



دانشکده حقوق

پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

پاییز ۱۴۰۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صفحه آرا: مهتاب سلیمی
ویراستاران: شهرزاد حدادی - الهام وحدانی فر
طراح جلد: نگار توکل مقدم

پاییز ۱۴۰۳
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

نشانی نشریه:
تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق
شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

E-mail: ecocolaw@sbu.ac.ir



پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
با همکاری انجمن علمی حقوق اقتصادی ایران

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی
مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد
سر دبیر: عباس قاسمی حامد
مدیر داخلی: عرفان شمس
دستیار مدیر داخلی: منظر وفادار

هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

دکتر سعیدرضا ابدی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر ایرج بابایی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر محمود باقری (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)
دکتر میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر مهرداد ارباب‌پور (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان دآوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسن صادقی مقدم (استاد حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)
دکتر میرحسین عابدیان کلخوران (عضو دیوان دآوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا)
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه حضرت معصومه قم)
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر حمیدرضا نیکبخت فیئی (عضو دیوان دآوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، استاد حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. نشریه‌ی حقوق اقتصادی و تجاری هر سه ماه یکبار به انتشار مقالات حقوقی در زمینه‌های اقتصادی و تجاری می‌پردازد.
۲. منظور از زمینه‌های حقوقی اقتصادی و تجاری موضوعات آتی است: تحلیل اقتصادی حقوق - حقوق تجارت بین‌المللی - حقوق شرکت‌ها - حقوق اسناد تجاری - حقوق ورشکستگی و تصفیه - رویه‌ها، تجارب و مسائل حقوقی در دادوستدهای فراملی - حقوق بین‌الملل خصوصی - حقوق دریایی - رویه‌های داوری بین‌المللی - حقوق حمل و نقل بین‌المللی - حقوق انرژی، نفت و گاز.
۳. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه‌ی مجله به نشانی [/https://ecocomlaw.sbu.ac.ir](https://ecocomlaw.sbu.ac.ir) امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل آن خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده‌ی نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. نشریه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۶. نویسندگان با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده حقوق) واگذار می‌نمایند.
۷. هزینه‌ی واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل‌استرداد نخواهد بود.
۸. نوع داوری نشریه به صورت دوسوکور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۹. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

ب) شرایط محتوایی مقاله

۱. مقاله باید در حوزه‌های مرتبط با موضوع نشریه (حقوق اقتصادی و تجاری) به شرح بند (۲) ضوابط کلی پذیرش مقاله باشد.
۲. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر مبانی پژوهشی باشد.
۳. نشریه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رای» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه‌ی مقاله‌ی خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان نشریه فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده به فارسی دارند خودداری شود.

پ) شرایط شکلی

۱. حجم مقاله مشتمل بر کلیه‌ی صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، پاورقی، نتیجه‌گیری و منابع برای هر یک از انواع مقالات به شرح آتی است: الف) مقالات بلند: حداکثر ۸۰۰۰ واژه؛ ب) نقد رای: حداکثر ۵۰۰۰ واژه؛ پ) نقد کتاب: حداکثر ۴۰۰۰ واژه.
- فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از [فایل فرمت شده](#) برای تدوین مقاله استفاده کنند.
- نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله‌ی خود نسبت به تکمیل و بارگذاری [تعهدنامه و فرم تعارض منافع](#) اقدام کنند.
۲. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه‌ی موازین قانونی در خصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.

۳. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان الزامی می‌باشد.

۴. اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold ۱۱	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> ۱۳	B Mitra
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> ۱۳	B Mitra
متن	۱۳	B Mitra
متن عربی	۱۴	M Mitra
پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۳	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۱	Times New Roman
تیترا Abstract	Bold ۱۳	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	۱۳	Times New Roman

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	<ul style="list-style-type: none"> نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤؤل، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد. پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	<ul style="list-style-type: none"> عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد. رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤؤل به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.

شش

<ul style="list-style-type: none"> • پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. • حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود. 		
<ul style="list-style-type: none"> • عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود. • یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد. • ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود. 	بدنه ی مقاله	صفحه‌ی سوم به بعد
<ul style="list-style-type: none"> • منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. • کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند. 	فهرست منابع	

۶ به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.

ت) شیوه‌نامه‌ی ارجاع‌دهی

۱. ارجاع‌دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه‌ی شیکاگو به عمل می‌آید. جز در مواردی که در ادامه درخصوص آنها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.
۲. ارجاع‌دهی در این نشریه در قالب پاورقی انجام می‌شود.
۳. در نخستین بار ارجاع به یک منبع، مطابق با شیوه‌ی ذکر نام همان منبع در فهرست منابع عمل می‌شود با این تفاوت که در انتهای منبع باید صفحه / صفحات مربوطه در پاورقی ذکر شود.
۴. برای ارجاع با فاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، نام، منبع پیشین، ص. ...
۵. نمونه: بهمئی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۸.
۵. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: همان منبع، ص.
۶. نمونه: همان منبع، ص. ۱۰.
۶. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op.Cit.) استفاده می‌شود.

▪ Posner, Richard, *Op.Cit.*, P. 6.

۷. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (Ibid.) استفاده می‌شود.

▪ Ibid., p. 7.

ث) شیوه‌ی تنظیم فهرست منابع

۱. کتاب:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان کتاب**، نام مترجم یا مصحح، جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، سال انتشار.
- نمونه: سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، ج ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- Posner, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

۲. مقاله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.
- نمونه: قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، *فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی*، د. ۱۸، ش. ۷۰، ۱۳۹۴، صص. ۳۱-۵۵.
- Posner, Eric A, "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?," *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, pp. 829-880.

۳. پایان نامه و رساله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله‌ی دکتر/ پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.
- نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده‌ی حقوق، ۱۳۸۹.
- Hearsey, [Christopher Michael](#), **The evolution of outer space law: an economic analysis of rule formation**, Master dissertation, University of North Dakota, Space Studies department, 2015.

۴. منبع برخط:

- توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).
- [Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam> \(last visited 28/09/2022\).](https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam)
- در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده‌ی اول به شرح زیر نوشته می‌شود:
- امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه‌ی سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه‌ی دریایی»، *فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی*، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۱۹-۱۴۲.
- Schaerer, Enrique, Richard Kelley and Monica Nicolescu, "Robots as animals: a framework for liability and responsibility in human-robots interactions", *The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication*, Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009.

فهرست مطالب

اعمال قواعد حقوق مصرف در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده از طریق تعهد
به ارائه اطلاعات

عباس قاسمی حامد- حامد تیموری- بهراد صغیری ۱۱

الگوی سیاست جنایی در مواجهه با فساد سیاسی- اقتصادی نظام الیگارشی

باقر شاملو- غلامرضا اسماعیلی آذر ۴۱

تأثیر قانون تسهیل صدور مجوز کسب و کار مصوب ۱۴۰۱ بر ماهیت رسالت
(وظایف) سردفتری و ویژگی‌های آن

سید عباس سیدی آرانی ۷۳

نظریه فرانک لاوت در شناسایی حقوقی اقلیت‌ها؛ انقلابی پارادایمی یا خوانشی
انتقادی؟

هادی صالحی- امین رضی پور جویباری ۱۰۳

مسئولیت مدنی دولت در ترک فعل واکسیناسیون مردم در برابر کرونا با مطالعه
تطبیقی حقوق انگلستان

صدیقه هجینی نژاد- جمشید نورشرق ۱۳۱

بانکداری اسلامی و عدالت اجتماعی

محمد علی متانی- بهار گلکار اسمعیل ۱۵۹

اعمال قواعد حقوق مصرف در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده از طریق تعهد به ارائه اطلاعات

عباس قاسمی حامد*

حامد تیموری**

بهراد صغیری***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۱

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱

چکیده

دارایی‌های رمزنگاری شده به‌عنوان پدیده‌ای نوظهور مبتنی بر تکنولوژی بلاکچین چالش‌های حقوقی فراوانی را سبب شده‌اند. فارغ از انواع مختلفی که این‌گونه دارایی‌ها دارند، طیف گسترده‌ای از معاملات به‌طور الکترونیک با موضوع رمزدارایی‌ها منعقد می‌شود. با توجه به فنی و تخصصی بودن این معاملات زمینه عدم توازن میان طرفین قرارداد و نابرابری اطلاعاتی چشمگیر است. از این رهگذر قواعد حقوق مصرف و نظریه تعهد به ارائه اطلاعات مجال اعمال و اجرا در حوزه رمزدارایی‌ها دارد. در وضعیت فعلی انتشار سپیدنامه شیوه‌ای است که غالباً ناشران از آن برای ارائه اطلاعات استفاده می‌کنند. با وجود این، سپیدنامه‌ها معایب فراوانی دارند و رافع نیازها نیستند. از این‌روی لازم است با تصویب قوانین مکمل و تنظیم‌کننده ابهامات موجود را در این زمینه زدود و من جمله با تعیین محتوای الزامی برای سپیدنامه‌ها در مقام رفع نواقص برآمد. از سوی دیگر، روند ارائه اطلاعات باید ادامه یابد و استمرار داشته باشد. در غیر این صورت باب سوءاستفاده برای مترصدان فراهم خواهد شد. باید توجه کرد که برخلاف توکن‌های کاربردی در توکن‌های بهادار علاوه بر مقررات حقوق مصرف قوانین مالی و مخصوص اوراق بهادار نیز قابلیت اعمال دارند. این مقررات حاوی الزامات مربوط به ثبت و افشای اطلاعات بوده و نیاز است با نگاهی جامع در مقررات‌گذاری رویکردی متناسب اتخاذ کرد. با این حال، نیاز به تغییر و تکمیل قوانین نافی تعهدات موجود در وضعیت فعلی بر عهده فعالین در اکوسیستم بلاک‌چینی نیست.

کلیدواژه‌گان:

بلاک‌چین، رمزدارایی، حقوق مصرف، تعهد به ارائه اطلاعات، سپیدنامه.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

dr.gh.hamed@gmail.com

** کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

hamedteymourie.ht@gmail.com

*** دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

saghiribehrad@gmail.com



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

دارایی‌های رمزنگاری شده^۱ بر پایه تکنولوژی بلاک‌چین با سرعت خیره‌کننده در عرض چندین سال تمامی معادلات مالی و حقوقی حاکم را با چالش‌های جدی مواجه کرده است. تأثیرات این اختراع جدید هوش و نبوغ بشری در عالم حقوق فراتر از آن است که در نگاه اول به نظر می‌رسد. چالش‌های ایجاد شده به قدری پرحاشیه و عمیق است که موضوع نظر بسیاری را به خود جلب کرده و تحقیقات و تلاش‌های فراوانی در سطح جهانی در این خصوص انجام پذیرفته است. در مواجهه با این تغییرات و نوآوری‌ها و در پاسخ به نیاز هم‌گامی علم حقوق و مقررات‌گذاری با این قافله پرشتاب، آنچه ابتدا ذهن را درگیر می‌کند، امکان استفاده از مقررات سنتی و تطبیق آنها با چالش‌های جدید است. به عبارت آخری سؤال این است که علم حقوق با تمامی اصول و ستون‌هایی که بر آن استوار است تا چه اندازه از استحکام و انعطاف کافی برای مقاومت در مقابل تغییرات و پیشرفت‌های زلزله‌گونه حیات اجتماعی بشر در عصر حاضر برخوردار است؟ آیا می‌بایست به کلی طرحی نو در انداخت و فکری جدید آغاز کرد؟ آیا امکان استفاده بهینه از میراث گرانمای سابق وجود داشته و تغییرات جزئی بر حسب ضرورت رافع معضلات و مشکلات خواهد بود؟^۲ با نظر بر مطالبی که در این مقاله آورده می‌شود می‌توان نتیجه گرفت که رویکرد متناسب در خصوص سؤال‌های فوق از این قرار است که حسب ضرورت باید تغییرات مقتضی اعمال و متون قانونی سابق تکمیل شود.

در این مقاله به خصوص در بازتعریف حقوق مصرف و نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده خواهیم کوشید. به عبارت دیگر سؤال این است که نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزی چه جایگاهی دارد؟ آیا با توجه به ویژگی‌ها و محدوده‌ای که برای این قاعده حقوقی تعریف شده است، امکان به‌کارگیری این نظریه در عرضه رمزداری‌ها وجود دارد؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد با چه ظرایف و ابهاماتی در سر راه اعمال صحیح آن مواجه خواهیم بود؟ برای پاسخ بدین سؤال‌ها باید خاستگاه این نظریه را که همان حقوق مصرف است شناخت و به‌طور کلی چگونگی اعمال قواعد سنتی موجود در نظام‌های حقوقی را در این

۱. در سرتاسر مقاله با هدف بسط ادبیات معنایی و آشنایی با اصطلاحات رایج در این حوزه، عباراتی همچون رمزداری‌ها یا رمزارزش‌ها همچون مترادف با معادل قابل مشاهده در عنوان مقاله، به‌کار گرفته خواهد شد.
2. Gregory N Mandel, "Legal Evolution in Response to Technological Change," *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, 2017.

حوزه نوین بررسی کرد. همچنین ضرورت تصویب قوانین جدید یا مکمل پرسش دیگر قابل طرح است که بدان می‌پردازیم. بنابراین در ادامه ابتدا جایگاه تعهد به ارائه اطلاعات با تأکید بر خاستگاه آن یعنی حقوق مصرف بررسی کرده و سپس با فارغ شدن از بحث‌های مبنایی ابهامات و معایب حقوقی و عملی موجود و راهکارهای مفید برای تغییرات و ابتکارات نوین که می‌تواند در دستور کار قرار گیرد ارائه خواهد شد.

۱. جایگاه تعهد به ارائه اطلاعات در نظام‌مندسازی عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده

علم حقوق با تعریف و ویژگی‌هایی که در کنار سایر علوم دارد خود به شاخه‌های مختلف تقسیم شده است. شناخت جایگاه شاخه‌های مختلف علم حقوق و ارتباط آنها با یکدیگر و قلمرو اجرای هر یک همواره از اهمیت حیاتی برخوردار است. نظریه تعهد به ارائه اطلاعات شاخه‌ای از حقوق مصرف بوده و از این جهت تابع آن است. به عبارت دیگر، به طور طبیعی هر آنچه نسبت به یک ماهیت کلی بیان می‌شود، علی‌الاصول درباره اجزای آن نیز مجری است. بدین ترتیب ابتدا به توجیه لزوم اعمال حقوق مصرف به عنوان خاستگاه نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در رمزدارایی‌ها با توجه به مشخصات ایشان (۱-۱) و سپس به تحلیل ارتباط آن با سایر شاخه‌های حقوقی حاکم در رمزدارایی‌ها (۲-۱) پرداخته خواهد شد.

۱.۱. مشخصات و جایگاه حقوق مصرف و دارایی‌های رمزنگاری شده

تعاریف و کلیات در خصوص حقوق مصرف و رمزدارایی‌ها در مقالات و منابع فراوانی به‌دقت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. لذا در بند حاضر با خودداری از تکرار آن مطالب صرفاً به گزینش آن مسائلی خواهیم پرداخت که در توجیه جایگاه و اهمیت هر کدام از دو عنوان حقوق مصرف و دارایی‌های رمزی در ارتباط با یکدیگر نقش روشنگری را ایفا کنند.

۱.۱.۱. حقوق مصرف ابزاری برای ایجاد توازن قدرت و اطلاعات

حقوق مصرف و نظریه تعهد به ارائه اطلاعات به عنوان زیرمجموعه آن همچون زیرشاخه‌ای از حقوق اقتصادی در پی رشد تدریجی صنعت و تجارت و پیچیده‌تر شدن کالاها و خدمات و پررنگ شدن عدم توازن میان طرفین قرارداد و لزوم حمایت از طرف ضعیف‌تر و در تضاد با

نظریه خودتنظیمی بازار^۱ تکوین یافته است.^۲ بنابراین احراز روابط بین متخصص و مصرف کننده و حمایت از مصرف کننده همچون دو ویژگی اساسی برای حقوق مصرف شناخته شده است.^۳ در این میان معنای مصرف کننده به عنوان یکی از ارکان حقوق مصرف محل مناقشه است. سرمایه گذاران جزء کسانی اند که داخل در تعریف موسع مصرف کننده قرار می گیرند. در واقع سرمایه گذاران به پس انداز دارایی خود اقدام می کنند و در عین حال با توجه به وجود ویژگی غیرمتخصص بودن در اغلب موارد قواعد حمایتی حقوق مصرف را می توان نسبت به ایشان گسترش داد.^۴

یکی از مصادیق عدم توازن در نابرابری اطلاعات طرفین قرارداد متجلی است که به لحاظ عملی آثار سوء در اجرای قرارداد و همچنین رقابت منصفانه میان فعالین یک بازار داشته که در نهایت به ضرر مصرف کننده خواهد بود.^۵ همچنین معاملات الکترونیکی که از راه دور منعقد می شوند بیش از سایرین نیازمند نظارت گری حقوق مصرف بوده و از اهمیت بالایی برخوردارند.^۶ بدین ترتیب با احراز وجود رابطه متخصص و مصرف کننده با دقت در معنای حقوقی و دقیق این اصطلاحات و به علاوه با احراز عدم توازن اطلاعات میان طرفین معامله به خصوص در معاملات الکترونیک و از راه دور می توان به اعمال مقررات حقوق مصرف امیدوار بود و رابطه حقوقی

۱. زارعی، محمد حسین و عرفان شمس، مفهوم خودتنظیمی در نظریه های اقتصاد سیاسی، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۱۵، صص ۳۰۸-۲۶۳.

۲. داراب پور، مهرباب، بررسی ماهوی حقوق مصرف کنندگان در حقوق انگلستان و ضرورت اصلاح کاستی های حمایتی از آنان در حقوق ایران، نشریه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴۸، صص ۶۳-۹.

۳. ژان کله الو و عباس قاسمی حامد، معرفی حقوق مصرف با مقدمه ای از مترجم، نشریه حقوقی بین المللی، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، شماره ۲۳، ص ۲۴۹.

۴. ژان کله الو و عبدالرسول قدک، تعریف مصرف کننده، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۷۹، شماره ۲۹ و ۳۰، صص ۳۳۰-۳۰۹.

۵. زارعی، محمد حسین و عرفان شمس، درآمدی بر مفاهیم و نظریه های مقررات گذاری اقتصادی، نشریه تحقیقات حقوقی، تابستان سال ۱۳۹۲، شماره ۶۲، ص ۱۹۲؛ قاسمی حامد، عباس، فضا سلیمی و فهیمه آقابابایی، آسیب رسانی به مصرف کننده در بازار رقابتی، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۱، شماره ۵۷، صص ۱۲۴-۹۷.

۶. قاسمی حامد، عباس و یاسر معینی فر، گستره حق انصراف مصرف کننده در معاملات از راه دور در حقوق ایران، آلمان و اتحادیه اروپا، نشریه پژوهش های حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، شماره ۴، صص ۵-۸.

طرفین را در پرتو آن جست‌وجو کرد.

۱.۱.۲. دارایی‌های رمزنگاری شده محلی برای تحقق عدم توازن قدرت و اطلاعات

به لحاظ فنی بلاک‌چین^۱ یا همان زنجیر بلوک‌ها، که نوعی دفترکل توزیع شده^۲ محسوب می‌شود، برای اولین بار این امکان را فراهم کرده است که سوابق تمامی معاملات صورت گرفته به ترتیب زمانی و به نحو غیرقابل دستکاری و به طور غیرمتمرکز ثبت و ضبط شود. فرایند از این قرار است که برای ثبت شدن یک معامله در زنجیره بلوک‌ها لازم است تمامی کاربرهای داخل شبکه با استفاده از الگوریتم‌های پیچیده این معامله را تأیید کنند.^۳ این دستاورد بزرگ منشأ تغییرات عمیق و شگرف در ساختارهای اقتصادی و اجتماعی است و علم حقوق را نیز تابع با چالش‌های متعدد مواجه می‌کند.^۴ حال باید دید در حوزه حقوق مصرف چه تحولاتی از این رهگذر ایجاد شده است.

در عمل و به طور کلی فارغ از انواع مختلف رمزدایی‌ها، ایجاد دارایی‌های رمزی با عرضه این دارایی‌ها همراه است. در عرضه دارایی‌های رمزی بنگاهی با استفاده از تکنولوژی بلاک‌چین اقدام به تولید، فروش و مبادله محصولی اعتباری می‌کند که خود تماماً به ابعاد فنی و ماهیت مبنایی آن و اقدامات آتی و صحت و سقم اطلاعات ارائه شده آگاه است. در مقابل، خریداران و مصرف‌کنندگان چنین محصولی عمدتاً نه تخصص لازم را برای معامله و نگهداری آن دارند و نه به مخاطرات آن واقف‌اند و نه حتی اطلاعات کامل از محصول و پروژه مبنایی آن دارند. چنین وضعیتی رمزداری‌ها را تبدیل به محلی برای عدم توازن اطلاعات می‌کند، به خصوص که معاملات مربوط به عرضه اولیه از راه دور و به طور الکترونیک اتفاق می‌افتد. بنابراین اندیشه در خصوص کاربرد حقوق مصرف و تعهد به ارائه اطلاعات در این زمینه غیرقابل اجتناب است.

1. Blockchain
2. Distributed Ledger
3. Edmund Mokhtarian and Alexander Lindgren, "Rise of the Crypto Hedge Fund: Operational Issues and Best Practices for an Emergent Investment Industry," *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 23, 2018, p 120.
۴. بدین ترتیب می‌توان به طور غیرمتمرکز یعنی بدون تمسک به ناظری مرکزی برای کنترل و بازرسی همچون بانک‌ها، یک ماهیت دیجیتال را محدود به یک بار انتقال کرد و در نتیجه مشکل تحت‌عنوان دو بار خرج کردن (double spending) برطرف شده و امکان ایجاد دارایی‌های رمزنگاری شده یا دیجیتال (Crypto/Digital Assets) فراهم می‌شود.
5. Don Tapscott and Alex Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World* (Penguin, 2016).

حتی در عرضه اولیه کوین‌ها (ICO)^۱، که نمونه بارز از عرضه رمزدارایی‌ها بوده و طی آن مبالغ بزرگ جذب سرمایه شده است، همچنان حقوق مصرف در تعریف موسع آن قابل اعمال است.^۲ در واقع دریافت کوین حتی با هدف سرمایه‌گذاری نافی نیاز طرف غیرمتخصص به تأمین اطلاعاتی نیست و ضرورت‌های اعمال نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در این رابطه همچنان باقی است.

۱.۲. تعهد به ارائه اطلاعات در کنار سایر قواعد حاکم بر دارایی‌های رمزنگاری شده

برای شناخت دقیق‌تر نقشی که نهاد تعهد به ارائه اطلاعات در سامان‌دهی مسائل مربوط به رمزدارایی‌ها ایفا می‌کند، لازم است آن را در میان سایر قواعد حقوقی حاکم در این عرصه گذاشت و ارتباط آنها را با همدیگر بررسی کرد. پیش از تعیین دقیق مرز میان شاخه‌های مختلف حقوق در نسبت با رمزدارایی‌ها باید توجه شود که اولاً ابهام در واژگان و تعاریف حوزه رمزدارایی‌ها در نتیجه نوظهور بودن این پدیده چالشی اساسی بر سر راه است. ثانیاً اعتبار مقررات عام در شاخه‌های مختلف منوط به عدم تصویب متون لاحق خاص درباره رمزدارایی‌ها است. در ادامه پس از فارغ شدن از دو نکته مذکور به تنقیح اولویت اعمال قواعد متعدد قابل اجرا در حوزه رمزدارایی‌ها پرداخته می‌شود.

۱.۲.۱. کلاف سردرگم مقرراتی برای دارایی‌های رمزنگاری شده

انواع مختلف دارایی‌های رمزنگاری شده تفاوت‌های اساسی و ماهیتی داشته و هرکدام کاربردهای متفاوت نیز دارند و نیازمند مقررات‌گذاری و تنظیم‌گری مخصوص‌اند.^۳ باین‌حال

۱. ICO مخفف عبارت Initial Coin Offering است. دقت شود که عنوان مقاله یعنی عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده اعم از عبارت مورد اشاره است. یعنی ICO تنها یکی از انواع عرضه رمزدارایی‌ها است که عموماً برای جذب سرمایه مورد استفاده قرار می‌گیرد و در باقی موارد مانند توکن‌های کاربردی یا رمزارز در مفهوم تخصصی آن مانند عرضه استیل‌کوین نیز عرضه رمزدارایی تحقق می‌یابد.

2. Aurelio Gurrea-Martínez and Nydia Remolina, "The Law and Finance of Initial Coin Offerings," *SMU centre for AI and data governance research paper* 2019, no. 06, 2019, p 14; Omri Marian, "Blockchain Havens and the Need for Their Internationally-Coordinated Regulation," *NCJL & Tech.* 20, 2018, p 538; Aylin Aslan, Ahmet Şensoy, and Levent Akdeniz, "Determinants of Ico Success and Post-Ico Performance," *Borsa Istanbul Review* 23, no. 1, 2023.

3. Makoto Yano et al., "Blockchain Business and Its Regulation," *Blockchain and Crypt Currency*, 2020, p 108. Elliot Brake, "For Love or for Profit?-Crafting a Suitable Securities Framework for Initial Coin Offerings," *Me. L. Rev.* 72 (2020): 169; Kenyon Briggs, "Taming the Wild West: How the Sec Can Legitimize Initial Coin Offerings (Icos), Protect Consumers from Bad Actors, and Encourage Blockchain Development," *Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.* 2, 2018, p 248.

ابهامات در تعاریف و اصطلاحات فنی مانع اتخاذ چنین رویکردی است.^۱ این امر در سند MiCA^۲ مصوب ۲۰ آوریل ۲۰۲۳ اتحادیه اروپا نیز متجلی است. مقررات ذیل این سند بر مبنای تقسیم دارایی‌های رمزنگاری شده بر سه گروه توکن‌های پرداخت^۳، توکن‌های کاربردی^۴ و توکن‌های بهادار^۵ تنظیم شده است. به طوری که تمامی قواعد پیش‌بینی شده در آن فقط با شناخت مرز دقیق میان این سه دسته قابل اعمال خواهد بود. امری که روشن نیست و تبدیل به چالشی برای مقررات‌گذاری و اعمال صحیح آن شده است.^۶ اعمال نظریه تعهد به ارائه اطلاعات نیز با این دشواری‌ها در خصوص رمزدارایی‌ها روبه‌رو است.

از سوی دیگر در نظام‌های حقوقی معاصر رویکردهای مختلف و گاه متعارضی در خصوص عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده اتخاذ شده است.^۷ به عنوان مثال در چین و کره جنوبی ICO صراحتاً منع شده است.^۸ گروهی از کشورها اقدام به وضع قوانین خاص برای عرضه رمزدارایی‌ها کرده‌اند.^۹ از جمله در فرانسه^{۱۰} و مالت^{۱۱} در خصوص ICO مقررات ویژه‌ای تدوین شده است.^{۱۲} همچنین اسناد دیگری تحت عنوان هشدارها و راهنمایی‌ها از جانب مقررات‌گذاران در برخی

1. Apolline Blandin et al., "Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study," *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, no. 23, 2019, p 15.
2. The Markets in Crypto Assets regulation
3. Currency/Payment tokens
4. Utility tokens
5. Security/financial/investment tokens
6. Dirk A Zetzsche et al., "The Markets in Crypto-Assets Regulation (Mica) and the Eu Digital Finance Strategy," *EBI Working Paper Series 77*, 2020, p 5.
7. Sevryugin V Chudinovskikh M., "Cryptocurrency Regulation in the Brics Countries and the Eurasian Economic Union," *BRICS Law Journal* 6, no. 1, 2019, p 64; Marian, Op.Cit." 564; Halil Rahman Basaran, "Businesspersons, Governments, and International Law," *Louisiana Law Review* 79, no. 3, 2019, p 766.
8. Jacob Gregory Shulman, "Icos, Cryptos, Blockchain, Oh My!: A Primer on Icos," *Rutgers Computer & Tech. LJ* 46, 2020, p 75; Mokhtarian and Lindgren, Op.Cit. p 151; Joseph D Moran, "The Impact of Regulatory Measures Imposed on Initial Coin Offerings in the United States Market Economy," *Cath. UJL & Tech* 26, 2017, pp 249-50.
9. David Stacher, "Regulation of Initial Coin Offering (Ico)," *Chair of Economic Theory Universität Basel*. [online] Available at: https://www.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/00_Professuren/Berentsen_Wirtschaftstheorie/Lecture_Material/Master_s_Thesis/Completed_Master_s_Theses/Master_Thesis_David_Stacher_pdf/read_03.06.2019. 2018, pp 31-34; GA Walker, "Initial Coin Offerings—Technology and the Rule of Law," *Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal* 2019, no. 2, 2019, pp 6-7; Milind Tiwari, Adrian Gepp, and Kuldeep Kumar, "The Future of Raising Finance—a New Opportunity to Commit Fraud: A Review of Initial Coin Offering (Icos) Scams," *Crime, Law and Social Change* 73, 2020, p 435.
10. *Code Monétaire Et Financier*, article L552-3.
11. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 3-12.
12. Walker, Op.Cit." 6-7; Marian, Op.Cit." 551; Tiwari, Gepp, and Kumar, Op.Cit. p 435.

کشورها دیده می‌شود که خاصیت الزام‌آور ندارند.^۱ دسته سوم از نظام‌های حقوقی در بلاتکلیفی بوده و باینکه به‌صراحت برای عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده و به‌طور کلی اکوسیستم بلاک‌چینی منعی وجود ندارد، لیکن نظم و سامانی هم به عمل آورده نشده است.^۲ در نتیجه چنین وضعیتی موضوع دارایی‌های رمزی از طریق قوانین و قواعد حقوقی موجود تنظیم خواهد شد. در واقع در بسیاری از کشورها همچون انگلیس، آمریکا و استرالیا^۳ مقررات سنتی مالی و مدنی در این حوزه قابل‌اعمال قلمداد شده است.^۴ بنابراین می‌توان با تکیه بر اصول حقوقی سابق و بازگشت به خاستگاه نظریه تعهد به ارائه اطلاعات اندکی از ابهامات پرهیز کرد و از این طریق مجال بررسی بیشتر موضوع فراهم می‌شود.

۱.۲.۲. جایگاه حقوق مصرف در کنار سایر شاخه‌های حقوق در دارایی‌های رمزنگاری شده

قواعد عمومی قراردادهای زمانی در عرضه رمزدارایی‌ها قابلیت اعمال دارد که قراردادهای هوشمند را مشابه با توافقی‌های عادی تلقی کنیم.^۵ بدین نحو که قرارداد میان ناشر و دریافت‌کننده رمزدارایی می‌تواند بیع یا معاوضه در نظر گرفته شود. به عبارت دقیق‌تر، وقتی که ارزش‌های دیجیتال در ازای ارزش‌های فیزیکی^۶ منتشر شوند، قرارداد از نوع بیع خواهد بود. اما هنگامی که دارایی‌های رمزنگاری شده در ازای سایر توکن‌ها انتشار یابند قرارداد از نوع معاوضه است.^۷ باین حال برخلاف توکن‌هایی که به‌دار محسوب نمی‌شوند در خصوص دسته دیگر احتمال اعمال مقررات مالی نیز مطرح است.^۸ منظور از مقررات مالی قواعدی است که در حوزه سه بازار پول،

1. Paweł Sz wajdler, "Considerations on the Construction of Future Financial Regulations in the Field of Initial Coin Offering," *European Business Organization Law Review* 23, no. 3, 2022, pp 685-86.

۲. صغیری، بهراد و هادی وحید، **ضرورت مقررات‌گذاری بین‌المللی در حوزه بلاک‌چین و دارایی‌های رمزنگاری شده**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، ۱۴۰۱، ص ۲۶۰.

3. "The Introduction to the Australian ASIC's Information Sheet (Info 225) on Initial Coin Offerings

and Crypto-Assets."; Michael J O'Connor, "Overreaching Its Mandate? Considering the Sec's Authority to Regulate Cryptocurrency Exchanges," *Drexel L. Rev.* 11, 2018, p 568.

4. Gurrea-Martinez and Remolina, op.cit, p 31; Claire Wilson, "Cryptocurrencies: The Future of Finance?," *Contemporary Issues in International Political Economy* , 2019, p 367; Briggs, Op.Cit, p 439.

۵. مظفری، مصطفی و مهدی ناصر، **نقش قراردادهای هوشمند در تثبیت حقوق مالکانه افراد**، نشریه تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۹۵، صص ۲۵۶ به بعد.

۶. منظور از ارزش‌های فیزیکی همان پول ملی کشورها است.

7. Sz wajdler, Op.Cit." 648; Gurrea-Martinez and Remolina, op.cit, pp 17-19.

8. op.cit." 17; Wilson, Op.Cit, p 367.

سرمایه و بیمه وجود دارد.^۱ این امر علاوه بر نظارت نهادها و مقررات پولی نسبت به استیبل-کوین‌ها^۲ و توکن‌های پرداخت،^۳ به خصوص در اعمال مقررات مربوط به عرضه اولیه در بورس در خصوص ICOها متجلی است.^۴ چنین دیدگاهی بر مبنای فرض مشابهت میان دارایی‌های رمزنگاری شده و ابزارهای مالی سنتی مطرح شده است.^۵ به اعتقاد این گروه، عرضه اولیه دارایی‌های رمزنگاری شده الگو گرفته از عرضه اولیه در بورس اوراق بهادار است.^۶ همچنین گفته شده است این تشابه نافی نیاز به تنظیم مقررات مالی جدید متناسب با رمزدارایی‌ها نیست.^۷ با توجه به اقتضائات مذکور در بند نخست، حقوق مصرف که متضمن نظریه تعهد به ارائه اطلاعات است دیگر شاخه سنتی از حقوق است که در نظام‌های حقوقی فعلی درباره عرضه رمزدارایی‌ها قابل اعمال تلقی شده است.^۸ در این خصوص تفاوتی میان توکن‌های بهادار و غیربهادار وجود ندارد.^۹ به عبارت دقیق‌تر، مقررات حقوق مصرف به طور عام حاکم بر تمامی انواع دارایی‌های رمزنگاری شده فارغ از بهادار یا غیربهادار بودن آن دانسته شده است. این امر به خصوص در قوانین و مقررات اتحادیه اروپا نیز قابل مشاهده است.^{۱۰} ملاک حاکمیت حقوق

۱. سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، تهران: سمت، سال ۱۳۹۶، ص ۲.

2. Stable Coins

3. Zetzsche et al., Op.Cit." 13; Marco Dell'Erba, "Stablecoins in Cryptoeconomics from Initial Coin Offerings to Central Bank Digital Currencies," *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y* 22, 2019, p 38.

4. Gurrea-Martinez and Remolina, op.cit." P 31; Wilson, Op.Cit, p 367; Briggs, Op.Cit." P 439; Wulf A Kaal, "Initial Coin Offerings: The Top 25 Jurisdictions and Their Comparative Regulatory Responses (as of May 2018)," *Stan. J. Blockchain L. & Pol'y* 1, 2018, pp 47-48.

5. Stefano D & D'Hondt, C , " Analyse De Deux Méthodes De Financement: Initial Public Offering (Ipo) Vs Initial Coin Offering (Ico),"

6. L Fitts, W, "Initial Coin Offerings: Getting Rid of the Venture Capitalist," *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* 20, 2018, P 927; D Trotz, E, "Tangled up in Blue: Adapting Securities Laws to Initial Coin Offerings," *N. Ill. UL Rev.* 39 , 2018, P 429; Briggs, Op.Cit, P 424.

7. Tjio, H & Ying Hu, "Collective Investment: Land, Crypto and Coin Schemes: Regulatory 'Property'," *European Business Organization Law Review* 21 , 2020; Saman Adhami and Giancarlo Giudici, "Initial Coin Offerings: Tokens as Innovative Financial Assets," *Blockchain economics and financial market innovation: Financial innovations in the digital age*, 2019, PP 72-73; Yano et al., Op.Cit, pp 120&10; Marco Dell'Erba, "Initial Coin Offerings: The Response of Regulatory Authorities," *NYUJL & Bus.* 14 , 2017, PP 1118-19; Gurrea-Martinez and Remolina, op.cit." 31; Briggs, Op.Cit, p 439.

8. "The Introduction to the Australian Asic's Information Sheet (Info 225) on Initial Coin Offerings.

and Crypto-Assets."; Bruno Mathis, "Which European Regulation for Security Tokens?[Quelle Réglementation Européenne Pour Les Security Tokens?]," 2020, P10; E Noble, "Crypto-Assets-Overcoming Impediments to Scaling: A View from the Eu," 2021, P 12; Zetzsche et al., Op.Cit, PP 3-4.

9. "The Introduction to the Australian Asic's Information Sheet (Info 225) on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets."; Mathis, "Which European Regulation for Security Tokens?[Quelle Réglementation Européenne Pour Les Security Tokens?]," 10.

10. "Which European Regulation for Security Tokens?[Quelle Réglementation Européenne Pour Les Security Tokens?]," 10.

مصرف در حمایت از سرمایه‌گذاران در بورس اوراق بهادار نیز تأییدکننده این موضع است.^۱ بدین توضیح که خریداران خرد رمزدارایی‌ها همانند سرمایه‌گذاران خرد در بورس اوراق بهادار محروم از تخصص و اطلاعات کافی بوده و نیازمند حمایت‌اند. با وجود این، برخلاف توکن‌های کاربردی، در توکن‌های بهادار مجری بودن حقوق مصرف در کنار قواعد و مقررات مالی مطرح است.^۲ همچنین اگر نتیجه مشارکت در یک ICO عضویت در شرکت ناشر به‌عنوان شریک باشد، تحت شرایطی حقوق مربوط به مسائل حاکمیتی شرکت‌های تجاری که متناسب با عضویت غیرمتمرکز شرکا باشد، جایگزین حقوق مصرف می‌شود.^۳ از جمله آثار مباحث فوق آن است که مطابق با حقوق بین‌الملل خصوصی در حقوق مصرف قوانین کشور منسوب به مصرف‌کننده حاکم در اختلافات فی‌مابین خواهد بود.^۴ هنگام صحبت از اعمال حقوق مصرف بر عرضه رمزدارایی‌ها مقصود اصلی نظریه تعهد به ارائه اطلاعات است که در ادامه بدان می‌پردازیم.

۲. شیوه اعمال تعهد به ارائه اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده

نظریه تعهد به ارائه اطلاعات^۵ همچون زیرشاخه‌ای از حقوق مصرف در پاسخ به نیازهای موجود در فضای مقررات‌گذاری اجتماعی تکوین یافته است. این توجیها را می‌توان در تأثیر کمبود اطلاعات و به‌علاوه هزینه‌های جانبی پیش‌بینی‌نشده در توازن اقتصادی جامعه دید. به‌علاوه توجیها غیراقتصادی مبنی بر حق ذاتی افراد جامعه در برخورداری از اطلاعات و تنظیم منافع خصوصی برخی اشخاص در بازار، دیگر عوامل دخیل در رشد و ظهور این شاخه از حقوق است.^۶ حال با توجه بدین مبانی در ادامه مستقلاً و به ترتیب ابتدا ابهامات موجود (۱-۲) که در عمل هنگام به‌کارگیری نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در خصوص رمزدارایی‌ها با آن مواجهیم و سپس ابتکارات ضروری (۲-۲) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. قاسمی حامد، عباس و یوسف براری چناری، بررسی مفهوم مصرف‌کننده در بورس اوراق بهادار، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۴۰۰، شماره ۹۳، صص ۱۴۲-۱۱۹.

2. Szwajdler, Op.Cit. P 684.

3. Brake, Op.Cit. P 192; DA Zetzsche et al., "The Ico Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators, University of Luxembourg Law Working Paper, 11, 2017," 2018, P 22.

4. "The Ico Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators, University of Luxembourg Law Working Paper, 11, 2017," 21; Szwajdler, Op.Cit, P 693.

5. Obligation d'information dans le contract, Disclosure obligation

6. A Ogus, T Riis, and R Nieben, "Regulation-Legal Form and Economic Theory," in *Law and Economics: Methodology and Application* (DJØF Publishing, 1998), 121.

۲.۱. ابهامات در اعمال تعهد به ارائه اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده

ابتدا ابهامات از منظر حقوقی نسبت به تعاریف و اصطلاحات موجود درباره تعهد به ارائه اطلاعات در مرحله انطباق آن با رمزدارایی‌ها مورد دقت و بازبینی قرار می‌گیرند. در ادامه مشکلات دیگری را که در وضعیت فعلی ناشی از شیوه عملکرد فعالین اکوسیستم بلاک‌چینی است و خلأ قانونی بدان دامن زده است، بررسی کرده و سپیدنامه به‌عنوان اصلی‌ترین شیوه ایفای تعهد به ارائه اطلاعات در رمزدارایی‌ها مورد نقد و تشکیک قرار خواهد گرفت.

۲.۱.۱. تعهد متخصص در برابر مصرف‌کننده برای ارائه اطلاعات

در حقوق ایران در قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ و قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ به‌صراحت از تعهد به ارائه اطلاعات سخن گفته شده است.^۱ این نظریه در قوانین اتحادیه اروپا نیز مورد توجه قرار گرفته است.^۲ صرف‌نظر از آنچه در مواد قانونی آمده است، مفاد نظریه تعهد به ارائه اطلاعات از این قرار است که در مواجهه با عدم توازن اطلاعاتی میان طرفین قرارداد و در حمایت از طرف ضعیف‌تر طرفی که مطلع‌تر و آگاه‌تر فرض می‌شود، مکلف است اطلاعات خود را در اختیار طرف ناآگاه قرار دهد.^۳ همچون سایر مباحث حقوق مصرف در تعهد به ارائه اطلاعات نیز با مفهوم متخصص و غیرحرفه‌ای مواجهیم. بنابراین متعهد باید متخصص^۴ و متعهدله متصف به صفت غیرحرفه‌ای باشد.^۵ شرط دیگر احراز علم متعهد و جهل متعهدله است.^۶ در یک نگاه کلی ارائه اطلاعات نسبت به بهاء، کیفیت و کمیت مدنظر است. بدین ترتیب که در نقض تعهد به ارائه اطلاعات یا فرد متعهد از ارائه اطلاعات لازم

۱. مواد ۳۳، ۳۴ و ۳۵ از قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ و بند ۳ از ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸.

2. Martien Schaub, "How to Make the Best of Mandatory Information Requirements in Consumer Law," *European Review of Private Law* 25, no. 1, 2017.

۳. قاسمی حامد، عباس، *متخصص متعهد ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده در حقوق فرانسه*، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹، ص ۱۹۰.

۴. همان، صص ۲۱۰-۱۸۷.

۵. قاسمی حامد، عباس، *غیرحرفه‌ای متعهدله ارائه اطلاعات در حقوق فرانسه*، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۱، صص ۲۴۴-۲۲۹.

۶. قاسمی حامد، عباس، *مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه*، روزنامه دنیای حقوق، ۲۹ فروردین ۱۳۹۶، ص ۴.

خودداری می‌ورزد یا در حالت دیگر به ارائه اطلاعات غلط می‌پردازد.^۱ در نهایت پرسش مهمی که در شناخت مفهوم تعهد به ارائه اطلاعات با آن مواجهیم آن است که مبنای این تعهد غیر قراردادی محسوب می‌شود یا باید آن را ناشی از قرارداد یا پیش‌قرارداد دانست؟ در پاسخ باید دقت شود که تعهد به دادن اطلاعات در مرحله پیش‌قراردادی و پس از انعقاد قرارداد از یکدیگر متفاوت‌اند.^۲ اگر این تمایز به دقت صورت نپذیرد در اعمال ضمانت اجرای مناسب در مصادیق مختلف با مشکل مواجه خواهیم بود.^۳

در میان نکات و ظرایف فوق آنچه در بحث رمزدارایی‌ها شایسته دقت و تأمل بیشتر است آن که در تطبیق رمزدارایی‌ها با نظریه تعهد به ارائه اطلاعات به طور کلی ناشران^۴ دارایی‌های رمزی در نقش متخصص و خریداران در جایگاه غیر حرفه‌ای قرار می‌گیرند. با این حال تعریف دقیقی از اصطلاح ناشر در دست نیست. در رمزآزری همچون بیت‌کوین ناشر فرد نامشخص و مجهول‌الهویه است. همچنین در بسیاری از موارد عرضه رمزدارایی‌ها بر روی بلاک‌چین دیگری همانند اتریوم انجام می‌شود که موجب تعدد در هویت ناشران است. همچنین می‌توان گفت که ناشران خود در مقابل بلاک‌چین اتریوم مصرف‌کننده محسوب می‌شوند. گروهی پیشنهاد کرده‌اند که برای پرهیز از این ابهامات از عبارات ارائه‌کننده و قبول‌کننده در متون استفاده شود.^۵ علاوه بر ابهاماتی که در خصوص ناشران وجود دارد، در عرضه رمزدارایی‌ها با ارائه‌دهندگان خدمات و فروشندگان واسط مواجهیم. شیوه‌های ارائه خدمات^۶ در این حوزه از جمله شامل نگهداری و مدیریت دارایی‌های رمزنگاری شده متعلق به دیگران، راه‌اندازی پلتفرمی مخصوص معاملات رمزدارایی‌ها، مبادله دارایی‌های رمزنگاری شده با ارزهای فیات یا دیگر رمزدارایی‌ها، واسطه‌گری

۱. جنیدی، لعیا، **مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تأکید بر نظام‌های کامن‌لا**، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۸۱، شماره ۵۶، ص ۱۳؛ قاسمی حامد، عباس، **مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه**، پیشین، ص ۴.

Ogus, Riis, and Nieben, Op.Cit, p 121.

۲. جنیدی لعیا، پیشین؛ خالدی دوبرجی، پری، عباس قاسمی حامد و اکرم بهشتی، **حقوق مصرف‌کننده در مرحله پیش‌قراردادی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس**، نشریه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۴۴.

۳. قاسمی حامد، عباس و حبیب طالب احمدی، **اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی**، مجله مطالعات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۹۰، دوره سوم، شماره ۱، ص ۱۵۹.

4. Issuer

5. Zetzsche et al., Op.Cit. P 25.

6. Service providers

در ارائه یا قبول پیشنه‌ها همچون کارگزاران بورس و در نهایت ارائه مشاوره است.^۱ به نظر می‌رسد باید فروشندگان متخصص و ارائه‌دهندگان خدمات را نیز متعهد به ارائه اطلاعات دانست. با این حال، مسئولیت واسطه‌ها به معنای نفی مسئولیت ناشران نیست و دسته اخیر همچنان مسئول خواهند بود.^۲ در این خصوص باید دید آیا مسئولیت میان ایشان تضامنی یا اشتراکی است؟ پاسخ بدین سؤال حسب شرایط متفاوت است. از جمله تفکیک میان اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی و بعد از قرارداد در تعیین ضمانت اجرای مناسب نقش کلیدی ایفا می‌کند.

۲.۱.۲. سپیدنامه و ابهامات مربوط بدان

در حال حاضر جز در موارد استثنایی همچون سیستم حقوقی کشور مالت^۳ قواعد خاصی در خصوص تعهد به افشای اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزی در نظام‌های حقوقی دنیا وجود ندارد.^۴ عدم وجود چنین مقرراتی طبیعتاً موجب افزایش حیل و تقلب و معضلات خواهد بود.^۵ این کاستی در خصوص توکن‌های بهادار، که علاوه بر حقوق مصرف در قلمرو مقررات مالی نیز جای می‌گیرند، نمود کمتری خواهد داشت.^۶ البته در کشورهایی نیز که مقررات ویژه در این زمینه به تصویب نرسیده است، امکان استفاده از مقررات سنتی حقوق مصرف همچنان وجود دارد.^۷ از توجه در همین نکته است که در عمل ناشران دارایی‌های رمزنگاری شده این تعهد را بر دوش خود احساس کرده و با روش‌های مختلف در پی برقراری ارتباط با سرمایه‌گذاران بالقوه خود می‌باشند. رایج‌ترین و معمول‌ترین روش صدور سپیدنامه^۸ است که مشابه بروشورها و دفترچه‌های راهنما یا همچون امیدنامه‌ها در بازار سرمایه‌اند.^۹ علاوه بر این ناشران از تالارهای گفتمان ویژه، وبسایت‌های خود و رسانه‌های اجتماعی به عنوان کانال‌های ارتباطی با خریداران آتی سکه‌ها و

1. Zetzsche et al., Op.Cit. P 18.

۲. قاسمی حامد، عباس، متخصص متعهد ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده در حقوق فرانسه، پیشین، صص ۲۱۰-۱۸۷.

3. *Maltese Virtual Financial Assets Act*.

4. Jiafu An, Wenxuan Hou, and Xianda Liu, "Initial Coin Offerings: Investor Protection and Disclosure," *Technical report, Working paper*, 2018, P 8.

5. Brake, Op.Cit. " 193; Nate Crosser, "Initial Coin Offerings as Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities," *U. Kan. L. Rev.* 67, 2018, P 409; Alexander Fong, "Blocking the Chain: Regulating the Initial Coin Offering," *De Lege Ferenda* 1, 2018, P 75.

6. Brake, Op.Cit. P 193.

7. Crosser, Op.Cit. P 395.

8. whitepaper

9. 424; Alina Iurina, "Initial Coin Offering in Gibraltar-Case Study: Calidumcoin," 2017, P 15; Marian, Op.Cit. P 539.

توکن‌ها استفاده می‌کنند.^۱ در کشور مالت که مقررات مخصوص در این خصوص وجود دارد، اطلاعات مندرج در سپیدنامه‌ها، وبسایت‌های ناشران و تبلیغات آنها باید با مقررات قانونی الزام‌آور مطابقت داشته باشند.^۲

سپیدنامه‌ها که به‌طور معمول حاوی اطلاعاتی همچون نحوه استفاده و کاربرد آتی توکن‌ها و همچنین بهره و سودی که خرید برای سرمایه‌گذاران به دنبال خواهد داشت و همچنین توضیحاتی درخصوص تکنولوژی زیربنایی‌اند،^۳ در شیوه‌ای که امروز منتشر می‌شوند توانایی حل بسیاری از معضلات را ندارند و معایب عمده و فراوانی دارند.^۴ از جمله آنکه محتوای سپیدنامه‌ها بسیار متفاوت از همدیگر است و هیچ اصول و ساختار مشخصی در این خصوص وجود ندارد.^۵ این امر باعث می‌شود که تقارن اطلاعاتی میان این اسناد وجود نداشته باشد.^۶ از سوی دیگر اطلاعات موجود در سپیدنامه‌ها توسط کارشناسان بررسی و حسابرسی نمی‌شود.^۷ بنابراین کاملاً محتمل است که این اسناد حاوی اطلاعات کذب و خلاف واقع و گمراه‌کننده باشند.^۸ درنهایت مشکل دیگر آنکه زبان مورد استفاده در سپیدنامه‌ها انگلیسی غامض و حاوی مطالب پیچیده و فنی است و در نتیجه درک سپیدنامه‌های فعلی که امروزه منتشر می‌شوند اغلب دشوار است؛ به‌طوری که غالب افراد قادر به فهم کافی محتوای این اسناد نیستند.^۹

۲.۲. ابتکارات در اجرای تعهد به ارائه اطلاعات در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده

به‌دنبال تشریح معضلات و چالش‌های موجود منطقی آن است که راهکارهای مقتضی برای

1. Danatzis and D'Hondt, Op.Cit, p 32; Michael R Meadows, "The Evolution of Crowdfunding: Reconciling Regulation Crowdfunding with Initial Coin Offerings," *Loy. Consumer L. Rev.* 30, 2017, P 282.

2. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 3-6.

3. James Thewissen et al., "Unpacking the Black Box of Ico White Papers: A Topic Modeling Approach," *Journal of Corporate Finance* 75, 2022.

4. Fiona Steverding and Alexander Zureck, "Initial Coin Offerings in Europe—the Current Legal Framework and Its Consequences for Investors and Issuers," *Available at SSRN 3536691*, 2020, P 21; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. PP 18-32; Dmitri Boreiko and Dimche Risteski, "Serial and Large Investors in Initial Coin Offerings," *Small Business Economics* 57, 2021, P 1055; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P13; Dell'Erba, Op.Cit. P 25; Tiwari, Gepp, and Kumar, Op.Cit. P 435; An, Hou, and Liu, Op.Cit.

5. Steverding and Zureck, Op.Cit. P 22; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. PP 18-32; Meadows, Op.Cit. P 282.

6. Boreiko and Risteski, Op.Cit. P 3.

7. Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 14; Dell'Erba, Op.Cit. P 25; Tiwari, Gepp, and Kumar, Op.Cit. P 435.

8. Meadows, Op.Cit. P 282; Trotz, Op.Cit. P436; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 13.

9. Trotz, Op.Cit. P 449.

به حداقل رسانیدن آنها ارائه شود. از این طریق تمامی تحلیل‌ها و جهد علمی صورت گرفته در سطور سابق تقویت می‌شود و روشن‌تر از قبل نمایان خواهد شد. در این خصوص، با تقسیم مطالب این قسمت به دو بخش مجزا، ابتدا تغییرات مربوط به سپیدنامه و سپس پیشنهادها غیرمربوط بدان آورده می‌شود. این رویه به معنای تأکید بر نگاه همه‌جانبه به موضوع است و در ذیل نتیجه‌گیری تکمیل می‌شود.

۲.۲.۱. تغییرات لازم درباره سپیدنامه

می‌توان سپیدنامه‌ها را به‌طرزی تهیه کرد که دارای محتوای مشابه و متقارن و همچنین صحیح و قابل درک باشند و در نهایت به زبان انگلیسی ساده و روان تنظیم شده باشند. با توجه به خصیصه بین‌المللی این اسناد استفاده از زبان انگلیسی مبنا و معیار قابل درک بودن است. برای این کار لازم است مقرراتی تدوین شود که در آن رعایت استانداردهای خاص برای سپیدنامه‌ها الزامی تلقی شود. در این راستا در برخی کشورها همچون ایالات متحده آمریکا^۱ انتشار اطلاعات گمراه‌کننده از طریق سپیدنامه می‌تواند منجر به مسئولیت تحت حقوق حمایت از مصرف‌کننده و حقوق مدنی شود.^۲ با این حال چنین تحریفاتی یعنی انتشار اطلاعات گمراه‌کننده از طریق سپیدنامه باید تحت مجازات قانونی ممنوع شوند. همچنین اصول حقوقی مرتبط با مسئولیت مدنی می‌تواند برای صدور سپیدنامه‌های غیرقابل اعتماد طراحی شود.^۳ یکی دیگر از ابتکارات مفید از این قرار است که در مقررات‌گذاری‌ها در این زمینه شرط کرد که هرگونه بند مبهم در سپیدنامه به نفع مصرف‌کنندگان تفسیر خواهد شد.^۴ همچنین بدیهی است که در این مقررات‌گذاری نوین من جمله باید به اطلاعاتی که افشای آن در سپیدنامه‌ها ضروری است تصریح شود.^۵ این امر می‌تواند منجر به کاهش فعالیت‌های متقلبانه و افزایش کیفیت سپیدنامه‌ها شود.^۶

۱. این امر در کیس‌های متعدد در خصوص شرکت‌هایی همچون Arisebank, Recoin & Diamond Reserve, Plexcorps قابل مشاهده است. در یک نمونه شرکت Plexcorps یا Plexcoin در یک سپیدنامه ادعا کرده بود که قابلیت تبدیل به یک رمزارز عمده در بازار را دارد و در قسمتی دیگر از سود احتمالی ۱۳ برابر فقط در عرض یک ماه سخن آورده شده است. در نتیجه این ICO شرکت توانست بیش از ۱۵ میلیون دلار آمریکا جذب سرمایه کند. در دسامبر ۲۰۱۷ کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا (SEC) اقدام به طرح دعوا علیه این شرکت کرد. یکی از مبانی طرح دعوا در کنار عدم ثبت نزد سازمان بورس اراده اطلاعات نادرست به عموم بوده است. برای مطالعه بیشتر به منبع لاحق مراجعه شود.

2. Tiwari, Gepp, and Kumar, Op.Cit. P 432.

3. Meadows, Op.Cit. P 282.

4. Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 32.

5. Trotz, Op.Cit. P 436.

6. Ibid., P 447.

از آن جمله هنگام عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده اولاً باید هویت ناشران^۱ و توسعه‌دهندگان^۲ و به‌علاوه اقامتگاه، وضعیت و ویژگی‌های اساسی ناشر و اطلاعات مربوط به فعالیت ناشر مشخص شود.^۳ همچنین افشای هویت مالکان ذی‌نفع ناشر^۴ نیز کمک‌کننده است.^۵ درنهایت در خصوص توکن‌های انتشاریافته لازم است اطلاعات فنی و به‌علاوه تعداد و قیمت ژتون‌ها و شیوه‌های پرداخت مشخص شوند.^۶ اگر منظور از عرضه دارایی‌رمزنگاری شده جذب سرمایه باشد، باید اولاً حقوق سرمایه‌گذاران به‌صراحت در سپیدنامه آورده شود.^۷ همچنین ذکر خطرات مربوط به سازمان‌دهی ICOها،^۸ اهداف جمع‌آوری سرمایه،^۹ استراتژی سرمایه‌گذاری،^{۱۰} شرح تفصیلی پروژه تأمین مالی شده،^{۱۱} قابل استفاده بودن پروژه تأمین مالی شده،^{۱۲} مدت زمان پیش‌بینی شده برای پروژه موضوع تأمین مالی،^{۱۳} سود پیش‌بینی شده از سرمایه‌گذاری^{۱۴} و اطلاعاتی در مورد سرمایه‌گذاران بالقوه و نحوه توزیع توکن‌ها^{۱۵} ضروری است. به‌علاوه باید نظر حسابرس متخصص درمورد پروژه تأمین مالی شده ضمیمه سایر اطلاعات شود.^{۱۶} چگونگی و

1. Issuers
2. Developers
3. Yano et al., Op.Cit. P 121-22; Trotz, Op.Cit. P 442; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 32; *Maltese Virtual Financial Assets Act*, articles 7(j)&7(f).
4. The beneficial owners of the issuer
5. Marian, Op.Cit. P 542.
6. Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 13; Jonathan Rohr and Aaron Wright, "Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets," *Hastings LJ* 70, 2018, P 465; *Maltese Virtual Financial Assets Act*, articles 7(b)&7(z)&7(p); *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, (24/09/2020), articles 5(1)(e) & 46(2)(e).
7. Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 13; Yano et al., Op.Cit. PP 121-22; *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, article 17(1)(e).
8. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, articles 7(d) & 7(ab).
9. Sabrina T Howell, Marina Niessner, and David Yermack, "Initial Coin Offerings: Financing Growth with Cryptocurrency Token Sales," *The Review of Financial Studies* 33, no. 9, 2020, P 3942; *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 7(d).
10. Dell'Erba, Op.Cit. P 1112.
11. Brake, Op.Cit. P 193; Meadows, Op.Cit. P 282; *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, articles 5(1)b & 46(2)(a).
12. Brake, Op.Cit. P 193; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P 13; *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 7(c).
13. Brake, Op.Cit. P 193.
14. Dell'Erba, Op.Cit. P 1112; Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. P13.
15. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, articles 7(k) & 7(g).
16. Gurrea-Martínez and Remolina, op.cit. PP 13-14; *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 4(1)(ae).

روند اعتراضات و شکایات لازم است مشخص و روشن شود.^۱ در نهایت اطلاعاتی درخصوص ذخیره دارایی‌ها،^۲ ضمانت‌نامه‌های مالی^۳ و مسائل مربوط به توقیف^۴ و مسائل مالیاتی قابل توجه برای سرمایه‌گذاران^۵ ارائه شود. همچنین ارائه اطلاعات در مورد مناسب بودن روش ICO برای پروژه موضوع تأمین مالی،^۶ خطرات مربوط به دارایی‌های رمزنگاری شده به‌طور کلی^۷ و برنامه‌های آتی ناشر برای آینده^۸ می‌تواند روشنگر باشد. موارد دیگری نیز وجود دارند که می‌توان آنها را به لیست فوق افزود. به‌عنوان مثال برخی معتقدند که طرح کسب و کار اولیه باید به سپیدنامه‌ها ضمیمه شوند.^۹ همچنین پیوست شدن سندی تحت عنوان خلاصه‌ها و هشدارها در متن MiCA ضروری دانسته شده است.^{۱۰}

۲.۲.۲. سایر تغییرات لازم فراتر از سپیدنامه

نظریه تعهد به ارائه اطلاعات به‌عنوان بخشی از حقوق مصرف در معاملات اعتباری و اوراق بهادار و در نتیجه توکن‌های بهادار نیز لازم‌الرعايه است. در توجیه این الزام گفته شده است که به‌لحاظ اقتصادی باید هزینه دسترسی به اطلاعات قیمت را برای دریافت‌کننده اعتبارات کاهش دهد و از این طریق اجرای معامله تسهیل و رعایت شرایط عمومی قراردادها تأمین شود. در نهایت امکان رقابت در بازار نیز منوط به این امر است.^{۱۱} همچنین درخصوص اوراق بهادار تعهد به افشای اطلاعات مربوط به کیفیت منجر به رقابت بهتر می‌شود. قیمت در این‌گونه موارد خود گویاست و تا حدودی نیاز به افشای بیشتر اطلاعات را رفع می‌کند. بنابراین در توجیه لزوم افشای کیفیت می‌توان به عدالت توزیعی تمسک نمود. علاوه بر عدالت توزیعی وجود منافع عمومی همچون کاهش حیل و تقلب و تأمین منافع اشخاص ثالث می‌تواند توجیه دیگر قلمداد شود. دقت

1. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, article 17(1)(g).

2. *Ibid.*, article 17(1)(b).

3. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 4(1)(x).

4. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, article 17(1)(c).

5. *Maltese Virtual Financial Assets Act*, article 7(u).

6. *Ibid.*, article 7(a).

7. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, articles 5(1)(f) & 5(5) & 46(2)(e).

8. Yano et al., *Op.Cit.* PP 121-22.

9. Adhami and Giudici, *Op.Cit.* P 68'.

10. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937*, article 17(2) & 5(7); Zetzsche et al., *Op.Cit.*

11. Ogus, Riis, and Nieben, *Op.Cit.* P 128.

شود که در مقابل، متولیان برای تصویب قوانین و نظارت بر اجرای آن و اشخاص در راستای رعایت این مقررات هزینه‌هایی را متحمل می‌شوند. بنابراین تأمین تعادل در این موازنه میان هزینه و فایده باید مورد هدف قرار گیرد. همچنین منافع خصوصی شرکت‌های بزرگ نیز در این موازنه تأمین می‌شود.^۱ حال با توجه به مبانی تعهد به ارائه اطلاعات در توکن‌های بهادار سؤال این است که سپیدنامه در چنین شرایطی و در ارتباط با سایر الزامات موازی از چه جایگاهی برخوردار است؟ آیا نیاز است تغییراتی متناسب با این شرایط ویژه در آن اعمال شود؟ یا شیوه‌ای به‌کلی متفاوت قابل‌طراحی است؟ پاسخ بدین سؤالات ساده نیست، اما مسلم آن که اتخاذ ابتکاراتی نوین در این خصوص ضروری است. به‌علاوه ابهام دیگر که سپیدنامه به تنهایی قادر به پاسخگویی نسبت به آن نیست، نقش سایر فعالان به غیر از ناشران در تعهد به ارائه اطلاعات است. ارائه‌کنندگان خدمات و ایادی واسط را چگونه باید مقید به ارائه اطلاعات لازم نمود؟ در این موارد نیز نیاز به تقنین و شفاف‌سازی وجود دارد.

از دیگر سو، پس از صدور سپیدنامه و عرضه اولیه دارایی‌های رمزنگاری شده کار بدین مرحله ختم نشده و معاملات و نوسانات همچنان ادامه خواهد داشت. از این روی، فقط اکتفا نمودن به سپیدنامه رافع نیاز افراد جامعه نیست. این روند باید ادامه داشته باشد و تعهد به ارائه اطلاعات همچنان بر دوش متعهد باقی خواهد بود. این تعهد از طریق گزارش‌دهی موقت ایفا می‌شود.^۲ بدین معنی که ناشران موظف به گزارش اصلاحات در اطلاعات مندرج در سپیدنامه باشند. همچنین صاحبان دارایی‌های رمزنگاری شده باید موظف باشند که رگولاتورها^۳ را از خرید و انتقال توکن‌های خود مطلع کنند.^۴ یکی از شیوه‌های مرسوم کسب سود درخصوص ارزهای دیجیتال بالا و پایین کردن مدیریت‌شده قیمت‌ها توسط افراد تأثیرگذار اغلب با استفاده از امتیازهای اطلاعات نهان و کسب سود حداکثری از این طریق است. این امر می‌تواند وصف کیفی یابد و قابل مجازات باشد. به‌نحوی که نیاز است اطلاعات صحیح همواره به بازار ارائه شده، از منحرف کردن اذهان با القای اطلاعات نادرست جلوگیری شود.^۵

1. Ibid., 139.

2. Jay Preston, "Initial Coin Offerings: Innovation, Democratization and the Sec," *Duke L. & Tech. Rev.* 16 2017, P 330.

3. Regulators

4. Fong, Op.Cit. P 68.

5. Briggs, Op.Cit. P 448.

نتیجه‌گیری

گفته شد که در مقررات‌گذاری در حوزه دارایی‌های رمزنگاری شده لازم است بر انواع مختلف این دارایی‌ها تمرکز کرد و هرکدام را حسب شرایط و ویژگی‌هایی که دارد موضوع قواعد حقوقی ویژه قرار داد. همچنین یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌ها تمایز میان توکن‌های بهادار و غیربهادار قلمداد و تأکید شد بر این تقسیم آثار حقوقی فراوان بار می‌شود. در ادامه اضافه شد که در تعهد به افشای اطلاعات به‌عنوان بخشی از حقوق مصرف نیز توجه بدین تقسیم ضروری است. بدین توضیح که آنچه درخصوص با وضعیت فعلی سپیدنامه و تغییرات و ابتکارات مفید در آن آورده شد، فقط گویای بخشی از زوایای بحث است. در بسیاری از کشورهای پیش‌رو در حوزه مقررات‌گذاری دارایی‌های رمزنگاری شده تلاش شده است تا توکن‌های بهادار ذیل تعریف اوراق بهادار قرار گرفته و از این طریق محدودیت‌های مخصوص اوراق بهادار نسبت به آنها اعمال و امنیت و ثبات طرفین آن و به‌خصوص خریداران تأمین شود. باید دقت شود که مهم‌ترین محدودیت حاکم بر اوراق بهادار ضرورت ثبت آنها نزد نهاد ناظر و اخذ مجوز است. فلسفه ضرورت ثبت همان تأمین اطلاعاتی بازار است و بنابراین تعهد به افشای اطلاعات با رعایت این ضوابط تأمین و تضمین می‌شود. همانند آنچه در حوزه حقوق مصرف بیان شد، درخصوص مقررات حاکم بر اوراق بهادار نیز لازم است تغییرات مقتضی اعمال و امکان سازگاری با ماهیت الکترونیکی و غیرمتمرکز در دارایی‌های رمزنگاری شده فراهم شود.^۱

بنابراین در کنار نهاد تعهد به افشای اطلاعات محدودیت قانونی دیگر درباره عرضه رمزدارایی‌ها ضرورت ثبت نزد سازمان بورس اوراق بهادار است. در واقع در حقوق ایران با توجه به تعریف موسع که در بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار آمده است، حتی توکن‌های غیربهادار نیز قابلیت قرارگرفتن ذیل محدودیت‌های بازار اوراق بهادار را دارند. این سخن به‌خصوص درباره توکن‌های کاربردی محل تردید جدی است. با این حال، از دقت در متن مقرره‌ای تحت عنوان الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها، که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تهیه و ابلاغ شده و بر خروج عمل انتشار رمزدارایی‌ها از نظارت و اختیارات بانک مرکزی و تبعیت آن از قوانین بورسی اشاره شده است، به‌روشنی تحلیل فوق برداشت می‌شود. بنابراین به‌نظر می‌رسد که اگر شرکتی تصمیم بر عرضه توکن‌های بهادار برای جذب سرمایه داشته باشد، مکلف به رعایت

1. Rohr and Wright, Op.Cit. P 511; Trotz, Op.Cit. P 443.

ضوابط قانون اوراق بهادار بوده و در صورت عدم انجام این مقررات حسب مورد با مسئولیت حقوقی و کیفری مواجه خواهد بود.^۱ همچنین باید با دقت در تفاوت میان سرمایه‌گذاران نهادی و عادی تغییراتی در مقررات در خصوص تعریف سرمایه‌گذاران نهادی در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده انجام شود.^۲ می‌دانیم که در فروش اوراق بهادار به افراد خاص و سرمایه‌گذاران نهادی علی‌رغم وجود تکلیف به ارائه برخی خصوصیات و مشخصات، الزامی نسبت به ثبت نزد سازمان بورس اوراق بهادار وجود ندارد.^۳

برخلاف مقررات مربوط به اوراق بهادار که از شفافیت نسبی برخوردار است، در خصوص تعهد به ارائه اطلاعات در رمزارایی‌ها همچون سایر زمینه‌ها در این حوزه نظام حقوقی ایران حاوی ابهامات فراوان است و متون قانونی موجود تناسبی با حجم مسائل مطروح ندارد. در این خصوص لازم است با تدوین مقررات ویژه توازن اطلاعاتی میان عرضه‌کنندگان و خریداران دارایی‌های رمزنگاری شده تأمین شده و در کنار آن اطمینان حاصل شود که این مقررات مانعی بر سر راه نوآوری و تغییرات غیرقابل اجتناب اقتصادی و اجتماعی نخواهند بود. با این حال در حاکمیت قوانین حمایت از مصرف‌کننده و تجارت الکترونیک و در نتیجه نظریه تعهد به ارائه اطلاعات در حقوق ایران در این عرصه تردیدی وجود ندارد. لذا فعالان در اکوسیستم بلاک‌چینی و ناشران و خریداران رمزارایی‌ها و ارائه‌دهندگان خدمات و فروشندگان متخصص باید حقوق و تعهداتی را که این قوانین بر ایشان بار نموده است، جدی گرفته و رعایت کنند.

منابع

کتاب

۱. سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، تهران: سمت، سال ۱۳۹۶.

۱. حدادی، شهرزاد و مصطفی مظفری، درآمد حقوقی بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده بر بستر بلاک‌چین، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی اقتصادی و تجاری، اسفند ۱۴۰۱، شماره ۱، صص ۱۴۸-۱۵۲.

2. Trotz, Op.Cit. P 452.

۳. این امر در بند سوم ماده ۲۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ مورد تصریح قرار گرفته است.

مقاله

۲. جنیدی، لعیاء، مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تأکید بر نظام‌های کامن لاء، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۸۱، شماره ۵۶، صص ۴۸-۱۱.
۳. حدادی، شهرزاد و مصطفی مظفری، درآمد حقوقی بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده بر بستر بلاک‌چین، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی اقتصادی و تجاری، اسفند ۱۴۰۱، شماره ۱، صص ۱۵۶-۱۲۵.
۴. داراب پور، مهرباب، بررسی ماهوی حقوق مصرف‌کنندگان در حقوق انگلستان و ضرورت اصلاح کاستی‌های حمایتی از آنان در حقوق ایران، نشریه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴۸، صص ۹-۶۳.
۵. زارعی، محمد حسین و عرفان شمس، درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی، نشریه تحقیقات حقوقی، تابستان سال ۱۳۹۲، شماره ۶۲، صص ۲۳۴-۱۶۳.
۶. زارعی، محمد حسین و عرفان شمس، مفهوم خودتنظیمی در نظریه‌های اقتصاد سیاسی، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۱۵، صص ۳۰۸-۲۶۳.
۷. صغیری، بهراد و هادی وحید، ضرورت مقررات‌گذاری بین‌المللی در حوزه بلاک‌چین و دارایی‌های رمزنگاری شده، فصلنامه تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه حقوق و فناوری، سال ۱۴۰۱، صص ۲۷۱-۲۴۵.
۸. قاسمی حامد، عباس، فضا سلیمی و فهیمه آقابابایی، آسیب‌رسانی به مصرف‌کننده در بازار رقابتی، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۱، شماره ۵۷، صص ۱۲۴-۹۷.
۹. قاسمی حامد، عباس و اکرم بهشتی، حقوق مصرف‌کننده در مرحله پیش‌قراردادی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس، نشریه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۴۴، صص ۳۶-۱۱.
۱۰. قاسمی حامد، عباس، غیرحرفه‌ای متعهدله ارائه اطلاعات در حقوق فرانسه، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۱، صص ۲۴۴-۲۲۹.

۱۱. قاسمی حامد، عباس، **متخصص متعهد ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده در حقوق فرانسه**، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۲۱۰-۱۸۷.
۱۲. قاسمی حامد، عباس، **مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه**، روزنامه دنیای حقوق، ۲۹ فروردین ۱۳۹۶.
۱۳. قاسمی حامد، عباس و یوسف براری چناری، **بررسی مفهوم مصرف‌کننده در بورس اوراق بهادار**، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۴۰۰، شماره ۹۳، صص ۱۴۲-۱۱۹.
۱۴. قاسمی حامد، عباس؛ طالب احمدی؛ حبیب، **اطلاع‌رسانی پیش قراردادی**، مجله مطالعات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۹۰، دوره سوم، شماره ۱، صص ۱۹۱-۱۵۷.
۱۵. قاسمی حامد، عباس و یاسر معینی فر، **گستره حق انصراف مصرف‌کننده در معاملات از راه دور در حقوق ایران، آلمان و اتحادیه اروپا**، نشریه پژوهش‌های حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، شماره ۴، صص ۳۸-۵.
۱۶. کله الواء، ژان و عباس قاسمی حامد، **معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم**، نشریه حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، شماره ۲۳، صص ۲۵۸-۲۳۹.
۱۷. کله الواء، ژان و عبدالرسول قدک، **تعریف مصرف‌کننده**، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۷۹، شماره ۲۹ و ۳۰، صص ۳۳۰-۳۰۹.
۱۸. مظفری، مصطفی و مهدی ناصر، **نقش قراردادهای هوشمند در تثبیت حقوق مالکانه افراد**، نشریه تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۹۵، صص ۲۷۵-۲۵۳.

References

Books

1. Blandin, Apolline, Ann Sofie Cloots, Hatim Hussain, Michel Rauchs, Rasheed Saleuddin, Jason G Allen, Bryan Zheng Zhang, and Katherine Cloud. "Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study." *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, no. 23 (2019).
2. Ogus, A, T Riis, and R Nieben. "Regulation-Legal Form and Economic Theory." In *Law and Economics: Methodology and Application*: DJØF Publishing, 1998.
3. Soltani, Mohammad, *Capital Market Law*, Tehran: Samt, 2017. (in Persian)

Articles

4. Adhami, Saman, and Giancarlo Giudici. "Initial Coin Offerings: Tokens as Innovative Financial Assets." *Blockchain economics and financial market innovation: Financial innovations in the digital age*, 2019, PP 61-81.
5. An, Jiafu, Wenxuan Hou, and Xianda Liu. "Initial Coin Offerings: Investor Protection and Disclosure." *Technical report, Working paper*, 2018.
6. Aslan, Aylin, Ahmet Şensoy, and Levent Akdeniz. "Determinants of Ico Success and Post-Ico Performance." *Borsa Istanbul Review* 23, no. 1, 2023, PP 217-39.
7. Basaran, Halil Rahman. "Businesspersons, Governments, and International Law." *Louisiana Law Review* 79, no. 3, 2019, P 7.
8. Boreiko, Dmitri, and Dimche Risteski. "Serial and Large Investors in Initial Coin Offerings." *Small Business Economics* 57, 2021, PP 1053-71.
9. Brake, Elliot. "For Love or for Profit?-Crafting a Suitable Securities Framework for Initial Coin Offerings." *Me. L. Rev.* 72, 2020, P 155.
10. Briggs, Kenyon. "Taming the Wild West: How the Sec Can Legitimize Initial Coin Offerings (Icos), Protect Consumers from Bad Actors, and Encourage Blockchain Development." *Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.* 2, 2018, P 424.
11. Chudinovskikh M., Sevryugin V. "Cryptocurrency Regulation in the Brics Countries and the Eurasian Economic Union." *BRICS Law Journal* 6, no. 1, 2019, PP 63-81.
12. Crosser, Nate. "Initial Coin Offerings as Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities." *U. Kan. L. Rev.* 67, 2018, P 379.
13. Danatzis, Stefano, and Catherine D'Hondt. "" Analyse De Deux

Méthodes De Financement: Initial Public Offering (Ipo) Vs Initial Coin Offering (Ico)."

14. Darabpour, M "Substantive Review of Consumer Rights in English Law and the Need to Amend Protective Deficiencies in Iranian Law." *Legal Research Journal*, Fall and Winter 2008, no. 48, pp. 9-63. (in Persian)
15. Dell'Erba, Marco. "Initial Coin Offerings: The Response of Regulatory Authorities." *NYUJL & Bus.* 14, 2017, P 1107.
16. Dell'Erba, Marco. "Stablecoins in Cryptoeconomics from Initial Coin Offerings to Central Bank Digital Currencies." *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y* 22, 2019, P 1.
17. Fitts, William L. "Initial Coin Offerings: Getting Rid of the Venture Capitalist." *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* 20, 2018, P 927.
18. Fong, Alexander. "Blocking the Chain: Regulating the Initial Coin Offering." *De Lege Ferenda* 1, 2018, P 62.
19. Gurrea-Martínez, Aurelio, and Nydia Remolina. "The Law and Finance of Initial Coin Offerings." *SMU centre for AI and data governance research paper* 2019, no. 06, 2019.
20. Haddadi, Sh & Mozaffari, M, "A Legal Introduction to Crypto Tokens ICO Through Blockchain Technology." *Quarterly Journal of Economic and Commercial Legal Studies*, Winter 2023, no. 1, pp. 125-156. (in Persian)
21. Howell, Sabrina T, Marina Niessner, and David Yermack. "Initial Coin Offerings: Financing Growth with Cryptocurrency Token Sales." *The Review of Financial Studies* 33, no. 9, 2020, PP 3925-74.
22. "The Introduction to the Australian Asic's Information Sheet (Info 225) on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets."
23. Iurina, Alina. "Initial Coin Offering in Gibraltar-Case Study: Calidumcoin." , 2017, P 37.
24. Jean Callé E & Qasemi Hamed, A "Introduction to Consumer Rights with a Translator's Preface." *International Legal Journal*, Fall and Winter 1998, no. 23, pp. 239-258. (in Persian)
25. Jean Callé E & Ghadak, A "Definition of Consumer." *Legal Research Journal*, Spring and Summer 2000, nos. 29 and 30, pp. 309-330. (in Persian)
26. Joneidi, L "A Comparative Study of the Duty to Inform with Emphasis on Common Law Systems." *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, University of Tehran, Summer 2002, no. 56, pp. 11-48. (in

Persian)

27. Kaal, Wulf A. "Initial Coin Offerings: The Top 25 Jurisdictions and Their Comparative Regulatory Responses (as of May 2018)." *Stan. J. Blockchain L. & Pol'y* 1, 2018.
28. Mandel, Gregory N. "Legal Evolution in Response to Technological Change." *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, 2017.
29. Marian, Omri. "Blockchain Havens and the Need for Their Internationally-Coordinated Regulation." *NCJL & Tech.* 20, 2018.
30. Mathis, Bruno. "Which European Regulation for Security Tokens?[Quelle Réglementation Européenne Pour Les Security Tokens?]." 2020.
31. Meadows, Michael R. "The Evolution of Crowdfunding: Reconciling Regulation Crowdfunding with Initial Coin Offerings." *Loy. Consumer L. Rev.* 30, 2017.
32. Mokhtarian, Edmund, and Alexander Lindgren. "Rise of the Crypto Hedge Fund: Operational Issues and Best Practices for an Emergent Investment Industry." *Stan. JL Bus. & Fin.* 23, 2018.
33. Moran, Joseph D. "The Impact of Regulatory Measures Imposed on Initial Coin Offerings in the United States Market Economy." *Cath. UJL & Tech* 26, 2017.
34. Mozaffari, M & Naser, M, "The mechanism of concluding the Smart contracts and it's role in consolidating the property rights", *Legal Research Journal*, Fall 2021, no. 95, pp 253-275. (in Persian)
35. Noble, E. "Crypto-Assets-Overcoming Impediments to Scaling: A View from the Eu." 2021.
36. O'Connor, Michael J. "Overreaching Its Mandate? Considering the Sec's Authority to 48. Regulate Cryptocurrency Exchanges." *Drexel L. Rev.* 11, 2018.
37. Ogus, A, T Riis, and R Nieben. "Regulation-Legal Form and Economic Theory." In *Law and Economics: Methodology and Application*: DJØF Publishing, 1998.
38. Preston, Jay. "Initial Coin Offerings: Innovation, Democratization and the Sec." *Duke L. & Tech. Rev.* 16, 2017.
39. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and Amending Directive (Eu) 2019/1937.* 24/09/2020.
40. Qasemi Hamed, A, Salimi, F and Aghababaei, F "Harm to Consumers in

- a Competitive Market.” *Legal Research Journal*, Spring 2012, no. 57, pp. 97-124. (in Persian)
41. Qasemi Hamed, A & Beheshti, A “Consumer Rights in the Pre-Contractual Stage: A Comparative Study in English Law”, *Journal of Private and Criminal Law Research*, Summer 2020, no. 44, pp. 11-36. (in Persian)
42. Qasemi Hamed, A & Barari Chenari, Y, “A Review of the Concept of Consumer in the Stock Exchange.” *Legal Research Journal*, Spring 2021, no. 93, pp. 119-142. (in Persian)
43. Qasemi Hamed, A, “Non-professional, the obligie of obligation to inform in contract in french law.” *Comparative Law Studies Journal*, Spring and Summer 2014, vol. 5, no. 1, pp. 229-244. (in Persian)
44. Qasemi Hamed, A, “Specialist’s Obligation to Provide Information to Consumers in French Law.” *Legal Research Journal*, Spring and Summer 2009, no. 49, pp. 187-210. (in Persian)
45. Qasemi Hamed, A, “A Brief Review of the Theory of the Obligation to Provide Information in Contracts from the Perspective of French Law.” *Legal World Newspaper*, April 18, 2017. (in Persian)
46. Qasemi Hamed, A & and Barari Chenari, Y, “Survey The concept of consumer in the stock exchange.” *Legal Research Journal*, Spring 2021, no. 93, pp. 119-142. (in Persian)
47. Qasemi Hamed, A & and Taleb Ahmadi, H “Pre-Contractual Information Disclosure.” *Legal Studies Journal*, Spring and Summer 2011, vol. 3, no. 1, pp. 157-191. (in Persian)
48. Qasemi Hamed, A, & Moeini Far, Y, “Consumer Right of Withdrawal in Distant Contracts in context of the Iranian, German and European Union Laws.” *Private Law Research Journal*, Fall and Winter 2014, no. 4, pp 5-38. (in Persian)
49. Rohr, Jonathan, and Aaron Wright. "Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets." *Hastings LJ* 70, 2018.
50. Saghiri, B & Vahid, H, “The necessity of international regulation of blockchain and crypto assets.” *Quarterly Journal of Legal Research*, Special Issue on Law and Technology, 2023, pp. 245-271. (in Persian)
51. Schaub, Martien. "How to Make the Best of Mandatory Information Requirements in Consumer Law." *European Review of Private Law* 25, no 1 , 2017.

52. Shulman, Jacob Gregory. "Icos, Cryptos, Blockchain, Oh My!: A Primer on Icos." *Rutgers Computer & Tech. LJ* 46, 2020.
53. Stacher, David. "Regulation of Initial Coin Offering (Ico)." *Chair of Economic Theory Universität Basel*. [online] Available at: https://wwz.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/00_Professuren/Berentsen_Wirtschaftstheorie/Lecture_Material/Master_s_Thesis/Completed_Master_s_Theses/Master_Thesis_David_Stacher.pdf [read 03.06. 2019] 2018.
54. Steverding, Fiona, and Alexander Zureck. "Initial Coin Offerings in Europe—the Current Legal Framework and Its Consequences for Investors and Issuers." Available at SSRN 3536691, 2020.
55. Szwajdler, Paweł. "Considerations on the Construction of Future Financial Regulations in the Field of Initial Coin Offering." *European Business Organization Law Review* 23, no. 3, 2022, P 671-709.
56. Tapscott, Don, and Alex Tapscott. *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. Penguin, 2016.
57. Thewissen, James, Prabal Shrestha, Wouter Torsin, and Anna M Pastwa. "Unpacking the Black Box of Ico White Papers: A Topic Modeling Approach." *Journal of Corporate Finance* 75, 2022, P 102225.
58. Tiwari, Milind, Adrian Gepp, and Kuldeep Kumar. "The Future of Raising Finance—a New Opportunity to Commit Fraud: A Review of Initial Coin Offering (Icos) Scams." *Crime, Law and Social Change* 73, 2020, PP 417-41.
59. Tjio, Hans, and Ying Hu. "Collective Investment: Land, Crypto and Coin Schemes: Regulatory 'Property'." *European Business Organization Law Review* 21, 2020, PP 171-98.
60. Trotz, Ethan D. "Tangled up in Blue: Adapting Securities Laws to Initial Coin Offerings." *N. Ill. UL Rev.* 39, 2018.
61. Walker, GA. "Initial Coin Offerings—Technology and the Rule of Law." *Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal* 2019, no. 2, 2019.
62. Wilson, Claire. "Cryptocurrencies: The Future of Finance?." *Contemporary Issues in International Political Economy*, 2019, PP 359-94.
63. Yano, Makoto, Chris Dai, Kenichi Masuda, and Yoshio Kishimoto. "Blockchain Business and Its Regulation." *Blockchain and Crypt Currency*, 2020.
64. Zarei, M H & Shams, E "An Introduction to Concepts and Theories of

Economic Regulation.” *Legal Research Journal*, Summer 2013, no. 62, pp. 163-234. (in Persian)

65. Zarei, M & Shams, E “The Concept of Self-Regulation in Political Economy Theories.” *Legal Research Journal*, Winter 2013, no. 15, pp. 263-308. (in Persian)
66. Zetsche, DA, RP Buckley, DW Arner, and L Föhr. "The Ico Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators, University of Luxembourg Law Working Paper, 11, 2017." 2018.
67. Zetsche, Dirk A, Filippo Annunziata, Douglas W Arner, and Ross P Buckley. "The Markets in Crypto-Assets Regulation (Mica) and the Eu Digital Finance Strategy." *EBI Working Paper Series 77*, 2020.

Laws

68. Monetary and Financial Code (in French)
69. Maltese Virtual Financial Assets Act.

Implementation of Consumption Law Rules in Crypto Assets Offerings through the Obligation to Disclosure

Abbas Ghasemi Hamed*

Hamed Teymouri**

Behrad Saghiri***

Abstract

Crypto assets as new emerging entities based on Blockchain technology have caused many legal challenges. Regardless of these assets different types, numerous electronic transactions are concluded based on them. Due to the technical and specialized nature of these transactions, there is a significant imbalance between the Parties to the contract and information asymmetric. Therefore consumption law rules and the obligation to disclosure are applicable in the aforementioned transactions. Crypto assets issuers commonly publish whitepapers in order to fulfill their disclosure obligation. However, whitepapers have many disadvantages and do not seem satisfactory. Accordingly it is necessary to enact supplementary laws to remove any existing ambiguity in this regard in addition to determining whitepapers required content to fix the defects. On the other hand, information disclosure process should be continued. Otherwise abuse will be provided for the observers. It should be considered that unlike Utility Tokens, in addition to consumption law rules, financial and securities law rules are applicable. These rules contain registration and information disclosure requirements which need an appropriate comprehensive approach in regulation. Furthermore, the necessity to modify and complete laws does not negate the blockchain ecosystem actors' existing obligations.

Keywords:

Blockchain, Crypto Asset, Consumption Law, Disclosure Obligation, Whitepaper.

* Perofessor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
dr.gh.hamed@gmail.com.

** L.L.M, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
hamedteymourie.ht@gmail.com.

*** PhD., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author)
saghiribehrad@gmail.com.

الگوی سیاست جنایی در مواجهه با فساد سیاسی - اقتصادی نظام الیگارشی

باقر شاملو*

غلامرضا اسماعیلی آذر**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵

چکیده

الیگارشی یا حاکمیت گروه اندک دارای قدرت اقتصادی، سیاسی یا قدرت اعمال نفوذ در حاکمیت دارای سابقه طولانی در حوزه اقتصاد، حقوق و علوم سیاسی است. این گروه مخرب با اقدامات خود مفاسد گسترده‌ای را از طریق استخراج منابع عمومی به نفع خود بر جامعه تحمیل می‌کنند. پژوهش‌ها و آمار مراجع معتبر بین‌المللی گویای آن است که فعالیت الیگارشی‌ها نه فقط در جوامع در حال توسعه، بلکه در جوامع پیشرفته نیز در حال گسترش است. اخبار هر روزه در مورد اختلاس و دستگیری کارگزاران ارشد استانی و ملی داخل کشور نیز ضرورت دستیابی به یک سیاست جنایی متناسب در مواجهه با این پدیده مخرب را گوشزد می‌کند. با وجود پژوهش‌های ارزشمندی که در این زمینه انجام پذیرفته، پرداختن اختصاصی به مسئله الیگارشی‌ها در ساختارهای دموکراتیک و سیاست جنایی متناسب در مواجهه با آن مورد توجه خاصی قرار نگرفته است. از این رو پژوهش پیش‌رو با روش «توصیفی - تحلیلی» با تبیین چیستی، چرایی و چگونگی تشکیل مهم‌ترین الگوهای نظام الیگارشی و نسبت آن با فساد سیاسی - اقتصادی در ساختارهای دموکراتیک به دنبال ارائه سیاست جنایی متناسب در مواجهه با این پدیده است. یافته‌ها بیانگر آن است نظام الیگارشی به جهت پیچیدگی و غالباً سازمان یافته، نیازمند بازنگری در سیاست جنایی تقنینی و اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در تمامی سطوح تحقیق، تعقیب و رسیدگی قضایی در کنار به کارگیری ضابطین تخصصی به همراه استفاده از سیاست جنایی مشارکتی فعال جامعه‌ای و نهادهای غیررسمی است.

کلیدواژه‌گان:

سیاست جنایی، الیگارشی، فساد سیاسی، مغول رسمی، کارت‌سازی.

* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

b_shamloo@sbu.ac.ir

** دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد گرگان، گرگان، ایران (نویسنده مسئول)

gh.azari@yahoo.com



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

سیاست جنایی اصطلاحی است که در چند دهه اخیر مورد کاربرد بسیار واقع شده که دلالت بر تحول حقوق کیفری و سیاست‌گذاری‌های کیفری دارد؛ چنان‌که ادبیات و گفت‌وگوهای جدیدی را ایجاد کرده و به همین دلیل این دانش رشته جدیدی است که حوزه مطالعاتی و حقوق کیفری را توسعه داده است. در سیر تحولات مفهوم‌شناختی سیاست جنایی از تلقی سیاست جنایی به مثابه حقوق کیفری مورد نظر فوئرباخ تا سیاست جنایی به مفهوم تعامل با نظام اجتماعی و توسعه فرایند پاسخ‌دهی مورد نظر فون لیست و سیاست جنایی مبتنی بر رویکرد رفاهی مورد نظر مارک آنسل تا سیاست جنایی در مفهوم موسع خود، که برگرفته از نظریات دلماس مارتی و کریستین لازرژ است، اکنون این دانش با تحولی دیگر در دوره چهارم خود در مفهومی فرانوگرایانه (پست مدرن) هم‌زمان با تحولات و دگرگونی‌های جدید شکل گرفته است. در این رویکرد صرفاً پدیده جنایی ملاک قرار نمی‌گیرد، بلکه هر پدیده اجتماعی که ظرفیت جنایی داشته و بستر ارتکاب جرم را تشکیل دهد، در این پهنه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. برای این منظور باید تحلیل پدیده‌های اجتماعی به مثابه تحلیل‌های سیستمی، فراسیستمی و شبکه‌ای مطرح شود و تحلیل‌های ساده گذشته، که صرفاً به علت تامه یا علت مکخر یا علت مکر می‌پرداختند، باید کنار نهاده شوند. همچنین در دوره فرانوگرایانه، ریسک خطر و مخاطرات متعدد در دنیای امروز به یک اصل و مقوله مهم و اجتناب‌ناپذیر بدل شده و رویکرد نوین را تشکیل داده است. به همین جهت به موازات گسترش خطر و ریسک مخاطرات باید تدابیر مناسب و مقتضی اندیشیده شود. از طرفی باید متذکر شد که سیاست‌گذاری عمومی در گذشته منحصر بر عهده دولت بود، اما در حال حاضر سیاست‌گذاری عمومی فرایندی است که توسط عناصر و نهادهای قدرت، دولت و جامعه جهت‌دهی و ختامشی یک نظام اجتماعی را پیش‌بینی می‌کند.^۱ بنابراین سیاست جنایی هدفمند جهت دستیابی به اهداف خود، به ابزار کارآمدی احتیاج دارد که شامل سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی قضایی، سیاست جنایی اجرایی، سیاست جنایی مشارکتی و سیاست جنایی افتراقی است.

به موازات تحولات در عرصه سیاست جنایی، دانش جرم‌شناسی نیز به‌عنوان شاخه نظری-

۱. شاملو، باقر، *سیاست جنایی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳، صص ۴۱، ۴۳ و ۵۴.

کاربرد متحول شده است. این دانش در بُعد کاربردی خود دارای شاخه‌های متعددی است که از جمله آن می‌توان به جرم‌شناسی پیشگیری اشاره کرد که ماهیتی کنشی و غیرقهرآمیز دارد که پیش از وقوع بزهکاری به منظور تأثیرگذاری بر فرایند شکل‌گیری شخصیت افراد یا موقعیت‌های جرم‌زا تمرکز دارد.^۱ در این میان پیشگیری موقعیت‌مدار با ماهیت غیرکیفری به دنبال کاهش یا نامساعد جلوه دادن وضعیت‌های پیشاجنایی است. در واقع این نوع پیشگیری فارغ از فرایند شکل‌گیری شخصیت افراد و صرفاً با تمرکز بر فرصت‌ها درصدد مدیریت اوضاع و احوال پیش از ارتکاب بزهکاری و حفاظت از آماج جرم است. از آنجا که مبارزه و پیشگیری از فسادهای کلان به‌عنوان یک چالش عمده جهانی به شمار می‌رود، تدوین‌کنندگان پیمان مبارزه با فساد مریدا (مکزیک-۲۰۰۳)، به‌کارگیری تدابیر موقعیت‌مدار برای از بین بردن موقعیت‌های جرم‌زا را به‌عنوان یکی از شیوه‌های مناسب برای پیشگیری از فساد در شمار تکالیف دولت‌های عضو گنجانده‌اند. شفاف‌سازی، ایجاد سازوکارهای منسجم نظارت‌کننده، پیش‌بینی و راه‌اندازی فرایند گزارش‌دهی در زمینه درآمدها و هزینه‌ها، اصلاح مقررات و برطرف کردن خلأهای موجود از جمله مهم‌ترین اقدام‌های پیشگیری موقعیت‌مدار معرفی شده در این سند به شمار می‌روند. از طرفی پیشگیری از جرم دارای مراحل متعددی است که تحقق هر یک از آنها برای دستیابی به موفقیت در گرو شناسایی وضعیت موجود، پی بردن به چالش‌ها، برنامه‌ریزی‌های سنجیده، اجرای شیوه‌های پیشگیرانه و ارزیابی از برنامه‌های به اجرا درآمده است. عدم توجه به هر یک از این مراحل به ناشناخته ماندن خلأها و عوامل ارتکاب فساد و در نتیجه ناموفق بودن برنامه‌های پیشگیرانه می‌انجامد.^۲ از این‌رو، نهادهای کارگزار از رهگذر تهیه و تدوین برنامه راهبردی و عملیاتی پیشگیرانه می‌توانند به این مهم دست یابند.^۳

در تحلیل وضعیت موجود نظام‌های الیگارشی و شبه‌الیگارشی موجود در کشور با توجه به

۱. نیازپور، امیرحسن، تکالیف جرم‌شناسانه دستگاه قضایی در پرتو قانون برنامه پنجم توسعه

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۱، دوره ۷۶، شماره ۸۰، صص ۱۹۳-۲۲۲.

۲. نیازپور، امیرحسن، پیشگیری از فساد اداری-مالی در پرتو آیین نامه پیشگیری و مقابله نظاممند و

پایدار با مفاسد اقتصادی در قوه مجریه ۱۳۹۲، فصلنامه راهبرد، سال ۲۴، ۱۳۹۴، شماره ۷۶، صص ۶۸-۶۹.

۳. نیازپور، امیر حسن، رویکرد سیاست جنایی لایحه نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف

قانونی و ارائه خدمات عمومی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، ۱۴۰۱، شماره

۱۱، صص ۲۳۹.

گزارش‌ها و پرونده‌های متعدد فسادهای کلان اقتصادی از جمله اختلاس ۱۲۳ میلیارد تومانی در بانک صادرات در سال ۱۳۷۴، پرونده شهرام جزایری در سال ۱۳۸۰، صدور اجرای احکام اعدام سالاطین سکه، دلار، خودرو و...^۱ و اخلال در نظام اقتصادی و زمزمه‌های فساد مالی گسترده در ماه‌های اخیر در پرونده موسوم به چای دیش گویای آن است که الیگارش‌ها به‌عنوان پدیده‌های اجتماعی که دارای ظرفیت مجرمانه بالایی است، نیازمند بازنگری در ساختار سیاست جنایی کشور در مواجهه با این پدیده مخرب، از جمله اتخاذ تدابیر پیشگیرانه موقعیت‌مدار به‌منظور زدودن یا به حداقل رساندن فرصت‌ها و موقعیت‌های جرم‌زا، حفاظت از آماج جرم و مدیریت اوضاع و احوال پیش‌جنایی است. این امر میسر نمی‌شود مگر آنکه با بررسی علل و عوامل مؤثر در پیدایش چنین وضعیت‌ها و موقعیت‌هایی از بروز آن پیشگیری به عمل آید. این پژوهش در راستای نیل به این هدف سعی بر آن دارد تا با بررسی عمده‌ترین و اساسی‌ترین الگوهای نظام الیگارش‌ها، وضعیت‌ها و موقعیت‌های مرجح، ممکن و احتمالی که می‌تواند چنین زمینه‌هایی را فراهم سازد به ارائه یک راهبرد جامع در تدوین سیاست جنایی مطلوب در مواجهه با آن دست یابد. حال سؤال اساسی این است که برای حل این مسئله از چه سیاست جنایی باید استفاده شود؟ آیا مانند سایر پدیده‌های مجرمانه می‌توان از ابزار متداول برای مواجهه با الیگارش‌ها استفاده کرد؟

۱. چارچوب نظری

۱.۱. سیاست جنایی مشارکتی

در عصر حاضر رشد روزافزون پدیده مجرمانه همراه با ظهور اشکال نوین و متنوع بزهکاری، بحران ناکارآمدی و عدم موفقیت نظام عدالت کیفری در به‌کارگیری صرف ضمانت‌اجرای کیفری در زمینه پیشگیری از جرم موجب پیدایش گرایش جدیدی از سیاست جنایی بر پایه مشارکت هرچه بیشتر ارکان جامعه مدنی در مراحل مختلف تدوین و اجرای سیاست جنایی شده است که از آن به‌عنوان سیاست جنایی مشارکتی یاد می‌شود. راهبرد سیاست جنایی مشارکتی بیانگر

۱. بهشتی، سید صمد، رامین مرادی و محمدناصر پاک‌نژاد، تبیین جامعه‌شناختی عوامل اجتماعی مؤثر بر ادراک فساد اداری (مورد مطالعه: ارباب رجوعان ادارات دولتی شهر یاسوج)، مجله علوم اجتماعی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد، سال هفدهم، ۱۳۹۹، ص ۲۴۳.

مشارکت مردم و نهادهای غیررسمی و غیردولتی در واکنش نسبت به جرایم و انحرافات اجتماعی است که هدف اصلی آن تضمین حق امنیت جامعه با ترکیب هوشمندانه پیشگیری و پاسخ‌دهی و بازپروری بزهکاران است. بنابراین برای تحقق یک سیاست جنایی جامع در یک روند سیستماتیک و شبکه‌ای علاوه بر هماهنگی و انسجام بین تمامی نهادهای رسمی مقابله با جرم، همراهی و مشارکت سازمان‌های مردم نهاد نیز ضروری است. از این رو سیاست جنایی کارآمد یک سیاست جنایی همراه با مشارکت جامعه‌ی است که در چهارچوب آن اهرم‌ها و نهادهای دیگر در کنار پلیس و دستگاه قضایی پاسخ به پدیده مجرمانه را سامان می‌بخشند.^۱ به این ترتیب سیاست جنایی مشارکتی می‌تواند با هم‌جواری زمانی و مکانی دست‌اندرکاران دولتی و جامعه‌ی از رهگذر پیشگیری و سرکوب کیفری بزهکار و نیز بازپذیری اجتماعی بزهکاران موثر باشد.^۲

۱.۲. سیاست جنایی افتراقی

یکپارچگی فرهنگی و اجتماعی جوامع آغاز سده نوزدهم ایجاب می‌کرد سیاست جنایی واحد در قبال مجرمین اعمال شود. به تدریج جرائم و کیفرهای جدیدی به موازات تحولات عظیم نیمه دوم سده بیستم وارد حقوق کیفری شد که بازنگری اصول حقوق کیفری آغاز سده نوزدهم را ضروری می‌دانست. بدین سان عصر برخورد یکسان با بزهکاری به سرآمد و با متنوع شدن جرائم، متنوع کردن راهبردها و پاسخ‌های حقوق کیفری و به‌طور کلی سیاست جنایی نیز مورد بازنگری قرار گرفت و بدین ترتیب افتراقی‌سازی سیاست جنایی به‌عنوان یک راهبرد جدید وارد سیاست جنایی شد.^۳ ریشه‌های افتراقی‌سازی در نظام حقوق کیفری را شاید بتوان به مکتب اثباتیون ایتالیا (مکتب تحقیقی) نسبت داد. نظریات لومبروزو و انریکو فری در طبقه‌بندی مجرمین که تا

۱. شیعه علی، علی، وحید زارع و مجتبی زارع، جایگاه سیاست جنایی مشارکتی واکنشی در مرحله تعقیب کیفری در حقوق ایران، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۴ و ۵، صص ۲۸۹ و ۲۹۲.

۲. نادری، قائم و مهدی اسماعیلی، سیاست‌های جنایی مشارکتی، فصلنامه علمی (مقاله علمی پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۴ (پیاپی ۱۲)، صص ۱۹۰۹-۱۸۹۱.

۳. آقالار ثالث، سامان، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد فرجی‌ها و محمود صابر، گفتمان سیاست جنایی قانونگذار و رویه قضایی ایران در قبال جرم تحصیل مال از طریق نامشروع؛ با رویکرد تطبیقی بر گفتمان سیاست جنایی سازمان ملل متحد در ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۲، صص ۱-۳۴.

پیش از آن سابقه نداشت زمینه‌ساز تفرق بین مجرمین شد، چرا که به اعتقاد ایشان یکسان دیدن مجرمان و متعاقباً واکنش‌های ثابت و یکسان به آنها بیهوده است؛ زیرا متفاوت بودن گونه‌های بزهکاران را نادیده می‌گیرد.^۱ بنابراین راهبرد افتراقی‌سازی سیاست جنایی در آغاز با رهیافت دوقطبی‌سازی یا دوگانه‌سازی مقابله با بزهکاران مکرر یا خطرناک از بقیه بزهکاران شروع شد؛ ولی دیری نپایید که در گام دوم چند لایه شدن یا افتراقی‌سازی سیاست جنایی به‌عنوان راهبرد جدید مطرح شد.^۲ در این راستا در فوریه ۱۹۷۴ «گردهمایی مطالعه مسائل و دورنماهای راهبرد افتراقی در قلمرو سیاست جنایی» در رُم بر پا شد که بیان می‌داشت: «زمان مقابله و برخورد یکنواخت با جرم تمام شده و با ازدیاد جرایم، باید راهکارهای گوناگونی بکار برد و بازتاب‌ها و انعکاس حقوقی کیفری و به‌طور کلی سیاست جنایی را رسیدگی کرد. به این صورت، تفکیک‌سازی، لایه‌بندی یا طبقه‌بندی‌سازی سیاست جنایی، به نام یک راهکار نو وارد پژوهش‌ها و تحقیقات سیاست جنایی شد.»^۳

۱.۳. مدیریت ریسک جرم

رهیافت اصلاح و بازپروری بزهکاران با آنکه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین رهیافت‌های جرم‌شناسی در گستره قابل‌توجهی از کشورهای جهان پیاده شده است، اما پیشرفت شتابان فناوری‌های نوظهور در پایان سده بیستم شماری از نظام‌های کیفری را به پیاده‌سازی رهیافت‌هایی چون مدیریت ریسک جرم هدایت کرده است. این راهبرد از آن روست که مفهوم ریسک همواره با ضرورت پیش‌بینی احتمال تحقق ریسک در آینده و چاره‌اندیشی برای دستیابی به مناسب‌ترین راهبردهای مقابله با آن است. در این دیدگاه به جای تحلیل جرم و علل

۱. شاملو، باقر و مصطفی پانکیت، *افتراقی شدن سیاست کیفری در پرتو پارادایم اثباتی و چالش‌های پیشروی آن در برخورد با رویکردهای نوین*، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱، صص ۲۰۷ و ۲۰۹.

۲. مظفری‌نیا، سهراب، امیر آلبوعلی و محمود باوی، *سیاست جنایی افتراقی جهت پیشگیری از بزهکاری نوجوانان در جامعه پس از خروج از کانون*، ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، بهمن ۱۴۰۱، شماره ۱۱، ص ۴۵۶۹.

۳. کافی، مصطفی، محسن شکرچیزاده و احمدرضا توکلی، *سیاست جنایی افتراقی در جرائم غیر عمد مستوجب دیه در پرتو کثرت‌گرایی نظام حقوق کیفری*، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، صص ۷۸.

شکل‌گیری آن، با رویکردی مدیریتی، ریسک ارتکاب جرم را مورد ارزیابی و سنجش قرار داده و آن‌گاه آن را مدیریت می‌کنند. از این‌رو وظیفه مدیریت ریسک در مواجهه با تحولات پیش‌رو، کاهش احتمال وقوع رخدادهای نامطلوب یا کاهش شدت آثار منفی آن است.^۱ در مورد جرایم نیز باید پذیرفت که هرگونه از جرایم دارای مقداری ریسک برای جامعه هستند و همه سیاست‌گذاری‌های آتی درباره جرایم باید بر پایه میزان ریسک آنها انجام شود. بر همین مبنا حقوق کیفری ماهوی نیز در چارچوب درجه‌بندی و تعیین مجازات‌های تعزیری، منع پیاده‌سازی نهادهای ارفاقی کیفری نسبت به مرتکبان پرریسک، تعیین کیفیات مشدده جرایم و... آن را بازتاب می‌دهد. قرارهای تأمین کیفری، دادرسی‌های اختصاصی کیفری و دادرسی‌های فوری نیز مهم‌ترین بسترهای پیاده‌سازی رویکرد مدیریت ریسک جرم در سازه شکی حقوق کیفری است.^۲ با عنایت به مطالب فوق، توجه به سیاست جنایی ریسک‌مدار و لزوم مداخله کیفری و بالاخص اقدامات غیرکیفری و جماعی به‌منظور مدیریت و کنترل اجتماعی در پیشگیری و به حداقل رساندن مخاطرات الیگارشی‌ها امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

۱.۴. نظریه فرصت جرم و رویکرد پیشگیری موقعیت‌مدار

از جمله نظریه‌هایی که در چند دهه اخیر مورد توجه جرم‌شناسان قرار گرفته، نظریه فرصت جرم^۳ است. مطابق این دیدگاه، به صرف وجود بزه‌کار و بزه‌دیده، جرم واقع نمی‌شود؛ بلکه باید فرصت و موقعیت مناسب برای ارتکاب نیز فراهم باشد. این همان امری است که ما در فلسفه تحت عنوان فراهم بودن مقتضیات و فقدان موانع می‌شناسیم. این تئوری مدعی است که افزایش فرصت ارتکاب جرم، احتمال وقوع جرایم را هم افزایش و برعکس کاهش فرصت‌های ارتکاب، احتمال وقوع جرایم را کاهش می‌دهد. به همین دلیل در تعریف ارائه‌شده در ماده یک قانون پیشگیری از وقوع جرم مصوب ۱۳۹۴ که بیان می‌دارد: «پیشگیری از وقوع جرم عبارت از

۱. اسماعیلی آذر، غلامرضا، باقر شاملو و کیومرث کلانتری درونکلا، مخاطرات تکنولوژی‌های نوین بر امنیت اجتماعی با تأکید بر تحولات اخلاقی و ارزشی، پژوهش‌های جرم‌شناختی پلیس، دوره ۴، مهر ۱۴۰۲، شماره ۱۲، صص ۱۵۱-۱۷۶.

۲. حسانی، جلال‌الدین، سیدمحمود میرخلیلی و محمدرضا نظری نژاد کیاشی، مطالعه رهیافت مدیریت ریسک جرم از چشم اندازه‌های فقه امامیه، حقوق کیفری ایران و حقوق کیفری بین‌المللی، فصلنامه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره چهاردهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۱۰۹-۱۳۳.

3. Crime opportunity Theory

پیش‌بینی، شناسایی و ارزیابی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم از میان بردن یا کاهش آن است»، مدیریت خطر در گرانیگاه پیشگیری از جرم قرار دارد.^۱ از طرفی پیشگیری موقعیت‌مدار نیز رخداد جرم را پیامد فرصت یا ترکیبی از موقعیت‌ها در فضاها یا محیط‌ها تعریف می‌کند. از این رو به جای توجه به اصلاح شخصیت مجرم و تمایلات مجرمانه وی، کانون توجه خود را بر موقعیت‌های ارتکاب جرم و آماج‌های بالقوه معطوف داشته است.^۲ با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت دامنه وسیع مخاطرات الیگارش‌ها اهمیت و ضرورت پژوهش پیش‌رو را متذکر می‌شود؛ چراکه عدم پیش‌بینی، شناسایی و ارزیابی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم برای از میان بردن یا کاهش پیامدهای مخرب اقدامات الیگارش‌ها می‌تواند امنیت اجتماعی را در سطوح مختلفی با چالش مواجه کند.

۲. یافته‌ها

فساد از جمله موضوعاتی است که امروزه به‌عنوان پدیده‌ای فراگیر در سراسر جهان به چشم می‌خورد. گسترش فساد نه فقط در کشورهای در حال توسعه، بلکه در کشورهای توسعه‌یافته نیز به‌طور دامنه‌دار در میان مقامات عمومی و سیاست‌مداران مشاهده می‌شود.^۳ معنای فساد از پرداخت رشوه به کارمندان دولت تا طیف گسترده‌ای از اقدامات مشکوک اقتصادی و سیاسی یا هرگونه سوءاستفاده از قدرت عمومی برای منافع شخصی را دربر می‌گیرد. همچنین فساد پدیده‌ای چندوجهی است که دارای معانی متعددی است؛ چراکه اشکال فساد از نظر اینکه چه کسانی بازیگر، آغازگر و منتفع‌اند یا چگونه و تا چه حد انجام می‌شود متنوع است. فساد همچنین در بین مشاغل خصوصی، سازمان‌ها و افراد غیردولتی نیز قابل مشاهده است، با این حال بیشتر تعاریف، فساد درون اجتماعی را کنار می‌گذارد و بر فساد به‌عنوان یک رابطه دولت-جامعه تأکید می‌کنند. سازمان شفافیت بین‌الملل معتقد است فساد یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های جهان معاصر

۱. شاهیده، فرهاد و باقر شاملو، **رویکرد پیش‌بینانه به جرائم تروریستی**، فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره ۴، ۱۴۰۰، شماره ۱۲، ص ۱۱۶.

۲. ناییبی، محسن و مهرداد رایجیان اصلی، **پیشگیری موقعیت‌مدار در پرتو جرم‌شناسی مدیریتی**، مجله فقه و تاریخ تمدن، دوره ۱۳۹۸، شماره ۵، صص ۳۰-۳۵.

۳. میرعباسی، فاطمه، احمد ساعی و علیرضا ازغندی، **سندرم فساد و بوروکراسی شکننده در جوامع در حال گذار**، فصلنامه تحقیقات سیاست راهبردی، دوره ۹، ۲۰۱۹، شماره ۳۴، ص ۲۱۰.

است؛ دولت خوب را تضعیف می‌کند، سیاست‌های عمومی را مخدوش می‌کند، منجر به تخصیص نادرست منابع می‌شود و به بخش خصوصی و توسعه آن، به‌ویژه به فقرا آسیب می‌رساند. از این رو به اعتقاد بسیاری، فساد به مثابه سرطان و بیماری است که عملکرد اندام‌های حیاتی جامعه را مختل می‌کند.^۱ همچنین به دلیل فساد تا حدودی برای میلیون‌ها نفر، دموکراسی به معنای افزایش ناامنی است و بازارهای آزاد جایی است که به نظر می‌رسد ثروتمندان به هر بهانه ای ثروتمندتر می‌شوند. این مشکلات پرسش‌های اساسی را در مورد شیوه اداره جامعه و اقتصاد ایجاد کرده است.^۲ از جمله مهم‌ترین عوامل ایجاد فسادهای کلان بالاخص در حوزه اقتصادی-سیاسی، وجود گروه‌های فاسدی است که با مشارکت یکدیگر منافع عمومی را در جهت تأمین منافع شخصی خود استخراج می‌کنند و از این طریق موجب از بین رفتن ثبات اقتصادی، امنیتی، فرهنگی و اجتماعی جوامع می‌شوند. الیگارش‌ها در کنار تاراج منافع ملی ممکن است منافع منطقه‌ای یا بین‌المللی را نیز با چالش مواجه کنند. به‌طور مثال در جنگ اخیر روسیه و اوکراین، اقدامات ارتش خصوصی واگنر تحت رهبری ویگنی ویتروویچ پریگوزین^۳ (همچون گروه ارتش خصوصی بلک واتر ایالات متحده آمریکا یا شرکت چندملیتی «G4S» بریتانیا) اقدامات فاجعه‌بار انسانی را رقم زده است. به گفته سالیوان^۴، یکی از بنیان‌گذاران شبکه جهانی «پروژه گزارش‌دهی جرایم سازمان‌یافته و فساد اداری»، پریگوزین یک الیگارش و به‌عنوان شخصیت سال در جرایم سازمان‌یافته و فساد در سال ۲۰۲۲ از طرف این مؤسسه اعلام شده است.^۵ این شواهد ضرورت پرداختن به پدیده الیگارش‌ها را گوشزد می‌کند. چراکه گسترش بی‌عدالتی، از بین رفتن ثروت ملی، تبعیض، گسترش فقر و نابودی زیرساخت‌های اقتصادی می‌تواند موجبات فروپاشی نظام‌های اجتماعی یا فرهنگی هر جامعه را به همراه داشته

1. Timbul Tampubolon, T & Lele , Gabriel & Kumorotomo, W. "Cartel and Political Corruption :Insight from Beef Imports Collusion in Indonesia. Annual Conference of Indonesian Association for Public Administration" *Advances in Economics, Business and Management Research*, volume 122(IAPA 2019).p 234.

2. Johnston, M. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy*. Cambridge University Press. Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York. 2005, Pp 1-2.

3. Yevgeny Viktorovich Prigozhin

4. Blackwater

5. Sullivan

6. Person of the Year, 2022 Winner: Yevgeny Prigozhin .<https://www.occrp.org/en/poy/2022/2023/06/14>.

باشد. از این رو به منظور بررسی تأثیرات مخرب نظام الیگارشسی بر فساد سیاسی لازم است در گام نخست به تحلیل مفهوم‌شناختی از دو واژه الیگارشسی و فساد سیاسی برای تمایز این واژگان از سایر مفاهیم مشابه برآییم و سپس روند این نظام فاسد را در نظام‌های دموکراتیک مورد ارزیابی قرار دهیم.

۲.۱. مفهوم‌شناسی

۲.۱.۱. فساد سیاسی

در برداشتی کلی، فساد در ساختار حاکمیت به معانی مختلفی از جمله پرداخت رشوه به کارمندان دولتی و سرقت ساده از منابع عمومی تا طیف گسترده‌ای از اقدامات مشکوک اقتصادی و سیاسی که در آن تجار، سیاستمداران و بوروکرات‌ها خود را غنی می‌کنند، به کار رفته است. در اصطلاح حقوقی و در برداشتی سنتی، فساد در این حوزه معامله‌ای بین یک مأمور رسمی با اشخاص غیردولتی است که در آن مأمور رسمی دولت از حدود قانون و مقررات فراتر می‌رود تا از طرق مختلف، از جمله رشوه، منافع شخصی خود را تأمین کند تعریف شده است.^۱ از منظر قوانین جزائی برخی کشورها این فساد دارای دو عامل است: نخست ارتکاب جرم توسط صاحب منصب با سوءاستفاده از موقعیت یا قدرت، و دیگر آنکه جرم برای نفع شخصی انجام شود.^۲ در توصیف پرکاربرد دیگری، فساد معامله بین بازیگران بخش خصوصی و عمومی است که از طریق آن کالاهای عمومی به‌طور نامشروع به بخش خصوصی منتقل می‌شود.^۳ کالین نای^۴ در تعریفی کلاسیک، فساد را شامل رفتاری می‌داند که از وظایف رسمی یک نقش عمومی به دلیل توجه به ثروت (شخصی، بستگان نزدیک یا گروهی خاص) یا موقعیت خود منحرف می‌شود.^۵ همچنین ممکن است فساد زمانی رخ دهد که سیاستمدارانی که وظیفه وضع قوانین و اجرای آن از سوی شهروندان را بر عهده دارند، خودشان به شیوه‌ای فاسد عمل کنند و از قدرت سیاسی خود برای

1. Amundsen, I. (2). "Corruption: Definitions and Concepts. Chr". *Michelsen Institute Development Studies and Human Rights Introduction DRAFT*, 17 January 2000. P.2.

2. Duc Hanh, N. "Corruption in The Banking Sector: Experiences, Challenges, Trends, Solutions and Recommendation". *Hanoi University for Prosecutors*, Viet Nam. 2013, P 210.

3. Heidenheimer A, J, Michael J, & Victor T. LeVine. (1993). " (eds.): Political Corruption". *A Handbook*. New Brunswick NJ, 1989 (third printing 1993), Transaction Pub. p.6.

4. Colin Nye.

5. Amundsen, Inge. (2). Op.cit. pp 2-5.

پیگیری منافع اقتصادی یا حفظ موقعیت خود سوءاستفاده کنند.^۱ بنابراین فساد سیاسی اغلب شامل سوءاستفاده از قدرت است که نه فقط به تخصیص نادرست منابع می‌انجامد، بلکه بر نحوه تصمیم‌گیری‌ها نیز تأثیر می‌گذارد.^۲ اما پرکاربردترین تعریف فساد، تعریف عملی بانک جهانی از فساد به‌عنوان «سوءاستفاده از قدرت عمومی در جهت نفع خصوصی» است.^۳

۲.۱.۲. الیگارشی

الیگارشی^۴ از دو واژه^۵ Oligon به معنای کم و Arkho^۶ به معنای حکومت، از ادبیات یونان باستان گرفته شده است و مقصود از آن شکلی از حکومت است که در آن قدرت سیاسی عملاً در اختیار بخش کوچک و نخبگان جامعه قرار دارد. عموماً از این واژه برای اشاره به قدرت استبدادی استفاده می‌شود که توسط گروهی کوچک و ممتاز برای اهداف اغلب فاسد یا خودخواهانه اعمال می‌شوند. الیگارشی‌ها گاهی مترادف با اشراف بودند که توسط اعضای یک طبقه نجیب اداره می‌شدند و یا مترادف با پلوتوکراسی^۷ یا حکومت ثروتمندان به کار برده می‌شود. بنابراین در یک بیان کوتاه می‌توان الیگارشی را معادل سیطره حلقه‌ها و گروه‌های کم‌شمار فوقانی حاکم بر طبقات یا احزاب یا سازمان بروکراتیک یا حکومت‌ها و نظایر آن دانست. به این دلیل، نفوذ این دسته از افراد در فرایند تصمیم‌سازی حکام را حکومت «متنفذان» نیز نامیده‌اند.^۸ از لحاظ تاریخی، الیگارشی‌های سازمان‌یافته و غیررسمی‌ای نیز وجود داشته‌اند که ترجیح می‌دادند قدرت سیاسی را آشکارا اعمال نکنند، بلکه «قدرت پشت تاج و تخت» باقی بمانند و از طریق فشار اقتصادی یا سیاسی کنترل خود را اعمال کنند. از طرفی از آنجا که جوهر سیاست، تصمیم برای جماعت و نه به وسیله جماعت است، می‌توان گفت تقریباً همه اشکال حکومت می‌توانند توسط یک الیگارشی

1. Cerqueti, R and Coppier, R. "Political Corruption. in: Marciano, A and Ramello", G(ed.) *Encyclopedia of Law and Economics* New York Springer. 2019, p 1.

2. Bosso, Francesco, Maïra Martini, Inaki Albisu Ardigó, "Political Corruption Topic Guide"; Compiled by the Anti-Corruption Helpdesk. TRANSPARENCY INTERNATIONAL; The global coalition against corruption, 31 October 2014, With support from the European Commission. pdf. P 2.

3. Amundsen, I.(1). "Political Corruption: An Introduction to the Issues". *Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights*. WP 1999: 7, P.O. Box 6033 Postterminalen, N-5892 Bergen, Norway. p 2.

4. Oligarchy

5. ὀλιγόν

6. ἄρχω

7. Plutocracy

۸. شایان مهر، علیرضا، *دایره المعارف تطبیقی علوم اجتماعی*، جلد ۳، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۸۰، صص ۲۰۱-۲۰۲.

کنترل شوند یا به یک الیگارش‌ی تبدیل شوند، چراکه در مفهوم دقیق، همواره عده بسیار یا مردم هرگز حکومت نمی‌کنند، کار واقعی حکومت کردن همیشه در دست عده‌ای اندک است.^۱ بر این اساس، دموکراسی‌های مدرن را نیز می‌توان تحت شرایطی الیگارش‌های منتخب دانست؛ چرا که سیاستمداران به شدت به نخبگان اقتصادی و رسانه‌ای غیرمنتخب وابسته‌اند و کنترل مؤثر به قدری دست به دست می‌شود که تشخیص کسانی که در قدرت هستند به‌عنوان طبقه یا نخبگان دشوار است. همچنین تعداد کمی از کاندیداهای سیاسی منفرد منابع اقتصادی برای خرید تبلیغات مورد نیاز برای جلب توجه عمومی را دارند، در نتیجه اغلب در برابر گروه‌های ذی‌نفع خاص از انواع مختلف تهدید می‌شوند. به‌طور مثال در فیلیپین بیش از ۸۴ میلیون نفر در بیش از ۷۰۰۰ جزیرهٔ مجمع‌الجزایر فیلیپین زندگی می‌کنند، اما سیاست و اقتصاد فقط تحت‌سلطهٔ حدود هشتاد خانواده است؛ لذا به کار بردن کلمهٔ مافیا، کوتاه‌نویسی مفیدی در این زمینه به شمار می‌رود.^۲

۲.۲. تأثیر ساختار حاکمیت بر پیدایش الیگارش‌ها

در تبیین چگونگی شکل‌گیری الیگارش‌ها، پژوهشگران عمدتاً بر ساختار و ماهیت حکومت‌ها تمرکز دارند. به اعتقاد ایشان، ساختار و ماهیت حکومت‌ها امکان ظهور و بروز یا عدم پیدایش الیگارش‌ها را مهیا می‌کند. به اعتقاد برخی از ایشان، رژیم‌های استبدادی و نیمه‌دموکراتیک با فساد سیاسی پایدارتری نسبت به سایر رژیم‌های دموکراتیک در پیدایش الیگارش‌ها مواجه‌اند و فساد نیز به نوبهٔ خود در این نوع رژیم‌ها به‌خوبی رشد می‌کند.^۳ برخی دیگر معتقدند در بعضی از کشورهای اقتدارگرا، دیکتاتورها قادر به کنترل میزان فساد هستند و به همین دلیل فساد می‌تواند شیوع کمتری داشته باشد.^۴ نتایج حاصل از بسیاری از پژوهش‌ها بیانگر آن است که نظام‌های دموکراتیک کمترین میزان خطر در زمینهٔ تشکیل نظام‌های الیگارش را دارند؛ اما برخی از پژوهش‌ها نیز در تحقیقات میدانی و استناد به آمار موجود در جوامع دموکراتیک این نظریه را رد می‌کنند. در این زمینه دو دیدگاه ارائه شده است: نخست پژوهشگرانی از جمله زلفان حکیم و جوردی^۵ معتقدند که نظام‌های دموکراتیک بر اصولی از جمله آزادی و برابری متکی‌اند؛ یعنی

۱. پرهام، باقر و همکاران، *فرهنگ علوم اجتماعی*، چاپ سوم، تهران: نشر مازیار، ۱۳۹۲، ص ۹۲.

2. Johnston, op. cit. p. 25.

3. Fjeld, Hanne & Håvard Hegre, "Political Corruption and Institutional Stability", *Studies in Comparative International Development* 49(3). 2014, p 287.

4. Cerqueti, & Coppier, op. cit. p 5.

5. Zulfan Hakim, Muhammad & Jurdi, Fajlurrahman

همه انسان‌ها بدون در نظر گرفتن شایستگی‌های متفاوتی که می‌توانند داشته باشند با هم برابرند. این امر به علت وجود نابرابری‌های موجود در عالم واقع، از جمله برخورداری از مواهب قدرت و ثروت، موجب می‌شود که در عمل اشخاص متمول با تکیه بر دارایی‌های خود بتوانند به خرید آرا و حذف رقبای خود اقدام کنند و از این طریق افکار عمومی را به خود جلب و مناصب سیاسی را در اختیار بگیرند. همچنین اشخاصی که ایشان از آن تحت عنوان سیاستمداران نابالغ^۱، یعنی افرادی که در خانواده‌های دارای مناصب سیاسی به دنیا آمده اما دارای شایستگی و پختگی لازم برای امور سیاسی نیستند، نیز با حمایت‌های مالی و خانوادگی خود می‌توانند به راحتی وارد عرصه سیاست شوند و ساختارهای الیگارشی را شکل دهند. از این رو دموکراسی ممکن است فقط به عنوان یک ابزار توسط الیگارشی‌ها استفاده شود. دموس^۲ بر اساس تحقیقات سال‌های ۲۰۰۵-۲۰۰۷ بیان می‌کند که دموکراسی به دلیل سیاستمداران نخبه‌ای که قدرت را به انحصار خود درآورده‌اند مسئول ایجاد یک دموکراسی الیگارشی است. تحقیقات وی بیانگر آن است که دموکراسی همیشه با آزادی و برابری در همه حوزه‌های عمومی همراه نیست. این شرایط منشأ فساد و سوءاستفاده از قدرت است؛ چراکه دموکراسی و روند سیاسی بر کیفیت و شایستگی تکیه نمی‌کند و تنها بر رسمیت تأکید دارد. در تأیید این نظریه، مرکز تحقیق و توسعه کامپاس^۳ نشان می‌دهد که یک پرونده فساد وجود دارد (۲۰۱۵-۲۰۰۲) که شامل ۷۷ نماینده مجلس، ده وزیر، ده نایب‌السلطنه و نه سیاستمدار از احزاب مختلف در آن حضور دارند.^۴ از این رو به اعتقاد ایشان دموکراسی ماهیتاً زمینه ایجاد و رشد الیگارشی را فراهم می‌کند.

در دیدگاه دیگر، پژوهشگرانی از جمله وینترز و پیچ^۵ معتقدند که مفهوم الیگارشی را می‌توان نه فقط در جوامع نیمه دموکراتیک، بلکه در ایالات متحده معاصر نیز به کار برد. به اعتقاد ایشان، الیگارشی با دموکراسی در تقابل باهم نیستند، بلکه می‌توانند به راحتی در کنار یکدیگر هم‌زیستی داشته باشند. چراکه الیگارشی‌ها نیازی به داشتن مناصب رسمی دولتی ندارند و به طور غیرمستقیم اثر خود را می‌گذارند. در این روند ثروتمندان اغلب سازمان‌های بزرگی مانند شرکت‌های تجاری

1. Immature politicians

2. Demos.

3. The research and the development of Kompas.

4. Zulfan H, Muhammad & Jurdi, F. "Immature Politicians and Oligarchy As a Threat to Democracy". *University, Bandar Lampung, Lampung, Indonesia*. Volume 11 Number 4, October-December 2017. Pp 342,354.

5. Jeffrey A. Winters and Benjamin I. Page.

را کنترل می‌کنند. آنها می‌توانند ارتشی از بازیگران حرفه‌ای و ماهر را از هر طبقه استخدام کنند که به‌عنوان مدافعان حقوق‌بگیر و مدافعان منافع اصلی الیگارش‌ها کار کنند. در جوامع مدرن این بازیگران اغلب ساکن بنیادها، اتاق‌های فکر، شرکت‌های حقوقی مرتبط با سیاست، مشاوران و سازمان‌های لابی هستند. گاهی اوقات آنان سیاست‌مداران یا مقاماتی‌اند که توسط ثروتمندان استخدام و تأمین مالی می‌شوند. برای مثال، در پژوهش سال ۲۰۰۵ با استفاده از داده‌های مالیات بر درآمد دریافتند که یک‌درصد از آمریکایی‌ها شانزده‌برابر بیشترین سهم از درآمد ملی را، که از سال ۱۹۲۸ برخوردار بوده‌اند، دریافت کرده و ۲۵ مدیر ارشد صندوق تأمین در سال ۲۰۰۶ در مجموع چهارده‌میلیارد دلار به دست آوردند که بیشتر از تولید ناخالص داخلی کشورهایی چون اردن یا اروگوئه است. در همین زمینه می‌توان به داده‌های فوربس^۱ در مورد قلّه صاحبان ثروت یعنی ۴۰۰ و ۱۰۰ ثروتمند برتر آمریکا، که برای محاسبه سهم آن گروه‌ها از کل ثروت استفاده کرده‌اند، استناد کرد. شاخص قدرت مادی این افراد نشان می‌دهد که هر یک از ۴۰۰ نفر از ثروتمندان آمریکا به‌طور متوسط حدود ۲۲۰۰۰ برابر بیشتر از متوسط عضو ۹۰ درصد پایین و هر یک از ۱۰۰ نفر برتر تقریباً ۶۰۰۰۰ برابر بیشتر از افراد عادی دارند. بنابراین تغییرات در خروجی‌های سیاست در ایالات متحده عموماً به ترجیحات شهروندان با درآمد بالاتر و نه عموماً شهروندان پاسخ داده است و ترجیحات تصمیم‌گیران سیاست خارجی بیش از خواسته‌های عموم مردم به خواسته‌های مدیران شرکت‌های چندملیتی پاسخ داده است.^۲

فوکویاما نیز در کتاب *نظم و زوال سیاسی* بیان می‌دارد: «اغلب تعاریف فساد حول استفاده از منابع عمومی برای اهداف خصوصی می‌گردد، چنین تعریفی به‌صورت ضمنی این معنا را به ذهن متبادر می‌کند که فساد پدیده‌ای است که تنها در جوامع مدرن یا لاقدر در حال مدرن شدن رخ می‌دهد، زیرا این امر از تفکیک دو حوزه عمومی و خصوصی ایجاد شده است. از آنجا که این تفکیک ماحصل تولد دولت‌های مدرن است و تا قبل از آن امر عمومی وجود نداشت تا بتوان از منابع آن سوءاستفاده کرد، باید آن را ماحصل دولت‌های مدرن دانست. به بیان دیگر، تنها در قرن هفدهم و هجدهم با رشد و توسعه دولت‌های متمرکز بود که قلمرو حکام دیگر جزو اموال شخصی ایشان و پادشاهان تلقی نمی‌شد و نوعی امانت عمومی به حساب می‌آمد که حاکم به

1. Forbes

2. Winters, Jeffrey A. and Benjamin I., "Oligarchy in the United States?. Perspectives on Politics". December 2009 | Vol. 7/No. 4, 2009, p 737.

نیابت از کل جامعه آن را اداره می‌کند، در صورتی که قبل از آن حکام و پادشاهان خود را مالک سرزمین [و تمامی اموال] تحت حاکمیتشان می‌دانستند، گویی آنها بخشی از دارایی شخصی یا میراث پدری آنها بود، بنابراین تا قبل از این حکام و پادشاهان می‌توانست هر جایی را که می‌خواهد به خویشان حامیان یا رقبا ببخشد، زیرا آنها بخشی از اموال شخصی وی به حساب می‌آمدند»^۱، از این رو تا قبل از تشکیل دولت مدرن سخن از فساد سیاسی و اقتصادی موضوعیت نداشت.

۳. اقسام فساد سیاسی

فساد سیاسی شامل طیف وسیعی از جنایات و اعمال غیرقانونی است که توسط تصمیم‌گیران (قبل، حین و پس از ترک مقام) انجام می‌شود. بنابراین می‌تواند به طرق گسترده‌ای از جمله تأمین مالی - سیاسی غیرقانونی، تأثیر ناروا بر سیاست‌گذاری، تسخیر دولت، تقلب در انتخابات، سوءاستفاده از منابع دولتی در طول انتخابات، سوءاستفاده از مصونیت‌ها و سایر اختیارات مربوط به آنها تجلی یابد.^۲ با وجود این، ذیلاً به مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌های ارائه شده در پژوهش‌های تخصصی می‌پردازیم.

۳.۱. فساد کلان و فساد خرد

در مبحث فساد در یک تمایز کلی با دو گونه فساد مواجهیم: نخست فسادی است که به معنای سوءاستفاده از قدرت سیاسی توسط رهبران دولت برای استخراج و انباشت برای غنی‌سازی خصوصی و استفاده از ابزارهای فساد سیاسی برای حفظ قدرت خود است. فسادی که در بالاترین سطوح نظام سیاسی که شامل سیاست‌مداران، وزرا و سایر صاحبان مناصب ارشد دولتی رخ می‌دهد و از این رو می‌توان آن را از فساد اداری یا بوروکراتیک، فساد تجاری و بخش خصوصی متمایز کرد. فسادی که ممکن است شامل تنظیم قوانین و مقررات به نفع عوامل بخش خصوصی باشد؛ فسادی که تصمیم‌گیران از قدرت سیاسی خود برای حفظ قدرت، موقعیت و ثروت خویش استفاده و تدوین سیاست و قانون‌گذاری به نفع سیاست‌مداران و قانون‌گذاران را تنظیم می‌کنند؛ فسادی که ممکن است در موقعیت‌های بالاتر اتفاق بیفتد، بدون اینکه عموم

۱. فوکویاما، فرانسیس، *نظم و زوال سیاسی*، ترجمه رحمن قهرمانپور، تهران: انتشارات روزنه، چاپ پنجم، ۱۴۰۱، صص ۹۵-۹۷.

2. Bosso et al, Op.Cit. pp 1-2.

مردم از آن اطلاعی داشته باشند. شاخصه‌های فوق بیانگر اصطلاح «فساد کلان» است که منعکس‌کننده مقیاس فساد و مبلغ قابل توجهی از پول درگیر است. در مقابل، فساد اداری یا فساد خرد قرار دارد که در حین اجرای سیاست‌های عمومی رخ می‌دهد. این فساد مانند گرفتن رشوه شامل بوروکرات‌های منصوب و کارکنان اداره رسمی در سطح مرکزی یا محلی است.^۱ بنابراین فساد سیاسی برخلاف فساد اداری چیزی بیش از انحراف از هنجارهای قانون رسمی و مکتوب و همچنین قوانین اخلاق حرفه‌ای و احکام دادگاه است. فساد سیاسی زمانی است که قوانین و مقررات کم‌وبیش به‌طور سیستماتیک توسط حاکمان مورد سوءاستفاده قرار گیرد یا کنار گذاشته یا نادیده گرفته شوند یا حتی متناسب با منافع آنها تنظیم شوند. درحالی‌که فساد اداری معمولاً از طریق حسابرسی، قانون‌گذاری و ترتیبات نهادی قابل‌مقابله است، حال آنکه اثرهای تخریبی فساد سیاسی را نمی‌توان به تنهایی با یک رویکرد اداری از میان برد. بنابراین فساد سیاسی را باید به‌عنوان یک رویه عمده، خودخواسته و کاربردی به شمار آورد.^۲

۳.۲. فساد شخصی و فساد جمعی

فساد سیاسی گاه شامل انباشت و استخراجی است که شامل اختلاس، رانت‌خواری، غارت و حتی حکومت دزدان^۳ است که مقامات دولتی از قدرت خود برای استخراج از بخش خصوصی یا منابع عمومی سوءاستفاده می‌کنند. شکل دوم فساد سیاسی حالتی است که در آن منابع استخراج‌شده برای حفظ و گسترش قدرت استفاده می‌شود. این‌گونه فساد معمولاً شکل طرف‌داری و سیاست حمایتی را به خود می‌گیرد که شامل توزیع مطلوب و با انگیزه‌های سیاسی یا مالی برای بازیگران فاسد اعمال می‌شود که درنهایت برای آنها منافع خصوصی دارد.^۴ به بیان دیگر، این دسته از فساد شامل استفاده نامشروع از منابع عمومی برای حفظ و گسترش قدرت سیاسی توسط کسانی، که مناصب سیاسی دارند، می‌شود.^۵ باین‌حال فساد ممکن است جمعی نیز باشد؛ چراکه فساد در مجموع اثر اقتصادی قابل توجهی دارد و حاکمان به‌عنوان یک گروه، طبقه، نهاد یا سازمان تمایل زیادی به جمع‌سازی با شرکا، حامیان و مافوق خود دارند.^۶

1. Timbul Tampubolon et al ,Op.Cit.p 234.

2. Amundsen,Inge.(1).op.cit.pp 3-4.

3. kleptocracy (rule by thieves).

4. Amundsen ,Inge .(2).op.cit.pp 8-9&5.

5. Fjelde, Hanne & Håvard Hegre .op.cit.p 287.

6. Timbul Tampubolon et al ,Op.Cit.pp 225,226.

۳.۳. خویشاوندگرایی و خصوصی‌سازی

در برخی کشورها، صاحبان قدرت به‌طور سیستماتیک از دفتر سیاسی خود برای ورود، تأمین و گسترش منافع تجاری خود استفاده می‌کنند؛ به نحوی که دارایی و حقوق ملی را انحصاری و تعداد زیادی از شرکت‌های دولتی و نیمه دولتی را در قبال مبالغ نمادین پول و به نام خصوصی‌سازی به دوستان و خانواده وزرا و رؤسای جمهور واگذار می‌کنند. به‌طور مثال در زیمبابوه، رؤسای حزب حاکم مالک مزارع بزرگ سفیدپوستان سابق‌اند و در کامرون، رئیس‌جمهور و خانواده‌اش صاحب بزرگ‌ترین کارخانه‌ها، پالایشگاه‌های شکر، حمل و نقل و شرکت‌های دیگرند.^۱ در همین زمینه برخی از پژوهشگران از واژه فئودالیزاسیون استفاده می‌کنند که به خصوصی‌سازی و تمرکززدایی دولت اشاره دارد و بر روابط مشتری‌گرایانه درگیر تأکید می‌کند. فئودالیزاسیون زمانی اتفاق می‌افتد که کل مناطق جغرافیایی، بخش‌های اقتصادی یا واحدهای نظامی توسط منافع خصوصی تسخیر شوند.^۲ در این زمینه فوکویاما معتقد است از هند تا ژاپن و آمریکا شاهد بازگشت نوعی «ویژه‌پروری» دولتی هستیم. این امر ریشه در آن دارد که انسان‌ها ماهیتاً موجوداتی اجتماعی و سازمان‌دهی اجتماعی آنها برگرفته از دو اصل بنیادین زیست‌شناسی یعنی «توجیه خویشاوندی» و «نوع‌دوستی دادوستدی» است که نه‌فقط در تمامی جوامع بشری، بلکه در اغلب گونه‌های تولیدمثل‌کننده نیز مشاهده می‌شود. در ترجیح خویشاوندی افراد با توجه به میزان ژن مشترکی که دارند روابط ژنتیکی را در اولویت قرار می‌دهند و این اساس فامیل‌بازی و قوم و خویش‌گرایی است و نوع دوم، نوع‌دوستی دادوستدی است که دربرگیرنده تبادل متقابل منافع میان افرادی است که نسبت خویشاوندی با یکدیگر ندارند.^۳

۳.۴. فساد بازتوزیعی و استخراجی

به عقیده برخی پژوهشگران، دولت یا برخی از عوامل دولتی همیشه درگیر فسادند و فساد اساساً یک رابطه خاص دولت و جامعه است. این رابطه مبتنی بر تبادل منافع متقابل است؛ مبادله‌ای که هم دولت (عامل دولت) و هم جامعه (فرد شهروند، مشتری یا تاجر) از آن سود می‌برند. به بیان دیگر، شیوه‌های فاسد جریانی از منابع را از جامعه به دولت (فساد استخراجی، یا

1. Timbul Tampubolon et al, Op.Cit. pp 234.

2. Amundsen, Inge. (1). op.cit. p 7.

۳. فوکویاما، فرانسیس، پیشین، صص ۹۸-۹۹.

شکل فساد در بالا) یا از دولت به جامعه (فساد بازتوزیعی، یا فساد از پایین) ایجاد می‌کند. مطابق نظریه فساد بازتوزیعی، دولت بخش ضعیف‌تر در رابطه دولت و جامعه است و در مقابل، گروه‌های مختلف سازمان‌یافته و قدرتمند هستند که با اقدامات فاسدی که با دولت انجام می‌دهند، بیشتر از دولت و نخبگان حاکم سود می‌برند و از این طریق اقتدار دولتی را از پایین به چالش می‌کشند.^۱ به‌طور مثال، مافیای ایتالیا می‌تواند از طریق تهدید، ارباب و ترورهای هدفمند، نفوذ خود را بر مقامات دولتی و کل سازمان‌های دولتی تحمیل کنند.^۲ در مقابل نظریه «فساد استخراجی»^۳ قرار دارد که در آن دولت بخش قوی‌تری در رابطه دولت و جامعه است. این نظریه عمدتاً در جایی اعمال می‌شود که دولت نه‌فقط قوی‌ترین نیرو در جامعه است، بلکه در جایی که نخبگان حاکم به یک طبقه مسلط و حاکم در کنترل قدرت‌های دولت تبدیل شده‌اند، مصداق می‌یابد.^۴

۴. آشکال عمده و اساسی فساد سیاسی

در این مبحث به آشکال و صور غالب الیگارش‌ی در فساد سیاسی خواهیم پرداخت. لازم به ذکر است که صور مداخله الیگارش‌ها در نظام‌های سیاسی قطعاً دامنه وسیع‌تری را دربر می‌گیرد؛ اما در این مبحث سه الگوی رفتاری رایج نظام الیگارش‌ی را، که به‌نحو عمده در جوامع مختلف مورد استفاده قرار می‌گیرد، به بحث می‌گذاریم.

۴.۱. تسخیر تام حاکمیت یا مغول‌های رسمی^۵

مایکل جانستون^۶ در «سندرم‌های فساد: ثروت، قدرت و دموکراسی» به الگوی خاصی از فساد سیاسی تحت عنوان «مغول‌های رسمی» اشاره می‌کند. به عقیده وی، در جایی که نخبگان دولتی در محیطی از نهادهای بسیار ضعیف، رقابت سیاسی اندک و فرصت‌های اقتصادی در حال گسترش فعالیت می‌کنند، زمینه برای فساد بدون مجازات فراهم می‌شود. در چنین جوامعی فساد شخصیت‌های سیاسی قدرتمند و افراد موردعلاقه آنها غالباً به شکل غارتگرانه تبلور می‌یابد که شامل سوءاستفاده یکجانبه از قدرت سیاسی به‌جای مبادله پیش‌رو بین منافع عمومی و خصوصی

1. Amundsen, Inge. (1). op.cit. pp 6-7.
 2. Amundsen, Inge. (2). op.cit. pp 3-4.
 3. extractive corruption
 4. Ibid. pp 10-11.
 5. Official Mogul
 6. MICHAEL JOHNSTON

است. در این الگو مقامات و سیاستمداران کم‌وبیش به میل خود از طریق فساد ثروتمند می‌شوند و درحالی‌که امپراتوری‌های خود را می‌سازند، وضعیتی شبه‌رسمی پیدا می‌کنند که در این وضعیت منبع قدرت در داخل دولت نیست، بلکه در دست مقاماتی است که از اهرم‌های سیاسی برای استخراج ثروت استفاده می‌کنند. درواقع بسیاری از مغول‌های رسمی در قلمرویی بین دولت و جامعه عمل، و از قدرت و منابعی استفاده می‌کنند که به‌وضوح عمومی و خصوصی نیستند. از طرفی هزینه‌های معافیت از مجازات فساد اداری مغول‌ها به دلیل سوءاستفاده نامحدود از قدرت سیاسی از ویژگی‌های این الگو است. در این الگو ممکن است اشخاصی مانند رؤسای جمهور اندونزی (سوکارنو و سوهارتو) یک شخصیت به‌وضوح مسلط باشد یا مانند چین، مغول‌های متعددی که انحصارات خود را به شیوه‌ای ناهماهنگ‌تر اداره می‌کنند، حضور داشته باشند.^۱

۴.۲. نفوذ و لابی‌گری

منظور از لابی‌گری یا اعمال نفوذ آن است که در شرایطی خاص شخص یا اشخاصی را که بیش از شما قدرت تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری دارند متقاعد کنید تا از اقدامی که شما خواستار آن هستید از طریق تبدیل دیدگاه شما به یک سیاست و درنهایت تبدیل به یک قانون حمایت کند. عبارت لابی‌گری یا اعمال نفوذ در بدو امر دارای بار منفی است و این برداشت تا حدی به‌جاست، اما ممکن است از نظر اجتماعی کاری مسئولانه باشد تا از این طریق با مجاب‌سازی منصفانه و اخلاقی و اعمال نفوذ مسئولانه بر سیاستمداران منافع عمومی را رقم بزنیم. اما آنجایی که اعمال نفوذ بر اشخاص تصمیم‌ساز در راستای منافع شخصی یا گروه خاصی باشد که درعین‌حال موجب تضییع حقوق بخش عمده‌ای از افراد جامعه یا منافع و مصالح عمومی شود، در این فرض اگر شخص تصمیم‌ساز از جمله کارگزاران سیاسی جامعه باشد با نوع خاصی از فساد سیاسی که دربردارنده گونه منفی لابی‌گری است مواجهیم.^۲ در بررسی تاریخ شکل‌گیری صنعت لابی‌گری می‌توان به لابی‌گری در سطح اتحادیه اروپایی با گردش مالی ۱/۳ میلیارد دلاری در سال اشاره کرد که به پایان دهه ۱۹۷۰ بازمی‌گردد. در حال حاضر نیز حدود شش‌هزار بنگاه لابی‌گری و دست‌کم سی‌هزار لابی‌گر در بروکسل که تقریباً با تعداد کارمندان کمیسیون اروپایی برابری می‌کند مشغول فعالیت‌اند که این امر نشان‌دهنده ارزش قابل‌توجه و فزاینده لابی‌گری

1. Johnston, op.cit. Pp 156-159.

2. Cerqueti & Coppier. Op.Cit. p.4

برای تأثیرگذاری بر تصمیم‌گیری‌های کلان و تأمین منافع گروه‌های ذی‌نفع در سطح اتحادیه اروپایی است.^۱ براساس برآوردهای سازمان‌های نظارتی، بنگاه‌های لابی‌گری از طریق ارائه اطلاعات، مشاوره، پیشنهاد و راهکار به نمایندگان پارلمان و کمیسیونرها بر ۷۵ درصد از قوانین مصوب اعمال نفوذ داشته‌اند. استمرار این روند در حال حاضر نگرانی‌هایی به وجود آورده است؛ چراکه منافع و خیر جمعی، قربانی منافع شخصی و گروهی صاحبان قدرت و ثروت شده است، از این رو کمیسیون اروپایی در نوامبر ۲۰۰۵ طرحی را با عنوان «شفافیت اروپایی» در دستور کار خود قرار داد.^۲ بنابراین، در یک چارچوب سیاسی دموکراتیک که مکانیسم‌های نهادینه شده برای حکومت و توزیع کالاهای عمومی از جمله عدالت وجود دارد، ممکن است خطر نفوذ جنایتکاران سازمان‌یافته در این نهادهای دولتی وجود داشته باشد، پدیده‌ای که از آن به عنوان «تسخیر دولت»^۳ توصیف می‌شود که باعث ایجاد سوگیری در طراحی و اجرای سیاست‌ها و همچنین تأثیرگذاری بر وضع قوانین، مقررات و سیاست‌ها می‌شود. برای پیشگیری از آسیب‌های فوق، برخی از کشورها توطئه برای ارتکاب جرم را جرم‌انگاری کرده‌اند و برخی دیگر از کشورها عضویت یا مشارکت در شرکت‌های مجرمانه را جرم می‌دانند. در ایتالیا این دسته از جرایم را جرایم مرتبط یا جرایم مافیایی می‌نامند.^۴

۴.۳. کارتل‌سازی

کارتل^۵ عبارت از سازمانی رسمی متشکل از تولیدکنندگان یک کالا در داخل یک صنعت و انحصار چندجانبه است. هدف کارتل به‌طور کلی تسلط و نظارت بر شرایط فروش، تعیین و تنظیم سیاست مشترک درباره قیمت، تقسیم بازار و تعیین سهمیه تولید برای حداکثر کردن سود خود

۱. دوستی‌زاده، محمدرضا و بهاره مظلوم، مکانیسم لابی‌گری در روند قانون‌گذاری اتحادیه اروپا و لابی‌های قدرتمند آلمان، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، سال نهم، ۱۳۹۸، شماره ۳ (پیاپی ۳۳)، صص ۵۳-۸۴.

۲. جوادی، محمود، ایران و لابی‌گری در اتحادیه اروپایی: ظرفیت‌ها و سازوکارها، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست و هشتم، ۱۳۹۳، شماره ۴، صص ۷۲۸-۷۰۳.

3. state capture.

4. Edgardo B and Jan van Dijk. (2003). "Controlling Organized Crime and Corruption in The Public Sector". Forum on Crime and Society, vol. 3, Nos. 1 and 2, December 2003. Pp 2-34.

5. Cartel

است که در نهایت موجب از بین رفتن رقابت در بازار می‌شود.^۱ در متون اقتصادی، ایجاد انحصار همواره به‌عنوان پدیده‌ای مخرب شناخته شده است؛ چراکه انحصار با هدف به حداکثر رساندن سود، منجر به کاهش تولید و افزایش قیمت و در نهایت موجب کاهش رفاه مصرف‌کننده و جامعه به‌عنوان یک کل می‌شود.^۲ در حوزه سیاسی نیز واسیستو^۳ در شکل‌گیری کارتل‌ها در سیاست و وجود سیاست‌مداران ارشد معتقد است که آنها از قبل یک استراتژی خاصی را در مورد چگونگی ایجاد سلسله قدرت خود در نظر داشته‌اند.^۴ از این‌رو در صنعت و تجارت بسیاری از گروه‌های کارتلی جزو رفتارهای غیرقانونی طبقه‌بندی می‌شوند و مشارکت در یک کارتل به‌عنوان یک جرم دارایی همچون سرقت تلقی شده است.^۵ بنابراین در جایی که گروه‌های درهم‌تنیده از سیاست‌مداران ارشد، شخصیت‌های تجاری، بوروکرات‌ها، رهبران نظامی و قومی منافع فاسد را در میان خود به اشتراک می‌گذارند، می‌توانند شبکه‌ها و اتحادیهایی ایجاد کنند که قدرت آنها را مستحکم‌تر و مخالفان را ضعیف‌تر کند، به این دلیل برخی این روند را «بازارهای نفوذ و نفوذ برای اجاره»^۶ نامیده‌اند که مطابق آن تصمیمات برای فروش ارزش دسترسی، حول محور استفاده از ثروت برای به دست آوردن نفوذ در نهادهای سیاسی و اداری است که در آن اغلب سیاست‌مداران دسترسی خود را به اجاره می‌دهند. به‌طور مثال در ژاپن رشوه دادن به سیاست‌مداران «حزب لیبرال دموکراسی»^۷ (LDP) از طرف برندگان قراردادهای کارهای عمومی، سه درصد از ارزش کل قرارداد را به همراه داشت. وقتی در نظر بگیریم که در اواسط دهه ۱۹۸۰ هزینه‌های ساخت‌وساز داخلی در ژاپن بالغ بر ۵۳.۶ تریلیون ین در سال بود (حدود ۲۲۵ میلیارد دلار با نرخ ارز فعلی) حجم این فساد بیشتر نمایان می‌شود. در چنین الگویی از فساد گاهاً

۱. جمشیدی رودباری، مستانه، بررسی علل تطابق نیافتن مدل‌های اقتصادی رفتار اوپک در بلندمدت از دیدگاه تحولات بازار نفت و ویژگی‌های این سازمان، فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، سال شانزدهم، ۱۳۸۷، شماره ۴۷، صص ۶۳-۲۵.

۲. گلستانی، شهرام، مجید هاتفی مجومرد و ام‌البنین جلالی، **مدل‌های رهبری قیمت و تبانی در کارتل‌گازی با استفاده از الگوریتم ژنتیک**، فصلنامه اقتصاد محیط زیست و انرژی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۶، صص ۱۸۲-۱۵۱.

3. Wasisto

4. Wasisto Raharjo Jati. "Pemilu 2014: Kartelisasi Elite Versus Representasi Publik", Jurnal Ultima Humaniora, 2 .(1), 2014, pp 45-58..

5. Timbul Tampubolon et al ,Op.Cit.p 235.

6. influence for rent, decisions for sale.

7. Liberal Democrat Party.

مشاهده می‌شود که هیئت‌های مدیره بنگاه‌های اقتصادی شبیه نشست و جلسات نمایندگان احزاب مختلف [و حتی جمعی متشکل از اعضای هیئت‌دولت] شده‌اند که حکایت از درگیری و تبانی گسترده آنها دارد.^۱ در همین زمینه می‌توان به پدیده «حزب کارتل»^۲ اشاره کرد. تشکیل کارتل احزاب بر این استدلال استوار است که احزاب می‌توانند از جامعه جدا شود و درعین حال زنده بمانند و شاید حتی پیشرفت کنند. برای هر حزب، وابستگی به کمک‌های دولتی که معمولاً براساس حضور پارلمان توزیع می‌شود، به معنای وابستگی به دسترسی مستمر به منابعی است که اصولاً خارج از کنترل آنهاست؛ بنابراین برنده شدن یا باختن در انتخابات می‌تواند تفاوت زیادی در بقای آن ایجاد کند؛ زیرا منابع برای بقای آنها به‌طور فزاینده‌ای از طریق دولت تأمین می‌شود. تز کارتل‌سازی توضیح می‌دهد که چگونه سیستم‌های حزبی می‌توانند علی‌رغم اینکه احزاب به‌طور فزاینده‌ای از رأی‌دهندگانی که قرار است نماینده آنها باشند، فاصله بگیرند و نسبتاً پایدار باقی بمانند.^۳ به‌طور مثال در اوکراین فرایند تحول و خصوصی‌سازی منجر به ظهور چندین گروه تجاری شد که با کنترل بخش‌های کلیدی اقتصادی، قدرت اقتصادی بیشتری را ایجاد کردند.^۴

نتیجه‌گیری

از مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی جوامع، ارتکاب جرایم و مفاسد اقتصادی است که آثار سوء غیرقابل‌انکاری بر نظام اقتصادی وارد ساخته و موجب سلب اعتماد مردم به حاکمیت می‌شود و از جهت دیگر به هدر رفتن سرمایه‌های اجتماعی می‌انجامد. لذا این وظیفه و دغدغه مهم سیاست جنایی و نظام عدالت کیفری است که به‌دنبال تدابیری برای مهندسی، کنترل، مدیریت و پاسخ‌دهی متناسب با این جرایم باشد. پدیده الیگارشی و رفتار مخرب عاملان آن، به جهت از میان بردن نظام اقتصادی، ایجاد فساد سیاسی گسترده، متلاطم ساختن زیرساخت‌های اقتصادی و اجتماعی و متعاقباً چالش‌های عمده فرهنگی از بارزترین مصادیق جرایم اقتصادی در سطح

1. Johnston, op.cit. Pp 60&89.

2. Cartel party

3. Hopkin, Jonathan. "The Emergence and Convergence of the Cartel Party: Parties, State and Economy in Southern Europe. Department of Political Science and International Studies", University of Birmingham, Edgbaston, Birmingham B15 2TT UK. Paper for presentation at London School of Economics, 30 January 2003. Pp 2-3.

4. Wojciech Konończuk & Denis Cenuşa and Kornely Kakachia. "Oligarchs in Ukraine, Moldova and Georgia as key obstacles to reforms. Research and policy advice project". supported by the Swedish International Development Cooperation Agency (Sida), 24 May 2017. p 7.

کلان و ملی است که جوامع را در تمامی سطوح با چالش‌های جدی مواجه می‌کند. از این رو پرداختن به این پدیده اجتماعی مخرب و دستیابی به یک سیاست جنایی جامع در مواجهه با آن به جهت گسترش روزافزون این پدیده در تمامی جوامع بین‌المللی امری ضروری است. مطابق چارچوب نظری ارائه‌شده و یافته‌های این پژوهش می‌توان گفت، نخست با توجه به راهبرد نوین سیاست جنایی در دوره چهارم حیات خود که به سیاست جنایی فرانواگرایانه معروف است، سیاست مطلوب در مواجهه با نظام الیگارش‌ی به جهت ظرفیت بالای جنایی و متعاقباً دامنه ریسک بسیار بالای این دسته از جرایم در ایجاد بستر ارتکاب جرم، اتخاذ راهبردی سیستماتیک و شبکه‌ای است که از یک سو با ایجاد ساختاری نظام‌مند در راستای ایجاد هماهنگی لازم و جلوگیری از موازی‌کاری و رفع تعارض عملکردی نهادهای رسمی متولی مواجهه با جرم و از طرفی فراهم کردن بسترهای مناسب جهت مشارکت حداکثری سازمان‌های مردم نهاد و مشارکت عمومی مردم در قالب یک طرح ملی فراقوه‌ای بسترهای لازم در مواجهه با پدیده الیگارش‌ها فراهم شود. در راستای تحقق این امر مطابق آموزه‌های نظریه فرصت جرم، جرم‌شناسی موقعیت‌مدار و مدیریت ریسک جرم، به جهات مختلفی از جمله رفتار مجرمانه خاص (میزان خطرناکی و ریسک جرم)؛ مرتکب جرم (با لحاظ جایگاه، وضعیت و موقعیت مرتکب جرم) و پیامدهای جرم و دامنه آسیب‌هایی که متوجه آماج جرم می‌شود، جرایم الیگارش‌ها واجد قرار گرفتن در مکانیسم سیاست جنایی افتراقی است. چراکه جایگاه و موقعیت اجتماعی، سیاسی و اقتصادی الیگارش‌ها و رفتار مجرمانه پرخطر با دامنه ریسک بسیار بالا و آماج جرم وسیعی که از سطح منطقه‌ای تا سطح ملی متغیر است، نیازمند افتراقی‌سازی این جرم از سایر جرایم می‌باشیم. با توجه به مراتب فوق لازم و ضروری است که در سیاست جنایی افتراقی تقنینی، قانون‌گذار به جهت وضعیت خاص و دامنه ریسک بالای این جرایم در کنار جرم‌انگاری اختصاصی که معمولاً در مقایسه با سایر جرایم، پیشگیرانه‌تر، سختگیرانه‌تر، بازدارنده‌تر، دقیق‌تر و فنی‌تر است، به جهت آثار متفاوت دامنه آماج این جرایم اقدام به کیفی‌گذاری درجه‌بندی شده (همچون نظام درجه‌بندی جرایم تعزیری) کند.

در حوزه سیاست جنایی قضایی نیز باید متذکر شد، یکی از جلوه‌های ریسک‌مدار در نظام دادرسی کیفری، دادرسی‌های اختصاصی کیفری است. در واقع این‌گونه از دادرسی بر پایه موقعیت و پایگاه اجتماعی متهم سامان‌دهی شده است. بنابراین با توجه به ریسک‌های گوناگون جرم‌شناختی موجود در رفتار این مرتکبان لازم است که دادرسانی متخصص به عنوان اتهامی

آنان رسیدگی کنند. از اقدامات دیگر پیاده‌سازی رهیافت مدیریت ریسک جرم، برپایی دادرسی‌های فوری، ویژه و موقت است. چراکه الیگارش‌ها از دسته مجرمین دارای خطرناکی بالایی‌اند، این ویژگی سبب می‌شود رسیدگی کیفری معمول نتواند برای چنین بزه‌کارانی موثر باشد. معیار دوم ویژگی ماهیت رفتار مجرمانه است که براساس آن بزه الیگارش‌ها می‌تواند موجب اختلال یا فساد گسترده اقتصادی شود که برای اقتصاد و حتی امنیت ملی تهدید محسوب می‌شود. در موضوع طرح دعوا و تعقیب چنین مجرمانی به‌واقع باید گفت نمی‌توان از ابزارها و روش‌های معمول در سایر جرایم استفاده کرد؛ زیرا الیگارش‌ها عموماً از نفوذی بسیار بالا در ساختار حاکمیت برخوردارند و لذا ممکن است تعقیب آنها صورت نگیرد و در صورت تعقیب و پیش از رسیدن به مرجع قضایی فیصله یابد یا حتی در صورت تعقیب و ارجاع به مراجع قضایی از محکومیت مبرا یا آنکه به مجازات بسیار خفیفی محکوم شوند. گزینش هریک از معیارهای فوق کاربست سازوکارهای افتراقی را توجیه می‌کند.

در نهایت باید متذکر شد، محدود بودن منابع و امکانات نهادهای نظام عدالت کیفری رسمی، میزان کارایی و اثربخشی این نهادها را همواره با تردید مواجه کرده است. از این‌رو امروزه حکومت‌ها راهی جز روی آوردن به سوی نهادهای نیمه‌رسمی یا غیررسمی و غیردولتی ندارند. بدین لحاظ و به منظور رفع نقیصه‌های موجود در نظام‌های رسمی بسیاری از کشورها به تقویت و سازمان‌دهی کاربست‌هایی خارج از نهادهای رسمی در پیشگیری و سرکوب بزه روی آورده‌اند. تجربه نشان داده است که حضور و مداخله نهادهای مشارکتی، نخستین گام در راستای مبارزه با بزه و بزهکاری است. به‌طور مثال، اقامه شهادت شهود در دادگاه، جلوه سنتی و متداول مشارکت مردم در این مرحله به شمار می‌رود که به‌عنوان یکی از ادله مهم اثبات دعوای کیفری می‌تواند دستگاه عدالت کیفری را در جهت کشف واقعیت و اثبات جرم یاری کند؛ زیرا فقدان همکاری برخی شهود که معمولاً به واسطه بی‌تفاوتی محض یا ترس از انتقام علیه خودشان با بستگان نزدیکشان یا به خاطر دلایل اقتصادی در ادای شهادت مرددند، می‌تواند در این زمینه مشکل‌آفرین باشد. برای غلبه بر این مشکل، بسیاری از کشورها قوانینی در جهت حمایت از شهود و تأمین امنیت و منافع آنها تصویب کرده‌اند؛ چراکه برخی دعوای از جمله جرایم الیگارش‌ها بدون همکاری و مشارکت شهود به نتیجه نمی‌رسد. همچنین علنی بودن رسیدگی که امروزه در زمره حقوق دفاعی متهم قرار می‌گیرد، از دیگر مظاهر مشارکت غیرمستقیم مردم

در این مرحله محسوب می‌شود که خود می‌تواند متضمن پیشگیری اختصاصی و جلوگیری از تکرار جرم و همچنین رهاورد پیشگیری عمومی را نیز به همراه داشته باشد.

منابع

کتاب

۱. پرهام، باقر و همکاران، *فرهنگ علوم اجتماعی*، چاپ سوم، تهران: نشر مازیار، ۱۳۹۲.
۲. شایان‌مهر، علیرضا، *دایره المعارف تطبیقی علوم اجتماعی*، جلد ۳، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۸۰.
۳. شاملو، باقر، *سیاست جنایی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳.
۴. فوکویاما، فرانسیس، *نظم و زوال سیاسی*، چاپ پنجم، ترجمه: رحمان قهرمان‌پور، تهران: انتشارات روزنه، ۱۴۰۱.

مقاله

۵. اسماعیلی آذر، غلامرضا، باقر شاملو و کیومرث کلانتری درونکلا، *مخاطرات تکنولوژی‌های نوین بر امنیت اجتماعی با تأکید بر تحولات اخلاقی و ارزشی*، پژوهش‌های جرم‌شناختی پلیس، دوره ۴، مهر ۱۴۰۲، شماره ۱۲، صص ۱۵۱-۱۷۶.
۶. آق‌آلار ثالث، سامان، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد فرجی‌ها و محمود صابر، *گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار و رویه قضایی ایران در قبال جرم تحصیل مال از طریق نامشروع؛ با رویکرد تطبیقی بر گفتمان سیاست جنایی سازمان ملل متحد در ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد*، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۲، صص ۱-۳۴.
۷. بهشتی، سید صمد، رامین مرادی و محمدناصر پاک‌نژاد، *تبیین جامعه‌شناختی عوامل اجتماعی مؤثر بر ادراک فساد اداری (مورد مطالعه: ارباب رجوعان ادارات دولتی شهر یاسوج)*، مجله علوم اجتماعی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد، سال هفدهم، ۱۳۹۹، صص ۲۲۳-۲۶۱.

۸. جوادى، محمود، **ایران و لابیگری در اتحادیه اروپایی: ظرفیت‌ها و سازوکارها**، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست و هشتم، ۱۳۹۳، شماره ۴، صص ۷۲۸-۷۰۳.
۹. جمشیدی رودباری، مستانه، **بررسی علل تطابق نیافتن مدل‌های اقتصادی رفتار اوپک در بلندمدت از دیدگاه تحولات بازار نفت و ویژگی‌های این سازمان**، فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، سال شانزدهم، ۱۳۸۷، شماره ۴۷، صص ۶۳-۲۵.
۱۰. حسانی، جلال‌الدین، سیدمحمود میرخلیلی و محمدرضا نظری‌نژاد کیاشی، **مطالعه رهیافت مدیریت ریسک جرم از چشم‌اندازهای فقه امامیه، حقوق کیفری ایران و حقوق کیفری بین‌المللی**، فصلنامه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره چهاردهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۱۰۹-۱۳۳.
۱۱. دوستی زاده، محمدرضا و بهاره مظلوم، **مکانیسم لابی‌گری در روند قانون‌گذاری اتحادیه اروپا و لابی‌های قدرتمند آلمان**، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، سال نهم، ۱۳۹۸، شماره ۳ (پیاپی ۳۳)، صص ۵۳-۸۴.
۱۲. شاملو، باقر و مصطفی پاک‌نیت، **افتراقی شدن سیاست کیفری در پرتو پارادایم اثباتی و چالش‌های پیشروی آن در برخورد با رویکردهای نوین**، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱، صص ۲۰۱-۲۲۶.
۱۳. شاهیده، فرهاد و باقر شاملو، **رویکرد پیش‌بینانه به جرائم تروریستی**، فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره ۴، ۱۴۰۰، شماره ۱۲.
۱۴. شیعه علی، وحید زارع و مجتبی زارع، **جایگاه سیاست جنایی مشارکتی واکنشی در مرحله تعقیب کیفری در حقوق ایران**، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۴ و ۵، صص ۲۸۷-۳۱۰.
۱۵. گلستانی، شهرام، مجید هاتفی مجومرد و ام‌البنین جلالی، **مدل‌های رهبری قیمت و تبانی در کارتل‌گازی با استفاده از الگوریتم ژنتیک**، فصلنامه اقتصاد محیط زیست و انرژی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۶، صص ۱۸۲-۱۵۱.

۱۶. کافی، مصطفی، محسن شکرچی‌زاده و احمدرضا توکلی، **سیاست جنایی افتراقی در جرائم غیرعمد مستوجب دیه در پرتو کثرت‌گرایی نظام حقوق کیفری**، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، صص ۷۵-۹۰.
۱۷. مظفری‌نیا، سهراب، امیر ابوعلی و محمود باوی، **سیاست جنایی افتراقی جهت پیشگیری از بزهکاری نوجوانان در جامعه پس از خروج از کانون**، ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، بهمن ۱۴۰۱، شماره ۱۱، صص ۴۵۶۸-۴۵۸۶.
۱۸. میرعباسی، فاطمه، احمد ساعی و علیرضا ازغندی، **سندرم فساد و بوروکراسی شکننده در جوامع در حال گذار**، فصلنامه تحقیقات سیاست راهبردی، دوره ۹، ۲۰۱۹، شماره ۳۴، صص ۲۰۹-۲۴۲.
۱۹. نادری، قائم و مهدی اسماعیلی، **سیاست‌های جنایی مشارکتی**، فصلنامه علمی (مقاله علمی پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۴ (پیاپی ۱۲)، صص ۱۹۰۹-۱۸۹۱.
۲۰. نیازپور، امیر حسن، **رویکرد سیاست جنایی لایحه نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی**، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، ۱۴۰۱، شماره ۱۱، صص ۲۱۹-۲۴۲.
۲۱. نیازپور، امیرحسن، **پیشگیری از فساد اداری-مالی در پرتو آیین‌نامه پیشگیری و مقابله نظاممند و پایدار با مفاصد اقتصادی در قوه مجریه ۱۳۹۲**، فصلنامه راهبرد، سال ۲۴، ۱۳۹۴، شماره ۷۶، صص ۶۱-۷۸.
۲۲. نیازپور، امیرحسن، **تکالیف جرم‌شناسانه دستگاه قضایی در پرتو قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، ۱۳۹۱، شماره ۸۰، صص ۱۹۳-۲۲۲.

References

Books

1. Fukuyama, Francis, *Political Order and Political Decay*, 5th edition, translated by: Rahman Kahramanpour, Tehran: Rozeneh Publications, 2022. (in Persian)
2. Gould, Julius & L.Kolb, William, *A dictionary of the social sciences*. Translation by: Parham, Bagher, 3rd edition, Tehran: Maziar Publications, 2013. (in Persian)
3. Johnston, Michael.(2005). *Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy*. Cambridge University Press. Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, see: www.cambridge.org
4. Shamloo, Bagher, *Criminal Policy*, Tehran: Mizan Publications, 2014. (in Persian)
5. Shayan Mehr, Alireza, *Comparative Encyclopaedia of Social Sciences*, Volume 3, Tehran: Kayhan Publications, 2001. (in Persian)

Articles

6. Amundsen, Inge. "Corruption: Definitions and Concepts.Chr". Michelsen Institute Development Studies and Human Rights Introduction DRAFT, 17 January 2000. <https://etico.iiep.unesco.org/en/corruption-definitions-and-concepts>.
7. Amundsen, Inge, "Political Corruption: An Introduction to the Issues". Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights. WP 1999: 7, P.O. Box 6033 Postterminalen, N-5892 Bergen, Norway. ISSN 0804-3639. ISBN 82-90584-40-7. see: Web/URL: <http://www.cmi.no>.
8. Beheshti, S S, Moradi, R, & Paknejad, M Nr." Sociological explanation of social factors affecting the perception of administrative corruption (case study: Arbab Rajoan of government offices in Yasouj city)". *Social Sciences of Ferdowsi University of Mashhad*, 17(2), 2019, 261-223. (in Persian)
9. Bosso, Francesco, Maíra Martini, Inaki Albisu Ardigó, "Political Corruption Topic Guide"; Compiled by the Anti-Corruption Helpdesk. TRANSPARENCY INTERNATIONAL 'The global coalition against corruption, 31 October 2014, with support from the European Commission. See https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Political_corruption_topic_guide_2015.pdf.

10. Cerqueti, R and Coppier, R. "Political Corruption. In: Marciano, A and Ramello", G (ed.) Encyclopedia of Law and Economics New York Springer, 2019, <https://openresearch.lsbu.ac.uk/item/896yz>.
11. Dousti Zadeh, M. R., & Mazloom, B. "Lobbying Mechanism in European Union Legislative Procedure and Germany's powerful lobbies", *International Relations Researches*, 9(3), 53-84. (in Persian)
12. Duc Hanh, Nguyen, "Corruption in The Banking Sector: Experiences, Challenges, Trends, Solutions and Recommendation". Hanoi University for Prosecutors, Viet Nam, 2013, Pp:207-214. https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG12/32_GG12_Appendix_SR_VietNam2.pdf.
13. Edgardo Buscaglia and Jan van Dijk, "Controlling Organized Crime and Corruption in The Public Sector". Forum on Crime and Society, vol.3, Nos.1 and 2, 2003. Pp 2-34.
14. Esmaeli a, G., shamloo, B., & kalantari, K. "The risks of new technologies on social security with an emphasis on moral and value changes". *Police Criminological Researches*, 4(12), 2023, 151-176. (in Persian)
15. Fjelde, Hanne & Håvard Hegre, "Political Corruption and Institutional Stability", *Studies in Comparative International Development* 49(3), 2014, pp 267-299.
16. Golestani, Sh; Hatfi Mojumard, M and M. Elbinin Jalali, "Price leadership and collusion models in gas cartel using genetic algorithm", *Quarterly Journal of Environmental and Energy Economics*, 2nd year, No. 6, 2012, pp. 151-182. (in Persian)
17. Hassani, J; Mir Khalili, S M & Nazarinejad Kiashi, M R, "Study of crime risk management approach from the perspectives of Imami jurisprudence, Iranian criminal law and international criminal law", *The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 14 rd. Year/NO: 2 Summer 2021/* pp 109- 133. (in Persian)
18. Heidenheimer Arnold J, Michael Johnston, & Victor T. LeVine, " (eds.): Political Corruption". A Handbook. New Brunswick NJ, 1989 (third printing 1993), Transaction Pub.
19. Hopkin, Jonathan, "The Emergence and Convergence of the Cartel Party: Parties, State and Economy in Southern Europe. Department of Political Science and International Studies", University of Birmingham, Edgbaston, Birmingham B15 2TT UK. Paper for presentation at London School of Economics, 30 January 2003 .See: <https://www.researchgate.net/publication/228404571>.

20. Jamshidi Rudbari M. "An Investigation into the Incompatibility of Economic Models of OPEC's Behaviour in the Long-run from the Point of View of the Evolution in the Crude Oil Market and the Basic Features of This Organization". *qjerp* 2008; 16 (47) :25-63
URL: <http://qjerp.ir/article-1-264-fa.html/> (in Persian)
21. Javadi, Mahmoud, "Iran and Lobbying in the European Union: Capacities and Mechanisms", *Foreign Policy Quarterly*, 28th year, Vol. 4, 2013, pp. 703-728. (in Persian)
22. Kafi M, Shekarchizadeh M, Tavakoli A. "Differential criminal policy in unintentional crimes causes blood money in the light of the pluralism of the criminal justice system". *MLJ* 2021; 15 :75-89, URL: <http://ijmedicallaw.ir/article-1-1354-fa.html/> (in Persian)
23. Mirabbasi, F; Sai, A and Azghandi, A, "Corruption syndrome and fragile bureaucracy in transitioning societies", *Strategic Policy Research Quarterly*, 9, No. 34, 2019, pp 209-242. (in Persian)
24. Mozafarinia, S., Alboali, A., & Bavi, M, "Differential criminal policy to prevent juvenile delinquency in society, after leaving the institution with an educational approach", *Political Sociology of Iran*, 5(11), 2023, 4568-4586. (in Persian)
25. Naderi, G., Abbasi, A., & Esmaeili, M, "Participatory criminal policies". *Political Sociology of Iran*, 3(4), 2021, 1891-1909. (in Persian)
26. Niazpour, A, Criminal policy approach of the bill "How to manage conflicts of interest in performing legal duties and providing public services". *The Journal of Modern Research on Administrative Law*, 4(11), 2022, 219-242. (in Persian)
27. Niazpour, A, "Prevention of Corruption in By-Law of Systematic and Permanent Prevention and Reaction against Corruption in the Executive 2014". *Strategy*, 24(3), 2015. (in Persian)
28. Niazpour, Amirhassan, "Criminological tasks of the judicial system in the light of the law of the fifth program of economic, social and cultural development", *Legal Journal of Justice*, 76, No. 80, 2013, pp. 193-222. (in Persian)
29. Shamlou, B., & Pakniat, M, "Differentiation of penal policy in the light of positive paradigm and its confronting challenges", *Comparative Law Review*, 6(1), 201-226. (in Persian)

30. Shieh Ali, A., zare, V., zare, M, "The Situation of Reflexive Participatory Criminal Policy in Penal Prosecution Process in Iranian Law", *Criminal law and Criminology Studies*, 2(no 4&5) 2015, pp. 287-310. (in Persian)
31. Timbul Tampubolon, Tonny & Lele, Gabriel & Kumorotomo, Wahyudi, "Cartel and Political Corruption: Insight from Beef Imports Collusion in Indonesia. Annual Conference of Indonesian Association for Public Administration". *Advances in Economics, Business and Management Research*, volume 122, IAPA 2019, Pp 224-241.
32. Wasisto Raharjo Jati, "Pemilu 2014: Kartelisasi Elite versus Representasi Publik", *Jurnal Ultima Humaniora*, 2 (1), 2014, pp 45-58.
33. Winters, Jeffrey A. and Benjamin I. Page, "Oligarchy in the United States?. Perspectives on Politics", *Vol.7/No.4*, December 2009, Pp 731-753.
34. Wojciech Konończuk & Denis Cenuşa and Kornely Kakachia, "Oligarchs in Ukraine, Moldova and Georgia as key obstacles to reforms. Research and policy advice project". supported by the Swedish International Development Cooperation Agency (Sida), 24 May 2017. https://gip.ge/wp-content/uploads/2017/07/Oligarchs_14-June_FINAL_0.pdf.
35. Zulfan Hakim, M & Jurdi, F, "Immature Politicians and Oligarchy as a Threat to Democracy", *University, Bandarlampung, Lampung, Indonesia*, 11(4), 2017. pp 342-354. (in Persian)
36. Zulfan Hakim, Muhammad & Jurdi, Fajlurrahman, "Immature Politicians and Oligarchy as a Threat to Democracy" .*University, Bandarlampung, Lampung, Indonesia*, 11(4), 2017. pp 342-354.

Site

37. Person of the Year-2022 Winner: Yevgeny Prigozhin
<https://www.occrp.org/en/poy/> (2023/06/14).

The Model of Criminal Policy in Facing Political-Economic Corruption of the Oligarchic System

Bagher Shamloo*
Gholamreza Esmaeili Azar**

Abstract

Oligarchy or the rule of a small group with economic-political power or the power to influence the government has a long history in the fields of economics, law and political science. With their actions, this destructive group imposes widespread corruption on the society by extracting public resources for their own benefit. Researches and statistics of reliable international authorities show that the activities of oligarchs are expanding not only in developing societies but also in advanced societies. Daily news about the embezzlement and arrest of senior provincial and national agents in the country also points out the need to achieve a proportionate criminal policy in the face of this destructive phenomenon. Despite the valuable researches that have been conducted in this field, specific addressing to the issue of oligarchs in democratic structures and appropriate criminal policy has not been given special attention. Therefore, the upcoming research with "descriptive-analytical" method by explaining what, why and how to form the most important patterns of oligarchic system and its relationship with political-economic corruption in democratic structures seeks to provide appropriate criminal policy in facing this phenomenon. The findings indicate that the oligarchic system, due to its complexity and often organized, requires a review of the legislative criminal policy and the adoption of a differential criminal policy at all levels of investigation, prosecution and judicial proceedings, along with the employment of specialized officers and the use of active community criminal policy and Non-Governmental Organization.

Keywords:

Criminal Policy, Oligarchy, Political Corruption, Official Mogul, Cartel Building.

* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. b_shamloo@sbu.ac.ir

** Ph.D., Faculty of Law, Islamic Azad University: Gorgan Branch, Gorgan, Iran. (Corresponding Author) gh.azari@yahoo.com

تأثیر قانون تسهیل صدور مجوز کسب و کار مصوب ۱۴۰۱ بر ماهیت رسالت (وظایف) سردفتری و ویژگی‌های آن

سید عباس سیدی آرانی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۳

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۴/۲۱

چکیده

سردفتری باید به دلیل برخی ویژگی‌ها از سایر حرفه‌ها متمایز شود تا وضع قاعده تعادل حق و تکلیف را به هم نزند. واقعیتی که از دید قانون‌گذار مخفی مانده و با اعمال تغییراتی در دو امتیاز بنیادین سردفتری، یعنی محدودیت در پذیرش و حق معرفی جانشین چالش‌هایی را در سه مرحله تشکیل، حیات و پایان ایجاد کرده است. بیم آن می‌رود با تصویب قانون ۱۴۰۱ دسترسی به سردفتری فرصتی برای منفعت‌جویی و عرصه آن مجال برای سوداگری و زمینه‌ساز تنزل ارزش سند رسمی شود و موقعیت‌های زیان‌بار نیز افزایش یابند. به علاوه، تغییرات در حق معرفی جانشین، نگرانی‌های جدی در انتقال سوابق ارزشمند مشتری به سردفتر جدید ایجاد می‌کند. بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه و یادآوری ویژگی‌های سردفتری یعنی استقلال، نبود سوداگرایی، صلاحیت و مسئولیت مدنی خاص راه‌گشاست. لحاظ این قواعد سردفتری را به فرصتی ارزشمند برای تأمین منافع حاکمیت، نماینده آن و مشتری مبدل می‌کند. منفعت‌طلبی با عدم سوداگرایی ناسازگار است. نفی کمی‌گرایی اقتضای مشترک استقلال، صلاحیت و مسئولیت مدنی خاص سردفتر است. به‌ویژه رابطه اعتماد و اطمینان، به‌عنوان مرکز ثقل همه این ویژگی‌ها، نیازمند معیارهای علمی است. حق معرفی جانشین نیز راهکاری مناسب برای واگذاری مطمئن سوابق به سردفتر جدید و شرطی لازم برای شروعی مجدد است. در شرایطی که این حق با گذشت زمان به کمال خود می‌رسد، اقدام قانون‌گذار در بی‌ارزش کردن آن، بی‌تردید نادیده انگاشتن حقوق سردفترانی است که پیش از تصویب قانون ۱۴۰۱ با لحاظ آن سردفتری را انتخاب کرده‌اند و سرمایه عمر را با امید فردا سودا کرده‌اند.

کلیدواژه‌گان:

استقلال، اعتماد و اطمینان، امنیت حقوقی، نفی سوداگری، صلاحیت و مسئولیت مدنی.

* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران.

seyedi-abbas@kashanu.ac.ir



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

امنیت حقوقی، علاوه بر قضاات فیصله‌دهندهٔ اختلاف، نیازمند قضاات دیگری به‌عنوان نویسندگان بی‌طرف و مشاوران بی‌غرض است؛ قضاتی که به سند نیروی حکم قطعی دادگاه می‌دهند و از ایجاد مراعات پیشگیری می‌کنند. این مشاوران بی‌غرض، این نویسندگان بی‌طرف و این قضاات ویژه سردفتران هستند.^۱ در این شرایط منطقی است که ایشان امتیازات ویژه‌ای داشته باشند و موضوع فعالیت آنها کسب نباشد؛ وضعیتی که نتیجهٔ تحول جامعه در تاریخی به طول یک قرن است.

سردفتر در حاکمیت قوانین پیش از سال ۱۳۵۴ از حقوق ویژه‌ای چون حق معرفی جانشین بی‌بهره بود. قانون‌گذار در این قوانین با هدف ایجاد نهادی از بخش خصوصی برای انجام رسالت حاکمیتی ثبت سند و تقویت صلاحیت آن تلاش کرد. وضعیتی که طبیعتاً درمورد روحانیون نیز وجود نداشت که پیش از سیستم قضایی آخرین سال‌های قاجاریه در مکانی به نام «محضر شرع»، اسنادی را بدون ویژگی‌های سند رسمی چون قدرت اثباتی می‌نوشتند. به دلیل طرح رقابت‌پذیر نبودن فعالیت سردفتری و حق سردفتر نسبت به مشتری، قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴^۲ محدودیت‌هایی را در تعداد دفترخانه^۳ و حق معرفی جانشین^۴ به رسمیت شناخت. قانونی که ساختار دفترخانه امروز را تعریف می‌کند و از تعادلی نسبی در موضوع حق و تکلیف سردفتر بهره می‌برد.

اما اکنون قانون‌گذار با یک عقب‌گرد تاریخی، سرنوشت این حرفه را با کسب تلقی کردن آن در حاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد. به جرئت می‌توان گفت قانون تسهیل صدور مجوز کسب و کار مصوب ۱۴۰۱^۵ بر سردفتری بیش از سایر حرفه‌ها تأثیر می‌گذارد. در واقع، تغییرات این قانون در دو موضوع محدودیت‌های جذب و حق معرفی جانشین سردفتر تا اندازه‌ای اساسی هستند که می‌توان گفت تمام مراحل سردفتری را از آغاز تا پایان تحت‌الشعاع قرار می‌دهند. در این شرایط،

1. CHAPPUIS (J.), "Les sociétés civiles professionnelles notariales", thèse pour le doctorat en droit, l'Université Jean Moulin Lyon III, 1969, no 36, pp 27-28.

۲. قانون ۱۳۵۴.

۳. ماده ۵ قانون ۱۳۵۴.

۴. ماده ۶۹ قانون ۱۳۵۴.

۵. قانون ۱۴۰۱.

چگونگی تأثیر این اتفاقات بر نهاد سردفتری محل گفت‌وگوست.

به نظر می‌رسد می‌توان با تبیین ویژگی‌های سردفتری پاسخ این مسئله را یافت. حذف قواعد محدودکننده جذب برخی از دارندگان مشاغل آزاد زمینه‌ای از بین رفتن برخی ویژگی‌ها و دگرگونی ماهیتی آنها را فراهم می‌کند. در حقوق فرانسه، پذیرش سردفتری تابع یک لیست محدود^۱ است: حد نصاب‌هایی برای جذب سردفتر^۲ و حق معرفی جانشین^۳ پیش‌بینی شده است. ویژگی‌های سردفتری تصویب چنین مقرراتی را اقتضا می‌کند. وضعیتی که نگارنده را واداشت تا با بهره‌مندی از تجربیات حقوق فرانسه ویژگی‌های سردفتری را بررسی و نتایج آن را برای وضع قاعده به قانون‌گذار پیشنهاد کند. با چنین رویکردی تعارض قانون جدید با قوانین اساسی و عادی بررسی نمی‌شود. سایر حرفه‌ها نیز از این پژوهش خروج موضوعی دارند. البته نباید این وضعیت را به منزله تأیید اقدام قانون‌گذار در مورد آنها دانست.

تأثیر قانون ۱۴۰۱ بر ویژگی‌های مشترک سردفتری با سایر حرفه‌ها و نیز ویژگی‌های منحصربه‌فرد آن نگارنده را به انجام دادن پژوهشی در این عرصه واداشت. نیل به این هدف مستلزم آن است که آزاد بودن و نظام‌یافتگی حقوقی سردفتری اثبات شود. منتهی به دلیل وجود این ویژگی‌ها در برخی حرفه‌های دیگر، مانند وکالت، تلاش‌هایی برای اثبات ویژگی‌های اختصاصی سردفتری نیز صورت می‌پذیرد. این روش نه فقط موجب شناخت بهتر سردفتری می‌شود، بلکه ضرورت وضع قواعد خاص را به دلیل هر ویژگی (مشترک و اختصاصی) نشان می‌دهد. ضمن اینکه آثار نادیده گرفتن هر ویژگی را با توجه به کسب تلقی شدن آن مشخص می‌کند. نتایج چنین پژوهشی علاوه بر سردفتر، برای دارندگان حرفه‌هایی سودمند است که مشمول قانون ۱۴۰۱ هستند و ویژگی‌های مشترکی با سردفتری دارند.

۱. تأثیر بر ویژگی‌های مشترک

از آنجا که ویژگی‌های حرفه آزاد نیازمند قواعد خاصی است. اثبات آزاد بودن سردفتری پیش از هر چیز دیگری ضرورت دارد. حرفه کسانی آزاد است که به تنهایی یا با داشتن کارگر آن را

1. Numerous clauses.

2. Art. 31 de la loi du 25 ventôse an XI.

3. ماده ۹۱ قانون ۲۸ آوریل ۱۸۱۶ راجع به «تأمین مالی».

انجام می‌دهند و مقررات حمایتی خاصی بر ایشان حاکم نیست.^۱ تبعیت کارفرمایان از مقررات سخت‌گیرانه قانون کار^۲ و تأمین اجتماعی^۳ تأییدی بر این ادعاست. دارنده حرفه آزاد باید کارمند خود را بیمه کند^۴ و مسئولیت مدنی ناشی از رفتار وی را^۵ بپذیرد. حضور سردفتری در میان حرفه‌های آزاد ویژه، نیازمند احتیاط بیشتری در موضوع وضع قاعده است

۱.۱.۱. دگرگونی ماهیتی سردفتری با بی‌توجهی به ویژگی آزاد حرفه

تبیین ویژگی‌های مشترک نیاز به این دارد تا آزاد بودن حرفه سردفتری اثبات شود. البته این مهم به‌سادگی صورت نمی‌پذیرد؛ از یک‌سو، فعالیت‌های متفاوتی با در نظر گرفتن تمام یا بخشی از ابعاد در تعریف حرفه آزاد مطرح می‌شود^۶ و دشوار است که بتوان تمام جوانب امر را در تعریف در نظر گرفت. از سوی دیگر، از بین رفتن اعتبار برخی معیارها تفاوت‌های حقوقی، اجتماعی و اقتصادی میان دارندگان حرفه‌های آزاد را تا حد قابل توجهی کاهش داده است. برای نمونه، پیش‌تر حرفه آزاد ویژگی علمی^۷ داشت و به همین دلیل از فعالیت هنری متمایز می‌شد. اما با توسعه نقش علم دیگر علمی بودن وجه تمایز حرفه‌ها نیست^۸ و فقط می‌توان برای آن درجات گوناگونی در حرفه‌های مختلف در نظر گرفت. در این شرایط، دکترا برای حرفه آزاد با نقطه پراگم قرار دادن معیار «ماهیت فعالیت» و «نوع ارتباط با مشتری» درصد تعریف آن برآمد.^۹

۱.۱.۱.۱. معیار ماهیت فعالیت

اثبات تأثیر قانون ۱۴۰۱ بر سردفتری مستلزم بررسی مدنی بودن این حرفه از منظر موضوع سردفتری و هدف سردفتر است.

۱. سام آرام، عزت‌الله، بررسی تطبیقی بیمه اجتماعی صاحبان حرف و مشاغل آزاد در شش کشور

اروپایی، ترکیه و ایران، رفاه اجتماعی، ۱۳۸۳، شماره ۱۵، ص ۱۰۱.

۲. ماده ۵.

۳. ماده ۴.

۴. ماده ۳۶ قانون تأمین اجتماعی.

۵. ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی.

6. LAMBOLEY (A.), "La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale", Paris: Librairies techniques, 1974, no 3, p4.

7. LEFEBVRE (F.), "Mémento Pratique. Sociétés civiles", Paris :Levallois-Perret :F. Lefebvre, 2011-2012, no 116, p15.

8. BOTTON (M.), DI MARTINO (M.), WOLFOVSKI (J.), "Guide pratique des professions libérales et des travailleurs indépendants", Paris : les éditions d'Organisation, 1994, p. 16.

9. MAURY (F.), "L'exercice, sous la forme d'une société, d'une profession libérale réglementée", Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, no 7, p22.

۱.۱.۱.۱. موضوع سردفتری

فعالیت آزاد ماهیتی مدنی دارد. ویژگی مدنی برای فعالیت‌هایی قابل تصور است که در چرخه ثروت با هدف سوداگری قرار نمی‌گیرند.^۱ موضوع فعالیت سردفتر چنین ماهیتی دارد.^۲ در واقع، نمی‌توان هیچ‌یک از وظایف اساسی ثبت سند و مشاوره را تجاری دانست. قانون‌گذار در قانون تجارت فعالیت‌های برواتی، توزیعی، تجاری-تولیدی و خدماتی را با احصا در ده بند تجاری می‌داند.^۳ سردفتری به دلیل تفاوت در ماهیت در این فهرست جایگاهی ندارد و نمی‌توان آن را با پیشه‌وری مقایسه و در موضوع سازماندهی نهادهای حقوقی از مقتضیات اقتصادی تبعیت کرد.

در صورت کسب تلقی شدن حرفه، سردفتر باید مانند تجار، آزادی عمل بیشتری در انتخاب محل و ساعات فعالیت داشته باشد.^۴ برخلاف سایر مشاغل، مانند بنگاه معاملات ملکی، به سردفتری حق کسب و پیشه نیز تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا این حرفه مانند وکالت^۵ و پزشکی^۶ مشمول قانون خاص و از حوزه شمول قانون روابط موجر و مستأجر خارج است. فعالیت سردفتر در یک مکان مسکونی، تجاری نبودن آن را تأیید می‌کند.^۷ علاوه بر اینکه با کسب دانستن سردفتری، باید مرجع حاکمیتی ثبت را نیز کسب دانست؛ به این دلیل ساده که سردفتر رکن ثبت است؛ در حالی که برابر بند (ه) ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، امور ثبتی از امور حاکمیتی تلقی می‌شود و حاکمیت در راستای عدم تمرکز فنی-تخصصی، صلاحیت تصمیم‌گیری^۸ و سهمی از قدرت خود را به سردفتر برای انجام این مهم اعطا کرده است.^۹

1. BOUGNOUX (A.), "Sociétés civiles.-Généralités.-Caractéristiques essentielles de la société civile.- Différents types de sociétés civiles", *J.-Cl Civil Code, Fasc. 10*, 23 mars 2007, no 60.

۲. آرای شماره ۲۷۵۰ الی ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ و شماره ۹۷۰۱۳۲۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۰۳ دیوان عدالت اداری.

۳. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار سازماندهی فعالیت تجاری**، چاپ ۲۴، تهران: سمت، ۱۴۰۰، ص ۱۲۸.

۴. آذریپور، حمید، و غلامرضا حجتی اشرفی، **مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تا سال ۱۳۹۴**، تهران: انتشارات گنج دانش، بند ۵۹۴، ۱۳۹۵، ص ۳۱۳.

۵. رای وحدت رویه ش ۶۰۷-۱۳۷۵/۶/۲۰ دیوان عالی کشور.

۶. رای وحدت رویه ش ۵۷۶-۱۳۷۱/۷/۲۵ دیوان عالی کشور.

۷. بند ۲۴ تبصره الحاقی به ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴.

۸. طباطبایی مومنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ ۲۵، تهران: سمت، ۱۴۰۱، ص ۹۶.

۹. سیدی آرانی، سید عباس، **سازماندهی شرکت سردفتری در پرتوی نمایندگی حاکمیت سردفتر**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۴۰۱، ص ۳۲۹.

هرچند با تصویب قانون ۱۴۰۱ بر تعداد دفاتر افزوده می‌شود، رابطه مستقیمی میان ازدیاد تعداد دفاتر و افزایش تعداد اسناد وجود ندارد؛ به نحوی که حتی اگر بگوییم تعداد مشتری ثابت می‌ماند، سخنی گزافه نگفته‌ایم. در نتیجه، معادله عرضه و تقاضا به هم می‌خورد، درآمد کاهش می‌یابد و سردفتران وارد رقابت می‌شوند. با ورود حرفه‌های حقوقی مرتبط با عرض و مال مشتری به عرصه رقابت، حقوق وی خدشه‌دار و استفاده از هرگونه ابزار (قانونی یا غیرقانونی) توجیه می‌شود؛ وضعیتی که آشکارا با روح قوانین بنیادین این حرفه در تعارض است. قابل جمع نبودن سردفتری با تجارت^۱ نشان از این واقعیت دارد که قانون‌گذار حتی نگران نزدیک شدن آن با حوزه تجارت است. در شرایطی که سردفتر حق انجام دادن مشاغل تجاری را ندارد، شگفت‌آور است که قانون ۱۴۰۱ سردفتری را امری تجاری می‌داند. در این شرایط، ممکن است کسب سود حداکثری انجام امر حاکمیتی ثبت سند را تحت‌الشعاع قرار دهد؛ کسب تلقی کردن سردفتری، ناصواب، متعارض با ذات آن و مستلزم اعمال قواعد تجاری است.

۱.۱.۱.۲. هدف سردفتر

نمی‌توان سردفتر را تاجر یا از کسبه جزء دانست؛ تاجر یعنی کسی که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار می‌دهد^۲ و کسبه جزء نیز کالاهای مصرفی را از عمده‌فروش‌ها خریداری می‌کنند و به مصرف‌کننده می‌فروشند.^۳ نفع ایشان در مابه‌التفاوت میان قیمت تمام‌شده و قیمت فروش قرار دارد. درحالی‌که دستمزد سردفتر به دلیل تجربه و صلاحیت علمی وی پرداخت می‌شود.^۴ اهمیت نفی سوداگری در این حرفه تا آن اندازه است که سردفتر مکلف است بدون توجه به منافع مادی و حتی در مواردی به صورت رایگان^۵ فعالیت کند. هرچند ناچیز بودن تعرفه‌ها بعضاً به دلیل نفی سوداگری توجیه می‌شود، نباید نادیده گرفت که کافی نبودن درآمد به شأن و استقلال سردفتر خدشه وارد می‌کند.

البته در شرایط تورم و افزایش روزافزون قیمت‌ها منطقی است که سردفتر مانند سایر

۱. ماده ۱۵ قانون ۱۳۵۴.

۲. ماده ۱ قانون تجارت.

۳. ماده ۵ قانون مالیات بر درآمد؛ ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، جلد ۱، چاپ ۴۰، تهران: دادگستر، ۱۴۰۰، ص ۴۴.

4. SAVATIER (J.), "Qu'est-ce qu'une profession libérale?", in *Rev. Projet, civilisation, travail, économie*, Paris: Centre de recherche et d'action sociale, 1966, pp 455-456.

۵. ماده ۶۶ قانون ۱۳۵۴.

صاحبان مشاغل آزاد انتظار درآمد بیشتری از فعالیت خود داشته باشد.^۱ به همین دلیل، نمی‌توان پرداخت دستمزد او را دلیلی بر قدرشناسی دانست؛ بلکه باید آن را یک درآمد واقعی قلمداد کرد. منتهی با این دگرگونی‌ها، همچنان نباید هدف دارنده حرفه آزاد را سوداگرانه دانست؛ زیرا هرچند مسئله درآمد یکی از نگرانی‌های وی است، او دغدغه سود حداکثری را ندارد.^۲

افزایش تعداد دفاتر و ثابت ماندن تعداد مشتری‌تردیدهایی برای سردفتر ایجاد خواهد کرد؛ قواعد تجارت به منفعت و قواعد سردفتری به ثبت قانونی سند حکم می‌کنند. نیل به کسب سود نیاز به رقابت و تبلیغات گسترده‌ای دارد که برابر مقررات ممنوع است؛^۳ واقعیتی که قانون‌گذار قانون ۱۴۰۱ آن را نادیده می‌گیرد. در این شرایط، بیم آن می‌رود که سردفتر به‌عنوان شخصی که در مورد اموال مردم تصمیم می‌گیرد وارد چرخه رقابت شود و برای کسب سود به تبلیغات روی آورد. در این شرایط، باید از رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری^۴ استقبال کرد؛ چراکه برابر آن سردفتری از مصادیق تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران محسوب نمی‌شود. دلیل این وضعیت در این واقعیت نهفته است که درآمد سردفتر به دلیل سرمایه و فعالیت دیگران به دست نمی‌آید.^۵ در جذب مشتری، شخصیت سردفتر نسبت به عواملی چون موقعیت محلی و کیفیت مکان تأثیر بیشتری دارد و سردفتری از قواعد بنگاه‌های اقتصادی تبعیت نمی‌کند.

۱.۱.۲. معیار نوع ارتباط با مشتری

رابطه اعتماد و اطمینان جوهره حرفه آزاد و دلیل وجودی سایر ویژگی‌های آن است و آثار خود را بر تعهد اشخاص درگیر در موضوع نشان می‌دهد؛^۶ اینکه امکان ارزیابی مادی خدمت ارائه‌شده توسط اعضای حرفه وجود ندارد (سوداگرانه بودن) و لزوم استقلال ایشان در اجرای حرفه به دلیل وجود رابطه اعتماد و اطمینان با مشتری است. اطمینان مشتری به دارنده حرفه آزاد با عدم وابستگی او به شخصی تحقق می‌یابد که مشتری وی را انتخاب نکرده است.^۷

1. HALPERIN (J.L.), «Avocats et notaires en Europe. Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine», Paris : LGDJ, DL 1996, p84-85.

2. MOLLE (M.), in JO. Deb. Parl., Sénat, 28 juin 1966, p 1024.

۳. ماده ۸ آیین‌نامه ۱۴۰۰.

۴. رأی شماره ۲۷۵۰ الی ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۰۹.

5. DAIGRE (J.J.), "L'exercice en groupe monoprofessionnel", publié dans *Exercice en groupe des professions libérales. France, Europe, Etats-Unis*, Paris : GLN Joly éd, 1995, p 66.

6. CHAPPUIS (J.), *op.cit.*, no 15, p 12.

7. J. SAVATIER, "La profession libérale aujourd'hui", in *L'exercice en groupe des professions libérales: France, Europe, Etats Unis*, actes du colloque du 29 mars 1994, Paris: GLN Joly éd. 1995.

۱.۱.۲.۱. رابطه اعتماد و اطمینان

اعتماد آگاهانه برای سردفتری واقعیتی انکارناپذیر است^۱ که در ارتقای کیفیت خدمات ارائه‌شده و تعیین تکلیف برای اشخاص درگیر در موضوع نقش مهمی ایفا می‌کند. در سردفتری نسبت به سایر مشاغل، رابطه قوی‌تری با مشتری وجود دارد؛ مشتری مسائل شخصی و محرمانه خود را برای سردفتر مطرح می‌کند، او منافع مشتری را بر خود مقدم می‌داند و اسرار مشتری را حفظ می‌کند. در این نوع ارتباط، سردفتر تمام دانش و مهارت خود را برای حل مشکل مشتری به کار می‌بندد. آسیب به این رابطه به قیمت ورود ضرر به گیرنده خدمات و در نهایت به جامعه تمام می‌شود.^۲

لازمه رشد کمی و کیفی نیازهای مشتری و گسترش علم حقوق^۳ این است تا سردفتر چند صلاحیت داشته باشد تا به اعتماد مشتری خدشه‌ای وارد نشود. این در حالی است که انتخاب سردفتر برابر قانون ۱۴۰۱ در یک فرایند کیفی صورت نمی‌پذیرد؛ وضعیتی که اعتماد را از مشتری سلب و تکیه‌گاه وی را در مواردی سست می‌کند. در شرایط پیش‌رو، نگرانی‌های جدی درخصوص از بین رفتن حق انتخاب سردفتر به دلیل اضطراب در کسب درآمد، توسل به وسایل غیرقانونی برای ثبت سند و درنهایت از بین رفتن استقلال وی وجود دارد.

۱.۱.۲.۲. استقلال

بررسی پیشینه حرفه‌های آزاد نشان از این واقعیت دارد که اعضای چنین حرفه‌ای دارای استقلال کامل بوده^۴ و به کارفرما یا قدرت عمومی وابستگی نداشته‌اند.^۵ مشتری نمی‌تواند به شخص وابسته به دیگری اعتماد کند.^۶ مسئولیت شخصی دارنده حرفه آزاد پیامد این استقلال است. البته در موضوع سردفتری، مداخله بیش از اندازه قوه قضاییه در قانونمندی‌سازی، کنترل و مجازات سردفتر وجود دارد.^۷ احتمال سوءاستفاده از قدرت پیامد این وضعیت است. اصل تفکیک

1. CHAPPUIS (J.), *op. cit.*, p 12.

۲. بیگی حبیب‌آبادی، محمد، ارائه خدمات حقوقی در قالب شرکت‌های سهامی، گزارش پژوهشی تحقیقات قضایی، پژوهشگاه قوه قضائیه، پژوهشکده حقوق خصوصی، گروه حقوق تجارت، ۱۴۰۰، ص ۵۸۰.

3. LAMBOLEY (A.), *op. cit.*, p. 12-13, n 19, 20 et 21.

4. CASAUX (L.), "La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles", thèse Toulouse, LGDJ, 1993, p 102

5. SAVATIER (J.), *op. cit.*, p 453.

6. VACHET (G.), "L'exercice de l'activité libérale. Saliariat-Indépendance", in *les professions libérales*, Paris: LGDJ, 1998, p 69.

۷. برای مطالعه بیشتر رک به: سیدی آرانی، سیدعباس، ۱۳۹۶، *شرکت مدنی حرفه‌ای سردفتری از پیدایش در فرانسه تا پذیرش در ایران*، تهران: میزان، ص ۲۹۱.

قوا باید در ابعاد کوچک نیز رعایت شود، به‌ویژه که در شرایطی که اعضای هیئت مدیره کانون توسط متولی امور سردفتری منصوب می‌شوند.^۱ سردفتران نمی‌توانند به حمایت حداکثری کانون دلخوش کنند. این نوع حمایت زمانی تحقق می‌یابد که ایشان نمایندگان خود را انتخاب کنند.^۲ در این شرایط، قدرت عمومی دلیل واقعی خدشه به استقلال سردفتر است. با وجود این، سردفتر در رابطه سلسله‌مراتبی قرار نمی‌گیرد. با وجود ارتباط دو مفهوم نظارت و تبعیت، تفاوت میان آنها اساسی است.

ضرورت تضمین استقلال سردفتر در مقابل سایر اشخاص خودنمایی می‌کند: نخست، در برابر مشتری؛ زیرا سردفتر باید بتواند در موارد مغایرت درخواست با قانون^۳ تصمیم بگیرد. دوم، در مقابل همکاران؛ سردفتر در انجام امور محوله نیازی به دخالت همکاران خود نمی‌بیند. سوم، در برابر حکومت؛ او بدون تبعیت از حاکمیت امور محوله را انجام می‌دهد. وضعیت پیش‌رو در هر سه جنبه استقلال را خدشه‌دار می‌کند: در جنبه نخست، بیم آن می‌رود سردفتر برای جبران کمبود مشتری اسناد غیرقانونی را بپذیرد. در جنبه دوم، با افزایش دفاتر و کاهش مشتری، امکان تبانی میان همکاران و جابه‌جایی ناروای مشتری از یک مجموعه به مجموعه دیگر به وجود می‌آید. در جنبه سوم، علاوه بر افزایش وابستگی بیشتر به تعرفه‌ها، سردفتر در یک رابطه سلسله‌مراتبی قرار می‌گیرد. بررسی مقررات قانون ۱۴۰۱، دخالت آشکار قوای مقننه و قضائیه در امر انتصاب و معرفی جانشین سردفتر را نشان می‌دهد. در فهرست مداخله‌کنندگان، فقط جای خالی قوه مجریه به چشم می‌خورد!

باید پذیرفت که تمام این ویژگی‌های سردفتری به «اصل آزادی انتخاب» به‌عنوان یکی از اصول بنیادین مرتبط می‌شود. در واقع، اصول مهم دیگر مانند استقلال و نتیجه آن، یعنی مسئولیت شخصی برای تضمین خدمت حاکمیتی ثبت سند، حول محور آن می‌چرخند. به‌علاوه، اصل آزادی انتخاب فرصتی طلایی برای ایجاد رابطه اعتماد و اطمینان به وجود می‌آورد. پس این اصل باید با قوت در سردفتری تأیید شود.

در حقوق فرانسه با گذشت زمان، مفهوم حرفه آزاد مدرنیزه و در نتیجه آن، تردیدهایی

۱. بند ۲ ماده ۶۳ قانون ۱۳۵۴.

۲. بند ۲ ماده ۶۳ قانون ۱۳۵۴.

۳. ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۴.

درخصوص آزاد بودن سردفتری ایجاد شد. برای روشن‌گری درخصوص آزاد بودن این حرفه، نمی‌توان فقط به تعاریف حقوق‌دانان تکیه کرد. خوشبختانه حقوق موضوعه در این زمینه راه‌گشا است؛^۱ باید دانست که حرفه سردفتری در ماده ۵-۶۲۲ قانون تأمین اجتماعی فرانسه در میان حرفه‌های آزاد جاخوش کرده است. در شرایطی که ذکر نام سردفتر در زمره دارندگان حرفه آزاد توسط قانون‌گذار ایرانی^۲ در بند «د» ماده ۱ قانون مالیات بردرآمد مصوب ۱۳۳۴، برای اثبات ادعای ما در حقوق ایران و پایان دادن به تردیدها بسیار ارزشمند است، با قانون ۱۴۰۱، دوباره نگرانی‌هایی پیرامون ویژگی‌های سردفتری به وجود می‌آید. در هر صورت، در میان حرفه‌های آزاد، سردفتری ویژگی‌های اختصاصی خود را دارد؛ وجود این ویژگی‌ها اجتناب‌ناپذیر است تا سردفتر نقش تعیین‌کننده خود را در امنیت حقوقی جامعه ایفا کند.

۱.۲. آسیب به امنیت حقوقی با کم‌توجهی به نظام‌یافتگی حرفه

با عنایت به گستردگی حرفه‌های آزاد، نمی‌توان تمام قواعد حاکم بر یکی را بر دیگری اعمال کرد. بنابراین، ضرورت شناخت ویژگی‌های هر حرفه برای وضع قاعده خودنمایی می‌کند. به باور ما، سردفتری به دلیل جنبه حقوقی نوعی نظام‌یافتگی خاص دارد و این ویژگی سردفتر را به یکی از تأمین‌کنندگان اصلی امنیت حقوقی تبدیل می‌کند. قانون ۱۴۰۱، نگرانی‌هایی در این زمینه ایجاد می‌کند.

۱.۲.۱. نظام‌یافتگی حقوقی

در میان حرفه‌های آزاد، قانون‌گذار در راستای تضمین کیفیت خدمات، ساختار و قواعد انضباطی خاص و اجباری برای دارنده حرفه آزاد تعیین و آن را به حرفه آزاد نظام‌یافته تبدیل کرده است. درواقع، نظام‌یافتگی را می‌توان ملاک تفکیک دانست.

با وجود نظام‌یافتگی برخی حرفه‌های آزاد نظیر پزشکی، احراز صلاحیت سردفتر برای تضمین منفعت عمومی^۳ نیازمند «نظام‌یافتگی حقوقی» است. احراز صلاحیت سردفتر در امور حقوقی مستلزم آن است که متقاضی شرایط قانونی را داشته باشد و انتظامات ویژه‌ای بر وی حاکم باشد.^۴

1. Dalloz, 1952, p 138.

۲. در بند «د» ماده ۱ قانون مالیات بردرآمد مصوب ۱۳۳۴.

3. F. LEFEBVRE, *op. cit.*, no 115-11., p 15.

4. F. MAURY, "L'exercice, sous la forme d'une société, d'une profession libérale réglementée", *op. cit.*, no 11, pp 25-26.

این ویژگی صلاحیت خاص و وابستگی به یک مرجع برای نظارت، کنترل و مجازات را توجیه می‌کند. تکلیف به رعایت نظامات قانونی قوه قضائیه^۱ نتیجه مستقیم وابستگی سردفتر به آن است که با ابلاغ این مرجع متجلی می‌شود. البته سردفتر برای اجرای وظایف خود در نقش معاضد قضایی ظاهر نمی‌شود.^۲

در این شرایط، پرواضح است قوه قضائیه هرکسی را به‌عنوان سردفتر نمی‌پذیرد. کثرت شرایط احراز سمت سردفتری، مانع از ارائه فهرست جامعی می‌شود. نقش پیشگیرانه سردفتر در امنیت حقوقی جامعه، شرایط دشوارتری نسبت به وکیل و حتی قاضی را اقتضا دارد.^۳ به‌علاوه، تأثیر سردفتری و جامعه متقابل است؛ قابلیت ورود و سازگاری متقاضی با نظامات موجود نظر مشورتی کانون^۴ را می‌طلبد. هرچند از لحاظ حقوقی، این نظر مشورتی برای قوه قضائیه الزامی نیست، انتصاب نامزدی که توسط کانون پذیرفته نمی‌شود، خلأی را ایجاد می‌کند که به‌آسانی پر نمی‌شود. درنهایت، تعیین نصاب نیز در نظام‌یافتگی این حرفه نقش دارد. بی‌دلیل نیست که برابر ماده ۵ قانون ۱۳۵۴، «در شهرها برای حداقل هر پانزده هزار نفر و حداکثر بیست هزار نفر ... یک دفترخانه» تأسیس می‌شود.

قانون ۱۴۰۱ نقطه پایانی برای انتخاب سردفتر در یک فرایند کیفی است؛ زیرا اراده قانون‌گذار بر پذیرش داوطلبانی قرار گرفته که «...حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات ۱ درصد حائزان بالاترین امتیاز» را کسب کرده باشند. فرایند کیفی می‌طلبد هریک از شرایط، به‌عنوان جزء تشکیل‌دهنده، ارزش و جایگاه خود را داشته باشد. در حالی که با اعمال نمره تراز^۵ این احتمال وجود دارد که متقاضی در یکی از دروس نمره قبولی کسب نکند، منتهی درنهایت، جزء پذیرفته‌شدگان باشد! چراکه نمره تراز به عواملی چون ضرایب دروس، سطح دشواری پرسش‌ها و تعداد شرکت‌کنندگان در آزمون بستگی دارد.

۱. ماده ۲۹ قانون ۱۳۵۴.

2. POULPIQUET (J. de), "Notaire", *Rép. Civ.*, janvier 2009, no 13.

۳. کاتوزیان، ناصر، **جایگاه دفاتر اسنادرسمی در نظم کنونی حقوقی**، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۸۴، شماره ۵۶، ص ۵.

۴. برای لزوم عضویت سردفتر در کانون، رک: رضائیان، خدیجه، **ماهیت و اصول حرفه سردفتری اسناد رسمی**، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۶۳.

۵. قانون استفساریه مواد ۳، ۴ و ۵ قانون ۱۴۰۱.

تصویب قانون ۱۴۰۱ معادله منطقی نصاب را نیز به هم می‌زند. به این دلیل ساده که هرچه تعداد متقاضی بیشتر باشد، الزاماً ۷۰ درصد دارنده امتیاز میانگین نمرات ۱ درصد حائزان بالاترین امتیاز پذیرفته شده بیشتر خواهد بود. نتیجه مشخص است: تعداد پذیرفته شدگان از نیاز شهرها فزونی خواهد یافت و سردفتر به رقابت کاذب روی خواهد آورد؛ رویکردی که به امنیت حقوقی جامعه، به عنوان رهاورد نظام یافتگی لطمه می‌زند.

۱.۲.۲. رهاورد نظام یافتگی؛ تامین امنیت حقوقی

امنیت حقوقی سنگ بنای یک جامعه متمدن است که با وضع صحیح قواعد ایجاد می‌شود. سردفتری تلاشی به شدت شخصی است که با ثبت سند معتبر، امنیت حقوقی را برای جامعه به ارمغان می‌آورد. ایجاد این امنیت به نوبه خود در فلسفه وجودی سردفتری نقش دارد. دفترخانه جایگاه تجمیع حقوق ملت و حاکمیت است.^۱ بی دلیل نیست حاکمیت سهمی از قدرت خویش را به سردفتر اعطا کرده است. نشانی از این واقعیت در قدرت اجرایی سند رسمی همچون حکم دادگاه تجدیدنظر وجود دارد. تضمین استمرار امر ثبت سند ضروری است. برای دستیابی به چنین آرمانی، متولی امور در موارد غیبت موقت سردفتر، مانند موارد انفصال موقت، کفیل^۲ و در موارد غیبت دائم سردفتر، مانند انفصال دائم، جانشینی تعیین می‌کند. در این وضعیت قوه قضائیه برای ایجاد انحصار، در جذب سردفتر با اعمال شرایط سخت گیرانه ورود می‌کند؛ نباید بر این اقدام برچسب انحصارطلبی زد.

در شرایط جدید با تغییر حد نصاب نگرانی‌ها در خصوص واجدان حداقل استانداردهای علمی برای انتصاب به سمت سردفتری به دلیل ویژه بودن آن در حال افزایش است. این ویژه بودن نیازمند تبعیت از قاعده «همه یا هیچ» است: متقاضی ورود به حرفه سردفتری یا واجد «همه» شرایط خواهد بود یا یکی از شرایط لازم برای ورود به آن را نخواهد داشت که در هر صورت با اعمال این قاعده تکلیف روشن است. جذب سردفتر به موجب ماده ۵ قانون ۱۳۵۴ از این قاعده به خوبی پیروی می‌کرد؛ زیرا تنها متقاضیان واجد تمام شرایط حق ورود به این عرصه را داشتند. تصویب قانون ۱۴۰۱ این معادله را به هم می‌زند. بس محتمل است تعدادی از پذیرفته شدگان

۱. توسلی، علی، همایش ۶ دی روز دفاتر اسناد رسمی، برگزار شده توسط کانون سردفتران و دفتریاران خوزستان،

مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۲.

۲. ماده ۱۴ قانون ۱۳۵۴.

تمام شرایط لازم را نداشته باشند؛ چرا که برابر این قانون، داوطلبانی پذیرفته شده محسوب می‌شوند که «حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات ۱ درصد حائزان بالاترین امتیاز را کسب کنند». علی‌رغم نظام‌یافتگی سردفتری و نقش بارز آن در تأمین امنیت حقوقی، نباید به این ویژگی‌ها بسنده کرد. وکالت نیز از نظام‌یافتگی حقوقی بهره می‌برد و در تأمین امنیت حقوقی جامعه نقش دارد.^۱ شناخت تأثیر دقیق قانون ۱۴۰۱ بر سردفتری مستلزم طرح و ارزیابی ویژگی‌های اختصاصی آن است.

۲. تأثیر بر ویژگی‌های اختصاصی

تفاوت‌های سردفتری با سایر حرفه‌های حقوقی در دو موضوع صلاحیت و مسئولیت به‌خوبی نمایان است. غلبه جنبه پیشگیری حقوقی در سردفتری و جنبه درمان حقوقی در وکالت بر ایجاد نوع صلاحیت و مسئولیت تأثیر می‌گذارد.

۲.۱. کاهش اعتبار سند رسمی با نادیده انگاشتن حاکمیتی بودن صلاحیت

رسالت سردفتر اعمال بخشی از حاکمیت در موضوع ثبت سند^۲ و مشاوره در ارتباط با آن است. سردفتر به اسناد دو ویژگی قدرت اثباتی استثنایی و اجرایی می‌بخشد و آن را مانند حکم دادگاه تجدیدنظر قطعی و لازم‌الاجرا می‌کند. به دلیل این نوع رسالت، سردفتر تکالیفی دارد و از حقوقی نیز بهره‌مند است.

۲.۱.۱. تکالیف

۲.۱.۱.۱. ثبت سند

می‌توان تکالیف اصلی سردفتر را در دلایل توجیهی نمایندگی حاکمیتی وی جست‌وجو کرد: او تنها حقوق‌دانی است که وظیفه «ثبت سند» را دارد و به‌عنوان دارنده بخشی از قدرت عمومی، رسالت انجام دادن خدمت حاکمیتی دلیل و صلح‌آمیز نمودن حوزه روابط قراردادی را دارد. سایر تکالیف سردفتر، یعنی گواهی امضاء، دادن رونوشت و حفظ و نگهداری اسناد،^۳ در درجه دوم

۱. سیدی آرانی، سید عباس، سازماندهی مؤسسات حقوقی در پرتوی ویژگی‌های موضوع فعالیت، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۹۰، ص ۲۱۹.

۲. ماده ۱ قانون ۱۳۵۴.

۳. مواد ۴۹ تا ۶۹ قانون ثبت- مصوب ۱۳۱۰- و ماده ۲۹ قانون ۱۳۵۴.

اهمیت قرار دارند. گواهی امضا تکلیفی فرعی محسوب می‌شود، از نگهداری اسناد به‌عنوان تکلیف متروک سردفتر یاد می‌شود و رونوشت دادن تکلیف تبعی ایشان است: تا سند ثبت‌شده‌ای نباشد، تکلیف اخیر موضوعیت نمی‌یابد.

حاکمیت تا اندازه‌ای نسبت به ثبت سند حساسیت دارد که سردفتر به مثابه قاضی دادگستری در مواردی با محدودیت در صلاحیت روبه‌روست: نفع مستقیم یا غیرمستقیم سردفتر در یک سند، مانند مطرح بودن منفعت وی یا خویشاوندی (سببی یا نسبی) با مشتری مانع از ثبت سند می‌شود.^۱ چنین محدودیتی برای وکیل دادگستری وجود ندارد. تصویب قانون ۱۴۰۱ و افزایش دفاتر، ثبت سند، ظرافت‌ها و تکالیف فراوان مرتبط با آن را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. به‌طور خاصی به از بین رفتن پویایی دفترخانه نظر داریم. بیم آن می‌رود که این ویژگی در قربانگاه کسب تلقی شدن سردفتری فدا شود. درواقع، ممکن است سردفتر به دلیل فقدان صلاحیت علمی و برای عبور از چالش‌های پیش‌رو صرفاً به ثبت اسناد ساده بسنده کند و مشتری متقاضی ثبت سند پیچیده را به سایر دفاتر ارجاع دهد؛ وضعیتی که با الزام قانونی مبنی بر ثبت سند^۲ هم‌خوانی ندارد.

۲.۱.۱.۲. مشاوره حقوقی

نگرانی اصلی در موضوع وظیفه مشاوره سردفتر خودنمایی می‌کند؛ واقعیتی که به نظر می‌رسد در دلایل توجیهی طرح قانونی برای تصویب قانون ۱۴۰۱ نادیده گرفته شده است. علی‌رغم عدم پیش‌بینی صریح تکلیف مشاوره در مقررات، سردفتر در مواردی باید به مشتری مشاوره دهد؛ ارائه مشاوره حقوقی مناسب به سند پویایی لازم را می‌بخشد، آن را از حالت مکانیکی خارج و بهره‌مندی از امتیازات آن را امکان‌پذیر می‌کند. درواقع، سردفتر برای آنکه سند از عیوبی مبری باشد که اعتبارش را زیرسؤال می‌برد، خود را به دفعات متعددی موظف به مشاوره می‌بیند. به‌راحتی می‌توان غافلگیری خریدار سهمی از مال غیرمنقول مشاع را تصور کرد که سردفتر به او وجود حق شفعه (م ۸۰۸ ق.م) و امکان اعمال آن را تذکر نداده است. ارتباط کاملی میان مشاوره و ثبت سند وجود دارد. هرچند، رویه قضایی فرانسه وظیفه مشاوره را مطرح کرد،^۳ به باور درست ژان لوک روبرت^۴، این وظیفه در ذات ثبت سند بود و قضات فقط

۱. ماده ۳۱ قانون ۱۳۵۴، در مورد سردفتر فرانسوی رک ماده ۲ آیین‌نامه شماره ۹۴۱-۷۱ مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۷۱.

۲. ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۴.

3. Cass. civ., 21 juillet 1921, D. 1925, I, 29.

4. Jean Luc AUBERT.

آن را آشکار کردند. در واقع، فقدان وظیفه مشاوره تکلیف ثبت سند را از ذات و ماهیت خود میان تهی می‌کند. برابر فرمول ژن دو پولپیکه^۱ ثبت سند مستلزم مشاوره است. پس این وظیفه نیز ریشه در قانون دارد. اطمینان سند رسمی، تضمین امنیت حقوقی جامعه، قدرت اثباتی و اجرایی سند رسمی خروجی انجام صحیح این تکالیف است. این ویژگی‌های اختصاصی، سردفتری را از وکالت متمایز می‌کند؛ هرچند وکیل برای پیگیری امور حقوقی موکل خود اسنادی را امضا می‌کند، اسناد امضاشده فاقد قدرت اجرایی و اثباتی هستند. بی‌دلیل نیست به استناد وکالت‌نامه‌هایی که توسط وکلای دادگستری تنظیم می‌شود نمی‌توان سندی در دفتر اسناد رسمی ثبت کرد.^۲

سردفتر باید سندی مؤثر ثبت کند: سند غیرمؤثر باطل نیست، منتهی عدم رعایت برخی از تشریفات آن را از تأثیر لازم می‌اندازد. برای نمونه، سردفتر ملزم به اخذ پاره‌ای از مجوزات است، اما می‌تواند با قید مراتب و تحمیل مسؤلیت به طرفین خود را معاف کند تا سندی مؤثر ثبت کند.^۳ بیم آن می‌رود که ازدیاد بیش از حد سردفتران، وظیفه مشاوره را در «باریک راه تأثیر سند» به مخاطره بیندازد؛ به‌ویژه که کارآموزی در مقررات پیش‌بینی نشده و آموزش ضمن خدمت مقرر در ماده ۶۶ قانون ۱۳۵۴ فاقد ضمانت اجراست.

۲.۱.۲. حقوق

انجام رسالت حاکمیتی مستلزم بهره‌مندی سردفتر از حقوقی است که حق دریافت اجرت و معرفی جانشین اهمیت ویژه‌ای دارند، با امر حاکمیتی ثبت سند مرتبط هستند و تأثیر بیشتری از قانون ۱۴۰۱ می‌پذیرند. به نظر می‌رسد این قانون تعادل میان حق و تکلیف سردفتر را برهم می‌زند.

۲.۱.۲.۱. اجرت

میزان و عنوان مزد^۴ دریافتی سردفتر فرانسوی حسب نوع خدمت متفاوت است؛ او به عنوان نماینده حاکمیت برای ثبت سند دستمزد^۵ می‌گیرد، بدون آنکه در میزان آن نقشی داشته باشد و به ازای تنظیم قراردادهای عادی و مشاوره به مشتری اجرتی^۶ دریافت می‌کند که آزادانه توسط

1. Jeanne de POULPIQUET.

۲. بند ۲ بخشنامه شماره ۷/۳۳۷۰۰ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۲۶، وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران تهران.

۳. قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی - مصوب ۱۳۸۵ -.

4. La rémunération.

5. L'émolument.

6. L'honoraire.

وی و مشتری تعیین می‌شود.^۱ منتهی دستمزد سردفتر ایرانی صرفاً در حق‌التحریر قرار دارد^۲ که به‌عنوان مابه‌ازای انجام امر حاکمیتی ثبت سند دریافت می‌کند. به موجب قانون، تعرفه دفاتر و اسناد رسمی به موجب مقررات و توسط قوه قضائیه به صورت یکسان تعیین می‌شود و سردفتر و مشتری هیچ ابتکار عملی در افزایش یا کاهش آن ندارند. بررسی مجدد تعرفه‌ها در شرایطی هر چهارسال یک بار صورت می‌پذیرد^۳ که مدت‌هاست تورم جایگزین ثبات اقتصادی شده و افزایش تعرفه‌ها هزینه‌های دفترخانه را پوشش نمی‌دهد.

۱۵ درصد درآمد ناخالص دفترخانه و تحریر دریافتی گواهی امضا سهم دفتریار اول یا کفیل اوست؛ هرچند کفیل همیشه در دفترخانه حاضر نیست و دفتریار در انجام وظیفه گواهی امضا نقش و در نتیجه مسئولیتی ندارد. کارمندان حقوقی برابر قانون کار دارند، حتی اگر سردفتر درآمدی نداشته باشد. ۱۵ درصد درآمد ناخالص دفترخانه نیز به‌عنوان پاداش متعلق به ایشان است. سردفتر باید ۱۰ درصد درآمد ناخالص را نیز برای حق بازنشستگی و بیمه درمانی خود، دفتریار اول و افراد تحت تکفل^۴ به حساب قانون واریز کند. سردفتر با باقی‌مانده درآمد، هزینه‌ها از جمله مالیات مشاغل را می‌پردازد.

با تصویب قانون ۱۴۰۱، در شرایطی بر تعداد دفاتر افزوده می‌شود که تعداد اسناد بدون تغییر باقی می‌ماند. نتیجه اینکه، از یک‌سو با جذب تعداد زیادی سردفتر و ثابت ماندن درآمد، میزان دریافتی افراد حاضر در دفاتر تا حد قابل توجهی کاهش می‌یابد و از سوی دیگر صندوق قانون نیز با مشکلاتی نظیر ورشکستگی مواجه خواهند شد. با این وضعیت، اثرات زیان‌بار قانون جدید، علاوه بر سردفتر به سایر عرصه‌ها نیز گسترش خواهد یافت. این موضوع بدیهی از چشم تیزبین قانون‌گذار مخفی مانده است که منبع درآمد در این حوزه با محدودیت روبه‌روست و افزایش تعداد افراد بهره‌مند، به خودی خود، درآمد را افزایش نمی‌دهد. به‌طور خاصی به ۱۰ درصد ذخیره شده‌ای نظر داریم که سردفتران فعلی به صندوق قانون واریز کرده‌اند. اجرایی شدن قانون ۱۴۰۱ حقوق ایشان را تضییع خواهد کرد؛ زیرا سردفتران جدید با وجود درآمد اندک در سهم ذخیره شده سهم خواهند شد.

۱. سیدی آرانی، سیدعباس، *شرکت مدنی حرفه‌ای سردفتری (از پیدایش در فرانسه تا پذیرش در ایران)*، پیشین، ص ۵۵.
 ۲. ماده ۵۴ قانون ۱۳۵۴.
 ۳. همان.
 ۴. قانون مصوب ۱۳۷۳ راجع به «توزیع حق‌التحریر... موضوع ماده ۵۴ قانون ۱۳۵۴».

۲.۱.۲.۲. تعیین جانشین

فعالیت سردفتر قائم به شخص نیست و عوامل دیگری مانند محل انجام فعالیت بر مشتری تأثیر می‌گذارد. به همین دلیل، امتیاز سردفتری با فوت یا بازنشستگی دارنده آن از بین نمی‌رود. وکیل دادگستری چنین حقی ندارد؛ زیرا امتیاز وکالت قائم به شخص اوست.^۱ چنین نتیجه‌ای با فلسفه ایجاد حق معرفی جانشین برای سردفتر، موضوع ماده ۶۹ قانون ۱۳۵۴ هماهنگی دارد.^۲ این مقررہ ابتکار قانون‌گذار برای تضمین حقوق سردفتر و سوابق اسناد مشتری بوده که هرگونه بی‌اعتنایی به آن استمرار امر حاکمیتی ثبت سند را با مانع روبه‌رو می‌کند.

هیئت عمومی دیوان عدالت با استناد به ماده ۹۳ قانون مالیات‌های مستقیم سردفتران موضوع ماده ۶۹ را مکلف به پرداخت مالیات بابت درآمد معرفی جانشین می‌داند.^۳ بدین ترتیب، دلیل دیگری برای مشروعیت حق انتقال معوض امتیاز جانشینی به دست می‌آید؛ نمی‌توان برای تحمیل برخی از تکالیف آن را به‌عنوان یک حق موجود پذیرفت؛ اما برای بهره‌مندی از امتیازات آن را نادیده گرفت؛ قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» چنین اقتضایی دارد. در چنین شرایطی، قوه مقننه حق ندارد این امتیاز را از بین ببرد و نمی‌تواند با جذب بیش از حد سردفتر، ارزش آن را به میزانی تنزل دهد که جاذبه آن برای متقاضی از بین برود.

«حرفه‌هایی که از ترکیب کار و سرمایه ایجاد شده‌اند به ویژه آنهایی که امکان ایجاد و جذب مشتری را فراهم می‌کنند، باید دارای ارزش اقتصادی و داد و ستد باشند. امید به درآمد ممکن است به سرمایه‌ای تبدیل شود که قابلیت واگذاری دارد».^۴ در واقع، فرصت و امکان جذب مشتری در مشاغل وجود دارد که دارای پتانسیل برای سرمایه‌تلقی شدن هستند. بی‌دلیل نیست قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۹۱ قانون ۲۸ آوریل ۱۸۱۶ درباره تأمین مالی مقرر می‌دارد: «سردفتران... می‌توانند جانشین خود را مشروط به دارا بودن شرایط مقرر در قوانین به رئیس جمهور معرفی نمایند». همین ارزش مادی امتیاز سردفتری، برخی حقوقدانان فرانسوی را به آزاد

۱. رأی ۶۰۷-۱۳۷۵/۶/۲۰- دیوان عالی کشور.

۲. سیدی آرانی، سیدعباس، **چگونگی حفظ حق معرفی جانشین سردفتر در اجرای مشارکتی**، مجله پژوهش‌های حقوق ثبت، ۱۴۰۰، شماره ۱، ص ۵.

۳. رأی شماره ۱۰۴ مورخ ۱۳۸۶/۰۲/۲۳.

4. Y. AUGUET, "La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fond libéral", D. 2001, p 2400.

دانستن سردفتری واداشته است.^۱

در حقوق ایران، می‌توان این حق را در قالب عقد صلح انتقال داد. با این عقد، مصالح تمام حقوق واقعی، فرضی و احتمالی خود را^۲ نسبت به مشتری واگذار می‌کند. واگذاری این حق تا حدودی می‌تواند خلأ پاداش پایان خدمت سردفتر را جبران کند. امتیاز سردفتری به صورت معوض و رایگان انتقال می‌یابد.^۳ قانون‌گذار در قانون ۱۴۰۱، هرگونه انتقال امتیاز را منوط به قبولی انتقال‌گیرنده در آزمون می‌داند^۴ و این اراده هر دو حالت واگذاری (معوض و رایگان) را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

از یک طرف، حذف محدودیت و الزام سردفتر به پیشنهاد شخص پذیرفته‌شده در آزمون، دایره انتخاب دارنده و متقاضی امتیاز و در نتیجه ارزش آن را به شدت کاهش می‌دهد. ضمن اینکه از لحاظ اصل خدشه به حقوق مکتسب، تفاوتی میان موردی وجود ندارد که امتیاز سردفتری به طور کامل حذف شود یا ارزش امتیاز سردفتری به دلیل افزایش بیش از حد دفاتر به شدت کاهش یابد. اگر امتیاز یادشده به صورت دایره‌ای با شعاعی مشخص در نظر گرفته شود، آنچه در اندازه این شعاع اهمیت دارد، ارزش امتیاز است که میزان آن از نظام عرضه و تقاضا تبعیت می‌کند. افزایش بیش از حد عرضه، شعاع این دایره ارزشمند را به شدت کاهش می‌دهد؛ وضعیتی که تعادل حق و تکلیف سردفتر را بر هم می‌زند.

از طرف دیگر، واگذاری رایگان امتیاز سردفتری به یک عضو خانواده نیز از قانون ۱۴۰۱ در امان نیست؛ می‌توان تمایل قانون‌گذار فرانسوی به این نوع واگذاری را در قاعده «حق اولویت وارث برای جانشینی شریک متوفی در شرکت»^۵ یافت. دلایلی در این زمینه مطرح می‌شود: او تا روز فوت یا بازنشستگی سردفتر، تجربه لازم را کسب می‌کند و سابقه آشنایی با مشتری را دارد. شرط قبولی انتقال‌گیرنده در آزمون، وارث واجد شرایط را با تردیدهای جدی روبه‌رو خواهد کرد.

1. GOUYOU (R.), "L'intérêt du client dans l'exercice en groupe des professions libérales", *LPA*, 14 mai 1993, 1ère partie n 58, no 1, p 8.

۲. ماده ۷۵۲ قانون مدنی.

۳. سیدی آرانی، سیدعباس، *مطالعه تطبیقی سردفتری فرانسه و ایران (به دو زبان فرانسوی و فارسی)*، تهران: مخاطب، ۱۳۹۸، ص ۵۱۹.

۴. ماده ۳ قانون ۱۴۰۱.

5. "L'attribution préférentielle au profit de l'ayant-droit".

ع. ماده ۲۴ قانون شماره ۸۷۹-۶۶ مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۶۶ (قانون ۱۹۶۶).

مهلت‌های دو و شش ماهه برای سردفتر بازنشسته و ورثه سردفتر متوفی به منظور معرفی جانشین مندرج در ماده ۶۹ قانون ۱۳۵۴ از دید قانون‌گذار مخفی مانده است. در این شرایط، بیم آن می‌رود که بایگانی ارزشمند دفترخانه، حاوی سوابق اسناد مشتری مورد بی‌توجهی سردفتر پیشین یا وراث وی قرار گیرد.

متقاضی جدید سردفتری با در نظر گرفتن این واقعیت‌ها وارد حرفه می‌شود؛ در حالی که سردفتر شاغل زمانی که این حرفه را برگزید، نظر به واقعیت‌های دیگری داشت؛ اینکه مبالغی را هر ماه برای روزهای بازنشستگی خود در کانون ذخیره می‌کند و از مزایای آن بهره می‌برد و در پایان حرفه نیز حق معرفی جانشین خود را دارد. در چنین شرایطی، به هیچ وجه اقدام قانون‌گذار در تغییر این حقوق بنیادین قابل دفاع نیست و با سیاست‌های کلی نظام مغایرت دارد؛ زیرا امنیت اقتصادی وی را نادیده می‌گیرد.^۱ البته این حقوق مکتسب دارای ویژگی خاصی هستند؛ با گذشت زمان تکامل می‌یابند. پس با موضع‌گیری کمی‌گرایانه قانون ۱۴۰۱، نوع خدشه وارده به آنها نیز خاص است؛ هرچه سردفتر سابقه بیشتری داشته باشد، میزان حق تزییع شده وی بیشتر است!

۲.۲. افزایش موقعیت‌های زیان‌بار با اغماض از قهری و بی‌پشتوانه بودن مسئولیت

تبیین ماهیت مسئولیت مدنی سردفتر بر شفافیت تکالیف وی تأثیر بسزایی دارد؛ زیرا ارتباط عمیقی میان تکالیف و مسئولیت مدنی وجود دارد؛ مسئولیت مدنی حضوری همیشگی و همه‌جایی دارد، در تمام تکالیف سردفتر متجلی است و به محض ورود زیان خودنمایی می‌کند. منتهی مسئولیت انتظامی علاوه بر وظایف حرفه‌ای، ارکان زندگی خصوصی سردفتر به دلیل تأثیر اجتماعی سردفتری را در بر می‌گیرد^۲ و امکان مسئولیت کیفری وی به دلیل هر قصوری وجود ندارد. همین دلایل ضرورت بررسی تأثیر کسب تلقی شدن سردفتری بر مسئولیت مدنی را نشان می‌دهد.

۲.۲.۱. قهری بودن مسئولیت

هرچند برخی مسئولیت مدنی سردفتر را قراردادی می‌دانند،^۳ به دو دلیل قاطع مسئولیت او

۱. بند ۲۶ سیاست‌های کلی برنامه پنج‌ساله هفتم - ۲۰ شهریور ۱۴۰۱

2. Cass. Ire civ, 10 juillet 2002, n de pourvoi :99-20484, inédit. Cf. à ce propos F. LEFEBVRE, *op.cit*, no^o11040, p1281.

۳. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، جلد اول*، چاپ ۱۸، تهران: دانشگاه تهران، ۱۴۰۰، ص ۳۸۹.

قهری است: نخست اینکه رسالت ایشان اجباری^۱ است و در صورت امتناع، به دلیل عدم انجام وظیفه قانونی، مجازات انتظامی و در صورت ایراد خسارت، مسئولیت مدنی وی را تهدید می‌کند؛^۲ وضعیتی که می‌توان با رسالت انجام امور حاکمیتی آن را توجیه کرد. دوم اینکه، اجرت وی نیز توسط قوه قضائیه تعیین می‌شود^۳ و سردفتر و مشتری در آن نقشی ندارند.

مسئولیت قهری نفع سردفتر را تأمین نمی‌کند؛ زیرا در این نوع مسئولیت، خسارت ایجاد شده نسبت به نقض یک قاعده اهمیت بیشتری دارد؛ عدم تحمیل زیان بر خسارت‌دیده، قاعده‌ای را اقتضا می‌کند که با استناد به آن بتوان شخصی را یافت که خسارت را به‌طور کامل می‌پردازد.^۴ به‌علاوه، در مسئولیت قهری برخلاف مسئولیت قراردادی، شرط تحدید یا معافیت مسئولیت باطل است. مسئولیت قهری حتی خسارات غیرقابل پیش‌بینی را نیز دربرمی‌گیرد.^۵

گستره مسئولیت سردفتر فرانسوی در مقایسه با سایر دارندگان حرفه‌های آزاد، افزایش چشمگیری داشته و حتی در مقایسه با سایر حقوق‌دانان بیشتر درخواست و با شدت بیشتری با آن برخورد می‌شود. علی‌رغم افزایش تکالیف حرفه‌های آزاد، مسئولیت سردفتر همچنان پیش‌تاز است و در موارد ورود ضرر به دلیل تقصیر حرفه‌ای خودنمایی می‌کند. افزایش مسئولیت حرفه‌ای سردفتر صرفاً به دلایل سنتی گسترش مسئولیت مدنی، مانند امکان دسترسی بیشتر به دادگاه‌ها توجیه نمی‌شود، بلکه پیچیدگی و صلاحیت گسترده سردفتر به این حرفه ساختار ویژه‌ای می‌بخشد و موجب افزایش گستره مسئولیت مدنی وی می‌شود.^۶

با لازم‌الاجرا شدن قانون ۱۴۰۱ موقعیت‌های زیان‌بار افزایش می‌یابند. با کاهش درآمد و قرار گرفتن برخی از سردفتران در یک رقابت کاذب، ممکن است ایشان به این سمت و سو سوق پیدا کنند که برای کسب درآمد بیشتر هر سندی را بپذیرند، بدون اینکه نسبت به مفاد و مسئولیت ناشی از آن نگرانی خاصی داشته باشند. علی‌رغم امکان اقامه دعوا علیه ایشان، نباید این موضوع را نادیده گرفت که دلایلی چون دشواری اثبات تقصیر خاطی، عدم تمکن مالی یا امتناع سردفتر

۱. ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۴.

۲. ماده ۲۲ قانون ۱۳۵۴.

۳. ماده ۵۴ قانون ۱۳۵۴.

۴. ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی.

5. H. Mazeaud et Tunc, "Traité théorique de la responsabilité civile", t.1, 6e édition, Montchrestien, no 514, p 600.

6. POULPIQUET(J.), *op.cit*, no 1 et 2.

حتی در موارد صدور رأی دادگاه به نفع مشتری، پرداخت خسارت به زیان‌دیده را در مواردی غیرممکن می‌کند. تکلیف سردفتر به ثبت اسناد غیرمالی^۱ زمینه طرح این پرسش را فراهم می‌کند که خسارت ناشی از غفلت سردفتر در این زمینه به چه صورت محاسبه خواهد شد؟ بی‌پشتوانه بودن مسئولیت وضعیت را بدتر می‌کند.

۲.۲.۲. بی‌پشتوانه بودن مسئولیت

مسئولیت مدنی سردفتر مستظهر به بیمه مکفی و مشارکت کارکنان دفترخانه نیست.

۲.۲.۲.۱. نبود بیمه اجباری و مکفی

بیمه مسئولیت دو هدف پشتیبانی از دارایی شخص مسئول و حمایت از زیان‌دیده را از طریق تسهیل جبران خسارت دنبال می‌کند. ارتکاب خطای شغلی مسئولیت حرفه‌ای را به همراه دارد. افزایش تمایل زیان‌دیدگان برای دعوای مطالبه خسارت با توجه به جایگاه ممتاز دعوای مسئولیت مدنی بر تعداد این دعوای می‌افزاید.^۲ بیمه صرف‌نظر از نوع مسئولیت به‌خوبی از سردفتر و مشتری حمایت می‌کند. نبود بیمه مکفی وضعیتی ایجاد می‌کند که سردفتر در قلب خطرات رها شود؛ بدون آنکه همراه مطمئنی داشته باشد. در این وضعیت، می‌توان به‌خوبی تشویش فکری سردفتر در زمان ثبت سند را تصور کرد. نتیجه اینکه، حتی ممکن است در مواردی نیز که سردفتر محکوم می‌شود نتواند خسارات را بپردازد.

قانون ۱۴۰۱ این وضعیت را با افزایش موقعیت‌های زیان‌بار تشدید می‌کند. مناسب است قانون‌گذار به تبعیت از سیستم حقوقی فرانسه اجرای مشارکتی را بپذیرد و خلأ نبود بیمه اجباری و مکفی را جبران کند. در این صورت، می‌توان مسئولیت تضامنی شرکت سردفتری را نسبت به رفتار شریک خاطی پذیرفت.^۳ چنین مسئولیتی اقتضا دارد متضرر در مسیر جبران خسارت در رجوع به شریک خاطی یا شرکت سلسله‌مراتبی را رعایت نکند و این تضمینی است جدی برای مشتری که موقعیت خود را به لطف یک قاعده دیگر بهتر می‌بیند: شخصیت حقوقی دائمی است. تغییر ترکیب شرکت بر مسئولیت تضامنی آن تأثیر ندارد.^۴ بیم آن می‌رود که در وضعیت موجود

۱. ماده ۱۸ قانون گذرنامه؛ نظریه مشورتی شماره ۱۸۹/۹۷/۷-۱۳۹۶/۲/۸ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۲. اسماعیل‌آبادی، علی‌رضا، **بیمه مسئولیت حرفه‌ای وکیل**، نامه مفید، ۱۳۸۵، شماره ۵۵، ص ۱۲۵.

۳. ماده ۱۶ قانون ۱۹۶۶.

4. Cass. 3e civ., 24 avril 2003: Bull. civ., III, 2003, no 83. →

سردفتران به افزایش سیستماتیک حق‌التحریر گرایش پیدا کنند؛ وضعیتی که سوای مجازات انتظامی،^۱ مخالف با سوگندی است که در آغاز کار یاد کرده‌اند.^۲

۲.۲.۲.۲. اجرای انفرادی فعالیت

اجرای انفرادی سردفتری نمی‌تواند چتر حمایتی مناسبی در موضوع مسئولیت مدنی بر سر سردفتر باشد. از یک‌سو، دفترخانه شخصیت حقوقی ندارد و فقط شخصیت مطرح در آن سردفتر است و بیمه‌گر نمی‌تواند شخصی را بیمه کند که وجود حقوقی ندارد. از سوی دیگر، به‌محض اینکه سردفتر دفتر را ترک می‌کند نمی‌توان دارنده جدید را به نحوی مسئول تعهدات وی دانست؛ زیرا برخلاف ترک شرکت، وی سهم خود را به دیگری انتقال نمی‌دهد. نتیجه این وضعیت اینکه سردفتر خواه در دفتر حاضر باشد، خواه آن را ترک کرده باشد، مسئولیت بدون پشتوانه‌ای دارد. علاوه بر این، در اجرای انفرادی اصل وحدت دارایی حاکم است که سبب می‌شود تا سردفتر نسبت به دیون با تمام اموال و حقوق مالی خود پاسخگو باشد. بنابراین، اختصاص بخشی از دارایی سردفتر به دفتر نمی‌تواند مانع از دسترسی طلبکاران به آن شود. اینکه نمی‌توان برای دفترخانه دارایی مجزایی تصور کرد، فرض مسئولیت کارکنان حاضر در مجموعه در قبال دیون آن را نیز غیرممکن می‌کند.^۳ در نتیجه، زیان‌دیده در حیات به سردفتر، و در مامت به وراث او مراجعه خواهد کرد. در این آشفتگی، زیان‌دیده امیدی به جبران خسارت خویش نخواهد داشت. مناسب بود قانون‌گذار با پذیرش اجرای مشارکتی سردفتری فرانسه، به‌جای افزایش تعداد سردفتران منزوی، سردفتران موجود را در مجموعه‌هایی به نام شرکت سردفتری متمرکز می‌کرد تا نه فقط موقعیت‌های زیان‌بار افزایش نیابد، بلکه در صورت ارتکاب رفتار خطاکارانه توسط یک سردفتر شریک، مسئولیت وی را مستظهر به مسئولیت نامحدود سایر شرکا کند. درست است که مسئولیت نامحدود شرکا نسبت به دیون شرکت برقرار می‌شود،^۴ منتهی دیون شرکت سردفتری

←DAIGRE (J.J.), "La responsabilité solidaire de la SCP en cas de faute professionnelle d'un associé perdure quelle que soit l'évolution de la composition de la société", note sous arrêt cass., 3e civ., 24 avril 2003, Bull. Joly, 1 juillet 2003, no 7, § 178, p 833.

۱. ماده ۶۵ آیین‌نامه ۱۴۰۰.

۲. ماده ۱۶ قانون ۱۳۵۴.

۳. رک: سیدی آرانی، سید عباس، اجرای مشارکتی؛ حمایت از منافع پزشک و بیمار در موضوع

مسئولیت مدنی، حقوق پزشکی، ۱۴۰۱، شماره ۵۷، ص ۵۶.

۴. ماده ۱۵ قانون ۱۹۶۶.

فقط دیون ایجاد شده توسط مدیر در اجرای وظایف خود نیست، بلکه دیون ایجاد شده توسط شریک خاطی نیز جزو دیون شرکت محسوب می‌شود؛^۱ قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» چنین اقتضایی دارد: شرکتی که وجوهی را در ازای فعالیت شریک دریافت می‌کند باید زیان ناشی از رفتار وی را نیز متقبل شود.^۲

در شرایط کنونی مقررات پیش‌بینی می‌شود برخی سردفتران برای حل مسائل ناشی از اجرای انفرادی که تصویب قانون ۱۴۰۱ بر تعداد و دشواری آنها افزوده است، از مرزهای مشخص شده به موجب مقررات عدول کنند. اگر ایشان این مرزها را زیر پا بگذارند، هیچ‌کس نمی‌تواند نقطه توقف آن را مشخص کند. گام اول که از مرزهای تعیین شده فراتر رفت، گام‌های بعدی آسان‌تر برداشته خواهد شد.

نتیجه‌گیری

قرار گرفتن امنیت حقوقی جامعه، به‌عنوان نقطه پرگار قانون‌گذار در وضع مقررات، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. در شرایطی که این هدف در فلسف، وجودی سردفتری نقش عمده‌ای را ایفا می‌کند، اقدام قانون‌گذار در تغییر قوانین بنیادین و ساختاری این نهاد، نیل به چنین آرمانی را در موضوع حاکمیتی ثبت سند دست نیافتنی می‌سازد. کمی‌گرایی در این حوزه تاوان سنگینی برای جامعه دارد.

توسعه بی‌حد و حصر دانشکده‌های حقوق و فقدان نظارت آموزشی سبب شده تا فارغ‌التحصیلان این گرایش به‌صورت چشم‌گیری افزایش یابند و تعداد قابل توجهی از ایشان فاقد حد نصاب معیارهای کیفی باشند. نمی‌توان همه آنها را جذب فعالیت‌های خاص کرد؛ بدیهی است واگذاری کاری به تعداد زیادی از افراد، در حالی که تعداد کمتری نیز می‌توانند آن را انجام بدهند، اشتغال محسوب نمی‌شود، بلکه بیکاری پنهان نام دارد. متأسفانه قانون‌گذار قانون ۱۴۰۱ این وضعیت را دامنگیر سردفتری کرد و مسائلی برای حال، آینده و حتی گذشته سردفتری ایجاد کرد. درواقع، نمی‌توان معیار مندرج در قانون ۱۴۰۱ یعنی معرفی دارندگان «حداقل ۷۰ درصد

1. LAMBOLEY, (A.), *op. cit.*, no 85, p 68.

۲. سیدی آرانی، سیدعباس، *سردفتری ایران و ضرورت بازبینی در روش اجرای آن، مطالعات حقوق خصوصی*، ۱۳۹۸، شماره ۲، ص ۱۲۵.

امتیاز میانگین نمرات ۱ درصد حائزان بالاترین امتیاز» را یک معیار کیفی دانست. به این دلیل ساده که با این معیار، رابطه مستقیمی میان تعداد متقاضی و پذیرفته شده وجود دارد: هرچه متقاضی بیشتر باشد، تعداد پذیرفته شده نیز افزایش می‌یابد. امکان دستیابی به سردفتری برای بیکاران تحصیل کرده‌ای که در نتیجه سیاست‌های نادرست دولت پدید آمده‌اند، نتیجه نگاه کاسب‌کارانه و دیدگاه اقتصادی از سوی حکومت به نهاد حاکمیتی دفترخانه است و مبنای منطقی ندارد؛ سردفتری از لیست محدود تبعیت می‌کند و ویژگی‌های آن با هرگونه کمی‌گرایی ناسازگار است. نمی‌توان بدون اعمال معیار کیفی، مجوز سردفتری را به چنین دانش‌آموختگانی اعطا کرد و از ایشان انتظار تضمین امنیت حقوقی جامعه را داشت.

مهم‌تر اینکه قانون‌گذار آثار زیان‌بار قانون ۱۴۰۱ را عطف بماسبق کرده است، هرچند این مهم را صراحتاً اعلام نکرده است؛ چراکه تفاوتی وجود ندارد میان موردی که قانون صریحاً حقوق تکامل یافته در گذشته را در برگیرد یا اینکه موضوع قانون حقوقی باشند که روند تکوین آنها از گذشته آغاز شده و همچنان ادامه دارند؛ در هر دو مورد قانون عطف بماسبق شده است. اقدام قانون‌گذار از این حیث ناصواب است که به حقوق مکتسب سردفتران شاغل خدشه‌ای جدی وارد می‌کند. سهیم کردن سردفتران جدید در سپرده‌های ماهانه همکاران قدیمی که به مرور در صندوق کانون متمرکز شده‌اند و نیز اعمال محدودیت برای حق معرفی جانشین سردفتران شاغل که مشتری ایجاد شده در طول زمان از اجزای تشکیل دهنده آن است، مطلوب هیچ سیستم قانون گذاری نیست. بیم آن می‌رود که موضع کمی‌گرایانه قانون‌گذار و خدشه به حقوق مکتسب افراد، اعتماد و اطمینان جامعه را، آن هم در حوزه‌ای مرتبط با حاکمیت، از بین ببرد.

منابع

کتاب

۱. آذرپور، حمید، غلامرضا حجتی اشرفی، *مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تا سال ۱۳۹۴*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
۲. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار سازماندهی فعالیت تجاری*، چاپ ۲۴، تهران: سمت، ۱۴۰۰.

۳. رضائیان، خدیجه، **ماهیت و اصول حرفه سردفتری اسناد رسمی**، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۴. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد ۱، چاپ ۴۰، تهران: دادگستر، ۱۴۰۰.
۵. سیدی آرانی، سیدعباس، **شرکت مدنی حرفه‌ای سردفتری (از پیدایش در فرانسه تا پذیرش در ایران)**، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۶. سیدی آرانی، سیدعباس، **مطالعه تطبیقی سردفتری فرانسه و ایران (به دو زبان فرانسوی و فارسی)**، تهران: مخاطب، ۱۳۹۸.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ ۲۵، تهران: سمت، ۱۴۰۱.
۸. کاتوزیان، ناصر، **الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی**، جلد ۱، چاپ ۱۸، تهران: دانشگاه تهران، ۱۴۰۰.

مقاله

۹. اسماعیل‌آبادی، علی‌رضا، **بیمه مسئولیت حرفه‌ای وکیل**، نامه مفید، ۱۳۸۵، شماره ۵۵.
۱۰. بیگی حبیب‌آبادی، محمد، **ارائه خدمات حقوقی در قالب شرکت‌های سهامی**، گزارش پژوهشی تحقیقات قضایی، پژوهشگاه قوه قضائیه، پژوهشکده حقوق خصوصی، گروه حقوق تجارت، ۱۴۰۰.
۱۱. سام آرام، عزت‌الله، **بررسی تطبیقی بیمه اجتماعی صاحبان حرف و مشاغل آزاد در شش کشور اروپایی**، ترکیه و ایران، رفاه اجتماعی، ۱۳۸۳، شماره ۱۵.
۱۲. سیدی آرانی، سید عباس، **سازماندهی مؤسسات حقوقی در پرتوی ویژگی‌های موضوع فعالیت**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۹۰.
۱۳. سیدی آرانی، سیدعباس، **سردفتری ایران و ضرورت بازبینی در روش اجرای آن**، مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲.
۱۴. سیدی آرانی، سیدعباس، **سازماندهی شرکت سردفتری در پرتوی نمایندگی حاکمیت سردفتر**، تحقیقات حقوقی، ۱۴۰۱، شماره ۱۰۰.

۱۵. سیدی آرانی، سیدعباس، **اجرای مشارکتی؛ حمایت از منافع پزشک و بیمار در موضوع مسئولیت مدنی، حقوق پزشکی**، ۱۴۰۱، شماره ۵۷.
۱۶. سیدی آرانی، سیدعباس، **چگونگی حفظ حق معرفی جانشین سردفتر در اجرای مشارکتی**، مجله پژوهش‌های حقوق ثبت، ۱۴۰۰، شماره ۱.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، **جایگاه دفاتر اسنادرسمی در نظم کنونی حقوقی**، مجله کانون سردفتران و دفترباران، ۱۳۸۴، شماره ۵۶.

آرا

۱۸. رأی شماره ۱۰۴ مورخ ۱۳۸۶/۰۲/۲۳ دیوان عدالت اداری.
۱۹. رأی شماره ۲۷۵۰ الی ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ دیوان عدالت اداری.
۲۰. رأی شماره ۱۳۲۷/۹۷۰ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۰۳ دیوان عدالت اداری.
۲۱. رأی وحدت رویه ش ۵۷۶ - ۱۳۷۱/۷/۲۵ دیوان عالی کشور.
۲۲. رأی وحدت رویه ش ۶۰۷ - ۱۳۷۵/۶/۲۰ دیوان عالی کشور.

References

Books

1. Azarpour, Ahmad, Hojati Ashrafi, Gholamreza, *The collection of registration circulars up to the year 2015*, Tehran: Ganj – E-Danesh, 2016. (in Persian)
2. BOTTON, M, DI MARTINO (M.), WOLFOVSKI (J.), *A practical guide for freelancers and independent workers*, Paris: Enterprise editions, 1994. (in French)
3. CASAUX, L, *Carrying out several professional activities by a natural person*, Law doctorate thesis, University of Toulouse, LGDJ, 1993. (in French)
4. CHAPPUIS, J, *Civil companies of notary professional*, Law doctorate thesis, University of Jean Moulin Lyon III, 1969. (in French)
5. Eskini, Rabia, *Commercial Law: Generalities, Commercial Acts, Merchants and Organization of Commercial Activity*, Tehran: Samt, 2021. (in Persian)
6. HALPERIN, J.L, *Lawyers and notaries in Europe. Judicial and legal professions in contemporary history*, Paris : LGDJ, DL 1996. (in French)
7. Katouzian, Nasser, *Extra-Contractual Obligations Civil Liability*, Vol.1, 18th editions, Tehran: University of Tehran, 2021. (in Persian)
8. LAMBOLEY, A, *Professional civil company. A new job status*, Paris: Librairies techniques, 1974. (in French)
9. LEFEBVRE, F, *Mémento practical. Civil companies*, Paris : Levallois-Perret :Lefebvre, 2011-2012. (in French)
10. MAURY, F, *Implementation of legalized freelance work in the form of a company*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000. (in French)
11. Mazeaud and Tunc (H.), *Theoretical discussion about civil responsibility*, t.1, 6e edition, Montchrestien. (in French)
12. Rezaean, Khadijeh, *The nature and principles of The notary profession*, 1th edition, Tehran: Mizan, 2021. (in Persian)
13. SAVATIER, J, *Free professions legal study*, Law thesis, 1946, LGDJ, 1947. (in French)
14. Seyed Arani, Seyed Abbas, *A Comparative Study of Notaries in France and Iran (In French and Persian)*, Tehran: Mokhatab 2019. (in Persian)
15. Seyed Arani, Seyed Abbas, *The professional civil company of notaries (From its inception in France to its acceptance in Iran)*, Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)

16. Sotiudeh Tehrani, Hasan, *Commercial Law*, Vol; 1, 40th edition, Tehran: Dadgostar, 2021. (in Persian)
17. Tabatabai Motamani, Manoochehr, *Administrative Law*, 25th editions, Tehran: Samt, 2022. (in Persian)
18. VACHET, G, *Running a liberal activity. Employee - independent*, Published at Liberales professions, Paris: LGDJ, 1998. (in French)

Articles

19. AUGUET, Y, A "civil customer can be the subject of a goodwill assignment contract", D.2001. (in French)
20. Beigi Habibabadi, M, " Provision of Legal Services in the Form of Joint Stock Companies, Research Report of Judicial Investigations, Research Institute of the Judiciary, Private Law Research Institute", *Commercial Law Group*, 2021. (in Persian)
21. BOUGNOUX, A, " Civil companies-Generalities-Basic characteristics of a civil company-Different types of civil companies", *J.-Cl Civil Code*, Fasc. 10, 23 mars 2007. (in French)
22. DAIGRE, J.J, "The joint liability of the professional civil partnership continues in case of professional fault of the partner even if the composition of the partnership changes". *note sous arrêt cass.*, 3e civ., 24 avril 2003, Bull. Joly, 1 juillet 2003. (in French)
23. DAIGRE, J.J, "Perform in a multi-professional group", Published in *Free professions in group format*, France, Europe, Etats-Unis, Paris: GLN Joly éd, 1995. (in French)
24. Dalloz, 1952. (in French)
25. GOUYOU, R, "The benefit of the client in the implementation of freelance professions in the group", LPA, 14 mai 1993. (in French)
26. Ismailabadi, Aa, "Professional Liability Insurance of Attorneys", *Nameh Mofid*, 2006, No. 55. (in Persian)
27. Katouzian, Nasser, "The Role of Notary Offices in the Current Legal Order, *Journal of the Association of Notaries and Notary Assistants*, 2005, No. 56. (in Persian)
28. MOLLE, M, at "official newspaper. Parliamentary debates, Senate", 27 juin 1966. (in French)
29. POULPIQUET (J. de), "Notary", *Rép. Civ.*, janvier 2009. (in French)
30. Sam Aram, 'E, "Comparative Study of Social Insurance for Self-Employed Workers in Six European Countries, Turkey, and Iran", *Social Welfare*, 2004, No. 15. (in Persian)

- 31.SAVATIER, J, "Free professions today", in *Implementation of free professions in the group: France, Europe, United States*, actes du colloque du 29 mars 1994. (in French)
- 32.SAVATIER, J, "What is The free profession", published at *Rev. Projet, civilisation, travail, économie*, Paris: Centre de recherche et d'action sociale, 1966. (in French)
- 33.Seyedi Arani Seyed Abbas, "Participatory Performance: Protecting the Interests of Physicians and Patients in Civil Liability", *Medical Law Journal*, 2022, No. 57. (in Persian)
- 34.Seyedi Arani, S A, "Organizing legal institutes in the light of the characteristics of activity subject (With the benefit of comparative law)", *Legal Research Quarterly*, 2009, No. 90. (in Persian)
- 35.Seyedi Arani, S A, "Iran's Notary Offices and The need to review their implementation method", *Private Law Studies Quarterly*, 2009, No 2. (in Persian)
- 36.Seyedi Arani, S A, "Organizing a notary public company in the light of the notary public representation (Using the data of comparative law)", *Legal Research Quarterly*, 2022, No. 100 (in Persian)
- 37.Seyedi Arani, Seyed Abbas, "Circumstance preserving the right to introduce the Deputy Registrar in the Participatory performance", *Journal of Registration law*, 2021, No. 1. (in Persian)

Cases

- 38.Cass. 1re civ, 10 juillet 2002, n de pourvoi :99-20484, inédit. (in French)
- 39.Cass. 3e civ., 24 avril 2003: Bull. civ., III, 2003, no 83. (in French)
- 40.Cass. civ., 21 juillet 1921, D. 1925, I, 29. (in French)
- 41.Ruling No. 104, dated 23/02/1386 (13 May 2007), Administrative Justice Tribunal. (in Persian)
- 42.Ruling No. 9701327, dated 03/12/1398 (22 February 2020), Administrative Justice Tribunal. (in Persian)
- 43.Rulings No. 2750 to 2753, dated 09/09/1398 (30 November 2019), Administrative Justice Tribunal. (in Persian)
- 44.Unified Ruling No. 576, dated 25/07/1371 (16 October 1992), Supreme Court. (in Persian)
- 45.Unified Ruling No. 607, dated 20/06/1375 (10 September 1996), Supreme Court. (in Persian)

The Effect of the Business Licensing Facilitation Law Approved in 2022 on the Nature of the Mission (Duties) of the Notary and Its Characteristics

Seyed Abbas Seyedi Arani*

Abstract

Notary must be distinguished from other professions due to some attributes so as not to disturb the rule of balance between rights and obligations. A fact that has been neglected by the legislator which has caused challenges in three stages of formation, life and end through changing two fundamental privileges of the notary, i.e. acceptance restriction and the right to introduce a successor. There is concern that by approving the aforementioned law in 2022, notary becomes an opportunity for profit seeking and speculation which will degrade the value of the official document that will lead to harmful situations increase. Additionally, Changes in the right to introduce a successor create serious concerns in the transfer of customer valuable records to the new notary. Taking advantage of the provisions of French law and remembering the characteristics of a notary, i.e. independence, lack of speculation, competence and special civil liability, is a way forward. Considering these rules turns the notary into a valuable opportunity to secure the interests of the government, its representative and the client. Utilitarianism is incompatible with lack of profit seeking. Negation of quantification is a common requirement of the independence, competence and special civil liability of the notary. Especially the relationship between trust and confidence, as the center of all these features, requires scientific criteria. The right to nominate a successor is also a suitable solution for the safe transfer of records to a new notary and a necessary condition for a new start. In a situation where this right reaches its perfection with the passage of time, the legislator's action in devaluing it is undoubtedly ignoring the rights of the notaries who have chosen a notary before the approval of Law 2022 and used the life capital in the hope of tomorrow.

Keywords:

Independence, Trust and Confidence, Legal Security, Negation of Speculation, Jurisdiction and Civil Liability

* Assistant Professor, Faculty of law, Kashan University, Kashan, Iran seyedi-abbas@kashanu.ac.ir

نظریه فرانک لاوت در شناسایی حقوقی اقلیت‌ها؛ انقلابی پارادایمی یا خوانشی انتقادی؟

هادی صالحی*

امین رضی پور جویباری**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۴

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۰۶/۲۱

چکیده

تنوع هویتی در محدوده سرزمینی نظام‌های حقوقی، خاستگاه مفاهیمی همچون چندفرهنگ‌گرایی و شناسایی حقوقی اقلیت‌ها بوده که منازعات نظری مهمی را در پی داشته است. سلطه‌آمیز بودن هنجارهای گروهی برخی اقلیت‌ها از جمله چالش‌های اساسی در شناسایی حقوقی آنهاست و نظریات رایج در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی کوشیده‌اند به نحوی به رفع این مانع بپردازند. فرانک لاوت کوشش نظری خویش را معطوف بازخوانی و بازروایی چندفرهنگ‌گرایی از منظر نظریه رهایی از سلطه کرده است تا ضمن رفع تعارض فی‌مابین، نظریه‌ای در شناسایی اقلیت‌ها به دست دهد که وفادار به آرمان اخلاقی رهایی از سلطه باشد. این مقاله در پی شناخت مبانی فکری و تاریخی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها و نقل و تحلیل نظریه سلطه‌محور فرانک لاوت و ارزیابی تحولی است که نظریه او در گفتمان شناسایی پدید آورده است. این مقاله با تحلیل مفهومی نظریه مورد مطالعه این نتیجه را به دست می‌دهد که نظریه لاوت به دلیل عبور کامل از پارادایم حاکم بر سیاست شناسایی، نمی‌تواند نظریه‌ای در شناسایی حقوقی اقلیت‌ها باشد، بلکه خوانشی انتقادی از شناسایی و به خدمت گرفتن آن برای غایتی کاملاً متفاوت است.

کلیدواژه‌گان:

شناسایی، اقلیت‌ها، شناسایی حقوقی اقلیت‌ها، چندفرهنگ‌گرایی، رهایی از سلطه.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)
hadi.salehi@shirazu.ac.ir

** کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
amin.razipour1996@gmail.com



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تنوع هویتی در محدوده سرزمینی نظام‌های حقوقی، واقعیتی غیرقابل انکار به نظر می‌رسد. چه اینکه مفاهیمی همچون چندفرهنگ‌گرایی و شناسایی حقوقی اقلیت‌ها که امروزه اندیشه‌ها و قلم‌های بسیاری را در کشورهای گوناگون به خود مشغول داشته، خود زاده این تنوع هویتی است. گروه‌های هویتی اقلیت یا به حاشیه‌رانده شده در مبارزه‌ای مستمر برای به رسمیت شناخته شدن به سر می‌برند و در بزنگاه‌های تاریخی، نظام حقوقی حاکم را به پذیرش هنجارهای درون‌گروهی خویش وادار می‌کنند. جامعه ایران اگرچه از دیرباز تنوع هویتی چشم‌گیری را تجربه می‌کند، گفتمان چندفرهنگ‌گرایی بازتاب چندانی در ادبیات حقوقی آن نداشته است.

گفتمان چندفرهنگ‌گرایی در زادگاه خود -جامعه لیبرال‌دموکراتیک- نیز با چالش‌هایی روبه‌رو بوده و هست که برای دیگر جوامع درس‌آموز و عبرت‌بخش خواهد بود. از جمله چالش‌های مهم در چندفرهنگ‌گرایی، مواجهه با گروه‌هایی است که هنجارهای درون‌گروهی ایشان در تعارض کامل با هنجارهای قانونی حاکم قرار دارند یا از منظر اخلاقی ناروا به نظر می‌رسند. سخن گفتن از شناسایی حقوقی اقلیت‌ها در جامعه متکثر ایران نیز بی‌گمان حساسیت‌هایی را برمی‌انگیزد و گروه مسلط به‌آسانی از موضع هنجاری خود به سود گروه‌های اقلیت عقب نخواهد نشست. از این‌رو، آشنایی با منازعاتی که حول این موضوع در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی در گرفته، می‌تواند به تعمیق فهم ما از مسئله و کسب آمادگی پیشینی برای رویارویی با چالش‌هایی -نسبتاً- مشابه در سطح داخلی کمک رساند. فرانک لاوت نویسنده‌ای است که به یکی از مهم‌ترین چالش‌های شناسایی حقوقی اقلیت‌ها، یعنی تعارض آن با نظریه‌هایی از سلطه پرداخته و رهیافتی تازه به شناسایی حقوقی اقلیت‌ها را ارائه کرده است. در این مقاله، ضمن آشنایی با مبانی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها، به نقل و تحلیل نظریه فرانک لاوت پرداخته و در راستای شناسایی محملی برای پژوهش‌های آتی مولفه‌های ارزیابی آثار آن را در سطوح مقرره‌گذاری و رویه قضایی نشان خواهیم داد.

۱. شناسایی حقوقی اقلیت‌ها و مبانی نظری و تاریخی آن

مفهوم شناسایی حقوقی اقلیت‌ها در مرکز پژوهش حاضر قرار دارد. همچنان‌که از عنوان مقاله

برمی‌آید، رسالت اصلی این نوشتار تحلیل نظریه ویژه فرانک لاوت^۱ در شناسایی حقوقی اقلیت‌ها و ارزیابی تحوّل است که نظریه او در آن پدید می‌آورد. روشن است که بدون کسب شناخت دقیق از مسئله شناسایی حقوقی و مبانی آن، درک تحوّل که لاوت در آن پدید آورده نیز میسر نخواهد بود. از این روی در نخستین گام، تبیین این مفهوم کلیدی با سیری در بنیادهای تاریخی و نظری آن بایسته به نظر می‌رسد. برای شناخت این مفهوم مرکب که خود برساختی از چند مفهوم پیشینی است، عناصر سازنده آن را از هم گسسته و به هریک نگاهی جداگانه می‌افکنیم.

۱.۱. معنای عام شناسایی

پیش از پرداختن به معنای خاص شناسایی^۲ - که لایه‌های روان‌شناختی و فلسفی ویژه‌ای یافته است - توضیحی از معنای عام و ابتدایی آن راهگشا به نظر می‌رسد. شناسایی در معنای عام رابطه‌ای میان دو طرف است که یک طرف آن شناسنده (سوژه) و طرف دیگرش شناسایی‌شونده (اُبژه) نام دارد. شناسایی فرایندی است که طی آن، تصویری از اُبژه در ذهن سوژه شکل می‌گیرد و البته منظور از تصویر، تمام آن چیزی است که از اُبژه در ذهن سوژه ایجاد می‌شود، نه لزوماً اطلاعات بصری. برای مثال، در اثر مواجهه شخص «الف» (به‌عنوان سوژه یا فاعل شناسا) با شیء «ب» (به‌عنوان اُبژه شناسایی)، اطلاعاتی همچون ضخیم بودن، وزن داشتن، رنگ داشتن، چهار ضلعی بودن، قابل تورق بودن و ... به‌عنوان محتوای شناختی^۳ در ذهن «الف» به وجود می‌آید؛ این محتوا همان تصویر اُبژه در ذهن سوژه است. علاوه بر اشیاء، افراد یا گروه‌های انسانی نیز می‌توانند موضوع شناسایی قرار گیرند.

تصویر پدیدآمده از اُبژه طی فرایند شناسایی، مشخص خواهد کرد که چگونه باید با او رفتار کرد. «اگر دیگری را با یک ویژگی معین مثل مستقل و خودفرمان بودن بشناسید، شما صرفاً به مستقل و خودفرمان بودن وی اقرار نکرده‌اید، بلکه یک نگرش مثبت به او را هم پذیرفته‌اید. چنین شناختی شما را متعهد می‌سازد تا با او به نحو خاصی هم رفتار نمایید»^۴. این نکته حقیقتی بنیادین است که می‌تواند لایه روان‌شناختی شناسایی را به لایه‌ای هنجاری متصل کند. زیرا محتوای شناختی به‌عنوان محصول یک فرایند روان‌شناختی، مسئولیت‌های طرفین نسبت به

1. Frank Lovett

2. Recognition

3. Cognitive Content

4. Iser, M., "Recognition", *Stanford encyclopedia of philosophy*, 2013.

یکدیگر را نیز مشخص خواهد کرد. به دیگر سخن، هنجارهای حاکم بر رابطه سوژه با اُبژه، برآمده از تصویر پدیدآمده از اُبژه در ذهن سوژه است. بر همین بنیاد، از شناسایی به عنوان یک نگرش هنجاری بنیادین^۱ نیز یاد می‌شود که با ایجاد تصویری مختار و خودفرمان از اُبژه شناسایی می‌تواند استحقاق‌ها و مسئولیت‌های ویژه‌ای را بر وی بار کند.^۲ از این منظر، حتی تحمیلِ کیفر بر شخص از سوی نظام حقوقی، جلوه‌ای از شناسایی او به مثابه شخصیتی اراده‌مند و مستقل – و لذا قابل سرزنش – است. هنجارهای حقوقی می‌توانند نشان دهند که نظام حقوقی حاکم چه محتوای شناختی یا چه تصویری از هویت‌های گوناگون درون جامعه را آینگی می‌کند. زیرا تصویر اُبژه تأثیری بی‌واسطه در تعیین حقوق و تکالیف او دارد و این یعنی از حقوق و تکالیف تعریف شده می‌توان تصویر اُبژه را به دست آورد.

۱.۲. اُبژه‌های شناسایی حقوقی

ناگفته پیداست که در بحث از شناسایی حقوقی اقلیت‌ها^۳، تمرکز بر روی اُبژه‌های انسانی است و دیگر موجودات – که می‌توانند اُبژه شناسایی در معنای عام قرار بگیرند – محلی از اعراب ندارند. اما تردیدی نیست که هر مجموعه دل‌بخوایی از افراد را نمی‌توان به‌عنوان یک گروه اقلیت موضوع شناسایی حقوقی قرار داد. چه ویژگی(ها)یی می‌باید در مجموعه‌ای از افراد باشد تا آنان را به‌عنوان موضوع یا اُبژه شناسایی حقوقی از دیگران متمایز کند؟ پیوند مسئله شناسایی با مفهوم هویت^۴ از همین نقطه آشکار می‌شود. آنچه مجموعه‌ای از افراد را به یک گروه متمایز و قابل شناسایی بدل می‌کند، نمی‌تواند بهره‌ای از مفهوم هویت، به‌ویژه هویت جمعی^۵ نداشته باشد. اما از طرفی، هویت نیز نمی‌تواند شرط کافی برای پیدایی یک گروه اقلیت به شمار آید. چراکه گروه اکثریت نیز دارای هویت جمعی مختص به خود است. بنابراین، برای شناخت گروه‌های اقلیت – به مثابه اُبژه‌های شناسایی حقوقی – لازم است تا مؤلفه‌های اقلیت‌بودگی واکاوی شوند. به نظر می‌رسد نگاه متن‌گرای حقوقی، توان کشف مؤلفه‌های اقلیت‌بودگی را نداشته باشد. نظام‌های حقوقی همواره از یک سوی با مجموعه‌ای از متون ثابت (قانون) و از دیگر سوی با

1. A Basic Normative Attitude
2. Ibid.
3. legal recognition of minorities
4. Identity
5. Collective Identity

واقعیت زنده و پویای جامعه مواجه‌اند و می‌کوشند متون ثابت را بر واقعیتی سیال حاکم سازند. بازتاب حقوقی گروه‌های اقلیت نیز از چنین وضعیتی مستثنی نخواهد بود. «حقوق‌دانان عموماً در مقام معرفی گروه‌های اقلیت به متن قانون مراجعه می‌کنند و به جست‌وجوی محل به‌کارگیری لفظ اقلیت در متون قانونی می‌پردازند. اگر از آنان بپرسید گروه‌های اقلیت را به شما نشان دهند، دوباره به متن قانون مراجعه خواهند کرد و به دنبال آن خواهند بود که کدام گروه‌ها به بهترین وجه مصداق واژگان قانونی قرار می‌گیرند.^۱ متن‌گرایی^۲، رویکردی رایج در تفسیرهای حقوقی است که به واژگان قانونی، برکنده از زمینه‌های تاریخی و اجتماعی پیدایی آن، موضوعیت می‌بخشد و در فرایند تفسیر، تطابق واقعیت بیرونی با آن واژگان را مورد سنجش قرار می‌دهد.

متون قانونی و اسناد حقوقی بین‌المللی گروه‌های اقلیت را با اوصافی همچون ملی، قومی، دینی و زبانی مورد اشاره قرار داده‌اند.^۳ به بیانی دیگر، واژگان حقوقی شناسنده اقلیت‌ها با مفاهیمی چون قومیت، دین و زبان آمیخته شده است. پرسش قابل‌طرح این است که آیا گروه‌های اقلیت لزوماً وجهی قومی یا زبانی یا مذهبی دارند؟ آیا اقلیت‌بودگی در ذات خود پیوندی ناگسستنی با مفاهیم گفته‌شده دارد؛ به طوری که با حذف آن مؤلفه‌ها اساساً اقلیت‌بودگی یک گروه از میان برود؟ رویکرد متن‌گرا گویی چنین پیوندی را مفروض انگاشته است؛ زیرا با تقدسی که به واژگان قانونی می‌بخشد، فقط گروه‌هایی را واجد وصف اقلیت می‌یابد که سایر اوصاف مندرج در متن را با خود داشته باشند. پیداست که نگرش متن‌گرا به گروه‌های اقلیت، در شناسایی اقلیت‌های جدید^۴ همچون زنان، اقلیت‌های جنسی^۵، معلولان و ... ناکام خواهد ماند.^۶ شناسایی اقلیت‌های جدید نیازمند بینشی زیربنایی است که بتواند از واژگان قانونی عبور کند و با ریشه‌ها و

۱. صالحی، هادی، «تبارشناسی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷، ص ۱.

2. Textualism

۳. برای نمونه نک به:

Declaration on Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 1992.

اعلامیه ۱۹۹۲ حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی.

4. New Minorities

5. LGBTQ people

۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم اقلیت‌های جدید ر.ک به:

صالحی، هادی، پیشین.

Medda-Windischer, Roberta. Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion: a human rights model for minority integration. Nomos, 2009.

زمینه‌های اجتماعی متن روبه‌رو شود.

ریشه‌های اجتماعی اقلیت‌بودگی که رویکرد زمینه‌گرا^۱ می‌کوشد تا آنها را کشف و در تفسیر هنجار حقوقی اعمال کند چیستند؟ بی‌گمان نگاه حقوقی صرف برای پاسخ گفتن به چنین پرسشی کفایت نخواهد کرد و لازم است برای یافتن پاسخ به خارج از مرزهای دانش حقوق گام نهیم. مفهوم اقلیت معمولاً با استفاده از دوگانه‌های کمی-کیفی و عینی-ذهنی تحلیل و تعریف می‌شود.^۲ اقلیت، از منظر کمی دلالت بر تعداد کم افراد گروه در مقایسه با اکثریت جامعه دارد و از منظر کیفی معمولاً نشانگر این است که گروه اقلیت از چرخه قدرت حاکم بر کنار مانده و تحت سلطه و تبعیض قرار گرفته است. تمایز میان گروه اقلیت با سایر افراد جامعه ممکن است نمودهایی بیرونی و عینی همچون زبان، مذهب، رنگ، نژاد، اصل و نسب داشته باشد و این تمایز با بازتاب‌های ذهنی همچون احساس هویت متمایز (از سوی اعضای گروه اقلیت) و تمایز قائل شدن برای آن‌ها (از سوی دیگران) همراه است.^۳ به نظر می‌رسد مطالعه تاریخی شکل‌گیری اقلیت‌ها و سیر تطوّر شناسایی آن‌ها می‌تواند نشان دهد که کدام مؤلفه، ذاتی و ضروری مفهوم اقلیت‌بودگی و کدام یک عرضی و صرفاً زاده موقعیت خاص تاریخی، جغرافیایی، اجتماعی و سیاسی است.

با توجه به پدیداری اقلیت‌های جدید که زبان و مذهب و نژادی متمایز از سایر افراد جامعه ندارند، اما شناسایی حقوقی ایشان به‌عنوان یک گروه اقلیت موضوع بحث‌های جدی قرار گرفته است، می‌توان در ضروری بودن چنین اوصافی تردید نمود. «بی‌تردید آنچه گروه‌های اقلیت را از افراد تمییز می‌دهد، مجموعه مشترکات میان اعضای این گروه‌هاست که در نتیجه یک هویت گروهی می‌سازد. اگر عده‌ای از افراد هیچ وجه مشترکی نداشته باشند مطالبات مشترک آنها نیز منتفی خواهد بود. اما چه چیزی هویت گروهی اقلیت‌ها را می‌سازد؟... از منظر حقوقی آنچه فاعلین شناسایی حقوقی را بر آن می‌دارد تا در راستای شناسایی حقوقی گروه‌های جدید مبارزه کنند، آن است که این گروه‌ها نمی‌توانند آزادانه سبک زندگی خود را داشته باشند.»^۴ از این منظر،

1. Contextual Approach

۲. باطنی، ابراهیم و تقی دشتی، مفهوم‌شناسی اقلیت (ارائه الگویی روش‌مند برای تعریف و تشخیص اقلیت‌ها)، نشریه حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲۵، صص ۱۸۴-۱۸۵.

۳. همان، ص ۱۸۹.

۴. صالحی، هادی، پیشین، صص ۱۰۰-۱۰۱.

درون مایهٔ حقیقی اقلیت‌بودگی؛ (۱) داشتن هویت یا «ما»ی جمعی، (۲) تمایز با الگوی هویتی رایج و مسلط، (۳) تحت سلطه بودن، است و نمودهایی چون زبان، قومیت، مذهب و نژاد صرفاً برای ایجاد و تقویت آن هویت مشترک طریقت دارند. حتی معیار کمی یا همان قَلتِ عددی نیز ضروری اقلیت‌بودگی نیست و گروه گسترده‌ای همچون زنان می‌تواند از منظر کیفی و با لحاظ سایر مؤلفه‌ها یک گروه اقلیت به شمار آید.

۱.۳. سیاست شناسایی و چندفرهنگ‌گرایی

شناسایی حقوقی را می‌توان بازتاب حقوقیِ گفتمانی بزرگ‌تر به نام سیاست شناسایی^۱ دانست. چارلز تیلور در اثر الهام‌بخش خود، سیاست شناسایی^۲، روایتی عمیق و جالب توجه از چرایی و چگونگی پیدایی نیاز به شناسایی در دوران مدرن ارائه نموده است. تیلور سفر تاریخی-تحلیلی خود را با این پرسش می‌آغازد که چگونه گفتمان شناسایی و هویت -به معنای امروزش- برای ما قابل فهم شد؟ زیرا به باور او معنای امروزی این کلمات برای مردمان قرون گذشته قابل فهم نبوده است.^۳ معمولاً در گفتمان شناسایی، نقطهٔ آغاز بحث و تشکیل نطفهٔ فلسفی و روان‌شناختی آن را به پدیدارشناسی روح^۴ هگل^۵ نسبت می‌دهند؛ آنجا که هگل خودآگاهی روح برای حرکت به سوی مطلق را فقط از طریق مواجهه با دیگری مانند خود ممکن و دست‌یافتنی می‌داند.^۶ تیلور اما در سفر زمان خود از هگل نیز عبور می‌کند و به دنبال آن تحولی می‌گردد که نظریه‌پردازی هگل را ممکن و معنادار کرد.

به زعم چارلز تیلور، دو تحول بنیادین ریشهٔ شکل‌گیری مفاهیم مدرن هویت و شناسایی بوده‌اند. تحول نخست، فروپاشی جامعهٔ سلسله‌مراتبی سنتی بود که مفهوم شرافت و تبار^۷ را به مثابه انگاره‌ای مرکزی در ساختار خود جای داده بود. امتیازی انحصاری و متعلق به افرادی معدود که خود آفریده و بازآفرینندهٔ نابرابری‌ها در آن جامعه بوده است. قدرت سیاسی سامان‌یافته بر

1. Politics of Recognition

2. Taylor Charles, *the Politics of Recognition*, in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, A. Gutmann (ed.), Princeton: Princeton University Press, pp 25-73.

3. Taylor, C, *the Politics of Recognition*, in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, A. Gutmann (ed.), Princeton: Princeton University Press, p 26.

4. The Phenomenology of Spirit

5. Hegel

۶. برای مطالعهٔ بیشتر در خصوص تاثیر پدیدارشناسی روح در گفتمان شناسایی می‌توانید ر.ک به:

Iser Mattias, op.cit.

7. honor

پایه مفهوم honor، رژیمی است که منتسکیو آن را موناشرسی^۱ خوانده است. با فروپاشی آن نظم اجتماعی که مفهوم honor در آن حیات یافته بود، مفهوم غیرانحصاری، جهان‌شمول و برابرانگار کرامت^۲ جایگزین آن شد. گوهری که تمام انسان‌ها در آن شریک‌اند و فقط با یک جامعه دموکراتیک سازگاری دارد.^۳ در تحلیل تیلور، گذار از honor به dignity با گذار از جامعه سلسله‌مراتبی سنتی به جامعه دموکراتیک مقارن و ملازم یکدیگرند. به باور او، دموکراسی نخستین تحولی بود که «انتظار به رسمیت شناخته شدن برابر» را برای همگان پدید آورد.

تحول دیگری که تیلور آن را از میان انبوه تحولات تاریخی برمی‌کشد و به‌عنوان مبنایی برای مفهوم مدرن شناسایی پیش می‌نهد، تحولی است که در پایان قرن هجدهم میلادی در فهم بشر از هویت فردی^۴ رخ داد. ما می‌توانیم از هویت فردی به معنای هویتی که به‌طور خاص متعلق به ماست و ما آن را در درون خود می‌یابیم، سخن بگوییم. چنین معنایی برآمده از آرمان اخلاقی اصالت^۵ است. آرمانی که صادق بودن با خود و وفاداری به شیوه شخصی و منحصر به فرد خود برای بودن و زیستن را به ما تجویز می‌کند. آرمان اخلاقی اصالت خود از دل یک انقلاب اخلاقی به دست آمده است. تیلور نقطه آغاز آن را در قرن هجدهم می‌بیند. لحظه‌ای که شهودگرایی اخلاقی^۶ غلبه می‌کند و خوب و بد اخلاقی را ندای وجدان انسان‌ها تعیین می‌کند و نه منبعی بیرونی همچون پاداش یا کیفر عمل.^۷ غلبه شهودگرایی ارزش بی‌سابقه‌ای به احساسات و ندهای درونی انسان‌ها بخشید و آن را داور اخلاقی و معیار تشخیص درست از نادرست قرار داد. اصالت یا وفاداری به خود در چنین پارادایمی به آرمانی اخلاقی بدل می‌شود و هویت فردی و کارکرد آن را به‌شدت توسعه می‌دهد. به گونه‌ای که پرورش هویت فردی و وفاداری به ندای درونی ارزشی اخلاقی می‌یابد. زیرا این درون انسان است که به او می‌گوید چه کاری درست و چه کاری نادرست است.

دموکراسی و شهودگرایی اخلاقی - به‌عنوان ریشه‌های تاریخی و نظری شناسایی - اگرچه

1. Monarchy

2. Dignity

3. Taylor, C, "the Politics of Recognition", in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, A. Gutmann (ed.), Princeton: Princeton University Press, pp 26-27.

4. Individual identity

5. Authenticity

6. Ethical Intuitionism

7. Ibid, p 28.

اهمیت یافتن هویت فردی و منطبق آن را به‌خوبی توضیح می‌دهند، هنوز معمای چرایی نیاز به شناسایی در دوران مدرن را حل نمی‌کنند. تیلور با تعمقی در ماهیت هویت فردی این معما را حل می‌کند. چنان‌که گفته آمد، وفاداری به خود ارزشی اخلاقی در پارادایم اخلاق شهودگرا مطرح شد. اینک پرسیدنی است که هویت فردی چگونه باید شکل بگیرد و توسعه یابد؟ آیا با انتقال مبدأ اخلاقی از بیرون به درون، نیاز به بیرون به کلی از میان رفت؟ آیا هویت فردی در انزوا و خارج از روابطش با هویت‌های دیگر می‌تواند به خودآگاهی و شکوفایی برسد؟ این پرسش‌ها پلی است که ما را از ایده اصالت فردی به سیاست شناسایی می‌رساند. تیلور، دیالوگ‌محوری^۱ را ویژگی بارز زیست انسانی می‌داند. چیزی که به زعم او، جریان اصلی فلسفه مدرن از آن غافل مانده است. انسان برای فهم خویشتن خود، تعریف هویت خود و بیان خود، نیازمند یک زبان انسانی غنی است. زبان البته منحصر در کلمات نیست، بلکه در معنایی گسترده هر طریقه بیان و تجلی‌بخشی^۲ همچون هنر، ژست، عشق و ... را دربر می‌گیرد.^۳ روشن است که زبان در انزوا به دست نمی‌آید. هرچند ما برای فهم انزوای خود به آن نیاز داریم. مسئله زبان، که تیلور انگشت تأکید بر آن نهاده، نشانگر پیوند هویت فردی با پدیده‌ای ذاتاً جمعی است. ما زبان (به همان معنای گسترده) را در تعامل با دیگران، به‌ویژه دیگران مهم^۴، فرامی‌گیریم و البته راهی جز این نیز متصور نیست.

پیوند با دیگران در فراگیری زبان خلاصه نمی‌شود. چنین نیست که انسان زبان را در یک زیست‌گفت‌وگومحور از دیگران فرا بگیرد و آن‌گاه بتواند در انزوا و خارج از روابطش با دیگران، به فهم، تعریف و بیان هویت خود پردازد. بلکه حتی تعریف ما از خود در روابطمان با دیگران شکل می‌گیرد. «ما خود را همواره در دیالوگ یا در کشمکش با آن چیزی که دیگران مهم می‌خواهند در ما ببینند، تعریف می‌کنیم. حتی پس از آنکه بزرگ‌تر می‌شویم و برخی از آن دیگران –مانند پدر و مادر– از زندگی ما می‌روند، گفت‌وگو با آن‌ها تا وقتی زنده باشیم در درون ما ادامه می‌یابد.»^۵ سخن اخیر تیلور حامل نکته بسیار مهمی است. گفت‌وگوی درونی با دیگران

1. Dialogical character
2. Expression
3. Ibid, p 32.
4. Significant Others
5. Ibid, p 33.

مهم نوع خاصی از گفت‌وگوست که در انزوا رخ می‌دهد و این نشان از گفت‌وگومحور بودن ذهن انسان حتی در لحظات انزوا دارد. این درهم‌تنیدگی ابعاد فردی و جمعی مفهوم هویت که در لایه فلسفی و روانشناختی وجود دارد، به منازعه‌ای در لایه حقوقی نیز تبدیل می‌شود و آن منازعه بر سر فردی یا جمعی بودن ماهیت حقوق اقلیت‌هاست.

۱.۴. شناسایی حقوقی اقلیت‌ها

شناسایی حقوقی اقلیت‌ها ممکن است در دو معنا به کار رود. معنای نخست، اشاره به فرایند دارد و معنای دوم بر محصول فرایند دلالت می‌کند. برای پرداختن به مفهوم شناسایی حقوقی اقلیت‌ها به تمامی آنچه تاکنون گفته شده نیازمندیم. در نخستین گام، دانستیم که شناسایی در معنای عام، فرایند مواجهه سوژه و اُبژه است و محصول آن، شکل‌گیری تصویری از اُبژه در ذهن سوژه که تصویر پدیدآمده نیز تأثیری بلاواسطه در تعیین هنجارهای حاکم بر رابطه دو طرف دارد. پس از آن اُبژه‌های شناسایی حقوقی یعنی گروه‌های اقلیت را بازشناخته و مؤلفه‌های اقلیت‌بودگی را مرور کردیم. در واپسین مرحله نیز بنیادهای تاریخی و نظری نیاز به شناسایی در دوران مدرن را از نظر گذراندیم. اینک با تکیه بر مقدمات پیشین به توضیح مفهوم شناسایی حقوقی اقلیت‌ها می‌پردازیم.

همچنان‌که ذکرش رفت، عبارت شناسایی حقوقی گاه در اشاره به فرایند مواجهه نظام حقوقی (به عنوان سوژه) و گروه اقلیت (به مثابه اُبژه) به کار می‌رود که با کنشگری دوسویه و سیال در بستر زمان تحقق می‌یابد. اُبژه شناسایی حقوقی در فرایند شناسایی خود حضوری فعال دارد و در طول زمان با تقویت هویت جمعی خود و تلاش برای اقتناع دیگران مهم، سوژه را به پذیرش هویت متمایز خود و محترم شمردن آن سوق می‌دهد. چیزی که می‌توان از آن به «مواجهه اقتناع‌ساز با دیگران مهم»^۱ تعبیر کرد. لحظه‌ای که این مواجهه اقتناع‌ساز به ثمر می‌نشیند و هویت متمایز گروه اقلیت از سوی نظام حقوقی حاکم به رسمیت شناخته می‌شود، انعکاس روشنی از آن در سطوح قاعده‌گذاری، تفسیر و رویه قضایی پدید می‌آید. عبارت شناسایی حقوقی گاه در اشاره به این معنا، یعنی به رسمیت شناخته شدن هویت متمایز گروه اقلیت، از سوی نظام حقوقی به کار می‌رود.

۱. صالحی، هادی، پیشین.

نکته قابل توجه این است که هرگونه مواجهه نظام حقوقی با گروه‌های اقلیت لزوماً مصداق شناسایی حقوقی نخواهد بود. نظام‌های حقوقی ممکن است برخی گروه‌های هویتی را به کلی نادیده بگیرند، رفتاری که اصطلاحاً ناشناسایی یا عدم شناسایی^۱ نامیده می‌شود یا ممکن است تصویری تحقیرآمیز و نامشروع از آن‌ها ایجاد کند و به مقابله با آن‌ها برآیند که به شناسایی منفی^۲ تعبیر می‌شود. همچنین ممکن است نظام حقوقی رویکردی حمایت‌گرانه نسبت به گروه‌های اقلیت اتخاذ کند، اما همچنان نتوان آن را مصداق شناسایی حقوقی دانست. شناخت مبانی و مؤلفه‌های شناسایی حقوقی ما را در تمییز و تشخیص شناسایی از غیر آن یاری می‌دهد. این نکته در تفسیر حقوقی نیز تأثیر بسزایی دارد. این‌که شناسایی را معطوف به هویت و به معنای احترام به هویت متمایز گروه اقلیت بدانیم یا صرفاً اعطای امتیازی مصلحتی به منظور حفظ نظم عمومی در فهم موضوع و در تفسیری که از هنجارهای مربوطه ارائه خواهیم داد تفاوت مهمی ایجاد خواهد کرد. در ادامه گزارش موجزی از ویژگی‌های بنیادین شناسایی حقوقی ارائه می‌شود.

دانستیم که سیاست شناسایی پاسخی ناگزیر به نیاز هویتی انسان معاصر بوده است. آنچه سبب تمایز سوژه و اُبژه و رویارویی این دو با یکدیگر می‌شود، همانا تمایز هویتی موجود میان دو طرف است. بنابراین، می‌توان هویت را مهم‌ترین مفهوم و هویت‌محوری را بارزترین خصیصه شناسایی به حساب آورد. ویژگی دیگر که می‌توان آن را دنباله مفهوم هویت دانست، دوسویه یا متقابل بودن شناسایی است.^۳ دانستیم که هویت یک برساخت جمعی است که در مواجهه با دیگران -به‌ویژه دیگران مهم- شکل می‌گیرد. اُبژه در فرایند شناسایی حضوری کنشگرانه دارد و در پی شکل دادن و شناساندن هویت متمایز خویش به دیگران مهم -از جمله نظام حقوقی حاکم- است. بر این اساس، نمی‌توان شناسایی را اعطای امتیازی یک‌جانبه از سوی فاعل شناسایی به اُبژه دانست. مؤلفه بنیادین دیگر که از دل هویت‌محوری بیرون می‌آید، احترام^۴ است. ادای احترام به هویت متمایز اُبژه در ذات شناسایی مستتر است، اما باید توجه داشت که این احترام، درون‌مایه و کارکردی متفاوت با احترام در معنای مدارا^۵ دارد. «تیلور میان سیاست

1. Non-Recognition or Absence of Recognition
 2. Mis-Recognition
 3. Mutuality
 4. Respect
 5. Toleration

شناسایی و سیاست احترام برابر لیبرال قائل به تفکیک می‌شود.^۱ احترامی که در گفتمان شناسایی بر آن تأکید می‌شود کارکردی فراتر از حالت عادی خود دارد و تکالیفی ایجابی را پدید می‌آورد. این تفاوت از پیوند عمیق شناسایی با مفهوم هویت و الزامات روان‌شناختی و هنجاری برآمده از آن ناشی می‌شود و می‌توان آن را احترام شناسایی^۲ نامید.^۳ احترام شناسایی، از آن روی که می‌خواهد روابط انسانی را به وضعیتی آرمانی سوق دهد خاصیتی ایجابی از خود نشان می‌دهد و اقدامات مثبتی را تجویز می‌کند که بازتاب حقوقی آن به شکل تبعیض مثبت^۴ قابل مشاهده است. با تکیه بر این گزارش موجز، می‌توان هویت‌محوری، دوسویگی و احترام شناسایی (توأم با تبعیض مثبت و تکالیف ایجابی برای سوژه) را مؤلفه‌های اساسی شناسایی حقوقی دانست.

۲. تقابل هنجاری شدید؛ شناسایی به مثابه چالش اخلاقی بزرگ

تمایز هویتی به تمایز نظام‌های هنجاری نیز منجر می‌شود. به دیگر سخن، میان گروه اقلیت و گروه اکثریت، تقابلی هنجاری نیز برقرار است و مهم‌ترین تقابل از منظر حقوقی همین تقابل هنجاری است. نظام‌های حقوقی برآن اند تا نظم هنجارین مشخصی را بر تمام اتباع خود حاکم کنند و از طرفی در میان اتباع یک نظام حقوقی گروه‌های هویتی متنوعی زیست می‌کنند که به هنجارهای درون‌گروهی خود وفادارند. گفته شد که شناسایی حقوقی گروه اقلیت، ادای احترامی مؤثر به هویت متمایز ایشان است. اما ادای احترام مؤثر به هویت متمایز یک گروه اقلیت چگونه محقق می‌شود؟ شناسایی حقوقی اقلیت‌ها در عمل به معنای پذیرش و رسمیت‌بخشی به هنجارهای درون‌گروهی ایشان است. نمونه آشنای آن در حقوق ایران، نظام حقوقی حاکم بر احوال شخصیه^۵ اقلیت‌های مذهبی است که در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ و اصول دوازدهم و سیزدهم از قانون اساسی سال ۱۳۵۸ به رسمیت شناخته شد و نظام حقوقی با پذیرش هنجارهای درون‌گروهی برخی اقلیت‌های مذهبی به شناسایی حقوقی ایشان پرداخت.

طبیعتاً تقابل هنجاری نظام حقوقی حاکم با گروه‌های اقلیت می‌تواند شدت و ضعف‌هایی

1. Song, S, "Multiculturalism", *Stanford encyclopedia of philosophy*, 2010.

2. Recognition Respect

3. Ibid.

4. (Preferential) Affirmative Action / Positive Discrimination

5. Personal Status

داشته باشد. هنگامی که این تقابل شدید و غیرقابل مسامحه باشد، شناسایی حقوقی گروه اقلیت به مثابه چالشی بزرگ جلوه می‌کند. تصور کنید گروه اکثریت هنجارهای جنسیتی یک اقلیت مذهبی را مصداق بارز تبعیض علیه زنان و سلطه‌ای آشکار بر ایشان بداند. در چنین شرایطی چه ضرورتی به شناسایی حقوقی آن هنجارها وجود دارد؟ چرا باید با ادای احترامی مؤثر به هویت متمایز گروه مورد نظر، به تبعیض جنسیتی دامن زد؟ این نگرانی همان چیزی است که فرانک لاوت آن را جریان ضدسلطه درون‌گروهی^۱ می‌نامد. از جمله پرسش‌هایی که گفتمان چندفرهنگ‌گرایی و رویکردهای رایج آن کوشیده‌اند پاسخی به آن بدهند همین پرسش است.

۳. نظریه فرانک لاوت در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی

پیش‌تر به اختصار، از گفتمان چندفرهنگ‌گرایی سخن گفته شد و اینک نیز البته مجال طرح روایت مبسوطی از آن نیست^۲، بلکه کوشش می‌شود کماکان با رعایت ایجاز زمینه اصلی بحث در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی و نظریه‌ای که فرانک لاوت در آن مطرح ساخته روشن شود. ابتدا گزارشی موجز از گفتمان چندفرهنگ‌گرایی و محورهای اصلی آن ارائه می‌شود و سپس به سراغ نظریه فرانک لاوت می‌رویم.

۳.۱. گفتمان چندفرهنگ‌گرایی

موضوع محوری در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی، تقابل هنجاری موجود میان فرهنگ غالب^۳ و فرهنگ‌های اقلیت^۴ است.^۵ ویژه‌داری^۶ مفهومی پربسامد در این گفتمان است که به اتخاذ نوعی سیاست حمایت‌گرانه نسبت به گروه‌های اقلیت دلالت می‌کند. چرایی و چگونگی حمایت از اقلیت‌ها پیکره اصلی بحث‌ها را در این گفتمان شکل می‌دهند و البته پرسش از چرایی خود در دو

1. in-group domination objection

۲. برای ملاحظه روایت مبسوطی از گفتمان چندفرهنگ‌گرایی، ر.ک به:

Song Sarah, op.cit.

3. dominant culture

4. minority cultures

5. Ibid.

6. Accommodation

توضیح اینکه اصطلاح Accommodation در ادبیات چندفرهنگ‌گرایی، به معنای نوعی برخورد ویژه و حمایت‌گرانه دولت با فرهنگ‌ها و آیین‌های متعلق به اقلیت‌هاست که می‌توان به اختصار و با ترجمه تحت‌اللفظی آن را ویژه‌داری نامید. ویژه‌داری در گفتمان مذکور معادل شناسایی حقوقی در بحث حاضر است.

سطح مهم رخ می‌نماید. در سطح نخست، محتوای ارزش‌های گروهی اقلیت‌ها اهمیت ندارد، بلکه نفس وجود تفاوت مهم است. پرسش محوری در این سطح این است که چرا باید از اقلیت‌ها حمایت فعالانه کرد؟ آیا حمایت ویژه از اقلیت‌ها با اصول برابری، حاکمیت قانون و بی‌طرفی دولت لیبرال ناسازگار نیست؟ اما سطح دوم تعارض براساس محتوای ارزش‌ها پدید می‌آید و چالش بسیار عمیق‌تری ایجاد می‌کند. هنگامی که محتوای ارزش‌های گروهی یک گروه اقلیت در تعارض با محتوای ارزش‌های لیبرالی قرار گیرد، سطح دوم تعارض حول محور این پرسش شکل می‌گیرد: چرا باید ارزش‌های ضد لیبرال را به رسمیت بشناسیم؟ با توجه به اینکه گفتمان چندفرهنگ‌گرایی از دل جوامع لیبرال سربرآورده و نظم سیاسی و حقوقی لیبرال را به چالش کشیده است، لذا مطالعه آن به‌طور عمده در فضای ارزشی لیبرالیسم سیر می‌کند. لکن بنیادهای بحث، یعنی وجود تنوع هویتی، ارزشی و هنجاری در محدوده سرزمینی یک نظام حقوقی، روش مواجهه با این تنوع و درون‌مایه استدلال‌های عدالت‌جویانه طرفین نزاع، قابل تعمیم و تطبیق در نظام‌های ارزشی و حقوقی متفاوت خواهد بود.

نظریات متنوعی برای پاسخگویی به پرسش‌های فوق در دل گفتمان چندفرهنگ‌گرایی پدید آمده که می‌توان نظریه مبتنی بر شناسایی^۱، نظریه مبتنی بر برابری^۲ یا زمینه فرهنگی^۳، نظریه مبتنی بر تنوع^۴ و نظریه مبتنی بر رهایی از سلطه^۵ را مهم‌ترین آن‌ها دانست. نظریه اخیر عمدتاً با نام فرانک لاوت شناخته می‌شود و در این مقاله برآنیم تا آن را مورد ارزیابی قرار دهیم.^۷

۳.۲. نظریه فرانک لاوت

رهیافت لاوت در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی را می‌توان تلاقی نظریه رهایی از سلطه با مسئله

1. Recognition

چارلز تیلور (Charles Taylor) شاخص‌ترین چهره این نظریه به حساب می‌آید.

2. Equality

3. Cultural context

ویل کیملیکا (Will Kymlicka) و جوزف راز (Joseph Raz) چهره‌های سرشناس این نظریه‌اند.

4. Diversity

کیملیکا، جوزف راز، چندران کوکاتاس (Chandran Kukathas)، گلستون (Glaston) و ایان شی‌پی‌رو (Ian Shapiro) دارای استدلال‌هایی در تقویت این رهیافت‌اند.

5. Freedom from domination

6. Ibid

۷. برای ملاحظه روایتی از نقدهای واردشده بر چندفرهنگ‌گرایی، ر.ک به:

کردونی، ندا و امیر نیک‌پی، چندفرهنگ‌گرایی، دولت و حقوق اقلیت‌ها، نشریه تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۵.

شناسایی حقوقی اقلیت‌ها دانست. از این روی، پرداختن به نظریه مذکور مقدمه واجب بحث به نظر می‌رسد.

۳.۲.۱. سلطه و رهایی از آن

سلطه^۱ پدیده‌ای است که درصد قابل‌ملاحظه‌ای از استدلال‌های اخلاق‌بنیان در فلسفه سیاسی معاصر را به خود معطوف داشته و منظور از نظریه رهایی از سلطه نیز همین رهیافت اخلاقی در فلسفه سیاسی است که مناسبات قدرت و کنش‌های بازیگران آن را مبتنی بر مفهوم سلطه تعریف می‌کند و رهایی از آن را غایت جامعه سیاسی مطلوب می‌انگارد. چپستی سلطه، خود محل مناقشه‌های فراوانی است، اما اجمالاً می‌توان این تعریف را مورد قبول اغلب نظریه‌پردازان سلطه دانست: «سلطه، گونه‌ای قدرت^۲ مهارنشده^۳، نامتوازن^۴ و نامشروع^۵ است که اشخاص یا نظام‌ها را به کنترل زندگی اشخاص دیگر قادر می‌سازد. این را می‌توان ایده‌ای بنیادین درباره سلطه^۶ دانست.»^۷ یکی از نکات پراهمیت در خصوص سلطه، تفکیک دو نوع فهم از آن است؛ فهم ساختارگرایانه و فهم پیامدگرایانه. این تفکیک، در واقع تلاشی برای پاسخگویی به این پرسش است که آیا برای تحقق سلطه، می‌باید قدرت موجود توسط طرف قدرتمند علیه طرف فرودست به کار رود یا صرف وجود قدرت - بدون کار بست آن - نیز برای تحقق سلطه کفایت می‌کند؟ یکی از مهم‌ترین اختلافات درباره سلطه همین مسئله است.^۸

فرانک لاوت این مسئله را با تفکیک نتایج^۹ از ساختار^{۱۰} تشریح می‌کند. در دیدگاه او، آنچه در فهم سلطه اهمیت دارد ساختار روابط اجتماعی است، نه پیامدهای آن در عمل. لاوت فهم پیامدگرایانه از سلطه^{۱۱} را نامطلوب می‌داند و در مقابل، فهم ساختارگرایانه از سلطه^{۱۲} را تجویز می‌کند. زیرا فهم پیامدگرایانه بررسی موردی هر رابطه اجتماعی خاص را برای تشخیص سلطه

1. Domination
2. Power
3. Unconstrained
4. Imbalance
5. Unjust
6. the basic idea of domination
7. McCammon, C, "Domination", *Stanford encyclopedia of philosophy*.
8. Ibid.
9. outcomes
10. structure
11. outcome-based conception of domination
12. structure-based conception of domination

الزام می‌کند و این الزام، فرایند فهم و تشخیص سلطه را دچار اختلال می‌کند. «بدین ترتیب ما برای تشخیص اینکه یک زن در رابطهٔ زوجیت خود تحت سلطه بوده است یا خیر، باید به این موضوع توجه کنیم که آیا همسرش به بهای متضرر نمودن او منتفع گردیده یا خیر. از آنجا که افراد مختلف، حتی اگر با گزینه‌های مشابهی روبرو باشند انتخاب‌های متفاوتی دارند، نتیجه‌ها و همین‌طور یافته‌های ما از سلطه از موردی به مورد دیگر متفاوت خواهد شد.»^۱ به بیانی دیگر، سلطه نتیجهٔ رابطه‌ای انسانی نیست، بلکه ساختار آن است و ساختارهای مشابه می‌توانند به نتایج متفاوتی منتهی شوند. مفهوم قابلیت مداخله^۲ که فیلیپ پتی^۳ در تعریف آزادی آن را تشریح می‌کند، نیز دقیقاً با بحث حاضر ارتباط دارد. فیلیپ پتی آزادی را به مثابه عدم سلطه می‌انگارد و در تشریح سلطه به تفکیک میان مداخله و قابلیت مداخله می‌پردازد. «یک عامل بر عامل دیگر سلطه دارد، اگر و فقط اگر در برابر او قدرتی داشته باشد، مخصوصاً قدرت دخالت خودسرانه.»^۴ همچنان که از این تعریف برمی‌آید، تکیهٔ فیلیپ پتی بیشتر بر قدرت مداخله است تا خود مداخله. لذا وقوع مداخله را برای ایجاد سلطه و سلب آزادی لازم نمی‌داند، بلکه پتانسیل مداخلهٔ خودسرانه را نیز برای سلب آزادی و ایجاد سلطه کافی می‌داند، هرچند در عمل مداخله‌ای انجام نشود. بنابراین، مهربان بودن صاحب قدرت و عدم مداخلهٔ خودسرانه از جانب او، تغییری در اصل ماجرا پدید نمی‌آورد. «در این شرایط دارندهٔ قدرت همچنان می‌تواند بر اساسی خودسرانه مرتکب دخالت شود و هرکس زیر سیطرهٔ قدرت او باشد زندگی‌اش در اختیار این شخص خواهد بود.»^۵

نظریهٔ رهایی از سلطه رهیافتی ویژه در فلسفهٔ سیاسی است که فرمان اخلاقی «رهایی از سلطه» را هنجار هنجارهای جامعهٔ انسانی و مرجح بر همهٔ هنجارهای دیگر می‌داند. عصارهٔ استدلال‌ها در اثبات این اولویت هنجاری را می‌توان بازتعریف مفاهیم عدالت^۶ و آزادی^۷ بر پایهٔ مفهوم سلطه دانست. در این نوشتار به استدلال‌های موردنظر پرداخته نمی‌شود؛ چراکه رسالت

1. Lovett Frank, *A general theory of domination and justice*, Oxford university press, first published 2010a, p 44.

2. capacity to interfere

3. Phillip Pettit

۴. پتی، فیلیپ، *جمهوری خواهی: نظریه‌ای در آزادی و حکومت*، ترجمه فرهاد مجلسی‌پور، انتشارات شیرازه، چاپ نخست، ۱۳۸۸، ص ۹۲.

۵. همان، ص ۱۱۲.

6. Justice

7. Freedom

این مقاله نه نقد مبانی نظری رهیافت لوت، بلکه تحلیل آثار حقوقی آن است.^۱ برای نیل به این هدف، صرفاً کافی است تا بدانیم لوت اولویت هنجاری رهایی از سلطه را پذیرفته و با ابتنای بر آن وارد گفتمان چندفرهنگ‌گرایی شده است.

۳.۲.۲. تلاقی رهایی از سلطه با چندفرهنگ‌گرایی

لوت در مقالهٔ ویژه‌داری فرهنگی و سلطه^۲ نظریهٔ رهایی از سلطه را وارد گفتمان چندفرهنگ‌گرایی می‌کند و قرائتی تازه از آن به دست می‌دهد. فرمان اخلاقی رهایی از سلطه در دستان لوت به مثابه سنج‌های است که سره را از ناسره بازمی‌شناساند و نظریات رقیب با آن آزموده می‌شوند. لوت با تأکید بر ضرورت رهایی از سلطه و اولویت آن بر هر هنجار دیگر، نظریات رایج را با این پرسش مواجه می‌سازد که چگونه می‌توان شناسایی آیین‌های سلطه‌آمیز یک گروه اقلیت را توجیه کرد؟ او در مقالهٔ مذکور، ابتدا به مصاف نظریات رقیب در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی (از جمله نظریهٔ زمینهٔ فرهنگی ویل کیملیکا)^۳ می‌رود و می‌کوشد ناکارآمدی آن‌ها را در برابر رهایی از سلطه اثبات کند. سپس نظریهٔ خود را متکی بر نظریهٔ رهایی از سلطه ارائه می‌کند. بخش نخست مقاله اگرچه حاوی رویارویی استدلالی پراهمیتی است، خارج از چارچوب پژوهش حاضر است و لذا بدان پرداخته نمی‌شود. آنچه محل توجه است، رهیافت ویژه‌ای است که لوت با در هم تنیدن نظریهٔ رهایی از سلطه و چندفرهنگ‌گرایی عرضه می‌کند. آیا رهایی از سلطه، که لوت همواره از آن به عنوان مانعی در برابر نظریات رقیب بهره می‌گیرد، می‌تواند به خودی‌خود دلیلی برای شناسایی حقوقی اقلیت‌ها عرضه کند؟ شناسایی آیین‌های غیرسلطه‌آمیز که طبعاً منافاتی با آرمان رهایی از سلطه ندارد و لوت از آن‌ها تحت

۱. برای ملاحظهٔ تلاش تنوریک مسوطی برای اثبات اولویت هنجاری رهایی از سلطه، ر.ک به:

Shapiro Ian, *On non domination*, UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL, 2012.

Lovett Frank, *A general theory of domination and justice*, Oxford university press, first published 2010.

Lovett Frank, *Domination and distributive justice*, 2009 southern political science association.

پتی، فیلیپ، پیشین.

2. Lovett, Frank, *Cultural Accommodation and Domination*, sage publications, 2010.

۳. کیملیکا تعلق فرهنگی افراد را همچون مقدمه‌ای لازم برای تجربهٔ آزادی فردی در نظر می‌گیرد. برای ملاحظهٔ

روایت مشروح آن ر.ک به:

کیملیکا، ویل، *سپهروندی چندفرهنگی*، ترجمه ابراهیم اسکافی، انتشارات شیرازه، چاپ دوم، مرداد ۱۳۹۸.

عنوان شناسایی مجاز^۱ یاد می‌کند. اما آیا از منظر نظریه‌رهای از سلطه، می‌توان به «ضرورت» شناسایی نیز حکم داد؟ لاوت به تشریح دو موقعیت ویژه برای شناسایی ضروری^۲ نیز می‌پردازد. نظریه لاوت بر پایه این دو موقعیت فرضی تدوین می‌شوند که در ادامه به توضیح آن می‌پردازیم.

۳.۲.۲.۱. موقعیت نخست: شناسایی بر پایه ارزش ذهنی

مفهوم ارزش ذهنی^۳ در توضیح این موقعیت نقشی کلیدی دارد. لاوت موقعیت نخست را بر اساس این معرفت‌پیریزی می‌کند که آیین‌های اجتماعی^۴ نزد پیروان خود دارای ارزش ذهنی هستند و این ارزش ذهنی به کلی مستقل از ارزش ذاتی یا عینی یک پدیده است. بدین معنا که مهم نیست که یک آیین اجتماعی آیا واقعاً ارزشمند است یا خیر؟ بلکه مهم این است که این آیین در ذهن پیروانش دارای ارزش هویتی است. مانند نقاشی کودکانه که از منظر هنری بی‌ارزش است، اما برای مادر آن کودک پدیده‌ای بسیار ارزشمند به نظر می‌رسد.^۵ لاوت معتقد است که وجود ارزش ذهنی موجب می‌شود اگر یک آیین اجتماعی متعلق به گروه اقلیت مورد شناسایی منفی (ممنوعیت) قرار بگیرد، اعضای گروه در واکنش به این نحوه مواجهه، پابندی خود به آیین‌های هویتی دیگر را تشدید و تقویت می‌کنند.^۶ اما آیا این نکته به تنهایی برای توجیه شناسایی آن آیین کفایت می‌کند؟ چالش در جایی است که با مجموعه‌ای از آیین‌های سلطه‌آمیز مواجه باشیم.

لاوت در ادامه، آیین‌های اجتماعی مسلمانانی را که به یک کشور غربی مهاجرت کرده‌اند، به‌عنوان یک نمونه فرضی مثال می‌زند: «بیباید فرض کنیم که یک مطالعه دقیق بر روی آیین‌های ایشان انجام شده که نتایج آن نشان می‌دهد از یک سو آیین‌های مربوط به تضعیف آموزش زنان، محدودسازی فرصت‌های شغلی زنان و مانند آن روی هم رفته سلطه مردسالارانه شدیدی را ایجاد می‌کنند، اما از سوی دیگر نیز نشان می‌دهد که مثلاً آیین به سر کردن روسری چنین سلطه‌ای ایجاد نمی‌کند (شاید به این دلیل که این آیین در اصل، اختیاری و داوطلبانه است، یا به این دلیل که به‌طور غیرخودسرانه برقرار می‌شوند یا به دلایل دیگر).... ممکن است آن

1. Permissible Accommodation

2. Required Accommodation

3. Subjective Value

4. Social practices

5. Lovett Frank, op cit. pp 254-255.

6. Ibid.

جامعه غربی، که مسلمانان مهاجر در آن زندگی می‌کنند، مثلاً با انگیزه تقویت ارزش‌های سکولار، نمایش نمادهای مذهبی در اماکن عمومی را محدود کند... هنگامی که آیین به سر کردنِ روسری منع می‌شود، افراد گروه به‌طور پیش‌بینی‌پذیری پایبندی خود به دیگر آیین‌های مشترک را تقویت می‌کنند که متأسفانه به‌طور مؤثری سلطهٔ مردسالارانهٔ درون‌گروهی را افزایش می‌دهند.^۱ در چنین شرایطی، آرمان‌رهایی از سلطه شناسایی حقوقی آیینی همچون به سر کردنِ روسری را (برای پیش‌گیری از بروز سلطه‌های شدیدتر) تجویز خواهد کرد. این نوع استدلال در واقع استدلالی پیامدگرایانه^۲ است که برای پیش‌گیری از یک سلطهٔ بزرگ به سلطهٔ کوچک تن درمی‌دهد. لاوت در موقعیت نخست، شناسایی یک آیین سلطه‌آمیز را در عین وفاداری به آرمان‌رهایی از سلطه توجیه می‌کند.

۳.۲.۲.۲. موقعیت دوم: شناسایی بر پایهٔ دوران گذار

«کارگری را در نظر آورید که دارای دانش و تجربه در صنعتی است که آن صنعت وارد افولی غیرقابل بازگشت می‌شود. درست است که این کارگر می‌تواند برای کار در صنعتی جدید از نو آموزش ببیند، اما انجام دادن این کار چندان آسان نیست. سرمایهٔ آموزشی او در صنعت نخست به اصطلاح یک سرمایهٔ بربادرفته^۳ است. این وضعیت او را در برابر استثمار^۴ آسیب‌پذیر می‌کند. اگر موانع بازآموزی خیلی جدی باشند، او ممکن است در ازای دست و پا کردن شغلی متناسب با همان مهارت‌های قبلی، بخشی از آزادی خود را معامله کند. اگر کاهش سلطه اولویت ما باشد باید به‌طور موقت آن صنعت را سر پا نگه داریم... این کار هیچ ربطی به ارزش ذاتی آن صنعت به خودی خود ندارد؛ اما دقیقاً در راستای حمایت از کارگران در برابر سلطهٔ بالقوه است.»^۵ با جایگزینی متغیرها در مثال فوق، لاوت به شناسایی حقوقی آیین‌های اجتماعی پل می‌زند. با نمونه‌ای فرضی از یک گروه مهاجر که مبتنی بر نمونه‌های آشنا و واقعی است: «تعدادی کارگر اهل مکزیک را تصور کنید که در جست‌وجوی کار به ایالات متحده سفر می‌کنند. حل شدن

1. Ibid, pp 257-258.

2. Consequentialism

3. A sunk cost

4. Exploitation

با توجه به اینکه در اینجا مثال مورد استفادهٔ لاوت یک مثال اقتصادی بوده، exploitation را به domination ترجیح داده است؛ نه اینکه یک مفهوم جدید در عرض مفهوم سلطه را وارد استدلال خود کرده باشد.

5. Ibid.

آن‌ها در فرهنگ غالب فوری اتفاق نمی‌افتد؛ تا حدی به این خاطر که آن‌ها به‌طور قابل‌درکی به بسیاری از آیین‌های اجتماعی که در جامعه خود فراگرفته‌اند وابسته‌اند. در طول این دوره انتقالی^۱ وضع ایشان همانند وضع آن کارگران متخصص در صنعت رو به زوال است... در اینجا تفاوت‌های فرهنگی همان سرمایه بر باد رفته هستند. مثلاً اگر مهاجران مکزیکی زبان انگلیسی را به‌درستی درک نکنند، نمی‌توانند قوانین و سیاست‌های دولت آمریکا را فرا بگیرند. این وضعیت آنان را از جهات گوناگون حقوقی و اقتصادی آسیب‌پذیر می‌کند بطوری که ممکن است توسط کارفرمایان استثمار شوند؛ احتمالاً آنان به‌طور خودسرانه و دل‌خواهی استخدام و اخراج می‌شوند، مجبور به پذیرش دستمزدهای پایین‌تر از استاندارد و شرایط کاری ناپیم می‌شوند و...^۲ استفاده از عبارت دوره انتقالی تأکیدی دیگر بر این است که شناسایی حقوقی مورد نظر لاوت نه بخاطر ارزش ذاتی آیین‌ها بلکه صرفاً برای کاهش سلطه و در نتیجه موقت است و گروه اقلیت می‌باید در نهایت به فرهنگ غالب بپیوندد. این نکته آثار مهمی به‌ویژه بر چگونگی شناسایی حقوقی دارد و آن دسته حمایت‌ها را که دوره انتقالی را طولانی یا دائمی کند و یا خود به تشدید سلطه بینجامد از گزینه‌های احتمالی حذف می‌کند. مثلاً درخصوص مهاجران مورد بحث، به اعتقاد لاوت بهتر است آموزش دوزبانه برایشان در نظر گرفته نشود چون آسیب‌پذیری آنان را دائمی می‌کند.

۴. نظریه لاوت به مثابه جهان حقوقی تازه

اگرچه لاوت خود از نقطه‌نظر حقوقی به مسئله نمی‌نگرد، لکن موضوعی حقوقی - یعنی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها - را دست‌مایه کار خویش ساخته و تحولاتی را در مبانی استدلالی آن پدید آورده است. بی‌شک این تحولات مبانی نمی‌تواند در سطح حقوقی بی‌تأثیر باشد. برای فهم بهتر بازتاب‌های حقوقی نظریه لاوت، در نخستین گام لازم است تا آن شاخصه‌هایی که جهان حقوقی لاوت را می‌سازند استخراج کنیم و با تکیه بر آن شاخصه‌ها به تحلیل حقوقی مسئله پردازیم.

در نخستین گفتار از مقاله، گزارشی اجمالی از مبانی نظری و تاریخی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها را مرور کرده و دانستیم که هویت محوری‌ترین مفهوم در پارادایم شناسایی‌ست. آثار حقوقی ناشی از هویت‌محوری را می‌توان در دو مسئله مهم یعنی مسئله متعلق حق‌ها و مسئله

1. Transitional period

2. Ibid.

تبعیض مثبت در حوزه حقوق اقلیت‌ها ردیابی کرد. منازعات بر سر متعلق حق‌ها در حوزه حقوق اقلیت‌ها را می‌توان بحث‌هایی دانست که حول محور این دو پرسش پدید آمده است: (۱) حقوق موصوف به حقوق اقلیت‌ها، بخشی از حقوق فردی^۱ افراد عضو گروه‌های اقلیت است یا اینکه ماهیتی متفاوت از حقوق فردی داشته و به‌عنوان حقوق جمعی^۲ قابل تعریف است؟ (۲) منظور از حقوق جمعی چیست؟ آیا به معنای حق‌هایی است که به گروه بماهو گروه (فارغ از افراد عضو) تعلق دارد یا حق‌هایی که به افراد به اعتبار عضویت گروهی‌شان تعلق می‌گیرد؟^۳ نگاه هویت‌محور به دلیل وزنی که به هویت گروهی می‌بخشد مایل است تا حق را متعلق به گروه - یا دست‌کم شأن گروهی افراد- بداند. تفسیر کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد^۴ از ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در قضیه ایوان کیتوک علیه سوئد^۵ نمونه‌ای بسیار قابل تأمل است. «در قضیه کیتوک که فردی از اتباع سوئد و متعلق به اقلیت قومی سامی بود و به‌علت سکونت نداشتن چندین‌ساله در سکونتگاه سامی‌ها و حذف نامش از فهرست گروه، از استفاده از امکانات پرورش گوزن محروم شده بود، کمیته در مقام حل این تعارض ظاهری، که آیا هدف از وضع قانونی که شاکی را از این حق محروم کرده بود حمایت از حقوق گروه اقلیت در کل بوده است یا اعمال آن نسبت به یکی از اعضای گروه، به این نتیجه رسید که قانون مذکور برای حمایت از خود گروه اقلیت وضع شده است و لذا دولت عضو مرتکب هیچ‌گونه نقض ماده ۲۷ میثاق نشده است.»^۶ کمیته موفق شد با اصالت بخشیدن به گروه و هویت گروهی، فرد را فاقد حق قلمداد کند و از حق گروهی در برابر فرد دفاع کند.

در مسئله تبعیض مثبت نیز نگاه هویت‌محور که در پی ادای احترامی مؤثر به هویت متمایز

1. Individual Rights

2. Collective Rights

۳. برای ملاحظه توضیح مفصل‌تری از این مبحث، ر.ک به:

عزیزی، ستار، *حمایت از اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل*، انتشارات پژوهشکده حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۶، صص ۱۳۶-۱۴۰.

عظیمی، محمدرضا، *اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل؛ تاریخچه، پیمان‌ها، حدود و حمایت‌ها*، انتشارات شیرازه، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۱۷۱-۱۷۷.

4. United Nations Human Rights Committee

5. Ivan Kitok v. Sweden

6. Rothschild, J, *Ethno Politics: A Conceptual Framework*, Columbia University Press, 1978, p 762.

به نقل از: عظیمی، محمدرضا، پیشین، ص ۱۴۰.

گروه اقلیت است و می‌کوشد زمینه را برای جلوه‌گری و شکوفایی هویت گروهی ایشان فراهم کند، به استفاده حداکثری از نهاد تبعیض مثبت تمایل دارد و تکالیفی ایجابی به نفع گروه اقلیت را بر نظام حقوقی بار می‌کند. به عبارت دیگر، در پارادایم هویت‌محور، هویت گروهی ذاتاً ارزشمند تلقی می‌شود و نگاهی غایت‌انگار نسبت بدان وجود دارد. مکلف‌سازی دولت‌ها به حمایت فعالانه و اعمال تبعیض مثبت نسبت به اقلیت‌ها به‌طور چشمگیری در اعلامیه حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی ۱۹۹۲ ظهور یافته است. ماده ۱ اعلامیه چنین اشعار داشته است:

«دولت‌ها از موجودیت و هویت ملی یا قومی، فرهنگی، مذهبی و زبانی اقلیت‌ها در محدوده تحت صلاحیت خود حمایت کرده و شرایط ترویج آن هویت‌ها را تشویق خواهند کرد. دولت‌ها اقدامات تقنینی متناسب و دیگر اقدام‌های لازم برای دستیابی به آن اهداف را انجام خواهند داد.»
ماده ۴ اعلامیه تکالیف ایجابی متعدد و قابل توجهی را به نفع گروه‌های اقلیت بر عهده دولت‌ها نهاده است، از جمله:

- ایجاد شرایط مساعد برای اظهار ویژگی‌های خاص خود و توسعه فرهنگ، زبان، مذهب، سنت‌ها و رسوم خود؛
- ایجاد فرصت‌های کافی برای یادگیری یا آموزش زبان مادری؛
- اقدامات آموزشی برای تشویق آگاهی از تاریخ، سنت‌ها، زبان و فرهنگ اقلیت‌های موجود در سرزمین؛
- ایجاد فرصت مشارکت کامل اقلیت‌ها در پیشرفت و توسعه کشور.

در نظریه لاوت، مفهوم سلطه‌جانشین مفهوم هویت می‌شود. در موقعیت‌های فرضی لاوت، هویت متمایز گروه اقلیت جایگاهی ندارد و اگر شناسایی حقوقی یک گروه ضروری دانسته می‌شود، صرفاً به منظور کاهش سلطه یا پیشگیری از تشدید سلطه است. استدلال لاوت در موقعیت نخست، ترجیح سلطه خفیف بر سلطه شدید است و در موقعیت دوم، بر ضرورت حمایت از کارگران مهاجر در معرض سلطه (به دلیل ناآگاهی از زبان و قوانین جامعه جدید) تأکید می‌کند.

استدلال لاوت در نخستین وضعیت شناسایی ضروری

مقدمه نخست: هر آیینی به‌طور کلی و آیین الف (به‌سر کردن روسری) به‌طور خاص نزد اعضای گروه ارزش ذهنی نیرومندی دارد.

مقدمه دوم: عدم شناسایی آیین الف، با توجه به ارزش ذهنی آن نزد اعضای گروه، واکنش ایشان را به همراه خواهد داشت و به تشدید آیین‌های دیگری که حاوی سلطه‌های بزرگ‌تری هستند (همچون منع تحصیل و اشتغال زنان) می‌انجامد.

نتیجه: فرمان اخلاقی رهایی از سلطه ما را به شناسایی آیین الف مکلف می‌سازد.

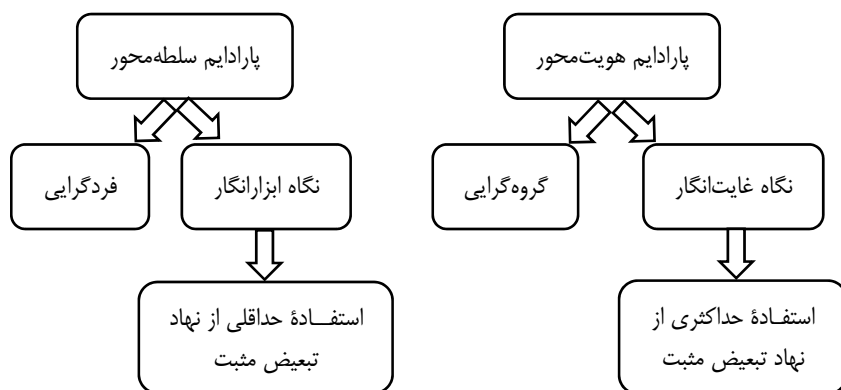
استدلال لاوت در دومین وضعیت شناسایی ضروری

مقدمه نخست: اعضای گروه الف به دلیل تازه‌وارد بودن و عدم آشنایی با زبان و قوانین جامعه بزرگ‌تر در معرض سلطه سودجویان قرار دارند.

مقدمه دوم: اعضای گروه الف نمی‌توانند بلافاصله به زبان و فرهنگ جامعه جدید مسلط شوند.

نتیجه: بر پایه فرمان اخلاقی رهایی از سلطه می‌باید تا طی شدن این دوره گذار و تلفیق ایشان در جامعه بزرگ‌تر امتیازات خاصی برایشان در نظر گرفت.

هیچ‌کدام از موقعیت‌ها وابستگی تئوریک با هویت گروهی ندارند و اگر در جایی فقط با یک فرد مواجه باشیم که به دلایل شخصی - و نه تعلق گروهی خاص - در معرض سلطه سودجویان قرار گرفته است، باز هم استدلال لاوت همان کارکرد را خواهد داشت. در این رهیافت، هدف کاهش سلطه است و شناسایی حقوقی اقلیت‌ها تحت شرایطی می‌تواند ابزار تحقق این هدف باشد. لذا در مقابل پارادایم هویت‌محور که به گروه‌گرایی و غایت‌انگاری منتهی می‌شود، نظریه سلطه‌محور ما را به فردگرایی و ابزارانگاری رهنمون می‌شود. چنین تحوّل در سطوح قاعده‌گذاری، تفسیر و رویه قضایی تأثیری شگرف بر جای می‌گذارد.



نتیجه‌گیری

اگر شناسایی حقوقی اقلیت‌ها را به معنای ادای احترام مؤثر به هویت متمایز گروه‌های اقلیت بدانیم و نتیجه رهیافت فرانک لاوت را عدول از این معنا تلقی کنیم آن‌گاه این پرسش مطرح خواهد شد که آیا می‌توان نظریه سلطه‌محور لاوت را در عرض سایر نظریات رایج در گفتمان شناسایی و چندفرهنگ‌گرایی قرار داد؟ شناسایی حقوقی با توجه به مبانی نظری و تاریخی پیدایی آن در پارادایم هویت‌محور و بر بنیاد نگاهی غایت‌انگار به هویت گروهی بالیده است. اما لاوت در نظریه خود این پیوند نظری و تاریخی را از هم گسسته و با نشان دادن مفهوم سلطه به جای مفهوم هویت، نگاهی ابزارانگار را تجویز کرده است. این تحول به قدری بنیادین است که گویی لاوت از شناسایی متفاوتی سخن می‌گوید که سختی با سابقه تاریخی آن ندارد.

به نظر می‌رسد نظریه لاوت بیش از آنکه انقلابی پارادایمی در شناسایی حقوقی اقلیت‌ها باشد، خوانشی انتقادی از آن است. چرا که او برای شناسایی حقوقی اقلیت‌ها نظریه‌ای مستقل نپرداخته، بلکه موقعیت‌هایی که در آن‌ها شناسایی حقوقی با اقتضات رهایی از سلطه انطباق دارد را کشف و معرفی کرده است. دستاورد نظری او این است که رهایی از سلطه و شناسایی حقوقی اقلیت‌ها گاه بر هم منطبق‌اند و اگر به رهایی از سلطه به مثابه هنجار هنجارها باورمند باشیم، تنها همان «موقعیت‌های انطباقی» را برای تن دادن به شناسایی حقوقی کافی خواهیم دانست. بر این اساس، به نظر می‌رسد قرار دادن نظریه لاوت به‌عنوان یکی از نظریات رایج در گفتمان چندفرهنگ‌گرایی خطایی نظری است و او را باید منتقدی دانست که از منظر نظریه رهایی از سلطه به نقد چندفرهنگ‌گرایی و شناسایی حقوقی اقلیت‌ها پرداخته است.

منابع

کتاب

۱. پتی، فیلیپ، **جمهوری خواهی: نظریه‌ای در آزادی و حکومت**، ترجمه فرهاد مجلسی‌پور، چاپ اول، انتشارات شیرازه، ۱۳۸۸.
۲. تیلور، چارلز و دیگران، **چندفرهنگ‌گرایی: بررسی سیاست شناسایی**، ترجمه طاهر خدیو و سعید ریزوندی، چاپ اول، نشر رخ داد نو، ۱۳۹۲.
۳. عزیزی، ستار، **حمایت از اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل**، چاپ دوم، انتشارات پژوهشکده حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۶.
۴. عظیمی، محمدرضا، **اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل؛ تاریخچه، پیمان‌ها، حدود و حمایت‌ها**، چاپ اول، انتشارات شیرازه، ۱۳۹۲.
۵. کیملیکا، ویل، **شهروندی چندفرهنگی**، ترجمه ابراهیم اسکافی، چاپ دوم، انتشارات شیرازه، مرداد ۱۳۹۸.
۶. نوزیک، رابرت، **بی‌دولتی، دولت، آرمانشهر**، ترجمه محسن رنجبر، چاپ دوم، نشر مرکز، ۱۳۹۶.

مقاله

۷. باطنی، ابراهیم و تقی دشتی، **مفهوم شناسی اقلیت (ارائه الگویی روش‌مند برای تعریف و تشخیص اقلیت‌ها)**، نشریه حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲۵.
۸. صالحی، هادی و امیر نیک‌پی، **شناسایی حقوقی اقلیت‌های درون گروه‌های اقلیت در اندیشه‌های آیلت شامسار**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۷.
۹. کردونی، ندا و امیر نیک‌پی، **چندفرهنگ‌گرایی، دولت و حقوق اقلیت‌ها**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۵.

رساله

۱۰. صالحی، هادی، «تبارشناسی شناسایی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

References

Books

1. Azimi, Mohammad Reza, *Minorities In International Law; History, Commitments, Limits And Protections*, Shiraze Publication, First Publication, 2013. (in Persian)
2. Azizi, Sattar, *Protecting Minorities In International Law*, Shahre Danesh Legal Research institute, Second Publication, 2017. (in Persian)
3. Kymlica, Will, *Multicultural citizenship*, Translated by Ebrahim Eskafi, Shiraze Publication, Second Publication, 2019. (in Persian)
4. Lovett Frank, *A general theory of domination and justice*, Oxford university press, first published 2010a.
5. Medda-Windischer, Roberta. *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion: a human rights model for minority integration*. Nomos, 2009.
6. Nozick, Robert, *Anarchy, State And Utopia*, Translated By Mohsen Ranjbar, Markaz Publication, Second Publication, 2017. (in Persian)
7. Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Translated by Farhad Majlesi pour, Shiraze Publication, First Publication, 2009. (in Persian)
8. Taylor, Charles, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Translated by Taher Khadiv and Saeed Rizvandi, Rokhdad Now Publication, First publication, 2013. (in Persian)

Articles

9. Bateni, E & Taghi Dashti, T "Conceptology Of Minority (Presentation of Practical Sample For Describing And Diagnosing Minorities)", *Islamic Law Publication*, No 2, 2010. (in Persian)
10. Iser, M, "Recognition", *Stanford encyclopedia of philosophy*, 2013.
11. Kordoni, N & Nikpay, A, "Multiculturalism, States and Minorities' right", *Legal Research Quarterly*, 2016. (in Persian)
12. Lovett, F, "Cultural accommodation and domination", *sage publications*, 2010.
13. Lovett, F, " Domination and distributive justice", *southern political science association*, 2009.
14. McCammon, C, "Domination", *Stanford encyclopedia of philosophy*.
15. Rothschild, J, " Ethno Politics: A Conceptual Framework", *Columbia University Press*, 1978.

16. Salehi, Hadi & Nikpay, A, " Legal Recognition Of Minorities in Minority Group In Ayelet Shachars` Opinion", *Legal Research Quarterly*, 2018. (in Persian)
17. Shapiro, I, "On non_domination", *UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL*, 2012.
18. Song, S, "Multiculturalism", *Stanford encyclopedia of philosophy*, 2010.
19. Taylor, C, "the Politics of Recognition", in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, A. Gutmann (ed.), Princeton: Princeton University Press, pp. 25–73.

Thesis

20. Salehi, Hadi, "Genealogy of legal Recognition Of Minorities", Shahid Beheshti University, 2018. (in Persian)

Case

21. Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

Website

<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/reserves-in-canada-plain-language-summary/>

Frank Lovett's Theory on the Legal Recognition of Minorities; A Paradigm Revolution or a Critical Reading?

Hadi Salehi*
Amin Razipour Joybari**

Abstract

Identity diversity within the territorial boundaries of legal systems has given rise to concepts such as multiculturalism and the legal recognition of minorities, which have sparked significant theoretical debates. One of the fundamental challenges in the legal recognition of minorities is the oppressive nature of some of their group norms, and prevailing theories in the discourse of multiculturalism have sought to address this issue in various ways. Frank Lovett has focused his theoretical efforts on reinterpreting and retelling multiculturalism from the perspective of the theory of Freedom from domination, aiming to resolve the conflict between the two and provide a theory of minority recognition that remains faithful to the moral ideal of Freedom from domination. This Article seeks to explore the intellectual and historical foundations of the legal recognition of minorities, to present and analyze Frank Lovett's domination-based theory, and to evaluate the transformation his theory has brought to the discourse of recognition. Through a conceptual analysis of the studied theory, this Article concludes that Lovett's theory, by fully departing from the dominant paradigm of recognition politics, cannot be considered a theory of legal recognition of minorities, but rather a critical interpretation of recognition, repurposed for an entirely different goal.

Keywords:

Recognition, Minorities, Legal Recognition of Minorities, Multiculturalism, Freedom from Domination

* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. (Corresponding Author) hadi.salehi@shirazu.ac.ir

** L.L.M, Faculty of Law & Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. amin.razipour1996@gmail.com

مسئولیت مدنی دولت در ترک فعل واکسیناسیون مردم در برابر کرونا با مطالعه تطبیقی حقوق انگلستان

صدیقه هجینی نژاد*

جمشید نورشرق**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

چکیده

مرگومیر و بیکار شدن میلیون‌ها انسان در اثر شیوع ویروس کووید ۱۹ در سطح گسترده باعث شد موضوع مسئولیت مدنی دولت‌ها در پیشگیری و کنترل این ویروس مطرح شود. کشف واکسن و اقدام برخی دولت‌ها در واکسینه کردن به‌موقع و کامل مردم و در نتیجه کاهش ابتلا و مرگومیر از طریق کنترل ویروس موجب شد موضوع تکلیف دولت به واکسیناسیون مؤثر ملت و جبران خسارات مادی و معنوی ناشی از این ترک فعل، به عنوان یک پرسش مهم مطرح شود. در این مقاله مستندات قانونی متعدد و نحوه احراز رابطه سببیت و قلمرو مسئولیت مدنی دولت در قبال عدم واکسیناسیون مردم در مقابله با کرونا به‌عنوان ترک فعل مورد بررسی قرار می‌گیرد و با مطالعه قواعد و ارکان مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس این نتیجه استنباط می‌شود که دولت به معنای عام با توجه به توانایی‌ها و اختیاراتی که در انحصار اوست و وظایف و تکالیفی که به موجب قانون اساسی و سایر قوانین در قبال حفظ سلامت شهروندان دارد، مسئولیت مدنی در قبال خسارات وارده دارد.

کلیدواژه‌گان:

مسئولیت مدنی دولت، کووید ۱۹، ترک فعل واکسیناسیون، سلامت شهروندان

* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی؛ واحد تهران جنوب، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
3179342846@iau.ir

** استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی؛ واحد تهران جنوب، تهران، ایران.
nourshargh@azad.ac.ir



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

در اواخر سال ۲۰۱۹ ظهور ویروس کرونا در چین و سپس انتشار آن به کل دنیا پیامدهای اقتصادی و سیاسی و اجتماعی زیادی را به دنبال داشت. از یک سو چگونگی تکالیف دولت‌ها برای پیشگیری و حفظ سلامت شهروندان و حمایت آنان در مقابل ویروس و از سوی دیگر چگونگی جبران زیان‌های وارده ناشی از ابتلای مردم به ویروس و یا ناشی از تعطیلی کسب‌وکارها در اثر انتشار بیماری مطرح شد. از منظر حقوق کیفری، مسئولیت دولت در جلوگیری از انتشار ویروس و اقدامات کاهلانه در زمینه واکسیناسیون مطرح و از منظر مسئولیت مدنی جبران خسارات اقتصادی و جسمانی وارده بر قربانیان و خسارات روانی ناشی از مرگ تعداد زیادی انسان قابل طرح بود که مقالات ذیل مشاهده شد: مقاله «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار» نوشته دکتر مصطفی السان که به نحوه احراز رابطه سببیت و قلمرو مسئولیت مدنی دولت پرداخته و با در نظر گرفتن مبانی سنتی و بنیان‌های قواعد مسئولیت مدنی به این نتیجه می‌رسد که پذیرش مسئولیت دولت تنها راه قابل تصور برای پیشگیری از کرونا و پرداخت خسارت به زیان‌دیدگان است.

مقاله «مسئولیت ناشی از انتقال بیماری واگیردار ویروسی» نوشته آقای علی محمدی جورکویه با استفاده از متون فقهی از باب ضمان، انتقال بیماری را تحت عنوان جنایات عمدی، شبه‌عمدی و خطای محض بررسی و مسئولیت کیفری برای انتقال‌دهنده بیماری واگیردار قائل شده است.

مقاله «بررسی مسئولیت افراد و دولت در قبال خسارات ویروس کرونا» نوشته خانم الهام فیض‌آبادی به موضوع اطلاع و عدم اطلاع ناقل از باب تسبیب پرداخته و فرضیه قتل عمد در صورت علم ناقل و قصد آسیب رساندن از حیث کیفری را مطرح کرده است.

مقاله «واکاوی فقهی و حقوقی بیماری‌های واگیر خطرناک و سریع‌الانتشار و رفع مسئولیت مدنی ناقلان بیماری‌های همه‌گیر کرونا» به نقطه تلاقی قاعده اقدام و قاعده تحذیر پرداخته و در صورت مغایرت، بین مواردی که عامل زیان از اسباب مردد است با مواردی که از اسباب یقینی است تفکیک قائل شدند و مسئولیت ناقلی را که قادر به عمل مطابق تحذیر نیست، نتیجه‌گیری کردند.

متعاقب کشف واکسن کرونا و کاهش تعداد مرگومیر در کشورهای دارای واکسیناسیون جهانی این موضوع مطرح شد که آیا دولت‌ها مسئولیت مدنی در قبال خسارات عدم واکسیناسیون دارند یا خیر؟ کاهش مرگومیر در مناطق واکسینه شده و افزایش مرگومیر در کشورهای که اقدامات کاهلانه در زمینه واکسیناسیون داشتند، باعث شد موضوع مسئولیت مدنی دولت‌ها به‌عنوان یکی از چالش‌های بزرگ حقوقی تبدیل شود در صورتی که مقالات فوق به مسئولیت ناقلان ویروس و دولت‌ها در پیشگیری از همه‌گیری ویروس پرداختند. اما مقاله‌ای درخصوص مسئولیت مدنی دولت در ترک فعل واکسیناسیون مشاهده نشد، این پرسش که با توجه به مقررات داخلی و بین‌المللی آیا در حقوق ایران دولت مکلف به واکسیناسیون مردم در قبال بیماری‌های واگیردار است و در صورت تکلیف آیا بین ترک این فعل و مرگومیر و خسارات مادی و معنوی ناشی از کرونا رابطه سببیت وجود دارد یا خیر؟ وضعیت این موضوع در حقوق انگلیس با توجه به اجرای اجباری واکسیناسیون و تأثیر آن در کاهش مرگومیر و خسارات ناشی از آن از جمله مباحث چالش‌برانگیزی هستند که در این مقاله سعی شده است با روش تحلیلی و استنتاجی و با مراجعه به کتب و مقالات و رویه قضایی مورد بررسی قرار گیرند.

۱. مسئولیت مدنی در حقوق ایران

در حقوق ایران، مسئولیت مدنی مبانی فقهی دارد. در فقه رابطه سببیت عرفی ملاک عمل است اگرچه تقصیری مطرح نباشد. در واقع هر جا به تعدی و تفریط اشاره دارد از باب احراز رابطه سببیت است نه به‌عنوان مبنای مسئولیت، با وجود این پذیرش مبنای تقصیر در فقه بی‌سابقه نیست. قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی در باب اتلاف و تسبیب از فقه تبعیت کرده و اشاره‌ای به تقصیر ندارد، در صورتی که قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ الهام‌گرفته از قانون تعهدات سوئیس به تقصیر اشاره دارد. در حقوق موضوعه کشورهای پیشرفته و اصول مسئولیت مدنی اروپایی مانند فرانسه نیز تقصیر نخستین مبنای مسئولیت مدنی است و مسئولیت بدون تقصیر در مسئولیت ناشی از فعل غیر مطرح می‌شود.^۱ مانند مسئولیت کارفرما در مقابل نیروی کار حتی اگر رایگان باشد، فقط بدین شرط که ارتباطی با انجام دادن وظیفه او داشته باشد که

۱. صفایی، حسین و حبیب‌اله رحیمی، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، چاپ دوم، نشر شهر دانش، تهران ۱۳۹۹، صص ۶۰ تا ۶۶.

امارهٔ مسئولیت می‌نامند، در واقع مبنای مسئولیت در اینجا تقصیر به نیابت است زیرا اثر انتقالی نداشته و زیان دیده می‌تواند مستقیماً علیه کارگر اقدام کند؛ چراکه تمام بنگاه‌های اقتصادی قراردادهای خود را توسط کارکنان خود انجام می‌دهند و مسئولیت کارکنان را به عهده می‌گیرند، در ایران نیز کارفرمای غیردولتی مستقیماً مسئول جبران خسارات ناشی از اعمال کارمندان اداری و کارگران خود است (مادهٔ ۱۲ قانون مسئولیت مدنی) اما در مورد مسئولیت دولت، در حقوق پاره‌ای از کشورها از جمله فرانسه، دولت در مقابل زیان دیده جانشین مباشر خسارت محسوب می‌شود و این نیابت در دو فرض ممکن است: یکی اعمال کارکنان آموزشی نسبت به دانش‌آموزان، خواه زیان ناشی از عمل معلم باشد یا ناشی از نقص وسایل کار و دوم مسئولیت دولت نسبت به خساراتی است که دانش‌آموزان به علت اهمال در مراقبت به یکدیگر یا ثالثی وارد کرده‌اند که نوعی تقصیر به مناسبت وظیفه است، یعنی می‌توان علیه دولت اقامهٔ دعوی کرد. اما اینکه زیان دیده بتواند علیه مباشر هم شکایت کند؟ یا دولت پس از تأدیه حق رجوع به مباشر دارد؟ قانون فرانسه ساکت است؛ ولی رویهٔ قضایی به هر دو سؤال جواب مثبت داده است.^۱ در حقوق ایران مسئولیت دولت حسب مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، مشروط به وجود رابطهٔ سببیت بین خسارات و نقص وسائل ادارات می‌شود، ولی در اعمال حاکمیتی مطلقاً مجبور به جبران خسارت نیست. ممکن است این موضوع به ذهن متبادر شود که وقتی دولت مصونیت دارد، نمی‌توان او را تحت تعقیب قرار داد، در صورتی که دولت به‌عنوان مظهر عدالت و حافظ حق و انصاف نمی‌تواند خود را از اصول حقوقی مستثنا کند. اگرچه اعمال حاکمیتی ناظر به فعل است و ترک فعل را شامل نمی‌شود، می‌توان گفت وقتی شخصی برای فعلی مسئول نباشد به طریق اولی برای ترک آن نیز مسئول نخواهد بود. از طرفی مسئولیت ناشی از ترک فعلی که انجام دادنش تکلیف قانونی دولت بوده با ترک فعلی که انجام ضروری آن مسئولیت‌آور نیست، دو مقولهٔ متفاوت و محل تأمل است؛ از این رو تحلیل مادهٔ ۱۱ ق.م.م. از حیث اعمال تصدی و حاکمیتی در ذیل می‌تواند ما را در رسیدن به پاسخ سؤال مسئولیت دولت ناشی از ترک فعل یاری کند.

۱. حسینی نژاد، حسینی، *مسئولیت مدنی*، نشر جهاددانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، صص ۴۶ تا ۵۶.

۱.۱. مسئولیت مدنی دولت در خطای اداری

در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، دولت وقتی مسئول است که خسارات وارده مستند به عمل کارمندان نباشد و مربوط به نقص وسایل اداره باشد؛ یعنی اداره مجهز به وسایل، تدابیر و روش‌های صحیح مدیریت نیست و این امر موجب سوءجریان کارهای اداری و در نتیجه وقوع خسارت شود. البته نسبت دادن خطا و تقصیر به اداره تعبیر صحیحی نیست، زیرا اداره شخص طبیعی نیست و از خود اراده ندارد؛ در واقع اداره به نمایندگی از دولت مسئول است؛ با این ضابطه که هرگاه شخص عاقل و محتاط و دوراندیشی به جای کارمند در این موقعیت بود باز هم خسارت وارد می‌شد. برخی تصور می‌کنند که اشتباه یا خطای اداری دولت به تقصیرات و خطاهایی اطلاق می‌شود که بانی و عامل آن را نتوان به‌طور منجز و مشخص تعیین کرد و همین ویژگی آن را از تقصیر شخصی مستخدم، متمایز می‌کند. این تصور اشتباه است، زیرا خطا یا تقصیر اداری که دولت باید جوابگوی آن باشد، تنها تقصیری نیست که عامل و بانی آنها معلوم نباشد؛ بلکه هرگونه تقصیر یا خطایی که از لحاظ منطقی نتوان تقصیر شخصی مستخدم تلقی کرد، خطای اداری دولت محسوب می‌شود. البته خطای اداری همیشه ترک فعل نیست؛ ممکن است وظایف اداری به کیفیت مطلوب انجام نشود یا تأخیر در انجام وظایف اداری باعث خسارت شود؛ مانند تأخیر مأموران آتش‌نشانی که موجب سرایت آن به نقاط دیگر شود. شورای دولتی فرانسه در اغلب مواردی که خطا جنبه شخصی دارد، آن را خطای اداری محسوب و اداره را به پرداخت خسارت محکوم می‌کند و استدلالش این است که در یک تشکیلات صحیح و منظم، سطح انتظار مردم بالاست و اگر حادثه‌ای روی داد نمی‌توان اداره را بیگناه تلقی کرد. در هر حال باید در نظر داشت که خطای اداری، همان‌طور که استاد ریورو عقیده دارد، مفهومی نسبی و تابع اوضاع و احوال و کیفیت وقوع خسارت است.^۱ منظور از شناخت مسئولیت دولت به سبب نقص وسایل اداره آن نیست که مدیریت دولت در کمال مطلق باشد، بلکه منظور حد انتظار افراد از مدیریت دولت است که بنا به تشخیص قاضی تعیین می‌شود.

۱.۲. مسئولیت مدنی دولت در اعمال حاکمیتی

مسئولیت دولت از لحاظ خطای اداری (نقص وسایل) موضوع ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی،

۱. زنگباری، ناصر، *حقوق بانکی*، جلد ۱، انتشارات روزبهان، ۱۳۹۱، ص ۹۸.

مطلق نیست و منحصر به خسارات ناشی از اعمال تصدی است و شامل اعمال حاکمیتی نمی‌شود. نظریهٔ اعمال تصدی و حاکمیتی از نظریه‌های قدیم حقوق اداری است که به وسیلهٔ علمای حقوق اداری فرانسه ابراز شده اما امروزه در فرانسه متروک و منسوخ شده است. در ایران اولین بار در قانون ۱۳ آبان ۱۳۰۹ به این نظریه استناد شد. در حقوق اداری اعمالی که در انجام ادن آنها دولت حاکم و قدرت مطلق است و به وسیلهٔ آنها به مردم فرمان می‌دهد و تحکم می‌کند و توسط شخص دیگر قابل انجام نیست، اعمال حاکمیتی می‌گویند؛ مانند وضع قانون و برقراری مالیات. حسب مادهٔ ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، «اموری که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همهٔ اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود»، اعمال حاکمیتی است که در بند «ک» این ماده پیشگیری از بیماری‌های واگیردار و مقابله با بحران‌های عمومی در زمرهٔ اعمال حاکمیتی ذکر شده است. در این اعمال به موجب ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، اگر دولت موجب ورود ضرر دیگری شود مجبور به پرداخت خسارت نیست. اما حسب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ مجمع سازمان ملل، هرگونه اقدام دولت که مخل حق ذاتی حیات باشد، مسئولیت‌آور است. این میثاق مؤخر بوده و مادهٔ ۱۱ را تخصیص می‌دهد.^۱ البته برخی با قرائت متفاوت از مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، اصل موضوع معافیت مطلق دولت از پرداخت خسارت در اعمال حاکمیتی را نپذیرفته‌اند. مثلاً گفته‌اند در عبارت مذکور عمل حاکمیتی برای آنکه معاف‌کنندهٔ دولت از مسئولیت مدنی باشد، مقید به این شده که عمل مذکور «طبق قانون به عمل آید» مفهوم مخالف عبارت مذکور آن است که چنانچه عمل حاکمیتی طبق قانون صورت نگیرد، موجب مسئولیت است.^۲ با توجه به اینکه وفق اصل ۴ قانون اساسی، کلیهٔ مقررات جاری کشور باید در چارچوب موازین اسلامی به تصویب برسد و در اسلام تفکیکی بین اعمال حاکمیتی و تصدی صورت نگرفته است، لذا این اصل می‌تواند ناسخ قسمت انتهایی مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی محسوب شود. کما اینکه عدم تفکیک بین اعمال

۱. نهرینی، فریدون، *دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی*، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶، صص ۲۶۹-۲۷۱.

۲. واعظی، سید مجتبی، *معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران*، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۷، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۲۰۴.

حاکمیتی و تصدی در برخی نظرات فقهای شورای نگهبان نیز مشاهده می‌شود.^۱ از طرفی سیر قانون‌گذاری از سال ۱۳۳۹ به بعد نیز حکایت از یکسان‌سازی اعمال حاکمیتی و تصدی و مسئولیت مراجع دولتی از نظر جبران خسارات دارد. به عبارت دیگر، با عنایت به تصویب قوانین متعدد راجع به تکلیف دولت به جبران خسارات ناشی از اعمال حاکمیتی، مانند اصل ۱۷۱ قانون اساسی درباره اشتباه قاضی، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای ایجاد برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸، قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱ و قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ موضوع عدم مسئولیت دولت در قبال اعمال حاکمیتی قابل پذیرش نیست.^۲ اعمال تصدی اعمالی است که در آنها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود و دولت با همان شرایطی که برای افراد مقرر شده است، عمل می‌کند. در واقع دولت به عنوان شخصیت حقوقی و مأمور اداره و حفظ دارایی و منافع و اموال عمومی انجام وظیفه می‌کند (مانند خرید و فروش). با توجه به اینکه حسب ماده ۶۴ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی ج.ا.ا (ذیل فصل چهارم نظام اداری و مدیریت) «در مواردی که در اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری وظایف تصدی دولت به بخش خصوصی یا تعاونی واگذار می‌شود، واگذاری وظایف رافع مسئولیت حاکمیتی دولت در مقابل شهروندان نیست». از این رو مسئولیت دولت در اعمال تصدی آنچنان است که واگذاری به غیر نیز مسقط آن نیست. این امر در مورد اعمال حاکمیتی نیز صادق است، زیرا بیان بخش عمده اعمال حاکمیتی در قانون اساسی نشان می‌دهد تکالیف دولت در قبال ملت به گونه‌ای است که ترک آن موجب مسئولیت است.

۲. مسئولیت دولت به حفظ سلامت مردم در برابر بیماری‌های واگیردار

مسئولیت مدنی دولت در خصوص بیماری‌های واگیردار به طور خاص با مبانی سیاسی، فلسفی و تفسیر گسترده از مستندات و لوازم اثبات رابطه سببیت امکان‌پذیر است. برای مثال، هرگاه در صدد توجیه این رابطه در کشوری باشیم که طبق قانون اساسی دموکراتیک است، به ناچار باید برای افکار عمومی در انتساب زیان یا مسئولیت جبران خسارت به دولت، نقش و

۱. همان، ص ۲۰۶.

۲. نهرینی، فریدون و مریم احمدی، دامنه مسئولیت مدنی مراجع دولتی و عمومی در جبران زیان ناشی از انتقال خون، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ۱۳۹۷، شماره ۴، صص ۶۴-۶۵.

جایگاهی قائل شویم.^۱

علمای اخلاق در روابط بین دولت و مردم، دو عدالت گوناگون قائل شده‌اند: یکی عدالتی که بر تکالیف افراد در برابر دولت حکومت می‌کند و چون ریشه در قوانین دارد عدالت قانونی نامند و دیگری عدالت توزیعی است که ناظر به تکالیف دولت در برابر مردم است. ولی علمای حقوق هردو را عدالت توزیعی می‌نامند، زیرا درهرحال قوای عمومی است که در تقسیم عواید و تکالیف بین افراد اجتماع دخالت می‌کند و در این راه باید عادلانه رفتار کند.^۲ نظریه دولت‌مسئول، تا آنجا که به مبنای مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار ارتباط می‌یابد، انعکاس واقعی «اجتماعی بودن» مفاهیم حقوقی و زیربنای بسیاری از تحلیل‌های فلسفی درخصوص نهادهای حقوقی به شمار می‌آید^۳ و دولت مسئول در مقام «سرپرست» ظاهر می‌شود. مسئولیت او چیزی بیش از عامل زیان است که به‌طور قهری مسئول جبران خساراتی می‌شود که به فعل یا ترک فعل، موجب آن شده است. دولت مسئول پیشگیری از شیوع بیماری‌های واگیردار تا سرحد ممکن است و قصور دولت مسئولیت جبران کامل خسارات و مسئولیت مستقیم کیفری و غیرمستقیم حقوقی کارکنان آن را در پی خواهد داشت.^۴ این استدلال که حقوق در برابر اشخاص اجباری بوده و نسبت به وظایف دولت که خود، منبع اجبار و حکمران است، این صفت را ندارد، از دو جهت قابل انتقاد است: (۱) دولت نیز پس از وضع قاعده حقوقی ناگزیر از رعایت آن است. در حکومت‌های کنونی دولت باید مفاد قانون اساسی را در اداره امور محترم شمارد و سازمان‌های داخلی خود را طبق قوانین نظم دهد. (۲) با استقلال و جدایی قوه قضائیه از قوه مجریه، امکان دادخواهی به طرفیت دولت نیز ممکن است؛ ضمن اینکه فرض وجود حقوق در دولتی ممکن است که خود را پایبند آن بدانند و گرنه در حکومتی که دولت به هیچ قاعده‌ای ملتزم نیست، سخن گفتن از حقوق و عدالت بیهوده است.^۵ تغییر وضعیت دولت از نوعی حاکم‌محوری به سوی مردم‌سالاری نه صرفاً در قالب نظریه، بلکه با رشادت‌های جانی

1. Robertson, David W. "The Common Sense of Cause in Fact", *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997, p 1769.

۲. همان، ص ۳۵۰.

3. Urbina, Sebastian, "What Is Legal Philosophy Ratio Juris", Vol 18, No 2, June 2005, p 157.

۴. السان، مصطفی، **مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی کووید ۱۹)**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ص ۲۳۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، پیشین، ص ۳۹۷.

عده‌ای زیادی در سراسر جهان تحصیل شده است. در واقع تغییر ذهنیت حاکمان آسمانی به منتخبان مردم از حیث مسئولیت مدنی نیز آثاری دارد. وقتی دولت منتخب مردم باشد، تنها تحمیل‌کننده تعهدات و تکالیف نیست، بلکه خود نیز عهده‌دار وظایفی است و در قبال عدم تحقق آنها پاسخگو است؛ وظایفی که فرد یا توده اجتماع توان اجرای آن را ندارند؛ مانند اقدامات لازم و فراگیر در سطح کشور برای مقابله با بیماری‌های واگیردار؛ چراکه دولت امکانات لازم برای مهار عوامل زمینه‌ساز حوادث را دارد، تنها عذر می‌تواند ناتوانی عقلی و عرفی از انجام دادن تعهدات باشد که تجربه سایر کشورها مؤید امکان تحقق چنین تعهداتی و مانع استناد به این عذر می‌شود.^۱ یعنی اعمال و رفتار دولت در مقابله با وقوع و گسترش آثار بیماری‌های واگیردار با دولت متعارف مقایسه می‌شود؛ دولتی که در طول زمان، با لحاظ امکانات و شرایط اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نرخ و نوع مخاطرات طبیعی از جمله بیماری‌های واگیردار، پیش‌بینی‌های لازم برای جلوگیری از بروز حوادث و به حداقل رساندن آثار آنها انجام داده است و برای آینده این مخاطرات نیز برنامه منظم و منسجمی در دست اجرا داشته باشد.^۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ مجمع سازمان ملل متحد در ماده ۱۲ تأکید دارد که «دولت‌های طرف میثاق حق هرکسی را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن‌الحصول به رسمیت می‌شناسند» و بند «ج» همین ماده نیز «پیشگیری و معالجه بیماری همه‌گیر و همچنین پیکار علیه این بیماری‌ها» را تکلیف کشورهای طرف میثاق می‌داند که شامل ایران نیز می‌شود.^۳ همین‌طور مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی که ایران هم عضویت دارد، تصریح می‌کند به اینکه تأمین سلامت مبتنی بر رفاه کامل جسم و روح جامعه از حقوق اساسی افراد است. باتوجه به اینکه حفظ سلامت مردم وظیفه دولت است، لذا دولت باید با تدوین و ابلاغ شیوه‌نامه‌های بهداشتی، تدابیری برای جلوگیری از شیوع بیماری واگیردار بیندیشد. در ماده چهارم میثاق مقرر می‌کند: «هرگاه یک خطر عمومی استثنایی (فوق‌العاده) موجودیت ملتی را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام شود،

۱. السان، مصطفی، پیشین، ص ۲۳۳.

۲. همان، ص ۲۲۷.

۳. ایران در سال ۱۳۵۴ به موجب قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق مذکور، عضو میثاق گردید.

کشورهای طرف این میثاق می‌توانند تدابیر خارج از الزامات مقرر در این میثاق به میزانی که وضعیت ایجاب می‌کند، اتخاذ کنند؛ مشروط به اینکه تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که طبق حقوق بین‌الملل دارند مغایر نباشد و منجر به تبعیض منحصرأ برای نژاد، رنگ، جنس، زبان اصلی که منشا مذهبی یا اجتماعی دارد، نشود». مقررات این میثاق به دلیل تصویب به مثابه قانون داخلی و لازم‌الاجراست. بنابراین دولت در معنای عام به موجب مقررات داخلی و بین‌المللی تکلیف به حفظ سلامت مردم دارد و عدم کنترل ویروس کووید ۱۹ با این سرعت انتشار و مخاطرات جدی جانی و مالی و معنوی ترک فعل محسوب شده که می‌تواند مسئولیت‌آور باشد.

۳. تکالیف قانونی دولت به کنترل بیماری‌های واگیردار

در زبان حقوقی، دولت به معنای خاص و عام به کار می‌رود: دولت به معنی خاص، مدیران کشور و سازمان‌های اداری و اجرایی را در برمی‌گیرد، ادارهٔ این سازمان‌ها به طور معمول به عهدهٔ هیئت وزیران است. دولت به معنی عام مرادف با حکومت است و شامل تمام سازمان‌های اداری و قضایی و قانون‌گذاری می‌شود و وصف بارز آن حاکمیت و سلطه در روابط داخلی و بین‌المللی است؛ بدین ترتیب دولت مفهوم ساده‌ای است که ذهن هر شهروندی آن را درمی‌یابد و در زندگی اجتماعی احساس می‌کند. دولت خواه به معنی خاص یا عام دارای شخصیت حقوقی است؛ یعنی دارای وجود اعتباری و صلاحیت‌های ویژه‌ای جدا و مستقل از اعضا و مدیران آن است. انسان‌ها به نام دولت تصمیم می‌گیرند و وظایف و صلاحیت‌های آن را انجام می‌دهند، ولی آنان در واقع نماینده یا اندامی از پیکر دولت هستند. قانون اساسی به منزلهٔ اساسنامهٔ دولت است و در آن صلاحیت و حدود اختیارات قوای سه‌گانه و سازمان‌های اصلی دولت معین می‌شود و نمایندگان و دادرسان و مدیرانی که در مقام تصدی مشاغل عمومی تصمیم می‌گیرند، همه به نام و برای دولت است.^۱ دولت به معنای اخص نیز به موجب اصل ۱۲۲ قانون اساسی در برابر ملت دارای مسئولیت است. اصل نمایندگی دولت در قانون اساسی ایجاب می‌کند تا دولت برای هرگونه تشخیص، سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری در موارد کلان و مهم مربوط به عموم مردم، از مکانیزم نمایندگی مؤثر و دریافت افکار عمومی و تبدیل آن به سیاست و قانون بهره‌جوید و در جایگاه

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۱، چاپ نهم، نشر گنج دانش، ۱۳۹۸، صص ۳۲۸-۳۲۶.

نماینده ملت مکلف به حفظ و انجام دادن آثار نمایندگی باشد. بدیهی است وکیل باید غبطه موکلین خود را رعایت کند و در صورت عدم رعایت، مسئول عواقب ناشی از آن خواهد بود و تفویض نمایندگی کلی دولت از مردم به شخص حقیقی یا حقوقی در درون دولت سالب مسئولیت دولت (به معنای عام) ناشی از قانون اساسی نیست. کما اینکه به موجب اصل ۱۲۷، تصمیمات نماینده یا نمایندگان دولت در حکم تصمیمات دولت است. همین‌طور هر یک از وزیران به موجب اصل ۱۳۷، در اموری که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد مسئول اعمال یکدیگرند؛ بنابراین انتساب ترک فعل واکسیناسیون به یک مسئول در درون دولت، سالب مسئولیت دولت به معنای عام در قبال مردم نیست. اما درباره اینکه در قانون اساسی چه تکالیفی برای دولت در این خصوص پیش‌بینی شده است، نگاهی گذرا به قانون اساسی نشان می‌دهد که دولت در اصل سوم مکلف به رفع هر نوع محرومیت در زمینه بهداشت است که تأمین، توزیع و تزریق بهترین و موثرترین واکسن موجود کرونا یکی از راه‌های رفع محرومیت بهداشتی محسوب می‌شود. این تکلیف در اصل چهاردهم به عنوان رعایت حقوق انسانی حتی در مورد غیرمسلمانان مورد تأکید قرار گرفته است. نکته مهم اینکه از الزامات موضوع اصل ۲۲ قانون اساسی، مصونیت جان و مال و حقوق مردم از تعرض است که این تعرض می‌تواند ناشی از حملات ویروسی و شیوع بیماری‌های خطرناک و واگیردار در جامعه باشد. باتوجه به سرعت انتقال ویروس کووید ۱۹ و مقایسه آمار تلفات قبل و بعد از واکسیناسیون می‌توان گفت واکسینه کردن مردم مؤثرترین راه مصونیت جان و مال و حقوق آنان از این تعرض محسوب شده که این خدمات در اصل ۲۹ تحت عنوان خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به‌عنوان حقی همگانی برای مردم شناخته شده و دولت مکلف است از محل درآمدهای عمومی برای افراد کشور فراهم کند. این امر به حدی اهمیت دارد که در اصل ۴۳ به‌عنوان تأمین نیازهای بهداشتی و درمانی مورد تأکید قرار گرفته است و احترام به آن به‌عنوان حقوق انسانی و الهی، موضوع اصل ۵۶ به رسمیت شناخته شده است و یکی از وظایف دولت می‌باشد که ترک آن مسئولیت‌آور است.

۴. ترک فعل دولت در عدم واکسیناسیون و ورود ضرر

همان‌طور که در اکثر کشورها برای جلوگیری از شیوع ویروس کرونا، دولت ورود کرده و برای حفظ سلامت مردم تدابیری اتخاذ کرده است، در ایران نیز با توجه به اصل ۲۹ قانون اساسی مبنی

بر حق مردم به برخورداری از خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی و تکلیف دولت به تأمین این خدمات از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی^۱ مسئولیت امر برعهده ستاد مقابله با کرونا قرار گرفت و دولت مصوبات ستاد مقابله با کرونا را به سند تبدیل کرد؛ به‌گونه‌ای که ستاد شخصیت حقوقی داشته و هر مصوبه و دستورالعملی که ستاد برای جلوگیری از شیوع بیشتر این بیماری تصویب و صادر کند؛ از جمله الزامی شدن استفاده از ماسک در مکان‌های عمومی و ادارات، دورکاری کارمندان دولت و... همگی در حکم قانون است. باتوجه به اینکه در نظام جبران هرگاه عوامل دولتی یا غیردولتی که تحت نظارت دولت در زمینه‌های بهداشتی فعالیت می‌کنند، از انجام دادن وظایف و تکالیف خود در زمینه واکسیناسیون خودداری کنند، مسئولیت مدنی مستقیم ناشی از این ترک فعل زیان‌بار برعهده دولت است؛ لذا مسئولیت عملکرد ستاد مقابله با کرونا مستقیماً متوجه دولت بوده و دولت به‌واسطه توانایی و اختیاراتی که در واکسیناسیون دارد و به دلیل وظایف قانونی در قبال سلامت مردم حسب اصول ۳-۱۴-۲۲-۲۹-۴۰-۴۳-۵۶-۱۲۲-۱۳۷-۱۵۶ قانون اساسی، قاعده لاضرر، قاعده ضمان، قانون مسئولیت مدنی، تکالیفی دارد که ترک آنان فعل زیان‌بار محسوب شده و مسئولیت‌آور است.

ورود ضرر به‌عنوان یکی دیگر از ارکان مسئولیت مدنی درمورد شیوع ویروس کووید ۱۹ وجود دارد؛ زیرا از یک سو منجر به آسیب به جسم و سلامت افراد می‌شود؛ به‌گونه‌ای که در تاریخ ۱۴۰۰/۴/۲۹ تعداد ۲۵۰ نفر در طول ۲۴ ساعت جان باختند و در مجموع ۸۷ هزار نفر و ۶۲۴ نفر بنا به اعلام تسنیم در اثر کرونا فوت شدند و در همان تاریخ مجموع واکسن‌های تزریق شده در کل کشور به ۸ میلیون و ۸۱۸ هزار و ۳۷۲ دوز رسیده بود که آن هم فقط برای افراد بالای ۶۰ سال سن بوده و بیشترین نوع واکسن تزریق شده نیز به‌ترتیب به واکسن‌های روسی، چینی و هندی اختصاص داشت.^۲ بنابراین صرف‌نظر از کیفیت واکسن‌های ارائه شده از سوی دولت، اساساً بخش اعظم جامعه که زیر ۶۰ سال بودند در آن تاریخ از واکسن محروم شدند؛ یعنی سرعت واکسیناسیون از سرعت انتشار بیماری کمتر بود. ازسوی دیگر، تعطیلی اجباری مشاغل، اصناف و

۱. فیض‌آبادی، الهام، بررسی مسئولیت افراد و دولت در قبال خسارت‌های ویروسی کرونا، فصلنامه

رهیافت‌های نوین در مطالعات اسلامی، دوره دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۹، ص ۱۱۳.

۲. نقل از: <https://www.tasnimnews.com> آمار کرونا در ایران.

شرکت‌ها ناشی از تصمیمات دولت منجر به خسارت مالی شد؛ زیرا علی‌الاصول هر جا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه‌ای وارد آید، ضرری به بار آمده است.^۱ بنابراین ورود ضرر مادی شامل ضرر جسمانی (مستند به آمار فوت شدگان)، هزینه‌های مالی و خسارات ناشی از عدم فعالیت و تعطیلی واحدها و اصناف و مشاغل و شرکت‌ها، پرداخت دیه برای درگذشتگان (مستند به ماده ۴۷۵ قانون مجازات و قاعده فقهی لایهدر)، هزینه‌های درمانی، محرز است و ورود ضرر روانی شامل ترس و هراس از شیوع بیماری، اختلال روانی ناشی از جریحه‌دار شدن احساسات و غم از دست دادن نزدیکان، ظهور بیماری وسواس و هزینه نامیدی کلان نیز براساس قاعده لاضرر و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی قابلیت طرح دارد که در صورت واکسیناسیون به موقع، کامل و مؤثر دولت در پیشگیری از گسترش ویروس این خسارات وارد نمی‌شد یا حداقل به میزان کمتری بود. بنابراین ترک فعل زیان‌بار و ورود ضرر به‌عنوان دو رکن مسئولیت مدنی در مورد عدم واکسیناسیون کرونا محرز است و صرفاً رابطه سببیت بین این دو مطرح است که در قسمت بعدی به آن پرداخته می‌شود.

۵. رابطه سببیت بین ترک فعل دولت در واکسیناسیون و ورود خسارت

احراز رابطه سببیت بین فعل یا ترک فعل زیان‌بار و خسارات وارده رکنی است که در مسئولیت کیفری و دیه، تحت‌عنوان احراز تقصیر^۲ معنا می‌یابد. زیرا ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، جنایت مستند به او می‌شود.» بنابراین ترک فعل تقصیر محسوب می‌شود؛ اعم از اینکه تعهد به انجام دادن فعل ناشی از قرارداد باشد یا قانون (مستفاد از مواد ۱۶۸، ۳۳۴، ۲۲۵، ۲۲۰ قانون مدنی). باتوجه به اینکه در الزام قهری قانون حاکم است و شخص را برخلاف میل و اراده‌اش به جبران

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳.

۲. تقصیر طبق تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات، اعم از بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، مسامحه، غفلت، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنهاست و طبق ماده ۹۵۳ قانون مدنی تقصیر اعم از تفریط و تعدی تعریف شده است. سایر تعابیر عبارت‌اند از: عمد یعنی دارای قصد و اراده، بی‌احتیاطی یعنی بدون قصد، بی‌مبالاتی یعنی انجام امری که نباید انجام شود، غفلت یعنی عدم انجام امری که باید انجام شود.

خسارت ملزم می‌کند^۱ و نظر به اینکه دولت با توجه به مقررات خاص پیش‌گفته، دارای تکلیف قانونی به حفظ سلامت شهروندان در مقابل بیماری‌های واگیردار بوده، از این رو تبعات کیفری و مدنی ناشی از ترک فعل منتسب به وی بوده و رابطه سببیت محرز است؛ کما اینکه موضوع اهمال دولت درباره عدم کنترل و چاره‌جویی مؤثر در مبارزه با ویروس کرونا باعث شد که در تاریخ ۲۹ اسفند ۱۳۹۸ پنج وزیر بهداشت پیشین ایران و هفده استاد پزشکی در نامه‌ای به رئیس‌جمهور با اشاره به شمار بالای موارد بیماری و تلفات ناشی از آن اعلام کنند که: «در صورت عدم کنترل بیماری و چاره‌جویی مؤثر، افزایش تلفات و خسارات قطعی است».

همچنین صد نماینده مجلس طی نامه‌ای به‌عنوان رئیس‌جمهور وقت با این جمله «نظر به شیوع بیماری کرونا و لزوم هماهنگی سریع همه دستگاه‌ها در کشور برای مدیریت پیشگیری و درمان آن، تشکیل روزانه ستادی به ریاست شما ضروری است»^۲ خواستار تشکیل ستادی برای مدیریت کرونا شوند؛ بنابراین با آگاهی از سرعت انتشار ویروس مقرر به مسئولیت خود بودند. همچنین اعلام اینکه «... به علت تعلل و اهمال صورت‌گرفته، دولت باید بر مبنای اصل مسلم حقوق عمومی تکلیف به بیان دلایل و عوامل اقدامات و تصمیمات، پاسخگویی عدم اقدام به موقع درباره تأخیر و اهمال خود یا نهادهای ذی‌ربط به مردم و شهروندان باشد»^۳. همه این موارد گویای ناکافی بودن اقدامات دولت در قالب ستاد ملی مبارزه با کرونا است.

با توجه به اینکه در تحلیل‌های مبنایی هرگاه وقوع یا گسترش بیماری به دو یا چند عامل ارتباط داشته باشد که برخی از آنها طبیعی باشد و برخی دیگر با خطای انسانی یا سازمانی (غیرطبیعی) ارتباط داشته باشد، باید عامل غیرطبیعی را مسئول جبران خسارات وارده دانست.^۴ بنابراین علت را باید ابتدا در قابلیت کنترل عوامل انسانی یا سازمانی در مقایسه با عوامل طبیعی جست. از سوی دیگر، بر مبنای تفکیک ایجاد خطر از گسترش خطر ممکن است ایجاد بیماری

۱. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ نهم، نشر میزان، ۱۳۹۸، ص ۴۰.

۲. جولان کرونا در خلأ انسجام مدیریتی و هم‌افزایی ظرفیت‌های موجود در سایت به آدرس <https://iqna.ir> آخرین بازدید در تاریخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۴.

۳. مظفری، مصطفی و مرتضی میرزایی مقدم، *بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹*، فصلنامه تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ص ۳۹۶.

4. U.S. v. Montrose Chemical Corp. of California. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Mar 21, 1995. 50 F.3d 741 (9th Cir. 1995).

کاملاً طبیعی باشد، اما نقش فعل یا ترک فعل دولت در گسترش بیماری موثر است و می‌تواند موجب مسئولیت مدنی برای دولت باشد. ضمن اینکه معیار لزوم رابطه مستقیم بین ترک فعل و خسارت در مورد بیماری‌های مسری قابل استناد نیست؛ چون ادله عینی، ملموس و مشخصی وجود ندارد و فقط اوضاع و احوال و امارات و آمار وجود دارد. در صورت وجود تردید در رکن رابطه علیت در مسئولیت مدنی دولت نسبت به بیماری‌های واگیردار، می‌توان مسئولیت ناشی از انفعال دولت یا هر شخص دیگر را بر مبنای مسئولیت ناشی از فعل غیر تحلیل کرد. مانند زیان‌های وارده از سوی محجور (ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی) که علی‌رغم عدم رابطه سببیت مستقیم بین سرپرست و زیان وارده، سرپرست محجور دارای مسئولیت است با وحدت ملاک می‌توان برای دولت در قبال زیان ناشی از ارکان اجرایی نیز مسئولیت قائل شد؛ چراکه جبران خسارت لزوماً و همیشه ناشی از این نیست که عامل، مسئول جبران خسارت باشد.^۱ همین‌طور مسئولیت دارنده وسیله نقلیه در قبال خسارات وارده به شخص ثالث (قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵) و مسئولیت صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به جبران خسارات خارج از تعهدات بیمه‌گر نیز نشان می‌دهد که همیشه وجود رابطه سببیت بین فعل یا ترک فعل با خسارات وارده لازمه جبران خسارت نیست و دایره مسئولیت مدنی فراتر از آن است. ممکن است فورس ماژور و عدم قابلیت پیش‌بینی کرونا و شرایط ناشی از شیوع کرونا به عنوان دلیل سلب مسئولیت دولت مطرح شود. در پاسخ می‌توان گفت که دولت موظف به تهیه وسایل پیشرفته برای پیش‌بینی بیماری‌های واگیردار و پیشگیری از آنهاست و نمی‌تواند به این بهانه، که امکانات لازم را در اختیار نداشته است، خود را از مسئولیت مبرا سازد.^۲ از طرفی شایع شدن بیماری در اثر عدم واکسیناسیون عرفاً قابل پیش‌بینی بود؛ کمالینکه اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در پاسخ به استعلامی مبنی بر قابلیت تطبیق کرونا به عنوان قوه قاهره و آثار احتمالی این تطبیق بر اجرای قرارداد، در نظریه‌ای^۳ اعلام کرد: «به نحو اطلاق نمی‌توان شیوع کرونا را مشمول فورس ماژور دانست؛ به نحوی که بر حسب نوع و ماهیت قراردادها و شروط ضمن آن وضعیت متفاوت است

1. Barnes, Beth A, "Negligence, Medical Malpractice, Vicarious Liability, or Patient Responsibility: Who Should Pay When a patient Contracts MRSA from a Healthcare Facility", *indiana Law Review*, Vol. 7, 2010, pp. 335-365.

2. Qureshi, Ahmer A, "Coronavirus & Contracts: How the Coronavirus May Trigger Force Majeure", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 46, Issue 1, March 2020, pp 133-136.

۳. به شماره ۷/۹/۳۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۶/۳.

که احراز آن مستلزم رسیدگی قضایی است». در موضعی مشابه کمیسیون قضایی دادگستری، بر فرض احراز فورس ماژور، اثر آن بر قرارداد را براساس مدت قرارداد و نیز وحدت یا کثرت مطلوب و همچنین انتفای دائم یا موقتی موضوع قرارداد متفاوت عنوان کرده است که براساس تشخیص قاضی عمل خواهد شد.^۱ درواقع با توجه به اینکه شیوع کرونا در سایر کشورها و سرعت انتشار و آثار زیان‌بار آن قابل پیش‌بینی بود، به همین دلیل فورس ماژور درخصوص قراردادهای اشخاص محسوب نشده است. به طریق اولی نسبت به دولت که به دلیل امکانات زیاد، دارای اختیارات و اطلاعات بیشتری است، فورس ماژور قابلیت استناد ندارد، از طرفی وجود تشکیلات وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نافی شخصیت حقوقی مستقل دولت (به مفهوم حکومت) نیست، درواقع در نظام تلفیقی بازدارنده، علاوه بر دولت، برای دولتمردان و تمامی کسانی است که تشدید آثار بیماری‌های واگیردار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم ناشی از کاهلی، بی‌مبالاتی، بی‌احتیاطی، کم‌کاری، تقلب، کلاهبرداری، اختلاس و سایر جرایم آنهاست، مسئولیت مدنی و کیفری قائل شدند؛ به این دلیل که وقتی دولتمردان موقعیت شغلی و حتی جان خویش را در معرض خطر (کیفر) ببینند، نظارت و مدیریت خویش را در مقام پیگیری و بازدارندگی از بیماری‌های واگیردار با دقت و اهتمام کامل انجام می‌دهند و توان طفره از مسئولیت‌های اداری، اجرایی را، که سابقاً ضابطه و ضمانت اجرای خاصی بر آن حاکم نبوده است، ندارند. بنابراین دولت ملزم به برنامه‌ریزی بلندمدت و پایدار است و غیرقابل پیش‌بینی بودن بیماری موضوعیت ندارد.

درخصوص نحوه جبران خسارت، در نظام انطباق، هدف بازگرداندن وضعیت زیان‌دیده به حالتی است که وی پیش از ورود زیان در آن وضعیت قرار داشته است. یعنی بیمار باید تا حد امکان به حالت پیش از بیماری از حیث سلامت جسمی و وضعیت اقتصادی بازگردانده شود، اما آلام فرزند خردسالی که مادرش را در اثر بیماری کرونا از دست داده است و بسیاری از زیان‌های ناشی از مرگ‌ومیر بیماران با پول قابل‌جبران نیست.^۲ در هر صورت دولت نسبت به خسارات قابل‌جبران ناشی از ترک تکالیف قانونی و تعهداتی که در قبال سلامت شهروندان دارد، به‌واسطه احراز رابطه سببیت، دارای مسئولیت مدنی است و دعوی مسئولیت مدنی علیه دولت قابلیت طرح دارد.

۱. جواهری محمدی، حسین، امکان سنجی تطبیق قوه قاهره بر شرایط حاصل از شیوع کرونا با تأکید بر رویه قضایی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱۱۴، ص ۱۷۹.
 ۲. السان، مصطفی، پیشین، صص ۲۲۳ و ۲۲۵.

۶. مسئولیت مدنی دولت در عدم واکسیناسیون کرونا در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس Tort شبه جرم یا خطا (عمدی یا غیرعمدی) و Strict Liability مسئولیت عینی و Negligence تقصیر (اعم از فعل و ترک فعل) نقطه مقابل آگاهی و سوءنیت (شبهه تسبیب، بی احتیاطی در حقوق ایران) است. اما گاهی تقصیر در ترک فعل تکالیف قانونی^۱ دارای ضمانت اجرای مفروض است؛ یعنی اگر تکلیفی دارای ضمانت اجرای قانونی نباشد، مسئولیت مدنی در ترک آن مفروض نیست، حتی اگر مسئولیت اداری یا کیفری داشته باشد با اینکه در هر دو، هدف حمایت از جامعه است.^۲ گزارش سال ۲۰۱۹ توسط هیئت تحقیقات بهداشت در مورد برنامه‌های جبران واکسن نشان می‌دهد که در ایرلند، حمایت قانون اساسی باعث شد گروهی متخصص برای برخی ادعاهای سهل‌انگاری بالینی علیه دولت، سیستم مسئولیت بدون تقصیر توصیه کنند. مسئولیت مدنی دولت تا قرن بیستم با عنوان مسئولیت مدنی پادشاه شناخته می‌شد و پادشاه نیز مطابق قاعده «پادشاه خطا نمی‌کند» ملزم به جبران خسارت نبود،^۳ تا اینکه در سال ۱۹۴۷ با تصویب قانون دعاوی علیه سلطنت^۴ مصونیت مطلق دولت نقض شد و مسئولیت مدنی برای دولت مورد شناسایی قرار گرفت و برای اولین بار صراحتاً دعاوی علیه پادشاه انگلستان همانند یک فرد عادی به صورت کامل مورد پذیرش قرار گرفت. این قانون راه را برای توسعه قانون مدرن هموار کرد. با تصویب قانون سلامت عمومی در سال ۱۹۳۶، قانون خدمات سلامت عمومی در سال ۱۹۴۶، قانون مسئولیت مدنی ناشی از تصرف در سال ۱۹۵۷ و قانون سلامت روانی در سال ۱۹۸۳ مسئولیت مدنی دولت انگلستان در حوزه‌های مختلف وسیع‌تر شد. با توجه به اینکه حق حیات از حقوق اساسی است که در ماده ۲ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی به رسمیت شناخته شده است، از این رو دولت متعهد است خطرات زندگی مردم را به حداقل برساند و مجلس بهترین مکان برای اعلام تصمیمات دولت است.^۵ به عنوان نمونه مجلس اعیان انگلستان در سال ۲۰۱۳ بر اساس اختیارات دولت حاصل از مقررات بهداشتی و ایمنی ۲۰۱۱ به عنوان مسئول

1. Breach of statutory duty

۲. صفایی، حسین و حبیب‌اله رحیمی، پیشین، ص ۴۰.

۳. احمد رسلان، انور، *المسئولية الدولية غير التعاقدية*، جلد ۱۲۳، بی‌جا، موسوعه القضا و الفقه الدول العربية، ۱۹۸۳، قسم الثاني، ص ۱۲.

4. Crown Proceedings ACT 1947.

5. House of Commons. House of Lords. Joint Committee on Human Rights The Government's response to COVID-19: human rights implications Seventh Report of Session 2019–21. Published on 21 September 2020.

سلامت و ایمنی بریتانیا، مسئولیت اتوماتیک کارفرمایان در قبال برخی آسیب‌های محل کار را حذف کرد؛ یعنی اثبات تقصیر را لازم دانست.^۱ مارک آرنسون در مقاله‌ای مسئولیت دولت در صورت سهل‌انگاری را در حقوق کامن‌لا بررسی کرده و به این نتیجه رسیده است که دولت حداقل در جایی که قدرت قانونی در انجام دادن وظایف قانونی دارد باید مسئول باشد.^۲ تحقیق دانشجویی آرون چیا، فارغ‌التحصیل رشته حقوق از دانشکده حقوق، دانشگاه استرلینگ، اسکاتلند نشان داد که اجرای واکسیناسیون اجباری نه فقط نقض حقوق بشر نیست، بلکه برای حفظ حقوق دیگران و سلامت عمومی وظیفه دولت‌هاست^۳ با توجه به اینکه ترک فعل واکسیناسیون جان و سلامتی فرد را تهدید می‌کند و خطر به‌طور غیرقابل‌قبولی بالا می‌رود، لذا آنتوان بویز، استاد حقوق بشر در دانشگاه اوترخت، به یورونیوز گفته است که وقتی دولت‌ها برنامه واکسیناسیون را اجرا می‌کنند باید منافع مختلف را در نظر بگیرند، نه فقط منافع فردی که واکسینه می‌شود. در سراسر برنامه ECHR در مورد وظیفه واکسیناسیون دولت برای محافظت در برابر بیماری‌های مسری صحبت می‌کند؛ توصیفی که پروفسور بویز معتقد است بلافاصله در مورد کووید ۱۹ باید اعمال شود.^۴ در مورد ایشارسالمنند آسیب‌پذیر که خانواده آنان مخالف تزریق واکسن بودند، در صورتی که دولت تشخیص دهد دریافت واکسن به نفع آنهاست تزریق باید انجام شود و مخالفت خانواده رافع مسئولیت دولت نیست.^۵ بنابراین عدم واکسیناسیون خطر واقعی و قابل توجهی برای ایمنی مردم مخصوصاً گروه‌های آسیب‌پذیر به دنبال دارد و تقصیر در ترک فعل مفروض است. از طرفی برای تحقق مسئولیت لازم است نقض تکالیف قانونی منجر به ضرر شود؛ معیارهایی مانند شخصی بودن و قابلیت جبران و قابلیت پیش‌بینی ضرر توسط یک انسان معقول، مکانیسم مهمی در تشخیص دور نبودن ضرر است؛ چراکه نتایج دور به دلیل تأثیر اسباب مستقل دیگر مانع ارتباط مستقیم با فعل زیان‌بار می‌شوند. در عین حال نوع و ماهیت خسارت نیز در تعیین معیار

1. <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/health-and-safety-civil-liability-to-end-as-house-of-lords-accepts-governments-plans>.

2. https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0008/1705769/32_1_2_GOVERNMENT_LIABILITY_IN NEGLIGENCE/

3. <https://www.hhrjournal.org/2021/07/student-essay-is-compulsory-covid-19-vaccination-a-violation-of-human-rights/> STUDENT ESSAY: Is Compulsory COVID-19 Vaccination a Violation of Human Rights?

4. <https://www.enronews.com/2021/04/13/How-a-court-ruling-lays-the-ground-for-mandatory-covid-19-vaccination>.

5. <https://www.bih.org.uk/blog/4-cases-covid-19-vaccine>.

قابلیت پیش‌بینی مهم است؛ اگرچه صرف پیش‌بینی خسارت کفایت می‌کند.^۱ در حقوق انگلیس، اکثر ضررها تحت عنوان دعوای تقصیر^۲ قابل طرح‌اند؛ اگرچه عدم تحقق ضرر مانع اقامه دعوی تقصیر نیست. مجلس اعیان انگلیس اخیراً به پذیرش چنین دعوایی^۳ رأی داده است.^۴ اما این موارد نادرند؛ یعنی قاعده عمومی مسئولیت مدنی بر ضرورت تحقق ضرر دلالت دارد. در حقوق انگلیس ضررهای قابل جبران در مورد کرونا ممکن است شامل ضرر مالی باشد که معمولاً مورد حکم قرار می‌گیرد. اما در مورد ضرر روانی به سختی حکم می‌دهند (صرف غم و جریحه‌دار شدن احساسات و عواطف دلیل مطالبه نیست. باید بیماری روانی رخ دهد تا قابل مطالبه باشد و ملاک تشخیص پزشکی است). ابتدا دادگاه‌ها خسارت روانی را به رسمیت نمی‌شناختند. به تدریج خسارت روانی مستقیم ناشی از خسارت جسمی پذیرفته شد. بعدها برای زیان دیدگان دست‌دوم، مثل کسانی که شاهد مرگ یا آسیب جسمانی یکی از دوستان، بستگان و همکاران می‌شوند، هم پذیرفته شد؛ اما باید ثابت کنند که دچار ضرر روانی جدی شده‌اند. در واقع ضرر روانی که ناشی از شوک غیرمترقبه بوده نه غم و اندوه تدریجی و اینکه رابطه نزدیک با فرد آسیب‌دیده هم مهم است. اما ضرر اقتصادی شامل عدم‌النفع ناشی از خسارت به اموال یا خسارت به بدن، خسارت محض اقتصادی مانند تفویت سود فروش یا محرومیت از سود مورد انتظار است که البته در چهل سال اخیر رویه قضایی انگلیس به این نتیجه رسیده است که در دعوی تقصیر فقط در شرایط خاص می‌توان به جبران خسارت محض اقتصادی رأی داد. ضمناً علاوه بر ضررهای مادی و معنوی برخلاف حقوق ایران، خسارت دیگری به نام از دست دادن فرصت (جایی که احتمال دفع ضرر یا کسب منافع مالی بیش از ۵۱ درصد باشد) مخصوصاً در بی‌احتیاطی‌های پزشکی و درمانی نیز قابل مطالبه است. صرف‌نظر از اینکه ترک فعل دولت می‌تواند موجب مسئولیت مدنی باشد، اساساً وجود رابطه سببیت بین ترک فعل زیان‌بار و خسارت وارده نیز لازم است. اگرچه در برخی موارد وجود رابطه سببیت مفروض است؛ مانند اینکه پزشک خطرات را به بیمار نگوید.^۵ در حقوق انگلیس رابطه سببیت به عملی و حقوقی تقسیم می‌شود^۶ و معیاری به نام «اگر نبود»^۷ مطرح

۱. همان، صص ۱۵۲-۱۵۳.

2. Negligence

3. Chester V. Afshar (2004) UKHL41.

4. Harwood. OP. Cit. P; Elliott and Quinn, Op Cit, P 100.

۵. صفایی، حسین و حبیب‌اله رحیمی، پیشین، صص ۴۲۳ - ۴۲۱.

6. causation in fact or law

7. but for test

است؛ یعنی اگر تقصیر نبود خسارت به بار نمی‌آمد. درمورد کرونا براساس بهترین شواهد علمی موجود، واکسیناسیون کل جمعیت، کارآمدترین اقدام موجود یک کشور برای کاهش پیامدهای انتقال ویروس کووید ۱۹ است.^۱ از جمله اینکه اقدامات دولت باعث شد تعداد بیماران بستری شده کووید ۱۹ در بیمارستان بریتانیا در ۲۰۲۰/۵/۴ به میزان ۳۵ درصد کمتر از ۱۲ آوریل باشد.^۲ بررسی مقالات مرتبط با واکسیناسیون کرونا در انگلستان نشان می‌دهد که موضوع وظیفه دولت‌ها از حیث اجباری بودن یا نبودن فعل واکسیناسیون مطرح بوده و برخلاف ایران به دلیل وفور واکسن در انواع مختلف، مطلبی تحت عنوان ترک فعل واکسیناسیون از طرف دولت تاکنون مطرح نشده است. اما به نقش بسزای دولت‌ها در ارتقای اعتماد مردم به اثربخشی واکسن کووید ۱۹ تأکید دارند.^۳

نتیجه‌گیری

حقوق ایران و انگلیس در بحث مسئولیت مدنی شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارند، اما حمایت از جامعه در هر دو مهم است. ارکان مسئولیت و تاثیر قوه قاهره و بحث مفروض بودن تقصیر در ترک فعل تکالیف قانونی در هر دو مطرح و تقریباً یکی است و صرفاً تفاوت‌هایی در جزئیات مشاهده می‌شود. مقررات بین‌المللی و قانون اساسی و سایر قوانین گویایی مسئولیت دولت‌ها در قبال حفظ سلامت جامعه است. در حقوق ایران دولت در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در صورت وجود رابطه سببیت بین نقص وسایل و خسارات مسئول شناخته شده است؛ اما برخی آن را صرفاً ناظر به اعمال تصدی دانسته و در اعمال حاکمیتی قائل به مسئولیت نیستند؛ اگرچه سلب مسئولیت دولت در اعمال حاکمیتی نه فقط مسقط مسئولیت دولت در ترک فعل واکسیناسیون نیست، بلکه نشان می‌دهد که دولت در قبال تأمین سلامت مردم و ترک وظایف قانونی مسئول است؛ یعنی معافیت دولت از مسئولیت صرفاً ناظر به مواردی است که از باب قاعده احسان بر حسب ضرورت در اجرای وظایف قانونی موجب ضرر شود نه اینکه در قبال خسارات ناشی از

1. <https://Lexatlas-C 19. Org/ vaccination-principles/Legal, constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for covid -19.>

2. [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ebbc6e1d3bf7f5d364bfbcf/Our_plan_to_rebuild_The_UK_Government_s_COVID-19_recovery_strategy. OUR_PLAN_TO_REBUILD: The UK Government's COVID-19 recovery strategy Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty May 2020.](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ebbc6e1d3bf7f5d364bfbcf/Our_plan_to_rebuild_The_UK_Government_s_COVID-19_recovery_strategy. OUR_PLAN_TO_REBUILD: The_UK_Government's_COVID-19_recovery_strategy_Presented_to_Parliament_by_the_Prime_Minister_by_Command_of_Her_Majesty_May_2020.)

3. https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/enhancing-public-trust-in-covid-19-vaccination-Enhancing_public_trust_in_COVID-19_vaccination:_The_role_of_governments_10_May_2021.

ترک تکالیف قانونی مسئول نباشد. در عین حال با توجه به اینکه دولت به معنای عام طبق قانون اساسی که بالاتر از قانون مسئولیت مدنی است، تکالیفی دارد که ترک آنان تقصیر محسوب می‌شود. لذا مسئول دانستن دولت به جبران خسارات ناشی از این ترک فعل، مغایرتی با پیش‌بینی عدم مسئولیت دولت در اعمال حاکمیتی ندارد. قانون اساسی تکالیفی برای دولت در قبال ملت پیش‌بینی کرده است که ترک آن موجب مسئولیت است. به‌عنوان نمونه در اصل سوم برطرف کردن هر نوع محرومیت در زمینه بهداشت از تکالیف دولت و در اصل ۲۱ نیز خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی حقی همگانی بر عهده دولت است که مکلف است از محل درآمدهای عمومی برای افراد کشور فراهم کند. همین‌طور قوانین دیگر از جمله ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳ و قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار مصوب ۱۳۲۰، مقررات بین‌المللی همانند میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل که در کشور ایران به عنوان قانون داخلی محسوب می‌شود و قواعد فقهی از جمله لاضرر، ضمان، اتلاف، همگی حکایت از مسئولیت شخص مکلف در صورت ترک فعل دارد که شامل دولت نیز می‌شود. در عین حال تأسیس ستاد مقابله با کرونا و اینکه مصوبات ستاد به سند تبدیل شده و اعتبار آن فراتر از مصوبات مجلس قرار گرفته، گویای این است که دولت نیز خود را مسئول می‌داند؛ کما اینکه تصمیمات نماینده یا نمایندگان دولت نیز به موجب اصل ۱۲۷ قانون اساسی در حکم تصمیمات دولت است و تکلیف قوه قضائیه است که نسبت به احیای حقوق عامه مردم حسب اصل ۱۵۶ قانون اساسی اقدام کند. علاوه بر مفروض بودن تقصیر در ترک تکالیف قانونی، اساساً آمار رسمی تلفات قبل و بعد از واکسیناسیون مثبت رابطه سببیت بین عدم واکسیناسیون مردم و افزایش تلفات، و تعطیلی اصناف، بیکاری واحدهای تولیدی و آسیب‌های جسمانی و روانی، گویای ورود ضرر و زیان‌های مادی و معنوی به مردم است. در انگلستان، با توجه به اینکه انواع واکسن با قدرت انتخاب بالا در اختیار مردم قرار داشت، از این‌رو بررسی مقالات نشان داد که مسئولیت دولت از حیث اجباری بودن یا نبودن واکسیناسیون متناسب اقدامات دولت با حقوق مردم و اینکه آیا اقدامات دولت به اندازه کافی مؤثر بوده و تلفات را به حداقل رسانده یا خیر، بیشتر مطرح شده است. در هر صورت دولت مسئول تأمین بهداشت عمومی و واکسینه کردن مردم در مقابله با بیماری‌های واگیردار شناخته شده و ضرر مادی و معنوی و

اقتصادی و حتی ضرر ناشی از نابودی فرصت، قابل مطالبه است. کما اینکه رویه قضایی انگلستان نیز از تکلیف دولت به تأمین واکسن و تأکید بر حق دسترسی مردم به واکسن حکایت دارد و حتی در مورد اقسار آسیب‌پذیر، مخالفت خانواده آنان مسقط مسئولیت دولت نیست. بنابراین دولت نه فقط خود را مکلف به حفظ جان مردم در قبال شیوع کرونا می‌داند، بلکه خود را مسئول عوارض جانبی واکسن نیز می‌داند که ترک آن می‌تواند مسئولیت‌آور باشد.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. حسینی نژاد، حسینقلی، **مسئولیت مدنی**، نشر جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۲. زنگباری، ناصر، **حقوق بانکی**، جلد ۱، انتشارات روزبهان، ۱۳۹۱.
۳. صفایی، حسین و حبیب‌اله رحیمی، **مسئولیت مدنی تطبیقی**، چاپ دوم، تهران: نشر شهر دانش، ۱۳۹۹.
۴. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد ۱، چاپ نهم، نشر گنج دانش، ۱۳۹۸.
۵. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۶. نهرینی، فریدون، **دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی**، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶.

مقاله

۷. السان، مصطفی، **مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی، کووید ۱۹)**، فصلنامه تحقیقات حقوقی - ویژه‌نامه حقوق و کرونا.
۸. جواهری محمدی، حسین، **امکان‌سنجی تطبیق قوه قاهره بر شرایط حاصل از شیوع کرونا با تأکید بر رویه قضایی**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱۱۴.

۹. فیض آبادی، الهام، **بررسی مسئولیت افراد و دولت در قبال خسارت‌های ویروس کرونا**، فصلنامه رهیافت‌های نوین در مطالعات اسلامی - دوره دوم، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۴.
۱۰. مظفری، مصطفی و مرتضی میرزایی مقدم، **بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا.
۱۱. نهرینی، فریدون و مریم احمدی، **دامنه مسئولیت مدنی مراجع دولتی و عمومی در جبران زیان ناشی از انتقال خون**، فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۳۹۷، شماره ۴۴.
۱۲. واعظی، سید مجتبی، **معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران**، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۲۰۰۶، شماره ۱۳۹۴.

سایت

۱۳. <https://www.tasnimnews.com> (آخرین بازدید ۱۴۰۰/۰۴/۲۹)
۱۴. خبر جولان کرونا در خلأ انسجام مدیریتی و هم‌افزایی ظرفیت‌های موجود، قابل دسترس در <https://iqna.ir> (آخرین بازدید ۱۳۹۸/۱۲/۲۴)

ب) عربی

کتاب

۱۵. احمد رسلان، انور، **المسئولیه الدولیه غیر التعاقدیه**، جلد ۱۲۳، بی‌جا، موسوعه القضا و الفقه الدول العربیه، ۱۹۸۳، قسم الثانی.

References

Books

1. Ahmad Raslan, Anwar, *The Responsible State of Non-Compulsory Government*, Encyclopedia of Judiciary and Jurisprudence of the Arab State, 1983, Vol. 123, 2nd Section. (in Arabic)
2. Hosseininejad, Hosseingholi, *Civil Liability*, Jahad Daneshgahi Shahid Beheshti University Publishing, 1991. (in Persian)
3. Katouzian, Nasser, *Civil Law: Non-Contractual Obligations: Coercive Guarantee*, Tehran: University of Tehran, First Edition, 2005. (in Persian)
4. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, Vol. 1, 9th Edition, Ganj-e-Danesh Publishing, 2019. (in Persian)
5. Nahrini, Fereydoun, *Provisional Order in Iranian Law and Research in Comparative Law*, Ganj-e-Danesh Publishing, Third Edition, 2007. (in Persian)
6. Safaei, Hossein and Habibollah Rahimi, *Comparative Civil Liability*, 2nd Edition, Shahre-Danesh Publishing, Tehran, 2020. (in Persian)
7. Zangbari, Nasser, *Banking Law*, Vol. 1, Roozbehan Publishing, 2012. (in Persian)

Articles

8. Barnes, Beth A, "Negligence, Medical Malpractice, Vicarious Liability, or Patient Responsibility: Who Should Pay When a Patient Contracts MRSA from a Healthcare Facility", *Indiana Law Review*, Vol. 7, 2010, pp 335-365.
9. Elsan, M, "Government Civil Liability for Infectious Diseases) Case Study: Covid 19)", *Legal Research Quarterly - Special Issue of Law and Corona*. (in Persian)
10. Feyzabadi, E, "Investigating the Liability of Individuals and the Government for Corona Virus Damage", *Quarterly Journal of New Approaches in Islamic Studies - Volume 2, Number 4, Autumn 2020*. (in Persian)
11. Javaheri, Mohammadi, H, "An article on the feasibility of applying the force major to the conditions resulting from the corona outbreak with emphasis on judicial procedure", *Journal of Justice*, Volume 85, Number 114, Summer 2021. (in Persian)
12. Mozaffari, M & Mirzaei Moghadam, M, "Legal Study of Government Performance and Responsibility in Compensating for the Damages

Caused by the Covid Crisis” *Legal Research Quarterly - Special Issue of Law and Corona*. (in Persian)

13. Nahrini, F & Ahmadi, M, “The Scope of Civil Liability of Government and Public Authorities in Compensating Damages Due to Blood Transfusion”, *Medical Law Quarterly*, 2018, No 44. (in Persian)
14. Qureshi, Ahmer A, "Coronavirus & Contracts: How the Coronavirus May Trigger Force Majeure", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 46, Issue 1, March 2020, pp. 133-136
15. Robertson, David W. "The Common Sense of Cause in Fact", *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997,
16. U.S. v. "Montrose Chemical Corp. of California. United States Court of Appeals, Ninth Circuit", Mar 21, 1995. 50 F.3d 741 (9th Cir. 1995).
17. Urbina, S, "What Is Legal Philosophy Ratio Juris", Vol. 18, No. 2, June 2005.
18. Vaezi, S M, “The Criteria of Sovereignty in Administrative Law of Iran”, *Legal Studies Journal*, Shiraz University, 206, No.2015. (in Persian)

Sites

19. [https://Lexatlas-C 19. Org/ vaccination-principles/Legal, constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for covid19](https://Lexatlas-C19.Org/vaccination-principles/Legal%2C%20constitutional%2C%20and%20Ethical%20Principles%20for%20Mandatory%20Vaccination%20Requirements%20for%20covid19), Last visited on 3/2/2022.
20. <https://www.enronews.com>. How a court ruling lays the ground for mandatory- covid19 vaccination. 2021/04/13 Last visited on 6/2/2022.
21. <https://www.bih.org.uk/blog/4-cases-covid-19-vaccine>, last visited on 2/2 2022.
22. <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/health-and-safety-civil-liability-to-end-as-house-of-lords-accepts-governments-plans>. Last visited on 2023/10/13.
23. [https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0008/1705769/32_1_2.GOVERNMENT LIABILITY IN NEGLIGENCE](https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0008/1705769/32_1_2.GOVERNMENT%20LIABILITY%20IN%20NEGLIGENCE). Last visited on 2023/10/13.
24. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ebbc6e1d3bf7f5d364bfbcf/Our_plan_to_rebuild_The_UK_Government_s_COVID-19_recovery_strategy. OUR PLAN TO REBUILD: The UK Government’s COVID-19 recovery strategy Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty May 2020. Last visited on 2023/10/13.

25. <https://www.hhrjournal.org/2021/07/student-essay-is-compulsory-covid-19-vaccination-a-violation-of-human-rights/> STUDENT ESSAY: Is Compulsory COVID-19 Vaccination a Violation of Human Rights? Last visited on 2023/10/13.
26. <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/enhancing-public-trust-in-covid-19-vaccination> Enhancing public trust in COVID-19 vaccination: The role of governments 10 May 2021. Last visited on 2023/10/13.
27. House of Commons. House of Lords. Joint Committee on Human Rights, The Government's response to COVID-19: human rights implications Seventh Report of Session 2019. Published on 21 September 2020 .Last visited on 2023/10/13.
28. <https://www.tasnimnews.com> last visited on 20 July 2021. (in Persian)
29. <https://iqna.ir>, last visited on 14 March 2020. The news of Golan Corona in the vacuum of managerial coherence and synergy of existing capacities. (in Persian)

Civil Liability of the State for Abandoning People's Vaccination against Corona Virus (Comparative Study of England's law)

Sedigheh Hejininejad*

Jamshid Nourshargh**

Abstract

The death and unemployment of millions of people due to the pandemic spread of Coronavirus highlighted the issue of states civil liability in controlling and preventing the virus spread. The vaccine discovery and vaccinating measurements of some states in a timely and complete manner, which led to the control of virus and decreased the numbers of deceased, raised the issue of government's obligation to effectively vaccinate the people and compensate for the material and spiritual losses caused by such default. In this Article, besides numerous legal documents, the procedure to ascertain the causative relationship between the states civil liability and the scope of the government civil liability for non- vaccination of the people against Covid-19 as an omission are examined. Through studying the rules and features of civil liability in Iranian and British law, it is concluded that, in a general sense and considering the exclusive capabilities and authorities allocated to the states by the constitution and other laws for the purpose of protecting citizens' health, state has civil liability for the people's damages in this respect.

Keywords:

State's Civil Liability, Covid-19, Vaccination Abandoning, Citizen's Health

* P.h.D Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: South Tehran Branch, Tehran, Iran. (Corresponding Author) 3179342846@iau.ir

** Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: South Tehran Branch, Tehran, Iran nourshargh@azad.ac.ir

بانکداری اسلامی و عدالت اجتماعی

محمد علی متانی *

بهار گلکار اسمعیل **

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۹

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۰۴/۰۴

چکیده

بانک‌های اسلامی برخلاف بانک‌های متعارف که هدف اصلی آنها حداکثرسازی سود از طریق تسهیلات ارائه‌شده است، ملزم به رعایت برخی اصول همچون: ممنوعیت ربا (بهره)، ممنوعیت غرر، ممنوعیت کسب درآمد از طریق سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های غیرقانونی؛ اصل تسهیم سود و زیان؛ و اصل پشتوانه دارایی‌اند که این امر منجر به تمایز این نوع از بانکداری از بانکداری متعارف می‌شود. از سوی دیگر، کلیه قراردادهای مالی در اسلام مبتنی بر اصل عدالت است و عدالت اجتماعی یکی از مهم‌ترین اهداف نظام بانکداری اسلامی به شمار می‌رود. توزیع عادلانه ثروت؛ تأمین مایحتاج زندگی برای نیازمندان؛ ایجاد برابری در دسترسی به منابع مالی و حمایت از ضعف در برابر مشکلات اقتصادی از جمله اهداف عالی عدالت اجتماعی است که بانکداری اسلامی می‌تواند به تحقق آن کمک کند. در این پژوهش برآنیم تا ضمن بررسی تمایزات موجود میان بانکداری اسلامی و بانکداری متعارف و مروری اجمالی بر اصول بنیادین بانکداری اسلامی، تأثیر این اصول در استقرار هرچه بهتر عدالت اجتماعی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم و به این پرسش پردازیم که آیا سازوکارهای بانکداری اسلامی از کارایی لازم برای تحقق عدالت اجتماعی برخوردارند؟ روش تحقیق در این پژوهش توصیفی-تحلیلی است و گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

کلیدواژه‌گان:

بانکداری اسلامی، شمول مالی، اعتباردهی خرد، تسهیم سود و زیان، توزیع عادلانه ثروت.

* دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

ma.matani@ut.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکزی، تهران، ایران

b2020esmail@yahoo.com



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

بانکداری و مالیه اسلامی در چند سال اخیر به دلیل عملکرد قوی این بخش، به‌ویژه در خلال بحران مالی جهانی توجه زیادی را به خود جلب کرده است. بانکداری اسلامی به فعالیت‌های مالی و بانکی گفته می‌شود که با قوانین اسلام مطابقت داشته باشد. این نوع از بانکداری از دهه ۱۹۷۰ رشد سریعی را تجربه کرده و به‌عنوان جایگزینی اخلاق‌مدار برای بانکداری متعارف شهرت یافته است. بانک‌های اسلامی کلیه خدمات بانکداری تجاری را در چهارچوب شریعت ارائه می‌دهند. تمایزات زیادی میان بانکداری اسلامی و بانکداری متعارف وجود دارد که «تسهیم سود و زیان»، ممنوعیت ربا، و ممنوعیت غرر از جمله مهم‌ترین آنها به شمار می‌رود. اغلب از بانکداری اسلامی با عنوان بانکداری بدون ربا یاد می‌شود؛ لیکن ذکر این نکته ضروری است که بانکداری بدون ربا در مقایسه با بانکداری اسلامی قلمرو محدودتری دارد. بانکداری بدون ربا به تعدادی از ابزارها یا عملیات بانکی اشاره می‌کند که از بهره اجتناب می‌کنند؛ حال آنکه، اصطلاح بانکداری اسلامی مفهومی عام‌تر است که نه فقط به‌دنبال اجتناب از معاملات مبتنی بر بهره بوده، بلکه هدف از آن جلوگیری از هرگونه اقدام مالی غیراخلاقی و ضداجتماعی است.

توجه به اهداف خاص اجتماعی به نفع جامعه به‌عنوان یک کل، از مهم‌ترین ویژگی‌های نظام مالی در اسلام است و عدالت اجتماعی و اقتصادی از جمله مؤلفه‌های کلیدی آن به شمار می‌رود. درحالی‌که نظام مالی متعارف عمدتاً بر جنبه‌های مالی و اقتصادی معاملات تمرکز دارد، در نظام مالی اسلام علاوه بر مؤلفه‌های مالی و اقتصادی، اهمیت فراوانی برای ابعاد اخلاقی، اجتماعی و دینی بازار در نظر گرفته شده است. «اصل طلایی انتخاب آزاد»^۱ در اسلام تمامی فعالیت‌های اقتصادی را در چارچوب حفظ و حراست از منافع عمومی جایز می‌داند و مطابق با آن هیچ معامله‌ای منع نمی‌شود، مگر متضمن ظلم یا بی‌عدالتی باشد. عدالت اجتماعی به معنای دسترسی برابر همه افراد جامعه به رفاه، ثروت، سلامت، امتیازات و فرصت‌ها است و توزیع عادلانه ثروت، اشتغال‌زایی، کمک به تأمین مایحتاج اولیه زندگی، ایجاد برابری در دسترسی به منابع مالی و حمایت از ضعفا در برابر مشکلات اقتصادی از جمله اهداف عالی آن به شمار می‌رود. از مؤسسات

1. Golden Principle of Free Choice

بانکی و مالی نیز مانند سایر بخش‌های جامعه اسلامی انتظار می‌رود که در دستیابی به مهم‌ترین اهداف اجتماعی-اقتصادی اسلام همچون: ایجاد رفاه اقتصادی توأم با اشتغال کامل و نرخ بالای رشد اقتصادی، عدالت اجتماعی-اقتصادی و توزیع عادلانه درآمد و ثروت، و بسیج و سرمایه‌گذاری پس‌انداز برای توسعه اقتصادی (به نحوی که بازده عادلانه برای تمامی طرفین تضمین گردد) مشارکت بسزایی داشته باشند.^۱

پرسش اینجاست که بانکداری اسلامی چگونه سازوکارهایی در جهت دستیابی به این اهداف دارد و این سازوکارها به چه میزان در تحقق این اهداف مؤثرند؟ در این پژوهش در گام نخست به بررسی ماهیت، اصول، اهداف و روش عدالت اجتماعی می‌پردازیم، سپس ضمن مرور ماهیت بانکداری اسلامی و اصول و مبانی آن، نقش این اصول در استقرار عدالت اجتماعی و همچنین سازوکارهای بانکداری اسلامی در راستای برقراری هر چه بهتر عدالت اجتماعی را مورد تبیین قرار خواهیم داد.

۱. عدالت اجتماعی

۱.۱. خاستگاه و تعریف

عدالت اجتماعی^۲ اصطلاحی جدید است که به‌کارگیری آن به آغاز قرن نوزدهم میلادی و دوران انقلاب صنعتی بازمی‌گردد. لوئیجی تاپارلی^۳، کشیش یسوعی ایتالیایی، برای نخستین بار در سال ۱۸۴۰ م. این اصطلاح را به کار برد. وی به دنبال اصلاح بی‌عدالتی‌هایی بود که بر اقشار محروم و آسیب‌دیده آن دوران تحمیل می‌شد.^۴ نخستین مدافعان عدالت اجتماعی بر موضوعاتی همچون سرمایه، دارایی و توزیع ثروت تمرکز داشتند؛ لیکن با آغاز قرن بیستم میلادی مفهوم عدالت اجتماعی شکل گسترده‌تری به خود گرفت و به حوزه‌هایی همچون حیات اجتماعی، نژاد، قومیت، جنسیت و سایر معضلات ناشی از نابرابری راه یافت.^۵ این اصطلاح تا به امروز در

1. Hassan, M.K. & Lewis, M.K., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p 2.

2. Social Justice

3. Luigi Taparelli

4. Angelle, P., *A Global Perspective of Social Justice Leadership for School Principals*, Information Age Publishing, 2017, p 22.

5. Perrin, K. M., *Working in Community Health: Foundations for a Successful Career*, Jones & Bartlett Learning, 2023, p 56.

حوزه‌های متعددی همچون حقوق، روان‌شناسی، فلسفه، آموزش، مددکاری اجتماعی، اقتصاد، جامعه‌شناسی، جغرافیا، و سیاست‌گذاری عمومی به کار گرفته شده و هریک از این رشته‌ها با رویکرد مختص به خود به تبیین این مفهوم پرداخته‌اند. اندیشه‌وران برای عدالت اجتماعی تعاریف گوناگونی همچون: توازن، تساوی، مراعات شایستگی افراد، بی‌طرفی، «اعطای کل ذی‌حق حقه» و «وضع الشيء فی موضعه» ذکر کرده‌اند.^۱ عدالت اجتماعی در واقع نوعی پاسخ به آن دسته از شرایط اجتماعی است که منجر به نابرابری در دسترسی افراد به سود و زیان شده است.^۲

عدالت اجتماعی بدین معناست که همه شهروندان در قبال منافع عمومی تعهداتی دارند. هدف از عدالت اجتماعی ایجاد جامعه‌ای است که در آن هیچ فردی از مایحتاج و نیازهای اساسی محروم نباشد. عدالت اجتماعی در معنای وسیع آن به تخصیص عادلانه فرصت‌ها، تعهدات، مزایای اجتماعی، حمایت‌ها و حقوق بشر اشاره دارد و همچنین متضمن پذیرش و رفع نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی و تلاش برای از میان برداشتن ظلم و زدودن تمامی آشکال تبعیض مبتنی بر نژاد، قومیت، جنسیت، ملیت، مذهب، عقیده و مواردی از این دست است.^۳ واژه‌نامه آکسفورد عدالت اجتماعی را به معنای ایجاد جامعه‌ای عادلانه و برابر می‌داند که در آن تمامی افراد دارای اهمیت بوده، حقوقشان به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار گیرد و تصمیمات به شیوه‌های منصفانه و صادقانه اتخاذ شود.^۴

واژه‌نامه میریام ویستر^۵ در تعریف عدالت اجتماعی آن را به معنای وضعیت یا دگرترین «برابری طلبی»^۶ در نظر گرفته است. برابری طلبی، باور به برابری افراد بشر به‌ویژه در امور اجتماعی، سیاسی و اقتصادی، و نوعی فلسفه اجتماعی است که خواستار حذف نابرابری‌ها در میان مردم است.^۷ سازمان ملل متحد عدالت اجتماعی را اصل اساسی در همزیستی مسالمت‌آمیز

۱. توسلی، حسین، *مبانی نظری عدالت اجتماعی*، انتشارات مدیریت بهره‌وری بنیاد مستضعفان و جانبازان، ۱۳۷۵، صص ۵۹ - ۱۸۲.

2. Chung, R., & Bemak, F., *Social Justice Counseling: The Next Steps Beyond Multiculturalism*, Sage, 2012, pp 26-28.

3. Reisch, M., *The Routledge International Handbook of Social Justice*, Routledge, 2014, pp 269-270.

4. Park, C., & Allaby, M., *Oxford Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 2013, p 397.

5. Merriam - Webster

6. Egalitarianism

7. Riele, K., et al., "Incarcerated Young People", *Education and Social Justice*, Springer, 2023, pp 14-15.

و مطلوب در کشورها و میان ملت‌ها دانسته و معتقد است که پیشبرد عدالت اجتماعی منوط به رفع موانع جنسیتی، سنی، نژادی، دینی، قومی، و فرهنگی است.^۱ مطابق با سازمان بین‌المللی کار^۲ عدالت اجتماعی بدین معناست که همهٔ افراد بشر صرف‌نظر از نژاد، عقیده یا جنسیت، حق دارند هم رفاه مادی و هم رشد معنوی خود را آزادانه و همراه با عزت و کرامت در شرایطی که در آن امنیت اقتصادی و فرصت‌های برابر حاکم است، دنبال کنند.^۳

۱.۲. اصول عدالت اجتماعی

انصاف^۴، عدل^۵، حقوق بشر^۶ (حقوق قانونی و حقوق اخلاقی)، و مشارکت^۷ چهار اصل اساسی عدالت اجتماعی به‌شمار می‌روند.

۱.۲.۱. انصاف

انصاف چوب‌دستی عدالت است تا از لغزش آن بکاهد و بر سرعت و استواری گام‌هایش بیفزاید.^۸ انصاف با این پیش‌فرض، که تمامی انسان‌ها در مقابل خداوند و قانون برابرند، بدین معناست که همهٔ افراد صرف‌نظر از جنسیت، نژاد، سن، طبقه اجتماعی، زبان، مذهب و شغل حق بهره‌مندی از کالاها و منابع عمومی و همچنین دسترسی به ظرفیت‌ها، اطلاعات، آموزش، معیشت، خدمات بهداشتی، اشتغال و فرصت‌های شغلی را دارند.

۱.۲.۲. عدل

عدل در اینجا از این رویکرد ناشی می‌شود که انصاف به معنای توزیع برابر و یکنواخت، همیشه و در همه حال ممکن و قابل اجرا نیست و بی‌عدالتی‌های موجود همواره مانع از دسترسی

1. Reimer, L., & Standish, K., *Perspectives on Justice, Indigeneity, Gender, and Security in Human Rights Research*, Springer, 2023, pp 60-61.

2. International Labour Organization

3. ILO, *Advancing Social Justice, International Labour Conference*, 111th Session, 2023, p 7.

4. Equality

در تفاوت انصاف و عدل باید گفت که انصاف (Equality) به معنای اعطای منابع و فرصت‌های یکسان به افراد یا گروه‌های مردم بوده؛ ولی عدل (Equity) به معنای تخصیص فرصت‌ها و منابع به هر فرد با توجه به شرایط متفاوت و خاص وی است.

(Ward, C., *Achieving Equity in Higher Education Using Empathy as a Guiding Principle*, IGI Global, 2022, p. xxii)

5. Equity

6. Human Rights

7. Participation

۸. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، چاپ دوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ص ۶۷۹.

برابر افراد یا گروه‌های خاص به خدمات عمومی، منابع و فرصت‌ها می‌شود. با در نظر گرفتن این موضوع، عدل و رفتار عادلانه به معنای برخورداری هر شخص به قدر استحقاق اوست.

۱.۲.۳. حقوق بشر

حقوق بشر بنیادین و انتقال‌ناپذیری است که برای حیات نوع بشر اساسی تلقی می‌شود و به عبارت دیگر، مجموعه‌ای از ارزش‌ها، مفاهیم، اسناد و سازوکارهایی است که موضوع آن حمایت از مقام و منزلت و کرامت انسانی است.^۱ حقوق بشر آن حقوقی است که افراد صرفاً به دلیل انسان بودن استحقاق برخورداری از آن را دارند و از آنجا که انسان بودن در کل جهان مفهومی واحد است یا حداقل باید باشد، حقوق انسانی افراد برابر است.^۲ حق‌ها به‌عنوان یکی از کلیدی‌ترین اصول عدالت اجتماعی به دو نوع حق‌های قانونی^۳ و حق‌های اخلاقی^۴ تقسیم می‌شوند. در جامعه برخوردار از عدالت اجتماعی، حق‌های اخلاقی حتی در غیاب ضمانت اجرای قانونی، با رویه‌ها، قواعد، و هنجارهای کافی محافظت می‌شوند.

۱.۲.۴. مشارکت

مشارکت به معنای حضور و دخالت آگاهانه و داوطلبانه افراد جامعه در تصمیم‌گیری‌ها و برنامه‌ریزی‌ها برای پاسخگویی به نیازها و اهداف اجتماعی است.^۵ مشارکت به معنای مشارکت دادن مردم در تصمیماتی است که اثری تعیین‌کننده بر حیات و معیشت آنها دارد. این امر به معنای تضمین مشارکت کامل افراد در حیات سیاسی و فرهنگی آنهاست. در اینجا دو امر یعنی: ۱- نیل به آثار توزیعی بهتر و ۲- تقویت مردم‌سالاری، اساس و مبنای مشارکت را تشکیل می‌دهند. در مورد دوم، مفهوم مشارکت اغلب با ساختارهای قدرت مرتبط است و روابط قدرت موجود را تغییر می‌دهد و در نتیجه منجر به تقویت جایگاه افراد و گروه‌های محروم در مقابل

۱. والاس، ربکا و الگا مارتین ارتگا، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه: سید قاسم زمانی و مهناز بهراملو، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۲، ص ۳۱۷.

۲. شایگان، فریده و همکاران، *تقویت همکاری‌های بین‌المللی در زمینه حقوق بشر* (زیر نظر: جمشید ممتاز)، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۵؛ همچنین ر.ک متین دفتری، احمد، *حقوق بشر و حمایت بین‌المللی آن*، انتشارات بهمن، ۱۳۴۸، ص ۱۶؛ هاشمی، سید محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۴، صص ۷-۹.

3. Legal Rights

4. Moral Rights

۵. اسلامی، رضا و لادن فرومند، *خصوصی‌سازی و توسعه حقوق بشر*، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۵۷.

بازیگرانی همچون نهادهای عمومی و اجتماعی می‌شود.^۱

۱.۳. اهداف، فرایند و روش عدالت اجتماعی

عدالت اجتماعی هم فرایند است و هم هدف.^۲ به عبارت دیگر، عدالت اجتماعی نه فقط به هدف، بلکه به فرایند دستیابی به این هدف نیز اشاره دارد. هدف عدالت اجتماعی تضمین مشارکت ارادی، فعال و برابر افراد و گروه‌های جامعه است. غایت عدالت اجتماعی ایجاد جامعه‌ای است که در آن کرامت و ارزش‌های انسانی و تسهیم عادلانه و پایدار منابع به رسمیت شناخته شود و افراد در امنیت زندگی کنند.^۳ فرایند عدالت اجتماعی به اقدامات لازم با هدف ایجاد نوعی فضای مردم‌سالارانه گفته می‌شود که در آن مشارکت تسهیل شود؛ ناهمگونی، تنوع و تفاوت‌های گروهی مردم مورد احترام و توجه قرار گیرد و عاملیت افراد و توانایی همکاری با سایرین برای ایجاد تغییر، تضمین شود.^۴ روش عدالت اجتماعی^۵ روشی آشکار و همگانی، مشارکتی، رهایی‌بخش^۶ و مبتنی بر تعاون است که بر ایجاد تغییر در سطح نهادها و سیستم‌ها تمرکز دارد.^۷

۲. بانکداری اسلامی

۲.۱. ماهیت بانکداری اسلامی و تفاوت آن با بانکداری متعارف^۸

در مقابل بانکداری اسلامی، نوع دیگری از بانکداری وجود دارد که بانکداری سنتی، متعارف یا توافقی نامیده می‌شود.^۹ بانکداری اسلامی هم از حیث اهداف و هم از حیث عملکرد متفاوت از بانکداری متعارف است. انجمن بین‌المللی بانک‌های اسلامی^{۱۰} در تعریف بانکداری اسلامی

1. Khechen, M., *Social Justice: Concepts, Principles, Tools and Challenges, Economic and Social Commission for Western Asia (ESCWA)*, 2013, p 5.

2. Akkari, A., et al., *Intercultural Approaches to Education: From Theory to Practice*, Springer, 2022, p 51.

3. Sari, O., *The Idea of Social Justice, Livre de Lyon*, 2022, p.viii.

4. Nota, L., et al., *Sustainable Development, Career Counselling and Career Education*, Springer, 2020, p 54.

5. The Method of Social Justice

6. Emancipatory

7. Horton, R., *Critical Perspectives on Social Justice in Speech-Language Pathology, IGI Global*, 2021, p.xxiii.

8. Conventional Banking

۹. السان، مصطفی، *حقوق بانکی*، چاپ چهارم، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها

(سمت)، ۱۳۹۴، ص ۸۳؛ همچنین ر.ک سلطانی، محمد، *حقوق بانکی*، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص ۳۲.

10. International Association of Islamic Banks (IAIB)

عنوان می‌دارد: «بانک اسلامی اساساً تداعی‌کننده نوعی رویکرد جدید به بانکداری است که کاملاً پایبند به قوانین شریعت اسلام در حوزه‌های مالی و سایر معاملات است. گذشته از این، کارکرد بانک در این راستا می‌باید منعکس‌کننده اصول و مبانی اسلام در حیات واقعی باشد. بانک می‌باید در راستای ایجاد جامعه اسلامی گام بردارد؛ از این رو یکی از اصلی‌ترین اهداف بانکداری اسلامی تعمیق و ژرفابخشی روحیه دینی در میان مردم است.^۱ در بیان تمایز موجود میان بانکداری متعارف و بانکداری اسلامی باید گفت که: (۱) عملکرد بانک‌های متعارف مبتنی بر اصول ساخته دست بشر است؛ حال آنکه کارکرد بانک‌های اسلامی مبتنی بر اصول و مبانی شریعت اسلام است؛ (۲) در بانکداری متعارف، سرمایه‌گذار از نرخ بهره از پیش تعیین شده اطمینان دارد؛ درحالی‌که بانکداری اسلامی به دنبال تسهیم ریسک^۲ میان سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر است؛ (۳) بانکداری متعارف به دنبال به حداکثر رساندن سود بدون هیچ‌گونه محدودیت است؛ حال آنکه بانکداری اسلامی به دنبال به حداکثر رساندن سود با تبعیت از محدودیت‌های شریعت است؛ (۴) اعطای وام و تسهیلات و دریافت بهره اصلی‌ترین کارکرد بانکداری متعارف بوده، ولی نظام بانکداری اسلامی ماهیتاً یک نظام تسهیم سود و زیان^۳ است؛ (۵) بانکداری متعارف در مقایسه با بانکداری اسلامی از قلمرو محدودتری برخوردار است؛ حال آنکه بانک اسلامی در عمل نهادی چندمنظوره است؛ (۶) در بانکداری متعارف برخلاف بانکداری اسلامی، در صورت عدم پرداخت بدهی، بانک می‌تواند از بدهکار مبلغی مازاد بر بدهی را مطالبه کند؛ (۷) در بانک‌های تجاری بهره‌محور، استقراض از بازارهای پولی به نسبت آسان‌تر و استقراض از این بازارها درخصوص بانک‌های اسلامی نسبتاً دشوار است؛ (۸) رویکرد بانکداری متعارف در قبال مشتریان، نوعی رویکرد بستانکار- بدهکار بوده، حال آنکه در بانکداری اسلامی رویکرد بانک به مشتریان نوعی رویکرد شریک، سرمایه‌گذار و معامله‌گر است؛ (۹) در بانکداری متعارف، بانک موظف به ضمانت تمامی سپرده‌هاست؛ حال آنکه در بانکداری اسلامی بانک نمی‌تواند تمامی سپرده‌ها را ضمانت کند.^۴

1. Farugh Ahmad, A., & Hassan, M., *Riba and Islamic Banking*, *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, 2007, p 21.

2. Risk Sharing

3. Profit and Loss Sharing (PLS)

4. Farugh Ahmad, A. U., *Developments in Islamic Banking Practice: The Experience of Bangladesh*, Universal Publishers, 2010, pp 79-81.

همچنین ر.ک السان، مصطفی، پیشین، صص ۸۳ و ۸۶؛ و سلطانی، محمد، پیشین، صص ۳۳ و ۳۴.

۲.۲. مروری بر چگونگی پیدایش نظام بانکداری اسلامی مدرن

پیشینه پیدایش و تکوین نظام بانکداری اسلامی مدرن تا حدود زیادی به موجی از افکار و اندیشه‌های اصلاحی بازمی‌گردد که در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم میلادی در خلال جریان‌های با عنوان جنبش‌های تجدید حیات اسلامی^۱ شکل گرفت. در این دوران، متفکران و مصلحان مسلمان اقدام به احیا و ترغیب ایده به‌کارگیری مجدد اصول و مبانی اسلام در تمامی شئون زندگی کرده و بر ضرورت پایبندی به مبانی شرعی تأکید می‌ورزیدند. چگونگی حذف ربا و انطباق معاملات مالی با شریعت یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های علمای مسلمان در این دوران بوده و بدون شک آثار و اندیشه‌های ایشان در خصوص چگونگی احیای دولت اسلامی و تحکیم و تقویت شریعت اسلام در تمامی ابعاد حیات مسلمانان به افزایش آگاهی جهان اسلام از اهمیت استقرار نظام مالی اسلامی کمک کرده است. نخستین تلاش برای تأسیس یک بانک بدون بهره در اواسط دهه ۱۹۴۰ در مالزی صورت گرفت. ایده‌ای که در این طرح دنبال می‌شد، سرمایه‌گذاری پس‌انداز زائران در املاک و مزارع بر اساس اصول شرعی بود که نهایتاً نافرجام ماند. دومین تلاش در این راستا در دهه ۱۹۵۰ در مناطق روستایی پاکستان صورت گرفت و متأسفانه ادامه پیدا نکرد.

در سال ۱۹۶۲ دولت مالزی صندوق مدیریت زائران را برای کمک به زائران تأسیس کرد؛ اما شاید بتوان گفت که موفق‌ترین و مبتکرانه‌ترین اقدام در این راستا تأسیس بانک پس‌انداز محلی^۲ «میت غمر»^۳ در سال ۱۹۶۳ در مصر بود. این بانک براساس قوانین شریعت فعالیت می‌کرد و موفقیت آن ثابت کرد که چنانچه بانکی براساس موازین اسلامی عمل کند می‌تواند شکوفا شود.^۴ تأسیس این بانک نقطه عطفی در تکامل نظام بانکداری مدرن اسلامی به شمار می‌رود. اگرچه این بانک خدمات اولیه بانکداری مانند حساب‌های سپرده، وام، سرمایه‌گذاری مستقیم و خدمات اجتماعی را ارائه می‌داد، برای رفع نیازها و احتیاجات جامعه محیطی خود کافی بود. این بانک شواهد روشنی ارائه کرد که راهکارهای مالی مطابق با شریعت وجود دارد و می‌تواند جایگزین سیستم بانکداری مرسوم شود و این قوانین و اصول هنوز می‌توانند برای پاسخگویی به نیازهای

1. Islamic Resurgence Movements

2. Mit Ghamr Local Savings Bank

3. Mit Ghamr (نام شهری در استان دقهلیه مصر)

4. Venardos, A. M., *Islamic Banking and Finance in South-East Asia: Its Development and Future*, World Scientific Publishing, 2005, p 64.

تجاری و مالی جامعه مسلمانان به کار گرفته شوند. تاریخ بانکداری اسلامی مدرن را می‌توان به چهار دوره تقسیم کرد: (۱) تأسیس؛ (۲) گسترش؛ (۳) رسمیت یافتن در سطح بین‌الملل؛ (۴) ارزیابی.

۲.۲.۱. دوره تأسیس (۱۹۷۷-۱۹۶۵)

در این دوران پژوهش‌های زیادی در سرتاسر جهان اسلام درخصوص تمامی ابعاد حیات روزمره مسلمانان صورت گرفت. همچنین مسلمانان سازمان‌هایی را با هدف ارتقای هرچه بیشتر حمایت و همکاری میان کشورهای اسلامی تأسیس کردند. چنان‌که در ۱۹۶۵ بزرگ‌ترین مؤسسه دینی مصر با عنوان الأزهر الشریف به تأسیس آکادمی تحقیقات اسلامی^۱ متشکل از ۵۰ عضو اقدام کرد. این افراد مشتمل بر متخصصین امر در رشته‌های مختلفی همچون علوم پزشکی، مهندسی، نجوم، حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی و دین و شریعت بودند. هدف از تأسیس این آکادمی تحقیق درخصوص مسائل گوناگونی بود که مسلمانان در زندگی روزمره با آن مواجه‌اند. همچنین در اوایل دهه ۱۹۶۰ وزارت اوقاف مصر اقدام به تأسیس شورای عالی امور اسلامی متشکل از چندین کمیته و دربردارنده گروه‌های بزرگی از متخصصین در تمامی زمینه‌ها کرد. در ۱۹۶۹ م. سازمان کنفرانس اسلامی^۲ تأسیس شد که هم‌اکنون با داشتن ۵۷ عضو از سراسر جهان دومین سازمان بزرگ بین‌الدولی پس از سازمان ملل محسوب می‌شود. در این دوران کنفرانس‌های زیادی برگزار شد که از جمله آنها می‌توان به کنفرانس وزارت دارایی کشورهای اسلامی در کراچی (۱۹۷۰) و نخستین کنفرانس بین‌المللی اقتصاد اسلامی (نخستین کنفرانس علمی در اقتصاد اسلامی) در مکه به سرپرستی دانشگاه ملک عبدالعزیز (۱۹۷۶) اشاره کرد.

در این دوران چندین بانک اسلامی در جهان اسلام راه‌اندازی شد. سومین جلسه وزرای خارجه کشورهای اسلامی در مارس ۱۹۷۳ در شهر بنغازی لیبی برگزار شد که در این کنفرانس پیشنهاد تأسیس بانک توسعه اسلامی^۳ مورد بررسی قرار گرفت. پس از تشکیل جلسات آتی نتیجتاً پیش‌نویس تأسیس بانک توسعه اسلامی به تصویب رسید و این بانک رسماً در اکتبر ۱۹۷۵ با ۲۲ عضو مؤسس از کشورهای اسلامی آغاز به کار کرد. هدف از تأسیس این بانک ارتقای توسعه و پیشرفت اقتصادی و اجتماعی مطابق با اصول و موازین شرعی برای تمامی

1. Islamic Research Academy
2. Organization of the Islamic Conference
3. The Islamic Development Bank

کشورهای عضو و کشورهای مسلمان بود. بانک اجتماعی ناصر در مصر (۱۹۷۱)؛ بانک اسلامی دبی به عنوان نخستین بانک خصوصی اسلامی در جهان (۱۹۷۵)؛ بانک اسلامی فیصل در مصر و سودان (۱۹۷۷) و خانه مالی کویت^۱ (۱۹۷۷) از دیگر بانک‌های اسلامی بودند که در این دوران تأسیس شد.

۲.۲.۲. دوره گسترش (۲۰۰۲ - ۱۹۷۷)

در این دوره افزایش شدید قیمت نفت ثروت زیادی را برای خاورمیانه به ارمغان آورد و منجر به گسترش بانک‌های اسلامی در سرتاسر کشورهای اسلامی و غیراسلامی شد. در این مدت بیش از صد بانک اسلامی در سراسر جهان آغاز به فعالیت کرد. علاوه بر این، بانک‌های متعارف شروع به ارائه خدمات مطابق با شرع از طریق دپارتمان‌هایی با عنوان پنجره‌های اسلامی^۲ کردند. در این دوره همچنین شاهد تبدیل کامل نظام بانکی ایران، سودان و پاکستان به نظام بانکداری اسلامی هستیم. تحول نظام مالی در ایران در سال ۱۳۶۲ به سرعت انجام شد؛ چنان که در هشتم شهریور ۱۳۶۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا به تصویب مجلس شورای اسلامی و دو روز بعد به تأیید شورای نگهبان رسید.

۲.۲.۳. دوره رسمیت یافتن در سطح بین‌الملل (۲۰۰۹ - ۲۰۰۳)

در این دوره، مرجع خدمات مالی^۳ در بریتانیا به سه بانک کاملاً اسلامی که به ابتکار سرمایه‌گذاران و مؤسسات خاورمیانه راه‌اندازی شده بودند مجوز داد تا درخصوص تقاضای روزافزون برای راه‌حل‌های مالی مطابق با شرع چاره‌اندیشی کند. این تقاضا ناشی از افزایش شدید قیمت نفت بود که منجر به تقدینگی بیش از حد در خاورمیانه و نیاز روزافزون به دارایی‌های جایگزین شده بود. این سه بانک عبارت بودند از: بانک اسلامی بریتانیا^۴ در ۲۰۰۴؛ بانک سرمایه‌گذاری اسلامی اروپا^۵ در ۲۰۰۶ و بانک لندن و خاورمیانه^۶ در ۲۰۰۷ امروزه محصولات و خدمات مطابق با شریعت نه فقط برای ۱.۸ میلیارد مسلمان در سرتاسر جهان، بلکه برای غیرمسلمانان نیز از جداییت زیادی برخوردار است. انگلستان در میان ۱۵ کشور برتر از نظر حجم دارایی‌های اسلامی رتبه دهم (با حجم دارایی‌های منطبق با شریعت به ارزش ۱۰/۴ میلیارد دلار) را داراست.

1. Kuwait Finance House
2. Islamic Windows
3. Financial Services Authority
4. Islamic Bank of Britain
5. The European Islamic Investment Bank
6. Bank of London and the Middle East

۲.۲.۴. دوره ارزیابی (۲۰۰۹ - تاکنون)

دوره چهارم در اواسط سال ۲۰۰۹، زمانی که بانکداران، ناظران و تنظیم‌گران در سراسر جهان در حال ارزیابی علل و پیامدهای بحران‌های اقتصادی جهان و تنگناهای اعتباری^۱ بانک‌ها بودند، آغاز شد. در حال حاضر بسیاری از بانکداران و تنظیم‌گران در حال ارزیابی این واقعیت‌اند که ماهیت دارایی - محور بانک‌های اسلامی باعث شده تا کمترین آسیب را از تنگناهای اعتباری متحمل شوند. سومین نظرسنجی سالانه نشریه^۲ بنکر^۳ در سال ۲۰۰۹ از مجموع پانصد مؤسسه مالی اسلامی برتر حاکی از رشد دارایی‌ها با نرخ بسیار سالم ۲۸.۶ درصد و افزایش دارایی‌ها به میزان ۸۲۲ میلیارد دلار در سال ۲۰۰۹ (در مقایسه با ۶۳۹ میلیارد دلار در سال ۲۰۰۸) است. حال آنکه یافته‌ها نشان می‌دهد که در بانکداری متعارف، رشد دارایی‌های هزار بانک برتر جهان از ۲۱۶ درصد در سال ۲۰۰۸ به ۶۸ درصد در سال ۲۰۰۹ رسیده است.^۳

۲.۲.۳. اصول کلیدی بانکداری اسلامی

فعالیت بانک‌های اسلامی بر شش اصل استوار است:

۲.۳.۱. اصل منع بهره (ربا)

هرگونه پرداخت از پیش تعیین شده و بالاتر از مقدار واقعی اصل سرمایه ممنوع است. اسلام فقط یک نوع قرض را مجاز می‌داند و آن قرض الحسنه است. در قرض الحسنه مقرض هیچ‌گونه بهره یا مبلغی مازاد بر پول خود دریافت نمی‌کند. فقهای مسلمان این اصل را به دقت تفسیر کرده‌اند؛ چنان‌که برخی از آنها معتقدند این ممنوعیت شامل هرگونه منفعت یا منفعتی که مقرض ممکن است از بابت قرض از آن بهره‌مند شود، مانند غذا خوردن بر سر سفره^۴ مقرض یا حتی استفاده از سایه دیوار خانه او نیز می‌شود. حرمت ربا به منزله حذف نرخ بهره در نظام اقتصادی مورد تأیید اسلام واقع شده است. با توجه به مفهوم فراگیر بهره در نظام سرمایه‌داری، حرمت ربا

1. Credit Crunch

تنگنای اعتباری را می‌توان وجود مازاد تقاضای اعتبارات قابل توجه از سوی بنگاه‌ها و خانوارها و عدم ارائه پاسخ مقتضی و یا متناسب با تقاضای صورت گرفته از سوی عرضه‌کنندگان تسهیلات و اعتبارات دانست. (عباسیان، عزت‌اله و کلثوم روشنی، مدل‌سازی علل تنگنای اعتباری در ایران: رهیافت DSGE، نشریه علمی پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۱۳۹۹، شماره ۹۵، ص ۲۴۶).

2. The Banker

3. El Tiby, A. M., *Islamic Banking: How to Manage Risk and Improve Profitability*, John Wiley & Sons, Inc., 2011, pp 9-13.

و حذف بهره به‌عنوان یک اصل مسلم، فصل تمایز دو نظام اقتصاد سرمایه‌داری و نظام اقتصادی مورد تأیید اسلام است.^۱ ربا و بهره در تاروپود اقتصاد متعارف حضور دارد و به اشکال مختلف از جمله اوراق قرضه، سپرده‌ها، وام‌ها و اعتبارات بانکی، کارت‌های اعتباری و غیره در همه ابعاد اقتصاد سرمایه‌داری جریان دارد. اسلام آن را به‌شدت نهی کرده و از گناهان کبیره برشمرده و مرتکب‌شونده آن را نه فقط از عقاب اخروی بیم داده، به مبارزه دنیوی نیز تهدید کرده است.^۲ از نظر سید محمدباقر صدر، بین بانکداری ربوی و بانکداری اسلامی این تفاوت وجود دارد که بانک ربوی بر مبنای ویژگی‌های نظام سرمایه‌داری فعالیت می‌کند و عمده درآمد آن نیز از همین طریق است؛ درحالی‌که، بانک اسلامی در جایگاه عامل فعالیت می‌کند و درآمد خود را نه براساس بهره و سود، بلکه برپایه مزد کار تعریف می‌کند.^۳

۲.۳.۲. اصل تسهیم سود و زیان

تأمین مالی در اسلام بر این پایه استوار است که سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر هر دو باید به‌طور مساوی در ریسک سرمایه‌گذاری تجاری سهیم باشند. در اصطلاح بانکی، سپرده‌گذار، بانک و وام‌گیرنده همگی باید ریسک‌ها و سودهای (پاداش) تأمین مالی فعالیت‌های تجاری پر خطر را با یکدیگر شریک شوند. در بانکداری تجاری برخلاف بانکداری اسلامی، تمام فشارها بر روی وام‌گیرنده است که بدون توجه به موفقیت یا شکست فعالیت تجاری باید وام را با سود توافق‌شده بازپرداخت کند. در بانکداری متعارف آنچه در درجه اول اهمیت قرار دارد این است که وام و سود آن به‌موقع پرداخت شود؛ بنابراین، به‌هنگام اعطای وام غالباً اعتبار و خوش‌حسابی وام‌گیرنده از اهمیت زیادی برخوردار است؛ اما در بانکداری اسلامی بانک فقط در صورت موفقیت پروژه و تولید سود، بازده دریافت خواهد کرد؛ بنابراین، در بانک اسلامی بیشتر به سلامت پروژه، هوش کسب‌وکار و شایستگی‌های مدیریتی سرمایه‌پذیر توجه می‌شود.

۱. نظریور، محمدتقی، سیدعباس موسویان و ایوب خزایی، *بانکداری اسلامی*، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۵، ص ۳۹.
 ۲. محقق‌نیا، محمدجواد و همکاران، *درآمدی بر شاخص‌های بانکداری اسلامی*، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۴، ص ۲۸۹.
 ۳. همان، ص ۳۲۸؛ همچنین رک‌السان، مصطفی، پیشین، ص ۸۷؛ سلطانی، محمد، پیشین، صص ۳۵ - ۴۳.

۲.۳.۳. اصل منع کسب درآمد از پول

در اسلام، کسب درآمد از پول پذیرفته نیست. پول در اسلام صرفاً وسیله مبادله و راهی برای تعیین ارزش شیء است. پول به خودی خود هیچ ارزشی ندارد؛ بنابراین، نباید صرفاً با سپرده‌گذاری در بانک یا اعطای وام به افراد و دریافت سود ثابت، پول بیشتری تولید کرد. تلاش و ابتکار انسان و ریسک موجود در یک سرمایه‌گذاری مولد، مهم‌تر از پولی است که برای تأمین مالی آن استفاده می‌شود. فقهای مسلمان پول را سرمایه بالقوه می‌دانند؛ به این معنا که پول صرفاً زمانی تبدیل به سرمایه می‌شود که در تجارت سرمایه‌گذاری شود.^۱ انباشت پول در اسلام پذیرفته نیست و پول نشان‌دهنده قدرت خرید است. از این قدرت خرید (پول) نمی‌توان برای ایجاد قدرت خرید (پول) بیشتر بدون به‌کارگیری آن در تولید کالاها و خدمات استفاده کرد. اسلام همواره مسلمانان را تشویق می‌کند تا پول را در سرمایه‌گذاری‌های مولد به جریان اندازند و درآمد همیشه باید ناشی از کار فعال و مولد باشد.

۲.۳.۴. اصل به‌کارگیری عقود شرعی

بانکداری متعارف در جهت‌گیری خود سکولار است. در مقابل، در نظام اسلامی همه فعالان اقتصادی باید در چارچوب نظام اخلاقی اسلام فعالیت کنند. بانک‌های اسلامی نیز از این قاعده مستثنا نیستند و نمی‌توانند هیچ پروژه‌ای را که با نظام ارزش‌های اخلاقی اسلام در تضاد بوده یا از نظر اسلام ممنوع و برای جامعه مضر باشد تأمین مالی کنند. این اصل به‌نوعی شبیه به راهبرد سرمایه‌گذاری با مسئولیت اجتماعی^۲ در بانک‌های متعارف است که هم‌زمان به دنبال به حداکثر رساندن بازده مالی و منفعت اجتماعی است.^۳

۲.۳.۵. اصل احترام به قراردادهای و حفظ حقوق مالکیت

بسیاری از آیات قرآن کریم به مقوله تجارت می‌پردازد و در اسلام هیچ‌گونه مانعی برای تجارت مشروع وجود ندارد. اسلام ایفای تعهدات قراردادی و افشای اطلاعات^۴ را وظیفه‌ای مقدس می‌داند. هدف از افشای اطلاعات کاهش خطر اطلاعات نامتقارن^۵ و

1. Van Greuning, H., & Iqbal, Z., *Risk Analysis for Islamic Banks*, The World Bank, 2008, p 7.

2. Socially Responsible Investing (SRI)

3. Vicary Abdullah, D., & Chee, K., *Islamic Finance: Why it Makes Sense*, Marshall Cavendish International, 2010, p 6.

4. Disclosure of Information

5. Asymmetric Information →

کژمنشی^۱ است. اسلام همچنین حفظ حقوق مالکیت را مهم برمی‌شمارد، تجاوز به حقوق مالکیت افراد را به شدت ممنوع می‌کند و قائل به ایجاد تعادل میان حقوق افراد، جامعه و دولت است.

۲.۳.۶. اصل منع رفتار سوداگرانه

نظام مالی اسلام، انباشت ثروت و همچنین انجام معاملاتی را که دارای عدم قطعیت (غرر یا ابهام قراردادی) هستند ممنوع کرده است. غرر در جایی صورت می‌گیرد که عواقب و پیامدهای یک قرارداد معلوم نباشد و در حاله‌ای از ابهام قرار داشته باشد. غرر در اصل به اعمال و شروطی در قراردادهای مبادله‌ای اطلاق می‌شود که پیامدهای کامل آنها به‌وضوح برای طرفین مشخص نیست که از این حیث بسیار شبیه به اطلاعات نامتقارن است. عدم آگاهی نسبت به تمامی آثار عقد، ناقض اصل رضایت طرفین است که از نظر شرعی شرط لازم در کلیه عقود مبادله‌ای است.^۲ در نظر گرفتن غرر به‌عنوان عدم قطعیت مفرط، آن را به عنصر ریسک مرتبط می‌کند. برخی معتقدند که نهی از غرر و معاملات غرری یکی از روش‌های مدیریت ریسک^۳ در اسلام

→ عدم تقارن اطلاعاتی به برتری اطلاعاتی یکی از طرفین معامله بر دیگری اشاره دارد. تقارن اطلاعات بدین معناست که طرفین مبادله‌کننده به یک اندازه از کیفیت و شرایط و اطلاعات مورد معامله اطلاع داشته باشند. عدم تقارن اطلاعات حالتی است که در یک رابطه قراردادی یا معاملاتی یکی از طرفین قرارداد یا معامله کمتر از طرف دیگر اطلاعات داشته باشد، یعنی توزیع اطلاعات بین استفاده‌کنندگان از اطلاعات ناهمسان باشد و یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر دارای مزیت اطلاعاتی باشد. (طباطبایی نژاد، سید محمد، محمود باقری و هدایت فرخانی، **عدم تقارن اطلاعات در حقوق بانکی: مطالعه موردی قراردادهای تسهیلات سندیکایی**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۵۳).

1. Moral Hazard

مخاطرات اخلاقی در اقتصاد شامل دامنه گسترده‌ای از اعمال و رفتارها و مشتمل بر دو گونه اصلی یعنی کژمنشی و کژگزینی است. کژمنشی خود به دو نوع کلی پیش‌بینی شده (قبل از قرارداد) و پیش‌بینی نشده (بعد از قرارداد) تقسیم می‌شود. در فرایند کژمنشی فردی که مرتکب این عمل شده در واقع ضرر مضاعفی را بر طرف دیگر قرارداد تحمیل کرده است. به عبارت دیگر، در نظریه اقتصاد کژمنشی وضعیتی است که در آن رفتار یک طرف می‌تواند معامله را به ضرر طرف دیگر تغییر دهد. بر اساس تئوری قرارداد، کژمنشی ناشی از موقعیتی است که در آن اعمال پنهانی صورت گیرد. (ابریشمی، حمید، ابوالقاسم توحیدی‌نیا و احمد حشمتی مولائی، **مخاطره اخلاقی در**

عملیات بانکی بدون ربا، دانش مخاطرات، دوره ۳، ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۴۸).

2. Iqbal, M., & Molyneux, P., *Thirty Years of Islamic Banking: History, Performance and Prospects*, Palgrave Macmillan, 2005, pp 12-14.

۳. مدیریت ریسک، فرایند شناسایی و ارزشیابی ریسک و انتخاب و به‌کارگیری تکنیک‌های لازم برای انطباق و سازگاری با اثرات ریسک است. (تهرانی، رضا و عسگر نوربخش، **فرهنگ مالی و سرمایه‌گذاری**، چاپ اول، انتشارات نگاه دانش، ۱۳۸۹، ص ۴۹۵)؛ همچنین ر. ک حسنی، فرنود، سهیلا سلطانی و فرشته ضرابیه، **مدیریت بانکداری الکترونیکی**، چاپ اول، انتشارات سبزان، ۱۳۸۷، صص ۱۰۰ - ۱۰۲؛ نظری نژاد، محمد و بهمن ←

است. ممنوعیت غرر طرفین را مجبور می‌کند تا از انجام قراردادهایی با سود غیر متعارف و عدم تقارن اطلاعاتی بسیار زیاد اجتناب ورزند.^۱

شایان ذکر است که اصول شش‌گانه کلیدی بانکداری اسلامی، همچنان‌که از نام آن پیداست انحصاری نیست، بلکه می‌توان اصولی همچون: اصل انطباق عملیات بانکی با فقه اسلامی، اصل رعایت اخلاق بانکداری و ... را به آن اضافه نمود؛ در واقع، بانکداری اسلامی نظام بانکی است که در جهت اهداف نظام اقتصادی اسلام حرکت کند.

۳. بانکداری اسلامی و اهمیت آن در برقراری عدالت اجتماعی

عدالت و مساوات مهم‌ترین اولویت اسلام و آموزه‌های اقتصادی آن است. اصول کلی و اعتقادی اسلام در بردارنده ارزش‌هایی همچون برابری، تعاون و عدالت اجتماعی است. اصل ممنوعیت بهره (ربا) مهم‌ترین اصل از اصول کلیدی مالیه اسلامی به شمار می‌رود. در واقع، پول به خودی‌خود ارزش ذاتی ندارد و صرفاً وسیله‌ای برای انجام دادن معاملات است؛ بنابراین، پول یک سرمایه بالقوه است که فعلیت یافتن آن مستلزم ورود به چرخه کار و تجارت مولد است. اصل ممنوعیت بهره (ربا) خود بیانگر عدالت اجتماعی است. دریافت سود نوعی ابزار تأمین مالی ناعادلانه به شمار می‌رود که عملاً منجر به استثمار و بهره‌کشی می‌شود. بی‌عدالتی و ظلم از جمله مهم‌ترین دلایل حرمت بهره است که اغلب نویسندگان بر آن تاکید کرده‌اند. عقد مبتنی بر بهره مستلزم ظلم و بی‌عدالتی در حق یکی از طرفین است. معاملات بدون بهره مانع از بهره‌کشی اقتصادی می‌شود و عدالت اجتماعی را تضمین می‌کند. همچنین حذف نرخ بهره از تمرکز ثروت جلوگیری می‌کند و منجر به دستیابی هرچه بیشتر به عدالت اجتماعی می‌شود. از سوی دیگر، بهره پیامدهای بسیار نامطلوبی برای اقتصاد و جامعه دارد؛ چنان‌که منجر به تخصیص ناکارآمد منابع جامعه و بی‌ثباتی سیستم می‌شود. در سیستم‌های مبتنی بر بهره، وام‌گیرندگان حتی زمانی که شرایط بازپرداخت وام را ندارند مجبور به بازپرداخت هستند که این

→ نظری نژاد، *مرجع کامل فارکس*، جلد ۱، چاپ چهارم، انتشارات ترانه، ۱۳۸۹، ص ۵۹۴.

1. Kettell, B., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Wiley, 2011, pp 33-35; - Franzoni, S., & Ait Allahi, A., "Principles of Islamic Finance and Principles of Corporate Social Responsibility: What Convergence?", *Sustainability* 10, NO 3, 2018, pp 3-4; - Askari, H., et al., *Globalization and Islamic Finance "Convergence, Prospects, and Challenges*, Wiley, 2010, pp 12-13.

امر در نهایت مشکل را تشدید می‌کند و منجر به نکول می‌شود؛ بنابراین، سیستم‌های بانکی مبتنی بر بهره (ربا) ممکن است با عملکرد خود رکود در چرخه تجاری را تشدید کنند.

در نظام مبتنی بر بهره، خوش‌حسابی و اعتبار وام‌گیرنده معیار اصلی برای توزیع اعتبار و اعطای تسهیلات است. در سیستم‌های مبتنی بر بهره بانک‌ها مجبور نیستند به ارزیابی پروژه اهمیت زیادی بدهند؛ زیرا بدون توجه به موفقیت یا شکست پروژه سود خود را دریافت می‌کنند؛ این در حالی است که در نظام مبتنی بر تسهیم سود و زیان، میزان بهره‌وری پروژه از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ بنابراین در این نظام، منابع مالی به پروژه‌های مولدتر و پربازده‌تر تخصیص می‌یابد. از این رو، سیستم در تخصیص منابع، کارآمدتر عمل می‌کند.^۱ تخصیص هرچه کارآمدتر و عادلانه‌تر منابع، تحقق هرچه بهتر عدالت اجتماعی را در پی خواهد داشت. از سوی دیگر، مطابق با قواعد شریعت اسلام، هیچ‌کس بدون متحمل شدن خطر نمی‌تواند مطالبه گرامت کند (مَنْ لَهُ النَّعْمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ). در واقع، پارادایم تسهیم سود و زیان^۲ نیز از چنین قاعده‌ای پدید آمده است. در این پارادایم فرض بر این است که طرفین در معاملات مالی می‌باید ریسک‌ها و بازده را با یکدیگر به اشتراک بگذارند که همین امر منجر به تحقق اصل کلیدی تسهیم عادلانه می‌شود. در بانکداری متعارف برخلاف بانکداری اسلامی، تمام ریسک (خواه پروژه با موفقیت انجام شده و سود ایجاد کند، خواه با شکست مواجه شده و متحمل ضرر شود) بر عهده سرمایه‌پذیر است و سرمایه‌گذار همچنان با بهره‌ای از پیش تعیین شده پاداش می‌گیرد. در اسلام این نوع توزیع ناعادلانه ریسک جایز نیست. در بانکداری ناب اسلامی، هم سرمایه‌گذار و هم سرمایه‌پذیر نتایج پروژه را به صورت عادلانه و برابر با یکدیگر به اشتراک می‌گذارند. مشارکت در ریسک و بازده با توزیع هرچه عادلانه‌تر منابع منجر به ارتقای عدالت اقتصادی و اجتماعی می‌شود. در واقع، در این الگو سهمی متناسب، جایگزین بازده ثابت شده و بازگشت عادلانه سرمایه را در پی خواهد داشت؛ بنابراین، اصل تسهیم سود و زیان توزیع برابر درآمد و نتیجتاً عدالت اجتماعی را به دنبال خواهد داشت. از سوی دیگر، همه تراکنش‌های مالی باید به طور سیستماتیک به دارایی‌های واقعی مرتبط باشند. بر این اساس، پول در خدمت اقتصاد واقعی است.

1. Iqbal, M., & Molyneux, P., *Thirty Years of Islamic Banking: History, Performance and Prospects*, Palgrave Macmillan, 2005, pp 10-11.

2. Profit and Loss Sharing

بانک‌های اسلامی با پیروی از اصل پشتوانه‌داری^۱ به منظور جلوگیری از تورم بیش از حد و حباب‌های سوداگرانه هیچگاه به دنبال خلق پول از هیچ نیستند. بدین ترتیب، عدالت اجتماعی با اجتناب از تورمی برقرار خواهد شد که منجر به ضرر بستانکاران و نفع بدهکاران می‌شود. اصل پشتوانه‌داری همچنین از بانکداری اسلامی در مقابل بحران‌های مالی بازدارنده رشد حفاظت می‌کند و مانع از توزیع ناعادلانه درآمدها می‌شود.

۳.۱. سازوکارهای بانکداری اسلامی در جهت دستیابی به عدالت اجتماعی

توزیع عادلانه ثروت، تأمین مایحتاج زندگی برای نیازمندان و حمایت از ضعفا در مقابل مشکلات اقتصادی از جمله اهداف عدالت اجتماعی است که بانکداری اسلامی با ایجاد برخی سازوکارها می‌تواند به تحقق آنها کمک کند.

۳.۱.۱. توزیع عادلانه ثروت

بانکداری اسلامی از دو طریق در راستای توزیع عادلانه ثروت گام برمی‌دارد: ۱- تأمین مالی مشارکت در ریسک^۲ (مشارکت و مضاربه)؛ ۲- بسیج پس‌انداز حساب‌های سرمایه‌گذاری. از جنبه‌داری‌ها، تأمین مالی بانکداری اسلامی با مشارکت و مضاربه از بانکداری متعارف متمایز می‌شود. مشارکت به معنای مشارکت در سرمایه^۳ یا مشارکت فعال بانک اسلامی در سرمایه‌بنگاه است. مضاربه نوعی مشارکت منفعلانه است که در آن بانک اسلامی سرمایه‌گذار است و سرمایه را به‌طور کامل تأمین می‌کند؛ درحالی‌که، مشتری مسئولیت سامان‌دهی و مدیریت تجارت را بر عهده می‌گیرد. در اینجا سود به شکل توافقی تقسیم می‌شود و بانک نیز جز در موارد قصور طرف مقابل، متحمل زیان‌های احتمالی خواهد شد. تأمین مالی مشارکت در ریسک (مشارکت و مضاربه) امکان توزیع کارآمدتر و عادلانه‌تر ثروت را فراهم می‌کند. از جنبه مسئولیت نیز توزیع عادلانه منابع میان سپرده‌گذاران حساب سرمایه‌گذاری و بانک اسلامی صورت می‌گیرد. حساب‌های سرمایه‌گذاری تسهیم سود^۴ حساب‌های بیمه‌شده یا حساب‌های دارای سرمایه معین نیستند. نرخ بازده پیشینی سرمایه با نوعی نرخ بازده پسینی محتمل جایگزین می‌شود؛ در نتیجه، از جنبه مسئولیت، واسطه‌گری مشارکتی مبتنی بر سپرده‌های سرمایه‌گذاری و از جنبه‌داری،

1. Asset Backing
2. PLS
3. Equity Participation
4. Profit-sharing Investment Account (PSIA)

مشارکت و مضاربه بهترین ابزار برای اجرای عدالت اجتماعی از طریق تسهیم ریسک است که منجر به توزیع عادلانه ثروت می‌شود.

۳.۱.۲. کمک به تأمین مایحتاج اولیه زندگی

ظرفیت و توانمندی بانک‌های اسلامی در ارتقای توسعه اقتصادی منجر به رفاه بیشتر و متعاقباً بهبود وضعیت اقتصادی فقرا می‌شود. اصل توزیع یکی از ضرورت‌ها و الزامات در اقتصاد اسلامی است که منجر به تأمین نیازهای اولیه زندگی، همچون خوراک، پوشاک و سرپناه، برای تمامی افراد جامعه بدون در نظر گرفتن ملیت، قومیت، دین، زبان و غیره است. بانک‌های اسلامی می‌توانند نیازهای اولیه فقرا را تأمین و احتیاجات اولیه انسانی را برآورده کنند و بدین ترتیب، منجر به عدالت اجتماعی شوند. در واقع بانک‌های اسلامی نقش واسطه اجتماعی را ایفا می‌کنند. وجود حساب‌های زکات از دیگر وجوه افتراق بانکداری اسلامی از بانکداری متعارف بوده که مدیریت به‌کارگیری این وجوه بر عهده بانک‌های اسلامی است. به عنوان مثال، بانک اسلامی امارات^۱ در گزارش سال ۲۰۱۵ خود اعلام کرد: «وجوه زکات از طریق کمیته‌ای که توسط مدیریت تشکیل شده است به مجاری شرعی پرداخت می‌گردد». این تأمین مالی به جلب رضایت فقرا و مشارکت آنها در عرصه تولید کمک می‌کند. علاوه بر این، نظام بانکداری اسلامی وجوهی را از طریق اعتباردهی خرد^۲ و براساس قرض الحسنه (وام بدون بهره) ارائه می‌دهد. قرض الحسنه نوعی اعطای تسهیلات اجتماعی به افراد دارای مشکل یا کارآفرینان جوان مبتکر است. این تأمین مالی منجر به کاهش بیکاری می‌شود و فقرا را در بهره‌وری هرچه بیشتر یاری می‌رساند. این نوع واسطه‌گری مالی به حل مشکلات فقر و رفع نیازها و احتیاجات اولیه کمک می‌کند و منجر به کاهش نابرابری‌های اجتماعی در بین فعالان اقتصادی می‌شود.

۳.۱.۳. ایجاد برابری در دسترسی به منابع مالی و حمایت از ضعفا در برابر مشکلات اقتصادی

بانکداری اسلامی را می‌توان به مثابه محور اصلی و اساسی شمول مالی^۳ در نظر گرفت.

1. Emirates Islamic Bank

2. Microcredits

3. Financial Inclusion

شمول مالی عبارت است از دسترسی به خدمات مالی برای همه افراد به‌ویژه اقشار فقیر و محروم جامعه. شمول مالی همچنین می‌تواند به عنوان ارائه خدمات بانکی با هزینه مقرون به صرفه برای بخش‌های وسیعی از گروه‌های محروم و کم‌درآمد تعریف شود. (بالونژاد نوری، روزبه و امیرعلی فرهنگ، اثر شمول مالی بر کارایی و ←

بانک اسلامی می‌تواند طیف گسترده‌تری از افراد (شامل افراد کم درآمد و روستاییان) و بنگاه‌ها را قادر به دسترسی به خدمات مالی کند و با تأمین مالی مشاغل کوچک و کارگران در راستای غلبه بر محرومیت مالی گام بردارد. این امر منجر به برقراری عدالت در دسترسی به منابع مالی و ترویج برابری و مساوات در جامعه می‌شود. کاهش محدودیت‌های مالی موجب بهبود هرچه بیشتر دسترسی به اعتبار برای بنگاه‌های کوچک‌تر و جوان‌تر و نتیجتاً افزایش کارآفرینی و کاهش فقر می‌شود.^۱

۴. آسیب‌شناسی نظام بانکداری اسلامی در ایران

در حال حاضر دو قانون، یکی مبتنی بر بانکداری متعارف (قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱) و دیگری مبتنی بر بانکداری بدون ربا (قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲)، بر نظام بانکی ایران حاکم است که یکی مشوق معاملات مبتنی بر ربا و دیگری مشوق معاملات غیرربوی است. این دو رویکرد متضاد و برخلاف یکدیگرند. علاوه بر این، صوری بودن بخشی از عملیات بانکی، عدم استقلال نهاد ناظر (بانک مرکزی) بر نظام پولی، عدم وجود سازوکار حسابرسی کارآمد و شفاف، عدم شفافیت و پاسخگویی نهاد ناظر (بانک مرکزی) بر نظام پولی از جمله آسیب‌های بانکداری اسلامی در ایران محسوب می‌شود.^۲

از سوی دیگر، همان‌گونه که بیان شد، یکی از اهداف اساسی بانکداری اسلامی، در کنار سایر نهادها، گسترش عدالت و بهبود توزیع درآمد در جامعه است که خود از مهم‌ترین تمایزات بانکداری اسلامی از بانکداری متعارف به شمار می‌رود. این در حالی است که در عمل، در نظام بانکی کشور تسهیلات به افرادی که دارای سرمایه‌های کلان می‌باشند، اعطاء می‌شود و بنگاه‌های کوچک اقتصادی و همچنین اشخاصی که توان تودیع وثیقه‌های مطالبه‌شده از سوی بانک‌ها را ندارند، از دریافت تسهیلات بانکی محروم‌اند. انگیزه چنین اقدامی را می‌توان سودآوری

→ پایداری مالی: کاربردی از رویکرد شاخص‌سازی چند بعدی، فصلنامه اقتصاد و تجارت نوین،

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال ۱۴۰۰، ۱۶، شماره ۲، ص ۶۰.

1. Azid, T., & Sunar, L., *Social Justice and Islamic Economics: Theory, Issue and Practice*, Routledge, 2019, pp 73-77.

۲. متانی، محمدعلی، «حقوق تنظیمی امور بانکی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸، صص ۹۴ - ۱۰۷.

فعالیت‌ها، فرار از ریسک و سهولت در برگشت سرمایه و ... عنوان کرد؛ لذا ضروری است که نظام بانکی کشور راهکارهایی با هدف صیانت از حقوق سپرده‌گذاران و حرکت در جهت استقرار هرچه بهتر عدالت شناسایی کند.

نتیجه‌گیری

در اسلام توجه به بُعد انسانی توسعه از اهمیت فراوانی برخوردار و سرمایه‌گذاری اخلاقی یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های نظام مالی اسلام است. درحالی‌که نظام‌های مالی متعارف اساساً بر جنبه‌های اقتصادی و مالی معاملات تمرکز دارند، نظام مالی اسلام همواره به‌طور یکسان بر ابعاد اخلاقی، اجتماعی و دینی فعالیت‌های اقتصادی تأکید می‌کند و به دنبال ارتقای عدالت و برابری به نفع جامعه به عنوان یک کل است. پاسداری از اهداف اجتماعی، همچون عدالت توزیعی، فقرزدایی و برابری اجتماعی، از جمله آرمان‌های نظام مالی اسلام به شمار می‌رود. عدالت و مساوات مهم‌ترین اولویت اسلام و آموزه‌های اقتصادی آن است. اصول کلی و اعتقادی اسلام دربردارنده ارزش‌هایی همچون برابری، تعاون و عدالت اجتماعی است. چنان‌که گفته شد، توزیع عادلانه ثروت تأمین مایحتاج زندگی برای نیازمندان و حمایت از ضعفا در برابر مشکلات اقتصادی از جمله اهداف عالی عدالت اجتماعی است که با بررسی برخی از سازوکارهای بانکداری اسلامی مشخص شد بانکداری اسلامی می‌تواند به تحقق آن کمک کند. نظام مالی اسلام بر اساس ممنوعیت مطلق پرداخت یا دریافت هرگونه بهره از پیش تعیین‌شده بنا شده است. معاملات بدون بهره مانع از بهره‌کشی اقتصادی می‌شوند و عدالت اجتماعی را تضمین می‌کنند. همچنین حذف نرخ بهره از تمرکز و انباشت ثروت جلوگیری می‌کند و منجر به دستیابی هرچه بیشتر به عدالت اجتماعی می‌شود. از سوی دیگر، در اسلام توزیع ناعادلانه ریسک جایز نیست و در بانکداری ناب اسلامی، هم سرمایه‌گذار و هم سرمایه‌پذیر نتایج پروژه را به صورت عادلانه و برابر با یکدیگر به اشتراک می‌گذارند. مشارکت در ریسک و بازده با توزیع هرچه عادلانه‌تر منابع منجر به ارتقای عدالت اقتصادی و اجتماعی می‌شود؛ بنابراین، شاخصه تسهیم ریسک در نظام مالی اسلام عدالت، ثبات و رشد را به ارمغان می‌آورد. از جنبه مسئولیت، واسطه‌گری مشارکتی مبتنی بر سپرده‌های سرمایه‌گذاری و از جنبه دارایی، مشارکت و مضاربه بهترین ابزار برای اجرای عدالت اجتماعی از طریق تسهیم ریسک است که منجر به توزیع عادلانه ثروت می‌شود. اصل

پشتوانه‌ دارایی از جمله اصولی است که از بانکداری اسلامی در مقابل بحران‌های مالی بازدارنده رشد حفاظت می‌کند و مانع از توزیع ناعادلانه درآمدها می‌گردد. بانکداری اسلامی می‌تواند مسئله شمول مالی یا دسترسی به منابع مالی را از طریق قراردادهای تسهیم ریسک حل کند و از این طریق در راستای برقراری عدالت اجتماعی گام بردارد. عدم دسترسی به منابع مالی یکی از دلایل اصلی فقر است که بانکداری اسلامی با فراهم‌سازی فرصت دسترسی به اعتبار برای فقرا امکان سرمایه‌گذاری و درآمدزایی را برای آنان فراهم می‌کند. برقراری تعادل و عدالت اجتماعی مستلزم توجه به افراد کم بضاعت جامعه است. بانکداری اسلامی از طریق فرایندهایی همچون اعتباردهی خرد و قرض‌الحسنه منجر به کاهش بیکاری و نابرابری‌های اجتماعی و افزایش بهره‌وری فقرا و افراد کم‌بضاعت می‌شود و با تأمین مالی مشاغل کوچک و کارگران در راستای غلبه بر محرومیت مالی و ترویج برابری و مساوات در جامعه گام برمی‌دارد. نظام بانکداری اسلامی در ایران به دلیل وجود چالش‌هایی همچون: قوانین متعارض، صوری بودن بخشی از عملیات بانکی، عدم استقلال نهاد ناظر (بانک مرکزی) بر نظام پولی، عدم وجود سازوکار حسابرسی کارآمد و شفاف، عدم شفافیت و پاسخگویی نهاد ناظر (بانک مرکزی) بر نظام پولی و غیره دارای آسیب‌های جدی بوده که خود حاکی از ضرورت ارائه راهکارهایی جهت رفع این آسیب‌هاست.

منابع

کتاب

۱. اسلامی، رضا و لادن فرومند، *خصوصی‌سازی و توسعه حقوق بشر*، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
۲. السان، مصطفی، *حقوق بانکی*، چاپ چهارم، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۴.
۳. توسلی، حسین، *مبانی نظری عدالت اجتماعی*، انتشارات مدیریت بهره‌وری بنیاد مستضعفان و جانبازان، ۱۳۷۵.
۴. تهرانی، رضا و عسگر نوریخس، *فرهنگ مالی و سرمایه‌گذاری*، چاپ اول، انتشارات نگاه دانش، ۱۳۸۹.

۵. حسنی، فرنود، سهیلا سلطانی و فرشته ضرابیه، **مدیریت بانکداری الکترونیکی**، چاپ اول، انتشارات سبزان، ۱۳۸۷.
۶. سلطانی، محمد، **حقوق بانکی**، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
۷. شایگان، فریده و همکاران، **تقویت همکاری‌های بین‌المللی در زمینه حقوق بشر** (زیر نظر: ممتاز، جمشید)، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۸. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد ۲، چاپ دوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
۹. متین‌دفتری، احمد، **حقوق بشر و حمایت بین‌المللی آن**، انتشارات بهمن، ۱۳۴۸.
۱۰. محقق‌نیا، محمدجواد و همکاران، **درآمدی بر شاخص‌های بانکداری اسلامی**، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۹۴.
۱۱. نظرپور، محمدتقی، سیدعباس موسویان و ایوب خزایی، **بانکداری اسلامی**، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۵.
۱۲. نظری نژاد، محمد و بهمن نظری نژاد، **مرجع کامل فارکس**، جلد ۱، چاپ چهارم، انتشارات ترانه، ۱۳۸۹.
۱۳. والاس، ربکا و الگا مارتین ارتگا، **حقوق بین‌الملل**، (ترجمه: زمانی، سید قاسم و مهناز بهراملو)، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۲.
۱۴. هاشمی، سیدمحمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۴.
- مقاله
۱۵. ابریشمی، حمید، ابوالقاسم توحیدی‌نیا و احمد حشمتی مولائی، **مخاطره اخلاقی در عملیات بانکی بدون ربا**، دانش مخاطرات، دوره ۱۳۹۵، ۳، شماره ۱.
۱۶. بالونزاد نوری، روزبه و امیرعلی فرهنگ، **اثر شمول مالی بر کارایی و پایداری مالی: کاربردی از رویکرد شاخص‌سازی چندبعدی**، فصلنامه اقتصاد و تجارت نوین، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال ۱۶، ۱۴۰۰، شماره ۲.

۱۷. طباطبایی نژاد، سید محمد، محمود باقری و هدایت فرخانی، **عدم تقارن اطلاعات در حقوق بانکی: مطالعه موردی قراردادهای تسهیلات سندیکایی**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۱.

۱۸. عباسیان، عزت‌اله و کلثوم روشنی، **مدل‌سازی علل تنگنای اعتباری در ایران: رهیافت DSGE**، نشریه علمی پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۱۳۹۹، شماره ۹۵.

پایان‌نامه

۱۹. متانی، محمدعلی، «حقوق تنظیمی امور بانکی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸.

References

Books

1. Akkari, A., et al., *Intercultural Approaches to Education: From Theory to Practice*, Springer, 2022.
2. Al-San, Mostafa, *Banking Law*, 4th edition, Publications of Organization for Studying and Compiling Humanities Books of Universities (Samt), 2014. (in Persian)
3. Angelle, P., *A Global Perspective of Social Justice Leadership for School Principals*, Information Age Publishing, 2017.
4. Askari, H., et al., *Globalization and Islamic Finance "Convergence, Prospects, and Challenges*, Wiley, 2010.
5. Azid, T., & Sunar, L., *Social Justice and Islamic Economics: Theory, Issue and Practice*, Routledge, 2019.
6. Chung, R., & Bemak, F., *Social Justice Counseling: The Next Steps Beyond Multiculturalism*, Sage, 2012.
7. El Tiby, A. M., *Islamic Banking: How to Manage Risk and Improve Profitability*, John Wiley & Sons, Inc., 2011.
8. Eslami, Reza & Ladan Forumand, *Privatization and Development of Human Rights*, Second Edition, Jungle Publications, 2014. (in Persian)
9. Farugh Ahmad, A. U., *Developments in Islamic Banking Practice: The Experience of Bangladesh*, Universal Publishers, 2010.
10. Farugh Ahmad, A., & Hassan, M., *Riba and Islamic Banking*, *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, 2007.
11. Hasani, Farnoud, Soheila Soltani & Fereshte Zarrabieh, *Electronic Banking Management*, first edition, Sabzan Publications, 2017. (in Persian)
12. Hashemi, Seyyed Mohammad, *Human Rights and Basic Freedoms*, first edition, Mizan Publications, 2005. (in Persian)
13. Hassan, M.K. & Lewis, M.K., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007.
14. Horton, R., *Critical Perspectives on Social Justice in Speech-Language Pathology*, IGI Global, 2021.
15. ILO, *Advancing Social Justice, International Labour Conference*, 111th Session, 2023.
16. Iqbal, M., & Molyneux, P., *Thirty Years of Islamic Banking: History, Performance and Prospects*, Palgrave Macmillan, 2005.
17. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, volume 2, second edition, Sahami Publishing Co., 2013. (in Persian)

18. Kettell, B., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Wiley, 2011.
19. Khechen, M., *Social Justice: Concepts, Principles, Tools and Challenges*, Economic and Social Commission for Western Asia (ESCWA), 2013.
20. Mateen Doferi, Ahmad, *Human Rights and its International Support*, Bahman Publications, 1969. (in Persian)
21. Mohaghegnia, Mohammad Javad et al., *An Introduction to Islamic Banking Indicators*, Imam Khomeini Educational and Research Institute Publications (RA), 2014. (in Persian)
22. Nazarinejad, Mohammad & Bahman Nazarinejad, *Forex Complete Reference*, Volume 1, 4th Edition, Tarane Publications, 2019. (in Persian)
23. Nazarpour, Mohammad Taqi, Seyyed Abbas Mousavian & Ayub Khazaei, *Islamic Banking*, Publications of Organization for the Study and Compilation of Humanities Books of Universities (Samt), 2015. (in Persian)
24. Nota, L., et al., *Sustainable Development, Career Counselling and Career Education*, Springer, 2020.
25. Park, C., & Allaby, M., *Oxford Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 2013.
26. Perrin, K. M., *Working in Community Health: Foundations for a Successful Career*, Jones & Bartlett Learning, 2023.
27. Reimer, L., & Standish, K., *Perspectives on Justice, Indigeneity, Gender, and Security in Human Rights Research*, Springer, 2023.
28. Reisch, M., *The Routledge International Handbook of Social Justice*, Routledge, 2014.
29. Riele, K., et al., *Incarcerated Young People, Education and Social Justice*, Springer, 2023.
30. Sari, O., *The Idea of Social Justice*, Livre de Lyon, 2022.
31. Shaygan, Farideh et al., *strengthening international cooperation in the field of human rights* (supervised by: Mumtaz, Jamshid), first edition, Tehran University Press, 2012. (in Persian)
32. Soltani, Mohammad, *Banking Law*, first edition, Mizan Publications, 2019. (in Persian)
33. Tavoli, Hossein, *Theoretical Foundations of Social Justice*, Publications of Productivity Management of Mustafafan and Janbazan Foundation, 1996. (in Persian)
34. Tehrani, Reza and Asgar Nourbakhsh, *Finance and Investment Culture*, First Edition, Negah Danesh Publications, 2019. (in Persian)

35. Van Greuning, H., & Iqbal, Z., *Risk Analysis for Islamic Banks*, The World Bank, 2008.
36. Venardos, A. M., *Islamic Banking and Finance in South-East Asia: Its Development and Future*, World Scientific Publishing, 2005.
37. Vicary Abdullah, D., & Chee, K., *Islamic Finance: Why it Makes Sense*, Marshall Cavendish International, 2010.
38. Wallace, Rebecca & Olga Martin Ortega, *International Law*, (Translation: Zamani, Seyyed Qasim and Mahnaz Behramlou), Shahr Danesh Publications, 2012. (in Persian)
39. Ward, C., *Achieving Equity in Higher Education Using Empathy as a Guiding Principle*, IGI Global, 2022.

Articles

40. Abbasian, E & Roshni, K, "Modeling the causes of credit crunch in Iran: DSGE approach", *Scientific Journal of Economic Research and Policy*, 2019, No. 95. (in Persian)
41. Abrishmi, H, Tohidinia, A & Hashmati Moulai, A, "moral risk in banking operations without usury", *Risk Knowledge*, Volume 3, 2015, NO 1. (in Persian)
42. Balunjad Nouri, R & Farhang, A, "the effect of financial inclusion on financial efficiency and sustainability: an application of the multidimensional indexing approach", *Modern Economy and Trade Quarterly, Research Institute of Humanities and Cultural Studies*, 2021, 16, No. 2. (in Persian)
43. Franzoni, S., & Ait Allahi, A., "Principles of Islamic Finance and Principles of Corporate Social Responsibility: What Convergence?", *Sustainability* 10, NO 3, 2018.
44. Tabatabaiejad, S M, Bagheri, M & Farkhani, H, *Information Asymmetry in Banking Law: A Case Study of Syndication Facility Contracts*, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 47, 2016, No 1. (in Persian)

Thesis

45. Matani, M A, "Regulatory Laws of Banking Affairs in the Legal Systems of Iran and England", Doctoral Dissertation of Public Law, Shahid Beheshti University, 2018. (in Persian)

Islamic Banking and Social Justice

Mohammadali Matani*
Bahar Golkar Esmaeel**

Abstract

Islamic banks unlike conventional banks, whose main objective is to maximize profits through the facilities provided, are required to comply with some principles such as prohibition of Riba (interest), prohibition of Gharar, prohibition of earning income through investment in illegal activities, the principle of profit and loss sharing and the principle of Asset Backing which lead to the distinction of this type of banking from conventional ones. On the other hand, all financial contracts in Islam are based on the principle of justice and social justice is one of the most important goals of the Islamic banking system. Equitable distribution of wealth, providing the life necessities for the needy; providing equal access to financial resources and supporting the weak against economic problems are among the highest goals of social justice which Islamic banking can help to achieve. In this research, in order to analyze the effect of these principles in the establishment of social justice, we intend to study the differences between Islamic and conventional banking and have a brief overview of the fundamental principles of Islamic banking and address the question of whether Islamic banking mechanisms have the necessary efficiency to achieve social justice through a descriptive-analytical method by library information collection.

Keywords:

Islamic Banking, Financial Inclusion, Microcredits, Profit & Loss Sharing, Equitable Distribution of Wealth.

* PhD., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
ma.matin46@yahoo.com

**L.L.M, Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central Branch, Tehran, Iran.
b2020esmail@yahoo.com

Contents:

Implementation of Consumption Law Rules in Crypto Assets Offerings through the Obligation to Disclosure Abbas Ghasemi Hamed- Hamed Teymouri- Behrad Saghiri	39
The Model of Criminal Policy in Facing Political-Economic Corruption of the Oligarchic System Bagher Shamloo- Gholamreza Esmaeili Azar.....	72
The Effect of the Business Licensing Facilitation Law Approved in 2022 on the Nature of the Mission (Duties) of the Notary and Its Characteristics Seyed Abbas Seyedi Arani	102
Frank Lovett's Theory on the Legal Recognition of Minorities; A Paradigm Revolution or a Critical Reading? Hadi Salehi- Amin Razipour Joybari	130
Civil Liability of the State for Abandoning People's Vaccination against Corona Virus (Comparative Study of England's law) Sedigheh Hejininejad- Jamshid Nourshargh	157
Islamic Banking and Social Justice Mohammadali Matani- Bahar Golkar Esmaeel.....	186

Economic and Commercial Law Research

Shahid Beheshti University Faculty of Law
in Cooperation with
Iran Scientific Association of Economic Law

Published by: Shahid Beheshti University
Director in Charge & Editor in Chief: A. GHASEMI HAMED
Executive Director: E. SHAMS

Editorial Board (Alphabetical Order)

Abbas KARIMI (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

Ali MOGHADAM ABRISHAMI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Ebrahim ABDIPOUR FARD (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University)

Hamid Reza NIKBAKHT FINI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Professor of International Trade Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Iraj BABAIE (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Mahmoud BAGHERI (Associate Professor of International Trade Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

Mehrab DARABPOUR (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Mir Hossein ABEDIAN KALKHOR (Member of Iran- United States Claims Tribunal)

Mirghasem JAFARZADE (Associate Professor of International Trade Law, Intellectual Property Law & Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Mohammad Hasan SADEGHI MOGHADAM (Professor of Private & Islamic Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

Mohammad Hossein ZAREIE (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Mohammad ROSHAN (Associate Professor of Private Law Department, Family Research Institute, Shahid Beheshti University)

Saeed Reza ABADI (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Seyed Jamal SEYFI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Associate Professor of International Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)