



انجمن علمی دانشجویی
حقوق دانشگاه خوارزمی



نشریه فرداد



دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی
گاهنامه علمی، تخصصی و حقوقی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



صاحب امتیاز

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی

مدیر مسئول: نیما مرادی نژادیان

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی، مدیر مسئول نشریه فرداد



سر دبیر نشریه: علیرضا درخشان هوره

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی، سردبیر نشریه فرداد



طراح جلد و صفحه آرا: زهرا غنیمتی

صفحه آرا و گرافیسیت، عضو انجمن علمی رشته چندرسانه‌ای



عضو هیأت تحریریه: محمد ایمانی

عضو کانون قرارداد نویسان ایران، مدرس دوره‌های حقوقی



عضو هیأت تحریریه: فهیمه حیدری ترک‌آباد

پژوهشگر دوره دکتری رشته حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی
مدرس دانشگاه و وکیل



عضو هیأت تحریریه: علیرضا سلمانی مارالانی

دبیر انجمن علمی حقوق تجاری اقتصادی بین‌الملل دانشگاه تهران،
کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی دانشگاه تهران



اعضای هیأت تحریریه

عضو هیأت تحریریه: سینا سیفی

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی،
عضو سابق شورای مرکزی انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



عضو هیأت تحریریه: سیروان سلیمانی

فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی، موسس و دبیر سابق
انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی، دانشجوی کارشناسی ارشد
حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی



عضو هیأت تحریریه: زهرا طاهرخانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی
فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه الزهرا



عضو هیأت تحریریه: امیررضا قدسی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی
دبیر انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



عضو هیأت تحریریه: شهرزاد کریمی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی
عضو انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



عضو هیأت تحریریه: زهرا یاری کرده

مشاور حقوقی، فارغ التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی،
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران



فهرست مقالات

گفت‌وگو با استاد گرامی آقای دکتر محمدعلی اردبیلی صفحات ۵ الی ۲۴

حقوق بین‌الملل

مسئله توزیع بیمارستانی داروها در پرتو اسناد حقوق بشری صفحات ۲۶ الی ۵۷

اجرای موقت معاهدات در رویه اتحادیه اروپا صفحات ۵۸ الی ۸۲

ترجمه مقاله «پیشگیری از اختلافات دولت-سرمايه گذار: مورد مطالعه پرو» صفحات ۸۳ الی ۱۰۷

حقوق خصوصی

مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه وجه رایج صفحات ۱۰۸ الی ۱۳۲

حقوق کیفری

محاربه در قوانین کیفری ایران: جرم‌انگاری مبهم و پیامدهای آن صفحات ۱۳۳ الی ۱۶۲

حقوق عمومی

ضرورت شناسایی «حق وتو» برای شهروندان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صفحات ۱۶۳ الی ۱۹۶

حقوق مالکیت فکری

مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی از نقطه نظرات حقوق مالکیت فکری صفحات ۱۹۷ الی ۲۲۹

 Khu__law

 Kharazmi_law

 Fardadjournal@gmail.com

 Khulawassociation.com

گفت‌وگو با آقای دکتر
محمدعلی اردبیلی

دکتر محمدعلی اردبیلی

عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی



علیرضا درخشان هوره

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی، سردبیر نشریه فرداد



یکی از روزهای نسبتاً خنک فصل بهار است. ساعت ۱۰ صبح، در دانشگاه شهید بهشتی روبه‌روی استاد اردبیلی نشستیم. کت‌وشلوار آبی‌رنگی به تن دارند و مثل همیشه پرانرژی هستند. اولین بار نیست که استاد را می‌بینم و قبلاً چند مرتبه از ایشان برای حضور در دانشگاه خوارزمی، دعوت کرده‌ام، اما متأسفانه هیچوقت افتخار شاگردی ایشان را نداشته‌ام و به همین دلیل برای این گفت‌وگو کمی اضطراب داشتم. ده دقیقه‌ی اول به گفت‌وگو گذشت و بعد دستگاه ضبط صوت را روشن و شروع به طرح سوالات کردم.

آقای دکتر محمدعلی اردبیلی متولد ۱۳۲۶، تهران. درست است؟
بله.

کودکی چگونه بود؟

یا کتاب می خریدم یا از کتابخانه امانت می گرفتم و می خواندم. اولین عضویت من در کتابخانه پارک شهر بود و بعد از آن کتابخانه ملی. این کتابخانه‌ها از بُعد مسافت نزدیک منزل ما بودند. کتاب‌های متنوعی امانت می گرفتم و می خواندم؛ به طور خاص کتاب‌های علمی و تاریخی نبود. بعضی کتاب‌ها را تنها از روی عنوان و بعضی دیگر را به سبب آشنایی که با نویسنده داشتم، به امانت می گرفتم. مطالعات من در حاشیه‌ی درس‌های دوره دبیرستان بود. در همین دوره من با هنر و موسیقی آشنا شدم و سازهای ایرانی را در هنرستان انتخاب کردم. البته این کار، فعالیت اصلی من محسوب نمی‌شد، اما در اوقات فراغت به سازهای ایرانی تار و سه‌تار می‌پرداختم. البته ساز اصلی من ویولن بود و نسبتاً پیشرفت هم کرده بودم. در یک دوره تقریباً شش یا هفت ساله، تمام کتاب‌های موجود در آن زمینه را مشق کرده بودم و بیشتر هم موسیقی ایرانی علاقه‌مند بودم. این روند ادامه داشت تا سال‌هایی که باید ناگزیر برای ادامه تقریباً

دوران کودکی تا جایی که حافظه اجازه می‌دهد، دوران آرام و همراه با بازیگوشی مختص دوران کودکی بود. ۹ خواهر و برادر هستیم که من فرزند چهارم هستیم. دوران کودکی به همین نحو سپری شد تا دوران مدرسه که من حدوداً شش سال داشتم و ایام دبستان را به خوبی طی کردم. شش کلاس را در سه دبستان نظامی، دبستان رشديه و دبستان عیسی بهرامی گذراندم و بعد از آن وارد دوره دبیرستان شدم. یعنی دوره متوسطه کنونی و بعد، فارغ‌التحصیل شدم و از دبیرستان رازی دیپلم گرفتم. دبیرستان رازی تفاوتی با سایر دبیرستان‌ها داشت که در آنجا زبان فرانسوی زبان دوم بود چون توسط فرانسوی‌ها مدیریت می‌شد. این دوران هم دوران خوشی بود، نسبتاً دانش‌آموز خوبی بودم.

از کودکی به مطالعه علاقه داشتید؟

از کودکی بی‌علاقه نبودم و کتاب می‌خواندم. غیر از کتاب‌های درسی، در دوره دبیرستان کمی بیشتر می‌خواندم، چون با متون ادبی کمی بیشتر آشنا شدم.

بگیرم و به خارج بروم. در مجموع، در ریاضیات خوب بودم. ادبیات هم اتفاقاً شاید به نسبت طبیعیات به زبان و ادب فارسی بیشتر علاقه داشتم. در سال آخر دبیرستان، ما منطق و فلسفه داشتیم و من یکی از بهترین دانش‌آموزان کلاس بودم. در سطوح مختلف، من وضع متعادلی داشتم و بعد هم رشته حقوق را انتخاب کردم. در آن دوره، درسی که زمینه‌ساز علاقه‌مند شدن دانش‌آموزان به رشته حقوق باشد، در برنامه‌های درسی گنجانده نشده بود. اصلاً چیزی به نام حقوق یا مقدمات آن یا زمینه‌ای که دانش‌آموزان در دوره دبیرستان به رشته حقوق علاقه‌مند کند، وجود نداشت. آن زمان، تا جایی که من خاترم هست، ما درسی مثل علوم اجتماعی، که دانش‌آموز را به رشته حقوق علاقه‌مند کند، نداشتیم.

آیا خانواده نقشی در انتخاب رشته طبیعی و بعد از آن به طور خاص رشته حقوق داشت؟

خیر. انتخاب خودم بود. کسی هم به من توصیه نکرد. رشته حقوق را بعدها من خودم کشف کردم.

موسیقی را رها کردم و به تحصیل دانشگاهی پرداختم.

چرا رشته طبیعی را انتخاب کردید؟ آیا رشته انسانی در گذشته مانند الان محجور بود و نگرش‌ها نسبت به توانایی‌های این دانش‌آموزان متفاوت بود؟

انتخاب من برای این اساس که بعداً از مطالب دوره دبیرستان استفاده کنم نبود، یعنی این نبود که حتماً اگر رشته ادبی را انتخاب می‌کردم باید مثلاً به علوم انسانی روی می‌آوردم یا اگر رشته طبیعی را که انتخاب می‌کردم باید مثلاً علوم طبیعی را مثل پزشکی، دندان پزشکی یا داروسازی را انتخاب می‌کردم. من رشته طبیعی را انتخاب کردم و البته تصور نمی‌کردم که حتماً باید در این حوزه فعالیت کنم. البته افرادی بودند که به فرض به رشته ریاضی علاقه‌مند بودند، و من هم البته در آن رشته نیز کم سواد نبودم ولی عرض می‌کنم در مجموع هم زبانم خوب بود که با همین زبان فرانسوی من آزمون اعزام به خارج از کشور را گذراندم و اگر نمی‌گذراندم باید می‌رفتم به خدمت سربازی. به این ترتیب موقتاً از خدمت سربازی معاف شدم و توانستم گذرنامه دانشجویی

اتفاقاً خاطر من هست در کنکور عمومی بیمار شدم و این بیماری من را تقریباً سی روز درگیر کرده بود و اصلاً حوصله درس خواندن در من نبود. در آن زمان فارغ التحصیلان دبیرستان‌ها راهی جز اینکه کنکور بدهند یا اینکه بروند سربازی نداشتند. عده‌ای هم شاید سربازی را انتخاب می‌کردند. دیگر اینکه دبیرستان ما یک خصوصیتی همان‌طور که اشاره کردم داشت، این بود که این دبیرستان توسط فرانسوی‌ها اداره می‌شد و عده‌ای از معلمان ما فرانسوی بودند. شاید آن‌ها هم به نوعی ما را ترغیب می‌کردند، نه صریحاً مثلاً اینکه بگویند بروید در کشور فرانسه ادامه تحصیل بدهید، نه. خود به خود ما یک علاقه و آشنایی با کشورهای اروپایی به خصوص کشورهای فرانسوی زبان پیدا می‌کردیم. این است که همه تلاش من بر این بود که هرچی زودتر تکلیف خودم را با دانشگاه‌های اروپایی روشن بکنم. چون می‌دیدم که عده کثیری از دوستان ما برای ادامه تحصیلات رفتند فرانسه، من هم خود به خود علاقه‌مند شدم که این راه را تجربه کنم؛ و این کار را هم

در دوره دبیرستان به شخصه به رشته حقوق و به طور خاص حقوق جزا، تمایل پیدا کردم. البته این در حاشیه وقایعی بود که در کشور می‌گذشت. خواندن روزنامه‌ها و وقایعی که بخشی از آن جنایی بود و همچنین علاقه به دادگستری و به خصوص حضور در محاکم باعث علاقه من به این رشته شد. البته این را هم باید اضافه کنم که منزل ما تا کاخ دادگستری ده دقیقه فاصله داشت و من تابستان‌ها که بیشتر فرصت می‌کردم، به کاخ دادگستری می‌رفتم. از آن‌جا من بیشتر و بیشتر با وقایع حقوقی آشنا شدم. به این ترتیب انگیزه قوی‌ای پیدا کردم که به سمت رشته حقوق بروم.

چه اتفاقی افتاد که به کنکور فکر نکردید و مهاجرت تحصیلی کردید؟ آیا خانواده موافق بودند؟

من در کنکور شرکت نکردم، ولی رشته مورد علاقه‌ام حقوق بود.

چرا؟

آن زمان در من آن قدر شور و شوق خروج از کشور و بعد رفتن به یک دانشگاه خارجی زیاد بود، از این جهات فکر و ذهن من مشغول بود.

خیر. اصلاً. من نپرسیدم و کسی هم به من نگفت که مثلاً دولت در این رشته یا آن رشته بورس ارائه می‌دهد. شاید هم ارائه می‌شد و من بی‌خبر بودم.

چرا رشته حقوق؟ و چرا به طور خاص رشته حقوق جزا؟

اشاره کردم، من ذهنم بیشتر به وقایع جنایی معطوف بود. در روزنامه پرونده‌های خیلی مهم را می‌خواندم. این پرونده‌ها انعکاس پیدا می‌کرد. رسانه‌ها این پرونده‌ها را بال و پر می‌دادند. کشته شدن فرض کنید فلان استاد دانشگاه یا فرض کنید مفاسد اقتصادی در پرونده‌های اقتصادی و مالی فلان پرونده مثلاً شیلات. ببینید مناسبت‌های اینگونه پیدا می‌شد. من بیشتر به دنبال این بودم که ببینم در این دادگاه چه می‌گذرد. وگرنه مسائل دیگر مانند طلاق، نسب و سرپرستی مسائل عادی و روزمره در دادگاه‌ها بود ولی طنین اجتماعی نداشت.

این‌ها برای شما جذاب نبود؟

این مسائل برای من جذابیتی نداشت.

کردم. امتحان اعزام دانشجو به خارج از کشور را دادم و قبول شدم. به عبارت دیگر موقتاً از نظام وظیفه معاف شدم.

آقای دکتر شاید اگر مدرسه رازی نبود الان مسیر زندگی متفاوتی داشتید، درست است؟

ممکن است؛ انکار نمی‌کنم. دبیرستان‌های دیگری هم آن زمان در همین سطح بودند. دبیرستان البرز و دبیرستان خوارزمی. من خودم این دبیرستان را انتخاب کردم. بله. شاید اگر از دبیرستان البرز فارغ‌التحصیل می‌شدم؛ هیچوقت مثلاً به اروپا نمی‌رفتم، شاید می‌رفتم آمریکا.

خانواده مخالفتی با مهاجرت تحصیلی نداشتند؟

نه. به هیچ وجه. حتی با علاقه، مقدمات سفر مرا فراهم کردند و هیچ مخالفتی نداشتند.

شما در بلژیک بورسیه داشتید یا خانواده حمایت می‌کردند؟

نه. پدرم از من حمایت و پشتیبانی می‌کرد و به این ترتیب تحصیل می‌کردم.

دولت حمایت نمی‌کرد؟

و دانشیابی گذراندم. در آن جا محیط دانشگاهی به گونه ایست که اگر انسان راه علم را انتخاب کرد، باید در آن مصمم باشد یا آن را رها کند و عمر را تلف نکند. آن جا بسیاری از همسن های من و فارغ التحصیلان دبیرستان ها اصلاً به دانشگاه نمی آمدند. بودند کسانی که این مسئله را سبک سنگین می کردند. خود دانش آموزان همان کشور وقتی من سوال می کردم که چرا اصلاً به این رشته نیامدید؟ یا چرا اصلاً رها کردید؟ در جواب می گفتند برای آینده ما هیچ نفعی ندارد و بهتر می دیدند که مثلاً کار را انتخاب کنند یا به یک حرفه ای مشغول بشوند. به هر حال انتخاب هست و افراد آزاد هستند. بنابراین من به عنوان یک دانش آموزی که از کشور خودش رفته آن هم برای ادامه

طلاق، مهریه، اختلافات حقوقی و شرکت ها هیچکدام. اصلاً بازتاب پیدا نمی کردند در روزنامه ها و نشریه ها. شما الان هم صفحه ای حوادث روزنامه ها را مطالعه بکنید، حوادثی مثل اینکه فلان راننده فلان دختر را از یک جایی سوار کرده که به مقصد برساند ولی او را به قتل رسانده است، بازتاب پیدا می کند. این وقایع و حوادث جنجال ایجاد می کرد. آن زمان هم همین طور بود.

تأثیرات تحصیل در چند مقطع مختلف در خارج از کشور هم از نظر علمی و هم از نظر شکل دهی به نگرش شما چه بود؟

من چیزهای بسیاری در آنجا یاد گرفتم. در حقیقت من یک دانشجوی تمام وقت بودم. همه ی سال های تحصیل را به دانش افزایی



اختراعات و اکتشافات آن‌ها، همه چیزهایی که عیان است. من تصورم این است که ما می‌توانیم مسئولیت پذیری، نظم و انضباط را به خوبی بیاموزیم و در شئون مختلف کاری مثل مدیریت می‌توانیم این قواعد را به کاربندیم. مدیریت یعنی نظم و انضباط در همه شئون زندگی. چه در ارتش، چه در کارخانه و چه در منزل. و البته فراگیری چگونگی روابط انسانی با انسان‌های دیگر. بدانیم که دیگری هم موجودی است مثل خود ما. قطع نظر از اینکه در چه سنی هست، با چه میزان سواد هست، زن هست یا مرد هست، باید یاد بگیریم که این قواعد و هنجارها را در مناسبات و روابط اجتماعی خود به کار ببندیم. یک انسان متعارف معقول، فرقی نمی‌کند که مسلمان، یهودی یا مسیحی باشد. مدارا فضیلتی است که باید بیاموزد و بداند. راه زندگی جز این نیست، وگرنه همه‌اش جنگ، خرابی و ویرانی است.

شما همزمان دو رشته در مقطع کارشناسی خواندید. حقوق و فلسفه. تجربه تحصیل در رشته فلسفه چگونه بود؟

تحصیل سرنوشتش معلوم بود. در غیر این صورت برای چه من به خارج می‌رفتم؟ برای چه کاری؟ من نه کسی را آن‌جا می‌شناختم و نه آشنایی داشتم. اگر برای کاری خواستم بروم، خب در ایران بود. من خودم را تا حدودی در برابر خانواده مسئول می‌دانستم، چون هزینه‌ی تحصیل من را تامین می‌کردند و من باید با همین شرایطی که برای من فراهم کرده بودند به خواسته‌های آن‌ها توجه می‌کردم، چون من را برای تحصیل فرستاده بودند. این است که از آن‌چه که در ذهنم بود عدول نکردم و تمام سعی خودم را بر آن گذاشتم که در این رشته موفق شوم، که شدم. عموماً کسانی که در خارج از کشور زندگی کرده‌اند، با فرهنگ آن‌جا یکی نمی‌شوند یا اصلاً آن را دوست ندارند. در خارج از کشور اگر کسی بخواهد واقعاً چیزی بیاموزد، ابتدائاً نظم و ترتیب است، مسئولیت پذیری است. من تصور می‌کنم رمز موفقیت کشورهای غربی هم که در رشته‌های متعدد علوم انسانی، فنی مهندسی، کشاورزی و... سریع پیشرفت می‌کنند، همین است.

تصورم الان هم همین است. اکنون بیشتر مطالب فلسفی می‌خوانم و به آن‌ها علاقه‌مندم، به خصوص فلسفه حقوق و فلسفه حقوق جزا. اصلاً من پایان‌نامه‌ای که در دوران کارشناسی نوشتم، پایان‌نامه‌ی فلسفی است. استاد من یکی از استادان شناخته شده منطق و فلسفه بود. روحشان شاد. با راهنمایی ایشان من این پایان‌نامه را نوشتم. عنوان پایان‌نامه این بود: «مبانی حق مجازات». از آنجا من پی بردم که مطالعات فلسفی تا چه میزان می‌تواند به حقوقدان کمک کند که افق دید خود را گسترش دهد و راه را روشن‌تر ببیند. اگر کسی می‌خواهد در حقوق پیش برود باید با چنین چراغی پیش برود. البته حقوقدان بی‌نیاز از سایر علوم نیست، دانش‌های انسانی، مانند روانشناسی یا جامعه‌شناسی. خود من بعدها جامعه‌شناسی جنایی درس می‌دادم. در سال‌هایی که در دانشگاه بودم با جدیت کتاب‌های جامعه‌شناسی را مطالعه کردم. حقوقدان نمی‌تواند خود را از این رشته‌ها بی‌نیاز ببیند.

من تا سال سوم فلسفه تحصیل کردم و بعد مصادف بود با سال‌های آخر رشته حقوق که درس‌ها سنگین و سنگین‌تر می‌شد.

در مقطع کارشناسی حقوق پایان‌نامه هم داشتید؟

بله. در دانشگاه بروکسل پایان‌نامه هم داشتیم. باید پایان‌نامه می‌نوشتم و با حضور همه‌ی استادان سال آخر حقوق، دفاع می‌کردم. این است که بار من خیلی سنگین بود، به طوری که احساس کردم دارم بیمار می‌شوم. در حقیقت، توان لازم را نداشتم. آن‌جا می‌شد که این رشته را رها بکنم و بعد از فارغ‌التحصیلی، ادامه تحصیل را از سر بگیرم. ولی دیگر اصلاً فرصت دست نداد. به این علت که، بعد از آن باید در دوره دکتری ادامه تحصیل می‌دادم و بعد از دوره دکتری هم فرصتی فراهم نشد. در کل، رشته فلسفه مفید بود. کلاس‌ها را مرتب شرکت می‌کردم و از مطالب استفاده می‌کردم.

تحصیل در رشته فلسفه بر دید حقوقی شما تاثیر داشت؟

البته. من بعدها پی بردم که یک حقوقدان تا چه میزان نیاز به مطالعه در مباحث فلسفی دارد.

ثبت نام کردم. سال اول کارشناسی ارشد از بلژیک به فرانسه می‌رفتم. از سال دوم که درس‌ها سنگین‌تر شدند؛ به شهر لیل رفتم و آنجا مستقر شدم. برای پایان‌نامه‌ام استادان راهنمای بسیار خوبی داشتم که در دوره دکتری هم به من بسیار کمک کردند.

دانشگاه لیل در مقایسه با دانشگاه بروکسل چگونه بود؟ چرا در بروکسل ادامه تحصیل ندادید؟

من علاقه‌مند بودم که در بروکسل هم در مقطع کارشناسی ارشد تحصیل کنم، در همین راستا با رئیس دانشکده در این مورد صحبت کرده بودم. نکته مهمی که در تصمیم من اثرگذار بود این بود که، برخلاف امروز که نظام‌های دانشگاهی کشورهای عضو اتحادیه اروپا یکسان شده است، یعنی دوره کارشناسی، کارشناسی ارشد و دکتری. آن زمان در بروکسل دوره دکتری متصل بود به دوره کارشناسی.

فرقی هم نمی‌کند که رشته او حقوق خصوصی، حقوق کیفری، حقوق تجارت یا حقوق بین‌الملل باشد. حتی فلسفه حقوق بین‌الملل را داریم. بنابراین حقوقدانان از سایر علوم بی‌نیاز نیست.

دوره کارشناسی ارشد و دکتری چگونه گذشت؟ فرانسه تشریف داشتید؟

بلی. من در شهری که بودم، یعنی در بروکسل فاصله زمانی یک ساعته داشتم با دانشگاه لیل، در شمال فرانسه. یکی از دوستانی که باهم روابط صمیمی‌ای داشتیم، به من گفت: به کشور فرانسه برویم و از دانشگاه لیل بازدید کنیم. دوست من چون اقتصاد می‌خواند به سمت دانشکده اقتصاد رفت و من به سمت دانشکده حقوق. هزینه ثبت نام در دانشگاه لیل بسیار اندک بود. شامل هزینه بیمه، ورزش و ثبت نام می‌شد. این شد که در مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه لیل

تحصیل در خارج از کشور چه تاثیری در مواجهه با حقوق ایران که متأثر از فقه است، داشت؟

ببینید من این نکته را خدمتتان بیان کردم که من دانشجوی بیست و چهارساعته بودم. همان زمان که من در بلژیک تحصیل می‌کردم، همان مواد درسی بیش و کم در دانشکده‌های حقوق ما هم تدریس می‌شد. غیر از فرض کنید اصول فقه و قواعد فقه. اصول فقه که منطق حقوقی را بیان می‌کند. ما در بلژیک منطق و فلسفه داشتیم و این درس‌ها نیازهای ما را در حیطه فلسفه و منطق برطرف می‌کرد. اما در درس‌های دیگر مثل حقوق خصوصی و حقوق کیفری هر آن چه که در ایران تدریس می‌شد و به صورت کتاب بود، من درخواست می‌کردم و از ایران برای من می‌فرستادند. کتاب‌های حقوق جزا، عموماً خیلی راحت بودند، چون همه‌اش ترجمه بود جز کتاب آقای دکتر صانعی که البته بخشی از آن ترجمه بود. با توجه به اینکه تحصیلات ایشان در آمریکا بود تقریباً حقوق جزای تطبیقی نوشته بودند و از حقوق کشورهای کامن‌لا نقل می‌کردند.

یعنی کارشناسی ارشد وجود نداشت؛ بعد از لیسانس مستقیم دکتری بود. ولی در فرانسه کارشناسی ارشد وجود داشت و حتماً باید این دوره می‌گذشت تا اجازه ورود به دوره دکتری را می‌دادند و من این روش را ترجیح می‌دادم. در ارزشیابی مدارک در ایران ملاحظاتی داشتند که این مسئله هم موثر بود.

بعد از اتمام دوره دکتری به ایران بازگشتید؟

بله. شهریور یا مهر ۱۳۵۷.

معافیت تحصیلی شما تمام شد؟

بعد از اینکه به کشور برمی‌گشتیم باید خود را به سازمان نظام وظیفه معرفی می‌کردیم. من هم رفتم و خودم را معرفی کردم که مصادف شد با دولت آقای مهندس بازرگان. ارتش اعلام کرد متولدین سال‌های مشخصی بیایند و متولدین این سال‌ها که رفتند مثل بنده سال ۱۳۲۶، پزشکان و حقوقدانان را نگه داشتند و بقیه معاف شدند. چند روزی ما را نگه داشتند و بعد گفتند حقوقدان هم نیاز نداریم و فقط پزشکان را نگه داشتند. به همین ترتیب من از خدمت نظام وظیفه، معاف شدم. سال ۱۳۵۸ بود.

بنابراین مطالعات شما محدود به حقوق جزا نبود؟

خیر. من آنجا حقوق خصوصی می‌خواندم، حقوق خانواده می‌خواندم، از این جهت علاقه‌مند بودم که این نهادها و معادل‌ها را به زبان آن‌ها بفهمم. می‌خواندم تا بفهمم نامزدی چه هست، طلاق چه هست، چند نوع ازدواج هست، چند نوع طلاق هست، وضعیت طفل به چه صورت هست و موضوعاتی این چنینی. حقوق خصوصی را می‌خواندم به خصوص حقوق تعهدات را که بسیار سنگین است. علاوه بر کتاب‌هایی که گفتم برخی از کتاب‌های مرحوم آقای دکتر جعفری لنگرودی را هم داشتم. جز این کتاب‌های دیگری وجود نداشت که همین کتاب‌ها منابع درسی دانشجویان دانشکده حقوق بود. به غیر از جزواتی که اساتید می‌دادند، بقیه کتاب‌ها را داشتم.

دوره دکتری چند سال طول کشید؟ دوره دکتری، سه سال.

کمک بزرگی که این کتاب‌ها به من می‌کردند این بود که باعث می‌شدند من معادل‌های فارسی کلمات را یاد بگیرم، حتی واژه‌های فقهی را. اگر عمری باقی باشد و فرصت بکنم من مجموعه‌ای را منتشر خواهم کرد از معادل‌های فقهی و حقوقی به زبان فارسی، انگلیسی و فرانسوی. چون به هر دو زبان انگلیسی و فرانسوی مسلط هستم، مخصوصاً به اصطلاحات حقوقی آن‌ها. حتی خاطرم می‌آید که کتاب منطق مرحوم خدا رحمتشان کند، آقای دکتر شهابی را از ایران برای من فرستادند. در کل، در جریان کتاب‌های حقوقی کشور بودم. مجموعه هفت جلدی کتاب مرحوم آقای دکتر امامی را من در کتابخانه‌ام داشتم. مرحوم دکتر امامی چون تحصیلاتشان را در سوئیس گذرانده بودند و به زبان فرانسوی هم آشنا بودند، ضمن اینکه مجتهد و فقیه بودند، اصطلاحات و معادل‌ها را خیلی خوب در کتابشان به کار می‌بردند. بقیه کتاب‌ها را هم به همین شکل مطالعه می‌کردم. فی الواقع، من با کتاب‌های حقوقی دانشکده حقوق بیگانه نبودم. هنوز هم خیلی از آن کتاب‌ها را یادگاری نگه داشته‌ام.

با توجه به اینکه شما فعالیت‌های گسترده‌ای در خصوص رساله دکتری انجام داده‌اید، به نظر شما هدف رساله دکتری چیست؟

من در طول زمان بیشتر و بیشتر با نظام‌های آموزشی کشورهای اروپایی آشنا شدم و پی بردم که کسانی که در دوره‌های دکتری تحصیل می‌کنند، قصد پژوهش و آموزش دارند. یا آموزش در مدارس عالی که در کشورهای خارجی کم نیستند، یا آموزش در دانشگاه‌ها. در غیر این صورت، خود را بی‌نیاز از تحصیل در دوره دکتری می‌دانستند. چون در خارج از کشور با مدرک کارشناسی یک فرد می‌توانست قاضی، وکیل دعاوی یا سردفتر شود یا حتی استخدام وزارت امور خارجه شود. میزان دانشی را که اقتضای برخی از سمت‌ها را می‌کرد فرا گرفته بودند. دقت می‌کنید، بنابراین، ضرورت بیشتری برای تحصیلات تکمیلی نبود. البته هرکس بیشتر پیش می‌رفت، امتیاز بیشتری کسب می‌کرد. ولی در دوره دکتری معمولاً با این امید مطالعات را ادامه می‌دهند که بعدها وارد مسیر آموزش و پژوهش شوند. البته ما

استادانی داشتیم که هر دو خصوصیت را داشتند یعنی هم استاد خوبی بودند در تدریس و هم سمت‌های قضایی داشتند. استادهای ما برای مثال، قاضی دیوان عالی کشور، دادستان پیشین کل کشور و قاضی تجدیدنظر بودند. استادان خوبی بودند، کتاب داشتند و در کارهای قضا هم دست داشتند.

رساله‌های دکتری حال حاضر در ایران را چگونه ارزیابی می‌کنید؟ آیا به کیفیت سابق هستند؟

متأسفانه باید عرض کنم که در این سال‌ها، در این دو دهه یا سه دهه، ما در یک سرآشویی مهلکی افتادیم. مدرک‌گرایی و داشتن عنوان دکتری که ما را برای نیات دیگری، از نردبان بالا ببرد، مثلاً برای فلان سمت اجرایی که گاه مشخص می‌شود، بعضی از این مدارک جعلی است. ما در کشورهای خارجی هم می‌دیدیم که بعضی از اتباع بیگانه مدارک جعلی داشتند. برخی مدرک دکتری دارند از فلان دانشگاه اروپایی ولی حتی چند کلمه هم انگلیسی یا فرانسوی بلد نیستند.

کسانی که نظارت می‌کنند به همین صورت مدرک گرفته‌اند. باید پرسید، این افراد اصلاً صلاحیت این را داشته‌اند که این درجه را به فرد دیگری بدهند؟ در کشورهای خارجی این یک افتخار بزرگی است که من مدرک دکتری خودم را از دست فردی بگیرم که صلاحیت تایید دکتری من را دارد. او پای این مدرک امضا زده است و میزان دانش من را تایید کرده است. برای فردی که این مدرک را اخذ می‌کند این یک افتخار بزرگ است که مثلاً من مدرکم را از استادی اخذ کردم که برنده جایزه نوبل شده است. یکی از دوستان من که باهم در یک دبیرستان درس می‌خواندیم، ایشان مدرک دکتری خود را از دست کسی گرفته بودند که برنده نوبل شیمی بود. این افتخار بزرگی است که چنین شخصیتی یک دانشجو را تایید می‌کند. البته این حرف‌های من برای زمان قدیم است و الان در جامعه روابط به نوعی دیگر شکل گرفته است. اما همچنان در خارج از کشور به این شکل است که این سنت‌ها حفظ شود.

در ایران هم هستند کسانی که رساله دکتری می‌نویسند برای دانشجویان. ممکن است کسی هم این رساله‌ها را نخوانده باشد یا حتی در جلسه دفاع سوالی نپرسیده باشد. متأسفانه این خیانت بزرگی است که به علم شد و موجب شد که کسانی که از جهات بسیار آمادگی دارند که در سطوح عالی رشد کنند، کار را زمین بگذارند و بروند. هر انسانی، این بی‌عدالتی را ببیند که کسی با کمترین تلاش و فقط کمی پول می‌تواند فلان مدرک را بگیرد و به واسطه‌ی آن مدرک، فلان پست را بگیرد، ناامید و مایوس می‌شود. فرقی نمی‌کند، چه در رشته‌های فنی و مهندسی، چه در رشته‌های علوم انسانی. اگر روزی قرار باشد به حساب این مدارکی که دانشگاه‌ها صادر کردند رسیدگی شود، فکر می‌کنم هشتاد درصد بی‌اعتبار باشند. چه در دوره‌های کارشناسی و کارشناسی ارشد و چه در دوره دکتری. شما اگر به کتابخانه‌های دانشکده‌ها بروید، رساله‌های دکتری آن‌جا موجودند. یک نگاهی به رساله‌ها بیندازید. واقعیت این است که کسی نظارت واقعی نکرده و یا آن

تجربه حضور در دادگستری چگونه بود؟

من مدت زیادی در دادگستری نبودم. سال‌های اول انقلاب که سال‌های بهم ریختگی و هرج و مرج بود، من وارد دستگاه قضا شدم. چون متناسب با رشته‌ی من بود حدود ۹ ماه سرپرست کانون اصلاح و ترتیب تهران بودم و مدتی هم کارشناس سازمان زندان‌ها بودم که عمر زیادی نداشت. به این علت که من خودم را نه در قامت قاضی و نه وکیل می‌دیدم. احساس نمی‌کردم که این سمت‌ها تناسبی با روحیات بنده داشته باشد و بلافاصله همان راهی که باید می‌آمدم را ادامه دادم و وارد دانشگاه شدم. من هیچ‌وقت علاقه‌ای به قضاوت یا وکالت نداشتم و از این جهت احساس غبن نمی‌کنم.

اکثر دانشجویان حقوق بیشتر از قضاوت به وکالت علاقه دارند؟ شما هیچ‌گاه وکیل نبودید؟

هیچ‌گاه. چهل سال پیش وکالت یک سرو سامان و یک شأنی داشت. بعد از آن وضعیتی ایجاد کردند که وکالت را به دو شقه تقسیم کردند و به این آشفتگی دامن زدند. می‌گفتند وکالت

دولتی و غیردولتی. اکنون نگاه کنید همه جا وکیل هست و اصلاً وکیل دارالوکاله‌ای ندارد. وکیل رو به روی دادگستری قدم می‌زند. آن زمان وکالت یک نظامی داشت، ولی بعدها از بین رفت.

انگیزه مادی برای وکالت نداشتید؟

خیر. هیچ‌وقت. انگیزه مادی است که ما را به این فساد و فلاکت کشانده است. خدا را شکر همیشه احساس بی‌نیازی می‌کردم. همیشه یک زندگی متعارفی داشتم و راضی بودم. بیشتر هم نمی‌خواستم. بیشتر را می‌خواستم چه کار کنم؟ مثلاً در لواسانات کاخ بسازم؟ یا مثلاً در جنوب فرانسه ویلا بخرم؟ می‌شود اینطوری هم انسان ساخت که ساختیم. خدا را شاکرم و سلامتی را نعمت بسیار بزرگی می‌دانم و تا جایی که بتوانم به کار معلمی مشغول هستم.

در کودکی که معلم‌های خود را در مدرسه می‌دیدید، رویای معلمی داشتید؟

خیر. من معلم‌های خیلی خوبی داشتم.

وجود دارد یا چه رشته‌ای وجود دارد و در آن رشته نیاز به استاد وجود دارد یا خیر. آن‌ها نیازها را بررسی می‌کردند و شما را راهنمایی می‌کردند. ممکن بود مثلاً بگویند به تخصص شما نیاز داریم، منتها در تبریز یا زاهدان، شما تمایل دارید که به تبریز یا زاهدان بروید؟ این چنین بود یعنی نیازسنجی می‌کردند و بعد جا یابی می‌کردند. آن زمان دو دانشکده حقوق بیشتر وجود نداشت. دانشگاه تهران و دانشگاه شهید بهشتی. دانشگاه شیراز هم در حال شکل‌گیری بود. اتفاقاً یکی از گزینه‌های من دانشگاه شیراز بود و اتفاقاً رئیس دانشکده آن جا از آمدن من استقبال کرد.

در دبستان همه نوع معلم داشتیم که مثلاً با دانش‌آموز ملایم باشند یا سخت‌گیری کنند ولی اینکه یک خصوصیت و منشی من را جذب معلمی بکند، اینطور نبود. آن زمان خیلی به این فکر نبودم.

چرا دانشگاه شهید بهشتی؟

من سال ۱۳۶۲ آمدم دانشگاه. ایامی بود که دانشگاه‌ها سه سال تعطیل بود. آن سال‌ها به این صورت بود که اگر کسی قصد داشت وارد دانشگاه بشود باید از طریق وزارت علوم اقدام می‌کرد. یک بخش‌گزینه‌ش در وزارتخانه وجود داشت که متقاضیان باید در آن‌جا پرونده خود را تکمیل می‌کردند. وزارتخانه نیازهای کشور را می‌دانست که در چه نقاطی دانشگاه



هرچیزی که در من انگیزه‌ای ایجاد می‌کرد، من بلافاصله شور و هیجان پیدا می‌کردم که یاد بگیرم. دوست دارم بسیاری از مسائل را تجربه بکنم و بیاموزم. مثلاً من در دوران تحصیل در بلژیک، به ورزش‌های رزمی علاقه‌مند شدم. من الان در رشته‌ی آی‌کی‌دو کمر بند مشکی دارم. همینطور در کاراته چند کمر بند دارم. آی‌کی‌دو با روحیات من بیشتر سازگار بود، به این علت که بر خلاف ورزش‌های دیگر هنر رزمی دفاعی است. در آنجا بسیار منظم و مرتب هفته‌ای دو روز آموزش می‌دیدم. به طور کلی، در بسیاری از کارها کنجکاو بودم و سعی می‌کردم آن‌ها را یاد بگیرم. همین الان در منزل مجموعه‌ای از گیاهان متعدد دارم. هرکسی به خانه‌ی من می‌آید تعجب می‌کند ولی من علاقه دارم و با این موجودات زنده زندگی می‌کنم. این گیاهان با من زندگی می‌کنند و من باید به نیازهای آن‌ها توجه کنم. با یکدیگر صحبت می‌کنیم، آن‌ها به زبان خودشان و من به زبان دیگر.

ولی پرونده من آمد زیر دست آقای دکتر افتخار جهرمی. **رئیس دانشکده بودند آقای دکتر افتخار جهرمی؟** بله. ایشان رئیس دانشکده بودند. فی‌الواقع، وقتی آقای دکتر افتخار مدارک من را دیدند و بعد در جلسه‌ای در گزینش با ایشان و دیگران صحبت کردیم، ایشان نگذاشتند من جایی بروم. این نکته را هم عرض کنم، در آن زمان مقررات پیش بینی کرده بود که متقاضی باید دو نیم‌سال در خارج از تهران تدریس کند. نمی‌دانم به چه مناسبت این دو نیم‌سال پیش بینی شده بود. مقرر شده بود که دو نیم‌سال خارج از تهران تدریس کنم ولی عملاً امکان پذیر نبود. این امر متنفی شد و این شد که من بلافاصله وارد دانشگاه شهید بهشتی شدم.

بسیاری از دانشجویان حقوق به اصطلاح تک بعدی زندگی می‌کنند، ولی شما علاوه بر فراگیری چند زبان روز دنیا، نوازنده تار و ویولن هم هستید. تاثیرات ابعاد غیرحقوقی زندگی بر شکل‌دهی شخصیت شما به عنوان یک حقوقدان چگونه بود؟

این گفت‌وگو با خود، به نظر یک امتیاز است. انسان‌هایی که به خود حساب پس می‌دهند و از خود توقع دارند، این انسان‌ها می‌توانند موانع را کنار بگذارند و پیروز شوند. حالا ممکن است من دقیقاً به جایی که می‌خواستم نرسیده باشم، بله. اگر انسان احساس نقص نکند، دیگر تلاشی نیست. اشتباه این است که که انسان فکر کند که عالم همه چیز است و از همه چیز احساس بی‌نیازی کند.

بسیاری از افراد بعد از کسب دستاوردهای مختلف انگیزه خود را از دست می‌دهند و احساس پوچی می‌کنند. انگیزه شما برای تلاش و کوشش چیست؟

ببینید من احساس می‌کنم انسان جست‌وجوگری هستم. دوست دارم فعال باشم و کارهای مختلف را انجام دهم. برای شما شاید خیلی عجیب باشد، من خیلی از کارهای منزل را مثل سیم‌کشی، نصب روشنایی، دستگاه‌های برقی و بخاری را تا آن جایی که بتوانم خودم انجام می‌دهم.

ببینید این شور زندگی است. توانایی‌ها و ظرفیت‌های افراد متفاوت است. ذهن و مغز انسان‌ها ممکن است از لحاظ وزنی یک یا دو گرم با فرد دیگر متفاوت باشد اما حال و روز آن زمین است تا آسمان. چیزهایی که در ذهن افراد می‌گذرد متفاوت است. اینکه من چه خواسته‌هایی دارم، آرمان‌های من چه بوده، آیا به آن‌ها رسیده‌ام یا خیر، اینکه برای رسیدن به آن‌ها چه میزان تلاش کردم، موفقیت‌ها و ناکامی‌های من چه بوده، آدم فعالی بودم یا منفعل، این‌ها برای هر فرد متفاوت است. من هیچ‌گاه انسان منفعلی نبودم. اگر شکست می‌خوردم، عقب نمی‌نشستم. حتماً شنیده‌اید که می‌گویند بعضی شکست‌ها موجب پیروزی است. انسان جهشی پیدا می‌کند برای کنار گذاشتن مانع. من اتفاقاً انسانی هستم که ناکامی در من چنان جهشی ایجاد می‌کند که گاهی از شوق مریض می‌شوم. با خودم می‌گویم این کاری که من نتوانسته‌ام انجام بدهم و آن‌چه را که می‌خواستم به دست نیاورده‌ام یعنی خودم را نشناخته‌ام، چون من می‌توانستم.

متفاوت است، برخی شکننده هستند و زود مایوس می‌شوند و ممکن است شکست خوردن برای آن‌ها آثار زیان باری داشته باشد. در انسان‌ها تفاوت‌های زیادی وجود دارد، با این حال، به نظر من به پوچی رسیدن ارتباطی به کارهای حرفه‌ای ندارد.

توصیه شما برای دانشجویان حقوق؟

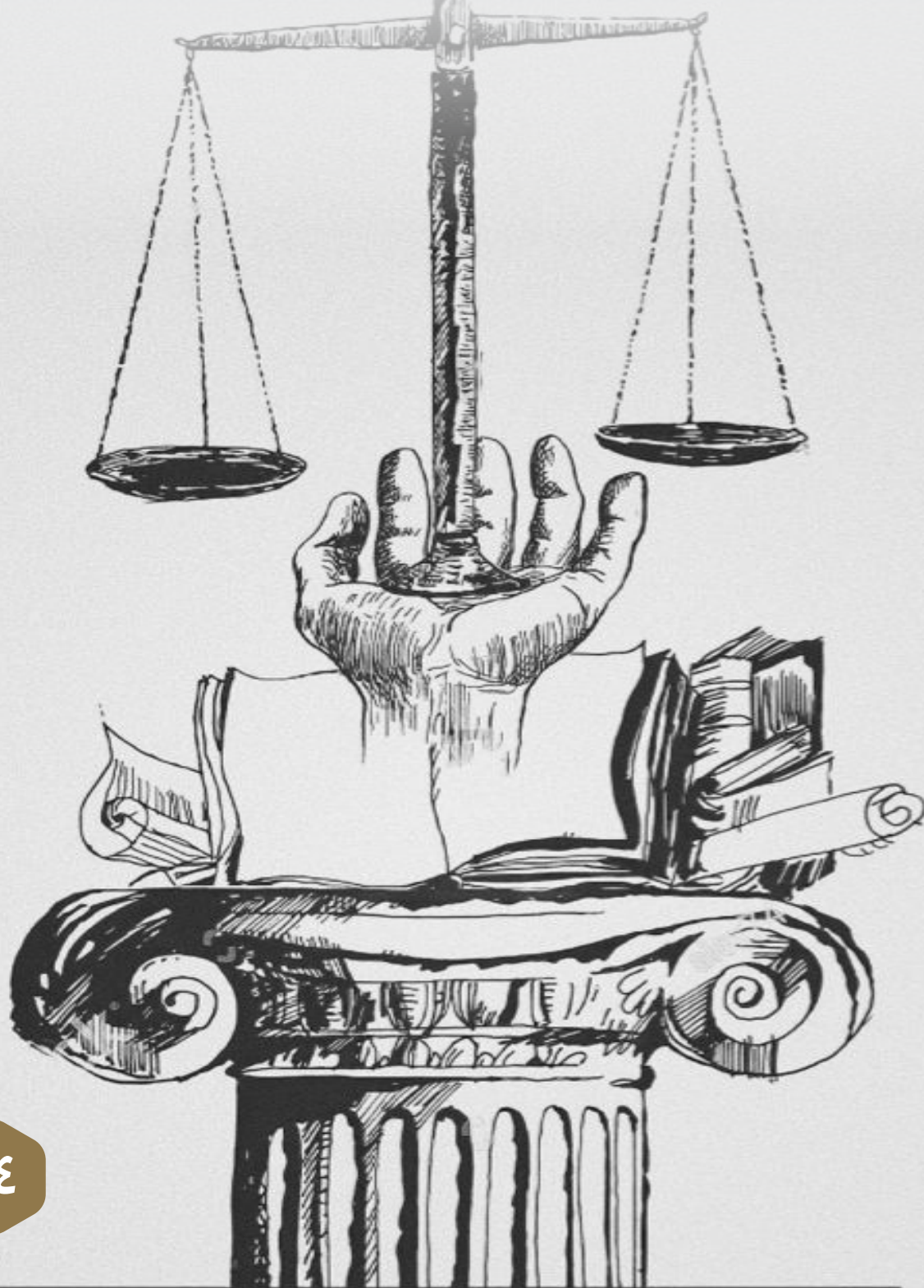
نمی‌توان به دانشجوی حقوق توصیه کرد و گفت چه کار باید بکند یا نکند. امروزه در کشور ما راه‌های مختلفی در انتخاب زندگی آینده وجود دارد. این خواسته در همه‌ی ما وجود دارد که کارهای مختلفی انجام دهیم ولی در این مسیر، موانعی وجود دارد. از نظر من دانشجوی حقوق مسیر خود را انتخاب کرده است. وقتی که رشته‌ی حقوق را انتخاب کرده است، طبعاً می‌خواهد در این مسیر زندگی خود را تعیین بکند. انتخاب‌های دانشجویان مشخص است. با فرض اینکه فرد دانشجوی ساعی و موفقی باشد، انتخاب او معلوم است. اکنون دانشجویان حقوق ما چه می‌کنند؟ نیازی به توصیه نیست.

تمام ابزار آن را هم دارم. گاهی هم نمی‌توانم مثلاً ماشین لباس‌شویی منزل خراب شد و خواستم آن را تعمیر کنم دیدم از علم من خارج است ولی انقدر شوق و اراده در من هست برای یادگیری که اگر کسی باشد که به من یاد دهد، من با شوق یاد می‌گیرم. الان هم اگر جسمم یاری کند هنوز شوق یادگیری در من هست. چون همیشه در خود نقص می‌بینم و دنبال کمال هستم. من تلاش می‌کنم که آن نقص را تکمیل کنم. اگر دانش است، آن را بیاموزم یا اگر تجربه است، آن را در عمل کسب کنم. ببینید این‌ها چیزهایی است که در عموم انسان‌ها متفاوت است. به نظر من اینکه بعضی افراد احساس پوچی می‌کنند، اشکال در جای دیگری است. رسیدن به برخی مشاغل فرضاً وکالت یا قضاوت (اگر دستاورد تلقی شوند) ارتباطی به انگیزه و به پوچی رسیدن افراد ندارد. ایراد این افراد در موضوعات دیگر است. ممکن است یک وکیل یا یک پزشک خودکشی کند. این‌ها حالات و مسائل دیگری است که ارتباطی به شغل آن‌ها ندارد. روحیات افراد

اینکه چهارسال در یک دانشکده درس خوانده است و صد و چهل واحد را گذرانده است، تصور کند که با این میزان دانش حقوقدان شده است، خیر. اینطور نیست. حقوق‌خوان شده است، ولی باید بیشتر و بیشتر تلاش بکند. مقدمات را یاد گرفته است ولی باید باز هم بیاموزد و اطلاعات خود را غنی کند. در هر کاری هم بلافاصله می‌بیند، اگر بخواهد وکیل شود، باید کارآموز وکالت شود. بخواهد قاضی شود، باید کارآموز قضاوت شود. حتی بعد از طی کردن دوره‌های کارآموزی، اولین روزی که پشت میز می‌نشیند و می‌خواهد پرونده را مطالعه کند باز نیاز به یادآوری مطالب دارد. در هر حال، شما بی‌نیاز از یافتن بیشتر و بیشتر نیستید. همواره این احساس در درون شما باشد که کافی نیست و باز باید بخوانید و بدانید تا به سطح معقولی برسید. مثلاً مراتبی را طی کنید و وارد دیوان عالی کشور بشوید. آن‌جا معلوم می‌شود شما چه کسی هستید و مطالعه شما چه بوده است. البته که در آن مقام هم بی‌نیاز از مطالعه نیستید.

خودشان راه را انتخاب می‌کنند. در زندگی حرفه‌ای آن‌ها عرض می‌کنم، نه زندگی شخصی آن‌ها. در زندگی حرفه‌ای باید قاضی یا سردفتر یا وکیل یا کارمند دولت یا مشاور حقوقی در نهادهای مختلف شوند که خیلی مهم است به نظر من. این انتخاب به علاقه‌مندی انسان برمی‌گردد. دانشجویهایی بودند که رفتند به سمت کار قضا و بعد از مدتی خارج شدند به دلایل مختلف. مثلاً تصور آن‌ها در ذهنشان با آن‌چه که در این سال‌ها دیدند، متفاوت بوده است. بعضی‌ها وکیل شدند. بعضی‌ها با همان مدرک لیسانس حقوق در ادارات دولتی استخدام شدند. من توصیه‌ام این‌ها نیست. این‌ها انتخاب‌هایی است که نمی‌توان گفت کدام بهتر است. آن‌چه، من می‌توانم به دانشجویان حقوق توصیه کنم، این است که از مطالعه و اندوختن غافل نشوند. به نظر من لفظ «فارغ‌التحصیلی» گمراه‌کننده است. ما هیچوقت از تحصیل فارغ نمی‌شویم. دانشجوی حقوق باید قبول بکند که همیشه چیزهایی وجود دارند که باید بیاموزد. نباید به

توصیه من این است که دانشجو بالاخص دانشجوی حقوق باید احساس کمبود را در خودش تقویت کند. یعنی بگوید چیزهایی هست که من باید بدانم و بیاموزم و به چند کتاب و جزوه کفایت نکند. درست است که وکیل یا قاضی هستم، اما دائم نیاز به یادگیری دارم. باید بتوانید خود را ثابت کنید و این امر فقط با مطالعه بیشتر و بیشتر محقق می شود. امیدوارم همیشه موفق و سلامت باشید.





حقوق بین الملل

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

مسئله توزیع بیمارستانی داروها در پرتو اسناد حقوق بشری



نشریه فرداد



مسعود شاه‌پرست^۱
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل
دانشگاه خوارزمی



پرهام قصلانی^۲

فارغ‌التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی،
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه
علامه طباطبائی



چکیده

موضوع این مقاله در خصوص پدیده‌ای تحت عنوان توزیع بیمارستانی داروها به عنوان پدیده‌ای تأثیرگذار بر حقوق بنیادین بشر است که طی آن برخی از اصول و قواعد حقوق بشری نقض می‌شود. توزیع بیمارستانی به معنای محدودسازی دسترسی به داروها فقط از طریق مراکز درمانی خاص است که می‌تواند با اصولی نظیر برابری، عدم تبعیض، حق سلامت و حق توسعه در تضاد باشد. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی ضمن بررسی دفاعیات کشورها و شرکت‌های دارویی به تحلیل تعارضات موجود میان این شیوه توزیع با اسناد حقوق بشری بین‌المللی می‌پردازد. همچنین رویه‌های تطبیقی از کشورهایمانند هند، برزیل و آفریقای جنوبی بررسی شده و به آرای نهادهای قضایی بین‌المللی مانند سازمان جهانی تجارت^۳ و دیوان اروپایی حقوق بشر^۴ استناد شده است.

۱. masoodshahparast@gmail.com

۲. gmail.com@Parham.ghaslani۸۰

۳. World Trade Organization (WTO)

۴. European Court of Human Rights (ECtHR)



مسعود شاه پرست

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل
دانشگاه خوارزمی



پرهام قصلانی

فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی،
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه
علامه طباطبایی



چکیده

هدف از این پژوهش تبیین ابعاد حقوقی این روش توزیع و ارائه راهکارهایی برای پاسخگویی مؤثرتر حقوقی و بین المللی است. بعلاوه از آنجایی که هر پژوهش باید دستاوردی داشته باشد تا بتوان آن را مفید دانست و یا اصولاً بتوان آن را پژوهش نامید؛ دستاورد این پژوهش نیز از حیث تئوری می تواند ایجاد یک رویه علمی برای مقابله با این اتفاق باشد. از حیث عملی نیز همانطور که گفته شد در صورت ایجاد رویه مزبور و آگاهی مردم می توان دستاورد این پژوهش را توقف توزیع داروها به این روش دانست.



مقدمه

با توجه به اینکه بحث توزیع بیمارستانی داروها بحثی کمتر شنیده شده است؛ ضروری است که نخست تعریفی از مفهوم توزیع بیمارستانی داروها ارائه شود. توزیع بیمارستانی داروها نوعی رویه انحصاری در ارائه داروهاست که در آن دسترسی تنها از طریق تجویز در بیمارستان و معمولاً در صورت بستری بودن بیمار ممکن است^۵ و داروها حتی در داروخانه نیز در دسترس عموم قرار نمی‌گیرد. نمونه بارز این روش دوره شیوع بیماری کرونا بود؛ که طی آن داروهای درمان این بیماری فقط در بیمارستان‌های خاص و در صورت مثبت شدن تست کرونا و بستری در آن بیمارستان به بیماران ارائه می‌شد^۶. این شیوه هر چند ممکن است دلایلی فنی یا اقتصادی داشته باشد، اما در عمل دسترسی گسترده و برابر به داروهای حیاتی را محدود می‌کند. در این پژوهش با تکیه بر قواعد آمره حقوق بین‌الملل تلاش می‌شود تا فرضیه مقاله مبنی بر اینکه این شیوه نقض حقوق بشر است آزمون و تحلیل شود.

۵. Médecins Sans Frontières (MSF). "What are the barriers to expanding access to medicines and medical care?", <https://msfaccess.org/lives-edge-time-align-medical-research-and-development-peoples-health-needs/>

۶. Rodrigues, António T., et al. "Value of community pharmacy dispensing of hospital-only medicines during the COVID-19 pandemic: A single-arm, before-and-after study in Portugal." ۳۳. *Research in Social and Administrative Pharmacy* ۱۸, no. ۲۶۲۸-۲۶۲۱: (۲۰۲۲) ۴.



مقدمه

اما توزیع داروها به این روش پیش از شیوع ویروس کرونا رایج بوده و پس از آن نیز ادامه دارد و در اکثر موارد داروهایی که به تازگی تولید شده‌اند به این روش توزیع می‌شوند؛ همین نکته روزآمد بودن این موضوع را تأیید می‌کند. هدف از این پژوهش این است که با بررسی علل و دفاعیات عوامل این اتفاق از یک سو و بررسی نقض‌های حقوق بشری که این اتفاق به دنبال دارد، به این نتیجه برسیم که آیا این مسئله باعث نقض حقوق بشر می‌شود یا خیر و از آنجا که قواعد حقوق بشری در زمره قواعد آمره حقوق بین‌الملل هستند؛ بررسی این موضوع اهمیت آن را ایجاب می‌کند. فرضیه پژوهش نیز این است که این اقدامات نقض حقوق بشر است.

این پژوهش در سه بخش سازماندهی خواهد شد. در بخش نخست به جنبه‌های شکلی این پدیده خواهیم پرداخت، ابتدا با بررسی علل و دلایل انجام این عمل و دفاعیاتی که برخی از آنها ارائه می‌دهند و همچنین توضیحی در خصوص انواع داروهایی که این اتفاق در مورد آنها می‌افتد به سراغ بخش دوم خواهیم رفت که در خصوص جنبه‌های ماهوی یا حقوقی این پدیده است که شامل بررسی اسناد مختلف حقوق بشری و تطبیق آن با این عمل به عنوان نقض حقوق بشر می‌شود. بخش سوم به تحلیل تطبیقی این مسئله در هند، برزیل و آفریقای جنوبی می‌پردازد. در آخر نیز با بیان نتیجه‌گیری این پژوهش به پایان می‌رسد.

بخش اول

جنبه‌های شکلی پدیده ی توزیع بیمارستانی داروها : (علل اتفاق، دلایل مرتکبین، نوع داروها)

قابل بررسی باشد؛ برای مثال نشان‌دهنده پیشرفت یک کشور و القای برتری آن بر سایر کشورها باشد. کشورها و شرکت‌های دارویی غالباً دو دفاعیه برای توزیع بیمارستانی داروها مطرح می‌کنند:

۱- تست داروها^۷

نخستین مطلبی که برخی ادعا می‌کنند، بحث تست داروها است. داروها در مرحله آزمایش بالینی هستند؛ به این معنا که داروها به این علت به صورت بیمارستانی توزیع می‌شوند که هنوز در مرحله تست هستند و امکان عرضه به صورت عمومی را ندارند.

نخستین مطلب این بخش در خصوص علت این عمل است؛ زمانی که یک دارو در یک کشور تولید می‌شود و آن دارو نه در داروخانه‌ها توزیع می‌شود و نه به بقیه کشورها فروخته می‌شود؛ بیمارانی که در سایر کشورها و یا حتی در سایر شهرهای آن کشور هستند برای دسترسی به آن دارو باید به بیمارستان مورد نظر بیایند. این اتفاق از لحاظ اقتصادی برای آن کشور بسیار مفید خواهد بود. برای مثال زمانی که بیمار در بیمارستان بستری شود هزینه‌هایی نظیر هزینه‌های سفر، بستری شدن، اقامت و... را دارد؛ زمانی که این هزینه‌ها در تعداد بیماران و بیمارستان‌ها و داروها ضرب شود رقم هنگفتی به دست خواهد آمد. این منفعت مالی، نه تنها یک دلیل برای این رویه است، بلکه به یک مانع پایدار در برابر تحقق حقوق بشر تبدیل می‌شود.^۷ این موضوع فقط جنبه اقتصادی این اتفاق است؛ این موضوع می‌تواند از سایر جنبه‌ها نیز

۷. Access to Medicine Foundation. "Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement." ۲۰۲۰.

۸. Médecins Sans Frontières (MSF). "Failing to deliver for diseases that aren't sufficiently lucrative.", <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/focus/global-access-to-medicine>

۲- حفظ مالکیت فکری و جلوگیری از تولید غیرقانونی

دومین دفاعی که کشورها و شرکت‌های تولیدکننده داروها به آن استناد می‌کنند، مالکیت فکری است؛ یعنی بیان می‌دارند که چون فناوری و فرمول تولید دارو را کشف کرده‌اند علاقه‌ای به توزیع دارو به صورت عمومی در داروخانه‌ها ندارند چرا که احتمال آن وجود دارد که پس از مدتی سایر شرکت‌ها و کشورها بتوانند مثلاً با مهندسی معکوس آن دارو را تولید کنند که این مسئله به ضرر این شرکت است. در همین رابطه پرونده‌ای در سازمان جهانی تجارت مطرح شد که طی آن اتحادیه اروپا ادعا کرده بود که کانادا اجازه تولید و فروش داروهای جدیدش را به سایر کشورها داده است؛ که این نقض قواعد مربوط به مالکیت فکری است؛ در خصوص دارو رقبای یک شرکت اجازه تولید داروهای جدید سایر شرکت‌ها را در صورت توان دارند؛ اما اجازه فروش آن‌ها را ندارند که دیوان این ادعای اتحادیه اروپا را رد می‌کند.^{۱۰}

البته این ادعا ادعای درستی نیست زیرا در همه کشورها نهادی وجود دارد که داروی تولید شده را تأیید می‌کند تا بتواند مجوز توزیع به بیماران را بگیرد و یا اگر نیاز به گرفتن مجوز برای تست بر روی انسان‌ها باشد این تست یک دوره زمانی خواهد داشت. به عنوان مثال سازمان غذا و دارو در ایران و در آمریکا زمانی که دارویی در بیمارستان توسط پزشک تجویز می‌شود و در اختیار بیمار قرار می‌گیرد قطعاً از مرحله تست گذر کرده است و توسط نهاد مربوطه به تأیید رسیده است که اجازه تجویز آن برای بیمار داده شده است؛ بنابراین نمی‌توان این ادعایی که برخی موافقان این عمل به آن استناد می‌کنند را پذیرفت. این رد دفاعیه، نشان‌دهنده یک توجیه فریبنده است که با ارائه توزیع به عنوان «مرحله آزمایش»، شرکت‌ها ممکن است از نظارت‌های گسترده‌تر یا تعهدات بهداشت عمومی مرتبط با داروهای کاملاً تأیید شده، شانه خالی کنند.^۹

۱۰. WTO Dispute DS۱۱۴: Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products.

۹. WHO. "WHO guideline on balanced national controlled medicines policies to ensure medical access and safety." ۲۰۲۰.

استفاده اجباری و اقدامات برزیل و آفریقای جنوبی در بحران HIV/AIDS نشان می‌دهد که می‌توان بین منافع تجاری و حق سلامت توازن برقرار کرد^{۱۴} و از «انعطاف‌پذیری‌های تریپس»^{۱۵} مانند اعطای مجوز اجباری و واردات موازی استفاده نمود.

رای دادگاه به خوبی اثبات‌کننده ادعای ما در این پژوهش است که در زمینه دارو و به خصوص این روش توزیع دارو استناد به مباحث مالکیت فکری نمی‌تواند توجیه مناسبی باشد. بعلاوه در سلسله مراتب قواعد حقوقی مالکیت فکری در ذیل قواعد آمره بین‌المللی قرار دارند^{۱۱}. بنابراین در جایی که یک قانون مالکیت فکری با قواعد آمره در تضاد باشد نمی‌توان برای برائت از عمل متخلفانه صورت گرفته به آن استناد کرد. این تعارض میان مالکیت فکری و حقوق بشر در دسترسی به دارو، صرفاً یک اختلاف حقوقی نیست، بلکه بازتاب‌دهنده یک کسری حکمرانی جهانی است که در آن منافع تجاری، اغلب بر بهداشت عمومی اولویت می‌یابند^{۱۲}. هر دو دفاعیه با ملاحظات حقوق بشری در تعارض‌اند. بر اساس قواعد سازمان جهانی تجارت حق دسترسی به داروهای ضروری در مواقع بحرانی بر قواعد مالکیت فکری مقدم است^{۱۳}. رای سازمان جهانی تجارت در پرونده کانادا علیه اتحادیه اروپا (DS۱۱۴) مؤید آن است، همچنین تجربه کشورهایمانند هند در صدور مجوزهای

۱۱. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰.

۱۲. "Decolonizing Human Rights Law in Global Health: The Impacts of Intellectual Property Law on Access to Essential Medicines: A Perspective from the COVID-۱۹ Pandemic." Asian Journal of International Law ۳۶, no. ۱ (۲۰۲۴): ۲۳۵-۲۵۸.

۱۳. IFPMA. "Trade and Health Agenda: A Meaningful World Trade Organization Roadmap to Strengthen Global Health."

۱۴. Médecins Sans Frontières (MSF). "Failing to deliver for diseases that aren't sufficiently lucrative."

۱۵. Trips flexibilities

مورد انواع و مقادیر داروهایی که به طور انحصاری از طریق بیمارستان‌ها توزیع می‌شوند، به مثابه یک راهبرد عامدانه برای پنهان‌کاری عمل می‌کند و مانع از نظارت عمومی و بین‌المللی بر پیامدهای حقوق بشری چنین رویه‌هایی می‌شود^{۱۶}.

۱۶. Access to Medicine Foundation. "Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement." ۲۰۲۰.

WHO. "WHO Reports on Access to Medicines" (۲۰۲۲).

۱۷. Access to Medicine Foundation. "Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement." ۲۰۲۰.

WHO. "WHO Reports on Access to Medicines" (۲۰۲۲).

علاوه بر این، بخش عمده‌ای از تحقیق و توسعه داروها، به‌ویژه در موارد بحرانی مانند واکسن‌های کووید-۱۹، با بودجه عمومی تأمین می‌شود^{۱۷}، که این امر ادعای انحصار مطلق مالکیت فکری را تضعیف می‌کند و لزوم دسترسی عادلانه را تقویت می‌نماید.

در خصوص نوع و تعداد داروهایی که به این روش توزیع می‌شوند به طور کلی نمی‌توان اطلاعات دقیقی را بیان داشت؛ چرا که اصولاً روشی که بیماران از وجود این داروها مطلع می‌شوند به نحوی متفاوت از سایر داروها است. مثلاً در کنفرانس‌هایی که در خصوص یک بیماری در یک کشور برگزار می‌شود؛ پزشکان از سراسر دنیا در آن کنفرانس از وجود دارویی برای درمان بیماری مطلع می‌شوند و بیماران خود را برای درمان به آن کشور می‌فرستند. همین موضوع باعث می‌شود که امکان اطلاع دقیق از اسم داروها، تنوع داروها و بیماری‌های قابل درمان توسط این داروها در دسترس نباشد. به این موضوع در بخش بعد اشاره خواهد شد. این عدم شفافیت در

به طوری که در برخی مناطق دسترسی به ۸ تا ۴۱ درصد می‌رسد. گزارش‌های پزشکان بدون مرز نیز به طور مداوم نشان می‌دهد که هزینه‌های بالا، سیستم‌های ثبت اختراع محدودکننده و موانع جغرافیایی، دسترسی میلیون‌ها نفر به داروهای ضروری را مختل کرده و منجر به نیازهای حیاتی برآورده نشده می‌شود. برای مثال، گزارش‌های پزشکان بدون مرز از افغانستان نشان می‌دهد که هزینه‌های بالا و کمبود پول، موانع اصلی دسترسی به مراقبت‌های بهداشتی، از جمله هزینه‌های غیرمستقیم مانند حمل و نقل و اقامت، هستند که فقر گسترده را تشدید می‌کنند.^{۱۸}

۱۸. World Health Organization (WHO)

۱۹. Médecins Sans Frontières (MSF) / Doctors Without Borders

۲۰. Médecins Sans Frontières (MSF). "What are the barriers to expanding access to medicines and medical care?"

۲۱. WHO. "Essential medicines." Fact Sheet. ۲۰۲۳.

۲۲. Médecins Sans Frontières (MSF). "Healthcare Barriers Afghanistan." ۲۰۲۳.

با این حال مطالعات سازمان‌هایی نظیر سازمان جهانی بهداشت^{۱۸} و سازمان پزشکان بدون مرز^{۱۹} نشان می‌دهند که عمده داروهای توزیع شده به این روش شامل داروهای جدید یا مرتبط با بیماری‌های همه‌گیر مانند HIV/AIDS و سرطان هستند.^{۲۰} محدودسازی این داروها باعث افزایش نابرابری در نظام سلامت جهانی می‌شود.

محدودسازی این داروها باعث افزایش نابرابری در نظام سلامت جهانی می‌شود. داده‌های سازمان جهانی بهداشت نشان می‌دهد که در بسیاری از کشورهای با درآمد پایین و متوسط، داروها ۲۰ تا ۶۰ درصد از هزینه‌های بهداشت و درمان را تشکیل می‌دهند و تا ۹۰ درصد جمعیت، هزینه‌ها را از جیب خود پرداخت می‌کنند، که این امر داروها را به بزرگترین قلم هزینه خانوار پس از غذا تبدیل می‌کند.^{۲۱}

بررسی‌های جهانی نیز نشان می‌دهد که دسترسی به داروهای ضروری اغلب کمتر از هدف ۸۰ درصدی سازمان جهانی بهداشت در هر دو بخش دولتی و خصوصی است،

است؛ و امروزه از اهمیت بالایی برخوردار هستند.

۱- اعلامیه جهانی حقوق بشر و رویه قضایی بین‌المللی

نخستین سندی که توزیع بیمارستانی داروها با آن در تعارض است و آن را نقض می‌کند اعلامیه جهانی حقوق بشر است که در سال ۱۹۴۸ منتشر شده است. ماده ۲۵ این اعلامیه بر حق بهره‌مندی از مراقبت‌های درمانی برای همه تأکید دارد. توزیع انحصاری بیمارستانی با این اصل در تعارض است. پاراگراف اول ماده ۲۵ این اعلامیه بیان می‌دارد که «همه افراد حق بهره‌مندی از استانداردهای زندگی که برای سلامتی و تندرستی خودش و خانواده‌اش کافی باشد را دارند؛ شامل غذا، پوشاک، مسکن و مراقبت‌های درمانی و خدمات اجتماعی مهم و همچنین حفاظت در برابر بیکاری، بیماری، ناتوانی، بی‌سرپرستی و ناتوانی در امرار معاش در شرایط خارج از کنترل شخص»^{۲۴}.

۲۴. "The Universal Declaration of Human Rights" (۱۹۴۸), art. ۲۵, para.۱.

در مقابل، تجربه پرتغال در طول همه‌گیری کووید-۱۹ نشان داد که اجازه توزیع داروهای انحصاری بیمارستانی از طریق داروخانه‌های اجتماعی، به طور قابل توجهی پایبندی بیماران را بهبود بخشید، رضایت آن‌ها را افزایش داد و منجر به صرفه‌جویی سالانه قابل توجهی (حدود ۲۶۲.۱ یورو برای هر نفر) از طریق کاهش هزینه‌های سفر و غیبت از کار شد^{۲۳} که این خود نمونه‌ای ملموس از بهبود دسترسی است.

۲۳. Rodrigues, António T., et al. "Value of community pharmacy dispensing of hospital-only medicines during the COVID-19 pandemic: A single-arm, before-and-after study in Portugal."

بخش دوم جنبه‌های ماهوی: نقض حق‌های بشری

توزیع بیمارستانی داروها نقض موارد متعددی از اسناد و اصول حقوق بین‌المللی و حقوق بشری است که در این بخش به آن‌ها اشاره خواهیم کرد. این اسناد شامل کنوانسیون‌ها و اعلامیه‌های حقوق بشری هستند که برخی از اصولی که به آن‌ها اشاره شد از دل همین اسناد بیرون کشیده شده

دسترسی همه مردم به داروها و همچنین حتی عدم دستیابی به حداقل استاندارد مورد نظر در این خصوص می‌شود^{۲۶}. بعلاوه از لحاظ جسمی نیز در صورت عدم دسترسی بیماران به داروهای مورد نیازشان سلامت آن‌ها به خطر می‌افتد. طبق تفسیر عمومی شماره ۱۴ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق بر سلامت شامل دسترسی بدون تبعیض به داروهای ضروری است. این تفسیر بر «دسترسی پذیری» (شامل عدم تبعیض، دسترسی فیزیکی، اقتصادی و اطلاعاتی) و «در دسترس بودن» تأکید دارد. مدل توزیع بیمارستانی مستقیماً هر چهار بعد دسترسی‌پذیری را تضعیف می‌کند.

۲۵. European Court of Human Rights.

"Factsheet - Health."

۲۶. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰

توزیع بیمارستانی داروها دقیقاً با بخش مراقبت‌های درمانی که در بالا به آن اشاره شد در تعارض است زیرا زمانی که در این ماده اشاره شده است که همه مردم در دنیا حق دسترسی به این استانداردها را دارند و با وقوع این اتفاق یعنی توزیع داروها به شکل بیمارستانی دیگر همه مردم به آن دسترسی ندارند و این مسئله در تعارض با این ماده قرار می‌گیرد.

در خصوص نقض حق‌های بشری، نخستین و به نوعی مهمترین حقی که می‌توان به راحتی گفت که توسط عمل توزیع بیمارستانی داروها نقض می‌شود حق حیات است چرا که قطعاً برخی از داروهایی که به این شکل توزیع می‌شوند داروهای بیماری‌های صعب‌العلاج هستند که مبتلایان به این بیماری‌ها در صورت عدم دسترسی به داروهای مورد نیاز فوت خواهند کرد^{۲۵}؛ و این مسئله باعث سلب حیات آن‌ها می‌شود.

دومین حقی که به آن اشاره خواهیم کرد، حق بر سلامتی است. این حق به موضوع حداقل استاندارد سلامتی برای همه مردم اشاره دارد که همانند نکته گفته شده در قسمت قبل توزیع داروها به این روش باعث عدم

ضروری، که به مرگ‌های قابل پیشگیری یا وخامت شدید سلامت می‌انجامد، می‌تواند نقض این تعهدات ایجابی محسوب شود.

پرونده‌هایی
Minister of Health v. Treatment
Action Campaign
در آفریقای جنوبی این حق را تأیید کرده‌اند و نشان می‌دهند که چگونه حقوق انتزاعی به اقدامات قضایی ملموس و مسئولیت دولت تبدیل می‌شوند.^{۲۷}

علاوه بر این، دیوان اروپایی حقوق بشر اگرچه حق مستقل «سلامت» را به رسمیت نمی‌شناسد، اما رویه قضایی آن، تعهدات ایجابی مهمی را بر دولت‌ها برای حمایت از حق حیات (ماده ۲) و تمامیت جسمانی (ماده ۸) در بافت مراقبت‌های بهداشتی تحمیل می‌کند. پرونده‌هایی مانند Valentin Câmpeanu علیه رومانی^{۲۸} در مورد مراقبت ناکافی از یک فرد دارای معلولیت ذهنی که منجر به نقض ماده ۲ شد، یا Sarishvili-Bolkvadze علیه گرجستان^{۲۹} در مورد نقض ماده ۲ به دلیل عدم رعایت وظایف نظارتی دولت (مانند اعمال پزشکی بدون مجوز یا پزشکان فاقد صلاحیت)، می‌توانند برای استدلال این نکته به کار روند که سیاست‌های دولتی منجر به محدودیت دسترسی به داروهای

۲۷. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰.

۲۸. Valentin Câmpeanu v. Romania, no. ۰۸/۴۷۸۴۰, ECHR ۲۰۱۲.

۲۹. Sarishvili-Bolkvadze v. Georgia, no. ۰۷/۱۹۹۹۸, ECHR ۲۰۱۸.

همچنین، نظریه‌های مشورتی و گزارش‌های دیوان بین‌المللی دادگستری^{۳۰} در مورد تعهدات دولت‌ها برای تضمین دسترسی به کالاهای ضروری، به‌ویژه در بافت‌های بشردوستانه یا مناطق اشغالی (مانند غزه)، اصل مسئولیت دولت برای تضمین نیازهای اولیه، از جمله تدارکات پزشکی، را تقویت می‌کند. برای مثال، نظریه مشورتی اخیر در مورد غزه بر تعهدات دولت‌ها، به عنوان قدرت اشغالگر، برای تضمین و تسهیل «تأمین بدون مانع اقلام ضروری برای بقای جمعیت غیرنظامی فلسطین»، که صراحتاً شامل تدارکات پزشکی است، تأکید می‌کند.^{۳۱} همچنین، نظریه مشورتی مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، دیوان محیط زیست را

«فضای زندگی، کیفیت زندگی و خود سلامت انسان» به رسمیت شناخت و آن را به رفاه عمومی بشر و برابری بین نسلی مرتبط ساخت که می‌تواند به طور غیرمستقیم از محیطی سالم و مساعد برای سلامت حمایت کند.^{۳۲} سومین حقی که این مسئله با آن در تعارض است در زمره نسل سوم حقوق بشر است؛ این نسل از حقوق، حقوق جمعی هستند و حق توسعه از میان آن‌ها در تعارض با این موضوع است. حق توسعه بیان می‌دارد که همه افراد باید در توسعه اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی همکاری کنند و از آن بهره ببرند.^{۳۳}

۳۰. International Court of Justice (ICJ)

۳۱. "ICJ Hearing Statement on behalf of the Secretary-General of the United Nations." UNRWA. ۲۰۲۴.

۳۲. International Court of Justice. "Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons."

۳۳. United Nations Declaration on the Right to Development (۱۹۸۶), art. ۲.

United Nations Resolution (۱۹۸۶) ۱۲۸/۴۱.



در خصوص این موضوع در جایی که بحث از بهره‌مندی همه افراد از توسعه به دست آمده می‌شود تعارض حاصل می‌شود. چرا که در مواقع توزیع بیمارستانی داروها دیگر همه مردم به داروی مورد نظر دسترسی ندارند. همچنین همانطور که پیش از این نیز به آن اشاره شد به این علت که اکثر داروهایی که به این روش توزیع می‌شوند؛ داروهای جدیدی هستند؛ می‌توان آن‌ها را نوعی دستیابی به توسعه تعبیر کرد و این حق را برای همه مردم در دنیا قائل شد که بتوانند به طور برابر به آن دسترسی داشته باشند. اعلامیه ۱۹۸۶ حق توسعه، دسترسی همگان به پیشرفت‌های علمی را تضمین می‌کند. انحصار داروهای جدید مانعی برای بهره‌مندی همگانی از پیشرفت‌های پزشکی است. حق توسعه، نه تنها به معنای دسترسی به پیشرفت‌های موجود است، بلکه مشارکت و بهره‌مندی عادلانه از پیشرفت‌های علمی آتی را نیز شامل می‌شود. توزیع انحصاری داروهای تازه تولید شده از طریق بیمارستان‌ها، مستقیماً با این اصل در تضاد است، زیرا منافع انحصاری را برای عده‌ای

۲- تعارض با اصول شناخته شده و کنوانسیون های بین‌المللی حقوق بشر

نخستین اصولی که این مسئله با آن‌ها در تعارض است اصل برابری و اصل عدم تبعیض هستند.

۳۴. Health Action International. "Access to essential medicines as a human right."

اصل برابری همانطور که از اسمش پیداست با تکیه بر ذات انسانی بر برابری همه افراد در همه امور اشاره دارد و همچنین بخشی از این برابری مرتبط با تقسیم عادلانه منافع و مسئولیت‌ها است.^{۳۵} پس کاملاً مشخص است که با وقوع توزیع بیمارستانی و محدودیت دسترسی مردم به داروها این اصل حقوق بشری نقض می‌شود. در خصوص اصل عدم تبعیض نیز بیان می‌دارد که هر شکلی از تبعیض اعم از قانونی یا عملی که بین مردم تفاوتی به طور مستقیم یا غیرمستقیم ایجاد کند ممنوع است.^{۳۶} همانطور که می‌دانید و واضح است توزیع داروها به روش بیمارستانی باعث ایجاد تفاوت عملی بین افراد می‌شود و قطعاً این اصل را نیز نقض می‌کند. توزیع بیمارستانی با اصول عدم تبعیض نژادی، اقتصادی و جغرافیایی در تضاد است. تجربه کشورهای در حال توسعه حاکی از آن است که این شیوه منجر به محرومیت گسترده مردم فقیر و مناطق محروم شده است. نکته مهم در خصوص این دو اصل این است که بنا به نظر بسیاری از حقوقدانان این دو اصل از دکترونی‌ترین اصول در

اصول در حقوق بشر هستند و به سبب تأکید بسیاری از حقوقدانان در نظریاتشان بر این دو اصل این دو هم اکنون در زمره مهمترین اصول حقوق بشری هستند. حتی ممنوعیت برخی از اشکال تبعیض مانند تبعیض نژادی در زمره ی قواعد آمره ی بین المللی است.^{۳۷}

اصل بعدی که نقض می‌شود اصل شفافیت است که در حقوق بشر به معنای دسترسی مردم به اطلاعات دولتی است.

۳۵. سید فاطمی، سید محمد قاری، «حقوق بشر معاصر»، چاپ هشتم، نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۰.

۳۶. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (۱۹۷۹), art. ۱۲.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰.

۳۷. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (commentary), article ۴۰, paragraph ۴, page ۱۱۲, (۲۰۰۱).

اما همانطور که در بخش قبلی مختصراً به آن اشاره شد این اتفاق درخصوص داروها نمی‌افتد و گزارش‌های سازمان‌هایی مانند سازمان جهانی بهداشت نشان می‌دهد که اطلاعات در مورد داروهای مشمول توزیع بیمارستانی محدود و غیرقابل دسترس است^{۳۸}. حتی تعداد داروها، بیماری‌هایی که با این داروها درمان می‌شوند و به طور کلی هیچ اطلاعات دقیقی نیز در رابطه با این روش از توزیع دارو مشخص نیست. پس کاملاً مشخص است که این موضوع در تضاد با اصل شفافیت است. این عدم شفافیت، صرفاً یک «خلاء داده» نیست، بلکه به مثابه یک راهبرد عامدانه برای پنهان‌کاری عمل می‌کند و مانع از نظارت عمومی و بین‌المللی بر پیامدهای حقوق بشری چنین رویه‌هایی می‌شود. تلاش‌های سازمان تجارت جهانی برای افزایش شفافیت در تجارت و حمایت سازمان جهانی بهداشت از افشای عمومی هزینه‌های تحقیق و توسعه و قیمت گذاری داروها^{۳۹}، نشان می‌دهد که شفافیت در سیاست‌گذاری دارویی یک رویه بین‌المللی شناخته شده و مطلوب است. پلتفرم‌هایی مانند Pat-INFORMED نیز برای شفافیت وضعیت ثبت اختراع داروها ایجاد شده‌اند. همچنین، در سطح ملی، نهادهایی مانند دفتر سیاست ملی کنترل مواد مخدر^{۴۰} در ایالات متحده، برنامه‌هایی برای افزایش شفافیت و دسترسی عمومی به اطلاعات مربوط به سیاست‌گذاری دارویی خود دارند.^{۴۱}

اصل مشارکت در تصمیم‌گیری نیز به این موضوع اشاره دارد که مردم کشورها باید در تمام تصمیمات دولت‌هایشان از تصمیمات کوچک تا بزرگ سهیم باشند و نظراتشان در این تصمیمات اعمال شود. از آنجایی که انسان‌ها ذاتاً بدون در نظر گرفتن مرزهای سیاسی خود را با یکدیگر برابر می‌دانند؛

۳۸.WHO. "WHO Reports on Access to Medicines" (۲۰۲۲).

۳۹.WTO. "Transparency in the WTO."

۴۰.ONDCP

۴۱.Office of National Drug Control Policy (ONDCP). "Transparency, Participation, and Collaboration Plan." ۲۰۱۰.

موجود برای سلامت جسم و روان دسترسی داشته باشند»^{۴۴}. در بخش‌های قبلی نیز به این نکته اشاره کردیم که اکثر این داروها داروهای تازه ساخته شده هستند و این مدل از توزیع آن‌ها باعث عدم دسترسی مردم به بالاترین استانداردهای موجود برای حفظ سلامتی آن‌ها می‌شود. این استدلال می‌تواند با اشاره به چارچوب «تعهدات اصلی»^{۴۵} از تفسیر عمومی شماره ۳ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تقویت شود^{۴۶}، که بیان می‌دارد دولت‌ها تعهد اصلی دارند تا حداقل سطوح ضروری هر یک از حقوق مندرج در میثاق، از جمله مراقبت‌های بهداشتی اولیه و داروهای ضروری را تضمین کنند که این تعهدات بلافاصله قابل اجرا هستند^{۴۷}.

در این مسئله نیز مردم بنا به دلیل بیان شده در کشورهای گوناگون مخالف با توزیع داروها به روش بیمارستانی هستند اما اکثر دولت‌ها نظرات مردم را نادیده می‌گیرند؛ چراکه این اتفاق را پایان نمی‌دهند و همچنان به توزیع داروها به این روش ادامه می‌دهند. پس این اصل نیز توسط دولت‌ها نقض می‌شود. تفسیر عمومی شماره ۱۴ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی صراحتاً «مشارکت مردم در تمام تصمیمات مربوط به سلامت» را یکی از جنبه‌های مهم حق سلامت می‌داند^{۴۲}. سازمان تجارت جهانی نیز به سمت افزایش مشورت با سازمان‌های غیردولتی حرکت کرده است و سیاست‌های ملی دارویی به طور فزاینده‌ای مکانیسم‌های مشارکت عمومی را شامل می‌شوند^{۴۳}.

مسئله توزیع بیمارستانی داروها در تضاد و ناقض برخی از اسناد حقوق بشری شامل برخی از کنوانسیون‌ها و پیمان‌ها نیز است؛ نخستین آن‌ها میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. ماده ۱۲ این میثاق تصریح می‌کند که «همه مردم حق دارند به بالاترین استاندارد

۴۲. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰.

۴۳. WTO. "Transparency in the WTO."

۴۴. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۱۴: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ۲۰۰۰.

۴۵. Core Obligations

۴۶. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ۳: The Nature of States Parties' Obligations. ۱۹۹۰.

۴۷. سیفی، آناهیتا؛ درودیان، مجید، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال هجدهم، شماره دوم، ۱۳۹۶.

بخش سوم: تحلیل تطبیقی

این بخش با تمرکز بر موارد عملی و آرای قضایی بین‌المللی، تعارض بین سیاست‌های دارویی و حقوق بشری را در کشورهای مختلف بررسی می‌کند. به‌ویژه، تحلیل اخیر در مورد *Philip Morris v. Uruguay* (در پرونده Philip Morris v. Uruguay) نشان می‌دهد که دولت‌ها می‌توانند بدون نقض تعهدات سرمایه‌گذاری، مقررات سختگیرانه بهداشتی اعمال کنند.^{۴۹}

-اروگوئه: تضاد بین مقررات بهداشت عمومی و حقوق سرمایه‌گذاری

در این مورد، دولت اروگوئه مقرراتی را برای کاهش مصرف سیگار وضع کرد که شامل الزام به نوشته‌های هشداردهنده ۵۰٪ از سطح بسته بود.

همانطور که در پاراگراف قبل نیز گفته شد توزیع بیمارستانی داروها نقض برخی کنوانسیون‌ها نیز هست؛ مهم‌ترین آن‌ها کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان است. در بخشی از این کنوانسیون به نوعی از بیماری‌های زنان که مربوط به باروری آن‌ها است اشاره می‌شود که به آن‌ها Family planning می‌گویند. این ماده بیان می‌دارد که داروهای و مراقبت‌های درمانی لازم در رابطه با این بیماری‌ها باید در اختیار بانوان قرار بگیرد. کاملاً مشخص است که اگر داروهای مورد نیاز بانوان در دسته داروهای که به روش بیمارستانی توزیع می‌شوند قرار بگیرند نقض این ماده از کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان است. ارجاع مشخص به ماده ۱۲ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان^{۴۸}، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا بعد جنسیتی نابرابری‌ها در عرصه سلامت را برجسته می‌سازد که اغلب در بحث‌های کلی‌تر دسترسی به داروها نادیده گرفته می‌شود. این امر، درک ظریفی از تقاطع‌پذیری حقوق بشر را نشان می‌دهد.

۴۸. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (۱۹۷۹), art. ۱۲.

۴۹.

(<https://www.italaw.com/cases/۳۰۱>).

-برزیل و آفریقای جنوبی: دسترسی به داروهای ضد HIV/AIDS

در بحران HIV/AIDS، برزیل و آفریقای جنوبی با استفاده از مجوزهای اجباری^{۵۰} داروهای ژنریک تولید کردند. این اقدامات با فشارهای شرکت‌های دارویی مواجه شدند، اما از نظر حقوق بین‌المللی مجاز بودند^{۵۱}. این موارد نمونه‌هایی از «انعطاف‌پذیری‌های TRIPS» هستند که دولت‌ها می‌توانند در شرایط بحرانی از آن استفاده کنند.

شرکت Philip Morris این اقدام را نقض «درمان عادلانه و منصفانه»^{۵۲} در قرارداد سرمایه‌گذاری دانست، اما دیوان داوری ایکسید^{۵۳} حکم داد که دولت اروگوئه می‌تواند سلامت عمومی را در اولویت قرار دهد، زیرا دولت‌ها دارای «حاشیه صلاحید»^{۵۴} هستند^{۵۵}.

این مورد به خوبی نشان می‌دهد که حق سلامت عمومی می‌تواند بر حقوق مالکیت فکری اولویت داشته باشد، مشابه مسئله توزیع بیمارستانی داروها که در مقاله اشاره شده است.

-هند: رد اختراعات غیرنوآورانه

در سال ۲۰۱۳، دادگاه هند از رد درخواست Novartis برای ثبت اختراع داروی ضدسرطان Glivec حمایت کرد. دادگاه اعلام کرد که اختراعات دارویی باید واقعاً نوآورانه باشند و نه فقط «اصلاحات جزئی»^{۵۶}. این تصمیم با حق سلامت عمومی تطبیق داده شد و نشان داد که دولت‌ها می‌توانند از منافع تجاری عبور کنند و دسترسی گسترده به داروها را فراهم کنند.

۵۰. Fair and Equitable Treatment (FET)
۵۱. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)
۵۲. Margin of Appreciation
۵۳. (<https://www.italaw.com/cases/۳۰۱>).
۵۴. https://www.un.org/teamsites/docs/default-source/health/declaration_on_the_right_to_development.pdf.
۵۵. Compulsory Licenses
۵۶. <https://www.ifpma.org/publications/trade-and-health-agenda-a-meaningful-world-trade-organization-roadmap-to-strengthen-global-health/>.

استناد به مقررات TRIPS و انعطاف پذیری‌های آن

توافقنامه TRIPS به دولت‌ها اجازه می‌دهد در شرایط بحرانی (مانند بیماری‌های همه‌گیر) از مجوزهای اجباری استفاده کنند. برای مثال، در سال ۲۰۰۷، چند کشور آفریقایی برای تولید ژنریک داروهای ضد HIV/AIDS از این مجوزها استفاده کردند، که با واکنش شرکت‌های دارویی مواجه شد، اما از نظر حقوق بین‌المللی مجاز بود.^{۵۷}

نتیجه‌گیری

همانطور که در طول این پژوهش در قسمت‌های گوناگون و به طرق مختلف ثابت کردیم با استناد به رویه‌های قضایی، تفاسیر نهادهای حقوق بشری و اسناد الزام‌آور بین‌المللی می‌توان نتیجه گرفت که توزیع بیمارستانی داروها به شکلی که منجر به انحصار و عدم دسترسی برابر شود ناقض اصول بنیادین حقوق بشر است. توزیع داروها به روش بیمارستانی ناقض حقوق بشر است و دولت‌ها و شرکت‌های خصوصی که این داروها را تولید و به این روش توزیع می‌کنند باید هرچه سریع‌تر این اقدام خود را متوقف

کنند. اما متأسفانه تاکنون هیچ کشوری حتی از بین کشورهای در حال توسعه یا توسعه‌نیافته که غالباً آن‌ها و مردمشان هستند که بیشتر به این داروها نیاز دارند به این اتفاق واکنشی نشان ندادند و اقدامی در جهت حل این معضل انجام نداده‌اند.

لازمه آن نیز اقدام مؤثر و هماهنگ همه کشورها برای وضع مقرراتی در سطح بین‌المللی در راستای ایجاد ممنوعیت برای انجام این عمل و در نتیجه ایجاد مسئولیت بین‌المللی برای مرتکبان آن هست چرا که تاکنون با قوانین موجود و استفاده از ابزارهایی نظیر تفسیر گره‌ای از این مشکل باز نشده است؛ این نکته خود گواهی بر این ادعاست که باید قوانین محکم و صریحی در این خصوص به وجود بیاید.

^{۵۷}<https://www.ifpma.org/publications/trade-and-health-agenda-a-meaningful-world-trade-organization-roadmap-to-strengthen-global-health/>.

بنابراین به انجام اقدامات این چنینی توصیه می‌شود: تشکیل کمیته بین‌المللی نظارت بر دسترسی به داروها تحت نظارت سازمان جهانی بهداشت، الزام کشورها به شفافیت در قیمت‌گذاری داروها^{۵۸}، توسعه مکانیسم‌های جبران خسارت برای کشورهای آسیب‌دیده از توزیع بیمارستانی داروها، تدوین قواعد الزام‌آور بین‌المللی برای ممنوعیت انحصار داروهای ضروری برای مثال تدوین و تصویب کنوانسیون بین‌المللی در این خصوص، اولویت دادن به حقوق بشر نسبت به مالکیت فکری در قوانین بین‌المللی، افزایش شفافیت و گزارش‌دهی توسط شرکت‌ها و دولت‌ها در زمینه توزیع داروها، تقویت مکانیسم‌های پاسخگویی بین‌المللی برای دولت‌ها و شرکت‌ها بر اساس اصول Ruggie^{۵۹}. به علاوه در خصوص برخی از دلایل و دفاعیاتی که مرتکبین این عمل به آن استناد

می‌کنند همانطور که در بخش نخست نیز به آن اشاره کردیم نمی‌توان دفاعیات آن‌ها را که غالباً در خصوص مالکیت فکری است پذیرفت، چرا که قواعد حقوق بشری از اهمیت بالاتری برخوردار هستند و ما نیز ثابت کردیم که این پدیده نقض حقوق بشر است و در تعارض با آن است نه در تزامم با آن؛ البته صرف در نظر گرفتن جنبه مالکیت فکری این قواعد در این زمینه در تزامم با حقوق بشر قرار می‌گیرند.

۵۹. UN Human Rights Council. Guiding principles on Business and Human Rights. UN Doc A/HRC/۲۰۱۱, ۳۱/۱۷

منابع و مأخذ

-منابع فارسی

- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، «حقوق بین‌الملل عمومی»، چاپ شصت و پنجم، انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.
- سید فاطمی، سید محمد قاری، «حقوق بشر معاصر»، چاپ هشتم، نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۰.
- ذاکریان، مهدی، «همه حقوق بشر برای همه»، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۹۹.
- سیفی، آناهیتا؛ درودیان، مجید، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال هجدهم، شماره دوم، ۱۳۹۶.

-منابع لاتین

۱. Access to Medicine Foundation. "Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement." ۲۰۲۰.
۲. Canada-Patent protection of pharmaceutical products. DS۱۱۴, (WTO, arbitration).
۳. Case: Minister of Health v. Treatment Action Campaign (South Africa).

منابع و مأخذ

٤. Charnovitz, Steve. "The WTO and Cosmo." *Journal of International Economic Law* ٧, no. ٧٧٩-٧٥٥:(٢٠٠٤) ٤.
٥. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ٣: The Nature of States Parties' Obligations. ١٩٩٠.
٦. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. ١٤: The Right to the Highest Attainable Standard of Health. ٢٠٠٠.
٧. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (١٩٧٩).
٨. "Constitutional protection in practice: Venezuelan Nationals' right to health in the Colombian Constitutional Court's jurisprudence." *International Commission of Jurists (ICJ) Report*. ٢٠٢٤.
٩. "Decolonizing Human Rights Law in Global Health: The Impacts of Intellectual Property Law on Access to Essential Medicines: A Perspective from the COVID-١٩ Pandemic." *Asian Journal of International Law* ٣٦, no. ٢٥٨-٢٣٥:(٢٠٢٤) ١.
١٠. European Court of Human Rights. "Factsheet - Health."
١١. European Court of Human Rights. "Medical Negligence." Factsheet.
١٢. General Comment No. ٣ (UN CESCR).
١٣. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (١٩٦٦).
١٤. International Court of Justice. "Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons."

منابع و مأخذ

١٥. "ICJ Hearing Statement on behalf of the Secretary-General of the United Nations." UNRWA. ٢٠٢٤.
١٦. Karimi, S., J. Abdolahi, and A. Sharifi. "The Role and Responsibilities of the Government Regarding the Right to Health and Freedom with Emphasis on the Right to Access Medicine and Vaccines for Citizens." *Interdisciplinary Studies in Society, Law, and Politics* ٣, no. ١٩٠-١٧٧ : (٢٠٢٤) ١.
١٧. Médecins Sans Frontières (MSF). "Failing to deliver for diseases that aren't sufficiently lucrative." <https://msfaccess.org/lives-edge-time-align-medical-research-and-development-peoples-health-needs>
١٨. Médecins Sans Frontières (MSF). "Healthcare Barriers Afghanistan." ٢٠٢٣.
١٩. Médecins Sans Frontières (MSF). "What are the barriers to expanding access to medicines and medical care?" <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/focus/global-access-to-medicine>
٢٠. Office of National Drug Control Policy (ONDCP). "Transparency, Participation, and Collaboration Plan." ٢٠١٠.
٢١. Rodrigues, António T., et al. "Value of community pharmacy dispensing of hospital-only medicines during the COVID-١٩ pandemic: A single-arm, before-and-after study in Portugal."
٢٢. Sarishvili-Bolkvadze v. Georgia, no. ٠٧/١٩٩٩٨, ECHR ٢٠١٨.
٢٣. "The European Court of Human Rights and Health." Factsheet. Council of Europe.



منابع ومآخذ

٢٤. "The Right to Health in the Case Law of the European Court of Human Rights." Hrcak.
٢٥. "The Universal Declaration of Human Rights" (١٩٤٨).
٢٦. UN Human Rights Council. "Guiding principles on Business and Human Rights" UN Doc A/HRC/٢٠١١, ٣١/١٧.
٢٧. "UN Human Rights Council's Resolution on Access To Medicines And Vaccines Welcomed By Civil Society Advocates." Health Policy Watch. ٢٠٢٢.
٢٨. United Nations Declaration on the Right to Development (١٩٨٦).
٢٩. United Nations Resolution (١٩٨٦) ١٢٨/٤١.
٣٠. Valentin Câmpeanu v. Romania, no. ٠٨/٤٧٨٤., ECHR ٢٠١٢.
٣١. WHO. "Essential medicines." Fact Sheet. ٢٠٢٣.
٣٢. WHO. "WHO guideline on balanced national controlled medicines policies to ensure medical access and safety." ٢٠٢٥.
٣٣. WHO. "WHO Reports on Access to Medicines" (٢٠٢٢).
٣٤. "Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement." Access to Medicine Foundation. ٢٠٢٠.
٣٥. WTO. "Transparency in the WTO."

Works cited

١. accessed January ١٩٧٠, ١,
٢. Access to Essential Medicines as a Human Right - Health Action International, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://haiweb.org/storage/١١/٢٠١٩/Access-to-essential-medicines-as-a-human-right.pdf>

مصادر وماخذ

٣. Access to medicine and medical care - Doctors Without Borders, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/focus/global-access-to-medicine>

٤. Accesstomedicinefoundation.org, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://accesstomedicinefoundation.org/news/which-information-matters-most-transparency-by-pharma-that-builds-access-to-medicine-plus-trust-and-engagement#:~:text=Global%20health%20stakeholders%20call%20for,medicines%20and%20other%20health%20products.>

٥. Article ٢ Medical negligence - ECHR-KS, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/medical-negligence>

٦. Attaining Access to Essential Medicines as a Human Right - Health Action International, accessed May ٢٠٢٥, ٢٠٢٥, ٢٧, <https://haiweb.org/encyclopaedia/access-with-evidence-development/>

٧. CESCR General Comment No. ١٤: The Right to the Highest Attainable Standard of Health - ohchr, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/GC14.pdf>

٨. CESCR General Comment No. ١٤: The Right to Health, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.globalhealthrights.org/instrument/cescr-general-comment-no-14-the-right-to-health/>

مصادر وماخذ

٩.CESCR General Comment on drug policy: Inputs to annotated outline, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://hri.global/publications/cescr-general-comment-on-drug-policy-inputs-to-annotated-outline/>

١٠.Decolonizing Human Rights Law in Global Health - the Impacts of Intellectual Property Law on Access to Essential Medicines: A Perspective from the COVID-١٩ Pandemic | Asian Journal of International Law - Cambridge University Press & Assessment, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-international-law/article/decolonizing-human-rights-law-in-global-health-the-impacts-of-intellectual-property-law-on-access-to-essential-medicines-a-perspective-from-the-covid19-pandemic/9D9EB9E4539B7CC4.491CC8FY4BE.732>

١١.Develop a Policy | SAMHSA, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.samhsa.gov/substance-use/drug-free-workplace/employer-resources/toolkit/develop-policy>

١٢.Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (commentary), article ٤٠, paragraph ٤, page (٢٠٠١), ١١٢

١٣.Drug Policy - DEA, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.dea.gov/drug-information/drug-policy>

١٤.Health | ECHR, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_health_eng

منابع و مأخذ

١٥. Healthy Environment: A Human Right and Customary International Law, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/healthy-environment-a-human-right-and-customary-international-law/>

١٦. ICJ hearing statement on behalf of the Secretary-General of the United Nations by H.E. Ms. Elinor Hammarskjöld, Under-Secretary-General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel | UNRWA, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.unrwa.org/newsroom/official-statements/icj-hearing-statement-behalf-secretary-general-united-nations-he-ms>

١٧. International, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://haiweb.org/encyclopaedia/access-with-evidence-development/>

١٨. International Treaty, Transparency Measures Recommended to Build Resilience of America's Medical Product Supply Chains | National

Academies, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.nationalacademies.org/news/.٣/٢٠٢٢/international-treaty-transparency-measures-recommended-to-build-resilience-of-americas-medical-product-supply-chains>

١٩. LIVES ON THE EDGE: - MSF Access Campaign, accessed May ٢٧, ٢٠٢٥, https://msfaccess.org/sites/default/files/R&D_report_LivesOnTheEdge_Updated٢٩Sept_ENG_٢٠١٦.pdf

منابع وماخذ

٢٠. Office of National Drug Control Policy Information Quality Guidelines | The White House, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://obamawhitehouse.archives.gov/ondcp/quality-guidelines>

٢١. Pharmaceutical System Transparency and Accountability Assessment Tool - World Health Organization (WHO), accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/٢٧٥٣٧٠/١٠٦٦٥/WHO-EMP-٢٠١٨,٠٤-eng.pdf>

٢٢. PERSISTENT BARRIERS TO ACCESS HEALTHCARE IN AFGHANISTAN | Doctors Without Borders, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, https://www.doctorswithoutborders.ca/wp-content/uploads//٢٠٢٣٠٥/healthcare_barriers_afghanistan-٢.pdf

٢٣. Real-World Impact of Transferring the Dispensing of Hospital-Only Medicines to Community Pharmacies During the COVID-١٩ Pandemic - PubMed, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/٣٥٤٢٨٥٥٢/>

٢٤. Relevant caselaw of the European Court of Human Rights (ECHR) - The Council of Europe, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-and-biomedicine/european-court-of-human-rights>

٢٥. Role of the right to life in respect of deaths caused by negligence in the healthcare context | Medical Law Review | Oxford Academic, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://academic.oup.com/medlaw/article/٧٤٥١١٥٤/٨١/١/٣٢>



مصادر وماخذ

٢٦. Silence or Salience? Examining the Effects of Transparency on the WTO Secretariat – Political Economy of International Organization, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, https://www.peio.me/wp-content/uploads/PEIO١٦/submission_١٣.pdf

٢٧. The Right to Health: An International Obligation to Provide Access to Medication and Healthcare – Denver Journal of International Law & Policy, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://djilp.org/the-right-to-health-an-international-obligation-to-provide-access-to-medication-and-healthcare/>

٢٨. The Role and Responsibilities of the Government Regarding the Right to Health and Freedom with Emphasis on the Right to Access Medicine and Vaccines for Citizens | Interdisciplinary Studies in Society, Law, and Politics, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, <https://journalisslp.com/index.php/isslp/article/view/٢٣٣>

٢٩. The WTO and cosmopolitics – Steve Charnovitz, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, https://charnovitz.org/publications/JIEL_The_WTO_and_Cosmo.pdf

٣٠. The WTO as a forum for regulatory cooperation: Transparency and open plurilateral agreements – Digital Commons @ American University Washington College of Law, accessed May ٢٠٢٥, ٢٧, https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=١٤٢١&context=facsch_bk_contributions

منابع ومآخذ

٣١. The WTO's balancing act – PMC – PubMed Central, accessed May ٢٠٢٥ ,٢٧, <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC٢٢٨٤٨٢/>

٣٢. Trade and Health Agenda: A Meaningful World Trade Organization Roadmap to Strengthen Global Health | IFPMA, accessed May ٢٠٢٥ ,٢٧, <https://www.ifpma.org/publications/trade-and-health-agenda-a-meaningful-world-trade-organization-roadmap-to-strengthen-global-health/>

٣٣. UN Human Rights Council's Resolution On Access To Medicines And Vaccines Welcomed By Civil Society – Health Policy Watch, accessed May ٢٠٢٥ ,٢٧, <https://healthpolicy-watch.news/un-human-rights-councils-resolution-on-access-to-medicines-welcomed-by-civil-society-advocates/>

٣٤. Which information matters most? Transparency by Pharma that builds access to medicine plus trust and engagement, accessed May ٢٠٢٥ ,٢٧, <https://accesstomedicinefoundation.org/news/which-information-matters-most-transparency-by-pharma-that-builds-access-to-medicine-plus-trust-and-engagement>

٣٥. "With the Utmost Urgency" – Crisis in Gaza, ICJ Advisory Opinion(s) – Just Security, accessed May ٢٠٢٥ ,٢٧,

<https://www.justsecurity.org/١١٢٩٥٦/icj-urgency-gaza/>

٣٦. <https://www.italaw.com/cases/٣٠١>

منابع و مأخذ

٣٧. https://www.un.org/teamsites/docs/default-source/health/declaration_on_the_right_to_development.pdf

٣٨. <https://www.ifpma.org/publications/trade-and-health-agenda-a-meaningful-world-trade-organization-roadmap-to-strengthen-global-health/>

٣٩. <https://www.ifpma.org/publications/trade-and-health-agenda-a-meaningful-world-trade-organization-roadmap-to-strengthen-global-health/>

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

اجرای موقت معاهدات در رویه اتحادیه اروپا



نشریه فرداد

چکیده



سیده سمیرا معروف^۱

دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل
دانشگاه علامه طباطبایی

اجرای موقت معاهدات بین‌المللی یکی از ابزارهای کلیدی در حقوق بین‌الملل معاهدات است که امکان اعمال برخی تعهدات معاهده‌ای را پیش از لازم‌الاجرا شدن رسمی معاهده فراهم می‌کند. این مفهوم به‌ویژه در سازمان‌های بین‌المللی که فرآیندهای تصمیم‌گیری پیچیده‌تری دارند، از اهمیت بالایی برخوردار است. اتحادیه اروپا یکی از سازمان‌هایی است که به‌طور گسترده از این ابزار برای تضمین اجرای توافقات بین‌المللی خود بهره می‌برد. این نوشتار بر آن است تا ضمن پرداختن به مفهوم اجرای موقت معاهدات بین‌المللی، تمییز آن از مفاهیم مشابهی چون توافق نامه‌های موقت، به رویه برخی سازمان‌های بین‌المللی در اعمال این مکانیزم و به‌ویژه رویه اتحادیه اروپا بپردازد.

کلمات کلیدی:

اجرای موقت، معاهدات بین‌المللی، سازمان‌های بین‌المللی، اسناد مؤسس سازمان‌های بین‌المللی، موافقت نامه‌های موقت، رویه اتحادیه اروپا.



مقدمه

سیده سمیرا معروف

اجرای موقت معاهدات بین‌المللی، به مثابه پاسخی انعطاف پذیر به ضرورت های فوری جامعه جهانی، در کانون توجه نظام حقوق بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی قرار دارد. این ساز و کار که در ماده ۲۵ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ درباره حقوق معاهدات پیش بینی شده، با وجود کاربرد گسترده در رویه دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی، همواره محل مناقشات حقوقی و سیاسی بوده است. گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۲۲ با عنوان «اجرای موقت معاهدات»، تحت هدایت آقای رولندو گومز، گزارشگر ویژه این موضوع، تلاشی نظام مند برای تدوین چارچوبی منسجم و کاهش ابهامات موجود در تفسیر و اجرای این نهاد حقوقی است. این گزارش با تأکید بر اصول «حسن نیت» و «تعاون بین‌المللی» به عنوان پایه‌های اجرای موقت، هشدار می‌دهد که سوءاستفاده از این مکانیزم می‌تواند توازن ظریف میان «کارآمدی عملی» و «ثبات حقوقی» را برهم زند.

سازمان‌های بین‌المللی، در جایگاه بازیگران محوری حقوق معاهدات، نقشی دوگانه در این فرایند ایفا می‌کنند: از یک سو، با تسهیل مذاکرات و طراحی سازوکارهای نظارتی، اجرای موقت را به ابزاری برای تحقق اهداف فوری جمعی (مانند مهار تغییرات اقلیمی یا مدیریت بحران های امنیتی) تبدیل می‌نمایند و از سوی دیگر، موظف اند مطابق با راهنمایی های گزارش کمیسیون و تحلیل های آقای گومز، مرز میان «انعطاف پذیری مشروع» و «تخلف از تعهدات بین‌المللی» را پاسداری کنند.



مقدمه

سیده سمیرا معروف

برای نمونه، سازمان ملل متحد در اجرای موقت موافقتنامه پاریس ۲۰۱۵ پیشگام بود، اما همزمان، نهادهای تخصصی آن مانند دفتر حقوقی سازمان ملل همواره بر لزوم انطباق این فرایند با حقوق معاهدات و عرف بین‌المللی تأکید داشته‌اند.

این مقاله با الهام از یافته‌های گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل و با تمرکز بر نقش سازمان‌های بین‌المللی، به مفهوم اجرای موقت معاهدات، انواع شیوه‌های اعمال آن، تمییز مفهوم اجرای موقت از موافقت‌نامه‌های موقت و سپس رویه سازمان‌های بین‌المللی در اعمال این مکانیزم به ویژه رویه اتحادیه اروپا می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهند که اگرچه گزارش کمیسیون بر موقت بودن ذاتی این سازوکار تأکید دارد، برخی سازمان‌های بین‌المللی در عمل، از آن به منظور دور زدن فرایندهای طولانی تصویب داخلی دولت‌ها استفاده می‌کنند. این روند، همان گونه که آقای گومز هشدار داده است، در مواردی به «ابهام در تعهدات» و حتی «کمرنگ شدن حاکمیت قانون» می‌انجامد. در نهایت، این پژوهش بر این گزاره تأکید دارد که اجرای موقت معاهدات، در پرتو راهبردهای پیشنهادی آقای گومز و کمیسیون حقوق بین‌الملل، نه تنها گواهی بر پویایی حقوق بین‌الملل در مواجهه با چالش‌های نوین است، بلکه محکی برای سنجش توانایی سازمان‌های بین‌المللی در ایفای نقش «دروازه بان توازن» میان ضرورت‌های عمل‌گرایانه و پایبندی به حاکمیت قانون به شمار می‌رود.

گفتار اول:

اجرای موقت معاهدات بین‌المللی: از ماده ۲۵ کنوانسیون وین تا گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل

در رویه بین‌المللی دولت‌ها اجرای موقت موافقت‌نامه‌های بین‌المللی به یک امر رایج و عادی مبدل شده است.^۲ ماده ۲۵ کنوانسیون وین حقوق معاهدات تنها مقرر مدون در حقوق بین‌الملل است که به این ساز و کار پرداخته است؛ البته لازم به ذکر است که ماده ۲۵ کنوانسیون ۱۹۸۶ وین در باب معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر^۳ نیز به موضوع اجرای موقت معاهدات اشاره دارد ولی چون این کنوانسیون هنوز لازم‌الاجرا نشده است ملاک عمل نیست و همه ارجاعات ما در زمینه اجرای موقت معاهدات بین‌المللی به ماده ۲۵ کنوانسیون ۱۹۶۹ می‌باشد. ماده ۲۵ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «۱. هر معاهده یا بخشی از آن در صورتی قبل از لازم‌الاجرا شدن به طور موقت به اجرا در می‌آید که: الف) خود معاهده چنین مقرر کرده باشد و یا ب) دولت‌های شرکت‌کننده در مذاکره در این باب به نحو دیگری توافق کرده باشند.

۲. جز در مواردی که معاهده به نحو دیگری مقرر کند یا دول شرکت‌کننده در مذاکره به ترتیبی دیگر توافق کرده باشند، اجرای موقت معاهده یا بخشی از معاهده در قبال هر دولت در صورتی متوقف می‌گردد که آن دولت به سایر دولت‌ها که معاهده میان آنان به طور موقت به اجرا در آمده است، اطلاع دهد که قصد پیوستن به معاهده را ندارد.»

اگرچه ماده فوق تنها مقرر موجود در حقوق بین‌الملل موضوعه در مورد مقوله اجرای موقت معاهدات می‌باشد ولی به تمام پرسش‌هایی که ممکن است در باب این موضوع پدید آید پاسخ نمی‌دهد و به علت فقدان صراحت حقوقی مورد انتقاد واقع شده است.

۲. Lefeber, René. "Treaties, provisional application." Max Planck Encyclopedia of Public International Law (۲۰۱۱).

۳. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.

جورجیو گاجا، عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل، هرچند این روند را نقد نکرد، اما هنگام بررسی مسائل حل نشده در باب اجرای موقت، به این آرای داوری اشاره کرد؛ همین مسائل باعث شد کمیسیون حقوق بین‌الملل خوان مانوئل گومز-روبلدو را به‌عنوان گزارشگر ویژه منصوب کند تا رویه دولت‌ها در اجرای موقت معاهدات را بررسی کرده و راهنمای اجرای موقت معاهدات را تدوین کند.

۸- Geslin, Albane. La mise en application provisoire des traités. A. Pedone, ۲۰۰۵.

۹-Mathy notes that it was possible to regard Article (۱) VCLT as crystallizing established practice, while Article (۲) VCLT clearly did not codify customary international law and was an instance of the progressive development of international law. See VCLT, supra note ۳, Art. ۲۰; Mathy, supra note ۹, at ۱۰-۱۴۹. Dalton, citing Villiger, notes that subsequent developments in state practice have meant that Article (۲) VCLT now also reflects custom. See Dalton, supra note ۲, at ۲۳۲; M. Villiger, Commentary on the ۱۹۶۹ Vienna Convention on the Law of Treaties (۲۰۰۹), at ۳۵۷.

۱۰- Notably the elaborate provisional application clause of the Energy Charter Treaty has been interpreted, together with Article ۲۰ VCLT by arbitration tribunals. See for instance the decisions in the Yukos and Kardassopoulos cases to the effect that Article ۲۱ VCLT (pacta sunt servanda), rather than Article ۱۸ VCLT, applies to provisionally applied agreements, see Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, Yukos, ۳۰ November ۲۰۰۹, PCA Case No. AA ۲۲۸, paras ۳۲-۳۱۹; Decision on Jurisdiction, Kardassopoulos, ICSID Case No. ARB/۰۶/۱۸/۰۵ July ۲۰۰۷, paras ۲۰-off. In Petrobart an arbitration tribunal had to decide whether the ECT was still provisionally applied by the UK on behalf of Gibraltar, even if the UK had excluded Gibraltar from in its instrument of (final) ratification. See Petrobart, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration No. ۲۰۰۳/۱۲۱, Arbitral Award, ۲۹ March ۲۰۰۵, at ۶۳-۶۲, available at www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita-۰۶۲۸.pdf. The Swedish Court of Appeal upheld the award on this point. See Svea Court of Appeal, Case no. T ۱۹۰۰-۵۰۲۸ January ۲۰۰۷, translation available in *Transnational Dispute Management* (۲۰۰۷) ۵, available at www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=۱۱۲۵, at ۸.

برای مثال، نه در ماده ۲۵ کنوانسیون که به طور خاص به اجرای موقت می‌پردازد و نه در ماده ۲ کنوانسیون که در مقام تعریف اصطلاحات است، عبارات «اجرا» و «موقت» تعریف نشده‌اند.^۸ همین عدم شفافیت حقوقی در ماده ۲۵ کنوانسیون وین است که مورد انتقاد قرار گرفته، در واقع یک نتیجه موازنه‌ای بین پذیرش رویه موجود در اجرای موقت معاهدات و نبود توافق جامع بر سر قواعد دقیق حاکم بر آن وجود دارد. این نبود اجماع ممکن است به دلیل محدود بودن رویه عملی باشد، اما در عین حال، بر جایگاه ماده ۲۵ به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی نیز تأثیر دارد.^۹ هرچند بررسی این موضوع در چارچوب این نوشتار نمی‌گنجد، اما باید توجه داشت که تاکنون تفسیر و تبیین این ماده عمدتاً بر عهده دیوان‌های داوری گذاشته شده است.^{۱۰} آرای داوری، هرچند الزام‌آور هستند، اما اعتبار آن‌ها بستگی به کیفیت استدلال و میزان پذیرششان در جامعه حقوقی دارد. با این حال، این که توسعه حقوق بین‌الملل از طریق چنین دیوان‌هایی انجام شود، از نظر مشروعیت محل بحث است.

۱٫۱ دلایل توسل به مکانیزم اجرای موقت

مواردی ممکن است معاهده به دلیل نرسیدن به حد نصاب به مرحله اجرایی نرسد، استفاده از مکانیزم اجرای موقت می‌تواند بسیار راهگشا تلقی شود به خصوص که محتوای برخی از معاهدات بین‌المللی از حیث اهمیت ایجاب می‌کند که مسئله اجرای فوری در آن‌ها مطرح شود. این مسئله در جریان پیش نویس کنوانسیون حقوق معاهدات نیز تحت عنوان اجرای موقت معاهده در ماده ۲۲ درج گردید.

هر چند یک طبقه بندی جامع و واحد از هدف توسل به مکانیزم اجرای موقت معاهدات در ادبیات حقوق بین‌الملل موجود نیست، با این حال برخی صاحب نظران پیشنهادهای ارائه داده‌اند؛ برای مثال کلابرز و لفر فوریت و استمرار حقوقی را به عنوان هدف اصلی از به کارگیری اجرای موقت معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی معرفی می‌کنند؛^۷ به این موارد علی دیگر چون ایجاد اطمینان از تصویب حتمی معاهده و تمایل به همکاری و سازگاری را نیز می‌توان افزود.^۸ از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل دلایل توسل دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی به مکانیزم اجرای موقت معاهدات عبارت‌اند از: ۱- فوریت اجرای معاهده ۲- رعایت احتیاط و ۳- ایجاد انعطاف که هر یک ذیلاً به اختصار بحث خواهد شد.

۲٫۱ فوریت اجرای معاهده

از آنجا که اجرای یک معاهده مستلزم طی یک فرایند طولانی است و حتی در

۷- Klabbers and Lefeber, Essays on the Law of Treaties (۱۹۹۸) ۳-۸۲ ۸۱.

۸- Arsanjani, Mahnoush H., and W. Michael Reisman. Provisional Application of Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards. na, ۲۰۱۱.

۳٫۱ رعایت احتیاط

از دیگر دلایل توسل به مکانیزم اجرای موقت معاهده، بستر سازی برای افزایش احتمال اجرایی شدن آن معاهده است؛ به عقیده کریگر، "اجرای موقت یک معاهده می‌تواند در مواردی که سازمان‌های بین‌المللی یک موافقت‌نامه‌ی حساس سیاسی را منعقد می‌کنند و به دنبال اعتماد سازی برای جلوگیری از تجدید نظر کشورهای عضو نسبت به موقعیتشان در رابطه با لازم‌الاجرا شدن معاهده در طول دوران تصویب هستند نیز به کار گرفته شود."^۹ به بیان دیگر همیشه این احتمال وجود دارد که دولتی در فاصله زمانی امضا تا تصویب معاهده اساسی یک سازمان بین‌المللی تغییر عقیده دهد و از مسیری که برای اجرایی شدن آن سند در نظر گرفته شده است روی برگرداند. لذاست که اجرای موقت معاهده می‌تواند مسیر اعتماد سازی یا بستر سازی برای پیش‌گیری از وقوع چنین اتفاقی را هموارتر سازد.

۹- Heike Krieger, "Article ۲۵", in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., Vienna

۴٫۱ انعطاف پذیری

از دیگر دلایل پیش‌بینی و توسل به ساز و کار اجرای موقت معاهدات، انعطاف پذیری آن است. انعطاف‌پذیری به دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی امکان می‌دهد تا از اجرای موقت به‌عنوان ابزاری عملی برای تطبیق با نیازهای خاص در فرایندهای معاهده‌ای استفاده کنند. برای مثال: اجرای موقت می‌تواند شامل کل معاهده یا فقط برخی از مقررات آن باشد. این ویژگی به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا قبل از لازم‌الاجرا شدن رسمی معاهده، بخش‌های خاصی را که از اهمیت فوری برخوردارند، اجرا کنند یا اینکه اجرای موقت معمولاً بر اساس رضایت دولت‌ها انجام می‌شود و هر طرف می‌تواند در هر زمان با اعلام مخالفت خود، از ادامه اجرای موقت خودداری کند. این موضوع در ماده ۲۵ کنوانسیون وین نیز تصریح شده است که دولت‌ها می‌توانند در صورت عدم تصویب نهایی، اجرای موقت را متوقف کنند.

۲. تمایز میان اجرای موقت معاهدات و موافقت نامه‌های موقت^{۱۰}

موافقت نامه‌های موقت و ساز و کار اجرای موقت معاهدات دارای کارکردی یکسان‌اند؛ هدف هر دو از آن‌ها از میان برداشتن وقفه زمانی احتمالی قبل از لازم الاجرا شدن یک معاهده بین‌المللی است. تمایز میان این دو مفهوم در واقع مربوط به چگونگی از میان برداشتن وقفه مزبور است. در موافقت نامه‌های موقت وقفه یاد شده به وسیله انعقاد یک موافقت نامه موقت رفع می‌گردد. موافقت نامه‌ای که دولت‌ها قصد دارند در آینده آن را با یک معاهده دائمی در همان موضوع، اما جامع‌تر و دقیق‌تر نسبت به موافقت نامه موقت، جایگزین کنند. بنابراین وقفه قبل از لازم الاجرا شدن رژیم معاهداتی دائمی یا نهایی، به وسیله انعقاد یک موافقت نامه دیگر درباره همان موضوع و هدف اما در محتوا کمی متفاوت رفع می‌شود.^{۱۱} در این خصوص می‌توان به موافقت نامه موقت بین دولت آمریکا و شوروی درباره برخی اقدامات به منظور

محدود سازی سلاح‌های تهاجمی استراتژیک اشاره کرد که هم در مدت و هم در گستره تعهدات دو طرف محدود بود، اما دو کشور متعهد شده بودند که مذاکرات را برای انعقاد هرچه زودتر یک موافقت نامه جامع‌تر ادامه دهند که این امر منجر به انعقاد موافقت نامه سالت^{۱۲} گردید.

این در حالی است که ساز و کار اجرای موقت وقفه محتمله را به سادگی و تنها با اجرای معاهده قبل از لازم الاجرا شدن آن رفع می‌نماید. در نتیجه، اجرای معاهده از لازم الاجرا شدن قطعی‌اش جدا شده و از نظر زمانی پیش از آن رخ می‌دهد. بنابر این در اجرای موقت، این رژیم معاهداتی نهایی یا دائمی است که قبل از لازم الاجرا شدن معاهده به صورت موقت اجرا می‌شود، در حالی که در موافقت نامه‌های موقت این رژیم موقت و موافقت نامه موقت است که

لازم الاجرا و اجرا می‌شود تا زمانی که رژیم معاهداتی نهایی یا دائمی آماده جایگزینی با آن گردد.^{۱۳}

۱۲- Strategic Arms Limitation Treaty (SALT).

۱۳- Mertsch, op. cit., p. ۱۶.

۱۰- Interim agreement

۱۱- Mertsch, Anneliese Quast. Provisionally applied treaties: their binding force and legal nature. Vol. ۹. Martinus Nijhoff Publishers, ۲۰۱۲. p. ۱۶.

۳. شیوه های اجرای موقت یک معاهده

در رویه معاهداتی بین‌المللی چندین شیوه در خصوص به کارگیری اجرای موقت وجود دارد. **اولین شیوه** که بیشتر از بقیه نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد، اجرای موقت یک معاهده بین‌المللی بعد از امضای به شرط تصویب بعدی و قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده است که تحت تفسیر مضیق از ماده ۲۵ کنوانسیون وین، تنها شیوه‌ای است که ماده مزبور آن را پیش‌بینی نموده است؛^{۱۴} چرا که فقط به اجرای موقت تمام یا برخی از مواد یک معاهده پیش از لازم‌الاجرا شدنش تصریح دارد.^{۱۵}

شیوه دوم مربوط به اجرای موقت یک معاهده پس از تصویب آن به وسیله یک دولت و قبل از لازم‌الاجرا شدن خود معاهده است.^{۱۶}

بیشتر معاهدات چندجانبه بین‌المللی برای لازم‌الاجرا شدن نیازمند تصویب از سوی تعداد معینی از دولت‌های شرکت‌کننده در فرایند مذاکره انعقاد آن هستند. این حد نصاب معین برای معاهدات مختلف بر حسب موضوع و اهمیت آن متفاوت است. معمولاً حد نصاب معین برای لازم‌الاجرا شدن معاهدات چندجانبه بین‌المللی مزبور ارائه ۳۵ سند تصویب یا الحاق است، اما همین تعداد نیز گاهی مانع بزرگی بر سر راه لازم‌الاجرا شدن قطعی معاهدات بوده است. برای نمونه، کنوانسیون ۱۹۸۶ پس از گذشت بیش از سی سال از تاریخ انعقادش هنوز لازم‌الاجرا نشده است. در این وضعیت دولت‌های شرکت‌کننده در مذاکرات برای بهره‌مندی از مزایای معاهده و در راستای مقابله با احتمال طولانی شدن فرایند لازم‌الاجرا شدن آن، در معاهده مقرر می‌کنند که دولت‌های متعاقد قادر باشند پس از تصویب تا زمان لازم‌الاجرا شدن معاهده، تمام یا برخی از مواد آن را به صورت موقت میان خود به اجرا درآورند.

۱۴- Gomes-Rebledo, J. M., First report on the provisional application of treaties, UN Doc. A/cn.۶۶۴/۴, p. ۱۰.

۱۵- Djajic, Sanja. "Provisional Application of Treaties: Critical Assessment of the Rule and International Investment Awards." Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law: (۲۰۱۳) ۲ ۳۶۲-۳۳۹, p. ۳۴۴

۱۶-Ibid.

شامل مثال‌هایی از رویه اجرای موقت قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهدات چند جانبه، به خصوص معاهدات تشکیل دهنده یا بهتر بگوییم سند موسس سازمان‌های بین‌المللی بود.^{۱۷} در این سند اجرای موقت اسناد موسس سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری، سازمان مشورتی بین‌الدولی دریانوردی، سازمان بهداشت جهانی، سازمان بین‌المللی پناهندگان، سازمان بین‌المللی انرژی اتمی، سازمان حمل و نقل اروپای مرکزی و توافق نامه بین‌المللی شکر ۱۹۶۸ مورد توجه قرار گرفته بود.

نکته قابل توجه این است که اجرای موقت در سازمان‌های بین‌المللی با اجرای موقت سایر معاهدات بین‌المللی متفاوت است؛

در شیوه سوم، سازوکار اجرای موقت بعد از الحاق به یک معاهده چند جانبه بین‌المللی که بین طرفین در حال اجراست، نسبت به دولت ملحق شونده تا زمانی که معاهده مزبور نسبت به وی لازم‌الاجرا گردد مورد استفاده قرار می‌گیرد. به طور معمول، در معاهدات چند جانبه بین‌المللی، یک فاصله زمانی بین تاریخ الحاق تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن معاهده نسبت به دولت ملحق شونده وجود دارد که ممکن است بنا به موضوع یا اهمیت معاهده، طرفین خواستار پوشش این وقفه شوند. در این وضعیت سازوکار اجرای موقت مفید فایده است. بنابراین همانطور که مشاهده شد، رویه معاهداتی از شیوه ای که در ابتدا توسط ماده ۲۵ پیش بینی شده بود فراتر رفته است.

گفتار دوم:

اجرای موقت معاهدات در رویه سازمان‌های بین‌المللی

مبنای اجرای موقت معاهدات در رویه سازمان‌های بین‌المللی به ژوئن سال ۱۹۷۳ باز می‌گردد؛ در آن زمان دبیر کل وقت ملل متحد سندی تهیه نمود که

17 - GA: Report of the Secretary-General on examples of precedents of provisional application, pending their entry into force, of multilateral treaties, especially treaties which have established international organizations and/or regimes. UNDoc. A/AC.12.88/138 June 1973. Available At: <http://undocs.org/A/AC.12.88/138>

۱٫۴ اجرای موقت در سازمان بین المللی هواپیمایی کشوری (ایکائو)

مبنای اجرای موقت در این سازمان را می‌توان در کنفرانس بین‌المللی هوانوردی کشوری که در دسامبر ۱۹۴۴ در شیکاگو برگزار شد جستجو کرد. کنفرانس مذکور چندین سند اعم از:

- ۱- موافقت نامه موقت هوانوردی بین‌المللی کشوری^{۱۸}
- ۲- کنوانسیون هوانوردی کشوری بین‌المللی^{۱۹}
- ۳- توافقنامه ترانزیت خدمات هوایی بین‌المللی^{۲۰}
- ۴- توافقنامه انتقال هوایی بین‌المللی را به تصویب رساند.^{۲۱}

۱۸- Interim Agreement On International Civil Aviation.

۱۹- Convention On International Civil Aviation.

۲۰- the International Air Services Transit Agreement.

۲۱- International Air Transport Agreement.

چراکه در اکثریت قریب به اتفاق موارد اجرای موقت در قالب یک معاهده مجزا در کنار معاهده اصلی پیش‌بینی می‌شود در حالی که در سازمان‌های بین‌المللی، تمرکز اصلی مقوله اجرای موقت بر تاسیس آن سازمان یا به عبارتی اجرای سند موسس آن می‌باشد؛ یعنی اجرای موقت بیش از آنکه بر اجرای مقررات ماهوی آن معاهده استوار باشد، بر تسریع و تضمین هرچه زودتر عملیات سازمان متکی است. (در واقع نهاد اجرای موقت در سازمان‌های بین‌المللی به شکل تاسیس موقت پیش از تاسیس اصلی جلوه می‌کند.) در ادامه به ذکر نمونه‌هایی از اجرای موقت معاهده (سند موسس) سازمان‌های بین‌المللی اشاره خواهد شد.



۲,۴ کمیسیون مقدماتی آژانس بین المللی انرژی اتمی

در باب آژانس بین المللی انرژی اتمی نیز یک کمیسیون مقدماتی پیش بینی شده بود که به این کمیسیون در ضمیمه اساسنامه آژانس پرداخته شده است. مطابق بخش الف این ضمیمه، کمیسیون مقدماتی باید از اولین روزی که این اساسنامه برای امضا مفتوح می گردد ایجاد شود. این کمیسیون تا زمانی که این اساسنامه لازم الاجرا شود و بعد از آن تا زمانی که کنفرانس عمومی برقرار و هیئت حاکم مطابق با ماده ۶ انتخاب شود باقی خواهد بود.^{۲۲}

۳,۴ کمیسیون مقدماتی سازمان بهداشت جهانی

از دیگر نهاد های موقتی که می تواند در راستای اجرای موقت اسناد تاسیس سازمان های بین المللی مورد اشاره قرار گیرد، کمیسیون مقدماتی سازمان بهداشت جهانی است.

در واقع کنفرانس مزبور دو سند برای تاسیس سازمان بین المللی هواپیمایی کشوری را پیش بینی نمود. بخش اول موافقت نامه موقت هوانوردی بین المللی کشوری، یک سازمان بین المللی موقت با ماهیت فنی و مشورتی برای کشور های عضو به منظور همکاری در زمینه هواپیمایی کشوری را پیش بینی نمود که به عنوان یک سازمان بین المللی موقت هواپیمایی کشوری شناخته شد.. ماده ۷ این کنوانسیون مقرر می دارد: «...در زمان لازم الاجرا شدن کنوانسیون بین المللی هواپیمایی کشوری که در تاریخ ۷ دسامبر ۱۹۴۴ در شیکاگو امضا شده است، اسناد و اموال سازمان بین المللی باید به سازمان بین المللی هواپیمایی کشوری که بر اساس کنوانسیون مزبور ایجاد شده است منتقل گردد.» این موافقتنامه از همان روز ۷ دسامبر ۱۹۴۴، یعنی همان روز انعقاد کنوانسیون برای امضا مفتوح گردید. بنابراین در ایکائو، موافقت نامه موقت مبنایی برای تاسیس یک سازمان بین المللی موقت شد که متعاقباً با سازمان بین المللی هوانوردی کشوری جایگزین گشت.

۲۲-The Statute of the IAEA, At:

<https://www.iaea.org/about/statute#a۲۴-۱>, last visited

(۲ Apr ۲۰۱۸)



اساسنامه این سازمان در ۲۲ جولای ۱۹۴۶ در کنفرانس بهداشت جهانی در نیویورک امضا شد اما نظر به اینکه این اساسنامه برای لازم الاجرا شدن نیازمند عضویت حداقل ۲۶ کشور بود، کنفرانس در همان روز ترتیباتی را برای ایجاد کمیسیون موقت سازمان منعقد نموده و آن را برای امضا باز نهاد. در مقدمه این سند آمده است که: کشورهای حاضر در کنفرانس بین‌المللی بهداشت موافقت می‌کنند که یک سازمان بین‌المللی به نام سازمان بهداشت جهانی ایجاد شود و در باب اساسنامه آن توافق می‌کنند و تصمیم می‌گیرند که قبل از لازم الاجرا شدن اساسنامه و تاسیس سازمان جهانی بهداشت، کمیته موقتی ایجاد شود.

۲۳- WORLD HEALTH ORGANIZATION: INTERIM COMMISSION Arrangement Signed at New York July ۱۹۴۶, ۲۲
Entered Into force July ۱۹۴۶, ۲۲ Terminated August ۱۹۴۸, ۳۱. International Acts Series ۱۵۶۱, At:
<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/must.۱۰۷-.....۴.pdf>, Last visited (۲ Feb ۲۰۱۸)



گفتار سوم: اجرای موقت معاهدات در رویه اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا صلاحیت انحصاری انعقاد معاهدات شیلات را کسب کرد، به طور مداوم از گزینه اجرای موقت این معاهدات استفاده کرده است. برای مثال، توافق نامه سال ۱۹۷۹ با سنگال پیش از لازم الاجرا شدن، به دلیل فوریت موضوع و نزدیک بودن فصل صید، به طور موقت اجرا شد.^{۲۶} در سال‌های اخیر، دلیل دیگری که اتحادیه اروپا برای استفاده از مکانیزم اجرای موقت شناسایی کرده، آن است که این روش امکان دور زدن تأخیر ناشی از فرآیند طولانی تصویب معاهدات موسوم به «مختلط» را فراهم می‌کند.^{۲۷}

اتحادیه اروپا به عنوان یک سازمان منطقه‌ای پیوسته نقش فعالی در مناسبات بین‌المللی ایفا نموده و حتی در بسیاری از موارد به عنوان عامل توسعه نظام حقوق بین‌الملل در این زمینه شناخته شده است. مقوله اجرای موقت معاهدات نیز از این مقوله مستثنی نیست چرا که این سازمان پیشگام منطقه‌ای، ضمن تصویب شمار زیادی از معاهدات بین‌المللی، تعداد قابل توجهی از آن‌ها را مورد اجرای موقت قرار داده است. با نگاهی به رویه معاهده‌ای اتحادیه اروپا، می‌توان دریافت که اتحادیه، در ابتدا به دلایلی که به طور کلی در رویه بین‌المللی دولت‌ها شناسایی شده‌اند، از تکنیک اجرای موقت استفاده می‌کرد. یکی از نخستین معاهداتی که اتحادیه اروپا به طور موقت اجرا کرد، «پنجمین موافقت نامه بین‌المللی قلع»^{۲۴} بود. همان‌طور که می‌چپی اشاره می‌کند، معاهدات مربوط به کالاها نمونه‌ای کلاسیک از توسل به مکانیزم اجرای موقت برای تضمین استمرار حقوقی هستند.^{۲۵} علاوه بر این، از زمانی که

۲۴- See Council Decision ۶۲۶/۷۶ of ۲۱ June ۱۹۷۶ on the Provisional Application of the Fifth International Tin Agreement, OJ ۱۹۷۶ L ۱۷/۲۲۲.

۲۵- See Michie, supra note ۱۹, at ۳۳. See also Arsanjani and Reisman, supra note ۲, at ۹۰-۸۹.

۲۶- See Council Decision ۵۶۹/۷۹ of ۱۲ June ۱۹۷۹ concerning the conclusion of the Agreement in the form of an exchange of letters on the provisional application of the Agreement between the Government of the Republic of Senegal and the European Economic Community on fishing off the coast of Senegal and of the Protocol and the exchanges of letters relating thereto, OJ ۱۹۷۹ L ۲۵/۱۵۴.

۲۷- Hoffmeister, 'Curse or Blessing? Mixed Agreements in the Recent Practice of the European Union and its Member States', in C. Hillion and P. Koutrakos (eds), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World* (۲۰۱۰) ۲۴۹, at ۲۵۷.

شدن آن اتخاذ کند، در صورتی که توافق نامه چنین امکانی را پیش بینی کرده باشد."

این ماده تنها بیان می‌کند که شورای اتحادیه اروپا اختیار اتخاذ تصمیم درباره‌ی اجرای موقت را دارد، اما هیچ قاعده‌ای درباره‌ی شرایط، دامنه یا محدودیت‌های چنین تصمیمی ارائه نمی‌دهد. علاوه بر این، این ماده در رابطه با سهم احتمالی کشورهای عضو اتحادیه اروپا در اجرای موقت توافق نامه‌های مختلط سکوت کرده است.

۱.۱. صلاحیت اتحادیه اروپا در تصمیم‌گیری درباره‌ی اجرای موقت

همان‌طور که اشاره شد، ماده‌ی ۲۱۸(۵) معاهده‌ی عملکرد اتحادیه اروپا تنها به شورای اتحادیه اروپا اجازه می‌دهد که درباره‌ی اجرای موقت تصمیم‌گیری کند. از این رو این شورا به پیشنهاد کمیسیون اروپا، قدرت تصمیم‌گیری در این زمینه را دارد. با این حال، این ماده به‌طور خاص بیان نکرده که آیا چنین تصمیمی باید به اتفاق آراء اتخاذ شود یا با رأی اکثریت؟

در ادامه این نوشتار به مبنای حقوقی اجرای موقت در اتحادیه اروپا و همچنین نقش این سازمان بین‌المللی منطقه‌ای در توسعه حقوق بین‌الملل پرداخته خواهد شد.

۱. مبنای حقوقی اجرای موقت در حقوق اتحادیه اروپا

با وجود اینکه اجرای موقت در حال حاضر به یک رویه‌ی تثبیت شده در فرآیند انعقاد معاهدات در اتحادیه اروپا تبدیل شده است، اما چارچوب حقوقی آن همچنان تا حدی مبهم باقی مانده است. این امر تا حدی ناشی از این واقعیت است که معاهده‌ی عملکرد اتحادیه اروپا^{۲۸} به‌طور صریح و مشخص، حدود اجرای موقت را تعیین نکرده است. به‌ویژه ماده‌ی ۲۱۸ معاهده‌ی عملکرد اتحادیه اروپا که فرآیند انعقاد توافق نامه‌های بین‌المللی توسط اتحادیه را تعریف می‌کند، تنها اشاره‌ای گذرا به اجرای موقت دارد. بند ۵ این ماده بیان می‌کند که:

"شورا می‌تواند، به پیشنهاد کمیسیون، تصمیمی را درباره‌ی اجرای موقت توافق نامه پیش از لازم‌الاجرا

در بسیاری از موارد، اجرای موقت شامل بخش‌هایی از توافق‌نامه می‌شود که فراتر از صلاحیت انحصاری اتحادیه‌ی اروپا هستند؛ این بدان معناست که برخی از بخش‌های توافق‌نامه که در حوزه‌ی صلاحیت کشورهای عضو قرار دارند نیز ممکن است مشمول اجرای موقت شوند. این وضعیت منجر به بروز اختلافات قابل‌توجهی شده و به‌طور خاص، این پرسش را پدید آورده است که آیا شورای اتحادیه‌ی اروپا می‌تواند بدون تأیید صریح کشورهای عضو، کل توافق‌نامه‌ی مختلط را به‌طور موقت اجرا کند یا خیر؟

رویه فعلی نشان می‌دهد که در برخی موارد، کشورهای عضو اتحادیه‌ی اروپا به‌طور جداگانه تصمیم‌هایی را درباره‌ی اجرای موقت بخش‌هایی از توافق‌نامه‌ی مختلط اتخاذ می‌کنند. این امر معمولاً در قالب اعلامیه‌هایی صورت می‌گیرد که به همراه تصمیم شورای اتحادیه‌ی اروپا صادر می‌شوند.

با توجه به تفسیر کلی ماده‌ی ۲۱۸ معاهده‌ی عملکرد اتحادیه‌ی اروپا، تصمیمات مربوط به انعقاد یک توافق‌نامه‌ی بین‌المللی معمولاً با رأی اکثریت اتخاذ می‌شوند، مگر در مواردی که معاهده تصریح کند که تصمیم‌گیری باید به‌اتفاق آرا باشد. از این‌رو، در مواردی که توافق‌نامه‌ی بین‌المللی صرفاً در حوزه‌ی صلاحیت انحصاری اتحادیه‌ی اروپا باشد، شورای اتحادیه معمولاً با رأی اکثریت تصمیم به اجرای موقت آن می‌گیرد. اما وضعیت زمانی پیچیده می‌شود که توافق‌نامه‌ی موردنظر یک توافق‌نامه‌ی مختلط باشد. از آنجا که چنین توافق‌نامه‌ای علاوه بر اتحادیه‌ی اروپا، کشورهای عضو را نیز دربر می‌گیرد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا کشورهای عضو نیز می‌توانند (یا باید) به‌صورت جداگانه درباره‌ی اجرای موقت تصمیم بگیرند؟

۱.۲. اجرای موقت در موافقت‌نامه‌های مختلط: نقش کشورهای عضو اتحادیه اروپا

در رابطه با توافق‌نامه‌های مختلط، رویه‌ی اتحادیه‌ی اروپا در سال‌های اخیر به‌گونه‌ای تحول یافته است که

دومین محدودیت، مرتبط با حقوق بین‌الملل است. همان‌طور که در بخش‌های پیشین بحث شد، ماده‌ی ۲۵ کنوانسیون وین درباره‌ی حقوق معاهدات تنها چارچوب کلی اجرای موقت را مشخص کرده است و به بسیاری از جنبه‌های مهم آن نپرداخته است. به همین دلیل، برخی کشورها ممکن است تفسیرهای متفاوتی از مفهوم اجرای موقت داشته باشند.

سومین محدودیت، مرتبط با حقوق اساسی اتحادیه‌ی اروپا و به‌ویژه نقش پارلمان اروپا است. اگرچه تصمیم‌گیری درباره‌ی اجرای موقت به‌طور رسمی در حیطه‌ی اختیارات شورای اتحادیه‌ی اروپا قرار دارد، اما پارلمان اروپا نیز در برخی موارد نقش مهمی ایفا می‌کند. برای مثال، برخی از اعضای پارلمان اروپا این دیدگاه را مطرح کرده‌اند که اجرای موقت توافق‌نامه‌های تجاری بدون تأیید قبلی پارلمان، ممکن است با اصول دموکراتیک اتحادیه در تعارض باشد.

با این حال، چنین رویکردی از نظر حقوقی چندان شفاف نیست و به‌طور خاص مشخص نیست که آیا اجرای موقت یک توافق‌نامه‌ی مختلط توسط کشورهای عضو به‌عنوان یک اقدام مستقل صورت می‌گیرد یا آنکه این امر صرفاً یک اقدام تکمیلی در کنار تصمیم شورای اتحادیه است.

۳٫۱ محدودیت‌های حقوقی اجرای موقت در اتحادیه اروپا

یکی دیگر از مسائل مهم، محدودیت‌هایی است که ممکن است بر اجرای موقت توافق‌نامه‌های بین‌المللی در اتحادیه‌ی اروپا اعمال شود؛

اولین محدودیت، ناشی از مقررات داخلی اتحادیه‌ی اروپا است. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، ماده‌ی ۲۱۸(۵) معاهده‌ی عملکرد اتحادیه‌ی اروپا تنها بیان می‌کند که شورای اتحادیه می‌تواند درباره‌ی اجرای موقت تصمیم بگیرد، اما جزئیات بیشتری ارائه نمی‌دهد. این ابهام می‌تواند منجر به چالش‌هایی در تعیین دامنه‌ی دقیق اجرای موقت شود.

نقش اتحادیه اروپا در توسعه حقوق بین‌الملل

پس از بررسی قوانین داخلی اتحادیه اروپا که توضیح می‌دهد چرا این اتحادیه از اجرای موقت در توافقات مختلط استفاده می‌کند، حالا می‌توان دید که اتحادیه اروپا چگونه به توسعه حقوق بین‌الملل در این زمینه کمک کرده است. اولین نمونه از استفاده اتحادیه اروپا از اجرای موقت، مربوط به توافقنامه همکاری بین‌منطقه‌ای در سال ۱۹۹۵ بین اتحادیه اروپا و کشورهای عضو آن با مرکوسور و کشورهای عضو آن بود.^{۲۹} در این توافق، اجرای موقت فقط شامل برخی از مفاد تجاری و مقرراتی بود که اجرای توافق را تسهیل می‌نمود. بنابراین، از نظر محتوا، دامنه اجرای موقت در این توافق مشابه توافقات موقتی بود که اتحادیه اروپا قبلاً امضا کرده بود. از آنجا که این توافق خودش به اجرای موقت اشاره نکرده بود، اجرای موقت از طریق تبادل جداگانه نامه‌ها میان طرفین انجام شد. همچنین، در آن زمان معاهدات اتحادیه اروپا صراحتاً اجازه اجرای موقت را نمی‌دادند، بنابراین شورای اتحادیه اروپا در

تصمیم خود مبنای حقوقی مشخصی برای اجرای موقت ارائه نکرد. امروزه، رویه اتحادیه اروپا تغییر کرده و کمیسیون اروپا معمولاً بندی درباره اجرای موقت را در بخش مربوط به لازم‌الاجرا شدن توافقات قرار می‌دهد. همچنین، شورای اتحادیه اروپا همزمان با صدور مجوز امضای توافق، درباره اجرای موقت آن نیز تصمیم‌گیری می‌کند. به همین دلیل، رویه قدیمی استفاده از تبادل نامه برای اجرای موقت دیگر کنار گذاشته شده است. در موافقت‌نامه‌های مختلط اتحادیه اروپا، اجرای موقت زمانی آغاز می‌شود که هر دو طرف تأیید کنند که فرآیندهای داخلی لازم را انجام داده‌اند.

این توافقات معمولاً اجرای موقت را به‌عنوان یک الزام تعیین می‌کنند، هرچند در برخی موارد، فقط آن را مجاز می‌دانند. این روند، نوع پیشرفته‌تری از یکی از روش‌های اجرای موقت است که گزارشگر ویژه، گومز-روبلدو، در گزارش خود معرفی کرده بود:

۲۹- Interregional framework Cooperation Agreement between the European Community and Its Member States and Mercosur, ۱۵ December ۱۹۹۵, OJ ۱۹۹۹ L ۶۶/۱۱۲ ('IFCA')

و سوئیس هم اعلام کرده‌اند که بیشتر مواردی که از اجرای موقت استفاده کرده‌اند، مربوط به روابطشان با اتحادیه اروپا بوده است.^{۳۱} اگر اتحادیه اروپا چنین ساختار حقوقی خاصی نداشت، این کشورها هم چندان با مفهوم اجرای موقت آشنا نمی‌شدند (یا اصلاً نیازی به آن پیدا نمی‌کردند).

۳۰- See the ILC, ۶۶th Session, ۱۹ February ۲۰۱۵, Comments by South Korea, available at <https://bit.ly/۲ZUDxto>; ILC, ۶۸th Session, ۱۸ August ۲۰۱۶, Comments by Paraguay, available at <https://bit.ly/۲ZQvaie>; ILC, ۶۹th Session, ۲۰۱۷, Comments by El Salvador, available at <https://bit.ly/۳gHoYQj>. A similar issue may be noted even in relation to an EU member state. Austria joined the EU in ۱۹۹۵ and at that time argued that its Constitution did not allow for provisional application; however, Hafner reports that that position has now changed in light of the EU's practice. See Hafner, *supra* note ۷, at ۱۴۷.

۳۱- See the ILC, ۶۶th Session, ۲۷ January ۲۰۱۴, Comments by the Swiss Republic, available at https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/۶۶/pdfs/french/pat_switzerland.pdf&lang=F; ILC, ۶۶th Session, ۳۱ January ۲۰۱۴, Comments by Norway, available at https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/۶۶/pdfs/english/pat_norway.pdf&lang=E.

یعنی امضای توافق، تعهد به اجرای موقت را ایجاد می‌کند، اما آغاز آن نیازمند تصمیم جداگانه طرفین است. این نشان می‌دهد که اتحادیه اروپا از طریق سیاست‌های خارجی خود در توسعه حقوق بین‌الملل نقش داشته است. دلیلش این است که اجرای موقت معمولاً جزء جدایی‌ناپذیر توافقات دوجانبه‌ای است که کشورهای دیگر می‌خواهند با اتحادیه اروپا منعقد کنند. به زبان ساده، اگر یک کشور بخواهد یک توافق جامع و غیرمقطعی با اتحادیه اروپا امضا کند، باید بپذیرد که این توافق از طرف اتحادیه، یک توافق مختلط خواهد بود و اجرای موقت هم در آن گنجانده می‌شود. بر همین اساس، اتحادیه اروپا الگوی مشخصی برای اجرای موقت به شرکای خود پیشنهاد می‌دهد.

اطلاعات ارائه‌شده به گزارشگر ویژه این را تأیید می‌کند: کشورهایمانند کره جنوبی، پاراگوئه و السالوادور گزارش داده‌اند که تقریباً هیچ‌گاه اجرای موقت را در توافقات دوجانبه خود به کار نبرده‌اند، مگر در روابطشان با اتحادیه اروپا.^{۳۲} نروژ و

نتیجه‌گیری

اجرای موقت معاهدات بین‌المللی، به‌ویژه در بستر سازمان‌های بین‌المللی، ابزاری کارآمد برای مدیریت روابط حقوقی و سیاسی در سطح جهانی است. همان‌گونه که در این پژوهش بررسی شد، ماده ۲۵ کنوانسیون وین ۱۹۶۹، مبنای اصلی این سازوکار را تشکیل می‌دهد، اما محدودیت‌های تفسیری آن موجب شده است که رویه‌های متنوعی در این زمینه شکل بگیرد. سازمان‌های بین‌المللی، به‌ویژه اتحادیه اروپا، در استفاده از این مکانیزم پیشگام بوده و از آن برای تضمین اجرای موافقت‌نامه‌های خود بهره برده‌اند. از بررسی تطبیقی اجرای موقت در سازمان‌های بین‌المللی، مشخص شد که این ابزار اغلب به‌منظور تسهیل آغاز به کار نهادهای تازه‌تأسیس یا اجرای فوری تعهدات حیاتی مورد استفاده قرار می‌گیرد. مثال‌هایی مانند ایکائو، آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و سازمان جهانی بهداشت، نشان داد که اجرای موقت، نه تنها بر کارآمدی معاهدات می‌افزاید، بلکه موجب تضمین تداوم عملکرد سازمان‌های بین‌المللی پیش از لازم‌الاجرا شدن رسمی اسناد مؤسس آن‌ها می‌شود. اتحادیه اروپا نمونه‌ای شاخص از نهادی است که اجرای موقت را به‌عنوان ابزار دیپلماتیک و حقوقی در سیاست‌گذاری‌های بین‌المللی خود به کار گرفته است. این سازمان با استناد به بند ۵ ماده ۲۱۸ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا، اجرای موقت را در توافقات خود گنجانده و از این طریق، توانسته است بر موانع فرآیندهای تصویب رسمی در کشورهای عضو فائق آید.



نتیجه‌گیری

با این حال، محدودیت‌های قانونی این رویکرد، از جمله ملاحظات مربوط به صلاحیت انحصاری اتحادیه و نقش کشورهای عضو، همچنان موضوع بحث‌های گسترده‌ای در حقوق اتحادیه اروپا و حقوق بین‌الملل است. در نهایت، یافته‌های این پژوهش تأکید دارند که اجرای موقت معاهدات بین‌المللی، علی‌رغم مزایای فراوان، نیازمند تبیین دقیق‌تر از سوی نهادهای حقوق بین‌الملل است تا از سوءاستفاده‌های احتمالی و تضاد با اصول بنیادین حقوق معاهدات جلوگیری شود. پیشنهاد می‌شود که کمیسیون حقوق بین‌الملل و سایر نهادهای ذی‌ربط، دستورالعمل‌های تفسیری و اجرایی دقیق‌تری برای چارچوب قانونی این مکانیزم به خصوص در مورد سازمان‌های بین‌المللی ارائه کنند.

منابع

منابع فارسی کتاب

۶- علی‌پور، محمدرضا، و امیرحسین خرمی‌روز. «اجرای موقت معاهدات بین‌المللی در سازمان‌های بین‌المللی». تحقیقات حقوقی، (۱۳۹۸): ۳۳-۵۶

ضیایی بیگدلی، محمد رضا. حقوق معاهدات بین‌المللی. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ۱-۱۳۸۸-

فلسفی، هدایت‌الله. حقوق بین‌الملل معاهدات. تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۰، ۲-۱۳۸۰-

مقاله

۳- الهویی نظری، حمید، و کریم بهنام پور. «اجرای موقت معاهدات». اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۲ (۱۳۹۳): ۱-۲۰.

۴- تیللا، پروانه. «جایگاه اجرای موقت پروتکل الحاقی معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای در حقوق عمومی ایران». مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴ (۱۳۸۲): ۱-۲۰.

۵- عبدالهی، محسن، و فرهاد درهمی. «اجرای موقت معاهدات در حقوق بین‌الملل». مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸۷ (۱۳۹۸): ۱۵۱-۱۷۸.

ب) انگلیسی

Books

Y. Arsanjani, Mahnoush, and W. Michael Reisman. "Provisional Application of Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards." In The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, edited by Enzo Cannizzaro, ۸۵-۱۰۴. Oxford: Oxford University Press, ۲۰۱۱.

منابع

Articles

١٢. Bartels, Lorand. "Withdrawing Provisional Application of Convention on the Law of Treaties: Has the EU Made a Mistake?" *Cambridge Journal of International and Comparative Law* ١, no. ٢-١:(٢٠١٢) ١.
١٣. Chamon, Merijn. "Provisional Application of Treaties: The EU's Contribution to the Development of International Law." *European Journal of International Law* ٣١, no. ٩١٥-٨٨٣:(٢٠٢٠) ٣.
١٤. Djajic, Sanja. "Provisional Application of Treaties: Critical Assessment of the Rule and International Investment Awards." *Harmonization of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*:(٢٠١٤) ٢ ١٥-١.
٨. Krieger, Heike. "Article ٢٥: Provisional Application." In *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Olivier Dörr and Kirsten Schmalenbach, ٤٢١-٤٠٧. Heidelberg: Springer, ٢٠١٢.
٩. Mathy, Denis. "Article ٢٥ VCLT." In *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Olivier Corten and Pierre Klein, ٦٥٤-٦٣٩. Oxford: Oxford University Press, ٢٠١١.
١٠. Mertsch, Anna Q. *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, ٢٠١٢.
١١. Villiger, Mark E. *Commentary on the ١٩٦٩ Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, ٢٠٠٩.

منابع

١٩. Gómez-Robledo, Juan Manuel. Second Report on the Provisional Application of Treaties. UN Doc. A/CN.٢.١٤, ٦٧٥/٤.
٢٠. Gómez-Robledo, Juan Manuel. Third Report on the Provisional Application of Treaties. UN Doc. A/CN.٢.١٥, ٦٨٧/٤.
٢١. International Law Commission. Guide to Provisional Application of Treaties, Report of the Special Rapporteur Juan Manuel Gómez Robledo. UN Doc. A/٢.٢٢, ١٠/٧٧.
٢٢. Vienna Convention on the Law of Treaties, ١٩٦٩.
٢٣. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, ١٩٨٦.
١٥. Gómez-Robledo, Juan Manuel. "The Provisional Application of Treaties." University of Vienna Law Review ٢, no. ١٩٧-١٨٢: (٢٠١٨) ٢.
١٦. Lefeber, René. "Treaties, Provisional Application." In Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition. Last updated May ٢٠١١. Accessed October ٢٠٢٥, ١٠. <http://mpepil.com>.
١٧. Michie, Andrew. "The Role of Provisionally Applied Treaties in International Organizations." The Comparative and International Law Journal of Southern Africa ٣٩, no. ٢٠-١: (٢٠٠٦) ١.
١٨. Gómez-Robledo, Juan Manuel. First Report on the Provisional Application of Treaties. UN Doc. A/CN.٢.١٣, ٦٦٤/٤.

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

پیشگیری از اختلافات دولت-سرمايه گذار: مورد مطالعه پرو کارلوس خوزه والداما^۱

۱. کارشناس حقوقی مستقل، رییس تیم حقوقی دولت پرو در سال مقاله منتشر شده در سالنامه اروپایی
حقوق بین الملل اقتصادی

Edited by Catharine Titi, Springer Publishing, (۲۰۲۱) Public Actors in International Investment Law



نشریه فرداد

مهسا خیرخواه^۱

فارغ التحصیل رشته حقوق بین الملل
دانشگاه خوارزمی



مقدمه

بین سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۵ دولت پرو مکلف به پرداخت غرامتی معادل ۲۰۰۰ درصد از کل غرامت ادعایی علیه خود (۵۰ میلیارد دلار) شد. در همان زمان، دولت با طرح دعاوی و دعاوی متقابل و در مجموع گرفتن نه رای در داوری دولت-سرمایه گذار، ۱۴۰ برابر از مبلغ پرداختی به سرمایه گذاران (۱۱۰ میلیون دلار) دریافت کرد. این بی شک رکوردی چشمگیر است؛ هر چند همچنان با ایده آل فاصله دارد.^۲ با وجود ریسک مسئولیت بین المللی دولت‌ها و آبروی یک دولت، ایده آل این است که هیچ اختلافی وجود نداشته باشد.

احکام داوری مطلوب بسیار ارزشمند هستند؛ چرا که بر میزان مسئولیت پذیری و احترام یک دولت به استانداردهای خاص حمایت از سرمایه گذار تاکید دارند و می‌توانند نشانی از عملکرد خوب یک دولت در در حمایت از سرمایه گذاران خارجی در قلمرو خود باشند. احکام داوری باید که در رویه دولت‌ها هنگام مواجهه با اختلافات دولت-سرمایه گذار مورد استفاده قرار گیرند. با وجود این‌ها؛ به چالش کشیده شدن ارزشمند است. ممکن است بعید به نظر برسد اما باید هدف ایده آل دولت‌ها این باشد که هیچ اختلافی رخ ندهد.

۱. ایمیل نویسنده: Mahsa.k@khu.ac.ir

۲. <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/sicreci>

مهسا خیرخواه

فارغ التحصیل رشته حقوق بین الملل
دانشگاه خوارزمی

**مقدمه**

در واقع، روابط بین نمایندگان دولت‌ها و نمایندگان سرمایه گذاران خصوصی، شیوه‌های خاصی از ارتباطات متقابل و در عین حال پیچیده و متضاد در کسب و کارها یا پروژه‌ها را می‌طلبد. برای مثال، منافع سرمایه گذاران بصورت مستقیم با منافع عمومی مثل منافع کارگران، تأمین کنندگان و جوامع محلی اغلب در حال تعارض است؛ چرا که آنان تمایل دارند بار هزینه‌های اجتماعی موجود را به گردن دولت‌ها بیندازند. در سوی دیگر، مقامات دولتی بیشتر به فکر ثبات شغل و مسئولیت‌های شخصی خود هستند تا منافع بلندمدت دولتی که برای آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کنند.^۳ به نظر منافع عمومی نمایندگان دولت‌ها بر موفقیت‌های فوری شخصی خود متمرکزند تا ارزیابی دقیق تاثیرات بلندمدت این گونه پروژه‌ها. در مشارکت‌های عمومی خصوصی (PPPs) قراردادهای واگذاری امتیاز)، زمانی که حوادث غیرمترقبه رخ می‌دهند و باید اقداماتی صورت گیرد، شرایط به صورت متفاوت برای طرفین تفسیر می‌شود. پاسخ به این سوال که باید دولت یا سرمایه گذار هزینه حوادث غیرمترقبه و ناخواسته را تقبل کند، به سختی از متن قرارداد برمی‌آید. دیر یا زود یکی از طرفین به روش حل اختلاف متوسل می‌شود. البته نباید فراموش کرد که سرمایه گذاران مجاز به انجام هرکاری هستند که ممنوع نشده باشد؛

۳. Chew et al. (۲۰۱۸).

LAW AND JUSTICE

مهسا خیرخواه

فارغ التحصیل رشته حقوق بین الملل
دانشگاه خوارزمی



مقدمه

لکن نمایندگان و مقامات دولتی صرف تصریح قانون مجاز به اقدام هستند.

پس از چندین اعلام مبتنی بر قصد و درخواست داوری، نمایندگان دولت متوجه می‌شوند که مشاوران سرمایه گذاران اغلب از این روش به عنوان برگ برنده استفاده می‌کنند؛ چراکه آنان تمایل دارند تک تک اقدامات مرتبط با اختلاف نمایندگان دولتی را تفکیک کرده و هر کدام را به نقض یک قاعده در معاهده حمایت از سرمایه گذاری مرتبط کنند. به همین دلیل است که ادعاهای مطروحه درباره معاهدات سرمایه گذاری بی‌جهت پیچیده و طولانی می‌شوند و دولت‌ها هم معمولاً باید به صورت جداگانه به هر کدام از ادعاها پاسخ دهند.

۲. واقعیت‌ها و ریسک‌های موجود

دولت‌ها باید از شیوه‌های واقع‌بینانه و کاربردی استفاده کنند تا از تبدیل شدن یک اختلاف به دعوی تمام عیار جلوگیری کنند. این بخش برخی از مسائل اساسی را پیشنهاد می‌دهد که دولت‌ها می‌توانند برای جلوگیری از اختلافات دولت-سرمایه‌گذار در نظر گیرند.

۲-۱. پیشگیری از اختلافات

مطلوب این است که از اختلافات اجتناب شود. هزینه‌های حل و فصل اختلافات زیاد است و نه تنها شامل صرف زمان و پول برای دعوی می‌شود؛ بلکه در صورتی که دولت دعوی را ببازد، عمدتاً شامل هزینه‌های مربوط به اجرای احکام نیز می‌شود. هر یک از این هزینه‌ها می‌تواند کاهش یابد اگر از اختلاف اجتناب شود یا در مراحل اولیه، یا به عبارتی زمانی که اختلاف بالقوه است، حل و فصل گردد.

هزینه‌های در خطر افتادن اعتبار یک دولت هم باید در نظر گرفته شود. این خود متغیری است که دولت باید با احتیاط آن را مدنظر داشته باشد؛ چراکه این مسئله همیشه به متغیرهایی که جامعه بین‌المللی، بانک‌های چندجانبه توسعه و تجاری و سایر سرمایه‌گذاران و وام‌دهندگان در نظر می‌گیرند، می‌افزاید. در این باره، برای اعتبار دولتی که در حال مدیریت بحران اقتصادی است و در این بحبوحه، دعوی بین‌المللی علیه او آغاز می‌شود،^۴ وضعیت مشکل و هزینه‌بر می‌شود و مدیریت بحران نیز برای آن دولت دشوارتر می‌گردد.^۵

۴. Simões (۲۰۱۲), pp. ۳۷-۹.

۵. Franck (۲۰۱۱).



اقدامات اتخاذ شده برای آرام کردن جمعیت خشمناک زمانی که بر سرمایه گذاری‌ها تاثیر دارد، برای دیوان داوری که متشکل از افراد خارجی است توضیح دهند. انجام این کار بسیار سخت است.^۱ در این شرایط، نمایندگان دولت باید اقدامات، توضیحات و استراتژی‌های خود را با دقت بسیار هماهنگ سازند تا از افشا شدن درگیری‌های داخلی در محاکم بین‌المللی جلوگیری نمایند. به عبارتی، درگیری‌های داخلی می‌تواند اختلافات دولت-سرمایه‌گذار را تشدید نماید.

همچنان شناسایی و مدیریت دعاوی سرمایه‌گذاران ساده‌تر از درگیری‌های داخلی است. تعامل با شرکتی که معترض است نیازمند یک تماس تلفنی است. در هر کشور سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارند، لکن همه آن‌ها دعوی بالقوه یا قریب الوقوع علیه دولت ندارند.

البته، در میان بسیاری از انواع اختلافاتی که دولت‌ها با آن مواجه‌اند، حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه‌گذار دشوارترین آن نیست. برای مثال، به دلیل تعداد نسبتاً کم پرونده‌ها می‌توان همچنان به صورت موردی از اختلافات دولت-سرمایه‌گذار پیشگیری و آن را مدیریت کرد. در مقابل، شناسایی، تشخیص، پیشگیری و حل و فصل ناآرامی‌های اجتماعی چون اعتراضات اتحادیه‌های کارگری و مصرف‌کنندگان بسیار دشوارتر از اختلافات دولت-سرمایه‌گذار است. بازیگران اجتماعی انگیزه‌های متفاوت‌تری نسبت به سرمایه‌گذاران دارند مانند انگیزه‌های شخصی، منافع سیاسی و حتی فساد. ناآرامی‌ها نشانه‌هایی از ناراحتی و نارضایتی گسترده‌ای هستند که ممکن است به خشونت منجر شوند.

مشکل اصلی زمانی رخ می‌دهد که ناآرامی‌های اجتماعی، منشا اقدامات دولت باشند که خود باعث اختلافات سرمایه‌گذاری شده‌است. در این موارد، دولت‌ها باید ماهیت و سابقه اختلافات اجتماعی خاص، و توجیح

۱. Bear Creek Mining v. Peru, ICSID Case No. ARB/۲۱/۱۴, Award, ۱۲ September ۲۰۱۷.

به منظور مدیریت بهتر سرمایه‌گذاری‌های خارجی، دولت‌ها می‌توانند به ایجاد سوابق شرکت‌های خارجی و سایر سرمایه‌گذاران در قلمرو خود بیان‌دیشند و آن را به طور آماری و مرتباً پیگیری نمایند. این موضوع به دولت این امکان را می‌دهد که به طور موثرتری تعارضات احتمالی که ممکن است در آینده منتهی به طرح دعوی شوند را شناسایی نماید.

علاوه بر مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات که در معاهده سرمایه‌گذاری گنجانده شده‌است، یک پنجره زمانی ارزشمند برای دولت‌ها وجود دارد و آن دوره زمانی رسیدگی (دوره مذاکره شش ماهه) شناخته می‌شوند که در صورت استفاده مسولانه، می‌توان از داوری جلوگیری نمود.^۷ دوره مذاکره فرصتی طلایی برای دولت‌هاست تا بصورت رسمی شیوه حل و فصل را با رویه و ترجیحات زمانی خود تعیین کنند و بهترین تلاش خود در جهت حل اختلاف را انجام دهند. این دوره زمانی که معمولاً شش ماه طول می‌کشد و توسط بند حل اختلاف تنظیم نمی‌شود. در طی این دوره طرفین با

نزدیک‌تر شدن به هم، مشترکاً درباره گام‌های بعدی برای رسیدن به یک راه حل توافق می‌کنند. این شیوه اغلب به دلایلی به نتیجه نمی‌رسد. لکن، اگر دولت یک برنامه منسجم از پیش داشته باشد و به سرمایه‌گذار یک برنامه حل و فصل از پیش تعیین شده با جدول زمانی ارائه نماید، این فرصت را دارد که کنترل بهتری در این دوره داشته باشد و آن اختلاف را در این مرحله حل نماید.

۲-۲. خطرات همیشگی

دموکراسی مستلزم آن است که هر شهروندی، جدای از دیدگاه سیاسی، رویکردش به سرمایه‌گذاری خصوصی، موافقت یا مخالفت با یک گروه، حرفه یا اقلیت خاص، و حتی سطح تحصیلات اکادمیک برای مناصب و سمت‌های دولتی انتخاب گردد.

۷. Schreuer (۲۰۰۵); Sharma (۲۰۱۹), pp. ۱۵۲-۱۳۸.

در طول سال‌های گذشته مشاهده شده که چگونه کنشگران فعال در کشورهای مختلف از رهبران و نمایندگان با دیدگاه‌ها و ترجیحات حمایت از تولیدات داخلی، طرفداری می‌کنند و به رای دهندگان قول می‌دهند که در از صنعت و محصولات خود در مقابل واردکنندگان خارجی دفاع می‌کنند. این پدیده باعث شده رفتار روابط با سرمایه گذاران خارجی ثبات نداشته باشد. تا جایی که در برخی حل اختلافات دولت-سرمایه گذار، دولت را مسئول بدرفتاری‌هایی با سرمایه گذار خارجی در سطح بین‌المللی دانسته است.

اگرچه دولت‌ها دائماً در تلاشند با سیاست‌هایی چون بازکردن و رشد بازارها یا ارائه تسهیلات مالی در میان سایر سیاست‌های جذب سرمایه گذار، روابط خود را با سرمایه گذاران بهبود ببخشند؛ لکن این روابط به دلیل حساسیت موجود خود، دائماً نیاز به ارتقا دارند. نه دولت، و نه حتی سرمایه گذاران، نباید فکر کنند با انجام صرف یک سری اقدامات و فرایندهای تصمیم‌گیری، این رابطه به سرعت ارتقا می‌یابد. چرا

که نمایندگان دولت‌ها و نمایندگان سرمایه گذاران همیشه با افراد آماده به کار و ماهرتری جایگزین نمی‌شوند. به همین دلیل است که دولت باید به فکر به کار بستن یک سیستم دائمی و نهادینه شده باشند تا موقعیت‌ها و استدلال‌های خود را در هنگام رخداد اختلاف سرمایه گذاری تحکیم بخشد. همان‌طور که با جزئیات بیشتر توضیح داده خواهد شد، دولت جمهوری پرو ایجاد یک کارگروه با وظیفه معین نمایندگی دولت در اختلافات دولت-سرمایه گذار و هماهنگ سازی و مشارکت در دفاع از دولت را بسیار مثمرالثر یافت.^۸ این کارگروه خود صلاحیت و اختیارات انحصاری دارد و قادر است مقامات دولتی و نهادهایی که از همکاری با دولت خودداری می‌کنند و یا ایجاد اختلاف می‌کنند را مسئول (متخلف) شناسایی نماید.

۸. <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/documentos-importantes?id=۳۷۷>.

سوتفاهم‌هایی در برقراری ارتباط با سرمایه گذاران و ذی نفعان می‌شود. رایج است که مقامات تازه منصوب شده در مورد توافقات مقام قبلی با سرمایه گذار روراست نیستند یا با آن موافقت نمی‌کنند. ماموران اداری اغلب تمایل دارند از تصمیم‌گیری‌ها در موارد خاص اجتناب ورزند؛ چرا که مسئولیت شخصی یا حتی کیفری برای هر اشتباه آنان به دنبال خواهد داشت.

▶ در بسیاری از موارد مقامات دولتی از این نکته که مرادوات و ارتباطات داخلی می‌تواند به عنوان مدرکی برای سرمایه گذار در داوری استفاده شود، آگاهی ندارند.

▶ در بسیاری از موارد، معاهدات سرمایه گذاری ضعیف تنظیم می‌شوند و تفسیر آن‌ها حتی بدتر هم هست.

▶ در برخی موارد، مقامات دولتی به جای ایفای وظیفه از سمت دولت، عقاید شخصی و سیاسی خود را در ادارات حاکم می‌کنند.

این کارگروه ویژه توانایی زیادی را به دولت می‌دهد که روابط خود با سرمایه گذاران را در بخش‌های مختلف اقتصادی دولتی ارزیابی نماید و با مسئولان مربوطه به منظور یافتن راه حل‌های ابتکاری و برای پیشگیری از رخداد اختلافات احتمالی و با واکنش‌های به موقع در برخی موارد همکاری نماید.

بعد از گذشت سال‌ها، این کارگروه توانسته نمونه‌هایی از عملکردهای مقامات دولتی را شناسایی کند که ریسک قابل توجهی برای دولت ایجاد می‌کند و نه تنها باعث بروز یک اختلاف بین‌المللی است، بلکه آن را از پیش پر هزینه‌تر و دفاع را سخت‌تر می‌کند؛ که عبارت هستند از:

▶ در برخی موارد، مقامات در مورد توانایی خود در حل و فصل موضوع اختلاف، مبالغه می‌کنند. مشکل اساسی زمانی ایجاد می‌شود که از ناتوانی خود در حل اختلاف آگاه می‌شوند و ممکن است برای جلوگیری از داوری دیر شده باشد؛ زیرا شروع روند داوری از قبل اعلام شده‌است.

▶ انتصاب مکرر افراد در مقام‌های دولتی، اولویت‌های نهاد دولتی را تغییر می‌دهد و باعث ایجاد

اطمینان از انعطاف پذیری و وجود فضای موثر برای واکنش به موقع و جلوگیری از اختلافات احتمالی، بیاندهشند. هرچقدر این کارگروه تجربیات بیشتری کسب کند پیشگیری از اختلافات نیز موفق‌تر خواهد بود. هیچ جادویی وجود ندارد که به دولت‌ها قدرت جلوگیری از اختلافات را بدهد و همه چیز نیازمند تمرین و کسب تجربیات آن‌هاست.

▶ در بسیاری از موارد مقامات دولتی از این نکته که مراودات و ارتباطات داخلی می‌تواند به عنوان مدرکی برای سرمایه‌گذار در داوری استفاده شود، آگاهی ندارند.

▶ در بسیاری از موارد، معاهدات سرمایه‌گذاری ضعیف تنظیم می‌شوند و تفسیر آن‌ها حتی بدتر هم هست.

▶ در برخی موارد، مقامات دولتی به جای ایفای وظیفه از سمت دولت، عقاید شخصی و سیاسی خود را در ادارات حاکم می‌کنند.

این‌ها شرایطی واقعی است که دفاع از دولت را سخت و هزینه‌بر می‌کند. باید توجه داشت که در هنگام بروز اختلافات بین‌المللی، دولت‌ها نه تنها با مشکلات خود ماهیت اختلاف مواجه‌اند، بلکه از آن‌جا که فرایندهای اداری کند هستند و اقدامات افراد متعددی را شامل می‌شوند، به طور بالقوه ریسک‌های زیادی را ایجاد می‌کنند.

بنابر دلایل ذکر شده، دولت‌ها می‌توانند با به‌طور جدی به ایجاد یک کارگروه تخصصی متمرکز بر هماهنگی‌های داخلی و نمایندگی دولت در اختلافات دولت-سرمایه‌گذار، برای



۹. Brown (۲۰۱۰), p. ۱.

۱۰. UNCTAD have registered ۲,۸۹۷ bilateral investment treaties and ۳۹۰ treaties with investment provisions so far. See <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

Byanyima Winnie (۲۰۱۷) '۸ Men Have the Same Wealth as ۳,۶ Billion of the World's Poorest People. We Must Rebalance this Unjust Economy', World Economic Forum <https://www.weforum.org/agenda/۰۱/۲۰۱۷/eight-men-have-the-same-wealth-as-۶-۳-billion-of-the-worlds-poorest-people-we-must-rebalance-this-unjust-economy/>;

Tavienne Randall (۲۰۱۸) How Private Companies Are Driving Growth, EY Building a Better Working World, https://www.ey.com/en_gl/growth/how-private-companies-are-driving-growth;

OECD (۲۰۱۸) Multinational enterprises in the global economy heavily debated but hardly measured, <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>;

OECD (۲۰۰۲) Foreign direct investment for development maximising benefits, minimizing costs, <https://www.oecd.org/industry/inv/investmentfordevelopment/۱۹۵۹۸۱۵.pdf>;

UNCTAD (۱۹۹۸) Foreign direct investment on the rise, <https://unctad.org/en/pages/PressReleaseArchive.aspx?ReferenceDocId%۴۳۱۷۳>;

United Kingdom, Department for International Development (۲۰۱۱) The engine of development: The private sector and prosperity for poor people, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/۶۷۴۹۰/Private-sector-approach-paper-May۲۰۱۱.pdf;

Fortune, ۱۰۰ Fastest-Growing Companies <https://fortune.com/۱۰۰-fastest-growing-companies/۲۰۱۹/momo/>;

Forbes, Most Innovative Growth Companies <https://www.forbes.com/growth-companies/list/#tab:rank>.

۲-۳. چشم انداز همیشه در حال تغییر

حمایت از سرمایه گذار خارجی بین‌المللی پدیده جدیدی نیست. اوایل سال ۱۶۰۰ میلادی، امتیازهای انحصاری تجاری توسط دولت‌ها به چند شرکت سرمایه گذار مستقل اعطا می شد که شخصا و به طور مستقیم ریسک های اکتشاف، استقرار و توسعه فعالیت های تجاری در خارج از کشور را به عهده می گرفتند.^۹ چهار قرن بعد، پس از کوشش‌های پیوسته در سرمایه گذاری های پرریسک، همچنین جنگ‌ها و مأموریت‌ها، روابط بین حکمرانان و سرمایه گذاران خصوصی داخلی، روابطی حاصل شد که امروزه آن را با نام روابط دولت-سرمایه گذار می شناسیم. حکمرانان به امضای قراردادهایی بین خود مبادرت ورزیدند که به سرمایه گذاران ملی خود اجازه می داد در صورت نقض استانداردها و قواعد مورد توافق از سوی دولت، علیه دولت طرح دعوی کنند.^{۱۰}

در چند سال اخیر، رشد سریع نسل های جدیدی از شرکت‌ها در هر بخش از اقتصاد جهانی وجود داشته است.^{۱۱}

حائز اهمیت است که دولت‌ها شروع به اعطای حق به سرمایه‌گذاران برای طرح دعوی بر اساس حقوق بین‌الملل عمومی از طریق مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی کرده‌اند. احکام صادره از ایکسید لازم الاجرا^{۱۴} هستند و اگر دولتی از حکم ایکسید اتباع نکند، دولت متبوع سرمایه‌گذار می‌تواند اقدامات متقابل علیه آن آغاز کند.

۱۲. The Economist (۲۰۱۹) France's digital tax riles the White House, <https://www.economist.com/finance-and-economics/۱۷۰۷/۲۰۱۹/frances-digital-tax-riles-the-white-house>.

۱۳. Orta David, Allegations of Corruption in Investment Treaty Arbitration: The Need for Reform <https://www.expertguides.com/articles/allegations-of-corruption-in-investment-treaty-arbitrationthe-need-for-reform/arkesfdy>.

۱۴. Article (۱)۵۴ of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) provides: "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent State".

از ظهور غول‌های اینترنتی، توسعه حفاری‌ها و شرکت‌های دارویی و زیرساختی تا صنعت ساخت هواپیما و خطوط هوایی، مخابرات و فیلمسازی. ارزش این‌گونه شرکت‌ها برای کشور خود همچون ارزشی که مالیات و ارتقای فناوری و سایر مشاغل دارد، برای اقتصاد ملی شان حیاتی است. به همین دلیل دولت‌های سرمایه‌پذیر باید در مورد رویدادهای اخیر تاملی داشته باشند و در نظر بگیرند که امکان حمایت از سرمایه‌گذاران ملی خود و سرمایه‌گذاری در خارج از کشور نیز وجود دارد.

دولت‌ها به راحتی نمی‌توانند بر ادغام شرکت‌های تجاری، یا تطبیق سیستم‌های مالیاتی خود با رخدادهای جدید کنترل داشته باشند.^{۱۳} فسادهای سازمان یافته می‌تواند بر ثبات دولت‌ها تاثیرگذار باشد و در عین حال شرکت‌ها، ادعاهای چندین میلیاردی علیه دولت‌ها در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) طرح می‌کنند.^{۱۴} این موضوع نشانگر این است که اهرم سرمایه‌گذاران بر دولت‌های ملی و خارجی، تاثیر قابل توجهی دارد. توجه به این نکته

جلوگیری از اختلافات انجام دهند. از جمله اقدامات پیشنهادی می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

▲ ایجاد یک کارگروه ویژه و تخصصی که منحصراً به تحقیق، ارزیابی، تنظیم و به ویژه اصلاحات قراردادهای واگذاری امتیاز مبادرت ورزند. دولت‌ها به عبارتی می‌توانند یک شیوه انعطاف پذیر در تنظیم قراردادهای واگذاری امتیاز مدنظر قرار دهند. این کارگروه باید حرفه‌ای و آماده باشد و صلاحیت اجرایی در تمامی نهادهای دولتی و محلی را داشته باشد. علاوه بر این، مذاکره و گفتگو با صاحب امتیاز باید به طور دائمی فراهم بوده و شرایط قرارداد باید متعادل و به نفع هردو طرف باشد.

۱۵. <https://www.oecd.org/tax/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-۲۰۷۴۵۴۱۹.htm>.

۱۶. The United States Department States (۲۰۱۷) Foreign Corrupt Practices Act. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

می‌توان به ابتکارات دیگری در زمینه تعادل در روابط بین‌المللی در ارتباط با شرکت‌های جدید در سطح بین‌المللی اشاره کرد. سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD)، در حال ارتقای یک نظام مالیاتی بین‌المللی است که ناظر بر تنظیم و جمع‌آوری مالیات بر درآمد شرکت‌های اینترنتی برخط با تابعیت سرزمینی موثر است. ایالات متحده آمریکا نیز به طور فعال، فساد در خارج از مرزهای خود را ذیل قانون اقدامات فساد خارجی را تحت تعقیب قرار می‌دهد که در حقیقت، بیشتر فسادهای اخیر با اجرای این قانون، برملا شد.

به طور خلاصه، سرمایه‌گذاران اکنون اهرم‌های موثرتری نسبت به چندسال پیش دارند و ممکن است در سال‌های آینده هم بهبود یابد. دولت‌ها باید در این زمینه قواعد و مقررات روشن و واضحی وضع نمایند؛ در غیر این صورت ارتباط با سرمایه‌گذاران سخت‌تر می‌شود. توصیه می‌شود دولت‌ها سوابق و فعالیت‌های اجرایی شرکت‌های خارجی که در قلمرو آنان سرمایه‌گذاری می‌کنند را در نظر گیرند تا بتوانند اقدامات مناسب‌تری در زمان مناسب برای

هنگام بروز یک اختلاف بین‌المللی، پراهمیت است. فرهنگ‌ها و ملل مختلف رویکردهای متفاوتی نسبت به مفهوم سرمایه‌گذاری و نقش و رابطه دولت با آن دارند. همین امر درباره حل اختلافات و ویژگی‌های آن بروز می‌یابد. حتی رویکرد به مشارکت‌های عمومی-خصوصی نیز در منطقه‌های مختلف متفاوت است. مقامات دولتی باید درباره این موضوع آگاه باشند که هنگام به توافق رسیدن داوری، ممکن است اختلاف در یک محیط ناآشنا و متفاوت برای آنان حل و فصل شود؛ در این جا نه تنها تفاوت‌های فرهنگی برای دولت و سرمایه‌گذاران آشکار می‌شود، بلکه تفاوت در نوع سازش، قواعد و رویه‌های سنتی و پیشینه داوری نیز آشکار می‌گردد.

▲ ایجاد کردن فهرستی از شرکت‌های خارجی که در اقتصاد کشور شریک می‌شوند و به صورت دوره‌ای آن‌ها را پیگیری کرده و فرصت‌های ارتباطی مانند خدمات مشتریان برای آن‌ها قرار دهند.

▲ دولت می‌تواند تمام مقامات دولتی در ارتباط با سرمایه‌گذاری خارجی را گرد هم آورد و گفتگوهای آزاد با آن‌ها برای ارزیابی مشکلات مختلف آن‌ها، پیشنهاد مکانیزم‌های همکاری برای جلوگیری از بروز اختلافات احتمالی و ارائه راهکارهای قانونی مورد نیاز برای ارتباط موفق با سرمایه‌گذاران، برقرار سازد.

۲-۴. اختلافات دولت-سرمایه‌گذار در پرتو تفاوت‌های فرهنگی و عملی در نظر گرفتن تفاوت‌های فرهنگی

است یک داوری بین‌المللی را پیش بگیرند یا موضوع مورد اختلاف را قبل از تبدیل شدن به یک دعوی تمام عیار، حل و فصل کنند.

۲-۵. دولت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل

موضوع کلیدی آن که دولت‌ها در داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری آسیب پذیرتر هستند. (برعکس دادگاه‌های بین‌المللی) بر اساس حقوق بین‌الملل عمومی، تصمیمات، اقدامات و بیانیه‌های عمومی دولت‌ها از نظر حقوقی الزام‌آور است. در داوری، دولت به عنوان خود حکومت حضور ندارد؛ بلکه جایی است که مقامان فعلی، مقامات سابق را به خاطر اشتباهات و بی‌کفایتی‌هایشان مورد مذمت قرار می‌دهند. دولت باید از اشتباهاتی که مقامات دولتی مرتکب شده‌اند پشتیبانی کنند، گویی که خود مرتکب اشتباه شده‌اند. از آن‌جا که حاکمیت دولت‌ها در سطح استان‌ها و مناطق گسترده است، هماهنگی دائمی با نهادهای محلی و ایالت‌ها برای جلوگیری از بروز اختلافات و دعاوی بین‌المللی بیشتر ضروری است.

بنابراین بهتر است هنگام به توافق رسیدن درباره داوری، از هزینه‌های این متغیر هم آگاهی داشته باشند. دولت باید در نظر بگیرد که سرمایه‌گذاران از لحاظ فرهنگی با آن‌ها متفاوت هستند؛ بنابراین، اعلام‌ها و ارتباطات باید تا حد امکان، واضح، مستقیم و علنی باشد تا از اظهارات نادرست یا سوءبرداشت‌های آینده با سرمایه‌گذاران، داوران و مشاورین حقوقی جلوگیری به عمل آید.

یک دلیل مهم برای اجتناب از اختلافات بین‌المللی دولت-سرمایه‌گذار، این است که دولت‌ها عموماً قدم در مسیرهای عجیبی می‌گذارند و کاملاً قادر به درک زمینه‌ای که اختلاف در آن حل و فصل می‌گردد، نیستند. به عنوان یک قاعده، داوران نماینده دولت خود در دعوا نیستند،^{۱۷} لکن می‌توانند هم تبار وکلا و مشاورین حقوقی یکی از طرفین باشند که این خود نشانگر درک مشترک و نزدیک متغیرهای مورد بحث در دعوی، از جمله رویه‌ها و مقررات است. داوری بین‌المللی شبیه به سیستم بازرسی در دعاوی حقوقی داخلی نیست. این مهم است که نمایندگان دولت‌ها بدانند که بهتر

قطعی شدن حکم و خاتمه دعوی ایجاد نمود.^{۲۳} این کارگروه با هدف به کار بستن تمام تلاش خود بر هماهنگ سازی تمام نهادهای داخلی و تیم‌های حقوقی گذشته دولت است که ممکن است نقش تاثیرگذار مستقیم یا غیرمستقیمی در درمورد شواهد و اسناد و استراتژی‌ها در دفاع از دولت پرو در محاکم بین‌المللی داشته باشند، اقدام می‌کند.^{۲۴}

قانون ۲۸۹۳۳^{۲۵} که این کارگروه را ایجاد کرد، مکانیزم ساده‌ای برای آن در نظر گرفته است.^{۲۶}

۱۹. Peru's website of the Minister of Economy and Finance reveals a total of ۱۶ cases that have been concluded by ۲۰۱۹. See <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadasapps/sicreci>.

۲۰. <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/estadisticas/۱۹۷-inversion-privada/acuerdos-y-convenios-de-promocion-y-proteccion-rec/۳۴۳-listado-de-acuerdos-y-convenios-depromocion-de-inversiones>.

۲۱. Valderrama (۲۰۱۸), p. ۱۰۵.

۲۲. Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión

۲۳. <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/sicreci>.

۲۴. Peru, Supreme Decree No. ۲۰۰۹-۰۲-EF, ۱۳ January ۲۰۱۳.

۲۵. Peru, Act No. ۱۵, ۲۸۹۳۳ December ۲۰۰۶.

۲۶. Article Y of Act N1۵, ۲۸۹۳۳ December ۲۰۰۶.

۳. الگو و رویه توسعه یافته دولت پرو در طول سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۵

۳-۱. شرح الگو

دولت پرو کاملاً خود را مشغول به حل و فصل پرونده‌های اختلافات دولت-سرمایه گذار ساخته است.^{۱۹} دولت حدود ۴۰ موافقت نامه حمایت از سرمایه گذاری^{۲۰} و صدها قرارداد با سرمایه گذاران خارجی امضا کرده است که در آن‌ها به استفاده از مکانیزم حل و فصل داوری بین‌المللی رضایت داده است. جالب این که دولت پرو، در اکثر قراردادهای واگذاری امتیاز خود، صلاحیت داوری بین‌المللی ایکسید و قوانین داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل آنسیترا را می‌پذیرد. همانطور که توضیح داده خواهد شد، این روشی امن برای پیشگیری از اختلافات است.^{۲۱}

دولت پرو به منظور دفاع از منافع خود در داوری‌های بین‌المللی، یک کارگروه ویژه هماهنگی و پاسخگویی به نام «کارگروه هماهنگی و پاسخگویی دولت پرو در اختلافات بین‌المللی سرمایه گذاری»^{۲۲} با وظیفه نمایندگی دولت از زمان اعلام سرمایه گذار درمورد اختلاف تا زمان اجرا و

دقیق، کارگروه یک جوابیه کتبی ارسال می‌کند و در آن پیشنهاد شروع فرایند حل و فصل می‌دهد یا موضع مخالف دولت را اعلام می‌کند و به سرمایه گذار مدعی فرصتی برای رد ادعای دولت را می‌دهد. این خود شروع دوره زمانی مذاکره است.

اگر جوابیه رسمی، برای آغاز فرایند مذاکره ارسال شود، به پیوست آن دستورالعمل مذاکره که حاوی آیین اساسی مذاکره است امضا و ارسال می‌شود. این سند باید توسط سرمایه گذاران امضا شده و برای شروع فرایند به کارگروه بازارسال شود. در سوی دیگر، اگر کارگروه تشخیص دهد که مذاکره امکان پذیر نیست، تصمیم خود را به سرمایه گذار اعلام می‌کند. در صورتی که اقتضا کند، کارگروه نمایندگی دولت برای مذاکره در دوره زمانی را پس می‌گیرد و به سرمایه گذار فرصت شروع بی درنگ فرایند داوری را می‌دهد.

این کارگروه نماینده ویژه و انحصاری دولت است که بر دفاع از دولت در برابر سرمایه گذاران در محاکم بین المللی تمرکز می‌کند. فرایند به محض اعلام سرمایه گذار به وجود اختلاف و وضعیت دعوی آغاز می‌شود و کارگروه از تمام نهادهای ذی ربط می‌خواهد در ارتباط با اختلاف و دعوی حاضر، تمام اسناد، داده‌ها، مدارک و جایگاه سازمانی خود را ارائه نمایند.

با وجود دو عنصر اخطار به دعوی و نظر کارگروه، نهاد صلاحیت خود را احراز می‌کند. اگر اختلاف حاضر، یک دعوی دولت-سرمایه گذار باشد صلاحیت نمایندگی دولت با کارگروه است؛ لکن اگر یک اختلاف تجاری بازرگانی باشد، نهادی که خود مسئول ایجاد اختلاف بوده با امکانات و بودجه خود وارد دعوی می‌شود.

بعد از تایید شدن صلاحیت کارگروه،^{۲۷} این نهاد از سازمان‌های ذی ربط که در ایجاد اختلاف یا تشدید آن نقش داشته‌اند دعوت می‌نماید تا به آن‌ها بپیوندند.^{۲۸} بلافاصله پس از آن، اقدام به دعوت سرمایه گذاران به جلسه مقدماتی می‌کند و اجازه می‌دهد آنان دغدغه‌ها، رویکرد و خسارات ادعایی خود را طرح نمایند. پس از بررسی‌های

۲۷. Article ۷,۳ of Act No. ۱۵, ۲۸۹۳۳ December ۲۰۰۶

۲۸. Article ۷,۳ (f) of Act No. ۱۵, ۲۸۹۳۳ December ۲۰۰۶;

See Supreme Decree No. ۲۰۰۸-۱۲۵-EF, ۱۳ January ۲۰۱۳.

۲۹. Schreuer (۲۰۰۵); Sharma (۲۰۱۹), pp. ۱۵-۱۳۸.



بسته به ماهیت دعوی و سرمایه گذار، مذاکره یا ادامه می‌یابد یا تا زمان شروع فرایند داوری متوقف می‌شود. اغلب دوره زمانی مذاکره مرحله فعال این فرایند است و برای حل اختلاف در برخی موارد کارآمد است؛ حتی در صورت حل نشدن اختلاف، باز هم برای کاهش دادن مقدار خسارات ادعایی بسیار مثمرالثمر است.

بعد بروز اختلاف، بهترین روش جلوگیری از داوری استفاده از دوره زمانی مذاکره است. دلیل آن این است که این دوره یک بازه زمانی معقول برای دو طرف است که تا تمام تلاش خود برای حل اختلاف را انجام دهند. نکته مهم آن که دولت باید از این دوره زمانی استفاده کند و واقعا برای حل و فصل اختلاف و جلوگیری از شروع داوری تلاش کند. این دوره زمانی اغلب دوره شش ماهه است که زمانی طولانی نیست. در بسیاری از موارد که تلاش‌ها جدی است، طرفین درمی‌یابند که بازه زمانی بیشتر از شش ماه برای ادامه فرایند احتیاج دارند و متقابلاً توافق می‌کنند تا زمان رسیدن به یک راه حل، طول دوره را افزایش دهند. کارگروه خود صلاحیت یافتن راه حل‌های توافق با سرمایه گذار را دارد؛ لکن پس از توافق به یک راه حل منطقی، لازم است هیئت وزیران نیز آن را تایید و امضا کنند.

در مواردی، مقامات دولتی قصور خود را می‌پذیرند و با تلاش صادقانه برای درک نگرش سرمایه گذار، موضع خود را با پذیرش درخواست سرمایه گذار تغییر می‌دهند.

آن است داشته باشد. محتوا و تفسیر دیوان از آرای داوری به این دلیل اهمیت دارند که ممکن است بعدها علیه دولت به کار گرفته شوند. این امر درباره اظهارات طرف های ثالث و تفسیر معاهده هم صادق است. سوابق فرایندهای طی شده در طول دوره زمانی مذاکره نیز به دولت کمک می‌کند تا اشتباهات گذشته خود را تصحیح کند و از رخداد اختلافات در آینده جلوگیری به عمل آورد.

به علاوه، به عنوان یک اقدام پیشگیرانه کارگروه ویژه، یک سازوکار ویژه اخطار آنلاین را با دستورالعمل‌های بسیار ساده و روشن به اجرا درآورد تا هشدار شروع یک اختلاف را اعلام کند. ما همچنین یک دوره توقف خودکار برای سرمایه داران در طول فرایند حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار در نظر گرفتیم اما متأسفانه این سیستم مورد استفاده قرار نگرفت و از وبسایت دولت حذف شد.

۳۰. Articles ۸, ۷ and ۹ of Act No. ۱۵, ۲۸۹۳۳ December ۲۰۰۱
۳۱. State parties to a treaty that are not parties to the dispute may have a right under that treaty to make submissions on a question of application or interpretation of the treaty (see e.g. Article ۱۱۲۸ of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). See also ICSID Arbitration Rule (۲)۳۷ on submissions by non-disputing party submissions. See further chapters by Rebecca E. Khan and Kendra Magraw, this volume.

این‌ها مواردی است که من (نویسنده) بدین شیوه کارآمد حل کرده‌ام. در این موارد، وظیفه من در کارگروه نزدیک کردن نگرش طرف‌های درگیر اختلاف به هم و ایجاد فضایی آرام برای گفتگو است. در هر صورت، مزیت بزرگ دوره زمانی مذاکره این است که اگر داوری هم آغاز شود، دولت غافلگیر نمی‌شود بلکه بالعکس، آمادگی کافی برای پاسخگویی موفق در مرجع بین‌المللی دارد.

قانون ۲۸۹۳۳ تصریح می‌کند که واکنش دولت از سوی کارگروه، باید در دو بخش باشد:

▶ پیشگیری از اختلاف با تمرکز بر داده‌های مربوطه، ایجاد سازوکار اعلام و اخطار، قاعده گذاری درباره مقررات حل اختلاف در قراردادها و معاهدات
▶ مدیریت دفاع از منافع دولت در طول دوره زمان مذاکره یا داوری و سازش. مدیریت دفاع برای جلوگیری از سایر اختلافات بسیار پراهمیت است.

تمرکز بر داده‌های موجود بسیار حائز اهمیت است و دولت باید اطلاعات دقیقی از محتوای داوری‌هایی که طرف

همانطور که ذکر شد کارگروه ویژه پرو قابلیت احراز صلاحیت خود ضمن ارزیابی ماهیت اختلاف را دارد. دوره ارزیابی اختلاف، زمانی مناسب برای همکاری نزدیک با سازمان‌های دولتی و مقامات آن برای یافتن روش‌های جلوگیری از بروز اختلاف است؛ چرا که در این زمان است که مقامات دخیل در اختلاف نگران مسئولیت خود هستند و آمادگی بیشتری برای همکاری دارند.

اغلب اختلافات از استنکاف کارمندان دولتی از اعمال اختیارات خود تشدید می‌شود؛ چراکه آنان ترجیح می‌دهند که اسناد بین‌المللی را تایید نکنند تا مورد اتهام و پیگرد قانونی به جرم ارتشا و ضرر و زیان زدن به دولت قرار نگیرند. خواه آنان برای اصلاح، انعقاد یا حل و فصل اختلافات مقابل سرمایه‌گذار منصوب شده باشند که در این موارد لازم است اقدامات فوری اتخاذ شود. کارگروه باید در مواقعی که مدعی ادله قوی در دست دارد و اگر به محاکم بین‌المللی برسد باعث ضرر هنگفت به دولت خواهد شد، به مقامات دولتی گزارش دهد.

به نظر می‌رسد مقامات دولتی به استفاده از سیستم آنلاینی که سوابق اقدامات آنان را ثبت می‌کند، متقاعد نشده‌اند. بنابراین از خود در برابر هرگونه فرض مسئولیت در اختلافی که ممکن است میلیون‌ها دلار برای دولت هزینه داشته باشد محافظت می‌کنند. آنان ترجیح می‌دهند تماس تلفنی برقرار کنند یا شخصاً به دفاتر مراجعه کرده و درباره اختلافات احتمالی گفتگو کنند.

۳-۲. شرح بهترین رویه‌ها

حل و فصل اختلاف با توافق طرفین حقی است که طرفین قرارداد از همان ابتدای رابطه قراردادی خود از آن برخوردارند. توافق متقابل منجر به انطباق با موضع طرف مقابل می‌شود که خود منتج به درک مشترک از اهداف و مفاد قرارداد می‌گردد. قبل از شروع دوره زمانی مذاکره، که در واقع روشی است که با ابتکار طرفین به جستجوی یک راه حل در مقررات حل اختلاف از شروع داوری جلوگیری میکند، نیز توانمند ساختن کارمندان دولتی را می‌توان یک راهکار مفید برای جلوگیری یا تشدید یک اختلاف بین‌المللی دانست.

واقعیت جالب توجه در مورد امکان طرح دعوی قبل از سرمایه گذار در ایکسید این است که با پذیرش آن، سیستم شناسایی و اجرای احکام در ۱۶٪ حوزه قضایی ملی نیز فعال می‌شود که امکان دعوی دولت علیه سرمایه گذار فراتر از مرزهای خود را نیز افزایش می‌دهد.

۳۲. E.g. see Peru v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC, ICSID Case No. ARB ۲۴/۱۳.

۳۳. Sasson (۲۰۱۷), pp. ۲۴۲-۱۹۹.

این مکاتبات باید سازوکاری را ایجاد کند که آن رویکردی کارآمدتر و کم هزینه‌تر چون مذاکرات مستقیم و پیوسته به منظور دستیابی به توافق سازمان با سرمایه گذار است.

در نهایت، کارگروه باید به سازمان دولتی در روند حل و فصل یاری و مساعدت نماید. این اقدامات با هدف حمایت از مقامات دولتی برای شروع یک مذاکره در فضای امن و با پیش فرض مقابله با فساد انجام می‌شود و هدف اصلی کارگروه باید به دست آوردن رضایت کامل سرمایه گذاران باشد که با بیانیه کتبی و رسمی خود همه ادعاهای بین‌المللی خود علیه دولت را پیش بگیرند؛ به طوری که بتوان آن را برای همیشه بایگانی کرد.

روش دیگر آن که، همانطور که ذکر شد دولت پرو در قراردادهای واگذاری امتیاز خود موافقت با مقررات ایکسید را نیز گنجانده است. از آن جا که رجوع به این مرجع مورد توافق قرار گرفته است اعمال هر دو روش^{۳۲} ممکن است و شروط مربوط به التزام عام در قرارداد تشویق حمایت از سرمایه گذاری دیگر ضروری نیستند.^{۳۳}



که دولت با اتخاذ طرحی جامع برای اقدامات گسترده میان مدت یا بلندمدت برای دفاع از آن، از بروز اختلافات به راحتی جلوگیری نماید. باید به طور مداوم به نمایندگان و کارکنان دولتی یادآوری شود که بیانیه ها و تصمیمات آنان چه ریسک‌هایی برای دولت می‌تواند داشته باشد. همانطور که ذکر شد، هیچ تضمینی نیست که نمایندگان منتخب عموم، پیامدهای تصمیم خود را کاملاً درک کنند. بنابراین، کارگروهی که مسئولیت دفاع از دولت را بر عهده دارد باید دائماً در نهادهای دولتی گردش کند و کارکنان آن را در مورد مکانیزم حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری و ریسک‌های آن توجیح کند.

بسیار مهم است که زمانی که در موارد سرمایه‌گذاری، پیشگیری از اختلاف امکان پذیر نیست، دولت دفاعی قاطعانه و قوی داشته باشد و با اطمینان با سرمایه‌گذاران روبرو شود. اجتماع سرمایه‌گذاران در صورت اختلاف، باید دولت را قوی و غیرقابل غلبه تلقی کنند.

۴. توصیه‌ها و ملاحظات اساسی برای پیشگیری از اختلافات

پیشگیری از اختلافات به بخش بزرگی از کار روزانه کارگروه ما تبدیل شد. در تجربه ما، هنگامی که کارگروه ما در سراسر کشور شناخته شد، دائماً از ما خواسته می‌شد تا در مورد موضوعات بسیاری از جمله تهیه پیش نویس قراردادهای تارویه‌های پیچیده مذاکرات موفق یا شکست خورده، مشاوره‌هایی ارائه دهیم. همچنین خواسته می‌شد که دوره‌های آموزشی طراحی شود و از ما و همکاران تیم ما درباره ریسک‌های دعاوی سرمایه‌گذاری و نحوه جلوگیری از آن‌ها دعوت به سخنرانی صورت می‌گرفت.

۱-۴. سایر ملاحظات

دولت‌ها می‌توانند برای چینش استراتژی‌های خود برای جلوگیری از داوری اختلافات سرمایه‌گذاری، چند متغیر را در نظر گیرند. پیشگیری‌ها عمدتاً بر دو بخش کلیدی استوار است که به نوبه خود بررسی می‌شود.

۱-۱-۴. ملاحظات کلی در مورد اختلافات دولت-سرمایه‌گذار

هنگامی که دولت‌ها از روش حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه‌گذار استفاده می‌کنند، معقول این است

استدلالات سرمایه گذاران تعیین نموده و استراتژی‌های دفاعی خود را بر آن اساس سازماندهی کند؛ در غیر این صورت، سازماندهی استراتژی‌های دفاعی دشوار خواهند بود. سه واقعیت را باید همیشه در نظر داشت. اول این که، مدعی همیشه در رابطه با دعوا موضع گیری خاصی دارد و نداشتن یک موضع گیری محکم، دولت را در مذاکره و یا سازماندهی دفاعیات خود در مضیقه جدی قرار می‌دهد. دوم، تصمیم گیری درباره موضع دولت و کلا نباید موضع گیری کنند و باید از موضع خود دولت دفاع کنند؛ در غیراین صورت رسیدگی بسیار پیچیده خواهد شد. سوم، ممکن است در ابتدا موضع گیری اشتباه باشد و اگر چنین است می‌توان آن را اصلاح نمود؛ در صورتی که اگر موضع گیری خاصی نباشد پس هیچ چیزی برای اصلاح و بهبود بخشی هم وجود ندارد.

دولت نیز باید به سرمایه گذاران یادآوری کند که حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار، ریسک بالایی دارد. این حرکت دولت باید به منظور منصرف ساختن از شروع داوری از سوی سرمایه گذارانی که ادعاهایی نه چندان قوی یا بیهوده دارند، صورت گیرد.

۲-۱-۴. اختلافات خاص

همانطور که ذکر شد، توجه فوری به اخطار شروع یک دعوی و واکنش بدون تاخیر به آن بسیار مهم است. با انجام اقداماتی ساده در زمان مناسب می‌توان از بسیاری از دعاوی جلوگیری کرد. هنگامی که اختلاف در مرحله اولیه خود است، تیم مدافع دولت در داخل کشور می‌تواند همکاری‌های خود برای دستیابی به یک راه حل و مذاکره برای حل اختلاف را افزایش دهد که از مسئولیت بین‌المللی آینده دولت جلوگیری کند. این امر درباره دوره زمانی مذاکره نیز صادق است؛ چراکه یک دوره مذاکره خوب با مدیریت صحیح می‌تواند از شروع داوری جلوگیری کند یا نتیجه داوری را بهتر کند.

دولت باید موضع خود را در رابطه با اختلافات، اطلاعات، ادعاها و



نتیجه گیری

این بخش با شرح چگونگی ایجاد یک مکانیزم کارآمد پیشگیری از اختلافات خاتمه می یابد. چنین مکانیزمی باید دارای ویژگی های زیر باشد:

▲ کارگروه و ارگان های آن باید توسط قانون ایجاد شوند تا از انتقادهای سیاسی درمورد بهره وری و نتایج آن جلوگیری شود. ایجاد یک کارگروه ویژه مدافع دولت که زیرنظر یک بحث حقوقی به تصویب رسیده و توسط قوه مقننه حمایت می شود باید از خطرات چالش های سیاسی و استراتژی های مخالف بکاهد تا از کشمکش های داخلی که باعث تضعیف یا به چالش کشیده شدن موقعیت دولت در مراجع بین المللی می شود اجتناب گردد.

▲ یک ساختار که قادر به احراز صلاحیت خود نیز هست همان چیزی است که به کارگروه تخصصی اجازه می دهد تا مستقل عمل کند و و با انجام این کار به سایر نهادهای دولتی هم کمک می کند. همان طور که ذکر شد صلاحیت کارگروه ویژه پرو برای تعیین صلاحیت خود به دولت این فرصت را اعطا کرد که مقامات دولتی را توانمندسازد و به آنها در جلوگیری از بروز اختلافات سرمایه گذاری، کمک کند.

▲ کارگروه باید نماینده انحصاری دولت در مقابل سرمایه گذار و با صلاحیت صریح برای مذاکره به نمایندگی از سوی دولت در دعوی باشد. کارویژه باید اجازه داشته باشد که به طور مستقل واکنش نشان دهد و به عنوان نماینده انحصاری دولت مستقل عمل کند؛ چراکه اگر دنباله روی سیستم اداری باشد، نظامی بی فایده است.



نتیجه گیری

▶ کارگروه باید صلاحیت کنترل و هماهنگ سازی اظهارات مرتبط با دعوی را داشته باشد.

▶ کارگروه باید صلاحیت احراز مسئولیت برای ایجاد کنندگان اختلاف و عدم همکاری با دولت برای دفاع از آن و همچنین صلاحیت درخواست اطلاعات، مشاوره و همکاری از سوی کلیه نهادها و مقامات دولتی را داشته باشد. درباره کارگروه ویژه پرو، این امر باعث شد تا مقامات دولتی توجیح شوند که برخلاف باور خود، مسئول عدم حل و فصل فوری اختلاف و پیشگیری از داوری خواهند بود.

▶ کارگروه باید صلاحیت تایید بودجه خود و استخدام افراد حرفه‌ای برای دفاع از دولت را داشته باشد.

در نهایت، گنجاندن مفاد مقررات داوری در قراردادهای واگذاری امتیاز بسیار مهم است. این به دولت اجازه می‌دهد تا خسارت سرمایه گذاران ناشی از نقض قرارداد را در سطح بین‌المللی پیگیری کند. این امر مستلزم تصمیم دولت برای شیوه حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار است که می‌تواند بهترین پیشرفت برای یک دولت در زمینه داوری‌های دولت-سرمایه گذار باشد.



حَقِّ وَقْفِ خُصُوصِی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه وجه رایج





محمد حسین آقابراری فیروز^۱
دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه
علامه طباطبایی تهران



چکیده

این مقاله به بررسی مبانی حقوقی و رویه‌های قضایی مرتبط با مبدأ محاسبه خسارت تأخیر در تأدیه وجه نقد (وجه رایج) می‌پردازد. نویسنده با تحلیل تحولات تاریخی پیش و پس از انقلاب اسلامی، نشان می‌دهد که قانون‌گذاران و مراجع قضایی در تعیین زمان شروع محاسبه خسارت تأخیر دیدگاه‌های متفاوتی داشته‌اند. در دوره پیش از انقلاب، اگرچه امکان صدور حکم برای جبران خسارت تأخیر پذیرفته شده بود، اما منوط به وجود شرط قراردادی یا تصریح قانونی بود. پس از انقلاب، شورای نگهبان با استناد به موازین شرعی، با اصل مطالبه خسارت تأخیر در مواردی مخالفت کرد، مگر آنکه به عنوان شرط ضمن عقد درج شده باشد.

با تصویب تبصره‌های جدید و اصلاحات قانون صدور چک و قانون آیین دادرسی مدنی، امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در قالب قانون‌مندتری فراهم شد. ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، چند شرط اصلی را برای مطالبه خسارت مقرر کرد، از جمله اثبات مطالبه طلب و تمکن مالی مدیون. در عرصه دکترین حقوقی نیز دو نظریه «مطالبه» و «سررسید» در تعیین مبدأ محاسبه مطرح شده‌اند.



محمد حسین آقابراری فیروز^۱
دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه
علامه طباطبایی تهران



چکیده

در نظریه اول، محاسبه از زمان مطالبه رسمی یا عرفی آغاز می‌شود، در حالی که نظریه دوم، تاریخ سررسید دین را نقطه شروع می‌داند. نهایتاً رویه قضایی نیز از دو دیدگاه فوق متاثر است، اما اکثراً مطالبه رسمی یا تقدیم دادخواست را ملاک محاسبه قرار می‌دهند. استثنائاتی نیز برای اسناد تجاری همچون چک، برات و سفته وجود دارد که مبنای محاسبه را متفاوت کرده است. این مقاله تلاش می‌کند تا با تحلیل مبانی نظری و رویه‌های موجود، راهکاری روشن برای تعیین مبدأ خسارت تأخیر تأدیه ارائه دهد.

کلمات کلیدی:

خسارت تأخیر تأدیه، وجه رایج، ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، مطالبه طلب، سررسید دین





مقدمه

محمدحسین آقابراری فیروز

خسارت به معنای تاوان بوده و به این معناست که فاعل زیان، باید بابت جبران مالی را به غیر بدهد. اما منظور از خسارت در اینجا، ضرر و زیانی است که در اثر تأخیر مدیون در اداء دین بر دائن وارد می‌شود و قابل اثبات است. در نتیجه از سه نوع خسارت می‌توان نام برد، «خسارت ناشی از کاهش ارزش پول»، «خسارت ناشی از عدم‌النفع و عدم‌انتفاع» و «خساراتی از قبیل هزینه دادرسی و خسارات دیگری که ممکن است دائن متحمل شود» که موضوع بحث این مقاله خسارت ناشی از کاهش ارزش پول است. اقتصاددانان در تأیید نظریه جبران کاهش ارزش پول دلایلی آورده‌اند و چنین استدلال می‌نمایند که:

۱. جبران کاهش ارزش پول و در نظر گرفتن ارزش حقیقی آن در مبادلات و قراردادهای نقدی مدت‌دار، رعایت عدالت است.
۲. در نظر گرفتن ارزش حقیقی پول در قراردادهای موجب امنیت و فعالیت بیش‌تر اقتصادی طولانی مدت می‌شود.
۳. در نظر گرفتن ارزش حقیقی پول در قراردادهای مدت‌دار، موجب استقرار و ثبات قیمت‌ها و کاهش تورم می‌شود؛ چراکه طرفین قراردادهای هیچگونه نگرانی از تأثیر منفی افزایش قیمت‌ها بر درآمد پولی ندارند.^۲ بنابراین کاهش ارزش پول امری غیرقابل چشم‌پوشی بوده و اهمیت آن در موضوعات اقتصادی و روابط افراد در جامعه امروز ایران موجب می‌شود که قانونگذار به این موضوع ورود نموده و اقدام به قانونگذاری نماید.



مقدمه

محمدحسین آقابراری فیروز

بعد از وضع موادی چند در اینباره قبل و بعد از انقلاب به نظر می‌رسد که خسارت تأخیر تأدیه‌ی پول احکام خاصی داشته و با قواعد عمومی جبران خسارت تفاوت دارد. این احکام در بسیاری از موارد با نظم عمومی ارتباط دارد و در شمار قواعد محدودکننده‌ی آزادی است. اما با این حال در رابطه با بحث مبدأ محاسبه این خسارت، ابهاماتی در متن قانون وجود دارد. بدین شکل که مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از چه زمانی باید محاسبه شود، از زمان سررسید دین یا از زمان مطالبه طلب؟ در قانون چگونه به این موضوع پرداخته شده است؟ اگر هر یک از این‌ها را انتخاب نماییم، دلیل و استدلال ما چه بوده است؟ آیا دیدگاه دکترین حقوقی و رویه قضایی نسبت به این موضوع یکسان است؟ در نهایت آنکه قوانین دیگری به قاعده عمومی استثناء وارد کرده‌اند یا خیر؟

بدین ترتیب در وهله اول با پرداختن به این موضوع در قانون و اشاره‌ای به چگونگی فرایند تصویب این قانون و روش انتخابی قانون در طول این چند سال قانون‌گذاری به تبیین بحث «مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه» می‌پردازیم.

سپس با تحلیل‌ها و استدلالات دکترین حقوقی آشنا می‌شویم و نظر منتخب چندی از دکترین حقوقی را بررسی خواهیم کرد. در نهایت نیز خواهیم دید که در عمل کدام یک از این نظریات در سیستم قضایی ایران به کار گرفته شده است و رویه قضایی کدام نظریه را پذیرفته است.



مقدمه

محمدحسین آقابراری فیروز

قابل ذکر است که در مقاله‌ی حاضر صرفاً به بعد حقوقی موضوع پرداخته می‌شود و بررسی موضوع از نگاه اقتصادی و روابط مالی را به متخصصان مربوط می‌سپارد. همچنین در فقه به بحث خسارت تأخیر تأدیه به صورت مستقیم پرداخته نشده است اما می‌توان به وسیله اصول و قواعد فقهی به تایید این نوع از خسارات پرداخت که خارج از موضوع این مقاله است.^۳

۳. در صورت علاقه‌مندی به این موضوع می‌توانید رک: سیدحسن وحدتی شبیری، «خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد»، نشریه روش‌شناسی علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۲، شماره سی و ششم.

۱. خسارت تأخیر تأدیه در قوانین

باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

به نظر علت این که ماده‌ی ۲۲۸، امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را منوط به رعایت ماده‌ی ۲۲۱ ساخته، این است که خسارت مزبور نوعی خسارت قراردادی است و از نظر قانون مدنی، خسارت قراردادی به خودی خود قابل مطالبه نیست، مگر آنکه در ضمن عقد، شرطی صریح یا ضمنی مبنی بر ضمان نسبت به خسارت ناشی از تخلف، یا حکمی از قانونگذار به طور جداگانه در مورد اصل خسارت و میزان آن وجود داشته باشد.

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در باب دهم که به «خسارت و اجبار به انجام تعهد» اختصاص یافته بود، در ماده‌ی ۷۱۲ چنین مقرر می‌داشت:

مدعی حق دارد در ضمن دادخواست یا در اثنای دادرسی، جبران خسارتی که به سبب دادرسی یا به جهت تأخیر ادای دین یا انجام تعهد و یا تسلیم خواسته، به او وارد شده و یا خواهد شد از طرف دعوا بخواهد....

در رابطه با خسارت تأخیر تأدیه در قوانین قبل و بعد از انقلاب اسلامی، موضع‌گیری‌های مختلفی صورت گرفته است؛ لذا به منظور مطالعه سیر تحول آن، بحث را در دو قسمت خلاصه می‌کنیم:

۱-۱. خسارت تأخیر تأدیه پیش از انقلاب

ماده ۲۲۸ قانون مدنی می‌گوید: در صورتی که موضوع تعهد تأدیه‌ی وجه نقدی باشد، حاکم می‌تواند با رعایت ماده‌ی ۲۲۱، مدیون را به جبران خسارت حاصل از تأخیر تأدیه دین محکوم نماید.

در این ماده‌ی قانونی، خسارت تأخیر تأدیه پذیرفته شده، ولی صدور حکم آن منوط به رعایت ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی است. ماده‌ی اخیر گویای این است که:

اگر کسی تعهد اقدام به امری بکند، یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این که جبران خسارت، تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله‌ی تصریح

بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر، حکم نخواهد شد، لکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد، به همان مبلغ که در قرارداد شده است حکم داده می‌شود.

ملاحظه می‌شود که این ماده هرگونه دینی را که موضوع آن وجه نقد است شامل می‌شود. در این ماده دو نکته باید مورد توجه قرار گیرد:

نخست آن که این ماده هرگونه شرط افزایش‌دهنده‌ی مسئولیت را تحت هر عنوانی، باطل اعلام می‌کند، ولی شرط کاهش‌دهنده‌ی مسئولیت را می‌پذیرد؛ بنابراین در زمان اجرای این ماده‌ی قانونی شرط صریح از سوی طرفین مبنی بر امکان مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه بیش از ۱۲٪ در قالب وجه التزام و غیر آن، بدون اثر بوده و بدان حکم داده نمی‌شد؛ بلکه اگر طلبکار ثابت می‌کرد که خسارت وارده بیش از این مقدار بوده است، در این صورت نیز قابلیت مطالبه وجود نداشته است.

در این ماده، خسارت تأخیر تأدیه پذیرفته شده بود ولی در ماده ۷۱۳ خسارت از خسارت را غیر قابل مطالبه اعلام می‌کرد.

ماده‌ی ۷۱۲ اعم از خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد بود و تأخیر در ادای دیون دیگر را نیز شامل می‌گشت، ضمن آنکه میزان دقیق خسارت قابل مطالبه را تعیین نمی‌کرد؛ به همین منظور قانونگذار مزبور، ماده ۷۱۳ آن قانون را به خسارت تأخیر تأدیه اختصاص داد و رقم مشخصی را برای آن در نظر گرفت. این ماده نیز چنین مقرر می‌داشت:

در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است، اعم از اینکه راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی، یا غیرمعاملات استقراضی باشد، خسارت تأخیر تأدیه، معادل صدی دوازده (۱۲٪) محکوم به در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال الصلح یا مال الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد، در هیچ مورد،

بر قوانین از جهت انطباق با احکام شرع هستند، در نظریه‌های متعدد خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد را که در قوانین پراکنده آمده بود، با اکثریت آرا، خلاف شرع دانستند.^۴

با این حال شورای نگهبان در پاسخ به سؤال بانک مرکزی خسارت تأخیر تأدیه را در قالب شرط ضمن عقد پذیرفت.^۵

شرح قضیه از این قرار است که بانک با مشتریان خود در قراردادهای سیستم بانکی، ماده‌ای را تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه به این مضمون می‌گنجاند:

در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تأخیر در تأدیه‌ی بدهی ناشی از این قرارداد، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه‌ی کامل بدهی، مبلغی به ذمه‌ی امضاکننده‌ی این قرارداد تعلق خواهد گرفت؛

دوم آنکه تعیین مبلغ ۱۲٪ از سوی قانونگذار، یک اماره‌ی قانونی مبنی بر ورود خسارت بر اثر تأخیر در تأدیه‌ی وجه نقد از ناحیه مدیون بود و لذا مطابق ماده‌ی ۷۲۵ این قانون: «**خسارت تأخیر تأدیه، محتاج به اثبات نیست و صرفاً تأخیر در پرداخت برای مطالبه و حکم کافی است.**»

همچنین در ماده‌ی ۳۴ قانون ثبت، مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰ نیز سخن از «خسارت دیرکرد» به میان آمده بود و در ماده‌ی ۳۶ آن قانون هم خسارت تأخیر تأدیه به میزان ۱۲٪ قابل مطالبه اعلام شده بود.

بدین ترتیب همانطور که گفته شد، قبل از انقلاب بحث مطالبه‌ی دین موضوعیت نداشته و نیازی به مطالبه دین و اثبات آن نبوده و صرف تأخیر در پرداخت و اثبات آن کافی بوده است.

۱-۲. خسارت تأخیر تأدیه پس از انقلاب

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، سرنوشت خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد، فراز و نشیب‌هایی داشته است. فقهای شورای نگهبان که بر اساس اصل ۴ قانون اساسی عهده‌دار نظارت

۴. نظریه شماره ۹۴۹۹ مورخ ۲۵ آبان ۱۳۶۲، نظریه شماره ۳۸۴۵ مورخ ۱۲ تیر ۱۳۶۴ و شماره ۷۶/۲۱/۵۱۲ مورخ ۱ خرداد شورای نگهبان.
۵. نظریه شماره ۵/۴۰۹۵ مورخ ۲۸ بهمن ۱۳۶۱.

مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۳ دی ۱۳۷۶ با تصویب تبصره‌ی الحاقی به ماده‌ی ۲ قانون اصلاح موادی از قانون چک، به دارنده‌ی چک این امکان را می‌بخشید که بتواند محکومیت صادرکننده را نسبت به پرداخت کلیه‌ی خسارات و هزینه‌هایی که مستقیماً و به طور متعارف برای وصول طلب خود، از ناحیه‌ی وی متحمل شده است را از دادگاه تقاضا نماید؛ و در یک نظریه تفسیری مجمع مذکور در تاریخ ۲۱ آذر ۱۳۷۷ چنین بیان نمود:

منظور از عبارت «کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده...» مذکور در تبصره‌ی الحاقی به ماده‌ی ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک، مصوب ۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه، بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن، که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شد، و هزینه‌ی دادرسی و حق‌الوکاله بر اساس تعرفه‌های قانونی است.

از این رو وام و یا اعتبارگیرنده، با امضای این قرارداد ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه‌ی کامل بدهی ناشی از این قرارداد علاوه بر بدهی تأدیه نشده، مبلغی معادل ۱۲٪ مانده‌ی بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور، برحسب قرارداد به بانک پرداخت نماید.

شورای نگهبان نیز طی نامه‌ی شماره ی ۷۷۴۲ مورخ ۱۱ بهمن ۱۳۶۱ عمل به ترتیب یاد شده را به شرط اصلاح عبارت «تسویه کامل» به عبارت «تسویه کامل اصل بدهی» بدون اشکال و مطابق موازین شرع شناخت.^۱

این موضوع برخی از استادان حقوق کشورمان را بر آن داشت که نظریات شورای نگهبان را متزلزل و ناهماهنگ بیندارند. اما به نظر می‌آید، جمع عرفی میان نظریه‌های شورای نگهبان امکان‌پذیر است؛ به عبارت دیگر خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد به خودی خود قابل مطالبه و سازگار با موازین شرعی نیست، مگر آنکه به صورت شرط ضمن عقد درآید.

۱. در صورت تمایل به مطالعه درباره دیدگاه شورای نگهبان و نظریات نهاد مذکور می‌توانید رک: هانی حاجیان؛ جواد، سرخوش، «علت تعارض آرای شورای نگهبان در مسئله خسارت تأخیر تأدیه»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال نهم، بهار ۱۳۹۹، شماره بیست و هفتم، صص ۱-۲۷

۱. موضوع تعهد، وجه نقد رایج باشد، پس اگر موضوع آن، کالا یا ارز سایر کشورها باشد، مشمول این حکم نخواهد بود؛

۲. طلبکار، بدهی را مطالبه کرده باشد که اظهارنامه رسمی می‌تواند دلیلی بر این امر باشد؛

۳. مدیون، متمکن از پرداخت باشد و با امکان مالی از ادای دین خودداری کرده باشد؛

۴. و در نهایت آنکه ارزش پول در فاصله‌ی سررسید تا زمان پرداخت، تغییر فاحش کرده باشد.

با مقایسه‌ی این ماده‌ی قانونی با مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام به نظر می‌رسد از نظر قانونگذار سال ۱۳۷۹، تمکن مدیون از پرداخت و تغییر فاحش ارزش پول دو شرط عمده برای امکان مطالبه خسارت تأدیه‌ی وجه نقد است، در حالی که در مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام، هیچ یک از آن دو قید نشده است. البته در این مصوبه سخن از تورم به میان آمده است،

ولی در سال ۱۳۷۹، قانونگذار خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را برای همه‌ی دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج باشد، مقرر داشت. در ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ که در تاریخ ۲۸ فروردین ۱۳۷۹ به تأیید شورای نگهبان رسیده چنین آمده است:

در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون از پرداخت امتناع نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت متناسب تغییر شاخص قیمت سالانه، توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.

در این ماده‌ی قانونی، چهار شرط برای امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مقرر شده است:



۲. خسارت تأخیر تأدیه در دکترین حقوقی

به منظور تمایز بین دکترین حقوقی، این نظریات را به دو نظریهٔ مطالبه و نظریهٔ سررسید تقسیم و هر کدام را جداگانه بررسی خواهیم کرد.

۲-۱. نظریه مطالبه

مطابق این نظریه که طرفدارانی نیز دارد، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را باید هنگامی فرض کرد که داین به طور رسمی یا غیررسمی طلب خود را مطالبه کرده باشد و از تاریخ مطالبهٔ طلب است که طلبکار استحقاق دریافت خسارت تأخیر تأدیه را خواهد داشت.^۷ برخی دیگر از نویسندگان حقوق مدنی در تفسیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، مطالبه دائن را شرط برخورداری طلبکار از خسارت تأخیر تأدیه پولی دانستند و محاسبه آن را نیز از تاریخ مطالبه دین اعلام داشتند، نه تاریخ ابلاغ درخواست مطالبه به متعهد و یا مدیون وی.

۷. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی (دورهٔ پیشرفته)، جلد دوم، چاپ نوزدهم، تهران، دراک، پاییز ۱۳۸۷ ش، ص ۱۰۵، مطلب ش ۱۸۹.

و این بدان معنا است که کاهش ارزش پول مفروض گرفته شده، ولی «کاهش شدید» قید امکان مطالبه نیست؛ و مقایسه‌ی این هر دو با نظریات شورای نگهبان نشان می‌دهد که، نه مجمع تشخیص مصلحت نظام و نه قانونگذار سال ۱۳۷۹، هیچ‌کدام راهکار شرط ضمن عقد را که در نظرات شورای نگهبان منعکس شده بود، مورد استفاده قرار نداده‌اند.

بنابراین بحث مطالبهٔ دین، پس از انقلاب و با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ دارای اهمیت شد. بدین شکل که قانون یکی از شرایط مطالبهٔ خسارت تأخیر تأدیه را مطالبهٔ دین اصلی توسط دائن دانسته است. اما نکته‌ای که حائز اهمیت است، بحث تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از «زمان سررسید تا هنگام پرداخت» است که برخی با توجه به تفسیر متفاوتی که از عبارت «و پس از مطالبهٔ طلبکار» داشته‌اند، علی‌رغم تصریح قانون، زمان محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از زمان مطالبهٔ طلب تا هنگام پرداخت فرض کرده‌اند. در ادامه بیشتر به این موضوع خواهیم پرداخت.

ایشان تعیین تاریخ مطالبه را در تعیین میزان خسارت تأخیر تأدیه دارای نقش اساسی معرفی کردند. به عبارت دیگر از منظر این دکترین حقوقی، مطالبه طلب، علاوه بر اینکه شرط گرفتن خسارت است، مبدأ محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه نیز محسوب می‌شود.

چنانچه قبل از طرح دعوی از طریق هیچ یک از این روش‌ها مطالبه طلب صورت نگرفته باشد، صرف طرح دعوی و تقدیم دادخواست، نوعی مطالبه طلب است و محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ طرح دعوی آغاز می‌شود.

آنچه به نظر می‌رسد آن است که گویا با توجه به واژه «مطالبه» که در ماده ۵۲۲ دوبر به آن اشاره شده است، برداشتی که این دکترین از «و پس از مطالبه طلبکار» دارند، موجب شده است که به این نظریه برسند. بدین شرح که قانونگذار در این ماده دو واژه را در دو معنا به کار برده است. در قسمت اول ماده عبارت «با مطالبه داین» در این امر ظهور دارد که طلبکار پرداخت دین را تقاضا کرده و مدیون از ادای آن خودداری ورزیده باشد،

و سپس عبارت «و پس از مطالبه طلبکار» آمده است که دقیقاً معنای آن مشخص نیست؛ ممکن است منظور این باشد که دادگاه در صورتی حکم به پرداخت خسارت تأدیه می‌دهد که این امر مورد درخواست طلبکار قرار گیرد، و امکان دارد مراد این باشد که قیمت سالانه از زمان سررسید و پس از مطالبه طلبکار تا زمان وصول تغییر فاحش پیدا کرده باشد.

به نظر می‌رسد که اگر منظور قانونگذار تغییر شاخص از زمان مطالبه تا پرداخت می‌بود، نباید عبارت «از زمان سررسید تا هنگام پرداخت» را می‌نوشت. البته در ادامه بیشتر به این امر پرداخته خواهد شد.

۲-۲. نظریه سررسید

مطابق این نظر، مبدأ خسارت تأخیر تأدیه، سررسید دین یا طلب است. بنابراین، چنانچه در مطالبات مستند به سند، اعم از عادی یا رسمی، سررسید دین مشخص شده باشد، و با وجود رسیدن اجل، مدیون از پرداخت دین خود استنکاف ورزد، در صورت درخواست خواهان،

مدنی قابل استنباط است، با عدالت و انصاف هم سازگار است.^۸ در رابطه با این نظریه استدلال‌هایی شده و در ادامه به دلایلی که برای این نظریه آورده شده است، می‌پردازیم: اولین استدلال از مقایسه بین دیون عادی و دیگر دیون خاصی است که قانونگذار برای آن‌ها خسارت تأخیر تأدیه پیش‌بینی کرده است.

نخست آنکه مطابق تبصره ماده ۲ قانون صدور چک و استفساریه مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۷۷ قابل وصول است. این نظریه بیان می‌کند:

...خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای شاخص تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده...
دوم آنکه وفق تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۲۹ تیر ۷۶:

۸. سیدحسین، صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها، چاپ سی و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ش، ص ۲۴۴.

دادگاه علاوه بر پرداخت اصل دین مدیون را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید تا روز پرداخت نیز محکوم خواهد نمود. بنابراین در تعهدات پولی چنانچه مدتی از ثبوت دین بگذرد مدیون باید هنگام تأدیه‌ی بدهی، خسارت تأخیر تأدیه را نیز از زمان مدیونیت خود تا روز پرداخت به خواهان بپردازد.

در این نظریه بیان می‌شود که بر اساس ظاهر ماده‌ی ۵۲۲ که از تغییر فاحش شاخص قیمت‌ها «از سررسید تا هنگام پرداخت» سخن گفته است، باید مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را همان تاریخ سررسید دین دانست و نرخ تورم از آن زمان تا زمان پرداخت باید ملاک حکم باشد. این نظر، علاوه بر اینکه از ظاهر ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است، با عدالت و انصاف هم سازگار است.



چنانچه مهریه وجه رایج باشد، متناسب با تغییر شاخص سالانه قیمت سالانه زمان تأدیه به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند....

سوم آنکه در ماده ۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و تبصره آن مصوب ۷۸، عبارت «میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه...»، نشان‌دهنده آن است که در آیین‌نامه مذکور، مبدأ محاسبه ی خسارت تأخیر تأدیه از روز سررسید سند در نظر گرفته شده است. مطابق این ماده:

بستانکار با وثیقه باید در تقاضانامه صدور اجراییه از دفترخانه نکات ذیل را بنویسد: «۴- میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه و از تاریخ مزبور به بعد طبق مقررات مربوطه».

همانگونه که ملاحظه می‌شود، با دقیق شدن در مواد مذکور و مقایسه ی آن‌ها با سایر دیون باید گفت، بین دیون ناشی از موارد مذکور با دیون عادی (سند عادی)، هیچ فرقی نیست

۹. جهت مطالعه بیشتر در این باره می‌توانید رک: محمد محمودنژاد، «ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از نگاهی دیگر»، نشریه راه وکالت، بهار و تابستان ۱۳۹۸ش، سال یازدهم، شماره بیست و یکم، صص ۱۲۸-۱۳۴



موضوع دیگری که وجود دارد، تفاوت بین بحث «ایجاد حق» و «امکان اعمال حق» است. در ماده مذکور، قانونگذار به منظور ایجاد حق خسارت تأخیر تأدیه، چهار شرط گذاشته است که سه شرط اول ایجاد و وجودی هستند، یعنی اگر نباشند اصل حق زایل می‌شود. دلیل تعیین شروط نیز این است که موضوع، امری استثنایی است و در فقه نیز با ایراد مواجه است. اما در مورد شرط انتهایی (پس از مطالبه طلبکار) ایجابی است و هر موقع که داین مطالبه کند، می‌تواند حقی را اعمال کند. بنابراین مطالبه طلب صرفاً امکان درخواست خسارت مورد بحث را فراهم می‌کند و ایجادکننده حق درخواست خسارت تأخیر تأدیه نمی‌باشد.

۱۰. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۳ ش، صص ۲۳۴ و ۲۳۵، مطلب ش ۸۳۹.

علاوه بر این بیان می‌کنند که این خسارت و ضررها، ناشی از عهدشکنی بدهکار است و او باید، مطابق قواعد ضمان قهری، ضرری که سبب آن شده است را جبران نماید.^{۱۰}

همچنین همانطور که در بحث نظریه مطالبه به آن اشاره شده است، در متن ماده ۵۲۲ دو بار از واژه «مطالبه» استفاده شده است که بیان کردیم اگر منظور قانونگذار از مطالبه دوم تغییر شاخص از زمان مطالبه تا زمان پرداخت می‌بود، نباید از عبارت «از زمان سررسید تا هنگام پرداخت» در متن ماده استفاده می‌شده است. به عبارت دیگر از آنجا که مطابق ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، در دادرسی‌های مدنی، دادگاه تابع خواسته‌های خواهان است و تا زمانی که موضوعی را خواهان مطالبه نکند، دادگاه مدنی حق ورود ندارد. پس مقصود از مطالبه دوم این است که خواهان در دادخواست حتماً خسارت یا تفاوت ارزش پول را مطالبه کرده باشد.

۳. خسارت تأخیر تأدیه در رویه قضایی

همان طور که بیان شد دو نظر در رابطه با مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه وجود دارد که نظر اول بر آن است که مبدأ محاسبه را از زمان مطالبه طلب توسط دائن فرض کنیم و نظر دوم نیز این را بیان می‌کند که مبدأ محاسبه از زمان سررسید دین یا طلب باید محاسبه شود. البته مقررات پراکنده‌ای هم که پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را تجویز نموده‌اند، قاعده عام‌الشمولی را در این باب وضع ننموده و آراء دادگاه‌ها هم در خصوص هر مورد متفاوت است.

بدین ترتیب عده‌ای از حقوقدانان معتقدند مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج (موضوع ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی) بوده از هنگامی است که بستانکار دین را خواسته باشد. در این صورت دادگاه از تاریخ مطالبه تا روز صدور حکم نسبت به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه حکم خواهد داد.

۱۱. برای آشنایی بیشتر با بحث مالی این موضوع رک: مهدی، الهویی نظری؛ محمد مهدی، مقدادی، «زیان تورم و تلف منافع پول در خسارت تأخیر تأدیه و تطبیق با حقوق کامن‌لا و فرانسه»، فصلنامه علمی حقوقی تطبیقی، دوره هفتم، شماره دوم، صص ۱۸۱-۲۰۶

همچنین نظریه سررسید با وضعیت موجود کشور و جامعه سازگاری بهتری دارد و باعث می‌شود که جامعه با خیالی آسوده و با اتکا به قانون، فعالیت‌های اقتصادی را پیش ببرد. به این خاطر که اگر کاهش ارزش پول به میزانی غیرمتعارف باشد، پرداخت رقمی معادل رقم اصلی دین از نظر عرفی ادای دین محسوب نمی‌شود؛ چرا که عرف در این حالت، مبلغ اسمی پول را مثل مبلغ اولیه نمی‌داند. پس بهتر آن است که در مقام تفسیر، نیاز و خواسته جامعه را در نظر گرفت تا آنکه اعتماد جامعه از قانون سلب نشود. همانگونه که انصاف حکم می‌کند، باید از تشویق بدهکار متجاوز و عهدشکن و دادن امکان سوءاستفاده به او خودداری شود؛ عدالت نیز اقتضاء دارد که شائبه‌ی نادرست خوردن ربا، نباید «فرصت اکل مال به باطل» را به مدیون بدهد.^{۱۱} با توجه به استدلال‌های که در اینباره شد و از منظر نویسندگان این مقاله، نظریه سررسید بهتر جلوه می‌نماید و نیاز جامعه نیز بیشتر با پذیرفتن نظریه سررسید برآورده خواهد شد و این موضوع نباید از محل توجه قانونگذار و مجریان قانون دور بماند.

تأدیه وجه نقد از تاریخ مطالبه، به داین تعلق می‌گیرد و چنانچه دلیل بر مطالبه سابق بر تقدیم دادخواست نباشد، خسارت از تاریخ تقدیم دادخواست محاسبه می‌شود اما نکته‌ای که حائز اهمیت است و ممکن است که دیگران را به اشتباه انداخته باشد؛ همانطور که در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۹۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۱۱ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران توضیح داده است، مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه، تاریخ مطالبه اصل دین است، نه تاریخ مطالبه خسارت تأخیر تأدیه. به عبارت دیگر ابتدای زمان استحقاق دریافت خسارت تأخیر تأدیه، تاریخ مطالبه دین اصلی از سوی دائن است و دیگر نیازی به مطالبه جدید من باب خسارت تأخیر تأدیه به منظور مستحق شدن برای این خسارت وجود ندارد.

۱۲. رأی وحدت رویه شماره ۸۲۴ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۱۴۰۱/۰۴/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ همچنین جهت مطالعه بیشتر درباره رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ می‌توانید رک: فریدون نهرینی، «جایگاه قانونی تاریخ مطالبه دین در خسارت تأخیر تأدیه، ارزیابی رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق خصوصی، دوره یازدهم، شماره چهل و دوم، صص ۹-۴۰.

۱۳. سیدعباس، موسویان، جریمه تأخیر تأدیه فتاوی مراجع تقلید قوانین و مقررات بانکی، چاپ دوم، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲ش، ص ۱۲۵.

تاریخ مطالبه نیز با توجه به تاریخ تقدیم اظهارنامه یا درخواست شفاهی یا تاریخ تقدیم دادخواست تعیین خواهد شد. در این رابطه، رأی وحدت رویه‌ای نیز صادر نشده است که به صورت مستقیم درباره مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه بحث کرده باشد ولی از مضمون برخی از این آرا فهمیده می‌شود که مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید از تاریخ مطالبه باشد.^{۱۲}

با این حال به نظر می‌رسد رویه معمول محاکم نیز در خصوص پرداخت خسارت تأخیر تأدیه مطالبات پولی، بر مبنای تاریخ مطالبه خواهان است.^{۱۳}

برای مثال در رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۳۰۹ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۸ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را زمان مطالبه داین اعلام نموده و در این رابطه ارسال اظهارنامه دارای موضوعیت نیست.

همچنین می‌توان به رأی شماره ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ مورخ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۶۰۷ صادره از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که در آن رأی نیز بیان می‌شود که خسارت تأخیر

۴. استثنائات

درباره نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه چک، رویکردهای متفاوتی در رویه قضایی وجود دارد. دلیل این ناهمگونی، وجود دو مقرره متفاوت در خصوص موضوع فوق است؛ هرچند که قانونگذار در سال ۱۳۷۶ به موجب تبصره ماده ۲ قانون صدور چک^{۱۵}، تاریخ چک را به عنوان مبدأ محاسبه این خسارت پیش بینی کرده است اما در سال ۱۳۷۹ بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، ملاحظات دیگری درباره نحوه محاسبه و شرایط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مقرر نموده است.

البته از دادنامه شماره ۱۱۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۱ مطروحه در شعبه ۴۳ دادگاه عمومی تهران، این فهمیده می شود که طرفین می توانند نسبت به مبدأ زمان خسارت توافق کنند. در این دادنامه به نظر می رسد دادگاه محترم بدوی در رأی صادره بدون توجه به توافق قراردادی طرفین، نسبت به مبدأ زمان خسارت که سررسید دین بوده، مبادرت به صدور رأی نموده است؛ بعد از آن با اعتراض محکومان بدوی، دادگاه تجدیدنظر ضمن پذیرش تجدیدنظر خواهی به استناد ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م حکم به محکومیت خواندگان بدوی به نحو تضامنی به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه برابر قرارداد استنادی به میزان ۱۸ درصد از تاریخ سررسید تا زمان وصول در حق بانک صادرات صادر و اعلام می نماید.^{۱۴}

همانطور که مشاهده می شود، رویه دادگاههای ایران، اکثراً مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از زمان مطالبه طلب می دانند و اگرچه که این امر در رأی وحدت رویه ای تصریح نشده است اما در برخی از آراء وحدت رویه به صورت ضمنی به این موضوع اشاره شده است.

۱۴. جهت مطالعه بیشتر می توانید رک: سیمین شفیعی، «بررسی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و رویه قضایی»، نخستین کنگره ملی توسعه پایدار و مسئولیت های اجتماعی: چالش ها و راهکارها، شیراز، <https://civilica.com/doc/2169883>، آخرین بازدید ۱۴۰۴/۰۳/۰۷.

۱۵. تبصره (الحاقی ۱۰/۰۳/۱۳۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام) - دارنده چک می تواند محکومیت صادرکننده را نسبت به پرداخت کلیه خسارات و هزینه های وارد شده که مستقیماً و به طور متعارف در جهت وصول طلب خود از ناحیه وی متحمل شده است، اعم از آنکه قبل از صدور حکم یا پس از آن باشد، از دادگاه تقاضا نماید. در صورتی که دارنده چک جبران خسارت و هزینه های مزبور را پس از صدور حکم درخواست کند، باید درخواست خود را به همان دادگاه صادرکننده حکم تقدیم نماید.

اصل عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه، از تاریخ برگشت زدن چک، مطالبه جهت تامین ملاک ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی را لازم دانست.

۳. از تاریخ تقدیم دادخواست (اظهارنامه): در این حالت، دادرس موضوع را تحت حاکمیت ماده ۵۲۲ و نه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک می‌داند.

در حال حاضر رویه عملی محاکم در خصوص مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه اسناد تجاری تبعیت از تبصره ماده ۲ قانون صدور چک و استفساریه الحاقی به این ماده است. همچنین، رای وحدت رویه ۸۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ نیز موید این نظر است. بر اساس این رأی «مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم، تاریخ چک است.»

بنابراین، خسارت تأخیر تأدیه وجه چک، برابر مقررات مذکور که به طور خاص راجع به چک وضع شده است، محاسبه می‌شود و از شمول شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است.

با توجه به مفاد دو ماده فوق، برخی دادگاه‌ها معیار تعیین شده در قانون صدور چک (تاریخ سررسید) را ملاک قرار داده و در مواردی که دارنده چک پس از تاریخ مندرج در چک، اقدام به مطالبه آن و اخذ گواهینامه عدم پرداخت می‌نماید، خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ چک محاسبه می‌کنند. در مقابل، عده‌ای تاریخ اخذ گواهی عدم پرداخت را معیار قرار می‌دهند. آرای نیز مشاهده شده است که ملاک محاسبه را تاریخ تقدیم دادخواست می‌دانند. در مورد چک‌های مشمول مرور زمان تجاری نیز رویه دیگری حاکم است. در حالت کلی، در مورد چک براساس قانون تجارت در مبدأ زمانی سه‌گانه می‌توات خسارت تأخیر تأدیه را مطالبه کرد:

۱. از تاریخ سر رسید چک: برخی از محاکم با استناد به استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام، اقدام به صدور حکم محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ سر رسید چک می‌کنند.

۲. از تاریخ برگشت خوردن چک: در توجیه این حکم می‌توان با توجه به

بدین ترتیب و بر اساس این رأی وحدت رویه، تاریخ چک (نه تاریخ مطالبه) مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه است.


در رابطه با خسارت تأخیر تأدیه در برات و سفته ماده ۳۰۴ قانون تجارت بیان می‌کند:

خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که به واسطه عدم تأدیه اعتراض شده است، از روز اعتراض و خسارت تأخیر تأدیه مخارج اعتراض و مخارج برات رجوعی از روز اقامه دعوی محسوب می‌شود.

بنابراین در صورتی که متعهد برات (برات‌گیر) در پرداخت مبلغ آن تأخیر نماید، نسبت به مدت تأخیر، خسارت تأخیر تأدیه تعلق می‌گیرد و مبدأ احتساب آن نیز نسبت به مبلغ اصل برات از روز اعتراض عدم تأدیه و نسبت به مخارج اعتراض و مخارج برات رجوعی^{۱۶} از روز اقامه دعوی است.

۱۶. برات رجوعی براتی است که دارنده برات اصلی پس از اعتراض برای دریافت وجه آن و مخارج صدور اعتراض نامه و تفاوت نرخ به عهده برات دهنده یا یکی از ظهرنویس‌ها صادر می‌کند. (ماده ۲۹۸ قانون تجارت)





نتیجه گیری

در صورتی که پرداخت مبلغی پول در زمان مشخص موضوع قرارداد قرار گرفته باشد و شخص متعهد در زمان معین شده بدهی خود را پرداخت نکند و در نتیجه تاخیر متعهد، خسارتی به شخص متعهدله وارد گردد، بر اساس مواد ۲۲۸ قانون مدنی و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی شخص متعهد موظف است خسارات ناشی از تاخیر تأدیه را جبران نماید.

نظر برخی از صاحب نظران آیین دادرسی مدنی و همچنین رویه قضایی تقریباً تمام محاکم آن است که مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از روز مطالبه طلب در نظر می گیرند. به نظر ایشان، مطالبه طلب هم شرط گرفتن خسارت و هم مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه است. این مطالبه ممکن است با هر روشی مانند نامه، اظهارنامه رسمی، ایمیل، پیامک یا حتی به طور شفاهی باشد و مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نیز از همین تاریخ است. اگر قبل از طرح دعوی از طریق هیچ یک از این روش ها مطالبه طلب صورت نگرفته باشد، صرف طرح دعوی و تقدیم دادخواست، نوعی مطالبه طلب است و محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ طرح دعوی آغاز می شود. در مقابل نظر برخی از صاحب نظران حقوق مدنی آن است که مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از روز سررسید طلب در نظر می گیرند. به نظر ایشان، مطالبه طلب شرط گرفتن طلب است و مبدأ خسارت، از روز سررسید است. البته همانطور که توضیح داده شد، این نظر در رویه قضائی مورد استقبال قرار نگرفته است اما با توجه به استدلال هایی که ارائه شده است، این نظریه، بهتر در منظر حقوقدانان و اقتصاددانان جلوه می نماید و بیشتر با وضعیت اقتصادی و خواسته جامعه تطابق دارد.



نتیجه گیری

بدین ترتیب شایسته است که در اصلاحات بعدی قانون، قانون گذار این امر را در نظر گرفته و مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از زمان سررسید دین قرار دهد.

در رابطه با چک، برات و سفته نیز از این قاعده عمومی پیروی نشده است و مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه متفاوت است. خسارت تأخیر تأدیه نسبت به برات و سفته از روز اعتراض عدم تأدیه محاسبه می شود، در حالی که خسارت تأخیر تأدیه نسبت به چک از تاریخ مندرج در چک (سررسید) است.

منابع

۱. امینی، عیسی، «حقوق قراردادها»، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۱ ش
۲. حاجیان، هانی؛ سرخوش، جواد، «علت تعارض آرای شورای نگهبان در مسئله خسارت تأخیر تأدیه»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال نهم، بهار ۱۳۹۹، شماره بیست و هفتم.
۳. شفیعی، سیمین، «بررسی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و رویه قضایی»، نخستین کنگره ملی توسعه پایدار و مسئولیت‌های اجتماعی: چالش‌ها و راهکارها، شیراز، <https://civilica.com/doc/2169883>، آخرین بازدید ۱۴۰۴/۰۳/۰۷.
۴. شمس، عبدالله، «آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)»، جلد دوم، چاپ نوزدهم، تهران، دراک، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۵. صفایی، سیدحسین، «دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها»، چاپ سی و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۶. کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۳ ش.
۷. لهوری نظری، مهدی؛ مقدادی، محمد مهدی، «زیان تورم و تلف منافع پول در خسارت تأخیر تأدیه و تطبیق با حقوق کامن‌لا و فرانسه»، فصلنامه علمی حقوقی تطبیقی، دوره هفتم، شماره دو.
۸. محمودنژاد، محمد، «ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از نگاهی دیگر»، نشریه راه وکالت، بهار و تابستان ۱۳۹۸، سال یازدهم، شماره بیست و یک.
۹. موسویان، سیدعباس، «جریمه تأخیر تأدیه فتاوی مراجع تقلید قوانین و مقررات بانکی»، چاپ دوم، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. نهرینی، فریدون، «جایگاه قانونی تاریخ مطالبه دین در خسارت تأخیر تأدیه، ارزیابی رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق خصوصی، دوره یازدهم، شماره چهل و دوم.
۱۱. وحدتی شبیری، سیدحسن، «خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد»، نشریه روش‌شناسی علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۲، شماره سی و ششم.
۱۲. یوسفی، احمدعلی، «ماهیت پول»، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۸۵ ش.



حقوق کیفیری

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

محرابه در قوانین کیفری ایران: جرم‌انگاری مبهم و پیامدهای آن



نشریه فرداد



صابر فولادیان^۱
دانشجوی کارشناسی حقوق
دانشگاه علامه طباطبائی

چکیده

در پژوهش حاضر، قوانین کیفری که به بسط و گسترش مفهومی جرم محاربه پرداخته‌اند. با هدف رفع ابهام و جلوگیری از صدور آراء ناعادلانه؛ مورد تحلیل و ارزیابی و همچنین نقد قرار گرفته‌اند. پرسش اصلی در این پژوهش این است که علت این بسط و گسترش چیست؟ آیا اساساً در جرائم حدی چنین اجازه‌ای وجود دارد؟ در کدام قوانین این بسط مفهومی صورت گرفته است؟ پیامد این عمل از سوی قانونگذار برای حاکمیت ایران و جامعه ایرانی چیست؟ پس از بررسی جرم محاربه از منظر فقهی و حقوقی و همچنین بررسی قوانین کیفری موجود با روش توصیفی-تحلیلی، نتیجه حاصل این است که رفتارهایی که در بعضی قوانین محاربه دانسته شده‌اند؛ اساساً تطابقی با ارکان ذکر شده در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی ندارند و در برخی موارد که تنها مجازات محارب بر این رفتارها بار شده است، تناسبی میان رفتار ارتكابی و عقوبت در نظر گرفته شده دیده نمی‌شود.



صابر فولادیان

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه
علامه طباطبایی



چکیده

نتیجه چنین عملی از سوی قانونگذار این است که به دلیل بار نمودن مجازات های سخت جرم محاربه بر این رفتارها، بر واکنش های بین المللی علیه حاکمیت ایران افزوده می گردد و از سمتی با اعمال مجازات های غیر متناسب، نارضایتی را در بین آحاد مردم می گستراند. در نهایت پیشنهاد می گردد با تأکید بر اصول اساسی حقوق کیفری و همچنین فقه اسلامی، رفتارهای یادشده را تعزیری دانسته و به وسیله جرم انگاری خاص در این موارد به پایبندی هر چه بیشتر به قانون و فقه اسلامی معاضدت شود.

کلمات کلیدی:

محاربه، جرم انگاری مبهم، بسط، قوانین کیفری، امنیت عمومی

مقدمه

صابر فولادیان

جرم محاربه به عنوان یکی از حدود الهی، جایگاه ویژه‌ای در حقوق کیفری اسلام و به تبع آن قوانین کیفری ایران بعد از انقلاب دارد. از طرفی وجود مجازات‌های شدیدی همچون اعدام و قطع عضو و... برای این جرم، این نکته را بیش از پیش مورد توجه قرار می‌دهد که وقتی حدی از حدود الهی دارای مجازاتی سنگین است، باید در به کارگیری آن بسی اعتنا نمود. لیکن در سال‌های بعد از انقلاب با تصویب قوانین متعدد سعی بر توسعه و گسترش این جرم حدی شده است که به نظر می‌رسد این عمل از ابعاد مختلف قابل نقد و بررسی است؛ زیرا که در اجرا و عمل نیز جامعه ایرانی را با چالش‌های عدیده‌ای روبه‌رو کرده است.

در مقالات متعددی که در طی این سالیان نگارش شده، به نقد‌های وارد بر ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی و همچنین پیشینه فقهی این جرم و... پرداخته شده است اما با دقت نظری که به طور کلی در قوانین کیفری حاصل شد، همچنان پرسش‌هایی اساسی به ذهن خطور می‌کند از جمله اینکه آیا اجازه بسط و توسعه جرم محاربه وجود دارد؟ در چه قوانینی این بسط و توسعه ایجاد شده است؟ علت این یک بام و چند هوایی در قوانینی که به جرم انگاری محاربه پرداخته‌اند، چیست؟ پیامد اینگونه جرم انگاری چه چیزی بوده است؟ در مقاله‌ی حاضر سعی شده است تا به سوالات پیش‌گفته پاسخ داده و راهکاری برای آن ارائه گردد.

بنابراین با توجه به مراتب یادشده و در راستای پژوهش حاضر، ابتدا به مفهوم محاربه در لغت، فقه و حقوق پرداخته می‌شود و در مبحث بعدی پس از آن که ارکان جرم محاربه بررسی شد، سعی می‌گردد تا با وارد کردن نقد بر قوانین کیفری که در آن به بسط و توسعه این جرم پرداخته شده است، پیامد‌های گسترش دایره شمول جرم محاربه شرح داده شود. در نهایت امید است با ذکر انتقادات و ارائه راهکار برای آن، گامی برای اصلاح قوانین یادشده برداشته شود.

مبحث نخست) مفهوم محاربه بند نخست) در لغت

بررسی مفهوم محاربه می‌تواند از معنای لغوی آن آغاز گردد. آنچه از کاوش در زبان عربی به دست می‌آید این موضوع را آشکار می‌سازد که محاربه، مصدر باب مفاعله و مجرّد آن بر وزن فاعل به معنای «جنگ»، «مقاتله»، «غارت» به کار رفته است.^۲ به طور کلی واژه‌ی محاربه و حرب هشت بار در قرآن کریم آمده است. اما مهم‌ترین آیه‌ای که توانسته است جرم محاربه را به عنوان یکی از جرایم حدی نشان دهد و از این بابت مستند بحث‌های فقهی قرار گیرد، آیه ۳۳ سوره‌ی مبارکه‌ی مائده است: «سزای کسانی که با خدا و پیامبرش می‌جنگند، و در زمین به فساد می‌کوشند، فقط این است که کشته شوند، یا به دار آویخته شوند، یا دست (راست) و پای (چپ) آنها بعکس یکدیگر بریده شود، و یا از سر زمین خود تبعید گردند، این رسوایی آنها در دنیا است، و در آخرت عذاب بزرگی خواهند داشت.»^۳

از این رو تفسیرهای متعدّدی که از سوی فقهای آیه‌ی شریفه ارائه گشت، باعث به وجود آمدن اختلافات اساسی در جنبه‌های مختلف این جرم گردید که این اختلافات از اوصاف مجرمانه‌ی آن شروع می‌شود و تا کیفیت اجرای مجازات آن ادامه پیدا می‌کند. در ادامه به صورت مختصر به نظریه‌های موجود در باب مفهوم محاربه در فقه می‌پردازیم.

بند دوم) در فقه

همانطور که اشاره شد، تفاسیر مختلف از آیه‌ی مذکور اختلاف نظرهای زیادی رو از باب مفهوم محاربه در فقه و در بین فقهای به وجود آورده است که با تحقیق و کاوش در آن‌ها، می‌توان نظرات موجود را ذیل چهار دسته جمع‌آوری نمود.

۲. علی مشکینی اردبیلی، مصطلحات الفقه، چ، قم-ایران، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث

سازمان چاپ و نشر، ۱۳۹۲، ۵۰۵ ش، ص ۵۰۴ و ۵۰۵

۳. ﴿إِنَّمَا 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﴾

الف) کشیدن سلاح برای ترساندن مردم

این تفسیر، نظر مشهور فقهای امامیه است که از قضا مورد نظر قانونگذار در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز قرار گرفته است. مستند نظر این دسته از فقها روایات متعدد از ائمه است، از جمله روایتی که می‌فرماید: «هر کس در شهری، با سلاح اقدام به تهدید کند، دست او قطع می‌شود و اگر با سلاح به کسی ضربه‌ای برساند، مجازات او قتل است.»^۴ مشهور فقها با پیروی از چنین روایاتی به مفهومی مشابه از محاربه دست یافته‌اند و محاربه را بدین شکل تعریف نموده‌اند: «محارب کسی است که به قصد ترساندن مردم سلاح بکشد». یعنی از نظر ایشان دو امر برای تحقق محاربه ضروری است:

۱. کشیدن سلاح ۲. وجود قصد ترساندن مردم. با این حال شهید ثانی، قصد ترساندن مردم را نیز الزامی نمی‌داند و صرف کشیدن سلاح را چه با قصد ترساندن مردم و چه بدون این قصد را مصداق محاربه می‌داند.^۵

ب) جنگ و ستیز با حکومت

این نظریه قائلینی محدود در بین فقهای اهل سنت دارد و از سوی اغلب فقهای امامیه متقدم و متأخر رد شده است.^۶ اغلب فقهای امامیه قائل به این مورد هستند که محاربه جرمی علیه مردم است و در آن قصد ترساندن مردم است که اهمیت دارد. بنابراین جنگ و ستیز با حکومت خروج موضوعی دارد و در صورت پذیرش این نظر، اختلاط بین مردم و حکومت باعث اختلاط در جرم محاربه و بغی می‌شود که با این حال در مواردی از قانونگذاری بعد از انقلاب اسلامی، اینگونه موارد مشاهده می‌گردد.

۴. محمد بن حسن حرّ عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۸، چ ۳، قم-

ایران، مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث، ۱۴۱۶ هـ.ق.، ص ۳۰۷

۵. زین‌الدین بن علی شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۲، چ ۴، بی‌جا، بی‌نا، بی

تا، ص ۳۸۴؛ برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: جمال رضایی، «بررسی مبانی فقهی محاربه و حد آن»،

فصلنامه فدک، شماره ۲، ۵۱۳۸۹ هـ.ش، ص ۶۵-۸۱، ص ۷۳

۶. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: محمد جعفر حبیب‌زاده، مجید شریف‌زاد، «بررسی رابطه‌ی جرم محاربه

و افساد فی‌الارض؛ از مبانی فقهی تا رویه‌ی قضایی»، دو فصلنامه علمی مطالعات فقه اسلامی و

مبانی حقوق، ش ۴۵، ۵۱۴۰۱ هـ.ش، ص ۳۲-۵، ص ۱۳

ج) راهزنی و نوعی سرقت

این نظر نیز از سوی فقهای اهل سنت ابراز گشته است و تعداد محدودی از فقهای شیعه همچون شیخ طوسی و فخرالمحققین به آن اشاره نموده اند. از نظر این عده سرقت می‌تواند یکی از مصادیق محاربه باشد و محاربه، سلاح کشیدن برای قطع طریق و راهزنی است و هدف از آن نا امن کردن راه‌ها می‌باشد.^۷

شیخ طوسی در کتاب «خلاف» به این شکل این موضوع را تبیین می‌کند: «محاربان‌ی که خداوند در آیه‌ی محاربه ذکر کرده اند، همان قطاع‌الطریق اند که سلاح کشیده و راه‌ها را نا امن می‌کنند و به ارباب رهگذران می‌پردازند.»^۸

وی همچنین در کتاب «المبسوط فی فقه الإمامیة» بیان می‌کند: «همه‌ی فقها معتقدند که؛ مراد از محارب قطاع‌الطریق است و او کسی است که اسلحه کشیده و راهها را با راهزنی نا امن می‌نماید و آنچه فقهای امامیه روایت نموده‌اند این است که؛ مراد از محارب هر کسی است که سلاح خود را برهنه نماید و مردم را بترساند چه در خشکی باشد و چه در دریا یا در

بیابان و یا در صحرا، همچنین گفته‌اند که دزد محارب است و در بعضی از روایات ما همانگونه که فقها گفته‌اند، آمده است که مراد قطاع‌الطریق است.»^۹

همچنین فخرالمحققین در کتاب «ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد» به مانند شیخ طوسی، محاربه را قطع طریق می‌داند و به این شکل اظهار می‌دارد: «ا قرب این است که محاربه ثابت می‌شود برای کسی که اسلحه برهنه نموده و قطع طریق می‌نماید با وجود ضعف او از ترساندن مردم لازم نیست که اسلحه بکشد، بلکه اگر برای ترساندن مردم به سنگ یا عصا اکتفا کند، او قاطع‌الطریق محسوب می‌شود.

۷. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: جمال رضایی، «بررسی مبانی فقهی محاربه و حد آن»، منبع پیشین، ص ۷۲

۸. محمد بن حسن طوسی، الخلاف، ج ۵، چ ۱، قم-ایران، جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة قم مؤسسه النشر الإسلامی، ۵۱۴۰۷.ق، ص ۴۵۶

۹. محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۸، چ ۳، تهران-ایران، مکتبه المرتضویة، ۵۱۳۸۷.ق، ص ۴۷

محاربه در صورتی ثابت است که قهراً و آشکارا مال را بگیرد اما در صورتی که پنهانی مال را بردارند، سارق خواهند بود نه محارب، و اگر مال را برباید و فرار کند منتهب خواهد بود و حد محارب شامل آنها نمی‌شود.^{۱۰} در انتها باید این نکته را خاطر نشان ساخت، تفسیری که این عدّه از فقها از آیه ۳۳ سوره مائده ارائه نموده و مراد از آن را راهزنی و قطع طریق دانسته اند، در قوانین بعد از انقلاب و به خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بازتاب یافته است و موادی را به خود اختصاص داده است.

د) کشیدن سلاح برای ترساندن مردم همراه با قصد افساد

قائلین به این نظر معتقدند برای تحقق محاربه علاوه بر قصد ترساندن مردم، قصد فساد در زمین نیز لازم است. به عبارتی از نظر این عدّه، محارب کسی است که به قصد ترساندن مردم سلاح می‌کشد تا موجب گسترش فساد در زمین شود.

امام خمینی(ره) در «تحریرالوسیله» در تفسیر آیه‌ی ۳۳ سوره مائده، محارب را اینگونه تعریف می‌کنند: «محارب کسی است که برای ترساندن مردم سلاح خود را برکشد و از غلاف بیرون آورد یا آماده تیراندازی سازد و قصد افساد فی الارض کند.»^{۱۱}

۱۰. محمد بن حسن فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، ج ۶، چ ۱، قم-ایران، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۵۴۲

۱۱. روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، چ ۳، تهران-ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره)، ۱۳۹۲ ه.ش، ص ۵۲۶؛ برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: سید محمود مجیدی، «گفتمان فقهی در اختلاط جرائم علیه دولت و ملت در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۱۳، ۱۳۸۷ ه.ش، ص ۱۰۹-۱۲۴، ص ۱۱۳؛ محمد جعفر حبیب‌زاده، مجید شریف‌زاد، «بررسی رابطه‌ی جرم محاربه و افساد فی الارض؛ از مبانی فقهی تا رویه‌ی قضایی»، منبع پیشین، ص ۱۲

بند سوم) در حقوق

محاربه از جمله جرایمی بود که بعد از پیروزی انقلاب وارد سیستم عدالت کیفری ایران گشت. منتها ورود جرم محاربه به قوانین، بذر اختلاف نظرات شدید را در بین فقهای معاصر و حقوقدانان کاشت زیرا در بین پیشینیان نیز تفسیری واحد در مورد آیات و روایات وجود نداشت و همین امر باعث به وجود آمدن بحث های مختلف در رکن مادی و معنوی آن شد. به همین دلیل بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و تا سال ۵۱۳۶۱.ش افراد زیادی از سران رژیم شاهنشاهی تحت عناوینی شبیه به جرم محاربه مورد صدور حکم و مجازات قرار می گرفتند، در حالی که قانون ماهوی مشخصی در مورد محاربه و حتی افساد فی الارض وجود نداشت. سرانجام بعد از صدور احکام متعدد و معارض، در سال ۱۳۶۱ و با تصویب قانون «حدود و قصاص و مقررات آن» اولین رگه های حضور این جرم در نظام حقوقی ایران پیدا گشت.

در ماده ۱۹۶ این قانون، قانونگذار به این شکل محاربه را تعریف نموده بود: «هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم

دست به اسلحه ببرد، محارب می باشد». با کاوش و دقت نظر در تعریف ارائه شده می توان فهمید، در قانون مذکور نظر مشهور فقهای امامیه که محاربه را کشیدن سلاح به قصد ترساندن مردم در نظر می گرفتند، پذیرفته شده است. لیکن نکته ی حائز اهمیت این است که ماده قانونی مذکور از جمله مواردی به شمار می رود که نظر بنیانگذار انقلاب اسلامی در وضع قوانین لحاظ نگردیده است زیرا که طبق نظر ایشان، وجود قصد افساد در زمین همراه با قصد ترساندن مردم الزامی می باشد. بعد از نزدیک به ده سال با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰، قانونگذار با اضافه کردن عنوان مفسد فی الارض به محاربه، ماده ۱۸۳ این قانون را به این شکل تدوین نمود: «هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می باشد».

ارعاب آنها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی‌شود».

در قانون اخیرالتصویب نیز به مانند مصوبات قبل، از نظر مشهور فقهای امامیه در باب مفهوم محاربه پیروی شده است و محاربه، کشیدن سلاح به قصد ترساندن مردم دانسته شده است که از این بابت شباهت وجود دارد. اما تغییرات اساسی در آن به وجود آمده است؛ از جمله سوء نیت خاص که در قانون اخیر شامل قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها می‌باشد در حالی که در قانون مجازات سال ۱۳۷۱ سوء نیت خاص، قصد ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم بود.

به نظر می‌رسد قانونگذار با انجام این عمل قصد داشته است که به وسیله تفاسیری که از آیه ۳۳ سوره مائده شده است، با یکی دانستن محاربه و مفسد فی الارض از صدور احکام در باب افساد فی الارض جلوگیری کند و این دو عنوان را یک جرم بداند و از طرفی با اعمال این تغییر، نظر بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز مورد توجه قرار دهد. در این مورد نیز بحث‌های مختلفی صورت گرفته که بین این دو جرم چه رابطه‌ای برقرار است لیکن از مجموع بحث‌های صورت گرفته می‌توان دریافت که اکثر حقوقدانان و فقها معتقدند محاربه یکی از مصادیق افساد فی الارض است و بین این دو جرم رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می‌باشد.

سرانجام در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که آخرین مصوبه تا به این زمان در مورد محاربه است، به دیدگاهی که در قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ وجود داشت، رجعت شد. در ماده ۲۷۹ این قانون، محاربه به این شکل آمده است: «محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا

چالش‌هایی ایجاد کند. با دقت نظر در تعریف ارائه شده در ماده ۲۷۹ این قانون، این مورد هویدا می‌گردد که یکی از عناصر اصلی جرم محاربه ایجاد ناامنی در سطح جامعه است. با این حال، تفسیر دقیق این عنصر، به ویژه در جامعه‌ای که از نظر امنیتی و اجتماعی با چالش‌های متعددی روبه‌روست، همواره محل بحث و مناقشه بوده است. به ویژه، تمایز میان جرم محاربه و جرایم مشابه نظیر افساد فی الارض و بگی، به دلیل شباهت‌های مفهومی و مصادیق مشترک، یکی از مسائل پیچیده و حساس در سیاست تقنینی و قضایی کشور به شمار می‌رود. از طرفی دیگر با توجه به بحث‌هایی که در فقه و حقوق ایران در مورد جرم محاربه تا به این زمان شده است، می‌توان متوجه گشت که در بسیاری از ابعاد ماهوی جرم یادشده، اجماع و توافقی وجود ندارد و اختلاف نظرهای شدیدی پدیدار بوده است؛ از جمله تخییری یا ترتیبی بودن مجازات‌ها، قصد و نیت مرتکب، مقید یا مطلق بودن و نظایر آن.

از سوی دیگر در قانون اخیر وقوع ناامنی در محیط لازم دانسته شده است که ذکر این نکته بسیاری از اختلافات بین حقوقدانان را در مورد قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۱ و ماده ۱۸۳ مبنی بر اینکه محاربه جرمی مطلق یا مقید است را رفع کرده است و محاربه را جرمی تلقی نموده که نیازمند تحقق نتیجه است.



مبحث دوم) ارکان جرم محاربه

در جمهوری اسلامی ایران، جرم محاربه به دلیل تأثیرات مستقیم بر امنیت عمومی و ایجاد رعب و وحشت در جامعه، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در قوانین کیفری کشور به ویژه قانون مجازات اسلامی، جایگاه برجسته‌ای دارد. با توجه به تعریفی که از این جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شده است، می‌توان گفت جرم محاربه به گونه‌ای تدوین گشته است که گویی اساساً مفهومی وابسته به شرایط اجتماعی و امنیتی است و تفسیر این موضوع می‌تواند در موارد مختلف،

با این حال در ادامه سعی بر این است که با دقت نظر در تعریفی که از این جرم در ماده مزبور صورت گرفته است؛ مفهومی که قانونگذار در سال ۱۳۹۲ در بین تفاسیر مختلف پذیرفته است را شرح دهیم و ارکان مادی و روانی این جرم را توصیف نماییم.

بند نخست) رکن مادی

الف) رفتار مجرمانه

با اعتنا در صدر ماده که آمده " محاربه عبارت از کشیدن سلاح... " متوجه می‌شویم که رفتار مجرمانه مورد نظر قانونگذار «کشیدن سلاح» بوده است. اما اینکه کشیدن سلاح به چه معناست، نیازمند غور در آن می‌باشد. آنچه از اقوال اکثر فقها و حقوقدانان می‌توان دریافت این است که منظور از کشیدن سلاح، در آوردن و آشکار ساختن آن است. نکته حائز اهمیت این است که صرف حمل سلاح حتی اگر آشکار باشد و موجب رعب و وحشت شود نیز مصداق محاربه نیست زیرا آنچه از واژه‌ی «تجرید» یا «تشهیر» که در کتب فقهی آمده فهمیده می‌شود، کشیدن سلاح و درآوردن آن از غلاف می‌باشد که این عمل نیازمند انجام فعلی مثبت از سوی مرتکب می‌باشد. از سوی دیگر صرف کشیدن سلاح برای صدق عنوان محارب کافی است و معنای عرفی کشیدن سلاح که به نظر استفاده از آن می‌باشد، مورد نظر نبوده است.

ب) وسیله‌ی مجرمانه

بحث دیگری که وجود دارد، چیستی معنای سلاح در ماده مزبور می‌باشد. آیا منظور سلاح گرم است یا سلاح سرد؟ چه آلات و وسایلی سلاح محسوب می‌شوند؟ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ذیل تبصره ۳ ماده ۱۸۳، با آوردن این عبارت که "میان سلاح سرد و سلاح گرم فرقی نیست" تکلیف را مشخص کرده بود و این موضوع آشکار بود که هر دو نوع سلاح مدنظر است. اما با این حال در رویه قضایی در مصداق سلاح اختلاف نظر وجود داشت. درست است که می‌دانیم هم سلاح گرم و هم سلاح سرد مدنظر قانون است اما مثلاً اینکه وسیله‌ای مانند داس می‌تواند سلاح به شمار رود و باعث تحقق محاربه گردد، نامعلوم می‌باشد.

به نظر می‌رسد به دلیل سکوت قانون در این مورد و اختلاف نظر حقوقدانان باید تشخیص این موضوع را امری عرفی دانست و برعهده عرف گذاشت. در بین فقها نیز اقوال مختلفی وجود دارد اما نظر مشهور فقهای امامیه این موضوع می‌باشد که درست است سلاح شامل سلاح سرد و گرم می‌شود اما معیار این موضوع که وسیله‌ای سلاح محسوب می‌شود یا خیر، عرف است و در این موارد باید به عرف رجوع شود.^{۱۲}

اما سؤالی که در انتهای این بحث باید به آن پرداخت این است که آیا واقعی یا تقلبی بودن سلاح نقشی در تحقق یا عدم تحقق این جرم بازی می‌کند؟ یکی از اصول لفظی مهم در تفسیر مواد قانونی اصاله الحقیقه است. از این رو اگر عبارتی در متن قانون می‌آید، نظر قانونگذار معنای واقعی و حقیقی آن بوده است نه معنای مجازی آن. در کنار این اصل و اصل تفسیر به نفع متهم، قاعده درأ نیز به ما یاری می‌رساند تا اظهار داریم که منظور از سلاح در این ماده چیزی جز سلاح واقعی نمی‌باشد.

ج) موضوع جرم

با کاوش در نظرات فقهی و عبارت «لاخافه الناس» این امر متجلی می‌شود که هدف از کشیدن سلاح ترساندن مردم است، از این رو موضوع این جرم را باید مردم دانست. از طرفی با نگرستن به ماده ۲۷۹ که این چنین مبذول داشته که "محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد" آشکار می‌شود موضوع جرم مذکور، مردم می‌باشند و اطلاق که این ماده دارد، جایی برای ارائه تفاسیر و استنباط‌های مختلف نمی‌گذارد.

۱۲. محسن برهانی، الهه لطفعلی‌زاده، تأملات شرحی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی مشتمل بر کتاب اول تا چهارم، چ، تهران-ایران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۴۰۱. ش، ص ۳۴۴؛ ایرج گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، چ، تهران-ایران، انتشارات مجد، ۱۴۰۱. ش، ص ۲۹۱ و ۲۹۲؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: مهدی رجبی کاشانی، «تحلیل ماهیت محاربه در فقه و قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ و ۹۲»، بی‌جا، بی‌تا، ص ۸.

محاربه از دو بخش سوءنیت عام و سوءنیت خاص تشکیل می‌شود. سوءنیت عام همان قصد مجرمانه می‌باشد که واضح و روشن است لیکن سوءنیت خاص کمی بحث برانگیز به نظر می‌رسد. سوءنیت خاصی که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است، گویی دو وجه دارد؛ یک وجه آن داشتن قصد جان، مال یا ناموس مردم می‌باشد و دیگر وجه آن ارباب مردم می‌باشد. آنچه از کلام فقها که در بخش‌های پیشین بررسی شد می‌توان دریافت، این است که آنچه مشهور فقها به آن معتقد بودند، وجود قصد ارباب و ترساندن مردم می‌باشد و وجود قصد مالی از ارتکاب محاربه نیز ناشی از کلامی در بین فقها است که این جرم را جرمی شبیه به سرقت و راهزنی می‌دانستند. اما برای وجود قصد جان یا ناموس مردم باید تأمل نمود که مبنا و ریشه آن چیست؟ به نظر می‌رسد وجود این نوع قصد سخنی بر خلاف فقه است.

اما نکته ظریفی که باید به آن توجه نمود این است که اگر مرتکب قصد جان، مال، ناموس و ارباب صنف خاصی از مردم نظیر روحانیون، بسیجیان و... را داشته باشد، نمی‌توان وی را محارب دانست. در این مورد دیگر مطلق مردم مورد نظر نبوده است و گویی انگیزه‌ی شخصی وارد قصد مرتکب گشته است.^{۱۳}

(د) نتیجه مجرمانه

با توجه به عبارت "... به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد" در متن ماده محل بحث، این موضوع به منصفه ظهور می‌رسد که محاربه جرمی مقید است و تا زمانی که کشیدن سلاح موجب ناامنی عمومی نگردد، نمی‌توان حکم بر محاربه نمود. از طرفی اشاره به این نکته خالی از لطف نمی‌باشد که به دلیل مقید دانستن این جرم، باید بین کشیدن سلاح و ایجاد ناامنی در محیط رابطه سببیت برقرار باشد. از این رو اگر محیط از پیش ناامن بوده باشد و فردی سلاح بکشد، با وجود عموم شرایط نیز دادن حکم بر محاربه صحیح به نظر نمی‌رسد.

بند دوم) رکن روانی

عنصر معنوی یا رکن روانی جرم

۱۳. محسن برهانی، الهه لطفعلی‌زاده، منبع پیشین، ص ۳۴۷

مراجعه نمود. از نگاه شرعی، حدود، مجازات هایی برای اجرا نشدن هستند و شارع به دنبال اجرای حدود نیست بلکه برعکس، از نظر شرعی یافتن راهی برای عدم اثبات جرم حدی ارزشمند است. از این رو یکی از مهم ترین قواعدی که به صورت مبسوط در فقه از آن بحث شده است و لازم است در حدود رعایت گردد، قاعده‌ی «منع یا عدم توسع در حدود» یا «بنای حدود بر تخفیف و احتیاط» می باشد. این قاعده‌ی فقهی در ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به این شکل متبلور گشته است: «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است». اما با این حال قانونگذار با عدم توجه به این موضوع، در بسیاری از موارد جرمی که ماهیت آن تعزیری است را با در نظر گرفتن شرایطی نامعلوم، حدی دانسته است که موجبات وارد آمدن نقد های زیادی را فراهم نموده است.

برخی از حقوقدانان نیز سوءنیت خاص را به دو بخش قصد خاص و قصد تبعی تقسیم نموده اند. از این رو ارباب را قصد خاص دانسته اند و قصد جان، مال، ناموس را قصد تبعی تلقی نموده اند.^{۱۴}

از طرفی جرم های دیگری در قانون مجازات وجود دارد که با کمی اندیشیدن در مواد مربوطه می توان متوجه اختلاطی که با جرم محاربه دارند، گشت. به عنوان مثال با در نظر گرفتن عناصر روانی و مادی در سرقت مسلحانه و محاربه، تشخیص این مورد که فرد چه زمانی مرتکب سرقت مسلحانه گشته است و چه زمانی عنوان محارب بر وی صدق می کند، بسی دشوار به نظر می رسد. با این حال با وجود انتقاداتی که وارد آمد، در حال حاضر رکن روانی جرم محاربه بر اساس ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی عبارت است از: قصد جان، مال، ناموس یا ارباب مردم.

مبحث سوم) بسط جرم محاربه و پیامدهای آن

همانطور که در مباحث پیشین توضیح داده شد، محاربه جرمی حدی است که برای تعیین عناصر تشکیل دهنده و مجازات آن باید به فقه

۱۴. محسن برهانی، الهه لطفعلی زاده، منبع پیشین، ص ۳۴۶

برخی جرایم با وجود وجوه تشابه با حدود، تفاوت های معنادارای نیز دارند که باعث ایجاد شک و شبهه در انطباق آن ها با جرایم حدی می گردد. به همین دلیل یکی از اصولی که در این مواقع باید رعایت شود، این است که هرگاه ابهامی در حدی یا تعزیری دانستن جرمی پیش بیاید، باید آن را تعزیری تلقی نمود زیرا اصل بر تعزیری بودن جرایم است.^{۱۵} یکی از دلایل گسترش و بسط عنوان محاربه، وجود ابهامات گسترده در فقه و حقوق است و تا زمانی که این ابهامات اساسی رفع نگردد؛ احتمال اینکه روز به روز به تعداد جرایمی که محاربه تلقی می شوند افزوده شود، خواهد بود. محاربه که در کلام فقها شکل خاصی از جرایم علیه امنیت عمومی است، امروزه چنان گسترش یافته است که شامل جرایم اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی نیز گشته است و این مورد باعث شده در حال حاضر با اطمینان خاطر نتوان گفت که محاربه جرمی علیه ملت است زیرا در بسیاری از موارد به زعم قانونگذار جرمی علیه حاکمیت و دولت بوده است.^{۱۶}

در ادامه سعی می شود با آوردن قوانینی که در آن به بسط عنوان مجرمانه محاربه پرداخته شده است و وارد کردن نقد بر آن ها، گامی در جهت اصلاح قوانین و رویکرد موجود برداشته شود.

۱۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک: امین حاجی وند و دیگران، «درآمدی بر روش مدل سازی توصیف جزایی قاعده مند؛ با انطباق رویکرد کلی نسبت به جرائم علیه امنیت (مطالعه موردی جرم محاربه)»، فصلنامه تمدن حقوقی، دوره ۶، شماره ۱۶، ۱۴۰۲، ش. ۵، ص ۱۶۵-۱۸۰

۱۶. سید محمود مجیدی، جرایم علیه امنیت، چ، تهران-ایران، نشر میزان، ۱۳۸۶، ش. ۵، ص ۱۵۴ و ۱۵۵

بند نخست) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۱. در مواد ۶۹۸، ۵۰۴، ۵۲۶، ۶۷۵ و ۶۸۷ این قانون صریحا مواردی آمده است که هیچ تشابهی از حیث عناصر مادی و معنوی به تعریفی که خود قانونگذار در ماده ۲۷۹ از محاربه نموده است، ندارد. به نظر می‌رسد قانونگذار در این موارد نظری در فقه که محاربه را «جنگ و ستیز با حکومت» می‌دانست، پذیرفته است زیرا اساساً نه کشیدن سلاحی وجود دارد و نه موضوع جرم، مردم هستند بلکه موضوع، حکومت است. با این حال اینگونه پنداشته می‌شود که دلیل این عمل اهمیتی است که وی برای امنیت قائل بوده است. به همین دلیل در مواردی، با وجود اینکه هیچ انطباقی بین تعریفی که وی از محاربه در قانون مذکور داشته با اینگونه جرایم وجود ندارد، عنوان محاربه را بار نموده است.^{۱۷}

۲. مورد دیگر در ماده ۵۱۵ نهفته است. طبق این ماده سوء قصد به جان مراجع تقلید می‌تواند مصداق محاربه باشد لیکن همانطور که گفته شد، موضوع محاربه «مردم بما هو مردم» است و اگر صنف خاصی از

مردم در نظر مرتکب باشد، صدق عنوان محاربه بر وی صحیح به نظر نمی‌رسد.

ماده ۵۱۵ قانون مجازات اسلامی: «هر کس به جان رهبر و هر یک از روسای قوای سه‌گانه و مراجع بزرگ تقلید، سوء قصد نماید چنانچه محاربه شناخته نشود به حبس از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

۳. طبق ماده ۶۱۰ اشخاصی که برای جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی تبانی می‌کنند یا وسایل این جرایم را فراهم می‌کنند، ممکن است محاربه محسوب گردند که این امر قابل انتقاد به نظر می‌رسد. برای تعیین تفاوت‌های دو جرم تبانی و محاربه شایسته است که رکن مادی و روانی این جرم بررسی گردد. رکن مادی تبانی، توافق است که خود در واقع يك عملکرد ذهنی است و همچنین رکن روانی آن «قصد عملي کردن توافق» می‌باشد.

۱۷. برای مطالعه بیشتر ر.ک: سیده قدسیه موسوی مشهدی و دیگران، «بازخوانی ماهیت و مصداق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، دوره ۶، شماره پیاپی ۹۶، ۵۱۳۹۳.ش، ص ۱۴۷-۱۵۴

بدین ترتیب، جرم تبانی علیه امنیت کشور، چه از لحاظ تعریف و چه از لحاظ ارکان، هیچ گونه مطابقتی با محاربه ندارد، بلکه نوعی جرم سیاسی محسوب می‌گردد و حتی اگر قائل به توسعه مفهومی محاربه باشیم، تحقق جرم محاربه در اینجا قابل تأمل است، زیرا اقدام عملی مسلحانه در آن وجود ندارد. از سمتی علت عمده جرم انگاری تبانی، خطری است که قصد و تصمیم مجرمانه دسته جمعی به دنبال دارد؛ زیرا خطر توافق دسته جمعی برای ارتکاب جرایم سنگین، بیش از آسیب‌های جزئی اعمال مجرمانه‌ای است که مرحله اجرای آن به پایان رسیده است. شایان ذکر است که مجازات مرتکب موضوع این جرم در صورتی که محارب شناخته نشوند، حبس می‌باشد اما اینکه اینگونه مرتکبان از دیدگاه قانونگذار در چه مواردی محارب شناخته می‌شوند، چندان روشن نیست. به طور کلی قانون‌گذار در موارد مختلفی، به خصوص در مورد جرایم علیه امنیت، اعمال مجازات خاصی را منوط به محارب شناخته نشدن مرتکب نموده است که این کار با توجه به سنگینی

مجازات محاربه، قابل توجیه نمی‌باشد.^{۱۸}

ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه دو نفر یا بیشتر اجتماع و تبانی نمایند که جرایمی بر ضد امنیت داخلی یا خارج کشور مرتکب شوند یا وسایل ارتکاب آن را فراهم نمایند در صورتی که عنوان محارب بر آنان صادق نباشد به دو تا پنج سال حبس محکوم خواهند شد».

۴. در ماده ۶۱۷ آمده است که اگر شخصی با چاقو یا هر اسلحه دیگر تظاهر، قدرت نمایی، تهدید، اخاذی یا ایجاد مزاحمت کند یا با شخصی گلاویز شود؛ ممکن است محارب محسوب گردد یا به مجازات مذکور در این ماده محکوم گردد. اما سوالی که پیش می‌آید این است که چگونه می‌توان مرز بین این دو جرم را مشخص نمود؟ آیا وقتی چنین عملی رخ دهد فرد محارب است یا مرتکب یک جرم خاص گشته است؟

۱۸. برای مطالعه بیشتر ر.ک: محمد جعفر حبیب‌زاده، مهدی مومنی، «جرم تبانی علیه امنیت کشور در حقوق ایران»، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، ش. ۱۳۱-۱۵۵

گرداند. در این قانون نیز نقد هایی که به بسط و گسترش مفهوم محاربه در جرایم امنیتی وارد بود، پابرجاست. ماده ۳۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: «در صورتی که احراز شود مرتکب جرائم قاچاق کالا و ارز با علم و عمد، عواید و سود حاصل از این جرائم را به نحو مستقیم یا غیرمستقیم برای تأمین مالی تروریسم و اقدام علیه امنیت ملی و تقویت گروه های معاند با نظام اختصاص داده یا هزینه نموده است، علاوه بر مجازات های مقرر در این قانون حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می گردد».

۲. ماده ۱۹۲ قانون «مبارزه با تأمین مالی تروریسم اصلاحی ۱۳۹۷» نیز با تأثیر از دیدگاهی که در بند پیشین آمد، تدوین گشته است.

۱۹. محسن برهانی، الهه لطفعلی زاده، منبع پیشین، ص ۳۴۶ و ۳۴۷

انتقاد پیش گفته بر مواد دیگری از همین قانون نیز وارد است از جمله مواد ۶۵۱ تا ۶۵۴، ۶۱۴.^{۱۹} ماده ۶۱۷ قانون مجازات اسلامی: «هر کس به وسیله چاقو و یا هر نوع اسلحه دیگر تظاهر یا قدرت نمایی کند یا آن را وسیله مزاحمت اشخاص یا اخاذی یا تهدید قرار دهد یا با کسی گلاویز شود در صورتی که از مصادیق محارب نباشد به حبس از شش ماه تا دو سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

بند دوم) قوانین خاص

۱. در ماده ۳۱ قانون «مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲» نیز به دلیل اهمیت و افری که قانونگذار برای امنیت قائل بوده است، ممکن است هر شخصی را که عواید حاصل از قاچاق را به طور عمدی برای حمایت تروریسم یا اقدامات علیه امنیت ملی و... قرار دهد، محکوم به محاربه

نقد اصلی پابرجاست که عناصر مادی و معنوی محاربه که در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی تعیین گردیده، در اینگونه موارد چگونه احراز می‌گردد؟

۲۰. ماده ۵: هرکسی که مرتکب هر یک از اعمال مشروحه زیر شود با رعایت امکانات و شرایط خا طی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدی ب برای مرتبه اول به جزای نقدی از ۲ تا ۵ برابر و برای مرتبه دوم از ۵ تا ۱۰ برابر قیمت کالا و خدمات مورد تخلف در این ماده و برای مرتبه سوم برای افراد غیرصنفاً از ۱۰ تا ۲۰ برابر قیمت کالا و خدمات مورد تخلف در ماده و در مورد افراد صنفاً علاوه بر مجازات مرتبه دوم به لغو پروانه محکوم خواهند شد. ۱- فروش مصنوعات یا فرآورده‌های گرانتر از نرخ مقرر. ۲- دریافت اجرت یا دستمزد خدمات، زاید بر میزان مقرر. ۳- معامله صوری به نرخ مقرر و به کار بردن تمهیداتی که عملاً موجب دریافت وجه بیشتر از نرخ مقرر بشود. ۴- استفاده از مواد نا مرغوب که در نتیجه کیفیت کالا یا مصنوعات یا فرآورده‌ها یا ارزش خدمات را بدون تنزل قیمت پائین می‌آورد. ۵- عرضه نان معمولی با پخت نامرغوب. ۶- تحویل کالا کمتر از وزن یا مقدار به مشتری. ۷- انتقال غیر مجاز کالاهایی که از طرف دولت به یک شهر یا منطقه یا جمعیت معینی اختصاص یافته است به شهر و منطقه دیگر و یا فروش آن به اشخاص دیگر. ۸- خودداری فرد صنفاً از عرضه و فروش کالا یا مصنوعات و یا فرآورده‌ها یا خدمات برخلاف مقررات صنفاً. ۹- امتناع فرد صنفاً از دادن فاکتور به قیمت رسمی و یا صدور فاکتور خلاف واقع.

ماده ۶: چنانچه اعمال فوق به عنوان مقابله با حکومت صورت گیرد و مرتکب مصداق محارب باشد به مجازات آن محکوم می‌شود.

ماده ۲ مبارزه با تامین مالی تروریسم: «تأمین مالی تروریسم در صورتی که در حکم محاربه یا افساد فی الارض تلقی شود، مرتکب به مجازات آن محکوم می‌شود و در غیر این صورت علاوه بر مصادره وجوه و اموال و در صورت عدم وجود عین اموال معادل ارزش آن به نفع دولت، به مجازات دو تا پنج سال حبس و جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر منابع مالی تامین شده محکوم می‌شود».

۳. ماده ۵ و ۶ قانون «تشدید مجازات محترکان و گرانفروشان»^۳ نیز در نوع خود قانونگذاری عجیبی به نظر می‌رسد. طبق ماده ۶ این قانون، اگر شخصی اعمال مذکور در ماده پیشین را با قصد مقابله با حکومت انجام دهد، ممکن است محارب محسوب گردد. با این حساب به عنوان مثال اگر فردی طبق بند ۵ ماده ۵ این قانون نانی را با پخت نامرغوب عرضه کند و قصدش مقابله با حکومت باشد، دست قاضی در دادن حکم بر محاربه برای فرد باز است. اما سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا اصلاً چنین موردی امکان‌پذیر است؟ علاوه بر این مورد همچنان

یکی از کیفرهای ذیل محکوم خواهد شد. الف- در صورتی که عمل عبوردهنده محل امنیت باشد چنانچه در حد محاربه و افساد فی الارض نباشد به حبس از ۲ تا ۱۰ سال محکوم خواهد شد ب-...»

۶. یکی از قوانین بحث برانگیز در باب محاربه، قانون «جرایم نیروهای مسلح» است که مشتمل بر ۴۴ عنوان محارب و محاربه می‌باشد. وجود این تعداد، خود آغازکننده‌ی نقدها بر این مقرر است. در این قانون کمتر ماده‌ای را می‌توان یافت که مجازات محارب برای مجرم موضوع آن وضع نشده باشد، و حتی برای مواردی چون ترک فعل و خوابیدن نیز مجازات محارب در نظر گرفته شده است.^{۲۱}

۴. بند الف ماده ۱ قانون «مجازات عبور دهندگان اشخاص غیر مجاز از مرزهای کشور و اصلاح بعضی از مواد قانون گذرنامه و قانون ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران» نیز شخصی را که دیگری را به طور غیر مجاز از مرز عبور دهد و یا موجبات عبور غیرمجاز دیگران را تسهیل یا فراهم کند را در صورتی که محل امنیت باشد، ممکن است محارب و مفسد فی الارض محسوب نماید. انتقادی که مطرح می‌شود این است که واژه‌ی امنیتی که در این بند آمده است چه معنایی دارد؟ آیا به مانند ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی به معنای امنیت ملت است یا به مانند دیگر قوانین امنیت نظام مستقر ملاک است؟ به طور کل یک بام و دو هوا بودن قانونگذاری در جرم محاربه منجر به این شده است که تفسیر مواد در این مورد خاص و موارد مشابه دشوار گردد و نتوان آنطور که شایسته است به تحقق و اجرای عدالت معاضدت نمود.

ماده ۱ قانون مجازات عبور دهندگان... «هر کس دیگری را به طور غیر مجاز از مرز عبور دهد و یا موجبات عبور غیر مجاز دیگران را تسهیل یا فراهم نماید، مجرم و به

۲۱. برای مطالعه بیشتر رک: غلامحسین الهام، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، بی تا، ص ۵۱ تا ۵۷

گردد به مجازات محارب و در غیر این صورت به حبس از دو تا ده سال. ب - هرگاه در ناحیه‌ای باشد که در حالت جنگ یا اعلام محدودیتهای ضروری موضوع اصل هفتاد و نهم (۷۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یا آماده‌باش رزمی باشد به حبس از شش ماه تا دو سال. ج - در سایر موارد به استثناء مواردی که صرفاً تخلف انضباطی محسوب می‌شود به حبس از دو ماه تا یک سال.

از طرفی طبق ماده ۵۱ قانون مذکور، اظهار بی‌علاقگی به وظایف نظامی و همچنین متعذر شدن به ناتوانی جسمی هم در مواردی فرد را به مجازات محارب محکوم می‌کند که این شیوه قانونگذاری و تعیین مجازات بسی قابل تأمل است.^{۲۲}

۲۲. برای مطالعه در مورد «جرم خودزنی نیروهای مسلح» می‌توانید ر.ک: لطیف ماهری گهن، «مجازات جرائم خودزنی نیروهای مسلح در ایران و ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۶، ویژه‌نامه تحولات حقوقی، ۱۴۰۱.ش، ص ۱-۱۳

ماده ۳۹ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح: «هر یک از فرماندهان و مسئولان نظامی یا انتظامی که حسب مورد مصوبات شورای عالی امنیت ملی، شورای امنیت کشور و شوراهای تأمین استان یا شهرستان را در مواردی که طبق قانون موظف به اجرای آن می‌باشند اجراء نکنند، چنانچه مشمول مجازات محارب نباشند یا به موجب سایر قوانین مستوجب مجازات شدیدتری نگردند به حبس از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شوند».

ماده ۴۴ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح: «هر نظامی که در حین نگهبانی به طور ارادی بخوابد به شرح زیر محکوم می‌شود: الف - هرگاه در مقابل دشمن و محاربان باشد در صورتی که عمل وی موجب اخلال در نظام (بههم خوردن امنیت کشور) و یا شکست جبهه اسلام



در نتیجه‌ی این موارد پرسشی که مطرح می‌گردد این است که آیا می‌توان برای اعمال مجرمانه‌ای که ماهیتاً محاربه نیستند، مجازات محارب را اعمال کرد؟ در مواردی که در بالا ذکر شد که فرد به مجازات محارب محکوم می‌گردد، آیا اصل تناسب بین جرم و مجازات مورد توجه بوده است؟ ذکر این نکته لازم است که در اکثر موارد در این قانون از قبیل ماده مورد اشاره، از عبارت «به مجازات محارب محکوم خواهد شد» استفاده شده که نشانگر آن است مقنن ماهیت عمل را محاربه ندانسته و صرفاً مجازات محاربه را اعمال می‌کند. این طور گمان می‌رود که دلیل اینگونه عمل قانونگذار این است که چون نیروهای مسلح تأمین‌کننده‌ی امنیت هستند، در مواردی که مخل امنیت کشور می‌شوند باید به مجازاتی سخت‌تر محکوم گردند. از طرفی به دلیل اینکه نیروهای مسلح دارای ادوات جنگی هستند و نقشی حساس در حفظ نظام مستقر در کشور را دارند، بحث جرم‌انگاری اعمال مجرمانه ضد امنیت حاکمیت نیز مهم می‌گردد. اما با همه‌ی این تفاسیر درست است که حفظ امنیت کشور مهم است و انجام جرم از سوی نیروهای نظامی نابخشودنی و حساس می‌باشد، لیکن قانونگذار با به خلاف بردن حسن نیت خود، به نظر چیزی جز بیدادگری و اجحاف را به ارمغان نیاورده و نخواهد آورد.

بند سوم) پیامدهای بسط و جرم‌انگاری مبهم محاربه

هنگامی که قانون‌گذار در تعریف جرایم از عبارات کلی و تفسیربردار بهره می‌برد، منجر به «جرم‌انگاری مبهم» می‌شود. این وضعیت علاوه بر آثار زیان‌بار در تفسیر قضایی، نقض حقوق متهم و اختلال در اصل دادرسی منصفانه، می‌تواند منجر به احکام شدید و نامتناسب نیز گردد. بررسی جرم محاربه در حقوق کیفری ایران، نمونه‌ای روشن از این وضعیت است.

۱. تسلط تفسیر قضایی بر نص قانون

ابهام در متن قانون، اختیار قاضی را افزایش می‌دهد و به‌جای اجرای قانون، «تولید معنا» صورت می‌گیرد. این مسئله با اصل تفکیک قوا نیز در تعارض است، زیرا قاضی در عمل نقش قانون‌گذار را ایفا می‌کند. یکی از پیامدهای کمتر مورد توجه در جرم‌انگاری مبهم، تأثیر مخرب آن بر اصل تفکیک قواست.

در نظام حقوقی مبتنی بر حاکمیت قانون، قوه مقننه مسئول قانون‌گذاری است و قوه قضاییه صرفاً موظف به تفسیر و اجرای قوانین مصوب است. اما هنگامی که قانون‌گذار با عبارات کلی، تفسیربردار و فاقد مرزهای روشن به تعریف جرم می‌پردازد، در واقع بخشی از فرآیند قانون‌گذاری را به قاضی واگذار می‌کند. قاضی در چنین شرایطی، نه صرفاً مجری قانون، بلکه تعیین‌کننده حدود، مصادیق و حتی گاه ماهیت جرم خواهد بود. این انتقال عملی اختیار قانون‌گذاری به قوه قضاییه، توازن قوای سه‌گانه را مختل کرده و موجب تمرکز قدرت تفسیر و تصمیم‌گیری در دست یک نهاد می‌شود. افزون بر آن، ابهام قانونی موجب کاهش شفافیت و پاسخ‌گویی نهادها می‌شود، چرا که تصمیمات خود را به استناد به "برداشت قضایی" از متن مبهم قانون توجیه می‌کنند. از این‌رو، جرم‌انگاری مبهم نه تنها تهدیدی برای حقوق متهمان است، بلکه چالشی ساختاری برای اصول بنیادین حکمرانی، از جمله تفکیک قوا، به‌شمار می‌رود.

۲. تهدید حقوق متهم و آزادی‌های اساسی

ابهام در قوانین کیفری به‌طور مستقیم حقوق متهم را تضعیف می‌کند و آزادی‌های اساسی شهروندان را در معرض تهدید قرار می‌دهد. در نظام‌های حقوقی مبتنی بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات، یکی از مهم‌ترین اصول تضمین‌کننده عدالت کیفری، تعیین دقیق عناصر مادی و روانی جرم است. اما وقتی قانون‌گذار از مفاهیمی مبهم مانند «کشیدن سلاح» و «موجب ناامنی در محیط» و... استفاده می‌کند، شهروندان نمی‌توانند به‌درستی پیش‌بینی کنند که چه رفتاری جرم تلقی می‌شود. این وضعیت نه تنها موجب بی‌اعتمادی به قانون می‌شود، بلکه در مرحله دادرسی، دفاع مؤثر را نیز دشوار می‌سازد. متهم و وکیل او در غیاب تعریفی روشن، قادر به استناد دقیق به قانون نیستند و تفسیر قانون به‌طور کامل در اختیار قاضی قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، ابهام در جرم‌انگاری می‌تواند آزادی‌های مشروعی چون آزادی بیان، آزادی اجتماعات، و حق اعتراض مدنی را نیز تحت‌الشعاع قرار دهد؛ زیرا مرز میان رفتار مشروع و مجرمانه روشن نیست.

با این حال، در شرایطی که قانون دارای ابهام است و اصولاً رفتار ارتكابی با تعریف قانونی جرم محاربه تطبیق ندارد، خطر صدور احکام ناعادلانه به شدت افزایش می‌یابد. در جرم‌انگاری‌های مبهم، قاضی ناگزیر از تطبیق رفتارهایی با شدت‌های بسیار متفاوت، ذیل یک عنوان کیفری یکسان است؛ نتیجه آن‌که افرادی با رفتارهای نسبتاً سبک ممکن است با مجازات‌هایی بسیار شدید مواجه شوند. در مورد جرم محاربه، که مجازات آن در مواردی اعدام است، این مسئله به‌ویژه حساس و مخاطره‌آمیز می‌شود. در عمل نیز مشاهده شده است که متهمانی با رفتارهایی غیرمنطبق بر تعریف قانونی، به محاربه و در نهایت اعدام محکوم شده‌اند. این وضعیت مصداق روشن نقض اصل تناسب و صدور احکام غیرعادلانه است.

به‌ویژه در مواردی که مجازات‌های سنگینی چون اعدام برای این جرایم پیش‌بینی شده، این ابهام می‌تواند به نقض فاحش حقوق بشر بیانجامد. در نتیجه، جرم‌انگاری مبهم تهدیدی دوگانه برای دادرسی عادلانه و حقوق بنیادین شهروندی است.

۳. افزایش خطر صدور احکام ناعادلانه و نقض تناسب

در مواردی که قانون‌گذار مجازات‌هایی شدید نظیر اعدام را برای جرایم مبهم پیش‌بینی می‌کند، احتمال اعمال این مجازات‌ها بر افرادی که رفتارشان به لحاظ ماهوی شدید نیست، افزایش می‌یابد. این مسئله اصل تناسب میان جرم و مجازات را نقض می‌کند. یکی از اصول بنیادین در حقوق کیفری، تناسب میان جرم و مجازات است؛ به‌گونه‌ای که شدت واکنش کیفری باید با میزان زیان‌بار بودن رفتار مجرمانه، قصد مرتکب، و آثار اجتماعی آن متناسب باشد.

افزون بر آن، چنین احکامی نه تنها اعتماد عمومی به نظام عدالت کیفری را تضعیف می‌کنند، بلکه ممکن است موجب واکنش‌های بین‌المللی و خدشه به اعتبار حقوقی کشور نیز شوند.

۴. واکنش‌های بین‌المللی و خدشه به اعتبار نظام قضایی

در دنیای امروز که رعایت استانداردهای حقوق بشری به یکی از شاخص‌های ارزیابی اعتبار نظام‌های قضایی تبدیل شده است، وجود قوانین مبهم و صدور احکام شدید مبتنی بر تفسیرهای موسع، می‌تواند تبعات بین‌المللی جدی برای یک کشور به دنبال داشته باشد. برای مثال، در سال‌های اخیر، گزارشگران ویژه سازمان ملل، کمیته حقوق بشر، عفو بین‌الملل و دیده‌بان حقوق بشر بارها نسبت به اعمال مجازات‌های سنگین از جمله اعدام در پرونده‌هایی که فاقد شفافیت قانونی و روند دادرسی منصفانه بوده‌اند، ابراز نگرانی کرده‌اند. تکرار چنین مواردی، اعتبار دستگاه قضایی را در سطح بین‌المللی زیر سؤال می‌برد، بر تعاملات دیپلماتیک، فرهنگی و اقتصادی کشور نیز اثر منفی می‌گذارد، و حتی ممکن است زمینه‌ساز تحریم‌های هدفمند حقوق بشری علیه مسئولان قضایی یا نهادهای مرتبط شود. بنابراین، جرم‌انگاری مبهم و تفسیرهای موسع نه تنها یک چالش حقوقی داخلی، بلکه یک تهدید برای مشروعیت بین‌المللی نظام قضایی محسوب می‌شود.




نتیجه گیری

نقد و تحلیل جرم محاربه و قوانین کیفری که موجب بسط جرم مذکور شده‌اند، نتایج ذیل را به همراه داشت:

۱. با توجه به دیدگاه هایی که در فقه در مورد چیستی جرم محاربه وجود دارد، مشخص می‌شود که علت سردرگمی قانونگذار در جرم محاربه و این یک بام و چند هوایی، همین اختلاف نظرانی است که در میان فقها وجود دارد. اما از قانونگذار حکیم انتظار می‌رود با دقت نظر در دیدگاه‌های یادشده و همچنین با توجه به جامعه‌ی کنونی ایران و جو حاکم بر آن، به برگزیدن یک نظر از نظرات موجود بپردازد و مطابق با آن به بازنگری در جرم انگاری محاربه در قوانین مختلف کیفری مشغول گردد.

۲. نقدهای متفاوتی بر ارکان موجود برای جرم محاربه در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی شده است از جمله ابهام و اختلاف نظرات در واژه‌های «سلاح»، «مردم» و «کشیدن سلاح» و همچنین رکن روانی جرم مذکور. از سمتی در مواد دیگری از همین قانون جرایمی از جمله سرقت مسلحانه وجود دارد که در اکثر موارد از لحاظ ارکان و همچنین مصداق عملی، شباهت چشمگیری میانشان وجود دارد. از این رو انتظار می‌رود با اصلاح موارد یاد شده به قضات محاکم برای صدور هر چه بیشتر آرای عادلانه و متناسب یاری و کمک صورت گیرد.



نتیجه گیری

۳. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قوانین متعدد کیفری دیگر، ارتکاب رفتارهایی از سوی افراد، مصداق جرم محاربه در نظر گرفته شده است و در مواردی دیگر ارتکاب عملی از سوی فرد، وی را مستحق مجازات محارب قرار داده است که در مورد اول، اساساً تطابقی میان اعمال مذکور و تعریف این جرم در فقه و حقوق موضوعه ندارد و از سمتی در مورد دوم نیز هیچ تناسبی میان رفتار ارتكابی و مجازات در نظر گرفته شده وجود ندارد. این شیوه‌ی قانونگذاری، جرم محاربه را که حدی از حدود می‌باشد و به هیچ وجه بسط آن توصیه نمی‌گردد، چنان با اصول حقوق کیفری و شرع درگیر می‌سازد که باعث پیامدهای مهمی از جمله افزایش خطر صدور احکام ناعادلانه و نقض تناسب و افزایش واکنش‌های بین‌المللی و خدشه به اعتبار نظام قضایی و... شده است. برای جلوگیری از صدور آراء ناعادلانه و به دور از انصاف، پایان دادن به تفاسیر مختلفی که از این جرم می‌گردد و از همه مهمتر کاهش واکنش‌های بین‌المللی نسبت به وجود اعدام در قوانین موضوعه در نظام حقوق کیفری ایران و همچنین پیشگیری از سواستفاده از ابهامات یادشده، شایسته است هر چه سریع‌تر با پیش گرفتن یک نظر از نظراتی که با جامعه و عقلانیت و همچنین فقه متعارض نباشد، به اصلاح موارد پیش‌گفته اقدام گردد.

منابع

- قرآن کریم

۱. الهام، غلامحسین، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، بی تا.
۲. برهانی، محسن، لطفعلی زاده، الهه، «تأملات شرحی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی مشتمل بر کتاب اول تا چهارم»، چ، تهران-ایران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۴۰۱.ش.
۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، «تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة»، ج ۲۸، چ ۳، قم-ایران، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۴۱۶.ق.
۴. حبیب زاده، محمدجعفر، شریف زاده، مجید، «بررسی رابطه ی جرم محاربه و افساد فی الارض؛ از مبانی فقهی تا رویه ی قضایی»، دو فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۴۵، ۱۴۰۱.ش، ص ۵-۳۲.
۵. حبیب زاده، محمدجعفر، مومنی، مهدی، «جرم تبانی علیه امنیت کشور در حقوق ایران»، نشریه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۸۹.ش، ص ۱۳۱-۱۵۵.
۶. حاجی وند و دیگران، امین، «درآمدی بر روش مدل سازی توصیف جزایی قاعده مند؛ با انطباق رویکرد کلی نسبت به جرائم علیه امنیت (مطالعه موردی جرم محاربه)»، فصلنامه تمدن حقوقی، دوره ۶، شماره ۱۶، ۱۴۰۲.ش، ص ۱۶۵-۱۸۰.
۷. خمینی، روح الله، «تحریر الوسیلة»، ج ۲، چ ۳، تهران-ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره)، ۱۳۹۲.ش.
۷. رجبی کاشانی، مهدی، «تحلیل ماهیت محاربه در فقه و قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ و ۹۲»، بی جا، بی تا.
۸. رضایی، جمال، «بررسی مبانی فقهی محاربه و حد آن»، فصلنامه فدک، شماره ۲، ۱۳۸۹.ش، ص ۶۵-۸۱.
۹. زین الدین بن علی (شهید ثانی)، «الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة»، ج ۲، چ ۴، بی جا، بی تا.
۱۰. طوسی، محمد بن حسن، «الخلاف»، ج ۵، چ ۱، قم-ایران، جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۷.ق.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن، «المبسوط فی فقه الإمامیة»، ج ۸، چ ۳، تهران-ایران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.ق.
۱۲. فخرالمحققین، محمد بن حسن، «إيضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد»، ج ۴، چ ۱، قم-ایران، اسماعیلیان، ۱۳۸۷.ق.
۱۳. گلدوزیان، ایرج، «محشای قانون مجازات اسلامی»، چ ۱، تهران-ایران، انتشارات مجد، ۱۴۰۱.ش.
۱۴. ماهری کهن، لطیف، «مجازات جرائم خودزنی نیروهای مسلح در ایران و ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۶، ویژه نامه تحولات حقوقی، ۱۴۰۱.ش، ص ۱-۱۳.
۱۵. مجیدی، سید محمود، «جرائم علیه امنیت»، چ ۱، تهران-ایران، نشر میزان، ۱۳۸۶.ش.
۱۶. مجیدی، سید محمود، «گفتمان فقهی در اختلاط جرائم علیه دولت و ملت در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۱۳، ۱۳۸۷.ش، ص ۱۰۹-۱۲۴.
۱۷. مشکینی اردبیلی، علی، «مصطلحات الفقه»، چ ۱، قم-ایران، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث، ۱۳۹۲.ش.
۱۸. موسوی مشهدی و دیگران، سیده قدسیه، «بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، دوره ۴۶، شماره پیاپی ۹۶، ۱۳۹۳.ش، ص ۱۴۷-۱۵۴.



حقوق عمومی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

ضرورت شناسایی «حق وتو» برای شهروندان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران



نشریه فرداد

LAW



سیناسیفی^۱

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی

چکیده

مردم‌سالاری به سه شیوه اجرا می‌شود: فقط از راه نمایندگان مردم (مردم‌سالاری غیرمستقیم یا نمایندگی)، نمایندگان و مردم (مردم‌سالاری مشارکتی) و یا فقط با مشارکت مستقیم مردم (مردم‌سالاری مستقیم). در قانون اساسی کشورهای که نظریه‌ی حاکمیت ملی را پذیرفته‌اند حکومت مردم تنها از طریق نمایندگان آنها (نمایندگان مجلس، نخست وزیر یا رئیس جمهور) صورت می‌گیرد در حالی که در دولت‌هایی که بر پایه‌ی حاکمیت مردم شکل گرفته‌اند این حاکمیت ممکن است هم توسط نمایندگان و هم توسط مردم یا اینکه فقط مستقیماً توسط مردم اعمال گردد. در جهان معمولاً دولت‌ها به نظریه‌ی نماینده‌سالاری عمل می‌کنند و کمتر از مردم برای اعمال قوه‌ی موسس و مقننه بهره می‌برند. در نوشتار حاضر کوشش بر این بوده تا موارد موفق وتوی مردمی به عنوان یکی از ابزارهای مردم‌سالاری مستقیم در کشورهای مختلف، از جمله سوئیس، ایتالیا، آمریکا، آلمان و ایرلند نمایانده شود و ضمن برشمردن مزایای این سازوکار، ضرورت شناسایی آن در نظام سیاسی ایران به اثبات برسد.

کلمات کلیدی:

دموکراسی مستقیم، اصالت فرد، اصالت قانون، اصالت حاکمیت مردم، حقوق مدنی و سیاسی، اصالت برابری، قانون اساسی، وتوی مردمی، شورای نگهبان، نظارت استصوابی، انتخابات

JUSTICE

مقدمه سیناسیفی

دموکراسی (مردمسالاری) مستقیم، که وتوی مردمی یکی از ابزارهای آن است، به شهروندان این امکان را می‌دهد تا به‌طور مستقیم بر تصمیمات حکومتی تاثیر بگذارند و به‌طور مستقیم بر تصمیمات دولت و قوانین تصویب‌شده توسط مقامات نظارت داشته باشند و در صورت لزوم، آن‌ها را وتو کنند. این ابزار در بسیاری از کشورهای دموکراتیک به کار گرفته می‌شود و به عنوان یک مکانیسم نظارتی و اصلاحی برای اطمینان از اجرای عادلانه و منصفانه قوانین و تصمیمات حکومتی عمل می‌کند. این ابزار می‌تواند نقش مهمی در افزایش شفافیت، پاسخگویی و کاهش فساد در سیستم‌های حکومتی ایفا کند. در واقع به شهروندان این امکان را می‌دهد که به‌طور مستقیم در فرآیندهای تصمیم‌گیری حکومتی و سیاسی مشارکت کنند. این ابزار دموکراتیک که از قرن ۱۹ به‌طور گسترده‌ای در کشورهای مختلف جهان به کار گرفته شده، نقش مهمی در تقویت مشارکت مدنی، افزایش شفافیت و پاسخگویی حکومتی دارد. وتوی مردمی به شهروندان این قدرت را می‌دهد که نه تنها قوانین و سیاست‌های تصویب‌شده توسط نمایندگان منتخب را به چالش بکشند و لغو کنند، بلکه می‌توانند اصلاحات اساسی در قانون اساسی ایجاد کنند و در مسائل مهم محیط زیستی، اجتماعی و فرهنگی نقش‌آفرینی کنند.

مقدمه

سیناسیفی

وتوی مردمی ریشه در تاریخچه دموکراسی مستقیم دارد که از دوران باستان تا به امروز مورد استفاده قرار گرفته است. یکی از نخستین نمونه‌های وتوی مردمی به یونان باستان برمی‌گردد، جایی که شهروندان آتنی می‌توانستند با جمع‌آوری تعداد معینی امضاء، خواستار برگزاری رفراندوم برای تغییر در قوانین مهم و یا در مورد مسائل مهم شوند. با گذشت زمان، این ابزار دموکراتیک به‌طور گسترده‌تری در کشورهای مختلف به کار گرفته شد و به یکی از ابزارهای اصلی مشارکت مدنی تبدیل گردید. در دوران مدرن، سوئیس به‌عنوان یکی از پیشروترین کشورها در استفاده از وتوی مردمی شناخته می‌شود. این کشور از اواخر قرن ۱۹ به‌طور منظم از این ابزار دموکراتیک استفاده می‌کند و شهروندان سوئیسی می‌توانند از طریق وتوی مردمی، بر قوانین و سیاست‌های حکومتی تاثیر بگذارند. این تجربه موفقیت‌آمیز باعث شده تا دیگر کشورها نیز به استفاده از وتوی مردمی علاقه‌مند شوند و آن را در سیستم‌های حکومتی خود بکار گیرند.^۲ در همین راستا، وضعیت خاص نظام سیاسی ایران، شناسایی چنین ابزاری را برای شهروندان به‌طور مضاعفی اقتضا می‌نماید.

در این نوشتار تلاش می‌شود با بیان مبانی و کارکردهای وتوی مردمی، شناسایی وتوی مردمی در نظام حقوقی کشورهای مختلف، نمونه‌های موفق وتوی مردمی و برشمردن مزایا و پاسخ به انتقادات وارده به آن، بایستگی پیش‌بینی وتوی مردمی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اثبات برسد.

۱. اهمیت و نقش دموکراسی در دنیای امروز

امروزه در آغاز سده‌ی بیست و یکم میلادی، دموکراسی رایج‌ترین نظام سیاسی است. دموکراسی مدرن در آغاز پدیده‌ای اروپایی و غربی بود، اما در طی چندین قرن گذشته به تدریج در سرزمین‌های دیگر نیز گسترش یافت. در قرن بیستم نظام‌های سیاسی تک‌حزبی، توتالیترا، و فاشیستی مدتی استقرار یافتند، ولی به واسطه‌ی بحرانهای مختلف سرانجام جای خود را به اشکالی از حکومت دموکراتیک دادند. البته امروزه نیز دموکراسی با همه‌ی پیشرفت‌هایی که داشته، نظامی عالمگیر نیست و رژیم‌های اقتدارطلب و یا شبه‌دموکراتیک در کشورهای گوناگون یافت می‌شوند.

با این حال حتی در کشورهایی که شیوه‌ی زندگی دموکراتیک برقرار نیست، باز هم نهادها و رویه‌های برخاسته از نظام دموکراسی رواج دارند. از این رو شناخت دموکراسی در وجوه مختلف فکری، نهادی و سیاسی آن، برای شناخت نظام‌های سیاسی اساساً غیردموکراتیک نیز ضروری شده است. در همه‌ی کشورها برخی مبانی حکومت دموکراتیک، نوعی قانون اساسی، نوعی پارلمان، نوعی گروه‌بندی سیاسی، تحرّز، انتخابات، نظام انتخاباتی و مشارکت سیاسی گسترش یافته است و شناخت سیاست و حکومت در آن کشورها، نیازمند مطالعه‌ی این وجوه (در کنار وجوه غیرنهادی، روابط قدرت غیررسمی، سنت‌های رفتار سیاسی، شیوه‌های غیرقانونی انتقال قدرت و غیره) نیز هست. از این رو می‌توان ادعا کرد که علم سیاست مدرن چیزی جز علم نظام دموکراسی نیست. وجوه اصلی زندگی دموکراتیک، مانند رابطه قوای حکومتی، فرایند تشکیل حکومت، فرایند قانون‌گذاری و اجرای قوانین، مشارکت مردم در گروه‌های سیاسی و احزاب، رابطه‌ی افکار عمومی و نظام سیاسی و جز آن، وجوه اصلی زندگی سیاسی را به طور کلی تشکیل می‌دهند.

۲. اصول مبنایی دموکراسی

دموکراسی به عنوان شیوهی زندگی سیاسی در جهان مدرن بر مبنای و اصولی استوار است که در طی فرایند درازمدت مبارزه برای ایجاد حکومت دموکراتیک، تکوین یافته‌اند. جوهر این اصول و مبنای را می‌توان در برابری انسان‌ها، اصالت فرد، اصالت قانون، اصالت حاکمیت مردم و تاکید بر حقوق طبیعی، مدنی و سیاسی انسان‌ها یافت. منظور از اصالت برابری این است که در دموکراسی افراد، گروه‌ها و طبقات مردم نسبت به یکدیگر از لحاظ حق حکومت کردن، برتری و امتیازی ندارند. حق حکومت برای همیشه به هیچ فرد یا گروهی واگذار نشده و هیچ گروهی نمی‌تواند به عنوان برتری فکری یا ذاتی بر دیگران حکومت کند. مشروعیت قدرت تنها بر رضایت مردم در پیروی از حکومت مبتنی است.

در دموکراسی فرض بر این است که مردم نه به حکم ترس و اجبار، بلکه از روی رضایت از حکومت پیروی می‌کنند و سازوکارهایی برای تضمین این رضایت وجود دارد. اصالت فرد به این معنی است که انسان اصولاً موجودی خردمند به شمار می‌رود و از این رو باید در تشخیص مصلحت فردی خود، در حدود نظام اجتماعی آزاد و خودمختار باشد. آزادی چه به مفهوم منفی آن (یعنی رهایی از اراده‌ی خودسرانه‌ی دیگران) و چه به مفهوم مثبت آن (یعنی توانایی گزینش و عمل و مشارکت) در سرشت دموکراسی مضمّن است. اصالت قانون در دموکراسی به این معنی است که افراد تنها از قوانینی که خود وضع کرده‌اند، تبعیت می‌کنند و لاغیر. از این رو آزادی و پیروی از قانون در دموکراسی از هم جدا نیستند. به موجب اصل حاکمیت مردم، تنها منبع مشروعیت قدرت حکومت، اراده‌ی مردم است که می‌توانند رضایت یا عدم رضایت خود را از عملکرد حکومت، اعلام دارند و مجاری خاصی نیز برای اعلام نظر مردم در این خصوص وجود دارد. در دموکراسی‌ها همه‌ی مردم قطع نظر از هویت‌های قومی، مذهبی، طبقاتی و یا گرایش‌های سیاسی از حقوق طبیعی، مدنی و سیاسی به ویژه حق بیان اندیشه، دگراندیشی و اختلاف نظر برخوردارند.

از نظر اخلاقی، دموکراسی بر اصل نسبیت ارزشها استوار است؛ یعنی هیچگونه معیار مطلقى برای تعیین سلسله مراتب ارزشها در کار نیست. نتیجه‌ی این نگرش انکار عینیت هرگونه حقیقت اخلاقی است، زیرا با اعتقاد به مفاهیم اخلاقی مطلق، سلطه‌ی سیاسی سنتی همچنان برقرار خواهد ماند و اصل درستی نظر اکثریت مردم (که ممکن است برخلاف اصول اخلاقی قدیم باشد) مقبول نخواهد بود. بر عکس رژیمهای اقتدارطلب و غیردموکراتیک همواره براساس ارزشهای مطلق اخلاقی حکم رانده‌اند.

مظهر فلسفی دموکراسی مکتب پراگماتیسم (عمل‌گرایی) است که بعد از جنگ جهانی دوم بخصوص در افکار چارلز پیرس در امریکا پدیدار شد. ویلیام جیمز روانشناس امریکایی و جان دیویی نیز از هواداران این مکتب بودند. نقطه نظر اصلی این مکتب آن است که عنصر اصلی تشکیل دهنده‌ی حقیقت، فایده است. مثلاً اموری مثل مذهب و سنت تا آنجا که برای حفظ جامعه فایده دارند، حقیقت نیز دارند. حقیقت عقاید از نتایج عملی آنها معلوم می‌شود. به این ترتیب از نگاه این مکتب حل مشکلات اجتماعی جانشین دستیابی به حقیقت مطلق می‌شود؛ همچنین مکتب عمل‌گرایی معتقد به نسبیت اخلاق است و به هرگونه اقتدار اخلاقی عینی و مطلق حمله می‌کند.

۳. ویژگی‌های کلی دموکراسی

در توضیح ویژگی‌های کلی دموکراسی بر چند نکته اساسی معمولاً تاکید می‌گذارند:

۱. دموکراسی حکومتی است مبتنی بر آراء و افکار عمومی و باید مستمراً نسبت به آن احساس مسئولیت کند؛ به سخن دیگر صرف دموکراتیک بودن منشا حاکمیت برای دموکراسی کافی نیست، بلکه مسئولیت در مقابل مردم باید مستمر باشد و حکومت دائماً منشا دموکراتیک خود را تجدید کند.

۲. افکار عمومی به شیوه‌ای آزاد و آشکار ابراز شود و شیوه‌های مناسبی برای ابراز آن همچون روزنامه‌های آزاد، انتخابات، تحزب، مراجعه به آراء عمومی و غیره وجود داشته باشد.

۳. در مورد مسائل مورد اختلاف در نزد افکار عمومی، باید افکار اکثریت عددی را در نظر گرفت و برای تامین نظر اکثریت، باید حق رای و مشارکت سیاسی را به همه‌ی گروه‌ها و اقلیت‌ها بسط داد.

۴. حکومت دموکراسی در فضایی عمل می‌کند که سرشار از نهادها و انجمن‌های مستقل و خودجوش و متعددی باشد که در مقابل خودکامگی احتمالی حکام از حقوق و آزادیهای افراد و انجمن‌ها پشتیبانی کنند.

۵. حکومت دموکراسی مستلزم کثرت‌گرایی اجتماعی است؛ یعنی این واقعیت که هر جامعه‌ای مرکب از منافع و علایق و ارزشهای گوناگون است، باید در نظر گرفته شود. حکومت دموکراسی نمی‌تواند به سود یکی از این اجزاء عمل کند.

۶. دموکراسی مستلزم نسبی‌گرایی ارزشی و اخلاقی است و بنابراین هیچ گروهی حق ندارد در جایگاه حکومت، هیچ فلسفه یا ایدئولوژی خاصی را بر گروه‌های دیگر تحمیل کند. با تغییر افکار عمومی، حقایق و اخلاقیات هم دگرگون می‌شوند. پس دموکراسی حکومتی است که در آن امکان تبدیل اقلیت‌های فکری به اکثریت همواره وجود دارد.

۷. شرط عملکرد رضایت بخش نهادهای دموکراتیک رعایت آزادی‌های اساسی از جمله آزادی بیان، انجمن و قلم است؛ آزادی همچون جریان خون ارگانیسم حکومت دموکراسی است.

۴. انواع دموکراسی

انواع دموکراسی بر اساس ملاک‌های مختلفی به دست می‌آید. بر حسب این که هدف اصلی حکومت دموکراسی را تامین آزادی فرد، فضیلت مدنی یا برابری سیاسی بگیریم، تعابیر مختلفی از دموکراسی به دست می‌آید که ممکن است هر یک به نوع جداگانه‌ای از دموکراسی، مثلا دموکراسی لیبرال یا دموکراسی مشارکتی (در مفهوم روسویی آن) بینجامد. همچنین بر حسب این که آیا اساس دموکراسی حکومت اکثریت است یا حکومت قانون، شکل دموکراسی فرق می‌کند.

دسته‌بندی دموکراسی بر حسب این است که مردم مستقیماً یا به طور غیرمستقیم در سیاست و حکومت مشارکت می‌کنند.

۴.۱. دموکراسی مستقیم

دموکراسی مستقیم، به رژیمی گفته می‌شود که همه‌ی مردم، مستقیماً حاکمیت را اعمال کنند یا دست کم وظایف اصلی آن را خود به انجام رسانند. البته دموکراسی مستقیم معنای عملی آن هیچ‌گاه وجود نداشته و اکنون هم وجود ندارد زیرا در حالت عادی، مردم باید در هر لحظه‌ای بتوانند گرد هم آیند، قانون را وضع کنند، آن را به اجرا در آورند و عدالت را اعمال کنند. شرط اساسی آن، وجود جمعیت اندک و ابعاد کوچک جامعه است. از دیدگاه ژان ژاک روسو نیز که گرایش فراوانی به دموکراسی مستقیم داشت، اعمال وجوه مختلف حاکمیت به طور مستقیم ناممکن جلوه کرده و مصرحاً آن را در قرارداد اجتماعی خود خاطرنشان کرده و گفته است که برای اجرای قانون اجباراً باید صاحب منصبان عالی مقام اقدام کنند، نه مردم.

بر حسب این که مردم مستقیماً یا به طور غیرمستقیم در سیاست و حکومت مشارکت می‌کنند، از دموکراسی مستقیم و دموکراسی مبتنی بر نمایندگی سخن گفته می‌شود. همچنین بر حسب این که آیا دموکراسی تنها به برابری سیاسی افراد از نظر مشارکت در قدرت نظر دارد و یا بر برابری اقتصادی مردم به عنوان مبنای برابری سیاسی هم تاکید می‌گذارد، دموکراسی لیبرال و دموکراسی اجتماعی از هم جدا می‌شوند. دموکراسی اجتماعی نیز انواعی فرعی مثل دموکراسی صنعتی و دموکراسی صنفی داشته است. بر حسب این که آیا اساس دموکراسی، نمایندگی مردم از حوزه‌های جغرافیایی و یا از گروه‌بندی‌های قومی و مذهبی باشد، نوع اصلی دموکراسی رایج، از دموکراسی‌های چندقومی و انجمنی جدا می‌شود. همچنین ترکیب ایدئولوژی‌های دیگر مثلاً سوسیالیسم یا مسیحیت با دموکراسی، اشکال خاصی از دموکراسی ایجاد کرده است. دسته‌بندی‌ای که در نوشتار حاضر برآنیم تا مورد بررسی قرار دهیم،

درباره‌ی مسائل عمده‌ی اداری اظهارنظر و نمایندگان خود را نیز در سطح قوای مجریه و قضاییه‌ی کانتون (کارگزاران دولت) و مجالس فدرال انتخاب می‌کنند.^۳ دستور جلسه‌ی این مجالس به‌طور دقیق توسط شورای منتخب کانتون تهیه و کار این مجالس تقریباً محدود به تایید یا ردّ مواردی است که توسط رئیس دولت (Landamman) پیشنهاد شده است. به ویژه در خصوص مسائل حقوقی و فنی، اغلب پیشنهادهای شورای کانتون بدون هیچ بحث و مذاکره‌ای پذیرفته می‌شود. این مجالس قادر به نظارت واقعی بر قوه‌ی مجریه نیستند. نشست‌شان کوتاه‌مدت و رای‌گیری نیز به‌طور سنتی با بلند کردن دست صورت می‌گیرد. به‌علاوه زنان نیز بدین مجالس فراخوانده نمی‌شوند^۴ (GICQUEL, ۲۰۰۳, p. ۳۵۱, ۱۲۶).

لکن در خصوص قانون‌گذاری، اعتقاد بر این دارد که: «قوه قانون‌گذاری متعلق به مردم است و جز به مردم، به کس دیگری تعلق ندارد».

امروزه هم اگر قانون‌گذاری مستقیماً توسط مردم اجرا شود، رژیم را دموکراسی مستقیم می‌نامند و اجماع علمای حقوق عمومی نیز آن را می‌پذیرند.

تنها نمونه‌هایی که می‌توان در عصر حاضر از این رژیم‌ها ارائه داد، وضع سه کانتون کم‌جمعیت و جنگلی گلاریس (Glaris)، اونتروالد (Unterwald) و آپانزل (Appenzel) در کشور سوئیس است. در این کانتون‌ها مجمع عمومی مردم (Landsgemeind)، سالی یک بار تشکیل می‌شود. مهم‌ترین نهاد مردم‌سالاری مستقیم در این کانتون‌ها همین مجمع عمومی مردم است. این مجمع با دعوت از مردم در یک مراسم باشکوه سالی یک بار در یک روز یکشنبه‌ی ماه آوریل یا مه در یک فضای باز (یک چمنزار یا جای همگانی) تشکیل می‌شود. در آنجا مردم به قوانین، بودجه و بازنگری در قانون اساسی رای می‌دهند،

۳. V. Le récit d'une journée à Appenzel d'Alexandre SOLJENISTYNE, («L'antique usage de la démocratie»), Le Monde, ۱۹۸۳-۱-۱۶.

۴. گفتنی است که در سوئیس حق رای برای زنان در سطح فدرال در سال ۱۷۹۱ به رسمیت شناخته شد.

۴.۲. دموکراسی غیرمستقیم

حاکمیت ملت یا مردم در این رژیم‌ها، به جای اینکه مستقیماً به وسیله‌ی خود مردم اعمال شود، به توسط نمایندگان آن‌ها اجرا می‌شود. نظام دموکراسی با واسطه، با جوامع بزرگ امروزین بیشتر سازگار است زیرا مردم به جای اینکه خود در میدان‌های عمومی گردآیند و تصمیم بگیرند، در انتخابات عمومی، نمایندگان خود را برمی‌گزینند و به مجالس مقننه می‌فرستند تا به نمایندگی آن‌ها به اعمال حاکمیت پردازند. مأموریت نمایندگان، تصمیم‌گیری از سوی ملت یا مجموعه یک ملت است، هرچند که به اتفاق آراء، برگزیده نشده باشند و فقط اکثریت به آن‌ها رای داده باشند.

از آنجا که استقرار این‌گونه رژیم‌های دموکراسی که غیرمستقیم نیز خوانده می‌شوند، جز با انتخابات همگانی مقدور نیست، برنده‌ی انتخابات، قاعدتاً آن کسی است که در برابر رقبای خود بیشترین شمار آراء را به دست آورده باشد. لذا امکان اینکه نمایندگان بتوانند تصویر کاملی از برگردان‌های گرایش‌های سیاسی و اجتماعی موجود در جامعه باشند، مستعبد به نظر می‌رسد. حکومت به دست حایزین اکثریت آراء است که به نام همه‌ی مردم یا ملت اعمال می‌شود. مسئله عمده دیگری که در این رژیم‌ها وجود دارد، این است که انتقال حاکمیت شهروندان به نمایندگان برای مدت معینی ممکن است موجب آن شود که نمایندگان پس از انتخاب شدن به جای الهام‌گیری مداوم از خواست‌های رای‌دهندگان، بر حسب تمایلات شخصی و گرایش‌های سیاسی خود، در حقیقت اراده خویش را به اسم مردم اعمال کنند، یا اینکه به صورت حرفه‌ای‌های سیاسی به درآمده، امر سیاست را در حیطه‌ی انحصار و صلاحیت شخصی خود دانند و در آخر دست، صورت نوعی الیگارشی جدید به خود بگیرند.

۴.۳. دموکراسی مشارکتی

نظر به ایراداتی که به دموکراسی نماینده‌سالار وارد دانسته اند و در عین حال، عده‌ای دموکراسی مستقیم را نه یکی از انواع دموکراسی، بلکه جوهر دموکراسی خوانده‌اند که انواع دیگر انحرافی از آن به شمار می‌روند؛

به بررسی تفصیلی این مبحث پرداخته خواهد شد.

۵. وتوی مردمی چیست؟

وتوی مردمی قانون یا همه‌پرسی ملغاکنده، نوعی رفراندوم اختیاری است و عبارت از این است که مردم بتوانند با یک قانون جدید تصویب‌شده یا یک قانون درحال اجرا مخالفت بورزند. پس از طرح یک عریضه که باید به امضاء عده‌ی مشخصی از مردم برسد و عادتاً حدّ نصاب تعداد شکات توسط قانون معین است، اقدام به همه‌پرسی برای نسخ تمام یا قسمتی از یک قانون آغاز می‌شود. همچنین اعتراض باید در مهلت مشخص قانونی انجام گیرد. اگر چنین عریضه‌ای، با نصاب مقرر و در ظرف مهلت مقرر، مطرح نگردد یا شهروندان در همه‌پرسی مخالفت خود را با قانون ابراز نکنند، قانون جدید قطعیت و رسمیت یافته، به اجرا درخواهد آمد و یا اگر درحال اجرا باشد، همچنان معتبر خواهد بود.

۵. (بشیریه، حسین، ۱۴۰۲، ص. ۴۲۱).

برخی نویسندگان معاصر از ظهور «دموکراسی مشارکتی» سخن می‌گویند که عنصر دموکراسی مستقیم در آن بیشتر است.^۵ دموکراسی مشارکتی آن نوع دموکراسی است که شهروندان در آن، در مقایسه با دموکراسی‌های معمولی، نقش فعال‌تری در فرایندهای تصمیم‌گیری ایفا می‌کنند. دموکراسی مشارکتی در واقع ترکیبی از دموکراسی مبتنی بر نمایندگی و دموکراسی مستقیم به مفهوم قدیمی آن است.

قاعداً آیین اعمال دموکراسی مشارکتی بدین نحو است: اصل بر وجود مجالس مقنن، مرکب از نمایندگان انتخابی از سوی مردم یا ملت، به منظور تصویب قوانین و تصمیم‌گیری در باب استراتژی سیاسی و اقتصادی و حقوقی کشور است. لکن خود شهروندان نیز می‌توانند طبق ضوابطی حق اعمال قدرت مستقیم خود را از رهگذر وتوی مردم، همه‌پرسی، ابتکار عام و یا گزینش‌گری به منصفی بروز و ظهور برسانند.

با توجه به موضوع نوشتار حاضر که درباره‌ی حق وتو می‌باشد، در ادامه

۶. کارکردهای وتوی مردمی

وتوی مردمی به شهروندان این امکان را می‌دهد تا به طور مستقیم در تصمیم‌گیری‌های مهم سیاسی و حکومتی مشارکت کنند. این ابزار دموکراتیک در کشورهای مختلف جهان برای مقاصد گوناگون استفاده می‌شود که در ادامه به بررسی کارکردهای مختلف آن پرداخته خواهد شد:

۶.۱. لغو قوانین ناعادلانه

وتوی مردمی به شهروندان اجازه می‌دهد قوانینی را که توسط نمایندگان منتخب تصویب شده‌اند، به چالش بکشند و لغو کنند. به این صورت وتوی یکی از مهم‌ترین ابزارهای شهروندان برای مقابله با قوانین ناعادلانه یا نامطلوب محسوب است.

مثال اول آن‌که، در سال ۲۰۱۰، دولت ایتالیا قوانینی را تصویب کرد که امکان خصوصی‌سازی مدیریت منابع آبی را فراهم می‌کرد. این قوانین به شرکت‌های خصوصی اجازه می‌داد تا مدیریت و بهره‌برداری از منابع آبی را به دست گیرند. گروه‌های مدنی و مخالفان خصوصی سازی آب، با جمع‌آوری بیش از ۱.۴

میلیون امضاء، درخواست رفراندوم برای لغو این قوانین را مطرح کردند. در ۱۲ و ۱۳ ژوئن ۲۰۱۱، رفراندوم عمومی برگزار شد و با ۹۵.۸ درصد آراء، مردم ایتالیا به لغو قوانین خصوصی‌سازی منابع آبی رای دادند. این نتیجه نشان‌دهنده قدرت وتوی مردمی در حفاظت از منابع عمومی و مخالفت با سیاست‌های خصوصی‌سازی بود.^۶ مثال دوم آن‌که، در ایالت بایرن آلمان، برنامه توسعه فرودگاه مونیخ شامل ساخت باند سوم بود که با مخالفت‌های گسترده‌ای از سوی ساکنان محلی و گروه‌های محیط زیستی مواجه شد. مخالفان توسعه فرودگاه با جمع‌آوری امضاهای مورد نیاز، پیشنهاد وتو را مطرح کردند. آن‌ها معتقد بودند که ساخت باند سوم باعث افزایش آلودگی و آسیب به محیط زیست محلی خواهد شد. در ژوئن ۲۰۱۲، رای‌گیری عمومی برگزار شد و مردم مونیخ به طور قاطع علیه توسعه فرودگاه رای دادند. این وتوی مردمی منجر به توقف پروژه توسعه فرودگاه شد.^۷

^۶ Pasquino, G., & Valbruzzi, M (۲۰۱۲). Italy ۲۰۱۱: A Year of Living Dangerously. *Italian Politics*, ۱۲۳-۱۰۶, (۱)۲۷.

^۷ Henn, M. (۲۰۱۶). The German system of direct democracy: Recent developments and implications. *European Journal of Political Research*, ۲۷۴-۲۵۷, (۲)۵۵



مثال سوم، مربوط به وتوی مردمی علیه تغییر قانون مدارس در هامبورگ در سال ۲۰۱۰ است. برنامه اصلاحات در سیستم مدارس هامبورگ که شامل افزایش طول دوره تحصیل و تغییر ساختار آموزشی بود، با مخالفت‌های گسترده‌ای از سوی والدین و معلمان مواجه شد. مخالفان این اصلاحات با جمع‌آوری امضاهای لازم، پیشنهاد وتو را مطرح کردند. آن‌ها معتقد بودند که این تغییرات باعث کاهش کیفیت آموزشی و افزایش فشار بر دانش‌آموزان خواهد شد. در جولای ۲۰۱۰، رای‌گیری عمومی برگزار شد و مردم هامبورگ به لغو اصلاحات رای دادند. این وتوی مردمی منجر به بازگشت سیستم مدارس به حالت قبلی شد.^۸

۶.۲. مداخله در مسائل اجتماعی و فرهنگی

وتوی مردمی این امکان را به شهروندان می‌دهد که در مسائل اجتماعی و فرهنگی نقش فعالی در تعیین و تثبیت حقوق بشر، حقوق زنان و حقوق اقلیت‌ها ایفا کنند. این کاربرد در ایرلند آشکار شده است: در این کشور، رفراندوم لغو ممنوعیت سقط جنین در سال ۲۰۱۸ یکی از برجسته‌ترین نمونه‌های استفاده از وتوی مردمی در مسائل اجتماعی و فرهنگی بود. مردم ایرلند با ۶۶.۴ درصد آراء به لغو ممنوعیت سقط جنین رای دادند.^۹

۶.۳. وتوی مردمی به عنوان شیوه‌ای برای اعتراض به نظام سیاسی

شهروندان می‌توانند نارضایتی خود را از تصمیمات و سیاست‌های حکومت به طور مستقیم از طریق این شیوه بیان کنند. این ابزار به عنوان یک مکانیسم قانونی و مشروع، به مردم این قدرت را می‌دهد که مخالفت خود را با قوانین و سیاست‌های مورد مناقشه نشان دهند.

۸. Müller, M. (۲۰۱۳). *Direkte Demokratie in Deutschland: Eine Analyse am Beispiel des Flughafenausbaus*. Springer.

۹. Bergin, E. (۲۰۱۹). *Repealing the ۸th: The Irish Abortion Referendum*. *Feminist Legal Studies*, ۲۸۹-۲۸۱, (۳) ۲۷.

تنها به لغو قوانین خصوصی‌سازی منابع آبی منجر شد، بلکه به مشروعیت دولت نیز خدشه وارد کرد. این فراندوم نشان داد که مردم به سیاست‌های دولت در زمینه‌ی مدیریت منابع طبیعی اعتماد ندارند و می‌خواهند کنترل بیشتری بر این منابع داشته باشند^{۱۰}.

۶.۵. اعمال فشار برای تغییرات سیاسی

وتوی مردمی می‌تواند به عنوان ابزاری برای اعمال فشار بر حکومت برای انجام تغییرات سیاسی و اصلاحات ساختاری عمل کند. وقتی شهروندان از وتوی مردمی برای به چالش کشیدن سیاست‌ها و قوانین موجود استفاده می‌کنند، دولت‌ها مجبور به بازنگری و اصلاح سیاست‌های خود می‌شوند.

پس از فاجعه فوکوشیما در ژاپن در سال ۲۰۱۱، نگرانی‌های عمومی درباره‌ی ایمنی انرژی هسته‌ای افزایش یافت.

۱۰. Pasquino, G., & Valbruzzi, M (۲۰۱۲). Italy ۲۰۱۱: A Year of Living Dangerously. Italian Politics, ,(۱)۲۷ ۱۲۳-۱۰۶.

۱۱. Pasquino, G., & Valbruzzi, M (۲۰۱۲). Italy ۲۰۱۱: A Year of Living Dangerously. Italian Politics, ,(۱)۲۷ ۱۲۳-۱۰۶.

قانون انتخابات ایتالیا در اوایل دهه ۱۹۹۰ با مشکلات و نارضایتی‌های زیادی مواجه بود. بسیاری از شهروندان و گروه‌های سیاسی معتقد بودند که سیستم موجود فسادزا و ناکارآمد است. گروه‌های مدنی با جمع‌آوری امضاهای لازم، درخواست فراندوم برای تغییر قانون انتخابات را مطرح کردند. در فراندوم عمومی، اکثریت شهروندان به تغییر قانون انتخابات رای دادند و سیستم انتخاباتی ایتالیا اصلاح شد. این وتوی مردمی منجر به تغییرات قابل توجهی در سیستم سیاسی کشور شد و به افزایش شفافیت و کاهش فساد کمک کرد^{۱۱}.

۶.۴. زیر سوال بردن مشروعیت و عملکرد حکومت

وتوی مردمی می‌تواند مشروعیت و عملکرد حکومت را زیر سوال ببرد؛ زمانی که شهروندان از وتوی مردمی برای لغو قوانین یا تصمیمات حکومتی استفاده می‌کنند، در واقع به صورت مستقیم عملکرد حکومت را مورد نقد قرار داده و از این طریق مشروعیت آن را به چالش می‌کشند. در ایتالیا، فراندوم آب در سال ۲۰۱۱ نه

پیشنهاد ممکن است برای لغو یا اصلاح قسمتی یا تمام یک قانون موجود یا تصویب قانون جدید باشد.

در ایالت مین (Maine) آمریکا، قانونگذاران در سال ۲۰۱۸ قانونی را تصویب کردند که مالیات بر سوخت های فسیلی را افزایش می‌داد. در واکنش به این قانون، گروه‌های مدنی پیشنهاد وتوی این قانون را مطرح کردند.^{۱۳}

۷.۲. جمع‌آوری امضاها

برای اینکه یک پیشنهاد به رای‌گیری عمومی گذاشته شود، نیاز به جمع‌آوری تعداد معینی امضاء از شهروندان واجد شرایط است. این تعداد معمولاً به صورت درصدی از جمعیت واجد شرایط رای‌دهی تعیین می‌شود.

در ایتالیا، برای وتوی یک قانون، نیاز به جمع‌آوری حداقل ۵۰۰,۰۰۰ امضاء است.

دولت ایتالیا برنامه‌هایی برای توسعه انرژی هسته‌ای داشت که با مخالفت‌های گسترده‌ای روبرو شد. گروه‌های محیط‌زیستی و مخالفان انرژی هسته‌ای با جمع‌آوری امضاهای لازم، پیشنهاد وتوی این برنامه‌ها را مطرح کردند. در فراندوم عمومی، ۹۴.۱ درصد از رای‌دهندگان به توقف برنامه‌های توسعه انرژی هسته‌ای رای دادند. این وتوی مردمی نشان‌دهنده‌ی نگرانی‌های جدی مردم درباره‌ی ایمنی و محیط زیست بود.^{۱۴}

۷. مراحل وتوی مردمی

وتوی مردمی به عنوان یک ابزار دموکراسی مستقیم، دارای مراحل مشخصی است که در قوانین اساسی کشورهای مختلف این مراحل با کمیات و کیفیات مختلف پیش‌بینی شده‌اند. این مراحل معمولاً شامل پیشنهاد اولیه، جمع‌آوری امضاها، بازبینی و تایید و رای‌گیری عمومی می‌شود.

۷.۱. پیشنهاد اولیه

در این مرحله، شهروندان یا گروه‌های مدنی می‌توانند پیشنهادات خود را برای وتوی یک قانون یا تصمیم حکومتی مطرح کنند. این

۱۲. Pasquino, G., & Valbruzzi, M. (۲۰۱۲). Italy ۲۰۱۱: A Year of Living Dangerously. *Italian Politics, ۱۲۳-۱۰۶, (۱)*۲۷.

۱۳. Smith, D. A., & Tolbert, C. J. (۲۰۰۴). *Educated by Initiative: The Effects of Direct Democracy on Citizens and Political Organizations in the American States*. University of Michigan Press.

در ایالت اورگان (ایالات متحده) تعداد امضاهای مورد نیاز برای وتوی یک قانون معمولاً به صورت درصدی از تعداد رای‌دهندگان در انتخابات قبلی تعیین می‌شود. در ایالت مین، برای وتوی قانون مالیات بر سوخت‌های فسیلی، جمع‌آوری حداقل ۱۰ درصد از امضاهای واجدین شرایط رای‌دهی الزامی بود. گروه‌های مدنی موفق شدند در مدت زمان معین، تعداد امضاهای لازم را جمع‌آوری کنند.

۷.۳. بازبینی و تایید

در این مرحله، مقامات مربوطه صحت امضاها و قانونی بودن پیشنهاد را بررسی می‌کنند.

در برخی کشورها، مثل ایتالیا، انجام فرایند وتو به واسطه‌ی اینکه دیوان قانون اساسی آن کشور پیشاپیش مطابقت همه‌پرسی پیشنهادی را با قانون اساسی بررسی می‌کند محدود شده است. در ضمن برای قوانین مالیاتی، بودجه‌ای، عفو عمومی و تصویب پیمان‌های بین‌المللی، انجام همه‌پرسی ملغاکنده پذیرفته نیست.

در برخی دیگر کشورها، مثل سوئیس، محدودیتی مشابه ایتالیا وجود ندارد و وتوی مردمی در این کشور از سال ۱۸۷۴ برای قوانین عادی و مصوبات فدرال و از سال ۱۹۲۱ برای پیمان‌های بین‌المللی که کنفدراسیون را برای بیش از پانزده سال متعهد نماید امکان‌پذیر است. دفتر فدرال جمعیت و مهاجرت در این کشور صرفاً صحت امضاها را بررسی می‌کند.



۷.۴. رای‌گیری عمومی

پس از تایید پیشنهاد همه‌پرسی، رای‌گیری عمومی در تاریخ مشخصی برگزار می‌شود و شهروندان می‌توانند با رای خود تصمیم نهایی درباره‌ی نسخ کلی یا جزئی قانون یا تایید و به اجرا در آمدن آن با نه گفتن به عریضه را بگیرند. نتیجه‌ی این همه‌پرسی، که برای طرفداری یا مخالفت با عریضه‌ی علیه قانون یا معاهده برگزار گردیده، به صورت رسمی به شهروندان اعلام می‌شود.

۸. شناسایی وتوی مردمی در کشورهای مختلف

از جمله کشورهای که در برخی به صورت فراگیر و در برخی دیگر به صورت موردی و ایالتی، حق وتو برای شهروندان به رسمیت شناخته شده است، کشورهای سوئیس، ایتالیا، آلمان، آمریکا و ایرلند می‌باشند. هر یک از این کشورها با توجه به ساختار سیاسی، تاریخی و فرهنگی خود، چارچوب‌های خاصی برای اعمال وتوی مردمی تعریف کرده‌اند. در ادامه ضوابط هر یک به اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۸.۱. سوئیس

طبق اصل ۱۴۱ قانون اساسی فدرال سوئیس شهروندان می‌توانند درخواست برگزاری یک همه‌پرسی برای لغو قانونی که توسط مجلس فدرال (Bundesversammlung) تصویب شده است، ارائه دهند. برای آغاز این فرآیند، حداقل ۵۰,۰۰۰ شهروند واجد شرایط باید ظرف ۱۰۰ روز از تاریخ انتشار رسمی قانون، درخواست همه‌پرسی را امضا کنند. همچنین اگر ۸ کانتون (مناطق فدرال سوئیس) این درخواست را مطرح کنند، همه‌پرسی برگزار می‌شود. اگر اکثریت رای‌دهندگان در همه‌پرسی به لغو قانون رای دهند، آن قانون باطل می‌شود.^{۱۵}

از نمونه‌های موفق وتوی مردمی در این کشور، می‌توان به رفراندوم سال ۲۰۱۶ درباره‌ی انرژی هسته‌ای اشاره نمود که منجر به توقف ساخت نیروگاه‌های هسته‌ای جدید شد. این وتوی مردمی نشان داد که مردم به دنبال تغییرات بنیادین در سیاست‌های انرژی هستند و دولت باید به این مطالبات پاسخ

دهد.^{۱۶}

۸.۲. ایتالیا

اصل ۷۵ قانون اساسی ایتالیا تصریح می‌کند که یک همه‌پرسی ابطالی می‌تواند برای لغو یک قانون یا یک فرمان قانونی در صورتی که ۵۰۰,۰۰۰ رای دهنده یا پنج شورای منطقه‌ای (Consiglio Regionale) درخواست آن را داشته باشند، برگزار شود. همه‌پرسی معتبر است اگر بیش از ۵۰ درصد از رای‌دهندگان در آن شرکت کنند و اکثریت رای‌دهندگان به لغو قانون رای دهند. برخی قوانین و موضوعات از دایره‌ی این نوع همه‌پرسی خارج هستند، از جمله قوانین مربوط به مالیات، بودجه، عفو عمومی و تصویب پیمان‌های بین‌المللی.^{۱۸}

مضاف بر قانون اساسی، قانون شماره ۳۵۲ سال ۱۹۷۰ (Legge n. ۳۵۲/۱۹۷۰) جزئیات فرآیند جمع‌آوری امضاها، تایید آن‌ها و برگزاری همه‌پرسی ابطالی را تنظیم می‌کند. مطابق این قانون، امضاها باید ظرف ۹۰ روز جمع‌آوری و به دیوان قانون اساسی (Corte Costituzionale) ارائه شوند تا از نظر قانونی بودن همه‌پرسی تایید شوند. همچنین، این قانون تعیین می‌کند که چگونه نتایج همه‌پرسی اعلام و در صورت تایید، قانون جزئاً یا کلاً لغو می‌شود.

۸.۳. آلمان

در آلمان، سیستم دموکراسی مستقیم به طور کلی کمتر توسعه یافته است و توی مردمی به همان اندازه‌ای که در کشورهایمانند سوئیس وجود دارد، در این کشور معمول نیست. قانون اساسی آلمان (Grundgesetz) که در سال ۱۹۴۹ تدوین شد، اصول کلی دموکراسی و حقوق شهروندی را تعریف می‌کند، اما شامل مقررات جامعی درباره‌ی توی مردمی نیست. با این حال، اصل ۲۰ قانون اساسی به صورت ضمنی به حق مردم برای مشارکت در تصمیم‌گیری‌های سیاسی اشاره دارد: «تمام قدرت دولت از مردم ناشی می‌شود. این قدرت از طریق انتخابات و سایر اشکال رای‌گیری و از طریق نهادهای ویژه قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی اعمال می‌شود». در سطوح ایالتی و محلی اما، برخلاف سطح فدرال (کشوری)، برخی از ابزارهای دموکراسی مستقیم وجود دارند.

توضیح آن‌که هر ایالت در آلمان (Länder) دارای قانون اساسی خاص خود است که برخی از آن‌ها مقررات مربوط به دموکراسی مستقیم و وتوی مردمی را شامل می‌شوند. در ادامه، برخی از ایالات و مقررات مربوط به وتوی مردمی در آن‌ها بررسی می‌شود.

ایالت بایرن یکی از پیشروترین ایالات آلمان در زمینه‌ی دموکراسی مستقیم است. قانون اساسی بایرن شامل مقررات جامعی درباره‌ی وتوی مردمی است. اصل ۷۲ قانون اساسی بایرن به شهروندان اجازه می‌دهد تا با جمع‌آوری امضاها، درخواست برگزاری رفراندوم برای لغو قوانین تصویب‌شده توسط پارلمان ایالتی را مطرح کنند. برای برگزاری رفراندوم، نیاز به جمع‌آوری حداقل ۱۰ درصد از شهروندان واجد شرایط است. اگر اکثریت رای‌دهندگان به لغو قانون رای دهند و تعداد رای‌دهندگان به حد نصاب برسد، قانون مذکور لغو می‌شود. افزون بر این، هامبورگ نیز از جمله ایالاتی است که مقررات دموکراسی مستقیم و وتوی مردمی را به خوبی تدوین کرده است. قانون اساسی این ایالت به شهروندان اجازه می‌دهد تا با جمع‌آوری امضاها، درخواست برگزاری رفراندوم برای لغو یا تصویب قوانین را مطرح کنند. نیاز به جمع‌آوری امضای حداقل ۵ درصد از شهروندان واجد شرایط است. پس از تایید امضاها، رفراندوم برگزار می‌شود و اگر اکثریت به لغو یا تصویب قانون رای دهند، نتیجه به صورت رسمی پذیرفته می‌شود.^{۱۹}

۱۹. Bauer, F. (۲۰۱۲). Bürgerbeteiligung am Beispiel des Flughafen München. Journal of Public Policy, ۲۱۶-۲۳۳, (۲)۳۴.

۸.۴. آمریکا

سیستم فدرال آمریکا به طور کلی شامل وتوی مردمی نمی‌شود و قانون اساسی ایالات متحده، بیشتر به ساختار دولت فدرال، قوا و مسئولیت‌های آن‌ها می‌پردازد. ولی این ابزار دموکراتیک در چندین ایالت آمریکا به روش‌های مختلفی، که هر یک ویژگی‌ها و چالش‌های خاص خود را دارد، به کار گرفته می‌شود. وتوی مردمی در ایالات متحده به اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم برمی‌گردد. این مفهوم در واکنش به نفوذ و قدرت روزافزون شرکت‌های بزرگ و گروه‌های لابی‌گر به وجود آمد. ایالت اورگان در سال ۱۹۰۲ اولین ایالتی بود که وتوی مردمی را به عنوان یک ابزار دموکراتیک قانونی کرد و پس از آن، ایالت‌های دیگر نیز این روش را در قوانین خود گنجانده‌اند. در ادامه به ذکر چند مورد از ایالتی که این ابزار را شناسایی کرده و چند مثال از نمونه‌های موفق وتوی مردمی در ایالات متحده پرداخته می‌شود.

۸.۴.۱. ایالت آریزونا

در قسمت اول از بخش اول اصل ۴ قانون اساسی ایالت آریزونا^{۲۰}، به شهروندان اجازه داده شده تا با جمع‌آوری امضاها، قوانین را به رای‌گیری عمومی بگذارند. در این ایالت، برای این‌که وتوی مردمی انجام شود، باید به میزان حداقل ۵ درصد تعداد رای‌دهندگان در آخرین انتخابات فرمانداری، امضاء جمع شود. امضاها باید ظرف ۹۰ روز از تاریخ تصویب قانون جمع‌آوری شوند.

۸.۴.۲. ایالت کالیفرنیا

قسمت نهم از اصل ۲ قانون اساسی ایالت کالیفرنیا^{۲۱} به شهروندان اجازه می‌دهد تا قوانینی که توسط مجلس قانون‌گذاری تصویب شده‌اند را به چالش بکشند. اگر شهروندان بتوانند به میزان حداقل ۵ درصد تعداد رای‌دهندگان در آخرین انتخابات فرمانداری امضاء جمع‌آوری کنند، آن قانون باید به رای‌گیری عمومی گذاشته شود. این امضاها باید ظرف ۹۰ روز پس از تصویب قانون جمع‌آوری شوند^{۲۲}.

۲۰. Article IV, Part 1, Section 1 of the Arizona Constitution

۲۱. Article II, Section 9 of the California Constitution

۲۲. California Secretary of State (n.d.). Initiative & Referendum Process. Retrieved from <https://www.sos.ca.gov/elections/initiative-referendum-process>

۳.۴.۸. ایالت اورگان

شق سوم از بند اول اصل ۴ قانون اساسی ایالت اورگان^{۲۳} به شهروندان این امکان را می‌دهد که با جمع‌آوری امضا به میزان حداقل ۴ درصد تعداد رای‌دهندگان در آخرین انتخابات فرمانداری، قوانین را به رای‌گیری عمومی بگذارند. امضاها باید ظرف ۹۰ روز از تاریخ تصویب قانون جمع‌آوری شوند. نخست، در سال ۲۰۱۸، قانون‌گذاران ایالت مین قانونی را تصویب کردند که مالیات بر مواد غذایی و نوشیدنی‌های شیرین را افزایش می‌داد. این قانون با هدف افزایش درآمدهای ایالتی و کاهش مصرف نوشیدنی‌های شیرین به دلیل مشکلات بهداشتی مطرح شده بود. گروه‌های مدنی مخالف این قانون، با جمع‌آوری امضاها لازم، پیشنهاد وتوی این قانون را مطرح کردند. پس از جمع‌آوری امضاها لازم و تایید مقامات، این پیشنهاد به رای‌گیری عمومی گذاشته شد. در نهایت، شروندان ایالت مین با اکثریت آراء به وتوی این قانون رای دادند.^{۲۴}

دیگر آن‌که، در سال ۲۰۱۲، قانون‌گذاران ایالت میشیگان قانونی را تصویب کردند که به کارگران اجازه می‌داد بدون عضویت در اتحادیه‌های کارگری در مشاغل مختلف کار کنند. این قانون که به «قانون حق کار» (Right-to-work law) معروف است، با واکنش‌های شدید اتحادیه‌های کارگری مواجه شد. اتحادیه‌های کارگری با حمایت عده‌ای از شهروندان، اقدام به جمع‌آوری امضاها لازم برای وتوی این قانون کردند. پس از جمع‌آوری امضاها، این پیشنهاد به رای‌گیری عمومی گذاشته شد. با این حال، در این مورد خاص، رای‌دهندگان ایالت میشیگان در نهایت به حفظ قانون حق کار رای دادند. مثال سوم آن‌که، در سال ۲۰۱۱، قانون‌گذاران ایالت اوهایو قانونی را تصویب کردند که محدودیت‌های جدیدی برای اتحادیه‌های کارگری دولتی وضع می‌کرد. این قانون شامل کاهش قدرت مذاکره اتحادیه‌ها و محدودیت در اعتصاب‌ها بود. اتحادیه‌های کارگری و گروه‌های حامی کارگران با جمع‌آوری امضاها لازم، پیشنهاد وتوی این قانون را مطرح کردند. پس از جمع‌آوری امضاها، این پیشنهاد به رای‌گیری عمومی گذاشته شد.

رای عمومی بگذارند. قوانین رفراندوم در ایرلند، نحوه برگزاری رفراندومها، جمع‌آوری امضاها و فرآیند تایید را تنظیم می‌کنند. این قوانین توسط مجلس ایرلند (Oireachtas) تصویب می‌شوند و چارچوب قانونی برای اجرای وتوی مردمی فراهم می‌کنند.

رفراندوم لغو ممنوعیت سقط جنین در سال ۲۰۱۸ که درخواست تغییر قانون اساسی برای لغو ممنوعیت سقط جنین صورت پذیرفت. این موضوع به یکی از بحث‌برانگیزترین مباحث اجتماعی و فرهنگی در ایرلند تبدیل شده بود. گروه‌های حامی حقوق زنان و فعالان اجتماعی با جمع‌آوری امضاها و حمایت عمومی، درخواست برگزاری رفراندوم را مطرح کردند.

۲۵. Matsusaka, J. G. (۲۰۰۴). *For the Many or the Few: The Initiative, Public Policy, and American Democracy*. University of Chicago Press

۲۶. Smith, D. A., & Tolbert, C. J. (۲۰۰۴). *Educated by Initiative: The Effects of Direct Democracy on Citizens and Political Organizations in the American States*. University of Michigan Press

در نهایت، شهروندان اوهایو با اکثریت قاطع آراء به وتوی این قانون رای دادند و قانون محدودیت‌های اتحادیه‌های کارگری لغو شد.^{۲۵}

مثال چهارم آن‌که، در سال ۲۰۲۰، قانون‌گذاران ایالت کالیفرنیا قانونی را تصویب کردند که مالیات بر فروش کالاها و خدمات را افزایش می‌داد. این قانون با هدف تامین بودجه برای پروژه‌های زیرساختی و خدمات عمومی مطرح شده بود. گروه‌های مدنی مخالف این قانون، با جمع‌آوری امضاها، لازم، پیشنهاد وتوی این قانون را مطرح کردند. پس از جمع‌آوری و تایید امضاها، این پیشنهاد به رای‌گیری عمومی گذاشته شد. در نهایت، شهروندان کالیفرنیا با اکثریت آراء به وتوی این قانون رای دادند و افزایش مالیات بر فروش لغو شد.^{۲۶}

۸.۵. ایرلند

وتوی مردمی در ایرلند ریشه در قانون اساسی این کشور دارد. ماده ۴۶ قانون اساسی ایرلند به فرآیند اصلاح قانون اساسی از طریق رفراندوم اشاره دارد و به شهروندان این امکان را می‌دهد تا تغییرات پیشنهادی در قانون اساسی را به

آن‌ها معتقد بودند که زنان باید حق انتخاب در مورد بدن خود داشته باشند و ممنوعیت سقط جنین باید لغو شود. در ماه مه ۲۰۱۸، رای‌گیری عمومی برگزار شد و مردم ایرلند با ۶۶.۴ درصد آراء به لغو ممنوعیت سقط جنین رای دادند. این تغییر نیز به قانون اساسی کشور اضافه شد و ایرلند به یکی از کشورهای تبدیل شد که از طریق فراندوم، حقوق زنان را در این زمینه تقویت کرد.^{۲۷} همچنین فراندوم ازدواج همجنس‌گرایان در سال ۲۰۱۵ یکی دیگر از نمونه‌های برجسته‌ی اصلاح قانون اساسی از طریق وتوی مردمی است. مردم ایرلند با ۶۲.۱ درصد آراء به قانونی کردن ازدواج همجنس‌گرایان رای دادند و این تغییر به قانون اساسی کشور اضافه شد.^{۲۸}

۹. مزایا و معایب وتوی مردمی

نویسندگان برای شیوه‌های اعمال دموکراسی مستقیم و بالتبع وتوی مردمی، مزایا و معایبی برشمرده‌اند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۹.۱. مزایا:

۹.۱.۱. افزایش مشارکت شهروندان

یکی از بزرگ‌ترین مزایای وتوی مردمی افزایش مشارکت فعال شهروندان در فرآیندهای حکومتی است. این ابزار به شهروندان این امکان را می‌دهد که مستقیماً در تصمیم‌گیری‌های مهم نقش ایفا کنند و نظرات خود را در مورد سیاست‌ها و قوانین بیان کنند. همچنین مشارکت شهروندان از طریق وتوی مردمی می‌تواند به افزایش آگاهی سیاسی و ارتقاء مسئولیت‌پذیری اجتماعی منجر شود.

۹.۱.۲. افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی

وتوی مردمی می‌تواند شفافیت و پاسخ‌گویی حکومت را افزایش دهد. دولت‌ها و نمایندگان باید به نیازها و مطالبات مردم پاسخ دهند و در نتیجه، مجبور به ارائه دلایل و توضیحات بیشتری برای تصمیمات خود می‌شوند. این امر می‌تواند به کاهش فساد و سوء استفاده از قدرت منجر شود.

^{۲۷} Bergin, E. (۲۰۱۹). *Repealing the ۸th: The Irish Abortion Referendum*. *Feminist Legal Studies*, ۲۸۹-۲۸۱, (۳)۲۷.

^{۲۸} Elkins, J. A., Farrell, D. M., Reidy, T., & Suiter, J. (۲۰۱۷). Understanding the ۲۰۱۵ Marriage Referendum in Ireland: Context, Campaign, and Conservative Ireland. *Irish Political Studies*, ۳۸۱-۳۶۱, (۳)۳۲.

۹.۱.۳. تعدیل قدرت طبقه نخبه

وتوی مردمی به عنوان یک ابزار تعادل بخش، می‌تواند قدرت نخبگان سیاسی و اقتصادی را تعدیل کند. وقتی شهروندان به طور مستقیم در تصمیم‌گیری‌ها دخالت می‌کنند، نخبگان نمی‌توانند به طور یک‌جانبه تصمیمات خود را به اجرا بگذارند و مجبور به همکاری و مشورت با مردم می‌شوند.

۹.۱.۴. پیشگیری از تصویب قوانین مغایر منافع عمومی

با استفاده از وتوی مردمی، شهروندان می‌توانند از تصویب قوانینی که ممکن است به نفع گروه‌های خاص و به ضرر منافع عمومی باشد، جلوگیری کنند. این امر به تضمین عدالت و منافع عمومی کمک می‌کند.

۹.۱.۵. ترویج نوآوری و اصلاحات

وتوی مردمی می‌تواند به ترویج نوآوری و اصلاحات در سیستم حکومتی منجر شود. از طریق این ابزار، شهروندان می‌توانند پیشنهادات جدید و خلاقانه‌ای را برای بهبود قوانین و سیاست‌ها مطرح کنند و به ایجاد تغییرات مثبت کمک کنند.

۹.۲. معایب:

منتقدان دموکراسی مستقیم بر این عقیده‌اند که دموکراسی مستقیم نه تنها غیرممکن، بلکه حتی نامطلوب هم هست و برای اثبات مدعای خود دلایلی نیز بر شمرده‌اند^{۲۹}. دلایلی از قبیل احتمال تاثیرگذاری گروه‌های ذی‌نفع و همچنین خطر پوپولیسم. توضیح آن‌که، اینان معتقدند وتوی مردمی می‌تواند توسط گروه‌های خاصی که دارای منابع مالی و نفوذ بیشتری هستند، مورد سوء استفاده قرار گیرد. این گروه‌ها می‌توانند با استفاده از تبلیغات و کمپین‌های گسترده، افکار عمومی را به نفع خود جهت‌دهی کنند و نتایج را تحت تاثیر قرار دهند. وانگهی، وتوی مردمی می‌تواند به رشد پوپولیسم و تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر احساسات منجر شود.

۲۹. تفصیل در: (میرزاده کوهشاهی، نادر، ۱۴۰۳).

در دموکراسی مستقیم شهروندان در وضع قانونی که خود از آن اطاعت می‌کنند، مشارکت مستقیم دارند؛ یعنی اطاعت از قانون اطاعت از اراده‌ی خودشان است و بدین‌سان آزادی و التزام و اطاعت یکسان می‌شوند. آزادی واقعی از نظر روسو اطاعت از قانونی است که ما خود وضع کرده باشیم.

۱۰. چرایی ضرورت شناسایی «حق وتو» برای شهروندان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

با توجه به کارکردها و مزایایی که برای «وتوی مردمی» ذکر شد و با توجه به اینکه در جهان امروز دموکراسی یک ارزش والا محسوب می‌شود و وتوی مردمی جلوه‌ای از این ارزش است، شناسایی حق وتو برای شهروندان در همه کشورها امری ضروری است. آنچه که شناسایی این حق برای شهروندان را در نظام سیاسی ایران و آن دسته از نظام‌های سیاسی که وضعیتی مشابه ایران دارند، دو چندان ضروری می‌سازد، موضوعی است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

برخی از تصمیمات ممکن است بر اساس اطلاعات نادرست یا تبلیغات فریبنده گرفته شوند و به نتایجی منجر شوند که به نفع جامعه نیست. این امر می‌تواند به تصمیم‌گیری‌های ناپایدار و نامنظم منجر شود.

در مقابل، هواداران دموکراسی مستقیم استدلال می‌کنند که این نوع دموکراسی صرفاً به واسطه‌ی مشارکت حاصل نمی‌شود، بلکه نیازمند تربیت و آموزش سیاسی شهروندان به منظور ایجاد فضایل مدنی در ایشان است. پس تنها با پرورش مدنی و اخلاقی شهروندان، دموکراسی مستقیم اصلاً امکان‌پذیر می‌یابد. گسترش تعلیم و تربیت در میان مردم، گسترش آگاهی‌های عمومی نسبت به مسائل جامعه، تعدد احزاب سیاسی و بسط ارتباطات سیاسی پیش‌نیاز این نوع از دموکراسی است. مهم‌ترین فیلسوف سیاسی مدرن که از دموکراسی مستقیم دفاع کرد، ژان ژاک روسو بود. به نظر او تنها آن اقتداری مشروع است که شهروندان را همچنان آزاد بگذارد و هیچ قید و بندی بر آن‌ها تحمیل نکند.

۱۰.۱. انتخابات و نقش شورای نگهبان در آن

در نظام‌های سیاسی دو راه برای دستیابی به قدرت پیش‌بینی شده است. راه نخست مبتنی بر دموکراسی و راه دوم مبتنی بر روش‌های غیر دموکراتیک است. راه‌های غیر دموکراتیک برای دستیابی به قدرت شامل کسب قدرت از طریق وراثت و نیز کودتا و اقدامات براندازانه می‌باشد، اما راه‌های دموکراتیک منحصر به یک روش و آن هم انتخابات است.

تعاریف متعددی برای انتخابات ذکر شده است که از میان آنها می‌توان دو تعریف زیر را مورد توجه قرار داد:

- مجموعه عملیاتی است که در جهت گزینش فرمانروایان یا تعیین ناظرانی برای مهار کردن قدرت، تدبیر شده است.

- انتخابات شکلی از فرایند تصمیم‌گیری در جامعه به طور جمعی است که در آن، رای‌دهندگان تصمیم می‌گیرند کدام حزب یا کاندیدا مسئولیت اداره امور عمومی را به دست گیرد.

انتخابات به این اعتبار که روشی دموکراتیک برای دستیابی به قدرت است، از طریق هیئت‌هایی که نمایندگی مردم را بر عهده دارند، اجرا می‌شود. انتخابات در عصر جدید ارتباط تنگاتنگی با موازین دموکراسی داشته و اصلی‌ترین راه برای دستیابی به قدرت دموکراتیک در نوع جدید آن می‌باشد.

هر اندازه زمینه مشارکت افراد در انتخابات بیشتر فراهم باشد و افراد بیشتری بتوانند در انتخابات شرکت کنند، نظام سیاسی مستحکم‌تر و اصول دموکراسی اجرایی‌تر خواهد بود. بنابراین صرف دستیابی به قدرت از طریق انتخابات بیانگر تحقق دموکراسی نیست، بلکه زمانی دموکراسی واقعاً محقق می‌شود که حق رای به عنوان حقی عمومی، همگانی و بی‌قید و شرط به رسمیت شناخته شود.

«در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود، از راه انتخابات: انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر اینها، یا از راه همه‌پرسی...» (اصل ۶ ق.ا). برآیند آزادی آراء مردم و رقابت‌های سیاسی داوطلبان پدیده‌ای است که آن را «اداره‌ی امور کشور به اتکای آراء عمومی» می‌شناسند. این آزادی و رقابت فی‌نفسه سالم و مطلوب است. اما، میل به قدرت عاملی است که اکثراً رقابت ناسالم و مگارانه را به همراه خود آورده، در آراء مردم اختلال و فساد ایجاد می‌نماید. بدین خاطر است که، برای احتراز از مفسد احتمالی، امر نظارت بر آراء عمومی در تمام کشورهای که حکومت‌های مردم‌سالار دارند مورد قبول قرار گرفته است. این نظارت باید به دست کسانی باشد که علاقه و منفعت خاصی نسبت به نتیجه‌ی انتخابات نداشته باشند، تا بتوانند درستی و امانت لازم را در کار نظارت بی‌طرفانه بکار گیرند. در این خصوص، اصل نود و نهم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد». وظیفه نظارتی که در اصل مذکور بر عهده‌ی شورای نگهبان گذاشته شده، از مصادیق نظارت سیاسی است؛ زیرا در حقیقت نظارت این شورا بر انتخابات در به دست گرفتن یا نگرفتن قدرت افراد، جناح‌ها و احزاب تأثیری بسزا دارد. این تأثیر با توجه به معیار و جوهر نظارت سیاسی، که ایفای نقش در به دست آوردن یا از دست دادن مقام و قدرت عمومی است، چیزی جز نظارت سیاسی نیست.

نخستین پرسشی که درباره‌ی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات قابل طرح است به گستره‌ی اختیارات ناشی از این نظارت باز می‌گردد. شورا در نظریه‌ی تفسیری خود به شماره ۱۲۳۴ مورخ ۱۳۷۰/۰۳/۰۱ در خصوص نظارت مذکور در اصل ۹۹ قانون اساسی اعلام داشته که این نظارت «استصوابی است و شامل تمام مراحل اجرایی انتخابات از جمله تایید و رد صلاحیت کاندیداها می‌شود». منظور از نظارت استصوابی این است که اعمال حقوقی زیر نظر مستقیم و با تصویب و صلاحدید ناظر انجام می‌شود. این اعمال، البته بدون موافقت ناظر اعتبار ندارد.

انتخابات و اعلام نتیجه‌ی آن، تضمین‌کننده‌ی یک انتخابات شایسته باشد تا از غلّ و غش‌های محتمل در نمایندگی مردم جلوگیری کند. بدیهی است که در این نظارت، چنانچه شرایط انتخاب‌شدنِ داوطلب نمایندگی فراهم نباشد شورا حقّ ردّ صلاحیت آن داوطلب و در صورت اثبات نادرستی انتخابات و اعلام نتیجه‌ی آن حقّ ابطال آنرا خواهد داشت. در این صورت، اقدام مذکور بمنزله‌ی یک عمل قضائی خواهد بود که شورای نگهبان، همانند یک دادگاه، اقدام به رسیدگی مستدلّ و مستند به موادّ قانون مبادرت به صدور حکم می‌نماید، بدون آن‌که صلاحدید و مصلحت اندیشی اعضای شورا در آن دخالتی داشته باشد.

بنابر این تعریف، چنین به نظر می‌رسد که تمام امور انتخاباتی زیر نظر و با صلاحدید شورای نگهبان اعتبار می‌یابد. این صلاحدید، یا مصلحت‌اندیشی، می‌تواند ابتکار عمل شورا را تا آن حد بالا ببرد که آن چه را که صلاح بداند تایید کند و آن چه را که صلاح نداند مورد تایید قرار ندهد؛ به عبارت بهتر، در مراحل انتخاباتی دخل و تصرف نماید^{۳۰}. رویه عملی شورای نگهبان در برخی از موارد نشان می‌دهد که دامنه نظارت استصوابی این شورا فاقد مرزهای مشخص و معینی است و حدود و ثغور اعمال این صلاحیت بعضاً قابل پیش‌بینی نیست^{۳۱}.

مصلحت دانستن در تایید صلاحیت داوطلبان و یا تایید صحت انتخابات می‌تواند از مصادیق نظارت استصوابی به شمار آید؛ در حالی که هدف قانونگذار اساسی آن است که شورای نگهبان، به عنوان مقام ناظر بی‌طرف، با تطبیق مشخصات داوطلبان با شرایط انتخاب‌شدن که در قانون معین شده و با نظارت بر جریان انتخابات و حصول اطمینان از درستی و عدم فساد ساز و کار انتخاباتی و تایید صحت برگزاری

۳۰. (هاشمی، سید محمد، ۱۴۰۰، ص. ۲۶۳).

۳۱. به عنوان نمونه می‌توان به ابطال انتخابات دوره دهم مجلس شورای اسلامی در حوزه انتخابیه اصفهان اشاره نمود که برخی از افراد این امر را به دلیل نظارت استصوابی شورای نگهبان بر انتخابات، اقدامی قانون قلمداد نمودند. (رجوع کنید به: روزنامه دنیای اقتصاد، تاریخ ۱۳۹۵/۰۲/۱۱)،

حَقّ افراد می‌دانستند و دسته‌ای دیگر آن را یک عمل اجتماعی و یا یک تکلیف از سوی شهروندان تعبیر می‌کردند. لذا از همان آغاز پیشرفت دموکراسی، از این دو نظام فکری، دو نظریه ظهور کرد: الف. نظریه حَقّ رای؛ ب. نظریه کار ویژه‌ای رای.

الف. نظریه حَقّ رای

این نظریه، مبتنی بر نظریه‌ی حاکمیت تقسیم‌شده بود که توسط روسو و شاگردان و همفکرانش دفاع می‌شد. اگر حاکمیت مردم، ماحصل جمع سهام حاکمیت هر شهروند باشد، پس صاحب سهم حاکمیت، یعنی فرد شهروند، حَقّ دارد که در سازماندهی حکومت و صورت‌بندی اقتدار عالی سیاسی همکاری و مشارکت کند.

اگر این همکاری و این مشارکت از راه انتخابات تحقق یابد، پس هر شهروند «حَقّ» دارد رای بدهد. لذا این حَقّ، اصالتاً متعلق به هر شهروندی است که صاحب سهم حاکمیت به شمار می‌آید و لذا هیچ کس و هیچ مقامی نباید بتواند این حَقّ را از او بگیرد.

با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد که اصطلاح «نظارت استصوابی» بکار گرفته‌شده در نظریه‌ی تفسیری شورا با فلسفه‌ی نظارت و با روح اصل نود و نهم قانون اساسی و همچنین قاعده «عدم ولایت» که مانع از این است که در شرایط سکوت، دامنه اختیارات ناظر را تا حد «استصواب» توسعه دهیم، مغایرت داشته باشد. حذف این نوع نظارت و اصلاح آن دسته از مواد قانون انتخابات که به نحوی موید نظارت استصوابی است، به مصلحت جامعه خواهد بود و تردید در صحت عمل شورا را از بین خواهد برد.

۱۱. رای چیست؟ حَقّ یا تکلیف؟

عملی تشریفاتی و حقوقی را که شهروندان با انجام آن، طبق ضوابط و شرایط قانونی به‌گزینش نماینده یا نمایندگان می‌پردازند، رای نامند. رای دهنده، ضمن این عمل حقوقی-سیاسی، در حقیقت با برگزیدن نماینده یا نمایندگان، در اداره‌ی امور سیاسی جامعه‌ی خود مشارکت می‌کند.

در این باب نیز، در قرن هجدهم، دو نظام اندیشه‌ای متفاوت در برابر هم، جبهه گرفتند. دسته‌ای رای دادن را

از سوی دیگر، چون رای دادن، حقی است متعلق به فرد، لذا وی مخیر است از آن استفاده کند یا خیر. به کارگیری این حق یا امتناع از آن، خود، گونه‌ای حق مشروع هر شهروند به شمار می‌آید و استفاده یا عدم استفاده از آن، منوط به اراده‌ی شهروند خواهد بود

ب. نظریه کار ویژه‌ای رای

این نظریه، به خلاف نظریه پیشین، ناشی از اندیشه حاکمیت ملی است. ملت کلیتی است تقسیم‌ناپذیر و حاکمیت، متعلق به این کلیت یعنی «ملت» است، نه شهروندانی که جزو عوامل سازنده آنند. اگر قدرت انتخاب کردن نمایندگان به یکایک شهروندان سپرده شده باشد، نه از باب این است که خود اصالتاً صاحب این حق اند، بلکه با انجام یک عمل یا یک کار ویژه‌ی عمومی درگزینش نمایندگان یا زمامداران شرکت می‌جویند. اصل، حاکمیت ملی است و شهروندان در حقیقت از اجزاء و ارکان سازنده‌ی این حاکمیت محسوب می‌شوند، نه بیشتر.

نتیجه منطقی این طرز تلقی و اثری که به بار می‌آورد با آن دیگری کاملاً متفاوت است: شهروند به عنوان فرد، اصالتاً حق رای نداشته، بلکه با انجام آن، در واقع «تکلیف اجتماعی» خود را انجام می‌دهد.

در مقایسه و ترجیح یکی از دو نظریه فوق، باید گفت وقتی می‌توان از نظریه اخیر، یعنی نظریه کار ویژه‌ای رای، دفاع کرد که شهروندان بتوانند با رای خود، نمایندگان موردنظر حقیقی خود را به مجلس بفرستند. در آن دسته از نظام‌های سیاسی که نظارت استصوابی به نحوی که شرح آن گذشت برقرار است، شکاف غیرقابل انکاری میان ملت و نمایندگانی که راهی مجلس می‌شوند وجود دارد. چرا که کاندیداها پیش از جلب رضایت ملت باید ابتدا رضایت و تایید صلاحیت نهاد ناظر را بدست بیاورند و در نتیجه، همسو بودن با معیارها و سلیقه‌ی نهاد ناظر برای آن‌ها ارجح است نسبت به خواست‌ها، دغدغه‌ها و انتظارات ملت.

جلوگیری از پروژه‌های غیرمطلوب است. در ایالات متحده، نمونه‌هایی مانند وتوی قانون محدودیت‌های اتحادیه‌های کارگری در سال ۲۰۱۱ در اوهایو، نشان از نقش تعیین‌کننده‌ی اراده‌ی مردم در آن جامعه است.

درباره‌ی ایران، نظارت استصوابی شورای نگهبان بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آرای عمومی و همه‌پرسی، شناسایی حق وتو برای شهروندان را دو چندان ضروری می‌سازد تا بدینوسیله به اراده‌ی ملت بهای بیشتری داده شود در راستای تحقق دموکراسی و استیفاء حق الهی‌ای که انسان بر تعیین سرنوشت خویش دارد (اصل ۵۶ ق.ا.). و همچنین شکاف میان شهروندان و نمایندگان آن‌ها، که به‌خاطر وجود نظارت استصوابی ایجاد شده، برطرف گردد.

چنین نمایندگانی وقتی که راهی مجلس شدند، از آنجا که کاملاً از جنس مردم نیستند و از نیازهای روز مردم شناخت ندارند، نمی‌توانند قوانینی وضع کنند که به بهترین نحو تامین‌کننده و پاسخگوی منافع و نیازهای آن‌ها باشد. در اینجا است که نیاز به شناسایی سازوکار وتو برای شهروندان دو چندان حس می‌شود تا بتوانند آن دسته از قوانینی را که در تضاد با مصلحت کشور و منفعت خود می‌بینند، به چالش بکشند.

نتیجه‌گیری

وتوی مردمی در کشورهای مختلف نشان داده است که می‌تواند ابزاری قدرتمند برای مشارکت مستقیم شهروندان در فرآیندهای حکومتی و قانون‌گذاری می‌باشد. در ایرلند، وتوی مردمی نقش مهمی در قانونی کردن ازدواج همجنس‌گرایان و لغو ممنوعیت سقط جنین ایفا کرده است. در ایتالیا، رفراندوم آب نشان دهنده‌ی قدرت شهروندان در مقابله با سیاست‌های خصوصی سازی منابع عمومی است. در آلمان، وتوی مردمی علیه توسعه فرودگاه مونیخ بیانگر توانایی مردم در

منابع

۱. فارسی

کتاب‌ها:

- بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی، چاپ هجدهم، انتشارات نگاه معاصر، ۱۴۰۲؛
- راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ نخست، انتشارات دراک، پاییز ۱۳۸۸؛
- قاضی، سید ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ هفدهم، بنیاد حقوقی میزان، پاییز ۱۴۰۲؛
- گرجی ازندریانی، علی اکبر، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ نخست، انتشارات مشارک الانوار، ۱۴۰۲؛
- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم)، چاپ سی و دو (ویرایش ششم)، بنیاد حقوقی میزان، پاییز ۱۴۰۰.

مقاله‌ها:

- عباسی، بیژن، بررسی روش‌های اعمال مردمسالاری مستقیم و نیمه مستقیم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، صفحات ۲۳۵ - ۲۱۵؛
- میرزاده کوهشاهی، نادر، ۱۴۰۳، بررسی تطبیقی وتوی مردم در کشورهای مختلف، دومین کنفرانس بین المللی حقوق، مدیریت، علوم تربیتی، روانشناسی و مدیریت برنامه ریزی

۲. خارجی

- Altman, D. (۲۰۱۱). *Direct democracy worldwide*. Cambridge University Press.
- Bauer, F. (۲۰۱۲). Bürgerbeteiligung am Beispiel des Flughafen München. *Journal of Public Policy, ۲۱۶-۲۰۳, (۲)*۳۴. <https://doi.org/10.1017/S.0143814X12000076>
- Bergin, E. (۲۰۱۹). Repealing the 11th: The Irish abortion referendum. *Feminist Legal Studies, ۲۸۹-۲۸۱, (۳)*۲۷. <https://doi.org/10.1017/s17-9440-19-10691>
- Cotta, M., & Verzhicelli, L. (۲۰۱۴). The Italian political system: Referendums and democratic innovations. *South European Society and Politics, ۶۶-۴۵, (۱)*۱۹. <https://doi.org/10.1017/S.0143814X12000076>
- Elkink, J. A., Farrell, D. M., Reidy, T., & Suiter, J. (۲۰۱۷). Understanding the ۲۰۱۵ marriage referendum in Ireland: Context, campaign, and conservative Ireland. *Irish Political Studies, ۳۸۱-۳۶۱, (۳)*۳۲. <https://doi.org/10.1017/S.0143814X12000076>
- Hennig, M. (۲۰۱۶). The German system of direct democracy: Recent developments and implications. *European Journal of Political Research, ۲۷۴-۲۵۷, (۲)*۵۵. <https://doi.org/10.1017/S.0143814X12000076>
- Hertig, A. (۲۰۱۷). Swiss federalism and direct democracy: An in-depth analysis. *Swiss Political Science Review, ۴۴۴-۴۲۳, (۴)*۲۳. <https://doi.org/10.1111/spsr.12287>
- Kaufmann, B., Büchi, R., & Braun, N. (۲۰۱۰). *Guidebook to direct democracy in Switzerland and beyond*. Initiative and Referendum Institute Europe.
- Matsusaka, J. G. (۲۰۰۴). *For the many or the few: The initiative, public policy, and American democracy*. University of Chicago Press.
- Müller, M. (۲۰۱۳). Direkte Demokratie in Deutschland: Eine Analyse am Beispiel des Flughafenbaus. *Springer*.
- Pasquino, G., & Valbruzzi, M. (۲۰۱۲). Italy ۲۰۱۱: A year of living dangerously. *Italian Politics, (۱)*۲۷. <https://doi.org/10.1017/S.0143814X12000076>
- Smith, D. A., & Tolbert, C. J. (۲۰۰۴). *Educated by initiative: The effects of direct democracy on citizens and political organizations in the American states*. University of Michigan Press.



حقوق مالکیت فکری

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال دوم | شماره سوم | نشریه علمی دانشجویی فرداد
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی از نقطه نظرات حقوق مالکیت فکری



نشریه فرداد

چکیده

فاطمه سادات سجادی^۱

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه امام صادق(ع)



فائقه سادات حسینی^۱

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه امام صادق(ع)



در دهه‌های اخیر، پیشرفت‌های گسترده‌ای در زمینه تکنولوژی هوش مصنوعی صورت پذیرفته و این تکنولوژی‌ها به‌طور فزاینده‌ای در تولید داده‌ها و محتواهای خلاقانه مشارکت دارند. نوآوری‌های مذکور، علیرغم اینکه منجر به توسعه و پیشرفت‌های شگرفی در زمینه‌های مختلف شده‌اند، چالش‌های جدی نیز در حوزه حقوق مالکیت فکری ایجاد کرده‌اند. با ظهور هوش مصنوعی و توانایی آن در تولید آثار خلاقانه، سوالات جدیدی در مورد مالکیت این آثار مطرح شده است لذا پرسش اساسی در مقاله حاضر این است که نقایص و موارد سکوت قانون مالکیت فکری ایران در پاسخ به ابهامات و چالش‌های بسترهای مبتنی بر هوش مصنوعی چیست و تأکید و تنقیح قوانین جدید در چه مواردی از حوزه‌های پر ابهام مذکور دارای اهمیت و ضرورت است؟ مقاله حاضر با روش اسنادی-کتابخانه‌ای و نوع توصیفی-تحلیلی به بررسی ضرورت بازنگری در قوانین و مقررات موجود و تدوین مقررات جدید پرداخته و تأکید می‌کند که برای حفاظت بهتر از حقوق مالکیت فکری در برابر آفریده‌های هوش مصنوعی، باید به‌طور جامع و همه‌جانبه به این مسئله پرداخته شود. این بازنگری و تدوین مقررات جدید می‌تواند به تحقق عدالت، حفاظت از حقوق بشر، و حفظ نظم و امنیت بین‌المللی کمک کند. پژوهش حاضر با هدف ارائه تحلیل دقیق و جامع از مسئله مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی از منظر حقوق مالکیت فکری انجام شده و تلاش دارد تا راهکارها و پیشنهاداتی عملی برای حل و فصل چالش‌های حقوقی مرتبط با این حوزه ارائه دهد.

کلمات کلیدی:

مالکیت داده‌ها، آفریده‌های هوش مصنوعی، آفریده‌های دیجیتالی، حقوق مالکیت فکری.



مقدمه

فائقه سادات حسینی
فاطمه سادات سجادی

تاریخ دائماً شاهد فناوری‌های جدید علمی و دستاوردهای نوآورانه انسانی بوده است. با شدت گرفتن موتور محرکه فعالیت های مهندسی و علمی پس از دو جنگ جهانی و اجماع عمومی کشورها بر گسترش فناوری‌ها برای بهتر کردن اوضاع جوامع و زندگی خود، توجه به فناوری‌های جدید که کار بشر را در زندگی روزانه سهل می‌کرد و در عرصه‌های علمی، راهگشای سوالات بی پاسخ او بود، مهمترین سیاستی است که کشورهای پیشران در دستور کار خود قرار دادند؛ تا جایی که علاوه بر قدرت نظامی و اقتصادی کشورها، یکی از مولفه‌های مهم قدرت، رشد و خلق فناوری‌های جدیدی بود که پیش از این، انسانی بدان دسترسی نداشت. در دهه‌های اخیر فناوری هوش مصنوعی به سرعت توسعه یافته است و از اولین روزهایش که بیشتر به تئوری‌ها و الگوریتم‌های ساده محدود می‌شد، به یک حوزه چندوجهی با کاربردهای گسترده در صنایع مختلف تبدیل شده است. تا جاییکه امروزه، قادر است به تولید داده‌ها و محصولات خلاقانه‌ای بپردازد که پیش از این تنها به توانایی انسان محدود بودند. رشته حقوق نیز در طی این سال‌ها، به عنوان رکن تئوریزه کردن و انطباق مفاهیم زندگی اجتماعی با واقعیت موجود، دائماً در تلاش است تا این فناوری چند بعدی جدید را به بهترین نحو شناخته و به دنیای واقع عرضه کند. با پیشرفت فناوری مذکور چالش‌های زیادی در زمینه مالکیت فکری به وجود آمده است که از مهمترین آن‌ها این است که آیا داده‌ها و محصولات تولید شده توسط هوش مصنوعی می‌توانند مورد حمایت مالکیت فکری قرار بگیرند؟



مقدمه

فائقه سادات حسینی
فاطمه سادات سجادی

اگر بله چه کسی باید مالک این حقوق باشد؟ این سوالات باعث شد که محققان و قانون‌گذاران به بررسی دقیق‌تری بپردازند. مطالعات موردی در کشورهای مختلف نشان داده است که رویکردها و تفسیرهای متفاوتی در این زمینه وجود دارد لذا این مطالعات به بررسی نحوه اعمال قوانین مالکیت فکری بر داده‌ها و آفریده‌های آن پرداخته‌اند. از دیگر موضوعات پرچالش این حوزه، حمایت از داده‌های شخصی و حقوق مالکیت فکری افراد است. تلاش دانشمندان بسیاری در این رابطه، توانسته شقوق پر ابهام این فناوری نوین را تا حد زیادی رفع کند اما هنوز سوالات بسیاری در رابطه با مالکیت، معامله، انتقال دارایی، حمایت از آفریده‌های ذهنی و... بی پاسخ مانده‌اند که با رشد روز افزون مدل‌های جدید این تکنولوژی، پاسخ به آنها پیچیده‌تر و سخت‌تر از گذشته خواهد بود. با ورود شرکت‌های تجاری به این عرصه و انتقال بخش قابل توجهی از فعالیت‌های تجاری و علمی خود به بسترهای مبتنی بر هوش مصنوعی-علی‌الخصوص ورود و برپایی شعبات مجازی در بستر متاورس- برآن شدیم تا به ابهامات بسیار پیرامون آفریده‌های مجازی هوش مصنوعی، مالکیت، خرید و فروش و توسعه این اموال مجازی بپردازیم. با عنایت به گسترش روز افزون مدل‌های هوش مصنوعی و لزوم نو شدن مفاهیم و قواعد حقوقی، خاصاً حقوق مالکیت فکری، پژوهش حاضر با هدف بررسی و تحلیل جنبه‌های مختلف مالکیت فکری در ارتباط با داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد که اولاً مسئله دانستن مالکیت افراد بر داده‌های مجازی در عصر ظهور و گسترش هوش مصنوعی،



مقدمه

فائقه سادات حسینی
فاطمه سادات سجادی


به عنوان یکی از واقعیات دنیای مدرن و یکی از بسترهای نوین کسب تجربیات جدید علمی، تجاری، جامعه‌شناختی و... تا چه حد معقول و ضروری است؟ ثانیاً در بسترهای مبتنی بر ابهام در افشای هویت حقیقی افراد و چالش‌های اثبات هویت مادی کاربران، ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین دارای ضمانت اجرا تا چه حد ممکن است و ذاتاً اقدام به تدوین این دسته از قوانین آیا خلاف روح این فناوری جدید نخواهد بود؟ ثالثاً نقایص و موارد سکوت قانون مالکیت فکری ایران در پاسخ به ابهامات و چالش‌های بسترهای مبتنی بر هوش مصنوعی چیست و تأکید و تنقیح قوانین جدید در چه مواردی از حوزه‌های پر ابهام مذکور دارای اهمیت و ضرورت است؟ و در راستای پاسخ به این پرسش‌ها به اثبات یا رد این فرضیات می‌پردازد که اولاً با توجه به افزایش استفاده از داده‌های مجازی و اهمیت آن‌ها در ایجاد نوآوری‌های علمی و تجاری، درک و تنظیم مالکیت افراد بر داده‌های مجازی در عصر هوش مصنوعی ضروری و معقول است. همچنین مالکیت داده‌های مجازی به افراد اجازه می‌دهد تا کنترل بیشتری بر اطلاعات شخصی خود داشته باشند و از سوءاستفاده‌ها و نقض حریم خصوصی جلوگیری کنند لذا تنظیم قوانین مالکیت داده‌ها می‌تواند به ایجاد اعتماد بین کاربران و سازمان‌ها کمک کند و بهره‌وری اقتصادی را نیز افزایش دهد. ثانیاً در بسترهای مبتنی بر ابهام هویتی، توسعه فناوری‌های پیشرفته برای اثبات هویت مادی کاربران و ایجاد سیستم‌های قابل اعتماد برای افشای هویت می‌تواند ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین دارای ضمانت اجرا را ممکن سازد.



مقدمه

فائقه سادات حسینی
فاطمه سادات سجادی

علاوه بر آن تدوین این دسته از قوانین نه تنها خلاف روح فناوری‌های جدید نیست بلکه می‌تواند به تقویت اعتماد کاربران و افزایش امنیت در فضای دیجیتال کمک کند. شایان ذکر است تنظیم قوانین با توجه به نیازهای فناوری‌های نوین باید به گونه‌ای باشد که همگام با توسعه فناوری باشد و موجب مانع‌تراشی برای نوآوری نشود. ثالثاً نبود تعریف واضح و جامع از حقوق مالکیت فکری مرتبط با تولیدات هوش مصنوعی یکی از نقایص بزرگ قوانین فعلی است که باید مورد توجه قرار گیرد. لازم به توجه است که قوانین فعلی مالکیت فکری ایران نیاز به بازبینی و تنقیح دارند تا بتوانند پاسخگوی چالش‌های جدید مرتبط با داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی باشند و به طور کلی تمرکز بر تنظیم قوانین جدید در حوزه‌هایی مانند حق تولیدات دیجیتال، حفاظت از داده‌های شخصی و حقوق کاربران در بسترهای هوش مصنوعی می‌تواند به رفع ابهامات و چالش‌ها کمک کند. مقاله حاضر به تحلیل چالش‌ها و مسائل قانونی و اخلاقی مرتبط با مالکیت داده‌ها و تولیدات هوش مصنوعی پرداخته و تلاش کرده راه‌حل‌ها و پیشنهادهای برای بهبود وضعیت قانونی موجود ارائه دهد.



مبانی نظری

۱- تعریف داده‌های مجازی

داده به عنوان واحدهای معنادار اطلاعات تعریف می‌شود که برای تحلیل، پردازش و تصمیم‌گیری مورد استفاده قرار می‌گیرند. داده‌ها می‌توانند شکل عددی، متنی، تصویری یا صوتی باشند و می‌توانند به صورت خام یا پردازش شده ارائه شوند. تعریف علمی داده نیز بدین شرح است: «داده‌ها حقایق، ارقام یا اطلاعات خام تلقی می‌شوند که به خودی خود معنایی ندارند، اما زمانی که مورد تحلیل قرار می‌گیرند، می‌توانند اطلاعات ارزشمندی را ارائه دهند.» داده‌ها را می‌توان به دو دسته اصلی شخصی و غیر شخصی تقسیم بندی نمود. داده‌های شخصی شامل تمام اطلاعات افراد مانند اطلاعات قابل شناسایی افراد، شماره‌های شناسایی، هویت فیزیکی و اجتماعی، و... باشد و هرآنچه غیر از آن، در زمره داده‌های غیرشخصی قرار می‌گیرد. به طور خلاصه، هر اطلاعاتی من جمله متن، اعداد، تصاویر، صوت، ویدیو و... همگی می‌توانند نوعی دیتا در نظر گرفته شوند. در سطح اولیه، تمامی داده‌ها از صفر و یک‌ها (باینری) به حساب می‌آیند. همچنین در علم داده شناسی، با توجه به داد‌هایی که در اختیار هر فرد قرار می‌گیرد، نتیجه‌گیری‌هایی را می‌توان به دست آورد.^۲

۲- اهمیت داده‌ها

اولین کاربرد داده‌ها در زمینه محاسبات ریاضی مطرح شد. در علم آمار و ریاضیات، داده‌ها اندازه‌گیری یا مشاهداتی هستند که به عنوان منبع اطلاعات جمع‌آوری می‌شوند و شامل مقادیر متغیرهای کمی و کیفی می‌باشند.

۲. توماس سی‌ردمن و محمدحسین دینانی، «داده چیست یا داده‌ها چه هستند؟»، نشریه کتابداری و اطلاع‌رسانی، شماره ۲۰ (۱۳۸۱): ۷۱.

در گذشته اهمیت دیتاها صرفاً در فعالیتهای محاسبات تجاری و پردازش اطلاعات (دیتا) مالی مدنظر بود لکن امروزه، پردازش داده‌های الکترونیکی مورد توجه است. داده‌ها را می‌توان در قالب‌های مختلف ذخیره‌سازی نمود. علت وجود فرمت‌های متفاوت، عملکرد و اجرای این دیتاها در ماشین‌های مختلف است. فی‌المثال، امروزه شرکت‌های بزرگ نحوه عملکرد خود را بر اساس داده‌ها تنظیم می‌کنند و نوع تغییر داده‌ها، سبب تغییر استراتژی شرکت‌ها خواهد بود. ریاضیدان معاصر کلایو هامبلی از داده‌ها به نفت جدید یاد کرد.

۳- کلان داده (Big data)

کلان داده با پنج ویژگی شناخته می‌شود: تنوع، حجم، ارزش، اعتبار و شتاب در عرصه تجارت، بیگ دیتا می‌تواند نقش به‌سزایی در کاهش هزینه‌ها و بهینگی افزوده ایفا نماید^۳. افزایش حجم داده‌ها در طی زمان، سبب شدت تا بیگ دیتاها بیش از پیش مورد توجه قرار بگیرد. بیگ دیتاها می‌توانند سبب شوند که قدرت محاسبات و تحلیل داده‌ها حرفه‌ای‌تر و دقیق‌تر انجام شود. این نوع از داده‌ها لزوماً حجم بالایی دارند و بسیار گسترده هستند لکن باید توجه داشت که وجه تمایز بیگ دیتاها با داده‌های دیگر، نه فقط در اندازه و حجم، بلکه در کاربردهای تحلیل کلان آن است. به بیانی دیگر، علت اصلی خلق بیگ دیتا، کاربرد اساسی آن در تحلیل کلان داده‌ها و پردازش اطلاعات حجیم است^۴.

- تعریف هوش مصنوعی بر اساس علم مهندسی

هوش مصنوعی (AI) شاخه‌ای از علوم کامپیوتر است که به طراحی و توسعه سیستم‌هایی می‌پردازد که قادر به انجام وظایفی هستند که به طور معمول به هوش انسانی نیاز دارند. این وظایف شامل یادگیری، استدلال، حل مسئله، درک زبان طبیعی، و تشخیص الگوها می‌باشد. یادگیری ماشین (Machine Learning) یکی از زیرشاخه‌های مهم هوش مصنوعی است که به توسعه الگوریتم‌هایی می‌پردازد که از داده‌ها یاد می‌گیرند و عملکرد خود را بهبود می‌بخشند. این الگوریتم‌ها به سه دسته اصلی تقسیم می‌شوند:

۳. جمال‌بان پور، مظفر. «داده‌های بزرگ پارادیمی در حوزه سیستم‌های اطلاعاتی جدید». نشریه بورس، شماره ۱۲۸ و ۱۲۹ (۱۳۹۴): ۲۴-۲۵.

۴. همان.

الف) یادگیری نظارت‌شده (Supervised Learning): مدل‌ها با استفاده از داده‌های برچسب‌دار آموزش می‌بینند.^۵

ب) یادگیری بدون نظارت (Unsupervised Learning): مدل‌ها بدون استفاده از داده‌های برچسب‌دار و با کشف الگوها و ساختارهای مخفی در داده‌ها آموزش می‌بینند.^۶

ج) یادگیری تقویتی (Reinforcement Learning): مدل‌ها با تعامل با محیط و دریافت پاداش یا تنبیه، یاد می‌گیرند که چگونه بهترین تصمیم‌ها را بگیرند. شبکه‌های عصبی مصنوعی الهام‌گرفته از ساختار و عملکرد مغز انسان هستند و از لایه‌های متعددی از نورون‌های مصنوعی تشکیل شده‌اند. این شبکه‌ها قادر به یادگیری و تشخیص الگوهای پیچیده در داده‌ها هستند و در کاربردهای مختلفی مانند تشخیص تصویر و پردازش زبان طبیعی استفاده می‌شوند. پردازش زبان طبیعی شامل وظایفی مانند ترجمه ماشینی، تحلیل احساسات، و تولید متن است. با وجود پیشرفت‌های چشمگیر، هوش مصنوعی با چالش‌ها و محدودیت‌هایی نیز مواجه است؛ به عنوان مثال اخلاق و حریم خصوصی مسئله‌ای است که ذهن افراد بیشماری را به خود مشغول کرده است. استفاده از داده‌های شخصی و تصمیم‌گیری‌های خودکار می‌تواند مسائل اخلاقی و نقض حریم خصوصی افراد را به همراه داشته باشد. بسیاری از مدل‌های هوش مصنوعی به خصوص شبکه‌های عصبی عمیق، به عنوان "جعبه سیاه" شناخته می‌شوند و تفسیر تصمیمات آن‌ها دشوار است. لذا ممکن است با رشد روزافزون مدل‌های جدید هوش مصنوعی، تفسیر نتایج ارائه شده توسط هوش مصنوعی دشوارتر هم باشد.

۵. موسی‌زاده مظفرآبادی، زینب. «روش‌های متداول یادگیری ماشینی و رویکردهای الگوریتمی رایج در آن.» فصلنامه علمی مؤسسه آموزش عالی فردوس، سال چهارم، شماره ۱۲ (۱۴۰۳): ۸۰-۸۳. همان.

۶. موسی‌زاده مظفرآبادی، زینب. «روش‌های متداول یادگیری ماشینی و رویکردهای الگوریتمی رایج در آن.» فصلنامه علمی مؤسسه آموزش عالی فردوس، سال چهارم، شماره ۱۲ (۱۴۰۳): ۸۰-۸۳.

۵-تاریخچه و توسعه هوش مصنوعی

تاریخچه هوش مصنوعی از دوران باستان تا به امروز شامل مراحل مختلفی از پیشرفت‌ها و چالش‌ها بوده است. در تمامی اعصار، بشر در تلاش بود تا با خلق و تولید ابزار جدید، وضع زندگی خود را بهبود ببخشد و زندگی را بر خود آسان‌تر نماید. در ادامه، به بررسی دوره‌های مختلف تاریخی و ردپای ابزارآلات مبتنی بر هوش مصنوعی پرداخته خواهد شد:

الف) دوران باستان و افسانه‌ها: تلاش‌های اولیه برای ایجاد موجودات مصنوعی به دوران باستان بازمی‌گردد. در اساطیر یونان باستان، داستان‌هایی از ربات‌های طلایی هفائستوس و گالائتای پوگمالیون وجود دارد که نشان‌دهنده آرزوی انسان‌ها برای ساخت موجودات هوشمند است. هفائستوس مخترع و آهنگری توانمند بود و پوگمالیون نیز مجسمه‌سازی بی‌بدیل.^۸

ب) قرون وسطا و رنسانس: در قرون وسطا، کیمیاگران و دانشمندان به دنبال روش‌هایی برای افزودن ذهن به ماده بودند. داستان‌هایی مانند هومونکولوس پاراسلسوس که نخستین کسی بود که علائم بیماری سفلیس را درست تشریح کرد و گولم ربی جوداه لئو نمونه‌هایی از این تلاش‌ها هستند.^۹

ج) قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم: با پیشرفت علم و فناوری در قرن نوزدهم، ایده‌های مربوط به ماشین‌های متفکر و انسان‌های مصنوعی به داستان‌های تخیلی راه یافتند.^{۱۰} در اوایل قرن بیستم، آلن تورینگ با طراحی ماشین Bombe در جنگ جهانی دوم، اولین گام‌های عملی در زمینه هوش مصنوعی را برداشت. تورینگ ماشینی الکترومکانیکی به نام بامب طراحی کرد که رمزهای انیگما را زودتر از روش لهستانی‌ها در ۱۹۳۲ می‌شکست. اینچنین توانست پیام‌های رمزنگاری شده لهستانی‌ها را رمزگشایی نماید. دو دهه ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ را می‌توان به عنوان شروع و آغاز هوش مصنوعی مدرن نامگذاری نمود. این دو دهه، نقش به‌سزایی در پیشرفت و رشد فهم علمای علم از هوش مصنوعی و

۸. Keith D. Foote, "A Brief History of Data Science," Dataversity, ۲۰۲۱, <https://www.dataversity.net/a-brief-history-of-data-science/>.

۹. Keith D. Foote, "A Brief History of Data Science," Dataversity, ۲۰۲۱, <https://www.dataversity.net/a-brief-history-of-data-science/>.

۱۰. همان.

در سال ۱۹۵۰، آلن تورینگ تست تورینگ را معرفی کرد که هدف آن تعیین توانایی ماشین‌ها در تفکر منطقی و هوشمندانه بود. در سال ۱۹۵۶، جان مک‌کارتی اصطلاح "هوش مصنوعی" را در کنفرانس دارتموث مطرح کرد و این کنفرانس به عنوان نقطه عطفی در تاریخ هوش مصنوعی شناخته می‌شود. علیرغم رشد هوش مصنوعی در این دو دهه، ده‌های بعد از آن با رکود در عرصه تحقیق و بررسی همراه شد. در دهه ۱۹۷۰، با کاهش بودجه‌های تحقیقاتی، پژوهش‌های هوش مصنوعی با چالش‌های جدی مواجه شد. این دوره به عنوان "زمستان هوش مصنوعی" شناخته می‌شود. اما در دهه ۱۹۸۰، با پیشرفت‌های جدید و سرمایه‌گذاری‌های مجدد، هوش مصنوعی دوباره رونق گرفت. در دهه ۱۹۹۰، با توسعه الگوریتم‌های جدید و افزایش قدرت محاسباتی، هوش مصنوعی به پیشرفت‌های چشمگیری دست یافت. در سال ۱۹۹۷، ربات DeepBlue توانست قهرمان شطرنج جهان، گری کاسپاروف، را شکست دهد. در دهه ۲۰۰۰، با معرفی ربات‌های خانگی مانند رومبا و سیستم‌های تشخیص صدا، هوش مصنوعی به زندگی روزمره مردم وارد شد."

(دهه ۲۰۱۰ و ۲۰۲۰: در دهه ۲۰۱۰، با معرفی سیستم‌های پیشرفته مانند IBM Watson و دستیارهای هوشمند مانند الکسا و سیری، هوش مصنوعی به یکی از اجزای اصلی فناوری‌های مدرن تبدیل شد. در سال ۲۰۲۰، با معرفی GPT-۳، ابزارهای مکالمه هوشمند به سطح جدیدی از توانایی‌ها دست یافتند.

الف) پردازش زبان طبیعی:

پردازش زبان طبیعی شاخه‌ای از هوش مصنوعی است که به تعامل بین کامپیوترها و زبان‌های انسانی می‌پردازد. هدف اصلی NLP این است که کامپیوترها بتوانند زبان انسانی را درک، تفسیر و تولید کنند. زبان طبیعی شامل چندین زیرشاخه و مؤلفه است که هر کدام نقش مهمی در درک و تولید آن دارند. به عنوان مثال تحلیل نحوی به بررسی ساختار جملات و تعیین نقش کلمات در جمله می‌پردازد. تحلیل معنایی به درک معنای کلمات و جملات و تشخیص روابط معنایی بین آن‌ها می‌پردازد و تحلیل گفتمان به بررسی ساختار و معنای متون بلندتر از جمله و بررسی محتوای کلیت متن می‌پردازد. در مرحله آخر، زبان طبیعی به فرآیند تولید متن یا گفتار انسانی توسط کامپیوترها می‌پردازد. این مرحله شامل انتخاب کلمات مناسب و ساخت جملات صحیح از نظر نحوی و معنایی است.

هوش مصنوعی همچنان در حال پیشرفت است و پیش‌بینی می‌شود که در آینده نزدیک، با توسعه الگوریتم‌های پیشرفته‌تر و افزایش قدرت محاسباتی، نقش بیشتری در زندگی انسان‌ها ایفا کند. از جمله کاربردهای آینده هوش مصنوعی می‌توان به پزشکی، حمل و نقل و آموزش اشاره کرد.

این تاریخچه نشان می‌دهد که هوش مصنوعی از افسانه‌ها و داستان‌های باستانی تا فناوری‌های پیشرفته امروزی، مسیری طولانی و پرچالش را طی کرده است. با وجود فراز و نشیب‌ها، هوش مصنوعی همچنان به عنوان یکی از مهم‌ترین و تاثیرگذارترین حوزه‌های علمی و فناوری به پیشرفت خود ادامه می‌دهد.

۶- تاریخچه رفتاری هوش مصنوعی

برای شناخت کارکرد هوش مصنوعی نیازمندیم تا رفتارهای مدل‌های مختلف هوش مصنوعی را شناسایی نماییم. در ادامه به بعضی از الگوها و مدل‌های رفتاری هوش مصنوعی خواهیم پرداخت:



گروه‌بندی داده‌ها بر اساس شباهت‌های آن‌ها می‌پردازد.^{۱۲}

۲- کاهش ابعاد (Dimensionality Reduction): کاهش ابعاد به فرآیندی اطلاق می‌شود که علیرغم حفظ اطلاعات مهم، تعداد ویژگی‌های داده‌ها کاهش می‌یابد. این تکنیک‌ها به تجسم داده‌ها و بهبود کارایی مدل‌ها کمک می‌کنند.^{۱۳}

۳- تشخیص ناهنجاری (Anomaly Detection): تشخیص ناهنجاری به شناسایی داده‌های غیرعادی یا ناهنجار در مجموعه داده‌ها می‌پردازد. این تکنیک در کاربردهایی مانند تشخیص تقلب، نظارت بر سلامت سیستم‌ها و شناسایی نقص‌ها استفاده می‌شود.^{۱۴}

یادگیری بدون نظارت برای شناسایی الگوهای خرید مشتریان و تقسیم‌بندی بازار به گروه‌های مختلف، تشخیص تقلب در سیستم‌های مالی و تراکنش‌های مشکوک و تقلبی شبکه‌های اجتماعی و رفتار کاربران مورد استفاده قرار خواهد گرفت.

زبان ماشینی در ترجمه، تحلیل احساسات، درک سوال و انتخاب صحیح‌ترین پاسخ و خلاصه سازی متون کاربردهای فراوانی دارد. علیرغم مطالب عنوان شده، به علل متعددی، مدل‌های هوش مصنوعی همچنان با چالش‌ها و محدودیت‌های فراوانی در درک مفاهیم متون و پاسخگویی صحیح هستند. از جمله این چالش‌ها می‌توان به پیچیدگی‌های زبان و ابهامات معنایی و ناتوانی در دسترسی سریع به بیگ دیتاهای صحیح اشاره نمود.

ب) یادگیری بدون نظارت:

یادگیری بدون نظارت یکی از روش‌های یادگیری ماشین است که در آن مدل‌ها بدون استفاده از داده‌های برچسب‌دار آموزش می‌بینند. در این روش، الگوریتم‌ها به دنبال کشف الگوها و ساختارهای مخفی در داده‌ها هستند، بدون اینکه پیش فرضی داشته باشند که چه چیزی درست یا غلط است. اجزای اصلی یادگیری بدون نظارت:

۱- خوشه‌بندی (Clustering): خوشه بندی یکی از مهم‌ترین تکنیک‌های یادگیری بدون نظارت است که به

۷- علم داده

علم داده ترکیبی از ابزارها، الگوریتم‌ها و اصول یادگیری ماشین است. علم داده از بیگ دیتاها بهره می‌برد و پس از درک رفتار سیستم، برای تصمیم‌گیری و تحلیل، از اصول علم داده و روش‌های ماشینی بهره می‌برد. علم داده از چهار مفهوم اصلی برای پیش‌بینی آینده استفاده می‌کند: تحلیل علت و معلولی پیش‌بینی‌کننده، تجزیه و تحلیل تجویزی، پیش‌بینی با یادگیری ماشین و کشف الگو با یادگیری ماشین. برای پیش‌بینی معنادار دیتاها، نیاز داریم تا الگوهای پنهان در بیگ دیتا را کشف کنیم. این هدف با استفاده از اصول یادگیری ماشینی حاصل خواهد شد. اهمیت علم داده در دستیابی به این هدف در این است که می‌توان نیاز دقیق تحلیلگر را کشف نمود. نقش علم داده را می‌توان در پاسخ‌دهی ابزارهای هوش مصنوعی به سوالات و درخواست‌های کاربر جستجو کرد. چرخه پردازش داده‌ها دارای سه مرحله ورودی، پردازش و خروجی است که نقش علم داده در مرحله پردازش بسیار پررنگ است.

مالکیت افراد بر داده‌های مجازی در

عصر هوش مصنوعی

مالکیت افراد بر داده‌های مجازی در عصر هوش مصنوعی از جمله موضوعات مهم و پیچیده‌ای است که با توسعه سریع فناوری و افزایش استفاده از داده‌های دیجیتال به ویژه توسط الگوریتم‌های هوش مصنوعی، اهمیت بیشتری پیدا کرده است. در عصر هوش مصنوعی، داده‌های مجازی می‌توانند شامل اطلاعات شخصی، داده‌های رفتار کاربر و غیره باشد. توسعه هوش مصنوعی و افزایش استفاده از داده‌ها، چالش‌های جدیدی برای مالکیت داده‌ها به همراه آورده است لذا با افزایش حجم داده‌ها و تنوع آن‌ها نیز، مدیریت و کنترل مالکیت داده‌ها پیچیده‌تر شده است. فناوری‌های جدید مانند یادگیری ماشین و تحلیل داده‌های بزرگ، نیازمند دسترسی به حجم زیادی از داده‌ها هستند که این امر ممکن است.

منجر به سوءاستفاده از داده‌های شخصی شود. قوانین حاکم بر مالکیت داده‌ها در بسیاری از کشورها از جمله ایران هنوز به‌روز نشده‌اند و نیاز به تنظیمات جدید و جامع دارند. افراد و سازمان‌ها دارای حقوق و مسئولیت‌هایی نسبت به داده‌های خود هستند آنگونه که افراد حق دارند اولاً داده‌های خود را کنترل کنند، ثانیاً از حریم خصوصی خود محافظت کنند و تصمیم بگیرند که چه کسی و چگونه به داده‌هایشان دسترسی داشته باشد همچنین باید با قوانین و مقررات مربوط به حفاظت از داده‌ها هماهنگ باشند. فناوری‌های جدید نقش مهمی در تقویت و حفاظت از مالکیت داده‌ها دارند.

۱- اهمیت مالکیت داده‌های مجازی

مالکیت داده‌های مجازی در عصر دیجیتال و با گسترش فناوری‌های هوش مصنوعی اهمیتی ویژه یافته است. داده‌ها به عنوان یک دارایی ارزشمند شناخته شده و کنترل و مدیریت صحیح آن‌ها می‌تواند به بهبود زندگی فردی و اجتماعی، ارتقاء کسب و کارها و توسعه نوآوری‌ها کمک کند. یکی از مهم‌ترین جنبه‌های مالکیت داده‌های مجازی، حفاظت از حریم خصوصی افراد است. با افزایش جمع‌آوری داده‌ها توسط شرکت‌ها و سازمان‌ها، خطر نقض حریم خصوصی افراد نیز افزایش یافته است. مالکیت داده‌ها به افراد امکان می‌دهد که کنترل بیشتری بر داده‌های شخصی خود داشته باشند و از سوءاستفاده از آن‌ها جلوگیری کنند. این امر می‌تواند به افزایش اعتماد عمومی به فناوری‌ها و سیستم‌های دیجیتال کمک کند. همچنین این مالکیت به افراد این امکان را می‌دهد که داده‌های خود را به‌طور مؤثر مدیریت و کنترل کنند. امر مذکور شامل تصمیم‌گیری در مورد نحوه استفاده از داده‌ها، اشتراک‌گذاری با دیگران و حتی حذف داده‌ها می‌شود. داشتن این کنترل به افراد کمک می‌کند تا از داده‌های خود به‌طور بهینه استفاده کرده و از آن‌ها برای بهبود زندگی و کسب و کارهای خود بهره‌برداری کنند. مالکیت داده‌های مجازی به محافظت از حقوق فردی افراد کمک می‌کند که این حقوق شامل حق دسترسی به داده‌های شخصی، حق تصحیح داده‌های نادرست و حق حذف داده‌ها است. این حقوق به افراد امکان می‌دهد که اطمینان حاصل کنند که داده‌های آن‌ها به‌طور صحیح و مطابق با قوانین و مقررات مدیریت می‌شود.



داشتن مالکیت بر داده‌ها به جلوگیری از سوءاستفاده و کلاهبرداری کمک می‌کند و همچنین با کنترل بیشتر بر داده‌ها، افراد و سازمان‌ها می‌توانند از داده‌های خود در برابر تهدیدات سایبری و حملات هکری محافظت کنند لذا این امر می‌تواند به افزایش امنیت اطلاعات و کاهش ریسک‌های مرتبط با سوءاستفاده از داده‌ها کمک کند. در اقتصاد دیجیتال نیز، داده‌ها به عنوان یک دارایی ارزشمند شناخته می‌شوند. داشتن مالکیت بر داده‌ها به افراد و کسب‌وکارها امکان می‌دهد که از ارزش اقتصادی داده‌های خود بهره‌برداری کنند. امر مذکور می‌تواند به توسعه کسب‌وکارها، افزایش بهره‌وری و ایجاد فرصت‌های جدید اقتصادی کمک کند. این نوع مالکیت می‌تواند به توسعه نوآوری‌ها کمک کند به اینگونه که با داشتن دسترسی به داده‌های متنوع و غنی، افراد و سازمان‌ها می‌توانند الگوریتم‌های هوش مصنوعی و فناوری‌های جدید را توسعه دهند و از آن‌ها برای حل مشکلات پیچیده و بهبود خدمات استفاده کنند لذا می‌تواند به پیشرفت علمی و تکنولوژیکی و افزایش کیفیت زندگی کمک کند. مالکیت داده‌ها به افزایش شفافیت در نحوه جمع‌آوری، استفاده و مدیریت داده‌ها کمک می‌کند. بنابراین این شفافیت می‌تواند به افزایش اعتماد عمومی به سازمان‌ها و فناوری‌ها کمک کند. افراد با داشتن مالکیت بر داده‌های خود، اطمینان بیشتری نسبت به استفاده از خدمات دیجیتال خواهند داشت. رعایت مالکیت داده‌ها به افراد و سازمان‌ها کمک می‌کند که با قوانین و مقررات مربوط به حفاظت از داده‌ها هماهنگ باشند لذا از جریمه‌ها و مشکلات قانونی جلوگیری کرده و به حفظ اعتبار و اعتماد کسب‌وکارها کمک کند. با عنایت به افزایش نقش داده‌ها در زندگی روزمره و کسب‌وکارها، توجه به مالکیت داده‌ها و حفاظت از آن‌ها ضروری است. در دنیای امروز، داده‌ها نقشی اساسی در تصمیم‌گیری‌های هوشمندانه ایفا می‌کنند. کسب‌وکارها و سازمان‌ها می‌توانند با تحلیل داده‌های خود، روندها و الگوهای مختلف را شناسایی کرده و تصمیمات استراتژیک و مؤثری اتخاذ کنند. مالکیت داده‌ها به افراد و سازمان‌ها این امکان را می‌دهد که به تحلیل‌های دقیق‌تری دست یابند و از داده‌ها به‌طور بهینه بهره‌برداری کنند.

یکی دیگر از مزایای مالکیت داده‌ها، امکان توسعه خدمات و محصولات شخصی‌سازی شده است. با داشتن دسترسی به داده‌های دقیق کاربران، شرکت‌ها می‌توانند خدمات و محصولات را ارائه دهند که به نیازها و ترجیحات خاص هر فرد پاسخ دهند. این امر می‌تواند به افزایش رضایت مشتریان و ایجاد ارتباطات بلندمدت با آن‌ها کمک کند. با افزایش حملات سایبری و تهدیدات امنیتی، حفاظت از داده‌ها اهمیت بیشتری پیدا کرده است. مالکیت داده‌ها به افراد و سازمان‌ها این امکان را می‌دهد که استراتژی‌ها و روش‌های محافظتی مؤثری برای حفاظت از داده‌های خود اتخاذ کنند که می‌تواند شامل استفاده از فناوری‌های رمزنگاری، پیاده‌سازی پروتکل‌های امنیتی، و آموزش کارکنان درباره تهدیدات امنیتی باشد. مالکیت داده‌ها به افزایش شفافیت در نحوه جمع‌آوری، استفاده و مدیریت داده‌ها کمک می‌کند. شرکت‌ها و سازمان‌ها باید به کاربران خود اطلاع دهند که چگونه از داده‌های آن‌ها استفاده می‌کنند و چه اقداماتی برای حفاظت از آن‌ها انجام می‌دهند. شفافیت مذکور می‌تواند به افزایش اعتماد عمومی و کاهش نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی کمک کند. مالکیت داده‌ها می‌تواند به توانمندسازی افراد و جوامع کمک کند چراکه با داشتن کنترل بر داده‌های خود، افراد می‌توانند از حقوق خود دفاع کنند و از داده‌های خود برای بهبود شرایط زندگی و اجتماعی استفاده کنند.

۲- چالش‌ها و فرصت‌های مالکیت داده‌ها

الف) چالش‌ها

از بزرگترین چالش‌های مالکیت داده‌ها، تعریف دقیق و شناسایی مالکیت داده‌ها می‌باشد چراکه داده‌ها می‌توانند به راحتی کپی و منتقل شوند، که این موضوع باعث پیچیدگی در تعیین مالکیت می‌شود. بعلاوه حفاظت از حریم خصوصی کاربران و امنیت داده‌ها نیز یکی از چالش‌های اساسی است چرا که نقض حریم خصوصی می‌تواند به اعتماد کاربران آسیب برساند و مشکلات قانونی ایجاد کند. قوانین و مقررات مربوط به مالکیت داده‌ها در کشورهای مختلف متفاوت است و این موضوع می‌تواند برای شرکت‌های بین‌المللی چالش‌برانگیز باشد. این موضوع نیازمند تدوین قوانین و مقررات مناسب است. در بسیاری از موارد نیز، تضاد منافع بین شرکت‌ها، دولت‌ها و کاربران وجود دارد بدان معنا که شرکت‌ها ممکن است به دنبال استفاده تجاری از داده‌ها باشند در حالی که کاربران نگران حریم خصوصی خود هستند و

دولت‌ها نیز به دنبال تنظیم مقررات مناسب هستند. نتیجتاً با ظهور تکنولوژی‌های جدید مانند اینترنت اشیا و هوش مصنوعی، چالش‌های جدیدی در زمینه مالکیت داده‌ها به وجود می‌آید چراکه این تکنولوژی‌ها حجم عظیمی از داده‌ها را تولید می‌کنند که مدیریت و حفاظت از آن‌ها پیچیده‌تر می‌شود.

ب) فرصت‌ها

داده‌ها به عنوان یک منبع ارزشمند اقتصادی شناخته می‌شوند و می‌توانند به شرکت‌ها و سازمان‌ها در تصمیم‌گیری‌های استراتژیک کمک کنند لذا مالکیت داده‌ها می‌تواند به توسعه فناوری‌های نوین و نوآوری در زمینه‌های مختلف کمک کند. همچنین داده‌ها می‌توانند به عنوان پایه‌ای برای توسعه الگوریتم‌های هوش مصنوعی و یادگیری ماشین استفاده شوند. حتی با تحلیل داده‌ها، شرکت‌ها می‌توانند خدمات و محصولات خود را بهبود بخشند و تجربه بهتری برای مشتریان فراهم کنند. مالکیت داده‌ها می‌تواند به افزایش شفافیت و پاسخگویی در سازمان‌ها کمک کند.

۳- معقول و ضروری بودن مالکیت افراد بر داده‌های مجازی

از منظر حقوقی، مالکیت داده‌ها به معنای حق کنترل و استفاده از این داده‌ها توسط مالک آن‌ها است. این حق می‌تواند شامل حق دسترسی، انتقال، فروش و حتی حذف داده‌ها باشد. در بسیاری از کشورها، قوانین مختلفی برای حمایت از حقوق مالکیت داده‌ها وجود دارد. به عنوان مثال، در اتحادیه اروپا، مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها حقوق گسترده‌ای را برای افراد در مورد داده‌های شخصی‌شان فراهم می‌کند. داده‌ها به عنوان یکی از مهم‌ترین دارایی‌های اقتصادی در دنیای امروز شناخته می‌شوند چراکه شرکت‌ها و سازمان‌ها از داده‌ها برای تحلیل بازار، بهبود خدمات، توسعه محصولات جدید و افزایش بهره‌وری استفاده می‌کنند. بنابراین، مالکیت داده‌ها می‌تواند به عنوان یک منبع درآمد و مزیت رقابتی برای افراد و سازمان‌ها محسوب شود. مالکیت داده‌ها همچنین دارای جنبه‌های اجتماعی و اخلاقی است.

این موضوع منجر به بهبود اعتماد عمومی و کاهش فساد خواهد شد. با استفاده از تکنیک‌های تحلیل پیشرفته داده‌ها، می‌توان الگوها و روندهای مهمی را شناسایی کرد که به بهبود تصمیم‌گیری‌ها و استراتژی‌های کسب‌وکار کمک می‌کند. مالکیت داده‌ها می‌تواند به همکاری‌های بین‌المللی در زمینه‌های مختلف از جمله تحقیقات علمی و توسعه فناوری کمک کند. این همکاری‌ها می‌تواند به اشتراک‌گذاری دانش و منابع منجر شود و پیشرفت‌های بیشتری را به همراه داشته باشد.



از یک سو، افراد باید حق داشته باشند که بر داده‌های شخصی خود کنترل داشته باشند و از سوءاستفاده از آن‌ها جلوگیری کنند. از سوی دیگر، استفاده نادرست از داده‌ها می‌تواند به نقض حریم خصوصی و حقوق افراد منجر شود. بنابراین، ایجاد تعادل بین حقوق مالکیت داده‌ها و حفاظت از حریم خصوصی افراد ضروری است.^{۱۵}

ضابطه مند کردن و تدوین قوانین در بسترهای مبتنی بر ابهام هویتی

ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین در بسترهای مبتنی بر ابهام هویتی (انانیمیتی) یکی از چالش‌های مهم و پیچیده در عصر دیجیتال است. با توجه به اهمیت حریم خصوصی و حفاظت از اطلاعات شخصی، ابهام هویتی به کاربران امکان می‌دهد که بدون افشای هویت واقعی خود از خدمات اینترنتی استفاده کنند. اما از سوی دیگر، این ابهام هویتی ممکن است به سوءاستفاده‌ها و فعالیت‌های غیرقانونی منجر شود. ابهام هویتی به حالتی اطلاق می‌شود که در آن هویت واقعی کاربران ناشناس باقی می‌ماند و آن‌ها می‌توانند بدون افشای هویت خود از خدمات و امکانات اینترنتی استفاده کنند. این مفهوم در بسیاری از بسترهای آنلاین نظیر شبکه‌های اجتماعی، انجمن‌های گفتگو، و حتی سیستم‌های پرداخت دیجیتال کاربرد دارد. برای مقابله با چالش‌های ناشی از ابهام هویتی و بهره‌برداری از مزایای آن، ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین ضروری است. این قوانین باید به گونه‌ای تدوین شوند که تعادل مناسبی بین حفاظت از حریم خصوصی و مقابله با سوءاستفاده‌ها برقرار کنند. ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین در بسترهای مبتنی بر ابهام هویتی یک چالش مهم و پیچیده است که نیازمند توجه ویژه به حفاظت از حریم خصوصی، تعادل بین امنیت و آزادی، شفافیت و پیگیری قانونی است. با تصویب قوانین جامع، آموزش کاربران، استفاده از فناوری‌های پیشرفته و همکاری بین‌المللی می‌توان به بهره‌برداری از مزایای ابهام هویتی و کاهش چالش‌ها و مشکلات ناشی از آن کمک کرد.

۱۵. شیما عطار و فرهاد پروین، «حقوق اتحادیه اروپا و چالش شناسایی حق مالکیت بر داده در عصر دیجیتال»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۵ (بی‌تا): ۲۸۴.

ناشناس باقی می‌ماند. این امر به کاربران این امکان را می‌دهد که بدون افشای هویت واقعی خود، از خدمات و امکانات اینترنتی استفاده کنند. ابهام هویتی می‌تواند به دلیل‌های مختلفی مانند حفاظت از حریم خصوصی، جلوگیری از تعقیب و تهدیدات، و ایجاد فضای آزادتر برای بیان نظرات و ایده‌ها مورد استفاده قرار گیرد. ابهام در افشای هویت حقیقی دارای مزایای متعددی می‌باشد نظیر حفاظت از حریم خصوصی، افزایش امنیت شخصی و ارتقاء آزادی بیان. با وجود مزایای ابهام هویتی، این حالت می‌تواند به چالش‌ها و مشکلات مختلفی منجر شود همانند سوء استفاده و فعالیت‌های غیر قانونی، مشکلات پیگیری و تعقیب مجرمین و انتشار اطلاعات نادرست و شایعات.

۲- چالش‌های اثبات هویت مادی کاربران

اثبات هویت مادی کاربران یکی از موضوعات پیچیده و چالش‌برانگیز در دنیای دیجیتال و اینترنت است.

ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین در بسترهای مبتنی بر ابهام هویتی یک فرآیند پیچیده و چندوجهی است که نیازمند توجه به اصول و ضوابط اساسی، همکاری بین‌المللی، نظارت و پیگیری قانونی، استفاده از فناوری‌های نوین، آموزش و آگاهی‌بخشی به کاربران، تشویق به مسئولیت‌پذیری و ایجاد سازوکارهای حفاظت از حقوق کاربران است. با توجه به اهمیت حریم خصوصی و افزایش تهدیدات سایبری، توجه به این جنبه‌ها می‌تواند به بهره‌برداری از مزایای ابهام هویتی و کاهش چالش‌ها و مشکلات ناشی از آن کمک کند.

۱- ابهام در افشای هویت حقیقی افراد

ابهام در افشای هویت حقیقی افراد یکی از مسائل مهم و پیچیده در دنیای دیجیتال و مجازی است. این مفهوم به حالتی اطلاق می‌شود که در آن هویت واقعی کاربران ناشناس باقی می‌ماند و اطلاعات شخصی آن‌ها به طور کامل افشا نمی‌شود. ابهام در افشای هویت حقیقی به حالتی اشاره دارد که هویت واقعی یک فرد در فضای مجازی و دیجیتال



با گسترش استفاده از خدمات آنلاین و دیجیتال، نیاز به اثبات هویت کاربران برای اطمینان از امنیت، صحت اطلاعات و جلوگیری از سوءاستفاده‌ها افزایش یافته است. در ادامه، به برخی از مهم‌ترین چالش‌های اثبات هویت مادی کاربران پرداخته خواهد شد.

الف) حریم خصوصی و امنیت: یکی از بزرگ‌ترین چالش‌ها در اثبات هویت مادی کاربران، حفظ حریم خصوصی و امنیت اطلاعات شخصی است. بسیاری از کاربران نگران هستند که اطلاعات شخصی آن‌ها مورد سوءاستفاده قرار گیرد یا به دست افراد غیرمجاز بیفتد. این نگرانی‌ها می‌تواند به مقاومت کاربران در ارائه اطلاعات هویتی منجر شود.

ب) جعل هویت: جعل هویت یکی دیگر از چالش‌های بزرگ در اثبات هویت مادی کاربران است. با پیشرفت تکنولوژی و ابزارهای دیجیتال، جعل هویت به راحتی امکان‌پذیر شده است. این مشکل می‌تواند به کلاهبرداری، سرقت هویت و جرایم سایبری منجر شود.

ج) پیچیدگی‌های حقوقی و قانونی: قوانین و مقررات مربوط به اثبات هویت کاربران ممکن است در کشورهای مختلف متفاوت باشد. این تفاوت‌ها می‌تواند به پیچیدگی‌های حقوقی و قانونی در اجرای روش‌های اثبات هویت منجر شود. همچنین، نبود قوانین جامع و واضح می‌تواند مشکلات بیشتری ایجاد کند.

قوانین و مقررات مناسب ضروری است. کاربران باید حق داشته باشند که هویت واقعی خود را در فضای مجازی افشا نکنند و از ناشناسی بهره‌مند شوند. این حق باید در قوانین ملی و بین‌المللی به رسمیت شناخته شود و تضمین شود که کاربران بدون نگرانی از افشای هویت خود از خدمات اینترنتی استفاده کنند. اطلاعات شخصی کاربران نیز باید به‌طور کامل محافظت شود و تنها با رضایت آگاهانه آن‌ها به اشتراک گذاشته شود. شرکت‌ها و سازمان‌ها باید سیاست‌های حفاظت از داده‌های کاربران را به‌طور شفاف اعلام و اجرا کنند. به‌علاوه شرکت‌ها و سازمان‌ها باید به کاربران اطلاع دهند که چگونه داده‌های آن‌ها جمع‌آوری، ذخیره و استفاده می‌شود و چه اقداماتی برای حفاظت از آن‌ها انجام می‌شود. کاربران باید حق دسترسی به داده‌های خود و اطلاعات مربوط به نحوه استفاده از آن‌ها را داشته باشند. همچنین کاربران باید فعالیت‌های مشکوک و تخلفات را به مقامات ذی‌ربط گزارش دهند تا اقدامات لازم انجام شود.

اثبات هویت مادی کاربران در دنیای دیجیتال دارای چالش‌های متعددی است که نیازمند توجه ویژه به حفظ حریم خصوصی، امنیت اطلاعات، هزینه‌های اقتصادی، پیچیدگی‌های حقوقی و قانونی، تنوع فرهنگی و اجتماعی، استفاده از تکنولوژی‌های مناسب، و تجربه کاربری است. با توجه به این چالش‌ها، تدوین استراتژی‌های مناسب و استفاده از فناوری‌های پیشرفته می‌تواند به بهبود فرآیند اثبات هویت و کاهش مشکلات ناشی از آن کمک کند.

۳- ضوابط و قواعد و پیشنهادهای

ابهام در افشای هویت حقیقی یکی از مسائل مهم و پیچیده در دنیای دیجیتال است که دارای مزایا و چالش‌های مختلفی است. با تدوین قوانین و مقررات مناسب، استفاده از فناوری‌های پیشرفته، آموزش و آگاهی‌بخشی به کاربران، تشویق به مسئولیت‌پذیری و همکاری بین‌المللی می‌توان به بهره‌برداری از مزایای ابهام هویتی و کاهش چالش‌ها و مشکلات ناشی از آن کمک کرد. لذا برای مقابله با چالش‌های ناشی از ابهام هویتی و بهره‌برداری از مزایای آن، تدوین

شرکت‌ها و سازمان‌ها باید سازوکارهای مناسبی برای گزارش‌دهی و پیگیری تخلفات ایجاد کنند. قوانین باید به گونه‌ای تنظیم شوند که تعادل مناسبی بین امنیت کاربران و آزادی‌های آن‌ها برقرار شود. امنیت نباید بهانه‌ای برای محدود کردن آزادی‌های اساسی کاربران باشد و کاربران باید بتوانند بدون نگرانی از تهدیدات به‌طور آزادانه از خدمات اینترنتی استفاده کنند. همچنین حقوق بشر باید در تمامی اقدامات و سیاست‌های مربوط به ابهام‌هویی مورد توجه قرار گیرد و هرگونه نقض این حقوق جلوگیری شود. قوانین باید تضمین کنند که حریم خصوصی، آزادی بیان و دیگر حقوق بنیادین کاربران رعایت شود.

ضابطه‌مند کردن و تدوین قوانین در بسترهای مبتنی بر ابهام‌هویی نیازمند توجه به مجموعه‌ای از اصول و قواعد اساسی است که به حفاظت از حریم خصوصی کاربران، شفافیت در جمع‌آوری و استفاده از داده‌ها، پیگیری و اجرای قوانین، استفاده از فناوری‌های پیشرفته، مسئولیت‌پذیری کاربران، توازن بین امنیت و آزادی، آموزش و آگاهی‌بخشی و ایجاد استانداردها و پروتکل‌های امنیتی کمک می‌کند. با رعایت این ضوابط و قواعد، می‌توان به بهره‌برداری از مزایای ابهام‌هویی و کاهش چالش‌ها و مشکلات ناشی از آن کمک کرد.

۴- تناقض‌های بالقوه با روح فناوری‌های موجود

در عصر هوش مصنوعی، داده‌ها تبدیل به یکی از ارزشمندترین دارایی‌ها شده‌اند و این امر با چالش‌ها و تناقض‌هایی همراه است.

در ادامه به برخی از این تناقض‌ها پرداخته‌ایم:

الف) حریم خصوصی در مقابل شخصی‌سازی: حفظ حریم خصوصی افراد یکی از مهم‌ترین اصول در عصر دیجیتال است. کاربران باید اطمینان داشته باشند که داده‌های شخصی آن‌ها محافظت می‌شود و بدون رضایت آن‌ها به اشتراک گذاشته نمی‌شود. از سوی دیگر، فناوری‌های جدید به‌ویژه هوش مصنوعی برای ارائه خدمات شخصی‌سازی شده نیاز به دسترسی به حجم زیادی از داده‌های کاربران دارند. این امر می‌تواند به نقض حریم خصوصی کاربران منجر شود، زیرا اطلاعات شخصی آن‌ها برای تحلیل و بهره‌برداری استفاده می‌شود.

ب) امنیت در مقابل دسترسی آزاد به داده‌ها: حفاظت از داده‌ها در برابر تهدیدات سایبری و سوءاستفاده‌های احتمالی از جمله اولویت‌های اصلی است. استفاده از تکنیک‌های رمزنگاری و پروتکل‌های امنیتی برای حفاظت از داده‌ها ضروری است. با این حال، برخی از فناوری‌های جدید نیاز به دسترسی آزادتر به داده‌ها دارند تا بتوانند بهینه‌سازی‌های بهتری انجام دهند. این تناقض بین امنیت داده‌ها و دسترسی آزاد به آن‌ها می‌تواند چالشی جدی باشد.

ج) شفافیت در مقابل محافظت از الگوریتم‌ها: کاربران حق دارند بدانند که چگونه داده‌هایشان جمع‌آوری و استفاده می‌شود و الگوریتم‌هایی که بر اساس آن‌ها تصمیم‌گیری می‌شود چگونه عمل می‌کنند. این شفافیت می‌تواند به افزایش اعتماد عمومی کمک کند. از سوی دیگر، بسیاری از شرکت‌ها تمایل دارند که الگوریتم‌های خود را به‌عنوان اسرار تجاری محافظت کنند و اطلاعات کاملی درباره عملکرد آن‌ها ارائه ندهند. این تناقض می‌تواند به کاهش شفافیت و اعتماد عمومی منجر شود.



تصمیم‌گیری‌های حقوقی و اخلاقی منجر شود.

تناقض‌های بالقوه در زمینه مالکیت داده‌های مجازی و فناوری‌های جدید، چالش‌های متعددی را در زمینه حفاظت از حریم خصوصی، امنیت داده‌ها، شفافیت، مالکیت داده‌ها، حقوق فردی و منافع جمعی ایجاد می‌کند. برای غلبه بر این تناقض‌ها، نیاز به تدوین استراتژی‌های جامع و هماهنگ، استفاده از فناوری‌های پیشرفته، و ایجاد قوانین و مقرراتی است که تعادل مناسبی بین این اصول متناقض برقرار کند.

نیازهای حقوقی در زمینه داده‌های مجازی و هوش مصنوعی

با توجه به رسالت علم حقوق در رابطه با مدون نمودن و قاعده‌مند سازی وقایع جدید و ارایه تعریف جامع و کارآمد از دستاوردهای بشری-خاصاً پیشرفت‌های روزافزون مدل‌های مختلف هوش مصنوعی- ضرورت تدوین قوانین به روز و کاربردی اولاً برای سامان بخشی به این تکنولوژی پیشرفته و حضور موثر و هرچه بهتر آن در زندگی افراد

د) مالکیت داده‌ها در مقابل اشتراک گذاری داده‌ها: افراد باید حق مالکیت بر داده‌های خود را داشته باشند و بتوانند کنترل کاملی بر نحوه استفاده از آن‌ها داشته باشند. این امر شامل حق حذف داده‌ها و حق انتقال داده‌ها به سرویس‌دهندگان دیگر است. از سوی دیگر، بسیاری از خدمات دیجیتال بر اساس اشتراک‌گذاری داده‌ها عمل می‌کنند و نیاز به دسترسی به داده‌های مختلف برای ارائه خدمات بهتر دارند. این تناقض می‌تواند به چالش‌هایی در مدیریت داده‌ها و حفظ حقوق کاربران منجر شود.

ه) حقوق فردی در مقابل منافع جمعی: حفاظت از حقوق فردی کاربران از جمله حق حریم خصوصی و حق دسترسی به داده‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است. در برخی موارد، استفاده از داده‌ها می‌تواند به منافع جمعی و بهبود خدمات عمومی کمک کند. به عنوان مثال، تحلیل داده‌های بهداشتی می‌تواند به بهبود سیستم‌های بهداشتی و درمانی کمک کند. این تناقض می‌تواند به پیچیدگی در

بررسی شود. علاوه بر آن، حفظ داده‌های محدود شده و نگهداری آنان، خود نیز چالشی مجزا است.

۳- قوانین مربوط به مسئولیت قانونی افراد: در مواقعی که هوش مصنوعی یا سیستم‌های مبتنی بر داده‌ها باعث آسیب یا خسارت می‌شوند، نیاز به تعیین مسئولیت‌ها به ویژه، سوالات مربوط به اینکه آیا تولیدکنندگان، توسعه‌دهندگان یا کاربران این سیستم‌ها باید مسئولیت را بپذیرند یا خیر و تدوین قوانین مبتنی برای پاسخ‌ها دارای اهمیت‌های فراوانی است.

۴- قوانین مبتنی بر مالکیت داده‌های افراد: یکی از چالش‌های بزرگ در زمینه داده‌های مجازی، تعیین مالکیت داده‌هاست. آیا داده‌ها متعلق به افرادی هستند که آن‌ها را تولید کرده‌اند، یا به شرکت‌ها و سازمان‌هایی که داده‌ها را جمع‌آوری و تحلیل می‌کنند؟ قوانین باید روشن کنند که چه کسانی حق استفاده از داده‌ها را دارند و تحت چه شرایطی می‌توان از آن‌ها بهره‌برداری نمود.

و دوماً حمایت هر چه بهتر از دارایی و املاک مجازی (داده‌ها)، پر واضح است. تحلیل و بررسی پیش‌نیازهای حقوقی در زمینه داده‌های مجازی و هوش مصنوعی با هدف تنقیح قوانین موثر، از اهمیت بسیاری برخوردار است. زیرا با گسترش فناوری‌های دیجیتال و هوش مصنوعی، مسائل و چالش‌های حقوقی متعددی به وجود آمده است. در ادامه به برخی از این نیازها و چالش‌ها اشاره خواهیم نمود:

۱- قوانین مرتبط با حریم خصوصی و حفاظت از داده‌ها: با توجه به افزایش جمع‌آوری و پردازش داده‌های شخصی، نیاز به قوانین و مقرراتی برای محافظت از حریم خصوصی افراد و اطمینان از این که داده‌ها به طور قانونی جمع‌آوری و استفاده می‌شوند، حیاتی است. نمونه‌ای از این قوانین، GDPR در اتحادیه اروپا است.

۲- قوانین مربوط به دسترسی و حق فراموشی: افراد باید حق دسترسی به داده‌های خود و نیز حق حذف آن‌ها را داشته باشند. تدوین قانونی که حق فرد بر دسترسی بر داده‌های خود را محدود یا ممنوع نماید، باید

همچنین با توجه به اینکه الگوریتم‌های هوش مصنوعی معمولاً به صورت "جعبه سیاه" عمل می‌کنند، نیاز به ایجاد الزامات قانونی برای شفافیت در روش‌های تصمیم‌گیری هوش مصنوعی وجود دارد. افراد و سازمان‌ها باید قادر باشند که علت اتخاذ تصمیمات خاص را شناسایی نمایند. این الگوریتم‌های هوش مصنوعی همچنین می‌توانند به تبعیض و نابرابری منجر شوند. لذا نیاز به قوانین و مقرراتی برای جلوگیری از استفاده نادرست از داده‌ها و الگوریتم‌ها به منظور تبعیض علیه گروه‌های خاص دارای اهمیت است.

۵- قوانین مربوط به حفاظت از امنیت سایبری: با افزایش تهدیدات سایبری، نیاز به قوانین و تدابیر مناسب برای حفاظت از داده‌ها و سیستم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی در برابر حملات و نفوذها وجود دارد. همچنین به دلیل جهانی بودن فضای مجازی و فناوری‌های دیجیتال و به تبع آن، دسترسی‌های بین‌المللی به داده‌ها و افزایش خطرات تهدیدکننده مالکیت افراد به داده‌های مجازی و حریم خصوصی، نیاز به همکاری بین‌المللی و تنظیم‌گری مشترک برای مقابله با چالش‌های حقوقی و اخلاقی در زمینه داده‌های مجازی و هوش مصنوعی بسیار ضروری است. با پیشرفت فناوری، پیش‌نیازهای حقوقی ممکن است تغییر کنند و به همین دلیل، تنظیم‌گری مستمر و به‌روز در این زمینه‌ها ضروری خواهد بود.

حوزه‌های پرابهام و نیازمند توجه ویژه

در زمینه داده‌های مجازی و هوش مصنوعی، برخی از حوزه‌های پرابهام و چالش برانگیز در علم حقوق وجود دارند که چهل به آن‌ها، موج بفهم نادرست از تکنولوژی و نتجتاً ناتوانی در تنقیح قوانین موثر و کارآمد خواهد شد. علم حقوق موظف است تا نسبت خود را با مفاهیم پیش‌رو تعیین کرده و با ارائه جامع‌ترین و کاملترین تعاریف، نسبت به تدوین قوانین موثر اقدام نماید. این امور بدین شرح هستند:

۱- مالکیت داده‌ها:

هنوز به وضوح مشخص نیست که مالکیت داده‌ها به چه کسانی تعلق دارد. آیا داده‌ها متعلق به افرادی هستند که آن‌ها را تولید کرده‌اند، یا به سازمان‌ها و شرکت‌هایی که آن‌ها را جمع‌آوری و تحلیل می‌کنند؟ در بسیاری از کشورها، داده‌های شخصی به عنوان دارایی فردی شناخته می‌شوند و افراد حق کنترل بر چگونگی داده‌ها، جمع‌آوری، استفاده، اشتراک‌گذاری، اصلاح و حتی حذف آن‌ها را دارند. به عنوان مثال، قوانین حفاظت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا (GDPR) حقوق گسترده‌ای را برای افراد در این زمینه در نظر گرفته است. از سویی دیگر، معمولاً سازمان‌ها و شرکت‌ها که داده‌ها را جمع‌آوری و تحلیل می‌کنند، مالکیت عملیاتی داده‌ها را در اختیار دارند. این به این معناست که آن‌ها می‌توانند با رعایت قوانین و مقررات مربوطه و احترام به حقوق افراد از داده‌ها برای اهداف تجاری خود استفاده نمایند. چالش‌هایی در ارتباط با حق مالکیت معنوی نیز بر روی داده‌ها و محتوای تولید شده با استفاده از هوش مصنوعی وجود دارد. حقوق مالکیت فکری موظف است تا نسبت خود را با ابهامات این حوزه تعیین نماید.

۲- حفاظت از حریم خصوصی:

با گسترش فناوری‌های نوین، مفهوم حریم خصوصی به طور مداوم در حال تغییر است و امروزه نیاز به تعریف دقیقی دارد. همچنین بسیاری از الگوریتم‌های هوش مصنوعی به صورت "جعبه سیاه" عمل می‌کنند و توضیح‌پذیری در تصمیمات آن‌ها دشوار است. این مسأله باعث ایجاد چالش‌هایی در مورد شفافیت و عدالت در تصمیم‌گیری‌ها و ورود این مدل‌ها به حریم خصوصی افراد خواهد شد. استفاده از داده‌های مغرضانه برای آموزش الگوریتم‌های هوش مصنوعی می‌تواند منجر به تبعیض علیه گروه‌های خاص و معقول جلوه دادن نقض حریم خصوصی آنها شود. این موضوع نیاز به قوانین و مقرراتی برای جلوگیری از تبعیض و نابرابری دارد، اما هنوز روشن نیست که چگونه می‌توان این تبعیض‌ها را شناسایی و حل نمود.

بر فعالیتهای مرتبط با داده‌های مجازی و هوش مصنوعی به یک چالش تبدیل شده است. نهادهای مسئول نظارت و سازوکارهای لازم برای بررسی هنوز به صورت واضح تعیین نشده‌اند.

پیشنهادات برای تنقیح و تدوین قوانین جدید

تنقیح و تدوین قوانین در حوزه داده‌های مجازی و هوش مصنوعی نیازمند رویکردی جامع و چندجانبه است؛ قانون موظف است تعریف دقیق مالکیت داده‌ها و حقوق مربوط به آن، شامل حقوق تولیدکنندگان، سازمان‌ها و افراد را به صورت مدون ارائه نماید. تلاش‌های گذشت همچون قوانین موجود مانند GDPR، باید برای ایجاد سازوکارهای مؤثر برای نظارت و پیاده‌سازی حق حریم خصوصی افراد تلاش نمایند. همچنین در متن قانون بای ذکر شود که حدود مسئولیتهای هوش مصنوعی چیست و مسئول اقدامات آن چه افرادی خواهند بود. لازم است مشابه تمامی قوانین دیگر، رویکرد حمایتی نسبت به آسیب دیدگان اتخاذ شود.

۳- مسئولیتهای قانونی و تداخل قوانین: تعیین مسئولیت در مواقعی که هوش مصنوعی باعث خسارت یا آسیب می‌شود، هنوز یک مسئله مبهم است. به عنوان مثال، در مواردی که تصمیم یک سیستم هوش مصنوعی منجر به آسیب می‌شود، دقیقاً مشخص نیست که کدامیک از تولیدکننده، توسعه‌دهنده، کاربر یا حتی خود سیستم باید مسئول شناخته شود. همچنین به علت گستردگی دامنه نفوذ این تکنولوژی‌ها، قوانین مختلف در سطح ملی و بین‌المللی ممکن است با یکدیگر تداخل داشته باشند.

۴-تنظیم‌گری و نوآوری: به چالش کشیدن این موضوع که چگونه می‌توان قوانین را به گونه‌ای تنظیم کرد که هم از حقوق افراد محافظت کند و هم به نوآوری در زمینه فناوری‌های نوین آسیب نرساند، پرابهام است. علم حقوق موظف است در عین حفاظت از افراد و دارایی‌های آنان، موانع بر سر راه رشد فناوری‌های نوآورانه را نیز به حداقل برساند. ایجاد و تعریف نظام‌های نظارتی مناسب برای نظارت

لذا توسعه بیمه‌های مخصوص برای پوشش خسارت‌های ناشی از فعالیت‌های هوش مصنوعی امری ضروری به نظر می‌رسد. ایجاد الزامات قانونی برای شفافیت در مورد نحوه عملکرد الگوریتم‌ها و قابلیت توضیح پذیری تصمیمات آن‌ها ضروری است. توسعه دهندگان مدل‌های جدید فناوری، موظفند به صورت عملیاتی و موثر، الگوریتم‌های جدید را به قانون گذاران معرفی نمایند تا ضمن فراهم آمدن فهم صحیح، استانداردهای حداقلی برای ارائه الگوریتم‌های جدید و قابل ردیابی فراهم آید.

بحث و نتیجه گیری

در نتیجه این پژوهش، مشخص گردید که با توجه به پیچیدگی‌های موجود در مسئله مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی، نیاز به بازنگری و تنظیم مقررات جدید در زمینه حقوق مالکیت فکری وجود دارد. قوانین و مقررات موجود نمی‌توانند تمامی جنبه‌های حقوقی مرتبط با آفریده‌های هوش مصنوعی را به طور کامل پوشش دهند و به حفاظت از حقوق مالکیت فکری کاربران و سازندگان هوش مصنوعی بپردازند. پیشنهاد می‌شود که قوانین جدیدی تدوین شود که به طور خاص به مسائل مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی پرداخته و حقوق و تعهدات تمامی ذی‌نفعان را مشخص کند. همکاری‌های بین‌المللی و تبادل تجربیات در این زمینه نیز می‌تواند به توسعه و تنظیم مقررات مؤثر کمک کند. همچنین، آموزش و آگاهی بخشی به جامعه در مورد حقوق مالکیت فکری و نحوه استفاده از آفریده‌های هوش مصنوعی می‌تواند نقش مهمی در جلوگیری از نقض حقوق و حل و فصل منازعات حقوقی داشته باشد. در نهایت، ایجاد سازوکارهای نظارتی قوی‌تر و مسئولیت‌پذیری بیشتر در زمینه مالکیت داده‌ها و آفریده‌های هوش مصنوعی ضروری است. این اقدامات می‌توانند به تحقق جهانی عادلانه‌تر و صلح‌آمیزتر کمک کنند و نقش مهمی در حفاظت از حقوق بشر و حفظ نظم و امنیت بین‌المللی ایفا نمایند.



منابع

۱- سی‌ردمن، توماس، و محمدحسین دیانی. «داده چیست یا داده‌ها چه هستند؟» نشریه کتابداری و اطلاع‌رسانی، شماره ۲۰ (۱۳۸۱): ۷۱.

۲- عطار، شیما، و فرهاد پروین. «حقوق اتحادیه اروپا و چالش شناسایی حق مالکیت بر داده در عصر دیجیتال.» مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۵ (بی‌تا): ۲۸۴.

۳- جمالیان‌پور، مظفر. «داده‌های بزرگ پارادایمی در حوزه سیستم‌های اطلاعاتی جدید.» نشریه بورس، شماره ۱۲۸ و ۱۲۹ (۱۳۹۴): ۲۴-۲۵.

۴- موسی‌زاده مظفرآبادی، زینب. «روش‌های متداول یادگیری ماشینی و رویکردهای الگوریتمی رایج در آن.» فصلنامه علمی مؤسسه آموزش عالی فردوس، سال چهارم، شماره ۱۲ (۱۴۰۳): ۸۰-۸۳.

۵- نصیری اومالی، فاطمه. «معرفی مفاهیم پایه هوش مصنوعی و یادگیری ماشینی و استفاده از آن‌ها در پروژه‌های خلاقانه.» ارائه‌شده در اولین کنفرانس بین‌المللی مطالعات کاربردی در فرآیندهای تعلیم و تربیت، بندرعباس، ۱۴۰۳.

۶- Foote, Keith D. "A Brief History of Data Science." Dataversity, ۲۰۲۱. <https://www.dataversity.net/a-brief-history-of-data-science/>



نشریه فرداد



انجمن علمی دانشجویی
حقوق دانشگاه خوارزمی



دانشگاه خوارزمی