

دوفصلنامه علمی، فرهنگی و اجتماعی

نشر داد

شماره یازدهم، زمستان ۱۴۰۳

انجمن علمی حقوق دانشگاه محقق اردبیلی



آنچه میخوانید...

تفسیر سکوت در قانون | چiesti گريپتو کارنسی و جرائم ناشی از آن | حق فسخ قرارداد | حقوق بشر و شرکت های فراملی | معرفی شخصیت: استاد حقوق تجارت بین الملل (دکتر بهروز اخلاقی) | خشم و هیاهو | شرح، بررسی و نقد مجازات در ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر





شناسنامه:



عنوان: نشرداد

زمینه انتشار: علمی، فرهنگی و اجتماعی

ترتیب نشریه: دوفصلنامه

تاریخ انتشار: زمستان ۱۴۰۳

شماره انتشار: ۱۱

صاحب امتیاز: انجمن علمی حقوق دانشگاه محقق اردبیلی

مدیر مسئول: دکتر سیفاله مدبر

سرمدیر: علی حاجی مهدی

تاریخ و شماره مجوز: ۹۷/۰۸/۱۴ | ۳۱۴۸ / الف

تاریخ و شماره آخرین تغییرات: ۱۴۰۳/۰۸/۳۰ | ۶۱۳۱ / م/ف

ناظر علمی: دکتر سیفاله مدبر

کارشناس نشریات: محمد اشرفی

همکاران این نشریه: دکتر پیام فروزنده، دکتر علی عبدالله پور، پریا رسولی پور، اسما آرامی، مهسا عزیزی، رقیه

معصومی فر، عسل قربانزاده، نیما صالحی

طراح جلد و صفحه آرا: عرفان پورعبدل

ارتباط با ما:

uma_sla

uma_sla

آدرس:

اردبیل، دانشگاه محقق اردبیلی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی

فهرست مطالب:

۷.....	بخش اول: مقالات علمی.....
۸.....	تفسیر سکوت در قانون.....
۱۶.....	چیستی کریپتو کارنسی و جرائم ناشی از آن.....
۲۲.....	حق فسخ قرارداد.....
۲۸.....	حقوق بشر و شرکت های فراملی.....
۳۹.....	بخش دوم: فرهنگی.....
۴۰.....	معرفی شخصیت: استاد حقوق تجارت بین الملل (دکتر بهروز اخلاقی).....
۴۳.....	بخش سوم: تفکر انتقادی.....
۴۴.....	خشم و هیاهو.....
۴۸.....	شرح، بررسی و نقد مجازات در ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر.....



درخت نگوکر بار دانش بگیرد به زیر اوری چرخ نیلوفری را

توسعه روز افزون مسائل حقوقی و کشف نیازهای حقوقی جدید جامعه این ضرورت را ایجاد میکند که نتایج پژوهش‌ها در اختیار پژوهشگران، محققان و علاقمندان قرار بگیرد تا بتوانند با استفاده از این مطالب به رفع خلأهای موجود جامعه یاری رسانند.

برای این منظور فصلنامه نشر داد تلاش کرده است بستری مناسب برای ثبت، نشر و ارتقا سطح این پژوهش‌ها ایجاد کند و همچنین فضای ارتباطی مناسبی برای علاقمندان و پژوهشگران دیگر عرصه‌های مرتبط به ارمغان آورد. فصلنامه نشر داد انجمن علمی دانشگاه محقق اردبیلی با هدف جذب علاقمندان به پژوهش، ثبت آثار آنها و اطلاع دیگر افراد از این مطالب، سعی بر آن داشته با چاپ این آثار قدمی هرچند کوچک در راستای اهداف مذکور بردارد. حضور شما دانشجویان گرامی در این عرصه یاری بسزایی جهت ارتقای سطح نشریه میرساند، لذا از علاقمندان به این عرصه تقاضا داریم با ارسال مقالات و پژوهش‌های خود در فصل‌های آینده همراه ما باشند. در پایان تشکر میکنم از تمام افرادی که در این فصل با ارسال آثار خود در این مسیر ما را همراهی نمودند.

بخش اول:

مقالات علمی

۸ تفسیر سکوت در قانون

۱۶ چیهستی کریپتو کارنسی و جرائم ناشی از آن

۲۲ حق فسخ قرارداد

۲۸ حقوق بشر و شرکت‌های فراملی

تفسیر سکوت در قانون



پیام فروزنده؛

پژوهشگر دکتری تخصصی حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه



چکیده

از شرایط ابهام قانون، اختلاف برانگیزتر است. در این راستا، با ارائه مثال‌های عینی و تحلیل این نمونه‌ها تلاش در تشحیذ ذهن خواننده شده است.

کلمات کلیدی: سکوت، تفسیر، تفسیرگرایی، نسبیت‌گرایی، عینیت‌گرایی.

مقدمه

علم حقوق، به عنوان علمی که دارای هر دو جنبه توصیفی و هنجاری است، هم در حوزه هست‌ها و نیست‌های موجود در قوانین بحث می‌کند و هم باید‌ها و نبایدهای آن را نقد و بررسی می‌کند. بخش عمده‌ای از حقوق موجود، به جنبه توصیفی آن اختصاص دارد که در آن حقوقدانان به شرح و تفسیر متون قانونی از نظرگاه هست‌ها و نیست‌های موجود پرداخته اند. با تورق چندین کتاب

با عنایت به آموزه‌های معرفت‌شناسی نوین، نسبیت‌گرایی جایگزین عینیت‌گرایی شده است و به همین جهت برای یک مقرر قانونی، نمی‌توان یک تفسیر واحدی را در نظر گرفت که بر این اساس دادرسان مکلف به تلاش برای کشف این معنا باشند. لکن، این مسئله برای جایی است که متن قانونی، اعم از قانون موضوعه یا قانون شرعی، وجود داشته باشد؛ موارد متعددی وجود دارد که به جهت مختلفی، قانون‌گذار یا شارع، از اساس حکم صریحی برای آن وضعیت بیان ننموده اند. این پژوهش سعی نموده است تا نشان دهد که دادرسان در قبال وضعیت‌های فقدان قانون موضوعه و قانون‌گذار در موارد فقدان نص صریح شرعی چه رویکردهایی را داشته اند و سکوت مقنن یا شارع را چگونه تفسیر کرده اند. همچنین تلاش می‌گردد، نشان داده شود که سکوت مقنن یا شارع، به مراتب بیش

تقنین سایر قوانین محسوب می‌گردند، از اهمیت بیشتری برخوردار هستند.

حال سوال اصلی که در این پژوهش می‌کوشیم تا پاسخ آن را بیابیم، این است که از سویی قاضی در فرض سکوت قانون موضوعه چه تکلیفی دارد و سابقاً چه نظراتی در این خصوص ارائه شده است و از سوی دیگر، مقنن در فرض سکوت شارع (قرآن و سنت) نسبت به موضوعی خاص چه راهکاری دارد و در موقعیت‌های مشابه در موارد سابق چه تصمیم‌هایی گرفته شده است.

به دلیل گسترده و کلی بودن موضوع پژوهش حاضر و امکان بررسی آن، لازم است در برخی موارد با ارائه مثال‌هایی عینی، رویکردها را بررسی کرده و در صورت امکان آن را به سایر موارد مشابه تسری دهیم. البته این موضوع خطر ساده‌سازی بیش از حد و تعمیم کلی را دارد که با هوشیاری و اطلاع از این خطر، سعی خواهد شد از گرفتاری در این دام پژوهشی خودداری گردد.

لازم به توضیح است که این پژوهش در مقام ارائه راهکاری صریح و روشن در خصوص موارد سکوت قانون نبوده، لکن با ارائه مثال‌هایی سعی خواهد شد که رویکردهای مختلف نسبت به این مشکل ترسیم گردد و همچنین تاکید این پژوهش بر قوانین مطرح شده در حوزه حقوق کیفری خواهد بود. در این راستا، ابتدا از سکوت قانون موضوعه و نقش قاضی سخن گفته می‌شود و مثالی در این حوزه مطرح خواهد شد و در مبحث بعدی از سکوت شارع و نقش مقنن در این حوزه سخن گفته خواهد شد و با ارائه دو مثال از این حوزه، رویکرد مقنن ایران در این راستا تبیین خواهد شد.

۱- سکوت در قانون موضوعه

بر مبنای اصل تفکیک قوا که در دول متمدن پذیرفته شده است، قوه مقننه تکلیف وضع قوانین را دارد و باید نهاد

حقوقی به راحتی می‌توان دریافت که چگونه از مقرر قانونی واحد، تفسیرهای متفاوت و گاه متعارض پدید آمده است که نویسندگان حقوقی به بحث و بررسی آن‌ها پرداخته و هر یک دیدگاه خاصی را برگزیده اند؛ این شرایط در حالتی است که متن قانونی معینی وجود دارد که اتفاقاً مورد استناد همه این نویسندگان نیز قرار گرفته است و به همین دلیل است که در فلسفه پست مدرنیسم، بیان می‌شود که متن چیزی جدا از نویسنده و خواننده است و هرکس که متن را می‌خواند، به آن معنا می‌بخشد و تفسیر نیز عبارت از فعالیت منطقی برای معنا بخشیدن به متن است (سیمایی صراف و معتمدی، ۱۳۹۶: ۲۷۰).

حال شرایطی را فرض کنید که در خصوص موضوعی خاص، مقرر قانونی وجود نداشته باشد؛ به نحوی که قانون یا به‌طور کلی در آن زمینه سکوت کرده باشد و یا قسمتی از مطالب را بیان و نسبت به قسمت دیگر سکوت نموده باشد. در این فرض تشتت و تعارض در آرا و عملکردها دوچندان خواهد شد و ابهام در رویکرد مجریان قانون کاملاً نمایان خواهد شد. قدم نخست در رفع ابهام، شناخت ابهام و سپس تلاش برای رفع آن است (صادقی مقدم و اماوردی، ۱۳۹۲: ۱۵۴) و به همین جهت ابتدا لازم است تا ابهام حاصل از چنین وضعیتی را مشخص نماییم.

از سوی دیگر، هر چند مراد از قانون را عموماً در معنای پوزیتیو آن در نظر می‌گیرند که انسان‌ها آن را پدید آورده اند و دارای وجود واقعی است (فردتن، ۱۳۹۷: ۱۶)، لکن با عنایت به منشا تقنین در نظام حقوقی کشور ما که بر مدار قرآن و سنت جریان می‌یابد (از مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) و کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی می‌باشد (اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، می‌توان قوانین الهی را نیز در زمره قوانین دانست و فرض سکوت را در آن بررسی کرد که اتفاقاً این دسته از قوانین با عنایت به این‌که منشا

ذهنی باشد) که این مسئله به معنای مفهوم نسبیت‌باوری است (مارتین، ۱۳۹۴: ۲۱۲). به همین دلیل، متن قانونی نیز معنای عینی و واحدی نداشته و پیش‌ساخت‌ها و پیش‌دانسته‌های دادرس در تفسیر او از مواد قانونی تأثیر چشمگیری دارد.

در ادامه مثالی برای مواردی از سکوت قانون‌گذار و نحوه برداشت دکترین حقوقی از این سکوت ارائه می‌گردد.

۱-۱- سکوت قانونی در مورد تعزیرات مقرر شرعی

موارد متعددی از جرایم مستوجب تعزیر در متون فقهی وجود دارد که حتی فقها تحت شرایطی برای آن مجازات اعدام در نظر گرفته اند، درحالی که در متون قانونی اشاره‌ای به آن‌ها نشده است. برای مثال شیخ طوسی در مورد کسی که روزه ماه مبارک رمضان را عمداً افطار کند، پس از سه مرتبه تعزیر، در بار چهارم مستحق اعدام می‌داند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۰). ابن ادریس، محقق حلی و علامه حلی نیز در این خصوص، شخص را پس از اجرای دو بار تعزیر در مرتبه سوم مستحق اعدام می‌دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۳۲/۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۶۸۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۸۳/۱). همچنین برخی در مورد تارک عمدی صلاة نیز همین نظر را دارند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۳۲/۳). در حالی که برخی دیگر ترک عمدی صلاة را پس از سه مرتبه تعزیر، در مرتبه چهارم مستوجب اعدام می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۰/۱). همچنین در خصوص وطی با بهایم (حیوانات)، برخی از فقها، شخص را پس از سه مرتبه اجرای تعزیر، در دفعه چهارم مستحق قتل می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۳۲/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۵/۱۵)؛ برخی دیگر نیز پس از اجرای دو مرتبه تعزیر در بار سوم حکم به اعدام او می‌دهند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۷۰/۳؛ ابن سعید، ۱۴۰۵: ۵۵۷)؛ صاحب جواهر نیز در این‌مورد بیان می‌کند که اگرچه دلایل وارده

دیگری غیر از او، مجری قوانین مصوب باشد. لکن در برخی موارد، مقنن قانونی وضع نکرده است تا عاملان وفق آن عمل نمایند. در این راستا باید میان دو وضعیت قائل به تفکیک شد. در وضعیت اول اساساً هیچ قانونی برای اجرا وجود ندارد و یا برای آن شرایط، قانونی پیش‌بینی نشده است؛ از جمله این موارد می‌توان حالت جنگ و حاکمیت وضعیت فقدان قانون در اثر برخی تحولات سیاسی مانند انقلاب را مثال زد. البته در عصر حاضر، برخی دول با پیوستن به معاهده‌هایی، مقرراتی را درخصوص حالت جنگ پذیرفته اند، اما برخی از دولت‌ها همچنان قوانین روشنی برای وضعیت جنگ ندارند.

حالت دیگر که در غالب موارد ملاحظه می‌گردد، وضعیتی است که قانون مصوب وجود دارد، لکن در این قانون برخی از فروض پیش‌بینی نشده است. در واقع، با توجه به محدودیت‌های تقنین که به‌طور طبیعی نمی‌توان همه حالات را پیش‌بینی کرد، مقنن قانونی را در خصوص موضوع معینی وضع نموده است، لکن در اثر تحولات اجتماعی یا مصلحت‌اندیشی‌های سیاسی و... برخی حالات و وضعیت‌ها پیش می‌آید که در قانون حکم این مسئله پیش‌بینی نشده است.

قانون به عنوان متن نوشته شده، در معرض تفسیر دادرس قرار دارد و این دادرس است که باید از میان معانی گوناگون و ممکن برای یک ماده قانونی، مناسب‌ترین آن را انتخاب کند. البته چنانکه گفته اند، کار دادرس معنایابی است و نه معناسازی و او باید با استدلال بهترین معنا را از معانی ممکن برگزیند و ایجاد معنا برای یک مقرر قانونی توسط دادرس برخلاف اصل تفکیک قوا است (آقای‌نیا و شجاعی، ۱۳۹۱: ۴۸). دلیل این امر نیز آن است که در معرفت‌شناسی نوین، چیزی به عنوان حقیقت عینی وجود ندارد و درک و تفسیر هر موضوعی بستگی به آن دارد که مخاطب عضو چه گروهی باشد (و دارای چه پیش‌زمینه‌های

سکوت خود به چنین تشبیه دامن زده است و نظر صریح خود را طی ماده قانونی به صراحت اعلام ننموده است.

۲- سکوت در متون شرعی و فقهی

با عنایت به اینکه تمامی قوانین کشور ما باید مطابق با مقررات شرعی باشد، درخصوص مواردی که ادله شرعی برای موضوعی وجود دارد، می‌توان سخن از انطباق یا عدم انطباق قانون با شرع سخن گفت. لکن، با عنایت به تغییرات اجتماعی گسترده در طول زمان و پدید آمدن مسائل جدید با گذشت زمان، مصادیقی پیش می‌آید که متن فقهی یا ادله شرعی قطعی در این باره وجود ندارد. همچنین، مواردی نیز وجود دارد که در زمان تشریع نیز وجود داشته اند، لکن در متون و ادله شرعی اشاره‌ای به این موضوعات نشده است.

در ادامه با طرح دو مثال، بررسی خواهیم که مقنن، در مواردی که شارع پاسخ صریحی به سوالی نداده است، چگونه برخورد نموده است و آیا وحدت نظری در این حوزه وجود دارد یا خیر.

۲-۱- مشروعیت دریافت خسارات مازاد بر دیه

تعیین و پرداخت دیه در قبال جنایات یکی از احکام امضایی اسلام است. به این نحو که طبق سنت موجود میان اعراب در قبل از اسلام، جانی در قبال جنایتش خونبهایی می‌پرداخت که بر اساس موقعیت جغرافیای و اقتضائات زمانی موجود، این خونبها از میان موارد شش‌گانه شتر، گاو، گوسفند، درهم، دینار و حله یمانی و بر اساس معیارهای موجود در آن زمان تعیین می‌شد.

اکنون با عنایت به گذشت زمان طولانی از آغاز تشریع اسلام و با توجه به پیشرفت‌های چشمگیر علم پزشکی، گاه مواردی پیش می‌آید که دیه مقدار تکافوی هزینه‌های درمان مجنی علیه را نمی‌دهد و همچنین، صدمه وارده شده

نظر دوم را تایید می‌کند اما قاعده احتیاط نیز موید نظر اول است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۶۴۴/۴۱). البته آنچه گفته شد تنها از باب مثال بود و می‌توان موارد بیشتری را نیز در این خصوص پیدا کرد.

حال درخصوص فرض مطرح شده در این بخش، نظریات مختلفی از سوی دکترین حقوقی مطرح شده است. به نحوی که از طرفی این سکوت اینگونه تفسیر شده است که در حقوق کیفری، سکوت، بیان محسوب می‌گردد و به معنای حاکمیت اصل برائت است (آقایی نیا، ۱۳۹۱: ۴۸)؛ به عبارت دیگر، چنانچه مقنن، جرم بودن عملی را تصریح نکرده باشد، این امر به آن معنا است که مقنن رفتار مذکور را جرم نمی‌داند. زیرا حقوق کیفری، رابطه تنگاتنگی با حقوق شهروندی افراد ملت دارد و از هر دو جنبه سلبی و ایجابی تضمین‌کننده آزادی‌های اشخاص می‌باشد؛ به این نحو که با بیان ممنوعات، از سویی مشخص می‌کند که شهروندان نباید مرتکب چه رفتارهایی شوند و از سوی دیگر، تعیین می‌کند که شهروندان حق دارند، سایر رفتارها را مرتکب شوند.

از طرف دیگر، برخی از حقوقدانان با استناد به عموم و اطلاق اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی، سکوت مقنن را در مواردی که برای آن تعزیر شرعی پیش‌بینی شده است، سکوت محسوب نمی‌کنند و قاضی را مکلف می‌دانند که با مراجعه به متون معتبر فقهی، حکم موضوع را بیابد (الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۱/۳۳-۴۱) و در واقع، اصل مذکور را به عنوان یک قاعده جرم‌انگاری کلی در نظر می‌گیرند که وفق آن، اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز رعایت می‌گردد و تمام موارد جرم‌انگاری نشده توسط قوانین که در متون فقهی برای آن مجازات تعیین شده است، جرم‌انگاری می‌کند.

پذیرش هر یک از دو نظر فوق، آثار فوق‌العاده‌ای در تعیین محدوده آزادی‌های مشروع شهروندان دارد که مقنن با

بر اساس قاعده تسبیب، هرکس سبب ورود خسارتی به دیگری شود، در مقابل او مسئول است و خسارات مازاد بر دیه را نیز جانی پدید آورده است؛ همچنین، عدم جبران خسارات وارد شده بر بزه دیده، حکمی ضرری است که بر مبنای قاعده لاضرر، این حکم ضرری برداشته می شود و واردکننده خسارت مکلف به جبران آن می باشد (قبولی درافشان و علمی سولا و شریفی، ۱۳۹۸: ۱۲-۱۳). در واقع، این دسته از فقها، فقدان دلیل خاص در این موضوع و سکوت شارع را با تمسک به عمومات رفع کرده اند.

مقنن در مقام تقنین، تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، میان انتخاب یکی از این دو نظر مردد بود و به همین جهت نیز اختلاف نظرهای زیادی درخصوص امکان مطالبه خسارات مازاد بر دیه مشاهده می گردید. اما با تصویب قانون مذکور، تبصره ۲ ماده ۱۴ این قانون بیان می دارد که: «... منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی شود». این درحالی است که تبصره ۲ ماده ۱۴ لایحه ارسالی از سوی مجلس به شورای نگهبان، بیان می داشت که «هزینه های متعارف درمان که مازاد بر میزان دیه باشد، مطابق نظر کارشناس یا بر اساس سایر ادله، قابل مطالبه است»، لکن نظر مجمع فقهی شورای نگهبان درخصوص این ماده تبصره های آن اینگونه بود که «اطلاق ماده و تبصره های آن به لحاظ اطلاق ضرر و زیان مادی و معنوی (بر اساس تبصره ها) و به لحاظ اطلاق منافع ممکن الحصول، خلاف شرع دانسته شد.

توضیح اینکه مثلاً در موردی که دست شخص شکسته شود و توان کار نمودن را در مدت مذکور ندارد و شخص توان تحصیل منافع کثیری را در فرض سالم بودن دارد و وجهی برای جبران این منافع علاوه بر دیه نمی باشد.

و یا مثلاً وجهی برای حکم به خسارت مالی بخاطر هتک حیثیت، با توجه به اجراء حد شرعی در مورد وی نمی باشد.

بر شخص مجنی علیه، ممکن است مدتی او را از کارکردن و کسب درآمد بازدارد و همچنین در مواردی نیز آسیب های معنوی به شخص وارد می گردد. در چنین فروضی، دلیل شرعی صریحی در خصوص پرداخت یا عدم پرداخت میزان خسارت مازاد بر دیه مقدر وجود ندارد.

فقها نیز در این مساله اختلاف نظر دارند و گروهی از آن ها با این استدلال ها که در آیات و روایات درخصوص جنایات غیرعمدی، دیه تعیین شده است و جبران خسارت ناشی از جنایت، مورد حکم قرار نگرفته است که خود نشان از عدم لزوم جبران است؛ و چون انسان نمی تواند اعضای بدن را تقویم و ارزش گذاری نماید، شارع خود این تکلیف را برعهده گرفته است و به همین جهت، نمی توان مبلغی بیش از آن تعیین و دریافت کرد؛ همچنین، در زمان شارع نیز دیه پرداختی تکافوی همه خسارات را نمی کرده است و با این حال شارع مقدس اهتمامی به این موضوع نداشته است و حکم به جبران خسارات مازاد بر میزان دیه ننموده است (قبولی درافشان و علمی سولا و شریفی، ۱۳۹۸: ۹-۱۱) و در واقع سکوت شارع به نوعی بیان بوده است و نظر شارع بر عدم تعلق خسارات مازاد بر دیه به مجنی علیه می باشد، اعتقاد به عدم مشروعیت الزام به پرداخت خسارات مازاد بر دیه دارند.

گروه دیگر از فقها که غالباً از متاخرین می باشند، نظر بر مشروعیت مطالبه خسارات مازاد بر دیه دارند. ایشان اینگونه استدلال می کنند که بنای عقلای جامعه بر آن است که واردکننده خسارت را، اعم از آنکه خسارت جانی یا مالی باشد، درحدود میزان متعارف خسارت ضامن دانسته اند و شارع مقدس نیز عقل کل و ربیب عقل می باشد؛ همچنین، اقتضای قاعده نفی حرج آن است که هیچ حکم حرجی که موجب ضیق و دشواری مکلفان گردد، در اسلام تشریع نشده است و عدم جبران خسارت از سوی جانی، مجنی علیه را در حالت سختی و حرج قرار می دهد؛ به علاوه،

علن در معابر و مجامع عمومی مشروبات الکلی استعمال نماید، علاوه بر اجرای حد شرعی شرب خمر، به دو تا شش ماه حبس تعزیری محکوم می‌شود». این مقرر در متن اولیه لایحه ارائه شده از سوی مجلس آمده بود که بدون هیچ‌گونه اشکال شرعی در شورای نگهبان تایید شد و به تصویب رسید. به همین جهت می‌توان استدلال کرد که در چنین فرضی، قانون‌گذار، سکوت شارع را به معنای تجویز امکان تعیین مجازات تعزیری زاید بر مجازات حدی در شرایط خاص تفسیر کرده است که چنین تفسیری مغایر با تفسیر مقنن از سکوت شارع در خصوص مقدار دیه مجنی علیه است.

نتیجه‌گیری

ابهام در قوانین و تفسیرهای متفاوت و گاه متعارض که در پی این ابهام می‌آید، علل متعددی دارد. یکی از موارد مهم در حصول چنین شرایطی، سکوت است که از جانب مقنن یا شارع در پیش گرفته شده است.

در خصوص سکوت مقنن، دادرش باید این سکوت را تفسیر نماید و در یکی از مهم‌ترین مثال‌های رایج در این حوزه که بحث‌های بسیاری را میان حقوقدانان برانگیخته است، سکوت مقنن در حوزه مواردی است که در متون فقهی برای آن‌ها مجازات تعزیری پیش‌بینی شده است، لکن مقنن این موارد را در قوانین موضوعه نیاورده است. در این خصوص، گروهی معتقدند که در حوزه حقوق کیفری، سکوت مقنن به نوعی بیان است و در چنین مواردی اصل برائت حاکم خواهد شد؛ درحالی که گروهی دیگر، با استناد به اطلاق و عموم اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی، این اصل را بیان قانون‌گذار در جرم‌انگاری همه این موارد دانسته است.

درخصوص سکوت شارع، قانون‌گذار باید این سکوت را

و یا مثلاً در جایی که شخص تعیین به خلاف‌کاری مقتول داشته و شخص را به قتل رسانده و یا قذف نموده است، عذرخواهی معنایی ندارد و همچنین وجهی برای گرفتن زیان مادی مازاد بر میزان دیه نمی‌باشد^۱. در نتیجه، قانون به صراحت بیان کرد که منافع ممکن‌الحصول و خسارات مادی علاوه بر دیه قابل مطالبه نیست، اما با سکوت خود در خصوص خسارات مادی زاید بر میزان دیه، از جمله هزینه‌های درمان، همچنان در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد.

نکته حایز اهمیت در این مثال آن است که مقنن، حداقل در خصوص خسارات معنوی و منافع ممکن‌الحصول، سکوت شارع را بیان به عدم تفسیر کرده است.

۲-۲- تعیین تعزیر زاید بر میزان مجازات حدی

حد گونه ای از مجازات است که موجب، نوع، میزان و نحوه اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است. تعیین هرگونه مجازاتی زاید بر حد، برای جرایم حدی فاقد مبنا می‌باشد. لکن گاه ممکن است که نحوه ارتکاب جرم حدی به گونه‌ای باشد که موجب حساسیت بیشتر جامعه و حاکمیت گردد و از صرف ارتکاب جرم حدی متمایز به نظر برسد. یکی از این موارد، تظاهر به ارتکاب جرم حدی می‌باشد.

برای مثال، حد شرب خمر در شرع و قانون مشخص است که شارب خمر مستحق مجازات حدی از نوع شلاق و به میزان هشتاد ضربه خواهد بود؛ لکن در آیات و روایات درخصوص شخصی که تظاهر به شرب خمر نماید، مطلبی وجود ندارد و شارع در این باره سکوت نموده است. این درحالی است که به احتمال زیاد، در زمان تشریع نیز، اشخاصی بوده اند که تظاهر به شرب خمر می‌نموده‌اند. لکن مقنن در ماده ۷۰۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، بیان نموده است که «هرکس متجاهراً و به نحو

^۱ قابل دسترسی در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی www.nazarat.shora-rc.ir

تفسیر نماید. در این حوزه، مقنن رویکرد واحدی نداشته است و در موردی مانند امکان مطالبه خسارات معنوی و منافع ممکن‌الحصول، سکوت شارع را به معنای بیان عدم امکان مطالبه تفسیر نموده است. درحالی که در موارد دیگری مانند، امکان تعزیر زاید بر حد در حالت تظاهر شخص به شرب خمر، فارغ از سکوت شارع، به تقنین

منابع

۱. آقایی نیا، حسین و علی شجاعی (۱۳۹۱)، «نقش دادرسان در تفسیر قانون جنایی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۳، صص ۴۱-۵۶.
۲. ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ هـ ق)، «السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی»، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن سعید، یحیی بن احمد (۱۴۰۵ هـ ق)، «الجامع للشرائع»، چاپ اول، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمية.
۴. الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۶)، «درآمدی بر حقوق جزای عمومی»، چاپ سوم، تهران، میزان.
۵. سیمایی صراف، حسین و جواد معتمدی (۱۳۹۶)، «تاثیر پراگماتیسم بر تفسیر حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، صص ۲۶۵-۲۸۷.
۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ هـ ق)، «مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام»، چاپ اول، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية.
۷. شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ هـ ق)، «النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی»، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربی.
۸. صاحب جواهر، محمد حسن نجفی (۱۴۰۴ هـ ق)، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام»، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۹. صادقی مقدم، محمد حسن و محمدحسن اماموردی (۱۳۹۲)، «گونه‌هایی از ابهام در گزاره‌های قانونی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره دوم، صص ۱۳۷-۱۵۹.
۱۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ هـ ق)، «تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)»، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ ق)، «قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام»، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. فردتن، دیتمار فن در (۱۳۹۷)، «درآمدی بر فلسفه قانون»، ترجمه: محمدحسن خویشتن‌دار، چاپ اول، تهران، نشر نگاه معاصر.
۱۳. قبولی درافشان، محمدتقی و محمدرضا علمی سولا و مصطفی شریفی (۱۳۹۸)، «مشروعیت مطالبه خسارات مازاد بر دیه با تاکید بر شمولیت لاضرر بر امور عدمی»، دوفصلنامه علمی- ترویجی مطالعات فقه امامیه، سال هفتم، شماره ۱۲، صص ۱-۲۹.
۱۴. مارتین، رابرت ام. (۱۳۹۴)، «معرفت‌شناسی»، ترجمه: نسترن ظهیری، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس.
۱۵. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۷ هـ ق)، «المعتبر فی شرح المختصر»، چاپ اول، قم، موسسه سید الشهداء علیه السلام.



چیستی کریپتو کارنسی و جرائم ناشی از آن



مهسا عزیزی؛

دانشجوی مقطع کارشناسی رشته حقوق دانشگاه محقق اردبیلی



آگاه‌سازی از ماهیت و فلسفه ارزهای دیجیتالی انجام داداند، عدم شناخت و آگاهی می‌تونه سبب مشکلات و صدمات جبران ناپذیر بر اقتصاد کشورها شود در واقع جرائم ناشی از رمز ارزها باعث اختلال در نظم اقتصادی کشورها می‌شود.

این مقاله به تحلیل و بررسی پدیده نوظهور ارزهای دیجیتال می‌پردازد در این مقاله به تعریف و چیستی رمز ارزها همچنین دلیل محبوبیت این ارزها در جوامع فعلی پرداخته می‌شود؛ و همچنین برخی از اصطلاحات رایج در رمز ارز از جمله، توکن و کوین مورد تعریف قرار می‌گیرد. دنیای ارز دیجیتال دنیای پر از تنوع و فرصت می باشد که از جمله مهم‌ترین این ارزها عبارت است از؛ بیت کوین، اتریوم، ریپل، لات کوین و بیت کوین کش.

که این مقاله به اختصار برخی رمز ارزها، یعنی بیت کوین اتریوم و ریپل را مورد بحث قرار می‌دهد و از سوی دیگر

دنیا امروزه با چالش و پدیده‌ای به نام ارزهای دیجیتال روبرو شده است که دولت‌ها به خاطر ویژگی‌های منحصر به فرد آن توان دخالت و ورود به آن را ندارند. از سویی از ویژگی‌های مثبتی، نظیر دور زدن تحریم‌ها و جایگزینی به عنوان ارز بین المللی در مبادلات جهانی هم برخوردار است و از سوی دیگر در پس استفاده از آن بستر ارتکاب جرائمی، همچون کلاهبرداری و پولشویی فراهم شده است. در فضای فناوری رمز ارز، نظارت و رصد حاکمیتی و سیاست از حقوق شهروندان مستلزم وجود قوانین و سازکارهای به روز و کار آمداست در حال حاضر هیچکس توانای کنترل و تسلط بر رمز ارز را نداشته و هیچ دولت و نهادی نمی‌تواند آن را تحریم کند ارز دیجیتال مرز بین کشورها را از میان برداشته است. با شناخت ارزهای دیجیتال می‌توان تا حدودی از تهدیدات و جرائم ناشی از آن جلوگیری کرد کشورهای بسیار اندکی اقداماتی نسبت به تبیین و

جرائم ناشی از رمز ارزها هم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به ردگیری تراکنش‌های مالی نبود.

در سال ۱۹۹۶ در فهرست پست سپاری دانشگاه ام آی تی مطالبی منتشر شد که در آن یک نظام رمز پول به تفصیل شرح داده شده بود. این سلسله مطالب در همان سال توسط آژانس امنیت ملی آمریکا در قالب یک گزارش با عنوان ((چگونه یک ضرابخانه بسازیم: رمزنگاری پول‌های الکترونیکی گمنام)) منتشر شد.

نخستین رمز ارزی که به صورت نامتمرکز شروع به کار کرد بیت کوین است که در سال ۲۰۰۹ توسط شخصی به نام مستعار ساتوشی ناکاموتو ایجاد شد، که این رمز ارز از الگوریتم اس اچ ای-۲ برای اثبات کار خود استفاده می‌کند.

علل محبوبیت رمزارزها:

ارزهای دیجیتال بنابر دلایل مورد توجه قرار گرفتند، این دلایل عبارتند از: کاهش هزینه معاملات، دسترسی آسان و سهولت استفاده از آن، هر شخص در هر جایگاهی امکان استفاده از آن را دارد محدود به شخص یا ارگان خاصی نیست، تسهیل در انجام معاملات، احترام و حریم خصوصی و کاهش تورم. این دلالت در کنار بی اعتمادی مردم نسبت به نظام پولی و مالی حاکم بر کشورهایشان و نیز جلوگیری از دخالت نهادهای حاکمین در دارایی‌ها و معاملات آن‌ها، موجب شده است تا روز به روز اقبال عمومی نسبت به نوع ارزها افزایش می‌یابد.

تعریف دو اصطلاح رایج در رمز ارزها:

کوین: سکه دیجیتال یا coin نوعی دارای رمزنگاری شده است که بر پایه بلاک چین (بلاک چین: زنجیره بلندی از داده‌ها که این داده‌ها شامل تراکنش‌ها هستند که در شبکه انجام می‌گیرد، که سوابق تراکنش‌ها در دسته‌ای به نام بلاک چین ذخیره شده است) خود ساخته شده و برای ذخیره ارزش استفاده می‌شود. کوین‌ها معمولاً ارزهای

ارز دیجیتال چیست؟

رمز ارز یا ارز رمز پایه، گونه‌ای پول دیجیتال است که در آن تولید واحد پول و تایید اصالت تراکنش پول با استفاده از الگوریتم‌های رمزگذاری، کنترل می‌شود و معمولاً به صورت نامتمرکز یعنی بدون وابستگی به یک مرجعیت مرکزی کار می‌کند؛ با توجه به تعدد تعاریف و تغییرات در مصادیق رایج در رمز ارز، این عبارت از نظر حقوقی دقت کافی ندارد. تعریف رمز ارز در دو واژه‌نامه آکسفورد و وبستر واژه نامه آکسفورد:

در واژه‌نامه آکسفورد ابتدا در سال ۲۰۱۴ رمز ارز همان ارز دیجیتال تعریف شده است؛ که در آن از فنون رمزنگاری برای قانون گذاری تولید واحدهای جدید از، تایید انتقال وجوه استفاده می‌کند که مستقل از یک بانک مرکزی وجود دارد. در واقع امروزه هرگونه سامانه پول الکترونیکی که برای خرید و فروش آنلاین استفاده می‌شود که نیازی به بانک مرکزی نداشته را رمز ارز تعریف می‌کنند.

واژه‌نامه وبستر: در واژه‌نامه مذکور رمز ارز هرگونه ارزی که تنها به صورت دیجیتال وجود دارد و معمولاً صادر کننده یا تنظیم کننده ندارد. اما از سامانه توزیع شده برای ذخیره تراکنش‌ها و مدیریت انتشار واحدهای جدید استفاده می‌کند و برای ممانعت از جعل و تراکنش‌های متقلبانه بر رمزنگاری تکیه دارد، تعریف شده است.

تاریخچه رمز ارز و سازنده آن:

در سال ۱۹۸۳، دیوید شام یک گونه پول دیجیتال مبتنی بر رمزنگاری اختراع کرد که (ای کش) نام داشت. در سال ۱۹۹۵ یک پول دیجیتال دیگر به نام (دیجی کش) ابداع کرد که روش رمزنگاری آن به گونه‌ای بود که نه بانکی که پول در آن حفظ می‌شود، نه دولت و نه هیچ شخص ثالثی قادر

بومی بلاک چین هستند که از مطرح‌ترین کوین‌ها می‌توان به بیت کوین (BTC)، لایت کوین (LTC) و اتریوم (ETH) اشاره کرد.

توکن: مشابه کوین، توکن نیز نوعی دارایی دیجیتال است اما برخلاف سکه تمایل دارد از بلاک چین ارزهای دیگر استفاده کند. Token ها روی بلاک چین‌های موجود ساخته می‌شوند. به طور مثال بیت کوین و اتریوم سکه‌هایی هستند که بلاک چین خود را دارند اما توکن‌های زیادی روی بستر آن ساخته شده‌اند که از مطرح‌ترین توکن‌ها می‌توان به پلی گان و ... اشاره کرد. (MATIC)، چین لینک (LINK). شایان ذکر است که اکثر توکن‌ها بر بستر بلاک چین اتریوم ساخته می‌شوند.

انواع رمز ارز: بیت کوین:

بیت کوین (BTC) به عنوان نخستین و معروف‌ترین ارز دیجیتال در جهان شناخته می‌شود. بیت کوین در سال ۲۰۰۹ توسط فرد یا گروهی به نام ساتوشی ناکاموتو معرفی شد. او یک whitepaper به نام (پیشنهاد توسعه سیستم نقدی الکترونیکی) منتشر کرد که مبنای ایجاد بیت کوین بود. بیت کوین نوعی ارز است که بر اساس فناوری بلاک چین کارایی دارد. این فناوری به بیت کوین امکان انجام معاملات امن و شفاف بدون نیاز به واسطه‌ها یا بانک‌ها را می‌دهد. بلاک چین یک سری بلوک‌های متصل به یکدیگر است هر بلوک شامل معاملات جدیدی است که به شبکه اضافه می‌شوند.

ویژگی‌های برجسته بیت کوین:

ناشناس: معاملات بیت کوین اگرچه به شیوه شفاف در بلاک چین ثبت می‌شوند، اما هویت افراد درگیر در معاملات ناشناس است. این به افراد امکان معامله بدون هویت را

می‌دهد.

پایداری: بیت کوین به عنوان یک ارز دیجیتال مستقل از اقتصادهای ملی و تحت تاثیر متغیرهای نظیر تورم و سیاست های مالی کشورها نیست. این ویژگی ارزش ذخیره سازی بیت کوین را افزایش می‌دهد.

کمسیون ناچیز: معاملات بیت کوین اغلب هزینه‌های ناچیزی نسبت به سیستم‌های مالی مبتنی بر یک بانک دارند این به افراد امکان معامله ارزی در مقیاس‌های کوچک و بزرگ را می‌دهد.

اقتصادی و قابل جابجایی: شما به کنترل کامل دارایی‌های بیت کوین خود دسترسی دارید و می‌توانید آن را به هر جای دیگر جابجا کنید. بدون نیاز به مجوز یا محدودیت‌های بانکی.

بیت کوین در حال حاضر به عنوان یک فرصت سرمایه‌گذاری جذاب مطرح شده است.

اتریوم:

اتریوم (Ethereum) یکی از معروف‌ترین ارزهای دیجیتال یا کریپتو کارنسی‌ها در جهان است. اتریوم با علامت (ETH) شناخته می‌شود. در سال ۲۰۱۵ توسط تیمی از توسعه دهندگان تحت رهبری ویتالیک بوتیرین ایجاد شد. این ارز دیجیتال ارز بلاک چین بسیار پیشرفته‌ای به نام "بلاک چین اتریوم" برای انجام معاملات و تعریف قراردادهای هوش مصنوعی بهره می‌برد.

ویژگی‌های برجسته اتریوم:

اسمارت کانتریکت: یکی از اصلی‌ترین ویژگی‌های اتریوم، قابلیت اجرایی اسمارت کانتریکت است. این قرار دادها به صورت خودکار و بدون نیاز به واسطه اجرا می‌شوند و امکان ایجاد اپلیکیشن‌های توزیع شده و توکن‌های متنوع را ممکن می‌کنند.

خاصی از جمله تسهیل تراکنش مالی بین‌المللی و کاهش هزینه‌ها تبادل پول بین بانک‌ها معطوف شده است. ارزش‌های دیجیتال محدود به موارد مذکور نیست و تعداد آن‌ها خیلی زیاد بوده و روز به روز در حال افزایش است.

انواع جرائم ارزهای دیجیتال:

جرائم سایبری: جرایم سایبری یعنی جرائمی که در بستر اینترنت و فضای مجازی رخ می‌دهد. منظور از جرائم سایبری مرتبط با ارزهای دیجیتال، جرائمی هستند که مال موضوع جرم، ارز دیجیتال است. رایج‌ترین جرائمی که در حوزه سایبری رخ می‌دهد عبارت است از سرقت ارز دیجیتال:

۱) ارزهای دیجیتالی می‌توانند همچون پول نقد و اموال منقول، مورد سرقت قرار بگیرند و یا آنکه مفقود شوند.

گروهی از سارقان حرفه‌ای این توانایی را دارند تا با استفاده از برخی بدافزارها یا با هک کردن سامانه مقصد، ارز دیجیتال را سرقت کنند. در برخی موارد سارقان کسب و کارهای مرتبط با ارز دیجیتال را مورد هدف قرار می‌دهند. همچون پرونده سرقت از صرافی "Flexion"

۲) کلاهبرداری: در برخی مواقع مشاهده می‌شود که کلاهبرداران، با توسل به برخی روش‌های متقلبانه افراد دارای سرمایه بالا را اغوا می‌کنند تا دارایی‌های خود را تبدیل به ارز دیجیتال نمایند. اما پس از گرفتن پول‌های افراد هیچ‌گونه ارز مجازی خلق نمی‌کنند و آن را ارائه نمی‌نمایند. از موارد رایج جرایم در دنیای ارز دیجیتال می‌توان به کلاهبرداری‌های صرافی‌ها اشاره کرد؛ گفتنی است که در خصوص فعالیت صرافی‌های ارز دیجیتال در ایران هنوز قانون‌گذاری مشخص صورت نگرفته است. صرافی‌های ارز دیجیتال به صورت آنلاین هستند و برای استفاده از آنها نیازی به مراجعه حضوری نیست و از طرفی، کار آنها با ارزهای دیجیتال هستش که به خاطر ماهیتی که دارند

توسعه پذیری: شبکه اتریوم از قابلیت توسعه بهره‌برداری می‌کند و امکان توسعه اپلیکیشن‌ها و پروژه‌های متنوع را فراهم می‌کند.

جامعیت: اتریوم از جامعه گسترده‌ای از توسعه دهندگان، معامله‌گران و کاربران پشتیبانی می‌کند که به توسعه پذیرش آن کمک کرده اند.

معاملات کم هزینه و سریع: معاملات در اتریوم به سرعت انجام می‌شود و هزینه بسیار کمی دارد.

اتریوم به عنوان یک پلتفرم برای ایجاد اپلیکیشن‌ها و خدمات مبتنی بر بلاک چین مورد توجه سرمایه‌گذاران توسعه دهندگان در سراسر دنیا قرار گرفته و در دسته‌بندی ارزهای دیجیتال به عنوان یکی از پرکاربردترین ارزهای دیجیتال معرفی می‌شود.

ریپل:

ریپل (XRP) یکی از ارزهای دیجیتال برتر در دنیاست که به عنوان یک سیستم تبادل پول ارز مبتنی بر بلاک چین شناخته می‌شود. این ارز دیجیتال توسط شرکتی به نام "ریپل لبز" توسعه داده شده است مهمترین هدف ریپل، فراهم کردن یک سیستم تبادل پول بین بانک‌ها و نهادهای مالی جهانی است.

ویژگی‌های برجسته ریپل:

تبادل آسان و سریع: ریپل طراحی شده تا تراکنش به سرعت انجام شوند، این به ویژه برای بانک‌ها و نهادهای مالی مورد توجه قرار می‌گیرد. تراکنش‌ها کمتر چند ثانیه انجام می‌شوند.

پشتیبانی ارزهای مختلف: ریپل امکان تبادل ارزهای مختلف را فراهم می‌کند؛ از جمله دلار، یورو، پوند استرلینگ و ارزهای مختلف.

ریپل یکی از ارزهای دیجیتال برتر است که به اهداف

مختلف به این حساب‌ها جابجا می‌کردند که این فرایند سخت و طولانی محسوب می‌شد. در پولشویی از طریق رمز ارز تنها چیزی که به آن نیاز هست آدرس کیف پول طرف مقابل است که این باعث راحتی پولشویی توسط ارزها شده است.

مرجع صالح برای رسیدگی به جرائم رمز ارز:

در حال حاضر سه مرجع مهم برای شکایات و رسیدگی به جرائم رمز ارز وجود دارد.

پلیس فتا: پلیس فتا در واقع به عنوان ضابط فضایی مجازی عمل کرده و آن را رصد می‌کند. که می‌توان شکایات اولیه در رابطه با رمز ارز را که نوعی اعلام سرقت و کلاهبرداری هست به پلیس فتا گزارش داد. که در این مواقع پلیس فتا سعی می‌کند که جلوی سوء استفاده بیشتر را گرفته و متهم را ردیابی کند اما نمی‌تواند برای بازداشت متهم یا رد اموال، حکم قضایی صادر کند.

دادسرای جرایم رایانه‌ای: دادسرای جرایم رایانه‌ای را می‌توان مهم‌ترین و اصلی‌ترین نهاد در فرایند رسیدگی به جرائم رمز دیجیتال به شمار آورد. دادسرا در ابتدا تحقیقات لازم را با کمک پلیس فتا انجام داده و در صورت امکان، متهم را دستگیر می‌کند و سپس پرونده به دادگاه کیفری ارسال می‌گردد.

دادگاه کیفری: آخرین مرحله در فرایند رسیدگی به جرائم رمز ارزها دادگاه کیفری است. قاضی در دادگاه با توجه به مستندات و مدارک موجود رای نهایی را صادر می‌کند که این رای در مراجعه بالاتر قابل تجدید نظرخواهی بود.

نتیجه: بنابراین، رسیدگی به چالش‌های رمز ارزها مستلزم تکامل ابزارهای اعمال قانون، آموزش و راهبردهای مبتنی بر هوش دیجیتال و تحلیل داده است. در واقع با پیشرفت‌های روز افزونی که اتفاق می‌افتد استفاده از رمز

پیگیری آنها دشوار است، این امکان وجود دارد که صاحبان به صرافی‌ها بعد خروج از کشور دارایی‌های دیجیتال کاربران را نیز خارج کرده و برای همیشه متواری شوند. البته این بدان معنا نیست که چنین اتفاقی برای همه صرافی‌های ارز دیجیتال رخ خواهد داد به هر حال امکان کلاهبرداری در ارزهای دیجیتال خیلی بالا است و برای پیشگیری از چنین اتفاقاتی پیشنهاد میشود ارز دیجیتال خود را در حساب صرافی نگهداری نکنید و آن را به کیف پول خود انتقال دهید. این انتقال ارز همچنین از ارز در مقابل هک‌ها و حملاتی که ممکن است به صرافی‌ها انجام شود جلوگیری می‌کند.

۳) پولشویی: در بسیاری از مواقع مشاهده می‌شود که بزهکاران منافع حاصل از جرم را تبدیل به ارز دیجیتال می‌کنند و آن را به مناطق و کشورهای که قوانین نظارتی "Liberty Reserve" کمتری دارند منتقل می‌نماید. یکی از پرونده‌های معروف در این زمینه، پرونده مربوط به سایت بوده که در آن بزرگترین پولشویی تاریخ رخ داد. مجرمان برای کسب درآمد از طریق فعالیت‌های غیرقانونی مانند فروش مواد مخدر، کلاهبرداری، قاچاق اسلحه یا انسان باید راهی داشته باشند که وجوه غیرقانونی را به پولی تبدیل کنند که در ظاهر قانونی داشته باشد به این فرایند پولشویی گفته می‌شود. ارز دیجیتال ویژگی‌های دارد که آن را به گزینه مناسبی برای پولشویی و انتقال مبالغ غیر قانونی تبدیل می‌کند. ردیابی این ارزها سخت است. تراکنش‌های آنها ناشناس، و قانون خاص راجع به آن وجود ندارد و همچنین هزینه انتقال آن خیلی پایین می‌باشد و از طرفی به راحتی از کشوری به کشور دیگر منتقل می‌شود این ویژگی‌ها در واقع باعث محبوبیت ارزهای دیجیتال برای پولشویی شده. قبل از ظهور ارزهای دیجیتال پولشویی با ارزهای فیات به این شکل بود که مجرمان حساب‌های بانکی جدید ایجاد می‌کردند و پول‌های خود را با عناوین

ارزها روز به روزافزایش می‌یابد و نهادهای مجری قانون
 باید اقدامات لازم در این زمینه را انجام دهد مسلما با
 افزایش محبوبیت ارزهای دیجیتال، کلاهبرداری‌های مربوط
 با این حوزه هم گسترش خواهد یافت و نهادهای اجرای
 کننده قانون در صورتی می‌توانند از این کلاهبرداری‌ها و
 جرائم جلوگیری کنند که خودشان در زمینه رمز از علم
 بالایی داشته باشند و از طرف دیگر افرادی که از رمز ارزها
 استفاده باید آموزش کافی در این زمینه دیده باشند.

منابع

- تنها، امیررضا ؛ خسروی پور، فرنام: ۱۴۰۳، بررسی ارزهای دیجیتال و تبیین جرائم ناشی از آن
- Schueffel,Patrick(2017)."The Coneise FINTECH Compendium"
- Pitta,Julie."Requim for Bright Idea"
- Definition of CRYPTOCURRENCY"

حق فسخ قرارداد



رقیه معصومی فر؛

دانشجوی مقطع کارشناسی رشته حقوق دانشگاه محقق اردبیلی



چکیده

ابتدایی ایجاد می‌شود و آن در فرضی است که تعهدات اصلی قرارداد نقض شود. پس به طور کلی در حقوق دنیا نقض قرارداد در صورتی که اساسی باشد موجب حق فسخ قرارداد برای طرف دیگر است اما در حقوق ایران فسخ را جز در فرضی که اجبار ممکن نبوده و تعهد با هزینه متعهد به وسیله دیگری قابل انجام نباشد پذیرفته نیست

واژگان کلیدی: تعهدات اصلی، نقض اساسی، فسخ ابتدایی، اجرای اجباری عین تعهد

مقدمه

اختیار فسخ قرارداد به سبب عدم اجرای تعهدات قراردادی امروزه یک تاسیس جهانی در حقوق ملی و فراملی است و نحوه اعمال آن از کشوری به کشور دیگر ممکن است متفاوت باشد. حق فسخ به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقص قرارداد در حقوق کشورهایی از قبیل انگلیس و

حق فسخ ابتدایی قرارداد حقی است که بدون الزام قبلی متعهد به اجرای تعهد برای متعهدله وجود دارد. در قراردادهای در صورتی که یکی از طرفین تعهدات اصلی خود را اجرا نکند، مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان معتقدند متعهدله ابتدا باید متعهد را الزام به انجام تعهد کند. اگر الزام امکان نداشت شخص دیگر به هزینه متعهد باید تعهد را انجام دهد، در صورت عدم امکان اجرای تعهد به این دو صورت، حق فسخ ایجاد می‌شود اما این نظریه در بسیاری از موارد به نظم اقتصادی معاملات آسیب وارد می‌کند؛ از همین رو در نظام حقوقی برخی کشورها از جمله انگلیس آمریکا فرانسه آلمان و همچنین مطابق اسناد بین‌المللی همچون کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصول حقوق قراردادهای تجاری بین المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی نقض تعهدات اگر اساسی تلقی شود حق فسخ

و شروط فرعی تقسیم می‌شوند و شروط اصلی تعهداتی هستند که نقض آنها این حق را به طرف زیان دیده می‌دهد که اقدام به فسخ قرارداد کند. در حقوق فرانسه نیز فسخ ابتدایی در مواردی نقض تعهد جدی است منوط به اطلاع متعهد، هشدار و انقضای مهلت اضافه است. در حقوق آلمان همچنین حق فسخ ابتدایی برای متعهد له منوط به گذشت زمان می‌باشد.

۲- جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی در اسناد بین المللی_کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا امکان حق فسخ مشروط به این شده است که عدم ایفای تعهد به درجه‌ای از اهمیت برسد که نقض اساسی تلقی شود. البته در یک مورد استثنا با وجود اینکه نقض تعهد جنبه اساسی ندارد اما کنوانسیون حق فسخ قرارداد طی یک سری شرایط به مشتری داده است و این استثنا در خصوص "تعهد به تسلیم مبیع" مقرر شده است. بنابراین بر اساس ماده ۴۹ کنوانسیون مواردی که سبب پیدایش حق فسخ می‌شوند را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: (۱) وقتی که عدم ایفای تعهد فروشنده نقض اساسی قرارداد تلقی شود (۲) در مورد عدم تسلیم مبیع، مشتری مهلتی اضافه به فروشنده دهد و فروشنده در آن مهلت اضافی کالا را تسلیم فروشنده نکند یا اینکه اعلام کند کالا را در آن مهلت مقرر تسلیم نمی‌کند

در ماده ۲۵ کنوانسیون اینکه نقض اساسی چه موقع روی می‌دهد شرح داده شده است (۱) خسارت عمده به طرف دیگر قرارداد وارد کند به طوری که او را از آنچه بر اساس قرارداد انتظارش را داشته محروم کند (۲) وقوع این ضرر برای طرفی که اقدام به نقض قرارداد کرده قابل پیش بینی باشد.

فرانسه و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است؛ البته این به معنای امکان فسخ یک قرارداد به سبب هر نقض تعهد قراردادی نیست بلکه اعمال این ضمانت اجرا با محدودیت‌هایی روبرو است در فقه امامیه و حقوق ایران آنچه از نظریات بیشتر فقها و حقوقدانان برداشته می‌شود این است که این ضمانت اجرا آنطور که در حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده در حقوق ما وجود ندارد. در حقوق ایران نمی‌توان نص صریح و عامی پیدا کرد که بر این امر دلالت کند که هرگاه یکی از طرفین قرارداد از انجام تعهدات قراردادی خود خودداری کند طرف دیگر مجاز به فسخ قرارداد می‌باشد.

۱. جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی قرارداد در حقوق انگلیس

نقض تعهدات قراردادی و پاسخ به این پرسش که ارتکاب چه رفتاری نقض قرارداد محسوب می‌شود مصادیق بسیاری دارد. نقض قرارداد در حقوق کشور انگلیس ضمانت اجراهایی نظیر مطالبه خسارت، مطالبه اجرت المثل، اجبار به انجام تعهد و فسخ را در پی دارد.

اینکه طرف متضرر از نقض به کدام یک از ضمانت اجراها متمسک شود بستگی به نوع نقض و اهمیت آن دارد. فسخ قرارداد نیز همانطور که اشاره شد به عنوان یک ضمانت اجرا در حقوق این کشور پذیرفته شده است. در حقوق انگلیس حق فسخ تحت عنوان "rescission" شناخته می‌شود و حق فسخ ابتدایی در حقوق این کشور پیش بینی شده است. البته باید توجه داشت اگرچه حق فسخ ابتدایی در حقوق این کشور مورد پذیرش قرار گرفته است اما امکان اعمال آن به دلایل متعدد محدود شده است. اینکه نقض تعهدات قراردادی چه موقع باعث ایجاد حق فسخ می‌شود بستگی به نوع تعهد مورد نقض دارد. در حقوق انگلیس شروط قراردادی به دو دسته شروط اصلی

اصول حقوق قراردادهای اروپا

اصول حقوق قراردادهای اروپا حق فسخ قرارداد را به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی برشمرده است و عدم اجرای تعهدات را در موارد ذیل اساسی تلقی کرده است:

(الف) اجرای عین آن تعهد اساس قرارداد منعقد شده باشد

(ب) عدم اجرای تعهدات قراردادی به طور اساسی طرف زیان دیده را از آنچه که بر اساس قرارداد انتظارش را داشته محروم کند

(ج) عدم اجرای تعهدات قراردادی عمدی بوده و به طرف زیان دیده این حق را بدهد که او نمی‌تواند به اجرای تعهدات طرف دیگر در آینده تکیه کند. اما باید توجه داشت که طبق مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا همانند کنوانسیون بیع، فسخ قرارداد یک امر استثنایی است و باید تا جایی که ممکن است از ضمانت اجرای بهر برد که سبب پایداری قرارداد شوند.

قانون متحدالشکل تجاری

فسخ قرارداد در مقررات این قانون همانند حقوق انگلیس و سایر اسناد اشاره شده محدود بوده و تحقق آن منوط به مواردی است که نقض تعهد اساسی تلقی شود.

۳. جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه

اجرای اجباری عین تعهد و حق فسخ دو ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات در فقه امامیه و حقوق ایران است. زمانی که متعهد، تعهدات خویش را ایفا نکند متعهده می‌تواند متعهد را ملزم به انجام تعهدات قراردادی خویش کند و در حالتی که امکان اجبار متعهد و انجام تعهد وجود نداشته باشد متعهده می‌تواند به حق فسخ رجوع کند. در حالتی که اجبار متعهد به انجام تعهد وجود دارد اینکه متعهده

می‌تواند کماکان از ضمانت اجرای حق فسخ استفاده کند یا آنکه استفاده از حق فسخ در جایی است که امکان اجبار متعهد وجود نداشته باشد میان فقها و حقوقدانان محل اختلاف می‌باشد و در قوانین و مقررات ایران نص صریحی مبنی بر این موضوع وجود ندارد.

حق فسخ ابتدایی در فقه امامیه:

تتبع در کتب فقها نشان دهنده سه قول در این زمینه می‌باشد (۱) قائلین به تقدم حق اجبار متعهد: مطالعات نشان می‌دهد که بسیاری از فقها در آن هستند که نقض تعهد صرفاً به متعهد له حق اجبار متعهد را داده و تنها در صورت عدم امکان اجبار متعهد متعهد له می‌تواند از ضمانت اجرای حق فسخ برخوردار گردد (۲) قائلین به تقدم حق فسخ قرارداد: برخی دیگر از فقها حق فسخ را در فرض تخلف از تعهد به متعهد له اعطا می‌نمایند (۳) قائلین به تخییر متعهد له: برخی فقها بر این باور هستند که با عدم انجام تعهد، متعهد له می‌تواند اجرای معامله را مطالبه یا معامله را فسخ کند و این دو حق در عرض هم برای وی وجود دارد. به طور کلی می‌توان گفت که مشهور فقهای امامیه در مورد ضمانت اجرای عدم انجام تعهد بر این نظر بودند که در ابتدا متعهد له باید از حاکم بخواهد که متعهد را به انجام تعهد اجبار کند و در صورت فقدان امکان اجبار، متعهد له حق دارد که عقد اصلی را فسخ کند پس اکثر فقها به ترتب حق اجبار به حق فسخ در طول یکدیگر بوده‌اند و معتقدند تا زمانی که امکان اجبار متعهد وجود دارد حق فسخ برای متعهد له وجود ندارد.

۴. جایگاه نظریه امکان حق فسخ ابتدایی در حقوق ایران

بیشتر نویسندگان حقوق قراردادهای به پیروی از نظر متداول فقها قائل به امکان فسخ به صورت ابتدایی نیستند. قانون

قانونگذار به گونه‌ای است که طرفین در اجرای تعهدشان با انگیزه عمل کنند و چنانچه یکی از آنها از اجرای تعهدش خودداری کند، طرف مقابل به وسیله ضمانت اجرای منتخب با کمترین هزینه به مطلوب قراردادی برسد. با اینهمه، چالش فرایند اجرایی یاد شده باعث تحقق حداکثر رضایت اشخاص نمی‌شود زیرا نهایت چیزی که از الزام به انجام عین تعهد پس از تحمیل هزینه‌های گزاف به دست می‌آید، در حقوق ایران در تعهدات قائم به تخصص متعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت و در تعهدات غیر قائم به تخصص متعهد امکان اجرای عین تعهد به وسیله دیگری و مطالبه هزینه آن از متعهد است. بنابراین در این انجام عین تعهد با هدف اولیه ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی (رسیدن به بیشترین منفعت با کمترین هزینه از طریق ضمانت اجرای منتخب) تعارض دارد و پیش بینی انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر به نفع مطلوب‌تری از منافع متعهد له حمایت می‌کند

ب) پیامدهای اقتصادی سازنده

تحلیل اقتصادی تقدم انجام عین تعهد به فسخ قرارداد نشان می‌دهد که این تقدم نمی‌تواند پیامدهای اقتصادی سازنده و بازدارنده‌ای داشته باشد زیرا تقدم انجام عین تعهد در زمینه پیامدهای اقتصادی غیر مستقیم منجر به کاهش آمار نقض قراردادها نمی‌شود و کارایی لازم را ندارد بنابراین تقدم الزام به انجام این تعهد بر فسخ قرارداد موجب انباشته شدن پرونده‌های فراوان در دستگاه قضا خواهد شد که در فرض امکان فسخ قرارداد در عرض انجام عین تعهد هیچگاه در دادگاه‌ها مطرح نمی‌گردد.

نتیجه‌گیری

بنا بر آنچه گفته شد قانون مدنی ایران در مقام بیان احکام ناظر به ضمانت اجرای نقض تعهد اصلی ناشی از قرارداد با ابهاماتی روبرو است و این موضوع سبب بروز اختلاف

مدنی در بخش قواعد عمومی قراردادها صریحاً فسخ را به عنوان ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی بیان نکرده است و در خصوص تخلف‌ها به پیروی از نظر اکثریت فقها مبنی بر امکان فسخ در صورت تعزر اجبار، کرده است. دکتر لنگرودی در فرض امتناع متعهد به ایفای تعهد، بیان داشته است که باید طبق ملاک مواد ۳۷۶ و ۲۳۷ قانون مدنی به دادگاه مراجعه و الزام را بخواهد و در صورتی که الزام مقدور نباشد، دادگاه باید به حساب متعهد به وسیله شخص ثالث تعهد را انجام دهد. اگر اجرای تعهد کماکان میسر نباشد، متعهد له می‌تواند از دادگاه مطالبه حق فسخ کند. بنابراین در نظر ایشان صرف امتناع متعهد موجب حق فسخ عقد نیست. دکتر کاتوزیان نیز بیان داشته است که در قانون مدنی ایران فسخ ابتدایی برای متعهد له وجود ندارد. دکتر امامی نیز به پیروی قول مشهور در فقه بیان داشته که قانون مدنی ایران حق فسخ ابتدایی در معاملات را نپذیرفته و مادام که اجبار ممتنع صورت پذیر است، حق فسخ به متعهد له نمی‌دهد. دکتر صفایی نیز در کتب خود همین مبنا را برگزیده است و تنها در صورت تعزر الزام قائل به فسخ شده است. با وجود همه این‌ها حقوقدانان جدید با ملاحظه آثار سوء تئوری اجبار به دنبال راه حلی هستند که فسخ ابتدایی را در حقوق ایران به عنوان یکی از ضمانت اجرای تخلف از قرارداد بپذیرند. در عقیده این حقوقدانان در صورت تخلف یکی از طرفین قرارداد، طرف دیگر اختیار الزام یا فسخ را دارد.

۵. مزایای وجود حق فسخ ابتدایی

الف) تحقق حداکثر رضایت اشخاص در ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی

از لحاظ حقوقی ضمانت اجرایی کارایی دارد که موجب تحقق رضایت اشخاص شود و شیوه این تحقق بخشیدن، پیش بینی ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی توسط

نظر گردیده است. مطابق با دیدگاه مشهور، در صورت نقض تعهد، متعهدله ملزم است ابتدا جهت اجبار متعهد به اجرای عین تعهد به حاکم رجوع نماید و اگر اجبار او میسر نشد می‌تواند قرارداد را فسخ کند. با نگاهی منطقی می‌توان به اشکالات چنین نظری پی برد از جمله سوء استفاده متعهد و فراهم کردن موجبات اضرار به متعهد له؛ همچنین از نظر اقتصادی چنین الزامی برای متعهد له فاقد هرگونه توجیه اقتصادی است و نتیجه ای جز اتلاف وقت و صرف هزینه برای وی نخواهد داشت. علاوه بر این، وجود چنین رویه‌ای سبب تراکم دعاوی نزد محاکم می‌شود و برای دفع این مورد، اعطای اختیار به متعهد له برای انتخاب ضمانت اجرای متناسب با وضعیتی که با آن روبرو می‌شود قابل تایید است.

بنابراین به طور کلی می‌توان گفت که همانطور که برخی فقها بیان داشته‌اند، بنای عقلا آن است که در صورت تخلف یکی از طرفین قرارداد از انجام تعهدات اصلی خود، طرف دیگر مختار در فسخ یا اجبار باشد. کما اینکه در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر نیز حق فسخ و اجبار متعهد در عرض یکدیگر و به موازات مورد پذیرش قرار گرفته اند.

منابع

- اسماعیلی، محسن؛ حیدری، محمد مهدی، (فسخ ابتدایی در حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی و امکان سنجی آن در حقوق ایران)، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی
- کاظمی، محمود؛ شاهین، ابوالفضل؛ سیفی، شاهین، (خلاء قانون مدنی در باب فسخ ابتدایی به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی)، نشریه صدوق.
- اسماعیلی، محسن؛ حیدری، محمد مهدی، (بررسی و تحلیل امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه)، نشریه پژوهش‌نامه فقه اجتماعی
- فلاح پیشه، بهنوش؛ موسوی، بروجردی سید محمد، (مطالعه تطبیقی امکان سنجی اعطای حق فسخ ابتدایی قرارداد به متعهد له در فقه امامیه و حقوق ایران)، نشریه پژوهش حقوق خصوصی
- شیروی، عبدالحسین، (فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران)، مجله مجتمع آموزش عالی قم
- دارویی، عباسعلی، (فسخ به جهت نقض قرارداد)، مطالعات فقه و حقوق اسلامی
- علی دایی احمدی، ابوالفضل؛ پارساپور، محمد باقر؛ شهبازی نیا، مرتضی، (رابطه الزام به اجرای عین تعهد و فسخ عقد)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی
- خرسندیان، محمدعلی؛ محمدی بصیر، فرهاد، (الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی)، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی
- بادینی، حسین؛ شاهی دامن جانی، احد، (بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد به فسخ قرارداد از منظر اقتصادی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی



حقوق بشر و شرکت‌های فراملی

مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی در قالب معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری



علی عبدالله پور؛

نویسنده مسئول، دکترای حقوق بین‌الملل عمومی، مدرس دانشگاه، دانشگاه محقق اردبیلی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی

پریا رسولی پور؛

دانشجوی کارشناسی، دانشگاه محقق اردبیلی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی



مقدمه:

مفاهیم جدیدی به وجود آمده و تغییراتی نیز شکل گرفت. در روند این تغییرات، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز دچار دگرگونی‌های اساسی شد و مفاهیم جدیدی چون مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها شکل گرفت و کارکرد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که تا قبل از این تغییرات، بیشتر حمایت از سرمایه‌گذار و صیانت از سرمایه بود، به سمت توافق‌های و منافع دو جانبه تغییر مسیر داد. مشخص است که منافع سرمایه‌گذار در متن جامعه‌ی سرمایه‌پذیر به وقوع می‌پیوندد. از این جهت سرمایه‌گذار مدیون جامعه‌ی سرمایه‌پذیر است و در قبال استفاده از منابع طبیعی و انسان‌ی جامعه‌ی سرمایه‌پذیر، مسئولیتی در حفظ کرامت اشخاص آن جامعه از طریق حمایت از حقوق بنیادین بشری به عهده دارد.

حقوق بشر خواه از طریق نهاد‌های فعال حقوق بشری و خواه از طریق رسانه‌های جمعی تغییرات بنیادینی در تمامی حوزه‌های بین‌المللی حقوق اقتصادی بین‌المللی تجارت بین‌الملل و نهایت سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایجاد کرده است که تحت تاثیر فعالیت‌های حقوق بشری دسوخوش تغییر شده است.

با تغییر روابط بین‌دولت‌ها و ملت‌ها، شکل جدیدی از روابط اقتصادی و سرمایه‌گذاری به وجود آمده است. انباشت ثروت و فن‌آوری در یک کشور و وجود منابع طبیعی و مواد اولیه در کشوری دیگر، باعث ایجاد رابطه اقتصادی اجتناب‌ناپذیری به نام کشور سرمایه‌گذار و کشور سرمایه‌پذیر گردیده است.

در پژوهش حاضر به بررسی جایگاه حقوق بشر در معاهدات

با گسترش روابط و بروز مشکلات ناشی از همکاری،

دوجانبه سرمایه‌گذاری پرداخته میشود.

نظر دکتربین سنتی که توانایی انعقاد معاهدات و موافقت نامه های بین المللی را از جمله ویژگی تابعان فعال حقوق بین الملل می دانند شرکت های فراملی فاقد این ویژگی هستند.

۱- شرکت های فراملی:

شرکت فراملی یا چند ملیتی موسسه یا واحد اقتصادی خصوصی است که مرکز تصمیم گیری اصلی و محل ثبت اولیه آن در یک کشور معین است، اما دامنه فعالیت آن به گونه ای گسترده است که از حدود مرزهای ملی و قوانین و مقررات داخلی مرکز اصلی فراتر می رود و جنبه بین المللی می یابد. امروزه شرکت های فراملی دارای برخی از حقوق و تعهدات بین المللی هستند، اما به هیچ وجه واجد خصیصه حاکمیت و همان حقوق و تکالیف کشورها یا سازمان های بین الدول نیستند. در نتیجه می توان آنها را به عنوان تابعان حقوق بین الملل قلمداد نمود، اما تابعان کوچک و مشتق، به بیان دیگر شرکت های فراملی تابعان منفعل حقوق بین الملل هستند. (ضیائی بیگدلی، محمدرضا ۱۴۰۱).

۱-۱ ویژگی شرکت های فراملی:

در نظر مشورتی گرامت، دیوان بین المللی دادگستری دو معیار توانایی برعهده گرفتن

حقوق و تعهدات وفق حقوق بین الملل و توانایی طرح دعاوی بین المللی را در بررسی تابع فعال حقوق بین الملل حائز اهمیت عنوان کرد. همچنین در این قضیه بین تابع فعال حقوق بین الملل و شخصی ت حقوقی بین المللی ارتباط برقرار شد. شخصیت حقوقی با این مفهوم ارتباط دارد که تاجه حد یک موجودیت توسط سیستم حقوقی به عنوان دارنده حقوق و تکالیف شناخته میشود. (junior and calazans: 2018) در این رابطه بنظر می رسد توانایی طرح دعاوی و برخورداری از حقوق و برعهده گرفتن تعهدات از ویژگی شرکت های فراملی به عنوان تابعان منفعل حقوق بین الملل باشد. اما بنا به

۱-۱-۱ توانایی طرح دعاوی:

اولین ویژگی شرکت های فراملی توانایی طرح دعا در مراجع قضایی بین المللی است. در این رابطه با مراجعه به اسناد بین المللی درمی یابیم که شرکت های فراملی توانایی طرح دعا در محاکم بین المللی را دارا هستند. ماده ۳۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره دارد که افراد، گروهی از افراد و سازمان های غیر دولتی می توانند دردیوان اروپایی حقوق بشر طرح دعوی بکنند. این دیوان در قضیه ساندی تایمزا شرکت ها را یکی از انواع سازمان های غیر دولتی شمرده است. صلاحیت شرکت ها در طرح دعوی در سیستم سرمایه گذاری بین المللی و مشخصا ایکسید ۲ مورد تاکید قرار گرفته است.

فصل یازدهم از مقررات نفتا مقرر می دارد که در اختلافات مرتبط با سرمایه گذاری و در حوزه اقتصادی، سرمایه گذار از جایگاهی مانند دولت برخوردار است. (Gal-or: 2005)

۱-۱-۲ برخورداری از حقوق و برعهده گرفتن تعهدات:

شرکت های فراملی همانند افراد بشری از حقوق بشر مرتبط با ماهیت عملکرد شرکتشان برخوردارند. این حقوق عبارتند از حق بر دادرسی منصفانه، حق برحریم خصوصی حق بر آزادی بیان و حق بر مالکیت.

۱-۲ جایگاه شرکت های فراملی در حقوق بین

الملل:

تابعان حقوق بین الملل به دو دسته تقسیم میشود. اول

نوع دوم این شرکت یا این شرکت‌ها به طور مستقیم در کشور هدف، سرمایه‌گذاری نمی‌کنند بلکه در بازار بورس و اوراق بهادار آن سرمایه‌گذاری می‌کند. لذا دخالت مستقیمی در فعالیت‌های اقتصادی کشور هدف ایفا نمی‌کنند. پر واضح است که نوع اول برای کشور هدف سودآور تر است. زیرا سرمایه‌ی شرکت یا شرکت‌های مورد اشاره به صورت مستقیم وارد کشور می‌شود و نقشی تاثیرگذار در رشد اقتصادی آن کشور ایفا می‌نماید. همچنین نوع سرمایه‌گذاری دراز مدت است و به همین دلیل رشد کشور هدف اول سرمایه‌گذاری معمولاً تضمین می‌شود. در نوع دوم سرمایه‌گذاری به دلیل ماهیت سرمایه‌گذاری که اغلب تحت تاثیر جریان‌ات و حوادث می‌باشد، سرمایه‌گذاری کوتاه مدت می‌باشد. مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در حای حاضر معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری^۳، عرف بین‌المللی، رویه قضایی و داوری بین‌المللی است.

۱- در قضیه ساندی تایمز دیوان اروپایی حقوق بشر تاکید کرد دستور جلوگیری از انتشار مقاله ای توسط ساندی تایمز حق آزادی بیان این روزنامه را نقض کرده است.

(Abdelsalam: 1999)

2- International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

۲-۱. معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری:

معاهدات دوجانبه جدیدترین و منطقی‌ترین شکل شناخته شده‌ی فعالیت اقتصادی بین دو کشور است. هدف این معاهدات از یک سو افزایش سرمایه و صیانت از آن و

تابعان فعال حقوق بین‌الملل هستند که هم واضح قواعد حقوقی می‌باشند و هم مخاطب این قواعد حقوقی قرار می‌گیرند. دوم تابعان منفعل حقوق بین‌الملل می‌باشند، این دسته از تابعان صرفاً مخاطب قواعد حقوق بین‌الملل هستند اما واضح قواعد بین‌المللی نمیتوانند باشند.

با توجه به پویایی حقوق بین‌الملل الزاماً تفکیک مشخصی بین تابعان فعال و منفعل حقوق بین‌الملل وجود ندارد. با توجه به موارد فوق و نیز عدم تمایل خود شرکت‌ها نسبت به اینکه تابع فعال حقوق بین‌الملل قلمداد شوند (برای اجتناب از اعمال تعهدات و تبعات مرتبط)، در حوزه مسئولیت شرکت‌ها به جای تاکید بر دوگانه تابع فعال و منفعل بهتر است به مشارکت این نهادها در جامعه بین‌المللی تمرکز شود. به عبارت دیگر، اگرچه تاثیر و تأثیر شرکت‌های فراملی بر حقوق بین‌الملل قدر مسلم است و از برخی معیارهای شخصیت حقوقی بین‌المللی نیز برخوردارند، با این حال بهتر است به این واقعیت تمرکز شود که شرکت‌ها اعضای جامعه بین‌المللی هستند و به عنوان عضو حقوق و تعهداتی دارند و باید مشخص شود چگونه مسئولیت به این نهادها اعمال می‌شود. (نساری، الناز: ۱۴۰۲)

۲- حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری:

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در زیر مجموعه حقوق تجارت بین‌الملل قرار می‌گیرد که به قواعد و مقررات سرمایه‌گذاری مستقیم^۱ و غیرمستقیم^۲ در یک کشور خارجی می‌پردازد. در نوع مستقیم، یک شرکت و یا یک شرکت چند ملیتی به طور مستقیم و با وارد کردن سرمایه در کشور دیگری به فعالیت سرمایه‌گذاری و اقتصادی می‌پردازد. در

¹ FDI: Foreign Direct Investment

² Portfolio Investment

³ Bilateral investment treaties (BITs)

طریق حمایت از سرمایه و سرمایه‌گذار افزایش می‌دهند تا اینکه قدرت کشورها را برای قانون گذاری و اعمال آن حتی در مورد مسائل مهم حقوق بشری افزایش دهند. به عنوان مثال شرکت های چند ملیتی تحت معاهدات دو جانبه میلیون ها دلار بابت خسارت به علت عدم موافقت دولت ها برای دفع مواد سمی از آنها خواستار شده‌اند.^۴ ساختار تکه تکه معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری^۵ که سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را تشکیل می‌دهد در عمل سیستم حقوقی متعدد و متفاوتی را به وجود آورده که از جهات گوناگون دارای نقایصی است. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری اساساً ریشه در حمایت و حفاظت از سرمایه دارد معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری نیز به عنوان جزئی از حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، تحت تأثیر این نگرش و رویه بوده است. به طوری که تمرکز نمونه های موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین المللی در پنجاه سال اخیر همچنان بر حمایت از سرمایه‌گذارهای کشورهای توسعه یافته می‌باشد.

از دیگر نقایص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تفاوت استفاده از تجربه در کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه است. کشورهای در حال توسعه بدون تخمین و برآورد کامل خطرات سرمایه‌گذاری خارجی وارد اینگونه معاهدات می‌شوند که نتیجه‌ی آن تأمین سود سرمایه‌گذار می‌باشد. به همین دلیل ملت های در حال توسعه اغلب کشورهای میزبان هستند و نه سرمایه‌گذار.

۲-۲- جایگاه حقوق بشر در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری:

برخورد حقوق بشر با حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری از این منظر قابل تامل است که از یک طرف بر اساس

از سوی دیگر افزایش رفاه عمومی کشور میزبان می‌باشد. این معاهدات از یک بعد تشویقی نیز برخوردار هستند. در کنار عقد معاهدات دوجانبه، موضوع بسیار حائز اهمیت پیش بینی روندی است که این عمل سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری را حفظ و تشویق کرده و در صورت بروز مناقشات ساختار قانونی خاصی را برای حل و فصل این مناقشات با توجه به شروط مندرج در معاهده و قوانین موجود در منابع داخلی و بین‌المللی، فراهم آورده باشد. اگرچه این معاهدات سرمایه‌گذاری بین دو دولت انجام می‌شود، حق برخورداری از حمایت و مصونیت تحت این معاهدات و حق حل و فصل مناقشات از طریق داوری بین المللی حاکم بر این مناقشات، حق سرمایه‌گذار خصوصی است (برای مثال حق طرح دعوی علیه دولت توسط شرکت‌های چندملیتی).

در وضعیت کنونی اقتصاد جهانی، رقابت کشورهای در حال توسعه برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی، امری عادی است. در این میان این کشورها برای جلب حداکثری سرمایه‌گذاری خارجی و تخصیص هر چه بیشتر سرمایه‌گذاری ها به بازار داخلی خود، ناگزیر از حمایت و تشویق سرمایه‌گذار خارجی هستند. می‌توان گفت هر چه حمایت و تشویق بیشتر، جذب سرمایه‌گذاری بیشتر. متعاقباً به منظور احقاق حمایت هرچه بیشتر، قطعاً باید اعمال محدودیت بر سرمایه‌گذار خارجی نیز کاهش یابد. بر این اساس ادعای اینکه حمایت و تشویق از سرمایه‌گذار خارجی تبدیل به هدف کشورهای در حال توسعه به منظور جذب سرمایه شده است، ادعایی گزاف نیست.

معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری که توسط کشورها منعقد و در واقع به نوعی قانون‌گذاری توسط دولت‌ها محسوب می‌شود بیشتر قدرت شرکت‌های چندملیتی را از

^۴ انبوهی از آراء داوری که دولت ها را محکوم به پرداخت غرامت کرده اند، گواهی بر این مدعاست .

^۵ منظور از ساختار تکه تکه همان تکرار در معاهدات دو جانبه است. نبود معاهده ای همه جانبه این ساختار تکه تکه و متکثر را ایجاد کرده است .

کمک می‌کند دولت‌های کشورهای در حال توسعه هستند. اغلب این دولت‌ها به دو دلیل توانایی یا اراده‌ی مبارزه با شرکت‌های فراملی را ندارند. این دولت‌ها یا به دلیل عدم آشنائی ب ه قوانین بین المللی و عدم دسترسی به قضات کارکشته و متخصص در حقوق بین‌الملل و ترس از طرح دعوی توسط شرکت‌های فراملی و پرداخت خسارت‌های کلان ناتوان هستند و یا این دولت‌ها خود باندهای فاسدی هستند که از راه‌های غیردموکراسی قدرت را از طریق کودتا و یا سایر راه‌های غیرمشروع به دست آورده‌اند.

عموما معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری به تعهدات حقوق بشری طرفین متعاقد اشاره نمی‌کردند. همچنین آن‌ها هیچ شرط بنیادینی راجع به حقوق بشر در هیچ‌کدام از تعهدات سرمایه‌گذار به منظور احترام به حقوق بشر قرار نمی‌دادند. در حقیقت جنبه‌ی منفی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در رابطه با حقوق بشر مشهود است.

از مجموع نظرات و راه‌های ارائه شده در مورد نکات ضعف و قوت معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌توان نتیجه گرفت که حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر حمایت از حقوق و سود سرمایه‌گذاران تأکید می‌کند و متعاقباً داوری‌های سرمایه‌گذاری منجر به حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران می‌شود. این تأکید بر حقوق و سود سرمایه‌گذاران ممکن است به زیان کشورهای در حال توسعه باشد که منابع مالی و انسانی کمتری در اختیار دارند.

۳- مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها^۶:

مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها مفهوم نو ظهوری است که به عواقب اجتماعی زیست محیطی و اقتصادی عملکرد شرکت‌ها پرداخته و شیوه اتخاذ تصمیم در آنها را به منظور اتقاء رویه‌های تجاری و زیست‌محیطی هدف گرفته است.

(Muchlinski peter 2007

عرف معاهدات اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشری همه دولت‌ها ملزم به رعایت اصول و قواعد حقوق بشر محیط زیست و توسعه پایدار هستند و از طرف دیگر حمایت از سرمایه‌گذاران بر اساس اصول و استانداردهایی چون رفتار منصفانه و عادلانه و دکرترین و انتظارات معقول که در دهه‌های اخیر پذیرفته شده است باید محترم شمرده شود بر این اساس دولت‌های نمی‌توانند در معاهدات سرمایه‌گذاری تعهداتی را بپذیرند که ناقض تعهدات حقوق بشری آنها باشد (طهماسبی، مرضیه ؛ رئیس، لیلا: ۱۳۹۹)

از آنجایی که معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری اهمیت کمتری به حقوق و منافع بشری و زیست محیطی نشان می‌دهند این امر باعث تقابل اندیشه‌ی جهانی سازی با آن‌ها شده است. پیام اصلی این تقابل این است که موافقت نامه‌های سرمایه‌گذاری تمامی حمایت خود را بر سرمایه‌گذاری مبتنی کرده‌اند و منافع جامعه جهانی یا کشور میزبان را در حفظ ارزش‌های مورد بحث جهانی سازی رعایت نمی‌کنند. ارزش مورد تأکید در این مبحث حقوق بشر می‌باشد.

در معاهدات و موافقت نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی در بعضی موارد و یا در هنگام حل و فصل مناقشات ناشی از این سرمایه‌گذاری دولت‌های در حال توسعه به موارد محیط زیستی اشاراتی می‌کردند، اما نگرانی‌های حقوق بشری جزء مواردی هستند که تقریباً اکثر کشورهای در حال توسعه از قلم انداخته‌اند. نقض حقوق کودک، نقض حقوق زنان و نقض حقوق کارمندان نقض بسیار معمول این معاهدات هستند. تلاش برای کسب حداکثر سود شرکت‌های فراملی و جلب رضایت سهام‌داران آن، دست این شرکت‌ها را در نقض حقوق یاد شده باز می‌گذارد.

عامل دیگری که به نقض حقوق بشر توسط سرمایه‌گذار

^۶ Corporate social responsibility

میتوان گفت مسئولیت اجتماعی سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی باید دارای ابعاد اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، اخلاقی و زیست محیطی باشد تا شرکت‌های سرمایه‌گذاری به تعهدات خود عمل نمایند.

مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت اساساً ریشه در حقوق داخلی کشورها دارد. تغییر تعریف کارکردی شرکت در حقوق داخلی منجر به ایجاد چنین مفهومی شده است. (لاجوردی، سید عرفان ۱۳۹۳)

کشورها نیز به دلایل متعدد از جمله کسب قسمتی از بازار سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر و همچنین نبود حقوق مستقل حاکم بر مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، بحث سرمایه‌گذاری خارجی و متعاقب آن مسائل مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را در حقوق داخلی خود وارد کرده‌اند: به طور مثال بند ب ماده ۲ از فصل دوم قانون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب اسفند ماه سال هشتاد شمسی^{۱۰}.

مسئولیت اجتماعی در شرایطی محقق می‌شود که شرکت استانداردها یا قراردادهای اجتماعی را نقض کند و این نقض منتسب به عملکرد شرکت باشد. اینکه استاندارد نقض شده در حوزه مقررات دولتی باشد یا تعهدات اختیاری شرکت، در نحوه عکس العمل جامعه به نقض استاندارد موثر است. (نساری، الناز ۱۴۰۲) در ارتباط شرکت با متأثران، معمولاً مسئولیت اجتماعی به قراردادهای اجتماعی شرکت و جامعه تحت تأثیر می‌پردازد. این قراردادها ممکن است در قالب استانداردهای تقنینی حاکمیتی باشند یا به صورت ضمنی و در چهارچوب الحاق شرکت به استانداردهای اجتماعی اخلاقی جامعه و پذیرش داوطلبانه از سوی

شرکت‌های فراملی علاوه بر کسب منافع خود، در جامعه‌ی محل فعالیت خود دارای مسئولیتی هستند که آن تامین منافع اجتماعی برای محیط فعالیت خود می‌باشد. (عسکری، پوریا ۱۳۹۴) بعضی از صاحب‌نظران این حوزه با توجه به اهمیت مسئولیت اجتماعی سرمایه‌گذاران آن را مسئولیت اجتماعی بین‌المللی^۷ نامیده‌اند. در مکتوبات آنکتاد نیز این عنوان به کار رفته است^۸. سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۹ در دستورالعمل خود برای شرکت‌های چند ملیتی بخشی را تحت عنوان سیاست‌های عمومی لحاظ نموده و به تشریح این مفهوم پرداخته است که در اینجا به بخشی از آن به صورت گذرا اشاره می‌شود:

«مؤسسات اقتصادی و سرمایه‌گذاری در هر کشوری ... باید به طور کامل سیاست‌گذاری‌های آنجا را مد نظر داشته و برای نیل به توسعه پایدار در پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی سهیم باشند.

از درخواست یا پذیرش معافیت‌هایی که در چهارچوب مقررات زیست محیطی، بهداشتی، امنیتی، کاری و مالیاتی و غیره قرار ندارد، پرهیز نمایند.

از اعمال تبعیض علیه کارمندان پرهیز نمایند.»

سایر منابع، مبارزه با فساد یا تبعیت از استانداردهای حقوق کار را نیز در حیطه‌ی مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها دانسته‌اند و به اسنادی من جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر، مقاوله نامه‌های سازمان بین‌المللی کار، اعلامیه ریو ۱۹۹۲ و کنوانسیون سازمان ملل متحد در مبارزه با فساد ارجاع می‌دهند. (عسکری، پوریا ۱۳۹۴) به طور خلاصه

⁷ International Corporate Social Responsibility .

⁸ UNCTAD, The Social Responsibility of Transnational Corporations, 1999; and UNCTAD, Social Responsibility, Series on Issues in International Investment Agreements, 2001.

⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

^{۱۰} بند ب ماده ۲ قانون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی: «> موجب تهدید امنیت ملی و منافع عمومی، تخریب محیط زیست، اخلاق در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه‌گذاری‌های داخلی نشود»<

شرکت‌ها. (Leonski, 2019)

مبتنی بر مراقبت‌مقتضی ایجاب میکند که شرکت در مورد حقوق ذی نفعان رفتاری معقول داشته باشند. بی شک در صورتی که حقوق بین الملل بخواهد به سمت تحقق رژیم مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها حرکت کند باید حقوق نرم و قوام نیافته را نقطه عزیمت خود قرار دهد. ضمن آنکه امروزه هنجارهای مسئولیت اجتماعی در پرتو خصوصیات مراقبت‌مقتضی در حال تبدیل شدن به عناصر مادی و معنوی در رویه و رفتار شرکت‌ها شده‌اند به گونه‌ای که از پیدایش حقوق بین الملل عرفی شرکت‌ها سخن به میان آمده است. (ملکی پور و همکاران ۱۴۰۱)

۳- حقوق بشر و شرکت‌های فراملی:

همواره سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی، از مهم‌ترین ابزارهای روابط تجاری و اقتصادی بین المللی، میان کشورها و شرکت‌های چندملیتی به شمار می‌آید؛ ولی با این حال، نوع و نحوه عملکرد بنگاه‌های خصوصی توانسته است تا زمینه‌های لازم برای زدن تعهدات حقوق بشری را بیش از پیش فراهم آورد. (زرودی، امیر ۱۴۰۰) امروزه مجامع متعددی در مورد موازین و معیارهای حقوق بشر بحث می‌نمایند و در مورد مسئولیت و نقض آن در مراکز فعالیت اقتصادی سخن می‌گویند. مهم‌ترین دلیل گسترش این بحث به علت افزایش فعالیت اقتصادی شرکت‌های فراملی در عرصه جهانی است. گرچه این فعالیت در بهبود و ارتقاء رفاه عمومی و اقتصاد جهانی نقش مهمی ایفاء می‌نمایند اما همواره خود نقض حقوق بشر را به همراه دارند. مسئولیت‌های حقوق بشری شرکت‌های فراملی امروزه برجسته‌تر شده و اشخاص بسیاری را بر آن داشته تا این مسئولیت‌ها را علاوه بر مهمل قانونی از بعد اخلاقی هم خواستار شوند

درحالی که بلوغ شرکت، سوددهی، اهمیت به ارتقا برندینگ و رفاه اجتماعی، تأثیرات مثبت بر مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها دارند، فقدان آگاهی ذی نفعان، ضعف درآموزش، اطلاع رسانی ناقص، عدم شفافیت، مشکلات اقتصادی، عدم نگرانی از ضعف حسن شهرت، کمبود مقررات و استانداردها، کمبود زیرساخت و فقدان اراده حاکمیتی موانعی برای مشارکت شرکت در عرصه اجتماعی لحاظ می‌شود.^{۱۱} (Alizadeh amin : 2022)

در حال حاضر الزام شرکت‌های فراملی برای «تضمین حقوق بشر» آن طور که دولت‌ها تکلیف دارند، انتظار با لایه به نظر می‌رسد. هرچند برخی از اسناد ملی و بین‌المللی لازم الاجرا اعم از قوانین فراسرزمینی دولت‌ها و قطعنامه‌های برخی سازمان‌های بین المللی مانند سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و سازمان بین المللی کار به تضمین حقوق بشر توسط شرکت‌های فراملی (۱ مصوب ۳۱ اکتبر ۲۰۰۳) پرداخته‌اند؛ اما عمده قواعد ناظر بر تضمین حقوق بشر توسط شرکت‌های فراملی در زمره حقوق نرم قرار دارد. (ضیایی، سیدیاسر؛ لطفی گماسایی، محسن ۱۴۰۰)

درواقع، مسئولیت اجتماعی به لحاظ محتوا و مفاد از مقوله حقوق سخت ولی در مرحله اجرا از مصادیق حقوق نرم به شمار می‌آید. مراقبت‌مقتضی ارتباطی از نوع لازم و ملزوم با مسئولیت اجتماعی دارد تا حدی که برخی از پژوهشگران از ظهور و پیدایش رژیم مسئولیت اجتماعی مبتنی بر مراقبت‌مقتضی سخن گفته‌اند و مراقبت‌مقتضی را به عنوان مبنای نظری و عملی برای رابطه بین مسئولیت اجتماعی و مسئولیت حقوقی به کار می‌برند. آنچه مراقبت‌مقتضی حقوق بشرمحور را به مسئولیت اجتماعی پیوند میدهد، اصل احتیاط است. تحقق مسئولیت اجتماعی

^{۱۱} پژوهشی درخصوص موانع و عوامل مؤثر در تحقق مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها در ایران انجام شده که اعتقادات مذهبی، معروف بودن شرکت، جذب مشتری، ایجاد برند، سوددهی، رفاه اجتماعی و آرمان حفاظت از محیط زیست از جمله عوامل مؤثر در تحقق مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها در ایران ارزیابی شده است.

بین‌الملل می‌توانند از لحاظ عرفی مبنای ایجاد قوانین و مقررات بین‌المللی قرار گیرند.

هنجارهای غیرالزام آور این سند دارای تعهدات ماهوی است که شامل حقوق مدنی و سیاسی، اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، حقوق محیط زیست و توسعه، حقوق اقشار آسیب پذیر و بومی، مشکلات ناشی از اقدامات شرکت‌های فراملی و نیز راه‌های نیل به این هنجارها نیز می‌پردازند.

نتیجه‌گیری:

حقوق بین‌الملل عمومی تنها به حمایت از شرکت‌های فراملی اکتفاء نکرده است و به کنترل آنها در حیطه‌های مرتبط با فعالیت‌شان توجه خاصی داشته است. قدرت فزاینده‌ی اقتصادی شرکت‌های چند ملیتی و فراملی که از دهه‌ی ۱۹۷۰ به بعد توجه جامعه‌ی بین‌المللی را به خود جلب کرد، متعاقباً به قدرت سیاسی آنها انجامید و نفوذ این شرکت‌ها در تصمیم‌گیری‌های بین‌المللی را تسهیل کرد. تلاش‌های بین‌المللی در راستای کنترل قدرت فزاینده این شرکت‌ها منجر به تشکیل نظم اقتصادی نوینی گشت که هدف این نظم جدید، تنها حمایت از این شرکت‌ها نبود، بلکه بر حمایت از کشورهای سرمایه‌پذیر - که عمدتاً کشورهای در حال توسعه بودند - در مقابل قدرت این کشورها در کنار حمایت از شرکت‌ها متمرکز شد.

تلاش‌های بین‌المللی در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل عمومی تاکنون نتوانسته است نظام حقوقی حاکم بر مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را تنظیم و اجراء نماید. از این روست که این تلاش‌ها در قالب نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری پیگیری شده است. این نظام حقوقی، شرکت‌های فراملی را در سیستم حل و فصل اختلاف خود و همچنین در سیستم موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری به عنوان تابع

و شرکت‌های فراملی را به احترام به این موازین اخلاقی و حقوق بشری مقید کنند. در گذشته قسمت عمده تاکید مجامع حقوق بشری در مورد نظارت بر اعمال دولت‌ها بود. اما پا به پای گسترش فعالیت‌های شرکت‌های فراملی، این نظارت درباره‌ی احترام و ارتقاء حقوق بشر نیز مطرح شده است. اعلامیه جهانی حقوق بشر سند بارزی است که این چرخش نگرش را به نمایش می‌گذارد. در متن اعلامیه حقوق بشر عبارت «سایر ارگان‌های جامعه» آمده است که می‌توان شرکت‌های فراملی را جزء آن‌ها محسوب کرد.

در مقدمه‌ی سند سازمان ملل متحد در مورد هنجارهای رفتاری شرکت‌های فراملی در خصوص حقوق بشر مصوب ۲۰۰۳ چنین آمده است:

«هر چند دولت‌ها مسئولیت اصلی و اولیه‌ی ارتقاء، اجراء، تضمین مراعات و رعایت حقوق بشر را بر عهده دارند، شرکت‌های فراملی و سایر موسسات تجاری، به عنوان سایر ارگان‌های جامعه نیز مسئول ارتقاء و تامین حقوق بشر مندرج در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر هستند»^{۱۲}.

این سند به نحو کاملاً آشکاری مسئولیت‌های حقوق بشری آن‌ها را به دلیل مسئولیت اجتماعی این شرکت‌ها نشان می‌دهد و آنها را مقید به این حقوق می‌داند. اما از آنجائی که اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر الزام آور نیست، کمیسیون حقوق بشر که بعداً به شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد تغییر نام یافت، هنجارهای ذکر شده در این اعلامیه را به دیده‌ی تردید نگریسته و آن را واجد اعتبار حقوقی کافی ندانسته است. (عسکری، پوریا ۱۳۹۳) البته باید در نظر داشت که اعلامیه‌های سازمان جهانی کار به عنوان سازمان بین‌المللی دولتی (با ترکیبی خاص از نمایندگان دولت‌ها، کارفرمایان و کارگران) در شکل‌گیری عرف بین‌المللی نقش دارند و بعداً در تدوین حقوق

¹² Norms on the Responsibilities of Transnational Corporation and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/2003/12/rev.2, 13 august 2003; Commentary, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38.Rev.2.

حقوقی شناخته است. (رضوانی، مهران ۱۳۹۱)

نظام تکه تکه ی معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، امروزه در حال تغییر است. آنچنان که قبلا و به صورت سنتی این معاهدات خصوصیت صرفا حمایتی از سرمایه و سرمایه گذار داشته‌اند، ولی چند سالی است که این معاهدات از این نگرش سنتی کمی فاصله گرفته و شروطی در ارتباط با مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، احترام به حقوق بشر، حفاظت از محیط زیست و پایبندی به حداقل‌های حقوق کار در خود جای داده‌اند.

بنابر این یکی از جلوه های حمایت از حقوق بشر در رابطه با فعالیت شرکت های فراملی اعمال مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی می‌باشد. لذا توجه به جنبه های اجتماعی و حقوق بشری در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری بسیار حائز اهمیت است و این معاهدات باید حاوی شروطی باشد که حمایت از حقوق بنیادین بشری را برای کشور سرمایه پذیر به دنبال داشته باشد. یکی از شروط اساسی این نوع از معاهدات شرط مسئولیت اجتماعی شرکت ها است که می تواند تضمین کننده حقوق اجتماعی کشورهای سرمایه پذیر باشد.

در سال های اخیر بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری دارای شروطی هستند که دست دولت ها را در اجرای سیاست های کلان عمومی خود باز می گذارد. با نگاهی به این شروط مشخص است که تلاش دولت ها در اجرای این سیاست‌ها در راستای سعادت جامعه و سلامت عمومی و به طور عمده مسائل حقوق بشری است. تأکید بر اجرای این سیاست‌ها، به طور غیرمستقیم در پایبندی شرکت ها به مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها تأثیر دارد. به عبارت دیگر این معاهدات تنها بر حمایت از سرمایه و سرمایه گذار تأکید نداشته و علاوه بر آن‌ها به تعهدات و مسئولیت های اینگونه شرکت‌ها در قبال منافع عمومی جامعه (که در این مورد از طریق اجرای سیاست‌های کلان و عمومی محقق می شود) نیز پرداخته‌اند.

منابع

۱. حاتمی، علی، کریمیان، اسماعیل؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه گذاری؛ تهران: تیسرا، ۱۳۹۳.
۲. عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه گذاری بین المللی در رویه داوری بین المللی؛ چاپ دوم؛ تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.
۳. لاجوردی، سید عرفان؛ حقوق شرکت های فراملی؛ چاپ دوم؛ تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۴. رئیسی، لیلا؛ طهماسبی، مرضیه؛ رابطه حقوق بشر و حقوق بین الملل سرمایه گذاری در پرتو رویه ایکسید، مجله حقوقی بین الملل شماره ۶۴، ۱۴۰۰.
۵. ضیایی، سید یاسر؛ لطفی گماسایی، محسن؛ مسئولیت اجتماعی شرکت های فراملی فرصت ها و چالش ها، مجله پژوهش های حقوقی، دوره بیستم، شماره ۴۶، ۱۴۰۰.
۶. نساری، الناز؛ مسئولیت اجتماعی شرکت های فراملی در چهارچوب حقوق بشر از اختیار تا الزام، فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره بیست و هفتم، شماره ۲، ۱۴۰۲.
۷. زرودی، امیر؛ مسئولیت رعایت قواعد حقوق بشر توسط شرکت های چند ملیتی در سرمایه گذاری بین المللی،

فصلنامه علمی تحقیقات حقوق بین الملل، دوره چهاردهم شماره ۵۳، ۱۴۰۰.

۸. ضیایی، سید یاسر؛ جایگاه تعهدات زیست محیطی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره پانزدهم شماره ۴۲، ۱۳۹۳.

۹. رضوانی، مهران. مسئولیت حقوقی شرکت های چندملیتی در رعایت قواعد بین المللی حقوق بشر پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، تهران: دانشگاه پیام نور تهران، ۱۹۳۱.

منابع انگلیسی

1. Alizadeh, amin "The Drivers and Barriers of Corporate Social Responsibility: A Comparision of the MENA Region and Western Countries" Sustainability, Vol.14, No.2 , 2022.
2. Gal-Or, Noemi , "NAFTA Chapter Eleven and the Implications for the FTAA: The Institutionalization of Investor Status in Public International Law", Transnational Corporations, Vol. 14, No.2, 2005.
3. Junior, Arno Dal Ri and Bastos Calazans, Erika Louise, "Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine", Anuariomexicano de derecho internacional, Vol. 18, No.1, 2018.
4. Leonski, Wojciech . "Barriers of the Implementation of Corporate Social Responsibility in chosen Enterprises", Scientific Papers of Silesian University of Technology, N.136, 2019.
5. Muchlinski, P & Ortino, F & Schreuer, C; The Oxford Handbook of International Investment Law; Oxford University Press; New York; 2008..



بخش دوم:

فرہنگے

معرفی شخصیت: استاد حقوق تجارت بین الملل (دکتر بهروز اخلاقی) ۴۰

معرفی شخصیت: استاد حقوق تجارت بین الملل (دکتر بهروز اخلاقی)



اسما آرامی؛

فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه محقق اردبیلی | Asmaarami81@gmail.com



یکی از رسالت‌های دانشجویان حقوق شناخت و زنده نگه داشتن نام اساتیدی است که رشد و پیشرفت امروزی حقوق ایران را مدیون این بزرگان هستیم. به رسم همیشه اکنون به معرفی یکی از بزرگان حقوق تجارت و تجارت بین الملل می پردازیم.

دکتر بهروز اخلاقی متولد ۱۳۱۶ در بندر ترکمن می‌باشند که تحصیلات ابتدایی خود را نیز در آنجا به پایان رسانید و در سال ۱۳۴۰ مدرک دیپلم خود را از دبیرستان بوعلی سینای تهران دریافت نمود. در سال ۱۳۴۳ موفق به اخذ لیسانس رشته حقوق قضائی از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران گردید.

در سال ۱۳۵۰ موفق به دریافت مدرک دکتری دولتی در حقوق خصوصی از دانشکده حقوق و علوم اقتصادی دانشگاه اکس مارسی فرانسه گردید. همچنین در طی سال‌های ۵۶ - ۱۳۵۵ با طی دوره حقوق تجارت و تجارت بین الملل در دانشکده حقوق دانشگاه آکسفورد، موفق به اخذ مدرک این دوره گردید.

زمینه اصلی فعالیت های دکتر اخلاقی حقوق تجارت، حقوق تجارت بین الملل، قراردادهای تجاری بین المللی، سرمایه گذاری خارجی، مشاوره در خصوص پروژه های نفت و گاز، معدن و ارتباطات رادیویی و سایر موارد مرتبط می باشد. ایشان همیشه بر این نکته تأکید می کردند که تنها در زمینه تخصصی خودشان به فعالیت می پردازند و به سایر پرونده های حقوقی از جمله پرونده های جزایی، ثبتی و.. وارد نمی شوند و توصیه ایشان به دانشجویان حقوق و وکلای جوان

این بود که در قالب گروه و به صورت تخصصی به فعالیت بپردازند، موردی که به قول ایشان در ایران بسیار نادر است. علاقه به کار گروهی باعث گردید تا ایشان در سال ۱۳۵۸ دفتر حقوق بین المللی دکتر بهروز اخلاقی و همکاران را تأسیس نمایند که در آن از وجود افراد ممتاز در زمینه حقوق تجارت و حقوق تجارت بین الملل از جمله آقایان فرهاد امام و محمد علی دمر چیلی و ... که اکثراً از شاگردان ممتاز ایشان می باشند، نیز بهره می بردند.

تسلط به زبان های انگلیسی، فرانسوی و عربی در کنار علم و تجربه بالا و شاخص بودن دکتر اخلاقی در سطح بین المللی سبب گردیده است که سازمان های بین المللی و شرکت های معتبر خارجی و داخلی برای مشاوره، انعقاد قراردادهای بین المللی و سرمایه گذاری هایی که می خواهند در ایران و یا خارج از ایران انجام دهند، همیشه به دفتر حقوق بین الملل دکتر بهروز اخلاقی و همکاران به چشم یک گزینه مطمئن بنگرند. از جمله سازمان ها و شرکت هایی که تاکنون دفتر ایشان را به عنوان مشاور حقوقی خود انتخاب کرده اند می توان به بانک جهانی، صندوق بین المللی پول، شرکت توتال فرانسه، شرکت هواپیمایی بریتانیا و.. اشاره کرد که تنها به عنوان چند نمونه در اینجا ذکر گردید ایشان پس از تکمیل تحصیلات و بازگشت به کشور، به عنوان استاد تمام وقت دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شروع به فعالیت نمودند.

به عنوان حسن ختام نگاهی خواهیم داشت به فعالیت های این استاد عالی مقام:

- مشاور حقوقی بانک اعتبارات ایران سابق (بانک تجارت) از سال ۱۳۴۰ تا ۱۳۴۳؛
- استاد تمام وقت دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران از سال ۱۳۵۰
- مدیر گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تهران ۱۳۵۵-۵۷
- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران در سال ۱۳۵۰
- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران از سال ۱۳۵۵
- مؤسس دفتر حقوقی بین المللی دکتر بهروز اخلاقی و همکاران از سال ۱۳۵۸
- عضو کانون وکلای دادگستری مرکز از سال ۱۳۶۰ و همچنین عضو کمیسیون روابط بین الملل کانون وکلای دادگستری مرکز
- عضو انجمن بین المللی وکلای دادگستری
- عضو کانون وکلای دادگستری آمریکا
- عضو انجمن حقوقی آسیا و اقیانوسیه
- عضو مرکز مطالعات حقوق بین المللی
- عضو کنسرسیوم حقوق تجارت بین الملل
- عضو و داور در مرکز داورى اتاق ایران
- مؤسس و مدیر انجمن حقوق خصوصی ایران از سال تأسیس (۱۳۷۵)



بخش سوم:

تفکر انتقادی

۴۴ تحلیل فیلم: خشم و هیاهو

۴۸ شرح، بررسی و نقد مجازات در ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر



نام فیلم: خشم و هیاهو کارگردان: هومن سیدی



عسل قربان زاده؛

دانشجوی مقطع کارشناسی رشته حقوق دانشگاه محقق اردبیلی



مقدمه:

پیچیده از جهت حقوقی قابلیت نقد و بررسی دارد و آنچنان با قواعد حقوقی درآمیخته است که مدت زمان مدیدی از فیلم صرف پیگیری و رسیدگی به پرونده شده است.

زندگی به آدمی می‌آموزد که هیچ چیز از هیچ کس بعید نیست!

خیانت عاملی است که در آن اعتماد از سمت مقابل سلب می‌شود و بستری از دروغ، فریب و پنهان کاری و سوءاستفاده‌گری را فراهم میکند و دقیقاً یک سوژه‌ای مطلوب برای ساخت یک تراژدی جذاب که مخاطب را به خود جذب کند.

شرح خلاصه ای از فیلم:

موضوع پرونده در این فیلم، قتل تینا، همسر خسرو پارسا [خواننده مشهور] است. مظنونین قتل تینا، در اولویت همسرش خسرو و بعد حنا [زنی که خسرو با وی رابطه پنهانی داشته]. تینا پس از پی بردن به رابطه پنهانی خسرو و حنا و اعتراف وقیحانه خسرو و مشاجره در خودرو، از خودرو پیاده شده و با سرعت به سمت خیابان می‌دود که در اثر سانحه تصادف، قطع نخاع می‌شود و مدتی به کما می‌رود برای همین خسرو تینارا به خانه خودشان می‌آورد که از آن در خانه مراقبت کند، این بهانه ای مطلوب برای خسرو فراهم میکند که حنا را به عنوان پرستار، برای انجام

این فیلم با محتوای خیانت با کارگردانی و نویسندگی هومن سیدی و تهیه کنندگی سعید سعدی در سال ۱۳۹۴ به شیوه روایت از رمان ویلیام فاکنر و تا حدودی یادآوری روایت قتل همسر ناصر محمدخانی و اعدام زن صیغه‌ای وی میباشد اما به گفته کارگردان "خشم و هیاهو" ساخته و پرداخته ذهن نویسنده بوده و حاوی داستان واقعی نمی‌باشد.

فیلم خشم و هیاهو با توجه به ژانر جنایی و مرموز و

دلیل بیهوشی تینا مطرح شود طبق ماده ۶۷۸ قانون مدنی بیهوشی را در زمره فسخ ذکر نکردند پس از این جهت که قانون ساکت است بر صحیح بودن وکالت پدر استناد می‌کنیم.

عقد وکالت جزء عقد جایزی است که اگر ضمن شرط عقد لازم بیاید باعث غیرقابل فسخ شدن آن می‌شود [ماده ۶۷۹] اما این عقد با فوت، حجر و سفه اصیل باطل می‌شود [ماده ۶۷۸]

همانطور که مشخص بود بهترین راه برای اینکه خسرو مال و اموالش را از دست ندهد مردن همسرش تینا بود. در خصوص مسئله نکاح که در دادگاه مطرح می‌شود، یکسری نکاتی وجود دارد، پرونده قتل تینا در دادگاه کیفری یک تهران در حال رسیدگی بوده اما قاضی در جریان رسیدگی خطاب به خسرو به اتهام رابطه نامشروع با حنا اشاره می‌کند ولی خسرو مدعی زوجیت با حنا می‌شود و متن صیغه را از حفظ می‌خواند در حالی که قاضی می‌گوید باید در دادگاه صالح این مورد محرز گردد. البته که این عمل قاضی [طرح اتهام رابطه نامشروع] غیر حرفه‌ای بوده و در جلسه علنی دادگاه با حضور خبرنگاران نباید به آن اشاره می‌کرد به دلیل اینکه شرایط سوءاستفاده و ورود هجمه هایی را به فرد مشهور فراهم می‌کند و از این جهت قابلیت نقد دارد. به گونه ای که برخی پرونده های مربوط به [رابطه نامشروع] به حدی محرمانه اند که حتی نام شاکی و متهم قید نمی‌شود.

از اصطلاح کاربردی قاضی "در این مورد در دادگاه دیگری رسیدگی میشود

"استنباطهایی وجود دارد: اول اینکه اتهام رابطه نامشروع در صلاحیت دادگاه کیفری یک نیست و باید در دادگاه دیگری رسیدگی شود، اگر منظور نویسنده این چنین باشد از لحاظ حقوقی طبق ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک اگر متهم مرتکب جرائم متعددی باشد رسیدگی برخی در صلاحیت

کارها در خانه به کار بگیرد. سپس تینا در حالی که در بستر بود به وسیله ضربات چاقو کشته شد.

۲مظنون قتل یعنی خسرو و حنا قتل تینا را انکار کرده و هرکدام روایتی متفاوت نقل می‌کنند اما همینطور که مشخص است در نهایت حنا مغلوب عشق خود نسبت به خسرو گشته و برای رهایی خسرو، به قتل تینا اقرار می‌کند.

شروع تحلیل حقوقی:

در پرونده، دلیل محکمی مبنی بر احراز مجرمیت مظنونین وجود نداشته، اما شواهدی از قبیل اثرانگشت حنا بر روی آلت قتاله [چاقو] که در صحنه جرم بوده، وجود دارد و همچنین راننده خودرویی که تینا با او تصادف کرد دختر جوانی بود که اگر حنا بوده باشد شبهه سوء نیت و انگیزه قبلی قتل توسط حنا تقویت می‌شود به عنوان مثال زمانی که حنا ادعا می‌کند توانایی رانندگی ندارد در حالی که گواهی نامه دارد البته داشتن گواهی نامه دال بر تسلط بر رانندگی نیست اما اماره ای بر آشنایی حداقلی با رانندگی است و لزوماً با گرفتن تست رانندگی و پرس‌وجو از اهالی محل و آشنایان، میتوان به صحت یا عدم صحت گفتار وی پی برد، در حالی که بازپرس به سادگی قانع می‌شود البته که اینها ادله مستقلى نیستند و تنها مویدی بر ادله دیگرند. بازپرس با واکاوی رفتارهای حنا نسبت به خسرو متوجه نوعی کنش های غیرعادی شده که می‌تواند از شدت عشق و علاقه او به خسرو باشد اما تنها با دوبرار رجوع به روانپزشک نمی‌توان بر جنون وی استناد کرد و تشخیص جنون حاصل از عشق با جنون طبیعی برای قضات همیشه امری دشوار است، اما اگر احراز می‌شد از قصاص رهایی می‌افت.

بعد از آنکه تینا به کما رفت، پدر وی که برای استرداد اموال و دریافت مهریه ادعای وکالت می‌کند [وی از ابتدا خسرو را مقصر این رویداد میدانسته] اگر بحث انفساخ وکالت به

اگر به فرضیه‌هایی که در این فیلم شکل می‌گیرد بپردازیم قابل ذکر است که:

آیا امکانش هست خسرو زمانی که از وکالت پدر تینا باخبر شد مرتکب قتل همسرش شده باشد؟ با این فرض که خسرو با علم به این موضوع که با فوت همسرش وکالت ساقط می‌شود مرتکب قتل شده یا اینکه ابتدا وقتی حنا منکر قتل می‌شود در زمان ملاقات وی با خسرو نتیجه وارونه شد و حنا اقرار به قتل کرد میتوان فرض را بر این گذاشت که طی گفت و گوی شکل گرفته بین این دو باعث اقرار حنا و خسرو به جهت حفظ آبروی خود موفق به اقناع حنا شده است در جهت صیانت از اموال خود و حنا هم بدلیل حسادتش نسبت به تینا مرتکب همچنین فعلی شد که در اینجا بحث معاونت خسرو پیش می‌آید، بدین جهت حنا معترف قتل شود و جان و آبروی خسرو را حفظ کند و در قبالش خسرو رضایت دهد و در دادگاه از تقاضای قصاص نفس خودداری کند؛ طبق ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی [اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند:

الف - هر کس دیگری را ترغیب تهدید یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت موجب وقوع جرم گردد

ب - هر کس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد

پ - هر کس وقوع جرم را تسهیل کند تبصره : برای تحقق معاونت در جرم وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است چنانچه فاعل اصلی جرم ، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود]

دو فرض دیگر در این راستا مطرح می‌شود که آیا معاونت صورت گرفته و اگر صورت گرفته از سمت حنا صورت گرفته یا خسرو؟

دادگاه کیفری یک و برخی دادگاه کیفری دو یا اطفال و نوجوانان باشد، تمامی جرائم وی در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود.

در فیلم هم خسرو ادعای زوجیت موقت با حنا را دارد و حتی از حفظ صیغه را می‌خواند پس این مانور قاضی غیر حرفه ای است.

نتیجتاً این رابطه نامشروع چه زنا باشد چه خیر رسیدگی به آن تحت صلاحیت همان دادگاست

دوم اینکه اگر مقصود قاضی از "دادگاه دیگر" این باشد که در جلسه دیگری از همین دادگاه مورد رسیدگی واقع می‌شود کاملاً صحیح و با حسن نیت بوده و میتوان از برداشت دوم تبعیت کرد.

سوم اینکه مطابق ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی [در جرایم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود] و از طرفی دیگه بر اساس سیره ائمه اطهار اصل بر تسامح است که راه را برای رفع اتهام از مرتکب هموار میکند

در دادگاه خسرو به ضررهای معنوی واصله بر پسرش و آینده وی که ممکن است متاثر شود سخن می‌گوید "بچه من چطوری بره مدرسه؟" بنظر میرسد مقصود فیلم از این سکانس این بوده که چالش‌های موجود در رویه قضایی را از جهات اجتماعی به مخاطب نشان دهد که ترمیم این آسیب‌ها همیشه امری مورد بحث بوده.

نکته نظر دیگر در ارتباط با نقشی که رسانه ها و فشارهای اجتماعی در روند رسیدگی داشته، مسبب این امر بوده که ماجرای قتل همسر شخص مشهور و رابطه وی با زنی دیگر بر سر زبان ها افتاده و مورد توجه باشد.

گونه‌ای که وجدان خود را زیر پا گذاشته و تنها بر اهداف مادی خویش برای بقا پافشاری میکند؛ معذالک انسان بدون وجدان و عدالت با انسان مرده تفاوتی ندارد. با توجه به این مباحث با کم‌کاری قوه قضائیه و خدشه دار شدن استقلال قضاوت در جریان رسیدگی این پرونده حکم به قصاص حنا صادر شد.

اگر حنا طبق بند پ همان ماده وقوع جرم را تسهیل کرده باشد؛ یعنی شخص ثالثی وجود دارد که دادگاه ناتوان از تشخیص آن بوده و اگر خسرو به عنوان معاون در جرم شناخته میشد احتمال اینکه از روحيات حنا به نفع خودش استفاده کرده باشد بسیار است که طبق بند الف همان ماده همچین موردی را میتوان فرض کرد.

البته که این موارد فرضیه ای بیش نیست و ادله‌ای موثق بر اثباتشان وجود نداشته است.

ادعاهای مرتبط با اقرار حنا هم می‌تواند از جنبه‌هایی مدنظر و توجه باشد که [مواد ۱۶۴ تا ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی] شرایط اقرار درباره حنا به عنوان یک انسان عاقل و بالغ صدق میکند و اقرار آن در محضر قاضی به منزله تایید است.

در باب رجوع از آن [اقرار] طبق ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی [انکار بعد از اقرار موجب سقوط مجازات نیست به جز در اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حد قتل است که در این صورت در هر مرحله ولو در حین اجرای مجازات مزبور ساقط و به جای آن در زنا و لواط صد ضربه شلاق و در غیر آنها حبس تعزیری درجه پنج ثابت می‌گردد] اگر در مجازات رجم و حد قتل باشد قابل رجوع است و رجوع حنا از انکارش قابلیت این را داشت که حکمش منفسخ شود چون این ماده [در هر مرحله را در متنش آورده است] اقرار با توجه به شرایط ذکر شده در همه امور معتبر است و فقط در بعضی از موارد باید بیشتر از یکبار اقرار شود که مفاد این موضوع ارتباطی با این داستان ندارد و در مواردی که با اکراه و اجبار و جنون باشد مورد قبول نیست [مواد ۲۱۱-۲۲۱ قانون مجازات اسلامی]

نتیجه گیری:

حیات آدمی در برهه ای از زمان ارزشمند و حائز اهمیت خواهد بود که تداومش در معرض خطر قرار گیرد به

شرح، بررسی و نقد مجازات در ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر



نیما صالحی؛

دانشجوی مقطع کارشناسی رشته حقوق دانشگاه محقق اردبیلی



مقدمه

در این پژوهش به نوبه خود به تحلیل این ماده و آثار آن خواهیم پرداخت اما در ابتدا لازم است تاریخچه ای نسبت به این نوع قانون مورد شرح قرار گیرد.

تاریخچه تصویب و اصلاحات وارده

از آنجایی که هدف ما بررسی ماده الحاقی مشارالیه است لازم است سیر رسیدن به این ماده به اختصار شرح داده شود.

اولین قوانین محدود کننده مواد مخدر را میتوان قانون اصلاح منع کشت خشخاش و استعمال تریاک در دوران پهلوی دانست، قانونی که برای اولین بار مجازات اعدام را درمورد این جرائم در ماده چهارم خود مورد توجه قرار داد. این ماده مجازات تکرار ساخت و یا وارد کردن مواد مخدر (موارد ماده ۱ ان قانون) را علاوه بر جزای نقدی، با مجازات اعدام مواجه ساخت.

جرائم مربوط به مواد مخدر به دلیل برهم زنی نظم عمومی و تجاوز به نظم عمومی، در دهه های اخیر به مسائل اهم در حقوق تبدیل شده است، از همین رو قانونگذار ما به تصویب قانون مبارزه با مواد مخدر اهتمام ورزیده است. مواد این قانون از مجموعه قوانین بحث برانگیز جزایی در حقوق ما محسوب میشود، بالاخص ماده ۴۵ الحاقی ۱۳۹۶ که مربوط است با اشد مجازات ها یعنی اعدام! چیستی این ماده و لزوم و یا عدم لزوم مجازات اعدام در این جرائم مورد بحث ماست.

این ماده از بدو تصویب همواره با نقد های فقهی و حقوقی متعددی روبرو بوده است، حال با سپری شدن ۷ سال از تصویب این ماده میتوان درمورد آثار و نتایج آن و کاربردی و غیر کاربردی بودن آن به صورت کامل به جمع بندی نهایی دست یافت.

در ایران محسوب میشود.

اولین اصلاحیه قانون فوق در سال ۱۳۷۶ و دومین اصلاح در سال ۱۳۸۹ به وقوع پیوست، مهمترین تفاوت در سال ۱۳۸۹ ایجاد شد که به سبب شیوع مصرف شیشه مجازات هایی مربوط به مواد روانگردان وارد قانون گردید.

اما رسیدیم به مبحث اصلی ما، یعنی سال ۱۳۹۶ که ماده واحده قانون الحاق ماده ۴۵ به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب شد، این ماده موجب تحول عظیمی در برخورد قضایی-انتظامی با جرائم مربوط به مواد مخدر و روانگردان شده و در کمیت و ماهیت مجازات ها تغییر ایجاد کرد.

شرح ماده ۴۵ الحاقی و دلایل ایجاد آن

ماده ۴۵ الحاقی سال ۱۳۹۶ به قطع یقین مهمترین ماده درمورد جرائم مربوط به مواد مخدر است زیرا در آن اشد مجازات ها بر مجموعه جرائمی طبق شروطی تسری یافت. ماده در بطن خود بیان میدارد که مرتکبان جرائمی که در این قانون دارای مجازات اعدام یا حبس ابد هستند در صورت احراز برخی شروط مفسد فی الارض شناخته میشوند، درواقع مقنن در اینجا مجازات تعزیری مواد مخدر را به مجازاتی حدی تبدیل میکند که شارع مقدس آن را وضع کرده است.

در مفاد قانون قبل در حوزه جرایم و مجازات، دوازده نوع اعدام در بندها و مفاد مختلف تعریف شده بود که در قانون جدید و تحت عنوان ماده ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر اعدام مشروط به موارد بندهای الف، ب، پ و ت است.

بر اساس ماده ۴۵ الحاقی مصادیقی با مجازات اعدام همچون مفسدین فی الارض تعیین گردید، این مصادیق عبارتند از:

الف) مواردی که فاعل جرم و یا حداقل یکی از شرکا حین ارتکاب جرم سلاحی کشیده یا به قصد مقابله با مأموران

پس از اضمحلال رژیم پهلوی و روی کار آمدن نظام جمهوری اسلامی همچون سایر انقلاب ها، فضای دادگاهی کشور ما نیز مورد تلاطم قرار گرفت و استناد به مجموعه قوانین فوق در دادگاه های قضایی با سستی روبرو شد.

در این دوره شرع مبنای قوانین ما قرار گرفت و مجازات های قانونی نیز در کمیت و کیفیت شرع مقدس به تصویب می رسید، از انجایی که مباحث مربوط به مواد مخدر نیز درون شرع یافت نمیشد قانون گذار ما در تقنین مجازات بر این جرائم دست بازی داشت و میتوانست با استفاده از صرف قواعد و اصول حقوقی قانون گذاری، قوانین مربوط به مواد مخدر را مصوب گرداند.

در همین راستا در سال ۱۳۵۹ کمیته مبارزه با مواد مخدر به سرپرستی صادق خلخالی تشکیل شد، این کمیته که در اوج دوران جنگ ایجاد شده بود در راستای مقابله با نفوذ مواد مخدری تکاپو داشت که نشر آن میتوانست نیروی انسانی ایران را در جنگ تضعیف گرداند. همچنین در این دوره به سبب عفو عمومی زندانیان قبل از انقلاب، اشرار از شرایط نابسامان مرز ها سوء استفاده کرده به قاچاق مواد مخدر مبادرت می ورزیدند

از همین رو بود که صادق خلخالی در مصاحبه با روزنامه کیهان قاچاقچیان مواد مخدر را سوداگران مرگ نامیده و حکم مبارزه آنان را همچون جنگ با صدام بیان کرد.

در راستای این موضع مطرحه، شورای انقلاب در همان سال مصوبه تشدید مجازات مرتکبین مواد مخدر را صادر کرد، مجموعه قوانینی خشونت آمیز البته به تبعیت از شرایط جنگ.

پس از پایان دوره جنگ مجموعه قوانین فوق با تصویب قانون مبارزه با مواد مخدر مورخ ۱۷/۸/۱۳۶۷ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام منسوخ گردیده و توسط قوانین لاحق ایجاد شده مجازات ها کمی تعدیل بخشیده شد، قانون مبارزه با مواد مخدر پایه قوانین مربوط به مواد مخدر

ابد دارد همچنان می تواند منتهی به مجازات اعدام گردد به شرطی که مرتکب یکی از شرایط بندهای الف، ب و پ را داشته باشد.

از سوی دیگر اگر، سه شرط بندهای الف، ب و پ در مرتکب نباشد ولی رفتار مجرمانه و میزان و نوع ماده مخدر منطبق با بند ت باشد مجازات اعدام خواهد داشت. تنها در صورت اخیر است که میتوان اذعان کرد که قانونگذار برای تعیین مجازات اعدام میزان و وزن ماده مخدر را افزایش داده است و در واقع چنین مرتکبی را نیز مفسد فی الارض قلمداد میکند. در بند ت نکته دیگری که جلب توجه میکند استفاده قانونگذار از دو معیار رفتار مجرمانه و میزان (وزن) ماده مخدر است. ابتدا کلیه جرایم ماده ۴ مشروط بر اینکه بیش از پنجاه کیلوگرم باشد را مشمول مجازات اعدام میداند؛ جرایم ماده ۴ عبارتند از تولید، ساخت، توزیع، یا فروش یا در معرض فروش قرار دادن، بنگ، چرس گراس، تریاک، شیره، سوخته، تفاله تریاک یا دیگر مواد مخدر یا روانگردانهای صنعتی غیر دارویی.

در ادامه ماده آمده است که؛

«مواد موضوع ماده ۸ مشروط بر اینکه بیش از دو کیلوگرم باشد»، میبینیم قانونگذار ناگهان از معیار رفتار مجرمانه و نوع ماده مخدر ماده ۴، صرفاً به نوع مواد مخدر ماده ۸ اشاره میکند؛ در ادامه با ذکر عبارت «در خصوص سایر جرایم ماده ۸ در صورتی که بیش از سه کیلوگرم باشد» مجدداً به دو معیار نوع ماده مخدر و رفتار مجرمانه اشاره میکند. البته این پرسش وجود دارد که کدام یک از جرایم ماده ۸ یا به عبارت بهتر کدام یک از رفتارهای مجرمانه ماده ۸ مشمول قسمت اخیر بند ت است؟ در طرح مصوب مجلس و قبل از ارجاع به شورای نگهبان رفتارهای مجرمانه به تفکیک در این بند ذکر شده بود: «ساخت تولید، توزیع فروش و واردکردن مواد مخدر موضوع ماده ۴ مشروط بر اینکه بیش از پنجاه کیلوگرم باشد و مواد موضوع ماده ۸

سلاح گرم و یا شکاری به همراه داشته باشد؛ ب در صورتی که مرتکب نقش سردستگی یا پشتیبانی مالی و یا سرمایه گذار را داشته یا از اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال یا مجانین برای ارتکاب جرم استفاده کرده باشد.

پ) مواردی که مرتکب به علت ارتکاب جرایم موضوع این قانون، سابقه محکومیت قطعی اعدام یا حبس ابد یا حبس بیش از پانزده سال داشته باشد.

ت) کلیه جرایم موضوع ماده ۴ این قانون مشروط بر اینکه بیش از پنجاه کیلوگرم باشد و مواد موضوع ماده ۸ این قانون مشروط بر اینکه بیش از دو کیلوگرم باشند و در خصوص سایر جرایم موضوع ماده ۸ در صورتی که بیش از سه کیلوگرم باشد. اجرای این بند نسبت به مرتکبان، متهمان و مجرمان قبل لازم الاجرا شدن این ماده منوط به داشتن یکی از شرایط بندهای الف ب یا پ نیز میباشد.

بند الف ماده به صراحت مواردی را در جهت مجازات اعدام مشخص می کند که قطعاً نیاز به تفسیر ندارد.

بند ب این قانون اشاره به مواردی دارد که مرتکب نقش سردستگی (موضوع ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) دارد، یا پشتیبان مالی و یا سرمایه گذاری را در امر قاچاق داشته یا از اطفال و نوجوانان کمتر از ۱۸ سال یا مجانین برای ارتکاب جرم استفاده کرده باشد که مشمول اعدام خواهد شد.

در بند پ نیز آمده است که مرتکب به علت ارتکاب جرایم موضوع این قانون سابقه محکومیت قطعی اعدام یا حبس ابد یا حبس بیش از پانزده سال داشته باشد، اگر برای بار دوم مرتکب این جرم شود به اعدام محکوم خواهد شد.

با توجه به صدر ماده ۴۵ که احراز یکی از شرایط را کافی برای در حکم مفسد فی الارض بودن می شناسد این نتیجه به دست می آید که آن دسته از رفتارهای مجرمانه و اوزان و نوع مواد مخدر مذکور در قانون که مجازات اعدام یا حبس

اساس تناسبی که میان جرم و مجازات لازم است، تصمیم به بازنگری در مجازات های مربوط به مواد مخدر گرفت همچنین از ان جهت که میزان مجازاتها باید با سایر مجازاتها در جامعه تناسب داشته باشند تا مردم اثار هر جرم را از هم تفکیک کنند، همانطور که منتسکیو در روح القوانين میگوید "باید مجازاتها هماهنگ و متناسب باشند چه از عملی که صدمه بیشتری میزند و چه عمل کوچکتري که کمتر لطمه میزند."

اما دلیل اصلی ایجاد ماده فوق را میتوان فشار های جامعه بین المللی بر کاهش و حتی نسخ مجازات اعدام دانست که تاثیر بسیاری در افکار عمومی بین المللی دارد. کنوانسیون ها، معاهدات و اعلامیه های متعددی از قبیل "کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بی رحمانه و ترذیلی ۱۹۸۴" یا "پروتکل لغو مجازات اعدام ۱۹۸۹ ضمیمه میثاق حقوق مدنی سیاسی" درمورد منع مجازات اعدام در جامعه بین الملل وجود دارد، درست است که بسیاری از این اسناد حالت توصیه ای داشته یا حتی کشور ایران نسبت به آنان تعهدی ندارد اما از انجایی که اصلی ترین ضمانت اجرای حقوق بین الملل رکن روانی است که افکار عمومی بین المللی کشور های ناقض را تحت فشار قرار میدهند و از سویی دیگر معاهدات بین المللی نیز از منابع جزایی ما محسوب میشوند، مقنن جزایی ما نیز به قطع از این قاعده مستثنی نشده و ماده مشارالیه را در راستای کاهش مجازات اعدام وضع کرده است.

مهمترین بیانیه روانی-مطبوعاتی درمورد مجازات اعدام در جرائم مربوط به مواد مخدر را میتوان بیانیه سازمان عفو بین الملل در ۲۸ جولای ۲۰۱۸ دانست که با تلاش های ماگدالنا مغربی، معاون مدیر سازمان عفو بین الملل در امور خاورمیانه و افریقای شمالی همراه بود، البته که این سازمان تصویب ماده ۴۵ را منعطف تر میداند اما هنوز هم خواهان نسخ مجازات اعدام است.

مشروط بر اینکه بیش از دو کیلوگرم باشد و در خصوص سایر جرایم ماده ۸ در صورتی که بیش از سه کیلوگرم باشد.

به دلیل ایراد شورای نگهبان عبارت کلیه جرایم موضوع ماده ۴ «جایگزین» ساخت، تولید، توزیع فروش و واردکردن مواد مخدر موضوع ماده ۴ شده است. متأسفانه قانونگذار از این مسئله غافل ماند که رفتارهای مجرمانه ماده ۴ و ماده ۸ با هم متفاوت هستند و اگر هدف قانونگذار تمایز قائل شدن بین انواع رفتارهای مجرمانه بود باید ادامه متن ماده را نیز تصحیح می نمود.

با توجه به آنچه ذکر شد میتوان این گونه نتیجه گرفت که رفتارهای مجرمانه مشترک بین ماده ۴ و ماده ۸ که عبارتند از، وارد صادر یا، ارسال، تولید، ساخت، توزیع، یا فروش یا در معرض فروش قراردادن مواد مخدر را در یک دسته قرار دهیم و معیار وزن بیش از پنجاه کیلوگرم را برای مواد مخدر موضوع ماده ۴ و میزان بیش از دو کیلوگرم را برای مواد مخدر موضوع ماده ۸.

ماده ۸ اختصاص دهیم و سایر جرایم ماده ۸ را رفتارهایی بدانیم که فقط اختصاص به ماده ۸ دارد که عبارتند از خرید، نگهداری مخفی یا حمل مواد مخدر موضوع ماده ۸. با تصویب قانون الحاقی جدید برای رفتارهای مجرمانه اخیر معیار وزن به سه کیلوگرم افزایش یافته است.

میتوان مبانی ایجاد این ماده را به دو قسم مبانی اجتماعی بین المللی و مبانی اجتماعی داخلی تقسیم کرد که گویا تاثیر جامعه بین المللی بر این مورد بسیار بیشتر بوده است.

از انجایی که تصویب اولیه قوانین مبارزه با مواد مخدر در پس از انقلاب تاثیر زیادی از نابسامانی مرز ها، همچنین عفو عمومی سال ۱۳۵۹ و جنگ تحمیلی گرفت، رفته رفته و با زوال دلایل فوق حساسیت های فوق العاده جرائم مربوط به مواد مخدر به حالت متعادل رسیده، از همین رو مقنن بر

مجازات مفسدین است.

"أَتَمَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ" مائده-۳۳

فشار های بین المللی چینی سبب شد که قانون گذار ما نسبت به مجازات های مشدد قبل کمی پا پس کشیده و آنان را تعدیل کند.

نقد مجازات در ماده الحاقی

۱ نقد فقهی ماده:

حال این سؤال پیش می آید که با عنایت به کلمه «انما» که مقید حصر و قصر چهار نوع مجازات در ایه است، به چه دلیل فقط مجازات «اعدام» برای مفسدین در قانون مجازات اسلامی و همچنین ماده ۴۵ الحاقی برای مرتکبین جرایم مواد مخدر در نظر گرفته شده است؟ بنابراین انحصار مجازات در اعدام» که در ماده ۴۵ مقرر شده است با نص صریح قرآنی نیز همخوانی ندارد.

این درحالی است که قاعده احتیاط در دماء نیز مانع مجازات اعدام در این حالت است.

ج) ما در فقه امامیه تنها تکرار در جرائم تعزیری را شامل حدود قرار میدهیم، با بررسی نصوص شرعی مشاهده میشود که فقها درباره تکرار یکی از جرایم تعزیری بحث کرده اند که مربوط به اجتماع دو مرد یا دو زن به صورت عریان زیر یک پوشش است. درباره چنین، جرمی مشهور فقها حکم به تعزیر مرتکب داده اند. (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق: ۷۸۵؛ ابن ادریس ۱۴۱۱ق، ج ۳ ۴۶۷؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ۴۷۷؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴۱: ۳۸۶) فاضل هندی دلیل این حکم را، اخبار اصالة البرائة از اجرای حد، احتیاط در خون و در حدود به اسطه شبهه میداند (فاضل هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲) اما برخی فقها حکم به حد کامل یعنی صد ضربه تازیانه داده اند. (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق) ابن جنید نیز به نقل از علامه حلی حکم به صد ضربه تازیانه داده است، اما علامه با پذیرش نظر مشهور به دلیل اصالة البرائة و اینکه در این جرم عمل لواط یا سحق رخ نداده است حکم به تعزیر را میپذیرد. علامه حلی، ۱۱۴۹ق، ج ۹: ۱۷۹) اما

از انجایی که افساد فی الارض مجازاتی برگرفته از فقه اسلامی محسوب میشود لازم است که به صورت فقهی نیز بررسی شود، بزرگترین ایراد فقهی وارده بر ماده تحت الشمول قرارداد جرم تعزیری در چهارچوب مجازات حدود است، مجازات حدی ان دسته از مجازات اند که شارع مقدس میزان، نوع، موجب و کیفیت اجرای ان را بیان کرده این درحالی است که جرائم مربوط به مواد مخدر تحت الشمول هیچ مصداقی برای این تعریف قرار نمیگیرند، از همین رو برخی ایرادات بر این ماده وارد است:

الف) قرارداد جرائم تعزیری در رده مجازات های حدی در تعارض است با قاعده "التعزیر دون الحد" قاعده ای که به موجب ان باید مجازات تعزیری شدت کمتری از مجازات حدی داشته باشد. زیرا جرائم حدی جرائمی سنگین تر نسبت به جرائم تعزیری هستند، این اصل از روایاتی که از معصومین مطرح میشود نیز قابل برداشت است که در قواعد فقه محقق داماد و الخلاف شیخ طوسی به ان استناد شده است

طبق این قاعده قرارداد مجازات تعزیری مربوط به مواد مخدر در مجازات افساد فی الارض که مجازاتی حدی است، مورد خطاست.

ب) اشکال اساسی قرارداد مجازات مفسد فی الارض برای جرائم مربوط به مواد مخدر این است که همان طور که طرفداران استقلال جرم افساد فی الارض همچون طباطبایی در المیزان فی التفسیر القران بیان داشته اند آیه ۳۳ سوره مائده مهمترین مبنای شرعی و فقهی تعیین

بیان داشته است:

"هر کس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلاص در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه ای که موجب اخلاص شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد".

ماده فوق نه تنها محاربه را از افساد فی الارض تفکیک بخشیده بلکه در عین ذکر مصادیق متعدد تمامی ایشان را منوط کرده است به گستردگی، در مورد گستردگی جرم، ظاهر ماده نشان میدهد که در آن تنها ضابطه عینی مالک قرار گرفته است؛ یعنی گستردگی اعمال و ایجاد اخلاص شدید باید به صورت عینی و خارجی محقق شود. لکن تبصره این ماده نشان میدهد که علاوه بر ضابطه عینی، ضابطه شخصی یا ذهنی (یعنی قصد اخلاص گسترده یا قصد فساد گسترده) نیز برای مفسد فی الارض محسوب شدن مرتکب ضروری است این گستردگی باید هم به صورت عینی در عمل و هم در قصد موجود باشد از همین رو است که در مجازات های ماده ۴۵ لایحه اصلاحی نیز باید ویژگی ذهنی فرد یعنی قصد بر اخلاص گسترده یا قصد فساد گسترده نیز وجود داشته باشد این پس تنها در صورتی که رفتار مجرمانه منطبق با افعال مذکور در صدر ماده ۲۸۶ باشد و نتایج حاصله مذکور در آن پدید آید مرتکب مفسد فی الارض شناخته خواهد شد، و الا در صورتی که رفتار مرتکب با هیچ یک از عناوین مجرمانه دیگر به خصوص تبصره ماده ۲۸۶ مطابقت نداشته باشد، با توجه به حاکمیت اصل برائت متهم قابل تعقیب نخواهد بود البته در مواردی مطابق

درباره تکرار این، جرم مشهور فقها پس از دو بار اجرای تعزیر حکم به اجرای حد در مرتبه سوم داده اند. منظور از حد همان یکصد تازیانه یعنی حد تام است، اما ابن حمزه پس از سه بار اجرای، تعزیر قتل در مرتبه چهارم را لازم دانسته (ابن حمزه، طوسی ۱۴۰۸ق) که فقیه دیگری به آن حکم نداده است.

پس در مورد جرائم تعزیری چون مواد مخدر نیز اگر رویه فقه امامیه پیش گرفته شود، این تکرار است که تنها میتواند ذات تعزیری جرائم مربوط به مواد مخدر را به حد برساند (د) در این بین برخی فقها مصرف مخدر را همچون مصرف مسکر میدانند البته با یک تفکیک، شهید اول و فاضل مقداد در عبارتی مشابه در اینباره می‌نویسند: «اگر مصرف مواد، خاصیت مشروبات الکلی را داشته باشد و مست کننده باشد، از جرایم مستوجب حد است؛ ولی اگر باعث فساد عقل شود، از جرایم مستوجب تعزیر است». حتی بر اساس این رویه نیز قانون گذار ما در تعارض با فقه عمل کرده است.

از آنجایی که قوانین جزایی ما نشأت گرفته از شرع مقدس نیز هست باید رویه فقه امامیه در این مسئله مورد نظر قرار گیرد در این حالت است که حدی محسوب کردن جرم تعزیری بالاخص در بار اول خطایی واضح محسوب میشود

نقد حقوقی ماده:

از دیدگاه حقوقی بهتر است ما در دو بُعد این رویه قانون گذار را تحلیل کنیم، بررسی ماهیت ماده و بررسی نتیجه گیری مجازات آن

الف: بررسی نقادانه ماهیت ماده الحاقی

در وهله اول قانون گذار ما با قراردادن جرائم مذکوره مربوط به مواد مخدر در وصف مفسد فی الارض، ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی را بر این جرائم تسری بخشیده این ماده

آخر تفسیری همسو با موازین و مطابق با اصل قانون بودن جرم و مجازات است اگر قائل به حکومت بخشی از ارکان ماده ۲۸۶ باشیم، به تخصیص پذیری حد افساد فی الارض منجر خواهد شد که یقیناً چنین امری خلاف شرع است. به عبارت دیگر از آنجا که قانون مجازات اسلامی و حد افساد فی الارض مذکور در آن مطابق با اصل ۴ قانون اساسی، منطبق با موازین اسلامی است تخصیص آن با مواد دیگر امکان پذیر نیست. بر این اساس قضات محاکم انقلاب در هر یک از جرائم مستوجب اعدام قانون مبارزه با مواد مخدر ملزم به احراز ارکان مادی و معنوی حد افساد فی الارض هستند و در حالتی که چنین امری ثابت نباشد باید از سایر جرائم تعزیری بهره جست.

در وهله دوم قانون گذار ما با قراردادن جرم تعزیری در رده جرائم موجب حد ماهیتی تعزیری و ویژگی های ذاتی این جرم را از ان سلب کرده است که مغایر است با اصل تناسب جرائم و مجازات ها و ان را از شمول ماده ۱۸ ق.م.ا خارج میکند، بخش پایانی ماده مقرر میکند: دادگاه در صدور حکم تعزیری با رعایت مقررات قانونی موارد زیر را مورد توجه قرار میدهد.

(الف) انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم

(ب) شیوه ارتکاب جرم گستره نقض وظیفه و نتایج زیان بار آن

(ب) اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم

(ت) سوابق و وضعیت فردی خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر بر وی

از همین رو خاصیت تعزیری بودن جرائم ماده ۴۵ از ایشان سلب شده و محروم از امتیازات قانونی جرم تعزیری میکند.

(ب) تحلیل نتیجه مجازات اعدام در ماده

به احتمال قریب به یقینی مهمترین نقد وارده بر ماده

تبصره ماده ۲۸۶ نیز میتواند به حبس درجه ۵ و ۶ حکم داد.

لذا دادرس دادگاه در مقام رسیدگی باید علاوه بر ارکان مادی و معنوی جرائم مستوجب اعدام قانون مبارزه با مواد مخدر، ارکان مادی و معنوی مذکور در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی را احراز کند اگر معتقد به نظریه آخر باشیم از میان هشت دسته جرمی که در ماده ۲۸۶ تصریح شده، تنها پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک قابل انطباق با صور برخی از جرائم مواد مخدر است. برای نمونه به تحلیل و تطبیق بند ۶ ماده ۸ اصلاحی به همراه تبصره ۱ آن از قانون مبارزه با مواد مخدر در دایره حد افساد فی الارض میپردازیم این ماده برای فردی که اقدام به وارد کردن، ساختن تولید کردن، توزیع کردن، صادر کردن، ارسال کردن، خریدن یا فروختن، در معرض فروش قرار دادن، نگهداری کردن، مخفی کردن یا حمل کردن بیش از ۱۰۰ گرم مواد مخدر یا روان گردانهای صنعتی غیر دارویی کند بدون هیچ شرطی مجازات اعدام تعیین کرده است که با اصلاحات قانون الحاقی یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر میزان آن به بیشتر از ۲ کیلوگرم افزایش یافته است براساس این نظریه صرف نظر از مقدار تعیین شده در این قانون (بیش از ۲ کیلوگرم و با فرض گسترده بودن آن از مجموع دوازده رفتاری که در ماده ۸ تصریح شده است) تنها پنج رفتار یعنی توزیع کردن صادر کردن ارسال کردن فروختن و در معرض فروش قرار دادن مواد مخدر مذکور در متن ماده قابل بررسی و انطباق با «پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک است به عبارت دیگر فقط در صورتی که رفتار ارتكابی متهم با عمل «پخش کردن» انطباق داشته باشد مشمول حد افساد فی الارض خواهد بود البته با توجه به مقید بودن جرم تحقق نتیجه نیز شرط دیگر محکومیت به این حد خواهد بود.

در مقام ارزیابی نظریاتی که ارائه شد به نظر میرسد نظر

که برای فرار از کیفر یک جرم به انجام چندین جرم مبادرت میکند.

درمورد بازدارندگی این مجازات نسبت به عامه جامعه نیز باید گفت این سختی کیفر نیست که ژرفترین اثر را بر سایرین باقی می‌گذارد بلکه طول مدت این کیفر است، مفاهیم چون رُعب در صورتی بر ذهن مردم ملکه میشوند که به طور ثابت و پیاپی ذهن را متأثر کند، درواقع اندیشه "چنانچه من هم مرتکب چنین رفتار زشتی شوم تا سالها به وضعی به همان اندازه اندوه‌بار تنزل پیدا میکنم" بسیار نیرومند تر از تصور مرگ است که مردمان همیشه دورنمای مبهمی از آن در نظر دارند.

امار جرائمی که پس از تصویب ماده ثبت شده اند مهر تاییدی است بر مطلب فوق، به گفته حسین ذبحی رئیس شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور: شرایط فعلی کشور از نظر قاچاق مواد مخدر و اعتیاد نامناسب است، روند افزایش قاچاق مواد مخدر، بالا رفتن تعداد زندانیان، تشکیل پرونده‌های بیشتر و ازدیاد کشفیات نگران کننده است. همچنین آمار معتادان و جرم‌های متأثر از اعتیاد افزایش داشته است.

بعد از تصویب ماده واحده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر تا این لحظه شاهد افزایش روند قاچاق مواد مخدر در عرصه‌های مختلف ورود، توزیع، فروش، حمل و نگهداری بوده ایم، همچنین دستگیری‌ها، زندانیان، معتادان هم افزایش داشته است.

به میزان ۳۰ تا ۳۵ درصد افزایش آمار جرایم مرتبط با مواد مخدر را بعد از تصویب قانون مذکور شاهد بودیم (نشست تخصصی راهکارهای نوین و موثر در مبارزه با قاچاق مواد مخدر مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۰۴).

در وهله دوم مجازات اعدام خشن‌ترین راهکار ممکنه برای توان گیری افراد محسوب میشود.

توان گیری به معنی گرفتن فرصت و یا سلب توان مجرمان

وجود مجازات سالب ازادی جان در کیفر گذاری ان محسوب شود، از انجایی که دست قانون گذار در کیفر گذاری جرائم تعزیری بر خلاف حدود شرعی ازاد است میتوانست انعطاف بیشتری از خود برای رسیدن به اهداف مجازات عملی سازد؛ مجازات اعدام مجازاتی خطیر محسوب میشود و نباید مصادیق ان را در قانون تعدد بخشید زیرا در صورت صدور حکمی خطا هیچ امکان بازگشتی در ان وجود ندارد، بدیهی ترین حق ادمی زنده ماندن است؛ حق حیات به منزله موهبت الهی، امری فطری و طبیعی پایه اساس مجموعه حقوق انسانی بوده و تعرض به ان امری ناپسند می باشد.

در اینجا این سوال مطرح میشود که آیا اصلا مجازات اعدام برای رسیدن به اهداف مقنن متناسب است؟

در وهله اول مجازات اعدام در این ماده توان هیچ بازدارندگی خاص و عامی را در جامعه از خود بروز نداده است.

اجرای مجازات اگر تأثیری بر رفتار انسانها نداشته باشد کار عبث و بیهوده ای است؛ برای آنکه مجازات، مجرمان احتمالی را از ارتکاب جرم در آینده بازدارد باید مضار مجازات از منافی که مجرم از ارتکاب جرم کسب میکند بیشتر باشد. (اثر بازدارندگی) سزار بکاریا در این باره میگوید: "برای آنکه کیفر اثر مطلوب را داشته باشد کافی است که رنج حاصل از ان بیش از سودی باشد که از جرم عاید میشود و برای این رنج باید اثر قطعی کیفر و ناکامی از تحصیل سود حاصل از جرم در نظر گرفته شود بیش از این حد بیهوده و ستمگرانه است."

از همین رو است که مجازات اعدام درمورد موارد مذکوره در ماده بیهوده محسوب میشود زیرا شقاوت کیفر موجب میشود هر قدر مصیبتی که بزهکار را تهدید می‌کند بیشتر باشد، جسارت او برای رهایی از ان بیشتر شود؛ به طوری

مهارت های زندگی که تمامی موارد فوق را میتوان در مدت زمان حبس مجرم نسبت به او عملی ساخت.

نتیجه گیری

از آنجایی که حکمت جرم انگاری و کیفر گذاری بر افعال ناروا رسیدن به اهداف قانون مجازات است، میتوان کیفر اعدام ماده ۴۵ الحاقی را در رسیدن به این اهداف ناکام دانست زیرا از زمان تصویب این قانون مصادیق ارتکاب جرائم مربوط به مواد مخدر در کشور رو به فزونی بوده است.

از آنجایی که مجازات های مربوط به مواد مخدر در شرع نیامده است قانون گذار ما به راحتی میتواند با اصول حقوقی و بررسی داده ها مجازات های مناسبتری نسبت به اعدام وضع گرداند، زیرا علاوه بر ناکارمندی اعدام در این ماده الحاقی، تعدد مصادیق اعدام در یک جامعه میتواند رعب سایر مجازات های سالب آزادی را نیز از بین ببرد، مقنن ما میتواند با جایگزینی مجازاتی چون حبس ابد بجای اعدام، به اسانی به اهداف توانگیری، باز پروری و ارعاب دست یابد و علاوه برآن وجهه بین المللی خود را در افکار عمومی جهانی سامان ببخشد.

خاص از ارتکاب جرم در آینده است. امروزه بهترین راهکار آن حبس بزهکار است تا نتواند در بیرون از زندان مرتکب جرم شود، هدف از حبس در توان گیری اصلاح رفتار مجرمان در طول مدت حبس نیست، بلکه هدف این است که جامعه در طول این مدت از خطر تهدیدات مجرمان در امان باشد؛ از آنجایی که در حبس، برخلاف کمیت در اعدام میتوان کمیت مدت مجازات را با نوع جرم تناسب بخشید مجازات حبس نسبت به اعدام میتواند عادلانه تر باشد. در وهله سوم مجازات اعدام توان بازپروری مجرمین را به طور کلی سلب میکند هم از آنجایی که ذاتا بازدارنده نیست و هم از آنجایی که جان افراد را سلب میکند.

بازپروری انسانی ترین شکل بازدارندگی است، اوج ملاحظات انسان دوستانه نسبت به مجرمان در برنامه اصلاح و بازپروری آنان انعکاس دارد؛ اندیشه بازپروری بر این قول است که رفتار مجرمانه برخاسته از عوامل زیستی، روانی یا اجتماعی و یا ترکیبی از آنهاست و غایت بازپروری نیز آماده کردن مجرمان برای بازگشت مجدد به جامعه به عنوان شهروندان مسئولیت پذیر و قانون گراست.

شیوه های بازپروری حسب نیاز بزهکاران بسیار گوناگون است. مانند درمان، مهارت حرفه آموزی، سواد آموزی و

منابع

- قران کریم
- قانون مجازات اسلامی
- رساله جرائم و مجازات ها، سزار بکاریا، ترجمه محمد علی اردبیلی، چاپ دهم نشر میزان
- کلیات حقوق جزا محمد علی اردبیلی، چاپ نهم نشر میزان
- حقوق جزای عمومی ۳، محمد علی اردبیلی چاپ سوم نشر میزان
- جرائم علیه امنیت و اسایش عمومی، حسین میرمحمد صادقی، چاپ چهلهم، نشر میزان
- قواعد فقه - بخش جزایی، محقق داماد جلد نخست، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی
- حقوق اساسی و ساختار های سیاسی، محمد هاشمی، چاپ پنجم، بنیاد حقوقی میزان
- روح القوانین، شارل دو مونتسکیو، ترجمه علی اکبر مهتدی، جلد اول، انتشارات امیر کبیر

- حقوق کیفری اسلام، ترجمه ابوالحسن محمدی، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی
- - بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام، برای تکرار جرایم حدی، رحیم نوبهار
- - معیارهای ناظر بر شناسایی مفسد فی الارض، با تأکید بر جرائم مواد مخدر، محسن برهانی، استادیار
- دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران رسول احمدزاده، دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه تربیت
- تحلیل انتقادی مبانی فقهی ماده ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر با تأکید بر فقه مقارن/غلامرضا آشوری
- fa.amnesty.orfinal
- Mehrnews.com



دوفصلنامه علمی، فرهنگی و اجتماعی

نشداد

شماره یازدهم، زمستان ۱۴۰۳

انجمن علمی حقوق دانشگاه محقق اردبیلی

