

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۵۵

نشریه علمی

هزار و چهارصد و دو - پاییز

- ۷ **نظام حقوقی حاکم بر مالکیت سلول‌های مورد استفاده در شبیه‌سازی درمانی و سلول‌های بنیادی حاصله از آن**
مهسا مشار موحد - دکتر محمد راسخ - دکتر سید محمد قاری سید فاطمی - دکتر میرقاسم جعفرزاده
- ۴۹ **تعهد به همکاری بین‌المللی در زمان وقوع بلایا**
مهسا خواجه - دکتر مسعود راعی دهقی - دکتر علیرضا انصاری مهباری
- ۸۱ **میان‌کنش دکترین صلاح‌دید و عرف بین‌المللی**
نیلوفر راغب - دکتر حسن سواری
- ۱۱۵ **چالش‌های داوری سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر نظام حقوقی ایران**
دکتر مصطفی‌اللسان - دکتر زریب‌نگین تاجی
- ۱۴۱ **دولت حقوقی لیبرال؛ مطالعه موردی هایک و نوزیک**
دکتر محمدرضا ویژه - جواد یحیی‌زاده
- ۱۷۱ **نظام حقوقی بازنشستگی استرالیا از منظر حقوق بنیادین**
دکتر فرید نورمحمدان - دکتر عمران نعیمی - دکتر محسن قاسمی
- ۱۹۱ **اثر حقوقی اشتباه در واقعه حقوقی ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی**
دکتر محمدحسین خادمی آراسته - دکتر بیژن حاجی عزیزی - دکتر احمد رضوانی مفرد
- ۲۱۷ **بررسی تطبیقی مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد**
دکتر مهدی هداوند - فاطمه نوروزی
- ۲۴۹ **حکمرانی خوب به مثابه هدف مشترک حقوق عمومی و توسعه**
دکتر مهناز بیات کمیته‌کی - احسان موهبتی
- ۲۸۳ **رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب**
دکتر امید شیرزاد
- ۳۰۹ **ضرورت سیاست‌گذاری‌های صحیح و منصفانه در قراردادهای پیمانکاری ساخت و سازهای شهری**
مهدی سجادی کیا - دکتر مصطفی شاهبازی
- ۳۳۷ **عدالت توافقی نسبت به جرایم اشخاص حقوقی در مرحله پیش‌دادرسی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا**
فاطمه فاضلی نیک - دکتر امیرحسن نیازپور
- ۳۶۷ **نقش نهادهای نظارتی حکومتی در پیشگیری از دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی**
راضیه سبزه‌علی - مهرداد بدیچی
- ۴۰۵ **نظریه سرچنگ‌گلبان در خصوص اراضی ملی یا کشاورزی؛ معیارها و مسؤلیت‌ها**
مهرداد پاکزاد - دکتر الیاس باری - مهدی طالقان غفاری - ابودر طالقان غفاری



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مجله پژوهش‌های حقوقی

«فصلنامه علمی»

- سال بیست و دوم - شماره ۵۵ • پاییز ۱۴۰۲
- ترتیب انتشار: فصلنامه • زمینه فعالیت: علوم انسانی (حقوق)
- شماره صفحات: ۴۳۰ • شماره استاندارد بین‌المللی مجله: ۱۶۸۲-۹۲۲۰

- صاحب‌امتیاز: پژوهشکده حقوقی شهردانش
- مدیر مسؤول: وحید اشتیاق
- سر دبیر: سید قاسم زمانی
- کارشناس: مریم گل محمدی
- ویراستار و صفحه‌آرا: سمیرا نعمتی

هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

- بهرروز اخلاقی • دانشیار دانشگاه تهران - پژوهشکده حقوقی شهر دانش
- محمدعلی اردبیلی • استاد دانشگاه شهید بهشتی
- وحید اشتیاق • دانشیار پژوهشکده حقوقی شهر دانش
- گودرز افتخار چهرمی • استاد دانشگاه شهید بهشتی
- سید قاسم زمانی • استاد دانشگاه علامه طباطبائی - پژوهشکده حقوقی شهر دانش
- سید جمال سیفی • دانشیار دانشگاه شهید بهشتی
- سیدمحمد قاری‌سیدفاطمی • استاد دانشگاه شهید بهشتی
- نادر مردانی • دانشیار دانشگاه شیراز
- جمشید ممتاز • استاد دانشگاه تهران
- سید احمد حبیب نژاد • دانشیار دانشگاه تهران

مشاوران علمی

- محمدعلی بهمنی • استادیار دانشگاه شهید بهشتی
- علی خالقی • دانشیار دانشگاه تهران
- حسن سواری • دانشیار دانشگاه تربیت مدرس - پژوهشکده حقوقی شهر دانش
- حسین سیمایی صراف • دانشیار دانشگاه شهید بهشتی - پژوهشکده حقوقی شهر دانش

بها: ۳۸۰۰۰۰۰ ریال

نشانی دفتر مجله: تهران، خیابان سنایی، خیابان نهم، کوچه گیلان، پلاک ۵، کد پستی ۱۵۸۵۷۴۳۱۱۱

تلفن: ۴-۸۸۸۱۱۵۸۱ (۰۲۱) • شماره: ۸۸۸۱۱۵۸۰ (۰۲۱)
Website: <http://jlr.sdil.ac.ir> • Email: submit@sdil.ac.ir

www.sdil.ac.ir

نام چاپخانه: ایران کهن

شرایط پذیرش مقالات

مجله پژوهش‌های حقوقی که در ارزیابی و رتبه‌بندی سال ۱۳۹۹ کمیسیون بررسی اعتبار نشریات علمی کشور موفق به کسب درجه «ب» (معادل درجه علمی - پژوهشی سابق) شده است بر رعایت نکات زیر به ویژه احترام به حقوق پدیدآورندگان آثار علمی و اصالت مقالات ارائه شده تأکید جدی دارد:

- مقالات باید تألیفی، مستند و تحلیلی باشند.
- مقالات قبلاً در هیچ مجله‌ای چاپ نشده و یا هم‌زمان به مجله دیگری ارسال نشده باشند.
- مقالات باید مطابق با شیوه تنظیم مقالات مجلات تخصصی این مؤسسه به شرح آتی، نسخه‌پردازی و تنظیم شوند.
- از آنجاکه احترام به حقوق پدیدآورندگان آثار علمی یکی از اصول راهبردی مجله است، نقض این حقوق توسط ارسال کنندگان مقالات، به اشخاص و مراجع ذی‌ربط اعلام خواهد شد.
- نویسندگان (گان) باید فرم تعهدنامه (قابل دریافت از سامانه مجله) را تکمیل و به همراه اصل مقاله در سامانه ارائه نمایند (بند). نویسندگان (گان) با تکمیل و ارسال فرم تعهدنامه، تعهدات مندرج در آن و اصالت مقاله را تأیید می‌کنند (بند).
- مقالات باید به همراه نام، نشانی دقیق، شماره تماس و ایمیل نویسنده از طریق سامانه مجله پژوهش‌های حقوقی (به نشانی <http://jlr.sdil.ac.ir>) ارسال شوند.
- دفتر مجله در تلخیص، اصلاح و ویرایش مقالات پذیرفته‌شده آزاد است.
- در صورت لزوم به روزآمدسازی اطلاعات مندرج در مقاله هنگام چاپ، نویسنده متعهد به انجام آن است.

راهنمای تنظیم مقالات

- مقاله در نرم‌افزار MS-Word ۲۰۱۰ و به خط و زبان فارسی تایپ شود و فایل آن از طریق سامانه مجله پژوهش‌های حقوقی (به نشانی <http://jlr.sdil.ac.ir>) ارسال شود.
- متن مقاله بیش از ۹۰۰۰ کلمه نباشد.
- در نگارش مقاله از شیوه‌نامه نگارش پژوهشکده حقوقی شهر دانش (قابل دریافت از پورتال پژوهشکده حقوق و سامانه مجله) استفاده شود.
- مقاله ارسالی دارای بخش‌های زیر باشد:
 - الف - عنوان، چکیده فارسی (حداکثر ۲۵۰ کلمه) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۵ کلمه)؛
 - ب - مقدمه، متن (حداکثر ۹۰۰۰ کلمه)، نتیجه‌گیری؛
 - ج - فهرست منابع بر اساس شیوه‌نامه استناددهی پژوهشکده حقوقی شهر دانش؛
 - د - عنوان، چکیده انگلیسی (حداکثر ۲۵۰ کلمه) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۵ کلمه)؛
- استناددهی به صورت پانوش و بر اساس شیوه‌نامه استناددهی پژوهشکده حقوقی شهر دانش (قابل دریافت از سامانه مجله) انجام شود.
- اسامی خاص و اصطلاحات خارجی در پاورقی ذکر شود.
- شماره ارجاعات در پاورقی‌ها، به صورت متوالی از ابتدا تا انتهای مقاله باشد.
- عناوین اصلی و فرعی در بدنه (متن) مقاله با استفاده از اعداد و به شکل زیر مشخص شوند:
 - عناوین اصلی مقاله - بجز مقدمه و نتیجه - با اعداد تکریمی (۱، ۲، ۳ و ...)
 - عناوین فرعی با اعداد ترکیبی دورقمی (۱-۱، ۲-۱، ۳-۱ و ...)
 - عناوین جزئی‌تر با اعداد ترکیبی سه‌رقمی (۱-۱-۱، ۲-۱-۱، ۳-۱-۱ و ...)
- نیم‌فاصله‌ها در مقاله رعایت شود. به‌عنوان مثال: می‌رود (صحیح) // می رود (غلط)
- بین کلمات تنها یک فاصله باشد. به‌عنوان مثال: قانون مدنی (صحیح) // قانون مدنی (غلط)

یادآوری

۱. مقالات رسیده را استادان صاحب‌نظر در زمینه موضوع مقاله ارزیابی نموده، امکان چاپ یا عدم‌چاپ آن به نویسنده اعلام می‌شود.
۲. دفتر مجله مجاز است مقالات چاپ‌شده را به صورت الکترونیکی نیز عرضه نماید.
۳. مجله هر سه ماه یکبار منتشر می‌شود.
۴. مسؤولیت آراء و نظریات ارائه‌شده در مقاله‌ها به عهده نویسندگان است و چاپ آنها به معنی تأیید مطالب نیست.
۵. به نویسنده (گان) هر مقاله، یک نسخه الکترونیکی از همان شماره اهدا می‌شود.

فهرست عناوین

- نظام حقوقی حاکم بر مالکیت سلول های مورد استفاده در شبیه سازی درمانی و سلول های بنیادی
 حاصله از آن ۷
 مهسا مشار موحد - دکتر محمد راسخ - دکتر سید محمد قاری سید فاطمی - دکتر
 میرقاسم جعفرزاده
- تعهد به همکاری بین المللی در زمان وقوع بلایا ۴۹
 مهسا خواجه - دکتر مسعود راعی دهقی - دکتر علیرضا انصاری مهبیاری
- میان کنش دکتربین صلاح دید و عرف بین المللی ۸۱
 نیلوفر راغب - دکتر حسن سواری
- چالش های داوری سرمایه گذاری خارجی با تأکید بر نظام حقوقی ایران ۱۱۵
 دکتر مصطفی السان - دکتر زریب نگیب تاجی
- دولت حقوقی لیبرال؛ مطالعه موردی هایک و نوزیک ۱۴۱
 دکتر محمدرضا ویژه - جواد یحیی زاده
- نظام حقوقی بازنشستگی استرالیا از منظر حقوق بنیادین ۱۷۱
 دکتر فرید نورمحمدان - دکتر عمران نعیمی - دکتر محسن قاسمی
- اثر حقوقی اشتباه در واقعه حقوقی ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی ۱۹۱
 دکتر محمدحسین خادمی آراسته - دکتر بیژن حاجی عزیزی - دکتر احمد رضوانی مفرد
- بررسی تطبیقی مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد ۲۱۷
 دکتر مهدی هداوند - فاطمه نوروزی
- حکمرانی خوب به مثابه هدف مشترک حقوق عمومی و توسعه ۲۴۹
 دکتر مهناز بیات کمیتکی - احسان موهبتی
- رویکرد کمال گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب ۲۸۳
 دکتر امید شیرزاد

ضرورت سیاست‌گذاری‌های صحیح و منصفانه در قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وسازهای شهری ۳۰۹
مهدی سجادی‌کیا - دکتر مصطفی شاهبازی

عدالت توافقی نسبت به جرایم اشخاص حقوقی در مرحله پیش دادرسی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا ۳۳۷
فاطمه فاضلی‌نیک - دکتر امیرحسین نیازپور

نقش نهادهای نظارتی حکومتی در پیشگیری از دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی ۳۶۷
راضیه سبزه‌علی - مهرداد بدیچی

نظریه سرچنگلبان در خصوص اراضی ملی یا کشاورزی؛ معیارها و مسؤولیت‌ها ۴۰۵
مهرداد پاکزاد - دکتر الیاس یاری - مهدی طالقان غفاری - ابوذر طالقان غفاری

Legal Regime of Governing The Ownership of Cells Used in Therapeutic Cloning and Stem Cells Results of it

*Mahsa Moshar Movahhed¹, Mohammad Rasekh*², Seyed Mohamad Ghari Seyed Fatemi³, Mirghasem Jafarzadeh⁴*

1. PhD Student in Private Law, Law Faculty of Theology and Political Sciences, Department of Research Sciences, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Professor of Law and Philosophy, Department of Public Law and Economic Law, Law Faculty of Shahid Beheshti University, Tehran, Iran and former visiting professor of science and research.h

*Corresponding Author: Email: m-rasekh@sbu.ac.ir

3. Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: smohammad@hotmail.com

4. Associate Professor, Department of International Trade Law and Intellectual Property Law and Cyberspace, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: mirghasem.jafarzadeh@gmail.com

ABSTRACT

The basic pillar of therapeutic simulation is the cells that are provided to scientists to combine and create a simulated embryo. These cells are not capable of planting in the laboratory environment but must be provided by the applicant to the researchers to produce simulated embryo for extracting stem cells. One of the challenges of using the therapeutic simulation process is how scientists reach the above base cells. It also raises the necessity of extracting stem cells from the resulting embryo, the issue of the owners of the decision -making authority towards the embryo. Another challenge is the conscious consent of the cell owners and the role of satisfaction in the owners of the embryo. The evaluation in the present article indicates that non -identification or restriction of decision -making authority to their cell owners and encloses the transfer of basic



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2023.368531.2205

Received:
29 December 2022

Accepted:
1 March 2023

Published:
6 December 2023



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



cells to scientists based on purely kind-hearted donation, benefiting from this modern technology and its valuable achievements with limitations. It makes a lot. In contrast, recognizing cell owners' decision-making authority over those cells and accepting monetary mechanisms and predicting the possibility of paying for cell owners while considering the necessity of their consent in the transfer process, not only increases the motivations of cell donation to simulate therapy. It will also promote the increasing development of scientific processes related to therapeutic simulation, which will be the source of the discovery of the treatment of many illnesses.

Keywords: Therapeutic cloning - Stem cells - Contractual property rights - Informed consent - Information disclosure.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The legal system of simulation therapy in Iran and America", Islamic Azad University, Science and Research Branch, Faculty of Law, Theology and Political science.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahsa Moshar Movahhed : Conceptualization, Methodology, analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision

Mohammad Rasekh: Conceptualization, Methodology, analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision

Seyed Mohammad Ghari Seyed Fatemi: Conceptualization, Methodology, analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision

Mirghasem Jafarzadeh: Conceptualization, Methodology, analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Moshar Movahhed, Mahsa, Mohammad Rasekh, Seyed Mohammad Ghari Seyed Fatemi & Mirghasem Jafarzadeh. "Legal Regime of Governing The Ownership of Cells Used in Therapeutic Cloning and Stem Cells Results of it" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 7-47.

Extended Abstract

By discovering therapeutic simulation methods, scientists have succeeded in treating many diseases that were previously incurable diseases. The subject of scientists' research in therapeutic simulation is human cells and the result of their combination. The result of combining an egg cell with a body cell is a simulated embryo, which is the source of stem cell extraction; But it should be noted that the above-mentioned cells cannot be cultured and produced in the laboratory environment, but must be provided by the applicant to scientists for the production of embryos. Therefore, this fundamental issue is raised that the process of handing over stem cells to scientists is regulated in the framework of what legal mechanism. What is certain is that scientists do not have the right to use people's cells by force and without the knowledge of the cell owners; Because this is in conflict with the need to respect the physical integrity of individuals. Therefore, carrying out therapeutic cloning and its development by scientists depends on providing a logical analysis regarding the legal framework of the process of handing over stem cells to scientists for therapeutic cloning and resulting stem cells. An analysis in which the basics of the transfer of cells are well considered within the framework of the legal system and the requirements related to each of the transfer parties.

One of the main issues related to the research is the investigation of the legal system governing the transfer of human ovum and body cells in the laws of Iran and the United States of America, which is used in the process of therapeutic simulation. Another challenge is determining the rulings related to the owners of the decision-making authority regarding the resulting vision; Because the purpose of therapeutic cloning is to extract stem cells from the cloned embryo, which requires determining the legal status of possession of the resulting embryo and its stem cells. Finally, another issue that is of great importance is to pay attention to the position of conscious consent of the cell owners and the decision-makers regarding the resulting embryos. In other words, it is necessary to see what rights the stem cell owners and those who have the right to make decisions regarding the embryo have in the space of information asymmetry, and what information should be provided to them in order to express their consent.

Based on the above, considering that when the dimensions and aspects of a new technology and its related issues are not well explained in the framework of a legal system, the occurrence of a dispute about the processes related to the said technology can cause serious costs and obstacles in the way of its development and use. Create technology in the future. Therefore, curbing the aforementioned

costs and preventing the creation of obstacles for these technologies requires that every legal system properly identifies and regulates the relations between the beneficiaries and their rights and obligations, and perhaps by using all the components accepted in that legal system, it will pave the way. To develop and spread the benefit of its new technology.

Some advocates of this technology believe that the acceptance of stem cell donation is a matter of therapeutic simulation only in the context of altruistic donation. The foundations of this type of thinking are based on elements of the personification of cells. In other words, the belief in equating a cell in its smallest unit with a complete human leads to the fact that the authors of the said idea deny the applicability of any kind of rulings related to conventional monetary exchanges regarding the transfer of said cells and consider it as a violation of moral principles. While the recognition of the control and possession of the cell owners over their cells in a quasi-proprietary conceptual framework and the acceptance of the possibility of handing over the cells subject to therapeutic simulation in the framework of monetary exchanges, will not only lead to the regulation of transparent legal relations between the beneficiaries of the said technology, but will also bring about its increasing development. brought It is worth mentioning that accepting monetary exchanges for the mentioned cells does not mean ignoring the nature of these cells, and the terms and conditions of conventional goods and related exchanges cannot be applied to the mentioned cells. Rather, the nature of these cells and attention to their general characteristics, which are understood in the framework of a human body, require that all exchanges related to these cells take place in accordance with their special conditions as a part of the human body. Also, the separation of cells from a person's body, even despite his desire, and the production of simulated embryos from the combination of those cells, will not mean the termination of the relationship between the owners of the simulated embryo cells. Therefore, any decision regarding the use of stem cells from the above-mentioned embryos will remain in the hands of the stem cell owners.

Of course, at present, it is difficult to talk about the right of the holders of decision-making authority regarding the resulting plans to use contractual mechanisms in relation to the transfer and handing over of said authority to other persons; Because the arguments of the narcissists regarding the basic cells, when these cells go through their stages of development towards the embryo, cannot be easily denied. Because the state of the embryo as the initial stage of a complete human being is certainly not comparable to conventional goods in the market, and resorting to contractual mechanisms related to the transfer of conventional goods to simulated embryos is in clear conflict with the potential

legal personality of the embryo and the need to observe the collective dimension of human dignity. However, refraining from accepting the conditions related to monetary exchanges regarding stem cells and cloned embryos and the resulting stem cells, the existence of informed consent of the owners of stem cells and the owners of decision-making rights regarding cloned embryos is undeniable and requires that in the process of transfer of stem cells and Stem cells resulting from therapeutic simulation, basic information about the purpose of transfer and possibly its possible economic and financial benefits will be explained to the transferors so that they can make their wish to reject or accept the transfer within the framework of an informed decision based on real information.

This Page Intentionally Left Blank

نظام حقوقی حاکم بر مالکیت سلول‌های مورد استفاده در شبیه‌سازی درمانی و سلول‌های بنیادی حاصله از آن

مهسا مشار موحد^۱، محمد راسخ^{۲*}، سید محمد قاری سید فاطمی^۳، میرقاسم جعفرزاده^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

mahsa.moshar@gmail.com

۲. استاد مدعو سابق، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

استاد، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: m-rasekh@sbu.ac.ir

۳. استاد، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

smohammd@hotmail.com

۴. دانشیار، گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

mirghasem.jafarzadeh@gmail.com

چکیده:

رکن اساسی در شبیه‌سازی درمانی سلول‌هایی است که جهت ترکیب با یکدیگر و ایجاد رویان شبیه‌سازی شده در اختیار دانشمندان قرار می‌گیرد. سلول‌های مزبور قابلیت کاشت در محیط آزمایشگاه را ندارند بلکه باید توسط متقاضی در اختیار پژوهشگران قرار گیرد تا رویان شبیه‌سازی شده جهت استخراج سلول‌های بنیادی تولید گردد. یکی از چالش‌های استفاده از فرآیند شبیه‌سازی درمانی، نحوه دستیابی دانشمندان به سلول‌های پایه فوق است. همچنین ضرورت استحصال سلول‌های بنیادی از رویان حاصله، مسأله صاحبان اختیار تصمیم‌گیری نسبت به رویان‌های مزبور را مطرح می‌نماید. چالش دیگر، جایگاه رضایت آگاهانه صاحبان سلول و نقش رضایت در صاحبان رویان می‌باشد. ارزیابی صورت‌گرفته در مقاله حاضر مبین آن است عدم شناسایی و یا محدود نمودن اختیار تصمیم‌گیری برای صاحبان گامت نسبت به سلول‌های خویش و محصور نمودن واگذاری سلول‌های پایه به دانشمندان بر مبنای صرفاً اهدای نوع‌دوستانه،

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/ILR.2023.368531.2205

تاریخ دریافت:

۸ دی ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۰ اسفند ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



بهره‌مندی از این فناوری نوین و دستاوردهای ارزشمند آن را با محدودیت‌های فراوان روبه‌رو می‌سازد. در مقابل به رسمیت شناختن اختیار تصمیم‌گیری صاحبان سلول نسبت به آن سلول‌ها و پذیرش سازکارهای پولی و پیش‌بینی امکان پرداخت هزینه متناسب به صاحبان سلول در عین توجه به ضرورت وجود رضایت آگاهانه آنها در فرآیند واگذاری، نه تنها انگیزه‌های متقاضیان اهدای سلول جهت شبیه‌سازی درمانی را افزایش می‌دهد، بلکه موجب توسعه روزافزون فرآیندهای علمی مربوط به شبیه‌سازی درمانی خواهد شد که این خود منشأ کشف درمان بسیاری از بیماری‌های صعب‌العلاج می‌گردد.

کلیدواژه‌ها:

شبیه‌سازی درمانی، سلول‌های بنیادی، حقوق مالکیت مبتنی بر قرارداد، رضایت آگاهانه، افشای اطلاعات.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «نظام حقوقی شبیه‌سازی درمانی ایران و آمریکا»، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهسا مشار موحد: مفهوم سازی، روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

محمد راسخ: مفهوم سازی، روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

سید محمد قاری سید فاطمی: مفهوم سازی، روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

میرقاسم جعفرزاده: مفهوم سازی، روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

مشار موحد، مهسا، محمد راسخ، سید محمد قاری سید فاطمی و میرقاسم جعفرزاده. «نظام حقوقی حاکم بر مالکیت سلول‌های مورد استفاده در شبیه‌سازی درمانی و سلول‌های بنیادی حاصله از آن». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۷-۴۷.

مقدمه

دانشمندان با کشف روش‌های شبیه‌سازی درمانی موفق به درمان بسیاری از بیماری‌هایی شده‌اند که تا پیش از این جزء امراض صعب‌العلاج بودند. آنچه موضوع تحقیق دانشمندان در شبیه‌سازی درمانی قرار می‌گیرد، سلول‌های انسان و برآیند ناشی از ترکیب آنهاست. نتیجه ترکیب سلول تخمک با سلول پیکری، رویان شبیه‌سازی شده‌ای است که منبع استخراج سلول‌های بنیادی است؛ اما باید توجه داشت سلول‌های فوق‌رأساً قابل کشت و تولید در محیط آزمایشگاه نمی‌باشند، بلکه باید توسط متقاضی در اختیار دانشمندان جهت تولید رویان قرار گیرند. لذا این مسأله بنیادین مطرح می‌گردد که فرآیند واگذاری سلول‌های پایه به دانشمندان، در چهارچوب چه سازکار حقوقی تنظیم می‌گردد. آنچه مسلم است دانشمندان به اجبار و بدون اطلاع صاحبان سلول حق استفاده از سلول‌های اشخاص را ندارند؛ زیرا این امر در تعارض با لزوم احترام به تمامیت جسمانی اشخاص است؛ بنابراین انجام شبیه‌سازی درمانی و توسعه آن توسط دانشمندان، در گروهی ارائه تحلیلی منطقی در رابطه با چهارچوب حقوقی فرآیند واگذاری سلول‌های پایه به دانشمندان جهت شبیه‌سازی درمانی و سلول‌های بنیادی حاصله است. تحلیلی که در آن مبانی واگذاری سلول‌ها به‌خوبی در چهارچوب نظام حقوقی تنظیم و الزامات مربوط به هر یک از طرفین واگذاری لحاظ شده باشد.

در راستای نیل به هدف تحقیق در نوشتار حاضر، تلاش گردیده مسائل اصلی مربوط به تحقیق مورد ارزیابی قرار گرفته و پاسخی درخور یابند. از مسائل اصلی مربوط به تحقیق، بررسی نظام حقوقی حاکم بر نقل و انتقال سلول‌های تخمک و پیکری اشخاص است که در فرآیند شبیه‌سازی درمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد. اینکه یک نظام حقوقی چه ضوابط و شرایطی را برای واگذاری سلول‌های یادشده وضع نموده است، از اهمیت زیادی برخوردار است. البته در تحقیق حاضر گستره بحث محدود به بررسی دو نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا گردیده است. چالش دیگر، تعیین احکام مربوط به صاحبان اختیار تصمیم‌گیری نسبت به رویان حاصله است؛ زیرا هدف شبیه‌سازی درمانی استخراج سلول‌های بنیادی از رویان شبیه‌سازی شده است که مستلزم تعیین وضعیت حقوقی تصرف بر رویان حاصله و سلول‌های بنیادی آن است. در نهایت مسأله دیگری که از اهمیت والایی برخوردار است، توجه به جایگاه رضایت آگاهانه صاحبان سلول و دارندگان حق تصمیم‌گیری نسبت به رویان‌های حاصله است. به بیان دیگر باید دید صاحبان سلول پایه و دارندگان حق تصمیم‌گیری نسبت به رویان در فضای عدم تقارن اطلاعات، از چه حقوقی برخوردار بوده و جهت اعلام رضایت خویش چه اطلاعاتی باید در اختیار آنها

قرار داده شود.

بنا به مراتب فوق، با عنایت به اینکه هنگامی که ابعاد و جوانب یک فناوری نوین و مسائل مربوط به آن در چهارچوب یک نظام حقوقی به‌خوبی تبیین نگردیده باشد، حدوث اختلاف پیرامون فرآیندهای مربوط به فناوری مزبور می‌تواند هزینه‌ها و موانع جدی در مسیر توسعه و بهره‌گیری از آن فناوری را در آینده ایجاد نماید. لذا مهار هزینه‌های مزبور و جلوگیری از ایجاد موانع پیش‌روی این فناوری‌ها مستلزم آن است که هر نظام حقوقی روابط حاکم فی‌مابین ذی‌نفعان و حقوق و تعهدات آنها را به‌خوبی شناسایی و تنظیم نموده و چه‌بسا با استفاده از کلیه مؤلفه‌های مورد پذیرش در آن نظام حقوقی، راه را برای توسعه و گسترش بهره‌مندی از مواهب آن فناوری نوین هموار سازد.

۱ - خرید و فروش و نقل و انتقال سلول‌های انسان

در شبیه‌سازی درمانی برای تولید روبان شبیه‌سازی‌شده، سلول‌های انسانی اهمیت زیادی دارد. محققان بدواً دسترسی به سلول‌های انسان جهت تکمیل فرآیندهای تحقیقاتی خویش ندارند، مگر توسط صاحبانشان در اختیار آنها قرار گیرد. یکی از چالش‌های مطروحه عبارت از این است که آیا واگذاری سلول‌های انسان می‌تواند در چهارچوب نقل و انتقال متعارف که در ازای آن واگذارنده از متقاضی طلب پول یا سایر مزایای مالی را می‌نماید، صورت گیرد. مغایرت این مبادلات با اصول اخلاقی و کالا انگاشتن سلول‌های انسان، سبب شده برخی علی‌رغم پذیرش واگذاری سلول‌های انسان جهت انجام تحقیقات زیست‌پزشکی، قالب واگذاری را صرفاً در بستر واگذاری نوع دوستانه و نه در چهارچوب مبادلات متعارف به رسمیت بشناسند.

۱-۱ - استدالات مخالفین

مخالفین خرید و فروش و نقل و انتقال سلول‌های انسان در ازای پول و سایر مزایای مالی، هرچند معترف به ضرورت شناسایی امکان واگذاری سلول جهت تحقیقات زیست‌پزشکی هستند، اما منکر آثار ناشی از پذیرش خرید و فروش سلول‌های انسان می‌شوند. به عقیده آنها حاکمیت قواعد سنتی خرید و فروش بر واگذاری سلول، سبب مخدوش گردیدن ارکان اصلی یک معامله صحیح در این‌گونه واگذاری‌ها خواهد شد. همچنین معتقدند که هدف اولیه و مزایایی که بر اساس آن خرید و فروش سلول‌های انسان توجیه گردیده، به دلیل بروز آثار جانبی مخرب ناشی از آن، به دست فراموشی سپرده خواهد شد.

۱-۱-۱- غیرارادی بودن و اجبار

اولین ایراد مخالفین، خدشه به وصف داوطلبانه بودن اهدای سلول و بافت است.^۱ با پذیرش پیشنهاد پرداخت مابه‌ازای مالی به اهداکننده، چه‌بسا افراد نیازمند اختیار تصمیم‌گیری خویش را به نتایج مالی حاصل از عمل وامی‌گذارند.^۲ همان‌گونه که دستورالعمل شورای پژوهشی ملی آمریکا اعلام می‌دارد: پرداخت‌ها ممکن است «تأثیر نامناسب یا انگیزه‌های ناروایی را موجب گردد که ارزیابی اهداکننده بالقوه از مخاطرات عملش یا داوطلبانه بودن انتخاب‌های او را مخدوش سازد».^۳ با این حال در صورت منع پیشنهاد پرداخت پول در ازای اهدا، تعداد اهداکنندگان کاهش یافته و نزدیکان بیمارانی که بیماری آنها موضوع تحقیقات سلول‌های بنیادی یا شبیه‌سازی درمانی است، برخلاف میل اقدام به اهدای سلول نموده یا ممکن است در اثر تهدید غیرمستقیم پزشکان یا ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی یا درمانی برای اهدا تحت فشار قرار گیرند.^۴ لذا ممنوعیت کامل اهدای سلول‌های انسانی در مقابل پول و محصور ساختن آن به قسم نوع‌دوستانه، کاهش چشمگیر اهداکنندگان را به دنبال دارد.

۱-۱-۲- کالایی‌نگاری

دومین انتقاد وارده را پیامال شدن حیثیت انسانی و تسری قواعد حاکم بر معادلات بازار نسبت به موضوعات مربوط به شخصیت و تمامیت جسمانی انسان دانسته که خود سبب فرو کاستن عناصر شخصیتی و جسمی انسان به مفاهیم پولی می‌گردد.^۵ با این حال نقصان استدلال مذکور از این جهت است که نظریه یگانگی شخصیت را در خصوص هر سلول اعمال می‌نماید. به‌عنوان مثال محققى که برای دسترسی به سلول‌های پوستی دارای جهش ژنتیکی نادر توسط شبیه‌سازی درمانی، اقدام به ایجاد این سلول بنیادی رویانی می‌نماید، ممکن است به دارنده چنین سلولی پیشنهاد پرداخت پول دهد. لذا مخالفان خرید و فروش سلول با استناد به آسیب‌های اجتماعی، مانع پرداخت پول و در نتیجه عدم تمایل اهداکننده به اهدا خواهند شد. این استدلال مستلزم یکسان‌نگاری ارزش اخلاقی سلول پوست با ارزش اخلاقی انسان است؛ با این حال انجام این‌گونه معاملات به‌هیچ‌وجه به کرامت انسانی خدشه‌ای وارد

1. Russell Korobkin, "Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research", *Arizona Law Review* 49 (2007), 49.
2. Kenneth Baum, "Golden Eggs: Towards the Rational Regulation of Oocyte Donation", *Brigham Young University Law Review* 107(2001): 146-147.
3. NRC Guidelines, 2005, note 1, at 86
4. Korobkin, *Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research*, op.cit, 51-52.
5. Glenn Cohen, "The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate", *Harvard Law Review* 117(2003), 692.

نمی‌کند؛ زیرا معنای انسان فراتر و متفاوت از تعداد انگشت‌شماری از سلول‌های خاص اوست.^۶

۱-۳- از بین بردن نوع دوستی

سومین دلیل، تأثیر مخربی است که پرداخت پول بر آزادی متقاضیان در اهدای نوع‌دوستانه می‌گذارد. به عبارتی مجاز شمردن بازار به پولی کردن عمل اهدای سلول، آزادی اندکی برای تمایل به انجام رفتار نوع‌دوستانه باقی می‌گذارد.^۷ البته نگرانی در این زمینه جایگاهی ندارد؛ زیرا پیشنهاد فوق، مانع اهدای نوع‌دوستانه متقاضیان نبوده بلکه وی آزاد به رد یا پذیرش آن است.^۸

چنانچه عمل اهدا با مخاطرات پزشکی همراه باشد، تعداد این اهداکنندگان کاهش می‌یابد. بسیاری از اهداکنندگان نوع‌دوست اسپرم جهت تحقیقات سلول‌های بنیادی، به دلیل بی‌خطر بودن اهدای سلول و کمک به پیشرفت‌های علمی بدون انگیزه پولی حاضر به اهدای سلول خویش هستند؛ اما در مقابل به دلیل مخاطره‌آمیز بودن اهدای تخمک^۹، اشخاص کمی حاضر به اهدای نوع‌دوستانه تخمک خواهند شد. لذا در راستای تأمین نیازهای محققان سلول‌های بنیادی، پرداخت پول ضروری می‌نماید.

۱-۴- افزایش هزینه‌های تحقیق

پرداخت پول به اهداکنندگان سلول افزایش هزینه‌های مستقیم تحقیق و در نتیجه کاهش تحقیقات را به دنبال دارد. چنانچه تمایل اهداکنندگان برای اهدای نوع‌دوستانه ثابت باشد، پرداخت غرامت به

6. David Resnick, "Regulating the market for human eggs", *Bioethics* 15(2001), 6.

7. Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy* (Bristol University Press, Policy Press, 1997), 213.

۸. موافقان خرید و فروش سلول‌های انسان معتقدند با توجه به ضرورت وجود سلول‌های انسانی در فرآیند تحقیقات زیست‌پزشکی، در صورت ممنوعیت خرید و فروش سلول‌های انسان، سوداگران اقدام به تشکیل بازارهای سیاه نموده تا نیازهای متقاضیان را تأمین نمایند که به‌مرور سبب عدم عرضه قانونی و کافی سلول‌های مورد نیاز متقاضیان و سیر صعودی قیمت‌ها در بازار خواهد شد. لذا قانونی شدن خریدوفروش و امکان انجام معاملات مربوط به سلول‌ها تحت نظارت مراجع ذی‌صلاح، سبب حذف بازار سیاه و تعادلی شدن قیمت‌ها در بازار خواهد شد. نک:

Randolph Beard & David Kaserman, "On the Ethics of Paying Organ Donors: An Economic Perspective", *DePaul Law Review* 55 (2006): 834-835.

برای ملاحظه اعمال منطق اقتصادی مذکور در خصوص ایجاد بازار فرزندخواندگی نک:
Richard Posner, "The Regulation of the Market in Adoptions", *boston university law review* 67 (1987), 62.

۹. برای تشریح خطرات و درد ناشی از بازیابی تخمدان از تخمدان‌های زن نک:
Ellen Waldman, "Disputing Over Embryos: Of Contracts and Consents", *Arizona State Law Journal* 32 (2000): 903-904.

اهدایکنندگان متقاضی دریافت پول، هزینه پروژه تحقیقاتی را افزایش می‌دهد. هنگامی که اهدای سلول مخاطرات اندکی دارد و تعداد اهداکنندگان نوع دوست زیاد باشد، پژوهشگران می‌توانند بدون پرداخت پول، از متقاضیان به میزان مورد نیاز سلول جمع‌آوری نمایند. البته ممکن است برای سلول‌هایی که جمع‌آوری آنها دشوار است مانند سلول منحصربه‌فرد، قیمت بازار به‌طور قابل توجهی بالا باشد.^{۱۰} لذا اگر مجوز پرداخت پول به اهداکنندگان صادر گردد، هزینه تحقیق بیشتر خواهد بود.

اما این نتیجه را نمی‌توان دلیل مخالفت با پذیرش پرداخت پول به اهداکنندگان دانست؛ زیرا نتیجه ممنوعیت پرداخت پول، رها نمودن تحقیق توسط دانشمندان است^{۱۱}، درحالی که پرداخت پول منطقیاً هزینه جانبی استمرار تحقیقات است. مخالفان جهت منطقی شدن استدلال خویش، باید اعلام نمایند که چرا باید با اهدای سلول به شکلی متفاوت از مجموعه وسیعی از کالاها و خدمات که جامعه به اهداکننده آن اجازه دریافت پول را می‌دهد، رفتار گردد. ممکن است بیان شود منبع تهیه سلول، بدن انسان است که شأنی متفاوت از سایر اشیا دارد. با این حال استدلال مذکور مبین یکسان‌انگاری شأنی مشابه برای هر یک از واحدهای سلولی با انسانی کامل است. استدلالی که پایه علمی نداشته و سازگار با واقعیت‌های عینی و اجتماعی نمی‌باشد.

۱-۲- استدلالات موافقین

مخالفین خرید و فروش سلول‌های انسان معتقدند امکان پرداخت پول برای تأثیرگذاری بر تصمیم‌گیری به اهدا یا مبادله سلول، منجر به «کالایی‌سازی»^{۱۲} بدن انسان خواهد شد.^{۱۳} از نظر اقتصادی، پرداخت‌های صورت گرفته به اهداکننده واجد اثر خارجی^{۱۴} منفی است و به‌صورت ضمنی فرض آن است این اثرات، بر منافع مستقیم حاصل از توافقات طرفین قرارداد، غلبه دارد.^{۱۵} در خصوص برطرف نمودن نگرانی‌های

10. Donna Gitter, "Ownership of Human Tissue: A Proposal for Federal Recognition of Human Research Participants' Property Rights in Their Biological Mate", *Washington and Lee Law Review* 61 (2004): 281.

11. Thomas Dillon, "Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits", *Notre Dame Law Review* 64 (1989): 633.

12. Commodify

13. Margaret Jane Radin, "Market-Inalienability", *Harvard Law Review* 100 (1987), 97.

۱۴. Externality: «اثر خارجی» مبین منافع یا هزینه‌های فعالیبت شخصی است که شخص آنها را دریافت نمی‌کند یا متحمل نمی‌شود نک:

Robert Ekelund & Robert Tollison, *Microeconomics: Private Markets and Public Choice* (Pearson Education, 2000), 439.

15. Beard & Kaserman, op.cit., 839.

مربوط به کالایی‌سازی سلول‌ها و بافت‌های انسان، می‌توان دو استدلال طرح نمود:

۱- در چهارچوب نظام فعلی تهیه اعضای بدن انسان برای بیماران نیازمند که مبتنی بر نوع دوستی اهداکنندگان است، بسیاری از متقاضیان دریافت عضو که در لیست انتظارند، به دلیل کمبود اهدای عضو، جان خود را از دست می‌دهند. لذا افکار عمومی، انگیزه کمک مالی به اهداکنندگان را راهکاری جایگزین در کنار انگیزه‌های نوع‌دوستانه می‌دانند؛^{۱۶}

۲- باید کلیه اثرات خارجی بر اشخاص ثالث در زمینه اهدای سلول در ازای پرداخت پول به اهداکننده را ارزیابی نماییم. افزایش میزان اهدای سلول، در صورت ارائه مشوق‌های مالی به اهداکننده، نجات جان بیماران را به دنبال دارد. در واقع از منظر اقتصادی، زمانی وجود اثرات خارجی منفی ناشی از کالایی شدن بدن انسان، سبب توجیه ممنوعیت ارائه مشوق‌های مالی به اهداکنندگان می‌گردد که ارزش اثرات خارجی منفی بر مزایای اجتماعی حاصل از استفاده از چنین مشوق‌های مالی غلبه کند.^{۱۷}

۱-۳- نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و ایران در رابطه با خرید و فروش سلول‌های انسان

منصرف از دیدگاه‌های نظری در رابطه با ممنوعیت یا جواز امکان خرید و فروش سلول به‌مثابه مال به شیوه مرسوم، جایگاه مواضع نظام حقوقی هر کشور در رابطه با موضوع از اهمیت زیادی برخوردار است. البته موضع یک نظام حقوقی صرفاً توسط قوانین تعیین نمی‌گردد، بلکه در بسیاری موارد، احکام مربوطه توسط مراجعی که صلاحیت تعیین هنجارهای حاکم بر جامعه علمی را دارند، تعیین می‌گردد.

۱-۳-۱- ایالات متحده آمریکا

در سال ۲۰۰۵ شورای تحقیقات ملی آمریکا، هیأتی را مأمور تهیه دستورالعمل‌های انجام تحقیقات سلول‌های بنیادی رویانی انسانی نمود. هیأت مذکور توصیه نمود که «پرداخت نقدی یا غیرنقدی برای اهدای بلاستوسیست بیش از آنچه در حوزه بالینی مورد نیاز است در راستای استفاده برای اهداف تحقیقاتی صورت نگیرد»^{۱۸} همچنین توصیه گردید زنانی که تحت القای هورمونی برای تولید تخمک

16. J.D.Jaspera, C.A.Nickerson, J.C.Hershey, D.A.Asch, The public's attitudes toward incentives for organ donation, *Transplantation Proceedings*, 31 (1999), 2181.

17. Ibid, 840.

18. NRS,2005, Recommendations.15

برای اهداف تحقیقاتی قرار می‌گیرند، باید فقط هزینه‌های مستقیمی که از این روش و توسط هیأت، ارزیابی شده است را دریافت نمایند. همچنین پرداخت نقدی یا غیرنقدی برای اهدای تخمک و اسپرم یا سلول‌های پیکری جهت اهداف تحقیقاتی نباید صورت گیرد.^{۱۹}

نخستین قانون مرتبط با خرید یا فروش بافت‌های انسانی، قانون ملی پیوند عضو^{۲۰} مصوب ۱۹۸۴ کنگره آمریکا است که خرید یا فروش اعضای بدن شامل کلیه‌ها، کبد، قلب، ریه‌ها، مغز استخوان، قرنیه، چشم، استخوان و پوست یا هر بخش فرعی از سایر بافت‌های انسان را ممنوع اعلام نموده است. دامنه شمول قانون شامل بافت‌های تجدیدپذیر از جمله بافت‌هایی مانند خون یا اسپرم نمی‌شود. همچنین محدودیت‌های موضوع قانون صدرالذکر ناظر به اقدام‌هایی است که جهت پیوند به انسان مورد استفاده است.^{۲۱} در این صورت پژوهشگران می‌توانند اقدام به خریداری و اهداکنندگان اقدام به فروش اندام‌های مجاز برای اهداف تحقیقی نمایند.^{۲۲}

مطابق قانون نمونه هدیه آناتومی مصوب ۱۹۶۸ که در تمام ایالات آمریکا تصویب شده است، اشخاص دارای سلامت عقل و حداقل سن هجده سال، در زمان حیات حق اهدای کلیه اعضای بدن خویش بعد از فوت برای مقاصد پیوند، درمان، تحقیق یا آموزش را دارند^{۲۳} و عمل اهدا پس از مرگ اهداکننده نافذ خواهد شد.^{۲۴} با اصلاح قانون فوق در سال ۱۹۸۷، پانزده ایالت، تمام یا بخشی از نسخه اصلاحی را تصویب کردند. بین دو نسخه سال ۱۹۶۸ و ۱۹۸۷ این تفاوت اساسی وجود داشت که قانون ۱۹۶۸، در مورد فروش اعضای بدن سکوت کرده بود، درحالی‌که قانون ۱۹۸۷ با الگوبرداری از قانون ملی پیوند عضو، هرگونه تجارت با اعضای بدن انسان را به صراحت ممنوع نمود و چنانچه پس از مرگ متوفی، قسمتی از اعضای بدن او بدون رعایت تشریفات قانونی برای پیوند یا درمان برداشته شود، مشمول مجازات خواهد بود.^{۲۵} باید توجه داشت به موجب قانون اخیر، خرید و فروش اعضای بدن برای استفاده در پیوند یا درمان ممنوع گردیده است، اما اهداف تحقیقاتی از این ممنوعیت حذف گردیده است.^{۲۶}

19. NRS, 2005, Recommendations. 16

20. National Organ Transplant Act (1984)

21. 42 U.S.C. § 274e(a)(c) (2000)

22. Radhika Rao, "Property, Privacy, and the Human Body", *Boston University School of Law* 80 (2000), 376.

23. UAGA § 3, 8A U.L.A. 106-07 (1993)

24. UAGA § 2(a) (1968), 8A U.L.A. 99 (1993)

25. UAGA § 10 (1987), 8A U.L.A. 58 (1993)

26. UAGA § 10(a) (1987)

باین حال در سطح ایالتی، در مورد پرداخت غرامت جهت دستیابی به تخمک، احکام متفاوتی وجود دارد. ایالت کالیفرنیا پرداخت غرامت به زنان برای تشویق به تولید تخمک جهت استفاده در تحقیقات پزشکی، افزون بر بازپرداخت هزینه‌های مستقیم به زنانی که تخمک‌هایی را برای تحقیق اهدا می‌کنند، ممنوع نموده است.^{۲۷} مطابق دستورالعمل‌های تحقیقات سلول‌های بنیادی، اجازه تحقیق بر روی خطوط سلول‌های بنیادی مشتق شده از رویان‌های حاصله که با استفاده از سلول‌های تخمکی که دانشمندان هزینه آنها را به اهداکنندگان پرداخت کرده‌اند، داده نشده است.^{۲۸}

در قوانین ایالت ماساچوست هرگونه پرداختی به زنانی که برای تحقیق، تخمک اهدا می‌کنند، ممنوع گردیده است.^{۲۹} به موجب قانون ایالت فلوریدا نباید شخصی به صورت آگاهانه پیشنهاد خرید و فروش عضو یا بافت برای بررسی ارائه نماید.^{۳۰} قانون ایالت جورجیا، خرید یا فروش هر عضوی از بدن یا جنین یا پیشنهاد آن را برای هر شخص یا شرکتی غیرقانونی دانسته به جز موارد مندرج در بخش «ب» قانون آن ایالت از جمله: ۱- خرید یا فروش خون، پلاسمای خون، فرآورده‌های خونی، مشتقات خون، سایر مایعات خودتکثیرشونده بدن یا مو؛ ۲- خرید یا فروش بافت، اندام یا سایر قسمت‌های بدن انسان برای آموزش علوم پزشکی و بهداشتی.^{۳۱}

برخی ایالات فروش بافت برای تحقیقات سلول‌های بنیادی را ممنوع می‌سازند.^{۳۲} البته برخی از این ایالات بافت‌های تجدیدپذیر همانند خون و اسپرم را از این ممنوعیت‌ها مستثنا ساخته‌اند. ایالت ویرجینیا تخمک‌ها و بافت‌های تجدیدپذیر را از ممنوعیت فوق معاف می‌سازد.^{۳۳} در مقابل ایالت لوئیزیانا فروش بافت انسان را به‌طور کلی برای عموم اهداف تحقیقی ممنوع نمی‌سازد،^{۳۴} بلکه فروش تخمک را مشمول ممنوعیت دانسته است.^{۳۵}

27. California State Code Health and Safety Code §125330-125355

28. California Department of Public Health Guidelines for Stem Cell Research, 2011, 11

29. Massachusetts Code of Regulations 105 CMR 960 §960.006(a), Massachusetts General Laws Title XVI, Chapter 111L, §8 (2005)

30. Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 873.01

31. Georgia Code Title 16. Crimes and Offenses § 16-12-160.

32. Illinois Compiled Statutes Chapter 720 - Criminal Offences 720 ILCS 5/ - Criminal Code of 2012. Title III, Maryland Code, Health-General § 5-408, Michigan Compiled Laws. ANN. § 333.10204, Minnesota Statute ANN. § 145.422, Texas Penal Code ANN. § 48.02, Virginia Code ANN. § 32.1-289.1

33. Virginia Code ANN. § 32.1-289.1

34. Louisiana Revised Statutes ANN. § 14:101.1

35. Louisiana Revised Statutes ANN. § 9:122

۱-۳-۲- بررسی پرونده Moore v. Regents of the University of California (1990)

مور^{۳۶} در اکتبر ۱۹۷۶ پس از ابتلا به سرطان لوکمی سلول موئی^{۳۷} که در آن بدن فرد تعداد زیادی لنفوسیت^{۳۸} معیوب تولید می‌کند به دانشگاه یوسی‌ال‌ای^{۳۹} مراجعه و در آنجا پزشکان مقدار زیادی خون و مواد دیگر مانند اسپرم را از بدن وی اخذ کردند. در اکتبر ۱۹۷۶، پزشک وی، دیوید گلد^{۴۰} و شرلی جی کوان^{۴۱} طحال بیمار را جهت کاهش سرعت پیشرفت بیماری و تحقیق بر روی لنفوسیت‌های معیوب از بدن وی خارج کردند. لذا مور صرفاً رضایت‌نامه تجویز انجام جراحی را امضا کرد. پس از عمل، گلد دریافت که لنفوسیت‌های تی^{۴۲} معیوب، از نوع منحصر به فردی بوده که می‌توان برای فناوری‌های پزشکی استفاده نمود و ارزش ۳/۰۱ میلیارد دلاری دارند.^{۴۳}

طی سال‌های بعد جهت ادامه تحقیقات مقادیر دیگری از خون، مغز استخوان و ... از وی گرفته شد.^{۴۴} گلد سال‌ها تلاش کرده بود تا راهی برای تکثیر مداوم سلول‌های طحال مور ایجاد نماید.^{۴۵} گلد بدون رضایت مور، رده‌ای سلولی^{۴۶} از لنفوسیت‌های تی تحت عنوان «مو»^{۴۷} ایجاد نمود که برای بیماری سرطان خون قابل استفاده بود. در ژانویه ۱۹۸۱، دانشگاه کالیفرنیا درخواستی برای ثبت اختراع ارائه نمود. در سال ۱۹۸۳ مور به رضایت‌نامه‌ای که در آن باید داوطلبانه همه حقوق خود در رده سلولی یا محصولات ایجاد شده از خون و مغز استخوان را به دانشگاه اعطا می‌نمود، مشکوک شد. لذا مور جهت انجام مشاوره حقوقی و طرح دعوی به سنفورد گیج^{۴۸} (وکیل دعاوی)، مراجعه نمود.^{۴۹} در ۲۰ مارس

36. moor

37. hairy-cell leukemia

۳۸. Lymphocyte: لنفوسیت‌های سالم گلبول‌های سفید خونی هستند که با عفونت مبارزه می‌کنند، درحالی که لنفوسیت‌های معیوب، سیستم ایمنی را ضعیف کرده و لنفوسیت‌های سالم را از بین می‌برد.

39. The University of California, Los Angeles

40. David W. Golde

41. Shirley G. Quan

۴۲. T-lymphocytes: زیرگروهی از گلبول‌های سفید که در روند مبارزه بدن با عفونت‌ها نقش دارند.

43. Moore v. Regents of the University of California, Supreme Court of California, 1990: 4-6.

44. Russell Korobkin, "No compensation" or "pro compensation": Moore v. Regents and default rules for human tissue donations", Journal of Health Law 40, 1(1)(2007), 2.

45. J.E. Ferrell, Who Owns John Moore's Spleen? Chicago Tribune, 1990, p.3

۴۶. Cell Line: گروهی از سلول‌ها که خارج از ارگانسیم و در محیط آزمایشگاه تکثیر و می‌توان از آنها برای مطالعه عوامل ایجادکننده بیماری‌های مختلف استفاده کرد.

47. Mo

48. Sanford M. Gage

49. Rebecca Skloot, "The Immortal Life of Henrietta Lacks", Crown/Random House, 2010: 89-130.

۱۹۸۴، در پی ثبت حق اختراع رده سلولی «مو» و واگذاری آن به دانشگاه کالیفرنیا، گلد با عنوان مخترع، قراردادی با مؤسسه ژنتیک^{۵۰} جهت تجاری‌سازی محصول حاصله منعقد و متعاقباً شرکت داروسازی ساندوز^{۵۱} به توافق‌نامه مذکور ملحق گردید.^{۵۲}

در سپتامبر ۱۹۸۴، مور علیه کلیه طرفین توافق‌نامه فوق شکایت و خود را محق به دریافت سودهای اخذ شده دانست. در ابتدا دادگاه به نفع دانشگاه کالیفرنیا رأی داد؛ اما پس از تجدیدنظرخواهی مور دادگاه استیناف کالیفرنیا رأی صادره را نقض و اعلام نمود که خون و بافت‌های بیمار دارایی وی است و بیمار می‌تواند در سود حاصل از محصولات تجاری آن، شریک شود. متعاقباً با اعتراض دانشگاه کالیفرنیا، دیوان عالی کالیفرنیا رأی صادره را نقض و مقرر نمود اشخاص حقیقی در سود حاصله از تحقیقات انجام‌شده، ندارند ولی پزشکان موظف به افشای منافع تحقیقاتی به بیمار هستند.^{۵۳} با صدور این رأی مور قادر به فروش سلول‌های خویش به سایر محققان نیز نبوده است؛ زیرا فروش حق ثبت اختراع گلد را نقض می‌کرد.^{۵۴} باید توجه داشت در رأی صادره در خصوص اینکه آیا بیماران می‌توانند قبل از برداشتن بافت‌هایشان، درخواست پول نمایند یا محققان و پزشکان چه مقدار اطلاعات در رابطه با منافع شخصی خود در مورد مواد بدن بیمار، باید در اختیار بیمار قرار دهند، اشاره نکرده است.^{۵۵}

۱-۳-۳- ایران

در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و «قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مصوب ۱۳۷۹، حکم خاصی در رابطه با استفاده از تخمک یا سلول‌های پیکری یا انتقال داده شده در فرآیند شبیه‌سازی درمانی وجود ندارد. برخی حقوق‌دانان در مواجهه با خلأ وجود قوانین و مقررات در زمینه اهدای گامت، پیشنهاد وضع مقررات جامعی را در این خصوص مطرح نموده‌اند.^{۵۶}

50. Genetics Institute

51. Sandoz Pharmaceuticals Corporation

52. Russell Korobkin, "No compensation" or "pro compensation": Moore v. Regents and default rules for human tissue donations, *op.cit.*, 3.

53. Moore v. Regents of the University of California, *Ibid.*: 13-14.

54. Rebecca Skloot, "The Immortal Life of Henrietta Lacks", Crown/Random House, 2010: 197.

55. Richard A. Epstein & Catherine M. Sharkey, *Cases and Materials on Torts* (Wolters Kluwer, 2016), 569.

۵۶. حسین صفائی، «نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی»، فصلنامه پیش ۴، ۱۳۸۶، ۳۲۵.

در حال حاضر که اهدا یا انتقال تخمک، فاقد حکم ممنوعیت یا جواز است، اهدای تخمک به‌وفور در مراکز درمان ناباروری صورت گرفته و حتی در بیشتر موارد گیرنده، مبلغی به اهداکننده می‌پردازد.^{۵۷} در این موارد اهدا و انتقال تخمک، در راستای درمان ناباروری صورت می‌گیرد و نمی‌توان برای سایر اهداف درمانی همچون استفاده در فرآیندهای مربوط به شبیه‌سازی درمانی استفاده نمود.

بر اساس مقررات مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در سال ۱۳۹۲، ازجمله «راهنمای اخلاقی پژوهش با سلول‌های بنیادی» مقرر گردیده، «تخمک، اسپرم، رویان، جنین یا هرگونه بافت انسانی دیگری که برای تولید سلول بنیادی مورد استفاده قرار می‌گیرد، نباید از طریق معاملات تجاری به دست آمده باشند.» همچنین به‌موجب بند (۱) فصل اول «راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان»، «هیچ پژوهشی نباید بر روی رویان یا گامت انسان انجام شود، مگر برای سلامت باروری یا سایر جنبه‌های سلامت انسان ضروری باشد و جایگزین مناسب دیگری برای رویان یا گامت انسانی وجود نداشته باشد.» همچنین طبق بند (۲) «هرگونه خرید یا فروش گامت یا رویان انسانی، یا استفاده از رویانی که از طریق روابط تجاری به دست آمده باشد ممنوع است.» مطابق بند (۳) «تولید رویان انسان باهدف پژوهشی ممنوع است. پژوهش بر روی رویان تنها در صورتی قابل قبول است که آن رویان‌ها به قصد درمان ناباروری و تولید مثل تولید شده باشند و از رویان‌های اضافی باقیمانده برای پژوهش استفاده شود.» بر اساس تبصره ذیل بند (۳) «در مورد شبیه‌سازی پژوهشی - درمانی، تولید رویان انسانی با هدف درمانی و در صورتی که روش جایگزینی برای تولید سلول بنیادی مورد نظر در دسترس نباشد، مجاز است.» درنهایت طبق فصل اول «راهنمای اخلاقی کارآزمایی‌های بالینی»، «هرگونه پرداخت مالی به آزمودنی باید تنها در محدوده بازپرداخت هزینه‌های تحمیل شده به وی در اثر شرکت در پژوهش و قدردانی از او باشد. باید از هرگونه پرداخت غیرمتعارف - که احتمال دارد آزادی فرد برای قبول یا تداوم مشارکت در پژوهش را خدشه‌دار کند - خودداری شود.» درنهایت طبق بند (۱-۹-۱) راهنمای اخلاق در پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی مصوب سال ۱۳۹۹ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مقرر گردیده، «بدن انسان و هیچ‌یک از اجزای آن نباید دست‌مایه مبادلات تجاری یا سودآوری مادی قرار گیرند. پژوهشگر نباید نمونه‌های زیستی انسان را بفروشد و شرکت‌کنندگان در پژوهش نیز نباید با انگیزه مالی نمونه‌های زیستی خود را اهدا کنند؛ البته جبران هزینه تهیه، فرآوری و

۵۷. مونا عودی، رضاعمانی سامانی و لیلا علیزاده، «ملاحظات فقهی، اخلاقی و حقوقی اهدا و اشتراک تخمک در ایران»،

مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۱)، ۲۸.

نگهداری نمونه‌های زیستی، جبران هزینه تحمیل شده به شرکت‌کننده در پژوهش (مانند هزینه رفت و آمد) و همچنین جبران وقت صرف شده، به صورت اهدای هدایای غیرنقدی پذیرفتنی و مقبول است. به‌طور کلی هدایا نباید به‌صورت نقدی یا حتی کارت هدیه بانکی و سکه طلا باشند؛ زیرا آنها نیز به‌راحتی قابل تبدیل به پول نقد هستند.»

مستفاد از احکام مقرر در مصوبات مذکور، ایجاد بازار و روابط تجاری حول محور گامت‌های انسانی و خرید و فروش آن حتی با هدف درمانی همچون استفاده در فرآیند شبیه‌سازی درمانی، مجاز تلقی نمی‌گردد. با این حال با توجه به اینکه تولید رویان باهدف درمانی در فرآیند شبیه‌سازی درمانی بر اساس مصوبات مذکور مجاز تلقی گردیده است و برای تولید رویان به گامت‌های انسان نیاز است، لذا با رعایت هدف مقرر برای تولید رویان و اینکه پرداخت به اهداکننده در قالب عناوینی همچون قدردانی و جبران هزینه‌های تحمیل شده به وی صورت گیرد و نه در قالب معامله تجاری، امکان تأمین گامت‌های موردنیاز جهت ایجاد رویان امکان‌پذیر گردیده است.

۲- مالکیت و اختیار تصمیم‌گیری نسبت به سلول‌های بنیادی حاصله از شبیه‌سازی درمانی

یکی از موضوعات حائز اهمیت عبارت از آن است که در صورت ترکیب سلول‌های انسان در آزمایشگاه و ایجاد رویان شبیه‌سازی شده جهت استخراج سلول‌های بنیادی، وضعیت حقوقی سلول‌های حاصله چگونه است؟ آیا محققان به تبع تصرف سلول‌های مذکور، نسبت به سلول‌های بنیادی حاصل از رویان شبیه‌سازی شده نیز تسلط دارند؟ یا تصمیم‌گیری در خصوص سلول‌های مزبور، در اختیار اهداکنندگان است؟

۲-۱- نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا در رابطه با مالکیت صاحبان گامت نسبت به سلول‌های بنیادی حاصله از شبیه‌سازی درمانی

اهدای سلول‌های گامت و پیکری جهت انجام تحقیقات یا شبیه‌سازی درمانی، این سؤال مهم را مطرح می‌سازد که اختیار تصمیم‌گیری و مالکیت نسبت به رویان‌های حاصله جهت استخراج سلول‌های بنیادی، با چه کسی است؟ آیا صاحبان سلول‌ها، حق انتقال این تصمیم‌گیری را به محققان دارند؟ به کار بردن عباراتی مانند «مالکیت» و «اموال» برای رویان حاصله، ممکن است باعث این برداشت گردد که جایگاه رویان‌های مزبور در حد یک شیء تنزل می‌یابد. درحالی که وقتی سخن از مالکیت نسبت به

آنها می‌گردد یعنی مالک اختیار تصمیم‌گیری در خصوص چگونگی اعمال ضوابط قانونی در رابطه با رویان‌های مزبور از جمله نحوه ایجاد، ذخیره‌سازی، نابودی، اهدا، استفاده در تحقیقات و یا استحصال سلول‌های بنیادی از آنها را در اختیار دارند.^{۵۸}

مستفاد از قانون هدایای آناتومیک، هنگام خروج رویان از بدن زن، مالکیت و حق تصمیم‌گیری مشترک زوجین اعاده گردیده و رضایت هر دو ارائه‌دهنده گامت برای اهدای اعضای رویان یا بقایای آن لازم است. ادعای مالکیت ارائه‌دهندگان گامت بر رویان از مالکیت اصلی آنها بر گامت‌های خویش ناشی می‌گردد. چنانچه آنان بتوانند تعیین کنند گامت‌هایشان در اختیار چه کسانی برای تولیدمثل یا تحقیق قرار گیرد، در نتیجه بر محصول حاصل از ترکیب گامت‌های خویش نیز اختیار مشترک دارند.^{۵۹}

همچنین برخی این امر را مبتنی بر حقی بنیادین مندرج در قانون اساسی ایالات متحده دانسته‌اند که به موجب آن صاحبان گامت حق تصمیم‌گیری در خصوص تولید مثل، ایجاد رویان و جنین به وسیله گامت‌هایشان را دارند. بر اساس این حق، تصمیم‌گیری در رابطه با ایجاد، ذخیره‌سازی، انتقال، اهدا، دست‌کاری و تحقیق در مورد رویان‌های حاصله، به تبع حق مذکور، در اختیار صاحب گامت خواهد بود. در مقابل برخی این اختیار را برای پزشکان و دانشمندی که با فعالیت علمی خویش موجب ترکیب گامت‌ها جهت ایجاد رویان می‌شوند، به رسمیت شناخته‌اند.^{۶۰}

۲-۲- بررسی پرونده (York v Jons (1989)

استیون یورک^{۶۱} و ریس آدلر - یورک^{۶۲}، زوجینی بودند که گامت‌های خود را در اختیار مؤسسه پزشکی باروری هووارد و جورجینا جونز^{۶۳} قرار داده تا پیش‌بینی به عنوان پیش‌زایگوت^{۶۴} ایجاد کند. زمانی که مؤسسه جونز از ارائه پیش‌بینی برای استفاده در کلینیک کمک باروری دیگر به آنها خودداری کرد، زوج مذکور دعوی در دادگاه منطقه‌ای ویرجینیا طرح نمودند که به علت شمول عنوان داری بر پیش‌بینی و وجود اختیار تصمیم‌گیری در مورد آن برای زوجین، دادگاه اقدام مؤسسه را نپذیرفت.

در سال ۱۹۸۶ پس از مراجعه زوج مذکور جهت انجام فرآیند لقاح خارج از رحم، پزشکان مؤسسه

58. John Robertson, "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", Virginia Law Review 76 (1990), 454-457.

59. Uniform Anatomical Gift Act §3, 8A U.L.A.S 10

60. Ibid, 458-460.

61. Steven York

62. Risa Adler-York

63. Howard and Georgeanna Jones Institute for Reproductive Medicine

64. Pre-zygote

یادشده اقدام به تولید پنج پیش جنین و انتقال آن به رحم ریسا نموده و یک پیش جنین را برای استفاده بعدی منجمد نمودند؛ با شکست بارداری، خانواده یورک تصمیم گرفتند مجدداً با کمک پزشکان مؤسسه تحقیقات تولیدمثل در بیمارستان ساماریتان^{۶۵}، اقدام به بارداری نمایند، باوجوداین مؤسسه جونز از انتقال جنین به مؤسسه جدید خودداری نمودند.

مرکز جونز مدعی بود زوجین طی توافق نامه‌ای پذیرفته‌اند که پیش جنین منجمد شده فقط جهت استقرار در رحم ریسا در مؤسسه مذکور، در اختیار آنها گذاشته شود در غیر این صورت زوجین باید یکی از سه اقدام ذیل را نسبت به پیش‌زایگوت‌های باقیمانده انتخاب نمایند: اهدا به زوج نابارور دیگر؛ اهدا برای انجام تحقیقات، نابودی آن.^{۶۶} در فرم مذکور در مورد حقوق زوجین نیز شرایطی پیش‌بینی شده بود. به‌عنوان مثال زوجین اجازه داشتند تا هر زمان خواستند شرکت خود را در برنامه لقاح خارج از رحم خاتمه داده و اختیار تصمیم‌گیری را در مورد پیش جنین‌های ایجادشده در طول فرآیند لقاح، داشته باشند. همچنین در توافق نامه مذکور مقرر گردیده بود هیچ پیش جنینی را نمی‌توان برای ایجاد بارداری استفاده نمود، مگر زوجین هر دو به صورت کتبی موافقت نمایند.^{۶۷}

قاضی پرونده، با بررسی قرارداد فوق، رأی به نفع خانواده یورک داد و نتیجه گرفت که طرفین با امضای توافق نامه، قرارداد وثیقه‌ای^{۶۸} منعقد ساخته‌اند که به موجب آن، وثیقه‌گذار به وثیقه‌گیر تسلط نه مالکیت بر اموال موضوع وثیقه را واگذار می‌نماید و با خاتمه قرارداد، وثیقه‌گیر موظف به استرداد مال به وثیقه‌گذار است. همچنین دادگاه محدود نمودن خانواده یورک به انتخاب یکی از سه گزینه فوق را مجاز ندانست؛ زیرا آنها قصد داشتند از پیش جنین‌ها جهت شروع بارداری دیگر تحت نظر پزشک جدید استفاده نمایند.

همچنین دادگاه از توافق نامه انجماد استنباط نمود که مؤسسه جونز در واقع حقوق مالکیت خانواده یورک را نسبت به پیش جنین‌ها به رسمیت شناخته است؛ زیرا از عبارت «پیش‌زایگوت ما»^{۶۹} استفاده شده بود، لذا پیش جنین به‌عنوان اموال خانواده یورک تلقی می‌گردید؛ بنابراین دادگاه ادعای مؤسسه جونز را مبنی بر عدم الزام به انتقال پیش جنین به مرکز پزشکی جدید رد نمود. شایان ذکر است دعوی مذکور به

65. Institute for Reproductive Research at the Hospital of the Good Samaritan

66. John Robertson, Op.cit, 461.

67. York v. Jones, 717 F.Supp.421 (E.D. Va.1989), U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, 4-8.

68. Bailment Contract

69. Our Pre-zygote

هیچ دادگاه عالی در ایالت ویرجینیا ارجاع نگردید و طرفین اختلاف خویش را با توافق حل و فصل نمودند.^{۷۰} شایان ذکر است به گفته برخی حقوق دانان در سال‌های آتی سایر محاکم قضایی، نه تنها وضعیت حقوقی و قانونی، بلکه وضعیت اخلاقی این ارگان‌سیم‌های زنده منجمد شده را تبیین خواهند نمود.^{۷۱}

۳-۲- نظام حقوقی ایران در رابطه با مالکیت صاحبان گامت نسبت به سلول‌های بنیادی حاصله از شبیه‌سازی درمانی

در ایران برخی حقوق دانان معتقدند که رویان به‌طور عام، به استناد ماده ۹۵۷ قانون مدنی، از زمان انعقاد گامت‌ها دارای شخصیت حقوقی می‌شوند. حمل تا وقتی به انسان تبدیل نشده، انسانی باشخصیت حقوقی بالقوه است و لحظه تولد دارای شخصیت حقوقی بالفعل می‌گردد. همچنین وجود دلایلی همچون مغایرت باشخصیت بالقوه رویان و جنین، مخالفت با بُعد جمعی کرامت انسانی و عدم قابلیت ذاتی مالیت داشتن رویان، پذیرش مالیت برای رویان حاصله را با چالش مواجه می‌سازد. به عقیده آنان یکی از حقوق مدنی، استقلال در شخصیت حقوقی یعنی حق آزادی در برابر بردگی است که مستفاد از قانون مذکور، حمل نیز از این حقوق برخوردار است. درحالی‌که قائل شدن به مالیت رویان آزمایشگاهی، باعث می‌شود که رویان دارای شخصیت حقوقی بالقوه، قابل تملک توسط دیگران شده و چون مال است چه‌بسا امکان تملک آن نیز وجود داشته باشد؛ بنابراین حتی اگر بپذیریم اسپرم و تخمک دارای مالیت هستند و رابطه مالکیت بین انسان با سلول جنسی‌اش وجود دارد، نمی‌توان مالیت تخمک بارور شده و مالکیت صاحبان نطفه و جواز خرید و فروش آن را استنباط نمود؛ زیرا بعد از انعقاد نطفه، موجود ایجاد شده دارای ماهیتی کاملاً متفاوت با گامت‌هاست.^{۷۲} همچنین با توجه به اینکه جنین پس از ولوج روح دارای شخصیت حقوقی بالفعل و برخوردار از کرامت انسانی می‌گردد و در مراحل اولیه رویان یا جنین نیز دارای شخصیت حقوقی بالقوه می‌باشند، لذا از بدو تشکیل سلول تخم تا زمان کسب شخصیت، رویان یا جنین انسانی تحت پوشش بُعد جمعی کرامت انسانی قرار می‌گیرند.^{۷۳} بنابراین منصرف از نحوه تسلط محققین بر سلول‌ها، پس از ایجاد رویان، تصمیم‌گیری در خصوص

70. Ibid, 13

71. Kathryn Katz, "The Legal Status of the Ex Utero Embryo: Implications for Adoption Law", Capital University Law Review 35 (2006), 328.

۷۲. مرتضی قاسم‌زاده و فاطمه صنعتگر، «ماهیت حقوقی جنین آزمایشگاهی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۱۷ (۱۳۹۵)، ۱۱۳-۱۲۸.

۷۳. کیارش آرامش، «کرامت انسانی در اخلاق زیست-پزشکی»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۰): ۵۷-۵۸.

استخراج سلول‌های بنیادی در اختیار صاحبین گامت است. با عنایت به اینکه اختیار یادشده حقی مالی محسوب نمی‌شود^{۷۴}، لذا بحث تملک و امکان خرید و فروش آن توسط صاحبان گامت نیز منتفی است. باید توجه داشت اختیار صاحبان گامت نسبت به حق مذکور، ناشی از مالکیت آنها نسبت به رویان نمی‌باشد، بلکه آنها به عنوان ایجادکنندگان رویان تا پیش از تکامل سیر طبیعی رشد، این حق را دارند که نسبت به ادامه حیات رویان تصمیم‌گیری نمایند.

۳- مدل حقوق مالکیت مبتنی بر قرارداد نسبت به سلول‌های بنیادی حاصل از شبیه‌سازی درمانی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و ایران

هنگامی که مراجع قضایی و رویه حاکم بر دادگاه‌ها از صیانت حقوق مالکانه اشخاص نسبت به اعضا و سلول‌های بدن آنها سر باز زنند و از لحاظ حقوقی حق قانونی برای صاحبین سلول‌ها به رسمیت شناخته نشود، ممکن است اشخاص در راستای اعمال کنترل و تسلط مالکانه خویش بر اعضا و سلول‌هایشان و تعیین شرایط مربوط به انتقال آنها، متوسل به قواعد حاکم بر حقوق قراردادها شوند.

۳-۱- ایالات متحده آمریکا

در سال ۱۹۹۴، شارون و پاتریک تری^{۷۵}، دریافتند که بیماری ژنتیکی نادری به نام «پسودوکسانتوما الاستیکوم»^{۷۶} یا به اختصار (PXE) را به فرزندان خویش منتقل ساخته‌اند. شرکت‌های داروسازی به دلیل نادر بودن بیماری مزبور و درآمد اندکی که برای داروی این بیماری متصور بود، تمایلی به سرمایه‌گذاری در زمینه کشف داروی آن نداشتند.^{۷۷}

خانواده تری دریافتند اشخاصی که دارای ژن (PXE) هستند، دارای ارزشمندترین منبع تحقیقات مربوط به این بیماری شامل خون و بافت برای محققان هستند؛ بنابراین آنها بیش از ۲۰۰۰ شخص با

۷۴. استدلال مذکور (غیرمالی بودن اختیار صاحبان گامت)، سازگار با نظری است که به موجب آن سلطه انسان بر بدن خود، سلطه‌ای غیرمالی تلقی گردیده که با اصل کرامت ذاتی (جلوگیری از کالاشدگی بدن انسان) و غایت بودن انسان قابل جمع است. نک:

محمد راسخ، مرگان خورشیدی و فائزه عامری، «باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۱)، ۴۹.

75. Sharon and Patrick Terry

76. Pseudoxanthoma Elasticum (PXE)

77. Gitter, op.cit., 316.

ژن بیماری مزبور را برای ایجاد بانک خون و بافت گردآورند و شبکه خود را در سازمانی غیرانتفاعی^{۷۸} تحت عنوان پی. ایکس. ای اینترنت‌نشال^{۷۹} سازمان‌دهی نمودند.^{۸۰} در واقع خواست آنها حفظ مالکیت بر خون و بافت‌های خویش از طریق به‌کارگیری قواعد حقوق قراردادها بود؛ بنابراین پژوهشگران قبل از دسترسی به بافت‌ها و خون‌های مورد نمونه، باید قراردادی امضا می‌نمودند تا مالکیت و منافع حاصله از هرگونه تحقیق و پژوهش بر روی نمونه‌ها را با سازمان غیرانتفاعی فوق به اشتراک‌گذارند.^{۸۱} سازمان مذکور علی‌رغم واگذاری نمونه‌های تحقیق به محققان، مالکیت خویش را نسبت به آن حفظ می‌نمود، لذا هرگونه درآمد ناشی از ثبت اختراع بر روی نمونه‌ها، مشترکاً متعلق به محققان و مالکین و دارندگان نمونه‌ها بود.^{۸۲}

در فوریه ۲۰۰۰ هنگامی که چارلز بوید^{۸۳} آسیب‌شناس دانشگاه هاوایی^{۸۴}، موفق به جداسازی ژن مسؤول بیماری (PXE) گردید، اهمیت پیش‌بینی سازکار قراردادی مذکور روشن شد. در قرارداد بوید با دانشگاه هاوایی مقرر شده بود که وی از تمام حقوق ناشی از مالکیت معنوی آتی نسبت به تحقیقات صرف‌نظر نموده است. در بدو امر دانشگاه حاضر به واگذاری کنترل خویش بر مجوزهای صادره ناشی از نتایج تحقیقات نبود؛ زیرا قصد داشت بخشی از هزینه‌ها را از طریق ثبت اختراع و منافع ناشی از حق امتیاز جبران نماید؛ اما سازمان غیرانتفاعی (PXE) پیشنهاد نمود چنانچه دانشگاه این حق را انتقال دهد، سازمان حاضر به تقبل کلیه هزینه‌ها بوده و حق امتیازهای حاصله را به‌صورت مساوی با دانشگاه تسهیم نموده که دانشگاه پیشنهاد مذکور را پذیرفت.^{۸۵}

78. Non-Profit Organization

79. PXE International

۸۰. در حال حاضر سازمان غیرانتفاعی (PXE) تبدیل به سازمانی بین‌المللی شده که وظیفه هماهنگ‌سازی همکاری‌ها و تأمین مالی کنسرسیومی متشکل از ۱۹ آزمایشگاه تحقیقاتی، حمایت از بیماران مبتلابه (PXE) و دریافت اطلاعات در چهارچوب ۵۲ دفتر منطقه‌ای در سرتاسر جهان در راستای اداره بانک خون و بافت و نگهداری بانک اطلاعاتی را بر عهده دارد. نک:

Matt Fleischer, "Patent Thyself" American Lawyer, The Journal of Law, Medicine & Ethics 34(2) (2001), 87.

81. Radhika Rao, "Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?" Journal of Law, Medicine & Ethics 35 (2007), 375.

۸۲. قوانین و مقررات فدرال آمریکا معیارها و ضوابطی را برای تنظیم روابط میان مخترعینی که به صورت مشترک و بالسویه حقوق ناشی از حق ثبت اختراع را دارا می‌باشند، تعیین کرده است. نک:

35 U.S.C. § 261

83. Charles Boyd

84. Hawaii University

85. Ibid, 375.

۳-۲- ایران

در ایران از آنجاکه ایجاد حق مالکیت بر اساس قرارداد نسبت به مال را فرع بر مالیت موضوع قرارداد دانسته‌اند، لذا با فقدان اوصاف اساسی مال نسبت به رویان، تردیدهایی در خصوص مالکیت بر رویان و امکان انتقال آن از طریق قرارداد، وجود دارد. حقوق‌دانان با توجه به اینکه رویان موجودی زنده بوده که قابل تبدیل به انسان کامل است، قابلیت ارزش‌گذاری مالی برای آن قائل نیستند. به استناد مواد (۲۱۵) و (۳۴۸) قانون مدنی، قراردادهای مربوط به انتقال رویان به دلیل عدم وصف مال نسبت به رویان، فاقد اعتبار تلقی می‌گردد.

به موجب ماده (۲۴۷) قانون مدنی، وجود حق مالکیت یا اذن از سوی مالک نسبت به موضوع معامله به عنوان شرط صحت قرارداد انتقال مالکیت تلقی گردیده است. لذا با توجه به نسخ بردگی، دلیلی بر مالکیت مطلق صاحبان گامت بر رویان وجود ندارد تا امکان انتقال مالکیت رویان توسط آنها استنباط گردد؛ بنابراین انتقال رویان انسان نمی‌تواند در قالب قرارداد توجیه گردد. مستنبط از این حکم ایجاد هرگونه رابطه مالی فی‌مابین طرفین و هرگونه پرداخت وجه در ازای انتقال رویان غیرقانونی است. لذا یگانه راهکار قابل‌پذیرش جهت مشروعیت بخشیدن به انتقال رویان، محدود نمودن آن به موارد قانونی همچون موارد انتقال جنین موضوع قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ است.^{۸۶} لازم به ذکر است به‌موجب «راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان»، «راهنمای اخلاقی پژوهش با سلول‌های بنیادی» و «راهنمای اخلاقی پژوهش بر روی عضو و بافت انسانی»، استفاده از سازکارهای قراردادی و ایجاد روابط تجاری پیرامون انتقال رویان انسان مجاز تلقی نمی‌گردد، لذا چنین روابط قراردادی فاقد حمایت از سوی نظام حقوقی و قانونی کشور است.

۳-۳- مزایای رویکرد حقوق مالکیت مبتنی بر قرارداد

از مزایای حفظ مالکیت بیماران نسبت به بافت‌های خویش و مجوز محصولات حاصله از بافت‌های مذکور، افزایش قابلیت دسترسی عمومی به آزمایش‌های تشخیصی و درمانی برای درمان بیماری آنهاست. سلب حق مالکیت دارندگان و ثبت اختراعات نسبت به ژن‌های انسانی توسط محققان، سبب ایجاد حق انحصاری شرکت‌های زیست‌فناور نسبت به مجوزهای صادره و حداکثر گردیدن سود ناشی از محصولات چنین ثبت اختراعاتی خواهد شد، زیرا انجام هرگونه آزمایش تشخیصی و درمانی ناشی از این

۸۶. محمد آذین و علی آذین، «مالیت و قابلیت انتقال رویان»، فصلنامه خانواده‌پژوهی ۳۷ (۱۳۹۳)، ۵۲-۶۰.

اختراعات توسط بیماران منوط به پرداخت هزینه‌های مربوطه به دارندگان حق ثبت اختراع خواهد شد؛ اما می‌توان تعادلی را میان انگیزه سودآوری ناشی از ثبت اختراعات و ارتقای سلامت عمومی از طریق دسترسی بیشتر مردم به روش‌های نوین تشخیصی و درمانی فراهم نمود. گروه‌های حامی بیماران نیز در صورت حفظ مالکیت برای بیمار، متقابلاً به پیشرفت تحقیقات مربوط به بافت‌های بیماران عضو آن گروه از طرق مختلف مانند اقدام به اعمال سیاست‌های رضایت آگاهانه در خصوص واگذاری بافت‌های بیماران به محققان، تلاش برای افزایش آگاهی افکار عمومی از بیماری مربوط به اعضای خویش و دریافت کمک مالی برای تحقیقات پزشکی مربوط به تشخیص و درمان بیماری، کمک می‌کنند.^{۸۷}

۴-۳- معایب رویکرد حقوق مالکیت مبتنی بر قرارداد

نمونه بیماری (PXE) با توسل به سازکارهای موجود در حقوق قراردادها، از مشکلات ایجاد برای دارندگان ژن‌های موضوع تحقیق جلوگیری می‌نماید؛ اما در چهارچوب حقوق قراردادها نقایصی وجود دارد؛ زیرا صیانت از حقوق اشخاص نسبت به ژن‌ها و سلول‌هایشان، بستگی به موقعیت آنها در بازار ژنتیک^{۸۸} و سطح دانش و قدرت چانه‌زنی آنها دارد. این چهارچوب قراردادی در برخی از بسترها، مثلاً زمانی که هزینه‌های معاملاتی^{۸۹} قراردادها افزون‌تر از فواید مشارکت ذی‌نفعان باشد یا اشخاص فاقد دانش و قدرت کافی برای انعقاد قراردادهای مؤثر باشند، کارایی مناسبی ندارد. همچنین حقوق قراردادها فقط طرفین قرارداد را ملزم می‌سازد و تأثیری در قبال تعهد سایر اشخاص خارج از قرارداد نخواهد داشت. مضافاً آنکه به دلیل عدم طرح دعوا در این رابطه، رویکرد رویه قضایی در قبال چنین قراردادهایی مبهم است و مشخص نیست مراجع قضایی حاضر به پذیرش صحت قراردادهای منجر به انتقال مالکیت اعضای بدن، خواهند بود یا چنین قراردادهایی را به دلیل مغایرت با نظم عمومی بی‌اعتبار می‌دانند.^{۹۰}

۴- جایگاه رضایت آگاهانه در شبیه‌سازی درمانی

موضوع اصلی در تحقیقات مربوط به شبیه‌سازی درمانی، سلول‌های متعلق به انسان است. سلول‌های مزبور در محیط آزمایشگاه قابل کشت و تولید نیستند. بلکه منبع تأمین آنها اشخاص متقاضی هستند.

87. Gitter, op.cit., 320-321.

88. Genetic Market

89. Transaction Costs

90. Rao, Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?, op.cit., 378.

لذا یکی از مسائل پراهمیت در این فناوری، لزوم رضایی بودن عمل واگذاری سلول‌های مذکور توسط صاحبان آن است.

۴-۱- رضایت آگاهانه افراد دخیل در شبیه‌سازی درمانی

تحقق رضایت آگاهانه در شبیه‌سازی درمانی از وضعیت منحصر به فردی برخوردار است؛ زیرا منصرف از مرحله نخست اخذ رضایت از صاحبان سلول، موضوع رضایت ناظر به موجودی زنده به نام رویان است که حاصل از ترکیب سلول هاست. این موجود فاقد توانایی اعلام رضایت است.^{۹۱} لذا این سؤال مطرح می‌گردد که مرجع اعلام رضایت در خصوص استخراج سلول‌های بنیادی از رویان شبیه‌سازی نامشخص است.^{۹۲} در مرحله نخست با توجه به اصل خودآیینی و لزوم حفظ استقلال انسان و حاکمیتی که صاحبان سلول بر کلیت اجزای بدن خویش دارند، اخذ سلول از صاحبان آن و استفاده محققان از آن، منوط به اخذ رضایت آگاهانه از صاحب سلول می‌باشد.

رضایت آگاهانه در مورد استفاده از سلول بنیادی حاصله از رویان شبیه‌سازی شده واجد جنبه‌ای ویژه است؛ زیرا موجود مذکور فاقد توانایی فهم، آگاهی و اعلام رضایت خود از انجام عمل است و اخذ سلول بنیادی به منزله نابودی موجود مذکور است. لذا مخالفان شخص‌انگار معتقدند چون رویان قادر نیست وضعیت خود را ادراک نماید؛ لذا نمی‌توان استفاده درمانی یا غیردرمانی از وجود او را مجاز دانست. بر مبنای اصل خودآیینی، وقتی رویان را انسان بدانیم، وجود او را نمی‌توان دستخوش صدمه ساخت؛ اما از دیدگاه ناشخص‌انگاران، رویان چیزی جز توده‌ای از سلول‌ها نیست که می‌تواند همانند دیگر بافت‌ها و سلول‌های بدن، گونه‌ای زندگی را تجربه کند. در چنین مواردی، رضایت آگاهانه صاحبان سلول پایه، تعیین‌کننده نهایی است؛ بنابراین ارزیابی اخلاقی مسأله رضایت آگاهانه در استفاده از سلول بنیادی رویانی به دیدگاه برگزیده شخص در مورد شخصیت انسانی رویان وابستگی تام دارد.

چنانچه حق تصمیم‌گیری در خصوص استفاده از سلول‌های بنیادی رویانی را در اختیار صاحبان گامت بدانیم، این سؤال مطرح می‌گردد که صرف اخذ رضایت از آنان در مرحله استفاده از سلول‌های آنها جهت انجام شبیه‌سازی درمانی، به منزله رضایت آنها به استفاده از رویان حاصله و استخراج سلول بنیادی از آن می‌باشد یا باید رضایت دیگری از صاحبان رویان دریافت شود. با توجه به اصل خودآیینی

۹۱. محمد رحمتی، «بررسی ابعاد اخلاقی به‌کارگیری سلول‌های بنیادی جنینی»، فصلنامه اخلاق پزشکی ۲۵ (۱۳۹۲)، ۲۳.

۹۲. محمد راسخ و دیگران، سلول بنیادی: اخلاق و حقوق (جنبه‌های اخلاقی و حقوقی استفاده درمانی از سلول بنیادی)

(تهران: انتشارات پژوهشگاه ابن‌سینا ۱۳۸۹)، ۱۰۰-۱۰۱.

که زیربنای مفهوم رضایت آگاهانه است. استخراج سلول بنیادی از رویان حاصله مستلزم رضایت دوگانه‌ای^{۹۳} از صاحبان سلول در شبیه‌سازی درمانی خواهد بود.^{۹۴}

۲-۴- جایگاه افشای اطلاعات در تحقق رضایت آگاهانه

برای آنکه بیمار یا فرد منتخب برای شرکت در تحقیقات زیست‌پزشکی بتواند با رضایت آگاهانه اقدام به تصمیم‌گیری در خصوص نحوه درمان یا مشارکت در تحقیق نماید، باید اطلاعات کافی در خصوص درمان یا موضوع تحقیق داشته باشد. از این رو پایبندی به دکترین رضایت آگاهانه مستلزم آن است که پزشک به اندازه کافی خطرات و مزایای درمان‌های پیشنهادی و اطلاعات اساسی مربوط به تحقیق از جمله دستاوردهای مالی احتمالی حاصله از تحقیق برای محققان را برای او افشا نماید.

۴-۲-۱- افشای اطلاعات اساسی مربوط به تحقیق

به‌طور سنتی دادگاه‌ها معتقدند وظیفه پزشک به افشای اطلاعات برای بیمار، بستگی به استانداردهای جامعه برای این موضوع دارد؛ اما اخیراً مراجع قضایی با توجه به مشکلات ایجادی در اثر اعمال استانداردهای افشا که منجر به بی‌توجهی به منافع بیماران می‌شود، اقدام به تغییر قواعد و استانداردهای مربوط به افشا نموده‌اند. برای مثال دادگاه تجدیدنظر منطقه کلمبیا^{۹۵} در آمریکا به‌طور چشمگیری وظیفه پزشک به افشای اطلاعات برای بیمار را در پرونده *Canterbury v Spence* (1972) به شکل قاعده‌ای فراگیر به نفع بیماران تغییر داد. به‌موجب پرونده مذکور بیمار از پزشک خویش به سبب عدم افشای خطرات مربوط به روش درمانی مورد استفاده، شکایت کرده بود. دادگاه نیز اعلام نمود: «استاندارد سنجش عملکرد پزشک، رفتاری است که تحت شرایط معقول صورت می‌گیرد». به عبارت دیگر دادگاه عقیده داشت پزشکان به‌جای رعایت استانداردهای افشای مورد قبول جامعه، ملزم به افشای اطلاعاتی هستند که ارائه آنها برای بیمار معقول و مؤثر بر تصمیمات درمانی وی می‌باشد.^{۹۶}

همچنین دیوان عالی ایالت یوتا در پرونده *Nixdorf v. Hicken* (1980) تصریح نمود پزشکان باید اطلاعاتی که یک فرد منطقی در موقعیت بیمار مهم می‌داند، افشا نمایند.^{۹۷} همچنین پزشک باید

93. Dual Consent

94. Russell Korobkin & Stephen Munzer, "Stem Cell Research and the Law", UCLA School of Law Research Paper 06-05 (2006), 83.

95. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

96. *Canterbury v Spence*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972)

97. *Nixdorf v Hicken*, Supreme Court of Utah, 612 P2d 348 (Utah, 1980)

مزایا یا خطرانی را که ممکن است برای بیماری خاص مهم باشد را برای وی توضیح دهد.^{۹۸} شایان ذکر است در اکثر ایالات آمریکا پزشکان ملزم به افشای اطلاعات خاصی در مورد خویش برای بیمار نیستند. باین حال در پرونده (1996) Johnson v. Kokemoor دادگاه اعلام نمود که پزشک ممکن است وظیفه قانونی داشته باشد که سطح تجربه خود را در مورد فنی خاص در زمانی که یک فرد معقول انتظار دارد این اطلاعات به او گفته شود، افشا نماید. این مورد پس از آن ایجاد شد که بیماری از روش درمانی خاص انجام شده توسط پزشک، دچار عوارض گردید درحالی که وی از کمبود تجربه آن پزشک در انجام آن روش درمانی بی اطلاع بود. لذا تجربه پزشک به عنوان بخشی از اطلاعاتی در نظر گرفته شد که افشای آن برای تصمیم‌گیری آگاهانه در مورد انجام آن روش درمانی اهمیت دارد.^{۹۹}

۴-۲-۲- افشای مقاصد و منافع مالی ناشی از تحقیق

مطابق دکترین رضایت آگاهانه این چالش مطرح می‌گردد که آیا ضرورت دارد محققان علاوه بر اعلام زیان‌ها و آسیب‌های احتمالی که آزمودنی در نتیجه شرکت در تحقیق متحمل می‌گردد، منافع و مزایای مالی بالقوه‌ای که محققان در نتیجه انجام تحقیق تحصیل می‌نمایند را نیز برای آزمودنی افشا نمایند. این پرسش به خصوص در رابطه با تحقیقات سلول‌های بنیادی که امروزه منجر به دستاوردهای مالی فراوانی برای محققان می‌گردد از اهمیت بیشتری برخوردار است.^{۱۰۰}

مسأله مذکور سابقاً در پرونده قضایی مور به طرفیت دانشگاه کالیفرنیا مطرح گردیده بود. در رضایت‌نامه اخذ شده از مور اشاره‌ای به اینکه دکتر گلد قصد استفاده از بافت‌های دریافتی از وی در تحقیقات پزشکی که دارای منافع مالی برای او و گروهش می‌باشد، نشده بود. وی یک رده سلولی از لنفوسیت‌های مویی مور را در قالب حق اختراع به ثبت رسانید و متعاقباً مجوز خط سلولی مذکور به شرکت داروسازی ساندوز واگذار و همین قرارداد واگذاری، مزایای مالی قابل توجهی را برای آنها به ارمغان آورد بدون آنکه مور از این قضیه مطلع گردیده یا در منافع مالی آن شریک شود. درحالی که در رسیدگی به اختلاف مذکور، دیوان عالی ایالت کالیفرنیا، اعلام نمود پزشکان باید قبل از برداشتن بافت‌های بدن بیمار، هرگونه منافع اقتصادی که ممکن بوده در تحقیقات مربوط به آن بافت‌ها برای ایشان ایجاد شود، برای بیمار افشا

98. Bryan Murray, "Informed Consent: What Must a Physician Disclose to a Patient?", American Medical Association Journal of Ethics 14 (2012), 565.

99. Johnson v. Kokemoor, Supreme Court of Wisconsin, 545 N.W.2d 495, 1996

100. Russell Korobkin, "Autonomy and informed consent in nontherapeutic biomedical research", UCLA law review, 54 (2007), 617.

نمایند؛ بنابراین بیمار حق داشته از هرگونه اطلاعاتی که ممکن بوده به تصمیم‌گیری وی خدشه وارد نماید، آگاه شود.^{۱۰۱}

۳-۴- جایگاه رضایت آگاهانه در شبیه‌سازی درمانی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و ایران

وقوع موج توجه به عنصر رضایت آگاهانه در تحقیقات زیست‌پزشکی سبب شد کشورهای جهان حداقل استانداردهای لازم برای تحقق رضایت آگاهانه در تحقیقات زیست‌پزشکی و امور درمانی را تدوین نمایند. شایان ذکر است تدوین ضوابط مذکور محدود و منحصر به چهارچوب‌های قانونی نگردیده است، بلکه سایر مراجع ذی‌صلاح مقررات‌گذار نیز بعضاً اقدام به ابلاغ ضوابطی در رابطه با این امر نموده‌اند.

۴-۳-۱- ایالات متحده آمریکا

در آمریکا عنوان ۴۵ از کد مقررات فدرال^{۱۰۲} با عنوان «رفاه عمومی»^{۱۰۳} در بخش ۴۶ خود که به‌اختصار (45CFR 46) نامیده می‌شود، حمایت‌هایی را از افراد انسانی حاضر در تحقیقات پزشکی فراهم ساخته و حاوی خط‌مشی مشترک در سطح فدرال^{۱۰۴} برای حفاظت از چنین اشخاصی است. قانون مذکور به چهار بخش تقسیم شده است که شامل: حمایت‌های اساسی در مورد تمام انسان‌های موضوع تحقیق؛ حمایت‌های اضافی برای زنان، جنین‌های انسان و نوزادان؛ حمایت‌های اضافی برای زندانیان؛ حمایت‌های اضافی از کودکان می‌باشد. اگرچه قانون مذکور حاوی حمایت‌های اضافی از جنین‌های انسان است، اما این حمایت‌ها فقط از زمان لانه‌گزینی^{۱۰۵} رویان‌ها تا تولد نوزاد وجود دارد. با تصویب قانون تحقیقات ملی^{۱۰۶} در مه ۱۹۷۴ سیاست‌های فدرال در قالب مقررات لازم‌الاجرا تحت عنوان کد (45CFR 46)^{۱۰۷} تنقیح گردید. طبق قانون مذکور، کمیسیون ملی برای حمایت از افراد انسانی در تحقیقات زیست‌پزشکی و رفتاری^{۱۰۸} ایجاد گردید که وظیفه ارزیابی اصول اخلاقی حاکم بر

101. Korobkin & Munzer, Stem Cell Research and the Law, op.cit., 75-76.

102. Code of Federal Regulations

103. Public Welfare

104. Common Federal Policy

105. Implantation

106. National Research Act, 1974

107. Code of Federal Regulations, Title 45 Public Welfare Department of Health and Human Services, Part 46 Protection of Human Subjects, 1974, 2017

108. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research

استفاده از موضوعات انسانی مورد تحقیق و ایجاد رهنمودهایی برای تحقیقات پزشکی و نیز روان‌شناختی و رفتاری را بر عهده داشت. ارزیابی نهایی کمیسیون یادشده تحت عنوان گزارش بلمونت در سال ۱۹۷۹ منتشر گردید.

در جدیدترین نسخه این مقررات، حمایت‌های اساسی از افراد انسانی، ناظر بر تمام تحقیقات مربوط به افراد انسانی که توسط هر بخش یا آژانس فدرال در داخل یا خارج از آمریکا انجام می‌گیرد، بود.^{۱۰۹} همچنین تشخیص اینکه کدام فعالیت تحت شمول احکام مقرر در این قانون قرار می‌گیرد، به رؤسای بخش یا آژانس‌های فدرال واگذار شده است که باید منطبق با اصول اخلاقی مندرج در گزارش بلمونت باشد.^{۱۱۰} به موجب قانون مذکور، هیأت‌های بازبینی سازمانی^{۱۱۱} ایجاد گردیدند تا به بررسی تحقیقاتی که مشمول این قانون هستند، بپردازند.^{۱۱۲}

به موجب مقررات (45CFR46) الزاماتی برای اخذ رضایت آگاهانه تعیین شده است که شامل توصیف، تحقیق و اعلام هرگونه خطر و منافع معقول و قابل پیش‌بینی برای آزمودنی می‌باشد. همچنین باید حق آزمودنی به خاتمه مشارکت خویش در تحقیق در هر زمانی به رسمیت شناخته شود.^{۱۱۳} به موجب قانون یادشده قبل از مشارکت آزمودنی انسانی در تحقیقات، محقق باید رضایت آگاهانه قانونی آزمودنی یا نماینده قانونی وی را اخذ نماید. همچنین محقق در اخذ رضایت آگاهانه از آزمودنی باید فرصت کافی را برای وی یا نماینده قانونی او فراهم سازد تا احتمال اجبار یا نفوذ ناروا به حداقل برسد. همچنین اطلاعات ارائه‌شده، باید به زبانی قابل فهم و با جزئیات کافی ارائه شود.^{۱۱۴} شایان ذکر است به موجب قانون یادشده رضایت آگاهانه نمی‌تواند آزمودنی انسانی یا نماینده قانونی وی را مجاز به چشم‌پوشیدن از هر یک از حقوق قانونی خویش یا آزادی وی نماید یا محقق، حامی مالی، سازمان یا نمایندگان آنها را از مسؤلیت ناشی از سهل‌انگاری‌های خویش معاف نماید.^{۱۱۵} همچنین به موجب قانون مذکور، رضایت آگاهانه باید با استفاده از فرم کتبی رضایت آگاهانه تأییدشده توسط (IRB) که به امضای آزمودنی یا نمایندگان قانونی وی رسیده (از جمله در قالب اسناد الکترونیکی)، اثبات گردد.^{۱۱۶}

109. 45CFR, §46.101 To what does this policy apply? (a)

110. 45CFR, §46.101 To what does this policy apply? (c)

111. Institutional Review Boards (IRBs)

112. 45CFR, §46.101 To what does this policy apply? (a)

113. 45CFR, §46.116 General Requirements for Informed Consent, (b)(8)

114. Ibid, (a)(1)- (a)(3)

115. Ibid, (a)(6)

116. 45 CFR, §46.117 Documentation of informed consent, (b)(1)

۴-۳-۲- بررسی پرونده 2003 Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institut

در سال ۱۹۸۷ دانیل و دبی گرینبرگ^{۱۱۷} پس از تولد دو فرزند خود که مبتلا به بیماری کاناوان^{۱۱۸} بودند، به دکتر روبن ماتالون^{۱۱۹} از مرکز پژوهشی بیمارستان کودکان میامی^{۱۲۰} مراجعه تا برای تعیین ناقلان این بیماری آزمایش‌هایی بر روی موادی از بدن فرزندان نشان مانند خون، ادرار و نمونه‌های بافت، انجام دهد.^{۱۲۱} خانواده گرینبرگ بیش از یک‌صد خانواده مبتلا به بیماری مذکور را در سرتاسر جهان متقاعد سازند تا نمونه‌های خون، ادرار و بافت بیماران خویش را جهت تحقیقات اهدا نمایند.^{۱۲۲}

در سال ۱۹۹۳ دکتر ماتالون موفق به جداسازی ژن عامل بیماری کاناوان گردید و متعاقباً در سال ۱۹۹۴ درخواست ثبت کشف مذکور را به‌عنوان اختراع نمود. در سال ۱۹۹۷ اختراع مذکور به نام بیمارستان کودکان میامی^{۱۲۳} ثبت و دکتر ماتالون به‌عنوان مخترع معرفی گردید. خانواده‌های مبتلا پس از طرح دعوی مدعی بودند که خواندگان (دکتر ماتالون و بیمارستان فوق) اطلاع نداده‌اند که قصد ثبت محصولات تحقیقاتی خویش را دارند و فرم رضایت آگاهانه ارائه شده در سال ۱۹۹۴ نیز برای اخذ رضایت ناکافی بوده است؛ زیرا هدف خود را تلاش جهت شناسایی جهش ژنی بیماری کاناوان که به نفع عموم مردم است، توصیف کرده بودند.^{۱۲۴}

بر این اساس شکات مدعی گردیدند خواندگان مرتکب شش اقدام غیرقانونی گردیده‌اند، (۱) عدم اخذ رضایت آگاهانه؛ (۲) نقض امانت‌داری؛ (۳) پنهان‌کاری متقلبانه؛ (۴) تبدیل؛ (۵) سوءاستفاده از اسرار تجاری و (۶) دارا شدن ناعادلانه. لذا شکات صدور دستور دائمی جلوگیری از اجرای حقوق ثبت

117. Daniel and Debbie Greenberg

118. Canavan disease

119. Dr. Reuben Matalon

120. Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, United States District Court for the Southern District of Florida, 2003.

۱۲۱. تحقیقات دکتر ماتالون طی دو مرحله پیشرفت‌هایی را به ارمغان آورد. تا سال ۱۹۸۸ وی به همراه گروه تحقیقاتی خویش تشخیص داد که کمبود آنزیم خاص بانام آسپارتواسیلاز، باعث بیماری فوق می‌گردد و توانست آزمایش غربالگری قبل از تولد را از سال ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۰ جهت بهره‌مندی خانواده‌ها از آن به حداقل بیست زوج از جمله خانواده گرینبرگ‌ها ارائه دهد. در مرحله دوم، وی شروع به جست‌وجو برای ژن مرتبط با بیماری مذکور نمود تا از طریق آن اقدام به توسعه آزمایش قبل از تولد و انجام غربالگری حمل نماید. نک:

Gitter, Op.cit, 325-326.

122. Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute.Inc. 264 F. Supp.2d 1064, 1072 (2003)

123. Miami Children's Hospital (MCH)

124. Greenberg Complaint, supra note 3, 37.

اختراع صادره توسط خواندگان، دریافت خسارت مشتمل بر حق الامتیاز^{۱۲۵} دریافت شده توسط خواندگان برای ثبت اختراع صادره و استرداد کمک‌های مالی اعطایی شکات به خواندگان جهت حمایت از تحقیق را خواستار شدند. باین حال دادگاه کلیه ادعاهای شکات به جز ادعای دارا شدن ناعادلانه^{۱۲۶} را رد نمود.^{۱۲۷} شایان ذکر است طرفین دعوی در خارج از دادگاه توافق کردند تا شاکیان دعوی حقوقی و قانونی خویش با موضوع اعتراض به مالکیت بیمارستان نسبت به مالکیت لیسانس اختراع ژن عامل بیماری کاناوان، مسترد نمایند.^{۱۲۸}

۴-۳-۳- ایران

به موجب بند «ج» ماده (۱۵۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، «هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود، قابل مجازات نیست.» بنابراین در شبیه‌سازی درمانی، در مواردی که اهدای تخمک جهت ترکیب آن با سلول پیکری، با تحریک تخمدان زن و خارج کردن یک یا چند تخمک با انجام اعمال جراحی صورت گیرد، در صورت فقدان رضایت آگاهانه از سوی اهداکننده تخمک یا نمایندگان قانونی وی، به عنوان عملی مجرمانه محسوب خواهد شد.

در خصوص ضرورت اخذ رضایت آگاهانه از آزمودنی انسانی در تحقیقات زیست‌پزشکی، به موجب بند (۱) کدهای بیست و شش گانه حفاظت از آزمودنی در پژوهش‌های علوم پزشکی مصوب کمیته کشوری اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی، «کسب رضایت آگاهانه در کلیه تحقیقاتی که بر روی آزمودنی انسانی انجام می‌گیرد ضروری است در مورد تحقیقات مداخله‌ای، کسب رضایت آگاهانه کتبی باشد.» همچنین طبق بند (۱۳) راهنمای عمومی اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی دارای آزمودنی انسانی، «کسب رضایت آگاهانه و آزادانه در هر پژوهشی که بر روی آزمودنی انسانی اجرا می‌شود، الزامی

125. Royalties

۱۲۶. البته دادگاه ادعای شاکیان مبنی بر عدم اخذ رضایت آگاهانه را قابل پذیرش ندانست. مهم‌ترین دلیل دادگاه آثار مخربی است که این امر بر تحقیقات پزشکی بر جای می‌گذارد؛ زیرا اعطای قدرت کنترل کامل بر انجام تحقیق به هر اهداکننده بافت و مشارکت‌کننده در تحقیقات زیست‌پزشکی، به آنها این اجازه را می‌دهد تا بتوانند در خصوص اینکه از نتایج تحقیقات زیست‌پزشکی چگونه استفاده شود و چه کسانی از نتایج آن بهره‌مند گردند، اعمال نظر نمایند که مسلماً این موضوع منجر به اختلال در فرآیند تحقیقات علمی خواهد شد.

127. Greenberg Complaint, supra note 3, 51

128. Rao, Property, Privacy, and the Human Body, op.cit., 374.

است. این رضایت باید به شکل کتبی باشد...». علاوه بر این بر اساس راهنمای اخلاقی پژوهش بر سلول‌های بنیادی، «رضایت آزادانه و آگاهانه، باید از هر دو والد رویان یا جنین گرفته شود. همین‌طور در صورت وجود نفر سوم، یعنی کسی که گامت اهدا کرده باشد، باید هنگام اهدا، رضایت آگاهانه و آزادانه برای استفاده از رویان نهایی گرفته شود». طبق بند (۸) فصل دوم از راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان، «از آنجایی که رویان حاصل از گامت‌های زوجین است و نمی‌توان به آن نام فرزند را اطلاق نمود، رضایت شرکت در پژوهش باید از زوجینی گرفته شود که از گامت آنها برای ایجاد رویان استفاده شده است...» همچنین مطابق بند (۹) راهنمای مذکور، «هرگونه پژوهش بر روی رویان انسانی نیاز به اخذ رضایت‌نامه از صاحبان رویان و کسب مجوز کمیته اخلاق در پژوهش دارد.» علاوه بر این به موجب بند (۱-۲-۹) راهنمای اخلاق در پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی مصوب سال ۱۳۹۹ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مقرر گردیده، «رضایت آگاهانه پیش از اهدای نمونه‌های زیستی از اهداکننده یا نماینده قانونی او اخذ شود. این رضایت باید به صورت آگاهانه و آزادانه باشد و پس از ارائه اطلاعات کافی در خصوص روش و اهداف پژوهش یا درمان، خطرات بالقوه و منافع آنها گرفته شود. همچنین باید از اهداکنندگان نمونه‌های زیستی درباره نحوه ارائه یافته‌های احتمالی پژوهش به ایشان نیز کسب نظر شود.» همچنین طبق بند (۱-۱-۱۱) راهنمای مذکور، «اخذ رضایت آگاهانه شفاف و به‌روز برای استفاده از تمامی نمونه‌های زیستی الزامی است و این رضایت باید قبل از جمع‌آوری نمونه‌های زیستی، چه برای پژوهش حال حاضر و چه برای پژوهش‌های احتمالی آینده اخذ شود.»

در رابطه با ضرورت داوطلبانه بودن رضایت، طبق بند (۳) کدهای بیست و شش گانه حفاظت از آزمودنی در پژوهش‌های علوم پزشکی مقرر گردیده: «کسب رضایت آگاهانه بایستی فارغ از هرگونه اجبار، تهدید، تلمیح و اغوا انجام گیرد، در غیر این صورت رضایت اخذشده باطل و اثر قانونی بر آن مترتب نیست و در صورت بروز هرگونه خسارت، مسؤلیت آن متوجه پژوهشگر خواهد بود.» همچنین بر اساس بند (۱۶) راهنمای عمومی اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی دارای آزمودنی انسانی، «پژوهشگر باید از آزادانه بودن رضایت اخذشده اطمینان حاصل کند. رفتارهایی که به هر نحوی متضمن تهدید، اغوا، فریب و یا اجبار باشد موجب ابطال رضایت آزمودنی می‌شود...»

در رابطه با لزوم افشای اطلاعات مربوط به تحقیق و سایر اطلاعاتی که به هر نحو می‌تواند بر روی تصمیم‌گیری آزمودنی تأثیر گذارد، به موجب بند (۵) کدهای بیست و شش گانه حفاظت از آزمودنی در پژوهش‌های علوم پزشکی: «در انجام تحقیقات علوم پزشکی اعم از درمانی و غیردرمانی، محقق

مکلف است اطلاعات مربوط به روش اجرا و هدف از انجام تحقیق، زبان‌های احتمالی، فواید، ماهیت و مدت تحقیق را به میزانی که با آزمودنی ارتباط دارد به وی مفهوم نموده و به سؤالات او پاسخ‌های قانع‌کننده دهد و مراتب مذکور را در رضایت‌نامه قید نماید.» همچنین طبق بند (۱۵) راهنمای عمومی اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی دارای آزمودنی انسانی مقرر گردیده: «پژوهشگر باید از آگاهانه بودن رضایت اخذشده اطمینان حاصل کند. برای این منظور، در تمامی پژوهش‌های پزشکی، اعم از درمانی و غیر درمانی، پژوهشگر باید فرد موردنظر به‌عنوان آزمودنی را از تمامی اطلاعاتی که مؤثر در تصمیم‌گیری وی باشند، به نحو مناسبی آگاه سازد. این اطلاعات مشتمل بر: عنوان و اهداف پژوهش، طول مدت پژوهش، روشی که قرار است به کار گرفته شود (شامل احتمال تخصیص تصادفی به گروه مورد یا شاهد)، منابع تأمین بودجه، هرگونه تعارض منافع احتمالی، وابستگی سازمانی پژوهشگر و فواید و زیان‌هایی که انتظار می‌رود مطالعه دربرداشته باشد. همچنین، هر آزمودنی باید بداند که می‌تواند هر لحظه که بخواهد از مطالعه خارج شود و باید دربارهٔ خطرات و زیان‌های بالقوه ناشی از ترک زودرس پژوهش آگاه و پشتیبانی شود...». علاوه بر این بر اساس راهنمای اخلاقی پژوهش با سلول‌های بنیادی: «جهت گرفتن رضایت آگاهانه و آزادانه از اهداکنندگان منابع سلول بنیادی، باید تمامی اطلاعاتی که ممکن است در تصمیم‌گیری فرد مؤثر باشند، به وی ارائه شوند. از جمله: توضیح نوع استفاده از موارد اهدایی؛ احتمال تخریب موارد اهدایی در مسیر استخراج سلول بنیادی؛ سود مالی احتمالی ناشی از انجام تحقیق (چه در حال حاضر و چه در آیندهٔ دور)؛ امکان تجاری شدن سلول‌های اهدایی وجود دارد ولی اهداکننده هیچ‌گونه حق استفاده از امکان را ندارد».

نتیجه‌گیری

از پیش‌فرض‌های موجود در شبیه‌سازی درمانی که برخی از مدافعین این فناوری بدان معتقدند، پذیرش واگذاری سلول‌های پایه موضوع شبیه‌سازی درمانی صرفاً در چهارچوب اهدای نوع دوستانه است. مبانی این نوع تفکر مبتنی بر عناصری از شخص‌انگاری سلول‌هاست. به بیان دیگر اعتقاد به یکسان‌انگاری یک سلول در کوچک‌ترین واحد خویش با انسانی کامل منجر به آن می‌شود که واضعین اندیشه مزبور تسری هر نوع احکام مربوط به مبادلات متعارف پولی را در خصوص نقل و انتقال سلول‌های یادشده انکار نمایند و آن را به‌منزله نقض اصول اخلاقی قلمداد نمایند. درحالی‌که به رسمیت شناختن تسلط و تصرف صاحبان سلول بر سلول‌های خویش در چهارچوب مفهومی شبه‌مالکانه و پذیرش امکان واگذاری سلول‌های موضوع شبیه‌سازی درمانی در چهارچوب مبادلات پولی، نه تنها سبب تنظیم روابط حقوقی

شفاف فی مابین ذی‌نفعان فناوری مذکور خواهد شد، بلکه توسعه روزافزون آن را به ارمغان خواهد آورد. شایان ذکر است پذیرش انجام مبادلات پولی در قبال سلول‌های مذکور به معنای بی‌توجهی به ماهیت این سلول‌ها نخواهد بود و نمی‌توان ضوابط و شرایط کالاهای متعارف و مبادلات مربوط به آنها را عیناً در خصوص سلول‌های یادشده اعمال نمود. بلکه ماهیت این سلول‌ها و توجه به ویژگی کلی آنها که در چهارچوب کالبد یک انسان مفهوم می‌یابد، ایجاب می‌نماید که کلیه مبادلات مربوط به این سلول‌ها منطبق با شرایط خاص آنها به‌عنوان بخشی از جسم انسان صورت گیرد. همچنین انفکاک سلول از بدن شخص حتی باوجود تمایل او و تولید رویان شبیه‌سازی‌شده از ترکیب آن سلول‌ها، به‌منزله قطع رابطه صاحبان سلول با رویان شبیه‌سازی‌شده نخواهد بود. لذا هرگونه تصمیم‌گیری در رابطه با استفاده از سلول‌های بنیادی حاصل از رویان‌های موصوف همچنان در اختیار صاحبان سلول پایه باقی خواهد ماند. البته در حال حاضر به‌سختی می‌توان از حق دارندگان اختیار تصمیم‌گیری نسبت به رویان‌های حاصله به استفاده از سازکارهای قراردادی در رابطه با نقل و انتقال و واگذاری اختیار مذکور به سایر اشخاص سخن راند؛ زیرا استدلالات شخص‌انگاران نسبت به سلول‌های پایه، هنگامی که این سلول‌ها مراحل رشد خویش را به سمت رویان طی می‌نمایند، به‌راحتی قابل انکار نمی‌باشد؛ زیرا وضعیت رویان به‌عنوان مرحله اولیه انسان کامل، مسلماً قابل قیاس با کالاهای متعارف در بازار نبوده و توسل به سازکارهای قراردادی مربوط به انتقال کالاهای متعارف نسبت به رویان‌های شبیه‌سازی‌شده، با شخصیت حقوقی بالقوه رویان و لزوم رعایت بُعد جمعی کرامت انسانی در تعارض آشکار قرار دارد. علی‌ای‌حال منصرف از پذیرش شرایط مربوط به مبادلات پولی در خصوص سلول‌های پایه و رویان‌های شبیه‌سازی‌شده و سلول‌های بنیادی حاصله، وجود رضایت آگاهانه صاحبان سلول‌های پایه و صاحبان حق تصمیم‌گیری نسبت به رویان‌های شبیه‌سازی‌شده، امری غیرقابل انکار است و مستلزم آن است که در فرآیند واگذاری سلول‌های پایه و سلول‌های بنیادی ناشی از شبیه‌سازی درمانی، اطلاعات اساسی در خصوص هدف واگذاری و چه‌بسا منافع اقتصادی و مالی محتمل آن برای واگذارندگان تشریح گردد تا آنها قادر گردند خواست خویش به رد یا پذیرش واگذاری را در چهارچوب تصمیمی آگاهانه مبتنی بر اطلاعات واقعی اتخاذ نمایند.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- آذین، محمد و علی آذین. «مالیت و قابلیت انتقال رویان». فصلنامه خانواده‌پژوهی ۳۷ (۱۳۹۳): ۴۷-۶۳.
- آرامش، کیارش. «کرامت انسانی در اخلاق زیست-پزشکی». مجله اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۰): ۴۷-۶۱.
- راسخ، محمد، محمدمهدی آخوندی، امیرحسین خداپرست، آرشد مهدب و لیلی منفرد. سلول بنیادی: اخلاق و حقوق (جنبه‌های اخلاقی و حقوقی استفاده درمانی از سلول بنیادی. تهران: انتشارات پژوهشگاه ابن‌سینا، ۱۳۸۹.
- راسخ، محمد، مزگان خورشیدی و فائزه عامری. «باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی». مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۱): ۴۷-۶۳.
- رحمتی، محمد. «بررسی ابعاد اخلاقی به‌کارگیری سلول‌های بنیادی جنینی». فصلنامه اخلاق پزشکی ۲۵ (۱۳۹۲): ۱۱-۳۲.
- صفائی، حسین. «نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی». فصلنامه پایش ۴ (۱۳۸۶): ۳۲۳-۳۲۹.
- عودی، مونا، رضا عمانی سامانی و لیلا علیزاده. «ملاحظات فقهی، اخلاقی و حقوقی اهدا و اشتراک تخمک در ایران». مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی ۳ (۱۳۹۱): ۲۳-۳۲.
- قاسم‌زاده، مرتضی و فاطمه صنعتگر. «ماهیت حقوقی جنین آزمایشگاهی». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۱۷ (۱۳۹۵): ۱۱۳-۱۲۸.
- لوايح، قوانین، مقررات و راهنماهای اخلاقی ایران
- قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی.
- قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است مصوب سال ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی.
- راهنمای عمومی اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی دارای آزمودنی انسانی در جمهوری اسلامی ایران مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی.
- «راهنمای اخلاقی پژوهش با سلول‌های بنیادی در جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۹۲ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی.
- «راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان در جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۹۲ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی.
- «راهنمای اخلاقی کارآزمایی‌های بالینی در جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۹۲ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی.
- کدهای ۲۶ گانه حفاظت از آزمودنی در پژوهش‌های علوم پزشکی مصوب کمیته کشوری اخلاق در پژوهش‌های علوم پزشکی.
- قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲.
- راهنمای اخلاق در پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ۱۳۹۹.

- Baum, Kenneth. "Golden Eggs: Towards the Rational Regulation of Oocyte Donation". *Brigham Young University Law Review* 107 (2001): 107-166.
- Cohen, Glenn. "The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate". *Harvard Law Review* 117 (2003): 689-710. <https://doi.org/10.2307/3651950>.
- Dillon, Thomas, Note. "Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits". *Notre Dame Law Review* 64 (1989): 628-653.
- Ekelund, Robert & Robert Tollison. *Microeconomics: Private Markets and Public Choice*, 6th Ed. Pearson Education, 2000.
- Epstein, Richard & Catherine M. Sharkey. *Cases and Materials on Torts*. Wolters Kluwer; 11th Ed, 2016.
- Fleischer, Matt. "Patent Thyself", *American Lawyer*. *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 34(2)(2001): 57-63.
- Gitter, Donna. "Ownership of Human Tissue: A Proposal for Federal Recognition of Human Research Participants' Property Rights in Their Biological Mate". *Washington and Lee Law Review* 61 (2004): 281-326.
- Jane Radin, Margaret. "Market-Inalienability". *Harvard Law Review* 100 (1987): 1849-1937. <https://doi.org/10.2307/1341192>
- J.D. Jaspera, C.A. Nickerson, J.C. Hershey, D.A. Asch. "The public's attitudes toward incentives for organ donation". *Transplantation Proceedings* 31 (1999): 2774-2785. DOI: 10.1016/s0041-1345(99)00301-2
- J.E. Ferrell, "Who Owns John Moore's Spleen?" *Chicago Tribune*, Feb 18, 1990.
- Katz, Kathryn. "The Legal Status of the Ex Utero Embryo: Implications for Adoption Law". *Capital University Law Review* 35 (2006): 303-334.
- Korobkin, Russell. "Autonomy and informed consent in nontherapeutic biomedical research". *UCLA law review* 54 (2007): 605-630.
- Korobkin, Russell. "Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research". *Arizona Law Review* 49 (2007): 2-49.
- Korobkin, Russell. "No compensation" or "pro compensation": Moore v. Regents and default rules for human tissue donations". *Journal of Health Law* 40 (2007): 51-52.
- Korobkin, Russell & Stephen Munzer. "Stem Cell Research and the Law". *UCLA School of Law Research Paper* 06-05(2006):75-83. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.878392>
- Murray, Bryan. "Informed Consent: What Must a Physician Disclose to a Patient?". *American Medical Association Journal of Ethics* 14 (2012): 563-566. 10.1001/

virtualmentor.2012.14.7.hlwl1-1207

- Posner, Richard. "The Regulation of the Market in Adoptions". *Boston university law review* 67 (1987): 59-72.

- Rao, Radhika. "Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?" *Journal of Law, Medicine & Ethics* 35 (2007): 375-378.

- Rao, Radhika. "Property, Privacy, and the Human Body". *Boston University School of Law* 80 (2000): 371-382. DOI: 10.1111/j.1748-720X.2007.00161.x

- Resnick, David. "Regulating the Market for Human Eggs". *Bioethics* 15 (2001): 1-25. DOI: 10.1111/1467-8519.00209

- Robertson, John. "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos". *Virginia Law Review* 76 (1990): 454-461. <https://doi.org/10.2307/1073266>

- Skloot, Rebecca. *The Immortal Life of Henrietta Lacks*. Crown/Random House, 2010.

- Titmuss, Richard, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*. Bristol University Press, Policy Press, 1997.

- T.Randolph, Beard & David L. Kaserman, "On the Ethics of Paying Organ Donors: An Economic Perspective". *DePaul Law Review* 55 (2006): 827-850. doi: 10.1002/cld.548

- Waldman, Ellen. "Disputing Over Embryos: Of Contracts and Consents", *Arizona State Law Journal* 32 (2000): 897-940.

(ج) لوائح، قوانین و مقررات ایالات متحده در سطح فدرال:

- Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research, National Research Council (NRS), National Academies Press, (2005)

- National Organ Transplant Act (1984)

- 42 U.S.C. § 274e (c)(1), (b) (2000), U.S. Code, Unannotated Title 42, The Public Health and Welfare § 274, Organ procurement and transplantation network

- UAGA § 3, 8A U.L.A. 106-07 (1993)

- 8A U.L.A. 99 (1993)

- The Public Health and Welfare, 42 U.S.C. §274e (2010)

- 35 USC § 261: Ownership; assignment (2020)

- The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research, Report of the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, 1979

- Code of Federal Regulations, Title 45 Public Welfare Department of Health and Human Services, Part 43 Protection of Human Subjects, 1974, Revised January 19, 2017

(د) لوایح، قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های رسمی ایالات متحده در سطح ایالات:

- California State Code Health and Safety Code §125330-125355
- California Department of Public Health Guidelines for Stem Cell Research, December 5, 2011
- Massachusetts Code of Regulations 105 CMR 960 §960.006(a),
- Massachusetts General Laws Title XVI, Chapter 111L, §8 (2005)
- Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 873.01
- Georgia Code Title 16. Crimes and Offenses § 16-12-160 (a) (b)
- Illinois Compiled Statutes Chapter 720 - Criminal Offences 720 ILCS 5/ - Criminal Code of 2012. Title III
- Maryland Code, Health-General § 5-408, 99-
- Michigan Compiled Laws. ANN. § 333.10204,
- Minnesota Statute ANN. § 145.422,
- Texas Penal Code ANN. § 48.02,
- Virginia Code ANN. § 32.1-289.1
- Louisiana Revised Statutes ANN. § 14:101.1

(ه) آرای روبه قضایی:

- Moore v. Regents of the University of California, Supreme Court of California, Decided: July 9, 1990
- York v. Jones, 717 F. Supp. 421 (E.D. Va), U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, 19
- Canterbury v Spence, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972)
- Nixdorf v Hicken, Supreme Court of Utah, 612 P2d 348, 1980
- Johnson v. Kokemoor, Supreme Court of Wisconsin, 545 N.W.2d 495, 1996
- Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, United States District Court for the Southern District of Florida, Date decided: May 29, 2003.

This Page Intentionally Left Blank

Obligation to International Cooperation in The Event of Disasters

*Mahsa Khajeh¹, Masoud Raei Deheghi*², Alireza Ansari Mahyari³*

1. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law, Najaf Abad branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

Email: mahsakhajeh1372@gmail.com

2. Professor, Department of Law, Faculty of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

*. Corresponding Author: Email: masoudraei@phu.iaun.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

Email: alirezaansari@phu.iaun.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2022.345764.2077

Received:

5 May 2022

Accepted:

11 July 2022

Published:

6 December 2023



ABSTRACT

The reality of the world is that it is not free of natural and unnatural disasters. With the occurrence of disasters, many material and mental destructive effects on the entire earth, especially humans. In such situations, the need for support is increasingly felt. This support somehow requires cooperation, convergence and international solidarity. The main question is whether the obligation to cooperation can be considered a fundamental human right? What forms the hypothesis of this research is that; obligation to international cooperation in the event of disasters for a number of reasons, including; the demanding need for extreme protection is considered a fundamental human right. The most important findings of the research is that this obligation is an Erga omnes commitment that, although not limited to the time of disasters, but will be binding on everyone at the time of such

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



risks. It can be argued that such an obligation can exist in other areas that are disaster-free, such as maximum protection of fundamental human rights. This type of obligation can also be raised in the face of terrorist acts, countering impunity.

Keywords: Disasters, Obligation to International cooperation, International solidarity, soft law, hard law.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Analyzing the position of obligation to international cooperation of governments in the event of disasters", Islamic Azad University, Najafabad Branch, Faculty of Law.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Acknowledgements: The authors would like to thank Dr. Masoud Raei Deheghi for their Cooperation in Preparing and Writing this research.

Author contributions:

Mahsa Khajeh: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft , Writing - Review & Editing.

Masoud Raei Deheghi: Conceptualization, Methodology, Data Curation, Supervision, Project administration.

Alireza Ansari Mahyari: Data Curation, Supervision

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Khajeh, Mahsa , Masoud Raei Deheghi & Alireza Ansari Mahyari. "Obligation to International Cooperation in The Event of Disasters" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 49-80.

Extended Abstract

The reality of the human world has been shaped by Natural and human made disasters. Despite the progress made, not only the effects of disasters have not been reduced, but have made the conditions more complicated, and have caused many material and mental destructive effects on the entire earth, especially on humans. The Covid-19 is an example of this fact. Since the unilateral actions of states in the face of disasters have not had significant achievements; it is hard to claim that the international community has come up with a common strategy in this field. In such a situation, increasingly the need for support is felt. This support requires cooperation, convergence and international solidarity. Some international conventions and drafts, both specifically and generally, in addition to supporting people affected by disasters, its also mentioned the issue of commitment to cooperation during disasters. General international documents such as; The United Nations Charter, environmental documents, covenants, etc., deal with the issue of obligation to cooperation in various fields which are mentioned in detail in the text. Therefore, to answer this question, whether the obligation to cooperation can be considered as one of the basic human rights or not? It is necessary to check other international documents as well. For example; regarding various disasters such as earthquakes, floods, tsunamis, and epidemics that turned into huge crises, International institutions such as the Security Council and the General Assembly approved resolutions, which shows the importance of obligation to cooperation. This type of obligation can also be raised in the face of terrorist acts, countering impunity. In its resolutions, the Security Council considers the prevention of the outbreak of AIDS as a necessity and In order to achieve such a thing, it requires countries to cooperate. The famous resolution of the General Assembly regarding the covid-19 shows the seriousness and danger of this disease. Also, the General Assembly recognized that this epidemic requires a global response which renew unity, solidarity and multilateral cooperation. Referring to the resolution of the General Assembly, the Security Council has emphasized more national, regional and international cooperation and solidarity to fight this pandemic. The approval of Security Council Resolution 2565, which was based on the obligation of states to cooperation, it was accompanied by the support of 112 states, especially the acceptance of 15 members of the Security Council. The International Law Commission is also considered as one of the other international institutions which started its efforts to develop support for people affected by disasters since 2007. Therefore, Draft articles on the Protection of persons in the event of disasters has also explained solutions that people affected by disasters can live in a dignified way. The draft articles of 2016 partially reflect customary international law. However, the commission recommended to the General Assembly to codify a convention related to the protection of persons in the event of disasters, but it can be claimed that the approach of the commission regarding

the above draft reflects international laws. The draft articles provide a comprehensive set of legal obligations that guide the behavior of states and other international beneficiaries during the disasters. For this reason, the introduction of the draft states "the basic value of solidarity and international cooperation" and it describes them as the key concepts underlying the draft. According to Article 7 of the draft obligation to cooperation between states, it is evaluated for the protection of persons. In such a way that; states should increase their cooperation with the United Nations and other assistance actors. In order to increase cooperation and facilitate immediate assistance, articles 15 and 16 of the draft adopted measures in this regard. Also, Article 8 of the draft specifies the forms of cooperation that are similarly described in other international documents such as the ASEAN Declaration. From article 10 onwards of the draft, how to protection persons by the affected states and other assistance institutions is discussed. Of course, the essential role of the affected state in this matter should not be ignored. The main purpose of this research is show the nature of the obligation to cooperation through various international documents, especially during disasters. According to the human rights approach of the International Law Commission; the obligation of states to cooperate with each other is considered as a fundamental right in the form of the third generation of human rights. In fact, the International Law Commission, with such literature and perspective, seeks to establish the position of commitment to international cooperation, especially during disasters. In fact, the International Law Commission, seeks to establish the position of commitment to international cooperation, especially during disasters with such literature and perspective. On the other hand, the compulsory aspect of the obligation to cooperation for states in the draft of commission has caused the nature of this type of commitment to go beyond the nature of the right of solidarity and become hard law.

Finally, there are challenges to establish the position of commitment to cooperation that the Commission used all its efforts to development and institutionalization cooperation as an *erga omnes*. Therefore, the obligation to cooperation in order to deal with damages effects, whether it is in the form of a treaty process or customary, is a legal strategy which was noticed by the commission. This means, with the evolutions that the commitment to cooperation has faced, this obligation has changed from a mere moral obligation to a legal obligation; which can provide a basis of solidarity. For this reason, the role of the private sector should not be denied in cooperation with states. In other words, states need to cooperate with private sector with the expansion of the private sector in the current system. Although the main task of protecting persons is the responsibility of states; But it is not enough. In this case, not only creates international responsibility of states for violating of such an obligation but It is the same for other actors who had the ability to help and cooperate but did not cooperate.

تعهد به همکاری بین‌المللی در زمان وقوع بلایا

مهسا خواجه^۱، مسعود راعی دهقی^{۲*}، علیرضا انصاری مهباری^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.
Email: mahsakhajeh1372@gmail.com
۲. استاد، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.
Email: masoudraei@phu.iaun.ac.ir
۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.
Email: alirezaansari@phu.iaun.ac.ir

چکیده:

واقعیت جهان آن است که عاری از بلایای طبیعی و غیرطبیعی نیست. با وقوع بلایا، آثار مخرب مادی و معنوی زیادی بر کل کره خاکی و به‌ویژه انسان‌ها وارد می‌شود. در چنین شرایطی نیاز به حمایت به‌طور فزاینده احساس می‌شود. این حمایت به نوعی نیاز به همکاری، هم‌گرایی و هم‌بستگی بین‌المللی دارد. سؤال اصلی این است که آیا می‌توان تعهد به همکاری را در زمره حقوق بنیادین بشر تلقی کرد؟ آنچه فرضیه این تحقیق را شکل می‌دهد این است که تعهد به همکاری بین‌المللی در زمان وقوع بلایا به دلایل متعددی از جمله؛ نیاز مبرم به حمایت حداکثری، جزء حقوق بنیادین بشر می‌باشد. از مهم‌ترین یافته‌های تحقیق آن است که این تعهد یک تعهد عام‌الشمولی است که اگرچه منحصر به زمان وقوع بلایا نیست، اما در زمان وقوع چنین مخاطره‌هایی برای همه الزام‌آور خواهد بود. می‌توان ادعا کرد، در سایر حوزه‌ها که فارغ از بلایا می‌باشند همچون حمایت حداکثری از حقوق بنیادین بشر چنین تعهدی می‌تواند وجود داشته

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.345764.2077

تاریخ دریافت:

۱۵ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۰ تیر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



باشد. چنانچه در برابر اقدامات تروریستی، مقابله با بی‌کیفری و بی‌سزایی نیز این نوع تعهد می‌تواند مطرح باشد.

کلیدواژه‌ها:

بلایا، تعهد به همکاری بین‌المللی، هم‌بستگی بین‌المللی، حقوق نرم، حقوق سخت.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «تحلیل جایگاه تعهد به همکاری بین‌المللی دولت‌ها در زمان وقوع بلایا»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، دانشکده حقوق.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری و قدردانی:

بدین وسیله از جناب آقای دکتر مسعود راعی دهقی بابت همکاری در تهیه و نگارش این پژوهش سپاسگزاری می‌شود.

مشارکت نویسندگان:

مهسا خواجه: مفهوم سازی، روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

مسعود راعی دهقی: مفهوم سازی، روش‌شناسی، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.

علیرضا انصاری مهبیاری: نظارت بر داده‌ها، نظارت.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استاددهی:

خواجه، مهسا، مسعود راعی دهقی و علیرضا انصاری مهبیاری. «تعهد به همکاری بین‌المللی در زمان وقوع بلایا». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۴۹-۸۰.

مقدمه

یکی از مسائلی که بشر از ابتدای خلقت با آن درگیر بوده است وقوع بلایایی است که روز به روز سخت‌تر شده‌اند. علی‌رغم پیشرفت‌های به‌دست آمده در زمینه دانش و تکنولوژی آثار بلایا چه با منشأ طبیعی^۱ و چه به دست بشر^۲ نه‌تنها کاسته نشده بلکه اوضاع را وخیم‌تر کرده است. از طرف دیگر اقدامات یک‌جانبه دولت‌ها در مواجهه با بلایا دستاورد قابل توجهی به همراه نداشته است. به همین دلیل راهبردهای جامعه جهانی برای کاهش آثار بلایا امکان‌پذیر نخواهد بود مگر با همکاری و تعاملات بین‌المللی در برابر وقوع بلایا. همین امر موجب گردیده است برخی کنوانسیون‌ها و پیش‌نویس‌ها راهکارهایی تبیین کنند تا افراد آسیب‌دیده از بحران و بلایای طبیعی بتوانند به صورت وارسته زندگی کنند.^۳ فراوانی و شدت بلایای طبیعی مانند تغییرات اقلیمی منجر به افزایش خسارات انسانی و اقتصادی می‌گردد، به‌طور نامتناسبی کشورهای کم‌درآمد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و بیشترین تلفات، به مردم فقیر تحمیل می‌شود.^۴ سالانه ۵۲۰ میلیارد دلار آمریکا میانگین از دست دادن رفاه ناشی از بلایای طبیعی می‌باشد.^۵ از سوی دیگر صیانت از حقوق بشر از بنیادی‌ترین مبانی حقوق انسان‌ها و تعهدات کشورها محسوب می‌شود. در اکثر اسناد بین‌المللی اعم از حقوق بین‌الملل عام و حقوق بشر از جمله، منشور سازمان ملل متحد و منشور بین‌المللی حقوق بشر (اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی - سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) به این مسأله پرداخته شده است.^۶ نتیجه صیانت از حقوق بشر آن است که هیچ‌یک از اعضای آنها امکان نقض تعهدات خود را نداشته باشند و همچنین همکاری کشورها در ترویج و ارتقای چنین حقوقی از اهداف اولیه و مهم این اسناد قلمداد شده است. حتی کشورهای غیرعضو نیز نمی‌توانند به بهانه عدم عضویت‌شان در این اسناد این حقوق را نقض نمایند. درحالی‌که بسیاری از حقوق افراد با نقض اسناد حقوق بشری در معرض خطر قرار می‌گیرند. در چنین شرایطی برای جلوگیری

1. Natural disasters.

2. Human made disasters.

۳. آرزو قلیپور، «مدیریت بلایای طبیعی در جمهوری اسلامی ایران و همکاری‌های منطقه‌ای بین‌المللی»، فصلنامه سیاست (۱۳۹۵)، ۵۱-۵۲.

4. UNDRR, GAR, (2019), 356.

5. Stephane Hallegatte et al., *Unbreakable (2017), "Building the Resilience of the Poor in the Face of Natural Disasters, Climate Change and Development Series"* (Washington DC, USA: World Bank Group, 2017), 87, <https://open.knowledge.worldbank.org/handle/10986/25335>.

۶. امیر مقامی و علی‌اکبر ندوشن، «ارزیابی حقوقی تحریم‌های آمریکا علیه ایران در همه‌گیری جهانی کووید ۱۹»، مجله حقوق اسلامی ۶۴ (۱۳۹۹)، ۵۳-۵۴.

از نقض آنها توسط کشورهای که عضو اسناد بین‌المللی نیستند، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به انحای مختلفی به تعهد هر دولت در ارتباط با میثاق اشاره نموده است که همه کشورها ملزم به ترویج و ارتقای حقوق بشر موجود در منشور ملل متحد هستند.^۷

با توجه به چالش‌های فراروی تعهد به همکاری، این موضوع به عنوان یک تعهد معاهده‌ای و حتی فرامعاهده‌ای مورد توجه کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت. هرچند در این مسیر موانع زیادی ممکن است وجود داشته باشد؛ اما بدون چنین نگاهی هم قطعاً مشکلات فراوانی روبه‌روی انسان‌ها خواهد بود. بر این اساس کمیسیون حقوق بین‌الملل برای رفع این معضل و همچنین توسعه و نهادینه کردن همکاری در میان جوامع تلاش‌های زیادی کرد که در نهایت منجر به تصویب پیش‌نویس حمایت از اشخاص در زمان وقوع بلایا^۸ ۲۰۱۶ شد. کمیسیون با انتخاب آقای ادوارد والنسیا اوسپینا^۹ به عنوان گزارشگر ویژه^{۱۰} کار خود را برای توسعه حقوق بین‌الملل در زمینه حمایت از اشخاص در زمان وقوع بلایا از سال ۲۰۰۷ آغاز کرد. به این ترتیب اصول مهم هم‌بستگی و همکاری از رنج انسان‌هایی نشأت گرفته است که در زمان وقوع بلایا با آن روبه‌رو شدند و مأموریت کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز آن بوده است که آیینۀ تمام‌نمای این رنج تاریخی باشد.^{۱۱}

۱ - مفهوم همکاری و هم‌بستگی

عبارت تعهد به همکاری از اصطلاح حقوق هم‌زیستی مسالمت‌آمیز در حال گذر است و با این ویژگی که تعهد کشورها به همکاری با یکدیگر است، توصیف می‌شود. اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در روابط دوستانه و همکاری میان کشورها بر اساس منشور ملل متحد یک‌سری اقدامات هماهنگ داوطلبانه دو یا چند کشور را به‌عنوان همکاری بیان می‌نماید که در حد یک مفهوم اخلاقی است. این همکاری با در نظر گرفتن یک هدف خاص، نشانگر تلاش دولت‌ها به‌صورت اقدام مشترک است در جایی که فعالیت یک کشور واحد به نتیجه نخواهد رسید. به همین سبب هدف از همکاری در حالتی که به‌منظور افزایش رفاه اجتماعی جامعه جهانی باشد در مقایسه با همکاری برای شروع یک جنگ از ارزش ذاتی برخوردار است.^{۱۲} ماده ۱ منشور و به‌طور خاص فصل نهم منشور برای حل مسائل بین‌المللی گوناگون، همکاری

7. ICESCR, General comment No. 2, 1990, para.8

8. Draft articles on the protection of persons in the event of disasters

9. Mr. Eduardo Valencia-Ospina

10. Special rapporteur

11. A/CN.4/615, para.50

12. Rüdiger Wolfrum, *Solidarity: A Structural Principle of International Law* (Max Planck Encyclopedia

بین‌المللی را به‌عنوان یکی از اهداف اصلی ملل متحد اعلام کرده است. ویژگی اصلی چنین همکاری بین‌المللی تعهد دولت‌ها به همکاری با یکدیگر است. اصولاً مفهوم همکاری بر «مسئولیت مشترک» رشد و نمو یافته است؛ بنابراین وظیفه همکاری به معنای الزام به انجام اقدامات هماهنگ برای دستیابی به هدفی است که منشور مدنظر دارد.^{۱۳} همکاری و حق هم‌بستگی ترجمان مفهوم «برادری» در حقوق بشر و هدف آنها نیل به اهداف جمعی جامعه بشری فارغ از تعلقات جانبی آنان است. به عبارت بهتر، همکاری بین‌المللی فرصتی برای تأکید بر تعهدات فراسرزمینی دولت‌ها در مقوله حقوق بشر و مسؤولیت مشترک آنها است.^{۱۴}

همان‌طور که ذکر شد انسان‌ها همواره درگیر بلایا و آثار آن بوده‌اند. لذا اعتقاد به ارزش انسان‌ها که در مقدمه منشور ملل متحد بیان شده است، انگیزه اصلی جامعه جهانی برای کمک‌های بشردوستانه گردید. مفهوم هم‌بستگی بین‌المللی که اغلب به دنبال موارد اضطراری عمده برانگیخته می‌شود و به‌عنوان احساس مسؤولیت نسبت به افراد مطرح می‌شود ریشه در اصول اخلاقی منشور دارد.^{۱۵}

از اصل هم‌بستگی به‌عنوان اصلی نوپا یاد می‌شود که نخستین بار در قرن نوزدهم، از سوی «امیل دورکیم»^{۱۶} واکاوی شده است. این مفهوم به روابط متقابل میان دولت‌ها و اعضای جامعه اشاره دارد و در مقابل مفهوم فردگرایی است که مبین روابط مشترکی می‌باشد که در آن مجموعه‌ای از تعهدات اخلاقی و سیاسی قابل ملاحظه است.^{۱۷} در عرصه حقوق به‌طور عام، هم‌بستگی صرف وابستگی متقابل نیست بلکه به معنای ایجاد انسجام و هماهنگی میان منافع، مقاصد و اقدامات است.^{۱۸} به معنای گسترده‌تر هم‌بستگی مشارکت مسؤولیت‌ها و منافع کشورها است که توسط مفهوم همکاری به هم پیوند خورده است. اگرچه، رابطه بین هم‌بستگی و همکاری بین‌المللی جداناپذیر است و همکاری بین‌المللی به‌عنوان وسیله اصلی برای دستیابی به اهداف جمعی و اتخاذ منافع است؛^{۱۹} اما برخی حقوق‌دانان معتقدند

of Public International Law, 2010), 1-2.

۱۳. مصطفی میرمحمدی و جلال صادقی، «حقوق همبستگی و همبستگی بین‌المللی: چالش‌های فرارو و آخرین تحولات»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۴۹ (۱۳۹۴)، ۱۱۴.

14. A/HRC/12/27, 2009: 5

15. A/45/587, para.5

16. David Emile Durkheim

17. Rudiger Wolfrum, Edited by Hestermeyer Holger, *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 49.

۱۸. باقر انصاری، «مبانی حقوق همبستگی»، فصلنامه حقوق (۱۳۹۰)، ۲۳.

19. A/HRC/12/27, (2009), 6.

همکاری بین‌المللی را باید از اصطلاحات دیگر همچون هم‌بستگی متمایز کرد چراکه واژه اخیر به نوعی آمادگی برای همکاری و ایجاد منافع مشترک یا ارتقای ارزش‌های همگانی و مشترک می‌باشد. هم‌بستگی باعث ایجاد یک سیستم هم‌افزایی در جهت پیشبرد همکاری می‌شود که در نتیجه عدالت و منافع عمومی با سیاست‌هایی که به نفع همه ملت‌ها می‌باشد، بهتر تأمین می‌گردد.^{۲۰} در این میان نقش سازمان‌های بین‌المللی که نمایانگر تأسیس و نهادینه شدن وظیفه همکاری در حوزه فعالیت آنهاست انکارناپذیر است. به‌عنوان مثال صندوق بین‌المللی توسعه کشاورزی، اتحادیه بین‌المللی ارتباط از راه دور، سازمان بهداشت جهانی برای تقویت توسعه کشورهای در حال توسعه اقدام کردند. این نقش در سخن برخی از مفسرین حقوقی به هم‌بستگی میان ملت‌ها تعبیر شده که ذاتاً امری مقدس است. بر این اساس آنچه از تعهد به همکاری و هم‌بستگی بین‌المللی مطرح است بیشتر جنبه حقوقی دارد تا اخلاقی.^{۲۱}

۲- بررسی اسناد بین‌المللی در زمینه تعهد به همکاری

۲-۱- اسناد عام در زمینه تعهد به همکاری

موضوع تعهد به همکاری در اسناد محیط زیستی بیشتر تبلور یافته است. اعلامیه‌هایی نظیر ریو و استکهلم در زمینه محیط زیست در اصول خود، اصل همکاری را مورد تأکید قرار داده‌اند. به‌عنوان مثال؛ اصل ۲۴ اعلامیه استکهلم ۱۹۷۲ برای حفاظت از محیط زیست کشورها را ملزم به همکاری کرده است و برای رسیدن به چنین هدفی، هر نوع همکاری اعم از همکاری به‌صورت دوجانبه، چندجانبه را که در جهت کنترل، جلوگیری، کاهش و یا از بین بردن آثار زیان‌بار محیط زیستی باشد را لازم شمرده است. اعلامیه ریو نیز مصوب ۱۹۹۲ در مورد مسائل محیط زیست و همچنین توسعه در اصل پنجم خود، به اصل همکاری اشاره می‌کند و همه کشورها را ملزم می‌دارد که برای رفع محرومیت‌ها و رفع احتیاجات انسانی اقدامات لازم را اتخاذ نمایند. بیانیه اجلاس جهانی توسعه پایدار معروف به بیانیه ژوهانسبورگ مصوب ۲۰۰۲^{۲۲} نیز برای توسعه انسانی و رسیدن به صلح و سعادت جهانی به اتحاد و تعهد به همکاری

20. R. St. J. MacDonald, "Solidarity in the Practice and Discourse of Public International Law", *Pace Int'l L* 8(1996), 257.

21. Bogdan BaBović, "The duty of States to cooperate with one another in accordance with The Charter", in *Milan Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, ed. Šahović (Belgrade, Institute of International Politics and Economics, 1973), 289.

22. Earth Charter presented for consideration at 2002 General Assembly, World Summit on Sustainable Development (WSSD), (Johannesburg, South Africa). www.earthcharterinaction.org/.../2002%2011%20WSSD%20Report

اشاره می‌کند.^{۲۳}

در ماده ۱ اعلامیه حق بر توسعه می‌توان رویکرد کلی مبنی بر تعهد به همکاری در زمینه توسعه انسانی، اقتصادی، پیشرفت‌های اجتماعی، جلوگیری از تبعیض و همچنین رعایت حقوق بشر را یافت. اعتقاد به وجود چنین حقی برای انسان باعث می‌شود که برای دولت‌های متبوع آنها نیز حق توسعه قائل شد. این توسعه و پیشرفت تنها از طریق همکاری اجباری است که ایجاد می‌گردد.^{۲۴} برای توجیه تعهد حقوقی همکاری می‌توان از برخی اصول برجسته حقوق بین‌الملل مانند اصل حاکمیت استفاده کرد. بدین نحو که کمبود توسعه کشورهای در حال توسعه به دلیل فقدان بخشی از حاکمیت است که برای رفع چنین معضلی خواستار همکاری با کشورهای صنعتی هستند؛ بنابراین با توجه به این رویکرد، تصور همکاری بین‌المللی برای توسعه به عنوان ابزاری برای تأمین صلح قانع‌کننده است.^{۲۵}

اعلامیه هم‌بستگی با عنوان اجرای دهه اول ملل متحد برای از بین بردن فقر توسط قطعنامه مجمع عمومی^{۲۶}، به منظور ارتقای ثبات و پیشرفت اقتصادی بین‌المللی، رفاه عمومی ملت‌ها و همکاری بدون تبعیض که کشورها را ملزم به همکاری با یکدیگر می‌کند، به تصویب رسید. مطابق این اعلامیه، حق هم‌بستگی اگرچه وظیفه اضافی را به دولت‌ها تحمیل نمی‌کند اما اگر در سطح جهانی مشکلاتی از جمله فجایع طبیعی یا ساخت دست بشر، عدم امنیت غذایی یا دسترسی به آب سالم و تغییرات آب و هوایی به وجود آید که یک کشور قادر به حل آنها نیست، همه تابعان حقوق بین‌الملل را ملزم می‌کند که زمینه را برای تحقق همه حقوق بشر به وسیله همکاری فراهم کنند^{۲۷}؛ بنابراین، احترام به توافق‌نامه‌های بین‌المللی و بالا رفتن آگاهی دولت‌ها نسبت به هم‌بستگی نیاز به ایجاد همکاری دارد که موجبات هم‌بستگی را در بیشتر مسائلی که دغدغه جهانی هستند فراهم کند.^{۲۸} به همین سبب، برخی از کارشناسان مانند اوکافور^{۲۹}، اطمینان دارند حق هم‌بستگی بین‌المللی در عمل و نظرات کشورها وجود دارد که موجب شده است کشورهای عضو سازمان ملل اخیراً «همه‌گیری کرونا و ویروس را یک بلیه بین‌المللی تشخیص دهند

۲۳. سعیده پیربدایی، «تحلیل مفهوم و الزامات توسعه پایدار در سند ژوهانسبورگ و تأثیر آن بر قوانین زیست‌محیطی کشور»، (مقاله ارائه شده در دومین کنفرانس ملی حقوق در چشم‌انداز ۱۴۰۴، رشت، ۲۷ مرداد ۱۳۹۹)، ۱۰-۱۲.

24. GA/RES/41/128.1986

25. Wolfrum, Coexistence, Cooperation and Solidarity, op.cit., 7-8.

26. A/RES/60/209, 2006

27. Askary Pouria & Farzad Fallah, "The Right to International Solidarity and Humanitarian Assistance in the Era of covid-19 Pandemic", *journal of international humanitarian legal studies* 11(2020), 6.

۲۸. میرمحمدی و صادقی، پیشین، ۱۱۲.

29. Obiora Okafor

که نیاز به واکنش جهانی مبتنی بر وحدت، هم‌بستگی و همکاری چندجانبه دارد»^{۳۰}؛ اما برخی دیگر معتقدند گرچه هم‌بستگی برای مشروعیت حقوق بین‌الملل لازم است اما خلاف آنچه همه می‌پندارند از نظر حقوقی هنجار نیست و نباید هم‌بستگی را به عنوان اصل حقوق بین‌الملل در نظر گرفت.^{۳۱} این در حالی است که رودی محمد رزقی^{۳۲} به عنوان گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بشر برای آنکه نسبت به همکاری و هم‌بستگی بین‌المللی توجه بیشتری شود، به مدت سه سال گزارش‌هایی از چالش‌هایی که در زمینه حقوق بشر و هم‌بستگی بین‌المللی وجود داشت تهیه کرد. تعدادی از مصادیق حقوق نسل سوم از جمله حق دریافت کمک‌های بشردوستانه در زمان بلایا در گزارش‌های وی مورد اشاره قرار می‌گیرد؛ بنابراین چالش‌هایی که در زمینه بلایا هستند با همکاری که منتج به هم‌بستگی خواهد شد تبدیل به فرصتی می‌شوند که نه تنها دولت‌ها را بلکه افراد، بخش خصوصی و دیگر تأثیرگذاران جامعه را درگیر می‌کند.^{۳۳} در واقع هم‌بستگی با تعابیر مختلف مانند مسؤلیت مشترک در کنوانسیون منع نسل‌زدایی و مسؤلیت برای حمایت یا با مفهوم برادری در حقوق بشر و حقوق بشردوستانه قابل مشاهده است. همین مسأله باعث می‌شود که مکزیک از قربانیان نسل‌زدایی در رواندا و بوسنی حمایت کند^{۳۴} یا کشوری مانند گامبیا برای حمایت از گروه روهینگی در برابر نسل‌زدایی میانمار از دیوان بین‌الملل دادگستری تقاضای دستور موقت کند.^{۳۵} این‌گونه حق هم‌بستگی بین‌المللی حقی بشری است که با جهانی شدن هر بحرانی بر سایر دولت‌ها تأثیر می‌گذارد^{۳۶} و موجب برخورداری هر فردی از این حق خواهد شد که به‌طور عادلانه و منصفانه از منافع زیستی در جامعه بین‌المللی بهره‌مند گردند.^{۳۷}

۲-۲- اسناد خاص بین‌المللی در زمینه تعهد به همکاری

عمر بلایای طبیعی به اندازه تاریخ زندگی اجتماعی بشر و طبیعت است. بلایایی مانند زلزله، سونامی، سیل، آتش‌فشان، طوفان، خشک‌سالی و بیماری‌های مسری‌ای که منشأ آنها طبیعی یا غیرطبیعی بوده

30. A/HRC/38/40, 2018: 5

31. Kostiantyn Gorobets, "Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law," *Netherlands International Law Review* 69(2022), 2-4.

32. Rudi Muhammad Rizki

33. A/HRC/15/32, 2010: 6-57

34. Wolfrum, *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, op. cit., 86-87.

35. Icj report, *Gambia v. Myanmar* 2020: paras 3-6.

۳۶. نک به:

Alston Philip, "A Third Generation of Solidarity Rights Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?" *Netherlands International Law Review* 29(1982), 307-322.

37. A/HRC/AC/8/2011: 2

است، اساساً حقوق بنیادین انسان‌ها را نشانه می‌گیرد و موجب به خطر افتادن سلامت و حیاتشان خواهد شد. در همین راستا می‌توان گفت در مواردی که مدیریت این بحران‌ها از توان یک کشور به تنهایی خارج است باید همه کشورهای در حد توان، کشور گرفتار بحران را کمک کنند.^{۳۸}

برای تسهیل کمک‌رسانی و اجرای تعهد به همکاری، کنوانسیون تأسیس یک اتحادیه بین‌المللی امداد در سال ۱۹۲۷ در مقدمه خود کشورهای هم‌پیمان را به کمک‌رسانی به یکدیگر در زمان بروز حوادث و تشریک مساعی از طریق افزایش امداد بین‌المللی موظف می‌داند.^{۳۹} البته این اتحادیه هرگز نتوانست وعده‌هایش را تحقق بخشد و با فروپاشی نظام جامعه ملل از میان رفت.

کمک‌های متقابل در بلایای طبیعی در اعلامیه ۱۹۷۶ آسه آن^{۴۰} نیز مورد توجه قرار گرفت که در این مورد اِشعار می‌دارد «کشورهای عضو باید، در چهارچوب توانایی‌ها، در بهبود راه‌های ارتباطی بین خود در مورد اعلام خطر بلایا، تبادل متخصص و کارآموز، تبادل اطلاعات و اسناد، اعطای منابع پزشکی، خدمات و کمک‌های امدادی همکاری نمایند.»^{۴۱}

فدراسیون بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر در سال ۲۰۰۰ پروژه‌ای را تحت عنوان «حقوق بین‌الملل در زمینه واکنش به حوادث» آغاز کرد. در این طرح به گردآوری و تجزیه و تحلیل اسناد حقوقی بین‌المللی موجود مربوط به کمک‌رسانی به هنگام بروز حوادث پرداخته شده است.^{۴۲}

اعلامیه هیوگو^{۴۳} (۲۰۰۵) نیز با توجه به اهمیت همکاری بین‌المللی، هم‌بستگی و همچنین حکمرانی خوب، به کاهش تلفات انسانی در سرتاسر جهان اشاره می‌کند.^{۴۴} در مورد بیماری‌های مسری، مانند ویروس ایدز، ابولا، سارس، کرونا و ... نیز از بلایایی هستند که ضرورت جدی و گسترده همکاری را به دنبال داشتند. به‌عنوان مثال، بیماری ایدز به عنوان یک بیماری مسری و همه‌گیر در جهان شناخته می‌شود. همکاری‌های میان شورای امنیت، مجمع عمومی و سازمان بهداشت جهانی، منجر به صدور قطعنامه‌هایی در این زمینه گردید؛ که شیوع بیماری‌های مسری را مستقیماً بر صلح و امنیت

۳۸. علیرضا معینیان و دیگران، «بررسی بلایای طبیعی از نگاه حقوق بین‌الملل؛ مطالعه موردی ایران»، فصلنامه نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی ۱۲، ۱(۱۳۹۸)، ۴۵۷.

39. Convention on establishing an International Relief Union 1927.

40. Association of Southeast Asian Nations (Agreement On Disaster Management And Emergency Response)

41. ASEAN Documents Series 1976.

42. International Federation of Red Cross and Red Crescent societies, International Disaster Response laws, principles, and practice: reflections, prospects and challenges (2003).

43. Hyogo Declaration

44. A/CONF.206/6 and Corr.1, chap. I, resolution 1, fifth preambular paragraph.

بین‌المللی تأثیرگذار می‌دانند. هدف این‌گونه از اسناد صرفاً یک موضوع یا مخاطب خاص نیست، بلکه حل‌وفصل موضوعی که در حال گسترش باشد و شیوع آن، فاجعه‌ای علیه صلح و امنیت باشد، از اهداف کلی شورای امنیت محسوب می‌گردد.^{۴۵} قطعنامه ۱۳۰۸ در ۱۷ جولای ۲۰۰۰ و قطعنامه ۱۹۸۳ در ۷ ژوئن ۲۰۱۱ از اولین اقدام‌های شورای امنیت در خصوص سلامت همگانی در راستای حفظ امنیت بین‌المللی است. شورا در خصوص پیشگیری از شیوع بیماری ایدز در قطعنامه ۱۳۰۸ دستورالعمل‌هایی را مورد تأکید قرار می‌دهد.^{۴۶} در قطعنامه ۱۹۸۳ هم شورا ویروس ایدز را یک نوع اپیدمی معرفی می‌کند؛ که بیش از شصت میلیون انسان به آن مبتلا هستند، بیش از بیست میلیون نفر فوت کردند و همچنین بیش از شانزده میلیون کودک درگیر این ویروس هستند. ضمن یادآوری خطر این ویروس برای صلح و امنیت بین‌المللی، در پاراگراف ده آن، شورا از کشورهای عضو می‌خواهد که به همکاری مستمر میان خود برای توسعه و تحقق پیشگیری از ویروس ایدز ادامه دهند و نهادهای ملی را تشویق به درمان، مراقبت و پشتیبانی می‌کند.^{۴۷}

قطعنامه ۲۱۷۷ مصوب ۱۸ سپتامبر ۲۰۱۴، دومین اقدام شورای امنیت در پاسخ به بحران بیماری ابولا بود. شورا مجدداً با بیان اینکه مسؤولیت اصلی برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را دارد، شیوع بیماری ابولا در آفریقای جنوبی بالأخص در کشورهای لیبریا، گینه، سیرالئون همچنین نیجریه را نگران‌کننده توصیف می‌کند. علاوه‌براین، بیماری ابولا نه تنها تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی است بلکه موجب تضعیف ثبات کشورهای متأثر از بیماری است. همین امر موجب بروز تنش‌های اجتماعی، ناآرامی‌های مدنی و سیاسی خواهد شد.^{۴۸}

قطعنامه معروف مجمع عمومی در رابطه با همه‌گیری کرونا ویروس نشان از جدی و خطرناک بودن این بیماری است.^{۴۹} همچنین مجمع عمومی تشخیص داد که این همه‌گیری، واکنش جهانی را می‌طلبد که نیاز به وحدت، هم‌بستگی میان کشورها و تجدید همکاری چندجانبه دارد. شورای امنیت نیز با اشاره به قطعنامه مجمع عمومی، به همکاری و هم‌بستگی بیشتر ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی برای مبارزه با این همه‌گیری تأکید کرده است. قطعنامه ۲۵۳۲ که اولین اقدام شورای امنیت در زمینه مبارزه با کرونا

۴۵. علی رودباری، «ارزیابی قطعنامه ۲۵۶۵ شورای امنیت در مقابله با کووید ۱۹»، دسترسی در ۱۲/۲۳/۱۳۹۹، <https://unstudies.ir/iauns-forum>

46. S/RES/1308, 2000.

47. S/RES/1983, 2011.

48. S/RES/2177, 2014.

49. A/RES/74/270, 2020.

است، به مسأله به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی در صورت ادامه‌دار شدن این وضعیت می‌پردازد. البته در این مورد اقدامات لازم بر اساس فصل هفتم منشور هم اتخاذ نگردیده است.^{۵۰}

دومین اقدام شورای امنیت، صدور قطعنامه ۲۵۶۵ بود. این قطعنامه که مبتنی بر تعهد کشورها به همکاری است؛ به ابتکار کشور انگلستان که هم‌زمان ریاست ماهانه شورا را عهده دارد به رأی گذاشته شد. شورا در این سند خاطر نشان می‌کند که مخاصمات مسلحانه همه‌گیری را تشدید می‌کند؛ بنابراین از کشورهای درگیر مخاصمه مسلحانه تقاضای آتش‌بس و اجازه ارسال واکسن دارد. در نهایت با حمایت ۱۱۲ کشور و موافقت ۱۵ عضو شورای امنیت با این سند، اتخاذ اقدامات هماهنگ، فراگیر، جامع و جهانی برای مبارزه با این بلایا مجدداً مورد توجه قرار گرفت. حمایت کشورها، این قطعنامه را در میان قطعنامه‌هایی که در مورد بیماری‌های اپیدمیک صادر می‌شوند، در رده دوم قرار داد. قبل از آن و در رتبه اول؛ قطعنامه ۲۱۷۷ راجع به ابولا است که ۱۳۴ کشور از آن حمایت کردند.^{۵۱}

تکلیف کلی به همکاری به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل در اسناد متعدد بین‌المللی تثبیت شده است. در مواد ۵۵ و ۵۶ منشور ملل متحد، در امور مختلف کلیه اعضای ملل متحد را متعهد به همکاری می‌دانند و دولت‌ها مکلف به همکاری با یکدیگر، فارغ از تفاوت در نظام سیاسی، اقتصادی و اجتماعی‌شان هستند.^{۵۲} در رابطه با تعهدات حقوق بشری که کشورها پذیرفتند نیز همکاری امر ویژه‌ای است که در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آشکارا به عنوان ابزاری که در تحقق حقوق مندرج در میثاق مؤثر خواهد بود، مطرح می‌گردد.^{۵۳} در تفاسیر کلی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز اجرای حقوقی که در میثاق بیان شده از جمله همکاری بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.^{۵۴} در قطعنامه ۴۶/۱۸۲، در زمینه کمک‌های امدادی در بلایا به توانایی واکنش بسیاری از کشورها اشاره می‌کند که میزان و شدت بلایا در برخی از کشورها فراتر از توانایی آنها برای مقابله با آن رویداد است؛ به همین دلیل همکاری بین‌المللی با توجه به مقررات حقوق بین‌المللی و حقوق ملی، برای پاسخ

50. S/RES/2532.

51. S/RES/2565, 2021

52. A/RES/2625/1970: para 1

53. Arts. 11, 15, 22 and 23.

۵۴. نک به:

General comments No. 2 (E/1990/23-E/C.12/1990/3, annex III), No. 3 (E/1991/23 E/C.12/1990/8, annex III), No. 7 (E/1998/22-E/C.12/1997/10, annex IV), No. 14 (E/2001/22-E/C.12/2000/21) and No. 15 (E/2003/22-E/C.12/2002/13, annex IV).

به چنین وضعیتی بسیار مهم است.^{۵۵} کشورها مسؤول اولیه برقراری همکاری‌های بین‌المللی برای پیشگیری از بلایا و کاهش بلایا در نظر گرفته شدند. البته که همکاری نباید به گونه‌ای تفسیر شود که موجب کاهش نقش اولیه دولت متأثر گردد. به عبارتی اصل همکاری به عنوان مکمل تکلیف مقامات دولت متأثر تلقی می‌شود.^{۵۶} از همین قرار، موضوع حمایت از اشخاص در زمان بلایا در سال ۲۰۰۷ در دستور کار کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت و با آقای والنسیا اوسپینا به عنوان گزارشگر ویژه به این موضوع رسیدگی کردند.^{۵۷} پیش‌نویس مواد ۲۰۱۶ تا حدی حقوق بین‌الملل عرفی را نشان می‌دهد. هر چند کمیسیون تصمیم گرفت صرفاً به مجمع عمومی برای تدوین کنوانسیون در رابطه با حمایت از اشخاص در زمان بلایا توصیه کند^{۵۸}، اما می‌توان ادعا کرد که رویکرد کمیسیون در مورد پیش‌نویس مذکور منعکس‌کننده قوانین بین‌المللی است. پیش‌نویس، در مقدمه خود ماده ۱۳ منشور ملل متحد را که حاوی عناصر توسعه تدریجی است مورد تأکید قرار می‌دهد. آقای سینهو یی^{۵۹}؛ به عنوان گزارشگر ویژه سازمان حقوقی مشورتی آسیایی-آفریقایی^{۶۰}، آنچه مورد نظر کمیسیون در ارتباط با عرفی بودن مواد پیش‌نویس است را تحت عنوان «رویکرد سخت‌گیرانه» مطرح می‌کند.^{۶۱}

پیش‌نویس مواد کمیسیون، مجموعه‌ای کامل از تعهدات حقوقی که رفتار کشورها و سایر ذی‌نفعان بین‌المللی را در زمان فاجعه هدایت می‌کند ارائه می‌دهد. به همین دلیل مقدمه پیش‌نویس، «ارزش اساسی هم‌بستگی و همکاری بین‌المللی» را بیان می‌نماید و آنها را به عنوان مفاهیم کلیدی زیربنای پیش‌نویس توصیف می‌کند. از آنجایی که ماده ۷ پیش‌نویس وظیفه همکاری را مشخص می‌کند، حقوق و وظایف هم‌تراز دولت آسیب‌دیده و کشور کمک‌کننده برای حمایت از اشخاص مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.^{۶۲} طبق ماده ۷، کشورها باید همکاری میان خود با ملل متحد و سایر بازیگران کمک‌کننده را افزایش دهند. برای افزایش همکاری‌ها و تسهیل کمک فوری، ماده ۱۵ و ۱۶ پیش‌نویس در این ارتباط

55. A/RES/182/46/1991

56. Sendai Framework, 2015: para 19(a)

57. Ilc, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 68th Session' (2 May–10 June and 4 July–12 August 2016) UN Doc A/71/10, Chapter iv.

58. Ilc report, 2014; para42(a)

59. Sienho Yee

60. Asian African Legal Consultive Organization (AALCO)

61. Sienho Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law", 14 *Chinese Journal of International Law*, 375 (report written for the Informal Expert Group of the Asian-African Legal Consultative Organization), (2018), 189.

62. Dire Tladi, "The International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of Law from Thin Air?" *Chinese Journal of International Law*, 16(3)(2017), 425-426.

تدابیری از جمله تمدید مصونیت‌ها، کاهش الزامات مربوط به ویزا، قوانین گمرکی و مالیاتی و حفاظت از پرسنل امدادی و تجهیزات آنها را اتخاذ کرده است. البته ماده ۷، ماهیت تعهد به همکاری را منوط به موضوع همکاری و زمینه کمک و امدادسانی، متفاوت تلقی می‌کند. به همین دلیل ماده ۸ پیش‌نویس آشکال همکاری را که به‌طور مشابه در بند ۴ ماده ۱۷ حقوق سفره‌های (آب) فرامرزی و اعلامیه آسه آن^{۶۳}، هم تشریح شده، مشخص می‌کند. از نظر کمیسیون، کمک‌های بشردوستانه و اقدامات امدادی اهمیت برجسته‌ای دارند^{۶۴}؛ بنابراین باید به‌گونه‌ای وسیع باشند که بیشترین اقدامات حتی هماهنگی پشتیبانی و لجستیکی، نظارت و تسهیل فعالیت‌ها در بلایا را دربرگیرد.^{۶۵} این موضوع ماهیت متقابل همکاری به هر شکلی که باشد را نشان می‌دهد، اینکه همکاری یک فعل یک‌جانبه نیست بلکه رفتار مشترک چندجانبه است. البته همان‌طور که حاکمیت کشورها و اصل عدم مداخله توسط کمیسیون نادیده نگرفته شده است، کشورها تعهد مبنی بر احترام و حمایت از حقوق بشر را که متضمن تعهد ایجابی آنهاست بر عهده دارند که در آرای محاکم بین‌المللی به‌ویژه دادگاه حقوق بشر اروپایی در دو پرونده علیه ترکیه^{۶۶} و روسیه^{۶۷} به تکلیف دولت در اتخاذ اقدامات پیشگیرانه تأکید شده است. حقوق بین‌الملل در مورد بلایا به‌ویژه شیوع بیماری‌هایی که غیرقابل پیش‌بینی هستند یک چهارچوب قانونی جامع را ارائه می‌دهد و دولت‌ها را ملزم به جلوگیری از پیامدهای مضر آن می‌کند که به موارد اضطراری بهداشتی به‌طور مؤثر پاسخ دهند و برای دستیابی به این اهداف همکاری کنند. هرچند تعهدات دقیق و پیوسته کشورها ذاتاً در تأمین شرایط مختلف انعطاف‌پذیر هستند اما برای کشورها لازم‌الاجرا است. به عبارت بهتر کشورها موظفند طبق استاندارد «حکمرانی خوب»^{۶۸} عمل کنند. بدین معنا که از یک کشور انتظار می‌رود که هنگام مواجهه با آسیب یا خطر به‌طور منطقی اقدامات لازم را انجام دهد، علاوه‌براین یک کشور باید تمام تلاش خود برای تحقق اهداف مشترک را به‌کار گیرد.^{۶۹} اینکه دولت‌ها باید تا آنجایی که می‌توانند از وقوع بلایا پیشگیری کنند غیرقابل انکار است؛ اما وقوع این حوادث هم اجتناب‌ناپذیر است و باید در زمانی که

۶۳. «کشورهای عضو باید، در چهارچوب توانایی‌ها، در بهبود راه‌های ارتباطی بین خود در مورد اعلام خطر بلایا، تبادل

متخصص و کارآموز، تبادل اطلاعات و اسناد، اعطای منابع پزشکی، خدمات و کمک‌های امدادی همکاری نمایند.»

64. Yearbook ... 2008, vol. II (Part Two), chap. IV, sect. E.; A/RES/63/124, 2008.

65. ASEAN Agreement, 1976: art 18, para 1

66. Önerildiz v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII.

67. Budayeva and Others v. Russia, nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, ECHR 2008-II.

68. 'good governance'

69. Antonio Coco & Talita de Souza Dias, "Prevent, Respond, Cooperate States' Due Diligence Duties Vis à Vis the covid-19 Pandemic", *Journal of international humanitarian legal* 11(2020), 218-219.

بلایا رخ می‌دهند، حوادث را مدیریت کنند تا خسارات کمتر شود، درد و آلام مردم هر چه سریع‌تر برطرف گردند؛ اما این تعهد از نوع تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه. چراکه امکان دارد جبران خسارات برای کشورها امکان‌پذیر نباشد.^{۷۰} به همین دلیل کشورها هنگام انتخاب اقدامات مناسب، اختیار گسترده‌ای دارند، زیرا دامنه اقدامات مجاز به عواملی از جمله قریب‌الوقوع بودن و نوع آسیب، دانش علمی موجود و رعایت سایر تعهدات بین‌المللی بستگی دارد.^{۷۱} اکثر تعهدات معاهده‌ای و عرفی حقوق بین‌الملل رفتاری را به کشورها تحمیل می‌کنند^{۷۲} که ملزم خواهند شد تا از آسیب‌های داخلی یا فرامرزی جلوگیری نمایند، یا جبران خسارت کنند.^{۷۳} از ماده ۱۰ به بعد پیش‌نویس ۲۰۱۶، رویکردهای مختلف کمیسیون در رابطه با افراد آسیب‌دیده از بلایا و کشورهای متأثر و کمک‌کننده نشان داده خواهد شد. بدین عبارت که رویکرد کمیسیون در مورد افراد آسیب‌دیده و وظیفه کشور متأثر در قبال این اشخاص، رویکرد عمودی حق و تکلیف^{۷۴} است که در مفهوم کلاسیک حقوق بشر، رویکرد حقوق بشری نیز گفته می‌شود؛ یعنی ابتدا حقوق اشخاص در نظر گرفته خواهد شد و مطابق ماده ۱۰ پیش‌نویس، دولت متأثر مکلف به حمایت از افراد است. رویکرد افقی حق و تکلیف^{۷۵} در پیش‌نویس کمیسیون مربوط به نقش کشور متأثر، سایر کشورها و بازیگران کمک‌رسان است. ماده ۱۰ به گونه‌ای پلی میان دو رویکرد عمودی و افقی حق و تکلیف در زمان بلایا و دیگر مواد پیش‌نویس است که تکلیف تضمین حمایت از افراد را هم بر عهده کشور متأثر و هم سایر نهادهای کمک‌رسان قرار می‌دهد. البته نقش اساسی کشور متأثر در مقابله با بلایا ریشه طولانی در حقوق بین‌الملل دارد.^{۷۶} در زمینه کمک به رفع بحران، اولویت در انجام عملیات امدادی کنترل آن را با دولت متأثر بیان می‌نماید که البته به‌عنوان دخالت ناروا در فعالیت‌های امدادی دیگر فعالان بین‌المللی قلمداد نخواهد شد.^{۷۷} بر این اساس وظیفه دولت متأثر مطابق مواد دیگر

70. GA/71/10, 2016: art9, para10

71. Draft Articles on Prevention (n 5) 154, art 3(11)

72. Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area (Advisory Opinion, 1 February 2011) ITLOS Reports 2011, 10 [110]-[111], [117]

73. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Merits) [2007] icjRep 43 [430]

74. Vertical rights- duties approach

75. Horizontal rights- duties approach

76. Tladi, op. cit., 430-431.

77. Tampere Convention, 1998: art 4, para8.

نک به:

The Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, United Nations, Treaty Series, vol. 1457, No. 24643, p. 133, art. 3 (a)

پیش‌نویس این است که از سایر کشورها، سازمان ملل و نهادهای امدادگران کمک بخواهد. به نظر می‌رسد اساس رویکرد افقی و عمودی کمیسیون، اصل هم‌بستگی است که به منظور ترویج حفاظت از اشخاص در زمان وقوع بلاياست؛ بنابراین، این نه به معنای تجاوز از حاکمیت دولت متأثر، بلکه به عنوان همکاری و هم‌بستگی جمعی برای مقابله با فاجعه می‌باشد. در این صورت زمانی که بحث حمایت از اشخاص به میان می‌آید، ماهیت دیگر حاکمیت که وظیفه حفاظت از اشخاص در قلمرو خود یا قلمرو تحت صلاحیت خود را بر عهده دارد خودش را نمایان می‌کند. لذا یک دولت در دنیای مدرن دیگر نمی‌تواند برای توجیه نقض حقوق بشر به حاکمیت تکیه کند.^{۷۸} تأکید شدید کمیسیون بر این موضوع به دلیل اهمیت حفظ حیات، کرامت انسان‌ها و تضمین دسترسی به کمک‌های بشردوستانه برای افراد بحران‌زده است. اگرچه رضایت دولت متأثر در دریافت کمک‌های خارجی امر بسیار مهمی است اما وظیفه تأمین حق حیات افرادی هم که در قلمرو دولت متأثر هستند بر عهده همان کشور است. به طور کلی، کلیه حقوق و ویژگی‌های یک کشور را می‌توان از واژه حاکمیت برداشت کرد.^{۷۹} با وجود اینکه حاکمیت حقوق و تعهداتی را بر کشورها بار می‌کند اما در ضمن، این اختیار را می‌دهد تا از سایر کشورها کناره‌گیری نماید یا با سایر کشورها ارتباط برقرار کند.^{۸۰} از این رو، کمیته حقوق بشر نیز وظیفه دولت در زمینه صیانت از این حق را تعهد ایجابی می‌داند.^{۸۱} لذا دولت متأثر نمی‌تواند به صورت خودسرانه از دریافت کمک‌های بشردوستانه به قربانیان بلايای طبیعی و شرایط اضطراری امتناع کند. چراکه در این حالت مطابق قطعنامه‌های مجمع عمومی مرتکب نقض حق حیات، تهدید برای حیات بشر و اهانت به کرامت انسانی شده است.^{۸۲} مؤسسه حقوق بین‌الملل در قطعنامه خود این موضوع را با عنوان وظیفه دولت‌های متأثر به عدم رد کمک‌های بشردوستانه صادقانه مطرح کرد. بر این اساس، دولت‌های متأثر مکلف هستند کمک صادقانه سایر کشورها را خودسرانه و بدون دلیل موجه رد ننمایند؛ زیرا که امکان دارد در صورت امتناع دولت متأثر، حقوق اساسی قربانیان نیز به خطر افتد.^{۸۳}

78. John Dugard, "The Future of International Law: A Human Rights Perspective—With Some Comments on the Leiden School of International Law", *Leiden JIL* 20(2009), 729-731.

79. Corfu Channel case, Individual Opinion by Judge Alvarez, p. 39, at p. 43.

80. The opinion expressed by Max Huber, Arbitrator, in the Island of Palmas case (the Netherlands/ United States of America), Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 839

81. Ohchr, 1982: General comment No. 6, para 5.

82. A/RES/43/131, 1988: para 8, A/RES/45/100, 1990: para 6.

83. Iil, Resolution on humanitarian assistance, (2003): art8, para 1.

۳- تعهد به همکاری بین‌المللی کشورها در حمایت‌های حقوق بشری از آسیب‌دیدگان بلایا

با توجه به حوادثی که در جهان رخ داد، جهان از سال ۲۰۰۲ به بعد تغییر کرد. این تغییر نه در جهت بهتر شدن اوضاع، بلکه تحول در موضوعات بین‌المللی و ایجاد دریچه‌ای جدید بوده است. اینکه مردم نباید در هنگام وقوع بلایا حقوق خود را از دست بدهند از جمله مواردی بود که به دنبال آن تئوری‌هایی مانند مسؤلیت حمایت و مداخله بشردوستانه مطرح شد؛ بنابراین، برای ایجاد آگاهی در این رابطه و همچنین ارتباط بین‌المللی حقوق بشر با پیشگیری، واکنش و بازیابی از بلایا لازم بود کاربرد قوانین حقوق بشر در مورد بلایا مورد توجه قرار گیرد. حمایت از افراد دارای معلولیت که به‌عنوان یک معاهده حقوق بشری به‌طور صریح برای اولین بار به حمایت از افراد در بلایا اشاره کرد.^{۸۴} همچنین نهادهای ملل متحد، مانند شورای حقوق بشر به‌طور فزاینده‌ای مسائل مربوط به بلایا را در وظایف نظارتی خود قرار دادند. از این رو شورا در سال ۲۰۱۰ بعد از زلزله هائیتی، برای اولین بار، جلسه ویژه‌ای برای بررسی مسائل حقوق بشری ناشی از بلایای طبیعی برگزار کرد.^{۸۵} اعلامیه هیوگو، مسؤلیت اصلی حمایت از مردم و دارایی‌های آنها را بر عهده دولت‌ها می‌داند که مطابق با ظرفیت‌ها و منابع در دسترس‌شان موظف هستند خطر بلایا را کاهش دهند.^{۸۶} کمیته دائمی بین‌سازمانی^{۸۷} در سال ۱۹۹۱ برای تقویت کمک‌های بشردوستانه تأسیس شد و هدف آن ارائه کمک‌های بشردوستانه به جمعیت‌های آسیب‌دیده بود، در سال ۲۰۰۶ این کمیته اصول راهنمایی را منتشر می‌کند که مبتنی بر راهنمایی‌های واقعی و عملی برای شناسایی و پاسخ دادن به نیازها و وضعیت‌های متفاوت زنان، دختران، پسران و مردان در زمان بلایا است. به عبارت بهتر مبنای قانونی برای تمرکز بر جنسیت در اقدامات بشردوستانه را بیان می‌کند. به‌طور کلی زنان بعد از بلایای ناگهانی، در معرض افزایش خطر مرگ و خشونت هستند، چون امکان دارد در اغلب تلاش‌های کمک‌رسانی و بهبودی طولانی‌مدت با تبعیض مواجه شوند؛ بنابراین، در حمایت از زنان و مردان باید این موضوع را لحاظ کرد که آنها نیازهای متفاوتی دارند و علاوه بر اهمیت حذف همه اشکال تبعیض که در کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان ذکر شده است باید به مسأله حذف تبعیض در کمک به

84. Elizabeth Ferris, "how can International human rights law protect us from disasters?", *Cambridge Core terms of use* 108(2019), 117.

85. Walter Ka lin, "the Human Rights Dimension of Natural or Human-Made Disasters", *German Yearbook of International Law* 55(2012), 28-127.

86. A/CONF.206/6, 2005: para 4

87. Inter-Agency Standing Committee.

هنگام وقوع فاجعه، مشارکت زنان در کاهش خطر بلایا و تضمین دسترسی برابر به منابع در طول دوره بهبود نیز اشاره نمود.^{۸۸} پیش‌نویس حمایت از اشخاص در زمان بلایا نیز در مواد ۴، ۵ و ۶ ابتدا فهرستی از حقوق بشر خاص را مشخص می‌کند که شامل کرامت انسانی، وظیفه عمومی برای احترام و حمایت از حقوق بشر است. کرامت ذاتی انسان به‌عنوان پایه و اساس ارائه کمک‌های امدادی و کاهش ریسک ناشی از بلایا در ماده ۴ به‌کار برده شده است.^{۸۹} کرامت ذاتی انسان علاوه‌بر اینکه محور اسناد متعدد حقوق بشری است، مبنای اسناد بین‌المللی مرتبط با ارائه کمک‌های امدادی در زمان بلایا نیز هست. احترام به کرامت ذاتی انسان‌های آسیب‌دیده از بلایا توسط بازیگران یاری‌دهنده تحت هر شرایطی در دستورالعمل‌های فدراسیون بین‌المللی جوامع صلیب سرخ و هلال احمر مورد تأکید قرار گرفته است.^{۹۰} رها کردن قربانیان بلایای طبیعی و دیگر وضعیت‌های اضطراری بدون ارائه کمک‌های بشردوستانه از نظر مجمع عمومی تهدیدی برای حیات بشر و نقض کرامت انسان است^{۹۱}؛ بنابراین در زمینه اقدام نسبت به بلایا و کاهش خطر ناشی از آنها، می‌توان با این استنباط پیش رفت که نه‌تنها دولت متأثر و دولت کمک‌رسان؛ بلکه سایر بازیگران یاری‌دهنده نیز تعهد حقوقی دارند.^{۹۲} ماده ۵ و ۶ پیش‌نویس، به حمایت از حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به‌طور کلی اشاره می‌کند که تکلیف دولت‌ها به تضمین رعایت همه تعهدات حقوق بشری در خلال بلایا و پس از بلایا را یادآوری می‌کند. دولت در چنین مواقعی از تعهدات سلبی و ایجابی برخوردار است که منجر به رعایت و حمایت حقوق افراد آسیب‌دیده می‌شود. همان‌طور که احترام به حیثیت و حقوق همه قربانیان در دستورالعمل اسلو^{۹۳} و قاعده محنک تأکید شده و باید مورد حمایت قرار گیرد.^{۹۴} بنیان اصلی کمک‌های بشردوستانه، مطابق قطعنامه ۴۶/۱۸۲ مجمع عمومی، اصول انسانیت، بی‌طرفی و عدم جانبداری است. پس زمانی که از نظر دیوان بین‌الملل دادگستری در

88. Gender Handbook in Humanitarian Action (Dec. 2006), www.humanitarianinfo.org/iasc/pageloader.aspx?page=content-subsidi-tf_gender-genderh.

89. A/71/10, 2016: art 4

90. IFRC Guidelines, 2007, guideline 4, para 1.

91. A/ RES/ 100/45, 1990

92. Official Records of the General Assembly, Sixty-first session, Supplement No. 10 (A/61/10), annex C, para. 28

۹۳. نک به:

Guidelines on The Use of Foreign Military and Civil Defence Assets in Disaster Relief ("Oslo Guidelines") of 2006, para 20.

94. J. M. Ebersole, "The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance" ("Mohonk Criteria"), *Human Rights Quarterly* 91(1995), 201.

قضیه کانال کورفو، «ملاحظات ابتدایی انسانی در زمان صلح بیشتر از زمان جنگ قابل مطالبه هستند»، می‌توان به این نتیجه رسید که در زمان جنگ و وضعیت‌های اضطراری، به طریق اولی این اصول قابل مطالبه هستند.^{۹۵} اصل بی‌طرفی نیز در زمان بلایا، به ماهیت غیرسیاسی واکنش به بلایا اشاره دارد که ارائه کمک باید از هر گونه صبغه سیاسی، مذهبی، نژادی و ... مبرا باشد. این یعنی اینکه، دغدغه اصلی دولت متأثر و سایر بازیگران، منفعت اشخاص آسیب‌دیده از بلایا است.^{۹۶} بر اساس رویکرد حقوق بشری کمیسون در پیش‌نویس مواد، دولت و سایر بازیگران وظیفه پاسخ‌گویی و واکنش سریع در برابر بحران را بر مبنای اصول انسانیت، بی‌طرفی و انصاف دارند. در واقع اینها وظایفی هستند که بر عهده دولت و حقوقی برای افراد آسیب‌دیده محسوب می‌گردد.^{۹۷}

۴- نقش نهادهای غیردولتی در همکاری با دولت در زمان بلایا

ماده ۹ پیش‌نویس حمایت از اشخاص در زمان بلایا، ابتدا به وظیفه کشورها اشاره دارد. به‌علت گسترش فعالیت بخش خصوصی در نظام کنونی، نقش آنها کمتر از کشورها و دیگر نهادهای بین‌المللی نیست. به همین منظور، در این بخش در مورد همکاری کشورها با بخش خصوصی صحبت خواهد شد. هرگونه فعالیت اقتصادی اعم از تولید کالا، ارائه خدمات یا مالی، خواه در شهر یا روستا که توسط بخش دولتی انجام نمی‌شود به‌عنوان فعالیت بخش خصوصی تعریف می‌شود.^{۹۸} اقدامات لازم برای جلوگیری از بلایا، کاهش خطر بلایا، ارزیابی مخاطرات، ایجاد آگاهی و انتشار اطلاعات از مواردی است که نیاز به همکاری دارند. هرچند کشورها وظیفه اصلی حمایت از افراد را در این زمینه‌ها دارند، اما کافی نیست و قطعاً چنین اهدافی محقق نخواهد شد مگر با همکاری و هم‌بستگی میان کشورها و بخش خصوصی. به همین ترتیب تعهد به احترام و حمایت از حقوق بشر مبنای مهم فعالیت کشورها و بخش خصوصی است. یک فاجعه معمولاً از یکسری مراحل مانند دوره آمادگی یا برنامه‌ریزی قبلی، دوره واکنش (پاسخ کوتاه‌مدت)، کاهش آثار بلایا و دوره بهبود بلندمدت عبور می‌کند؛ بنابراین، فعالیت‌ها و پیامدهای مالی قابل توجهی برای خانواده‌ها و جوامع وجود دارد که هم بخش خصوصی و هم دولتی را درگیر می‌کند تا گام‌هایی را برای بازبازی پس از بلایا بردارند.^{۹۹} به‌طور کلی، آمادگی در برابر فاجعه، شامل آموزش،

95. ICJ Reports of curfu case, 1949: 4 – 22.

96. Ebersole, op. cit., 196.

97. Tladi, op. cit., 429.

98. Jacqueline Mazza et al., "Summit of the Americas: The IDB and Job Creation in the Americas", Mar del Plata, Argentina: Inter-American Development Bank (2005), 3-4.

99. Himayatullah khan, "Asmatullah khan, Disaster management cycle- A theoretical approach",

برنامه‌ریزی و انجام فعالیت‌های دیگر برای رویدادهایی است که نمی‌توان اثر آنها را کاهش داد. کاهش خطر بلایا، شامل اقداماتی است که برای جلوگیری و کاهش آثار، علل و پیامدهای بلایای طبیعی صورت می‌گیرد. کاهش خطر بلایا و واکنش به آنها، اصولاً بعد از یک فاجعه آشکار می‌شود و به شکل عملیات امدادرسانی به فاجعه و انجام اقدامات لازم برای کاهش آسیب وارده صورت می‌گیرد؛ اما آمادگی در برابر فاجعه با دوره پیش از بحران در ارتباط است.^{۱۰۰} در هر مرحله از واکنش و بازیابی، اگر کمبودی وجود داشته باشد که مورد توجه قرار نگیرد، می‌تواند ویرانگر باشد. اگر دولت نتواند یک فاجعه را کنترل کند و آثار فاجعه از ظرفیت آن جامعه فراتر رود، آن هنگام است که بخش خصوصی می‌تواند در رفع این مصائب راهگشا باشد. به‌عنوان مثال، ذخایر نقدی بخش خصوصی در حمایت از اشخاص و کمک به خانوارها برای تثبیت و مدیریت نیازهای روزانه نسبت به نهادهای دولتی انعطاف‌پذیرتر هستند؛ بنابراین بسته به جدیت تأثیر فاجعه، این نیازها از بیمه درمانی یا ارائه سنتی خدمات اجتماعی فراتر می‌رود. علاوه بر این، در طول فرآیند بازیابی، برای از میان بردن شکافها و برآوردن مایحتاج اساسی اقتصادی خانواده‌ها یا جامعه، هزینه‌های مالی دیگر که نیاز به حمایت مستمر بخش خصوصی دارند؛ مانند هزینه‌های بازسازی یا نوسازی خانه یا محله اضافه خواهند شد. اینها نشان‌دهنده آن است که بخش خصوصی اغلب در حال رفع این کمبودها و نیازهاست.^{۱۰۱}

اگرچه بخش خصوصی و دولتی می‌توانند در برابر بلایا به‌طور مستقل عمل کنند اما مشارکت این نهادها برای افزایش کارایی و اثربخشی در مدیریت بلایا ضروری است. بدین نحو که وقتی بخش خصوصی به‌عنوان یک شریک کامل برای دولت در نظر گرفته می‌شود، دولت انتظار دارد که بخش خصوصی سطحی از پاسخ‌گویی و مسئولیت را قبل، در حین و بعد از حوادث اضطراری به عهده بگیرد. به عبارتی بخش خصوصی اساساً یک دارایی مقیاس‌پذیر است که می‌تواند برای تکمیل فعالیت دولت در پروژه‌های خاص مدیریت بلایا استفاده شود. همچنین برای اینکه دولت به سایر اولویت‌های استراتژیک در زمان بلایا تمرکز کند، بخش خصوصی می‌تواند باری که بر دوش دولت برای ارائه کالاها و خدمات

Management and Marketing Journal 6(2008), 46-49.

همچنین نک:

Corina Warfield, "the Disaster Management Cycle", Disaster Management" accessed in 12 April 2019, http://www.gdrc.org/uem/disasters/1-dm_cycle.htm.

100. Federal Emergency Management agency in the United States' (FEMA, 'Unit 4 n.d., https://training.fema.gov/emiweb/downloads/is111_unit%204.

101. Anita Chandra, Shaela Moen & Clarissa Sellers, "What Role Does the Private Sector Have in Supporting Disaster Recovery, and What Challenges Does It Face in Doing So?" *RAND Corporation* 10(2016), 2-10.

خاص قرار می‌گیرد را کاهش دهد.^{۱۰۲} مثلاً بعد از طوفان کاترینا، وال مارت^{۱۰۳} در توزیع تدارکات امدادی به ساکنان مشارکت داشت. طرح‌های مقابله با فاجعه که وال مارت و دیگر بخش‌های خصوصی در اختیار داشتند به آنها اجازه می‌داد تا نیازهای گسترده‌تری را برآورده کنند. در اغلب موارد، وال مارت نسبت به نهادهای دولتی، در رساندن کامیون‌های تدارکات اضطراری به امدادگران و شهروندانی که درگیر طوفان شده بودند پیشی می‌گرفت.^{۱۰۴} حتی زمانی که میان بخش دولتی و خصوصی مشارکت رسمی وجود نداشته باشد، بخش خصوصی می‌تواند به دولت الگوهای مهمی ارائه دهد. به‌عنوان مثال، دولت نیوزیلند در زلزله کرایست چرچ^{۱۰۵} بر اساس اصولی که بخش خصوصی ارائه می‌داد، عمل می‌کرد. بدین‌گونه که دولت تقریباً ۲۰۰ میلیون دلار در شش پروژه فناوری اطلاعات سرمایه‌گذاری کرد. همچنین، بخش دولتی یک یارانه حمایتی در برابر زلزله ایجاد کرد تا به شرکت‌ها کمک کند تا در عین پرداخت دستمزدها، فعالیت کنند. دولت برای اینکه اطمینان کارفرمایان و کارمندان را در مورد مشاغلشان جلب کند، یک سیستم پشتیبانی آنلاین اشتغال در زلزله ایجاد کرد تا به‌طور هماهنگ برای کمک مالی درخواست دهند. در این صورت در بلندمدت اراده اجتماعی و تعهد به بازسازی جامعه را ایجاد می‌کرد. با استفاده از فراست بخش خصوصی، دولت می‌توانست این سیستم را با سرعت بیشتری اجرا کند و همین موجب کاهش ناامیدی‌ها و انتقال اشخاص می‌شد.^{۱۰۶}

مشارکت بخش خصوصی و دولتی از این جهت که منجر به واکنش اضطراری به فاجعه و بازیابی طولانی‌مدت می‌گردد، مؤثر و منطقی به‌نظر می‌رسد. به عبارت بهتر، بخش خصوصی تأمین‌کننده کالاها و خدمات برای دولت و آژانس‌های کمک‌رسان پس از یک فاجعه بوده است. فعالیت شرکت‌های ساخت‌وساز و همچنین شرکت‌هایی که مواد اولیه کالاها را مصرفی را فراهم می‌کنند از این دست هستند که دارایی‌ها و نیروهای خود را در حین و بعد از بلایا در منطقه آسیب‌دیده از بلایا مستقر می‌کنند. حتی شرکت‌ها و کسب‌وکارهای کوچک که در توزیع غذا، آب، پوشاک و کالاها دیگر در میان مردم فعالیت دارند نیز حضور دارند. می‌توان ادعا کرد که بخش خصوصی به‌عنوان محرک نوآوری و یک شریک استراتژیک در بازیابی فاجعه تلقی می‌شوند که در ارتباطات از راه دور بیمه و لجستیک نقش ایفا می‌کنند.

102. Nathan A. Busch & Austen D. Givens, "Achieving Resilience in Disaster Management: The Role of Public-Private Partnerships" *Journal of Strategic Security* 6(2013), art 1.

103. Wal-Mart

104. Ann Zimmerman & Valerie Bauerlein, "At Wal-Mart, Emergency Plan Has Big Payoff", *Wall Street Journal*. <http://www.wsj.com/articles/SB112648681539237605/2016>.

105. Christchurch earthquake.

106. New Zealand Office of the Auditor-General, 2012: 7-8

بخش خصوصی مانند بنیاد غیرانتفاعی ایکیا^{۱۰۷} با همکاری کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد پناهگاه‌هایی را با استفاده از انرژی خورشیدی ساخت که شش برابر بیشتر از یک چادر اضطراری معمولی که توسط دولت به آسیب‌دیدگان بلایای طبیعی داده می‌شد، دوام آوردند.

از این پناهگاه‌ها، پس از زلزله ۲۰۱۵ در نپال و فرسایش شدید سواحل سنگال در سال ۲۰۱۸، مورد استفاده قرار گرفت. این پناهگاه‌ها علاوه بر اینکه، حدود چهار ساعت می‌توانند ساخته شوند، پنج نفر نیز به راحتی در آنها جای خواهند گرفت که دو برابر یک چادر معمولی است.^{۱۰۸} چون سقف این پناهگاه‌ها خورشیدی است و نیاز به شمع و لامپ‌های نفتی ندارد، بنابراین خطر آتش‌سوزی را هم از بین می‌برند.^{۱۰۹} شرکت‌های بین‌المللی ماشین‌های کسب‌وکار (آبی بزرگ)^{۱۱۰} و مایکروسافت^{۱۱۱} در طول زلزله و سونامی ژاپن در سال ۲۰۱۱ با مدیریت و برنامه‌ریزی عملیات اضطراری از طریق استفاده از ابزارها و داده‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات^{۱۱۲} خود سعی در بهبود کمک کردند. در سال ۲۰۱۰ هم گوگل با یک شرکت مراقبت هوایی به نام ژئوای^{۱۱۳} کار کرد تا خسارات ناشی از زلزله در هائیتی را ارزیابی کنند و به مناطق آسیب‌دیده کمک شود.^{۱۱۴}

صندوق بیمه فجایع طبیعی^{۱۱۵}، یک نهاد قانونی که از مشارکت بخش خصوصی در سال ۲۰۰۰ بعد از زلزله ۱۹۹۹ مارمارا تأسیس شد، مسؤول قانون‌گذاری، اجرا و مدیریت بیمه اجباری زلزله در کشور ترکیه است. سیستم بیمه‌ای که به جبران نقدی خسارت‌های ناشی از زلزله در ساختمانی که زندگی می‌کنند مربوط می‌شود و بر این اساس، حفظ زندگی قبل و بعد از زلزله از مهم‌ترین اهداف این صندوق است. مالکان خانه در ترکیه، با استفاده از بیمه اجباری که این نهاد برایشان فراهم می‌کند، در برابر زلزله، خطر آتش‌سوزی، انفجار، زمین‌لرزه و سونامی که به دنبال زلزله ممکن است به وقوع بپیوندد، تحت پوشش قرار گرفتند. صندوق بیمه در ترکیه با پرداخت غرامت به ساختمان‌های آسیب‌دیده تلاش

107. not-for-profit Ikea Foundation

108. BetterShelter.org. 'Médecins Sans Frontières (MSF) and Better Shelter'. BetterShelter.org, 20 April 2019. <https://bettershelter.org/location-post/gorkha-nepal> & Senegal.

109. Charlotte Alfred, "Why IKEA's Award-Winning Refugee Shelters Need a Redesign", News Deeply | Refugees Deeply (2017), <https://www.newsdeeply.com/refugees/>.

110. International Business Machines Corporation (IBM)

111. Microsoft

112. information and communication technology (ICT) tools and data

113. GeoEye

114. Darwin Marcelo, "Aditi Raina, Stuti Rawat, Private Sector Participation in Disaster Recovery and Mitigation", *Global Facility for Disaster Reduction and Recovery* 1(2020): 16-20.

115. Turkish Catastrophe Insurance Pool (TCIP)

کرد که زندگی‌ها را بعد از وقوع زلزله به حالت عادی بازگرداند. این صندوق با همکاری دولت موفق به انجام اقداماتی شد که منجر به کارایی بیشتر و رضایتمندی شهروندان گردید. این اقدامات عبارت بودند از: کاهش بدهی‌های مالی دولت که به‌علت زلزله ایجاد شده بودند، جلوگیری از دریافت مالیات اضافی از مردم که به سبب بدهی‌های دولت ایجاد شده بود و بازسازی خانه‌ها.^{۱۱۶}

نتیجه‌گیری

تاکنون جهان، با بلایای متعددی خواه طبیعی، خواه ساخت دست بشر مواجه شده است. در مواردی که یک فاجعه از کنترل خارج می‌شود و تبدیل به یک بحران می‌گردد، در اینجا بایستی همه کشورها در حد توان کشور بحران‌زده را کمک کنند. در نتیجه، تعهد به همکاری است که نه تنها دولت‌ها را بلکه سایر بازیگران را ملزم به حمایت‌های حقوق بشری از اشخاص آسیب‌دیده از بلایا می‌کند. تعهد عام‌الشمولی که با توجه به رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل در پیش‌نویس ۲۰۱۶، در زمره حقوق بنیادین بشر قرار می‌گیرد. گرچه در حقوق بین‌الملل به‌ویژه حقوق بشر، در زمینه حق هم‌بستگی همچنان اختلاف‌نظرهایی وجود دارد، اما تحولات تعهد به همکاری از تصویب منشور ملل متحد تاکنون، از یک تعهد اخلاقی صرف به تعهد حقوقی تبدیل شده است که می‌تواند زمینه هم‌بستگی را ایجاد کند. این مسأله در زمانی که جهان درگیر یک بیماری همه‌گیر مانند کرونا و ویروس بود بهتر درک شد. چراکه مطابق قطعنامه‌های سازمان ملل متحد نوعی بلیه شناخته شد که بدون همکاری و هم‌بستگی کشورها صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر می‌انداخت؛ بنابراین حتی اگر یک کشور درگیر یک فاجعه است که به‌تنهایی قادر به حل آن نیست همه کشورها و بازیگران بین‌المللی ملزم هستند از جان بشر در برابر بلایا محافظت کنند؛ آن‌گونه که نقش نهادهای خصوصی در همکاری با دولت‌ها نیز قابل انکار نیست. با وجود تردیدها در مورد نسل‌سومی بودن همکاری؛ اما بلایایی که زندگی انسان را تحت‌الشعاع قرار داده‌اند، نیاز جامعه بشری را بیش از هر چیزی به همکاری و هم‌بستگی گره زدند تا بتوان با چالش‌هایی که وجود دارد روبه‌رو شد.

116. Eugene Gurenko et al., *Earthquake Insurance in Turkey* (Washington, D.C.: World Bank, 2006), 50.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

مقالات

- انصاری، باقر. «مبانی حقوق هم‌بستگی». فصلنامه حقوق ۴۱، ۴ (۱۳۹۰): ۲۱-۴۰.
- پیربدایی، سعیده. «تحلیل مفهوم و الزامات توسعه پایدار در سند ژوهانسبورگ و تأثیر آن بر قوانین زیست محیطی کشور». مقاله ارائه شده در دومین کنفرانس ملی حقوق در چشم انداز ۱۴۰۴، رشت، ۲۷ مرداد ۱۳۹۹.
- قلیپور، آرزو. «مدیریت بلایای طبیعی در جمهوری اسلامی ایران و همکاری‌های منطقه‌ای بین‌المللی». فصلنامه سیاست ۳، ۱۰ (۱۳۹۵): ۵۱-۶۹.
- مقامی امیر، ندوشن علی اکبر. «ارزیابی حقوقی تحریم‌های آمریکا علیه ایران در همه‌گیری جهانی کووید ۱۹». حقوق اسلامی ۱۷، ۶۴ (۱۳۹۹): ۵۱-۷۶.
- میرمحمدی مصطفی و صادقی جلال. «حقوق هم‌بستگی و هم‌بستگی بین‌المللی: چالش‌های فرارو و آخرین تحولات». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۷، ۴۹ (۱۳۹۴): ۱۰۸-۱۳۲.
- معینیان علیرضا، محمد مهدی رحیمی، فخرالدین احمدی و رضا پیوندی. «بررسی بلایای طبیعی از نگاه حقوق بین‌الملل؛ مطالعه موردی ایران». فصلنامه علمی - پژوهشی نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی، ۱۲، ۱ (۱۳۹۸): ۴۵۷-۴۷۵.

ب) منابع خارجی

Books

- Hallegatte, Stephane, Adrien Vogt-Schil, Mook Bangalore & Julie Rozenberg, *Unbreakable* (2017), "Building the Resilience of the Poor in the Face of Natural Disasters, Climate Change and Development Series" Washington DC, USA: World Bank Group, 2017. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25335>.
- Wolfrum, Rüdiger. "Solidarity: A Structural Principle of International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010.
- Wolfrum, Rudiger. Edited by Hestermeyer Holger. *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Vol. 1. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

Articles

- Pouria, Askary & Farzad Fallah. "The Right to International Solidarity and Humanitarian Assistance in the Era of covid-19 Pandemic", *journal of international humanitarian legal studies* 11(2020): 1-11.
- Philip, Alston. "A Third Generation of Solidarity Rights Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?" *Netherlands International Law Review*

29(1982): 307-322.

- Coco, Antonio & Talita de Souza Dias, "Prevent, Respond, Cooperate States' Due Diligence Duties Vis à Vis the covid-19 Pandemic". *Journal of international humanitarian legal* 11(2020), brill.com/ihls, pp 218-236.

- Chandra, Anita, Shaela Moen & Clarissa Sellers. "What Role Does the Private Sector Have in Supporting Disaster Recovery, and What Challenges Does It Face in Doing So?" *RAND Corporation* 10(2016): 1-24, <https://doi.org/10.7249/PE187>.

- Busch, Nathan A. & Austen D. Givens. "Achieving Resilience in Disaster Management: The Role of Public-Private Partnerships" *Journal of Strategic Security* 6, 2(2013): 1-19.

- BaBović, Bogdan. "The duty of States to cooperate with one another in accordance with The Charter", in Milan Šahović, ed., *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 1973.

- Tladi, Dire. "The International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of Law from Thin Air?" *Chinese Journal of International Law* 16(3)(2017): 425- 426.

- Marcelo, Darwin. "Aditi Raina, Stuti Rawat, Private Sector Participation in Disaster Recovery and Mitigation"?(2020): 1-56, <https://www.gfdr.org/en/publication/private-sector-participation-recovery>

- Ferris, Elizabeth. "how can International human rights law protect us from disasters?" *Cambridge Core terms of use* 108(2019): 177- 180, <https://www.cambridge.org/core/terms>.

- Gurenko, Eugene, Rodney Lester, Olivier Mahul & Serap Oguz Gonulal, *Earthquake Insurance in Turkey*. Washington, D.C.: World Bank, 2006, http://site.resources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/TurkeyEQInsurance_Book.Pdf

- Khan, Himayatullah & Asmatullah khan. "Disaster management cycle- A theoretical approach". *Management and Marketing Journal* 6, 1(2008): 43-50.

- Dugard, John. "The Future of International Law: A Human Rights Perspective—With Some Comments on the Leiden School of International Law". *Leiden JIL* 20(2009): 729- 731.

- Ebersole, J. M. "The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance" ("Mohonk Criteria"). *Human Rights Quarterly* 17, 1(1995): 192-208.

- Mazza, Jacqueline, Angela Paris, Gustavo Márquez & Laur Ripani. "Summit of the Americas: The IDB and Job Creation in the Americas". Mar del Plata, Argentina: Inter-American Development Bank 2(2005), <https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-IDB-and-Job-Creation-Report-to-the-Summit-of-the-Americas>.

- Gorobets, Kostiantyn. "Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law". *Netherlands International Law Review* (2022): 1-25, <https://doi.org/10.1007/s40802-022-00211-3>.

- Yee, Sienho. "Report on the ILC Project on "Identification of Customary International

Law””, 14 *Chinese Journal of International Law*, 375 (report written for the Informal Expert Group of the Asian-African Legal Consultative Organization) 17, 1(2018): pp 187–194, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy009>.

- MacDonald, R. St. J. “Solidarity in the Practice and Discourse of Public International Law”. *Pace Int'l L.* 8(1996): 259-302,

https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol8/iss2/1_

- Ka lin, Walter. “the Human Rights Dimension of Natural or Human-Made Disasters”. *German Yearbook of International Law* 55(2012): 119– 147.

Documents

- ASEAN Documents Series 1976.

- Budayeva and Others v. Russia, nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, ECHR 2008-II.

- Convention on establishing an International Relief Union 1927.

- Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, United Nations, Treaty Series, vol. 1457, No. 24643

- General Assembly (2009), Second report on the protection of persons in the event of disasters, by Mr. Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur, A/CN4/615.

- General Assembly (1990), Forty-fifth session NEW INTERNATIONAL HUMANITARIAN ORDER Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, A/45/587.

- General Assembly (2006), Implementation of the first United Nations Decade for the Eradication of Poverty (1997-2006), A/RES/60/209.

- A/CONF.206/6 and Corr.1, chap. I, resolution 1, fifth preambular paragraph.

- General Assembly (2020), Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19), A/res/74/270.

- General Assembly (1991), Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations, A/res/182/46/1991.

- General Assembly, 63/124 of 11 December 2008, Yearbook ... 2008, vol. II (Part Two), chap. IV, sect. E.

- General Assembly (1990), Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, 45/100.

- General Assembly (1998), Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, 43/131.

- General Assembly (1970), (2625 (XXV)).

- General Assembly (2008), 63/124 of 11 December 2008, Yearbook ... 2008, vol. II (Part Two), chap. IV, sect. E.

- General Assembly resolution 46/182 of 19 December 1991, annex, guiding principles

GA/RES/41/128.1986

- ICESCR, General comment No. 2: International technical assistance measures, 1990.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Right, General comment No. 3: The nature of States parties' obligations, 1990.
- Institute of international law, 2003, Resolution on Humanitarian Assistance.
- Institute of International Law, Yearbook, vol. 63, Part II (deliberations of the Institute during Plenary Meetings), Session of Santiago de Compostela (1989)
- Corfu Channel case, Individual Opinion by Judge Alvarez
- International Federation of Red Cross and Red Crescent societies, International Disaster Response laws, principles, and practice: reflections, prospects and challenges (2003).
- International law commission, Report, Sixty-Sixth Session (5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2014).
- International law commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 68th Session' (2 May–10 June and 4 July–12 August 2016) UN Doc A/71/10, Chapter iv.
- International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance (Geneva, 2007).
- Guidelines on The Use of Foreign Military and Civil Defence Assets in Disaster Relief (“Oslo Guidelines”) of 2006
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 5–16 June 1972(United Nations publication, Sales No. E.73.II.A.14), and corrigendum, chap. I.
- Declaration on the Right to Development, Adopted by General Assembly Resolution 41/128 of 4 dec. 1986.
- Earth Charter presented for consideration at 2002 General Assembly, World Summit on Sustainable Development (WSSD), (Johannesburg, South Africa). www.earthcharterinaction.org/.../2002%2011%20WSSD%20Report
- Eduardo Valencia-Ospina, Sixth Report on the Protection of Persons in the Event of Disasters, 14–19, UN Doc. No. A/CN.4/662 (2013).
- General assembly/Res 74/270 (3 April 2020) UN Doc A/res/74/270.
- General assembly/Res A/45/587, para.5, (24 October 1990), Forty-fifth session NEW INTERNATIONAL HUMANITARIAN ORDER Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations.
- Human Rights Council, (2009), United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/12/27,} 15 August.
- Human Rights Council, (2010), Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, A/HRC/15/32, 5 July.
- Human Rights Council, (2011), Eighth session, A/HRC/AC/8/CRP.1.

- Human Rights Council 'Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity' (11 April 2018) UN Doc A/hrc/38/40, 5.
- Human Rights Committee (HRC), (1982) CCPR General Comment No. 6: (Right to Life).
- Hyogo Declaration, World Conference on Disaster Reduction, UN Doc. A/CONF.20/L.3/Rev.1 (2005), www.unisdr.org/2005/wcdr/intergover/official-doc/L-docs/Hyogo-declaration-english.pdf.
- New Zealand Office of the Auditor-General, Realising Benefits from Six Public Sector Technology Projects, June 2012. As of April 4, 2016: <http://www.oag.govt.nz/2012/realising-benefits/docs/realising-benefits.pdf>
- opinion expressed by Max Huber, Arbitrator, in the Island of Palmas case (the Netherlands/ United States of America), Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 839
- International court of justice, (2019), Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, THE GAMBIA v. MYANMAR.
- International court of justice, Corfu Channel case, (1949), Judgment of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania Individual Opinion by Judge Alvarez
- Security council Resolution/1308 (2000)
- Security council /RES/1983 (2011)
- Security council /RES/2177 (2014)
- Security council/RES/2565 (2021)
- Security council/Res 2532 (1 July 2020) UN Doc S/res/2532
- Sendai Framework, for Disaster Risk Reduction 2015-2030, adopted by the Third United Nations World Conference on Disaster Risk Reduction, and endorsed by the General Assembly in its resolution 69/283 of 3 June 2015.
- United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), (Rio Declaration), 1992.
- United Nations office for disaster risk reduction (2019), Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction (Geneva, Switzerland: United Nations Office for Disaster Risk Reduction (UNDRR) https://gar.unisdr.org/sites/default/files/reports/2019-05/full_gar_report.
- Öneriyildiz v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII.

Websites

- رودباری، علی. «ارزیابی قطعنامه ۲۵۶۵ شورای امنیت در مقابله با کووید ۱۹»،

<https://unstudied.ir/iauns-forum>

- Zimmerman, Ann & Valerie Bauerlein. "At Wal-Mart, Emergency Plan Has Big Payoff", Wall Street Journal 4(2016): [Http://www.wsj.com/articles/SB112648681539237605/2016](http://www.wsj.com/articles/SB112648681539237605/2016)
- Warfield, Corina. "the Disaster Management Cycle", Disaster Management" (2019): <http://>

www.gdrc.org/uem/disasters/1-dm_cycle.htm, 12 April 2017.

- Alfred, Charlotte. (2017), “Why IKEA’s Award-Winning Refugee Shelters Need a Redesign”. News Deeply Refugees Deeply. Accessed in 19 May 2017,

- <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2017/05/19/why-ikeas-award-winning-refugee-shelters-need-a-redesign>. Alfred, Charlotte (2017).



Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom

*Niloufar Ragheb¹, Hasan Savari^{*2}*

1. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: ragheb.niloufar@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: savari@modares.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2022.342152.2052

Received:

14 April 2022

Accepted:

19 June 2022

Published:

6 December 2023



A B S T R A C T

Customary law is a dynamic source of international law that forms by various act of international players. Applying of margin of appreciation and its invoking is involved the one that can raise its formation as a customary rule. It has been examined in this research whether states invoking on margin of appreciation before any dispute settlement bodies as a defense and its assessment, will be led to its formation as a customary rule or not. For this purpose, requirements needed to identify customary rule, as well as capabilities and challenges that dispute settlement bodies, in particular ECHR, faces with, to stablish customary rules, has been assessed. by distinguishing between the role of states and dispute settlement bodies, the article concludes that Despite of possibility of its formation, there are certain restrictions and ambiguities for recognizing the content of the

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



margin of appreciation as a customary rule, which international law rules has not yet provided any answer to them.

Keywords: Margin of Appreciation, Customary International Law, Objective element, Subjective element, Dispute Settlement Body.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The function of doctrine of margin of appreciation in development and improvement of the systemic structure of international law", Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Niloufar Ragheb: Writing - Original Draft, Formal analysis, Investigation, Resources, Conceptualization.

Hasan Savari: Supervision, Project administration, Writing - Review & Editing, Data Curation.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Ragheb, Niloufar & Hasan Savari. "Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 81-113.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Customary law is a dynamic source of international law that forms by various act of international players. What is necessary for formation of a customary rule is states practice with *opinio juris*. this means that certain practice has done with the believe that it has to do as a law. In forming a customary rule form of the practice doesn't matter. So state practice may be consist of legislative, administrative or judicial conduct. Its content may be also some rights or obligations. Invoking margin of appreciation in front of a dispute settlement bodies is one of example that can be assessed in this respect. States parties invoke their rights to apply their appreciation as a defense against claim of human rights violation in respect of alleged victim in some cases. In such situations there is an imaginable question whether states practice along with the its allege of applying its tight to margin of appreciation in front of any dispute settlement body, would stablish a right to apply appreciation as a customary rule or not. There is some differences between assessment of formation possibility of margin of appreciation as a customary rule and identification of another customary law contents. There is certain deference that have to be consider, Despite of common aspect in identification customary rules elements in all matters. In addition to government, dispute settlement bodies have an active and passive intervention not only in identification of margin of appreciation as an international customary law rules, but also to its formation or its applying. this means that these bodies may affect in its formation and also have to respect for state invoking of this right. In addition to states conducts, dispute settlement approach have to be consider ,Due to the interaction between government and the court during assessment of state defenses. this matter may be one of instances of conclusion 4 paragraph 2 of ILC Draft conclusions on identification of customary international law 2018 which provide» in certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law«. Considering both government and dispute settlement bodies role in the framework of European Convention of Human Rights, the present article assess the possibility of formation margin of appreciation by states parties as a customary rule during any complaint before European Court of Human Rights. For this purpose, the article includes three pillar. margin of appreciation history and meaning in European regime explain in the first part. State practice and *opinio juris* as a 2 elements necessary for formation of customary rules assess in part two. this part determine the content of the rule and the term of its existence base on interaction between beneficiary actors including defendant state, third parties and European court of Human tights.By considering existing differences for formation customary rules between margin of appreciation as a customary rule and another customary

rules, part three of the article is allocated to explain any challenges in front of establishing this matter as a customary rule. These challenges are divided to two part including challenges related to establishment of customary law elements and challenges arising from restriction related to dispute settlement bodies. examining any challenges ,the research conclude that state conduct and European Court of Human rights approach affirm the fact that we can say there is a customary rule in European regime for states to apply its appreciation in its treaty based obligation under certain terms. Extension of this rights in not the same in all situation. This rights sole existed where there wasn't any consensus in European community about the matter. At the same time states parties shall respect certain criteria to apply this customary rights. While states is Respecting this criteria, European Court of Human Rights and another states parties to European regime are obliged to respect this customary nature rights. The rule force European court to follow these criteria and dimensions in any state conduct analyzing. the article by distinction between the role of states and dispute settlement in formation of customary rule concludes that despite its possibility, there are certain restrictions and ambiguities for recognizing the content of the margin of appreciation as a customary rule, which international law rules has not yet provided any answer to them.

میان کنش دکتربین صلاحید و عرف بین المللی

نیلوفر راغب^۱، حسن سواری^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: ragheb.niloufar@yahoo.com

۲. دانشیار، گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

Email: savari@modares.ac.ir: نویسنده مسئول*

چکیده:

حقوق عرفی یک منبع پویای حقوق بین الملل است که به واسطه اشکال مختلف رفتار بازیگران بین المللی می تواند شکل بگیرد. از جمله این رفتارها اعمال و استناد به حاشیه صلاحید است که می تواند شکل گیری آن به عنوان قاعده عرفی را مطرح سازد. در این تحقیق بررسی می شود آیا استناد دولت ها به حاشیه صلاحید در مقابل نهاد حل و فصل اختلاف به عنوان دفاع و ارزیابی نهاد مزبور می تواند منجر به شکل گیری حاشیه صلاحید به عنوان یک قاعده عرفی گردد یا خیر. بدین منظور الزامات مورد نیاز برای احراز قاعده عرفی و همین طور قابلیت ها و چالش های نهاد حل و فصل اختلاف، به طور اخص دیوان اروپایی حقوق بشر که در ایجاد یک قاعده عرفی با آن مواجه است، ارزیابی شده است. مقاله حاضر با تفکیک میان نقش دولت ها و نهادهای حل و فصل اختلافات نتیجه می گیرد علی رغم امکان شکل گیری، دارای محدودیت ها و ابهاماتی در رابطه با تشخیص محتوای حاشیه صلاحید به عنوان قاعده ای عرفی

کپی رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی رایت مقاله در مجله پژوهش های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش های حقوقی منتشر می شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه ای را می دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می توانید به صفحه سیاست های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.342152.2052

تاریخ دریافت:

۲۵ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۹ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



می‌باشد که قواعد حقوق بین‌الملل تاکنون پاسخی برای آن ارائه نداده است.

کلیدواژه‌ها:

حاشیه صلاح‌دید، حقوق بین‌الملل عرفی، عنصر مادی، عنصر معنوی، نهاد حل‌وفصل اختلاف.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «کارکرد آموزه حاشیه صلاح‌دید در توسعه و ارتقای ساختار سیستمیک حقوق بین‌الملل»، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

نیلوفر راغب: نوشتن - پیش‌نویس اصلی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، مفهوم‌سازی.
حسن سواری: نظارت، مدیریت پروژه، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت بر داده‌ها.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

راغب، نیلوفر و حسن سواری. «میان‌کنش دکترین صلاح‌دید و عرف بین‌المللی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۸۱-۱۱۳.

مقدمه

علی‌رغم اهمیت معاهدات، عرف همچنان یکی از منابع مهم حقوق بین‌الملل می‌باشد. از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه این نهاد و همین‌طور طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی^۱ به نظر می‌رسد دولت‌ها در مرکز تابعان قواعد عرفی قرار دارند و عملکرد آنها نیز برای شناسایی قواعد عرفی باید مورد توجه قرار گیرد. با وجود این به نظر می‌رسد طرح کمیسیون هرچند با احتیاط یا را تا حدودی فراتر نهاده و بند دوم و سوم استنتاج شماره چهار طرح مذکور توجه به عملکرد بازیگرانی غیر از دولت‌ها را در شکل‌گیری یا تبیین قواعد عرفی مورد توجه قرار داده است. استناد به حاشیه صلاحدید در مقابل نهادهای حل‌وفصل اختلاف از جمله مواردی است که می‌تواند در همین بستر مورد بررسی قرار گیرد. یکی از موضوعاتی که از نقاط خاکستری حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، مسأله اعمال صلاحدید است. خاکستری بودن صلاحدید در حقوق بین‌الملل، به صاحب حق این امکان را می‌دهد که با اعمال آن، متفاوت از قانون رفتار کند اما در عین حال مسؤولیتی نداشته باشد.^۲ این نهاد از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است.^۳

با توجه به بند اول استنتاج شماره شش طرح کمیسیون مبنی بر اینکه عملکرد می‌تواند طیف وسیعی از اشکال، شامل اقدامات فیزیکی و گفتاری را شامل شود؛ و همین‌طور تصریح به نبود سلسله مراتب میان اشکال مختلف عملکرد در بند سوم همین استنتاج؛ این سؤال مطرح می‌شود که حاشیه صلاحدید می‌تواند در شکل یک قاعده عرفی ظاهر شود؟ محتوای این قاعده عرفی چه اموری را پوشش می‌دهد و مخاطبان آن کدامیک از بازیگران بین‌المللی می‌باشند؟ بدین منظور در این نقش این نهاد با توجه به بندهای دوم و سوم استنتاج شماره ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل و در بستر عملکرد دولت‌ها، استناد به آن در مقابل نهاد حل‌وفصل اختلاف و شیوه مواجهه این نهاد در مقابل استناد دولت‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت. لازم به توضیح است، نظر به محدودیت‌های نهادهای حل‌وفصل اختلاف در خلق قواعد حقوقی، نقش حاشیه صلاحدید در ایجاد قواعد عرفی نسبت به مقرر مهوری موضوع

1. Draft conclusions on identification of customary international law 2018, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two, P.124.

۲. رضا موسی زاده و دیگران، «مفهوم و جایگاه صلاحدید در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی (ژانویه ۱۳۹۹)، ۴۷ (۱۳۹۹)، ۱.

۳. برخی در یک بررسی ماهیتی عقیده دارند شواهدی دال بر تأیید این مدعاست که این نهاد ریشه در نسبی‌گرایی فرهنگی دارد. حسین شریفی طراز کوهی و جواد مبینی، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۶، ۴۴ (۱۳۹۳)، ۸۰.

اختلاف خارج از موضوع این تحقیق می‌باشد. لذا در این تحقیق شکل‌گیری حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- شناخت دکترین حاشیه صلاح‌دید

پیش از ورود به بحث لازم است در اولین گام برای شناخت دکترین حاشیه صلاح‌دید در حقوق بین‌الملل به بررسی پیشینه و مفهوم این نهاد حقوقی بپردازیم.

۱-۱- پیشینه حاشیه صلاح‌دید

این ایده، از سوی کمیسیون اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۵۸ در قضیه قبرس علیه انگلستان ابداع شد و در دعاوی دیگر این نهاد و دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه هندی ساید علیه انگلستان، در سال ۱۹۷۶ مطرح گردید ... این اصطلاح یعنی «حاشیه صلاح‌دید»^۴ برای نخستین بار، در تاریخ ۱۹۶۰ در دعاوی لالس^۵ علیه ایرلند به کار گرفته شد؛ و در دعاوی بسیار مهمی از سوی این نهادهای اروپایی مورد استناد قرار گرفته و احکام متعددی بر اساس آن صادر شده است.^۶

رأی دادگاه اروپایی در پرونده «هندی ساید علیه انگلستان» سنگ بنای توسعه رویکرد دادگاه به حاشیه تفسیر شناخته می‌شود. هندی ساید یک ناشر انگلیسی بود که بر اساس قانون انتشارات انگلستان (مصوب سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۵۹ م.) به دلیل انتشار کتاب غیراخلاقی برای کودکان محکوم شد. هندی ساید بعد از اینکه به این علت جریمه شد، نزد دادگاه اروپایی به استناد موادی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و از جمله ماده ۱۰ در مورد آزادی بیان شکایت کرد. دادگاه اعلام کرد ماده پیش‌گفته نقض نشده، زیرا مداخله در آزادی (هندی ساید) از سوی قانون تجویز شده و برای حمایت از اخلاقیات جامعه دموکراتیک ضروری است. برای رسیدن به این نتیجه‌گیری، دادگاه برخی عناصر را مورد توجه قرار داد که به اثبات وجود «حاشیه تفسیر برای دولت‌ها» منجر می‌شود.^۷ از آن زمان تا به حال، دیوان استفاده از دکترین حاشیه صلاح‌دید را بسیار گسترش داده و در اکثر حقوق مندرج در کنوانسیون آن را اعمال

4. Margin of Appreciation

5. Lawless

۶. سعید رهایی، «دکترین حاشیه تفسیر و محدودیت‌های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا»، نشریه نامه مفید ۷۹ (۱۳۸۹)، ۷۹.

۷. مصطفی فضائی و سجاد رضا زاده، «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر»، نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر ۱۰، ۱۹ (۱۳۹۸)، ۲۳۵.

کرده، به‌گونه‌ای که فقط در نیمه اول سال ۲۰۰۹ در رأی از این اصطلاح استفاده کرده است. یکی از قضات سابق دیوان در تأیید این موضوع می‌نویسد: «حاشیه صلاحدید موضوع اصلی تقریباً همه دعاوی است که در دیوان اقامه می‌شود، چه صریحاً به آن اشاره شود و چه نشود».^۸

علی‌رغم استفاده مکرر از دکتترین حاشیه صلاحدید در دیوان اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هیچ اشاره‌ای به این نهاد حقوقی نکرده و به‌نوعی چهارچوب این دکتترین محصول رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. در سال ۲۰۱۳ در ماده ۱ پروتکل شماره ۱۵ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌طور صریح از عبارت حاشیه صلاحدید نام برده شد، این ماده بیان می‌دارد «کشورهای معظم متعهد مطابق با اصل اختیار تصمیم‌گیری، مسؤولیت اولیه برای تضمین حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این کنوانسیون و پروتکل‌های آن را دارند و در اجرای آن از حاشیه صلاحدید همراهِ با صلاحیت نظارتی دیوان اروپایی حقوقی بشر برخوردار هستند».^۹

۱-۲- مفهوم حاشیه صلاحدید

آنچه در خصوص شناخت مفهوم حاشیه صلاحدید در بسیاری از آرای دیوان به چشم می‌خورد در جایی است که دیوان اظهار می‌دارد دولت‌ها به دلیل شناخت بهتری از جامعه و نیازهای آن نسبت به قاضی بین‌المللی در موقعیت بهتری برای درک منافع جامعه قرار دارند. به همین دلیل قاضی ملی در این خصوص قضاوت بهتری خواهد داشت مگر اینکه آشکارا بدون پایه و اساسی معقول باشد. دیوان تأکید می‌کند اعمال این حق از سوی دولت‌ها با نظارت دیوان همراه است. این دکتترین به‌عنوان آزادی عمل، قدرت مانور، جای نفس کشیدن و آزادی اختیار تعریف شده و آن را به‌عنوان نقطه‌ای دانسته‌اند که در آن نظارت بین‌المللی باید مسیر را در اختیار دولت قرار داده تا دولت مزبور در تصویب یا اجرای قوانین، صلاحیت خود را اعمال نماید.^{۱۰}

برخی نیز در تبیین مفهوم حاشیه صلاحدید بر این عقیده‌اند که این مفهوم به این معناست که دیوان اروپایی حقوق بشر تحت شرایطی تفسیری مقامات و دادگاه‌های ملی از مقررات کنوانسیون را پذیرفته و آن را به‌عنوان تفسیر کنوانسیون قلمداد می‌کند. شاید بتوان حاشیه صلاحدید را به‌عنوان خط مشی یا

۸. سید قاسم زمانی و ایوب عبدی، «حاشیه صلاحدید دولت‌ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، نشریه پژوهش حقوق عمومی ۵۵ (۱۳۹۶)، ۶۵.

9. Council of Europe Treaty Series - No. 213, (Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Strasbourg, 24.VI.2013, P.2.

۱۰. شریفی طرازکوهی و مبینی، پیشین، ۷۷.

سیاست دیوان در تفسیر کنوانسیون در نظر گرفت و نه به‌عنوان یک قاعده تفسیر زیرا بر اساس این نظریه خود دیوان، کنوانسیون را تفسیر نمی‌کند، بلکه تحت شرایطی ... تفسیر مقامات ملی از کنوانسیون را می‌پذیرد.^{۱۱} از این منظر حاشیه صلاحدید در واقع یک شیوه ارزیابی دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به تفسیر ارائه شده از سوی دولت‌های عضو این سند نسبت به مقررات مندرج در این سند می‌باشد.

این دکترین تنها در شرایط بسیار استثنایی خاص و آن هم به‌صورت بسیار محدود نقش بازی می‌کند. این شرایط استثنایی هنگامی است که متعهد بودن به حقوق مندرج در کنوانسیون موجب در معرض خطر قرار گرفتن منافع ملی دولت‌ها و حاکمیت آنها گردد. لازم به ذکر است که دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه برانینگان و مک براید^{۱۲} بر استثنایی و موقتی بودن اقدامات صورت گرفته، تأکید نموده است. از منظر دیگر تشخیص و ارزیابی اینکه آیا اختیارات و آزادی عملی برای دولت‌ها در یک پرونده وجود دارد یا خیر و اینکه حدود این اختیارات به چه میزان باشد تنها بر عهده دیوان اروپایی است.^{۱۳}

۲- قابلیت شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی

اولین مسأله‌ای که باید به آن پرداخته شود قابلیت شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی در مقابل یک نهاد حل‌وفصل اختلاف است. وفق بند دوم استنتاج شماره ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل «در برخی از شرایط عملکرد سازمان‌های بین‌المللی نیز می‌تواند در شکل‌گیری یا بیان قواعد عرفی بین‌المللی سهیم باشد». نهادهای حل‌وفصل اختلافات به‌عنوان شکلی از سازمان‌های بین‌المللی می‌توانند ذیل این بند قرار گیرند. نهادهای حل‌وفصل اختلاف در حدود کارکرد خود بر این نهاد حقوقی تأثیر می‌گذارند. بدین شکل که حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک حق از سوی دولت‌ها اعمال شده و در مقابل این نهادها مورد استناد و ارزیابی قرار گرفته و متعاقباً با توجه به دیدگاه‌های نهاد حل‌وفصل مجدداً در قضایای آتی از سوی دولت اعمال می‌شود. از سوی دیگر قواعد عرفی می‌تواند در گستره‌های جغرافیایی مختلف اعم از گستره محلی^{۱۴}، گستره منطقه‌ای و بین‌المللی ایجاد شوند. لذا به نظر می‌رسد نه به لحاظ گستره جغرافیایی و نه به لحاظ ذی‌حق و متعهد محدودیتی وجود ندارد. لذا مسأله‌ای که باید

11. N. L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, 38.

12. Brannigan and McBride

۱۳. سید فضل‌الله موسوی و یاسر امین رعایا، «بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولت‌ها»، نشریه مطالعات زن و خانواده ۲، ۱ (۱۳۹۳)، ۱۰۵.

14. ICJ, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment of 12 April 1960, PP.37-38.

مورد بررسی قرار گیرد قابلیت شکل‌گیری عنصر مادی و معنوی آن در بستر رسیدگی است.

۲-۱- قابلیت استقرار عنصر مادی حاشیه صلاحدید

برای بررسی امکان شکل‌گیری عنصر مادی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی نزد نهاد حل‌وفصل اختلاف، لازم است تا اِعمال‌کننده، صورت رفتار و خصوصیت آن مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱-۱- اِعمال‌کننده عنصر مادی حاشیه صلاحدید

اولین مسأله‌ای که باید بررسی شود شناخت بازیگرانی است که رفتار آنها باید مورد ارزیابی قرار گیرد. به عقیده دیوان اروپایی حقوق بشر حاشیه صلاحدید در درجه نخست عمل دولت است. ازجمله در پرونده رکسویچ علیه لهستان خواهان و دولت هر دو اظهار می‌دارند: «حاشیه صلاحدید برای اِعمال و اجرای کنوانسیون به دولت اعطا شده است»^{۱۵}؛ بنابراین در وهله نخست برای احراز قواعد عرفی در این خصوص عملکرد دولت‌ها باید مورد بررسی قرار گیرد. هرچند رویه دیوان و همین‌طور اظهارات کشورها در دفاعیات خود نشان می‌دهد که حاشیه صلاحدید عمل دولت است، باوجوداین نمی‌توان از نقش نهادهای حل‌وفصل اختلاف در این خصوص غافل شد.

دیوان اروپایی حقوق بشر به دفعات در جریان رسیدگی‌ها اظهار داشته که بخشی از فرآیند اِعمال حاشیه صلاحدید است. دیوان در عین حال که تأکید دارد در تعیین [امری در چهارچوب مقررات کنوانسیون] ... کشورها حاشیه صلاحدید محدودی دارند که دست در دست نظارت شدید اروپایی می‌باشد که قانون و تصمیمات مربوط به آن را دربرمی‌گیرد.^{۱۶} لذا دیوان دست در دست دولت بر حاشیه صلاحدید اِعمال شده از سوی دولت‌ها نظارت دارد^{۱۷}؛ و معیارها و ابعادی که باید رعایت شود (ازجمله قابل پیش‌بینی بودن و ایجاد توازن عادلانه میان منافع افراد و منافع خود) را نیز مشخص می‌سازد.^{۱۸} همین‌طور دیوان در رویه خود بر این امر نیز تأکید دارد که دیوان به کشورهای عضو، حاشیه صلاحدید مشخصی را برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا مداخله‌ای در حقوق افراد لازم است یا خیر و تا چه

15. ECHR (Reczkowicz v. Poland), Application no. 43447/19, Judgment of 22 July 2021, Para.191 and 196.

16. ECHR (Staniszewski v. Poland), Application no. 20422/15, Judgment of 14 October 2021, Para.45(a).

17. ECHR (Reczkowicz v. Poland), *Op.cit.*, Para.197.and (Leyla Şahin v. Turkey [GC]), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, Para.110.

18. ECHR (De Geouffre de la Pradelle v. France), Series A no. 253-B, Judgment of 16 December 1992, Para. 34, and (Maširević v. Serbia), Application no. 30671/08, Judgment of 11 February 2014, Para.43.

میزان، اعطا کرده است.^{۱۹} این شیوه عبارت‌پردازی نشان از عقیده دیوان بر این امر است که خود نیز در کنار دولت و حتی به‌عنوان اصیل، از حاشیه صلاح‌دید بر خوردار است که آن را به دولت‌ها نیز اعطا نموده است. فارغ از صحت این امر به نظر می‌رسد دیوان برای خود نیز حاشیه صلاح‌دید قائل است. هرچند محتوای حاشیه صلاح‌دید دولت‌ها و دیوان به لحاظ تفاوت‌های ماهوی آنها می‌تواند متفاوت باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد در بررسی عناصر حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا عملکرد هر دو نهاد دولت و نهاد رسیدگی‌کننده در کنار هم مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱-۲- صورت عنصر مادی حاشیه صلاح‌دید

برای شکل‌گیری حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی عملکرد این بازیگران باید در قالب یکی از انواع رفتارهای تشکیل‌دهنده عنصر مادی عرف قرار گیرد. طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص اظهار می‌دارد: «عملکرد دولت مرکب از رفتار دولت است، اعم از اینکه در قالب رفتار اجرایی، قانون‌گذاری، قضایی یا سایر وظایف آن باشد».^{۲۰} بررسی پرونده‌های دیوان اروپایی نشان می‌دهد حاشیه صلاح‌دید در قالب‌های مختلفی اعمال شده است. در پرونده رکسکوچ علیه لهستان حاشیه صلاح‌دید در قالب قانون‌گذاری و الزاماتی که در این چهارچوب باید در قانون‌گذاری رعایت شود مطرح گردید.^{۲۱} در رویه دیوان همین‌طور مسأله دامنه حاشیه صلاح‌دید اعطا شده به محاکم داخلی مطرح شد^{۲۲} که دیوان نیز ضمن برشمردن اصول کلی حاکم بر آن مسأله و اینکه به‌عنوان یک اصل، حاشیه صلاح‌دید برای تعیین نحوه اجرای حقوق مندرج در کنوانسیون می‌باشد^{۲۳} را تأیید نموده و اظهار داشت وسعت حاشیه صلاح‌دید به عوامل متعددی بستگی دارد.^{۲۴} دیوان مکرراً تأکید می‌کند که مسؤولیت اولیه برای تفسیر مقررات ملی، در عین ضرورت سازگاری آن با کنوانسیون، بر عهده مقامات ملی، به‌ویژه محاکم آنها است.^{۲۵}

با در نظر گرفتن این موارد به نظر می‌رسد حاشیه صلاح‌دید در چهارچوب عملکرد دولت را باید در

19. ECHR (Avanesyan v. Armenia), Application no. 12999/15, Judgment of 20 July 2021, Para.55.
 20. Draft conclusions on identification of customary international law, *op. cit.*, conclusion 5.
 21. ECHR (Reczkowicz v. Poland), *Op. Cit.*, Para.197.
 22. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021, Para.21.
 23. ECHR (Y.B. v. Russia), Application no. 71155/17, Judgment of 20 July 2021, Para.40.
 24. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), *Op. Cit.*, Paras.50-51.
 25. ECHR (Molla Sali v. Greece [GC]), Application no. 20452/14, Judgment of 19 December 2018, para.149. and (Radomilja and Others v. Croatia [GC]), Application nos. 37685/10 and 22768/12, Judgment of 20 March 2018, Para.149.

قالب افعال فیزیکی در نظر گرفت که می‌تواند ماهیت قانون‌گذاری، قضایی و یا اجرایی داشته باشد و متعاقباً در جریان دفاعیات آنها در مقابل دیوان به‌عنوان اعمال حاشیه صلاحدید مورد استناد قرار می‌گیرد؛ اما در خصوص نقش دیوان در احراز آن، استنتاج‌های دیوان از باب برخورداری از الزامات مورد نیاز و همین‌طور محتوای آنها باید مدنظر قرار گیرد.

۳-۱-۳- خصوصیات عنصر مادی حاشیه صلاحدید

عنصر مادی حاشیه صلاحدید باید از دو خصیصه مشابهت یا اتحاد شکل و در برخی موارد از عمومیت برخوردار باشد. برای اینکه عملکرد بازیگران اعم از دولت‌ها یا نهاد رسیدگی‌کننده، ایجادکننده عنصر مادی باشد لازم است تا رفتارهای آنها اتحاد شکل نیز داشته باشد. این اتحاد شکل هم در مجموعه رفتارهای هر یک از بازیگران و هم در مجموع آن باید احراز شود. حاشیه صلاحدید یک امر تبعی است و نسبت به یک مقرر حقوقی مستقل اعمال می‌شود و بنابراین همان‌طور که دیوان نیز بیان داشته، وابسته به حقوقی است که نسبت به آن اعمال می‌شود^{۲۶}؛ بنابراین در احراز آن به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا نقش حق بشری‌ای که حاشیه صلاحدید نسبت به آن اعمال شده نیز در تعیین مشابهت و عمومیت عملکرد بازیگران، مورد توجه قرار گیرد.

در رویه کشورها، چه در مقام خواننده و چه در مقام مداخله‌تالث^{۲۷}، در این خصوص تنها به این امر بسنده شده است که هنگام اتخاذ اقدامات عام استراتژی‌های سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی، جز در مواردی که اجماع^{۲۸} یا اتحاد شکلی^{۲۹} در خصوص محتوا و شیوه اجرای یک مقرر وجود دارد؛ معمولاً به دولت‌ها اجازه حاشیه صلاحدید گسترده‌ای داده شده است.^{۳۰} در عین حال هیچ محتوایی از سوی دولت‌ها در مورد معیارها و حدودی که بر اساس آن اقدام به تعیین شیوه اجرای قواعد حقوقی مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌نمایند، ارائه نشده است. به نظر می‌رسد دولت‌ها در این رابطه توجهی

۲۶. به‌عنوان مثال خواهان در دعوی فدوتووا و دیگران علیه روسیه، اظهار داشت حتی اگر کشور عضو از حاشیه صلاحدید

در زمینه قانون خانواده بهره‌بردار، نمی‌تواند اساس حق احترام به حیات خانوادگی را تقلیل دهد.

ECHR (Fedotova and Others v. Russia), applications nos. 40792/10, 30538/14, and 43439/14, Judgment of 13 July 2021, Para.38.

27. ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, Para.73.

28. ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, Para.62.

29. Ibid, Para.53.

30. ECHR (Todorov and Others v. Bulgaria), Applications nos. 50705/11, 11340/12, 26221/12, 71694/12, and 44845/15, Judgment of 13 July 2021, Para.187.

به موضوع حقی که نسبت به آن قائل به حق اعمال صلاح‌دید هستند، ندارند. البته ادعای وجود اجماع میان کشورها مبنی بر وجود حاشیه صلاح‌دید گسترده در تمامی موارد، از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر به چالش کشیده شده است. دیوان معتقد است هیچ اجماعی وجود ندارد که در رابطه با اهمیت منافع مورد نظر و بهترین ابزار حمایت از آن، حاشیه صلاح‌دید گسترده‌تر خواهد بود.^{۳۱} در عین حال هم خواهان‌ها و هم شعب دیوان در دعاوی مطروحه معیارهایی را برای ارزیابی قابل پذیرش بودن یا نبودن عملکرد دولت‌ها در چهارچوب حاشیه صلاح‌دید اعطایی به آنها ارائه می‌دهند که در محتوای عرفی حاشیه صلاح‌دید تأثیرگذار است.

رویکرد اتخاذی از سوی مراجع قضایی ... به شکل‌گیری مجموعه‌هایی از رویه‌های قضایی مختص به مراجع قضایی مختلف می‌انجامد^{۳۲} که در داخل هر یک از این مراجع به‌واسطه اصرار بر رویه خود، متحدالشکل هستند. دیوان در موارد مختلفی تأکید می‌کند که عواملی برای تعیین وسعت حاشیه صلاح‌دید دولت‌ها در تصمیم‌گیری نسبت به مواد کنوانسیون وجود دارد.^{۳۳} از جمله اینکه حاشیه صلاح‌دید در اصل هم به تصمیم برای مداخله در یک حق و هم قواعد تفصیلی برای ایجاد تعادل میان منافع عمومی و خصوصی تسری می‌یابد.^{۳۴} همین‌طور معیارهایی همچون تضمین کافی، انعطاف، سرعت و اثربخشی مورد نیاز برای رعایت این حقوق^{۳۵}، عدم خدشه به اساس یک حق، پیروی از قانون اساسی، لزوم ایجاد

31. ECHR (Evans v. the United Kingdom [GC]), Application no. 6339/05, Judgment of 10 April 2007, Para. 77. And (X, Y and Z v. the United Kingdom), Application no. 75/1995/581/667, Judgment of 22 April 1997 Para. 44, and (Fretté v. France), Application no. 36515/97, Judgment of 26 February 2002, Para.41. and (Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC]), Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, Para. 85, and (A, B and C v. Ireland), Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, Para. 232;

دیوان در بیشتر موارد با استناد به مفهومی به نام کنسانسوس اروپایی به تفسیر پویای کنوانسیون مذکور پرداخته و به نیازهای حادث پاسخ داده است. محسن محبی و اسماعیل سماوی، «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری»، مجله حقوقی بین‌المللی ۳۵، ۵۸ (۱۳۹۷)، ۷.

۳۲. آرامش شهبازی، «تکثر سیستم قضایی بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۲، ۲۹ (۱۳۸۹)، ۱۲۳.
 ۳۳. این بدین خاطر است که اگر دیوان احراز کند مداخله‌ای صورت گرفته است به این پرسش بنیادین می‌پردازد که آیا مداخله بر اساس موازین تشریح شده در کنوانسیون موجه است یا باید مداخله ناموجه و از این رو نقض مفاد کنوانسیون به شمار آید. محمدرضا ویژه و رضوان پویا، «تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پروتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۲۱، ۶۲ (۱۳۹۸)، ۱۲.

34. ECHR (S.H. and Others v. Austria), *Op. Cit.*, Para.53.

35. ECHR (Senigo Longue and Others v. France), Application no. 19113/09, Judgment of 10 July 2014, para 57.

تعالل میان حقوق افراد و منافع جامعه^{۳۶} (در خصوص حقوق غیر مطلق^{۳۷}) برای ارزیابی عملکرد دولت در نظر گرفته می‌شود. در کنار آن مجمع پارلمانی شورای اروپا نیز بر این عقیده است که ماهیت برخی از حقوق (حقوق خانواده) ایجاب می‌کند، علی‌رغم امکان وجود حاشیه صلاحیت گسترده برای دولت‌ها، سطح بالاتری از حمایت برای آنها مورد نیاز باشد.^{۳۸} در عین حال دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده پارلمان اروپایی علیه شورا، ضمن رد دیدگاه شورا معتقد است که حق مذکور حاشیه صلاحیت محدودی را برای کشورها در اطمینان یافتن از یکپارچگی مجدد خانواده در شرایط مطلوب حفظ می‌کند^{۳۹}؛ بنابراین مشاهده می‌شود که برخلاف رویکرد دولت‌ها، از سوی نهاد رسیدگی‌کننده و همین‌طور خواهان‌ها، ارائه معیارهایی که قابل پذیرش بودن یا نبودن حاشیه صلاحیت را مشخص می‌سازد، مورد توجه بوده است؛ از این رو به نظر می‌رسد موضوع ارزیابی عنصر مادی حاشیه صلاحیت در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر شامل دو امر وجود حق حاشیه صلاحیت برای دولت‌ها و به تبع آن احترام به آن از سوی دیوان؛ و همین‌طور حق دیوان برای بررسی وجود شرایط برای پذیرش استناد دولت به حاشیه صلاحیت و ارائه معیارهای ارزیابی می‌باشد.

مسئله دیگر بررسی مشابهت رفتار از سوی بازیگران است. در خصوص دولت‌ها بیان گردید که رویه متحدالشکلی مبنی بر وجود حق حاشیه صلاحیت در موارد نبود یک اجماع نسبت به دامنه و شیوه اجرای یک تعهد و همین‌طور وسیع بودن حاشیه صلاحیت دولت‌ها وجود دارد. رویه دیوان ضمن اذعان به این امر در قضایای مختلف، اقدام به ارائه معیارهایی نموده است. هدف مشروع یکی از معیارهایی است که دیوان به آن توجه داشته است. در پرونده سچیک و فینیک علیه بوسنی و هرزگوین خواهان مدعی بود که توسط قانون اساسی هر گونه حق وی برای انتخاب در خانه مردم و ریاست جمهوری بر مبنای نژاد / قومیت نقض شده است. وی معتقد بود که رفتار متفاوت که صراحتاً بر مبنای نژاد یا قومیت بنا نهاده شده است قابل توجیه نبوده و منجر به تبعیض مستقیم نسبت به او شده است.^{۴۰}

دیوان در پرونده دیمیشیو علیه روسیه اظهار داشته بود که تبعیض بر مبنای قومیت واقعی یا ذهنی یک نفر شکلی از تبعیض نژادی است^{۴۱} و در عین حال در پرونده ویلیس علیه انگلستان نیز تبعیض را به

36. ECHR (M.A. v. Denmark), Application no. 6697/18, Judgment of 9 July 2021, Para.22.

37. Non-absolute rights.

38. ECHR (M.A. v. Denmark), *Ibid*, Para.60.

39. CJEU (European Parliament v. Council), C-540/03, EU:C:2006:429, judgment of 27 June 2006, Para.98.

40. ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Application no. 55707/00, Judgment of 2009, Para.32.

41. ECHR (Timishev v. Russia), Applications nos. 55762/00 and 55974/00, Judgment of 13 December

معنای رفتار متفاوت با اشخاص در شرایط نسبتاً مشابه بدون توجیه عینی و معقول توصیف نموده بود.^{۴۲} در مقابل دولت بوسنی و هرزگوین در کنار استناد به نظر دیوان در پرونده زدانوکا علیه لیتوانی اظهار می‌داشت که ساختار قانون اساسی این کشور به‌وسیله موافقت‌نامه صلحی که بعد از یکی از مخرب‌ترین مخاصمات در تاریخ اروپا منعقد شده بود، ایجاد شده است. هدف نهایی آن ایجاد صلح و گفت‌وگو میان سه گروه قومی اصلی (مردم تشکیل‌دهنده [این کشور]) بوده است.^{۴۳}

لازم به توضیح است که دیوان در پرونده زدانوکا علیه لیتوانی^{۴۴} اظهار داشته بود که دولت‌های عضو از گستره قابل توجهی در تدوین قوانین در چهارچوب نظم اساسی خود برای انتخابات پارلمانی و ترکیب پارلمان بهره‌برند و اینکه معیارهای مربوط می‌تواند با توجه به عوامل تاریخی و سیاسی هر کشور متفاوت باشد.^{۴۵} دیوان با استناد به پرونده ملنیچنکو علیه اوکراین^{۴۶} اظهار داشته بود که «قانون مربوط به شرایط کاندیداهای پارلمان باید مطابق با ماده ۳ پروتکل اول باشد. در عین حال تصمیم مقامات اوکراین برای انکار ثبت نام خواهان به‌عنوان کاندیدای پارلمان به‌واسطه فقدان «ضرورت قطعی» دسترسی به ضمانت اجرای کافی بر علیه رفتار خودسرانه نقض ماده مذکور است».^{۴۷} دیوان در این پرونده با استناد به پرونده اندرجوا علیه لیتوانی^{۴۸}، اظهار می‌دارد: «دیوان تکرار می‌کند که تبعیض به معنای رفتاری متفاوت، بدون توجیه عینی و معقول، با افرادی در وضعیت مشابه است. «بدون توجیه عینی و معقول»^{۴۹} یعنی تمایز اعمال شده «هدف مشروعی» را دنبال نمی‌کند یا «رابطه معقولی از تناسب بین ابزار به کار گرفته شده و هدفی که قصد دستیابی به آن است» وجود ندارد. دامنه حاشیه صلاح‌دید دولت عضو در این حوزه مطابق با شرایط و موضوع و پیش‌زمینه متفاوت خواهد بود».^{۵۰}

با بررسی دیدگاه‌های دیوان در پرونده‌های مختلف می‌توان گفت اولین و مهم‌ترین معیار برای حاشیه

2005, Para.56.

42. ECHR (Willis v. the United Kingdom), Application no. 36042/97, Judgment of 11 June 2002, Para.48.

43. ECHR (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Judgment 22 December 2009, Para.34.

44. ECHR (Ždanoka v. Latvia [(GC)], Application no. 58278/00, Judgment of 16 March 2006.

45. Ibid, Para.106.

46. ECHR (Melnichenko v. Ukraine), Application no. 17707/02, Judgment of 19 October 2004, Para 53-67.

47. ECHR (Ždanoka v. Latvia), Op. Cit, para.108.

48. ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Op. Cit, Para.81.

49. “No objective and reasonable justification”

50. Ibid.,para 80 and (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Op.Cit, Para.42.

صلاح‌دید «اجرای مؤثر» قاعده حقوقی است.^{۵۱} برای این امر لازم است «هدفی مشروع» در نظر گرفته شود و نتیجه آن «عینی و معقول باشد». این معیارها راجع به تمام قواعد صادق است؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت دیوان به‌طور مکرر معیارهای مشخصی را برای ارزیابی حاشیه صلاح‌دید در نظر می‌گیرد که می‌تواند در احراز محتوای عنصر مادی قاعده عرفی مورد توجه قرار گیرد.

اما اینکه در سطح گسترده‌تر لازم است تا بررسی شود آیا نهادهای مختلف از معیارهای مشابه یکدیگر برای ارزیابی استفاده می‌کنند یا خیر. به نظر می‌رسد این امر با تردیدهای جدی مواجه است. دیوان کیفری بین‌المللی بخش سوم پرونده دادستان علیه کاتانگا را به روش تفسیر توسط دادگاه اختصاص داده است. شعبه رسیدگی در خصوص ماده ۲۱ اساسنامه سلسله مراتبی از منابع را میان قواعد قابل اعمال برقرار نموده است.^{۵۲} دیوان در مورد روش تفسیر اظهار می‌دارد: «به منظور تفسیر اساسنامه و عناصر جرایم، این شعبه باید روش تفسیر مندرج در کنوانسیون وین حقوق معاهدات، به‌ویژه مواد ۳۱ و ۳۲ را به کار گیرد. شعب دیوان به‌صورت سیستماتیک و متفق‌القول تقاسیر خود از اساسنامه را بر اساس اصول ایجاد شده توسط کنوانسیون وین بنا نهاده‌اند.^{۵۳} کنوانسیون وین یک قاعده عام برای تفسیر را مقرر می‌دارد...»^{۵۴} سپس دیوان با توجه به نبود سلسله‌مراتب میان اصول تفسیر در کنوانسیون و لزوم اعمال هم‌زمان همه آنها^{۵۵} به تبیین اصول تفسیر و عناصری که باید مورد توجه قرار گیرد، می‌پردازد. به

۵۱. در این رابطه دیوان در دو قضیه روخه علیه انگلستان و سالانتاجی علیه صربستان، اظهار داشته است: در اعمال این مقررات کشورهای عضو از حاشیه صلاح‌دید مشخصی بهره می‌برند. در حالی که تصمیم نهایی در خصوص رعایت الزامات کنوانسیون بر عهده دیوان نهاده شده است، این بخشی از وظایف دیوان نیست که جایگزین ارزیابی مقامات ملی راجع به هرگونه ارزیابی دیگری شود که ممکن است بهترین سیاست در این زمینه باشد. با وجود این محدودیت‌های اعمال شده نباید دسترسی افراد را به گونه‌ای یا تا میزانی محدود کند که خود اساس آن حق صدمه ببیند.

ECHR (Golder v. the United Kingdom), Series A no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, Para. 36, and (Roche v. the United Kingdom [GC]), Application no. 32555/96, Judgment 19.10.2005, para. 117

and (Salontaji-Drobnjak v. Serbia), Application no. 36500/05, judgment of 13 October 2009, Para. 132.
52. ICC (the Prosecutor v. Germain Katanga), Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment of 7 March 2014, Para.39.

53. Ibid, Para.43.

54. Ibid, Para 44.

55. Ibid, Paras.46-47.

دیوان در این پرونده نتیجه می‌گیرد: «در تفسیر متون پایه باید از هرگونه راه‌حلی که به نقض یا خنثی شدن سایر مقررات منتهی می‌شود، اجتناب گردد. همین‌طور ماده ۳۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد علاوه بر متن [سند یا معاهده] باید «به هر قاعده حقوق بین‌الملل قابل اعمال در روابط میان طرفین» نیز توجه شود. این قاعده عام مقرر می‌دارد... وقتی متن مبنا به‌طور خاص یک مسأله را حل نکند، شعبه دیوان باید به... اصول کلی حقوقی [نیز] رجوع کند. به نقل از علی‌رضا ربیعی،

عقیده دیوان کیفری بین‌المللی در تفسیر هر مقررہ قواعد تفسیر مندرج در کنوانسیون حقوق معاهدات باید معیار قرار گیرد. دادگاه بین‌المللی حقوق دریاها نیز در پرونده ولگا همین رویکرد را اتخاذ کرده است و در تفسیر ماده ۷۳ کنوانسیون حقوق دریاها هدف و منظور کنوانسیون را به‌عنوان مهم‌ترین عاملی که باید برای تفسیر در نظر گرفته شود مطرح می‌سازد.^{۵۶} بنابراین مشابهت عملکرد این نهادها بستگی به میزان مشابهت میان معیارهای حاشیه صلاحدید و معیارهای عام تفسیر معاهدات دارد که دیگر نهادهای حل‌وفصل اختلاف خود را ملزم می‌دانند محتوای هر مقررہ را بر مبنای این اصول ارزیابی کنند. مسأله عمومیت در قسمت چالش‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بنابراین در مورد عنصر مادی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی می‌توان گفت: نخست عناصر آن عبارتند از: ۱- شرایط وجود حق اعمال صلاحدید از سوی دولت‌ها؛ و ۲- معیارهای لازم‌الرعایه در موارد اعمال آن. دوم آنکه مشابهت در سطح تمام نهادهای حل‌وفصل اختلاف، وجود ندارد؛ اما در حوزه‌های موضوعی خاص و گستره جغرافیایی محدود (در بستر یک نهاد خاص) عنصر مادی هر دو جزء مذکور قابل مشاهده است. سوم اینکه در بررسی دعاوی نزد دیوان اروپایی حقوق بشر مشابهت رفتار و عمومیت میان دولت‌ها در مقام دفاع از یک‌سو و عملکرد دیوان از سوی دیگر قابل مشاهده است.

۲-۲- قابلیت شکل‌گیری عنصر معنوی حاشیه صلاحدید

تحقق قاعده عرفی علاوه بر احراز عنصر مادی نیازمند احراز عنصر معنوی است؛ به عبارت دیگر لازم است تا عملکرد دولت‌ها و همین‌طور نهاد حل‌وفصل اختلاف با اعتقاد به الزامی بودن آن انجام شود. کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص عنصر معنوی قواعد عرفی بر این عقیده است که «رویه مورد نظر باید همراه با حس حق یا تعهدی حقوقی انجام شود».^{۵۷} بدین معنی که باید همراه با این عقیده باشد که آن رفتار به‌وسیله حقوق بین‌الملل عرفی، مجاز، ضروری یا ممنوع می‌باشد.^{۵۸}

دیوان حقوق دریاها در پرونده سنت وینسنت و گرینادینس علیه‌گینه با استناد به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده برخی منافع آلمان در سیلزیای اولیا لهستان^{۵۹} مقرر می‌دارد: «از نقطه‌نظر حقوق

«تکثرگرایی و آثار آن بر انسجام یا از هم گسیختگی نظام حقوق بین‌الملل» (رساله دکتری حقوق بین‌الملل، تهران:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۵)، ۲۵۰-۲۵۱.

56. ITLOS, The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, List of cases: No. 11, Judgment of 23 December 2002. P.34-Para,77.

57. Draft conclusions on identification of customary international law, Op.Cit, Conclusion 9, P.139.

58. Ibid, p 138.

59. ITLOS, The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), No. 2, Judgment of

بین‌الملل و دیوان به‌عنوان ارگان آن، به همان روشی که تصمیمات حقوقی و اقدامات اداری عمل می‌کنند، قوانین شهرداری صرفاً [نیز] حقایقی هستند که اراده کشورها را بیان می‌دارد و اقدامات دولتی را شکل می‌دهند.^{۶۰} این رأی به خوبی نشان می‌دهد که اقدامات دولت می‌تواند مبین اراده وی باشد و بنابراین اعتقاد به الزامی بودن آن را نیز به همراه داشته باشد.

همین‌طور دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تحدید حدود و مسائل سرزمینی بین قطر و بحرین اظهار می‌دارد: «یادداشت‌ها صرفاً یک ثبت جلسه نیستند. آنها صرفاً بحث‌ها و خلاصه نکات توافق یا عدم توافق نیستند، آنها تعهداتی را که طرفین بر آن توافق کرده‌اند را برمی‌شمارند؛ بنابراین آنها حقوق و تعهدات را در حقوق بین‌الملل برای طرفین خلق می‌کنند. آنها توافقی بین‌المللی را شکل می‌دهند».^{۶۱} کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در مورد اشکال مختلف شواهد عنصر معنوی در عین تأکید بر اینکه این شواهد می‌توانند طیف گسترده‌ای را دربرگیرند، برخی از اشکال آن را نام می‌برد که از جمله عبارتند از: «اظهارات عمومی از سوی دولت، عقاید حقوقی دولت، تصمیمات محاکم ملی، مقررات معاهده و ...».^{۶۲} به عقیده انجمن حقوق بین‌الملل در احراز عنصر ذهنی قاعده عرفی سؤال این نیست که یک دولت چه اعتقادی دارد، ... بلکه سؤال این است که دولت اعتقاد خود را چگونه بیان می‌کند یا اینکه به‌طور ضمنی از رفتار آن دولت چه چیزی را می‌توان استنتاج نمود. به عبارت ساده‌تر مسأله این است که آن دولت چه چیزی را ادعا می‌کند؟^{۶۳} بنابراین می‌توان نتیجه گرفت شکل عملکرد دولت موضوعیت ندارد، بلکه باید بتوان از شواهد و قراین این باور را استخراج نمود که محتوای آن منعکس‌کننده اراده دولت است.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در موارد مختلف به‌عنوان یک اصل کلی اظهار می‌دارد برخورداری از حاشیه صلاحیت حقی است که دولت‌ها برای ارزیابی هرگونه محدودیت نسبت به حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، یا نیاز به وجود یک نهاد^{۶۴} یا انتخاب نوع ابزار قانونی برای تضمین

1 July 1999, Para.121.

60. PCIJ (Certain German Interests in Polish Upper Silesia), Merits, Series A Judgment No.7, 1926, p. 19.

61. ICJ (Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain), Judgment of 1 July 1994, p. 121, para. 25.

62. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op. Cit.*, Conclusion 10, P.139.

۶۳. انجمن حقوق بین‌الملل، اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام، ترجمه محمد جعفر قنبری جهرمی (تهران: انتشارات دراک، تابستان ۱۳۸۴)، ۵۸.

64. ECHR (Yezhov and Others v. Russia), Application no. 22051/05, judgment of 29 June 2021, Para.31. and ECHR (Goodwin v. the United Kingdom), Application No. 17488/90, Judgment of 27 March 1996, Para. 40.

کنوناسیون^{۶۵} دارا هستند.

این حق نیز ناشی از ارتباط نفع مستقیم مقامات ملی با مردم می‌باشد^{۶۶} و دیوان صرفاً به این امر می‌پردازد که آیا تصمیم اتخاذ شده از سوی مقامات ملی داخل در حاشیه صلاح‌دید آنها می‌باشد یا خیر^{۶۷}؛ بنابراین به نظر می‌رسد دیوان موظف است اصل این حق را برای دولت‌ها مورد احترام قرار دهد. در عین حال دولت‌ها به کرات در جریان دفاعیات خود در مقابل دیوان بر این امر اذعان داشته‌اند که عملکرد نهادهای آنها، مبتنی بر اعمال حق خود بوده است و لذا باید مورد احترام قرار گیرد ... در مورد نوع رفتار، بسته به موضوع حق مورد مناقشه و نوع اقدام دولت‌ها، تنوع گسترده‌ای وجود دارد. این مسأله در تشخیص محتوای قاعده عرفی چالش‌هایی را ایجاد می‌کند؛ اما تأکید بر دارا بودن این حق از سوی شمار زیادی از دولت‌ها در دعاوی مطرح شده نزد دیوان اروپایی حقوق بشر نشان از اعتقاد به وجود این حق از سوی آنها دارد. از جمله در پرونده ساونکو و دیگران علیه روسیه، دولت خوانده ادعا می‌کند که اقدام انجام گرفته یک اقدام قانونی اتخاذ شده در چهارچوب حاشیه صلاح‌دید وی بوده است.^{۶۸}

با وجود این تردیدهایی در خصوص منشأ این حق برای دولت‌ها نیز وجود دارد. در مواردی دولت‌ها بر این اعتقاد هستند که این حق از سوی دیوان به آنها داده شده است.^{۶۹} ولی در موارد دیگر بر این امر تأکید دارند که حاشیه صلاح‌دید حق آنها است. البته این مسأله در تشخیص عنصر معنوی قاعده عرفی بی‌تأثیر است، اما نسبت به محتوای قاعده عرفی متأثر از حاشیه صلاح‌دید می‌تواند تأثیرگذار باشد.

در مورد محتوای حاشیه صلاح‌دید یا معیارهای ارزیابی آن، رویه دولت‌ها فاقد هرگونه شفافیت است؛

65. ECHR (Volodina v. Russia) (no. 2), Application no. 40419/19, Judgment of 14 September 2021, para.56.

66. ECHR (Chizhov v. Russia), Application no. 11536/19, Judgment of 6 July 2021, Para.52.

67. ECHR (Norman v. the United Kingdom), Application no. 41387/17, Judgment of 6 July 2021, Para.83. and (Elsholz v. Germany), Application no. 25735/94, Judgment of 13 July 2000, Para.48. and (Sommerfeld v. Germany), Application no. 31871/96, Judgment of 8 July 2003, Para.62.and (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014, Para.49 and (P.K. v. Poland), Application no. 43123/10, Judgment of 10 June 2014, Para.84.

68. ECHR (Savenko and Others v. Russia), Application no. 13918/06, Judgment of 14 September 2021, para.55.

۶۹. به عنوان مثال کشور سوئیس در قضیه بوش علیه سوئیس نتیجه می‌گیرد که تصمیمات داخلی وی تماماً منطبق با الزامات ماده ۸ کنوانسیون بوده و داخل در حاشیه صلاح‌دید موسعی است که دیوان در رویه قضایی خود در این موضوعات به دولت‌ها اعطا کرده است.

ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014, Para.46.

این مسأله عیناً در دعاوی گلاسر علیه انگلستان نیز مطرح شده است.

ECHR (Glaser v. the United Kingdom), Application no. 32346/96, 19 September 2000, Para.64.

اما دیوان معیارهایی را برای ارزیابی ارائه می‌دهد که باید رعایت شود. از جمله دیوان عقیده دارد ایجاد تعادل میان منافع فرد و جامعه در اعمال حاشیه صلاحدید باید در نظر بگیرد.^{۷۰} ارائه و تأکید بر لزوم رعایت این معیارها، در کنار واکنش دولت‌ها نسبت به آنها، می‌تواند در محتوای قاعده عرفی در حال تشکیل تأثیرگذار باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد محتوای قاعده عرفی شامل حق برخورداری دولت‌ها از حاشیه صلاحدید می‌باشد که باید توسط سایر دولت‌ها و دیوان مورد احترام قرار گیرد.

در مقابل دیوان اروپایی نیز حق دارد اولاً وجود شرایط برای امکان استناد دولت به حاشیه صلاحدید را بررسی نماید و در صورت وجود موظف است تا هرگونه ارزیابی از عملکرد دولت‌ها را صرفاً بر اساس یک رویه متحدالشکل و یکسان و مبتنی بر معیارهایی انجام دهد که در رویه قضایی خود مورد تأکید قرار داده است. لذا تنوع شعب یا تغییر دوره‌ای قضات دیوان نمی‌تواند باعث عدول شعب از این معیارهای ارزیابی شود. مسأله‌ای که در مواردی مورد اعتراض کشورها نیز قرار گرفته است. از جمله کشور اتریش به فقدان شفافیت در رویه قضایی دیوان انتقاد نموده و اظهار می‌دارد رویه قضایی دینامیک و تفاوت در روش یا تأکید شعب مختلف دیوان اجتناب از تصمیماتی را که نقض ماده ۸ میثاق باشد دشوار نموده است.^{۷۱} این عبارت به‌طور تلویحی حاوی این حقیقت است که دیوان یک روش تفسیری مختص به خود را ارائه می‌دهد که البته از یک شعبه به شعبه دیگر آن نیز متفاوت است.

بررسی دیدگاه دولت‌ها و همین‌طور واکنش دیوان اروپایی حقوق بشر نشان از وجود عنصر الزام دارد. دولت‌ها بر این عقیده‌اند که دارای چنین حقی می‌باشند که باید مورد احترام قرار گیرد و دیوان نیز بر این امر اذعان دارد. در عین حال اعتقاد به حق دیوان برای تعیین معیارها و لازم‌الرعایه بودن آنها از سوی دولت‌ها نیز قابل احراز است.

۳- چالش‌های شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی

علی‌رغم قابلیت احراز هر دو عنصر مادی و معنوی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی، چالش‌هایی نیز در این امر وجود دارد. مبنای این چالش‌ها به ماهیت حاشیه صلاحدید و حوزه شکل‌گیری ارتباط دارد. نخست اینکه نهاد حاشیه صلاحدید یک نهاد تبعی است، به عبارتی نسبت به یک حق ماهوی اعمال می‌شود. دیگر اینکه در شکل‌گیری عناصر آن تنها عملکرد دولت‌ها دخیل نیست، بلکه

70. ECHR (Keegan v. Ireland), Series A no. 290, 26 May 1994, Para. 49, and (Siemianowski v. Poland), Application no. 45972/99, 6 September 2005, Para.97.

71. ECHR (Maslov v. Austria), Application no. 1638/03, Judgment of 23 June 2008, Para.55.

شکل‌گیری آن نتیجه تعامل میان عملکرد دولت‌ها، دیدگاه‌های نهاد قضایی و عملکرد بعدی دولت‌ها خواهد بود. همین امر چالش‌هایی را هم نسبت به عناصر و هم نسبت به بستر شکل‌گیری آن ایجاد می‌کند.

۳-۱ - چالش‌های مربوط به عنصر مادی و معنوی

یکی از چالش‌های جدی در احراز حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی، توجه به کلیت رفتار دولت‌ها می‌باشد. وفق بند اول استنتاج شماره ۷ کمیسیون حقوق بین‌الملل: در ارزیابی عملکرد دولت، تمام عملکرد در دسترس یک کشور خاص باید به‌عنوان یک کلیت در نظر گرفته شود. دیوان دادگستری بین‌المللی نیز در پرونده فلات قاره دریای شمال اظهار داشت «رفتار دولتی که منافع وی به‌طور خاص تحت تأثیر است، باید در چهارچوب قاعده مورد استناد، گسترده و تقریباً یکنواخت باشد».^{۷۲} بدان معنا که رویه ارزیابی شده باید جامع بوده و شامل عملکرد مرتبط تمام ارگان‌های دولت و تمام عملکردهای مرتبط یک ارگان خاص باشد.^{۷۳} دیوان دادگستری بین‌المللی در پرونده فلات قاره دریای شمال اظهار می‌دارد: رفتار دولتی که منافع وی به‌طور خاص تحت تأثیر است، باید در چهارچوب قاعده مورد استناد، گسترده و تقریباً یکنواخت باشد.^{۷۴} همین‌طور بند دوم استنتاج مذکور کمیسیون مقرر می‌دارد: «در مواردی که رویه یک کشور متفاوت است، اعتباری که باید به آن رویه داده شود، بسته به شرایط می‌تواند کاهش یابد».^{۷۵} احراز عمومیت و مشابهت رفتار دولت در بستر رسیدگی دیوان امری دشوار است. هرچند استناد به حق اعمال حاشیه صلاح‌دید^{۷۶} می‌تواند نشان از عملکرد وی باشد؛ اما این امر منعکس‌کننده کلیت رفتار وی نیست. بلکه مبین تنها بخشی از رفتار دولت‌ها است و منفرداً نمی‌تواند منعکس‌کننده «عملکرد عام»^{۷۷} آنها باشد و لازم است تا دیگر رفتارهای دولت نیز در نظر گرفته شود. این مسأله می‌تواند تا حدودی به‌واسطه تعدد دعاوی به طرفیت یک دولت و استناد وی، مرتفع گردد. به عنوان مثال دیوان در مورد کشور آلبانی در سال ۲۰۲۰ با ۱۲۳ شکایت مواجه بوده است. تا قبل از تاریخ اول جولای ۲۰۲۱ تعداد ۳۹۳ پرونده در دست رسیدگی قضایی بوده است.^{۷۸} کشور فرانسه در سال ۲۰۲۰ با ۵۳۸ دعوا و در سال

72. PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 26 April 1968, Para.74.

73. Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II, Part Two, *Op.Cit*,P,134-135.

74. PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), *Op.cit*. Para.74.

75. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op.Cit*,P,134.

76. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021, Para.21.

77. General Practice.

78. "ECHR, Press country profile: Albania", accessed March 6, 2022, <https://www.echr.coe.int/>

۲۰۲۱ تا قبل از جولای با تعداد ۵۶۴ پرونده در جریان رسیدگی مواجه بوده است.^{۷۹} تعدد پرونده‌های مطرح شده علیه هر یک از کشورها این امکان را فراهم می‌سازد تا اطلاعات گسترده‌ای راجع به عملکرد هر یک از ارکان وی برای احراز عنصر مادی قاعده عرفی در دسترس باشد.^{۸۰} در عین حال تعدد قضایای مطروحه در مقابل دیوان اروپایی حقوق بشر نیز این فرصت را فراهم می‌کند تا عملکرد این نهاد به خوبی در دسترس باشد.^{۸۱} با وجود این یک تعارض رفتار به واسطه عدم پذیرش ادعای دولت و اجرای تصمیم دیوان^{۸۲} و متعاقباً استناد مجدد به حاشیه صلاحدید در قضایای مشابه دیگر وجود دارد. به واسطه نبود سلسله مراتب میان رفتار دولت‌ها، این امر اعتبار استناد دولت‌ها را کاهش می‌دهد. این تناقض رفتاری به خصوص در احراز اصول و معیارهای حاشیه صلاحدید و آثار آن به عنوان یک قاعده عرفی تأثیرگذار است.^{۸۳} در عین حال باید توجه داشت در مورد سایر معاهدات بین‌المللی که اختلافات مطروحه نسبت به آنها نزد دیگر محاکم بین‌المللی مطرح می‌شود، به واسطه

Documents/CP_Albania_ENG.pdf

79. 'ECHR, Press country profile: France', accessed March 7, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/CP_France_ENG.pdf

۸۰. لازم به توضیح است که در دیوان اروپایی حقوق بشر هر یک از کشورها دارای یک پروفایل شخصی هستند که آمار پرونده‌های سالیانه آنها در آن مشخص است. برای دسترسی به آمار کلیه اعضای دیوان نک: "ECHR, Country profiles", accessed March 7, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/country&c=>

یکی از مواردی که باعث می‌شود رویه قضایی در دیوان برای احراز عناصر مادی و معنوی حقوق عرفی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار باشد تعدد رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. به عنوان مثال تعداد شکایات برای رسیدگی در دیوان در سال ۲۰۲۱ عدد ۲۳ هزار و در سال ۲۰۲۰ عدد ۱۹۴۰۰ مورد بوده است، این تعدد دعاوی امکان شناسایی عملکرد و اعتقاد دولت‌ها و دیوان را فراهم می‌سازد.

"ECHR, STATISTICS: compared to the same period 2020, 30/9/2021", last modified March 8, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2021_ENG.PDF

۸۱. به عنوان مثال شمار پرونده‌های مطرح شده نزد این نهاد در جولای ۲۰۲۱ به تعداد ۲۵۳ مورد، در ژوئن به تعداد ۲۵۲ مورد، در مه به تعداد ۲۵۱ مورد، در آوریل به تعداد ۲۵۰ مورد بوده است.

"ECHR, Case-law analysis", accessed March 8, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/clin>

82. EC, Resolution CM/ResDH(2019) 297 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Three cases against France (Adopted by the Committee of Ministers on 13 November 2019 at the 1360th meeting of the Ministers' Deputies.

۸۳. به عنوان مثال در مواردی برخلاف رویه متداول دولت‌ها که معتقد به حاشیه صلاحدید وسیعی برای دولت‌ها هستند، در مواردی محدود بودن آن مورد تأکید قرار گرفته است.

ECHR (Yezhov and Others v. Russia), *Op.cit.*, Para.34.

محدودیت قضایای مطروحه^{۸۴} و تنوع موضوع اختلافات ابهامات دو چندان می‌گردد.

۳-۲- چالش‌های مربوط به نقش نهاد حل‌وفصل اختلاف

استناد به حاشیه صلاحدید در بستر حل‌وفصل اختلافات می‌تواند چالش‌های دیگری را نیز به همراه داشته باشد. یکی از این چالش‌ها مربوط به اعتبار تصمیمات قضایی به‌عنوان بخشی از شواهد شکل‌گیری قواعد عرفی و به‌طور اخص حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در استنتاج شماره ۱۳ در مورد نقش تصمیمات محاکم بیان می‌دارد: «۱- تصمیمات محاکم و دیوان‌های بین‌المللی،... در خصوص وجود یا محتوای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی یک ابزار فرعی برای تشخیص آن قواعد است» در اینجا تفاوت نقش تصمیمات محاکم بین‌المللی و محاکم ملی^{۸۵} برجسته می‌شود. تصمیمات محاکم ملی یکی از مصادیق عملکرد دولت است و بنابراین از عناصر تشکیل‌دهنده قاعده عرفی است، اما تصمیمات محاکم بین‌المللی به احراز یک قاعده عرفی می‌پردازد نه شکل‌گیری آن. لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا دیوان‌های بین‌المللی می‌توانند در شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی نیز تأثیرگذار باشند یا خیر. به نظر نمی‌رسد در اینجا مشکلی وجود داشته باشد زیرا در اینجا این عملکرد دولت و نهاد حل‌وفصل اختلاف است که تأثیرگذار است نه آرای دیوان.

با وجود این محدودیت‌های دیگری قابل تصور است. در رسیدگی به اختلافات، جز در موارد مداخله دولت ثالث، تنها دو دولت دخیل هستند، در اختلافات حقوق بشری جز در دعاوی بین‌الدولی تنها یک دولت طرف اختلاف است. این امر دو محدودیت را به همراه دارد. یکی قابلیت تسری هر رسیدگی به سایر دولت‌ها و دیگری محدودیت در گستره جغرافیایی بازیگران تحت پوشش نهاد حل‌وفصل اختلاف.

۸۴. به عنوان مثال تعداد قضایای مطرح شده در دیوان دادگستری بین‌المللی نسبت به کشورها استرالیا پنج پرونده، کشور بلژیک هفت پرونده، کلمبیا و کاستاریکا شش پرونده می‌باشد. کشور فرانسه به عنوان یکی از کشورهای دارای تعداد زیاد دعاوی نزد دیوان در چهارده پرونده طرف اختلاف نزد دیوان بوده است.

“ICJ”, accessed March 8, 2022, <https://www.icj-cij.org/en/cases-by-country>

۸۵. نمونه آن را می‌توان در خصوص نظر دادگاه تجدیدنظر کشور گرجستان در مورد ضرورت تعیین حاشیه صلاحدید مقامات دولتی در مورد حق آزادی بیان و ضمانت‌های آن در قانون اساسی این کشور و کنوانسیون توسط مقامات ملی مشاهده کرد. دادگاه مذکور در این زمینه بر این عقیده بود که ماهیت سخنرانی در قضیه پیش رو اطلاعات و عقایدی را در موضوعات تجاری منتشر می‌کند که حاشیه صلاحدید گسترده‌ای را برای محاکم داخلی باقی می‌گذارد.

ECHR (*Gachechiladze v. Georgia*), *Op.cit.*, Para.21.

استنتاج شماره ۱۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص اظهار می‌دارد: « ۱- یک قاعده خاص حقوق بین‌الملل عرفی اعم از منطقه‌ای، محلی یا غیر آن، قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل عرفی است که تنها محدود به شمار محدودی از کشورها است؛ ۲- به منظور تشخیص وجود و محتوای یک قاعده خاص حقوق بین‌الملل عرفی، لازم است تا مشخص شود آیا رویه عامی میان کشورهای عضو که آن را میان خودشان به‌عنوان قانون پذیرفته‌اند وجود دارد یا خیر». ^{۸۶}. به عقیده کمیسیون شمار دولت‌ها محدودیتی در شکل‌گیری قاعده عرفی ایجاد نمی‌کند، بلکه عمومیت رویه مهم است. انجمن حقوق بین‌الملل نیز بر این عقیده است که «وجود اعتقاد از طرف کلیت دولت‌ها حاکی از اینکه رویه‌ای ... با یک تکلیف یا یک حق قانونی مطابقت دارد، به‌منظور اثبات وجود یک قاعده حقوقی الزام‌آور کافی است؛ اما برای شکل‌گیری چنین قاعده‌ای لازم نیست که وجود اعتقاد مزبور چه از طرف کلیت دولت‌ها و چه از جانب دولت خاصی اثبات گردد».^{۸۷}

با توجه به عام‌الشمول بودن تعهدات حقوق بشری و ارتباط آن با ارزش‌های جامعه بین‌المللی از یک‌سو و نقش دیوان به‌عنوان یک نهاد ناظر بر اجرای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، گستره حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی نمی‌تواند دارای ماهیت منفرد نیز باشد؛ بنابراین یک محدودیت مسأله نسبی بودن آرا و رویه مستقر حاشیه صلاحدید نسبت به سایرین می‌باشد. این مسأله به‌خصوص در مورد تأثیر معیارهای ارزیابی دیوان بر محتوای قواعد عرفی حاشیه صلاحدید واجد اهمیت است. آیا دستاوردهای هر قضیه می‌تواند نسبت به کشورهای دیگر عضو کنوانسیون که طرف آن اختلاف نیستند تأثیرگذار باشد؟

وفق ماده ۵۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری احکام آن نسبت به طرفین اختلاف و در همان دعوای ذی‌ربط الزام‌آور است. فلسفه وجودی اصل نسبیت احکام دیوان، حمایت از حقوق ثالث می‌باشد و به موجب ماده‌های ۶۲ و ۶۳ اساسنامه در صورتی که طرف ثالث در قضیه منفعت حقوقی داشته باشد یا عضو کنوانسیون باشد که دیوان قصد تفسیر آن را دارد، حق ورود به جریان رسیدگی را دارد، در غیر این صورت یعنی در صورتی که منافع طرف‌های ثالث متأثر گردد، رأی نسبت به طرف‌های ثالث اثر الزامی نخواهد داشت.^{۸۸} وفق ماده مذکور: «تصمیمات دیوان جز برای طرفین و در خصوص آن قضیه خاص

Conclusion 16 (2). ۸۶. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op.Cit.*

۸۷. انجمن حقوق بین‌الملل، پیشین، ۵۷.

۸۸. سید قاسم زمانی و سوده شاملو، «نسبیت احکام دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه و عمل»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، ۵، ۱۶ (۱۳۹۱)، ۴۰.

الزام‌آور نمی‌باشد». در عین حال بر اساس بند اول ماده ۶۲ اساسنامه دیوان «دولت‌هایی که باور دارند دارای منافعی با ماهیتی قانونی هستند که در نتیجه تصمیم دیوان در آن قضیه تحت تأثیر قرار می‌گیرد، می‌توانند از دیوان درخواست کنند که به آنها اجازه مداخله دهد». به‌واسطه تأثیر تصمیمات دیوان اروپایی حقوق بشر، در موارد متعددی دولت‌ها در خصوص حاشیه صلاحدید تحت عنوان مداخله ثالث اقدام نموده‌اند. به‌عنوان مثال در پرونده اواریکا و دیگران علیه جمهوری چک^{۸۹} شمار زیادی از دولت‌ها و در قضیه ان. دی؛ و ان. تی علیه اسپانیا^{۹۰} دولت ایتالیا به‌عنوان ثالث مداخله نمودند. پذیرش اصل نسبی بودن آرا به‌عنوان یک قاعده عام حقوق بین‌الملل بدین معناست که در احراز شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان قاعده عرفی عملکرد دیوان و دولت‌ها در هر قضیه باید به‌صورت منفرد در نظر گرفته شود. با این حال به عقیده برخی، در عمل اثر رأی از آنچه ماده ۵۹ اساسنامه اعلام کرده، فراتر می‌رود و حمایت از حقوق ثالث نسبتاً غیرواقعی به نظر می‌رسد.^{۹۱} پذیرش این نظر بدان معناست که استناد دولت‌ها به حاشیه صلاحدید و ارزیابی‌های دیوان، در هر رسیدگی می‌تواند بر شکل‌گیری قواعد عرفی منطقه‌ای تأثیرگذار باشد و بنابراین عدم مداخله دولت‌ها به‌عنوان ثالث در این قضایا می‌تواند به معنی پذیرش ضمنی محتوای آن نسبت به خود باشد. مسأله‌ای که پذیرش در آن همچنان با ابهاماتی مواجه است.

در نهایت اینکه برای احراز عناصر حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا هم مجموع عملکرد هر دولت در مقابل دیوان و هم عملکرد جمعی دولت‌ها بررسی شوند. بررسی مجموعه عملکرد یک دولت و استناد به حاشیه صلاحدید تنها در تشخیص عناصر مادی و معنوی همان دولت تأثیرگذار است؛ اما این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان به‌واسطه تکثر دولت‌ها و وحدت دیوان، از این قالب گذر کرد و عملکرد دیوان در مقابل یک دولت را در مقابل دیگر دولت‌ها مورد استناد قرار داد یا برای احراز شکل‌گیری قاعده عرفی باید رویه قضایی هر کشور به‌صورت مجزا بررسی شده و از کنار هم نهادن مجموع آنها وجود عناصر مادی و معنوی را در کل ارزیابی و احراز نمود؟ هرچند دیوان در رسیدگی‌های خود به دیگر پرونده‌ها نیز استناد می‌کند، این مسأله نیز از جمله موضوعاتی است که قواعد حاکم بر شکل‌گیری حقوق عرفی در مورد آن راه‌حل قطعی‌ای ارائه نداده است. لذا می‌تواند در روش ارزیابی برای

89. ECHR (Vavříčka and Others v. the Czech Republic), Applications nos. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021. Paras 128-182.

90. ECHR (N.D. AND N.T. v. SPAIN), Applications nos. 8675/15 and 8697/15, Judgment of 13 February 2020, Para.61.

۹۱. زمانی و شاملو، پیشین، ۴۰.

احراز شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی چالش‌هایی را ایجاد نماید.

نتیجه‌گیری

هرچند شکل‌گیری قواعد عرفی مبتنی بر احراز عملکرد دولت و اعتقاد به الزامی بودن آن می‌باشد، به نظر می‌رسد خصوصیات آن قاعده نیز در احراز شکل‌گیری و محتوای آن تأثیرگذار است. تأسیس حاشیه صلاحدید در چهارچوب نظام اروپایی حقوق بشر متشکل از دو قسمت حق اولیه دولت و نظارت دیوان است. همین امر باعث می‌شود تا برخلاف دیگر قواعد حقوقی که نقش محاکم بین‌المللی محدود به شناسایی این قواعد باشد، در اینجا نهاد رسیدگی‌کننده به‌عنوان یک ذی‌نفع قاعده حقوقی نقش پررنگ‌تری را ایفا نماید.

در مورد حاشیه صلاحدید چند موضوع مطرح می‌شود که عبارتند از: ۱- حقی که حاشیه صلاحدید نسبت به آن اعمال می‌شود؛ ۲- حق دولت به اعمال حاشیه صلاحدید در موارد نبود اجماع نسبت به محتوا یا شیوه اجرای آن حق بشری؛ ۳- اصول و معیارهایی لازم‌الرعایه و ۴- حق نهاد رسیدگی‌کننده به احراز وجود حق اعمال صلاحدید از سوی دولت و تبیین معیارهای ارزیابی و حدود و ثغور مجاز از سوی دولت‌ها. همین امر نیز سبب می‌شود تا نقش نهاد رسیدگی‌کننده در این‌گونه موارد خاص تنها محدود به شناسایی وجود یک قاعده عرفی نباشد و بتوانند به‌طور غیرمستقیم در محتوای آن نیز تأثیرگذار باشند. در هیچ‌یک از پرونده‌های مطرح شده در مقابل دیوان، مسأله عرفی بودن ماهیت حق حاشیه صلاحدید مطرح نشده و رویه کشورها و دیوان نیز نشان می‌دهد، این حق بدون هرگونه بحثی از جهت ماهیت معاهده‌ای یا عرفی و ... آن مورد استناد دولت‌ها و تأیید دیوان قرار گرفته است. همین امر نیز باعث می‌شود برخورد دیوان با این تأسیس حقوقی از زاویه‌ای غیر از احراز عرفی بودن یا نبودن آن صورت پذیرد. لذا به نظر می‌رسد حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی تحت تأثیر دو نهاد، یعنی دولت به‌عنوان ذی‌حق برای اعمال آن و دیوان به‌عنوان ۱- احراز‌کننده وجود این حق در هر مورد؛ و ۲- تعیین‌کننده معیارهای لازم‌الرعایه از سوی دولت‌ها قرار دارد. این امر را می‌توان در بند دوم ماده ۴ طرح کمیسیون حق بین‌الملل در خصوص شناسایی حقوق عرفی مشاهده نمود که اظهار می‌دارد «در برخی موارد، عملکرد سازمان‌های بین‌المللی می‌تواند در شکل‌گیری یا بیان قواعد عرفی بین‌المللی نقش داشته باشد». نقش‌آفرینی دیوان اروپایی حقوق بشر در شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی را می‌توان در همین چهارچوب در نظر گرفت. استدلال‌های دیوان و بازتاب آن در عملکرد دولت‌ها

می‌تواند در کنار عملکرد دولت‌ها، در محتوای حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی تأثیرگذار باشد. البته باید توجه داشت که در این امر نباید راه اغراق در پیش گرفته و نقش مستقلی برای نهادهای حل‌وفصل اختلاف حقوق بشری در نظر گرفت. بلکه نقش آفرینی آن در کنار دولت‌ها و حدود صلاحیت و کارکردهای تعریف شده برای آن باید در نظر گرفته شود.

به نظر می‌رسد از بررسی مواضع دولت‌ها در مقابل دیوان اروپایی حقوق بشر و همین‌طور رویکرد دیوان نسبت به آن در خصوص حق اعمال صلاح‌دید دولت‌ها می‌توان نتیجه گرفت، حاشیه صلاح‌دید می‌تواند به‌عنوان یک قاعده عرفی در نظر گرفته شود. باوجود این ارتباط تنگاتنگ میان دولت‌ها و نهاد رسیدگی‌کننده، آنها را مقابل این قاعده عرفی در موقعیت یکسانی قرار نمی‌دهد. لذا محتوای قاعده مذکور نسبت به این دو بازیگر متفاوت می‌باشد.

دخالت نهاد رسیدگی‌کننده در ایجاد این نهاد حقوقی نیز چالش‌ها، محدودیت‌ها و ابهاماتی را با خود به همراه دارد. یکی از این ابهامات تفکیک میان رویه قضایی و عملکرد نهاد رسیدگی‌کننده است. برخلاف تصمیمات محاکم داخلی، تصمیمات قضایی بین‌المللی اصولاً نمی‌توانند در شکل‌گیری قواعد حقوقی ایفای نقش نمایند. در موارد خاص همچون نظام‌های حقوقی بشری همراه با وجود یک نهاد قضایی نظارتی، نقش رویه قضایی تنها در چهارچوب جهت‌دهی بعدی به عملکرد دولت‌ها، آن هم به شکلی محدود و در صورت پیروی دولت از آن، می‌تواند تعریف شود؛ اما عملکرد نهاد رسیدگی‌کننده به‌عنوان یک نهاد ذی‌نفع، البته نه به‌طور مستقل، بلکه همراه با عملکرد دولت هم نسبت به ابعاد این قاعده عرفی که معطوف به دولت‌ها است و هم نسبت به ابعاد مربوط به خود تأثیرگذار خواهد بود.

اساس شکل‌گیری این قاعده عرفی، عملکرد دولت‌ها و خارج از جریان رسیدگی بوده و نقش ارزیابی نهاد رسیدگی‌کننده، در شکل‌گیری آن محدود است. در عین حال که محتوای آن نسبت به دولت‌ها و نهاد رسیدگی‌کننده نیز متفاوت می‌باشد. مداخله دو نهاد متفاوت در بررسی کلیت رفتار موجد قاعده عرفی نیز ابهاماتی ایجاد می‌کند. در این مورد خاص عملکرد دولت‌ها و استناد به آن در مقابل دیوان به‌تنهایی برای احراز قاعده عرفی کفایت نمی‌کند. پذیرش دیدگاه دیوان و پیروی از آن نیز می‌تواند هم در احراز محتوای رفتار و هم در عنصر معنوی آن ابهاماتی را ایجاد کند. علاوه بر آن، نسبت آرای قضایی در عین ماهیت عام‌الشمول قواعد حقوق بشری است که پایه اصلی حاشیه صلاح‌دید محسوب می‌شوند. باوجود این در مجموع از بررسی عملکرد دولت‌ها و استدلال‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان نتیجه گرفت، اصل وجود حق دولت‌ها به اعمال حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی قابل احراز

است. لذا دولت‌ها با جمع شرایط می‌توانند از این حق استفاده نمایند. این حق باید از سوی دیوان مورد احترام قرار گیرد. در عین حال دیوان از این حق برخوردار است که امکان استناد به حاشیه صلاحدید را مورد ارزیابی قرار دهد. تأکید دیوان بر معیارهای ارزیابی به‌عنوان اصولی که باید در بررسی مورد توجه قرار گیرد می‌تواند دیوان را ملتزم نماید تا در رسیدگی‌های بعدی نیز موظف به پیروی از این معیارها بوده و بنابراین شیوه استدلال دیوان، برای این نهاد الزامی را ایجاد می‌نماید که نمی‌تواند به‌صورت خودسرانه آن را مورد چشم‌پوشی قرار دهد. هرچند بند دوم ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل به نقش‌آفرینی بازیگرانی غیر از دولت‌ها نیز تصریح دارد، پیچیدگی‌ها و چالش‌های تأثیرگذاری این نهادها ایجاد می‌کند، کمیسیون در برنامه‌های آتی خود سند مکملی برای این‌گونه موارد خاص را نیز در دستور کار خود قرار دهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب:

- انجمن حقوق بین الملل. اصول حاکم بر شکل گیری حقوق بین الملل عرفی عام. ترجمه محمد جعفر قنبری چهلمی. تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۴.

مقالات:

- رهایی، سعید. «دکترین حاشیه تفسیر و محدودیت های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا». نشریه نامه مفید ۷۹ (۱۳۸۹): ۷۷-۱۰۰.

- زمانی، سید قاسم و سوده شاملو. «نسبیت احکام دیوان بین المللی دادگستری در نظریه و عمل». فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد ۵، ۱۶ (۱۳۹۱): ۴۰-۹۶.

- زمانی، سید قاسم و ایوب عبدی. «حاشیه صلاحدید دولت ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر». نشریه پژوهش حقوق عمومی ۵۵ (۱۳۹۶): ۶۱-۸۲.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2017.7778>

- شریفی طراز کوهی، حسین و جواد مبینی. «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۶، ۴۴ (۱۳۹۳): ۱۰۳-۷۳.

- شهبازی، آرامش. «تکثر سیستم قضایی بین المللی». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۲، ۲۹ (۱۳۸۹): ۱۱۶-۱۶۰.

- فضائلی، مصطفی و سجاد رضا زاده. «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر». نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر ۱۰، ۱۹ (۱۳۹۸): ۲۵۵-۲۲۷.

- محبی، محسن و اسماعیل سماوی. «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری». مجله حقوقی بین المللی ۳۵، ۵۸ (۱۳۹۷): ۷-۳۰.

<https://doi.org/HYPERLINK>”<https://doi.org/10.22066/cilamag.2018.31672>”<https://doi.org/10.22066/cilamag.2018.31672>

- موسوی، سید فضل الله و یاسر امین رعابا. «بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولت ها». نشریه مطالعات زن و خانواده ۲، ۱ (۱۳۹۳): ۱۱۶-۹۳.

<https://doi.org/HYPERLINK>”<https://doi.org/10.22051/jwfs.2014.1517>”<https://doi.org/10.22051/jwfs.2014.1517>

- موسی زاده، رضا، محمدرضا سبحانی، حسین شریفی طراز کوهی و سعید منصوری. «مفهوم و جایگاه صلاحدید در حقوق بین الملل». فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد ۱۳، ۴۷ (۱۳۹۹): ۲۳-۱.

- ویژه، محمدرضا و رضوان پویا. «تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پروتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۲۰، ۶۲ (۱۳۹۸): ۳۷-۹.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.27503.1688>

پایان نامه:

- ربیعی، علیرضا. «تکثرگرایی و آثار آن بر انسجام یا از هم گسیختگی نظام حقوق بین الملل». رساله دکتری حقوق بین الملل، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۵.

ب) منابع خارجی

Book:

- Arold, N. L. *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007.

Cases:

- CJEU (European Parliament v. Council), C-540/03, EU:C:2006:429, judgment of 27 June 2006.

- ECHR (Reczkowicz v. Poland), Application no. 43447/19, Judgment of 22 July 2021.

- ECHR (Leyla Şahin v. Turkey [GC]), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005.

- ECHR (De Geouffre de la Pradelle v. France), Series A no. 253-B, Judgment of 16 December 1992.

- ECHR (Maširević v. Serbia), Application no. 30671/08, Judgment of 11 February 2014.

- ECHR (Avanesyan v. Armenia), Application no. 12999/15, Judgment of 20 July 2021.

- ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021.

- ECHR (Y.B. v. Russia), Application no. 71155/17, Judgment of 20 July 2021.

- ECHR (Molla Sali v. Greece [GC]), Application no. 20452/14, Judgment of 19 December 2018.

- ECHR (Radomilja and Others v. Croatia [GC]), Application nos. 37685/10 and 22768/12, Judgment of 20 March 2018.

- ECHR (Fedotova and Others v. Russia), applications nos. 40792/10, 30538/14, and 43439/14, Judgment of 13 July 2021.

- ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011.

- ECHR (Todorov and Others v. Bulgaria), Applications nos. 50705/11, 11340/12, 26221/12, 71694/12, and 44845/15, Judgment of 13 July 2021.

- ECHR (Evans v. the United Kingdom [GC]), Application no. 6339/05, Judgment of 10 April 2007.

- ECHR (X, Y and Z v. the United Kingdom), Application no. 75/1995/581/667, Judgment of 22 April 1997.

- ECHR (Fretté v. France), Application no. 36515/97, Judgment of 26 February 2002.

- ECHR (Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC]), Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002.

- ECHR (A, B and C v. Ireland), Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010.

- ECHR (Senigo Longue and Others v. France), Application no. 19113/09, Judgment of 10 July 2014.

- ECHR (M.A. v. Denmark), Application no. 6697/18, Judgment of 9 July 2021.

- ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Application no. 55707/00, Judgment of 2009.

- ECHR (Timishev v. Russia), Applications nos. 55762/00 and 55974/00, Judgment of 13

December 2005.

- ECHR (Willis v. the United Kingdom), Application no. 36042/97, Judgment of 11 June 2002.
- ECHR (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Judgment 22 December 2009.
- ECHR (Ždanoka v. Latvia ([GC]), Application no. 58278/00, Judgment of 16 March 2006.
- ECHR (Melnychenko v. Ukraine), Application no. 17707/02, Judgment of 19 October 2004.
- ECHR (Golder v. the United Kingdom), Series A no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.
- ECHR (Roche v. the United Kingdom [GC]), Application no. 32555/96, Judgment 19.10.2005.
- ECHR (Salontaji-Drobnjak v. Serbia), Application no. 36500/05, judgment of 13 October 2009.
- ECHR (Yezhov and Others v. Russia), Application no. 22051/05, judgment of 29 June 2021.
- ECHR (Goodwin v. the United Kingdom), Application No. 17488/90, Judgment of 27 March 1996.
- ECHR (Volodina v. Russia) (no. 2), Application no. 40419/19, Judgment of 14 September 2021.
- ECHR (Chizhov v. Russia), Application no. 11536/19, Judgment of 6 July 2021.
- ECHR (Norman v. the United Kingdom), Application no. 41387/17, Judgment of 6 July 2021.
- ECHR (Elsholz v. Germany), Application no. 25735/94, Judgment of 13 July 2000.
- ECHR (Sommerfeld v. Germany), Application no. 31871/96, Judgment of 8 July 2003.
- ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014.
- ECHR (P.K. v. Poland), Application no. 43123/10, Judgment of 10 June 2014.
- ECHR (Savenko and Others v. Russia), Application no. 13918/06, Judgment of 14 September 2021.
- ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014.
- ECHR (Glaser v. the United Kingdom), Application no. 32346/96, 19 September 2000.
- ECHR (Keegan v. Ireland), Series A no. 290, 26 May 1994.
- ECHR (Siemianowski v. Poland), Application no. 45972/99, 6 September 2005.
- ECHR (Maslov v. Austria), Application no. 1638/03, Judgment of 23 June 2008.
- ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021.
- ECHR (Vavříčka and Others v. the Czech Republic), Applications nos. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021.
- ECHR (N.D. AND N.T. v. SPAIN), Applications nos. 8675/15 and 8697/15, Judgment of 13 February 2020.

- ECHR (Staniszewski v. Poland), Application no. 20422/15, Judgment of 14 October 2021.
 - ICC (the Prosecutor v. Germain Katanga), Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment of 7 March 2014.
 - ICJ (Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain), Judgment of 1 July 1994.
 - ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960.
 - ITLOS, The “Volga” Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, List of cases: No. 11, Judgment of 23 December 2002.
 - ITLOS, The M/V “SAIGA” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), No. 2, Judgment of 1 July 1999.
 - PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 26 April 1968.
 - PCIJ (Certain German Interests in Polish Upper Silesia), Merits, Judgment No.7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7.
- Documents:
- Draft conclusions on identification of customary international law 2018, Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II.
 - EC, Resolution CM/ResDH(2019) 297 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Three cases against France (Adopted by the Committee of Ministers on 13 November 2019 at the 1360th meeting of the Ministers’ Deputies.
 - Council of Europe Treaty Series - No. 213, (Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Strasbourg, 24.VI.2013.
- (ج) سایتهای اینترنتی
- “ECHR, Press country profile: Albania”, accessed March 6, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Albania_ENG.pdf
 - “ECHR, Press country profile: France”, accessed March 7, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/CP_France_ENG.pdf
 - “ECHR, Country profiles”, accessed March 7, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/country&c=>
 - “ECHR, STATISTICS: compared to the same period 2020, 30/9/2021”, last modified March 8, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2021_ENG.PDF
 - “ECHR, Case-law analysis”, accessed March 8, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/clin>
 - “ICJ”, accessed March 8, 2022, <https://www.icj-cij.org/en/cases-by-country>

This Page Intentionally Left Blank

Challenges of Foreign Investment Arbitration with Emphasis on The Iranian Legal System

Mostafa Elsan ^{*1}, Zarir Negintaji²

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

*. **Corresponding Author:** Email: m_elsan@sbu.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Economics and Political Science, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: z_negintaji@sbu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.323680.1916

Received:
9 March 2022

Accepted:
10 May 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

Adam Smith, renowned economist and pioneer of the classical school, mentions the concentration of capital (investment) as a necessary condition for economic development and growth. This means that countries, in order to achieve proper economic growth, have to accumulate and equip capital. For developing countries, including Iran, whose lack of investment is an integral feature, attracting foreign investment to achieve proper economic growth and development is inevitable. But there are several obstacles in the way of transferring this investment, the most important of which are legal loopholes or multiple interpretations. This means that a look at the domestic regulations, especially the Constitution of the Islamic Republic of Iran, indicates the existence of relatively major obstacles to the use of non-governmental systems to resolve disputes

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



arising from investment. Even the use of judicial methods is questionable in terms of the impartiality of each country's domestic courts.

Obstacles to resolving a dispute in the general sense means any law, custom or culture that makes it difficult or impossible to reach a compromise between the parties to a private law relationship.

This article examines the barriers and challenges of arbitration in resolving disputes arising from foreign investment in the form of barriers arising from constitutional principles, barriers arising from international government immunity, and cultural and practical barriers. This research is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of method and nature. The necessary data and information have also been collected through the library method.

Keywords: Economic Development, Foreign Investment, Dispute Resolution, Comparative Study, Iranian Legal System.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mostafa Elsan: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, F o r m a l Analysis, Investigation , Resources, Data Curation, Writing - Original Draft Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration, Funding acquisition.

Zarir Negintaji: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal Analysis, Investigation , Resources, Data Curation, Writing - Original Draft Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration, Funding acquisition.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Elsan, Mostafa & Zarir Negintaji. "Challenges of Foreign Investment Arbitration with Emphasis on The Iranian Legal System" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 115-139.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Adam Smith, renowned economist and pioneer of the classical school, mentions the concentration of capital (investment) as a necessary condition for economic development and growth. This means that countries, in order to achieve proper economic growth, have to accumulate and equip capital. For developing countries, including Iran, whose lack of investment is an integral feature, attracting foreign investment to achieve proper economic growth and development is inevitable.

But there are several obstacles in the way of transferring this investment, the most important of which are legal loopholes or multiple interpretations. This means that a look at the domestic regulations, especially the Constitution of the Islamic Republic of Iran, indicates the existence of relatively major obstacles to the use of non-governmental systems to resolve disputes arising from investment. Even the use of judicial methods is questionable in terms of the impartiality of each country's domestic courts.

Obstacles to resolving a dispute in the general sense means any law, custom or culture that makes it difficult or impossible to reach a compromise between the parties to a private law relationship.

This article examines the barriers and challenges of arbitration in resolving disputes arising from foreign investment in the form of barriers arising from constitutional principles, barriers arising from international government immunity, and cultural and practical barriers. This research is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of method and nature. The necessary data and information have also been collected through the library method.

Foreign direct investment has long been a contentious issue in the international economy. Especially in recent years, when developing countries have become more inclined to attract foreign investment, this issue has received more attention. The importance of foreign investment as a criterion for measuring the dynamism of prosperity and development of any country, especially from the perspective of countries in need of development, is undeniable.

Foreign investment plays an important role in the economic growth and development of countries, especially developing countries, including Iran, which suffer from a lack of capital. Therefore, examining the issues and challenges facing this type of investment is important and fundamental. In this paper, the legal and legal challenges and obstacles facing it are discussed, the results of which are as follows.

It can be found from the interpretations around Article 139 of the Constitution that the Article 139 has led to major problems in foreign trade relations and as it has been said, all the justifications, interpretations and excuses for suppressing

and limiting the principle in order to avoid the execution of the absolute and rigid sentence are prescribed in it, Which has made it very difficult to refer a lawsuit regarding public and state property to arbitration and also to settle such lawsuits. For this reason, it is considered as a major obstacle to the confidence of foreign investors in our country's legal system.

By referring to the 1965 Washington Convention, it can be seen that this international document also recognizes the right of public law persons to refer to arbitration without any specific clauses or limitation. In fact, the condition for the establishment and operation of the International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Citizens of Other States is that companies and public and governmental institutions have the right to refer to the arbitration of the Center (ICSID).

If the domestic regulations of the countries are to create a permanent or temporary impediment to this matter and, in practice, direct the litigation to its governmental authorities and courts; In fact, government that has invested as a businessman has abused its authority and sovereignty in this regard and somehow imagined the "balance of bargaining power" that existed at the time of the contract, or the investor imagined it. It is unfair and contrary to the agreement.

The domestic interests of countries must be sought in the minds and actions of the executors who act on behalf of the ruling government to conclude large investment contracts with foreign parties. Because, if the agreement is precise, technical and flawless, or there is no dispute between the parties, and in the rare case of a dispute, referring it to arbitration will not lead to the violation of the right of the investing country. Because it is assumed that the arbitral tribunal, in an impartial and fair atmosphere and by relying on the rules of the parties or the laws that they choose in their silence or the silence of their chosen rules, will proceed to litigation and resolve it quickly.

چالش‌های داوری سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر نظام حقوقی ایران

مصطفی‌السان*^۱، زریر نگین تاجی^۲

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

*نویسنده مسئول: Email: m_elsan@sbu.ac.ir

۲. استادیار، گروه اقتصاد، دانشکده علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: z_negintaji@sbu.ac.ir

چکیده:

آدام اسمیت^۱، اقتصاددان شهیر و پیشتاز مکتب کلاسیک، از تمرکز سرمایه (سرمایه‌گذاری) به مثابه شرط لازم برای توسعه و رشد اقتصادی یاد می‌کند. بدین معنی که کشورها، برای دستیابی به رشد اقتصادی مناسب، ناگزیر به انباشت و تجهیز سرمایه هستند. برای کشورهای در حال توسعه و از جمله ایران که کمبود سرمایه‌گذاری از ویژگی‌های جداناپذیر آنهاست، جذب سرمایه‌گذاری خارجی برای رسیدن به رشد و توسعه اقتصادی مناسب، امری اجتناب‌ناپذیر است؛ اما در مسیر انتقال این سرمایه‌گذاری، موانع متعددی وجود دارد که خلأهای قانونی و تفاسیر متعدد، از جمله اهم آن است.

نگاهی به مقررات داخلی، به‌ویژه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکی از وجود موانع نسبتاً عمده‌ای در راه توسل به سیستم‌های غیردولتی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری است. حتی استفاده از

1. Adam Smith

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.323680.1916

تاریخ دریافت:

۱۸ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۰ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



شیوه‌های قضایی نیز از حیث بی‌طرفی محاکم قضایی داخلی هر کشور محل تردید و بحث است. موانع حل و فصل اختلاف در مفهوم عام یعنی هر قانون، عرف یا فرهنگی که تراضی طرفین یک رابطه حقوق خصوصی را دشوار یا غیرممکن سازد.

در این مقاله، موانع و چالش‌های داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی در قالب موانع ناشی از اصول قانون اساسی، موانع ناشی از مصونیت بین‌المللی دولت و موانع فرهنگی و عملی مورد بررسی قرار می‌گیرد. این تحقیق به لحاظ هدف، کاربرد و به لحاظ روش و ماهیت، توصیفی - تحلیلی است. داده‌ها و اطلاعات لازم نیز به روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است.

کلیدواژه‌ها:

توسعه اقتصادی، سرمایه‌گذاری خارجی، حل و فصل اختلافات، مطالعه تطبیقی، نظام حقوقی ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مصطفی‌السان: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه، جذب بودجه.

زریر نگین تاجی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه، جذب بودجه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

السان، مصطفی و زریر نگین تاجی. «چالش‌های داوری سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر نظام حقوقی ایران». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۱۱۵-۱۳۹.

مقدمه

سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی از دیرباز یکی از موضوعات بحث‌انگیز در اقتصاد بین‌الملل بوده. به‌ویژه در سال‌های اخیر که کشورهای در حال توسعه گرایش بیشتری به جذب سرمایه‌های خارجی پیدا کرده‌اند، این موضوع بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. اهمیت سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان معیاری برای سنجش پویایی رونق و توسعه هر کشور به‌ویژه از منظر کشورهای نیازمند توسعه، انکارناپذیر است. در گذشته، بسیاری از کشورهای در حال توسعه تمایلی نداشتند که درهای کشور را به روی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی که اغلب توسط شرکت‌های چندملیتی صورت می‌گرفت باز کنند. اعتقاد بر این بود که شرکت‌های موصوف فقط به فکر غارت منابع کشور هستند، حاکمیت و استقلال ملی را به خطر می‌اندازند و وابستگی اقتصادی را تشدید می‌کنند؛ اما در سال‌های اخیر با روشن شدن نقش مؤثری که سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی می‌تواند در فرایند رشد و توسعه اقتصادی کشور باز کند، نگرش کشورهای در حال توسعه به آن تغییر کرده است. از این رو، هر روز تعداد بیشتری از کشورهای در حال توسعه سعی می‌کنند که در روند اجرای برنامه‌های تعدیل ساختاری و اصلاحات اقتصادی خود از سرمایه‌های خارجی کمک بگیرند.

کشور ایران، علی‌رغم موقعیت ممتاز و کم‌نظیر خود در منطقه، نتوانسته است در این زمینه توفیق مطلوبی حاصل نماید. بدون سرمایه‌گذاری در پروژه‌های زیر بنایی و روبنایی نمی‌توان انتظار گسترش اشتغال، تولید و رفاه اقتصادی داشت. در ایران پس از تصویب اولین قانون سرمایه‌گذاری خارجی در سال ۱۳۳۴، به واسطه فقدان یک نظام حقوقی کارآمد، این موضوع با چالش‌های جدی روبه‌رو بوده است. وجود مشکلات و نارسایی‌های موجود باعث گردید تا پس از گذشت حدود ۴۸ سال، قانون جدید تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در سال ۱۳۸۱ تصویب و لازم‌الاجرا گردد و گامی مؤثر در ترمیم نواقص و اشکالات موجود برداشته شود؛ اما تصویب قانون جدید نیز علی‌رغم ایجاد فضایی بهتر برای سرمایه‌گذار (به‌ویژه از حیث تضمین حقوق و منافع)، همچنان نیازمند برداشتن گام‌های مؤثرتر در تقویت کارایی نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی است.

در مورد اینکه موانع توسعه دآوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در عمل وجود دارند، تردیدی نیست. ناگفته پیداست که ادعای فقدان این موانع، خود به عنوان یک چالش مطرح می‌شود و استناد به رویه‌های نادر یا اخیر در مقابل طرف خارجی اغلب محکوم به شکست خواهد بود. برای مثال، چنانچه خواهیم گفت، اگرچه اصل ۱۳۹ قانون اساسی، به‌ویژه در روابط خارجی، به شدت

تعدیل شده و در عمل مانع عمده‌ای در راه توافق خصوصی طرفین به شمار نمی‌آید. نمی‌توان انکار کرد که سرمایه‌گذاران خارجی با مراجعه به پرونده‌های مطرح در سطح بین‌المللی که در آنها طرف ایرانی به اصل ۱۳۹ استناد کرده است، ناخواسته تمایل کمتری به سرمایه‌گذاری در ایران پیدا یا اینکه شرایط و تضمین‌های سنگین‌تری را از کشورمان مطالبه می‌کنند.

دسته دیگر از موانع، ناشی از تصورات «دولت» به عنوان «سرمایه‌پذیر» است: امکان دارد که دولت با این تصور که در مقامی برتر از شخص خارجی قرار دارد، عملاً به هنگام اجرای آرای صادره از مراجع غیرقضایی بین‌المللی، خود را موظف به آن نداند. حال آنکه به هنگام اشتغال دولت به «اعمال تصدی»، چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌المللی، مصونیتی برای آن قابل تصور نیست.

دسته‌ای دیگر از موانع ناشی از طرز تلقی ناصحیح یا فرهنگی است که به غلط در مورد دادرسی و اجرای آرای که يك طرف آن به هر مناسبت خارجی است، شکل گرفته است؛ که چنانچه خواهیم گفت این مانع اگرچه کمتر مورد بررسی و توجه بوده، یکی از بزرگ‌ترین موانع عملی در راه جلب سرمایه‌های خارجی به شمار می‌آید؛ بنابراین موانع سرمایه‌گذاری خارجی از حیث نظام‌های حل و فصل اختلافات را در سه گفتار جداگانه به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- موانع ناشی از اصول قانون اساسی؛

۲- موانع ناشی از مصونیت بین‌المللی دولت؛

۳- موانع فرهنگی و عملی.

اما قبل از پرداخت به موانعی که در بالا به آنها اشاره شده، نخست راجع به تعریف و ماهیت سرمایه‌گذاری خارجی صحبت می‌شود. دلایل موافقان و مخالفان این موضوع مطرح می‌شود و در نهایت، وضعیت آن در اقتصاد ایران به کمک آمار و نمودارها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- سرمایه‌گذاری خارجی و وضعیت آن در ایران

سرمایه‌گذاری بین‌المللی را به انتقال سرمایه از کشوری به کشور دیگر و یا به تعبیری انتقال سرمایه‌ها در صحنه جهانی تعبیر کرده‌اند. مفهوم سرمایه‌گذاری اصولاً در راستای تولید کالاهای سرمایه‌گذاری مانند ماشین‌آلات و وسایل حمل‌ونقل و کارگاه‌هاست و در کنار آن بخشی از سرمایه‌ها هم به رفع نیازمندی‌ها و تمایلات مصرفی اختصاص پیدا می‌کند. در نتیجه انتقال سرمایه‌ها از کشوری (موسوم به کشور صادرکننده سرمایه) به کشور دیگر (موسوم به کشور میزبان) انجام می‌پذیرد که این انتقال سرمایه

ممکن است مستقیم باشد و یا به شیوه‌های غیرمستقیم انجام شود.

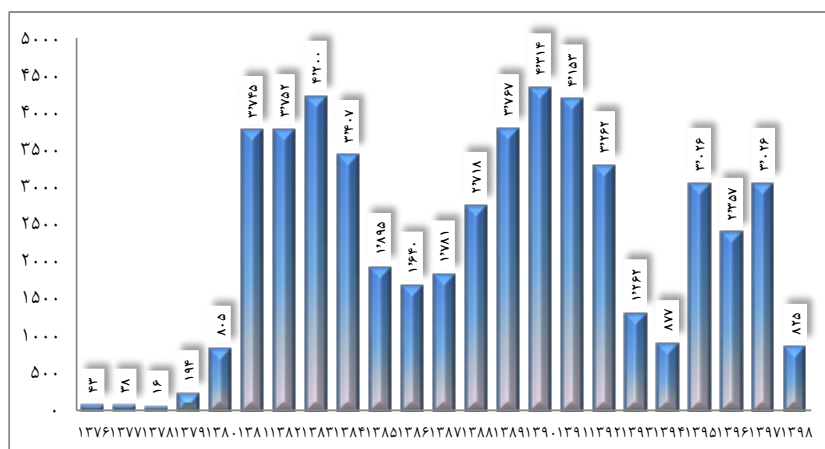
در سرمایه‌گذاری مستقیم، سرمایه‌گذار ضمن کنترل سرمایه، در اداره آن هم مشارکت داشته و ضمن تصمیم‌گیری در کلیه امور مربوط به اداره سرمایه، عوامل تولید را خریداری و در باب نوع کالا و بازاریابی و قیمت‌گذاری و مدیریت اقدام می‌کند. معمولاً این شیوه سرمایه‌گذاری به گونه‌ای انجام می‌شود که در آن یک «شرکت چندملیتی» را در یک شعبه خارجی دایر می‌کند و یا به شعب خارجی خود وام می‌دهد و یا سود حاصله از فعالیت شرکت را مجدداً در خارج سرمایه‌گذاری می‌نماید. البته این نوع سرمایه‌گذاری متضمن حساسیت‌هایی از باب حضور و فعالیت خارجیان در کشور نیز است که خود می‌تواند باعث مشکلات حقوقی، سیاسی و فرهنگی شود. در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی، سرمایه‌گذار در صدد کنترل و یا اداره شرکت یا دخالت در تصمیم‌گیری‌ها و مدیریت یک مجموعه نیست و عموماً منظور از آن، خرید اوراق بهادار اعم از سهام و اوراق قرضه است، البته بدیهی است که سرمایه‌گذار در این نوع سرمایه‌گذاری، در صدد خرید سهام به قیمت ارزان‌تر و فروش آن به قیمت بالاتر است و اصولاً باعث رونق توسعه واقعی نگردیده و به ایجاد اشتغال و درآمد منجر نمی‌شود و چون صرفاً در جهت کسب سود بیشتر است، با استقبال کمتری نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مواجه است. در باب سرمایه‌گذاری خارجی که اساساً با دخالت شرکت‌های فراملیتی انجام می‌شود بحث بسیار است و بالطبع سخن از آثار مثبت یا منفی فعالیت شرکت فراملیتی در کشورهای سرمایه‌پذیر مخالفان و موافقان بسیار دارد.

موافقان استدلال می‌کنند که شرکت‌های فراملیتی باعث انتقال تکنولوژی و ایجاد اشتغال و پرداخت مالیات به دولت سرمایه‌پذیر و باعث تأمین فضای رقابت و ثبات و استحکام و رونق اقتصادی می‌شوند. شرکت فراملیتی، علاوه بر انتقال ماشین‌آلات و دستگاه‌های خود که عموماً مدرن هستند، باعث انتقال دانش فنی مربوط به این دستگاه‌ها نیز می‌شود؛ اما مخالفان معتقدند که جهت‌گیری فعالیت‌ها و حضور سرمایه‌گذاران خارجی در راستای تسلط بر منابع طبیعی و مواد خام است که پس از انجام مطالعات مفصل توسط این سرمایه‌گذاران و انتخاب مکان مناسب برای سرمایه‌گذاری انجام می‌شود. همچنین ادعا می‌شود که شرکت‌های چندملیتی از طریق قدرت اقتصادی خود، می‌توانند بر قدرت سیاسی هم تأثیر بگذارند و حتی در مواردی با ایجاد فساد در مقامات سیاسی و پرداخت رشوه به مقاصد خود نائل شوند. علاوه بر انتقادات سیاسی و اقتصادی مطروحه بر دخالت سرمایه‌گذاران خارجی، از جنبه فرهنگی و اجتماعی نیز نگرانی‌هایی وجود دارد که فعالیت شرکت‌های مزبور، باعث رواج فرهنگ مصرفی و تبلیغات تجاری آنها شده و فرهنگ دینی و سنتی و شیوه زندگی عادی مردم را دچار اختلال می‌نماید.

با وجود دلایل متعددی که از سوی موافقان و مخالفان جذب سرمایه‌گذاری خارجی ارائه می‌شود، اما باید گفت که سرمایه‌گذاری خارجی بسته به شرایط و برخوردی که با آن می‌شود ممکن است دارای آثار متفاوت باشد. تردیدی نیست که سرمایه‌گذاری خارجی درصدد کسب سود است اما این بدان مفهوم نیست که چون سرمایه‌گذاران خارجی در پی سود خود هستند، این امر لزوماً به ضرر کشورهای میزبان است بلکه با توجه به سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی صحیح می‌توان منافع حاصل از حضور سرمایه‌گذار خارجی را عاید خود نمود.

در نمودار زیر آمار و داده‌های مربوط به وضعیت سرمایه‌گذاری خارجی در ایران برای سال‌های ۹۸-۱۳۷۶ آمده است.

نمودار ۱- سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران طی سال‌های ۹۸-۱۳۷۶ (میلیون دلار)



همان‌طور که در نمودار نیز مشخص است، شروع ورود سرمایه‌گذاری خارجی از سال ۱۳۷۶ است، زمانی که جنگ و موضوعات مرتبط با آن به پایان رسیده و سرمایه‌گذاران خارجی، فضای باثباتی را برای اقتصاد ایران در نظر می‌گیرند. در برخی سال‌ها، میزان جذب سرمایه‌گذاری به بیش از ۴ میلیارد دلار رسیده است. در برخی سال‌ها و به خاطر تحریم‌ها و یا تنش‌های بین‌المللی، جذب سرمایه‌گذاری با افت قابل ملاحظه‌ای روبه‌رو شده است که می‌توان به دو سال اخیر و یا سال‌های ۸۷-۱۳۸۵ نیز اشاره کرد. تقویت این حرکت، با فرض برطرف شدن تحریم‌ها و همچنین موضوعاتی که به تنش‌های بین‌المللی دامن می‌زند، نیازمند برطرف کردن موانع و به عبارتی، فراهم آوردن بستری برای سرمایه و سرمایه‌گذار خارجی است که در آن با خیالی آسوده، تصمیم به مشارکت و سرمایه‌گذاری در پروژه‌های ایران بگیرد.

همان‌طور که قبلاً نیز گفته شد، برخی از این موانع به وجود قوانین و مقررات داخلی برمی‌گردد که تفسیر متعددی را می‌توان از آنها، خوانش کرد که در زیر به آنها پرداخت می‌شود.

۲- موانع ناشی از اصول قانون اساسی

برخی از اصول قانون اساسی به گونه‌ای تدوین یافته‌اند که می‌توان تعارض مفاد آنها را با سیستم‌های حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی استنباط کرد. در واقع شکل‌گیری و اجرایی شدن یک نظام حل و فصل، نیازمند وجود توافق‌نامه بین طرفین قرارداد اصلی سرمایه‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های داوران در اعلام صلاحیت و رسیدگی به اختلاف است؛ حال آنکه برخی از اصول قانون اساسی، ظاهراً یا واقعاً، به عنوان مانعی در راه این روند به شمار می‌آیند.

۲-۱- اصل ۴۴ قانون اساسی

بنا بر فراز دوم اصل ۴۴، «بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است».

بعد از ذکر این امر، سایر بخش‌های اقتصادی کشور (خصوصی و تعاونی) نیز معرفی شده‌اند. نکته مهم در مورد مفاد اصل ۴۴ این است که چه محدودیت‌هایی بر اصل مذکور از حیث تحدید «انحصار» دولت بر صنایع و فعالیت‌های اقتصادی بزرگ می‌توان وارد ساخت. پاسخ هر چه که باشد، کمتر به بحث ما ارتباط می‌یابد. با این حال اگر قراردادی برای سرمایه‌گذاری خارجی منعقد شود که به‌طور مستقیم با انحصار دولت در موارد مذکور تداخل پیدا کرده و تصدی یکی از فعالیت‌های عمده اقتصادی کشور را به یک شرکت خارجی یا چندملیتی بدهد، آیا می‌توان چنین توافقی را صحیح دانست؟ آیا نظامی که در قرارداد مذکور برای حل و فصل اختلافات در نظر گرفته شده، معتبر است؟ آیا تصدی فعالیت بخش خصوصی بر امر مذکور و سپردن آن از سوی این بخش به سرمایه‌گذار خارجی از نظر حقوق اعتبار خواهد داشت؟

در مقام پاسخ به سؤالات فوق، باید خاطر نشان ساخت که نمی‌توان دلالت ظاهر اصل را بر منع سپردن امور مهم اقتصادی و لو به بخش خصوصی داخلی، انکار کرد. توافق بین‌المللی در این زمینه و لو از سوی دولت به شدت محل تردید است و امکان دارد نظام حل و فصل اختلافی که توسط دولت

ایران به عنوان سرمایه‌پذیر و شرکت یا شرکت‌های خارجی به عنوان سرمایه‌گذار، تعیین می‌گردد، قبل از تداخل با مفاد اصل ۱۳۹، به موجب همین اصل (۱۴۴)، به تبع قرارداد اصلی فاقد اعتبار شناخته شود. نکته قابل توجه این است که صرفاً «اجرا» و نه «تصدی» فعالیت‌های اقتصادی مهم، قابل واگذاری به اشخاص خارجی است. سرمایه‌گذاری در این زمینه نیز با اشکال خاصی روبه‌رو خواهد بود. این راه‌حل علاوه بر اینکه، عدم تسلط بیگانه بر صنایع و امور مهم اقتصادی کشورمان را توجیه می‌کند؛ مانع از آن است که دولت در مقابل ادعای سرمایه‌گذار خارجی در رجوع به مرجع داوری که در موافقت‌نامه اصلی مشخص گردیده، با استناد به حق انحصار خویش قرارداد را از اصل باطل تلقی نماید. چراکه، چنانچه گفته شد، سپردن امور اجرایی فعالیت‌های اقتصادی مهم به سرمایه‌گذار خارجی، لزوماً به مفهوم واگذاری «تصدی» این فعالیت‌ها نیست و هر گونه توافقی در این زمینه به شرط تصدی دولت ایران، دارای اعتبار کامل قانون و قابلیت اجرایی است.

۲-۲- اصل ۸۱ قانون اساسی

مطابق با اصل ۸۱ قانون اساسی، «دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است».

اگرچه مقصود از وضع این اصل - بنا بر سابقه امر و صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی - ممنوعیت اعطای «انحصار» و یا «امتیاز خاص» اقتصادی و تجاری به شرکت‌های خارجی بوده،^۱ برخی این اصل را به گونه‌ای موسع تفسیر کرده‌اند که تبدیل به مانع عمده‌ای در راه سرمایه‌گذاری خارجی شده است.^۲

واقعیت مبتنی بر تفسیر اخیر آن است که اعطای امتیاز به شرکت‌های خارجی ممنوع است و این امر تمام شرکت‌ها را شامل شده و محدود به شرکت‌های دولتی نیست؛ بنابراین هرگونه توافقی در این زمینه و ارجاع اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری برای تشکیل شرکت با امتیاز خارجی در ایران، فاقد اعتبار و غیرقابل اجرا است. اگرچه اصل ۸۱ را می‌توان به عنوان مانع در راه سرمایه‌گذاری خارجی تعبیر کرد. نمی‌توان اهمیت آن را در جلوگیری از تسلط بیگانگان بر امور تجاری، صنعتی، کشاورزی، معادن و خدمات کشور، فقط به بهانه گسترش سرمایه‌گذاری خارجی انکار کرد.

۱. بهروز اخلاقی، «سخنی درباره آینده سرمایه‌گذاری در ایران، بررسی اجمالی علل و موانع پیشرفت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۷ (۱۳۷۹)، ۱۲.

۲. جعفر بوشهری، حقوق اساسی، جلد اول، چاپ هشتم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۴)، ۱۸۰ - ۱۷۹.

بنابراین همانند تحلیل ذکر شده در مورد اصل ۴۴، دولت یا اشخاص خصوصی حق ندارند «تصدی» و «امتیاز» تشکیل شرکت را در داخل کشور به خارجی‌ان واگذار نمایند. طبیعی است که هرگونه اقدامی از سوی خارجی‌ان در این رابطه باید تحت تصدی و نظارت مستقیم طرف ایرانی صورت گیرد. توافق بر اعطای امتیاز و به همان دلیل توافق‌نامه‌ای که در ضمن آن برای حل و فصل اختلافات، شیوه خاصی مدنظر قرار گرفته، فاقد اعتبار و غیرقابل استناد است. اطلاق حکم مقرر در اصل ۸۱ که قسمت اخیر آن مورد تأکید قرار گرفته، مؤید این تحلیل می‌باشد.

۲-۳- اصل ۱۳۹ قانون اساسی

اگر از دو اصل ۴۴ و ۸۱ که به‌طور مستقیم و با تفاسیری که حول و حوش آنها صورت گرفته، که ازجمله موانع مطرح در برابر سرمایه‌گذاری خارجی به شمار می‌آیند، بگذریم؛ اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاوی مقرراتی است که از حیث نحوه حل و فصل اختلاف مانع یا عامل تحدید سرمایه‌گذاری به شمار می‌آید. مفاد اصل به گونه‌ای است که تاب تفاسیر متعدد را دارد، یا حداقل برای تعدیل خشکی و عدم انعطاف آن، تفاسیر متعددی از آن به عمل آمده است. به لحاظ ارتباط مباحث و تفاسیر مطرح در مورد اصل ۱۳۹، به بحث حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، ناگزیر از طرح و تحلیل تمام آنها هستیم.

مطابق با اصل ۱۳۹ قانون اساسی، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند».

۲-۳-۱- بررسی تطبیقی تحدید رجوع به داوری برای مؤسسات عمومی و دولتی

حتی اگر مفاد اصل ۱۳۹، در زمینه رجوع به داوری در سطح بین‌المللی و به‌ویژه سرمایه‌گذاری خارجی با ایراد روبه‌رو باشد، این محدودیت اختصاصی به ایران ندارد و برخی از کشورهای پیشرفته نیز آن را در قانون داخلی و نظام حقوقی خود پیش‌بینی کرده‌اند. به لحاظ تطبیقی، در اتریش، انگلستان، ایتالیا، هلند و سوئیس محدودیتی در این زمینه وجود ندارد. حال آنکه «در بلژیک و لوکزامبورگ مؤسسات عمومی اصولاً از قبول موافقت‌نامه‌های داوری ممنوع شده‌اند، خواه در رابطه با قراردادهای داخلی‌شان باشد یا قراردادهای بین‌المللی و هرگونه استثنایی از این قاعده فقط به موجب قانون ممکن است که طی مقررات

خاصی، رجوع پاره‌ای مؤسسات عمومی دولتی را به داوری اجازه دهد».^۳
 «در فرانسه دولت و مؤسسات عمومی دولتی برای مراجعه به داوری نیازمند اجازه خاصی هستند، ولی به‌طور کلی پذیرفته شده که این الزام فقط به قراردادهای داخلی اختصاص دارد و در قراردادهای مربوط به تجارت بین‌المللی، مراجعه به داوری اصولاً مجاز است. مبنای این نظر، تصمیم دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۱۹۶۶ است که مقرر داشته منع رجوع به داوری در مورد قراردادهای بین‌المللی معتبر نیست».^۴

در آلمان، مطابق با قانون مصوب ۱۹۳۳، مراجعه دولت و نیز مؤسسات عمومی دولتی به داوری نیازمند موافقت وزیر دارایی است و غیر از آن هیچ نوع محدودیت دیگری، خصوصاً برای واحدهای تجاری دولتی که به صورت شرکت‌های تجاری مشمول حقوق خصوصی هستند، وجود ندارد».^۵
 چنانچه گفته شد، قوانین برخی از کشورها حاوی انعطاف در این زمینه هستند. ماده ۱۹۲ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس و ماده (۶) (۲) ۷۸ قانون داوری تونس مثال‌های خوبی برای انعطاف‌پذیری مقررات داخلی به شمار می‌آیند.^۶

در سطح بین‌المللی، مسأله اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری کمتر مورد توجه قرار گرفته است. کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک^۷ در این مورد ساکت است و تنها استنباط پراکنده‌ای از مواد آن در این زمینه به عمل آمده است. البته «کنوانسیون اروپایی داوری بازرگانی» منعقد به سال ۱۹۶۱،^۸

۳. کارل هاینز بوکشتیگل، (گزارشگر)، داوری و واحدهای تجاری دولتی (بررسی وضعیت حقوق و رویه داخلی و بین‌المللی)، ترجمه محسن محبی، (تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی با همکاری اتاق بازرگانی و صنایع معادن ایران، چاپ اول ۱۳۶۸)، ۳۷.

۴. همان، ۳۸.

۵. همانجا.

6. Hamid G. Gharavi, "The 1997 Iranian Law on International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law à l'Iranienne", *Arbitration International* 1(1999), 85-96; Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) 1987; <http://www.umbrecht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>.

7. THE 1958 New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/1958_New_York_Convention_2003.pdf.

ایران این کنوانسیون را تصویب کرده است. نک: ماده واحده «قانون الحاق ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، تنظیم شده در نیویورک» (به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی (۱۳۳۷/۴/۳) هجری شمسی. روزنامه رسمی شماره ۱۶۳۷۴ - مورخ ۱۳۸۰/۲/۲۹.

8. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964), <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait>

در ماده (۲)، حق مراجعه اشخاص حقوقی حقوق عمومی را به داوری به رسمیت شناخته و در عین حال به دولت‌ها اختیار اعمال حق شرط نسبت به این امر را شناسایی کرده است.

بررسی تحلیلی نشان می‌دهد که تقریباً در تمام کشورهای صنعتی، مراجعه مؤسسات عمومی به داوری با مشکل خاصی روبه‌رو نیست.^۹ حتی اگر رویه قضایی در این زمینه به نحو محدودکننده‌ای در گذشته شکل گرفته باشد، تحولات بعدی آن را به سوی نوعی دید موسع و اعتماد به داوری پیش رانده است. وضعیت در ایالات متحده، کانادا و استرالیا بدین نحو می‌باشد.

برعکس، در کشورهای جهان سوم (در حال توسعه)، محدودیت مراجعه مؤسسات عمومی و دولتی به داوری به‌طور جدی مطرح بوده است و جز در مواردی که آرای دیوان داوری، رویه مذکور را ناگزیر کنار گذاشته، آنها بر ایده‌های خود اصرار ورزیده‌اند. در عربستان سعودی و دیگر کشورهای عربی و کشورهای آمریکای لاتین، این محدودیت به‌طور گسترده وجود داشته و همین امر منجر به آن شده که برخی از این کشورها (به‌طور خاص، آرژانتین و مصر)، با پیوستن به ایکسید از حیث روابط بین‌المللی، مراجعه سرمایه‌گذار به مرکز داوری ایکسید و در اکثر موارد، محکومیت‌های بعدی دچار مشکل شوند.^{۱۰} در واقع ریشه اشکال در آن است که یک کشور مبنا را بر آن می‌گذارد که به دلیل وجود مقررات محدودکننده داخلی، از حیث ارجاع دعای راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، خواهد توانست تا بعدها گریزی از تعهد صورت گرفته برای تعیین مرجع و شیوه حل و فصل اختلاف ارائه داده و توافق مؤسسه دولتی یا عمومی نیز در این زمینه مشروط به رفع همان موانع و محدودیت‌های داخلی خواهد بود. حال آنکه روابط فراملی در طول زمان منجر به تثبیت این رویه شده که داور یا دیوان داوری با احترام به توافق طرفین در رجوع به این مرجع، تحدیدهای داخلی را نادیده خواهد گرفت.

بنابراین «قابلیت داوری» اکنون به عنوان یک اصل در روابط خصوصی و قراردادی بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته و تنها در مواردی محدود گردیده که ورود در حیطه حقوق عمومی یا حقوق کیفری باشد. حتی تحولات اخیر، بحث طرح دعای راجع به ورشکستگی شرکت‌های فراملی را در مرجع داوری، که زمانی به هیچ وجه قابل ارجاع به داوری نبود، به‌طور جدی پیش کشیده و پژوهش‌های متعددی در این زمینه انجام شده است.^{۱۱}

۹. بوکشتیگل، پیشین، ۳۹.

10. AFM Maniruzzaman. "State contracts in contemporary international law: Monist versus Dualist Controversies", *European Journal of International Law* 12 (2001), 309-328.

11. See: Mediation and arbitration in insolvency situations in Belgian law, <http://www.unige.ch/droit/insolvency-symposium2004/documents/wp/IVerougstraete%20-%20Mediation.pdf>

۲-۳-۲- تحلیل نهایی اصل ۱۳۹

در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، رجوع طرفین (سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر) به مراجع قضایی (دولتی) سرمایه‌پذیر، بعیدترین گزینه‌ای است که همواره به ذهن می‌رسد. حسن نیت قراردادی برای جلوگیری از کتمان مقررات محدودکننده داخلی و افشای مفاد آن به هنگام طرح ایراد نسبت به صلاحیت دیوان داوری، کفایت خواهد کرد و در مقام رسیدگی و اجرای آرای مرجع مذکور، سلب مصونیت قضایی دولت به دلیل اشتغال به «اعمال تصدی» و نه «اعمال حاکمیت»،^{۱۲} در سطح بین‌المللی کافی خواهد بود.

منطق حقوقی نیز پشتیبان این تحلیل خواهد بود: چرا باید مقررات داخلی کشوری، محدودکننده یا در عمل نافذ توافقی باشد که دولت حاکم به عنوان شخص «غیرمقتدر» - در مقام تصدی امور بازرگانی - با سرمایه‌گذار خارجی منعقد کرده و بر مبنای آن شخص حقیقی یا حقوقی سرمایه‌گذار به دولت مذکور اعتماد کرده است. در واقع ارجاع اختلافات احتمالی آتی به یک مرجع بی‌طرف و غیردولتی، سهم عمده‌ای از محاسبات اقتصادی و تجاری سرمایه‌گذاران را تشکیل می‌دهد و در تمایل ایشان به سرمایه‌گذاری در کشور معین مؤثر است.

به‌علاوه، مزایایی در داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی قابل تصور است که نمی‌توان به هیچ وجه آنها را در رسیدگی دادگاه داخلی جست: دادرسی قضایی داخلی از دو حالت خارج نیست: یا به‌طور عادلانه و منصفانه و توجه دقیق به مبانی و اصول توافق طرفین سرمایه‌گذاری انجام می‌شود که در این صورت نتیجه آن با داوری منصفانه، یکسان خواهد بود. یا اینکه همواره با چرخش به سوی تبعه داخلی صورت می‌گیرد که در این صورت یا رأی صادره توسط مرجع بالاتر نقض خواهد شد و یا در فرض اجرای داخلی آن - بر فرض اینکه شرکت سرمایه‌گذار در اجرای آن ایجاد اخلاص ننماید - موجبات بی‌اعتمادی و تبلیغات سوء (و در عین حال واقع‌نما) علیه سرمایه‌گذاری در کشور را فراهم خواهد ساخت. حال آنکه رأی داوری، از آن جهت که تعیین ترکیب داوران از سوی طرفین انجام می‌شود، همواره قابل

Vesna Lasic, "Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors", *Electronic Journal of Comparative Law* 3.3(1999): 25-52, <http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>.

۱۲. «اعمال حاکمیت» در مقابل «اعمال تصدی» قرار می‌گیرد. «در اعمال حاکمیت، دولت در مقام استفاده از حق حاکمیت و اقتدار ملی است، تنها نفع عموم را در نظر دارد و برای اجرای وظایف خود در نقش آمر و فرمانده ظاهر می‌شود. ولی در اعمال تصدی، دولت به کارهایی می‌پردازد که مردم نیز در روابط خصوصی خود انجام می‌دهند. در این گونه اعمال، دولت در نقش تاجر و صنعتگر ظاهر می‌شود و بسان اشخاص حقوقی به داد و ستد می‌پردازد» (به نقل از: کاتوزیان ناصر (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، الزامات خارج از قرارداد ضمان قهری، جلد اول: مسؤلیت مدنی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ش ۲۸۸، ص ۵۶۹).

اجرا بوده و اجرای آن هیچ شایعه و شائبه‌ای را تقویت نخواهد کرد. ذکر این نکته ضرورت دارد که حتی برخی از کشورها (به‌طور خاص، فرانسه) امکان اجرای آرای صادره در مراجع داوری بین‌المللی که از سوی مراجع قضایی داخلی، در مقام تجدیدنظر، ابطال شده باشند را پیش‌بینی کرده‌اند.

داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی مزیتی دیگر دارد که باز نمی‌توان آن را در رسیدگی قضایی یافت: در رسیدگی داوران، جایی که قانون حاکم به هر دلیل ساکت، مبهم یا مجمل باشد و نتوان با توسل به مقررات ماهوی داخلی (حاکم)، تکلیف قضیه را تعیین کرد، امکان رجوع داوران به حقوق بازرگانی فراملی،^{۱۳} اصول کلی حقوق بین‌الملل^{۱۴} و مقرراتی همچون اصول مؤسسه^{۱۵} و رهنمودهای بانک جهانی ترمیم و توسعه، همواره به عنوان «مکمل» میسر است. حال آنکه چشم قاضی داخلی نزدیک‌بین‌تر از آن است که به آن سوی مرزها بنگرد و حکم قضیه را در رویه‌های هماهنگ جهانی جست‌وجو کند. قانون‌گذار داخلی تمامی کشورها، نه‌تنها ابزار لازم برای این امر را در اختیار قضات قرار نداده، بلکه آنها را از این حیث محدود کرده است. در این خصوص، قسمت اول ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی کشورمان، با تأسی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مقرر می‌دارد:

«قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند...»^{۱۶}.

13. Lex Mercatoria.

14. The Institute of International Law, Session of Santiago de Compostela – 1989, Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises, Eighteenth Commission, Rapporteur: Messrs Eduardo Jiménez de Aréchaga and Arthur von Mehren, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF.

15. The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

۱۶. البته این رویه در حقوق داخلی مورد ایراد نیست. چراکه قاضی داخلی مکلف به حیطة در تمامی اصول و مبانی مشترک حقوق خصوصی در سطح بین‌المللی نمی‌باشد. به‌علاوه، «اصل سرزمینی بودن قوانین و مقررات» اگرچه در وهله اول به معنی محدودیت اجرای قانون در داخل کشورهاست؛ اما مؤید این روی واقعیت نیز هست که در داخل هر کشور فقط مقررات آن کشور اجرا می‌شود، مگر در مواردی که به دلیل دخالت يك عنصر بین‌المللی، توافق قبلی طرفین اختلاف یا هر دلیل دیگر، اجرای قانون خارجی مجاز شناخته شود. در این راستا، عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی که هر کشور در آن عضویت می‌یابد، در واقع مقررات داخلی آن کشور به شمار می‌آید؛ بنابراین، اگرچه ماده ۳ موافق با اصول و قواعد به شمار می‌آید؛ با این حال معلوم نیست، جایی که - به ویژه در روابط بین‌المللی - منابع مقرر در ماده (۳) ساکت باشد، قاضی چه خواهد کرد! در برخی از دعاوی که قانون ایران حاکم بوده، عملاً داوران مجبور گشته‌اند که به دلیل سکوت قانون ایران به «اصول کلی حقوق بین‌الملل» و اصول UNIDROIT رجوع نمایند. نک: پرونده وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی

بنابراین، می‌توان مشکل در معرض خطر قرار گرفتن اموال عمومی و دولتی به هنگام رجوع به داوری را - که فلسفه اصلی تدوین اصل ۱۳۹ به شمار می‌آید - در روابط حقوقی بین‌المللی چنین تقلیل داد که حقوق دانان و قضات [داوران] مجربی را برای آینده اختلافات احتمالی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی تربیت کرد. تعصب و میهن‌پرستی در تنظیم قراردادهای داخلی و به هنگام برگزاری جلسات داوری و نظارت بر کار هیأت ایرانی بهترین راه‌حل و راهکار عملی است که هر چند کمتر مطرح گردیده، رویه عملی اکثر داوران و وکلای مجرب بین‌المللی در دفاع از حقوق و منافع ملی ایشان به شمار می‌آید.

۳- موانع ناشی از استناد دولت به مصونیت قضایی در سطح بین‌المللی

مسئله‌ای که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد آن است که ارجاع دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی از سوی کشورمان به داوری یا سازش در عرصه بین‌المللی، در صورتی که از اعمال تصدی - و نه اعمال حاکمیت - محسوب شود، منجر به فقدان مصونیت قضایی دولت ایران در عرصه بین‌المللی خواهد بود. در ارتباط با داوری، مراجعه به رویه داوری‌ها حاکی از آن است که توافق دولت با طرف خارجی در ارجاع اختلافات به داوری به معنی اعراض ضمنی از مصونیت تلقی می‌گردد. «چراکه پذیرفتن تعهد در ارجاع اختلاف به داوری با استناد به مصونیت که اثر آن عدم امکان رجوع به داوری است، تعارض دارد».^{۱۷}

در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، مواد ۵۵ - ۵۳ «کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر» مؤید آن است که توافق بر داوری به مفهوم اعراض از مصونیت قضایی به شمار می‌آید. به موجب بند (۱) ماده ۵۴، «هر یک از کشورهای طرف قرارداد می‌بایست حکم صادره بر طبق مقررات این کنوانسیون را معتبر و الزام‌آور شناخته و الزامات مالی ناشی از آن را اجرا کند، به طوری که آن را یک حکم نهایی صادره از دادگاه‌های [داخلی] خود به شمار آورد». نیز مطابق با ماده ۵۵، «هیچ یک از موارد مذکور در ماده ۵۴ نباید به عنوان عدول از مقررات قابل اجرای کشورهای متعاقد در ارتباط با مصونیت اجرایی آن دولت یا هر دولت خارجی دیگر، تعبیر شود». مفهوم

ایران علیه شرکت سیستم‌های دفاعی کوبیک در مرجع زیر:

Ministry of Defence and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc., 29 F.Supp.2d 1168; for a comment, [http://www.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/58EA134FB6BA34A988256F2600543DAA/\\$file/9956498.pdf?openelement](http://www.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/58EA134FB6BA34A988256F2600543DAA/$file/9956498.pdf?openelement).

see: Michael Joachim Bonell, "A Significant Recognition of the Unidroit Principles by an United States Court", Uniform Law Review. 651(1999).

۱۷. محمدعلی بهمنی، «تقریرات درس داوری تجاری بین‌المللی»، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران، ۱۳۸۴، ۴۵.

مخالف ماده، به خصوص با تمسک به ظاهر ماده ۵۴ مؤید آن است که با رجوع به داوری مرکز ایکسپد و ملزم شدن به اجرای رأی صادره، مصونیت «حقوقی» کشورهای متعاقد نیز به طور اتوماتیک ساقط می‌گردد.

البته در تحلیل علت و نحوه تحدید مصونیت قضایی دولت‌ها در عرصه بین‌المللی باید بین حالتی که دولت‌ها به اعمال حاکمیت می‌پردازند، با حالتی که اقدامات آنها همانند سایر اشخاص حقوقی و در مقام تصدی امور تجاری و صنعتی بوده، تفاوت گذاشت. بدیهی است که در فرض اول (اعمال حاکمیت) مصونیت دولت در عرصه بین‌المللی به اعتبار خود باقی است. چنانچه «در سال ۱۹۶۵ دادگاه شهرستان لاهه (هلند) درخواست اجرای حکم داوری در دعوی معروف «سافیر»^{۱۸} علیه شرکت ملی نفت ایران را رد کرد با این استدلال که «شرکت ملی نفت ایران در اعطای حق امتیاز طی قرارداد و به یک شرکت خارجی، فی الواقع یک وظیفه مربوط به اعمال حاکمیت دولت را انجام داده است و بنابراین - به نظر دادگاه - می‌تواند از مصونیت حاکمیت دولت [ایران] برخوردار گردد».^{۱۹}

سرانجام باید گفت که رویه بین‌المللی داوری و مقررات داخلی کشورها بدان سوی می‌رود که مقررات داخلی هیچ‌یک از کشورها به عنوان مانعی در راه دادرسی خصوصی و اجرای احکام صادره در داوری نباشد. چنانچه انگلیس در سال ۱۹۷۸ و آمریکا در سال ۱۹۷۶ مقرراتی را در منع استناد دولت‌ها به مصونیت قضایی به تصویب رسانیده‌اند^{۲۰} و دادگاه‌های سوئیس و فرانسه بدان سوی تمایل دارند که در پذیرش بهانه‌جویی دولت‌ها به استناد قانون داخلی - که در اکثر موارد از سوی کشورهای جهان سوم و در حال توسعه ابراز می‌گردد - سخت‌گیری بیشتری به عمل آورند.

بنابراین استناد به محدودیت‌های مقرر در اصل ۱۳۹ ممکن است در لفافه‌ای دیگر و به نحوی حتی شدیدتر صورت گیرد؛ زیرا در حالت استناد به مصونیت قضایی، دولت این ادعا را مطرح می‌سازد که به عنوان «دولت» در مقابل محاکم و دیوان داوری خارجی مصونیت دارد و به همین دلیل ارجاع دعوی او با یک شخص حقوقی خارجی با این مصونیت در تعارض است. چنانچه ملاحظه می‌شود، در این حالت دولت به بهانه‌های قانون داخلی خویش متوسل نمی‌گردد و مسائلی را مطرح می‌سازد که راه‌حل و ارائه هرگونه تحلیل در مورد آنها باید به نحوی متفاوت با وضعیت استناد به مقررات داخلی صورت گیرد.

18. Sapphire

۱۹. بوکشتیگل، پیشین، ۹۵.

۲۰. بهمنی، پیشین.

در تحلیل این موضوع، ابتدا باید تصریح کرد که امروزه جهت‌گیری‌ها به سوی برداشتن این موانع و ادعاهاست؛ بنابراین مهم‌ترین پشتیبان بر نفی حق استناد دولت به مصونیت قضایی در سطح بین‌المللی، «رویه قضایی» مسلمی است که در این زمینه شکل گرفته است. در حقوق انگلیس، آمریکا و فرانسه به عنوان کشورهای مطرح در زمینه داوری، می‌توان این روند را به خوبی مشاهده کرد. حتی در آمریکا این وضعیت تا تدوین قانون موضوعه پیش رفته،²¹ و با آرای صادره در پاره‌ای از پرونده‌های مهم بین‌المللی تأیید گردیده است.

اگرچه می‌توان موضوع فقدان مصونیت قضایی دولت در سطح بین‌المللی را به هنگامی که به عنوان «حاکم» حاضر نیست، به خوبی تحلیل کرد.

۴- موانع فرهنگی و عملی

برخی از موانع موجود در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، از حیث شیوه و تشریفات حل و فصل اختلاف، جنبه عملی و فرهنگی دارند و به‌طور مستقیم ارتباطی با قوانین و مقررات ندارند. این مشکلات، در واقع از طرز تفکری ناشی می‌شود که نسبت به روند داوری از یک طرف و «بیگانه» از سوی دیگر وجود دارد. هنوز هم عده‌ای از مجریان و دست‌اندرکاران امر قضا و اجرای آراء، به این دو مقوله با ابهام و تردید و نوعی «بدبینی» می‌نگرند و همین پیش‌فرض منجر به آن می‌شود که تصمیم متخذه در این خصوص، اغلب منصفانه نبوده و تنها مبتنی بر مصلحتی باشد که شخص تصمیم‌گیرنده مدنظر قرار می‌دهد. حتی ممکن است تصمیم درست اتخاذ شده به دلیل مقاومت و همکاری نکردن مقاماتی که ملزم به اجرای آن هستند، به مرحله اجرایی نرسد و یا اینکه بدون دلیل در مراحل بعدی لغو و بی‌اثر گردد.

این دو تصور نادرست در گذر زمان متحول شده است و عده معدودی که این تحول و سیر هماهنگ جهانی را نپذیرفته‌اند، باید خواسته یا ناخواسته خود را با آن تطبیق دهند: از یک سو، «داوری» دیگر به عنوان شیوه‌ای نامعلوم و مبهم برای رفع دعاوی و حل و فصل سطحی آنها به شمار نمی‌آید و از سوی دیگر در اکثر موارد این شیوه از رسیدگی - به‌ویژه در سطح بین‌المللی - به قدری منظم و قاعده‌مند گردیده

21. US Foreign Sovereign Immunities Act, as amended 1997, <http://www.abanet.org/intlaw/committees/disputes/litigation/FSIA.pdf>.

See also: Hugh R. Koss, Brooke C. Galardi, & Eric B. Strain, The Foreign Sovereign Immunities Act: Assessing the Immunity of Foreign States in U.S. Litigation, American Bar Association's The Brief; Tort Trial and Insurance Practice Section, Fall 2004, Vol. 34, No. 1.; Mark S. Blodgett & Vincent A. Carrafiello, Commercial Activity Under the Foreign Sovereign Immunity Act: Gateway to Global Business & Ethics, Academy of Legal Studies in Business [ALSB] International Business Law Journal 2002.

که به جرأت می‌توان گفت از رسیدگی‌های دولتی دقیق‌تر و علمی‌تر شده است. به‌علاوه، اجرای احکام صادره در مراجع داوری بین‌المللی، اکنون به موجب کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک، که مورد قبول اکثر کشورها، از جمله کشورمان، قرار گرفته، امری متداول به شمار می‌آید و کمتر میل به کم‌کاری و انحراف در این زمینه وجود دارد.

مفهوم «بیگانه» نیز متحول شده است: نظام‌های حقوقی امروزه به این امر افتخار می‌کنند که این حق را به قضات خویش داده‌اند که به راحتی و بدوت ترس از اقدامات بعدی حکام، می‌توانند آرای صادره به ضرر بیگانگان را، در فرض غیرعادلانه بودن، لغو نمایند و از تضييع حقوق ایشان جلوگیری کنند. به‌علاوه، در جهان رو به تحول، همه در صدد ارتباط با دیگران هستند و اگر قرار باشد که قصد تقلب و اعمال غیرقانونی را در سطح بین‌المللی انجام دهند، به سادگی مورد شناسایی قرار گرفته و طرد می‌شوند. بیگانه، اکنون در نظام حل و فصل اختلاف، فردی برابر با تبعه داخلی به شمار می‌آید و برای مثال در فرضی که اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری به دادگاه يك کشور ارجاع شود، قاضی دلیلی برای عدول از بی‌طرفی در مورد سرمایه‌گذار خارجی نخواهد دید.

بنا بر آنچه گفته شد، کشورهایی در عرصه سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری موفق‌ترند که دو اصل مهم «بی‌طرفی» و «برابری» را در مورد اتباع خارجی و سرمایه‌گذاران، همانند اشخاصی که از داخل کشور در این امر مشارکت می‌جویند، مراعات نمایند. به جای طفره رفتن از استدلال‌های دقیق و حقوقی سرمایه‌گذار خارجی در مقام رسیدگی به اختلاف، می‌توان با تقویت بنیان‌های داخلی، تنظیم دقیق قراردادهای سرمایه‌گذاری و پرورش حقوق‌دانان و متخصصان اقتصادی در زمینه سرمایه‌گذاری و مهم‌تر از آن، استفاده از ایشان در امر انعقاد قرارداد و حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، به بهترین وجه از حقوق و منافع کشورمان دفاع کرد. انتخاب این روش، هم‌سو با معیارهای جهانی بوده و مانع از دست یازیدن به راهکارهای سنتی و غیرمقبول و غیرمعمول در سطح بین‌المللی خواهد بود. به هر حال باید توجه داشت که به دلیل ارتباط شرکت‌های سرمایه‌گذار در سراسر جهان و انتشار اخبار و آمار راجع به سیستم قضایی و داوری هر کشور از طریق مجلات حقوقی و اینترنت، هر گونه مبالغت در این زمینه در درازمدت به ضرر کشور بوده و برعکس، هر اقدام شایسته و منطبق با اصول و قواعد بین‌المللی، انعکاس یافته و در جلب سرمایه‌های خارجی مؤثر خواهد بود.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در این مقاله نیز تشریح شد، سرمایه‌گذاری خارجی نقش مهم و بسزایی در رشد و توسعه اقتصادی کشورها، به‌خصوص کشورهای در حال توسعه و از جمله ایران که از کمبود سرمایه رنج می‌برند، دارد؛ بنابراین بررسی مسائل و چالش‌های پیش روی این نوع سرمایه‌گذاری، مهم و اساسی است که در این مقاله، به چالش‌های و موانع قانونی و حقوقی پیش روی آن پرداخته شده که نتایج آن در زیر آمده است.

از جمع میان تفاسیر حول اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌توان دریافت که ظاهر اصل ۱۳۹ منجر به اشکالات عمده‌ای در روابط تجاری خارجی شده است و چنانچه گفته شد، تمام توجیه‌ها، تفاسیر و بهانه‌جویی‌ها برای تزییق و تحدید اصل جهت گریز از اجرای حکم مطلق و خشک مقرر در آن است که ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی را به داوری و نیز مصالحه این‌گونه از دعاوی را بسیار دشوار ساخته است و به همین دلیل به عنوان مانع عمده‌ای در راه اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی به نظام حقوقی کشورمان به شمار می‌آید.

با مراجعه به کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، می‌توان دریافت که این سند بین‌المللی نیز حق مراجعه اشخاص حقوق عمومی را به داوری بدون قید و بند خاصی پذیرفته است. در واقع شرط برقراری و فعالیت مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر آن است که شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و عمومی حق رجوع به داوری مرکز (ایکسید)^{۲۲} را داشته باشند.

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نیازمند این است که دولت‌ها، سرمایه‌گذار را مجبور نکنند تا در صورت بروز اختلاف، حتماً به دادگاه‌های کشور سرمایه‌پذیر رجوع کند؛ بلکه اختیار مراجعه به داوری را نیز باید داشته باشند. مصالح داخلی کشورها را باید در ذهنیت و عمل مجریانی جست که از سوی دولت حاکم برای انعقاد قراردادهای کلان سرمایه‌گذاری با طرف‌های خارجی وارد عمل می‌شوند؛ زیرا اگر توافق‌نامه دقیق، فنی و بی‌عیب و نقص تنظیم گردد، یا اختلافی در رابطه طرفین پدید نمی‌آید و بر فرض نادر بروز اختلاف، ارجاع آن به داوری منجر به تزییق حق دولت سرمایه‌پذیر نمی‌شود. چراکه فرض آن است که مرجع داوری در يك فضای بی‌طرف و منصفانه و با تمسك به مقررات مرضی الطرفین یا قوانینی که خود در حالت سکوت ایشان یا سکوت مقررات منتخب آنها را برمی‌گزینند، اقدام به دادرسی اختلاف و حل و فصل سریع آن می‌نماید.

22. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- ابراهیمی، سید نصرالله و سجاد سلطان زاده. «مفهوم سرمایه‌گذاری در روبه دآوری مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)»، حقوقی بین‌المللی ۵۰ (۱۳۹۳): ۷۷-۱۰۸.
 - احمدی واستانی، عبدالغنی. «شرح بیانیه الجزایر حل و فصل دعاوی ایران و آمریکا». مجله حقوقی دادگستری ۱ (۱۳۶۳): ۷-۶۲.
 - اخلاقی، بهروز. «سخنی درباره آینده سرمایه‌گذاری در ایران، بررسی اجمالی علل و موانع پیشرفت». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۷ (۱۳۷۹): ۵-۴۶.
 - اسکینی، ربیعا. اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به دآوری تجاری بین‌المللی. چاپ اول. تهران: نشر امروز، ۱۳۷۱.
 - ایو، یرن. «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در دآوری بین‌المللی». ترجمه و تلخیص دکتر محمد اشتری. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی ۹ (۱۳۶۷): ۱۶۷-۲۱۰.
 - بوشهری، جعفر. حقوق اساسی. جلد اول. چاپ هشتم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۴.
 - بوکشتینگل، کارل هاینز (گزارشگر). دآوری و واحدهای تجاری دولتی (بررسی وضعیت حقوق و روبه داخلی و بین‌المللی). ترجمه محسن محبی. تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی با همکاری اتاق بازرگانی و صنایع معادن ایران، چاپ اول، ۱۳۶۸.
 - بهمنی، محمدعلی. «تقریرات درس دآوری تجاری بین‌المللی». گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهیدبهشتی. تهران، ایران، ۱۳۸۴.
 - جنیدی، لعیا. قانون حاکم در دآوری‌های تجاری بین‌المللی. چاپ اول. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
 - ذوالقدر، مالک. «مبانی نظری سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، سیاست». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۳۹، ۲ (۱۳۸۸): ۸۹-۱۰۷.
 - سعیدی، علی و زهرا میعادی. «بررسی موانع عمده سرمایه‌گذاری خارجی در ایران از دیدگاه سرمایه‌گذاران خارجی. پژوهشنامه اقتصادی ۱۱، ۴۱ (۱۳۹۰): ۱۸۱-۲۰۰.
 - خلیلیان، سید خلیل. (تألیف و ترجمه) دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان دآوری لاهه. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
 - شاه آبادی، ابوالفضل و عبدالله محمودی. «تعیین کننده‌های سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران». جستارهای اقتصادی ۵، ۳ (۱۳۸۵): ۲۸۸-۳۲۵.
 - شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی. جلد اول. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰.
 - شهابی، مصطفی. دآوری و قانون اساسی. تهران: انتشارات کمیته ایرانی بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۰.
 - امام، فرها. حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران. چاپ اول. تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۳.
 - کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، الزامات خارج از قرارداد ضمان قهری. جلد اول: مسؤولیت مدنی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
 - کاتوزیان، ناصر. اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی. چاپ چهارم. تهران: انتشارات کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳.
 - کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت. چاپ دوم. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۸.
 - گزارش وضعیت سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران و جهان، معاونت اقتصادی اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی، ۱۳۹۸.

- ماده واحده «قانون الحاق ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، تنظیم شده در نیویورک» (به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی (۱۳۳۷/۴/۳) هجری شمسی. روزنامه رسمی شماره ۱۶۳۷۴ - مورخ ۱۳۸۰/۲/۲۹.

- متین دفتری، احمد. آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. جلد اول. چاپ اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۷۸.
- مردانی، نادر و حمیده بهمنی. «جذب سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد ثبات سیاسی و اقتصادی پس از تحریم در حوزه انرژی به وسیله عضویت در معاهده منشور انرژی (با توجه به عضویت ناظر ایران)» مطالعات حقوق انرژی ۳، ۲ (۱۳۹۶): ۳۷۱-۴۰۴.

- مزینی، امیرحسین و نیلوفر مرادحاصل. «بازشناسی عوامل موثر بر جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» پژوهشنامه اقتصادی ۷ (ویژه نامه بازار سرمایه) (۱۳۸۹): ۴۲-۵۷.

- معین، محمد. فرهنگ فارسی یک جلدی. چاپ اول. تهران: انتشارات ساحل، ۱۳۸۲.
- منبع نمودار ۱: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
(ب) منابع خارجی

- The 1958 New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958.

- AFM Maniruzzaman, "State Contracts in Contemporary International law: Monist versus Dualist Controversies", *European Journal of International Law* 12 (2001): 309-328.

- Aminoil v. Kuwait [1964]; SPP v. Egypt [1982].

- European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964). At:

- Hamid G. Gharavi, The 1997 Iranian Law on International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law à l'Iranienne, *Arbitration International* 1999, Number 1.

- Mediation and arbitration in insolvency situations in Belgian law, At:

- Ministry of Defence and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc., 29 F.Supp.2d 1168; for a comment, At:

- Saphire Award [1964]; Texaco v. Libya [1977]; Revere Copper Inc v. OPIC [1978] and *ELF Aquitaine Iran v. NIOC*, 11 *Yearbook Commercial Arbitration* 104-105 (1986).

- See also: Hugh R. Koss, Brooke C. Galardi, and Eric B. Strain, The Foreign Sovereign Immunities Act: Assessing the Immunity of Foreign States in U.S. Litigation, American Bar Association's The Brief; Tort Trial and Insurance Practice Section, Fall 2004, Vol. 34, No. 1.; Mark S. Blodgett & Vincent A. Carrafiello, Commercial Activity Under the Foreign Sovereign Immunity Act: Gateway to Global Business & Ethics, *Academy of Legal Studies in Business [ALSB] International Business Law Journal* 2002.

- see: Michael Joachim BONELL, "A Significant Recognition of the UNIDROIT Principles by an United States Court", *Uniform Law Review* 651(1999): 651-662.

- Somarajah, op cit, 437.

- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) 1987. Available at:

- The Act of International Commercial Arbitration [Switzerland].
- The APEC Guidelines on Foreign Investment.
- The Draft United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations.
- *The Institute of International Law*, Session of Santiago de Compostela – 1989, Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises, Eighteenth Commission, Rapporteur: Messrs Eduardo Jiménez de Aréchaga and Arthur von Mehren.
- US Foreign Sovereign Immunities Act, as amended 1997, at:
- Vesna Lasic, Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 3.3 December 1999. At: <http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>.
- “Google Privacy Policy,” last modified December 14, 2010, <https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2018>.

This Page Intentionally Left Blank

Liberal Rule of Law; A Case Study of Hayek and Nozick

Mohammadreza Vijeh¹, Javad Yahyazadeh^{*2}

1. Associate Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

Email: mreza vijeh@atu.ac.ir

2. Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: javad_yahyazadeh@atu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.329229.1958

Received:
6 March 2022

Accepted:
22 May 2022

Published:
6 December 2023



ABSTRACT

The intrusion into the nature of the liberal rule of law as a dominant discourse in modern public law and the awareness of institutional rationality and its limits are of great importance. Accordingly, the purpose of this study is to examine the components of the liberal rule of law from the perspective of two well-known thinkers in this field, Hayek and Nozick, and to explain their legal teachings. Findings of the present article, based on descriptive-analytical method and collection of information through libraries, show the link between nomos and thesis in the legal system, critique of distributive justice and advocacy of modified democracy, emphasis on the meta-legal doctrine of the rule of law and finally setting the normative and institutional framework in Hayek's ideas, on the one hand, and the application of the natural state, the dominant protectionist

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



association, and the social contract to justify the minimal state, acceptance of the minarchy versus anarchy, advocate of entitlement justice instead of distributive justice, and limitation of government functions, the components of the liberal rule of law in the intellectual system of these two thinkers organize that Contemplation in this area has made its differences and similarities with the contemporary rule of law in Iran and efforts to solve the shortcomings of the domestic legal system inevitable.

Keywords: Rule of Law, Liberalism, Minimal State, Hayek, Nozick.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohammadreza Vijeh: Visualization, Supervision, Data Curation, Investigation, Validation, Methodology.

Javad Yahyazadeh: Project administration, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Resources, analysis, Software, Conceptualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Vijeh, Mohammadreza & Javad Yahyazadeh. "Liberal Rule of Law; A Case Study of Hayek and Nozick" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 141-169.

E x t e n d e d A b s t r a c t

If the subject of public law is the act of governance and also the extent and basis of government intervention in the economic and social spheres has been the most important challenge of public law theory in the last hundred years, the scrutiny of the "rule of law" in general, "Liberal rule of law" in particular and, of course, contemplation of the ideas of "Hayek and Nozick" in particular and based on the knowledge approach of public law is necessary. The development of the concept of "right" in the "contemporary international system of human rights" and its entry into "domestic legal systems" as a "superior discourse" is undeniable. Even today, it is believed that the most important and absolutely so much vital characteristic of the rule of law is to guarantee and protect the rights and freedoms of citizens. One of the most important types of "rule of law" in this regard is undoubtedly the "liberal rule of law", which tries to rely on individualism as well as modern and rational government, in addition to adhering the government to legal norms, in a privileged way from the individual and his rights and freedoms.

Nevertheless, important questions can be asked; Among other things, what distinguishes the "liberal rule of law" from other rule of law? What theoretical foundations and justifications does the "liberal rule of law" have? Basically, how is it possible to understand this type of rule of law? Following an attempt to answer recent questions, the case study of two prominent thinkers of the philosophy of science and, of course, scholars in modern law in the contemporary period, Hayek and Nozick, is very helpful. Based on his own epistemology and by explaining the various areas of the rule of law, Hayek seeks to test a particular liberal rule of law and, while innovating in economic theories, to incorporate his views on government into the field of law. Another thinker of this research, Nozick, like Hayek, based on a different reasoning process, especially in his famous book, "Anarchy, State, and Utopia", has tried to confront Rawls's theory of justice and the components of his liberal rule of law in the form of "Minimal state" to show.

Liberal rule of law, as the dominant discourse in modern public law, while enclosing the state in legal norms, relying on individualism, rationalism, secularism and modernity, seeks to optimally support and develop individual rights and freedoms. Even provide civilization based on it. Hayek, based on the epistemology of Kant and Popper, based on a limited knowledge of the division of knowledge, a critique of scientism and state planning, a focus on individualism, and a belief in Darwinian evolution in the humanities, on spontaneous order and the construction of the rule of law Emphasizing the artificial legislative order and, while criticizing distributive justice and advocating for modified democracy, it designs the institutional and normative framework of its rule of law, based on generally

applicable and irreversible laws, as well as an independent judiciary. Nozick is similar to Hayek's epistemology, but based on a different process of reasoning, argues that morally the only legitimate state is the minimal state. By accepting Lock's theory of the natural state, he uses the dominant conservative association and the social contract to legitimize the minimal state, to oppose anarchy, and to advocate for a minority, and to assert his utopia, which is a minimal state of liberal rule of law. Of course, it can be said that it is not possible to achieve from a minimalist state to a legal state in the new sense and its fat principles and types, and therefore, the concept of a minimal state in Nozick's thought should be considered functional. Avoiding legislative inflation in Hayek's thought, which leads to the ineffectiveness of the law in practice, and defending extremist individualism in Nozick's thought, which would lead to the fattening of individual rights and freedoms in the face of concepts such as public order and public interest, show the consequences of accepting the rule of law. Liberal is prominent in the view of these two thinkers. It is worth mentioning that the negligence in the connection between *nomos* and *thesis*, as well as the application of social and entitlement justice as well as the modified democracy in Iran - in terms of its substantive differences - briefly show the differences and similarities between the discourse of the rule of law in contemporary Iran and its description requires another opportunity.

دولت حقوقی لیبرال؛ مطالعه موردی هایک و نوزیک

محمدرضا ویژه^۱، جواد یحیی‌زاده^{۲*}

۱. دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (ه)، تهران، ایران.

Email: mrezavijeh@atu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (ه)، تهران، ایران.

Email: javad_yahyazadeh@atu.ac.ir: *نویسنده مسئول

چکیده:

تفطن در ماهیت دولت حقوقی لیبرال به مثابه گفتمان برتر در حقوق عمومی مدرن و آگاهی از عقلانیت نهادی و حدود و ثغور آن از اهمیت فراوانی برخوردار است. بر همین اساس، هدف این پژوهش آن است که مؤلفه‌های دولت حقوقی لیبرال از منظر دو متفکر مشهور در این حوزه، هایک و نوزیک، مورد بررسی قرار گرفته و آموزه‌های حقوقی ایشان تبیین گردد. یافته‌های مقاله پیش‌رو، مبتنی بر روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری اطلاعات از طریق کتابخانه‌ای، نشان می‌دهد پیوند نوموس و تزیس در نظام حقوقی، نقد عدالت توزیعی و طرفداری از دموکراسی تعدیل شده، تأکید بر آموزه فراحقوقی دولت حقوقی و بالأخره تعیین چهارچوب هنجاری و نهادی در اندیشه هایک از یک‌سو و کاربست وضع طبیعی، انجمن محافظ مسلط و قرارداد اجتماعی برای موجه‌سازی دولت کمینه، پذیرش مینارشی در مقابل آنارشی، طرفداری از عدالت استحقاقی به جای عدالت توزیعی و همچنین محدود نمودن کارکردهای دولت و تلقی آن به مثابه

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.329229.1958

تاریخ دریافت:

۱۵ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



شب‌نگهبان در اندیشه نوزیک از سوی دیگر، مؤلفه‌های دولت حقوقی لیبرال در نظام فکری این دو اندیشمند را سامان می‌دهد که تعمق در این حوزه، وجوه تمایز و تشابه آن با دولت حقوقی معاصر در ایران و تلاش در جهت حل نارسایی‌های نظام حقوقی داخلی را ناگزیر و ناگزیر نموده است.

کلیدواژه‌ها:

دولت حقوقی، لیبرالیسم، دولت حداقلی، هایک، نوزیک.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محمد رضا ویژه: روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحقیق و بررسی، نظارت بر داده‌ها، تصویرسازی، نظارت. جواد یحیی‌زاده: مفهوم‌سازی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، منابع، مدیریت پروژه، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

ویژه، محمد رضا و جواد یحیی‌زاده. «دولت حقوقی لیبرال؛ مطالعه موردی هایک و نوزیک». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۱۴۱-۱۶۹.

مقدمه

اگر «موضوع حقوق عمومی عبارت از عمل حکمرانی است»^۱ و نیز «میزان قلمرو و مبانی مداخله دولت در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی مهم‌ترین چالش نظریه حقوق عمومی در یکصد سال اخیر بوده است»^۲، تدقیق و تقطن در «دولت حقوقی» به‌طور عام، «دولت حقوقی لیبرال» به‌طور خاص و البته تعمق در آرای فکری «هایک و نوزیک» به‌طور آخص و مبتنی بر رویکرد دانشی حقوق عمومی لازم و ضروری است. توسعه مفهوم «حق»^۳ در «نظام بین‌المللی حقوق بشر معاصر» و ورود آن به «نظام‌های حقوقی داخلی» به مثابه «گفت‌مان برتر» امری انکارناپذیر است. حتی امروزه اعتقاد بر این است که «غایت دولت حقوقی، تضمین و حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندی است»^۴. یکی از انواع مهم «دولت حقوقی» در این میان، بی‌تردید «دولت حقوقی لیبرال» است که با اتکای بر فردگرایی و نیز دولت‌مدرن و عقلانی تلاش می‌نماید افزون بر محاط نمودن دولت بر هنجارهای حقوقی، به نحوی ممتاز از فرد و حق‌ها و آزادی‌های او صیانت به عمل آورد.

با این‌همه پرسش‌های مهمی قابل طرح است؛ از جمله اینکه وجه تمایز «دولت حقوقی لیبرال» از سایر دولت‌های حقوقی چیست؟ «دولت حقوقی لیبرال» دارای کدام مبانی نظری و دلایل توجیهی می‌باشد؟ اساساً فهم این نوع از دولت‌های حقوقی چگونه امکان‌پذیر است؟ به دنبال کوششی در پاسخ به پرسش‌های اخیر، مطالعه موردی دو متفکر برجسته فلسفه علم در دوره معاصر، هایک و نوزیک، بسیار راهگشاست. هایک مبتنی و متکی بر معرفت‌شناسی خاص خود و نیز با تبیین ساحت‌های گونه‌گون دولت حقوقی، تلاش می‌نماید دولت حقوقی لیبرالی خاصی را در معرض آزمون قرار داده و ضمن نوآوری در نظریه‌های اقتصادی، آرای فکری خود در باب دولت را به عرصه دانشی حقوق نیز وارد نماید. متفکر دیگر این پژوهش، نوزیک، نیز همچون هایک لیکن مبتنی بر فرآیند استدلالی متفاوتی به‌ویژه در کتاب مشهور خود، «بی‌دولتی، دولت و آرمان‌شهر»، کوشش نموده است تا ضمن مقابله با نظریه عدالت رالز، مؤلفه‌های دولت حقوقی لیبرالی خود را در قالب «دولت کمینه» نمایان سازد.

بر این اساس، پرسش اصلی این پژوهش آن است که مؤلفه‌های دولت حقوقی لیبرال از منظر هایک

۱. مارتین لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، چاپ پنجم، (تهران: نشر نی، ۱۳۹۵)، ۴۵.

۲. علی مشهدی، «از عمومی شدن حقوق خصوصی تا خصوصی شدن حقوق عمومی: مشروعیت و قلمرو مداخله دولت در اندیشه هابرماس»، مطالعات حقوق عمومی ۲ (۱۳۹۴)، ۱۸۶.

3. Right

۴. محمدرضا ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، چاپ دوم، (تهران: جنگل، ۱۳۹۶)، ۲۹۵.

و نوزیک کدام است؟ طبق فرضیه مقاله پیش‌رو، تأکید بر نوموس، نقد عدالت توزیعی، اتخاذ آموزه فراحقوقی دولت حقوقی و بالأخره تحدید وظایف دولت در اندیشه هایک از یک سو و مقابله با آنارشی و پذیرش مینارشی، تأکید بر فردگرایی و عدالت استحقاقی با تکیه بر وضع طبیعی و قرارداد اجتماعی در اندیشه نوزیک از سوی دیگر، مهم‌ترین مؤلفه‌های دولت حقوقی لیبرال در دیدگاه این دو متفکر را شکل می‌دهد. گفتنی است بررسی ادبیات و پیشینه پژوهش نشان می‌دهد اگرچه موضوعات «دولت حقوقی» و «دولت حقوقی لیبرال»^۵ تا حدی مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است، لیکن در زمینه مطالعه موردی دولت حقوقی لیبرال از منظر هایک^۶ و نوزیک، مبتنی بر رویکرد مقاله حاضر، تاکنون پژوهشی صورت نگرفته که از این حیث، مقاله پیش‌رو را واجد وصف نوآوری و تأمل در آن را ضروری می‌نماید.

۱- «دولت حقوقی»

۱-۱- چهارچوب مفهومی «دولت حقوقی»

به‌منظور تبیین چهارچوب مفهومی، نخست باید اذعان داشت «دولت حقوقی» در تحلیلی زبانی، یک «ترکیب وصفی» متشکل از اسم دولت و صفت حقوقی است.^۷ «دولت»^۸ البته «مفهومی ذاتاً

۵. برای نمونه، همان، ۲۹۶؛ مهدی بالوی و مهناز بیات، دولت حق بنیاد، دفترهای اول تا سوم (تهران: مجد، ۱۳۹۶)؛ کورش استوارسنگری، دولت حقوقی، (تهران: میزان، ۱۳۹۸)؛ محمدرضا ویژه، «نگرشی تطبیقی بر مبانی و ساختار دولت حقوقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۴(۱۳۸۹)، ۱۶۴-۱۹۲، بهزاد لسانی، «دولت در اندیشه لیبرالیسم»، اندیشه‌های حقوق عمومی ۱(۱۳۹۴)؛

James R Silkenat, James E. Hickey Jr. Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, (New York: Springer, 2014), Ake Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence*, (New York: Springer, 2014).

۶. عموم پژوهش‌های صورت‌گرفته در خصوص هایک، از دیدگاه فراحقوقی بوده است. برای نمونه، نک: حجت کاظمی، «از شکست بازار تا شکست دولت؛ مناقشه بازارگرایان و دولت‌گرایان در دولت مدرن»، پژوهش سیاست نظری ۱۸ (۱۳۹۴)؛ محمد توحدیفام، «بازاندیشی مبانی معرفت‌شناسی تکامل‌گرای هایک»، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی ۲۵ (۱۳۹۰)؛ مجید استوار، «تأثیر اندیشه هایک بر ایدئولوژی‌های راست و چپ»، سیاست ۴ (۱۳۸۷)؛ محمد توحدیفام، «هایک و دموکراسی قانون»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۷۳ (۱۳۸۵).

گفتنی است اخیراً یک مقاله علمی - ترویجی در خصوص بخشی از دولت حقوقی هایک کار شده است که البته به نحو جامعی، ابعاد متنوع دولت حقوقی هایک را واکاوی نمی‌نماید؛ فاطمه افشاری، «نقد و بررسی نظریه‌های دموکراسی نوین و عدالت اجتماعی در دولت حقوقی با تکیه بر آموزه‌های هایک»، اندیشه‌های حقوق عمومی ۲، (۱۳۹۹).

۷. توضیح آنکه صفت حقوقی به دنبال پاسخ به این پرسش که دولت دارای چه وصفی است مطرح می‌گردد.

۸. «State» در انگلیسی، «Etat» در فرانسوی و «Staat» در آلمانی معادل دولت استعمال می‌شود. نک: ابوالفضل قاضی،

مناقشه‌انگیز»^۹ است و تکثر معنایی آن، ایجاد توافق بر سر آن را اگر نه ناممکن، دست کم دشوار می‌سازد. در تعریفی موجز، «دولت تشکلی سیاسی است که صلاحیت عالی خود را در قلمرو سرزمینی مشخص برقرار و از طریق مجموعه‌ای از نهادهای ثابت اِعمال اقتدار می‌نماید». ^{۱۰} پرواضح است اهمیت ارتباط برداشت‌ها از «نهاد بشر» با نوع ساختارها و نهادهای سیاسی، از جمله دولت، انکارناپذیر است. ^{۱۱} اما مراد از حقوق در «دولت حقوقی» چیست؟ ماهیت حقوق در این ترکیب را می‌توان به‌طور کلی «قواعد موضوعه» یا «قواعد برتر» دانست ^{۱۲} که کاربست هر یک از آن دو، نتایج متفاوتی را در پی خواهد داشت. ^{۱۳}

۱-۲- تعریف، تحلیل و دلایل توجیهی «دولت حقوقی»

«دولت حقوقی» «اساساً پدیده‌ای برخاسته از فرهنگ حقوقی غرب است و از این فرهنگ به حقوق بین‌الملل وارد شد». ^{۱۴} در تلاش برای تعریفی اولیه، می‌توان ادعا نمود «دولت حقوقی» «دولتی است که توسط حقوق محاط شده باشد». ^{۱۵} بر این اساس، دولت حقوقی از دولت‌های مطلقه فراحقوقی قابل تمیز می‌باشد. با این حال و برای فهم دقیق از دولت حقوقی، لازم است ارتباط بین دولت و حقوق تبیین گردد. به‌طور کلی، دو فرضیه در این خصوص مطرح نظر می‌باشد؛ «رهیافت یگانه» که قائل به

حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ اول، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳)، ۱۲۶. همچنین به منظور آگاهی بیشتر در مفهوم دولت، نک: ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، چاپ ششم، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۴۱ و ۴۲؛ اندرو هیوود، مقدمه نظریه سیاسی، ترجمه عبدالرحمن عالم، چاپ دوم، (تهران: قومس، ۱۳۸۸)، ۱۱۴؛ عبدالرحمن عالم، بنیادهای علم سیاست، چاپ بیستم، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، ۱۳۶-۱۳۸.

9. Essentially Contested Concepts;

مفاهیم ذاتاً مناقشه‌انگیز مفاهیمی هستند که پرداختن به آنها، به نحو اجتناب‌ناپذیری، مستلزم منازعات نافرجام در باب کاربرد مناسب‌شان از جانب استعمال‌کنندگان آنها می‌باشد.

۱۰. اندرو هیوود، کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی، ترجمه اردشیر امیر ارجمند و سیدباسم موالی‌زاده، چاپ اول (تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷)، ۵۷.

۱۱. تأثیر پذیرش رویکرد هابزی در کشورهای اروپای قاره‌ای و رویکرد لاکه در آمریکا بر ساختار نهادی و سیاسی، دلیلی روشن در این خصوص است. نک: مهدی هداوند، حقوق اداری تطبیقی، چاپ ششم، (تهران: سمت، ۱۳۹۶)، ۴۴؛ لاگین،

پیشین، ۱۴۶؛ اندرو وینست، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، چاپ چهارم (تهران: نشر نی، ۱۳۸۳)، ۷۵.

۱۲. نک: ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۶۸-۱۷۴.

۱۳. بیان این نکته ضروری است علی‌رغم اوصافی که ذکر گردید، دولت حقوقی در نظام‌های حقوقی مختلف، متناسب با فرهنگ خود تجلی و ظهور می‌یابد.

۱۴. ویژه، نگرش تطبیقی بر مبانی و ساختار دولت حقوقی، مدرس علوم انسانی-پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پیشین، ۱۶۸.

۱۵. ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۶۰.

«این‌همانی» میان دولت و حقوق بوده و «رهیافت دوگانه»^{۱۶} که حقوق و دولت را یکسان نمی‌انگارد.^{۱۷} متناسب با پذیرش هر یک از این دو روییافت، تعریف عام از «دولت حقوقی» نیز متفاوت خواهد بود. «دولت حقوقی» منطبق با روییافت یگانه، دولتی است که خودتحدیدگر باشد. در حالی که مبتنی بر روییافت دوگانگی، «دولت حقوقی» علاوه بر قواعد موضوعه، توسط قواعدی برتر و خارج از دولت نیز کنترل می‌شود.^{۱۸} از سوی دیگر و در تبیین دلایل توجیهی «دولت حقوقی»، می‌توان مدعی شد «دولت حقوقی»، «دولتی مدرن»^{۱۹} و نیز «دولتی عقلانی»^{۲۰} است. توضیح آنکه دولت مدرن، به کلی بر مبانی بوروکراتیک متکی است^{۲۱} و بی‌نهادی در آن وجود ندارد. در دولت عقلانی نیز شخص‌گرایی در دولت انکار شده و ضمن حمایت از آزادی و امنیت افراد، دولت بر اساس اصولی عقلانی که به نحوی متعارف مورد پذیرش می‌باشد، اداره می‌گردد.^{۲۲} اما مراد از «دولت حقوقی لیبرال» چیست؟

۲- «دولت حقوقی لیبرال»

یکی از انواع دولت‌های حقوقی، «دولت حقوقی لیبرال» می‌باشد که مبتنی بر مبانی نظری مشخصی رشد نموده و حتی شاید بتوان مدعی شد اکنون به «گفتمان غالب» در جهان معاصر نیز بدل گشته است. به نظر می‌رسد فهم «دولت حقوقی لیبرال» در گرو تفطن در «لیبرالیسم»،^{۲۳} به مثابه مهم‌ترین عنصر مؤلف آن می‌باشد. «لیبرالیسم در معنای موسع مبتنی بر این ایده است که ما می‌توانیم روش زیست جمعی که عاری از قاعده اجبار باشد برگزینیم».^{۲۴} به‌زعم هال،^{۲۵} لیبرالیسم نظریه‌ای است که «فرد را

۱۶؛ که البته می‌توان آن را «مکتب حقوق آمرانه یا تحلیلی» نیز نامید. نک: کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق، چاپ چهارم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ۳۸۳.

۱۷. ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۶۰-۱۶۷؛ ضمن اینکه ریشه نظریه اتحاد حقوق و دولت را می‌توان در فلسفه هگل یافت. نک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق، پیشین، ۶۱؛ گفتنی است یکی از طرفداران دوگانگی حقوق و دولت، لئون دوگی است و با خودمحدودسازی دولت مخالف است؛ نک: لئون دوگی، دروس حقوق عمومی، ترجمه و توضیح محمدرضا ویژه، چاپ دوم، (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۱۹.

۱۸. نک: ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۶۸-۱۷۴.

19. Modern State

20. Rational State

21. Christopher pierson, *The Modern State*, 2nd Edition, (Lindon: Routledge, 2004), 16.

۲۲. ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۶۰-۱۶۷.

23. Liberalism

24. Rex Ahdar & Ian Leigh, *Religious Freedom In The Liberal State*, 2nd Ed., (Oxford: Oxford University Press, 2013), 52.

25. John Hall

شالوده ارزش‌های اخلاقی می‌شمارد و همه افراد را دارای ارزش برابر می‌داند.^{۲۶} اگرچه لیبرال‌ها عموماً میان «فردگرایی»^{۲۷} و «برابری»^{۲۸} قائل به تمایز شده و مبتنی بر مبانی نظری خاصی، اولی را بر دومی ترجیح می‌دهند.^{۲۹} در واقع «جوهر لیبرالیسم، تفکیک حوزه‌های دولت و جامعه و تحدید قدرت دولت در مقابل حقوق فرد در جامعه است»^{۳۰} و بر همین اساس، فرد مقدم بر جامعه و ارزش‌های ناشی از آن به شمار می‌رود. در یک دیدگاه، لیبرالیسم به معنای «حق‌مداری» است. به باور برخی، مهم‌ترین عنصر مؤلف لیبرالیسم «حق»^{۳۱} بوده و اگر حق را از لیبرالیسم بکاهیم، آن را خالی از معنا و تهی از محتوا ساخته‌ایم.^{۳۲} ضمن اینکه «لیبرالیسم از آغاز هم‌زاد و همراه سکولاریسم، مدرنیسم یا سنت‌ستیزی، فلسفه اختیار یا جبرستیزی، بازار آزاد، رقابت کامل، فردگرایی، مشارکت سیاسی، نظام نمایندگی، عقل‌گرایی، ترقی‌خواهی و علم‌گرایی بوده است».^{۳۳} از همین رو، می‌توان مهم‌ترین عوامل شکل‌گیری لیبرالیسم را «دولت مدرن» و «فردگرایی»^{۳۴} دانست؛ بنابراین، «دولت حقوقی لیبرال» در معنای عام،^{۳۵} دولتی است که افزون بر محاط بودن توسط هنجارهای حقوقی، بر فردگرایی، سکولاریسم، مدرنیسم و عقل‌گرایی تأکید ورزیده و نهادها و ساختارهای دولتی را مبتنی بر ملاک‌های مذکور مستقر می‌سازد.

۲۶. جان هال، لیبرالیسم، در: خرد در سیاست، گزیده و نوشته و ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ سوم، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۹)، ۳۷۵.

27. Individualism

28. Equality

۲۹. همانطور که «دموکراسی‌های ضد لیبرالی (خواه انقلابی یا خلقی) بر برابری بیش از آزادی تأکید کرده‌اند.» حسین بشیریه، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم (۲)، لیبرالیسم و محافظه‌کاری، چاپ اول، (تهران: نشر نی، ۱۳۷۸)، ۲۳.

۳۰. بشیریه، پیشین، ۱۱.

31. Right

۳۲. عبدالکریم سروش، سلوک دیندارانه در جهان مدرن، جلسه سی و نهم، ۲۰۱۸، قابل دسترسی در: <https://www.aparat.com/v/kTfnG>، تاریخ دسترسی: ۱۶/۱۰/۱۴۰۰.

۳۳. بشیریه، پیشین، ۱۴.

۳۴. نک: ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۹۱-۹۶.

۳۵. توضیح آنکه در درون «دولت حقوقی لیبرال» نیز دیدگاه‌های گوناگونی متصور است که علی‌رغم امکان شناسایی مؤلفه‌های مشابه، نمی‌توان لزوماً این‌همان میان آنها برقرار نمود. نظرات دو متفکر مشهور قرن بیستم، هایک و نوزیک، در مورد دولت حقوقی در این پژوهش تأییدی بر مدعای اخیر است.

۳- «دولت حقوقی هایک»

۳-۱- معرفت‌شناسی هایک

فهم صواب آموزه‌های حقوقی هایک^{۳۶} و پی بردن به مؤلفه‌های دولت حقوقی او، بی‌گمان مستلزم درک «معرفت‌شناسی»^{۳۷} و مآلاً «روش‌شناسی»^{۳۸} هایک می‌باشد.^{۳۹} به‌طور کلی، اعتقاد به شناخت محدود و تقسیم معرفت، نقد علم‌گرایی و برنامه‌ریزی دولتی، تأکید بر فردگرایی و نیز اعتقاد بر تحول دارویی در علوم انسانی از عناصر بنیادین در نظام فکری هایک می‌باشد که در ارائه و ساخت دولت حقوقی او اثرگذار بوده است.

۳-۱-۱- باورمند به شناخت محدود و تقسیم معرفت

«هایک با تکیه بر دیدگاه سوپوزکئیویستی در علوم اجتماعی، نظریه بسیار مهم «تقسیم معرفت یا شناخت»^{۴۰} را مطرح می‌سازد». ^{۴۱} آن‌چنان که کانت^{۴۲} بر تمایز میان «بود»^{۴۳} و «نمود»^{۴۴} و مآلاً بر ناتوانی بشر در دسترسی به حقیقت مطلق اشیاء انگشت تأکید می‌نهد،^{۴۵} هایک نیز همچون او و پوپر^{۴۶} معتقد است «ما همه‌دان نیستیم و علم مطلق نداریم و لحظه به لحظه باید با واقعیات تازه‌ای که قبلاً نمی‌دانستیم سازگار شویم»^{۴۷} و بنابراین با مهندسی جامعه و بلندپروازی شناخت‌شناسانه دکارتی و نیز رویکردهای ایدئالیستی درباره شناخت سر سازش ندارد؛^{۴۸} آنچه موجب نحیف شدن قلمرو دولت در

36. Friedrich August von Hayek

37. Epistemology

38. Methodology

۳۹. کما اینکه هایک در آثار قلمی خویش، گرچه از دولت حقوقی (rechtsstaat) نام می‌برد لیکن به توضیح و تبیین آن نمی‌پردازد، بلکه دغدغه او بیشتر ناظر بر تبیین مفهوم قانون و تمایز آن از قانون‌گذاری، به‌ویژه در سه جلد کتاب «قانون، قانون‌گذاری و آزادی» است که در اثنای آن تا حدودی می‌توان به ابعاد دولت حقوقی او آگاهی یافت.

40. Division of Knowledge

۴۱. موسی غنی‌نژاد، درباره هایک، چاپ اول، (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱)، ۴۸.

42. Immanuel Kant

43. Nomen

44. Phenomena

45. Roger Scruton, Kant, *A very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 57; Karl Popper.

46. Ibidem.

۴۷. فردریش فون هایک، در سنگر آزادی، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ اول، (تهران: نشر ماهی، ۱۳۹۰)، ۱۶۳.

۴۸. در واقع، نقطه کلیدی و مهم نظریه معرفت او در مورد انسان، خطاپذیری (Fallibility) آدمی است.

اندیشه او نیز می‌گردد.

۳-۱-۲- نقد علم‌گرایی و برنامه‌ریزی دولتی

هایک با «برساخت‌گرایی عقلی»^{۴۹} که آن را «علم‌پرستی»^{۵۰} می‌نامد مخالف است و به تعبیر «روح هندسی» دکارتی می‌تازد.^{۵۱} به باور هایک، «رشد فکری و ذهنی یا اصولاً پیشرفت را تابع «برنامه‌ریزی» یا «سازمان‌دهی» قرار دادن، مستلزم تناقض است و برنامه‌ریزی و توتالیترایسم امروزی همه از همین قسم خردگرایی یا برساخت‌گرایی اجتماعی سرچشمه می‌گیرند».^{۵۲} آن‌چنان که پوپر معتقد بود برخلاف علوم تجربی که با تبیین پدیده‌ها در آنها مواجه هستیم، در علوم انسانی تفسیر باید به جای تبیین بنشیند،^{۵۳} هایک نیز کاربست افراطی زبان علوم طبیعی - تجربی در علوم انسانی، بدون تفتن بر زوایای به مراتب پیچیده‌تر آنها را امری ناروا و اساساً اشتباه روش‌شناختی می‌انگارد.^{۵۴} به باور او، «برنامه‌ریزی اقتصادی اشتراکی به‌طور اجتناب‌ناپذیر به جباریت توتالیتر می‌انجامد»^{۵۵} و از همین رو، برنامه‌ریزی دولتی ممتنع و نکوهیده است.

۳-۱-۳- باورمند به نظریه تحول انواع داروینی در علوم انسانی

هایک باورمند «معرفت تحولی»^{۵۶} و مخالف «صنع‌گرایی»^{۵۷} است. از همین رو، او میان «کوسموس»^{۵۸}

49. Rationalist Constructivism

50. Scientism

۵۱. نک: فردریش فون هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، چاپ اول، (تهران: طرح نو: ۱۳۸۰)، ۲۹-۳۲.

۵۲. هایک، در سنگر آزادی، پیشین، ۹۴ و ۱۵۷.

۵۳. البته دلایل هایک در رد برنامه‌ریزی کلی اساسی‌تر از دلایل پوپر است. پوپر می‌گوید چون ما به جزئیات زندگی اجتماعی اشراف نداریم و جامعه همواره در پویایی است، برنامه‌ریزی کلی ممکن نیست؛ اما در نظریه هایک، بخش عمده شناختی که زندگی اجتماعی بر آن استوار است خصلتی عملی، یعنی غیرعلمی، دارد. چنین شناختی را نمی‌توان در ذهنی واحد متمرکز ساخت، زیرا در آداب و سنن مندرج است. بشیریه، پیشین، ۸۳.

۵۴. نک: هایک، در سنگر آزادی، پیشین، ۱۶۷.

See also: Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, (Chicago, Chicago Press, 1978), 25; Friedrich Hayek, *The Counter-Revolution of Science, Studies On The Abuse Of Reason* (London: The Free Press of Glencoe, 1964), 19.

۵۵. نک: هایک، در سنگر آزادی، پیشین، ۱۵۲ و ۲۳۸؛ فردریش فون هایک، راه بردگی، ترجمه فریدون تفضلی و حمید پاداش، چاپ اول، (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۰)، ۱۴۳.

56. Evolutionary Knowledge

57. Constructivism

58. Cosmos

و «تکسیس»^{۵۹} قائل به تمایز شده و اولی را «نظم‌های خودجوش» و دومی را «نظم‌های ترتیب‌یافته عامدانه»^{۶۰} می‌انگارد. از همین‌رو معتقد است تحول و تکامل نه منطبق با خرد آگاهانه و اتکای محض بر عقل، بلکه تدریجاً در طول زمان و از پیوند کاربست خودآگاهی و خرد ناخودآگاه آدمی سرچشمه می‌گیرد. به باور او، «ساختن جامعه‌ای خوب و آراسته محال است، مگر اینکه مردم بیاموزند که حکومت در این دنیا نمی‌تواند به‌طور مؤثر مسؤول این باشد که چرا برخی از گروه‌ها وضعیتشان بهتر است».^{۶۱} بر این اساس، او با هر نوع اتوپیاگری نیز مخالفت می‌ورزد.

۳-۱-۴- باورمند به آزادی فردی

هایک به شدت با سوسیالیسم و تقدم مفاهیمی همچون نظم و منفعت عمومی بر فرد و آزادی‌های فردی مخالف است. او «راه بردگی» را در قربانی کردن آزادی در مسیر اهداف جمع‌گرایانه می‌انگارد. او تمدن غربی و پیشرفت‌های موجود در آن را ناشی از فردگرایی و ارج نهادن به آزادی می‌داند.^{۶۲} صلح، آزادی و عدالت از نظر هایک، «سه ارزش بزرگ سلبی»^{۶۳} می‌باشند که عدم دخالت دولت، امکان تضمین هر چه بیشتر آنها را فراهم می‌سازد. «هایک به تبعیت لرد اکتون»^{۶۴} معتقد است آزادی وسیله‌ای برای رسیدن به هدف عالی سیاسی نیست، بلکه خود همان هدف عالی سیاسی است».^{۶۵} قطعاً اتخاذ چنین رویکردی در ساخت دولت حقوقی او و تعیین حدود اختیارات دولت اثرگذار است. آن‌چنان که دولت حقوقی او ساحتی فردگرایانه و حافظ حق‌ها و آزادی‌های فردی می‌نماید.

۳-۲- مؤلفه‌های دولت حقوقی در اندیشه هایک

مبتنی بر معرفت‌شناسی خاص هایک، دولت حقوقی لیبرال او نیز دارای مؤلفه‌هایی است که نیازمند تدقیق و تعمق جدی است. برخی از مهم‌ترین آنها عبارتند از: پیوند نوموس و تزیس در دولت حقوقی،

59. Taxis

۶۰. نک: هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، پیشین، ۷۰.

۶۱. هایک، در سنگر آزادی، پیشین، ۲۴۹.

۶۲. نک: هایک، راه بردگی، پیشین، ۵۵-۶۸.

۶۳. نک: هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، نظم سیاسی و مردمان آزاد، پیشین، ۱۸۲.

64. Lord Acton

۶۵. محمد توحیدفام، «تلازم آزادی و حکومت قانون در اندیشه هایک»، فصلنامه مطالعات روابط بین‌الملل ۱۸ (۱۳۹۱)، ۵۷.

نقد عدالت توزیعی و اجتماعی، طرفداری از دموکراسی تعدیل شده، محدود بودن وظایف دولت، قائل به وجود چهارچوب هنجاری و نهادی برای دولت حقوقی و بالأخره باورمند به آموزه فراحقوقی در دولت حقوقی.

۳-۲-۱- باورمند به پیوند «نوموس» و «تزیس» در دولت حقوقی

محدودیت قدرت دولت در دولت حقوقی از نظر هایک، اندیشه مرکزی آزادی سیاسی را تشکیل می‌دهد اما منظور از حقوق در اینجا «حقوق موضوعه» نیست.^{۶۶} هایک از دوگانه کوسموس و تکسیس^{۶۷} در شیوه خردورزی آدمی، به دوگانه «نوموس»^{۶۸} و «تزیس»^{۶۹} در نظام حقوقی می‌رسد. به باور او، نوموس «قانون آزادی»^{۷۰} و تزیس «قانون هیأت مقننه»^{۷۱} است. توضیح آنکه به زعم او، قوانین مصوب نهادهای تقنینی در یک نظام حقوقی، باید منطبق با قانون آزادی^{۷۲} وضع گردد. به همین دلیل، او میان «قانون»^{۷۳} و «قانون‌گذاری»^{۷۴} قائل به تمایز شده^{۷۵} و از این طریق، «قواعد واقعی» یا «قواعد رفتار درست (عادلانته)» را از «قواعد هنجاری» یا «مقررات دولتی»^{۷۶} مجزا می‌سازد. به دیگر سخن، مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد گروه نخست قانون‌گذاری دولتی نیست و دولت در ایجاد این قواعد نقشی ندارد.^{۷۷} در اندیشه هایک، «معیار قانون، همگانی بودن است؛ و قانون خود محصول تکامل اخلاقی جامعه

۶۶. موسی غنی‌نژاد، پیشین، ۲۳.

67. Cosmos & Taxis

68. Nomos

69. Thesis

۷۰. نک: هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، نظم سیاسی و مردمان آزاد، پیشین، ۱۵۰.

۷۱. نک: همان، ۱۹۳.

۷۲. مراد از قانون آزادی قوانینی است که دارای ویژگی‌هایی از قبیل غیرقابل عطف‌به‌ماسبق، معین، عمومی، انتزاعی و ... می‌باشند. نک: ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۰۱.

73. Law

74. Legislation

۷۵. به نظر هایک، «قانون» از «قانون‌گذاری» قدیمی‌تر است (هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، نظم سیاسی و مردمان آزاد، ۱۱۸) و قوانین مصوب پارلمان‌ها نیاستی با قانون مخالف باشند.

۷۶. نک: همان، ۱۲۸.

۷۷. مهدی شهبایی، فلسفه حقوق - مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶)، ۲۸۸.

است.^{۷۸} راهکار او پیوند میان نوموس و تزیس یا به عبارتی بهتر، تطبیق مصوبات هیأت مقننه با قوانینی پیشینی است. از همین رو، «به نظر هایک، قانون مداری کامل ضروری است اما کافی نیست» و «قوانین غیرقابل عطف به ماسبق، معین، برابری در مقابل قانون، قوه قضائیه مستقل، اداره مطیع قواعد، نظام قضایی نظارت بر قانون مداری اعمال اداری و منشور حقوق بنیادین»^{۷۹} را از شاخصه‌های دولت حقوقی برمی‌شمارد. بر این اساس، عدم توجه هیأت مقننه به نوموس در جامعه، آثار مخربی از جمله «تورم تقنینی»^{۸۰} در پی خواهد داشت. به نظر می‌رسد هایک «خودتنظیمی»^{۸۱} را مرجح بر «قانون‌گذاری»^{۸۲} در نظر گرفته و بر آن است تا «تنظیم‌گری حقوقی»^{۸۳} را محدود به قانون‌گذاری ننماید.^{۸۴}

۳-۲-۲- نقد عدالت توزیعی و اجتماعی

به باور هایک، «در اقتصاد بازار آزاد که هیچ شخص یا گروهی به تنهایی تعیین نمی‌کند که به چه کسی چه می‌رسد و سهم افراد همواره به بسیاری شرایط بستگی دارد که احدی نمی‌توانسته پیش‌بینی کند، مفهوم عدالت توزیعی یکسره پوچ و بی‌معناست».^{۸۵} هایک معتقد است «نه تنها قواعد رفتار درست (عادلانانه)، بلکه آزمون درستی (عادلانانه بودن) آنها نیز سلبی‌اند».^{۸۶} توضیح آنکه عدالت نه در دارا بودن یا نبودن کنونی افراد، بلکه به نحوه به دست آوردن ثروت توسط ایشان برمی‌گردد^{۸۷} و از آنجا که برنامه‌ریزی دولتی مبتنی بر شناخت محدود، ممتنع و مذبوم است، عدالت توزیعی نیز خود منکر عدالت و سرچشمه

۷۸. بشیریه، پیشین، ۹۰.

۷۹. نک: ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۱۰۱ و ۱۰۲.

80. Legislative Inflation

81. Self-Regulation

82. Legislation

83. Legal Regulation

۸۴. به منظور آگاهی از خودتنظیمی در تنظیم‌گری حقوقی و تمایز آن از قانون‌گذاری، نک: محمود شاطریان و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری ۶ (۱۴۰۰)، ۱۳۹-۱۶۰.

۸۵. هایک، در سنگر آزادی، پیشین، ۱۸۱.

۸۶. هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، سراب عدالت اجتماعی، پیشین، ۶۴.

۸۷. به اعتقاد هایک، اگر وضعیت یا شرایط اجتماعی‌ای را عادلانه یا ناعادلانه می‌خوانیم معنای آن این است که یک فرد یا برخی افراد خاص را مسؤول آن شرایط یا مجاز برای تغییر آن بدانیم. یک موقعیت اقتصادی یا سیاسی (مثل فاصله فقیر و غنی) می‌تواند از نظر ما خوب یا بد باشد اما نمی‌تواند متصف به عدل شود. احسان خاندوزی، «بازخوانی و نقد نظریه‌های عدالت اقتصادی در قرن بیستم»، مجلس و راهبرد ۶۸ (۱۳۹۰)، ۱۱۳.

استبداد دولتی است. «او معتقد است جامعه در اندیشه عدالت اجتماعی از مفهوم نظم خودجوش خارج می‌شود».^{۸۸} به زعم هایک، «تلقی تدابیری به عنوان «عدالت اجتماعی» تقریباً فقط دستاویزی جهت حاکم کردن منافع گروه‌های خاص بر منفعت عمومی همگان است»^{۸۹} و از همین رو، عدالت مبادله‌ای (معاوضی) را مرجح بر عدالت توزیعی می‌داند.

۳-۲-۳- باورمند به دموکراسی تعدیل شده

مبتنی بر تمایز میان «قانون» و «قانون‌گذاری»، هایک دموکراسی در معنای متداول^{۹۰} را مورد انتقاد قرار داده و معتقد است «توافق تعداد بسیار زیادی از افراد در مورد عادلانه بودن یک قاعده خاص مسلماً می‌تواند آزمونی خوب، هرچند نه ابطال‌ناپذیر، برای عدالت باشد، اما عادلانه تلقی کردن هر مصوبه خاص اکثریت به معنای تهی کردن مفهوم عدالت از معنای آن است».^{۹۱} به دیگر سخن، هایک بر این باور است که گرچه اکثریت می‌توانند قانون‌گذاری نمایند، لیکن این عمل نایستی با قانون آزادی و اوصاف آن^{۹۲} مغایرت داشته باشد.^{۹۳} از همین رو، او معتقد است «دموکراسی لزوماً به معنای دولت نامحدود نیست».^{۹۴} کما اینکه به زعم او، حکومت اکثریت می‌تواند به حکومت توتالیتر بدل گردد اگر قانون‌گذاری از حدود قانون فراتر رود.^{۹۵} از همین رو، دولت حقوقی هایک فراتر از دموکراسی‌های معمول و متکی بر قوانینی پیشینی سامان می‌یابد.

۳-۲-۴- باورمند به آموزه فراحقوقی دولت حقوقی

دولت حقوقی در اندیشه هایک، دولتی فراتر از دولت صرف مبتنی بر قانون اساسی است. توضیح آنکه «هایک در آموزه فراحقوقی^{۹۶} دولت حقوقی خویش، مجموعه معیارهایی را پیشنهاد می‌کند که با توسل

۸۸. توحیدفام، تلازم آزادی و حکومت قانون در اندیشه هایک، پیشین، ۶۰.

۸۹. هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، سراب عدالت اجتماعی، پیشین، ۱۴۳.

۹۰. دموکراسی به معنای هر آنچه اکثریت بدان باور دارند باید ملاک عمل قرار گیرد.

۹۱. همان، ۲۰.

۹۲. اوصافی همچون عطف بماسبق نشدن، کلی و انتزاعی بودن و ...

93. Christian Atias, *Philosophie du droit*, 2e édition (Paris, P.U.F, 2004), 138.

94. Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op.cit., 107.

۹۵. نک: هایک: قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، نظم سیاسی و مردمان آزاد، پیشین، ۲۱.

96. Meta- Legal

به آنها می‌توانیم قوانین را بدون توجه به محتوایشان بررسی کنیم که آیا قوانین واقعی و بخشی از دولت حقوقی هستند یا فرامین دولتی محسوب می‌شوند.^{۹۷} بنابراین، اگرچه وجود قانون اساسی در دولت حقوقی هایک حائز اهمیت فراوان است، لیکن محدود به آن نیست. از همین رو، او معتقد است «هرگز نمی‌توان کلیه حقوق اساسی‌ای را که آزادی فردی را تشکیل می‌دهند به نحو جامعی یک به یک نام برد».^{۹۸} بنابراین، تطبیق قانون‌گذاری با قانون در دولت حقوقی هایک از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشد.

۳-۲-۵- باورمند به محدود بودن وظایف دولت

هایک در تلاش است تا اندازه دولت را تا حد ممکن کوچک سازد.^{۹۹} او معتقد است دو وظیفه متمایز حکومت را باید از یکدیگر بازشناخت؛ نخست «اعمال قواعد همه‌شمول رفتار درست» و دیگری «هدایت سازمانی که به منظور فراهم آوردن خدمات گوناگونی به شهروندان ایجاد شده است».^{۱۰۰} «هایک وظایف دولت را در نظارت بر چگونگی اعمال هنجارهای ناشی از نظم ارادی و ارائه خدمات خلاصه می‌کند».^{۱۰۱} به باور هایک، جامعه در صورتی شکوفا و صلح‌آمیز تلقی می‌شود که حکومت خود را محدود به وظایف اخیر کرده باشد.^{۱۰۲} هایک در پاسخ به این انتقاد که محدود نمودن وظایف دولت در جهان معاصر، موجب فلج شدن زندگی اقتصادی می‌شود معتقد است اگرچه در عصر مدرن، دولت‌ها مدیریت تعداد زیادی از خدمات اساسی را بر عهده گرفته‌اند و توقف آنها به سرعت بر زیست اجتماعی - اقتصادی شهروندان تأثیر خواهد گذاشت، «این وضع به این علت پیش نیامده که این خدمات را تنها دولت می‌تواند فراهم آورد، بلکه به این علت پیش آمده که دولت حق انحصاری ارائه خدمات را به خود اختصاص داده است».^{۱۰۳} از این رو، محدود بودن وظایف دولت همچون اصل در نظام فکری هایک بارز بوده و انکارناشدنی است.

۹۷. ایمون باتلر، اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه فریدون تقضلی (تهران: نشر نی، ۱۳۸۷)، ۵۸.

۹۸. هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، نظم سیاسی و مردمان آزاد، پیشین، ۱۵۶.

99. See: Eric Aarons, Hayek versus Marx and today's challenges, (Oxford: Routledge: 2009), 157.

۱۰۰. نک: هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، پیشین، ۲۰۳.

۱۰۱. ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، پیشین، ۹۹.

۱۰۲. نک: هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، پیشین، ۲۰۶.

۱۰۳. همان، ۲۰۴.

۳-۲-۶- چهارچوب‌های هنجاری و نهادی دولت حقوقی

«در گفتمان هایک، دولت حقوقی از دو بُردار تشکیل می‌شود: نخست چهارچوب هنجاری که در آن دولت حقوقی از اجزای ذیل تشکیل می‌شود: از سویی قوانین (هنجارهای عمومی، انتزاعی و دائمی) نامتعارض، ممکن، جامع، معین، عمومی، غیرقابل عطف به‌ماسبق شونده^{۱۰۴} و از سوی دیگر هنجارهای فردی (احکام و دستورها) که باید مطابق با همان هنجارهای عمومی پیش‌گفته باشند؛^{۱۰۵} دوم چهارچوب نهادی که در دولت حقوقی به‌صورت قوه قضائیه مستقل، نظارت قضایی بر قانون‌مداری اعمال اداری و در مجموع قوانین وجود دارد».^{۱۰۶} مسأله مهم آنکه در اندیشه هایک، قوه قضائیه مستقل نسبتی نزدیک با نوموس پیدا می‌کند و بر همین اساس، او اذعان می‌دارد «از قاضی انتظار می‌رود به‌گونه‌ای تصمیم بگیرد که با برداشتی که مردم عموماً از امر عادلانه دارند خوانایی داشته باشد».^{۱۰۷} هایک این عقیده لاک مبنی بر «از قبل اعلام شدن هر قانون در یک جامعه آزاد» را ملهم از اندیشه صنع‌گرا می‌داند و معتقد است این قاضی است که باید خلأهای موجود در مجموعه قوانین را با اتکای بر نوموس پُر نماید. یگانه و مهم‌ترین شرطی که او برای امکان توسل جستن قاضی به این اختیار مطرح می‌نماید آن است که اگر قاضی به قاعده غیرمکتوبی استناد نمود باید احتمال دهد که مورد تأیید عمومی قرار می‌گیرد.^{۱۰۸} از آنجا که در اندیشه مؤخر هایک،^{۱۰۹} «حقوق عرفی مهم‌ترین ضامن آزادی فردی است»،^{۱۱۰} قوه قضائیه مستقل رکنی اساسی در تحقق حقوق عرفی و پرهیز از قانون‌گذاری صنع‌گرایانه تلقی می‌گردد.

۱۰۴. پرواضح است که از این منظر، هایک رویکردی بسیار شبیه به آنچه فولر در کتاب «اخلاق قانون» دنبال نموده است را پی می‌گیرد.

۱۰۵. توضیح آنکه در دیدگاه هایک، «قانون در مقابل دستورالعمل» قرار می‌گیرد و بر این اساس، درستی احکام و دستورهای اداری با محک تطبیق آنها با قانون سنجیده می‌شود.

106. Philippe Nemo, *La société de droit selon Hayek* (Paris, P.U.F. 1988), 68.

۱۰۷. هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، پیشین، ۱۸۱.

۱۰۸. نک: همان، ۱۸۴ و ۱۸۵.

۱۰۹. به باور گری، «هایک در نوشته‌های اولیه خود قائل و دلبسته صورتی ناب از دولت-برحق» کانتی است که در آن اقتدار دولت با قانون اساسی واضحی تعریف و معین می‌شود». جان گری، فلسفه سیاسی فون هایک، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ اول، (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹)، ۱۰۲.

۱۱۰. همان، ۱۰۳.

۴- «دولت حقوقی نوزیک»

۴-۱- معرفت‌شناسی نوزیک

فهم دولت حقوقی نوزیک،^{۱۱۱} بی‌تردید مستلزم درک «معرفت‌شناسی» و تلقی او از شناخت معتبر می‌باشد. تأثیر هایک بر نوزیک و نیز وام‌گیری نوزیک از لاک^{۱۱۲} در این خصوص انکارناپذیر است. به‌طور کلی، فردگرایی، غایت‌زدایی از ماهیت بشر و بالأخره حق‌مداری انسان از عناصر بنیادین در نظام فکری نوزیک می‌باشد که در ارائه و ساخت دولت حقوقی - حداقلی او نیز اثرگذار بوده است.

۴-۱-۱- باورمند به فردگرایی

نوزیک معتقد است مردم از مجموعه‌ای موسع از «حق‌های منفی»^{۱۱۳} برخوردار هستند و بر این اساس، هر شخص «مالک خویشتن»^{۱۱۴} است. به نوعی می‌توان مدعی شد نوزیک طرفدار نسل‌های اول حقوق بشری و عدم مداخله دولت در حق‌ها و آزادی‌های فردی است. در واقع، «فردگرایی»^{۱۱۵} در اندیشه نوزیک تا جایی پیش می‌رود که کارکردهای دولت به پایین‌ترین حد ممکن تنزل می‌یابد؛ بنابراین، مفاهیم سترگی همچون نظم و منفعت عمومی در مقابل اصالت فردگرایانه نوزیکی توان قد علم کردن نخواهند یافت. شاید بتوان گفت همین عامل است که موجب باورمندی نوزیک به غایت‌زدایی از ماهیت بشر نیز گردیده است.

۴-۱-۲- باورمند به غایت‌زدایی از ماهیت بشر

«لیبرال‌ها برای انسان غایتی فراگیر و مشترک که در متن حیات اجتماعی - سیاسی محقق شود، تصور نمی‌کنند. از نظر نوزیک، انسان‌ها از هم جدا و تفکیک‌شده هستند و لذا ترجیحات هرکس ملاک عمل همان شخص است».^{۱۱۶} از این‌رو، نوزیک معتقد است «دولت کمینه از سنت آرمان‌شهری، آنچه را همه

111. Robert Nozick

112. John Locke

113. Negative Rights

114. Self_Owner

115. See: Jason Brennan, "Libertarianism after Nozick", *Philosophy Compass* 2 (2018), 2.

116. Individualism

۱۱۷. ابراهیم سرپرست سادات و علی عابدی رنایی، «مفروضات انسان‌شناختی رابرت نوزیک و نقد اجتماع‌گرایانه مکتب‌تایر بر آن»، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی ۲، (۱۳۹۵)، ۱۵.

ما ممکن است بدان حرمت بگذاریم حفظ می‌کند و باقی آن را به روی آرزوهای فردی ما می‌گشاید».^{۱۱۸} در واقع می‌توان مدعی شد نوع دولت حقوقی نوزیک به شدت نشأت گرفته از باورمندی او به غایت‌زدایی از ماهیت بشر است. بر اساس این تعبیر، فرد فرد آدمیان خود غایت به شمار می‌روند و نه اینکه نوع بشر دارای غایتی مشترک باشد.

۴-۱-۳- باورمند به حق‌مداری انسان

«نوزیک بر تقدم حق بر خیر در فلسفه سیاسی اصرار می‌ورزد».^{۱۱۹} این ایده نوزیک البته ریشه در تأثر فکری او از کانت دارد. همان‌گونه که کانت قائل به «غایت بالذات بودن انسان» و مآلاً ممنوع بودن استفاده ابزاری از آدمی بود،^{۱۲۰} نوزیک نیز انسان را ذاتاً موجودی ذی‌حق می‌انگارد. به باور نوزیک، «هر فرد می‌تواند به «حقوق مطلق» دست یابد، اگر موجب تحدید شرایط دیگران نگردد».^{۱۲۱} همین معرفت‌شناسی در نوزیک است که باعث طرفداری وی از نظریه عدالت استحقاقی در دولت حقوقی - حداقلی او می‌گردد.

۴-۲- مؤلفه‌های دولت حقوقی در اندیشه نوزیک

مهم‌ترین مؤلفه‌های دولت حقوقی نوزیک، اغلب مبتنی بر رویکرد او در کتاب «بی‌دولتی، دولت و آرمان‌شهر» را می‌توان پذیرش وضع طبیعی و قرارداد اجتماعی در موجه‌سازی دولت کمینه، مقابله با آنارشی و پذیرش مینارشی، پذیرش عدالت استحقاقی به جای عدالت توزیعی و بالأخره محدود نمودن کارکردهای دولت به مثابه شب‌نگهبان دانست.

۴-۲-۱- آغاز دولت حقوقی نوزیک با پذیرش وضع طبیعی، بنگاه مسلط، قرارداد

اجتماعی و موجه‌سازی دولت کمینه

نوزیک، ساخت دولت حقوقی - حداقلی خود را با این پرسش بنیادین می‌آغازد که «آیا اصلاً دولتی باید در

۱۱۸. رابرت نوزیک، بی‌دولتی، دولت، آرمان‌شهر، ترجمه محسن رنجبر، چاپ دوم، (تهران: نشر مرکز، ۱۳۹۶)، ۴۲۶.

۱۱۹. ریموند پلانت، نوزیک: «نظریه استحقاق در باب عدالت»، ترجمه حسنعلی زیدانلو، آموزه‌های فلسفه اسلامی ۴ (۱۳۸۳)، ۱۴۵.

۱۲۰. برای نمونه، نک: برایان بیکنس، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ. چاپ سوم. (تهران: نشر نی، ۱۳۹۵)، ۲۹۱.

121. Nicholas Asquin, Nozick, "Entitlement Theory and the Justification for Maximizing Individual Freedoms", *Political Science Undergraduate Review* 1 (2015), 8.

کار باشد؟ چرا بی دولت نباشیم؟».^{۱۲۲} او با تمسک بر «نظریه وضع طبیعی»^{۱۲۳} لاک مدعی می‌شود در دوران پیشاسیاسی، انسان‌ها بدون وجود دولت نیز در کنار یکدیگر می‌زیستند. به مرور زمان، افراد این مهم را پذیرفتند که «انجمن‌های محافظ»،^{۱۲۴} که به تدریج موجب پیدایش «انجمن محافظ مسلط»^{۱۲۵} یا «بنگاه مسلط»^{۱۲۶} شدند، به شکلی بهتر می‌توانند از حقوق انسان‌ها حمایت به عمل آورند.^{۱۲۷} به باور نوزیک، عاملی که موجب گذار از وضع طبیعی به انجمن محافظ مسلط و مآلاً دولت - البته به شکل کمینه - بوده، همانا «قرارداد اجتماعی»^{۱۲۸} است. به باور نوزیک، «انجمن محافظ مسلط در یک منطقه به نوعی همان دولت هست که می‌توان آن را «موجود شبیه دولت» یا «دولت‌وار» بخوانیم».^{۱۲۹} به باور او، «دولت کمینه بزرگ‌ترین دولت توجیه‌پذیر است. هر دولتی بزرگ‌تر از آن حقوق آدمیان را پایمال می‌کند».^{۱۳۰} اگرچه او کمینه بودن دولت را می‌پذیرد، لیکن با رویکرد آنارشیزست‌ها، مبنی بر بی‌دولتی، مخالفت می‌ورزد.

۴-۲-۲- مقابله با آنارشی و پذیرش مینارشی و دولت کمینه

نوزیک در تشریح نظر طرفداران بی‌دولتی اذعان می‌دارد «یک دولت‌گریز فردگرا علیه دولت اعتقاد دارد وقتی که دولت استفاده از زور را در سرزمینی به انحصار خود درمی‌آورد، قیدهای جانبی اخلاقی بر رفتار مجاز با افراد را زیر پا می‌گذارد. دولت‌گریز فردگرا نتیجه می‌گیرد که از این رو، خود دولت ذاتاً ضد اخلاقی است».^{۱۳۱} نوزیک در مقابل آنارشی (بی‌دولتی) به مینارشی (دولت کمینه) باورمند است. استدلال او آن است که به هر حال «داشتن دولت موجب پیشرفت و ارتقا نسبت به وضعیت طبیعی بدون دولت

۱۲۲. نوزیک، پیشین، ۱۳.

۱۲۳. نک: همان، ۲۱.

۱۲۴. نک: همان، ۲۴.

۱۲۵. نک: همان، ۲۹.

۱۲۶. نک: همان، ۱۳۷-۱۵۲.

۱۲۷. «به اعتقاد نوزیک، دولت حاصل همکاری آزادانه کسانی است که در سرزمینی معین، برای محافظت از خود گرد هم می‌آیند و وظیفه آن، دفاع از حقوق هر فرد در برابر مداخله دیگران است. بر این مبنا، دولت افراد را از اجرای خودسرانه عدالت باز می‌دارد» لسانی، پیشین، ۸۴.

۱۲۸. نک: نوزیک، پیشین، ۱۷۷.

۱۲۹. همان، ۱۵۸.

۱۳۰. همان، ۱۹۹.

۱۳۱. همان، ۷۴.

می‌شود.^{۱۳۲} البته دولتی که کمینه و فقط کمینه باشد. به باور او، «دولت کمینه با ما همچون افرادی مصون از تعرض رفتار می‌کند که دیگران مجاز نیستند آنها را همچون ابزار یا وسیله یا دست‌افزار یا منبع به کار گیرند؛ با ما همچون اشخاصی دارای حقوق فردی و برخوردار از منزلتی که این حقوق با خود می‌آورند رفتار می‌کند. دولت کمینه به حقوق ما حرمت می‌نهد و از این راه ما را بزرگ می‌دارد.»^{۱۳۳} رویکردی که به زعم او بهترین شکل حکمرانی و نه لزوماً حکمرانی بی‌نقص، در میان اشکال موجود به شمار می‌رود.

۴-۲-۳- باورمند به عدالت استحقاقی به جای عدالت توزیعی

یکی از نقاط بارز نظام فکری نوزیک که البته مؤثر در ساخت دولت حقوقی - حداقلی او نیز بوده است، اعتقاد او به «نظریه عدالت استحقاقی»^{۱۳۴} و نقد «عدالت توزیعی»^{۱۳۵} است. نظریه او در باب عدالت، تأکید مؤکد بر شیوه ایجاد مالکیت و فقط شیوه و نه نتایج مالکیت است. به باور او، همین که سه مرحله «اكتساب اولیه»، «انتقال دارایی‌ها» و «اصلاح»^{۱۳۶} به نحوی مشروع واقع شود، عدالت تحقق یافته و مآلاً نتایج چنین امری در عمل، خارج از موضوع عدالت است. بر همین مبناست که وی با نظریه عدالت رالز^{۱۳۷} سر سازش نداشته و مبنای رالزی عدالت، مبنی بر نتایج مالکیت را نمی‌پذیرد.^{۱۳۸} نشان‌دهنده نظریه عدالت استحقاقی به جای عدالت توزیعی در دولت حقوقی، بی‌تردید در کاهش قلمرو و وظایف دولت نیز اثرگذار خواهد بود.

۴-۲-۴- باورمند به محدود بودن کارکردهای دولت؛ «دولت شب‌نگهبان»^{۱۳۹}

نوزیک معتقد است وظایف دولت باید محدود به «نخست، اجرای قراردادهای و دوم، قدغن نمودن تجاوز و

۱۳۲. سرپرست سادات و عابدی رنانی، پیشین، ۱۴.

۱۳۳. نوزیک، پیشین، ۴۲۷.

134. Entitlement Theory of Justice

135. Distributive Justice

۱۳۶. نک: نوزیک، پیشین، ۲۰۰-۲۳۰.

۱۳۷. نک: همان، ۲۴۰-۲۹۹.

۱۳۸. گفتنی است هم نوزیک و هم رالز، مبنای کانتی «انسان غایت بالذات بودن» را برای نظریه عدالت خود برگزیده لیکن به نتایج متفاوتی رسیده‌اند. برای مطالعه بیشتر، نک: سرپرست سادات و عابدی رنانی، پیشین، ۱۹.

139. Night Watchman State

زدی و امثال اینها»^{۱۴۰} بشود. «به عقیده نوزیک، دولت همچون یک «شبگرد» باید فقط وظیفه حفاظت از نظم، مقابله با تجاوز و حمایت در مقابل زور و حيله‌گری را بپذیرد. دولت فاقد هرگونه نقش توزیعی است».^{۱۴۱} در واقع، دولت در چنین دیدگاهی «شر ضروری»^{۱۴۲} است^{۱۴۳} و تا حد امکان، وظایف آن باید تقلیل یابد. نوزیک حتی پا را فراتر از این گذارده و تا جایی پیش می‌رود که «آرمان‌شهر»^{۱۴۴} خود را مبتنی بر دولت کمینه و کاهش افراطی وظایف دولت به تصویر می‌کشد؛ آرمان‌شهری که با کاستن دخالت دولت، زمینه را برای تحقق غایات فردی بشر فراهم می‌آورد.

۵- «درآمدی بر نسبت گفتمان دولت حقوقی در ایران با آموزه‌های هایک و نوزیک»^{۱۴۵}

نخست و از یک سو، به نظر می‌رسد این ایده هایک راجع به پیوند نوموس و تزیس، در نظم حقوقی معاصر در ایران مورد اهتمام و اقبال واقع نشده و می‌توان ادعا نمود تمام یا حجم قابل توجهی از نظام حقوقی معاصر در ایران را عملاً فرامین دولتی (اعم از قوانین مصوب پارلمان و مقررات ناشی از دولت) تشکیل داده و نظم خودجوش، بر فرض وجود، بسیار نحیف و ناچیز است. به دیگر سخن، تورم تقنینی و نادیده‌انگاری خودتنظیمی در تنظیم‌گری حقوقی در ایران بارز و آشکار است.^{۱۴۶} از سوی دیگر، راهکار متأملانه هایک در عملی‌سازی پیوند نوموس و تزیس، مبنی بر اتکای سازنده بر قضات در حل و فصل مسائل حقوقی، چندان در نظام حقوقی داخلی با استقبال واقع نشده و با توجه به حجم انبوه قوانین و مقررات، نمی‌توان بستری برای قاضی ایرانی در ایجاد و مآلاً بسط «رویه قضایی» در عمل متصور

۱۴۰. نک: نوزیک، پیشین، ۳۵۱.

۱۴۱. مهدی هداوند، «حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر»، حقوق اساسی ۴ (۱۳۸۴)، ۶۴.

142. Necessary evil

143. See: Mark. D Friedman, *Nozick's Libertarian Project, an Elaboration and Defense* (London: Continuum, 2011), 86.

۱۴۴. نک: نوزیک، پیشین، ۳۸۱-۴۲۷.

۱۴۵. گفتنی است با توجه به اینکه ایده اصلی این مقاله، بررسی دولت حقوقی از منظر دو متفکر برجسته، هایک و نوزیک، است، در اینجا صرفاً به‌طور اجمالی و مقدماتی به گفتمان دولت ایرانی (جمهوری اسلامی ایران) در نسبت با اندیشه‌های دو متفکر مذکور اشاره شده و تعمیق و تحلیل گسترده آن را به مجال دیگر وا می‌گذاریم.

۱۴۶. روشن است که یکی از مهم‌ترین دلایل تورم تقنینی در ایران، مربوط به تعدد مراجع قاعده‌گذار و رشد و تکثیر قارچ‌گونه آنها در نظام حقوقی - تقنینی داخلی است که اساساً حوزه‌ای برای اعمال خودتنظیمی و تمشیت امور توسط خود شهروندان را باقی نگذاشته است.

بود. علاوه بر این، اصل پشتیبانِ فربه‌سازی نقش قضات در نظام‌های حقوقی از دیدگاه هایک که همانا «استقلال قاضی» است، با اختلال‌هایی جدی در نظم و نظام حقوقی داخلی روبه‌رو است.^{۱۴۷}

دوم آنکه تصور عدالت توزیعی‌هایکی و عدالت استحقاقی‌نوزیکی در نظام حقوقی داخلی، مبتنی و متکی بر مبانی و منابع موجه‌ساز آن، عمیقاً مورد تردید می‌باشد. تأملی در بند دوم اصل ۴۳ و نیز اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به مثابه هنجار هنجارین و مهم‌ترین سند لازم‌الاجرای حقوقی در سلسله مراتب هنجارهای داخلی، مدعای فوق را تأیید می‌نماید. افزون بر آن، تقطن در بندهای نخست و دوم اصل ۴۳ قانون اساسی، مغایرت گفتمان معاصر دولت ایرانی با اندیشه «دولت کمینه نوزیک» و نیز «محدود بودن وظایف دولت در اندیشه هایک» را نمایان می‌سازد.^{۱۴۸}

سوم و در نهایت آنکه به نظر می‌رسد می‌توان میان ایده «دموکراسی تعدیل‌شده» در اندیشه هایک و نوع حاکمیت در نظام اسلامی مورد پذیرش در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران - البته با پذیرش و آگاهی بر تفاوت‌های ماهوی - وجه اشتراکاتی یافت. توضیح آنکه در دموکراسی مد نظر هایک، رأی اکثریت نمی‌تواند اصول پیشینی از قبیل قوانین غیرقابل عطف بماسبق، برابری در مقابل قانون، قوه قضائیه مستقل، نظارت بر قانون‌مداری اعمال اداری و منشور حقوق بنیادین را نقض کند و بر این اساس، دموکراسی تعدیل می‌شود. حال آنکه در حاکمیت اسلامی مورد پذیرش در قانون اساسی داخلی نیز، اعتبار رأی اکثریت مستلزم عدم تعارض آن با «موازین اسلامی»^{۱۴۹} است. بر این اساس، در هر دو نظام اندیشگی، تبعیت دموکراسی از قواعد پیشینی پذیرفتنی است، اگرچه ممکن است محتوای قواعد پیشینی در هر دیدگاه منحصر به فرد و متمایز از دیگری باشد.

نتیجه‌گیری

دولت حقوقی لیبرال، به مثابه گفتمان غالب در حقوق عمومی مدرن، ضمن محاط نمودن دولت در هنجارهای حقوقی، با انکای بر فردگرایی، عقل‌گرایی، سکولاریسم و مدرنیته تلاش می‌نماید تا به نحوی مطلوب از حق‌ها و آزادی‌های فردی حمایت به عمل آورده و زمینه را برای رشد فردی بشر و حتی

۱۴۷. پر واضح است اصل ۱۶۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به روشنی استقلال شخصی قاضی را مورد خدشه قرار داده و تا حد زیادی، این مفهوم را خالی از محتوا و تهی از کارکرد نموده است.

۱۴۸. «تأمین نیازهای اساسی ...» و «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به‌منظور رسیدن به اشتغال کامل ...» در قانون اساسی داخلی، به وضوح مغایر با اندیشه‌های دو متفکر مورد بحث در این مقاله می‌باشد.

۱۴۹. نک: اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

تمدن‌سازی بر مبنای آن فراهم نماید. هایک مبتنی بر معرفت‌شناسی کانتی و پوپری، مبنی بر شناخت محدود و مآلاً تقسیم معرفت، نقد علم‌گرایی و برنامه‌ریزی دولتی، تمرکز بر فردگرایی و نیز اعتقاد بر تحول داروینی در علوم انسانی، بر نوموس و نظم خودجوش در ساخت و ساخت دولت حقوقی و پیوند آن با تزیس و نظم مصنوع تقنینی تأکید ورزیده و ضمن نقد عدالت توزیعی و طرفداری از دموکراسی تعدیل شده، چهارچوب نهادی و هنجاری دولت حقوقی خود، متکی بر قوانین عام و غیرقابل عطف به‌ماسبق و نیز قوه قضائیه مستقل را طراحی می‌نماید. نوزیک شبیه به معرفت‌شناسی هایک، اما مبتنی بر فرآیند استدلالی متفاوتی مدعی می‌شود که به لحاظ اخلاقی تنها دولت مشروع، دولت کمینه است. او با پذیرش نظریه لاکه‌ی وضع طبیعی، انجمن محافظ مسلط و قرارداد اجتماعی را در مشروع‌انگاری دولت کمینه و مقابله با آنارشی و طرفداری از مینارشی مورد کاربست قرار داده و آرمان‌شهر خود که همانا دولت حقوقی لیبرالی از نوع دولت کمینه است را نمایان می‌سازد. البته گفتنی است که نمی‌توان از دولت کمینه نوزیک به دولت حقوقی در معنای جدید و اصول فربه و گونه‌گون آن دست یافت و از این‌رو، مفهوم دولت کمینه در اندیشه نوزیک را باید کارکردی دانست. پرهیز از تورم تقنینی در اندیشه هایک که موجب بی‌اثری قانون در عمل می‌گردد و نیز دفاع از فردگرایی افراطی در اندیشه نوزیک که منجر به فربه‌شدن حق‌ها و آزادی‌های فردی در مقابل مفاهیمی همچون نظم و منفعت عمومی خواهد شد، نمایی از پیامدهای پذیرش دولت حقوقی لیبرال در دیدگاه این دو اندیشمند برجسته می‌باشد. گفتنی است بی‌اهتمامی در پیوند نوموس و تزیس و نیز کاربست عدالت اجتماعی و استحقاقی و همچنین دموکراسی تعدیل شده در ایران - البته با لحاظ تفاوت‌های ماهوی آن - به نحوی اجمالی نمایانگر وجوه تمایز و تشابه‌گفتمان دولت حقوقی در ایران معاصر با اندیشه‌های هایک و نوزیک می‌باشد که بسط و شرح آن مجالی دیگر می‌طلبد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی
کتاب‌ها

- استوار سنگری، کورش. دولت حقوقی. تهران: میزان، ۱۳۹۸.
- باتلر، ایمون. اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه فریدون تفضلی. تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.
- بالوی، مهدی و مهناز بیات. دولت حق بنیاد. دفترهای اول تا سوم. تهران: مجد، ۱۳۹۶.
- بشیریه، حسین. تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم (۲). لیبرالیسم و محافظه‌کاری. چاپ اول. تهران: نشر نی، ۱۳۷۸.
- بیکس، برایان. فرهنگ نظریه حقوقی. ترجمه محمد راسخ. چاپ سوم. تهران: نشر نی، ۱۳۹۵.
- دوگی، لئون. دروس حقوق عمومی. ترجمه و توضیح محمدرضا ویژه. چاپ دوم. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- شهابی، مهدی. فلسفه حقوق - مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
- عالم، عبدالرحمن. بنیادهای علم سیاست. چاپ بیستم. تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.
- غنی‌نژاد، موسی. درباره هایک. چاپ اول. تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱.
- فولادوند، عزت‌الله. خرد در سیاست. چاپ سوم. تهران: طرح نو، ۱۳۸۹.
- قاضی، ابوالفضل. بایسته‌های حقوق اساسی. چاپ پنجاه و نهم. تهران: میزان، ۱۳۹۸.
- قاضی، ابوالفضل. حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق. جلد اول. تعریف و ماهیت حقوق. چاپ چهارم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر. مبانی حقوق عمومی. چاپ ششم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
- گری، جان. فلسفه سیاسی فون هایک. ترجمه خشایار دیهیمی. چاپ اول. تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
- لاگلین، مارتین. مبانی حقوق عمومی. ترجمه محمد راسخ. چاپ پنجم. تهران: نشر نی، ۱۳۹۵.
- نوزیک، رابرت. بی‌دولتی، دولت، آرمان‌شهر. ترجمه محسن رنجبر. چاپ دوم. تهران: نشر مرکز، ۱۳۹۶.
- ویژه، محمدرضا. مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی. چاپ دوم. تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
- وینسنت، اندرو. نظریه‌های دولت. ترجمه حسین بشیریه. چاپ چهارم. تهران: نشر نی، ۱۳۸۳.
- هایک، فردریش فون. در سنگر آزادی. ترجمه عزت‌الله فولادوند. چاپ اول. تهران: نشر ماهی، ۱۳۹۰.
- هایک، فردریش. راه بردگی. ترجمه فریدون تفضلی و حمید پاداش. چاپ اول. تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۰.
- هایک، فردریش. قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی. جلد اول: قواعد و نظم، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد. چاپ اول. تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
- هایک، فردریش. قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی. جلد دوم: سراب عدالت اجتماعی. چاپ اول. تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲.
- هایک، فردریش. قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی. جلد سوم: نظم سیاسی و مردمان آزاد. چاپ اول. تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۳.
- هداوند، مهدی. حقوق اداری تطبیقی. چاپ ششم. تهران: سمت، ۱۳۹۶.
- هیوود، اندرو. کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی. ترجمه اردشیر امیر ارجمند و سیدباسم موالی‌زاده. چاپ اول. تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷.
- هیوود، اندرو. مقدمه نظریه سیاسی. ترجمه عبدالرحمن عالم. چاپ دوم. تهران: قومس، ۱۳۸۸.

The Free Press of Glencoe, 1964.

- Nemo, Phillippe. *La société de droit selon Hayek*. Paris, P.U.F. 1988.

- Pierson, C. *The Modern State*. 2nd Ed. London: Routledge, 2004.

- Scruton, R. *Kant, A very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- Silkenat, James R, Hickey Jr, James E. Barenboim & Peter D, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. New York: Springer, 2014

B. Articles

- Brennan, J. "Libertarianism after Nozick" *Philosophy Compass*, 2 (2018): 1-11.

<https://doi.org/10.1111/phc3.12485>

- Gallie, W.B. "Essentially Contested Concepts". *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956): 167-198.

- Asquin, N. "Nozick, Entitlement Theory and the Justification for Maximizing Individual Freedoms". *Political Science Undergraduate Review* 1 (2015): 7-12.

<https://doi.org/10.29173/psur4>

This Page Intentionally Left Blank

The Australian Legal System on Retirement From a Fundamental Rights Perspective

*Farid Noormohammadan¹, Emran Naimi*², Mohsen Ghasemi³*

1. Ph.D. in Public Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad university, Tehran, Iran.

Email: Farid_noormohammadan@Yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad university, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: omr.Naeimi@iauctb.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: Mghjur1970@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.324738.1924

Received:
22 May 2022

Accepted:
25 July 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

The purpose of this study is to examine the fundamentals of retirement and basic rights in Australia. The research method is descriptive-analytical and data collection is done using library resources. Surveys show that Australia's social security pension system is based on two main pillars. One is people who immigrate to Australia at retirement age and want to enjoy the benefits of this period, and the other is people who live in Australia and are permanent residents. People applying for a retirement visa need to meet certain conditions. However, people who are permanent residents of this country and have lived in this country for many years can benefit from two pensions under the headings of old age pension and retirement savings, which include all old citizens, who after reviewing the property and They are given assets and the other is a pension fund

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



that saves savings for retirees by receiving certain amounts from employers. Retirement savings in Australia are such that employers must pay their pension savings to employees at least once every three months. The pension savings share is invested during the employee's employment, and the total mandatory contribution, optional contribution and income are paid to the individual with tax deduction at retirement. The amount that most people receive is mainly the employer's mandatory contribution.

Keywords: Retirement, Retirement Visa, Social Security, Fundamental Rights, Australia.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Analysis of The Social Security Retirement Legal System of Iran and Australia In The Light of Fundamental Rights", Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Faculty of Law.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Farid Noormohammadan: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, VisualizationSupervision, Project administration, Funding acquisition.

Emran Naimi: Supervision, Project administration, Resources, Data Curation, Validation, Formal analysis, Conceptualization.

Mohsen Ghasemi: Supervision, Project administration, Resources, Data Curation Validation Formal analysis Conceptualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Noormohammadan, Farid, Emran Naimi & Mohsen Ghasemi. "The Australian Retirement on System From A Fundamental Rights Perspective" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 171-189.

Extended Abstract

Fundamental rights have always had a superior position among other human rights. In such a way that in the absence of it, other rights do not have much value. International and regional documents and treaties consider fundamental rights among the mandatory rules and emphasize the responsibility of governments to protect these rights and prevent their violation. make

The right to social security is one of the fundamental rights that has been given special attention in human rights documents, and since retirement is one of the things that is considered in social security, it can be said that The main core is the formation of social security systems, in this research, we have tried to examine and analyze the legal system of social security retirement in Australia from the perspective of fundamental rights, to examine the strengths and weaknesses of the legal system of retirement in Australia from the perspective of fundamental rights.

From the past until now, many efforts have been made to achieve the right to social security. What is known today as social security is the result of the continuous efforts and struggles of people who realized the necessity of this right for each and every human being over many centuries. It is not without reason that one of the key issues that has been on the minds of planners, economists, legislators, politicians and others for a long time is the right to social security. The first revolutions, uprisings, disobediences and riots, by whatever name they are called, raised demands that looked after the right to social security. The Declaration of Philadelphia in 1944 is the first international document that considers social security as a human right, but regardless of the governments' special attention to the need to achieve minimum levels of social security after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the right to social security is considered a right. It was considered necessary for human dignity and belonging to all humanity.

From the world of tradition to the modern world, social security has traveled a winding road to become a right. The recognition of social security rights does not mean the full implementation and activity of these rights, and international documents have come as the right of individuals and the duty of the government. In practice, it will be possible to enter the domestic laws of countries.

For this purpose, this right has been included in the internal laws of the countries and most importantly in the mother law i.e. the constitution of the countries. The country of Australia has not neglected this importance in the fifth part of its constitution in section 51 and recognized this right in its constitution. Is.

The ranking of the global pension index, which is published every year by the Human Resources Ranking Institute ((Mercer)) in Melbourne, shows that the five countries of the Netherlands, Denmark, Australia, Finland and Sweden have the

best pension systems in the world. Of course, this position was created after the implementation of reform policies in this country in recent years. With the aim of attracting as many people as possible to live in this country, Australia created many support systems, which includes support for retirees. A lot of government support in the form of retirement for the elderly in this country has made people in this country live longer and have a higher level of health until the last years of their lives. This health can include both better physical condition and mental condition, which is necessary to have a healthy life.

Access to social security benefits is usually limited to people who are permanent residents of Australia or citizens who are permanently resident in Australia. While most subsistence allowance payments have a waiting period of up to four years, retirement age and disability pensions will be eligible after 10 years of residence. This 10-year residence requirement is to ensure that only people with a long-term connection to Australia are able to access the state pension and disability pension. The 10-year period of residence to qualify must include a five-year period of continuous residence in Australia. The period of residence for the eligible person begins on the date the person commences residence in Australia as a permanent visa holder. The duration of the temporary visa in Australia does not count towards the period of residence and eligibility.

The provision of social security and pension services in specific and general terms is different in Australia. Retirement in a special sense is the protection that is provided to the insurance payers and their dependents against risks such as old age, disability, illness and death, in which case pension funds are foreseen that require the employer to pay a specific amount. It means that the workforce who has been in the service of the employer for many years can benefit from the benefits of these funds after reaching the retirement age.

However, receiving social security services and old age and retirement benefits in Australia is free and the relevant funding is provided by general taxes and constitutes 25% of the gross national product. Retirement in the general concept of social security in Australia is more similar to the concept of old age because a person can benefit from retirement benefits after reaching a certain age that is considered old. In this concept, in order to enjoy the most social benefits, a person's income and assets are evaluated and valued. After this examination, if it is determined that he has sufficient income and assets, these general social benefits will be reduced or cut off altogether.

نظام حقوقی بازنشستگی استرالیا از منظر حقوق بنیادین

فرید نورمحمدان^۱، عمران نعیمی*^۲، محسن قاسمی^۳

۱. دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: Farid_noormohammadan@Yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: omr.Naeimi@iauctb.ac.ir *نویسنده مسئول:

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: Mghjur1970@gmail.com

چکیده:

هدف از پژوهش حاضر بررسی مبانی بازنشستگی و حقوق بنیادین در استرالیا می‌باشد. روش تحقیق توصیفی - تحلیلی بوده و گردآوری اطلاعات با استفاده از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد. بررسی‌ها نشان داد سیستم بازنشستگی تأمین اجتماعی در استرالیا بر دو پایه اصلی بنا نهاده شده است. یکی افرادی که در سنین بازنشستگی به این کشور مهاجرت می‌کنند و قصد بهره‌مندی از مزایای این دوران را دارند و دیگری افرادی که مقیم استرالیا بوده و شهروند دائمی این کشور به حساب می‌آیند. افرادی که متقاضی ویزای بازنشستگی هستند نیازمند داشتن شرایط و ضوابطی خاص هستند؛ اما افرادی که شهروند دائمی این کشور به حساب می‌آیند و سالیان متمادی در این کشور ساکن بوده‌اند می‌توانند از دو مستمری تحت عناوین مستمری سالخوردگی و پس انداز بازنشستگی بهره‌مند شوند که مستمری سالخوردگی شامل تمام شهروندان می‌شود که پس از بررسی و تحقیق از اموال و دارایی به آنها تعلق می‌گیرد و دیگری صندوق بازنشستگی است که



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.324738.1924

تاریخ دریافت:

۱ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



با دریافت مبالغی مشخص از کارفرماها پس اندازهایی را برای دوران بازنشستگی افراد ذخیره می‌کند. پس انداز بازنشستگی در استرالیا به این شکل است که کارفرمایان باید حداقل هر ۳ ماه یک‌بار سهم پس انداز بازنشستگی کارمندان را به صندوق پس انداز بازنشستگی پرداخت کنند. سهم پس انداز بازنشستگی در دوران اشتغال به کار کارمند، سرمایه‌گذاری می‌شود و مجموع سهم اجباری، سهم اختیاری و درآمدها را با کسر مالیات در زمان بازنشستگی به فرد پرداخت می‌کنند. مبلغی که بیشتر مردم دریافت می‌کنند اغلب از سهم اجباری کارفرما تشکیل شده است.

کلیدواژه‌ها:

بازنشستگی، ویزای بازنشستگی، تأمین اجتماعی، حقوق بنیادین، استرالیا.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «تحلیل نظام حقوقی بازنشستگی تأمین اجتماعی ایران و استرالیا در پرتو حقوق بنیادین»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

فرید نورمحمدان: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه، جذب بودجه.

عمران نعیمی: نظارت، مدیریت پروژه، اعتبارسنجی، تحلیل، منابع، نظارت بر داده‌ها، مفهوم‌سازی.
محسن قاسمی: نظارت، مدیریت پروژه، اعتبارسنجی، تحلیل، منابع، نظارت بر داده‌ها، مفهوم‌سازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

نورمحمدان، فرید، عمران نعیمی و محسن قاسمی. «نظام حقوقی بازنشستگی استرالیا از منظر حقوق بنیادین». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۱۷۱-۱۸۹.

مقدمه

رده‌بندی شاخص جهانی بازنشستگی که هر سال توسط مؤسسه رده‌بندی منابع انسانی ((مرسر))^۱ در ملیورن^۲ منتشر می‌شود، نشان می‌دهد که پنج کشور هلند، دانمارک، استرالیا، فنلاند و سوئد دارای بهترین نظام بازنشستگی در جهان هستند.^۳ البته این جایگاه بعد از اجرای سیاست‌های اصلاحاتی در این کشور در سال‌های اخیر ایجاد شد. استرالیا با هدف جذب حداکثر افراد برای زندگی در این کشور سیستم‌های حمایتی زیادی ایجاد کرد که حمایت از سالمندان هم بخشی از آن است. حمایت‌های زیاد دولت در قالب بازنشستگی از سالمندان در این کشور سبب شده است تا افراد در این کشور عمری طولانی‌تر و تا سال‌های پایانی عمر خود سطح سلامت بالاتری داشته باشند. این سلامت هم می‌تواند بهتر بودن وضعیت جسمی و هم شرایط روانی را شامل شود که برای داشتن یک زندگی سالم ضروری است.

دسترسی به مزایای تأمین اجتماعی معمولاً به افرادی که مقیم دائم استرالیا یا شهروندانی که به‌طور دائم در استرالیا اقامت دارند محدود می‌شود. درحالی‌که اکثر پرداخت‌های کمک معیشتی تا چهار سال دوره انتظار دارند و سن بازنشستگی و مستمری از کار افتادگی بعد از ده سال اقامت واجد شرایط خواهند بود. این شرایط ده‌ساله اقامت برای اطمینان از این است که فقط افرادی که ارتباط طولانی مدت با استرالیا برقرار کرده‌اند قادر به دسترسی به سن بازنشستگی و مستمری از کار افتادگی هستند. دوره ده‌ساله اقامت برای واجد شرایط شدن باید شامل یک دوره پنج‌ساله اقامت مداوم در استرالیا باشد. دوره اقامت برای واجد شرایط از تاریخی شروع می‌شود که فرد به‌عنوان دارنده ویزای دائمی در استرالیا اقامت خود را آغاز می‌کند. مدت‌زمان گذراندن ویزای موقت در استرالیا برای دوره اقامت و واجد شرایط شدن حساب نمی‌شود.

ارائه خدمات تأمین اجتماعی و بازنشستگی در مفهوم خاص و عام در استرالیا با یکدیگر متفاوت است. بازنشستگی در مفهوم خاص عبارت است از حمایتی که از بیمه‌پردازان و افراد تحت تکفل آنان در برابر خطرهایی چون پیری، از کار افتادگی، بیماری و مرگ انجام می‌شود که در این حالت صندوق‌های بازنشستگی پیش‌بینی شده است که کارفرما را ملزم به پرداخت مبلغی مشخص می‌نماید تا نیروی کاری

1. Mercer

2. Melborn

۳. «صندوق بازنشستگی کشوری، بهترین نظام بازنشستگی در کدام کشورها است؟»، ۸ آبان ۱۳۹۸،

<https://www.cspf.ir/>

که سال‌ها در خدمت کارفرما بوده است پس از رسیدن به سن بازنشستگی بتواند از مزایای این صندوق‌ها بهره‌مند شود.

اما دریافت خدمات تأمین اجتماعی و مزایای دوران سالمندی و بازنشستگی در استرالیا رایگان است و بودجه مربوطه از محل دریافت مالیات‌های عمومی تأمین می‌شود و بیست و پنج درصد از تولید ناخالص ملی را تشکیل می‌دهد. بازنشستگی در مفهوم عام تأمین اجتماعی در استرالیا بیشتر به مفهوم سالمندی قربت دارد چون فرد بعد از رسیدن به سنی مشخص که مسن و سالمند به حساب می‌آید می‌تواند از مزایای بازنشستگی بهره‌مند شود. در این مفهوم جهت برخورداری از قریب به اتفاق مزایای اجتماعی، درآمد و دارایی شخص بررسی و ارزش‌گذاری می‌شود. پس از این بررسی در صورتی که مشخص شود درآمد و دارایی مکفی در اختیار دارد این مزایای اجتماعی عمومی کاهش یافته و یا به‌طور کلی قطع می‌شود.

اکثر استرالیایی‌ها و مقیمان خارجی و خانواده‌های آنها تحت پوشش نظام مدیکیر^۴ که یک نوع بیمه دولتی است قرار دارند و به‌واسطه آن می‌توانند از خدمات درمانی و بهداشتی بهره‌مند شوند. چنانچه شخص شرایط بهره‌مندی از نظام مدیکیر را نداشته باشد لازم است تحت پوشش بیمه‌های خصوصی قرار گیرد. بر این اساس هدف از پژوهش حاضر بازنشستگی و حقوق بنیادین در استرالیا می‌باشد.

۱- پیشینه پژوهش

نعیمی و پرتو^۵ در کتابی جامع با عنوان «حقوق تأمین اجتماعی: با تأکید بر حوزه بیمه‌ای» (۱۳۹۳) در سه بخش کلی به بررسی حقوق تأمین اجتماعی، مفاهیم و کارکردهای آن پرداخته‌اند. عراقی و همکاران^۶ در کتاب «درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی» (۱۳۸۶) به بیان مبانی نظری و اصول تأمین اجتماعی پرداخته‌اند. ایشان ضمن اشاره به برخی اصول قانون اساسی و همچنین اسناد بین‌المللی ضرورت و تعمیم فراگیری تأمین اجتماعی را استنتاج کرده‌اند و تأکید کرده‌اند قوانینی که محدودکننده پوشش تأمین اجتماعی می‌باشند برخلاف این اصل وضع شده‌اند می‌بایست اصلاح شوند.

4. Medicare

۵. عمران نعیمی و حمیدرضا پرتو، حقوق تأمین اجتماعی: با تأکید بر حوزه بیمه‌ای (تهران: سمت، ۱۳۹۳).

۶. سید عزت‌الله عراقی، حسن بادینی و مهدی شهابی، درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی (تهران: موسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶).

بادینی^۷ مقاله‌ای با عنوان «جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی» (۱۳۸۷) به رشته تحریر درآورده است که در این مقاله نظام تأمین اجتماعی از جنبه حقوقی مورد نقد و بررسی قرار گرفته و برای مهم‌ترین چالش‌ها و کاستی‌های آن پیشنهاد‌های لازم ارائه شده است. گرجی^۸ در مقاله‌ای تحت عنوان «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین» (۱۳۸۳) به بررسی مفهوم حقوق بنیادین پرداخته و چرایی نام‌گذاری و فلسفه حقوق بنیادین را با قلم شیوای خود مورد مطالعه قرار داده است. قاسمی^۹ در مقالات متعددی از جمله «بهره‌مندی اتباع بیگانه از مزایای تأمین اجتماعی» (۱۳۸۷)، «مستمری بازماندگان، کلیاتی راجع به بیمه‌شدگان تبعی» (۱۳۸۵) و مقالات ارزشمند دیگری به بررسی نظام تأمین اجتماعی از منظرهای مختلف همچون اتباع بیگانه و انواع مستمری‌ها پرداخته‌اند که چنین مقالاتی نیز در زمینه این رشته بسیار ارزشمند می‌باشد.

۲- مبانی نظری پژوهش

۲-۱- بازنشستگی در استرالیا

مطابق قانون اساسی استرالیا صلاحیت‌های تقنینی پیرامون تأمین اجتماعی و بازنشستگی بر عهده مجلس نمایندگان است. قانون اساسی استرالیا شامل بخش‌های مختلفی پیرامون موضوعاتی همچون وظایف مجلس نمایندگان، وظایف مجلس سنا و ... است که در صد و بیست و هشت بند تبیین شده است. در قسمت پنجم با عنوان اختیارات مجلس در بخش پنجاه و یک به موضوع تأمین اجتماعی و مستمری‌های بازنشستگی اشاره نموده است. بخش پنجاه و یک که به عنوان صلاحیت‌های تقنینی مشخص شده است مجلس نمایندگان را موظف به وضع قوانین در موضوعات صلح، نظم و دولت رفاهی نموده است و در تبصره‌های این بند مستقیم به موضوع مستمری از کار افتادگی و سالمندی و همین‌طور سایر خدمات تأمین اجتماعی از جمله ارائه کمک‌هزینه زایمان، مستمری زنان بیوه، بیکاری، کمک‌های دارویی و بیمارستانی و ... اشاره نموده است.

۷. حسن بادینی، «مقایسه نظام حقوقی بازنشستگی کشوری و تأمین اجتماعی»، فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی (۱۳۸۷)۲.

۸. علی اکبر گرجی، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی (۱۳۸۳)۲.

۹. محسن قاسمی، «نقد رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷ مورخ ۱۳۷۹/۴/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی (۱۳۸۷)۳.

استرالیا یک نظام فدرالی دولتی دارد که مسؤلیت‌های اصلی و مالی آن بین دولت فدرال و شش ایالت و دولت‌های محلی تقسیم می‌شود. استرالیا از سال ۱۹۷۵ تاکنون مکانیسم‌های موازی را برای تحت پوشش قرار دادن جمعیت‌های مختلف و مزایای مختلف پوشش همگانی به کار گرفته است.^{۱۰} استرالیا با هدف جذب حداکثر افراد برای زندگی در این کشور، سیستم‌های حمایتی زیادی ایجاد کرد که حمایت از سالمندان هم بخشی از آن است. حمایت‌های زیاد دولت در قالب نظام بازنشستگی از سالمندان در این کشور سبب شده است تا افراد در این کشور عمری طولانی‌تر و تا سال‌های پایانی عمر خود سطح سلامت بالاتری داشته باشند. این سلامت هم می‌تواند بهتر بودن وضعیت جسمی و هم شرایط روانی را شامل شود که برای داشتن یک زندگی سالم ضروری است. بیمه تأمین اجتماعی در استرالیا رایگان است و بودجه مربوطه از محل دریافت مالیات‌های عمومی تأمین می‌شود و بیست و پنج درصد تولید ناخالص ملی را تشکیل می‌دهد. جهت برخورداری از قریب به اتفاق مزایای اجتماعی، درآمد و دارایی‌های شخص بررسی و ارزش‌گذاری می‌شوند. پس از این بررسی در صورتی که مشخص شود، درآمد و دارایی مکفی در اختیار دارند، این مزایای اجتماعی عمومی کاهش یافته و یا به‌طور کلی قطع می‌شود.

انواع طرح‌های بیمه‌ای در استرالیا عبارتند از: بیمه درمانی، بیمه دوران بارداری، بیمه حوادث شغلی، بیمه بازنشستگی خصوصی و دولتی، بیمه از کار افتادگی و بیمه بیکاری. بیمه‌های دولتی (تأمین اجتماعی) شامل عائله‌مندی، کمک‌هزینه‌های بیماری، کمک درآمد، مزایای بیمه بیکاری، کمک‌هزینه دوران بارداری و انواع بیمه‌های بازنشستگی است. لازم به ذکر است بیمه‌های تأمین اجتماعی حداقل‌ها را پوشش می‌دهند و در نتیجه نمی‌توان برای رفع نیازهای جاری صرفاً به این نوع بیمه اکتفا کرد.

در استرالیا مستمری بیکاری پرداخت نمی‌شود. ولی مزایایی جهت هزینه‌های کارایی و آغاز به کار جدید وجود دارد. در صورتی که فرد شغل خود را از دست داده باشد، باید گواهی ترک از استخدام اخذ نموده و ارائه کند که در آن باید علت ترک کار و نیز میزان حقوق دریافتی قید شده باشد.

با توجه به مطالب بیان شده مشخص است که ارائه خدمات رفاهی و اجتماعی در استرالیا از دو طریق صورت می‌گیرد. یکی از طریق بیمه‌های خصوصی که بیمه‌های بازرگانی تلقی می‌شوند و اشخاص حقوقی به ارائه این‌گونه خدمات می‌پردازند و دیگری بیمه‌های دولتی است که مسؤلیت ارائه خدمات رفاهی و اجتماعی را بر عهده دارند و به بیانی دیگر ارائه‌دهندگان خدمات تأمین اجتماعی هستند. یکی

10. European Observatory on health systems and policies, "Hit summary in Australia", *WHO Regional office for Europe* (2006), 1.

از کارکردهای بیمه‌های دولتی مقوله بازنشستگی است. استرالیا بهترین سیستم بازنشستگی دنیا را دارد. البته این جایگاه بعد از اجرای سیاست‌های اصلاحاتی در این کشور در سال‌های اخیر ایجاد شد. این اصلاحات نه در نوع سیستم‌های تأمین اجتماعی بلکه به ارائه‌دهنده آنها برمی‌گردد. در دو دهه گذشته یازده کشور از جمله استرالیا، مجارستان، مکزیک، نروژ، لهستان، سوئد و بریتانیا تأمین اجتماعی خود را به بخش خصوصی سپرده‌اند.^{۱۱}

نظام بازنشستگی استرالیا، نظام کسور تعریف شده است (DC) است که در این نظام حقوق بازنشستگی بر اساس میزان کسور پرداخت شده در سال‌های خدمت با لحاظ شدن سود ناشی از سرمایه‌گذاری‌ها و یا نرخ تورم محاسبه می‌شود. تأمین منابع مالی در این نظام ممکن است به صورت ذخیره‌های کامل^{۱۲} و یا به صورت (PAYG)^{۱۳} باشد. ذخیره‌های کامل یا همان FF سیستم پرداختی است که امروزه در جهان و در کشورهای توسعه‌یافته مورد اقبال قرار گرفته و کشورها برای سیستم تأمین اجتماعی خود از این روش بهره می‌برند. این طرح بستگی به مشارکت سرمایه و بازده سرمایه‌گذاری دارد برخلاف سیستم PAYG که نرخ‌های بالا و فزاینده پرداخت حق بیمه‌ای دارد. در سیستم PAYG تنها به اندازه مصرف از منابع و سرویس‌ها هزینه پرداخت می‌شود.

سیستم تأمین اجتماعی استرالیا بر اساس اقامت و نیاز است و این سیستم با بیشتر کشورهای توسعه‌یافته تفاوت دارد، به این شکل که این سیستم در ارائه خدمات در مفهوم عام تأمین اجتماعی به جای کمک‌های مستقیم افراد و کارفرمایان، از درآمد عمومی تأمین می‌شود و در مفهوم خاص حمایت‌ها به واسطه کمک‌های مستقیم افراد و کارفرمایان است.

پرداخت‌ها معمولاً فقط برای ساکنان استرالیا امکان‌پذیر است، بیشتر مهاجرین تا چهارسال پس از ورود تحت دوره انتظار اقامت تازه‌واردان به اکثر پرداخت‌ها دسترسی ندارند. پرداخت‌های مربوط به پیشامدهای غیرمترقبه طولانی‌مدت زندگی، مانند پیری و از کار افتادگی، بیشتر به افرادی که ارتباط طولانی‌مدتی با استرالیا دارند محدود می‌شود. به‌طور کلی مطابق قوانین تأمین اجتماعی در استرالیا یک شخص باید «مقیم استرالیا» باشد تا شرایط پرداخت‌های تأمین اجتماعی را داشته باشد. مقیم استرالیا شخصی است که در استرالیا اقامت دارد و اجازه اقامت دائم را دارد یا به این دلیل که دارنده ویزای دائمی

۱۱. عباس خندان، «مرور انواع سیستم‌های تأمین اجتماعی و اصلاحات آن در جهان»، مطالعات سیاستگذاری عمومی، ۳۵ (۱۳۹۳)، ۳.

12. Fully Funded, FF

13. Pay As You Go

است، یا اینکه دارنده ویزا گروه ویژه‌ای است (مانند افرادی که اقامت و تابعیت نیوزلند را دارند) و می‌توانند در صورت اقامت در استرالیا و احتمال ماندگاری دائمی، ضوابط تابعیت استرالیا را داشته باشند. در تصمیم‌گیری در مورد اقامت شخصی در استرالیا، عواملی مانند روابط داخلی، مالی و خانوادگی فرد با استرالیا و همچنین دفعات و مدت‌زمان غیبت در استرالیا و دلایل این عدم حضور در نظر گرفته می‌شود.

۲-۲- پرداخت مستمری بازنشستگی به مهاجران بازنشسته (ویزای بازنشستگی)

افرادی که بالای پنجاه و پنج سال سن داشته و قصد دارند پس از دوران بازنشستگی به کشور استرالیا مهاجرت کنند می‌توانند با اثبات تمکن مالی خود ویزای بازنشستگی دریافت کنند. مدت اعتبار این ویزا چهارسال بوده و افراد می‌توانند در طی این مدت از تمامی امکانات این کشور مدرن و خوش آب‌وهوا بهره‌مند شوند. شرایط دریافت ویزای بازنشستگی در استرالیا به شرح زیر می‌باشد.

۱- سن متقاضی بالای پنجاه‌وپنج سال باشد. (البته سن همسر متقاضی تأثیری در این مساله نخواهد داشت)؛

۲- داشتن درآمد سالانه ۶۵,۰۰۰ دلار استرالیا؛

۳- دارایی خالص متقاضی حداقل ۷۵۰,۰۰۰ دلار استرالیا باشد.

اگر متقاضی مایل به زندگی در خارج از مرکز شهر باشد این هزینه‌ها کاهش می‌یابد؛ به‌نحوی که درآمد سالیانه ۵۰,۰۰۰ و دارایی خالص باید ۵۰۰,۰۰۰ دلار استرالیا باشد. افراد پس از دریافت ویزای بازنشستگی متعهد می‌شوند مبلغ ۷۵۰,۰۰۰ دلار استرالیا را در یکی از بانک‌های مدنظر دولت به مدت چهارسال سپرده‌گذاری کنند. همچنین این افراد می‌توانند به مدت بیست‌ساعت در هفته کار کنند.^{۱۴}

اولین مستمری‌های سالخوردگی در استرالیا در ولز جنوبی و ایالت ویکتوریا در سال ۱۹۰۰ معرفی گردید. در آن زمان مستمری‌های سالخوردگی بر اساس ملائت ذی‌نفع بیست و نه پوند در هر دو هفته منظور می‌گردید که مشروط به این شرط بود که لزوماً ذی‌نفع بیست و پنج سال اقامت داشته باشد و در این صورت مستمری برای مردان شصت و پنج سال به بالا قابل‌اعمال بود. با شکل‌گیری مشترک‌المنافع استرالیا در اول ژانویه ۱۹۰۱ پارلمان مشترک‌المنافع این اختیار را پیدا کرد که در رابطه با مستمری‌های

۱۴. «سایت آزاد»، ۱۳۹۸.

سالخوردگی و ناتوانی قانونی وضع کند.^{۱۵}

مستمری مذکور برای تسکین نارسایی و فقر طرح‌ریزی شد به‌جای آنکه به‌عنوان حمایت، درآمدی جامع محسوب گردد و کاملاً بر اساس تحقیق از اموال و دارایی‌ها ذی‌نفع استوار بود. متعاقباً تحقیق از اموال به‌تدریج کاهش یافت و سیستم بیشتر ماهیت یک حق عمومی را به خود گرفت.^{۱۶}

این نوع مستمری مبتنی بر ارزیابی امکانات به عبارتی بر اساس بررسی بضاعت و ملائت شخص است. سن بیش از شصت و پنج سال برای مردان و بیش از شصت سال برای زنان در نظر گرفته شده بود که از سال ۲۰۱۴ این سن برای زنان به شصت و پنج سال رسید و به‌تدریج این سن از سال ۲۰۱۷ تا ۲۰۲۳ به شصت و هفت سال در حال افزایش است. تمامی افراد واجد سنی برای دریافت این نوع مستمری می‌بایست حداقل ده‌سال مقیم استرالیا باشند که از این مدت باید پنج‌سال حداقل به‌صورت مستمر در استرالیا اقامت داشته باشند و این مستمری به‌طور نامحدود در خارج از کشور نیز قابل پرداخت است مشروط بر اینکه مستمری مربوطه قبل از ترک کشور شروع شده باشد.^{۱۷}

اخیراً میزان حداکثر مستمری بازنشستگی ۵۴۶/۸۰ دلار آمریکا در هر دو هفته برای هر شخص می‌باشد و ۴۵۶/۵۰ دلار آمریکا هر دو هفته برای هر عضو از زوجین تعیین شده است. مستمری‌بگیران سالخورده که خانه‌ای اجاره می‌کنند نیز می‌توانند استحقاق دریافت کمک برای اجاره‌بها تا ۱۰۷/۲۰ دلار برای هر دو هفته داشته باشند. آنهایی که مستحق دریافت مستمری سالخوردگی می‌باشند این امکان وجود دارد که واجد شرایط دریافت سایر مزایا و مقرری باشند؛ مانند مقرری مربوط به داروخانه‌ها (داروها)، مقرری تلفن، مقرری مربوط به خدمات رفاهی، مقرری دوری از مرکز (راه دور) و کارت امتیاز مستمری‌بگیر که با آن می‌تواند هزینه‌های دارویی را با توجه به طرح مزایای داروخانه‌ای کاهش دهد و همچنین سایر مزایا مثل تخفیف در نرخ آب و مستغلات، تخفیف در کرایه حمل‌ونقل عمومی و ...^{۱۸}

۳-۲- پس‌انداز بازنشستگی

پس‌انداز بازنشستگی به این شکل است که کارفرمایان باید حداقل هر سه‌ماه یک‌بار سهم پس‌انداز بازنشستگی کارمندان را به صندوق پس‌انداز بازنشستگی پرداخت کنند. سهم پس‌انداز بازنشستگی در

15. Diana Warren, "Australia's Retirement Income System: Historical Development and Effects of Recent Reforms", *The University of Melbourne* paper no 23/08 (2008), 5.

16. Malcolm Edey & John Simon, "Australia's retirement income system: implications for saving and capital markets", *Economic Research Department Reserve Bank of Australia* 9603(1996), 4.

17. Ibid, 28.

18. Warren, Op.cit, 6.

دوران اشتغال به کار کارمند، سرمایه‌گذاری می‌شود و مجموع سهم اجباری، سهم اختیاری و درآمدها را با کسر مالیات در زمان بازنشستگی به فرد پرداخت می‌کنند. مبلغی که بیشتر مردم دریافت می‌کنند عمدتاً از سهم اجباری کارفرما تشکیل شده است.

قوانین ویژه‌ای در ارتباط با تعریف سوددهی طرفین اعمال می‌شود. کارفرمایان سنتی اغلب کمتر، سرمایه‌گذاری را بر مبنای فرمولی که در آن مبنای بر اساس میانگین درآمد و مدت سرویس‌دهی تعیین شده، انجام می‌دهند. اساساً کارفرمایان باید به‌جای حداقل سهم، یک سطح حداقل از سود را ارائه دهند. پس‌انداز بازنشستگی، سرمایه‌گذاری پول برای دوران بازنشستگی فرد است. قوانین سخت‌دولتی، دسترسی زودهنگام به پس‌انداز بازنشستگی را بسیار محدود کرده است. فقط تحت یک سری شرایط خاص و محدود شامل مشکلات شدید مالی یا هزینه‌های پزشکی که با خدمات پزشکی عمومی^{۱۹} قابل پرداخت نیست می‌توان از این اندوخته استفاده کرد.

دولت در سال ۱۹۹۷ تغییراتی را بر روی سیستم پس‌انداز بازنشستگی اعمال کرد. این تغییرات، مردم استرالیا را به بیشتر ماندن در شغل‌های خود به‌عنوان نیروی کار وادار می‌کرد و باعث تأخیر در سن سالخوردگی می‌شد. در گذشته مردم استرالیا به محض اینکه به سن پنجاه و پنج سالگی می‌رسیدند، می‌توانستند از مزایای محفوظشان استفاده کنند؛ اما از زمان تصویب قانون سال ۱۹۹۹، سن برداشت کارمند بستگی به تاریخ تولدش دارد. از این‌رو تا سال ۲۰۲۵، خواسته‌های کارمندان استرالیایی برای دسترسی به پس‌انداز بازنشستگی‌شان حداقل در سن شصت‌سالگی ممکن خواهد بود.

پس‌انداز بازنشستگی در استرالیا دارای مالیات است و بیشتر مالیات پس‌انداز بازنشستگی در استرالیا با نرخ پانزده درصد در سه قسمت مشارکت‌ها، درآمدها و پرداخت نهایی اعمال می‌شود. این مالیات‌ها به‌تنهایی شش میلیارد دلار از درآمد سالانه دولت را تشکیل می‌دهد. پس‌انداز بازنشستگی یک روش مالیاتی پیشرفته و با مزیت‌های خاص خود است که اگرچه فرد با این روش پانزده درصد مالیات بر روی سهم‌های خود را پرداخت می‌کند، اما این مقدار کمتر از مقدار مالیاتی است که اگر فرد تمام پول خود را دریافت می‌کرد باید می‌پرداخت. دولت فدرال در بودجه جولای سال ۲۰۰۷ اعلام کرد که از یک جولای سال ۲۰۰۷، استرالیایی‌هایی که سن آنها بالای شصت سال است لزومی به پرداخت مالیات برای برداشت از صندوق پس‌انداز بازنشستگی‌شان ندارند. البته اگر این پرداخت از یکی از منابع مالیاتی باشد.

۴-۲- نظام حقوقی بازنشستگی تأمین اجتماعی از منظر حقوق بنیادین

بالا بودن سن امید به زندگی در کشور استرالیا و داشتن رتبه دوازده جهانی بدون شک مؤید این موضوع است که وضعیت اقتصادی، رفاهی، سلامت و خدمات تأمین اجتماعی در این کشور در سطحی مناسب قرار دارد و این موضوع باعث می‌شود تا افراد تا سنین بیشتری در این کشور مشغول به کار و پرداخت حق بیمه باشند و در سنین بالاتری به دنبال بازنشستگی و بهره‌مندی از مزایای آن اقدام کنند.

یکی از معیارهایی که می‌توان یک نظام حقوقی بازنشستگی را در رعایت حقوق بنیادین تضمین نماید و کرامت انسانی و شأن بازنشستگان را مدنظر قرار دهد میزان پرداخت مستمری به افراد به نسبت یک سبک زندگی استاندارد می‌باشد.

استاندارد بازنشستگی که توسط انجمن صندوق‌های بازپرداخت استرالیا منتشر شده است، راهنمای درآمد تقریبی موردنیاز برای بازنشستگی متوسط یا راحت را ارائه می‌دهد. این ارقام نشان می‌دهد یک فرد مجرد (شصت و پنج سال سن) برای یک سبک زندگی متوسط بازنشستگی ۲۸۲۲۰ دلار درآمد و برای یک سبک زندگی راحت ۴۴۱۸۳ دلار درآمد لازم دارد. برای یک زوج (حدود شصت و پنج سال)، این ارقام به ۴۰۷۱۹ دلار و ۶۲،۴۳۵ دلار افزایش می‌یابد.^{۲۰}

سبک زندگی متوسط بازنشستگی به این معنی است که فرد بازنشسته توانایی انجام فعالیت‌های اساسی را دارد و سبک زندگی راحت بازنشستگی به معنای آن هست که فرد بازنشسته می‌تواند در یک طیف گسترده‌ای از فعالیت‌های تفریحی و رفاهی شرکت کند تا سطح زندگی خوبی داشته باشد. ابزار لازم برای خرید کالاهای خانگی، بیمه درمانی خصوصی، اتومبیل مناسب، لباس خوب، انواع تجهیزات الکترونیکی و تعطیلات در استرالیا و خارج از کشور را خواهد داشت.^{۲۱}

یکی دیگر از شاخص‌های مناسب در بازنشستگی بحث مسکن است. در دسترس بودن مسکن ارزان‌قیمت به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی توانایی بازنشستگان تأمین اجتماعی برای زندگی مناسب شناخته شده است. این به معنای کاهش در استطاعت مسکن، به‌ویژه برای تنها بازنشستگان است که به‌طور بالقوه بر توانایی آنها برای شرکت در فعالیت‌های جست‌وجوی شغل تأثیر می‌گذارد و بنابراین اعتماد آنها به حمایت از درآمد را گسترش می‌دهد.

20. Australian Institute of Health and welfare, *Deaths in Australia*, (june 2022), <https://www.aihw.gov.au/reports/life-expectancy-death/deaths-in-australia/contents/life-expectancy>

21. BT Annual Statements, *Australian retirement age – things to consider*, (nov 2021), <https://www.bt.com.au/personal/your-finances/retirement/retirement-age.html>

برابری جنسیتی بازنشستگی یکی دیگر از مقوله‌های نظام بازنشستگی است. اگرچه دولت استرالیا طی یک دوره طولانی پیشرفت چشمگیری داشته است، اما برای دستیابی به نتایج مؤثرتر و عادلانه‌تر، هنوز باید اقدامات بیشتری را برای توسعه، نظارت و ارزیابی سیاست‌های عمومی، مانند سیاست‌های مؤثر بر درآمد بازنشستگی، با استفاده از یک لنز جنسیتی انجام دهد. این گزارش از یافته‌های گزارش OECD در سال ۲۰۱۲، بسته شدن شکاف جنسیتی که خواستار قرار گرفتن برابری جنسیتی در سیاست‌های عمومی است، از جمله از طریق جمع‌آوری و تجزیه و تحلیل داده‌های تفکیک شده جنسیتی و طرح برنامه اقدام برای دستیابی به نتایج بهتر را پشتیبانی می‌کند.

تأمین اجتماعی دارای اصول پایه‌ای می‌باشد که در اسناد بین‌المللی به آن اشاره شده است. اصولی مانند اصل فراگیری، اصل برابری، اصل جامعیت و کفایت و ... به عنوان مثال در مواد ۲۲ و ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ به اصل فراگیری اشاره نموده است و بیان داشته که برخورداری از این مزایا نمی‌تواند محدود به طبقه خاصی گردد و همه انسان‌ها به‌صرف انسان بودن، حق برخورداری از مزایای تأمین اجتماعی را دارند.

از طرف دیگر در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز به این اصول اشاره شده است. این میثاق که در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است، سندی است که در آن حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی افراد بشر که حق تأمین اجتماعی نیز از جمله این حقوق می‌باشد، مورد شناسایی بین‌المللی قرار گرفته است.

حق برخورداری از تأمین اجتماعی در ماده ۹ و بند ۱ ماده ۱۱ میثاق به‌صراحت بیان شده است، در ماده ۹ میثاق «کشورهای متعهد به میثاق، حقوق هر شخص را به تأمین اجتماعی به رسمیت می‌شناسند و در بند ۱ ماده ۱۱ نیز کشورهای متعهد حق هرکس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده‌اش شامل خوراک و پوشاک و مسکن کافی همچنین بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسند و به‌منظور تأمین تحقق این حق تدابیر مقتضی اتخاذ خواهند کرد و از این لحاظ اهمیت اساسی همکاری بین‌المللی بر اساس رضایت آنها را قبول دارند».

با مطالعه نظام تأمین اجتماعی کشور استرالیا متوجه می‌شویم که این کشور به‌خوبی این اصول پایه‌ای را در نظام بازنشستگی خود رعایت نموده است. به عنوان مثال طبق نظام بازنشستگی استرالیا کلیه ساکنین این کشور به نحوی از مزایای دوران بازنشستگی بهره‌مند می‌شوند. افرادی که شاغل هستند و برای کارفرمایی کار می‌کنند از خدمات بازنشستگی صندوق‌ها بهره‌مند خواهند شد و افراد

دیگر جامعه همانند خوداشتغال‌ها که کارفرمایی ندارند در سنین بازنشستگی می‌توانند از مستمری‌های سالمندی بهره‌مند شوند. این نوع سیستم نشان‌دهنده این امر است که کشور استرالیا به خوبی کل جامع را تحت حمایت دوران بازنشستگی قرار داده است و جهت بهره‌مندی از مزایای این دوران صرف بیمه‌پردازی را ملاک قرار نداده و کل جمعیت فعال و غیرفعال خود را از مزایای دوران بازنشستگی بهره‌مند ساخته است.

استرالیا در رعایت سایر اصول پایه‌ای دیگر تأمین اجتماعی نیز موفق بوده است. چراکه در ارائه خدمات بین زنان و مردان تبعیضی قائل نشده و این امر موجب رعایت اصل برابری نیز گردیده است و از طرف دیگر با توجه به پایداری اقتصادی و شرایط مناسب اقتصادی جامعه استرالیا میزان مزایای دوران بازنشستگی پاسخ‌گوی حداقل‌های یک زندگی شرافتمندانه را داراست؛ زیرا بازنشستگان در استرالیا علاوه بر مبالغی که بابت مستمری‌ها دریافت می‌کنند از خدمات دیگری همچون دریافت کمک‌هزینه‌های درمان، پرستاری و ... نیز می‌توانند استفاده کنند که این خود مؤید رعایت اصل جامعیت و کفایت از اصول پایه‌ای تأمین اجتماعی می‌باشد.

۲-۵- مشکلات نظام بازنشستگی استرالیا

یکی از مشکلات نظام حقوقی بازنشستگی استرالیا به واسطه بهره‌مندی از نظام بازنشستگی کسور تعریف شده در پرداخت مستمری‌ها می‌باشد. هرچند که بازدهی سرمایه‌گذاری در این نظام بالا است اما ریسک سرمایه‌گذاری در این نظام نیز مستقیماً متوجه بیمه‌شدگان است. از دیگر نقاط ضعف نظام بازنشستگی در استرالیا در بحث پس‌انداز بازنشستگی در استرالیا بود که این پس‌اندازها دارای مالیات بود و بیشتر مالیات پس‌انداز بازنشستگی در استرالیا با نرخ پانزده درصد در سه قسمت مشارکت‌ها، درآمدها و پرداخت نهایی اعمال می‌شد که این مشکل در مبارزه انتخاباتی سال ۲۰۰۱ دولت قول داده شد تغییر پیدا کند و عوارض مالیاتی را از پانزده درصد به ده و نیم درصد در طول سه سال کاهش دهد و این عوارض مالیات پس‌انداز بازنشستگی در ژوئن ۲۰۰۵ به‌طور کلی برداشته شد و از یک جولای سال ۲۰۰۵ منسوخ گردید. وجود این‌گونه کاستی‌ها و نقاط ضعف در سیستم پرداخت مستمری‌های بازنشستگی به دلیل خدشه‌دار کردن کرامت انسانی بازنشستگان که از اصول پایه‌ای حقوق بنیادین می‌باشد می‌تواند نظام حقوقی بازنشستگی را از معیارهای حقوق بنیادین دور نماید و حقوق بنیادین بازنشستگان را در معرض آسیب قرار دهد.

نتیجه‌گیری

هدف از پژوهش حاضر بررسی مبانی بازنشستگی و حقوق بنیادین در استرالیا می‌باشد. بررسی‌ها نشان داد مهم‌ترین مشخصه بارز در سیستم تأمین اجتماعی استرالیا این است که مربوط به حاکمیت دولتی است اما به‌وسیله بخش خصوصی اداره می‌شود و این سیستم قادر بوده است از زیرساخت‌های مالی بسیار پیشرفته برای پس‌انداز بازنشستگی، آن هم از طریق کمک‌های اجباری، استفاده کند. صندوق بازنشستگی استرالیایی، یکی از پیشگامان زیرساختی از اوایل دهه ۱۹۹۰ بوده است. این صندوق در حال حاضر بیشترین تخصیص منابع را در زیرساخت دارد. استرالیا یکی از رهبران سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌های سازمانی است. صندوق‌های بازنشستگی استرالیایی از اوایل دهه ۱۹۹۰ در این حوزه پیشگام بوده است. امروزه این کشور بیشترین سهم تخصیص دارایی در زیرساخت را نسبت به سایر صندوق‌های بازنشستگی در جهان دارا می‌باشد. حدود پنج درصد، در برابر میانگین جهانی که یک درصد است.

اکثر صندوق‌های بازنشستگی استرالیایی برنامه‌های کسور تعریف شده یا مشارکت معین هستند و تقریباً نود درصد از دارایی‌های صندوق بازنشستگی در اندوخته‌های کسور تعریف شده است. صندوق‌های بازنشستگی استرالیایی در مقایسه بین‌المللی نسبتاً کوچک محسوب می‌شوند اما برخی از آنها رشد قابل توجهی در اندازه کرده‌اند. استرالیا در حال حاضر پنج صندوق بازنشستگی در یکصد صندوق برتر جهان و پانزده صندوق در رتبه سیصد صندوق برتر جهانی دارد که ترکیب دارایی‌های تحت مدیریت این پانزده صندوق نزدیک به پانصد میلیارد دلار آمریکا است.

استرالیا در مراحل اولیه ارائه یک سیستم خودجوش (خود تأمین‌کننده) برای بازنشستگی از طریق کمک‌های اجباری به صندوق‌های بازنشستگی خصوصی است. برای اکثر کارمندان طرح مذکور با مستمری سالخورگی دولتی تکمیل خواهد شد و این طرح (بازنشستگی اجباری) به آهستگی با بنا گذاشتن بر روی اعتماد جهت ایجاد زیرساخت مالی موجود جهت بازنشستگی داوطلبانه اجرا و عملی گردیده است. دولت استرالیا در حال طرح‌ریزی جهت سیستم نوینی است که در آن برای ارائه خدمات بازنشستگی سابقه کاری افراد و ذخایر مالی آنها مدنظر قرار دارد. کشوری که نزدیک‌ترین تشابه با طرح نوین استرالیا دارد به نظر می‌رسد شیلی باشد که نیاز به کمک‌های اجباری به بودجه خصوصی را ملاک عمل قرار داده است اما یکی از تفاوت‌های مهم این دو کشور در این است که در شیلی انتخاب صندوق بازنشستگی اصولاً آزاد است و فرد حق انتخاب صندوق بازنشستگی مورد علاقه خود را دارد اما در

استرالیا این انتخاب اصولاً به‌وسیله کارفرمایان یا اتحادیه‌ها صورت می‌گیرد. البته که شایان ذکر است دولت در تحولات اخیر خود قصد دارد به افراد اولویت بیشتری برای انتخاب صندوق خود بدهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- خندان، عباس. «مرور انواع سیستم‌های تأمین اجتماعی و اصلاحات آن در جهان». مطالعات سیاست‌گذاری عمومی، ۲۵(۱۳۹۳): ۳.
- «صندوق بازنشستگی کشوری. بهترین نظام بازنشستگی در کدام کشورها است؟»، ۸ آبان ۱۳۹۸، <https://www.cspf.ir/>
- عراقی، سید عزت‌الله، حسن بادینی و مهدی شهابی. درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی، چاپ اول. تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶.
- قاسمی، محسن. «نقد رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷ مورخ ۱۳۷۹/۴/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری». فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی، ۳(۱۳۸۷): ۱۲-۲۵.
- گرجی، علی اکبر. «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین». نشریه حقوق اساسی، ۲(۱۳۸۳): ۸-۲۶.
- نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو. حقوق تأمین اجتماعی: با تأکید بر حوزه بیمه‌ای. چاپ اول. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
- «سایت آراد»، ۱۳۹۸.

<https://aradimmigration.com/pages/australian-pension-visa>

ب) منابع خارجی

- Australian Institute of Health & welfare, Deaths in Australia, jun (june 2022), Accessed: <https://www.aihw.gov.au/reports/life-expectancy-death/deaths-in-australia/contents/life-expectancy>
- BT Annual Statements, Australian retirement age – things to consider), nov(nov 2021), Accessed: <https://www.bt.com.au/personal/your-finances/retirement/retirement-age.html>
- Edey Malcolm & Simon, John. Australia's retirement income system: implications for saving and capital markets (1996).
- European Observatory on health systems and policies. "Hit summary in Australia", *WHO Regional office for Europe* 8,5(2006).
- Warren, Diana. "Australia's retirement income system: Historical development and effects of recent reforms", *The University of Melbourne* 23, 8(2008): 1-38.

This Page Intentionally Left Blank

The Legal Effect of Mistake in the Legal Fact of Undue Performance in the Realm of Social Security Rights

*Mohammadhossein Khademi Arasteh*¹, *Bijan Haji azizi*^{*2}, *Ahmad Rezvanimofrad*³

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, The Branch of Kangavar, Islamic Azad University, Kangavar, Iran.

Email: khademi.moh@gmail.com

2. Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Bu- Ali Cina University, Hamedan, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: haji98@basu.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Bu- Ali Cina University, Hamedan, Iran.

Email: a.rezvanimofrad@basu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.353115.2129

Received:
29 June 2022

Accepted:
7 September 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

Undue performance is a legal evident that cused civil liability of receiver. in the civil law, some objects about undue performance have been emerged and its executive guarantee has been expressed in the case of performing undue performance circumstances. The reason of being legal evident of undue performance is that after performing undue performance receiver's necessity and legal commitment of the restitution of property arising from legal judgement. In the realm of social security, undue performance resulted from following headings of compension, costs of treatment, pension payment, social security taxes and its appurtenances. Nevertheless, neither of social security articles has pointed to the undue performance, but from the meaning of articles 36, 37, 38,65 and 66 the above mentioned, undue performance can be inferred and considered

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



as instances of undue performance. Undue performance may be the result of making mistake in judgement or matter by social security organization, employer, alienee or workshop interests. In social security article, mistake has not been mentioned. But inferred from 37th article above mentioned, it can be said that organization realization in determining social security taxes can be proved as a mistake.

Keywords: Mistake, Undue Performance, Social Security, Ineffective, Legal Evident.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "A comparative study of legal jurisprudence on the effect of mistakes in legal events", Islamic Azad University, Arak Branch, Faculty of Literature and Humanities.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohammadhossein Khademi Arasteh: Project administration, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Resources, Investigation, analysis, Methodology, Conceptualization.

Bijan Haji azizi: Supervision, Writing - Review & Editing, Data Curation, Resources, analysis, Validation, Methodology, Conceptualization.

Ahmad Rezvanimofrad: Writing - Review & Editing, Resources, analysis, Methodology, Conceptualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Khademi Arasteh, Mohammadhossein, Bijan Haji azizi & Ahmad Rezvanimofrad. "The Legal Effect of Mistake in the Legal Evident of Undue Performance in the Realm of Social Security Rights" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 191-215.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Undue performance is a legal evident that cused civil liability of receiver. in the civil law, some objects about undue performance have been emerged and its executive guarantee has been expressed in the case of performing undue performance circumstances. The reason of being legal evident of undue performance is that after performing undue performance receiver's necessity and legal commitment of the restitution of property arising from legal judgement. In the realm of social security, undue performance resulted from following headings of compension, costs of treatment, pension payment, social security taxes and its appurtenances. Nevertheless, neither of social security articles has pointed to the undue performance, but from the meaning of articles 36,37,38,65 and 66 the above mentioned, undue performance can be inferred and considered as instances of undue performance. Undue performance may be the result of making mistake in judgement or matter by social security organization, employer, alienee or workshop interests. In social security act undu fulfilment has not explicitly been reffered as the civil code but purport of Law 36,37,38,65 and 66 of social security act the concept of undu fulfilment is inferable and each of the above mentioned articles can be considered an applicablity for undu fulfilment. By studying social security act, in some cases,it becomes clear that social security organization or other persons may have to pay funds under different titles which have been onticipated in law that will be considered an applicablity. For applicablities of undu fulfilment in the above mentioned law can refer to articles 36,37,38,65 and 66 for someone often commits payment of debt that he doesn't have any debt and liability about it. According to the article of 36 of social security act, the employer is in charge of the premium of his own share and the share of insured to the organization. According to the above mentioned of article 28, the employer is the ultimate responsible of premium twenty percent pro rata his own share or insured rights, and if the employer avoid to pay or delay the premium deficit or insured share as the result social security organization will be bound to pay it against the insured.The organization will have right to refer to the employer about undu fulfilment and demand the redundancy payment. In the act, the legislators has been acted in favour of workers, for legislature in articles 28,30 and 32 of social security act in order to support workers and reduce some parts of their financial affairs, the employers have been obliged to pay some parts of workers, insurance right, and whatever the employers pay to the organization will be the workers insurance right, therefore the employer himself won't be considered as insured of organization so his refer to the organization is inexcusable therefore in the validity of social security law, according to the articles of 36,37,38,65 and 66 social security act, realization of mistake in undu fulfilment isn't out of mind.

According to the kind of mistake in redundancy payment (premium, different debts about premium, treatment costs, pension and etc) may arise from mistake of law or mistake of fact, Tan in the case of realization of the mistake and proofing it, the mistaken person is right to refer to the social security organization, worker, employer or contractor has been paid by mistake can be demanded under the undu fulfilment and the basis of this refer is to pay other person debt according to the law judgment. One of the responsibilities of the employer against the worker is to pay the insured right. It is self- evident that the employer pays the imposed premium in order to nobody refer to him as a plaintiff of loss and damage in future. In an assumption the social security organization may make a mistake in determining the exact amount of premium and the transferor is obliged to pay the determined premium to facilitater institutions conveyance or work shop to the other person. Now after paying, transferor is right to protest to incorrect mistake of organization, in the case of proofing mistake, undu fulfilment has been realized, in other words the mistake of social security organization concerning guarantee of premium is ineffective. Finally, in related to mistake and undu fulfilment in social security law has not been making clear, but in re to mistake and undu fulfilment can resort to the rules and regulations of civil code and this mistake should be considered ineffective and grant realization of undu fulfilment.

اثر حقوقی اشتباه در واقعه حقوقی ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی

محمدحسین خادمی آراسته^۱، بیژن حاجی عزیزی*^۲، احمد رضوانی مفرد^۳

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد کنگاور، دانشگاه آزاد اسلامی، کنگاور، ایران.

Email: Khademi.moh@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

Email: haji598@basu.ac.ir *نویسنده مسئول

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران.

Email: a.rezvanimofrad@basu.ac.ir

چکیده:

ایفای ناروا، واقعه حقوقی است که موجب ضمان دریافت‌کننده می‌شود. در قانون مدنی موادی راجع به ایفای ناروا آمده و ضمانت اجرای آن در صورت تحقق شرایط ایفای ناروا بیان گردیده است. واقعه حقوقی بودن ایفای ناروا به این جهت است که پس از تحقق ایفای ناروا الزام و تعهد حقوقی شخص دریافت‌کننده مال به استرداد، ناشی از حکم قانون می‌باشد. در قلمرو تأمین اجتماعی ایفای ناروا تحت عناوین جبران غرامات، هزینه‌های درمان، پرداخت مستمری و حق بیمه و متفرعات آن حاصل می‌گردد. علی‌رغم اینکه هیچ‌یک از مواد قانون تأمین اجتماعی به ایفای ناروا اشاره ننموده است؛ ولی می‌توان از مفاد مواد ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۶۵ و ۶۶ قانون مزبور، ایفای ناروا را استنباط و آن را از مصادیق ایفای ناروا به شمار آورد. ممکن است ایفای ناروا به‌وسیله سازمان تأمین اجتماعی، کارفرما، انتقال‌گیرنده عین یا منافع کارگاه در نتیجه اشتباه به حکم یا موضوع باشد. در قانون تأمین اجتماعی به اشتباه هم اشاره‌ای نشده است؛ ولی مستفاد از ماده ۳۷ قانون



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.353115.2129

تاریخ دریافت:

۸ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۶ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



مزبور می‌توان گفت تشخیص سازمان در تعیین میزان حق بیمه می‌تواند مصداق اشتباه باشد.

کلیدواژه‌ها:

اشتباه، ایفای ناروا، تأمین اجتماعی، غیرمؤثر، واقعه حقوقی.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «مطالعه تطبیقی فقهی حقوقی اثر اشتباه در وقایع حقوقی»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک، دانشکده ادبیات و علوم انسانی

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محمدحسین خادمی آراسته: مدیریت پروژه، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی.

بیژن حاجی عزیزی: نظارت، اعتبارسنجی، تحلیل، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی.

احمدرضوانی مفرد: نوشتن - بررسی و ویرایش، تحلیل، منابع، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

خادمی آراسته، محمدحسین، بیژن حاجی عزیزی و احمد رضوانی مفرد. «اثر حقوقی اشتباه در واقعه حقوقی ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۱۹۱-۲۱۵.

مقدمه

ایفای ناروا در حوزه حقوق مدنی و الزامات بدون قراردادی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. قانون‌گذار در مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون مدنی به صراحت برای پرداخت و دریافت ناشی از اشتباه، وضع قاعده کرده و ضمانت اجرای آن را بیان نموده است. ایفای ناروا را با توجه به ماهیت حقوقی آن باید یک واقعه حقوقی دانست که آثار حقوقی ناشی از اشتباه هم به حکم قانون تحمیل می‌گردد. بدون اینکه برقراری و ایجاد آثار حقوقی آن به اراده فاعل آن بستگی داشته باشد. هدف از پژوهش و نگارش مقاله حاضر به روش تحلیلی و توصیفی همچنین به روش کتابخانه‌ای درصدد پاسخ به این سؤال است که آیا علی‌رغم عدم تصریح به ایفای ناروا در حوزه تأمین اجتماعی می‌توان از قواعد حاکم بر قانون مدنی استفاده کرد و اثر حقوقی بر پرداخت‌ها و دریافتی‌های ناشی از اشتباه را در حوزه حقوق تأمین اجتماعی نیز مترتب نمود یا خیر؟ بدیهی است که در صورت عدم تسری قواعد حاکم در نهاد ایفای ناروا موضوع قانون مدنی در حوزه تأمین اجتماعی، چه بسا هزینه‌هایی حسب مورد بر سازمان تأمین اجتماعی یا سایر اشخاص حقوقی و حقیقی تحمیل گردد؛ که منطبق با حقیقت و عدالت نباشد؛ بنابراین در مقاله حاضر ابتدا مفاهیم اشتباه و واقعه حقوقی، همچنین ماهیت ایفای ناروا و شرایط تحقق و آثار آن و اثر حقوقی اشتباه تبیین می‌گردد و در نهایت مصادیق و اثر اشتباه در ایفای ناروا در پاره‌ای از مواد قانون تأمین اجتماعی در قلمرو تأمین اجتماعی تبیین و تشریح می‌گردد.

۱- مفاهیم

برای درک بهتر مقاله ضرورت دارد تا ابتدا مفاهیم اشتباه، واقعه حقوقی و ایفای ناروا بیان گردد.

۱-۱- مفهوم اشتباه

اشتباه در لغت به معنای مانند شدن چیزی به چیز دیگر در نظر انسان، یکی را به جای دیگری گرفتن یا کاری را به غلط انجام دادن، پوشیده شدن کار و مترادف با شک و شبهه و خطا گرفته‌اند.^۱ در خصوص مفهوم اصطلاحی اشتباه نیز حقوق‌دانان تعاریف مختلفی به شرح ذیل ارائه کرده‌اند: اشتباه A عبارت است از خطا در شناخت و اعتقاد برخلاف واقع^۲ و یا A تصور نادرستی است که انسان از حقیقت پیدا

۱. حسن عمید، فرهنگ اسلامی عمید (تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۹۲)، ۱۸۶.

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادهای تعهدات، جلد اول (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰)، ۱۶۳.

می‌کند^۳ و یا A اعتقاد به امری است که مطابق با حقیقت نباشد^۴ و یا اشتباه نمایش نادرست واقعیت در ذهن است و در شمار پدیده‌های روانی می‌آید^۵ و همچنین A اشتباه تصور باطلی است که شخص از امور و اشیاء دارد^۶ در تعریف اشتباه می‌توان گفت تصور نادرستی است که انسان از یک موضوع یا حکم پیدا می‌کند و بر مبنای همین تصور نادرست، دست به اعمالی می‌زند که نتیجه آن اعمال نادرست، مشتبه را متعهد و ملزم قانونی به آثار ناشی از انجام آن عمل و در صورت وقوع خسارت، ملزم به جبران ضرر و زیان می‌نماید و چه بسا فرد در صورت علم و آگاهی در شناخت نسبت به امور، دست به اقداماتی که نتیجه آن متعهد شدن و ملزم بودن وی باشد را نمی‌کرد.

۱-۲- مفهوم واقعه حقوقی

حقوق دانان تعاریف متعددی را از واقعه حقوقی بیان کرده‌اند: A واقعه حقوقی عبارت از رویدادی ارادی یا غیرارادی مادی است که قانون اثر یا آثار حقوقی برای آن ثابت کرده است، بدون اینکه شخص تحقق آثار آن را خواسته باشد^۷؛ یعنی در واقعه حقوقی آثار حقوقی، به اراده فاعل آن بستگی ندارد و از نظر حقوقی، اراده فاعل، اهمیتی ندارد، بلکه حکم آن در قانون مشخص شده است؛ به عبارتی واقعه حقوقی جزء امور و حوادثی است که بدون اراده افراد به وجود می‌آید ولی در قانون حکم آنها نیز معین گردیده و تحت عنوان الزامات غیر قراردادی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته.^۸ برخی نیز عقیده دارند که غیر از اعمال حقوقی، سایر اعمال انسان که موضوع حق و تکلیف باشد، واقعه حقوقی است.^۹ نویسندگان دیگری نیز ضمن تقسیم وقایع حقوقی از حیث ارادی، گفته‌اند: A وقایع حقوقی ارادی را می‌توان به دو نوع منقسم نمود؛ نوع اول اعمال حقوقی نام دارد و دسته‌ای از وقایع حقوقی ارادی را تشکیل می‌دهد. در این دسته از وقایع حقوقی، قصد ایجاد آثار حقوقی شرط ایجاد آنهاست و دسته‌ای دیگر از وقایع حقوقی

۳. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه نظام حقوقی (تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷)، ۲۸۴.

۴. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، جلد اول (تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۷)، ۲۹.

۵. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - الزام‌های خارج از قرارداد - ضمان قهری، جلد دوم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، ۳۹۵.

۶. سیدعلی شایگان، حقوق مدنی (قزوین: انتشارات طه، ۱۳۷۵)، ۸۳.

۷. شهیدی، پیشین، ۴۵.

۸. ناصر رسایی‌نیا، حقوق مدنی - عقود و تعهدات (تهران: انتشارات آوای نور، ۱۳۷۶)، ۱۹.

۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱)، ۳۷۳۱.

وجود دارد که در آنها قصد پیدایش آثار حقوقی شرط ایجاد آنها نیست.^{۱۰} همچنین گفته شده که اعمال افراد انسانی دو نوع است: A یک دسته وجود دارد که آثار حقوقی بر آنها مترتب می‌شود چه فاعل فعل، در حین ارتکاب، خواستار ترتب آن آثار باشد و یا نباشد، این قبیل اعمال نیز در فقه اصطلاح مخصوصی ندارد ولی در اصطلاحات جدید آن را واقعه حقوقی می‌نامند؛^{۱۱} یا گفته شده: A رویدادهایی است که آثار حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آید اعم از اینکه ایجاد واقعه، ارادی باشد مانند غصب و اتلاف مال غیر، یا طبیعی، چون مرگ و تولد شخص^{۱۲} به بیان دیگر در A واقعه حقوقی، خواست شخص متعهد دخیل در ایجاد تعهد نیست بلکه غالباً تعهد علی‌رغم خواست او به وجود می‌آید^{۱۳}؛ بنابراین واقعه حقوقی رویدادی است که با اراده یا بدون اراده شخص باشد؛ ولی آثار حقوقی و همچنین الزام و ایجاد تعهد، دیگر به اراده شخص نباشد و بلکه قانون شخص را مکلف به انجام تعهد ناشی از عمل وی بنماید.

۱- ۳- ماهیت و مفهوم ایفای ناروا

ایفای ناروا یک واقعه حقوقی است که موجب ضمان دریافت‌کننده می‌شود. در قانون مدنی، عنوان ایفای ناروا به صراحت، ذکر نشده است؛ اما مواد ۲۶۵ و ۳۰۱ تا ۳۰۵ قانون مدنی راجع به ایفای ناروا و ضمانت اجرای تحقق آن، قواعدی را بیان نموده است. در برخی از نوشته‌های حقوقی ایفای ناروا را یکی از اقسام استیلا دانسته‌اند^{۱۴} چراکه A تأدیه دین یا دادن مالی به دیگری به قصد ایفای تعهد می‌باشد ولی بعداً مشخص می‌گردد که پرداخت فوق نارواست.^{۱۵}

۲- اشتباه از حیث اثر در واقعه حقوقی

در نوشته‌های حقوقی بیشتر به آثار اشتباه از حیث اثر در اعمال حقوقی اشاره شده است؛ بدون اینکه به اثر اشتباه در وقایع حقوقی مختلف اشاره کرده باشند. این در حالی است که در وقایع حقوقی نیز اشتباه

۱۰. عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات اعمال حقوقی - تشکیل عقد، جلد اول (تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۸۷)، ۱۴۰.

۱۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷)، ۲.

۱۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - اعمال حقوقی (تهران: انتشارات سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۸۶)، ۶.

۱۳. محمدعلی موحد، مختصر حقوق مدنی (تهران: انتشارات نشر کارنامه، ۱۳۹۸)، ۴۴۴.

۱۴. سید مرتضی قاسم‌زاده، الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد (تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۱۸۹.

۱۵. بختیار عباسلو، مسئولیت مدنی با نگارش تطبیقی (تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۴)، ۷۴.

می‌تواند حسب مورد مؤثر یا غیرمؤثر باشد. به عبارتی اثر اشتباه در وقایع حقوقی، در ایجاد مسؤولیت یا عدم مسؤولیت، در جبران زیان‌های وارده و همچنین در تحقق یا عدم تحقق آن واقعه حقوقی بروز خواهد کرد.

۳- شرایط تحقق ایفای ناروا

برای تحقق ایفای ناروا باید شرایط زیر وجود داشته باشد: اول) تسلیم یا ایفای مادی مال: برای تحقق ایفای ناروا، علاوه بر تسلیم مال، دریافت کردن مال از جانب دریافت‌کننده ناروا هم لازم است. به بیان دیگر A باید عملی انجام شده باشد که بتوان آن را ایفا نامید، چنان‌که مالی به دیگری تسلیم شود و ظاهر آن باشد که منظور ایفای دین است.^{۱۶} ضمن اینکه، باید تسلیم مال در مقام ایفای دین و به‌عنوان وفای به عهد باشد،^{۱۷} البته با استناد به‌ظاهر ماده ۳۰۱ ق.م و برداشت از آن برخی عقیده دارند که هرگاه تسلیم مال نه در مقام ایفای دین بلکه بنا به علل دیگری هم باشد و تسلیم صورت بگیرد، ایفای ناروا محقق است.^{۱۸} به نظر می‌رسد این عقیده صحیح نمی‌باشد؛ زیرا مبنای حقوقی تسلیم در نتیجه قرض دادن، ودیعه دادن، عاریه دادن، اجاره دادن و غیره، تابع تراضی و توافق و احکام عقود معین است. دوم) مدیون نبودن ایفاکننده و نبود دین: یعنی هیچ‌گونه رابطه دینی میان پرداخت‌کننده و دریافت‌کننده ناروا وجود نداشته باشد و یا اگر دینی هم وجود دارد ایفاکننده مدیون آن دین نباشد و یا اگر دینی وجود داشته، قبلاً پرداخت شده و یا به دلیلی ساقط گردیده است. گاهی هم پرداخت‌کننده مدیون می‌باشد؛ ولی دریافت‌کننده طلبکار نیست؛ در این وضعیت دریافت‌کننده حق دریافت و گرفتن مال از ایفاکننده را ندارد و در صورت دریافت مال مکلف به استرداد آن می‌باشد.^{۱۹} گاهی نیز ممکن است که پرداخت‌کننده مدیون نباشد ولی دریافت‌کننده طلبکار باشد؛ یعنی پرداخت‌کننده، به تصور اینکه بدهکار است، خود را متعهد به پرداخت بدهی بداند؛ ولی در حقیقت امر، هیچ بدهی نداشته باشد؛ حال اگر در نتیجه این تصور، بدهی را پرداخت کند؛ ایفای ناروا با جمع شرایط دیگر تحقق می‌یابد. سوم) اشتباه تأدیه‌کننده: مطابق ماده ۳۰۲ ق.م. شرط دیگری برای تحقق ایفای ناروا لازم است و آن اینکه تأدیه‌کننده یا پرداخت‌کننده مال، دچار اشتباه شده باشد. البته در تحقق ایفای ناروا، اشتباه دریافت‌کننده، شرط نیست چراکه ممکن

۱۶. سیدحسین صفایی و حبیب اله رحیمی، مسؤولیت مدنی - الزامات خارج از قرارداد (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱)، ۱۰.
 ۱۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، جلد اول (تهران: انتشارات بهمنی برنا، ۱۳۷۴)، ۲۵۱.
 ۱۸. علی عباس حیاتی، حقوق مدنی - مسؤولیت مدنی (تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۳۶۱.
 ۱۹. کاتوزیان، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، پیشین، ۲۵۲.

است دریافت‌کننده به عمد و با علم و اطلاع و مالی را که استحقاق آن را نداشته، دریافت کرده باشد.^{۲۰}

۴- آثار ایفای ناروا

آثار حقوقی حاصل از ایفای ناروایی که به اثبات رسیده، ایجاد حق و تکلیف برای هر یک از پرداخت‌کننده و دریافت‌کننده است که به تفکیک و به‌طور اجمال تبیین می‌گردد.

۴-۱- تکلیف و الزام پرداخت‌کننده

در اثر ایفای ناروا، تکلیفی برای پرداخت‌کننده مبنی بر پرداخت هزینه‌های نگهداری از مال ایجاد می‌گردد و برای ایجاد این تکلیف باید به علم و جهل دریافت‌کننده مال به عدم استحقاق دریافت مال توجه نمود. پس اگر شخص دریافت‌کننده مال نیز همانند پرداخت‌کننده در اشتباه بوده باشد، هزینه‌های نگهداری مال بر عهده پرداخت‌کننده می‌باشد^{۲۱}؛ بنابراین چنانچه، دریافت‌کننده مال به اشتباه خود را طلبکار می‌دانسته و مال را متصرف گردد و هزینه‌هایی برای حفظ مال بنماید و بعداً دعوی استرداد از جانب ایفاکننده مطرح شود و مدعی ایفای ناروا، متقاضی استرداد مال خود باشد، باید هزینه‌های نگهداری و حفظ مال را بدهد؛ اما اگر دریافت‌کننده مال، به عدم استحقاق خود آگاه و عالم بوده باشد، هزینه‌های صرف شده برای حفظ و نگهداری مال به وی داده نمی‌شود^{۲۲} زیرا دریافت‌کننده، مطلع و آگاه بر عدم استحقاق خود بوده و ید چنین شخص متصرفی شبیه به ید غاصبانه می‌باشد.

۴-۲- تکالیف و الزام‌های دریافت‌کننده

مطابق مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ قانون مدنی، چنانچه دریافت‌کننده مال، در نتیجه تحقق ایفای ناروا بر مال ایفاکننده مستولی شود، به حکم قانون ملزم به بازگرداندن مال به مالک آن می‌شود. قانون‌گذار در ماده ۳۰۳ ق.م. دو نوع تکلیف بر عهده دریافت‌کننده مال گذاشته شده است؛ یکی الزام به رد عین مال و دیگری پرداخت اجرت‌المثل منافع مربوط به عین مال می‌باشد؛ حتی در خصوص مطالبه منافع غیرمستوفات مربوط به عین مال، برخی از حقوق‌دانان در توجیه مسؤؤل تلقی شدن دریافت‌کننده جاهل برای منافع غیرمستوفات، محروم ماندن مالک از منافع و رفع ضرر از مالک را استدلال کرده‌اند؛^{۲۳} اما

۲۰. صفایی و رحیمی، پیشین، ۱۲-۱۱.

۲۱. کاتوزیان، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، پیشین، ۲۶۱.

۲۲. مهراب داراب پور، مسؤولیت‌های خارج از قرارداد (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰)، ۳۳۴.

۲۳. کاتوزیان، حقوق مدنی - الزام‌های خارج از قرارداد - ضمان قهری، جلد دوم، پیشین، ۲۶۰.

برخی از حقوق دانان، ضمان مطلق را منطبق با قواعد حقوقی نمی دانند و چنین حکمی را با قاعده غرور متعارض می دانند. برخی نیز معتقدند در صورتی که متصرف، جاهل به عدم استحقاق خود باشد و از طرف دیگر هم مالک با رضای خود مال را به متصرف داده باشد، متصرف مسؤول منافع غیرمستوفات نخواهد بود.^{۲۴} در توجیه این نظر هم گفته اند: A چون اخذکننده در فرض مذکور تقصیر نداشته و مالک با تسلیم مال خود به او سبب فوت منفعت شده و خسارت متناسب به صاحب مال است، اخذکننده مسؤول منافع استیفا نشده نخواهد بود^{۲۵} به نظر می رسد که این نظر صحیح و منطبق با عدالت است؛ ضمن اینکه در جایی که متصرف جاهل بوده و مالک هم با رضای خود ولو با اشتباه مال را تسلیم کرده باشد جبران منافع غیرمستوفات، به منزله استفاده بلاجهت مالک نیز خواهد بود.

۵- اثر اشتباه در ایفای ناروا از منظر قانون مدنی

قانون گذار در مواد ۲۶۵، ۳۰۱ تا ۳۰۵ ق.م.راجع به ایفای ناروا و ضمانت اجرای ناشی از اشتباه ایفاکننده ناروا و دریافت کننده ناروا، بیان حکم نموده است. مطابق ماده ۲۶۵ ق.م. اگر ایفاکننده به تصور اینکه از سابق دینی به دریافت کننده (دیگری) دارد و در نتیجه این تصور، مالی را تسلیم کند؛ ولی بعداً معلوم و محرز شود که مقروض به گیرنده مال نبوده است؛ حق دارد تا با مراجعه به دریافت کننده، عین و منافع آن را استرداد نماید و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت مال تلف شده را مطالبه کند. ماده ۳۰۱ ق.م. در خصوص اشتباه دریافت کننده مال ناروا و ضمانت اجرای دریافت اشتباهی را مورد حکم واقع ساخته است. مطابق این ماده، صرف گرفتن مال از جانب گیرنده مال برای تحقق ایفای ناروا کافی است. البته نباید از ظاهر ماده این برداشت شود که در ایفای ناروا، عنصر اشتباه شرط است؛ در حقیقت ذکر کلمه اشتباه برای تفکیک هبه و بخشش از پرداخت ناروای بدون علت آمده است. بر اساس ماده ۳۰۲ ق.م. ممکن است اشتباه از جانب پرداخت کننده باشد؛ برخی از حقوق دانان برای ایفای ناروا موضوع ماده ۳۰۲ ق.م. سه فرض نبود دین در خارج، وجود دین در خارج و پرداخت مدیون به غیر طلبکار و وجود دین در خارج و پرداخت غیر مدیون به طلبکار را متصور دانسته اند و معتقدند که ماده ۳۰۱ ق.م. وظیفه داین فرضی به برگرداندن مال و ماده ۳۰۲ ق.م. نیز حق مدیون فرضی یعنی استرداد مال را بیان می دارند^{۲۶} و برخی از حقوق دانان نیز با لحاظ مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ ق.م. به طور کلی فروض و مصادیق ایفای

۲۴. امامی، پیشین، ۳۵۴.

۲۵. صفایی و رحیمی، پیشین، ۴۱.

۲۶. حسن ره پیک، حقوق مدنی - حقوق قراردادها (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷)، ۱۹۸.

ناروا را در پرداخت دین به غیر داین، پرداخت دین از سوی شخص غیرمدیون و پرداخت بدون وجود دین، می‌دانند.^{۲۷} به نظر می‌رسد برای تحقق ایفای ناروا در فرض اشتباه از جانب پرداخت‌کننده ممکن است که اشتباه در وجود دین، اشتباه در موضوع دین، اشتباه در طرفین، اشتباه در قانون و حتی اشتباه در داعی باشد؛ یعنی گاهی مواقع ایفاکننده ناروا، در وجود دین دچار اشتباه می‌گردد و بر مبنای همین تصور غلط، مالی یا پولی به دیگری تسلیم و پرداخت می‌کند و بعداً معلوم و مشخص می‌شود از اساس هیچ دینی وجود نداشته و یا اگر دینی هم وجود داشته در گذشته این دین توسط خودش یا دیگری پرداخت شده است که این اشتباه در خصوص ایفاکننده غیر مؤثر می‌باشد. گاهی ممکن است اشتباه در موضوع دین باشد و با پرداخت اشتباهی، ایفای ناروا محقق شود؛ یعنی در اصل دینی بر ذمه ایفاکننده باشد، اما وی با تصور غلط و اشتباه، مال دیگری را به جای دین اصلی پرداخت نماید. در مواردی ممکن است تحقق ایفای ناروا ناشی از اشتباه در طرفین باشد؛ به عبارتی دین وجود دارد اما شخص ایفاکننده خود را مدیون می‌پندارد؛ ولی در حقیقت وی بدهکار نباشد یا مدیون بدهکار واقعی بوده و تصور مدیون بودن وی هم مطابق با حقیقت و مدیونیت وی باشد؛ اما در تسلیم مال به طلبکار اشتباه کند؛ یعنی مال را به کسی غیر از طلبکار تسلیم و ایفا نماید. در این حالت اصل دین در خارج وجود دارد؛ اما اشتباه در مدیون بودن شخص و یا اشتباه در طلبکار بودن گیرنده، بروز نموده است. در این صورت نیز اشتباه غیر مؤثر بوده و مانع از تحقق ایفای ناروا نمی‌باشد؛ گاهی عکس فرض فوق باعث تحقق ایفای ناروا می‌گردد؛ گاهی اشتباه در برداشت و تفسیر از قانون، باعث پرداخت یا تسلیم مالی به غیر می‌شود؛ در این فرض، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا اشتباه در قانون موجب تحقق ایفای ناروا می‌گردد؟ در حقیقت مطابق ماده ۲۶۷ ق.م. ایفای دین دیگری از جانب غیرمدیون جایز و بلا مانع است، هر چند که ایفاکننده اذنی در ادای دین و ایفای تعهد نداشته باشد، به استثنای مواردی که پرداخت دین دیگری به حکم قانون می‌باشد که در این موارد حق مراجعه وجود دارد و پرداخت دین دیگری به حکم قانون، مصداق ایفای ناروا می‌باشد؛ بنابراین اگر برای تأدیه دین مباشرت شخص متعهد شرط نشده باشد، غیرمدیون مجاز در پرداخت دین و ایفای تعهد است. همچنین احتمال دارد که ایفای ناروا ناشی از اشتباه در انگیزه ایفاکننده باشد. به طور مثال؛ شخصی به اشتباه، تصور نماید که گیرنده مال در زمانی به وی احسان کرده و او را از بیم خطر مرگ نجات داده است و به پاس این احسان مالی را به وی بدهد؛ ولی بعداً مشخص شود احسان‌کننده شخص دیگری بوده است. در این فرض باید بر این عقیده بود که این اشتباه غیر مؤثر است و نهاد ایفای ناروا محقق می‌گردد.

۲۷. ابراهیم تقی‌زاده و احمدعلی هاشمی، مسئولیت مدنی - ضمان قهری (تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۱)، ۲۸۸.

۶- مصادیق و اثر اشتباه در ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی

در قانون تأمین اجتماعی^{۲۸} به‌طور صریح به ایفای ناروا همانند قانون مدنی اشاره نشده است؛ اما از مفاد ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۶۵ و ۶۶ ق.ت.ا. مفهوم ایفای ناروا قابل استنباط و برداشت می‌باشد و هر یک از مواد مزبور مصادیق برای ایفای ناروا محسوب می‌شوند. حال مصادیق ایفای ناروا در حقوق تأمین اجتماعی و اثر اشتباه در آن، به‌طور جداگانه بررسی و تبیین می‌گردد.

۱-۶- مصادیق ایفای ناروا در حقوق تأمین اجتماعی

در نظام حقوقی ایران هر شخصی که دین دیگری را به حکم قانون پرداخت کند، حق رجوع به مدیون برای مطالبه دین ادا شده را دارد؛ مگر اینکه اداکننده دین (پرداخت‌کننده) قصد تبرع داشته باشد. به بیان دیگر در نظام حقوقی ایران در مواردی اشخاص به حکم قانون مکلف یا مجاز در پرداخت دین دیگری می‌شوند که این نوع از پرداخت‌ها مشمول حکم ماده ۲۶۷ ق.م. نمی‌باشد تا حق مراجعه به مدیون سلب گردد و چنانچه تمامی شرایط تحقق ایفای ناروا جمع باشد آن را ایفای ناروا تلقی می‌نماییم و به‌نظر چنانچه تمامی شرایط تحقق واقعه حقوقی ایفای ناروا جمع نباشد می‌توان آن را در حکم ایفای ناروا دانست تا حسب مورد حق مراجعه برای پرداخت‌کننده ایجاد گردد. به‌طور کلی A تأدیه مال وقتی ایفای ناروا جلوه می‌کند که پرداخت‌کننده هیچ دینی اعم از دیون مدنی و طبیعی به گیرنده نداشته باشد.^{۲۹} برخی عقیده دارند A پرداخت‌کننده در چند فرض می‌تواند علیه مدیون رجوع شخصی داشته باشد. نخست) فرضی که او در تأدیه دین مدیون مأذون باشد. دوم) فرضی که شرایط اداره مال غیر فراهم باشد؛ یعنی تأدیه‌کننده از باب اداره امور مدیون، اقدام به تأدیه نموده باشد. سوم) وقتی که تأدیه سبب دارا شدن ناعادلانه مدیون گردد.^{۳۰} با مطالعه ق.ت.ا. مشخص می‌گردد در پاره‌ای از موارد ممکن است، سازمان تأمین اجتماعی یا اشخاص دیگری مجبور به پرداخت وجوهی تحت عناوین مختلف که در قانون پیش‌بینی شده باشند که از مصادیق ایفای ناروا تلقی می‌گردند. برای مصادیق ایفای ناروا در قانون مزبور می‌توان به مواد ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۶۵ و ۶۶ اشاره کرد؛ زیرا اغلب شخصی مبادرت به ایفای دینی می‌نماید که بابت آن بدهی و تعهدی ندارد. مطابق ماده ۳۶ ق.ت.ا. کارفرما مسؤول پرداخت حق بیمه سهم خود

۲۸. از این پس قانون تأمین اجتماعی در مقاله به اختصار ق.ت.ا. آمده است.

۲۹. کامران آقایی، ایفای ناروا (تهران: انتشارات جنگل)، (۱۳۹۱)، ۹۲.

۳۰. عباسعلی دارویی، «پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴(۱۳۸۸)، ۱۶۸.

و بیمه شده به سازمان می‌باشد و کارفرما وفق ماده ۲۸ قانون مزبور نسبت به سهم خود به میزان بیست درصد مزد یا حقوق بیمه شده، مسؤول نهایی پرداخت حق بیمه است و چنانچه کارفرما از کسر حق بیمه سهم بیمه شده و پرداخت آن امتناع نماید یا تأخیر در پرداخت نماید و در نتیجه آن سازمان در مقابل بیمه شده مکلف به پرداخت شود. سازمان حق خواهد داشت تا به کارفرما مراجعه و از باب ایفای ناروا دین کارفرما، وجوه پرداختی را مطالبه نماید و قانون‌گذار در این ماده به حمایت از کارگر عمل نموده است چراکه قانون‌گذار در مواد ۲۸، ۳۰ و ۳۲ ق.ت.ا. به منظور حمایت از کارگران و کاهش بخشی از بار مالی آنها، کارفرمایان را ملزم نموده است که بخشی از حق بیمه کارگران را بپردازند و آنچه کارفرمایان به سازمان می‌پردازند حق بیمه کارگران می‌باشد؛ بنابراین کارفرما خود بیمه شده سازمان محسوب نمی‌شود تا رجوع او به سازمان غیرموجه باشد؛ در حقیقت A روح ق.ت.ا.، مبتنی بر حمایت و گاه جبران خسارت از کارگرانی است که نیاز به حمایت دارند^{۳۱} و بر این اساس A هر جا طبق ق.ت.ا.، سازمان موظف به انجام تعهداتی باشد، باید به این تعهدات عمل نماید^{۳۲} و نمی‌تواند از زیر تعهدات شانه خالی کند و در صورت امتناع می‌توان الزام سازمان را از دیوان عدالت اداری تقاضا کرد؛ زیرا که A تعهدات سازمان تأمین اجتماعی و مزایای مقرر در قانون عوضی است که در مقابل دریافت حق بیمه به بیمه‌شدگان ارائه می‌شود؛ بنابراین سازمان نمی‌تواند انجام تعهدات خود در مقابل بیمه‌شدگان را منوط به انجام وظایف کارفرمایان در قبال خود نماید و عدم انجام وظایف کارفرما در مقابل سازمان، بیمه شده نیست^{۳۳} به بیان دیگر، مراد مقنن از وضع قاعده بر مسؤولیت و تعهدات سازمان در مقابل بیمه شده آن بوده است که کاهلی کارفرما در پرداخت حق بیمه، نتواند مستند سازمان تأمین اجتماعی در عدم ارائه خدمات و وظایف باشد.^{۳۴} مطابق ماده ۳۷ قانون مزبور چنانچه مؤسسه یا کارگاهی مورد نقل و انتقال به صورت قطعی، شرطی، رهنی، صلح یا اجاره قرار بگیرد و خواه این انتقال رسمی یا غیر رسمی باشد، انتقال دهنده مکلف است بدهی‌های معوق خود را بابت حق بیمه و متفرعات پرداخت و مفاصاحساب بگیرد؛ لازم به تأکید است که ذکر عناوین معاملاتی که تحت شمول ماده قرار گرفته، به لحاظ غلبه و شیوع آنها در انتقال عین منافع می‌باشد و هیچ خصوصیتی در نوع آنها متصور نیست؛ بنابراین معاملاتی از قبیل هبه و امثال آن هم که

۳۱. علی‌رضا یزدانین، قواعد عمومی مسؤولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، جلد چهارم (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵)، ۷۰.

۳۲. همان، ۹۳.

۳۳. کورش استوار سنگری، حقوق تأمین اجتماعی (تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۱۶۲-۱۶۱.

۳۴. عمران نعیمی و دیگران، قانون تأمین اجتماعی در نظم کنونی (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵)، ۱۲۲.

موجب انتقال عین یا منافع مؤسسه یا کارگاه باشد، مشمول ماده ۳۷ قانون خواهد بود.^{۳۵} دریافت به موقع حق بیمه برای سازمان تأمین اجتماعی جهت نائل شدن به اهداف سازمان که تأمین و تضمین اقتصادی و حداقل شرایط زندگی مطابق با منزلت انسانی افراد، حائز اهمیت فراوان می‌باشد که این موضوع در ماده ۳۷ ق.ت.ا. مورد توجه خاص مقنن قرار گرفته است. مفاد این ماده حکایت از این امر مهم دارد که سازمان بابت حق بیمه و جرایم و خسارات متعلقه از انتقال دهنده طلبکار است و در همین راستا ممکن است سازمان در تعیین میزان حق بیمه موضوع بدهی انتقال دهنده، دچار اشتباه گردد و مبلغی بیش از آنچه دین انتقال دهنده می‌باشد را مبنای پرداخت حق بیمه به سازمان قرار دهد و حتی این احتمال وجود دارد که اصلاً هیچ دینی بابت حق بیمه به سازمان وجود نداشته باشد. مع الوصف اگر انتقال دهنده، در نتیجه تشخیص اشتباه سازمان در تعیین میزان حق بیمه، مجبور به پرداخت حق بیمه مجدد گردد تا معامله و قرارداد وی با انتقال گیرنده کارگاه یا مؤسسه در دفاتر اسناد رسمی ثبت گردد و یا اینکه سازمان در محاسبه حق بیمه و اعلام آن دچار اشتباه گردد و یا انتقال گیرنده، به اختیار بدهی‌های معوق کارگاه را بپردازد تا معامله قابلیت ثبت در دفترخانه را داشته باشد و یا حسب تصریح قانون‌گذار در نتیجه مسؤولیت تضامنی انتقال گیرنده، ناگزیر از پرداخت بدهی‌های کارگاه باشد؛ در این صورت موارد مذکور نیز از مصادیق ایفای ناروا بوده و برای پرداخت‌کننده حسب مورد حق رجوع به سازمان تأمین اجتماعی یا انتقال دهنده وجود دارد. در خصوص بدهی معوق بابت حق بیمه گفته‌اند: A مقصود از بدهی معوق بابت حق بیمه، مطلق بدهی انتقال دهنده نیست بلکه صرفاً بدهی انتقال دهنده در ارتباط با کارگاه موضوع انتقال است.^{۳۶} پس چنانچه شخصی دارای چندین کارگاه یا مؤسسه باشد و تنهایی از کارگاه‌های خود را در معرض نقل و انتقال قرار دهد، صرفاً بدهی همان کارگاه مورد معامله، ملاک و مشمول پرداخت بدهی می‌باشد. در این خصوص گفته‌اند که A تأمین اجتماعی از محل دریافت حق بیمه، سود سرمایه‌گذاری منابع ناشی از ارائه خدمات بخش درمان و هدایا هستند. حق بیمه یکی از مهم‌ترین مبادی تأمین منابع سازمان است که سهم بسزایی در تداوم فعالیت سازمان ایفاء می‌کند.^{۳۷} البته A عدم پرداخت حق بیمه کارگر از سوی کارفرما تأثیری در تعهدات سازمان ندارد؛ بنابراین اشخاص مشمول ق.ت.ا.

۳۵. عسگر جعفرزاده، «بررسی ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی»، مجله کانون ۱۰ (۱۳۷۷)، ۷۷.

۳۶. کورش کاویانی، «ضمانت اجرای عدم پرداخت حق بیمه در سازمان تأمین اجتماعی و راهکارهای اصلاحی»، فصلنامه تأمین اجتماعی ۳۰ (۱۳۸۶)، ۲۱۱.

۳۷. علی حیدری، تعلیقات تأمین اجتماعی (تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۹۹)، ۲۸۷.

حتی اگر سابقه پرداخت حق بیمه را نداشته باشند، می‌باید مشمول حمایت‌های سازمان قرار گیرند.^{۳۸} همچنین مطابق ماده ۳۸ ق.ت.ا. انجام کار به‌طور مقطعه، موضوع واگذاری قرار می‌گردد و ضمن قرارداد مقطعه‌کار متعهد و مکلف می‌شود تا حق بیمه کارکنان را به سازمان پرداخت نماید و چنانچه کارفرما بدون مطالبه مفصاحساب از سازمان، بهای کل کار مقطعه‌کار را بپردازد، شخصاً مسؤول پرداخت حق بیمه کارکنان و خسارت مربوطه خواهد بود و پس از پرداخت حق بیمه و خسارات به سازمان تأمین اجتماعی، حق دارد تا بابت وجوهی که به سازمان پرداخت کرده از مقطعه‌کار مطالبه نماید.^{۳۹} بنابراین عدم انجام هر یک از تکالیف در بدو امر ایجاد مسؤولیت (واگذارکننده) در برابر سازمان می‌باشد و پس از انجام تعهد در برابر سازمان به پرداخت حق بیمه کارکنان و خسارات متعلقه، حق رجوع برای کارفرما به پیمانکاری که به تعهدات خود عمل ننموده، وجود دارد و در نتیجه الزام و تکلیف قانونی برای پیمانکار (مقطعه‌کار) وجود دارد که وجوه پرداختی کارفرما به سازمان اعم از حق بیمه و خسارات را به کارفرما برگرداند. برخی رجوع کارفرما به مقطعه‌کار را مبتنی بر قائم‌مقامی کارفرما در حقوق سازمان علیه مقطعه‌کار می‌دانند.^{۴۰} مع الوصف ماده ۳۸ ق.ت.ا. نیز یکی دیگر از مصادیق ایفای ناروا می‌باشد؛ زیرا کارفرما پس از پرداخت حق بیمه کارکنان و خسارات متعلقه، بابت وجوه پرداختی به سازمان تأمین اجتماعی حق رجوع به پیمانکار را دارد. در حقیقت پرداخت حق بیمه کارکنان بر عهده مقطعه‌کار بوده است؛ ولی کارفرما پرداخت نموده است و پرداخت کارفرما نوعی ایفای ناروا تلقی می‌گردد. لازم به تأکید است که علت مراجعه کارفرما به مقطعه‌کار به این جهت است که کارفرما وفق قانون ۳۶ ق.ت.ا. مکلف به پرداخت حق بیمه بوده است؛ بنابراین کارفرما به حکم قانون و به قائم‌مقامی از مدیون، دین (حق بیمه) را از جانب مقطعه‌کار، پرداخت کرده است. لذا این عمل را در حکم ایفای ناروا تلقی کردیم تا حق مراجعه برای کارفرما به مقطعه‌کار وجود داشته باشد. از سویی دیگر چون پرداخت دین (حق بیمه) به حکم قانون و وفق تجویز ماده ۳۸ ق.ت.ا. می‌باشد، این عمل مصداق پرداخت دین از جانب دیگری موضوع ماده ۲۶۷ قانون مدنی نیست. در نتیجه از آنجایی که کارفرما در فرض ماده ۳۸ ق.ت.ا. به سازمان بدهی نداشته است و به اصطلاح عدم مدیونیت کارفرما (پرداخت‌کننده) محرز است و از سویی هم تسلیم مال (حق بیمه پرداختی) به سازمان محقق شده است که این پرداخت را در حکم ایفای ناروا تلقی می‌نماییم.

۳۸. محمدرضا مجتهدی، حقوق تأمین اجتماعی (تبریز: انتشارات آیدین، ۱۳۹۱)، ۱۰۲.

۳۹. کویانی، پیشین، ۲۰۸.

۴۰. عباسعلی دارویی، قائم‌مقامی با پرداخت (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۲)، ۲۰۸.

حتی می‌توان گفت که چون تأدیه از جانب کارفرما سبب دارا شدن ناعادلانه مقاطعه‌کار می‌گردد این حق برای کارفرما وجود دارد تا به مقاطعه‌کار مراجعه نماید و حتی برخی بر این عقیده هستند که A با جمع شرایط و ارکان قائم‌مقامی با پرداخت، پرداخت‌کننده غیرمدیون یا ثالث جانشین دائن در رابطه حقوق بین او و مدیون می‌شود، در نتیجه پرداخت‌کننده با استناد به قائم‌مقامی خود در حقوق دائن می‌تواند به مدیون رجوع و طلب دائن را که پس از پرداخت به او منتقل شده است، از او مطالبه نماید.^{۴۱} همچنین می‌توان ایفای ناروا را از مواد ۶۵ و ۶۶ ق.ت.ا. استنباط نمود؛ به موجب این مواد چنانچه ثابت شود حوادثی که ناشی از کار بوده به وقوع پیوسته و نتیجه وقوع این حوادث هم ورود خسارات به بیمه شده باشد، در صورت اثبات تقصیر کارفرما یا نمایندگان در عدم رعایت مقررات حفاظت فنی و همچنین عدم رعایت مقررات بهداشتی، سازمان تأمین اجتماعی پس از صرف هزینه‌های لازم جهت درمان و پرداخت غرامت، مستمری و غیره در حق بیمه شده متضرر از حادثه، حق دارد تا به شخص کارفرما مراجعه نموده و آنچه را هزینه نموده از باب ایفای ناروا از کارفرما مطالبه نماید. در توجیه پرداخت هزینه‌های درمان از سوی سازمان تأمین اجتماعی گفته شده است: A قانون‌گذار به منظور حمایت از زیان‌دیدگان و جبران سریع خسارت وارده بر آنها، سازمان را مشمول جبران این خسارت کرده است؛ بنابراین، آنچه سازمان مسؤول پرداخت آن است در واقع دین مسؤول حادثه است و مدیون نهایی و واقعی این خسارت همان مسؤولان حادثه هستند بدین ترتیب، سازمان با پرداخت دین مسؤول حادثه به حکم قانون، قائم‌مقام زیان‌دیده می‌شود و بر این اساس می‌تواند به مسؤولان حادثه مراجعه کند^{۴۲} در تأیید و توجیه این نظر می‌توان گفت که از یک‌سو مبنای مسؤولیت کارفرما در برابر کارگران، هم مبتنی بر تقصیر است که مطابق قواعد عام مسؤولیت مدنی، مقصر حادثه مسؤول جبران تمامی زیان‌های وارده می‌باشد و از سوی دیگر نیز مبنای رجوع سازمان به کارفرما مبتنی بر قائم‌مقامی از زیان‌دیده خواهد بود که به تجویز ماده ۵۰ ق.ت.ا. مورد حکم واقع شده است؛ بنابراین، مسؤول تلقی کردن سازمان در بدو امر، به جهت حمایت از زیان‌دیده و جبران سریع خسارت است و در حقیقت سازمان هیچ دینی به زیان‌دیده ندارد و از سوی نیز زیان‌دیده، طلبکار از سازمان نیست تا اقدام سازمان در راستای اجرای تعهد قراردادی باشد؛ در ماده ۶۶ ق.ت.ا. به مبنای رجوع سازمان بعد از پرداخت هزینه‌های مربوط به معالجه و غیره تصریح نشده است؛ اما بدیهی است که مبنای اصلی تعهد سازمان به جبران ضررهای وارده به بیمه شده و همچنین مبنای

۴۱. همان، ۲۴۲.

۴۲. دارویی، قائم‌مقامی با پرداخت، پیشین، ۱۶۴.

رجوع سازمان به مسؤولان حادثه به حکم قانون و مبتنی بر مسؤولیت مدنی است. پس پرداخت خسارات به زیان‌دیده از جانب سازمان، مصداق ایفای ناروا بوده و حق مراجعه سازمان به کارفرما محفوظ است. در این راستا گفته شده رجوع سازمان به کارفرما جهت استرداد آنچه به زیان‌دیده داده شده، شرایطی دارد. از جمله اینکه ۱- زیانی وارد شده باشد؛ ۲- کارفرما یا نمایندگان مرتکب تقصیر شده باشند؛ ۳- رابطه سببیت بین وقوع حادثه و تقصیر کارفرما محرز باشد؛ ۴- ارائه حمایت در حق زیان‌دیده یا بازماندگان تحقق پیدا کرده باشد؛ ۵- مبالغ پرداختی سازمان به زیان‌دیده یا بازماندگان جنبه غرامتی داشته باشند.^{۴۳}

۶-۲- اثر اشتباه در ایفای ناروا در حقوق تأمین اجتماعی

در مفهوم اشتباه بیان شد که اشتباه تصور نادرستی است که انسان از یک حکم یا موضوع پیدا می‌کند. گاهی ممکن است اشتباه در وقایع حقوقی، ایجاد تعهد و الزام قانونی به جبران ضرر و زیان باشد. به‌طور کلی در ایفای ناروایی که در نتیجه اشتباه از طرف پرداخت‌کننده یا دریافت‌کننده باشد؛ استرداد مال خواهد بود؛ بنابراین در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی نیز اشتباه در ایفای ناروا طبق مواد ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۶۵ و ۶۶ ق.ت.ا. دور از ذهن نمی‌باشد. مثلاً در ماده ۳۷ قانون مزبور ممکن است در نتیجه اشتباه سازمان در تشخیص بدهی‌های انتقال‌دهنده عین یا منافع کارگاه بابت حق بیمه، انتقال‌دهنده را ناگزیر به پرداخت دوباره بدهی نماید و پس از رسیدگی به اعتراض انتقال‌دهنده و اثبات اشتباه سازمان در تشخیص بدهی، این اشتباه غیرمؤثر بوده و نتیجه آن استرداد وجوهی خواهد بود که توسط سازمان از انتقال‌دهنده دریافت شده است و همچنین است در فرضی که انتقال‌گیرنده، علی‌رغم نداشتن هرگونه تعهدی نسبت به بدهی‌های معوق مالک (انتقال‌دهنده) کارگاه و با تصور اشتباه، مبادرت به پرداخت بدهی‌های واگذارکننده نماید؛ در این حالت نیز اشتباه غیرمؤثر بوده و مانع از تحقق واقعی حقوقی ایفای ناروا نخواهد بود. در نتیجه آن، حق رجوع انتقال‌گیرنده (پرداخت‌کننده) به انتقال‌دهنده کارگاه می‌باشد. گاهی هم احتمال دارد کارفرما انجام کار را به نحو مقاطعه‌کاری به اشخاص واگذار کند و در پرداخت آخرین قسط مقاطعه‌کار به‌واسطه تصور نادرست نسبت به موضوع یا حکم دچار اشتباه شود و بدون مطالبه مفادحساب سازمان، پنج درصد بهای کل کار مقاطعه‌کار را بپردازد در این صورت هرچند کارفرما دچار اشتباه شده است؛ اما این اشتباه غیرمؤثر در تحقق نهاد ایفای ناروا می‌باشد؛ زیرا پرداخت

۴۳. عمران نعیمی و حمیدرضا پرتو، حقوق تأمین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۴)،

حق بیمه بر عهده مقاطعه‌کار بوده است و بر این اساس قانون‌گذار نیز حق رجوع را برای کارفرما، پیش‌بینی و مقرر کرده است؛ زیرا مورد از مصادیق ایفای ناروا می‌باشد. به بیان دیگر کارفرما بابت وجوه پرداختی، دینی نداشته است و وجوه پرداختی در قبال تعهدات مقاطعه‌کار بوده است و شخص مقاطعه‌کار مسؤول پرداخت دیون می‌باشد. لازم به تأکید است که رویه قضایی هم در مواردی عقیده بر تحقق ایفای ناروا دارند. به عنوان مثال؛ رأی شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۸۰ مورخه ۱۳۹۲/۳/۲۰ قابل اشاره است که حسب مضمون دادنامه صادره موجر (شرکت حمل‌ونقل بین‌المللی) حق بیمه کارگران مستأجر (کارفرما) را پرداخت کرده است و تحت اصرار اداره تأمین اجتماعی، موجر حق بیمه را پرداخت نموده است که وفق تصمیم دادگاه تجدیدنظر اداره تأمین اجتماعی را محکوم به استرداد حق بیمه دریافتی با استناد به ایفای ناروا نموده است؛ هرچند که موجر هم هنگام پرداخت آگاه بر عدم مدیونیت خویش بوده است. در حقیقت با دقت نظر در مورد مذکور، ممکن است حسب مورد اشتباه در وجوه پرداختی (حق بیمه، بدهی‌های معوق بابت حق بیمه، هزینه‌های معالجه، مستمری و غیره) ناشی از اشتباه حکمی یا اشتباه موضوعی باشد؛ یعنی اگر متعلق اشتباه در خود حکم خواه در خصوص موجودیت قانون و خواه در برداشت تأمین از حکم قانون باشد (اشتباه حکمی) یا اشتباه در موضوع یک حکم باشد (اشتباه موضوعی)؛ شخص مشتبه حق دارد بابت وجوه پرداختی ناشی از اشتباه حسب مورد به سازمان، کارگر یا کارفرما و مقاطعه‌کار مراجعه نماید و هر آنچه را که به اشتباه پرداخت نموده است را تحت عنوان ایفای ناروا مطالبه کند و مبنای این رجوع هم پرداخت دین دیگری به حکم قانون خواهد بود.

۶-۲-۱- اثر اشتباه کارفرما در پرداخت میزان حق بیمه، بیمه‌شدگان

ق.ت.ا. در موارد خاصه نوعی مسؤولیت مدنی برای کارفرما در مقابل کارگر (بیمه‌شده) ایجاد نمود و روح قانون مزبور نیز مبتنی بر حمایت از کارگران می‌باشد؛ اما حدود این حمایت نیز در چهارچوب قانون مشخص و محدود است و یکی از مسؤولیت‌های کارفرما در مقابل کارگر پرداخت حق بیمه‌شده می‌باشد. بدیهی است کارفرما هم حق بیمه تحمیل شده از جانب قانون‌گذار را می‌پردازد تا در آینده شخصی به عنوان مدعی جبران ضرر و زیان به وی مراجعه ننماید. ممکن است کارفرما در میزان حق بیمه‌ای که باید توسط وی پرداخت گردد نیز مرتکب اشتباه شود؛ به‌طور مثال در خصوص هفت درصد سهم بیمه‌شده و یا سه درصد سهم سازمان، برداشت نادرستی از قانون داشته باشد که نتیجه آن پرداخت کامل حق بیمه از جانب کارفرما باشد؛ در این صورت اشتباه مانع از تحقق ایفای ناروا نخواهد بود و کارفرما حسب مورد حق

مراجعه به بیمه شده یا سازمان خواهد داشت.

۶-۲-۲- مصادیق اشتباه در ماده ۳۷ ق.ت.ا. و اثر اشتباه

با مستفاد از ماده ۳۷ ق.ت.ا. محرز است که پرداخت بدهی‌های مؤسسه یا کارگاه موضوع نقل و انتقال بر عهده انتقال دهنده می‌باشد، حال ممکن است در یک فرض سازمان در تعیین میزان دقیق حق بیمه، مرتکب اشتباه شود و انتقال دهنده نیز ناچار به پرداخت حق بیمه تعیین شده جهت تسهیل در نقل و انتقال مؤسسه یا کارگاه به دیگری شود. حال بعد از پرداخت، انتقال دهنده حق اعتراض به تشخیص نادرست اشتباه سازمان را دارد و در صورت اثبات اشتباه، ایفای ناروا تحقق یافته است و به عبارتی اشتباه سازمان در خصوص تضمین حق بیمه غیر مؤثر می‌باشد؛ پس اگر انتقال دهنده مطالبات غیرقطعی و غیرواقعی سازمان را جهت دریافت مفاصاحساب پرداخت کند، پرداخت انجام شده سبب حق اعتراض انتقال دهنده نسبت به صورت حساب اعلام شده از سوی سازمان نخواهد بود و در صورت وارد بودن اعتراض و نقض صورت حساب می‌تواند نسبت به استرداد وجوه اقدام کند. حتی این احتمال وجود دارد که انتقال دهنده قصد انتقال یکی از کارگاه‌های مشمول ق.ت.ا. را به غیر داشته باشد، اما سازمان بدهی‌های یک کارگاه متعلق به انتقال دهنده را که موضوع انتقال نمی‌باشد را مبنای محاسبه حق بیمه کند و در این خصوص هم مرتکب اشتباه گردد. در این صورت هم اشتباه موضوعی رخ داده است و در صورت پرداخت حق بیمه توسط انتقال دهنده، اشتباه سازمان ممکن است در فرض دیگری انتقال گیرنده، برداشت نادرستی از حکم یا حتی موضوع داشته باشد و به اشتباه خویش را مسؤول در پرداخت بدهی‌های معوق متعلق به کارگاه یا مؤسسه موضوع نقل و انتقال بداند و در نتیجه این اشتباه اقدام به پرداخت بدهی‌های معوق کارگاه کند، در این فرض هم اشتباه غیر مؤثر است و مانع از تحقق ایفای ناروا و حق مراجعه گیرنده به انتقال دهنده نمی‌باشد.

۶-۲-۳- اثر اشتباه در موضوع ماده ۳۸ ق.ت.ا.

در قرارداد پیمانکاری دو نوع رابطه حقوقی که عبارتند از رابطه بین کارفرما و پیمانکار و رابطه بین پیمانکار و کارگران شاغل در مؤسسه یا کارگاه ایجاد می‌شود^{۴۴} و بر این اساس قانون‌گذار در ماده ۳۸ ق.ت.ا. تکلیف مهم برای کارفرما و مقاطعه کار را متعهد به پرداخت حق بیمه کارگران بنماید. به نظر می‌رسد که ماده ۳۸ ق.ت.ا. ممکن است اشتباه از جانب کارفرما و همچنین سازمان بروز نماید که تکالیفی را حسب

۴۴. نعیمی و پرتو، پیشین، ۱۰۸.

مورد برای اشخاص داشته باشد. در یک فرض محتمل است که کارفرما، دچار اشتباه گردد و تصور نماید که مقاطعه کار حق بیمه را پرداخت نموده است و آخرین قسط مقاطعه کار را پرداخت نماید، در این فرض کارفرما در برابر سازمان مسؤلیت دارد و باید حق بیمه کارگران را پرداخت کند و متعاقب آن به شخص مقاطعه کار جهت استرداد وجوه پرداخت شده به سازمان بابت حق بیمه مراجعه نماید و به عبارتی اشتباه کارفرما غیر مؤثر است و مانع از تحقق ایفای ناروا و مراجعه به متعهد اصلی (مقاطععه کار) نمی باشد و حتی ممکن است شخص کارفرما به واسطه ناآگاهی و جهل برداشت نادرستی از قانون و ماده مورد بحث داشته باشد و اقدام به پرداخت حق بیمه کارگران نماید، در این فرض نیز این اشتباه حق مراجعه کارفرما به مقاطعه کار را ساقط نمی کند و به عبارتی این اشتباه غیر مؤثر می باشد. حتی ممکن است در تعیین میزان حق بیمه نیز سازمان دچار اشتباه محاسباتی گردد و با توجه به لیست های ارائه شده به سازمان، مبالغ بیشتری از آنچه موضوع حکم و قانون است از مقاطعه کار مطالبه نماید، در این صورت نیز اشتباه غیر مؤثر خواهد بود و مانع از تحقق ایفای ناروا نخواهد بود. بدین توضیح که در صورت اثبات اشتباه سازمان، حق مراجعه به سازمان برای مقاطعه کار وجود دارد تا مازاد پرداختی بر حق بیمه قانون را از سازمان مطالبه و استرداد کند.

نتیجه گیری

اشتباه در وقایع حقوقی از جمله ایفای ناروا به عنوان یک واقعه حقوقی هم بروز می نماید که ممکن هست که این اشتباه مؤثر و غیر مؤثر باشد. در قانون مدنی راجع به اشتباه در ایفای ناروا تصریح وجود دارد؛ اما در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی، هیچ تصریحی به تحقق ایفای ناروا و اثر اشتباه در آن وضع قاعده و حکم نشده است؛ ولی از استقراء در مواد مختلف ق.ت.ا. می توان ایفای ناروا و همچنین اثر اشتباه در آن را استنباط و قواعد حاکم بر قانون مدنی را حاکم و جاری نمود. در حقیقت اثر حقوقی ایفای ناروا در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی، ایجاد حق و تکلیف برای ایفاکننده و دریافت کننده می باشد در قلمرو حقوق تأمین اجتماعی، این احتمال وجود دارد تا سازمان در تشخیص حق بیمه دچار اشتباه بشود و کارفرما مجبور به پرداخت ناروای حق بیمه کارگران شود؛ در صورتی که کارفرما هیچ گونه بدهی ندارد و در صورت اعتراض کارفرما و اثبات اشتباه سازمان، حق رجوع برای کارفرما و تکلیف برای سازمان به برگرداندن وجوه دریافت شده ایجاد می گردد. گاهی هم انتقال گیرنده به دلیل جهل به قانون (اشتباه حکمی) یا جهل به موضوع (اشتباه موضوعی) مبادرت به پرداخت حق بیمه و بدهی های کارگاه می نماید که در این حالت نیز

انتقال‌گیرنده حق استرداد آنچه را که پرداخت کرده است، دارد. گاهی اوقات ممکن است که با فرضی مواجه باشیم که تمامی شرایط و ارکان تحقق ایفای ناروا از جمله اشتباه وجود نداشته باشد که در این حالت اقدام شخص در پرداخت دین دیگری را در حکم ایفای ناروا تلقی نمودیم که از یک سو بتوانیم حق مراجعه را برای ایفاکننده دین دیگری قائل بشیم و از سوی دیگر عمل پرداختی را از ذیل موضوع ماده ۲۶۷ ق.م. خارج نماییم؛ بنابراین می‌توان گفت که هرچند راجع به اشتباه و ایفای ناروا در حقوق تأمین اجتماعی تصریحی به عمل نیامده است؛ لیکن می‌توان از قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به اشتباه و ایفای ناروا در حقوق تأمین اجتماعی تمسک جست و این اشتباه را غیر مؤثر تلقی کرد.

فهرست منابع

- آقایی، کامران. ایفای ناروا. ویراست سوم. تهران: انتشارات جنگل. ۱۳۹۱.
- استوارسنگری، کورش. حقوق تأمین اجتماعی. ویراست پنجم. تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۵.
- امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. ویراست نوزدهم. جلد اول. تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۷.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید. حقوق تعهدات اعمال حقوقی - تشکیل عقد. جلد اول. ویراست نوزدهم. تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۷۸.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی. جلد اول، ویراست دوم. تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۶.
- باریکلو، علی رضا. مسؤولیت مدنی. ویراست دوم. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۷۸.
- تقی زاده، ابراهیم و احمدعلی هاشمی. مسؤولیت مدنی - ضمان قهری. ویراست اول. تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۱.
- جعفرزاده، عسگر. «بررسی ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی»، مجله کانون ۱۰، (۱۳۷۷): ۸۲-۷۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. تأثیر اراده در حقوق مدنی. ویراست دوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد پنجم. ویراست دوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.
- حیاتی، علی عباس. حقوق مدنی (۴) - مسؤولیت مدنی. ویراست اول. تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۲.
- حیدری، علی. تعلیقات تأمین اجتماعی. ویراست اول. تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۹۹.
- داراب پور، مهرا ب. مسؤولیت های خارج از قرارداد. ویراست دوم. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
- دارویی، عباسعلی. قائم مقامی با پرداخت. ویراست اول. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- دارویی، عباسعلی. «پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴(۱۳۸۸): ۱۷۲-۱۵۲.
- رسایی نیا، ناصر. حقوق مدنی - عقود و تعهدات. ویرایش اول. تهران: انتشارات آوای نور، ۱۳۷۶.
- ره پیک، حسن. حقوق مدنی - حقوق قراردادها. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.
- شایگان، سیدعلی. حقوق مدنی. ویراست اول. قزوین: انتشارات طه، ۱۳۷۵.
- شهیدی، مهدی. حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات. جلد اول. ویراست دوم. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- صفایی، سیدحسین و حبیبالله رحیمی. مسؤولیت مدنی - الزامات خارج از قرارداد. ویراست سوم. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- عباسلو، بختیار. مسؤولیت مدنی - با نگرش تطبیقی. ویراست دوم. تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۴.
- عمید، حسن. فرهنگ فارسی عمید. ویراست چهل و سوم. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۲.
- قاسم زاده، سیدمرتضی. حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات. ویرایش دهم. تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۷.
- قاسم زاده، سیدمرتضی. الزام ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد. ویرایش اول. تهران: انتشارات نشر میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی - اعمال حقوقی. ویرایش چهارم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی - الزام های خارج از قرارداد - ضمان قهری. جلد دوم. ویرایش اول. تهران:

- انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها. جلد اول. ویرایش چهارم. تهران: انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه نظام حقوقی. ویرایش بیست و سوم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- کاویانی، کورش. «ضمانت اجرای عدم پرداخت حق بیمه در سازمان تأمین اجتماعی و راهکارهای اصلاحی»، فصلنامه تأمین اجتماعی ۳۰(۱۳۸۶): ۲۲۸-۱۸۳.
- مجتهدی، محدرضا. حقوق تأمین اجتماعی. ویراست اول. تبریز: انتشارات آیدین، ۱۳۹۱.
- موحد، محمدعلی. مختصر حقوق مدنی. ویراست چهارم. تهران: انتشارات نشرکارنامه، ۱۳۹۸.
- نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو. حقوق تأمین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری. ویرایش دوم. تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۴.
- نعیمی، عمران، محمدرضا جوان جعفری، حمید فدایی جویباری، محسن قاسمی، احمد رضوانی مفرد، مهدی رشوند بوکانی، زهرا جعفری، نسرين طباطبایی حصارى. قانون تأمین اجتماعی در نظم کنونی. ویرایش سوم. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵.
- یزدانیان، علیرضا. قواعد عمومی مسؤولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. جلد چهارم. ویراست اول. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵.

This Page Intentionally Left Blank

A comparative study of maternity leave in Iranian and Swedish law

*Mahdi Hadavand*¹, Fatemeh Nowrouzi²*

1. Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: m.hadavand@atu.ac.ir

2. M.A. Student in Public Law, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.
Email: fatemehnowrouzi@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.332703.1989

Received:
15 March 2022

Accepted:
17 May 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

Maternity leave is important for the health of mothers and their children, as well as the participation of working mothers in the labor market and their economic situation, and the International Labor Organization in the conventions and recommendations on the importance and necessity of support Motherhood emphasizes working women . In the reports of this organization, Scandinavian countries such as Sweden are evaluated at a high level in many criteria such as equality, welfare, etc. Sweden has policies in place to increase the participation of working mothers in the labor market, and with the passage of the Parental Leave Act, it seeks to achieve this goal as well as increase gender equality; This type of leave is currently highly regarded and adapted worldwide. The findings show that in addition to legal protections for women

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



during this period, parental leave implemented in Sweden is well in line with the work-family policy emphasized by the International Labor Organization. In the Iranian legal system, despite legal protections during pregnancy, childbirth and breastfeeding, which also exist in Sweden, paternal' leave is short, and this has a significant impact on women's participation in the labor market. The present article seeks to examine the maternity leave in the two legal systems of Iran and Sweden with a descriptive-analytical method and the importance of legal protections for women in this important period and its impact on their participation in the labor market. And also examine gender equality.

Keywords: Maternity & Parental leave, Cash and medical benefits, Breastfeeding break.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Comparative study of women's working conditions in Iranian and Swedish laws", Allameh Tabataba'i University, Arak Branch, Faculty of Faculty of Law & Political Science.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahdi Hadavand: Supervision, Project administration, Data Curation.

Fatemeh Nowrouzi: Funding acquisition, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis

Investigation, Resources.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Hadavand, Mahdi & Fatemeh Nowrouzi. "A comparative study of maternity leave in Iranian and Swedish law" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 217-248.

E x t e n d e d A b s t r a c t

In today's market societies, women participate in the labor market alongside men, and in this regard, there are serious debates about the rights of working women, such as equal pay, non-discrimination in employment, and so on. Especially in the discussion of discrimination on the grounds of motherhood that most laws around the world protect women from discrimination on the basis of motherhood; Discrimination in this case can mean unwillingness to hire a young woman; Because she may become pregnant. Therefore, employers should not be allowed to request a pregnancy test or sterilization proof as a job requirement, nor should they be allowed to ask the job applicant about his or her plans for having children. However, not all laws cover this important aspect. The International Labor Organization, in paragraph 2 of Article 8 of Convention No. 183, states the important point that the right to return to the same employment position or equivalent position at the rate of payment at the end of maternity leave must be guaranteed to the woman. Labor laws in various countries provide some legal protections for women because of the type of work, and in some cases because of the maternal aspect, they provide for special working conditions. The present study examines the second type of protection, which means the legal and social recognition of women's participation in the labor market along with their having children; Because supporting women during pregnancy, especially childbirth and after, is both economically important for women and is essential for the health of mother and child. The International Labor Organization first recognized the importance of childbirth protection in 1919 at its third convention. In 1952, the Second Convention on the Protection of Maternity was ratified, and in 2000, the Third Convention was ratified. During the twentieth century, most countries in the world have enacted national contraceptive laws. Even the workplace can expose a woman to conditions that are dangerous to her pregnancy or fetus. Risks include possible exposure to toxic substances, infectious agents, radiation, vibrations, stress and harmful hazards. Occupational safety and health regulations can require employers to make work safer or provide another work environment at the same wage rate during the maternity ward. In the absence of special protections for women during this period, their job security will also be jeopardized, and it is clear that all women have the right to return to work after this period, and this should be done by governments. Be supported and guaranteed. Although the length of this leave is very important and if it is short, it will definitely have a negative effect on the health of mother and child, but the present article also seeks to make it clear that it is mere to grant extensive leave to women during the leave. Postpartum and child care do not support them and even reduce the presence and participation of women in the labor market. In the

following, an attempt is made to show the leave of fathers and their role in the critical period of pregnancy, childbirth and breastfeeding; Female employees are entitled to reasonable daily leave or reduced working hours for breastfeeding, and International Labor Organization research and reports suggest that fathers play an important role in mothers' breastfeeding rates. In addition, the status of adoption and the extent of the inclusion of regulations and legal protections of natural parents on the adoptive parents should be specified. What can not be overlooked is also cash and medical support; Working mothers must enjoy their rights upon entering this period and the relevant leave, and governments also provide medical assistance to working mothers, which is important for their economic status and health. Special attention is paid. To this end, it refers to the work-family policy, which is strongly emphasized by the International Labor Organization and its implementation in Sweden, offers alternatives to extended leave. It is clear that in this study the Swedish Social-Democratic model is not a proposed platform and emphasizes the experience of implementing this policy. International Labor Organization standards will also be cited as benchmarks.

بررسی تطبیقی مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد

مهدی هداوند*^۱، فاطمه نوروزی^۲

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

*نویسنده مسئول: Email: m.hadavand@atu.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: fatemehnowrouzi@yahoo.com

چکیده:

مرخصی بارداری و زایمان بر سلامتی مادران و فرزندانشان و نیز میزان مشارکت مادران شاغل در بازار کار و وضعیت اقتصادی آنان پراهمیت است و سازمان بین‌المللی کار نیز در مقاله‌نامه‌ها و توصیه‌نامه‌ها بر اهمیت و ضرورت حمایت‌های مادرانه از بانوان شاغل تأکید ورزیده است. در گزارش‌های این سازمان، کشورهای اسکاندیناوی مثل سوئد در بسیاری از معیارها مثل برابری، رفاه و... در سطح بالایی ارزیابی می‌شوند. کشور سوئد سیاست‌هایی را برای افزایش مشارکت مادران شاغل در بازار کار به‌منصه ظهور رسانده است و با تصویب قانون مرخصی والدینی به دنبال تحقق این هدف و نیز افزایش برابری جنسیتی می‌باشد که این نوع مرخصی در حال حاضر در سطح جهانی بسیار مورد توجه و اقتباس است. یافته‌ها حاکی از آن است که علاوه بر حمایت‌های قانونی از زنان در این دوره، مرخصی والدینی پیاده شده در سوئد به خوبی در راستای سیاست کار - خانواده ای است که مورد تأکید سازمان بین‌المللی کار است. در نظام حقوقی ایران

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.332703.1989

تاریخ دریافت:

۲۴ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



علی‌رغم حمایت‌های قانونی در دوران بارداری، زایمان و شیردهی که در سوئد نیز وجود دارد، مرخصی پدران کوتاه است و این امر بر میزان مشارکت زنان در بازار کار پرتأثیر است. نوشتار پیش‌رو در صدد است تا با روش توصیفی - تحلیلی به بررسی مرخصی بارداری و زایمان در دو نظام حقوقی ایران و سوئد همت گمارد و اهمیت حمایت‌های قانونی از زنان در این دوران حساس و مهم و تأثیر آن بر مشارکتشان در بازار کار و نیز برابری جنسیتی را مورد بررسی قرار دهد.

کلیدواژه‌ها:

مرخصی بارداری و زایمان، مرخصی والدینی، مزایای نقدی و پزشکی، مهلت شیردهی.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «بررسی تطبیقی شرایط کار زنان در حقوق ایران و سوئد»، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی هداوند: نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.

فاطمه نوروزی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، جذب بودجه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

هداوند، مهدی و فاطمه نوروزی. «بررسی تطبیقی مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۲۱۷-۲۴۸.

مقدمه

اشتغال مهم‌ترین و غنی‌ترین نوع حضور در فضای عمومی و مشارکت در انواع تعاملاتی است که این حضور ایجاد و تقویت می‌کند. لزوم مداخله دولت‌ها در موضوع اشتغال، به معنایی با تأسیس دولت - ملت‌ها در قرن ۱۸ و ۱۹ میلادی و به معنایی با تأسیس دولت‌های رفاه در اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ به مبحثی مهم در حوزه علوم سیاسی، اجتماعی و اقتصادی تبدیل شد.^۱ علی‌الخصوص با ورود زنان به عرصه اشتغال صنعتی و مشکلاتی که در مورد شرایط کار برای آنان وجود داشت، اعم از ساعات کار طولانی و دستمزد کم و غیره، قوانین کار را بر آن داشت تا در خصوص به‌کارگیری نیروی کار زنان حمایت‌هایی در مقررات صورت پذیرد.

در این رابطه مارکس، نه‌تنها شرایط زنان در تولید صنعتی و کارگاه‌های خانگی، بلکه نقش آنان در رشد جنبش‌های کارگری را نیز مورد بحث قرار داده است. ورود زنان به صنعت اثراتی یگانه و جالب توجه بر ماهیت جنبش کارگری داشت. نخست انگیزه‌ای را فراهم آورد تا زیاده‌روی سرمایه‌داری در بهره‌کشی از کار زنان تعدیل شود. چنانکه مارکس در مورد قانون کار ۱۸۴۴ اشاره می‌کند، این از اولین تلاش‌ها برای «مداخله در» حق کارگران برای چانه زدن با صاحب‌کاران در مورد میزان دستمزدها بود. اعمال مقررات بر کار زنان نه‌تنها شرایط را برای زنان کارگر که در صنایع تحت پوشش قانون کار، کار می‌کردند دگرگون کرد بلکه بر شرایط کار کارگران مرد نیز تأثیر گذاشت و در سال‌های ۱۸۴۴ تا ۱۸۴۷ ساعت کار روزانه در تمامی شاخه‌های صنعت که تحت پوشش قانون کار بودند همگانی و یکدست شد.^۲ علاوه بر ساعات کار و میزان دستمزد و غیره، یکی از مهم‌ترین بحث‌ها در مورد شرایط کار زنان در ایام خاص بارداری و زایمان مطرح است. مرخصی بارداری و زایمان با حقوق، یکی از عناصر اصلی حفاظت از سلامتی و اقتصاد زنان شاغل و فرزندانشان در دوره قبل از زایمان است. این مسأله به‌طور جهانی پذیرفته شده و به‌طور جدی تثبیت گردیده است و با این واقعیت تأیید می‌شود که اکثر قریب به اتفاق کشورها مقررات قانونی خود را برای مرخصی زایمان با حقوق تصویب کرده‌اند. این حق با پیامدهای مربوط به سلامتی قطعی برای زنان و فرزندانشان و همچنین برقراری و حفظ شیردهی همراه است.^۳

تحقیقات، اغلب از کشورهای با درآمد بالا، نشان می‌دهد که مرخصی زایمان با حقوق، برای

۱. رکسانا بهرامی تاش، هادی صالحی اصفهانی و مهشید کریمایی، اشتغال سیاسی اشتغال زنان؛ ایران ۱۳۵۷-۸۷، چاپ اول (تهران: انتشارات شیرازه، ۱۳۹۷)، ۸.

۲. فرزانه راجی و فرید آقاری، مترجم، مارکس درباره جنسیت و خانواده (تهران: نشر شیرازه، ۱۳۹۵)، ۱۷۹-۱۸۰.

3. International Labour Office (ILO), ILO Global Estimate of Forced Labour, 2012.

وضعیت اقتصادی زنان سودمند است؛ با این حال، زمانی که مرخصی زایمان توسط بیمه اجتماعی یا بودجه عمومی تأمین نمی‌شود و کارفرمایان مجبورند تمام هزینه مستقیم مزایای حمایت از زایمان را متقبل شوند، این امر می‌تواند مانعی برای استخدام، حفظ و ارتقای کارگران زن ایجاد کند. در غیاب ارائه مؤثر مرخصی به همراه تضمین شغل و امنیت و درآمد، کارگران زن مجبورند برای به دنیا آوردن و تربیت فرزند، مشارکت خود را در کار مزدی قطع کرده یا کاهش دهند که اغلب با از دست دادن قابل توجه درآمد و وابستگی به بازار کار همراه است. علاوه بر این، فقدان حمایت کافی از زایمان به طور هم‌زمان خطرات را برای سلامت زنان شاغل و فرزندان آنها افزایش می‌دهد؛ اغلب زنان در دوران بارداری (زمانی که از نظر پزشکی توصیه به کار نمی‌شود) به فعالیت اقتصادی ادامه می‌دهند، یا دوره استراحت کافی نمی‌گذرانند و خیلی زود پس از زایمان شروع به کار می‌کنند که اثرات نامطلوبی بر سلامت خود و فرزندانشان دارد.^۴ بدون حمایت، آنها همچنین در معرض خطرات مربوط به محیط کار قرار می‌گیرند و در دوران بارداری یا شیردهی ممکن است به کارهای خطرناک یا ناسالم گماشته شوند و دسترسی آنها به مراقبت‌های دوران بارداری، زایمان و پس از زایمان یا طول مدت شیردهی کاهش یابد. در نهایت، فقدان مرخصی مناسب شغلی با اعمال تبعیض در کار مانند اخراج، از دست دادن حقوق و یا از دست دادن وضعیت شغلی برای کارمندان همراه است.

حمایت از زنان در بارداری و وضع حمل نخستین بار در مقاله‌نامه شماره ۳-۱۹۱۹ مطرح گردید. این مقاله‌نامه سال ۱۹۵۲ به موجب مقاله‌نامه شماره ۱۰۳ مورد تجدیدنظر قرار گرفت و قلمرو آن از کارگران بخش صنعتی و تجاری به بخش غیرصنعتی و کشاورزی و کارهای خانوادگی تسری یافت. این مقاله‌نامه به طور یکسان، کارگران بخش خصوصی و عمومی را شامل می‌شود و در برخورداری زنان از مقاله‌نامه مذکور هیچ تمایزی بر اساس ملیت، سن و غیره وجود ندارد. هم‌زمان با مقاله‌نامه شماره ۱۰۳، توصیه‌نامه شماره ۹۵ معیارهای حمایت‌گرانه‌تری را بیان نموده است، بدین ترتیب که مدت مرخصی به چهارده هفته و میزان غرامت دستمزد به صد درصد افزایش یافت.^۵

مقاله‌نامه ۱۰۳ به علت بالا بودن سطح معیارهای مندرج در آن در مقایسه با امکانات کشورهای عضو، میزان مستمری تعیین شده در آن، مدت مرخصی و برخی دیگر از مقررات مندرج در آن، کشورهای عضو را در الحاق بدان مردد می‌ساخت؛ بنابراین مورد استقبال کم کشورهای قرار گرفت و در

4. International labour organization, Maternity protection in SMEs, 2014.

۵. سیدمحمد هاشمی، حقوق کار، چاپ اول (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۱۷۷.

نهایت در ژوئن ۱۹۹۹ کنفرانس بین‌المللی کار اولین اجلاس مربوط به تجدیدنظر در این مقاله‌نامه را برگزار نمود. پیش‌بینی می‌شود که معیارهای جدید بین‌المللی مبدأ تاریخی تازه‌ای برای حمایت از جنبه مادری در قرن آینده باشد.^۶

به‌روزترین استاندارد سازمان بین‌المللی کار در مورد مدت مرخصی زایمان با حقوق، مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ است که حداقل دوره مرخصی را چهارده‌هفته تعیین می‌کند (که نسبت به دوازده‌هفته در مقاله‌نامه‌های قبلی افزایش یافته است). توصیه‌نامه شماره ۱۹۱ از آن هم فراتر رفته و پیشنهاد می‌کند که کشورهای عضو سازمان بین‌المللی کار باید سعی کنند دوره مرخصی زایمان را به حداقل هجده‌هفته افزایش دهند. ۲۸ کشور مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ را تصویب کرده‌اند، درحالی‌که تعداد بسیار بیشتری از کشورهای عضو سازمان بین‌المللی کار، شرط چهارده‌هفته مرخصی زایمان را برآورده می‌کنند.

فی‌الواقع، بین سال‌های ۱۹۹۴ و ۲۰۱۳، کشورها مدت مرخصی زایمان را افزایش دادند و بسیاری از آنها در حال حاضر حداقل چهارده‌هفته را ارائه می‌کنند. مدت مرخصی زایمان و میزان جایگزینی درآمد و همچنین رعایت مفاد در عمل، از عوامل مهم در ارزیابی قوانین حمایت از زایمان و اثرات آن بر سلامت زنان و وضعیت آنها در نیروی کار و نیز برابری جنسیتی در محل کار به‌طور کلی است. وقتی مرخصی خیلی کوتاه است، ممکن است مادران احساس آمادگی برای بازگشت به کار نداشته باشند و به‌طور کلی بازار کار را ترک کنند.^۷

نوشتار پیش‌رو در صدد است تا مرخصی بارداری و زایمان را در دو نظام حقوقی ایران و سوئد مورد واکاوی قرار دهد. البته ذکر این نکته نیز مهم است که در مورد مقررات حاکم بر به‌کارگیری یا استخدام نیروی انسانی در نظام‌های حقوقی مانند حقوق سوئد، مقررات حاکم بر به‌کارگیری و اشتغال به کار نیروی انسانی در یک نظام واحد تدوین شده است و همه افرادی که در بخش خصوصی و یا دولتی اشتغال دارند مشمول مقررات حاکم بر حقوق کار هستند.

اما در نظام‌های حقوقی مثل ایران مقررات مذکور در دو نظام جداگانه بررسی می‌شوند؛ استخدام بخش دولتی در حقوق اداری و استخدام بخش خصوصی در حقوق کار مورد بحث قرار می‌گیرد. در مورد مرخصی بارداری و زایمان، شاغلین در بخش خصوصی مشمول قانون کار و شاغلین بخش دولتی

۶. عزت‌الله عراقی و سیدمحمدرضا علویون، بررسی شرایط کار زنان در حقوق ایران و حقوق بین‌المللی کار (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۹)، ۲۴۶.

7. Isabelle Chopin & Catharina Germaine, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe* (European Union, 2019), 72.

مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری هستند که البته این قانون، قانون عام است و قوانین خاص استخدامی نیز در بخش دولتی وجود دارد که مورد بررسی این تحقیق نیست. البته قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی مصوب ۱۳۷۴ هر دو دسته شاغلین بخش دولتی و خصوصی را مشمول خود دانسته است.

سوئد دارای یک دولت پارلمانی است که در سال ۱۹۹۵ به عضویت اتحادیه اروپا درآمد. این کشور به طور گسترده به عنوان دولت رفاه^۸ موفق شمال اروپا شناخته می شود و شهروندان آن از یکی از بالاترین استانداردهای زندگی در جهان برخوردار هستند و با اتخاذ رویکردی فراگیر، فعالانه به دنبال ایجاد اشتغال معنادار برای همه شهروندان خود و افزایش مشارکت زنان در بازار کار و برابری جنسیتی است.^۹ کشور سوئد در شاخص های برابری جنسیتی و گزارش های سازمان بین المللی کار رتبه بالایی دارد و از این حیث مطالعه چنین الگویی که سطح بالایی از حمایت را از کارگران و به ویژه زنان شاغل به عمل آورده است، ضروری می نماید. این کشور یک الگوی سوسیال دموکرات است که گفته می شود در آن سوبه های سرمایه داری تعدیل شده است. این رویکرد حزبی با قدرت گرفتن حزب سوسیال دموکرات^{۱۰} بر این کشور حاکم است و در صورت تغییر دولت و روی کار آمدن دولتی لیبرال امکان تغییر سیاست ها وجود دارد؛ حزب سوسیال دموکرات به مدت ۴۴ سال (۱۹۳۲-۱۹۷۶) دولت را در دست داشت. در سال ۱۹۷۶، سوسیال دموکرات ها اکثریت خود را از دست دادند و با ائتلاف جناح راست، حزب لیبرال روی کار آمد. دولت های روی کار آمده لیبرال، مورد انتقاد سوسیال دموکرات ها و تشکلات کارگری قرار گرفتند و در نهایت در سال ۱۹۸۲ مجدداً حزب سوسیال دموکرات به قدرت رسید و در طول دهه ۱۹۸۰، سوئد تلاش کرد تا مدل سرمایه داری خود را به اضافه یک دولت رفاه سخاوتمندانه از طریق آنچه «سیاست پل زدن»^{۱۱} نامید، حفظ کند.

به طور کلی اهمیت مطالعات تطبیقی آن است که افق های دید حقوق دانان و به تبع آنها، سیاستمداران و مدیران جوامع را وسعت می بخشد و چشم اندازهای نوینی را در برابر دیدگان آنها می گشاید^{۱۲} و همچنین، این گونه مطالعات می توانند محک خوبی برای ارزیابی آنچه در نظام حقوقی

8. Welfare State

9. James O'Brien & Ian Dempsey, "Comparative Analysis of Employment Services for People with Disabilities in Australia, Finland, and Sweden", *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities* 1, 3-4(2004).

10. Sveriges socialdemokratiska arbetareparti

11. Bridging Policy

۱۲. کمال الدین هریسی نژاد، حقوق اساسی تطبیقی؛ نظام های پارلمانی، ریاستی، مختلط و اقتدارگرا، چاپ دوازدهم (تبریز:

خود اِعمال نموده‌ایم، باشند. در نوشتار پیش‌رو پرسش اصلی آن است که در مورد مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد، چه حمایت‌های قانونی از مادران شاغل به عمل آمده است و این حمایت‌ها در افزایش برابری جنسیتی و مشارکت زنان در بازار کار مؤثر بوده‌اند یا خیر؟ برای پاسخ به سؤال مذکور در گفتار اول به بررسی حمایت‌های مربوط به دوران بارداری و زایمان پرداخته خواهد شد و زان پس در گفتار دوم مرخصی پدران مورد مذاقه قرار خواهد گرفت و همچنین میزان شمول موارد مذکور بر والدین خوانده نیز مورد بحث واقع خواهد شد.

۱- حمایت‌های مربوط به دوران بارداری و زایمان

حمایت از زنان در زمان بارداری و وضع حمل، نخستین بار در مقاله‌نامه شماره ۳-۱۹۱۹ مطرح گردید. این مقاله‌نامه در سال ۱۹۵۲ به موجب مقاله‌نامه شماره ۱۰۳ مورد تجدیدنظر قرار گرفت و قلمرو آن از کارگران بخش صنعتی و تجاری به بخش غیرصنعتی و کشاورزی و کارهای خانوادگی تسری یافت. این مقاله‌نامه به‌طور یکسان کارگران بخش خصوصی و عمومی را شامل می‌شود و در برخورداری زنان از مقاله‌نامه مذکور هیچ تمایزی بر اساس ملیت، ازدواج، سن و غیره وجود ندارد (مواد ۱ و ۲). مدت مرخصی زایمان دوازده‌هفته است که حتی‌المقدور شش هفته آن پس از زایمان می‌باشد (ماده ۳ بند ۲). در صورت بیماری پس از زایمان، مرخصی باید ادامه یابد (ماده ۳ بند ۵). زنان در این مدت باید غرامت دستمزد به صورت وجه نقد و به اندازه کافی دریافت نمایند که بر اساس آن بتوانند از زندگی متنابھی برخوردار باشند. وجه مذکور باید از طریق تأمین اجتماعی و یا از محل بودجه عمومی تأمین شود. مبلغ موردنظر نباید از دو سوم مزد کارگر کمتر باشد. به مادران شیرده باید فرجه شیر دادن در نظر گرفته شود و این فرجه جزء ساعات کار آنان محسوب گردد. در مدت مرخصی زایمان طبق ماده ۶ اخراج کارگر ممنوع می‌باشد. هم‌زمان، توصیه شماره ۹۵ معیارهای حمایت‌گرانه‌تری را بیان نموده است؛ بدین ترتیب که مدت مرخصی به چهارده‌هفته و میزان غرامت دستمزد به ۱۰۰ درصد افزایش یافته است. ماده ۲۵ اعلامیه حقوق بشر نیز اعلام داشته است که مادران و کودکان حق دارند از کمک و مراقبت مخصوص بهره‌مند شوند و نیز میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی ضمن توجه مخصوص به خانواده، در ماده ۱۰ این‌گونه بیان می‌کند: «مادران در مدت معقولی پیش از زایمان و پس از آن باید از حمایت خاص برخوردار

گردند...»^{۱۳}

۱-۱- مرخصی بارداری و زایمان

در حقوق ایران باید بین کارکنان بخش خصوصی و بخش دولتی از جهت قانون استخدامی حاکم، قائل به تمایز شد؛ بدین معنا که کارکنان بخش خصوصی مشمول قانون کار و کارکنان بخش دولتی مشمول قانون استخدام کشوری و قانون مدیریت خدمات کشوری هستند که قوانین عام محسوب می‌شوند. البته قوانین استخدامی خاص گسترده نیز وجود دارند که در این پژوهش مورد بررسی نبوده و تنها عام دیده شده است.

الف) مشمولین قانون کار

تصویب‌نامه هیأت وزیران در سال ۱۳۲۵ که به اشتباه به اولین قانون کار ایران مشهور شده است حاوی مرخصی بارداری برای زنان به مدت ده هفته بود.^{۱۴} در قانون کار سال ۱۳۳۷ نیز در ماده ۱۸ مقرر شده بود «کار کردن زنان باردار از شش هفته قبل از زایمان تا چهار هفته بعد از زایمان ممنوع است و کارفرما در این مدت حق اخراج آنان را نیز نخواهد داشت». با تصویب قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ میزان مرخصی مذکور به ۱۲ هفته افزایش یافت که به موجب ماده ۶۷ این قانون مستمری یا کمک بارداری تا ۱۲ هفته قابل پرداخت خواهد بود.^{۱۵} در قانون کار سال ۱۳۶۹ در ماده ۷۶ نود روز مرخصی بارداری زایمان مقرر شده است که با زایمان توأمان به چهارده روز دیگر قابل افزایش است.

ب) مستخدمین کشوری

قانون مدیریت خدمات کشوری در این باره ساکت است؛ اما مرخصی بارداری و زایمان در قانون استخدام کشوری^{۱۶} تحت عنوان حالت معذوریت قرار گرفته بود. به طور کلی، حالت معذوریت وضع مستخدمی است که بیمار است و به علت بیماری نمی‌تواند کار کند. بر این اساس زنان که هنگام مرخصی زایمان از مرخصی استعلاجی استفاده می‌کنند، در حالت معذوریت می‌باشند. نخستین بار هیأت وزیران

۱۳. هاشمی، پیشین، ۱۷۷-۱۷۸.

۱۴. کوروش استوارسنگری، مقدمه حقوق کار، چاپ چهارم (تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰)، ۳۷.

۱۵. سیدمحمدرضا علویون، کار زنان در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل، چاپ اول (تهران: انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۱)، ۲۴۲.

۱۶. مدت مرخصی زایمان (یک و دو قلو) زنان شاغل در بخش دولتی و غیردولتی نه ماه تمام با پرداخت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط تعیین می‌شود. همسران افراد یاد شده نیز از دو هفته مرخصی تشویقی برخوردار می‌شوند.

با تصویب‌نامه شماره ۳۱۲۳۸ مورخ ۱۳۵۴/۰۴/۱۴ مقرر نمود به زنان باردار پس از زایمان برای هر فرزند تا دو فرزند سه ماه مرخصی با حقوق و مزایا داده می‌شود. زنان باردار برای زایمان فرزند سوم به بعد به تشخیص پزشک معالج فقط حق دارند از مرخصی استعلاجی استفاده کنند. بعد از استقرار نظام جمهوری اسلامی این محدودیت برداشته شد. در تاریخ ۱۳۶۷/۰۳/۲۵ هیأت وزیران در تصویب‌نامه‌ای استفاده از مرخصی زایمان تا سه فرزند را اجازه داد و از فرزند چهارم به بعد تشخیص پزشک معالج ضروری بود. مستخدمان پیمانی هم مشمول این مقررره بودند.^{۱۷} تصویب‌نامه ۱۳۶۸/۰۹/۵ محدودیت مرخصی فرزند چهارم به بعد را نیز برداشت؛ با این تأکید که از فرزند چهارم به بعد فقط دو ماه مرخصی با حقوق پرداخت می‌شود.^{۱۸}

در نهایت سال ۱۳۷۴ به موجب قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی مصوب ۱۳۷۴ که زنان شاغل در بخش دولتی و غیردولتی را مشمول قانون دانسته است، مرخصی بارداری و زایمان به چهار ماه و سپس با اصلاحیه سال ۱۳۸۵ به شش ماه افزایش یافت و طبق تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین جمعیت و تنظیم خانواده مصوب ۱۳۹۲ به دولت اجازه داده شد که مرخصی زایمان مادران را به نهم ماه افزایش دهد.^{۱۹}

در حقوق سوئد تا دهه ۱۹۷۰، شش هفته مرخصی اجباری مادرانه برای کارگران صنعتی که در قانون ۱۹۰۰ سوئد با کنوانسیون برن تعیین شده بود، اساساً بدون تغییر باقی مانده بود و تنها قانون موجود برای این نوع مرخصی بود. مرخصی والدینی^{۲۰} شامل هر دو والدین در سال ۱۹۷۶ در تلاش برای برابری رسمی و کامل، بین دو جنس زن و مرد در قانون تصویب شد. قانون ۱۹۴۵ سوئد در مورد حمایت از کارگران در برابر خاتمه قرارداد کار بر مبنای ازدواج یا بارداری لغو شد و حق کارکنان برای مرخصی والدین در بند ۳ قانون مرخصی والدین در سال ۱۹۷۶ برای کارمندی که واجد شرایط مرخصی پس از شش ماه کار مداوم یا دوازده ماه کار در دو سال باشد، ایجاد شد.^{۲۱}

حق مرخصی والدین به قانون بیمه ملی سوئد گره خورده است که هنوز بسیاری از مسائل مربوط به واجد شرایط بودن و میزان کمک نقدی مرخصی والدین را تعریف می‌کند. کمک‌هزینه مادران که

۱۷. علویون، پیشین، ۲۴۴.

۱۸. همانجا.

۱۹. استوارسنگری، پیشین، ۱۹۰-۱۹۱.

20. Föräldraledighet: Parental Leave

21. Hedvig Stenmark, *Gender segregation in the Swedish labour market* (Linköping University, 2010), 31.

در دهه ۱۹۳۰ در نتیجه مرخصی اجباری ایجاد شده بود، در سال ۱۹۷۴ با اصلاح قانون بیمه ملی به کمک نقدی مرخصی والدین تبدیل شده بود. دوره اولیه مرخصی طبق قانون ۱۹۷۶ هفت ماه بود و والدین می‌توانستند در ایام بارداری و زایمان ۱۰۰ درصد یا ۵۰ درصد از کار را مرخصی بگیرند. به کارمندان زن که واجد شرایط مرخصی والدین تحت بند ۳ نبودند، از شش هفته قبل و شش هفته پس از تولد فرزند تحت بند ۴، حق استفاده از مرخصی مادر داده شد؛ بنابراین، تصمیم برای گرفتن مرخصی والدین به دست والدین سپرده شد و کارفرمایان در امتناع از پذیرش تصمیم والدین منع شدند.^{۲۲}

با تصویب این قانون، یک تغییر ایدئولوژیک رخ داد؛ بسیار زود بر همگان عیان گشت که تنها اعطای مرخصی گسترده به زنان، موجب حمایت و در جهت نفع آنان نیست و اتفاقاً مشارکت آنان در بازار کار کاهش می‌یابد و در عین حال با اخذ مرخصی بدون حقوق یا کار پاره‌وقت برای مراقبت از کودک، از حقوق بازنشستگی آنان نیز کاسته می‌شود و این طریق حمایتی، مناسب نیست و ایده سنتی از اینکه زن مسؤل انجام وظایف خانه و مراقبت از کودک و اصطلاحاً کار بی‌مزد است، به این ایده تغییر یافت که این کار بی‌مزدی باید بین زن و مرد تقسیم شود و پدران نیز در این کار باید سهیم شوند؛ بسیاری در سوئد استدلال کردند که راه‌حل تبعیض جنسیتی در اشتغال در این است که مردان مسؤلیت بیشتری را در خانواده بر عهده بگیرند. اگر مردان بار مضاعف خانواده و کار را به دوش کشند، کارفرمایان مجبور می‌شوند بهتر به نیازهای خانواده و نیز زنان، پاسخ دهند. زین حیث بود که طی قانون مرخصی والدینی به پدران نیز اجازه مرخصی داده شد.^{۲۳}

در اولین سال پس از تصویب قانون مرخصی والدین، ۵/۰ درصد از مردان از مرخصی والدین استفاده کردند؛ اما آنچه حائز توجه واقع شد آن بود که این در صد، طی سال‌ها رو به افزایش گذاشت. شرکای اجتماعی نیز برای انعقاد پیمان‌های دسته‌جمعی در مورد مسائل خاص و جزئی، آزادی عمل داشتند.^{۲۴} النهایه، قانون ۱۹۷۸ جایگزین قانون ۱۹۷۶ شد و حق قطعی مرخصی کامل در بند ۳ حفظ شد و حق کاهش ساعات در بند ۸ مقرر گشت؛ اما کارفرما این حق را داشت که کاهش ساعت را برنامه‌ریزی کند. همچنین حق انصراف از مقررات قانونی از طریق پیمان‌های دسته‌جمعی اضافه گردید. قانون سال

22. Frank P. Stafford & Marianne Sundström. "Female labour force participation, fertility and public policy in Sweden", *European Journal of Population* 8(1992).

23. Gender Equality In Sweden & Denmark, Part Of A Project Funded by the Rights, Equality and Citizenship Programme of the European Union (2014-2020), 2020, 15.

24. Government offices Ministry of Employment, *Gender equality policy in Sweden* (Stockholm, 2019), 18.

۱۹۷۸ مجدداً در سال ۱۹۷۹ اصلاح شد و با اتخاذ هرگونه تصمیم غیرقانونی توسط کارفرما که طبق بند ۱۱ نامعتبر بود، حمایت‌ها را تقویت کرد و به زنان باردار حق واگذاری مجدد کار را در صورتی که از مصداق‌های کار شدید بدنی باشد، اعطا کرد. قانون ۱۹۷۸ هفت بار در دهه ۱۹۸۰ و شش بار در دهه ۱۹۹۰ اصلاح شد تا در نهایت با قانون مرخصی والدین در سال ۱۹۹۵ جایگزین شود.^{۲۵}

بنابراین، هنگامی که زنان سوئدی در دهه ۱۹۷۰ وارد بازار کار شدند، یک طرح مرخصی والدینی نیز معرفی شد. قانون مرخصی والدین^{۲۶} شامل قوانین اصلی در مورد حق مرخصی والدین، از جمله مرخصی زایمان و مرخصی پدری است. این قانون حق مرخصی را برای کارگران تصریح می‌کند و بر ممنوعیت امتناع کارفرما از پذیرش حکایت دارد؛ اما حق پرداخت در طول چنین مرخصی تحت پوشش طرح کلی مزایای مرخصی والدین تأمین اجتماعی است که در قانون بیمه اجتماعی ۲۰۱۰ تنظیم شده است. با این حال، اگر «دستمزد اضافی والدین» به دلیل «سقف بالای درآمد» توسط کارفرما طبق یک قرارداد جمعی مقرر شده، باید پرداخت شود.^{۲۷}

دو قانون فعلی سوئد در مورد مرخصی والدین و برابری جنسیتی در دهه ۱۹۹۰ به تصویب رسیدند و جایگزین قوانین دهه ۱۹۷۰ فوق شدند و به موضوعاتی که در رویه قضایی مطرح است و همچنین در پاسخ به الزامات عضویت در اتحادیه اروپا اشاره کردند. ایضاً، دولت سوئد در سال ۱۹۸۸ یک برنامه اقدام پنج‌ساله را تهیه کرد که به سیاست برابری در دهه ۱۹۹۰ پرداخت.

بنابراین، مرخصی والدینی یکی از سخاوتمندانه‌ترین مرخصی‌ها در جهان است و والدین مجازند مرخصی با مزایای نقدی کامل والدین^{۲۸} بگیرند؛ فلسفه وجودی این طرح، همان طور که پیش‌تر نیز بیان گردید، به این مسأله بازمی‌گشت که تعداد قابل توجهی از زنان سوئدی به منظور برقراری تعادل بهتر بین الزامات کار و خانواده، به صورت پاره‌وقت کار می‌کردند.^{۲۹}

به این دلیل مرخصی گسترده والدینی و همچنین به دوش گرفتن سهم بیشتری از مسؤولیت در خانه توسط پدران، ریشه در این بحث داشت که کارفرمایان مبتنی بر جنسیت، علیه زنان تبعیض قائل نمی‌شوند؛ بلکه بر این باور که زنان نمی‌توانند به اندازه مردان در اشتغال مشارکت کنند. علاوه بر این،

25. Magnus Sverke et al., *Kvinnors och mäns arbetsvillkor* (KunskapsSammanställning, 2016), 9.

26. PLA

27. Women and men in Sweden 2018 Facts and figures, A part of the official statistics of Sweden (SOS), 2018, 11.

28. Föräldraledighetsförmåner: Parental leave benefits

29. Colette Fagan, Helen Norman, Mark Smith & María C. González Menéndez. *In search of good quality part-time employment* (Geneva: International labour organization, 2014), 19.

زنان به دلیل غیبت از کار، جایگاه خود را در زمینه سنوات، حقوق و مزایای اجتماعی در قالب مستمری از دست می‌دهند. بار کاری مضاعف توسط زنان نیز به عنوان یکی از دلایل تعداد زیاد مرخصی‌های استعلاجی و بازنشستگی پیش از موعد، توسط زنان در سوئد ارزیابی می‌شود.^{۳۰}

طرح مزایای والدین هم توسط هیأت ملی تأمین اجتماعی اداره می‌شود که هرازچندگاهی در مورد استفاده از آن گزارش می‌دهد. گزارشی در سال ۲۰۱۳ نشان داد، سهم مردان از روزهای مرخصی والدینی تنها ۲۴/۴ درصد است درحالی‌که زنان ۷۵/۵ درصد آن را دریافت می‌کنند. باوجوداین، از زمان معرفی این طرح‌ها در سال ۱۹۷۴، سهم مردان به‌طور پیوسته افزایش یافته است. آنچه کمی مثبت‌تر می‌نماید این است که سهم والدینی که مرخصی والدین را به‌طور مساوی تقسیم می‌کنند، سه برابر شده است و در مقایسه با چهاردرصد در سال ۲۰۰۰، در سال ۲۰۱۵ به ۱۲/۷ درصد رسید.^{۳۱}

شایان ذکر است که اگر کارمندی یا کارگری فقط به دلایلی که ارتباطی با مرخصی والدین دارد اخراج شود، در صورت درخواست وی، اخراج باطل اعلام می‌شود. بار اثبات جدیدی که در بند ۲۴ دستورالعمل بارداری^{۳۲} مصوب سال ۲۰۰۰ اضافه شد این بود که اگر متقاضی بتواند نشان دهد که به دلایلی که ارتباطی با مرخصی والدینی دارد، مورد نارضایتی قرار گرفته است، کارفرما باید ثابت کند که چنین عدم رضایتی اتفاق نیفتاده است یا اینکه این نارضایتی پیامد مرخصی والدین نبوده است.^{۳۳} به آموذ زمان برابری نیز به صراحت این اختیار داده شده است که در صورت امتناع اتحادیه کارگری، ادعاهای تحت قانون مرخصی والدینی را در ماده ۲۵ از طرف متقاضی (کارگر یا کارمند) پیگیری کند.

بنابراین مدت مرخصی بارداری و زایمان برای مادران شاغل در سوئد چهارده‌هفته و مطابق استانداردهای سازمان بین‌المللی کار است و نیز سوئد با گامی دیگر، یعنی مرخصی والدینی حمایت بهتری از مادران شاغل و میزان مشارکت آنان در بازار کار نموده است. ایران نیز در مورد مدت مرخصی مذکور با برقراری نهم‌ماه مرخصی، بالاتر از استانداردهای سازمان مذکور حمایت به عمل آورده است؛ اما آنچه حائز توجه است آن است که صرف این مرخصی طولانی، حمایت است و میزان مشارکت زنان را نیز در بازار کار افزایش می‌دهد؟ پاسخ منفی است و همان‌طور که تحقیقات سازمان بین‌المللی کار نیز نشان

30. Laura Addati & Naomi Cassirer, *Equal sharing of responsibilities between women and men, including caregiving in the context of HIV/AIDS* (Geneva: United Nations Office at Geneva, 2008).

31 Ann Numhauser-Henning, *The Policy on Gender Equality in Sweden* (Brussels: European Parliament, 2015), 21.

32 Pregnancy Directive

33 Var den finns & och hur vi vet, *Diskriminering i arbetslivet*, Lars Lööv generaldirektör Svenska ESF-rådet (Svenska, 2017), 18.

می‌دهد، در کنار اعطای مرخصی به زنان می‌بایست پدران نیز در کار بی‌مزد (مراقبت از فرزند) مشارکت داشته باشند و این امر به تمامی بر دوش مادران نباشد.

۱-۲- مهلت شیردهی^{۳۴}

از زمان اولین مقاله‌نامه در مورد حمایت از بارداری (شماره ۳)، وقفه‌های شیردهی برای مادران شیرده در ساعات کاری، بخشی از استانداردهای بین‌المللی در مورد حمایت از زایمان است. با این حال، مقررات در کشورهای مختلف در این زمینه، متفاوت است. مقاله‌نامه شماره ۳ مقرر داشت که برای این منظور، یک مادر شیرده باید در طول ساعات کاری خود روزانه ۳۰ دقیقه استراحت داشته باشد، درحالی‌که هر دو مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ تصمیم‌گیری در مورد تعداد و مدت وقفه‌های شیردهی را به قوانین و مقررات ملی واگذار کرده است، مشروط بر اینکه حداقل یک وقفه در نظر گرفته شود. همچنین این مقاله‌نامه، امکان تبدیل وقفه‌های روزانه را به شکل کاهش روزانه ساعات کار معرفی کرد. سازمان بهداشت جهانی هم تغذیه انحصاری با شیر مادر را برای نوزادان تا سن شش ماهگی و ادامه شیردهی با غذاهای مکمل مناسب برای کودکان تا دو سال یا بیشتر را توصیه می‌کند (قطعنامه ۵۵/۱۵ مجمع جهانی بهداشت)؛ چراکه، شیردهی به سلامت مادر و کودک کمک می‌کند و به‌ویژه در شرایطی که آب ناسالم می‌تواند خطری برای نوزاد ایجاد کند بسیار مهم است.^{۳۵}

علی‌الخصوص اگر زنی برای شیر دادن یا دوشیدن شیر وقفه نداشته باشد، میزان شیردهی او کاهش می‌یابد و ممکن است دیگر نتواند شیر کافی برای نوزادش تولید کند. در واقع در سراسر جهان، بازگشت به کار عامل اصلی تصمیم‌گیری زنان برای ترک یا کاهش شیردهی است که خطر بیماری‌های ناشی از غذا و آب و اسهال را افزایش می‌دهد و مزایای تغذیه‌ای و رشدی شیردهی را کاهش می‌دهد. تحقیقات همچنین اهمیت نقش پدران را در ترویج و حمایت از شیردهی نشان داده است و مشارکت آنها می‌تواند نرخ شیردهی را افزایش دهد.^{۳۶}

در حقوق ایران طبق تبصره یک ماده ۷۶ قانون کار پس از پایان مرخصی زایمان، کارگر زن به کار سابق خود برمی‌گردد. به موجب ماده ۷۸ کارفرما ممکن است به مادران شیرده شاغل در کارگاه خود تا پایان دوسالگی کودک، پس از هر سه ساعت، نیم ساعت فرصت شیر دادن بدهد و این جزء ساعت کار

34 Breastfeeding break

35. ILO, op.cit., 136.

36. Dominique Anxo, *Working Time Policy in Sweden* (Växjö University, 2017), 62.

آنان محسوب می‌شود.^{۳۷}

در تبصره ۱ ماده ۳ قانون ترویج تغذیه با شیر مادر، مادران شیرده بعد از شروع به کار مجدد در صورت ادامه شیردهی می‌توانند حداکثر تا بیست‌ماهگی کودک روزانه یک ساعت از مرخصی (بدون کسر از مرخصی استحقاقی) استفاده کنند؛ و مطابق تبصره ۲ ماده ۳ امنیت شغلی مادران پس از پایان مرخصی زایمان و در حین شیردهی باید تأمین شود. لازم به ذکر است که این ماده به موجب ماده واحده مورخ ۱۳۸۶ اصلاح گردید و عبارت «حداکثر بیست ماهگی» به حداکثر بیست و چهار ماهگی تغییر یافت.^{۳۸} در سوئد کارمند زن که در انتظار فرزند است یا فرزندی به دنیا آورده یا در دوران شیردهی است حق دارد با حفظ مزایای استخدامی خود به کار دیگری منتقل شود. زنان این حق را دارند که برای شیر دادن به نوزاد از کار مرخص شوند و برای وقفه‌های شیردهی محدودیت زمانی مقرر نشده است.^{۳۹} اما در زمان غیبت از کار حق دریافت حقوق از سوی کارفرما را ندارند، لیکن می‌توانند برای دریافت کمک‌هزینه والدین به صورت پاره‌وقت درخواست دهند. طبق بند ۴ قانون مرخصی والدین، مادران در «مرخصی شیردهی» حق دارند آزادانه به فرزند خود شیر دهند؛ حق آزادی شیردهی محدود به زمان نیست، اما تا زمانی که کودک از شیر مادر تغذیه می‌کند، حق مرخصی وجود دارد. البته زمانی که بخواهند برای شیر دادن به نوزاد مرخصی بگیرند، باید به کارفرمای خود اطلاع دهند و در غیر این صورت غیبت را می‌توان غیبت غیرمجاز دانست.^{۴۰}

بنابراین، مرخصی از این نوع، بدین شکل است که کارفرما و کارگر به‌طور مشترک در مورد زمان و میزان غیبت کارمند توافق و برنامه‌ریزی می‌کنند و کارفرما موظف نیست در زمانی که کارگر آزاد برای شیردهی است حقوقی بپردازد؛ اما اگر کارگر خواهان غرامت دستمزد باشد، می‌تواند برای کمک‌هزینه والدین به صورت پاره‌وقت از سازمان بیمه اجتماعی سوئد درخواست دهد که حداقل مبلغ قابل پرداخت، یک‌هشتم کمک‌هزینه والدینی است و اگر در این خصوص اقدامی نکنند، مرخصی بدون حقوق تلقی می‌گردد.

سازمان بین‌المللی کار تعیین مهلت شیردهی را به قوانین ملی سپرده است؛ البته به شرطی که

۳۷. قانون کار ایران مصوب ۱۳۶۹.

۳۸. علی اصغر علیزاده و اکبر زارع، حقوق کار؛ شرایط کار زنان کارگر، چاپ اول (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷)، ۴۶.
39. Axel Adlercreutz & Birgitta Nystrom. *Labour Law In Sweden* (Sweden: Kluwer Law International B.V. PO Box, 2021), 360.

40. Arja Tyrkkö och Lena Karlqvist, *Arbetsvillkor och arbetsbelastning i journalistiskt arbete* (Sweden: Arbetslivsinstitutet & författare, 2005), 21.

حداقل یک نوبت در نظر گرفته شود. در سوئد محدودیتی در این رابطه وجود ندارد و مادران می‌توانند با برنامه‌ریزی به اتفاق کارفرما از مهلت‌های متعدد بهره‌مند گردند. ایران نیز روزانه یک ساعت تا بیست و چهار ماهگی کودک را مقرر داشته است که پایین‌تر از سطح استانداردهای سازمان بین‌المللی کار نیست.

۱-۳- حمایت‌های نقدی و پزشکی

مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ مقرر می‌دارد که هر عضو باید اطمینان حاصل کند که شرایط واجد شرایط بودن برای مزایای نقدی می‌تواند توسط اکثریت بزرگ زنانی که این مقاله‌نامه در مورد آنها اعمال می‌شود، برآورده شود (ماده ۶).

با تصویب قانون ترویج تغذیه با شیر مادر در سال ۱۳۷۴ سازمان تأمین اجتماعی نیز در بخش‌نامه ۶۲۵ فنی، مقررات قانون فوق‌الذکر را در خصوص کارگران مشمول قانون تأمین اجتماعی نیز مجری دانست و پرداخت مستمری موضوع ماده ۶۷ قانون تأمین اجتماعی را تا سه فرزند به چهار ماه افزایش داد. مستخدمین رسمی بخش دولتی نیز مطابق تصویب‌نامه هیأت وزیران مورخ ۱۳۷۴/۶/۱۲ زنان باردار در مرخصی استعلاجی یا معذوریت را از کلیه حقوق و فوق‌العاده‌های مربوطه بهره‌مند اعلام نمود و پست سازمانی آنان در این دوران حفظ می‌گردد. مستخدمین پیمانی هم به موجب ماده ۱۶ آیین‌نامه استخدام پیمانی از حمایت‌های مقرر در قانون تأمین اجتماعی بهره‌مند می‌گردند؛ یعنی وضعیتشان در بحث مستمری نقدی در ایام مرخصی بارداری و زایمان مشابه کارگران است.^{۴۱}

بر اساس مصوبه هیأت وزیران مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۶ به شماره ۱۹۷۲۶ مدت استراحت دوران بارداری، زایمان و شیر دهی از شش ماه به نه ماه افزایش یافته است. مدت مرخصی زایمان برای وضع حمل‌های دوقلو نه‌ماه و برای زایمان‌های سه‌قلو یا بیشتر یک‌سال خواهد بود و چنانچه بیمه شده زن در طول دوره بارداری به عوارضی دچار شود که سلامتی مادر و فرزند را تهدید نماید و طبق نظر پزشک معالج و تأیید شورای پزشکی سازمان نیاز به استراحت پزشکی داشته باشد غرامت دستمزد این ایام پرداخت خواهد شد که معادل دو سوم آخرین مزد یا حقوق بیمه شده با در نظر گرفتن روزهای استراحت است که بدون کسر سه روز اول پرداخت می‌شود. نحوه محاسبه آخرین مزد یا حقوق بیمه شده به این ترتیب است که کل مبالغ مشمول کسر حق بیمه که بیمه شده در آخرین نود روز قبل از استراحت دریافت کرده است، با

۴۱. علویون، پیشین، ۲۴۹.

هم جمع می‌شود و بر تعداد روزهای کارکرد بیمه شده در این مدت تقسیم می‌شود.^{۴۲} در رابطه با حمایت‌های پزشکی در ایام مرخصی بارداری و زایمان نیز ماده ۶۸ قانون تأمین اجتماعی مقرر می‌دارد که «بیمه شده زن یا همسر بیمه شده مرد در صورتی که در طول مدت یک سال قبل از وضع حمل حق بیمه شصت روز را پرداخته باشد از کمک‌ها و معاینه‌های طبی و معالجات قبل از زایمان و حین زایمان و بعد از وضع حمل استفاده خواهد کرد.

سازمان تأمین خدمات درمانی بنا به درخواست بیمه شده می‌تواند به جای کمک‌های مذکور مبلغی وجه نقد به بیمه شده پرداخت نماید، مبلغ مزبور در آیین‌نامه‌ای که از طرف هیأت مدیره تأمین خدمات درمانی تهیه و به تصویب شورای عالی سازمان می‌رسد تعیین خواهد شد. و برابر ماده ۶۹ این قانون «در صورتی که بیمه شده زن و یا همسر بیمه شده مرد به بیماری‌هایی مبتلا شود که شیر دادن برای طفل او زیان‌آور باشد یا پس از زایمان فوت شود شیر مورد نیاز تا هجده‌ماهگی تحویل خواهد شد».

ازجمله اقدامات اخیر توسط قانون‌گذار در راستای حمایت از بانوان دارای شرایط خاص که بانوان شاغل و باردار نیز شامل آن می‌شود، متن قانون کاهش ساعات کار بانوان است که در سال ۱۳۹۵ تصویب شده و در راستای حمایت تقنینی از بانوان دارای شرایط خاص مانند بانوان شاغل باردار می‌باشد و برای سهولت آنها، ساعات کاری را هدف قرار داده و آن را برای بانوان دارای شرایط خاص کاهش داده است. در این ماده واحده آمده است که ساعات کار هفتگی بانوان شاغل اعم از رسمی، پیمانی و قراردادی که موظف به چهل و چهار ساعت کار در هفته هستند اما دارای معلولیت شدید یا فرزند زیر شش سال تمام یا همسر یا فرزند معلول شدید یا مبتلا به بیماری صعب‌العلاج می‌باشند و یا زنان سرپرست خانوار شاغل در دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۲۲۲ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ / ۱۲ / ۱۵ و بخش غیردولتی اعم از مشمولان قانون کار و قانون تأمین اجتماعی بنا به درخواست متقاضی از دستگاه اجرایی مستخدم و تأیید سازمان بهزیستی کشور یا وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی یا دادگستری، سی و شش ساعت در هفته با دریافت حقوق و مزایای چهل و چهار ساعت تعیین می‌شود.^{۴۳}

مسئول پرداخت حقوق در ایام مرخصی: مستفاد از آرای وحدت رویه شماره ۱۳۲۸ مورخ

۴۲. همانجا.

۴۳. جعفر عسگری، و شهره شقاقی ورزقانی، مطالعه تطبیقی حقوق زنان باردار در نظام حقوقی ایران و آلمان (شهرقدس: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵)، ۷۶.

۱۳۹۳/۱۹/۸ و شماره ۲۸۸ الی ۳۰۵ و ۳۰۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۳۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، پرداخت حقوق و مزایای مستخدم بیمه شده در دوران مرخصی زایمان، در بخش دولتی بر عهده دستگاه مربوط و در بخش غیردولتی بر عهده سازمان تأمین اجتماعی است. در رأی شماره ۱۳۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تأکید شده است، در مواردی که کارفرمایان طبق قوانین و مقررات دیگری مکلف به پرداخت حقوق یا مزد بیمه‌شدگان باشند، سازمان تأمین اجتماعی تکلیفی به پرداخت حقوق ایام مذکور ندارد.

در سوئد مزایای والدین در مجموع ۴۸۰ روز تقویمی (۶۹ هفته یا تقریباً ۱۵ ماه) برای هر دو والدین پرداخت می‌شود. این کمک‌هزینه روزهای طول مرخصی زایمان را پوشش می‌دهد. در صورتی که والدین حضانت مشترک داشته باشند، هر یک از والدین مستحق نصف مرخصی هستند. اگر یکی از والدین انحصاری حضانت را داشته باشد، او حق دارد تمام مدت ۴۸۰ روز تقویمی را دریافت کند. در صورتی که والدین حداقل ۲۴۰ روز متوالی (۳۴ هفته) قبل از تولد بیمه شده باشند، ۸۰ درصد درآمد در مجموع ۳۹۰ روز تقویمی (۵۶ هفته) به هر دو والدین در صورت داشتن حضانت مشترک از کودک پرداخت می‌شود و ۶۰ کرون در روز برای دوره باقیمانده ۹۰ روز تقویمی (سیزده هفته) خواهد بود.^{۴۴}

سن کودک در زمانی که حق مرخصی والدین از بین می‌رود در کشورهای مختلف متفاوت است؛ سوئد هم تا ۱۸ ماهگی کودک را منظور داشته است. در سوئد کارگرانی که برای شش ماه قبل یا حداقل دوازده ماه در دو سال گذشته در خدمت کارفرما بوده‌اند تا زمانی که کودک به هجده ماهگی برسد، حق دارند برای مراقبت از کودک مرخصی بگیرند. صرف‌نظر از اینکه والدین مزایای نقدی دریافت می‌کنند یا خیر.

همچنین در سوئد، کارگرانی که در شش ماه گذشته از کار یا حداقل دوازده ماه در دو سال گذشته کار در خدمت کارفرما بوده‌اند، حق دارند از روزهای کمک‌هزینه والدین خود برای کاهش سه ساعت از ساعات کار خود استفاده کنند (یک‌چهارم، یک‌دوم، یک‌چهارم یا یک‌هشتم ساعات کار عادی). همچنین والدین تا هشت سالگی حق دارند از زمان عادی کار تا یک‌چهارم بدون کمک نقدی والدین کم کنند. در صورت تولد دوقلوها، مزایای والدین اضافی برای نود روز (سیزده هفته) هم در سطح مزایای بیماری پایه و هم در سطح حداقل پرداخت، خواهند داشت. در صورت تولد بیش از دو فرزند به‌طور هم‌زمان، کمک‌هزینه والدین در سطح کمک‌هزینه بیماری پایه به مدت صد و هشتاد روز (بیست و شش

44. Adlercreutzf & Nystrom, op.cit., 314.

هفته) برای هر فرزند علاوه بر دو فرزند اول پرداخت می‌شود. در صورتی که والدین به صورت نیمه‌وقت کار کنند، در این مدت از مزایایی متناسب با درصد ساعات کاری وی برخوردار می‌شوند. مزایا تحت پوشش صندوق‌های بیمه اجتماعی است. از نظر مبلغ مازاد بر خدمات مالیات‌پذیر که به‌طور خاص در قانون ذکر شده است، بیمه شده استحقاق هزینه‌های ضروری پزشکی و هزینه‌های ضروری در دوران بارداری و زایمان را دارد. کار شبانه و کار اضافی نیز برای زنان در دوران بارداری ممنوع است.^{۴۵}

مطابق با قانون مرخصی والدین کارگری که به دلیل بارداری نمی‌تواند کارهای سخت جسمی انجام دهد، از شصت‌مین روز (۸/۵ هفته) قبل از آن، مستحق انتقال به شغلی سهل‌تر است و در عین حال از همان تاریخ تولد مورد انتظار، از مزایای اشتغال برخوردار است. اگر انتقال عملی نباشد، زن حق مرخصی دارد تا آنجا که برای حفظ سلامت و ایمنی او ضروری است.^{۴۶}

۲- مرخصی پدران و وضعیت فرزندخواندگی

۲-۱- مرخصی پدران

مرخصی پدرانه معمولاً یک دوره کوتاه مرخصی برای پدر بلافاصله پس از زایمان است. هدف آن این است که پدران را قادر سازد تا به مادر برای بهبودی پس از زایمان کمک کنند؛ چرا که در فرایند شیردهی، مراقبت از نوزاد و همچنین سایر کودکانشان، مادر قادر به رسیدگی امور مرتبط با ثبت تولد و سایر مسؤولیت‌های مربوط به خانواده که بسیار مهم است، نیست.

تحقیقات نشان می‌دهد که مرخصی پدر، بر عهده گرفتن مسؤولیت‌های خانوادگی توسط مردان و رشد فرزند مرتبط هستند. پدرانی که مرخصی می‌گیرند، به‌ویژه آنهایی که بلافاصله پس از زایمان دو هفته یا بیشتر می‌گذرانند، بیشتر با فرزندان خردسال خود انس می‌گیرند؛^{۴۷} و پر واضح است که این امر تأثیرات مثبتی برای برابری جنسیتی در خانه خواهد داشت که پایه و اساس برابری جنسیتی در کار است. با ورود پدران به واقعیت‌های روزانه مراقبت از کودک، بدون محدودیت در محل کار، زمان طولانی مرخصی (بلافاصله پس از تولد) فضای لازم را برای پدران فراهم می‌کند تا مهارت‌های فرزندپروری و حس والدین را توسعه دهند و سپس به آنها اجازه می‌دهد تا به جای کمک به همسران خود، والدین فعال

45. Kunskapsläget i korthet, *Utrikes födda kvinnor på arbetsmarknaden* (Sweden, 2020), 16.

46. Ibid, 212.

47. Huerta et al., "Fathers' leave, fathers' involvement and child development: Are they related? Evidence from Four OECD Countries", in *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 140 (Paris, OECD Publishing, 2013). [2 Apr. 2014], 9.

بنابراین، طراحی و ترکیب سیاست‌های کار - خانواده و به‌ویژه مرخصی، زمانی که دستیابی به برابری جنسیتی مؤثر در محل کار و خانواده را به مثابه یک هدف صریح، برای کارگران مدنظر قرار دهد، پتانسیل بسیار زیادی مطابق با مقاله‌نامه ۱۹۸۱ سازمان بین‌المللی کار با مسؤولیت‌های خانوادگی، برای برابری جنسیتی دارد.^{۴۹}

هر دو توصیه شماره ۱۹۱ (همراه با مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ در مورد حمایت از زایمان) و توصیه شماره ۱۶۵ (همراه با مقاله‌نامه کارگران با مسؤولیت‌های خانوادگی، ۱۹۸۱، شماره ۱۵۶) مقرراتی در مورد مرخصی والدین دارند. طبق توصیه‌های شماره ۱۹۱ و شماره ۱۶۵، یک دوره مرخصی والدین باید برای هر یک از والدین پس از مرخصی زایمان بدون انصراف از کار و با حمایت از حقوق شغلی آنها در دسترس باشد. مدت این دوره مرخصی و همچنین پرداخت و سایر جنبه‌ها مانند شرایط مرخصی و توزیع مرخصی والدین بین والدین توسط توصیه‌ها تعیین نشده است، بلکه باید در سطح ملی تعیین شود. در توصیه شماره ۱۶۵، مرخصی والدین به عنوان بخشی از یک رویکرد یکپارچه برای کمک به ایجاد آشتی بین مسؤولیت‌های کاری و خانوادگی در نظر گرفته شده است.

در حقوق ایران، این مرخصی اولین بار در مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۰ و در قانون اصلاح جمعیت و خانواده به تصویب رسید و در آن قانون برای کلیه آقایانی که خودشان و همسرشان شاغل هستند ۱۴ روز مرخصی در زمان تولد فرزندشان در نظر گرفته شد. این مرخصی در همان قانون محدود به آقایان شاغل که همسرشان (مادر فرزند تازه متولد شده) از مرخصی زایمان استفاده کرده بود، می‌شد؛ یعنی اگر مادر، خانه‌دار بود یا به هر دلیل از مرخصی زایمان استفاده نکرده بود، پدر دیگر نمی‌توانست از این دو هفته استفاده کند. پس شرط استفاده مرخصی برای پدران این است که مادر باید از مرخصی زایمان استفاده کرده باشد، یعنی مادر علاوه بر اینکه مستحق دریافت مرخصی زایمان بوده، از مرخصی زایمان نیز استفاده کرده باشد.

اما در اواخر سال ۱۳۹۵ نمایندگان مجلس در ماده ۱۰۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور، مدت این مرخصی را از ابتدای سال ۱۳۹۶ برای آقایان شاغل در قوای سه‌گانه و

48. Petra Foubert, "Child Care Leave 2.0 – Suggestions for the improvement of the EU Maternity and Parental Leave Directives from a rights perspective", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24, 2(2017), 52.

49. Chopin & Germaine, op.cit., 17.

بخش عمومی غیردولتی به سه روز محدود کردند، یعنی از ابتدای سال ۱۳۹۶ مدت این مرخصی برای آقایان شاغل در قوای مقننه و قضاییه و مجریه و بخش عمومی غیردولتی مثل شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی به سه روز محدود شده است و پدران شاغل در این دو بخش، از پدران شاغل در بخش خصوصی مستثنا شدند و در حال حاضر مدت مرخصی آن‌ها فقط سه روز است. در قانون برنامه ششم، ذکری از بخش خصوصی نشده و پدران شاغل در این بخش، مستثنا نشده‌اند و مدت مرخصی تشویقی برای آنها طبق قانون کاهش نیافته و همچنان همان چهارده روز است (و شایان ذکر است که مازاد بر مرخصی استحقاقی مذکور در قانون کار است) و پدران شاغل در بخش خصوصی، برای بهره‌مندی از این مرخصی قانونی، حتماً باید حکم یا گواهی مرخصی زایمان مادر فرزند یا برگ معرفی به کار همسر خود را در پایان ایام مرخصی زایمان به کارفرما ارائه کنند. پرداخت حقوق و مزایا و بیمه مربوط به ایام این مرخصی در تعهد کارفرماست و این ایام جزء سوابق کار و بازنشستگی پدرانی محسوب می‌شود که طبق ضوابطی که گفته شد، از این مرخصی استفاده کنند.^{۵۰}

سوئد اولین کشوری بود که در سال ۱۹۷۴ به مردان و زنان اجازه دسترسی برابر به مرخصی با حقوق والدینی را داد. در مجموع والدین چهارصد و هشتاد روز حق مرخصی دارند یعنی هر والدین دویست و چهل روز فرصت دارند. برای سیصد و نود روز این مرخصی غرامت دستمزد بر اساس درآمد والدین تعیین می‌گردد و برای نود روز باقیمانده صد و هشتاد کرون پرداخت می‌گردد. از آنجایی که حضور و حمایت شریک زندگی تأثیر مهمی بر تصمیم مادر برای تغذیه با شیر مادر دارد، به نظر می‌رسد که سطوح بالای پذیرش برنامه‌های مرخصی طولانی مدت و انعطاف‌پذیر در میان مردان نیز با نرخ قابل توجه شیردهی در سوئد مرتبط باشد.^{۵۱}

رویکرد دیگری که در برخی از کشورهای اروپایی برای تشویق پدران به استفاده از مرخصی والدین اتخاذ شده است، معرفی برخی از اشکال «پاداش» است (به عنوان مثال مرخصی اضافی یا معافیت‌های مالیاتی برای پدران برای افزایش نرخ پذیرش آنها). سوئد «پاداش برابری جنسیتی» را تعیین کرده است که وقتی والدین به‌طور مساوی از مرخصی والدین استفاده می‌کنند، یک انگیزه اقتصادی ارائه می‌دهد. هر یک از والدین به ازای هر روزی که به‌طور مساوی از مرخصی استفاده می‌کنند، معادل تقریباً ۱۰ دلار

50. <https://shahrarnews.ir/fa/news, 10/12/1400, 06:48>

51. Ministry for Foreign Affairs of Sweden, *Information re. the impact of economic reform policies on women's full enjoyment of their human rights* (Sweden 2018), 13.

آمریکا در روز تا مجموع ۲۴۰ دلار دریافت می‌کنند.^{۵۲}

به نظر می‌رسد سوئد با برقراری مرخصی والدینی و مشارکت دادن پدران در کار خانگی و مراقبت از فرزند در راستای طراحی و ترکیب سیاست‌های کار-خانواده که برای دستیابی به برابری جنسیتی مؤثر در محل کار و مورد تأکید سازمان بین‌المللی کار است، حرکت کرده است؛ اما در حقوق ایران این دوره کوتاه است و تنها در حدی است که همسران بعد از زایمان مجالی برای کمک و پرستاری از مادر تازه زایمان کرده داشته باشند و از این جهت اگرچه مثبت است؛ اما کافی نبوده و بار امور هر آینه بر دوش مادر خواهد بود و سیاست کار-خانواده در این مقررات ضعیف است.

۲-۲- وضعیت فرزندخواندگی

همان‌طور که در توصیه شماره ۱۹۱ ذکر شده است، مقررات مرخصی زایمان مطابق با مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ برای والدین خوانده، در کشورهای عضو که امکان فرزندخواندگی را فراهم می‌کنند باید در دسترس باشد. این امر والدین فرزندخوان را قادر می‌سازد تا با ورود کودک سازگار شوند. در برخی کشورها، مقررات مرخصی فرزندخواندگی مشابه یا عین مقررات مربوط به مرخصی زایمان یا والدین وضع شده است.^{۵۳}

در حقوق ایران مرخصی بارداری و زایمان مطابق قانون ترویج تغذیه با شیر مادر، هم شامل کارکنان بخش خصوصی و هم بخش عمومی می‌شود. در مورد والدین فرزندخوانده نیز مطابق با ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۳۱ مجلس شورای اسلامی شخصی که سرپرستی افراد تحت حمایت این قانون را بر عهده می‌گیرد از مزایای حمایتی حق اولاد و مرخصی دوره مراقبت برای کودکان زیر سه سال (معادل مرخصی دوره زایمان) بهره‌مند می‌باشد. کودک یا نوجوان تحت سرپرستی نیز از مجموعه مزایای بیمه و بیمه‌های تکمیلی وفق مقررات قانونی برخوردار خواهد شد. سازمان تأمین اجتماعی در بند نخست بخشنامه شماره ۱۲۶۳۱/۹۵/۱۰۰۰ مورخ اول اسفند سال ۹۵ موضوع قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست اعلام کرده بود: «بیمه شده زنی که بر اساس قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست کودک زیر سه سال را به فرزندخواندگی قبول می‌کند با ارائه مدارک و مستندات مربوطه از جمله قرار سرپرستی

52. Laura Carlson, *Sweden's Experience in Combating Employment Discrimination* (Stockholm University, 2005), 10.

53. International Labour Office Geneva. *Maternity At Work. A review of national legislation*, 2012, 82.

آزمایشی از مرجع ذیصلاح قضایی به همراه نامه اداره بهزیستی مربوطه می‌تواند از ۸۴ روز مرخصی، بابت مراقبت از کودک استفاده کند». به دنبال صدور این بخشنامه، یکی از شهروندان آن را مغایر قانون دانست و با ارائه دادخواستی به هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، خواستار ابطال بخشنامه مزبور شد و در راستای تبیین خواسته خود اعلام کرد: بخشنامه مورد شکایت، با استناد به ماده ۶۷ قانون تأمین اجتماعی مصوب (۱۳۵۴)، مدت مرخصی شخص فرزندپذیر موضوع ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست (مصوب ۱۳۹۲) را به هشتاد و چهار روز تقلیل داده است. حال آنکه قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست، مؤخر بر قانون تأمین اجتماعی بوده و باید حاکم باشد و در واقع باید مرخصی معادل مرخصی زایمان (۹ ماه) داده شود. همچنین هدف قانون‌گذار از تصویب ماده ۲۱ قانون مذکور، با توجه به اینکه سن کودک زیر سه سال است و مشمول عنوان فرزندپذیری می‌شود، حمایت از خانواده‌ها و حفظ سلامت جسمی و روانی کودک و والدین فرزندپذیر بوده است؛ بنابراین ابطال بخشنامه مورد شکایت، به منظور بهره‌مندی از حقوق و مزایا و مدت مرخصی ماده ۲۱ قانون یادشده، مورد تقاضا است؛ بنابراین با حکم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، بخشنامه کاهش مدت مرخصی دوره مراقبت از کودکان زیر سه سال بدسرپرست و بی‌سرپرست به هشتاد و چهار روز، ابطال و بهره‌مندی افراد فرزندپذیر از نه ماه مرخصی (معادل مرخصی زایمان) مورد تأکید قرار گرفت.

در سوئد، مقررات مربوط به مرخصی و مزایای والدین در مورد والدینی که در مرخصی فرزندخواندگی^{۵۴} هستند نیز اعمال می‌شود. در سوئد، تاریخی که والدین کودک را در خانه تحویل می‌گیرند، تاریخ آغاز فرزندخواندگی در نظر گرفته می‌شود. لازم به ذکر است که مزایای والدین برای پذیرش فرزند بالای ده سال پرداخت نمی‌شود.^{۵۵}

بنابراین با برخی استثناهای آشکار مربوط به زایمان، با والدین فرزندخوانده،^{۵۶} به سان والدین بیولوژیک رفتار می‌شود. قانون مرخصی والدین همچنین حاوی قوانینی در مورد تخصیص مرخصی در صورت اختلاف نظر کارفرما و کارگر است و جا برای اصلاحات وجود دارد. شایان ذکر است که مقررات مربوط به قانون منع رفتار ناعادلانه در سال ۲۰۰۶ که به موجب آن کارفرما نباید به دلایل مرتبط با مرخصی والدین، متقاضی کار یا کارکنان را در معرض رفتار ناعادلانه قرار دهد، در رابطه با والدین فرزندخوانده نیز جاری است.

54. Adoptionsledighet: Adoption leave

55. Adlercreutz & Nystrom, op.cit., 135.

56. Adoptive parents

نتیجه‌گیری

پژوهشگر در فرایند پژوهش خلق می‌شود. وی رامشگری است در مواجهه با اسبی وحشی و در ابتدا بر آن چیرگی ندارد؛ اما اندک اندک طریق خویش را می‌یابد و کلمات را رام می‌کند. او در این مسیر کاملاً درگیرانه به فهم دست می‌یازد. البته نه به فهمی تمام و کمال؛ بل به فهمی همواره گشوده که با هر روی آو زندگی تازه‌ای چهره‌ای دیگرگونه می‌یابد.^{۵۷} پژوهش حاضر نیز حول این سؤال اصلی چرخید که در مورد مرخصی بارداری و زایمان در حقوق ایران و سوئد، چه حمایت‌های قانونی به عمل آمده است؟

در حقوق ایران میزان مرخصی مادران شاغل نه ماه می‌باشد و برای پدران نیز مرخصی در نظر گرفته شده است و نیز مادران شاغل برای شیر دادن، روزانه یک ساعت از مهلت شیردهی بهره‌مند هستند. در دوران مرخصی بارداری و زایمان مزایای نقدی نیز پرداخت می‌شود و مزایای پزشکی نیز در نظر گرفته شده است. کشور سوئد مطابق استاندارد بین‌المللی چهارده‌هفته مرخصی بارداری و زایمان برای مادران شاغل مبذول داشته است و در رابطه با مهلت شیردهی محدودیتی قائل نیست؛ لکن کارگران و کارمندان باید با کارفرمایان خود در این رابطه برنامه‌ریزی نمایند. علاوه بر آن یک دوره مرخصی والدینی تا هجده‌ماهگی کودک برای هم پدر و هم مادر در نظر گرفته شده است و پس از هجده‌ماهگی نیز تا هشت‌سالگی کودک می‌توانند از مرخصی‌های جزئی استفاده نمایند که هدف افزایش مشارکت پدران در کار خانگی و بی‌مزد و مراقبت از کودکان است. برای افزایش استفاده از این مرخصی نیز «پاداش برابری جنسیتی» در نظر گرفته شده که پدران تشویق به اخذ این مرخصی و شرکت بیشتر در مراقبت از کودک شوند. مزایای نقدی و نیز کاهش ساعات کار هم در این دوران در نظر گرفته شده است که این سیاست اتخاذی به خوبی در راستای سیاست کار - خانواده مورد تأکید سازمان بین‌المللی کار است.

با بررسی و مذاقه در قوانین و مقررات هر دو کشور این نتیجه حاصل می‌گردد که نخست هر دو کشور پایین‌تر از سطح استانداردهای جهانی کار عمل نکرده‌اند و در مواردی که ذکر شده است حتی بالاتر از سطح این استانداردها حمایت‌های قانونی به عمل آمده است. دوم، سیاست بسیار مهمی در سوئد تحت لوای مرخصی والدینی در کنار حمایت‌های قانونی دیگر اعم از مرخصی بارداری و زایمان و مهلت شیردهی، اعمال گشته است. این امر با تغییر ایدئولوژی سنتی که عبارت بود از «مسئول دانستن زن برای انجام امور خانگی و اصطلاحاً کار بی‌مزد و نیز مراقبت از کودک»، جان گرفت و استدلال‌ها

۵۷. کاوه پولادی و هدایت الله فلسفی، «حقوق بشر در بازمینی و بازاندیشی پوزیتیویسم جدید: تأملاتی در اندیشه‌های فوکو در پهنه حقوق بشر» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸)، ۱۲۱.

از چرایی کاهش مشارکت زنان در بازار کار و تبعیض‌های جنسیتی ریشه‌خوبش را در این نگرش بازگو نمود. زین حیث با استحالته در این نگرش، طرح مرخصی والدین مطرح و در آن تلاش شد که نقش پدران را نیز در امور خانه و مراقبت از کودک افزایش دهند و پاداش برابری جنسیتی را نیز در نیل به این مقصود و تشویق پدران به اخذ این نوع مرخصی در نظر گرفتند. البته به وضوح است که صرف وجود مرخصی‌های گسترده، موقعیت زنان را در برابری جنسیتی بهبود نمی‌بخشد و حضور پررنگ مردان در کار بی‌مزد ضروری می‌نماید. امری که در حقوق ایران کمتر مورد تأکید قرار گرفته است و از این حیث محل نقد است.

جدول حمایت‌های قانونی در دوران بارداری و زایمان

حقوق سوئد	حقوق ایران	استانداردهای سازمان بین‌المللی کار	
چهارده هفته	نه ماه	چهارده هفته	مدت مرخصی بارداری و زایمان
محدودیتی در مقررات بیان نشده است. کارگر و کارفرما باهم برنامه‌ریزی می‌کنند.	تا بیست و چهار ماهگی کودک روزانه یک ساعت	برابر مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ تصمیم‌گیری در مورد تعداد و مدت وقفه‌های شیردهی را به قوانین و مقررات ملی واگذار کرده است، مشروط بر اینکه حداقل یک وقفه در نظر گرفته شود.	مهلت شیردهی
۷۵ درصد برای چهارصد و هشتاد روز مرخصی والدینی، نود روز آخر نرخ ثابت	۱۰۰ درصد دوره پرداخت می‌شود.	میزان تعیین نشده است.	مستمری نقدی
تأمین اجتماعی	بخش دولتی: دستگاه مربوطه بخش خصوصی: تأمین اجتماعی	-	پرداخت‌کننده
دویست و چهل روز	بخش دولتی: سه روز بخش خصوصی: چهارده روز	تعیین به مقررات ملی سپرده شده است.	مدت مرخصی پدران

نکته آخر آنکه، الگوی سوسیال دموکراسی یا مدل نوردیک که در کشورهای اسکاندیناوی مشاهده می‌گردد بر سه اصل اساسی استوار بوده است: تأمین اجتماعی فراگیر و با عمق قابل توجه، برابری

درآمد و ثروت ناشی از بازتوزیع درآمد و مالیات و در نهایت نبود بیکاری و فقر. الگوی شمالی همواره مورد تمسک کسانی بوده است که معتقد بوده‌اند راه سومی میان کمونیسم و لیبرالیسم وجود دارد. کشورهای اسکانداویمی مثل سوئد در بسیاری از معیارها همچون آموزش، سلامت، رفاه، برابری احساس شادکامی، جزء نخستین کشورهای جداول مربوطه بوده است؛ اما برخی تأملات حاکی از آن است که صرف نظام سوسیال دموکراسی و دولت رفاه عامل این وضعیت نبوده است؛ به شکلی که هر کشور دیگری هم این الگو را بتواند بپذیرد و اجرا کند. چراکه برخی خصوصیات نسبتاً کمیاب در شدنی بودن اجرای این الگو نقش داشته است؛ یعنی مساحت کم و جغرافیای یکدست، جمعیت کم و وضعیت قومیتی یکدست، وضعیت اقلیمی خاصی که چندان جذابیت مهاجرتی ایجاد نمی‌کرد. در سال‌های اخیر، بروز بعضی مشکلات مثل کسری بودجه و ضرورت هم‌سویی با اقتصاد جهانی، باعث تغییراتی در این کشورها شده که الگوی شمالی را به چیزی نزدیک به نظام حمایتی و رفاهی محدودتر اتحادیه اروپایی نزدیک کرده است.^{۵۸}

بنابراین در مقام نتیجه، نگارنده به دنبال پیشنهاد اتخاذ این الگو در نظام حقوقی ایران نیست؛ آنچه به دست آمده آن است که این کشور سیاستی را برای مادران شاغل در پیش گرفته است (مرخصی والدینی) که در نیل به برابری جنسیتی و افزایش مشارکت زنان در بازار کار مؤثر واقع شده و این دیدگاه که تنها مادران، مسؤول مراقبت از فرزندان هستند را تغییر داده است و نیز نشان می‌دهد که صرف اعطای مرخصی‌های گسترده به مادران، حمایت از آنان نیست. سازمان بین‌المللی کار نیز سیاست کار - خانواده را به دولت‌ها توصیه و مورد تأکید قرار داده است.

۵۸. مرتضی مردیها، «دولت رفاه و دوگانه سوسیال دموکراسی - لیبرال دموکراسی»، فصلنامه دولت‌پژوهی ۲۱ (۱۳۹۹)، ۲۹-۵۷.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- استوارسنگری، کوروش. مقدمه حقوق کار. چاپ چهارم. تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
- بهرامی تاش، رکسانا، هادی صالحی اصفهانی و مهشید کریمایی. اشتغال سیاسی اشتغال زنان؛ ایران ۱۳۵۷-۸۷. چاپ اول، تهران: انتشارات شیرازه، ۱۳۹۷.
- پولادی، کاوه و هدایت الله فلسفی. «حقوق بشر در بازبینی و بازاندیشی پوزیتیویسم جدید؛ تأملاتی در اندیشه‌های فوکو در پهنه حقوق بشر». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.
- راجی، فرزانه و فرید آفاری، مترجم. مارکس درباره جنسیت و خانواده. تهران: نشر شیرازه، ۱۳۹۵.
- عراقی، عزت الله و سیدمحمدرضا علویون. بررسی شرایط کار زنان در حقوق ایران و حقوق بین‌المللی کار. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
- علویون، سیدمحمدرضا. کار زنان در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل. چاپ اول، تهران: انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۱.
- علیزاده، علی اصغر و اکبر زارع. حقوق کار؛ شرایط کار زنان کارگر. چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷.
- عسگری، جعفر و شهره شقاقی ورزقانی. مطالعه تطبیقی حقوق زنان باردار در نظام حقوقی ایران و آلمان. شهرقدس: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵.
- مردیها، مرتضی. «دولت رفاه و دوگانه سوسیال دموکراسی - لیبرال دموکراسی». فصلنامه دولت‌پژوهی ۲۱(۱۳۹۹): ۲۹-۵۷.
- هاشمی، سیدمحمد. حقوق کار. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
- <https://www.doi.org/10.22054/tssq.2020.41940.697>
- هریسی نژاد، کمال‌الدین. حقوق اساسی تطبیقی؛ نظام‌های پارلمانی، ریاستی، مختلط و اقتدارگرا. چاپ دوازدهم. تبریز: انتشارات آیدین، ۱۳۹۹.
- مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ و ۳ سازمان بین‌المللی کار
- توصیه‌نامه شماره ۱۹۱ و ۱۶۵ سازمان بین‌المللی کار

ب) منابع خارجی

- Addati, Laura & Naomi Cassirer. *Equal sharing of responsibilities between women and men, including caregiving in the context of HIV/AIDS*. Geneva: United Nations Office at Geneva, 2008.
- Adlercreutz, Axel & Birgitta Nystrom. *Labour Law In Sweden*. Sweden: Kluwer Law International B.V. PO Box, 2021.
- Anxo, Dominique. *Working Time Policy in Sweden*. Växjö University, 2017.
- Arja Tyrkkö och Lena Karlqvist. *Arbetsvillkor och arbetsbelastning i journalistiskt arbete*. Sweden: Arbetslivsinstitutet & författare, 2005.
- Carlson, Laura. *Sweden's Experience in Combating Employment Discrimination*, Stockholm University, 2005.
- Chopin, Isabelle & Catharina Germaine, *A comparative analysis of non-discrimination*

law in Europe, European Union, 2019.

- Fagan, Colette, Helen Norman, Mark Smith & María C. González Menéndez. In search of good quality part-time employment. Geneva: International labour organization, 2014.

- finns, Var den & och hur vi vet. *Diskriminering i arbetslivet*, Lars Lööv generaldirektör Svenska ESF-rådet. Svenska, 2017.

- Foubert, Petra. "Child Care Leave 2.0 – Suggestions for the improvement of the EU Maternity and Parental Leave Directives from a rights perspective". *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24, 2(2017): 245-263.

- Government offices Ministry of Employment. *Gender equality policy in Sweden*. Stockholm, 2019.

- Höga klackar och rullstol - En könsteoretisk studie av kvinnor med livslångt funktionshinder, Centrum for kvinnoforskning, Denise Malmberg, 2002.

- Huerta, M.; W. Adema, J. Baxter, W. Han, M. Lausten, R. Lee & J. Waldfogel. "Fathers' leave, fathers' involvement and child development: Are they related? Evidence from Four OECD Countries", in *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 140 (Paris: OECD Publishing, 2013). [2 Apr. 2014].

- International Labour Office (ILO), ILO Global Estimate of Forced Labour, 2012.-

- International Labour Office Geneva. *Maternity At Work*. A review of national legislation, 2012.

- International labour organization. *Maternity protection in SMEs*, 2014.

- Kunskapsläget i korthet. *Utrikes födda kvinnor på arbetsmarknaden*. Sweden: 2020.

- Magnus Sverke, Helena Falkenberg, Göran Kecklund & Linda Magnusson Hanson. *Petra Lindfors, Kvinnors och mäns arbetsvillkor*. Kunskapssammanställning, 2016. <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/kunskapssammanstallningar/kvinnors-och-mans-arbetsvillkor-kunskapssammanstallning-rap-2016-2.pdf>

- Ministry for Foreign Affairs of Sweden. *Information re. the impact of economic reform policies on women's full enjoyment of their human rights*. Sweden, 2018.

- Numhauser-Henning, Ann. *The Policy on Gender Equality in Sweden*. European Parliament, 2015.

- O'Brien, James & Ian Dempsey. "Comparative Analysis of Employment Services for People with Disabilities in Australia, Finland, and Sweden". *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities* 1, 3-4(2004): 126-135. <https://doi.org/10.1111/j.1741-1130.2004.04027.x> .

- Stafford, Frank P. & Marianne Sundstrm. "Female labour force participation, fertility and public policy in Sweden". *European Journal of Population* 8, 3(1992): 199-215. <https://doi.org/40.1221/j.2741-3330.2004.04028.x>.

- Stenmark, Hedvig. *Gender segregation in the Swedish labour market*. Linköping University, 2010. <https://doi.org/20.1111/j.2741-1130.2004.04028.x>.

-Gender Equality In Sweden & Denmark, part of a project funded by the Rights, Equality and Citizenship Programme of the European Union (2014-2020), 2020.

-Women and men in Sweden 2018 Facts and figures, A part of the official statistics of Sweden (SOS), 2018.

Good Governance as A Common Goal of Public Law and Development

*Mahnaz Bayat Komitki¹, Ehsan Mouhebati^{*2}*

1. Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: m_bayat@sbu.ac.ir

2. M.A. in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: e.mouhebati74@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.339886.2041

Received:
11 March 2022

Accepted:
26 May 2022

Published:
6 December 2023



ABSTRACT

Although development in the contemporary century is a simple and comprehensive concept, theoretically, has different economic, social, cultural dimensions. The question is which of these dimensions are more related to public law and what are the components of this relationship? Governance is at the heart of public law and the center of political development simultaneously. Governance is a step-by-step issue that begins with the issue of the legitimacy of the political unit as the first common point of public law and development and continues to other principles of good governance. The crisis of legitimacy itself is one of the development strategies and public law helps to solve it through its instruments so a country gets the necessary stability to achieve other dimensions of development. In the next step, the concept of good governance is introduced as

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



another common goal. The principles of good governance are not only political goal of development buy also they are legal principles at the same time, and the more the governance of a country has these principles, the richer the public law in that country is, and such a country has political development. What this study shows is that good governance is not only a presumption to economic and social development, but also It is a developmental goal that public law paves the way for through its tools.

Keywords: Public Law, Development, Political Development, Legitimacy, Good Governance.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "A theoretical study of the relationship between public law and development", Shahid Beheshti University, Faculty of Law.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahnaz Bayat Komitki: Supervision, Writing - Review & Editing, Resources, Data Curation, Formal analysis, Methodology.

Ehsan Mouhebati: Project administration, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Conceptualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Bayat Komitki, Mahnaz & Ehsan Mouhebati. "Good Governance as A Common Goal of Public Law and Development" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 249-281.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Although development in the contemporary century is a simple and comprehensive concept, theoretically, has different economic, social, cultural dimensions. The question is which of these dimensions are more related to public law and what are the components of this relationship?

After failure of Washington's consensus policies, countries came to the conclusion that they could not simply stop their development process from pursuing economic growth policies, and concept of good governance was proposed in developed debates as a technocratic and bureaucratic concept. Good governance has evolved in three steps: technocratic measures to strengthen the efficiency of the government and development of legal framework for the market, emphasis on participation of civil and social capital, and direct participation in governing and the expansion of local authorities in small units. Thus, good governance is not only about the proper use of government's power in a transparent and participatory way, but also It is about the correct and honest exercise of power.

Public law is the legal system of exercising prudence in the political within the framework of a particular nation-state, and the government is responsible for representing that state and serving public and national interests, so the function of public law is to strengthen the power of state and restrict the actions of government agents. In this view, all concepts that appear in the politics and government theory are related to public law. Public law is primarily related to political development; in other words, public law is political prudence in development theory. That is, due to the nature of the political and political nature of governance, public law is associated with political development and the practice of governance in the first step, and in the next step deals with other aspects of development. On the other hand, development focuses on the issue of governance in political dimension, so good governance is a common goal for the both.

In the post-Cold War era, the world was faced with a large number of fragile states in Eastern Europe and the Middle East and Central Asia, which showed that the existence of low-capacity states led to the underdevelopment countries directly. Therefore, good and effective governance was essential to achieve sustainable development goals. In such a view, development and public law are in direct relation to each other which aim to achieve a considerable amount of good governance.

Governance is at the heart of public law and the center of political development simultaneously. Governance is a step-by-step issue that begins with the issue of the legitimacy of the political unit as the first common point of public law and development and continues to other principles of good governance. The crisis of legitimacy itself is one of the development strategies and public law helps to

solve it through its instruments so a country gets the necessary stability to achieve other dimensions of development. In the next step, the concept of good governance is introduced as another common goal. The principles of good governance (The Principle of properness, transparency, participation, efficiency, accountability and ...) are not only political goal of development buy also they are legal principles at the same time, and the more the governance of a country has these principles, the richer the public law in that country is, and such a country has political development. What this study shows is that good governance is not only a presumption to economic and social development, but also It is a developmental goal that public law paves the way for through its tools.

Good governance statistics demonstrate that a limited number of developing countries have a good score on these indicators. Singapore, for example, scored 65, Malaysia 58, South Korea 57, Costa Rica 54 and Chile 53 out of 100. In this ranking, even a country like Switzerland received a score of 75, which means that no country has been able to fully meet all the criteria of good governance. If the principles of good governance are established, public law has achieved its goal and one of the targets of development has been achieved. Statistical research has also shown that there is a high correlation between the quality of governance and GDP per capita and other indicators of economic growth.

حکمرانی خوب به مثابه هدف مشترک حقوق عمومی و توسعه

مهناز بیات کمیتکی^۱، احسان موهبتی*^۲

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: m_bayat@sbu.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: e.mouhebaty74@gmail.com :نویسنده مسئول*

چکیده:

توسعه در قرن حاضر هرچند مفهومی بسیط و همه‌جانبه است اما به لحاظ نظری ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ... دارد. سؤالی که می‌توان مطرح کرد آن است که حقوق عمومی با کدامیک از این ابعاد ارتباط بیشتری دارد و مؤلفه‌های این رابطه کدام است؟ حکمرانی محور اصلی حقوق عمومی است که خود مرکز موضوع توسعه سیاسی است. حکمرانی امری مشکک است که از مسأله مشروعیت واحد سیاسی به‌عنوان اولین نقطه مشترک حقوق عمومی و توسعه آغاز می‌شود و تا اصول حکمرانی خوب ادامه می‌یابد. بحران مشروعیت خود یکی از استراتژی‌های توسعه است و حقوق عمومی از طریق ابزارهای خود به حل آن کمک می‌کند تا یک کشور ثبات لازم برای تحقق سایر ابعاد توسعه را کسب کند. در وهله بعد مفهوم حکمرانی خوب به‌عنوان هدف مشترک دیگر مطرح می‌شود. اصول حکمرانی خوب، هدف سیاسی توسعه به شمار می‌آیند که هم‌زمان اصولی حقوقی هستند و به هر میزان که حکمرانی کشوری واجد این اصول

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.339886.2041

تاریخ دریافت:

۲۰ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۵ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



باشد، حقوق عمومی در آن کشور غنی‌تر است و چنین کشوری واجد توسعه سیاسی است. آنچه از این پژوهش به دست می‌آید آن است که حکمرانی خوب نه‌تنها مقدمه توسعه در ابعاد اقتصادی و اجتماعی است، بلکه خود هدفی توسعه‌ای است که حقوق عمومی از طریق ابزارهای خویش راه را برای تحقق آن هموار می‌کند.

کلیدواژه‌ها:

حقوق عمومی، توسعه، توسعه سیاسی، مشروعیت، حکمرانی خوب.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «مطالعه نظری نسبت حقوق عمومی و توسعه»، دانشگاه دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهناز بیات کمیته‌ی: نظارت، تحلیل، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، روش‌شناسی. احسان موهبتی: مدیریت پروژه، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، مفهوم‌سازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

بیات کمیته‌ی، مهناز و احسان موهبتی. «حکمرانی خوب به‌مثابه هدف مشترک حقوق عمومی و توسعه». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۲۴۹-۲۸۱.

مقدمه

پس از شکست سیاست‌های اجماع‌واشنگتن، کشورها به این نتیجه رسیدند که نمی‌توانند فرایند توسعه خود را تنها متوقف بر اجرای سیاست‌های رشد اقتصادی کنند و به دنبال آن مفهوم حکمرانی خوب به‌عنوان مفهومی تکنوکراتیک و بروکراتیک وارد فضای بحث‌های توسعه شد^۱ و به‌عنوان یکی از اصول و اهداف مشترک الگوها و استراتژی‌های توسعه مورد توجه قرار گرفت. حکمرانی خوب در سه مرحله تکامل یافته است. مرحله اول شامل «اقدامات تکنوکراتیک برای تقویت کارایی دولت حاکم و توسعه چهارچوب‌های حقوقی برای بازار» می‌شد.^۲ مرحله دوم تأکید بر مشارکت مدنی و سرمایه اجتماعی بود. مرحله سوم آن ناظر بر مشارکت مستقیم در امور اداره کشور و گسترش اعطای اختیارات محلی به واحدهای کوچک و مردم می‌شد؛ بنابراین «حکمرانی خوب نه‌تنها مربوط به استفاده درست از قدرت دولت حاکم در راهی شفاف و مشارکتی است، بلکه اعمال درست و صادقانه قدرت نیز است».^۳

حقوق عمومی، نظام حقوقی تدبیر امر سیاسی در چهارچوب دولت - ملتی خاص است و حکومت مستقر وظیفه نمایندگی این دولت و تأمین منافع عمومی و ملی را به عهده دارد و کارکرد حقوق عمومی تقویت دولت و نیز ایجاد محدودیت بر اعمال کارگزاران دولت است. در این نوع نگاه، همه مفاهیمی که از درون امر سیاسی و نظریه دولت تراوش می‌کند با حقوق عمومی ارتباط دارد. مارتین لاگلین^۴ در کتاب مبانی حقوق عمومی با توسل به مفهوم امر سیاسی در مرکز حقوق عمومی، ساختمانی منسجم از آن ارائه می‌دهد که مفهوم حکمرانی محور اصلی موضوع آن است.^۵ حقوق عمومی با چنین دیدگاهی در درجه اول با توسعه سیاسی در ارتباط است؛ به عبارت دیگر حقوق عمومی، تدبیر سیاسی در نظریه توسعه است؛ بدان معنا که به دلیل ماهیت امر سیاسی و ماهیت سیاسی حکمرانی، ابتدا به ساکن با توسعه سیاسی و عمل حکمرانی در ارتباط است و در قدم بعدی با سایر ابعاد توسعه برخورد می‌کند. از سوی دیگر توسعه نیز در بُعد سیاسی آن بر مسأله حکمرانی تمرکز دارد و حکمرانی خوب هدفی مشترک برای این دو به شمار می‌آید.

بعد از پایان جنگ سرد، دنیا با تعداد بسیار زیادی از دولت‌های شکننده در شرق اروپا و خاورمیانه

1. Jomo Kwame Sundram & Chowdhury, Anis, "Is Good Governance Good for Development?", *The United Nations series on development: Bloomsbury Collections* (2012), 2.
2. Ibidem.
3. Henk Addink, *Good Governance; Concept and Context*, (Oxford University Press, 2019), 16.
4. Martin Loughlin
5. Martin Loughlin, "Political Jurisprudence", *The London School of Economics and Political Science* 16(2016), 2.

و آسیای مرکزی و سایر نقاط مواجه بود که نشان داد وجود دولت‌های با ظرفیت و توان پایین مستقیماً سبب عدم توسعه این کشورها شده است^۶ و بنابراین حکمرانی خوب، مؤثر و عادلانه برای اجرای اهداف توسعه پایدار بسیار ضروری است.^۷ حکمرانی آن دسته از اعمال سیاسی و اداری اقتدار است که در هر سطحی، امور کشور را مدیریت می‌کند. در درون مفهوم حکمرانی خوب، مفاهیمی نهفته است که هرکدام به‌تناسب کیفیت و نحوه ظهور در هر جامعه، میزان کیفیت حکمرانی را در یک جامعه مشخص می‌کنند. این مفاهیم شامل درستی^۸، شفافیت، مشارکت، کارآمدی، پاسخ‌گویی و حقوق بشر اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هستند.^۹ این مفاهیم به‌صورت گسترده در همه نقاط به‌عنوان معیارهایی برای حکمرانی خوب پذیرفته شده است. حکمرانی خوب در معنای وسیع همه اعمال اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی را شامل می‌شود و تمام عناصر را در درون این رویه‌ها جست‌وجو می‌کند.^{۱۰}

حکمرانی خوب طیفی است؛ به این معنا که نمی‌توان ادعا کرد که کشوری همه معیارهای آن را به‌طور کامل دارد و کشوری به‌طور کامل از آنها بی‌بهره است. در واقع بی‌بهره بودن کامل از حکمرانی خوب مساوی حکمرانی ضعیف است که هر لحظه احتمال متلاشی شدن آن وجود دارد. به نظر می‌رسد نقطه آغازین مفهوم حکمرانی خوب مسأله «مشروعیت» است و حد اعلی آن به حداکثر رساندن عناصر گفته شده در حکمرانی خوب است. در چنین دیدگاهی توسعه و حقوق عمومی در نسبتی مستقیم با یکدیگر قرار می‌گیرند که هدف هر دو دستیابی به میزان قابل توجهی از عناصر طیفی در حکمرانی خوب است.

بنابراین در بند اول به نخستین حلقه ارتباط میان حقوق عمومی و توسعه یعنی مسأله ایجاد مشروعیت به‌عنوان اولین قدم در راه توسعه پرداخته می‌شود و در بند بعدی عناصر حکمرانی خوب در نسبت با توسعه و حقوق عمومی بررسی خواهد شد.

6. Francis Fukoyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century* (New York: Cornell University Press, Ithaca, 2004), Preface x.

7. Joachim Monkelbaan, *Governance for The Sustainable Development Goals: Exploring an Integrative Framework of Theories, Tools, & Competencies*, (Singapore: Springer, 2019), From Preface.

8. Properness

9. Addink, op.cit., 5.

۱۰. حکمرانی خوب در معنای خاص معنای اداره خوب را دارد و طبیعتاً فقط اعمال اجرایی را دربرمی‌گیرد؛ کافمن که از گزارشگران معروف سازمان ملل در مورد حکمرانی خوب است به‌طور کلی شش موضوع پاسخ‌گویی، ثبات سیاسی و پرهیز از خشونت، کارایی حکومت، کیفیت تنظیم‌گری، حکومت قانون و کنترل فساد را به‌عنوان ارکان حکمرانی خوب عنوان کرده است و خود او به تدریجی بودن این عوامل اشاره دارد.

۱- مشروعیت به‌مثابه نخستین محل تلاقی حقوق عمومی و توسعه

هیچ دولتی بدون دستیابی به حداقلی از مشروعیت، قادر به انجام هیچ‌گونه برنامه و سیاست راهبردی توسعه نخواهد بود. پذیرش دولت و برنامه‌ها و اقدامات آن از جانب مردم اولین قدم در راه توسعه است. در کشوری که میان دولت و ملت جدایی بیفتد و حکومت، نماینده دولت - کشور نباشد، هرگونه توسعه‌ای بی‌معنا خواهد بود. در این قسمت ابتدا مفهوم بحران مشروعیت را در ارتباط با توسعه مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس نقش حقوق عمومی در رفع این بحران را ارزیابی می‌کنیم.

۱-۱- مشروعیت؛ سنگ بنای توسعه

ازجمله نظریات بسیار مشهور در توسعه‌نیافتگی موضوع بحران مشروعیت در کشورهای در حال توسعه است. «مشروعیت متضمن حداقلی از آزادی سیاسی و عدالت اجتماعی است. جایی که این عوامل غایب هستند، مشروعیت یعنی رضایت مردمی که بر آنها حکومت می‌شود ناپدید خواهد شد».^{۱۱} توسعه به آرامش سیاسی نیازمند است تا افراد و مجموعه انسانی بتوانند به فکر ابداع و خلاقیت و تولید باشند.^{۱۲} بنابراین در کشوری که با بحران‌های متعدد مشروعیت روبه‌رو است هیچ تئوری توسعه‌ای نتیجه نخواهد داد.^{۱۳}

واژه بحران نیز به طریقی اشاره دارد که یک دولت یا سیستم اجتماعی برای توجیه اصل وجود خود و قدرت ناشی از آن تلاش می‌کند. جوامع سنتی برای توجیه و مشروعیت بخشیدن به قواعد خود به اسطوره و راز متوسل می‌شدند اما در جوامع مدرن ادعا بر این است که حکومت‌ها بازتاب اراده مردم هستند.^{۱۴} همچنین در علوم اجتماعی امروز بحران مفهومی سیستمی است و هنگامی به وجود می‌آید

۱۱. کیت گرین، راهبردهای توسعه اقتصادی، ترجمه: حسین راغفر و محمد حسین هاشمی، چاپ ششم (تهران: نشر نی، ۱۳۷۵)، ۴۵.

۱۲. محمود سریع القلم، عقلانیت و توسعه‌یافتگی ایران، چاپ دوازدهم (تهران: فرزانه روز، ۱۳۹۰)، ۱۸۵.
۱۳. در مورد تقدم توسعه سیاسی در نظریات نوسازی باید به اثر معروف لفتویج «دموکراسی و توسعه» نیز اشاره کرد. وی که از ضرورت اولویت دادن به سیاست در توسعه دفاع می‌کرد، حاکمیت دموکراتیکی را که بتواند به مدیریت صحیح توسعه بپردازد، حاکمیت شایسته می‌نامید. او بررسی آماری قابل تأملی در مورد تأثیر دو متغیر دموکراسی و توسعه انجام داده است و نتیجه می‌گیرد که جز در دوره‌های کوتاه‌مدت میان سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۷۰، دموکراسی در بلندمدت سبب رشد اقتصادی شده است. نک:

آدریان لفتویج، دموکراسی و توسعه، ترجمه احد علیقلیان و افشین خاکباز، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۸۲)، ۸۳.
14. Giovanni E. Reyes, "Theoretical Basis of Crisis of Legitimacy and Implications for Less Developed Countries: Guatemala as a Case of Study", *Revista de la Facultad de Ciencias Economicas y*

که ساختار نظام اجتماعی، امکانات کمتری برای حل مسائل نسبت به آنچه برای ادامه‌چنین سیستمی ضروری است، در اختیار داشته باشد.^{۱۵} در این نگاه سیستمی، بحران مانعی اساسی برای یکپارچگی سیستم محسوب می‌شود و به‌طور تصادفی از درون سیستم به وجود نمی‌آید بلکه به‌طور ساختاری مشکلاتی در درون سلسله‌مراتب نظام ایجاد می‌کند.^{۱۶} در هنگام به وجود آمدن بحران، فشارهای درونی جامعه به نقطه‌ای رسیده است که کل سیستم اجتماعی فلج شده و در آستانه خطر فروپاشی قرار می‌گیرد. هابرماس^{۱۷} معتقد است برای آنکه یک جامعه سیاسی از مشروعیت اجتماعی برخوردار باشد باید سه مؤلفه اقتصادی، سیاسی و اجتماعی - فرهنگی در درون سیستم، متوازن و در ارتباط هماهنگ باشند و هم‌زمان بخش اعظمی از مردم به آن وفادار باشند. در مفهوم اقتصادی، مشروعیت در دو جنبه ظهور پیدا می‌کند. اول روابط مبتنی بر استخدام که افراد کار یا تولیداتشان را در معرض مبادله با دستمزد یا عوامل تولیدی دیگر قرار می‌دهند. دوم روابط مصرف که افراد تقاضای کالا و خدمات در قبال بخشی از درآمد اقتصادی خود را دارند.^{۱۸} در اینجا فرض اساسی آن است که در درون مکانیسم بازار و روابط کار و مصرف، مشروعیت اجتماعی وجود دارد. جنبه سیاسی مشروعیت با نظام اداری و مدیریتی یک کشور در ارتباط است. از یک‌طرف شهروندان با پرداخت مالیات در حفظ و نگهداری نظام اداری مشارکت می‌کنند و از طرف دیگر وفاداری خود را به سیستمی که اراده خود را برای نفع رساندن به شهروندان به کار می‌گیرد، اعلام می‌کنند. حوزه اجتماعی و فرهنگی مشروعیت، جنبه‌های نظام اقتصادی یک کشور را علاوه بر نظام اداری پوشش می‌دهد. در این حوزه سه عنصر برای تشخیص مشروعیت جامعه وجود دارد. اول وجود مجموعه‌ای از ارزش‌هایی است که در اکثریت مردمان آن جامعه مشترک باشد؛ دوم آنکه این ارزش‌های فرهنگی در میان اکثریت جامعه گفت‌وگو و ارتباط برقرار کند و سوم آنکه بیشتر بخش‌های اجتماعی وجود چنین ارزش‌های اجتماعی را تأیید و اجرا کنند.

برای اندیشیدن درباره مفهوم مشروعیت دوراه‌هنجاری و واقعیت اجتماعی وجود دارد. نظریه پردازان سیاسی و اخلاقی با مشروعیت هنجاری سر و کار دارند. مشروعیت به‌مثابه هنجار بدان معناست که اعمال دولت باید اهداف ویژه‌ای را متناسب با معیارهای خود دنبال و تقویت کند. در این مسیر معیار

Administrativas, Universidad de Narini, XI, 1 (2010), 146.

15. Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, Trans. Thomas McCarthy (Cambridge: Polity Press, 1992), 2.

16. Ibidem.

17. Jürgen Habermas

18. Reyes, op.cit., 150.

حقوق دانان به‌گونه‌ای مسأله قانونی بودن^{۱۹} است. مشروعیت به‌مثابه واقعیت اجتماعی هرچند مشروعیت هنجاری را رد نمی‌کند اما دانشمندان علوم اجتماعی را تشویق می‌کند که مشروعیت را نه همچون امری بایدی و حقوقی بلکه به‌مثابه یک پدیدار، همان‌گونه که رخ می‌دهد فهم کنند. هرچند حقوق از گذشته با رویکرد هنجاری یعنی بحث قانونی بودن در ارتباط بوده است اما با توجه به معنایی که از حقوق عمومی به‌مثابه نظام حقوقی امر سیاسی به دست دادیم، نمی‌توان مشروعیت را در این مقام صرفاً به قانونی بودن فرو کاست. در واقع دولت که مهم‌ترین و پیچیده‌ترین نظام اجتماعی است علاوه بر ارتباط با هنجارها، با واقعیات متغیر اجتماعی و سیاسی نیز در تماس است و همین نکته سبب می‌شود حقوق عمومی به‌تناسب موقعیت خویش، اشکال متنوعی جهت ایجاد مشروعیت به خود بگیرد؛ به عبارت دیگر قانونی بودن در حقوق عمومی برخلاف تصور رایج امری پیشینی نیست بلکه در تطابق با واقعیات سیاسی و اجتماعی در تطور دائمی است.

برای مشروعیت در معنای اخیر می‌توان ۴ عامل را نام برد که در ارتباط با یکدیگرند و مجموعاً ایجادکننده مشروعیت برای اعمال دولت می‌باشند: قانونی بودن، مشروعیت دموکراتیک، اعتماد و پاسخ‌گویی.

قانونی بودن که مهم‌ترین عامل نیز است به این معناست که اعمال دولت باید سابقه‌ای حقوقی داشته باشد. به این منظور، قانونی که خود منشعب از منابع حقوقی صحیحی است باید حکم‌فرما باشد. قانونی بودن مؤلفه‌های فرایندی نیز دارد. بدان معنا که نه‌تنها خود اعمال دولت باید قانونی باشد بلکه رفتار شکلی آن نیز باید مطابق با رویه‌های درست باشد. مشروعیت دموکراتیک به دنبال قانونی بودن شکل می‌گیرد. قانون در دولت‌های جدید باید توسط پارلمانی وضع شود که صلاحیت خود را از طریق انتخابات از مردمان آن دولت دریافت کرده است. در این معنا پارلمان عامل اساسی مشروعیت دولت است که منافع مختلف در یک جامعه سیاسی را نمایندگی می‌کند. هنگامی که مشروعیت یک دولت نمی‌تواند از طریق سیستم نمایندگی تأمین شود، عامل سوم مشروعیت یعنی اعتماد مطرح می‌شود. ماکس وبر^{۲۰} از نوعی اقتدار به نام اقتدار کاریزماتیک بحث می‌کند که از ویژگی‌های جوامع سنتی است. در دولت‌های جدید مسأله اعتماد دیگر بحثی شخصی نیست بلکه از زاویه فرایندهای نهادی به وجود می‌آید. اگر مردم یک جامعه، دولت و به‌خصوص نمایندگان را نماینده منافع خود نبینند مشروعیت

19. Legality

20. Max Weber

دموکراتیک متزلزل شده و اصل قانونی بودن نیز نمی‌تواند مشروعیت را برای دولت تأمین کند. مشروعیت با اعتماد، رضایت و عمل متقابل جامعه در ارتباط است و بنابراین دستورات، بازیگران و نهادهایی مشروع خواهند بود که مردم آنها را رضایت‌بخش تلقی کنند و جایگزین مناسبی برای آنها نیز یافت نشود.^{۲۱} در این نگاه مشروعیت مربوط به انتظارات و ادراکات مادی و سمبولیک مردم است و فقدان یا میزان پایین آن منجر به دولت شکننده و ضعیف خواهد شد. شکنندگی، دولت را از حمایت مردم خود محروم می‌کند و مانع تشکیل جامعه سیاسی می‌شود و دولت در چنین شرایطی توان عملکرد کارآمد را نخواهد داشت. باید توجه داشت که دولت و جامعه دو نهاد جداگانه نیستند بلکه دو جنبه و وجهه از جامعه مدرن هستند.^{۲۲}

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در برنامه‌های توسعه خود به مسأله شکنندگی دولت توجه کرده است. طبق نظر این سازمان در سال ۲۰۰۷، دولت‌ها هنگامی شکننده هستند که ساختارهای دولت، فاقد اراده سیاسی یا ظرفیت مناسب برای فراهم کردن عملکردهای مناسب جهت کاهش فقر، توسعه و تأمین امنیت و حقوق افراد باشد.^{۲۳} در این تعریف تنها به اراده و ظرفیت دولت توجه شده است اما نحوه ارتباط آن با جامعه در نظر گرفته نشده است. همین سازمان در دستورالعمل دیگری در سال ۲۰۰۸ شکنندگی دولت را عدم توانایی دولت در تأمین انتظارات شهروندان یا مدیریت تغییر انتظارات آنان تعریف می‌کند؛ بنابراین شکنندگی و ضعف دولت یا به عبارت بهتر ضعف در حکمرانی همان مسأله بحران مشروعیت دولت است زیرا مشروعیت با تأمین انتظارات در ارتباط است و هنگامی که کشوری فاقد حداقلی از امکانات برای توجه به این انتظارات باشد توسعه امکانی برای ظهور نخواهد داشت.

21. Norad & French Mistry of Foreign and European Affairs 20/2009 Discussion, "The Legitimacy of the State in Fragile Situation", (Report for the OECD DAC International Network on Conflict and Fragility. 2009), 8.

۲۲. همچنین میان مشروعیت و اراده دولت تفاوت وجود دارد. مشروعیت دو کارکرد عمده برای دولت‌ها دارد: اول آنکه نه‌تنها اصل وجود دولت بلکه برنامه‌های سیاسی و اقتصادی حکومت با مقاومت مردم جامعه روبه‌رو نخواهد شد و دوم اینکه مردم با تبدیل شدن به شهروندان فعال، به مشارکت ارادی در برنامه‌ها و سیاست‌های دولت همت می‌گمارند و بدین وسیله ظرفیت و کارآمدی دولت را افزایش می‌دهند. اراده و ظرفیت دولت آن چیزی است که تقویت‌کننده مشروعیت آن است. طبیعتاً در کشورهایی که توان و ظرفیت اقناع شهروندان و انطباق با نیازهای آنان از جانب حکومت بیشتر است، مشروعیت دولت نیز بیشتر است.

23. X.L. Ding, *the Decline of Communism in Chins: Legitimacy Crisis 1977-1989*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 24.

۱-۲- حقوق عمومی و حل بحران مشروعیت

برای مشروعیت می‌توان چهار منبع در ارتباط با دولت شناسایی کرد: مشروعیت درونداد، مشروعیت برونداد، عقاید مشترک و مشروعیت بین‌المللی. مشروعیت درونداد^{۲۴} مربوط به قواعد و رویه‌هایی است که شهروندان بر آن توافق دارند و دولت از طریق آن تصمیمات الزام‌آور می‌گیرد. مشروعیت درونداد خود شامل عمل مشارکت و همچنین حمایت و پشتیبانی اعضای جامعه است. مشروعیت باید میان نهادهای ارتباطی دولت و شهروندان آن وجود داشته باشد و به آنان اجازه داده شود که به‌گونه‌ای در عمل حکمرانی مشارکت داشته باشند.

مشروعیت برونداد^{۲۵} در ارتباط با اجرا، کارآمدی و کیفیت خدمات دولت است. این منبع مشروعیت خود شامل امنیت و خدمات عمومی می‌شود. اگر دولت نتواند از شهروندان خود محافظت کند، نه تنها نمی‌تواند سایر خدمات مثل بهداشت و آموزش را فراهم کند بلکه هرگونه توسعه‌ای هزینه‌زا و ناکارآمد خواهد بود.^{۲۶}

نمی‌توان انتظار داشت کشوری همه منابع مشروعیت را به‌طور کامل دارا باشد بلکه این نحوه ارتباط دولت و جامعه است که در هر کشور یکی از منابع اقتدار نقش بیشتری دارد. دولت - کشورهای تازه‌تأسیس در عصر جدید برای شروع فرایند توسعه خود، اولین قدمشان ایجاد مشروعیت برای دولت‌های خود با ابتکار قانون اساسی بود. چنین قانون اساسی به دلیل آنکه نمودار قوه مؤسس یا به تعبیر لاگین «تجلی حقوقی نیروی دموکراتیک»^{۲۷} است، می‌تواند با به‌کارگیری خرد و تدبیر، نیروهای آشفته جامعه را متفق کند. قانون اساسی در وهله اول با مشروعیت درونداد در ارتباط است. به عبارت بهتر عمل مشارکت در حکمرانی در اولین قدم توسط خود مردم از طریق تأسیس نظام سیاسی و حقوقی در قالب قانون اساسی

24. Input legitimacy

25. Output legitimacy

۲۶. نمایندگی‌های جمعی که دولت را تنها و آخرین منبع اقتدار درست می‌بینند و حس جمعی میان افراد ایجاد می‌کند سومین منبع ایجاد مشروعیت است. عقاید مشترک اعضای یک جامعه پیش‌شرط مشروعیت است و این عقاید و فعالیت‌ها توسط دولتی که با شرایط خاصی شکل گرفته است، تجمع می‌گردد. در این معنا انتخابات روشی برای ظهور عقاید مشترک افراد جامعه است و اگر انتخابات نتواند عقاید افراد را تجمع کند فقط فرایندی شکلی است که نمی‌تواند برای دولت مشروعیت ایجاد کند. همچنین در زمینه مشروعیت با مشروعیت بین‌المللی یک دولت نیز روبه‌رو هستیم که خود شامل شناسایی آن دولت در محیط بین‌المللی و داشتن مرادفات فراملی با کشورها و شرکت‌های خارجی و همچنین هنجارهای جهانی حقوقی بشر و نحوه احترام به حقوق بشر در کشورها می‌باشد.

۲۷. مارتین لاگین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، چاپ سوم (تهران: نشر نی، ۱۳۹۳)، ۲۲۵.

ظهور می‌کند. این مشروعیت باید در همهٔ مراحل توسعه یک کشور به‌عنوان اصلی اساسی ادامه یابد و به همین دلیل قانون اساسی نمی‌تواند به چند هنجار معمولی فرو کاسته شود بلکه همراه توسعه، جاری و ساری خواهد بود. این بدان معناست که نباید مرزهای مشروعیت را با قانونی بودن درهم آمیخت. قوه مؤسس بنیاد نظام حقوقی مدرن است و کل نظام حقوقی و سیاسی، مشروعیت خود را از قوه مؤسس یا مردمان سرزمین دریافت می‌کند.

بحران مشروعیت در حقوق اساسی هنگامی رخ می‌دهد که قوه مؤسس به هر دلیلی توان خود را از دست بدهد و ساختار مشروعیت دولت - جامعه از هم بپاشد. نتیجه چنین وضعی یا حکومت‌های اقتدارگرا خواهند بود یا دولتی شکننده با جامعه‌ای متفرق شکل خواهد گرفت. در قرن بیستم هرچند تمامی کشورها اهتمام خود را در جهت دستیابی به توسعه‌ای متوازن و رو به پیشرفت قرار دادند اما برخی از کشورها با بحران مشروعیت چه از نوع حکومت اقتداری غیر توسعه‌گرا و چه دولت‌های شکننده روبه‌رو شدند و به همین جهت پیشرفت‌های انجام‌گرفته نیز در همان ابتدا محو شدند.

مشروعیت صرفاً مربوط به اراده و توان دولت‌ها نیست بلکه باید ارتباط دولت - جامعه را در این دیدگاه مورد نظر قرار داد. به دنبال درک این موضوع که مشروعیت خاستگاهی صرفاً حاکمیتی ندارد، حقوق اساسی نیز ساحت وجودی خود را علاوه بر منابع دولتی مشروعیت، به منابع دیگری که در ارتباط با جامعه است، گسترش می‌داد. همچنین گفته شد که خود حل بحران مشروعیت یکی از راهبردهای توسعه یا به عبارت بهتر راهبرد آغاز فرایند توسعه است. به نظر می‌رسد همان‌گونه که ریچارد فالن^{۲۸} اشاره می‌کند، مسأله مشروعیت اصولاً در قلمرو حقوق اساسی ظهور پیدا می‌کند.^{۲۹}

منابع جدید مشروعیت برای حقوق اساسی به دنبال استقرار نیروی قوه مؤسس در همه ساختار حقوقی و سیاسی است و در واقع تبدیل به مشروعیت دموکراتیک می‌شود. این منابع جدید، مشروعیت حقوق اساسی را علاوه بر مشروعیت حقوقی که در ارتباط با هنجارهاست متوجه مشروعیت اجتماعی یا میزان اعتماد و رضایتمندی مردم در اطاعت از هنجارها و همچنین مسأله عدالت می‌کند.^{۳۰} در حقوق اساسی جدید این ابعاد مشروعیت دیگر از یکدیگر جدا نیستند و هنگامی می‌توان گفت که حقوق اساسی برای دولت مشروعیت ایجاد کرده است که همه ابعاد مشروعیت در حقوق اساسی موجود باشد. سایر

28. Richard H. Fallon

29. Richard H. Fallon Jr, "Legitimacy and The Constitution", *Harvard Law Review* 118, 6 (2005), 1789.

۳۰. مثال مهم در این زمینه قضیه معروف *Roe v. Wade* است که با وجود دلایل قانونی برای مردم اقتناع‌کننده نبود و ناعادلانه فرض می‌شد.

فرایندهای حقوق اساسی مثل تفسیر قانون اساسی نیز باید از مشروعیت اجتماعی برخوردار باشند.^{۳۱} مشروعیت در دولت - ملت‌های جدید دیگر نمی‌تواند بر اساس یک شخص یا گروه باشد. قدرت سیاسی هنگامی که بتواند بر یک جامعه مستولی شود، برای تداوم و بقای خود نیازمند حقوقی شدن است و قانون اساسی و حقوق اساسی اولین جلوه این قدرت حقوقی است و دولت نیز در این مسیر حقوقی می‌شود.^{۳۲} در اینجا موضوع نهادی شدن حقوق مطرح شده و قدرت دیگر نه از طریق اشخاص بلکه از طریق نهادها اعمال می‌شود.

از سطح اول نقش حقوق عمومی در مشروعیت یعنی قانون اساسی و جنبه قوه مؤسس بودن حقوق عمومی که عبور کنیم، سایر بخش‌های حقوق عمومی به‌ویژه حقوق اداری منبعی مهم در مشروعیت بخشی به دولت‌های مدرن است. یکی از اصول حقوق عمومی امنیت و دیگری تأمین خدمات عمومی است و این دو، منبع مشروعیت برونداد نیز هستند؛ اما بحران‌های مشروعیتی که حقوق اداری با آنها روبه‌رو بوده است از جنس بحران‌های حقوق اساسی نیست. این بحران در ابتدا ترس از آن بود که نهادهای بروکراتیک، تفکیک قوا را نابود کند و بنابراین موضوع حقوق اداری در قرن ۲۰، صحت فرایندها و رویه‌های اداری و نظارت قضایی بر تصمیمات اداری بود.^{۳۳} سپس با شکل‌گیری دولت رفاه، بحرانی که حقوق اداری با آن روبه‌رو شد، دخالت بسیار زیاد اداره و بخش عمومی در فرایندهای اقتصادی بود و بنابراین رسالت حقوق عمومی در جهت ایجاد مشروعیت، کنترل اعمال اداره با سازکارهای حقوقی بود.

31. Ibid, 1792.

۳۲. فوکویاما معتقد است پس از سقوط شوروی، دولت‌های لیبرال دموکراتیک سرنوشت تاریخ و پایان ایدئولوژی‌های سیاسی هستند که بر مبنای قانون اساسی دموکراتیک شکل خواهند گرفت. برایان تیرنی معتقد است قوه مؤسس، قدرت تأسیس حکومت و بازتأسیس حکومت است. (برایان تیرنی، دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه، ترجمه حسین بادامچی و محمد راسخ (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳))؛ اما چنین برداشتی از قوه مؤسس سبب می‌شود حقوق اساسی از کارکردهای خود یعنی تقویت دولت و محدودیت حکومت باز بماند و مرجعی برای مشروعیت نباشد. بهتر است به همان انگاره هانا آرنهت بازگردیم که بدون مردم قدرت اساساً وجود ندارد (هانا آرنهت، خشونت، ترجمه عزت‌الله فولادوند (تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۹۴))؛ در واقع نمی‌توان قائل بود که قوه مؤسس صرفاً هنگام تدوین قانون اساسی و هنگام بازنگری وجود دارد. با چنین تحلیلی می‌توان مشروعیت دولت‌های توسعه‌گرا را توجیه کرد. این دولت‌ها در ابتدای فرایند توسعه خود و پس از شکل‌گیری و استقلال، برای نهادینه کردن قدرت به تدوین قانون اساسی اقدام کردند اما سیستم حقوق اساسی آنان مشابه دموکراسی‌های توسعه‌یافته نبود بلکه دولت‌هایی اقتدارگرا بودند؛ اما این دولت‌ها به دلیل توسعه‌گرا بودن مورد اقبال و حمایت مردم قرار گرفتند. جالب آن است که جز معدودی از این کشورها با بحران مشروعیت روبه‌رو نشدند و به همین دلیل برنامه‌های توسعه با موفقیت انجام شد.

33. Pual H. Brietzke & James O. Freedman, "Crisis and Legitimacy: The Administrative Process and American Government", *Valparaiso University Law Review* 14(1980), 361.

هرچند در ادامه فرایند توسعه در کشورهای شرق آسیا، دموکراسی نیز پای خود را به این کشورها باز کرد اما این کشورها برای جلوگیری از وقوع بحران مشروعیت از دو راه - که برآمده از حقوق عمومی است - استفاده کرده‌اند: اول آنکه به‌جای تکیه کامل بر مشروعیت اخلاقی، بر مشروعیت قانونی و اجتماعی تأکید داشتند و همین مسأله سبب شد در سال‌های ابتدای فرایند توسعه، جمعیت سرشار این مناطق پشتیبان دولت‌های توسعه‌گرا در اجرای سیاست‌ها باشند؛ دوم اینکه به‌جای تأکید بیش از اندازه به مشروعیت درونداد، به مشروعیت برونداد و مسأله امنیت و خدمات عمومی توجه نشان دادند که این موضوع سبب اقتناع افکار عمومی این کشورها و مشروعیت‌بخشی به دولت‌های آنان بود.^{۳۴}

اگر اراده‌ای جدی برای پیشبرد امر توسعه ملی پدید آید، با درک روح و منطق جهت‌گیری‌های قانون اساسی می‌توان راهی به سمت توسعه گشود.^{۳۵} در این راه، اولین قدم توسعه و اولین کارکرد حقوق عمومی، حل بحران مشروعیت دولت است. چنین مشروعیتی همواره باید وجود داشته باشد وگرنه تمام تلاش‌های توسعه در یک کشور نابود خواهد شد. ظهور تروریسم در برخی از کشورها و به‌نابودی کشاندن تمام دستاوردهای توسعه‌ای یک کشور نشان داد مشروعیت برای توسعه از اهمیت بسیاری برخوردار است و کشورهایی که به لحاظ برخورداری از ساختار حقوق اساسی و نظام اداری دموکراتیک و کارآمد، شکننده بودند در مقابله پدیده‌هایی چون تروریسم بسیار آسیب‌پذیر بودند و هنوز هم نتوانسته‌اند مشروعیت از دست‌رفته را به‌راحتی بازیابند.

۲- رابطه حقوق عمومی و توسعه در پرتو اصول حکمرانی خوب

پس از آنکه یک دولت استقرار یافت و خود را قانونی و مشروع ساخت، ادامه فرایند حکمرانی آغاز می‌شود و برنامه‌های توسعه در پرتو نحوه نگاه دولت به مسأله حکمرانی شکل می‌گیرد. توسعه و حقوق عمومی دوره‌های مختلفی را پشت سر گذاشته است؛ از بروکراسی قوی و دولت رفاه تا دولت تنظیم‌گر.^{۳۶} نقش دولت در توسعه به عوامل متعددی از جمله اندازه دولت، ظرفیت و توان آن، قدرت و اقتدار آن دولت،

۳۴. در اینجا موضوع بسیار مهمی مطرح می‌شود و آن نقش حقوق اداری در حقوق عمومی است. در واقع فرض کلزنی حقوق آن است که حقوق اساسی و قانون اساسی تقدم رتبی بر سایر شاخه‌های حقوق دارند اما تجربه کشورهای درحال توسعه نشان داد تقدم حقوق اداری و توجه به آن می‌تواند سازکارهای حقوق اساسی را نیز تحت تأثیر قرار دهد.

۳۵. فرشاد مؤمنی، اقتصاد سیاسی توسعه در ایران امروز، چاپ اول (تهران: نقش و نگار، ۱۳۹۴)، ۱۳۴.

۳۶. برای اطلاع از دوره‌های حقوق و توسعه نک:

David Trubek & Alvaro Santos, *New Law and Economic Development: Critical Appraisal* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 19-74; David Trubek, *Law and Development: Forty years after Scholars in Self-Estrangement* (University of Toronto Law Journal, 2016), 3-25.

مبارزه با فساد و ... بستگی دارد^{۳۷} اما در عصر حاضر با توجه به تغییر در معنای توسعه، نوعی دولت مورد قبول قرار گرفته که در لسان بانک جهانی به دوست بازار^{۳۸} شهرت یافته است.^{۳۹}

مفهوم حکمرانی خوب نیز به تناسب معنای توسعه تغییر کرده است. برای مثال پیش از ۱۹۹۰ بروکراسی حداکثری مراد بود اما در دوره بعدی مقرر شد آزادی و آزادسازی تجارت و خصوصی سازی^{۴۰} مورد توجه قرار گرفت. تجربه موفق کشورهای شرق آسیا، کشورها را مجاب کرد که یگانه شکلی برای حکمرانی وجود ندارد اما مفهوم حکمرانی خوب در این مسیر شکل گرفت که الگوهای کلی یک حکمرانی که متناسب با توسعه در کشورها باشد، معرفی کند.

عده‌ای عنوان کرده‌اند بحران دانش در مورد رابطه حکمرانی خوب و توسعه نیز وجود دارد و معتقدند شواهدی وجود دارد که رشد اقتصادی مقدم بر حکمرانی خوب است و نه عکس آن.^{۴۱} اما آنچه در اینجا مورد غفلت قرار گرفته است آن است که توسعه سیاسی که در حکمرانی خوب متجلی می‌شود خود یک هدف توسعه‌ای است. ضمناً تحقیقات فراوانی رابطه مستقیم را میان عناصر حکمرانی خوب و رشد اقتصادی تأیید کرده‌اند. برای مثال فوکویاما^{۴۲} در تحقیقی عنوان می‌کند که اصلاحات هدفمند برای تقویت حکمرانی به جای اصلاحات در همه ابعاد، برای افزایش رشد اقتصادی مؤثرتر است.^{۴۳} در واقع حکمرانی خوب علاوه بر آنکه خود توسعه محسوب می‌شود، زمینه رشد اقتصادی را فراهم می‌کند. همچنین این نویسندگان مفهوم حکمرانی خوب را امری منجز و یکسان فرض می‌گیرند در حالی که حکمرانی خوب بنا به ماهیت سیاسی خود نمی‌تواند در همه جا و همه زمان‌ها یکسان باشد و تنها می‌توان به ذکر اصولی برای آن کفایت کرد.

اساساً حکمرانی خوب در چهارچوب تفکر حقوقی رقم می‌خورد و به‌ویژه حقوق اداری نقش محوری

37. Mark Turner & David Hulme, *Governance, Administration and Development: Making the State Work* (HE UK: Palgrave, 1997), 86-100.

38. Market-Friendly

طبیعی است که در دوره کنونی نمی‌توان مفهومی نئولیبرال برای این واژه در نظر گرفت. مفهوم دولت در هر کشوری ظهوری خاص پیدا کرده است. حتی کشورهای مختلف اروپایی با فرهنگی نسبتاً نزدیک به هم دولت‌هایی متفاوت دارند.

39. World Bank, *World Development Report 1991, "The Challenge of Development"* (Oxford University Press, 1992), 6.

40. Julio Faundez, *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries* (Great Britain: Macmillan Press LTD, 1997), 8.

41. Sundaram and Chowdhury, op.cit., 10.

42. Francis Fukoyama

43. Ibid, 12.

در حکمرانی خوب دارد.^{۴۴} در واقع اصول حقوق اداری جدید - چه در سطح ملی و چه در سطح بین‌المللی - همان اصول حکمرانی خوب با نگاه و منش حقوقی به شمار می‌آید که خود هدف توسعه است. این اصول تا جایی که ممکن است باید حقوقی شوند و بهترین راه، وارد کردن آنان در قالب قوانین و مقررات است.^{۴۵} حکمرانی خوب در ارتباط با حقوق تحقق‌ی و اصول مهم آن است. این اصول مرتبط با ارزش‌های بنیادین است.^{۴۶} اینک نوبت آن است که اصول حکمرانی را در پرتو رابطه حقوق عمومی و توسعه مورد بررسی قرار دهیم.

۲-۱- اصل درستی^{۴۷}

از آنجا که رویکردهای سنتی حقوقی برای مهار حکومت ناکافی بودند اصل درستی برای جبران آن نقص ایجاد شد. اصل درستی و اصول مربوط به آن در سیستم قضایی و بخشی از آرای دادگاه‌ها و در نهادهای نظارتی چون آموذزمان به‌عنوان اصول نانوشته ایجاد شدند و بخشی از این اصول و سیاست‌های نانوشته، در قوانین کشورهای مختلف گنجانده شدند.^{۴۸}

همان‌طور که می‌دانیم حقوق امری کاملاً قطعی و پیش‌بینی شده نیست. «عدم قطعیت حقوقی توسط فرایندهای پیچیده و گاهی غیرقابل پیش‌بینی اجتماعی، سیاسی و قضایی دستخوش تغییر می‌شود».^{۴۹} اصل درستی به‌عنوان قواعدی برای جبران این عدم قطعیت در رویه‌های اداری ایجاد شده است و بنابراین این اصل مربوط به تصمیمات اداری، صلاحیت اختیاری مأموران دولتی و کنترل قضایی و رابطه دادگاه و اداره است. این اصول که خود می‌توانند نوشته یا نانوشته باشند، در تصمیمات اداری ویژگی‌هایی چون قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری مقررات، برابری و تناسب را ایجاد کرده و علاوه بر بالا بردن دقت تصمیمات، حقوق افراد را نیز مورد نظر قرار می‌دهند. همچنین این اصول ابزاری برای بازنگری قضایی است و قضات به‌وسیله آنها می‌توانند تصمیمات و رویه‌های اداری را کنترل کنند.

44. Addink, op.cit. 58

آقای ادینک معتقد است در شرایط مختلف، حکمرانی خوب ممکن است به رویکردهای مختلفی نیازمند باشد. او علت متغیر و بعضاً متناقض بودن اصول حکمرانی را با ارجاع به دورکین، مفهوم تفسیر حقوقی عنوان می‌کند. با توجه به رویکرد پژوهش، می‌توان تناقض امر سیاسی و تلاش حقوق عمومی برای آشتی این تناقضات را علت وجود پاره‌ای اختلافات در حکمرانی خوب عنوان کرد.

45. Ibid, 73.

46. Ibidem.

47. The Principle of Properness

48. Ibid, 99.

49. Ibid, 100.

اصل درستی یا اصل اداره صحیح به‌مانند خود حکمرانی خوب به گونه‌های مختلفی تفسیر شده است. آقای ادینک^{۵۰} که نویسنده برجسته‌ای در حکمرانی خوب است هشت زیرمجموعه برای این اصل عنوان می‌کند: ۱- منع سوءاستفاده از قدرت^{۵۱}؛ ۲- منع اختیاری بودن^{۵۲}؛ ۳- قطعیت حقوقی؛ ۴- انتظار مشروع^{۵۳}؛ ۵- برابری^{۵۴}؛ ۶- تناسب^{۵۵}؛ ۷- دقت^{۵۶}؛ ۸- استدلال^{۵۷}.

۲-۱-۱- منع سوءاستفاده از قدرت

این اصل بدان معناست که یک مقام اداری تنها می‌تواند در حوزه اقتداری که قانون‌گذار به او اعطا کرده است از قدرت استفاده کند. در این اصل سه جنبه قابل شناسایی است:

نخست، استفاده از اقتدار علیه هدف اصلی خود قدرت اداری؛ دوم، استفاده از اقتدار برای هدفی نادرست؛ سوم، عدم تطابق استفاده از اقتدار با هدف آن.

در زمینه توسعه اصولاً کشورهای در حال توسعه با معضل سوءاستفاده از قدرت روبه‌رو هستند. حکومت‌های این کشورها برای جبران عقب‌ماندگی‌های تاریخی خود اقدام به دخالت در امور اقتصادی و اجتماعی از طرق مختلف از جمله تصدی‌گری فعالیت‌های اقتصادی یا واگذاری فعالیت‌ها به بخش خصوصی از طریق اعطای مجوز یا ملی کردن برخی صنایع می‌کنند؛ اما مقامات اداری مسؤول این اعمال به طرق مختلف هدف اصلی مقررات توسعه یعنی ایجاد بازدهی را دور زده و به نحوی فعالیت‌ها را از هدف اصلی خود دور می‌کنند. این سوءاستفاده از قدرت، فرایند توسعه را متوقف کرده و خود عامل توسعه‌نیافتگی است. در حقوق اداری جدید قانونی بودن دیگر تفسیر لفظی قوانین نیست بلکه تطابق اهداف و عملکردهای اداری مورد سنجش واقع می‌شود و همه اعمالی که به‌نوعی سوءاستفاده از اقتدار محسوب شود، با ضمانت اجرای بطلان روبه‌رو می‌شود.

۲-۱-۲- منع اختیاری بودن

این اصل بدان معناست که دستورات اداری باید نتیجه توازن منافی باشند که به‌صورت آشکار نامعقول

50. Henk Addink

51. The prohibition on Misuse of Power

52. The prohibition on Arbitrariness

53. Legitimate Expectation

54. Equality

55. Proportionality

56. Carefulness

57. Reasoning

نیستند.^{۵۸} این اصل، در کامن‌لای انگلستان به‌عنوان وضعیت تصمیم نامعقولی در نظر گرفته می‌شود که هیچ شخص صلاحیت‌دار منطقاً نمی‌تواند به چنان نتیجه‌ای برسد. رویه قضایی کشورها در شناسایی این اصل راه‌های مختلفی را طی کرده است. این راه‌ها از غیرعقلانی بودن آشکار تصمیمات اداری شروع می‌شود و حتی تصمیمات عقلانی که غیر قابل اجرا در وضعیت خاص باشد را نیز در نظر می‌گیرد. مقامات اداری در اجرای برنامه‌های توسعه نمی‌توانند هرگونه بخواهند عمل کنند بلکه باید با بررسی‌های آماری و تجربی، میزان اجرایی بودن برنامه‌ها را در نظر بگیرند و متناسب با آن عمل کنند. اصولاً ایجاد مراکز پژوهشی در دل ادارات در جهت ایجاد اطلاعات صحیح از وضعیت موجود کشور است و تصمیمات مقامات اداری بدون توجه به این اطلاعات منجر به شکست برنامه‌های توسعه خواهد شد. در کشورهای در حال توسعه اصولاً این نوع اعمال، صحیح و بدون مسؤولیت در نظر گرفته می‌شود اما ایجاد توسعه در عصر حاضر همان‌طور که قدرت و صلاحیت مقامات اداری و اجرایی را گسترش داده است، مسؤولیت آنان را نیز گسترش داده است و این اعمال باید عقلانی و متناسب با مفهوم توسعه باشد و اعمال خلاف آن از ضمانت اجرای مناسبی در جهت تصحیح اعمال اداری برخوردار باشد.

۲-۱-۳- اصل قطعیت حقوقی

بُعد شکلی این اصل بدان معنا است که همه حقوق و تکالیف به این منظور صورت‌بندی شده‌اند که قابل تشخیص و قابل پیش‌بینی باشند. بُعد ماهوی نیز به قابلیت دوام و پایداری قواعد اشاره دارد.^{۵۹} توسعه اساساً موضوعی قابل برنامه‌ریزی است و حقوق عمومی با مقررات خود این قابلیت را به برنامه‌های توسعه می‌دهد که بتواند اهداف خاص را پیش‌بینی کند، اعمال مناسب برای دستیابی به اهداف را به‌طور دقیق ذکر کند و عملکردهای خلاف آن را با ضمانت اجراهای مناسب روبه‌رو گرداند.^{۶۰}

58. Ibid, 103.

59. Ibid, 104.

۶۰. البته اصولاً اقتصاددانان و متخصصین توسعه در کشورهای جهان سوم که با حقوق به‌ویژه حقوق اداری آشنایی ندارند، برداشت اشتباهی از پیش‌بینی‌پذیر بودن قواعد و قوانین دارند. به همین جهت برنامه‌ها بسیار ساده تهیه می‌شوند. این برنامه‌ها هنگامی که با شرایطی جدید مواجه می‌شوند نمی‌توانند خود را با آن تطابق دهند. با توجه به سیال بودن مفهوم توسعه، قطعیت در حقوق اداری نیز معنای خاصی به خود گرفته‌است تا بتواند اهداف توسعه را در هر زمان به اجرا در آورد. تحت تأثیر این مسائل، تغییرات بسیاری در حقوق اداری ایجاد شده‌است. مثلاً در مسؤولیت مدنی ادارات در دوره توسعه، نمی‌توان تقصیر را تنها مبنای مسؤولیت دانست و همین مسأله، سایر مبانی مسؤولیت را در حقوق اداری جدید مطرح کرده است.

۲-۱-۴- اصل انتظار مشروع

«به‌طورکلی انتظارات مشروع، خواسته‌ها و توقعات موجه و معقولی است که در روابط متقابل افراد با مقامات دولتی به‌ویژه در چهارچوب اعمال صلاحیت‌های اختیاری ایجاد می‌شود؛ به‌نحوی که عدم توجه به آنها یا صرف‌نظر کردن از آنها موجب ورود خسارت یا سلب منفعت از شهروندان مخاطب می‌گردد».^{۶۱} این اصل دنباله منطقی پیش‌بینی‌پذیر بودن حقوق است و از معیار کلی قطعیت حقوقی نشأت می‌گیرد.^{۶۲} در مورد ماهیت انتظار مشروع اختلاف‌نظر وجود دارد اما به هر حال هدف از رعایت و احترام به آن، حفظ اعتماد عمومی به اداره در قالب حمایت از شهروند در مقابل خودسری‌های احتمالی در اعمال صلاحیت‌های اختیاری است یعنی حوزه‌ای که همواره برخورد صلاحیت‌ها و حقوق شهروندان چالش‌برانگیز بوده است.^{۶۳}

انتظار مشروع بحث مفصلی است اما آنچه به توسعه مربوط می‌شود آن است که این اصل در برنامه‌های توسعه که اصولاً نیازمند ابتکار و اراده سیاسی مقامات اداری است باید معنایی داشته باشد که در توازن با منافع عمومی قرار بگیرد. این اصل که ناشی از قدرت محدودکنندگی حقوق عمومی است باید در مکانیسم کلی حقوق عمومی یعنی افزایش قدرت دولت - کشور سنجیده شود و مانع از ابتکار عمل مقامات در اجرای برنامه‌های توسعه نشود. طبیعتاً هرچه یک نظام سیاسی به سمت توسعه‌یافتگی حرکت کند، این اصل امکان ظهور بیشتری جهت حمایت از شهروندان پیدا می‌کند.^{۶۴}

۲-۱-۵- اصل برابری

این اصل اصولاً در قوانین اساسی کشورها آمده است. معنای اول این اصل آن است که قانون باید بر همگان به‌صورت یکسان اجرا شود. معنای دوم اصل مربوط به رفتار برابر اداره با شهروندان به‌عنوان افراد صاحب حق است. در این معنا برابری شامل نفی هرگونه تبعیض است.^{۶۵} تلاش کشورها برای دستیابی به توسعه در دوره حاضر به‌ناچار منجر به عدم توازن در بخش‌های توسعه‌ای شده است. به

۶۱. محمدحسین زارعی و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان ادالت اداری»، راهبرد ۶۱، ۲۰ (۱۳۹۰)، ۱۵۴.

62. Addink, op.cit., 105.

۶۳. زارعی و بهنیا، پیشین.

۶۴. اصولاً در تفسیر آرای دادگاه‌ها باید به میزان توسعه‌یافتگی آن کشور توجه کرد. مثلاً اصل انتظار مشروع در کشوری چون فرانسه که توسعه، استقرار یافته است نمی‌تواند با کشوری چون ایران مقایسه شود.

65. Addink, op.cit., 106.

همین دلیل است که تبعیض معنای جدیدی به خود گرفته است. اصطلاح تبعیض مثبت نمودار این نگاه جدید است. ما در زمینه توسعه و حقوق عمومی با دو نوع تبعیض روبه‌رو هستیم. تبعیض ناروا بر پایه مذهب، جنسیت، زبان و ... که اصولاً حقوق اساسی عهده‌دار منع کامل آن است و تبعیض روا یا مثبت که حقوق اداری به سمت تئوری‌پردازی آن پیش رفته‌است تا یکی از اهداف مهم توسعه یعنی ایجاد توازن و پایداری در قسمت‌های مختلف توسعه را محقق سازد.

۲-۱-۶- اصل تناسب

اصل تناسب بیشتر مربوط به ضمانت اجرای اداری است اما امروزه خصوصاً در کشورهای پیشرفته به معنای توازن درست میان ابزارها و اهداف است.^{۶۶} در حقوق اداری امروز مقامات اداری تعهد به توازن منافع میان اقشار مختلف دارند اما این توازن خود باید در توازن با اصول دیگر باشد مثلاً نمی‌تواند نتایج کاملاً زیان‌بار داشته باشد.

اصل تناسب نیز با توجه به تغییرات مفهوم توسعه دچار تحول شده است. در دوره‌ای که یک کشور در حال تجربه و آزمایش راهبردهای توسعه‌ای است، تناسب میان تصمیم و عمل اداری و اهداف نمی‌تواند با دوره ثبات توسعه یکسان فرض شود. یکی از تغییرات مهمی که در حقوق اداری جدید در نسبت با توسعه و اصل تناسب صورت گرفته است، کاهش مسؤلیت مقامات رده‌بالای اداری و تبدیل مسؤلیت آنان است. امروزه دیگر نمی‌توان با توسل به حقوق سنتی، همه مسؤلیت را متوجه مقامات اداری کرد. فرایند توسعه در ابتدا به‌ناچار مشکلاتی مانند آلودگی هوا و ... برای کشورها به همراه دارد و نمی‌توان یک مقام اداری را مسؤول همه آنان شناخت.

۲-۱-۷- اصل دقت و استدلال

این اصل علاوه‌بر دادگاه‌ها، توسط نهادهای نظارتی چون آموذمان پروراندده شده است.^{۶۷} این اصل به معنای دقیق بودن تصمیمات و اعمال اداری است که خود استلزاماتی در ادارات همچون تحقیق و پژوهش، مشورت با صاحب‌نظران و انتشار تصمیمات را در پی دارد. در گذشته این موارد خصوصاً در مورد صلاحیت‌های اختیاری، تأثیری در صحت تصمیمات نداشته است اما دقت در برنامه‌ها و فرایندهای

۶۶. برای مثال در ماده ۲ قانون اداره عمومی هلند عنوان شده است که تصمیمات اداری مقامات دولتی باید منافی یکسان به احزاب این کشور برساند و این منافع نباید نامتناسب باشد.

67. Ibid, 107.

توسعه قوانین را به سمت الزامی کردن این تشریفات پیش برده است. اصولاً در دولت‌های اقتدارگرایی جهان سوم مقامات رده‌بالای اداری و سیاسی خود را نیازمند مشورت با متخصصین توسعه و تحقیق در مورد برنامه‌ها نمی‌دانند و چنین تصمیمات اداری و سیاسی برای آنان ضمان‌آور نیست.^{۶۸} حقوق اداری جدید متأثر از مفاهیم جدید مدیریت به سمت ایجاد ضمان برای چنین تصمیمات بی‌مبنا رفته است تا جایی که ممکن است تصمیمی به دلیل رعایت نکردن دقت و تشریفات در فرایند اتخاذ، قابل ابطال باشد. چنین مسأله‌ای در توسعه، منطقی به نظر می‌رسد چراکه توسعه نمی‌تواند با اغراض مدیران دستخوش دگرگونی شود و به عبارت بهتر اراده سیاسی رهبران که یکی از مکانیسم‌های تأثیر حقوق و توسعه بود، اراده‌ای منظم و منسجم است که حقوق اداری حدودثغور آن را مشخص می‌کند.

اصل استدلال نیز معنایی نزدیک به اصل دقت دارد و منشأ آن قاعده‌ای منطقی است که هر چیز لزوماً باید دلیل یا علتی داشته باشد. تصمیمات مقامات اداری باید مستند به دلیل باشد اما در بحث توسعه این دلیل دیگر تفسیری نیست بلکه مستند به واقعیات موجود است. عموماً مقامات اداری کشورهای توسعه‌نیافته اقدامات خود را با اصل قانونی بودن توجیه می‌کنند اما استدلال آنها متکی به واقعیت نیست بلکه ارزش‌های شخصی یا جمعی جای واقعیات را گرفته است. قضات دادگاه‌ها نیز باید در تفسیر دلایل مقامات اداری به این نوع عقلانیت که متناسب با برنامه‌های توسعه است، توجه کنند.

۲-۲- اصل شفافیت

این اصل خود یکی از حقوق بنیادین بشر یعنی حق بر دسترسی به اطلاعات را به دنبال داشته است. گسترش اصل شفافیت دلایل مختلفی دارد که همگی آن دلایل مطلقاً در ارتباط با توسعه است و اگر توسعه در کشوری نفی شود دیگر نیازی به این اصل نخواهد بود. اولین و مهم‌ترین این دلایل گسترش بروکراسی جدید و پیچیده بودن فرایندهای اداری است و شفافیت نه تنها به ساده شدن این فرایندها کمک می‌کند بلکه از اقتدارگرایی مقامات نیز جلوگیری می‌کند. دوم آنکه نهادهای بین‌المللی که سایه خود را بر اقتدار قدرت‌ها انداخته‌اند برای اهداف مختلفی از جمله تسهیل تجارت بین‌الملل بر شفاف بودن فرایندهای حکمرانی در کشورها تأکید دارند. سوم اینکه با افزایش صلاحیت اختیاری مقامات اداری و نیز همراه موج گسترده واگذاری‌ها به بخش خصوصی، دولت برای حفظ حریم منفعت عمومی باید بر

۶۸. برای مطالعه بیشتر نک: محمود سریع‌القلم، اقتدارگرایی ایرانی در عهد پهلوی، چاپ اول (تهران: انتشارات گاندی،

این امور و نهادها نظارت داشته باشد و شفافیت بستری برای دفاع از منافع عمومی افراد جامعه است.^{۶۹} همچنین این اصل پیش‌فرض اصل پاسخ‌گویی و کارآمدی است و بدون وجود اطلاعات صحیح، شهروندان و نهادهای مدنی نمی‌توانند از میزان دقت فرایندها و عقلانی بودن آنها اطمینان حاصل کنند.^{۷۰}

باید توجه داشت نویسندگانی نیز از این اصل انتقاد کرده‌اند.^{۷۱} انتقاد این نویسندگان عموماً به این مطلب است که دولت بنا به ماهیت خود که حافظ منافع عمومی است نمی‌تواند همه اطلاعات را به‌صورت شفاف در اختیار همگان قرار دهد. غیر از مسائل امنیتی که اصولاً نباید شفاف باشد، بسیاری از برنامه‌های اقتصادی نیز باید در حریم امنی باشند تا قابلیت اجرایی داشته باشند. در اقتصاد بین‌الملل امروز هر عملی از جانب کشورها اهداف گوناگونی دنبال می‌کند و صرفاً نمی‌توان به اهداف ذکر شده در قراردادهای تجاری و ... توجه کرد. اگر اطلاعات هر کشور شفاف باشد آن کشور در صحنه اقتصاد جهانی شکست خواهد خورد. به عبارت بهتر باید به ماهیت سیاسی حقوق عمومی توجه کنیم و شفافیت را در پرتو امر سیاسی معنا کنیم. اخلاقی کردن اصل شفافیت در سیاست امروز نتیجه‌ای جز عقب‌ماندگی اقتصادی نخواهد داشت.

بنابراین حقوق اداری باید روش‌هایی را برای شفافیت برگزیند که بیشترین کارایی را داشته باشد و مضرات ذکر شده را به حداقل برساند. شفافیت در بخش دولتی خود به سه بخش قابل تقسیم است: شفافیت جلسات^{۷۲}، شفافیت اعمال و شفافیت اطلاعات. هر سه نوع شفافیت در کل بخش‌های دولت باید وجود داشته باشند. آمارها نشان داده است که در جلسات شفاف حکومت، میزان سوءاستفاده از قدرت کاهش می‌یابد.^{۷۳} شفافیت اعمال دولتی نیز علاوه بر دستورات و تصمیمات، انواع اعمال حقوقی حکومت از مناقصات تا قراردادهای دولتی و اقسام مجوزها و همچنین فرایند خصوصی‌سازی را

69. Ibid, 101.

۷۰. شفافیت در عرصه حقوق از منابع مختلفی سرچشمه گرفته‌است. در سطح بین‌المللی مقررات سازمان تجارت جهانی مهم‌ترین منبع ایجاد شفافیت است.

71. Arielle Lessing, *Against Transparency. The Perils of Openness in Government* (Washington, DC: The New Republic, 2009), <http://www.tnr.com/books and arts/against-transparency>.

۷۲. نمونه بارز شفافیت جلسات، جلسات علنی مجالس کشورهاست که به عنوان اصل در حقوق اساسی پذیرفته شده‌است. اساساً یکی از ویژگی‌های توسعه‌یافتگی یعنی همکاری بخش غیرحکومتی نظیر شهروندان و رسانه‌ها در امر حکمرانی هنگامی امکان‌پذیر است که در درجه اول جلسات دولتمردان تا حد ممکن علنی باشد.

73. Andrea Mattozzi & Antonio Marlo, "The transparency of Politics and the quality of politicians", *American economic Review* 97, 2(2007), 311-315.

در برمی‌گیرد. در قوانین جدید اداری عموماً شفافیت این اعمال به‌عنوان اصل ذکر شده است و نقض آن ضمانت اجراهای سنگین دارد.

اما آنچه اکثر کشورهای در حال توسعه درگیر آن هستند و اساساً یکی از عوامل توسعه ناپایدار آنان به شمار می‌آید، عدم شفافیت اطلاعات است. این کشورها برای آنکه به تعهداتی قانونی خود عمل کنند ظاهراً شفافیت را رعایت می‌کنند اما اطلاعات غلطی در اختیار قرار می‌دهند. حقوق عمومی با استفاده از سازکارهای خود نظیر تحقیق و تفحص، رسانه‌های آزاد، احزاب توانمند و استفاده از روش‌های مدیریتی نظیر تحلیل کیفی اطلاعات، پاسدار شفافیت اطلاعات است.^{۷۴}

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه معتقد است شفافیت، فرهنگی را ایجاد خواهد کرد که شهروندان به فرایند توسعه در راهی بی‌سابقه متصل خواهند شد.^{۷۵} دلیل این امر آن است که شفافیت می‌تواند اطمینان به اجرای برنامه‌های توسعه و همچنین اعتماد مردم را افزایش دهد. این سازمان، شفافیت را در مرکز تلاش‌های خود برای ایجاد توسعه مؤثر قرار داده است. توافق‌نامه بوسان^{۷۶} در مورد مشارکت مؤثر کشورها و سازمان‌ها و بخش خصوصی در فرایند توسعه، شفافیت مسائل توسعه و پاسخ‌گویی به همه شهروندان را یکی از اصول توسعه معرفی می‌کند.^{۷۷}

۲-۳- اصل مشارکت

مشارکت به معنای شرکت ارادی شهروندان در اعمال واقعی اقتدار اداری است. این اصل فرایندی است

۷۴. دولت در شفافیت دو نقش فعال و منفعل دارد. در نقش فعال دولت موظف به ارائه اطلاعات است و در بخش منفعل مردم حق درخواست اطلاعات از دولت را دارند. باید توجه داشت برای اصل شفافیت استثنائاتی در نظر گرفته‌اند. مثلاً ماده ۱۰ قانون اطلاعات دانمارک در موارد خطر برای پادشاهی، دولت و برخی از اشخاص خصوصی شفافیت را مجری ندانسته است. گفته شد توسعه علاوه بر شفافیت، نیازمند میزانی عدم شفافیت در اقتصاد جهانی امروز است؛ بنابراین در زمینه توسعه، می‌توان امنیت ملی و بخش خصوصی را از شفافیت معاف کرد. امنیت ملی یکی از شروط اساسی توسعه است و هنگامی که هرگونه خطر آن را تهدید کند، شفافیت از بین می‌رود و سایر روش‌های حقوقی جایگزین آن می‌شوند. بخش خصوصی نیز به دلیل رقابتی بودن با بخش عمومی که قلمرو منفعت عمومی است ماهیت متفاوتی دارد. رقابت که یکی از استوانه‌های توسعه در اقتصاد معاصر است هنگامی به وجود می‌آید که بخش خصوصی و شرکت‌های تجاری حریم امنی برای اطلاعات خود داشته باشد.

75. http://oecdinsights.org/The_benefit_of_Transparency_in_Development/Brian_Atwood, accessed in 2021\08\10.

76. Busan

77. "The Busan Partnership for Effective Development Co-operation", <http://www.oecd.org/development/effectiveness/busanpartnership>, 2021\08\10.

که از طریق آن همه اعضای یک جامعه درگیر برنامه‌ها می‌شوند و بر تصمیمات مرتبط با فعالیت‌های توسعه اثرگذار هستند. در حوزه مشارکت با مشارکت دموکراتیک، حقوق اساسی، صنفی و اداری روبه‌رو هستیم.^{۷۸} مشارکت دموکراتیک فرصت شهروندان و گروه‌های اجتماعی برای تأثیر بر سیاست‌های کشور است. در مشارکت از نوع حقوق اساسی، مشارکت ابزاری برای حمایت از منافع اشخاص در زمینه توازن قوا است. مشارکت صنفی ابزاری برای سازمان‌بندی اجتماعی است تا آن صنف مسؤلیت اهداف خود را به عهده گیرد. مشارکت اداری همان مشارکت در جهت منافع عمومی است.

اصل مشارکت با مشروعیت نیز در ارتباط است و باعث افزایش اعتماد، رضایت و پذیرش برنامه‌های توسعه از جانب مردم می‌شود چراکه خود بخشی از فرایند تصمیم‌گیری و اجرای این برنامه‌ها خواهند بود.^{۷۹} یکی از روش‌های حقوق اداری برای تحقق این اصل، تمرکززدایی است که سبب کم شدن فاصله میان حاکمان و شهروندان شده و از نیروهای محلی برای مشارکت در اداره محل استفاده می‌شود. دیگر روش حقوق اداری در این زمینه الزام اداره به استفاده از مشورت‌های مردمی و لحاظ کردن نظرات مردم در تصمیم‌گیری‌هاست.

اصل مشارکت به طرق مختلف در حقوق عمومی - از رفراندوم و دموکراسی مستقیم تا سیاست‌گذاری‌های توسعه و حتی مشورت‌های جزئی - تأمین شده است اما آنچه در دیدگاه توسعه اهمیت دارد آن است که فرایند مشارکت در امر حکمرانی به‌منظور دستیابی به حکمرانی خوب به‌عنوان یکی از اصول ثابت توسعه، در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه نمی‌تواند روش یکسانی داشته باشد. کشورهای در حال توسعه با تعارض شدید منافع میان قشرهای مختلف مردم روبه‌رو هستند و حکومت این کشورها باید حقوق عمومی را برای آشتی این تعارضات به نفع توسعه‌یافتگی به کار گیرد؛ بنابراین یک روش مشارکت در کشوری ممکن است نتایج مطلوب توسعه‌ای به همراه داشته باشد و همان روش در کشور دیگر مانعی جهت توسعه‌یافتگی باشد و هدف حقوق عمومی نیز محقق نشود. در دوره اول حقوق و توسعه در بسیاری از کشورهای موفق در حال توسعه، مشارکت به‌نحوی که مدنظر مدل اروپایی است محقق نشد بلکه این مشارکت از طریق اجرای دقیق و فداکارانه برنامه‌های توسعه و اعتماد به دولت تحقق یافت. به عبارت بهتر مشارکت در این کشورها شکلی و در جهت اجرای برنامه‌ها بود اما با گذشت زمان مشارکت ماهوی در خود برنامه‌های توسعه نیز مدنظر قرار گرفت.^{۸۰}

78. Addink. op.cit., 129.

79. Ibid, 132.

۸۰. برای مطالعه بیشتر پیرامون رابطه‌ی مشارکت و توسعه و داده‌های تجربی آن نک:

۴-۲- اصل کارایی

کارایی‌های هنجارهای حقوقی به معنای رابطه میان نتایج آن هنجارها و اهداف اجتماعی است که هنجارها برای دستیابی به آن طراحی شده‌اند. ما از ابعاد مختلف کارایی مثل کارایی حقوقی، اجتماعی و اقتصادی سخن می‌گوییم زیرا هرکدام مربوط به یک بُعد از رابطه هنجارها و اهداف هستند. کارایی حقوق به معنای مطابقت رفتارها و اعمال حقوقی با اهداف هنجار حقوقی است. کارایی اجتماعی بیشتر مربوط به میزان دستیابی به اهداف اجتماعی در فرایند هنجاری است. کارایی اقتصادی در زمینه حقوق به معنای نسبت میان خروجی و فراورده‌های اقتصادی حاصل از هنجار حقوقی و داده‌های ضروری برای حصول آن خروجی‌هاست.^{۸۱}

اصل کارایی بدان جهت طراحی شده است که بتواند با ارائه معیارهایی، اهداف موردنظر مطالعات حقوقی را بسنجد. هرچند چنین اصلی منطقی به نظر می‌رسد و از زمان‌های قدیم به آن توجه شده است اما به کارگیری روش علمی در مطالعات حقوق، شکلی جدید در دوره معاصر به آن داده است. به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم و به وجود آمدن برنامه‌های موقتی توسعه، سیاست‌ها باید مؤثر و کارا باشند و در مدت‌زمانی کوتاه مورد ارزیابی علمی قرار گیرد تا در صورت عدم کارایی به‌سرعت کنار گذاشته شوند.^{۸۲}

مفهوم حقوقی کارایی دارای دو جنبه است. مفهوم اول مربوط به کیفیت و توان ایجاد نتایج مؤثر از طریق قوانین و مجموعه نظام حقوقی و به عبارت دیگر مطابقت واقعیات با حقوق است. مفهوم دوم به معنای آن است که قانون و وضعیت حقوقی جدید با واقعیات هماهنگ باشد. در یک تحلیل فلسفی - تاریخی اصولاً اصل کارایی با رابطه‌ای که میان حقوق عمومی و توسعه به وجود آمد هم‌زاد است. گفته شد که در دوره اول حقوق و توسعه نقش ابزاری حقوق بسیار برجسته شد و حقوق به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به اهداف اقتصادی و اجتماعی توسعه به شمار آمد؛ اما گذر زمان نشان داد که میان نقش هنجاری حقوق و واقعیات موجود شکافی وجود دارد که قوانین و مقررات توان پر کردن آن را ندارند؛ به عبارت دیگر واقعیات اقتصادی و اجتماعی با آنچه در کتاب‌های حقوقی و حتی در اهداف قانون‌گذاری ذکر شده بود مطابقت نداشت. راه‌حل این مسأله در نوعی تحقیق تجربی در مورد حقوق در عرصه

OECD Evaluation Department, "A Framework for Analyzing Participation in Development", Report 1, Norad, oxford policy management, (2013), 8.

81. Robert Poskart, "A definition of concept of economic effectiveness", *Opole University, Poland, Central and Eastern European Journal of Management and Economics* 2T, 3 (2014), 180.

۸۲. اصل کارایی یکی از اصول حکمرانی خوب محسوب می‌شود اما نباید آن را با Efficiency که بیشتر مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق است اشتباه کرد چرا که کارآمدی مربوط به جنبه کیفی یعنی مؤثر بودن قانون است.

حیات اجتماعی بود و بنابراین پای علوم دیگر به مطالعات حقوقی باز شد. در ضمن به دلیل اینکه اساساً دوره اول حقوق و توسعه متمرکز بر نقش ابزاری حقوق عمومی بود، بخش عمومی با معضل شکاف واقعیات روبه‌رو بود. نظریه‌نوسازی که رویکرد غالب آن دوره بود باعث جایگزینی نهادهای حقوقی غرب با نهادهای سنتی شده بود اما نه‌تنها نتایج مورد نظر رخ نداد بلکه مسائل جدیدی از جمله فقر و آلودگی محیط‌زیست آشکار شد. در نگاه جدید به رابطه حقوق عمومی و توسعه، اصل کارایی به‌عنوان عاملی بیرونی به سنجش این نسبت با استفاده از ابزارهای خاص علوم اجتماعی و اقتصاد پرداخت؛ بنابراین اصل کارایی تحت تأثیر نگاه توسعه‌ای به حقوق عمومی به وجود آمده است.

حقوق اداری کنونی به‌طور گسترده با اصل کارایی در ارتباط است.^{۸۳} در حقوق اداری، کارایی هم جنبه رویه‌ای و هم ماهوی دارد. در جنبه رویه‌ای بیشتر به رویه‌های عملی حقوق اداری و دادرسی و میزان کارایی آنها در ایجاد نظامی هماهنگ میان اهداف و عملکردها توجه می‌شود و در رویکرد ماهوی وضعی مورد نظر است که شهروندان در آن منافع ویژه‌ای از کارایی مطلوب قواعد ماهوی به دست می‌آورند. نسبت حقوق عمومی و توسعه بدون در نظر گرفتن کارایی امکان‌پذیر نیست. حتی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه از اصطلاح توسعه کارآمد در برخی از نظرات خود استفاده کرده است یعنی حقوق عمومی اصولاً زمانی می‌تواند رابطه‌ای با توسعه داشته باشد که خود کارآمد باشد. ماهیت متغیر موضوع حقوق عمومی این مسأله را مهم‌تر می‌کند چراکه اگر قوانین و مقررات حقوق عمومی در پرتو اصل کارآمدی مورد نظر قرار گیرند، باید دائماً در تغییر باشند. تغییر قوانین در حقوق عمومی به دلیل ارتباط مستقیم با توسعه و در ارتباط با اصل کارآمدی موضوعی خوشایند است. در کشورهای شرق آسیا به این اصل بیشتر از سایر اصول حکمرانی خوب توجه می‌شد و به همین دلیل دستاوردهای حقوق و توسعه در این کشورها بیش از هر چیز وابسته به نگاه کارآمد به حقوق عمومی بوده است.

۲-۵- اصل پاسخ‌گویی

این اصل یکی از ستون‌های حکمرانی دموکراتیک جدید است. پاسخ‌گویی در ابتدا همان حساسی‌های مالی بخش عمومی را شامل می‌شد اما با قدرت گرفتن بروکراسی و مقامات اداری جهت اجرای برنامه‌ها و همچنین با گسترش مشارکت مردم در امور عمومی، این اصل به همه‌ی اعمال و تصمیمات سیاسی و اداری و حتی قضایی گسترش پیدا کرد. این اصل هرچند در بخش خصوصی نیز وجود دارد اما آنچه

83. Addink, op.cit., 174.

مربوط به بحث حاضر است پاسخ‌گویی در بخش عمومی است. مؤسسه صلح ایالات متحده آمریکا پاسخ‌گویی در عرصه حقوق را فرایندها، هنجارها و ساختارهایی می‌داند که مردم و مقامات سیاسی را قانوناً مسؤول اعمالشان می‌کند و ضمانت اجرایی برای نقض آن در نظر می‌گیرد.^{۸۴}

پاسخ‌گویی دارای دو معنای موسّع و مضیق است. در معنای موسّع، پاسخ‌گویی مفهومی گسترده است که مفاهیمی چون شفافیت، انصاف، دموکراسی، کارآمدی، پاسخ‌دهی، مسؤولیت و یکپارچگی را در بر می‌گیرد.^{۸۵} معنای مضیق پاسخ‌گویی تا حدی معنای اجتماعی دارد یعنی تعهد مسؤولان بخش عمومی به توضیح و توجیه رفتارها و عملکردهای خود. در این معنا اصل پاسخ‌گویی رابطه‌ای میان یک بازیگر حیات سیاسی و نهادی است که آن بازیگر، متعهد به توضیح و تبیین رفتار خود در مقابل اوست. با ایجاد فکر توسعه در کشورها، اصل پاسخ‌گویی مفهوم سنتی خود را گسترش داده است. امروزه می‌توان پنج‌گونه پاسخ‌گویی در عرصه رابطه میان حقوق عمومی و توسعه مشاهده کرد: پاسخ‌گویی سیاسی، حقوقی، اداری، حرفه‌ای و اجتماعی. پاسخ‌گویی سیاسی و حقوقی مربوط به پاسخ‌گویی حکومت، کارمندان دولتی و سیاستمداران به نهادهای عمومی و قانون‌گذاری و نهادهای قضایی است.^{۸۶}

پاسخ‌گویی اداری نوعی پاسخ‌گویی شبه‌حقوقی است که توسط نهادهای نظارتی انجام می‌گیرد. در گذشته این نظارت محدود به حسابرسی مالی بود اما پس از آنکه بخش عمومی عهده‌دار برنامه‌ها شد، نظارت کیفی نیز مورد نظر قرار گرفت. پاسخ‌گویی ادارات، دیگر محدود به امور مالی نیست بلکه به کمک روش‌های فنی باید مورد ارزیابی فنی قرار گیرند تا میزان دستیابی به اهداف مورد نظر و رعایت منافع عمومی سنجیده شود. پاسخ‌گویی حرفه‌ای در چنین مسیری ایجاد شد تا برای بخش‌های تخصصی، از روش‌ها و نهادهای تخصصی جهت نظارت و پاسخ‌گویی استفاده کند. پاسخ‌گویی اجتماعی نیز در امتداد جامعه مدنی شکل گرفته است و به نقش رسانه‌ها و احزاب و سایر گروه‌های اجتماعی در پاسخ‌گویی

84. United states institute of peace, <http://www.usip.org/guiding-principles-stablization>, 2021\08\11

85. Richard Mulgan, "accountability: An ever-expanding concept?", *Blackwell Publishers Ltd., Public Administration* 7(2000), 555.

86. Addink, op.cit., 161.

حقوق اساسی و حقوق کیفری با این دو جنبه پاسخ‌گویی در ارتباط هستند. آنچه در بحث پاسخ‌گویی و توسعه مربوط به حقوق اساسی است را بیشتر باید در نظام‌های انتخاباتی و مسؤولیت سیاسی مقامات جست‌وجو کرد. مسؤولیت سیاسی دو مرجع دارد: مردم و پارلمان. شکل حقوقی پاسخ‌گویی به مردم در انتخابات و پاسخ‌گویی به پارلمان از طریق سازکارهای نظارتی مجلس است.

بخش عمومی اشاره دارد.

حقوق عمومی نیز تحت تأثیر معنای جدید پاسخ‌گویی دچار تحول شده است. در حوزه حقوق اساسی این تحول مربوط به نقش گروه‌های غیردولتی در پاسخ‌گویی مقامات عمومی است. بخش مهمی از حقوق اساسی امروزه به رسانه‌ها و مطبوعات و احزاب و همچنین گروه‌های ذی‌نفوذ می‌پردازد. حقوق اساسی بدون وجود نهادهای مدنی که دولت و کارگزاران را پاسخگوی اعمال خود می‌کند، بی‌معنا است. پاسخ‌گویی در رابطه توسعه و حقوق اداری نیز متحول شده است. اگر نظارت سنتی در حقوق اداری در حوزه سلسله‌مراتب اداری رخ می‌داد، امروزه نقش نهادهای خارج اداره برجسته شده است؛ به عبارت دیگر حقوق عمومی و توسعه در مورد موضوع پاسخ‌گویی با یک سیستم جامع نظارت و تعادل روبه‌رو است که در آن هر نهاد در عین نظارت بر نهاد دیگر، مورد نظارت نهادهای دیگر قرار می‌گیرد. برخی کشورهای در حال توسعه به دلیل فهم نادرست از حقوق عمومی، با هزینه‌های بسیار زیاد، نهادهای نظارتی هم‌عرض به وجود آورده‌اند اما در حوزه پاسخ‌گویی موفقیت چندانی نداشته‌اند. در حقوق عمومی جدید نهاد نظارتی خود نیز باید نظارت شود و چنین کاری تنها با سیستم نظارت و تعادل امکان‌پذیر است. دادگاه‌های حقوق عمومی نیز بخشی از سیستم نظارت و تعادل هستند تا پاسخ‌گویی در ارتباط با شهروندان برقرار کنند.

این موضوع را باید مدنظر قرار داد که در دولت‌های توسعه‌گرا - به‌ویژه در ابتدای فرایند توسعه - نقش نهادهای مدنی و غیردولتی در پاسخ‌گویی کم بود. در عوض آنها برای تأمین اصل پاسخ‌گویی و دستیابی به توسعه، در درون دولت سازکارهای شدید فنی برای نظارت برقرار کردند. نقش دادگاه‌ها در این کشورها در آن زمان کم بود اما با واگذاری‌های اقتصادی و قوت گرفتن بخش خصوصی، دادگاه‌ها امکان نقش‌آفرینی بیشتری یافتند.^{۸۷}

نتیجه

هنگامی که به شاخص‌های آماري حکمرانی خوب مراجعه می‌کنیم، تعداد محدودی از کشورهای در حال توسعه امتیاز خوبی در این شاخص‌های کسب کرده‌اند. مثلاً کشور سنگاپور با امتیاز شصت و پنج، مالزی پنجاه و هشت، کره جنوبی پنجاه و هفت، کاستاریکا پنجاه و چهار و شیلی پنجاه و سه از صد را

۸۷. برای حکمرانی خوب اصول دیگری را نیز می‌توان ذکر کرد. از جمله مبارزه با فساد و حقوق بشر. بحث فساد بیشتر فرایندی در ارتباط با سایر اصول پیش‌گفته است اما حقوق بشر خود یکی از معیارهای حکمرانی خوب و در نتیجه رابطه‌ای مستقیم با حقوق عمومی و توسعه دارد.

کسب کرده‌اند.^{۸۸} در این رده‌بندی حتی کشوری چون سوئیس امتیاز هفتاد و پنج را دریافت کرده که به معنای آن است که هیچ کشوری نتوانسته است همه معیارهای حکمرانی خوب را کاملاً به اجرا درآورد. همچنین آنچه در این رتبه‌بندی شگفت‌آور می‌نماید آن است که حکمرانی در کشوری چون چین امتیاز پایین‌تری و نه را دریافت کرده است. این مسأله ما را متوجه اصطلاح «حکمرانی انتقالی» می‌کند که بدان معناست که کشورهای در حال توسعه با توجه به تاریخ خود باید میان اهداف حکمرانی خوب دست به انتخاب زده و این اهداف را با اولویت‌بندی دنبال کنند.^{۸۹}

حکمرانی خوب هدف مشترک حقوق عمومی و توسعه است؛ به عبارت دیگر اگر به هر نحوی اصول حکمرانی خوب ایجاد شد، حقوق عمومی به هدف خود دست یافته و یکی از اهداف توسعه نیز محقق شده است. اینکه حکمرانی خوب بر سایر اصول توسعه یعنی بازدهی اقتصادی و کاهش فقر و توزیع عدالت چه تأثیری می‌گذارد موضوع این گفتار نیست؛ اما تحقیقات آماری نشان داده است که همبستگی بالایی میان کیفیت حکمرانی و تولید سرانه داخلی وجود دارد.^{۹۰}

حکمرانی خوب هرچند موضوعی در ساحت رابطه حقوق عمومی و توسعه به‌طور کلی است اما در کشورهای در حال توسعه که با جامعه‌ای ضعیف روبه‌رو هستیم، این مفهوم در حقوق اداری رقم‌می‌خورد. کتاب‌هایی که امروزه در مورد حقوق اداری نوشته می‌شوند به دو گونه هستند: اول مربوط به اداره و حقوق و دوم حقوق و اداره. موضوع اولی که از زاویه حقوق اداری است، در مورد جنبه‌های سیاسی، حقوق اساسی و سازمانی آن است. این رویکرد متن‌محور است و شامل رویه‌های خاص، مشروعیت، صلاحیت و بازدهی و کارایی است؛ اما بخش دوم با تحلیل نظارت قضایی دادگاه‌ها و نهادهای نظارتی و سایر نهادهای کنترلی در ارتباط است. این اصول برای نظارت و کنترل اداره به کار می‌روند. رویکرد اول تقویتی و دومی محدودکننده اداره است. حقوق اداری در کشورهای در حال توسعه باید رویکرد دوم را مانند رویکرد اول جدی تلقی کند تا از رهگذر رابطه‌ای که میان این دو رویکرد ایجاد می‌کند به اهداف حکمرانی خوب و توسعه سیاسی دست پیدا کند.

88. Jeff Huther & Anwar Shah, "Applying a simple Measure of Good Governance to the Debate on Fiscal Decentralization", *world bank, Researchgate*(1999), 7.

89. OECD, *Governance in China: China in the Global Economy*, (Paris: Oecd Publishing, 2005), 12.

90. Huther & Shah, op.cit., 8.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- آرنت، هانا. خشونت. ترجمه عزت‌الله فولادوند. تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۹۴.
 - تیرنی، برایان. دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه. ترجمه حسین بادامچی و محمد راسخ. تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳.
 - زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا. «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان ادالت اداری». راهبرد ۶۱، ۲۰ (۱۳۹۰): ۱۵۳-۱۸۹.
 - <https://dorl.net/dor/20.1001.1.10283102.1390.20.4.7.8>
 - سریع‌القلم، محمود. عقلانیت و توسعه‌یافتگی ایران. چاپ دوازدهم. تهران: فرزانه روز، ۱۳۹۰.
 - سریع‌القلم، محمود. اقتدارگرایی ایرانی در عهد پهلوی. تهران: انتشارات گاندی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
 - گریفین، کیت. راهبردهای توسعه اقتصادی. ترجمه حسین راغفر و محمد حسین هاشمی. چاپ ششم. تهران: نشر نی، ۱۳۷۵.
 - لاگلین، مارتین. مبانی حقوق عمومی. ترجمه محمد راسخ. چاپ سوم. تهران: نشر نی، ۱۳۹۳.
 - لفتویچ، آدریان. دموکراسی و توسعه. چاپ دوم. ترجمه احد علیقلیان و افشین خاکباز. تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.
 - مؤمنی، فرشاد. اقتصاد سیاسی توسعه در ایران امروز. تهران: نقش و نگار، چاپ اول، ۱۳۹۴.
- (ب) منابع خارجی

- Addink, Henk. *Good Governance; Concept and Context*. Oxford University Press, 2019.
- Brietzke, Paul H. & James O. Freedman: "Crisis and Legitimacy: The Administrative Process and American Government". *Valparaiso University Law Review* 14 (1980): 361-169.
- Trubek, David. "Law and Development: Forty years after Scholars in Self-Estrangement" *University of Toronto Law Journal* 66, 3(2016): 301-329.
- Ding X.L. *the Decline of Communism in Chins: Legitimacy Crisis 1977-1989*. New York: Cambridge University Press, 1994.
- Fallon, Richard H. "Legitimacy and The Constitution". *Harvard Law Review* 118, 6 (2005): 1787-1853.
- Fukoyama, Francis. *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2004.
- Faundez, Julio. *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. Great Britain: Macmillan Press LTD, 1997.
- Habermas, Jurgen. *Legitimation Crisis*, Trans. Thomas McCarthy, polity Press, 1992.
- The benefit of Transparency in Development/Brian Atwood, <http://oecdinsights.org/>
- Huther, Jeff & Anwar shah. "Applying a simple Measure of Good Governance to the Debate on Fiscal Decentralization". *world bank, Researchgate* (1999): 1-28. <https://ssrn.com/abstract=620584>.

- Kwame Sundram, Jomo & Anis Chowdhury. "Is Good Governance Good for Development?", *The United Nation Series On Development: Bloomsbury Collections*. New York: United Nations, 2012.
- Lessing, Ariele. "Against Transparency. The Perils of Openness in Government," *The New Republic*, 10\08\2021, http://www.tnr.com/books_and_arts/against-transparency
- Loughlin, Martin. "Political Jurisprudence". *The London School of Economics and political Science*, 16(2016): 1-19.
- Mattozzi, Andrea & Antonio Marlo. "The Transparency of Politics and the quality of politicians", *American economic Review* 97, 2(2007): 311-315. 10.1257/aer.97.2.311
- Monkelbaa, Joachim. *Governance for the Sustainable Development Goals: Exploring an Integrative Framework of Theories*. Springer: Tools, and Competencies, 2019.
- Mulgan, Richard. "accountability: An ever-expanding concept?". *Blackwell Publishers Ltd, Public Administration* 78 (2000): 555-573.
- Norad and French Mistry of Foreign and European Affairs 20/2009 Discussion, "The Legitimacy of the State in Fragile Situation": Report for the OECD DAC International Network on Conflict and Fragility, 2009
- OECD Evaluation Department, "A Framework for Analyzing Participation in Development", Report 1: Norad, oxford policy management, 2013
- OECD, *Governance in China, China in the Global Economy*. Paris: Oecd Publishing, 2005.
- Poskart, Robert. "A definition of concept of economic effectiveness". *Opole University, Poland, Central and Eastern European Journal of Management and Economics*. 2T, 3 (2014): 179-187.
- Reyes, E. Giovanni, "Theoretical Basis of Crisis of Legitimacy and Implications for Less Developed Countries: Guatemala as a Case of Study". *Revista de la Facultad de Ciencias Economicas y Administrativas, Universidad de Narini XI*, 1 (2010): 142-163.
- "The Busan Partnership for Effective Development Co-operation", 10\08\2021, <http://www.oecd.org/development/effectiveness/busanpartnership>
- Trubek, David & Alvaro Santos. *New Law and Economic Development: Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Turner, Mark & David Hulme, *Governance, Administration and Development: Making the State Work*, Palgrave, 1997.
- World Bank. *World Development Report 1991, The Challenge of Development*. Washington, D.C: Oxford University Press, 1992.

This Page Intentionally Left Blank

The Perfectionism Approach of Constitutional Law System of Islamic Republic of Iran to Good Life

Omid Shirzad¹

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Political Sciences and History, Yazd University, Yazd, Iran.
Email: shirzad@yazd.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.331117.1975

Received:
11 March 2022

Accepted:
16 May 2022

Published:
6 December 2023



ABSTRACT

Good life including Human's believes to ends that define the conception of good matters in life and make available virtually basis for life. This conception of good life isn't material, on the contrary is created from mental layers of person and directs his life such a holy believe. Religion, ethics, culture, art and aesthetic experiences are topics that define the conceptions of the good life for the people. The question of this paper is analyzing the perfectionism approach of constitutional law system of Islamic Republic of Iran to good life and with study the perfectionism and neutrality approaches, is proved the perfectionism approach of constitutional law system of Islamic Republic of Iran to good life in statutory and structural levels .The author with respectful view to virtually life for citizen, believes the necessity of adjusted perfectionism in constitutional law system and

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



deduction forcible methods for propagation the good.

Keywords: Neutrality, Right, Constitutional law of Iran, Good life, Perfectionism.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Omid Shirzad: Supervision, Project administration, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Methodology.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Shirzad, Omid. "The Perfectionism Approach of Constitutional Law System of Islamic Republic of Iran to Good Life" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 283-308.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Special features and needs of human, always places him at the line of planning and pursuance a conception of the good and each person according to his or her talents and demands, choices one model of the good life and grants value to his or her life. Good life including human's believes to ends that define the conception of good matters in life and make available virtually basis for life. This conception of good life isn't material, on the contrary is created from mental layers of person and directs his life such a holy believe. Religion, ethics, culture, art and aesthetic experiences are topics that define the conceptions of the good life for the people.

In spite of all , the necessity of social life and the role of social contexts and structures like state in human life, causes that assessment the role of state in discretion citizen's good life, become a mental disturbance for thinkers. In this matter, Perfectionism is an important approach in the history of moral and political thoughts that based on it's insight to human and his identity and with the aim of propagation of virtue, point out state's responsibility about the good and It's training role and this paper want to analysis this approach and elucidate It's relationship with Islamic republic of Iran's constitutional law system.

In other words, the question of this paper is analyzing the perfectionist approach of constitutional law system of Islamic Republic of Iran to good life and with study the perfectionism and neutrality approaches, is proved the perfectionist approach of constitutional law system of Islamic Republic of Iran to good life in statutory and structural levels .Also the effects of this issue on citizenship rights, management of public resources and foreign policy have been analyzed. By comparative analysis between classical Greek, liberal, socialist and religious perfectionism, the author considers the approach of the Iranian legal system to good life as religious perfectionism and believes the weakness of government's pure perfectionism and neutrality towards good life.

The result of the article confirms that constitution of the Islamic Republic of Iran, with the aim of resolving disputes and the effects of pure perfectionism on public rights and resources, specifies some republic indicators that require the attention of public agents and institutions.

In other words the result of paper indicated that perfectionism approach emphasis on the government's duty about propagation and spreading good ethical and cultural conceptions and based on virtue ethics, wants to promote the human excellence and define the superior conception of the good for him. Thus with my researches and analysis, the perfectionist approach of Iran's constitutional system was confirmed. Religious structure of Iran's government that has manifested in the numerous sections of constitution, indicate constitution legislator anxiety

about the citizen's good life. Iran's constitutional system attempted to recognize good religious, ethical and cultural conceptions through an external source (Islam commandments) and propagation them by compulsory and non-compulsory capabilities of state.

The author with apply critical analysis to pure perfectionism, pointed out contradiction between absolute and pure perfectionism and some values of public law and has carried to account - replace convincing policy with compulsion the conceptions of the good and respect to non-governmental organizations activities - as a useful method to overthrow the bad effects of absolute perfectionism like pretense to observe governmental conceptions and prevalence the harshness and social instability .The author with respectful view to virtually life for citizen, believes the necessity of adjusted perfectionism in constitutional law system and deduction forcible methods for propagation the good.

رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب

امید شیرزاد^۱

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران.
Email: shirzad@yazd.ac.ir

چکیده:

زندگی مطلوب شامل باور انسان به غایات و اهدافی است که تلقی او از امور با ارزش زندگی را مشخص کرده و بستر معنابخشی برای حیات وی فراهم می‌آورد. این برداشت از خیر یا زندگی مطلوب نه تنها مادی نبوده؛ بلکه عمیقاً از درون لایه‌های ذهنی فرد نشأت گرفته و همچون باوری مقدس به زندگی او جهت می‌دهد. دین، اخلاق، فرهنگ، هنر و تجربیات زیبایی‌شناختی از جمله حوزه‌هایی هستند که می‌توانند برداشت‌های زندگی مطلوب را برای افراد جامعه تعریف کنند. تحقیق حاضر با هدف پاسخ به این سؤال که رویکرد نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب شهروند چیست و این رویکرد چه تأثیری بر مناسبات شهروند و حکومت دارد؟ به رشته تحریر درآمده و بدین منظور پس از بررسی رویکردهای کمال‌گرا و بی‌طرف نظام‌های حقوق اساسی، به اثبات رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در سطوح هنجاری و ساختاری پرداخته و آثار این موضوع بر حقوق شهروندی، نحوه مدیریت منابع عمومی



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.331117.1975

تاریخ دریافت:
۲۰ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۲۶ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:
۱۵ آذر ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



و سیاست‌ورزی خارجی را تحلیل نموده است. با انجام تحلیل مقایسه‌ای میان کمال‌گرایی کلاسیک یونانی، لیبرال، جامعه‌گرا و دینی، نگارنده رویکرد نظام حقوق اساسی ایران به زندگی مطلوب را کمال‌گرایی دینی تلقی کرده و قائل به کاستی کمال‌گرایی و بی‌طرفی محض حکومت نسبت به خیر است. رهیافت مقاله مؤید آن است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با هدف رفع مناقشات و آثار کمال‌گرایی محض بر حق‌ها و منابع عمومی، به برخی شاخص‌های جمهوری‌مآبانه تصریح دارد که مستلزم اهتمام و توجه عملی کارگزاران و نهادهای عمومی است.

کلیدواژه‌ها:

بی‌طرفی، حق، حقوق اساسی ایران، زندگی مطلوب، کمال‌گرایی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

امید شیرزاد: نظارت، مدیریت پروژه، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

شیرزاد، امید. «رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۲۸۳-۳۰۸.

مقدمه

ویژگی‌ها و نیازهای پیچیده بشری را همواره در مسیر پی‌ریزی و طراحی الگویی خاص برای زندگی قرار می‌دهد و هر فرد حسب ظرفیت‌ها، استعدادها و مطلوب خویش، از برداشتها و تلقی‌های خاصی از «خیر» پیروی کرده و به زندگی‌اش معنا می‌بخشد. برداشتهای خیر^۱ یا برداشتهای زندگی مطلوب^۲، آن دسته از اهداف، افعال و روابط انسانی را که در نهایت ارزش خواستن دارند مشخص می‌کنند. این «برداشت از خیر» یا «زندگی مطلوب» نه تنها مادّی نبوده، بلکه عمیقاً از درون لایه‌های ذهنی فرد نشأت گرفته و همچون باوری مقدّس به زندگی او جهت می‌دهد. دین، اخلاق، فرهنگ، هنر و تجربیات زیبایی‌شناختی^۳ از جمله حوزه‌هایی هستند که می‌توانند برداشتهای زندگی مطلوب را برای افراد جامعه تعریف کنند. به زعم جان راولز^۴ فیلسوف معاصر: «برداشتی از امر خیر، خانوادهٔ بسامانی از غایات و اهداف نهایی است که برداشت یک شخص از امور با ارزش در زندگی بشری یا زندگی کاملاً ارزشمند را مشخص می‌کند».^۵

درحوزه کارکردهای دولت، یکی از مسائل محل بحث، نسبت نهاد دولت با مقوله «خیر» یا «زندگی مطلوب» و سنجش حدود صلاحیت دولت در تعیین الگوی خیر شهروند است. از مهم‌ترین زوایای تحوّل دولت در عرصه نظر و عمل، تحولات کارکردی است و مطالعه تاریخ اندیشه‌های اخلاقی و سیاسی دوران پیشامدرن و مدرن مؤید آن است که علاوه بر مسائلی چون نظریه حاکمیت، خاستگاه، مشروعیت و ساختار دولت، تحلیل «کارکرد» این نهاد نیز همواره از موضوعات مدنظر اندیشه‌ورزان سیاسی بوده است.^۶ در این باره مسأله نیازمند تحلیل آن است که آیا دولت علاوه بر ایفای کارویژه‌های خود در تأمین نظم عمومی و ارائه خدمات عمومی، در تعیین سبک زندگی مطلوب شهروند نیز صلاحیت دارد؟ نوع پاسخ به این سؤال، تأثیر عمیقی بر نظام حقوق اساسی و چگونگی تنظیم قدرت دولت و تضمین حق‌ها دارد و همین امر، مؤید ضرورت تحقیق پیرامون این موضوع است. بر این اساس سؤال تحقیق از این

1. Conceptions of the good

2. Conceptions of the good life

۳. ذوق، پسند، سلیقه و علاقه فردی به پیکربندی و آرایش معینی از رنگ‌ها، نغمه‌ها، فضاها و پدیده‌ها را می‌توان در حوزه تجربیات زیبایی‌شناختی افراد قلمداد کرد.

4. John Rawls (1921-2002)

۵. جان راولز، عدالت به مثابه انصاف، یک بازگویی، ترجمه عرفان ثابتی (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۹۲)، ۴۶.

۶. حسین رحمت‌الهی، تحوّل قدرت، دولت و حاکمیت از سپیده‌دمان تاریخ تا عصر جهانی شدن (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸)، ۷۰-۷۲.

قرار است: رویکرد نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب شهروند چیست و این رویکرد، چه تأثیری بر مناسبات شهروند و حکومت دارد؟

از حیث پیشینه مستقیم تحقیق، منابع محدود و البته ارزشمندی وجود دارد و در متن مقاله نیز به آنها ارجاع شده است و نوآوری پژوهش حاضر، تکمیل ادبیات قبلی و نسبت‌سنجی قضیه با نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. برای پاسخ به سؤال تحقیق، مقاله با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای، در دو بخش کلی سازمان یافته است. در بخش اول، رویکردهای کمال‌گرایانه و بی‌طرفانه نظام‌های حقوق اساسی به زندگی مطلوب محل تحلیل و بررسی واقع می‌شوند و در بخش دوم، ابتدا رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در سطوح هنجاری و ساختاری اثبات شده است و آثار این موضوع بر حق‌های شهروندی و منابع عمومی بررسی می‌گردد.

۱- رویکردهای نظام حقوق اساسی به زندگی مطلوب

حقوق اساسی به عنوان مجموعه قواعد نوشته و نانوشته حاکم بر اکتساب، اعمال و انتقال قدرت سیاسی و نظام تنظیم‌کننده قدرت و تضمین‌کننده آزادی، دو رویکرد کمال‌گرا و بی‌طرف به زندگی مطلوب شهروندان دارد. در ادامه اختصاراً به تحلیل و بررسی هر یک خواهیم پرداخت.

۱-۱- رویکرد کمال‌گرایی

یکی از رهیافت‌های دارای پیشینه عمیق در تاریخ اندیشه‌های اخلاقی - سیاسی، رویکرد «کمال‌گرایی»^۷ است که بر اساس نگاه خاص خود به انسان و هویت وی و با هدف اشاعه فضیلت، رسالت دولت در قبال خیر و نقش تربیتی آن را خاطر نشان می‌سازد. در ادامه به تحلیل این رویکرد می‌پردازیم.

۱-۱-۱- مفهوم‌شناسی

دولت کمال‌گرا ظرفیت شهروند در تشخیص گزاره‌های اخلاقی و زندگی مطلوب را زیر سؤال برده و یا حداقل، توانایی فرد در تشخیص خیر را، نافی مسؤلیت دولت در این زمینه نمی‌داند و بر نقش نهادهای جمعی به‌ویژه دولت در تعیین الگوی خیر (زندگی خوب) تأکید می‌ورزد. از این نظر، برترین فعل سیاسی، هاد یا حکومت، آن است که کمال تمام انسان‌ها را بیشتر ارتقا بخشد.^۸ بنابراین طبق رویکرد کمال‌گرایی، مقامات سیاسی باید در ایجاد و صیانت از شرایط اجتماعی‌ای که به بهترین نحو، اتباع آنها را در حرکت به

7. Perfectionism Approach

8. Thomas Hurka, *Perfectionism* (New York, Oxford University press, 1993), 147

سوی زندگی ارزشمند و ارزنده توانا می‌سازند، نقشی فعال بر عهده گیرند.^۹ آموزه تقدّم خیر (امر خوب)^{۱۰} بر حق (امر درست)^{۱۱}، شالوده نظری کمال‌گرایی است. رویکرد کمال‌گرا تقدّم خیر بر حق را با هدف «تربیت انسان خوب» ارائه می‌دهد و معتقد به ضرورت تأسیس نظام سیاسی - حقوقی بر مبنای تلقی خاصی از زندگی مطلوب، جهت پیشبرد خیری ویژه است. «اولویت خیر بر حق به معنی فرض پذیرش مفاهیم معین حُسن و خیر از سوی افراد جامعه در جنبه‌های فردی و اجتماعی است. بر این بنیان ممکن است افراد به اشتراک و اجماع در انتخاب محاسن و الگوهای معین زندگی برسند؛ محاسنی که آنان را به کمال مطلوب و سعادت واقعی می‌رساند».^{۱۲} لازم به ذکر است تفکیک حق (امر درست) از خیر (امر خوب)، از شاخص‌های تفکر مدرن کانتی به شمار رفته و منجر به پیامدی مهم در فلسفه حق شده است. بر این اساس، حق بودن^{۱۳} از حق داشتن^{۱۴} تفکیک می‌شود و طبق آن آدمیان حق دارند؛ اگرچه برحق نباشند.^{۱۵} به دیگر سخن در این تفکیک سعی می‌شود از ادعایی تحت عنوان «حق» صرف‌نظر از محتوای آن و داورهای اخلاقی - ارزشی حمایت شود؛ این در حالی است که اساساً در تفکر پیشامدرن و سنت‌مدار، این تفکیک مورد شناسایی واقع نشده است و حق از گویی خاص از خیر نشأت می‌گیرد و نمی‌تواند برخلاف آن اعمال و استیفا شود.

۱-۱-۲- رویکردهای کمال‌گرایی

برخلاف اقسام کمال‌گرایی که نوع ابزارها و اقدامات دولت در پیشبرد اهداف کمال‌گرایانه را موضوع خود قرار می‌دهد و به دو نوع قهری (استفاده دولت از ابزارهایی همچون نظام تعقیب و کیفر و مجازات) و غیرقهری (استفاده دولت از ابزارهای مالی و مالیاتی، رسانه‌ای و تبلیغاتی در تزریق الگوی خاص خیر به شهروند) تقسیم می‌شود، رویکردهای کمال‌گرایی، معطوف به دکترین‌ها و قرائت‌های گوناگونی است که از جانب متفکران کمال‌گرا ارائه شده است. در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد.

9. Steven Wall, *Liberalism, perfectionism and restraint* (New York: Cambridge University press, 1998), 8.

10. The Good.

11. The Right

۱۲. علی محمودی، درخشش دموکراسی، تأملی در اخلاق سیاسی، دین و دموکراسی لیبرال (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۳)، ۱۱۶.

13. To be right

14. To have right

۱۵. محمد راسخ، درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی (تهران: انتشارات خانه اندیشمندان علوم انسانی، ۱۳۹۴)، ۱۴.

۱-۱-۲-۱- کمال‌گرایی کلاسیک یونانی

ردپای کمال‌گرایی و انگاشتن رسالت تربیتی برای دولت را می‌توان در اندیشهٔ فلاسفهٔ یونان باستان یافت. ارسطو، بهزیستی و نه صرفاً زیستن را هدف جامعهٔ سیاسی قلمداد می‌نمود و سعادت را در کسب فضایل می‌دانست.^{۱۶} وی نیز مانند افلاطون دولت را قبل از هر چیز به مثابهٔ ابزاری برای بهبود و تکامل اخلاقی و معنوی انسان می‌داند.^{۱۷} نگاه جمع‌گرایانهٔ این دو فیلسوف موجب شده است تا شهروند را در تشخیص فردی خیر عاجز تلقی کنند. به زعم افلاطون، حکومت ناصالحان، معلول ناکارآمدی نظام تعلیم و تربیت جوامع است و شاه - فیلسوف که فضیلت کافی برای فرمانروایی جامعه دارد، می‌باید از طریق نظارت، آموزش، ادبیات و موسیقی که طُرق پرورش روح هستند را مورد بازبینی قرار داده و با رهیافتی اقتدارگرایانه، مانع تشخیص آزادانهٔ اتباع در مورد «خیر» گردد.^{۱۸}

۱-۱-۲-۱- کمال‌گرایی لیبرال

دیگر رویکرد موجود در اندیشه‌های کمال‌گرا، کمال‌گرایی لیبرال است که علی‌رغم اعتقاد به ضرورت دخالت دولت در تعیین گزینه‌های خیر، ارزش‌ها و سبک لیبرالی زندگی مطلوب را محور مباحث خود قرار می‌دهد. کمال‌گرایان لیبرال بر آن هستند تا با ارائهٔ قرائت‌های متمایز از الگوهای افلاطونی، دغدغهٔ بی‌طرف‌گرایان در باب استبداد دولت و تحدید آزادی‌های فردی را چاره کنند.^{۱۹} طبق این رویکرد، دولت باید برای همهٔ شهروندان فرصتی برابر فراهم کند تا در پی تحقق خیر ایده آل خود باشند. جوزف رز^{۲۰} به عنوان نمایندهٔ شاخص این رویکرد، بی‌طرفی حقیقی دولت را زمانی می‌داند که دولت برای شهروندان، شرایط فرصت‌های برابر جهت انتخاب هر مفهوم از خیر را با انتظاری برابر در تحقق آن، پدید آورد.^{۲۱}

«طبق نظر رز، دولت لیبرالی وظیفه دارد درگیر سیاست‌هایی شود که هدفشان بهبود و پیشرفت کیفیت اخلاقی زندگی شهروندان است. به این معنا، لیبرال کمال‌خواه با افلاطون در مورد نقش دولت هم‌نظر است؛ اما برخلاف افلاطون، لیبرال کمال‌خواه معتقد است کمال انسانی بستگی اساسی به

۱۶. ارسطو، سیاست، ترجمهٔ حمید عنایت (تهران: شرکت سهامی انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱)، ۳۱۰-۳۱۲.

۱۷. سوناریک لیدمان، تاریخ عقاید سیاسی، ترجمهٔ سعید مقدم (تهران: نشر اختران، ۱۳۸۱)، ۴۶.

۱۸. افلاطون، جمهوری، ترجمهٔ محمدحسن لطفی (تهران: چاپ نشرخوشه، ۱۳۵۳)، ۱۴۳-۱۴۴.

19. George Klosko & Steven Wall (editors), *Perfectionism and Neutrality: Essays in Liberal Theory* (Rowman & Littlefield publishers, 2003), 17.

20. Joseph Raz (1939)

21. Joseph Raz, *The morality of freedom* (Oxford: Clarendon prees, 1986), 124.

خودمختاری دارد. رز این اندیشه را به جدل می‌گیرد که لازمه خودمختاری این است که حکومت‌ها از تشویق «زندگی خوب و خیر» برای شهروندان پرهیز کنند و این اندیشه را هم رد می‌کند که کثرت‌گرایی جامعه مدرن را فقط با حکومتی می‌توان حفظ کرد که عمل سیاسی‌اش را اساساً محدود کند. نه، به عکس رز معتقد است که لازمه خودمختاری انسانی، نوع خاصی از زندگی جمعی است که خلق این نوع زندگی، وظیفه اصلی حکومت لیبرالی است.^{۲۳} بنابراین رویکرد کمال‌گرایی لیبرال در عین تعهد به ارزش کلیدی لیبرالیسم یعنی «اختیار»، از کمال‌گرایی دولت دفاع می‌کند. این رویکرد بر این باور است که «عمل کمال‌گرا الزاماً عمل یک گروه علیه گروه دیگر نیست و عمل سیاسی کمال‌گرا می‌تواند از جانب کل جامعه حمایت شود. رز چنین مطرح می‌کند که یک عمل سیاسی کمال‌گرا، می‌تواند با تشویق و تسهیل برخی از منش‌های اخلاقی و ایجاد دلسردی نسبت به منش‌های دیگر صورت پذیرد. او نتیجه می‌گیرد که ضد کمال‌گرایی^{۲۳} در عمل صرفاً به پرهیز از مفاهیم ارزشمند خیر منجر نمی‌شود؛ بلکه امکان بقای بسیاری از وجوه درخشان فرهنگ ما را مختل می‌کند».^{۲۴} برخلاف ادبیات کلاسیک لیبرالیسم که اختیار و خودمختاری فرد را با عدم دخالت دولت گره می‌زند، رز معتقد است که آزادی انتخاب، مبتنی بر تعدد گزینه‌های اخلاقاً قابل قبول است و متولّی عملیاتی شدن این گزینه‌ها و حذف گزینه‌های اخلاقاً نادرست و شر، دولت و سایر زمینه‌های اجتماعی است. در واقع صرف اتکای به عقلانیت و اراده آزاد فاعل اخلاقی در «خودآیین» انگاشتن وی کفایت نمی‌کند و این در دسترس بودن دامنۀ کافی از گزینه‌های خیر است که انسان را قادر به تحقق همه ظرفیت‌ها و استعداد‌های انسانی می‌سازد.^{۲۵}

۱-۱-۲-۳- کمال‌گرایی جامعه‌گرا

دهه‌های پایانی سده بیستم شاهد تکاپوی معرفتی شماری از متفکران غربی جامعه‌گرا بود که به منظور نقد اخلاق لیبرالی و سردمداران آن یعنی کانت و راولز، پروژه احیای اخلاق فضیلت را کلید زدند و بر وابستگی‌ها و تعلقات جمعی انسان و نه ترجیحات شخصی او در تشخیص حسن و قبح امور تأکید ورزیدند. برخلاف هجده‌های قرن نوزدهم علیه لیبرالیسم که از مارکس الهام می‌پذیرفت و بیشتر بر آزادی اقتصادی و سرمایه‌داری متمرکز بود، انتقادات جامعه‌گرایانۀ نیمه دوم قرن بیستم، با الهام از

۲۲. جین همپتن، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۰)، ۳۰۸.

23. Anti-perfectionism

۲۴. علیرضا حسینی بهشتی، بنیاد نظری سیاست در جوامع چندفرهنگی (تهران: انتشارات بقیه، ۱۳۸۰)، ۲۳۱.

25. Raz, op.cit., 415-417.

ارسطو و هگل، اخلاق سیاسی مدرن را هدف قرار می‌دهد و در نقد لیبرالیسم، بر اهمیت جماعت تأکید می‌ورزد.^{۲۶} این مکتب نوفضیلت‌گرا که به «جماعت‌گرایی»^{۲۷} («جامعه‌گرایی») شهره است، کلید حل معضلات اخلاق و سیاست لیبرالی را بازگشت به الگوی کمال‌گرای یونان باستان و تقدّم بخشیدن به هویت‌های گروهی و جمعی دانسته و با انتقاد از نگاه فرگرایی افراطی و جامعه‌ستیز لیبرالیسم به انسان و هویت او، سرشت آدمی را گره خورده به غایات اجتماعی - محلی - دینی - خانوادگی وی ترسیم می‌کند. در واقع مدّعی اصلی کمال‌گرایان جامعه‌گرا این است که چون هویت انسان مربوط به نقش‌های اجتماعی است که به عنوان عضو جماعتی خاص به عهده گرفته است، آنچه برای وی خوب است، نه مسأله‌ای مربوط به انتخاب فرد، بلکه بیشتر مربوط به کارکرد جماعت‌هایی است که فرد به آنها تعلق دارد.^{۲۸} به زعم جماعت‌گرایان، بی‌طرفی ارزشی عملاً در هیچ سیستم مدیریت کلان اجتماعی که دائماً نیازمند برآورد، تصمیم‌سازی و داوری بین نگرش‌های متنوع سیاسی، اجتماعی و فرهنگی است، اتفاق نمی‌افتد.^{۲۹} جماعت‌گرایی با رد ایده مارکسیستی که می‌گوید خیر هر فرد در توان مشترک وی با انسان‌های دیگر نهفته است و ایده لیبرالی که خیر را با اراده مطلق فردی گره می‌زند - زندگی مطلوب را به اعمال فرهنگی مشترک ما با سایر اعضای جامعه وابسته می‌داند. از این نظر، نقاط مشترک ما با اطرافیان خود به حدی است که یک دولت کمال‌گرای با حُسن نیت بتواند با توسّل به بصیرت و تجربه دیگران به مجموعه معقولی از اعتقادات شهروندان خود در خصوص خیر نائل شود.^{۳۰} بنابراین، بدون آنکه بخواهیم مدعی رابطه این‌همانی میان «جماعت‌گرایی» و «کمال‌گرایی» شویم، به نظر می‌رسد ایده‌ها و آموزه‌های جماعت‌گرایان با نقد و رد بی‌طرفی حکومت در قبال خیر به سمت دفاع از کمال‌گرایی و نقش نهادهای جمعی در تعریف فضیلت برای انسان حرکت کرده است.^{۳۱}

۲۶. صادق حقیقت، «نقد موج‌های جماعت‌گرایی به لیبرالیسم»، فصلنامه رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی ۱۱، ۳ (۱۳۹۹)، ۷۳.

27. Communitarianism

۲۸. حسین رحمت‌الهی و امید شیرزاد، کمال‌گرایی و بی‌طرفی و آثار آن در ساختار قدرت و حقوق عمومی (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸)، ۳۱.

۲۹. علی اصغر کاظمی و حسن بوژمهرانی، «بازسازی مناظره لیبرال‌ها و جماعت‌گرایان بر مبنای انتقادات سندل بر لیبرال دموکراسی»، فصلنامه علمی - پژوهشی مطالعات سیاسی ۲، ۷ (۱۳۸۹)، ۹.

۳۰. ویل کیملیکا، «جماعت‌گرایی»، ترجمه فرهاد مشتاق صفت، فصلنامه قیسات ۶ (۱۳۷۶)، ۱۱۶.

۳۱. امید شیرزاد، «جماعت‌گرایی و حقوق عمومی؛ نسبت‌سنجی و تحلیل»، فصلنامه علمی - پژوهشی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی ۸۹ (۱۳۹۹)، ۳۸۵.

۱-۱-۲-۴- کمال‌گرایی دینی

در شمار رویکردهای یاد شده از کمال‌گرایی دینی نیز می‌توان نام برد. دین از مهم‌ترین حوزه‌های مرتبط با زندگی خوب و معرفت‌گایات و اهداف مطلوب آدمی است. اساساً معنابخشی به زندگی و تعیین طرح کلان زیست اخلاقی فرد، در درجه اول در باورهای دینی وی قابل‌بازیابی است و در مراحل بعدی می‌توان هنر یا فعالیت‌های فرهنگی را متضمن ایده‌آل‌های ناظر بر فضیلت و «خیر» دانست. برداشت‌های دینی را باید برداشت‌هایی فراگیر و عام از خیر تلقی نمود که مدعی قابلیت اعمال بر گستره وسیعی از موضوعات می‌باشند و از این نظر، دین، محملی مناسب برای اتخاذ راهبردهای کمال‌گرایانه و الزام شهروندان به رعایت الگوهای ارزشی دینی است و تجلی عینی این نگاه را می‌توان در دولت‌های دینی یافت. دولت‌های دینی در پرتو انتظارات حداکثری از آئینی خاص، اشاعه الگوی دینی را در دستور کار خویش قرار داده و خاستگاه راستین و حقیقی بهزیستی را نه اراده مستقل شهروند، بلکه آموزه‌های دینی می‌دانند. نقش دین یا ایدئولوژی در دولت‌های حداکثری کاملاً بارز و آشکار است، زیرا هم در انگیزه‌های رفتن به سوی قدرت، هم در مبانی برپادارنده دولت، هم در ملاک‌های شایستگی برای سپردن مسؤلیت، هم در تنظیم امور و تدبیر سیاست‌های خرد و کلان و هم در تعقیب غایات مورد انتظار تجلی پیدا می‌کند.^{۳۳} دولت در رویکرد کمال‌گرایی دینی، با اعتقاد به حقانیت مطلق الگوی خیر دینی و نقصان ذاتی دیگر گزینه‌های خیر، قرائت رسمی خود از دین را یگانه برداشت صحیح از زندگی خوب دانسته و بدین ترتیب اهداف کمال‌گرای خود را پیش می‌برد.

۱-۲- رویکرد بی‌طرفی

ایده بی‌طرفی، حاصل نظریه‌پردازی شماری از نویسندگان لیبرال معاصر همچون جان راولز^{۳۳} و رونالد دورکین^{۳۴} است؛ با این حال از میراثی غنی برخوردار بوده و تبار آن را باید در اندیشه‌های اخلاقی و سیاسی فلاسفه عصر روشنگری چون جان لاک، کانت و استوارت میل^{۳۵} یافت. طبق ایده بی‌طرفی، دولت باید در قبال تلقی‌های شهروندان از زندگی سعادت‌مندان بی‌طرف بماند و نباید هیچ برداشت خاصی از خیر را بر دیگر برداشت‌ها رجحان دهد. بینش بی‌طرفانه معتقد است که اخلاق سیاسی باید معطوف به حق^{۳۶}

۳۲. علیرضا شجاعی زند، دین در زمانه و زمینه مدرن (تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۴)، ۱۰۸.

33. John Rawls (1921-2002)

34. Ronald Dworkin (1931-2013)

35. John Stuart Mill

36. The Right

باشد و تصمیم‌گیری دربارهٔ خیر را به افراد واگذار کند؛ چرا که ترجیح یک تلقی بر سایر تلقی‌ها - چه به علت اعتقاد دولت به برتری ذاتی یک برداشت و چه به دلیل پشتیبانی اکثریت جامعه از آن برداشت و چه به انگیزهٔ دولت برای اشاعهٔ زندگی مطلوب و خیرخواهی - ناقص آزادی فردی و برابری میان شهروندان است. در رویکرد بی‌طرفی، نقش حکومت، پاسداری از توانایی افراد برای داوری برای خودشان دربارهٔ با ارزشی برداشت‌های گوناگون از زندگی خوب و فراهم‌آوری توزیع منصفانهٔ حقوق و منابع است تا افراد را توانای بی‌جوبی برداشت‌شان از خیر کند.^{۳۷}

از نظر بی‌طرف‌گرایان، برای نیل به زندگی مطلوب به دو پیش‌شرط نیازمندیم: اول اینکه هدایت زندگی ما از درون و منطبق با اعتقاداتمان در مورد اموری باشد که به زندگی ارزش می‌دهد. لذا افراد باید منابع و آزادی‌های لازم برای پیشبرد زندگی هماهنگ با باورهایشان در باب ارزش‌ها را - بدون واهمه از تبعیض و مجازات - در اختیار داشته باشند. پیش‌شرط دوم این است که ما در زیر سؤال بردن آن باورها و آموختن آنها در پرتو هر نوع داده، نمونه یا بحث‌هایی که فرهنگی‌مان می‌تواند فراهم کند، آزاد باشیم.^{۳۸} بی‌طرف‌گرایان بر این باورند که قضاوت در باب شاخص‌های زندگی مطلوب و غایات (امر خوب)، موضوعی است که می‌باید از طریق ارزیابی‌های فردی و یا تکاپوی جوامع مدنی پیگیری شود؛ حال آنکه حکومت در مدیریت جامعهٔ سیاسی تنها در سطح حق (امر درست)، می‌تواند بایدها و نبایدهایی (حقوق و تکالیفی) را برای تنظیم روابط اجتماعی شهروندان دارای برداشت‌های متضاد از خیر، مقرر کند.

۲- رویکرد کمال‌گرایانهٔ نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب

حقوق اساسی به عنوان نظام حقوقی حاکم بر حکمرانی حکومت با هدف تنظیم قدرت و تضمین حق‌های ملت، پیشینه‌ای دیرین در تاریخ ایران زمین نداشته و نقطهٔ عطف تحولات آزادی‌خواهانه و استبداد ستیزانهٔ ملت ایران را باید در نهضت مشروطه، تشکیل مجلس مؤسسان و تدوین قانون اساسی مشروطه در ۱۲۸۵ شمسی دانست؛ اما انحراف مشروطیت از موازین مطلوب ملت و عدم تحقق واقعی نظام سلطنت مشروطه، دخالت روزافزون بیگانگان، سرکوب نهضت ضد استعماری ملی شدن صنعت

۳۷. ویل کیملیکا، درآمدی بر فلسفهٔ سیاسی معاصر، ترجمهٔ میثم بادامچی و محمد مباحثی (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۶)، ۳۰۲.

38. Will Kymlicka, *Multicultural citizenship, A liberal Theory of Minority Rights* (New York: Oxford University press, 1995), 81.

نفت، راهبرد قهری نظام پهلوی در مُدرنیزاسیون ایران، روشنگری‌های امام خمینی و عوامل تاریخی دیگر که شرح آنها در این مقاله نمی‌گنجد، موجب وقوع انقلاب اسلامی، سقوط رژیم پهلوی دوم در بهمن ۱۳۵۷ و تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر قانون اساسی آذرماه ۱۳۵۸ گردید. شخصیت دینی رهبری انقلاب و نقش تعیین‌کننده ایشان در تکوین نظام سیاسی، مطالبات بخش قابل توجهی از مردم و شاکله فقهی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جهت‌گیری نظام نوپا را به سمت تأسیس دولتی دینی معطوف کرد و فرآیند اکتساب، اعمال و انتقال قدرت سیاسی را بر محور انطباق و عدم مغایرت با موازین مذهب امامیه استوار ساخت. در عین حال برای رعایت الزامات جمهوریّت، اتکای اداره امور عمومی به آرای مردم^{۳۹}، حقوق ملت^{۴۰}، نظارت بر دولت^{۴۱} و پاسخگویی آن - البته در چهارچوب مقتضیات مذهب رسمی کشور - مورد شناسایی قانون اساسی ۱۳۵۸ به عنوان سند مادر نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. با توجه به رسمیت مذهب شیعه اثنی عشری^{۴۲} و حاکمیت موازین این مذهب بر عموم قوانین و مقررات^{۴۳}، می‌توان دولت جمهوری اسلامی ایران را دولتی شریعت‌گرا قلمداد نمود که موازین شرع و الگوی زندگی مطلوب شرعی، هسته مرکزی نظام سیاسی - حقوقی را تشکیل داده است. این بینش با برقراری وحدت میان اخلاق و سیاست، عمل سیاسی را در چهارچوب «هدایت» تعریف می‌کند که در آن عامل سیاسی با به‌کارگیری زمینه و ظرفیت‌های حکومت، برای یافتن شیوه‌های نفوذ در اندیشه و عمل انسان و هدایت آنها به سمت خصال معنوی و تعالی اخلاقی تلاش می‌کند و با ترغیب جامعه، زمینه فضیلت‌مندی آنها را فراهم می‌کند.^{۴۴} با این نگاه به سیاست، نظام حقوق اساسی در ساماندهی حقوقی و سیاسی امور عمومی باید شرایطی را فراهم کند تا همان‌گونه که نظم و امنیت و بهداشت و رفاه و ... فراهم می‌گردد، رشد اخلاقی و ارزشی نیز به وجود آید و جامعه به طور همه‌جانبه و در راستای تمامی اهداف دنیوی و اخروی پیشرفت نماید.^{۴۵} در مقام نسبت‌سنجی نظام

۳۹. اصل ششم قانون اساسی.

۴۰. فرازهایی از اصل سوم، اصل نهم و اصول نوزدهم الی چهل و دوم قانون اساسی.

۴۱. اصول هفتاد و ششم الی نودم، یکصد و یازده، یکصد و هفتاد، یکصد و هفتاد و سوم و یکصد و هفتاد و چهارم قانون اساسی.

۴۲. اصل دوازدهم: دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الأبد غیر قابل تغییر است ...

۴۳. اصل چهارم قانون اساسی.

۴۴. روح‌الله شاطری، مسؤولیت اخلاقی حکومت دینی (قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲)، ۱۰۲-۱۰۴.

۴۵. فاطمه فقیهی، اخلاق و حقوق اساسی، نگاهی بر جایگاه اخلاق در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران:

حقوق اساسی ایران با رویکردهای کمال‌گرایی مذکور در بخش نخست مقاله (کمال‌گرایی کلاسیک؛ لیبرال؛ جامعه‌گرا؛ دینی)، باید رویکرد نظام حقوق اساسی ایران به زندگی مطلوب را کمال‌گرایی دینی تلقی کرد. بر این اساس، مجلس مؤسسان در سال ۱۳۵۸، مبتنی بر انتظار حداکثری از دین، تأکید بر احکام اجتماعی و عمومی اسلام و اسلام سیاسی (ضرورت تشکیل حکومت بر اساس شریعت)، قانون اساسی را با جهت‌گیری کمال‌گرایانه دینی تصویب نمود و رسالت اصلی حکومت را تربیت شهروند و اشاعه اخلاق دینی، برشمرد. در ادامه در سطوح هنجاری و ساختاری، به اثبات این موضوع در نظام حقوق اساسی ایران خواهیم پرداخت و سپس آثار اتخاذ رویکرد کمال‌گرایی دینی بر حقوق شهروندی؛ نحوه مدیریت منابع عمومی و سیاست ورزی خارجی را تحلیل می‌نماییم.

۲-۱- رویکرد کمال‌گرایانه حقوق اساسی ایران در سطح هنجاری

حقوق اساسی هنجاری، متکفل کنکاش پیرامون نظام منابع یا هنجارهای مرجع در حقوق اساسی است^{۴۶} و در این بخش تلاش می‌شود از طریق مطالعات هنجاری در سطوح قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی، رویکرد کمال‌گرای نظام حقوق اساسی ایران را تبیین نماییم.

۲-۱-۱- مقدمه قانون اساسی

در قوانین اساسی مدون در کنار متن اصلی، معمولاً مقدمه یا اعلامیه‌ای نیز وجود دارد که شامل اصول کلی، اهداف و آرمان‌هاست که الهام‌بخش قانون‌گذار عادی است. هدف مقدمه و یا اعلامیه حقوق، اعلام ایدئولوژی، فلسفه سیاسی دولت و برداشت او از جامعه، انسان و حقوق و آزادی‌هایش می‌باشد.^{۴۷} مقدمه قانون اساسی در ابتدای امر، رویکرد کمال‌گرایانه نظام و الگوی خیراسلامی را با بیان رسالت قانون اساسی خاطر نشان می‌سازد. بر این اساس، «حکومت از دیدگاه اسلام، برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست؛ بلکه تبلور آرمان سیاسی ملتی هم‌کیش و هم‌فکر است که به خود سازمان می‌دهد تا در روند تحوّل فکری و عقیدتی، راه خود را به سوی هدف نهایی (حرکت به سوی الله) بگشاید ... چون هدف از حکومت، رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی است (و الی الله المصیر)»^{۴۸}

انتشارات مجد، ۱۳۹۴)، ۱۷۴.

۴۶. علی اکبر گرجی، در تکاپوی حقوق اساسی (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸)، ۱۱.

۴۷. محمدجواد صفار، حقوق اساسی: آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بعد از اصلاحات (تهران: انتشارات استادی، ۱۳۸۸)، ۱۱.

۲-۱-۲- مسؤولیت دولت در رشد فضایل اخلاقی

بند یکم اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با عطف توجه ویژه به زندگی مطلوب شهروندان، ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی را در «رأس» وظایف دولت اسلامی قرار داده است. در راستای مسؤولیت دولت در اعتلای فضایل اخلاقی، سالم‌سازی محیط و تزکیهٔ نفوس، برخی حقوق‌دانان سیاست‌های خاصی را لازم دانسته‌اند؛ از جمله: تدوین و ارائهٔ برنامه‌های جامع و مستغنی فرهنگی و هدایت مستمر به ارزش‌های اخلاقی اسلام و تدوین قوانین جزایی متناسب و تعقیب و مجازات عناصر فاسدالأخلاق.^{۴۸}

۲-۱-۳- امر به معروف و نهی از منکر

قانون اساسی به واسطهٔ جهت‌گیری و بنیان‌های دینی خود و پیرو اذعان به مسؤولیت دولت در رشد فضایل اخلاقی، از آموزهٔ اسلامی «امر به معروف و نهی از منکر» نیز بهره‌جسته و در اصل هشتم، دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر را از سازکارهای مهم نیل به جامعهٔ مطلوب اسلامی، رشد فضایل اخلاقی و طرد مفاسد قلمداد کرده است. دقت نظر در آموزهٔ امر به معروف و نهی از منکر، به روشنی گواه صیغهٔ کمال‌گرای آن است که با اعتقاد به حقانیت مطلق سبک خاصی از زندگی، برداشت‌های مخالف این الگو را مذموم و سزاوار نهی دانسته و دولت را در اشاعه و پیشبرد برداشت‌های موافق الگوی اسلامی، امر قلمداد می‌کند. اهمیت موضوع در نظر برخی نمایندگان مجلس بررسی قانون اساسی تا حدی بوده که از ضرورت تأسیس وزارتخانهٔ امر به معروف و نهی از منکر نیز یاد شده است.^{۴۹}

۲-۱-۴- قوانین عادی و مقررات دولتی

قوانین عادی مصوب پارلمان و مقررات مصوب قوهٔ مجریه، از دیگر منابع و هنجارهای قابل مطالعه در نظام‌های حقوق اساسی محسوب می‌شوند.^{۵۰} در سطح قوانین عادی و بیان قاعده‌ای کلان در باب رویکرد کمال‌گرای نظام، بند «ز» مادهٔ هشتم قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ قابل اشاره است. این حکم قانونی معطوف به بیان امور حاکمیتی، ترویج اخلاق، فرهنگ و مبانی اسلامی را در شمار امور حاکمیتی قلمداد نموده و همچون قانون‌گذاری، استقرار نظم و امنیت، دفاع ملی و ادارهٔ

۴۸. محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد اول (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۵)، ۲۷۴-۲۷۵.

۴۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۴۱۰.

۵۰. بیژن عباسی، «کنکاشی در منابع حقوق اساسی»، فصلنامهٔ حقوق دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۰،

۳(۱۳۸۹)، ۲۵۲-۲۵۵.

امور قضایی، دولت را متولّی انجام آن قرار داده است. به‌علاوه نظری کوتاه بر برخی مصوّبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و آیین‌نامه‌های هیأت وزیران مؤید آن است که نهادهای یادشده پیرو رسالت‌های کلی مذکور در قانون اساسی، مترصد اشاعه فرهنگ اسلامی بوده و در حوزه نمادها، مضامین و نشانه‌ها، پوشش، نحوه گذران اوقات فراغت، فعالیت‌های تبلیغاتی، فرهنگی، هنرهای نمایشی، موسیقیایی و آموزشی، دغدغه خاطر ویژه‌ای نسبت به صیانت از الگوی خیر اسلامی و ترویج الگوی بایسته فرهنگی - هنری دارند. رویکرد نظام اسلامی در حوزه‌های یاد شده بین کمال‌گرایی قهری و غیرقهری در نوسان است و مواردی چون تعطیلی مراکز فرهنگی و لغو مجوز تا اختصاص منابع به فعالیت‌های فرهنگی ارزشمند را در برمی‌گیرد.^{۵۱}

-
۵۱. برای مثال می‌توان به قوانین و مقررات زیر اشاره داشت:
- قانون ساماندهی مد و لباس مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۱۲.
 - آیین‌نامه اماکن عمومی مصوب ۱۳۶۳/۳/۲۲ هیأت وزیران.
 - آیین‌نامه نظارت وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر فعالیت‌های فرهنگی، هنری و تبلیغاتی خارجیان مقیم ایران مصوب ۱۳۶۸/۴/۱۰.
 - آیین‌نامه ترویج و توسعه فرهنگ نماز مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱ هیأت وزیران.
 - آیین‌نامه ساماندهی، بهسازی و عمران مساجد کشور مصوب ۱۳۸۶/۴/۸ هیأت وزیران.
 - سیاست‌های هنرهای نمایشی مصوب ۱۳۷۸/۱۱/۲۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - سیاست‌های مقابله با تهاجم فرهنگی مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۲۴ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - سیاست‌های بهبود وضع گذران اوقات فراغت زنان و دختران مصوب ۱۳۸۱/۱۲/۲۰ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - سیاست‌های توزیع و نمایش فیلم‌های سینمایی و مواد سمعی و بصری خارجی مصوب ۱۳۸۴/۷/۲۷ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - ضوابط نظارت بر نمایش و صدور پروانه مصوب ۱۳۷۹/۲/۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - مصوبه حفظ حدود و آداب اسلامی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی مصوب جلسات تابستان سال ۱۳۶۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - مصوبه «هدایت، ارشاد و احیای نقش واقعی و تبلیغی مساجد برای مقابله با تهاجم فرهنگی» مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۸ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - اساسنامه فرهنگستان هنر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۷/۱۲/۲۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - آیین‌نامه نحوه نظارت بر نشانه‌ها و تصاویر روی البسه و لوازم التحریر و کالاهای مشابه مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۱۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - مصوبه مبانی، اصول و الزامات پیاده‌سازی برنامه جامع سبک زندگی اسلامی - ایرانی مصوب ۱۴۰۱/۸/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
 - سند تحول شورای عالی انقلاب فرهنگی مصوب ۱۴۰۱/۹/۳۰ شورای عالی انقلاب فرهنگی.

۲-۲- رویکرد کمال‌گرایانه حقوق اساسی ایران در سطح ساختاری

استقرار نهایی و پایدار قدرت سیاسی، مستلزم خروج آن از حالت شخصی و نهادینه شدن است و رسالت کلاسیک حقوق اساسی، نهادبندی قدرت و سازمان‌دهی آن در قالب ساختارها و نهادهای سیاسی بوده است. «در مسیر نهادی کردن قدرت، حقوق هم سازمان‌های قدرتمند را مشخص می‌کند و هم قدرت را بین نهادهای مختلف توزیع می‌نماید.»^{۵۲} تحلیل ساختاری- نهادی، امری گریزناپذیر در مطالعات حقوق اساسی به شمار می‌رود و در بخش حاضر تلاش می‌کنیم نهادهایی که نظام حقوق اساسی ایران برای پیشبرد غایات کمال‌گرای خود تأسیس نموده را بررسی کنیم.

۲-۲-۱- ولایت فقیه

یکی از ویژگی‌های فلسفه سیاسی مدرن، گذار از سؤال «چه کسی حکومت کند؟» به مسأله «چگونه حکومت کردن؟» است^{۵۳} و در نظام‌های بی‌طرف، مسأله کلیدی حقوق دانان عمومی و فلاسفه سیاسی، تبیین روش‌های حکمرانی مطلوب است. در مقابل، دغدغه خاطر رویکردهای کمال‌گرا، مسأله شخص حاکم و صلاحیت‌های فردی وی برای هدایت اتباع است. در این رویکرد با نگاه قدسی و غیرعرفی به قدرت، تعیین غایت برای حرکت انسان و بیان ارزش‌های متعالی برای زندگی وی، بدون نظام اجرایی و رهبران آشنا به آن غایات میسر نیست؛ بنابراین نتیجه کمال‌گرایی، اعتقاد به دولتمرد فاضل و فرهمند است. ارسطو در این باره بیان می‌دارد: «تأمین فضیلت هر کشور، نه کاربخت، بلکه حاصل دانش و مملکت‌داری است. فضیلت هر کشور وابسته به آن است که افرادی که در حکومت شرکت دارند، دارای فضیلت باشند».^{۵۴} نظام حقوق اساسی ایران به عنوان دولتی مقید به مذهب امامیه، زندگی فضیلت‌مند شهروندان خود را در چهارچوب الگوی خیر اسلامی دنبال می‌کند و برای تحقق این امر، نیازمند نهادی برتر برای وضع تصمیمات مقتضی، مدیریت کلان کشور، نظارت بر حسن اجرای الزامات شرعی در قوای حکومتی و تضمین عدم انحراف دستگاه‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی است. بدین منظور قانون‌گذار اساسی، زمینه تحقق رهبری فقیه جامع‌الشرایطی را از طریق تعیین خبرگان منتخب مردم فراهم آورده است و در اصل پنجاه و هفتم، نهاد ولایت مطلقه فقیه را مورد شناسایی قرار داده است. در

۵۲. ابوالفضل قاضی، بایسته‌های حقوق اساسی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷)، ۲۶.

۵۳. کارل پوپر، درس این قرن، همراه با دو گفتار درباره آزادی و حکومت دموکراتیک، ترجمه علیپایا (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۷۶)، ۱۱۹-۱۱۵.

۵۴. ارسطو، پیشین، ۳۱۲.

نظام حقوق اساسی ایران، منابع فقه شیعه در این باره نقش کلیدی ایفا نموده است و علاوه بر ارائه ادله نقلی و روایی مربوط به نیابت عام فقها از جانب پیامبر و معصومین (ع) در عصر غیبت، در رویکردی عقلی، فقها را در صورت جمع شرایط، برگزیده‌ترین افراد برای زمامداری جامعه اسلامی در نظر می‌گیرند.

۲-۲-۲- شورای عالی انقلاب فرهنگی

صلاحیت نهادسازی ولی فقیه به استناد صیانت از مصالح جامعه، یکی از آثار مترتب بر نظریه ولایت مطلقه فقیه در اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی است. ولایت انتصابی مطلقه فقیه منتسب به اندیشه فقهی امام خمینی، نظریه‌ای است که مستند به عناوین ثانویه فقهی به خصوص عنوان «مصلحت نظام»، قائل به وسعت اختیارات حاکم اسلامی در مقام اداره جامعه اسلامی است.^{۵۵} در تاریخ سیاسی جمهوری اسلامی ایران، در مواردی حکم حکومتی ولی فقیه منشأ تأسیس نهادهایی خاص در ساختار حکومت بوده است. از جمله این نهادها، می‌توان به شورای عالی انقلاب فرهنگی اشاره داشت. مصوبه سند تحول شورای عالی انقلاب فرهنگی ابلاغ شده در تاریخ ۱۴۰۱/۹/۳۰، این نهاد را به عنوان مرجع عالی سیاستگذاری، تعیین خط مشی، تصمیم‌گیری و هماهنگی و هدایت امور آموزشی، فرهنگی و پژوهشی کشور محسوب نموده و تصمیمات و مصوبات آن را به مثابه سندی بالادستی لازم‌الاجرا دانسته است. در مصوبه یادشده، تزکیه محیط‌های علمی و فرهنگی از افکار مادی و نفی مظاهر و آثار غرب‌زدگی از فضای فرهنگی جامعه، تحول دانشگاه‌ها، مدارس و مراکز فرهنگی و هنری بر اساس فرهنگ صحیح اسلامی، از اهداف شورای عالی انقلاب فرهنگی برشمرده شده و مؤید رویکرد کمال‌گرای نظام حقوق اساسی ایران به مقولات فرهنگ، هنر و آموزش عمومی است. در پایان می‌توان به ساختارها و نهادهای دیگری همچون وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی^{۵۶} اشاره داشت.

۲-۳- تحلیل آثار کمال‌گرایی نظام حقوق اساسی ایران

پس از اثبات رویکرد کمال‌گرایانه نظام حقوق اساسی ایران به زندگی مطلوب در سطوح ساختاری و هنجاری، به تحلیل آثار این امر بر حقوق شهروندی؛ نحوه مدیریت منابع عمومی و سیاست‌ورزی خارجی

۵۵. محمدجواد ارسطو، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (قم: نشر بوستان کتاب، ۱۳۸۹)، ۳۶-۵۶.
 ۵۶. در این راستا «قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۲» در مقام بیان اهداف این نهاد، به رشد فضائل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا، مصونیت جامعه از نفوذ فرهنگ اجانب، رواج فرهنگ و هنر اسلامی، گسترش مناسبات فرهنگی با ملل و اقوام مختلف به خصوص مسلمانان و مستضعفان جهان و فراهم آمدن زمینه‌های وحدت میان مسلمین اشاره دارد.

۲-۳-۱ - حقوق شهروندی

شهروند به دلیل عضویت در یک واحد سیاسی به نام دولت، دارای حقوق و تکالیفی است که مجموع آنها را حقوق شهروندی می‌نامند و ارتباط نزدیکی با مفهوم «ملیت» دارد.^{۵۷} در مطالعات حقوق اساسی مدرن، حق‌ها و آزادی‌های شهروندی مقوله‌ای حائز اهمیت به شمار می‌روند و اتخاذ رویکردهای بنیادین کمال‌گرایانه یا بی‌طرفانه توسط قانون اساسی، تأثیر مستقیمی بر این موضوع بر جای خواهد گذاشت. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به نگرش خاص خود به مفاهیم انسان، حق و آزادی و اتخاذ رویکرد کمال‌گرایانه دینی، نگاهی متفاوت به حقوق شهروندی نسبت به نظام‌های بی‌طرف دارد. از این جهت، ضمن اعتراف به حق‌های شهروندی، در پرتو ضرورت کمال‌انسانی و تبعیت انسان از اراده الهی، قلمرو و حدود حق‌های شهروندی را به موازین اسلامی محدود نموده است. به دیگر سخن، در تحدید حدود حق‌ها و آزادی‌های اساسی، علاوه بر قید عدم‌اضرار به غیر و سلب حقوق دیگران، قید عدم مخالفت اعمال حق با الگوی مطلوب دولت کمال‌گرا، مورد شناسایی نظام حقوقی قرار گرفته است. از این جهت در فصل سوم قانون اساسی (حقوق ملت) قانون‌گذار در ترسیم مرزهای حق‌ها و آزادی‌های شهروندی، به عدم مغایرت استیفای حق با موازین اسلامی صحنه نهاده است.^{۵۸}

به‌علاوه برداشت قانون‌گذار اساسی از مفاهیم حق و آزادی، برداشتی کمال‌گرایانه است که وفق آن، آزادی نه در معنای آزادی‌های منفی (نبود موانع و دخالت‌های بیرونی از ناحیه جامعه و دولت)، بلکه در قالب گزاره «آزادی توأم با مسؤولیت او در برابر خدا»^{۵۹} مورد شناسایی قرار گرفته است. در رابطه با مفهوم حق نیز، قانون‌گذار اساسی همچون نظام‌های بی‌طرف قائل به تفکیک محض «حق داشتن» از «حق بودن» نیست و وفق نگرش اسلامی خود، در برخی فرازها و اصول خود، حق داشتن شهروند را، منوط به حق بودن وی از حیث انطباق با الگوی رسمی از خیر و زندگی مطلوب نموده است.^{۶۰} «در حقوق اسلام، حق داشتن یا نداشتن اشخاص در برخی از امور، بر اساس روا بودن یا نبودن آن امور در نظر گرفته شده

۵۷. حسن خسروی، حقوق اساسی ۳ (تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۷)، ۷.

۵۸. اصول ۲۰، ۲۴، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ قانون اساسی.

۵۹. بند ششم اصل دوم قانون اساسی.

۶۰. برای مثال می‌توان به اصل ۱۱۵ و ضرورت احراز شرط ایمان و اعتقاد به مذهب رسمی کشور توسط نامزد انتخابات ریاست جمهوری اشاره داشت که وفق آن، حق بر انتخاب شدن، تابع حق بودن نامزد از حیث ارزشی و دینی است.

است. برای مثال نظام‌های حقوقی زمانی که واقعیت‌تکوینی میان زن و مرد و آفرینش متقابل این دو برای یکدیگر را در نظر می‌گیرند، حق ازدواج را به رسمیت می‌شناسند. داشتن حق ازدواج مرد با مرد و زن با زن، مبتنی بر روا نبودن یا «حق نبودن» و عدم شایستگی و سزاواری چنین ازدواجی است. زمانی که نظام تکوین، خط بطلان بر چنین رابطه‌ای کشیده است، نظام حقوقی که نظامی اعتباری است نیز، «حق داشتن یا نداشتن» چنین رابطه‌ای را، مطابق با آن جعل می‌کند. ممنوعیت چنین اقدامی به دلیل «حق نبودن» آن است. ممنوعیت اعمالی از این دست، رابطه «حق بودن» و «حق داشتن» را اثبات می‌کند.^{۶۱} بنابراین اتخاذ رویکرد کمال‌گرایانه توسط رژیم حقوق اساسی، بر حدود استحقاق افراد نسبت به حق‌ها و قلمرو استیفای حق‌ها، تأثیرگذار است.

۲-۳-۲- مدیریت منابع عمومی

ایفای کارکردهای دولت هزینه‌بر دارد و هزینه عمومی، بهای خدمات و کالاهایی است که دولت برای انجام فعالیت‌های خود متحمل می‌شود. دولت‌ها برای تأمین این هزینه‌ها از منابع درآمدی خود و در درجه اول، از مالیات شهروندان استفاده می‌کنند؛ بنابراین نسبت تنگاتنگی میان مالیات و گستره کارکردهای دولت وجود دارد. در دولت‌های کمال‌گرا، رسالت تربیتی دولت نسبت به شهروند، مستلزم اندیشیدن تمهیدات مقتضی و تخصیص منابع است و از این جهت، موضوع مدیریت منابع و اعتبارات عمومی، اهمیتی مضاعف می‌یابد. با توجه به اینکه بی‌طرف‌گرایان، افزایش هزینه‌های عمومی دولت را از جمله آثار اتخاذ سیاست‌های کمال‌گرایانه تلقی می‌کنند^{۶۲}، نظام‌های کمال‌گرا باید با برنامه‌ریزی مالی و بودجه‌ای مطلوب و علمی؛ حذف موازی‌کاری‌های نهادی و اجرایی و ارزیابی عملکرد دقیق نهادها و کارآمدی آنها، آسیب‌های احتمالی ناشی از این امر را به حداقل رسانند و منابع عمومی محدود را به نحو مطلوب و بهینه، به نیازهای عمومی، اهداف دولت و قانون اساسی کمال‌گرا، اختصاص دهند.

۲-۳-۳- سیاست‌ورزی خارجی

بینش کمال‌گرای قانون‌گذار اساسی در حوزه روابط بین‌الملل و تعامل با سایر دولت‌ها نیز به چشم می‌خورد

۶۱. حسین جوان آراسته، حقوق بشر در اسلام (قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸)، ۱۴-۱۳.

۶۲. از نظر راولز: اصول عدالت، پرداخت بارانه به دانشگاه‌ها و مؤسسات علمی، یا اپرا و تئاتر را به این دلیل که این نهادها ذاتاً ارزشمندند و کسانی که در آنها وارد می‌شوند باید حتی به بهای تحمیل هزینه به دیگران که مقرری‌های ترمیمی [جبرانی] دریافت نمی‌کنند، پشتیبانی شوند روا نمی‌دارند (جان راولز، نظریه عدالت، ترجمه سید محمد کمال سروریان و مرتضی بحرانی (تهران: نشر پژوهش‌گه مطالعات فرهنگی و اجتماع، ۱۳۸۷)، ۴۹۶-۴۹۷).

و متأثر از فضای انقلابی سال ۱۳۵۸ شمسی و مفاهیم و آموزه‌های اسلامی همچون «امت»، پذیرای تعمیم الگوی خیر اسلامی به سایر جنبش‌های خارجی است. «بر اساس اندیشه اسلامی، امت، تشکیل شده از انسان‌های هم‌فکر و هم‌عقیده‌ای است که بر اساس عقیده و آرمان مشترک، سازمان سیاسی و نظام مشترکی را پذیرفته‌اند. اتحاد و یکپارچگی خصلتی تفکیک‌ناپذیر از مفهوم امت است».^{۶۳} طبق مقدمه قانون اساسی و اصل یازدهم^{۶۴}، این سند با توجه به محتوای اسلامی انقلاب ایران که حرکتی برای پیروزی تمامی مستضعفین بر مستکبرین بود، زمینه تداوم این انقلاب را به‌ویژه در گسترش روابط بین‌المللی با دیگر جنبش‌های اسلامی در داخل و خارج کشور فراهم می‌کند و می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحد جهانی را هموار کند؛ بنابراین حسب مستندات مورد اشاره، می‌توان شماری از سیاست‌های کلان خارجی نظام جمهوری اسلامی ایران را متأثر از رویکرد کمال‌گرایانه قانون اساسی دانست.

نتیجه‌گیری

در مقام پاسخ به سؤال تحقیق، باید رویکرد نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به زندگی مطلوب شهروند را «کمال‌گرایانه دینی» انگاشت که آثار اتخاذ این رویکرد بر حق‌های شهروندی، نحوه مدیریت منابع عمومی و سیاست‌ورزی خارجی بررسی گردید. با بررسی‌های انجام شده این رهیافت حاصل می‌شود که پذیرش کمال‌گرایی محض (همچون الگوی کلاسیک یونانی) و نیز بی‌طرفی محض، با مناقشات و کاستی‌هایی مواجه است.

در باب آسیب‌های کمال‌گرایی محض، می‌توان اقتدارگرایی حکومت، ترجیح حداکثری نظم بر حق، تحدید خودآیینی فردی، نقض حقوق اقلیت‌ها، رواج رذیلت اخلاقی ریا و تظاهر با هدف جلب مواهب دولتی و افزایش هزینه‌های عمومی را برشمرد. در باب آسیب‌های بی‌طرفی محض - همان‌گونه که جماعت‌گرایان معاصر غربی متذکر می‌شوند - محوریت‌بخشی به اراده انسان در تشخیص حسن و قبح امور و حق مطلق وی در انتخاب الگوی خیر، به اضمحلال جماعت و تعلقات جمعی افراد انجامیده است و معضلات اخلاقی و گسترش برخی ناهنجاری‌های اجتماعی را در پی دارد. پیشنهاد آنان برای رفع این مشکلات، احیای اخلاق فضیلت و برقراری گفت‌وگوی عمومی در باب زندگی خوب از طریق

۶۳. عباسعلی عمیدزنجانی، فقه سیاسی جلد اول (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳)، ۲۳۹.

۶۴. اصل یازدهم به حکم آیه کریمه «ان هذه امتکم امة واحدة و انا ربکم فاعبدون» همه مسلمانان يك امت‌اند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه ائتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش پیگیر به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد.

نهادهای سیاسی است.

در کشور ما بر اساس مطالبات تاریخی ملت در صدر انقلاب اسلامی جهت‌سازای نظام سیاسی - حقوقی و نیز ترکیب غالباً فقیه مجلس مؤسسان منتخب مردم در سال ۵۸، قانون اساسی با رویکرد «کمال‌گرایی دینی» تنظیم گردید و در آذر ۵۸ به تأیید آرای عمومی رسید و ملت با نقش تربیتی و مربی‌گونه حکومت و اشاعه بایسته‌های زندگی مطلوب توسط این نهاد بر اساس دین و مذهب رسمی کشور موافقت نمودند. بر این اساس، اکثریت ملت ایران با ابراز اعتقاد دیرینه به موازین شرع مقدس و نقش آن در اعتلا اخلاقی و زیست فضیلت‌مند، دین اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری را به عنوان منبع بنیادین زندگی مطلوب و خیر، برگزیدند. این رویکرد کمال‌گرایانه دینی، بین روش‌های قهری و غیرقهری در نوسان است و از جرم‌انگاری و مواجهه کیفری با برخی رفتارها (فعل‌ها و ترک فعل‌های) شهروندان تا تخصیص منابع به برخی نهادها یا رفتارهای منطبق با قرائت نظام حقوق اساسی از زندگی مطلوب را دربرمی‌گیرد.

در عین حال، نگارنده قائل به ضرورت انسداد مسیر کمال‌گرایی به اقتدارگرایی است و تحقق این هدف را، مستلزم توجه بیش از پیش ارکان حکومت به شاخص‌های جمهوری‌مآبانه قانون اساسی می‌داند. به دیگر سخن، قانون‌گذار اساسی نسبت به آسیب‌های کمال‌گرایی محض واقف بوده و با اذعان به ضرورت محو هرگونه استبداد و خودکامگی، مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، تساوی عموم در برابر قانون (اصل سوم)، اتکای اداره امور عمومی به آرای عمومی (اصل ۶)، احترام به آزادی‌های مشروع (اصل ۹ و فصل سوم)، حقوق اقلیت‌های دینی (اصول ۱۳، ۱۲، ۱۴)، همه‌پرسی تقنینی و رجوع به آرای عمومی در قانون‌گذاری عادی پیرامون مسائل بسیار مهم (اصل ۵۹) و ...، به ارزش‌های حقوق عمومی و فلسفه سیاسی همچون آزادی و برابری و حاکمیت ملی اهتمام ورزیده است. در راستای ظرفیت‌های مردم‌سالار قانون اساسی و ضرورت عنایت مضاعف به آنها در مقام عمل، پیشنهاد می‌شود حکومت راهبرد کمال‌گرای خود را به سمت‌وسوی گزینه‌هایی همچون گسترش آموزش دولتی، افزایش سرانه مطالعه عمومی از طریق تقویت مراکز فرهنگی، احداث پارک‌های عمومی، احیای بناهای تاریخی و سوق دادن مردم به سمت تفریحات سالم و کم‌هزینه همچون ورزش همگانی هدایت کند و از این طریق، زمینه تعامل بیشتر دولت و ملت را فراهم سازد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- ارسطو، محمدجواد. نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران. قم: نشر بوستان کتاب، ۱۳۸۹.
- ارسطو. سیاست. ترجمه حمید عنایت. تهران: شرکت سهامی انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱.
- افلاطون. جمهوری. ترجمه محمدحسن لطفی. تهران: چاپ نشر خوشه، ۱۳۵۳.
- پوپر، کارل. درس این قرن، همراه با دو گفتار درباره آزادی و حکومت دموکراتیک. ترجمه علی پایا. تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۷۶.
- جوان آراسته، حسین. حقوق بشر در اسلام. قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸.
- حسینی بهشتی، علیرضا. بنیاد نظری سیاست در جوامع چندفرهنگی. تهران: انتشارات بقعه، ۱۳۸۰.
- حقیقت، صادق. «نقد موج‌های جماعت‌گرایی به لیبرالیسم». فصلنامه رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، ۱۱، ۳ (۱۳۹۹): ۹۴-۷۱. Doi : 10.29252/piaj.2020.99926
- خسروی، حسن. حقوق اساسی ۳. تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۷.
- راسخ، محمد. درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی. تهران: انتشارات خانه اندیشمندان علوم انسانی، ۱۳۹۴.
- راولز، جان، (۱۳۸۷)، نظریه عدالت، ترجمه سیدمحمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی، تهران، نشر پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- راولز، جان. عدالت به مثابه انصاف، یک بازگویی، ترجمه عرفان ثابتی، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۹۲.
- رحمت‌الهی، حسین. تحول قدرت، دولت و حاکمیت از سپیده‌دمان تاریخ تا عصر جهانی شدن. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
- رحمت‌الهی، حسین و امید شیرزاد. کمال‌گرایی و بی‌طرفی و آثار آن در ساختار قدرت و حقوق عمومی. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸.
- شاطری، روح‌الله. مسؤولیت اخلاقی حکومت دینی. قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲.
- شجاعی‌زند، علیرضا. دین در زمانه و زمینه مدرن. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۴.
- شیرزاد، امید. «جماعت‌گرایی و حقوق عمومی؛ نسبت‌سنجی و تحلیل». فصلنامه علمی - پژوهشی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی. ۸۹ (۱۳۹۹): ۳۹۷-۳۷۱. Doi : 10.52547/lawresearch.23.89.371
- صفار، محمدجواد. حقوق اساسی: آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بعد از اصلاحات. تهران: انتشارات استادی، ۱۳۸۸.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول و سوم. تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
- عباسی، بیژن. «کنکاشی در منابع حقوق اساسی». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۳، ۴۰ (۱۳۸۹): ۲۶۰-۲۴۷. DOR : 20.1001.1.25885618.1389.40.3.14.9
- عمیدزنجانی، عباسعلی. جلد اول. فقه‌سیاسی. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳.
- فقیهی، فاطمه. اخلاق و حقوق اساسی، نگاهی بر جایگاه اخلاق در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- قاضی، ابوالفضل. بایسته‌های حقوق اساسی. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
- کاظمی، علی اصغر و حسن بوژمهرانی. «بازسازی مناظره لیبرال‌ها و جماعت‌گرایان بر مبنای انتقادات سندل بر لیبرال دموکراسی». فصلنامه علمی - پژوهشی مطالعات سیاسی، ۲، ۷ (۱۳۸۹): ۲۴-۱.

- کیملیکا، ویل. «جماعت‌گرایی». ترجمه فرهاد مشتاق‌صفت. فصلنامه قیسات. ۵۶ (۱۳۷۶): ۱۳۹-۱۱۳.
 - کیملیکا، ویل. درآمدی بر فلسفه سیاسی معاصر. ترجمه میثم بادامچی و محمد مباحثی. تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
 - گرجی، علی‌اکبر. در تکاپوی حقوق اساسی. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
 - لیدمان، سون اریک. تاریخ عقاید سیاسی. ترجمه سعید مقدم. تهران: نشر اختران، ۱۳۸۱.
 - محمودی، علی. درخشش دموکراسی، تأملی در اخلاق سیاسی، دین و دموکراسی لیبرال. تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۳.
 - هاشمی، محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد اول. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
 - همپتن، جین. فلسفه سیاسی. ترجمه خشایار دیهیمی. تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۰.
- (ب) منابع خارجی

- Hurka, Thomas. *Perfectionism*. New York: Oxford University press, 1993.
- Klosko, George & Steven Wall (editors). *Perfectionism and Neutrality: Essays in Liberal Theory*. 1st Ed. Rowman & Littlefield publishers, 2003.
- Kymlicka, Will. *Multicultural citizenship, A liberal Theory of Minority Rights*. New York, Oxford University press, 1995.
- Wall, Steven. *Liberalism, perfectionism and restraint*. New York: Cambridge University press, 1998.
- Raz, Joseph. *The morality of freedom*. 1st Ed. Oxford: Clarendon prees, 1986.

The Need for Correct and Fair Policies in Urban Construction Contracting Contracts

*Mahdi Sajadikia*¹, Mostafa Shahbazi²*

1. M.A. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University, Mashhad, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: mahdi.sajadikia@gmail.com

2. Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: shahbazimostafa@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.334518.2001

Received:
30 May 2022

Accepted:
27 July 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

Contractual agreements are a type of administrative contract that usually institutions, public and responsible administrative organizations, as employers (which are the manifestation of the public interest), enter into contracts with individuals within the framework of accounting financial rules and regulations and the provisions of general conditions. Among these contracts are contracting contracts in the field of urban construction, which have important effects and require the necessary attention and policy-making according to the urban components in the field. In this article, with an analytical-descriptive method and in the form of a library, we will examine the effects and policies of contracting contracts in the field of urban construction in the Iranian legal system because; In these contracts, more obligations are imposed on the other party, which

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



is not a government. Therefore, in construction construction contracts, which are examples of urban construction contracting contracts, in relation to policy and provisions related to guarantee and compensation, the responsibility of the parties for urban construction, modification of construction contract and relative It is the effect of the contract, to make the necessary inquiries and the agreement must be made taking into account these components, otherwise the contract and its effects will not be complete.

Keywords: Urban Construction, Policy Making, Contracting, Administrative Contract, The Employer.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahdi Sajadikia: Supervision, Project administration, Writing - Review & Editing, Resources, Validation, analysis, Conceptualization, Methodology.

Mostafa Shahbazi: Visualization, Methodology, Software, Investigation, Data Curation, Writing - Original Draft.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Sajadikia, Mahdi & Mostafa Shahbazi. "The Need for Correct and Fair Policies in Urban Construction Contracting Contracts" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 311-336.

E x t e n d e d A b s t r a c t

The *Locatio Operis* contracts are a kinds of administrative contract, one side of which is usually institutions, public and administrative government organizations, as the employer (which embodies the implementation of public interests), and the other side, various individuals who are mainly legal, undertake to conclude the contract. Within the framework of accounting financial laws and regulations and the provisions of the general conditions of the contract (as sub-contractual conditions). Among these contracts are *Locatio Operis* contracts in the field of urban construction, which have many different effects. Often, these works are not limited to the time of contract implementation, but will also follow after the completion of the contract. For this reason, the necessary attention and the necessity of correct and accurate policy making about the urban components, are of double importance in this regard. In this article, which was completed with the analytical-descriptive method and in library form, we will examine the works and policies of *Locatio Operis* contracts in the field of urban construction in Iran's legal system because; In the aforementioned *Locatio Operis* contracts, numerous obligations are imposed on the shoulders of the other party, which is not a government (contractor). Regarding supplementary contracts (the mentioned *Locatio Operis* contracts are examples of supplementary contracts) in terms of the fact that one party is in a superior position, as a result, he is the ruler in determining the conditions and according to the effects of the theoretical contract, and the other party is bound to accept the imposed conditions. . Of course, in the case of *Locatio Operis* contracts, because the employer is a legal entity of public law and must keep in mind the protection of the public and society's interests, creating some restrictions for the contractor and having a superior position seems to be fine. Therefore, building construction contracts, which are examples of urban construction *Locatio Operis* contracts, are important and should be used in areas such as fair policies, conditions related to guarantee and compensation for damage caused by the *Locatio Operis* contracts, the responsibility of the parties for construction And the urban structure, the adjustment of the construction contract and the relativity of the effect of the contract, take the necessary care and agree by considering these components. Otherwise, the contract and its works will not be complete. Also, the principle of relativity of contracts emphasizes that the contract will be effective only for the contracting parties and will not have any effect on third parties who were not involved in the contract. Of course, it is obvious that in the case where the obligations that the parties have accepted, the theory of vicarious authority may also arise. In the assumption of the entry of a deputy, to fulfill the obligations of the employer or contractor, we must accept a special deputy. It should also be anticipated that in some cases, contractual

obligations may not be implemented for any reason, and as a result, one of the parties will be held civilly responsible. In this regard, due to the special importance of this type of obligation, it is necessary to consider policies and predictions in addition to the general rules of civil responsibility and general legal principles, because; In many cases, the parties to the contract do not commit an act that causes damage to the other party, but they find civil liability on behalf of the people attributed to them. Regardless of these cases, what is very important is that in most cases the contract is concluded according to the will of the parties and taking into account all aspects of the public and private spheres, and even technical and specialized fields. Circumstances beyond the will of the parties that could not be predicted happen, which affect the main elements of the contract, i.e., the contractual substitutes, which causes one of the parties to the contract to suffer from the implementation of the contract, and perhaps it can even be said that the other party, without having any basis, and this example may be considered as unjustified possession. In other words, the contractual balance changes, in this case, what can make the contract and its conditions fairer, in this case, adjusting the contract according to the nature of this type of contract, explicit and implicit terms, the will of There are sides and most importantly the existing situation, which undoubtedly requires precision and delicacy.

ضرورت سیاست‌گذاری‌های صحیح و منصفانه در قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وسازهای شهری

مهدی سجادی کیا*^۱، مصطفی شاهبازی^۲

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: mahdi.sajadikia@gmail.com

۲. دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

Email: shahbazimostafa@gmail.com

چکیده:

قراردادهای پیمانکاری نوعی از قراردادهای اداری هستند که معمولاً مؤسسات، سازمان‌های عمومی و اداری مسؤول، به عنوان کارفرما (که مظهر اجرای منافع عمومی هستند)، با اشخاص مبادرت به انعقاد آن در چهارچوب قوانین و مقررات مالی محاسباتی و مفاد شرایط عمومی پیمان می‌نمایند. ازجمله این قراردادها، قراردادهای پیمانکاری در حوزه ساخت‌وسازهای شهری می‌باشد که دارای آثاری مهم هستند و توجه لازم و سیاست‌گذاری با توجه به مؤلفه‌های شهری در این زمینه را ایجاب می‌نماید. در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی و به صورت کتابخانه‌ای به بررسی آثار و سیاست‌گذاری‌های قراردادهای پیمانکاری در زمینه ساخت‌وسازهای شهری در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت چراکه؛ در قراردادهای پیمانکاری مذکور، تعهدات بیشتری بر دوش طرف مقابل که دولتی نیست تحمیل می‌شود. لذا در قراردادهای ساخت‌وساز ساختمانی که مصداقی از مصادیق قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وساز شهری می‌باشد، بایستی در



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.334518.2001

تاریخ دریافت:

۹ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۵ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



رابطه با سیاست‌گذاری و مفادی که مربوط به تضمین و جبران خسارت، مسؤلیت طرفین برای ساخت‌وساز شهری، تعدیل قرارداد ساخت‌وساز و نسبی بودن اثر قرارداد است، تدقیق لازم را به عمل آورد و توافق با در نظر گرفتن این مؤلفه‌ها صورت پذیرد، در غیر این صورت قرارداد پیمانکاری و آثار آن کامل نخواهد بود.

کلیدواژه‌ها:

ساخت‌وساز شهری، سیاست‌گذاری، قرارداد پیمانکاری، قرارداد اداری، کارفرما.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی سجادی کیا: نظارت، مدیریت پروژه، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، مفهوم‌سازی.

مصطفی شاهبازی: روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحقیق و بررسی، تصویرسازی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

سجادی کیا، مهدی و مصطفی شاهبازی. «ضرورت سیاست‌گذاری‌های صحیح و منصفانه در قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وسازهای شهری». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۳۱۳-۳۳۶.

مقدمه

آثار قرارداد اداری به آثار ناشی شده از قراردادهایی گفته می‌شود که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و به منظور تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود.^۱ قراردادهای پیمانکاری یکی از انواع قراردادهای اداری است و می‌تواند دارای موضوعات گوناگونی باشد مانند ساختمان، حمل و نقل و...^۲. با توجه به این مهم که آثار ناشی از این گونه قراردادها، علاوه بر طرفین آن، جامعه را نیز متأثر می‌سازد، ورود دولت به جهت سیاست‌گذاری و تأمین مصالح عمومی و اجتماعی کاملاً با بدهت عقلی مواجه است که نمونه‌ای از این سیاست‌گذاری‌ها در این زمینه توسط حاکمیت را بیان می‌گردد.

قراردادهای پیمانکاری با توجه به این خصیصه که دستگاه اجرایی دولت یا به عبارت بهتر، سازمان یا اداره‌ای دولتی، مسؤوول اجرای طرح به عنوان یک طرف قرارداد و حافظ حقوق عامه است، از مقدمات و ترتیبات خاصی پیروی می‌کند و هدف از این مقدمات و ترتیبات در وهله اول حفظ مصالح عمومی و منافع بیت‌المال توسط دولت و سپس دستیابی به یک حداقل استاندارد و مطلوب جهت کارهای عمرانی متعلق به عموم جامعه و در نهایت، ایجاد نظم معقول و هماهنگ در فرم و شکل این قراردادها می‌باشد؛ بنابراین صرف قرارداد، پیمانکار باید تشریفات و قوانین حاکم و شرایط انعقاد قرارداد با دولت که به عنوان کارفرما است، قوانین و مقررات کار، بیمه‌های اجتماعی، مالیات‌ها، عوارض شهرداری و دیگر قوانین لازم که سیاست‌گذاری‌های حکومتی است را، بدانند و با علم، آگاهی و با در نظر داشتن ملاحظات مذکور و توانایی‌های خود در انجام موضوع پیمان، به انعقاد آن مبادرت نماید تا موجب ورود خسارت به دولت و خود نگردد. منظور از آثار حقوقی قرارداد پیمانکاری، آثاری است که پس از انعقاد قرارداد، با لحاظ داشتن شرایط لازم و اساسی جهت صحت هر عقد، پدیدار خواهد گشت؛ که اعم است از آثار عمومی موجود در تمامی قراردادها و آثار ختم قرارداد که مربوط به تعهدات خاص، حقوق و امتیازات ناشی از همان قرارداد خواهد بود؛ بنابراین پیمانکار با انعقاد قرارداد تعهداتی را می‌پذیرد و حقوق و اختیاراتی را دارا می‌شود.^۳ حال با توجه به آنچه بیان شد، در مقاله پیش رو ابتدا به مفهوم و ماهیت قرارداد پیمانکاری خواهیم پرداخت و

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰)، ۵۳۳.

۲. مجتبی راستاد، «تعدیل ناشی از اجرای قانون در قراردادهای پیمانکاری»، (مقاله ارائه شده در کنفرانس ملی تحقیقات

علمی جهان در مدیریت، حسابداری، حقوق و علوم اجتماعی، شهر شیراز، ۱۳۹۶/۹/۲)، ۵.

۳. مسعود رحمانیان، آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری دولتی: آثار عام و خاص (تعهدات، حقوق، امتیازات طرفین پیمان و

ضمانت اجرای قراردادهای پیمانکاری دولتی) (تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۵)، ۱۹.

سپس با در نظر داشتن سیاست‌گذاری‌های انجام شده در این زمینه مانند شرایط عمومی پیمان و قوانین وضع شده، آثار قراردادهای پیمانکاری در حوزه ساخت‌وسازهای شهری که شامل نسبی بودن اثر قرارداد بین پیمانکار و کارفرما، جبران خسارت در قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وساز شهری، مسؤلیت پیمانکار و طرف مقابل قرارداد برای ساخت‌وسازهای شهری و تعدیل قرارداد ساخت‌وساز می‌باشد را مورد بررسی قرار خواهیم داد. در پایان نیز آثار تضمین و جبران در قراردادهای پیمانکاری را که شامل دو زیرمجموعه که اثر تضمین و جبران نسبت به کارفرما و اثر تضمین نسبت به پیمانکار می‌باشد را بررسی می‌نماییم. با عنایت بدانچه که بیان شد لازم به ذکر است که به نقل از سیمون جیمز^۴ بیان داشتند، سیاست‌گذاری دارای شش مرحله بوده که قانون‌گذاری و یا تحمیل مقرراتی از جانب دولت و حاکمیت، مهم‌ترین مرحله آن به حساب می‌آید.^۵

۱- مفهوم و ماهیت قرارداد پیمانکاری

نظر به اینکه نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه نیز می‌باشد، با فحص و تتبع در متون فقهی عبارتی با نام قرارداد پیمانکاری مشاهده نمی‌شود و بدیهی می‌نماید که قرارداد پیمانکاری از عقود مستحدثه و نامعین است که مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها توجیه می‌گردد. با توجه به مبانی و تعاریفی که از اجاره اشخاص در متون فقهی ارائه گردیده است^۶، می‌توان مدعی بر آن شد که قرارداد پیمانکاری با توجه به مشابهت بسیاری که با نهاد اجاره اشخاص دارد، از شقوق این نهاد و برگرفته از آن بوده که به علت خروج موضوعی داشتن از اطالۀ کلام پرهیز می‌گردد؛ بنابراین با تمسک به ماده ۱۰ قانون مدنی چنین استنباط می‌نماییم که قرارداد پیمانکاری تابع قراردادهای خصوصی بوده و نسبت به طرفین نافذ می‌باشد. این نهاد نوظهور که به سبب توسعه صنعتی و اجتماعی پا در دنیای حقوق نهاد، از منظر اصول حقوقی من جمله عقود است که فسخ آن به سادگی تجویز نمی‌گردد مگر در موارد خاص

4. Simon James

۵. وحید سینائی و سمیه زمانی، «نقش مجالس قانونگذاری در فرآیند سیاست‌گذاری: به سوی یک الگوی نشری»، فصلنامه راهبرد ۵۸ (۱۳۹۰)، ۷۰.

۶. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، بی‌تا)، ۵۳۲؛ شیخ محمدعلی انصاری، الموسوعه الفقهيہ الميسره (بیجا، مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۵)، ۲۲۳؛ مرتضی بروجردی و ابوالقاسم خوبی، المستند فی شرح العروه الوثقی (قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، بی‌تا)، ۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (بی‌جا، بی‌تا)، ۳۲۷؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲)، ۲۰۴.

و استثنا. همان‌گونه که مبرهن است، در موارد سکوت و ابهام در خصوص جواز یا عدم جواز فسخ قرارداد بایستی به اصل رجوع کرد. به تعبیری در خصوص این نوع از قراردادها نص و تجویزی دال بر جواز حق فسخ موجود نمی‌باشد پس با عنایت به اصولی حقوقی از جمله اصل اللزوم، باید پایبندی به قرارداد توسط طرفین را ادعا نمود و بیان داشت که طرفین حق فسخ قرارداد را نخواهند داشت مگر در موارد خاص مثل اقاله یا تجویز فسخ به وسیله قانون. البته مورد توجه است که اصل لزوم قراردادها بدین معنی نمی‌باشد که به هیچ عنوان نمی‌توان تغییراتی در عقد داد یا با درج شرط ضمن عقد هم نمی‌توان عقد لازم را به جایز تبدیل نمود، بلکه با وجود حاکمیت اراده در قراردادها دیگر جای منازعه و مناقشه‌ای در این خصوص باقی نمی‌ماند. بدین ترتیب قانون‌گذار با در نظر گرفتن مصالحی با مقرر نمودن ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان که از جمله سیاست‌گذاری‌ها در قراردادهای مذکور است، حق فسخ قرارداد پیمانکاری را برای کارفرما پیش‌بینی نموده است^۷ و باید توجه داشت که قرارداد پیمانکاری از عقود است که دو وجهی به منصفه ظهور می‌رسد بدین معنی که قرارداد از طرف کارفرما جایز و از طرف پیمانکار لازم بوده است و لازم به ذکر است که به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان این مقرره ناشی از حاکمیت دولت می‌باشد که کارفرما را برای فسخ قرارداد محق دانسته و در برخی شرایط به کارفرما اجازه سلب این حق را از خود نداده است.^۸ هرچند در حقوق ایران اصل بر رضایی بودن قراردادها می‌باشد و در موارد شک باید اصل را جاری کرد مگر اینکه تصریح به تشریفاتی شده باشد، در مورد ماهیت این نوع قراردادها باید اذعان داشت که به جهت تعیین تعهدات طرفین، نوع و کیفیت حقوق طرفین، تشریفاتی برای انعقاد مقرر گردیده شده است. به عنوان مثال مواد شرایط عمومی پیمان، فرم ضمانت‌نامه، نمونه قراردادهای پیمانکاری و ... نمونه‌ای از تشریفات لازم می‌باشد که سازمان برنامه و بودجه آنها را منتشر می‌کند و رعایت این شرایط توسط طرفین لازم دانسته شده است. از دیگر خصوصیت‌های قابل ذکر این عقود، مستمر بودن آن می‌باشد، زیرا باید مدت زمان مشخصی را برای انجام عملیات در نظر گرفت و پیمانکار که می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد، باید در این بازه زمانی تعهدات خویش را ایفا نماید و کارفرما هم گام به گام و یا مرحله به مرحله درصدد پرداخت عوض قراردادی برآید.^۹ برخی نوعی از قرارداد پیمانکاری را متصور شده‌اند که با نام پیمانکاری دولتی مشهور است. گرچه در ماهیت قرارداد پیمانکاری در نوع اول و دوم چندان تفاوتی

۷. الهام امین پور، «ماهیت حقوقی قرارداد پیمانکاری در حقوق ایران» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت معلم، ۱۳۸۸)، ۱۰.

۸. منوچهر مؤتمنی طباطبایی، حقوق اداری (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱)، ۳۱۷.

۹. امین پور، پیشین، ۱۲-۱۳.

وجود دارد ولی می‌تواند از نظر شکلی و بعضاً ماهیتی تفاوت‌های اندکی با هم داشته باشند. وقتی یکی از طرفین قرارداد پیمانکاری دولت باشد، مفهوم قرارداد از تعابیر سنتی خارج شده و مفهومی نو و جدید نمایان می‌شود، درحالی‌که در قراردادهای خصوصی، این مفهوم تفاوت داشته و تعهدات بر اساس اراده طرفین شکل می‌گیرد. در قراردادهای پیمانکاری دولتی که یک طرف آن دولت می‌باشد، به نوعی اعمال حاکمیت داشته و نقش مهمی در روند قرارداد را ایفا می‌نماید. برخی از نویسندگان مدعی هستند: «گرچه این قراردادها (پیمانکاری دولتی) از طرف بیشتر حقوق‌دانان تعریف و توصیف نشده‌اند ولی واضح است که این قراردادها بیشتر مشابه قراردادهای اداری همانند استخدام، امتیاز عمومی، عاملیت می‌باشند».^{۱۰} معمولاً سازمان‌ها و مؤسسات دولتی با اشخاص مختلف اعم از حقیقی و حقوقی اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند که در نگاه اول، این قراردادها به نوعی تداعی‌گر سازکارهای قراردادهای خصوصی همانند وکالت یا بیع و ... می‌باشد که طرفین معمولاً در شرایط برابری قرار دارند، ولی با تدقیق در جوانب مختلف درمی‌یابیم که عناصر خاصی وجود دارد و باعث برهم خوردن تئوری موازنه تعهدات می‌شود و در نتیجه تساوی و برابری بین طرفین قرارداد دیده نمی‌شود. به عنوان مثال ممکن است یکی از ادارات دولتی با طرف‌های خصوصی، قراردادی را برای خدمات عمومی منعقد سازد که در این میان، کفه ترازو از سمت دولت سنگینی نماید و قالب قرارداد بیشتر از پیمانکاری شبیه به قرارداد اداری می‌شود.^{۱۱} به عبارت دیگر نوعی از قراردادهای اداری می‌باشد که سازمان‌های اداری یا نماینده آنان با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی با هدف انجام عمل یا خدمتی عمومی بر طبق احکام خاص منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن در صلاحیت دادگاه‌های اداری است ولیکن در قالب قراردادهای پیمانکاری گنجانده می‌شود.^{۱۲}

مطابق ماده ۱ قانون معاملات دولتی فرانسه چنین قراردادهایی به نوعی الحاقی تلقی شده است که شرایطی را از پیش تعیین می‌نمایند و میان اشخاص خصوصی و دولتی در حیطه‌های مختلفی از جمله مشاوره‌ای، عمرانی یا خدمات عمومی منعقد می‌گردد^{۱۳} و این عملکرد نیز نوعی از روش‌های

۱۰. رضا عبیدی، «تعهدات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی در حقوق ایران و فرانسه» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۰)، ۶-۷.

۱۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ۵۳۲.

۱۲. ولی‌الله انصاری، حقوق اداری (تهران: میزان، ۱۳۹۷)، ۳۲.

13. Marchés de travaux / Marchés de Industriel, Marchés de Tournitures courants et de services / Marchés de des prestations intellectuelles.

سیاست‌گذاری در این خصوص به شمار می‌آید. قانون قلمرو دولت در ماده ۸۴ هم اشخاص نامبرده (اشخاص خصوصی و دولتی) را دخیل در این امر دانسته و به نوعی تعریفی همانند تعریف قبیل را ارائه می‌دهد، با این تفاوت که علاوه بر اشخاص خصوصی که می‌توانند با اشخاص عمومی در قالب قرارداد پیمانکاری به توافق برسند، اشخاص دولتی با اشخاص دولتی دیگری نیز می‌توانند با هم قرارداد منعقد کرده و در چهارچوب پیمانکاری همکاری نمایند.^{۱۴} در این وهله که مشخصاً در انعقاد قرارداد میان اشخاص خصوصی با دولت، یک طرف اعمال حاکمیت دارد و معمولاً آن هم دولت است و نزاعی در خصوص تفوق یکی نسبت به دیگری در اعمال حاکمیت جلوه نمی‌کند زیرا اعمال قدرت در برابر اشخاص خصوصی توسط دولت امری بدیهی است اما نزاع و بحث اینجاست که در این گونه قراردادها که هر دو طرف دولتی محسوب می‌شوند، کدام یک از طرفین برای اعمال حاکمیت بر دیگری تفوق و رجحان دارد؟ با توجه به اصول حقوقی، به نظر می‌رسد هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق ایران، طرفین هنگامی که دولتی هستند، همانند دو شخص خصوصی به شمار می‌آیند که بین خود، قرارداد پیمانکاری برای ساخت‌وساز یا مسکن منعقد می‌سازند و مقابل همدیگر برابر هستند؛ به عبارت دیگر وقتی شخص خصوصی در پی انعقاد قراردادی با شخص دولتی می‌رود، اعمال حاکمیت او را مفروض دارد، زیرا دولت به نمایندگی از عموم جامعه، در صدد ایجاد و حفظ منافع عمومی اقدام می‌نماید و هر چه و هرکس در مقابل این خواسته قرار گیرد را نادیده به حساب می‌آورد و برای رسیدن به هدف غایی خود که تأمین منافع عمومی و جامعه است می‌کوشد لکن در قراردادهایی که طرفین دولت یا نماینده دولت هستند، هدفی مشترک دارند که نظم و منافع عمومی است و علتی برای رجحان یکی بر دیگری به چشم نمی‌آید، زیرا دلیل تفوق و جایگاه هر کدام، به وسیله تفوق و جایگاه طرف مقابل ساقط می‌گردد (الدیلان اذا تعارضا تساقطا) و بایستی هر دو را در شرایط و جایگاه یکسانی قرار داد.

لوبادر^{۱۵} حقوق دانان فرانسوی، قراردادی که مؤسسات عمومی دولتی برای انجام خدمات عمومی یا سایر خدمات، با اشخاص دیگر منعقد می‌سازند که این نوع قرارداد بیشتر در حوزه قراردادهای اداری می‌باشد را پیمانکاری عمومی یا دولتی می‌نامد.^{۱۶} در حقوق ایران هم مبحث قرارداد پیمانکاری را می‌توان در قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۹ جست‌وجو کرد. در ماده ۱۱ قانون مارالذکر چنین تعریفی ارائه گردیده است که اداره یا مؤسسه دولتی جهت فروش کالا یا انجام خدمات یا امور مرتبط با دولت، ضمن تعیین

۱۴. عبیدی، پیشین، ۸.

15. Laubader

16. Laubader, 1996, 740.

مزدی با اشخاصی که مقاطعه‌کار نام دارند، به انعقاد قرارداد مباردت کرده و مطابق قرارداد به طرف خصوصی واگذار می‌گردد. موضوعات مختلفی برای مقاطعه‌کاری دولتی می‌توان نام برد که از جمله آنان راه‌سازی، ساختمان، عمران، حمل کالا و ... می‌باشد.^{۱۷}

۲- آثار قراردادهای پیمانکاری در حوزه ساخت‌وسازهای شهری

۲-۱- نسبی بودن اثر قرارداد بین پیمانکار و کارفرما

اصل نسبیت یا نسبی بودن قرارداد از جمله اصول حاکم بر قراردادهای می‌باشد. این اصل که از حاکمیت اراده ناشی می‌شود بیان می‌دارد که اثر عقود و قراردادهای تنها بایستی دامن‌گیر طرفین قرارداد شود و طرفین معامله بایستی در انجام تعهدات قراردادی خود بکوشند و به اشخاص ثالث تسری نیابد^{۱۸}؛ بنابراین اثر قرارداد به هیچ عنوان اشخاص ثالث را دخالت نمی‌دهد، چراکه رضایت یا اراده شخص ثالث تأثیری در به وجود آوردن عقد نداشته و به وسیله عقد تکلیفی بر ثالث بار نمی‌شود^{۱۹} و بنابراین اصل؛ نباید اشخاص ثالث در این نوع قراردادهای سودی ببرند و نه زبانی متحمل شوند زیرا دخالت آنها در قرارداد به‌طور کلی منتفی است.^{۲۰} قاعده نسبیت را می‌توان چنین استدلال نمود که مطابق نظام حقوقی ایران که اصل آزادی قراردادهای و حفظ حقوق اشخاص ثالث را به رسمیت شناخته است، هیچ فردی نمی‌تواند اراده و خواست خود را بر سایر اشخاص جامعه تحمیل نماید و اراده اشخاص فقط در قالب قرارداد بر دیگری تأثیر می‌گذارد و یا تنها اراده قانون می‌باشد که بر همه افراد جامعه تحمیل می‌گردد.^{۲۱} البته مطابق عبارت مشهور و مورد توجه فقهی که بیان می‌دارد «ما من عام الا وقد خص» لازم به ذکر است که اصل نسبیت یا همان نسبی بودن قراردادهای از استثنا مصون نمانده است و در مواردی که بسیار نادر و استثنایی می‌باشد، ممکن است به صورت محدود بر شخص ثالث اثرگذار باشد. یکی از استثنائات اصل نسبت در ماده ۱۹۶ قانون مدنی مقرر شده است که بیان می‌دارد: «... مع ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید». همان‌گونه که مورد توجه

۱۷. عبیدی، پیشین، ۸.

۱۸. خدیجه شکی، «بررسی اصول حقوق عمومی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز، ۱۳۹۲)، ۸۳.

۱۹. مهدی شهیدی، آثار قراردادهای و تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۹۹)، ۲۰.

۲۰. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای: اجرای قرارداد (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۱۷۲.

۲۱. ودود برزی، نسبی بودن آثار قراردادهای و تعهد به سود شخص ثالث در حقوق ایران (تهران: آثار اندیشه، ۱۳۸۵)، ۱۷.

و مبرهن است، قرارداد وضعیت سابق را دگرگون ساخته و وضعیتی متفاوت از قبل را ایجاد می‌کند. در این باره اصلی ذیل عنوان قابل استناد بودن قرارداد، اشخاص ثالث را موظف می‌سازد که به این وضعیت ایجاد شده احترام لازم را بگذارند و نسبت به آن بی‌تفاوت نباشند.^{۲۲}

مع‌هذا نظام حقوقی ایران با مواد ۱۹۶، ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی، این قاعده را مورد پذیرش قرار داده است و مطابق ماده ۲۳۱ قانون مدنی، کلیه عقود و معاملات فقط بین اشخاصی که آنها را منعقد نموده‌اند، اثرگذار است. در خصوص قراردادهای مورد بحث ما باید گفت که اجرایی نمودن مفاد عقد پیمانکاری با بستن قرارداد به پیمانکار واگذار شده و زمان اجرای آن بسته به شرایط عقد و موضوع پیمانکاری متفاوت می‌باشد. این قرارداد بین کارفرما و پیمانکار منعقد می‌شود که فقط طرفین را متعهد و ملتزم به اجرایی نمودن مفاد عقد می‌نماید (نسبی بودن قرارداد) که عبارت‌اند از:

۱- قرارداد بر اساس قیمت: بر اساس قیمت هر واحد عملیاتی مشخصی که در قرارداد توافق می‌شود، عملیات اجرایی نمودن آن آغاز می‌گردد که ضریب پیمان را در این نوع قرارداد مشخص و ارائه می‌کنند؛

۲- قرارداد مقطوع: در این نوع قرارداد، عملیات اجرایی نمودن مفاد قرارداد، بر اساس قیمت قطعی و مشخص تعیین می‌شود؛

۳- قرارداد امانی: این نوع از قراردادها مشابه قراردادهای امانی بوده و تنها در شکل آن تفاوت‌هایی وجود دارد. در قراردادهای امانی، کارفرما خود رأساً عوامل اجرایی لازم اعم از نیروی انسانی، ماشین‌آلات، تجهیزات و مصالح ساختمانی را تهیه نموده و مدیریت اجرایی پروژه را نیز بر عهده دارد و یا به‌طورکلی می‌توان گفت در این روش کارفرما به‌وسیله امکانات خود، تکنولوژی، روش‌ها و سایر عوامل مورد نیاز تحقق طرح (جمع‌آوری اطلاعات، طراحی، تدارکات، ساخت) را تأمین می‌نماید؛^{۲۳}

۲۲. سیدحسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: میزان، ۱۳۹۹)، ۱۶۶-۱۶۹.

۲۳. مزایای روش امانی؛ ۱- کارفرما قسمت قابل توجهی از عوامل اجرایی را به صورت موجود در دست دارد و در نتیجه برای به‌کارگیری و استفاده از آنها این روش را انتخاب می‌نماید؛ ۲- کارفرما به دلایل دیگری تشخیص می‌دهد که اجرای امانی پروژه چه از نظر قیمت تمام شده و چه از نظر کیفیت کار به صرفه است. گاهی در بعضی از دستگاه‌های اجرایی به لحاظ نوع و ماهیت کار، تشکیلاتی برای اجرای امانی طرح‌ها به وجود می‌آید که تحت یک مدیریت مجزا و به صورت یک واحد مستقل لیکن زیر نظر مدیر مسؤول دستگاه اجرایی نسبت به اجرای پروژه‌های محوله به صورت امانی اقدام می‌نماید؛ ۳- در بعضی موارد امکان دارد کارفرما از کارگران موقت یا ماشین‌آلات کرایه‌ای برای تأمین نیروی کار لازم و همچنین پیمان‌کاران جزء، جهت اجرا استفاده نماید. با توجه به حجم منابع مورد نیاز جهت اجرای این روش در کارهایی که دارای ابعاد گسترده‌ای نیستند و جهت پروژه‌های کوچک و بیشتر در کارهای بهسازی و نگهداری مورد استفاده قرار می‌گیرد. مسعود عاطفی فرد و

۴- قرارداد طبق مواد و دستمزد: این نوع قرارداد بدین شکل می‌باشد که مبالغ مورد نیاز برای اجرای نمودن مفاد قرارداد به پیمانکار پرداخت می‌شود و در قبال کاری که پیمانکار انجام می‌دهد، درصد معینی را به عنوان حق الزحمه خود برمی‌دارد؛

۵- قرارداد مدیریت اجرا: در این نوع قرارداد کارفرما مصالح ساختمانی و سایر تجهیزات مرتبط با ساخت‌وساز را تهیه کرده و پیمانکار حق الزحمه خود را دریافت نموده و اجرای پروژه را در دست می‌گیرد و قیمت حق الزحمه معمولاً مقطوع می‌باشد.^{۲۴}

۲-۲- جبران خسارت در قراردادهای پیمانکاری ساخت‌وساز شهری

در مورد اجرا یا عدم اجرای قرارداد و مسؤلیت ناشی از آن، باید اذعان نمود، اثری که عقد به دنبال دارد، همواره با اجرای عقد ظاهر می‌شود. همچنین ممکن است قراردادی بین طرفین به وجود بیاید که به محض انعقاد، طرفین را ملزم به انجام تعهدات نماید. برای مثال ممکن است وزارتخانه‌ای طرحی عمرانی یا ساخت‌وساز را با قرارداد بر عهده پیمانکاری قرار دهد و به محض انعقاد قرارداد، پیمانکار ملزم به انجام آن باشد. از آنجایی که دولت به جهت محقق نمودن منافع عمومی، به نمایندگی از عموم در جهت تولید فضای شهری و ایجاد فرصت بهره‌مندی و استفاده از آن برای عموم، اقدام به انعقاد قرارداد پیمانکاری می‌نماید، در حقیقت امکان مطالبه و پاسخ‌گویی پیمانکار در برابر شهروندان را مهیا می‌سازد که از آن به عنوان حق شهروندان^{۲۵}؛ بنابراین اگر پیمانکار در برابر کارفرما که نماینده جامعه و حقوق آنان است، از تعهدات خویش سر باز زند مسؤول جبران خسارت وارد کرده تلقی خواهد شد و بدین ترتیب نوعی دیگر از سیاست‌گذاری‌ها در این عرصه نیز به چشم می‌آید.

البته منظور از جبران خسارت، خسارت تأخیر در انجام تعهد است که با الزام به انجام تعهد قابل جمع می‌باشد و لازم به ذکر است که خسارت عدم انجام تعهد، بدل انجام تعهد است و در نتیجه با الزام به انجام تعهد قابل جمع نخواهد بود. در این صورت دادگاه می‌باشد که نحوه جبران خسارت تأخیر در انجام

دیگران، «بررسی اجمالی انواع قراردادهای عمرانی»، (مقاله ارائه شده در دومین کنفرانس بین‌المللی مهندسی و معماری؛ استانبول (ترکیه)، ۲ ژوئن ۲۰۱۶)، ۶.

۲۴. علی‌ریضا بافنده، «بررسی مسؤلیت مدنی سازندگان و پیمانکاران سازه‌های ساختمانی در کشور با توجه به قوانین موجود در قبال کارکنان، صاحبان کار و اشخاص ثالث» (پایان‌نامه، کارشناسی ارشد: دانشگاه پیام نور مرکز تهران، ۱۳۸۹)، ۷۹.

۲۵. معصومه اشتیاقی و محمود شارع پور، «بررسی مفهوم حق به شهر در سیاست‌گذاری شهری»، مطالعات توسعه پایدار شهری و منطقه‌ای (۱۳۹۹) ۲، ۶۸.

تعهد و یا خسارت عدم انجام تعهد (بسته است به مورد) و میزان آن را مشخص می‌نماید و یا چنانچه در قرارداد در این زمینه توافقی صورت گرفته باشد، دادگاه طبق آن قرارداد حکم لازمه را صادر خواهد نمود.^{۲۶} البته در خصوص مورد دوم که توافق در مورد خسارت در قرارداد صورت گرفته است دادگاه مکلف است به همان میزان حکم کند که از ماده ۲۳۰ قانون مدنی مستفاد می‌گردد. در صورتی که یکی از طرفین مطابق قرارداد وفای به عهد ننماید، بایستی مقام عمومی ورود پیدا کرده و وی را ملزم به اجرای تعهد کند، در غیر این صورت طرف قرارداد نمی‌تواند شخصاً داور کار خویش شده و مستقیماً بر بدهکار فشار وارد کند. در جایی که اجرای عقد ممکن نیست، چاره‌ای جز گرفتن خسارت از مدیون و فسخ قرارداد که آخرین حربه قانون‌گذار است، باقی نمی‌ماند.^{۲۷}

باید توجه داشت که در قراردادهای پیمانکاری که یک طرف آن اداره دولتی می‌باشد، اداره حق دارد جهت ممانعت از بروز تخلف از جانب پیمانکار، مثل تأخیر در اجرای قرارداد یا عدم اجرای آن، ضمانت اجرایی را تعیین نماید که ممکن است این ضمانت اجرا، مالی از قبیل وجه التزام و یا غیرمالی از قبیل اجبار پیمانکار به وسیله دادگاه و یا فسخ قرارداد باشد. لذا ضمانت‌های نامبرده دارای خصوصیات خاصی می‌باشند چراکه هدف از آنها تنها ممانعت از نقض قرارداد نمی‌باشد و هدف اصلی، امور عمومی و اداره آن است.^{۲۸} لکن قابل ذکر است که سیاست‌گذاری‌ها در سه دسته خرد و کلی و اساسی قرار می‌گیرند و هر دسته کوچک‌تر تابع خط و مشی دسته بزرگ‌تر می‌باشد. به تعبیری سیاست‌گذاری‌های خرد (سیاست‌گذاری‌های موردی در مباحث حقوقی حقوق خصوصی مثل پیمانکاری) تابع سیاست‌گذاری‌های کلی (سیاست‌گذاری‌های اصولی حقوق خصوصی) و سیاست‌گذاری‌های کلی تابع سیاست‌گذاری‌های اساسی (اصول حقوق) می‌باشند^{۲۹} و در این وهله سیاست‌گذاری خرد و تابع سیاست‌گذاری‌های کلی و اساسی است، بنابراین اختیار اداره با توجه به اصول حقوقی در حیطه حقوق خصوصی، در تعیین و اجرای ضمانت‌های قراردادی محدود می‌باشد، زیرا:

اول اینکه اداره‌ای که طرف قرارداد با پیمانکار برای ساخت‌وساز شهری یا عمرانی می‌باشد، نمی‌تواند مجازات جزایی وضع نماید؛ زیرا مطابق اصول حقوق خصوصی (سیاست‌گذاری‌های کلی) و اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اداره در این خصوص فاقد صلاحیت است.

۲۶. شکی، پیشین، ۸۵

۲۷. مستنبط از ماده ۲۳۹ قانون مدنی.

۲۸. مومنی طباطبایی، پیشین ۳۹۱.

۲۹. سینائی و زمانی، پیشین، ۷۰.

دوم اینکه همان ضمانت اجراهای قراردادی که جزء مفاد قرارداد هستند، باید با نظارت دستگاه قضایی اجرا شوند. برای این نظارت نیز به دادگاه رجوع نموده و خواستار اجرای ضمانت اجرا و یا ایفای تعهدات از جانب طرف دیگر می‌شوند. به تعبیری هرکس نمی‌تواند در صورتی که با تخلف قراردادی طرف مقابلش روبه‌رو شد، داور کار خویش گردد بلکه باید برای داوری و اعمال ضمانت اجرا به مرجع ذی‌صلاح رجوع کند.

البته ممکن است ادعا شود در فرضی که دولت به عنوان طرف قرارداد قرار می‌گیرد و در راستای تأمین منافع عمومی مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید، می‌تواند ضمانت اجرای مطروحه در قرارداد را شخصاً اجرا نماید بدون اینکه به دادگاه مراجعه شود زیرا او نماینده جامعه بوده و مأمور اجرای اعمال حاکمیتی است فلذا از جایگاه عالی برخوردار بوده و می‌تواند در این امر مهم شخصاً اقدام نماید. این ادعا توهمی بیش نخواهد بود که نباید بدان توجه کرد. در روند و پروسه اعمال حاکمیت، هر بخش در خصوص امری مهم انجام وظیفه می‌کند و همین انجام وظیفه در سطح اجتماع اعمال حاکمیت است و باید از اختلاط وظایف بخش‌های متفاوت پرهیز شود. مضاف بر آنچه بیان شد، اقدام به داوری و صدور و اجرای حکم من جمله اعمالی است که به موجب قانون به بخشی تفویض می‌شود و در صورت شک باید اصل را جاری ساخت. رجوع به دادگاه به جهت حل و فصل اختلافات اصل تلقی می‌گردد و رسیدگی به دعوا در صلاحیت دادگاه است مگر آنکه به موجب قانون، رسیدگی به دعوی یا انجام امری که در صلاحیت دادگاه است، در صلاحیت مرجع دیگری قرار داده شود مانند بند الف ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان. در هر صورت باید توجه داشت که جایگاه حوزه عمومی و دولت در قرارداد، من جمیع الجهات مقتدرانه‌تر از شخص خصوصی یعنی پیمانکار است و عدم توجه به این موضوع در بحث مطروحه اسباب ناعدالتی را فراهم می‌سازد.

هرگاه اداره تشخیص دهد که پیمانکار در توقف کار سوء نیت دارد و یا در آینده نزدیک قادر به ادامه کار نیست، چاره‌ای جز فسخ پیمان ندارد. البته چون فسخ پیمان مستلزم تشریفات از قبیل اخطار قبلی به پیمانکار یا مراجعه به دادگستری و بالاخره سپری شدن مدتی است، برای اینکه این تأخیر سبب زیان بیشتر نشود، در نهایت شخص ثالثی را موقتاً با پرداخت دستمزد، مأمور انجام تعهدات پیمانکار متخلف می‌کند تا وقتی که فسخ پیمان رسماً اعلام و ابلاغ شود. در این صورت شخص جایگزین شده از تمام اختیارات و امتیازات پیمانکار متخلف برخوردار می‌شود.^{۳۰}

۳۰. مومنی طباطبایی، پیشین، ۳۹۱-۳۹۳.

ممکن است پیمانکار در اجرای مفاد قرارداد دچار خطاهایی شود که باعث ورود خسارات گردد. این خطا ممکن است ناشی از نادیده انگاشتن یا در نظر نگرفتن اصول حرفه‌ای و نقض قوانین و مقررات مربوطه و یا مشکلات ژئوفیزیکی زمین باشد و ورود خسارت چه مستقیم به و چه غیرمستقیم باشد به پیمانکار منتسب می‌شود و پیمانکار باید پاسخ‌گو باشد. در واقع شروط قانونی در اینجا به منزله قانون حاکم بر روابط طرفین محسوب می‌شوند.^{۳۱}

۲-۲-۱- رابطه پیمانکار با کارگزارش

قابل ذکر است در فرضی که پیمانکار، کارگرانی برای اجرای تعهدات خویش داشته باشد و در اثنای اجرای تعهدات، خساراتی را به بار آورند، مطابق قواعد خاص قانون مسؤولیت مدنی، مسؤول جبران خسارات ناشی شده از افعال کارگران می‌باشد. همچنین با عنایت به ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی که بیان می‌دارد «کارفرمایانی که...»، باید دید این ماده در روابط پیمانکار و کارفرما هم حاکم خواهد بود یا خیر، زیرا در ابتدای ماده از واژه کارفرما استفاده کرده است و در قراردادهای پیمانکاری رابطه‌ای حقوقی میان اشخاصی با عنوان کارفرما و پیمانکار می‌آید.

با توجه به آنکه قرارداد پیمانکاری را از شقوق نهاد اجاره اشخاص در فقه به حساب می‌آوریم، نباید وهم اختلاط این نهاد با سایر قسمت‌های مشابه در نهاد اجاره اشخاص مانند قرارداد کار، متبادر به ذهن شود. هرچند که از جهت منشأ مشترک هستند ولی تفاوت‌هایی دارند که موضوع بحث ما نیست. قرارداد کار تابع قانون کار و قرارداد پیمانکاری در مواردی که با اجاره اشخاص مشابه است، تابع قانون مدنی و در سایر موارد تابع قواعد عمومی قراردادهاست. همچنین در راستای اجرای وظایف در قرارداد کار با کارگر مواجه می‌شویم که مطابق ماده ۲ قانون کار تماماً تابع کارفرما بوده و مطابق تعلیمات و خواسته‌های او اقدام می‌نماید و مطابق تعریف برخی چنانچه که کارفرما می‌خواهد و به حساب او اقدام می‌کند. در هر حال پیمانکار در صورت صدق واژه کارفرما و کارگر، مسؤول جبران خسارات کارگزارش می‌باشد زیرا جایگاه او در برابر کارگزارش، کارفرمایی است. حتی وفق بند الف ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، کارکنان پیمانکار بایستی افراد متخصص و دارای تجربه کافی باشند.

۲-۲-۲- رابطه کارفرما با پیمانکار

کارفرما در قرارداد پیمانکاری مسؤول جبران خسارات وارد شده توسط پیمانکار و کارگزارش نخواهد بود.

۳۱. ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوقی پیمان (تهران: نشر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۷۸)، ۱۳۴.

دقت نظر در مفاد شرایط عمومی پیمان ایجاب می‌نماید مقداری ظریف‌تر به رابطه کارفرما و پیمانکار پرداخته شود. در بند د ماده ۱۶ شرایط عمومی پیمان، اطلاع و رعایت قانون کار و سایر قوانینی که بیان گردیده، برای پیمانکار لازم دانسته شده است و با تمسک به ماده مزبور ممکن است بیان شود که قرارداد پیمانکاری نیز تابع قانون کار بوده و در نتیجه راجع به رابطه کارفرما و پیمانکار آنچه گفته شد صحیح به نظر نرسد و آنها را مطابق کارفرما و کارگر بحث کرد؛ اما به نظر می‌رسد منظور از اطلاع و رعایت مفاد قانون کار که در شرایط عمومی پیمان ذکر گردیده است، این است؛ در صورتی که قانون‌های حاکم در این حوزه (قرارداد پیمانکاری) در مواردی مسکوت بوده باشند، به جهت کامل ساختن خلأهای قراردادی که نصی در قانون راجع به آنها نیست باید به سایر قوانین مقرر شده مثل قانون کار و ... رجوع کرد و این شرطی است که ضمن قرارداد پیمانکاری آورده شده است.

با توجه بدان که بیان داشتیم پیمانکار در اجرای تعهداتش بایستی مطابق اصول حرفه‌ای شغل خود ایفای تعهد کند، پس اگر این اصول حرفه‌ای رعایت شود ولی همچنان خسارتی به دیگران وارد شود، این موضوع موجب ضمان پیمانکار نخواهد بود؛ زیرا در صورت رعایت قوانین و اصول فنی از طرف پیمانکار در حد عرف کاری و فنی، این اقدامات قانونی بوده و مسؤولیتی را برای پیمانکار در پی نخواهد داشت و چنانچه در مسؤولیت داشتن یا نداشتن او تردیدی شود، باید با در نظر داشتن اصل عدم، وی را از مسؤولیت میرا دانست. ولی مورد توجه است که نباید به صورت مطلق چنین پنداشت که آثار اقدامات پیمانکار زیان‌بخش نبوده و خسارتی را به دنبال ندارد.^{۳۲}

البته جای تردید نیست که اقدامات پیمانکار باید بی‌عیب و عاری از هرگونه ایراد باشد چراکه در امر ساخت‌وساز کوچک‌ترین سهل‌انگاری موجب پیامدهای جانی و مالی فراوانی می‌گردد و به همین دلیل می‌توان گفت تعهد پیمانکار، تعهد به نتیجه است و باید منتج به نتیجه مورد نظر کارفرما گردد. ولی مسأله‌ای که در این بین می‌توان مطرح کرد این است که اگر خسارت بر اثر مواردی باشد که پیمانکار در اعمال نظارت و اجرای آنها مطابق قرارداد تکلیفی نداشته است، آیا می‌توان مسؤولیت پیمانکار را مطرح نمود؟ با توجه به سیاست‌گذاری‌های انجام گرفته در این خصوص که در جامه قوانین به منصبه ظهور رسیده است، تعهد پیمانکار تعهد به نتیجه شناخته شده و باید اجرای تعهد مزبور به صورت تام انجام شود که در دو فرض تعهدات او قابل بررسی است: ابتدا باید گفت، در صورت عدم حصول نتیجه، پیمانکار مسؤول خواهد بود، بدین نحو که کارفرما تنها عدم حصول نتیجه را اثبات می‌نماید و نیاز به اثبات تقصیر

۳۲. پاتریس ژوردن، اصول مسؤولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، ۱۸۵.

پیمانکار نیست و در صورت عدم حصول نتیجه تقصیر پیمانکار مفروض است (مسئولیت مبتنی بر فرض تقصیر)، مگر آنکه ثابت کند تقصیری نداشته و حاصل نشدن نتیجه به علت حادث شدن قوه قاهره بوده است؛ زیرا انجام تعهد، شرط ضمنی در قرارداد پیمانکاری است و عدم انجام تعهد ولو به سبب عارض شدن چیزی که برای آن تکلیفی نداشته، تخلف از شرط تلقی خواهد شد مگر اثبات قوه قاهره که رافع مسئولیت است.

دومین فرض این است که نتیجه حاصل شده است اما خسارتی به کارفرما وارد گردیده است و پیمانکار در قبال کارفرما، مسئولیت مدنی پیدا کرده که برای شناسایی مسئولیت پیمانکار وجود دو شرط لازم است. اول اینکه؛ یکی از وسایل برای اجرای تعهد از جمله ماشین‌آلات، باعث ورود خسارت شود. به عنوان مثال روش اجرای تعهد به گونه‌ای باشد که پیمانکار لازم بود برای ممانعت از ورود خسارت، مسائلی که حتی در حیطه تعهدات آن نبوده را رعایت می‌کرده، ولی از انجام آن غافل شده است. دوم اینکه؛ خسارت بی‌واسطه وارد شده باشد؛ یعنی با اینکه از طرف پیمانکار اصول فنی و مقررات رعایت شده ولی روش به‌کارگیری اشتباه بوده و این روش و اسلوب سبب زیان شده که باعث مسؤوَل تلقی شدن پیمانکار خواهد بود.^{۳۳}

۲-۳- تعدیل قرارداد ساخت‌وساز

یکی از آثار حقوقی ناشی شده از قراردادهای پیمانکاری که به سود پیمانکار مورد پذیرش واقع شده و دولت بایستی آن را رعایت کند، برقرار کردن توازن مالی قرارداد است. تئوری موازنه مالی پیمان به این معنی نمی‌باشد که برای پیمانکار معامله‌ای با سود سرشار از طرف دولت تضمین می‌شود، بلکه به این معنی است که دولت در حدی که برای طرفین قابل پیش‌بینی و قابل حساب باشد، بین سود و زیان تعادل برقرار سازد. پس موازنه یا معادله مالی پیمان، همان رابطه‌ای است که بین مجموع حقوق و اختیارات هر یک از متعاملین و تکالیف و تعهدات آنها که به نظرشان کاملاً متعادل و برابر است، برقرار می‌گردد. از جهت دیگر تئوری موازنه از لحاظ منطقی و حقوقی به وسیله یکی از طرفین بدون رضایت طرف دیگر قابل تغییر و تبدیل نیست (اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادها)، لکن در طول مدت پیمان، گاهی عواملی پیش می‌آید که اجرای قرارداد را با مشکلاتی روبه‌رو می‌سازد و در نتیجه تعادل قرارداد، محاسبات

۳۳. خه بات عزیزی، «تحلیل ابعاد قانونی مسئولیت مهندس ناظر و پیمانکار ساختمان»، فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار ۱۴(۱۳۹۹)، ۵۵۳-۵۵۴.

مربوطه و پیش‌بینی‌هایی که برای این قرارداد شده است و ناشی از اراده طرفین قرارداد یا خارج از اراده آنها می‌باشد، به هم می‌خورد.^{۳۴}

نظریه تعدیل قضایی قرارداد با توجه به امور غیرقابل پیش‌بینی، هرچند از طرف دکتربین با استناد به قاعده لاضرر و عسر و حرج موجه دانسته شده و به نظر می‌رسد با قاعده انصاف نیز موافقت دارد،^{۳۵} در حقوق ایران و رویه قضایی مورد پذیرش قرار نگرفته است. در این مورد، تنها تعدیل قانونی فقط با اجازه قانون به چندین مورد محدود، بسنده شده است.

دیگر مورد از سیاست‌گذاری‌های صحیح در خصوص این نوع قراردادها، تعدیل نرخ پیمان مطابق ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان می‌باشد که به موارد خاصی منوط شده است. پیش‌بینی این شرط بستگی به توافق طرفین دارد و از آنجاکه شرایط عمومی پیمان به عنوان شروط عمومی ضمن عقد پیمانکاری در مواردی که یک طرف دولت است، به حساب می‌آید، لازم‌الاجرا خواهد بود. تعدیل این قرارداد منوط به تورم و نوسان قیمت مصالح ساختمانی که در مقاطعی از زمان افزایش می‌یابد و پیمانکار با پیش‌بینی این شرایط که ضمن قرارداد منعقد می‌شود، ضرر و زیان خود در اثر افزایش قیمت را جبران می‌نماید و بدین ترتیب شرایط عادلانه قرارداد پیمانکاری محقق می‌شود.^{۳۶}

به‌طور مثال در برخی از فصول سال که ساخت‌وساز کمتر می‌شود، قیمت آهن ممکن است در طول اجرای پروژه کاهش یابد و به عبارتی ضریب تعدیل منفی حاصل شده و قیمت نسبت به زمان انعقاد قرارداد کمتر می‌شود که باید برای رعایت شرایط عادلانه، این موضوع نیز در نظر گرفته شود.^{۳۷} یا ممکن است به خاطر شرایط سیاسی و یا اقتصادی و تورم افسار گسیخته، علاوه بر قیمت مصالح، دستمزد کارگران نیز دستخوش تغییراتی گردد و این موضوع برای پیمانکار قابل جبران نباشد و مجبور شود برای رعایت شرایط عادلانه و ممانعت از ضرر، اقدام به تجدیدنظر در برخی از مفاد پیمان نمایند که این افزایش قیمت‌ها جبران شود. بدین ترتیب قرار الحاقی یا اصلاحی تنظیم کرده و شرایط اولیه قرارداد را تغییر می‌دهند که این قرارداد الحاقی همانند قرارداد اصلی از اعتبار لازم برخوردار بوده و طرفین ملزم به اجرای

۳۴. موتمنی طباطبایی، پیشین ۳۹۸-۳۹۹.

۳۵. محمدرضا حافظی قهستانی، عباس مقدری امیری و عبدالحمید مرتضوی «تعدیل قرارداد در اثر نوسات اقتصادی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی ۳۶ (۱۴۰۰)، ۲۴-۱۵.

۳۶. سعید بیگدلی، تعدیل قرارداد (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۲۵۹-۲۵۰.

۳۷. حبیب‌الله رحیمی و سعیده علیزاده، «ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۱ (۱۳۹۶)، ۱۵۴.

آن می‌باشند. همچنین ممکن است دوراندیشی طرفین قرارداد پیمانکاری باعث شود که از همان ابتدا این شرایط را مقرر نموده و در مورد آن تعهد نمایند تا در آینده در صورت بروز چنین موضوعی، دیگر نیازی به تجدیدنظر یا قرارداد اصلاحی و یا الحاقی نباشد و مفادی را که برای مواجهه با چنین شرایطی قابل تقریر است، پیش‌بینی نمایند. برای مثال می‌توانند اجرای شرایط مالی پیمان را بر اساس تورم گذاشته و یا با پیش‌بینی حق مراجعه به دادگاه، از طریق کارشناس، از شرایط قیمت بر اساس تورم آگاه شوند. اگر چنین شرایطی از همان ابتدا در قرارداد پیمانکاری مقرر گردد، شرایط اجرایی پیمان آسان شده و از بروز اختلافات جدی در این زمینه جلوگیری می‌کند.^{۳۸}

۲-۴- مسؤولیت پیمانکار و طرف مقابل قرارداد برای ساخت‌وسازهای شهری

مهم‌ترین تعهد پیمانکار انجام عملیات موضوع پیمان است که هدف اصلی قرارداد تلقی می‌گردد. همچنین اختیارات داده شده به پیمانکار بر اساس موافقت‌نامه و شرایط عمومی پیمان بسیار محدود و تعهدات وی بسیار گسترده است. پیمانکاران در قراردادهایی که طرف مقابل دولت یا دستگاه‌های دولتی هستند، علاوه بر ایفای تعهدات ناشی از قرارداد (رعایت حقوق کار در مورد کارگران، محافظت و عدم تصرف در املاک مجاور و محافظت از تأسیسات زیرزمینی)، ملزم به رعایت مقررات خاص حاکم بر معاملات دولتی و نیز رعایت حقوق اشخاص ثالث می‌باشند. این مقررات به منظور حفظ حقوق دولت به عنوان متصدی امور عموم جامعه و نیز رعایت حقوق ایجاد شده برای شهروندان وضع شده است و این نمونه‌ای از جلوه کردن حق به شهر بوده که از قول نویسندگانی چون شیلدز^{۳۹}، کمپین رایبر^{۴۰}، هاروی^{۴۱} و هانری لوفور^{۴۲} و ... مورد بررسی قرار داده شده است^{۴۳} که به نظر نگارنده به کارگیری این حق علاوه بر شهروندان، در برخی موارد توسط دولت به نیابت از شهروندان صورت می‌پذیرد. مع‌هذا تعهدات دیگری نیز به تبع تعهدات اصلی ایجاد می‌شود که در محدوده تعهدات پیمانکار در مرحله اجرا جای می‌گیرد و اگرچه مستقیماً ناشی از اجرای کار نیست، ولی اجرای عملیات موضوع پیمان سبب پدید آمدن آنها

۳۸. غزاله تفرشی و عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری ۳۱(۱۳۹۶)، ۱۹۰.

39. Shields.

40. Campaign Rayer

41. Harvey

42. Henri Lefebvre

۴۳. اشتیاقی و شارع پور، پیشین، ۷۰.

بوده و در محدوده تعهدات قانونی پیمانکار قرار دارند که به نظر بایستی ذیل عنوان شروط ضمنی قرار داده شوند. جای هیچ‌گونه تردیدی نمی‌باشد که اساسی‌ترین تعهد پیمانکار در زمینه مسائل ساخت‌وساز، تحویل ساختمانی است که طبق قرارداد، ساخت آن را مطابق مفاد تراضی شده بر عهده گرفته و اگر عیبی در کار پیمانکار یا طرح مربوطه وجود داشته باشد، موظف است که طرح خود را اصلاح نماید و چنانچه به خاطر این عیب خسارتی وارد آید، باید مطابق قواعد مسؤولیت مدنی، آن را جبران نماید. اگرچه شرایط عمومی پیمان به عنوان مفاد قراردادی در قراردادهای پیمانکاری دولتی حاکم است، لیکن در موارد سکوت و یا اجمال، باید قواعد عمومی قراردادها را بر قرار داد مزبور حاکم بدانیم.^{۴۴} ازجمله مواردی که نیاز به بررسی و دقت نظر دارد، محدوده فعالیت و نظارت دولت بر قرارداد و اجرای قرارداد می‌باشد که توسط مهندس ناظر اعمال می‌گردد. موضوع قراردادی که بین پیمانکار و مهندس ناظر ثابت می‌شود، معمولاً در مورد نظارت بر اجرای فنی احداث ساختمان که ناشی از پروانه ساختمانی بوده و از طرف شهرداری صادر شده، است و این نظارت شامل همه نقشه‌هایی خواهد بود که در پرونده شهرداری موجود بوده و از طرف سازمان نظام مهندسی و شهرداری به تأیید رسیده‌اند.^{۴۵} این نظارت دارای مدت زمانی می‌باشد که معمولاً میزان آن در قرارداد مشخص می‌شود ولی به صورت متعارف بیشتر از دو یا سه سال نمی‌باشد و در صورت تمدید پروانه ساختمانی، مدت نظارت نیز می‌تواند تمدید می‌شود؛ ولی به هر حال قرارداد نظارت باید جداگانه تأیید گردد، گرچه مهندس سابق دیگر طرف قرارداد نباشد و مهندس جدیدی طرف قرار گیرد.^{۴۶} پُر واضح است نظارت بر حُسن اجرای امورات اجرایی پروژه ازجمله وظایف مهندس ناظر می‌باشد. لذا چنانچه با تشخیص و تصمیم کمیسیون نظارت، اصول فنی و معماری و همچنین قوانین مربوطه رعایت نشود، کارفرما می‌تواند قرارداد را فسخ نماید و تا زمان تعیین مهندس ناظر کارفرما مسؤول نظارت خواهد بود.^{۴۷}

۳- آثار تضمین و جبران در قراردادهای پیمانکاری

۴۴. رحمانیان، پیشین، ۲۰.

۴۵. هادی رضایی رودسری، «مسئولیت مدنی مهندس ناظر ساختمان» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۸۱)، ۷۸.

۴۶. سعید ذوقیان، «مسئولیت مدنی ناشی از ساخت و ساز» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۲)، ۶۹.

۴۷. عزیزی، پیشین، ۵۶۷-۵۶۸.

در شرایط عمومی پیمان دو نوع تضمین به صورت شرط ضمن عقد بر دوش پیمانکار نهاده شده که یکی در ماده ۳۴ تحت عنوان تضمین انجام تعهدات و دیگری در ماده ۳۵ به نام تضمین حُسن انجام کار، پیش‌بینی شده است. به‌طور کلی از یک منظر، تعهدات پیمانکار در پیمان به دو قسم تقسیم می‌شود: یکی انجام تعهدات و دیگری حُسن انجام تعهدات است.

همان‌گونه که واضح است وجه افتراق تعهد اصلی و فرعی در اثرگذاری آنها بر قرارداد مشخص می‌شود و نباید پنداشت که تنها به لحاظ نظری قابل بررسی‌اند، به عنوان مثال منتفی شدن تعهد اصلی، قرارداد را با بطلان مواجه می‌سازد، در صورتی که فقدان تعهد فرعی تنها موجب فسخ برای متعهدله قرارداد است؛ بنابراین بحث و بررسی آنها به صورت مجزا به صواب نزدیک‌تر است. عموماً در هر تضمینی منافع طرفین قرارداد لحاظ می‌گردد، بنابراین در قراردادهای پیمانکاری نیز کارفرما و پیمانکار می‌توانند از تضمین‌های موجود در قرارداد منتفع یا متضرر شوند.^{۴۸}

۳-۱- اثر تضمین و جبران نسبت به کارفرما

مواردی که به واسطه آن کارفرما حق فسخ قرارداد را دارد در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان ذکر شده‌اند. در اینجا باید متذکر دو نکته شد:

هرچند کارفرما ضمن قرارداد برای خود حق فسخ پیش‌بینی می‌نماید ولی برای به کار انداختن آن باید تشریفات را رعایت کند؛ به عبارت دیگر مطابق مفاد ماده مزبور نخست، باید مدتی قبل از فسخ، موضوع را به پیمانکار اطلاع دهد، دوم اینکه باید حق الزحمه پیمانکار را تا هنگام فسخ، محاسبه محاسبه کند و اصولاً مطابق ماده ۴۱ شرایط عمومی پیمان عمل شود.^{۴۹}

۳-۲- اثر تضمین نسبت به پیمانکار

تضمینات موجود در قرارداد عموماً بر روی عملکرد پیمانکار قبل، حین و بعد از قرارداد تأثیر می‌گذارد. برخی بیان داشتند که تضمینات شرکت در مناقصه و پیش‌پرداخت قبل از شروع مرحله اجرایی قرارداد از پیمانکار اخذ می‌شود اما تضمینات اجرای تعهدات و حسن انجام کار در ابتدای قرارداد از پیمانکار مطالبه می‌گردد.^{۵۰} وفق ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان، تضمینات اجرای تعهدات باید با امضای قرارداد

۴۸. پونه شاه بیگیان، نکات مهم و اجرایی شرایط عمومی پیمان (تهران: نشر مقدس، ۱۳۸۹)، ۳۳.

۴۹. محمدحسن فقیهی، ضمانت‌نامه‌های بانکی (تهران: انتشارات روابط عمومی بانک سینا، ۱۳۸۹)، ۳۳.

۵۰. علی قربانی، امین قربانی و مریم قربانی، ادعاهای پیمانکاران (تهران: انتشارات گوهرشاد، ۱۳۸۶)، ۳۵.

به محض ایجاد قرارداد) ارائه گردد؛ ولی ارائه تضمینات حُسن انجام کار منوط است به اقساط پرداختی توسط کارفرما که درصد معینی از آن به عنوان تضمین حُسن انجام کار در حساب مخصوصی نگهداری می‌شود (مستفاد از ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان)؛ بنابراین این تضمینات به صورت مستمر ارائه شده و به پرداخت اقساط متعدد معلق است که این ادعا از عبارت «هر پرداخت» در ماده موردنظر قابل استنباط می‌باشد. البته دریافت تضمینات بسته به میزان اقساط و نحوه پرداخت عوض قراردادی متفاوت خواهد بود.

هدف عمده سیاست‌گذاری‌ها به‌ویژه در این دست از تعهدات، التزام به انجام عمل و اتمام عمل تعهد شده می‌باشد. این امر شامل اجرای شخصی قرارداد، عدم واگذاری پیمان به دیگری و اجرای قرارداد طبق شرایط مندرج در قرارداد، اجرای همراه با حُسن نیت و بدون تأخیر، پرهیز از کوتاهی و تقصیر می‌باشد که البته می‌تواند با پیمانکاران جزء قراردادهای کوچکی منعقد بنماید تا امور به سرعت و با آسانی انجام شود. بر اساس ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان چنانچه بین دو پیمانکار (پیمانکار اصلی و پیمانکار جزء) اختلافی حاصل شود باید دستگاه نظارتی و یا نماینده‌ای که کارفرما تعیین می‌کند، به اختلاف رسیدگی نماید و نتیجه رسیدگی به اعتراضات هر چه باشد، قطعی بوده و طرفین حق اعتراض مجدد نخواهند داشت.^{۵۱}

باید توجه داشت که پیمانکار بایستی پنج درصد از مبلغ اولیه را به صورت نقدی در حساب کارفرما جهت تضمین انجام تعهد بسپارد و یا می‌تواند معادل همین میزان از بانک ضمانت‌نامه بگیرد. ضمانت‌نامه باید تا یک ماه پس از تاریخ صورت مجلس تحویل موقت اعتبار داشته باشد و تا هنگامی که تحویل موقت انجام نشده پیمانکار مکلف است درصدد تمدید ضمانت‌نامه برآید. چنانچه پیمانکار نتواند تعهدات خود را مطابق قرارداد به درستی ایفا نماید، بانک ضمانت‌نامه را به طرف مقابل یعنی کارفرما (با درخواست او) پرداخت خواهد کرد. در اجرای عملیات ساخت‌وساز توسط پیمانکار، باید مقررات ملی ساختمان، ضوابط و مقررات شهرسازی، محتوای قرارداد، شرایط عمومی پیمان، شرایط خصوصی پیمان، مشخصات فنی خصوصی، مشخصات فنی عمومی، دستورالعمل‌های سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، دستورات دستگاه نظارت، دستورات قانونی کارفرما و نقشه‌های مصوب که مجموعه‌ای سیاست‌گذاری‌ها در این حیظه است را رعایت نماید و اگر مرتکب قصوری شود، به عنوان متخلف شناخته خواهد شد. پیمانکار باید مطابق قانون شرایط عمومی پیمان، نقشه‌ها را بررسی نموده چنانچه ایرادی در آنها مشاهده نماید پیشنهادهای

خود را برای اصلاح به متولی نظارت اعلام نماید، در غیر این صورت و در صورت بی‌اعتنایی، چنانچه نقشه معیوب را اجرا و به همین دلیل خسارتی وارد آید، مسؤول خواهد بود.^{۵۲}

اگر پیمانکار مطابق بند ج ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان نیاز ببیند که تغییراتی در برنامه انجام امورات ساخت‌وساز باید انجام شود، مطالب لازم باید پیش از رسیدن زمان انجام، به اطلاع مهندس مشاور برسد. مهندس مشاور نیز پس از بررسی و تأیید، مراتب را به اطلاع پیمانکار خواهد رساند. البته این تغییرات از میزان تعهدات پیمانکار نکاسته و او کماکان مسؤول اموراتی خواهد بود که در اثر این تغییر برنامه زبانی را متوجه اشخاص ثالث یا کارفرما کند. این تغییر برنامه از جانب مهندس ناظر نیز قابل انجام است، با این تفاوت که چنانچه مهندس ناظر برنامه را ارائه دهد، پیمانکار باید طرح را بازبینی و برنامه زمان‌بندی آن را انجام داده و تحویل مهندس مشاور دهد و بعد از اصلاح و تأیید آن، از طرف وی ابلاغ خواهد شد. بند د ماده مذکور نیز پیمانکار را موظف می‌کند که باید همکاری و هماهنگی لازم را با سایر گروه‌های اجرایی و پیمانکارانی که در همان پروژه با کارفرما ارتباط دارند، انجام دهد. در این راستا اگر پیمانکار در اطلاع‌رسانی‌های لازم، کوتاهی نماید، با توجه به ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی بی‌احتیاطی وی ثابت شده و در اثر ورود خسارت به کارفرما، باید کلیه خسارات را جبران نماید. برای نمونه اگر پیمانکار به دلیل شرایط آب و هوایی و یا سایر شرایطی که ممکن است رخ دهد، بتن‌ریزی ساختمان را به تأخیر بیاورد، باید زمان‌بندی و تغییر برنامه را به مهندس ناظر و کارفرما اعلام نماید.

نتیجه‌گیری

امروزه با توجه به اهمیت قرارداد پیمانکاری و نبود منابع کافی جهت تکمیل آثار آن، سیاست‌گذاری‌هایی، ازجمله تدوین شرایط عمومی پیمان صورت گرفته است. لکن با دقت نظر در قانون‌گذاری و جایگاه آن در مراحل سیاست‌گذاری زینده است که سیاست‌گذاری در این حوزه بسیار مهم حداقل در قالب قانونی وضع شده جلوه کند. بدین ترتیب با توجه به اینکه مقررات پیمانکاری در ایران به‌خصوص در حوزه ساخت‌وسازهای شهری مدون و جامع نیست، آثار آن نیز ممکن است از کمال به دور باشد، لکن با توجه به اصول و شرایط این قراردادها نتیجه می‌گیریم که آثار آن تابع نظام عمومی و کلی قراردادها در ایران و متأثر از آن باشد، همان‌طور که در شرایط عمومی پیمان، از پیمانکار برای انجام تعهدات ضمانت‌نامه اخذ می‌شود تا در صورت تخلفات قراردادی، کارفرما از محل مورد نظر استیفای طلب کند

و خسارت خود را جبران نماید. کارفرما با توجه به جایگاه ویژه خودش که در راستای منافع عموم و حق به شهر اقدام می‌نماید، ضمانتی برای تخلفات قراردادی اش نمی‌دهد و این موضوع از جهاتی فضای مناسب برای اعمال فشار غیرقابل قبول و رواج بی‌عدالتی را مهیا می‌سازد که این موضوعات با تدوین قانون مناسب رفع خواهد گردید. با توجه به مفاد شرایط عمومی پیمان که شروط ضمن عقد تلقی شده و قرارداد پیمانکاری را وجهه الحاقی بودن می‌دهد، قوانین از جمله قانون کار را بر قراردادهای پیمانکاری، در مواردی حاکم می‌سازد که این خود اقدامی است در جهت بهبود این نوع از قراردادها که شرایط را برای پیمانکار تا حدودی سهل و عدالت را تا میزانی برقرار می‌سازد. از موارد قابل تحسین در شرایط عمومی پیمان نیز حق تعدیل به نفع پیمانکار است؛ زیرا در برخی موارد پیمانکار نمی‌تواند تعهدات مرتبط با ساخت‌وساز را به دلایلی از جمله گران شدن مصالح و ... عملی سازد و از این نظر بحث تعدیل در پیمان که نوعی تعدیل قراردادی است، می‌تواند در مساعدت او به کار گرفته شود، هرچند که قدرت طرف قراردادی او این مطلوبیت را در مواردی با چالش مواجه خواهد کرد.

به هر حال با بررسی این مبحث در مقاله، به این نتیجه کلی می‌توان رسید که عمده ضعف‌های موجود در مورد آثار قراردادهای پیمانکاری عدم سیاست‌گذاری‌های کامل و عدم تدوین قوانین و مقررات لازم می‌باشد. تدوین قانون (سیاست‌گذاری) در مورد این مسأله می‌تواند ماهیت حقوقی، آثار قرارداد پیمانکاری به خصوص مشکلات حقوقی ناشی از قراردادهای ساخت‌وساز را انتظام بخشد و به اختلافات موجود در بین حقوق‌دانان پایان دهد. به‌طور مثال می‌توان از قراردادها و یا قوانین نمونه که در سایر کشورها در روابط بین کارفرما و پیمانکار، مجری هست، تبعیت نمود به‌گونه‌ای که منافع و حقوق کارفرما و پیمانکار به نحو مطلوبی تأمین و تضمین گردد تا در نهایت در روابط قراردادی، جایگاه این دو تعدیل گردد. نه کارفرما از آن‌چنان قدرت و موقعیتی برخوردار باشد که حقوق پیمانکار ضایع گردد و نه پیمانکار در جایگاهی باشد که احساس کند چیزی جز کارگر کارفرما نیست.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم. مبانی حقوقی پیمان. تهران: نشر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۷۸.
- اشتیاقی، معصومه و محمودشارع پور. «بررسی مفهوم حق به شهر در سیاست‌گذاری شهری». مطالعات توسعه پایدار شهری و منطقه ای ۲(۱۳۹۹): ۶۸-۷۰.
- بحرانی، شیخ یوسف. الحدائق الناضره في احكام العتره الطاهره. قم: مؤسسه النشر الاسلامي التابعه لجماعه المدرسين، بی‌تا، ۱۳۶۳.
- امین پور، الهام. «ماهیت حقوقی قرارداد پیمانکاری در حقوق ایران». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸.
- انصاری، شیخ محمدعلی. الموسوعه الفقهيه الميسره. ویرایش اول. بیجا: مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۵.
- انصاری، ولی الله. حقوق اداری. تهران: انتشارات میزان: ۱۳۹۷.
- بافنده، علیرضا. «بررسی مسؤلیت مدنی سازندگان و پیمانکاران سازه‌های ساختمانی در کشور با توجه به قوانین موجود در قبال کارکنان، صاحبان کار و اشخاص ثالث». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه پیام نور مرکز تهران، ۱۳۸۹.
- برزی، ودود. ن سبی بودن آثار قراردادهای و تعهد به سود شخص ثالث در حقوق ایران. تهران: انتشارات آثار اندیشه، ۱۳۸۵.
- خوبی، ابوالقاسم. المستند فی شرح العروه الوثقی. قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۲۷۱.
- سعید بیگدلی. تعدیل قرارداد. ویرایش اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- تفرشی، غزاله و عزت الله عراقی. «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری». فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفی ۳۱(۱۳۹۶): ۱۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.
- حافظی قهستانی، محمدرضا، عباس مقدری امیری و عبدالحامید مرتضوی. «تعدیل قرارداد در اثر نوسات اقتصادی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی ۳۶(۱۴۰۰): ۲۴-۱۵.
- سینائی، وحید و سمیه زمانی. «نقش مجالس قانونگذاری در فرآیند سیاست‌گذاری؛ به سوی یک الگوی نظری». فصلنامه راهبرد ۵۸(۱۳۹۰): ۶۵-۹۳.
- ذوقیان، سعید. «مسؤلیت مدنی ناشی از ساخت‌وساز». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۲.
- عاطفی فرد، مسعود، مهدی خیری، سعید داوودی، علی آزاد فلاح و سعید بهنیا. «بررسی اجمالی انواع قراردادهای عمرانی». مقاله ارائه شده در دومین کنفرانس بین‌المللی مهندسی و معماری، استانبول (ترکیه)، ۲ ژوئن ۲۰۱۶.
- راستاد، مجتبی. «تعدیل ناشی از اجرای قانون در قراردادهای پیمانکاری». کنفرانس ملی تحقیقات علمی جهان در مدیریت، حسابداری ۲(۱۳۹۶): ۱-۱۹.
- رحمانیان، مسعود. آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری دولتی: آثار عام و خاص (تعهدات، حقوق، امتیازات طرفین پیمان و ضمانت اجرای قراردادهای پیمانکاری دولتی). تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۵.
- رحیمی، حبیب‌الله و سعیده علیزاده. «ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۱(۱۳۹۶): ۱۵۴.
- رضایی رودسری، هادی. «مسؤلیت مدنی مهندس ناظر ساختمان». پایان‌نامه کارشناسی ارشد. قم: دانشگاه

قم، ۱۳۸۱.

- ژوردن، پاتریس. اصول مسؤولیت مدنی. ترجمه مجید ادیب. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
 - شاه بیگیان، پونه. نکات مهم و اجرایی شرایط عمومی پیمان. تهران: نشر مقدس، ۱۳۸۹.
 - شکی، خدیجه. «بررسی اصول حقوق عمومی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز، ۱۳۹۲.
 - شهید ثانی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. بی‌جا: بینا، بی‌تا.
 - شهیدی، مهدی. آثار قراردادهای و تعهدات. ویرایش اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۹.
 - صفایی، سید حسین. قواعد عمومی قراردادهای. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۹.
 - عبیدی، رضا. «تعهدات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی در حقوق ایران و فرانسه». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۰.
 - عزیزی، خه بات. «تحلیل ابعاد قانونی مسؤولیت مهندس ناظر و پیمانکار ساختمان». فصلنامه علمی - حقوقی قانون بار ۱۴ (۱۳۹۹): ۵۵۳-۵۶۸.
 - فقیهی محمدحسن. ضمانت‌نامه‌های بانکی. تهران: انتشارات روابط عمومی بانک سینا، ۱۳۸۹.
 - قربانی، علی، امین قربانی و مریم قربانی. ادعاهای پیمانکاران. تهران: انتشارات گوهرشاد، ۱۳۸۶.
 - نجفی، شیخ محمدحسن. جواهرالکلام. ویرایش دوم. بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲.
 - کاتوزیان، ناصر. دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، اجرای قرارداد. ویرایش اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
 - کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
 - محسنی، عباس. بررسی قوانین و مقررات مالی. تهران: انتشارات مرکز آموزش مدیریت دولت، ۱۳۷۸.
 - مؤتمنی طباطبایی، منوچهر. حقوق اداری. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- (ب) منابع خارجی

- Laubader, *Traité de droit administratif*, Tome 1, 4ed, LGDJ. Paris, 1996.

Contractual Justice Toward Corporate Crimes in Pre Trial Stage in Legal System of Iran and United States

*Fateme Fazeli nik^{*1}, Amir Hasan Niaz pour²*

1. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti university, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: f.fazelinik@sbu.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Criminal law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: a_niazpour@sbu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2022.345268.2070

Received:

10 June 2022

Accepted:

13 August 2022

Published:

6 December 2023



A B S T R A C T

Corporate crime as a new form of white-collar crime, has today become one of the challenges of the world's criminal justice systems. Therefore, consensual justice is a new criminal policy that is introduced by some legal systems for such crimes. In this article, with a descriptive-analytical method, we seek to find the answer to the question that in the corporate crimes, as long as the case has not been removed from the pre-trial process, to what extent consensual mechanisms have been recognized in the criminal justice system of Iran and the United States of America? The adopted model of each legal system in the matter of criminal prosecution is a decisive criterion that makes the answer to the question easier. Based on the research findings, in the legal system of the United States, principle of appropriateness of the criminal prosecution has been accepted as a

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



rule, and this principle has also been emphasized under the document of the "principles of federal prosecution of business organization", and thus, in this regard, several consensual institution have been set in this law toward to the majority of corporate crimes. In Iran, based on principle of the necessity of criminal prosecution, some consensual institutions in the form of Alternatives to Criminal Prosecution have been accepted by the legislator in a narrow and limited way within the framework of the Criminal Procedure Law, which is necessary to solve the existing judicial and legal gaps in this regard according the criminal justice system of advanced countries.

Keywords: Corporate Crime, Plea Bargaining, Agree Mental Justice, Corporations, Pre-trial stage.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Consensus Mechanisms Regarding Corporate Crimes in The Laws of Iran and The United States", Shahid Beheshti University, Faculty of Law.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Fateme Fazeli nik: Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources.

Amir Hasan Niaz pour: Visualization, Supervision, Project administration, Data Curation, Formal analysis, Conceptualization, Methodology.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Fazeli nik, Fateme & Amir Hasan Niaz pour. "Contractual Justice Toward Corporate Crimes in Pre Trial Stage in Legal System of Iran and United States" *Journal of Legal Research* 23, no. 55 (December 6, 2023): 337-366.

E x t e n d e d A b s t r a c t

If we pay attention to the most important cases of recent years, whether in Iran such as the bankruptcy of financial institutions, fraud of car leasing companies, etc., or in the United States, such as the financial scandal of large American companies such as Tyco International, WorldCom, etc.; we will understand, the crimes of legal person have become one of the global crises that impose huge financial and economic costs on the government and the nation.

In this category of crimes, like white-collar crimes, the perpetrators usually have a legal and seemingly legitimate presence at the community, but because of the organizational structure and the challenges that exist regarding the criminal responsibility of companies, they face difficulties in terms of assigning criminal responsibility. On the other hand, even with the prosecution and detection of crimes of this category, the practical experiences of the criminal courts show that the criminal and one-sided approach was not an effective solution in overcoming the crimes, Because criminal law is generally indifferent to the social and environmental impact of the punishment it imposes, and this issue is of double importance in the case of companies; For example, the liquidation of a company can sometimes cause thousands of employees to lose their jobs or damage public trust. On this basis, "contractualization of criminal law" is the approach that is suggested in dealing with these crimes; this approach, by identifying the will of the criminal, allows the flexibility of the criminal justice system against the violators of society's values.

In fact, consensual justice is a kind of win-win game, because proving the criminal behavior of a legal person is more complex and challenging in comparison with natural persons, and it may not be possible to prove the criminal responsibility of the offender In such a situation, through plea bargaining and through an agreement reached between the judge and the company, the trial process is shortened and it is saved from spending a lot of money on proving the crime And in addition to creating a deterrent effect toward the company, it prevents harm to innocent third parties due to the company's criminal behavior. On the other hand, the criminal with a legal personality receives a relatively lighter punishment through an agreement with the judicial authority, and the integrity and coherence of the company is thereby maintained.

In this article, with a descriptive-analytical method, we seek to find the answer to the question that in the corporate crimes, as long as the case has not been removed from the pre-trial process, to what extent consensual mechanisms have been recognized in the criminal justice system of Iran and the United States of America? The adopted model of each legal system in the matter of criminal prosecution is a decisive criterion that makes the answer to the question easier.

Based on the research findings, in the legal system of the United States, principle of appropriateness of the criminal prosecution has been accepted as a rule. And thus, in the field of applying consensual justice in the face of crimes of legal person, it is relatively advanced and under the document of the "principles of federal prosecution of business organization" have been set three institutions of non-prosecution, deferred prosecution agreements and plea bargain in this regard. That all three institutions can be adopted toward all crimes of legal person and thus it is not limited to specific crimes. Whereas in Iran's legal system, based on principle of the necessity of criminal prosecution contractual institutions in Iran were foreseen for the first time in the criminal procedure law 1392 in general but in a relatively limited framework. Therefore, deferred prosecution, Pursuit Suspension well as the filing of the criminal case are three contractual institutions alternative prosecution that was prescribed in the pre-trial stage; However, unlike the United States of America, the mentioned institutions are not accepted in all crimes of legal person which are accepted in a certain level of crimes (level 6, 7 and 8) and insofar as the legislator has not made a difference in this regard between individuals and legal persons. On the other hand, while plea bargaining is known as the most obvious manifestation of contractual justice in the pretrial process, and in the United States, 94% of criminal cases are settled by adopting such a policy, there is basically no such institution in Iran's legal system. However, within the framework of Article 442 of the Criminal Procedure Law, the legislator has mentioned an institution called submission to the vote, which is a form of consensual justice due to the exclusion of the criminal case from the continuation of the proceedings and agreement with the judge that this institution includes all crimes.

عدالت توافقی نسبت به جرایم اشخاص حقوقی در مرحله پیش دادرسی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا

فاطمه فاضلی نیک*^۱، امیرحسین نیازپور^۲

۱. کارشناسی ارشد جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: f.fazelinik@sbu.ac.ir

۲. استادیار، گروه جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: a_niazpour@sbu.ac.ir

چکیده:

جرایم اشخاص حقوقی، به‌عنوان شکلی نو از جرایم یقه‌سفیدی، امروزه به یکی از چالش‌های نظام‌های عدالت کیفری دنیا تبدیل شده است؛ از این رو عدالت توافقی، سیاست کیفری نوینی است که امروزه در قبال چنین جرایمی از سوی برخی نظام‌های حقوقی معرفی می‌گردد. در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال یافتن پاسخ این پرسش هستیم که در جرایم اشخاص حقوقی، مادامی که پرونده از جریان پیش دادرسی خارج نشده تا چه میزان سازکارهای توافقی در نظام عدالت کیفری ایران و ایالات متحده آمریکا به رسمیت شناخته شده است؟ مدل اتخاذی هر سیستم حقوقی در امر تعقیب کیفری - از حیث آزادی عملی که به مقام قضایی در راستای توافقی با بزه‌کار اعطا می‌نماید - معیار تعیین‌کننده‌ای است که پاسخ به پرسش مطرح شده را آسان‌تر می‌نماید. بر اساس یافته‌های پژوهش، در سیستم حقوقی ایالات متحده، اصل موقعیت داشتن تعقیب به‌عنوان قاعده پذیرش شده و در ذیل سند اصول فدرالی تعقیب شرکت‌های تجاری



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.345268.2070

تاریخ دریافت:

۲۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۲ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



نیز به این اصل تأکید شده و بدین ترتیب، در همین راستا چندین نهاد توافقی در قوانین مرتبط به اشخاص حقوقی نسبت به غالب جرایم این دسته پیش‌بینی شده است. در نظام حقوقی ایران، به جهت ابتنا بر معیار قانونی بودن تعقیب، برخی نهادهای توافقی در قالب قرارهای جایگزین تعقیب به نحو مضیغ و محدودی در چهارچوب قانون آیین دادرسی کیفری مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است که لازم است به تأسی از نظام عدالت کیفری کشورهای پیشرو، خلأهای قضایی و قانونی موجود در این‌باره مرتفع گردد.

کلیدواژه‌ها:

جرایم اشخاص حقوقی، معامله اِتهام، عدالت قراردادی، شرکت‌های تجاری، مرحله پیش‌دادرسی.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «سازکارهای توافقی نسبت به جرایم شرکتی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا»، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

فاطمه فاضلی‌نیک: نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع.

امیرحسن نیازپور: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، نظارت بر داده‌ها، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

فاضلی‌نیک، فاطمه و امیرحسن نیازپور. «عدالت توافقی نسبت به جرایم اشخاص حقوقی در مرحله پیش‌دادرسی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۳، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۳۳۷-۳۶۶.

مقدمه

اگر نگاهی به مهم‌ترین پرونده سال‌های اخیر ببیند، چه در ایران نظیر پرونده ورشکستگی مؤسسات مالی و اعتباری، کلاهبرداری شرکت‌های لیزینگی فروش خودرو و ... و چه در ایالات متحده، نظیر رسوایی مالی شرکت‌های بزرگ آمریکایی نظیر تایکو اینترنشنال^۱، ورلد دات کام^۲ و ... متوجه خواهیم شد که امروزه جرایم اشخاص حقوقی تبدیل به یکی از بحران‌های جهانی شده است که هزینه‌های مالی و اقتصادی عظیمی را به دولت و ملت تحمیل می‌کند.^۳

در این دسته از جرایم همانند جرایم یقه‌سفیدی، مرتکبان معمولاً حضور قانونی و به ظاهر مشروعی در سطح جامعه دارند، لکن به دلیل ساختار سازمانی و چالش‌هایی که در خصوص مسؤلیت کیفری شرکت‌ها وجود دارد از حیث انتساب مسؤلیت کیفری با دشواری‌هایی مواجه هست.^۴

از سوی دیگر، حتی با تعقیب و شناسایی جرایم این دسته، تجارب عملی محاکم کیفری نشان می‌دهد که رویکرد سزاگرایانه و یک‌سویه در غلبه بر جرایم راهکار مؤثری نبوده، چراکه حقوق جزا اصولاً نسبت به تأثیر اجتماعی و محیطی ضمانت اجرایی که تحمیل می‌کند بی‌توجه است که این مسأله در مواجهه با شرکت‌ها از اهمیتی دوچندان برخوردار است؛ به‌عنوان نمونه انحلال یک شرکت گاه می‌تواند موجب از دست دادن شغل هزاران کارمند شود و یا حتی به ضرر نظام سیاسی شرکتی که در آن اکوسیستم تنفس می‌کند تمام شود، نظیر اینکه اعتماد عمومی را دچار خدشه کند.

بر همین مبنا «قراردادی شدن حقوق کیفری»^۵ - رویکردی است که در برخورد با این جرایم پیشنهاد می‌شود؛ راهبرد معرفی شده، به‌واسطه شناسایی اراده بزهکار، امکان انعطاف‌پذیری دستگاه عدالت کیفری را در برابر ناقضان ارزش‌های جامعه فراهم می‌آورد.^۶

1. Tyco International

2. Worldcom

۳. تا جایی که به نقل از تابناک، به گفته وزیر امور اقتصاد و دارایی وقت در سال ۱۳۹۷ تنها، فرار مالیاتی شرکت‌های بزرگ اقتصادی، به ارزشی در حدود یک چهارم تولید ناخالص داخلی برابری می‌کرد؛ همین‌طور در ایالات متحده، در جرم تقلب در اخذ وام - که دیک تورنبرگ دادستان کل وقت، آن را بزرگ‌ترین کلاهبرداری در تاریخ آمریکا نامید - خسارتی بالغ بر ۳۰۰ تا ۵۰۰ میلیارد دلار تخمین زده شد.

4. Luth Felix, "Corporate non-prosecution agreements as transnational human problems: transnational law and the study of domestic criminal justice reforms in a globalised world," *Transnational Legal Theory*, 12, 2(2021), 315.

۵. امیرحسین نیازپور، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی شده»، آموزه‌های حقوق کیفری (۱۳۹۰)، ۵۰.

۶. امیرحسین نیازپور، «توافقی شدن آیین دادرسی کیفری»، (رساله دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹)، ۲۹۷.

ایالات متحده آمریکا از پیشگامان توجه به مسائل اشخاص حقوقی در عرصه جهانی است. بر همین اساس در ژوئن سال ۱۹۹۹، وزارت دادگستری ایالات متحده، اصول فدرالی تعقیب شرکت (سازمان)های تجاری را به منظور استانداردسازی عواملی که باید توسط دادستان‌های فدرال در تصمیم‌گیری راجع به اتهامات اشخاص حقوقی، مدنظر قرار بگیرد، صادر کرد.^۷ در این سند دو نهاد توافقی نوین عدم تعقیب و تعویق تعقیب در کنار معامله اتهام نسبت به اشخاص حقوقی، پیش‌بینی شده است؛ در ایران نیز جلوه‌هایی از قراردادی شدن حقوق کیفری تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در قالب قرار تعلیق تعقیب در ماده ۱۰ مکرر قانون اصول محاکمات و بایگانی کردن پرونده در قوانین خاص وجود داشت، لکن برای نخستین بار در سال ۱۳۹۲ بود که به‌طور عمومی به ظرفیت‌های عدالت توافقی در قالب پیش‌بینی نهادهای جایگزین تعقیب از طریق به رسمیت شناختن اراده بزه‌کار، توجه شد؛ لکن برخلاف ایالات متحده، شاهد اتخاذ رویکرد افتراق‌آمیز نسبت به جرایم این دسته و قانون خاصی که در مورد اشخاص حقوقی در اصدار قرار و تصمیمات توافقی محور، تعیین تکلیف کند، نیستیم.

بدین ترتیب، در پژوهش پیش‌رو در قالب سه بند، به بررسی تطبیقی نهادهای مرتبط به رویکرد توافقی و احکام مربوط به آن در مرحله پیش‌دادرسی پرداخته و به تجارب هر دو نظام حقوقی در این‌باره اشاره خواهیم نمود.

۱- تحقیقات مقدماتی در پرتو رویکرد توافقی

در ابتدا باید گفت، سیستم‌های حقوقی در امر تعقیب کیفری از دو سیستم تبعیت می‌کنند: اصل الزامی بودن تعقیب و اصل موقعیت داشتن (مقتضی بودن) تعقیب. بر اساس اصل الزامی بودن تعقیب، دادستان مکلف به تعقیب کیفری متهم است و مطلقاً نمی‌تواند از این اقدام خودداری نماید ولی در حالت مقتضی بودن تعقیب، تعقیب دایر بر مصلحت است و مبتنی بر همین مؤلفه، مقام قضایی تصمیم می‌گیرد.^۸

اینکه سیستم حقوقی کشوری از کدام مدل تبعیت کند، تأثیر مستقیمی بر سیاست جنایی و نهادهای قانونی‌ای که در قوانین آن کشور، پیش‌بینی می‌شود، دارد. توافقی بودن عدالت کیفری نیز، ازجمله

7. Beth A. Wilkinson & Alex Young K. Oh, "The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective", *New York State Bar Association (NYSBA)*, 27, 2(2009), 8.

۸. مهدی شیدائیان، «تحلیل اصل موقعیت داشتن تعقیب کیفری و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران و اسلام»، (پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۸)، ۱۳.

مواردی است که مشمول این قضیه است و ارتباط زیادی به رویکردی که یک سیستم حقوقی در ارتباط با این دو اصل برمی‌گزیند دارد. چراکه در اصل موقعیت داشتن تعقیب، مقام قضایی در پرتو اختیاری که قانون برای امر تعقیب به او اعطا نموده است، می‌تواند در تعیین تدابیر و تصمیمات قضایی، اراده بزهکار را مدنظر قرار دهد و با او وارد فرایند مذاکره گردد و زمینه را برای تحقق قراردادی کردن عدالت کیفری فراهم آورد، لکن در الزامی بودن تعقیب، مقام قضایی مکلف به تعقیب کیفری است و مطلقاً نمی‌تواند از آن خودداری نماید و بدین مبنا، هرگونه مذاکره و توافق با بزهکار عملاً منتفی است و دادستان چاره‌ای جز تعقیب ندارد.

رویکرد مقتضی بودن تعقیب گرچه در کامن لا و کشورهای مبتنی بر آن ریشه دارد و اقبال سیستم قضایی نسبت به آن بیشتر است اما به تدریج نظام‌های رومی ژرمن (حقوق نوشته) هم به سمت پذیرش این رویکرد گام برداشته و جلوه‌هایی از آن در قوانین آنها نمود یافته است.^۹ بنابراین امروزه این دو اصل الزاماً جایگزین یکدیگر نیستند و یک سیستم حقوقی می‌تواند از هر دو اصل بهره‌مند گردد.^{۱۰}

در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا اصل موقعیت داشتن تعقیب به‌عنوان قاعده و اصل الزامی بودن به‌عنوان استثنا پذیرش شده است و در ذیل عنوان ملاحظات عمومی مسؤلیت شرکت بند^{۱۱} ۲۸/۲۰۰-۹ اصول فدرالی تعقیب شرکت‌های تجاری به این اصل تأکید شده است که دادستان در تعیین اینکه چه زمانی، به چه کیفیتی و چه شخصی را برای نقض قوانین جزایی فدرال تحت پیگرد قانونی قرار دهد یا خیر دارای آزادی عمل می‌باشد. به همین ترتیب قبل از اتخاذ تصمیم نسبت به پیگرد اشخاص حقوقی، در بدو امر دادستان می‌بایست شاخص‌هایی که معمولاً در تعقیب اشخاص حقیقی بدان توجه می‌نماید، در این مورد نیز در نظر بگیرد. معیارهایی همچون کافی بودن مدارک و ادله، موفقیت‌آمیز بودن دعوا یا عدم آن و همین‌طور اهدافی همچون بازدارندگی، بازپروری، سزادهی که آیا در نتیجه تعقیب امر کیفری حاصل می‌شود یا خیر؟^{۱۲}

۹. محمد علی حاجی‌ده‌آبادی، محمد خلیل صالحی و محسن مرادی، «موقعیت داشتن تعقیب در نظام کیفری ایران با نگاهی تطبیقی»، آموزه‌های حقوق کیفری ۱۳ (۱۳۹۶)، ۵۸.

۱۰. علی حسین نجفی‌ایرندآبادی، «از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی»، فصلنامه پژوهشی علوم انسانی الهیات و حقوق ۳، ۹ و ۲۰، (۱۳۸۲)، ۳۸.

119. 28.200 General considerations of corporate liability.

12. United states Attorneys's Manual § 9-28.300

همان‌طور که سابقاً اشاره کردیم، ایالات متحده، قواعد و مقررات جامع، کامل و پیشرفته‌ای در مورد تعقیب اشخاص حقوقی دارد. سند مهمی که وزارت دادگستری آمریکا با عنوان «اصول فدرالی تعقیب سازمان‌های تجاری»^{۱۳} در بخش نهم از «کتابچه راهنمای عدالت ایالات متحده» منتشر کرده، صرفاً در خصوص تعقیب جرایم این دسته می‌باشد.^{۱۴}

در نظام کیفری ایران، به جهت ابتنا بر معیار قانونی بودن تعقیب، نهادهای توافقی کمتر و به نحو محدودی شناسایی شده است و برخلاف رویکرد ایالات متحده، اصل الزامی بودن تعقیب؛ قاعده است و در موارد استثنا قانون‌گذار از آن عدول کرده؛ در واقع قانون‌گذار ایرانی به‌واسطه تصویب اولین قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۲۹۰ رویکرد الزامی بودن تعقیب را اتخاذ نموده بود و دیدگاهی یک‌جانبه و تک‌سویه داشته است؛ به شکلی که عدالت کیفری صورتی افقی (از بالا به پایین) و تحمیلی داشت، هرچند در طی سال‌های بعد به نحو پراکنده و معدودی از این رویکرد حاکم اندکی فاصله گرفت و نهادهایی همچون تعلیق تعقیب که جلوه‌ای از عدالت توافقی است به‌واسطه الحاق ماده ۴۰ مکرر به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ و بایگانی نمودن پرونده در قوانین خاص پیش‌بینی نمود لکن این رویکرد کاملاً محض تا سال ۱۳۹۲ و پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری حاکم بود. تا اینکه مقنن ایرانی در سال ۱۳۹۲ گام‌های جدیدی برداشت و راستای اصل مقتضی بودن تعقیب، اختیاراتی به مقام قضایی اعطا نمود و بدین طریق اراده شخص بزه‌دیده را در جریان دادرسی مورد شناسایی قرار داد.

بارزترین جلوه‌های اصل مقتضی بودن تعقیب و در نتیجه رویکرد توافقی در مرحله پیش‌دادرسی به دو شکل نمود می‌یابد. اول در قالب نهاد معامله اتهام و دوم در قالب نهادهای جایگزین تعقیب که شامل تصمیماتی نظیر بایگانی کردن پرونده، تعلیق تعقیب و... است که در این قسمت به این موارد پرداخته خواهد شد.

۲- معامله اتهام و تسلیم به رأی نسبت به جرایم اشخاص حقوقی

معامله اتهام به‌عنوان شکلی از رویکرد قراردادی شدن عدالت کیفری، نهادی است که توافقات را به عرصه قواعد دادرسی کیفری کشانده است تا بدین طریق متهم از امتیازاتی که در چهارچوب آن حاصل

13. Principles of federal prosecution of business organization

14. United States Attorneys' Manual Section 9-28: Principles of Federal Prosecution of Business Organization (2008), <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>

می‌شود، برخوردار گردد.

نهاد مذکور در ایالات متحده آمریکا در مرحله پیش دادرسی بین دادستان و متهم یا وکیل او استفاده می‌شود. امروزه بیش از نود درصد پرونده‌های جزایی در آمریکا، از طریق معامله اتهام حل و فصل می‌گردد.^{۱۵} به‌نحوی که از آمار هشتاد و چهار درصدی پرونده‌های کیفری فدرال در سال ۱۹۸۴ که این سازکار در آن اعمال می‌شد در سال ۲۰۰۱ به حدود نود و چهار درصد رسید.^{۱۶}

در دادگاه‌های فدرال آمریکا، مطابق بخش (e) قانون ۱۱ از قواعد فدرال آیین دادرسی کیفری^{۱۷} معامله اتهام به‌طور عام و نسبت به اشخاص حقوقی در بخش نهم از کتابچه راهنمای عدالت، ذیل عنوان اصول فدرالی تعقیب سازمان‌های تجاری^{۱۸} این نهاد تحت عنوان «معامله اتهام با شرکت‌ها»^{۱۹} برای اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته شده و در چهارچوب آن اشاره شده است: «به‌واسطه معامله اتهام، اهداف اصلی حقوق کیفری همچون بازدارندگی و بازپروری تأمین می‌گردد. چرا که در پرتو آن دادستان از طریق تحمیل جریمه‌های نقدی سنگین، الزام متخلف به رعایت قانون، نظارت قضایی مداوم بر فعالیت‌های شخص حقوقی، الزام به همکاری با دولت و تدابیری به این شکل بازدارندگی حاصل می‌شود؛ همچنین به‌واسطه اخذ تضمینات لازم از شخص حقوقی که در آینده قوانین را رعایت خواهد کرد اهداف بازپروری در مورد این اشخاص عینیت می‌یابد.»

پذیرش قاعده مقتضی بودن تعقیب در سیستم قضایی ایالات متحده سبب شده، این کشور در غالب موارد این رویکرد را اتخاذ نماید و بنابراین جز در موارد استثنایی، قلمرو معامله اتهام به کلیه جرایم اشخاص حقوقی بسط می‌یابد.

در نظام حقوقی ایران، اساساً نهادی تحت عنوان معامله اتهام وجود ندارد؛ اما نهادی وجود دارد تحت عنوان «تسلیم به رأی» که به‌نحوی در عمل، نتایج معامله اتهام هرچند به میزان ضعیفی - از حیث خارج نمودن پرونده کیفری از فرایند دادرسی و اعطای حق توافق به بزهدار - عاید می‌گردد که در چهارچوب ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اشاره شده است.

در این ماده مقرر شده است: «در تمام محکومیت‌های تعزیری در صورتی که دادستان از حکم صادره

۱۵. دلماس مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، جلد ۱، چاپ اول (تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۵)، ۱۴۷.

16. Albert W. Alschuler, "Plea Bargaining and Its History", *Law & Society Review* 13, 2 (1979), 211-245.

17. Federal Rule of Criminal Procedure 11(e)

18. USAM, at § 9 -28.1600

19. Plea Agreements with Corporations

درخواست تجدیدنظر نکرده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند پیش از پایان مهلت تجدیدنظرخواهی با رجوع به دادگاه صادرکننده حکم، حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط یا درخواست تجدیدنظر را مسترد نماید و تقاضای تخفیف مجازات کند. در این صورت، دادگاه در وقت فوق‌العاده با حضور دادستان به موضوع رسیدگی و تا یک‌چهارم مجازات تعیین شده را کسر می‌کند. این حکم دادگاه قطعی است.»

چنان‌که در متن ماده بیان شده است، اگر مجرم از حکم کیفری تمکین نماید و حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط و بدین ترتیب ایجاب خود را به‌واسطه التزام به حکم دادگاه بدوی اعلام کند و مورد وثوق مقام قضایی قرار گرفته و قبول شود، وی ملتزم به کسر مجازات تا سقف یک‌چهارم مجازات تعیین شده خواهد بود.

البته بنا بر ظاهر ماده، مقام قضایی اختیاری در عدم پذیرش ندارد و همین مسأله ممکن است، تردید در توافقی شدن این نهاد ایجاد کند.

مع‌الوصف اگر چنین مقرره‌ای را به نحوی از انحا توافقی قلمداد کنیم بنا بر اطلاق ماده، اجرای آن در جرایم اشخاص حقوقی با مانعی مواجه نخواهد شد. بدین صورت که اراده شخصیت حقوقی به‌واسطه نماینده قانونی شرکت نسبت به تمکین رأی بدوی به دادگاه اعلام شده و مقام قضایی در مقابل تا میزان مقرر در قانون، از مجازات کسر نماید. نظیر اینکه جزای نقدی کاهش یابد یا محرومیت‌هایی نظیر منع از اصدار سند، منع از عرضه سهام در بورس و ... به مدت‌زمان کمتری تقلیل یابد.

رأی وحدت رویه شماره ۷۵۶ مورخ ۱۳۹۵ نیز به بر این مدعا تأکید نموده و اشاره کرده بنا بر ارفاقی بودن این ماده، در صورت تردید شمول حکم، شمول ماده ۴۴۲ نسبت به محکومیت‌های تعزیری قابل فرجام با موازین قانونی و اصول کلی دادرسی سازگارتر است و در ادامه نیز به‌موجب بخشنامه شماره ۱۰۰/۸۳۱۱۷/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۶/۲۶ از سوی رئیس قوه بار دیگر نسبت به اجرای چنین مقرره‌ای، تأکیدی دوباره صورت گرفت.

بدین ترتیب تنها محدودیت این ماده آن است که مفاد این ماده صرفاً در جرایم تعزیری قابل اعمال است که غالب جرایم اشخاص حقوقی از این جنس است. به‌علاوه حتی می‌توان گفت در مواردی که عمل مجرمانه مشمول عنوان مجرمانه افساد فی الارض بوده باشد و مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی نسبت به ارتکاب جرایم حدی مورد پذیرش باشد، بنابراین مجازات از نوع حدی خواهد بود، لکن چون امکان اجرای مجازات حدی نسبت به این اشخاص وجود ندارد، در عمل تبدیل به مجازات تعزیری از نوع انحلال و مصادره اموال و ... می‌شود که عملاً شکلی تعزیری دارد. حال اینکه آیا این مجازات‌ها قابلیت

کسر و تقلیل دارد یا خیر، موضوعی است که باید در مورد آن بحث شود. حال ایرادی که ممکن است مطرح شود آن است چنین مقرراتی در اصل با فلسفه کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها وضع شده و قانون‌گذار نیز، در مقام بیان این حکم نسبت به اشخاص حقیقی بوده است؛ در پاسخ می‌توان گفت: نخست نمی‌توان از تأثیری که این ماده نسبت به کاهش تقاضای تجدیدنظرخواهی شرکت‌ها و به تبع آن کاهش هزینه‌های تحمیلی بر دستگاه قضایی دارد، منکر شد؛ دوم اینکه مبنا ظاهر ماده است و ظهور و اطلاق ماده، ظرفیت برداشت مذکور نسبت به اشخاص حقوقی در خصوص جرایم تعزیری را دارد.

مع الوصف در ایالات متحده، معامله اتهام در کلیه جرایم اشخاص حقوقی قابل اتخاذ است و تنها در دو مورد است که ممکن است با محدودیت مواجه شود:

مورد اول زمانی است که در سطح ایالتی، اختیار دادستان در مواجهه با برخی جرایم نظیر جرایم زیست‌محیطی - که آن یکی از آشکال جرایم اشخاص حقوقی قلمداد می‌شود - محدود شود و دادستان ملزم به تعقیب باشد.

مورد دوم مربوط است به قید منافع عمومی در طرح دعاوی عمومی، بدین شکل که اگر رفتار مجرمانه‌ای ابعاد گسترده‌ای داشته باشد و نظم عمومی را تهدید کند، دادستان اختیار خود را در عدم تعقیب عموماً اعمال نمی‌کند و همچنین است در مواردی که شرکت در کلاهبرداری علیه دولت دخالت داشته باشد که در چنین صورتی دادستان حق صرف‌نظر نمودن از عنوان اتهامی را ندارد.

بدین ترتیب، به‌کارگیری معامله اتهام نسبت به جرایم اشخاص حقوقی، در ایالات متحده آمریکا با محدودیتی جز دو مورد فوق، مواجه نیست و حتی حقوق‌دانان پذیرش چنین توافقی در خصوص جرایم یقه‌سفیدی را اقدامی هوشمند تلقی می‌کنند. چراکه کشف و شناسایی جرایم یقه‌سفیدی که جرایم اشخاص حقوقی بخشی از آن است، اغلب سال‌ها به طول می‌انجامد و نیازمند اقدامات سخت و پیچیده‌ای است و حتی گاه پرونده به حدی از ابعاد پنهان برخوردار است که هیأت منصفه ممکن است ظرافت‌های موجود در پرونده را درک نکند، به‌خصوص پرونده‌های فساد مالی و کلاهبرداری‌های مالیاتی و بیمه‌ای.

گاه حتی با وجود شناسایی رفتار مجرمانه به جهت فقدان ادله کافی احتمال محکومیت ضعیف و امکان فرار از مسؤولیت برای متهم فراهم است. بدین ترتیب مقام قضایی پیشنهاد قبول مجرمیت را به متهم ارائه می‌دهد.

از سوی دیگر به جهت ویژگی‌های خاص جرایم بقره‌سفیدی از حیث نامحسوس بودن و عدم توسل به خشونت در ارتکاب آن، این مزیت برای مجرمین وجود دارد که دادگاه در نهایت مجازات سخت و جدی برای مرتکب در نظر نگیرد چراکه عموماً در نظر مقام قضایی این جرایم، به اندازه جرم خشونت‌بار خیابانی، خطرناک جلوه نمی‌کند و مضافاً اینکه، چون احراز مسؤولیت در جرایم اشخاص حقوقی و انتساب فعل مجرمانه بدان چالش‌برانگیز است، اقبال سیستم قضایی به استفاده از چنین سازکاری در جرایم این دسته به نسبت بیشتر است.

شکل این توافقات مختلف است و به تبع آن مجازات‌های توافقی دارای طیف‌های مختلف است از پرداخت جریمه تا تعلیق اجرای مجازات و بدین ترتیب بسته به توافقات صورت‌گرفته، سرنوشت یک متهم در مورد جرمی مشابه ممکن است با سرنوشت متهم دیگر در ایالت دیگر متفاوت باشد.^{۲۰} باوجوداین، کمیسیون مجازات ایالت متحده در چهارچوب دستورالعمل صدور مجازات، برای یکسان‌سازی و جلوگیری از تشتت آرا در موارد مشابه در سطح دادگاه‌های فدرال، مقرراتی را وضع نموده است.

یکی از اشکال جرایم اشخاص حقوقی در ایالات متحده که بیش از سایر انواع آن به استفاده از رویکرد توافقی توجه شده است، جرایم بازار بورس و اوراق بهادار است. در اکتبر ۲۰۰۱ کمیسیون بورس و اوراق بهادار، گزارشی در خصوص تحقیقات خود صادر کرده و به توضیح تصمیم این مرجع در مورد عدم اقدام قانونی علیه یک شرکت دولتی به دلیل بی‌نظمی در صورت‌های مالی پرداخت. در این گزارش، چهار معیار برای سنجش و ارزیابی همکاری یک شرکت با مرجع تعقیب مشخص شده است:

- (۱) نحوه همکاری با مقامات اجرایی نظیر ارائه اطلاعات مربوط به تخلف؛
- (۲) اتخاذ رویه‌های اصلاحی همچون اخراج یا تنبیه افراد متخلف، اصلاح و بهبود نظارت بر عملکرد داخلی جهت جلوگیری از تکرار سوءرفتار و جبران خسارات وارده؛
- (۳) ارزیابی اقدامات شرکت در راستای پیشگیری از سوءرفتار؛
- (۴) بررسی گزارشگری به‌موقع و مناسب از تخلف هنگام کشف و شناسایی سوءرفتار و افشای مؤثر و کامل آن به سازمان‌های نظارتی.^{۲۱}

20. Frank A Rubino, "Can you get a plea agreement for white-collar crime?" June 25, 2020, accessed February 5, 2021, <https://www.frankrubino.com/legal-articles/can-you-get-a-plea-agreement-for-white-collar-crime/>

۲۱. فهیمه میرشفیعی، بررسی جایگاه عدالت ترمیمی در ساختار حقوقی بورس‌های اوراق بهادار، ویراست اول (تهران: بورس

که در نهایت مقام تعقیب با توسل به مؤلفه‌های فوق و اینکه تا چه حد همکاری صورت گرفته، موافقت‌نامه تعویق تعقیب یا عدم تعقیب منوط به انجام تعهداتی از سوی متهم با او منعقد می‌کند. در سیستم عدالت کیفری ایران نیز، جرایم و تخلفات بورسی به عنوان یکی از آشکال جرایم اشخاص حقوقی به‌طور خاص مورد توجه قانون‌گذار بوده و با ابتنا به آموزه‌های عدالت اشتراکی، از به‌کارگیری عدالت ترمیمی در این حوزه سخن گفته شده و واحدی به نام مرکز عدالت ترمیمی سازمان بورس و اوراق بهادار در این ساختار، تأسیس گشته است. به همین ترتیب، در سند پیشگیری از وقوع تخلفات و جرایم حوزه بازار سرمایه در ذیل بند ۱۷ بخش «د»، یکی از طرق پیشگیری از وقوع تخلفات و جرایم در بازار سرمایه، استفاده از سازکارهای عدالت ترمیمی و میانجیگری قضایی با لحاظ شرایط قانونی پیش‌بینی شده است. حال از آنجا که بررسی این نهاد از موضوع و مجال خارج است به ذکر همین مقدار بسنده می‌کنیم.

۳- نهادهای توافقی جایگزین تعقیب نسبت به جرایم اشخاص حقوقی

علاوه بر معامله اتهام، تدابیر دیگری در مرحله پیش‌دادرسی در راستای راهبرد عدالت توافقی وجود دارد که با عنوان نهادهای جایگزین تعقیب با رویکرد بزه‌کارمحور، در قوانین انعکاس یافته‌اند؛ اما اینکه نهادهای پیش‌بینی شده تا چه میزان نسبت به جرایم اشخاص حقوقی قابل اعمال است و اینکه آیا اساساً سیاستی افتراقی در این باره وجود دارد یا خیر، موضوعی است که در اینجا بدان می‌پردازیم.

۳-۱- تعویق و تعلیق تعقیب جرایم اشخاص حقوقی

این قرار همچنان که از عنوان آن پیداست، زمانی صادر می‌شود که دادستان با شرکت یا مؤسسه‌ای که مبادرت به رفتار مجرمانه نموده است، توافق می‌کند که در صورت رعایت شروط مندرج در قرار تعقیب، برای مدت معین او را تحت تعقیب قرار ندهد.

در نظام حقوقی ایالات متحده، در چهارچوب مقرر ۹/۱۱۰۰/۲۸ اصول تعقیب فدرالی شرکت‌های تجاری، ذیل عنوان «پیامد جانبی» به دادستان توصیه شده است: «هنگام صدور کیفرخواست علیه شخص حقوقی کلیه آثار و توالی فاسد امر که تأثیر منفی می‌تواند بر کارکنان، مصرف‌کنندگان و سهام‌داران داشته باشد را مدنظر قرار دهد.»

سپس تأکید شده است: «در مواردی که توالی فاسد محکومیت شرکت نسبت به اشخاص ثالث قابل توجه باشد، ممکن است این‌گونه مناسب باشد که توافق عدم تعقیب شرکت یا تعویق تعقیب^{۲۲} تحت شرایطی اتخاذ گردد به‌منظور انطباق فرهنگ سازمانی شرکت جهت رعایت قوانین؛ چراکه تعویق تعقیب در شرایط مناسب آن، می‌تواند به بازبایی یکپارچگی شرکت کمک کرده و درعین حال موجب اعاده به وضعیت سابق، استرداد سریع اموال و پرداخت غرامت به قربانیان گردد. لکن در هر حال باید منافع زیان‌دیدگان مدنظر قرار گیرد.»^{۲۳}

در نظام حقوقی ایران، تعویق تعقیب تا پیش از تصویب ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، سابقه‌ای نداشته و برای نخستین بار در خلال ماده مزبور معرفی شده است. به‌موجب این قرار، دادستان با توافق طرفین امر کیفری و به‌واسطه اعطای مهلت به بزه‌کار جهت کسب رضایت بزه‌دیده، مجاز است تا پیش از سپری شدن مدتی که قانون‌گذار برای مرور زمان در نظر گرفته، تعقیب را به تعویق اندازد^{۲۴} و بعد از آن سرنوشت پرونده مشخص می‌شود که گاه منجر به صدور قرار موقوفی تعقیب در جرایم قابل گذشت و گاه منجر به فراهم نمودن زمینه برای قرار توافقی دیگری نظیر تعلیق تعقیب در جرایم غیر قابل گذشت می‌گردد.

علی‌رغم آنکه گستره شمول این نهاد مطابق ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، محدود به جرایم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸ با قید قابل تعلیق بودن آن گشته است؛ در ایالات متحده محدود به جرایم خاصی نشده و علی‌الاصول کلیه جرایم اشخاص حقوقی را دربرمی‌گیرد و در چهارچوب مقرره مربوط به این عنوان تأکید است: «تعقیب شخص حقوقی همواره مناسب نیست، به‌خصوص در موقعیتی که آثار تبعی بر اشخاص ثالث بی‌گناه داشته باشد و در چنین موقعیتی قرار تعویق تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی مناسب به نظر می‌رسد.»

مطابق قوانین آمریکایی، این قرار زمانی اصدار می‌یابد که دادستان به شرکتی اتهام یا اتهاماتی وارد کرده لکن درعین حال موافقت می‌کند که چنانچه شخص حقوقی مفاد قرار تعویق تعقیب را رعایت کند و بدان ملتزم باشد، مورد تعقیب قرار ندهد،^{۲۵} که در صدور این قرار می‌بایست حداقل به سه نکته اساسی از سوی دادستان توجه شود و مفاد آن رعایت گردد.

22. Deferred Prosecution Agreements

23. Justice Manual §9-28.1100

۲۴. محمد آشوری، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۲)، ۲۳۰.

25. Peter Spivack & Raman Sujit, "Regulating the 'New Regulators: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements'". *American Criminal Law Review*, 45(2008), 160-161.

نخست اینکه: شرکت متخلف، مسؤولیت را بپذیرد؛

دوم اینکه: شرایطی که در قرار از جانب دادستان تعیین می‌شود، ابهام نداشته باشد و از صراحت و شفافیت برخوردار باشد؛

سوم اینکه: دوره زمانی تعویق کاملاً مشخص باشد، عموماً این دوره زمانی حدوداً سه‌ساله تعیین می‌شود.

شروطی که در راستای صدور قرار تعویق تعقیب پیش‌بینی می‌شود ممکن است از قبیل آنکه شرکت متخلف تحت نظارت نهاد قضایی قرار گیرد، جریمه نقدی بپردازد و یا ملزم به اجرای تعهدات ترمیمی اصلاحی گردد، نظیر اخراج مدیران متخلف، التزام به اجرای مقررات، معرفی مدیران پاسخگو و ... باشد.^{۲۶}

مکانیسم اتخاذ چنین رویکردی از سوی مقام قضایی در قانون آیین دادرسی کیفری نیز، بدین صورت است که پیشنهاد از جانب متهم مطرح و پس از جلب رضایت بزه‌دیده، از جانب مقام قضایی مورد پذیرش قرار می‌گیرد. بدین ترتیب برخلاف سایر نهادها که اغلب نیازمند اراده دوجانبه بود، در این شکل از نهاد جایگزین تعقیب، نیازمند اراده سه‌جانبه هستیم که ابتکار عمل با شخص بزه‌کار است؛ اما ایراد عملی که در این باره ممکن است جلوه کند آن است که گاه ممکن است متهم در جلب رضایت از بزه‌دیدگان جرم که متعدد و گاه غیر قابل شناسایی هستند نظیر برخی اشکال جرایم علیه حقوق مصرف‌کننده که گاهی بزه‌دیده از بزه‌دیدگی خود بی‌اطلاع است، ناکام بماند و در عمل توافقی حاصل نشود.

در هر صورت، چنانچه مقام قضایی (در جرایم درجه ۶ بازپرس و در جرایم درجه ۷ و ۸ قاضی دادگاه) پیشنهاد اعطای مهلت بزه‌کار را بپذیرد، برخلاف قوانین آمریکایی که مشاهده کردیم این مهلت حداکثر سه‌ساله است، مهلتی حداکثر با سقف دو ماه به متهم می‌دهد تا جهت جلب رضایت بزه‌دیده به وی مراجعه نماید و سرنوشت چنین نهادی بسته به حصول رضایت بزه‌دیده و قابل‌گذشت بودن جرایم یا عدم آن، متفاوت است؛ که در نهایت در برخی موارد می‌تواند از بستر توافقی بودن به ترمیمی بیانجامد.

استفاده از چنین قراری و عدم تعقیب که در ادامه به آن خواهیم پرداخت، توسط دادستان‌های فدرال در طی سال‌های اخیر روند رو به رشدی داشته است. به‌نحوی که از تعداد یازده مورد تا سال ۲۰۰۱ به

26. Sue Snyder, Partner, Kimberly Connors, Associate. Jackson Walker, L.L.P, Deferred Prosecution Under The Foreign Corrupt Practice Act,P.2 (accessed:20 September2021), <https://docplayer.net/17191790-Deferred-prosecution-under-the-foreign-corrupt-practices-act-by-sue-snyder-partner-and-kimberly-connors-associate-jackson-walker-l-l-p.html>

تعداد سی و یک مورد در بین سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۵ و به شصت و شش مورد در بین سال‌های ۲۰۰۶ تا ۲۰۰۸ افزایش یافت. این آمار در بین سال‌های ۲۰۱۵ تا ۲۰۲۱ نزدیک به سیصد مورد رسید.^{۲۷} این در حالی است که از دیدگاه رویه قضایی ایران، اطلاعات دقیقی در خصوص نحوه برخورد قضات با این نهاد در دست نیست و با جست‌وجو در سامانه‌های آرای قضایی، آرای درخوری حاصل نشد ولی با توجه به تحقیقات میدانی صورت‌گرفته در ناحیه ۶ دادسرای عمومی و انقلاب مشهد، در بازه زمانی ۱۳۹۵/۱/۱ تا ۱۳۹۵/۱۲/۲۹ تنها نوزده مورد از نهاد جایگزین تعقیب (تعقیب تعقیب) استفاده شده^{۲۸} که آن هم از شمول اشخاص حقوقی خارج بوده است.

علت افزایش تمایل به انعقاد چنین توافقی بین دادستان‌های فدرال و متهمان حقوقی حمایت از اشخاص ثالث بی‌گناهی بود که با وجود عدم مداخله در ارتکاب رفتار مجرمانه، به‌واسطه تعقیب شرکت متضرر می‌شدند. نظیر اتفاقی که در نتیجه متهم شدن شرکت حسابداری «آرتور اندرسن»^{۲۹} پیش آمد که در نتیجه آن، ده‌ها هزار کارمندی که ارتباطی به رفتار مجرمانه منجر به کیفرخواست نداشتند، شغل خود را از دست دادند. از سوی دیگر، چنین مکانیسمی دادستان‌ها را قادر می‌سازد تا به‌واسطه حذف افراد خاطی و ایجاد مکانیسم‌های سازگاری و انطباق‌پذیری، فرهنگ سازمانی شرکت را اصلاح نموده و در عین حال از عواقب جانبی سابقه کیفری شرکت جلوگیری شود.^{۳۰}

به‌عنوان نمونه: در اکتبر سال ۱۹۹۴ شرکت پرودنشیال سکیوریتیز^{۳۱} (یک شرکت بیمه‌ای)، مبادرت به انتشار آگهی و اعلامیه‌های گمراه‌کننده و تقلب‌آمیز نمود که در آن اشاره شده بود مشارکت با این واحد تجاری، مطمئن و بدون نیاز به پرداخت مالیات است؛ این اقدام شرکت سبب شد در حدود ششصد هزار نفر که اغلب بازنشسته بودند در شعب مختلف این شرکت سرمایه‌گذاری نمایند.

لکن در نهایت قرار تعویق تعلیق با قضات فدرال در نیویورک منعقد نمود و در مقابل شرکت متخلف، ملنزم به تأسیس صندوق تصفیة وجوه سیصد و سی میلیون شد. نتیجه چنین اقدامی آن بود که نزدیک هجده‌هزار کارمند در سمت خود باقی ماندند و شرکت نیز از تعقیب کیفری مصون ماند.

27. Gibson Dunn, "2021 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements", February 3, 2022, accessed May 1, 2022, <https://www.gibsondunn.com/2021-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-and-deferred-prosecution-agreements/>

۲۸ حاجی ده‌آبادی و دیگران، پیشین، ۶۸.

29. Arthur Andersen

30. Michael Yangming Xiao, "Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime", *Cornell Journal of Law and Public Policy*: 23, 1, (2013), 245

31. Prudential Securities

یکی دیگر از مهم‌ترین پرونده‌هایی که منجر به صدور قرار تعویق تعقیب شد مربوط می‌شود به اتهامات کیفری شرکت هواپیماسازی بوئینگ در ماجرای سقوط مرگبار هواپیمای ۷۳۷ مکس؛ به‌موجب گزارش انتشار شده از سوی وزارت دادگستری، شرکت بوئینگ با پنهان کردن اطلاعات اساسی در مورد عملکرد هواپیمای مکس از اداره هوانوردی فدرال آمریکا، متهم به توطئه برای کلاهبرداری شد و در پایان این شرکت با اعتراف به اینکه ناظران اداره هوانوردی فدرال را در مورد بخشی از سیستم کنترل پرواز که در سقوط اثرگذار بوده است فریب داده است، موظف به پرداخت ۲۴۳/۶ میلیارد دلار به مشتریان بوئینگ و پرداخت ۵۰۰ میلیون دلار به قربانیان حادثه گردید. همچنین در چهارچوب موافقت‌نامه تعویق تعقیب، شرکت بوئینگ موافقت کرد که به همکاری با بخش (دایره) کلاهبرداری وزارت دادگستری در فرایند تحقیق و تعقیب در هرگونه تحقیقات و پیگرد قانونی در حال انجام یا آینده ادامه دهد و همین‌طور موافقت کرد که حداقل هر سه ماه یک‌بار با بخش کلاهبرداری ملاقات و گزارش‌های سالانه در مورد وضعیت اقدامات اصلاحی را ارائه دهد.^{۳۲} در مورد دیگری در پرونده MCI، دادستان اوکلاهما در قالب قرار تعویق، خواستار ایجاد هزار و ششصد شغل در طول ده سال به‌عنوان شرط موافقت‌نامه تعویق تعقیب شد.^{۳۳}

در کنار تعویق تعقیب، یکی دیگر از نهادهای جایگزین تعقیب که در قوانین کیفری ایران یافت می‌شود، نهاد تعلیق تعقیب است که در قالب ماده ۸۱^{۳۴} به رسمیت شناخته شده است. مقرر مذكور تعلیق تعقیب را در جرایم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸ تجویز کرده است که در موارد تعزیری ۷ و ۸ پرونده در صلاحیت مستقیم دادگاه قرار می‌گیرد و بنابراین توافق تعلیقی از بستر مذاکره بین قاضی دادگاه و متهم

32. Department of Justice(Office of Public Affairs), "Boeing Charged with 737 Max Fraud Conspiracy and Agrees to Pay over \$2.5 Billion", January 7, 2021 (Accessed: 1 May 2022) available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/boeing-charged-737-max-fraud-conspiracy-and-agrees-pay-over-25-billion>

۳۳. نمونه‌های بیشتری از این قرار در گزارش زیر قابل‌بازبایی است:

Russell Mokhiber, "Corporate Crime Reporter, Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non prosecution Agreements", Corporate Crime Reporter, Dec. 28, 2005 accessed June 22, 2022, <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/>

۳۴. در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، چنانچه شاکی وجود نداشته، گذشت کرده یا خسارت وارده جبران گردیده باشد و یا با موافقت بزه‌دیده، ترتیب پرداخت آن در مدت مشخصی داده شود و متهم نیز فاقد سابقه محکومیت مؤثر کیفری باشد، دادستان می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم و در صورت ضرورت با اخذ تأمین متناسب، تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق کند. در این صورت، دادستان متهم را حسب مورد، مکلف به اجرای برخی از دستورهای مقرر در این ماده می‌کند.

حاصل می‌شود.

همان‌طور که مشاهده می‌شود قلمرو شمول مقرر فوق، محدود به جرایم نسبتاً سبک است؛ اما پرسش آن است که آیا همین موارد اشخاص حقوقی را نیز در برمی‌گیرد؟ از ظاهر ماده چنین برمی‌آید که مبنای قانون‌گذار در تصویب این ماده اشخاص حقیقی بوده و تقریباً دستوراتی که در یازده بند اشاره کرده است، نسبت به اشخاص حقوقی قابلیت اجرا و الزام ندارد. به‌خصوص آنکه بیان تکالیفی از قبیل چون «ترک اعتیاد، خودداری از رفت‌وآمد به محل‌ها یا محل‌های معین، انجام کار در ایام یا ساعات مشخص در مؤسسات عمومی و ...» این تردید را بیشتر کرده است.

اما به نظر ما ایرادات مزبور بیش از آنکه ایرادات نظری باشد، ایرادات عملی است. چون نخست اشاره کردیم همان‌طور که شخصیت حقوقی می‌تواند طرف قرار گیرد و اراده او به‌واسطه نماینده، ابراز گردد در این موارد می‌توان چنین اقدام کرد. دوم اینکه دستورات مقرر در ماده را متناسب با شخصیت حقوقی در نظر گرفت، چنانکه بند الف دستورات پیش‌بینی شده (ارائه خدمات به زه‌دیده) در مورد شرکت‌ها قابلیت اجرایی دارد.

مع‌الوصف پذیرش و اجرای چنین نهادهایی برای اشخاص حقوقی همچون نوزادی است که نیاز به گذر زمان برای تکامل دارد، چراکه مبنا و محور مقنن در قانون‌نویسی اشخاص حقیقی بوده است و موارد پیش‌بینی شده تکافوی نیازهای جامعه را نمی‌دهد.

حال اگر از ظاهر ماده فراتر رویم و اجرای آن را در مورد اشخاص حقوقی بپذیریم باید گفت چندان مشکلی را حل نخواهد کرد. چراکه حوزه به‌کارگیری این جرایم علاوه بر اینکه صرفاً جرایم ۶، ۷ و ۸ تعزیری را در برمی‌گیرد، مشروط به قابل تعلیق بودن آنهاست؛ حال آنکه به‌موجب بند ج ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی، جرایم اقتصادی (که مصادیق آن در ماده ۳۶ قانون مذکور و برخی قوانین خاص پیش‌بینی شده است) در صورتی که بیش از صد میلیون تومان باشد، غیر قابل تعلیق هستند. بدین ترتیب جرایم اقتصادی اشخاص حقوقی با مبلغ مذکور از شمول مقرر فوق خارج می‌شوند.

باوجود این، کماکان برخی جرایم اشخاص حقوقی نظیر جرایم بورسی، جرایم زیست‌محیطی، جرایم اقتصادی کمتر از مبلغ مذکور و همین‌طور جرایم مالی نظیر کلاهبرداری - با توجه به قانون کاهش حبس‌های تعزیری مصوب ۱۳۹۹ - با رعایت درجات اشاره شده قابلیت استفاده از چنین سازکاری را دارد.

۳-۲- عدم تعقیب جرایم اشخاص حقوقی و بایگانی نمودن پرونده کیفری

نهاد جایگزین تعقیب دیگری که در چهارچوب قواعد کیفری ایالات متحده شناسایی شده و از آن نیز به عنوان «روش استاندارد حل و فصل تحقیقات جرایم بزرگ اشخاص حقوقی»^{۳۵} یاد می‌شود، قرار (موافقت‌نامه) عدم تعقیب است. به موجب چنین قراری در مقابل موافقت شرکت متخلف مبنی بر نظارت قضایی دادستان، همکاری در فرایند تحقیقاتی، پرداخت جریمه، انجام پاره‌ای از اصلاحات و تغییرات در ساختار شرکت، دادستان نیز موافقت می‌کند که اتهامی به شرکت متخلف وارد نکرده و تحت تعقیب کیفری قرار ندهد.^{۳۶} بدیهی است که در صورت نقض مفاد توافق‌نامه از جانب شخص حقوقی، مقام قضایی مبادرت به تعقیب و صدور کیفرخواست خواهد نمود. این قرار در چهارچوب بند ۹(b)-۱۱۰۰/۲۸ ذیل عنوان پیامدهای جانبی در کنار قرار (موافقت‌نامه) تعویق تعلیق در اصول تعقیب فدرال شرکت‌های تجاری اشاره شده است.

در همین مقرر، هدف از اصدار چنین قرارهایی، تحقق بخشی موارد زیر عنوان شده است: (۱) تشویق شرکت متخلف نسبت به اجرا و رعایت قوانین و در نتیجه پیشگیری از تکرار جرم؛ (۲) بازیابی انسجام و یکپارچگی شرکت و حفظ حیات مالی آن؛ (۳) ایجاد امکان بعدی برای دولت به منظور تعقیب شرکتی که مبادرت به نقض تعهدات نموده است؛ (۴) تضمین پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی. در قوانین ایران، قراری تحت عنوان عدم تعقیب و احکام مربوط به آن شناسایی نشده و نهادهایی با عنوان منع و موقوفی تعقیب علی‌رغم شباهت اسمی، خارج از مفهوم عدالت توافقی و قراردادی قرار دارند؛ اما نهادی که می‌توان، مشابه قرار عدم تعقیب - به لحاظ اثر عملی که فرایند تعقیب را متوقف می‌گرداند - و نوعی رویکردی توافقی تلقی کرد، بایگانی نمودن پرونده است. این قرار، در سال ۱۳۹۲ برای نخستین بار به صورت عام، در قالب ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری^{۳۷} در راستای اصل

35. Corporate Deferred, Non Prosecution Agreements Up 70 Percent in 2007, 21 Corp. Crime Rep. 2, 2 (Jan.8, 2008), <https://www.corporatecrimereporter.com/deferred010708.htm> (quoted in Xiao, Michael Yangming 2013,235)

36. Corporate Crime Reporter, Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non prosecution Agreements (Released at: Dec. 28, 2005), available at: <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/>

۳۷. در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری و قرار بایگانی کردن پرونده را صادر کند.

موقعیت داشتن تعقیب و وسیله‌ای برای مختومه ساختن پرونده‌های کم‌اهمیت کیفری که عدم تعقیب متهم مناسب‌تر و موجه‌تر جلوه می‌کند، پیش‌بینی شده است.^{۳۸}

برخی از حقوق‌دانان هشدار می‌دهند که چنین قراردادهایی ممکن است به مجرم دارای شخصیت حقوقی این اجازه را بدهد که از عواقب عمل فرار کند. به اعتقاد این دسته، ابزارهایی همچون تعویق و عدم تعقیب منعکس‌کننده رویکرد سهل‌انگارانه وزارت دادگستری در برابر جرایم اشخاص حقوقی است که مدیران تجاری و شرکت‌ها را از اتهامات جنایی جدی در برابر پرداخت جریمه و وعده اصلاح و تغییر، معاف می‌سازد.

در کنار مسأله فوق، گاه از نگرانی دیگری صحبت می‌شود و آن اینکه چنین قراردادهایی ممکن است منجر به آن شود که شرکت‌ها در مواردی قبول مجرمیت کنند که اساساً مرتکب بزه انتسابی نشده‌اند یا مجازات‌هایی سخت‌تر از آنچه واقعاً استحقاق آن را دارند، بپذیرند و یا عملاً مجبور به قبول همکاری‌هایی شوند که آنها را به نحو بالقوه‌ای در معرض عواقب بدتری از طریق فرایند دادرسی قرار می‌دهد.

اما حقیقت آن است که پیگرد قانونی شرکت‌ها و مؤسسات از طریق محاکمه اغلب دشوار و زمان‌بر است و هیچ تضمینی وجود ندارد که دولت در برابر شرکت یا مؤسسه‌ای که مستحق مجازات است پیروز شود؛ به‌علاوه که این جرایم دیدپذیری پایینی دارند و کشف و شناسایی آنها غالباً سخت است. بدین ترتیب جمع‌آوری ادله کافی برای محکومیت کیفری که مستلزم اثبات یقین (ورای شک معقول) است، برای دادستان دشوار است. علاوه‌براین، منابع مالی هنگفت مجرمان حقوقی به این معنی خواهد بود، دادستان‌ها احتمالاً با وکیل مدافع بسیار ماهر مواجه می‌شوند که به دشواری محکومیت کیفری از طریق محاکمه می‌افزاید؛

به‌عنوان نمونه در پرونده دولت به طرفیت تولیو^{۳۹} هرچند فرایند تعقیب و محاکمه با موفقیت به پایان رسید، با این حال بین زمان وقوع کلاهبرداری ادعا شده (بین سال‌های ۱۹۹۹ و ۲۰۰۱) و تاریخ قطعی شدن حکم (۲۰۰۸) بیش از هفت‌سال به طول انجامید. چنین فرایند طولانی مانع از کارآمدی اجرای عدالت بوده و همین‌طور موجب تحمیل هزینه‌های قابل توجه مالی، صرف زمان و انرژی و هزینه‌های دادرسی هنگفتی می‌گردد. درحالی‌که گاه همین امر موجب می‌شود، دادستانی که با زمان و منابع محدودی درگیر چنین فرایندی است از تعقیب متهمان حقوقی صرف‌نظر نماید که نتیجه این مسأله،

۳۸. علی خالقی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، (تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۶)، ۲۸۷-۲۸۸.

39. U.S. v. Tulio

عدم اجرای قانون خواهد بود.^{۴۰} در چنین شرایطی باید گفت اجرای ناقص قانون بهتر از عدم اجرای آن است.

در حالی که به واسطه توافق نامه عدم تعقیب و تعویق تعقیب، پرونده در مرحله پیش محاکمه بسته شده و با کسب یک پیروزی (هرچند احتمالاً کوچک‌تر از حکم محکومیت)، دادستان از بروز مشکلات فرایند تحقیقات و جمع‌آوری ادله اجتناب می‌کنند همین‌طور از صرف زمان، انرژی و هزینه جلوگیری می‌شود و به دادستان اجازه می‌دهد به واسطه چنین فرایندی بسیاری از الزامات قضایی برای یک فرایند دادرسی را دور بزند.^{۴۱}

پرونده‌های زیادی در این باره قابل اشاره است که چنین رویکردی را اتخاذ کرده‌اند، برای نمونه در ژانویه ۲۰۰۵ شرکت آمریکایی الکتریک پاور^{۴۲} با وزارت دادگستری توافق نامه عدم تعقیب منعقد نمود. در این پرونده مقامات قضایی فدرال، مدعی شدند که شرکت مذکور تعمدانه گزارش‌های نادرستی در مورد بازار کالا ارائه کرده است. به موجب این موافقت‌نامه شرکت سی میلیون دلار به‌عنوان جریمه پرداخت و همین‌طور مسؤلیت اقدامات کارکنان خود را پذیرفت و حاضر به همکاری کامل در فرایند تحقیقاتی دادگستری شد؛ در مقابل تعهد همکاری، اقدامات اصلاحی و پرداخت جریمه توسط شرکت، وزارت دادگستری موافقت کرد به مدت پانزده‌ماه، تشکیل پرونده نداده و تحقیقات را متوقف نماید.^{۴۳}

مورد دیگر مربوط می‌شود به پرونده جرایم مالی بانک نیویورک، بر اساس توافق نامه حاصل بین این بانک و مقامات فدرال، بانک با قبول دست داشتن در جرایم اقتصادی نظیر پول شویی، موافقت نمود دوازده میلیون دلار به‌عنوان غرامت به قربانیان و بیست و شش میلیون دلار به‌عنوان جریمه بپردازد؛ همچنین قبول کرد ضمن همکاری با مقامات فدرال در فرایند تحقیقات، اقدامات لازم جهت جلوگیری از تکرار تخلفات و فعالیت‌های مجرمانه را به عمل آورد. در بند دیگری بانک نیویورک با انتصاب یک بازرس مستقل به مدت سه‌سال جهت نظارت و گزارش به دولت در اداره بانکداری، موافقت نمود. مقامات قضایی فدرال نیز در مقابل موافقت نمودند که با توجه به پذیرش مسؤلیت بانک در راستای همکاری و انجام اقدامات اصلاحی، این بانک را تحت تعقیب قرار ندهند.^{۴۴}

40. Xiao, op.cit., 242.

41. Ibid, 243.

42. Electric Power

43. AEP Gets Deferred Prosecution Agreement, 19 Corporate Crime Reporter 5(6), January 31, 2005 (Accessed:5 may 2022), <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/>

44. Bank of New York Admits Criminal Conduct, But It Won't Be Criminally Prosecuted, 19 Corporate

دایره شمول جرایمی که امکان انعقاد موافقت‌نامه عدم تعقیب در آنها فراهم است و همین‌طور احکام و شرایط آن در ایالات متحده همچون تعویق تعقیب است و بنابراین در این قسمت دیگر آن را تکرار نمی‌کنیم؛ اما در خصوص قرار بایگانی نمودن پرونده کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری ایران باید گفت: در چهارچوب ماده ۸۰، قانون‌گذار صرفاً در جرایم تعزیری درجه ۷، ۸ بایگانی کردن پرونده را تجویز نموده است. نظر به اینکه جرایمی با این مجازات در صلاحیت دادگاه قرار دارد، صدور چنین قراره‌ای تحت صلاحیت قاضی دادگاه قرار دارد؛ اما آنچه به چنین نهادی، جنبه توافقی داده است، شرط اخذ التزام کتبی از متهم جهت رعایت قوانین و مقررات قانونی است که البته اخذ آن منوط به تشخیص ضرورت از سوی مقام قضایی گشته است.

از شرایط مقرر در این ماده، فقدان سوابق کیفری مؤثر است و مواردی را در برمی‌گیرد که متهم از حقوق اجتماعی مقرر در ماده ۲۵ قانون محروم شده باشد، در نهایت مقام قضایی با ملاحظه مجموع شرایط و اوضاع اجتماعی و سوابق متهم، مبادرت به صدور چنین قراره‌ای می‌نماید.

حال با توجه به کلیات فوق آیا امکان اتخاذ چنین سیاستی در جرایم اشخاص حقوقی وجود دارد؟ به نظر می‌رسد محدودیت‌هایی که در پذیرش نهاد تعلیق تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی وجود داشت، در مورد این نهاد چندان وجود نداشته باشد.

چراکه نخست امکان استعلام سوابق کیفری شخص حقوقی از مراجع ذی‌ربط وجود دارد و حتی باید اضافه کرد تحقق شرایط محکومیت مؤثر در مورد اشخاص حقوقی تا حد سالبه به انتفاء موضوع است و بدین ترتیب عملاً وجود محکومیت مؤثر در مورد اشخاص حقوقی منتفی است.

دوم اینکه امکان اخذ التزام کتبی در مورد این اشخاص وجود دارد و مقام قضایی می‌تواند چنین التزامی را از مدیر و نماینده شخص حقوقی اخذ نماید و واحد متخلف را ملتزم به اصلاح فرهنگ سازمانی نماید.

به‌علاوه اطلاق و ظهور ماده نیز، این برداشت را تقویت می‌کند. لکن محدودیت، در قلمرو شمول این نهاد نسبت به جرایم اشخاص حقوقی است که صرفاً جرایم ۷ و ۸ تعزیری را در برمی‌گیرد و این مسأله عملاً بسیاری از جرایم اشخاص حقوقی را از حوزه شمول این ماده خارج می‌کند و برخی جرایم، نظیر جرایم بورسی را شامل می‌شود.

حال آنکه در بسیاری از کشورهای دارای نظام رومی - ژرمنی که سیستم حقوقی ایران در بسیاری

موارد وامدار آن است، بایگانی نمودن پرونده و به‌کارگیری جایگزین تعقیب محدود به جرایم خاصی نشده است.

پیش از تصویب قانون جدید آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، این تدبیر در برخی قوانین و در خصوص برخی از جرایم خاص پیش‌بینی شده بود. برخی از قوانین این حوزه که در خصوص جرایم اشخاص حقوقی صادق است:

تبصره ماده ۲۶۵ قانون مالیات‌های مستقیم

در ذیل این مقرر بعد از بیان جهات شروع رسیدگی و تحقیق عنوان شده است: «دادستان انتظامی مالیاتی موارد مذکور در این ماده را مورد رسیدگی قرار می‌دهد و حسب مورد پرونده را بایگانی یا قرار منع تعقیب صادر و یا ادعانامه تنظیم و به هیأت رسیدگی به تخلفات اداری مالیاتی تسلیم می‌نماید.» حال از آنجایی که یکی از مصادیق جرایم اشخاص حقوقی، جرایم مالیاتی است که در چهارچوب این ماده به مقام ذی‌ربط، اختیار بایگانی نمودن پرونده اعطا شده است.

ماده ۵ قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا

در ماده ۵ قانون مذکور اشاره شده است: «چنانچه متهم برای اولین بار مرتکب یکی از اعمال مذکور در مواد فوق شده باشد و دادستان در موارد غیر مهم تشخیص دهد با عطا یا توبیخ یا تهدید یا اخذ تعهد تأدیب خواهد شد با اعمال یکی از موارد تأدیب فوق پرونده را ضمن انعکاس به وزارت راه و ترابری بایگانی می‌نماید.»

دادگاه نیز در صورت طرح پرونده در دادگاه حق اعمال مراتب بالا را به تشخیص خود دارد. که در ماده ۱ قانون مذکور به صراحت شمول این قانون نسبت به اشخاص حقوقی مورد تصریح مقنن قرار گرفته است. بدین ترتیب، چنانچه شخص حقوقی برای نخستین بار مبادرت به رفتارهای منع شده در این قانون نماید، مقام قضایی با اخذ تعهد، پرونده را بایگانی خواهد نمود.

در واقع نظر به مجموع مطالب عنوان شده باید گفت: می‌توان با تفسیری موسع از مفهوم بزه‌کار در این قوانین و انطباق شرایط و قیود عنوان شده در مواد قانونی، قائل به آن شویم که ظرفیت‌های تقنینی مربوط به توافقی کردن کیفر در مرحله پیش‌دادرسی، نسبت به جرایم اشخاص حقوقی تا حدی، هرچند به صورت محدود و مضیق فراهم است و ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری بر این مدعا صحه می‌گذارد و بیان می‌کند: «در مواردی که مقررات ویژه‌ای برای دادرسی اشخاص حقوقی مقرر نشده است مطابق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری در مورد این اشخاص قابل اجرا است اقدام می‌شود.»

بنابراین مشکل عدم شناسایی و اجرای چنین تدابیری نسبت به اشخاص حقوقی را باید در رویه قضایی جست‌وجو کرد، چراکه با همین ظرفیت محدود قانونی ایجاد شده تاکنون تلاشی نسبت به اجرای تصمیماتی از جنس قراردادی آن‌گونه که باید و شاید، با این اشخاص نشده است.

نتیجه و پیشنهادها

جرایم اشخاص حقوقی به‌مثابه دغدغه زندگی مدرن به یکی از چالش‌های مهم دستگاه عدالت کیفری دنیا تبدیل شده است که پیچیدگی جوامع بشری و نظام‌های اقتصادی به رشد آن نیز، کمک کرده است. در نتیجه همین موضوع سبب شده است استفاده از مداخلات کیفری سنتی در مواجهه با چنین جرایمی مورد تردید قرار بگیرد.

پژوهش‌های انجام شده، نشان می‌دهد مداخلات کیفری محض در قبال جرایم مورد بحث، همواره کارساز نبوده و بدین ترتیب عدالت توافقی، پارادایم عدالت کیفری نوینی است که در این باره از سوی حقوق‌دانان معرفی می‌گردد که این رویکرد می‌تواند در مراحل مختلف فرایند کیفری نمود یافته و بزهدکار را در تصمیمات قضایی مداخله دهد. بارزترین جلوه عدالت توافقی در مرحله پیش‌دادرسی است که می‌تواند در قالب نهادهای جایگزین تعقیب یا معامله اتهام جلوه‌گر شود.

در واقع از چنین نهادی به‌عنوان بازی برد - برد یاد می‌شود چراکه اثبات رفتار مجرمانه شخص حقوقی در قیاس با اشخاص حقیقی پیچیده و پرچالش‌تر است و چه‌بسا در مواردی نتوان مسؤولیت کیفری متخلف را اثبات نمود. در چنین شرایطی از طریق معامله اتهام و از رهگذر توافقی که بین مقام قضایی و واحد متخلف حاصل می‌شود، فرایند رسیدگی کوتاه‌تر شده و از صرف هزینه فراوان بابت اثبات جرم که نوعاً به جهت اوصاف جرم و مجرم پرهزینه است، صرفه‌جویی می‌شود و هم اینکه در کنار ایجاد اثر بازدارندگی نسبت به شرکت از ایجاد آسیب نسبت به اشخاص ثالث بی‌گناه به جهت رفتار مجرمانه شرکت ممانعت به عمل می‌آید. از سوی دیگر، مجرم دارای شخصیت حقوقی هم از طریق توافق با مقام قضایی ضمانت اجرایی نسبتاً سبک‌تر دریافت می‌کند و هم اینکه یکپارچگی و انسجام شرکت بدین واسطه حفظ می‌شود.

نتایج به دست آمده نشان می‌دهد ایالات متحده در زمینه به‌کارگیری عدالت توافقی در مواجهه با جرایم اشخاص حقوقی نسبتاً پیشرو بوده و در ذیل «دستورالعمل اصول تعقیب شرکت‌های تجاری» سه نهاد عدم تعقیب، تعویق تعقیب و معامله اتهام در همین راستا و به نحو افتراق‌آمیزی نسبت به جرایم اشخاص

حقیقی، پیش‌بینی شده است که هر سه نهاد علی‌الاصول نسبت به کلیه جرایم اشخاص حقوقی قابل اتخاذ بوده و بدین ترتیب محدود به جرایم خاصی نشده است. این در حالی است که نهادهای توافقی در ایران، برای نخستین بار در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به‌طور عام ولی در چهارچوب نسبتاً محدودی، پیش‌بینی شد. بدین ترتیب، تعویق و تعلیق تعقیب و همین‌طور بایگانی نمودن پرونده کیفری سه نهاد توافقی جایگزین تعقیبی بود که در مرحله پیش‌دادرسی از سوی قانون‌گذار تجویز شد. لکن برخلاف ایالات متحده آمریکا، نهادهای مزبور نه در کلیه جرایم اشخاص حقوقی که در درجه خاصی از جرایم تعزیری (درجه ۶، ۷ و ۸ و در مورد بایگانی نمودن، صرفاً درجه ۷ و ۸) پذیرفته شده و هم اینکه قانون‌گذار تفاوتی در این‌باره بین اشخاص حقیقی و حقوقی قائل نشده است.

از سوی دیگر درحالی‌که معامله اتهام به‌عنوان بارزترین جلوه عدالت قراردادی در فرایند پیش‌دادرسی شناخته می‌شود و در ایالات متحده نیز نود و چهار درصد پرونده‌های کیفری به‌واسطه اتخاذ چنین سیاستی حل‌وفصل می‌شود، در نظام تقنینی ایران اساساً چنین نهادی یافت نمی‌شود لکن در چهارچوب ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری، قانون‌گذار از نهادی به نام تسلیم به رأی یاد کرده است که به لحاظ خارج نمودن پرونده کیفری از ادامه جریان دادرسی و توافق با مقام قضایی، شکلی از عدالت توافقی یافته است که این نهاد کلیه جرایم تعزیری را دربرمی‌گیرد.

لکن با وجود همین میزان از قوانین در باب عدالت توافقی، برخی شرایط پیش‌بینی شده در این مواد که معطوف به اشخاص حقیقی است، قابلیت اعمال و به‌کارگیری چنین نهادهایی را در مورد اشخاص حقوقی و شرکت‌ها با تردید مواجه ساخته که لازم است:

نخست قانون - در چهارچوب همین محدوده‌ای که در حال حاضر وجود دارد - در خصوص قابلیت اتخاذ چنین رویکردی نسبت به اشخاص حقوقی صراحت یابد تا از بهانه‌جویی‌های احتمالی در مسیر اجرای آن جلوگیری به عمل آید؛ چرا که در اجرا کردن هر چه بهتر نهادهای قانونی نیازمند قانونی روشن و فاقد ابهام هستیم که قانون‌گذار موظف است مفاد قانونی را به نحو صریح، واضح و قاطع وضع کند و کیفیت اجرا و اعمال آن توسط مرجع مسؤوّل اجرا را مشخص نماید، در غیر این صورت اصدار این نوع از قرارها مغایر با اصل قانونی بودن تلقی خواهد شد.^{۴۵}

دوم اینکه حتی چنانچه مواد قانونی موجود در خصوص توافقی‌سازی مرحله پیش‌دادرسی جرایم

۴۵. مراد شمولی و محمدرضا شادمان‌فر، «تحلیل ماهیت و قلمرو قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی ۱۳، ۴۸ (۱۳۹۹)، ۱۵۵-۱۵۶.

اشخاص حقوقی اعمال و اجرا شود، گستره این جرایم که امکان به‌کارگیری چنین سیاست‌هایی در آن وجود دارد محدود به جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ می‌باشد که عملاً بخش عظیمی از جرایم این دسته خارج از این‌بازه قرار می‌گیرند، حال آنکه در سیستم حقوقی ایالات متحده، محدوده خاصی پیش‌بینی نشده بود و ظاهراً امکان اتخاذ چنین نهادی نسبت به دایره وسیعی از جرایم اشخاص حقوقی وجود داشت، بدین ترتیب لازم است با توجه به ضوابط و شرایطی که پیش از این در مقاله گفته شد، حدود اجرای نهادهای توافقی بازنگری گردد.

سوم اینکه، پیشنهاد می‌شود با توجه به نظام‌های حقوقی پیشرفته همچون ایالت متحده که در طی این مقاله بدان پرداخته شد، دستورالعمل جامعی در خصوص نظام دادرسی و تحقیق جرایم اشخاص حقوقی و در صدر آن شرکت‌ها تدوین گردد و در چهارچوب آن، نهادهایی که در این مقاله مورد بحث ما بود نظام‌مند گردد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- آشوری، محمد. جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین. تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- حاجی ده آبادی، محمدعلی، محمدخلیل صالحی و محسن مرادی. «موقعیت داشتن تعقیب در نظام کیفری ایران با نگاهی تطبیقی». آموزه‌های حقوق کیفری ۱۳ (۱۳۹۶): ۵۷-۸۴.
- خالقی، علی. آیین دادرسی کیفری. جلد اول. تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۶.
- دلماس مارتی، میری. نظام‌های بزرگ سیاست جنایی. ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، جلد ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵.
- شیدائیان، مهدی. «تحلیل اصل موقعیت داشتن تعقیب کیفری و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران و اسلام». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- شمولی، مراد و محمدرضا شادمان فر. «تحلیل ماهیت و قلمرو قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در حقوق ایران». تحقیقات حقوقی بین‌المللی ۱۳، ۴۸ (۱۳۹۹): ۱۳۹-۱۶۰.
- <https://doi.org/10.30495/alr.2020.678260>
- نجفی ابرند آبادی، علی حسین. «از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی». فصلنامه پژوهشی علوم انسانی الهیات و حقوق، ۳، ۹ و ۲۰ (۱۳۸۲): ۳-۳۸.
- نیازپور، امیر حسن. «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی شده». آموزه‌های حقوق کیفری ۵۰ (۱۳۹۰): ۴۹-۶۶.
- نیازپور، امیر حسن. «توافقی شدن آیین دادرسی کیفری»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- نیازپور، امیر حسن. توافقی شدن آیین دادرسی کیفری. چاپ دوم. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- نصیری، علیرضا. «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق آمریکا». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۵.
- میرشفیعی، فهمیمه. بررسی جایگاه عدالت ترمیمی در ساختار حقوقی بورس‌های اوراق بهادار. تهران: بورس اوراق بهادار تهران (مدیریت تحقیق و توسعه)، ویراست اول، ۱۴۰۰.
- (ب) منابع انگلیسی

- Alschuler, Albert W. "Plea Bargaining and Its History." *Law & Society Review* 13, 2(1979): 211-245. <https://doi.org/10.2307/3053250>
- Department of Justice (Office of Public Affairs), "Boeing Charged with 737 Max Fraud Conspiracy and Agrees to Pay over \$2.5 Billion", January 7, 2021 (Accessed: 1 May 2022) available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/boeing-charged-737-max-fraud-conspiracy-and-agrees-pay-over-25-billion>
- Lüth, Felix. "corporate non-prosecution agreements as transnational human problems: transnational law and the study of domestic criminal justice reforms in a globalised world". *Transnational Legal Theory* 12, 2(2021): 315-333. <https://doi.org/10.1080/20414005.2021.196769>
- Gibson Dunn, "2021 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and

Deferred Prosecution Agreements, February 3, 2022, accessed May 1, 2022, <https://www.gibsondunn.com/2021-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-and-deferred-prosecution-agreements/>

- Mokhiber. Russell, "Corporate Crime Reporter, Crime Without Conviction: The Raise of Deferred and Non prosecution Agreements", Corporate Crime Reporter, Dec. 28, 2005 accessed June 22, 2022, <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/>

- Sue Snyder, Partner, Kimberly Connors, Associate. Jackson Walker, L.L.P, "Deferred Prosecution under the Foreign Corrupt Practice Act", accessed September 20, 2021, <https://docplayer.net/17191790-Deferred-prosecution-under-the-foreign-corrupt-practices-act-by-sue-snyder-partner-and-kimberly-connors-associate-jackson-walker-1-1-p.html>

- Spivack, Peter & Sujit Raman. "Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements". *American Criminal Law Review* 45(2008): 159-194.

- Rubino, Frank A. "Can you get a plea agreement for white-collar crime?" June 25, 2020, accessed February 5, 2021, <https://www.frankrubino.com/legal-articles/can-you-get-a-plea-agreement-for-white-collar-crime/>

- United States Attorneys' Manual Section 9-28: Principles of Federal Prosecution of Business Organization 2008, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

- Wilkinson, Beth A & Young K. Oh Alex, "The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective", *New York State Bar Association (NYSBA)*, 27, 2 (2009): 9-11.

- Xiao, Michael Yangming. "Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime," *Cornell Journal of Law and Public Policy*: 23, 1(2013): 233-253. <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol23/iss1/7>

The Role of Government Institutions in Preventing Financial Crimes and Illicit Possession of Government Authorities

*Razia Sabzeh Ali*¹, Mehrdad Badihi²*

1. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tehran Science and Research Branch (Isfahan), Islamic Azad University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: r.sabzeali65@gmail.com

2. Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.
Email: mehrdad.badihi2@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.334092.1996

Received:
22 June 2022

Accepted:
30 August 2022

Published:
6 December 2023



A B S T R A C T

Currently, the significant increase in financial crimes of government authorities is a serious threat to the public interest of the state, which causes irreparable damage to the strength of the basis of government. Therefore, the fight against financial crimes of government authorities is very importance. The most important effective ways to prevent the unjust and illicit possession of government authorities are to fight corruption and monitor the property and assets of public authorities. Financial crimes of government authorities have reduced government control over economic policies and weakened the state's economic security. The existence of financial corruption of government authorities indicates the malfunctioning of public institutions. Articles 8 and 20 of the UN Convention against Corruption ask on member states to increase honest and

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



responsibility among their officials and to make it a criminal offense for to have the illegal property of a government authorities. The writers in the present article address the role of government institutions in preventing financial crimes and misappropriation of government authorities. Monitoring the property and assets of government authorities and government officials is an effective step towards improving administrative health, increasing public confidence in officials and improving Iran's position in the International Transparency Organization. The research method is descriptive-analytical and the library method has been used to collect the issues of the subject and by taking notes from the materials and analyzing the materials.

Keywords: Financial Crimes, Monitoring, Prevention, Illicit Earning, Government Authorities, State.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Razia Sabzeh Ali: Supervision, Project administration, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, analysis, Investigation, Resources, Methodology.

Mehrdad Badihi: Methodology, Writing - Original Draft, analysis, Investigation, Resources, Supervision.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Sabzeh Ali , Razia & Mehrdad Badihi. "The Role of Government Institutions in Preventing Financial Crimes and Illicit Possession of Government Authorities" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 367-404.

Extended Abstract

Currently, the significant increase in the financial crimes of government officials is considered a serious threat to the public interests of the country, which causes irreparable damage to the strength of the foundations of the government. Therefore, the fight against the financial crimes of government officials is of particular importance. One of the innovations of the United Nations in order to fight against the financial corruption of government officials and agents is to monitor the property and assets of government officials, which has increased illegally. Increase the honesty and responsibility among your officials and make it a criminal offense to own the property of a government official. In the United Nations Anti-Corruption Convention, as the most important international document in the field of anti-corruption, systematic prevention and decisive fight against corruption has been discussed. And it contains the message that the officials are accountable to the public and their interests. Article 8 of the United Nations Convention against Corruption stipulates: "In order to fight corruption, each member state shall promote integrity, honesty and responsibility among its government officials in accordance with the principles of the constitution of its legal system". The finances of government agents, monitoring the property and assets of agents is an inevitable thing. The most basic way for this monitoring is the announcement and disclosure of property by agents. The main goal of many financial disclosure systems of public agents is to minimize corruption. Supporting the creation and development of a culture of honesty. Regarding the prevention of financial crimes by government officials, what is of special importance is the role of supervisory governing institutions, including the Islamic Council, the Court of Audit, the Council of State Supervisory Authorities, the Judiciary, the National Inspection Organization, the Committee for Administrative Health and the Protection of People's Rights. and the Ministry of Economy and Finance. Preventing financial crimes by government officials is definitely easier and less expensive than fighting financial crimes committed by them, and it plays a significant role in increasing public trust towards government officials and strengthening national authority. The Merida Convention obliges all member states to prevent financial crimes and asks all member states to consider an appropriate response to cases of financial corruption. The main goal of this convention is to fight financial corruption and international cooperation in the field of prevention and The fight against corruption includes the return of illegal assets to their rightful owners. Therefore, it must be said that the prevention of financial crimes by government officials is an undeniable necessity and a very sensitive matter at the national and international levels, which must be approached with an all-round view. It should be placed on the agenda of the governments and it requires strong national

determination and political will to decisively fight against the perpetrators, and it can be safely said that the increase in financial crimes by government officials is the result of ineffective, ambiguous and inconsistent programs. Therefore, what is of particular importance The role of regulatory bodies in the prevention of financial crimes is that of government officials, and it can be said that supervision is one of the main and key ways to prevent and fight corruption. According to Article 156, Article 5 of the Constitution, one of the important duties of the judiciary is to prevent crimes and reform criminals. In this regard, the judiciary has supervisory-judicial functions and has a fundamental role in preventing crimes, fighting and being determined in the fight against corruption and monitoring the good implementation of laws. Also, the role of the country's Audit Court, which oversees the country's financial system. And it is very effective in reducing the crimes committed in executive bodies. Although the Court of Accounts plays a significant role in the detection of financial crimes, but the limitation in the time frame of entering into the issues due to the ad hoc nature of the authority, can be considered as a weak point of this organization's performance. However, making changes in the structure of this institution and The formation of the committee to fight against corruption, fraud and money laundering and entering the field of fighting against organized financial crimes such as money laundering and close cooperation in passing the laws of this area has been able to play a significant role in repairing this gap. The field cannot be realized without the involvement and cooperation of government officials and employees. Therefore, the cooperation of this organization and the National Inspection Organization in identifying government offenders (corrupt government officials) and uncovering financial corruption is undeniable. The National Inspection Organization as a supervisory body The Judiciary, which is responsible for monitoring the smooth running of affairs and preventing violations, is especially responsible for identifying the increase in illegal incomes and assets of officials and even finding their hidden assets. Organized by the council of security agencies In order to align and prevent regulatory overlaps and identify regulatory gaps with the membership of the three forces, as well as the establishment of the administrative system health promotion headquarters, one of the effective steps of the system in the fight against corruption has been organized. Although in some matters, unfortunately, effective practical measures have not yet been taken in the implementation of some decisions (establishment of health and protection of people's rights committee in all organizations), which should take practical measures in this regard, according to the higher goals of the system, on the agenda. be placed In the meantime, the traditional regulatory measures by the legislature (Article 90 Commission and Special Commission) and other researches and investigations of this legislative regulatory body are an effective factor in dealing

with corruption. Executive, regulatory and judicial in the matter of systematic prevention, monitoring the properties of agents and government officials, is the key point of fighting against financial corruption, if it is implemented in a principled, correct and with firm determination, the commission of financial crimes by government officials and officials will be significantly reduced. Method The research is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the literature on the subject, and the method of extracting the contents and analyzing the contents was used.

This Page Intentionally Left Blank

نقش نهادهای نظارتی حکومتی در پیشگیری از دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی

راضیه سبزه‌علی*، مهرداد بدیچی^۲

۱. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد علوم و تحقیقات تهران (اصفهان)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: r.sabzeali65@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

Email: mehrdad.badihi2@gmail.com

چکیده:

در حال حاضر افزایش چشمگیر جرایم مالی مقامات دولتی تهدیدی جدی علیه منافع عمومی کشور محسوب می‌شود که زمینه‌ساز آسیب‌های غیر قابل جبران بر استحکام پایه‌های حکومت می‌شود. لذا مبارزه با جرایم مالی مقامات دولتی، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. یکی از مهم‌ترین ابزارهای مؤثر در راستای جلوگیری از دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی، مبارزه با فساد و نظارت بر اموال و دارایی مقامات عمومی است. جرایم مالی مقامات دولتی منجر به کاهش کنترل دولت بر سیاست‌های اقتصادی و تضعیف امنیت اقتصادی کشور گردیده است. وجود فساد مالی مقامات دولتی، بیانگر نقص کارکردهای صحیح نهادهای عمومی است. یکی از نوآوری‌های سازمان ملل به منظور مبارزه با فساد مالی مسؤولان و کارگزاران دولتی، نظارت بر اموال و دارایی مقامات دولتی است که من غیر حق افزایش یافته است. سازمان ملل متحد در ماده ۸ و ۲۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، از دولت‌های عضو خواسته است

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.334092.1996

تاریخ دریافت:

۵ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۸ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



صداقت و مسؤلیت را در بین مقامات خود افزایش داده و دارا شدن من غیر حق دارایی یک مقام دولتی، جرم کیفری قلمداد گردد. نگارندگان در مقاله حاضر به نقش نهادهای حکومتی نظارتی در پیشگیری از جرایم مالی و دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی پرداخته‌اند. نظارت بر اموال و دارایی مسؤولان و مقامات دولتی گامی مؤثر در راستای ارتقای سلامت اداری، افزایش اعتماد عمومی مردم نسبت به مسؤولان و بهبود آمار موقعیت ایران در سازمان شفافیت بین‌المللی می‌گردد. روش تحقیق توصیفی - تحلیلی است و برای گردآوری ادبیات موضوع از روش کتابخانه‌ای و به طریقه فیش‌برداری از مطالب و تجزیه و تحلیل مطالب استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها:

جرایم مالی، نظارت، پیشگیری، تحصیل نامشروع، دولت، مقامات دولتی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

راضیه سبزه‌علی: مفهوم‌سازی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.
مهرداد بدیچی: نظارت، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، روش‌شناسی، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

سبزه‌علی، راضیه و مهرداد بدیچی. «نقش نهادهای نظارتی حکومتی در پیشگیری از دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۳۶۷-۴۰۴.

مقدمه

مهار یا کنترل قدرت یکی از مفاهیم محوری در طول تاریخ اندیشه حقوق اداری بوده است. با اینکه قدرت حکومت برای تحقق بخشیدن به بسیاری از ارزش‌ها در جامعه (از قبیل عدالت، آزادی، برابری) ضروری است، اما هر حکومتی ممکن است فاسد شود و ارزش‌هایی که قرار بوده ترویج و تقویت کند، ویران نماید.^۱ لذا آنچه از اهمیت ویژه برخوردار است، نقش نهادهای حکومتی در پیشگیری از مفاسد مالی و دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی است.

در مقدمه بند ۱۷ توصیه‌های هشتمین کنگره سازمان ملل، برای پیشگیری از جرایم و رفتار با مجرمین، در خصوص پیامدهای فساد در حکومت آمده است: «با توجه به اینکه مسائل فساد در مدیریت دولتی حالت جهانی دارد و اثرات زیان‌آور آن روی ملت‌هایی که دارای اقتصادهای آسیب‌پذیر هستند، در سراسر جهان محسوس است و با اعتقاد عمیق به اینکه اقدامات فسادآمیز مقامات دولتی می‌تواند کارایی بالقوه انواع برنامه‌های حکومتی را نابود کند، توسعه را متوقف و افراد گروه‌ها را قربانی کند؛ همچنین با شناخت اهمیت کلی تقلیل فساد در فراگرد توسعه اجتماعی و اقتصادی و نیز با شناخت از اینکه فساد موجد بی‌عدالتی است و با این اصل که عدالت باید به صورت عادلانه و منصفانه اداره شود، مغایر است، با نگرانی از ارتباط فساد با سایر آشکال جرایم اقتصادی، جرایم سازمان‌یافته صحبت نموده است.^۲

باید اذعان نمود که امروزه در جامعه جهانی، فساد مالی صاحبان مقام و قدرت، به یکی از چالش‌های اساسی تبدیل شده است؛ چالشی که قلمرو جولان آن، مختص کشور، منطقه و یا قاره خاصی نیست. هرچند ممکن است به دلیل وجود شرایط مساعد و مناسب، در نقطه‌ای پرنرنگ‌تر از نقطه دیگر جلوه کند. فساد مربوط به زمان حاضر نیست و حداقل حضوری به قدمت دولت داشته است. در واقع فساد زمانی شکل گرفت که شخصی احساس کرد در یک مجموعه دارای قدرت و اختیاری است که دیگران برای رفع و رجوع امور خود، نیازمند مراجعه به وی هستند و او می‌تواند در مقابل اعمال قدرت خود که در واقع وظیفه است، از آنها امتیاز بگیرد.^۳

از آنجا که مهم‌ترین سرمایه سیاسی حکومت‌ها، اعتماد مردم به حاکمان و نظام سیاسی است و انواع فساد، به‌ویژه فساد مالی، این اعتماد را خدشه‌دار می‌سازد و حتی از بین می‌برد. لذا امروزه مقابله با فساد

1. Jackson Vikic & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation press, 1999), 19.

۲. اردشیر امیر ارجمند، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر (تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱)، ۱۲۴.

۳. لیلا دادخدایی، فساد مالی - اداری و سیاست جنایی مقابله با آن (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰)، ۱۱.

مالی ضرورتی انکارناپذیر تلقی می‌شود.^۴

با توجه به افزایش چشمگیر جرایم مالی مقامات دولتی و تبدیل این دست جرایم به یک معضل فراملی، مبارزه با مفاسد مالی مقامات و کارگزاران دولتی باید سرلوحه تمامی برنامه‌های حاکمیتی قرار گیرد. قطعاً عدم نظارت و کنترل و ارزیابی جرایم مالی مقامات و مسؤولان دولتی منجر به سلب اعتماد عمومی به حاکمان و نظام سیاسی می‌گردد. لذا مقابله با این‌گونه جرایم در خط مقدم، ضرورتی غیر قابل انکار به حساب می‌آید. مبارزه با جرایم مالی مقامات دولتی همچون پول‌شویی، اختلاس، ارتشاء، اعمال نفوذ در معاملات و... عزمی راسخ می‌طلبد. در این راستا می‌توان به نقش مجلس در نظارت بر جلوگیری از بروز فساد اشاره کرد؛ چراکه مجلس می‌تواند از طریق نظارت بر حسن اجرای قوانین به تقویت سازکارهای نظارتی بپردازد.

به موجب بند ۱ اصل ۳ قانون اساسی، دولت موظف است به ایجاد محیط مساعد برای رشد فضائل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی بپردازد. به موجب اصل ۴۷ قانون مذکور، مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است و ضوابط آن را قانون معین می‌کند. همچنین به موجب اصل ۴۹، مهم‌ترین مظاهر فساد مالی ذکر شده است و دولت موظف است تکلیف دارایی‌ها و ثروت‌های نامشروع را مشخص نموده و آن را به صاحب حق رد نماید. اصل ۱۴۲ قانون اساسی نیز مقرر نموده است: «دارایی رهبر، رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزیران، همسر و فرزندان آنان قبل و بعد از خدمت، توسط رئیس قوه قضاییه رسیدگی می‌شود که برخلاف حق، افزایش نیافته باشد» این اصل به اصل کنترل دارایی مسؤولان نظام معروف است که تأکید بر پیشگیری از وقوع جرم و فساد در سطح عالی دارد.

در کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد به عنوان مهم‌ترین سند بین‌المللی در حوزه مبارزه با فساد، به پیشگیری قاعده‌مند و مبارزه قاطع با فساد پرداخته شده است؛ و در بردارنده این پیام است که مسؤولان در برابر عموم مردم و منافع آنها پاسخ‌گو می‌باشند.^۵ ماده ۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مقابله با فساد مقرر نموده است: «هر کشور عضو به منظور مبارزه با فساد، طبق اصول قانون اساسی نظام حقوقی خود یکپارچگی، صداقت و مسؤولیت را در بین مقامات دولتی خود ارتقا خواهد داد». در راستای مبارزه با فساد مالی کارگزاران دولتی، نظارت بر اموال و دارایی‌های کارگزاران امری غیر

۴. غلامرضا ذاکر صالحی، راهبردهای مبارزه با فساد اداری (تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۱)، ۱۱.

5. World Bank Group, Income and Asset Disclosure: Case Study Illustration, 2013, 5.

قابل اجتناب است. اساسی‌ترین راه برای این نظارت، اعلام و افشای اموال توسط کارگزاران می‌باشد. اصلی‌ترین هدف بسیاری از سیستم‌های افشای مالی کارگزاران عمومی در راستای به حداقل رساندن فساد، حمایت از ایجاد و توسعه فرهنگ درستکاری (صداقت) است.^۶

همچنین در ماده ۲۰ کنوانسیون مذکور مقرر شده است: «هر کشور عضو، با توجه به قانون اساسی و اصول اساسی نظام حقوقی خود، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات لازم را مدنظر قرار می‌دهد تا دارا شدن من غیر حق یعنی افزایش چشمگیر دارایی‌های یک مقام دولتی را که به صورت معقول نمی‌تواند در ارتباط با درآمد قانونی خود توضیح دهد، موقعی که به صورت عمدی ارتکاب یابد جرم کیفری تلقی گردد». بر اساس ماده مذکور، اگر مقامات و مسؤولان دولتی در دوران تصدی خود، ثروت و دارایی تحصیل نمایند که با درآمد قانونی‌اش همخوانی نداشته باشد و این افزایش چشمگیر دارایی به صورت منطقی و معقول نباشد، در این صورت دارایی ناشی از فساد (من غیر حق) تلقی می‌شود و جرم کیفری قلمداد می‌شود.

دو شیوه را می‌توان در رژیم‌های افشای مالی مدنظر قرار داد: یکی از آنها تمرکز بر ثروت‌های ناحق و دیگری نیز تمرکز بر تعارض منافع^۷ است.^۸ کشورهایی که قصد پیشگیری، تحقیق و تعقیب درباره فساد اداری دارند، تمرکز اصلی‌شان بر شناسایی و کشف ثروت غیرقانونی است. برای این منظور، آنها به دنبال کسب اطلاعات و نظارت بر ثروت کارگزاران عمومی در طول دوره خدمت ایشان، به همراه اقداماتی در جهت کشف درآمد و ثروت غیر معمول یا غیر موجه هستند. کشورهایی که فساد گسترده‌ای را تجربه می‌کنند، با دشواری کشف و پیگیری جرایم فساد، آشنا هستند. با به کار بستن یک سیستم افشا که برای کشف دارایی‌های ناحق طراحی شده است، دولت‌ها می‌توانند تغییرات غیر قابل توضیح و تغییرات درخور توجه در ثروت کارگزار عمومی را کنترل نمایند. چنین سیستمی می‌تواند به تحقیق و تعقیب و محکومیت کارگزاران فاسد به استرداد اموال ناشی از جرم منجر گردد. کشوری که به دنبال جلوگیری از سوء استفاده از موقعیت اداری است، به سیستمی نیاز دارد که برای اطلاع دادن و راهنمایی کردن کارگزاران عمومی در راستای تعارض منافع است. چنین سیستم‌هایی در واقع به جای شناسایی رفتار نامناسب، بیشتر برای

6. Ivana M. Rossi, Laura Pop & Tammar Berger, *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-to Guide for Effective Financial Disclosure* (Washington: World Bank, 2017), 9.

۷. تعارض منافع: مکانیسم فساد از طریق تعارض منافع بدین صورت است که فرد با استفاده از قدرت حاکمیتی و جایگاهی که در آن قرار دارد، قوانین یا مقرراتی وضع می‌کند که تأمین‌کننده منافع فردی یا صنعتی‌اش باشد و منجر به تضییع منافع جامعه می‌شود و با توجه به اینکه مقررات و قوانین وضع شده با استفاده از جایگاه قانونی بوده است، بعد از مدتی به یک رویه تبدیل می‌شود و بدین ترتیب فساد به صورت قانونی درمی‌آید.

8. Rossi, pop & berger, op.cit., 11.

شناسایی تعارض منافع بالقوه طراحی شده‌اند در سیستم‌های افشای مالی که بر تعارض منافع متمرکز هستند، اطلاعاتی از قبیل موقعیت‌ها و مشاغل خارج از اداره، منابع درآمد، نام شرکت‌هایی که کارگزار عمومی در آنجا ذی‌نفع است، درخواست می‌شود. این سیستم‌ها اغلب در کنار یک چهارچوب اخلاقی برای کمک به کارگزاران عمومی، برای اجتناب از موقعیت‌ها و مشاغلی که به تعارض منافع منجر می‌شود، به کار می‌آیند. اعلام تعارض منافع کارگزاران منتخب محلی، اعضای پارلمان و احزاب سیاسی در کشورهای مجارستان، فرانسه و اسپانیا رایج است.^۹

لزوم مقابله با تعارض منافع در راستای مقابله با فساد مالی، به موجب بند ۴ ماده ۷ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد پیش‌بینی شده است: «هر کشور عضو بر اساس قانون داخلی خود تلاش خواهد کرد تا نظام‌هایی که شفافیت را ارتقا می‌دهد و از تعارض منافع جلوگیری می‌نمایند؛ اتخاذ و حفظ کرده و تحکیم بخشد». همچنین بر اساس بند ۵ از ماده ۸ این کنوانسیون نیز «هر کشور عضو در صورت اقتضا و طبق اصول اساسی قانون داخلی خود باید سازکاری اتخاذ کند تا مقامات دولتی در رابطه با فعالیت، شغل، سرمایه‌گذاری، منابع مالی و هدایای کلان یا منافی که ممکن است سبب ایجاد تعارض منافع در آنان شود؛ اظهارنامه‌هایی را برای مراجع مربوط تهیه نمایند». با توجه به اهمیت مطلب مذکور، امروزه در کشورهای مختلف، ابزارهایی برای مقابله با تعارض منافع مسئولان در راستای پیشگیری از فساد مالی مورد استفاده قرار می‌گیرد که شامل «اعلامیه‌های منافع» و «اعلامیه‌های دارایی» است.

بند ۵ ماده ۵۲ کنوانسیون مذکور مقرر نموده است: «هر کشور عضو طبق قانون داخلی خود، ایجاد نظام‌های مؤثر افشای مالی در رابطه با مقامات دولتی خاص و مجازات‌های مناسب به خاطر عدم رعایت آن را مدنظر قرار خواهد داد. هر کشور عضو همچنین اتخاذ اقداماتی که ممکن است ضروری باشد را مدنظر قرار خواهد داد تا چنانچه تحقیق، طرح دعوی و استرداد عواید ناشی از جرایم احراز شده بر اساس این کنوانسیون ضروری باشد به مراجع صلاحیت‌دار در سایر کشورهای عضو مبادله نمایند». در ادامه مباحث به تعریف فساد، تعریف مقامات دولتی و مصادیق جرایم مالی مقامات دولتی و نقش نهادهای حکومتی نظارتی در راستای پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی، پرداخته خواهد شد.

9. Anna Tytko, Stepanova, Hanna, *International Experience of Declaring Property, Assets And Private Interests* (London: Baltic Journal of Economic Studies, 2019), 217.

۱- تعریف فساد

واژه فساد در لغت به معنای شکستن چیزی است و در تعریف آن، به واژه‌هایی همچون گمراهی، تباهی یا معیوب کردن کمال و نقض درستی و اصول اخلاقی در انجام صحیح وظایف از سوی یک کارمند دولت به واسطه رشوه اشاره شده است. همچنین گفته‌اند فساد انجام دادن برخی کارهای معارض با وظیفه کارمند و حقوق دیگران با هدف برخورداری از برخی امتیازات و سوءاستفاده کارمند یا امین از مقام و موقعیت برای ایجاد منافع برای خود یا دیگری برخلاف حقوق سایرین است.^{۱۰}

تاکنون از فساد تعاریف گوناگونی ارائه شده است. مشهورترین تعریف فساد «استفاده از موقعیت و قدرت دولتی برای رسیدن به نفع شخصی است». به عقیده برخی، حداقل از سال ۱۹۳۱ میلادی، اصطلاح فساد، اغلب در معنای سوءاستفاده از قدرت عمومی برای منفعت خصوصی به کار رفته است؛ اما همچنان در تبیین مفهوم آن اجماعی وجود ندارد؛ به‌گونه‌ای که برخی مدعی شده‌اند متخصصان فن، هرگز در مورد یک تعریف واحد به توافق نخواهند رسید؛ اگرچه می‌توان به ذکر مصادیقی پرداخت که دیگران هم با آن موافق باشند.^{۱۱}

مؤسسه گالوپ نیز فساد را «اقداماتی غیرقانونی تعریف نموده است که از طریق آنها شهروندان به مقامات دولتی رشوه می‌دهند تا مجوز بگیرد؛ قرارداد ببندند یا از مجازات بگریزند و به‌طور خلاصه، رشوه دادن برای فائق آمدن بر قانون یا قواعد بوروکراسی^{۱۲} همچنین «جی.اس.‌نای^{۱۳}» فساد را رفتاری می‌داند که به دلیل جاه‌طلبی‌های شخصی، معرف انحراف از شیوه عادی انجام وظیفه باشد و به صورت تخلف از قوانین و مقررات تجلی می‌کند.^{۱۴}

در بند الف ماده ۱ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰، فساد این‌گونه تعریف شده است: «فساد در این قانون هر گونه فعل یا ترک فعل است که هر شخص حقیقی یا حقوقی به صورت فردی، جمعی یا سازمانی که عمداً و با هدف هرگونه منفعت یا امتیاز مستقیم یا غیرمستقیم

10. s.h. Alatas, *Corruption: Its Nature, Causes and Functions and Burg Govern Publishing* (Michigan: University of Michigan 2th eds, 1990), 8.

11. M. Clark, *Corruption, Causes, Consequences and Control* (New York: Martins Press, 1983), 43.

۱۲. محمد فاضلی، مقدمه‌ای بر سنجش فساد مالی و اداری (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸)، ۲۲.

13. Joseph Nye

۱۴. محمد قرنی، بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثرپذیری آن از فرهنگ سازمانی (تهران: انتشارات زمان نو، ۱۳۸۷)، ۳۳۴.

برای خود یا دیگری، یا نقض قوانین و مقررات کشوری انجام پذیرد یا ضرر و زبانی را به اموال، منافع، منابع یا سلامت و امنیت عمومی و یا جمعی از مردم وارد نماید نظیر رشاء، ارتشاء، تبانی، سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری، سیاسی، امکانات یا اطلاعات، دریافت و پرداخت‌های غیرقانونی از منابع عمومی و انحراف از منابع به سمت تخصیص‌های غیرقانونی، جعل، تخریب یا اختفاء اسناد و سوابق اداری و مالی».

۲- تعریف مقامات دولتی و افراد تحت شمول آن

بخش دولتی در مقوله فساد و جرم اقتصادی دارای اهمیت فراوانی است زیرا عمده منابع مالی در دست دولت است و نه تنها اقدامات مجرمانه کارمندان دولت متوجه این منابع مالی است بلکه اشخاص عادی نیز می‌توانند اقدامات مجرمانه خود را بر ضد اموال دولتی انجام دهند. به همین دلیل فساد پیش از آنکه در جنجال بخش خصوصی گرفتار شود، به رفتارهایی گفته می‌شود که از کارگزار عمومی سر بزند.^{۱۵}

سؤالی که در مبحث پیشگیری از جرایم مالی و دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی به ذهن متبادر می‌گردد، این است که منظور از مقامات، مسؤولان و کارگزاران دولتی چه کسانی هستند؟

قانون اساسی در اصل ۱۴۲ که به اصل کنترل داریی مسؤولان معروف است، در این زمینه مقرر نموده است: «داریی رهبر، رئیس جمهور، معاونان رئیس جمهور، وزیران و همسر و فرزندان آنان قبل و بعد از خدمت، توسط رئیس قوه قضائیه رسیدگی می‌شود که برخلاف حق، افزایش نیافته باشد. انتقادی که به این اصل وارد است این است که دایره شمول آن بسیار محدود است و شامل بسیاری از مقامات و پست‌های حساس نمی‌شود. همچنین در این اصل سازکارهای چگونگی رسیدگی به داریی مقامات و نحوه راستی‌آزمایی در خصوص اطلاعات ارائه شده مطرح نگردیده است.

با توجه به اهمیت موضوع مقابله با فساد مالی، یکی از اقدامات مؤثر بین‌المللی، تصویب کنوانسیون مریدا است که دولت ایران نیز به آن ملحق گردید. ماده ۲ کنوانسیون مریدا مقرر می‌نماید: «مقام دولتی اطلاق می‌شود به ۱- هر شخصی که دارای شغل قانون‌گذاری، اجرایی، اداری یا قضایی در کشور عضو اعم از انتصابی یا انتخابی و دائم یا موقت باشد و حقوق دریافت بکند یا نکند، صرف‌نظر از ارشیدیت وی؛ ۲- هر شخص دیگری که کار دولتی انجام می‌دهد از جمله برای نهاد یا مؤسسات دولتی یا همان‌طور که

۱۵. توران توسلی زاده، پیشگیری از جرایم اقتصادی (تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۲)، ۹۹.

در قانون داخلی کشور عضو تعریف شده است و همان‌گونه که در زمینه مربوط به قانون کشور عضو به کار رفته است، خدمات دولتی ارائه می‌دهد؛ ۳- هر شخص دیگری که به عنوان «مقام دولتی» در قانون کشور عضو تعریف شده باشد، در هر حال از نظر بعضی از اقدامات مندرج در فصل ۲ این کنوانسیون، مقام دولتی به معنی شخصی است که یک کار دولتی را انجام می‌دهد یا همان‌طور که در قانون داخلی کشور عضو تعریف شده است و همان‌گونه که در زمینه مربوط به قانون کشور عضو به کار رفته است، خدمات دولتی ارائه می‌دهد.

ماده ۳ قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۴ مقرر می‌دارد: «مقامات و مسؤولان زیر موظفند در اجرای این قانون، صورت دارایی خود، همسر و فرزندان تحت تکفل خود را قبل و بعد از هر دوره خدمتی به رئیس قوه قضائیه اعلام نمایند:

- ۱: نمایندگان مجلس خبرگان رهبری؛
- ۲: اعضای مجلس تشخیص مصلحت نظام؛
- ۳: مقامات منصوب از سوی رهبری؛
- ۴: اعضای شورای نگهبان؛
- ۵: نمایندگان مجلس شورای اسلامی و معاونان رئیس مجلس و مدیران کل مجلس؛
- ۶: معاونان رئیس قوه قضائیه و رؤسای سازمان‌ها و دستگاه‌های وابسته به این قوه و معاونان و مدیران کل آنان؛
- ۷: دادستان کل کشور، رئیس دیوان عالی کشور و رئیس دیوان عدالت اداری و رؤسای کل دادگستری استان‌ها و معاونان همه آنها و سایر دارندگان پایه قضایی؛
- ۸: مشاوران سران سه قوه؛
- ۹: رؤسای دفاتر سران سه قوه، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری؛
- ۱۰: دستیار ارشد رئیس جمهور، معاونان وزراء، مدیران کل و هم‌ترازان آنها؛
- ۱۱: دبیران شورای عالی امنیت ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، هیأت دولت، شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی
- ۱۲: رئیس و دادستان دیوان محاسبات کشور، معاونان آنان و اعضای هیأت مستشاری؛
- ۱۳: رئیس، قائم مقام، معاونان و دبیر کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران؛
- ۱۴: رؤسا و معاونان سازمان‌ها و مؤسسات دولتی، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و مدیران

کل آنها؛

۱۵: فرماندهان و مسؤولان نیروهای مسلح از درجه سرتیپ تمام و بالاتر و هم‌ترازان آنها و رؤسای

کلاتتری؛

۱۶: مدیران عامل، اعضای هیأت مدیره بیمه‌ها، بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری دولتی و

شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به آنها، رؤسای مناطق و رؤسای شعب ارزی و ویژه و سرپرست‌های

مناطق؛

۱۷: رئیس سازمان بورس و اوراق بهادار و معاونان وی، رؤسای بورس‌های تخصصی، مناطق و

فراپورس؛

۱۸: رئیس و اعضای هیأت عامل صندوق توسعه ملی؛

۱۹: استانداران و معاونان آنان، فرمانداران، شهرداران و اعضای شورای شهر تمام شهرها و

شهرداران مناطق کلان‌شهرها و معاونان آنها؛

۲۰: سفرا و کارداران، سرکنسول‌ها و مسؤولان حفاظت منافع و رؤسای نمایندگی‌های جمهوری

اسلامی ایران در خارج از کشور؛

۲۱: نمایندگان دولت در مجامع عمومی، هیأت مدیره، هیأت‌امنا و مدیر عامل شرکت‌ها و مؤسسات

دولتی یا وابسته به دولت و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی؛

۲۲: اعضای هیأت مدیره و مدیر عامل و بازرسان مناطق ویژه و مناطق آزاد تجاری و معاونان آنان؛

۲۳: رئیس سازمان امور مالیاتی کشور، معاونان، مدیران کل و سرممیزین؛

۲۴: رئیس کل گمرک و معاونان وی و مدیران گمرک و معاونان وی و مدیران گمرکات کشور.

با توجه به آنچه گفته شد درمی‌یابیم که برخلاف اصل ۱۴۲ قانون اساسی که دامنه شمول آن بسیار

محدود است و تمهیدات و سازکارهای چگونگی رسیدگی به دارایی مقامات و مسؤولان و کارگزاران

مشخص نشده است، مطابق ماده ۱ و ۳ قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران

جمهوری اسلامی، به منظور اجرایی کردن اصل ۱۴۲ قانون اساسی، دامنه شمول گسترده‌ای دارد و

به‌علاوه سازکارهای چگونگی رسیدگی به دارایی مقامات و چگونگی تشخیص دارایی‌های من غیر حق

مقامات به موجب آیین‌نامه رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران

مصوب ۱۳۹۴ پیش‌بینی شده است.

۳- مصادیق جرایم مالی مقامات، کارگزاران و مسؤولان دولتی

فساد یکی از مظاهر رفتار ضداجتماعی است که مزایایی را خارج از قاعده و برخلاف هنجارهای اخلاقی و قانونی به مرتکبین خود می‌دهد و در مقابل قدرت بهبود شرایط زندگی سایرین را تضعیف می‌کند.^{۱۶} مظاهر مختلفی از فساد مالی مقامات دولتی وجود دارد که به اهم آنها به صورت مختصر اشاره می‌گردد:

۳-۱- اختلاس

اختلاس اموال عمومی، همزاد با تشکیل حکومت مطرح بوده و قدمتی به اندازه خود دولت‌ها دارد. اختلاس از جمله تعدیبات کارمندان و کارکنان دولت و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا سایر مأموران به خدمات عمومی است که نسبت به اموال متعلق به دولت یا اشخاص دیگر، صورت می‌گیرد و همواره به عنوان تهدیدی جدی علیه دولت و ملت قلمداد می‌شود.^{۱۷}

در حال حاضر ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین جرم اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری عنصر قانونی جرم اختلاس محسوب می‌شود. اختلاس به لحاظ حقوقی عبارت است از «برداشت وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام یا اوراق بهادار و سایر اموال متعلق یا در اختیار اشخاص مذکور در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری از سوی کارمندان دولت و سایر سازمان‌های مذکور به نفع خود یا دیگری».^{۱۸}

ماده ۱۷ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد در این زمینه مقرر نموده است: «هر کشور عضو، قوانین و سایر اقدامات ضروری را اتخاذ خواهد نمود تا حیف و میل، اختلاس و دیگر استفاده‌های غیرمجاز از هر مال یا وجوه دولتی یا شخصی یا اوراق بهادار یا هر چیز دیگر با ارزش توسط مقام دولتی در جهت منافع خود یا هر شخص یا واحد دیگر که بنا به موقعیت شغلی او به وی واگذار شده است، در صورتی که به صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم تلقی شود.

۳-۲- رشاء و ارتشاء

۱۶. علی ربیعی، زنده باد فساد! جامعه شناسی سیاسی فساد در دولت های جهان سوم (تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳)، ۲۹.

۱۷. احمد رضانی، «بررسی تطبیقی ارکان جرم اختلاس»، نشریه نامه مفید ۶ (۱۳۷۹)، ۱۵۲-۱۸۳.

۱۸. محمد جعفر حبیب‌زاده، «رشوه از دیدگاه حقوق کیفری ایران و فقه»، فصلنامه مدرس ۴ (۱۳۷۹)، ۴۱.

یکی از اصطلاحاتی که در آثار حقوق‌دانان داخلی و خارجی بدان اشاره شده و در زمره مهم‌ترین مفاسد مالی به شمار می‌رود، رشوه دادن (رشاء) و رشوه گرفتن (ارتشاء) بوده که هدف از ارتکاب آن این است که فرد رشوه‌گیرنده امر باطلی را احقاق یا حقی را ابطال نماید. ارتشاء مستقیماً با نهادهای دولتی و حکومتی در ارتباط است و ارتکاب آن بیانگر فساد در بین کارکنان نهادهای دولتی است.

عنصر قانونی جرم ارتشاء ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری است که مقرر نموده است: «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراهای یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی وابسته به دولت و یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی برای انجام دادن یا انجام ندادن امری که مربوط به سازمان‌های مزبور می‌باشد وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید در حکم مرتشی است اعم از اینکه امر مذکور مربوط به وظایف آنها بوده یا نبوده و انجام آن بر طبق حقانیت و وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آنکه در انجام یا عدم انجام آن مؤثر بوده یا نبوده باشد و ...»

در تعریفی، رشوه دادن را به دادن وجه یا مال یا سند تسلیم وجه یا مال به مأموران دولت یا کارکنان شاغل در نهادهای عمومی و یا سایر اشخاص مصرح در قانون جهت انجام یا عدم انجام وظایف مرتبط با اداره یا سازمان متبوع آنها و رشوه گرفتن را به معنی اخذ وجه یا مال یا سند تسلیم وجه یا مال از سوی مأموران دولت یا کارکنان شاغل در نهادهای عمومی مندرج در قانون، برای انجام یا عدم انجام وظایف مرتبط با اداره یا سازمان محل اشتغال آنها تعریف نموده‌اند.^{۱۹}

شیوع این جرم نه فقط موجب وارد شدن ضرر به طرفین جرم می‌گردد، بلکه موجب اختلال در نظام اداری و اجرایی و به هم خوردن ساختار نظام اجتماعی و اقتصادی و اساس نظام سیاسی و اقتدار و مشروعیت حاکمیت می‌شود. لذا به منظور مبارزه با این جرم باید با بهره‌گیری از اهرم‌های قانونی و دستاوردهای علمی، برنامه جامعی ارائه گردد و فقط به استفاده از ابزارهای حقوقی و قضایی اکتفا نشود.^{۲۰}

ماده ۱۵ کنوانسیون سازمان ملل متحد به ارتشاء مقامات دولتی داخلی اشاره دارد. این ماده مقرر نموده است: «هر کشور عضو، اقدامات قانونی و سایر اقدامات لازم را اتخاذ خواهد نمود تا موارد زیر

۱۹. حسین میر محمد صادقی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ اول، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۱)، ۳۵۷.

۲۰. حبیب‌زاده، پیشین، ۳۵.

زمانی که به صورت عمدی ارتکاب یافته باشند، به عنوان جرایم کیفری به حساب آیند:

الف: وعده، ارائه یا دادن امتیاز بی مورد به یک مقام دولتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر برای اینکه آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد؛

ب: درخواست قبول امتیاز بی مورد از طرف یک مقام دولتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر برای اینکه آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد».

۳-۳- پول شویی

پول شویی به عنوان یکی از جرایم عمده در سطح دنیا که تأثیر گسترده‌ای به اقتصاد، اجتماع، سیاست و بنگاه‌ها و مؤسسات فعال در جامعه دارد عبارت است از یک فعالیت غیرقانونی که طی آن، عواید و درآمدهای ناشی از فعالیت‌های غیرقانونی به نحوی، ظاهری قانونی به خود بگیرد؛ به عبارت دیگر، پول‌های کثیف ناشی از اعمال خلاف قانون به پول به ظاهر تمیز تبدیل شده و به چرخه رسمی وارد می‌شود.^{۲۱}

با استناد به ماده ۲ قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۱۳۶۷، پول شویی عبارت است از:

«الف- تحصیل، تملک، نگهداری یا استفاده از عواید حاصل از ارتکاب جرایم با علم به منشأ مجرمانه آن

ب- تبدیل، مبادله یا انتقال عوایدی به منظور پنهان یا کتمان کردن منشأ مجرمانه آن با علم به اینکه به طور مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرم به دست آمده یا کمک به مرتکب جرم منشأ به نحوی که وی مشمول آثار و تبعات قانونی ارتکاب آن جرم نشود.

پ- پنهان یا کتمان کردن منشأ، منبع، محل، نقل و انتقال، جابه‌جایی یا مالکیت عوایدی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه جرم تحصیل شده باشد».

پول شویی در ماده ۲۳ کنوانسیون مریدا نیز به عنوان یک جرم مستقل پیش‌بینی شده است و لازم به یادآوری است که این جرم دارای آثار منفی متعددی از جمله کاهش کنترل و نظارت دولت بر سیاست‌های

۲۱. فرهاد رهبر و فضل‌الله میرزاوند، پول شویی و روش‌های مقابله با آن، چاپ اول (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷)، ۲.

اقتصادی، تضعیف امنیت اقتصادی، تضعیف یکپارچگی و تمامیت بازارهای مالی می‌گردد.

۳-۴ - سوء استفاده از وظایف و موقعیت شغلی

با استناد به ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، «هر کشور عضو، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات مقتضی را مدنظر قرار خواهد داد تا سوء استفاده از وظایف یا جایگاه یعنی اجرا یا قصور در اجرای عملی برخلاف قوانین توسط مقام دولتی در حین انجام وظیفه خود به منظور کسب امتیاز بی‌مورد برای خود یا شخص یا واحد دیگر، موقعی که به صورت عمدی ارتکاب یابد، به عنوان جرم کیفری قلمداد شود».

سوء استفاده از وظایف و موقعیت شغلی، یکی از مصادیق فساد مالی در کنوانسیون مریدا محسوب می‌شود که به موجب ماده ۱۹، به شکل یک جرم مستقل پیش‌بینی شده است؛ اما متأسفانه در قوانین کشور حتی با وجود ملحق شدن کشورمان به کنوانسیون مذکور، سوء استفاده از وظایف و موقعیت شغلی به شکل مستقل جرم‌انگاری نشده است و فقط مصادیق آن مورد توجه قرار گرفته است.

اما باید گفت کاهش ارتکاب پدیده فساد مالی به‌ویژه سوء استفاده از وظایف و موقعیت شغلی، از نشانه‌های برجسته «حکمرانی خوب» است؛ الگویی که اساس آن، پاسخ‌گویی مسئولین و شفافیت عملکردها و نظارت بر کلیه اقدامات است و از جمله اهداف وجودی‌اش، ریشه‌کنی فساد مالی است.^{۲۲}

۴ - نقد و بررسی قانون رسیدگی به داریایی مقامات، مسوولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران

طرح رسیدگی به داریایی مقامات و مسوولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران که تصویب آن از سال ۱۳۸۶ آغاز گردید، نهایتاً در سال ۱۳۹۴ با اصلاحیه مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید. با وجود اینکه با استناد به بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، پیشگیری از جرم از وظایف قوه قضائیه محسوب می‌شود اما تا قبل از تصویب قانون رسیدگی به جرایم مالی مقامات و کارگزاران دولتی، پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی، ظهور و بروز جدی در قوانین نداشت. اگرچه تصویب این قانون، گامی مؤثر در راستای پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی و افزایش اعتماد عمومی محسوب می‌شود اما آنچه دارای اهمیت است فراهم نمودن شرایط اجرای مفاد کنوانسیون مریدا است. در ادامه به بررسی و نقد قانون مذکور پرداخته می‌شود و سعی شده است به آخرین تحولات تقنینی در خصوص جرایم مالی

۲۲. علیرضا مقدسی، «کاربرد حکمرانی شایسته در مبارزه با فساد اداری»، مجله سیاسی - اقتصادی ۲۸۲ (۱۳۸۸)، ۱۱۳.

مقامات دولتی که همانا آیین‌نامه اجرایی رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران است نیز پرداخته شود.

اولین انتقاد وارد بر قانون فوق‌الذکر، عدم پیش‌بینی دریافت اطلاعات دارایی افرادی غیر از همسر و فرزندان مقامات مسؤول که با آنها مرادده مالی دارند، می‌باشد. چراکه ماده ۱ قانون مذکور مقرر نموده است: «مقامات تعیین شده در اصل صد و چهل و دوم قانون اساسی و همچنین مقامات ذکر شده در ماده ۳ همین قانون، فهرست دارایی خود، همسر، فرزندان‌شان را مطابق آیین‌نامه‌ای که توسط قوه قضائیه ذیل این قانون تهیه و ابلاغ می‌شود، در ابتدا و انتهای دوره مسؤولیت به رئیس قوه قضائیه گزارش و قوه قضائیه نسبت به رسیدگی به اموال آنان از جهت بررسی عدم افزایش من غیر حق اقدام کند». لذا مشاهده می‌گردد که فقط به همسر و فرزندان مقامات مسؤول اشاره شده است و به سایر بستگان نزدیک نسبی و سببی اشاره نشده است؛ لذا مقام دولتی اگر قصد ارتکاب جرایم مالی و تحصیل مال نامشروع را داشته باشد می‌تواند دارایی نامشروع و من غیر حق را به بستگان نزدیک خود غیر از همسر و فرزندان انتقال دهد.

به موجب ماده ۲، یکی از شرایط تصدی سمت‌های موضوع این قانون، تعهد به ارائه فهرست دارایی خود، همسر و فرزندان تحت تکفل، در قالب خوداظهاری به قوه قضائیه است. اولین نکته در خصوص این ماده آن است که ارائه فهرست دارایی بر عهده مقامات دولتی قرار داده شده است و در واقع هیچ مرجعی برای کشف واقع در نظر گرفته نشده است. همچنین گفته شده به منظور تصدی سمت‌های موضوع این قانون، فرد باید متعهد به ارائه فهرست دارایی خود، همسر و فرزندان‌شان نماید اما به این موضوع پرداخته نشده است که اگر در ابتدا به ارائه فهرست دارایی متعهد گردد ولی بعد خلف وعده نماید به چه سرنوشتی گرفتار می‌شود و هیچ ضمانت اجرایی مشخص نشده است. در خصوص محتویات فرم اظهارنامه هم هیچ تمهیدی اندیشیده نشده است.

انتقاد دیگری که به قانون مذکور وارد است آنکه ضمانت اجرایی برای اظهار گزارش دارایی نادرست یا ناقص و عدم گزارش فهرست دارایی پیش‌بینی نشده بود. در نتیجه سازکارها و تمهیدات لازم برای راستی‌آزمایی پیرامون اطلاعات دارایی مقامات مسؤول، همسر و فرزندان آنها مغفول مانده بود. به همین دلیل در اکثر کشورهایی که سازکارهایی جهت رسیدگی به اموال و دارایی‌های مسؤولان پیش‌بینی شده است؛ نوعی فرآیند راستی‌آزمایی را نیز می‌توان مشاهده نمود^{۲۳} که دلیل اصلی انجام این امر، پایبندی

23. Rossi, pop & berger, op.cit.,11.

به اصل صداقت در اعلام اموال و دارایی‌هاست؛ چراکه اگر مشمولان بدانند که اطلاعات اعلامی آنها راستی‌آزمایی نخواهد شد؛ همواره این خطر وجود خواهد داشت که اطلاعات به صورت ناقص یا اشتباه اعلام شوند. راستی‌آزمایی اولیه معمولاً به محتوای خود اعلامیه‌های دارایی محدود می‌شود؛ به این صورت که می‌توان بررسی نمود که آیا دارایی‌های اعلامی به میزان مناسبی ارزش‌گذاری شده‌اند یا خیر؟^{۲۴} البته در آیین‌نامه قانون مذکور در ماده ۱۳ مقرر شده است که هیأت بررسی متشکل از سه نفر از قضات عالی‌رتبه توسط رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌شود و به موجب ماده ۱۴ آیین‌نامه فوق‌الذکر مقرر شده است که چنانچه هیأت بررسی با ملاحظه اسناد دریافتی در خصوص میزان دارایی اعلام شده و افزایش آن در طول دوره مسؤولیت شک کند از مقامات درخواست می‌کند که ظرف یک ماه و به صورت کتبی، طرق تحصیل و نحوه افزایش آن را اعلام نماید. ماده ۱۹ آیین‌نامه قانون مذکور مقرر می‌دارد: «چنانچه مشمولان ماده ۱ قانون در مهلت مقرر نسبت به ارائه فهرست دارایی‌های خود به اداره کل اقدام ننمایند و یا دارایی خود را کتمان یا گزارش ناقص ارائه نمایند، اداره کل موظف است مراتب را جهت تعقیب کیفری به دادستان تهران اعلام نماید».

از دیگر انتقادات وارد بر این قانون، محرمانه بودن صورت دارایی مقامات مسؤول و جرم‌انگاری افشای آن می‌باشد؛ چراکه ماده ۵ قانون مذکور در این زمینه مقرر نموده است: «فهرست دارایی‌های افراد مشمول و اسناد و اطلاعات مربوط به آن به‌جز در مواردی که در این قانون و آیین‌نامه ذیل آن تعیین شده است، محرمانه بوده و هریک از مسؤولان و کارکنان که حسب وظیفه مأمور تهیه و ثبت، ضبط و حفظ فهرست و یا برحسب وظیفه اسناد مذکور در اختیار آنها قرار گیرد، اگر عالماً یا عامداً مرتکب افشا یا انتشار مندرجات این اسناد شوند و یا خارج از حدود وظایف اداری در اختیار دیگران قرار دهند یا به نحوی دیگران را از مفاد آن مطلع سازد به یکی از مجازات‌های درجه شش مقرر در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محکوم خواهد شد»؛ که در آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور نیز در این زمینه ماده ۸ مقرر نموده است: «فهرست دارایی مقامات مسؤول محرمانه بوده و افشای آن ممنوع است» البته رئیس قوه قضائیه با استناد به ماده ۱۸ آیین‌نامه مذکور اختیار دارد نتیجه رسیدگی به دارایی مشمولان ماده ۱ این قانون را منتشر کند.

به نظر می‌رسد رویکرد اتخاذ شده در این زمینه به هیچ عنوان با سیاست مبارزه با مفاسد مالی مقامات دولتی هم‌خوانی ندارد چراکه محرمانه تلقی نمودن اطلاعات مزبور و عدم دسترسی این اطلاعات برای

24. OECD, *Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption* (Mexico: OECD Publishing, 2011), 71-72.

عموم مردم، شفافیت مالی دارایی مقامات دولتی را زیر سؤال برده و هدف افزایش اعتماد عمومی مردم نسبت به مقامات و مسؤولان دولتی را کمرنگ می‌نماید... البته به موجب ماده ۱۸ آیین‌نامه فوق‌الذکر، رئیس قوه قضائیه می‌تواند نتیجه رسیدگی به دارایی مشمولان ماده ۱ قانون را منتشر نماید. از آنچه گفته شد درمی‌یابیم که آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران، گامی رو به جلو محسوب شده و راهکارهایی را جهت مبارزه با مفاسد مالی مقامات دولتی از جمله تقویت نظام پاسخ‌گویی، شفافیت عمومی از لحاظ الزام برای ثبت اطلاعات مربوط به فعالیت‌های مالی به لحاظ چگونگی تحصیل اموال، نحوه افزایش دارایی و منابع کسب دارایی، تعیین سازکارهای لازم جهت تحقیق در مورد صحت و سقم اطلاعات ارائه شده، امکان پیشگیری موارد تخلف را پیش‌بینی نموده است.

۵- بررسی سازمان بین‌المللی شفافیت و مطالعه کشور استرالیا به عنوان یکی از کشورهای پیشگام در مبارزه با فساد

پس از بررسی و مطالعه جرایم مالی مقامات دولتی در ایران و آخرین تحولات تقنینی کشور در پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی - ابتدا به شرح مختصری پیرامون سازمان شفافیت بین‌المللی پرداخته و در پایان کشور استرالیا را به عنوان یکی از کشورهای پیشگام در این حوزه مورد بررسی قرار می‌دهیم. سازمان شفافیت بین‌المللی در سال ۱۹۳۳، در شهر برلین و با هدف ایجاد جهانی عاری از فساد تأسیس شد. حدود صد و هشتاد کشور عضو این سازمان هستند. این سازمان همه‌ساله شاخص ادراک فساد (CPI) را که نمره فساد کشورها را که عددی بین صفر (برای بیشترین سطح فساد درک شده) و صد (برای کمترین فساد درک شده) است، اعلام می‌نماید. شاخص اندازه‌گیری شده توسط این سازمان، فساد را در سطح کلان و در بین مقامات سیاسی و دولتی سنجش می‌نماید. این شاخص در حال حاضر از بیشترین شهرت برخوردار بوده و معتبرترین گزارش بین‌المللی در خصوص وضعیت فساد در جهان محسوب می‌شود.^{۲۵}

دولت استرالیا خود را متعهد به مبارزه با فساد در تمام سطوح می‌داند، اصلاحات دائمی در تمام بخش‌های دولت و در جامعه، این کشور را در مقابله با فساد داخلی بسیار قدرتمند نموده است. همچنین این کشور از اقدامات و تلاش‌های ضد فساد در کشورهای همسایه حمایت می‌کند. دولت با آگاهی از

25. e.V., Transparency International, "Our impact – Transparency International". www.transparency.org, Retrieved 2019-04-08.

نقش کلیدی و مسؤولیت خود در قبال کشور و منطقه، بخش زیادی از منابع عمومی را به بهبود حکمرانی و اصلاحات ضد فساد و برنامه‌های حمایتی از سایر کشورهای منطقه اختصاص می‌دهد. همچنین استراژدی ضد فساد این دولت انعکاس‌دهنده توجهات مبرم داخلی به هر دو حوزه پیشگیری و پیگیری است. این استراژدی‌ها شامل یکپارچگی کارمندان دولت، پاسخ‌گویی و شفافیت مدیریت مالی عمومی و حمایت همه‌جانبه از افشاکنندگان فساد است.^{۲۶} مجموعه این تلاش‌ها سبب شده است رتبه این کشور در شاخص ادراک فساد در سال ۲۰۱۵ و در بین ۱۶۸ کشور، سیزده باشد. استرالیا در سال ۲۰۰۳ به عضویت کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد درآمد و از آن زمان الزامات اجباری و اختیاری مقرر در این کنوانسیون را انجام داده است. استرالیا سیستم جامعی برای اجرای قانون داشته که به عموم اجازه بررسی‌های موشکافانه در تصمیمات دولت را می‌دهد. دادگاه‌های فدرال باید تصمیمات و اقدامات مقام دولتی را بازبینی نموده و کنترل نمایند. این سیستم جامع با تصویب قانون آزادی اطلاعات تکمیل شد و حقوق جامعه استرالیا برای دسترسی به اطلاعاتی که در اختیار دولت فدرال بود - گسترش یافت. در نتیجه تصمیمات دولتی قابل پیگیری و بررسی توسط عموم شده و این مسأله سبب افزایش پاسخ‌گویی و شفافیت در این کشور شد.^{۲۷} این در حالی است که در شاخص ادراک فساد در سال ۲۰۱۵، رتبه ایران در بین ۱۶۸ کشور جهان، ۱۳۰ می‌باشد که به خوبی گویای وضعیت نامناسب ایران در این زمینه می‌باشد. گزارش تازه شفافیت بین‌المللی حاکی از آن است که ایران در سال ۲۰۱۸ در میان ۱۸۰ کشور جهان، از نظر فساد مالی، گسترش و مقابله با آن، در جایگاه ۱۳۸ قرار گرفته است. امید است با به‌کارگیری سازکارها و راهکارهای مبارزه با فساد مقامات دولتی، مقابله با فساد و پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی به شکل جدی در دستور کار قرار گیرد و با ایجاد عزم ملی به مقابله با این پدیده و پیشگیری از گسترش آن پرداخته شود که در این راستا به‌کارگیری اقداماتی همچون: رشد فضایل اخلاقی در میان مقامات دولتی، وجود شفافیت در همه ابعاد به‌خصوص عملیات دولتی، شایسته‌سالاری در عزل و نصب مقامات دولتی و تدوین و بازنگری قوانین مبارزه با فساد مقامات دولتی متناسب با شرایط داخلی هر کشور می‌تواند مفید و ارزنده واقع شود.

26. Rob McCusker, 'Review of anti-corruption strategies', *Technical and Background* (Canberra: Australian Institute of Criminology, 2006), 25.

27. Australia's approach to fighting corruption. *Australian Government* (New York: United Nations Public Administration Network), 247.

۶- نقش نهادهای حاکمیتی نظارتی در پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی

در این قسمت به نقش هر یک از نهادهای حاکمیتی نظارتی از جمله مجلس شورای اسلامی، دیوان محاسبات، شورای دستگاه‌های نظارتی کشور، قوه قضائیه، سازمان بازرسی کل کشور، کمیته سلامت اداری و صیانت از حقوق مردم و وزارت امور اقتصاد و دارایی در پیشگیری از جرایم مالی و دارا شدن بلاجهت مقامات دولتی پرداخته می‌شود.

۶-۱- مجلس شورای اسلامی

اصل کلی در مدیریت سیاسی بر اساس مودت و نزدیکی با مردم و در مدیریت اداری بر پایه سادگی و دوری از تکلف پایه‌ریزی می‌شود.^{۲۸} یکی از دلایل اصلی وقوع انقلاب مشروطه تظلم‌خواهی مردم در مقابل فساد حاکم بر نظام اداری و سیاسی کشور بوده است از همین رو می‌توان گفت نقش نظارتی مجلس اگر ارزش و جایگاهی بیش از نقش تقنینی نداشته باشد کمتر از آن نیست. به موجب قانون، نظارت‌های گوناگونی بر عهده مجلس شورای اسلامی گذاشته شده است که هر یک از جنبه و جهتی می‌تواند نقش بسزایی در مبارزه با شکل‌گیری فساد، کشف و تعقیب فساد داشته باشد. این نظارت‌ها عبارتند از نظارت تأسیس، شامل نظارت بر تشکیل دولت و برنامه‌های دولت، نظارت بر انتخاب و رأی اعتماد به وزرا و یا استیضاح ایشان و رئیس جمهور، نظارت اطلاعی که شامل رسیدگی به شکایات مردمی از طریق کمیسیون اصل ۹۰ مجلس و نمایندگان و سؤال از وزرا و رئیس جمهور است. نظارت استصوابی نیز بر نظارت بر معاهدات بین‌المللی، نظارت بر اصلاح خطوط مرزی، نظارت بر وضع وضعیت فوق‌العاده و نظارت بر اعطای امتیاز به خارجی‌ان برای تشکیل و نظارت سیاسی است؛ اما آنچه منطبق با اهداف این پژوهش است نظارت مالی مجلس شورای اسلامی است این نوع از نظارت از چنان اهمیتی برخوردار است که حسب فرمان مقام معظم رهبری به قوای سه‌گانه در خصوص مبارزه با فساد مالی که بیان داشته‌اند: «هیچ شخص یا نهادی نمی‌تواند به عذر انتساب به اینجانب یا دیگران خود را از حساب‌کشی معاف شمارد»^{۲۹}

بخش عمده این نظارت از طریق نظارت بر روند تدوین بودجه و نظارت بر اجرای دقیق آن از طریق دیوان محاسبات است که شرح آن گذشت. علاوه بر آن به موجب ماده ۳۲ آیین‌نامه داخلی مجلس

۲۸. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۱). ۲۸۴.

۲۹. ا. سلامی، «فرمان هشت ماده‌ای به سران قوا درباره مبارزه با مفاسد اقتصادی»، روزنامه همبستگی، ۱۳۸۰/۰۳/۰۱، ۴.

اصلاحی ۱۳۸۷، به منظور سامان دادن و وکارآمدسازی مجلس و نمایندگان به‌ویژه نسبت به طرز کار قوای مجریه، قضاییه و مجلس ... کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی تشکیل می‌شود. علاوه بر کمیسیون اصل ۹۰، کمیسیون‌های ویژه‌ای نیز در ساختار قانونی مجلس وجود دارند تا در مسائل مهم و استثنایی که در کشور وقوع می‌یابد و در این خصوص تشکیل کمیسیون ویژه برای رسیدگی و تهیه گزارش ضرورت پیدا می‌کند، به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان و تصویب مجلس این کمیسیون تشکیل می‌شود (ماده ۵۹ آیین‌نامه داخلی مجلس اصلاحی ۱۳۸۷) این کمیسیون‌ها از جمله کمیسیون‌های موقت یا غیردائمی بوده که حسب مورد و ضرورت تشکیل می‌گردد. یکی از این موارد وجود و کشف حقیقت امر در عملکرد مسؤولین است. با توجه به اصل ۷۶ قانون اساسی که تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را برای مجلس محترم شمرده است. ذکر عبارت تمام امور در مفهوم مادی همه مسائل داخلی و بین‌المللی در مفهوم سازمانی، تمام سازمان‌ها و مقامات مشمول اصل نظارت فوق می‌شوند.^{۳۰}

هر چند به موجب تبصره ۷ ماده ۱۹۸ اصلاحی ۱۳۸۷ آیین‌نامه مجلس، شورای نگهبان، خبرگان رهبری، مجمع تشخیص مصلحت نظام و پرونده‌های جرایمی محاکم دادگستری از این تحقیق و تفحص مستثنا شده‌اند که این امر می‌تواند خود زمینه‌ساز مفسده‌های ساختارمند باشد و به نظر بهتر بود چنانچه قانون‌گذار محرمانگی اطلاعات و اقدامات این نهادها را مدنظر داشت و علت این استثنا شدن حفظ این محرمانگی بود، ساختاری برای حفظ و پاسداری از اطلاعات فراهم می‌نمود. شیوه این تحقیق و تفحص نیز به این شکل است که هر گاه نماینده لزوم تحقیق و تفحص را احرار کند موضوع را به صورت مکتوب به هیأت رئیسه مجلس اعلام تا آن هیأت موضوع را به کمیسیون تخصصی مربوط به آن موضوع ارجاع نماید تا ظرف دو هفته گزارشی تهیه و در اختیار نماینده متقاضی قرار دهد. در صورت عدم اقناع نماینده پس از تشکیل جلسه و استماع نظر نماینده و عالی‌ترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی مورد تفحص، در نهایت کمیسیون نظر تخصصی خود را در خصوص لزوم یا عدم لزوم تحقیق و تفحص به هیأت رئیسه ارائه می‌نماید تا پس از در دستور کار قرار گرفتن و در صورت موافقت نمایندگان مجلس موضوع را برای تحقیق و تفحص به کمیسیون مربوطه ارجاع دهد و پس از انتخاب اعضا از بین نمایندگان و انجام تحقیقات لازم و ارائه گزارش طبق ماده ۲۰۰ آیین‌نامه داخلی مجلس در صورت احرار تخلف و ضرورت تعقیب توسط هیأت تحقیق و تفحص، متخلف توسط هیأت رئیسه مجلس حسب مورد، موضوع به قوه قضاییه یا مرجع رسیدگی به تخلفات اداری معرفی گردد. دستگاه قضایی نیز موظف است طبق مقررات،

۳۰. هاشمی، پیشین، ۱۷۶.

خارج از نوبت تقاضای کمیسیون را مورد رسیدگی قرار داده و نتیجه آن را به کمیسیون اعلام دارد؛ بنابراین نمایندگان مجلس از طریق کمیسیون اصل ۹۰ یا کمیسیون‌های تحقیق و تفحص و همچنین نظارت ویژه‌ای که بر عملکرد نهادها، دستگاه‌ها و افراد دارند می‌توانند در صورت کشف فساد مالی، سوء استفاده و سوء برداشت موضوع را تعقیب و از فساد جلوگیری نمایند.

۶-۲- دیوان محاسبات

یکی از ارکان نظارتی مجلس شورای اسلامی در امور مالی، دیوان محاسبات است. به موجب اصل ۵۴ قانون اساسی، دیوان محاسبات مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی است. در واقع دیوان محاسبات را می‌توان دادگاه مالی در معنای کلمه محسوب نمود که به‌طور مستقل و بدون اثرپذیری از اشخاص یا نهادهای قدرت بر فرایندهای مالی کشور نظارت دارد. در واقع هدف اصلی دیوان مذکور پاسداری از بیت‌المال می‌باشد.^{۳۱}

به موجب ماده ۱ قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۶۱، هدف دیوان محاسبات کشور با توجه به اصول مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عبارت است از اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به منظور پاسداری از بیت‌المال. این تکلیف قانونی با نظارت و حسابرسی بر درآمدها و وجوه مصرف شده از محل بودجه و تأمین اعتبار آن، کنترل عملیات مالی کلیه وزارتخانه‌ها، تهیه گزارش شامل نظارت کارشناسان سازمان در امر تفریح بودجه و ارائه آن به مجلس است. به موجب ماده ۷ این قانون، رسیدگی به حساب کسری ابواب جمعی و تخلفات مالی و هرگونه اختلاف حساب مأمورین ذی‌ربط دولتی در اجرای قوانین و مقررات جزء وظایف این سازمان قرار گرفته است. این سازمان دارای دادسرا و هیأت مستشاری است که پس از بررسی و تشخیص تخلف، مرتکب را به مجازات اداری محکوم می‌نماید. از طرفی بر طبق بنده ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات، دیوان به هرگونه سوءاستفاده و غفلت و تسامح در حفظ اموال و اسناد و وجوه دولتی و یا هر خرج یا تصمیم نادرستی که باعث اتلاف و یا تضییع بیت‌المال شود رسیدگی می‌نماید.^{۳۲} یکی از ارکان اصلی این سازمان کمیته مبارزه با فساد، ثقل و پول‌شویی است که در سال ۱۳۹۰ در دستور کار سازمان قرار گرفت. با بررسی مفاد و شرح وظایف و حدود اختیارات مندرج در قانون فوق مشخص می‌شود که اعمال دیوان محاسبات، جنبه پیشگیرانه ندارد و دارای

۳۱. همان، ۲۱۰.

۳۲. غلامرضا ذاکر صالحی، راهبردهای مبارزه با فساد اداری (تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۳۹۱)، ۱۶۷.

جمعیت تعقیبی است به کلام دیگر ابتدا باید تخلفی در امر مالی رخ داده باشد و سپس دیوان محاسبات با توجه به اختیارات، وارد عمل شده و به کشف مصرف نامشروع یا ناصحیح اموال پرداخته و ضمن اعلام گزارش به مجلس به مجازات متخلف می‌پردازد و سازمان مذکور تنها پس از انجام مرحله خرج و هزینه شدن وجوه و اعتبارات، از طریق نظارت مستمر مالی بررسی می‌نماید که آیا وجوه و اعتبارات مصوب و تخصیص داده شده در محل قانونی مربوطه هزینه گردیده است یا خیر.

با این همه با وجود ایراد وارده و خلأ قانونی فوق‌الذکر به نظر می‌رسد با توجه به عمومیت بخشی مندرج در ماده ۴۲ قانون مذکور که اختیار هرگونه تحقیق و تفحص در امور مالی کل کشور را به سازمان مذکور داده است به گونه‌ای که تمام مقامات جمهوری اسلامی ایران و قوای سه‌گانه و سازمان‌ها و ادارات تابعه و کلیه اشخاص و سازمان‌هایی که به نحوی آنها از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند، مکلف به پاسخ‌گویی مستقیم هستند حتی در مواردی که از قانون محاسبات عمومی مستثنا شده باشند؛ بنابراین اگرچه نقش دیوان نقش کشف تخلف و جرم است ولیکن با توجه به قدرت و اختیارات قانونی نقش بسزایی در خنثی‌سازی ریشه‌های فساد در کشور ایفا می‌کند.

۷- قوه قضائیه

مسئولیت نظارت بر حسن اجرای قوانین، بر عهده قوه قضائیه می‌باشد. لذا در صورت کشف یا گزارش مبنی بر عدم اجرای قوانین و اثبات این امر، قوه قضائیه با متخلف برخورد می‌نماید.

به‌طور کلی می‌توان نظارت را این‌گونه تعریف نمود: «تحقیق و بررسی در مورد هست‌ها و مقایسه آن با بایدها که نتیجه آن مشخص شدن وضعیت موجود و تعیین انحرافات از بایدها است»^{۳۳}

در کنار مراجع قضایی، مراجع شبه قضایی و محاکم تخصصی نیز وجود داشته که در جای خود اثرگذاری مهمی در ایجاد روند برقراری عدالت قضایی و اجتماعی دارند. از جمله اقدامات تعریف شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جهت نظارت بر عملکرد مسؤولین، نظارت مالی تعریف شده در اصل ۱۴۲ قانون اساسی است.

به موجب اصل ۱۴۲ قانون اساسی، دارایی رهبر، رئیس‌جمهور و معاونان رئیس‌جمهور، وزیران و همسر و فرزندان ایشان می‌بایست توسط رئیس قوه قضائیه مورد بررسی قرار گیرد تا چنانچه برخلاف

۳۳. ابوالفضل همدی خطبه سرا، فساد مالی، علل، زمینه‌ها و راهبردهای مبارزه با آن (تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۷)، ۱۶۰.

حق افزایش یافته باشد، مورد تعقیب قرار گیرد. ایراد وارد بر این اصل، نظارت بر دارایی‌های رهبر توسط مقام مصوب شخص ایشان است که در این امر می‌بایست بر عدالت رئیس قوه قضائیه اعتماد نمود. در راستای عملیاتی شدن این اصل، در سال ۱۳۹۴ (پس از گذشت سی و شش سال از تصویب قانون اساسی) قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران پس از کش و قوس‌های فراوان، در نهایت با اصلاحات کلی انجام شده توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید. هر چند اجرایی شدن این قانون به موجب ماده ۶ منوط به تهیه آیین‌نامه اجرایی توسط قوه قضائیه و تأیید و ابلاغ آن توسط ریاست محترم قوه قضائیه گردید که این امر خود چندین سال بعد محقق یافت. این قانون از جهاتی دارای جنبه‌های نوآوری بوده و در واقع تا حدودی نواقص اصل ۱۴۲ قانون اساسی را اصلاح نموده است. به عنوان مثال اگرچه در اصل ۱۴۲ قانون اساسی صرفاً به دارایی مقامات تراز اول کشور پرداخته است اما به موجب ماده ۳ قانون فوق‌الذکر، این محدودیت با قانون‌گذاری عادی برطرف و طی ۲۴ بند از مقامات دولتی نام برده است.

اهمیت این امر از آن جهت است که فساد پیش از آنکه در جنجال بخش خصوصی گرفتار شود به رفتارهایی گفته می‌شود که از کارگزاران عمومی و کارمندان دولت سر می‌زند.^{۳۴} از این رو شناسایی کارمندان و مسؤولین در راستای اعمال قانون مذکور توسط دستگاه قضا اهمیت بسیار دارد. یکی دیگر از اعمال قوه قضائیه در راستای جلوگیری از فساد مالی مقامات، بحث جرم‌انگاری و پیشگیری است. هر چند رویه رایج و حاکم در دنیا، سیاست جرم‌زدایی است اما در مواردی که مسأله نظارت بر عملکرد و احقاق حقوق عامه است نمی‌توان بر این امر اکتفا و استناد نمود. در واقع ذات نظارت بر عملکرد به‌خصوص در مواردی که با حقوق شهروندان از طریق اعمال حاکمیت مواجه هستیم، این دقت در عمل را طلب می‌کند. اعمال حاکمیت مترادف با مسؤولیتی است که از اعطای اختیار فرد مسؤول ناشی شده است.

به‌طور کلی دستگاه‌های نظارتی چنانچه عملکرد خود را با اطمینان به حمایت قانون به انجام رسانند، می‌توانند نقش بسزایی در پیشگیری از وقوع تخلف و همچنین کشف آن داشته باشند چراکه نظارت و کنترل، ترسناک‌ترین، عینی‌ترین و تأثیرگذارترین شیوه پیشگیری از جرایم است.^{۳۵} این نظارت و کنترل را می‌توان به ۲ مرحله پیشین و پسین تقسیم نمود. از نظر نظارت و کنترل پیشین

۳۴. توسلی زاده، پیشین، ۹۹.

۳۵. همان، ۱۶۷-۱۷۷.

می‌توان به عملکرد حاکمیت (قوه ناظر که می‌تواند قوه مقننه و یا قضائیه یا ناظر دارای اختیار باشد) در جرم‌انگاری از عملکرد غیرقانونی احتمالی مسؤولین که نتیجه آن را می‌توان پیشگیری کیفری نامید چراکه نظارت و تعیین مجازات به دلیل داشتن خاصیت ایجاد رعب و وحشت، رسواکنندگی و سرکوبگری سد بزرگی در راه بزهکاری افراد محسوب می‌شود. لذا پیشگیری کیفری عامل بازدارنده مؤثری تلقی می‌گردد.^{۳۶}

از نظر نظارت پسینی نیز اجرای تعقیب و مجازات مرتکبین خود عامل اصلی در مبارزه با فساد است. مبارزه‌ای که بدون اغماض و چشم‌پوشی به دلیل جایگاه مرتکب فساد و یا وابستگی‌های وی، وقوع و میزان فساد رخ داده، صورت بگیرد، قطعاً عامل مؤثری در رفع فساد اجتماعی و اداری - حکومتی است. به عنوان مثال می‌توان به ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به داریی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران اشاره نمود که مقرر نموده است: «چنانچه مراجع قضایی در اثنای رسیدگی به پرونده‌ها و یا سازمان بازرسی، مواردی را مشاهده کنند که حاکی از افزایش برخلاف حق داریی مشمولان ماده ۱ قانون باشد، مکلف‌اند ضمن انجام وظایف قانونی، مراتب را به صورت مستقیم و محرمانه به اداره کل اعلام نمایند». به موجب ماده فوق‌الذکر، چنانچه دستگاه‌های رسیدگی‌کننده و یا نظارتی اعم از محاکم، سازمان بازرسی کل کشور در حین بازرسی مواردی از فساد را که متضمن افزایش برخلاف حق داریی افراد و مسؤولین باشد باید موضوع را به مقامات ذی‌صلاح (اداره کل ثبت داریی مقامات مسؤول) گزارش دهند؛ بنابراین این نظارت جامع‌الاطراف بوده و چنانچه در موضوعی که خارج از موضوع مأموریت مستقیم ناظر در بررسی پرونده‌ای نیز باشد، جاری است و به صرف مشاهده (ولو خارج از موضوع مأموریت موردی) می‌بایست نسبت به گزارش آن عمل نماید که این امر نشان‌دهنده عزم جدی قانون‌گذار در رسیدگی، تعقیب و مجازات مسؤولین و مقامات فاسد است.

برخورد با فساد و مبارزه با آن مختص کشورهای دموکراتیک نبوده بلکه در واقع در اکثر حکومت‌ها حتی حکومت‌های دارای نظام استبدادی نسبت به موضوع فساد اداری کارگزاران خود حساسیت به خرج داده و حداقل برای جلوگیری از شورش مردم و کاهش نارضایتی‌ها تظاهر به مقابله با این امر کرده‌اند.^{۳۷} در شرایط موجود مهم‌ترین دلیل فساد مالی و اقتصادی سوءاستفاده از قوانین نامناسب موجود

۳۶. علی حسین نجفی ابرندآبادی و حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ اول. (تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی با همکاری کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷)، ۷۶.

۳۷. علیرضا جعفری، فساد اداری و مالی در نظام بانکی (تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۴)، ۲۵.

و پاره‌ای از موارد روشن و شفاف نبودن بسیاری از قوانین و مقررات است.^{۳۸}

۷-۱- سازمان بازرسی کل کشور

سازمان بازرسی کل کشور به عنوان یکی از نهادهای زیرمجموعه دستگاه قضا به موجب اصل ۷۴ قانون اساسی و قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور تشکیل و وظیفه بازرسی از وزارتخانه‌ها و ادارات کشور را به صورت موردی، فوق‌العاده و مستمر به عهده دارد. این سازمان در صورت مشاهده تخلف اعم از سوء جریان اجرای قوانین یا سوء برداشت در امور مالی به موجب ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور ملزم به گزارش به مقامات صالح است. یکی از وظایف تعریف شده این سازمان در راستای پیشگیری از بروز تخلفات اداری و مالی است که از این منظر می‌توان نقص وارد برای حدود وظایف دیوان محاسبات را جبران نماید. ارسال گزارش‌های مربوط به سوء جریانات مالی و اداری و انضباطی مربوطه برای تعقیب و مجازات مرتکبین تخلفات و پیگیری آنها تا حصول نتیجه، یکی از وظایف این سازمان محسوب می‌شود.^{۳۹}

به موجب ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به دارایی مسؤولان، کشف افزایش ناروای دارایی مسؤولین یکی از وظایف این سازمان تعیین گردیده است. به‌طور قطع سازمان بازرسی کل کشور با ساختار پیچیده و توانمند خود در بررسی روند اجرای صحیح قوانین و امور مالی حسب مورد ورود کرده و با بررسی لازم و احتمالاً صدور قرارهای لازم به کشف سوء جریانات مالی و اداری می‌پردازد.

۷-۲- شورای دستگاه‌های نظارتی کشور

تشکیل این شورا با هدف ایجاد هماهنگی بین نهادهای نظارتی و افزایش کارآمدی و جلوگیری از تداخل عمل نهادهای نظارتی و نیل به مبارزه مؤثر با فساد و ارتقای سطح بهره‌وری نظام اداری بوده است که به موجب فرمان هشت ماده‌ای مقام معظم رهبری در سال ۱۳۸۰ طرح‌ریزی و در نهایت پس از تهیه اساسنامه و تصویب آن توسط سران قوا و تنفیذ آن توسط مقام معظم رهبری نهایتاً در سال ۱۳۹۰ با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه و پس از تأیید رئیس دستگاه‌های نظارتی کشور به تأیید و تصویب رؤسای قوا رسید و به موجب آن دستگاه‌های نظارتی کشور با ترکیب رئیس سازمان بازرسی کل کشور، رئیس دیوان عدالت اداری، رئیس دیوان محاسبات، معاون نظارت ریاست مجلس، وزیر اطلاعات،

۳۸. سید محمد عباس زادگان، فساد اداری (تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۳).

۳۹. محمد امامی و کورش استوار سنگری، حقوق اداری (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴)، ۱۵۵.

رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی تشکیل و دبیرخانه این شورا در سازمان بازرسی کل کشور تشکیل شد و از این طریق نظامی جامع و کارآمد متشکل از اعضای مختلف قوای سه‌گانه شکل گرفت تا همه لایه‌های نظام اداری کشور تحت پوشش، پالایش و پایش قرار گیرد.

۸- کمیته سلامت اداری و صیانت از حقوق مردم

در راستای اجرایی شدن برنامه ششم نقشه راه اصلاح نظام اداری موضوع مصوبه ۲۰ فروردین ۱۳۹۳ شورای عالی اداری مقرر گردید این کمیته در تمامی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی تشکیل شود. از جمله وظایف این کمیته تنظیم برنامه اجرایی ارتقای سلامت مبارزه با فساد اداری دستگاه‌ها و بازنگری قوانین و مقررات با رویکرد پیشگیری، بازدارندگی و برخورد قاطع با متخلفین، تدوین شاخص‌های سنجش میزان سلامت و فساد اداری می‌باشد که با فعال شدن کامل این کمیته‌ها در تمامی وزارتخانه‌ها و گزارش‌دهی و شفاف‌سازی‌های ممکن، می‌توان موجبات برخورد با فساد اداری را فراهم ساخت.

۹- وزارت امور اقتصاد و دارایی

با توجه به برنامه ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد که در سال ۱۳۸۲ به تصویب دولت رسیده است، امر شفاف‌سازی انجام امور و فعالیت‌ها و افزایش پاسخ‌گویی تدوین نظام حقوقی مؤثر برای پیشگیری و مبارزه با فساد، منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان در معاملات، شفافیت در حیطه وظایف و بسیاری از امور دیگر که مستقیم و غیرمستقیم موجب کاهش فساد اداری می‌شود پیش‌بینی گردیده است. ستاد ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد یکی از نهادهای نظارتی مؤثر پیش‌بینی شده در این قانون است و به موجب این قانون کلیه دستگاه‌های مشمول موظف بر اجرای این مصوبه به منظور جلوگیری از فساد، رصد رشد یا کاهش زمینه‌های فساد، شفافیت امر و گزارش‌دهی هستند.

از جمله هدف‌گذاری‌ها برای اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم در جهت الزام کلیه اشخاص به ارائه صورت درآمد هزینه و ایجاد ضمانت اجرایی قوی برای مؤدیان و افزایش ریسک اظهار ناصحیح مؤدیان که بر عهده وزارت امور اقتصاد و دارایی گذاشته شده است. همچنین فعالیت سازمان حسابرسی به عنوان یکی از سازمان‌های زیرمجموعه وزارت اقتصاد و دارایی کشور نقش بسزایی در حسابرسی و حسابداری دولتی ایفا می‌نماید. به موجب بند ۱ تبصره ۲ ماده واحده قانون تشکیل سازمان حسابرسی

۱۳۶۲ انجام وظیفه بازرسی قانونی و امور حسابرسی سالانه مؤسسات و شرکت‌های دولتی و بانک‌ها و سایر دستگاه‌های مذکور مانند بنیاد مستضعفان، بنیاد شهید، شرکت‌ها و مؤسسات تحت پوشش دولت که طبق اساسنامه و مقررات داخلی مربوط به خود، ملزم به حسابرسی می‌باشند به عنوان وظیفه اصلی سازمان حسابرسی شناخته می‌شود. به‌طور قطع این حسابرسی سازمانی نقشی مؤثر و مهم در کشف اختلاس، سوء استفاده‌های مالی کارمندان در تمام سطوح ایفا می‌نماید. به موجب ماده ۷ اساسنامه این سازمان انجام وظایف بازرسی قانونی و امور حسابرسی کلیه دستگاه‌هایی که طبق اصل ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی دارند و یا شرکت‌هایی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت است بر عهده سازمان حسابرسی است؛ این امر به عنوان وظیفه اختصاصی این نهاد تعریف شده است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

یکی از مهم‌ترین سند‌های بین‌المللی در راستای مبارزه با مفاسد مالی مقامات دولتی، کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (کنوانسیون مریدا) است که دولت ایران نیز به آن ملحق شده است و در واقع به عنوان قانون داخلی لازم‌الاجرا است. پیوستن ایران به آن، الزاماتی را بر عهده کشور قرار داده است. یکی از این الزامات، اجرای سازکارهای پیشگیری است. پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی قطعاً آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر از مبارزه با جرایم مالی صورت گرفته توسط آنان است و نقش بسزایی در افزایش اعتماد عمومی مردم نسبت به مقامات دولتی و تقویت اقتدار ملی می‌گردد. با توجه به اینکه فساد مالی مقامات دولتی منجر به اخلال در جریان صحیح اعمال حاکمیت قانون است و تهدیدی جدی علیه منافع عمومی کشور محسوب می‌شود، پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی از اهمیت بسیاری برخوردار است.

کنوانسیون مریدا کلیه کشورهای عضو را به پیشگیری از جرایم مالی ملزم نموده است و از کلیه دولت‌های عضو خواسته است که پاسخ‌کنشی مناسبی برای مصادیق فساد مالی در نظر بگیرند. هدف اساسی این کنوانسیون مبارزه با فساد مالی و همکاری بین‌المللی در زمینه پیشگیری و مبارزه با فساد از جمله بازگرداندن دارایی‌های من غیر حق به صاحبان حق می‌باشد. لذا باید گفت پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی ضرورتی غیرقابل انکار و امری بسیار حساس در سطح ملی و بین‌المللی محسوب می‌شود که باید با یک دید همه‌جانبه‌نگر در دستور کار دولت‌ها قرار بگیرد و مستلزم عزم ملی و راسخ و اراده سیاسی جهت مبارزه قاطع با مرتکبین است و می‌توان به جرأت گفت ازدیاد جرایم مالی مقامات

دولتی معلول برنامه‌های غیرکاربردی، ابهام‌آمیز و غیرمنسجم است. لذا آنچه از اهمیت ویژه برخوردار است نقش نهادهای نظارتی در پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی است و می‌توان گفت نظارت یکی از اصلی‌ترین و کلیدی‌ترین راهکارهای پیشگیری و مبارزه با فساد است. به موجب بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، یکی از وظایف مهم قوه قضائیه پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمان است. در این راستا قوه قضائیه دارای کارکردهای نظارتی - قضایی است و نقش اساسی در پیشگیری از جرایم، مبارزه و عزم راسخ در مبارزه با مفاسد و نظارت بر حسن اجرای قوانین دارد. همچنین نقش دیوان محاسبات کشور که نظارت بر نظام مالی کشور را بر عهده دارد و در کاهش جرایم ارتكابی در دستگاه‌های اجرایی بسیار مؤثر است. اگرچه دیوان محاسبات در کشف جرایم مالی نقش بسزایی ایفا می‌کند لیکن محدودیت در بازه زمانی ورود به مسائل به دلیل تعقیبی بودن حوزه اختیارات، می‌تواند به عنوان نقطه ضعف عملکرد این سازمان محسوب گردد. با وجود این ایجاد تغییرات در ساختار این نهاد و تشکیل کمیته مبارزه با فساد، تقبل و پول‌شویی و ورود به عرصه مبارزه با جرایم مالی سازمان یافته نظیر پول‌شویی و همکاری نزدیک در تصویب قوانین این حوزه، توانسته است نقش بسزایی در ترمیم این خلأ ایفا نماید. به‌طور قطع جرایم عمده مالی در این حوزه بدون دخالت و همکاری مسئولین و کارمندان دولتی محقق نمی‌گردد. لذا همکاری این سازمان و سازمان بازرسی کل کشور در شناسایی متخلفین دولتی (مأمورین دولتی فاسد) و کشف زد و بندهای مفاسد مالی، انکارناپذیر است. سازمان بازرسی کل کشور به عنوان نهاد نظارتی قوه قضائیه که وظیفه نظارت بر حسن جریان امور و پیشگیری از موارد تخلف را بر عهده دارد، اختصاصاً وظیفه شناسایی افزایش درآمدها و اموال نامشروع مسئولین و حتی یافتن اموال کتمان شده ایشان را بر عهده دارد. در سال‌های اخیر با عزم جدی حاکمیت به جهت برخورد با فساد مالی سازمان‌یافته شورای دستگاه‌های نظارتی به جهت هم‌سویی و جلوگیری از هم‌پوشانی‌های نظارتی و شناسایی خلأهای نظارتی با عضویت اعضای قوای سه‌گانه و همچنین تأسیس ستاد ارتقای سلامت نظام اداری از گام‌های مؤثر نظام در مبارزه با فساد سازمان‌یافته است. اگرچه در برخی امور متأسفانه هنوز اقدامات مؤثر عملی در اجرایی شدن برخی تصمیمات صورت نگرفته است (ایجاد کمیته سلامت و صیانت از حقوق مردم در تمامی سازمان‌ها) که می‌بایست انجام اقدامات عملی در این خصوص با توجه به اهداف عالی نظام، در دستور کار قرار گیرد. در این بین اقدامات سنتی نظارتی توسط قوه مقننه (کمیسیون اصل ۹۰ و کمیسیون ویژه) و دیگر تحقیق و تفحص‌های این نهاد نظارتی تقنینی خود عامل مؤثری در برخورد با فساد است؛ بنابراین از آنچه گفته شد درمی‌یابیم که همکاری حوزه‌های مختلف تصمیم‌گیری، قانون‌گذاری، اجرایی

و نظارتی و قضایی در امر پیشگیری نظام‌مند نظارت بر اموال کارگزاران و مقامات دولتی، نقطه کلیدی مبارزه با مفاسد مالی است که اگر اصولی، صحیح و همراه با عزم راسخ اجرا گردد، ارتکاب جرایم مالی مقامات و مسئولین دولتی کاهش چشمگیری خواهد داشت.

در راستای مبارزه با جرایم مالی مقامات دولتی، راهکارهایی ارائه می‌گردد که به‌کارگیری آنها می‌تواند منجر به اثربخشی مثبتی گردد:

- ایجاد زمینه قانونی با هدف تأسیس معاونت پیشگیری در دیوان محاسبات و معاونت آموزش تخصصی به جهت آموزش نحوه هزینه‌کرد بودجه به‌طور صحیح (رویکرد پیشگیری)؛
- تقویت همه‌جانبه کمیته مبارزه با فساد، تقلب و پول‌شویی؛
- اختصاص نقش فعال‌تر به شورای دستگاه‌های نظارتی؛
- صدور دستورات اداری الزام‌آور به جهت تأسیس کمیته سلامت و سیانت از حقوق مردم در تمامی وزارتخانه‌ها؛
- توجه به نظارت و کنترل فعالیت‌های مالی مقامات دولتی از طریق سازکارها و تمهیدات نظارتی؛
- بهبود عملکرد دستگاه‌های نظارتی در راستای حاکمیت قانون؛
- به‌روز کردن قوانین مبارزه با فساد و اطمینان حاصل نمودن از عملیاتی و اجرایی شدن قوانین؛
- فراهم نمودن زمینه اجرای مفاد کنوانسیون مریدا در راستای پیشگیری از جرایم مالی مقامات دولتی؛
- جلوگیری از نقل و انتقال دارایی‌هایی که من غیر حق تحصیل شده است، به منظور اعاده دادرسی و دفاع از منافع عمومی و اقتصاد ملی و جلوگیری از اضرار به حاکمیت قانون؛
- عزم راسخ و ملی در برخورد قاطع، قانونی و محکم با مقامات دولتی مرتکب جرایم مالی؛
- پاسخ‌گویی مقامات دولتی نسبت به دارایی‌هایی که در زمان اشتغال خود به دست آورده‌اند، در راستای شفافیت و اقدامات پیشگیرانه.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- امامی، محمد و کورش استوار سنگری. حقوق اداری. جلد اول. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۴.
- امیر ارجمند، اردشیر. مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر. تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی. ۱۳۸۱.
- توسلی زاده، توران. پیشگیری از جرایم اقتصادی. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۲.
- جعفری، علیرضا. فساد اداری و مالی در نظام بانکی. تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۴.
- حبیب‌زاده، محمد جعفر. «ریشه از دیدگاه حقوق کیفری ایران و فقه». فصلنامه مدرس ۴، ۴(۱۳۷۹): ۳۵-۵۲.
- دادخدایی، لیلا. فساد مالی - اداری و سیاست جنایی مقابله با آن. چاپ اول. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- ذاکر صالحی ذاکر صالحی، غلامرضا. راهبردهای مبارزه با فساد اداری. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۱.
- ربیعی، علی. زنده باد فساد! جامعه‌شناسی سیاسی فساد در دولت‌های جهان سوم. تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳.
- رضانی، احمد. «بررسی تطبیقی ارکان جرم اختلاس». نشریه نامه مفید ۶، ۴(۱۳۷۹): ۱۵۳-۱۸۲.
- رهبر، فرهاد وفض الله میرزاوند. پول‌شویی و روش‌های مقابله با آن. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- سلامی، ا. «فرمان هشت ماده‌ای به سران قوا درباره مبارزه با مفساد اقتصادی». روزنامه همبستگی. ۱۳۸۰/۰۳/۰۱.
- عباس زادگان، سید محمد. فساد اداری. تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۳.
- نجفی ابرندآبادی علی حسین و حمید هاشم بیگی. دانشنامه جرم‌شناسی. چاپ اول. تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی با همکاری کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷.
- فاضلی، محمد. مقدمه‌ای بر سنجش فساد مالی و اداری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸.
- قرنی، محمد. بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثرپذیری آن از فرهنگ سازمانی. تهران: انتشارات زمان نو. ۱۳۸۷.
- مقدسی، علیرضا. «کاربرد حکمرانی شایسته در مبارزه با فساد اداری». مجله سیاسی - اقتصادی ۲۸۲(۱۳۸۸): ۱۱۷-۱۰۶.
- میر محمد صادقی، حسین. جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی. چاپ اول. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۱.
- هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۱.
- همدی خطبه سرا، ابوالفضل. فساد مالی، علل، زمینه‌ها و راهبردهای مبارزه با آن. تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۷.

ب) منابع خارجی

- Alatas, s.h. *Corruption: Its Nature, Causes and Functions and Burg Govern Publishing*. Michigan: University of Michigan, 2th Eds, 1990.
- Australia's approach to fighting corruption. *Australian Government*. New york: United Nations Public Administration Network, 2012.

- Clark, M. *Corruption, Causes, Consequences and Control*. New York: Martins press, 1983.
 - Rossi Ivana, M, Laura Pop & Tammar Berger. *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-to Guide for Effective Financial Disclosure*. Washington: World Bank, 2017.
 - Jackson Vikic & Mark Tushnet. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation press, 1999
 - McCusker, Rob. 'Review of anti-corruption strategies', *Technical and Background*. Canberra: Australian. Institute of Criminology, 2006.
 - OECD. *Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption*. OECD Publishing, 2011.
 - Tytko, Anna & Hanna Stepanova. *International Experience of Declaring Property, Assets and Private Interests*. London: Baltic Journal of Economic Studies, 2019.
 - World Bank Group, *Income and Asset Disclosure: case Study Illustration*, Washington DC. 2013.
- www.transparency.org.
- Transparency International. "Ourimpact–TransparencyInternational". www.transparency.org. Retrieved 2019-04-08.

This Page Intentionally Left Blank

Ranger Theory about National or Agricultural Lands, Criteria and Responsibilities

Mehrdad Pakzad^{*1}, *Elias Yari*², *Mehdi Taleghan Ghaffari*³, *Abuzar Taleghan Ghaffari*⁴

1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: M.pakzad@stu.umz.ac.ir

2. Assistant Professor and Faculty Member, Faculty of Humanities, Ilam Branch, Islamic Azad University, Ilam, Iran.

Email: e.yari@ilam.ac.ir

3. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

Email: m.taleghanghaffari@stu.umz.ac.ir

4. Ph.D. Student in Environmental Sciences and Engineering, Faculty of Natural Resources and Agriculture, Tonkabon Branch, Islamic Azad University, Tonkabon, Iran.

Email: abouzar.tgh5@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.316752.1869

Received:
10 June 2022

Accepted:
13 August 2022

Published:
6 December 2023



ABSTRACT

Natural resources such as land and mountains and seas are one of the God-given riches of societies protect and utilize it is one of the major tasks of governments. One of the most important natural resources is national land; it may be forest or grassland or desert. It is extremely important to distinguish national lands that belong to all people from agricultural lands that belong to a private owner. The that law gives the rangers the right to identify these two types of lands based on certain legal rules and criteria. Since there is always the possibility of rangers mistake in this diagnosis, in case of objection of the interested party, special legal authorities to deal with the objection and invalidation of ranger theory are provided in the law, which in some cases a special commission and in some other cases It is legal. In addition, according to the general principles of law, such as

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



the principle of compensation for all illegitimate damages, and also according to the jurisprudential rule, it should be said that if the warlord has committed a mistake in identifying lands, the owner of the land, who has already suffered damage due to this misdiagnosis, can file a lawsuit against the warlord in the General Court of Legal Law in accordance with the general rules of civil liability and claim the damages.

Keywords: Civil liability, National Lands, Agricultural Lands, Rangers, Ranger Theory.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mehrdad Pakzad: analysis, Investigation, Resources, Conceptualization, Methodology, Software.

Elias Yari: Resources, Validation, Conceptualization, Methodology.

Mehdi Taleghan Ghaffari: Data Curation, analysis, Conceptualization, Methodology, Software.

Abuzar Taleghan Ghaffari: Data Curation, Conceptualization, Methodology, Software.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Pakzad, Mehrdad, Elias Yari, Mehdi Taleghan Ghaffari & Abuzar Taleghan Ghaffari. "Ranger Theory about National or Agricultural Lands, Criteria and Responsibilities" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 405-426.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Natural resources such as lands, mountains, and seas are one of the God-given wealth of societies, whose protection and optimal use is one of the main duties of governments. One of the most important natural resources is national lands; these lands may be forests, pastures, or deserts. It is extremely important to distinguish national lands that belong to all people from agricultural lands that belong to private owners. The law has given the authority to distinguish between these two types of land based on certain legal criteria. Since there is always the possibility of Sarjanggalban's mistake in this diagnosis, in case of protest by the beneficiary, special legal authorities are provided in the law to deal with the objection and invalidate Sarjanggalban's theory; In some cases, this authority is a special commission and in some other cases it is a legal court. In addition, according to the general principles of law, such as the principle of compensation for all illegal damages, and also based on the jurisprudence rule of no harm, it should be said that if Sarjanggalban has made a mistake in the identification of lands, the owner of the land, who has already suffered damage due to this incorrect identification, must According to the general rules of civil responsibility, he can file a lawsuit against Sarjanggalban in the general legal court and claim the damages.

Lands are of special importance in most societies and countries and are considered one of the important platforms for economic development. The important agricultural industry, which is closely related to land, also has a special value and importance in the path of development. Our country is not an exception to this rule due to the hot and dry climate, limited water resources and large population. In addition to the continuous increase in the price of land and the existence of new tools and machines and scientific advances in the field of agriculture, it is possible to convert non-agricultural land into agriculture and then acquire it by profit-seeking individuals. In the shadow of this situation, the ominous phenomenon of land grabbing has become one of the basic problems of the judiciary as well as other government departments; Therefore, the negative and destructive effects of destroying non-agricultural lands, which are other than natural resources, are not hidden from anyone. Disruption of the normal system of nature and the acquisition of unfair and huge wealth by land grabbers and encroachers to national lands and natural resources are among these destructive effects. In order to avoid these destructive effects, preventing encroachments on national lands and natural resources has been one of the main concerns of legislators since the distant past. In this regard, the land nationalization law was approved in December 1341, and related laws and regulations were also approved in the following years. This law has given Sarjanggalban to distinguish the type of land (national or non-national) and

set the criteria as being agricultural or fallow in December 1341. It is possible to recognize this type of criterion for that year by seeing the land, but with the passage of time and due to the lack of sufficient scientific tools, this criterion is influenced by the personal opinions of the forester. However, this theory is objectionable and the protesting person can prove the incorrectness of Sarjangalban's theory in competent legal authorities; However, this protest will involve the protesting person in judicial procedures and complex proceedings, as well as incurring stress and mental pressure and excessive financial expenses, including lawyer's fees and expert's fees.

Sarjangalban's diagnosis regarding the nationality of lands is of special importance for the government and individuals. This theory may have effects and consequences that harm the rights of the government and individuals. In order to avoid these problems, you should think of a work method that has a guarantee of implementation so that Sarjangalban does not commit negligence and carelessness in presenting the theory; In this regard, it is necessary that first the legislator, Sarjangalban, should present the theory along with the reasons and documents, including the presentation of the interpretation of the aerial photo of the year 41, (if there is no photo in the country mapping organization or the army mapping organization, the photos of the following years) the land in question, and if the documents are not provided, the theory will not be accepted from Sarjangalban.

Also, in the discussed theory, Sarjangalban should only pay attention to the conditions of the land in the year 41 and not take into account the existing conditions such as the slope of the land, the type of soil and the current vegetation of the land. This issue seems to be impossible except by interpreting the aerial photographs of that year. Obviously, in this regard, holding training classes on laws and regulations related to the discussion of diagnosis, while serving, will greatly help to increase the scientific and legal knowledge of foresters and will reduce the possibility of mistakes. In terms of legislation, despite the general articles and principles of civil liability requiring the perpetrator of any damage to be compensated, the laws should clearly state the civil liability of Sarjangalban as well as the government's right to refer to Sarjangalban to compensate for losses. be expected to enter the government.

نظریه سرچنگلبان در خصوص اراضی ملی یا کشاورزی؛ معیارها و مسؤولیت‌ها

مهرداد پاکزاد*^۱، الیاس یاری^۲، مهدی طالقان غفاری^۳، ابوذر طالقان غفاری^۴

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: M.pakzad@stu.umz.ic.ir

۲. استادیار و عضو هیأت علمی، دانشکده علوم انسانی، ایلام، ایران.

Email: e.yari@ilam.ac.ir

۳. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

Email: m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir

۴. دانشجوی دکترای علوم و مهندسی محیط زیست، دانشکده منابع طبیعی و کشاورزی، واحد تنکابن، دانشگاه آزاد اسلامی، تنکابن، ایران.

Email: abouzar.tgh5@gmail.com

چکیده:

منابع طبیعی مانند زمین‌ها و کوه‌ها و دریاها، یکی از ثروت‌های خدادادی جوامع است که حفاظت و استفاده بهینه از آن، یکی از وظایف اصلی دولت‌ها است. یکی از مهم‌ترین منابع طبیعی، اراضی ملی است؛ این اراضی ممکن است جنگل یا مرتع یا کویر باشد. تشخیص اراضی ملی که متعلق به تمام مردم است از اراضی کشاورزی که متعلق به مالک خصوصی آن است از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. قانون، اختیار تشخیص این دو نوع اراضی را بر اساس ضوابط و معیارهای قانونی مشخصی به سرچنگلبانان داده است. از آنجا که احتمال اشتباه سرچنگلبان در این تشخیص همیشه وجود دارد در صورت اعتراض ذی‌نفع، مراجع قانونی ویژه‌ای برای رسیدگی به اعتراض و ابطال نظریه سرچنگلبان در قانون پیش‌بینی شده است که این مراجع در برخی موارد کمیسیونی خاص و در برخی موارد دیگر دادگاه حقوقی است. علاوه‌براین، مطابق اصول کلی حقوق مانند اصل جبران کلیه خسارات نامشروع و نیز بر اساس قاعده فقهی لاضرر باید گفت در

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.316752.1869

تاریخ دریافت:

۲۸ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۳۰ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



صورتی که سرچنگلبان در تشخیص اراضی مرتکب تقصیر شده باشد، مالک زمین که از قبل این تشخیص نادرست، دچار خسارت شده است می‌تواند مطابق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی در دادگاه عمومی حقوقی به طرفیت سرچنگلبان طرح دعوی کند و خسارت وارده را مطالبه نماید.

کلیدواژه‌ها:

مسؤولیت مدنی، اراضی ملی، اراضی کشاورزی، سرچنگلبان، نظریه سرچنگلبان.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهرداد پاکزاد: تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار. الیاس یاری: منابع، اعتبارسنجی، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی. مهدی طالقان غفاری: نظارت بر داده‌ها، تحلیل، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار. ابوذر طالقان غفاری: نظارت بر داده‌ها، مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

پاکزاد، مهرداد، الیاس یاری، مهدی طالقان غفاری و ابوذر طالقان غفاری. «نظریه سرچنگلبان در خصوص اراضی ملی یا کشاورزی: معیارها و مسؤولیت‌ها». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۴۰۵-۴۲۶.

مقدمه

اراضی در اکثر جوامع و کشورها از اهمیت خاصی برخوردار بوده و یکی از بسترهای مهم برای توسعه اقتصادی تلقی می‌شوند. صنعت مهم کشاورزی نیز که ارتباط تنگاتنگی با اراضی دارد نیز به نوبه خود از ارزش و اهمیت ویژه‌ای در مسیر توسعه برخوردار است. کشور ما نیز با توجه به گرم و خشک بودن آب و هوا و محدود بودن منابع آبی و تکرر جمعیت از این قاعده مستثنا نیست. به‌علاوه افزایش مستمر قیمت اراضی و وجود وسایل و ماشین‌آلات جدید و پیشرفت‌های علمی در زمینه کشاورزی، امکان تبدیل اراضی غیرکشاورزی به کشاورزی و سپس تملک آن توسط اشخاص سودجو و منفعت‌طلب را فراهم ساخته است. در سایه همین وضعیت، پدیده شوم زمین‌خواری به یکی از معضلات اساسی قوه قضاییه و نیز سایر بخش‌های حاکمیتی تبدیل شده است؛ از این‌رو آثار منفی و مخرب از بین بردن اراضی غیرکشاورزی که جزء منابع طبیعی است بر کسی پوشیده نیست. برهم خوردن سیستم عادی طبیعت و نیز کسب ثروت‌های ناعادلانه و هنگفت توسط زمین‌خواران و متجاوزان به اراضی ملی و منابع طبیعی ازجمله این آثار مخرب است. برای اجتناب از این آثار مخرب، جلوگیری از تعدیات و تجاوزات به اراضی ملی و منابع طبیعی از گذشته‌های دور یکی از دغدغه‌های اصلی مقنن بوده است. در همین راستا قانون ملی شدن اراضی در دی‌ماه سال ۱۳۴۱ به تصویب و قوانین و آیین‌نامه‌های مرتبط نیز در سال‌های بعد به مرحله تصویب رسید. این قانون تشخیص نوع اراضی (ملی یا غیرملی) را به سرچنگلبان داده و معیار را کشاورزی بودن و یا تحت آیش بودن در دی‌ماه سال ۱۳۴۱ قرار داده است. تشخیص این نوع معیار برای آن سال با دیدن اراضی امکان‌پذیر بوده ولیکن با گذشت زمان و به دلیل نبودن ابزارهای علمی کافی این معیار تحت تأثیر نظرات شخصی جنگلبان قرار می‌گیرد. هرچند این نظریه قابل اعتراض است و شخص معترض می‌تواند در مراجع ذی‌صلاح قانونی نادرست بودن نظریه سرچنگلبان را به اثبات برساند؛ ولی این اعتراض شخص معترض را درگیر مراحل قضایی و تشریفات پیچیده دادرسی و نیز متحمل استرس و فشارهای روحی و هزینه‌های مالی گزاف ازجمله حق الوکاله وکیل و حق الزحمه کارشناسی خواهد کرد. در این مقاله برآنیم که معیارها و ضوابط نظریه سرچنگلبان و نیز مسؤولیت مدنی وی در صورت عمد یا اشتباه در بیان نظریه تشخیص را مورد بررسی قرار داده و پیشنهاد حقوقی متناسب در راستای تشخیص صحیح این موضوع را ارائه کنیم. از آنجا که مطابق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی کلیه قوانین مالی و اقتصادی و جزایی و ... که در کشور تصویب می‌شود باید بر اساس موازین اسلامی باشد، ضروری است که نخست پیشینه فقهی اراضی ملی را در فقه شیعه مورد بررسی قرار دهیم و بعد از فراغت از این

موضوع مهم به نقد قوانینی که در این زمینه تصویب شده خواهیم پرداخت. نوع مطالعه این موضوع از نوع بررسی کتابخانه‌ایی و مروری است و بعد از بررسی، پیشنهادهای مرتبط ارائه می‌گردد.

۱ - جایگاه بحث

منابع طبیعی از ثروت‌های عمومی است که آثار بسیار مهم مستقیم و غیرمستقیمی بر پوشش گیاهی، آلودگی هوا، میزان بارندگی، کشاورزی و زیست‌جانوری دارد. در فقه امامیه این ثروت عمومی را انفال می‌نامند. برای وارد شدن در این بحث، ابتدا به تعاریف در لغت، فقه و حقوق پرداخته می‌شود و سپس به‌طور مبسوط قوانین مرتبط بررسی می‌گردد.

منابع، جمع منبع در لغت به معنای منشأ می‌باشد.^۱ طبیعی، به معنای اختصاص یافته به طبیعت است.^۲ در فقه اسلامی که منشأ اقتباس اکثریت قوانین در ایران است، هم در قرآن کریم و هم در سنت، اهمیت اراضی و منابع طبیعی مورد توجه واقع شده است. نام یکی از سوره‌های قرآن مجید انفال است و در این سوره مبارکه، به بیان برخی احکام انفال یا همان منابع طبیعی و نیز لزوم پرداخت خمس پرداخته شده است. حقوق‌دانان ایرانی و نیز فقهای شیعه و اهل تسنن نیز تعاریف متنوعی از انفال ارائه کرده‌اند؛ برای مثال یکی از حقوق‌دانان برجسته ایرانی در تعریف انفال بیان داشته است: «انفال عبارت است از زمین موات یا اراضی غیرموات که بدون جنگ به حکومت اسلامی واگذار شود».^۳ بین علمای شیعه و سنی در خصوص تعریف انفال و تخصیص خمس اختلاف نظر وجود دارد. اهل سنت، خمس را در سوره مذکور مختص غنایم جنگی می‌دانند، ولی فقهای شیعه به چیزی فراتر از غنایم قائل هستند.^۴ در برخی تفاسیر شیعی قرآن کریم، کلمه انفال را هم شامل غنایم جنگی می‌دانند و هم شامل فیء. فیء به معنای اراضی رها شده و متروک، کوه‌ها، جنگل‌ها، دریاها، خالصات شاهان و ارث افراد بی‌وارث می‌باشد.^۵ در سنت ائمه اطهار نیز به اهمیت و تأثیر منابع طبیعی پرداخته شده است؛ امام صادق (ع) در خصوص تأثیر این منابع در رفاه بشر فرموده‌اند: «زندگی خوش نمی‌شود مگر با سه چیز: هوای پاک،

۱. حسن عمید، فرهنگ عمید (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷)، ۸۰۹.

۲. همانجا.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳)، ۹۵.

۴. محمد فاکر میبیدی، «تفسیر مقارن آیه شریفه خمس»، مجله مطالعات تفسیری ۱۰ (۱۳۹۱)، ۷-۳۰.

۵. سید محمدحسین علامه طباطبایی، ترجمه تفسیرالمیزان، جلد نهم، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی (قم: جامعه مدرسین، ۱۳۷۴)، ۱۰-۵.

آب فراوان و زمین نرم و سست (آماده زراعت)»^۶ یا در حدیث دیگر کوه‌ها را منبعی برای جمع آب و ایجاد چشمه‌ها و معادن دانسته‌اند.^۷ در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز آمده است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبان مسترد می‌شود در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تقصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.» انفال جمع نفل، یک اصطلاح فقهی است، یعنی اراضی که مردمش آن را ترک کرده باشند و یا تسلیم مسلمین شده و دیگر موارد بیان شده در اصل فوق که متعلق به امام (ع) است و قابل خرید و فروش نیست.^۸

اولین قانونی که در کشور ایران به‌طور مستقل به اراضی ملی پرداخت و تاکنون به حیات خود ادامه داده است قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، مصوب ۲۷ دی‌ماه ۱۳۴۱ می‌باشد. قانون دیگری در سال‌های بعد در تکمیل قانون مزبور تحت عنوان «قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» در تاریخ ۱۳۴۶/۵/۲۵ به تصویب رسید. در این قانون به تعاریف مختلفی از جمله تعریف اراضی جنگلی پرداخته شده است و برخی از مواد آن در سال ۱۳۴۸ اصلاح گردید. ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، به صراحت اعلام داشته است که عرصه و اعیان تمامی جنگل‌های کشور و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی است و حتی اگر افراد متصرف بوده و سند رسمی نیز داشته باشند، مالکیت متعلق به دولت است. همان‌طور که از متن ماده مشخص است در صورتی که فردی از قبل متصرف اراضی ملی بوده و یا حتی سند مالکیت داشته باشد، این تصرف و مالکیت اثر حقوقی نداشته و مالکیت این اراضی متعلق به دولت است. حکم مندرج در این ماده با قواعد و اصول اولیه حقوقی، از جمله عطف به ماسبق نشدن قوانین همخوانی ندارد. بر اساس قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین، قانونی که وضع می‌شود نباید نسبت به حقوق مکتسبه اشخاص که در گذشته به وجود آمده سرایت پیدا کند.^۹ ماده ۴ قانون مدنی نیز به صراحت قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین را پذیرفته است. بر اساس این ماده: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثری ندارد مگر

۶. حسن بن علی ابن شعبه، تحف العقول عن آل الرسول (ص) (قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۴)، ۳۲۰.

۷. مفضل بن عمر، شگفتی‌های آفرینش (توحید مفضل)، مترجم: نجف علی میرزایی، (قم: انتشارات هجرت، ۱۳۷۷)، ۱۳۹.

۸. سید جلال‌الدین مدنی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: نشر همراه، ۱۳۷۰)، ۱۲۱.

۹. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ۲۳۷.

اینکه در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد، « قانون گذار نیز در قانون ملی شدن جنگل های کشور، حکم ماده ۴ قانون مدنی را تا حدی مدنظر قرار داده است و در راستای تعدیل حکم ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل ها در تبصره های ۲ و ۳ ماده ۲ و مواد بعدی این قانون، استثنائاتی برای حفظ حقوق اشخاصی که قبل از تصویب این قانون حقی داشته اند وضع کرده است؛ لکن موضوع مورد بحث این مقاله تنها اجازه بررسی به تبصره ۳ ماده ۲ را فراهم می کند؛ تبصره ۳ ماده ۲ اعلام داشته است که اراضی کشاورزی، باغات و خانه های روستایی که در تاریخ تصویب این قانون (۲۷ دی ماه سال ۱۳۴۱) در محدوده اراضی جنگل ها و مراتع قرار گرفته، مستثنا است و ادارات ثبت مجازند با تشخیص گواهی سازمان منابع طبیعی (جنگلبانی وقت)، اسناد مالکیت عرصه و اعیان جدا برای مالکان آنها صادر کند. پس ملاک تشخیص اراضی ملی از اراضی غیر ملی، وضعیت زمین در دی ماه سال ۴۱ است؛ یعنی اگر زمینی در تاریخ مزبور باغ یا خانه روستایی و یا مزروعی باشد هر چند در جنگل یا مرتع باشد، مستثنا از اراضی ملی است و به مالکیت عمومی در نمی آید. همین موضوع در بند ۶ ماده ۱ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع مصوب سال ۱۳۴۶، در تعریف اراضی جنگلی آمده است. به صراحت در بند الف این ماده، قید گردیده که اراضی که دارای آثار و شواهد جنگل از قبیل نهال یا پاجوش یا بوته یا کنده درختان جنگلی باشد مشروط بر اینکه در تاریخ ملی شدن جنگل ها یعنی ۲۷ دی ماه سال ۴۱، تحت کشت یا آیش نبوده و تعداد کنده در هکتار از بیست و با تعداد نهال یا بوته جنگلی در هر هکتار جداگانه یا در مجموع از یکصد عدد و یا مجموع تعداد نهال و بوته و کنده در هر هکتار از یکصد عدد تجاوز ننماید؛ ملی محسوب نمی شود. در بند ب، مجدد مقنن قاعده مزبور را در خصوص درختان تعدیل می کند و اعلام می دارد که اگر درختان خودروی جنگلی، به طور پراکنده وجود داشته باشد و حجم این درختان در شمال کشور یعنی از حوزه آستارا تا حوزه گلیداغی در هر هکتار کمتر از پنجاه متر مکعب و در سایر نقاط ایران کمتر از بیست متر مکعب باشد، اراضی جنگلی است، مشروط بر اینکه در تاریخ ملی شدن جنگل ها تحت کشت یا آیش نبوده باشد. همان طور که ملاحظه می شود در این قانون، در خصوص تعریف اراضی جنگلی، بین اراضی که فقط در آن درخت وجود دارد و اراضی که در آن بوته جنگلی یا نهال یا کنده یا هر سه وجود دارد، تفاوت به وضوح قابل رؤیت است؛ به این نحو که برای تشخیص اراضی جنگلی که بر اساس قانون ملی است، باید به نوع پوشش جنگلی دقت گردد؛ اول، اینکه زمین مورد تشخیص دارای حجم درختان جنگلی خودرو هست یا خیر، دوم اینکه در حوزه خط شمالی یعنی از آستارا تا گلیداغی است یا سایر نقاط، بعد بررسی گردد در سال ۴۱، تحت کشت یا آیش بوده یا خیر. در صورتی که در هر

نقطه‌ای از کشور در این سال، زمینی تحت کشت یا آیش بوده باشد دیگر بحث میزان متر مربع حجم درختان خودروی جنگلی تأثیری ندارد و در غیر این صورت، یعنی در سال ۴۱، تحت کشت یا آیش نباشد دیگر میزان حجم و منطقه بر اساس این ماده در جنگلی بودن یا کشاورزی بودن اراضی مؤثر است، ولی نباید از این ماده برای اراضی که در آن تاریخ تحت کشت یا آیش نبوده‌اند، میزان حجم پوشش درختان را ملاک قرار داد، چون بر اساس ماده ۱ و تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، در صورتی که در سال ۴۱، تحت کشت یا آیش نبوده است ملی و متعلق به دولت است. نکته دیگر آنکه قانون‌گذار در بند الف، از بند ۶ ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، در تعریف اراضی جنگلی که در آن اراضی بوته یا نهال یا کنده قرار دارد معیاری متفاوت از اراضی که فقط در آن درختان خودروی جنگلی وجود دارد قرار داده است؛ بر این اساس در تشخیص ملی یا غیرملی بودن این اراضی باید ابتدا نوع پوشش گیاهی این اراضی یعنی تفاوت بین نهال، کنده و بوته با درختان خودروی جنگلی را مد نظر قرار داد و بحث بعدی تعداد میزان نهال، کنده و بوته در هر هکتار شماره شود و موضوع بعدی اینکه در سال ۴۱، تحت کشت یا آیش بوده است یا خیر. پس اگر زمینی در سال ۴۱، تحت کشت یا آیش باشد و در هر هکتار کمتر از صد عدد، جداگانه یا مجموعاً بوته جنگلی، کنده یا نهال داشته باشد، زمین مورد تشخیص غیر ملی و زراعی است؛ اما در غیر این صورت ملی محسوب می‌شود. در این خصوص، اولین شرط، تحت کشت یا آیش بودن در سال ۴۱ است. شرط تعداد فرع بر آن است؛ زیرا بر اساس ماده ۱ و تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن، ملی محسوب خواهد شد. ولی در بند ۵ ماده ۱ آیین اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌ها مصوب ۶ شهریور سال ۱۳۴۲، مصوب هیأت وزیران، در تعریف اراضی جنگلی در بندهای الف، ب، ج، تفاوت بین درختان با سایر پوشش‌های گیاهی قائل نشده است و تنها ملاک را تحت کشت و آیش بودن در سال ۴۱، قرار داده است. در راستای حل این تعارض باید گفت، با توجه به اینکه قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها، قانون مصوب مجلس می‌باشد ولی آیین‌نامه اجرایی، مصوبه هیأت وزیران است،^{۱۰} قانون ملی شدن جنگل‌ها بر آیین‌نامه اجرایی ارجحیت دارد.

قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، با ریزبینی بیشتری نسبت به قانون ملی شدن جنگل‌ها به تصویب رسیده و به عبارت دیگر، تکمیل‌کننده قانون ملی شدن جنگل‌هاست. بندهای الف و ب قسمت ۶ ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، تکرار مجدد تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور است و قیده‌های اضافه شده از جمله بحث تعداد نهال

۱۰. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ۱۲۸-۱۲۹.

و ... فاقد هرگونه وضع قانون جدید و یا دارای بار معنایی وضع کننده است و از لحاظ قانون گذاری پذیرفته شده نیست.

در ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع، ابتدا مقنن مأموران سازمان جنگلبانی را مرجع تشخیص و بعد در اصلاحات بعدی وزارت منابع طبیعی را مرجع تشخیص معرفی کرده بود. با تصویب قانون تفکیک وظایف وزارتخانه های کشاورزی و جهاد سازندگی در تاریخ ۶۹/۶/۱۱ و استفسار به های آن و در نتیجه الحاق سازمان جنگل ها و مراتع به وزارت جهاد سازندگی سابق، امر ممیزی و تفکیک اراضی ملی تغییر کرد؛ در تاریخ ۷۱/۷/۵، در ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور، مصوب شد که تشخیص منابع ملی و مستثنیات با وزارت جهاد سازندگی است. در سال ۱۳۷۹، با ادغام وزارتخانه های جهاد سازندگی و کشاورزی، وزارت جهاد کشاورزی تشکیل و کلیه وظایف و اختیارات دو وزارتخانه، به وزارتخانه جدید انتقال یافت که معمولاً وزیر جهاد کشاورزی ضمن حکم انتصاب رئیس سازمان جنگل ها و مراتع یا حکمی جداگانه، وظایف و اختیارات، تشخیص نوع اراضی مزبور را به وی تفویض و رئیس سازمان جنگل ها و مراتع نیز آن را به مدیران کل منابع طبیعی و آبخیزداری استان ها تفویض می نماید.

۲- معیار نظریه سرچنگلبان

سرچنگلبان برای تشخیص اراضی ملی از غیر ملی، می بایست به ادله و مستندات استناد کند و نمی تواند به صرف مشاهده اراضی نظریه خود مبنی بر ملی بودن یا نبودن آن را اعلام دارد. بدیهی است این گونه تشخیص بدون پشتوانه مدارک و مستندات، عوارض منفی و عواقبی برای اداره منابع طبیعی، اشخاص و ارگان های دولتی به همراه دارد. به عنوان مثال، زمینی توسط سرچنگلبان بدون ادله و مستندات کافی، ملی اعلام می گردد و به تملک اداره منابع طبیعی درمی آید. به دلیل قرار گرفتن زمین مزبور در محدوده شهر در راستای اجرای قانون به اداره راه و شهرسازی واگذار می گردد و چون اداره تربیت بدنی شهر محل وقوع ملک، نیاز به زمین برای احداث استادیوم دارد، اداره راه و شهرسازی، زمین مزبور را به اداره تربیت بدنی به عنوان زیرمجموعه دولت واگذار می کند. مالکان با طرح دعوا در مراجع قضایی ذی صلاح، موفق به اخذ حکم ابطال نظریه سرچنگلبان به دلیل زارعی بودن زمین در سال ۴۱ و ابطال نقل و انتقالات بعدی می گردند و با طرح دعوی دیگر، بها روز را مطالبه می کنند؛ در مثال فوق، یک نظریه غیرکارشناسی منجر به ایجاد مشکلات عدیده ای شد، از جمله اینکه دولت می توانست از

اراضی ملی دیگری بدون پرداخت بها روز، برای احداث استادیوم استفاده کند و دوم اینکه ادارات مذکور ملزم به پرداخت هزینه‌هایی دادرسی، حق الزحمه کارشناسی و حق الوکاله وکیل در صورت داشتن وکیل می‌گردند. در صورت نداشتن وکیل نیز عمده وقت اداره حقوقی ادارات مربوط صرف پیگیری پرونده می‌شود.

نظریه سرچنگلبان از چنان اهمیتی در حقوق ایران برخوردار است که بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۶ دیوان عالی کشور، زمین مورد تشخیص، حتی با داشتن سند رسمی به صرف قطعیت تشخیص، در مالکیت دولت درآمده و از مفهوم این رأی برمی‌آید که این تشخیص در حکم سند رسمی است و اختیار متولیان منابع طبیعی را در محاکم بیش از پیش کرده است.

جهت جلوگیری از این مشکلات، سرچنگلبان می‌بایست برای ارائه نظر خود معیارهای قانونی و فنی را به کار گیرد؛ این موضوع تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها، معیار تشخیص ملی بودن اراضی زمان تصویب آن قانون یعنی ۲۷ دی‌ماه سال ۱۳۴۱ است و مرجع تشخیص می‌بایست تاریخ مزبور را ملاک قرار دهد نه زمان تشخیص را؛ زیرا بر اساس قواعد حقوقی این قانون و قوانین مرتبط، امری استثنایی است و باید در محدوده نص تفسیر گردد و برای تشخیص این امر در حال حاضر، با گذشت بیش از نیم قرن از آن تاریخ باید از تفسیر عکس‌های هوایی آن تاریخ و دیگر امارات قانونی برای روشن شدن قضیه کمک گرفت؛ مانند آمارهای زراعی سال‌های اولیه دهه چهل، نوع کاربردی اراضی که در اسناد مالکیت و یا صورت‌جلسه تحدید حدود قید گردیده، وضعیت زمین مثل جوب، نهرها و چاه‌های کشاورزی در اراضی آبی و دیگر ادله مانند در رهن قرار دادن نزد بانک کشاورزی در آن تاریخ که در پرونده بایگانی پلاک ثبتی در اداره ثبت اسناد و املاک موجود است.

معیار فنی برای تشخیص نوعیت زمین توسط سرچنگلبان بر اساس مواد قانونی بدین شکل است که ابتدا نقشه یو تی ام دقیق زمین را تهیه کرده و بعد از استعلام از سازمان نقشه‌برداری کل کشور و سازمان نقشه‌برداری ارتش، عکس‌های هوایی سال ۴۱ و در صورت نبود عکس آن سال، عکس سال‌های بعد را اخذ نماید. سپس با پیاده کردن دو نقشه یو تی ام و عکس هوایی، اقدام به تفسیر عکس‌های هوایی زمین مورد نظر نماید و در صورتی که در سال ۴۱، فاقد آثار کشت و زرع بود، باید این زمین را ملی اعلام نماید. همچنین سرچنگلبان می‌بایست این عکس و نقشه‌ها و نظریه تفسیری را ضمیمه نظریه تشخیص خود کرده و آن را در پرونده تشکیل شده بایگانی نماید. متأسفانه در بعضی مواقع سرچنگلبان تنها به دلیل داشتن شیب یا داشتن درخت و بوته در سال تشخیص، برخی اراضی را ملی اعلام کرده است که باعث

تضییع حقوق اشخاص شده و دولت را نیز متحمل هزینه می‌کند. خوشبختانه، قانون‌گذار، در سال ۹۴، در بند ۱ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، عکس‌های هوایی سال ۱۳۴۶ را جزء مستندات قابل قبول دانسته است که این موضوع کمک بسیار مهمی به کشف حقیقت می‌کند.

۳- مسؤولیت غیر قراردادی سرچنگلبان

مسؤولیت هر شخص نسبت به جبران خسارت ناشی از اعمال خود، امری طبیعی و موافق قاعده است.^{۱۱} به این معنا که هرکس ضرر ناروایی به دیگری وارد کرد مسؤول جبران آن خواهد بود. در یک تقسیم‌بندی کلی مسؤولیت مدنی به دو شاخه قراردادی و غیرقراردادی یا ضمان قهری تقسیم می‌شود. در مسؤولیت قراردادی همیشه یک قرارداد معتبر بین طرفین وجود دارد که در صورت نقض قرارداد و عدم ایفای تعهد، متعهد مسؤولیت مدنی قراردادی پیدا می‌کند و باید خسارت وارده ناشی از نقض قرارداد را جبران نماید. در نقطه مقابل، مسؤولیت غیرقراردادی یا ضمان قهری زمانی مصداق پیدا می‌کند که یک نفر باعث خسارت دیگری شود؛ لکن هیچ‌گونه رابطه قراردادی بین طرفین وجود نداشته باشد؛ مانند فرضی که فردی در اثر بی‌احتیاطی در امر رانندگی باعث مصدومیت یک عابر پیاده می‌شود. در این مثال، تقصیر و بی‌احتیاطی راننده باعث خسارت عابر پیاده شده است؛ لکن هیچ‌گونه رابطه قراردادی بین طرفین وجود ندارد و راننده مقصر از باب مسؤولیت غیرقراردادی یا ضمان قهری باید خسارت وارده را جبران کند. مسؤولیت خارج از قرارداد بر طبق قانون مدنی، شامل غصب و آنچه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب می‌گردد.^{۱۲} غصب و اتلاف خارج از بحث مقاله حاضر هستند؛ غصب در زمانی مطرح می‌شود که فردی به نحو عدوانی و با قهر و غلبه بر مال غیر مسلط شود و اتلاف نیز زمانی مصداق می‌یابد که فردی به نحو مستقیم مال دیگری را تلف نماید. این دو عنوان در بحث مسؤولیت مدنی سرچنگلبان قابلیت طرح و بررسی ندارند؛ زیرا در صورت عمد یا تقصیر سرچنگلبان در ملی اعلام کردن یک زمین، این اقدام وی با توجه به تعاریف فوق با عناوین غصب و اتلاف قابل تطبیق نیست؛ بلکه موضوع مسؤولیت سرچنگلبان در صورت تشخیص نادرست، مشمول عنوان تسبیب می‌باشد. در تسبیب برخلاف اتلاف؛ فرد به‌طور مستقیم مال دیگری را تلف نمی‌کند بلکه سببی درست می‌کند که آن سبب باعث ضرر فرد

۱۱. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۱)، ۳۴.

۱۲. سید حسین امامی، حقوق مدنی، جلد اول (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵)، ۳۵۷.

دیگری می‌شود. تسبیب و اتلاف در منابع فقهی که منشأ اقتباس قوانین در ایران است مورد بحث و بررسی فقها قرار گرفته و اولین بار در قرن پنجم هجری قمری، در آثار فقهایی مانند شیخ طوسی موضوع اتلاف و تسبیب مطرح شده است.^{۱۳} ارکان مسؤولیت مدنی ناشی از تسبیب در حقوق ایران، معمولاً از سه رکن ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت تشکیل می‌شود.^{۱۴} مفهوم ضرر، شامل هر نقص و کاستی که بر مال و حقوق مالی و جسمی و حیثیتی به شکل ناروا وارد شود می‌گردد.^{۱۵} این تعریف با تعاریف برخی فقها تا حدودی شباهت دارد.^{۱۶} فعل زیان‌بار رکن دوم مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. برای تحقق این رکن فعل زیان‌بار باید ناهنجار و ناشایست باشد و تقصیری صورت گرفته باشد^{۱۷} و در نهایت، باید بین ورود خسارت و فعل زیان‌بار رابطه سببیت وجود داشته باشد؛ به این معنا که اگر فعل زیان‌بار رخ نمی‌داد خسارتی هم وارد نمی‌شد. تعیین سبب و احراز رابطه سببیت از موارد بسیار پیچیده حقوقی و قضایی است، در رابطه سببیت، ممکن است عوامل متعددی اعم از طبیعی و انسانی و فعل یا ترک فعل نقش داشته باشد. در چنین شرایطی باید تشخیص داده شود خسارت مستند به کدام عامل یا عوامل است.^{۱۸} شایان ذکر است که برخی فقها در خصوص مسؤولیت ناشی از تسبیب ادعای اجماع نیز کرده‌اند.^{۱۹} هر چند در بین فقها در تعریف تسبیب اختلاف نظر است؛^{۲۰} لکن از نظر قواعد حقوقی زمانی که فردی موجب ایجاد سببی می‌شود که آن سبب باعث خسارت غیر می‌شود باید خسارت وارده را جبران کند. البته مشروط بر اینکه آن سبب توأم با تقصیر باشد. تقصیر، بر اساس ماده ۹۵۳ قانون مدنی، اعم از تعدی و تفریط است. ماده ۹۵۱ قانون مدنی، در تعریف تعدی اعلام می‌دارد: «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.» و ماده ۹۵۲ آن قانون، تفریط را این‌گونه تعریف می‌کند: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.» از نظر

۱۳. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه- بخش مدنی (تهران: نشر علوم انسانی، ۱۳۹۹)، ۱۵۴.

۱۴. سید حسن صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسؤولیت مدنی تطبیقی (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۷)، ۸۵.

۱۵. علیرضا باریکلو، مسؤولیت مدنی (تهران: میزان، ۱۳۹۴)، ۶۸.

۱۶. میرزا محمدحسین نائینی، منیة الطالب، جلد سوم (قم: النشر الاسلامی، ۱۴۱۸)، ۳۷۸.

۱۷. ناصر کاتوزیان، وقایع حقوقی (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ۵۸.

۱۸. ایرج بابایی، حقوق مسؤولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد (تهران: میزان، ۱۳۹۷)، ۸۳.

۱۹. صاحب جواهر نجفی صاحب جواهر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد سی و هفتم (بیروت: دار احیاء التراث

العربی، ۱۴۰۴)، ۴۶.

۲۰. سید علی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸)، ۳۱۷.

برخی حقوق دانان، این تقسیم‌بندی ناقص است؛^{۲۱} زیرا در این تقسیم‌بندی مرتکب غیرعمدی همانند مرتکب عمدی مسؤول است؛^{۲۲} اما در حال حاضر این تعریف قانونی از تقصیر در کلیه دعاوی مسؤولیت مدنی اعمال می‌شود. معیار تقصیر نیز رفتار یک انسان متعارف در همان شرایط وقوع فعل زیان‌بار است و داوری عرف برای احراز وجود یا نبود تقصیر مورد استفاده قرار می‌گیرد. عرف، ظرف حقوق و نوع تحقق آن در اجتماع است و در این صورت جزء منابع حقوق است؛^{۲۳} البته در اعمال تخصصی، عرف آن انسان متخصص ملاک است، نه افراد عادی.^{۲۴} در مقام تطبیق مباحث فوق بر بحث سرچنگلیان باید گفت اگر سرچنگلیان، بدون بررسی عکس‌های هوایی، اقدام به اظهارنظر کند و این نظریه نقض گردد؛ در صورت اثبات شرایط سه‌گانه فوق می‌توان برای جبران خسارت‌ها و ضررهای وارده به او رجوع کرد؛ در حقیقت وقتی سرچنگلیان بدون ملاحظه عکس‌های هوایی و مستندات کافی زمینی را ملی اعلام کند، این عمل او نوعی تفریط و مشمول ماده ۹۵۲ قانون مدنی است؛ زیرا حسب متعارف یا همان داوری عرف اظهارنظر در خصوص ملی یا خصوصی بودن زمین بدون ملاحظه عکس‌های هوایی نوعی تفریط در انجام وظیفه و موجد مسؤولیت است. در چنین شرایطی به نظر می‌رسد بر اساس قواعد تسبیب و مواد ۳۳۱ - ۳۳۵ قانون مدنی، شخص متضرر، می‌تواند به سرچنگلیان، رجوع نماید. در صورت اقامه دعوی مالک زمین علیه سرچنگلیان و اثبات شرایط سه‌گانه مسؤولیت مدنی که شرح آن گذشت به عنوان یک اصل کلی وی باید خسارت‌های وارده را شخصاً جبران کند. بر اساس ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹: «کارمندان دولت که به مناسبت انجام وظیفه خود چه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی، خسارتی به اشخاص وارد کنند، خودشان شخصاً مسؤول هستند مگر اینکه خسارت مستند به عمل آنها نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات باشد.» این ماده مسؤولیت جبران خسارت را در درجه اول متوجه کارمند عامل زیان کرده است مگر اینکه ثابت شود خسارت وارده ربطی به کارمند نداشته و معلول نقص وسایل اداره مورد نظر بوده است. بر اساس این ماده، دولت به ندرت در قبال اعمال کارمندان خود

۲۱. عبدالمجید امیری قائم‌مقامی، حقوق تعهدات، جلد اول (تهران: میزان، ۱۳۸۵)، ۱۸۹.

۲۲. سید مرتضی قاسم‌زاده، مبانی مسؤولیت مدنی (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ۷۷.

۲۳. محمود سلجوقی، نقش عرف (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۵۳.

۲۴. علیرضا یزدانیان، حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسؤولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، جلد اول

(تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷)، ۴۱۷.

مسئولیت پیدا می‌کند؛^{۲۵} و از این حیث این ماده قانونی قابل انتقاد است.^{۲۶} این انتقاد به نحو جدی وارد است؛ زیرا نخست در بسیاری از موارد تعیین اینکه خسارت وارده در نتیجه تقصیر کارمند رخ داده یا در نتیجه نقص وسایل اداره بوده بسیار مشکل است؛ از طرفی در صورتی که کارمند مسؤول جبران خسارت شناخته شود ممکن است توان و بضاعت مالی کافی برای جبران خسارت را نداشته باشد. برای حل این مشکل همان‌طور که برخی حقوق‌دانان پیشنهاد کرده‌اند، بهتر است تقصیرات متعارف و معمولی کارمند به پای دستگاه نوشته شود؛^{۲۷} و کارمندان دستگاه‌های دولتی فقط در صورت ارتکاب تقصیر سنگین یا عمد در ایراد خسارت مسؤول شناخته شوند.

۴- مراجع اعتراض به نظریه سرچنگلبان در حقوق ایران

در نظریه‌ای که سرچنگلبان در خصوص کاربری ملی یا کشاورزی اعلام می‌دارد، ممکن است که بی‌دقتی و یا اشتباهی صورت گرفته و سبب تضييع حقوق اشخاص گردد. قانون‌گذار برای جلوگیری از این موضوع امکان اعتراض به این نظریه را پیش‌بینی کرده است؛ از این‌رو ابتدا باید مرجع صالح به رسیدگی را شناخت و بعد طرح دعوا کرد.

در سیستم قضایی ایران، برای رسیدگی به دعاوی، مراجع مختلف و سازمان قضایی تقریباً پیچیده و وسیعی پیش‌بینی شده است. در یک تقسیم‌بندی کلی این مراجع را می‌توان به مراجع حقوقی و کیفری و اداری تقسیم کرد. مراجع حقوقی برای رسیدگی به تمام اختلافاتی که جنبه مدنی دارد صالح به رسیدگی است. جنبه مدنی به این معنا است که اختلاف حادث شده بین شهروندان عادی حادث شده و این اختلاف در قوانین به عنوان جرم شناسایی نشده باشد؛ مانند اینکه شخص الف مدعی شود که مبلغ یک میلیارد بابت فروش یک خانه از شخصی طلب دارد و آن را مطالبه نماید. مراجع کیفری برای رسیدگی به جرم و تعقیب متهم و اجرای مجازات صالح هستند و بالاخره مرجع اداری برای رسیدگی به دعاوی ناشی از اداره کشور که بین مردم عادی و دولت بروز می‌کند صالح به رسیدگی است و در رأس این مراجع دیوان عدالت اداری قرار دارد. در مقام تطبیق این موضوع بر موضوع مقاله باید گفت دعاوی مالک زمین بر علیه سرچنگلبان برای مطالبه خسارت ناشی از تشخیص اشتباه جنبه مدنی دارد؛ بنابراین در صلاحیت مراجع حقوقی است. در خصوص مراجع حقوقی نیز باید توجه داشت که در یک تقسیم‌بندی

۲۵. کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، پیشین، ۵۹.

۲۶. رضا موسی زاده، حقوق اداری (۱-۲) (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ۲۵۵.

۲۷. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، حقوق اداری (تهران: سمت، ۱۳۸۴)، ۳۸۸.

کلی، این مراجع به مراجع عمومی و اختصاصی تقسیم می‌شوند. بر اساس ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادگاه عمومی حقوقی صلاحیت رسیدگی نخستین به کلیه دعاوی و امور حقوقی را دارد، مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری تعیین کرده باشد. صلاحیت دادگاه عمومی عام و اصل بر آن است، به این معنی که صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوی و امور حقوقی را دارد، مگر آنهایی که در صلاحیت مراجع دیگر قرار گرفته باشد و در نتیجه لزومی ندارد دادگاه عمومی در رأیی که صادر می‌کند به قانونی که رسیدگی به آن دعوی یا شکایت یا امر خاص را در صلاحیت مرجع مزبور قرار داده است، استناد نماید.^{۲۸} در دادگاه عمومی حقوقی، اصل وحدت دادرس و اصل تمامیت دادرسی حاکم است، به این معنا که سراسر فرآیند پرونده از ابتدا تا انتها توسط یک دادرس رسیدگی شده و رسیدگی اصولاً تا صدور رأی قاطع ادامه می‌یابد.^{۲۹} مرجع اختصاصی یا استثنایی، مرجعی است که صلاحیت رسیدگی به هیچ امری را ندارد، جز آنچه آشکارا و به موجب قانون در صلاحیت آن قرار گرفته باشد؛^{۳۰} در خصوص اعتراض به نظریه تشخیص سرچنگلیان، دو مرجع در قانون پیش‌بینی شده است؛ یکی دادگاه عمومی حقوقی که مرجعی عمومی است و دیگری هیأت اراضی اختلافی قانون جنگل‌ها و مراتع که در عرف قضایی به کمیسیون ماده واحده معروف است و یک مرجع اختصاصی محسوب می‌شود. اگر اشخاص ذی‌نفع تا تاریخ ۹۴/۵/۲۶، به تشخیص سرچنگلیان اعتراض نمایند این اعتراض در کمیسیون ماده واحد مورد رسیدگی قرار می‌گیرد؛ اعضای این کمیسیون عبارتند از مسؤول اداره جهاد کشاورزی، مسؤول اداره منابع طبیعی، عضو هیأت واگذاری زمین، یک نفر قاضی و دو نفر از اعضای شورای اسلامی. کمیسیون مربوطه با ثبت اعتراض و تعیین وقت نسبت به بررسی دلایل و مدارک رسیدگی نموده و اقدام به صدور رأی می‌کنند. این رأی قابل اعتراض در دادگاه عمومی حقوقی بوده و سپس قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد.^{۳۱}

بر اساس ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۳، از یک سال بعد از تاریخ تصویب این قانون که در بند ۱ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، مصوب سال ۹۴، ظرف مدت یک سال، به پنج سال افزایش یافت، یعنی تا مورخ ۹۴/۵/۲۶، کمیسیون ماده واحده صلاحیت پذیرش دعاوی اعتراض به تشخیص سرچنگلیان را دارند

۲۸. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد اول (تهران: دراک، ۱۳۸۴)، ۶۵.

۲۹. گودرز افتخار جهرمی و مصطفی‌السان، آیین دادرسی مدنی، جلد اول (تهران: دور اندیشان، ۱۳۹۶)، ۱۳۳.

۳۰. حمید ابهری، آیین دادرسی مدنی ۲ (تهران: مجد، ۱۳۹۶)، ۱۲۴.

۳۱. مرتضی یوسف زاده، آیین دادرسی مدنی (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۵۲.

و رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۵۰ مورخ ۹۵/۵/۵، نیز مؤید همین موضوع است.^{۳۲} بر اساس تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی ۱۳۸۹ و اصلاحیه سال ۱۳۹۴، دعوایی که بعد از تاریخ ۲۶/۵/۹۴، نسبت به نظر سرچنگلبان تحت عنوان اثبات مالکیت، مطرح گردد، در صلاحیت شعبه ویژه رسیدگی در دادگاه‌های عمومی حقوقی است. این شعب ویژه از سوی رئیس قوه قضائیه تعیین و ایجاد می‌شود. پس در حال حاضر دو مرجع ابتدایی برای آغاز طرح دعوا وجود دارد، یکی کمیسیون ماده واحده و دیگری دادگاه عمومی حقوقی با انتخاب رئیس قوه قضائیه.

نتیجه‌گیری

تشخیص سرچنگلبان در خصوص ملی بودن اراضی، از اهمیت خاصی برای دولت و اشخاص برخوردار است. این نظریه، آثار و تبعاتی ممکن است به بار بیاورد که به حقوق دولت و اشخاص لطماتی وارد کند. برای جلوگیری از این مشکلات باید راهکاری اندیشید که دارای ضمانت اجرا باشد تا سرچنگلبان در ارائه نظریه مرتکب سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی نشود؛ در این راستا ضروری است که ابتدا قانون‌گذار، سرچنگلبان را به ارائه نظریه همراه با دلایل و مستندات ازجمله ارائه تفسیر عکس هوایی سال ۴۱، (در صورت نبود عکس در سازمان نقشه‌برداری کشور یا سازمان نقشه‌برداری ارتش، عکس‌های سال‌های بعد) زمین مورد بحث، ملزم نماید و در صورت عدم ارائه مستندات، نظریه از سرچنگلبان پذیرفته نشود. همچنین سرچنگلبان باید در نظریه مورد بحث، تنها به شرایط زمین، در سال ۴۱، توجه کند و شرایط موجود ازجمله شیب زمین، نوع خاک و پوشش گیاهی زمین در حال حاضر را مدنظر قرار ندهد. این موضوع به نظر جز با تفسیر عکس‌های هوایی آن سال، امکان‌پذیر نیست. بدیهی است در این راستا

۳۲. بر اساس تبصره یک ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۲۳/۴/۱۳۸۹ «اشخاص ذی‌نفع که قبلاً به اعتراض آنان در مراجع ذی‌صلاح اداری و قضایی رسیدگی نشده باشد، می‌توانند ظرف مدت یک سال پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون نسبت به اجرای مقررات اعتراض و آن را در دبیرخانه هیأت موضوع ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۲۹/۶/۱۳۶۷ شهرستان مربوط ثبت نمایند...» و مطابق بند ۱ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱/۲/۱۳۹۴ عبارت «ظرف مدت یک سال» در تبصره یک ماده ۹ [قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۲۳/۴/۱۳۸۹] به «ظرف مدت ۵ سال پس از تصویب این قانون» اصلاح شده است؛ بنابراین، مستفاد از تبصره اصلاحی مورد اشاره، صلاحیت هیأت موضوع ماده واحده یادشده پس از انقضای یک سال نیز استمرار یافته است و با استمرار صلاحیت هیأت مزبور از تاریخ تصویب قانون اخیرالذکر تا انقضای پنج سال رسیدگی به پرونده‌هایی که ظرف مدت مذکور در مرجع قضایی مطرح گردیده و منتهی به صدور رأی قطعی نشده باشد، در صلاحیت هیأت یادشده خواهد بود.

برگزاری کلاس‌های آموزش قوانین و مقررات مرتبط با بحث تشخیص، در ضمن خدمت، به افزایش دانش علمی و حقوقی جنگلبانان کمک زیادی خواهد کرد و احتمال اشتباه را کاهش خواهد داد. در بُعد قانون‌گذاری نیز با وجود مواد و اصول عام مسؤولیت مدنی مبنی بر الزام عامل هر خسارتی به جبران آن، می‌بایست در قوانین، به صراحت مسؤولیت مدنی سرچنگلبان و نیز حق رجوع دولت جهت مراجعه به سرچنگلبان، برای جبران ضرر و زیان وارده به دولت پیش‌بینی شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی
کتاب

- ابهری، حمید. آیین دادرسی مدنی ۲. تهران: مجد، ۱۳۹۶.
 - افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان. آیین دادرسی مدنی. جلد اول. تهران: میزان، ۱۳۹۶.
 - امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد اول. تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵.
 - امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید. حقوق تعهدات. جلد اول. تهران: میزان، ۱۳۸۵.
 - بابایی، ایرج. حقوق مسؤلیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: میزان، ۱۳۹۷.
 - باریکلو، علیرضا. مسؤلیت مدنی. تهران: میزان، ۱۳۹۴.
 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۳.
 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مقدمه علم حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳.
 - حائری شاه‌باغ، سیدعلی. شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
 - سلجوقی، محمود. نقش عرف. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
 - شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی. جلد اول. تهران: دراک، ۱۳۸۴.
 - صفایی، سیدحسن و حبیب‌الله رحیمی. مسؤلیت مدنی تطبیقی. تهران: شهر دانش، ۱۳۹۷.
 - طباطبائی موتمنی، منوچهر. حقوق اداری. تهران: سمت، ۱۳۸۴.
 - علامه طباطبائی، سید محمد حسین. ترجمه تفسیر المیزان. جلد نهم. ترجمه محمدباقر موسوی همدانی. قم: جامعه مدرسین، ۱۳۷۴.
 - عمید، حسن. فرهنگ عمید. تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۷.
 - قاسم‌زاده، سید مرتضی. مبانی مسؤلیت مدنی. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
 - کاتوزیان، ناصر. الزام‌های خارج از قرارداد، مسؤلیت مدنی. جلد اول. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
 - کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق. تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
 - کاتوزیان، ناصر. وقایع حقوقی. تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
 - محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه - بخش مدنی. تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
 - مدنی، سید جلال‌الدین. حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: نشر همراه، ۱۳۷۰.
 - مفضل بن عمر. شگفتی‌های آفرینش (توحید مفضل). ترجمه نجف علی میرزایی. قم: انتشارات هجرت، ۱۳۷۷.
 - موسی زاده، رضا. حقوق اداری (۱-۲). تهران: میزان، ۱۳۸۳.
 - یزدانیان، علیرضا. حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسؤلیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. جلد اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷.
 - یوسف زاده، مرتضی. آیین دادرسی مدنی. تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- مقالات
- فاکر میبدی، محمد. «تفسیر مقارن آیه شریفه خمس». مجله مطالعات تفسیری. ۱۰ (۱۳۹۱): ۷-۳۰.
- ب) منابع عربی
- ابن شعبه، حسن بن علی. تحف العقول عن آل الرسول (ص). قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۴.
 - نائینی، میرزا محمد حسین. منبیه الطالب. جلد سوم. قم: النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.
 - نجفی، صاحب جواهر، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد سی و هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

This Page Intentionally Left Blank

The Need for Correct and Fair Policies in Urban Construction Contracting Contracts 309
Mahdi Sajadikia - Dr. Mostafa Shahbazi

**Contractual Justice Toward Corporate Crimes in Pre Trial Stage in Legal System of
Iran and United States 337**
Fateme Fazeli nik - Dr. Amir Hasan Niaz pour

**The Role of Government Institutions in Preventing Financial Crimes and Illicit
Possession of Government Authorities 367**
Razia Sabzeh Ali - Mehrdad Badihi

Ranger Theory about National or Agricultural Lands, Criteria and Responsibilities 405
Mehrdad Pakzad - Dr. Elias Yari - Mehdi Taleghan Ghaffari - Abuzar Taleghan Ghaffari

CONTENTS

Legal Regime of Governing The Ownership of Cells Used in Therapeutic Cloning and Stem Cells Results of it	7
<i>Mahsa Moshar Movahhed - Dr. Mohammad Rasekh - Dr. Seyed Mohammad Ghari Seyed Fatemi - Dr. Mirghasem Jafarzadeh</i>	
Obligation to International Cooperation in The Event of Disasters	49
<i>Mahsa Khajeh - Dr. Masoud Raei Deheghi - Dr. Alireza Ansari Mahyari</i>	
Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom	81
<i>Niloufar Ragheb - Dr. Hasan Savari</i>	
Challenges of Foreign Investment Arbitration with Emphasis on The Iranian Legal System	115
<i>Dr. Mostafa Elsan - Dr. Zarir Negintaji</i>	
Liberal Rule of Law; A Case Study of Hayek and Nozick	141
<i>Dr. Mohammadreza Vijeh - Javad Yahyazadeh</i>	
The Australian Legal System on Retirement from a Fundamental Rights	171
<i>Dr. Farid Noormohammadan - Dr. Emran Naimi - Dr. Mohsen Ghasemi</i>	
The Legal Effect of Mistake in the Legal Fact of Undue Performance in the Realm of Social Security Rights	191
<i>Dr. Mohammadhossein Khademi Arasteh - Dr. Bijan Haji azizi - Dr. Ahmad Rezvanimofrad</i>	
A Comparative Study of Maternity leave in Iranian and Swedish law	217
<i>Dr. Mahdi Hadavand - Fatemeh Nowrouzi</i>	
Good Governance as A Common Goal of Public Law and Development	249
<i>Dr. Mahnaz Bayat Komitki - Ehsan Mouhebat</i>	
The Perfectionism Approach of Constitutional Law System of Islamic Republic of Iran to Good Life	283
<i>Dr. Omid Shirzad</i>	

Journal of LEGAL RESEARCH

Vol. 22 • No. 55

Autumn 2023

ISSN • 1682-9220

The *Shahr -e- Danesh* Institute of Law
Research and Study
(SDIL)

Managing Editor • Vahid Eshtiagh

Editor-in-Chief • Seyyed Ghasem Zamani

Executive Director • Maryam Golmohammadi

Editor & Layout Designer • Samira Nemati

Editorial Board

Professors:

- Behrooz Akhlaghi • University of Tehran & SDIL
- Mohammad-Ali Ardebili • Shahid Beheshti University
- Goodarz Eftekhari Jahromi • Shahid Beheshti University
- Vahid Eshtiagh • Shahr e Danesh Institute of Law(SDIL)
- Seyyed Mohammad Ghari Seyyed-Fatemi • Shahid Beheshti University
- Nader Mardani • Shiraz University
- Djamshid Momtaz • University of Tehran
- Seyyed Jamal Seifi • Shahid Beheshti University
- Seyyed Ghasem Zamani • Allameh Tabataba'i University & SDIL
- Seyyed Ahmad Habibnejad • University of Tehran

Advisory Board

- Mohammad-Ali Bahmaei • Shahid Beheshti University
- Ali khaleghi • University of Tehran
- Hassan Savari • Tarbiat Modares University & SDIL
- Hossein Simaei Sarraf • Shahid Beheshti University & SDIL

No. 5, Gilan St., 9th Sanaei St., Karimkhan Zand Blvd., Tehran, 1585743111, IRAN
P.O. Box 15875/4539 Tel: (+98 21) 88 81 15 81 Fax: (+98 21) 88 81 15 80
Website: <http://jlr.sdil.ac.ir> www.sdil.ac.ir Email: submit@sdil.ac.ir

Journal of LEGAL RESEARCH

Vol. 22, No. 55

2023- 55

- **Legal Regime of Governing The Ownership of Cells Used in Therapeutic Cloning and Stem Cells Results of it**
*Mahsa Moshar Movahhed - Dr. Mohammad Rasekh - Dr. Seyed Mohammad Ghari Seyed Fatemi
Dr. Mirghasem Jafarzadeh*
- **Obligation to International Cooperation in The Event of Disasters**
Mahsa Khajeh - Dr. Masoud Raei Deheghi - Dr. Alireza Ansari Mahyari
- **Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom**
Niloufar Ragheb - Dr. Hasan Savari
- **Challenges of Foreign Investment Arbitration with Emphasis on The Iranian Legal System**
Dr. Mostafa Elsan - Dr. Zarir Negintaji
- **Liberal Rule of Law; A Case Study of Hayek and Nozick**
Dr. Mohammadreza Vijeh - Javad Yahyazadeh
- **The Australian Legal System on Retirement from A Fundamental Rights Perspective**
Dr. Farid Noormohammadan - Dr. Emran Naimi - Dr. Mohsen Ghasemi
- **The Legal Effect of Mistake in the Legal Fact of Undue Performance in the Realm of Social Security Rights**
Dr. Mohammadhossein Khademi Arasteh - Dr. Bijan Haji azizi - Dr. Ahmad Rezvanimofrad
- **A Comparative Study of Maternity leave in Iranian and Swedish law**
Dr. Mahdi Hadavand - Fatemeh Nowrouzi
- **Good Governance as A Common Goal of Public Law and Development**
Dr. Mahnaz Bayat Komitki - Ehsan Mouhebat
- **The Perfectionism Approach of Constitutional Law System of Islamic Republic of Iran to Good Life**
Dr. Omid Shirzad
- **The Need for Correct and Fair Policies in Urban Construction Contracting Contracts**
Mahdi Sajadikia - Dr. Mostafa Shahbazi
- **Contractual Justice Toward Corporate Crimes in Pre Trial Stage in Legal System of Iran and United States**
Fateme Fazeli nik - Dr. Amir Hasan Niaz pour
- **The Role of Government Institutions in Preventing Financial Crimes and Illicit Possession of Government Authorities**
Razia Sabzeh Ali - Mehرداد Badilhi
- **Ranger Theory about National or Agricultural Lands, Criteria and Responsibilities**
Mehرداد Pakzad - Dr. Elias Yari - Mehdi Taleghan Ghaffari - Abuzar Taleghan Ghaffari

