

عزلیسه

گاهنامه علمی - دانشجویی

تحول روش شناخت در علم حقوق از تفسیر لفظی و تاریخی به سوی تفسیر مبتنی بر فهم معنا و فهم رفتار
جایگاه علامت تجاری در دنیای مبتنی بر الگوریتم
چالش های تئوریک استناد به داده های fMRI در علوم جنائی
بررسی پیامدهای خروج رژیم صهیونیستی از آنروا
جنون غیر مستقر (آنی-زودگذر) و احکام اعمال حقوقی مبتلا به آن در نظام حقوقی ایران
چشم انداز دنیای متصل، چالش ها و راهکارهای حقوقی اینترنت اشیا



گاهنامه علمی - دانشجویی
انجمن علمی - دانشجویی حقوق دانشگاه تهران
شماره نهم | سال چهارم | آذر ۱۴۰۳



LAWUT_ANJOMANELMI

سَمِيعُ الْعَالَمِينَ





گاهنامه علمی-دانشجویی

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه تهران

شماره نهم | سال چهارم | آذر ۱۴۰۳



- سردبیر: امیرفاضل آخوندی
- مدیر مسئول: آتنا سیریزی نژاد
- طراح جلد و صفحه آرا: نیما اعظمی
- ویراستاران: نگار تبریزیان-زهرا راهبر-ریحانه فلاحزاده
- هیئت تحریریه: امیرمهدا سفندی-محمدحسن اله دین-ستایش امیری-وحید حسن پور-فرنوش فخار-محمدجواد محقق-مهدی مظفری اناری
- جاوید منتظران-عرفان ولی پور

■ شماره مجوز:

۱۳۲/۲۲۸۰۴۲



LAWUT_ANJOMANELMI



فهرست مطالب



۱	سخن سردبیر امیرفاضل آخوندی، دانشجوی کارشناسی رشته حقوق دانشگاه تهران
۲	تحول روش شناخت در علم حقوق از تفسیر لفظی و تاریخی به سوی تفسیر مبتنی بر فهم معنا و فهم رفتار. دکتر فرهاد ایرانپور، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۴	جایگاه علامت تجاری در دنیای مبتنی بر الگوریتم فاطمه شبخیز، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشگاه تهران
۱۳	چالش های تئوریک استناد به داده های FMRI در علوم جنائی امین ایمانپور، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه تهران
۲۴	بررسی پیامدهای خروج رژیم صهیونیستی از آنروا امیرموسعود پورموسی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه گیلان
۲۹	جنون غیر مستقر (آنی-زودگذر) و احکام اعمال حقوقی مبتلا به آن در نظام حقوقی ایران، پارسا پورکمال، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران
۳۵	چشم انداز دنیای متصل، چالش ها و راهکارهای حقوقی اینترنت اشیا مانی محسنی کیا، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران / جواد پزدانی، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران
۴۱	حقوق عمومی و حقوق عمومی خصوصی سازی شده زهرا عربی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران
۴۶	بررسی ماهیت و کارکرد نهاد اعاده اعتبار از تجارت ورشکسته در ایران بانگاهی بر ایالات متحده آمریکا، امیررضا فراهانی، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران / ستاره بهارلو، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران / سینا عباس پور، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران
۵۶	نقد و بررسی فیلم کفرناحوم سید عرفان روحانی / دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران / محمدرضادوستی مهر دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران / ناهید باقری، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران

سخن سردبیر

امیرفاضل آخوندی

■ دانشجوی کارشناسی رشته حقوق دانشگاه تهران



گر ایمن کنی مردمان را به داد / خود ایمن بخشی و از داد شاد

به پاداش نیکی بیابی بهشت / خنک آنکه جز تخم نیکی نکشت

فردوسی

دنیای حقوق همواره در حال تغییر و تحول است و باید با پوشش تازه‌ترین رویدادها، تحلیل‌ها و مقالات علمی، بستری برای رشد و ارتقا دانش حقوقی فراهم آورد. ما نیز به تبع همین امر، همواره باید در پی این باشیم که نقشی موثر در ارتقای سطح آگاهی حقوقی جامعه ایفا کنیم.

با کمال خوشحالی و افتخار، نهمین شماره از عدلیه را به شما تقدیم می‌کنیم. در این شماره، با تحلیل‌های دقیق و به‌روز از تحولات حقوقی در داخل و خارج از کشور، تلاش کرده‌ایم تا نقشه راهی روشن برای درک بهتر مسائل پیچیده حقوقی فراهم آوریم.

این شماره نیز همچون گذشته، شامل مجموعه‌ای از مقالات و تحلیل‌های حقوقی است که با هدف ارتقای آگاهی و فهم عمیق از مسائل حقوقی ارائه شده است. چنان‌که در این شماره، تحول روش شناخت در علم حقوق، جایگاه علامت تجاری در دنیای مبتنی بر الگوریتم و حقوق عمومی خصوصی‌سازی شده، مورد بحث قرار گرفته است. همچنین می‌خوانید چالش‌های تئوریک استناد به داده‌های FMRI در علوم جنایی، چالش‌ها و راهکارهای حقوقی اینترنت اشیا و....

ما به پشتمان شما عزیزان و با تکیه بر نظرات سازنده‌تان می‌کوشیم تا هر شماره از این نشریه، به بهترین شکل ممکن انتشار یابد.

امیدوارم که مطالب این شماره، مفید واقع شوند.



تحول روش شناخت در علم حقوق از تفسیر لفظی و تاریخی به سوی تفسیر مبتنی بر فهم معنا و فهم رفتار

دکتر فرهاد ایرانپور

■ دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی
دانشگاه تهران



می‌دانیم روش شناخت یا متدولوژی (Methodology)، در واقع همان راه رسیدن به واقع و معنا می‌باشد. روش‌شناسی شناخت در علم حقوق با یک تحول تاریخی و بنیادین مواجه بوده است. این تحول، از فهم زبانی و تاریخی شروع و امروزه از فهم معنا به سمت فهم رفتاری سیر می‌نماید.

■ فهم تاریخی و فهم زبانی

مقام وضع قانون و یا در مقام تفسیر) با این دل‌نگرانی مواجه شوند که در فهم هرمنوتیک، نظارت بر روش فهم وجود ندارد و این خود می‌تواند منجر به یک رفتار تبعیض‌آمیز در مقام تفسیر گردد. در واقع این نوع از فهم، یعنی فهم هرمنوتیک می‌تواند منجر به تبعیض در آراء صادره گردد.

در ادامه این سیر تحول، با فهم رفتار کنشگران اجتماعی (انسان‌ها و تجمع انسان‌ها) در یک کنش متقابل مواجه می‌گردیم. می‌دانیم که شکل‌گیری روابط حقوقی و نیز نهادها همواره در طول تاریخ و نیز امروزه، ناشی از کنش متقابل کنشگران اجتماعی می‌باشد. پس کنش و رفتار انسان مبنای شکل‌گیری روابط حقوقی و نیز نهادها می‌باشد. از این رو، فهم رفتار انسان حائز اهمیت می‌گردد.

■ فهم رفتاری

نقطه آغازین این فهم را در تحلیل اقتصادی (Economic Analyze) جست‌وجو می‌نماییم. در تحلیل اقتصادی، با مفهوم انسان اقتصادی مواجهیم. رفتار انسان اقتصادی (تصمیم‌گیری‌ها و عملکرد وی) همواره برای رسیدن به مطلوبیت (کسب سود و دفع ضرر) می‌باشد. براساس این بنیان، حقوق‌دانان و اقتصاددانان با تکیه بر مبانی علم اقتصاد خرد سعی در قاعده‌سازی جهت تبیین رفتار انسان اقتصادی از منظر تحلیل اقتصادی می‌نمایند. در این رویکرد، تصمیم‌گیری انسان‌ها بر اساس عقلانیت ابزاری (رسیدن به مطلوبیت کسب سود و دفع

در فهم تاریخی توجه حقوق‌دانان به تاریخ نهادهای حقوقی و نیز تحول آنها در طول تاریخ بوده است. و در فهم زبانی هدف، درک و فهمیدن معنای واژگان و گزاره‌ها می‌باشد که در یک تحول تاریخی در علوم زبانی (صرف و نحو) و سپس منطق صوری و در ادامه در زبان‌شناسی، معناشناسی و کاربردشناسی، در علوم امروزی راه خود را گشوده است. اما نواندیشان در علم حقوق هرگز نتوانسته‌اند فهم خود را محدود به فهم تاریخی و فهم زبانی بنمایند و در این راه در جستجوی فهم معنا برمی‌آیند.

■ فهم معنا

اگر در علوم انسانی و به‌ویژه در هنر درک معنا نقش برجسته‌ای دارد، در علم حقوق نیز با نوعی فهم رمانتیک مواجهیم که خود را در فهم معنا نشان می‌دهد. این رویکرد از طریق فهم هرمنوتیک (Hermeneutic) خود را نمایان می‌سازد.

در فهم هرمنوتیک در واقع با نوعی از شناخت با تکیه بر فهم متن در زمان تفسیر و با تکیه بر نوعی درک شهودی مواجه هستیم. اما از این واقعیت نمی‌توان غافل بود که فهم هرمنوتیک به‌رغم جاذبه آن، با یک ابهام ذاتی مواجه است. چه اینکه، در فهم هرمنوتیک محققان کمتر در مقام تبیین روش فهم و طریق رسیدن به معنا برمی‌آیند و صرفاً معنای فهم‌شده نهایی را ارائه می‌نمایند. همین ابهام در طریق رسیدن به معنای فهم‌شده باعث می‌گردد که اشخاص (حقوقدانان) در

ضرر) می‌باشد و نیز قاعده وضع و تفسیر قانون بایستی مبتنی بر این مهم صورت گیرد. پس قانون و تفسیر آن همواره بایستی سبب کاهش هزینه‌های مبادلاتی (کاهش ضرر و دفع آن) گردد.

این رویکرد، امروزه به عنوان یکی از روش‌های پراهمیت در حوزه تحلیل رفتاری همچنان مورد استفاده قرار می‌گیرد. در ادامه، با تکیه بر روانشناسی فردی و روانشناسی اجتماعی، فهم رفتاری به سمت تحلیل اقتصاد رفتاری سیر می‌نماید.

■ تحلیل اقتصاد رفتاری

در تحلیل اقتصاد رفتاری (Behavioral economic analyses) نیز به انسان و رفتار وی توجه می‌نماید. در این رویکرد منظور از انسان، انسان متعارف اجتماعی می‌باشد، و با تکیه بر مبانی علم روانشناسی بر این باور هستند که انسان در مقام شناخت همواره با دو روش شناخت مواجه می‌باشد. اول، شناخت منطقی (سیستم یک)، که در آن انسان به عنوان یک ابررایانه با دسترسی به تمام داده‌ها در مقام تحلیل داده‌ها و با قدرت پیش‌بینی مطلق خواهد بود. دوم، شناخت مبتنی بر سوگیری‌ها (Biases) که با توجه به خطاهای سیستماتیک (سیستم دو)، این شناخت فرد صورت می‌گیرد. در این روش شناخت، انسان براساس شرایط محیطی، بیولوژیک و هورمونی و نیز ایدئولوژیک خود در مقام تصمیم‌گیری برمی‌آید که این تصمیم‌گیری، مبتنی بر نوعی از سوگیری‌های شناختی و رفتاری می‌باشد. پس تصمیم انسان در این صورت، همواره در یک مسیر منطقی مطلق نبوده و تحت تأثیر سوگیری‌های شناختی و رفتاری خواهد بود.

توجه به سوگیری‌ها سبب می‌گردد که رفتار انسان به عنوان یک واقعیت اجتماعی، مورد بررسی قرار گیرد. در این رویکرد نیز قاعده‌هایی را تبیین و تدوین می‌نمایند تا براساس آن بتوان رفتار انسان را پیش‌بینی نمود و سپس بر آن بنیان، نسبت به وضع قانون و نیز تفسیر قانون اقدام کرد.

از جمله قاعده‌های حاکم بر این تحلیل اقتصاد رفتاری، برای مثال توجه به سوگیری تأیید (Confirmation biases) می‌باشد.

انسان‌ها همواره در زندگی فردی و اجتماعی خود در جست‌وجوی تأیید هستند و عدم تأیید را ضرر قلمداد و همواره براساس منطق منظرگرایی یا نظریه چشم‌انداز (perspectivism) ضرر را بیش از سود ارزیابی می‌کنند (یعنی از ضرر بیشتر دل‌چرکین می‌گردند تا از به

دست آوردن سود، خوشحال). پس، از دست دادن برای ایشان بدتر است تا به دست آوردن. بنابراین، در مصادیقی مانند مسئولیت قراردادی هیچ وقت عامل زیان، خود را مقصر نمی‌داند. چه مقصر انگاشتن خود به منظره عدم تأیید است و سوگیری تأیید مانع از مقصر انگاشتن خود می‌گردد، و براساس نظریه چشم‌انداز نیز ضرر دیگران را اندک و فقط ضرر خود را زیاد ارزیابی می‌نماید. پس در رفتار خود همواره بی‌مهابا (مبتنی بر تقصیر) می‌باشد.

امروزه با توجه به قاعده ضرورت فهم از طریق روش‌های مختلف فهم و شناخت، شایسته است ضمن ضرورت توجه به فهم تاریخی و فهم زبانی و فهم هرمنوتیک، به ویژه از فهم رفتاری براساس مبانی تحلیل اقتصادی و تحلیل اقتصاد رفتاری نیز بهره ببریم، تا با تکیه بر این روش‌های نوین تحلیل، به نتایج کارآمدی برای جامعه واصل آییم. این روش‌ها امروزه در ایران شناخته شده و در محیط‌های علمی به عنوان ابزارهای تحقیق پژوهشگران و حقوق‌دانان مورد استفاده قرار می‌گیرند.





جایگاه علامت تجاری در دنای مبتنی بر الگوریتم

مقدمه

کیفیت یک محصول هستند، علامت تجاری، در نقش یک جایگزین عمل می‌کند و از طریق انتقال آنی اطلاعات منبع به مصرف‌کننده، خرید مؤثرتری را برای مصرف‌کننده به ارمغان می‌آورد.

دنای مبتنی بر الگوریتمی که ما در آن زندگی می‌کنیم و روز به روز نیز الگوریتمیک‌تر می‌شود، پیش‌فرض اشتباهی را که منطق قوانین تجاری بر پایه آن شکل گرفته است، به خوبی نمایان می‌سازد. نحوه انتخاب خریده‌ها توسط مصرف‌کنندگان در آینده نزدیک - که روند تغییرات آن از همین الان نیز آغاز شده است - در تضاد شدید با روایتی است که قانون علامت تجاری از نحوه رفتار مصرف‌کنندگان در بازار ارائه می‌دهد. بنابراین منطق توجیهی علامت تجاری،

به یک روایت توصیفی از بازار و نحوه رفتار مصرف‌کنندگان در آن، بستگی دارد.

اما مشکل اینجاست که بازار،

یک پدیده ایستا نیست و این

روایت اکنون یک

روایت کهنه

محسوب

مصرف‌کنندگان روز به روز بیشتر به الگوریتم‌ها برای خریدهایشان متکی می‌شوند؛ این الگوریتم‌ها با دقت، حرکات مصرف‌کننده را پیگیری و داده‌ها را پردازش می‌کنند. به جای اینکه مصرف‌کننده تصمیم بگیرد چه چیزی بخرد، ممکن است پیشنهادات خرید بر اساس تحلیل‌های الگوریتمی دریافت کند. حتی اگر مصرف‌کننده به‌طور مستقیم خریدی را انجام دهد، الگوریتم‌ها با یک کلیک می‌توانند پیشنهادات فوری ارائه دهند. در این فرآیند، علائم تجاری نقشی کم‌رنگ دارند و مصرف‌کنندگان بیشتر بر عوامل دیگر تکیه می‌کنند و این تغییر در نقش علائم تجاری تاکنون در قوانین و پژوهش‌ها به‌طور کامل مورد توجه قرار نگرفته است.

هدف این تحقیق بازبینی منطق قوانین مربوط به علامت تجاری از منظر تحولات تکنولوژی می‌باشد؛ بر اساس تنها توجیه نظری موجود برای این قوانین، علائم تجاری، نقش شناسه‌های مؤثر و سودمندی را دارند که منبع محصولات را به مصرف‌کننده نشان می‌دهند. علامت تجاری در همان نگاه اول، به مصرف‌کننده اطمینان می‌بخشد که محصول، توسط همان تولیدکننده‌ای ساخته شده است که او قبلاً تجربه مصرف محصولات آن را داشته است. بنابراین علائم تجاری حاوی اطلاعات منبعی هستند که مصرف‌کننده می‌تواند به کمک

آن‌ها محصول مورد نظرش را انتخاب کند. از

آنجایی که مصرف‌کنندگان، فاقد

هرگونه ظرفیت عملی برای

انجام جستجوی عملی

در مورد منشأ،

مشخصات یا



از علائم تجاری به سمت برندها تغییر یافته است، اما قانون علائم تجاری، هنوز این تغییر را به رسمیت نشناخته است و قانون علائم تجاری، به جای اینکه از علائم تجاری به عنوان یک عنصر اطلاعاتی حمایت کند، اکنون در حال حمایت از برندها به عنوان یک دارایی است.

■ گفتار اول) کارکردهای حفاظت از علامت تجاری

❖ الف) علامت تجاری به مثابه بسته اطلاعاتی حاوی اطلاعات منبع

علامت تجاری کلمه، نماد یا نشانه‌ای برای متمایز ساختن کالا یا خدمتی از کالا یا خدمت دیگر است.^۱ ایده غالبی که بر قانون علائم تجاری حاکم است، این است که علائم تجاری با فراهم‌سازی اطلاعات ارزشمند برای مصرف‌کنندگان، امکان جستجوی مؤثر محصول مورد نظر را به آن‌ها می‌دهند؛ بر اساس همین توجیه رایج، علائم تجاری یاری‌دهنده مصرف‌کنندگان در بازار محسوب می‌شوند؛ این نظریه مبتنی بر این فرض است که منبع محصول، برای مصرف‌کننده اهمیت دارد و مصرف‌کنندگان، محصول هر تولیدکننده‌ای را انتخاب نمی‌کنند. باور رایج در این نظریه این است که مصرف‌کنندگان، بر مبنای تجربه پیشین خود از محصولات، تجارب دیگران و ادعاهای تولیدکنندگان، درباره منبع محصول یا تولیدکننده آن، کسب اطلاعات می‌کنند.^۲ برای مثال فرض کنید یک مصرف‌کننده تجربه خوبی با برند الف داشته و می‌خواهد دوباره از آن خرید کند. یا فرض کنید او می‌خواهد برند الف را خریداری کند چون توسط منبع معتبری توصیه شده یا تجربه خوبی با برند ب، که توسط همان تولیدکننده ساخته شده، داشته است. به جای بررسی ویژگی‌های همه کالاها برای تعیین اینکه کدام یک برند الف یا معادل آن است، مصرف‌کننده ممکن است کمتر هزینه کند و تنها با شناسایی علامت تجاری مربوطه، برند مورد نظر خود را خریداری کند. این اطلاعات، حکم یک جستجوی عملی در مورد مشخصات و کیفیت محصول را دارند، جستجویی که انجام آن ممکن است در توان مصرف‌کننده نباشد. در این سناریو، علائم تجاری به مثابه بسته‌های اطلاعاتی ارزشمند هستند که به آگاهانه‌تر شدن تصمیمات خرید کمک می‌کنند. بنابراین علائم تجاری ارزش حمایت را دارند، چون ثبات بازار را هم برای مصرف‌کننده و هم تولیدکننده تضمین

می‌شود. گسترش تصمیم‌گیری الگوریتمیک در بازارهای امروزی، نشانه‌ای است از این که تاریخ مصرف مبنای نظری قانون علائم تجاری، گذشته است و بنابراین منطق توجیهی آن از اساس زیر سؤال می‌رود.

افزایش ظرفیت فناوریانه مصرف‌کنندگان، این امکان را به آن‌ها داده که به جای جستجو برای علائم تجاری، به جستجوی خود محصولات بپردازند. دیگر نیازی نیست که علائم تجاری، جای جستجوی عملی محصول را بگیرند، جستجویی که در گذشته عملاً غیرممکن بود. در بحث تصمیمات خرید، مصرف‌کنندگان حتی جستجوی محصولات، انتخاب محصول و اینکه آیا محصولی را برای راحتی آن بخرند یا برای سودمندی‌اش، بر عهده ماشین و هوش مصنوعی می‌گذارند. این پدیده امروزی، یعنی واسطه‌گری در تصمیمات خرید مصرف‌کنندگان، در حال رقم زدن یک تغییر بنیادین در گردش اطلاعات است. تولیدکنندگان، به جای اینکه از طریق علائم تجاری با مصرف‌کنندگان ارتباط برقرار کنند، علاقه روزافزونی به انتقال اطلاعات محصولات از طریق ماشین‌ها پیدا کرده‌اند. بنابراین علائم تجاری تاکنون نتوانسته‌اند همپای تحولات اساسی بازار که ناشی از فناوری‌های دیجیتال هستند، پیش بروند. سابقاً مصرف‌کنندگان بودند که به تماشای آگهی‌های تبلیغاتی عادت داشتند؛ اکنون اما این آگهی‌ها هستند که به تماشای آن‌ها می‌نشینند! اکنون که بازاریاب‌ها، اطلاعات تقریباً کاملی درباره مصرف‌کننده دارند، مصرف‌کننده نیاز کمی به ارزش اطلاعاتی علائم تجاری احساس می‌کند.

از این جهت در این تحقیق ابتدا مفهوم و کارکردهای مورد انتظار از علامت تجاری مورد بررسی قرار می‌گیرد و ایده اصلی این است که علائم تجاری، با انتقال اطلاعات سودمند به مؤثرترین نحو ممکن، به مصرف‌کنندگان بازار کمک می‌کند؛ در گفتار دوم وابستگی منطق حمایت از علائم تجاری به کارکردهای بازار در گذر زمان، مورد بررسی قرار می‌گیرد و با توجه به تغییرات معنادار بازار در اواخر قرن بیستم، این ایده که علائم تجاری لزوماً حاوی اطلاعات سودمندی برای مصرف‌کنندگان هستند، به چالش کشیده می‌شود. در گفتار سوم، بازار مبتنی بر هوش مصنوعی و چالش‌های فناوریانه ایجاد شده توسط آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد. در نهایت در گفتار چهارم، قانون علائم تجاری باید بپذیرد که علائم تجاری دیگر آن سودمندی سابق را برای مصرف‌کنندگان ندارند و به جای اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان درباره منبع محصول، بسیاری از علائم تجاری اکنون هدف دیگری را دنبال می‌کنند و به دنبال انتقال «صفات برند» مانند تداعی‌ها، احساسات، تصویر و جایگاه برند هستند. بازار

Landes, W. M. & Posner, R. A., Trademark Law: An Economic Perspective, Journal of Law and Economics, Vol. 30, No. 2, 1987, pp. 349-375.
William M. Landes & Richard A. Posner, Trademark Law: An Economic Perspective, J.L. & ECON 30, 1987 (1987).

می‌کنند و قانون علائم تجاری نیز از آن‌ها حمایت می‌کند.^۳

این کارکرد و خصوصیت علامت تجاری، در قوانین مختلف مورد اشاره قرار گرفته است؛ برای مثال در ماده ۹۵ قانون حمایت از مالکیت صنعتی علامت تجاری اینگونه تعریف شده است: «الف - علامت یعنی هر نشان قابل رؤیتی که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از هم متمایز سازد.» یا در ماده ۱۱۲۷ قانون لنهام ایالات متحده «علامت‌ها به عنوان شناسه‌های منبع تعریف شده‌اند- یعنی به عنوان چیزهایی که کارکردشان، نمایش منبع کالاها و متمایزسازی آن‌ها از کالاهای ساخته شده یا فروخته شده توسط سایرین است.» در ادبیات بین‌المللی نیز به این خصیصه علامت تجاری توجه شده و علامت تجاری، نشانی معرفی شده که حاوی اطلاعات منبع می‌باشد. برای مثال ماده ۱۵ موافقتنامه تریپس، «هرگونه علامت یا ترکیبی از علائم که بتواند کالاها یا خدمات یک فعالیت را از کالاها و خدمات فعالیت‌های دیگر متمایز گرداند، علامت تجاری به حساب خواهد آمد.»

بنابراین اطلاعات منبع محصول مهم‌ترین اطلاعاتی است که یک علامت تجاری ارائه می‌دهد؛ هر علامت تجاری که نمایانگر محصولات یک فروشنده خاص است، به مصرف‌کنندگان کمک می‌کند تا آن محصولات را از محصولات دیگر فروشندگان متمایز کنند و این توانایی تمایزبخشی به مصرف‌کننده کمک می‌کند تا محصولات را در ذهن خود مرتب کند.

هنگامی که علائم تجاری کارکرد اصلی خود یعنی انتقال «اطلاعات منبع» را انجام می‌دهند، قانون از آن‌ها حمایت می‌کند.

۳. ۱۱۲۷ § U.S.C. ۴۵ § Lanham Act.

مصرف‌کنندگان به اطلاعات منبع علائم تجاری تکیه می‌کنند و در فرآیند جستجوی محصول به معرفی‌های ارائه شده توسط این علائم اعتماد می‌کنند. در نهایت، مصرف‌کنندگان می‌توانند محصولات موجود در بازار را با نیازها و امیال خود تطبیق دهند؛ این مطلوبیت اجتماعی ارزش حمایت قانونی را دارد.

❖ (ب) علامت تجاری به عنوان عاملی برای کاهش هزینه جست‌وجوی مصرف‌کنندگان

ویژگی دیگر علائم تجاری، این است که باعث کاهش هزینه‌های جست‌وجو برای مصرف‌کنندگان و در نتیجه، افزایش بازدهی بازار می‌شوند. به منظور تحقق این کارکرد، علائم تجاری، با انتقال آنی اطلاعات منبع به مصرف‌کنندگان، به آن‌ها کمک می‌کنند تا محصول مطلوب خود را انتخاب کنند.

نظریه هزینه جست‌وجوی مصرف‌کننده با تاکید بر نقش علامت تجاری در کاهش هزینه‌های جست‌وجوی مصرف‌کننده برای اولین بار در سال ۱۹۸۷ توسط پازنر و لاندز مطرح شد.^۴ امروزه، علامت تجاری اطلاعاتی مانند مبدا تولید، کیفیت و دیگر ویژگی‌های کالا را به همراه دارد که آن را از سایر کالاها متمایز می‌کند. این ویژگی تمایزبخشی باعث می‌شود مصرف‌کننده نیازی به جست‌وجوی مجدد اطلاعات درباره کالایی که قبلاً مصرف کرده یا از دیگران شنیده، نداشته باشد.^۵ به این ترتیب، علامت تجاری هزینه‌های معامله مصرف‌کننده را از طریق کاهش هزینه‌های جست‌وجو کاهش می‌دهد.^۶

نظریه هزینه‌های جست‌وجو بر اساس توصیف رفتار مصرف‌کنندگان در بازار استوار است که عبارت است از: در ابتدا مصرف‌کنندگان عمدتاً به دلیل تجربیات مثبت پیشین با یک تولیدکننده خاص و تمایل به تکرار آن تجربه خرید می‌کنند و به دلیل توانایی محدود در تحقیق درباره محصولات یا تولیدکنندگان، به علائم تجاری به عنوان نماینده محصول یا تولیدکننده تکیه می‌کنند اما اکثر مصرف‌کنندگان آگاهی کمی دارند و به راحتی گمراه می‌شوند؛ مانند مصرف‌کننده‌ای که در مقابل قفسه‌های فروشگاه ایستاده و به دنبال علامت تجاری خاصی می‌گردد که قبلاً رضایت او را جلب کرده است.

■ گفتار دوم) کارکردهای تضعیف شده علامت تجاری

❖ (بخش اول) تاریخچه خرید

درسی که از نگاه به گذشته می‌گیریم این است که یک تغییر چشمگیر مشابه در بازار روی داده بود که منجر به شکل‌گیری یک نظریه

۴. Doellinger, C. J., "A New Theory of Trademarks," ۱۱۱ Penn State Law Review, ۲۰۰۷, ۱۱۱, ۱۰۱-۱۳۹ p.

۵. Dogan, S. L. & Lemley, M. A., "A Search-Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law," ۹۷ Trademark Reporter, ۲۰۰۷, ۱۲۲۳-۱۲۵۱, pp. ۱۲۲۴-۱۲۲۷.

۶. Landes, W. M., & Posner, R. A., The Economic Structure of Intellectual Property Law, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, ۲۰۰۳, p. ۲۷۵.



مدرن از علائم تجاری شد. از اوایل قرن بیستم، با پیدایش دو نظریه «انتخاب مصرف‌کننده» و «اطلاعات علائم تجاری»، خرده‌فروشی دستخوش یک تغییر پارادایم شد. تا پیش از آن، علائم تجاری با این مشکل - یافتن و انتخاب مؤثر محصول موردنظر برای خریدار - روبرو نبودند. تا پیش از قرن بیستم، منشأ اصلی محصول تولیدشده، هرگز جزوی از دغدغه‌های مصرف‌کنندگان نبود، چون منبع محصول معمولاً گمنام بود. مصرف‌کنندگان برای انتخاب محصول موردنظر خود، از فروشندگان و مغازه‌داران محلی کمک می‌گرفتند تا محصولات موجود را به آن‌ها معرفی کنند. به عبارت دیگر ایجاد حسن نیت در مصرف‌کننده، دارایی‌ایی بود که به دست مغازه‌دار، پرورش می‌یافت و نه به دست تولیدکننده.

اکنون نیز در حال تجربه دومین تغییر پارادایمی در حوزه خرده‌فروشی هستیم که هوش مصنوعی (AI)، الگوریتم‌ها و هم‌چنین فناوری‌های تبلیغاتی، نقش محوری فزاینده‌ای در آن پیدا کرده‌اند. همانند بازار پیش از قرن بیستم، واسطه‌گر در انتخاب مصرف‌کننده یک بار دیگر در حال تغییر است - و این بار نقش واسطه‌گری را فناوری بر عهده دارد. در نتیجه، امروزه نیز همانند بازارهای پیش از قرن بیستم، مصرف‌کنندگان بدون اتکا به علائم تجاری، خریده‌های خود را انجام خواهند داد.

❖ بخش دوم) کاهش ارزش اطلاعاتی علامت تجاری

دکترین علائم تجاری، طرفدار این ایده است که وقتی یک مصرف‌کننده به یک محصول نگاه می‌کند و می‌پرسد «شما چه کسی هستید؟»، علامت تجاری باید اینگونه به این پرسش پاسخ دهد که: «این، من هستم!» یعنی مصرف‌کننده باید بداند که با چه کسی سروکار دارد.^۶ اما آیا مصرف‌کننده دقیقاً می‌داند که با چه کسی سروکار دارد؟ آیا فکری که دارد، درست است؟

اگرچه قانون علائم تجاری ادعا می‌کند که علائم تجاری، منبع اصلی محصولات را به مصرف‌کننده نشان می‌دهند، اما مفهوم «منبع»، در گذر زمان مفهوم ثابتی نبوده است. از نظر برخی، شاید منظور از منبع، محلی باشد که محصول از آن آمده است، اما این طرز فکر متعلق به زمانی بود که محصولات همگی در یک محل ساخته می‌شدند؛ امروزه، منظور از منبع تغییر کرده است و منظور، نهادی است که مالک علامت تجاری است.^۸

در پرونده سیگل^۹ دادگاه مدعی پیدایش «یک منطق توجیهی جدید برای علائم تجاری» شد که طبق آن، علائم تجاری، به جای اینکه معرف تولیدکننده باشند، «معرف کیفیت محصول» هستند. بنابراین «منبع»

اکنون
معادل با
کسی که
محصول را
می‌سازد یا جایی
که محصول از
آن می‌آید، نیست،
بلکه معادل با
صفات محصول مانند
کیفیت است. درحالی‌که
مصرف‌کنندگان ممکن
است صفات معینی را به یک
تولیدکننده ربط دهند، قانون
از صفات سازنده به سمت صفات
محصول سوق یافته است.^{۱۰} بنابراین،
در بسیاری موارد، محصولات توسط
سایر شرکت‌هایی تولید می‌شوند
که ارتباط آن‌ها با مالک علامت
تجاری، فقط به قرارداد ختم می‌شود.
علائم تجاری، اینگونه اطلاعات
میانی را برای مصرف‌کنندگان
افشا نمی‌کنند. در واقع، احتمال
اینکه علامت تجاری، این اطلاعات
را برای مصرف‌کنندگان پنهان
کند، بیشتر است. برای مثال،
مصرف‌کننده‌ای که به محیط
زیست و مصرف غذای سالم اهمیت
می‌دهد، شاید مجذوب برگر
گیاهی بوکابرگز^{۱۱} شود، با این
تصور که شرکتی که پشت
این علامت تجاری ایستاده است،
دغدغه‌های زیست‌محیطی دارد.
اما واقعیت چیز دیگری است.
مالک واقعی بوکابرگز، شرکت
تنباکوی بزرگ فیلیپ موریس^{۱۲}
است.^{۱۳}

۱۰. FA 2d at F.F.F.A., Siegel.

۱۱. Boca Burgers.

۱۲. Philip Morris.

۱۳. Dow Jones, Kraft to Buy Boca Burger, N.Y.

Kraft Foods is a .at C13, 7000, 19. TIMES, Jan

.Unit of Philip Morris

noting that if the name answers) (13 Cir) 1361, 1362 F.2d 1361, Airline Guides, Inc. v. Goss, 9 V the question "what are you?" it is deemed generic and unprotectable as a trademark, whereas if the (name answers the question "who are you?," it may be protected as a trademark

14. Haight Farley, Christine, "Trademarks in an Algorithmic world," Washington Law Review, Vol. A 1144 p

15. Siegel v. Cluckien Delight, Inc. 93 F.2d 1361, 13 Cir) 1361

گفتار سوم) علامت تجاری در عصر تحولات تکنولوژی



بخش اول) معرفی چالش‌های فناوریانه

از علائم تجاری حمایت می‌کنیم به این دلیل که آن‌ها روش مؤثری برای انتقال اطلاعات دقیق هستند؛ به عبارت دیگر هزینه‌های حمایت از آن‌ها بر هزینه‌های استفاده از جایگزین‌هایی که به اندازه کافی مؤثر یا دقیق نیستند، ترجیح داده می‌شود. اما این نظریه براساس رفتار مصرف‌کننده سنتی است که بین محصولات مختلف در قفسه‌ها انتخاب می‌کرد، و در این وضعیت، چنین تعادلی ضروری به نظر می‌رسد. اما امروزه مصرف‌کنندگان ابزارهای متنوعی برای جستجوی مؤثر و انتخاب محصول بهینه در اختیار دارند و دیگر مجبور نیستند تنها به اطلاعاتی که علائم تجاری ارائه می‌دهند، متکی باشند. به عنوان مثال، استفاده از بلاکچین برای انتقال اطلاعات منبع

این فناوری‌ها که مجهز به یادگیری ماشین هستند، از قابلیت توصیه آنلاین اقلام مشابه به مصرف‌کنندگان برخوردار هستند. در تمامی این جستجوها، علائم تجاری هیچ کمکی در زمینه یافتن محصول به مصرف‌کننده نمی‌کنند، اگرچه ممکن است در صورت وجود نتایج دقیق و نزدیک به هم، در انتخاب نهایی به مصرف‌کننده کمک کنند.

فناوری دیگری که جایگزینی برای علائم تجاری در بازارهای امروزی است، ارتباطات میدان نزدیک یا ان‌اف‌سی (NFC) است. تراشه‌های موجود در گوشی‌ها، به محض تماس با اشیای دارای برچسب‌های ان‌اف‌سی، شروع به تبادل داده می‌کنند.^{۱۴} این برچسب‌ها که تقریباً روی هر نوع محصول ملموسی، قابل نصب هستند، برای تعبیه اطلاعات محصول در کالاها به کار می‌روند تا مصرف‌کننده در هنگام مواجهه با محصول در دنیای واقعی، بتواند فوراً در مورد آن تحقیق کند. مصرف‌کنندگان به جای انجام تحقیقات از راه دور، محصولات را از طریق یک تجربه تعاملی خرید مورد بررسی قرار می‌دهند.

با شیوع همه‌گیری و افزایش گرایش مصرف‌کنندگان به خریدهای آنلاین، به کارگیری هوش مصنوعی در بازارهای دیجیتال نیز شتاب فزاینده‌ای گرفت. مدتی هست که کلان‌داده‌ها، هوش مصنوعی، یادگیری ماشین و یادگیری عمیق، بازارها را متحول کرده‌اند و با ظهور فناوری‌های تبلیغاتی، تجربه خرید مصرف‌کنندگان به کل متحول شده

می‌تواند دقیق‌تر و مؤثرتر از علائم تجاری باشد.^{۱۴} یکی از دلایل بدیهی آن این است که امروزه تقریباً تمام مصرف‌کنندگان، با خود رایانه‌های کوچکی دارند و با همین رایانه‌ها می‌توانند ظرف چند میلی‌ثانیه، تقریباً به تمام اطلاعات دنیا دسترسی پیدا کرده و آن را پردازش کنند. مصرف‌کنندگان اکنون می‌توانند تحقیقات واقعی‌ای انجام دهند که ارتباط نزدیکی با تصمیمات خریدشان دارد.^{۱۵}

به جای اینکه طیفی از انتخاب‌ها به مصرف‌کننده ارائه شود تا از بین آن‌ها انتخاب کند، مصرف‌کننده امروزی با امکان دسترسی به اپلیکیشن‌ها (برنامه‌های کاربردی) و خدمات متعدد، خود به خود به سمت محصول مورد نظر خود هدایت می‌شود. اگر مصرف‌کننده، در فضای مجازی یا در دنیای واقعی، چیزی را ببیند که نگاهش را جلب کند، می‌تواند با کمک گوشی‌های همراه و کیوآر کدها (QR code)، بارکدها، شماره‌های واحد نگهداری کالا (SKU numbers)، شماره‌های مدل و ...، محل خریداری آن محصول را پیدا کند. در چنین تراکشنی، علامت تجاری، نه در فرآیند جستجوی محصول و نه در فرآیند انتخاب آن، نقش شناساگر و معرف را ایفا نمی‌کند.

۱۴. Ron Miller, Walmart Is Betting on the Blockchain to Improve Food Safety, TECHCRUNCH (November ۲۰۲۴), <https://techcrunch.com/2024/11/24/walmart-is-betting-on-the-blockchain-to-improve-food-safety/> [https://perma.cc/V9QN-ZL5H] ("By placing a supply chain on the blockchain, it makes the process more traceable, transparent and fully digital").

۱۵. Sources of Information About Products in the U.S. as of June ۲۰۲۳, STATISTA (Aug. ۲۰۲۳), <https://www.statista.com/sources-of-information-about-products-in-the-us-997051/forecasts> (last visited July ۲۰۲۴).

۱۶. Peter Dahlstrom & David Edelman, The Coming Era of On-Demand Marketing, MCKINSEY & CO. (Apr. ۲۰۱۳).

❖ بخش دوم) چالش‌های نظام علامت تجاری در عصر حاضر

در محیط دیجیتال، انتخاب محصول بهینه، دیگر تمرین شکار کردن یک علامت از بین علائم تجاری مختلف نیست بلکه کافیسست مصرف‌کننده کلیک‌هایی را که در طول جستجوی اینترنتی خود می‌زند را دنبال کند تا به محصول بهینه برسد و آن را بخرد. در بازار دیجیتال، علائم تجاری در حال محو شدن از فرآیند جستجو هستند؛ در خرده‌فروشی‌های مجازی، مصرف‌کنندگان، محصول، یا علامت تجاری و بسته‌بندی محصول را به صورت فیزیکی بررسی نمی‌کنند. نخستین رویارویی فیزیکی آن‌ها با محصول، فقط پس از خریداری و تحویل گرفتن محصول، اتفاق می‌افتد. بنابراین عجیب نیست اگر در هنگام تصمیم‌گیری برای خرید آن محصول، به نحوه نمایش علامت تجاری روی محصول یا بسته‌بندی آن، توجهی نکرده باشند. گاهی علامت تجاری به صورت مجازی نمایش داده می‌شود، اما بعید است که تأثیر زیادی داشته باشد. در فضای مجازی، علامت معمولاً به صورت «الصاق شده» به محصول دیده نمی‌شود، بلکه همانند سایر اطلاعات مانند قیمت محصول، فقط با حروف تایپی سیاه رنگ و با فونت کوچک، نمایش داده می‌شود.

نکته مهم‌تر این است که علائم تجاری گاهی حتی در هنگام جستجو نیز به چشم نمی‌آیند. در عوض، اطلاعات منبع ممکن است در سورس گُد (گُد منبع برنامه‌نویسی وبسایت و ...) گنجانده شده باشند که این کد نیز برای کاربر قابل رؤیت نیست اما قبلاً علائم

بازاریاب‌های امروزی، اطلاعات زیادی درباره ما دارند و با استفاده از ابزارهای پیچیده‌ای که در اختیار دارند و هر روز نیز پیچیده‌تر می‌شوند، می‌توانند این دانش را برای پیش‌بینی رفتارهای خرید ما به کار گیرند. پایش آنلاین، اینترنت اشیاء، فناوری‌های پوشیدنی و خانه‌های هوشمند، آرام آرام جای خود را در زندگی ما باز کرده‌اند. این فناوری‌ها، چرخه‌ای را ایجاد می‌کنند که شامل گردآوری داده‌ها، یادگیری ماشین و ترغیب هدفمند مصرف‌کننده به تقاضای محصول است.^{۱۷}

همچنین استفاده از راهنماهای شخصی برای خرید (personal shopping assistants)، که به کمک الگوریتم‌ها، هوش مصنوعی و یادگیری ماشین هدایت می‌شوند و در دسترس همه هستند و با جستجو در اینترنت، محصولات قابل توصیه برای کاربر را پیدا می‌کنند.^{۱۸} به کمک داده‌ها و الگوریتم‌های مصرف‌کننده، بازاریاب‌ها می‌توانند با موفقیت محصولاتی را پیشنهاد دهند که مصرف‌کنندگان هدف، یا از وجود آن‌ها اصلاً اطلاعی ندارند، یا اطلاع دارند ولی نمی‌دانستند که به آن‌ها نیاز دارند.

.17 GEO. WASH. L. REV ۸۲, Ryan Calo, Digital Market Manipulation .18 Kate Crawford & Jason Schultz, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms (۲۰۱۴) ۱۰۲۸, ۹۹۵ B.C. L. REV ۵۵ ۹۶, ۹۳.

.19 Rory Mellon, Amazon Is Killing One of Its Most Underrated Shopping Features, TOM'S GUIDE (August ۲۰۲۴), <https://www.tomsguide.com/news/amazon-is-killing-one-of-its-most-underrated-features-this-sucks> [https://perma.cc/GBAF-QSYA]

تجاری در حکم جستجو برای محصول عمل می‌کردند. امروزه خریده‌ها عملاً حاصل تحقیقات و جستجوهای خود کاربر هستند. مصرف‌کننده ممکن است با یک محصول علامت‌دار مواجه شود، اما علائم تجاری نقشی در سوق دادن او به سمت آن محصول نداشته‌اند. ظهور فناوری‌های متعدد باعث شده است که نیاز مصرف‌کنندگان به اینگونه یادآورهای حافظه‌ای برای انجام یک خرید تکراری یا خرید جدید رضایت‌بخش، کاهش یابد.

در بازارهای دیجیتال، بسیاری از فروشندگان امروزی متوجه شده‌اند که علائم تجاری متناسب با چنین دنیایی نیستند. از رویه‌های خرید آنلاین مشخص است که در بسیاری از موارد، اهمیت برند کمتر از سایر عوامل است و گاهی نیز هیچ اهمیتی ندارد. هزینه و تاریخ تحویل، به یکی از عوامل اساسی در تصمیمات خرید تبدیل شده‌اند.^{۱۹} برای نمونه، برای مصرف‌کنندگانی که از آمازون خرید می‌کنند، مشخصات قابل جست‌وجوی محصول و رضایت‌مندی تأییدشده مشتریان سابق، موضوع اصلی تحقیقاتشان خواهد بود.^{۲۰} اما جایگاه محصولات در نتایج جستجو، احتمالاً از هر عامل دیگری مهم‌تر خواهد بود.^{۲۱}

همچنین به کمک فناوری‌های تبلیغاتی، شرکت‌ها، حتی بهتر از خود ما، از نیازها، خواسته‌ها و پسندهای

.19 Lauren Freedman The Shopper Speaks: Shipping and Delivery Satisfaction Numbers Stand Strong, DIGIT. COM (Aug. ۳۰, ۲۰۲۴).

.20 Jie Yang, Rongting Zhang & Vanessa Murdock, Exploring the Reasons Behind Customer Purchase Decisions, AMAZON SCI. (Mar. ۲۰۲۴) ۱۰.

.21 A whopping ۴۰-۲۷ of shoppers aged ۲۹+ say they always or frequently/often buy the first product listed on an Amazon search engine results page. AMAZON CONSUMER BEHAVIOR REPORT ۲۰۲۱ FEEDVISOR, THE Consumer_Behavior_Re_۲۰۲۱/amazonaws.com/media.mediapost.com/uploads.http://s۳۴ [https://perma.cc/WEAE-NTYR].

می‌شود که مطابقت بالایی با خواسته‌های آن‌ها دارد و گاهی حتی خود مصرف‌کننده نیز خبر ندارد که چنین محصولی را می‌خواسته است! فناوری‌ها، ماهیت فروش توسط فروشندگان را کاملاً متحول ساخته‌اند.

■ گفتار چهارم) ارزیابی دوباره نظام علامت تجاری

❖ بخش اول) کارکرد متحول شده علامت تجاری

بازارهای مبتنی بر هوش مصنوعی، منطق توجیهی قانون علائم تجاری را از رونق انداخته‌اند؛ روند حذف انسان از عاملیت خرید در دنیای الگوریتمیک، تسریع شده است. سابقاً خود مصرف‌کنندگان درباره آن چه نیاز داشتند یا می‌خواستند، زمان خرید خود و محصولی که باید بخرند، تصمیم می‌گرفتند، اما فناوری‌های تبلیغاتی، تمامی این انتخاب‌ها را با یک تصمیم منفرد جایگزین کرده‌اند: بخرم یا نخرم؟! . چالشی که این فناوری‌ها برای درک تثبیت شده ما از علائم تجاری، ایجاد کرده‌اند، ما را وادار به تفکر می‌کند تا تحلیلی دوباره از هزینه‌ها و مزایای حمایت از این علامت‌ها داشته باشیم.

علی‌رغم کاهش ارزش اطلاعاتی علائم تجاری، ارزش بسیاری از این علامت‌ها به لحاظ تجاری افزایش یافته است. ارزش باارزش‌ترین برندهای دنیا، پیوسته در حال افزایش است^{۲۴} و با افزایش ارزش تجاری این علامت‌ها، حمایت‌های حقوقی از آن‌ها نیز افزایش یافته است.^{۲۵}

برای اینکه اصطلاح مورد استفاده بازتاب‌دهنده ارزش تغییر یافته علامت‌ها در بازار باشد، امروزه به جای «علامت تجاری» از اصطلاح «برند» استفاده می‌شود.^{۲۶}

ما آگاهی پیدا می‌کنند!^{۲۲} دیگر لازم نیست مصرف‌کنندگان زمان خود را برای تهیه لیست‌های خرید یا چرخ زدن در فروشگاه برای شکار محصولی که مواد بکار رفته در آن مطابق میل آن‌ها باشد، هدر دهند. ربات‌ها این کار را برای ما انجام خواهند داد؛ بهتر و سریع‌تر از ما هم آن را انجام خواهند داد^{۲۳} و بر خلاف مصرف‌کنندگان، ماشین‌ها نیازی ندارند که به اطلاعات محدود یا غیر دقیق اتکا کنند، چون به انبوهی از ذخایر داده دسترسی دارند. واکنش نشان دادن به آگهی‌های تبلیغاتی هدفمند که مبتنی بر داده‌های قابل اطمینان هستند، منطقی‌تر از اتکا به حافظه، توصیه یک دوست یا تبلیغات غیر شخصی شده (غیر سفارشی) به نظر می‌رسد.

بنابراین منطق توجیهی علائم تجاری تضعیف شده است و مصرف‌کنندگان برای راحتی مسئولیت انتخاب‌های خرید را به ماشین‌ها محول می‌کنند و این روند هر روز شدیدتر می‌شود و موتورهای توصیه محصولات، به یک ابزار متداول در پلتفرم‌هایی مانند آمازون، گوگل، نت‌فلیکس و فیس‌بوک تبدیل شده‌اند. مصرف‌کنندگان نیز به تدریج به این نتیجه می‌رسند که الگوریتم‌ها می‌توانند سریع‌تر و بهتر از خود آن‌ها، تصمیمات خرید را انجام دهند.

قانون علائم تجاری، هنوز نتوانسته است با این تحولات اساسی بازار که ناشی از ظهور فناوری‌های تبلیغاتی هستند، کنار بیاید. بازار سنتی که قانون علائم تجاری بر پایه آن شکل گرفته است، در حال پیوستن به تاریخ و منقضی شدن است. منطق فعلی علائم تجاری، با بازار فعلی بیگانه است، بازاری که در آن مصرف‌کنندگان، به ظریف‌ترین شکل ممکن با الگوریتم‌های داده‌محور هدف‌گیری می‌شوند و خریدهایی به آن‌ها پیشنهاد

۲۲. MAR- ۲۱, BEN PRING, EUAN DAVIS & VICTORIA BOLAND, COGNIZANT.

۲۰ KETING JOBS OF THE FUTURE (۲۰۱۹). <http://www.thecognizant.com/site/> pdf [https://marketing-jobs-of-the-future-codex۴۴۲۸-۲۱/۲۱۶۸/assets/files۴YKK] (**[C]ustomers no longer have to think about what-perma.cc/ZNP۶

۲۳. ("they'd like to buy or do because the bots do all the hard work Innovative Examples of ۲۰, Tricia McKinnon & Ben Rudolph

۱۹. DIGIT. (May Artificial Intelligence in Retail, INDIGO۹ (۲۰۲۰

۲۴. The combined value of "at ۱۵, INTERBRAND, BEST GLOBAL BRANDS ۲۰۲۱

۲,۶۶۷,۵۲۴\$ to ۲۰۲۰ million in ۲,۲۲۶,۴۹۱\$ ۱۰۰ brands increased from ۱۵ an overall increase of ۲۰۲۱ million in

۲۵. Mark P. McKenna, The Normative Foundations of Trademark Law

۸۲, NOTRE DAME L. REV ۱۸۴۰, ۱۸۳۹ (۲۰۰۷)

۲۶. ۹۸۱, FLA. L. REV ۶۴, Deven R. Desai, From Trademarks to Brands



نه جنبه اطلاعاتی آن‌ها. شاید علائم تجاری هنوز هم به مصرف‌کنندگان در تصمیمات خرید کمک‌کنند، اما نتایج کمتر بهینه‌ای به دست می‌دهند، سرعت جستجو را کاهش می‌دهند، باعث سردرگمی مصرف‌کننده می‌شوند، یا حتی گاهی اطلاعات غلط ارائه می‌کنند. امروزه مصرف‌کنندگان با یک تجربه خرید متفاوت روبرو هستند که در آن، ابزارهای مؤثرتر و دقیق‌تر، جای علائم تجاری را در بازارها می‌گیرند- در آینده نیز این روند تشدید می‌شود. اتکای مصرف‌کنندگان به علائم تجاری به منظور کسب اطلاعات درباره منبع یا کیفیت محصولات، کمتر و کمتر می‌شود.

نتیجه‌گیری

این ادعا که علائم تجاری ناقل اطلاعات سودمندی هستند و مصرف‌کنندگان برای جستجوی مؤثر در بازار، متکی به این کارکرد علامت‌ها هستند، در عصر الگوریتم‌ها، اعتبار خود را از دست داده است. منطق هنجاری برای حمایت از علائم تجاری، با سرعت هر چه تمام، در حال پیوستن به تاریخ و منقضی شدن است. کارکرد علائم تجاری در زمینه متمایزسازی محصولات به قوت خود باقی است، اما تغییرات در فناوری نشان می‌دهد که موارد استفاده از این کارکرد نیز کمتر و کمتر می‌شود.

بازارهای امروزی، با بهره‌گیری از فناوری‌های دیجیتال متعدد و مختلف، امکان ارتباط مؤثر مصرف‌کنندگان با محصولات را که مطابق خواسته‌های آن‌ها است، فراهم کرده‌اند. بنابراین لزوم اتکا به علائم تجاری برای انتقال اطلاعات درباره محصولات، تا حد زیادی کاهش یافته است. این جایگزین‌های فناورانه، باعث تغییر چشمگیر ارزش علائم تجاری در نگاه مصرف‌کنندگان شده‌اند و بنابراین تحلیل هزینه-فایده برای مشخص‌سازی نحوه حمایت از علامت‌ها نیز باید تغییر کند.

نظریه علائم تجاری باید این واقعیت را که هم کارآمدی علائم تجاری کمتر شده است و هم میزان استفاده از آن‌ها کمتر شده است، بپذیرد. قانون به جای حمایت از

یک «برند» به عنوان یک «دارایی دارای شهرت» تعریف می‌شود که «در گذر زمان برای شمول مجموعه‌ای از ارزش‌ها و صفات، شکل گرفته است» و خود به خود منجر به شکل‌گیری یک «مجموعه باورهای بسیار قوی در ذهن مصرف‌کننده می‌شود».^{۲۷} برندها، امیال مصرف‌کننده هستند که به تولید تبدیل شده‌اند؛ برندها محصول تبلیغات هستند. برندها برچسب روی محصول نیستند، بلکه خود محصول هستند.^{۲۸}

مصرف‌کنندگان هم چنان مجذوب برندها می‌شوند، اما این جذابیت بیشتر به خاطر ارزش جایگاهی برندها است و نه ارزش اطلاعاتی آن‌ها. هر چه جلوتر می‌رویم، از ارزش علائم تجاری کاسته می‌شود و به همان نسبت بر ارزش برندها افزوده می‌شود، اما قانون تجاری نتوانسته است همپای این تغییر، تکامل پیدا کند و خود را با آن وفق دهد.

❖ بخش دوم) نیاز به یک منطق جدید برای توجیه حفاظت از علامت تجاری

در قانون علائم تجاری، یک ناهماهنگی وجود دارد: ناهماهنگی بین کارکرد عملی علائم تجاری و کارکرد مورد نظر در قانون که مبنای حمایت از آن‌ها قرار گرفته است. اطلاعاتی که علائم تجاری مدعی انتقال آن هستند، هیچ ارتباطی با هیچ کالای خاصی ندارد. به جای اینکه علامت‌ها به عاملی برای انتقال اطلاعات درباره کیفیت و مشخصات کالا تبدیل شوند، اطلاعاتی را درباره تداعی‌های مرتبط با علامت، منتقل می‌کنند که ممکن است محدود به یک علامت خاص نباشد. بنابراین قانون در حال حمایت از انتقال پیام یک تاجر است. و هنوز هیچ‌گونه توجیهی برای این حمایت ارائه نشده است.

وقتی علائم تجاری در اطلاع‌رسانی ناتوان هستند، آیا باز هم باید حمایت شوند؟ آنچه ما امروزه داریم از آن حمایت می‌کنیم، در واقع قدرت فروش علائم تجاری است و

۹۸۵ (۲۰۱۲)

۲۷. PETER URWIN, VALERIYA KARUK, PHILIP HEDGES & FRANK AUTON,

VALUING BRANDS IN THE UK ECONOMY (۲۰۰۸)

۲۸. Jessica Litman, Breakfast with Batman: The Public Interest in the

YALE L.J. ۱۰۸, Advertising Age, ۱۷۱۷ (۱۹۹۹)

چالش‌های تئوریک استناد به داده‌های fMRI در علوم جنائی

امین ایمانپور

■ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری
و جرم‌شناسی دانشگاه تهران



چکیده

همگام با پیشرفت فناوری، اثرات و چالش‌های این پیشرفت بیشتر عیان می‌شود و گریز از صورت مسئله که در اینجا، فناوری‌های نوین است، نه ممکن است و نه مطلوب. از این رو، بایستی ابتدا چالش‌ها را شناخت تا بتوان راه‌حل و چاره‌ای برای معضلات جدید یافت. فناوری مورد توجه در این مقاله، یک نوع روش تصویربرداری مغزی است که با نام fMRI شناخته می‌شود. این فناوری، توان نسبی شناخت و بررسی دقیق مغز را به ما می‌دهد که می‌تواند چه در رابطه با علوم جنایی تجربی و چه حقوقی، موثر باشد. تشخیص مسئولیت کیفری، اثبات اتهام و پیشگیری، مصادیق بارز محدوده این تأثیرند. از سوی دیگر، چالش‌های مهمی نیز در مورد فرم استناد به این فناوری، عدم قطعیت آن و نیز حریم خصوصی داریم. این پژوهش با روش جمع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای و دید غالب توصیفی، به تشریح این چالش‌ها بپردازد. در این مقاله، این‌طور نتیجه‌گیری شد که استفاده از این فناوری، با برخی امور پذیرفته‌شده در حقوق تطابق ندارد. برخی از این موانع، موانعی مفید به نظر می‌آیند؛ یعنی لزوم رعایت حریم خصوصی و معیار سخت اثبات در امور کیفری و برخی نیز چنین نیستند؛ یعنی عدم پیش‌بینی وضعیت‌های احتمالی و عدم تفکیک این دلیل از ادله اخباری.

کلیدواژگان: fMRI، ادله اثبات کیفری، ادله اخباری، ادله عینی، حریم خصوصی

مقدمه

عملی این تفکیک، در خطاهای ممکن در بررسی هر یک از این دو قسم ادله به وجود می‌آید. گذر زمان در ادله عینی، ممکن است اصل دلیل را از بین ببرد و یا در آن، نقصی پدید آورد. در خصوص ادله اخباری نیز گذر زمان، آنچه به خاطر سپرده‌ایم را از صفحه ذهن مان محو می‌کند ولی، هیچ‌گاه در این فرآیند گذر زمان، دلیل احراز جدیدی قائم مقام نقایص و حذفیات نمی‌گردد تا گمراهی را دوچندان کند. ولی در مورد ادله اخباری، حافظه پاک شده، ممکن است با حافظه‌ای جعلی جایگزین گردد و مقّر یا شاهد جازم و با حسن نیت نیز خلاف واقع بگوید.

تفاوت عملی مهم‌تر، راجع به دخالت اراده و انگیزه در ارائه ادله اخباری است که در ادله عینی، حداقل به این شکل، آن را مشاهده نمی‌کنیم. به بیان ساده‌تر، مقّر یا شاهد به هر دلیل ممکن است دروغ بگویند، ولی

ادله اثبات دعوی را اعمّ از کیفری و حقوقی، به دو دسته کلی ادله اخباری و عینی تقسیم می‌کنند. منظور از ادله اخباری در دادرسی کیفری، دلایلی هستند که ماهیتاً گزارشی شفاهی یا کتبی را راجع به وقوع جرم و یا انتساب آن به متهم از کسانی که وقوع جرم را درک کرده‌اند، ارائه می‌شود. اقرار و شهادت، مصادیق ادله اخباری یا ادله مبتنی بر شهادت هستند. در مقابل، راجع به ادله عینی باید گفت که این ادله نه گزارش، بلکه آثار مستقیم و یا غیرمستقیم جرم را بررسی می‌کنند و از این طریق، سعی در شناخت پدیده مجرمانه و مرتکب آن دارند. علوم جرم‌یابی و پلیس علمی نظیر انگشت‌نگاری، اسلحه‌شناسی، سم‌شناسی و حسابداری جنایی از این قسم‌اند.

فارغ از تفاوت ماهوی این دو نوع ادله، باید گفت تفاوت

فزایش قابلیت‌ها و ارتقای میزان دقت کاملاً مورد انتظار است؛ در واقع نگارنده معتقد است فناوری‌هایی که در جهت آنالیز داده‌ها به کار می‌روند، امکان استفاده در علوم جنائی را بیش از پیش، برای این فناوری محقق خواهند کرد.

اما استفاده از این ابزار و استناد به آن، خالی از چالش‌هایی نوظهور نخواهد بود. انتظار می‌رود مسائلی چند در این خصوص ظاهر شود. به نظر نگارنده، چالش نخست راجع به امکان استناد به امری احتمالی است. احتمال در علوم طبیعی، جایگاهی روشن دارد، ولی آیا در حوزه علوم اجتماعی و به ویژه در امر کیفری چنین استنادی، صحیح است؟

چالش دوم، چالشی است که به ساختارهای سنتی عمده ادله اثبات دعوی برمی‌گردد. ادله اثبات اخباری سابقه‌ای بسیار طولانی دارند و اینکه آیا با پیدایش روش‌های تصویربرداری، دلیلی به نام دلیل اخباری خواهیم داشت یا خیر؟ توضیح آن که اگر تعیین صحت و کذب همه اظهارات با این فناوری ممکن باشد یا اگر قادر به نوعی ذهن خوانی با استفاده از این فناوری باشیم؛ حتی در صورت حفظ مفهوم دلیل اخباری، تغییرات بنیادی در ارزش، ارزیابی و تقسیمات ادله اخباری روی خواهد داد.

چالش سوم، چالشی مربوط به حریم خصوصی و رضایت است. آیا با استفاده از این روش تصویربرداری، حریم خصوصی مورد خدشه قرار نمی‌گیرد؟ آیا رضایت متهم یا شاهد تاثیری بر خروج از ایراد مربوط به حریم خصوصی دارد؟ آیا فرض رضایت و عدم رضایت، فارغ از تاثیر آن بر حریم خصوصی، به خودی خود می‌تواند در مشروعیت یا عدم آن موثر باشد؟

۱. بررسی مفاهیم و تعاریف:

۱.۱.۱. بررسی چیستی fMRI:

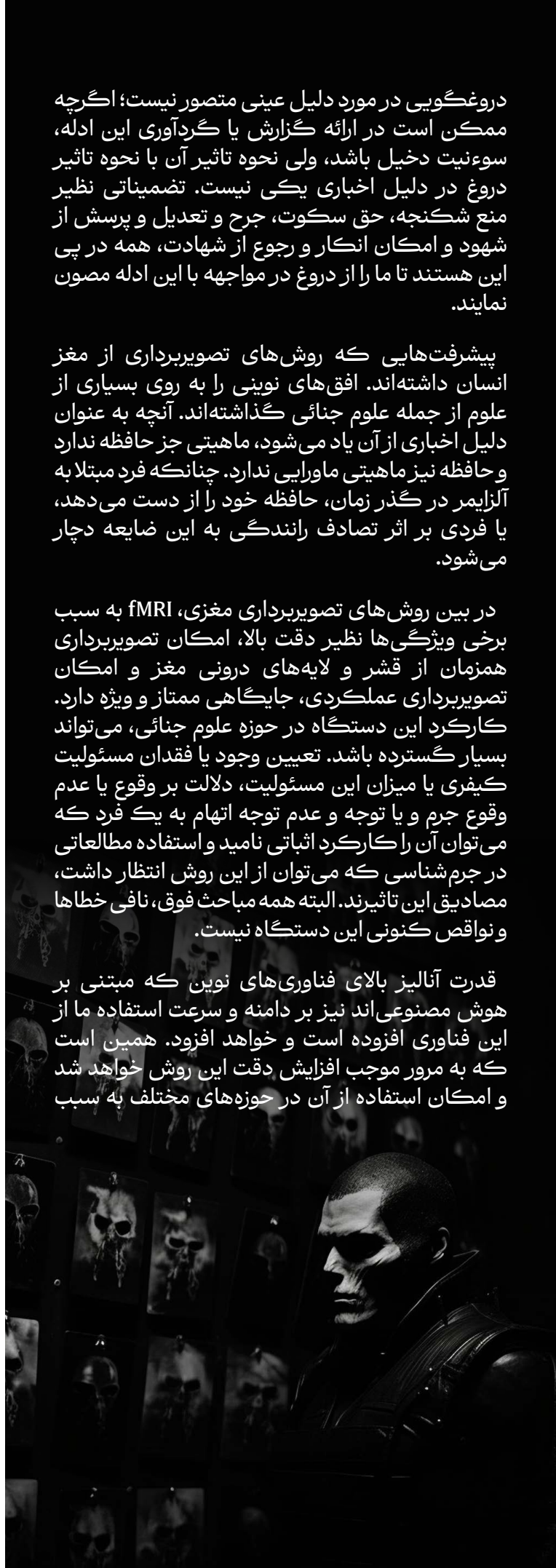
۱.۱.۱. درآمدی بر روش‌های تصویربرداری مغزی: ابتدائاً لازم است بیان شود، منظور از تصویربرداری مغزی این نیست که لزوماً داده‌های حاصل، شکل مغز را نشان دهد یا اطلاعات لزوماً بر روی شکل مغز نمایش داده شود؛ بلکه صرف دریافت و ارائه برخی داده‌ها نیز می‌تواند تصویربرداری تلقی شود، اگرچه معنایی مضیق نیست. در این معنی EEG یا MEG نیز روش تصویربرداری مغزی تلقی می‌شوند. از روش‌های تصویربرداری مغزی غالباً دو نوع طبقه‌بندی ارائه می‌شود؛ طبقه‌بندی نخست توجه بر ساختاری یا کارکردی بودن روش تصویربرداری دارد یعنی ساختار و اندازه هر قسمت از مغز یا عملکرد

دروغ‌گویی در مورد دلیل عینی متصور نیست؛ اگرچه ممکن است در ارائه گزارش یا گردآوری این ادله، سوءنیت دخیل باشد، ولی نحوه تاثیر آن با نحوه تاثیر دروغ در دلیل اخباری یکی نیست. تضمیناتی نظیر منع شکنجه، حق سکوت، جرح و تعدیل و پرسش از شهود و امکان انکار و رجوع از شهادت، همه در پی این هستند تا ما را از دروغ در مواجهه با این ادله مصون نمایند.

پیشرفت‌هایی که روش‌های تصویربرداری از مغز انسان داشته‌اند. افق‌های نوینی را به روی بسیاری از علوم از جمله علوم جنائی گذاشته‌اند. آنچه به عنوان دلیل اخباری از آن یاد می‌شود، ماهیتی جز حافظه ندارد و حافظه نیز ماهیتی ماورایی ندارد. چنانکه فرد مبتلا به آلزایمر در گذر زمان، حافظه خود را از دست می‌دهد، یا فردی بر اثر تصادف رانندگی به این ضایعه دچار می‌شود.

در بین روش‌های تصویربرداری مغزی، fMRI به سبب برخی ویژگی‌ها نظیر دقت بالا، امکان تصویربرداری همزمان از قشر و لایه‌های درونی مغز و امکان تصویربرداری عملکردی، جایگاهی ممتاز و ویژه دارد. کارکرد این دستگاه در حوزه علوم جنائی، می‌تواند بسیار گسترده باشد. تعیین وجود یا فقدان مسئولیت کیفری یا میزان این مسئولیت، دلالت بر وقوع یا عدم وقوع جرم و یا توجه و عدم توجه اتهام به یک فرد که می‌توان آن را کارکرد اثباتی نامید و استفاده مطالعاتی در جرم‌شناسی که می‌توان از این روش انتظار داشت، مصادیق این تاثیرند. البته همه مباحث فوق، نافی خطاها و نواقص کنونی این دستگاه نیست.

قدرت آنالیز بالای فناوری‌های نوین که مبتنی بر هوش مصنوعی‌اند نیز بر دامنه و سرعت استفاده ما از این فناوری افزوده است و خواهد افزود. همین است که به مرور موجب افزایش دقت این روش خواهد شد و امکان استفاده از آن در حوزه‌های مختلف به سبب



مغز در لحظه را نشان می‌دهد و دیگری مبتنی بر این است که آیا ما به بررسی جریان خون در مغز می‌پردازیم یا فعالیت‌های الکتریکی مغز را بررسی می‌کنیم.^۲ fMRI، از روش‌های تصویربرداری کارکردی است و به بررسی جریان خون در مغز می‌پردازد. استفاده از بررسی جریان خون در مغز، به این ایده برمی‌گردد که هر نقطه از مغز که فعالیت بیشتری دارد، سوخت و ساز بیشتری دارد و در نتیجه آن، اکسیژن و خون دارای اکسیژن، بیشتری دریافت می‌کند.

۲.۱.۱. بررسی سازوکار عملکرد fMRI: تحقیقاتی در سال ۱۹۹۰ صورت گرفت که نشان داد به موازات افزایش فعالیت یک قسمت از مغز، جریان خون حامل اکسیژن نیز به آن محل افزایش می‌یابد.^۳ همین یافته، در مطالعات دیگری نیز تایید شد و زمینه برای ابداع ابزاری که بتواند با ارزیابی میزان خون حامل اکسیژن، فرآیندهای مغز را بسنجد و به تصویر بکشد، فراهم شد. به موازات پیشرفت روش‌های تصویربرداری و تجربه موفق استفاده از میدان مغناطیسی در تصویربرداری‌های پزشکی و مخصوصاً تصویربرداری‌های مغزی، ایده ساخت دستگاه fMRI، به منته ظهور رسید. در ساخت این دستگاه ایده استفاده از میدان‌های مغناطیسی در خدمت سنجش میزان اکسیژن خون قرار گرفت و افقی نوین به روی علوم عصب‌شناختی گشود.

۳.۱.۱. تفاوت‌های fMRI و سایر روش‌های تصویربرداری مغزی: برخی روش‌های تصویربرداری مغزی، منحصر فعالیت‌های قشری مغز را مورد ارزیابی قرار می‌دهند ولی برخی به بررسی فعالیت کل مغز می‌پردازند. برخی روش‌های تصویربرداری مغزی صرفاً ساختاری هستند نه کارکردی یعنی صرفاً شکل و جایگاه و تناسب سلولی مغز را نشان می‌دهند ولی روش‌های تصویربرداری کارکردی به بیان فعل و انفعالات و اتفاقات لحظه‌ای در مغز می‌پردازند. این

روش تصویربرداری چون مبتنی بر استفاده از میدان‌های مغناطیسی است، تقریباً فاقد ضرر است که در میان عمده روش‌های تصویربرداری که مبتنی بر تابش اشعه و یا استفاده از مواد پرتوزا هستند، مزیت بزرگی به شمار می‌آید. تفاوت دیگر این روش در دقت بالای آن در مقایسه با سایر روش‌های تصویربرداری مغزی است.

❖ ۲.۱. محدودیت‌های fMRI

۱.۲.۱. عدم قطعیت: می‌دانیم در استفاده از روش‌های علمی، همواره با احتمال مواجهیم و نه قطعیت. این ایراد شاید بیشتر به خود روش علمی وارد باشد تا نوع خاص این دستگاه و شاید هیچ‌گیزی از احتمال نیز نه به لحاظ تئوریک و نه به لحاظ علمی نباشد ولی به نظر می‌رسد ذهن آدمی اغلب قطعیت را مطلوب می‌داند و احتمالی بودن ولو به صورت کلی، یک ایراد به شمار می‌آید. این عدم قطعیت، می‌تواند نتیجه سلبی و ایجابی به بار آورد. نتیجه سلبی، همان عدم اعتماد مردم عادی است و نتیجه ایجابی نیز جایی ظاهر می‌شود که همین مردم عادی برای پاسخ به سوال و رفع نیاز خود به اموری مدعی قطعیت روی می‌آورند. قطعیتی که ممکن است به هیچ وجه، مقرون به صحت نباشد و این چالش، زمانی شدت می‌یابد که جافتادگی تاریخی برخی از این روش‌های کسب قطعیت را ملاحظه می‌کنیم. برای مثال، عرف ایران، گاه در تشخیص سلامت و رشد عقل نگاه صفر و یکی دارد. مثلاً داستانی مشهور شده است که یک کودک در

دکان میوه فروشی، قبل
و با اعتراض فروشنده
گفته است که وی
واکنش نشان
سیب‌زمینی یا
اگر

محاسبه قیمت مشغول خوردن موز بوده است
مواجه شده است، و در جواب مادر وی
بچه است و نمی‌فهمد و فروشنده نیز
می‌دهد که اگر نمی‌فهمد چرا
پیاز یا سیب نمی‌خورد؟ در اینجا،
علم بگوید این کودک ۹۰٪
فرد بزرگسال می‌فهمد یا اینکه



۲. Raichle ME. A brief history of human .
brain mapping. Trends Neurosci
j. / ۱۰۷۱۰۱۶ :doi. ۲۶- ۱۱۸: (۲) ۳۲; Feb ۲۰۰۹
:PMID. ۲۶ Dec ۲۰۰۸ Epub. ۲۰۰۸/۱۱/۰۰۱.tins
.۱۹۱۱۰۳۲۲

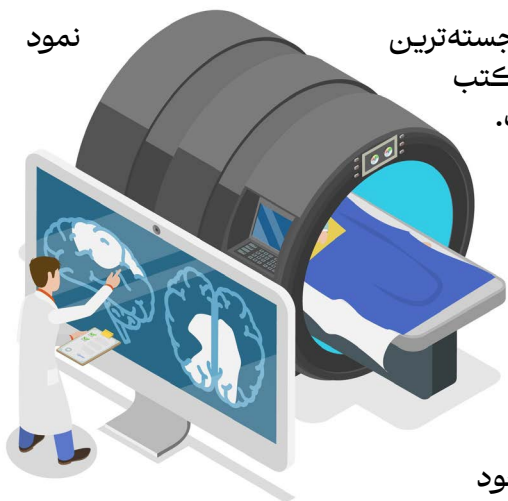
۳. Glover GH. Overview of functional magnetic .
resonance imaging. Neurosurg Clin N Am
۲۰۱۱. ۹- ۱۳۳: (۲) ۲۲; Apr
.۲۰۱۰/۱۱/۰۰۱.j.nec/ ۱۰/۱۰۱۶ :vii. doi. ۹- ۱۳۳: (۲) ۲۲; Apr
.PMCID: PMC۳۰۷۳۷۱۷; ۲۱۴۳۵۵۶۶: PMID

قائل به تفکیک شود و بگوید درمورد مساله A می‌فهمد ولی راجع به مساله B نمی‌فهمد، پاسخی نامأنوس برای عرف ارائه داده است.

۲.۲.۱. نادیده گرفتن رفتار و

مظاهر عینی‌تر: می‌دانیم که هدف نهایی بسیاری از رشته‌های مرتبط با علوم رفتاری و شناختی، بهبود عملکرد، احساسات و توانایی‌های شناختی افراد می‌باشد. در مواردی fMRI و سایر روش‌های تصویربرداری مغزی چون بر ساختارها و فرایندهای مغز تاکید عمده دارند، علائم بالینی به دست فراموشی سپرده می‌شود یا اهمیتی به آن داده نمی‌شود. برای مثال، در مورد فردی که علائم اضطراب دارد، آنچه شاید در درجه اول مهم باشد، بهبود این علائم است و نه ریشه‌یابی یا فهم اینکه چه فرآیندی موجب این علائم شده است. آنچه ضرورت تمرکز بر علائم بالینی را ضروری‌تر می‌سازد، این است که گاه دانستن جزئیات بیشتر راجع به وضعیت بیمار، تاثیری بر بهبود علائم ندارد و ممکن است موجبات سردرگمی را نیز فراهم آورد. در واقع، آنچه بیمار را آزرده خاطر ساخته است، ساختار مغز خود و یا فرایندهای معیوب آن نیست، بلکه اختلالاتی است که وی آن را به سادگی درک می‌کند نظیر عدم تمرکز، افکار مزاحم و یا ترس بیش از سایر دیگران و شناخت این فرایندهای غیرمحسوس تنها وقتی برای مخاطبان مستقیم، سودمند است که به رفع مشکل آن‌ها بپردازد. همین امر، کمابیش ممکن است راجع به استفاده‌هایی که این فناوری در علوم جنایی دارد نیز مطرح باشد؛ توضیح آنکه در علوم جنایی، آنچه اهمیت دارد تشخیص سرزنش‌پذیری عمل یا فرد و یا برخی ملاحظات فایده‌گرایانه و مسائل مربوط به پیشگیری است. به عبارت دیگر، آنچه در نهایت در علوم جنایی اهمیت دارد، رفتار است و نه مجرم. اگرچه در مواردی، مجرم

نمود



نیز مورد توجه بوده است که برجسته‌ترین آن در نظر نگارنده، نظرات مکتب ایتالیایی یا پوزیتیویستی است. همچنین، مساله تعیین مسئولیت کیفری نیز مطرح است. در خصوص، مسائلی از این دست نیز، ممکن است همان ایرادات به کارگیری این ابزار در روانشناختی مطرح باشد. فردی را در نظر بگیرید که قدرت تشخیص را در بررسی‌های بالینی از خود

نشان می‌دهد ولی تصویربرداری‌های مغزی نتیجه‌ای غیر این را به ما نمایان سازد. ممکن است عده‌ای در خدشه به این ایراد بیان دارند که این اختلاف در نتایج حاصل خطای یکی از این دو روش، یعنی بررسی‌های بالینی یا تصویربرداری مغزی است، شاید این نقد وارد باشد ولی وضعیت حال حاضر که در آن، هر دو واجد صحت فرض می‌شوند خلاف اینست، یعنی نگارنده می‌پذیرد که ممکن است این ناهماهنگی در نتایج، بعدها فاقد مصداق شود ولی در وضعیت حال حاضر، این نظر بلاوجه است.

نکته مرتبط دیگر راجع به اشکال در حوزه حقوق کیفری، تاثیری است که این داده‌ها بر ذهن مخاطبین می‌گذارد. یعنی این داده‌ها یا به دلیل فناوری پیشرفته‌تر در تحصیل آن‌ها یا به دلیل نحوه ارائه که به صورت رنگی یا با جزئیات صورت می‌گیرد، سوگیری را در ذهن مخاطب که می‌تواند هیئت منصفه، دادرس یا هر شخص دیگر که دخیل در دادرسی است، برانگیزد. از این اثر، تحت عنوان اثر درخت کریسمس^۴ یاد می‌شود.

۳.۱. کاربردهای fMRI در حقوق کیفری:

۱.۳.۱. مسئولیت کیفری: درست است که سن یا سلامت روان، به عنوان معیارهایی برای سنجش درک و اراده^۵ در نظر گرفته می‌شوند ولی به نظر می‌رسد، این معیارها همیشه مطابق با واقع نیستند و معمولاً تنوع در ویژگی‌ها و رفتارهای انسان قابل چشم‌پوشی نیست. ممکن است سن فردی به قدری باشد که بشود او را نوعاً مسئول شناخت، ولی از درک لازم برخوردار نباشد و حالت عکس نیز ممکن است. در این حالات، تحمیل و یا رفع مسئولیت کیفری، موافق عدالت به نظر نمی‌رسد. همچنین است راجع به مواردی که در سلامت مغز و روان فرد تردید هست و به عبارتی قصد در استفاده از یا رد دفاع جنون را داریم. به نظر نگارنده، راجع به این دسته با دو نوع چالش مواجه هستیم: نخست، امکان تمارض به این بیماری‌ها و اختلالات برای بسیاری ممکن است. راجع به فرض بسیاری از آسیب‌ها و بیماری‌های غیرمغزی، امکان انجام آزمایشات و عکسبرداری‌های ساده فراهم است و بدین ترتیب، تمارض از عدم تمارض تمیز می‌یابد ولی در مورد بیماری‌های روانی یا برخی آسیب‌های مغزی وضع بدین منوال نیست و

۴. نوبهار، رحیم، اردبیلی، محمدعلی، همراهی، رضیه، مزایا و چالش‌های کاربست شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های کیفری. آموزه‌های حقوق کیفری ۱۴۰۰؛ ۱۸(۲۲): ۳۵۱-۳۷۸. doi: ۱۰.۳۰۵۱۳/۲۰۲۲.۲۶۶۱.۱۴۱.cld

۵. آرتین. رشد و کمال عقل» کودک در پرتو حقوق کیفری عصب‌شناختی؛ با نگاهی بر رویه قضایی آمریکا. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۴۰۱؛ ۱۰(۳۹): ۱۰۱-۱۳۵. doi: ۱۰.۳۰۵۱۳/jclr/۱۰/۲۲۰۵۴. ۲۰۲۲/۰۱۵۷/۲۳۱۷

نقطه ضعفی قابل توجه است و موجب می‌شود در رابطه با مشکلات و عواملی که جنبه زودگذر داشته‌اند، قادر به تشخیص نباشیم. اگرچه، این نقطه ضعف را به اشاره به این حقیقت، می‌شود توجیه کرد که معمولاً آسیب‌ها و مشکلات مغزی جنبه مزمن دارند ولی با این حال، این اشکال در دو جا خود را بروز خواهد داد: ۱. عمده بیماری‌های روانی ولو بیماری‌های سایکوتیک، هر لحظه اثراتی رافع مسئولیت بر فرد ندارند، مثلاً فرد مبتلا به اسکیزوفرنی همیشه در وضعیت توهم نیست. ۲. بسیاری از مبتلایان و افراد درگیر در این وضعیت، دارو مصرف می‌کنند و با دارو این وضعیت را کنترل کرده‌اند و ممکن است یا زمان ارتکاب، مصرف دارو قطع شده باشد و به واسطه این، قابل تشخیص نباشد و یا اینکه در زمان بررسی دارو قطع شود.

۲.۳.۱. محکومیت کیفری: ادله‌ای که بنیان آن‌ها بر گزارشی از وقوع جرم، مبتنی است، همواره در معرض دروغ‌ها و تحریف‌ها هستند. این فناوری به دو طریق می‌تواند این آسیب را خنثی کند: نخست، می‌تواند راجع به صحت یا کذب اظهارات به ما کمک کند. با توجه به سابقه‌ای که از دستگاه دروغ سنج در ذهن ما هست و اغلب آن را به عنوان ابزاری پرخطا و غیرقابل اتکا می‌شناسیم، بهتر است به تفاوت دروغ سنجی با کمک دستگاه اخیر و دستگاه fMRI بافکنیم. روش تشخیص دروغ در دروغ سنج سنتی که آن را غیرقابل اتکا فرض کرده‌ایم، بر سنجش برخی واکنش‌های فیزیولوژیک بدن که هنگام اضطراب و ترس تجربه می‌کنیم مبتنی است نظیر: فشار خون، تعداد ضربان قلب و یا دمای بدن. ولی در fMRI، تصویربرداری از مغز، یعنی محل پردازش افکار صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، ممکن است فرد بی‌گناهی نیز در موقعیت بازجویی دچار اضطراب و تنش شود و دروغ نیز نگوید،

همین، باعث رجوع به معیارهای سست و با خطاپذیری بالا می‌شود و امکان دو دسته خطا پدید می‌آید: ۱. مجنون‌انگاری عاقل متمارض ۲. عاقل‌انگاری مجنون واقعی. دسته دوم چالش‌ها، به دلیل پیچیدگی و جزئیات زیاد مغز ممکن است بروز یابد. مثلاً ممکن است این مطلب، صحیح باشد که مرتکب مبتلا به اختلال اسکیزوفرنی یا دوقطبی است ولی هنوز در مراحل اولیه این بیماری است و هنوز از دایره مسئولیت کیفری خارج نشده است. نکته‌ای که راجع به این دسته چالش‌ها، حائز اهمیت است این است که برخلاف چالش اول، که ممکن است گفته شود مراجعات و سوابق درمانی مرتکب می‌تواند به ما کمک کند، ولی در خصوص این چالش از متخصص، بما هو متخصص (یعنی متخصص بدون این ابزار)، دقت بالایی انتظار نمی‌رود. البته نکته حائز اهمیت دیگری نیز در این رابطه وجود دارد و آن افزایش احتمال خطا با دخالت بیشتر عامل انسانی است. یعنی عامل انسانی هر چقدر بیشتر در یک پروسه دخالت کند، خطاها و غرض‌ورزی‌ها نیز بیشتر خود را نشان خواهند داد و همین، تشخیص وجود یا عدم و میزان مسئولیت کیفری را ولو با سوابق بالینی و درمانی، کم اعتبارتر از بررسی‌های مبتنی بر این فناوری می‌کند. یعنی ما به دو دلیل معتقدیم که fMRI، می‌تواند در تشخیص مسئولیت کیفری و میزان آن موثر واقع شود: ۱. دقت بالای این ابزار در بررسی مغز و فرایندهای مغزی ۲. عدم امکان اعمال نظرات شخصی و فاقد مبنا. در ادامه، اشاره به این موضوع ضروری است که این روش، ایرادی مانند روش‌ها و ارزیابی‌های سنتی دارد و آن، بررسی مرتکب بعد از ارتکاب جرم است؛ یعنی اگرچه این فناوری، تواناست و خطای آن اندک است ولی در هر صورت، وضعیت مرتکب را در حین ارتکاب جرم به تصویر نمی‌کشد. این به نظر نگارنده،



ولی دستگاه دروغ سنج تشخیص دروغ دهد که در fMRI، این شکل از خطا ممکن نیست و بر مبنای پژوهش‌های تجربی نیز، اعتبار دروغ سنجی با fMRI بیشتر است.^۶ طریق دیگر، بررسی فرآیندها و واکنش‌های مغز است که ممکن است باعث نوعی ذهن خوانی درمورد آن‌ها شود. این امر چندان دور از دسترس نیست و همراهی fMRI و هوش مصنوعی، این اتفاق را در مراحل ساده رقم زده است.^{۷۸} این که این امر به لحاظ تکنیکی با چه روش‌هایی ممکن است یا چه زمانی می‌توان به این مرحله دست یافت، موضوع این مقاله نیست. آنچه مورد توجه نگارنده است امکان بروز چنین پدیده‌ای است که عمده

چالش‌های مطرح در قسمت بعد نیز به آن اختصاص خواهد داشت. شاید تکنیک، همراه با درخواست برای تفکر راجع به اتفاق مجرمانه باشد یا پخش تصاویر دوربین مداربسته و بررسی واکنش‌های ذهنی فرد و یا

پخش اصوات مرتبط با لحظه وقوع جرم، در هر صورت این موارد برای

نگارنده اهمیتی ندارد. آنچه برای نگارنده اهمیت دارد، آغاز وضعیتی از دسترسی به اطلاعات است که مسبوق به سابقه نبوده است و شاید دوران ادله خبری را نیز به سرآورد.

۳.۳.۱. کاربرد fMRI در

پیشگیری از جرم: بخشی از علل جرم، مشخصات علل روانشناختی یا علل فیزیولوژیکی هستند که با مغز در ارتباطند. از این رو، اهمیت بررسی دقیق مغز در فرآیند پیشگیری، مضاعف می‌گردد و ابزاری که بتواند ساختار و فرآیندهای مغزی را نمایش دهد، جایگاهی ویژه می‌یابد. ممکن است افرادی به طور کلی به دلیل برخی ویژگی‌ها نظیر قدرت استدلال اخلاقی ضعیف‌تر، قدرت



انطباق ضعیف‌تر، هوش پایین‌تر یا تحریک‌پذیری بالا و ضعف در کنترل هیجان، بیشتر از سایرین در معرض ارتکاب جرم باشند. در این خصوص، توجه مخاطب را به بررسی که با استفاده از این دستگاه، در رابطه با مرتکبین قتل عمد به میان آمده است، جلب می‌کنم. این پژوهش نشان داد که مرتکبین قتل عمد محبوس در دو زندان ایالتی نیومکزیکو و ویسکانسین، تفاوت‌های معناداری در ماده خاکستری برخی نواحی از مغز، حتی نسبت به مرتکبان سایر جرائم خشن زندانی، دارند.^۹

مطمئن‌ا توجه قانونگذار و مقامات اجرایی باید نسبت به این دسته از افراد، بیشتر باشد و شرط لازم این مراقبت‌ها، تشخیص دقیق‌تر با استفاده از ابزارهای نوین و قابل اتکاست.

۲. چالش‌های تئوریک:

۱.۲.۱. احتمال بودن:

۱.۱.۲. مفهوم احتمال و جایگاه

احتمال در شناخت: وقتی از احتمال وقوع یک پدیده سخن می‌گوییم، منظورمان نسبت حالات مطلوب و مورد بررسی به کل حالات ممکن است. مثلاً وقتی از احتمال ۶ آمدن در پرتاب تاس حرف می‌زنیم باید یک حالت آمدن ۶ و جمعا شش حالت را در نظر بگیریم و بگوییم احتمال ۶ آمدن در یک تاس نرمال، یک به شش یا یک ششم است. البته این تفسیر از احتمال، حاصل رویکرد به کلاسیک به احتمال است.

در رویکرد مبتنی بر فراوانی وقوع، احتمال یک واقعه، برابر است با فراوانی نسبی مشاهده شده آن رخداد در تکرار زیاد آزمایش‌ها. در هر حال، شاید اصل کاربست احتمال صرف نظر از تفاسیری که از مفهوم آن ممکن است رخ دهد حاکی از عدم قطعیتی است که در انطباق یک حکم بر یک موضوع داریم. احتمال، مفهومی است که در زبان عرف هم می‌تواند با عدد به کار رود و هم بدون عدد؛ مثلاً ممکن است گفته شود، احتمال الف بالاست یا

۶. Langleben DD, Hakun JG, Seelig D, Wang AL, Ruparel K, Bilker WB, Gur RC. Polygraphy and Functional Magnetic Resonance Imaging in Lie Detection: A Controlled Blind Comparison Using the Concealed Information Test. J Clin Psychiatry ۲۰۱۶;۷۷(۱۰):۱۳۷۲-۱۳۸۰. doi: ۱۰.۴۰۸۸/PMID.۱۵۸۰۹۷۸۵. JCP ۲۶۷۹۴۳۴.

۷. Lu, Zitong. (۲۰۲۳). Visualizing the Mind's Eye: A Future Perspective on Applications of Image Reconstruction from Brain Signals to Psychiatry. Psychoradiology ۲۲:kkad۰۲۲. psyrad/

۸. Tang, J., LeBel, A., Jain, S. et al. Semantic reconstruction of continuous language from non-invasive brain recordings. Nat Neurosci ۲۶:۸۵۸-۸۶۶ (۲۰۲۳). doi: https://doi.org/10.1038/s41593-023-۰۱۳۰۴-۹

Koenigs M, Decety J, Kiehl KA. Aberrant brain gray matter in murderers. Brain Imaging Behav ۲۰۲۰;۱۴(۵):۲۰۵۰-۲۰۶۱. doi: ۱۰.۱۰۰۷/PMCID:۳۱۲۷۸۶۵۲. PMID:۳۱۱۶۸۲۰. PMC۶۹۴۲۶۴۰.

۹. Sajous-Turner A, Anderson NE, Widdows M, Nyalakanti P, Harenski K, Harenski C,

احتمال ب اندک است ولی در زمینه آکادمیک، آن چه از احتمال انتظار می رود بیان در قالب اعداد و ارقام است چراکه دقت و نگاه جزئی به مدد اعداد به دست می آید. حال که مفهوم احتمال تا حدودی روشن شد، به جایگاه احتمال در شناخت اشاره می کنیم. با تغییراتی که در زمینه معرفت شناسی در ساحت شناخت رخ داد و وقتی تجربه و آزمایش جای خود را به سایر روش های کسب معرفت دادند، ادبیات مخصوص روش تجربی نیز جان گرفت. قطعیتی که عقل و گزاره های پیشینی به ما می دادند در روش تجربی وجود نداشت. مشاهده و بررسی پدیده های جزئی، در رسیدن به کلیت و عمومیت با چالش هایی مواجه است و همین، به احتمال و لزوم دقت آن در بررسی جایگاه ممتازی می بخشد. به نحوی که برتراند راسل می گوید "احتمال، مهم ترین مفهوم در علم مدرن است."^{۱۰}

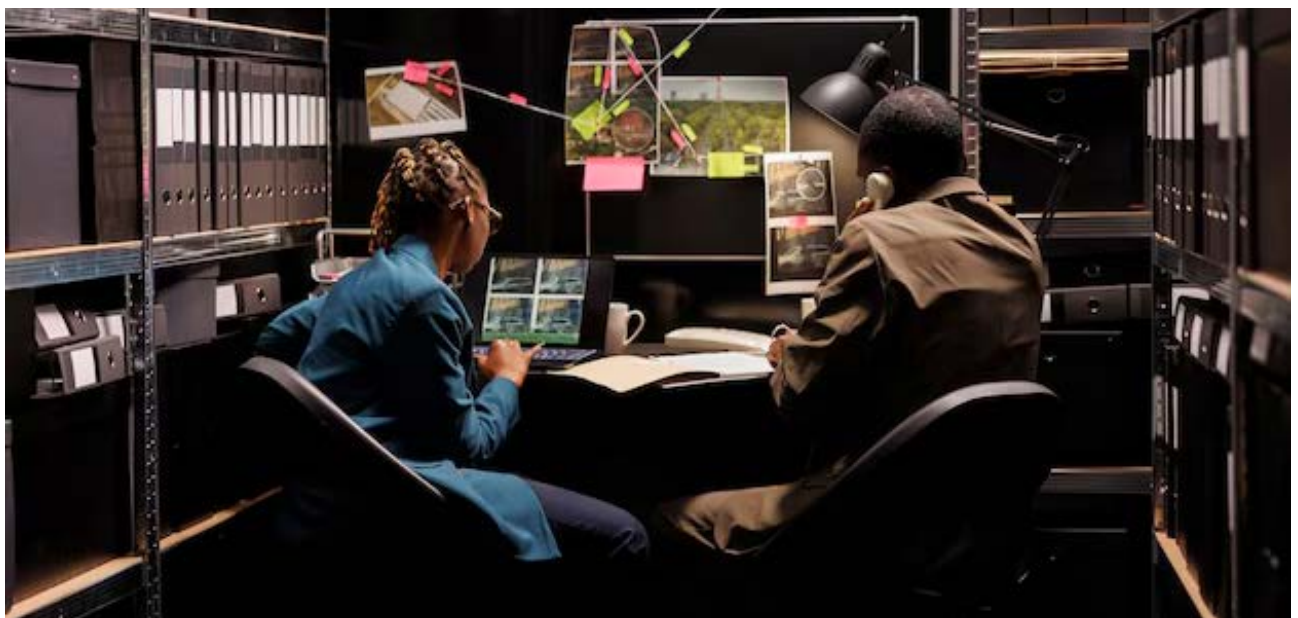
۲.۱.۲. امکان سنجی استناد به احتمال در حقوق کیفری: چه در رابطه با محکومیت، چه در رابطه با مسئولیت کیفری و چه در رابطه با بحث پیشگیری، نتایجی که از فناوری fMRI انتظار داریم مبتنی بر احتمال خواهند بود و بر پایه عدد. چراکه به کمک همین مفاهیم، این روش ارزیابی شده است و وقتی از دقت آن سخن می گوئیم چیزی جز این اعداد به ما کمک نمی کند. بر این اساس، باید توجیه پذیری استناد به این احتمال بحث شود. می دانیم در حقوق کیفری، به دلیل نتایج شدیدی که بر محکوم بار می شود، معیارهای اثباتی سخت گیرانه تری نسبت به فرایندهای مدنی داریم. معیار اثباتی سخت گیرانه در شریعت به عنوان قاعده درء و در حقوق مدرن، فراتر بودن اثبات از هرگونه شک معقول است ولی با این حال، هیچ کدام از این دو تاسیس به معنی قطعی بودن اثبات در دادرسی کیفری نیست. آماری که در رابطه با خطای محکومان در برخی کشورها ارائه می شود^{۱۱} و تاسیساتی که در بسیاری از کشورها برای بازبینی مجدد پرونده ها وجود دارد، شاهد این مدعاست. پس می بینیم ولو با ظاهر قطع، با چیزی جز احتمال بالا مواجه نیستیم و باید دید آیا در رابطه با fMRI نیز با احتمال بالا مواجهیم یا خیر؟ که به نظر می رسد در بسیاری از کارکردهایی که انتظار داریم، چنین است و با توجه به توسعه روزافزون دقت این ابزار، توسعه فناوری هایی که با تحلیل داده سر و کار دارند و افزایش داده های ورودی این دقت روند صعودی داشته باشد و بتواند در حقوق کیفری مورد استناد قرار بگیرد.

۳.۱.۲. راه حل برخی چالش ها: استناد به احتمال معتبر از استناد به یقین غیرقابل ارزیابی و غیرقابل تعریف، صحیح تر به نظر می رسد ولی چه کنیم که نهادهای حقوقی عمدتاً بر پایه فرض یقین نه احتمال قوی تاسیس شده اند. اگرچه تغییراتی به مرور در این عرصه پدید آمده است؛ ولی به فرض دخالت احتمال، باید اولاً سعی کنیم میزان صحت این احتمال را افزایش دهیم و بایست ملاحظه جدی نسبت به افزایش کیفیت و کمیت طرق اعتراض عادی و فوق العاده دادرسی داشته باشیم.

نکته دیگر اینست که هر چقدر هم ارزیابی را دقیق تر کنیم، باز احتمال خطا هست و باید با پذیرش این احتمال نهادهای حقوقی برای امکان جبران و اصل جبران تاسیس کرد. لغو مجازات اعدام، قدمی مهم برای این مهم است.

^{۱۰} . (Philosophy of Encyclopedia Stanford) Probability of Interpretations .

^{۱۱} . غلاملو، جمشید، محکومیت بی گناهان رویکردی میان رشته ای به ادله اثبات کیفری، ج ۴، انتشارات دانشگاه تهران؛ تهران، ۱۴۰۲، در آمد.



امکان پرداخت عادلانه خسارت
و اعاده حیثیت نیز باید مورد توجه
قرار گیرد.

جایگاه تست DNA نیز وقتی پدیدار
شد، چنین بود و کمیته‌هایی در ایالات
متحده برای بررسی بی‌گناهی برخی افراد

تشکیل شد.

❖ ۲.۲. چگونگی استناد:

۱.۲.۲. توسعه یا عدم توسعه ادله سنتی: آیا می‌توان دامنه شمول مفهوم اقرار یا شهادت را گسترش داد؟ و فراتر از پاسخ به این سوال، پاسخ سوالی دیگر دارد. آیا اساساً توسعه این دلایل، مطلوب است؟ ارتباط این سوالات به موضوع این مقاله، در رابطه با کارکردی از فناوری fMRI است که از آن تعبیر به ذهن‌خوانی کردیم. در چنین فروضی، آیا می‌توانیم قائل باشیم که با یک اقرار یا شهادت مواجهیم؟ در این نکته که این دو دلیل، یعنی اقرار و شهادت در یک طرف و تصویربرداری مغزی ذاتاً با هم متفاوت هستند و یکی دلیل اخباری است و دیگری دلیل عینی یا احراز، مناقشه کمتری وجود دارد. اگرچه می‌توان گفت اقرار یا شهادت سنتی نیز به فرض صحت، نمایی از چیزی هستند که در خاطر فرد می‌گذرد یا این مساله را به طور معکوس ملاحظه کرد یعنی تصویربرداری مغزی را نیز نوعی گزارش مآوقع دانست و نه دلیل عینی. به نظر می‌رسد این مناقشات، زائیده تفاوت مغز با سایر عوامل اثرپذیر از جرم است که دلیل عینی را به همراه دارند. شاید فردی بگوید داده حاصل از تصویربرداری مغزی نیز همچون اثر انگشتی است که از صحنه جنایت به دست آمده است و فارغ از اراده متهم دلالت بر انتساب یا عدم انتساب دارد ولی تفاوتی در اینجا مغفول مانده است و این تفاوت، این است که مغز اساساً هویت ماست. وقتی اطلاعاتی از مغز به دست می‌آید گویی این اطلاعات از خود ما به دست آمده است. در تعریف اقرار یا شهادت، جز قصد اخبار و بیان این اقرار و شهادت شرط دیگری برای اقرار یا شهادت نمی‌بینیم که آن را از تصویربرداری مغزی متمایز سازد. آیا اقرار یا شهادت باید کلامی باشد؟ در این صورت، چرا در مواردی و با شرایطی اقرار و شهادت فردی که قادر به سخن گفتن نیست، مورد پذیرش واقع می‌شود؟ اگر فردی خود رضایت به تصویربرداری مغزی بدهد، می‌توان گفت چنین فردی قصد اخبار نیز داشته است؟ حتی نکته دیگری نیز در خصوص قصد اخبار قابل طرح است؛ آیا شرطیت قصد اخبار برای خارج کردن مصادیقی از بیان نبوده است؟ نظیر سخنانی که فرد برای مزاح می‌گوید یا در وضعیت مستی و یا خواب است؟ و این احتراز از چنین مصادیقی پیوند وثیقی با خارج کردن احتمال کذب اظهارات مقرر یا شاهد دارد؟ مثلاً ممکن است کسی در حالت مستی یا خواب بگوید من فلانی را کشته‌ام ولی آیا سخن فردی در این وضعیت، قابل اتکاست؟ یا فردی که برای شوخی و خنده ارتکاب جرمی را به خود نسبت می‌دهد، سخنانش می‌تواند مبنای تاثیر در امری جدی باشد؟ منظور نگارنده این است که ممکن است قصد اخبار صرفاً برای اطمینان از اخبار و بیان کردن یک واقع شرط شده باشد و لاغیر و در تصویربرداری مغزی که کذب منتفی است، قصد اخبار نیز به کاری نمی‌آید. ولی می‌شود گفت خواه ناخواه، قصد اخبار در رابطه با اقرار یا شهادت شرط شده است و وجه غالب نیز همان شهادت یا اقرار کلامی بوده است و از این رو، اگرچه شاید تصویربرداری مغزی از اعتبار بالایی برخوردار باشد ولی اطلاق عنوان شهادت یا اقرار بر آن اشکال دارد. نگارنده، میل به موضعی در این رابطه دارد و علت آن بی‌فایده بودن تقسیم ادله در نظر اوست و در ادامه به آن خواهد پرداخت.

۲.۲.۲. بررسی جایگاه نفع در ارزیابی دلیل: آنچه در مورد بسیاری از ادله اخباری با آن مواجهیم، این است که چون اراده افراد در ارائه این دلایل موثر است همواره احتمال کذب وجود دارد. پرواضح است که احتمال کذب در جایی که انگیزه‌ای برای کذب وجود دارد یعنی نفع هست، بیشتر می‌شود. اظهارات شاهی که خویشاوندی با یکی از طرفین دارد یا نفعی مستقیم در موضوع دعوا دارد یا اظهارات بزه‌دیده کمتر از اظهارات مرتکب، مورد اتکا است. ولی اگر بتوانیم به ذهن دسترسی مستقیمی داشته باشیم یا صدق و کذب اظهارات را بسنجیم، آیا باز می‌توانیم نفع را در بررسی ادله اظهاری موثر بدانیم؟ حال آن که همین ملاحظه نفع برای بررسی احتمال صدق یا کذب اظهارات بود. به نظر می‌رسد تاثیر نفع در ارزش‌گذاری ادله با ظهور این فناوری، کم‌رنگ خواهد شد.

۳.۲.۲. تقسیم‌بندی دلایل، مفید

یا بی‌فایده: دلیل در لغت، چیزی است که نشانه‌ای بر اتفاق یا چیز دیگر است. سوالی که با توجه به این تعریف به ذهن نگارنده خطور می‌کند، این است که پس چرا باید دلایل را تقسیم کنیم و دلیلی را اقرار، دلیلی را شهادت و یا سند بنامیم؟ تقسیم‌بندی ممکن است به دلایل گوناگونی رخ دهد و هر تقسیم، ضرورتاً نشانگر تفاوتی عمیق بین دو دسته نیست. شهادت و اقرار و سند نیز هر سه به لحاظ دلالت، یکسان هستند یعنی همه دلیلند ولی صرف نظر از مسائلی که در نحوه ارائه این دلایل و مقابله با آن‌ها ممکن است پیش بیاید، آیا می‌توان گفت یکی از دیگری دلیل‌تر است یا نه؟ به تعبیر روشن‌تر، آیا ارزش‌گذاری این دلایل، امری صحیح و اصولی تلقی می‌شود؟ اصولاً اعتبار دلیل یک شی، به میزان دقتی است که دلیل در اشاره به آن شی دارد. از بین دلایلی که برای وجود یا وقوع الف اقامه می‌شوند، دلیلی مستحکم‌تر است که فقط به وجود و وقوع الف دلالت کند و یا بیشتر به وقوع الف دلالت کند و به غیر الف، کمتر دلالت کند و یا دلالت نکند. البته منظور از غیر الف در اینجا، هر چیز به جز الف نیست؛ بلکه، هر چیز جز الف است که وجود یا وقوع آن هم راستا با الف نباشد. فرض کنید وقتی برای آتش‌سوزی در یک مکان دور، رویت دود سیاه و صدای خودروی آتش‌نشانی را به عنوان دلیل در نظر می‌گیریم و چون دود سیاه از غیر آتش به وجود نمی‌آید، این دلیل محکم‌تر از صدای خودروی آتش‌نشانی در نظر گرفته می‌شود، زیرا آتش‌نشانی وظایف متعددی برعهده دارد و ممکن است مأموریت برای غیر از خاموش کردن آتش باشد. لذا دلیل دود سیاه برای اثبات آتش‌سوزی از صدای خودروی آتش‌نشانی قوی‌تر است. در اینجا، دود سیاه ممکن است علاوه بر

دلالت بر آتش‌سوزی، دلالت بر وجود ماده سوختنی و یا سوخته شدن چیزی در محل را نیز بکند ولی تاثیری بر دلالت آن بر آتش ندارد زیرا، این موارد با خود آتش‌سوزی ملازمت دارند. برخی معیار کلی اعتبار دلیل را همان میزان احتمال نقض آن دانسته‌اند که به نظر نگارنده، منظور از نقض در اینجا، عدم دلالت یا دلالت به شی و واقعه دیگر است. البته کاربرد عدم دلالت شاید به لحاظ فلسفی صحیح نباشد زیرا هر دلیل لااقل به وجود خود که دلالت دارد ولی باید پذیرفت که دلالت رابطه‌ای واقعی و عینی نیست و مطلقاً رابطه‌ای ذهنی است و وجود و عدم نیز باید به عنوان وجود و عدم ذهنی، مورد داوری قرار گیرند.

در هر حال، با توجه به مقدمه‌ای که گفته شد دانستیم که ادله قابل ارزش‌گذاری هستند و به بیانی دلیل و دلیل‌تر داریم. ولی آیا در نظر گرفتن ارزشی بیشتر برای یک نوع دلیل، به صورت کلی، کاری صحیح است؟ آیا همواره اقرار باید برتر از شهادت دانسته شود؟ آیا جایگاه سند نسبت به اقرار همواره بالاتر است؟ در پاسخ، شاید بیان شود حقوق عرصه نگاه نوعی است و یا چاره‌ای جز نگاه نوعی نیست. به نظر نگارنده، این پاسخ‌ها قابل قبول هستند ولی مساله در جای دیگر بروز می‌یابد. ما هدف دادرسی کیفری را برخلاف دادرسی مدنی، کشف حقیقت می‌دانیم و نه فصل خصومت و در راستای آن میل به نظام آزادی ادله یافته‌ایم. یعنی هر امر قابل ارزیابی را که حاکی از وقوع جرم یا انتساب عمل مجرمانه به فردی باشد، دلیل دانسته‌ایم. آیا در جایی که شاید حسب تنوع جرائم و ارتکاب آن‌ها، هزاران دلیل قابل تصور باشد و ما فقط بین اقرار و شهادت و سند قائل به تفاوت ارزش باشیم، بر این تفکیک اثری مترتب است؟ پاسخ به این پرسش به نظر منفی است و با لحاظ توضیحات بیان شده، می‌توان چنین نتیجه گرفت که ملاحظه هدف کشف حقیقت، نتیجه‌ای جز پذیرش نظام ادله معنوی و آزاد دلیل ندارد و لازمه پذیرش نظام ادله معنوی، پذیرش ارزش‌گذاری دلیل توسط مقام رسیدگی‌کننده است و این است که حصول اقناع وجدانی از ناحیه قاضی را معنا می‌دهد و همچنین راه را برای پذیرش ادله متکثر برای نیل به حقیقت، هموار می‌کند.

در کنار تکثر پیش گفته، این مساله که ممکن است فناوری fMRI، ادله اخباری را دگرگون سازد یا اینکه عملاً محو کند نیز قابل توجه است. به نحوی که تقسیم‌بندی‌های ادله که عمدتاً حول ادله اخباری بودند، با تغییرات پدید آمده در این ادله باید تغییر یابند و شاید فارغ از تقسیم‌بندی‌های جزئی‌تر اصل تقسیم بین ادله اخباری و احراری نیز بیهوده باشد.

از مطالب این قسمت، چنین می‌توان استنتاج کرد که تقسیم‌بندی ادله در نظم حقوقی گذشته، معنادارتر بود و اکنون این



توجهی خارج از ذهن دادرس ندارد، اما از منظر دیگری نیز می‌شود به مساله قابلیت ارزیابی نگریست و آن بحث امکان‌پذیری رسیدگی مجدد و بازبینی است. با پذیرش نظام اقناع وجدانی در دادرسی کیفری، شرط قابلیت ارزیابی دلایل،

مستمسکی است که قناعت وجدانی ذهنی و شخصی را قابل بررسی عینی می‌کند.

سوال آخر نیز پیوند با امر توجیه‌گری هدف دارد. هدف می‌تواند وسیله نامطلوب را کند. در اینجا، مباحث عمده‌ای قابل

آیا
توجیه
طرح

است و دکترین‌های متعددی فراخور پذیرش هر سطح ارائه شده است ولی ما نظر منفی نسبت به این مساله اتخاذ می‌کنیم و بر اساس آن می‌گوییم کشف حقیقت توجیه‌گر هر نوع تحصیل دلیلی نیست. از ارزش‌های مورد احترام در نگاه اصالت فرد، حق بر حریم خصوصی است و عمده مصادیق نقض حق در کشف حقیقت نیز ناظر به همین حریم خصوصی است چراکه جرم به دلایل مشخص عمدتا در خفا رخ می‌دهد. این شاید مهم‌ترین استثنا بر آزادی تحصیل دلیل، در نظام دادرسی کیفری باشد.

۲.۳.۲. جایگاه حریم خصوصی: آنچه در ذهن داریم، در نگاه اول به عنوان مصداقی از حریم خصوصی ما تلقی می‌شود ولی آیا آن قسمت از خاطرات و ذهنیات ما که مربوط به ارتکاب جرم یا مشاهده جرم است نیز بخشی از حریم خصوصی هستند؟ به تعبیر دیگر، تعلق خاطرات به امور عمومی، می‌تواند ماهیت خصوصی این اطلاعات و یا امکان مخفی کردن این اطلاعات را نقض کند؟ تصور کنید. دو دوربین مداربسته یکی در اتاق خواب و دیگری رو به خیابان تصور کنید. در صورت نیاز به حافظه دوربین مداربسته رو به خیابان، می‌توان گفت که آن حریم خصوصی تلقی می‌شود؟ یا حداقل به اندازه حافظه دوربین اول، خصوصی تلقی نمی‌شود. نظرنگارنده به آن است که حافظه و خاطره مربوط به امر عمومی و آن هم عمومیتی که در جرم با آن مواجهیم و مدعای ما نقض نظم عمومی کل جامعه به واسطه جرم است. ولی نکته‌ای وجود دارد و اینست که تا پیش از اثبات جرم، فی‌الواقع نمی‌دانیم جرمی رخ داده است یا خیر و از این رو، تصویربرداری که پیش از اثبات جرم، با این اشکال روبروست. این سخن، راجع به فرض عدم رضایت شاهد یا متهم برای تصویربرداری است و اشکالات در فرض رضایت کم‌رنگ‌تر خواهد بود. ولی مساله‌ای در رابطه با خود رضایت مطرح است که بحث لزوم آگاهانه بودن رضایت است. وقتی رضایت می‌دهیم باید بدانیم رضایت به چه چیزی می‌دهیم تا رضایت معنی داشته باشد ولی در رابطه با fMRI، اولاً با توجه به پیچیدگی فرآیند تصویربرداری و تحلیل داده فهم موضوع آزمایش از اتفاقی که قرار است رخ دهد، کلی است و جزئی است و ثانياً گاه ممکن است در فرآیند تصویربرداری تصاویر و اطلاعاتی ناخواسته استخراج شود. به نظر می‌رسد اکتفا به قدر متیقن رضایت و بررسی

تقسیم‌بندی دیگر به فایده قبل نیست و در آینده این تقسیم‌بندی معنی‌تر نیز خواهد شد.

۲.۳. مشروعیت یا عدم مشروعیت:

۱.۳.۲. آزادی در تحصیل دلیل:

آزادی در تحصیل دلیل و استناد به آن، از نتایجی است که هدف قرار گرفتن حقیقت در دادرسی کیفری موجب آن شده است. چون هدف تحصیل حقیقت است و حقیقت می‌تواند با روش‌های مختلف و متنوعی حسب جنس خود حقیقت، کشف شود باید گفت. در آیین دادرسی کیفری اصل بر آزادی تحصیل دلیل و استناد به این ادله است که زمینه را برای کشف حقیقت و صدور حکم به واسطه آن فراهم می‌آورد ولی در این میان مسائلی مطرح است: آیا آزادی تحصیل دلیل منافاتی با بی‌طرفی دادرس ندارد؟ آیا هر دلیلی قابل استناد است؟ و سوال اساسی‌تر اینکه آیا در مسیر کشف حقیقت، باید هر مانعی را نادیده گرفت و در هر حال باید به کشف حقیقت اهتمام داشت یا خیر؟

در پاسخ به سوال نخست می‌گوییم ادله‌ای که اینجا مدنظر داریم یعنی ادله عینی و احراز بی‌خودی خود به نفع یک طرف خاص در دادرسی نیستند که بگوییم منافاتی با بی‌طرفی پیش خواهد آمد. در واقع شاید در رابطه با ادله اخباری این امر صحیح باشد ولی در رابطه با ادله عینی اینطور نیست.

در پاسخ به سوال دوم، باید گفت قابلیت ارزیابی دلیل ویژگی مهمی است که عدالت کیفری را برای افکار عمومی، قابل فهم و لمس می‌کند. مثلاً اگر دادرسی به چهره متهم استناد کند و با توجه به خالکوبی یا آثار کهنه زخم، حکم دهد. این حکم

فناوری تصویربرداری مغزی fMRI، یک فناوری نوین برای پی بردن به لحظه، لحظه فرایندهای مغزی است. فناوری که به ما قابلیت تشخیص دقیق‌تر بسیاری از مسائل در حوزه علوم جنائی را نظیر مسئولیت کیفری یا توجه و عدم توجه اتهام خواهد داد. هر فناوری یا شیء دارای مزیتی، مورد توصیه نیست یا بهتر است بگوییم، برای هر کاری مورد توصیه نیست. آنچه از فناوری دنبال می‌شود، سعادت بشر است و بررسی هزینه-فایده‌ای یا اخلاقی هر فناوری معنی تاجر نمی‌دهد. در خصوص فناوری مورد بحث، باید گفت سه حوزه چالشی شناسایی شد. نخست، مساله عدم قطعیت است که گفتیم تقریباً گریزی از آن نیست ولی این به معنی استناد به احتمالات ضعیف یا در نظر نگرفتن طرق جبران خطا نیست. ثانیاً، در نظام‌های حقوقی مدرن با قانونی بودن ادله مواجهیم و با توجه به ماهیت ویژه این دلیل، یعنی دسترسی مستقیم به مغز، تفکیک قائل شدن بین این دلیل و دلایل مبتنی بر شهادت دشوار است. بعلاوه ساز و کارهای سنتی برای ارزیابی موانع مسئولیت کیفری و یا سنجش حالت خطرناک داریم، که عدول از آن‌ها آسان نیست. ثالثاً، به هر قیمتی نمی‌توان به اطلاعات مورد نیاز علوم جنایی دست یافت و حریم خصوصی سدی محکم در برابر قدرت است. از این

۱۲. قناد، فاطمه، شریف، الهام. مطالعهٔ اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیهٔ اروپا. حقوق فناوری‌های نوین، ۱۴۰۰؛ ۱(۴): ۱-۲۲. doi: ۱۰.۲۲۱۳۳/۱۰۱۰۶۰.cli/۲۰۲۱.۲۴۴۶

۱. مقدمه

آژانس امداد رسانی و کار یابی سازمان ملل برای پناهندگان فلسطینی (آنروا)^۱، در سال ۱۹۴۹ مأموریت خود را در غزه، کرانه باختری، سوریه، لبنان و اردن با هدف حمایت از پناهندگان فلسطینی آغاز کرد. در تاریخ ۲۸ اکتبر ۲۰۲۴ و با تصویب قانونی جدید در پارلمان اسرائیل مبنی بر ممنوعیت هرگونه فعالیت آنروا، نگرانی‌های گسترده‌ای در خصوص پیامدهای احتمالی تصمیم اتخاذ شده بر وضعیت پناهندگان فلسطینی شکل گرفت. این قانون که با ۹۲ رأی موافق و ۱۰ رأی مخالف به تصویب رسید، طی روزهای آتی به اجراء خواهد آمد و تمامی فعالیت‌های آنروا در قلمروی تحت اشغال اسرائیل را ممنوع خواهد ساخت. مقاله پیش رو پیامدهای اخراج این سازمان را مورد سنج قرار داده و به این سوال که آیا تصمیم اتخاذ شده ناقض قواعد بین‌المللی است یا خیر، پاسخ خواهد داد. یافته‌های پژوهش حاضر بیانگر آن است که اخراج سازمان آنروا، نه تنها تهدیدی برای ارائه خدمات آموزشی، بهداشتی و امداد رسانی به پناهندگان فلسطینی محسوب می‌شود، بلکه ناقض تعهدات بین‌المللی و حقوق بشری همچون مفاد کنوانسیون چهارم ژنو؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر؛ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌باشد. افزون بر این، اقدام مذکور تعهدات اسرائیل نسبت به قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد و اصول منشور سازمان ملل را به چالش کشیده و به تضعیف تلاش‌های بین‌المللی برای حمایت از حقوق پناهندگان فلسطینی خواهد انجامید.

۲. متن اصلی

۲.۱. آنروا و تاریخچه آن

پس از حملات ۱۹۴۸ اسرائیل و آواره شدن مردم فلسطین، سازمان آنروا به منظور امداد رسانی به پناهندگان فلسطینی و بر اساس قطعنامه ۳۰۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تاریخ ۸ دسامبر ۱۹۴۹ تأسیس شد. با این حال، تاریخ شروع فعالیت‌های این سازمان از ۱ مه ۱۹۵۰ بود.^۲ با گذشت بیش از ۷۰ سال و در نبود راه‌حلی برای مشکل پناهندگان فلسطینی، مجمع عمومی سازمان ملل متحد بارها مأموریت این سازمان را تمدید نمود و آخرین بار فعالیت آن را تا ۳۰ ژوئن ۲۰۲۶ در اردن، لبنان، سوریه، کرانه باختری و نوار غزه تمدید کرد. در طول دهه‌ها، آنروا به بزرگ‌ترین آژانس سازمان ملل در غزه تبدیل شد و حدود ۱۳ هزار نفر را استخدام نمود. این آژانس به کمک و اداره پناهگاه‌ها و زیرساخت‌های اساسی همچون مراکز بهداشتی، مراکز آموزشی، احداث بیش از ۷۰۰ مدرسه؛ ارائه بسته‌های معیشتی و توزیع



UNRWA
الاونروا

بررسی پیامدهای اخراج آنروا توسط اسرائیل

و تعارضات قانونی آن

امیرمیسعود پورموسی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق
کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان



۱. UNRWA (United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East).
۲. Bartholomeusz, Lance, The Mandate of UNRWA at Sixty, Vol. ۲, Refugee Survey Quarterly ۲۸, ۴۵۲-۴۷۴ pp, ۴۵۲. (۲۰۱۰).

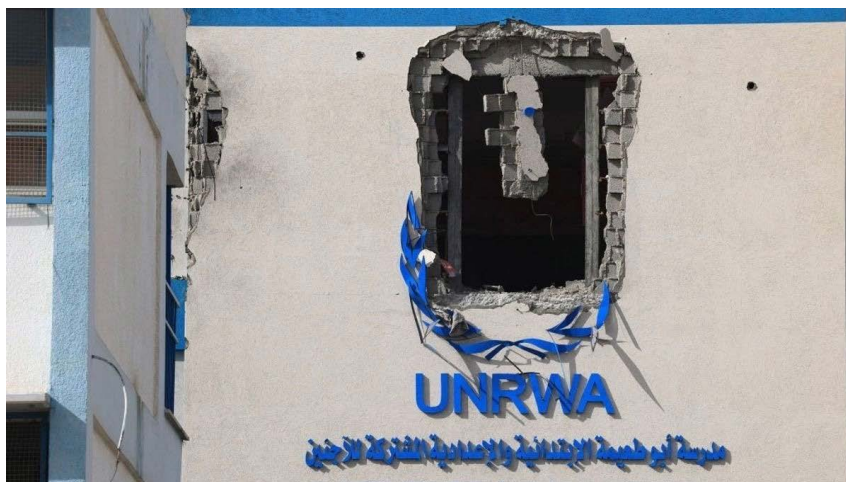
❖ ۲،۲. دلایل اخراج آنروا توسط اسرائیل

❖ ۲،۲،۱. بازتولید هویت ملی و یادآوری حق بازگشت

آنروا از بدو تأسیس با انتقادات شدید اللحن مقامات اسرائیل مواجه بوده است. دلیل اصلی این انتقادات، ریشه در اهمیت نقش این سازمان در حفظ و بازتولید «حق بازگشت» فلسطینی‌ها به سرزمین‌های اشغال شده دارد.^۴ آنروا به عنوان نهادی بین‌المللی نه تنها به تأمین نیازهای اساسی پناهندگان پرداخته، بلکه «هویت ملی» و حق بازگشت به سرزمین‌های اشغالی را که یکی از حقوق اصلی مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) و کنوانسیون چهارم ژنو محسوب می‌شود. این حق در حافظه جمعی فلسطینیان تقویت شده است. این مسئله، اسرائیل را به تلاش برای تضعیف و محدودسازی عملکرد آنروا سوق داد هرچند که این وضعیت خود محصول سیاست‌هایی اشغال‌گرانه اسرائیل می‌باشد.

❖ ۲،۲،۲. انتقاد بر محتوای آموزشی و کتب درسی

انتقادات وارد بر سازمان آنروا تنها به ساختار آن محدود نشده بلکه محتوای آموزشی و کتب درسی این سازمان نیز مورد حمله انتقادی قرار گرفته است. اسرائیل با ایراد بر سازوکار آموزشی این سازمان، محتوای درسی را حاوی مطالب «ضد یهودی» و «تقویت‌کننده روحیه وطن‌پرستی» عنوان کرده و شکایت آن را به سازمان ملل انتقال داده است. در پی این شکایت،



گزارشی از سوی سازمان ملل متحد در ۱۸ ژوئن ۲۰۲۱ منتشر شد که مشخص کرد کتب درسی این سازمان از تمامی استانداردهای یونسکو پیروی کرده و بر حقوق بشر تأکید ورزیده است. در عین حال گزارش مذکور بیان نمود که این کتب حاوی ۱. نگاهی به مقاومت در چارچوب مناقشه اسرائیل و فلسطین و ۲. نگرش‌هایی جزئی علیه اسرائیل بوده است.^۵ بدین ترتیب کمیسیون اروپا نیز با تأییدپذیری از این موارد، خواستار مشروط‌سازی کمک‌های مالی اتحادیه اروپا در قبال تغییر محتوای آموزشی این سازمان شد.

❖ ۲،۲،۳. سیاست‌های امنیتی و راهبردی

از دیگر دلایل قطع همکاری اسرائیل با آنروا و تصویب قوانین محدودکننده علیه این سازمان، به سیاست‌های امنیتی و راهبردی این رژیم بازمی‌گردد. پس از رویداد هفتم اکتبر، اتهامات متعددی مبنی بر دخالت برخی از کارکنان آنروا در همکاری با گروه‌هایی چون «گروه مقاومت حماس» مطرح شد

^۳. What is UNRWA and Why has Israel banned it?, BBC News, (October, ۲۹, ۲۰۲۴), (accessed November ۸, ۲۰۲۴), <https://www.bbc.com/news/articles/c1jy9v۴۳z۸۹۰>

^۴. Rashid I. Khalidi, Observation on the Right of Return, Vol. ۲۱, *Journal of Palestine Studies*, ۴۰-۲۹ pp, (۱۹۹۲).

^۵. Anna Dickenson & et al, EU Review into Palestinian School Textbooks, *House of Commons Library*, (June, ۲۵, ۲۰۲۱), (accessed November ۸, ۲۰۲۴), <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CDP۰۱۰۵-۲۰۲۱-CDP۰۱۰۵-۲۰۲۱>

خود به این نهاد امدادی را به طور موقت متوقف کردند. سازمان ملل با بررسی ادعای اسرائیل، ۹ نفر را از این نهاد اخراج کرد؛ با این حال، اعلام داشت که اسرائیل شواهدی کافی برای اتهامات مورد ادعای خود ارائه نداده و بدین ترتیب سازوکار آنرا را مطابق با استانداردهای مندرج در مکانیسم و رویه های اصل بی طرفی تشخیص داد.^۶

۲.۳. پیامدهای اخراج آنرا بر پناهندگان

فعالیت های امدادرسانی آنرا به پناهندگان فلسطینی، وابسته به توافقات مرزی میان اسرائیل و غزه است، چرا که بسته های معیشتی آن از طریق ایست های بازرسی اسرائیلی به غزه انتقال می یابند. این نهاد تقریباً تمام کمک های خود را با همکاری هلال احمر فلسطین از طریق ۱۱ مرکز در غزه و ۱۹ مرکز در کرانه باختری ارائه می دهد. با ممنوعیت ارتباط مقامات اسرائیلی با آنرا، فعالیت های امدادرسانی در کرانه باختری و نوار غزه به طور کامل مختل خواهد شد. بدین ترتیب، آنرا - بدون داشتن مصونیت در برابر حملات اسرائیل - با تهدید های امنیتی جدی روبه رو شده و کارکنان بین المللی آن دیگر امکان دریافت ویزا برای ورود به این مناطق را نخواهند داشت.^۷

آنرا یکی از اصلی ترین ارائه دهندگان خدمات بهداشتی و درمانی به پناهندگان فلسطینی محسوب می شود. قطع خدمات آن، بیمارستان ها و کلینیک هایی که به ویژه در شمال غزه فعالیت

۶. Independent Review of Mechanisms and Procedures to Ensure Adherence by UNRWA to the Humanitarian Principle of Neutrality, *Final Report for the United Nations Secretary-General*, (۲۹ April ۲۰۲۴), (۸ November ۲۰۲۴), https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2024/04/2024/uploads_unrwa-independent-review_on_neutrality.pdf
۷. Israel/OPT: Law to ban UNRWA amounts to criminalization of humanitarian aid, *Amnesty*, (۲۹ October ۲۰۲۴), (۸ November ۲۰۲۴), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/10/israel-opt-law-to-ban-unrwa-amounts-to-criminalization-of-humanitarian-aid/>

خدمات آنرا به طور مستقیم این گروه های آسیب پذیر را تحت تاثیر قرار داده و موجب افزایش مرگ و میر در میان زنان و کودکان خواهد شد.^{۱۰}

فعالیت های آنرا همچنین نقش حیاتی در کاهش خطر قحطی در غزه ایفا می کند. به گزارش یونیسف، آنرا به ۲.۲ میلیون نفر در غزه کمک های غذایی و دارویی ارائه می دهد و قطع این کمک ها، بحران قحطی را تشدید خواهد کرد. یونیسف هشدار داده است که عدم فعالیت آنرا می تواند به افزایش مرگ و میر کودکان و وخامت بیشتر بحران انسانی منجر شود. علاوه بر این، آنرا مسئولیت آموزش و تحصیل بیش از نیم میلیون کودک فلسطینی را بر عهده دارد. قطع فعالیت های آن، منجر به تعطیلی مدارس و محرومیت صدها هزار کودک از تحصیل خواهد شد. این مسئله

دارند را دچار بحران می کند. برای نمونه، گزارش «سازمان بهداشت جهانی»^۸ نشان می دهد که کاهش کمک های آنرا موجب تعطیلی بخش های حیاتی بیمارستان ها شده است؛ چنان که بیمارستان «کمال عدوان»^۹ به دلیل بمباران و نابودی تجهیزات پزشکی خود، خدمات دهی به بیماران را از دست داده است. این بحران باعث افزایش مرگ و میر در میان زنان باردار و کودکان شده، و بسیاری از زنان بدون دسترسی به خدمات بهداشتی مناسب، مجبور به زایمان در شرایط ناامن خواهند بود. طبق گزارش صندوق جمعیت سازمان ملل متحد، تعداد زیادی از زنان باردار و شیرده در غزه دچار سوء تغذیه شدید هستند. کاهش منابع غذایی و دارویی باعث شده است که حدود ۱۴ هزار زن باردار و شیرده نیازمند خدمات اورژانسی شوند، و ۱,۴۴۰ نفر از آنان به درمان سوء تغذیه حاد نیاز داشته باشند. قطع

Potentially "deadly" consequences could arise from Israel's UNRWA, *UNICEF, United Nation News*, (October ۲۰۲۴), accessed No-), (۳۱ October ۲۰۲۴), <https://news.un.org/en/story/2024/10/1156331>

۸. (WHO (World Health Organization, *Kamal Adwan Hospital*, ۱۰.۹

نیز، به‌ویژه در ماده ۵۹ خود^{۱۴}، طرف‌های درگیر در مخاصمات مسلحانه را ملزم می‌کند تا از ممانعت در ارائه کمک‌های بشردوستانه به جمعیت غیرنظامی خودداری کنند. ممنوعیت فعالیت آن‌را به‌عنوان یک نهاد بشردوستانه تحت نظارت سازمان ملل متحد، نقض صریح این اصول بشردوستانه است و برخلاف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به‌ویژه اصول حمایت از «جمعیت غیرنظامی» محسوب می‌شود.

علاوه بر موارد مذکور، این اقدام در تقابل با قطعنامه‌های متعددی همچون قطعنامه‌های «۳۰۲»^{۱۵} و «۱۹۴»^{۱۶} مجمع عمومی سازمان ملل متحد است که بر اهمیت حمایت از پناهندگان فلسطینی و فراهم‌سازی شرایط زندگی مطلوب برای آنان تأکید ویژه‌اند. از این رو، قطع همکاری اسرائیل با آن‌را نه‌تنها مغایر با این قطعنامه‌ها است، بلکه نشانه‌ای از بی‌توجهی به تعهدات بین‌المللی در قبال حمایت از حقوق اساسی و انسانی پناهندگان فلسطینی می‌باشد. در مجموع، این ممنوعیت نه‌تنها اصول حقوق بشری و قواعد حقوق بین‌الملل را نقض می‌کند، بلکه حاکی از بی‌توجهی اسرائیل به تعهدات خود در زمینه رعایت اصول انسانی و همکاری با جوامع بین‌المللی برای حفاظت از حقوق و کرامت انسانی می‌باشد.

۳. نتیجه‌گیری

نسلی از جوانان را پدید خواهد آورد که از فرصت‌های آموزشی کمتری برخوردارند؛ موضوعی که در درازمدت می‌تواند به افزایش فقر و بی‌کاری در جامعه فلسطینی منجر شود.

۲.۴. تعارضات قانونی اخراج آن‌را

اقدام اسرائیل در ممنوعیت و اخراج سازمان آن‌را، ناقض آشکار چندین اصل بنیادین حقوق بشری و قواعد بین‌المللی است. نخست آن‌که، این ممنوعیت با ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۱۷} و ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر^{۱۸} مغایرت دارد، که بر «حق حیات» به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین انسان‌ها تأکید می‌ورزند. محدود کردن دسترسی میلیون‌ها فلسطینی به خدمات اساسی همچون غذا و مراقبت‌های بهداشتی که توسط آن‌را فراهم می‌شد، تهدید آشکاری برای حیات آنان بوده و در تضاد با اصول حقوق بشری است.

همچنین، این اقدام با ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر^{۱۹} مغایرت دارد که افراد را شایسته برخورداری از استانداردهای زندگی مناسب همچون مسکن، غذا و مراقبت‌های بهداشتی می‌داند. توقف فعالیت‌های آن‌را منجر به محرومیت پناهندگان فلسطینی از این حقوق شده و شرایط زندگی آنان را به‌گونه‌ای غیرانسانی و مغایر با استانداردهای اولیه بشری تنزل می‌دهد. کنوانسیون چهارم ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن

۱۴. Additional Protocols to the Geneva Conventions, International Com-
<https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-additional-protocols-1949>, (accessed Nov ۸, ۱۹۷۷).
 ۱۵. United Nations, (Dec, ۳۰۲ Resolution, ۱۹۴۹), (accessed Nov ۸, ۲۰۲۴).
<https://www.unrwa.org/content/general-assembly-resolution-302>, (accessed Nov ۸, ۱۹۴۸).
 ۱۶. United Nations, (Dec, ۱۹۴ Resolution, ۱۹۴۸), (accessed Nov ۸, ۲۰۲۴).
<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/194-ip-ares>

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), United.N
<https://treaties.un.org/>, (accessed Nov ۸, ۲۰۲۴).
 Nations, (Dec ۱۹۶۶, ۱۶), (accessed Nov ۸, ۲۰۲۴).
<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>, (accessed Nov ۸, ۱۹۴۸).
 Ibid. ۱۳



۱. Bartholomeusz, Lance, The Mandate of UNRWA at Sixty, Vol. ۱, ۴۷۴-۴۵۲ pp, ۴۵۲, Refugee Survey Quarterly (۲۰۱۰).
۲. What is UNRWA and Why has Israel banned it?, BBC News, (October ۲۹, ۲۰۲۴), accessed November ۸, ۲۰۲۴, <https://www.bbc.com/news/articles/c8jy9v۴۳z۸۹۰>.
۳. Rashid I. Khalidi, Observation on the Right of Return, Vol. ۳, Journal of Palestine Studies, ۳۰, ۲۹ pp, ۴۰ (۱۹۹۲).
۴. Anna Dickenson & et al, EU Review into Palestinian School Textbooks, House of Commons Library, (June ۲۵, ۲۰۲۱), accessed November ۸, ۲۰۲۴, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CDP۰۵۰۵-۲۰۲۱-uk/documents/CDP-Independent-Review-of-Mechanisms-and-Procedures-to-Ensure-Adherence-by-UNRWA-to-the-Humanitarian-Principle-of-Neutrality-Final-Report-for-the-United-Nations-Secretary-General-۲۹-April-۲۰۲۴-۸-November-۲۰۲۴.pdf>.
۵. Israel/OPT: Law to ban UNRWA amounts to criminalization of humanitarian aid, Amnesty International (October ۲۹, ۲۰۲۴), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/۲۰۲۴/۱۰/israel-opt-law-to-ban-unrwa-amounts-to-criminalization-of-humanitarian-aid/>.
۶. Potentially "deadly" consequences could arise from Israel's UNRWA ban: UNICEF, United Nation News, (October ۳۱, ۲۰۲۴), accessed November ۸, ۲۰۲۴, <https://news.un.org/en/۲۰۲۴/story۱۱۵۶۳۳۱/۱۰/۲۰۲۴/story>.
۷. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), United Nations, (Dec ۱۶, ۱۹۶۶), accessed Nov ۸, ۲۰۲۴, <https://www.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume۲۰۹۹۹%treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume۱۴۶۶۸-۱-۹۹۹-volume-English.pdf>.
۸. Universal Declaration of Human Rights (UDHR), United Nations, (Dec ۱۰, ۱۹۴۸), accessed Nov ۸, ۲۰۲۴, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.
۹. Additional Protocols to the Geneva Conventions, International Committee of the Red Cross, (June ۸, ۱۹۷۷), accessed Nov ۸, ۲۰۲۴, <https://www.icrc.org/en/document/geneva-additional-protocols-۱۹۴۹-conventions>.
۱۰. UN General Assembly Resolution ۳۰۲, United Nations, (Dec ۸, ۱۹۴۹), accessed Nov ۸, ۲۰۲۴, <https://www.unrwa.org/content/general-assembly-۲۰۲۴-resolution۳۰۲-resolution>.
۱۱. UN Security Council Resolution ۱۹۴, United Nations, (Dec ۱۱, ۱۹۴۸), accessed Nov ۸, ۲۰۲۴, <https://www.securitycouncilreport.org/un-۲۰۲۴-Nov-۱۹۴-documents/document/ip-ares.php>.

ممنوعیت فعالیت آنرا توسط اسرائیل را می‌توان به عنوان نقض آشکار و سیستماتیک اصول بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بشر و تعهدات منشور سازمان ملل متحد دانست. آنرا به عنوان یک نهاد امدادی بین‌المللی، نقش اساسی و منحصر به فردی در تأمین نیازهای اولیه صدها هزار آواره‌ی فلسطینی ایفا می‌کند و دسترسی این افراد به غذا، آب، خدمات بهداشتی و آموزشی به فعالیت‌های این نهاد وابسته است. تصمیم اسرائیل که به بهانه مسائل امنیتی و در قالب محدودیت‌های سیاسی وضع شده، به طور مستقیم حق حیات و رفاه پناهندگان فلسطینی را به مخاطره انداخته و زیرساخت‌های امدادرسانی حیاتی را مختل خواهد ساخت. بر اساس اصول حقوق بشردوستانه، اسرائیل به عنوان قدرت اشغالگر موظف است نه تنها امنیت، بلکه حداقل دسترسی افراد غیرنظامی به خدمات و نیازهای پایه‌ای را تضمین کند. از آنجا که آنرا با همکاری سازمان ملل متحد و جامعه جهانی در این زمینه فعالیت می‌کند، ممنوعیت فعالیت این آژانس نقض تعهدات اسرائیل تحت کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن محسوب می‌شود. این تصمیم، هم با اصول حقوق بشری و هم با حقوق بین‌الملل بشردوستانه در تضاد است. جامعه جهانی مکلف است با استفاده از تمامی ابزارهای دیپلماتیک، اسرائیل را به عنوان یک عضو سازمان ملل و قدرتی اشغالگر به رعایت تعهدات خود ملزم کند. این اقدام باید به گونه‌ای باشد که نه تنها دسترسی پناهندگان به خدمات اساسی حفظ شود، بلکه پیامدهای بحران انسانی کنونی نیز کنترل گردد. حفظ کرامت انسانی، سنگ بنای حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر است و ممنوعیت فعالیت آنرا ناقض صریح این ارزش محسوب می‌گردد. ضرورت دارد که جامعه بین‌المللی با اتخاذ موضعی قاطعانه، از این تصمیم که ناقض حقوق بشر و کرامت انسانی است جلوگیری به عمل آورده و اسرائیل را مسئول تبعات فاجعه بار بعدی آن که در این پژوهش بدان اشاره شد محسوب کند.



جنون غیر مستقر (آنی- زودگذر) و احکام اعمال حقوقی مبتلا به آن در نظام حقوقی ایران



پارسا پورکمال

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



کلیدواژه‌ها:

جنون،
جنون آنی،
حجر، نظام
حقوقی ایران،
قانون مدنی،
فقه امامیه

چکیده

یکی از احکام مطرح در فقه و قوانین موضوعه اسلامی حجر مجنون است. این در حالی است که جنون مفهومی مشکک است و درجات و مراتب بسیاری دارد. قانون‌گذار مدنی ایران نیز تنها متعزّض بیان احکام اعمال حقوقی مجانین دائمی/اطباقی و ادواری که جنون آنها مستقر است، شده و به احکام اعمال حقوقی مجانین به جنون غیرمستقر/آنی/زودگذر اشارتی نداشته است. هدف از این نوشتار استخراج احکام اعمال حقوقی مجانین به این نوع جنون در وضعیت‌های مختلف، با عنایت به مفروضات و مقبولات نظام حقوقی ایران است و در موارد سکوت، ابهام یا اجمال قوانین موضوعه ایران، به فقه امامیه (مذهب رسمی کشور) مراجعه می‌شود. این بررسی حکایت از بطلان اعمال حقوقی این دسته از مجانین در حالت جنون و صحت/نفوذ اعمال آنان در حال افاقه می‌کند. همچنین، در موارد شک اصل بر افاقه است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

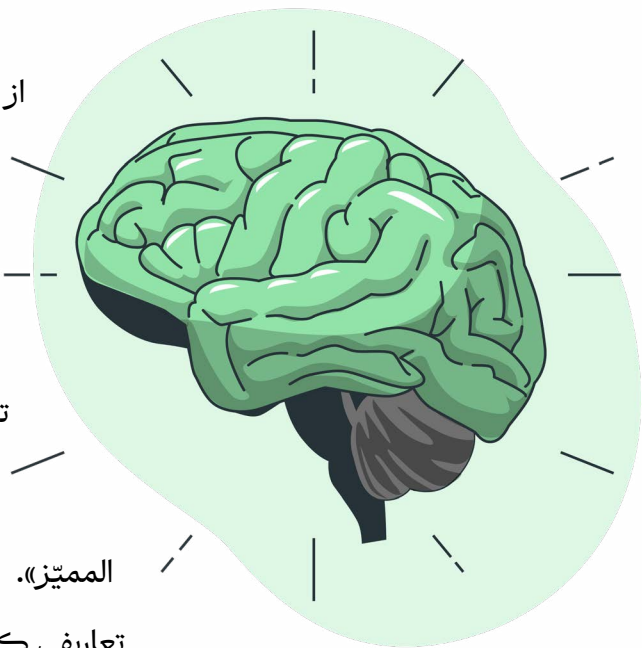
مقدمه

درصد تلاشی مؤثر در جهت شناخت و استخراج احکام اعمال حقوقی مجنون آنی/زودگذر در نظام حقوقی ایران است و با توجه به موازین فقهی-حقوقی، به تحلیل نگاه قوانین مدنی ایران در این زمینه می‌پردازد.

تعریف مجنون در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است». این ماده اتصاف شخص به صفت جنون را از هر مرتبه‌ای که باشد موجب حجر او می‌داند، همین‌طور این قانون متعزّض تعریف قانونی مفهوم مجنون نشده است. درست است که تعریف عرف از این مفاهیم روشن است، اما با توجه به نبود تعریف قانونی و مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به تعاریف موجود از مفهوم جنون در منابع معتبر فقه امامیه مراجعه می‌کنیم. در منابع متقدم فقهی فریقین، به دلیل آشکاری مفهوم عرفی جنون، کمتر تعریفی از آن به دست داده‌اند؛ البته، در برخی از احادیث ائمه علیهم‌السلام، از مجنون با تعبیر

عارضه جنون به بنیان ادراک و عقل آدمی هجوم برده و قصد و اراده او را از بین می‌برد. افرادی که به این عارضه مبتلایند از حیث اهلیت استیفا در نظام‌های حقوقی مورد بحث قرار می‌گیرند. همچنین، از منظر رفع تکلیف از مجنون و عدم مؤاخذه وی بر ترک انجام تکالیف، بحث‌هایی در روایات و کتب فقهی مطرح است. جنون مفهومی تشکیکی و ذومراتب است که قانون‌گذار مدنی ایران تنها احکام چند مرتبه از آن را به صراحت بیان کرده است. هدف از نوشتار پیش رو حل سکوت قانون در مورد مرتبه زودگذر یا آنی جنون برابر مسلمات نظام حقوقی و قانون مدنی ایران است. این موضوع تاکنون موضوع اختصاصی کتاب یا مقاله‌ای در رشته‌های فقه یا حقوق نبوده است. با توجه به ابتدای قوانین در نظام حقوقی ایران بر موازین شریعت اسلامی (چنانچه از اصل ۴ قانون اساسی نیز استفاده می‌شود) و حکم اصل ۱۶۷ این قانون بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در حین سکوت، ابهام و اجمال قوانین مدوّنه، نوشتار حاضر در تعریف و بازشناسی مفاهیم نیم‌نگاهی به موازین فقهی مذهب رسمی ایران (مذهب شیعه اثنی‌عشری جعفری) نیز خواهد داشت. این نوشتار



المميز.

از دایره جنون خارج می‌شود. البته پیش از آنان، دیگرانی قید استقرار را در تعریف جنون نیاورده‌اند، اما آن را شرط جنونی ذکر کرده‌اند که آثار فقهی بر آن بار می‌شود.^۵ امام خمینی (ره) جنون را «اختلال عقل» تعریف می‌کند.^۶ آنچه از بررسی کلمات فقهای امامیه به دست می‌آید، مشکک و ذومراتب بودن معنای جنون است و عموم تعاریف فقها به طور کلی دالّ بر قدر مشترک «فساد عقل» است. در تکمله بحث از تعریف جنون در فقه و با نگاهی مقارن/ تطبیقی، می‌توان تذکار داد که در فقه حنفی، بین «مجنون» و «معتوه» (مجنون نسبی) فرق گذاشته شده است.^۷ چنان‌که در ماده ۹۷۸ «مجلّة الأحكام العدلیّة» عثمانی سابق نیز چنین مقرر شده بود: «المعتوه فی حکم الصّغیر

تعاریفی که فقها از مفهوم جنون و مجنون به دست داده‌اند، در یافتن توجیهی برای احکام بارشده بر آنها نیز یاری‌گر ما خواهند بود؛ چه اینکه ماده ۱۹۰ قانون مدنی که در مقام احصای شرایط اساسی/عمومی صحت معاملات برآمده است، چهار شرط اساسی را برمی‌شمارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱) قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲) اهلیت طرفین؛ ۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴) مشروعیت جهت معامله». در تعاریف فقها از مفهوم جنون، اختلال/فساد عقل برجسته شده است؛ بنابراین، مجنون شرط اوّل (قصد) را در معامله ندارد. به سبب فقدان اراده حقوقی، اهلیت (شرط دوم) را نیز ندارد و واضح است که معامله‌ای که دو شرط از چهار شرط اساسی صحت را ندارد، نمی‌تواند صحیح باشد. اگر قصد نباشد، آن‌گاه عمل صحیح نیست؛ در جنون قصد نیست؛ پس عملی که در حال جنون آنی انجام شود صحیح نیست.

■ تعریف انواع مجانین شناسایی شده در ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی ایران: مجنون دائمی و مجنون ادواری

نکته دیگری که باید بدان عنایت داشت، این است که ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی موضعی است که قانون‌گذار احکامی را بر دو مفهومی که تعریفی از آنها به دست نداده است بار می‌کند؛ آن دو مفهوم عبارت‌اند از مجنون دائمی و مجنون ادواری. در اینجا نیز برابر اصل ۱۶۷ به تعاریف فقهای امامیه مراجعه می‌کنیم.

فقهای امامیه جنون را به دو اعتبار تقسیم کرده‌اند: به اعتبار زمان ابتلا به آن و به اعتبار دوام آن. تقسیم به اعتبار زمان ابتلا دو قسم را در فرض اتّصال یا عدم اتّصال جنون به صغر در پی خواهد داشت که موضوع بحث ما نیست. اما آنچه موضوع بحث ماست، تقسیم جنون در ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی است که دو مفهوم جنون دائمی و جنون ادواری را پیش می‌کشد و تعریفی از آنها به دست نمی‌دهد که برابر اصل ۱۶۷ برای تعریف آنها به فقه مراجعه می‌کنیم. با مراجعه به کلمات فقهای امامیه، می‌بینیم که قانون‌گذار مدنی ما تقسیم مذکور در ماده ۱۲۱۳ را از فقه آورده است؛ برای مثال، می‌بینیم که شهید ثانی از جنون مُطَبِّق سخن می‌گوید و آن را به «المستوعب لجميع

تعریف‌گونه‌ای

یاد شده است؛ مثلاً از امام جعفر صادق (ع) لفظ «المغلوب علی عقله»^۱ در حدیثی نقل شده است. در منابع فقهی پس از آن نیز تعاریفی از جنون موجود است. مثلاً شیخ طوسی تعریف «زوال عقل»، محقق حلی و شهید ثانی تعریف «فساد عقل» و محقق کرکی تعریف «اختلال و فساد عقل» را برگزیده‌اند. شهید ثانی تعبیر «الجنون فنون» را به کار برده است^۲ که از ذوانواع بودن جنون حکایت دارد. ملا احمد نراقی نیز با عنایت به منابع پزشکی روزگار خود، جنون را نوعی بیماری معین نمی‌داند؛ بلکه آن را اسمی برای تمام بیماری‌های دماغی و روانی می‌پندارد که سبب اختلال و فساد عقل می‌شوند.^۳ برخی^۴ قید استقرار را به تعریف خود از جنون می‌افزایند و جنون از نظر آنان عبارت است از «فساد عقل مستقر». بنا بر این تعریف، اشتباه، سهو زودگذر و اغمای ناشی از هیجان یا مرض

۱. محمد بن یعقوب کلینی، اصول کافی، ۳، ۵۶۷، (بی‌تا).

۲. محسن ملکی افضلی و مینا سعیدی، بررسی مفهوم جنون در فقه فریقین با تأملی در نگرش قانون مجازات اسلامی، شماره ۲ دوره ۱۵ پژوهش‌های فقهی، ۲۴۳، ۲۵۱، (۱۳۹۸).

۳. المولی احمد النراقی، عوائد الاّیام فی بیان قواعد الأحکام ومهمّات مسائل الحلال والحرام، ۱، ۱۸۰، (بی‌تا).

۴. الفاضل مقداد بن عبدالله، التّقیق التّرائع لمختصر الشّرائع، ۱۷۹، ۱۸۰، (۱۴۰۴).

۵. فخرالمحقّقین الحلی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۳، ۱۷۵، (بی‌تا).

۶. امام خمینی، تحریرالوسیلة، ۲، ۳۱۴، (۱۴۰۱).

۷. عبد الرحمن الجزیری، کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة، ۲، ۳۶۶، (بی‌تا).

أوقات» تعریف می‌کند که همان جنون دائمی است که همیشه هست، و در مقابل آن جنون ادواری (و غیره وهو الذی ینوب أدواراً) را قرار می‌دهد که جنونی است که دور می‌کند؛ یعنی می‌آید و می‌رود.^۸ در بیان فقهای دیگر نیز به این تعریف اشاره شده است.^۹

■ مفهوم‌شناسی «جنون آنی» در نسبت با جنون‌های شناخته‌شدهٔ اطباقی و ادواری در مادهٔ ۱۲۱۳ قانون مدنی ایران و مبتلایان بدانها

از بررسی کلمات فقها به دست آمد که تعاریف آنان از جنون دال بر قدر مشترک کلی «فساد/اختلال عقل» است. درست است که برخی از فقها قید استقرار را به تعریف خود افزوده‌اند، اما ما به قرینهٔ ظهور الفاظ در مادهٔ ۱۱۲۱ که می‌گوید: «جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ خواهد بود»، پی می‌بریم که قانون‌گذار جنون را اعم از جنون مستقر و غیرمستقر می‌داند؛ پس با تعاریف دیگر فقهی که قید استقرار را فقهای متقدم نیز چنین دید عامی به مفهوم جنون دیده می‌شود.^{۱۰} همچنین قانون مدنی ایران در مادهٔ ۱۲۱۱ تصریح می‌کند که «جنون به هر درجه که باشد موجب حرج است». جنون آنی جنونی حالات زودگذری از جنون (اختلال/فساد عقل) است که بر شخص مبتلا عارض شده و به زودی زائل می‌شود. پس جنون آنی از نظر قانون‌گذار حتماً داخل در مفهوم جنون است، چون درجه‌ای از جنون است.

■ حکم اعمال حقوقی مجنون آنی

❖ کلیات

در جنون آنی، با توجه به تعاریف مطرح‌شدهٔ فقها از جنون و ظهور مادهٔ ۱۱۲۱ قانون مدنی و استفادهٔ این نکته که قانون‌گذار از نظر فقهی با تعاریفی هم‌نواست که استقرار جنون در آن شرط نشده باشد، درمی‌یابیم که جنون آنی/زودگذر از نظر قانون‌گذار حتماً داخل در مفهوم جنون خواهد بود، اما اینکه حکم حرج بر چه جنونی بار می‌شود مسئلهٔ دیگری است که برابر حکم مادهٔ ۱۲۱۱ قانون مدنی، «جنون به هر درجه که باشد

موجب حرج است.» می‌باشد. حال در پاسخ به اینکه منظور از درجه جنون چیست، قانون‌گذار در مواد بعدی (مادهٔ ۱۲۱۳) دو درجهٔ «دائمی» و «ادواری» را برای جنون شناسایی کرده است (به اعتبار استمرار یا عدم استمرار جنون، که گفتیم این تقسیم‌بندی ریشه در کلمات فقها دارد)، اما جنون درجات دیگری مانند جنون آنی نیز دارد که با توجه به اطلاق مادهٔ ۱۲۱۱ باز هم موجب حرج خواهد بود. حال در تفسیر کلمهٔ حرج به کاررفته در این ماده، باید گفت برای صدور حکم حرج و نصب قیّم برای مجنون، باید جنون در او مستقر باشد تا با قرارگیری در یکی از دو شقّ مذکور در مادهٔ ۱۲۱۳ اعمال او در صورت اطباقی بودن جنون مطلقاً باطل و از درجهٔ اعتبار ساقط تلقی شود^{۱۱} یا در صورت ادواری بودن جنون، ذیل مادهٔ ۱۲۱۳ درباره‌اش اجرا شود، بدین نحو که اعمال حقوقی وی در حال افاقه به شرط مسلم بودن افاقه‌اش نافذ باشد. نمی‌توانیم برای مجنون به جنون آنی حکم حرج صادر کرده و نصب قیّم کنیم؛ چه اینکه در آنی جنون بر او عارض می‌شود و پس از آن با بهبود حال و افاقه، از جنون خارج می‌شود و جنون او عود و تناوب ادواری نیز ندارد که بازگردد. پس کلمهٔ حرج در مادهٔ ۱۲۱۱ به معنای صدور حکم حرج و نصب قیّم نیست، بلکه به معنای منع از تصرف در اموال و حقوق مالی است، چه اینکه جنون آنی که در آن حکم حرجی صادر نمی‌شود نیز درجه‌ای از جنون است.

❖ حکم اعمال حقوقی مجنون آنی در فرض مسلم بودن افاقه

ویژگی تعریفی مجنون ادواری تناوب آن در ادوار است، درحالی‌که جنون آنی در یک آن زودگذر می‌آید و برای همیشه می‌رود؛ پس در نگاه اول به نظر می‌رسد که مجنون آنی از شمول حکم ذیل مادهٔ ۱۲۱۳ خارج باشد، اما می‌توان با قیاس اولویت چنین استنباط کرد که معاملات مجنون ادواری که جنون او تناوب ادواری دارد در حال افاقه و در صورتی که افاقه‌اش مسلم باشد نافذ است، پس به طریق اولی معاملات مجنون آنی که

۱۱. سیدحسین صفائی و سیداحسان حسینی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، ۱۳۳۰، ۱۴۰۲.

۸. الشَّهِيدُ الثَّانِي، التَّوْضِیْةُ الْبَهِیَّةُ فِي شَرْحِ اللَّمْعَةِ الدَّمَشْقِیَّةِ، ۵، ۳۸۴ (بی‌تا).

۹. الْمُحَقِّقُ الْحَلِی، شَرَائِعُ الْإِسْلَامِ فِي مَسَائِلِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ، ۱، ۲۹۹ (بی‌تا).

۱۰. شیخ طوسی که از فقهای ائمّه امامیه است، حالت صرع (که زودگذر است) را داخل در مفهوم جنون می‌داند. ر.ک: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الطُّوسِي، الْمَبْسُوطُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِيَّةِ، ۴، ۳۲۸ (بی‌تا).



و همچنین گفته‌اند که بر اصل صحت دلیلی نیست جز اجماع؛ قدر متیقن از اجماع نیز در موردی است که شک در صحت و فساد عقد پس از فراغ از اهلیت متعاقدين و قابل نقل و انتقال بودن عوضین باشد؛ بنابراین، اصل صحت در هنگام عدم احراز فقد شرط (ولو به نحو اجمال) جاری می‌شود. در این مورد، به طور اجمال فقد اهلیت (شرط) احراز شده است، بنابراین، اصل صحت جاری نیست.^{۱۲}

برخی از حقوق دانان^{۱۳} بر آن‌اند که اصل وقوع معامله در حال جنون است و بار دلیل بر دوش مدعی افاقه است، چرا که بقای جنون استصحاب می‌شود و أصالة الصّحة در موردی جاری می‌شود که در یکی از ارکان صحت معامله اصل عقلی معارضی جاری نشود که با عمل به آن حکم به فقدان آن رکن شود. در اینجا با استصحاب جنون حکم به بطلان معاملات انجام شده می‌شود و محلی برای جریان أصالة الصّحة باقی نمی‌ماند.

برخی دیگر از حقوق دانان مانند دکتر ناصر کاتوزیان^{۱۴} بر استدلال فوق ایراد کرده‌اند که با دوری بودن جنون یقین سابقی مبنی بر جنون به دست نمی‌آید تا با اجرای اصل استصحاب بتوان آن را ابقا کرد (شک موجود از نوع شک در رافع نیست، بلکه شک در مقتضی است که استصحاب در آن حجت نیست). آن‌گاه حکم حجر اماره بطلان معاملات محجور خواهد بود و بار دلیل بر دوش مدعی افاقه خواهد افتاد. حال ما می‌گوییم با دوری بودن جنون یقین سابقی مبنی بر جنون به دست نمی‌آید، پس به طریق اولی با آنی بودن جنون یقین سابقی مبنی بر جنون به دست نمی‌آید تا با اجرای اصل استصحاب آن را ابقا کنیم. از سوی دیگر، در استدلال فوق در حکم موارد شک در حالت وقوع معاملات مجنون ادواری آمده است که حکم حجر اماره بطلان معاملات محجور خواهد بود و بار دلیل بر دوش مدعی افاقه خواهد افتاد. این در حالی است که در جنون آنی (که محل بحث ماست)، نمی‌توانیم برای مجنون به جنون آنی حکم حجر صادر کرده و نصب قیّم کنیم؛ چه اینکه در آنی جنون بر او عارض می‌شود و پس از آن با بهبود حال و افاقه، از جنون خارج می‌شود و جنون او تناوب ادواری نیز ندارد که بازگردد. بنابراین، اماره‌ای در دست نداریم که مبتنی بر ظن و غلبه بطلان عمل حقوقی او باشد.

منطقی آن است که در جنون آنی حالت جنون بسیار نادر و بی‌بازگشت است؛ بنابراین، با توجه به اینکه

جنون او در آنی عارض می‌شود و پس از آن بهبود می‌یابد و دیگر هم تناوب ادواری نخواهد داشت در حال افاقه نافذ خواهد بود. بنابراین، حکم معاملات مجنون آنی در حال افاقه مُحَرَّر، به دلالت اولویت ذیل ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی استفاده می‌شود. مجنون ادواری مُفِیق ادواری نیز است؛ یعنی در ادواری مجنون است و در ادواری مُفِیق. مجنون آنی، مُفِیق دائمی است که در آناتی استثنایی جنونی بر او عارض شده و پس از آن مرتفع شده است؛ پس اگر اعمال حقوقی مُفِیق ادواری به شرط احراز افاقه نافذ باشد، اعمال حقوقی مُفِیق دائمی به طریق اولی به شرط احراز افاقه نافذ خواهد بود.

❖ حکم اعمال حقوقی مجنون آنی در فرض مسلم بودن جنون

از طرفی، اگر جنون مجنون آنی محرز باشد و در همان آنات زودگذر جنون خود دست به عمل حقوقی بزند، با تمسک به اطلاق ماده ۱۲۱۱ عمل باطل است؛ گرچه آنچه را که در اینجا از عبارت موجب حجر است و لفظ حجر استفاده می‌کنیم آن است که در ماده ۱۲۰۷ (در عبارت از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند) آمده است. وگرنه می‌دانیم که معقول نیست برای مجنونی که جنون بر او در آنی عارض و به زودی مرتفع می‌شود و همچنین تناوب ادواری نیز ندارد، حکم حجر صادر کرده و اقدام به نصب قیّم قانونی برای او کنیم؛ چه اینکه با رفع جنون، قصد (موضوع بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی در شرایط اساسی صحت معاملات) او بازمی‌گردد و اعمال حقوقی او با بازگشت این قصد (و به تبع آن، بازگشت اهلیت موضوع بند دو ماده ۱۹۰ قانون مدنی) صحیح خواهند بود: «إذا زال المانع عاد الممنوع».

❖ حکم اعمال حقوقی مجنون آنی در فرض تردید میان جنون و افاقه

گاهی تردید می‌شود که عمل حقوقی در حال جنون آنی صورت گرفته است یا در حال افاقه. در بادی امر، اصل عملی استصحاب مقتضی آن است که یقین بر جنون ابقا شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. اما اصل صحت که اماره‌ای مبتنی بر ظن و غلبه است، مقتضی صحیح تلقی شدن عمل حقوقی است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در جای خود درست است که اصل مغلوب اماره است؛ اما در اینجا اهلیت یکی از متعاقدين محل تردید است و همچنین جریان اصل صحت محل اختلاف است. برخی بر این عقیده‌اند که در اینجا نیز اصل بر صحت باشد، اما برخی از فقهای متأخر بر آن‌اند که اصل صحت در این مورد جاری نیست. در این زمینه به عرف، عادت و بنای عقلا نیز استناد می‌کنند

۱۲. سیدحسین صفائی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، ۲۷۷-۲۷۸، (۱۴۰۱).

۱۳. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ۳۰۹-۳۱۰، (۱۴۰۱).

۱۴. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲، ۳۹-۴۰، (بی‌تا) به نقل از سیدحسین صفائی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، ۲۷۸-۲۷۹، (۱۴۰۱).

یقینی بر جنون حاصل نکرده‌ایم که بخواهیم آن را با اصل استصحاب ابقا کنیم، چه اینکه رویه قضایی نیز بر این است که «افاقه یا جنون قابل استصحاب نیست، زیرا عارضه‌ای است که هر لحظه فرض خلاف آن به جهت خدوئی بودن قابل تصوّر است».^{۱۵} اصل در احکام معاملات مجنون آنی بر این است که اگر در حال افاقه انجام شده، صحیح و نافذ است، مگر آنکه خلافش ثابت شود و بار دلیل بر دوش مدّعی جنون است. شایان ذکر است که برابر رویه قضایی، «جنون موقعی موجب حرج است که موجب اختلال تأمّ مشاعر و اراده شود. بنابراین، هر نوع جنون که از امراض روانی بوده و موجب افسردگی شده ولی اراده و مشاعر را مختل نکند، قانوناً و شرعاً موجب مسئولیت نیست».^{۱۶} در اینجا چند نکته در عبارت رأی دیوان عالی کشور شایان توجه است: نخست آنکه باز هم چنان که پیش‌تر ذکر شد، معنای مراد ما در بحث از جنون آنی از لفظ موجب حرج بودن در ماده ۱۲۱۱ و همچنین در این عبارت رأی شعبه سه دیوان عالی کشور، موجب منع تصرف در اموال و حقوق مالی بودن و موجب بطلان معامله بودن است، نه صدور حکم حرج. همچنین، درست است که جنون امری ذومراتب است، اما قید تام که قاضی در این عبارت از رأی خود به کار می‌برد، در جنونی که موجب منع تصرف در اموال و حقوق مالی می‌شود قابل ایراد است، چه اینکه در عبارت رأی اگر اختلال غیرتام رخ دهد، باز هم موجب سلب اهلیت نخواهد بود و اگر جنون آنی، آن‌گونه جنون آنی باشد که اختلال تامی در مشاعر و اراده مجنون به جا بگذارد و پس از اندک زمانی بهبود یابد، معامله وی در آن آنات را باطل خواهد کرد. و الا حتی اگر اختلال ناقصی هم صورت داده باشد، باز هم معامله او حتی در آن حال صحیح خواهد بود، چون ملاک اختلال تام است؛ اما این قول قاضی مخالف ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی است که جنون را در هر درجه‌ای که باشد موجب حرج/منع تصرف در اموال و حقوق مالی می‌داند.

نتیجه‌گیری

با توجه به مشکّک بودن مفهوم جنون، این مفهوم دارای ابعاد و اقسام مختلفی است که قانون‌گذار مدنی ایران به صراحت نتوانسته احکام مقتضی را با برشمردن هر یک از آنها، بر آنها بار کند. قدر مشترک تعاریف جنون در فقه فساد عقل است و این فساد عقل می‌تواند غیرمستقر باشد، یعنی به آنی بر شخص عارض شود و در اندک زمانی مرتفع شود، یا می‌تواند مستقر باشد که در کلمات فقهای امامیه به دو دسته اطباقی و ادواری تقسیم شده است. قانون‌گذار مدنی ایران نیز همین تقسیم را پذیرفته است و در ماده ۱۲۱۳ احکامی را بر اعمال حقوقی مبتلایان به آنها بار کرده است، اما از بیان احکام اعمال حقوقی جنون غیرمستقر غافل مانده است.

اعمال حقوقی که مجنون به جنون آنی/زودگذر/غیرمستقر انجام می‌دهد، از سه حال خارج نیست؛ یا مسلماً در حین جنون انجام شده است، یا مسلماً در حین افاقه انجام شده است، یا تردیدی وجود دارد که در حال جنون صورت گرفته یا در حال افاقه. در فرض نخست، با تمسّک به اطلاق ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی می‌توان پذیرفت که جنون آنی، مبطل آن دسته از اعمال حقوقی است که مبتلابه آن در حین جنون انجام می‌دهد و در فرض دوم، با توجه به اینکه مجنون ادواری مفیق ادواری نیز است و مجنون آنی، مفیق دائمی است که در آناتی استثنایی به جنون دچار حکم ذیل ماده ۱۲۱۳ درباره اینکه اعمال حقوقی مجنون مفیق ادواری نیز است) به شرط احراز افاقه، در حال افاقه به طریق اولی درباره مجنون آنی (که مفیق دائمی است و جنون او استثنایی است) نیز مُجرا خواهد بود.

در فرض سوم، با توجه به اینکه اماره (مفید ظن) بطلان معاملات محجور حکم حرج اوست و این نکته که صدور حکم حرج و نصب قیّم قانونی برای مبتلای به

سامانه ملی آرای قضایی، غیرقابل تقسیم بودن ماترک و حکم به فروش
آذر ۱۳۹۴، (آخرین بازدید ۱۱ آبان ۱۴۰۳)، <https://ara.jri.ac.ir/Judge/>
۲۹۳۶۳/Text

۱۶. سامانه ملی آرای قضایی، مفهوم جنون موجب حرج (۱۸ فروردین
۱۳۹۲)، (آخرین بازدید ۱۱ آبان ۱۴۰۳)، <https://ara.jri.ac.ir/Judge/>
۷۱۶۱/Text

می‌شود،
ادواری (که
نافذ است،

اما

جنون آنی عقلانی نیست، چه اینکه او مفیق دائمی است و آفات جنون او استثنائی است، اماره‌ای بر بطلان معاملات او در اختیار نداریم. جریان اصل استصحاب جنون (اصل عملی و رافع تحیر در مواضع شک) نیز ممکن نخواهد بود، چه اینکه به سبب آنی بودن جنون مجنون آنی، یقین سابقی مبنی بر جنون او شکل نخواهد گرفت که بخواهیم با استصحاب آن را ابقا کنیم و همچنین ذیل ماده ۱۲۱۳ که بر عکس اصل صحت را تقنین کرده است، در موضوع با مجنون آنی اشتراکی ندارد و موضوع آن مجنون ادواری است. درست است که اصل صحت نیز در این مورد جاری نیست، چه اینکه اصل صحت پس از فراغ از احراز اهلیت متعاقدين جاری می‌شود و در اینجا آنچه محل بحث است، فقد قصد و به تبع فقد قصد، فقد اهلیت است؛ اما با عنایت به اینکه در جنون آنی که مستلزم افاقه دائمی و ندرت و استثنایی بودن آفات جنون است، افاقه غالب است و جنون به ندرت اتفاق می‌افتد، اصل بر این است که در فرض تردید بین جنون یا افاقه مجنون آنی در هنگام عمل حقوقی، این عمل در حال افاقه صورت گرفته است و بالتبع صحیح و نافذ است، مگر خلاف آن ثابت شود و بار دلیل در این موارد بر دوش مدعی جنون است. این حکم با اینکه به اصل صحت شباهت دارد، اما با آن متفاوت است.

منابع و مآخذ

کتاب‌ها (فارسی)

سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ۵، (۱۴۰۱).

سیدحسین صفائی و سیداحسان حسینی، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، (۱۴۰۲).

سیدحسین صفائی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، (۱۴۰۱).

کتاب‌ها (عربی)

فخرالمحققین الحلّی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۳، ۱۷۵، (بی‌تا).

عبدالرحمن الجزیری، کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة، ۲، (بی‌تا).

امام خمینی، تحریرالوسیلة، ۲، (۱۴۰۱).

الشهید الثاني، التوضیة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۵، (بی‌تا).

محمّد بن الحسن الطّوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۴، (بی‌تا).

الفاضل مقداد بن عبدالله، التّنقیح الزّائع لمختصر الشّرائع، ۳، (۱۴۰۴).

محمد بن یعقوب الكلینی، اصول کافی، ۳، (بی‌تا).

المحقق الحلّی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۱، (بی‌تا).

المولی احمد النراقی، عوائد الاّیام فی بیان قواعد الأحكام ومهمّات مسائل الحلال والحرام، ۱، (بی‌تا).

مقاله‌ها

محسن ملکی افضلی و مینا سعیدی، بررسی مفهوم جنون در فقه فریقین با تأملی در نگرش قانون مجازات اسلامی. شماره ۲ دوره ۱۵ پژوهش‌های فقهی،

۲۴۳، ۲۵۱، (۱۳۹۸).



چشم‌انداز دنیای متصل؛ چالش‌ها و راهکارهای حقوقی اینترنت اشیا

جواد یزدانی

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



مانی محسنی کیا

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



■ گفتار نخست: کاربردها

IoT امروزه کاربردهای گسترده‌ای در مسائل اجتماعی مختلفی اعم از بهداشت و درمان، محیط‌زیست، حمل‌ونقل، نظامی، کشاورزی، مدیریت پسماند، نظارت، ردیابی دارایی‌ها، شبکه‌های هوشمند و سیستم‌های ارتباطی خودرو دارد. اینترنت اشیا فرصت‌ها و چالش‌های گوناگونی را برای جوامع به وجود آورده است. این فناوری با اتصال طیف گسترده‌ای از دستگاه‌ها و اشیا به یکدیگر، امکان تولید و تبادل داده‌ها بین آن‌ها را فراهم می‌کند. این شبکه‌ها بستری مناسب برای توسعه نوآوری‌ها، بهبود تصمیم‌گیری، شخصی‌سازی و ارائه‌ی خدمات جدید به کاربران می‌باشد. در نتیجه فرصت‌های جدیدی برای کسب درآمد، بهبود بهره‌وری، کاهش هزینه‌ها و عدم نیاز به نیروی انسانی در برخی از وظایف تکراری و زمان‌بر ایجاد می‌شود و به تبع آن به نیروی انسانی امکان تمرکز بر وظایف پیچیده‌تر و خلاقانه‌تر را می‌دهد.

از عمده‌ترین کاربردهای اینترنت اشیا در حال حاضر می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

⋮ (الف) نظامی

ساخت ارتش هوشمند یکی از تحولاتی است که اینترنت اشیا در حوزه نظامی ایجاد کرده است. مراکز فرماندهی نظامی با استفاده از سنسورهای مثل GPS^۱، ECG^۲ سنسور دما، ضربان‌سنج، سطح اکسیژن و شتاب‌سنج که در تجهیزات سربازان تعبیه می‌شود، قادرند از موقعیت مکانی و شرایط جسمانی و روانی سربازان ارتش خود مطلع شوند و در سریع‌ترین زمان برای آرایش نظامی جدید یا نجات جان سربازان آسیب‌دیده اقدام نمایند.

⋮ (ب) پزشکی

این فناوری، در صنعت پزشکی نقش پررنگی ایفا می‌کند؛ بیماران خاصی که نیاز به نظارت پیوسته دارند و در عین حال بستری شدن آن‌ها در بیمارستان لزومی ندارد، با استفاده از

■ دیباچه

اینترنت اشیا به مجموعه‌ای از محرک‌ها، حسگرها و دستگاه‌های هوشمند اطلاق می‌شود که با اتصال به شبکه اینترنت، داده‌های مربوط به اشیا یا انسان‌ها را گردآوری کرده، سپس به تجزیه و تحلیل داده‌ها و اشتراک‌گذاری با سایر دستگاه‌ها می‌پردازد. حسگرها با اتصال به شبکه اینترنت و پردازش داده‌ها با کمترین مداخله انسانی، امکان تولید، مبادله و مصرف داده‌ها توسط سایر دستگاه‌ها را فراهم می‌سازد. هدف اینترنت اشیا تسهیل تبادل کالا و خدمات و غلبه بر شکاف بین اشیا فیزیکی و نمایش داده‌های آنها در سیستم‌های اطلاعاتی می‌باشد.

از زمان پیدایش اینترنت در سال ۱۹۸۹، اتصال اشیا در اینترنت به طور گسترده آغاز شد. اولین نمود از اتصال اشیا به اینترنت، در قهوه‌ساز تروجان^۱ پدیدار شد. در سال ۱۹۹۰ جان رامکی^۲ یک دستگاه تستر با قابلیت خاموش و روشن شدن توسط اینترنت ساخت. اولین توضیح در خصوص حسگرها و مسیر آینده‌ی آن‌ها در سال ۱۹۹۷ توسط پل سافو^۳ بیان شد. اما اینترنت اشیا به معنای کنونی نخستین بار توسط کوین اشتون^۴، مدیر اجرایی MIT^۵، در سال ۱۹۹۹ ابداع شد. پس از استقبال گسترده از ایده اینترنت اشیا، شرکت LG در سال ۲۰۰۰ در پی تجاری‌سازی اینترنت اشیا، از یخچال هوشمند خود رونمایی کرد؛ سپس در سال ۲۰۰۳ در ارتش آمریکا و در سال ۲۰۰۵ در غول خرده‌فروشی والمارت^۶، این تکنولوژی به صورت گسترده به کار گرفته شد.

در این مقاله در سه گفتار، به بررسی کاربردها، چالش‌های حقوقی و راهکارهای نوینی برای حل این چالش‌ها پرداخته می‌شود.

۱. Trojan Room

۲. John Romkey

۳. Paul Saffo

۴. Kevin Ashton

۵. Massachusetts Institute of Technology

۶. Walmart

دستگاه‌های پزشکی دارای نقاط وضعی هستند که به هکرها امکان دسترسی به ضربان‌ساز و دفیبریلاتور^{۱۵}های مورد استفاده برای کنترل عملکرد قلب بیماران و جلوگیری از حملات قلبی را می‌دهد.

امروزه تأمین‌کنندگان برق، کنتورهای برق مصرفی موجود در خانوارها را به کنتورهای دیجیتال جدید تغییر می‌دهند تا با اتصال به اینترنت، سطح مصرف برق خانوار را نشان دهند. به عنوان مثال، برخی کنتورهای برق کشور کرواسی^{۱۶} چندین راه ارتباطی را ارائه می‌دهد که نیاز به خواندن دستی را حذف می‌کند. این فناوری، اطلاعات شخصی افرادی که از این کنتور استفاده می‌کنند را در معرض دسترسی قرار داده و بدین ترتیب، با نفوذ به این کنتورها، الگوی ریز مصرف اشخاص را در اختیار هکرها قرار می‌دهد.

لوازم خانگی هوشمند موقعیت‌های جدیدی را برای نفوذ مهاجمان فراهم می‌کند. آن‌ها می‌توانند خانه هوشمند را هک کنند و با باز کردن قفل درب ورودی یا پنجره‌ها، روشن کردن وسایل آسیب‌زا و یا به طرق دیگر، باعث آسیب رساندن به خانه‌ی قربانیان شوند. دوربین‌ها و درب‌های پارکینگ نیز اطلاعاتی در مورد زمان حضور در منزل را جمع‌آوری می‌کنند و زمانی که سیستم هک می‌شود، این اطلاعات در اختیار سارقان متبحر قرار می‌گیرد.

۲-۱) گروهی

هک سیستمی یا انبوه دستگاه‌های اینترنت اشیا یا به

گاه برابعد زندگی فردی شخص اثرگذار است و گاه جامعه یا گروه خاصی را هدف قرار می‌دهد. اما در خصوص گروه دوم چالش‌ها، گاه در محیط واقعی گریبان‌گیر افراد خواهد بود و امنیت فیزیکی افراد را خدشه‌دار می‌کند و گاه با افشای رفتار و عادات مشخص افراد، حریم شخصی آن‌ها را نقض می‌کند.

۱) گستره‌ی شمول

۱-۱) شخصی



اینترنت اشیا در ابعاد مختلف زندگی انسان از جمله امور پزشکی، امنیتی و اتوماسیون خانگی نمایان می‌شود. بیمارانی که توسط دستگاه‌های متصل به اینترنت اشیا تحت مراقبت هستند، هدف هجوم هکرها قرار می‌گیرند. مهاجمان شوک‌ها را کنترل می‌کنند، داده‌های اشتباه ارسال می‌کنند یا باتری دستگاه‌ها را تخلیه می‌کنند. در سال ۲۰۱۷، سازمان غذا و داروی ایالات متحده (FDA)^{۱۴} تأیید کرد که برخی از

است. این ارتباطات به دو بخش عمده‌ی ارتباط درون‌خودرویی و برون‌خودرویی تقسیم می‌شود. اتومبیل‌ها به وسیله‌ی شبکه‌ای از حسگرها مانند CAN^{۱۳}، ECU، FlexRay و Tethernet، متغیرهایی از جمله شرایط جاده، خستگی رانندگان، فشار تایرها، دمای آب سیستم خنک‌کننده و دیگر موارد را پردازش می‌کنند. از جنبه‌ای دیگر، اتومبیل‌ها با تبادل اطلاعاتی مثل تغییر لاین، سرعت و اعلام توقف از وقوع تصادفات رانندگی جلوگیری می‌کنند.

۲) گفتار چالش‌های حقوقی

اگرچه در این مقاله تنها به بخشی از کاربردهای گسترده اینترنت اشیا پرداخته شده است، این فناوری همچنان در حال گسترش و تکامل می‌باشد. اما نظریه پردازان و حقوق دانان امروزه در پی پیش‌بینی چالش‌ها و خطراتی هستند که ممکن است از این فناوری نوظهور ناشی شود. اینترنت اشیا همان‌گونه که می‌تواند منجر به تحول عظیمی در تمامی صنایع شود، در عین حال امکان ایراد ضرر به اشخاص و جوامع را دارد. نظریه‌پردازان معتقد هستند آسیب‌های آتی اینترنت اشیا با آسیب جنگ‌افزارهای نظامی برابری خواهد کرد، اما چالش‌هایی که امروزه از اینترنت اشیا ناشی می‌شود، بسیار محدودتر و کمتر از پیش‌بینی‌های کارشناسان است.

این چالش‌ها از نظر گستره‌ی شمول، در دو دسته‌ی شخصی و گروهی و از نظر ایراد آسیب در دو دسته‌ی مادی و معنوی قابل بررسی است. چالش‌های دسته نخست،

۱۵. Defibrillation
۱۶. Iskraemeco AM۵۵۰

۱۴. Food and Drug Administration

۱۳. Engine Control Unit
۱۳. Campus Area Network



۲) ایراد آسیب

❖ ۲-۱) مادی

امروزه ویروس‌ها، کرم‌ها، تروجان‌ها، بات‌نت‌ها و سایر اشکال بدافزار به اصلی‌ترین معضل امنیت سایبری تبدیل شده‌اند. حسگرهای اینترنت اشیا نیز که به صورت مداوم در حال جمع‌آوری اطلاعات از داده‌های فیزیکی هستند، همیشه در گزند این بدافزارها قرار دارند. در گستره‌ی تهدیدات آنلاین در گذشته، هکرها با نفوذ به سیستم‌های اطلاعاتی سبب نقص عملکرد سیستم یا سرقت اطلاعات می‌شدند؛ اما امروزه علاوه بر نقص عملکرد حسگرها، مهاجم می‌تواند اطلاعات اشتباه برنامه‌ریزی شده‌ای را به حسگر ارسال کند که منجر به عملکرد اشتباه از سوی سیستم اینترنت اشیا شود. برای مثال، به سادگی جعل موقعیت مکانی می‌تواند باعث شود تا یک خودروی خودران متصل به سیستم از مسیر خود منحرف شود یا با ورود داده‌های اشتباه به حسگرهای جانبی خودرو باعث ایجاد تصادفات رانندگی شود. علاوه بر این، در خودروهای غیرخودرانی که به اینترنت اشیا متصل هستند، با ارسال داده‌های اشتباه به حسگرهای تایر یا سیستم‌های کنترلی خودرو مانند حسگرهای سنش سطح روغن یا آب، سبب تصمیم‌گیری نادرست راننده خواهد شد.

در سال ۲۰۱۷، وب‌سایت تحقیقاتی امنیتی وابسته به IBM^{۱۸} گزارشی از نفوذ به یک خودروی جیب ارائه کرد. تیمی از محققان توانستند کنترل کامل جیب را با استفاده از CAN bus^{۱۹} در دست بگیرند. رایانه جیب به یک به‌روزرسانی سیستم عامل نیاز داشت و کارشناسان توانستند با تسلط بر رایانه‌ی خودرو سرعت آن را کاسته و در کنار جاده آن را متوقف کنند.

❖ ۲-۲) معنوی

داده‌های پردازش شده در اینترنت اشیا الگویی برای ساخت سیستم‌های مستقل ایجاد می‌کنند. این داده‌ها بدون هیچ محدودیتی از انواع مختلفی از سیستم‌های متصل به اینترنت اشیا که بدان اشاره شد، جمع‌آوری می‌شوند و بدون دسته‌بندی و نظارت خاصی در اختیار سازندگان شبکه‌ها قرار می‌گیرند. این عدم مرزبندی، باعث نقض حریم خصوصی و آزادی‌های فردی اشخاص می‌شود و با کنار هم قرار گرفتن این داده‌ها، الگویی از عادات و ریزرفتارهای هر فرد افشا می‌شود.

بازی‌های ویدئویی پتانسیل دستگاه‌های مستقل را نشان می‌دهند؛ رقیب تولید شده توسط رایانه در یک بازی ویدئویی، اعمال شما را احساس

صورت هک کردن دستگاه مادر (دستگاهی که دستگاه‌های دیگر را کنترل می‌کند) و یا با هک چندین دستگاه به طور هم‌زمان محقق می‌شود. آسیب‌پذیری شبکه‌ی برق در برابر حملات سایبری، موضوعی نگران‌کننده برای بیش از یک دهه‌ی اخیر بوده است. باگ اینترنت اشیا در شمال شرق آمریکا در آگوست سال ۲۰۰۳ که منجر به خاموشی سراسری شد، حدود شش میلیارد دلار هزینه داشت و باعث مرگ حداقل ۱۱ نفر شد. در فرضی مشابه نیز اگر هرکدام از حملات هم‌زمان، هزاران سیستم تهویه‌ی خانه را برای استفاده از حداکثر توان در طول یک روز تنظیم کنند، می‌توانند منجر به خاموشی سراسری در یک منطقه شوند.

در اکتبر سال ۲۰۱۶، بزرگترین حمله DDoS^{۲۰} به ارائه‌دهنده سرویس Dyn با استفاده از بات‌نت فعال شده توسط نرم‌افزار مخرب Mirai رخ داد و در پی آن وب‌سایت‌هایی از جمله Twitter، Guardian، Netflix، Reddit و CNN از دسترس خارج شدند. رایانه‌ها دائماً دستگاه‌های آسیب‌پذیر اینترنت اشیا را جست‌وجو می‌کردند و سپس از نام‌های کاربری پیش‌فرض و رمزهای ورود به سیستم استفاده کرده و آن‌ها را به بدافزار آلوده می‌کردند.

چالش بزرگ دیگری که جوامع را در این خصوص تهدید می‌کند، عملیات‌های سایبری تروریستی است که با نفوذ به شبکه اینترنتی حمل و نقل عمومی می‌توانند باعث تصادفات وسایل نقلیه شوند؛ تروریست‌ها بدین وسیله به تلفات و نمایش بیشتری از حملات انتحاری فیزیکی دست پیدا می‌کنند.

مقررات و توافق نامه‌ها نیز باید این را منعکس کنند و داده‌های اینترنت اشیا را بر اساس ارزش و حساسیت حریم خصوصی (به عنوان مثال، داده‌های سلامت شخصی در مقابل داده‌های دسته‌بندی کنند و این فرض که همه داده‌ها دارای ارزش و حساسیت یکسان هستند، قدیمی و نادرست است.



می‌کند و در مورد نحوه واکنش به شما تصمیم می‌گیرد. این کار توسط یک تراشه کامپیوتری قدرتمند موجود در جعبه‌ی بازی انجام می‌شود که

نرم‌افزاری را اجرامی‌کند و در پاسخ به حرکات شما، بر اساس منوی از پیش برنامه‌ریزی شده گزینه‌ها، اقدام می‌کند. این در کسری از ثانیه اتفاق می‌افتد و جالب است بدانید که یکی از پیشروترین تولیدکنندگان تراشه‌های گرافیکی برای بازی‌های ویدیویی، انویدیا^۲، به تأمین‌کننده مهم تراشه‌های محاسباتی موبایل و ماشین‌های خودران تبدیل شده است.

❖ (ب) رمزگذاری و رعایت استانداردهای امنیتی

داده‌های اینترنت اشیا باید بر اساس حساسیت داده‌ها طبقه‌بندی شوند تا مشخص شود کدام داده‌ها به رمزگذاری‌های پیچیده‌تر نیاز دارد؛ زیرا رمزگذاری هزینه و پیچیدگی دستگاه‌ها را افزایش می‌دهد. راه دیگر برای تأمین امنیت و اطمینان نسبی از سیستم‌های اینترنت اشیا، خرید این سیستم‌ها از دامنه‌ها و برندهای تایید شده توسط سازمان‌های نظارتی از جمله اتحادیه‌ی اروپا می‌باشد. شرکت‌های تولیدکننده‌ی این سیستم‌ها موظف هستند که در هنگام ساخت، مقررات و قوانین این سازمان‌ها را در نظر گرفته و استانداردهای مدنظر سازمان‌های مذکور را برای ساخت آن اعمال کنند.

■ گفتار سوم: راهکارهای نوین

برای حل چالش‌های حقوقی و مدیریت ریسک‌های ناشی از اینترنت اشیا نظریات مختلفی مطرح شده است که در اینجا به مواردی اشاره خواهد شد.

❖ (الف) سیاست‌گذاری عمومی

اشیا به میزان زیادی حجم داده‌های منتقل شده و ذخیره شده در سراسر جهان را افزایش می‌دهد و مجموعه دیگری از چالش‌ها را برای حفظ حریم خصوصی ایجاد می‌کند. بیشتر این داده‌ها ارزش کمی دارند و بر حریم خصوصی تأثیر نمی‌گذارند. قوانین محدودکننده استفاده از داده‌های دستگاه‌های IoT، باید ارزش اطلاعات را در نظر بگیرند. ارزش برخی داده‌های اینترنت اشیا، حتی در صورت جمع، بسیار پایین خواهند بود.

Nvidia .۲

❖ (پ) تخمین وضعیت

هکرها با نفوذ به شبکه برق‌رسانی می‌توانند برق هزاران خانه را به طور هم‌زمان قطع کنند و خاموشی سراسری ایجاد کنند و از این طریق خسارات فراوانی به بار بیاورند؛ حتی با قطع اینترنت، از تعمیر سریع شبکه

برق نیز جلوگیری کنند. در این رویکرد، سیستم، محدوده معقولی که یک حسگر ممکن است گزارش کند را در نظر می‌گیرد و اگر داده‌هایی را از حسگر دریافت کرد که خارج از آن محدوده بود، می‌تواند آن را برای تعمیر یا جداسازی عامل مخرب نشانه‌گذاری کند. در انگلستان شرکت برق با کنترل مکانیزم‌های کنتورهای هوشمند، کنتور مخرب را از شبکه جدا می‌کند تا از قطعی سراسری برق جلوگیری کند.

❖ (ت) نیمه اتوماتیک سازی اشیا

اگر اشیا کاملاً اتوماتیک باشند، خطرات زیادی را برای کاربران به همراه خواهد داشت؛ اما با نیمه اتوماتیک ساختن این وسایل، اگر کاربر بتواند اقدامات خطرناک را به موقع اصلاح کند، خطر به حداقل می‌رسد. این خطرات را می‌توان با محدود کردن عملکردهای مستقل سیستم و اطمینان از دخالت کاربر انسانی، مدیریت کرد.

اینترنت تنها بیست سال پیش تجاری شد؛ در آن زمان کمتر از ۴۰ میلیون نفر از آن استفاده می‌کردند. امروزه اینترنت بیش از سه میلیارد کاربر و بیش از نه میلیارد دستگاه متصل به خود دارد. دستگاه‌های هوشمند مزایایی هم برای مصرف‌کنندگان و هم برای مشاغل دارند. طبق گزارشی تنها در سال ۲۰۱۷، بازار این دستگاه‌ها ۸۴ میلیارد دلار درآمد داشته است که تقریباً ۱۶ درصد بیشتر از سال ۲۰۱۶ است. تا سال ۲۰۲۳، در ۲۷۴ میلیون خانه در سراسر جهان یا ۱۴ درصد از بین همه خانوارها، حداقل یک نوع سیستم هوشمند نصب شده است. هواوی ۱۰۰ میلیارد اتصال اینترنت اشیا را تا سال ۲۰۲۵ پیش‌بینی می‌کند و موسسه‌ی جهانی مک کنزی بیان می‌دارد که تأثیر مالی اینترنت اشیا بر اقتصاد جهانی ممکن است تا سال ۲۰۲۵ به ۳/۹ تا ۱۱/۱ تریلیون دلار برسد. فناوری‌های نوین به قدری پیچیده شده است که اجتناب از یافتن همه خطاها غیرممکن است. آسیب‌پذیری معیار خوبی برای سنجش خطر نیست؛ صرفاً اینکه دستگاه‌ها آسیب‌پذیر هستند، به این معنی نیست که ضرر هنگفتی به همراه خواهد داشت؛ اما با افزایش تعداد و نوع دستگاه‌های اینترنت اشیا ممکن است وضعیت تغییر کند. با این حال، افزایش ریسک باید با افزایش ایمنی و کارایی سنجیده شود. بنابراین، با عنایت به کاربردهای گسترده اینترنت اشیا در صنایع مختلف و توسعه روزافزون این فناوری، محدودسازی این فناوری روش معقولی نخواهد بود؛ بلکه با راهکارهای عملی مذکور و سیاست‌گذاری صحیح باید به دنبال استفاده بهره‌ورانه‌ای از این فناوری باشیم.

منابع و مأخذ
مقالات خارجی:

۱. Jayavardhana Gubbi, Rajkumar Buyya, Slaven Marusic, Marimuthu Palaniswami, Internet of Things (IoT): A Vision, Architectural Elements, and Future Directions, Vol ۲۹. Future Generation Computer Systems ۱۶۵۲-۱۶۵۵, ۱۶۴۵ (۲۰۱۳)
 ۲. Tasneem Yousuf, Rwan Mahmoud, Fadi Aloul, Imran Zualkernan, Internet of Things (IoT) Security: Current Status, Challenges and Countermeasures, Vol ۵, ۴ Issue, ۵. International Journal for Information Security Research (IJISR), ۶۰۸-۶۱۲ (۲۰۱۵)
 ۳. Goran Vojković, Melita Milenković, Tihomir Katulić, IoT and Smart Home Data Breach Risks from the Perspective of Data Protection. Business Systems Research, ۱۶۷, ۱۶۷-۱۸۱, ۳. No ۱۱. and Information Security Law, Vol ۲۰ (۲۰۲۰)
 ۴. Jino Ramson, Vishnu Suresh, M. Shanmugam, Applications of Internet of Things (IoT) – An Overview. (Devices, Circuits and Systems (ICDCS ۹۲-۹۵, ۹۲ (۲۰۲۰)
 ۵. James Andrew Lewis, Managing Risk for the Internet of Things, Center for Strategic and International Studies (CSIS), ۱-۲, ۲۰-۱ (۲۰۱۶)
 ۶. Christopher S. Yoo, The Emerging Internet of Things Opportunities and Challenges for Privacy and Security, Centre for International Governance Innovation, ۴۱-۴۴, ۴۱ (۲۰۱۹)
 ۷. Manyika, James, Michael Chui, Peter Bisson, Jonathan Woetzel, Richard Dobbs, Jacques Bughin, and Dan Aharon. "The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype." McKinsey Global Institute, (June ۲۰۱۵)
- منابع الکترونیک:
۱. Karen Rose, Scott Eldridge, Lyman Chapin, The Internet of Things: An Overview Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World. The Internet Society (ISOC), ۲۰۱۵, <https://www.internetsociety.org/iot>

حقوق عمومی و حقوق عمومی خصوصی سازی شده

ترجمه خلاصه شده مقاله

A.C.L Davies. Public law and
privatization. the Cambridge
companion to public law.
Cambridge University
۱۹۲_۲۰۱۵. Press

زهرا عربی

■ دانشجوی کارشناسی ارشد
حقوق عمومی دانشگاه تهران



اکثر دانشمندان علوم سیاسی بر روی برخی از وظایف اصلی دولت اتفاق نظر دارند: برای مثال، اطمینان از برخورداری شهروندان از سطح معقولی از امنیت، هم از نظر حفظ نظم در داخل و هم محافظت از دولت در برابر حملات خارجی. اما فراتر از این نکات بنیادین، توافق کمی در مورد آنچه دولت باید انجام دهد وجود دارد. در انگلستان نقش دولت در طول زمان متفاوت بوده است. در دهه ۱۹۵۰، با ملی شدن بسیاری از صنایع و ایجاد دولت رفاه، گسترش قابل توجهی در تعریف وظایف دولتی صورت گرفت. تصور می شد که نقش مناسب دولت شامل اداره بخش های کلیدی اقتصاد و ارائه مراقبت های بهداشتی و اجتماعی به شهروندان می شود. در دهه ۱۹۸۰، با «خصوصی سازی»، بخش های قابل توجهی از بخش دولتی، مانند صنایع تولیدی و تاسیسات، به بخش خصوصی واگذار شد و دولت دوباره شروع به کوچک شدن کرد. در جایی که وظایف در بخش دولتی باقی می ماند، مانند مراقبت های اجتماعی یا جمع آوری زباله، دولت استفاده از شرکت های خصوصی را برای ارائه خدمات در دستور کار خود قرار داد. در این دیدگاه، وظیفه دولت نظارت بر ارائه دهندگان بخش خصوصی بود، نه ارائه خدماتی که خود بر عهده دارد. به عبارت ساده، انتقال یک فعالیت قبلی دولتی به بخش خصوصی مستلزم عقب نشینی قوانین عمومی است. از آنجایی که قانون عمومی، فعالیت های بخش عمومی را تنظیم می کند، مداخله آن در آنچه که اکنون یک فعالیت خصوصی است، لازم نیست. با این حال، مسائل، در اکثر موارد «خصوصی سازی» چندان ساده نیست؛ زیرا دولت غالباً برخی از کنترل ها را بر فعالیت ها حفظ می کند، چه از طریق مقررات یا چه از طریق نقش مستمر خود به عنوان خریدار خدمات که تحت یک قرارداد شکل می گیرد. در نتیجه، حقوق عمومی به طور بالقوه برای این شرایط قابل اجرا است.

بحث در پنج بخش ادامه خواهد یافت. ابتدا، مفهوم «خصوصی سازی» را دقیق تر تعریف می کنیم. دوم، ما رابطه بین موضوع این فصل و بحث های گسترده تر در مورد شکاف عمومی / خصوصی را بررسی خواهیم کرد. در بخش سوم به نقش عموم می پردازیم.

■ معنای تعریف شده خصوصی سازی^۱

خصوصی سازی به دو معنا مورد استفاده است، معنای اصطلاحی^۲ و معنای قراردادی. هنگام در نظر گرفتن نمونه هایی از خصوصی سازی در معنای اصطلاحی خود، یعنی انتقال مالکیت از بخش عمومی به خصوصی، یک سوال کلیدی که باید از منظر حقوق عمومی در مورد آن فکر کرد این است که تا چه حد بخش دولتی در صنعت، به عنوان مثال، از طریق مقررات، درگیر باقی می ماند؟ به عنوان مثال، زمانی که تأمین کنندگان گاز، آب و برق خصوصی شدند، دولت همچنان به شدت در موضوع ورود داشت و تنظیم کننده هایی را ایجاد کرد تا اطمینان حاصل کند که بازارها رقابتی هستند و هزینه های اضافی از مصرف کنندگان دریافت نمی شود. در موارد دیگر مانند زغال سنگ، فولاد، صنعت و... نیز روند بر همین صورت استقرار داشت. اما خصوصی سازی در معنای

۱. Privatisation defined.
۲. so-called

قراردادی، به وضعیتی اشاره دارد که در آن دولت یک ارائه‌دهنده غیردولتی (اعم از یک شرکت خصوصی یا یک سازمان بخش داوطلبانه) را برای ارائه خدمات تحت قرارداد استخدام می‌کند.

یکی از ویژگی‌های کلیدی انعقاد قرارداد این است که دخالت دولت همچنان محوری است؛ تصمیم می‌گیرد که چه خدماتی را می‌خواهد خریداری کند، یک پیمانکار را انتخاب می‌کند، قیمت قرارداد را می‌پردازد و خود اقدام به نظارت بر اعمال پیمانکار دارد. تحت طرح‌های ابتکار مالی خصوصی^۳ یا مشارکت عمومی/خصوصی^۴، دولت از شرکت‌های خصوصی برای ایجاد زیرساخت‌های قابل توجه (برای مثال بیمارستان‌ها) استفاده می‌کند.

در ادامه این بخش دکتر داویز، به بحث تمایز خصوصی‌سازی با سایر اقدامات دولتی از جمله خرید عمومی، ایجاد بازار خدمات عمومی و... می‌پردازد. همچنین به نقش احزاب در محدوده خصوصی‌سازی می‌پردازد که به صورت اجمالی دربردارنده این مفهوم است که احزاب «راست» تمایل دارند از دولت «کوچک» حمایت کنند و ترجیح می‌دهند سهم بیشتری از فعالیت‌ها را به بخش خصوصی واگذار کنند، درحالی‌که احزاب «چپ»، با دولت بزرگ و سطوح بالاتری از امکانات عمومی سازگار هستند.

■ خصوصی‌سازی، انعقاد قرارداد، و شکاف عمومی/خصوصی^۵

دکتر داویز صراحتاً در ابتدای بحث بیان می‌دارد که ما نمی‌توانیم این بحث بسیار بزرگ را در این فصل حل کنیم، اما ارزش آن را دارد که درباره رابطه بین خصوصی‌سازی، انعقاد قرارداد و نگرانی درمورد شکاف عمومی/خصوصی صحبت کنیم. در یک وضعیت قراردادی، وضعیت طرفین معامله معمولاً کاملاً مشخص است: یک خریدار عمومی و یک ارائه‌دهنده خصوصی وجود دارد و روابط آنها توسط یک قرارداد تنظیم می‌شود. رابطه بین کاربران خدمات و ارائه‌دهنده خصوصی بسته به شرایط ممکن است قراردادی باشد یا نباشد.

در هنگام ارائه خدمات عمومی، تحت هرگونه تعهدات قانونی، مسئله می‌بایست دارای جنبه‌های حقوق عمومی مدنظر باشد. به عبارت دیگر، سوال اصلی آنجاست که آیا باید به عنوان یک نهاد عمومی رفتار کرد چرا که از طرف نهاد عمومی وظایفی را انجام

ذات

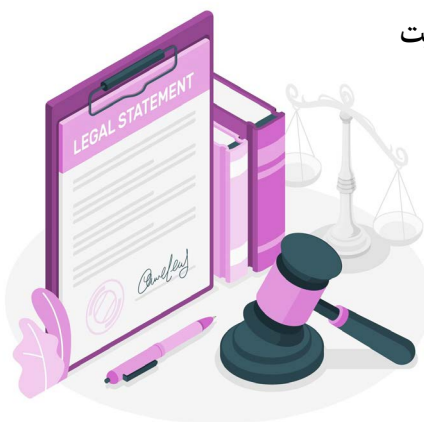
می‌دهد؟ یا چون در خود یک نهاد خصوصی است، می‌بایست به صورت یک نهاد خصوصی رفتار کند؟ این یک سوال دشوار است؛ به چند دلیل: اول اینکه، خطر فراگیر بودن بیش از حد این دامنه و کمتر از آن وجود دارد.

دوم، ماهیت سیاسی شکاف عمومی/خصوصی در اینجا نیز به عنوان یک عامل موثر وجود دارد. کسانی که به دلایل سیاسی با انعقاد قراردادهای واگذاری اختیارات دولتی با بخش خصوصی مخالف هستند، تمایل دارند به مقررات حقوق عمومی دارای دامنه گسترده‌تر، به عنوان راهی برای جلوگیری از این رویه استناد کنند. درحالی‌که کسانی که طرفدار این سیاست هستند، تمایل دارند برای تشویق شرکت‌های خصوصی به مشارکت، در حوزه کاهش تعهدات حقوق عمومی در بخش خصوصی بپردازند. سوم، واقعیت عملی و میدانی نشان می‌دهد که از آنجا که دولت متناسب با نیاز خود، هر زمان که مایل بوده اختیار چگونگی و زمان یک قرارداد را در دست داشته است لذا اساساً فرصت بسیار کمی برای یک رایزنی در حوزه وظایف حقوق عمومی کامل در مورد موضوع تعهدات پیمانکاران وجود داشته است.

■ کنترل حقوق عمومی بر فرآیند خصوصی‌سازی و قرارداد^۶

در این بخش، برخی از ابعاد رویه‌ای خصوصی‌سازی یا انعقاد قرارداد خدمات عمومی مورد توجه قرار گرفته است.

الف) بر اساس قانون اساسی: در اکثر نظام‌های حقوقی، مقررات حقوق عمومی بسیار کمی در مورد



تصمیم دولت برای اتخاذ سیاست خصوصی‌سازی یا انعقاد قرارداد در هر موقعیت خاص وجود دارد. محدودیت‌های قانون اساسی برای خصوصی‌سازی غیرعادی است. خصوصی‌سازی در بریتانیا به طور کلی نیاز به قانون پارلمان دارد. لذا به شرطی که دولت اکثریت پارلمانی داشته باشد، دستیابی به این امر نباید دشوار باشد. عقد قرارداد کمی پیچیده‌تر است.

اگر پیمانکار به اختیارات ویژه‌ای بیش از اختیاراتی که به شهروندان عادی داده می‌شود، مانند قدرت بازداشت افراد نیاز داشته باشد، ممکن است برای تسهیل انعقاد قرارداد، به قوانینی نیاز باشد. به عنوان مثال، زندان‌های خصوصی، تحت یک رژیم قانونی خاص عمل می‌کنند. قانون مقررات‌زدایی و انعقاد قرارداد ۱۹۹۴، یک رژیم تسهیل‌کننده کلی‌تر برای

است که استدلال کنیم که تصمیم انعقاد قرارداد توسط مقامات دولتی از نظر رویه‌ای ناقص است؛ زیرا قبل از پیگیری این سیاست با افرادی که در اثر انجام آن سیاست، تحت تأثیر قرار گرفته‌اند، مشورت نشده است. چالشی از این دست اصولاً در پرونده R. (Nash) v. Barnet Borough Council موفقیت‌آمیز بود. شورا در آن مورد سیاستی را اتخاذ کرد که عملاً تمام خدمات خود را به صورت قراردادی به شرکت خصوصی واگذار کرده بود. شاکی تصمیمات اعطای قرارداد شورا را براساس این سیاست به چالش کشید. قاضی بدوی بر این باور بود که شورا از وظایف خود طبق قانون تعدی کرده است. در مثالی دیگر، قانون دولت محلی ۱۹۹۹ برای مشورت با مالیات‌دهندگان و کاربران خدمات برنامه‌های تضمین «بهبود مستمر» در ارائه خدمات، رخ داد. با این حال، این ادعا براساس حقایق شکست خورد؛ زیرا در زمان مقرر ارائه نشد. گزینه سوم، استفاده از وظیفه برابری بخش عمومی^۹ تحت قانون برابری ۲۰۱۰ است. این امر مستلزم این است که مقامات دولتی به تأثیر تصمیمات خود بر افرادی که دارای ویژگی‌های محافظت شده و حمایتی خاص توسط قانون هستند، توجه ویژه نمایند؛ مانند افرادی با پیشینه‌های قومی مختلف.

■ رویه‌های حقوق عمومی در حمایت از طرفین قرارداد^{۱۰}

هنگامی که یک فرد خصوصی قراردادی را منعقد می‌کند، انتخاب شریک قراردادی به عهده اوست و هیچ وظیفه‌ای برای عمل منصفانه در هنگام انتخاب بین داوطلبان رقیب وجود ندارد. اما سوال مهم آن است که آیا دولت در هنگام انعقاد قرارداد نیز مانند یک شخص حقوق خصوصی باید عمل کند یا قواعدی در راستای انتخاب طرف قرارداد با دولت، پیش‌بینی شده است؟ این

انعقاد قرارداد ایجاد می‌کند که به وزرا اجازه می‌دهد تا اختیارات عمومی را به پیمانکاران در جایی که می‌توانستند به کارمندان دولتی تفویض کنند، تفویض نمایند. همچنین مقامات محلی اختیارات را به پیمانکاران، در جایی که می‌توانستند تفویض کنند. هرچند استثنائاتی وجود دارد؛ اما دولت همیشه می‌تواند به دنبال قوانین خاصی برای دور زدن این استثنائات باشد. با این حال، در مواردی که پیمانکار نیاز روشنی به اختیارات قانونی خاص ندارد، دولت می‌تواند بدون هیچ مرجع قانونی خاص، خدماتی را به صورت قراردادی به بخش خصوصی تفویض نماید.

ب) چالش‌های احتمالی: تعدادی از مسیرها برای شهروندان آسیب‌دیده از بخش خصوصی یا کاربران خدماتی که مایل به بررسی قضایی در یک موقعیت قراردادی هستند، باز است؛ اگرچه چشم‌انداز موفقیت، در بیشتر موارد، محدود است. یک گزینه ممکن است به چالش کشیدن قانون اساسی خصوصی‌سازی باشد. این موضوع در یونان (شاهد مثال در محدودیت قانون خصوصی‌سازی در حوزه ساخت مسکن) و تا حدی محدود در رژیم غاصب صهیونیستی (شاهد مثال در مورد پرونده خصوصی‌سازی زندان‌ها) امکان‌پذیر است، اما در بریتانیا چنین ظرفیتی وجود ندارد. مورد دیگر این است که استدلال کنیم مقام عمومی قدرتی برای انعقاد قرارداد نداشته است؛ به عبارت دیگر، این که در حال انجام عملی فوق اختیارات قانونی خود است. با این حال، انجام این کار بسیار دشوار است؛ زیرا اکثر مقامات دولتی به طور گسترده دارای اختیارات قراردادی هستند. پادشاهی^۷ مدت‌هاست که ظرفیت قرارداد با یک شخص حقیقی را داشته است. دادگاه‌ها فقط در موارد شدید، چالش‌های اقدام فوق اختیارات قانونی^۸ را تایید کرده‌اند.

یکی دیگر از گزینه‌های امیدوارکننده‌تر این

خصوصی (یا شرکت‌های) ارائه دهنده خدمات است. لذا در این بخش، در نظر خواهیم گرفت که چه اتفاقی می‌افتد اگر یک طرف قرارداد ادعا کند که حقوقش نقض شده است.

الف) بررسی تصمیمات نهاد عمومی^{۱۳}: این حوزه قانون به طور کلی به خوبی درک نشده است. یکی از دلایل آن، ممکن است عدم آگاهی عمومی از مسئولیت مستمر مقامات دولتی در موقعیت‌های قراردادی باشد.

ب) بررسی تصمیمات پیمانکار^{۱۴}: پرونده‌های رسیدگی قضایی پیشرو در مورد مسئولیت پیمانکار عبارت‌اند از Servite و Partnerships in Care. هر دو مورد، نیاز دارند که مدعی چیزی بیش از وجود یک قرارداد با یک نهاد عمومی را نشان دهد تا فعالیت‌های پیمانکار را در محدوده حقوق عمومی قرار دهد. برای مثال در Servite، Wandsworth LBC قراردادی را با Servite که یک انجمن مسکن است، قراردادی را برای اداره یک خانه مسکونی برای سالمندان منعقد کرد. سرویت می‌خواست خانه را ببندد؛ زیرا سودی نداشت. ساکنان به دنبال بازبینی قضایی از servite به دلیل نقض انتظارات قانونی خود مبنی بر ماندن مادام‌العمر در خانه

نکته دارای اهمیت است که همه تصمیمات دولت قابل بررسی قضایی نیست. تصمیمات اعطای قرارداد معمولاً در دسته غیرقابل تجدیدنظر قرار می‌گیرند؛ زیرا دادگاه‌ها دولت را در هنگام اعطای یک قرارداد به صورت یک عمل تجاری مورد قضاوت قرار می‌دهند. در این دیدگاه، دولت باید به دنبال بهترین معامله باشد و نباید تحت محدودیت تعهدات حقوق عمومی قرار گیرد. با این حال، اگر «عنصر عمومی» کافی در قرارداد وجود داشته باشد، دادگاه‌ها گاهی اوقات تشخیص می‌دهند که تصمیم اعطای قرارداد با یک شخص حقوق خصوصی، مشمول بازنگری قضایی بر اساس عدم رعایت عدالت یا حتی عدم رعایت دلایل منطقی انعقاد قرارداد است. با این حال، روند اعطای قرارداد در بریتانیا به شدت تحت تأثیر قانون اتحادیه اروپا تنظیم شده است و از طریق مقررات قراردادهای عمومی ۲۰۰۶ اجرا می‌گردد.

■ کنترل حقوق عمومی در طول مدت قرارداد^{۱۲}

نهاد دولتی مسئول پرداخت هزینه خدمات و شرکت

۱۳. Review of the public body's decisions.
۱۴. Review of the contractor's decisions.

۱۱. PCR
۱۲. Public law control during the life of the contract.

بودند. دادگاه اعلام کرد که «نفوذ قانونی» کافی برای تبدیل شدن سرویت به یک نهاد عمومی وجود ندارد. در حقیقت آن یک نهاد خصوصی بود که تحت یک قرارداد «خصوصی» با شورای شهر Wandsworth لندن عمل می‌کرد و بنابراین، قابل بررسی قضایی نبود. در ادامه این سرفصل، دکتر داویز به توضیحاتی با تشریح سه پرونده دیگر نیز می‌پردازد که قید نمی‌گردد.

■ تأثیرات بر دولت^{۱۵}

در این بخش، ما بر تأثیر خصوصی سازی و انعقاد قرارداد بر خود دولت تمرکز می‌کنیم. این سیاست‌ها نقش دولت را تغییر و تأکید بر ارائه مستقیم را تشویق می‌کند تا به جای تمرکز کند.



دادگاه‌ها در تشخیص این توان و ظرفیت کند بوده‌اند و اجازه داده‌اند شکاف پاسخ‌گویی ظاهر شود.

منابع استفاده شده در مقاله:

- S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London: Sweet 3rd edn, 2014, and Maxwell
P. Craig, 'Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Law Quarterly Review 118 (2002) 'Review 551
A. C. L. Davies, *The Public Law of Government Contracts* (Oxford: Oxford (2008), University Press
A. C. L. Davies, 'Beyond new public management: problems of accountability in the modern administrative state' in N. Bamforth and P. Leyland (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution* (Oxford: (2013, Oxford University Press
C. M. Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective* (Oxford: Oxford (2007, University Press
M. Freedland, 'Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Public [1998] 'Initiative in a Public Frame 288 Law
C. Graham and T. Prosser, *Privatizing Public Enterprises: Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University (1991, Press
P. Vincent-Jones, *The New A Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality* (Oxford: (2006, Oxford University Press

الف) خصوصی‌سازی: خصوصی‌سازی دو پیامد مهم برای پاسخگویی سیاسی دولت دارد. اول اینکه، می‌تواند باعث سردرگمی در مورد مسئولیت مداوم دولت در قبال یک صنعت خاص شود.

دوم اینکه، معکوس کردن سیاست خصوصی‌سازی به ملی‌سازی، امری دشوار است که آن را به یکی از تصمیمات «دائمی» یک دولت تبدیل می‌کند. یکی از محدود ملی‌سازی‌های بریتانیا در سال‌های اخیر، تصاحب Railtrack توسط Network Rail بود که زمانی رخ داد که Railtrack با مشکلات مالی مواجه بود و بر ارزش آن تأثیر می‌گذاشت، اما دولت با دعوای قضایی از سوی سهام‌دارانی مواجه شد که پول خود را در این معامله از دست دادند. بنابراین، یک سیاست خصوصی‌سازی ممکن است شکل دولت را برای آینده قابل پیش‌بینی تغییر دهد. اگرچه بعید است که یک دولت بتواند لایحه خصوصی‌سازی را بدون اینکه کسی متوجه شود به صورت مخفیانه از پارلمان عبور دهد، اما سنت قانون اساسی بریتانیا هیچ بررسی ویژه‌ای برای تغییرات مهمی از این نوع ارائه نمی‌دهد.

ب) انعقاد قرارداد^{۱۶}: روند انعقاد قرارداد و جنبه الزام‌آور آن برای دولت بسیار حائز اهمیت است. در ادامه، تصور کنید که یک دولت تازه منتخب، بخواهد عملیات حمل‌ونقل زندانیان را دوباره ملی کند. ظرفیت آن برای انجام این کار به شرایط قرارداد با ارائه‌دهنده فعلی و منابع مالی موجود بستگی دارد. پایان دادن به قرارداد پیش از موعد ممکن است بسیار پرهزینه باشد. دولت می‌تواند از قاعده منع محدودیت اختیار عقب‌نشینی کند تا استدلال کند که قرارداد فوق، اختیارات قانونی است و الزام‌آور نیست، اما (حتی اگر دادگاه با این استدلال متقاعد شود) ممکن است دولت متوجه شود که قرارداد از منظر درازمدت دارای آثار قابل توجهی بوده است. معایب آن به اینجا خلاصه نمی‌شود و در ادامه، در ایجاد این احساس در پیمانکاران که دولت شریک قراردادی قابل اعتمادی نیست، بسیار موثر است.

نتیجه‌گیری: □

خصوصی‌سازی با انتقال فعالیت‌ها از بخش دولتی به بخش خصوصی، دامنه اعمال قوانین عمومی را کاهش می‌دهد. هرگونه مشارکت عمومی باقی‌مانده از طریق رژیم‌های نظارتی ویژه صورت می‌گیرد. تعداد بسیار کمی از سیستم‌های حقوقی دارای کنترل قانون اساسی بر روی مواردی هستند که می‌توان یا نمی‌توان خصوصی‌سازی کرد و به دلیل نیاز به جبران خسارت به سرمایه‌گذاران خصوصی، معکوس کردن خصوصی‌سازی دشوار است.

انعقاد قرارداد از برخی جهات شبیه خصوصی‌سازی است؛ اما در برخی دیگر تفاوت قابل توجهی دارد. باز هم، کنترل‌های کمی بر روی آنچه که می‌توان قرارداد کرد وجود دارد. معکوس کردن این سیاست، حداقل در کوتاه‌مدت دشوار است؛ اما می‌توان بیشتری برای استفاده از مکانیسم‌های پاسخگویی حقوق عمومی علیه دولت و ارائه‌دهنده خدمات در طول ارائه خدمات وجود دارد: دولت، به دلیل دخالت مداومش و ارائه‌دهنده، به دلیل مشارکتش در عملکرد، تابع قوانین عمومی است. با این حال،

بررسی ماهیت و کارکرد نهاد اعاده اعتبار از تجار ورشکسته در ایران با نگاهی بر ایالات متحده آمریکا

سینا عباس پور

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



ستاره بهارلو

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



امیررضا فراهانی

■ دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه تهران



مقدمه

واژگان کلیدی: اعاده اعتبار، تاجر ورشکسته، ورشکستگی، Fresh start، Discharge

اعاده اعتبار عبارت است از بازگشت وضعیت تاجر ورشکسته به موجب حکم دادگاه به حقوقی زمان قبل از ورشکستگی و اعتبار بازرگانی که از او سلب شده بود. اهمیت مسئله آنجایی رخ می‌نماید که تأثیرات اقتصادی گسترده این نهاد در نظر گرفته شود. فقدان ضمانت اجرای این نهاد در قوانین موضوعه ایران از جمله مواردی است که از وجه کارکردی آن می‌کاهد. با امعان نظر بر مواد ۵۰۶ و ۵۶۵ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، می‌توان امکان اعاده اعتبار قانونی از شخصیت حقوقی ورشکسته را استنباط کرد. قانون‌گذار ما برای روند تقاضای اعاده اعتبار، تشریفات را در نظر گرفته است که بدون طی آنها حصول اعاده اعتبار ممکن نیست. طی این روند، مدعی العموم و دادرس صادرکننده حکم ورشکستگی می‌بایست، به ترتیب، صلاحیت متقاضی حصول اعاده اعتبار را تایید کنند. تشریفات مذکور در مواد ۵۶۶ تا ۵۷۵ قانون تجارت، در ادامه مباحث ماهوی عنوان شده است.

با توجه به تأثیرات اقتصادی گسترده این نهاد و عدم تفکیک حقوقی نهاد اعسار و ورشکستگی، نظام حقوقی ایالات متحده توجه ویژه‌ای به اعاده اعتبار و یا بازسازی اعتبار از شرکت‌ها و افراد ورشکسته و معسر داشته است و یکی از گسترده‌ترین موارد قانون‌گذاری اعمال این نهاد به این کشور برمی‌گردد، همچنین با توجه به مهجوریت نسبی این نهاد نزد قانون‌گذار و مصائب عملی استفاده از این نهاد در رویه، بررسی تطبیقی نهاد اعاده اعتبار، بیش از پیش مهم می‌نماید.

نهاد اعاده اعتبار تاجر ورشکسته در نظام حقوقی آمریکا به فرایندی اشاره دارد که طی آن یک تاجر یا فرد ورشکسته و یا معسر پس از اتمام مراحل قانونی ورشکستگی، می‌تواند به وضعیت مالی و اعتباری مطلوبی بازگردد. این نهاد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا به تاجر این امکان را می‌دهد که پس از تصفیه بدهی‌ها و رفع محدودیت‌های قانونی، به فعالیت‌های تجاری خود ادامه دهند و به زندگی اقتصادی عادی خویش بازگردند. قوانین و مقرراتی که در نظام حقوقی آمریکا برای بازگرداندن تاجر ورشکسته به دنیای تجارت وجود دارند، صرفاً ناظر به مراحل قانونی دادگاهی نیستند و شامل تمهیداتی می‌باشند که برای آماده‌سازی ذهن تاجر برای بازگرداندن وی به عرصه عمل، و همین‌طور اصلاح اشتباهات گذشته و نظام‌دهی کسب‌وکار او هستند.

روش‌شناسی:

بحث:

۱. مفهوم‌شناسی واژگان مرتبط

با توجه به ضرورت آشنایی با مفاهیم کلیدی، ابتدا به مفهوم‌شناسی واژگان کلیدی این بحث پرداخته می‌شود.

۱.۱. تعریف اعاده اعتبار در حقوق ایران

نهاد «اعاده اعتبار» مرحله‌ی پسین تقسیم اموال

پژوهش حاضر درصدد بررسی قوانین، پیشینه و رویه قضایی درخصوص اعاده اعتبار از تجار ورشکسته در ایران و ایالات متحده آمریکا بوده و سعی بر بررسی نقاط قوت و ضعف هر نظام حقوقی و مسائل مرتبط در این حوزه، به شیوه کتابخانه‌ای-اینترنتی و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات حقوقی دارد.

کارکرد اقتصادی اعاده اعتبار را بررسی نمود. رشد و توسعه اقتصادی که مولود اعاده اعتبار از شرکت‌های تجاری ورشکسته می‌باشد، همواره مورد توجه نظام‌های حقوقی بوده است. به‌طوری که می‌توان دولت‌ها را بزرگترین مشوق بازگشت تاجر ورشکسته به عرصه تجارت قلمداد کرد. در توقف و ناتوانی یک شرکت تجاری از پرداخت دیون خود، با طلبکاران و اشخاص ثالث نیز مواجه هستیم که دل‌گرم به حمایت قانون از حقوق خود هستند. بنابراین، میل به بازگشت تاجر ورشکسته به فعالیت تجاری همواره باید با در نظر گرفتن احقاق حقوق طلبکاران صورت گیرد که همین امر، نیازمند دقت و ظرافت نظر مقنن می‌باشد.

۳. بررسی اعاده اعتبار در نظام حقوقی ایران

برای بررسی بهتر نهاد اعاده اعتبار در ایران، ابتدا به نظرگاه مقنن ایرانی و پیشینه فقهی آن، سپس به نظریات گوناگون من‌باب گستره و دایره شمول نهاد اعاده اعتبار و امکان‌سنجی اعاده اعتبار از اشخاص حقوقی پرداخته می‌شود، در نهایت انواع اعاده اعتبار و اختلاف نظرهای موجود درباره تفکیک و تشریفات شکلی ناظر بر آن بررسی می‌شود.



۳.۱. اعاده اعتبار در نظرگاه مقنن ایرانی

نهاد اعاده اعتبار در باب سیزدهم از فصل چهار قانون تجارت ۱۳۱۱ اختصاصاً برای تاجر پیش‌بینی شده است. نکته جالب توجه این است که جز باب مذکور در قانون تجارت، در هیچ سند قانونی دیگر، حتی «قانون اداره امور تصفیه‌ی ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸» نیز صحبتی از این نهاد به میان نیامده است.

این نکته باید مورد توجه قرار گیرد که نهاد اعاده اعتبار هیچ پیشینه‌ای در تاریخ حقوق ایران و فقه اسلامی ندارد، چراکه از دیدگاه فقهی، شخص مفلس می‌تواند پس از اتمام دوره افلاس، بدون نیاز به تأیید غیر، مشغول به کار دوباره شود.^۵ در واقع از آنجاکه تفکیک میان

ورشکسته میان بستانکاران، پس از صدور حکم ورشکستگی است؛ بدین معنا که تاجر ورشکسته پس از طی مراحل قانونی احراز توقف و صدور حکم ورشکستگی توسط دادگاه و سپس مراحل تصفیه، می‌تواند از طرق قانونی معین، برای بازگشت به حیطه فعالیت‌های تجاری، از دادگاه صالحه تقاضای اعاده اعتبار کند.

۱.۱.۱. تعریف اعاده اعتبار در نظرگاه دکترین ایرانی

این نهاد معاصر از منظر حقوق دانان «بازگشت دوباره بنگاه ورشکسته به حیات بازرگانی خویش»^۱ و «خروج تاجر ورشکسته از محرومیت‌های شغلی و اجتماعی و حصول تدریجی اعتبار سابق»^۲ و «بازگشت تاجر ورشکسته به موجب حکم دادگاه به اعتبار بازرگانی خود به طریقی که حق فعالیت بازرگانی داشته باشد»^۳ معنا شده است. وجه اشتراک تمام تعاریف مذکور بازگشتن تاجر به فعالیت‌های تجاری پس از یک دوره ورشکستگی است؛ بازگشتی که می‌بایست توسط مراجع ذی صلاح تأیید و تنفیذ گردد.

۱.۲. تعریف اعاده اعتبار در حقوق ایالات متحده

نهاد اعاده اعتبار تاجر ورشکسته در نظام حقوقی آمریکا به فرایندی اشاره دارد که طی آن یک تاجر ورشکسته پس از اتمام مراحل قانونی ورشکستگی، می‌تواند به وضعیت مالی و اعتباری مطلوبی بازگردد. این نهاد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا به تاجر این امکان را می‌دهد که پس از تصفیه بدهی‌ها و رفع محدودیت‌های قانونی، به فعالیت‌های تجاری خود ادامه دهند و به زندگی اقتصادی عادی بازگردند.

۲. اهمیت پرداختن به نهاد اعاده اعتبار

برای فهم چیستی و اهمیت این نهاد، ابتدا باید

۱. محمدرضا پاسبان، حقوق تجارت ۴، حقوق ورشکستگی، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲، صفحه ۲۰۱

۲. محمد صقری، حقوق بازرگانی: ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، صفحه ۴۰۵

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶، ذیل کلمه «اعاده اعتبار»

۴. Rehabilitation

۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶، ذیل کلمه «اعاده اعتبار»

تأیید گذشته تا ثبات امنیت حقوق سرمایه‌گذاران حفظ شود.

۳،۲. متعلق حکم نهاد اعاده اعتبار

همان‌طور که گفته شد، اعاده اعتبار، نهادی مختص تجاری می‌باشد؛ تجاری که بنا به تفکیک مشهور کلاسیک، به اشخاص حقیقی تاجر (ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱) و اشخاص حقوقی تاجر (ماده ۲۰ قانون تجارت) تقسیم می‌شوند. اما نکته این است که در مورد متعلق حکم مواد ۵۶۱ تا ۵۷۵ قانون تجارت، به دلیل عدم تصریح قانون‌گذار از حیث شمول یا عدم شمول اشخاص حقوقی در این حکم، میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد.

برخی مؤلفان استدلال کرده‌اند که اعاده اعتبار اساساً برای بازگشت جایگاه اجتماعی و شغلی بنگاه ورشکسته است، لذا امری مختص اشخاص حقیقی بوده و موضوعیتی میان اشخاص حقوقی ندارد.^۸ همچنین برخی استدلال می‌کنند که اولاً ورشکستگی موجب انحلال شخصیت حقوقی می‌شود، لذا اعاده اعتبار سالبه به انتفاء موضوع خواهد شد. ثانیاً ماده ۵۶۳ برخلاف گفته برخی، در مقام تجویز اعاده اعتبار شخصیت حقیقی

است، اما هیچ ضمانت اجرایی برای آن لحاظ نکرده است. این بدین معناست که اگر تاجری بدون طی فرایند اعاده اعتبار دست به فعالیت دوباره بزند، مجازاتی ندارد.^۷ این مسئله با آن‌که یکی از خلأهای قانونی است، لیکن بنظر می‌رسد با پیشینه فقهی نهاد افلاس قابل توجیه باشد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، در پیشینه فقهی، برای بازگشت تاجر ورشکسته به حیات تجاری سابق، پس از تأدیه دیون یا برائت ذمه وی توسط بستانکاران، طی نمودن تشریفات یا کسب اجازه از مقامات حاکمیتی سابقه نداشته و فرد می‌توانسته به صورت خودکار به فعالیت سابق بازگردد.

لکن بنظر می‌رسد تعمیم وضعیت مفلس در نظامات اجتماعی ورشکسته‌های پیشین به وضعیت تاجر ورشکسته در نظامات مدرن صحیح نیست؛ چراکه جامعه کنونی پس از وضع مقررات راجع به نهاد اعاده اعتبار و الزام اشخاص متقاضی به طی تشریفات آن، علی‌القاعده انتظار وضع ضمانت اجرای کافی را برای متخلفان خواهد داشت. بدین معنا که سرمایه‌گذاران امروز نیازمند تأیید رسمی و حاکمیتی بازگشت ورشکسته به بازار می‌باشند، چراکه بازبایی وضع اقتصادی پیشین ورشکسته توسط نهادهای حاکمیتی می‌بایست توسط ایشان

تاجر و غیرتاجر یک بدعت حقوقی معاصر است و در گذشته بازرگانان نیز همچون اشخاص عادی معسر شناخته می‌شدند، و مقتضیات ایجاد نهادهای شبه‌تصفیه نیز شکل نگرفته بوده است، لذا روند تقسیم اموال توسط مراجع تصفیه نیز معنا نداشت تا از پس آن وجود نهاد اعاده اعتبار به تبع آن واجب آید. از آنجاکه یکی از اهداف ایجاد نهاد اعاده اعتبار حفظ حقوق سرمایه‌گذاران آینده است، لذا نیاز است تا نهادهای حاکمیتی، که هم انجام و هم نظارت بر روند تصفیه با ایشان بوده است، مهر تأییدی بر قابلیت بازگشت شخص ورشکسته به بازار نقش کنند تا امنیت معاملات برهم نخورد.

نکته‌ی دیگر آن است که نهاد اعاده اعتبار در نظام حقوقی ایران جنبه قهری نداشته و با صدور حکم به موجب تقاضا از دادگاه و در مواردی با سنجش دادرس صادر می‌شود. این یعنی اعاده اعتبار خودکار در حقوق ایران فاقد جایگاه قانونی است.

همچنین، برخی صاحب‌نظران بدین نکته اشاره می‌کنند که قانون‌گذار با اینکه یک باب از قانون را برای این نهاد در نظر گرفته

۶. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۳ و حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، جلد ۴، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، صفحه ۲۰۱

۸. محمد صقری، حقوق بازرگانی: ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۰۸

۷. محمد صقری، حقوق بازرگانی: ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۱۴

بازرگان است نه شرکت، و ثالثاً شخصیت حقیقی بازرگان حقیقی است که شخصیتی مادام‌العمر می‌باشد، حال آن‌که شرکای شرکت ورشکسته می‌توانند پس از پرداخت دیون شرکت، شرکت دیگری تأسیس کنند، لذا نیازی به نهاد اعاده اعتبار برای شرکت‌ها نیست.^۹

موافقان شمول اعاده اعتبار بر شرکت‌های تجاری نیز با استدلال بر اینکه از جمع مواد ۵۰۶ و ۵۷۵ قانون تجارت می‌توان به پذیرش بی‌تردید نهاد اعاده اعتبار برای شرکت‌های ایرانی از نظر قانون‌گذار

❖ ۳/۳/۱. نوع اول؛ اعاده اعتبار حقی

«اعاده اعتبار حقی» موضوع ماده ۵۶۱ قانون تجارت است؛ جایی که تاجر ورشکسته می‌تواند با پرداخت تمام دیون و متفرعات دیون خویش اعاده اعتبار شود.^{۱۵} از این جهت، مولفان این قسم از اعاده اعتبار را حقی نامیده‌اند که دادگاه مستند به ماده ۵۷۱، صرفاً مدارک متقاضی را صحت‌سنجی کرده و نظری بر اوضاع و احوال و اقتضای عدل و انصاف ندارد، چرا که اعاده اعتبار برای تاجری که دیونش را تماماً پرداخته است، یک حق مستقر است.

در واقع در اعاده اعتبار حقی پس از احراز شرایط، دادگاه بدون اختیار و احتیاج راجع به سنجش و ارزیابی مدارک، حکم اجباری به عهده اعتبار می‌دهد. این نوع از اعاده اعتبار اساساً برخاسته از برائت ذمه تاجر است و حق تاجر محسوب می‌گردد (ماده ۵۷۱ قانون تجارت).

در این بخش لازم بذکر است که دکتر اسکینی فلسفه ماده ۵۶۲ را نیز آن می‌داند که تاجر بتواند در حین پنج سال مذکور از عهده تعهدات خویش برآید.^{۱۶} مقصود از «متفرعات» در ماده فوق نیز همان خسارت تأخیر تأدیه است.^{۱۷}

رسید،^{۱۸} به امکان این امر نظر دارند. در این میان نیز محمدعلی وثوق آشتیانی، مستشار دادگاه استان یک و دو، نظر بر این داشت که از ماده ۵۶۳ قانون تجارت برمی‌آید که ماده ۵۶۱ این قانون، شرکت‌ها را نیز در برمی‌گیرد.^{۱۹}

در نهایت دکتر صقری با نقد استدلال مخالفان و بررسی دلایل سودمندی اعاده اعتبار شرکت‌های تجاری، نظر قابل قبول را امکان شمول احکام اعاده اعتبار قانون تجارت بر اشخاص حقوقی می‌داند.^{۲۰} نظری که در مجموع با مقتضیات حقوق تجارت هم‌خوان‌تر و به فلسفه و کارکرد نهاد اعاده اعتبار نیز نزدیک‌تر می‌نماید.

❖ ۳/۳/۲. انواع اعاده اعتبار

برخی برای تشریح انواع اعاده اعتبار آن را به دو قسم حقی و قانونی تقسیم کرده‌اند.^{۲۱} این تقسیم از این جهت است که در اعاده اعتبار از نوع حقی تاجر ورشکسته در حقیقت پس از پرداخت دیون و متفرعات دیون اعاده اعتبار می‌شود، اما در اعاده اعتبار قانونی، بدون این که دست به بازپرداخت دیون خویش بزند، از امکانات قانونی ماده ۵۶۵ استفاده نموده و از محکمه تقاضای اعاده اعتبار می‌کند. با این حال، دکتر اسکینی معتقد است چنین تفکیکی بی‌مورد است.^{۲۲}

۱۰. مهدی سخنور و سیدعلی حسینی، «قابلیت اعاده اعتبار اشخاص حقوقی و شرایط آن در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ با نگاهی به لایحه اصلاح قانون تجارت»، مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۶، ۱۳۹۳، صفحه ۶۲
۱۱. محمدعلی وثوق آشتیانی، «اعاده اعتبار بازرگانان و شرکت‌های تجاری»، مجله مجموعه حقوقی شماره ۹، ۱۳۲۲، صفحه ۳۸۴ و ۳۸۵

۱۲. محمد صقری، حقوق بازرگانی؛

ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۰۸ و ۴۰۹

۱۳. محمد صقری، حقوق بازرگانی؛

ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۱۰ و ۴۱۱

۱۴. ربیعا اسکینی، حقوق

تجارت؛ ورشکستگی

و تصفیه امور

سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۴
صقری، حقوق بازرگانی؛ ورشکستگی،
سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۱۰
اسکینی، حقوق تجارت؛ ورشکستگی
و تصفیه امور ورشکسته، تهران،
سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه
۲۳۵

۱۷. ربیعا اسکینی، حقوق

تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه

امور ورشکسته، تهران، سمت،

چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۵

و محمدرضا پاسبان،

حقوق

ورشکسته، تهران،
۱۵. محمد
تهران، شرکت
۱۶. ربیعا

❖ ۳،۳،۲. نوع دوم؛ اعاده اعتبار قانونی

در موارد اعاده اعتبار قانونی، موضوع ماده ۵۶۵، همان طور که عنوان شد، دادگاه به موجب ماده ۵۷۱ در مقام سنجش اوضاع و احوال و اقتضای عدل و انصاف تاجر برای تصمیم گیری راجع به صدور یا عدم صدور حکم اعاده اعتبار است. درحقیقت منظور از «اعاده اعتبار قانونی» آن است که تاجر بدون پرداخت تمام دیون و به شرط اثبات صحت عمل و تحقق



یکی از شروط بندهای ماده ۵۶۵ اعاده اعتبار گردد. انواع اعاده اعتبار قانونی مطابق با ماده ۵۶۵ شامل انعقاد قرارداد ارفاقی (بند ۱) برائت ذمه ورشکسته توسط طلبکاران (بند ۲) و رضایت بستانکاران به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته می باشد. در نهایت می توان گفت قصد قانون گذار بر آن بوده است که راه اعاده اعتبار را برای تاجرانی که به طور کامل دیون خویش را پرداخت

تجارت ۴، حقوق ورشکستگی، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲، صفحه ۲۰۲

اعتبار تاجری که مشمول ماده فوق شود را موقوف به اعاده حیثیت از جنبه جزیی کرده است. لازم به ذکر است در مورد ماده فوق، نظر دکتر اسکینی بر آن است که می بایست جرائم مندرج در ماده ۵۷۵ را با تفسیر مضیق محدود کرد، لذا نبایستی آن را به جرائم مشابه دیگر تسری داد.^{۲۱}

در مورد صلاحیت ذاتی دادگاه رسیدگی کننده به تقاضای اعاده اعتبار نیز نظر دکتر اسکینی آن است که دادگاهی صلاحیت رسیدگی به دعوی اعاده اعتبار را دارد که حکم ورشکستگی را صادر کرده باشد، و یا در مواردی دادگاهی است که جانشین دادگاه صالح صادرکننده حکم ورشکستگی شده است.^{۲۲}

همان طور که پیش تر عنوان شد، دادگاه در موارد اعاده اعتبار حقی، صرفاً در مورد صحت اسناد و در موارد اعاده اعتبار قانونی، با سنجش اوضاع و در نظر گرفتن اقتضای انصاف حکم به اعاده اعتبار خواهد داد.

❖ ۵. تاریخچه و توسعه قوانین ورشکستگی و اعاده اعتبار در آمریکا

تاریخچه قوانین ورشکستگی در آمریکا به دهه های اولیه قرن نوزدهم بازمی گردد که اولین قوانین ورشکستگی در سطح فدرال تصویب شدند.^{۲۳} این قوانین با هدف حمایت از طلبکاران و

نکرده اند نیز، مشروط به حصول شروطی، باز نگاه دارد؛ دیدگاهی که به نظر می رسد با توجه به رضایت طلبکاران و باز گذاشتن مسیر بازگشت بنگاه ورشکسته به حیات تجاری، پسندیده و مصلحت نگرانه باشد.

❖ ۳،۴. تشریفات و جنبه های شکلی تحصیل اعاده اعتبار

به طور خلاصه، فرایند تشریفات تحصیل حکم این گونه است که ابتدائاً متقاضی اعاده اعتبار با تدوین دادخواست، «بدون نیاز به رعایت تشریفات دادرسی»^{۱۸}، منضم به اسناد مثبت نزد دادستان به آغاز امر می پردازد. دادخواست فوق پس از طی مراحل الصاق در اتاق جلسه دادگاه (ماده ۵۶۷) اعلام امر به طلبکاران موضوع ۵۶۷ تحقیقات رئیس دادگستری و تدوین نتیجه تحقیقات و انضمام مدارک، در نهایت به محکمه صالحه تسلیم می گردد (ماده ۵۷۰) تا دادگاه نیز با احضار مدعیان و معترضان به دادگاه (ماده ۵۷۰) به رسیدگی «خارج از وقت اداری»^{۱۹} بپردازد.

دکتر صقری این مواد را به «قواعد راجع به دادرسی مدنی» (مواد ۵۶۶ تا ۵۷۴) و «قواعد راجع به دادرسی کیفری» (ماده ۵۷۵) تقسیم و دکترا اسکینی نیز سیر تشریفات مقرر را به دو بخش «طرح و بررسی تقاضا نزد رئیس دادگستری (دادستان)» (مواد ۵۶۶ تا ۵۷۰) و «طرح و بررسی تقاضا در دادگاه» (مواد ۵۷۰ تا ۵۷۵) تفکیک کرده است.^{۲۰}

چرایی تفکیک قواعد شکلی به دادرسی کیفری و مدنی در این امر نهفته است که ماده ۵۷۵، برخلاف مواد دیگر مذکور در مباحث شکلی، اعاده

۲۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۴۰

۲۲. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۹

۲۳. Charles Warren, Bankruptcy in United States History ۱۸-۱۹ (۱۹۷۲); Stephen B., General Motors and Chrysler: The Changing Face of Chapter 11, American Bankruptcy Institute Journal, Vol. ۲۸, No. ۲, p. ۹۹, February ۲۰۰۹

۱۸. محمد رضا پاسبان، حقوق تجارت ۴، حقوق ورشکستگی، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲، صفحه ۲۰۳

۱۹. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۹

۲۰. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶، صفحه ۲۳۸ و محمد صقری، حقوق بازگانی: ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶، صفحه ۴۱۳

سال ۱۸۹۸^{۲۶}

قانون مصوب سال ۱۸۹۸ برای اولین بار امکان اعاده اعتبار تاجر ورشکسته را فراهم کرد و به تجار این فرصت را داد تا پس از تأدیه دیون، به زندگی اقتصادی خویش بازگردند. این قانون به مرور زمان با اصلاحات و تغییرات متعددی مواجه شد تا نیازهای جدید اقتصادی و اجتماعی را برآورده کند. همچنین توانست پس از یک دوره طولانی بدون قانون ورشکستگی فدرال، شروع دوره‌ای از قوانین دائمی ورشکستگی فدرال را در آمریکا به وجود آورد. اما باید توجه داشت قانون ۱۸۹۸ که به شدت به نفع بدهکاران بود، تحت تأثیر گروه‌های تجاری و جریان‌های پوپولیستی قرار گرفت و به مدت ۸۰ سال با وجود تلاش طلبکاران برای کاهش آثار آن در حال اجرا بود. این تلاش‌ها منجر به سخت‌گیرانه‌تر شدن اعطای بازسازی و معافیت برخی اموال برای تأدیه دیون شد، اما بخش اصلی حمایت از بدهکاران همچنان پابرجا ماند که نشان‌دهنده دوره‌ای مهم در تاریخ قانون ورشکستگی ایالات متحده است.^{۲۷}

❖ ۵,۱,۲ قانون ورشکستگی مصوب ۱۹۷۸^{۲۸}

این قانون به عنوان پیشینه قانون ورشکستگی فعلی که در فصل ۱۱ قانون ایالات متحده تدوین شده است، به عنوان نماد روند اصلاحات، به دنبال افزایش تعداد پرونده‌های ورشکستگی و نارضایتی از سیستم موجود، توسط کنگره ایالات متحده تصویب شد و ساختار اداری و فرایند ورشکستگی اشخاص حقیقی را تغییر داد. همچنین، قوانین سازماندهی مجدد شرکت‌ها را تحت یک فرایند واحد تحت فصل ۱۱ درآورد. هدف آن

۲۶. Nelson Act of ۱۸۹۸

۲۷. Bruce, Kara J., Rehabilitating Bankruptcy Reform, Nevada Law Journal, Vol. ۲۷

۱, ۲۰۱۲, P1۸۹

۲۸. Bankruptcy Reform Act of ۱۹۷۸

تضمین بازپرداخت بدهی‌ها تدوین شدند، اما با گذشت زمان با توجه به نیازهای اقتصادی و اجتماعی تغییراتی در آن‌ها ایجاد شد. در نظام حقوقی آمریکا، اعاده اعتبار تجار ورشکسته توسط اصول حقوقی و قوانین فدرال و ایالتی مختلفی حمایت و تنظیم می‌شود. این قوانین به منظور حمایت از تجار و فراهم کردن شرایطی برای بازگشت آنها به حیات اقتصادی تدوین شده‌اند. در اینجا به طور خلاصه به برخی از این اصول و قوانین فدرال و به طور ویژه به فصل ۱۱ قانون ورشکستگی می‌پردازیم.

❖ ۵,۱,۱ قوانین فدرال مربوط به «بازسازی»^{۲۴} تاجر ورشکسته

در سال ۱۸۹۸، قانون ورشکستگی فدرال تصویب شد که نقطه عطفی در تاریخچه قوانین ورشکستگی آمریکا محسوب می‌شود. پس از آن، قانون ورشکستگی اصلاحی در سال ۱۹۷۸ تصویب شد و به یکی از مهم‌ترین نمادهای اصلاحات در نظام حقوقی آمریکا تبدیل گردید که تأثیر ماندگاری بر قوانینی که پس از آن تصویب شدند و به طور کلی نظام حقوقی ورشکستگی آمریکا گذاشت، به طوری که «قانون پیشگیری از سوءاستفاده از ورشکستگی و حمایت از مصرف‌کننده» در سال ۲۰۰۵^{۲۵}، زمانی که بسیاری از انتقادات به مقررات بازسازی مذکور در فصل ۱۱ کاهش یافته بود، با رویکردی کاملاً مخالف با فصل ۱۱ به تصویب رسید.

❖ ۵,۱,۱ قوانین ورشکستگی مصوب

۲۴. Discharge

۲۵. Bankruptcy Abuse Prevention and Consum-

er Protection Act of 119, 8-109. Pub. L. No, 2005

23. Stat. (2005)



تسهیل فرایند بدهی شرکت‌ها برای ادامه فعالیت و حفظ مشاغل بود.

کنگره معتقد بود که سازماندهی مجدد شرکت‌ها اهمیت بیشتری برای اعتباردهندگان (طلبکاران)^{۲۹}، سهام‌داران، مشتریان، تأمین‌کنندگان، کارمندان و «مالکین مجاور»^{۳۰} دارد و از تأثیرات منفی شکست کسب‌وکار بر اقتصاد محلی جلوگیری می‌کند.^{۳۱} قانون اصلاح ورشکستگی تعادل بین منافع صنعت اعتباری^{۳۲} و بدهکاران را ایجاد کرد و مدیران شرکت‌ها را تشویق کرد تا در مراحل اولیه توقف، به دنبال استفاده از نهاد ورشکستگی باشند. لازم به ذکر است که قانون مزبور، به مدیران اجازه داد تا به عنوان «بدهکار در اختیار»^{۳۳} کنترل شرکت را حفظ کنند و حقوق بیشتری برای بدهکاران فراهم کرد. در عین حال، حقوق جدیدی برای طلبکاران و سهام‌داران نیز در نظر گرفت و به قاضی مسئول رسیدگی به ورشکستگی، اختیارات زیادی برای تخصیص کمک‌ها بر اساس اصول «عدالت و انصاف»^{۳۴} اعطا کرد.

همچنین با
اصول به اشخاص
اتمام مراحل قانونی ورشکستگی،
بازگردند.^{۳۵}

تأکید بر این
ورشکسته امکان داد تا پس از
به فعالیت‌های اقتصادی خود

❖ ۵،۱،۳ فصل ۱۱ قانون ورشکستگی^{۳۶}

قانون ورشکستگی که در فصل ۱۱ قانون ایالات متحده تنظیم شده است، منبع اصلی مقررات ورشکستگی در ایالات متحده است. این قانون به نه فصل تقسیم شده است که هر فصل فرآیندهای مختلف ورشکستگی را برای انواع بدهکاران فراهم می‌کنند. علاوه بر این، قوانین فدرال مربوط به ورشکستگی که توسط دیوان عالی ایالات متحده تصویب شده‌اند، بدنه اصلی قوانین ورشکستگی را تشکیل می‌دهند که فرآیندهای ورشکستگی را در ایالات متحده تنظیم می‌کنند.

مفاد ورشکستگی منطوق در فصل ۱۱، بخشی از این قانون است که شامل فرایند تأدیه دیون از دارایی‌های بدهکار است و برای اشخاص حقیقی^{۳۷}، کسب‌وکارهای فردی^{۳۸}، شراکت‌ها^{۳۹} و شرکت‌ها^{۴۰} در دسترس می‌باشد، هرچند اغلب توسط شرکت‌ها استفاده می‌شود. این نوع بازسازی به کسب‌وکارها اجازه می‌دهد تا تحت نظارت و با رعایت برخی تعهدات به فعالیت خود ادامه دهند. پس از ثبت درخواست ورشکستگی مطابق فصل ۱۱، کسب‌وکار تحت مدیریت «بدهکار در اختیار» قرار می‌گیرد که مسئولیت مدیریت عملیات کسب‌وکار و تطبیق با مقررات گزارش به دادگاه را بر عهده دارد و تحت نظارت یک ناظر اجرایی است.^{۴۱}

۲۹. Creditors

۳۰. Nearby property owner

۳۱. Bruce, Kara J., Rehabilitating Bankruptcy Reform, Nevada Law Journal, Vol. ۱۳, Iss. ۱, P1۸۴, ۲۰۱۲.

۳۲. Credit Industry

۳۳. Debtor In Possession

۳۴. The principles of and justice equity

۳۵. Bruce, Kara J., Rehabilitating Bankruptcy Reform, Nevada Law Journal, Vol. ۱۳, Iss. ۱, P1۸۵, ۲۰۱۲.

۳۶. of the U.S. Code ۱۱ Chapter

۳۷. Individuals

۳۸. sole proprietorships

۳۹. Partnerships

۴۰. Corporates

۴۱. ۲۰۱۸, Congressional Research Service, Bankruptcy Basics: A Primer, p۳

تجاری که تحت پوشش فصل ۱۱ قانون ورشکستگی قرار دارند، برای درخواست «بازسازی» الزامی به ورشکسته بودن ندارند. آنها می‌توانند از فصل ۱۱ برای تجدید ساختار مالی (ترازنامه)، بازسازی عملیاتی، یا ترکیبی از هر دو و یا حتی برای انحلال استفاده کنند. فصل ۱۱ به شرکت بدهکار این امکان را می‌دهد تا با کاهش بار بدهی‌ها و هماهنگ‌سازی آن‌ها با توانایی ایجاد جریان‌های نقدی، ساختار ترازنامه خود را تجدید کنند. این فرایند معمولاً شامل طرحی است که تمامی یا بخشی از بدهی‌های تضمین شده و یا بدون تضمین را به سهام جدید در شرکت تجدید ساختار شده تبدیل می‌کند و در بیشتر موارد، سهام قدیمی را از بین می‌برد. همچنین فصل ۱۱ می‌تواند برای اجرای انحلال شرکت نیز استفاده شود، درحالی‌که اختیارات و نظارت هیئت مدیره شرکت در طول فرایند انحلال حفظ می‌شود. این فرایند ممکن است شامل فروش تقریباً تمام دارایی‌های شرکت توسط هیئت مدیره در یک یا چند مزایده (تحت بخش ۳۶۳^{۴۲}) قرار گیرد. همچنین، می‌تواند شامل تشکیل یک تراست^{۴۳} انحلال، برای پیگیری دعاوی یا بازایابی برای مزایده اموال و فروش دارایی‌های غیرنقدی به نفع طلبکاران پس از تأیید طرح انحلال باشد.^{۴۴}

۶. دکترین حقوقی

علاوه بر قوانین مذکور، دکترین حقوقی از جمله دکترین شروع تازه نیز نقش بسزایی در ارتقا و بهبود مقررات فصل ۱۱ و انطباق آنها با مصلحت تجارت ورشکسته ایفا کرده‌اند.

۶.۱ دکترین «شروع تازه»^{۴۵}

دکترین اصلی در سیاست ورشکستگی، «بازسازی» است که در آن درآمد آینده بدهکار از بدهی‌های گذشته مصون می‌شود و فرصتی برای «شروع تازه» برای او فراهم می‌سازد. تکنیک‌های روان‌شناختی و اقتصادی، این حق غیرقابل اسقاط را به دلیل رفتارهای مختلف انسانی توجیه کرده‌اند. «بازسازی»، از پشیمانی ناشی از رفتارهای تکانشی و تصمیم‌گیری‌های نادرست جلوگیری می‌کند و بهره‌وری فعالیت تجاری تاجر بدهکار را حفظ می‌نماید. «بازسازی»، اصلی‌ترین مزیت در حقوق ورشکستگی است که برای ورشکسته‌ای که قوانین رفتاری معینی را نقض نکرده باشد، فراهم می‌شود. این فرد در عوض برائت از دیون گذشته، اموال غیرمعاف حال یا بخشی از درآمد آینده خود را تسلیم می‌کند. بازسازی، نه تنها بدهکار را از تعهدات مالی گذشته آزاد می‌کند، بلکه او را در برابر برخی پیامدهای نامطلوب ورشکستگی نیز محافظت می‌کند.^{۴۶} البته امروزه نقدهایی نیز بر این سیاست وارد است؛ از جمله نحوه برخورد با اموال معاف و قدرت دادگاه در عدم اعمال این سیاست بر ورشکسته به تقلب.^{۴۷}

۷. روند قضایی و آرای مهم دادگاه‌ها

روند قضایی اعاده اعتبار شامل مراحل مختلفی است که توسط دادگاه‌های ورشکستگی مورد بررسی و تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد. آرای قضایی رویه‌ساز نشان می‌دهند که دادگاه‌ها در بررسی درخواست‌های اعاده اعتبار به دقت به مستندات مالی و رفتارهای گذشته تاجر ورشکسته برای احراز تلاش تاجر که در جهت پرداخت بدهی‌های گذشته خود می‌باشد، توجه می‌کنند.^{۴۸} همچنین صداقت و شفافیت در ارائه اطلاعات مالی و رعایت شرایط قانونی از مهم‌ترین عوامل در تصمیم‌گیری دادگاه‌ها محسوب می‌شوند.^{۴۹} آرای قضایی نقش مهمی در تعیین رویه‌های قانونی و حمایت از حقوق تاجر ورشکسته ایفا می‌کنند.

۷.۱ پرونده ورشکستگی شرکت تجاری جنرال موتورز^{۵۰}

از ورشکستگی شرکت جنرال موتورز به عنوان بزرگ‌ترین فروپاشی یک شرکت تولیدی در تاریخ ایالات متحده

۴۲. ۱۱ U.S.C. § ۳۶۳ of the U.S. Code Under Chapter ۱۱ (۳۶۳).

Trust. ۴۳

۴۴. Ath Edition, Baker McKenzie Resource Hub, P۲, Baker McKenzie, Global Restructuring and Insolvency Guide. ۲۰۲۲.

Fresh Start. ۴۵

۴۶. (۱۹۸۵ May) P۲, ۱۳۹۳, Harvard Law Review ۹۸, Jackson, Thomas H., The Fresh-Start Policy In Bankruptcy Law.

۴۷. (۱۹۸۵ May) P۴, ۱۳۹۳, Harvard Law Review ۹۸, Jackson, Thomas H., The Fresh-Start Policy In Bankruptcy Law.

۴۸. (California Northern District Court) ۱۲۳۴۵۶۷ WL ۲۰۰۱, Wells Fargo v. Freeman.

۴۹. (۲۰۰۳. Utah Ct. App) ۴۸۵ ۳d.P ۶۷, ۶۱ UT App ۲۰۰۳, Linden v. Linden.

General Motors. ۵۰

آمریکا یاد
می‌شود.^{۵۱}
این

پرونده که

در سال ۲۰۰۹

میان بحران صنعت

VS

در

خودرو در آمریکا

اتفاق افتاد، مصداقی

مهم برای عملکرد

فصل ۱۱ قانون ورشکستگی ایالات متحده در اعاده

اعتبار یک شرکت بزرگ است. فرایند بازسازی فصل

۱۱، به این شرکت امکان داد تا بخش قابل توجهی

از بدهی‌هایش را کاهش دهد و به یک نهاد رقابتی‌تر

تبدیل شود. چارچوب قانونی فصل ۱۱ که به شرکت‌ها

کمک می‌کند تا با تدوین یک برنامه اعاده اعتبار که

مورد تأیید طلبکاران و دادگاه است، تعهدات مالی خود

را ایفا کنند، در مورد جنرال موتورز، با استفاده از بخش

۳۶۳ قانون ورشکستگی، فروش دارایی‌های حیاتی

ارزشمند، به یک نهاد نوپا به نام جنرال موتورز جدید^{۵۲} را

تسهیل کرد، درحالی‌که دارایی‌های باقی‌مانده که

مطلوبیت کمتری داشتند، به یک نهاد جداگانه به نام

شرکت تصفیه موتورز^{۵۳} منتقل گردیدند. این جداسازی

به جنرال موتورز اصلی امکان داد تا به عملیات خود

ادامه دهد و مشاغل، ضمانت مشتریان و روابط با

تأمین‌کنندگان خود را حفظ کند.^{۵۴}

اما منتقدان حقوقی، فرایند پرشتاب و کوتاه‌مدت

پرونده که از رویه‌های معمول فصل ۱۱ منحرف شده

است و جداسازی دارایی‌های مطلوب و کمتر مطلوب

را باعث نابرابری میان طلبکاران و تضعیف اصول قانون

ورشکستگی

که به منظور

تضمین رفتار

منصفانه است،

دانسته‌اند. معمولاً

فصل ۱۱ با مذاکرات

گسترده بین

ذی‌نفعان مشخص می‌شود،

اما سرعت بازسازی جنرال موتورز نگرانی‌هایی در مورد

دادرسی عادلانه و رفتار منصفانه با طلبکاران برانگیخت

و منتقدان ادعا کردند که دارندگان اوراق قرضه

به‌خصوص در مقایسه با سایر ذی‌نفعان آسیب دیده‌اند

فرایندهای

گسترده بین

اما سرعت بازسازی جنرال موتورز نگرانی‌هایی در مورد

دادرسی عادلانه و رفتار منصفانه با طلبکاران برانگیخت

و منتقدان ادعا کردند که دارندگان اوراق قرضه

به‌خصوص در مقایسه با سایر ذی‌نفعان آسیب دیده‌اند

^{۵۵}.

با وجود این انتقادات، حامیان جنرال موتورز با تأکید

بر دکرترین شروع تازه و حمایت از بدهکاران در

بازگشت به زندگی اقتصادی استدلال کردند که

این فرایند پرشتاب برای جلوگیری از فروپاشی شرکت

و حفاظت از اقتصاد کلان ضروری بوده است. آنها ادعا

کردند که فصل ۱۱ انعطاف‌پذیری لازم را برای رسیدگی

به وضعیت پیچیده مالی جنرال موتورز فراهم کرد و به

شرکت امکان داد تا با یک مدل کسب‌وکار پایدار از

ورشکستگی خارج شود.^{۵۶} جریان این پرونده به عنوان

یک رویداد تاریخی باعث تغییر دیدگاه حقوق‌دانان

نسبت به فرایند اعاده اعتبار و پیچیدگی‌های قانونی

فصل ۱۱ قانون ورشکستگی شد و این رویکرد تأثیر

گسترده‌ای بر حقوق ورشکستگی ایالات متحده

آمریکا گذاشت.^{۵۷}

۸. نتیجه‌گیری

^{۵۵}. Todd Zywicki, "The Auto Bailout and the Rule of Law,"

(۲۰۱۱ National Affairs (Spring

^{۵۶}. Years Later: Was It the Right Call?, Knowledge @ The Auto Bailout

, ۲۰۱۸, ۱۲ at Wharton, September

^{۵۷}. National Archives of the United States Bankruptcy Court

for the Southern District of New York

^{۵۱}. Selbst, Stephen B., General Motors and Chrysler: The Changing

.No, ۲۸. American Bankruptcy Institute Journal, Vol, ۱۱ Face of Chapter

, ۲, p۶, ۲۰۰۹ February.

^{۵۲}. New GM

^{۵۳}. Liquidation Company Motors

^{۵۴}. Selbst, Stephen B., General Motors and Chrysler: The

American Bankruptcy Institute, ۱۱ Changing Face of Chapter

.No, ۲۸. Journal, Vol ۲, p۷, ۲۰۰۹ February.

از کارکردهای نهاد اعاده اعتبار حفظ ثبات و امنیت بازار برای سرمایه‌گذاران و کنشگران آن و بازگرداندن تاجر

سابقاً ورشکسته متقاضی به بازار است. لذا همان‌طور که گفته شد، در سیستم حقوقی ایران، عوامل حاکمیتی

دخیل در صدور امر ورشکستگی، می‌بایست پس از پرداخت دیون تاجر یا کسب رضایت از بستانکاران وی در

قالب برائت ذمه یا انعقاد قرارداد ارفاقی، با طی فرایندی حکم به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته داده، توانایی وی را

برای بازگشت به حیات تجاری تنفیذ نمایند؛ امری که در حقوق ایران خلأ قانونی عدم وضع ضمانت اجرا را با خود به

همراه دارد. همچنین امور تشریفاتی و شکلی که چونان سنگی در مسیر متقاضی است، بهتر است با اصلاحات آتی

کاهش یابد تا فرایند احیای سریع‌تر، که همانا از احتیاجات تجارت معاصر است، صورت گیرد.

افزایش سرعت رسیدگی و تسریع فرایندهای شکلی اعاده اعتبار تاجر، و ادامه فعالیت‌های بازرگانی تاجر

در تصویب و اصلاحات قانون ورشکستگی فصل ۱۱ به خوبی مورد توجه نظام حقوقی ایالات متحده بوده است.

اولویت‌دهی به اقتصاد و امعان‌نظر به تأثیرات ورشکستگی یک شرکت بر اقتصاد کلان، قانون‌گذار آمریکایی را

به گسترش این نهاد در قوانین موضوعه، تشویق نمود. در رویه قضایی نیز شاهد همین نظرگاه هستیم که با مقتضیات جامعه مدرن سازگارتر است. باید اذعان داشت که با توجه به اهمیت روزافزون نهاد اعاده اعتبار، تأثیرات مثبت اقتصادی و لزوم پویایی فقه هم‌زمان با مقتضیات جامعه، نهاد اعاده اعتبار، ریل‌گذاری جامع‌تری را از مقنن ایرانی می‌طلبد.

۹. منابع و مآخذ

- محمد صقری، حقوق بازرگانی: ورشکستگی، تهران، شرکت سهامی انتشار: ۱۳۷۶
ربیعاً اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۶
محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶
محمد خواجه‌وی، «اعاده اعتبار شرکت‌های تجاری»، مجله مجموعه حقوقی ۹ (۱۳۲۲)
محمد رضا پاسبان، حقوق تجارت ۴، حقوق ورشکستگی، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲
حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۴، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵
مهدی سخنور و سیدعلی حسینی، «قابلیت اعاده اعتبار اشخاص حقوقی و شرایط آن در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ با نگاهی به لایحه اصلاح قانون تجارت»، مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۶، ۱۳۹۳
محمدعلی وثوق آشتیانی، «اعاده اعتبار بازرگانان و شرکت‌های تجاری»، مجله مجموعه حقوقی، شماره ۹
Ath, Baker Mckenzie, Global Restructuring and Insolvency Guide
۲۰۲۲, Edition, Baker Mckenzie Resource Hub
;(۱۹۷۲) Charles Warren, Bankruptcy in United States History
Selbst, Stephen B., General Motors and Chrysler: The Changing
.American Bankruptcy Institute Journal, Vol, ۱۱ Face of Chapter
۲۸, ۲۰۰۹ February, ۲. No.
Bruce, Kara J., Rehabilitating Bankruptcy Reform, Nevada Law
۱۳, ۱. Iss, ۲۰۱۲. Journal, Vol
, Jackson, Thomas H., The Fresh-Start Policy In Bankruptcy Law
۹۸, Harvard Law Review ۱۳۹۳, (۱۹۸۵ May).
Selbst, Stephen B., General Motors and Chrysler: The Changing
.American Bankruptcy Institute Journal, Vol, ۱۱ Face of Chapter
۲۸, ۲۰۰۹ February, ۲. No.
, Congressional Research Service, Bankruptcy Basics: A Primer
۲۰۱۸
California Northern) ۱۲۳۴۵۶۷ WL ۲۰۰۱, Wells Fargo v. Freeman
(District Court
.Utah Ct. App) ۶۷, ۶۱ UT App ۲۰۰۳, Linden v. Linden
Todd Zywicki, “The Auto Bailout and the Rule of Law”, National

نقد و بررسی فیلم گفر ناحوم

محمد رضا دوستی مهر

■ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق
کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران



سید عرفان روحانی

■ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق
کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران



ناهید باقری

■ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق
کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه تهران



■ مقدمه و خلاصه‌ی داستان فیلم:

می‌کنند. در همین حال، زین باید خواهر و برادران خود را از گزند معتادان و مزاحمان و متجاوزان حفظ کند؛ اما زین در خانه نیز دشمنانی دارد که از قضا به آنان پدر و مادر می‌گویند. پدر و مادری که کوچک‌ترین وظایف والدین را انجام نمی‌دهند و حتی بچه‌هایشان شناسنامه ندارند. این پدر و مادر در خانه‌ای زندگی می‌کنند که به شخصی به نام اسد تعلق دارد و این فرد، خواستگار خواهر ۱۱ ساله زین یعنی سحر^۲ است.

فقر، بچه‌های بی‌پدر، بچه‌های بی‌شناسنامه، کودکان کار، ازدواج اجباری، کودک‌همسری و خرید و فروش مواد مخدر توسط کودکان، تنها بخشی از اتفاقات تلخی است که برای کودکان این فیلم اتفاق می‌افتد و آنان را به سمت آینده‌ای تلخ و مبهم هدایت می‌کند. تلاش کارگردان^۳ نیز همین است و در واقع به دنبال جواب یک پرسش است: «آیا اگر فقرا بچه‌دار نشوند و کودکان را نیز سهم در بدبختی‌های خود نکنند، دنیا جای بهتری نمی‌شود؟» این سوال اصلی این فیلم است که بارها در فیلم بیان می‌شود و خود دربرگیرنده بسیاری از سوالات اخلاقی است؛ به طور مثال، آیا اگر کسی فقیر باشد از حقوق طبیعی خود که یکی از آن‌ها داشتن فرزند است باید بی‌بهره باشد؟ یا اگر از در بچه مخالف پرسش اول نگاه کنیم، باید بپرسیم آیا کودکان حق داشتن یک زندگی با رفاه را ندارند؟

کفر ناحوم نام شهری است که عیسی مسیح (ع) در آن به دنیا آمد. شاید قصد کارگردان از انتخاب این نام این باشد که بگوید این شهر به پیامبری نیاز دارد که بیاید و با دم عیسوی خود این شهر مرده را زنده کند. در همان تیتراژ می‌توان خلاصه‌ای از کل فیلم را دید. کودکانی که در ساختمان‌های متروکه شهر، بازی می‌کنند و دنبال هم می‌دوند و هنگامی که آرام می‌گیرند، سیگار می‌کشند و حتی به آن افتخار می‌کنند و تکنیک سیگار کشیدن خود را به رخ بقیه می‌کشند؛ گویی هرکس بهتر سیگار بکشد برنده است. لباس‌هایی بر تن دارند که تا به حال آب به آن نخورده است. با چوب و میخ برای خود اسباب‌بازی‌هایی به شکل تفنگ درست می‌کنند و با همان تفنگ‌ها به هم شلیک می‌کنند و می‌جنگند. جنگ برای آنها بازی است؛ اما این بازی ریشه در بطن وطن آن‌ها دارد: «وطنی در خاورمیانه»

در همین وطن جنگ‌زده که نامش «لبنان» است، پسری ۱۲ ساله به نام زین^۱ در خانواده‌ای پرجمعیت به دنیا آمده است؛ با پدر و مادری فقیر، بی‌سواد، خشن و سوءاستفاده‌گر. قهرمان قصه ما، شخصی مسئولیت‌پذیر است که بار خانواده را بر دوش می‌کشد؛ کار می‌کند و مواظب خواهران و برادران کوچکش است و در این بین خواهری به نام سحر دارد که او را بیش از همه دوست دارد. این برادران و خواهران برای کسب درآمد به خیابان می‌روند و دست‌فروشی و گدایی

۲. Sahar.

۳. Nadine labaki.

۱. Zayn.



البته برچسب زدن به متهمین لزوماً توسط سیستم قضایی انجام نمی‌شود؛ گاه مردم خود به دیگران برچسب می‌زنند. در این فیلم نیز پدر زین این نقش را برعهده دارد. او دائماً با یادآوری طبقه اجتماعی خانواده زین می‌گوید آن‌ها چاره‌ای ندارند که برای امرار معاش، مدام دزدی و تکدی‌گرایی و کلاهبرداری کنند. زیرا آنها به تعبیری که پدر زین به کار برد فقط «کرم» هستند. کرم‌هایی که در جامعه می‌لولند و هر جا باشند از خود، ویرانی به جا می‌گذارند. حال فکر کنید کودکانی که در این شرایط بزرگ شوند چه سرنوشتی در بزرگسالی خواهند داشت. بنابر نظریه جرم‌شناسی رشدمدارانه، می‌توان گفت کودکی مهم‌ترین دوره زندگی است که ریشه‌های بسیاری از تمایلات خودمخرب و مجرمانه در این دوره شکل می‌گیرد. حال فکر کنید کودکانی که در خیابان برای پول هر کاری می‌کنند و به راحتی دروغ می‌گویند، چگونه می‌توانند در بزرگسالی تمایلات مجرمانه نداشته باشند؟

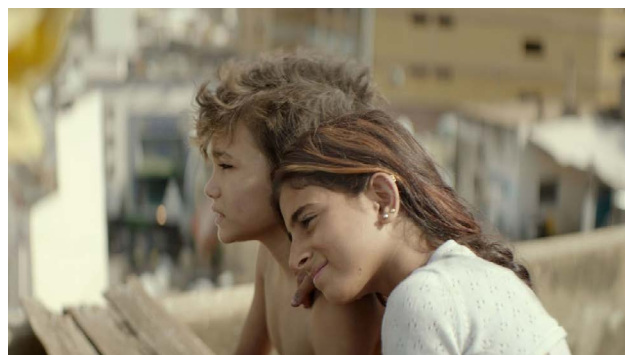
شخصیت مهم دیگر این فیلم، خواهر زین یعنی سحر است که به اجبار والدین خود با صاحب خانه‌ی آنها ازدواج می‌کند و در ادامه به خاطر آسیب‌های جنسی ناشی از کم بودن سن می‌میرد. کودک‌همسری یکی دیگر از مشکلات حوزه اطفال است که کشورهای خاورمیانه را درگیر خود کرده است و باعث می‌شود کودکانی که هنوز درکی از مسئولیت به دوش کشیدن یک خانواده را ندارند، با کوهی از مسئولیت‌ها و وظایف زناشویی مواجه شوند و زیر بار این مسئولیت کودکی را و از همه مهم‌تر کودکی کردن را فراموش کنند. می‌توان گفت که حتی اگر سحر، خواهر دوست‌داشتنی زین نیز نمی‌مرد، باز هم سرنوشت شومی انتظارش را می‌کشید. امروزه، تحقیقات میدانی بسیاری در مورد کودک‌همسری انجام گشته است که در بسیاری از موارد این ازدواج‌ها سرنوشت مطلوبی ندارند. طلاق عاطفی، خودکشی، آسیب‌های جسمی و جنسی و افسردگی از عوارض

در اواخر قرن بیستم، نظریه‌های جرم‌شناسی تعامل‌گرا بحث‌های داغ و نوینی در بین جامعه حقوقی مطرح کرد که در بطن آن نظریه برچسب‌زنی^۴ قرار داشت. نظریه برچسب‌زنی با بررسی تعاملات بین متهمین و سیستم قضایی کیفری بر این اعتقاد بود که گاه‌ها سیستم قضایی با برخوردهای قضایی مبتنی با هدف سزادهی موجب می‌شود که این متهمان در دل جامعه همواره با اتهامات کیفری خود به یاد آورده شوند و جامعه و نهادهای اجتماعی مانند مدرسه و... در مواجهه با فرد، به طور تبعیض‌آمیز با او رفتار کنند که این مسئله موجب دامن زدن به نوعی طرد اجتماعی متهمین از جامعه می‌شود و سرخوردگی و احساس بی‌آبرویی و شرمساری آنان را در پی خواهد داشت. این مسئله باعث می‌شود برقراری مجدد پیوند اجتماعی و صلح و آشتی متهم با اجتماع و رعایت هنجارهای اجتماعی به سختی انجام شود و هنگامی که متهم نتواند هم‌رنگ جماعت شود، ناچار باید خود را رسوای دو عالم تصور کند. نتیجه این امر چیزی جز این نیست که شخصی که برچسب اتهام خورده به جای بازگشت به آغوش قانون و مردم، خود را کنار دیگر متهمانی قرار دهد که آنان نیز از جامعه طرد شده و به مرور زمان تشکیل نوعی جامعه هنجارشکن و معارض قانون دهند و تبدیل به خطر بزرگتری شوند. در واقع هنجارشکنی در دیدگاه این نظریه دو سطح و مرحله دارد: انحراف اولیه و انحراف ثانویه.

انحراف اولیه هنگامی رخ می‌دهد که فرد به هر دلیلی برای اولین بار به رفتارهای معارض با قانون روی می‌آورد که در آن شخص هیچ برچسبی نمی‌خورد و انحراف ثانویه در جایی رخ می‌دهد که به شخص برچسب انجام رفتارهای مجرمانه خورده می‌شود و او ناگهان خود را جزئی از جامعه مجرمین می‌بیند. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اقدامات مثبتی برای عدم برچسب‌زنی و زمینه‌سازی برای بازگشت مسالمت‌آمیز متهم به جامعه انجام گشته است.^۵

۴. labeling theory

۵. - تهمورث بشیریه و تهمینه شاهپوری، رویکرد نظام تقنینی دادرسی کیفری نوین ایران مبتنی بر نظریه برچسب‌زنی، شماره ۸۷ نشریه تحقیقات



شایع این پدیده است.^۶

همان‌طور که در ابتدای فیلم تماشا کردیم، خانواده زین به یک روش خاص که حل کردن قرص‌ها در آب و قرار دادن لباس در آن بود، در حال تولید و جاسازی مواد مخدر برای انتقال به زندان بودند. زین نیز در انتهای فیلم برای مخارج زندگی خود و یونس هنگامی که راحیل در بازداشت است، ناچار به فروش مواد مخدر

۶. فاطمه چنانی و فاطمه رضایی فرد و فاطمه جلالی و سارا جهانگیری، بررسی علل و آسیب‌های کودک همسری، شماره مطالعات فرهنگ و هنر، ۱۰۵، ۱۰۸-۱۰۹، ۱۴۰۱

طبق این نظریه افراد به دلیل محیطی که در آن زندگی می‌کنند و یا افرادی که با آن‌ها در ارتباط هستند، ممکن است در معرض یادگیری رفتارهای انحرافی و آسیب‌زا قرار گیرند. وقتی که این نظریه را در درون فیلم بررسی می‌کنیم، دقیقاً متوجه انحرافات می‌شویم که زین در خانواده خود تجربه کرده بود.

به نظر شما، زین که کودکی

دستاورد‌های نوین در مطالعات علوم انسانی
۱۳۳، ۱۳۴-۱۳۵، ۱۴۰۱

۱۲ ساله است، اگر چنین کج‌رفتاری‌ها و انحرافات را در خانواده خود تجربه نکرده بود همچنان می‌توانست چنین عملی را انجام دهد؟

کودکی که از مدرسه و محیط آن، فقط سرویس رفت‌وآمد را در خیابان دیده است و به جای یادگیری درس و سبک زندگی همانند کودکان دیگر در مدرسه، در محیط و خانواده‌ای قرار دارد که جز آسیب وجود ندارد، نباید انتظارات بیشتری داشت. تجربه نشان داده است که به

منظور پیشگیری از جرم، باید از نهادهای مختلف همچون مدرسه کمک گرفت؛ زیرا امروز صرفاً نهاد خانواده به تنهایی نمی‌تواند در مقابل گرایش‌های مجرمانه کودکان که از دیگر نهادها به آنان آموزش داده می‌شود جلوگیری کرد.^{۱۰}

یکی دیگر از جنبه‌های جرم‌شناسانه این فیلم، بحث کودکان کار است. پدیده

۱۰. رضا بیرانوند، حسین یاراحمدی، علیرضا میلانی، تحلیل پیشگیری رشد مدار از جرم در نظام حقوقی ایران، شماره ۸۷، نشریه پژوهش‌های دانش انتظامی، ۹۹، ۱۰۵-۱۰۷، ۱۳۹۹

می‌شود و از همان روشی استفاده می‌کند که مادرش برای فروش مواد مخدر استفاده می‌کرد، عملی که دقیقاً نتیجه یادگیری و انحرافی است که زین در خانواده خود تجربه کرده بود.

در این زمینه ادوین ساترلند^۷، جامعه‌شناس آمریکایی که از با نفوذترین جرم‌شناسان سده بیستم محسوب می‌شود، نظریه‌ای تحت عنوان هم‌نشینی افتراقی^۸ دارد. نظریه هم‌نشینی افتراقی (تداعی

Edwin Sutherland - V
Differential association - A

افتراقی) از مشهورترین نظریه‌های جامعه‌پذیری یا یادگیری در مباحث کج‌رفتاری اجتماعی است. طبق این نظریه افراد منحرف و بزهکار، افراد غیرنرمال یا افراد دارای مشکلات روانی نیستند و از حیث ویژگی‌های فردی تفاوتی با سایر افراد جامعه ندارند و تفاوت افراد منحرف و بزهکار با سایر افراد جامعه در یادگیری اجتماعی آن‌ها و تعداد تماس‌های انحرافی که داشته‌اند، برمی‌گردد.^۹

۹. علیرضا کرمی، تحلیلی بر بزهکاری کودکان و نوجوانان پرتو نظریه معاشرت ترجیحی تعامل نمادین، شماره ۵۲، مجله



کودکان کار قصه پردرد و غصه ایست که سال هاست دل دلسوزان و حامیان حقوق کودک را می لرزاند و یکی از مسائل مهم انسانی و اجتماعی است. این مسئله از ابعاد مختلفی قابل بررسی است؛ اما با توجه به این ساخته، در این بخش بعد نداشتن شناسنامه بررسی می شود. نداشتن شناسنامه یکی از مسائل مهمی است که این کودکان با آن مواجه هستند و این موضوع هم خود این افراد و هم جامعه را در معرض آسیب های بسیاری قرار می دهد. نداشتن شناسنامه یکی از ملزومات زندگی در جهان مدرن است و به عنوان نشانی از هویت فردی و حقوق شهروندی نقشی کلیدی دارد. شناسنامه اولین و معتبرترین سند برای شناسایی هویت افراد است. نبود این سند می تواند منجر به یک مسئله مهم هویتی و به

دنبال آن مشکلات فردی و اجتماعی دیگری شود. در کودکان بدون شناسنامه که بخش وسیعی از این قشر را کودکان کار تشکیل می دهند، یکی از نتایج نداشتن شناسنامه عدم شکل گیری احساس هویت در این کودکان است. هویت امکان ارتباط اجتماعی را فراهم می سازد، به زندگی فرد معنا می دهد و دیگران با آن ما را می شناسند و از آن مهم تر، خودمان خویش را با آن تعریف می کنیم. فقدان شناسنامه علاوه بر مسائل هویتی باعث ایجاد مشکلاتی مثل عدم دسترسی به امکانات رفاهی، آموزشی، تحصیلی، بهداشتی و در نهایت احساس حقارت، بی قدرتی و پوچی می شود.^{۱۱}

امروزه هویت در اسناد بین المللی و حقوق داخلی کشورها، به عنوان یک حق مورد شناسایی است. کنوانسیون حقوق کودک عناصر هویت کودک را شامل: نام، تابعیت، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی در نظر گرفته است. ماده هفت کنوانسیون حقوق کودک بیان می کند: تولد کودک بلافاصله پس از به دنیا آمدن ثبت می شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب تابعیت، و در صورت امکان، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی آنها برخوردار می باشد.

در این فیلم ما حداقل در سه زمینه، آثار نداشتن شناسنامه را مشاهده کردیم؛ یونس که پسر یک مهاجر غیرقانونی بود و شناسنامه نداشت، در آینده حق تحصیل، کار متعارف و قانونی، رفاه و در واقع زندگی معمول را نداشت. مردی که قاچاقچی بچه بود، دیالوگ دردناکی داشت: «پسرت مرد وقتی به دنیا اومد، اون وجود نداره. حتی یک سس کچاپ هم اسم داره، تاریخ تولید و انقضا داره اما اون نداره.»

گویا در این جهان مدرن شناسنامه سند وجود آدمی است. اگر فردی شناسنامه نداشته باشد، اصلاً وجود ندارد و در واقع با مرده فرقی ندارد؛ هیچ حق و حقوقی برای فرد تعریف نمی شود و مورد حمایت قانون نیز نخواهد بود. بنابراین، اصطلاح کودکان فراموش شده برای این کودکان می تواند تعبیر مناسبی باشد.

سحر، خواهر زین که پدرش لحظه شماری می کرد که دخترش از لحاظ جسمی بالغ شود تا او را به مردی بسیار بزرگتر فقط بخاطر راحتی خودش شوهر دهد، فقط یک کودک بود؛ نه زن زندگی. سحر تنها ۱۱ سال داشت و به زور به ازدواج شخصی درآمد که چندی بعد به خاطر صدمات جنسی ناشی از رابطه زناشویی فوت کرد و دیدیم که بخاطر نداشتن شناسنامه، بیمارستان از پذیرش او امتناع کرد و از دریافت خدمات بهداشتی محروم ماند و به همین دلیل، سحر جان خود را از دست داد. شناسنامه در واقع سند زندگی کردن است و بدون آن انگار فرد با درد و بیماری محکوم به رنج و مرگ است. گویی بدون شناسنامه فرد را به عنوان انسان به رسمیت نمی شناسند و گویی واقعا از قبل مرده است.

زین پسر فداکار، سخت کوش و دلسوزی بود که به دنبال داشتن هویت، کار و مفهوم خانواده در این زندگی سراسر رنج، سرگردان بود. او برای رهایی از دست زن و مردی که تنها او را وارد این دنیا کرده بودند و لیاقت بردوش کشیدن نام پدر و مادر را نداشتند و سخت ترین شرایط زندگی را به او تحمیل کرده بودند، از خانه بیرون زد و به دنبال کار رفت. حاضر بود با هر دستمزدی حتی بسیار اندک کار انجام دهد؛ اما مگر کسی به یک کودک بی هویت کار می دهد؟



۱۱. ابوتراب طالبی، معراج السادات ملکوتی، مسئله هویت در کودکان بدون شناسنامه، شماره ۱۸، فصلنامه برنامه ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، ۳۶-۲۷ (۱۳۹۲)

در بسیاری از موارد، نداشتن شناسنامه موجب می‌شود فرد هرگز نتواند وارد بازار کار و اجتماع به صورت قانونی شود و مجبور می‌شود که تن به کارهای غیرقانونی بدهد یا مورد استثمار و سوءاستفاده کارفرمایان و دیگر افراد قرار گیرد. این حس حقارت و

آلبرت کوهن معروف است. این نظریه در واقع طبقه فرودست ۱۲ جامعه را مخاطب قرار می‌دهد و می‌گوید که عمده جوانان طبقه فرودست و فقیر اهداف و ارزش‌های اجتماعی طبقه اجتماعی متوسط را می‌پذیرند اما چون به ابزارهای دستیابی به این ارزش‌ها دسترسی ندارند، سعی می‌کنند از طریق انجام جرائم به اهداف خود نائل آیند. به طور مثال، کسب تحصیلات عالی از اهداف و ارزش‌هایی است که طبقه متوسط جامعه آن را تبلیغ می‌کند و جوانان طبقه پایین نیز غالباً آن را می‌پذیرند اما چون به وسایل رسیدن به این اهداف دسترسی ندارند، از تجربه زیست مجرمانه خود که ناشی از زیستن در یک خرده‌فرهنگ جنایی است، استفاده می‌کنند تا به همان اهداف دست یابند. در این فیلم نیز زین برای رسیدن به هدف خویش یعنی: «رفتن به کشوری که شرایط خوب تحصیلی دارد»، به مشکلات مالی دچار می‌شود و راهکار او برای این امر چیزی نیست جز انجام جرم؛ از سرقت گرفته تا فروش

طردشدگی

از جامعه و همچنین عدم امکان تأمین معاش به صورت قانونی در بسیاری از موارد زمینه بزهکاری افرادی شناسنامه را فراهم می‌کند.

این کودکان کار بدون شناسنامه، نه امکان تحصیل و نه امکان کار قانونی و پیشرفت دارند. این موضوع، جدایی و رهایی از خانواده‌ها و محیط‌های خشن، سرکوب‌گر و بهره‌کشانه‌ای که در آنها هستند را بسیار بعید و حتی ناممکن می‌سازد و تا نسل‌ها آنها را محکوم به چنین زندگی‌های فلاکت‌بارانه‌ای می‌سازد و زمینه‌ی بزهکاری و بزه‌دیدگی آنها را ایجاد می‌کند. نهایتاً همه این مسائل باعث این شد که زین آرزو کند که کاش بتواند زیست‌بوم خود را عوض کند و برای همیشه لبنان را ترک کند و به کشور آرزوها برود؛ یعنی کشور سوئیس.

در چشم زین سوئیس کشوری است که می‌توان در آن زندگی کرد و به همین علت، زین تصمیم می‌گیرد نزد دلالی برود که می‌تواند او را با جعل مدارک از لبنان خارج کند تا اینکه درس بخواند و زندگی بهتری داشته باشد. در همین آرزوهای زین می‌توان تبلور نظریه دیگری در جرم‌شناسی را دید که به نظریه خرده‌فرهنگ بزهکاری

مواد

مخدر،

همگی انجام

افعال غیراخلاقی و

مجرمانه‌ای هستند که در

خدمت یک هدف والا و شریف‌اند و باز

هم این سوال مشهور و اخلاقی پیش می‌آید که

هدف، وسیله را توجیه می‌کند؟» کوهن خود معتقد است که این جرائم در واقع شرورانه اما غیر سودجویانه هستند.^{۱۳}

در نهایت اما این سوال مطرح می‌شود که اگر بتوان دوران کودکی را تحت یک قاعده نظام‌مند درآورد، آیا می‌توان بزهکاری را برای همیشه از بین برد؟ از دیدگاه امیل دورکیم^{۱۴} جرم یک پدیده طبیعی است و فقط هنگامی باید به جرم به چشم یک پدیده غیرعادی نگاه کرد که از مقدار معینی عبور کند و تعداد زیادی مجرم شوند.^{۱۵} به نظر می‌رسد جواب بسیاری از جامعه‌شناسان و جرم‌شناسان امروز به این پدیده منفی است؛ کما اینکه علاوه بر امیل دورکیم، ساترلند و مرتون و هیرشی^{۱۶} نیز که همگی صاحب نظریاتی در جرم‌شناسی هستند، به جرم به چشم یک پدیده طبیعی می‌نگرند؛ اما معتقدند که باید تدابیری برای مقابله با آن اندیشید.

نتیجه‌گیری:

شخصیت انسان ریشه در دوران کودکی او دارد و به همین سبب، منشأ بسیاری از تمایلات مجرمانه اشخاص یا اختلالات روحی و روانی، در کودکی نهفته است. از آنجا که کودکان، معصوم و همواره بی‌گناه و عاری از هرگونه آلودگی هستند، نقش بزرگسالان در تربیت و تعلیم آنها بیش از

۱۲. یکی از انتقاداتی که به این نظریه می‌شود این است که این نظریه در تبیین علل بزهکاری ساکنان طبقه فرادست ناتوان است و جرائم یقه سفیدها را نمی‌تواند تبیین کند.

۱۳. سید عبدالحسین نبوی، مقایسه نظریه‌های کوهن و میلر در زمینه بزهکاری نوجوانان و کاربرد آن در جامعه ایران، شماره ۱، نشریه توسعه اجتماعی، ۱۰-۱۱، (۱۳۸۵)

۱۴. David emile durkhiem

۱۵. امیل دورکیم، قواعد روش جامعه‌شناسی ترجمه محمدعلی کاردان، ۵، ۸۲-۸۳، (۱۳۷۷)

۱۶. Travis hirschi

اندازه اهمیت می‌یابد؛ چراکه معمولاً آنان مسئول تعلیم و تربیت کودکان هستند و چه بسیارند والدینی که به جای محبت و عشق، به کودکانشان چیزی جز نفرت و آزار نداند و این دردی بس عمیق است که چگونه کودکانی که هرگز از والدین خود محبتی دریافت نکرده‌اند، می‌توانند با دیگران مهربان باشند و دنیا را به جای قابل تحمل‌تری برای زندگی تبدیل کنند؟ آیا این کودکان هرگز خواهند توانست برای کودکان خود والدین خوبی باشند و آیا این دور تسلسل در جایی قطع خواهد شد؟

منابع و مأخذ:

- امیل دورکیم، قواعد روش جامعه‌شناسی ترجمه محمد علی کاردان، ۵، ۸۲-۸۳، (۱۳۷۷)
ابوتراب طالبی، معراج السادات ملکوتی، مسئله هویت در کودکان بدون شناسنامه، شماره ۱۸، فصلنامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، ۳۶-۲۷ (۱۳۹۲)
تهمورث بشیریه و تهمینه شاهپوری، رویکرد نظام تقنینی دادرسی کیفری نوین ایران مبتنی بر نظریه برجسب‌زنی، شماره ۸۷ نشریه تحقیقات حقوقی، ۲۷۵، ۲۸۰-۲۸۱، (۱۳۹۸)
رضا بیرانوند، حسین یار احمدی، علیرضا میلانی، تحلیل پیشگیری رشدمدار از جرم در نظام حقوقی ایران، شماره ۸۷، نشریه پژوهش‌های دانش انتظامی، ۹۹، ۱۰۵-۱۰۷، (۱۳۹۹)
علیرضا کرمی، تحلیلی بر بزهکاری کودکان و نوجوانان بر تو نظریه معاشرت ترجیحی تعامل نمادین، شماره ۵۲، مجله دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی، ۱۳۳، ۱۳۴-۱۳۵، (۱۴۰۱)
فاطمه چنانی و فاطمه رضایی فرد و فاطمه جلالی و سارا جهانگیری، بررسی علل و آسیب‌های کودک‌همسری، شماره ۱ مطالعات فرهنگ و هنر، ۱۰۵، ۱۰۸-۱۰۹، (۱۴۰۱)





گاهنامه علمی-دانشجویی

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه تهران

شماره نهم | سال چهارم | آذر ۱۴۰۳

