

حق گستر

فصل نامه علمی ، تخصصی و حقوقی

سال پنجم - شماره نهم - زمستان ۱۴۰۳ / قیمت: ۷۵۰۰۰ تومان



تأملی در نسبت میان عقد صلح
و ماده ۱۰ قانون مدنی
ص ۵۳

بازاندیشی در نسبت شرایط انتخاب شونده‌گان
و مبانی نظام در انتخابات ایران
ص ۳۳

مفهوم برابری در گفتمان
حقوق بشر جهانی
ص ۲۵

انجمن علمی انسان و محیط

فصلنامه علمی-دانشجویی حق گستر | سال پنجم، شماره نهم، زمستان ۱۴۰۳

انجمن علمی حقوق دانشگاه یزد
سید محمد حسین مدرس مصدق
محمد رضا محمدی فر

دکتر حسن قاسمی مقدم، دکتر سید محسن حکمتی مقدم، دکتر
امید شیرزاد

امیرحسین عسکری زاده، سوشیانت بیگلی، دل آرا سلطانی، فاطمه فرآور،
سید صالح آیت اللهی، مهنوش کارگر

دکتر شهرام ابراهیمی، سید پوریا موسوی، سیده آرزو کرباسی
محمد گوهری، امیر حسین عسکری زاده، سورین چاقمی
سید صالح آیت اللهی، مریم حیدری، فاطمه موحدی، مهنوش کارگر
صدرا سرداریور، محمد منتظری هدش، علی دهقانی تفتی، معین نخچین
فاطمه فرآور، نازنین آخوندزاده، امیررضا غفاریان، مریم خواجه پور

استودیو طراحی سبزآبی (طراحی جلد با کمک سامانه های مبتنی بر هوش مصنوعی انجام پذیرفته است)

صاحب امتیاز:
مدیر مسئول:
سردبیر:

اساتید ارزیاب:

شورای دبیران:

هیئت تحریریه:

طراحی جلد و صفحه آرائی:

سرمقاله

۴

حقوق بین‌الملل و حقوق بشر

عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای آفریقای جنوبی علیه اسرائیل ۷
 ۱۷ مطالعه‌ای بر تابعان و منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی
 مفهوم برابری در گفتمان حقوق بشر جهانی ۲۵

حقوق عمومی

نسبت شرایط انتخاب‌شوندگان و مبانی نظام در انتخابات ایران ۳۳
 ۴۱ دلایل ابطال آرای سازمان تعزیرات حکومتی در دیوان عدالت اداری

حقوق خصوصی

تأملی در نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی ۵۳
 ۶۵ تأملی بر ماهیت قرارداد وثیقه در حوزه توثیق اموال
 تنصیف دارایی و مسائل پیرامون آن ۷۵
 ۸۳ لزوم تشریفاتی دانستن معاملات اموال غیر منقول

حقوق جزا و جرم‌شناسی

درآمدی بر حقوق بزه‌دیده در مرحله کشف جرم ۹۳
 ۹۹ مفهوم‌شناسی جرایم سایبری در پرتو فناوری‌های نوین

حقوق فناوری

قرارداد لیسانس فناوری (با تأکید بر حقوق مالکیت فکری) ۱۰۹

بخش ویژه

زندگی و میراث علمی رمون گسن ۱۱۹
 ۱۲۵ مریم هدایتی در برابر شرکت بیمه اتومبیل کلاب
 معرفی گرایش حقوق مالکیت فکری ۱۳۳



سرمقاله

سید محمد حسین مدرس | مدیر مسئول نشریه حق گستر

نگاه تخصصی به ارزیابی مقالات، از نقاط قوت نشریه بوده و همواره تلاش شده تا این روند بهبود و ارتقا یابد.

علاوه بر پرداختن به موضوعات تئوری و نظری، در این شماره توجه ویژه‌ای به مباحث عملی شده است. تحلیل و ارائه خلاصه پرونده و موارد عینی حقوقی، بخشی از تلاش ما برای ایجاد ارتباطی مؤثر میان دانش نظری و کاربرد عملی در حوزه حقوق است.

نشریه حق گستر، با الهام از نام و رسالت خود، همواره در تلاش بوده تا تمام سلايق و دیدگاه‌های مرتبط با حوزه حقوق و عدالت را در نظر گرفته و به سهم خود در گسترش آگاهی و دانش حقوقی گامی مؤثر بردارد. امیدواریم که این شماره نیز همچون شماره‌های پیشین، بتواند رضایت خوانندگان را جلب کرده و در مسیر اعتلای عدالت و حق‌مداری مؤثر واقع شود.

بار دیگر از همراهی شما خوانندگان گرامی سپاسگزاریم و امید داریم که نسل‌های بعدی نشریه بتوانند همچنان با تلاش و همت خود در رشد و پیشرفت نشریه حق گستر مؤثر واقع شوند.

با آرزوی موفقیت و عدالت محوری برای همگان

با کمال افتخار و خرسندی، بار دیگر فرصتی دست داده تا شماره‌ای دیگر از نشریه حق گستر به دست مخاطبان فرهیخته و عزیز برسانیم. امیدواریم که نوشته‌ها و مطالب این شماره بتواند همچنان که شایسته خوانندگان گرامی است؛ مورد توجه قرار گیرد و برای علاقه‌مندان به دانش حقوق مفید واقع شود.

در این شماره، تلاش کرده‌ایم تا تنوع موضوعات حقوقی را حفظ کرده و گستره وسیعی از حوزه‌های تخصصی را پوشش دهیم. از موضوعات نوینی همچون حقوق فناوری و تأثیرات نوآوری‌های دیجیتال بر نظام حقوقی گرفته، تا مباحث پایه‌ای و پرکاربردی چون حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق خصوصی، حقوق عمومی، حقوق بین‌الملل و حقوق بشر. ما سعی‌مان بر این بوده تا همه سلیقه‌های پژوهشی و علمی علاقه‌مندان را مورد توجه قرار دهیم و همچنان نیز مصممیم این روند روز به روز دقیق‌تر و پربارتر شود.

نشریه حق گستر از آغاز تا کنون همواره بر ارتقای استانداردهای علمی و تخصصی تأکید داشته است. در همین راستا، بهره‌گیری از ظرفیت ارزشمند اساتید در فرآیند ارزیابی مقالات، به ما این امکان را داده است تا ضمن ارائه مطالبی غنی، بستری مناسب برای رشد و تقویت پژوهش‌های دانشجویی نیز فراهم آوریم. این

حقوق بين الملل و حقوق بشر

INTERNATIONAL & HUMAN LAW

● مروری بر عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در
دعوای آفریقای جنوبی علیه اسرائیل

۷

● مطالعهای بر تابعان و منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی

۱۷

● مفهوم برابری در گفتمان حقوق بشر جهانی

۲۵



عملکرد دیوان بین المللی دادگستری در دعوی آفریقای جنوبی علیه اسرائیل



سیده آرزو کرباسی

مدرس دانشگاه در رشته
حقوق بین الملل

محمد گوهری

دانشجوی کارشناسی حقوق
پردیس مهریز دانشگاه یزد

دیوان بین المللی دادگستری (ازاین پس دیوان) به عنوان رکن قضایی اصلی ملل متحد، مرجع حل و فصل اختلافات دولت هاست و عملکرد آن اعم از ترافعی و مشورتی، در عرصه بین المللی از اهمیت زیادی برخوردار است. این اهمیت از آنجایی است که صلاحیت این نهاد مبتنی بر رضایت دولت ها بوده (ماده ۳۶ اساسنامه دیوان) و از طرف دیگر احکام آن، من جمله اقدامات موقت، دارای ضمانت اجرای هر چند محدود توسل به شورای امنیت می باشند (بند ۲ ماده ۹۴ منشور). همچنین عملکرد دیوان از منظر افکار عمومی و جامعه جهانی نیز قابل توجه است...

ساختار و صلاحیت دیوان در رسیدگی به اختلافات بین المللی

دیوان به عنوان رکن قضایی اصلی ملل متحد، متشکل از ۱۵ قاضی است که ضمن نداشتن تابعیت مشابه، باید در کشور خود از اعتبار قابل ملاحظه‌ای برخوردار باشند. قضات دیوان، برای یک دوره ۹ ساله توسط مجمع عمومی و شورای امنیت انتخاب می‌شوند که هر ۳ سال یک سوم قضات تغییر می‌کنند. بر اساس اساسنامه دیوان که بخش جدایی‌ناپذیر منشور ملل متحد است؛ ترکیب قضات باید به نحوی باشد که نماینده نظام‌های حقوقی اصلی از جمله کامن لا و رومی ژرمنی باشد.

صلاحیت دیوان دو نوع است:

۱. **صلاحیت ترافیعی:** برای حل اختلافات حقوقی میان دولت‌ها
۲. **صلاحیت مشورتی:** به معنی ارائه اظهار نظر مشورتی در مورد مسائل حقوقی ارجاع شده توسط ارکان مجاز سازمان ملل متحد. (مجمع عمومی و شورای امنیت)

باتداوم جنایات اسرائیل در نوار غزه، آفریقای جنوبی با استناد به کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی ۱۹۴۸، در دیوان، دعوایی علیه اسرائیل اقامه کرد. همچنین با توجه به وخامت اوضاع و جلوگیری از نقض قریب الوقوع حقوق ادعایی مورد حمایت کنوانسیون، آفریقای جنوبی از دیوان درخواست کرد تا اقدامات فوری را برای پایان دادن به نسل‌کشی در غزه انجام دهد. آنچه در نوشتار حاضر مدنظر است؛ تأملی بر ساختار دیوان و صلاحیت آن در رسیدگی به اختلافات بین المللی میان دولت‌هاست و سپس به مرور عملکرد دیوان در پرونده آفریقای جنوبی علیه اسرائیل پرداخته می‌شود.

با توجه به طولانی بودن فرایند صدور حکم نهایی توسط دیوان و تغییرات گسترده پرونده آفریقای جنوبی علیه اسرائیل، گفتنی است در نوشتار حاضر به اوضاع و احوال پرونده از زمان طرح دعوا تا زمان نگارش نوشتار (ارائه درخواست آفریقای جنوبی برای نشان دادن اقدامات موقت اضافی و اصلاح اقدامات موقت در مورد اعمال کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی)، در تاریخ ۱۰ می ۲۰۲۴ پرداخته شده است.





مسئولیت دولت ناقض است و در قبال این امر، دولت محکوم له می تواند برای اجرای حکم دیوان به شورای امنیت متوسل شود.

دیوان بر اساس پیش شرط های مذکور در ماده ۴۱ اساسنامه و مواد ۷۳ تا ۷۸ آیین دادرسی خود در صورت وجود ضرورت و فوریت، برای تضمین حقوق اساسی مرتبط با موضوع اصلی می تواند اقدامات تأمینی یا دستور موقت را تعیین کند که پیش شرط های آن بر اساس اوضاع و احوال هر پرونده احراز می شود. (کوشا، ۱۳۹۶)

دستور موقت دیوان الزام آور شناخته شده است (قضیه برادران لاگرانژ آلمان علیه آمریکا ۲۰۰۱) و در واقع راهکاری برای تضمین اجرای آرای دیوان است؛ چرا که در صورت بی توجهی به دستور موقت، دولت ناقض باید خساراتی را که به طرف مقابل وارد شده جبران کند.

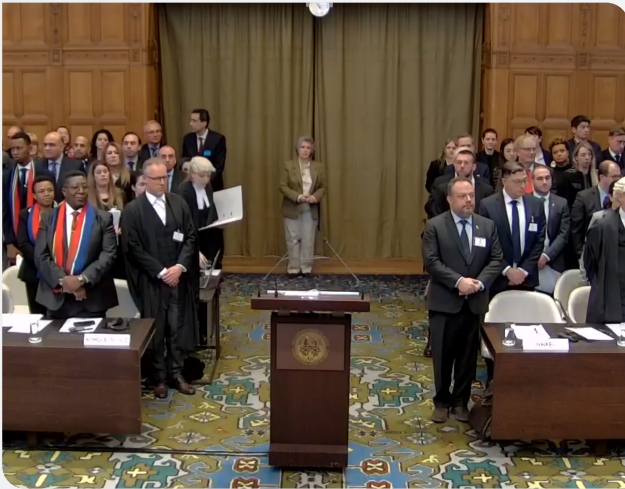
بررسی مبنای صلاحیت دیوان در دعوای آفریقای جنوبی علیه اسرائیل: کنوانسیون منع و مجازات نسل کشی

کنوانسیون منع و مجازات نسل کشی، نخستین سند قانونی در جهت جرم انگاری جنایت نسل کشی است که با اتفاق آرا توسط مجمع عمومی در ۹ دسامبر ۱۹۴۸ تصویب شد

در صلاحیت ترافعی و حل اختلاف دولت ها، مبنای صلاحیت دیوان، رضایت کشورهای طرف دعواست و نخستین کاری که دیوان انجام می دهد نیز احراز صلاحیت خود است. صلاحیت دیوان، اختیاری و مبتنی بر توافق دولت هاست. از طرفی در ماده ۳۶ اساسنامه دیوان، شرط اختیاری قضاوت اجباری نیز پیش بینی شده است که بر اساس آن، کشورها می توانند صلاحیت دیوان را نسبت به مسائل حقوقی در رابطه با هر کشور دیگری که چنین تعهدی را بپذیرد به رسمیت بشناسند. امکان پذیرش صلاحیت اجباری دیوان در معاهدات بین المللی نیز وجود دارد که در این مورد، دیوان فقط صلاحیت رسیدگی به اختلافاتی را دارد که در مورد همان معاهده اعم از دو جانبه یا چند جانبه مطرح می شود.



آنچه در مورد آرای دیوان اهمیت دارد این است که احکام دیوان الزام آورند (بند ۱ ماده ۹۴ منشور ملل متحد) و آرای ترافعی دیوان، خصوصاً در مواردی که قضیه با یک موافقت نامه به دیوان ارجاع شده باشد، اجرا می شوند و در فرضی که محکوم علیه توجهی به حکم دیوان نکند، نقض تعهدی صورت گرفته که نتیجه آن



از عملیات طوفان الاقصی در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ و آغاز درگیری شدید بین حماس و اسرائیل و وجود شواهدی مبنی بر نقض فاحش کنوانسیون مذکور و به واسطه وجود تلفات بیش از ۳۰ هزار نفر، آفریقای جنوبی با استناد به ماده اول کنوانسیون نسل‌کشی ۱۹۴۸ و با تأکید بر تعهد و تکلیف خود در قبال این امور، دعوایی را در تاریخ ۲۹ دسامبر ۲۰۲۳ علیه اسرائیل اقامه کرد. مبنای صلاحیت دیوان، ماده ۹ کنوانسیون مذکور است که در آن، صلاحیت اجباری دیوان برای رسیدگی به اختلافات مربوط به تفسیر و تطبیق و اجرای کنوانسیون از جمله اختلافات راجع به مسئولیت یک دولت در مورد عمل نسل‌کشی یا سایر اعمال مذکور در ماده ۳، پیش‌بینی شده است.

عملکرد دیوان در دعوای آفریقای جنوبی علیه اسرائیل: صدور دستور موقت

بر اساس ماده ۴۱ اساسنامه دیوان، اگر این نهاد تشخیص دهد که اوضاع و احوال ایجاب می‌کند؛ می‌تواند مبادرت به صدور دستور موقت برای حفظ حقوق طرفین اختلاف نماید؛ چراکه صدور رای ممکن است چند سال طول بکشد. اهداف دیوان در تعیین اقدامات تأمینی موقتی طبق اساسنامه و آیین‌نامه دیوان عبارت

و ۱۵۲ عضو دارد. بر اساس ماده ۲ کنوانسیون، نسل‌کشی یا ژنوساید عبارت است از: هر یک از اعمال زیر که با قصد نابودی کلی یا جزئی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی انجام می‌شود:

- * کشتن اعضای گروه
- * ایجاد آسیب جدی جسمی یا روحی به اعضای گروه
- * تحمیل عمدی شرایط زندگی نامناسب که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی آن گروه شود.
- * اعمال تدابیری برای جلوگیری از تولد در داخل گروه
- * انتقال اجباری کودکان از گروهی به گروه دیگر



بر اساس ماده ۳ کنوانسیون، جرایم نسل‌کشی، توطئه برای نسل‌کشی، تحریک مستقیم، شروع به نسل‌کشی و علقی برای ارتکاب نسل‌کشی و همدستی در نسل‌کشی قابل مجازات هستند. آفریقای جنوبی و اسرائیل، هر دو عضو کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی هستند و لذا هر دو متعهد به اجرای مفاد آن هستند. پس

است از:

« حفظ حقوق اساسی یک طرف یا طرفین
اختلاف

« جلوگیری از ایراد لطمه غیرقابل جبران

« رعایت قاعده عدم مداخله در امور داخلی
دولت‌ها

« رعایت قاعده عدم پیش‌بینی و عدم تضعیف
رای دیوان در ماهیت دعوا.

روزهای ۱۱ و ۱۲ ژانویه ۲۰۲۴، سرانجام دیوان در ۲۶ ژانویه، دستور موقت خود را صادر کرد. نکته قابل توجه در این خصوص این است که دیوان به درخواست اعلام آتش‌بس پاسخ مثبت نمی‌دهد؛ در حالی که در قضیه اوکراین علیه روسیه (دیوان بین‌المللی دادگستری، ۲۰۲۲) به توقف عملیات نظامی روسیه حکم می‌کند.

از میان اقدامات تأمینی مورد درخواست آفریقای جنوبی، دیوان تنها به ۶ مورد زیر رأی داده است:

۱. اتخاذ اقدامات لازم برای جلوگیری از ارتکاب اعمال مذکور در ماده ۲ کنوانسیون منع نسل‌کشی.
۲. اسرائیل تضمین دهد که ارتش این کشور مرتکب اعمال مذکور نمی‌شود.
۳. اتخاذ اقدامات مقتضی برای جلوگیری و مجازات تحریک مستقیم و علنی به ارتکاب نسل‌کشی در رابطه با فلسطینیان در نوار غزه.
۴. انجام اقدامات فوری و موثر برای ارائه کمک‌های بشردوستانه و ضروری به فلسطینیان

در برخی موارد از جمله پرونده ژنوسید بوسنی [که در ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان رأی خود را صادر می‌کند و نتیجه می‌گیرد دولت صربستان مرتکب نسل‌کشی نشده و نیز توطئه‌ای برای نسل‌کشی هم نداشته؛ اما نسبت به جلوگیری از نسل‌کشی در ژوئیه ۱۹۹۵ در سربینیستا ترک فعل داشته و همچنین نسبت به انجام تعهد خود به پیروی از دستورات موقت دیوان و تسلیم راتکو ملادیچ فرمانده نظامی صرب‌های بوسنی در جریان کشتار سال‌های ۱۹۹۲ تا ۱۹۹۵ به دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و همکاری با آن کوتاهی کرده است] دیوان به صراحت بیان کرده که اقدامات تأمینی موقتی را به منظور جلوگیری از تشدید و گسترش اختلافات طرفین دعوا صادر کرده است. دستور موقت به طرفین و شورای امنیت ابلاغ می‌شود و الزام‌آور است.

یکی از موضوعاتی که دیوان، حین بررسی درخواست تعیین اقدامات تأمینی موقتی بررسی می‌کند؛ وجود ارتباط بین موضوع درخواست اقدامات تأمینی موقتی و موضوع اصلی اختلاف بین طرفین دعواست. آفریقای جنوبی در دادخواست خود با استناد به ماده ۴۱ اساسنامه دیوان، تقاضای صدور دستور موقت کرده و ۹ مورد اقدام تأمینی موقتی از دیوان درخواست می‌کند که در رأس آن توقف عملیات نظامی اسرائیل و اعلام آتش‌بس قرار دارد. پس از برگزاری جلسات استماع در



آفریقای جنوبی را متهم می‌کند به ارائه نادرست واقعیت و نسبت دادن افترا به اسرائیل مبنی بر ارتکاب نسل‌کشی و در نهایت از دیوان می‌خواهد که از پذیرفتن درخواست آفریقای جنوبی امتناع کرده و اقدام موقت دیگری لحاظ نکند. (دیوان بین‌المللی دادگستری ۲۰۲۴)

با این وجود بر خلاف دلایل و خواسته مورد نظر در بیانیه ملاحظات سیاسی اسرائیل، دیوان در ۲۸ مارس ۲۰۲۴ اقدامات موقت اضافه را برای وضعیت غزه در نظر گرفت که عبارتند از:

۱. انجام اقدامات لازم و بدون تاخیر و همکاری کامل با سازمان ملل متحد برای ارائه خدمات اساسی و کمک‌های بشردوستانه و الزامات بهداشتی و سوخت و پوشاک و ...
۲. حصول اطمینان از اینکه ارتش اسرائیل مرتکب اقداماتی که حقوق فلسطینیان را به عنوان گروه تحت حمایت کنوانسیون نقض می‌کند، نمی‌شود؛ از جمله با ترک فعل برای تحویل کمک‌های بشردوستانه مورد نیاز و فوری.
۳. ارائه گزارش توسط اسرائیل مبنی بر اجرای این دستور ظرف یک ماه از تاریخ صدور آن.

در دستور موقت دوم، دیوان با در نظر گرفتن وضعیت نگران‌کننده و کمبود امکانات و قحطی گسترده در غزه و ممانعت اسرائیل از تحویل کمک‌های بشردوستانه با بمباران رفح، تمام تأکید خود را بر ارائه کمک‌های بشردوستانه و حفظ حقوق فلسطینیان قرار می‌دهد. در مقابل، اسرائیل نه تنها به این دستور توجهی نمی‌کند؛ بلکه بنا بر گزارش سازمان بین‌المللی غیردولتی آشپزخانه مرکزی جهانی، در حمله اول آوریل اسرائیل به غزه، ۷ امدادگر این سازمان کشته شدند (یورونیوز فارسی، ۱۴۰۲). امری که با اعتراض و خشم تمام دولت‌ها حتی امریکا به عنوان متحد و حامی اسرائیل مواجه شد.

۵. اتخاذ اقدامات موثر برای حفظ شواهد مرتبط با ادعاهای مربوط به اعمال ماده ۲ و ۳ کنوانسیون در رابطه با فلسطینیان.
۶. ارائه گزارش به دیوان مبنی بر انجام دستور موقت ظرف یک ماه از تاریخ آن.

در ۶ مارس ۲۰۲۴، آفریقای جنوبی با توجه به قحطی گسترده و تداوم نقض فاحش کنوانسیون منع نسل‌کشی، با ارائه یک درخواست فوری به دیوان و براساس ماده ۴۱ اساسنامه^۱ و بندهای ۱ و ۳ ماده ۷۵^۲ و ۷۶ آیین دادرسی دیوان^۳، خواستار صدور اقدامات موقت اضافه و اصلاح دستور موقت ۲۶ ژانویه می‌شود. در مقابل، اسرائیل در بیانیه خود در ۱۵ مارس، آفریقای جنوبی را به جنگ طلبی متهم کرده و رویکرد طرح دعوا از سوی این کشور را غیر صادقانه می‌داند. اسرائیل در بند ۱۴ بیانیه خود

۱ ماده ۴۱ اساسنامه دیوان: ۱. دیوان بین‌المللی دادگستری اختیار دارد در صورتی که تشخیص دهد که اوضاع و احوال آن را ایجاب می‌کند تعیین نماید که چه اقداماتی برای حفظ حقوق طرفین باید موقتاً بعمل آید.

۲ تا صدور حکم قطعی تعیین این اقدامات باید فوراً «بطرفین اختلاف و به شورای امنیت ابلاغ گردد».

۳ ماده ۷۵ آیین دادرسی دیوان: ۱. دادگاه می‌تواند در هر زمانی تصمیم بگیرد که آیا شرایط پرونده، مستلزم اشاره به اقدامات موقتی است که باید توسط هر یک یا همه طرف‌ها اتخاذ یا رعایت شود.

۲ رد درخواست برای اشاره به اقدامات موقت مانع از آن نمی‌شود که طرفی که آن را درخواست کرده است در همان مورد بر اساس واقعیت‌های جدید درخواست جدیدی ارائه دهد.

۳ ماده ۷۶ آیین دادرسی دیوان: ۱. به درخواست یک طرف یا مقتضی، دادگاه می‌تواند در هر زمانی قبل از صدور رأی نهایی در مورد، هر تصمیمی را در مورد اقدامات موقت لغو یا تغییر دهد، در صورتی که به نظر خود تغییری در وضعیت چنین ابطال یا ابطال را توجیه کند.

۲ هر درخواستی از طرف طرفی که چنین ابطال یا اصلاحی را پیشنهاد می‌کند، باید تغییر در وضعیتی را که مرتبط تلقی می‌شود مشخص کند.

۳ قبل از اتخاذ هر تصمیمی طبق بند ۱ این ماده، دادگاه به طرفین فرصت می‌دهد تا نظرات خود را در مورد موضوع ارائه کنند.

در ۱۰ می ۲۰۲۴، آفریقای جنوبی درخواست فوری برای نشان دادن اقدامات موقت اضافی و اصلاح اقدامات موقت قبلی در مورد اعمال کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی در نوار غزه ارائه کرد. که در تاریخ ۱۶ و ۱۷ مه ۲۰۲۴، دادگاه در مورد درخواست ارائه شده توسط آفریقای جنوبی در ۱۰ مه ۲۰۲۴ برای نشان دادن اقدامات موقت اضافی و اصلاح اقدامات

ورود ثالث به دو شکل پیش‌بینی شده است:
 ۱. مداخله بر اساس ماده ۶۲ که در این حالت، ثالث باید با تقدیم دادخواست و اثبات منفعت حقوقی خود در دعوای مطروحه، وارد دعوا شود. در این مورد، ثالث می‌تواند در باره تمام حقایق پرونده، اظهار نظر کند.
 ۲. مداخله تفسیری ثالث بر اساس ماده ۶۳ که در این حالت، دولت ثالث صرفاً در خصوص



موقتی که قبلاً توسط دادگاه در مورد اعمال کنوانسیون مقرر شده بود؛ جلسات عمومی برگزار خواهد کرد. در مورد پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی در نوار غزه شایان ذکر است با حکم مورخ ۵ آوریل ۲۰۲۴، دادگاه ۲۸ اکتبر ۲۰۲۴ و ۲۸ ژوئیه ۲۰۲۵ را به عنوان مهلت‌های زمانی مربوطه برای تشکیل لایحه جمهوری آفریقای جنوبی و لایحه متقابل دولت اسرائیل در پرونده حاضر تعیین کرد.

تفسیر و اجرای کنوانسیون مورد نظر اظهار نظر می‌کند.

در تاریخ ۲۳ ژانویه ۲۰۲۴ دولت نیکاراگوئه با تقدیم دادخواست و با استناد به ماده ۶۲ اساسنامه دیوان، به عنوان نخستین دولت ثالث وارد دعوای آفریقای جنوبی علیه اسرائیل شد. به دنبال آن، دولت ایرلند در ۲۷ مارس و دولت کلمبیا نیز در ۵ آوریل با استناد به ماده ۶۳ اعلامیه ورود خود را مبنی بر مداخله تفسیری اعلام کردند. به طور متعاقب و با درخواست لیبی در ۱۰ می ۲۰۲۴ این دولت نیز بر اساس ماده ۶۳ اساسنامه به عنوان ثالث وارد دعوی شد و مصر نیز قصد خود را در این پرونده مبنی بر حمایت از آفریقای جنوبی اعلام کرد (رادیوفرده، ۲۰۲۴). در

واکنش سایر دولت‌ها: ورود ثالث

یکی از نکات قابل توجه در دعوای دیوان، بحث ورود ثالث در دعواست. در اساسنامه دیوان به عنوان جز لاینفک منشور ملل متحد، نهاد

مقابل؛ آلمان نیز به عنوان ثالث حمایت خود را از اسرائیل اعلام کرد.

با توجه به اهمیت پرونده حاضر، ورود دول ثالث، دور از انتظار نبوده است که اکثریت نیز بر حمایت از آفریقای جنوبی در این دعوا اتفاق نظر دارند.

از طرف دیگر، گزارشگر ویژه حقوق بشر سازمان ملل در اراضی اشغالی، خانم فرانچسکو آلبانیز، در گزارش خود به شورای حقوق بشر با عنوان آناتومی نسل‌کشی، اسرائیل را به نسل‌کشی متهم کرده است و تأکید می‌کند به شواهد و مدارکی دست یافته که ثابت می‌کند نسل‌کشی علیه فلسطینیان در نوار غزه به عنوان یک گروه مورد حمایت کنوانسیون منع و مجازات



آینده دعوا: اثبات نسل‌کشی

رویه دیوان، حاکی از آن است که احراز و اثبات نسل‌کشی، امر آسانی نبوده است. وجود عنصر معنوی قصد خاص (*specific intent*) برای ارتکاب نسل‌کشی، کار اثبات را بسیار سخت می‌کند. دیوان در قضیه کرواسی علیه صربستان تأکید می‌کند "قصد خاص" در نسل‌کشی که همانا نابودسازی جزئی یا کلی یک گروه هدف است؛ وجه تمایز این جرم از سایر جرایم بین‌المللی است (ذاکر حسین، ۱۳۹۳). سخنان مقامات اسرائیل و رفتار ارتش اسرائیل در عمل، موید قصد خاص آن‌ها برای نسل‌کشی است؛ از جمله سخنان نتانیا هو مبنی بر نابودی کامل حماس، انتقال اجباری فلسطینیان از غزه به مناطق دیگر، ممانعت از دسترسی به کمک‌های بشردوستانه و بمباران رفح و...

نسل‌کشی، روی داده است (رادیو فردا، ۱۴۰۲). با توجه به ماهیت پیچیده و به شدت سیاسی پرونده حاضر با اعلام اسرائیل به عنوان دولت اشغالگر در نظریه مشورتی آثار حقوقی ساخت دیوار حائل ۲۰۰۴ و حمایت آمریکا از این کشور، صدور رأی نهایی ممکن است مدت زمان زیادی به طول بینجامد و قضات دیوان قضاوت سختی در پیشرو دارند.

نتیجه‌گیری

با اقامه دعوی آفریقای جنوبی علیه اسرائیل در ۲۹ دسامبر ۲۰۲۳، به استناد ماده ۹ کنوانسیون نسل‌کشی ۱۹۴۸ بار دیگر مسئله نسل‌کشی به عنوان جنایتی خطر نسبت به بشریت بر سر زبان‌ها افتاده. چنانچه بیان شد؛ رویه



دیوان مؤید آن است که اثبات نسل‌کشی با توجه به لزوم عنصر معنوی قصد خاص آسان نیست. از همین رو، آفریقای جنوبی با ارائه دلایل و به استناد شواهد و سخنان مقامات اسرائیل، در پی اثبات نسل‌کشی اسرائیل می‌باشد.

دیوان تا به اینجای کار با صدور دستور موقت ۲۶ ژانویه و اصلاح دستور موقت قبلی و در نظر گرفتن اقدامات موقتی اضافی جدید ۲۸ مارس، تعهداتی را ایجاد کرده است.

ورود نیکاراگوئه به عنوان نخستین دولت ثالث و اعلام قصد حمایت ایرلند و مصر از آفریقای جنوبی و ورود کلمبیا و لیبی بر اساس ماده ۶۳ اساسنامه دیوان (مداخله تفسیری) و در مقابل اعلام حمایت آلمان از اسرائیل حاکی از اهمیت پرونده حاضر و موضوع نسل‌کشی در جامعه جهانی می‌باشد. همچنین به نظر می‌رسد شاهد حضور دولت‌های بیشتری به عنوان ثالث نیز باشیم؛ همان‌طور که در قضیه اوکراین علیه روسیه تازه حال ۳۲ دولت ورود کردند (دیوان بین‌المللی دادگستری، ۲۰۲۳).

از نظر سیاسی نیز، پرونده آفریقای جنوبی علیه اسرائیل به شدت اهمیت دارد و به میدانی برای اعمال سیاست دولت‌ها نسبت به بحران فلسطین و اسرائیل تبدیل شده است. در نهایت باید دید دیوان چه حکمی خواهد داد و البته دیوان نشان داده است که دغدغه عدالت دارد...

منابع:

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۸۴)، بررسی نظریه مشورتی دیوان بین المللی دادگستری در رابطه با آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در سرزمین های فلسطین اشغالی، نشریه گواه، شماره ۴ و ۵ صفحه ۵۷
۲. بشیره، صادق، (۱۴۰۲)، درخواست صدور اقدامات موقت توسط دیوان بین المللی دادگستری مبنی بر توقف عملیات نظامی در دعوی آفریقای جنوبی علیه اسرائیل ۲۰۲۴ در مقایسه با دعوی اوکراین علیه روسیه ۲۰۲۲، تالار گفتگوی تخصصی حقوقی و سیاسی بین المللی انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، (<https://unstudies.ir>)
۳. ذاکر حسین، محمد هادی (۱۳۹۳)، گذاری بر رای دیوان بین المللی دادگستری در پرونده شکایت کرواسی علیه صربستان، مرکز حقوق کیفری بین المللی ایران، (<http://icicl.org>)
۴. عسکری، پوریا (۱۴۰۲)، سودای پرواز فرشته عدالت و نکاتی در خصوص دستور موقت دیوان بین المللی دادگستری در قضیه اعمال کنوانسیون ژنوسید در باریکه غزه، تالار گفتگوی تخصصی حقوقی و سیاسی بین المللی انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، (<https://unstudies.ir>)
۵. کوشا، سهیلا (۱۳۹۶)، رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری در تعیین اقدامات تعمینی موقتی با تأکید بر پرونده ی معبد پره و بهار، فصلنامه تعالی حقوق، شماره ی ۱۹
6. B2n.ir/f27133
7. B2n.ir/q13129
8. B2n.ir/p11928
9. B2n.ir/d71986
10. B2n.ir/t60508
11. B2n.ir/s94866
12. B2n.ir/s00474
13. B2n.ir/j92389
14. B2n.ir/h62240
15. B2n.ir/g00758
16. B2n.ir/d06665
17. B2n.ir/p431
18. B2n.ir/q64651
19. B2n.ir/w21394
20. B2n.ir/d91719
21. B2n.ir/m05979
22. B2n.ir/r53759
23. <https://B2n.ir/k54234>
24. <https://B2n.ir/x73982>



مطالعه‌ای بر تابعان و منابع حقوق بین الملل اقتصادی

امیرحسین عسکری زاده
دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

امروزه یکی از شاخه‌های پرکاربرد حقوق بین الملل، حقوق بین الملل اقتصادی است که خود دارای بازیگران مختلفی اعم از کلان و خرد است که اهداف آن‌ها، همچنین فلسفه و تاریخچه شکل‌گیری آن‌ها حائز اهمیت است؛ علاوه بر این موضوعات، بحث منابع این شاخه از حقوق نیز حائز اهمیت است و باید دید که تا چه اندازه این منابع از منابع حقوق بین الملل عام تبعیت می‌نمایند...

پس از آن، این شاخه با خواست کشورهای جهان سوم برای دستیابی به توسعه، ابعاد وسیع تری را به خود گرفت. ولی با فروپاشی بلوک شرق و نابودی تعارضات سیاسی و پذیرش اصول و روش های اقتصاد آزاد در سطح جهانی، زمینه مناسبی را برای بسط بیشتر مبادلات اقتصادی بین المللی در رابطه با کالا، خدمات و فناوری ایجاد کرده است (بیگزاده، ۱۴۰۱).



از جمله مباحث جالب توجه در رابطه با حقوق بین الملل اقتصادی، بحث منابع و تابعان آن است؛ چراکه این شاخه از حقوق، سابقه چندانی ندارد و این مسئله مورد بحث است که آیا این شاخه از حقوق دارای تابعان و منابعی خاص و مشخص است یا اینکه صرفاً از حقوق بین الملل عام پیروی می نماید.

تابعان حقوق بین الملل اقتصادی

حقوق بین الملل سنتی فقط تعداد محدودی از موجودیت ها که صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف بین المللی و طرح دعاوی بین المللی را دارند به رسمیت می شناسد؛ به هر حال تابعان اصلی در حقوق بین الملل همواره دولت ها بوده اند و سایر تابعان نیز به تدریج در نظام حقوق بین الملل پذیرفته شده اند که دارای وضعیت خاصی بوده اند؛ به عنوان نمونه

حقوق، جمع واژه حق است و خود دارای معانی مختلفی است که به عنوان نمونه می توان به این معنی اشاره کرد که حقوق، مجموعه قواعدی است که بر اشخاص به خاطر اینکه در اجتماع هستند، حکومت دارد؛ چراکه انسان موجودی است اجتماعی و همچنین خواسته هایی دارد که به خاطر فطرتش با سایر هم نوعانش یکسان است. همچنین حقوق را به معنی تنظیم روابط مردم، حفظ نظم در اجتماع و امتیازی در برابر سایرین می توان در نظر گرفت (کاتوزیان، ۱۴۰۰).

اما آن معنای مفید حقوق در اینجا، یک دانش است و عملکرد اصلی آن تجزیه و تحلیل قواعد حقوقی است؛ به عبارتی دیگر این معنا از حقوق جهت اشاره به شعبه های مختلف حقوق به کار می رود و در این تحقیق بنا بر آن است که منابع و تابعان یکی از شعبه های حقوق را بررسی نماییم و آن حقوق بین الملل اقتصادی است که خود شاخه ای خاص تر از حقوق بین الملل به معنای عام است.

در تعریف حقوق بین الملل اقتصادی می توان گفت که «شاخه ای از حقوق بین الملل است که موضوع آن تنظیم مسائل حقوقی مربوط به تولید، مصرف و جریان ثروت می باشد.» (الهویی نظری، ۱۴۰۰، ۱۹۵). عده ای دیگر از نویسندگان معتقدند که «تنظیم روابط اقتصادی مستلزم وجود قاعده ای است که یکی از شاخه های مهم حقوق بین الملل تحت عنوان حقوق بین الملل اقتصادی را تشکیل می دهد و آن به معنای مجموعه قواعدی است که روابط بین المللی را در عرصه های مالی، پولی، تجاری و توسعه ای تنظیم می کند.» (بیگزاده، ۱۴۰۱، ۹۲۷).

در خصوص تاریخچه حقوق بین الملل اقتصادی باید گفت که شکوفایی آن عمدتاً از آخرین سال های جنگ جهانی دوم شروع می شود و

به شمار می‌روند. اعمال صلاحیت دولت‌ها به وسیله تصویب قوانین و مقررات و نظارت اداری صورت می‌گیرد و در عرصه بین‌المللی هم با تهیه و تنظیم مقررات جدید بین‌المللی و همچنین با عضویت در سازمان‌های بین‌المللی بر روابط اقتصادی بین‌المللی اثرگذار هستند. علاوه بر این دولت‌ها مستقیماً در معاملات اقتصادی نیز دخالت دارند (هردگن، ۱۴۰۰).



در حقوق بین‌الملل اقتصادی، اقدام فقط از سوی دولت و از طریق وزارت امور خارجه و یا وزارت دارایی صورت نمی‌گیرد؛ بلکه علاوه بر این موارد نهادهای دیگری که حق انجام اعمال حاکمیت به آن‌ها اعطا شده است، همچون بانک مرکزی و نهاد مسئول سهمیه‌بندی کالاها، می‌توانند صورت بگیرد. همچنین دولت‌ها می‌توانند در عرصه حقوق بین‌الملل

می‌توان به سازمان‌های بین‌المللی اشاره کرد که دارای شخصیت حقوقی لازم جهت به رسمیت شناخته شدن به عنوان بازیگر حقوق بین‌الملل را دارا هستند و پس از جنگ جهانی دوم تعداد آن‌ها به نحو فزاینده‌ای در حال افزایش است.

در خصوص بازیگران یا تابعان حقوق بین‌الملل اقتصادی باید گفت که قلمرو آنان بیش از قلمرو تابعان در حقوق بین‌الملل به مفهوم مضیق آن می‌باشد و سازمان‌های غیردولتی بین‌المللی، شرکت‌های فراملی و سایر انجمن‌های غیردولتی به اقتصاد بین‌المللی شکل داده‌اند و بر فرایند تدوین قواعد و مقررات اثرگذار بوده‌اند (هردگن، ۱۴۰۰).

در خصوص انواع تابعان حقوق بین‌الملل اقتصادی، تقسیم‌بندی‌های متفاوتی وجود دارد؛ ولی به هر حال امروزه اصلی‌ترین تابعان این شاخه از حقوق، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هستند که لازم است ابتدا به بررسی این دو پردازیم و سپس اشاره‌ای به تشکلهای غیرنهادین همکاری در روابط اقتصادی می‌نماییم. هرچند تابعان این شاخه از حقوق بیش از این سه مورد است؛ اما در این تحقیق سعی شده است که به سه مورد از مهم‌ترین و عینی‌ترین آن‌ها اشاره شود.

۱. دولت‌ها

با وجود تنوع تابعان در عرصه بین‌المللی، نظام اقتصادی جهانی اساساً همچنان یک سیستم هماهنگ‌کننده میان دولت‌ها در نظر گرفته می‌شود. در واقع دولت‌ها با تنوع و بسط زیاد، همچنان به عنوان مهم‌ترین تابعان حقوق بین‌الملل و روابط اقتصادی بین‌المللی نیز

صندوق بین الملل پول IMF

صندوق بین المللی پول (۱۹۴۴) مؤسسه‌ای جهت همکاری دولت‌های عضو اساسنامه آن در حیطه سازماندهی مبادلات پولی بین المللی است و کارکرد عمده صندوق مبتنی بر تشویق همکاری و تشریک مساعی در موضوعات پولی و مالی بین دولت‌ها است. این صندوق مقاصد رادردوسط ملی و بین المللی مدنظر دارد؛ به عنوان نمونه در سطح ملی، صندوق در پی استقرار و حفظ سطح بالای اشتغال و درآمد واقعی است و در سطح بین المللی در پی گسترش و رشد هماهنگ بازرگانی بین المللی عمل می‌کند (الهویی نظری، ۱۴۰۰).



از تفاوت‌های این صندوق با بانک توسعه می‌توان گفت که این صندوق برخلاف بانک توسعه جهت پروژه خاصی وام نمی‌دهد؛ بلکه هدف او تأمین وام برای دولت‌هایی است که با مشکل موازنه پرداخت مواجه‌اند، تا از این طریق به رشد اقتصادی چنین دولت‌هایی کمک کنند. همچنین اعطای کمک‌های مالی از

اقتصادی در مقام صاحبان دولتی انجام وظیفه نمایند؛ مانند دعوای یوگوسلاوی بر علیه اتریش که یوگوسلاوی در نهایت از خسارات ناشی از نقض حقوق خود توسط اتریش بر کرانه‌های رودخانه دراوا صرف‌نظر کرد تا امتیازات ناشی از قرارداد انعقاد یافته بین مؤسسه دولتی اتریش و یک شرکت دولتی یوگوسلاوی به نفع شرکت دولتی یوگوسلاوی همچنان باقی بماند (هردگن، ۱۴۰۰).

۲. سازمان‌های بین المللی

بعد از دولت‌ها، سازمان‌های بین المللی مهم‌ترین تابعان حقوق بین الملل معاصر تلقی می‌شوند و بیشتر سازمان‌های بین المللی به مفهوم مدرن خود از نیمه دوم قرن بیستم به وجود آمده‌اند. بعد از جنگ جهانی دوم، با توجه به اثرگذاری محدود دولت واحد، نیاز به همکاری بین المللی بیشتر شد و همچنین پیچیدگی روابط اقتصادی و فعالیت‌های شرکت‌های فراملی، زمینه را برای تشکیل سازمان‌های بین المللی اقتصادی فراهم ساخت (هردگن، ۱۴۰۰).

سه سازمان بین المللی صندوق بین المللی پول IMF، بانک جهانی یا بانک بین المللی توسعه و ترمیم IBRD و سازمان تجارت جهانی WTO، از مهم‌ترین سازمان‌های اقتصادی بین المللی محسوب می‌شوند. صندوق بین المللی پول و بانک جهانی مقاصد و تکالیف تقریباً مشابهی را از طریق اعمال سیاست‌های پولی و مالی و ارائه وام به کشورهای در حال توسعه دنبال می‌کنند (الهویی نظری، ۱۴۰۰). لازم است که مختصراً به هر کدام از این سه سازمان بین المللی اقتصادی اشاره نماییم.

یا از طریق وام‌هایی که سرمایه‌گذاران خصوصی در اختیار بانک جهانی می‌سپارند؛ تأمین و تهیه می‌شود. بنابراین اگرچه بانک جهانی یک سازمان بین‌المللی است؛ اما بخش مهمی از منابع و سرمایه آن جهت اعطای وام به کشورهای عضو از سرمایه‌گذاری‌های خصوصی تأمین می‌شود (الهویی نظری، ۱۴۰۰).

سازمان تجارت جهانی WTO

علاوه بر دو مورد قبلی، سومین سازمانی که قرار بود طی سال‌های ابتدایی بعد از جنگ جهانی دوم تأسیس شود، سازمان تجارت جهانی بود؛ اما اساسنامه این سازمان به تصویب دولت‌های امضاکننده مانند ایالات متحده آمریکا نرسید و تشکیل آن منتفی شد. در سال ۱۹۴۷ موافقت‌نامه‌ای با شعار آزادسازی تجاری تحت عنوان موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (GAAT) به تصویب تعداد کثیری از کشورهای رسید و لازم‌الاجرا گشت. سپس این موافقت‌نامه، معاهده‌ای شد که بعد از چند بار اصلاح، منجر به تأسیس سازمان تجارت جهانی شد. پس‌گات به عنوان یک نهاد، برخلاف صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی، در قالب یک مؤسسه تخصصی سازمان ملل متحد در نیامد و در سال ۱۹۹۳، ۱۱۷ کشور که از میان آن‌ها ۱۱۴ کشور عضو گات بودند؛ پس از سال‌ها مذاکره، سازمان تجارت جهانی را بر

سوی صندوق به دولت عضو منوط به آن است که دولت متقاضی شرایط مربوط به ثبات مالی و رشد اقتصادی را اثبات کند (الهویی نظری، ۱۴۰۰).

بانک بین‌المللی توسعه و ترمیم (بانک جهانی)

IBRD

بانک جهانی از سه مؤسسه مالی، یعنی بانک بین‌المللی توسعه و ترمیم، مؤسسه بین‌المللی توسعه و مؤسسه مالی تشکیل شده است. نکته‌ای که در خصوص بانک جهانی قابل اشاره است عبارت است از اینکه «از حیث عضویت، فقط اعضای صندوق بین‌المللی پول می‌توانند به عضویت بانک جهانی درآیند و از طرف دیگر عضویت در بانک جهانی شرط اولیه پذیرفته شدن به عضویت مؤسسه بین‌المللی توسعه و مؤسسه مالی بین‌المللی است.» (مشبکی، ۱۳۹۴، ۷۱).

صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی مکمل یکدیگر هستند و اهداف اساسی بانک جهانی ارائه کمک‌های مالی به دول عضو نیازمند است و هدف ابتدایی آن تسهیل بازسازی اقتصادی کشورهای عضو بود که در جنگ جهانی دوم نابود شده بودند (الهویی نظری، ۱۴۰۰).

در خصوص منابع مالی این بانک باید گفت که یا از سرمایه پرداخت شده توسط دول عضو و





اساس موافقت نامه گات تأسیس کردند و همچنین در این سال چند موافقت نامه دیگر در رابطه با تجارت کالا، خدمات، مالکیت معنوی و حل و فصل اختلافات به تصویب رسید (الهویی نظری، ۱۴۰۰).

تشکل های غیرنهادین همکاری در روابط اقتصادی

افزون بر سازمان های بین المللی، انواع جدیدی از همکاری های بین دولتی در پاسخ به جهانی شدن روزافزون اقتصاد متولد شده اند. این تشکیلات و مؤسسات بدون ساختار نهادین مستقر و با سازوکاری سخت گیرانه و الزام آور، سیاست های پولی و سایر سیاست های اقتصادی را در بخش مالی یا سایر بخش ها هماهنگ کرده، استاندارد سازی می کنند و یا در جهت هماهنگ سازی منافع مشترک اقدام می کنند. از جمله مهم ترین این تشکیلات می توان به گروه ۲۰ (G۲۰) اشاره کرد که گروهی جهت حکمرانی جهانی اقتصادی محسوب می شود و در واقع این گروه، از گروه ۷ انشعاب یافته است که ۷ کشور اصلی صنعتی دنیا یعنی ایالات متحده آمریکا، کانادا، انگلیس، ایتالیا، ژاپن، آلمان و فرانسه را در بر می گیرد. سپس در سال ۱۹۹۷ با عضو شدن روسیه، گروه ۷ به گروه ۸ تبدیل شد (هردگن، ۱۴۰۰).

منابع حقوق بین الملل اقتصادی

حقوق بین الملل عمومی، نظامی است که همچنان به طور عمده متشکل از دولت و سایر تابعان سنتی حقوق بین الملل مانند سازمان های بین المللی می باشد؛ اما بعد از جنگ جهانی دوم موقعیت بازیگران خصوصی در نظام حقوق بین الملل نیز رشد یافته است

موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی نباید در خلاء حقوق بین‌الملل عمومی نیز تفسیر شوند؛ تأکید می‌کند (هردگن، ۱۴۰۰).

▪ اصول کلی حقوقی

معمولاً این‌گونه از اصول، به‌عنوان یک منبع احتمالی برای تعیین اعتبار قراردادهای غیرملی و همچنین منظومه‌ای حقوقی در حقوق بین‌الملل اقتصادی که واجد آثار و اهمیت است در نظر گرفته می‌شوند. همچنین در این خصوص این نکته حائز اهمیت است که مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی که متشکل از گروهی از کارشناسان سیستم‌های حقوقی فعالیت است، مجموعه‌ای از اصول حاکم بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی را تدوین نموده‌اند (هردگن، ۱۴۰۰).

نتیجه‌گیری

تابعان و منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی تا حد بسیار زیادی برگرفته از حقوق بین‌الملل عمومی هستند و در این رابطه شباهت بسیار زیادی مشاهده می‌شود؛ لیکن تعدادی دیگر از تشکلات نیز به‌مرور زمان و بعد از جنگ جهانی دوم، به‌ویژه در قرن بیست و یکم به وجود آمده‌اند که راه را برای فعالیت‌های بیشتر اقتصادی و روابط اقتصادی در سطح بین‌الملل نیز هموار می‌نمایند و همچنین نقش دولت چه در این زمینه و چه در زمینه تابعان حقوق بین‌الملل اقتصادی نیز غیرقابل‌انکار است.

در خصوص روند و سازوکار تصمیم‌گیری و پیگیری اهداف، بهتر بود که سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی نیز عملکرد خود را بهتر می‌نمودند تا از این طریق راهی جهت سلطه کشورهای فوق صنعتی هموار نشود.

و همچنین در بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌الملل دادگستری منابع حقوق بین‌الملل عمومی نیز بیان شده است. در خصوص منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی هم می‌توان گفت عمده منابع آن با حقوق بین‌الملل عمومی یکسان هستند؛ اما باید آن‌ها را به‌طور جزئی‌تر بررسی نمود تا روابط اقتصادی را دربرگیرند.

معاهدات بین‌المللی

حقوق اقتصادی تا جایی که بر بنیان‌های اجتماعی و اقتصادی دولت‌ها اثر می‌گذارند ثابت است؛ برای نمونه می‌توان به وقتی که یک کنوانسیون در پی پایه‌گذاری اصول اقتصاد باز است اشاره کرد. در اینجا لازم است به ویژگی موافقت‌نامه‌ها و معاهدات تجاری و بازرگانی نگاهی بیندازیم و باید گفت که آن‌ها به دلیل خصیصه غیرسیاسی خود، تقریباً طولانی‌مدت‌اند. همچنین هرگونه تغییری در آن‌ها می‌تواند منجر به نادیده‌گرفتن و زیر سؤال رفتن سایر مفاد معامله شود (فلدرن، ۱۳۹۸).

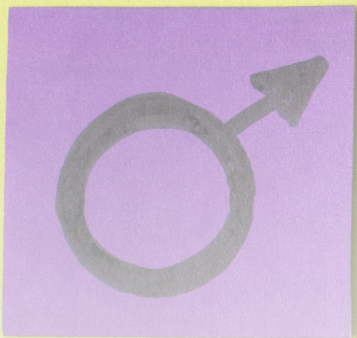
▪ عرف

مسائل حقوق بین‌الملل عرفی از رویه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و اعتقاد به الزامی بودن نیز تشکیل شده است. علی‌رغم تعداد زیاد معاهدات بین‌المللی، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تأثیر زیادی بر روابط اقتصادی بین‌المللی دارند. برای نمونه بسیاری از شروط معاهدات شباهت و ارتباط نزدیک با عرف دارند از جمله رفتار منصفانه با سرمایه‌گذاران خارجی؛ همچنین اصول عرفی به‌عنوان راهنما در تفسیر معاهدات استفاده می‌شوند. برای نمونه در قضیه بنزین، ایالات متحده آمریکا به عنوان رکن تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی ضمن اشاره به قواعد عام تفسیر معاهدات، بر اینکه



منابع:

۱. الهویی نظری، حمید (۱۴۰۰)، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
۲. بیگزاده، ابراهیم (۱۴۰۱)، حقوق بین‌الملل، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۳. هردگن، ماتیاس (۱۴۰۰)، اصول حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه محمد ضیائی بیگدلی و صادق ضیائی بیگدلی، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. فلدرن، زایدل (۱۳۹۸)، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه قاسم زمانی، چاپ نهم، تهران: نشر شهر دانش.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، مقدمه علم حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: نشر گنج دانش.
- مشبکی، اصغر (۱۳۹۴)، سازمان‌های پولی و مالی بین‌المللی، چاپ نهم، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.



مفهوم برابری

در گفتمان حقوق بشر جهانی

سورین چاقمی

دانشجوی کارشناسی ارشد
حقوق بشر

این نوشته کوتاه، تلاش می‌کند که ضمن تعریف «برابری جنسیتی» در گفتمان حقوق بشر بین‌الملل، به سؤالاتی پیرامون این موضوع پاسخ داده و از برخی باورهای نادرست پیرامون آن، ابهام‌زدایی نماید...

دادند و با تسلیم کامل اداره جامعه، اقتصاد، و صنعت به مردان، به پس پرده‌ای رانده شدند که سپهر خصوصی را از سپهر عمومی و آن‌ها را از تصمیم‌گیری برای اجتماع جدا می‌کرد. این وضعیت، تا قرن‌ها به قوت خود باقی بود.

در یونان باستان که مهد فلسفه و دموکراسی بود، آن آزادی، برابری، عشق به علم و حضور فعال در اداره دولت-شهرها که جوامع امروزی ما را هم تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ مختص مردان بود. آن طور که از کتاب جمهور افلاطون برمی‌آید؛ او به برابری میان مردان و زنان تاحدی



قائل بود و باور داشت روح انسان، جنسیت ندارد و در زندگی‌های مختلف، ممکن است نقش‌های جنسیتی مختلفی به عهده بگیرد. در مقابل او، ارسطو-شاگردش-می‌ایستاد که باور داشت زنان تنها می‌بایست تحت فرمان مردان باشند و این جایگاه مناسب آن‌هاست. او در کتاب «سیاست» می‌نویسد: «رابطه زن و مرد ذاتاً رابطه فرد بلندمرتبه‌تر با موجود پست‌تر

«برابری» از دیرینه‌ترین مفاهیمی است که بشر برای خود ساخته و در متون مذهبی، فلسفی و حتی ادبی، درباره آن سخن‌ها گفته است؛ بدون اینکه بتواند معنای شفاف و جامعی از آن ارائه دهد. واژه برابری، حامل قرن‌ها تلاش، جنگ، تفکر و پیشرفت است؛ اما بیش از آن سؤالاتی را به همراه خود می‌آورد. آیا برابری همواره مطلوب است؟ آیا برابری واقعی به معنای نادیده گرفتن تفاوت‌هاست؟ آیا مفهوم برابری، قائم به دیدگاه‌های فرهنگی، اجتماعی و فردی است و در هر کدام معنای متفاوتی دارد؟ و مهم‌ترین سؤال - به ویژه در زمینه برابری جنسیتی - این است که آیا برابری مورد نظر در نتیجه حاصل می‌شود یا در فرصت‌ها؟

تاریخچه‌ای بر برابری زنان

اولین رید^۱ در کتاب خود با عنوان «انسان در عصر توحش» که مطالعه‌ای تاریخی بر وضعیت انسان پیش از تمدن است؛ روایت جالبی از نقش زنان و مردان در عصر توحش ارائه می‌دهد: در میان انسان‌های غارنشینی که تلاش می‌کردند با اهلی کردن طبیعت وحشی بر آن غلبه و یا شاید بقای خود را تضمین کنند؛ زنان در خط مقدم بودند. زنان آتش را رام کرده و آن را به کار گرفتند، به واسطه جستجو در میان گیاهان نخستین درمان‌ها را کشف کردند و حتی ریسندگی و بافندگی را پیش از هم‌نوعان مرد خود آموختند. اما مهم‌ترین دستاورد نظام «مادرسالاری» که در این عصر جریان داشت این بود که زنان - یا انسان‌های زن‌نما - موفق شدند که در اولین قدم، با ابزار مادرانگی نوع بشر را رام کنند. هرچند به محض پیدایش تمدن، دوران مادرسالاری به سر رسید، زنان نقش تعیین‌کننده خود را از دست

منحصر به مردان بود. برای هگل^۳ نیز زنان و مردان مکمل یکدیگر بودند؛ اما مردان به طور ذاتی نقشی مسلط بر زنان داشتند. آن طور که در کتاب «پدیدارشناسی روح» پیداست، او بر این باور بود که زن، بخشی از خانه و خانواده است و از آن جهت که به عرصه عمومی وارد نمی شود؛ قادر به رشد اخلاقی نیست.

بر مبنای این آراء، باورهای عمومی و بعضاً تفاسیری که از متون مذهبی می شد؛ زنان تا قرن ها همانند کالایی خرید و فروش می شدند، شخصیت حقوقی نداشتند، نمی توانستند مالک چیزی باشند، حق آزادی جابه جایی نداشتند و حتی با مردانی ازدواج می کردند که برای آن ها انتخاب می شد. گاهی شعله هایی از خشم و امید در برخی گروه های زنان دیده می شد؛ اما عملاً تغییر خاصی به جز در برخی مناطق جهان دیده نمی شد. حتی آمریکایی که پس از استقلال خود یکی از پیشروترین قوانین اساسی را تصویب کرده بود و درباره «آزادی ذاتی ابنای بشر» سخن رانده بود، این برابری را به طور رسمی نپذیرفته بود و زنان همچنان در بند عقایدی بودند که آن ها را محکوم به قرار گرفتن در جایگاهی پایین تر از هم نوعان مرد خود می کرد.

در سال ۱۸۴۸ بود که زنی با نام الیزابت کیدی استنتون^۴ تصمیم گرفت به دیدار دوستان خود برود. در این دیدار با چند زن خانه دار دیگر، بحثی پیرامون برابری زنان در گرفت. سؤال استنتون این بود که چرا چندین دهه پس از استقلال امریکا زنان هنوز از حقوق بنیادین خود محروم هستند؟ این دورهمی و این سؤال

و رابطه فرمانروا و فرمان بردار است.» او در بخش دیگری از همین کتاب نیز بیان می کند: «برده، کاملاً فاقد عنصر مشورتی است. زن این عنصر را دارد ولی فاقد اختیار است.»



البته این دیدگاه مختص فلاسفه یونان باستان نبود و در میان فلاسفه مدرن نیز بازتولید شد. جالب است بدانید که امانوئل کانت^۲ - فیلسوفی که گفتمان فلسفی حقوق بشر تا حد زیادی بر شانه های نظریات او ایستاده است - اعتقاد داشت انسان از آن جهت دارای حقوقی ذاتی است که در کنار عقل، عنصر «فاعلیت اخلاقی» را نیز دارد. با این حال، در اندیشه او زنان و کودکان، دارای فاعلیت اخلاقی نبودند و به همین جهت حقوقی نیز برای آنان تعریف نمی شد. بنابراین در فلسفه کانت، حقوق ذاتی

3 Georg Wilhelm Friedrich Hegel

4 Elizabeth Cady Stanton

2 Immanuel Kant

ساده، منجر به نگارش نخستین کنوانسیون زنان با عنوان «اعلامیه احساسات» شد. اعلامیه ای که نام آن، به مردان در قدرت که اصرار داشتند زنان موجوداتی احساساتی هستند و بنابراین، نمی توانند از توانایی های ذهنی و حقوقی مردان برخوردار باشند طعنه می زد. این اعلامیه، ادبیاتی مشابه قانون اساسی امریکا داشت و تلاش می کرد در همان چارچوب جایگاهی برای زنان بیابد. به این منظور، استتوان و همراهانش مطالباتی همچون برابری در حقوق مالکیت، حق تحصیل، حق اشتغال و حق رای را مطرح کردند.

رویکرد اول: برابری در نتیجه

برابری جنسیتی، اشاره به بی عدالتی هایی دارد که نیمی از جمعیت جهان تنها به دلیل «زن بودن» از آن رنج می برند. در اینجا مقصود از برابری جنسیتی، نه یکسان پنداری زن و مرد - آن طور که فمینیسم رادیکال درباره آن بحث می کند - که عدالت در حق ابنای بشر فارغ از جنسیت آن ها و برخورداری آن ها بر یک مبنای مساوی از حقوق، آزادی ها، منابع و امکانات است. هرچند همین مفهوم از برابری نیز در دورویکرد «برابری در نتیجه» و «برابری در فرصت ها» قابل بحث است.

طرفداران الگوی برابری در نتیجه اعتقاد دارند برابری به معنای عدالت، هنگامی حاصل می شود که تمامی افراد در جنبه های مختلف زندگی از جمله تحصیل، اشتغال، درآمد و موارد دیگر، با نتایج ثابتی مواجه شوند. این به آن معناست که تنها در جوامعی برابری واقعا محقق شده است که در آن، تعداد دانشجویان، نمایندگان مجلس و فعالان زن و مرد تقریبا یکسان باشد. این دیدگاه، تحت تأثیر جان راولز و ایده «پرده جهل» او جامعه ای را عادلانه تلقی می کند که در آن همه، صرف نظر از نقطه شروع یا انتخاب های شخصی خود، به نتایج یکسانی می رسند.

پس از این، زنان به مرور پرسشگری را آغاز کرده و برخی حقوق خود را به دست آوردند. جنبش های برابری خواهی زنان به راه افتاد، برخی از آن ها در شکل گیری سازمان ملل متحد نقش فعالی به عنوان نمایندگان کشور خود ایفا کردند و تلاش کردند مسئله برابری زنان را به گفتمان حقوق بین الملل وارد کنند. این تلاش ها در نهایت، به شناسایی رسمی برابری نوع بشر - فارغ از جنسیت - و شکل گیری اسنادی همچون کنوانسیون منع هرگونه تبعیض علیه زنان، اعلامیه و برنامه عمل پکن، قطعنامه ۱۳۲۵ شورای امنیت سازمان ملل و کنوانسیون استانبول شد.

در این مجال کوتاه، بررسی این اسناد میسر نیست؛ هرچند هر پژوهشگر حقوقی - به ویژه علاقه مندان به حقوق بشر و مطالعات جنسیتی - می بایست از تاریخچه و حقوق مندرج در آن ها مطلع باشد. به هر روی، این مقاله در پی آن است که مفهوم «برابری» که شالوده اصلی تمامی این اسناد و سایر اسناد حقوق بشر بین الملل است را مورد مطالعه قرار داده و به این سؤال پاسخ دهد که به راستی برابری جنسیتی به چه معناست؟ به بیان تمثیلی، آیا برابری

جامعه نیز زمین بازی برابری برای انسان‌ها ایجاد می‌کند که در آن افراد قادر خواهند بود که فارغ از پیشینه یا نقطه آغازشان، اختیار خود را بر زندگی خویش اعمال کنند و انتخاب‌هایی را انجام دهند که با ارزش‌ها و تمایلات شخصی آن‌ها همسو باشد. در واقع، مطابق این رویکرد، نیازی نیست که همه دانشجویان زن و مرد، به نتیجه یکسانی برسند یا تمام مردان و زنان از تحصیلات برابر برخوردار باشند. آنچه نیاز است، آن است که امکان تحصیل در شرایط برابر برای زنان و مردان وجود داشته باشد تا اگر هر یک از آن‌ها تصمیم گرفت که تحصیلات عالیه کسب کند، مانعی پیش روی او نباشد.

اندیشمندان مهم دیگری که درباره برابری در فرصت‌ها بحث می‌کند؛ مارتا نوسبام است که چارچوب نظری او بر ایده «عملکرد انسانی» متمرکز می‌شود. این ایده باور دارد که انسان‌ها، تصورات مختلفی از زندگی خوب و قابلیت‌های مختلفی دارند. نوسبام معتقد است کارکرد حقوق بشر این است که ضمن محافظت از این قابلیت‌ها باید به انسان‌ها این امکان را بدهد که دیدگاه خود از زندگی خوب را دنبال کنند. او ده قابلیت را برای انسان شناسایی می‌کند که مهم‌ترین آن‌ها عبارت است از حیات، سلامت جسمانی، تمامیت جسمانی و تخیل. این قابلیت‌ها، از کرامت انسانی جدایی‌ناپذیرند و به‌عنوان مبنایی برای سلامت و رفاه افراد و جوامع در نظر گرفته می‌شوند؛ بنابراین، هدف حقوق بشر می‌بایست تضمین فرصت‌های برابر افراد برای دسترسی و توسعه این قابلیت‌ها و در نتیجه، حراست از کرامت ذاتی انسان باشد.

این دیدگاه، بیش از هر چیز انتخاب شخصی و اتونومی را ارتقا می‌دهد و تأکید می‌کند که افراد رؤیاها، باورها، ارزش‌ها و خواسته‌های متفاوتی

در مقابل، منتقدان این دیدگاه با تکیه بر نظر اندیشمندانی همچون جان استوارت میل معتقدند که پیگیری نتایج برابر ممکن است ناخودآگاه فردیت، خلاقیت و خواسته‌های شخصی را سرکوب کند و استعدادها و تلاش‌های افراد را نادیده بگیرد. علاوه بر این، تحقق این برابری نیازمند ورود مداخلات خارجی - از جمله مداخلات دولتی - در آن چیزی است که امروز آن را به‌عنوان «سپهر شخصی» زندگی افراد در نظر می‌گیریم که خود به‌صورت بالقوه حقوق و آزادی‌های فردی را نقض می‌کند.

رویکرد دوم: برابری در فرصت‌ها

دیدگاه برابری در فرصت‌ها، معنای دیگری از مفهوم «برابری» ارائه می‌دهد و به دیدگاهی علاقه‌مند است که در آن برابری واقعی نه با نتایج یکسان، بلکه با فراهم نمودن ابزار و شرایط یکسانی برای افراد فارغ از جنسیت آن‌ها محقق می‌گردد. در قلب این دیدگاه، «رویکرد قابلیت» قرار دارد که توسط آمارتیا سن مطرح شده است. او این‌طور استدلال می‌کند که انسان دارای طیف وسیعی از قابلیت‌ها و عملکردهاست که توانایی او برای پیشبرد زندگی در مسیر مطلوبش را ایجاد می‌کند. برابری در این دیدگاه تنها به معنای توزیع مجدد و برابر منابع نیست، بلکه تضمین این است که افراد برای تبدیل این منابع به یک زندگی معنادار بر اساس ارزش‌ها و انتخاب‌های خود از آزادی و فرصت‌های برابر برخوردار باشند.

بر اساس این دیدگاه، تأکید اصلی بر رفع موانع سیستماتیک است که مانع دسترسی به این قابلیت‌ها می‌شود. به بیان دیگر، این رویکرد باور دارد در صورتی که موانع پیشروی دسترسی برابر به مواردی همچون تحصیل، سلامت، فرصت‌های شغلی و خدمات اجتماعی رفع شود؛

دارند. به همین دلیل، ترویج مفهومی ثابت و مشخص از برابری و تأکید بر «نتیجه برابر» بر خلاف آنچه تصور می‌شود؛ ناقض حقوق و آزادی‌های زنان است. آنچه باید به واسطه دولت، جامعه و حقوق بشر تضمین شود، نه نتیجه‌ای برابر که زنان را در قالب‌های از پیش تعیین شده قرار می‌دهد؛ بلکه آزادی افراد برای انتخاب مسیر منحصر به فرد خود و برداشتن موانع مبتنی بر جنسیت از پیش روی انتخاب آن‌هاست.

نتیجه‌گیری

برابری جنسیتی، هم درباره روابط مبتنی بر قدرت است و هم درباره فرصت‌ها. آنچه اصل است، آن است که زنان می‌بایست به اندازه هم‌تایان مرد خود توانایی شکل دادن به آینده خود را داشته باشند. هنگامی که تبعیض جنسیتی سیستماتیک وجود داشته باشد؛ زنان فرصت احقاق حقوق و دسترسی برابر به منابع را نخواهند داشت. تبعیض اغلب در خانواده و هنگام تقسیم نقش‌ها در خانه رخ می‌دهد؛ در جوامع محلی و در فضای زندگی عمومی. کار دولت‌های متعهد به حقوق بشر، نه اعطای نقش‌های برابر به زنان و یا حذف مردان برای برابر شدن وضعیت آن‌ها، بلکه ایجاد شرایطی است که در آن افراد بتوانند به سمتی که می‌خواهند حرکت کنند و در نهایت، با توجه به علایق، خواسته‌ها، استعدادها، توانایی‌ها و استحقاق خود، در شرایط مورد نظر قرار بگیرند.

باشد؟» یک «خیر» محکم است. در واقع، برابری جنسیتی از منظر گفتمان حقوق بشر، به این معناست که زنان و مردان، به پشتوانه‌ی فرصت‌های برابر و تساوی در پیشگاه قانون، بتوانند از ابتدا تحصیلات و توانایی‌های مورد نظر برای نمایندگی مجلس را کسب کنند، وارد سپهر عمومی اجتماع شوند، به واسطه نقش‌های جنسیتی سنتی و زندگی خانوادگی به عقب رانده نشوند، به فعالیت عمومی بپردازند و در مشاغلی که راه آن‌ها را برای نمایندگی مجلس هموار می‌کنند وارد شده و در نهایت، آن‌ها که استحقاق، قابلیت و استعداد بیشتری دارند - فارغ از اینکه زن یا مرد هستند - به کاندیداتوری نمایندگی مجلس برسند.

به عبارت دیگر، آنچه گفتمان حقوق بشر بر آن اصرار می‌ورزد، نه نتیجه یکسان، بلکه از میان برداشتن هرگونه تبعیض است؛ از میان برداشتن هر قانون، رویه و ارزشی که حقوق انسان را بر مبنای جنسیت او طبقه‌بندی کند.

منابع:

1. Sen, A. (1992) "Missing Women," British Medical Journal 304: 586-7.
2. Nussbaum, M.C. (2000). Women and Development. The Capabilities Approach. Cambridge University.
3. افلاطون (۱۴۰۱)، جمهور، انتشارات علمی و فرهنگی
4. ارسطو، ۱۴۰۰. سیاست. انتشارات علمی و فرهنگی
5. هگل، گئورگ ویلهلم فردریش، ۱۴۰۰، نشر نی.

حقوق عمومی

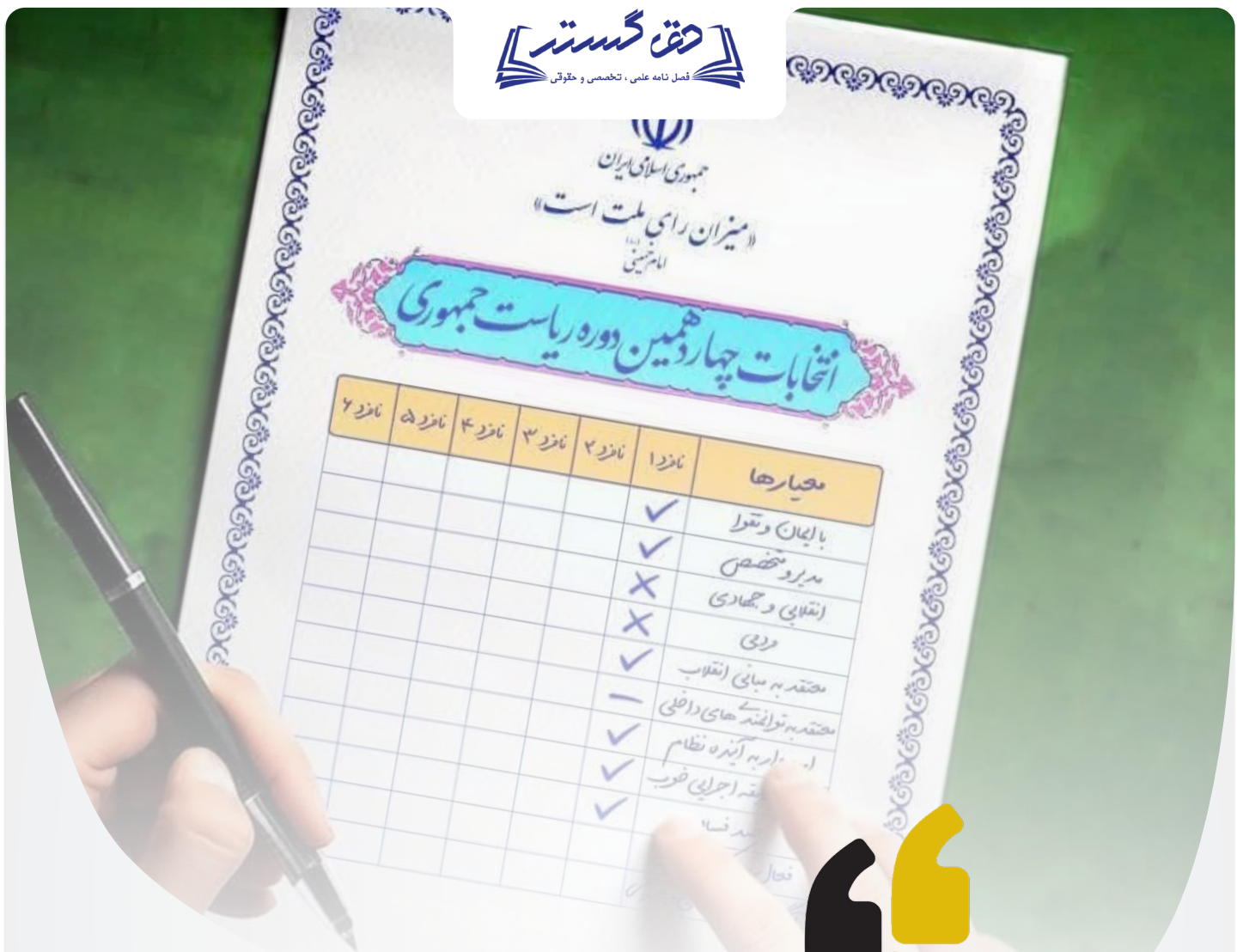
PUBLIC LAW

● بازاندیشی در نسبت شرایط انتخاب‌شوندگان و
مبانی نظام در انتخابات ایران

۳۳

● دلایل ابطال آرای سازمان تعزیرات حکومتی در
دیوان عدالت اداری

۴۱



بازاندیشی در نسبت شرایط انتخاب شوندگان و مبانی نظام در انتخابات ایران



سید صالح آیت‌اللهی

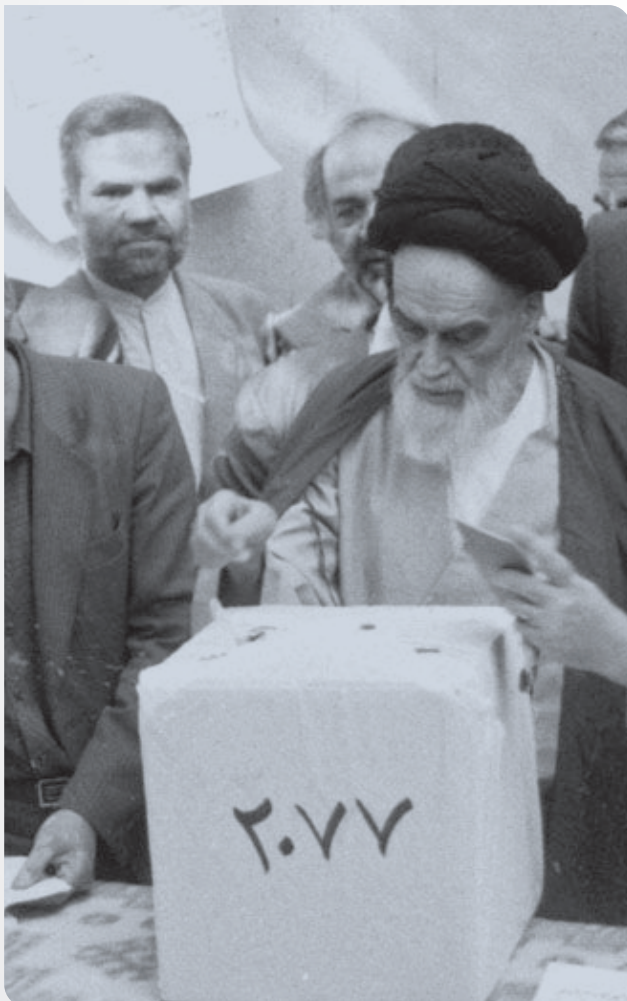
دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در سال ۱۳۵۷ و باتوجه به رأی اکثریت مردم ایران به جمهوری اسلامی در همه‌پرسی فروردین ۱۳۵۸، قانون اساسی جمهوری اسلامی براساس جمع میان مفاهیم جمهوریت و اسلامیت نگارش یافت. اتکای امور عمومی به آرای عمومی به مثابه یکی از مهم‌ترین مظاهر جمهوریت، مطابق اصل صد و هفتاد و هفتم قانون اساسی جزئی جدانشدنی از این نظام بوده و انتخابات به‌عنوان مهم‌ترین ابزار آن از اهمیت بالایی برخوردار است. اگر انتخابات به‌عنوان شکل و راه مردم‌سالاری درست عمل نکند؛ مردم‌سالاری نیز در معنای واقعی خود تحقق نخواهد یافت...

حاکمیت الهی-انسانی در جمهوری اسلامی ایران و آثار آن بر تفسیر قانون اساسی

در برهه‌هایی از تاریخ جهان، تفاوت‌های طبیعی عامل تمایز حقوق انسان‌ها بود و حقوق انسان نه بر اساس جوهره برابر انسان بلکه بر اساس قومیت، نژاد، جنسیت، مذهب و... تعیین می‌شد؛ اما به تدریج و در اثر سیرتطور تاریخ، برابری حقوق انسانی^۴ به اصلی مهم در حقوق بدل گشت. بر مبنای اصل برابری (و در فقه شیعی بر اساس اصل عدم ولایت)، اصل بر

۴ نکته قابل توجه این است که نباید میان برابری حقوقی و اخلاقی انسان‌ها خلط کرد. انسان‌ها را می‌توان براساس میزان پابندی به اخلاق، تقوا و... ارزیابی کرده و یکی را به لحاظ اخلاقی بر دیگری برتری داد اما در حقوق مدرن برتری اخلاقی عامل برتری حقوقی نیست.



شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان یکی از مهم‌ترین ارکان برای تحقق کارکرد و هدف انتخابات است. در طول حیات جمهوری اسلامی، شرایط نامزدها و تشخیص صلاحیت نامزدهای انتخاباتی (انتخاب‌شوندگان) همواره مورد مناقشه بوده و بحث‌های زیادی در موافقت یا مخالفت با شرایط نامزدها و نحوه نظارت شورای نگهبان بر آن شکل یافته است. این نوشته در پی پاسخ به این سؤال است که آیا شرایط انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی ایران با جمهوریت نظام مطابق اصول ششم^۱ و پنجاه و ششم^۲ قانون اساسی و اصول مربوط به اسلامیت نظام مانند اصل چهارم^۳ قابل جمع است؟ و اگر این شرایط با جمهوریت و اسلامیت نظام در تعارض است، چه راهکارهایی برای اصلاح این شرایط وجود دارد؟

این نوشته، ابتدا به مبانی جمهوری اسلامی پرداخته و سپس با تبیین مردم‌سالاری حقیقی و تفکیک آن از مردم‌سالاری شکلی و ظاهری به سراغ تحلیل نسبت شرایط انتخاب‌شوندگان و مبانی نظام می‌رود و سپس از شناسایی آسیب، راه‌حل‌هایی در سه سطح اجرایی، تقنینی و اساسی ارائه می‌دهد.

۱ در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به استکاء آراء عمومی اداره شود، از راه انتخابات: انتخاب رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر اینها، یا از راه همه‌پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد.

۲ حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند.

۳ کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است.

اشکال گوناگونی از مردم سالاری (اتکای امور عمومی به آرای عمومی) هستند. صرف برگزاری انتخابات مساوی با وجود مردم سالاری نیست؛ بلکه راهی برای رسیدن به آن است. (قدوسی، ۱۳۹۹) به عبارت دیگر انتخابات، شکل و مردم سالاری محتواسـت. وجود انتخابات ضرورتاً به معنای تحقق مردم سالاری نیست. حال آنکه بسیار انتخاباتی بوده اند که با تقلب یادست کاری بر علیه دموکراسی عمل کرده اند و از صندوق رای برای توجیه حکومت استبدادی خود کمک گرفته اند. اگر شخصی صرف وجود انتخابات را به معنای تحقق مردم سالاری تعبیر کند؛ دچار مغالطه خلط شکل و محتوا شده است. نتیجه آنکه، آنگاه انتخابات دموکراسی را محقق می کند که برون دادی حقیقی از خواسته ها و مطالبات انتخاب کنندگان باشد و هر اقدامی که انتخابات را از محتوای خود یعنی مردم سالاری خالی کند برخلاف روح انتخابات بوده و قابل پذیرش نیست.

جمهوریت و شرایط تعبیرپذیر انتخاباتی ایران
شرایط انتخاب شونده ها و انتخاب کنندگان در انتخابات از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. اگر این شرایط موسع و گسترده باشند یا عادلانه نباشند؛ حقوق افراد تضییع شده و مردم سالاری واقعی نیز جای خود را به مردم سالاری شکلی خواهد داد. همه ملت ایران مشروط بر بالغ و عاقل بودن باید حق شرکت در انتخابات را داشته باشند؛ چرا که به عنوان مبدأ و منشأ حاکمیت از حق تعیین سرنوشت در امور عمومی برخوردار بوده و تعیین شرایط دیگری برای انتخاب کنندگان به تضییع حق تعیین سرنوشت ملت منتهی خواهد شد. علاوه بر شرایط انتخاب کنندگان، شرایط

این است که هیچ شخص یا نهادی بر دیگری حق حکومت کردن ندارد و حق حاکمیت نیازمند منشأ برای توجیه آن است. «منظور از حاکمیت، قدرت برتر فرماندهی یا امکان اعمال اراده های فوق اراده های دیگر است.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۷۰، ۱۸۶) قانون اساسی ایران در سال ۱۳۵۸ حاکمیت را به شکل تلفیقی پذیرفته است و با توجه به اصل چهارم و ششم قانون اساسی، ملت را در چارچوب قواعد الهی دارای حق حاکمیت دانسته است.

منشأ حاکمیت در قانون اساسی ۱۳۵۸ بر این پیش فرض سیاسی و جامعه شناختی بنا شده که ملت ایران حاکمیت موازین اسلامی را بر سرنوشت خویش پذیرفته اند و خود می خواهند که بر اساس موازین اسلامی سرنوشت خویش را انتخاب کنند. (هاشمی، ۱۳۸۷) فقط چنین تفسیری از حاکمیت تلفیقی الهی-انسانی است که می تواند تعارض بنیادین اصل چهارم قانون اساسی با اصل ششم یا به عبارت دیگر، جمهوریت و اسلامیت نظام را حل کند. زیرا اگر اکثریت مردم چنین قواعدی را نخواهد، اسلامی بودن قواعد و نظام سیاسی دیگر خواست اکثریت نبوده و نمی توان از وجود توأمان این دو در یک نظام واحد سخن گفت. با توجه به مطلب بیان شده، مشروعیت قانون اساسی و نظام سیاسی جمهوری اسلامی، مبتنی بر جمع میان این دو است. تفسیر قانون اساسی نیز باید در راستای جمع این دو مفهوم باشد و هر تفسیری که مغایر بایکی از این دو باشد و یکی را به نفع دیگری به کناره برد، مشروع نیست.

مردم سالاری شکلی و مردم سالاری حقیقی
انتخابات، همه پرسی، پله بیسیت و... همگی

شرایط انتخاب‌شوندگان را می‌توان با ضابطه نقش ناظر در تشخیص آن به دو قسم شرط عینی و غیرعینی (تعبیرپذیر) تقسیم کرد. شرطی عینی است که وجود ناظرهای متفاوت به وصول نتایج متفاوت منجر نشود و نقش ناظر در آن تطبیق شرط بایک امرعینی و بیرونی مانند تابعیت یا سابقه کیفری باشد. (مثلاً اینکه یک نامزد سابقه کیفری دارد یا نه با تغییر ناظر و تشخیص‌دهنده آن هیچ تغییری نمی‌کند) در مقابل، شرطی غیرعینی است که کیستی ناظر در وصول نتیجه اثرگذار باشد؛ مانند التزام به مبانی جمهوری اسلامی ایران. در چنین شرطی اینکه تفسیر ناظر از مبانی جمهوری اسلامی چه باشد، از دید او چه رفتاری نشان از التزام یا عدم التزام دارد؛ منش فکری شخص و همچنین پیش‌داوری‌ها و رسانه بر تصمیم ناظر اثر دارد. حتی چنین رویکردی می‌تواند شخصی‌را که صلاحیت آن عیان است؛ اما رویکرد آن انتقادی و غیر محافظه‌کارانه است، رد صلاحیت و یک محافظه‌کار اهل تزویر را دارای صلاحیت بدانند.

انتخاب‌شوندگان نیز بر تحقق دموکراسی حقیقی اثرگذار است؛ زیرا گستردگی دایره شرایط نامزدها با تحدید حق انتخاب شهروندان رابطه‌ای مستقیم دارد و هرچه شرایط نامزدها گسترده‌تر باشد انتخاب‌کنندگان امکان انتخاب افراد کمتری را دارند و در نتیجه حق تعیین سرنوشت انتخاب‌کنندگان محدودتر خواهد بود.

گسترده‌گی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان عامل تحدید حقوق این دو است؛ اما عامل دیگری که نه تنها حق بر انتخاب کردن و انتخاب شدن را محدود می‌کند؛ بلکه مرزهای این محدوده را نامشخص گذاشته و راه تضییع این حق‌ها را فراهم می‌کند، غیرعینی بودن و تعبیرپذیر بودن شرایط است. این مسئله در نظام انتخاباتی ایران هم در سطح قانون اساسی برای انتخابات ریاست جمهوری^۵ و هم در سطح قوانین عادی و برای انتخاباتی چون انتخابات مجلس^۶ وجود دارد.



۵ رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد:
ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوی، مومن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور.

۶ ماده ۳۰ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی:
انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت نام باید دارای شرایط زیر باشند:
۱ - اعتقاد و التزام عملی به اسلام.
۲ - تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران.
۳ - اعتقاد و التزام عملی به نظام جمهوری اسلامی ایران.
۴ - ابراز وفاداری به قانون اساسی.
۵ - سواد خواندن و نوشتن به قدر کافی.
۶ - سلامت جسمی در حد برخورداری از نعمت بینایی، شنوایی و گویایی.
۷ - حداقل سن ۲۶ سال تمام و حداکثر ۷۵ سال تمام.
تبصره - داوطلبان نمایندگی اقلیتهای دینی مصرح در قانون اساسی از شرایط مذکور در بند یک مستثنی بوده و باید در دین خود ثابت‌العقیده باشند.

و عینی مانند سابقه کیفری، گزاره نامزد سابقه کیفری ندارد یا صادق است یا کاذب و همچنین به شکل قطعی قابل اثبات است.) و شرایط آبجکتیو بالقوه (همان شرایط تعبیرپذیر مانند التزام به مبانی جمهوری اسلامی ایران، گزاره نامزد به مبانی نظام ملتزم است یا صادق است یا کاذب؛ اما به شکل قطعی قابل اثبات نیست) تقسیم کرد. شروط تعمیرناپذیر، عینی یا آبجکتیو بالفعل را فقط باید از جهت عادلانه بودن، ارتباط آن با حقوق انتخاباتی و ارتباط آن شرط با منصب مذکور سنجید؛ اما تعیین تکلیف شرایط غیرعینی، تعبیرپذیر یا آبجکتیو بالقوه توسط ناظران انتخاباتی و ترجیح تصمیم آن‌ها بر شخص دیگری که ممکن است تعبیر دیگری از این مسئله داشته باشد؛ ترجیحی بلامرجح است.

تعیین و تکلیف شرایطی چون اعتقاد و التزام به مبانی اسلام یا نظام سیاسی، تقوا، مدیر و مدبر بودن و... برعهده انتخاب‌کننده است. مردم یا معتقد و ملتزم به اسلام و نظام هستند که بنا بر تفسیر خود از این مفاهیم انتخابی را منطبق با شرایط مزبور می‌کنند یا مردم چنین خصلتی ندارند که آنگاه دیگر جمع میان جمهوریت و اسلامیت ممکن و قابل پذیرش نخواهد بود. در نتیجه، تعیین شرایط غیرعینی برای انتخاب‌شوندگان به دلیل تعبیرپذیری و داشتن گونه‌ای قضاوت و انتخاب (که در صلاحیت انتخاب‌کننده است و نه ناظر) ضایع‌کننده حقوق انتخاب‌کنندگان بوده و خلاف اقتضائات اصولی چون اصل ۶ و ۵۶ قانون اساسی و جمهوریت نظام است.

کمال‌گرایی، شرایط غیرعینی و دفاع از ارزش‌های جمهوری اسلامی

همان‌طور که در بخش اول بیان شد، ماهیت تلفیقی نظام جمهوری اسلامی اقتضا می‌کند که تفسیر آن با در نظر گرفتن الزامات

اساساً تشخیص عقاید و باورها (برای مثال، اعتقاد و التزام به اسلام یا جمهوری اسلامی ایران) از رفتارها امری نیازمند تفسیر و تعبیر است و سپردن آن به کسی جز انتخاب‌کننده، خلاف روح مردم‌سالاری است. به عبارت دیگر، زمانی که شرطی غیرعینی باشد، ناظر دست به نوعی انتخاب می‌زند و مرز میان نظارت و انتخاب از بین می‌رود. نتیجه آنکه، در چنین شرایطی نمی‌توان گفت که در معنای واقعی، امر عمومی به اتکای رأی عمومی اداره می‌شود و ناظری پدرسالار، انتخاب عمومی را دچار محدودیت کرده است.

تقسیم‌بندی مصطفی ملکیان از باورها می‌تواند کمک‌شایانی به تدقیق این تفکیک و نقد به غیردموکراتیک بودن این شرایط کند. وی باورها را به باورهای ساجکتیو (که خبر از واقعیت بیرونی نمی‌دهد) و باورهای آبجکتیو (که خبر از واقعیت بیرونی می‌دهد و قابلیت صدق و کذب دارد) تقسیم می‌کند. همچنین او باورهای آبجکتیو را به دودسته بالفعل و بالقوه تقسیم می‌کند. باورهای آبجکتیو بالقوه آن دسته باورهایی هستند که قابلیت صدق و کذب دارند؛ اما حداقل در این زمان نمی‌توان صدق یا کذب آن را تعیین کرد. وی باورهای آبجکتیو بالفعل (مانند درجه به جوش آمدن آب) را قابل رجوع به آرای عمومی نمی‌داند؛ اما از نظری تکلیف باورهای آبجکتیو بالقوه و باورهای ساجکتیو را باید ضرورتاً با آرای عمومی مشخص کرد و ترجیح یک باور بر باور دیگر بدون اتکا به آرای عمومی را ترجیحی نا عادلانه و بلا جهت می‌داند (ملکیان، ۸۴).

نگارنده معتقد است که فارغ از نتیجه‌گیری وی، تقسیم‌بندی ملکیان در بحث شرایط انتخاب‌شوندگان اثرات قابل توجهی به دنبال دارد. شرایط انتخاباتی را نیز می‌توان به دودسته شرایط آبجکتیو بالفعل (همان شرایط غیرقابل تعبیر

پیشگیرانه از کمال و مطلوب خود دست به تعیین چنین شرایطی برای انتخاب‌شوندگان می‌زند (شیرزاد، ۱۳۹۶).

جمهوری‌گرایانه و اسلام‌گرایانه و در راستای جمع‌میان این دو صورت‌بگیرد بنابراین تحلیل شرایط تعبیرپذیر بدون نسبت‌سنجی آن با الزامات اسلامیت نظام ممکن نیست.

شرایط غیرعینی در نسبت با جمهوریت و اسلامیت

شرایط غیرعینی از طرفی در تعارض با مردم‌سالاری و جمهوریت نظام بوده و از طرف دیگر خلاف اقتضائات کمال‌گرایانه نظام برای دفاع از اسلامیت نظام است. همچنین تفسیر جمع‌گرایانه از قانون اساسی اقتضا می‌کند که در چنین شرایطی نه به دنبال حذف یکی از مبانی به نفع دیگری، بلکه به دنبال راه‌حل و تحلیلی باشیم که کمترین میزان آسیب به هر دو بنیاد اساسی نظام سیاسی وارد شود.

تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان یک راه‌پیشینی برای دفاع از اسلامیت نظام است و نگارنده معتقد است که وجود شرایط تعبیرپذیر خلاف ذات کنترل‌گر حقوق عمومی بوده و نهایتاً به قربانی شدن اراده عمومی ختم خواهد شد و امکان ذاتی دفاع پساانتخاباتی از اراده عمومی

نظام جمهوری اسلامی ایران در سطح هنجاری (قوانین و مقررات) و ساختاری (نهادهای سیاسی) نظامی کمال‌گرا محسوب می‌شود. (شیرزاد، ۱۴۰۲) نظامی کمال‌گراست که برداشت و الگوی خاصی از باورها، ارزش‌ها، هنجارها و نمادها را مبنای حکومت خود قرار داده و از منابع عمومی در راستای نیل به آن اهداف و سوق‌دادن شهروندان به سوی آن استفاده می‌کند. کمال‌گرایی نظام سیاسی اقتضا می‌کند که پذیرای بی‌چون و چرای حضور افکار متفاوت در انتخابات نبوده و با الگویی پیشگیرانه از کمال مطلوب خود محافظت کند. نظام جمهوری اسلامی با رویکردی کمال‌گرایانه، برداشت خاصی از اسلام شیعی را به عنوان الگوی خود قرار داده و وجود چنین شرایطی در انتخابات ایران ناشی از رویکرد کمال‌گرایانه جمهوری اسلامی ایران است و نظام سیاسی برای دفاع



لزوم تغییر در شرایط انتخاب شوندگان

پس از تبیین مشکل و آسیب شناسی شرایط غیرعینی برای نامزدهای انتخاباتی، به شکل اجمالی راه حل این مشکل در سه سطح اساسی، قانونی و اجرایی مورد بررسی قرار می گیرد:

۱. **راه حل اساسی:** اگر روزی تصمیم حکمرانان بر بازنگری قانون اساسی و اصلاح ایرادات موجود در قانون اساسی باشد؛ در زمینه شرایط انتخاب شوندگان دو راهکار اساسی وجود دارد. اول، اصلاح اصل صد و پانزدهم و تبدیل شرایط ریاست جمهوری به اموری عینی و غیرقابل تعبیر و دوم، اختصاص اصلی در قانون اساسی به عینی و تعبیرناپذیر بودن شرایط انتخاب شوندگان

وجود ندارد؛ زیرا یا انتخاب شوندگان در جریان یک انتخابات دموکراتیک به عنوان برون داد حقیقی اراده عمومی بر سر کار می آیند یا که نمایندگان حقیقی مردم نخواهند بود و اگر دومی باشد، راه پسینی برای حل این مشکل وجود ندارد. پس اگر راه پیشینی دفاع از جمهوریت و اسلامیت دارای تعارض بنیادین است و راهی پسینی برای دفاع از جمهوریت وجود ندارد باید در پی راهی پسینی برای دفاع از اسلامیت نظام بود چرا که اگر چنین راه حلی باشد هم به وسیله راه پیشینی شرایط عینی جمهوریت نظام حفظ می شود هم به وسیله راهی پسینی، اسلامیت نظام فدای جمهوریت آن نمی شود.

همان طور که تبیین شد، جمهوری اسلامی ایران نظامی است که در سطوح هنجاری و ساختاری بر اساس موازین اسلامی بنا شده و در ابعاد مختلف امکان کنترل کنشگران و تحکیم چارچوب های اسلامی نظام را دارد. نخست آنکه با توجه به نظارت شورای نگهبان بر قوانین و مقررات، اسلامی بودن آنان همواره حفظ خواهد شد. علاوه بر آن نهادهای نظارتی چون سازمان بازرسی کل کشور و خود مردم و رسانه ها به عنوان ناظران مدنی بر رعایت مظاهر و عملکردهای دینی نظارت خواهند کرد. همچنین رهبر و نهادهای زیر نظر وی به عنوان مظهر مهم اسلامیت نظام با داشتن اختیاراتی چون انتخاب و عزل ریاست قوه قضاییه و برخی مسئولان بالارده دیگر و امکان عزل رئیس جمهور و اختیارات دیگری که به موجب قانون اساسی به او داده شده است به عنوان ناظر مهمی بر عملکرد اسلامی نهادهای سیاسی عمل خواهد کرد.^۷

- ۱- تعیین سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام،
 - ۲ - نظارت بر حسن اجرای سیاست های کلی نظام،
 - ۳ - فرمان همه پرسی،
 - ۴ - فرماندهی کل نیروهای مسلح،
 - ۵ - اعلام جنگ و صلح و بسیج نیروها،
 - ۶ - نصب و عزل و قبول استعفا؛
 - الف) شورای نگهبان،
 - ب) عالی ترین مقام قوه قضاییه،
 - ج) رئیس سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران،
 - د) رئیس ستاد مشترک،
 - ه) فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی،
 - و) فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی،
 - ۷ - حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه گانه،
 - ۸ - حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام،
 - ۹ - امضاء حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم. صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در این قانون می آید، باید قبل از انتخابات به تایید شورای نگهبان و در دوره اول به تایید رهبری برسد،
 - ۱۰ - عزل رئیس جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی، یا رای مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی بر اساس اصل هشتاد و نهم،
 - ۱۱ - عفو یا تخفیف مجازات محکومین در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضاییه.
- رهبر می تواند بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند.

۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وظایف و اختیارات رهبر:

نتیجه‌گیری

در پاسخ به پرسش تحقیق باید گفت که برخی شرایط انتخاب‌شوندگان در انتخابات ایران که خصلت تعبیرپذیر دارد؛ مغایر با اصول مربوط به جمهوریت نظام بوده و مردم‌سالاری حقیقی و محتوایی را محقق نمی‌کند. همچنین می‌توان با استفاده از راهکارهای پسینی از اسلامیت نظام حفاظت کرد. همچنین به نظر می‌رسد برای اصلاح رویه فعلی در نظام حقوقی ایران، اصلاح در سه سطح اجرایی (با اصل قرارداد صلاحیت نامزدها)، تقنینی (با اصلاح قانون انتخابات) و اساسی (با اصلاح اصل ۱۱۵ و اساسی‌سازی لزوم عینی بودن شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان) امکان‌پذیر است و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران باید به این سمت حرکت نماید.

بودن صلاحیت افراد برای انتخاب شدن (که مبانی مهمی از جمله حق تعیین سرنوشت و حق انتخاب‌کردن و انتخاب‌شدن به عنوان پیامدهای آن حق، اصل بودن مجاز بودن رفتار افراد و استثنایی و نیازمند اثبات بودن برداشت منفی از رفتار افراد دارد). خلط کرد.

و اساسی‌سازی آن تاراه چنین امری در نظام حکمرانی ایران بسته شود.

۲. **راه حل قانونی:** در سطح قوانین عادی، اصلاح قوانین انتخاباتی مربوط به مجلس شورای اسلامی، مجلس خبرگان و شورای شهر و روستا ضروری است. علاوه بر لزوم حرکت مجلس به اعمال تغییر در قوانین انتخاباتی ایران، نگاه هم‌گرایی شورای نگهبان و تاکید وی بر عینی بودن شرایط انتخاباتی ضروری می‌باشد.

۳. **راه حل اجرایی:** مساله حق تعیین سرنوشت و حق بر انتخاب شدن در انتخابات ایران منحصر به شرایط قانونی انتخاب‌شوندگان نیست و شورای نگهبان نیز به عنوان نهاد ناظر با اصل قرارداد عدم صلاحیت این مشکل را تقویت کرده است. اگر شرایط در انتخابات عینی باشد، احراز شرایط چیزی جز تطبیق واقعیت بیرونی با قانون نیست؛ اما آنگاه که شرایط تعبیرپذیر باشد، اصل قرارداد صلاحیت به جای عدم صلاحیت تغییر بزرگی در نظام انتخاباتی ایران ایجاد می‌کند. از حیث مبنایی، فرض اصل قرارداد صلاحیت بر مبنای حق بر انتخاب شدن و اصل برائت (برائت از عدم انجام رفتارهایی که نشان از عدم التزام به مبانی اسلام یا نظام دهد) ضروری است. از حیث کارکردی، اصل قرارداد صلاحیت، دایره تایید صلاحیت شدگان را افزایش می‌دهد. در ساختار فعلی که اصل بر عدم صلاحیت نامزدها است، ارائه نظرات متفاوت یا اقداماتی که با نظرات ناظران در تعارض باشد با احتمال بیشتری منجر به رد صلاحیت نامزد خواهد شد و چنین امری عامل محافظه‌کاری و عدم تغییر در نظام حکمرانی ایران خواهد بود.^۸

منابع:

۱. رحمت‌اللهی، حسین، شیرزاد، امید، ۱۳۹۶، کمال‌گرایی و بی‌طرفی، تهران، مجد
۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، ۱۳۷۰، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، دانشگاه تهران
۳. قدوسی، محمدامیر، ۱۳۹۹، چهار نظریه درباره حکمرانی، تهران، نگاه معاصر
۴. هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۷، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، میزان

مقالات

۱. شیرزاد، امید، (۱۴۰۲)، رویکرد کمال‌گرایانه نظام جمهوری اسلامی ایران، پژوهش‌های حقوقی
۲. مناظرات
۳. ملکیان، مصطفی، ۱۳۸۴، سکولاریسم و حکومت دینی

۸. شایان ذکر است که نباید میان اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی (که حاکی از این است که شخص در مقام عمومی حق اعمال قدرت ندارد مگر اینکه قانون این اجازه را به او بدهد) و اصل



دلایل ابطال آرای سازمان تعزیرات حکومتی در دیوان عدالت اداری

(با تأکید بر صلاحیت و قواعد رسیدگی سازمان در آرای شعب دیوان)



فاطمه موحدی

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

مریم حیدری

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

سازمان تعزیرات حکومتی، به عنوان نهادی که زیر نظر وزارت دادگستری فعالیت می‌کند و بنابراین، زیر مجموعه قوه مجریه محسوب می‌شود اما کارکرد قضایی دارد؛ مورد توجه قرار گرفته است. از این لحاظ، انتقاداتی همچون نقض اصل قضایی بودن دادرسی به فعالیت این سازمان وارد شده است که از سمت دیگر، این نقد با امکان شکایت از آرای سازمان تعزیرات حکومتی نزد دیوان عدالت اداری که مرجعی قضایی است، تعدیل می‌شود...



سازمان تعزیرات حکومتی طبق ماده ۷۲ قانون نظام صنفی کشور صلاحیت رسیدگی به کلیه تخلفات اقتصادی اصناف را دارد؛ همچنین دیگر صلاحیت‌های سازمان در قانون تعزیرات حکومتی، قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمان و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز برشمرده شده‌اند. در مورد صلاحیت‌های این سازمان باید در نظر داشت که باتوجه به اصل ۱۵۹ ق.ا.، صلاحیت‌های این سازمان نسبت به محاکم عمومی دادگستری استثنا هستند؛ بنابراین باید در حدود نص رعایت شوند.

باتوجه به اهمیت رعایت صلاحیت‌ها که نقش مهمی در تضمین امنیت قضایی کشور و سلامت حل و فصل مخاصمات دارد؛ تحقیقات متعددی در این زمینه - به‌ویژه باتوجه به استثنایی بودن صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی - صورت گرفته است. اما مسئله اصلی در تحقیق پیش رو، بررسی دلایل ابطال آرای صادره از سازمان در خصوص صلاحیت و قواعد رسیدگی و تطبیق دلایل مطرح شده، با اصول، مبانی و قواعد آمره است.

دلایل ابطال آرای سازمان در دیوان

۱. نقص تحقیقات و لزوم ارائه دلیل

یکی از اصول بنیادین در دادرسی، اصل برائت است که تضمین‌کننده آزادی اشخاص است. این اصل بدان معناست که هر فردی بی‌گناه است؛ مگر آنکه دلیلی بر خلاف آن باشد. در رسیدگی سازمان به تخلفات نیز باید این اصل رعایت شود. بنابراین رؤسای شعب باید تحصیل دلیل کنند و حتی شکات هم موظف به ارائه دلیل هستند. دیوان عدالت اداری

در آرای مختلف، تأکید زیادی بر ارائه دلیل توسط سازمان برای محکوم کردن فرد داشته است. برای مثال صرف گزارش دادن را دلیل محسوب نکرده است؛ بلکه بر لزوم مستند و مستدل بودن آرای سازمان تأکید می‌کند که این موضوع صراحت قانون اساسی در اصل ۱۶۶^۲ می‌باشد.

دیوان، همچنین سازمان را موظف به تحقیق برای کشف دلیل می‌داند؛ برای مثال در چند قسمت از یک رأی به ارائه دلیل قابل قبول تأکید می‌کند که «گزارش بازرس سازمان صنعت، معدن و تجارت... مستند به هیچ‌گونه دلیلی نمی‌باشد، بنابراین نمی‌تواند مبنای عمل قرار گیرد.» مجدداً در همان رأی بیان می‌کند «..... در امور کیفری می‌بایست به قدر متقین اکتفا نمود. در پرونده مطروحه... گزارش مستند به دلیل نیست و از طرف دیگر..... دلیلی بر اثبات ادعای خود نیز ارائه نداده.» (شعبه ۲۴، به شماره دادنامه ۹۰۲۴۰۲۶۱۹/۹۱۰۹۹۷۰/۱۳۹۱) به علاوه

۲ احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.

۱ مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است.

مربوط به سازمان باید به قواعد عام دادرسی مدنی و کیفری استناد کرد؛ به عنوان نمونه شرایط وکالت در سازمان همان شرایط ماده ۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی می باشد؛ بدان معنا که وکلای سازمان باید شرایط عام بیان شده در دادرسی مدنی را داشته باشند. «...چون در قانون مقررات تعزیرات حکومتی در خصوص وکالت در مراجع مذکور حکم خاصی بیان نشده است و در موارد سکوت قوانین، مراجع خاص باید حکم موضوع را از قوانین و مقررات عمومی استنباط کنند؛ بنابراین به دلیل سکوت قوانین و مقررات سازمان تعزیرات در خصوص وکالت در مراجع مذکور با توجه به حکم آمره و مطلق ماده ۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی در دادگاه های عمومی و انقلاب، شرایط وکالت در تعزیرات حکومتی مشمول حکم مقرر در ماده یاد شده بوده است.....» (شعبه یک تجدیدنظر، به شماره دادنامه ۱۷۴۱/۹۰، ۱۳۹۱)



دیوان اظهار می کند اگر در جریان رسیدگی هر کدام از طرفین حيله ای به کار ببرد، سازمان تعزیرات باید آن حيله را خنثی کند و رسیدگی به صورت عادلانه باشد.

۲. ارجاع به قواعد دادرسی مدنی و دادرسی کیفری

دیوان عدالت اداری در آرای خود به اصول و قواعد حاکم بر دادرسی مدنی و کیفری در رسیدگی های سازمان تأکید دارد. به علاوه توجه ویژه ای هم به رعایت قواعد دادرسی کیفری و به طور خاص آن دسته از اصولی که مربوط به رعایت حقوق متهم است، نشان می دهد؛ برای نمونه اگر سازمان رسیدگی دودرجه ای را نقض کند، دیوان رأی صادره را ابطال می کند. در قسمتی از یک رأی دیوان آمده است «... اصولاً محکومیت آقایان (س.ب.ی.) و (د.الف.) توسط شعبه محترم دوم تجدیدنظر ویژه رسیدگی به امور قاچاق کالا و ارز سازمان تعزیرات حکومتی بدون سبب است که موجب تضییع حق مسلم آنان و محرومیت از یک مرحله دادرسی گردیده و مخالف صریح اصول اولیه محاکماتی بوده، زیرا اصولاً مرجع مذکور به عنوان مرجع محترم تجدیدنظر صرفاً می بایستی به امری رسیدگی نماید که در مرحله بدوی مورد رسیدگی و صدور رأی قرار گرفته باشد.» (شعبه ۲۴، به شماره دادنامه ۲۶۱۹/۲۴۰۹۰۲۴۰۹۹۷۰۹۱۰، ۱۳۹۱). در خصوص تجدیدنظرخواهی کردن از آرای شعب بدوی سازمان باید با رعایت ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری (ماده ۲۵۸ ق.آ.د.ک سابق) به تجدیدنظرخواهی پردازد و در همین راستا حق تشدید مجازات در شعب تجدیدنظر وجود ندارد؛ تا جایی که دیوان در آرای وحدت رویه ۶۶۴ و ۶۶۵، ماده ۲۵ آیین نامه سازمان تعزیرات حکومتی را ابطال نمود.

دیوان تأکید دارد در صورت سکوت قوانین

گرچه می‌توان گفت رسیدگی دیوان، رسیدگی شکلی می‌باشد و احتمالاً به همین دلیل که رویکرد حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین در برخی موارد مستلزم ورود به امور ماهیتی است، دیوان به آن نپرداخته است؛ باین وجود، علت انتقاد ما به دیوان از این جهت است که دیوان در موارد مختلفی در آرای هیئت عمومی خود به حقوقی همچون برابری و عدم تبعیض، حق مکتسب، انتظار مشروع و... توجه کرده که نشان می‌دهد دیوان قصد توجه به این حقوق را داشته و در موارد محدودی به آن‌ها استناد کرده است (دادنامه ۱۶، ۱۳۶۹، دادنامه ۷۴، ۱۳۸۳، دادنامه ۲۱۰، ۱۳۸۵، دادنامه ۳۲۶، ۱۳۸۶، دادنامه ۳۸۹، ۱۳۸۶، دادنامه ۱۳۶، ۱۳۸۷، دادنامه ۱۱۵، ۱۳۸۷). بنابراین شایسته است در خصوص شکایات از آرای قطعی سازمان که احتمال نقض حقوق افراد به سبب صلاحیت انحصاری آن وجود دارد، توجه بیشتری به این حقوق در آرای خود داشته باشد.



با این حال، با وجود تأکید دیوان بر قوانین عامی مانند آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری و همچنین در نظر گرفتن برخی اصول و قواعد آمره مانند اصل دودرجه‌ای بودن رسیدگی؛ دیوان در آرای صادره خود نسبت به بسیاری از قوانین دیگر اعم از داخلی و بین‌المللی، اصول بنیادین و موازین شرعی کم‌توجهی کرده است. برای مثال در هیچ یک از آرای خود به معاهدات بین‌المللی به‌ویژه به معاهداتی که مربوط به اسناد حقوق بشری هستند، اصول کلی حقوقی، موازین شرعی، سیاست‌های کلی نظام، مقررات دولتی و... توجه ننموده است. علاوه بر آن، دیوان به صورت محدود و مضیقی به حقوق بنیادین پرداخته و در آرای صادره خود در خصوص سازمان توجه زیادی به مصادیق این حقوق، همچون انتظار مشروع، حق مکتسب، دادرسی منصفانه، حق دفاع، لزوم مستند و مستدل بودن تصمیمات سازمان و... نکرده است.

۳. عدم صلاحیت سازمان در امور ترافعی

در فقه سیاسی به نهادی که مسئول رسیدگی و نظارت بر امور اقتصادی و بهداشتی و... بوده است، حسبه می‌گفتند (بنیاد دائره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵)؛ پس لازم است ابتدا این واژه تعریف شود. این واژه در قانون امور حسبی سال ۱۳۱۹ چنین معنا شده است که «امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آن‌ها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آن‌ها باشد». پس امور حسبی به امور گفتی می‌شود که در آن امر تنازع و اختلاف طرفینی وجود ندارد یا به اصطلاح دعوا خواهان و خوانده ندارد. «در حقیقت هرگاه طبع امر مورد درخواست ایجاب نماید که طرف مقابلی وجود نداشته و

در عین حال نظارت و مداخله قاضی لازم باشد، با امر حسبی روبه‌رو خواهیم بود.» (شمس، ۱۴۰۲، ۱۳۳).

منعقد فی مابین بانک شاکی و دریافت کننده تسهیلات صورت پذیرفته که از امور ترافیعی محسوب می‌گردد و شعب سازمان تعزیرات حکومتی مطابق قانون، صلاحیت رسیدگی به امور ترافیعی را ندارند.» (شعبه ۱۴، ۱۱۷۳، ۱۴۰۱، ۹۹۷۰، ۹۲۰، ۱۳۹۲).

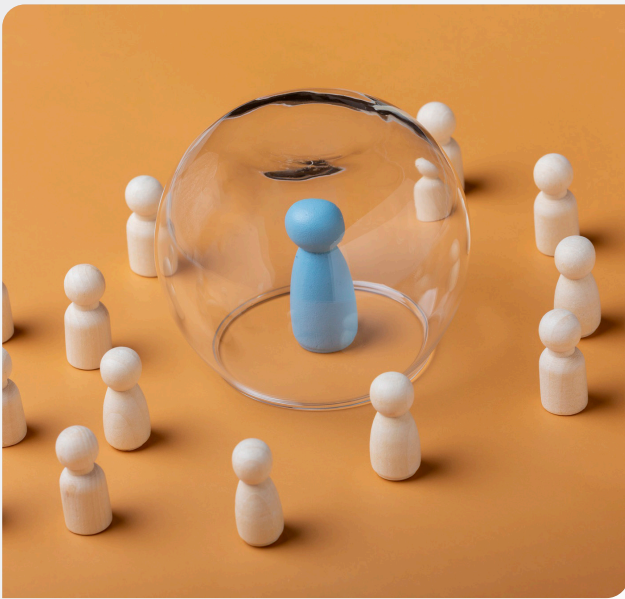
البته با توجه به همین رأی، باید در نظر گرفت که خود آرای دیوان در تمامی موارد به صورت مستند و مستدل صادر نمی‌شوند. گرچه ممکن است هماهنگ با اصول حقوقی و قوانین باشند. برای مثال همان طور که اشاره شد، دیوان در این رأی بیان کرده است مطابق قانون، امانه تنها مستند قانونی را بیان نکرده است؛ بلکه استدلالی هم در این خصوص ارائه نداده است. در حالی که مطابق اصل ۱۶۶ قانون اساسی آرای محاکم باید مستند و مستدل باشند. علاوه بر آن، بند ۶ اصل ۳ قانون اساسی به نوعی معرف اصل الزامی بودن بیان دلیل در احکام است.

به هر صورت به نظر می‌رسد آرای دیوان در زمینه شکایات از سازمان تعزیرات حکومتی در برخی موارد به اندازه‌ی کافی مستدل هم نمی‌باشند؛ نکته قابل توجه آن است که دیوان در رویه خود یکی از علل ابطال آرا را مستند و مستدل نبودن آرا اعلام کرده است (دادنامه ۱۰، ۱۳۸۶). علت لزوم رعایت این اصل آن

از گذشته‌های دور که شاید بتوان شروع آن را از دوران هخامنشیان دانست؛ رسیدگی به تخلفات اقتصادی مانند گران فروشی در صلاحیت یک نهاد خاص بوده است (صالحی، ۱۳۹۱). و اسلام هم از این امر مستثنی نبوده. بنابراین همان طور که پیش‌تر اشاره شد؛ این سازمان برای رسیدگی به تخلفات و جلوگیری از ارتکاب اعمالی مانند احتکار و گران فروشی به وجود آمده است؛ که دقیقاً نقش همان نهاد حسبه در فقه سیاسی اسلام را دارد. بنابراین این نهاد نباید به امور ترافیعی وارد شود و از صلاحیت او خارج است. با این مبنايي که بیان شد، دیوان عدالت اداری در آرای متعددی در خصوص صلاحیت این سازمان، رسیدگی سازمان به امور ترافیعی را نمی‌پذیرد و آن را در صلاحیت محاکم

عمومی دادگستری می‌داند؛ به عنوان نمونه بیان می‌کند «..... در صورت پیش‌بینی در قرارداد، از امور ترافیعی بوده و برابر مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی در صلاحیت محاکم حقوقی دادگستری است و تعزیرات حکومتی در این باب صلاحیت ندارد.» (شعبه ۷ تجدیدنظر، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۷۳۴، ۱۳۹۵) و همچنین در رأی دیگری تصریح داشته «... اقدامات معترض عنه در قالب قرارداد





است که علت حکم برای اشخاص مشخص بوده؛ حقوق مردم مورد تعرض قرار نگیرد و اگر در استدلال‌های بیان شده مشکلی وجود دارد، امکان نقد آن فراهم شود. در حقیقت این اصل از اصول دادرسی منصفانه است، بهتر است در جهت حمایت حقوق افراد و جلوگیری از بی‌عدالتی، با وجود مشغله قضات دیوان، آرای آن‌ها مستدل‌تر و با توضیح بیشتری صادر شود.

۴. صلاحیت ذاتی سازمان

برای تشخیص صلاحیت ذاتی باید صنف، نوع و درجه مرجع تعیین شود. قواعد مربوط به صلاحیت به منظور جلوگیری از هرج و مرج و رعایت نظم عمومی، آمره هستند. از ویژگی‌های صلاحیت می‌توان به قانونی بودن، انحصاری بودن، الزامی بودن، محدود بودن و از مبانی صلاحیت می‌توان به حاکمیت قانون، نمایندگی از طرف مردم، منفعت عمومی و تفکیک قوا اشاره کرد (شیرزاد، ۱۳۹۲).

سازمان به واقع یک مرجع از نوع اختصاصی است. اصطلاح مراجع اختصاصی در حقیقت از فرانسه گرفته شده که ترجمه واقعی آن مراجع استثنایی بوده است؛ یعنی وجود این مراجع استثناست و حتی در بسیاری از کشورها مانند ژاپن، یک مرجع اختصاصی هم نباید وجود داشته باشد؛ زیرا اعتقاد دارند حقوق مردم زیر پا گذاشته می‌شود (صالحی، ۱۳۹۱). سازمان همان‌طور که بیان شد یک مرجع اختصاصی و غیرقضایی است که بر اساس ماده ۱۰ آیین‌نامه سازمان، افراد غیرقضایی هم می‌توانند در شعب سازمان پذیرفته شوند، پس این مرجع نباید به اموری که در صلاحیت ذاتی او نیست، وارد شود؛ زیرا احتمال خطا و تضییع حقوق مردم بسیار افزایش می‌یابد.

در همین راستا دیوان به درستی به هیچ‌عنوان اجازه ورود سازمان به امور مدنی و حقوقی را نمی‌دهد و آن را خارج از صلاحیت سازمان می‌داند. دیوان تأکید دارد که این امور باید در محاکم عمومی دادگستری رسیدگی شوند. این رویکرد دیوان و تأکید بر اصول بسیار قابل توجه می‌باشد؛ به گونه‌ای که دیوان اگر عنوان خسارت که یک امر ماهیتاً مدنی است را به جرمه تغییر دهند؛ باز آن را نمی‌پذیرد و در این مورد تفسیر دیوان، تفسیر لفظ‌گرایانه نیست که این نشان‌دهنده اهمیت رعایت قواعد صلاحیت در دید دیوان است. برای مثال در یکی از آرای دیوان آمده است «... رسیدگی به موضوعات مذکور ذاتاً دارای جنبه حقوقی بوده و در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های حقوقی است و تعزیرات حکومتی که صلاحیت ذاتی رسیدگی به بزه و وقوع تخلف را دارند، صلاحیت رسیدگی به اختلافات حقوقی ناشی از قرارداد را ندارند...» (شعبه تجدیدنظر، به شماره دادنامه ۱۳۹۴/۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۲۱۳۱ دیوان از صلاحیت ذاتی استفاده کرده است که نشان‌دهنده توجه دیوان به اصول صلاحیت رسیدگی است.

تشخیص تخلف بودن یا عنوان مجرمانه بودن عمل می‌پردازد که این، خلاف اصول دادرسی در دیوان است؛ به‌ویژه که با تصویب قانون جدید دیوان در سال ۱۴۰۱ قضاتی که دارای دکترای حقوق عمومی باشند، برای استخدام در دیوان اولویت دارند؛ در رأی مذکور آمده «... تخلف از مفاد این ماده در صورتی که عدم رعایت فرمول ساخت بر اساس کاهش مصرف مواد متشکله آن باشد، از مصادیق کم فروشی و یا گران فروشی محسوب می‌گردد و با عنایت به اینکه رسیدگی به تخلفات گران فروشی و کم فروشی در صلاحیت تعزیرات حکومتی بوده، در نتیجه ایراد وکیل شرکت شاکی مبنی بر عدم صلاحیت تعزیرات حکومتی در رسیدگی به تخلف انتسابی وارد نیست.» (شعبه ۱۴، ۱۳۹۲، ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۱۱۷۳)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود دیوان در این پرونده خود راساً صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی در خصوص این پرونده را به این جهت که این موضوع را کم فروشی دانسته است، تایید می‌کند که محل اشکال است؛ برای جمع این دو ضرورت، بهتر است در صورت امکان قضات و یا بخش تخصصی‌ای برای تشخیص و تایید ماهیت پرونده‌ها و عناوین تشکیل شده، سپس قضات دیوان به رسیدگی بپردازند.

بحث و نتیجه‌گیری

در مجموع از آرای تحلیل شده می‌توان چنین برداشت کرد که رویکرد دیوان نسبت به صلاحیت سازمان، رویکردی همراه با تفسیر مضیق صلاحیت‌های سازمان است که با توجه به اصل بودن صلاحیت محاکم عمومی دادگستری، از لحاظ مبانی صحیح است اما از سمت دیگر در روند قانون‌گذاری چنین ملاحظه می‌شود که رویکرد قانون‌گذار نسبت

باید توجه داشت سازمان تنها صلاحیت رسیدگی به تخلفات را دارد و در صورتی که عنوان مجرمانه‌ای هم بر رفتاری صدق کند، سازمان همچنان تنها صلاحیت رسیدگی به جنبه متخلفانه را دارا است. بنابراین رسیدگی به عناوین مجرمانه در صلاحیت ذاتی محاکم کیفری است که در جهت تأکید دیوان بر رعایت قواعد صلاحیت ذاتی است. در همین راستا، دیوان ناچار از این است که ماهیت موضوع مطرح را اعم از این که یک تخلف است یا یک جرم، تشخیص داده و در مورد آن تصمیم بگیرد؛ امری که در مواردی به ورود دیوان به امور ماهیتی می‌انجامد. در حالی که از بند ۲ ماده ۱۰ و بند نخست ماده ۱۲ قانون دیوان این چنین برداشت می‌شود که نظارت دیوان یک نظارت شکلی است.

البته انتقادات زیادی به ابهام مندرج در این مواد وجود دارد که ناشی از همان تضاد و الزام و همراهی‌ای است که پیش‌تر اشاره شد؛ برای مثال «دیوان عدالت اداری جهت ایفای کامل وظایف قانونی خود، نیازمند ایضاح مفهومی قلمرو صلاحیت قانونی خود است، به گونه‌ای که معنای عباراتی مانند مغایرت با قانون، عدم صلاحیت مرجع مزبور، تجاوز و سوءاستفاده از اختیارات و... از یکدیگر تمیز داده نشده است.» (پرسا، داودی، ۱۴۰۲). در همین راستا در برخی از مواردی که دیوان آرای سازمان را ابطال کرده است، علت آن اظهار نظر ماهوی در خصوص جرم بودن و یا تخلف بودن موضوع شکایت مطرح بوده که شاید بتوان گفت دیوان نباید تا این حد وارد ماهیت امر بشود؛ در حالی که البته به نظر ناگزیر از این امر می‌رسد.

به‌عنوان نمونه در این رأی دیوان خود به



به صلاحیت‌های سازمان در جهت گسترش و توسعه این صلاحیت‌ها است که می‌تواند به دلایل متعددی همچون افزایش حجم پرونده‌ها در محاکم عمومی باشد.

همان‌طور که بیان شد رویکرد دیوان تطابق بیشتری با مبانی و حفظ حقوق اشخاص دارد و برای حل تعارض رویکرد قانون‌گذار و رویه عملی دیوان بهتر است قانون‌گذار تدبیر دیگری برای حل این مشکلات بجوید.

در مورد باید و نبایدهای دادرسی در شعب سازمان، دیوان رویکردی مطابق با مبانی داشته است. در این خصوص، رویه سازمان در موارد بیان شده، به‌ویژه استناد به قوانین عام‌تر در فرایند رسیدگی سازمان از جمله قانون آ.د.م.و.ق.آ.د.ک، به رعایت هر چه بیشتر حقوق اشخاص کمک می‌کنند. باین حال آرای سازمان در این موارد خالی از ایراد و اشکال نبودند و به نظر می‌رسد دیوان در عدم ورود به امور ماهیتی باید پایبندی بیشتری به قانون و حوزه صلاحیت‌های خویش داشته و از سمت دیگر، به استناد و استدلال در آرای صادره توجه بیشتری داشته باشد.

علاوه بر آن دیوان عدالت اداری به اصول و قواعد آمره، اسناد بالادستی، مصادیق حقوق بنیادین و... به‌طور کافی اشاره نکرده است؛ با وجود آن‌که در آرای هیئت عمومی دیوان دال بر ابطال مصوبات و تصمیمات مراجع و مقامات دولتی بسیار به این موارد اشاره شده است و به‌صراحت در رأی دیوان بیان شده‌اند؛ اما کم‌توجهی به این موارد در خصوص آرای شعب را شاید بتوان ناشی از حجم بالای پرونده‌ها و مشغله بسیار قضات شعب دیوان دانست.



منابع:

پایان نامه ها و مقالات و کتاب

۱. اصغری، مهدی. بررسی تقنینی و نارسایی قوانین و اصول خاص رسیدگی سازمان تعزیرات حکومتی؛ دانشگاه علامه محدث نوری، استاد راهنما جمشید یحیی پور، (۱۳۹۸) نیمسال دوم تحصیلی
 ۲. احمدی، علی، زینالی، امیر حمزه. (۱۳۸۳). سازمان تعزیرات حکومتی؛ از قضا دایمی تا کیفر دایمی و رعایت حقوق متهمان و بزه دیدگان؛ مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸-۴۷
 ۳. ساجدی کیا، امین اله. معیارهای دادرسی منصفانه در سازمان تعزیرات حکومتی؛ دانشگاه آزاد اسلامی بندرعباس، استاد راهنما داریوش بابایی، (۱۳۹۹) نیمسال دوم تحصیلی
 ۴. شیرزاد، امید. (۱۳۹۲). دلایل ابطال مصوبات دولتی در آرای دیوان عدالت اداری؛ چاپ سوم، تهران؛ انتشارات جنگل
 ۵. صالحی، غلامرضا. موارد تداخل صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی با محاکم عمومی و انقلاب؛ دانشگاه شیراز واحد بین المللی، استاد راهنما نادر مردانی، (۱۳۹۱) نیمسال دوم تحصیلی
- سایت
۱. <https://rc.majlis.ir/fa>
 ۲. <https://www.tazirat.gov.ir>
 ۳. <https://ara.jri.ac.ir/>
۱. شعبه تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۱/۹۰۱۷۴۱، (۱۳۹۱)
 ۲. شعبه ۲۴ تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۱۹۶۷، (۱۳۹۱)
 ۳. شعبه ۲۴ دیوان عدالت اداری، دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۲۶۱۹، (۱۳۹۱)
 ۴. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۳۰۱۲، (۱۳۹۱)
 ۵. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۳۱۶۲، (۱۳۹۱)
 ۶. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۰۰۳۴، (۱۳۹۲)
 ۷. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۰۳۸۷، (۱۳۹۲)
 ۸. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۱۱۷۳، (۱۳۹۲)
 ۹. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۱۴۲۶، (۱۳۹۲)
 ۱۰. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۸۲۸، (۱۳۹۳)
 ۱۱. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۸۹۰، (۱۳۹۳)
 ۱۲. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۰۵۹، (۱۳۹۳)
 ۱۳. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۰۸۰، (۱۳۹۳)
 ۱۴. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری و شعبه تجدید نظر، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۱۲۲، (۱۳۹۳)
 ۱۵. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۳۷۵، (۱۳۹۳)
 ۱۶. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۱۶۰، (۱۳۹۴)
 ۱۷. شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۱۶۶، (۱۳۹۴)
 ۱۸. شعبه تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۱۳۱، (۱۳۹۴)
 ۱۹. شعبه تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۱۲۲، (۱۳۹۴)
 ۲۰. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری و شعبه تجدید نظر، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۴۱۴، (۱۳۹۴)
 ۲۱. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۴۷۶، (۱۳۹۴)
 ۲۲. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری و شعبه تجدید نظر، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۱۱، (۱۳۹۵)
 ۲۳. شعبه ۷ تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۵۲۰۰۷۳۴، (۱۳۹۵)
 ۲۴. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۵۲۰۰۷۷۳، (۱۳۹۵)
 ۲۵. شعبه تجدید نظر دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۷۹۰، (۱۳۹۵)
 ۲۶. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۱۷۹، (۱۳۹۵)
 ۲۷. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری و شعبه تجدید نظر، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۷۹۹، (۱۳۹۵)
 ۲۸. شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری، به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۸۲۱، (۱۳۹۵)

حقوق خصوصی

PRIVATE LAW

- تأملی در نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی ۵۳
- تأملی بر ماهیت قرارداد وثیقه در حوزه توثیق اموال ۶۵
- تنصیف دارایی و مسائل پیرامون آن ۷۵
- لزوم تشریفاتی دانستن معاملات اموال غیر منقول ۸۳

تأملی در نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی

مهرنوش کارگر

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

در میان عقود معین، صلح من جمله عقود است که به دلیل قلمرو وسیعی که به خود اختصاص داده است؛ دارای این خصیصه منحصر به فرد بوده که می‌تواند دستاورد سایر عقود و تراضی میان اشخاص را در کالبد خود ترسیم نموده، بدون آنکه احکام اختصاصی آن عقود در این چارچوب جاری باشد و بدین‌سان بسیاری از نیازهای متعدد جامعه در زمینه حقوق خصوصی مرتفع گردیده است. لیکن آنگاه که قانون مدنی در نظام حقوقی ایران برای اولین بار به منصفه ظهور و پیدایش رسید؛ ماده ۱۰ ای در آن قانون به تصویب رسید که نمایانگر تدوین اصل آزادی قراردادها در نظام حقوقی کشور ما شد و دستاورد این ماده بدین ترتیب جلوه نمود که به اراده طرفین، حاکمیت بخشید و اختیار تنظیم قرارداد را به متعاملین در حدودی که مخالف قوانین، اخلاق و نظم عمومی نباشد داد...

متنوع و نوین برای احتیاجات روزمره خود، تلاش برگنجاندن این مبادلات در قالب عقود معینی از قبیل بیع، اجاره و وکالت می نمودند. ولیکن از قرن ۴ و ۵ هجری و با انکار و نپذیرفتن گفتار شیخ طوسی که عقد صلح را عقدی فرعی می دانست؛ در کتب گوناگون خود قائل به اصالت و استقلال عقد صلح شده و حتی بر اصالت و استقلال این عقد ادعای اجماع نمودند و کلیه قراردادهای و معاملات که در قالب عقد صلح منعقد گردیده بود را صحیح دانستند.

بدین ترتیب نگرش فقهای متقدم و گروهی از فقهای متأخر بر این می باشد: **یگانه عقدی که می توان دیگر عقود را در پیکره آن منعقد نمود، بی آنکه احکام و تبعات مختصه چنین عقودی در آن گردش و جریان داشته باشد؛ عقد صلح است و بدین سنخیت و مناسبت، این عقد را در فقه سیدالعقود یا سیدالاحکام نامیدند.** از این روی توانایی و کارایی عقد صلح برای نظام بخشیدن به مراضات و توافقات افراد دایره دامن گیر و گسترده ای را به خود مختص ساخته است که اگر متعاقبین، راهی برای محقق نمودن تراضی صورت گرفته میان خودشان در چارچوب یکی از عقود توقیفی (عقود بانام) نداشتند؛ قادر بر این باشند تا به آن توافق حاصله، در قلمرو عقد صلح هویت شرعی و حقوقی بخشند.

من باب چنین مواردی، این دغدغه ذهنی به وجود می آید که باوجود اینکه قانون مدنی ایران، بر اساس فقه امامیه شکل گرفته و باوجود عقد صلح و گستره وسیعی که به خود اختصاص داده است؛ آیا ضرورتی برای تدوین ماده ۱۰ قانون مدنی بوده است یا خیر و نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی چه می باشد؟ در این تحقیق سعی بر آن است تا با مطالعه کتابخانه ای در این حوزه و با استفاده از منابع و کتب موجود و با مشخص کردن گام به گام موارد حائز اهمیت، اختلاف و مشغله ذهنی موجود رفع گردد و در نهایت با ارائه دو ویژگی نوین مبنی بر تعیین نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی نزاع موجود در این خصوص را رفع نموده و به این سؤال پاسخ داده شود.

انواع عقود

امروزه گسترش روابط انسان ها، متحول شدن نوع زندگی و ظهور پدیده های جدید، موجب شده تا هم زمان با این دگرگونی ها، علم حقوق هم ترقی یابد. در این برهه از زمان فقط یک نوع عقد مانند بیع، اجاره، رهن و ودیعه وجود ندارد؛ بلکه هر کدام از این عقود انواع و اقسامی پیدا کرده و هر یک مقررات ویژه ای را به خود اختصاص داده اند. عقد صلح نیز یکی از این عقود می باشد که شرایط و ویژگی های خاص خود را داراست و دارای دو طرف می باشد؛ طرف نخست که مالی را تحت عنوان عقد صلح به دیگری می دهد **مصالح** و شخص مقابل که انشاء مصالح را قبول می نماید؛ **متصالح** نامیده می شود.

از حیث تاریخی، عقد صلح نشأت گرفته از آنجایی است که فقها و حقوق دانان با نگرش به اقتضائات و نیازهای آدمی به انجام معاملات



این حوزه وجود دارد^۱، و با بررسی مرحله به مرحله مفهوم، اقسام و انحاء عقد صلح، ماده ۱۰ قانون مدنی و علل تدوین آن، اصل آزادی قراردادهای و بیان برخی از نظریات و دیدگاههای مطرح شده در این راستا، و با بیان پیشنهاد و ارائه راهکاری، به هدف خود دست یابیم.

۱ منابع موجود در این زمینه که شاکله اصلی پیشینه و تاریخچه این تحقیق می باشند عبارتند از: کتاب عقود معین دکتر کاتوزیان جلد دوم که ایشان بخشی از منبع مذکور را به این عقد معین و این سوال که رابطه بین عقد صلح و ماده ۱۰ چه می باشد اختصاص داده اند؛ همچنین دکتر شهیدی نیز در کتاب عقود معین خویش بخشی از نوشتار خود را به این مسئله مختص نموده اند. دکتر جعفری لنگرودی نیز از دیگر حقوق دانان برجسته در این حیطه بودند که به عنوان یکی از پیشگامان این حوزه در کتاب رهن و صلح خود به این پرسمان پرداخته و سعی در رفع تعارض موجود داشته اند. مازاد بر کتب فوق، مقالات و پایان نامه هایی نیز من باب این موضوع نوشته شده که در این نوشتار از پایان نامه دکتر فاطمه آناهید و سجاد رضایی تحت عنوان تعامل یا تناقض عقد صلح با ماده ۱۰ قانون مدنی، استفاده شده است.



در سوی دیگر، به تدریج با تدوین قانون مدنی در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۰ قانون مدنی به نگارش و تصویب رسید و چنان نمایانگر اصل آزادی قراردادهای بود که کلیه معاملات بی نام و بدون قالب خاص، در چارچوب این ماده مورد پذیرش قانون گذار واقع شد و مدلول ماده ۱۰ قانون مدنی که از حقوق فرانسه اقتباس شده بود به گونه ای مورد تنظیم قرار گرفت که هر نوع قرارداد خصوصی را در صورت عدم مغایرت آن با شرع نافذ می داند.

با این وجود، پرسمانی که ذهن بسیاری از حقوق دانان دیرینه تاکنون را به خود معطوف نموده و باعث بروز نزاع و پیدایش دیدگاههای متفاوت در این زمینه شده؛ این می باشد که از یک سو صلح عقدی است مستقل و اصیل که در احکام و شرایط، تابع هیچ یک از عقود دیگر نبوده و می تواند نتایج و ثمرات بیشتر عقود و ایقاعات شناخته شده، یا حتی مقاوله های نو پیدایی را که تحت هیچ یک از عقود معین جای نمی گیرند به بار آورد و از سوی دیگر ماده ۱۰ قانون مدنی اصلی به نام آزادی قراردادهای را تأسیس کرده است که به حکومت اراده، دامنه گسترده ای بخشیده و آن را از حصار عقود معین خارج ساخته است. پس آیا با وجود «انفع العقود»، به ماده ۱۰ قانون مدنی که از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است نیازی بوده است یا خیر؟ (طباطبایی، امینی، ۱۳۹۸).

بدین ترتیب، این سؤال به ذهن خطور می نماید که آیا با وجود عقد صلح دیگر نیازی به تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی بوده است یا خیر و به عبارتی نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران چگونه می باشد؟ در این معبر سعی بر آن است تا با بررسی منابعی که در

پیشینه و مفهوم‌شناسی عقد صلح در فقه و حقوق ایران

صلح در لغت به معنی سازش کردن، آشتی و توافق است.^۲ در حقوق برخی از کشورها مانند ماده ۲۰۲۴ قانون مدنی فرانسه^۳، یا ماده ۴۵۹ قانون مدنی الجزایر، هدف از وجود عقد صلح دفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوا دانسته شده و این نظام‌های حقوقی، این مورد را به عنوان خصیصه عقد صلح مورد توجه قرار داده‌اند.

در چارچوب فقه در کشور ما، فقه‌های شیعه از دیرباز افزون بر تألیف باب صلح در آثار فقهی و روایی خویش، فروعاً متعددی را بیان نموده‌اند. در جوامع روایی همچون کافی، من لایحضره الفقیه و تهذیب الاحکام، بابی مستقل تحت عنوان صلح آمده است. به طور مثال

۲ دکتر محمد معین، فرهنگ زبان فارسی، ج ۲، ص ۲۱۶۰

۳ ماده ۲۰۲۴ قانون مدنی فرانسه: «وجود اختلاف و قصد پایان بخشیدن به آن و گذشت‌های متقابل از ارکان عقد صلح است»

ابوالقاسم خویی در کتاب منهج الصالحین خود در تعریف صلح بیان می‌دارد: «صلح عبارت است از توافق و سازش میان دو یا چند شخص بر ایجاد چیزی میان خودشان از قبیل تملک عین یا منفعت مالی و یا نقل یا اسقاط حق و یا ابراء دینی و غیر آن، خواه به نحو رایگان و خواه در ازاری اخذ عوض». گروه دیگری از فقها مانند علامه طباطبایی فلسفه بروز و پیدایش عقد صلح را رفع نزاع و اختلاف میان دو یا چند نفر توصیف نموده است. شرح فقهای متقدم و متأخر تا زمان شیخ انصاری از عقد صلح، مبین این حقیقت روشن بوده که ماوای عقد صلح نزد این طبقه از فقها برای فصل و قطع خصومت و نزاع بوده است.

در نظام حقوقی ایران نیز قانون مدنی در فصل هفدهم که مشتمل بر نوزده ماده قانونی می‌باشد؛ در خصوص عقد صلح نگارش یافته است. در این فصل هیچ تعریف روشنی از صلح ارائه نشده است و بدین ترتیب حقوق دانان



را حل نمایند. پس در مفهوم عقد صلح نوعی گذشت و مسامحه در اصل دعوا و رسیدن به نقطه مشترک به چشم می خورد. بدین ترتیب، هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد و قالبی است وسیع تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است.

همچنین مصطفی عدل و محمد بروجرودی عبده نیز با توجه به مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ صلح را این گونه تعریف نموده اند: «صلح عقدی است که به موجب آن طرفین، تنازع موجودی را قطع و یا از تنازع احتمالی جلوگیری می نمایند و یا به موجب آن، طرفین مزبور معامله دیگری می نمایند، بدون اینکه شرایط و احکام خاصه آن معامله لازم الرعایه باشد» (عدل، ۱۳۸۵، ۴۷۳؛ عبده بروجرودی، ۱۳۸۰، ۳۰۶).

انحاء و اقسام عقد صلح

در خصوص انواع اقسام صلح موارد متعددی مطرح شده با این وجود چهار مورد از مهم ترین این موارد به شرح زیر می باشد:

۱. صلح دعوی و صلح ابتدائی

همان گونه که سابقا به طور مختصر مطرح شد؛ مفهوم متبادر و اصلی صلح، عبارت از تراضی به منظور رفع تنازع است. ولی در فقه

بر اساس مواد موجود در این فصل و موارد و تعاریف مطرح شده در فقه امامیه اقدام به تعریف عقد صلح نموده اند و بر این باور هستند که عقد صلح در اصطلاح به معنای تسالم و تراضی در امری است، خواه تملیک عین و یا تملیک منفعت و یا اسقاط دین و یا اسقاط حق و یا غیر آن باشد.

به طور مثال کاتوزیان و حقوق دانان همسوبا ایشان، بر این اندیشه بودند که قانون مدنی به دلیل پیشینه تاریخی ای که در فقه امامیه دارد در شناسایی ماهیت صلح خالی از ابهام نبوده و بر این باور و نگرش متکی بودند که قانون مدنی مامفهوم صلح را به صورت گسترده پذیرفته است. زیرا از ماده ۷۵۲ قانون مدنی^۴ و ماده ۷۵۸ قانون مدنی^۵ چنین استنباط می شود که در مواردی که میان دو یا چند نفر اختلاف یا اختلافاتی موجود باشد و یا امکان دارد که در آینده اختلافاتی بروز کند، طرفین می توانند از طریق آشتی و گذشت متقابل اختلافات خود

۴ ماده ۷۵۲ قانون مدنی: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود

۵ ماده ۷۵۸ قانون مدنی: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد، بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.





از طرف دیگر در این عقد ممکن است ابتدا دعوایی از سوی خواهان به طرفیت خوانده در مرجع رسیدگی مطرح شود؛ ولی خوانده تمام یا قسمتی از خواسته خواهان را تکذیب کند و یا ادعای وی را انکار نماید و در این راستا خواهان دلیل کاری برای اثبات تمامی ادعای خود ارائه کند و نه خوانده قادر به دفاع موجه باشد. در اینجا چنانچه خوانده (یا طرف دیگر) برای پرهیز از ادامه نزاع پیشنهاد صلح کند و طرف دیگر آن را بپذیرد، قسم دوم یعنی صلح با انکار دعوی بسته می شود. مثل اینکه شخص الف ادعا کند از شخص ب یکصد میلیون ریال طلب دارد، ولی شخص ب منکر گردد، با این حال درخواست صلح کند و با مبلغ هفتاد میلیون ریال عقد صلح منعقد شود. این صلح، صحیح است (آناهید، فاطمه؛ رضایی، سجاد؛ ۱۳۹۵).

۳. صلح معوض و صلح بلاعوض (مجانی)
در قانون مدنی ما ماده ۷۵۷ وجود دارد که مبین وجود صلح معوض و بلاعوض می باشد.

امامیه و پس از آن در قانون مدنی صلح در مقام معامله نیز به کار رفته است؛ برای اینکه بر دامنه حاکمیت اراده بیفزاید. این قسم از صلح، پیش از تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی به شدت مورد نیاز جامعه بود و اکنون نیز، به دلیل انسی که صاحبان دفاتر اسناد رسمی و سایر حقوق دانان با این قالب حقوقی کهن دارند؛ فراوان به کار می رود. بنابراین، نخستین تقسیمی که از صلح نامبرده می شود:

۱. صلح دعوی یا صلح به منظور رفع تنازع
۲. صلح در مقام معامله یا صلح ابتدائی است (کاتوزیان، ۱۳۹۶).

۲. صلح با اقرار دعوی و صلح با انکار دعوی
صلح دعوی را از جهت موضوعی که مدعی در برابر آن می گیرد؛ به صلح با اقرار دعوی و صلح با انکار آن تقسیم کرده اند. اگر مدعی علیه به دعوی اقرار کند سپس با مدعی درباره مفاد ادعا صلح کند، قسم نخست یعنی صلح با اقرار دعوا است.

ماده ۷۵۷ قانون مدنی: «صلح بالعوض نیز جائز است

است. مثل اینکه اگر کسی با صلح محاباتی^۷، خانه اش را به یک سیرنات به فرزندش صلح کند. نمی توان گفت مصالح که با هدف کمک به فرزندش به چنین مسامحه و اغماضی دست زده است، می تواند معامله (صلح مسامحه ای) را به ادعای غبن، فسخ نماید (محمدحسینی طریقی، ۱۳۸۲).

ماده ۱۰ قانون مدنی ایران

ماده ۱۰ قانون مدنی می گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». در قانون مدنی ایران از لغات عقد و عقود و همچنین الفاظ قرارداد و قراردادهای استفاده شده است. چنین استعمالی از این الفاظ در قانون، در وهله ابتدایی گویای آن است که قانون مدنی ایران بین کلمه «قراردادها» و «عقود» تفاوتی را مدنظر خویش قرار داده است؛ ولیکن بادقت اندکی در مبنی و مفهوم این واژگان و تأمل در ماده ۱۸۳ قانون مدنی که در تعریف عقد می گوید: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». چنین استنباط می شود که هر دو مترادف با یکدیگر می باشند و همین تعریف می تواند برای قرارداد نیز استفاده شده و صحیح باشد، چنانچه گفته شود: «قرارداد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». بدین ترتیب ناهمگونی ای ایجاد نمی شود که مثلاً چه بگوییم عقد وکالت چه بگوییم قرارداد وکالت و نظایر اینها. لکن این سؤال ایجاد می شود که

نام صلح بلاعوض، مارابی نیاز از تعریف نمودن آن می کند. اما می توان گفت: صلح رایگان عقدی است که به موجب آن کسی مالی را به دیگری ببخشد یا تعهدی را به طور مجانی بر عهده بگیرد. علاوه بر آن در ماده مذکور از کلمه «نیز» استفاده شده است و از این لفظ استنباط و استفاده می شود که یکی دیگر از انواع عقد صلح، صلح معوض است. چنین صلحی اگرچه معوض بوده و ممکن است یک معامله تمام عیار باشد؛ لیکن تعادل ارزش اقتصادی و معوض، آن گونه که در عقود مانند بیع وجود دارد، در صلح معوض شرط نیست. ولی در هر حال عوض وجود دارد و این عوض ممکن است عین باشد یا دین و یا متصل در عوض مال الصلحی که می گیرد، متعهد شود کاری انجام دهد یا نفقه ای را پرداخت کند.

۴. صلح مغاینه ای (مبنی بر معامله) و صلح مسامحه ای

با اینکه در طبیعت صلح نوعی گذشت متقابل به منظور پایان بخشیدن به تنازع وجود دارد، ولی با گسترشی که این مفهوم در فقه امامیه و قانون مدنی پیدا کرده است، احتمال دارد عنوان صلح سرپوش یک معامله تمام عیار باشد که طرفین به منظور سودجویی یا رفع نزاع انجام می دهند. در چنین معامله ای انواع اختیارات از جمله خیار غبن وجود دارد و چنین صلحی را، صلح مغاینه ای یا صلح مبنی بر معامله می نامند.

علاوه بر قسم فوق، درباره صلحی که مبنی بر تسامح باشد نیز موضوع روشن است و هیچ کدام از طرفین حق فسخ یا خیار غبن نخواهند داشت؛ چون هدف یک طرف یا طرفین عقد در این نوع صلح، اغماض و مسامحه بوده

۷ صلحی را که با عوض نابرابر و گاه ناچیز انجام می شود را صلح محاباتی می نامند.

لذا تدوین کنندگان قانون مدنی در همان سال تدوین و تصویب، به خوبی دریافته بودند که معاملات دیگری که تحت هیچ یک از عناوین عقود معینه قرار نمی گیرند؛ ممکن است صورت بگیرد. برای این منظور ماده ۱۰ قانون مدنی را نیز اضافه کردند. برای تأیید این تعبیر به ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی مدنی^۸ هم استناد می شود (آناهد، فاطمه؛ رضایی، سجاد؛ ۱۳۹۵).

بدین منظور، نگرش قانون از عقود همان عقود معینه می باشد که به موجب آن بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می گردد و منظور از قراردادها بقیه مواردی است که تحت عناوین دیگری غیر از عناوین عقود معینه مصرح در قانون مدنی بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می شود.

اصل آزادی قراردادها

یکی از اصول حائز اهمیت حقوق قراردادها، اصل آزادی قرارداد می باشد که به موجب آن، اشخاص در منعقد نمودن قرارداد مختار تلقی می شوند و قراردادهای منعقد شده میان طرفین معتبر، نافذ و نماینده آثار حقوقی است. این اصل در حقوق تمامی کشورها مورد تأیید واقع شده، لیکن استثنائات وارد بر چنین اصلی در همه قانون گذاری ها یکسان نمی باشد. این اصل که در حقوق موضوعه ایران به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بیان شده، به طور کلی در صدد بیان دو چیز است؛ اولاً اراده به تنهایی برای انشاء عقد و ایجاد التزام و الزام کفایت دارد، ثانیاً اراده در تعیین آثار عقد آزاد است.

چه عاملی موجب شده است که قانون مدنی بین عقود از یک طرف و قراردادها از طرف دیگر تفاوت قائل بشود؟ به عبارتی چرا در بعضی از موارد از لفظ قرارداد و در زمان و مکان دیگری از لفظ عقد استفاده نموده است؟

آنچه به ذهن منطقی می آید این است که تدوین کنندگان قانون مدنی، عقود معینه در قانون مدنی را با این کلمه (عقود) مشخص کرده اند؛ مانند بیع، معاوضه، اجاره، مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه، قرض، وکالت، حواله، کفالت، صلح، رهن، هبه و امثالهم و قراردادها را برای بقیه موارد در نظر گرفته اند که عنوان خاصی برای آن ها در قانون در نظر گرفته نشده است. این تعبیر معقول و قابل قبول به نظر می آید؛ زیرا تمام گونه های معاملاتی که در جامعه ماصورت می گیرد؛ در هیچ زمانی محدود به همان عقود معینه در قانون مدنی نبوده، بلکه انواع دیگر معاملات را که در قانون مدنی نامی از آن ها ذکر نشده است، در برمی گیرد.



۸ ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی مدنی: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد خواهان می تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می بایست در آنجا انجام شود

۱. نظریه یکسانی عقد صلح و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی (تساوی)

اصل آزادی و حاکمیت قراردادهای در قانون مدنی ما با این ماده بیان شده است و قراردادهای طرفین با هر چهره و درون مایه و فحوائی که بسته شده باشد، در صورتی که با قانون صراحتاً مخالفت و تنازعی نداشته باشد؛ موثق می باشد. اما مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی در چارچوب عقد صلح هم می گنجد و با قالب عقد صلح هم می توان توافق طرفین را در عالم اعتبار عملی کرد.

بنابراین متعاملین در ایجاد عقد، شرط، اوصاف و نوع تعاقد آزاد هستند و مجرد رضای آنان برای ایجاد التزام کافی است، بدون اینکه به شکل خاصی از عقود یا نحوه انشائی یا استفاده از الفاظ خاصی مقید باشند. به همین ترتیب آثار قرارداد و ضمانت اجرای تخلف از شرایط آن بسته به اراده طرفین است (حائری، ۱۳۷۳).

نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی با بیان نظریات متعدد

با توجه به موارد مطرح شده در فوق، سؤال اساسی که مطرح می شود این می باشد که میان عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی چه نسبتی وجود دارد؟ تقابل عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی از آنجایی نشأت می گیرد که تا قبل از حاکمیت قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و پذیرش اصل آزادی قراردادهای، تمامی قراردادهای در قالب یکی از عقود معین منعقد می شد و اگر توافقی در هیچ یک از این قالبها جای نمی گرفت و ضرورت اقتضا داشت که عقد بی نامی منعقد گردد؛ مفاد آن را به صورت شرط ضمن عقد لازم و یا صلح درمی آورده اند.

در خصوص اینکه آیا ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق فرانسه اقتباس شده یا در حقوق ما پیشینه فقهی داشته، اختلاف دیدگاههایی مطرح است. برخی از گروه حقوق دانان علی الخصوص دکتر صفایی بر این عقده هستند که این ماده از حقوق فرانسه اقتباس شده است و در مقابل گروه قابل توجهی از حقوق دانان به ویژه دکتر کاتوزیان بر این باور هستند که ماده ۱۰ قانون مدنی پیشینه ای فقهی را به خود اختصاص داده است. بدین منظور و برای رفع این نزاع به بررسی برخی از مشهورترین دیدگاههای موجود در این حوزه پرداخته خواهد شد.



نیازمندی‌های ما در حقوق خصوصی ناتوان می‌باشند، عقد صلح به عنوان یک عقد بی‌نام از قواعد محدود عقود معینه تبعیت نکرده و بر مرکب آزادی اراده سوار است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲).

بدین ترتیب آنچه از نظریه مطرح شده در فوق به دست می‌آید این می‌باشد که ماده ۱۰ قانون مدنی مؤید ماده ۷۵۴ قانون مدنی می‌باشد و این دو جلوه‌ای از یک قاعده می‌باشند و اینکه در خارج از عقود معین، هر تراضی عنوان عقد صلح دارد و با وجود عقد صلح و اقسام آن، حقوق مانیاژی به ماده ۱۰ قانون مدنی ندارد.

طرفداران این نظریه به صورت قاطع بر این اندیشه می‌باشند با وسعت مداول ماده ۷۵۲ و ۷۵۴ قانون مدنی^۹، تراضی که عنوان صلح را نداشته باشد باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی شود. به باور ایشان، مفاد ماده ۱۰ در استدلال‌های فقها تصریحا و تلویحا دیده شده^{۱۰} و از آنجایی که عقود معینه برای برآوردن

۹ ماده ۷۵۴ قانون مدنی: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد»

۱۰ سابقه این نظر در فقه به زمان شیخ انصاری برمی‌گردد. وی معتقد است که صلح در فقه از معنای لغوی آن فاصله نگرفته است و هر توافقی که عنوان خاص یکی از عقود را دارا نباشد، الزاما عنوان عقد صلح را دارا خواهد داشت.



حال آنکه عقد صلح قرارداد و توافق را نافذ می‌کند که عنوان قرارداد نیز صلح باشد. (فروغی، ۱۳۸۷).

« همچنین عقد صلح گاهی نسبت به دیگران (شخص ثالث) مؤثر واقع می‌شود. اما اصل نسبی بودن قراردادها در مورد عقود غیرمعمول به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی جاری می‌شود و فقط نسبت به کسانی مؤثر است که در تنظیم آن شرکت داشته‌اند.

نتیجه‌گیری

از موارد فوق می‌توان به این جمع‌بندی مبنایی رسید که عقد صلح آزادی اراده انسان را در قلمرو عقود معین به خوبی تأمین می‌نماید و به نحوی می‌باشد که بعضی از معاملات باطل را حیات حقوقی می‌بخشد. علاوه بر این صلح در مقام معاملات گرچه همان دستاوردی را می‌دهد که از معامله‌ای که به جای آن واقع شده نیز به دست می‌آید؛ اما در عقد صلح رنگی از تسامح، احسان و گذشت به چشم می‌خورد که در پیمان‌های دیگر نمی‌توان آن را متصور نمود و همین مسئله سبب می‌شود تا شخصیت طرفین علت عمده عقد صلح به حساب آمده و مصالح و متصالح هرکسی را طرف معامله خویش قرار ندهند.

حال آن که ماده ۱۰ قانون مدنی، حاکمیت اراده را در آن خلأهای قانونی تأمین می‌نماید و قراردادهای منعقد بین افراد را که منطبق با هیچ یک از عقود معین نیست، در صورتی که مخالف با قواعد آمره قانون نباشد، حیات می‌بخشد.

بدین صورت ضمن منطقی‌تر به نظر آمدن دیدگاه سوم که متذکر وجود تفاوت ما بین عقد صلح و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد،

۲. نظریه جدایی عقد صلح و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی (تبیین)

در مقابل نظریه فوق‌الذکر، برخی از حقوق‌دانان بر این اندیشه می‌باشند که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی برای تأمین حاکمیت اراده طرفین، نیازی به صلح ابتدایی نیست تا وسیله انواع حیل‌های قانونی فراهم آید. براین اساس در خارج از عقود معینه هر تراضی، عنوان صلح ندارد و صلح بودن توافق، نیازمند آن است که طرفین، قصد انعقاد عقد صلح را داشته باشند. این اراده مشترک طرفین می‌باشد که نوع عقد منعقد بین طرفین را معین می‌کند (شهیدی، ۱۳۹۰).

۳. نظریه وجود تفاوت عقد صلح و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی (عموم و خصوص من وجه)

نقاط اشتراکی عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی بسیار متعدد می‌باشد و همین وجوه مشابه می‌باشد که این شائبه را در ذهن به وجود می‌آورد که این دو مورد شامل یک موضوع، فلسفه، کاربرد و قلمرو می‌باشند. با این همه به نظر می‌رسد اگرچه ماهیت عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی در واقع ترتیب اثر دادن به تراضی مشروع متعاقدین می‌باشد؛ ولی چنین قرابت ماهوی نباید سبب شود که وجوه افتراق این دو نهاد و امتیازات ماده ۱۰ قانون مدنی را مدنظر قرار نداد. در ذیل سعی بر آن است تا به برخی از وجوه افتراق عقد صلح و ماده اشاره شود:

« عقد صلح از جمله عقود معین است و عنوان آن به طور صریح یا ضمنی باید از سوی طرفین انتخاب شود. صلح، قالب مشخصی است برای تجلی حاکمیت اراده. حال آنکه ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی را صرف نظر از شکل و قالب ویژه‌ای که دارند، نافذ می‌داند. در واقع مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی حکم به نفوذ عقود غیرمعمول می‌کند،

حال آنکه از ظاهر موارد قانون مدنی در فصل هفدهم چنین به دست می‌آید که چنین معاملاتی باید عنوان مشخص داشته و از جمله عقود معین باشند تا این کلام صحیح باشد. اما معامله‌ای که طرفین منعقد می‌کنند و عنوان مشخصی ندارد و قانون مدنی آن را به عنوان عقد نامعین می‌شناسد، قطعاً نمی‌تواند در قالب عقد صلح منعقد گردد. دامنه‌های عقد صلح یا در مقام رفع تنازع است یا در مقام معاملات معین فصل‌های دیگر قانون مدنی نه عقود نامعین و ماده ۱۰ قانون مدنی.

راهکار جدیدی که می‌توان برای حل چنین مشغله مطرح نمود و مبین این می‌باشد که رابطه و نسبت عقد صلح با ماده ۱۰ قانون مدنی عموم خصوص من وجه می‌باشد، بدین شرح می‌باشد:

* **اولاً** ماده ۱۰ قانون مدنی اصل اباحه را در عقود معین از جمله عقد صلح تأمین می‌کند و دامنه آن گسترده‌تر از عقد صلح است و از آن عقد فراتر می‌رود.

* **ثانیاً** ماده ۷۵۸ قانون مدنی اذعان می‌دارد «صلح در مقام معاملات»



منابع:

۱. امامی، مصطفی، ۱۳۸۱، ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی، مجله کانون وکلا.
۲. آنایید، فاطمه؛ رضایی سجاد؛ ۱۳۹۵، تعامل یا تناقض عقد صلح با ماده ۱۰ قانون مدنی، کنفرانس بین‌المللی نوآوری و تحقیق در علوم انسانی مدیریت و معارف اسلامی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۴۰۲، رهن و صلح، چاپ هفتم، انتشارات گنج دانش.
۴. حائری، مسعود، ۱۳۷۳، اصل آزادی قراردادها-تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران، انتشارات کیهان.
۵. حسینی طرقي، محمد، ۱۳۸۱، بحثی در پیرامون ماهیت و ویژگی‌های عقد صلح در فقه و قانون مدنی، مجله کانون.
۶. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۰، عقود معین ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۷. صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۷، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) چاپ ۶، تهران، نشر میزان.
۸. طباطبایی، محمدصادق؛ امینی، محمد؛ ۱۳۹۸، عقد صلح و نسبت آن با ماده ۱۰ قانون مدنی از دیدگاه استاد جعفری لنگرودی، دانشنامه‌های حقوقی زمستان، شماره ۵.
۹. عبده بروجرودی، ۱۳۸۰، حقوق مدنی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۰. عدل، مصطفی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی، تهران، نشریه طه.
۱۱. فروغی، سیدعلیرضا، ۱۳۸۷، گزیده‌های از پایان‌نامه‌های علمی در زمینه حقوق مدنی، تهران، انتشارات جاودانه (معاونت آموزش قوه قضائیه).
۱۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۶، درس‌هایی از عقود معین ۲، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.

تأملی بر ماهیت قرارداد وثیقه در حوزه توثیق اموال



صدرا سرداریور

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

یکی از نشانه‌های اقتصاد پویا، رونق روابط تجاری، گسترش دادوستد و سرمایه‌گذاری در صنایع مهم است. باتوجه به سرمایه‌های عظیمی که در تجارت‌های بزرگ مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ افزون بر اهمیت ریسک سرمایه‌گذاری، امنیت آن و نرخ‌های بازگشت سرمایه، وثایق نیز برای سرمایه‌گذار اهمیت دارد...

این که قانون‌گذار به طور صریح نهاد وثیقه را تعریف نکرده است، این پرسش ایجاد می‌شود که ماهیت قرارداد وثیقه چیست؟ آیا قرارداد وثیقه قراردادی با آثار و شرایط متفاوت از عقد رهن است یا اینکه قرارداد وثیقه همان عقد رهن است که قانون‌گذار در جهت اصلاح عقد مذکور آن را به وجود آورده است؟

در خصوص ماهیت قرارداد وثیقه، پژوهش‌هایی از سوی برخی حقوق‌دانان و اساتید حقوق صورت گرفته است^۱، اما در این پژوهش که از نوع کتابخانه‌ای می‌باشد، برای شناخت ماهیت قرارداد وثیقه با روش توصیفی-تحلیلی ابتدا به بررسی مفهوم برخی از واژگان پرداخته می‌شود و سپس قرارداد وثیقه در دکتین حقوقی و قوانین موضوعه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مفهوم شناسی وثیقه

وثیقه در لغت به معنای استوار و آنچه که به آن اعتماد شود و محکم‌کاری کردن را گویند. در اصطلاح نیز مالی است که وام‌گیرنده تحت یکی از صور قانونی از قبیل رهن آن را نزد وام‌دهنده می‌گذارد و وام می‌ستاند که اگر در موعد مقرر آن را پس ندهد وام‌دهنده بتواند از محل فروش وثیقه طلب خود را وصول کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ۷۶۷). برخی از حقوق‌دانان معتقدند که وثیقه نام مجموعه‌ای از عقود می‌باشد که در نتیجه آن‌ها اطمینان و اعتماد حاصل می‌آید و جایگاه مشخصی در نظام حقوقی کشور ندارد (انصاری، ۱۳۹۱). با توجه به تغییر و تحولات صورت گرفته در حوزه توثیق اموال در کشور و قانون‌گذاری‌های متعدد به

در این خصوص نظام رهن در یک کشور نقش مهمی ایفا می‌نماید. اگر در نظام حقوقی، رهن محدود به تعاریف سنتی و درگیر موانع حقوقی بسیاری باشد؛ شرایط وثیقه گذاشتن اموال و دریافت تسهیلات و وام سخت می‌شود. این عمل موجب رکود اقتصادی و اخلاص در روابط تجاری می‌شود. انعطاف‌پذیری و مطابقت قوانین و مقررات حاکم بر عقد رهن با نیازهای جامعه، نقش مستقیمی در پویایی اقتصادی کشور ایفا می‌کند (باقری، ۱۳۹۶).



در قانون مدنی عقد رهن به عنوان ابزار توثیق، دارای شرایط خاصی مثل لزوم قبض و عین معین بودن مال مرهونه می‌باشد که شرایط وثیقه گذاردن اموال را سخت کرده است. امروزه با توجه به پیچیدگی روابط تجاری اشخاص و گسترده‌ی سرمایه‌گذاری، عقد رهن پاسخگوی نیازهای اشخاص نمی‌باشد. این امر موجب شده است تا قانون‌گذار در قوانین و مقررات مختلفی شرایط را برای وثیقه گذاردن اموال هموارتر کند. در غالب این قوانین و مقررات هرگاه شرایط عقد رهن وجود نداشته است؛ قانون‌گذار برای توثیق اموال از قراردادی تحت عنوان «وثیقه» استفاده کرده است. با توجه به

^۱ پیشینه تحقیق: برخی از حقوق‌دانان و اساتید حقوق به بررسی ماهیت قرارداد وثیقه پرداخته‌اند، اما اکثریت این افراد در کنار بررسی یک موضوع اصلی به بررسی قرارداد وثیقه، به عنوان یک موضوع فرعی پرداخته‌اند.

جدیدی به نام وثیقه تجاری را پیشنهاد داده‌اند تا بتوان با این نهاد از شرایط پیچیده عقد رهن رهایی یافت (نصیری، ۱۳۵۱).

دسته‌ای دیگر از حقوق دانان که تحت تأثیر قوانین و مقررات مربوط به توثیق اموال قرار گرفته‌اند؛ قرارداد وثیقه را که قانون‌گذار در قوانین به کار برده است را به عنوان ابزار جدید توثیق اموال معرفی می‌کنند. این دسته از حقوق دانان قرارداد مذبور را در جهت پیشرفت نظام توثیق اموال و همگام شدن نظام یاد شده با نیازهای جامعه مفید می‌دانند. این حقوق دانان درباره ماهیت قرارداد به بحث پرداخته‌اند و سعی در تبیین این نهاد داشته‌اند، اما در خصوص ماهیت این قرارداد بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد.

نظر می‌رسد وثیقه به عنوان یک قرارداد به رسمیت شناخته شده است.

قرارداد وثیقه در دکترین حقوقی و قوانین موضوعه

برای شناخت ماهیت قرارداد وثیقه و درک بهتر این نهاد لازم است که قرارداد مذبور در دکترین حقوقی و قوانین موضوعه مورد بررسی و قرار گیرد:

۱. قرارداد وثیقه در دکترین حقوقی

بیشتر حقوق دانان به ناکارآمدی و ناتوانی عقد رهن در پاسخگویی به نیازهای اشخاص در حوزه تجارت و دیگر حوزه‌ها آگاه هستند و در جهت رهایی از قید و بندها و شرایط خاص



برخی این قرارداد را یک قرارداد مستقل می‌دانند که قانون‌گذار به عنوان ابزار جدید توثیق آن را به وجود آورده است و برخی دیگر قرارداد مذبور را یک قرارداد غیرمستقل می‌دانند که قانون‌گذار در جهت تعدیل و منعطف کردن عقد رهن آن را به وجود آورده است. در ادامه نظرات و ادله هر دودسته از

عقد رهن راهکارهایی را ارائه داده‌اند. برخی از حقوق دانان استفاده از قالب‌ها و نهادهای حقوقی مشابه به عقد رهن مثل: معامله با حق استرداد، ضمانت و وکالت را برای رهایی از شرایط عقد رهن پیشنهاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۲).

برخی دیگر از حقوق دانان، ایجاد ابزار توثیق

حقوق دانان در خصوص ماهیت قرارداد وثیقه مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

وثیقه؛ قراردادی مستقل:

برخی از حقوق دانان معتقدند که در نظام حقوقی ما ابزار توثیق اموال در انحصار عقد رهن نیست و ابزارها و نهادهای دیگر در جهت وثیقه گذاردن اموال وجود دارد، به این دلیل



نام خاص دارد و قانون گذار شرایط خاصی برای این نهاد در نظر گرفته است به این نتیجه می رسند که وثیقه یک عقد معین است. با استناد به تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران^۲ اثبات می کنند که نام وثیقه به طور خاص در قانون ذکر شده است؛ زیرا نام وثیقه در کنار عقد رهن که عقدی مستقل است به کار رفته است و از جست و جو در قوانین و مقررات دیگر مثل ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت^۳

تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد: بانکها موظف اند جهت سرمایه گذاری و یا افزایش سرمایه تعاونی ها و یا تقویت آن ها وام و سایر تسهیلات اعطایی را در اختیار آنان قرار دهند و می توانند قرارداد نمایند که سرمایه هایی که از محل وام و سایر تسهیلات اعطایی تأمین می شود به عنوان ضمانت و یا وثیقه و یا رهن در نزد بانک باشد و یا در صورتی که تعاونی قادر به بازپرداخت وام نباشد بانک مطالبات خود را از طریق فروش اموال تعاونی تسویه نماید که در خرید آن گونه اموال تعاونی های دیگر اولویت دارند.

ماده ۱۱۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت: مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است دارا باشند. این تعداد



این دسته از حقوق دانان وثیقه را قراردادی مستقل یا به عبارت دیگر یک عقد می دانند که در کنار عقد رهن در حوزه توثیق اموال به کار گرفته می شود و معتقدند که وثیقه گذاردن اموال در قالب عقدی غیر از عقد رهن امکان پذیر است (جعفرپور، ۱۳۹۹). موضوع مورد بحث بین طرفداران این نظریه در خصوص معین بودن یا نامعین بودن وثیقه به عنوان یک عقد می باشد. در ادامه هر یک از نظریه ها را مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

« **وثیقه؛ عقدی معین:** عقود معین به گروهی از عقود گفته می شود که در قانون نام خاص دارند و قانون گذار شرایط ویژه آن ها را معین کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷). این دسته از حقوق دانان با اثبات اینکه وثیقه در قانون



«عدم نیاز ثبوت حق بر ذمه» رابه عنوان شرایط خاص وثیقه معرفی می کنند (جعفرپور، ۱۳۹۸).

«**وثیقه؛ عقدی نامعین:** برخی از حقوق دانان ماده ۱۰ قانون مدنی^۴ را راه حلی برای وثیقه گذاردن اموالی می دانند که عین معین نیستند و معتقدند که وثیقه گذاردن این اموال از طریق عقد رهن صورت نمی گیرد بلکه به وسیله قرارداداد وثیقه که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است صورت می گیرد (اخلاقی، ۱۳۶۸). این حقوق دانان با استناد به ماده ۱۰ به طور ضمنی پذیرفته اند که وثیقه عقدی نامعین است.

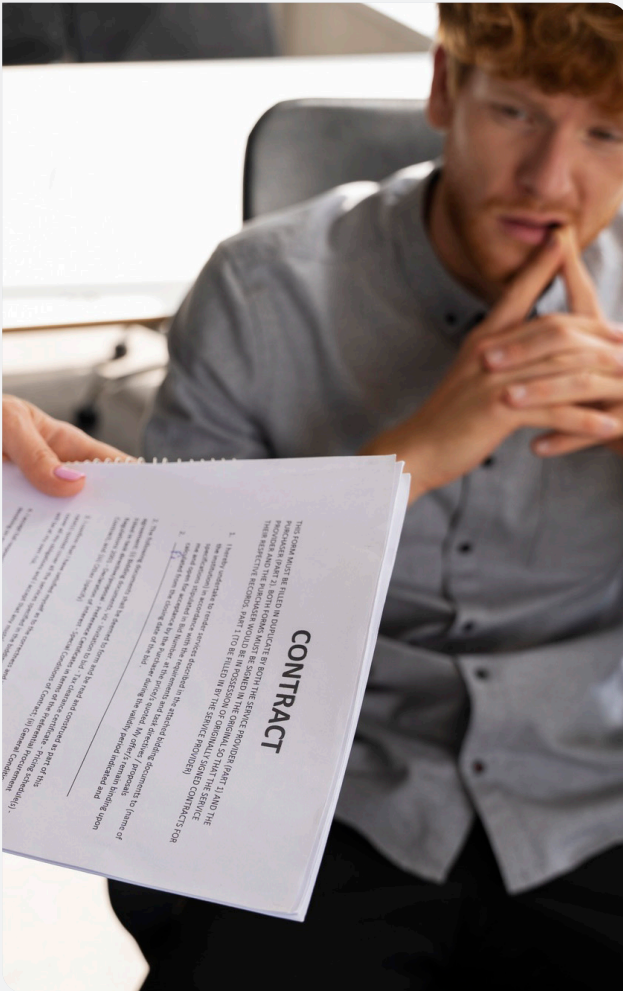
وثیقه؛ قراردادی غیر مستقل

در قانون مدنی از وثیقه به عنوان قراردادی مستقل که بتوان از طریق آن اموال را وثیقه گذارد، هیچ سخنی به میان نیامده است. همان طور که قبلاً گفته شد وثیقه به عنوان یک قرارداد جایگاه مشخصی در قانون ودکترین حقوقی ندارد. قانون مدنی نیز به موجب ماده ۷۷۱^۵ عقد رهن را به عنوان تنها ابزار وثیقه به رسمیت می شناسد. این موضوع باعث شده است عده ای از حقوق دانان تنها ابزار توثیق را رهن بدانند و قوانینی که در آن ها وثیقه گذاردن اموال با شرایطی که غالباً مخالف شرایط عقد

سهام نباید از تعداد سهامی که به موجب اساسنامه جهت دادن رای در مجامع عمومی لازم است کمتر باشد. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تقصیرات مدیران منفرداً یا مشترکاً بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با اسم بوده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفاسدا حساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته باشد سهام مذکور در صندوق شرکت به عنوان وثیقه باقی خواهد ماند.

۴ ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است

۵ ماده ۷۷۱ قانون مدنی: رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد.



رهن است به رسمیت شناخته شده است را اقدامی از جانب قانون‌گذار در جهت تعدیل شرایط عقد رهن و هم‌گام ساختن عقد رهن با نیازها دانسته‌اند. به عقیده این دسته از حقوق‌دانان، در حوزه توثیق اموال غیر از عقد رهن عقد و قرارداد دیگری تحت عنوان وثیقه وجود ندارد، زیرا قانون‌گذار در هیچ قانونی قرارداد وثیقه را تعریف نکرده است و شرایط آن را ذکر نکرده است؛ پس واژه وثیقه که در قوانین مختلف در خصوص وثیقه‌گذاران اموال به‌کاررفته است، چیزی جز عقد رهن نیست. همچنین این گروه معتقدند اقدام قانون‌گذار در جهت تعدیل شرایط عقد رهن، منجر به هم‌گام شدن نظام حقوقی کشور در حوزه توثیق اموال با کشورهای پیشرفته می‌شود (کبری‌شاه آباد، ۱۳۹۶).

با توجه به مطالب بیان شده به نظر می‌رسد حقوق‌دانان در خصوص ماهیت قرارداد وثیقه اجماع ندارند و در دکترین حقوقی نیز این قرارداد ماهیت مشخصی ندارد. در خصوص ماهیت قرارداد وثیقه دیدگاهی منطقی‌تر و مورد قبول می‌باشد که با ساختار و چارچوب‌های نظام حقوقی و قانونی کشور سازگارتر باشد یا کمترین اختلاف را با ساختار مذکور داشته باشد، از این رو دیدگاه حقوق‌دانان دسته دوم که قرارداد وثیقه را شکل جدید عقد رهن می‌دانند، منطقی‌تر می‌باشد و با اصول سازگارتر است.

قرارداد وثیقه در قوانین موضوعه

با وجود اینکه قانون مدنی عقد رهن را به عنوان ابزار توثیق معرفی می‌کند؛ نظام حقوقی کشور بخصوص در حوزه بانکی رویه‌ای متفاوت را در خصوص توثیق اموال در پیش گرفته است. این رویه ابتدا با تصویب برخی دستورالعمل‌ها

و آیین‌نامه‌ها آغاز شد و به مرور قوانینی در حوزه توثیق اموال به تصویب رسید (عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸). تصویب قوانین متعدد در حوزه یاد شده بیانگر این نکته است که قانون‌گذار نیز همچون دکترین حقوقی به ناکارآمدی و ناتوانی عقد رهن در پاسخگویی به نیازهای مردم آگاهی پیدا کرده است و با تصویب این قوانین قرارداد وثیقه را به عنوان راهکاری برای تسهیل توثیق اموال معرفی کرده است.

۶ مانند آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات و بژ به طرح‌های اختراعی و ابتکاری

بررسی این قوانین و مقررات برای مشخص کردن ماهیت قرارداد وثیقه لازم است. از آنجایی که تعداد این دسته از قوانین و مقررات زیاد است بررسی همه قوانین از حوصله این مقاله خارج می باشد، از این رو در ادامه برخی از مهم ترین قوانین و مقررات مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی

در قانون «تسهیل اعطای تسهیلات بانکی» قانون گذار برای اولین بار در طرح های تولیدی، اخذ وثیقه از محل ارزش دارایی و عواید آتی را تجویز کرده است. ماده ۶۱ قانون یاد شده در راستای اعطای تسهیلات بانکی به طرح های تولیدی، وثیقه گذاردن اموال آینده را به رسمیت شناخته است و به صراحت قابلیت قبض و عین معین بودن که از شرایط عقد رهن است نادیده گرفته شده است چون در هنگام انعقاد قرارداد وثیقه و دریافت تسهیلات مالی وجود ندارند (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۸).

۷ ماده ۱ قانون اعطای تسهیلات بانکی: به منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه گذاری در طرح های تولیدی (اعم از کالا یا خدمت) دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات که توان مجری و توجیه اقتصادی، فنی و مالی و قابل ترهیم طرح آنها به تأیید بانک میرسد، توسط بانک های عامل ممنوع است.

قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها
این قانون در جهت تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال در طرح های تولیدی و صادراتی تصویب شده است. ماده واحده^۸ این قانون، بانک ها، دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی را موظف کرده است تا به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود نسبت به اخذ وثایق موضوع این ماده واحده که بعضی از آنها شرایط عقد رهن را دارا نمی باشند، اقدام کنند (شکری، ۱۳۹۰).

قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت ها

قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت ها با هدف توسعه و تسهیل تأمین مالی برای بخش های تولیدی و زیرساختی کشور در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۲

۸ ماده واحده قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها: بانک ها و دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی موظفند به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود نسبت به اخذ وثایق ذیل اقدام کنند و بدون رضایت گیرنده اعتبار از اخذ وثیقه ملکی خارج از طرح خودداری نمایند

در طرح های تولیدی: رهن گرفتن اصل طرح - اسناد زراعی - ضمانت نامه های زنجیره ای اشخاص معتبر و یا اهالی روستا به ویژه در طرح های کشاورزی امور دام و صنایع روستایی - چک یا سفته یا ظهرنویسی ضامن معتبر - ذی نفع شدن در قراردادهای لازم الاجراء - اسناد اوراق بهادار و مشارکت و... ضمانت نامه صندوق ضمانت صادرات ایران و یا ترکیبی از وثایق فوق و هر نوع تعهدنامه و قرارداد دیگری که می تواند موجب تضمین برگشت منابع بانک باشد



است، درحالی‌که ماده ۷۷۴ قانون مدنی به طور صریح رهن دین و منفعت را باطل می‌داند. همچنین در این ماده دسته‌ای از اموال مانند برند و نام تجاری که شرایط عقد رهن را دارا نمی‌باشند، قابل توثیق شناخته شده‌اند.

بررسی ماده ۹ قانون تأمین مالی و تولید زیر ساخت‌ها: مورد بحث‌ترین موضوع در این قانون ماده ۹ می‌باشد. زمانی که طرح تأمین مالی و تولید زیر ساخت در مجلس به تصویب رسید با ایرادات و ابهامات متعددی از سوی شورای نگهبان مواجه شد. یکی از ایرادات شورای نگهبان درباره نسبت میان وثیقه و مال مرهونه بوده است. پس از اعاده طرح از سوی شورای نگهبان، مجلس در راستای اصلاح این طرح، مال مرهونه را در حکم اموال وثیقه دانسته است.^۹ نظر مجلس در خصوص تبیین رابطه وثیقه و مال مرهونه به این معنی می‌باشد که ابزار اصلی توثیق قرارداد وثیقه است و عقد رهن جلوه‌ای از قرارداد وثیقه می‌باشد. موافقت شورای نگهبان با طرح اصلاح شده بیانگر این است که قانون‌گذار وثیقه را به عنوان ابزار اصلی توثیق پذیرفته است. این اقدام در حالی صورت گرفته است که قانون‌گذار هیچ قانون یا مقرره‌ای را به توضیح و تبیین قرارداد وثیقه اختصاص نداده است؛ اما آنچه از اقدام قانون‌گذار استنباط می‌شود پذیرش قرارداد وثیقه به عنوان ابزار اصلی توثیق می‌باشد.

با توجه به مطالب بیان شده مشخص می‌شود که قانون‌گذار در راستای همگام شدن با نیازهای جامعه و کنار گذاشتن شرایط خاص عقد رهن چنین قوانینی را وضع کرده. با توجه به

به تصویب رسید. ماده ۷^۹ قانون یاد شده طیف گسترده‌ای از اموال را قابل وثیقه‌گذارند دانسته است. این امر باعث شده تا قانون مذکور واضح‌تر و شفاف‌تر از هر قانونی گستره اموال قابل توثیق را مشخص کند. با توجه به اظهار نظر کارشناسی مجلس، از ماده ۹^{۱۰} این قانون نیز چنین استنباط می‌شود که قرارداد وثیقه ابزار اصلی توثیق می‌باشد و عقد رهن تنها جلوه‌ای از قرارداد وثیقه است. در ادامه ماده ۷ و ۹ قانون مذکور را بررسی خواهیم کرد.

« بررسی ماده ۷ قانون تأمین مالی و تولید زیر ساخت‌ها: » با توجه به آنچه گفته شد این قانون دارای اهدافی می‌باشد و در راستای احقاق این اهداف ماده ۷ وضع شده است. در این ماده تقریباً تمام اموال قابل وثیقه‌گذارند دانسته شده است. این ماده وثیقه‌گذارند دین و منفعت را به رسمیت شناخته

۹ ماده ۷ قانون تأمین و تولید زیر ساخت‌ها: کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از، عین، منفعت طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیر منقول اموال مادی و غیرمادی مانند واحدهای مسکونی یا تجاری شهری یا روستایی زمین‌های کشاورزی شهری یا روستایی، ماشین آلات و تجهیزات تولیدی فلزات گران بها اوراق بهادار سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ریالی در چارچوب مصوبات هیأت عالی بانک مرکزی و سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ارزی، عواید قابل تصرف از سهام عواید قابل تصرف از قراردادهای اجرای طرح (پروژه)‌های تولیدی و زیربنایی اشیاء، آثار و ابنیه میراثی و تاریخی با مالکیت غیر دولتی مانده پاداش پایان خدمت و ذخیره مطالبات کارکنان حقوق و مزایای مستمر دریافتی مطالبات، قراردادی نشان تجاری (برند)، مالکیت‌های فکری، کالاهای بادوام بیمه‌های مسئولیت مجوزهای اداری یارانه‌های نقدی و موجودی انبار (مواد اولیه یا محصول) واحدهای تولیدی در چارچوب آیین‌نامه اجرائی که حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون با پیشنهاد شورا به تصویب هیأت وزیران می‌رسد قابل توثیق می‌باشند.

۱۰ وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، با استفاده از ظرفیت‌ها و امکانات موجود «سامانه جامع وثایق» را که از این پس در این قانون «سامانه» نامیده می‌شود طراحی نماید. دستورالعمل تنظیم قراردادهای و فرایندهای آن با پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی به تصویب شورا می‌رسد جزئیات اطلاعات مربوط به تعیین وضعیت هر یک از وثایق یا اموال مرهون توسط وزیر امور اقتصادی و دارایی ابلاغ می‌شود.

وثیقه را به عنوان قراردادی مستقل به رسمیت نشناخته است و اوصاف و شرایط آن را ذکر نکرده است، باید گفت قرارداد وثیقه چیزی جز عقد رهن نیست.

با این حال قانون‌گذار با تصویب قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت به طور ضمنی قرارداد وثیقه را به عنوان ابزار اصلی توثیق به رسمیت شناخته است و به نظر می‌رسد از نظر خود که عقد رهن تنها ابزار وثیقه است عدول کرده است. این تصمیم قانون‌گذار فاقد ژرف‌اندیشی بوده است و از این رو قابل نقد می‌باشد، زیرا به این موضوع توجه نداشته است قرارداد وثیقه در قوانین و مقررات جایگاه و ماهیت مشخصی ندارد.

قانون‌گذار ما در حوزه توثیق اموال به طور اصولی و مبنایی قانون‌گذاری نکرده است. قوانین متعدد و پراکنده‌ای در حوزه مذکور وضع شده و همه قوانین بیانگر این است که قانون‌گذار فقط به دنبال ایجاد راهی در جهت تسهیل وثیقه‌گذاران اموال بوده است و هیچ توجهی به تعارضات که ایجاد خواهد شد نداشته است. قانون‌گذار باید در خصوص توثیق اموال موضع مشخصی اتخاذ کند و شرایط وثیقه‌گذاران را به طور صریح و شفاف مشخص کند. با توجه به اینکه عقد رهن از ابتدا در نظام حقوقی کشور به عنوان ابزار توثیق شناخته شده است؛ بهترین گزینه برای قانون‌گذار در جهت روشن ساختن نظام توثیق اموال، اصلاح قواعد و شرایط مربوط به عقد رهن در قانون مدنی می‌باشد، زیرا با این کار، نیازی به قانون‌گذاری مجدد در حوزه توثیق اموال نمی‌باشد.

اکثر قوانینی که در این راستا وضع شده‌اند می‌توان استدلال کرد که قرارداد وثیقه که در قوانین به کار رفته در راستای انعطاف‌پذیرتر کردن و کارآمدتر کردن عقد رهن بوده است؛ اما با وجود قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها این استدلال با مشکل مواجه می‌شود و از این قانون استنباط می‌شود که وثیقه ابزار اصلی توثیق می‌باشد.

این موضوع ما را در خصوص ماهیت قرارداد وثیقه با مشکل مواجه می‌کند. اما با توجه به اینکه در قوانین و مقررات قرارداد وثیقه ماهیتی مبهم دارد، نمی‌تواند به عنوان ابزار اصلی توثیق در نظام حقوقی کشور به کار گرفته شود. به نظر می‌رسد تصمیم شورای نگهبان در خصوص این قانون همراه با ژرف‌اندیشی نبوده است.

نتیجه‌گیری

با بررسی دکترین حقوقی و قوانین موضوعه متوجه می‌شویم که قانون‌گذار از طریق قرارداد وثیقه سعی در اصلاح و بهبود حوزه توثیق اموال را داشته است؛ اما به طور صریح به توضیح و تبیین قرارداد وثیقه نپرداخته است. این موضوع سبب شده است تا برخی از حقوق‌دانان قرارداد وثیقه را به عنوان قراردادی مستقل در کنار عقد رهن به رسمیت بشناسند و دسته‌ای دیگر از حقوق‌دانان قرارداد وثیقه را ابزاری برای تعدیل و منعطف کردن عقد رهن بدانند.

با توجه به اصول و مبنایی نظام حقوقی و قانونی کشور که عقد رهن را به عنوان ابزار اصلی توثیق معرفی می‌کند و علاوه بر این، با توجه به اینکه قانون‌گذار در هیچ قانون و مقرره‌ای

منابع:

۱. اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون اسناد تجاری، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴، ۱۳۶۸.
۲. انصاری، علی، توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، شماره ۶، بهار، ۱۳۹۱، ص ۷-۲۶.
۳. باقری، محمود، جایگاه رهن دین در سرمایه‌گذاری و تأمین منابع مالی با نگاهی اجمالی به رهن دین در صنعت نفت، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۰، شماره ۸۰، سال ۱۳۹۶، ص ۴۳-۶۴.
۴. جعفر پور، جمشید، تاملی بر رابطه عقد رهن و قرارداد وثیقه، مجله آموزه های فقه مدنی، دوره ۱۳، شماره ۲۳، تابستان ۱۴۰۰، ص ۶۹-۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ سی و دوم، تهران، ۱۳۹۹.
۶. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت، جلد ۹، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۷، ص ۴۱۰.
۷. شکری، فریده، رهن دین در نظام حقوقی ایران، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۵، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۷۵-۱۱۲.
۸. عیسائی تفرشی، محمد، وثیقه شناور در نظام حقوقی ایران و آمریکا، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، ۱۳۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، جلد ۱، انتشارات گنج دانش، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۷.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، جلد ۴، انتشارات گنج دانش، چاپ چهاردهم، تهران، ۱۴۰۲.
۱۱. کبیری شاه آباد، حمید، مطالعه تطبیقی رویکرد وحدتگرایی یا کثرتگرایی در خصوص ابزار توثیق اموال منقول در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران، پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۱۲. نصیری، مرتضی، رهن بازرگانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.



تخصیف دارایی و مسائل پیرامون آن

علی دهقانی تفتی

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

معین نخچین

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه شهید بهشتی

محمد منتظری هدش

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

تخصیف در لغت به معنای دونیمه شدن است. شرط تخصیف دارایی، یکی از شروطی است که در ضمن قباله های ازدواج وجود دارد و زوج با امضا ذیل آن، ملزم به انجام آن می شود. تخصیف دارایی به طور خلاصه یعنی اینکه زوج متعهد می شود، نیمی از تمام اموالی که از زمان انعقاد عقد تا زمان طلاق به دست می آورد را، به طور مجانی و بلاعوض به زوجه خود تملیک کند. بنابراین این اموال شامل اموال قبل از ازدواج و اموال خود زوجه و شامل اموال تلف شده نمی شوند. لازم به ذکر است برای این شرط، اموال به دست آمده در دوران ازدواج، به هنگام طلاق باید موجود باشند...

همان‌طور که از ماده هویدا است، حکم به پرداخت مقرری ماهانه ممکن است به نفع مرد نیز صادر شود. اما با توجه به این که صدور حکم به پرداخت مقرری ماهانه، منوط به عدم بضاعت متقاضی و استطاعت مالی طرف دیگر شده است و در جامعه ما عموماً مردان از استطاعت مالی بیشتری نسبت به زنان برخوردارند؛ لذا از حکم این ماده زنان بیشتر از مردان منتفع می‌شوند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، با تصویب قانون دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸ و بازگشت به نظام قانون مدنی و احکام شرع در زمینه طلاق، بخش مهمی از مواد قانون حمایت خانواده منسوخ شد و اختیار مطلق مرد در امر طلاق دوباره به او اعاده شد.

از آنجاکه در جامعه ایران اکثریت زنان اداره خانه و تأمین آسایش و رفاه شوهر و تربیت فرزندان را بر اِشْتِغال و کسب درآمد ترجیح می‌دادند و عمدتاً در نتیجه حسن تدبیر و مشارکت آن‌ها سیاست‌های مالی خانواده جهت می‌گرفت؛ لذا در سال ۱۳۶۲ شورای عالی قضایی به منظور

تنصیف دارایی، یکی از شروط ضمن عقد نکاح است. نکاح در لغت به معنای ضم (پیوستن) است و در اصطلاح حقوقی می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده‌ای را تشکیل می‌دهند» (صفایی، امامی، ۱۴۰۱، ۳۶).

مناقشه در مبانی و ادله شرط تنصیف دارایی زوج از منظر فقه و رویه قضایی

احقاق حقوق زن یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های نظام جمهوری اسلامی ایران بوده و هست. پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، قانون‌گذار تلاش‌هایی در جهت بازگرداندن حقوق زن به‌ویژه در مسائل مالی صورت داد. در بررسی تاریخ اجتماعی ایران به دورانی برمی‌خوریم که برای زنان حق استقلال اقتصادی قائل نبوده و بار تأمین معاش خانواده به‌طور کلی بر عهده مرد بوده است و هرچه در طول زندگی مشترک با تلاش مرد و تدبیر و صرفه‌جویی زن فراهم آمده بود در حصه مرد قرار می‌گرفت.



قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ باهدف حمایت از حقوق زوجه، نهاد مقرری ماهانه را در ماده ۱۱ ابداع نمود؛ مطابق این ماده دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین در صورتی که صدور حکم عدم امکان سازش مستند به سوء رفتار و قصور طرف دیگر باشد، او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید. مشروط به این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد. پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم یا ایجاد درآمد کافی برای او یا کاهش درآمد یا عسرت محکوم علیه یا فوت محکوم له به حکم همان دادگاه حسب مورد تقلیل یافته یا قطع خواهد شد.

استناد می‌کنند. رویه دادگاه‌ها در اعمال شرط تملیک نصف دارایی زوج به زوجه و اجرت‌المثل ایام زناشویی بدین شکل است که ابتدا از طریق مصالحه نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می‌کنند و در صورت عدم تحقق مصالحه، هرگاه شرط تنصیف دارایی سابقاً مورد توافق زوجین قرار گرفته باشد. طبق آن عمل می‌نمایند و چنانچه تأمین خواسته زن از این طریق ممکن نباشد، حکم به پرداخت اجرت‌المثل ایام زناشویی و نحله صادر می‌شود.



بررسی تنصیف دارایی به عنوان شرط ضمن عقد

در مورد این شرط، در متن اسناد رسمی ازدواج چنین آمده است: «ضمن عقد ازدواج، زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با

سهم کردن زنان در اموال و دارایی‌های شوهر شرطی را در نکاح‌نامه‌های رسمی درج نمود که متن آن بدین شرح است: «زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده زوج مکلف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید».

متعاقباً در سال ۱۳۷۱ قانون‌گذار به شیوه‌ای دیگر متوسل شد تا کفه نابرابری‌های مالی و قانونی را اندکی به جانب زن سنگین کند. طبق تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ چنانچه طلاق به درخواست زوجه نبوده و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، دادگاه به ترتیب زیر عمل می‌کند:

اولاً چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه این وضع ثابت و محرز گردد، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را با جلب نظر کارشناس یا به کمک عوامل دیگر محاسبه و زوج را به پرداخت آن ملزم می‌کند؛

ثانیاً در غیر مورد بند فوق، یعنی در صورتی که زن نتواند اجرت‌المثل کارهای خود را به دست آورد. با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مال زوج، دادگاه مبلغی از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.

در حال حاضر با این که هیچ متن قانونی در نسخ ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده تصویب نشده است؛ اما دادگاه‌ها کمتر به این قانون

مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه.

۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلا وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است.



۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴. ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوج قابل تحمل نباشد.

او به دست آورده، یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید».

در تحلیل همین متن کوتاه، لازم است به شرایط آن توجه نمود: **اول**، طلاق باید به درخواست زوج باشد نه زوجه، حتی اگر طلاق توافقی باشد نیز این شرط محل اجرا ندارد. البته در یک حالت استثنائی اگر درخواست طلاق از طرف زوجه باشد باز هم این شرط اجرامی شود و این حالت هنگامی است که این درخواست زوجه، به علت مشقت و سختی شدیدی باشد که زوج برای او ایجاد نموده است و به اصطلاح زوج اورادر حالت عسر و حرج قرار داده است. در این حالت زوجه اگر بتواند در دادگاه ثابت نماید که زندگی او با همسرش سخت و غیر قابل تحمل است و طلاق از جانب زوجه به دلیل عسر و حرج باشد و دادگاه آن را تأیید کند، می تواند بدون رضایت مرد طلاق بگیرد و تنصیف دارایی را از دادگاه بخواهد.

با توجه به زندگی زناشویی زوجین، موارد طلاق از جانب زوجه به دلیل عسر و حرج می تواند متفاوت باشد. همه موارد عسر و حرج قابل احصاء و شمارش نیست و هر زنی می تواند مصادیق طلاق از جانب زوجه به دلیل عسر و حرج خودش را داشته باشد، اما مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۳ و ۱۱۳۰ قانون مدنی به موضوع عسر و حرج زن پرداخته است و تجویز طلاق را از این طریق صادر کرده است. برای دانستن برخی از مصادیق عسر و حرج، تبصره ماده ۱۱۳۰ شایان توجه است: عسر و حرج موضوع این ماده، عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می گردد:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به

ادای وظایف زوجیت در مقابل شوهر گفته می‌شود. زن باید بر اساس عرف و میزان آمادگی جسمی و روحی، نیاز مرد خصوصاً نیاز جنسی را پاسخ دهد. این یک وظیفه قانون و مهم است و اگر زنی نسبت به مرد تمکین نکند؛ طبق قانون با او برخورد می‌شود و حق و حقوق او مانند حق نفقه او سلب خواهد شد. در صورتی که زن برای تمکین نکردن خود دلیل قانونی داشته باشد کار او توجیه خواهد شد.

۲. **تبعیت از همسر:** طبق مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۱۴ قانون مدنی، وظیفه قانونی دیگری که زن نسبت به مرد به عهده دارد هماهنگ بودن با همسر و تبعیت از او است؛ مانند حق انتخاب مسکن و کار کردن و اشتغال.

۵. ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه‌ی صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

دوم، دادگاه باید تشخیص دهد که درخواست طلاق زوج، ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او نباشد. اگر مرد بتواند ثابت کند که درخواست طلاق توسط او، ناشی از تخلف زن از وظایف زناشویی و سوء اخلاق او است؛ در این صورت زوج هیچ حقی نسبت به دارایی‌های زوج ندارد. در توضیح این مورد باید گفت پس از ازدواج هر یک از زن و شوهر قانوناً



به طور کلی حقی است که زن وظیفه دارد آن را ادا کند و همیشه با همسر خود همراه باشد و حتی برای اشتغال هم از او کسب اجازه کند.

نسبت به یکدیگر دارای وظایفی می‌شوند و مکلف‌اند حقوق دیگری را محترم شمرده و رعایت کنند.

سوم، میزان دارایی‌های مرد باید در زمان طلاق و در زمان ازدواج معلوم باشد تا دادگاه بتواند میزان دارایی‌ها در این بازه زمانی را جهت تنصیف شناسایی کند. در خصوص تعیین اموال زوج در زمان طلاق، زوج می‌تواند در

اما حقوقی که زوج بر زوجه خود دارد که اگر زوجه از انجام آن‌ها سر باز زند تخلف از وظایف همسری شناخته می‌شود، عبارت‌اند از:

۱. **تمکین نسبت به مرد:** تمکین در لغت، تن دادن است و در تعبیر حقوقی؛ قیام زن به

این باره به دادگاه کمک کند. در هر حال، برعهده زوجه است که ثابت کند میزان دارایی‌های شوهر چقدر است. اما در تعیین اموال زمان ازدواج، مرد باید این اموال را تعیین کند و اثبات اینکه چه میزان دارایی در زمان انعقاد نکاح و قبل از زمان زناشویی برای مرد بوده است، بر عهده خود او است.

بررسی حیل‌ها

با توجه به شروط تحقق تنصیف دارایی، قابل ذکر است که گاهی زوج جهت پرداخت حقوق زوجه تمکن مالی لازم را ندارد و یا با داشتن تمکن، مایل به تأمین حقوق زوجه نیست. از طرف دیگر از زندگی با زوجه کراهت دارد، در چنین مواردی زوج با اقداماتی سعی در فرار از شرط تنصیف نموده تا از تأمین حقوق زوجه رهایی یابد. بعضی از این اقدامات عبارت است از:

۱. مردی که شرط تنصیف دارایی را حین نکاح پذیرفته است؛ هرگاه در نیمه راه زندگی مشترک به هر دلیل بخواهد زوجه خود را رها کند، وقتی در اجرای طلاق با بار مالی سنگین مواجه شده و ملزم به تأدیه حقوق مالی زوجه گردد، از اجرای گواهی عدم امکان سازش صادره از سوی دادگاه منصرف شده و سعی می‌کند با ایجاد شرایط سخت برای زوجه وی را به سمت توافق به طلاق یا تقدیم دادخواست یک طرفه سوق دهد. مردان ناصالح به طور معمول شیوه‌های گریز از تعهد را در دسترس دارند، آن‌ها پیش از آنکه با استناد به ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و با استفاده از حق مطلق خود در طلاق، راهی دادگاه شوند؛ زمینه سازی نموده و آنقدر زوجه را با رفتار خشونت‌آمیز و عاری از محبت و احترام آزار می‌دهند که زن در اغلب موارد خود متقاضی طلاق می‌شود

و در این صورت شرط به کلی منتفی و زوج از تحمل تعهدات خود به زوجه فارغ می‌گردد و در برخی موارد دیده می‌شود زن پس از تحمل سوء رفتار مرد، به مرحله‌ای از نفرت و خستگی می‌رسد که از مرد می‌خواهد تا به ازای صرف نظر کردن از این شرط، با طلاق توافقی یا خلع او را مطلقه سازد. در فرض مذکور شرط ضمن عقد کمترین اثری در تأمین زندگی زوجه ندارد. گویی هرگز این شرط وجود نداشته است.

۲. فرض دیگری که در این بحث قابل پیش‌بینی است موردی است که مرد با بد رفتاری، موجبات گریز زن را از خانه فراهم می‌کند و سپس بلافاصله اظهارنامه‌ای مبنی بر الزام به تمکین تنظیم می‌کند. البته او در این اظهارنامه به ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، که دستور می‌دهد: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سکنی نماید، مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد» استناد می‌کند. همچنین با استناد به ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که می‌گوید: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود»، به زن هشدار می‌دهد و در نهایت، چنانچه زوجه به خانه بازنگردد مرد با استفاده از همان مواد قانونی علیه زن دادخواست الزام به تمکین تقدیم دادگاه می‌نماید. در بیشتر این موارد هم چون زوجه برای اثبات سوء رفتار همسرش، شهود و پرونده‌های پزشکی قانونی ندارد؛ دادگاه حکم تمکین علیه زن صادر می‌کند. نتیجه آنکه زن به موجب این احکام، ملزم به تمکین و بازگشت به خانه است؛ اما چون مفاد حکم را اجرا نکرده، از نظر قانون و دادگاه متخلف شناخته می‌شود. در این فرض هرگاه مرد بخواهد زن خود را طلاق

انتقادات

« بیان انتقادات

ایراداتی به شرط تنصیف وارد شده که برخی از آن‌ها بیان می‌گردد:

۱. مبهم و نامعلوم بودن موضوع شرط؛ میزان دارایی زوج حین طلاق، در هنگام اشتراط (معمولاً حین عقد نکاح) مشخص نیست و زوجین نسبت به میزان دارایی که زوج در آینده کسب خواهد کرد، جاهل می‌باشند.
۲. عدم وجود موضوع شرط حین نکاح؛ دارایی موضوع تعهد زوج وجود خارجی ندارد؛ لذا شرط باطل است.
۳. عدم تعیین سهم قابل انتقال به زوجه؛ قاضی مبسوط الیداست که تا پنجاه درصد را تعیین نماید تا زوج به زوجه منتقل کند. این امر باعث می‌شود سلايق مختلف اعمال گردد و زمینه تشتت آرای محاکم فراهم شود.

« پاسخ به انتقادات

نسبت به دو ایراد اول که بر صحت شرط وارد شده است، باید بیان داشت شروط باطلی که منجر به فساد عقد می‌شود و شروط باطلی که عقد را فاسد نمی‌کند، در مواد ۲۳۳ و ۲۳۲ ق.م. اشاره شده است. بنابراین شرط مجهول اگر موجب جهل به عوضین نشود یا شرط اگر خلاف مقتضای ذات عقد نباشد، عقد را باطل نمی‌کند، لذا شرط انتقال تا نصف دارایی مصداق هیچ یک از این دو ماده نمی‌شود.

در خصوص ایراد سوم مبنی بر عدم تعیین سهم قابل انتقال به زوجه، اگر چه بهتر بود حداقلی برای آن تعیین شود، اما عدم تعیین موجب غرر نمی‌شود؛ چراکه مطابق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شروع به رسیدگی

دهد، تعهد به شرط تنصیف دارایی به خودی خود از عهده او ساقط می‌شود؛ چون شرط مذکور صراحتاً بیان می‌دارد که تقاضای طلاق زوج نباید ناشی از تخلف زن از وظایف همسری باشد.

با مشاهده چنین مواردی از حيله‌های دادرسی، قضات دادگاه‌های خانواده لازم است حيله‌ها را شناخته و هم از منظر پیشگیری از جرم و هم انسداد راه فرار زوج‌های ناصالح، تدابیر لازم را اجرا کنند؛ چراکه این حيله‌ها به راحتی می‌توانند حقوق مالی زن را ضایع ساخته و راه‌های فرار از اجرای قانون را فراهم کنند.



در دادگاه مستلزم تقدیم دادخواست بوده و شرایط دادخواست که در ماده ۵۱ همین قانون آمده است، ذکر نموده است که تعیین میزان خواسته و بهای آن برای تعیین هزینه دادرسی ضروری است و همین کار یعنی تعیین میزان خواسته، منشأ غرر را از بین می برد.

نتیجه گیری

درمورد این شرط باید گفت شرط تنصیف دارایی از جمله شروط فعل است. در توضیح شروط فعل با توجه به مواد ۲۳۴ و ۲۳۸ قانون مدنی به طور مختصر باید گفت شرطی است که در ضمن قرارداد، تعهد به انجام کاری یا عدم انجام کاری از جانب یکی از طرفین معامله یا هر دوی آنها و یا حتی شخص ثالث خارج از معامله در آن قرارداد گنجانده شود. هرچند قبول شرط تنصیف دارایی توسط زوج و امضای آن اختیاری است؛ ولی با امضای آن، زوج ملزم به انجام آن می شود و در صورتی از انجام آن تخلف کند، زوجه می تواند با دادخواستی از دادگاه الزام زوج را به انجام این شرط بخواهد.

دادگاه ابتدائاً اموالی که زوج در زمان ازدواج و زناشویی به دست آورده را محاسبه می کند، و تا حداکثر نصف این اموال، یا معادل قیمت ها آن ها را توسط زوج به طور مجانی و بلاعوض به زوجه تقدیم می کند. و همان طور که بیان گردید، در راستای احقاق حقوق زنان، لازم است ابتدائاً حيله های موجود شناخته و سپس راه های جلوگیری از این حيله ها مسدود گردد.

منابع:

کتاب ها

۱. امامی، اسدالله، صفایی، سیدحسین، (۱۴۰۲)، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان
۲. شیروی، عبدالحسین، (۱۴۰۱)، حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان)، تهران، انتشارات سمت
۳. فیض، علیرضا، (۱۳۷۸)، مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

مقالات:

۱. استادی، صفرعلی، عظیمی گرگانی، هادی، پورمنوچهری، سیدعلی، (۱۳۹۹)، بررسی رویه قضائی مربوط به شرط تنصیف دارایی زوج از منظر فقهی و حقوق شهروندی، فصلنامه حقوق پزشکی، ویژه نامه حقوق بشر و شهروندی
۲. دژخواه، لیلا، (۱۳۸۶)، طلاق و چالش تنصیف دارایی، نشریه مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان)، دوره ۹، شماره ۳۵
۳. مفیدیان، سیده آتنا، نعمتی، احسان، حسینی مقدم، سیدحسن، (۱۳۹۸)، بررسی مطالبه همزمان تنصیف دارایی، نخله و اجرت المثل، فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۹





فاطمه فرآور

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

بررسی ابعاد گوناگون لزوم تشریفات دانستن معاملات اموال غیر منقول

اهمیت زمین و به طور کلی اموال غیر منقول در میان اموال دیگری که انسان با آن‌ها سروکار دارد موجب شده است تا این اموال موضوع تنازعات فراوانی میان افراد جامعه قرار گیرند؛ به همین دلیل معاملات مربوط به اموال غیر منقول همواره می‌تواند محملی برای طرح دعوای قضایی باشد...

بعد حقوقی

امروزه یکی از نگرانی‌های دستگاه قضایی حجم فزاینده و غیرمتناسب ورود پرونده‌ها و طرح دعاوی در محاکم قضایی است؛ لذا شناخت عوامل و ریشه‌ها و پیشگیری از تولید دعاوی و جرائم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.



سازمان ثبت اسناد و املاک کشور یکی از نهادهای دولتی ایران است که وظیفه ثبت معاملات، شرکت‌ها، املاک و دارایی‌های شخصی اتباع ایران را به عهده دارد. ثبت املاک و اسناد که موضوع قانون ثبت است برای خود اهدافی دارد؛ از جمله اینکه «پس از ثبت ملک دیگر هیچ‌کس نمی‌تواند با صحنه‌سازی و صورت‌سازی به ملکی که به ثبت رسیده است تجاوز و تعدی کند» (ابراهیم‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۶۶). همچنین قانون برای اسنادی که مطابق مقررات تنظیم شده است اعتبار خاصی قائل شده و

نظام‌های حقوقی مختلف دنیا هر یک تلاش نموده‌اند راه‌حلی ارائه نمایند تا دسترسی به اطلاعات مرتبط با مالکیت اموال غیرمنقول را تسهیل نمایند و از این طریق از معضلات موجود در این زمینه بکاهند. با وجود مطالعات انجام شده در این زمینه، در این تحقیق قصد داریم به صورت جامع تمامی ابعاد «ثبت رسمی اموال غیرمنقول» را به عنوان راه‌حلی اساسی برای پایان دادن به این معضلات بررسی نماییم.

یکی از تأسیساتی که دولت‌ها برای ایجاد امنیت در جامعه خصوصاً امنیت حقوقی، مالی، اقتصادی و اجتماعی در حوزه املاک ایجاد می‌کنند «سیستم ثبت رسمی املاک» است. سند رسمی^۱ با توجه به اعتبار و استحکام قانونی و روح اطمینان جامعه به آن به عنوان یکی از ابزار و عوامل مهم در تأمین امنیت قضایی و ساماندهی روابط مالکیتی اقتصادی و بعضاً قضا زدایی مطرح می‌باشد (ملکی، نیکومنش، عظیمی‌گرکانی، ۱۴۰۲).

در نظام حقوقی ایران در مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک به موضوع ثبت رسمی اموال غیرمنقول پرداخته شده است.^۲ در این تحقیق به شیوه کتابخانه‌ای به بررسی چرایی ضرورت و فواید اجبار به ثبت رسمی اموال غیرمنقول و معاملات مربوط به آن‌ها در ابعاد مختلف از جمله بعد حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و فقهی می‌پردازیم.

۱ ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است.»

۲ ماده ۲۲: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.»

تحلیل حقوقی- اقتصادی

مطالعات تجربی صورت گرفته در دنیا ارتباط و پیوستگی قابل ملاحظه‌ای را میان سیستم ثبت مالکیت اموال غیرمنقول و رشد اقتصادی نشان داده است. «باید توجه داشت که ایجاد نهاد ثبت املاک در دنیا ابتدا با اهداف اقتصادی به ویژه کسب درآمد برای دولت‌ها از طریق اخذ مالیات و به منظور برقراری امنیت در چرخش املاک در بازارهای مبادلاتی بوده است و سپس اهداف حقوقی نهادهای ثبتی مدنظر قرار گرفته است» (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۴: ۳۱۳).

برای آن که معامله اموال غیرمنقول اتفاق بیفتد؛ حق فروشنده برای فروش باید مسلم و قطعی باشد. یعنی باید دلیل قطعی و اطلاعات قانونی معتبری وجود داشته باشد که نشان دهد فروشنده مالک آن چیزی است که معامله می‌کند. فراهم کردن این دلیل مالکیت یکی از کارکردهای اصلی نظام‌های ثبت املاک است و سبب می‌شود خریدار به سادگی بتواند مالکین را شناسایی کند. در صورت فقدان نظام ثبتی که بتواند امنیت حق مالکیت را تضمین نماید، یک خریدار محتاط نمی‌تواند به سادگی معامله

مادامی که خلاف آن ثابت نشود آن‌ها را معتبر شناخته است (شهری، ۱۳۸۱).

«اشخاص عادی اگر دارای ملکی باشند که آن ملک در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد و سایر معاملات مربوط به آن ملک از قبیل بیع شرط و رهن و غیره در آن دفتر رسمی منعکس نباشد، به آسانی هوس می‌کنند که یک ملک را چندین بار نزد چندین شخص که آن‌ها از یکدیگر آگاهی ندارند مورد معاملات معارض قرار دهند و خود در این میان بهره‌ها و سودها ببرند» (ابراهیم زاده، ۱۳۹۸: ۲۶۷).

از سوی دیگر هر کس که دارای سند رسمی است آسوده خاطر زندگی می‌کند؛ زیرا می‌داند در موقع بروز دعوی، می‌تواند سند رسمی خود را به عنوان دلیل به دادگاه و مراجع قانونی دیگر عرضه دارد و طرف دیگر نیز به پاس وجود سند رسمی جرئت به خود نمی‌دهد که باب دعاوی پوچ و بیهوده را بگشاید. پس تنظیم سند رسمی، موجب دفع بروز دعاوی باطل می‌شود. بنابراین از آن جایی که دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول تعداد کثیری از پرونده‌های حقوقی را تشکیل می‌دهند ثبت اطلاعات مربوط به آن‌ها به صورت رسمی می‌تواند به میزان قابل توجهی از حجم این پرونده‌ها بکاهد.



طرح های قانونی ارائه نمایند که سبب افزایش هزینه های عمومی شده و یا درآمدهای عمومی را کاهش دهد».

زمانی که تصمیمی گرفته می شود باید سایر انتخاب هایی که از دست می روند (هزینه فرصت) نیز در نظر گرفته شوند. «در خصوص ثبت اسناد و معاملات از منظر هزینه فایده باید نکاتی را در نظر گرفت از جمله اینکه اولاً ثبت معاملات چه هزینه هایی برای طرفین خواهد داشت؟ ثانیاً آیا چنین اقدامی منفعتی برای طرفین به همراه دارد؟ و آیا در مقایسه بین منافع و هزینه ها میزان منافع بر هزینه غلبه می کند؟» (ملکی، نیکومنش، عظیمی گرکانی، ۱۴۰۲: ۱۱۱)



در نقد ایراد شورای نگهبان، که دارای جنبه اقتصادی است باید بیان نمود که علاوه بر هزینه های راه اندازی سامانه ثبت اسناد، هزینه های بالقوه ناشی از اعتبار اسناد عادی نیز باید در نظر گرفته شود. از جمله اینکه می تواند هزینه هایی که برای تشکیلات ثبت شده است رابی فایده کرده و نیز هزینه های قضایی بسیاری

کند زیرا باید تلاش زیادی را که مستلزم وقت و هزینه می باشد برای بررسی اعتبار حق مالکیت انجام دهد.

«ثبت اجباری معاملات اموال غیرمنقول از جمله ترتیباتی است که به کاهش منازعات کمک کرده و با تضمین مالکیت، اطمینان اشخاص را در تبادل بسته های حقوق مالکیت افزایش داده و منجر به تسهیل مبادلات و معاملات می گردد. در نتیجه هزینه های مبادله را بسیار کاهش می دهد، خصوصاً اینکه احتمال انجام معاملات معارض را بسیار کم می کند و انگیزه سرمایه گذاری را در افراد افزایش می دهد» (ملکی، نیکومنش، عظیمی گرکانی، ۱۴۰۲: ۱۱۰).

علاوه بر آن، نهاد ثبت املاک با جمع آوری و قابلیت دستیابی همه اطلاعات مؤثر در ارزش ملک امکان کنترل و شناسایی دارایی به گونه ای ایمن و مطمئن را فراهم نموده و با انعکاس آن در قالب اسناد مالکیت این دارایی را به سرمایه ای جهت ورود به چرخه اقتصادی تبدیل می کند.

بنابراین نهاد ثبت با دو کارایی عمده اقتصادی یعنی تبدیل دارایی نهفته در املاک به سرمایه و غیرشخصی کردن بازار املاک به عنوان یک فاکتور مهم در رشد و توسعه اقتصادی کشورها عمل می کند (طباطبایی حساری، ۱۳۹۴).

یکی از ایرادات مطرح شده از سوی شورای نگهبان به طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، مغایر بودن ماده ۳ این طرح در رابطه با درج پیش نویس قرارداد در سامانه الکترونیک ثبت اسناد، با اصل ۷۵ قانون اساسی بود. اصل ۷۵ ق.ا. بیان می کند: «نمایندگان مجلس شورای اسلامی، نمی توانند



تحلیل حقوقی- اجتماعی

یکی از عوامل مهمی که قدرت اجرایی اسناد عادی را تضعیف می‌کند نحوه شکل‌گیری این اسناد است. معمولاً اسناد عادی توسط خود طرفین سند و یا توسط بنگاه‌هایی مانند مشاورین املاک تنظیم می‌شوند که متصدیان آنان عمدتاً قالب‌های حقوقی را در تنظیم این نوع اسناد رعایت نمی‌کنند و در بسیاری از موارد به دلیل ضعف ساختاری این اسناد در اجرای ادراک موقع ارائه به مراجع قضایی اثربخشی لازم را نداشته و موجب ضرر و زیان و تضییع حق افراد می‌شود. «متأسفانه جهان در طول تاریخ، شاهد تنظیم اسناد عادی و خودخواهی‌ها، جاه‌طلبی‌های گروهی اندک و در نتیجه، بی‌اخلاقی بوده است» (خوئینی، شفیع‌فی، سعیدی‌کیا، ۱۳۹۷: ۱۸).

عدم تنظیم معاملات به صورت رسمی و روی آوردن به اسناد عادی، با توجه به موقعیت متزلزل این گونه اسناد ضمن عدم تحقق سلامت اجتماعی، احتمال ورود آسیب‌های روحی و روانی و همچنین صدمات عاطفی را نیز قوت می‌بخشد.

از سوی دیگر هر چقدر تنظیم اسناد رسمی افزایش پیدا کند بر سلامت جامعه و اصول اخلاقی افزوده می‌شود. تنظیم اسناد رسمی

برای طرفین و همین‌طور مراجع قضایی از حیث حجم پرونده‌های ثبتی در برداشته باشد.

البته ثبت رسمی هزینه‌هایی نیز دارد که یا به فرد و یا به دولت تحمیل می‌شود و از جمله می‌توان هزینه‌های مختلف ارزیابی و ثبت زمین، مالیات و عوارض مختلفی که به مالک تحمیل می‌شود را نام برد؛ اما با این وجود ثبت نسبت به نقل و انتقال عادی از لحاظ هزینه-فایده سیاست مفیدتری به نظر می‌رسد. به گونه‌ای که منافع حاصله بسیار بیشتر از هزینه‌هایی است که تحمیل می‌کند؛ در نقل و انتقالات عادی افراد ناگزیرند برای بالابردن اطلاعات راجع به ملک به جستجو بپردازند و برای افزایش قطعیت اقداماتی انجام دهند که مستلزم هزینه‌های بسیار است. این در حالی است که یک نظام تضمین مالکیت کارآمد نیاز به صرف هزینه برای افزایش اطلاعات و اطمینان را از بین می‌برد (ملکی، نیکومنش، عظیمی‌گرکانی، ۱۴۰۲).

بنابراین هرچند به نظر می‌رسد هزینه معاملات عادی کمتر است اما با لحاظ ضمانت اجرای عدم ثبت، هزینه فرصت بسیار بیشتر خواهد بود. لذا ثبت رسمی و ایجاد سامانه مذکور از این لحاظ منطقی و اقتصادی جلوه خواهد کرد (ملکی، نیکومنش، عظیمی‌گرکانی، ۱۴۰۲).

قابل توجه است: «ای اهل ایمان، چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمانی معین، سند و نوشته در میان باشد، و بایست نویسنده درستکاری معامله میان شما را بنویسد، و نباید کاتب از نوشتن خودداری کند که خدا به وی نوشتن آموخته پس باید بنویسد، و مدیون باید مطالب را املأ کند، و از خدا بترسد و از آنچه مقرر شده چیزی نکاهد، و اگر مدیون سفیه یا ناتوان (صغیر) است و صلاحیت املا ندارد ولی او به عدل و درست‌ی املا کند...» (مکارم شیرازی)

در خصوص این که مقتضای «فاکتبوه» مندرج در آیه ۲۸۲ سوره بقره چیست بعضی از فقها، معتقدند که مقتضای «فاکتبوه» در این آیه، وجوب نوشتن دین است و چون بنا بر اصل، مقدمه واجب، واجب است؛ بنابراین از نظر پیروان این استنباط اصولی تهیه، تنظیم و تدوین سند در عقود دینی واجب است. به هر حال پیروان این نظریه فقهی در اقلیت قرار دارند، زیرا اکثریت معتقدند مقتضای «فاکتبوه» مندرج در آیه مورد بحث وجوب نیست بلکه استحباب است و وجوبی برای متعاقدين در خصوص کتابت دین وارد نگردیده است (ملکی، نیکومنش، عظیمی گرکانی، ۱۴۰۲).

ارتباط و پیوستگی زیادی با سلامت جامعه دارد، برای دستیابی به سلامت جامعه لازم است پدیده تنظیم سند رسمی به طور کامل شناسایی شود تا بتوان موجبات توسعه اخلاقی را فراهم آورد (خوئینی، شفیعی فیخی، سعیدی کیا، ۱۳۹۷).

تحلیل حقوقی- فقهی

از نظر فقهی ثبت یا عدم ثبت رسمی معاملات املاک و اراضی خللی بر صحت و اعتبار آنها وارد نمی‌سازد (شکوری گرکانی، ۱۴۰۰). تردیدی نیست که بیع در اندیشه فقهی معاصر عقدی رضایی است یعنی با صرف توافق طرفین و رضایت آنها منعقد می‌شود و مالکیت به وسیله آن منتقل می‌گردد.

اما فقه اساساً به بحث اسناد رسمی ورود نکرده است. مفهوم سند رسمی مربوط به حقوق ثبت و یک رشته نوین از حقوق است که تاریخچه یک صدساله دارد. در فقه به شکل خیلی محدود به مفهوم قرارداد نوشته اشاره شده که می‌توان از آن به عنوان اهمیت سند از دیدگاه فقه استنباط کرد؛ اما با سند رسمی به مفهوم امروزی آن بسیار متفاوت است. باین وجود می‌توان به گزاره‌های فقهی اشاره کرد که بر مکتوب بودن توافقات و قراردادها دلالت دارد. در این خصوص آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره



در مجموع در حقوق اسلام در پاره‌ای اعمال حقوقی مانند وصیت اعتبار کتابت به عنوان وسیله اظهار قصد صریحا پذیرفته گردیده است. ولی اعتبار نوشته به صورت یک قاعده کلی در فقه سنتی دیده نمی‌شود. در هر صورت می‌توان گفت فارغ از این که مقتضای «فاکتبوه» وجوب باشد یا استحباب چون اسلام در معاملات عرف و عادات موجود را امضا و تأیید می‌کند و به اصطلاح احکامش در این باب بیشتر امضایی است نه تأسیسی، در صورتی که کتابت برای اظهار قصد انشاء معمول و متداول باشد، حقوق اسلام مخالفی با آن نخواهد داشت (ملکی، نیکومنش، عظیمی‌گرکانی، ۱۴۰۲).

نتیجه‌گیری

بررسی ابعاد مختلف ثبت رسمی اموال غیرمنقول و معاملات مربوط به آن‌ها نشان داد که الزام اشخاص به این امر فواید بسیاری را در زمینه‌های حقوقی، اقتصادی و اجتماعی به دنبال دارد و حتی از بعد فقهی نیز می‌توان آن را توجیه نمود. در این تحقیق تلاش شد تبیین شود که ایجاد نظام ثبتی کارآمد و تنظیم سند رسمی، باعث کاهش حجم پرونده‌ها در این زمینه، بهبود وضعیت و رشد اقتصادی و ایجاد سلامت اجتماعی خواهد شد.

با تصویب طرح الزام به تنظیم سند رسمی در معاملات مربوط به اموال غیرمنقول توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، این طرح به قانون تبدیل شده است و با اجرای صحیح آن و نظارت نهادهای مربوطه تا حد زیادی می‌توان به اهداف ذکر شده دست یافت.

منابع:

۱. ابراهیم زاده، مهدی، ۱۳۹۸، نقش ثبت املاک و اسناد در نظم و امنیت قضایی، نشریه پژوهش‌های حقوقی قانون یار، دوره دوم - شماره ۵
۲. خوئی، غفور، شفیعی فیخی، حسین، سعیدی کیا، محمد، ۱۳۹۷، نقش تنظیم سند رسمی معاملات در سلامت اخلاقی و اجتماعی جامعه، نشریه اخلاق در علوم و فناوری، شماره ۳
۳. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، ۱۴۰۰، ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات تملیکی اموال غیرمنقول، نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۲۷
۴. شکوری گرکانی، محمد، ۱۴۰۰، اظهار نظر کارشناسی درباره طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (اعاده شده از شورای نگهبان (۳))، نشریه گزارش‌های کارشناسی (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی)
۵. شکوری، محمد، ۱۴۰۱، اظهار نظر کارشناسی درباره طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (اعاده شده از شورای نگهبان (۴))، نشریه گزارش‌های کارشناسی (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی)
۶. شهری، غلامرضا، ۱۳۸۱، حقوق ثبت اسناد و املاک، چاپ دهم، انتشارات جهاد دانشگاهی
۷. طباطبایی حساری، نسرین، ۱۳۹۴، کارکردهای اقتصادی ثبت رسمی املاک در پرتو آموزه کارایی اقتصادی، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲
۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، اموال و مالکیت، چاپ ششم، نشر میزان
۹. کبری، حمید، ۱۳۹۷، جزوه حقوق مدنی ۶
۱۰. کیان مهر، اصغر، ۱۳۹۹، نقش و تاثیر سازمان ثبت اسناد و املاک در توسعه نظام قضایی کنونی، نشریه قانون یار، سال چهارم - شماره ۱
۱۱. ملکی، محبوبه، نیکومنش، امراه، عظیمی‌گرکانی، هادی، ۱۴۰۲، بررسی فقهی حقوقی ابعاد اقتصادی ثبت اسناد رسمی اموال غیرمنقول، نشریه مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره ۱۸

12. <http://nazarat.shora-rc.ir/>

13. <https://farsnews.ir/news/>

14. <https://maslahat.ir/>



حقوق جزا و جرم‌شناسی

CRIMINAL LAW

● درامدی بر حقوق بزه‌دیده در مرحله کشف جرم

۹۳

● مفهوم‌شناسی جرایم سایبری در پرتو فناوری‌های نوین

۹۹

درامدی بر حقوق بزه‌دیده در مرحله کشف جرم

(با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲)



سید پوریا موسوی

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و
جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

حقوق و آیین دادرسی کیفری یکی از مهم‌ترین شاخه‌های علوم جنایی بوده که در واقع، هسته مرکزی سیاست جنایی را تشکیل می‌دهد. برپایه گفتمان‌های موجود در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، آیین دادرسی کیفری از رویکرد یک‌سویه و جزم‌گرای خود تا حدود قابل توجهی فاصله گرفته و منافع دیگر اصحاب دعوی (مرتکب و بزه‌دیده) را نیز مورد توجه قرار داده است. در فرآیند کیفری همواره این اضلاع سه‌گانه هستند که مدیریت را برعهده دارند و برحسب اینکه ذینفع و ذی‌سمت چه شخصی است؛ ادامه یا توقف در فرآیند نیز مشخص خواهد شد...



بزه‌دیده یکی از مهم‌ترین اضلاع سه‌گانه فرآیند کیفری که در بخش عمده‌ای از جرایم شروع، ادامه و یا پایان فرآیند کیفری به اراده‌ او بستگی دارد. مطابق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «بزه‌دیده شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتکب را درخواست کند، «شاکی» و هرگاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، «مدعی خصوصی» نامیده می‌شود». در این تعریف حقوقی از جرم، بزه‌دیده لزوماً متحمل خسارت به صورت مستقیم اعم از مادی و معنوی شده است. اما در جرم‌شناسی، بزه‌دیده لزوماً ناظر بر شخص متحمل ضرر و زیان نیست؛ بلکه، هر شخصی که به نوعی از وقوع یک بزه کیفری متحمل خسارتی اعم از مستقیم و غیرمستقیم شود، بزه‌دیده خواهد. بنابراین، بزه‌دیدگان نامعین، یعنی اشخاصی که به طور مستقیم با ارتکاب جرم رویارویی نداشته‌اند؛ اما؛ از وقوع آن مطلع شده و ترس از بزه‌دیدگی پیدا کرده‌اند نیز بزه‌دیده هستند.

از گذر توجه به ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، فرآیند کیفری به‌طور کلی شامل سه مرحله پیش‌دادرسی (مرحله کشف جرم، مرحله تعقیب، مرحله تحقیقات مقدماتی و مرحله پست‌تحقیقات)، مرحله دادرسی (مرحله رسیدگی و اعتراض به آرای کیفری) و مرحله پسادادرسی (مرحله اجرای آرای کیفری و مرحله پساکیفری) است.^۱ به موجب ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جرم از حیث رؤیت‌پذیری، قابل گذشت و یا غیرقابل گذشت است. مسئولیت پیگیری جرم در جرایم مشهود با ضابطان دادگستری و در جرایم غیرمشهود برعهده مقام قضائی خواهد بود. به این ترتیب، فرآیند کیفری با لحاظ این دو جرم متفاوت است؛ زیرا، اگر جرم مشهود

۱ برای مطالعه بیشتر رک: رستمی، هادی، آیین دادرسی کیفری، نشرمیزان، تهران، چاپ سوم، ۱۴۰۳، ص ۳۷ و بعد.

باشد، بالحاظ صدر ماده ۲۸ قانون پیش گفته، انجام اقدامات قانونی لازم با ضابطان دادگستری و چنانچه جرم غیر مشهود بوده با عنایت به ماده ۴۴ همان قانون، بنا بر دستور مقام قضائی، رسیدگی ادامه پیدا خواهد.

بدین سان، آغاز فرآیند کیفری با لحاظ موارد ذکر شده نسبت به تقیسمات جرم از حیث قابل رؤیت یا غیر قابل رؤیت بودن، متفاوت است. به نظر می رسد که کشف جرم در واقع، به این معنا است که هرگاه یک جرم ارتکاب یابد و شرایط ماده ۴۵ وجود داشته باشد فقط ضابطان حق مداخله داشته و باید نسبت به پیگیری و کشف آثار و علائم آن مداخله کنند. از این رو، مرحله کشف جرم به مرحله تحقیقات پلیسی^۲ موسوم است.

در مرحله تحقیقات پلیسی، مرتکب جرم (مظنون) از حقوق قابل توجهی برخوردار است که می توان نمونه های بارز آن را از مواد ۴۷ الی ۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مورد اشاره قرار داد؛ اما، پرسش آن است که در بزه دیده در مرحله کشف جرم واجد چه حقوقی است؟ چگونه می توان فروض حق های موجود برای مظنون را بزه دیده نیز متصور شد؟؛ به همین جهت است که این نوشتار به صورت بسیار اجمالی به این موضوع اشاره می دارد و هدف آن است که بزه دیده را ضلع فراموش نشده فرآیند کیفری در مرحله کشف جرم، به شمار نیاورد. از این رو، برخی حقوق بنیادین بزه دیده در مرحله کشف جرم و سپس حقوق مکتسبه به طور اجمالی صرفا معرفی خواهند شد و تحلیلرو ارزیابی آن ها مستلزم پژوهش های تخصصی تر است.

۲ برای مطالعه بیشتر رک: ساقیان، محمد مهدی، جایگاه بزه دیده در مرحله تحقیقات پلیسی، در: مهر، نسرین و نیازپور، امیر حسن «به کوشش»، حقوق کیفری پویا، مجموعه مقالات در پاسداشت استاد دکتر محمد علی اردبیلی، نشر میزان، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۳۸۱.



از جمله مهم‌ترین اصول راهبردی مورد اشاره اصل برابری سلاح‌ها^۳ است. مطابق این اصل، تمام اصحاب دعوی باید از شرایط برابر و یکسان برای دفاع از خود برخوردار باشند. چنانچه هر حقی برای هریک از طرف‌ها در نظر گرفته شده، همان حق باید برای طرف دیگر نیز پیش‌بینی گردیده و از آن متمتع شود. به این ترتیب، اگر حق برخورداری از وکیل برای مظنون در هنگام تحقیقات پلیسی لحاظ شده باشد؛ باید همان حق برای بزه‌دیده نیز اعمال گردد.

۳ برای مطالعه بیشتر رک: ساقیان، محمدمهدی و اسلامی، زهرا، کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، دورا ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، ص ۱۲۵ و بعد.

ناگفته پیداست برخی از حقوق در مرحله تحقیقات پلیسی اختصاص به شخص مظنون داشته و برای بزه‌دیده اساساً سالبه به انتفاء موضوع است. مانند اینکه اگر شخص تحت نظر در هنگام بازداشت پلیسی مطالبه ملاقات با پزشک کند (ماده ۵۱)^۴، باید این حق برای وی لحاظ شود؛ حال آن‌که، ملاقات با پزشک مقوله‌ای است که بزه‌دیده می‌تواند راساً از آن برخوردار گردد و نیازی به مطالبه آن از سوی ضابطان ندارد. به این ترتیب، اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات پلیسی باید به نحوی اعمال گردد که طرفین را در وضعیت یکسان قرار دهد و اعمال تدابیری که یکی از طرف‌ها را در وضع برتر قرار دهد؛ مغایر با اصول راهبردی است.

از دیگر مواردی که می‌توان در راستای اصل برابری سلاح‌ها و برابری همگان در مقابل قانون بدان اشاره کرد؛ حق بر تماس تلفنی است. همان‌گونه که شخص مظنون مطابق ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، امکان بهره‌گیری از تماس تلفنی را دارد؛ بزه‌دیده نیز از این حق برخوردار است؛ زیرا در رویه عملی به هنگام ورود به مراکز انتظامی و نظامی، تلفن‌های همراه و سایل ارتباطی همگان از سوی نگهبانی اخذ می‌شود و امکان تماس برای هیچ یک، وجود ندارد. بدین سان، اگر مطابق ماده ۵۰ این حق برای مظنون پیش‌بینی شده، بزه‌دیده نیز باید این حق را داشته باشد تا در صورت لزوم از آن استفاده کند.

۴ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «بنا به درخواست شخص تحت نظر یا یکی از بستگان نزدیک وی، یکی از پزشکان به تعیین دادستان از شخص تحت نظر معاینه به عمل می‌آورد. گواهی پزشک در پرونده ثبت و ضبط می‌شود».



حقوق خاص بزه‌دیده در مرحله تحقیقات پلیسی

«مرحله ضابطان» یا «مرحله کشف جرم» یا «مرحله تحقیقات پلیسی» صرفاً ناظر بر ارتکاب جرایم به صورت مشهود و خصوصاً مرحله تحت نظر نیست؛ زیرا، در جرایم غیر مشهود نیز ضابطان می‌توانند بنا بر دستور قضائی نسبت به انجام تحقیقات (ماده ۹۸)^۵ مبادرت ورزند. مانند آن‌که بر اساس ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ضابطان مکلف به پذیرش شکایت شفاهی بزه‌دیدگان^۶ هستند و باید نسبت به آن ترتیب اثر دهند.

اوراق و اجرای تصمیمات قضایی تحت هر عنوان بر بزه‌دیده ممنوع است.^۷ بدین سان، ضابطان قضائی نمی‌توانند برای انجام وظایف خود اعم از وظایف اصلی و وظایف تبعی، هیچگونه هزینه‌ای تحت عناوین مختلف اعم از تسریع در انجام کار، کمک به کلانتری و... را از بزه‌دیده دریافت کنند. در غیراین صورت، به نظر می‌رسد که می‌توان ضابطان را تحت عنوان دریافت رشوه (رشا) تحت تعقیب کیفری قرار داد؛ زیرا، ماده ۶۲ به نحوی تدوین شده که اطلاق داشته و تمام شمول هزینه‌ها در تمام فرآیند را در بر می‌گیرد.

با وجود این، قانونگذار به طور افتراقی برخی حقوق خاص را برای بزه‌دیده در نظر گرفته و در راستای نظریه بزه‌دیده‌شناسی حمایتی توجه ویژه‌ای را نسبت آنان لحاظ داشته است. بر همین اساس ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «تحمیل هزینه‌های ناشی از انجام وظایف ضابطان نسبت به کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی و یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، دستگیری وی، حمایت از بزه‌دیده و خانواده او در برابر تهدیدات، ابلاغ

از دیگر حقوقی که به نظر می‌رسد ضابطان باید در مرحله تحقیقات پلیسی بسیار با دقت رعایت کنند؛ عبارت از مواجهه حضوری بزه‌دیده با مظنون است. اولاً همواره امکان اشتباه در شناخت مرتکب اصلی وجود دارد و چنانچه بدون مداخلات قضائی این مواجهه حضوری صورت پذیرد، شائبه اشتباه و تردید وجود داشته و بنابراین، ضابطان نیز در تشخیص امور مربوط به خود، دچار تردید و سردرگمی خواهند شد. ثانیاً، بر فرض آن‌که مظنون به طور واقعی مرتکب جرم باشد، با شناخت بزه‌دیده آرامش روانی و امنیت جانی وی به مخاطره خواهد افتاد؛ زیرا، مشاهده مرتکب برای بزه‌دیده یا دآور صحنه دردناک ارتکاب جرم است و سوگواری او پس از ارتکاب جرم را افزایش خواهد داد.

نتیجه‌گیری

تمام طرف‌های دعوای کیفری باید از حقوق متقابل برخوردار باشد تا بتواند در مقابل اتهاماتی که به آنان وارد می‌شود یا مناقشاتی که به سمت آنان روانه می‌شود؛ دفاع کنند. به این حقوق، حقوق دفاعی گفته می‌شود. امری

۵ ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «بازپرس باید شخصاً تحقیقات و اقدامات لازم را به منظور جمع‌آوری ادله وقوع جرم به عمل آورد، ولی می‌تواند در غیر جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده (۳۰۲) این قانون، تفتیش، تحقیق از شهود و مطلعان، جمع‌آوری اطلاعات و ادله وقوع جرم و یا هر اقدام قانونی دیگری را که برای کشف جرم لازم بداند، پس از دادن تعلیمات لازم به ضابطان دادگستری ارجاع دهد که در این صورت، ضمن نظارت، چنانچه تکمیل آن‌ها را لازم بداند، تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند».

۶ ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «ضابطان دادگستری موظفند شکایت کتبی یا شفاهی را همه‌وقت قبول نمایند. شکایت شفاهی در صورت مجلس قید و به امضای شاکی می‌رسد، اگر شاکی نتواند امضاء کند یا سواد نداشته باشد، مراتب در صورت مجلس قید و انطباق شکایت شفاهی با مندرجات صورت مجلس تصدیق می‌شود. ضابطان دادگستری مکلفند پس از دریافت شکایت، به شاکی رسید تحویل دهند و به فوریت پرونده را نزد دادستان ارسال کنند».



که در قانون آیین دادرسی مدنی در چارچوب تبادل لوایح به خوبی مورد رعایت قرار می‌گیرد.

بزه‌دیده به عنوان یکی از اضلاع مهم سه‌گانه فرآیند مدعی ارتکاب جرم علیه خود است. با درپیش گرفتن اصل برائت به عنوان شاه‌بیت حقوق کیفری، بزه‌دیده نیز باید از حقوقی برخوردار گردد تا بتواند از خود دفاع کند و ادعای ارتکاب جرم را به اثبات برساند؛ اما، نمی‌توان به نام اجرای عدالت و احقاق حقوق حقه بزه‌دیده از وی تمام و کمال دفاع نموده و نسبت به متهم موضع حمله پیش گرفت؛ زیرا، در حدود متعارف هریک باید در چارچوب قانون و بارعایت اصل انصاف، دفاعیات خود را مطرح کنند و صدای هر سه ضلع در فرآیند کیفری شنیده شود.

حقوق دفاعی این بستر را برای بزه‌دیده فراهم می‌کند تا در راستای اصل اعتدال و عدم تضییع حقوق طرف‌های دعوای کیفری، از ساز و کارهایی برخوردار باشد که صدای خود را گوش مقام قضائی برساند. مقام قضائی با ارزیابی ادله و رعایت حقوق دفاعی او است که تصمیم مناسب اتخاذ خواهد کرد. به این ترتیب، اگرچه حقوق بزه‌دیده زائل شده و یک بزه کیفری علیه وی ارتکاب یافته است؛ اما، فقط در چارچوب حقوق دفاعی است که می‌تواند ادعای خود را ثابت کند و هر اقدامی و رای آن با بطلان مواجه خواهد بود.

منابع:

۱. رستمی، هادی، آیین دادرسی کیفری، نشر میزان، تهران، چاپ سوم، ۱۴۰۳.
۲. ساقیان، محمد مهدی و اسلامی، زهرا، کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، دور ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰.
۳. ساقیان، محمد مهدی، جایگاه بزه‌دیده در مرحله تحقیقات پلیسی، در: مهرا، نسرين و نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، حقوق کیفری پویا، مجموعه مقالات در پاسداشت استاد دکتر محمد علی اردبیلی، نشر میزان، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درباره اصطلاح سیاست جنایی، دیباچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، تهران، چاپ دهم، ۱۴۰۰.
۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، سیاست جنایی: از مدل‌ها تا جنبش‌ها، دیباچه در: دلماس مارتی، می‌ری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، تهران، چاپ پنجم، ۱۴۰۲.
۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، گفتمان سیاست جنایی قانونگذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در: الفت، نعمت الله «به کوشش»، حج اندیشه: هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق توسعه و تعالی انسانی. مجموعه مقالات در یادنامه دکتر ناصر قربان‌نیا، انتشارات دانشگاه مفید، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶.



مفهوم شناسی جرایم سایبری در پرتو فناوری های نوین

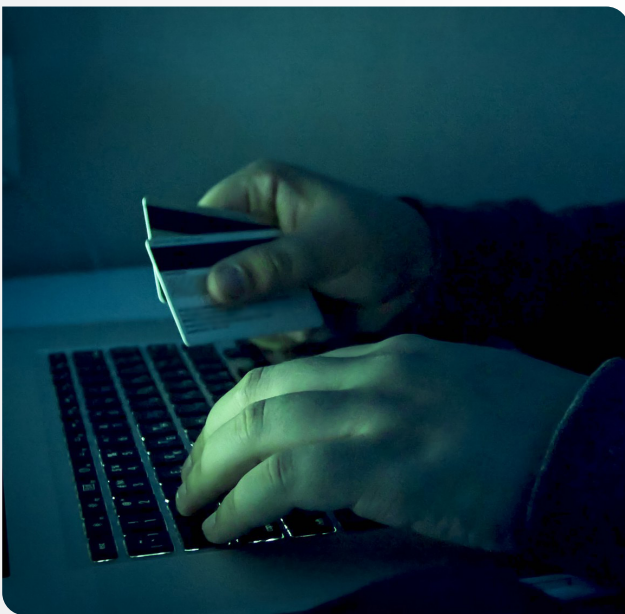


نازنین آخوندزاده

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

امروزه فناوری اطلاعات از شاخصه های مهم توسعه بشری به شمار می رود؛ به گونه ای که توانسته است در همه شئون زندگی انسان ها تأثیر بگذارد. توسعه سریع فناوری های اطلاعاتی و ارتباطی، تغییرات قابل توجهی در فعالیت های اطلاعاتی انسان ها ایجاد نموده است و در نتیجه این امر، جامعه ایران در حالت گذار به جامعه مجازی است که در آن فعالیت های روزانه افراد از قبیل خرید، دریافت خدمات و به اشتراک گذاری اطلاعات، می تواند بدون ارتباط چهره به چهره با دیگران انجام شود. ویژگی های منحصر به فرد اینترنت از جمله، تحریک آمیز، سهولت دسترسی، آسودگی کار با رایانه، هزینه پایین و... همگی موجب استقبال فرد به استفاده از اینترنت شده است...

کشورهای مختلف است که پیامدهای مالی، روانی و احساسی مخربی به همراه داشته است. جرایم سایبری، بلیون‌ها دلار به اقتصاد جهانی آسیب می‌رسانند و متخصصان معتقدند این مسئله، تهدیدی برای امنیت ملی و رفاه اجتماعی به شمار می‌آید. آمریکا در رأس تعداد جرایم سایبری قرار دارد، کره شمالی در مقام دوم، چین در مقام سوم و آلمان و فرانسه در مقام‌های بعدی قرار دارند. فضای سایبر با برخورداری از ویژگی‌های چون بدون مرز بودن، امکان هنجارشکنی رابه تمامی نقاط دنیا گسترش داده است. همچنین با گمنام‌سازی کاربرهای سایبری، امکان شناسایی هویت هنجارشکنان، تعقیب و پیگرد آن‌ها را با مشکلات جدی مواجه کرده است.



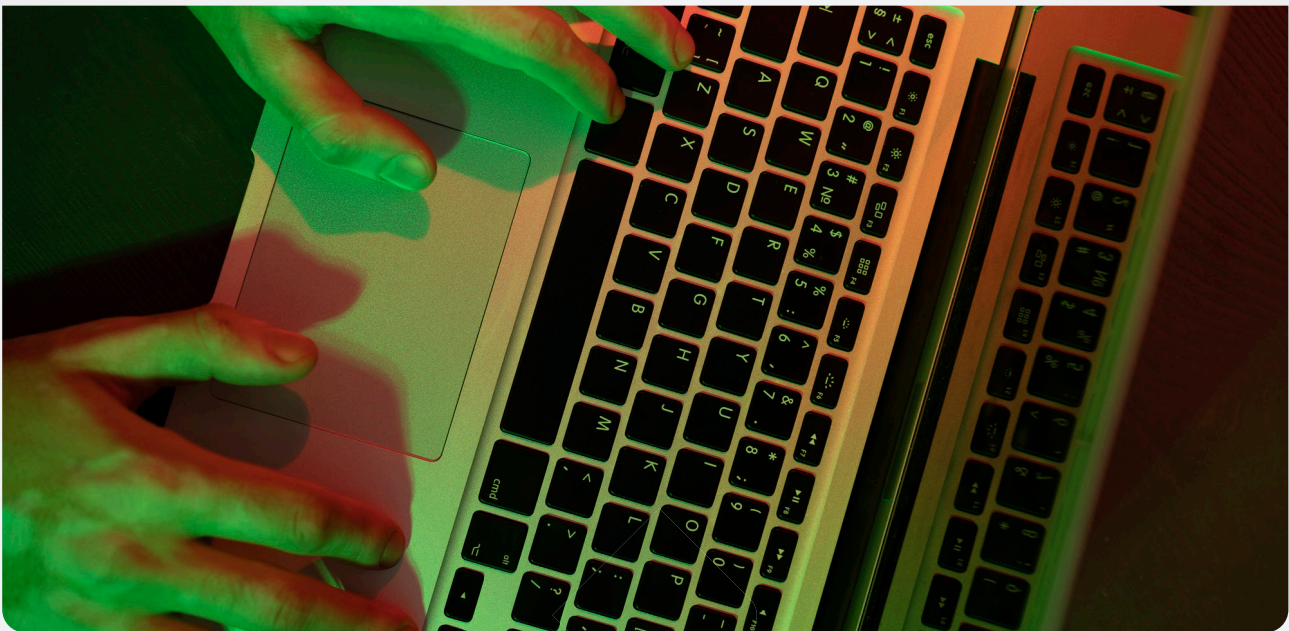
مفهوم فضای سایبری

سایبر در لغت به معنی غیرواقعی و مجازی می‌باشد؛ و از نظر شکلی فضای سایبری، پدیده‌ای است کل از جزء که می‌تواند ابعاد مختلفی را همانند اینترنت، مخابرات، رادیو، تلویزیون، موبایل و کلیه مواردی که از

امکانات وسیع این دنیای مجازی به حدی است که تمامی افراد به خصوص جوانان و دانشجویان که بیشترین کاربران اینترنت در ایران به شمار می‌روند، را به خود جذب کرده است. اواخر سده بیستم و در عصر فراصنعتی، جهان شاهد ظهور پدیده‌ای شگرف در اثر پیشرفت‌های علمی و فناوری‌های جدید بود. پدیده‌هایی که در حقیقت به معنای تولد جهانی دیگر با شرایط و ویژگی‌هایی متفاوت با جهان کنونی بود. این دنیای جدید، فضای مجازی یا فضای سایبر نام گرفت. (زیبر، ۱۳۸۳)

واژه فضای مجازی اولین بار در سال ۱۹۸۴ در رمان علمی-تخیلی ویلیام گیbson با نام نیورومنسر مطرح شد. فضای مجازی که منشا تحولات گوناگونی در زندگی بشر بوده، به همان اندازه که شرایط زندگی را بهبود بخشید؛ زمینه مساعدی برای ارتکاب جرم نیز بوده است. در توصیف رفتارهای انحرافی مرتبط با رایانه، اصطلاحات مختلفی از قبیل جرم رایانه ای، تخلفات رایانه ای، جرایم مجازی و یا جرایم سایبری به جای یکدیگر مورد استفاده می‌گیرند. جرایم سایبری نشانگر فعالیت‌های غیرقانونی و خلافکارانه مبتنی بر رایانه ای است که از طریق کاربرد شبکه جهانی آزاد و تکنولوژی اطلاعات و ارتباطات ناشی می‌شود. این جرایم فقط رایانه را شامل نمی‌شود؛ بلکه با فعالیت‌هایی مرتبط می‌شوند که از طریق تکنولوژی اطلاعات صورت می‌گیرند. (علیوردی نیا، انواری، ۱۳۹۴)

با افزایش روزافزون استفاده از امکانات اینترنت، جرایم مربوط به آن نیز روبه فزونی می‌باشد. تحقیقات موجود، نشان‌دهنده افزایش شکل‌های متنوعی از جرایم سایبری شامل هک کردن، حدس زدن کلمه رمز دیگران، پخش ویروس، پورنوگرافی و کلاهبرداری در



قرار می‌گیرند. به بیان روشن‌تر، تعامل کاربر با کاربر است که ملاک قرار می‌گیرد، نه صرفاً تعامل؛ زیرا چه بسا در مواردی کاربر با سیستم تعامل برقرار می‌کند.

جرم سایبری

در خصوص فضای سایبری و جرایم رایانه‌ای تعاریف زیادی مطرح شده است که برخی از این تعاریف شامل:

۱. فضایی است در امتداد فضای فیزیکی که غیر قابل لمس بوده و توسط ابزارهای رایانه‌ای و الکترونیکی در جهت ارتباطات درونی انسان‌ها بر بستر تهیه، ساخت و انتقال داده‌های الکترونیکی ایجاد گردیده است. (حافظ‌نیا، ۱۳۹۱)

۲. پروفیسور شیک حقوق دان برجسته اتریشی هم در تعریف جرم سایبری می‌گوید: «جرایم رایانه‌ای عبارت است از هر گونه عمل مجرمانه‌ای که در آن رایانه، وسیله یا هدف جرم باشد». (شیرزاد، ۱۳۸۸).

به‌طور کلی جرم سایبری به هر نوع رفتار عامدانه

ویژگی‌های کلی یعنی شبکه، تهیه داده و انتقال داده برخوردار است را شامل گردد. «فضای سایبری مجموعه‌ای از سیستم‌های اطلاعاتی به‌هم‌پیوسته و کاربران است که از طریق این سیستم‌ها تعامل دارند.» قید «سیستم‌های اطلاعاتی به‌هم‌پیوسته» در این تعریف، از آن روی است که بدون برقراری پیوند و ارتباط بین چند سیستم اطلاعاتی، اساساً فضایی شکل نمی‌گیرد تا نوبت به نام‌گذاری یا بررسی آن فضا برسد. در این تعریف، از واژه «کاربران» به‌صورت مطلق استفاده شده است؛ زیرا با پیشرفت هوش مصنوعی دیگر نمی‌توان ادعا کرد کاربران منحصر به انسان‌ها هستند و به نظر می‌رسد در مواردی ربات‌ها هم می‌توانند کاربر تلقی شوند و نکته آخر در تعریف ارائه شده این است که عبارت از «طریق سیستم‌ها تعامل دارند» برای تعیین یکی از وجه تمایزهای این فضا با مفاهیم مشابه است. با این توضیح که «تعامل» یکی از ارکان فضای سایبری است و «کاربران» هم رکن دیگری از آن است، در صورتی این دو به علاوه ارکان دیگر سازنده فضای سایبری خواهند بود که در تلاقی با یکدیگر

ممنوع از طریق استفاده از فناوری اطلاعات یا در برابر فناوری‌های دیجیتال گفته می‌شود. تعریف مذکور سه حوزه را معرفی می‌نماید که عبارت‌اند از:

۱. جرایمی که در انجام آن‌ها از کامپیوتر استفاده می‌شود. مانند کلاهبرداری‌های آنلاین و جرایم مالی؛
۲. جرایم خاصی که در برابر فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی اتفاق می‌افتد همانند سرقت از خدمات مخابراتی؛
۳. جنایات عادی با استفاده از ابزار نوین اطلاعاتی مانند پنهان کردن اطلاعات مربوط به جنایات دیگر.

به‌طور کلی سه گروه از مجرمین در فضای سایبری را می‌توان این‌گونه معرفی کرد:

- « گروه اول: همان مزاحمان کامپیوتری هستند که با انگیزه دستیابی به سیستم‌های کامپیوتری و اطلاعات موجود در آن مرتکب جرم می‌شوند. و اکثر آن‌ها جوانانی هستند که برای تفریح و سرگرمی و ارضای حس برتری‌جویی خود دست به آن می‌زنند.
- « گروه دوم: خلاف‌کارهای حرفه‌ای هستند که با انگیزه کسب منفعت مالی و مادی معمولاً، در مقوله جاسوسی، سرقت‌های رایانه‌ای و کلاهبرداری‌های میلیونی در فضای سایبری فعالیت می‌کنند.
- « گروه سوم: سودجویانی هستند که تنها با انگیزه صدمه‌زدن و ایراد خسارت‌های مادی و غیرمادی به دیگران مرتکب جرم می‌شوند؛ این دسته بدون قصد منفعت و یا سرگرمی و تفریح مرتکب جرم می‌شوند؛ این افراد معمولاً دارای اختلالات روحی و روانی بوده و یا با قصد انتقام‌جویی و لذت‌طلبی مرتکب جرم می‌شوند (باستانی، ۱۳۸۳).

قانون جرم سایبری:

در خصوص تاریخ وقوع اولین جرم کامپیوتری در ایران نمی‌توانیم تاریخ وقوع آن را با سال ۱۳۴۱ که کامپیوتر وارد ایران شد همزمان بدانیم؛ زیرا در ابتدا استفاده از کامپیوتر بسیار محدود بوده است و در دهه ۵۰ و ۶۰ به تدریج تعداد کامپیوترها افزوده شده است. اما به طور کلی تحقق اولین جرم سایبری در ایران را می‌توانیم تحت شرایطی در خردادماه ۱۳۷۸ بدانیم که در آن یک دانشجوی کامپیوتر و یک کارگر چاپخانه در کرمان چک‌های تضمینی را جعل می‌کردند.

سرانجام کشور ایران هم نیز، همانند سایر کشورهای دنیا برای اتخاذ تدابیر امنیتی و مقابله با جرائم رایانه‌ای در کشور قانونی برای ارتکاب چنین جرائمی در حوزه کامپیوتر و فضای سایبری تدوین کرد که این قانون در سال ۱۳۸۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. قانون جرایم رایانه‌ای در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ ۱۳۸۸/۳/۵ توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۲۰ به تایید شورای نگهبان رسید و در تاریخ ۱۳۸۸/۴/۳ جهت اجرا توسط رئیس جمهوری اسلامی ایران ابلاغ گردید.

به طور کلی در قانون جرایم رایانه‌ای کشور ما که مصوب ۱۳۸۸ است؛ عناوین مشخصی جرم‌انگاری شده است که شامل:

۱. جرائم علیه محرمانگی داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی که مربوط به دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز و جاسوسی رایانه‌ای می‌شود.
۲. جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی که مربوط به جعل رایانه‌ای، تخریب و اخلاف در سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی می‌شود.

۳. سرقت و کلاهبرداری رایانه‌ای.

۴. جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی در فضای رایانه‌ای.

۵. هتک حیثیت و نشر اکاذیب در فضای رایانه‌ای و... در قانون جرایم رایانه‌ای به آن‌ها اشاره شده است.

رایج‌ترین جرایم سایبری:

« فروش محصولات غیرقانونی: فروش مواد مخدر، اسلحه، حیوانات وحشی، داروهای غیرمجاز.

« جرایم مرتبط با مالکیت معنوی: سرقت نرم‌افزار، نقض کپی‌رایت، تقلید از علائم تجاری.

« جعل اسناد: اسکناس، تمپر، اوراق هویت و... را می‌توان با رایانه‌ها، پرینترها و اسکرین‌های حرفه‌ای جعل کرد.

« سرقت اطلاعات به صورت الکترونیکی: مانند سرقت اطلاعات ذخیره شده در دیسک‌ها.

« فیشینگ: جرمی که می‌توان رتبه نخست جرایم اینترنتی را به او اختصاص داد فیشینگ می‌باشد. در جرم فیشینگ مجرمان به منظور فریب دادن کاربران اینترنتی و به دست آوردن اطلاعات محرمانه حسابشان، اصولاً از طریق ایمیل‌های جعلی، پیامک‌های تبلیغاتی، سایت‌های خرید قلابی و... این کاربران را ترغیب می‌کنند تا اطلاعات شخصی حساب خود را در سایت‌های جعلی که توسط همین مجرمان طراحی شده است وارد کنند و از این طریق اطلاعات حساب افراد را به دست می‌آورند و اقدام به کلاهبرداری‌های میلیونی می‌کنند.

« اسکیمز: جرم اسکیمز را می‌توان تحت شرایطی یک نمونه از سرقت‌های اینترنتی نوظهور دانست، اسکی مینگ یعنی کپی

نیاز است که کارهای پژوهشی و تحقیقاتی در زمینه‌های مختلف جرایم سایبری انجام شود تا اطلاعاتمان در حوزه جرایم رایانه‌ای افزایش پیدا کند و راه‌حلهایی برای پیشگیری از جرایم رایانه‌ای پیدا کنیم. چند جرم دیگر هم از این جرایم مهم در حوزه فضای مجازی که این روزها به شدت دیده می‌شود شامل: نشر اکاذیب، توهین، تهدید افراد به افشای اسرار خصوصی آن‌ها و... است.

نتیجه‌گیری

فناوری اطلاعات در پیشرفت هر کشوری، نقش کلیدی ایفا می‌کند. لذا شناخت فناوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطی و تجهیز به آن، گامی مثبت در جهت تحقق توسعه پایدار جامعه است. یکی از چالش‌های قرن بیست و یکم، جرایم سایبری است. به منظور بهره‌مندی از مزایای فضای سایبر، این فضا می‌بایست به گونه‌ای امن شود که ارتکاب هر گونه جرم سایبری در آن غیرممکن شود. در جامعه‌ای که اطلاعات از باارزش‌ترین دارایی‌های کسب و کار و دولت است، به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از اطلاعات، داشتن یک رویکرد کلی‌نگر به مدیریت امنیت سیستم‌های اطلاعاتی الزامی است. با وجود روش‌ها و تکنیک‌های متعدد برای جلوگیری، شناسایی و بررسی جنایات سایبری، بهترین شیوه در جهت مقابله با این جرایم، مبتنی بر تجربه متخصصان و دست‌اندرکاران فناوری اطلاعات و حمایت‌های دانشگاهیان است.

سازمان‌هایی بایست به مسئله امنیت فناوری اطلاعات اهمیت کافی بدهند، مدیران آن رایک اولویت کاری بدانند و در جهت مقابله با این جرایم، برنامه و هدف داشته باشند. از سوی

غیرقانونی اطلاعات کارت بانکی شما بر روی یک کارت بانکی دیگر که از این طریق مجرمان می‌توانند حساب بانکی شما را خالی کنند

« **جرایم علیه مذهب:** برای مثال بیانات نوشتاری ضد مذهبی، تهمت به مذهب یا انتشار کاریکاتور می‌باشد.

« **دریافت جایزه:** یکی از قدیمی‌ترین جرایم اینترنتی و حقه‌های کلاهبرداران اینترنتی فریب افراد به بهانه برنده شدن آن‌ها در بانک یا قرعه‌کشی‌های مرکز خرید یا خریدهای اینترنتی و... می‌باشد، در این روش کلاهبرداران سایت‌های قرعه‌کشی جعلی درست کرده و با برنده اعلام کردن افراد اطلاعات حسابشان را به دست می‌آوردند و از این طریق حساب این افراد را خالی می‌کنند یا از آن‌ها مبلغی پول دریافت می‌کنند تا جایزه آن‌ها را ارسال کنند. نکته مهمی که باید به آن دقت کنید این است که برای واریز هرگونه وجه به حساب شما اعم از جایزه، پاداش، برنده شدن در قرعه‌کشی‌ها و... هیچ نیازی به اعلام رمز دوم شما و یا اعلام تاریخ کارت بانکی شما نیست.

« **کلاهبرداری رایانه‌ای:** متأسفانه باید بگوییم که کلاهبرداری‌های رایانه‌ای از جمله مهم‌ترین جرایم در حوزه سایبر می‌باشد که در حال حاضر هم در کشور ما روز به روز در حال افزایش است؛ و با توجه به ویژگی اصلی جرایم سایبری یعنی ارتکاب آن در فضای مجازی از هر نقطه مکانی و جنبه بین‌المللی آن مقابله کارآمد با این جرایم نیازمند همکاری‌های بین‌المللی است. اگر چه که تحقیقات و پژوهش‌ها توسط محققان و پژوهشگران حوزه علم حقوق و جرایم سایبری در کشور ما تا به حال مفید بوده و باعث آگاهی مردم شده است اما هنوز هم



این دادسرا وظیفه رسیدگی به جرائمی که در بستر فضای مجازی و اینترنت رخ می‌دهد را بر عهده دارد. به عنوان یک دانشجوی علم حقوق به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد می‌کنم که هر چه زودتر دست به اصلاح قانون جرایم رایانه‌ای سال ۱۳۸۸ بزنند و به کمک پژوهشگران و محققان حوزه جرایم سایبری، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی و... یک قانون علمی و جامع را به تصویب برسانند تا خلاءهای موجود در قانون و در فرایند رسیدگی به جرایم سایبری، پوشش داده شود؛ چراکه این روزها شاهد ظهور جرایم و ترفندهای عجیبی در فضای سایبر هستیم که قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ هیچ اشاره‌ای به آن‌ها نکرده است و این مسئله یک ضعف بزرگ در قانونگذاری برای کشور ما محسوب می‌شود.

دیگر وجود قوانین کارآمد و به‌روز با صراحت و شفافیت و اجرای شایسته و بایسته از سوی متولیان امر، نقش بسیار مهمی در نظارت و کنترل جرایم سایبری دارد. از آنجا که تغییرات در حوزه فناوری اطلاعات بسیار پرشتاب است؛ نباید انتظار داشته باشیم که قوانین مرتبط با جرایم سایبری برای مدت طولانی جوابگوی نیازهای فناوری اطلاعات جامعه باشد.

از سوی دیگر نباید تصویب و اجرای این دسته از قوانین را تنها راهکار مقابله بدانیم. مهم‌ترین گام برای اجرایی‌کردن این قوانین، آموزش و فرهنگ‌سازی عمومی در میان مردم است. گام دیگر، ایجاد دادگاه‌های خاص جرایم سایبری و اینترنتی و آموزش قضات و کارکنان است که فرایند رسیدگی به این جرایم را تسهیل و تسریع می‌نماید. فراموش نکنیم که اجرای طرح‌های امنیت سایبری تنها مربوط به دولت نیست و اجرای آن با همکاری کلیه بخش‌های خصوصی و شرکت‌های بزرگ تجاری ممکن است. از سوی دیگر آسیب‌پذیری در زمینه تأمین امنیت سایبری، امنیت ملی کشورمان را هدف قرار می‌دهد و این مسئله تهدیدی برای مردم‌نهادها است. شرایط خاص ایران سبب شده تا تجربه مقابله با بسیاری از جرایم سایبری مدرن را نداشته باشد و این واقعیت می‌طلبد تا از تجارب ارزشمند کشورهای توسعه‌یافته استفاده شود.

لازم به ذکر است که چنانچه متأسفانه قربانی جرایم رایانه‌ای یا همان جرایم سایبری شدید پس از آگاهی سریعاً به مراجع قضایی مراجعه کرده و یا با پلیس فتا تماس گرفته و با اعلام وقوع جرم، برای پیگیری و دستگیری این مجرمان اقدام کنید. شما برای ثبت شکایت خود در خصوص کلاهبرداری اینترنتی باید به دادسرای جرائم رایانه‌ای مراجعه کنید؛ چراکه

منابع:

۱. انواری، علیوردی. (۱۳۹۴)، جرایم سایبری در ایران، مصادیق جرایم سایبری و راهکارهای مقابله با آن؛ کنفرانس بین‌المللی علوم انسانی و علوم اجتماعی ارلیش، زیر. (۱۳۸۳)، جرایم رایانه ای؛ نشر گنج دانش
۲. باستانی، برومند. (۱۳۸۳)، جرائم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری؛ مجله تحقیقات حقوقی.
۳. جزایری، نعمت‌اللهی، امیرپان فارسانی، (۱۳۹۸) مقاله: پیشگیری از جرایم سایبری و محدودیت‌های حاکم بر آن، چاپ شده در فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار.
۴. حافظ‌نیا، محمدرضا. (۱۳۹۱)، جغرافیای سیاسی فضای مجازی، انتشارات سمت.
۵. دوکوهکی، محمدرضا. (۱۳۹۶)، بررسی جزائی جرائم رایانه‌ای و سایبری. انتشارات قانون یار. تهران.
۶. صبح‌خیز، پورقهرمانی، صفاری، (۱۳۹۹)، مقاله: الگوی راهبردی مقابله با جرایم سایبری در ایران، چاپ شده در فصلنامه مطالعات راهبردی ناجا.
۷. صفدری، امیرحسین. (۱۳۹۹)، یادداشت علمی: تحت عنوان: نگاه علم حقوق به جرایم سایبری. چاپ شده در روزنامه اطلاعات.
۸. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
۹. قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸
۱۰. کاظمی سنجانی، بیژن. (۱۳۹۶)، جرائم کامپیوتری و سایر، انتشارات قانون یار. تهران.
۱۱. گرگی، مارکو (۱۳۸۹) جرایم سایبری؛ راهنمایی برای کشورهای در حال توسعه، نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، پلیس امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات.
۱۲. نامجویان، محمدرضا. کجوئیان، مرجان. (۱۳۹۸)، جرایم سایبری، انتشارات آل قلم. تهران

حقوق فناوری

TECHNOLOGY LAW

قرارداد لیسانس فناوری (با تأکید بر حقوق مالکیت فکری)

علی دهقانی

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

قرارداد لیسانس فناوری از جمله قراردادهای انتقال تکنولوژی است که این دسته از قراردادها، از انواع قراردادهای تجاری بین‌المللی محسوب می‌شوند. انتقال تکنولوژی معمولاً به‌وسیله یک یا چند قرارداد جداگانه، هم‌زمان و یا به‌تدریج تثبیت و تسجیل می‌شود. نحوه و شیوه اجرایی و حقوق و تعهدات طرفین به‌صورت شروطی که در ضمن این قراردادها درج می‌شود معین می‌گردد...

که معمولاً شامل سه سال تحصیل پس از پایان دوره کامل متوسطه است؛ شهادتنامه درجه مزبور» (دهخدا، ۱۳۷۳، ۱۷۵۳) همچنین در فرهنگ پیشرفته آکسفورد نیز در برابر آن آمده است: «مدرکی رسمی که نشان می‌دهد اجازه داراشدن، استفاده کردن یا انجام برخی امور اعطا شده است؛ همچون گواهینامه رانندگی، یا به پروانه مطیع به نفس اجازه نیز لیسانس می‌گویند.» (هورن بای، ۲۰۰۰، ۷۴۰).

در اصطلاح، اعطای لیسانس یا اعطای مجوز بهره‌برداری عبارت از یک سازوکار حقوقی است که به موجب آن امکان مبادله حقوق یا دارایی‌های خاصی فراهم می‌گردد. بدین توضیح که یک طرف قرارداد (لیسانسر، اعطاکننده مجوز یا انتقال دهنده) به طرف دیگر قرارداد (لیسانسی، گیرنده مجوز یا انتقال گیرنده) اجازه ساخت، تولید، فروش، عرضه و استفاده از محصولات یا فرایندهای خاصی را اعطا می‌نماید. محصولات یا فرایندهای قراردادی مزبور ممکن است مشتمل بر یک یا چند مورد از مواردی که در ادامه می‌آیند باشد: اختراع (حق اختراع) دانش

در بیان اوضاع و شرایط انتقال فناوری، روشن است که تدوین سیاست‌های مربوط به انتقال فناوری حکایت از آن دارد که طی سال‌های اخیر، دولت‌های مختلف و به‌ویژه کشورهای در حال توسعه از نقش مهم علم و فناوری در توسعه اقتصادی و اجتماعی جوامع خود آگاهی یافته‌اند؛ اما دیده می‌شود که از یک سو کشورهای در حال توسعه به خصوص در سطح دولتی، برای بالارفتن ظرفیت خود در جذب فناوری تدابیر مناسب و لازم را اتخاذ نمی‌کنند و از سوی دیگر کشورهای بیشتر توسعه یافته و صاحب فناوری در واگذاری و انتقال فناوری‌های جدید و کارآمد خویش به کشورهای در حال توسعه، بسیار محتاطانه و سخت‌گیرانه عمل می‌نمایند.

ماهیت و مفهوم

پیش از تعریف لیسانس از لحاظ اصطلاحی لازم است ابتدا اشاره مختصری به معنی لغوی آن داشته باشیم. لیسانس در اصل واژه‌ای فرانسوی است و در لغت‌نامه فارسی دهخدا چنین معنی شده است: «روانه؛ درجه عالی



بود، هرچند تأثیر اصل آزادی اراده و توافق طرفین در تبیین و ترسیم ابعاد حقوقی قرارداد غیرقابل انکار به نظر می‌رسد. (باغبان، ۱۳۹۹)

انواع قراردادهای لیسانس

تقسیم از حیث قلمرو حقوق لیسانس گیرنده

۱. **لیسانس غیرانحصاری یا ساده:** منظور از لیسانس غیرانحصاری یا ساده^۲، قراردادی است که به موجب آن ضمن اعطای مجوز بهره‌برداری به لیسانس گیرنده، امکان اعطای لیسانس به اشخاص ثالث و یا امکان بهره‌برداری توسط شخص لیسانس دهنده در حوزه جغرافیایی واحد وجود دارد. این نوع از لیسانس از آن جهت که متضمن منافع اقتصادی بیشتری برای لیسانس دهنده می‌باشد و در پی آن امکان بهره‌برداری از منابع مختلف مالی برای وی فراهم می‌آید، ممکن است مورد انتخاب واقع شود. از دیگر سو این نوع لیسانس برای لیسانس گیرنده نیز متضمن این فایده است که به واسطه غیرانحصاری بودن موضوع، رویالتی کمتری پرداخت می‌نماید. رویالتی مبلغی است که به منظور بهره‌برداری از امتیاز منابع دارای ارزش اقتصادی (برای نمونه حق استخراج از معدن) یا برای بهره‌گرفتن از امتیاز حقوق مالکیت معنوی و حق تکثیر (کپی‌رایت)، حق امتیاز، نشانه تجاری یا دانش فنی و تکنولوژی به دولت یا مالک پرداخت می‌شود.

۲. **لیسانس انحصاری:** لیسانس انحصاری^۳ که بیشتر در راستای تأمین منافع لیسانس گیرنده می‌باشد، به این معنا است که حق انحصاری تولید و فروش یا سایر

معین (اسرار تجاری)، نام‌ها (علائم تجاری) و یک شکل یا جلوه‌ای از یک کار اصیل (کپی‌رایت).

در قراردادهای لیسانس فناوری، واگذارنده فناوری با دریافت‌کننده آن توافق می‌نماید که بهره‌برداری از موضوع قرارداد در مدت معین، در قلمرو جغرافیایی مشخص، در قبال مبلغی مقطوع یا غیرمقطوع و نسبت به تمام یا بخشی از موضوع انجام پذیرد. ویژگی بارز حقوق مترتب بر انواع آفرینش‌های فکری و فناوریانه، آن است که دارندة آن واجد حق انحصاری بهره‌برداری شخصی و جلوگیری از سوءاستفاده دیگران نسبت به دارایی خود می‌باشد. براین اساس به دنبال انعقاد قرارداد لیسانس، واگذارنده از استناد به حق خویش دائر بر جلوگیری از استفاده از حقوق خود در برابر لیسانس گیرنده محروم می‌شود (مانند حق بهره‌برداری انحصاری) و باید استفاده لیسانس گیرنده از فناوری اش را در مدت قرارداد اجازه دهد و به نوعی تضمین کند.

در آخر باید گفت، قرارداد لیسانس فناوری را نمی‌توان در چارچوب عقود داخلی من جمله عقد موجد حق انتفاع، از لحاظ شباهت مطالعه نمود؛ زیرا در برخی از انواع قراردادهای لیسانس، مانند قرارداد لیسانس انحصاری، علی‌رغم انتقال حق انتفاع، مالکیت منفعت نیز به لیسانس گیرنده منتقل می‌شود. از لحاظ ماهیتی، انتقال حق انتفاع با انتقال مالکیت منفعت تفاوت دارد؛ زیرا که در حق انتفاع هیچ‌گونه انتقال مالکیت منفعتی رخ نمی‌دهد، فلذا اعتقاد به اصل استقلال ماهیت حقوقی قراردادهای لیسانس و شناسایی آن به عنوان یکی از اقسام معین قراردادهای تجاری بین‌المللی، بهترین توجیه برای تحلیل ماهیت حقوقی این دسته از قراردادها خواهد

2 Unexclusive or Simple license

3 Exclusive license

باید گفت که در مواردی فناوری‌های خاصی هستند که دارای کاربردهایی در حوزه‌های مختلفی هستند و می‌توان آن‌ها را در صنایع و زمینه‌های مختلف به کار گرفت. معمولاً در این مورد، در قرارداد تصریح می‌شود که چه نوع استفاده‌هایی برای لیسانس گیرنده مجاز است و بدیهی است که خارج از حوزه معین، چنانچه فناوری به کار گرفته شود، لیسانس گیرنده به منزله ثالث تلقی و مرتکب نقض حقوق لیسانس دهنده شده است. اما چنانچه حوزه استفاده از فناوری معین نشده باشد، اختلاف نظر وجود دارد. یک نظر آن است که بگوییم در این صورت لیسانس گیرنده مجاز به استفاده از فناوری در تمامی حوزه‌ها می‌باشد، اما نظر منطقی‌تر این است که بگوییم آن نوع استفاده‌ای که از مجموع مفاد قرارداد و به‌ویژه نوع فعالیت لیسانس گیرنده قابل استنباط است، باید مجاز دانسته شود و اگر استفاده مزبور غیرمتعارف یا شائبه سوءاستفاده لیسانس گیرنده از سکوت قرارداد را در پی داشته باشد، در این صورت چنین استفاده‌ای ممنوع است.

به طور مثال، فناوری به‌کاررفته در تولید میکروفیلم ممکن است هم در زمینه عکاسی هم در رادیولوژی، پزشکی و هم در زمینه امنیتی هم در حوزه‌های نظامی کاربرد داشته باشد. حال چنانچه لیسانس گیرنده یکی از شرکت‌هایی باشد که در زمینه تولید تجهیزات پزشکی فعالیت دارد و فناوری مزبور را در قالب قرارداد لیسانس به دست آورده باشد؛ اما در متن قرارداد به نوع یا حوزه استفاده از فناوری اشاره‌ای به عمل نیامده باشد، در این مورد به نظر می‌رسد از مجموع اوضاع و احوال موجود می‌توان استنباط کرد که استفاده نظامی از آن فناوری ممنوع است». (باغبان، رحیم، ۱۳۹۹، ۵۰۶)

بهره‌برداری‌های فناورانه دیگر، در محدوده جغرافیایی معین و در مدت قراردادی مشخص فقط به لیسانس گیرنده اعطا می‌شود و لیسانس دهنده متعهد می‌شود نه تنها شخصاً از اقدامات و بهره‌برداری‌های مشابه اجتناب کند، بلکه متعهد می‌شود که لیسانس دیگری از همان نوع و در همان محدوده جغرافیایی و مدت قراردادی، به شخص ثالثی اعطا ننماید و بدین وسیله لیسانس گیرنده حق ایجاد ممانعت از رقابت تجاری هر شخص دیگر در آن زمینه را دارد.

۳. لیسانس شبه انحصاری یا منفرد: قسم سوم از این دسته‌بندی به لیسانس انفرادی، منفرد یا شبه انحصاری مشهور است.^۴ موجب آن لیسانس دهنده از اعطای لیسانس‌های دیگر به اشخاص ثالث ممنوع می‌شود، لیکن شخصاً مجاز به بهره‌برداری‌های فناورانه در حوزه جغرافیایی قراردادی خواهد بود.



تقسیم از حیث حوزه استفاده از فناوری تحت لیسانس
در توضیح این دسته از قراردادهای لیسانس،

تقسیم از حیث موضوع لیسانس

قراردادهای لیسانس فناوری علی القاعده ناظر به لیسانس حق اختراع، دانش معین و علائم تجاری است و گرچه اعطای مجوز تولید و عرضه انواع مالکیت‌های ادبی و هنری در قالب لیسانس شایع است، اما معمولاً به چنین قراردادهایی لیسانس فناوری اطلاق نمی‌گردد؛ مگر به شرط آنکه متضمن خلق یک اثر فناورانه در حوزه هنر یا امور ادبی و علمی باشد، چنان که با استفاده از فناوری جدید بتوان آثار هنری بدیع و جدیدی را تولید و عرضه کرد.

«دادن اطلاعات لازم درباره انتفاع از مبیع، به‌ویژه در امور فنی، لازمه تسلیم است» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۵۳، ۱۶۸). انتقال انواع حقوق مالکیت‌های صنعتی و دارایی‌های فناورانه که تحت یک نظام قانونی به ثبت رسیده باشد، اساسی‌ترین بخش تعهدات لیسانس دهنده را تشکیل می‌دهند، چرا که ثبت شدن یک فناوری، فوایدی از جمله دسترسی به فناوری از طریق اعطای لیسانس دوجانبه، ابزاری قدرتمند جهت اقدام قانونی علیه تقلیدکنندگان و سوءاستفاده‌کنندگان و حمایت دولت

آثار قرارداد لیسانس

تعهدات لیسانس دهنده (لیسانسر)

به‌طور کلی تعهدات لیسانس دهنده را می‌توان به دودسته تقسیم کرد: یکی تعهد به تسلیم و تحویل موضوع تحت لیسانس و دوم تعهد به تضمین حقوق لیسانس گیرنده در قبال اقدامات اشخاص ثالث. براین اساس و ذیل این دو عنوان کلی به تعهدات فوق اشاره خواهیم نمود:

۱. تعهد به واگذاری و تحویل موضوع تحت

لیسانس: هدف غایی از انعقاد قرارداد لیسانس، تدارک شرایطی است که لیسانس گیرنده را متمکن از تصرف و بهره‌برداری‌های مجاز قراردادی و قانونی از فناوری تحت لیسانس بنماید. تحقق تسلیم بسته به تنوع موضوع قرارداد متفاوت خواهد بود: در مواردی با تسلیم «عین» مورد معامله، در جایی به اعتبار «فراهم نمودن شرایط انتفاع از منفعت یک مال» و در برخی حالات با توجه به «رفع مانع حقوقی و تجویز تصرفات قانونی» در یک موضوع قابل تحقق خواهد بود.

متبوع را به دنبال دارد. اما در این میان نکته مهم آن است که آیا لیسانس دهنده باید آخرین دستاوردهای خود در زمینه فناوری را در اختیار لیسانس گیرنده قرار دهد؟ به نظر می‌رسد در پاسخ به این سؤال باید بین موردی که اختراع تکمیلی قبل از انعقاد

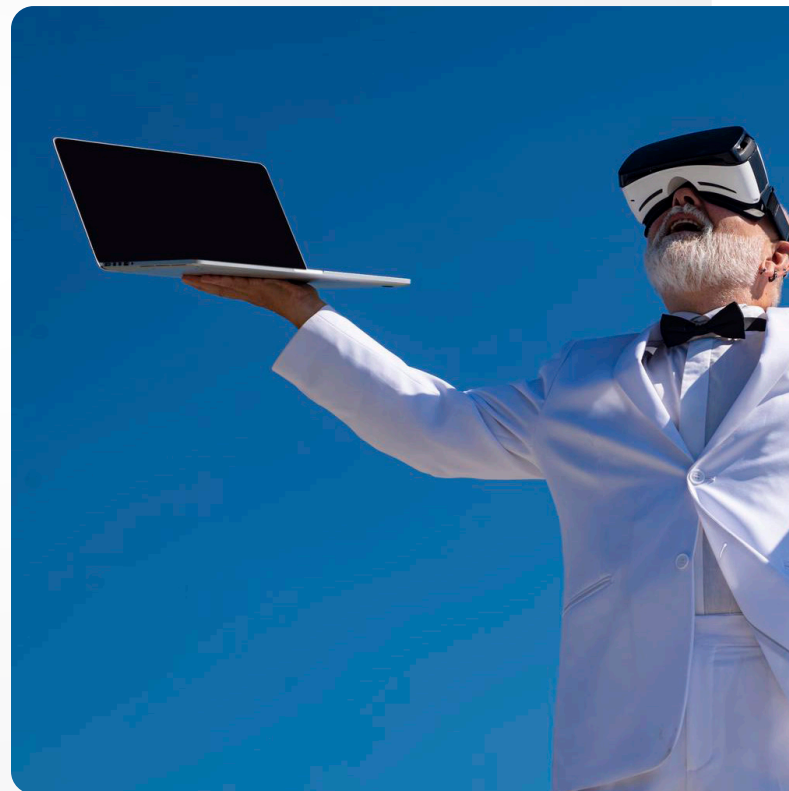


استدلال است، زیرا عرفاً لازمه بهره‌برداری مفید از فناوری تحت لیسانس آن است که لیسانس گیرنده به آخرین تحولات فناورانه در آن زمینه دسترسی داشته باشد. (انصاری، ۱۳۸۸)

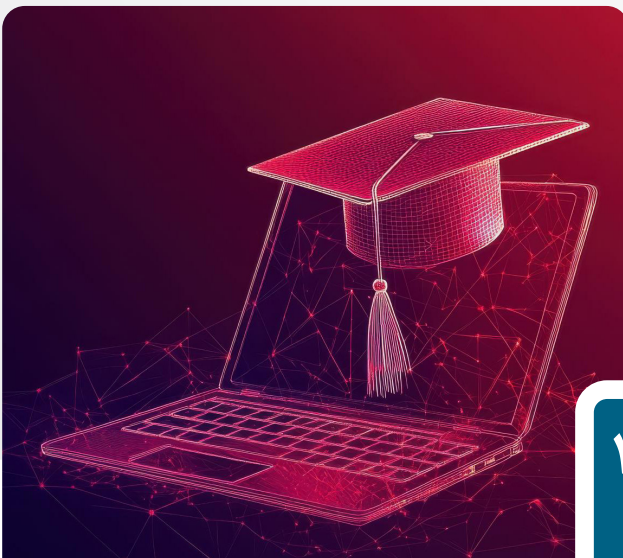
۲. تعهد به تضمین حقوق لیسانس

دهنده: بهره‌برداری مطلوب از موضوع در قراردادهای لیسانس فناوری، به قابلیت‌های فنی و تجاری فناوری و برخورداری آن از حمایت و اعتبار قانونی بستگی دارد. اصولاً مالکیت‌های صنعتی تحت نظام حقوق معینی اعم از داخلی و یا بین‌المللی به ثبت می‌رسند و به دنبال صدور پروانه‌های دولتی از حمایت قانونی برخوردار می‌شوند. براین اساس یکی از مهم‌ترین نکاتی که باید مورد تضمین لیسانس دهنده واقع شود آن است که وی از حق مسلم و مشروعی نسبت به موضوع لیسانس برخوردار باشد؛ تا به تبع آن قادر به واگذاری یا اعطاء لیسانس به دیگری باشد. گرچه منطقاً نمی‌توان توجیه اقتصادی و بازدهی تجاری فناوری تحت لیسانس را تضمین نمود (تعهد به تضمین نتیجه)، اما علی‌القاعده آنچه که تا حدی می‌توان در مورد آن ضمانت نمود، این است که فناوری قراردادی از حیث کارایی، مفید بودن و مطلوبیت از استانداردهای حداقلی برخوردار باشد. از مهم‌ترین موضوعات قابل توجه در رابطه با تعهدات

قرارداد لیسانس به دست آمده باشد و حالتی که مربوط به بعد انعقاد قرارداد باشد، تفاوت گذاشت. در مورد اختراعات تکمیلی که قبل از انعقاد قرارداد لیسانس کشف و به دست آمده باشند، باید گفت تعهد به تسلیم مورد اصلی معامله شامل تعهد به تسلیم توابع یا فروع آن هم می‌شود و از این رو لیسانس دهنده باید پیشرفت‌های فناورانه تکمیلی یا اختراع تکمیلی را هم به عنوان موضوع تعهد تلقی کرده و آن‌ها را منتقل نماید. ولیکن در مورد آن دسته از پیشرفت‌های فناورانه که پس از انعقاد



قرارداد تحصیل شده باشد؛ دیدگاه‌های متفاوتی قابل طرح است که نظر بهترین است که با توجه به اصل حسن نیت در اجرای قراردادها، لیسانس دهنده تعهد به انتقال نوآوری‌های مزبور را نیز دارد که مفاد ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران نیز مؤید این



لیسانس دهنده، باید به موردی اشاره نمود که استفاده لیسانس گیرنده از موضوع لیسانس باعث نقض حقوق انحصاری اشخاص ثالثی شود که برای همان موضوع یا قسمتی از آن دارای یک حق مکتسبه باشند و چنانچه در پی بهره برداری لیسانس گیرنده، دعوایی علیه وی توسط ثالث ذی نفع مطرح گردد، باید گفت لیسانس دهنده شخصا پاسخگو خواهد بود و سرمایه گذاری و بهره برداری لیسانس گیرنده را در مقابل ادعای مطروحه تضمین خواهد کرد و چنانچه ثابت شود که به واسطه قرارداد لیسانس، حقوق انحصاری ثالث نقض گردیده است، در این صورت لیسانس دهنده موظف به جبران خسارت وارده به لیسانس گیرنده نیز خواهد بود.

تعهدات لیسانس گیرنده (لیسانسی)

۱. **تعهد به پرداخت قیمت:** شیوه پرداخت ممکن است پولی باشد یا غیرپولی که علی القاعده پرداخت هزینه فناوری مورد انتقال با پول صورت می گیرد و معمولا دو شیوه اصلی برای پرداخت قیمت وجود دارد؛ که یکی پرداخت قیمت به صورت مقطوع، یکجا یا یک قلم می باشد و دیگری پرداخت به صورت حق امتیاز یا رویالتی که یک شیوه جاری و مدت دار است. شیوه غالب پرداخت در قراردادهای لیسانس آن است که معمولا به هنگام انعقاد قرارداد، مبلغی بابت نفیس اعطای لیسانس اخذ می شود و به دنبال آن بسته به میزان فروش، حجم تولید و یا میزان سود حاصله، درصدی به عنوان رویالتی تعیین می گردد که زمان پرداخت آن و ارزی که بر اساس آن باید پرداخت صورت گیرد، با توافق دو طرف مشخص می شود.
۲. **تعهد به رازداری:** تعهد به محرمانه نگه داشتن فناوری موضوع قرارداد، به ویژه

در قراردادهای لیسانس دانش فنی بسیار حائز اهمیت است. در مواردی که فناوری مورد نظر در قالب یکی از مالکیت های فکری به ثبت رسیده و دارای پروانه ثبت باشد، حفظ و حمایت از آن آسان تر خواهد بود؛ لیکن در مواردی که فناوری تحت لیسانس از قبیل اطلاعات و دانش فنی باشد که پروانه ثبت مستقلا برای آن صادر نشده است (مانند اسرار تجاری)، تصریح به رازداری و محرمانه نگه داشتن آن توسط لیسانس گیرنده ضروری است؛ زیرا اصول مالیت و ارزش چنین اطلاعات و دانش فنی به محرمانه بودن آن ها بستگی دارد و با جلوگیری از افشای آن ها می توان جنبه تجاری این اسرار را حفظ کرد. علی الاصول این تعهد از حیث زمانی محدود به دوره اعتبار قرارداد نمی شود و حتی پس از انحلال و خاتمه اعتبار قرارداد نیز باقی و پابرجا می ماند که معمولا با درج و پیش بینی وجه التزام قراردادی، اجرای این خواسته توسط لیسانس گیرنده تضمین می شود.

۳. **تعهد به بهره برداری از موضوع و رعایت محدوده لیسانس:** غالبا حفظ یا بقای اعتبار حقوق مالکیت های فکری با استفاده از آن ها ملازمه دارد؛ همان طور که در اغلب موازین داخلی مربوط به مالکیت های فکری، مقرراتی وجود دارد که در صورت عدم بهره برداری از یک آفرینش فکری، ممکن است حقوق مالک نسبت به آن موضوع سلب شده و بهره برداری از آن در قالب لیسانس اجباری^۵ به سایرین واگذار شود (بند ۴ ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات ایران مصوب ۱۳۱۰ مؤید این نظر است).^۶ علاوه بر آن در

5 compulsory licensing

۶ ماده ۳۷ - در موارد ذیل هر ذینفعی می تواند به محکمه ابتدایی تهران رجوع کرده و تقاضای صدور حکم بطلان ورقه اختراع را

مواردی که قیمت فناوری تحت لیسانس به صورت رویالتی یا حق امتیاز تعیین می شود، تعهد به بهره برداری توسط لیسانس گیرنده ملازمه و ارتباط کامل با حقوق لیسانس دهنده در این موارد دارد؛ زیرا در این حالت منافع لیسانس دهنده متناسب با درآمد و یا فعالیت لیسانس گیرنده قابل ارزیابی خواهد بود و به ویژه در موردی که قرارداد از نوع لیسانس انحصاری باشد، اگر لیسانس گیرنده به این تعهد خود عمل نکند، می توان گفت که مرتکب نقض قرارداد شده است.

نتیجه گیری

همان گونه که بررسی شد، در پاسخ به این پرسش که ماهیت قرارداد لیسانس در حقوق ایران چیست بیان شد که این قراردادها علی رغم شباهت زیاد با عقد موجد حق انتفاع، ماهیت خاص و مستقل خود را دارند. می دانیم که قراردادهای با ماهیت مستقل و خاص، ویژگی های منحصر به فرد را دارند؛ بنابراین به هنگام انعقاد قراردادهای لیسانس لازم است به قواعد و اصول ویژه آنها توجه شود و شباهت این قراردادها با عقد موجد حق انتفاع نباید موجب جاری ساختن قواعد و ویژگی های خاص این عقد مدنی بر این قرارداد تجاری بین المللی شود.

بنماید:

- ۱- وقتی که اختراع اختراع جدید نیست.
- ۲- وقتی که ورقه اختراع مخالف مقررات ماده ۲۸ صادر شده باشد.
- ۳- وقتی که اختراع مربوط به طریقه های علمی صرف بوده و عملاً قابل استفاده صنعتی یا فلاحی نباشد.
- ۴- وقتی که پنج سال از تاریخ صدور ورقه اختراع گذشته و اختراع به موقع استفاده عملی گذاشته نشده باشد.

از طرفی، رعایت مقررات حقوق مالکیت فکری در قراردادهای تجاری بین المللی و انتقال فناوری، علی الخصوص قرارداد لیسانس فناوری، به قدری حیاتی و سرنوشت ساز است که جزو لیست اولویت های انتخاب فناوری برای لیسانس دهنده و لیسانس گیرنده است؛ زیرا که فناوری فاقد ثبت، فاقد حمایت دولت متبوع می باشد و فناوری ای که مشمول حقوق مالکیت فکری نیست، به دلیل عدم اطمینان بخشی و عدم قابل پیگیری بودن، از استقبال سرمایه گذاران بهره مند نمی باشد.

در نهایت از مطالب بررسی شده، اهمیت بسزایی که حقوق مالکیت فکری بر قلمرو انتقال فناوری و قرارداد لیسانس دارد پیوند گسترده این دو نظام هویدا می شود.

منابع:

کتاب ها:

۱. باغبان، رحیم، (۱۳۹۹)، قراردادهای تجاری بین المللی، مشهد، انتشارات آوای حکمت
۲. رهبری، ابراهیم، ۱۳۹۲، حقوق انتقال فناوری، تهران، انتشارات سمت
۳. صابری، روح الله، ۱۳۹۳، قراردادهای لیسانس، تهران، نشر دانش
۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۵۳، عقود معین، جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش

مقالات:

۱. ادیبی، اکبر، (۱۳۹۳)، توسعه و انتقال فناوری دریایی از دیدگاه حقوق بین الملل توسعه و انتقال فناوری در تئوری و عمل، مجله پژوهش های حقوقی (علمی-ترویجی)، شماره ۲۹
۲. افشاری پور، غلامرضا، حسین پور، محمدرضا، (۱۳۹۵)، ماهیت و ویژگی های قرارداد لیسانس و قابلیت انطباق آن با عقود معین در قانون مدنی ایران، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۵
۳. انصاری، مهدی، (۱۳۸۴)، قرارداد بین المللی لیسانس فناوری، مجله حوزه و دانشگاه، سال یازدهم، شماره ۴۴
۴. اخلاقی، بهروز، بیابانگرد، حسین، (۱۳۷۹)، انتقال فناوری و جایگاه آن در سرمایه گذاری خارجی، مجله حقوقی دانشگاه تربیت مدرس تهران، دوره ۴، شماره ۴

بخش ویژه

SPECIAL SECTION

- زندگی و میراث علمی رمون گسن ۱۱۹
- مریم هدایتی در برابر شرکت بیمه اتومبیل کلاب ۱۲۵
- معرفی گرایش حقوق مالکیت فکری ۱۳۳

زندگی و میراث علمی رمون گسن چهره‌ی ماندگار جرم‌شناسی در فرانسه



شهرام ابراهیمی

دانشیار بخش حقوق جزا و جرم‌شناسی
دانشگاه شیراز

رمون گسن، در سال ۱۹۶۳ به درجه استادی در رشته حقوق کیفری نائل آمد. از سال ۱۹۶۴ تا ۱۹۷۷ و نیز مجدداً از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۳ ریاست موسسه علوم کیفری و جرم‌شناسی را بر عهده داشت. وی در این مدت دوره کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی را نیز مدیریت و دوره آموزش محور مقابله با ناامنی را تأسیس نمود...

جرم‌شناس بنیانگذار

استاد گسن در سال ۱۹۹۶ بازنشسته گردید و به پاس خدمات علمی، از جمله نگارش کتاب منحصر به فرد جرم‌شناسی و نیز تالیف مقالات وزین در قلمرو حقوق کیفری، سیاست جنایی، جرم‌شناسی و نیز نظریه عمومی حقوق، نکوداشت نامه‌ای مشتمل بر ۳۵ مقاله در حوزه علوم جنایی حقوقی و تجربی در سال ۲۰۰۷ به وی تقدیم شد.^۱ استاد گسن سرانجام در تاریخ چهارشنبه می ۲۰۱۶ برابر با ۱۳۹۵/۲/۱۵ هجری شمسی، در سن ۸۵ سالگی درگذشت.

مدنی دفاع کرد. در سال ۱۹۵۴ به عنوان دستیار در دانشکده حقوق دانشگاه اکس-مارسی مشغول به فعالیت شد. مدتی نیز در دانشکده حقوق دانشگاه نیس به عنوان استادیار به تدریس پرداخت. در سال ۱۹۶۰ به صورت حق التدریس در دانشگاه اکس-مارسی تدریس خود را ادامه داد و در نهایت در سال ۱۹۶۳ پس از موفقیت در کنکور پذیرش استاد، در بخش حقوق خصوصی و علوم جنایی اکس مارسی به صورت رسمی استخدام شد.

ریمون گسن در ۱۸ دسامبر ۱۹۳۰ در شهر مارسی فرانسه متولد شد. لیسانس خود در رشته حقوق را در سال ۱۹۵۰ اخذ کرد و در سال ۱۹۵۵ از رساله دکتری خود در زمینه آیین دادرسی

وی در سال ۱۹۶۷ دارای کرسی حقوق کیفری شد. از سال ۱۹۶۴ تا ۱۹۷۷ مدیریت موسسه علوم کیفری و جرم‌شناسی آن دانشگاه را بر عهده گرفت و مدیریت افتخاری مؤسسه را بر عهده داشت. استاد گسن از سال ۱۹۶۴ تا ۱۹۸۱ عضو کمیته هماهنگی تحقیقات وزارت دادگستری شد. استاد بین ۱۹۷۳ تا ۱۹۷۵ برای تدریس حقوق کیفری و جرم‌شناسی به کانادا رفت و همزمان مشاور کمیسیون اصلاحات حقوق کیفری کانادا در اوتاوا گردید. در سال ۱۹۷۵ عضو هیأت داوران کنکور پذیرش استاد دانشکده‌های حقوق فرانسه شد. در سال ۱۹۸۰ نیز به عنوان رئیس شورای مدیریت انجمن جرم‌شناسی فرانسه انتخاب شد.

۱ بین‌المللی شدن آورده های جرم شناسی از طریق اسناد کیفری بین‌المللی عنوان مقاله استاد دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی در این مجموعه است



دپارتمان حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه اکس مارسی فرانسه

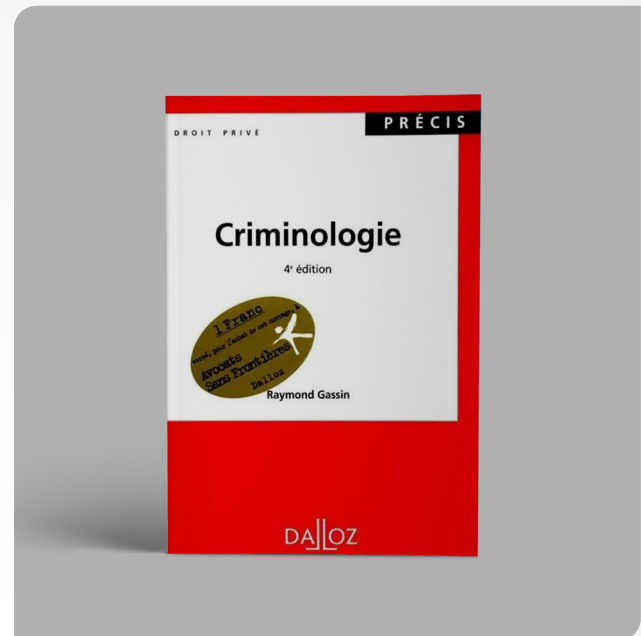
مدتی بعد گروه مطالعات معرفت شناسی را در دانشکده حقوق راه اندازی کرد. در سال ۱۹۷۶ دوره کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی را در آن دانشگاه تأسیس و تا سال ۱۹۸۳ مدیریت آن را بر عهده گرفت. در سال ۱۹۹۰ نیز یک دوره کارشناسی ارشد حرفه‌ای را در دانشگاه اکس-مارسی ایجاد و تا سال ۱۹۹۳ به عنوان رئیس آن فعالیت می‌کرد. ضمن اینکه مدیریت مرکز و آزمایشگاه حقوق کیفری و جرم‌شناسی تطبیقی را از سال ۱۹۹۳ تا ۱۹۹۶ بر

و پست مدرن در یک مجموعه منسجم با نیم نگاهی به حقوق کیفری، به یک کار بی نظیر دست زده است.

در واقع اگر حقوق کیفری تا حدود زیاد، به مرزهای داخلی محدود مانده است؛ بالعکس جرم‌شناسی در حد و مرز نمی‌گنجد. برای پرداختن به جرم‌شناسی، نویسندگی چنین کتابی الزاما باید دانش نظری و تجربی و نیز تولیدات علمی در فرانسه و خارج از فرانسه - بویژه در آمریکا- را که در چند دهه اخیر چند برابر شده است با هم تلفیق نماید. ضمن اینکه آورده‌های جامعه‌شناسی جنایی سه دهه ۱۹۶۰ تا ۱۹۹۰ را تحت تسلط خود درآورد. افزون بر این، فلسفه انتقادی پست مارکسیست و نمایندگان برجسته آن در دهه شصت و هفتاد را به خوبی بشناسد. لذا به نظم کشیدن این حجم عظیم عقاید، مناقشات و اختلاف نظرها و در دسترس قرار دادن آن بازبانی ساده و البته علمی، نیازمند همت، پشتکار و حتی جسارت است. رمون گسن این کار را با موفقیت انجام داده است. انتشار پیاپی کتاب جرم‌شناسی وی، دلیل این موفقیت است.

اقامت وی در کانادا و ارتباط با جرم‌شناسان آمریکای شمالی و به طور خاص مونترال، موجب شد استاد با تولیدات جرم‌شناسی به زبان انگلیسی نیز از نزدیک آشنا شود. این آشنایی تا حدود زیادی به وی کمک کرد تا ضمن اشاره به تحولات هر موضوعی، با یک دید انتقادی، ترکیبی زیبا از دانش جرم‌شناسی معاصر برای فرانسویان و فرانسوی زبان‌ها ارائه دهد. جالب اینکه در کانادا نیز تحولات تدریجی تفکر رمون گسن به طور جدی دنبال می‌شود. لذا به لطف رمون گسن، جرم‌شناسی فرانسه زبان از لحاظ فکری قدرتمند شد.

عهده داشت. از سال ۱۹۹۶ نیز به عنوان استاد افتخاری دانشگاه اکس-مارسی به فعالیت‌های پژوهشی مشغول بود. وی یکی از مشهورترین جرم‌شناسان و کیفری دانان هم عصر خود بود.



چرایی ورود به قلمرو جرم‌شناسی

با توجه به تحصیلات استاد در زمینه حقوق کیفری، چرا عمده تولیدات علمی وی در زمینه جرم‌شناسی است؟ استاد گسن از همان ابتدای زندگی علمی خود، جرم‌شناسی را تدریس و یک نوع آموزش تخصصی در این رشته را ابداع نمود. در سال ۱۹۸۸ کتاب جرم‌شناسی را منتشر ساخت. آخرین چاپ این اثر ماندگار که معمولا در هر چاپ با اصلاحات فراوان همراه است؛ به سال ۲۰۱۱ باز می‌گردد. این کتاب که در ابتدا برای دانشجویان حقوق دانشگاه‌های فرانسه تهیه شده بود؛ به کتابی مرجع برای تمام علاقمندان جرم‌شناسی تبدیل شده است. کتاب مذکور بدون تردید تنها کتابی است که ادبیات جهانی جرم‌شناسی را به طور نظام‌مند مورد توجه قرار داده است. رمون گسن برای تجزیه و تحلیل، ارزیابی و ادغام آورده‌های اندیشه‌های انتقادی

بدون جرم‌شناسی ممکن نیست و باید آن دو را به موازات هم پیش برد. بنابراین شروع به سرمایه‌گذاری در این رشته نمودم که البته کار، تلاش و همت زیادی می‌طلبید. لذا شروع به مطالعه سلسله مقالات ژان پیناتل در مجله علوم جنایی (RSC) و نیز اولین چاپ کتاب جرم‌شناسی وی (۱۹۶۰) نمودم. باید اقرار کنم از این مطالب چیز زیادی نمی‌فهمیدیم. لذا برای درک و فهم این مبهمات و ضرورت تسلط بر کلاس و بالابردن توان تدریس از فرهنگ لغات جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، روان‌پزشکی و زیست‌شناسی کمک می‌گرفتم. البته در این راه هرگز ناامید نشدم و این احساس را داشتم که آرام آرام می‌شود آن را فرا گرفت.



با این حال به دو دلیل هیچ وقت حقوق کیفری را رها نکردم:

۱. به دلیل سیاست دانشگاهی: زیرا در دانشکده‌های حقوق فرانسه، جرم‌شناسی نه به دلیل خصومت بلکه به دلیل ترس ناخودآگاهی که یک موضوع ناشناخته ایجاد می‌کند؛ چندان مورد توجه قرار نمی‌گرفت. از طرفی برای اعتبار بخشیدن به این رشته

بزرگ‌ترین امتیاز رمون گسن پشتکار و شرافت علمی و درستکاری وی می‌باشد. گسن در طول حیات علمی خود نشان داده است شرافت و درستکاری علمی و فکری، تنها ضامن توسعه واقعی این علم محسوب می‌شود. وی در این کتاب عناصر بحث را از فلسفه تا رویه قضایی و جرم‌شناسی با ظرافت کامل طرح و تجزیه و تحلیل کرده است. بدین ترتیب، استاد ثابت کرده است غلبه نفوذ زبان انگلیسی، مانع تولید یک اثر جرم‌شناسی با کیفیت در سطح جهانی نیست.

چگونگی ورود گسن به قلمرو جرم‌شناسی

استاد در خصوص چگونگی ورود به حوزه جرم‌شناسی بیان می‌دارد: من در ابتدا تصمیمی برای ورود به این رشته نداشتم؛ زیرا نه تعلیمات تخصصی جرم‌شناسی خوانده بودم و نه جامعه‌شناسی و روان‌شناسی و... در واقع من یک حقوق‌دان هستم. جالب اینکه متخصص حقوق خصوصی. در حالی که یک متخصص حقوق عمومی و یا علوم سیاسی در برخی زمینه‌ها اشراف بیشتری به مسائل جنایی دارد. جالب‌تر اینکه ترم‌ها در زمینه آیین دادرسی مدنی است؛ تنها چیزی که بیگانه با جرم‌شناسی است.

من بر حسب اتفاق به سمت جرم‌شناسی هدایت شدم. در سال ۱۹۶۴ در حالی که استاد جوانی بودم، استاد Le Bret، دارنده کرسی حقوق کیفری دانشکده حقوق اکس-مارسی و بنیانگذار موسسه علوم کیفری و جرم‌شناسی همین دانشگاه بر اثر سانحه از بین رفت. رئیس دانشکده حقوق به من پیشنهاد نمود تا جانشین وی گردم. در آن زمان متوجه شدم که پرداختن هوشمندانه به حقوق کیفری



بیان می‌کنم. در سال ۱۹۷۰ به من پیشنهاد شد بخش جرم‌شناسی یک کار گروهی دانشگاهی را بپذیرم. پیش از این بخش علم اداره زندان، این کتاب به همکاران دیگر واگذار شده بود. در آن زمان طبق برنامه دانشگاه این دو عنوان در کنار هم قرار داشت. اما من پس از مدتی تأمل، این پیشنهاد را نپذیرفتم؛ زیرا خود را آماده انجام این کار نمی‌دیدم.

در حدود ده سال بعد، آقایان استفانی، لواسور و ژامبو مرلن از من خواستند به آن‌ها در روزآمد کردن کتاب جرم‌شناسی و علم اداره زندان، انتشارات دالوز، که ناشر چاپ جدید را درخواست کرده بود؛ کمک کنم. انجام این کار را با قدردانی پذیرفتم؛ اما خیلی زود و در هنگام کار متوجه شدم که استنباط من از جرم‌شناسی با اساتید فوق به طور کلی متفاوت است. به طوری که نمی‌توانستم تمام ارجاعاتی را که در طی سال‌های تدریس این درس جمع‌آوری کرده

در این فضای دانشگاهی، درست نبود مدرس این درس از حقوق فاصله گرفته باشد.

۲. دلیل دوم یک **دلیل علمی** است و آن این است که ما چه بخواهیم و چه نخواهیم این حقوق کیفری است که با ترسیم یک دایره، حوزه کاری جرم‌شناسی را ترسیم می‌کند.

اما در مورد پژوهش و فعالیت جرم‌شناسی باید گفت که من همیشه خود را مکلف به رعایت برخی قواعد رفتاری کردم. از جمله اینکه همیشه سعی کرده‌ام در حد امکان بی طرف باشم. به همین دلیل همیشه کوشیده‌ام آثار سایر جرم‌شناسان را هر چند با نظرات آنان موافق نباشم را ذکر و تجزیه و تحلیل کنم.

نگارش کتاب جرم‌شناسی

اما چند جمله‌ای نیز در مورد کتاب جرم‌شناسی

در فرانسه و سراسر جهان بدانند را پیدا خواهد کرد. در واقع، کار تا حد امکان کامل است؛ حتی مطمئناً بیشتر از کتاب‌های آمریکایی مربوطه.

نویسندگان پاسخ‌های روشن، مستحکم، مستند و منصفانه‌ای را برای تمام سؤالات عمده‌ای که در مورد جرم، مجرم و کارآمدی ابزارهای کاهش آن مطرح می‌شوند؛ ارائه می‌کنند. با انجام این کار، گسن و همکارانش نشان می‌دهند که جرم‌شناسی واقع‌در فرانسه وجود دارد. در ویرایش جدید، فهرست منابع به‌طور جدی به‌روزرسانی شده است. در تمام فصل‌ها، خواننده تعاریف روشن، تمایزات به موقع، داده‌های تجربی محکم و نقدهای خردمندانه می‌یابد.

کتاب جرم‌شناسی استاد گسن، به‌عنوان ابزاری ارزشمند، دست‌کم دو کارکرد دارد: اول اینکه خواننده را از تمام موضوعات اصلی جرم‌شناسی در گذشته و حال آگاه می‌کند و ثانیاً به لطف گستردگی و کتاب‌شناسی قابل توجهی که دارد؛ به مرجعی اجتناب‌ناپذیر تبدیل شده است.^۲

بودم؛ به‌عنوان پاورقی ذکر کنم. بدین ترتیب پیشنهاد دادم که چاپ جدید (چاپ پنجم در سال ۱۹۸۲) را بدون ذکر نام من منتشر نمایند.

در مقابل پیشنهاد دادم جرم‌شناسی را از علم اداره زندان جدا و آن‌ها را تحت دو اثر جداگانه ارائه نمایند. این امر به سهم خود موجب ورود این رشته در برنامه‌های درس دانشکده حقوق، انعطاف و نرمش بیشتر همکاران و تسهیل زمینه ورود من می‌شد و اجازه می‌داد شخصا یک کتاب جرم‌شناسی مجزا تدوین کنم.

پس از موافقت، کار تدوین کتاب را با حرارت لازم شروع کردم. البته این نکته را از شما پنهان نمی‌کنم که چون از لحاظ حجم و وسعت کار، آن را از قبل برآورد نکرده بودم؛ چند بار تصمیم به ترک آن گرفتم. لیکن سرانجام با جدیت تمام آن را دنبال کردم؛ تا اینکه اولین چاپ آن در سال ۱۹۸۸ در انتشارات دالوز منتشر شد و تاکنون (تا زمان این سخنرانی) پنجمین چاپ آن (۲۰۰۳) با موفقیت انتشار یافته است.

کتاب جرم‌شناسی استاد گسن از زبان موریس کووسن

موریس کووسن به مناسبت انتشار ویراست هفتم کتاب جرم‌شناسی استاد گسن می‌گوید: از زمان انتشار اولین نسخه جرم‌شناسی، استاد رمون گسن به غنی‌سازی شاهکار خود از طریق به‌روزرسانی و بررسی پیشرفت‌های جدید ادامه داده است. اکنون در ویرایش هفتم، این غنا در حال تداوم است؛ با این ویژگی که دو نویسنده جدید اضافه شده‌اند. یکی جرم‌شناس و دیگری استاد حقوق کیفری. نتیجه این همکاری چشم‌گیر است. خواننده تقریباً هر آنچه را که باید در مورد جرم‌شناسی

2 Maurice Cusson, RSC 2012 p.767

(با موضوع مسئولیت مدنی و قواعد عمومی قراردادها)
مریم هدایتی در برابر شرکت بیمه اتومبیل کلاب



امیررضا غفاریان

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

خانم مریم هدایتی به عنوان خواهان، پیرو صدور رأی دادگاه بدوی به نفع شرکت بیمه اتومبیل کلاب، خواستار تجدیدنظر در حکم دادگاه بدوی شد...



خلاصه پرونده

در نهایت شرکت بیمه (به عنوان خواننده) در مصالحه توفیقی کسب ننمود و با رای دادگاه تجدیدنظر به پرداخت ۲۶ میلیون دلار محکوم شد. با توجه به تقصیر بیمه گزار، وی باید محکوم به پرداخت خسارت می شد؛ ولی در ادامه بررسی می شود که تخطی خواننده از حسن نیت سبب قرار گرفتن دین بر ذمه او شده است.

شرح وقایع

موریس وانویک در روز بعد از حادثه، شرکت بیمه را از تصادف مطلع کرد و در همان روز، ارزیاب بیمه به خانه او رفت. بیمه گزار در همان جلسه رسماً با امضای خود اجازه فاش کردن سقف حق بیمه را به شرکت بیمه داد.^۲ وانویک در همان جلسه علاوه بر اجازه فاش کردن سقف حق بیمه، اظهارات دیگری نیز به ارزیاب ارائه نمود تا شرکت بیمه مدارک لازم برای صلح

موریس وانویک^۱ پس از عبور از چراغ قرمز و برخورد با خواهان باعث ایجاد مصدومیت سنگینی برای او شد. در تاریخ ۱ اکتبر ۲۰۱۲ راننده (بیمه گزار شرکت کلاب) با اتومبیل خود با خواهان برخورد کرد و در اثر این حادثه وی یکی از پاهای خود را از دست داد و مدتی در کما بستری شد. وانویک شرکت بیمه را از حادثه مطلع نموده و کتباً اجازه فاش کردن سقف حق بیمه خودش را به شرکت ارائه کرد. علی رغم درخواست های مکرر وکیل خواهان، اتومبیل کلاب سقف حق بیمه موریس وانویک را فاش نکرد و زمانی که وکیل از سقف حق بیمه ۲۵ هزار دلاری مطلع شد، کلاب مدرک کتبی برای صحت سنجی این اطلاعات ارائه نکرد. شرکت بیمه از ارائه کردن اطلاعات دیگری نیز مانند یک کپی از بیمه نامه وانویک و اظهارات او مبنی بر نداشتن بیمه نامه دیگر خودداری نمود.

^۲ طبق قانون کالیفرنیا سقف حق بیمه محرمانه، و بین بیمه گر و بیمه گزار است و فاش شدن آن یا با اجازه شخص بیمه گزار یا بوسیله تعقیب قضایی امکان پذیر است.

بازیان دیده را در اختیار داشته باشد. مطابق اظهارات و انویک، او در خانه والدینش سکونت داشته و شغل و دارایی خاصی ندارد و فقط تحت حمایت یک بیمه نامه است.

حدود دو هفته بعد از حادثه، درحالی که ارزیاب بیمه فردای روز حادثه این اجازه را کسب کرده بود، وکیل خواهان از اتومبیل کلاب درخواست کرد که از بیمه گذار اجازه فاش کردن سقف حق بیمه را کسب کنند. ارزیاب بیمه ادعا کرد که در تاریخ ۱۹ اکتبر ۲۰۱۲ در طی یک تماس تلفنی، برای مصالحه به وکیل خواهان پیشنهاد پرداخت سقف حق بیمه را ارائه کرده لیکن وکیل، این ادعا را تکذیب کرده و بیان کرد که هیچ تماسی صورت نگرفته است. ارزیاب نیز نتوانست ادله ای برای ادعای خود ارائه کند؛ ولی ثابت شد که در تاریخ ۱۹ اکتبر، مسئولیت رسیدگی به شکایت خانم هدایتی به یک ارزیاب جدید سپرده شده بود. ارزیاب جدید، بیمه نامه های دیگری به نام پدر آقای وانویک پیدا کرد؛ اما هیچ کدام برای این حادثه قابل اعمال نبودند.

ارزیاب جدید در تاریخ ۳۰ اکتبر، نامه ای که تمام اظهارات ۲ اکتبر آقای وانویک به آن ضمیمه شده بود، آماده نمود تا آن را به وکیل خواهان ارسال کند، اما در نهایت آن نامه ارسال نشد و ارزیاب فردای همان روز (۳۱ اکتبر) نامه دیگری بدون آن ضمائم ارسال کرد که در آن قید شده بود: اتومبیل کلاب قصد دارد مبلغ ۲۵ هزار دلار، به عنوان سقف حق بیمه را، به موکل شما برای مصالحه پرداخت نماید...

طبق اظهارات وکیل خواهان، در طی ماه نوامبر، شرکت بیمه به درخواست های مکرر وی برای مدارک بیشتر (از جمله یک کپی از بیمه نامه وانویک) پاسخی نداد. بالاخره

در تاریخ ۲۰ نوامبر ۲۰۱۲ وکیل هدایتی ایجابی برای صلح به اتومبیل کلاب ارائه کرد؛ چراکه خانم هدایتی قصد داشت با همان مبلغ ۲۵ هزار دلار مصالحه نماید. اما در ضمن ایجاب شرایط دیگری نیز تعیین شده بود که مطابق آن شرکت بیمه باید تا تاریخ ۲۷ نوامبر ۲۰۱۲ پاسخ خود را به ایجاب ارائه کند و موظف است اسنادی را به عقد صلح ضمیمه نماید. اسناد و مدارک مدنظر بدین شرح است: اظهارات بیمه گذار مبنی بر عدم اشتغال، کسری ارزش دارایی های وی از ۲۰۰ هزار دلار، همچنین ارائه مدارک لازم تا ثابت شود که بیمه نامه دیگری قابل اعمال نیست و در نهایت یک کی از بیمه نامه آقای وانویک.

مسئولان شرکت بیمه تا زمان انقضای ایجاب هیچ واکنشی نشان ندادند؛ فقط در تاریخ ۲۸ نوامبر ارزیاب بیمه از وکیل خانم هدایتی، تمديد مدت اعتبار ایجاب را درخواست نمود ولی او این درخواست را نپذیرفت و بیان کرد که ایجاب خانم هدایتی دیروز زائل گردیده و دیگر چیزی برای تمديد وجود ندارد.

با توجه به اطلاعاتی که وکیل خانم هدایتی در این مدت کسب کرده بود؛ وی ادعا کرد که عملکرد مسئولان شرکت، برای رسیدگی به این شکایت، مغایر با خط مشی های معمول شرکت بوده و مسئولان از استانداردهای متعارف خود برای رسیدگی به شکایات تخطی کرده اند^۳. بعد از زوال ایجاب مصالحه، خانم هدایتی علیه شرکت بیمه از جهت تخطی از تعهد حسن نیت و معامله منصفانه طرح دعوا نمود.

۳ با توجه به اظهارات مسئولان شرکت بیمه، این خط مشی ها و استانداردها، به عنوان سر تجاری محفوظ هستند و مطابق درخواست آنان، این موارد در شرح پرونده ذکر نشده.



دادگاه بدوی

به ایجاب پاسخ بدهد و دلیل متعارفی برای سریع الزوال بودن ایجاب وجود ندارد. بنابراین خواننده از تعهد خود مبنی بر حسن نیت و رعایت مصلحت بیمه‌گذار و زیان دیده تخطی ننموده است.

بعد از ارائه تمام مدارک پرونده به دادگاه، قبل از تشکیل جلسه رسیدگی، نماینده خواننده تقاضای حکم اختصاری نمود^۴ و ادله‌ای که بر سر آن اختلافی نبود را به قاضی تسلیم نمود:



پیشنهاد مصالحه در نامه ۳۱ اکتبر ۲۰۱۲ صورت گرفته، همچنین سریع الزوال بودن ایجاب ۲۰ نوامبر نامتعارف تلقی می‌شود و شرکت به سبب هفته کاری کوتاه، فرصت پاسخ به ایجاب را نداشته (تعطیلی رسمی جشن شکرگزاری).

برای قاضی بدوی، همین ادله برای صدور حکم اختصاری کافی بود: بر اساس مدارک موجود، خواننده (شرکت کلاب) هیچ عملی بر خلاف اصل حسن نیت انجام نداده؛ بلکه در نامه ارسال شده در تاریخ ۳۱ اکتبر ۲۰۱۲ قبل از خواهان ایجاب صلح را مطرح کرده و از حیث حقوقی در این مورد تخطی از حسن نیت زمانی صورت می‌گیرد که بیمه‌گر بی دلیل و به گونه‌ای غیرمتعارف ایجاب مصالحه را رد نماید. این در حالی است که در پرونده حاضر بیمه‌گر ایجاب را رد نکرده؛ بلکه فقط قادر نبوده تا در یک مدت زمان کوتاه

دادگاه تجدیدنظر

وکیل تجدیدنظرخواه (خانم هدایتی) معتقد بود که قاضی در صدور حکم اختصاری دچار اشتباه شده و برخلاف نظر قاضی بدوی، ادله قوت کافی برای صدور حکم به نفع خانم هدایتی را ندارد. نکته حائز اهمیت آن است که در مرحله تجدیدنظر، ادله باید به نفع تجدیدنظرخواه تفسیر بشوند^۵.

تجدیدنظرخواه در استدلال خود بیان کرد که به

۴ صدور حکم اختصاری (summary judgment) قبل از رسیدگی در جلسه دادگاه و توسط قاضی بدوی صورت می‌گیرد. این حکم زمانی صادر می‌شود که متقاضی حکم (the movant/ the moving party)، تمامی ادله پرونده که طرفین بر سر آن اختلافی ندارند را به قاضی ارائه می‌کند و ادعا می‌کند که هیچکدام از این ادله به گونه‌ای نیست که قاضی را متقاعد کند تا حکمی بر علیه متقاضی صادر کند و اگر قاضی نیز این ادعا را صحیح بداند، اقدام به صدور حکم اختصاری به نفع متقاضی حکم می‌کند. نکته مهم در خصوص حکم اختصاری این است که بعد از صدور این حکم دیگر جلسه بدوی تشکیل نمی‌شود. در صورت اعتراض طرف مقابل، پرونده مستقیماً وارد فاز تجدیدنظر می‌شود، و اگر اعتراضی نباشد، همان حکم اختصاری قطعی می‌شود. اگر فرآیند رسیدگی به پرونده‌ها را به ترتیب شرح بدهیم ابتدا پرونده تشکیل می‌شود و سپس نوبت به تامین دلیل و ارائه ادله می‌رسد و بعد از آن نوبت به دادرسی بدوی می‌رسد، حکم اختصاری مرحله بعد از تامین دلیل و قبل از دادرسی است که در بعضی از پرونده‌ها، من جمله همین پرونده، صادر می‌شود.

مبلغ مندرج در بیمه نامه را می پردازد. ولی بیمه گذار مسئول پرداخت وجوهی فراتر از سقف بیمه نامه است^{۱۱} و اگر عملکرد بیمه گر، بیمه گذار را در معرض این خطر مالی بزرگ قرار بدهد؛ مسئولیت خود را به درستی اجرا نکرده است^{۱۲}. پس برای به حداقل رسانیدن تعارض منافع، هر بیمه گری متعهد به حسن نیت و رعایت مصلحت بیمه گذار می شود^{۱۳}.

فلذا اگر شرکت بیمه بتواند دعوا را در حدود بیمه نامه ختم به صلح بکند و به دلایلی این کار را نکند، از حسن نیت تخطی نموده و آن شرکت مسئول پرداخت تمام دینی است که دادگاه، به سبب آن دعوا، بر ذمه بیمه گذار قرار می دهد^{۱۴} و دادگاه سعی دارد بیمه گذار را در وضعیتی قرار دهد که گویی تعهد کاملاً اجرا شده و معادل منافع حاصله از بیمه نامه به بیمه گذار تعلق گرفته است^{۱۵}.

سبب تعهد ضمنی بیمه گر، مبنی بر حسن نیت، شرکت باید کاملاً مصلحت بیمه گذار را به مانند مصلحت خودش در نظر داشته باشد^۶. عدم حسن نیت در این پرونده لزوماً به معنای رد کردن ایجاب صلح نیست^۷؛ بلکه انطباق یا عدم انطباق عملکرد بیمه گر بر اصل حسن نیت باید بر اساس وقایع پرونده کشف بشود^۸. چه بسا بیمه گری سقف حق بیمه را بپردازد؛ اما در فرایند رسیدگی به شکایت زیان دیدگان از سایر تعهدات خود تخطی کند و باعث ضرر دیدن بیمه گذار بشود^۹.

حسن نیت، بیمه گر را موظف می کند که در جهت مصالحه دعاوی مطروحه علیه بیمه گذاران تلاش متعارف به عمل آورد^{۱۰}. علت وجود این وظیفه، تعارض منافی است که به وجود می آید؛ چرا که اگر دعوا خارج از دادگاه ختم به مصالحه نشود، بیمه گر صرفاً سقف

6 Wilson v. 21st century ins.

7 Inc. Carma developers inc. v. Marathon development California

8 Pinto v. Farmers ins. exchange

9 Fleming v. Safeco ins. Co.

10 Kransco v. American empire surplus line ins.

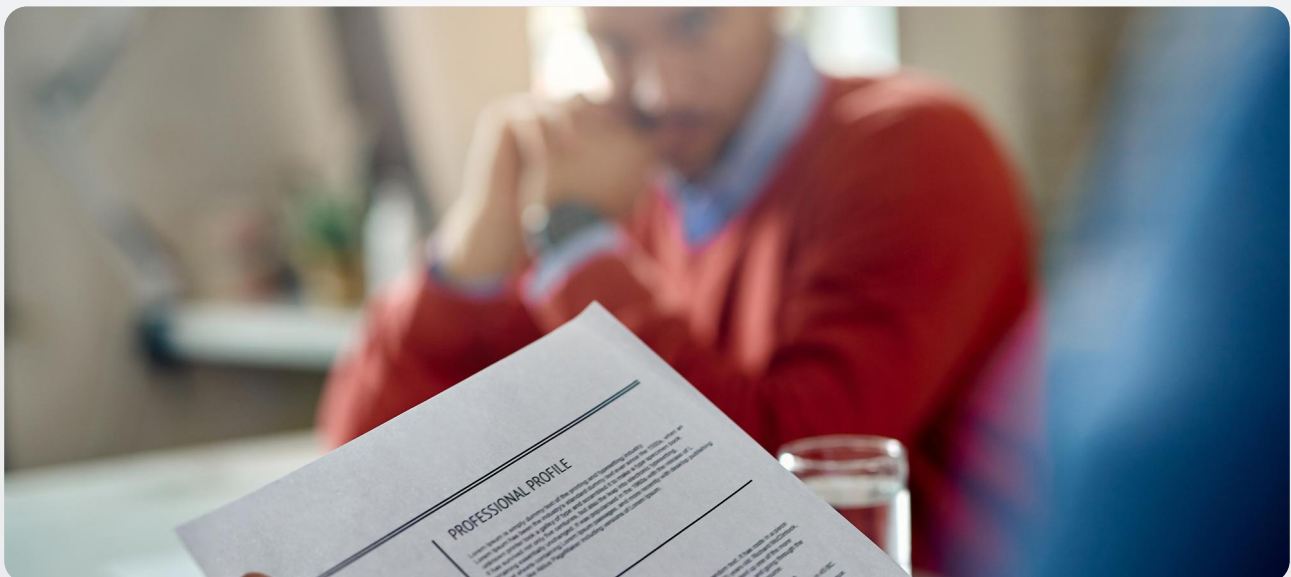
11 Meritt v. Reserve ins. Co.

12 Murphy v. Allstate ins. Co.

13 Meritt v. Reserve ins. Co.

14 Hamilton v. Maryland casualty co

15 Comunale v. traders and general ins. Co.



مسئولان شرکت بیمه آگاه بودند که زیان دیدگان حوادث، قبل از مصالحه چه مدارکی را مطالبه می کنند و به همین خاطر در تاریخ ۱۲ اکتبر ۲۰۱۲ ارزیاب بیمه اظهارات وانویک را با امضاء وی به اطلاع شرکت بیمه رساند؛ اما اتومبیل کلاب در هیچ یک از مراحل مذاکره، آن اظهارات را در اختیار وکیل زیان دیده قرار نداد. این مسئله علی رغم این رخ داد که مسئولان شرکت با توجه به وقایع می دانستند که اگر دعوا به دادگاه برود؛ بیمه گذار به مبلغ بسیار سنگین تر از سقف حق بیمه (۲۵ هزار دلار) محکوم خواهد شد.^{۱۸}

با توجه به اهمال کاری شرکت بیمه، وکیل خانم هدایتی به این نتیجه رسید که تنها یک راهکار می تواند مسئولان را به ارسال مدارک مورد نیاز مجاب کند: یک ایجاب صلح سریع الزوال. یکی دیگر از ادله نمایندۀ شرکت بیمه، مرخصی گرفتن مسئول دریافت نامه های پستی بود.

استدلال او به شرح ذیل بود: یک پیشنهاد مصالحه می تواند بدون تقصیر بیمه گری پاسخ بماند.^{۱۹} در زمانی که ایجاب مصالحه برای شرکت ارسال شد؛ مسئول دریافت نامه های پستی، به دلیل بیماری مرخصی گرفته بود و شخص دیگری به نامه های دریافتی رسیدگی نکرد و یکی از کارمندان در تاریخ ۲۷ نوامبر (آخرین روز اعتبار ایجاب) نامه مصالحه را در اختیار رئیس بخش قرار داد و رئیس بخش در آن روز به دلیل رفتن به دندان پزشکی در دفترش حضور نداشت و وی در صبح روز ۲۸ نوامبر از ایجاب مطلع شد.

علاوه بر حسن نیت، شرکت بیمه موظف است که ارتباط خود را با بیمه گذار حفظ نماید و اگر فقدان ارتباط مناسب مانع از مصالحه در حدود بیمه نامه بشود؛ شرکت بیمه از مسئولیت حفظ ارتباط تخطی نموده است.^{۱۶} در پروندۀ حاضر، اتومبیل کلاب پیشنهاد مصالحه ۲۰ نوامبر را به اطلاع موریس وانویک نرسانده و وی را در معرض حکمی بسیار سنگین تر از سقف حق بیمه قرار داده؛ در حالی که بیمه گر موظف است که هر گونه ایجاب مصالحه که به مصلحت بیمه گذار می باشد را به اطلاع وی برساند.^{۱۷}

تجدید نظر خوانده نتوانست ثابت کند که آقای موریس وانویک در فاصله ۲۱ تا ۲۷ نوامبر خارج از دسترس بوده است و تلاش نمایندۀ شرکت بر این بود که عدم پاسخگویی به ایجاب مصالحه، با توجه به شرایط کارمندان، متعارف و خالی از هر گونه تقصیر توجیه شود؛ اما در نهایت ادله قانع کننده ای برای این ادعا ارائه نشد.

وکیل تجدید نظر خوانده مانند دادگاه بدوی استدلال کرد که با توجه به تعطیلی رسمی جشن شکرگزاری، سریع الزوال بودن ایجاب متعارف نیست؛ پس در نتیجه عدم پاسخگویی شرکت نمی تواند نامتعارف تلقی شود. لیکن کلاب نتوانست ثابت کند که تلاشی برای ارتباط با وانویک به عمل آمده. همچنین با توجه به شرح وقایع پرونده، شرکت بیمه هرگز پاسخ مناسبی به وکیل تجدید نظر خواه ارائه نکرد و در هیچ یک از مراحل یک کی از بیمه نامه وانویک را در اختیار وی قرار نداد؛ فلذا تعیین یک ددلاین سخت گیرانه در چنین شرایطی نباید نامتعارف تلقی بشود.

۱۸ علت این محکومیت سنگین تقصیر آقای وانویک بود چرا که وی با عبور از چراغ قرمز باعث حادثه شده بود.

19 Pinto v. Farmers ins. exchange

16 Boicourt v. Amex assurance co.

17 Heredia v. Farmers ins. Co

می توانست با پرداخت سقف حق بیمه دعوارا ختم به صلح کند و چنین نکرد پس با این عمل، بیمه گذار را در معرض یک حکم بسیار سنگین قرار داد و با توجه به تقصیر شرکت و نقض تعهد ضمنی حسن نیت، پرداخت تمام دین بر ذمه بیمه گر قرار گرفت و در نهایت درخواست تجدیدنظر در دیوان عالی کالیفرنیا در تاریخ ۱۷ نوامبر ۲۰۲۱ نیز رد شد.^{۲۱}

ولی این استدلال هم مورد پذیرش قرار نگرفت؛ چراکه اتومبیل کلاب نتوانست اثبات کند که شرایط فوق الذکر یک موقعیت غیرعادی و اورژانسی بوده؛ چراکه بیماری کارمندان امری محتمل است و شرکت باید برای مسئولیت کارمندان غایب تدبیری بیاندیشد. درحالی که برای پاسخگویی به شکایات در صورت غیاب آنان هیچ برنامه ای نداشته. علاوه بر موارد فوق، نماینده شرکت مجدداً با استناد به آرای متعدد استدلال کرد که تخطی از حسن نیت فقط با رد کردن پیشنهاد مصالحه رخ می دهد؛ ولی دادگاه عدم پاسخ دهی به موقع را معادل رد ایجاب تلقی نمود.^{۲۲}

در نهایت آخرین دفاع نماینده شرکت بدین شرح بود که خودداری از ارسال مدارک به وکیل تجدیدنظرخواه، به دلیل عدم اطمینان شرکت به وکالت وی بوده است؛ به دلیل اینکه خانم هدایتی مدتی را در کما بستری بوده. لیکن این ادعا هم با توجه به ارسال نامه ۳۱ اکتبر به وکیل، مردود گشت؛ چراکه اگر واقعا از وکالت وی اطمینان نداشتند از ارسال همان نامه نیز اجتناب می کردند.

رای نهایی

با رای قاضی دادگاه تجدیدنظر، حکم اختصاری دادگاه بدوی رد و جبران همه زیان ها و هزینه های خانم هدایتی (هزینه دادرسی، حق الوکاله وکیل، هزینه بیمارستان و جراحی، خسارت معنوی و غیره) معادل ۲۶ میلیون دلار، برعهده شرکت بیمه اتومبیل کلاب نهاده شد. اصولاً در مواردی که بیمه گذار تقصیر می کند؛ خساراتی که از سقف حق بیمه بیشتر هستند بر ذمه وی نهاده می شوند. اما در پرونده حاضر، بیمه گر

منابع:

1. googlescholar(caselaw):Hedayativ. Interinsuranceexchangeoftheautomobileclub

۲۱ پرسشی که مطرح می شود این است که چرا زیان دیده علی رغم خسارت سنگین قصد مصالحه داشته؟ برای پاسخ به این سؤال باید نکاتی را در نظر داشت: در ابتدا باید زمان بر بودن دادرسی مورد توجه واقع شود، در همین پرونده، تصادف در اکتبر ۲۰۱۲ اتفاق افتاده لیکن رأی نهایی در سال ۲۰۲۱ صادر شده و فقط زیان دیده می تواند درک کند که در این سال ها زندگی وی با چه چالش هایی روبرو شده و علاوه بر آن چالش ها، وی با فرآیند طولانی و طاقت فرسای دادرسی نیز دست و پنجه نرم می کرده. نکته بعدی هزینه های سنگینی است که زیان دیده باید برای تشکیل پرونده و فرآیند تأمین دلیل پرداخت نماید (چرا که در نظام حقوقی آمریکا این اعمال هزینه های بسیار زیادی را برای خواهان به همراه دارد) هزینه هایی که در کنار مخارج برای بیمارستان بار مالی بسیار سنگینی بر دوش زیان دیده می گذارد، و نکته دیگر آن است که هیچ وکیلی نمی تواند تضمین کند که هیئت منصفه به نفع موکلش رأی صادر می کند. زیان دیده از عمر، مال و آرامش خود مایه می گذارد و در کنار اینها باید این ریسک را بپذیرد که هیئت منصفه ممکن است به نفع او رأی صادر نکند. شاید به همین دلایل است که درصد بسیار زیادی از شکایات حوادث رانندگی در آمریکا به مصالحه ختم می شوند لیکن ارائه دلیل قطعی برای این موضوع از حوصله این مطلب خارج است.



معرفی گرایش حقوق مالکیت فکری



مریم خواجه پور

دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه یزد

حقوق مالکیت فکری که در سال‌های نه چندان دور وارد نظام آموزشی کشور شده است؛ به عنوان یک رشته نوپا در ایران مطرح بوده و اکنون در اثر تلاش‌های آکادمیک و دانشگاهی به بالندگی نسبی رسیده است...



حمایت از حقوق معنوی و اخلاقی اشخاص و ارتقاء شاخص‌های اخلاقی و فرهنگی را تحلیل می‌کند.

حقوق مالکیت فکری با سایر رشته‌ها نیز ارتباط وثیقی دارد. بسیاری از مباحث این رشته با علوم فنی مختلفی چون فقه، اقتصاد، فلسفه و مدیریت مرتبط است و به ویژه تحولات اخیر آن، متأثر از حوزه فناوری اطلاعات و فضای مجازی است و تعامل با این رشته‌ها و کار بست یک نگرش میان رشته‌ای برای بررسی و تحلیل مسایل حوزه حقوق مالکیت فکری ضرورتی انکارناپذیر است.

تاریخچه گرایش حقوق مالکیت فکری

آموزش حقوق مالکیت فکری برای اولین بار از سال ۱۸۹۴ در دانشگاه جرج واشنگتون در آمریکا آغاز شد و از اواخر قرن نوزدهم میلادی در سایر کشورهای پیشرفته و در حال توسعه، آموزش حقوق مالکیت فکری مورد توجه قرار گرفت. آموزش این رشته در کشور ما مغفول واقع شده بود و سابقه تدریس آن به اواخر دهه چهل شمسی بر می‌گردد که حقوق مالکیت معنوی در قالب درسی یک واحدی، توسط مرحوم دکتر کیوان آذری در دانشکده حقوق و

ایران به عنوان یک کشور در حال توسعه، نیازمند آن است تا به طور جدی به بستر سازی حقوقی برای حمایت از دستاوردهای فکری فعالان داخلی و سرمایه‌گذاران خارجی بپردازد و به مدد دانش حقوقی روزآمد به پشتیبانی از نوآوران داخلی پرداخته و با همگرایی بیشتر با نظام بین‌المللی حمایت از دارایی‌های فکری، فرصت رشد و توسعه برای فعالان این حوزه را پدید آورد. بدیهی است که بدون وجود یک پشتوانه دانشگاهی روزآمد، این هدف سترگ محقق نخواهد شد (میرحسینی، ۱۴۰۲).

حقوق مالکیت فکری به عنوان یکی از رشته‌های نسبتاً نوین حقوق، عمدتاً به ابعاد گسترده مرتبط با خلاقیت‌ها و آفرینه‌های فکری بشری می‌پردازد و در گستره آن اصول و مباحثی همچون حمایت از اقسام دارایی‌های فکری و قواعد مربوط به تجاری سازی آن‌ها و حفاظت از بازارهای مرتبط، حفاظت از حقوق معنوی و فرهنگی اشخاص و تبیین نقاط تعامل و پیوند با سایر رشته‌های حقوق، اهمیت ویژه‌ای دارد. به طور سنتی حقوق مالکیت فکری به دو شاخه حقوق مالکیت صنعتی با مصادیقی همچون اختراعات، علائم و نام‌های تجاری، طرح‌های صنعتی، زیست فناوری، اسرار تجاری، نام‌ها و نشانه‌های مبدأ و حقوق مالکیت ادبی و هنری با مباحثی چون کپی رایت و حقوق مجاور تقسیم می‌شود (میرحسینی، ۱۴۰۲).

حقوق مالکیت فکری روابط اشخاص جامعه را حول دارایی‌های فکری تنظیم می‌کند و موضوعات مختلفی نظیر موازین حقوقی ناظر به شرایط اعطای حقوق مالکیت فکری و تداوم بخشی به انگیزه‌های نوآوری، قواعد ناظر به تجاری سازی و بهره‌برداری از اموال فکری، ضمانت اجرای حقوقی و کیفری مرتبط،



آزمون ورودی حقوق مالکیت فکری

این رشته نیز همانند سایر رشته‌های کارشناسی ارشد، دارای آزمون ورودی بوده که مواد آزمونی و ضرایب آن‌ها شامل موارد ذیل می‌باشد: (برنامه درسی رشته حقوق مالکیت فکری در مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته، ۱۴۰۲)

۱. حقوق مدنی (ضریب ۳)
۲. متون حقوقی (ضریب ۳)
۳. حقوق تجارت (ضریب ۲)
۴. آیین دادرسی مدنی (ضریب ۲)
۵. اصول فقه (ضریب ۲)

منابع و اشخاص صاحب نظر

در خصوص منابع معتبر و معرفی شده رشته حقوق مالکیت فکری، منابع مختلف و گوناگون وجود دارد که بخشی از آن‌ها توسط اساتید و مترجمان حقوقی به زبان فارسی بازگردانده شده است که از جمله آنان می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶
۲. دراهوس، پیتز، فلسفه مالکیت فکری، ترجمه حجت نیا، محمود، معلی، مهدی، تقی خانی، علی، تهران، سازمان انتشارات

علوم سیاسی دانشگاه تهران به مدت دو ترم تدریس شده که با فوت ایشان، تدریس این درس هم متوقف می‌شود.

پس از گذشت چهل سال، مجدداً آموزش درس یک واحدی اختیاری مالکیت معنوی (فکری) از سال ۱۳۸۰ در برنامه درسی کارشناسی حقوق آغاز شد و با استقبال شدید دانشجویان مواجه شد. همین امر نیز زمینه ساز تدوین و تاسیس برنامه آموزشی کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری در سال ۱۳۸۲ در دانشگاه‌های تهران، شهید بهشتی و تربیت مدرس شد. در واقع این رشته اولین حوزه‌ای بود که از رشته مادر حقوق خصوصی به عنوان یک شاخه تخصصی، مستقل و مجزا شد که همین واقعیت، اهمیت رشته حقوق مالکیت فکری را نشان می‌دهد.

پس از آن بود که سایر رشته‌های مرتبط با حقوق خصوصی، نظیر حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق اقتصادی، حقوق تجاری و اقتصادی بین‌المللی، حقوق شرکت‌های تجاری و غیره نیز هویت مستقلی پیدا کرده و در برنامه آموزشی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی قرار گرفتند. پس از اینکه این رشته در برنامه درسی بازنگری شده دوره‌ی کارشناسی ارشد (ناپیوسته) در کمیسیون برنامه‌ریزی درسی مورد بررسی قرار گرفت؛ در تیرماه ۱۴۰۲ این برنامه جدید تصویب و جایگزین برنامه درسی رشته حقوق مالکیت فکری مصوب جلسه شهریور ۱۳۸۲ شورای برنامه‌ریزی آموزشی دانشگاه تهران شد.

سرانجام این برنامه درسی در دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی اعم از دانشگاه تهران، شهید بهشتی، تربیت مدرس و بعدتر در دانشگاه علامه طباطبائی، قم، پردیس فارابی و علم و فرهنگ (غیرانتفاعی) در مسیر اجرایی خود قرار گرفت.

همانگونه که از اسامی مؤلفین و مترجمین کتب بر می آید؛ اساتید بنام و متخصص این حوزه، از اساتید خبره حوزه خصوصی بوده که سپس در حوزه مالکیت فکری ورود پیدا کرده و آثاری را برجای گذاشته اند. از جمله: دکتر محمود حکمت نیا، دکتر سید حسن میرحسینی، دکتر سعید حبیبی، دکتر حسن جعفری تبار، دکتر مهدی زاهدی، دکتر ابراهیم رهبری، دکتر محمود صادقی، دکتر حسن شبیری زنجان، دکتر طیبه صاحب، دکتر زهرا شاکری، دکتر نسرین طباطبایی حساری و غیره

آینده شغلی و دکتری حقوق مالکیت فکری

در صورتی که فرد موفق به اخذ مدرک فوق لیسانس در حقوق مالکیت فکری شود؛ می تواند برخی از خدمات حقوقی تخصصی را نظیر مراحل ثبت اختراع و موت زمان ثبت آن، ثبت پتنت، مشاوره ثبت برند، طرح و علائم تجاری و صنعتی، تکمیل اظهارنامه ثبت، چالش های راه اندازی کسب و کار، چالش های استارتاپ ارائه دهد.

اما در آخر، شایان ذکر است که در حال حاضر در مقطع دکتری چنین گرایشی در ایران تدریس نمی گردد و داوطلبان بایستی برای ادامه تحصیل، گرایش دیگری را انتخاب یا به دانشگاه های خارج کشور مراجعه نمایند.

۳. جعفری تبار، حسن، ملک معنی در کنار فلسفه حقوق مالکیت فکری، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۷
۴. مبانی نظری و فقهی حقوق مالکیت فکری، شبیری زنجان، سید حسن، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۷
۵. خدمتگزار، محسن، فلسفه حقوق مالکیت فکری، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۲
6. Frankel, Susy, "Is Intellectual Property Pluralism Functional?" Edward Elgar 2019.
7. Drahos, Peter, "A Philosophy of Intellectual Property [Applied Legal Philosophy]" Routledge, 2016.
8. Lever, Annabelle, "New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property", Cambridge University Press, 2012.
9. "Kinsella, Stephan, N., Against Intellectual Property", Cambridge University Press, 2015.
10. Peukert, Alexander, "A Critique of the Ontology of Intellectual Property Law", Cambridge University Press, 2021.
11. Guan, Wenwei, The Origin of Copyright: Expression as Knowing in Being and Copyright Onto-Epistemology", Routledge, 2021.
12. Elmahjub, Ezieddin, "An Islamic Vision of Intellectual Property: Theory and Practice", Cambridge University Press, 2019.



منابع:

۱. برنامه درسی رشته حقوق مالکیت فکری در مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته، مصوب ۱۴۰۲/۴/۱۸
۲. میرحسینی، سید حسین، ۱۴۰۲، مقدمه ای بر حقوق مالکیت معنوی، چاپ دوازدهم، تهران، میزان





راه‌های ارتباطی:

ارتباط با انجمن:

✉ haquq-yazd

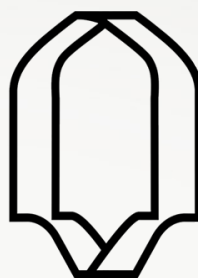
📷 yazdlaw

ارتباط با نشریه:

✉ haghgostar_journal

📷 haghgostarjournal

✉ haghgostarjournal@gmail.com

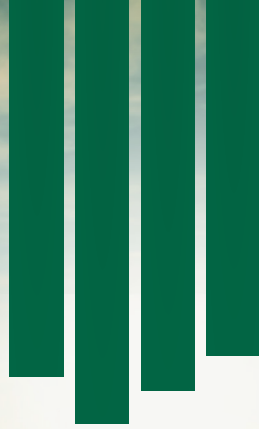


دانشگاه گیلان



انجمن حقوق دانشگاه گیلان





در مباحث چندی از اصلی‌ترین گروه‌های عرفانی؛ درخت نمادی از زندگی و امید به آینده است. آتش برافروخته شده از بن این درخت؛ به معنی آگاهی و دانش و یکی از اصلی‌ترین محل‌های دعوا بین فلاسفه مختلف در مساله نزول انسان از بهشت برین به زمین است.

در تصویر روی جلد، گروهی از افراد با سنین، جنسیت‌ها و پیشینه‌های مختلف را می‌بینید که دست در دست یکدیگر، حلقه‌ای از همبستگی و وحدت را تشکیل داده‌اند. در مرکز این حلقه، همان درخت پرنور و سرزنده که معنای زندگی داشت قرار دارد و آتش افروخته شده از آن؛ نشان‌دهنده‌ی امید، رشد و عدالت است. نور طبیعی خورشید که از میان ابرها می‌تابد؛ حس گرمی و روشنایی را به تصویر می‌بخشد و به ما یادآوری می‌کند که آینده‌ی روشن‌تری نیز ممکن است. رنگ‌های طبیعی و آرام‌بخش تصویر، حس صلح و آرامش را منتقل می‌کنند.

طراحی روی جلد این شماره از نشریه حق‌گستر؛ با محوریت مفاهیم برابری و حقوق بشر؛ بر پایه این موضوع طراحی شده است که برابری و عدالت تنها زمانی معنا پیدا می‌کنند که همه‌ی ما، فارغ از تفاوت‌ها، در کنار هم بایستیم. این طراحی با هدف الهام‌بخشی و یادآوری اهمیت احترام به حقوق همه‌ی انسان‌ها خلق شده است.

امید است همه‌ی انسان‌ها به این باور برسند که بنی‌آدم اعضای یکدیگرند...

