عرفانی فارسی را احاطه می‌کنند و در عین استقلال، سخت به هم وابسته‌اند (شفیعی کدکنی، ۱۳۸۹: ۳۸). در این مقاله، به دلیل اقتضای بحث،^۱ تلقی از قدرت در شعر سده ششم را که

۱. در توجیه این امر باید افزود که پیش از ظهور سبک شعری عراقی در قرن ششم، شاعران نام‌آوری از سبک خراسانی (سده پنجم هجری)، چون منوچهری دامغانی و ناصر خسرو قبادیانی در ساحت نظم فارسی حضور مؤثری دارند. همچنین در اوایل سده ششم حضور شاعری توانمند نظیر انوری ابیوردی، در حیات شعر و اندیشه ایران زمین، گواهی روشن بر این حقیقت است که آنچه در قرن چهارم در تاریخ ادبیات ایران بنیاد نهاده شد تا سالیان سال برجا ماند و اندیشه هر شاعری بازتابی از شرایط اجتماعی حاکم بر عصر خویش بوده است. برای نمونه، عصر انوری، که آمیخته با مسائلی مانند: همبستگی اجتماعی، فساد حکومت، عدم همبستگی دینی، ضعف ملی‌گرایی و آفاتی نظیر آن بوده است، در این بیت از او به‌طور کامل نمایان و زبان‌گویای زمان خود و حاکی از نابسامانی اوضاع است.

که همی بوی عدل نتوان برد» (نیک پناه، ۱۳۹۸: ۱۲۷-۱۳۵).

«چور یکسر جهان چنان بگرفت

متعلق به سبک عراقی و برخوردار از زبان عرفانی است، صرفاً با برداشتی از رویکرد عطار و مولانا پی می‌گیریم.

۱-۳- نگاه عطار به قدرت حاکم

با گذاری بلند از نفوذ اندیشه بیدارگر فرازنه توس، و با ورود به دوران حکیم عطار نیشابوری، در می‌یابیم که نگرش به قدرت و شیوه نقد آن، بر خلاف دوره پیشین، تفاوت یافته است. در این دوره، شاعران از جمله عطار، برای بیان انتقادات و اعتراض‌ها، شیوه‌های گوناگونی را دنبال و تصور خود را از قدرت در اندیشه و اشعار خود بیان می‌کند. انتخاب روش نقد توسط عطار نیشابوری، به‌تمامی به شرایط جامعه، روحیه مردم، حاکمان عصر و شرایط دیگری بستگی دارد. برخی از این روش‌ها، مبارزه مستقیم است؛ مانند سخنان پندآمیز و اعتراض‌گونه عطار به برخی حاکمان، اما در بیشتر موارد، وی روش‌های مبارزه غیرمستقیم (نقد پوشیده) را دنبال می‌کند (جان‌پرور، ۱۳۹۱: ۳۳-۳۴). به‌طور کلی چند دسته مورد انتقاد عطار واقع می‌شوند از این میان، عطار محور نقد خود را به قدرت سیاسی، بیشتر متوجه گروه‌های زیر می‌ساخت: امرا و وزرایی که اشتغال به عمل سلطان آنها را به‌شدت مغرور و مفتون منصب و جاه خویش می‌ساخت؛ علمای صاحب جاهی که کثرت مریدان زندگی آنها را مثل امرا و وزرا آکنده از تجمل و تفنن می‌کرد؛ محتسبان و نیز تمام کسانی که وجود آنها زندگی و معیشت مردم را به تنگنا می‌انداخت (زرین‌کوب، ۱۳۷۸: ۴۹).

۱-۱-۳- نهاد پادشاهی به‌مثابه نهاد ظلم

عطار حکایت می‌کند که روزی سلطان محمود با سپاهش از راهی می‌گذشت. به درویشی رسید. رو به لشکریان کرد و گفت: ببینید آن گدا را با آن تکبر! درویش در پاسخ گفت: در هر مسجدی و بیغوله‌ای گدایان بسیار هم دیده‌ام اما در دنیا گدایی چون تو ندیده‌ام؛ زیرا هیچ‌جا از ظلم تو خالی نیست.

«ندیدم هیچ بازار و دکانی که از ظلمت نبود آنجا فغانی
کنون گر بینش چشمت تمام است ز ما هر دو گدا بنگر کدام است؟»

(عطار، ۱۳۸۷: ۳۱۳).

۲-۱-۳- گستاخی و اعتراض دیوانگان به خودکامگان

عطار شاعری است که طنز را دستمایه انتقادهای سیاسی و نابرابری‌های اجتماعی عصر خود قرار می‌دهد و بی‌عدالتی‌ها و بی‌رسمی‌های جامعه را از زبان اشخاص با لحن طنز می‌آمیزد. دیوانگان در شعر عطار، ابزاری برای انتقاد از خودکامگان و متکبران هستند و با خرده‌گیری از صاحبان و عاملان قدرت، انتقاد و اعتراض خویش را طنزگونه بیان می‌کنند. درحقیقت، عطار از تقابل نهادن حاکمان و دیوانگان، جهل و خودکامگی حاکمان و زمامداران عصر خود را به تصویر می‌کشد (تاج بخش، ۱۳۹۴: ۴۵-۴۷).

در تحلیل آنچه آمد و به باور عارفانه و پرهیزمدارانه عطار، وجود حاکمان و جاه طلبان و به تعبیر دقیق‌تر، قدرت در دست حاکمان، پدیده‌ای شرّ و مذموم و آفت‌انگیز و عامل بسیاری از نابسامانی‌های جامعه است. بدین ترتیب، می‌توان رویکرد عطار را به قدرت به شکل نقد صریح و بیزاری و تبری از آن بازنمایی کرد. از این رو، مولانا رویکرد خود را به برکناری از قدرت و نگاه بدبینانه و تلقی «قدرت چون شر» متأثر از آن و بر چنین پایه‌ای پی می‌ریزد.

۲-۳. تصویرسازی مولوی از نفس قدرت

نگاه مولانا به قدرت به گونه‌ای است که همچون طیبی خیرخواه و دلسوز، به‌صراحت تمام و بی‌هیچ پرده‌پوشی آفات و بلیات ناشی از بیماری قدرت فزاینده را یادآور می‌شود و در نقد و جراحی بدی‌ها و مظالم و مفساد قدرت، با هیچ صاحب قدرت و شوکتی تعارف ندارد. در ذیل به دو تعبیر مولانا از ماهیت سیاه قدرت اشاره می‌کنیم:

۱-۲-۳- قدرت چون ازدهایی دمان

جناب مولوی جلال‌الدین محمد بلخی، آفت قدرت را عیان می‌بیند و توصیه به برکناری از قدرت می‌نماید. درحقیقت مولوی نه به آن دلیل که قدرت تشویش خاطر را می‌افزاید، بل به دلیل آنکه استعداد ذاتی و نهفته در نفس قدرت، ویژگی فسادآفرینی و تباهی و خودکامگی دارد، «در حکایت مارگیر که ازدهای افسرده را مرده پنداشت»، به پرهیز و دامن کشیدن از قدرت و هشدار از اینکه هر که قدرت را نشناخت هلاک شد، سخت تحذیر می‌دهد:

«ازدها را دار در برف فراق هین مکش او را به خورشید عراق
تافسرده می بود آن ازدهات لقمه اوبی چو او یابد نجات
مات کن او را و آمن شو ز ما ترحم کم کن، نیست او ز اهل صلات»
(مولوی، ۱۳۹۶: ۵۴۴-۵۴۹).

۲-۲-۳. قدرت آفتی مهار ناشدنی

مولوی همچنین بیان می‌دارد که گمان نکنید اگر یکی دو لقمه پیش ازدهای دمان قدرت بنهید او را رام و فرمان‌بردار ساخته‌اید؛ این ازدها را اشتها، سیری‌ناپذیر است و هر دم حریص‌تر خواهد شد. پس راه چاره آن است که دائم از قُرب به قدرت دوری جوید؛ چون مهار کردن و به راه آوردن آن امری محال و ناشدنی است و این حقیقتی است که مولانا می‌بیند و بدان هشدار می‌دهد. بهترین راه از نگاه مولانا چنین است:

«مر بشر را پنجه و ناخن مباد که نه دین اندیشد آن گه نه سداد
در این میان، مولوی دعا می‌کند یا آرزو دارد که بشر هیچ‌گاه پنجه و ناخن بُرنده نداشته باشد که اگر چنین شود و چنگ و ناخن تیز و آسیب‌رسان یابد، سر از پای نمی‌شناسد و طغیان می‌کند و سر آخر قدرتی که به سویش روان بود او را به کام می‌کشد. پس بهترین چاره سردی و بی‌میلی تمام به قدرت است که قدرت صلاح‌پذیر

و عادلانه اصلاً وجود ندارد» (سروش، ۱۳۸۸: ۱۳۶-۱۳۷). رویکردی که در نظرگاه سعدی تا حدی تلطیف و امید به صلاح‌پذیری آن نیز البته با لحن انتقادی بیان می‌شود.

۴- تصویر قدرت حاکم در آینه شعر سده هفتم و هشتم هجری

هر چند وضعیت شعر و ادب از نیمه دوم قرن ششم به بعد، ادامه منطقی روندی بود که از قرن چهارم شروع شده بود، اما در پی چیرگی هولناک مغولان و ضربات ویرانگر این قوم بر پیکر فرهنگ ایرانی، مرکزیت ادبی، از خراسان و ویژگی‌های سبک خراسانی، به مناطقی دیگر (عراق عجم / سبک شعر عراقی)، منتقل شد که به نحوی از آسیب حمله مغولان در امان مانده بودند. با وجود این، در قرون هفتم و هشتم، اعتراض و نقد شاعران، به اشاره یا تصریح در لفافه یا عریان، بیشتر در حوزه نقد قدرت سلطان و ظلمی است که از جانب او روا می‌شود. این نگرش در اشعار سعدی و حافظ و عبید، خود را باز می‌نماید.

۴-۱- قدرت در اندیشه سعدی

در ظرایف شعر سعدی، همین نکته بس که به تاسی تکرار شود که: «همه گویند؛ ولی گفته سعدی، دگر است» (مهدوی دامغانی، ۱۳۸۲: ۱۱۹-۱۲۴). آری زبان سعدی در پردازش اندرز پارسی، مقامی بس بلند دارد که هرچه را از فصاحت و بلاغت و هنر می‌خواهی، باید از آن بطلبی (مهدوی دامغانی، ۱۳۸۲: ۱۱۹-۱۲۴).^۱ هر چند طریق نصیحت‌گرانه هیچ‌گاه چنان‌که ناصحان بدان چشم داشته‌اند، با اقبال و پذیرش مخاطبان اصلی، (صاحبان قدرت) مواجه نشده، تمام هنر سعدی در این است که مکررترین و واضح‌ترین پندها را چنان با استادی در لفافی از الفاظ دل‌ویز می‌پیچد که هیچ‌کس الا

۱. اشاره به قطعه استاد بهار که می‌گوید: «وصف را از توسی و اندرز را از پارسی باید طلبید و مرادش از

بی‌ذوق‌ترین و خشک‌مغزترین افراد، از آن احساس خستگی و بی‌زاری نمی‌کند (فولادوند، ۱۳۸۸: ۱۴۸). باری ظهور سعدی در ادب فارسی، تکرار همان معجزه‌ای است که با ظهور فردوسی رخ داد. همچنان‌که در قرون ششم و هفتم، ادب عرفانی با شاعران بلندآوازه‌ای چون سنایی و عطار و مولوی به اوج خود می‌رسد. ظهور سعدی، سنت شاعران زبان‌آفرینی چون رودکی، فردوسی، فرخی و انوری را که به تکرار و تقلید و تصنع دچار شده بود حیات تازه‌ای بخشید (موحد، ۱۳۷۸: ۱۸۹-۱۹۰). باری، سعدی با آفرینش زبان معیار شعر و نثر و انتقال آن به فرهنگ شفاهی مردم (موحد، ۱۳۷۸: ۱۹۲-۱۹۳) در طرح و آموزش مبانی اخلاق به ارباب قدرت، امیدوار و استادانه زهر شیرین معانی را، جرعه جرعه، به کام نشستگان بر مسند قدرت می‌چشاند و از خودسری پرهیزشان می‌دهد تا بدین حیلت در دل خلق بی‌بهره از قدرت، راهی باز کند. تاریخ ادبیات سیاسی ایران نیز خود گواهی می‌دهد که کامیاب‌تر از او در این میدان، یافت می‌نشود. سعدی در طرح اندیشه منظوم و منثور سیاسی خود، هنرمندانه معناپردازی‌ها می‌کند و با نقد و نکوهش قدرت، به ترسیم مناسبات زمامدار و مردم می‌پردازد. برای نمونه رفتار نیک و مدارای حامان با مردم و دغدغه انسان را داشتن به باور سعدی، موجب منزلت و قدر و ارج حاکمان خواهد شد.

«کوتاه‌نظران را نبود جز غم خویش‌صاحب‌نظران را غم بیگانه و خویش» (تجلی اردکانی، ۱۳۸۷: ۱۱۶).

همچنین سعدی، به فراست تمام به ناپایداری مناصب و مقامات و کلیه مظاهر قدرت دنیوی هشدار می‌دهد و موقتی بودن آن را به حاکمان یادآور می‌شود:

«دادگر اندر دو جهان پادشاست و رنه همانجا و همینجا گداست» (تجلی اردکانی، ۱۳۸۷: ۱۱۷) و به ظرافت تمام دادگری و رضایت مردم از صاحبان قدرت را عامل دیرپایی و بقای حکومت می‌شمارد

در حقیقت میان عدل و رضایت در نظرگاه سعدی، رابطه‌ای متقابل وجود دارد که رضایت‌مندی مردم را سنجۀ عدل می‌سازد و مشروعیت حاکمان را با میزان عدل می‌سنجد و تراز می‌کند (رحمتی‌فر، ۱۴۰۳: ۲۱۹).

در جهان اندیشه سعدی، هر قدر دادگری مطلوب است و سودمند، بیداد زشت است و زیان‌خیز. از این رو، جامعه عدالت‌پیشه‌ای که سعدی آرزومندست وقتی انسانی‌تر خواهد بود که عاقبت بیدادگری در نظر گرفته شود (سعدی، ۱۳۹۲: ۲۱). به نظر می‌رسد صرف‌نظر از تمامی جنبه‌های هنری و شاعرانگی در زبان و شعر سعدی، او با آفرینش و طرح این معانی نغز، بر آن است تا به لطیف‌ترین شیوه‌ها، به بیم خود از آفات و مفسد قدرت را به مخاطب انتقال دهد. از این روست که می‌بینیم بیش و کم در عبارات اول تمامی ۴۱ حکایت باب اول (سیرت پادشاهان)، سعدی هاله‌ای شوم گرد واژه پادشاه می‌آفریند و در ۲۷ حکایت از این مجموعه چهل و یک‌گانه، لحن او نسبت به شاهان انتقادی و تحذیری است (میلانی، ۱۳۸۷: ۸۹).

از همین رو، سعدی در باب اول گلستان در سیرت پادشاهان، در بیان حکایت «یکی از ملوک عجم که دست تطاول به مال رعیت دراز کرده بود و جور و اذیت آغاز کرده»، فرجام ظلم را چنین پردازش می‌کند:

پادشاهی که طرح ظلم افگند پای دیوار مُلک خویش بکند» (سعدی، ۱۳۸۹: ۶۳-۶۴).
در همین ارتباط، سعدی تأثیر ویرانگر ظلم را در بیت زیر در عین ایجاز، با جزئیات دقیق تصویرسازی می‌کند:

«دوران ملک ظالم و فرمان قاطعش چندان روان بود که برآید روان او
هرگز کسی که خانه مردم خراب کرد آباد بعد از آن نبود خاندان او»

(تجلی اردکانی، ۱۳۸۷: ۱۲۳).

باری، آیین حکمرانی و شیوه مطلوب اعمال قدرت نزد سعدی، بر اصول و دقایقی چند نظیر سود جستن از رأی و تجربه پیران و نیروی جوانان؛ شناختن کهتران و تماس

داشتن با مردم؛ شفقت با مردم و رعایت احوال دردمندان؛ کیفر دادن ظالم و دزد و خیانتکار؛ درشتی و نرمی به هم داشتن و...، استوار و مبتنی است (سعدی، ۱۳۹۲: ۲۲). سعدی در این میان، به نقش مشروعیت‌ساز مردم در حکمرانی توجه ویژه‌ای دارد و در اساس گرد آمدن مردم را عامل ایجاد حکومت و آرامش و آسایش خلق را موجب تداوم دولت می‌داند^۱ (سعدی، ۱۳۸۹: ۶۴). و بسی نغر و لطیف سیاست مشارکت‌ناپذیر را به «آب شور» و رویکرد مشارکت‌پذیری را به «چشمه شیرین» تعبیر می‌کند:

« کس نبیند که تشنگان حجاز
به لب آب شور گرد آیند
هر کجا چشمه‌ای بود شیرین
مردم و مرغ و مور گرد آیند^۲
«مشرَب شیرین نبود بی زحام
دعوت منعم نبود بی فقیر»

(سعدی، ۱۳۸۹: ۶۸، ۲۷۰).

همچنین و از پس آرزومندی مهار قدرت، پادشاه را با خویشتن خویش مواجه می‌سازد.

«هر چه کنی تو بر حقی حاکم و دست مطلق پیش که داوری برند از تو که خصم داوری»^۳ (متنبی، ۱۳۸۴: ۱۱۴-۱۱۵) و در فرجام امر، و از سر اندرز و در عین حال شفقت و آینده‌نگری و حکمت چنین می‌سراید:

۱. ای مَلِک، چون گرد آمدنِ خلقی موجب پادشاهی است تو مر خلق را پرایشان برای چه می‌کنی؟ مگر سرِ پادشاهی کردن نداری؟

۲. در زبان عربی نیز، مثل «ان الذی حیث تری الضغاط» «هر کجا ازدحام می‌بینی همانا نم آب و باران است» و همچنین عبارت: «تردحم الناس علی بابه والمنهل العذب کثیر الزحام» به معنای مردم بر درگاه او انبوه می‌شوند، آبشخور شیرین پر ازدحام است، اشاره به همین معنی و مفهوم دارد. به نقل از: (آقامحمدآقایی، ۱۴۰۲: ۱۹).

۳. سروده‌ای از سعدی بر بنیاد چکامه‌ای در شکوه متنبی از سیف‌الدوله بدین عبارات: یا اعدل الناس الی فی معاملتی فکیف الخصام و انت الخصم و الحکم. «ای از همه دادگرت‌تر جز با من، هم جدال من درباره توست و هم مدعی و داور تو هستی».

«بر آن باش تا هر چه نیت کنی نظر در صلاح رعیت کنی
الا تا نیچی سر از عدل و رای که مرم زدست نیچند پای»

(سعدی، ۱۳۹۲: ۴۳).

چنان‌که به نظر می‌رسد رویکرد سعدی به قدرت، زمینی‌تر و واقع‌نگرانه‌تر از رویکرد مولاناست که به دوری مدام از قدرت و جنگ پرهیز می‌دهد و همچون مدافعی اصیل برای ترویج نظریه صلح‌جویانه به شمار می‌آید (رحمتی‌فر، ۱۴۰۲: ۹۱). نگرش سعدی در نظرگاه حافظ نیز تأثیر گذاشته و او را برآیند دو رویکرد پیشین مولانا و سعدی، ساخته است.

۲-۴- تجسم حافظ از نهاد متظاهر قدرت

شعر حافظ همچون شاعران پیش از خود واکنشی انتقادی به اوضاع زمانه و مصائب موجود جامعه بود. حافظ در دوران پاشیدگی پس از مغولان و ایلخانان و اتابکان ظهور کرد که روح و مأوای قوم ایرانی را با شمشیر برهنه و خشونت خام تکه‌پاره ساخته بودند (مسکوب، ۱۳۸۹: ۴۴). از این رو، انتقاد و به چالش کشیدن قدرت در اندیشه حافظ، ریشه در وجود مظاهر تباهی و تظاهر و ریاکاری و ستم و جور امیر مبارزالدین دارد (کشاورز بیضایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۱۵-۲۱۷).

۲-۲-۴- هراسناکی ماهیت قدرت

واکنش حافظ در مواجهه با شیوه اعمال قدرت از سوی حاکمان جائز، مبتنی بر بدبینی نسبی و گرایش به پرهیز و دوری از قدرت است. از نظر حافظ گذشته از آنکه نزدیکی به قدرت هراسناک می‌نماید؛ قدرت منافی با آرامش خاطر نیز پنداشته می‌شود:

«سلطان و فکر لشکر و سودای تاج و گنج

درویش و امن خاطر و کنج قلندری

در شاهراه جاه و بزرگی خطر بسی است

آن به کزین گریوه سبک بار بگذری»

افزون بر این، قدرت در بینش حافظ، موجبات تباهی و حذف گروندگان به آن را

فراهم می‌سازد:

«شکوه تاج سلطانی که بیم جان در او درج است

کلاهی دلکش است اما به ترک سر نمی‌ارزد»

(سروش، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

۳-۲-۴- انتظار دادگری از شاه

با وجود تلقی بدبینانه حافظ به قدرت و امر سیاسی، نظرگاه او آن است که قدرت یکسره پدیده‌ای مهیب و اضطراب‌آور نیست و از این رو، تحذیر کلی از درگیر شدن در قدرت نمی‌دهد و کور سوی امیدی به دادگری شاه دارد. «شاه را به بود از طاعت صد ساله و زهد قدر یک ساعت عمری که در او داد کند» (سروش، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

همچنین همراهی و تعامل با سلاطین و وزیران آل‌اینجو و آل‌مظفر از جانب حافظ، می‌تواند شاهدهی بر آن باشد که قدرت با همه کاستی‌ها و مفاسدش موجب نظم است و وجود نظم از هرج و مرج بهتر است (کشاوری بیضایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۰۶-۲۰۸). از همین رو، با وجود ذات شریر قدرت نزد حافظ، شاید بتوان او را مابین مولوی و سعدی نشانند.

۳-۴- تمسخر قدرت در ذهن و زبان عبید

خواجه نظام‌الدین عبیدالله زاکانی، که بزرگ‌ترین نویسنده و شاعر شوخ‌طبع ایران است، در روزگاری می‌زیست که بیشتر مردمان آن از نعمت رشد اخلاقی و سیاسی بی‌بهره

بودند و بر اثر توالی ظلم خودکامگان مسلط بر خویش، در پریشان‌حالی روزگار می‌گذراندند. در روزگار عبید، سخن از فضایل عدالت و دادگری، در میان کسانی که هنوز قدرت نیافته بودند، بسیار بود، اما همین که خود به قدرت می‌رسیدند و نفوذ کامل بر مردم می‌یافتند، در لباس عدالت‌گستری، هرکسی را که از آنان انتقاد می‌کرد، از بین می‌بردند. پس جای شگفت نیست که در چنین زمانه‌ای، آنان که با فضیلت بودند، به کناری خزند و اصولشان منسوخ شود و آنان که به عقیدتی و فضیلتی پای‌بند نیستند، از بهر جان یا به امید نان، مذهب مختار یا مذهب خودکامگان را اختیار کنند، قدر بینند و بر صدر نشینند (حلبی، ۱۳۸۹: ۱۳۸-۱۴۰).

۱-۳-۴- چشاندن طعم زهر به حاکم

عبید با بیان طیبت‌آمیز خود، به قدرت‌طلبی حاکمان و ظلم بیرون از اندازه ایشان، رویکرد کاملاً انتقادی و صریح داشت. رویکردی که با ابتکار و ظرافت و هوشمندی تمام، تلخ‌ترین انتقادهای را در قالب شیرین و لطیف طنز و هزل، به خورد مخاطب خود، دستگاه حاکمه، و قدرت‌طلبان و صاحب‌منصبان و صدرنشینان وابسته بدان می‌داد، به امید تلنگری و تأثیری. از این رو، در باب چهارم از رساله اخلاق‌الاشرف، پس از آنکه عدالت را از فضایل اربعه می‌شمارد و آن را مبنای امور معاش و معاد می‌خواند و می‌افزاید:

«عدل کن زان که در ولایتِ دل در پیغمبری ز ند عادل»

و در شرح مذهب مختار، که شرح آن رفت، بیان می‌دارد: گفته‌اند عدل مستلزم خلل بسیار است. می‌گویند مبنای کار سلطنت و فرمان‌دهی و کدخدایی سیاست است. پس آن کس که عدل کند و کسی را نزند و نکشد و مصادره اموال نکند و مردم از او نترسند، عادل نیست. که از بهر این معنی گفته‌اند:

«پادشاهان از پی یک مصلحت صد خون کنند» (عبید زاکانی، ۱۹۹۹: ۲۴۱-۲۴۲).

۲-۳-۴- مبارزه معکوس با ظلم

عبید با چیره‌دستی تمام و با بیان خاص خودف ذم شبیه به مدح، به مبارزه معکوس با ظلم و استبداد برمی‌خیزد. از این رو، به تمسخر در وصف مطلق‌گرایان پیشین می‌گوید: «پادشاهان عجم، چون ضحاک تازی و یزدجرد بزه کار، که اکنون صدر جهنم بدیشان مشرف است و دیگر متأخران که از عقب رسیدند، تا ظلم کردند، هر روز دولت ایشان در ترقی بود و ملک برقرار و خزاین معمور و خصمان مقهور» (عبید زاکانی، ۱۹۹۹: ۲۴۲).

فرجام سخن

با در نظر آوردن و برابر نهادن سبک‌ها و رویکردهای شعری دست‌کم طی چهار سده مورد بحث در این پژوهش، به پدیده قدرت، که چه به صورت نقد و نکوهش و بیزاری از آن و چه به صورت هشدار و تحذیر ضمنی و تمسخر جدی بدان در ادب سیاسی پارسی بازتابیده شده است؛ مواضعی را که شاعران این قلمرو وسیع ادبی در برابر قدرت گرفته‌اند، در چند مؤلفه می‌توان عناصر شماری کرد:

هشدار به عاقبت ظالمان؛ راهکار برون‌شد از قدرت مطلقه؛ نقد سیاست‌های روز؛ نکوهش مطلق‌گرایان؛ پرهیز از مظاهر قدرت؛ پند به حاکمان به امید ظلم کمتر؛ اشاره به مفاسد قدرت؛ امید به اصلاح؛ تمسخر قدرت طلبان.

نیز، با نظری به ادوار شعر و ادب سیاسی فارسی در سده‌های پیش گفته، باید افزود که شعر پیشامغول (سده‌های چهارم تا ششم)، از یک سو هشدار می‌دهد است به عاقبت شوم تشنگان و جویندگان و رهروان قدرت و توأمان راهکاری است برای برون‌رفت از آن اوضاع فریبنده و از دیگر سو، منتقد سرسخت حاکمان و تحذیردهنده مفاسد و شرور قدرت مطلق.

این هشدار و نقدها در شعر پسامغول (سده‌های هفتم و هشتم)، عینی‌تر و ملموس‌تر می‌شوند و قالب اسطوره‌ای و رمزآمیز خود را رها می‌کنند و بسته به شرایط اجتماعی و سیاسی از پند صریح تا هزل علنی حاکمان و طالبان قدرت را در برمی‌گیرد. به دیگر سخن، وجه اشتراک و هم‌پوشانِ پی‌رنگ و طرح‌واره «قدرت» نزد شاعران و سخن‌وران ادب منظوم فارسی در سده‌های چهارم تا هشتم هجری، در نگاهی بدبینانه و سراسر سرزنشگر در بافت و زمینه گزاره «قدرت چون شر» متجلی می‌شود. پیامد این نگرش، همچون تجربه‌ای تلخ و گزنده و در عین حال بیدارگر دامنه خود را در تمامی شیوه‌ها و شگردهای سیاست‌ورزی و واقع‌بینی نسبت به «امر سیاسی» و «عمل حکمرانی» می‌گستراند و به هم‌نوایی با «شرانگاری» و «بد پنداری» قدرت فرا می‌خواند.

References

- آقامحمدآقایی، احسان (۱۴۰۲). نقش دولت در مشارکت‌پذیری مردم (بازکاوی مشارکت در میانه حق-تکلیف)، تهران: پژوهشکده حقوقی شهر دانش.
- بهفر، مهری. (۱۴۰۱). شاهنامه فردوسی (تصحیح انتقادی و شرح یکایک ابیات)، جلد ششم، تهران: نشر نو.
- پرهام، باقر (۱۳۷۷). با نگاه فردوسی (مبانی نقد خرد سیاسی در ایران)، تهران: نشر مرکز.
- تاج‌بخش، پروین، صادق، آمنه (۱۳۹۴). شگردهای طنز ساز در اسرارنامه، فصلنامه پژوهش‌های ادبی و بلاغی، ۳ (۳) پیاپی (۱۱)، ۵۸-۳۷.
- تجلی اردکانی، اطهر (۱۳۸۸). «رابطه زمامدار و مردم از دیدگاه سعدی»، سعدی‌شناسی دفتر دوازدهم، به کوشش کوروش کمالی سروستانی، شیراز: مرکز سعدی‌شناسی.
- ترکمنی آذر، پروین (۱۳۸۹). دلیلمان در گستره تاریخ ایران (حکومت‌های محلی، آل زیار، آل بویه)، تهران: سمت.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۴). هم‌م شهریاری، هم‌م موبدی گفتاری در حقوق مذهبی ایران در دوره ساسانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۷۰ (۰)، پیاپی (۸۴۵)، ۷۴-۴۳.
- حلبی، علی‌اصغر (۱۳۸۹). عبیدزاکانی، تهران: انتشارات طرح نو.

حق‌دار، علی اصغر (۱۳۸۴). قدرت سیاسی در اندیشه ایرانی (از فارابی تا نائینی)، تهران: انتشارات کویر.

جان‌پور، یوسف (۱۳۹۱). نقد اجتماعی و سیاسی در مثنوی‌های عطار، فصلنامه آموزشی، تحلیلی و اطلاع‌رسانی رشد آموزش زبان و ادب فارسی، ۲۶، (۱۰۳)، ۳۲-۳۵.

حیبی، سیدمهدی و دیگران (۱۳۹۹). تحلیل اسطوره جمشید نقل شده در شاهنامه و تاریخ‌های اسلامی با رویکرد نقد کهن‌الگویی، فصلنامه علمی پژوهش‌های تاریخی، ۱۲ (۲) پیاپی (۴۶)،

1022/108/JHR2020.123747.2016: (DOI) ۱۰۴-۸۷

رحمت‌الهی، حسین، آقامحمدآقایی، احسان (۱۳۹۲). درآمدی بر نقش دولت در فرآیند مشارکت‌پذیری مردم، فصلنامه مطالعات حقوقی، ۵ (۳)، ۶۷-۱۰۷. DoI:1022099Jls.2014, 1912

رحمت‌الهی، حسین، آقامحمدآقایی، احسان (۱۴۰۲). تأملی در مناسبات دولت و شهروند (گذار از دولت مطلقه به دولت مشروطه)، تهران: خرسندی.

رحمتی‌فر، سمانه (۱۴۰۲). دفاع صلح‌جویانه: تدوین نظریه حقوق جنگ سعدی، فصلنامه مطالعات حقوقی، ۱۵ (۲) پیاپی (۴۸)، ۳۷-۷۲. DoI: 1022099Jls.2023.41918.4542

رحمتی‌فر، سمانه (۱۴۰۳). نظریه عدالت سعدی، فصلنامه مطالعات حقوقی، ۱۶ (۲) پیاپی (۵۲)، ۱۹۱- DoI: 1022099.Jls.2024.44895.4821.۲۲۸

رحیمی، مصطفی (۱۳۷۶). ترازوی قدرت در شاهنامه، تهران: نیلوفر.

رضاقلی، علی (۱۴۰۲). جامعه‌شناسی خودکامگی (تحلیل جامعه‌شناختی ضحاک ماردوش)، تهران: نشر نی.

زرین‌کوب، عبدالحسین (۱۳۷۸). صدای بال سیمرخ (درباره زندگی و اندیشه عطار)، تهران: سخن.

سروش، عبدالکریم (۱۳۸۸). ادب قدرت- ادب عدالت، تهران: صراط.

سعدی، مصلح‌الدین (۱۳۹۲). گلستان، غلامحسین یوسفی، تهران: خوارزمی.

سعدی، مصلح‌الدین (۱۳۸۹). بوستان، غلامحسین یوسفی، تهران: خوارزمی.

سعیدی سیرجانی، علی‌اکبر (۱۳۸۹). ضحاک ماردوش، تهران: پیکان.

شریعتمداری، حمیدرضا (۱۴۰۰). نوزایی اسلامی و انسان‌گرایی دینی در قرن چهارم هجری: سرمشقی برای زیست ایمانی در روزگار ما، دوفصلنامه دین و دنیای معاصر، ۸ (۲) پیاپی (۱۵)،

DoI:10.22096/rc.2021.244802. ۲۰۶-۱۸۷

شعبانلو، علیرضا، مرادی، خدیجه (۱۳۹۷). بررسی تاریخ محور تحول موضوعات شعر تعلیمی قرن چهارم تا هشتم، پژوهشنامه ادبیات تعلیمی، ۹ (۳۶)، ۱۳۷-۱۷۰.

- شفیعی کدکنی، محمدرضا (۱۳۹۱). با چراغ و آینه، تهران: سخن.
- عبید زاکانی، عبید (۱۹۹۹). محمدجعفر محجوب، کلیات (مجموعه متون فارسی زیر نظر احسان یارشاطر)، نیویورک.
- عطار نیشابوری، فریدالدین محمد (۱۳۸۷). *الهی نامه*، با مقدمه، تصحیح و تعلیقات محمدرضا شفیعی کدکنی، تهران: سخن.
- عطار نیشابوری، فریدالدین محمد (۱۳۸۹). *منطق الطیر*، با مقدمه، تصحیح و تعلیقات محمدرضا شفیعی کدکنی، تهران: سخن.
- فردوسی، ابوالقاسم (۱۳۶۶). *شاهنامه* ج ۱، به کوشش جلال خالقی مطلق، نیویورک و کالیفرنیا: بنیاد میراث ایران.
- فردوسی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). *شاهنامه* ج ۳، به کوشش جلال خالقی مطلق، نیویورک و کالیفرنیا: بنیاد میراث ایران.
- فولادوند، عزت‌الله (۱۳۸۸). «در ستایش سعدی»، *سعدی‌شناسی دفتر دوازدهم*، به کوشش کوروش کمالی سروستانی، شیراز: مرکز سعدی‌شناسی.
- کشاوری بیضایی، محمد و دیگران. (۱۳۹۹). تعامل و تقابل شعر حافظ شیرازی با ساختار سیاسی قدرت، دو فصلنامه علوم ادبی، ۱۰ (۱۷)، ۱۹۹-۲۲۴. DoI:10.22091/JLS.2020.5366.1223
- کلگ، استوارت. آر (۱۳۸۳). *چارچوب‌های قدرت*، ترجمه مصطفی یونسی، مقدمه محمدرضا تاجیک تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی.
- گالبرایت، جان کنت (۱۳۸۱). *آنا تومی قدرت*، ترجمه محبوبه مهاجر، تهران: سروش.
- مُتَنَبِی، احمد بن حسین (۱۳۸۴). *چکامه‌های مُتَنَبِی*، ترجمه موسی اسوار، ترجمه به انگلیسی ای. جی. آربری، تهران: هرمس.
- مختاری، محمد (۱۳۷۹). *اسطوره زال (تبلور وحدت و تصاد در حماسه ملی)*، تهران: انتشارات توس.
- مرتضوی، منوچهر (۱۳۷۲). *فردوسی و شاهنامه*، تهران: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی (پژوهشگاه).
- مسکوب، شاهرخ (۱۳۸۹). *درکوی دوست*، تهران: خوارزمی.
- مسکوب، شاهرخ (۱۳۸۷). *ارمغان مور*، تهران: نشر نی.
- موحد، ضیا (۱۳۷۸). *سعدی*، تهران: طرح نو.
- مولوی، جلال الدین محمد (۱۳۹۶). *مثنوی معنوی دفتر ۳-۱*، به تصحیح و مقدمه محمدعلی موحد، تهران: هرمس و فرهنگستان زبان و ادب فارسی.

مهدوی دامغانی، احمد (۱۳۸۲). *سعدی شناسی دفتر ششم*، به کوشش کوروش کمالی سروستانی، شیراز: مرکز سعدی شناسی.

میثمی، جولی اسکات (۱۳۹۱). *تاریخ‌نگاری فارسی (سامانیان، غزنویان، سلجوقیان)*، ترجمه محمد دهقانی، تهران: نشر ماهی.

میلانی، عباس (۱۳۸۷). *تجدد و تجدیدستیزی در ایران*، تهران: اختران.
 نساج، حمید، حاجی مزدارانی، مرتضی (۱۳۹۳). *گونه‌شناسی شعر فارسی از منظر ادب سیاسی*، فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، ۶، (۴)، ۸۵-۱۲۲.

DoI:10.7508/isih.2014.24.006

نیک پناه، منصور (۱۳۹۸). *بازتاب اوضاع اجتماعی عصر قبل از حمله مغول در شعر انوری و تطبیق آن با سقوط حکومت اندلس*، دو فصلنامه علمی-پژوهشی اسلام و علوم اجتماعی، ۱۱ (۲۲)،

10.30471/SOCI.2020.3340.1121. ۱۴۵-۱۲۱

- Agha Mohammad Agahee, E. (2023). *The role of the Stata in people's contribution* (exploring Participation between right –duty), Tehran:Shahr Danesh Legal Research Center. [In Persian]
- Attar Niyshabouri, F. (2008). *Elahinameh*, with introduction and corrections by Shafeei Kodkani, Mohammad Reza, Tehran: Sokhan Publications. [In Persian]
- Attar Niyshabouri, F. (2010). *Mantegh Al-Tayr*, with introduction and corrections by Shafeei Kodkani, Mohammad Reza, Tehran: Sokhan Publications. [In Persian]
- Behfar, M. (2022). *Firdausi's Shahnameh* (critical correction and one – by – one elucidation of lines), 6th volume, Tehran: New Publications. [In Persian]
- Firdawsi, A. (1987). *Shahnameh* by the efforts of Jallal Khaleghi Motlagh, vol. 1, New York. [In Persian]
- Firdawsi, A. (1992). *Shahnameh* by the efforts of Jallal Khaleghi Motlagh, vol. 3, New York & California, Iran Heritage Foundation. [In Persian]
- Fooladvand, E. (2009). *On Praying Saadi (Saadi Recognition), Chapter 12*, by Effort Korosh Kamali Sarvestani, Shiraz: Saadi Shenasi Centre. [In Persian]
- Galbright, J. (2002). *Power Anatomy*, translated by Mahbubeh Mohajer, Tehran: Soroush. [In Persian]
- Halabi, A. (2010). *Ubayd Zakani*, Tehran: Tarheno Publications. [In Persian]
- Haghdar, A. (2005). *Political power in Iranian thinking* (from Farabi to Naeini), Tehran: Kavir Publications. [In Persian]
- Habibi, S., et al (2020). *analyzing Jamshid myth cited in Shahnameh and Islamic histories by a critical approach of ancient pattern*, *Historical*

- Researches Scientific Quarterly Journal*, 12 (2) (46), 87-104, DoI:1022/108/JHR2020.123747.2016 [In Persian]
- Jafaraitabar, H. (2005). Hamam Sharyari, Hammam Moobedi (a discourse in Iranian religious laws during the Sasanian Era, *Law and Political Sciences School's journal*, 70(0) (845), 43-74.[In Persian]
- Janparvar, Y. (2012). Political and social criticism in Atar'a Masnavis: Growth in training Persian language and literature, 26(103), 35-32.[In Persian]
- Keshavarz Bayzaeei, M., et al (2020). Interaction and conflict in Hafiz Shirazi's poem with the powerful political structure. *Literary Sciences Biquarterly Journal*, 10 (17), 199-224. DOI: 10.22091/JLS.2020.5366.1223 [In Persian]
- Klegg, S. R. (2004). *Power frameworks*, translated by Mustafa Yunusi, introduction by Mohammad Reza Tajik, Tehran: Strategic Studies Research Center Publications. [In Persian]
- Mahdavi Damghani, A. (2003). *Sixth chapter*, By Effort korosh Kamali Sarvestani, Shiraz: Saadi Shenasi Center. [In Persian]
- Meisami, J. (2012) *Persian Historiography (Samanian, Ghaznavian, Saljooghian)*, Mohammad Dehghani, Tehran: Mahi Publications. [In Persian]
- Meskoob, S. (2010) *In the route of love*, Tehran: Kharazmi Publications. [In Persian]
- Meskoob, S. (2008) *Ant's present*, Tehran: Nay Publications. [In Persian]
- Milani, A. (2008) *Modernization and Anti-Modernization in Iran*. Tehran: Akhtaran Publications. [In Persian]
- Mokhtari, M. (2000) *Zal Myth* (manifestation of unity and conflict in national epic), Toos Publications. [In Persian]
- Mortazavi, M. (1993) *Firdausi and Shahnameh*, Tehran: Cultural Studies Institute (Research Center). [In Persian]
- Motanabi, A. (2005) *Poems of al-Mottanabbi*, Mousa Aswar, A. J. Aurbery, Tehran: Hermes Publications. [In Persian]
- Movahed, Z. (1999) *Saadi*, Tehran: Tarh-no Publications. [In Persian]
- Mowlavi, J. (2017) *Spiritual Masnavi, Chapters 1 – 3*, edition and introduction by Mohammad Ali Movahed, Tehran: Hermes Publication and Academy of Persian Language and Literature. [In Persian]
- Nassaj, H., Hajimazdarani, M. (2014). Typology of Persian Poetry from the Perspective of Political Literature, *Interdisciplinary Studies in the Humanities* 6 (4), 85-112, DOI:10.7508/isih.2014.24.006 [In Persian]
- Nikpanah, M. (2019) *The reflection of social conditions before the Mongols' attack in Anvari's poem and its comparison with the collapse of Andalusia Administration*, *Islam Research –Scientific bi-quarterly*

- journal*, 11(22), 121-145, DoI:10.30471/SOCI.2020.3340.1121 [In Persian]
- Parham, B. (1998) .*Through Firdausi's view* (the basics of political minor criticisms in Iran), Tehran: Markaz Publications. [In Persian]
- Rahimi, M. (1997) .*Power Tragedy*, Tehran: Niloofer Publications. [In Persian]
- Rahmatifar, S. (2023) Peaceful Defence: Formulation of Saadi's Theory of War Law, *Legal Studies Journal*, 15 (2) (48) 37-72, DoI:1022099.jls.2023.41918.4542. [In Persian]
- Rahmatifar, S. (2024) .Saadi's justice theory, *Legal Studies Journal*, 16 (2) (52) 191-228, DOI: 1022099. jls.2024.44895.4821.[In Persian]
- Rahmatollahi, H., Aghamohammadaghaee, E. (2014) .*An Introduction to the Role of the State in the Practicality of People*. *Legal Studies Journal*, 5 (3) 67-107, DOI: 1022099.Jls.2014.1912. [In Persian]
- Rahmatollahi, H., Aghamohammadaghaee, E. (2023) .*A Reflection on the Relationship Between the State and the Citizen: The Transition from an Absolute State to a Constitutional State*. Tehran: Khorsandi. [In Persian]
- Rezagholi, Ali (2019) .*Autocracy Sociology (Sociological Analysis of Zahak the Snake's shoulder)*, Tehran: Nay Publications. [In Persian]
- Saadi .M. (2010) .*Golestan*, Translated by Gholam Hussein Yusufi, Tehran: Kharazmi Publications. [In Persian]
- Saadi .M. (2013) .*Bustan*, Translated by Gholam Hussein Yusufi, Tehran: Kharazmi Publications. [In Persian]
- Saeedi Sirjani, A. (2010) .*Zahak the Snake Shoulder*, Tehran: Paykan Publications. [In Persian]
- Shabanlou, A., Moradi, K. (2018). A historical study of the development of didactic poetry topics from the fourth to the eighth century, *Journal of Educational Literature*, 9 (36) 137-170. [In Persian]
- Shafeei Kodkani, M. (2012) .*With lamp and Mirror*, Tehran: Sokhan Publications. [In Persian]
- Shariatmadary, H. (2021) .Renaissance of Islam and Religious Human Orientation in the 4th Lunar Century: A Model for Religious Life in Our Era, *Religion and Modern World*, bi-quarterly journal, 8(2), DOI: 10.22096/rc. 2021.244802. [In Persian]
- Soroush, A. (2009) .*Power Courtesy –Justice Courtesy*, Tehran: Serat Publications. [In Persian]
- Tajbakhsh, P. .& Sadegh, A. (2015) .Irony –Making Techniques in Asrar Nameh, Tehran, *Literal and Eloquence Research Quarterly*, 3 (3) (11), 37-58 [In Persian]

- Tajali, Ardekani, Athar (2009) .*The Relationship Between Ruler and People in the View of Saadi*, Chapter 12, by Effort Korosh Kamali Sarvestani, Shiraz: Saadi Recognition Center.[In Persian]
- Torkamani Azar, P. (2010) .Diliman in the context of Iranian history (local governments, Ziyar clan, Buyid clan), Tehran, Samt. [In Persian]
- Zakani, U. Bayd (1999) .Mohamm Jafar Mahjoob, *Generalities* (A Series of Persian texts under the auspice of Ehsan Yarshater), New York. [In Persian]
- Zarinkoob, A. (1999) .*The Sound of Simurgh' wing* (on Attar's life and thinking), Tehran: Sokhan Publications. [In Persian]



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.53529.5345>



Research Article

Examining the possibility or refusal of women's leadership from the perspective of political jurisprudence and fundamental rights of the Islamic Republic of Iran

Seyed Mohammad Ali Hashemi

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 22-06-2025

Accepted: 22-09-2025

Abstract

Introduction: "Leadership Council from among the Sources of Emulation (Marja'iyya)", "Individual Leadership with the Condition of Being a Source of Emulation (Marja)", and "Individual Leadership with the Condition of Ijtihad (Jurisprudential Reasoning)" are three models of leadership in the constitutional law of the Islamic Republic of Iran. In the current constitution, gender is not listed among the conditions for the leadership position. However, with the stipulation of Marja'iyya in the 1979 constitution, the notion that being male is a condition for assuming leadership might come to mind. Within the hegemonic discourse of Shia political jurisprudence, women's right to political leadership is denied. Even their right to political participation at other levels is not widely accepted or given much consideration. "Examining the Possibility or Impossibility of Women's Leadership from the Perspective of Political Jurisprudence and the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran" is the title of research

Please cite this article as:

Hashemi, S.M.A (2025). Examining the possibility or refusal of women's leadership from the perspective of political jurisprudence and fundamental rights of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 389-418. doi: <https://10.22099/JLS.2025.53529.5345>

* Corresponding author:

E-mail address: mohammadalhashemi@shirazu.ac.ir

whose main issue is assessing the feasibility of women's leadership based on the criteria of Shia political jurisprudence and the constitutional law of the Islamic Republic of Iran.

Method: This research is conducted using linguistic analysis through a systematic rereading of religious texts and propositions. The analytical method in this research is based on the methodological criteria of jurisprudential knowledge and its authorization processes—namely, the rules and requirements outlined in the principles of jurisprudence (*Usul al-Fiqh*). This research adopts a critical-theoretical processing approach and utilizes a combined-integrative method for data collection.

Results: In the two models of "Leadership Council from among the Sources of Emulation" and "Individual Leadership with the Condition of Being a Source of Emulation", the possibility of women's jurisprudential *Marja'iyya* is a condition. Likewise, in the council model, the possibility of women's membership in the advisory council is an issue. In the model of "Individual Leadership with the Condition of *Ijtihad*", there is no dispute over the possibility of women achieving jurisprudential *Ijtihad*; however, within the construct of *Velayat-e Faqih* (Guardianship of the Islamic Jurist), the permissibility of women's guardianship is an issue worthy of examination. This research, focusing on the leadership position in the constitution, is solely concerned with the competence or incompetence of women for assuming this position. The discussion is aimed at assessing the feasibility of assuming the leadership position within the confines of the constitution. This focus is based on the belief that only the binding covenant of the constitution is obligatory. While there may be different notions and foundations regarding women's rights and guardianship/leadership in Shia jurisprudence, what is important and indeed binding is the constitution.

Based on the outcome of this research, it appears there is no significant evidence supporting the prohibition or deprivation of women from holding the position of leadership by women within the power structure of the Islamic Republic. The arguments of opponents of women's leadership in no way indicate a prohibition against women's leadership within the power structure of the Islamic Republic. In other words, there is no serious obstacle to women assuming the leadership position in the Islamic Republic of Iran. The main condition is qualification and competence, not gender. Furthermore, regarding the researched issue, the primary principle (*al-asl al-awwali*) is also permissibility and allowance. One can even refer to the principle of the non-stipulation of being male (*'adam ishritat al-dhukūrah*).

This is with the explanation that whoever claims the stipulation of being male is obliged to provide evidence to substantiate their notion.

Conclusions: This research examines the possibility of women's leadership from the perspective of political jurisprudence and Iranian constitutional law. Based on the research results, it is shown that the Iranian constitution does not stipulate gender for leadership. Also, the jurisprudential arguments of opponents of the "male-ness" (dhukūrat) condition for leadership lack sufficient validity. Therefore, there are no serious legal or jurisprudential obstacles to women's leadership. The essential criterion is the qualification and competence of the human individual, transcending their gender. Women's jurisprudence, as a construct of the jurist's lifeworld, is heavily influenced by the pre-existing assumptions and foundations of juristic scholars concerning gender and women's capabilities. Indeed, the process of jurisprudential cognition and knowledge is a mental and embodied process. While acknowledging the method that monitors the sources of jurists' thought, this research argues that to critique the claim of women's incompetence for leadership, one must engage with the same verbal (zuhūrāt and iṭlāqāt) or implicit (labī) arguments and language used by the claimants. This is done by centering the belief in the "principle of permissibility" (asl al-ibāḥah) and critiquing the claimants' evidence within the framework of the traditionally accepted criteria of ijtihad and inference (istinbāt).

Keywords: Women's Leadership, Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran, Women's Right to Political Participation, Political Jurisprudence, and Women's Rights.

دوره هفدهم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.53529.5345>

مقاله پژوهشی

بررسی امکان یا امتناع رهبری زنان از منظر فقه سیاسی و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

سید محمدعلی هاشمی

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: «شورای رهبری از میان مراجع»، «رهبر فردی با شرط مرجعیت» و «رهبر فردی با شرط اجتهاد»، سه مدل رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. در قانون اساسی فعلی جنسیت در شمار شرایط مقام رهبری قید نشده است؛ البته با اشتراط مرجعیت در قانون اساسی سال ۱۳۵۸، ممکن است این انگاره به ذهن تبادر کند که ذکوریت شرط تصدی رهبری است. در این میان در گفتمان هژمون فقه سیاسی شیعه، حق بر رهبری سیاسی زنان انکار می‌شود. چنانکه حق بر مشارکت سیاسی ایشان در سطوح دیگر نیز چندان مورد پذیرش و اعتناء نیست. «بررسی امکان یا امتناع رهبری زنان از منظر فقه سیاسی و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، عنوان پژوهشی است که مسئله اصلی آن امکان‌سنجی رهبری زنان براساس سنجه‌های فقه سیاسی شیعه و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است.

استناد به این مقاله:

هاشمی، سید محمدعلی (۱۴۰۴). بررسی امکان یا امتناع رهبری زنان از منظر فقه سیاسی و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷. (۳). ۴۱۸-۳۸۹.

* نویسنده مسئول: [E-mail address: mohammadalhashemi@shirazu.ac.ir](mailto:mohammadalhashemi@shirazu.ac.ir)

روش: این پژوهش با بهره‌گیری از تحلیل زبانی با بازخوانی سیستماتیک نصوص و گزاره‌های دینی به انجام می‌رسد. روش تحلیل در این پژوهش، براساس سنجه‌های روشی معرفت فقهی و حجیت‌سازی در آن یعنی همان قواعد و بایسته‌های مندرج در اصول فقه است. این پژوهش در مقام پردازش، تعقلی-انتقادی است و در مقام گردآوری، روش آن ترکیبی - تلفیقی است.

یافته‌ها: در دو مدل «شورای رهبری از میان مراجع»، «رهبر فردی با شرط مرجعیت»، امکان مرجعیت فقهی زنان شرط است. چنانکه در مدل شورایی، امکان عضویت زنان در شورای مشورتی مسئله است. در مدل «رهبر فردی با شرط اجتهاد»، مناقشه‌ای در امکان نیل زنان به اجتهاد فقهی نیست، با این همه در برساخته ولایت فقیه، روایی ولایت زنان مسئله قابل بررسی است. این پژوهش با تمرکز بر مقام رهبری در قانون اساسی، تنها به صلاحیت و عدم صلاحیت زنان برای تصدی این مقام اهتمام دارد. بحث در جهت امکان‌سنجی تصدی مقام رهبری در حدود قانون اساسی است. این اهتمام بر این باور استوار است که تنها میثاق الزام‌آور قانون اساسی است. چه بسا در باب حقوق زنان و ولایت و رهبری در فقه شیعه انگاره و مبانی‌های متفاوتی وجود داشته باشد، با این همه آنچه اهمیت دارد و البته الزام‌آور است، قانون اساسی است.

براساس برآیند این پژوهش به نظر می‌رسد که مستند قابل توجهی بر منع و محرومیت زنان از تصدی منصب رهبری زنان در ساختار قدرت جمهوری اسلامی وجود ندارد. ادله مخالفان رهبری زنان به هیچ رو دلالتی بر ممنوعیت رهبری زنان در ساختار قدرت جمهوری اسلامی ندارد. به بیانی دیگر، هیچ مانعی جدی برای تصدی مقام رهبری زنان در جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. شرط اصلی صلاحیت و شایستگی است، نه جنسیت؛ البته در مسئله مورد پژوهش اصل اولی نیز در جواز و اباحه است. چنانکه به نوعی می‌شود به اصل عدم اشتراط ذکوریت نیز استناد کرد. با این توضیحی که مدعی اشتراط ذکوریت، ملزم به ارائه مستنداتی برای مبرهن کردن انگاره خویش است.

نتیجه‌گیری: این پژوهش به بررسی امکان رهبری زنان از دیدگاه فقه سیاسی و قانون اساسی ایران می‌پردازد. براساس نتایج پژوهش، در قانون اساسی ایران، اشتراط جنسیت برای رهبری ذکر نشده است. همچنین، ادله فقهی مخالفان شرط «ذکوریت» رهبری، اعتبار کافی ندارند؛ بنابراین، هیچ مانع حقوقی یا فقهی جدی برای رهبری زنان وجود ندارد. چنانکه سنجه اساسی، صلاحیت و شایستگی فرد انسانی فرای از جنسیت وی است. فقه زنان، به‌عنوان برساخته زیست جهان فقیه، به‌شدت تحت تأثیر پیش‌فرض‌ها و مبانی پیشین دانشیان فقه درباره جنسیت و توانایی‌های زنان قرار دارد؛ چنانکه فرآیند شناخت و معرفت فقهی فرآیندی ذهنی و بدنمند است. این پژوهش ضمن اذعان بر روشی که سرچشمه‌های اندیشه فقیهان را رصد می‌کند استدلال می‌نماید که برای نقد ادعای عدم صلاحیت زنان

برای رهبری، باید با همان ادبیات و استدلال‌های لفظی (ظهورات و اطلاقات) یا لبی مواجه شد که مدعیان به کار می‌برند. چنانکه با محوریت باور به «اصل جواز» و نقد ادله مدعیان در چارچوب سنجه‌های سنتی پذیرفته‌شده اجتهاد و استنباط به انجام می‌رسد.

واژگان کلیدی: رهبری زنان، حقوق اساسی جمهوری اسلامی، حق بر مشارکت سیاسی زنان، فقه سیاسی و حقوق زنان.

سرآغاز

رهبری از حیث جایگاه به مثابه ستون فقرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بر این اساس، پرداختن به شیوه‌های مختلف حتی احتمالی اعمال این رهبری در پژوهشی علمی بایسته و شایسته است. در قانون اساسی سال ۱۳۵۸، رهبری جامعه که براساس اندیشه ولایت فقیه، مشروعیت دینی دارد، به دو شیوه فردی و شورایی انتخاب و اعمال قدرت می‌کند. در رهبری شورایی و فردی، رهبر باید از میان مراجع محترم انتخاب شود؛ البته شیوه فردی تَقَدُّم رتبی دارد و در صورتی که یکی از مراجع شایستگی و برتری بارز را برای رهبری نداشته باشد، سه یا پنج مرجع را به‌عنوان اعضای شورای رهبری تعیین و به مردم معرفی می‌کنند (قانون اساسی ۱۳۵۸، اصل ۱۰۷)؛ البته در جریان بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ مدل رهبری شورایی، برای تعیین رهبر حذف و تنها انتخاب فرد واحد با شرایط خاص مورد توجه قرار گرفت.^۱

با این توضیحات، بازخوانی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ و قانون اساسی بعد از بازنگری سال ۱۳۶۸ یعنی قانون اساسی فعلی جمهوری اسلامی ایران (قانون اساسی، اصل ۱۰۷ و ۱۰۹) مبین این است که در ساختار فعلی جمهوری اسلامی ایران رهبر از میان کسانی که صلاحیت علمی لازم را برای افتاء در ابواب مختلف فقه داشته باشند، در کنار دیگر شرایطی چون عدالت، شجاعت، مدیریت و بینش سیاسی انتخاب می‌شود. به عبارتی، رهبر مجتهدی با این شرایط است. در شرایط رهبری با توجه به قانون اساسی فعلی به هیچ روی جنسیت در نظر گرفته نشده و به مرد بودن یا زن بودن رهبر

۱. اصل یکصد و نهم نیز در زمینه شرایط و صفات رهبر مقرر داشته است که رهبر باید: «۱. صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه؛ ۲. عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام؛ ۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری. در صورت تعدد واجدان شرایط فوق، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است». برخلاف صدر اصل ۱۰۹ قانون اساسی ۱۳۵۸ که در پی تبیین صفات رهبر و اعضای شورای رهبری بود، اصل مذکور پس از بازنگری از صفات رهبر در قامت فرد و شخص واحد صحبت می‌کند.

اشاره نشده است (قانون اساسی، اصل ۱۰۷ و ۱۰۹)؛ چنانکه در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ رهبر چه به صورت فردی یا شورایی از بین مراجع محترم تقلید انتخاب می‌شد (قانون اساسی ۱۳۵۸، اصل ۱۰۷)؛ بنابراین به مرد یا زن بودن تصریح نشده است؛ البته با اشتراط مرجعیت شاید این انگاره به ذهن متبادر شود که با توجه به اینکه براساس نظریه‌ای مشهور در فقه شیعه که زنان نمی‌توانند مرجع تقلید شوند (نجفی عراقی، ۱۹۶۰: ۴۵؛ خوبی، ۱۹۹۷: ج ۱، ۲۲۴-۲۲۶؛ سبزواری، ۱۹۹۲: ج ۱، ۳۹؛ اشتهازدی، ۱۹۹۶: ج ۱، ۱۴۴) پس با اشتراط مرجعیت به طریق اولی مرد بودن نیز شرط شده است. چنانکه فهم شماری از اعضای مجلس خبرگان قانونی اساسی نیز صلاحیت نداشتن زنان برای مشارکت سیاسی در سطوح نخبگانی به نحو عام و البته رهبری به طریق اولی است.^۱

با این توضیحات «بررسی امکان یا امتناع رهبری زنان از منظر فقه سیاسی و حقوق-اساسی جمهوری اسلامی ایران»، عنوان پژوهشی است که مسئله اصلی آن امکان‌سنجی رهبری زنان براساس سنجه‌های فقه سیاسی شیعه و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. در این پژوهش با تبیین و تحلیل مبانی فقهی انگاره‌ها و اندیشه‌های دانشیان فقه در زمینه رهبری زنان به صلاحیت یا عدم صلاحیت زنان در تصدی رهبری بنا به سه مدل از رهبری می‌پردازیم که از حیث تاریخی در ساختار سیاسی جمهوری اسلامی ایران امکان وقوع داشته است. چنانکه «شورای رهبری از میان مراجع»، (قانون اساسی ۱۳۵۸، اصل ۱۰۷ و ۱۰۹) «رهبر فردی با شرط مرجعیت» (قانون اساسی ۱۳۵۸، اصل ۱۰۷ و ۱۰۹) و «رهبر فردی با شرط اجتهاد»، (قانون اساسی ۱۳۶۸، اصل ۱۰۷ و

۱. لازم است توضیح داده شود که اعضای مجلس خبرگان رهبری ضمن بحث از اصول مرتبط با مقام رهبری از جمله اصل ۵ و ۱۰۵ و ۱۰۹ قانون اساسی به هیچ وجه به مسئله جنسیت رهبر اشاره نکرده‌اند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۹۸۹: ج ۱، ۳۷۲-۳۷۵؛ همان، ج ۲، ۱۰۸۴-۱۱۰۸) با این همه، در ذیل بحث از شرایط ریاست جمهوری، شماری از اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی تصریح کرده‌اند که زنان صلاحیت رهبری و ولایت بر جامعه را ندارند (همان، ج ۳، ۱۷۶۸، ۱۷۷۰، ۱۷۷۲) برخی از اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی گزارش خوبی از انگاره‌های مختلف در این زمینه می‌دهند (حسینی بهشتی، ۲۰۱۱: ۵۶-۵۸).

۱۰۹) سه نوع مدل تاریخی از رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است توضیح داده شود که این پژوهش با تمرکز بر مقام رهبری در قانون اساسی، تنها به صلاحیت و عدم صلاحیت زنان برای تصدی این مقام در چارچوب قانون اساسی اهتمام دارد. به بیانی دیگر، در این پژوهش به هیچ روی بحث از امکان تصدی ولایت عام و مطلقه زنان و حتی مردان نیست بلکه بحث در جهت امکان‌سنجی تصدی مقام رهبری در حدود قانون اساسی است. این اهتمام بر این باور استوار است که تنها میثاق الزام‌آور قانون اساسی است. چه بسا در باب حقوق زنان و ولایت و رهبری در فقه شیعه انگاره و مبانی‌های متفاوتی وجود داشته، با این همه آنچه اهمیت دارد و البته الزام‌آور است، قانون اساسی است.

در دو مدل اول رهبری، امکان مرجعیت فقهی زنان شرط است. چنانکه در مدل شورایی، امکان عضویت زنان در شورای مشورتی مسئله است. در مدل سوم مناقشه‌ای در امکان نیل زنان به اجتهاد فقهی نیست، با این همه در برساخته ولایت فقیه، روایی ولایت زنان مساله قابل بررسی است. در همین راستا برای به سامان رسیدن فرآیند پژوهش بایسته است که از صلاحیت زنان برای مرجعیت تقلید و مقام افتاء بحث شود. چنانکه امکان عضویت زنان در شوراهای مشورتی قسمتی از پژوهش است. انگاره ولایت فقیه و رهبری زنان نیز لازمه امکان‌سنجی مدل سوم رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی و گامی از این پژوهش است.

لازم است توضیح داده شود که فقه زنان به‌طور خاص و فقه به‌طور عام برساخته است و ما با رویداد فهم متغیر و متکاملی مواجه هستیم که برون‌داد زیست جهان فقیه است. بر این اساس، هم فقه‌پژوهی فقیهان در گستره وسیعی متأثر از مبانی پیشینی ایشان در باب جنسیت و حتی باور به میزان و حدود توانایی عقلی زنان است (هاشمی، ۲۰۱۹: ۵۹). در این میان شاید به نظر برسد که مواجهه با مسئله رهبری و تحلیلی زبانی با بازخوانی سیستماتیک نصوص و گزاره‌های دینی از حیث روشی ناکافی و رهن است. چنانکه بایسته است سرچشمه‌های اندیشه فقیهان در باب حقوق زنان رصد شود؛

نه صرف دلالت و عدم دلالت عمومات و اطلاعات. با اذعان به این فهم بر روش پی- گرفته شده در این پژوهش تأکید می‌شود؛ چراکه مبنای نویسنده اصل جواز است. صلاحیت نداشتن زنان در ساحت رهبری ادعایی است که مدعیان آن با استناد به همین گزاره‌های روایی و قرآنی آن را مبرهن می‌کنند. با این توضیحات نقد و بررسی نیز باید متناسب با ادبیات مدعیان باشد؛ چراکه مدعیان به مبانی انسان‌شناسانه و مبانی کلامی خویش استناد نکرده بلکه با تمسک به ظهورات و اطلاعات ادله لفظی یا اجماع لبی مدعی صلاحیت نداشتن زنان شده‌اند. در این میان بررسی و نقد نیز باید متناسب با همین ادبیات باشد.^۱

۱. رهبری زنان و شرط مرجعیت

گفته شد بنا بر قانون اساسی سال ۱۳۵۸ و قبل از بازنگری، رهبر از میان مراجع دارای شرایط ویژه، انتخاب می‌شد. بر این اساس مرجعیت از جمله شرایط رهبری بود. مسئله‌ای که با توجه به مشهور بودن شرط ذکوریت در تصدی مرجعیت در فقه، (نجفی عراقی، ۱۹۶۰: ۴۵؛ خویی، ۱۹۹۷: ج ۱، ۲۲۴-۲۲۶؛ سبزواری، ۱۹۹۲: ج ۱، ۳۹؛ اشتهااردی، ۱۹۹۶: ج ۱، ۱۴۴)، باعث القاء عدم صلاحیت زنان برای رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران بنا بر قانون اساسی می‌شد. در این گفتار به بررسی شرط ذکوریت در تصدی مرجعیت می‌پردازیم.

۱. لازم است توضیح داده شود که نویسنده پروژه فکری خویش را مطالعه عصری نصوص و گزاره‌های دینی در چارچوب ضوابط شناخته شده اجتهاد، قرار داده است. به همین جهت در این پژوهش نیز به آن وفادار است. هرچند به‌عنوان یک روشنفکر دینی سعی در فهمی متفاوت دارد، تا شاید گامی در جهت کاهش رنج انسان برداشته شود.

به نظر می‌رسد شهید ثانی اولین فقیهی است که ذکوریت را از جمله شرایط افتاء ذکر کرده است.^۱ ایشان بر این شرط ادعای اجماع کرده است (عاملی، ۱۹۸۹: ج ۳، ۶۲) برخی از دانشیان فقه نیز به این اجماع ادعایی از طرف ایشان اشاره کرده‌اند و تأکید می‌کنند که اجماع تنها دلیل شرطیت بلوغ، ذکوریت و طهارت مولد در مسئله مرجعیت و افتاء است؛ البته ایشان در اجماعی بودن مسئله یا اعتبار آن هم با توجه به مدرکی بودنش تشکیک می‌کند (فیروزآبادی، ۱۹۷۹: ج ۴، ۲۹۳-۲۹۴). مرحوم سید صاحب عروه و بسیاری از شارحان عروه بر شرطیت ذکوریت در مرجع تقلید تأکید می‌کنند.^۲ همین انگاره ایشان، مبنای فهم شماری از دانشیان فقه در اشتراط ذکوریت در مرجع تقلید است.

در مقابل برخی دانشیان معاصر فقه تأکید می‌کنند که بر شرطیت رجولیت در مرجع تقلید دلیل خاصی نیست مگر اطلاعات ادله. چنانکه برخی ادعا می‌کنند این اطلاعات

۱. لازم است توضیح داده شود که براساس داده‌کاوی تراث فقیهان شیعه، دانشیان فقه پیش از شهید ثانی به این شرط با وجود اینکه در مقام بیان شرایط مفتی بوده‌اند، نپرداخته‌اند (علامه حلی، ۱۹۸۹: ج ۱، ۳۵۲؛ مکی عاملی، ۲۰۰۹: ج ۱، ۳۵۴). چنانکه شهید ثانی در کنار ادعای اجماع در برخی از آثار خویش تصریح کرده است که در اجتهاد و مرجعیت، ذکوریت شرط نیست؛ «المستدلّ علی الأحكام الشرعیة الفرعیة یرعی مجتهداً، و باعتبار الإعلام و الإخبار للغير یسمی مُفتیاً، و باعتبار الحكم و الأمر و الإلزام بالأحكام یسمی قاضياً... و یعتبر الذکوریه و الحرّیه فی القاضی دونهما» (عاملی، ۲۰۰۰: ج ۲، ۷۷۸)؛ البته ایشان ذکوریت را تنها در قضاوت شرط می‌داند (همان). شایان توجه است که اجماع مذکور با توجه به ادله‌ای که در همین مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد از جمله گزاره‌های روایی مدرکی یا حداقل محتمل المدرك بوده و فاقد اعتبار در نظام ادله اسناد فقهی است.

۲. در کتاب العروه الوثقی اگرچه سید محمد کاظم طباطبایی مرد بودن را جزء شرایط مجتهد می‌آورد: «مسئله، یشرط فی المجتهد أمور البلوغ و العقل و الإیمان و العدالة و الرجولیه و الحرّیه علی قول- و کونه مجتهداً مطلقاً فلا یجوز تقلید المتجزی و الحیاة فلا یجوز تقلید المیت ابتداء» (یزدی، ۱۹۸۸: ج ۱، ۹). با این همه عنایت به بحث سید طباطبایی و دیگر شارحان عروه در ذیل همین بحث مشخص می‌کند که منظور سید بر شمردن شرایط مجتهد متصدی افتاء یا به اصطلاح مرجع تقلید است (نجفی عراقی، ۱۹۶۰: ۴۵؛ خویی، ۱۹۹۷: ج ۱، ۲۲۴-۲۲۶؛ سبزواری، ۱۹۹۲: ج ۱، ۳۹؛ اشتهااردی، ۱۹۹۶: ج ۱، ۱۴۴)؛ البته برخی از فقیهان هم به نقد ادله ممنوعیت مرجعیت زنان پرداخته‌اند (خویی، همان؛ حسینی شیرازی، ۲۰۰۵: ج ۳، ۸۹-۹۸؛ قمی، ۲۰۰۳: ۸۶-۸۷).

انصراف به مردان داشته و مختص به آنان است؛ البته اگر این ادعای انصراف درست باشد، به حدی نیست که رادع بنای عقلاء یعنی لزوم رجوع جاهل به عالم و متخصص از هر جنسیتی باشد. ایشان تأکید می‌کند که بر همین اساس برخی از دانشیان فقه به جواز تقلید از زن و خنثی فتوا داده‌اند.^۱ چنانکه برخی بر این باور هستند که: «اگر زنی شایستگی بیشتری برای مرجعیت فتوا داشته باشد، به‌طور طبع بر مردانی که در حد او نیستند مقدم است... در احکام شرعیه از ایشان پیروی کنند؛ زیرا «فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ»، تنها نظر نیکوتر را مورد پذیرش مکلفان قرار داده چه مرد و یا زن باشد، بر این مبنا، شرط مرد بودن، همچون شرایط دگر به جز احسنه، برخلاف نص این آیه و آیات مشابه است» (صادقی تهرانی، ۱۳۸۶: ۱۵-۱۶) برخی نیز بر این باور هستند که در باب افتاء به‌طور قطع هیچ دلیلی نداریم برای اینکه افتاء منحصر به مرد است. بر این اساس، اگر زنی پیدا شود که اعلم از مردها بوده و عادل هم باشد و شرایط دیگر را نیز داشته باشد، با توجه به ادله فقهی باید بگوییم که تقلید از آن زن جایز و بلکه واجب است (مطهری، ۲۰۱۳: ۴۶).

به‌طور مشخص مستندات شرط ذکوریت در تصدی مرجعیت در کنار گزاره‌های قرآنی دال بر شرطیت ذکوریت در قضاوت مثل آیه قوامیت، درجه، خصام، قرن، خبر ابی خدیجه، مقبوله عمر بن حنظله، روایت احتجاج در زمینه رجوع به فقهاء، اولویت قطعیه متخذ از ممنوعیت و عدم جواز امامت جماعت زنان در نماز و مذاق شرع^۲ از

۱. «و أما اعتبار الرجولة: فهو أيضاً كسابقه عند العقلاء. و ليس عليه دليل ظاهر غير دعوى انصراف إطلاقات الأدلة الى الرجل و اختصاص بعضها به. لكن لو سلم فليس بحيث يصلح رادعا عن بناء العقلاء. و كأنه لذلك أفتى بعض المحققين بجواز تقليد الأئمة و الخنثى» (حكيم، ۲۰۱۲: ج ۱، ۴۳).

۲. چنانکه در ادامه سیر پژوهش به آن پرداخته می‌شود، ادعای اولویت قطعیه متخذ از ممنوعیت و عدم جواز امامت جماعت زنان در نماز و استناد به مذاق در فرآیند مستندسازی انگاره اشتراط ذکوریت در مرجعیت مورد مناقشه جدی است.

جمله ادله دال بر شرطیت ذکوریت در مرجع تقلید است (موحدی لنگرانی، ۱۹۹۳: ۷۹-۸۱؛ خوبی، ۱۹۹۷: ج ۱، ۲۲۴-۲۲۶). در این میان با توجه به دلالت نداشتن گزاره‌های قرآنی^۱ به بررسی دلالت یا عدم دلالت و اعتبار مقبوله عمر بن حنظله، روایت احتجاج در زمینه رجوع به فقهاء، اولویت قطعیه متخذ از ممنوعیت و عدم جواز امامت جماعت زنان در نماز و مذاق شرع، می‌پردازیم.

۲. بررسی ادله و مستندات شرط ذکوریت در مرجعیت

۲-۱. مقبوله عمر بن حنظله

مرحوم حر عاملی این روایت و اسناد آن را گزارش می‌کند: «عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مَنَازَعَةٌ فِي ذِيْنِ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَ إِلَى الْقُضَاءِ أَيْجَلُ ذَلِكَ قَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ وَ مَا يُحْكَمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُخْتًا وَ إِنْ كَانَ حَقًّا ثَابِتًا لَهُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَ مَا أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرُ بِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرُوا أَنْ يُكْفَرُوا بِهِ- قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ يَنْظُرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرِضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتُخِفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رُدُّ وَ الرَّأْيُ عَلَيْنَا الرَّأْيُ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ»^۲.

۱. گزاره‌های قرآنی ادعایی از جمله آیات قوامیت، درجه، خصام و قرن دلالتی بر ممنوعیت مرجعیت زنان ندارند (هاشمی، ۲۰۱۹) چنانکه از جانب دانشیان فقه نیز مورد استناد واقع نشده‌اند.

۲. «عمر بن حنظله می‌گوید: از امام صادق (ع) درباره دو نفر از دوستانمان (یعنی شیعه) که نزاعی بینشان بود در مورد قرض یا میراث به قضات برای رسیدگی مراجعه کرده بودند، سؤال کردم که آیا این رواست؟ فرمود: هر که در مورد دعاوی حق یا دعاوی ناحق به ایشان مراجعه کند در حقیقت به طاغوت یعنی قدرت حاکمه ناروا مراجعه کرده و هر چه را که به حکم آنها بگیرد درحقیقت به‌طور حرام می‌گیرد، گرچه آن را که دریافت می‌کند حق ثابت به او باشد؛ زیرا که آن را به حکم و با رأی طاغوت و آن قدرتی گرفته که خدا دستور داده به آن کافر شود، خدای

در این گزارش مرحوم حر عاملی طریق و سند محمدبن یعقوب کلینی در کتاب الکافی را ملاک قرار داده است و طریق و سند روایت را چنین گزارش می‌کند: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع» (حر عاملی، ۱۹۸۸: ج ۲۷، ۱۳۶-۱۳۷) سند محمدبن یعقوب کلینی در کتاب الکافی نیز عیناً همین است.^۱ همچنین بنا بر گزارش مرحوم حر، شیخ طوسی در کتاب تَهْدِيبُ الْأَحْكَامِ همین روایت را با سند و طریق خودش نقل می‌کند. بنا بر گزارش حر عاملی، شیخ دو طریق در نقل روایت دارد؛ یکی از طریق «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شَمُونٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع» و دیگری از طریق «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع» (حر عاملی، ۱۹۸۸: ج ۲۷، ۱۳۶-۱۳۷).

دانشیان فقه روایت را تلقی به قبول کرده و در ابواب مختلف فقه و اصول به‌ویژه تعادل و تراجیح به روایت عمل کرده‌اند. اگر چه برخی نیز سند روایت را ضعیف می‌

تعالی می‌فرماید: يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ. پرسیدم: چه باید بکنند؟ فرمود: باید نگاه کنند ببینند از شما چه کسی است که حدیث ما را روایت کرده و در حلال و حرام ما مطالعه نموده و صاحب‌نظر شده و احکام و قوانین ما را شناخته است. بایستی او را به‌عنوان قاضی و داور به پذیرند؛ زیرا که من او را حاکم بر شما قرار داده‌ام» (حر عاملی، ۱۹۸۸: ج ۲۷، ۱۳۶-۱۳۷).

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ، عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ» (کلینی، ۱۹۸۶: ج ۱، ۱۶۷-۱۶۹).

دانند (خویی، ۱۹۹۷: ج ۱، ۱۸۷) گذشته از اعتبار سندی روایت،^۱ تمسک به آن از جهت دلالی با مناقشه جدی روبه‌رو است. توضیح آنکه روایت هیچ دلالت یا حتی اشاره‌ای به مرد بودن یا زن بودن نداشته است و به هیچ‌رو نگاه جنسیتی نداشته و ندارد. گذشته از اینکه روایت در باب قضاوت است که در آن باب هم دلالتی بر مرد بودن قاضی نداشت، معلوم نیست که به چه دلیلی برخی از دانشیان فقه روایت را مستند شرطیت ذکوریت در مرجع تقلید قرار داده‌اند. اگر به قسمتی از روایت یعنی گزاره «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» توجه شود، مشخص می‌شود که نه تنها روایت دلالتی بر مطلوب مخالفان مرجعیت زنان ندارد بلکه به هیچ‌رو نگاه جنسیتی حاکم بر روایت نیست. چنانکه «مَنْ»، «کسی»، در این گزاره بار جنسیتی ندارد و مشترک بین مذکر و مونث است (ابن‌هشام، ۱۳۵۹: ج ۱، ۳۲۸) بر این اساس «مَنْ كَانَ»، در این گزاره اطلاق داشته و اختصاص به مردان ندارد.

۲-۲. روایت احتجاج در زمینه رجوع به فقهاء

مرحوم حر عاملی این روایت و سند آن را چنین گزارش می‌کند: «أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبِ الطَّبْرَسِيِّ فِي الْأَحْتِجَاجِ عَنْ أَبِي مُحَمَّدٍ الْعَسْكَرِيِّ ع فَأَمَّا مَنْ كَانَ مِنَ الْفُقَهَاءِ صَائِنًا لِنَفْسِهِ حَافِظًا لِدِينِهِ مُخَالِفًا عَلَى هَوَاهُ مُطِيعًا لِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَلِلْعَوَامِّ أَنْ يُقْلَدُوهُ وَ ذَلِكَ لَا

۱. بررسی سندی روایت با سنجه سند کافی نشان‌دهنده موجه بودن مناقشه در سند است؛ «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ الكَلِينِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى العَطَارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى بْنِ عُبَيْدِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى البَجَلِي عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ الاسْدِي عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ». در این سند «دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ الاسْدِي» واقفی است و همین منشأ مناقشه در سند است (طوسی، ۱۹۹۴: ۳۳۶).

يَكُونُ إِلَّا بَعْضَ فُقَهَاءِ الشَّيْعَةِ لَا كُلَّهُمْ... وَأُورِدَهُ الْعَسْكَرِيُّ ع فِي تَفْسِيرِهِ^۱. بنا بر گزارش حر عاملی مستند روایت تفسیر منسوب به امام عسکری (ع) و نقل أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ الطَّبْرِسِيِّ^۲ در کتاب *الْإِحْتِجَاجِ* است. در مورد سند این روایت بایسته است ذکر شود که کتاب *احتجاج*، مرسل است مگر روایاتی که از تفسیر امام عسکری (ع) نقل کرده است. خود طبرسی در مقدمه *احتجاج* به این مرسل بودن اشاره می‌کند: «و اسناد بسیاری از اخبار را به دلائلی چون وجود اجماع، موافقت با عقل یا اشتها در سیر و کتب موافقان و مخالفان نیوردم به جز احادیث امام حسن عسکری علیه‌السلام که در حدّ تواتر باقی احادیث نبود، هر چند از نظر محتوی مانند آنهاست و اسناد آن را فقط در اولین جزء آن آوردم، چون اسناد باقی احادیث وارده از آن امام همان اسناد اولی بود که از تفسیر آن جناب نقل نمودم» (طبرسی، ۱۹۹۳: ج ۱، ۱۴) براساس تأکید و تصریح جناب طبرسی کتاب مرسل است، هرچند ایشان برای این ارسال دلائلی آورده که قابل توجه نیست؛ چراکه آنچه معتبر است روایت و گزارش ایشان است نه عمل ایشان که مبتنی بر فهم و اجتهاد شخصی خود ایشان بوده است. بر این اساس اجماعی بودن یا اشتها روایاتی که ایشان اسناد آنها را نقل نکرده‌اند برای ما بدون بررسی موردی آنان قابل اعتنا نیست. حال با توجه به اینکه طبرسی این روایت را از تفسیر منسوب به امام حسن عسکری (ع) نقل می‌کند، بایسته است که به بررسی حجیت این کتاب و روایت پردازیم. در این زمینه، شایان توجه است که بنا بر انگاره بسیاری از دانشیان فقه، حدیث و رجال این کتاب نامعتبر است و هیچ یک از روایات آن اعتبار ندارد. چنانکه آنچه امروزه به‌عنوان تفسیر امام عسکری (ع) موجود است به هیچ وجه طریقی که اعتبار آن را با توجه به سنجه‌های علم رجال تأیید کند، وجود ندارد (صالح المعلم، ۲۰۰۸: ج ۱، ۴۹۷-۵۰۳).

۱. «هر کس از فقیهان که نفس خود را پاس دارد، و دین خود را حفظ کند و به مخالفت با هوای نفس برخیزد، و فرمان خدای (یا اولی‌امر معصوم) را اطاعت کند، پس مردمان باید از آنان تقلید کنند؛ البته تنها شمار قلیلی از فقیهان شیعه دارای این صفت هستند» (حر عاملی، ۱۹۸۸: ج ۲۷، ۱۳۱).

گذشته از مستند نبودن روایت و مناقشه سندی، واقعیت این است که تمسک به روایت از جهت دلالتی نیز مناقشه جدی دارد؛ چراکه روایت در پی توصیف فقیهی است که رجوع به آن شایسته است و به هیچ وجه نگاه جنسیتی ندارد. پرواضح است که بر اساس گزاره «صَائِنًا لِنَفْسِهِ حَافِظًا لِدِينِهِ مُخَالَفًا عَلَى هَوَاهُ مُطِيعًا لِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَلِلْعَوَامِّ أَنْ يُقَلِّدُوهُ» آنچه مجوز رجوع به فقیهان است، برخورداری از صفات مذکور در روایت است. نه مرد بودن یا زن بودن و چه بسیار متفقهان مرجع نما که واجد این صفات نیستند. مسئله‌ای که روایت نیز به آن اشاره کرده است «وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْضَ فُقَهَاءِ الشَّيْعَةِ». آری دوری از هوا، هوس و دنیاطلبی مسئله‌ای نیست که انسان‌نماها را گرفتار نکند.

۲-۳. دیگر ادله ادعایی

دیگر وجوه استحسانی ادعایی از جمله اولویت قطعیه متخذ از ممنوعیت و عدم جواز امامت جماعت زنان در نماز، اجماع و مذاق شرع نیز قابل مناقشه است؛ چراکه ربط و نسبتی بین ممنوعیت عدم جواز امامت جماعت زنان و محرومیت از مرجعیت به‌طور کلی وجود ندارد. چنان که مسئله به هیچ وجه اجماعی نیست و در صورت اجماعی بودن هم با مناقشه مدرکی بودن اجماع همراه است. همچنین ارجاع و استناد به مذاق ارجاع و استناد به مبهمات است؛ چراکه اگر فقیهی به اعتبار مبانی، ادله و مستندات خاص خود به انگاره و اندیشه‌ای اعتقاد پیدا کرده است، لازم است که آن مبانی، ادله و مستندات را ذکر کند تا مورد بررسی قرار گیرد و الا استناد به مذاق چیزی جز کلی‌گویی و فرار از سنجه‌های شناخته‌شده فقه و فقاقت نیست. چنانکه چیزی به نام مذاق و شمّ الفقاهه، قابلیت سنجش و راست‌آزمایی را ندارد؛ چراکه امری ذهنی است. بر این اساس، راست‌آزمایی آن ناممکن است؛ البته اگر فقیه یا متفقّهی مدعی استناد به مذاق و شمّ فقهی است، بایسته است که در فرض مبنا و مستند داشتن دریافت و برداشتش، آن مبانی و مستندات را برای ارزیابی ارائه دهد.

برآیند این سیر از پژوهش اعتبار نداشتن ادله و مستندات مدعیان شرط ذکوریت در تصدی مرجعیت است. بر این اساس، زنان برای تصدی این جایگاه از نظر جنسیت هیچ منع و محرومیتی نداشته و ندارند؛ البته اصل اولی در مسئله نیز جواز و اباحه است. چنانکه به نوعی می‌شود به اصل عدم^۱ اشتراط ذکوریت نیز استناد کرد. با این توضیحی که مدعی اشتراط ذکوریت، ملزم به ارائه مستنداتی برای مبرهن کردن انگاره خویش است. چنانکه اطلاق ادله و گزاره‌های قرآنی مورد استناد بر روایی تقلید نیز جنسیت را مورد نظر قرار نداده است «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَانْفَرَّ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ»^۲ و «فَسأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»^۳. چنانکه در آیاتی از قرآن نیز کتمان حق سرزنش شده و در نتیجه بیان حق و حقیقت لازم شمرده شده و وظیفه‌ای حتمی است. از جمله در شریفه آل عمران می‌فرماید: «يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تَلْبِسُونَ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَ تَكْتُمُونَ الْحَقَّ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»، (آل عمران، آیه ۷۱)، «ای اهل کتاب، چرا حق را با باطل (می‌آمیزید و) مشتبه می‌کنید (تا دیگران نفهمند و گمراه شوند)، و حقیقت را پوشیده می‌دارید در حالی که می‌دانید». اگرچه اهل کتاب (یهود و نصارا)، زمان پیامبر مخاطب این آیه است (شاه عبدالعظیمی، ۱۹۸۴: ج ۲، ۱۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۹۹۵: ج ۲، ۶۱۱؛ طبرسی، ۱۹۹۳:

۱. بر اساس مفاد این اصل، اصل عدم چیزی است مگر آنکه وجودش ثابت شود. کاربرد این اصل در فقه و اصول دانشیان شیعی مسلک، به حدی است که این تئوری از مسلمات این فقه محسوب می‌شود. بازخوانی متون فقهی و اصولی نشان‌دهنده این مهم است. لازم است توضیح داده شود که در کاربرد فقهی و اصولی واژه عدم، به مفاهیم دیگری اضافه می‌شود. برای مثال گفته می‌شود: «أصله عدم وجوب»، «أصله عدم الشرط»، «أصله عدم الاذن»، «أصله عدم التفاوت»، «أصله عدم التحريم»، «أصله عدم ولاية الأم»، «أصله عدم الاستحقاق»، «أصله عدم الرجوع علی غیره» و «أصله عدم الضمان».

۲. «و مؤمنان را نسزد که همگی [به سوی جهاد] بیرون روند؛ چرا از هر جمعیتی گروهی [به سوی پیامبر] کوچ نمی‌کنند تا در دین آگاهی یابند و قوم خود را هنگامی که به سوی آنان بازگشتند، بیم دهند، باشد که [از مخالفت با خدا و عذاب او] بپرهیزند» (توبه، آیه ۱۲۲).

۳. «از اهل دانش و اطلاع بپرسید» (نحل، آیه ۴۳).

ج ۲، ۷۷۱) ولی این گزاره قرآنی در پی تشریح و تبیین حقیقتی جامع، جهانی و جاویدان است که مختص به یک قوم و در یک زمان نیست؛ چه آنکه به التزام، رویه کتمان حق از هر کس و در هر زمان که باشد مورد سرزنش قرار گرفته است (طبرسی، ۱۹۹۳: ج ۲، ۱۴۲؛ صادقی، ۱۹۸۶: ج ۵، ۱۹۴؛ نجفی خمینی، ۱۹۷۷: ۳۳۰) پس از آنجا که سرزنش اهل کتاب، به خاطر رفتارشان نسبت به حق است و هرکس این راه را بپیماید، براساس این آموزه قرآنی محکوم است؛ لذا اظهار و آشکار کردن حقی که انسان به آن آگاهی دارد، از جمله واقعیت احکام دینی، یک وظیفه است و این آیه کریمه نه تنها دلیلی دیگری بر جواز تقلید و افتاء است؛ بلکه دلیل بر لزوم آن در پاره‌ای از موارد است. پر واضح است که در این زمینه نیز به هیچ‌وجه مرد بودن یا زن بودن و نگاه جنسیتی مطرح نیست و این گزاره از این جهت اطلاق دارد و این تکلیف متوجه مردان و زنان است. چنانکه بنای عقلاء و سیره خردمندان بر رجوع جاهل به عالم که مبنای وثیقی در روایی تقلید است، انحصاری به رجوع به مردان ندارد.

با این همه ممکن است که گفته شود اشاره نکردن به شرط جنسیت در این گزاره‌ها دلیل بر عدم اشتراط آن نیست. به نظر می‌رسد که این فهم نیز با مناقشه روبه‌روست؛ چراکه ممکن است گفته شود این گزاره‌ها در مقام بیان و با این همه اشتراط جنسیت نداشته است؛ البته تمسک به این گزاره‌ها از باب مؤید و پس از نقد و بررسی وجوه و مستندات مدعیان اشتراط ذکوریت است. چنانکه بار اثبات اشتراط ذکوریت بر عهده مدعی آن است.

۳. امکان عضویت زنان در شورای رهبری

در اصل ۱۰۷ قانون اساسی سال ۱۳۵۸ تصریح شده است: «هر گاه یک مرجع را دارای برجستگی خاص برای رهبری بیابند او را به‌عنوان رهبر به مردم معرفی می‌نمایند، وگرنه سه یا پنج مرجع واجد شرایط رهبری را به‌عنوان اعضای شورای رهبری تعیین و به مردم معرفی می‌کنند». این مدل رهبری در دوره بازنگری مورد انتقاد قرار گرفته و

در نهایت در قانون اساسی بازنگری شده سال ۱۳۶۸ حذف شد. توضیح آنکه برخی اصل مسئله رهبری شورایی را مورد نقد قرار داده‌اند. صاحبان انگاره‌ها و اندیشه‌های موافق و مخالف این شیوه به ادله مختلفی استناد کرده‌اند، از جمله مخالفان بر این باورند که شیوه رهبری شورایی در آیات و روایات مورد تأیید قرار نگرفته است و در سیره انبیاء و اولیاء هم نه تنها این شیوه نبوده بلکه به گواهی تاریخ وحدت رهبری حاکم بوده است. ایشان با اشاره به ندرت بودن رهبری شورایی و جمعی در امور اجرایی کشورها تأکید می‌کنند که عقل و منطق نیز بر رهبری واحد تأکید دارد و نابسامانی اوضاع و اختلال نتیجه، واگذاری تصمیم به جمع است. در مقابل موافقان این شیوه از رهبری، به فقدان عصمت فرد و احتمال وقوع اشتباه کمتر در عقل جمعی، نسبت به عقل فردی اشاره کرده و آیات و روایات باب مشورت را مستند اندیشه خود قرار می‌دهد (مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۹۸۹: ذیل اصل)

در این میان برخی از دانشیان مسلمان اطلاق واژه «امر»، در گزاره قرآنی «وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ» (شوری، آیه ۸) را نشانه بایستگی شور در همه کارها از جمله شورایی بودن حکومت می‌دانند (شیرازی، ۱۹۰۶: ج ۱، ۶۶) با این همه بر فرض مدل شورایی، مسئله مشارکت زنان در شورای رهبری، یعنی همان «سه یا پنج مرجع واجد شرایط رهبری»، مسئله قابل بررسی است. چنانکه برخی ضمن نفی صلاحیت مشورت‌دهی زنان، حضور ایشان را در شوراهای حکمرانی و مجالس مشورتی ناروا دانسته‌اند (البوطی، ۱۹۸۹م: ج ۲، ۵۲۸-۵۲۹) چنانکه لازمه برخی از روایات مذمت مشورت با زنان و به‌طور کلی عضویت ایشان در شوراهای مشورتی است: «إِيَّاكُمْ وَ مَشَاوِرَةَ النِّسَاءِ فَإِنَّ رَأْيَهُنَّ إِلَى الْأَفْنِ وَ عَزْمُهُنَّ إِلَى الْوَهْنِ» (کلینی، ۱۹۸۶: ج ۵، ۳۳۷-۳۳۸؛ نهج البلاغه، ۴۰۵) «از مشاوره با زنان بپرهیز، زیرا نظر آنان ناقص و تصمیمشان ناپایدار است». همچنین در حدیث دیگری نقل شده: «إِيَّاكُمْ وَ مَشَاوِرَةَ النِّسَاءِ فَإِنَّ فِيهِنَّ الضَّعْفَ وَ

الْوَهْنِ وَالْعَجْزِ»^۱ (نهج البلاغه، ۵۱۸؛ حرعاملی، ۱۹۸۸: ج ۲۰، ۶۴-۶۵، ۱۸۲؛ نوری، ۱۹۸۷: ج ۸، ۳۴۷-۳۴۸).

به نظر می‌رسد که مستند قابل توجهی بر منع و محرومیت زنان از عضویت در شورای رهبری بر فرض شکل‌گیری وجود ندارد. در تبیین عدم اطلاق و دلالت این احادیث بر مسئله مورد بحث گفته شده: «این تعلیل قطعاً شامل همه زنان نمی‌شود؛ زیرا به یقین در بین آنان زنانی هستند که چنین نمی‌باشند. پس مقتضای تعلیل این است که اگر بعضی زنان دو صفت فوق را نداشته باشند مشورت با آنان مرغوب عنه نیست؛ چنانکه اگر مردانی پیدا شدند که دارای دو صفت فوق باشند مشورت با آنان مشمول جمله فوق خواهد بود. درحقیقت موضوع نهی در جمله حضرت کسی است که رأی او ضعیف و تصمیم او سست باشد، خواه زن باشد یا مرد» (منتظری، ۲۰۰۸: ۱۲۴). چنانکه ممکن است گزاره روایی معطوف به زمان و زنان جامعه صدور آن یا مشارکت برخی از زنان پیامبر در منازعه جمل باشد. این وجوه احتمالی تمسک به گزاره روایی مورد بحث را با مناقشه روبه‌رو می‌کند. در کنار این مناقشات، گزاره‌های روایی مورد بحث با اصل قرآنی مشورت و اصل لزوم تبعیت از قول احسن،^۲ منافات دارد (امین، ۱۹۸۲: ج ۱۱، ۱۹۵-۱۹۶؛ صادقی تهرانی، ۱۹۹۸: ۴۶۰؛ ناصر مکارم، ۱۹۹۵: ج ۱۹، ۴۱۲-۴۱۳) برخی

۱. «از مشورت با زنان بپرهیز چرا که گرفتار ضعف، سستی و ناتوانی اند».

۲. این اصل متخذ از گزاره قرآنی «فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَ أُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَيْبَاتِ»، «به بنده‌گانم بشارت ده. آنان که سخن را می‌شنوند و از بهترینش پیروی می‌کنند، اینانند کسانی که خدا هدایتشان کرده، و اینان همان خردمندان اند» است (زمر، آیه ۱۸-۱۹). این گزاره قرآنی ضمن توصیه به شنیدن اقوال و اندیشه‌ها در جامعه‌ای چندصدایی، کسانی را که اقوال و اندیشه‌ها را در هر زمینه‌ای بشنوند و از میان آن بهترین را انتخاب و ملاک عمل قرار دهند، هدایت‌شده دانسته است. با توجه به اینکه حرف (ال) در مفهوم واژه «الْقَوْلُ»، در گزاره قرآنی، جنس است شامل تمام اقوال و اندیشه‌ها می‌شود و اختصاص به قول و اندیشه جنس مذکر ندارد. بر این اساس، در مسائل مبتلا به دینی هم در فرض فتاوی مختلف از مراجع زن و مرد، آنچه موجبات هدایت را فراهم می‌کند، میزان کاشفیت از شریعت و احسن بودن است، نه جنسیت صاحب فتوا. بر همین اساس ادعای اشتراط ذکوریت در تضاد با این اصل حاکم است.

از فقیهان با مستمسک قرار دادن اصل «لزوم تبعیت از قول احسن»، بر انگاره جواز مرجعیت زنان در مسائل شرعی و فقهی تأکید کرده‌اند (صادقی تهرانی، ۲۰۰۵: ۲۹).

۴. انگاره ولایت فقیه و رهبری زنان

برخی از دانشیان معاصر فقه و نظریه‌پرداز اندیشه ولایت فقیه، گزارش به نسبت خوبی از ادله و مستندات شرط ذکوریت در رهبر و والی می‌دهند. براساس تتبع و تحقیق ایشان اجماع، آیات قوامیت، درجه، خصام و قرن از جمله مستندات شرط ذکوریت در رهبر و والی هستند. چنانکه روایات نهی‌کننده از زمام‌داری و مشورت با زنان که مورد بحث قرار گرفت و روایات دال بر نقصان عقل زنان در کنار روایت ابی‌خدیجه مورد بحث، از مستندات انگاره شرطیت ذکوریت در رهبر و قاضی است. همچنین بنا بر گزارش ایشان ممنوعیت و عدم جواز امامت جماعت زنان در نماز به طریق اولویت بر ناروایی رهبری آنان در جامعه دلالت دارد (منتظری، ۱۹۸۸: ج ۱، ۳۳۵-۳۶۲) ایشان به درستی بر عدم اجماع در مسئله تأکید می‌کند؛ چراکه مسئله سابقه فقهی ندارد و به تعبیر ایشان مسئله‌ای نوپدید در فقه شیعه است. در فقه شیعه بابتی به این عنوان تا کنون گشوده نشده است (منتظری، ۱۹۸۸: ج ۱، ۳۴۰-۳۳۵) بر این اساس، اجماعی در مسئله شرط بودن ذکوریت در زمام‌داری و رهبری زنان وجود ندارد. چنانکه مسئله شرطیت ذکوریت در قاضی نیز به هیچ رو اجماعی نیست (همان) و در صورت اجماعی بودن، نیز ملازمه‌ای بین اشتراط ذکوریت در قضاوت با شرط بودن ذکوریت در رهبری وجود ندارد.

در این میان مسئله ناروایی ولایت زنان نیز به نوعی می‌تواند مناقشه‌ای در روایی رهبری زنان باشد. با این همه به نظر می‌رسد که این مناقشه نارواست. توضیح آنکه اگرچه اصل عدم سلطه و ولایت کسی بر دیگری یا دیگران است (انصاری دزفولی، ۱۹۹۴: ج ۳، ۵۴۶؛ منتظری، ۱۹۹۸: ج ۱، ۱۱۳) با این همه، به جهت ضرورت تشکیل دولت تنظیم‌گر، مشارکت سیاسی زنان در سطح نخبگانی بسان مردان، اصلی عقلانی است؛ چراکه به مقتضای ادله و الزامات ضرورت تشکیل دولت تنظیم‌گر، انسان

صرف نظر از جنسیت از اصل عدم ولایت، خارج شده و ادله مشروعیت و ضرورت تشکیل حکومت، ولایت و سلطه حاکم را تا حدی توجیه کنند. بر این اساس از اصل عدم ولایت، انسان با صرف نظر از مذکر و مؤنث بودن خارج شده باشد (انصاری دزفولی، ۱۹۹۴: ج ۳، ۵۴۶؛ شمس‌الدین، ۱۹۹۵م: ۱۵۷-۱۶۷). به بیانی کسی بر دیگران صرف نظر از جنسیت وی، ولایت نداشته و ندارد با این همه ضرورت تشکیل حکومت و دولت به قراردادی اجتماعی منتهی می‌شود که حکمرانان و حاکمیت به نوعی برای تنظیم‌گری، محدودیت‌هایی را برای افراد ایجاد می‌کنند. روایی این دخل و تصرف دولت تنظیم‌گر، به معنای ولایت فرد انسانی غیرمعصوم بر انسان‌ها نیست.

فرجام سخن

«بررسی امکان یا امتناع رهبری زنان از منظر فقه سیاسی و حقوق‌اساسی جمهوری اسلامی ایران»، عنوان پژوهشی است که مسئله اصلی آن امکان‌سنجی رهبری زنان براساس سنجه‌های فقه سیاسی شیعه و حقوق‌اساسی جمهوری اسلامی ایران است. براساس برون‌داد این پژوهش، موارد ذیل که به نوعی از حیث ماهیت شماری از یافته‌های عینی پژوهش یا تحلیل و پیشنهاد مرتبط است، به شرح ذکر می‌شود:

«شورای رهبری از میان مراجع»، «رهبر فردی با شرط مرجعیت» و «رهبر فردی با شرط اجتهاد»، سه نوع مدل رهبری در حقوق‌اساسی جمهوری ایران است. بر این اساس با توجه به قانون اساسی در شرایط فعلی به هیچ‌روی جنسیت اخذ نشده است و به مرد بودن یا زن بودن رهبر اشاره نشده است؛ البته با شرط مرجعیت شاید این انگاره به ذهن تبادر کند که با توجه به اینکه بر اساس فقه شیعه زنان نمی‌توانند مرجع تقلید شوند، پس با اشتراط مرجعیت به طریق اولی مرد بودن نیز شرط شده است. در این میان برآیند ساحتی از این پژوهش اعتبار نداشتن ادله و مستندات مدعیان شرط ذکوریت در تصدی مرجعیت است. بر این اساس، زنان برای تصدی این جایگاه از نظر جنسیت هیچ منع و محرومیتی نداشته‌اند و ندارند.

چنانکه اطلاق ادله و گزاره‌های قرآنی مورد استناد بر روایی تقلید را نیز جنسیت مورد نظر قرار نداده است.

به نظر می‌رسد که مستند قابل توجهی بر منع و محرومیت زنان از عضویت در شورای رهبری بر فرض شکل‌گیری وجود ندارد.

چنانکه کسی بر دیگران صرف‌نظر از جنسیت وی، ولایت نداشته و ندارد با این همه ضرورت تشکیل حکومت و دولت به قراردادی اجتماعی منتهی می‌شود که حکمرانان و حاکمیت به نوعی به جهت تنظیم‌گری، محدودیت‌هایی را برای افراد ایجاد می‌کنند. روایی این دخل و تصرف دولت تنظیم‌گر، به معنای ولایت فرد انسانی غیرمعصوم بر انسان‌ها نیست.

براساس برآیند این تحقیق مبرهن شد که ادله مخالفان رهبری زنان به هیچ رو دلالتی بر ممنوعیت رهبری زنان در ساختار قدرت جمهوری اسلامی ندارد. به بیانی دیگر، هیچ مانع جدی برای تصدی مقام رهبری زنان در جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. شرط اصلی صلاحیت و شایستگی است، نه جنسیت. بر این اساس، رهبری زنان چه در فرض شرطیت اجتهاد یا مرجعیت تقلید رهبر، حتی بنا بر ادله و مستندات اندیشه ولایت فقیه نیز، منعی ندارد و ادله مورد استناد برخی از دانشیان فقه چندان وجیه نیست.

References

قرآن کریم

- ابن‌هشام، عبدالله بن یوسف. (۱۳۵۹). *معنی اللیب*، ج ۱، قم: کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. (۱۹۸۹). *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۱، ۲، تهران: اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی.

- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. (۱۹۸۹). مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی، اداره کل تندنویسی.
- اشتهاردی، علی پناه. (۱۹۹۶). مدارک العروء، ج ۱، تهران: دارالأسوة للطباعة و النشر.
- امین، سیده نصرت. (۱۹۸۲). مخزن العرفان در تفسیر قرآن، تهران: نهضت زنان مسلمان.
- انصاری دزفولی، مرتضی. (۱۹۹۴). المکاسب، ج ۳، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- البوطی، محمدسعید. (۱۹۸۹م). الشوری فی الاسلام، ج ۲، عمان: المجمع الملکی لبحوث الحضارة الاسلامیة.
- حر عاملی، محمدبن حسن. (۱۹۸۸). وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت.
- حسینی بهشتی، محمد. (۲۰۱۱). مبانی نظری قانون اساسی، تهران: بقیع.
- حسینی شیرازی، سید صادق. (۲۰۰۵). بیان الفقه فی شرح العروء الوثقی، ج ۳، قم: دارالأنصار.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی. (۱۹۷۹). عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول، قم: انتشارات اسلامی.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۹۰۶). تقریب القرآن إلی الأذهان، بیروت: دارالعلوم.
- حکیم، سید محسن. (۲۰۱۲). مستمسک عروء الوثقی، نجف اشرف: مطبعة الآداب.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۹۹۷). التفتیح فی شرح العروء الوثقی، ج ۱، قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۹۹۲). مهذب الأحكام، ج ۱، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله. شاه عبدالعظیمی، حسین حسینی. (۱۹۸۴). تفسیر اثنا عشری، ج ۲، تهران: میقات.
- شمس الدین، محمد مهدی. (۱۹۹۵م). اهلیة المرأة لتولی السلطنة، بیروت: المؤسسة الدولية للدراسات.
- صادقی تهرانی، محمد. (۲۰۰۵). رساله نوین، قم: نرم افزار مجموعه آثار دکتر صادقی تهرانی، سازمان کامپیوتر علوم اسلامی نور.
- صادقی تهرانی، محمد. (۱۹۸۶). الفرقان فی تفسیر القرآن، قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
- صادقی تهرانی، محمد. (۱۹۹۸). البلاغ فی تفسیر القرآن بالقرآن، قم: مؤلف.
- صادقی تهرانی، محمد. (۲۰۰۷). نگرشی جدید بر حقوق بانوان، تهران: امید فردا.
- صالح المعلم، محمدعلی. (۲۰۰۸). اصول علم الرجال بین النظریة و التطبيق تقریر البحث سماحة آیت الله الحاج الشیخ مسلم الداوری، ج ۱، قم: مؤسسه فرهنگی صاحب الامر (عج).
- طبرسی، احمد بن علی. (۱۹۸۲). الإحتجاج علی أهل اللجاج (للطبرسی)، مشهد: دارالکتب الاسلامیه.
- طبرسی، فضل بن الحسن. (۱۹۹۳). مجمع البیان، تهران: انتشارات ناصر خسرو.

طوسی، محمدبن حسن. (۱۹۹۴). رجال الطوسی، قم: جماعه المدرسين في الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی.

عاملی، زین الدین بن علی. (۱۹۸۹). الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری.

عاملی، زین الدین بن علی. (۲۰۰۰). رسائل الشهيد الثاني (الاقتصاد و الإرشاد إلى طریق الاجتهاد فی معرفة المبدأ و المعاد و أحكام أفعال العباد)، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم، مرکز انتشارات.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۹۸۹) إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

قانون اساسی.

قمی، سید تقی. (۲۰۰۳). الغایة القصوی فی التعليق علی العروة - الاجتهاد و التقليد، قم: انتشارات محلاتی.

کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۹۸۶). الکافی، تهران: الاسلامیه.

مطهری، مرتضی. (۲۰۱۳). زن و مسائل قضایی و سیاسی، تهران: صدرا.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۹۹۵). نمونه، تهران: دارالکتب الإسلامیه.

مکی عاملی، محمد. (۲۰۰۹). موسوعه الشهيد الأول، ج ۱، قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزه العلمیه، قم المقدسه، معاونیه الابحاث، مرکز العلوم و الثقافه الاسلامیه.

منتظری، حسین علی. (۱۹۹۸). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۱، مترجم، صلواتی، محمود و دیگران، قم: مؤسسه کیهان.

منتظری، حسین علی. (۲۰۰۸). حکومت دینی و حقوق انسان، قم: ارغوان دانش.

منتظری، حسین علی. (۱۹۸۸). دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیه.

موحدی لنکرانی، محمد فاضل. (۱۹۹۳). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الاجتهاد و التقليد، قم: انتشارات اسلامی.

نجفی عراقی، عبدالنبی. (۱۹۶۰). المعالم الزلفی فی شرح العروه الوثقی، قم: المطبعه العلمیه.

نجفی خمینی، محمدجواد. (۱۹۷۷). تفسیر آسان. تهران: انتشارات اسلامی.

نوری، میرزا حسین. (۱۹۸۷). مستدرک الوسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

نهج البلاغه.

هاشمی، سید محمدعلی. (۲۰۱۹). *اندیشه‌های فقهی معاصر و مسئله مشارکت سیاسی زنان*، تهران: نگاه معاصر.

یزدی، سید محمدکاظم. (۱۹۸۸). *العروة الوثقی*، ج ۱، بیروت: مؤسسة العلمی.

Holy Quran. [In Arabic]

Al-Amili, Z. A. (1989). *Al-Rawḍah al-Bahiyah fī Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah (al-Muḥashshā - Kalāntar)*, Qom: Kitābfurūshī Dāwarī. [In Arabic]

Al-Amili, Z. A. (2000). *Rasā'il al-Shahīd al-Thānī (Al-Iqtisād wa al-Irshād ilā Tarīq al-Ijtihād fī Ma'rifat al-Mabdā' wa al-Ma'ād wa Ahkām Af'āl al-'Ibād)*, Vol. 2, Qom: Daftar-e Tablīghāt-e Eslāmi Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. Markaz-e Enteshārāt. [In Arabic]

Al-Bouti, M. S. (1989). *Al-Shūrā fī al-Islām*, Vol. 2, Amman: Al-Majma' al-Malaki li-Buḥūth al-Ḥaḍāriyyah al-Islāmiyyah. [In Arabic]

Al-Hurr al-Amili, M. H. (1988). *Wasā'il al-Sh'ah*, Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt. [In Arabic]

Al-Kulayni, M. Y. (1986). *Al-Kāfī*. Tehran: al-Islāmiyyah. [In Arabic]

Allamah al-Hilli, . Y. (1989). *Irshād al-Adhhān ilā Ahkām al-Īmān*, Vol. 1, Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmi. [In Arabic]

Al-Makki al-Amili, M. (2009). *Mawsū'at al-Shahīd al-Awwal*, Vol. 1, Qom: Maktab al-'Alām al-Islāmi fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah. Qom al-Muqaddasah. Mu'awanat al-Abḥāth. Markaz al-'Ulūm wa al-Thaqāfah al-Islāmiyyah. [In Arabic]

Al-Noori, M. H. (1987). *Mustadrak al-Wasā'il*, Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt. [In Arabic]

Al-Tabarsi, A. A. (1982). *Al-Ihtijāj 'alā Ahl al-Lijāj* (by al-Tabarsi), Mashhad: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. [In Arabic]

Al-Tabarsi, F. H. (1993). *Majma' al-Bayān*, Tehran: Enteshārāt-e Nāser Khosrow. [In Arabic]

Al-Tusi, M. H. (1994). *Rijāl al-Ṭūsī*. Qom: Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah bi-Qum, Mu'assasat al-Nashr al-Islāmi. [In Arabic]

Amin, S. N. (1982). *Makhzan al-'Irfān fī Tafsīr al-Qur'ān*, Tehran: Nahzat-e Zanān-e Mosalmān. [In Persian]

Ansari Dezfuli, M. (1994). *Al-Makāsib*, Vol. 3, Qom: Kongre-ye Bozorgdāsh-t-e Shaykh-e A'zam-e Ansāri. [In Arabic]

Eshtehardi, A. P. (1996). *Madārik al-'Urwah*, Vol. 1, Tehran: Dār al-Uswah lil-Ṭibā'ah wa al-Nashr. [In Arabic]

General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly. (1989). *Verbatim Report of the Meetings of the Assembly for the Final Review of the Constitution of the Islamic*

- Republic of Iran, Vols. 1 & 2, Tehran: Department of Propaganda and Publications of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
- General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly. (1989). Annotated discussions of the Constitutional Revision Council of the Islamic Republic of Iran. Tehran: Islamic Consultative Assembly, General Directorate of Stenography. [In Persian]
- Hakim, S. M. (2012). *Mustamsak al-'Urwah al-Wuthqā*. Najaf Ashraf: Maṭba'at al-Ādāb. [In Arabic]
- Hashemi, S. M. A. (2019). *Contemporary jurisprudential thoughts and women's political participation*. Tehran: Negāh-e Mo'aṣer. [In Persian]
- Hussaini Beheshti, M. (2011). *Theoretical foundations of the Constitution*, Tehran: Baghcheh. [In Persian]
- Hussaini Firoozabadi, M. (1979). 'Ināyat al-Uṣūl fī Sharh Kifāyat al-Uṣūl, Qom: Enteshārāt-e Eslāmi. [In Arabic]
- Hussaini Shirazi, S. M. (1906). *Taqrīb al-Qur'ān ilā al-Adhḥān*, Beirut: Dār al-'Ulūm. [In Arabic]
- Hussaini Shirazi, S. S. (2005). *Bayān al-Fiqh fī Sharh al-'Urwah al-Wuthqā*, Vol. 3, Qom: Dār al-Anṣār. [In Arabic]
- Ibn Hisham, A. Y. (1359). *Moghni al-Labib*, Vol. 1, Qom: Library of Hazrat Ayatollah Grand Marashi Najafi (RA).
- Khoei, S. A. .Q. (1997). *Al-Tanqīh fī Sharh al-'Urwah al-Wuthqā*, Vol. 1, Qom: Under the supervision of Mr. Lotfi. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (1995). *Sample interpretation*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. [In Persian]
- Montazeri, H. A. (1988). *Dirāsāt fī Wilāyat al-Faqīh wa Fiqh al-Dawlah al-Islāmiyyah*, Qom: Al-Markaz al-'Ālamī lil-Dirāsāt al-Islāmiyyah. [In Arabic]
- Montazeri, H. A. (1998). *Jurisprudential foundations of Islamic government*, Vol. 1, Translated by: Salavati, Mahmoud and others, Qom: Mu'assasat-e Kayhān. [In Arabic]
- Montazeri, H. A. (2008). *Religious rule and human rights*, Qom: Arghavān-e Dānesh. [In Persian]
- Mooaddi Langarudi, M. F. (1993). *Tafṣīl al-Sharī'ah fī Sharh Taḥrīr al-Wasīlah - Al-Ijtihād wa al-Taqlīd*, Qom: Enteshārāt-e Eslāmi. [In Arabic]
- Motahhari, M. (2013). *Women and judicial and political issues*, Tehran: Sadra. [In Persian]
- Nahj al-Balagha. [In Arabic]
- Najafi Iraqi, A .N. (1960). *Al-Ma'ālim al-Zulfā fī Sharh al-'Urwah al-Wuthqā*. Qom: Al-Maṭba'ah al-'Ilmiyyah. [In Arabic]

- Najafi Khomeini, M. J. (1977). *Easy interpretation*, Tehran: Enteshārāt-e Eslāmiyyah. [In Persian]
- Qomi, S. T. (2003). *Al-Ghāyah al-Quṣwā fī al-Ta'līq 'alā al-'Urwah - Al-Ijtihād wa al-Taqlīd*, Qom: Enteshārāt-e Mohallāti. [In Arabic]
- Sabzevari, S. A. A. (1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām*, Vol. 1, Qom: Mu'assasat al-Manār - Daftar-e Ḥadrat-e Āyatullāh. [In Arabic]
- Sadeqi Tehrani, M. (1986). *Al-Furqān fī Tafsīr al-Qur'ān*, Qom: Enteshārāt-e Farhang-e Eslāmi. [In Arabic]
- Sadeqi Tehrani, M. (1998). *Al-Balāgh fī Tafsīr al-Qur'ān bi al-Qur'ān*, Qom: Mu'allif. [In Arabic]
- Sadeqi Tehrani, M. (2005). *New treatise. Qom: Software Package of Dr. Sadeqi Tehrani's Works*, Noor Computer Research Center of Islamic Sciences. [In Persian]
- Sadeqi Tehrani, M. (2007). *A new perspective on women's rights*. Tehran: Omid-e Fardā. [In Persian]
- Saleh al-Mo'allam, M. A. (2008). *Uṣūl 'Ilm al-Rijāl bayn al-Nazariyyah wa al-Taṭbīq: Taqrīr al-Baḥth li-Samāhat Āyatullāh al-Ḥāj al-Shaykh Muslim al-Dāwarī*, Vol. 1, Qom: Mu'assasat al-Şāhib al-Amr ('Aj). [In Arabic]
- Shah Abdolazimi, H. H. (1984). *Tafsīr Ithnā 'Asharī*, Vol. 2, Tehran: Miqāt. [In Persian]
- Shamsuddin, M. M. (1995). *Ahlīyat al-Mar'ah li-Wilāyat al-Sulṭah*, Beirut: Al-Mu'assasah al-Dawliyyah lil-Dirāsāt. [In Arabic]
- The Constitution [of the Islamic Republic of Iran]. [In Persian]
- Yazdi, S. M. K. (1988). *Al-'Urwah al-Wuthqā*, Vol. 1, Beirut: Al-Mu'assasah al-'Ilmiyyah. [In Arabic]



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.48382.5010>



Research Article

Securitization Arising from Criminal Stigmatization in Iranian and U.S. Law (with an Emphasis on Individual Rights and Freedoms)

Hadi Salehi^{1*}, Mohammad Kazem Zareh², Donya Sanjabi Broujeni³

1. Assistant professor of Public Law, Department of Public Law and International Law, School of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. Graduate of PhD of Criminal Law and Criminology, School of Law, Tehran University, Tehran, Iran
3. LL.M Graduate of Public Law, Department of Public Law and International Law, School of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 19-09-2023

Accepted: 03-02-2024

Abstract

Criminal stigmatization refers to sanctions or measures, whether mandatory or discretionary for judicial authorities, that result in the shaming and discrediting of offenders and, in some cases, defendants. Historically, these measures have existed in the criminal justice systems of various countries, notably the United States. In the U.S., criminal stigmatization has become more prevalent due to significant political events and the dominance of a securitized criminal policy. In Iran, the concept of stigmatization has a considerable foundation and is currently prescribed or mandated in criminal laws, including the Islamic Penal Code of 2013 and the Code of Criminal Procedure of 2015, particularly in instances such as the publication of conviction judgments.

Please cite this article as:

Salehi, H., Zareh, M.K., Sanjabi Broujeni, D (2025). Securitization Arising from Criminal Stigmatization in Iranian and U.S. Law (with an Emphasis on Individual Rights and Freedoms). *Journal of Legal Studies*, 17(3), 419-450. doi: <https://10.22099/JLS.2024.48382.5010>

* Corresponding author:

E-mail address: Hadi.Salehi@Shirazu.ac.ir

The manifestations of criminal stigmatization in Iranian law, much like in U.S. law, align with the effects of securitized criminal policy, such as zero tolerance, risk-based criminal policy, and the disregard for fair trial standards. Given the undesirable nature of securitization, and while previous research has often analyzed stigmatization or securitization in isolation, this interdisciplinary study examines the nexus between securitization and criminal stigmatization, exploring its manifestations in both U.S. and Iranian law. The observed alignment between these two concepts raises serious doubts about the efficacy and appropriateness of criminal stigmatization. This research concludes that Iranian lawmakers have adopted a securitized approach to criminal stigmatization, necessitating a serious re-evaluation in this domain.

Keywords: Securitization, Criminal Stigmatization, Zero Tolerance, Risk-Based Criminal Policy, Fair

Introduction

Human beings are inherently endowed with dignity and intrinsic worth, irrespective of their race or other personal characteristics. This fundamental principle is strongly emphasized in Abrahamic religions, particularly within the sacred tenets of Islam. The Holy Quran explicitly references this inherent value.¹ For mystics, especially Ibn Arabi, human dignity stems from the belief that God created humanity in the divine image (*al-ṣūrah al-ilāhiyya*), making them bearers of divine names and attributes. In this regard, humanity reflects the divine, acting as a mirror that simultaneously signifies absolute truth, eternal beauty, and majesty, while also appearing as merely a virtual entity (Feiz, 2011: 139).

Despite this inherent worth, criminal justice systems in various countries, including the Islamic Republic of Iran and the United States, have, to varying degrees and based on their specific foundations, permitted the process of stigmatizing defendants and offenders. Beyond its historical aspects, this approach continues to receive considerable acceptance in both countries' criminal justice systems today. In Iran's current criminal law, which has undergone significant changes with the enactment of the Islamic Penal Code and the Code of Criminal Procedure, such an approach has been conspicuously adopted. Similarly, in the U.S. criminal justice system, this phenomenon has long been accepted in various forms (Dins & Witmer, 2013: 516).

Given the intrinsic importance and value of security, and spurred by the commission of certain dangerous crimes, the adoption of a securitization approach has increased globally in recent years. The discourse of securitization initially emerged from the U.S. system due to influential events, most notably the September 11th attacks. This approach is now evident not only in the U.S. but also, to varying degrees, in other countries as an accepted method in criminal policy, impacting both substantive and procedural law. Substantively, the recourse to zero-tolerance criminal policy and a risk-based approach to criminal law (within the framework of moving away from rehabilitative ideals and the "McDonaldization" of criminal law) can be considered effects of criminal securitization. In contrast, its procedural effects include the branding of defendants and offenders and the derogation from individual rights and

1. In verse 70 of Surah Al-Isra, God states: "And We have certainly honored the children of Adam and carried them on land and sea and provided them with good things and preferred them over much of what We have created, with [definite] preference."

fair trial standards—especially through the disregard of the principle of equality of arms and the diminishing of the presumption of innocence.

Previous research has separately analyzed the discourse of securitization and the concept of stigmatization (in the forms of shaming or public exposure).¹ However, these two tangible concepts have not been examined together. The primary objective of the present study is to introduce the effects of criminal securitization and then analyze instances of criminal stigmatization in Iranian and U.S. law from this perspective. We aim to determine whether the extreme approach to criminal stigmatization in both legal systems stems from a strong inclination towards securitization. The implication of our findings will be that if stigmatization is indeed a consequence of a securitized outlook, then given the negative dimensions and outcomes of the securitization approach, criminal stigmatization should be reduced and restricted to serious crimes (such as widespread economic disruption offenses). This is particularly relevant as, currently, instances of stigmatization are broadly legislated in Iranian criminal law (both substantive and procedural).

Criminal securitization manifests in both substantive and procedural law. From a substantive perspective, these manifestations include the reliance on a zero-tolerance criminal policy and a risk-based approach to criminal law, which entails a departure from the ideals of reform and rehabilitation, leading to the "McDonaldization" of criminal law. In contrast, its procedural effects can be understood as encompassing the branding of defendants and offenders, the disregard for individual rights and fair trial standards through the neglect of the principle of equality of arms, and the weakening of the presumption of innocence.² Therefore,

1. Although the concept of stigmatization in this study is broader than that of "public exposure."

2. "It is also necessary to note that in security and terrorist offenses, we face a reversal of the burden of proof; meaning the principle of culpability or guilt replaces the presumption of innocence. An example of this can be seen in Article 499 of the Discretionary Punishments Law, which presumes the perpetrator's knowledge unless the perpetrator proves ignorance of the group's objectives. In the same vein, according to Article 120 of the Islamic Penal Code, the *hadd* punishment for corruption on earth is exempted from the *Dara'* rule (principle of doubt benefiting the accused). Other examples of the exception of security-related crimes in the Code of Criminal Procedure can be found in Articles 65 (commencement of prosecution), Note 2 of Article 100 (submission of documents to the plaintiff), paragraph (t) of Article 180 (arrest without summons), 191 (non-access to case documents), paragraph (p) of Article 237 (permission for temporary detention), 320 (summoning a witness), Note 351 (plaintiff's access

this research will analyze criminal stigmatization from the perspective of the substantive and procedural effects of criminal securitization, while simultaneously analyzing the concepts of criminal stigmatization and criminal securitization.

1. Concepts and Contexts

Before examining the manifestations of stigmatization from a securitization perspective, it's essential to understand what is meant by stigmatization and securitization, and what their respective historical backgrounds are in the legal domain. The concepts and contexts of each will be discussed separately: securitization (first) and criminal stigmatization (second).

1.1. Criminal Securitization

While some argue that security cannot be defined precisely and absolutely, and that the security discourse is fundamentally shaped by local exigencies (Eftekari, 2009: 83), generally, the term "security" literally means "being safe from danger, absence of fear, and tranquility" (Anvari, 2002: 570). In other languages, security refers to being free from risk or protected from danger. The word also encompasses meanings such as freedom from doubt, absence of anxiety and apprehension, and having justified and substantiated trust and confidence. Furthermore, the term is broadly used to refer to peace, freedom, trust, health, and other conditions where an individual or group feels free from worry, fear, danger, or threats, whether internal or external (Mir Arab, 2000: 133).

In examining the concept of securitization, the predominant understanding of "security" is national security, which has a political connotation, rather than merely security in an absolute sense (Valipour, 1997: 15). Considering the literal meaning, absolute security refers to any form of tranquility and avoidance of danger, including the preservation of dignity, among others. Following the Cold War, various layers of security were defined, including economic security, environmental security, resource and energy security, health security, and more (Hitotsugi & Kim, 2015: 2). Therefore, security has a relative meaning, signifying the

to case documents), and Note 2 of Article 380 (personal notification of judgment) (Yazdian Jafari, 2016: 70)."

absence of any threat and the creation of opportunities for individual and social tranquility, from which various forms are derived.¹

However, securitization refers to an approach and practice adopted by certain states and political regimes that, under the pretext or in the pursuit of national security, enact and enforce rules and regulations that, in most cases, lead to restrictions on citizens and an expansion of official powers. The manifestation of this approach is conspicuously observable in how defendants and offenders are treated. In essence, in the context of criminal law, the discourse of securitization can be understood as sacrificing certain individual rights of defendants and offenders to ensure the supremacy of security (Beranji Ardestani, 2010: 32). This is the very meaning also referred to as "securitized criminal policy" in criminal law literature.²

In the realm of criminality, beyond crimes that undermine national security, societies today face emerging criminal phenomena, including crimes against economic security, which some interpret as economic terrorism (Shamloo & Moradi, 2013: 128). Notably, prominent examples of crimes against economic security are precisely those clarified by Note to Article 36 of the Islamic Penal Code—as mentioned—and are considered clear instances of criminal stigmatization in Iran's current criminal justice system.

Regarding the context of criminal securitization, we can observe a confluence of factors today. On one hand, the emergence of a new wave of criminal activities at both national and international levels, coupled with a shift in offenders' focus toward specific ideological and religious motives as primary drivers for violating social norms, and changes in the status of victims, has transformed the subject of crime from ordinary matters to more significant and paramount issues, such as the disruption and elimination of societal psychological security. This has, in turn, created numerous serious challenges and problems for the criminal justice system. Following this approach, the means will justify the ends,

1. Montesquieu also believed that since security is the result of peace, and peace is the first natural law, the greatest principle in government is to establish security, and the purpose of security is not the preservation of life, but the provision of liberty (Montesquieu, 1983: 339).

2. Today, securitization has also found its way into criminology. Indeed, "the concept of security criminology stands in contrast to normative criminology. Normative criminology means passing criminological solutions and findings through the human rights gauge to integrate them into criminal law. Security criminology is police science or strategic science, or criminology of risk, or in other words, law and order criminology" (Mahdavi-pour & Shahrani, 2014: 161).

and human dignity and human rights frameworks, as grand human ideals, will face serious challenges.

On the other hand, criminal justice systems, in parallel with the evolution of criminological schools of thought—each pursuing distinct goals and missions, from deterministic systems based on positivistic treatment to rehabilitative social defense models, and under the influence of ideological movements and radical approaches—have undergone significant transformations. Consequently, after navigating these shifts, the path has turned toward securitization, with its origins arguably rooted in the de-structuralizing changes that began in the early 1970s. Nonetheless, the security-centric shift in the criminal justice apparatus can be summarized under three main axes: the failure of rehabilitative criminology with its offender rehabilitation approach; the rise in crime rates and fear of crime; and the emergence of transnational organized crime and widespread security breaches (Ghannad & Akbari, 2017: 41-47).

It was in the wake of such developments, particularly from September 2001 and driven by governments' desire to maintain their political and economic authority, that a strong emphasis was placed on prioritizing public order and security over individual privacy. Due to the fear and apprehension of ruling authorities regarding the potential recurrence of such events, this ultimately led to the dominance of the securitized paradigm over the human rights aspects of criminalization and punishment systems. This explains why anti-terrorism laws have been enacted in various countries and why various UN resolutions on this matter have been adopted following the 9/11 incident (Albrecht, 2006: 166).

Although the securitized discourse has its proponents and opponents, the strong inclination towards the two concepts of security and prevention can, in any case, be considered a hallmark of contemporary criminal policy (Sadr Touhid Khaneh, 2009: 466). This approach to criminal securitization notably peaked after the 9/11 events (Beranji, 2010: 32). This trend has progressed to such an extent that the field of "security law" has emerged as a rival to traditional law. What is noteworthy in this new field is that many of the guarantees present in criminal law (e.g., the principle of legality, the principle of culpability, the presumption of innocence, etc.) are not present to the same extent in this competing discipline. It seems that its appeal stems precisely from the absence of those very constraints and functional limitations of traditional criminal law (Sadr Touhid Khaneh, 2009: 466). The securitized criminal policy, with its stringent approach, manifested in forms such as retributive approaches and crime risk management. While

these approaches have fundamental differences, their common outcome has been the weakening of the clinical perspective and the policy of rehabilitation and prevention of crime based on it, leading to the adoption of strict policies toward offenders (Taheri, 2013: 15).¹

The U.S. criminal justice system, as the crucible for the events of September 11th, serves as a prime example of a criminal securitization approach that has, in turn, resorted to criminal stigmatization. The Islamic Republic of Iran is not exempt from this phenomenon, as the definition of security and insecurity in our society reflects the prevailing worldview. Since ensuring and establishing security is considered a goal of criminal law, the increased reliance on punitive measures to achieve this goal appears justified and acceptable (Omidi, 2008: 51). A clear instance of this can be observed in cases of criminal stigmatization, particularly in recently enacted criminal provisions, both substantive and procedural (including paragraph "s" of Article 23 and Article 36 of the Islamic Penal Code, and Articles 96 and 499 of the Code of Criminal Procedure).

1.2. Criminal Stigmatization

Criminal stigmatization is an action within the criminal process that primarily aims to shame individuals involved in criminal events (both defendants and offenders) at various stages of the process, including prosecution, investigation, trial, and execution of punishment. Historically, this approach has a very long lineage, having been implemented to varying degrees in almost all ancient societies, including ancient Iran,² Mesopotamia,³ and Europe.⁴ A review of its historical trajectory merely reveals the modernization of its methods.

1. According to scholars in empirical criminal sciences, criminal securitization has found its way into discourse subsequent to the securitized criminological discourse and following the proposal of security-oriented theories.

2. [During the Achaemenid era, as the king held the highest judicial authority in the country, he was considered the greatest judge and administered humiliating punishments as he deemed fit (Sami, 1965: 113).

3. For example, according to Article 127 of the Code of Hammurabi, the punishment of branding was applied to anyone who accused a nun or married woman of adultery and failed to prove it (Vakil Gilani, 2004: 34). This can be understood in light of the fact that in the Code of Hammurabi, punishments—unlike modern criminal law which features a diversity of punishments—were primarily corporal (Najafi Abrand Abadi, 2015-2016: 36).

4. For instance, in ancient Europe, including England, female offenders were placed on dung carts and paraded around the crime scene, while a person would announce their offense to

One criminal justice system that has notably embraced this concept is the United States. In the U.S. criminal system, criminal stigmatization has a significant history. In earlier times, criminal stigmatization was a well-known method of punishment; as some authoritative sources recount, offenders' hands and feet were tied to stocks in public. Another method of punishment involved offenders publicly confessing their misconduct by writing notes (Goldman, 2015: 418). Historically, in the U.S., parts of the colonies were initially considered perfect and prominent examples of systems that employed stigmatizing and humiliating punishments for offenders. For instance, in the Puritan colonies, efforts were made to enforce cultural customs through sanctions based on public humiliation of offenders and inviting the populace to oversee the execution of punishment.^{1 & 2}

In the contemporary U.S. system, the September 11th events represent a pivotal turning point for the embrace of criminal stigmatization. Following these events, due to the heightened emphasis on securitized approaches and efforts to demonize offenders, the appeal of criminal stigmatization has seen a significant increase (Roth, 2008: 356). In recent years, this has manifested in court judgments that impose specific forms of criminal stigmatization, such as compelling offenders to wear particular attire indicating their criminal past. An example of this is seen in a case from Las Vegas where a man convicted of raping and murdering a seven-year-old girl in a casino was stigmatized (Amitay, 1999: 1). Another instance is the McDowell case³ in California, where a court sentenced an individual with three prior theft convictions to wear noisy shoes—specifically, metal-heeled dancing shoes—whenever he was outside his home (Dins & Witmer, 2013: 516). Consequently, the resort to criminal stigmatization has become a core component of the U.S. system (Rotter, 2015: 38).

From the perspective of Islamic criminal law, the traditional and prominent form of stigmatizing punishment has been the public announcement of the crime, known in Islamic jurisprudence as

everyone, forcing the condemned to walk through the city's streets and alleys, led by the herald (Martinez, 2006: 52).

1. Historical examples of stigmatizing punishments include the use of a red "A" on the chests of adulterers, public flogging for prostitutes, or other disgracing methods for certain other crimes (Dins & Witmer, 2013: 514-515).

2. Given these explanations, it can be said that although criminal stigmatization is linked to procedural and substantive criminal law, the primary domain of this discussion lies within the foundations of criminal law.

3. *People v. McDowell*

Tashheer.¹ This can be understood as *Tashheer lil-'Uquba*, meaning the publicizing of the punishment itself. A close examination of Islamic sources reveals that *Tashheer* has been prescribed and sanctioned in cases such as *Qadhf*² (false accusation of adultery), *Qawadi*³ (pimping), and false testimony⁴. Therefore, the instances of *Tashheer* in Islam are not only limited but are also, to some extent, subject to scholarly debate.

1. *Tashheer* is a verbal noun from the *tafeel* verb form, with the root "sh-h-r." Its lexical meanings include "to expose and disgrace among people" (Fayyumi, 1405 AH: 325), "to make apparent" (Jarr, 1973: 725), "to mention and make known" (Ma'louf, 1956: 406), and "to make something appear ugly and disgraceful among people" (Farahidi, 1410 AH: 399). Lexicographers have also listed other words synonymous with *Tashheer*, such as *ishaa'ah* (spreading), *izhaar* (showing), *i'laam* (announcing), *ifshaa'* (revealing), and *mujaharah* (open declaration) (Zamani, Abuyl & Tavallaei, 2011: 120). In legal terminology, *Tashheer* retains a meaning close to its lexical sense. Indeed, when *Tashheer* enters the realm of criminal law, its meaning shifts from lexical to technical. From this perspective, *Tashheer* in criminal law can be considered a primary or secondary punishment. Some have defined this term technically as "the announcement of the offender's punishment and proclaiming their sin before the people; especially in crimes where the offender is trusted as a public trustee, so that people may know them and avoid them" (Auda, 1413 AH: 704). Others have defined it as "spreading and popularizing the badness and ugliness of someone's act among people" (Qal'aji, 1405 AH: 130). Thus, *Tashheer* in criminal legal terminology is the public shaming of offenders, justified by reasons such as deterrence and introducing the offender to society for public safety.

2. The *Hadd* punishment for *Qadhf* is eighty lashes, whether the accuser is male or female. The lashing is administered moderately, such that its severity does not reach that of lashing for *zina* (adultery), and it is struck over ordinary clothing; the accuser's clothes are not removed during the execution of the *hadd*, and it is applied to the entire body except for the head, face, and genitals. According to one view, the accuser is paraded in the city to prevent their testimony from being accepted (Musawi Khomeini, undated: 476).

3. Regarding *Qawadi* (pimping), although narrations do not explicitly prescribe *Tashheer* as a stigmatizing punishment for this crime, jurists, through an un-evidenced consensus, hold that such a punishment applies. According to some jurists, for the crime of *Qawadi*, a male pimp is given the *hadd* punishment, his head is shaved, he is made known to the people, and he is exiled, while a female pimp is *only* given the *hadd* punishment (Mughniyah, 1421 AH: 270).

4. Regarding the punishment for false testimony, no specific *hadd* has been prescribed in Islamic law, and most jurists are of the opinion that the perpetrator of this crime should be subject to *ta'zir* (discretionary punishment). However, concerning the type of *ta'zir*, the overwhelming majority of Shi'a and Sunni jurists have proposed *Tashheer* (e.g., Sheikh Tusi, 1407 AH: 240; Najafi, 1404 AH: 253; Tabarsi, 1410 AH: 527). The difference in opinion lies in whether some consider such punishment to be mandatory and obligatory, while others consider it recommended. In this regard, Ibn Qudamah believes that "a false witness should be *Tashheer*-ed in addition to *ta'zir*, and there is no disagreement among Sunni jurists on this ruling" (Ibn Qudamah, 1405 AH: 154). The only difference of opinion among Sunni jurists is that some believe a false witness is *only Tashheer*-ed, while others believe that in addition to *Tashheer*, other punishments are also incurred. The most important pieces of evidence for *Tashheer* in the crime of false testimony are the hadith of Abdullah ibn Sinan from Imam Sadiq (AS), the hadith of Ghiyath ibn Ibrahim, and the hadith of Sama'ah from Imam Sadiq (AS).

In Iran's legal system, even before the enactment of current criminal regulations, scattered laws and regulations had sporadically prescribed the institution of stigmatization, primarily for specific and limited cases.¹ However, in the recently enacted criminal laws, which signify a new criminal policy, similar to other countries, we observe instances of stigmatization at the investigation, prosecution, sentencing, and even execution stages. For example, in the Islamic Penal Code, the publication of conviction judgments is prescribed or mandated as a supplementary punishment—alongside the primary punishment—under Articles 23(s) and 36.² Furthermore, in the Code of Criminal Procedure, under Articles 96 and 499,³ the institution of stigmatization has been significantly stipulated for both defendants and convicted individuals. This legislative approach indicates that Iranian lawmakers, in the new criminal laws, have somewhat expanded the scope of criminal stigmatization compared to previous legislation.

2. Impacts of Criminal Stigmatization and Criminal Securitization

"Securitization is an illegitimate construct imposed upon the body of criminal policy, signifying a deviant process in forming a response to criminal phenomena" (Ghannad & Akbari, 2017: 42). This approach, reflecting the governing authority's will to maintain security across various political, cultural, and economic dimensions and ensure public order—which in some cases leads to disregarding the rights of individuals and even offenders—manifests in different forms across societies. Instances of criminal stigmatization in the criminal justice systems of Iran and the United States can be examined and studied through these manifestations. As Professor Nussbaum argues, stigmatizing punishments serve as a tool for states to exert power. She believes that the imposition of such punishments represents an expansion of governmental control. In her view, resorting to stigmatizing punishments leads to increased governmental efforts to control people

1. Examples of such cases include: a) Article 11 of the Anti-Narcotics Law, b) Articles 22 and 35 of the Government Discretionary Punishments Law for Health and Medical Affairs (1988), c) Article 6 of the Law Obligating Road Transport Companies and Institutions to Use Passenger Waybills and Bills of Lading (1989).

2. These two articles provide for the possibility of publishing conviction judgments through the media for a wide range of crimes.

3. These two articles grant prosecution and court authorities the significant power to publish images of defendants and publicly execute punishments in many cases.

more extensively (Nussbaum, 2004: 236). Broadly, it can be said that criminal securitization fundamentally emerges in both substantive and procedural realms, and stigmatization in the criminal justice systems of these two countries appears amenable to analysis from the perspective of these manifestations. Each of these two will be examined separately: substantive effects (first) and procedural effects (second).

2.1. Substantive Effects

The substantive effects of criminal securitization refer to the practices and laws that emerge from the dominance of security and the pursuit of public order from the perspective of substantive criminal law. In this discussion, while introducing the effects of securitization, we will consider criminal stigmatization from the perspective of these effects, and it becomes clear that stigmatization possesses the same characteristics as securitization. These effects include: resorting to zero-tolerance criminal policy and a risk-based approach to criminal law (which manifests as a departure from the idea of reform and rehabilitation and the "McDonaldization" of criminal law).

2.1.1. Resort to Zero-Tolerance Criminal Policy

In its lexical sense, "tolerance" means to show leniency, to be easy on each other, or to simplify matters (Moein, 1996: 1078). Technically, zero tolerance means the forceful and consistent enforcement of law without any leniency (Aghaeinia & Javanmard, 2010: 14). One of the effects of criminal securitization is the adherence to a zero-tolerance policy as a stringent approach. Under this policy, the primary focus is to eliminate any lenient view towards minor offenses to prevent more serious crimes. Fundamentally, today, not only major crimes but also petty offenses are of concern to criminal legislators and criminal justice practitioners due to their potential to foster a sense of informality, non-adherence to values, and ultimately, the commission of more severe crimes. This mindset led American criminologists in the 1990s to study minor crimes and their impact on the quality of urban life. The result of these studies was a theory known as the "Broken Windows" theory in the United States, and with a slight delay, its European model, in the form of a zero-tolerance strategy, was rigorously pursued in Europe (Javanmard, 2007: 71).

Zero tolerance, as one of the manifestations of the "back to punishment" movements, especially in the criminal policy of Western countries, is a measure devised and promoted by U.S. neoconservatives (Kashefi Esmailzadeh, 2005: 255). The architects of this policy are

Wilson and Kelling, who published an article with the same title in *Atlantic Monthly* in 1982. Subsequently, numerous laws were passed in various countries (not exclusively Western ones), adopting a securitized approach to intensify their criminal justice systems.

Regarding petty offenses, as a key consideration in zero-tolerance policy, some authors define these as crimes punishable by less than one year imprisonment or a small fine (Nowrouzi, 2005: 258). Generally, others consider these crimes to be those fundamentally unrelated to the core values and foundations of countries and political systems (Aghaenia & Javanmard, 2010: 12). Since the United States is considered the primary context for the formulation and implementation of this policy, the adoption of this policy, particularly through criminal stigmatization, gained traction earlier in that country. In the U.S., there are laws and rulings concerning stigmatizing punishments for petty offenses. Among the crimes that are severely subjected to stigmatizing treatment in the U.S. criminal justice system are sexual offenses. For example, one law that led to severe criminalization and restriction of defendants' rights was related to the branding of sex offenders, under which sex offenders, even after serving their prison terms, were compelled to carry the stigma of their conviction in society. Among the most well-known of these laws is the federal Megan's Law (1996), which obliges each state to create mechanisms for informing the public about sex offenders through shaming them. A significant number of such laws can be observed in the U.S., particularly those that sought to shame offenders by requiring them to wear clothing indicating their crime or by placing signs on their homes (Taheri, 2013: 137-139).¹

In Iran's criminal justice system, certain offenses categorized as Ta'zir crimes of degree 6 and lower, according to Article 19 of the Islamic Penal Code, as well as instances from the Government Discretionary

1. From the perspective of U.S. security laws, within 45 days of the September 11th event (October 26, 2001), the Patriot Act was passed. This act included stringent security measures, such as empowering the police to undertake extensive actions even without judicial warrants (e.g., wiretapping phone calls, monitoring emails, various searches and inspections, and inviting immigrants or suspicious individuals for interviews). This law, recognized as an anti-terrorism law, led to changes in other U.S. laws (such as the anti-money laundering law and the Bank Secrecy Act). Among the consequences of this law are the disregard for individual rights and freedoms, the violation of privacy, and most importantly, the neglect of human dignity. On May 26, 2011, three important provisions of this law were extended by the then-U.S. president: roving wiretaps, searches of business records, and surveillance of individuals who are not connected to a specific group (Mohseni, 2012: 180 and 194-195).

Punishments Law¹, can be considered petty offenses. Under existing laws, such as Article 23 of the Islamic Penal Code, the court is authorized to order the publication of conviction judgments for these offenses as a supplementary punishment. In other words, although not all instances of criminal stigmatization in Iran's legal system are limited to perpetrators of petty offenses, in some cases, like the aforementioned article, the legislator's intent in prescribing the publication of conviction judgments for minor offenders can be attributed to a zero-tolerance approach. This is particularly true given that the examples in Article 23, which pertain to supplementary punishments, cover a wide range of penalties, especially for petty offenses such as Ta'zir crimes of degree 6 and lower, and even all minor *hudud* offenses. Essentially, supplementary punishments, primarily intended to deter offenders from more serious crimes, can reflect a zero-tolerance perspective in the context of petty offenses. By granting courts the authority to publish definitive conviction judgments in paragraph (s) of the said article for a broad spectrum of crimes, especially petty offenses, the legislator aims to achieve another objective: preventing more severe crimes through the stigmatization of offenders.² Given this, and considering that the zero-tolerance theory primarily focuses on maximal combat against and prevention of petty offenses, it is evident that due to the expansion of stigmatization instances and the inherent severity of this type of criminal sanction, such a perspective is observed in Iran's current criminal policy regarding the stigmatization of offenders, particularly in Article 23 of the Islamic Penal Code³ of 2013 and articles of the Government Discretionary Punishments Law.⁴

1. This law also provides for the sanction of installing banners or placards at the premises for perpetrators of overpricing in Articles 22 and 35, which is also based on criminal stigmatization in petty offenses.

2. For example, crimes that are not related to the fundamental interests of society and are generally considered petty offenses can be responded to with stigmatizing punishments based on the said article.

3. As previously mentioned, paragraph "s" of this article designates the publication of conviction judgments as one of the supplementary punishments.

4. In some crimes against security, the legislator, with such a perspective, has also sought to prevent more severe crimes. A clear example of this can be seen in instances of cybercrimes covered by Articles 3 to 5 of the Computer Crimes Law (Articles 731 to 733 of the Discretionary Punishments Law). For instance, the legislator has considered merely breaching security measures to access secret data as a form of cyber espionage. According to Article 732 of the Discretionary Punishments Law, "anyone who, with the intent to access secret data under Article 3 of this law, violates the security measures of computer or communication systems, shall be sentenced to imprisonment from six months to two years or a fine from ten million (10,000,000) Rials to forty million (40,000,000) Rials, or both punishments."

Regarding the success or failure of this policy in Iran's current criminal law, as some scholars have stated, while the use of stigmatizing sanctions might be appropriate in specific times, places, or for particular individuals, it is not a definitive solution. This is because the adoption of any scientific theory in other countries, including Western ones, does not necessarily guarantee its success in Iran. In fact, responding to certain petty offenses that are fundamentally unrelated to the country's security and fundamental interests through zero-tolerance and stigmatizing punishments cannot be significantly justified. Furthermore, some Western authors completely oppose such a policy, considering it an artificial and unrealistic concept, and have attributed the destruction of public support for the legislator and the ruling apparatus to its implementation (Rossan, 2005: 173).

2.1.2. Risk-Based Approach to Criminal Law

One of the approaches adopted after World War II, and particularly since the 1980s by the United States and subsequently other countries, is the risk-based approach to crime (Monahan & Skeem, 2013: 2). Unlike other crime control and prevention paradigms, this approach, instead of addressing the crime itself and its causes, evaluates and manages the risk of its commission, similar to other risks in economic, insurance, and other sectors (Pak Nahad, 2011: 16). In this approach, the governing system, by accepting a hypothetical rule that individuals' past behaviors predict their probable future behaviors (Hamilton, 2015: 1), and by adopting a method for assessing crime risk and calculating the extent of dangers posed by potential crimes committed by current offenders, legislates and sanctions measures in the realm of substantive law that, in their view, significantly reduce the risk of crime commission. As a result of such an approach, the path is opened for criminal stringency and the securitization of criminal law, allowing the legislator to prescribe severe sanctions under the pretext of eliminating the risk of future crimes. Such an approach, also referred to as calculative justice, includes manifestations such as a departure from the idea of reform and rehabilitation and the "McDonaldization" of criminal law—ideas fueled by new penology¹—which will be discussed next.

However, as will be discussed in later sections, given that resorting to a criminal securitization approach is justifiable in crimes against security, the criminalization of such matters with a deterrent and security-oriented approach cannot be challenged.

1. In the last three decades, the goal and function of exclusion, incapacitation, and neutralization in criminal justice have been revived and substantiated through punishments

2.1.2.1. Abandonment of the Idea of Reform and Rehabilitation

In the context of reform and rehabilitation, criminal policy seeks to prevent a convicted individual from committing new crimes by using punishment as a means to reform them. From this perspective, the aim of reforming the offender is to ensure they do not re-offend.¹ In Iran's legal system, this issue was prioritized by the legislator in the Third Development Plan.² One of the consequences of a risk-based criminal policy is the abandonment of the idea of reform and rehabilitation. As stated earlier, risk-based criminal policy emerged after the decline and perceived failure of reform and rehabilitation policies.

A key instrument of reform and rehabilitation policy is the individualization of criminal measures. In security-oriented criminology and criminal law—of which the risk-based approach is a manifestation—we observe the de-individualization or de-personalization of punishment, or the abandonment of the principle of punishment individualization. Consequently, the judge's discretion in sentencing is severely limited, and the principle of judicial individualization is replaced by the principle of legal individualization (Najafi Abrand Abadi, 2013-2014: 39). In Iran's legislative landscape, the plan to intensify punishments for disturbing public psychological security can be seen as an example of this approach. This plan, aiming to address legal loopholes and intensify punishments

and judicial decisions. The exclusion of offenders or the incapacitation of convicted individuals based on their level of risk encompasses various degrees, fluctuating between the removal of the offender from society and continuous or temporary prevention of their criminal harm to others and society (Najafi Abrand Abadi, 2009: 734). This new approach to offenders has been termed "new penology – new criminology," according to which the criterion for criminalization and conviction of individuals is not the abnormality of the committed act or the offender's personality, but rather the primary criterion is the likelihood of future danger. Therefore, individuals with a high degree of risk should be subjected to intensified control (Marie, 2004: 336-337).

1. This does not mean moral improvement of the offender, as for criminal law, social improvement that leads the former offender to adhere to the basic rules of life in society is sufficient (Bolk, 2008: 33).

2. According to Article 190 of the Third Development Plan, "To improve the conditions of prisons and create a suitable environment for the rehabilitation and reform of prisoners and their return to healthy social life, the following measures shall be taken: a) The Prisons Organization is obliged, in cooperation with associations and public institutions, to activate associations supporting the families of needy prisoners and executed individuals and to establish such associations in all centers, such that by the end of the program, one hundred percent (100%) of the needy families of prisoners and executed individuals are covered. b) The Minister of Justice is obliged to prepare regulations for prisoners' work, prioritizing suitable vocational training, such that after the completion of their sentence, while providing employment certification, the possibility of removing their criminal record and their effective presence in society is provided."

for crimes with previously lenient penalties, was presented to the parliament in 2008, following the approval of Article 48 *bis* of the Islamic Penal Code, and its urgency was approved by the Islamic Consultative Assembly on August 4, 2008.¹

Fundamentally, stigmatizing sanctions lack a reformative and rehabilitative function. This is because a reform and rehabilitation policy, which seeks to portray the offender as "ill" and in need of medical treatment, on one hand, requires a differentiated policy based on the offender's personal characteristics. It must be flexible enough to allow for individualization based on each offender's personality and psychological traits.² On the other hand, it necessitates a differentiated policy based on their criminal record and history.³ This is currently not observed in the context of stigmatizing sanctions within Iran's current criminal regulations and other existing provisions.

Moreover, the reform of offenders and their reintegration into society is fundamentally incompatible with criminal stigmatization in its current form within both Iran's and the U.S. criminal justice systems. When an individual loses their social standing and identity as a result of punishment, instead of being reformed, rehabilitated, and positively reintegrated into society, they no longer have a place in it. As labeling theorists argue, they then seek to continue their lives in criminal environments. Therefore, criminal stigmatization in Iran's criminal justice system, in this regard, lacks a reformative and rehabilitative function and consequently adopts a risk-based approach. Similarly, regarding the U.S. criminal justice system, given that the decline of reform and rehabilitation ideals and the rise of risk-based criminal policy originated from this country, rooted in political events, especially September 11th, it is evident that the idea of stigmatization in the U.S. is far removed from reform and rehabilitation.

1. The explanatory preamble of the bill referred to the necessity of intensifying punishments for the few offenders who cause a disruption of public psychological and social security, and then in Article 2 of this bill, crimes that, in addition to being dangerous, are considered disruptive to psychological security, were explicitly stated (Najafi Abrand Abadi & Iyargar, 2014: 29).

2. Since individuals differ in terms of various personal and environmental conditions, this necessitates that judicial decisions also be made in accordance with their personalities. For this reason, reform and rehabilitation specialists deem the use of educational and psychological specialists essential in this regard (Webster Aragon, 1935: 526).

3. Given that convicted individuals may have multiple criminal records, a reform and rehabilitation policy requires the individualization of sanctions based on their criminal history.

2.1.2.2. McDonaldization of Criminal Law

The term McDonaldization was first coined by American sociologist George Ritzer¹ in his book *The McDonaldization of Society* to describe sociological phenomena occurring in society. Essentially, McDonaldization is an intensified process of rationalization that seeks to eliminate traditional rules and replace them with a set of formal rational rules. George Ritzer used the analysis of principles governing fast-food restaurants to explain the social and cultural characteristics of modern societies, especially American society (Pak Nahad, 2009: 139). Consequently, in the risk-based criminal policy model, following Ritzer's thinking, there is an attempt to impose McDonaldization principles on criminal law and apply the principles governing fast-food restaurants to the system of drafting and determining punishments. The most important of these characteristics is efficiency. In this context, efficiency means achieving the maximum possible incapacitation for dangerous offenders, with violent crimes holding particular importance (Pak Nahad, 2009: 140).

Therefore, criminal stigmatization in contemporary society can be considered a prominent example of this approach. In the criminal laws of Iran and the United States, sanctions with a stigmatizing characteristic, although they do not physically remove the offender from society, spiritually eliminate them, which has far greater negative effects than physical removal. By destroying the offender's reputation and depriving them of their community identity and social capital, little place remains for them in society, and society is largely unwilling to accept them in social activities and collective groups. In this situation, the offender, through a change in their self-concept² and the acceptance of a criminal

1. George Ritzer is a professor of sociology at the University of Maryland. Some of Ritzer's works include: *Sociological Theory*, *Metatheorizing in Sociology*, *Sociology: A Multiple Paradigm Science*, and *Toward an Integrated Sociological Paradigm* (Ritzer, 1998: 1). *The McDonaldization of Society* is also considered one of his famous works.

2. One of the important and key concepts regarding preventing recidivism by offenders is the personal self-concept. Personal self-concept refers to the attitude individuals have about themselves. In fact, humans, due to characteristics such as being flexible, sensitive, and vulnerable, are generally capable of changing their personal self-concept in society and as a result of interaction with others (Liner & Henry, 2004: 203). Therefore, at the time of a crime and the public announcement of the offender's name, the situation is perceived as the offender changing their personal self-concept as a result of interaction with others who recognize them as a criminal, and thus, in a way, accepting that they are a criminal. Therefore, this attitude towards oneself is what is acquired through interaction with others, which Cooley considers as "looking-glass self" (Vold & Bernard, 1998: 220).

identity, becomes separated from their social life and spends the rest of their life in isolation or in criminal groups. This is particularly true now with the proliferation of virtual and social networks, where the process of stigmatization spreads very rapidly among community members. Given these circumstances, it is observed that stigmatizing sanctions in Iran's criminal law, as well as in U.S. criminal law, reflect a risk-based approach as a manifestation of a securitized and stringent criminal approach.

2.2. Procedural Effects

Beyond substantive law, procedural law is also not immune to the criminal securitization approach. The effects of this approach in procedural laws and practices are closely linked to instances of criminal stigmatization. Branding defendants (during prosecution and investigation stages), publicizing offenders to society (during sentence execution), and deviating from individual rights and fair trial standards—in the form of disregarding the equality of arms principle and the weakening of the presumption of innocence—are among the procedural effects of criminal securitization. Instances of stigmatization in Iranian and U.S. law are also examined from the perspective of these manifestations. (In other words, given that the legislator in the realm of procedural law does not aim to determine punishment, if they wish to resort to securitization in this area, they must necessarily undermine the human dignity of individuals through a series of procedural measures. This goal can be achieved by branding defendants and offenders and deviating from fair trial standards.)

2.2.1. Branding Defendants

Branding defendants emerges as one of the effects of securitized criminal policy in the realm of procedural laws. Despite the widespread acceptance of the presumption of innocence as a fundamental criterion of fair trial in international instruments like the Universal Declaration of Human Rights and in national domestic legal systems, some systems, including Iran's criminal justice system, have permitted the stigmatization of defendants whose guilt or innocence has not yet been determined, in line with implementing a stringent, securitized criminal policy. In Iran's most recent legal document concerning procedural criminal law—the new Code of Criminal Procedure—the legislator, in some instances, has authorized prosecution authorities to stigmatize defendants, which can be seen as a form of media representation of criminal events. Although

Article 96 of this law generally prohibits the publication of images and other identifying details of defendants by media, law enforcement, and judicial authorities, it specifies exceptions with a remarkably broad scope. This article permits the publication of defendants' images in cases covered by paragraphs (a), (b), (c), and (d) of Article 302 of the Code of Criminal Procedure (a) crimes punishable by deprivation of life, b) crimes punishable by life imprisonment, c) intentional physical assault or crimes causing half or more of full *diya* (blood money) or bodily harm, d) crimes punishable by discretionary punishment of degree three and higher). These crimes encompass a wide range of offenses.¹ In the U.S. criminal justice system, electronic systems and websites allow individuals to access information about defendants' accusations. For instance, in Maricopa County, Arizona, there is a department that provides public access to defendants' details, including photos, birth dates, height, weight, and the charges they have faced (Dins & Edward Witmer, 2013: 517).

Given this, it becomes clear that Iran's criminal justice system can adopt a stringent, securitized approach in its procedural aspects. This is because, in many crimes, merely the existence of an accusation, with the request of the investigating judge and the consent of the district attorney, allows for the publication of the defendant's image or other identifying details. This action, not only in some cases like minor offenses, can be considered contrary to the demands of human dignity but also violates the provisions of citizenship rights. This is because the publication of the image of someone whose guilt has not yet been proven and who is merely being prosecuted as a defendant in preliminary investigations is an action contrary to the presumption of innocence and the non-public nature of preliminary investigations.² Criminal jurists believe that the purpose of

1. Although it might be argued that the media coverage of the judicial process affects the guarantee of the defendant's right to defense, this seems to apply only to non-populist criminal justice systems. In populist criminal justice systems, the general public, upon hearing criminal news, primarily seeks harsher treatment for offenders and defendants.

2. For example, some individuals might currently be prosecuted and tried for a third-degree Ta'zir crime such as kidnapping, and based on Article 96 of the Code of Criminal Procedure, their image as a defendant might be published in a newspaper. Now, suppose these individuals are later prosecuted for other fabricated accusations. From a psychological perspective, there is a possibility that the existing record in the minds of judicial authorities might undermine the presumption of innocence. Furthermore, given that the individual was previously made known to the general public, there might be public pressure on the judiciary to expedite the proceedings and impose severe treatment, which also impacts the disregard for the presumption of innocence.

non-public preliminary investigations is to uphold the presumption of innocence and prevent the dissemination of news about the defendant, which would not be compensable even if a decision of non-prosecution is issued. This is partly ensured by the non-public nature of investigations and complemented by this feature (Khaleghi, 2015: 171). This discussion also applies to instances of branding defendants in the U.S. criminal justice system. Therefore, branding defendants is inconsistent with the principles and objectives of criminal procedure.

2.2.2. Branding Offenders

One of the procedural effects of a security-oriented criminal policy is the public execution of punishments and its authorization within procedural law. In this discourse, some criminal sanctions are not inherently stigmatizing, but in certain cases, the legislator has granted the judge the authority to carry out the punishment publicly. Examples of such powers in Iran's current laws include Article 499 of the Code of Criminal Procedure and Article 11 of the Anti-Narcotics Law. In these articles, which on the one hand encompass a wide range of instances, and on the other hand, delegate the authority to publicly execute punishments and stigmatize offenders to judges and their personal interpretation, the legislator has approached stigmatization not from the perspective of criminalization in substantive laws, but from the perspective of punishment execution in procedural laws.¹ As noted by ethical and Islamic scholars, the public execution of punishments is not widely supported among Islamic jurists and thinkers, who consider it contrary to the spirit of *Sharia* and concepts such as the sanctity of reputation and the preservation of human dignity (Mohaghegh Damad & Sadat Hosseini, 2001: 25; Fallah Ahmad Chali Baboli, 2007: 256).

Article 499 of the Code of Criminal Procedure, as the most recent procedural criminal regulation in Iran's criminal policy, while initially prohibiting public execution of punishments, subsequently introduces an exception based on the court's discretion or the prosecutor's proposal. This opens up a broad scope for public punishment execution, effectively permitting the discrediting of offenders for all types of punishments, even those that are not inherently stigmatizing. This action, being general and

1. As previously stated, although the legislator in the realm of procedural law is not seeking to determine punishment or even intensify penalties, they can, through other means, prescribe the effects of securitization in the form of procedural and executive measures, which may lead to disregarding the rights of offenders and perhaps discrediting them.

without specific examples, appears to lack a clear purpose or logical basis. Article 11 of the Anti-Narcotics Law (specifically concerning armed drug offenses) also grants authorities the power to stigmatize offenders, and consequently their families and relatives, by introducing the condition of "public interest." This conflicts with fundamental principles governing punishments, particularly the principle of the personal nature of punishment.

In the U.S. criminal justice system, public execution of punishments is also common. In many cities, for drug offenders, child abusers, and DUI offenders, publicizing the offender's name on city billboards is considered an example of this. Other judgments from U.S. courts also exemplify this; for instance, in California, in the McDowell case, where the defendant had three theft convictions, the court ordered him to wear noisy shoes—with metal heels used in dancing—whenever he was outside his home. In the same state, in another case (the Hackler case)¹, the court sentenced the offender to wear a shirt during his parole period, whenever he was outside, with the phrase "My sentence is 4 years" written on the front and "I am on parole for robbery" on the back. In another famous case (the Bateman case)², the court forced the convicted individual to write a sentence on their residence and vehicle indicating that they were a dangerous sex offender. As another example, in Maricopa County, Arizona, in 2007, it was decided to announce the names of DUI offenders³ on websites and specific billboards throughout the city (Dins & Witmer, 2013: 516-517). This evidence, along with certain existing laws in the U.S., particularly the Patriot Act, can indicate the presence of a securitization approach in that country, as previously discussed, such an outlook is also observed in crimes against security in the United States.

Thus, it is observed that in the current criminal justice systems of Iran and the United States, the approach of branding offenders is widely prevalent in the procedural domain. It can therefore be concluded that in this regard, criminal stigmatization in the current system of both countries embodies a securitized and stringent approach.

1. People v. Hackler

2. State v. Bateman

3. DUI Offenders (Driving Under Influence Offenders)

2.2.3. Disregard for Individual Rights and Freedoms and Fair Trial

One of the effects of a securitized criminal policy is the deviation from fair trial standards and the elimination of individualization mechanisms in order to increase the severity of punishment. In principle, governments possess legitimate power to restrict individual rights and freedoms to ensure security and public order. Some even define national security as "a concept based on which governments limit the exercise of rights and freedoms" (Malmir Center, 2004: 756). This suggests that governments, in the name of ensuring security, sometimes feel justified in undermining human dignity. Although today, with the expansion of theories such as the universality of human rights and a legal order based on customary or even peremptory human rights norms at the international level, national security can be referred to as one of the factors supporting human rights (and preserving human dignity and social capital) (Malmir Center, 2004: 757), in practice, most governments act contrary to these principles.

Furthermore, the media's excessive emphasis on the risk of crime and their exaggerated portrayal of it, alongside the argument that measures taken to combat and reduce crime are disproportionate to the actions required to reduce the actual risk of crime, have all contributed to increased political support for authoritarian methods to resolve the crisis of rising criminality and recourse to a securitized ideology. In other words, extremism and demagoguery in reporting the increasing rate of criminal risk and instilling fear among citizens about it, to achieve political and non-political goals of statesmen, have led to securitization in criminal policy and the restriction or suspension of citizens' rights and freedoms, as well as the limitation of fair trial guarantees (Shamloo & Moradi, 2013: 112). In the U.S. system, the media's unique methods in reporting criminal news may not always accurately reflect reality, which itself can lead to false public criticism and excessive demands from the public on governments and criminal justice institutions. For example, in 2005, crime and criminal justice were central themes in the media, whereas a study conducted in the same year showed that the country's incarcerated population and self-reported victims were not excessively high. Moreover, in the first week of 2009 in the U.S., ten out of every twenty television and media programs observed had a criminal justice theme (Owens, 2010: 3). Therefore, given the unique power of public media, their activities lead to increased public pressure for more effective policies and a stricter response to crime.

One of the effects of a security-oriented criminal policy is the deviation from certain fair trial standards, which manifests as the

disregard for the equality of arms principle between parties in criminal proceedings and the diminishing of the presumption of innocence. The extensive scope of criminal stigmatization in Iran's current criminal law may undermine these manifestations.¹

2.2.3.1. Disregarding the Principle of Equality of Arms

One of the main aspects of fair trial, currently considered a definitive understanding of a just criminal proceeding, is equality of arms. To realize this concept, parties to the proceedings must have a reasonable opportunity to present and explain their case in a way that protects them from harm or prejudice by the other side (Glees, 2013: 89). In other words, equality of arms requires a logical balance between the parties in civil and criminal lawsuits (Council of Europe, 2014: 21). In Islamic *fiqh* (jurisprudence) and law, the concept of equal defensive opportunities in judicial proceedings has a long history.² It seems impossible to achieve a fair trial without the proper implementation of equality of arms.

Regarding the process of criminal stigmatization and the implementation of equality of arms, it can be stated that stigmatizing sanctions in Iranian and U.S. criminal law—such as the publication of conviction judgments, public shaming of offenders, installation of banners and placards, public access to individuals' accusation records and convictions, etc.³—especially in the current era, where technological advancements and numerous social networks have made these measures much easier, can influence future accusations against a stigmatized person. When an individual is publicly identified as a criminal or even a suspect to a wide segment or the entirety of society, in potential future accusations—which

1. For example, some individuals might be prosecuted and tried for a first to fourth-degree Ta'zir crime related to security offenses, and based on the Code of Criminal Procedure, their image as a defendant might be published in a newspaper or their conviction judgment announced to the public. Now, suppose these individuals are later prosecuted for other accusations. From a psychological perspective, there is a possibility that the existing record in the minds of judicial authorities might prejudice the defendant's rights. Furthermore, given that they were previously made known to the general public, there might be public pressure on the judiciary to expedite the proceedings and impose severe treatment, which is not without effect on the disregard for the defendant's rights.

2. The best proof of this is a famous narration stating that a man complained against Imam Ali (AS), and the judge, during the trial, addressed the Imam as "Aba al-Hasan" while using the simple first name for the plaintiff. This was met with strong objection from Imam Ali (AS) (Sagheian, 2006: 84).

3. In the United States, there are even publicly available software applications that easily identify sex offenders in a given area. For example, one such application is The North Carolina Sex Offender Registration Program.

may be entirely baseless and unfounded—this can weaken their defensive position, influence the judge's mindset, and most importantly, call into question the principle of impartiality, which is a crucial concept in a fair trial. Therefore, if even addressing a plaintiff by their first name is considered a form of injustice and unethical, how can it be guaranteed that an individual previously disgraced on a large scale in society will be treated with full equality and justice, free from any prejudice, in subsequent accusations by criminal justice authorities? In other words, in societies where a populist approach prevails, if individuals previously identified to the public by the judiciary are accused again, public opinion might align with media pressure, potentially undermining the judicial authority's discretion regarding the new accusation.

2.2.3.2. Diminishing the Presumption of Innocence

Even if we do not consider the presumption of innocence to be universal and all-encompassing, it is at least widely recognized as one of the central principles of criminal justice and a standard for fair trial in all international and regional treaties. This presumption has been extensively debated, but in the last decade, it has gained significant attention in numerous national and international academic studies and topics (Jang & Lent, 2016: 32). Various opinions have been expressed regarding the foundations of the presumption of innocence. Some have attributed its basis to jurisprudential principles such as *Asl al-Adam* (principle of non-existence), *Asl al-Ibahah* (principle of permissibility), and *Qaidat al-Dara'* (rule of avoiding *hadd* punishments due to doubt) (Rahmdel, 2006: 20; Rahimi Nejad, 2008: 206-209; Sarmast Banab, 2008: 53-62). Others, citing the concept of human dignity and adhering to Islamic thought, believe that human nature, unlike its physical being, possesses dignity and is based on principles and rules consistent with this nature, thus the presumption of innocence prevails (Ghorbani & Movahedi, 2011: 136).

Regarding the presumption of innocence and instances of criminal stigmatization in Iranian and U.S. criminal law, in the same manner as discussed previously, the function of stigmatizing offenders, particularly in the case of subsequent accusations against stigmatized individuals, has a negative impact. This impact is such that it can undermine the presumption of innocence. In fact, while the process of stigmatizing offenders cannot completely disregard this legal presumption regarding subsequent accusations against stigmatized individuals, it can overshadow it. For example, when a person is stigmatized for committing an economic crime or other offenses under Article 36 of the Islamic

Penal Code, the judge's mindset or the criminal justice system's perspective no longer views them as entirely innocent, even if they might be completely innocent in the new accusation. This is more pronounced in the U.S. criminal justice system, which, influenced by political events, has resorted to more severe sanctions, including criminal stigmatization. Indeed, throughout the history of criminal law, challenges to the presumption of innocence have been influenced by political events (Ashouri, 1993: 44). Therefore, it can be said that although the criminal policy's reliance on and inclination towards *tashheer* (public shaming) has been directed towards media *tashheer*, providing extensive opportunities for it as a discretionary and supplementary punishment, and in some cases controversially moving towards *tashheer* (Bateni 2023: 104), a judge's attention to the aims of *ta'zir* and the necessity and utility alongside the principle of legality will ensure the avoidance of punishment in unnecessary cases.

Conclusion

The impacts of **criminal securitization** in many countries' legal systems, including the United States, largely stem from the events of September 11th, although nations had prior experiences in this regard. Similar to many other countries, the Iranian legal system has also adopted such a policy. While criminal securitization may be justifiable for crimes against national security in any legal system, its effectiveness in other non-security-related offenses remains questionable.

This article has demonstrated that **criminal stigmatization** is a measure significantly aligned with both the procedural and substantive effects of criminal securitization. In the United States, criminal stigmatization has a considerable history, and in recent years, due to political reasons and incidents that jeopardized the country's security, recourse to this institution, albeit with a securitized approach, has increased even in non-security crimes. In Iran's legal system, under the Islamic Penal Code and the Code of Criminal Procedure, the institution of stigmatization has been prescribed or mandated not only for security crimes but also for other, sometimes minor, offenses.

Therefore, in both countries, the legislator has extended the securitization approach beyond crimes against security to other offenses, which warrants consideration. This is because a securitized criminal policy, by disregarding scientific and empirical studies and focusing solely on security, cannot be optimally effective except in crimes against

security. Given that criminal stigmatization is also based on such a policy, the following recommendations can be made:

- Restrict stigmatizing measures to serious crimes: It is advisable for Iranian legislators to limit stigmatizing measures to serious crimes, including those against national security and offenses that disrupt public psychological security.
- Judicial discretion in applying stigmatization: In judicial practice, considering the powers granted to judicial authorities in Articles 23 and 36 of the Islamic Penal Code and Articles 96 and 499 of the Code of Criminal Procedure (as the primary legal bases for criminal stigmatization), it is expected that these authorities will, in practice, restrict stigmatization to serious crimes, especially crimes against national security and those that disturb public order.

Provide mechanisms for social reintegration: Even in cases where criminal stigmatization is justifiable, it is essential to implement mechanisms that prevent the stigmatized individual from being deprived of continued social life and allow them to enjoy their citizenship rights. One such mechanism is the public announcement of the restoration of their reputation through the media

References

A. Persian

- Ashouri, Mohammad (1993). *The Principle of Innocence and its Effects in Criminal Matters*. Quarterly of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, (29).
- Aghaeinia, Hossein & Javanmard, Behrouz (2010). *Strict Criminal Policy towards Petty Criminal Offenses in Light of the Zero-Tolerance Strategy, with Emphasis on Iranian and American Criminal Law*. Police Knowledge Quarterly, 13(2).
- Albrecht, Hans Jörg (2006). *Terrorism, Risk and Legislation*, translated by Mehdi Moghimi and Majid Ghorchi Beigi. *Fiqh and Law Quarterly*, 3(11).
- Ibn Qudamah, Abdullah (1405 AH). *Al-Mughni*, Vol. 12, 1st ed. Beirut: Dar Al-Ahya Al-Turath Al-Arabi.
- Eftekari, Asghar. *The Social Structure of Security, Case Study of the Islamic Republic of Iran*. Collection of Articles from the Social Security Conference, Social Affairs Department of NAJA, Vol. 1, Golpoone Publications.

- Omidi, Jalil (2008). The Criminal Policy Discourse of the Seventh Parliament. *Justice Law Journal*, (62 & 63).
- Anvari, Hassan (2002). *Sokhan Grand Dictionary*, Vol. 1, 1st ed. Tehran: Sokhan Publications.
- Batani, Ebrahim (2023). A Reflection on the Position of Offender Shaming in Light of the Criminal Policy of Tashheer. *Islamic Law Quarterly*, 20(76).
- Boulek, Bernard (2008). *Penology*, translated by Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, 8th ed. Tehran: Majd Scientific and Cultural Complex.
- Pak Nahad, Amir (2011). *Risk-Oriented Criminal Policy*, 1st ed. Tehran: Mizan Publishing.
- Tavajjohi, Abdolali & Dehghani, Ali (2013). In the Conflict of Securitization and Fair Trial Standards. *Criminal Law Research Journal*, 2(3).
- Jarr, Khalil (1973 AD). *Larousse (Al-Mu'jam Al-Arabi Al-Hadith)*. Paris: Maktab Larousse.
- Javanmard, Behrouz (2007). Criminal Theory and the Security Approach of the Islamic Republic of Iran in Petty Crimes with Emphasis on Zero-Tolerance and Broken Windows Theory. *Security Quarterly*, 5(3).
- Khaleghi, Ali (2015). *Code of Criminal Procedure*, Vol. 1, 28th ed. Tehran: Shahre Danesh Legal Studies and Research Institute.
- Rahmdel, Mansour (2006). *Reversal of the Burden of Proof in Iranian Positive Law*. Research Project of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran.
- Rahimi Nejad, Esmaeil (2008). *Human Dignity in Criminal Law*. Tehran: Mizan Publishing.
- Resen, Jeffrey (2005). A Look at Zero Tolerance Policy, translated by Ghiasi, translated by Jalaluddin. *Fiqh and Law Journal*, 4.
- Roth, Mitchell (2008). *A History of Criminal Justice*, Vol. 2, translated by Sanaz Alasti. Tehran: Mizan Publishing.
- Ritzer, George (1998). *Sociological Theory in the Contemporary Era*, translated by Mohsen Salas. 3rd ed. Tehran: Elmi Publications.
- Zamani, Leila & Abuyi, Hossein & Tavallaei, Ali (2011). Tashheer of False Witness. *Fiqh and Islamic Law Principles Journal*, 44(2).
- Sagheian, Mohammad Mehdi (2006). The Principle of Equality of Arms in the Criminal Process. *Justice Law Journal*, (56 & 57).
- Sarmast Banab (2008). *The Principle of Innocence in Criminal Law*. Tehran: Dadgostar Publications.
- Shamloo, Bagher & Moradi, Majid (2013). Restriction of Fair Trial Guarantees in Light of Securitization in Money Laundering Crime. *Justice Legal Journal*, 77(81).

- Sheikh Tusi, Mohammad (1407 AH). *Al-Khilaf*, Vol. 6. Qom: Islamic Publications Office.
- Sadr Towhidkhaneh, Mohammad (2009). *Law in the Grip of the Enemy from American War on Terror Policy to the German Theory of Enemy Criminal Law*. In *New Developments in Criminal Sciences*, edited by Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, 1st ed. Tehran: Mizan Publishing.
- Taheri, Samaneh (2013). *Strict Criminal Policy*, 1st ed. Tehran: Mizan Publishing.
- Tabarsi, Fazl ibn Hassan (1410 AH). *Al-Mu'talif min Al-Mukhtalif Bayna Al-A'immah Al-Salaf*, Vol. 2, 1st ed. Mashhad: Islamic Research Complex.
- Auda, Abd al-Qadir (1413 AH). *Al-Tashree' Al-Jana'i Al-Islami Muqarana Bil-Qanun Al-Wad'i*, Vol. 1, 12th ed. Beirut: Al-Risalah Foundation.
- Farahidi, Khalil ibn Ahmad (1401 AH). *Al-Ain*, Vol. 3, 2nd ed. Qom: Manshurat Al-Hijra.
- Fallah Ahmad Chali Baboli, Hassan (2007). *Public Execution of Hudud and Punishments from the Perspective of Reason and Tradition*. *Fiqh and Law Principles Journal*, (8).
- Feiz, Reza (2011). *Inherent Human Dignity in Ibn Arabi's Mysticism*. *Bioethics Quarterly*, (1).
- Fayyumi, Ahmad (1405 AH). *Al-Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir lil-Rafi'i*, Vol. 1, 1st ed. Qom: Dar Al-Hijra.
- Ghorbani, Ali & Movahedi, Jafar (2011). *The Principle of Innocence in Fiqh Thought and the Presumption of Innocence*. *Fiqh and Islamic Law Studies Quarterly*, 8(26).
- Qal'aji, Mohammad (1405 AH). *Mu'jam Lughat Al-Fuqaha*, 1st ed. Beirut: Dar Al-Nafais wa Al-Nashr.
- Ghannad, Fatemeh & Akbari, Masoud (2017). *Criminal Policy Securitization*. *Criminal Law Research Quarterly*, 5(18).
- Kashefi Esmailzadeh, Hassan (2005). *Movements Back to Punishment in Western Countries' Criminal Policy: Causes and Manifestations*. *Specialized Journal of Razavi Islamic Sciences University (Theology and Law)*, 5(15-16).
- Martinez, Rene (2006). *History of Criminal Law in Europe*, translated by Mohammad Reza Goudarzi Boroujerdi, 2nd ed. Tehran: Majd Publications.
- Marie, Philippe (2004). *Punishment and Risk Management: Towards a Calculative Justice in Europe*, translated by Hassan Kashefi Esmailzadeh. *Justice Legal Journal*, (48 & 49).
- Mohseni, Farid (2012). *Criminal Developments in the US Patriot Act*. *Judicial Legal Perspectives Quarterly*, (6).

- Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa & Sadat Hosseini, Seyyed Hossein (2001). (Interview) A Perspective on Hudud and its Public Execution. *Specialized Journal of Razavi Islamic Sciences University*, (2).
- Marjan Berenji Ardestani (2010). Effects of Securitization in Iranian and U.S. Criminal Law. *Order and Police Security Quarterly*, 3(3).
- Malmiri Center, Ahmad (2004). Limitations on the Exercise of Human Rights in Domestic Law and International Conventions. *Strategic Studies Quarterly*, (26).
- Ma'louf, Louis (1956 AD). *Al-Munjid fi Al-Lughah wa Al-Adab wa Al-Uloom*, 5th ed. Beirut: Catholic Press.
- Moein, Mohammad (1996). *Persian Dictionary*, Vol. 1, 10th ed. Tehran: Amirkabir Publications.
- Moghniyah, Mohammad Jawad (1421 AH). *Fiqh Al-Imam Al-Sadiq (AS)*, Vol. 6, 2nd ed. Qom: Ansariyan Institute.
- Montesquieu (1983). *The Spirit of the Laws*, translated by Ali Akbar Mohtadi. Tehran: Amirkabir Publications.
- Musavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (undated). *Tahrir al-Wasilah*, Vol. 2, 1st ed. Qom: Dar al-Ilm Publications.
- Mahdavi Pour, Azam & Shahrani Karani, Najmeh (2014). Securitization of Criminology: Strategies and its Effects on Criminal Law. *Criminal Law Research Quarterly*, 5(1).
- Mirarab, Mehrdad (2000). A Glimpse at the Concept of Security, translated by Seyyed Abdolghayoum Sajjadi. *Political Science Quarterly*, 3(9).
- Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein (2013-2014). Lectures on Criminology, PhD Course in Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University (From Critical Criminology to Security Criminology), compiled by Sakineh Khanalipour Vajargah and Mehdi Ghorbani.
- Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein (2016-2017). Lectures on History of Criminal Law, MA Course in Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, compiled by Iraj Khalilzadeh and Seyyed Pouria Mousavi.
- Najafi, Mohammad Hassan (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*, Vol. 41, 7th ed. Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Nowrouzi, Nader (2005). Petty Crimes Against Public Order: Strategies and Solutions. *Quarterly of the Faculty of Law and Political Science*, (68).
- Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein. *New Penology - New Criminology*. In *New Developments in Criminal Sciences*, edited by Ali Hossein Najafi Abrand Abadi, 1st ed. Tehran: Mizan Publishing, 2009.
- Najafi Abrand Abadi, Ali Hossein & Iyargar, Hossein (2014). Supervision of Dangerous Offenders: Challenges and Solutions. *Criminal Law Research Quarterly*, 2(6).

- Valipour, Seyyed Hossein (1997). The Evolution of the Concept and Considerations of Security. Master's Thesis, Shahid Beheshti University.
- Vakil Gilani, Azar (Translator) (2004). The Code of Hammurabi, 1st ed. Tehran: Pouyandegan-e Teb Publishing Institute.
- Yazdiiian Ja'fari, Jafar (2016). The Conflict Between Individual and National Security in Crimes Against Security. *Criminal Law Research Quarterly*, 4(14).
- B. English
- B Vold, George and J Bernerd, Thomas and B snipes, Jeffrey(1998), *Theoretical Criminology*, Oxford University Press.
- Brian Palmer,(2012), Can we bring back the stockades? The constitutionality of Public Shaming, (www.Slate.com)
- Council of Europe, European Court of Human Rights(2014), *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights, Right to fair Trial*.
- De jong, Ferry and Van Lent, Leonie(2016), The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle, *Utrecht Law Review*, 12(1).
- Doxin. David(2003), *Beyond Zero Tolerance*, National Outlook Symposium on crime in Australia: Mapping the boundaries of Australia's Criminal Justice System.
- Etzioni, Amitai(1999), Back to the pillory, *The American Scholar*, 68(3).
- Gless, Sabine(2013), Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a fair trial: Approaches to a General Principle, *Utrecht law review*, 9(4).
- Gunther Jakobs(1985), Kriminalisierung im vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift Fur Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97.
- Hamilton, Melisa(2015), Back to The Future: The Influence of Criminal History on Risk Assessment, *Berkeley Journal of Criminal law U of Hoston Law center*, (A-1). Abstract.
- lee Dynes, Michael and Edward Whitmer, Henry(2013), *The Scarlet letter of the Law: A Place for Shaming Punishment in Arizona*.
- M. Goldman(2015), The Use of Social media Websites in Public Shaming Punishments, *American Criminal Law Review*, Vol 52.
- M. Iainer, Mark and Henry, Stuard(2004), *Essential Criminology*, West view Press.
- Nasu, Hotushi and Rubenstein, Kim(2015), *Introduction: The expanded Conception of Security and Institutions*, Cambridge University Press.
- Nussbaum, Martha c(2004), *Hiding from Humanity*, New Jersey, Princeton University Press,.

Owens, Emily Greene(2010), *Media and the Criminal Justice System*, Cornell University.

Re. Monahan, John and L. Skeem, Jenifer(2013), Risk Redux: The Resurgence of Risk Assessment in Criminal Sanctioning, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, (36).

Reutter, David(2015), For Shame, Public Shame sentence on the Rise, *Prison Legal News*, p 38, (www.prisonlegalnews.org).

Webster Argow, Walter(1935), A Criminal Liability Index for Predicting Possibility of Rehabilitation, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 26(4).

sexoffender.ncsbi.gov



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.53251.5330>



Research Article

An Ancient Interpretation of the Right to Happiness in Contemporary International Law

Anosh Naderi

Academic Teacher, Faculty of Law, University of Technology Sydney (UTS), NSW, Australia

Article history:

Received: 18-05-2025

Accepted: 25-09-2025

Abstract

This article reassesses the ‘right to happiness’ by reading Achaemenid royal inscriptions alongside contemporary international instruments (UNGA resolutions and the 2030 Agenda). It advances two claims. First, a semantic and philological reading of Old Persian (notably the lexeme *šiyāti-/šiyāta-*) and close readings of Darius the Great and Xerxes’ inscriptions show that Achaemenid kings framed collective welfare – peace, subsistence and moral order – as a governmental obligation grounded in divine legitimacy. Second, when mapped onto modern frameworks, this tripartite ancient schema (security against violence, protection from famine and material want, and the suppression of institutional falsehood/corruption) anticipates key duties now articulated across human-rights instruments and the Sustainable Development Goals. Where Achaemenid inscriptions explicitly invoke ‘happiness’, contemporary international law increasingly seeks to preserve analogous aims under the rubric of ‘well-being’, translating ancient normative commitments into modern duties enforceable through rights and SDG frameworks.

Please cite this article as:

Naderi, A (2025). An Ancient Interpretation of the Right to Happiness in Contemporary International Law. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 451-480.
doi: <https://10.22099/JLS.2025.53251.5330>

* Corresponding author:

E-mail address: anosh.naderi@uts.edu.au

Methodologically the study combines lexical reconstruction, textual exegesis of primary inscriptions (DNa, DNb, DPe/DPd, XPh) and doctrinal comparison with UN resolutions and SDG indicators to identify continuities and measurement gaps. The article argues that Achaemenid *šiyāti* functions as a proto-right that clarifies why governance, justice and resilience must be central to any legalized conception of wellbeing; it also proposes targeted sub-indicators (disaster resilience, rule-of-law metrics, transparency measures) to better align SDG monitoring with the normative content of the right to happiness. The intervention contributes to the history of human-rights ideas and to debates about operationalizing wellbeing in international law.

Keywords: Right to Happiness, Human Rights, International Law, Sustainable Goals, Ancient Persia

Introduction

Happiness, recognized by the United Nations General Assembly as the ‘universal goal and aspiration of all people around the world’ (UNGA Res 66/281, 2012), has profoundly influenced the course of law and politics throughout human history (Wan, 2023: 1209). In recent decades, there has been growing enthusiasm for the idea that happiness can serve as a cornerstone for public policy formulation, reigniting interest in the complex relationship between happiness, law, and politics (Ott, 2011: 354). Many countries and organizations, including the United Nations, have sought to integrate the concept of happiness into their agendas, driven by the idea that happiness represents the ultimate human goal.¹

However, happiness is a concept that is influenced by various aspects of human life and, in turn, affects all aspects. However, happiness is a multifaceted concept influenced by various aspects of human life, which in turn impacts all facets of life (Miruh and Minhyung, 2014: 44). Given its intricate and asymmetrical nature, along with its humanistic dimensions, happiness has garnered significant interest from researchers and scholars. From 1995 to 2023, over 257 research publications have examined how a happiness-based framework might inform governmental policies.² This illustrates the diverse approaches and perspectives involved in defining indicators for happiness. A brief review of policy-making documents over the decades reveals shifting paradigms in how nations evaluate and pursue happiness.

Historically, with the advent of monetary systems, societies developed indicators to measure well-being in terms of economic growth (Tideman, 2009: 223-25). Drawing from the mathematical methodologies of the

1. For example, see the recent proposal of the government of China on how happiness is under the agenda of humanity: The State Council Information Office of the People’s Republic of China. (2023). *A Global Community of Shared Future: China’s Proposals and Actions*.

2. Shruti Agrawal et al., in a collaborative effort across multiple universities, have conducted a thorough review of the literature on happiness. Their article offers a comprehensive summary of existing studies, investigating how a happiness economy framework can support sustainable development. The authors performed a systematic literature review of 257 research publications, identifying five key thematic clusters: (i) Transitioning beyond GDP to a happiness economy, (ii) Rethinking growth for sustainability and ecological regeneration, (iii) Policy considerations beyond money and happiness, (iv) The role of health, human capital, and well-being, and (v) Policy advancements for a happiness economy. Additionally, the study suggests future research directions to assist researchers and policymakers in developing a robust happiness economy framework. *see*: Agrawal, S., Sharma, N., Dhayal, K. S., & Esposito, L. (2024). *From Economic Wealth to Well-Being: Exploring the Importance of Happiness Economy for Sustainable Development Through Systematic Literature Review. Quality & Quantity*, 58(6), 5503-5530. <https://doi.org/10.1007/s11135-024-01892-z>

economic sciences, these indicators often involve quantifiable metrics with monetary values. The most basic measure of a nation's economic performance is *Gross National Product* (GNP) or *Gross Domestic Product* (GDP), calculated from all recorded economic transactions within a specific period (Clark and Senik, 2016: 407-8).¹

However, GNP and GDP have significant limitations and no longer provide a complete picture of the perceived well-being or welfare of a nation's citizens (Krishnan, 2024: 13). Their shortcomings include: (i) failure to differentiate between economic activities that contribute positively to development and those that result from exploitation of natural resources, waste production, pollutant emissions, or habitat destruction; (ii) inadequate valuation of natural, human, and social capital; and (iii) lack of consideration for justice and equity. Nonetheless, all of these factors are crucial for human well-being and happiness (Ura, 2015: 1).

In the mid-1970s, Bhutan introduced a new paradigm for measuring national prosperity that prioritized people's welfare over mere economic productivity. This approach, known as *Gross National Happiness* (GNH), emerged as an alternative to GDP. GNH emphasizes that GDP alone cannot guarantee happiness and well-being, and incorporates a wider range of criteria such as resource allocation, sustainability, health, human rights, and education (Daga, 2014: 26).

In response to the rapid depletion of natural resources driven by economic development, the concept of *sustainable development* has emerged (Tideman, 2009: 229). The 1987 UN World Commission on Environment and Development report, *Our Common Future*, popularized this term (UN WCED, 1987: 16, para. 27). Following the 1992 UN Rio Conference on Environment and Development (UNCED), the concept became a focal point for national policies, with signatory States expanding their statistical accounts to include sustainability factors (Tideman, 2009: 229). Sustainable development and sustainable happiness are often seen as two sides of the same coin, with the argument that sustainable development provides a foundation for considering happiness as a right. Through this approach, it is hoped that global well-being and happiness can be achieved (Tabibzadeh and Lorinejad, 2024: 2082).

1. GDP is a standard benchmark to measure economic growth and in turn prosperity in most countries of the world.

Methodology of the Research

In this article, I explore the contemporary understanding of the right to happiness, with a focus on its historical dimensions. Rather than delving into current trends, I investigate whether this right was addressed at governmental and administrative levels in ancient times. Before presenting the core findings of this research, I will outline the methodology used.

This study examines the concept of happiness as reflected in the royal inscriptions of the Persian Empire and compares these ancient perspectives with modern international frameworks, such as Sustainable Development Goals (SDGs). The goal is to understand how the notion of happiness has evolved or whether there has been a continuity in its conceptualization and implications for modern international law. To achieve this, a multi-faceted approach was employed.

The primary sources for this research include royal inscriptions from Achaemenid kings, particularly Darius the Great and Xerxes. These inscriptions were chosen for their direct references to happiness and their importance in understanding Achaemenid legal and administrative practices. They offer insights into how happiness was perceived and promoted by the government in Persian Empire. A detailed semantic and linguistic analysis was conducted to interpret the meaning of happiness in Old Farsi. This involved examining the specific terms and phrases used in the inscriptions and understanding their context within the linguistic and socio-cultural framework of the ancient Persian. By analyzing the language and content of these inscriptions, the study aimed to reveal how the concept of happiness was conceptualized as an administrative responsibility of the government in ancient era.

In addition to the primary sources, secondary literature on Achaemenid governance and legal practices was reviewed, including scholarly commentaries and historical analyses that provide context and interpretation of the inscriptions. This combination of primary and secondary sources offers a comprehensive view of how happiness was integrated into the legal and administrative systems of the time.

The study then compares the ancient Persian perspective on happiness with contemporary international frameworks. Relevant UN General Assembly Resolutions on happiness and well-being were examined to identify how modern notions align with or differ from those of the Achaemenid Empire. Additionally, the SDGs were analyzed to assess their compatibility with ancient perspectives. This comparative analysis aims to highlight both the continuities and divergences between ancient

and modern views on happiness. By integrating findings from the semantic analysis of ancient inscriptions with contemporary international standards, the study seeks to offer a nuanced understanding of the evolution of the concept of happiness.

Structure of the Research

To achieve aims of this research, Section 1 will first outline how international law has addressed and recognized the issue of happiness as a legal human right. This section will review the development and current status of the right to happiness within the framework of international law. In Section 2, I will delve into the concept of happiness in the texts, culture, and administration of ancient Persia. This section will explore how the right to happiness was conceptualized in antiquity. To facilitate this, I will start with a brief cultural, linguistic, and semantic analysis of the term happiness and related terminologies in Old Persian, the language of the inscriptions, noting that it has since evolved into modern Farsi. Following this, I will examine how happiness was addressed as an administrative obligation by investigating royal orders from the Achaemenid kings found in their inscriptions. Finally, I will compare the ancient understanding of the right to happiness with contemporary perspectives to assess how our worldview on this issue has evolved over time.

By examining the elements of happiness as perceived in the ancient era and contrasting them with modern interpretations of the right to happiness, we can gain a clearer understanding of how legal concepts are shaped and redefined across different historical contexts. This comparative analysis will provide insights into how our views on legal notions, such as the right to happiness, have evolved or remained consistent despite the passage of time over millennia.

1. The Right to Happiness in International Law

The right to happiness is not explicitly stated in any human rights covenant or convention; rather, it is implicitly addressed within the framework of other rights. The 1948 Universal Declaration of Human Rights has no direct or precise article on right to happiness, nonetheless, there are certain rules on conditions which entails well-being for humans

(Liao, 2015: 80).¹ Among the documents that have been adopted after the Universal Declaration of Human Rights, only the preamble of the 1989 Convention on the Rights of the Child pays attention to the *happiness* of children within the family environment. It recognizes that for the full and harmonious development of their personality, a child ‘should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding’ (United Nations Convention on the Rights of the Child, 1989: preamble).

In 19 July 2011, the United Nations General Assembly adopted resolution 65/309 titled ‘Happiness: Towards a Holistic Approach to Development’ recognizing happiness as a fundamental human goal and calling for a more inclusive, equitable, and balanced approach to economic growth that promotes the happiness of all people (UNGA Res 65/309, 2011). The resolution declares that ‘the pursuit of happiness is a fundamental human goal’ and emphasizes that ‘the gross domestic product indicator by nature was not designed to and does not adequately reflect the happiness and well-being of people in a country’ (UNGA Res 65/309, 2011: preamble).

The resolution 65/309 acknowledged that there is a ‘need to promote sustainable development’ and accordingly, asked the UN-member States ‘to pursue the elaboration of additional measures that better capture the importance of the pursuit of happiness and well-being in development with a view to guiding their public policies’ (UNGA Res 65/309, 2011: art. 1). The UN General Assembly also ‘invites those Member States that have taken initiatives to develop new indicators’ on the pursuit of happiness and well-being and to communicate such views to the General Assembly (UNGA Res 65/309, 2011: art. 2).

Following the adoption of this resolution, the first United Nations conference on happiness was held in 2012 at the initiative of Bhutan (Norren, 2020: 434).² The conference was entitled ‘Wealth and Happiness: Defining a New Economic Paradigm’ (Corlotean, 2019: 49).

1. Although there is no expression of happiness as a right in the UDHR, Liao argues that mankind has human rights to what he calls the ‘*fundamental conditions for pursuing a good life*’ and this foundation grounds human rights.

2. This session was initiated by Bhutan. In 1970, Bhutan has introduced a new system for measuring national prosperity, focused on people’s welfare, which gradually replaced indicators that economic productivity, resulted in an indicator called ‘*Gross National Happiness*’ as an alternative to microeconomic ‘*Gross Domestic Product*’. One such indicator considers criteria other than strictly economic, such as the distribution of resources, sustainability, health, human rights and education.

The UN General Assembly adopted a resolution according to which the ‘International Day of Happiness’ is celebrated on March 20th annually (UNGA Res 66/281, 2011; UNGA Res 65/309, 2011).¹ In the same month, the first World Happiness Report was published in April 2012 by the Earth Institute (Helliwell et al., 2012). On 20 March 2013, the then-UN Secretary General Ban Ki Moon stated that:

“At last year’s Rio+20 United Nations Conference on Sustainable Development, United Nations Member States agreed on the need for a balanced approach to sustainable development by integrating its three pillars: economic growth, social development and environmental protection” (Corlatean, 2019: 49).

Since 2015, the annual report has been published by the United Nations Sustainable Development Solutions Network (Tabibzadeh and Lorinejad, 2024: 2094-95). UN Example was followed by other international organizations. Since May 2011, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) has proposed the *Better Life Index* to support policymaking aimed at improving the quality of life and happiness of individuals (Greco et al., 2017).² In June 2014, the European Economic and Social Committee (EESC), a consultative body of the European Union, which organized a debate called *Let’s talk about happiness – beyond the GDP* (EESC Report, 2014). The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) believes that education and work are of particular importance for the happiness, well-being, and welfare of individuals. Quality education is a fundamental condition for providing the skills and knowledge necessary to achieve suitable employment and empower individuals to shape a better future. UNESCO also proposes global access to quality education and freedom of expression as indicators for measuring the happiness of a

1. The UN General Assembly recalls the Resolution 65/309 of July 19, 2011, and acknowledges that the pursuit of happiness is a fundamental human goal. Additionally, it should be noted that March 20th marks the Persian New Year, Nowruz, a deeply rooted tradition from the Achaemenid Empire. This festival celebrates the arrival of the spring equinox.

2. In this regard, it has suggested eleven indicators: housing, income, jobs, community, education, environment, civic engagement, health, life satisfaction, safety, and work-life balance. *see*: Greco, S., Ishizaka, A., et al. (2017). *Measuring Well-Being by a Multidimensional Spatial Model in OECD Better Life Index Framework* (MPRA Paper No. 83526). University of Munich. The focus of this report is to evaluate the index based on tangible economic indicators.

society (UNESCO, 2024: 13). The United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women) has also focused on gender-related actions for happiness. The UN-Women concludes by acknowledging that women in countries with equal rights to men tend to have a relatively higher level of happiness and well-being (Ermiş-Mert, 2023: 1-2).

Further, the *Global Happiness Council* is also a new universal network of leading academic experts in fields such as psychology, economics, urban planning, and government representatives. This council provides recommendations and actions at national and local levels for participating governments on best practices for promoting happiness. At national levels, also, significant efforts are also underway to promote happiness and well-being. As of 2022, almost 110 States embedded the terms ‘happiness’ or ‘well-being’ in their constitutions (Wan, 2023: 1210).

All these initiatives and efforts underscore the importance of happiness and well-being as vital objectives that deserve serious attention. However, while the UN General Assembly’s Resolution 65/309 acknowledges that GDP does not accurately capture the happiness and well-being of peoples and calls for the development of additional measures and new indicators, it raises the question of whether such *new* indicators are truly necessary? Do we need to devise new frameworks? Or, do we already have measures that might provide sufficient insight into and respect for the right to happiness, potentially negating the need for new approaches?

To explore these questions, I propose examining the right to happiness through the lens of ancient inscriptions. In particular, I will investigate how happiness was defined in ancient Persia by the Achaemenids in their royal inscriptions, and how these inscriptions mandated the government to foster the well-being of its people.¹ By analyzing the term for

1. The *Achaemenid Empire*, also known as the First Persian Empire, was an ancient empire that existed from around 550 to 330 BCE. It was founded by *Cyrus the Great*, who established one of the largest empires in history by conquering large parts of the Middle East and Asia. Orders of the *Cyrus the Great* were inscribed on a clay cylinder, widely considered to be by many scholars, the first declaration of human rights. The Achaemenid Empire stretched from the Indus River in the east to the Aegean Sea in the west and from the Caucasus Mountains in the north to Egypt in the south. Their capital was *Persepolis*, which is located near present-day Shiraz, Iran. For further information, please refer to: Llewellyn-Jones, L. (2023). *Persians: The Age of the Great Kings*. Wildfire.; Wiesehöfer, J. (2014, January 23). Law and Religion in Achaemenid Ira. in A. C. Hagedorn & R. G. Kratz (Eds.),

happiness in Old Persian, we can gain valuable linguistic and cultural insights over a legal right. This will lead us to a review of the governmental inscriptions that addressed the concept of happiness and the responsibilities of the State in ensuring the well-being of its citizens. In the next section, I will delve into these ancient texts to illustrate how historical perspectives on happiness and governance can inform contemporary discussions on the right to happiness in international law. This exploration aims to provide a deeper understanding of how ancient principles might inform current approaches to measuring and promoting happiness and well-being.

2. Happiness in Texts, Culture, and Administration of Ancient Persia

From the authentic and fundamental concepts of the Mazdayasna tradition or Zoroastrian mysticism, the importance of feelings of joy and happiness stands out.¹ This theme is so prominent and evident in this tradition that it is not an exaggeration to call the ancient philosophy of Persia, the idea of joy and happiness (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 166). In the Avesta² and other middle age Persian texts, this recommendation for happiness and the avoidance of sorrow and grief is evident (Hartz, 2009: 12, 17-8, 108).³ Zoroastrianism emphasizes virtues and righteousness in defining happiness and a good life (Joshani, 2015: 26). One of the most significant calendars used by Ancient Persia was the Zoroastrian calendar, which had several important festivals.⁴ These

Law and Religion in the Eastern Mediterranean: From Antiquity to Early Islam [Online edition]. Oxford Academic Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199550234.003.0003>

1. Zoroastrianism also known as Mazdayasna.

2. The religious texts of the Zoroastrian faith of ancient Persia are referred to as the '*Avesta*'. The oldest part is the *Gathas*, which includes a collection of hymns and one of the oldest examples of religious poetry attributed to the prophet Zoroaster (ca. 630-550 BCE).

3. Zoroaster himself is seen as a prophet of joy and a messenger of happiness. In Zoroastrian beliefs, it is expected that every follower shares and spread happiness.

4. Among these festivals '*Nowruz*', '*Mithraic Festivals*', '*Sadeh*' and '*Yalda Night*' were notable. Nowruz was the Persian New Year, celebrated at the spring equinox, is one of the most important festivals. It marks the beginning of the new year and the arrival of spring. The festival is characterized by cleaning homes, wearing new clothes, and enjoying special foods. Mithraism was a major religion in Persia before the rise of Zoroastrianism, and it had its own set of festivals. Mithras, the god of light and truth, was celebrated with various rituals. Sadeh was a mid-winter festival that celebrated the defeat of darkness to celebrate discovery of fire by King Hushang, the 2nd king of the mythological Pishdadian dynasty, often marked by fire ceremonies. Yalda Night was celebrated on the longest night of the year. Yalda marks the victory of light over darkness. Families gather to read poetry, eat fruits, and enjoy each

festivals were deeply intertwined with Persian mythology, agriculture, and religious beliefs, reflecting the cultural heritage of ancient Persia (Brosius, 2023: Chapter 65). This philosophy is also one of the main comprehensible elements in the religious texts of ancient Iran (Malandra, 1983: 16). Therefore, given the importance and frequent occurrence of these signs in ancient Iranian texts, it appears that a study centered around concepts such as joy, peace, and happiness can enrich our understanding of ancient Iranian thought and worldview.

Before exploring the concept of joy and happiness in ancient Iranian texts, it is necessary to gain a preliminary understanding of the pertinent terms. In the ancient Iranian languages, there are various words that refer to feelings of joy and happiness, each chosen for a specific purpose depending on the semantic field and the contextual usage in which they are employed. Nowadays, in modern Farsi, the usage of some of these words has become completely obsolete or their meanings have evolved, while others have continued to be used with almost the same meaning and application (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 166).

In linguistic studies, the *linguistic relativity* theory – or the *Sapir-Whorf hypothesis* – indicate that language plays a role in structuring the worldview of the vocalist of that language (Perlovsky, 2009: 519; Regier and Xu, 2017: 1). That is to say that linguistic patterns shape individual and collective cognition. In this context, language has the potential to shape thought, beliefs, deeds and could determine actions (Carroll, 1956: 37). For instance, in certain societies individuals tend to assign adjectives to words that are in line with their assigned gender in a specific language. For example, German speakers describing the word ‘key’, which is denoted as masculine in German, tend to imply masculine aspects of ‘ownership’ (Cubelli et al., 2011: 455; Boroditsky et al., 2003: Chapter 4). Therefore, if the ancient Iranians had different words to express different joyful feelings, it indicates a unique worldview of the speakers of this language and also the quality of the world in which they lived (Altarriba and Basnight-Brown, 2022: 872).

Persian, with its literary and poetic traditions, has a nuanced vocabulary for expressing various shades of joy and happiness. Some of these terms might have overlapping meanings or subtle distinctions in connotation: *farroxīh* (joyful or happy, sometimes implying a sense of prosperity or success); *hunsandīh* (similar to *hušnūdīh*, conveying a sense

of happiness or pleasure); *hupassandagī* (pleasing or agreeable, potentially focusing on satisfaction); *hurasamīh* (cheerful or delighted, sometimes used in a more poetic or elevated sense); *hušnūdīh* (contentment or satisfaction, reflecting a deeper sense of happiness); *ramišn* (a less common term, possibly related to *tranquility* or calm joy); *šādīh* (joy, happiness, often used in everyday language); *šnāyēnišn* (likely a term with specific poetic or literary use); *spaxr* (an uncommon term, could refer to a specific or traditional concept of joy); *urwahm(an)īh* (might be an archaic or specialized term, possibly relating to a profound or spiritual kind of joy); *urwāzišn* (might relate to a concept or state of joy, possibly from historical or literary contexts); *urwāzistan* (seems to be a place name or a term related to a state of being, perhaps metaphorically); *wīdwarīh* (might be related to a traditional or cultural expression of happiness); *wiyufs* (another less common term, possibly indicating a specific type of joy or satisfaction); *wiyufsišn* (possibly a rare or archaic term with specific connotations of joy); *xwā(h)rīh* (could imply a more physical or sensory pleasure); *xwāšīh* (pleasant, happy, and often used in a general sense of well-being) (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 168).

As mentioned, in contemporary Persian, many words and concepts from ancient texts have undergone significant transformations. Over time, some terms have become obsolete, losing their usage and original meanings. This linguistic evolution can create challenges when interpreting historical documents, as the modern meanings of words may diverge from their ancient counterparts.¹ However, many ancient words still retain some correspondence with their historical forms. Despite changes in usage and meaning, these terms often preserve elements of their original significance. In some cases, modern Persian words are derived from ancient roots, allowing for a partial continuity of meaning. By examining these linguistic connections, scholars can gain insights into how ancient concepts were expressed and how they might align with contemporary understandings.

Interpreting ancient inscriptions involves not only decoding words but also understanding the cultural and contextual nuances that shaped their

1. For instance, certain words found in ancient Achaemenid inscriptions may no longer be in common use today. These terms might have had specific connotations and nuanced meanings in their historical context that are no longer directly translatable into modern Persian. This can make it difficult to fully grasp the intent and significance of these words as they were understood in the ancient period.

meanings. Scholars must navigate these linguistic shifts to bridge the gap between ancient and modern perspectives. In the next section, I will explore the meaning of the term ‘*happiness*’ in Old Persian to establish a foundation for evaluating the inscriptions.

2.1. A Semantic Interpretation of Happiness in Old Persian

The word *šiyāti-* in Old Persian, derived from the root *šya\šā-*, is grammatically a noun meaning *welfare, peace (on earth), happiness (also after death)* (Kent, 1953: 210). Additionally, the word *šiyāta* is grammatically an adjective meaning *peaceful and happy (on earth)* (Kent, 1953: 210). The Avestan form of this adjective is *šyatā-*, and its later Avestan form is *šāta-*, which means to be happy or to become joyful. This word has evolved in Middle Persian and modern Persian into *šādīh*, meaning happiness (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 168).

Today, in modern Persian, the word *šādī*, in its ancient form *šādīh-*, is a very common term with a specific meaning. It denotes *joy and happiness* and stands in opposition to sorrow and grief. As we go further back in time, the semantic load of the word (*šādī*) becomes richer and more complex. The meaning that comes to mind today is, to a considerable extent, different from its counterparts in Old Persian, *šiyāti-*, and in the Avesta, *šyatā-*. In simpler terms, the meaning of this word has become more specialized over time (Mitchell, 2015: 293).¹

In fact, in ancient Iran, when the word was used, it encompassed a broad range of meanings such as well-being, peace, abundance, truth, and more generally, happiness. Over time, the meaning of this word has gradually narrowed, to the point where today in Persian, the word (*šādī*) covers only a fraction of its former significance.

In most ancient Iranian texts, the word (*šādī*) and many other words conveying meanings of happiness, success, well-being, and related emotions are found in a distinctly secular and mundane context. The worldly and joyful atmosphere in some ancient Iranian texts strongly supports the non-spiritual and material aspects of these words. This reflects a specific worldview within part of ancient Iranian philosophy that places great value on wealth, enjoying sublunary blessings, experiencing pleasures, and valuing the present moment. The word also has a specific semantic evolution when referring to the feeling of joy.

1. Christine Mitchell translate *Šiyāti* as *well-being* in his publication: “*Šiyāti* is usually translated happiness but has a more comprehensive semantic range.”

In the Avesta, the sacred texts of Zoroaster, we observe instances where the Old Persian Avestan words *šyatā-* and *šāta-* specifically have non-spiritual and sometimes even erotic connotations (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 169). In other words, while many religious traditions emphasize happiness as a spiritual or metaphysical state achieved in the afterlife, ancient Persian and Zoroastrian beliefs took a different approach. In these traditions, happiness was seen as a tangible experience rooted in the material world and everyday life. Zoroastrian teachings particularly highlighted the importance of living a righteous life and finding happiness through one's actions and experiences in this world. Unlike traditions that seek ultimate fulfillment in a transcendent or otherworldly realm, Zoroastrianism celebrated the pursuit of happiness and well-being within the tangible context of the material world.

2.2. Happiness in Achaemenid Royal Inscriptions

Among the limited texts preserved from Achaemenid Royal Inscriptions in Old Persian, one of the most striking themes is the concept of happiness and its repeated emphasis in these inscriptions. As previously mentioned, *šiyāti-* in Old Persian, derived from the root *šya-* \ *šā-*, is a noun meaning 'welfare, peace, happiness' and 'joy after death'. Additionally, *šiyāta* is an adjective meaning 'calm' and 'joyful'. This word and its derivatives appear frequently in Old Persian inscriptions, with the phrase *happiness for mankind* being repeated 22 times in inscriptions from ancient Iran.¹ In the DNA inscription, or the inscription of Darius the Great at *Naqsh-e Rostam* [lines 1-7], written in Old Persian, Elamite, and Akkadian, the King of Persia says:

- | | |
|---|---|
| 1. <i>baga \ vazraka \ Auramazdâ \ hya \ im</i> | 1. the great god is Ahuramazda, who created |
| 2. <i>am \ bumâm \ adâ \ hya \ avam \ asm</i> | 2. this earth, who created yonder sky, |
| 3. <i>ânam \ adâ \ hya \ martiyam \ adâ \</i> | 3. who created mankind, |
| 4. <i>hya \ šiyâtîm \ adâ \ martiyahyâ \</i> | 4. who created happiness for mankind, |
| 5. <i>hya \ Dârayavaum \ xšâyathiyam \ ak</i> | 5. who made Darius king, |
| 6. <i>unauš \ aivam \ parûvnâm \ xšâyath</i> | 6. one king of many, |
| 7. <i>iyam \ aivam \ parûvnâm \ framâtâ</i> | 7. one lord of many (Kent, 1953: 137-38). |

1. The general system for referencing Achaemenid Royal Inscriptions uses a three-letter format. The first letter denotes the king, such as **D** for Darius or **X** for Xerxes. The second letter represents the site, like **B** for Bisotun (Kermanshah, Iran) or **P** for Persepolis (Shiraz, Iran). The third letter is used to differentiate between inscriptions of the same ruler at the same site.

It would be beneficial to examine the fifth sentence in detail: *hya šiyātim adā martiyahyā*. The word *hya* is a relative pronoun in the nominative singular masculine form, meaning who, what, or which. The term *šiyātim* is a noun in the accusative singular feminine form, translating to welfare, peace, or happiness. The verb *adā* is in the 3rd person singular aorist indicative active form, derived from *dā*, meaning put, make, or create. Finally, *martiyahyā* is a noun in the genitive singular masculine form, referring to a mortal mankind or human being (Harvey et al., 2024: Chapter 9).

Additionally, in the DNb inscription of Darius the Great [lines 1-4], it is written:

- | | | | |
|----|---|----|---|
| 1. | <i>baga \ vazraka \ Auramazdā \ hya \ adadā \ i</i> | 1. | the great god Ahuramazda is the one, who |
| 2. | <i>ma \ frašam \ tya \ vainataiy \</i> | 2. | created this glory that is seen, |
| 3. | <i>hya \ adadā \ šiyātim \ martiyahyā \hya \ xrathum\</i> | 3. | who created happiness for mankind, who |
| 4. | <i>utā \ aruvastam \ upariy \ Dârayavaum \ xšā</i> | 4. | bestowed wisdom and capability upon Darius the King (Kuhrt, 2007: 502-5). |

In the DSs inscription [lines 1-7], it is written:

- | | | | |
|----|--|----|---|
| 1. | <i>baga \ vazraka \ Auramazdā \ hya \ frašam \ ah \ yâyâ \ būmiyâ \ kunautiy \</i> | 1. | a great god is Ahuramazda, who created what is good on this earth, |
| 2. | <i>hya \ martiyarn \ ahyâyâ \ būmiyâ \ kunautiy\</i> | 2. | who created mankind on this earth, |
| 3. | <i>hya \ šiyātim \ kunautiy \ martiyahyâ \</i> | 3. | who created happiness for mankind, |
| 4. | <i>hya \ uvaspâ \ urathâcâ \</i> | 4. | who created good horses and good chariots. |
| 5. | <i>kunautiy \ manâ \ haudish \ frâbara \ mâm \</i> | 5. | he bestowed gave me the kingdom. |
| 6. | <i>Auramazdâ \ pâtuv \ utâ \ tyamaiy \ kartam \</i> | 6. | may Ahuramazda protect me and what I have made (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 173). |

The same theme is repeated across all Achaemenid inscriptions. The fact that, among all the blessings and creations of Ahuramazda, the god of ancient Iran, happiness is highlighted as a significant gift to humanity in the most important royal documents, underscores the importance of the meaning of the word (*šiyāti-*) and its associated philosophy in ancient

Iranian religion and culture. However, the meaning and implications of this word, given its elevated status, are worthy of careful consideration. Perhaps by examining the texts of the DPe and XPh inscriptions and comparing them with other texts, one might gain some insight into this purpose. In the DPe inscription, or the inscription of Darius the Great, which is written in 24 lines on the southern wall of the Persepolis Palace, it states:

- | | |
|---|--|
| 19. <i>Darayavaush \ xshâyathiya \ yadiy</i> | 19. Darius the King says: |
| 20. <i>avathâ \ maniyâhay \ hacâ \ aniya</i> | 20. if you shall think thus, |
| 21. <i>nâ \ mâ \ tarsam \ imam \ Pârsam \ kâram \ pâdi</i> | 21. may I not fear of any other, protect this Persian people, |
| 22. <i>y \ yadiy \ kâra \ Pârsa \ pâta \ ahatiy \ hyâ \</i> | 22. if the Persian people shall be protected, thereafter |
| 23. <i>duvaishtam \ šiyâtish \ axshatâ \ hauvci</i> | 23. for the longest while happiness unbroken, |
| 24. <i>y \ Aurâ \ nirasâtiy \ abiy \ imâm \ vitham \</i> | 24. and the favor of Ahuramazda will come down upon the royal house (Filippone, 2012: 101-19). |

In this text, as observed, perpetual happiness is a gift bestowed by Ahuramazda upon a ruler or government that protects the people. Furthermore, DPe describes a form of social contract or symbiosis between the government and the people. The King is advised to protect the populace, which in turn helps the government shield itself from fear (Lincoln, 2012: 410).¹ This governmental protection signifies the adherence to rights of people expected from their government, and it must be given due consideration by the king. In the XPh inscription, or the inscription of Xerxes at Persepolis [lines 46-56], it states:

- | | |
|---|--|
| 46. <i>yâtâ \ kartam \ akunavam \ tuva \ kâ \ hya \</i> | 46. [and] if you who [would come] |
| 47. <i>apara \ yadimaniyâiy \ šiyâta \ ahaniy \</i> | 47. after [me] should think, may I be happy |
| 48. <i>jîva \ utâ \ marta \ artâvâ \ ahaniy \</i> | 48. [as long as I am] living, may I be blessed [when I am] dead, |
| 49. <i>avanâ \ dâtâ \ parîdiy \ tya \</i> | 49. [then] on account of that, honor the |

1. By ensuring the safety and well-being of the people, the government also safeguards itself against potential threats and instability. However, the things that might cause fear against the royal empire are not named in that passage. Rather, it is the DPe inscription that provides a more detailed analysis, listing the three prime sources of fear in what seems to be the reverse order of their severity. Further elaboration on the DPe will follow.

<p><i>Auramazdâ</i> \</p> <p>50. <i>niyaštâya</i> \ <i>Auramazdâm</i> \ <i>yadaišâ</i> \</p> <p>51. <i>artâcâ</i> \ <i>brazmaniya</i> \ <i>martiya</i> \ <i>hya</i> \</p> <p>52. <i>avanâ</i> \</p> <p>53. <i>dâtâ</i> \ <i>pariyaita</i> \ <i>tya</i> \ <i>Auramazdâ</i> \</p> <p>54. <i>nîshtâya</i> \ <i>utâ</i> \ <i>Auramazdâm</i> \</p> <p>55. <i>yadataiy</i> \</p> <p>56. <i>artâcâ</i> \ <i>brazmaniya</i> \ <i>hauv</i> \ <i>utâ</i> \</p> <p>57. <i>jîva</i> \</p> <p>58. <i>šiyâta</i> \ <i>bavatiy</i> \ <i>utâ</i> \ <i>marta</i> \ <i>artâvâ</i> \</p> <p>59. <i>bavatiy</i> \</p>	<p>laws which Ahuramazda has</p> <p>set down. You, being reverent,</p> <p>should worship Ahuramazda</p> <p>and truth. The man who, on account</p> <p>of that,</p> <p>honors the laws which Ahuramazda</p> <p>sets down,</p> <p>[who], being reverent, worships</p> <p>Ahuramazda</p> <p>and truth, both becomes happy [as</p> <p>long as he is] living</p> <p>and becomes blessed</p> <p>[when he is] dead ... (Harvey et al.,</p> <p>2024: Chapter 10).¹</p>
---	--

The phrase *may I be happy [as long as I am] living* suggests that happiness in the material world may be understood as a transcendent feeling akin to happiness and well-being derived from life's blessings. This joy or happiness, a natural right for the people of Persia, is seen as a divine rule that kings shall recognize (Lincoln, 2008: 224-25). Consequently, this concept is frequently referenced in ancient Iranian inscriptions and is likely intended to denote the joy experienced in this life rather than in the afterlife. Research by Iranologists supports this interpretation (Mitchell, 2014: 306).²

As previously noted, DPe discusses a governmental obligation that the king must fulfill to ensure lasting happiness for the people. In this context, some scholars argue that DPe should be interpreted alongside another royal text, the DPd inscription (Lincoln, 2012: 410). In other words, both DPd and its complementary inscription, DPe, address the protection of people from looming threats. In the DPd inscription [lines 12-24], Darius the Great appeals to Ahuramazda to safeguard the land of Persia from three specific disasters. The inscription reads as follows:

<p>12. ... \ <i>Dârayavaush</i> \ <i>xshâya</i></p> <p>13. <i>thiya</i> \ <i>manâ</i> \ <i>Auramazdâ</i> \ <i>upastâm</i> \</p> <p>14. <i>baratuv</i> \ <i>hadâ</i> \ <i>vithaibish</i> \ <i>Bagai</i></p>	<p>12. King Darius says</p> <p>13. may Ahuramazda and the gods of</p> <p>14. the royal house comes to my aid.</p>
--	---

1. It should be noted that the term *bavatiy* in line 56 of the inscription is a 1st person singular present verb meaning 'becomes'. For the sake of a clear translation in English, it has been replaced with the term *marta* from the previous line, which is a past participle passive verb meaning 'dead'.

. In the Old Persian creation formula, the creation of humanity by Ahuramazda is followed immediately by the creation of *šiyâti* for humanity.

- | | |
|--|--|
| 15. <i>bish \ utâ \ imâm \ dahyâum \ Aura</i> | 15. may Ahuramazda protect |
| 16. <i>mazda \ pâtuv \ hacâ \ hainây</i> | 16. this country from the enemy army, |
| 17. <i>â \ hacâ \ dushiyârâ \ hacâ \ dra</i> | 17. from famine, |
| 18. <i>ugâ \ abiy \ imâm \ dahyâum \ mâ \</i> | 18. and from the lie. may there never be |
| 19. <i>âjamiyâ \ mâ \ haiânyâ \ mâ \ dush</i> | 19. upon this country |
| 20. <i>iyârâ \ mâ \ drauga \ aita \ adam \</i> | 20. the enemy army, famine, or the lie. |
| 21. <i>yânam \ jadiyahâmiy \ Auramazd</i> | 21. this I pray as a favor from Ahuramazda |
| 22. <i>â \ hadâ \ vithaibish \ bagaibish \ a</i> | 22. and the gods of the royal house. |
| 23. <i>itamaiy \ yânam \ Auramazdâ \ dadât</i> | 23. may Ahuramazda and the gods |
| 24. <i>uv \ hadâ vithaibish \ bagaibish</i> | 24. of the royal house do me this favor (Filippone, 2012: 101-19). |

On the other hand, the DPe inscription indicates that the happiness of the people will remain undisturbed if they are protected. From the texts of these two inscriptions, it can be concluded that the ancient Iranians' happiness could be disrupted by three specific calamities: army of enemies (*hainâyâ*), drought and famine (*dushiyârâ*), and falsehood (*drauga*) (Lincoln, 2012: 415).

While the first two are straightforward, the concept of *falsehood* – or *lie* in the text of the inscription – as an evil that can disrupt happiness is less clear. It seems that falsehood is a disastrous phenomenon that undermines justice. This understanding comprehends from the text of another royal inscription. In the DNb inscription, which is a comprehensive account of how a ruler should govern justly, Darius the Great describes his approach to justice and governance. He proclaims:

- | | |
|--|---|
| 5. <i>... \ thâtiy \ Dârayavaush \ xshâya</i> | 5. ... King Darius says |
| 6. <i>thiya \ vashnâ \ Auramazdâha \ avâkaram \ a</i> | 6. by the favor of Ahuramazda, |
| 7. <i>miy \ tya \ râstam \ daushtâ \ amiy \ mitha \ na</i> | 7. I am of such a kind that I am a friend of the right, |
| 8. <i>iy \ daushtâ \ amiy \ naimâ \ kâma \ tya \ skauth</i> | 8. of wrong I am not a friend. (it is) not my desire |
| 9. <i>ish \ tunuvatahyâ \ râdiy \ mitha \ kariyaish \</i> | 9. that the weak one might be treated wrongly, for the strong one's sake, |
| 10. <i>naimâ \ ava \ kâma \ tya \ tunuvâ \ skauthaish \ r</i> | 10. nor the strong be treated wrongly by the weak. |
| 11. <i>âdiy \ mitha \ kariyaish \ tya \ râstam \ ava \ mâm \</i> | 11. what is right, that is my desire. |
| 12. <i>kâma \ martiyam \ draujanam \ naiy \ daushtâ \ am</i> | 12. I am not a friend to the man who follows lies, |
| 13. <i>iy \ naiy \ manauvish \ amiy \ tyâmai \ dartana</i> | 13. I am not hot-tempered, |

- | | |
|--|--|
| 14. <i>yâ \ bavatiy \ darsham \ dârayâmiy \ manahâ \</i> | 14. I control my anger through thoughtful consideration, |
| 15. <i>uvaipashiyahyâ \ darsham \ xshayamna \ amiy \</i> | 15. I am firmly in control of myself. |
| 16. <i>martiya \ hya \ hataxshataiy \ anudim \ hakarta</i> | 16. the man who cooperates is rewarded, for him, according to his cooperation, |
| 17. <i>hyâ \ avathâdim \ paribarâmiy \ hya \ v</i> | 17. who does harm is punished |
| 18. <i>inâithayatiy \ anudim \ vinastahyâ \ avath</i> | 18. in accordance with the damage. |
| 19. <i>â \ parsâmiy \ naimâ \ kâma \ tya \ martiya \</i> | 19. it is not my desire for anyone to harm another, |
| 20. <i>vinâthayais \ naipatimâ \ ava \ kâma \ yadi</i> | 20. nor for those who do harm, not to be punished. |
| 21. <i>y \ vinâthayaish \ naiy \ frathiyaish \ martiya \</i> | 21. I do not consider a man's accusations |
| 22. <i>tya \ patiy \ martiyam \ thâtiy \ ava \ mâm \</i> | 22. that does not convince me, |
| 23. <i>naiy \ varnavataiy \ yâtâ \ uradanâm \ hadu</i> | 23. until I have heard the statements of both. |
| 24. <i>gâm \ âxshnautiy \ martiya \ tya \ kunau</i> | 24. what a man achieves or brings |
| 25. <i>tiy \ yadivâ \ âbaratiy \ anuv \ tauman</i> | 25. according to his natural abilities, [and] |
| 26. <i>ishaiy \ xshnuta \ amiy \ utâ \ mâm \ vas</i> | 26. by that I become satisfied, and it very much my desire; |
| 27. <i>iy \ kâma \ utâ \ uxshnaush \ amiy \ avâkaram</i> | 27. and [when] I am pleased, my generous is abundant. |
| 28. <i>camaiy \ ushîy \ utâ \ framânâ \ yathâmai</i> | 28. of such a kind (are) my intelligence and (my) command |
| 29. <i>y \ tya \ kartam \ vainâhy \ yadivâ âxshnav</i> | 29. when you shall see or hear what has been done by me, |
| 30. <i>âhy \ utâ \ vithiyâ \ uta \ spâthma</i> | 30. both at court and in battle, |
| 31. <i>idayâ \ aitamaiy \ aruvastam \...</i> | 31. this is my capability over thinking and judgment (Baghbidi, 2009: 57-8). |

From this inscription, it is clear that Darius the Great places a strong emphasis on justice and integrity. Falsehood, or lying, is viewed as a serious impediment to justice and, consequently, to the happiness of the people. Therefore, the disruption of happiness by falsehood likely refers to how unfairness or lack of justice in ruling undermines fair governance and justice, which are crucial for maintaining societal well-being. Consequently, the core of the *social contract* between the people and their king in ancient Persia was revolved around life and peace, or in Old

Persian terms, *šiyāti*, meaning life and well-being. This right of people was established by Ahuramazda and protected by the Achaemenid king, who ensured its preservation by enacting laws (*data*) and maintaining proper order (*arta*) (Mitchell, 2015: 304).¹ The ruling government was expected to take measures to safeguard against these three threats. In contrast, the benefits that ensure the preservation of happiness include peace, well-being, and justice (Shagoshtasbi and Hasanzadeh Niri, 2023: 175).

Thus, it is clear that in ancient Persia, the concept of happiness was considered a divine human right, and it was incumbent upon the sovereigns to actively uphold and provide conditions for the realization of this happiness. This perspective emphasized that the well-being of the populace was intrinsically linked to the effectiveness and moral integrity of governance, as we now refer to it as *good governance* (Fellmeth and McInerney-Lankford, 2022: 1; Addink, 2019). Although the conceptualization of happiness and its association with governance in ancient Persia might appear rudimentary, it still reveals a profound understanding of the interrelationship between government and the governed. In essence, the ancient Persian approach to governance reflects a belief in the government's obligation to actively contribute to the right to happiness for its people. The rules and principles, while foundational, indicate a sophisticated view of rights, responsibilities, and the role of leadership in enhancing public welfare. This historical perspective highlights a long-standing tradition of recognizing and formalizing the connection between effective governance and the happiness of the populace, demonstrating an early awareness of the importance of public administration in ensuring societal well-being.

3. From Ancient Principles to Modern Standards

Transitioning to the modern era, we can draw parallels between these ancient principles and contemporary human rights. Considering their modern equivalents, it becomes evident how the ancient Persian focus on safeguarding happiness through protection from specific threats has evolved into a broader human rights discourse. Understanding these connections, even in their rudimentary form, helps illuminate how ancient thoughts and principles continue to shape our current human rights standards and practices.

1. Christine Mitchell translates *šiyāti* as 'well-being' in their publication.

In my viewpoint, the aforementioned ancient principles – peace and security, adequate living conditions, and justice – align with the pillars of the *sustainable development goals*, which aim to improve the quality of life for people around the world. Not only they are still relevant, but also, they are pillars of all efforts have been being done to provide an adequate standard of living for peoples all around the world for decades (De Neve and Sachs, 2020: 1-2). To this end, it could only be possible to talk about sustainable welfare and happiness for all when and if we achieve sustainable development through good governance (Omri and Mabrouk, 2020: 106388-1).

Researchers have suggested two main approaches for the overall measurement of well-being, the objective and the subjective well-being (Voukelatou et al., 2021: 280). With the purpose of identifying objective, scholars have focused on dimensions that are considered essential for the improvement of the societal well-being and its comparison between countries and years. The United Nations Development Programme (UNDP) has identified 17 sustainable development goals and 232 indicators, labeled as SDGs (OECD, 2024: 11).¹

Additionally, with regard to the subjective elements, researchers studied subjective well-being and have identified the dimensions and the relevant determinants that can positively or negatively affect human well-being (OECD, 2024: 3). For instance, evidence shows that one of the most important predictors of happiness is a social trust between population of a country and their authorities, and in general the government quality (Ott, 2011: 354).² In this context, it is important to recognize that *Gross National Happiness* is primarily determined by criteria that directly influence changes in the overall sense of happiness within a nation (Chetri, 2024: Chapter 7).

To explore how ancient people believed happiness could be achieved through government measures, I will examine the overarching goals of the SDGs. This will help determine if there is a significant difference between contemporary views on happiness and those held by people from 25 centuries ago, in their basic forms though. I start with the SDGs.

1. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has identified 11 essential topics labeled as OECD well-being framework. *see*: OECD. (2024, April 2). Measuring Well-being beyond GDP in Asia, South-East Asia and Korea (OECD Papers on Well-being and Inequalities, No. 22). OECD Publishing.

2. The author argues that “the quality of governance may also have a positive impact on happiness ... since governments can provide for additional conditions, like safety, healthcare and a minimal level of social equality and justice.”

Established in 2015, the SDGs represent a universal pledge to address ongoing human rights issues, environmental degradation, and economic advancement, seeking to facilitate transformational change and to create an equitable world for all (Guiry, 2024: 2).

It should be noted that many of the indicators used in the SDGs are directly related to those measuring happiness. SDGs indicators that are widely adopted by institutions, governments, and communities around the world (Duvic-Paoli, 2021: 9). Therefore, we can rely on these indicators to understand to what extent realization of these criterion will affect the happiness of people. An empirical analysis reveals that the SDGs cover 66.7% of the domains and indicators included in a happiness-related index (Iriartel and Musikanski, 2019: 115).

It is important to note that SDG Goal 3, which focuses on ensuring healthy lives and promoting well-being for all at all ages, does directly reference the concept of *well-being*.¹ This alignment suggests that while the SDGs addresses many aspects that contribute to overall happiness as measured by related indices (Kubiszewski et al., 2022: 146). Nonetheless, this framework has its own flaws as well. The 2020 SDGs Report emphasized that the absence of access to justice and weak governance were significant obstacles to sustainable development (Bantekas and Akestoridi, 2023: 503-4).

All in all, as the UN General Assembly declared, SDGs were designed to have a better balance of the three dimensions of sustainable development social, economic, and environmental – and their governance aspects (UNGA Res 70/1, 2015). Notably, the 2030 Agenda for Sustainable Development is built on five foundational pillars: *people, planet, prosperity, peace, and partnership* (UNGA Res 70/1, 2015: Preamble).

To highlight the remarkable similarities between ancient and modern views on governance, justice, and human well-being, we can compare the core values and objectives of the Achaemenid principles from over 2500 years ago with today's SDGs. These parallels reveal a persistent thread in human thought regarding the creation of stable, prosperous, and just societies:

a. *Protection from Calamities and Basic Needs*

In the ancient DPe inscription, one of the primary concerns of the ruler's was to protect the people from three specific threats: drought and famine.

1. Considering that the SDGs do not explicitly aim to address '*happiness*' as a primary objective, this overlap is noteworthy.

This emphasis on safeguarding against these calamities reveals a deep commitment to ensuring basic security and stability for the general population. Similarly, the SDGs focus on ending poverty and hunger (Goals 1 and 2), ensuring access to clean water and sanitation (Goal 6), and promoting sustainable agriculture. These goals reflect a modern recognition of the need to protect individuals from deprivation and environmental threats, directly aligning with the ancient concern for safeguarding the basic needs from *dushiyârâ*.

b. *Good Governance and Justice*

The DNb inscription from the reign of Darius the Great emphasizes the ruler's duty to uphold justice, maintain order, and enact laws that promote the well-being of the people. In the words of the Great King, *šiyâti* would establish by *data* (enacting laws) and *arta* (maintaining proper order) based on the righteousness. This principle is rooted in the belief that a just and orderly society is essential for the ruler's legitimacy and the people's happiness. In contemporary terms, the SDGs stress the importance of promoting peaceful and inclusive societies (Goal 16) and building effective, accountable institutions (Goal 17). These goals highlight the ongoing relevance of good governance as foundational to societal well-being, reflecting a shared understanding that administration and justice are critical to achieving a harmonious society.

c. *Mutual Interaction and Collective Responsibility*

The ancient principle that the ruler's security is tied to the people's happiness reflects a mutual relationship where both governance and societal well-being are interdependent. In the modern context, this mutual interaction is mirrored in the SDGs' emphasis on [global] partnerships (Goal 17) and collaborative efforts among all stakeholders to achieve sustainable development.

d. *Long-Term Sustainability and Stability*

Both ancient and modern frameworks demonstrate a focus on long-term stability and prosperity. The DPe inscription's concern with preventing disasters and falsehoods implies a vision of enduring stability and contentment. Similarly, the SDGs are designed to address present and future challenges by promoting sustainable development across social, economic, and environmental dimensions. The emphasis on sustainable practices and resilience in the SDGs reflects a commitment to ensuring

that the benefits of development are enduring and equitable, resonating with the ancient emphasis on long-term societal stability.

Conclusion

The earliest historical references to happiness can be found in the inscriptions of the Achaemenid Empire. These inscriptions often include a recurring phrase indicating that *Ahuramazda*, the greatest God, created happiness for humankind. This article investigates whether the concept of happiness, as understood from these ancient texts, aligns with contemporary definitions or whether the notion held a distinct meaning for the ancient people. Firstly, a linguistic analysis of the term *happiness* reveals that it was derived from Persian rituals and imbued with a concrete and practical significance. In the Achaemenid worldview, happiness was to be achieved during life, as opposed to being deferred to another realm. This conception was integral to their governance model, which prioritized ensuring peace, justice, and prosperity for their citizens. Also, with the establishment of the Persian Empire, the realization of happiness for its people emerged as a significant mission of governance. The Persian kings such as Darius the Great and Xerxes frequently emphasized this idea in their proclamations. It is important to note that the concept of happiness during this era was deeply rooted in the culture of ancient Iran and Zoroastrian religious beliefs. The Achaemenids, however, incorporated and operationalized this notion within the framework of their administrative policies.

The Achaemenid rulers recognized that enduring happiness and stability depended on key pillars: maintaining peace by avoiding *hainâyâ* (hostility), ensuring adequate living conditions by addressing *dushiyârâ* (poverty), and upholding justice by combating *drauga* (falsehood). These principles underpinned the administration of Persian Empire, fostering stability and legitimacy while promoting long-lasting happiness among the populace.

The ancient principles of governance aimed at securing the people's right to happiness exhibit a striking alignment with the modern Sustainable Development Goals (SDGs). In the modern era, the 2030 Agenda for Sustainable Development echoes these timeless aspirations. Contemporary SDGs focus on eradicating poverty, ensuring food security, promoting justice, and fostering peace and resilience. Both ancient and modern societies share a common goal of creating

environments where individuals can thrive, contribute to the collective good, and experience stability and justice.

Despite advancements in technology and the availability of more precise strategies, the fundamental aspirations of humanity have remained consistent. Ancient societies understood, as we do today, that collective well-being hinges on peace, justice, and prosperity. This enduring continuity underscores the timeless nature of our pursuit of happiness.

References

Books and Chapters

- Kuhrt, A. (2007). *The Persian Empire: A Corpus of Sources from the Achaemenid Period*. Routledge.
- Lincoln, B. (2012). *Happiness for Mankind: Achaemenian Religion and the Imperial Project*. Peeters Publishers.
- Lincoln, B. (2008). The Role of Religion in Achaemenian Imperialism. In N. Brisch (Ed.), *Religion and Power: Divine Kingship in the Ancient World and Beyond*. Oriental Institute of the University of Chicago.
- Mitchell, C. (2015). Achaemenid Persian Concepts Pertaining to Covenant and Haggai, Zechariah, and Malachi. In R. J. Bautch & G. N. Knoppers (Eds.), *Covenant in the Persian Period: From Genesis to Chronicles* (1st ed.). Eisenbrauns. <https://doi.org/10.5325/j.ctv18r6r64.19>
- Addink, H. (2019, April 18). *Good Governance: Concept and Context* [Online edition]. Oxford University Press.
- Carroll, J. B. (Ed.). (1956). *Language, Thought, and Reality: Selected Writings of Benjamin Lee Whorf*. MIT Press.
- Wiesehöfer, J. (2014, January 23). Law and Religion in Achaemenid Ira. In A. C. Hagedorn & R. G. Kratz (Eds.), *Law and Religion in the Eastern Mediterranean: From Antiquity to Early Islam* [Online edition]. Oxford Academic Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199550234.003.0003>
- Boroditsky, L., Schmidt, L. A., & Phillips, W. (2003). Sex, Syntax, and Semantics. In D. Gentner & S. Goldin-Meadow (Eds.), *Language in Mind: Advances in the Study of Language and Cognition*. MIT Press. <https://doi.org/10.7551/mitpress/4117.003.0010>
- Krishnan, L. (2024). Happiness Research from the Psychological Perspective: Thoughts of an Optimist. In S. Chetri, T. Dutta, et al. (Eds.), *Handbook of Happiness: Reflections and Praxis from Around the World*. Springer. https://psycnet.apa.org/doi/10.1007/978-981-99-2637-4_1
- Llewellyn-Jones, L. (2023). *Persians: The Age of the Great Kings*. Wildfire.

- Brosius, M. (2023). The Persian Empire: Perspectives on Culture and Society. In K. Radner, N. Moeller, & D. T. Potts (Eds.), *The Oxford History of the Ancient Near East: Volume V, The Age of Persia* (2nd ed.). Oxford Academic Press.
<https://doi.org/10.1093/oso/9780190687663.003.0065>
- Hartz, P. R. (2009). *Zoroastrianism* (3rd ed.). Infobase Publishing.
- Kent, R. G. (1953). *Old Persian: Grammar, Texts, Lexicon* (2nd ed.). American Oriental Society.
- Liao, S. M. (2015, June 18). Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life. In R. Cruft, S. M. Liao, & M. Renzo (Eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights* [Online edition]. Oxford Academic Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199688623.003.0004>
- Chetri, S. (2024). Gross National Happiness: The Interdependent Domains of Happiness. In S. Chetri, T. Dutta, et al. (Eds.), *Handbook of Happiness: Reflections and Praxis from Around the World*. Springer.
https://doi.org/10.1007/978-981-99-2637-4_7
- Harvey, S. L., Lehmann, W. P., & Slocum, J. (2024). *Old Iranian* [Online edition]. The University of Texas at Austin, College of Liberal Arts, Linguistics Research Center.
- Malandra, W. W. (1983). *An Introduction to Ancient Iranian Religion: Readings from the Avesta and Achaemenid Inscriptions*. University of Minnesota Press.
- Journals*
- Fellmeth, A., & McInerney-Lankford, S. (2022). International Human Rights Law and the Concept of Good Governance. *Human Rights Quarterly*, 44(1), 137. <https://doi.org/10.1353/hrq.2022.0000>
- Clark, A. E., Flèche, S., & Senik, C. (2016). Economic Growth Evens Out Happiness: Evidence from Six Surveys. *The Review of Income and Wealth*, 62(3), 405–419. <https://doi.org/10.1111/roiw.12190>
- Omri, A., & Ben Mabrouk, N. (2020). Good governance for sustainable development goals: Getting ahead of the pack or falling behind? *Environmental Impact Assessment Review*, 83, 106388–8. <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2020.106388>
- Ermis-Mert, A. (2023). Happiness, Life Satisfaction, and Gender Equality at the Micro and Macro Levels. *Journal of International Women's Studies*, 25(4), 1-13.
- Mitchell, C. (2014). A Note on the Creation Formula in Zechariah 12:1–8; Isaiah 42:5–6; and Old Persian Inscriptions. *Journal of Biblical Literature*, 133(2), 305-308. <https://doi.org/10.1353/jbl.2014.0026>
- van Norren, D. E. (2020). The Sustainable Development Goals viewed through Gross National Happiness, Ubuntu, and Buen Vivir.

- International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 20(3), 431-458. <https://doi.org/10.1007/s10784-020-09487-3>
- Baghbidi, H. R. (2009). Darius and the Bisotun Inscription: A New Interpretation of the Last Paragraph of Column IV. *Journal of Persianate Studies*, 2(1), 44-61. <https://doi.org/10.1163/187471609X454662>
- Kubiszewski, I., Mulder, K., Jarvis, D., & Costanza, R. (2022). Toward better measurement of sustainable development and wellbeing: A small number of SDG indicators reliably predict life satisfaction. *Sustainable Development (Bradford, West Yorkshire, England)*, 30(1), 139-148. <https://doi.org/10.1002/sd.2234>
- Ilias Bantekas and Katerina Akestoridi, 'Sustainable Development Goals, Between Politics and Soft Law: The Emergence of Political Normativity in International Law' (2023) 37(4) *Emory International Law Review* 499.
- Ott, J. C. (2011). Government and Happiness in 130 Nations: Good Governance Fosters Higher Level and More Equality of Happiness. *Social Indicators Research*, 102(1), 3-22. <https://doi.org/10.1007/s11205-010-9719-z>
- De Neve, J.-E., & Sachs, J. D. (2020). The SDGs and Human Well-Being: A Global Analysis of Synergies, Trade-Offs, and Regional Differences. *Scientific Reports*, 10(1), 15113-15113. <https://doi.org/10.1038/s41598-020-71916-9>
- Altarriba, J., & Basnight-Brown, D. (2022). The Psychology of Communication: The Interplay Between Language and Culture Through Time. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 53(7-8), 860-874. <https://doi.org/10.1177/00220221221114046>
- Jeon, M. & Shin, M. (2014). An Analysis of Factors Influencing Individually and Socially Oriented Happiness: The Case of Seoul. *Korean Journal of Policy Studies*, 29(2), 43-69. <http://dx.doi.org/10.52372/kjps29203>
- Iriarte, L., & Musikanski, L. (2019). Bridging the Gap between the Sustainable Development Goals and Happiness Metrics. *International Journal of Community Well-Being*, 1(2), 115-135. <https://doi.org/10.1007/s42413-018-0012-2>
- Perlovsky, L. (2009). Language and emotions: Emotional Sapir-Whorf Hypothesis. *Neural Networks*, 22(5), 518-526. <https://doi.org/10.1016/j.neunet.2009.06.034>
- Leslie-Anne Duvic-Paoli. (2021). From Aspirational Politics to Soft Law?: Exploring the International Legal Effects of Sustainable Development Goal 7 on Affordable and Clean Energy. *Melbourne Journal of International Law*, 22(1), 1-23.

- Boyce, M. (2005). Further on the Calendar of Zoroastrian Feasts. *Journal of the British Institute of Persian Studies*, 43, 1-38. <https://doi.org/10.2307/4300681>
- Joshanloo, M. (2015). Conceptions of Happiness and Identity Integration in Iran: A Situated Perspective. *Middle East Journal of Positive Psychology*, 1(1), 24-35.
- Shagoshtasbi, M. & Hasanzadeh Niri, M. (2023). Joy and Happiness in the Ancient Iranian Texts' (2023) 14(2) *Classical Persian Literature* 159.
- Tabibzadeh, P. & Lorinejad, M. (2024). The Right to Happiness in light of Sustainable Development Goals. *Public Law Studies Quarterly*, 53(4), 2081-2104. <https://doi.org/10.22059/jplsq.2021.321652.2748>
- Regier, T., & Xu, Y. (2017). The Sapir-Whorf Hypothesis and Inference Under Uncertainty. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science*, 8(6), e1440-n/a. <https://doi.org/10.1002/wcs.1440>
- Cubelli, R., Paolieri, D., Lotto, L., & Job, R. (2011). The Effect of Grammatical Gender on Object Categorization. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 37(2), 449-460. <https://doi.org/10.1037/a0021965>
- Agrawal, S., Sharma, N., Dhayal, K. S., & Esposito, L. (2024). From Economic Wealth to Well-Being: Exploring the Importance of Happiness Economy for Sustainable Development Through Systematic Literature Review. *Quality & Quantity*, 58(6), 5503-5530. <https://doi.org/10.1007/s11135-024-01892-z>
- Wan, T. T. W. (2023). Constitutionalization of Happiness: A Global and Comparative Inquiry. *German Law Journal*, 24(7), 1209-1236. <https://doi.org/10.1017/glj.2023.84>
- Vasiliki Voukelatou, V., Gabrielli, L., Miliou, I., Cresci, S., Sharma, R., Tesconi, M., & Pappalardo, L. (2021). Measuring objective and subjective well-being: dimensions and data sources. *International Journal of Data Science and Analytics*, 11(4), 279-309. <https://doi.org/10.1007/s41060-020-00224-2>
- Research Papers*
- Filippone, E. (2012). DPd/DPe and the Political Discourse of King Darius. in G. P. Basello & A. Rossi (Eds.), *System and Ideology in the Achaemenid State*. Università Degli Studi di Napoli l'Orientale.
- Daga, G. (2014, April). *Towards A New Development Paradigm: Critical Analysis of Gross National Happiness* [Master's thesis, Jindal School of Government and Public Policy].
- Ura, K. (2015, December). *The experience of Gross National Happiness as Development Framework* (Working Paper No. 42). Asian Development Bank.

- Guiry, N. (2024, March). *International law & the Sustainable Development Goals* (Research Report, Vol. 7). University College Cork, Centre for Law and the Environment, School of Law.
- Greco, S., Ishizaka, A., et al. (2017). *Measuring Well-Being by a Multidimensional Spatial Model in OECD Better Life Index Framework* (MPRA Paper No. 83526). University of Munich.
- Tideman, S. G. (2009). *Gross National Happiness: Towards a New Paradigm in Economics*. Centre for Bhutan Studies.
- Corlotean, T. (2019, August). Right to Happiness: A Challenge for International Organizations and Governments. in *Proceedings of the 14th International RAIS Conference* (19-20 August 2019). Research Association for Interdisciplinary Studies.

Reports

- EESC. (2014, June 10). *Let's Talk Happiness: Beyond GDP – Principal Conclusions*. Conference of the Various Interests Group of the European Economic and Social Committee, Brussels.
- Helliwell, J. F., Layard, R., & Sachs, J. (Eds.). (2012). *World Happiness Report 2012*. UN Sustainable Development Solutions Network.
- OECD. (2024, March 1). *Measuring Subjective Well-Being Across OECD Countries* (OECD Policy Insights on Well-being, Inclusion and Equal Opportunity, No. 16). OECD Publishing.
- OECD. (2024, April 2). *Measuring well-being beyond GDP in Asia, South-East Asia and Korea* (OECD Papers on Well-being and Inequalities, No. 22). OECD Publishing.
- State Council Information Office of the People's Republic of China. (2023). *A Global Community of Shared Future: China's Proposals and Actions*.

UN Documents

- United Nations General Assembly. (2011, August 25). *Happiness: Towards a holistic approach to development* (GA Res. 65/309, UN Doc. A/RES/65/309) [Resolution]. (Adopted July 19, 2011).
- United Nations General Assembly. (2012, July 12). *International Day of Happiness* (GA Res. 66/281, UN Doc. A/RES/66/281) [Resolution]. (Adopted June 28, 2012).
- United Nations General Assembly. (2015, October 21). *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* (GA Res. 70/1, UN Doc. A/RES/70/1) [Resolution]. (Adopted September 25, 2015).
- UNESCO. (2024). *Why the World Needs Happy Schools: Global Report on Happiness in and for Learning*. UNESCO.
- United Nations. (1989, November 20). *Convention on the Rights of the Child* [Treaty]. (Entered into force September 2, 1990).

United Nations World Commission on Environment and Development.
(1987). *Report of the world Commission on Environment and
Development: Our Common Future*. Oxford University Press.