



دانشکده حقوق

# پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

دی ماه ۱۴۰۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

---

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

دی ماه ۱۴۰۳  
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

---

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

E-mail: [ecocolaw@sbu.ac.ir](mailto: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 میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق،

دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر همایون حبیبی (دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)

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 داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده

حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر عباس شیری ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)

دکتر عباس طوسی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)

دکتر ابراهیم عبدی پور 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 فینی (عضو دیوان داوری 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. نویسنده با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده حقوق) واگذار می‌نماید.
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.

### ب) 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 درخصوص 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:

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

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

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

شش

<p>باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.</li> </ul>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 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.</li> <li>• یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد.</li> <li>• ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود.</li> </ul>	<p>بدنه ی مقاله</p>	<p><b>صفحه‌ی سوم به بعد</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 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.</li> <li>• کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.</li> </ul>	<p>فهرست منابع</p>	

ع. 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. ...
- نمونه: بهمنی، 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. ....
  - 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 دکترا/ 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)
- 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

- تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان (با تأکید بر بحران غزه و پاندمی کووید ۱۹) ..... ۱۱
- رؤیا زارع نعمتی - سید قاسم زمانی
- مطالعه ممنوعیت‌های سه‌گانه دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده ایالات متحده امریکا؛ با نگاه تطبیقی به نظام حقوقی ایران ..... ۵۱
- سید امین پیش‌نماز - مصطفی‌السان
- داوری در قراردادهای هوشمند؛ چالش‌های حقوقی حل‌وفصل اختلافات درون و بیرون زنجیره بلوکی ..... ۸۷
- شهرزاد حدادی
- آثار و پیامدهای اقتصادی-اجتماعی فرهنگ مطالبه خسارت ..... ۱۱۷
- عباس میر شکاری - مونا عبدی - نفیسه ملکی
- ماهیت حکم به تساوی دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی با مسلمانان در قانون مجازات اسلامی ..... ۱۴۷
- مصطفی مسعودیان
- نقش فناوری‌های نوین در اثبات جرائم اقتصادی ..... ۱۶۷
- مهرداد احمدزاده ذوالپیرانی - یاسمن خواجه نوری - علی نجفی توانا



## تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان (با تأکید بر بحران غزه و پاندمی کووید ۱۹)

رؤیا زارع نعمتی\*  
سید قاسم زمانی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۴

### چکیده

بیماری‌های مسری چه در زمان صلح و چه به هنگام جنگ، از مهم‌ترین عوامل تهدیدکننده زندگی انسان‌ها از گذشته تاکنون بوده است. حقوق بین‌الملل به منظور حمایت و تضمین هرچه بیشتر حق حیات و حق سلامت افراد، تعهدات گوناگونی را برای دولت‌ها در زمینه مدیریت بحران ناشی بیماری‌های مسری پیش‌بینی کرده است. در این میان، کودکان به واسطه نداشتن درک کافی از مخاطرات پیرامون خود در زمان بروز بحران ناشی از اپیدمی بیماری‌های مسری نسبت به سایر گروه‌های جمعیتی آسیب‌پذیری جسمی و روانی بیشتری دارند. این تحقیق با بررسی مسائل و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری در گروه جمعیتی کودکان، به چالش‌های فراروی آنها در این زمینه پرداخته است. یافته‌های مقاله حاضر نشان می‌دهد برخی دولت‌ها در اعمال پاره‌ای از تعهدات بین‌المللی غفلت کرده و عملکرد آنها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان چندان مطلوب و تأثیرگذار نبوده است و به تمهیدات و سیاست‌گذاری‌های نوین دیگری نیاز دارد که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

### کلیدواژه‌ها:

مدیریت بحران، تعهدات بین‌المللی، بیماری مسری، کودکان، غزه و کووید ۱۹.

\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پردیس دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
roya.attorney@gmail.com

\*\* استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

zamani@atu.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

بحران‌های طبیعی و غیرطبیعی، واقعیتی اجتناب‌ناپذیر در زندگی اجتماعی است. بحران‌ها در ذات خود بستر شکل‌گیری تهدیدها و فرصت‌هایی‌اند که می‌توانند بر حسب نوع، شدت و گستره محیطی بحران، دولت‌ها و افراد تحت صلاحیت آن را در شرایط دشوار و پر مخاطره‌ای قرار دهند. جنگ‌ها، حوادث طبیعی و بیماری‌های مسری به‌عنوان مهم‌ترین عوامل تهدیدکننده زندگی انسان‌ها، همواره تلفات جانی، هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی جبران‌ناپذیری را برای بشریت به بار آورده‌اند. از این‌رو آمادگی و امنیت در برابر این‌گونه حوادث، امری حیاتی و بسیار بااهمیت تلقی می‌شود. این موضوع در جهان کنونی به قدری ضروری است که کشورهای توسعه‌یافته بخش مهمی از برنامه‌ریزی‌های جامع و ملی خود را به آن اختصاص داده‌اند؛ زیرا مسئله دفاع از امنیت شهروندان و توجه به حفظ جان و سلامت انسان‌ها در برابر حوادث، از جنبه‌های مختلف بهداشتی، اجتماعی، اقتصادی و... دارای اهمیت ویژه است.

امروزه، حفظ امنیت ملی فقط منحصر به حفاظت یک کشور در برابر تهاجم مسلحانه سایر کشورها یا بازیگران غیرحکومتی نیست، بلکه پدیده‌های نوظهور مانند بیماری‌های مسری نیز جنبه فرامرزی و جهانی یافته و امنیت ملی و بین‌المللی را با چالش و تهدید مواجه کرده‌اند. شیوع بیماری‌های واگیردار مختص زمان خاصی نیست و از گذشته تاکنون بیماری‌های مسری مانند طاعون، سل، آنفلوآنزا، کووید ۱۹، ابولا و... سبب تلفات انسانی گسترده‌ای در کشورهای مختلف شده‌اند. اما آسیب‌پذیری کودکان در برابر بیماری‌های مسری نسبت به سایر گروه‌های جمعیتی به‌ویژه کودکان مهاجر، کودکان آواره و حتی کودکانی که در بحبوحه منازعات مسلحانه زندگی می‌کنند، بیشتر است. کمبود دسترسی به خدمات سلامتی، پوشش ناکافی واکسیناسیون، خطر سوءتغذیه و گرسنگی، افزایش مشکلات روانی به علت تماس با تروما و... از چالش‌هایی است که کودکان در زمان جنگ و حتی حوادث طبیعی با آن مواجه‌اند. برای نمونه در جنگ سوریه تخریب زیرساخت‌ها و افزایش شیوع ناقلان، کمبود سیستم مراقبت و پوشش واکسیناسیون ناکافی منجر به افزایش بیماری‌های قابل پیشگیری با واکسن، بازپیدی فلج اطفال، طغیان سرخک و سایر بیماری‌های عفونی آندمیک شد. از طرفی شیوع گسترده کووید ۱۹ سبب شد حمایت و امدادرسانی به کودکان در مناطق جنگی مانند یمن با مشکلات زیادی مواجه شوند. همچنین

وضعیت بحرانی کودکان در غزه سبب نقض فاحش حقوق بنیادین کودکان از جمله حق حیات و حق بر سلامت آنان شده است. به گفته کاترین راسل، رئیس صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف)، نوار غزه بار دیگر به خطرناک‌ترین مکان در جهان برای کودکان تبدیل شده است. وقوع جنگ میان غزه و اسرائیل خسارات بسیاری به مراکز بهداشتی و زیرساخت‌های حوزه سلامت و درمان غزه وارد کرده و ارائه خدمات بهداشتی و درمانی برای نوزادان و کودکان به دلیل قطعی آب، برق و کمبود مواد غذایی با اختلال جدی مواجه شده و این وضعیت اضطراری منجر به شیوع هرچه بیشتر بیماری‌های مسری میان کودکان و حتی مرگ بیش از سه‌هزار کودک در غزه شده است.<sup>۱</sup>

اما آنچه در وضعیت‌های بحرانی اهمیت فراوانی دارد و در افزایش یا کاهش میزان خسارات و تلفات انسانی مؤثر است، وجود یا عدم وجود سیستم مدیریت بحران کارا است که با توجه به ویژگی‌های خاص بیماری‌های مسری تدابیر ویژه‌ای را ایجاب می‌کند. کودکان در زمره گروه‌هایی‌اند که نیازمند امکانات، برنامه‌ها و تسهیلات خاصی هستند؛ زیرا سیستم ایمنی بدن کودکان نسبت به سایر اقشار جمعیتی ضعیف‌تر است و زودتر دچار بیماری می‌شوند. همچنین کودکان به‌علت ناتوانی در رعایت اصول بهداشتی، بیشتر مستعد ابتلا به عفونت هستند. بررسی‌های صورت‌گرفته در این تحقیق نشان می‌دهد عملکرد دولت‌ها [به‌خصوص دولت‌های دارای اقتصاد ضعیف یا کشورهای درگیر مخاصمات مسلحانه] در مواجهه با بحران ناشی از بیماری‌های مسری چندان مطلوب و مؤثر نیست و به نیازهای کودکان [به‌ویژه کودکان بیمار] در زمان بروز چنین بحران‌هایی توجه کافی نشده است و نیازمند ارائه راهکار و تدبیر مناسب و شایسته‌تری هستند.

این تحقیق با رویکرد توصیفی تحلیلی در صدد است تا در اثنای بحث و بررسی پیرامون بیماری‌های مسری، به تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان بپردازد. در این چارچوب تلاش شده است به این پرسش پاسخ داده شود که مطابق حقوق بین‌الملل دولت‌ها چه تعهداتی در قبال مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری

1. Antonio Guterres: "Gaza is becoming a graveyard for children", 07 November 2023, For more Information See: <https://turkiye.un.org/en/251952-guterres-%E2%80%9Cgaza-becoming-graveyard-children%E2%80%9D/>

کودکان دارند و در صورت عدم کفایت مقررات، جامعه بین‌المللی به چه تمهیدات و راهبردهای کارآمد و اثر بخشی نیازمند است؟

برای حصول به نتیجه در قسمت نخست به بحران بهداشت عمومی در غزه و شیوع بیماری‌های مسری در کودکان و در قسمت دوم به مفهوم مدیریت بحران و مراحل آن پرداخته شده است. در قسمت سوم با ابتنا به اسناد بین‌المللی، تعهدات دولت‌ها در بحران‌های ناشی از بیماری‌های مسری کودکان مورد بررسی قرار می‌گیرد و در قسمت چهارم نیز چالش‌های فراروی کودکان در حوزه مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

### ۱. بحران بهداشت عمومی در غزه و شیوع بیماری‌های مسری در کودکان

پس از آغاز حمله نظامی اسرائیل به نوار غزه، نزدیک به ۴۰ هزار نفر از مردم غزه کشته شده‌اند که بیشتر آنها زن و کودک هستند. تحمیل آگاهانه سوءتغذیه طولانی‌مدت و کم‌آبی به مردم این منطقه فاجعه‌ای بهداشتی را رقم زده است؛ آن‌گونه که آژانس امداد و کار سازمان ملل متحد برای آوارگان فلسطینی (آنروا) خبر داده اولین مورد فلج اطفال<sup>۱</sup> در غزه پس از ۲۵ سال ثبت شد.<sup>۲</sup> «سازمان بهداشت جهانی تأیید کرده است که یک نوزاد ۱۰ ماهه در غزه پس از ابتلا به ویروس فلج اطفال، فلج شده است.»

وزارت بهداشت فلسطین با اعلام خبر همه‌گیری فلج اطفال در سراسر این منطقه، حمله نظامی را عامل انتشار این ویروس مرگ‌بار دانسته است. وزارتخانه یادشده همچنین از این رویداد به‌عنوان پسرفت در برنامه جهانی ریشه‌کنی فلج اطفال یاد کرده و خواستار مداخله جامعه بین‌المللی برای پایان دادن به جنگ در غزه و یافتن راه‌حل‌های اساسی برای کمبود آب آشامیدنی و بهداشت شخصی و شبکه‌های فاضلاب آسیب‌دیده و حذف هزاران تن زباله شد.<sup>۳</sup>

۱. فلج اطفال بیماری ویروسی و مسری است که اغلب بر عصب نخاع تأثیر می‌گذارد. ویروس فلج اطفال می‌تواند از راه دهان وارد بدن و در حلق و روده تکثیر شود و با حمله به سلول‌های عصبی نخاع، پیامدهای مختلفی مانند فلج شدن، مشکلات تنفسی و در برخی موارد حاد نیز مرگ را به همراه داشته باشد.

2. Children in Gaza need life-saving support, 4 October 2024, See:

<https://www.unicef.org/emergencies/children-gaza-need-lifesaving-support/> Children in Gaza are now at risk of polio as well as bombs – we need a ceasefire now, Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus WHO Director-General World Health Organization, 1 August 2024, See: <https://www.who.int/news-room/comm>

3. Gaza: First polio case confirmed in war-shattered enclave, 23 August 2024, See: <https://news.un.org/en/story/2024/08/1153486/>

از سوی دیگر، بنا به اعلام سازمان ملل با بدتر شدن شرایط بهداشتی در غزه، علاوه بر شناسایی ویروس فلج اطفال، موارد ابتلا به هپاتیت A، اسهال خونی، بیماری‌های تنفسی و گاستروانتریت نیز افزایش یافته است. سازمان ملل مدت‌هاست خواستار برقراری آتش‌بس فوری یا دست‌کم توقف جنگ برای اجرای دو کارزار واکسیناسیون جمعی برای بیش از ۶۴۰ هزار کودک شده است که تاکنون محقق نشده است.<sup>۱</sup> درحالی‌که ترومای ناشی از جنگ، سلامت کودکان فلسطینی را با تهدیدی جدی مواجه کرده است. هم‌اکنون شرایط کودکان فلسطینی روایتی تلخ و تکان‌دهنده است که می‌بایست تدبیری جدی از طرف دولت‌های طرف مخاصمه و جامعه جهانی علی‌الخصوص سازمان ملل متحد صورت گیرد. زیرا هر کودک در جهان شایسته حفاظت و پرورش است. لذا با توجه به افزایش وقوع بحران‌های انسانی در جهان، مانند سونامی بحران انسانی در غزه، لازم است بیماری‌های مسری کودکان مورد بررسی و توجه جدی‌تری قرار گیرد.

## ۲. مدیریت بحران و مراحل آن

بحران<sup>۲</sup> پیشامدی است که به‌صورت ناگهانی و گاهی فزاینده رخ می‌دهد و به وضعیتی خطرناک و ناپایدار برای فرد، گروه یا جامعه می‌انجامد و روند عادی و طبیعی زندگی انسان را با اختلال مواجه می‌کند. مدیریت بحران نیز فرایند برنامه‌ریزی، عملکرد و اقدامات اجرایی است که توسط دستگاه‌های دولتی، غیردولتی و عمومی پیرامون شناخت و کاهش سطح مخاطرات (مدیریت خطرپذیری)، مدیریت عملیات مقابله و بازسازی و بازتوانی منطقه آسیب‌دیده (مدیریت بحران) صورت می‌پذیرد.<sup>۳</sup> مراحل مدیریت بحران از سه مرحله اصلی پیش از وقوع، به هنگام وقوع و پس از وقوع بحران تشکیل می‌شود که برای هر یک از این مراحل، دولت‌ها متعهد به حمایت و تضمین سلامت و حیات انسان‌ها هستند. متناسب با مراحل سه‌گانه مذکور، چرخه‌ای برای فعالیت‌های مدیریت بحران در نظر گرفته شده است. در این چرخه، فعالیت‌های پیشگیری و

1. <https://www.mizanonline.ir/fa/news/4788776/>

2. Crisis

3. Seeger, Matthew, Ulmer, R. Ulmer., "Virtuous responses to organizational crisis: Aaron Feuerstein and Milt Cole", *Journal of Business Ethics*, 31(4), (2001), 369-376. Also see: Wenham, Clare (26 May 2017). "What we have learnt about the World Health Organization from the Ebola outbreak". *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 372 (1721): 20160307/

آمادگی مربوط به زمان قبل از وقوع بحران، مقابلهٔ مربوط به هنگام وقوع و بازسازی مربوط به پس از وقوع بحران است.<sup>۱</sup>

بالاترین هدف از استقرار مدیریت بحران در کشورها، کاهش یا حذف خسارات ناشی از بحران است. از آنجایی که نمی‌توان احتمال وقوع بحران‌ها را از بین برد، باید به دنبال راهکارهایی برای پیشگیری و مقابله با آنها بود.<sup>۲</sup> در این میان نقش دولت‌ها در حوزهٔ بهداشت و سلامت عمومی نقش غیرقابل‌انکار و حیاتی دارد. در زمینهٔ تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان اسناد بین‌المللی گوناگونی به تصویب رسیده است. اما آنچه که در سنجش کارآمدی و اثرگذاری دولت‌ها در زمان بروز بیماری‌های واگیردار اهمیت دارد، نحوهٔ مدیریت بحران ناشی از این‌گونه وضعیت‌های اضطراری توسط آنهاست. از این‌رو مدیریت بحران ناشی از این بیماری‌ها به‌نوعی یکی از عوامل ارزیابی کیفیت حکمرانی دولت‌ها محسوب می‌شود و در صورت غفلت و ناکارآمدی عملکرد دولت‌ها در این زمینه، آثار مخربی برای امنیت ملی کشورها و حتی صلح و امنیت بین‌المللی در پی خواهد داشت.

بی‌تردید تمام انسان‌ها در معرض ابتلا به بیماری‌های مسری قرار دارند؛ اما برخی افراد مانند کودکان در برابر بیماری‌های واگیردار مانند سندرم تنفسی کووید ۱۹ آسیب‌پذیرترند و نیازمند حمایت و مساعدت بیشتری هستند.<sup>۳</sup> کودکان به فراخور نیازهای ویژه‌شان در دسترسی به مراقبت‌های سلامت و بهداشت در گروه‌های خاص و آسیب‌پذیرتر قرار دارند.<sup>۴</sup> امروزه علل اصلی مرگ‌ومیر در میان کودکان اغلب شامل عفونت‌های تنفسی، ایدز، سرخک، مالاریا، سوءتغذیه و مفاصمات مسلحانه هستند. بسیاری از مرگ‌ومیرهای کودکان از طریق واکسیناسیون، مراقبت‌های خانگی کافی، دسترسی به خدمات مراقبت‌های بهداشتی... قابل‌پیشگیری و مدیریت هستند.

۱. خانکه، حمیدرضا سید تیمور و حسینی، «انتخاب مدل برتر مدیریت بحران ناشی از حوادث طبیعی در کشورهای هدف بر اساس مدل تصمیم‌گیری چند معیاره AHP»، فصلنامه مطالعات دفاعی استراتژیک سال پانزدهم، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۷، ص ۳۰۵.

۲. عزیزی، سعید، محمدمهدی رشیدی و اکبر نیلی‌پور طباطبائی، بررسی رابطه بین توسعه سرمایه انسانی و مدیریت بحران، مجله مدیریت سرمایه اجتماعی، دوره ۶ بهار ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۱۳۴.

3. Ontario Human Rights Commission(OHRC),(2020), "Policy on Governments Human rights During the Covid-19 Pandemic", (November 2021), Available at: [https://www.ohrc.on.ca/en/news\\_centre/ohrc-policy-statement-human-rights-covid-19-recovery-planning/](https://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/ohrc-policy-statement-human-rights-covid-19-recovery-planning/)

۴. فیروزپور، کوثر، «دستاوردهای حقوق بین‌الملل در تحقق حق بر سلامت کودکان ناتوان»، مجله پژوهش‌های حقوقی، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۴۶، ص ۳۳۰.



باین‌حال، برای بسیاری از کودکان به‌علت سوءمدیریت امکانات بهداشتی و درمانی از دسترس خارج است. شرایط زندگی نامناسب، کاهش دسترسی به آب و غذای سالم از دیگر عواملی‌اند که بر وضعیت بهداشتی کودکان و شیوع بیماری‌های عفونی در زمان جنگ تأثیر می‌گذارد. در قسمت سوم تحقیق حاضر، تعهدات دولت‌ها در بحران‌های ناشی از بیماری‌های مسری با ابتنا به مقررات بین‌المللی در چند مبحث مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۳. مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در قبال سلامت کودکان

مطابق حقوق بین‌الملل، دولت‌ها در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان، تعهدات متعددی دارند که عبارت‌اند از:

#### ۳.۱. تعهد به کاهش خطرپذیری و پیشگیری از بیماری‌های مسری

پیشگیری مهم‌ترین مرحله در مدیریت بحران محسوب می‌شود. با انجام دادن اقدامات پیشگیرانه علاوه بر کاهش خسارات و تلفات، سرمایه‌گذاری در بخش‌های واکنش اضطراری و بازسازی نیز به میزان قابل‌ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد.<sup>۱</sup> تعهد به پیشگیری در حقوق بین‌الملل به معنای به‌کارگیری همه‌مساعدی لازم در قالب «مراقبت مقتضی» است.<sup>۲</sup> اقداماتی که به‌منظور کاهش اثرها یا از بین بردن خطر حوادث انجام می‌شوند، در مرحله پیشگیری قرار می‌گیرند. کاهش خطرپذیری به معنای استفاده درست و مناسب از تمامی داده‌ها و اطلاعات است. درحقیقت کاهش خطرپذیری تلاش نظام‌مند برای تحلیل و مدیریت پیامدهای پیش‌بینی‌نشده وقایع، از جمله کمتر قرار گرفتن در برابر آسیب‌ها، کاهش آسیب‌پذیری مردم، مدیریت هوشمندانه محیط زیست و آمادگی بهتر برای مقابله با حوادث ناگوار است.<sup>۳</sup>

۱. امینی حسینی، کامبد، ارائه راهکارهای اجرایی برای اصلاح و بهبود نظام مدیریت بحران کشور مبتنی بر تجارب جهانی، پژوهشگاه بین‌المللی زلزله‌شناسی و مهندسی زلزله، زمستان ۱۳۸۸، ص ۳۶. برای اطلاعات بیشتر رک:

[https://persiansign.ir/my\\_documents/my\\_files/Full-Task%206-%20final%20version-Farsi.pdf/](https://persiansign.ir/my_documents/my_files/Full-Task%206-%20final%20version-Farsi.pdf/)

۲. حدادی، مهدی و بهرام مرادیان، «مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی»، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، شماره ۶۱، صص ۱۸۷ - ۱۸۲.

۳. پروژه اسفیر: منشور بشر دوستانه و حداقل استانداردها در پاسخگویی بشر دوستانه، ترجمه عزیز سمیعی، چاپ اول، تهران: چالش، ۱۳۹۳، ص ۱۵.

براساس بند ۱۹ سند سندای<sup>۱</sup>، مسئولیت اولیه پیشگیری و کاهش خطرپذیری سوانح به عهده دولت‌هاست.<sup>۲</sup> در چارچوب سندای، ضرورت دارد دولت‌ها یک رویکرد پیشگیرانه مردم‌محور در زمینه کاهش خطرپذیری سوانح داشته باشند.<sup>۳</sup> به موجب جزء ه از بند ۳۱ این سند، گسترش همکاری میان مقامات بخش سلامت و سایر ذی‌نفعان مرتبط به‌عنوان یک ابزار اجرایی، منجر به تقویت ظرفیت کشور برای مدیریت خطرپذیری سوانح در بخش سلامت و اجرای مقررات بین‌المللی سلامت ۲۰۰۵ خواهد شد.<sup>۴</sup>

از سوی دیگر، براساس بند دوم از ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، یکی از اقداماتی که دولت‌ها باید در تحقق کامل حق بر سلامت اتخاذ کنند، «پیشگیری» از بیماری است. از طرفی دولت‌ها تکلیف دارند از گروه‌های خاصی که در معرض خطر شدید بیماری مسری و مرگ قرار دارند حمایت ویژه کنند.<sup>۵</sup> بر مبنای نظریه کمیته حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد، تحقق حق بر سلامت از جمله اقدامات پیشگیرانه از بیماری باید در دسترس، امکان‌پذیر، ارزان و باکیفیت در دسترس همه افراد قرار گیرد.<sup>۶</sup> از نظر کمیته، پیشگیری از بیماری‌های مسری نیازمند ایجاد برنامه‌های آموزشی درخصوص رفتارهای پرخطر، تقویت تعیین‌کننده‌های اجتماعی سلامت و همکاری بین‌المللی برای ارتقای کنترل و پایش همه‌گیری‌ها و جمع‌آوری داده‌ها درمورد بیماری‌های مسری است.<sup>۷</sup>

1. Sendai

۲. چارچوب سندای به عنوان مهم‌ترین راهبرد کاهش خطرپذیری سوانح در سومین کنفرانس جهانی سازمان ملل متحد برای ۱۵ سال آتی طی قطعنامه شماره ۶۹/۲۸۳ در سال ۲۰۱۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید. برای مطالعه بیشتر نک:

United Nations Office for Disaster Risk Reduction, Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015 – 2030), <https://www.undrr.org/publication/sendai-framework-disaster-risk-reduction-2015-2030/>

۳. چارچوب سندای برای کاهش خطرپذیری سوانح ۲۰۳۰-۲۰۱۵، مترجم بهنام سعیدی، عباس استاد تقی زاده و کیوان کریملو، تهران: انتشارات کتاب پدیده، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۵.

۴. همان صص ۲۹ و ۳۳.

5. RESPONSES TO COVID-19 AND STATES' HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS: PRELIMINARY OBSERVATION, (16 march, 2020). For more Information See: <https://www.amnestyusa.org/press-releases/responses-to-covid-19-and-states-human-rights-obligations-preliminary-observations/>

6. CESCR General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities: restricting marketing and advertising of certain goods to protect public health, E/C.12/GC/24, 2017, Paras. 23-24. For more Information See: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-24-2017-state-obligations-context/>

7. General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), For more Information See: <https://digitallibrary.un.org/record/425041/>

همچنین سازمان جهانی سلامت در سال ۲۰۰۵ با تدوین مقررات بین‌المللی مقابله با بیماری‌های مسری دولت‌ها را به انجام دادن اقدامات لازم و متناسب برای پیشگیری و از بین بردن بیماری متعهد کرده است. مطابق ماده ۲ این مقررات، هدف از مقررات بهداشتی بین‌المللی مدیریت یک نظام جهانی برای کنترل و جلوگیری از انتشار بیماری‌های واگیردار است و گستره این مقررات عبارت است از: پیشگیری، محافظت، کنترل و فراهم کردن پاسخ بهداشت عمومی نسبت به انتشار بین‌المللی بیماری‌ها به نحوی که متناسب و محدود به خطر بهداشت عمومی شده و از تداخل بی‌مورد در مسافرت‌ها و تجارت بین‌المللی پرهیز شود.<sup>۱</sup>

افزون بر این، طبق مواد ۲، ۳، ۶ و ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک<sup>۲</sup>، دولت‌های عضو متعهد شدند حق کودکان در بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل‌دستیابی سلامتی و تسهیلات در درمان و بیماری‌ها و بازبانی سلامتی را به رسمیت بشناسند. دولت‌های عضو باید تمام تلاش خود را به کار برند تا اطمینان حاصل کنند که هیچ کودکی از حق خود در دسترسی به چنین مراقبت‌هایی محروم نشود.<sup>۳</sup> در این کنوانسیون دولت‌ها متعهد به ارائه تضمینات کافی در تحقق دسترسی همه کودکان به خدمات بهداشتی و درمانی و شناسایی موانع دسترسی کودکان به خدمات حوزه سلامت شده‌اند.<sup>۴</sup> براساس ماده ۳ این کنوانسیون، دولت‌ها متعهد شده‌اند منافع کودکان را در هر زمینه‌ای به‌ویژه مراقبت‌های بهداشتی و سلامت مد نظر قرار دهند. (انتفاع کودک برای بهره‌مندی از عالی‌ترین سطح ممکن سلامت هرگونه تخصیص منابع و تدوین مقررات و اجرای سیاست‌های مناسب و مداخلات و حمایت‌های اجتماعی در زمینه امور سلامت و بهداشت کودکان باید با در نظر گرفتن عالی‌ترین سطح منافع کودکان صورت گیرد. براساس ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک دولت‌ها مکلف‌اند به نظرهای کودکان در سیاست‌ها و

۱. **مقررات بهداشتی بین‌المللی ۲۰۰۵**، وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی- مرکز مدیریت

بیماری‌های واگیر، مترجم پیمان همتی و حسین اکبری و گروه مترجمان، ویرایش سوم، تهران: تندیس، ۱۳۹۶.

2. Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.

3. Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, Available at: <https://digitalibrary.un.org/record/1323014?v=pdf#files/>

۴. عباسی، محمود و سیده پریسا میرابی، «حق بر سلامت کودکان با تأکید بر حق بر توسعه پایدار در

نشیوع بیماری‌های واگیردار از منظر حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق پزشکی، ۱۴۰۲، شماره ۵۸، ص ۶.

برنامه‌ریزی‌های بهداشتی و درمانی آنها توجه کنند. بنابراین کودکان حق دارند در تصمیم‌گیری‌های حوزه سلامت شرکت کنند.<sup>۱</sup>

به موجب نظریه عمومی کمیته حقوق کودک در سال ۲۰۰۳ درباره بیماری ایدز و همچنین نظریه عمومی کمیته در سال ۲۰۱۳ [که در تفسیر ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک ارائه شده است] مد نظر قرار دادن پیشگیری، مراقبت و درمان از عناصری هستند که یکدیگر را تقویت می‌کنند و زنجیره‌ای اثربخش و کارآمد در حمایت از حق بر سلامت کودک در برابر بیماری‌های واگیردار محسوب می‌شوند.<sup>۲</sup> کودکان حق برخورداری از خدمات بهداشتی باکیفیت از جمله خدمات پیشگیری، ارتقا، درمان، توان‌بخشی و مراقبت تسکینی را دارند. شناسایی و اجرای انواع برنامه‌های مراقبتی در حوزه سلامت مانند واکسیناسیون امری ضروری تلقی می‌شود و در سطح اولیه، این خدمات باید در کمیت و کیفیت کافی، عملکردی، در دسترس فیزیکی و مالی همه اقشار جمعیت کودک و قابل قبول برای همه باشد. برنامه‌های جامع مراقبت‌های بهداشتی اولیه باید شامل مراقبت‌های پیشگیرانه، درمان بیماری‌ها به ویژه بیماری‌های مسری و مداخلات تغذیه‌ای باشند. مداخلات در سطح جامعه باید شامل ارائه اطلاعات، خدمات و کالاها و همچنین پیشگیری از بیماری و آسیب از طریق سرمایه‌گذاری در فضاهای عمومی امن، ایمنی جاده‌ها و آموزش درباره پیشگیری از آسیب، تصادف و خشونت باشد.<sup>۳</sup>

گفتنی است کمیته حقوق کودک در زمان شیوع بیماری فراگیر کووید ۱۹ طی بیانیه‌ای در سال ۲۰۲۰ به دولت‌ها تأکید می‌کند که اعمال محدودیت‌های بهداشتی باید با مدنظر قراردادن بهترین منافع کودکان از سوی دولت‌ها اعمال شود. برای محافظت از کودکان ضرورت دارد دولت‌ها تدابیر هدفمند را برای محافظت از کودکان به‌ویژه کودکانی که در فقر و در موقعیت‌های آسیب‌پذیرتر (مانند کودکان استثنایی و دارای معلولیت جسمی و ذهنی) قرار دارند اتخاذ کنند و از دستگیری و بازداشت کودکانی که دستورالعمل‌های بهداشتی دولتی را نقض کرده‌اند جلوگیری

1. UN Committee on the Rights of the Child (CRC Committee), General Guidelines Regarding the Form and Content of Initial Reports to Be Submitted by States Parties under Article 44, Paragraph 1(a) of the Convention. 1991. UN Doc. CRC/C/5/1991, Available: <https://digitallibrary.un.org/record/137523?v=pdf/>

2. General Comment No. 3 (2003) HIV/AIDS and the rights of the child, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, CRC/GC/2003/3 17 March 2003 Available at <https://www.refworld.org/docid/4538834e15.html/>

3. General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24). For More Information See: <https://www.refworld.org/docid/45139b464.html/>

شود. در این بیانیه کمیته از دولت‌ها می‌خواهد دربارهٔ ارائهٔ انتشار اطلاعات دقیق در مورد کووید ۱۹ و آموزش نحوهٔ پیشگیری از این بیماری به همهٔ کودکان (از جمله کودکان دارای معلولیت یا کودکان مهاجر) در قالبی که برای کودکان قابل‌درک باشد اقدام کنند و در فرایند تصمیم‌گیری‌ها فرصتی را برای شنیدن و درک نظرات کودکان فراهم کنند.<sup>۱</sup>

همچنین در زمان جنگ، مقرراتی در زمینهٔ پیشگیری از بیماری‌های مسری و حفظ سلامت کودکان پیش‌بینی شده است. به موجب مادهٔ ۵ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ و بند ۱ مادهٔ ۵۹ پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو، حمله به مکان‌های غیرنظامی به‌ویژه بیمارستان‌ها، تأسیسات بهداشتی، تأمین وسایل بهداشتی و پزشکی برای غیرنظامیان به‌ویژه کودکان ممنوع است. طبق کنوانسیون حقوق کودک، دولت‌ها همواره موظف به حمایت از کودکان از جمله در موقعیت‌های مخاصمات مسلحانه‌اند (ماده ۳۹) و به موجب اصل ۸ اعلامیه حقوق کودک ۱۹۵۹، کودکان باید در همهٔ شرایط اولین کسانی باشند که مورد حمایت قرار می‌گیرند.<sup>۲</sup>

خاطرنشان می‌سازد شورای امنیت سازمان ملل متحد درخصوص پیشگیری از شیوع بیماری مسری ایدز دستورالعمل‌هایی مانند: درمان، مراقبت و حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر به‌ویژه کودکان در شرایط جنگ و پس از جنگ را مورد تأکید قرار داده است.<sup>۳</sup> شورای امنیت در قطعنامهٔ ۱۹۸۳ سال ۲۰۱۱ و ویروس ایدز را یک نوع اپیدمی معرفی و اعلام می‌کند که بیش از ۱۶ میلیون کودک درگیر این ویروس‌اند. شورای امنیت در پاراگراف ۱۰ این قطعنامه ضمن یادآوری خطر این ویروس برای صلح و امنیت بین‌المللی، از دولت‌های عضو می‌خواهد که به همکاری مستمر میان خود برای توسعه و محقق کردن پیشگیری از ویروس ایدز ادامه دهند و نهادهای ملی را تشویق به درمان، مراقبت و پشتیبانی می‌کند.<sup>۴</sup> همچنین براساس قطعنامه‌های شمارهٔ ۲۵۳۲ و ۲۵۶۵ شورای

1. The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children, 8 April 2020. For more information see: [https://www.unicef.nl/files/INT\\_CRC\\_STA\\_9095\\_E.pdf/](https://www.unicef.nl/files/INT_CRC_STA_9095_E.pdf/)

۲. مروت، مجتبی، «حقوق کودکان در مخاصمات مسلحانه»، مجله پژوهش‌های حقوق عمومی، دوره ۸، ۱۳۸۵، شماره ۱۸، صص ۱۷۹-۱۳۹.

3. Security Council resolution 1308 (2000) [on provision of training on issues related to HIV/AIDS prevention for peacekeeping personnel. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/418823?v=pdf#files/>

4. Security Council resolution 1983 (2011) [on impacts of HIV/AIDS epidemic in conflict and post-conflict situations]. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/704836?v=pdf/>

امنیت درباره بیماری کووید ۱۹ به اقدامات پیشگیرانه مانند توزیع عادلانه دارو، دسترسی سریع به واکسن در مناطق درگیر مخاصمه، ایمن‌سازی گسترده در برابر این بیماری تأکید شده است.<sup>۱</sup>

مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز با صدور قطعنامه شماره ۷۴/۲۷۴ در خصوص همکاری بین‌المللی برای تضمین دسترسی جهانی به دارو، واکسن و تجهیزات پزشکی برای مقابله با کووید-۱۹ از کشورهای عضو و سایر ذی‌نفعان بین‌المللی خواسته است مانع از احتکار و انباشت غیرمجازی شوند که ممکن است دسترسی افراد به داروهای اساسی واکسن‌ها، تجهیزات پزشکی و تجهیزات محافظت شخصی مؤثر، به‌صرفه و ایمن را با مشکل مواجه کند. این قطعنامه ضمن اشاره به تبعات بی‌سابقه بیماری کووید ۱۹، بر لزوم احترام کامل به حقوق بشر تأکید داشته و خواستار همکاری‌های بین‌المللی مؤثری برای مهار، کاهش و شکست بیماری کووید ۱۹ شده است.<sup>۲</sup>

همچنین در بند ۲۶ مقدمه و هدف سوم (بند ۳-۸- و جز ۳-ب و ۳-د از بند ۳-۹-) دستور کار ۲۰۳۰ توسعه پایدار، به بیماری‌های مسری و پایان دادن به این‌گونه بیماری‌ها، تحقق دسترسی جهانی به بهداشت از جمله دسترسی به خدمات کیفی بهداشتی موردنیاز، دسترسی مؤثر به واکسن‌های ضروری و تقویت ظرفیت همه کشورهای به‌ویژه کشورهای درحال توسعه برای کاهش مخاطرات و مدیریت خطرهای بهداشتی در سطح جهانی و ملی پرداخته شده و طبق بند ۱۸ مقدمه دستور کار، به پایبندی به حقوق بین‌الملل تأکید شده است.<sup>۳</sup> در بند ۶ (۳) این طرح به ضرورت حمایت از کودکان به‌عنوان آسیب‌پذیرترین افراد در وضعیت‌های اضطراری مانند مخاصمات مسلحانه و حوادث طبیعی اشاره شده است.

1. Resolution 2532 (2020) / adopted by the Security Council on 1 July 2020, <https://digitallibrary.un.org/record/3870751/>

2. UN General Assembly, "International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face COVID-19", 74/274, p.2, Available: <https://www.un.org/pga/74/2020/04/15/international-cooperation-to-ensure-global-access-to-medicines-vaccines-and-medical-equipment-to-face-covid-19/>

۳. دستور کار ۲۰۳۰ برای توسعه پایدار، مترجم مهرناز پیروز نیک، کمیسیون ملی یونسکو-ایران، زمستان ۱۳۹۴، برای مطالعه بیشتر نک:

[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_70\\_1\\_E.pdf/](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf/)

### ۳.۲. تعهد به آماده‌سازی در قبال بیماری‌های مسری

در چرخه مدیریت بحران، منظور از آماده‌سازی مجموعه اقداماتی است که توانایی جامعه، دولت و مردم را در انجام دادن مراحل مختلف مدیریت بحران افزایش می‌دهد.<sup>۱</sup> در این مرحله، دولت‌ها برنامه‌هایی را برای حفظ زندگی و به حداقل رساندن آسیب در مواقع بحران توسعه می‌دهند. هدف از آماده‌سازی از یک سو افزایش توان عملیات واکنشی در مقابل وضعیت‌های اضطراری است و از سوی دیگر افزایش سطح تاب‌آوری افراد در مواجهه با بحران‌هایی همچون بیماری کووید ۱۹ است. جمع‌آوری اطلاعات، آموزش، پژوهش، برنامه‌ریزی، ایجاد ساختارهای مدیریتی، تأمین منابع، تمرین و مانور در این بخش از چرخه مدیریت بحران (آمادگی) قرار دارد و مربوط به پیش از وقوع بحران است.<sup>۲</sup>

براساس ماده ۹ طرح ۲۰۱۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص محافظت از افراد در هنگام وقوع سوانح، دولت‌ها مکلف‌اند با اتخاذ اقدامات مناسب از جمله وضع قوانین و مقررات اقدام به پیشگیری و آماده‌سازی جوامع در برابر سوانح طبیعی کنند. این اقدامات می‌تواند شامل ارزیابی خطر، جمع‌آوری اطلاعات و ایجاد سیستم جدید هشدار سریع باشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر این ماده خاطرنشان می‌کند هر دولتی که از سوانح طبیعی متأثر شده باشد، متعهد به حمایت از افراد و ارائه کمک به آنان در سرزمین خود یا سرزمین‌های تحت‌صلاحیت خود است.<sup>۳</sup> مطابق با معیارهایی که در بند الف از ماده ۹ این پیش‌نویس آمده است، سرایت بیماری‌هایی همچون کووید-۱۹ نیز در زمره حوادث طبیعی به شمار آمده است. فدراسیون بین‌المللی صلیب سرخ نیز در فهرست خود، بیماری‌های همه‌گیر را در زمره خطرهای بیولوژیک برشمرده است که می‌تواند در چارچوب حوادث طبیعی دسته‌بندی شود.<sup>۴</sup>

۱. قضایان، جواد، «بهره‌گیری از روش‌های نوین در مدیریت بحران و سیلاب شهری با تأکید بر کاهش خسارت و تلفات»، فصلنامه رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، جلد ۲، ۱۳۹۹، شماره ۲۸، ص ۴.

۲. همان.

3. *International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, WORLD DISASTERS REPORT 2022 TRUST, EQUITY AND LOCAL ACTION, Lessons from the COVID-19 pandemic to avert the next global crisis, (2023)*, <https://www.ifrc.org/document/world-disasters-report-2022>.

4. Martin Krottmayer, *TECHNOLOGICAL & BIOLOGICAL HAZARD PREPAREDNESS* (October 2020) *Biological Hazards: Epidemics*, IFRC, (2018), available at: <https://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard/>

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد در ملاحظه شماره ۱۴ در سال ۲۰۰۰ تعهدات مختلف ناشی از حق بر سلامت [که برگرفته از میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است] به تفصیل توضیح داده است. در بین این تعهدات - که مرتبط با بحران کووید ۱۹ است - می‌توان به تعهدات دولت‌ها به آگاه کردن دیگر دولت‌ها و افراد از وجود خطری که سلامت آنها را تهدید می‌کند، به محض اطلاع از آن اشاره کرد. در زمینه تعهد به وسیله نیز دولت‌ها مکلف به ایجاد یک نظام بهداشتی مناسب هستند که قادر به رویارویی با وضعیت‌های فوق‌العاده باشند.<sup>۱</sup>

این کمیته در بیانیه مربوط به بیماری کووید-۱۹ به آثار منفی این بیماری بر سلامت آسیب‌پذیرین اقشار جامعه تأکید داشته است و کشورهای عضو مکلف به اتخاذ تدابیری برای جلوگیری یا کاهش این اثرات هستند.<sup>۲</sup> براساس تفسیر عام کمیته حقوق اقتصادی دولت‌ها مکلف‌اند برنامه‌های پیشگیری و آموزشی راجع به نگرانی‌های حوزه سلامت و رفتارهای مرتبط با آن اتخاذکنند.<sup>۳</sup> دولت‌ها مکلف‌اند با اتخاذ اقدامات سریع و مؤثر در این عرصه مانع از وارد آمدن آسیب‌های جدی به سلامت شهروندان شوند و متعهد به کنترل بیماری‌ها در سطح ملی و بین‌المللی هستند. در این عرصه دولت‌هایی که اطلاعات لازم را به دولت‌های دیگر که خود در معرض این بیماری هستند، به اشتراک نمی‌گذارند؛ تعهدات بین‌المللی خود را در این زمینه نقض کرده‌اند و نداشتن امکانات نمی‌تواند دولت‌ها را از این تکلیف مبری کند.<sup>۴</sup>

مطابق با بند اول ماده ۹ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت‌ها باید اقدامات آگاهانه، ملموس و هدفمندی را برای تحقق حق بر دسترسی به سلامت برای شهروندانش انجام دهد. بنابراین هر دولتی مکلف است به هنگام رویارویی با بیماری‌های واگیر چگونگی کووید-۱۹ طرح کلی را در چارچوب استراتژی ملی مقابله با آن بیماری تهیه و تصویب کرده تا به

۱. سید موسوی، میرسجاد، «حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، شماره ۸۹، صص ۲۷۳-۲۹۶.

2. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights, 2020, p 1, Available: <https://digitallibrary.un.org/record/3856957/>

3. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), (11 August 2000), Available: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf,para.1/>

4. Rana Moustafa Fouad, "The Legal Duty to Cooperate amid Covid-19: A Missed Opportunity?", EJIL TALK, 22 April (2020), available at: <https://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity>.



نگرانی‌های عمومی در این حوزه پاسخ گوید. در مقابل دولت‌هایی که قادرند تا به دولت‌های درگیر با این بحران کمک کنند، متعهد به اعطای چنین مساعدتی هستند.<sup>۱</sup>

وفق مواد ۵، ۶ و ۱۳ مقررات جهانی سلامت، دولت‌ها متعهد به ظرفیت‌سازی برای مقابله با بیماری‌های فراگیر شده‌اند. در بحران‌های ناشی از بیماری‌های مسری دولت‌ها متعهدند زیرساخت‌های درمانی و بهداشتی کشور را از قبل برای درمان مردم فراهم کنند. از نظر این سند، این‌گونه تعهدات جز تعهدات مدت‌دار محسوب شده و دولت‌ها مکلف‌اند در برنامه‌ای بلندمدت زیرساخت‌های درمانی و بهداشتی را برای افراد تحت صلاحیت خود فراهم کنند.<sup>۲</sup>

کمیته حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی در قالب بیانیه‌هایی همچون ۱/۲۰۲۰/۱۲۷ و ۲/۲۰۲۰/۱۲۷ به دولت‌ها توصیه می‌کند که در دوران همه‌گیری کرونا از حداکثر منابع خود برای تحقق حق سلامت استفاده کنند. در این بیانیه تأکید شده است هر فردی حق دارد از مزایای پیشرفت علمی که شامل دسترسی به «بهترین برنامه‌های موجود پیشرفت علمی لازم برای برخورداری از بالاترین سطح استاندارد سلامت» است (مانند واکسن) بهره‌مند شود.<sup>۳</sup>

همچنین براساس نظریه عمومی کمیته حقوق کودک در سال ۲۰۱۳ ابتدا کودکان به بیماری‌های مسری تأثیرات نامطلوبی برای زندگی کودکان دارد و موجب تضعیف سایر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کودکان می‌شود. از این‌رو ضرورت دارد دولت‌ها در جهت توسعه و ارتقای فناوری داروها، تجهیزات، مداخلات و دیگر فرایندهای مؤثر در توسعه سلامت کودکان با یکدیگر همکاری داشته باشند.<sup>۴</sup>

از سوی دیگر، دولت‌ها در وضعیت بحران‌های سلامت عمومی، به هشدار و آگاه‌سازی افراد با ارائه اطلاعات درست، به‌موقع و در دسترس تعهد دارند. این آگاه‌سازی منجر به خودمراقبتی و

1. UN. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (22nd sess.: 2000 : Geneva) , General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ,(2000),para. 45, Available: <https://digitalibrary.un.org/record/425041/>

2. Pedro A. Villarreal, “Counter-contestation in global health governance: The WHO and its member states in emergency settings”, *Health Policy*, Volume 131, (May 2023),p.20.

3. Joint Statement by the Development Assistance Committee (DAC) of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) ,(9 April 2020), Available at: [https://web-archive.oecd.org/2020-04-09/550461-DAC-Joint-Statement-COVID-19.pdf /](https://web-archive.oecd.org/2020-04-09/550461-DAC-Joint-Statement-COVID-19.pdf/)

4. General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24),(17 April 2013). Available at: <https://www.refworld.org/legal/general/crc/2013/en/96127/>

پیشگیری از رفتارهای مخاطره‌آمیز و در نهایت نجات افراد و پیشگیری از شیوع بیماری می‌شود.<sup>۱</sup> در زمان شیوع گسترده بیماری کووید ۱۹ تمام دولت‌های مواجه با این بیماری در برابر دیگر کشورها متعهد بوده‌اند تا حد امکان در پیشگیری از انتقال فرامرزی این بیماری بکوشند. بنابراین، ضرورت داشته دولت‌ها امکانات لازم را در این زمینه فراهم کنند و صادقانه اطلاعاتی را که بتواند کشورهای دیگر را در کاهش خسارات ناشی از این بیماری مسری یاری رساند، به اشتراک گذارند.<sup>۲</sup>

### ۳.۳. تعهد به واکنش و مقابله با بیماری‌های مسری

هر اندازه که اقدامات پیشگیرانه<sup>۳</sup> در چرخه مدیریت بحران در سطح مطلوبی قرار داشته باشد، غفلت از اقدامات واکنشی<sup>۴</sup> عواقب بسیار خطرناکی را به دنبال خواهد داشت. از آنجا که دستیابی به ایمنی کامل و ۱۰۰٪ ممکن نیست، در کنار اقدامات پیشگیرانه ضرورت دارد طرحی برای مقابله با حوادث پیش‌بینی نشده یا وضعیت‌های اضطراری در هر کشور وجود داشته باشد. واکنش و مقابله با وضعیت‌های بحرانی شامل فعالیت‌هایی است که به دلیل یک وضعیت اضطراری یا بحرانی انجام می‌شوند. این فعالیت‌ها در زمان بروز بیماری‌های مسری به منظور فراهم کردن خدمات درمانی و بهداشتی برای افراد در نظر گرفته می‌شوند؛ مانند جست‌وجو و نجات، چادرهای اضطراری، مراقبت‌های پزشکی، بستن منابع آب آلوده، گشت‌زنی و محافظت از مناطق مستعد بیماری. اقدامات مذکور برای تثبیت وضعیت و کاهش احتمال آسیب مجدد و عملیات بهبود سریع انجام می‌شوند.<sup>۵</sup>

تعهدات دولت‌ها در این مرحله از مدیریت بحران شامل این موارد است: الف) تعهد به مداخلات درمانی و نجات بخش، ب) مصون نگه داشتن دیگران از انتقال بیماری مسری توسط

۱. انصاری، باقر، «بعاد و چالش‌های حقوق بشری مقابله با کووید ۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۴۰۱، صص ۷۰ و ۷۱.

۲. کریمی، سیامک، «تعهد دولت منشأ و سایر دولت‌ها به پیشگیری از خسارات فرامرزی کووید ۱۹»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۶۷، ص ۱۰۶.

3. Reactive

4. Proactive

۵. فالی، سید سجاد، اصول و مقدمات مدیریت بحران با ذکر نمونه‌هایی از حوادث بحران‌ساز، تهران: انتشارات پلک، ۱۳۹۴، ص ۴۱.

افراد مبتلا، پ) درمان اجباری و اعمال سیاست‌های قرنطینه‌سازی، ت) تکلیف دولت‌ها به صیانت، حمایت و ایفا حق بر سلامتی.<sup>۱</sup>

مطابق ماده ۶ مقررات جهانی سلامت، «۱- هر دولت وظیفه دارد ظرف مدت ۲۴ ساعت با بهترین وسایل ارتباطی، سازمان جهانی بهداشت را از تمامی اتفاقاتی که ممکن است یک وضعیت اضطراری بین‌المللی باشد، مطلع نماید. ۲- به دنبال اطلاعیه مذکور، آن دولت باید همچنان با سازمان جهانی بهداشت در ارتباط بوده و نتایج آزمایشگاهی، منبع و نوع خطر، تعداد تلفات را گزارش نماید». وفق ماده ۷ مقررات مذکور، «هر دولتی که با یک وضعیت بهداشتی غیرمعمول، روبه‌رو می‌شود باید اطلاعات حاصله از بهداشت را به اشتراک بگذارد». همچنین این تبادل اطلاعات و همکاری باید میان سایر دولت‌ها و سازمان‌های درگیر نیز در جریان باشد.<sup>۲</sup>

نکته حائز اهمیت دیگر آنکه براساس ماده ۴۳ در صورتی که اقدامات دولت‌ها در چارچوب قوانین ملی خود باعث حفظ سلامت عمومی در سطح بالاتر یا هم سطح با توصیه‌های سازمان بهداشت جهانی شود و شامل موارد منع‌شده تصریحی در مقررات سازمان بهداشت جهانی برای کشورها نباشد، می‌توانند در پاسخ به خطرهای بهداشتی خاص یا فوریت‌های پزشکی براساس قوانین ملی عمل کنند.<sup>۳</sup>

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۵ طرح ۲۰۱۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل محافظت از افراد به هنگام وقوع سوانح برای افراد متأثر از سوانح حق برخورداری و صیانت از حقوق بشر را مورد شناسایی قرار داده است. در تفسیر این ماده، حق حیات به‌طور خاص مورد تأکید کمیسیون قرار گرفته است و چنانچه دولتی از اقدامات مقتضی برای پیشگیری یا واکنش به سوانحی که منجر به مرگ می‌شوند خودداری کند، براساس ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی (حق

۱. خسروی، حسن، «ابعاد حقوق بشری مداخلات درمانی و نجات‌بخش اختیاری یا اجباری بیماران کووید-۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ویژه نامه حقوق و کرونا، ۱۳۹۹، صص ۳۸۷-۴۱۲.

۲. امیر فامیل زوار جلالی، آشنایی با تعهدات سازمان جهانی بهداشت در دوران همه‌گیری بیماری‌ها، (۲۶ دی ۱۴۰۰).

<https://www.tabnak.ir/fa/news/1099228>.

۳. زمانی، سید قاسم، بحران کرونا و تعهد بین‌المللی دولت برای تضمین سلامت شهروندان، ویژه‌نامه کرونا و حق بر سلامت، انجمن علمی حقوق اساسی، انتشارات نامه خرد، ۱۳۹۹، ص ۷۴.

حیات)، آن دولت نقض تعهد کرده است.<sup>۱</sup> طبق مواد ۶ و ۷ پیش‌نویس مذکور، واکنش به سوانح باید براساس اصول انسانیت، بی‌طرفی، انصاف و عدم تبعیض باشد و دولت‌ها موظف‌اند که در زمان وقوع سوانح با یکدیگر، با ملل متحد، صلیب سرخ و هلال احمر و سایر بازیگران کمک‌رسان همکاری کنند. همچنین براساس مواد ۱۱ و ۱۲ چنانچه دولتی توانایی کنترل سوانح را نداشته باشد، متعهد است از جامعه بین‌المللی تقاضای کمک کند. هرچند که کمک به کشور سانحه‌دیده نیازمند رضایت آن است، چنین رضایتی نباید به صورت خودسرانه دریغ شود<sup>۲</sup> و سایر کشورها، سازمان ملل و دیگر بازیگران یاری‌رسان می‌توانند در مواقع سوانح به کشور آسیب‌دیده پیشنهاد ارائه کمک بدهند.<sup>۳</sup>

کمیته حقوق بشر نیز ضمن تأکید بر تکلیف دولت‌ها در حمایت از زندگی افراد، آنها را موظف می‌کند تا اقدامات مناسبی را برای مقابله با شرایطی که می‌تواند تهدیدی برای زندگی آنها باشند، اتخاذ کنند. این کمیته از بیماری‌های تهدیدکننده زندگی به عنوان یکی از شرایط یاد می‌کند.<sup>۴</sup> در همین سیاق، کمیته حقوق بشر در تفسیر شماره ۶ خود به صراحت از تعهد دولت‌ها برای «ریشه‌کنی بیماری‌های مسری» نام برده است.<sup>۵</sup>

همچنین در استاندارد اسفیر<sup>۶</sup> به عنوان راهنمای عمومی برای پاسخ‌های بشردوستانه نسبت به سوانح بر چهار اصل بنیادین تأکید شده است که عبارت‌اند از:<sup>۷</sup>

1. Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, with commentaries, (2016), Adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/71/10). The report, which also contains commentaries to the draft articles (para. 49), will appear in Yearbook of the International Law Commission, 2016, vol. II, Part Two, Available at: <https://www.refworld.org/legal/otherinstr/ilc/2016/en/123342/>

۲. بیگزاده، ابراهیم، سید محمدقاری سیدفاطمی، سیدهادی محمودی و محمدحسین لطیفیان، «معضل کرونا در آیین حقوق بین‌الملل معاصر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه کرونا، ۱۳۹۹، صص ۱۱-۵۵.

3. Resolution adopted by the General Assembly on 23 December 2015 [on the report of the Sixth Committee (A/70/509)], 70/236. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-seventh session, Available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/457/44/pdf/n1545744.pdf?token=ec0pX0uHN6nQhYDUzH&fe=true/>

4. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/261/15/PDF/G1926115.pdf?OpenElement>, 3 September (2019), para. 26. (CCPR/C/GC/R. 36).

۵. جوزف، سارا، جنی شولتز و ملیسا کسن، *مبانی حقوق مدنی و سیاسی دعوی، آموزه‌ها و تفاسیر*، ترجمه: دکتر سید قاسم زمانی، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۲۲۲ - ۲۲۵.

6. Sphere Standard

7. The Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response - 2018 edition, Available: <https://reliefweb.int/report/world/sphere-handbook-humanitarian-charter-and-minimum-standards-humanitarian-response-2018>, P.34.

۱- حفظ کرامت انسانی و تقویت کردن مردم، به منظور ایمنی و کمتر در معرض آسیب قرارگرفتن؛

۲- تضمین دسترسی مردم به امکانات بدون تبعیض؛

۳- کمک‌رسانی به مردم در قبال آثار جسمی و روحی متأثر از تهدیدها و خشونت‌ها؛

۴- کمک به مردم در زمینه احقاق حقوق.

پروژه اسفیر چارچوب عملیاتی سازمان‌های بشردوستانه برای فعالیت‌های امدادی در مرحله پاسخگویی سریع به بحران را مشخص کرده و در آن حداقل استانداردهای لازم در روند امدادسانی در وضعیت‌های بحرانی را تعیین کرده است.<sup>۱</sup> این استانداردها در سال ۲۰۰۰ در کتاب راهنمای اسفیر منتشر و در سال‌های ۲۰۰۴، ۲۰۱۱ و ۲۰۱۸ بازنگری شده‌اند.<sup>۲</sup> براساس استاندارد اسفیر سال ۲۰۱۸، مراقبت‌های بهداشتی باید بدون تبعیض ارائه شود و در دسترس باشد. در دسترس بودن به معنی قابل قبول، باکیفیت و مقرون‌به‌صرفه است و دولت‌ها به تضمین این حق در زمان بحران موظف‌اند.<sup>۳</sup>

افزون بر این، طبق ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و بند ۱۸ و ۱۹ تفسیر عمومی ماده ۱۲ مزبور، دولت‌ها متعهدند امکانات بهداشتی همچون دسترسی به داروها و خدمات سلامت برای تمام افراد تحت صلاحیت خود، بدون تبعیض فراهم و در دسترس قرار دهند.<sup>۴</sup> به‌گونه‌ای که امکانات، کالاها و خدمات سلامت برای همه گروه‌های جمعیتی به‌ویژه گروه‌های آسیب‌پذیر مانند کودکان به‌طور ایمن، در دسترس فیزیکی باشد.<sup>۵</sup> زیرا کودکان به‌لحاظ وضعیت خاص و در معرض خطر، بیشترین نیاز و استحقاق را برای دریافت و برخورداری از تسهیلات و خدمات سلامت دارند (بند های ۴ و ۵). درحقیقت پاسخ به بیماری همه‌گیر باید براساس بهترین معیارهای علمی موجود برای محافظت از سلامت عمومی باشد و اطلاعات دقیق

۱. جهانگیری، کتایون، رضاخانی جزنی، کیومرث اله‌بخشی و حسن جمشیدی، «بررسی تطبیقی تغییرات محتوایی و ساختاری پروژه اسفیر در بخش استانداردهای مشترک»، مجله امداد و نجات، ۱۳۹۲، ص ۲۴.

2. Fore More Information See: <https://reliefweb.int/report/world/sphere-handbook-humanitarian-charter-and-minimum-standards-humanitarian-response-2018>.

3. Ibid, P 294.

۴. سید موسوی، میرسجاد، «حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، شماره ۸۹، ص ۲۸۱.

۵. همان.

و در دسترس درباره بیماری مسری به افراد در جهت کاهش خطر انتقال بیماری ارائه دهد (بندهای ۱۰ و ۱۸).<sup>۱</sup> کمیته حقوق اقتصادی در بند ۱۲ تفسیر عمومی شماره ۳ تأکید می‌کند که دولت‌ها حتی به هنگام محدودیت‌های شدید منابع، باید اعضای آسیب‌پذیر جامعه (مانند کودکان) را با اتخاذ برنامه‌های نسبتاً کم‌هزینه و هدفمند مورد حمایت قرار دهند.<sup>۲</sup>

گفتنی است، ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک دولت‌های عضو را به تلاش در راستای تضمین اینکه هیچ کودکی از حق دسترسی به چنین خدمات بهداشتی محروم نماند، متعهد کرده است. همچنین کشورهای عضو کنوانسیون متعهد به تضمین ارائه کمک‌های پزشکی و مراقبت‌های بهداشتی لازم برای همه کودکان به‌ویژه مبارزه علیه بیماری‌ها شده‌اند. طبق این کنوانسیون، دولت‌ها متعهدند سازوکارهای لازمه همچون امکانات درمانی و مراقبت‌های بهداشتی، نیروی انسانی آموزش‌دیده، از فناوری‌های نوین و استاندارد برای تضمین و حمایت از حق بر سلامت کودکان را اتخاذ نمایند.<sup>۳</sup>

در زمان مخاصمات مسلحانه نیز طرف‌های درگیر طبق ماده ۷۷ پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو مکلف‌اند مراقبت و کمکی را که کودکان به آن نیاز دارند برای آنها فراهم کنند. براساس این پروتکل از کودکان باید حمایت خاص شود و در صورت نیاز به مراقبت و خدمات پزشکی در اقدامات امدادسانی در اولویت باشند و مراکز درمانی و پزشکان تخصصی کودکان در دسترس آنها قرار گیرند. همچنین براساس ماده ۳۹ کنوانسیون حقوق کودک دولت‌های عضو باید اقدامات مناسب را به منظور پیشرفت بهبود جسمی و روانی کودکانی که درگیر مخاصمات مسلحانه بوده‌اند به عمل آورند.<sup>۴</sup> ضمن اینکه تمامی اعمالی که دسترسی به کمک‌های بهداشتی و دارویی را برای افراد با مشکل مواجه کند، ممنوع است؛ به‌گونه‌ای که دولت‌های متخاصم نمی‌توانند به بهانه کنترل مرز از ورود داروها و کمک‌های پزشکی خودداری کنند.<sup>۵</sup> به موجب مواد ۵۰ تا ۶۲ کنوانسیون

1. General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights): Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/425041/>

2. Ibid.

۳. عباسی، محمود و سیده سارا، میرابی، «حق بر سلامت کودکان با تأکید بر حق توسعه پایدار» شیوع بیماری‌های واگیردار از منظر حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق پزشکی، ۱۴۰۲، شماره ۵۸، ص ۷.

۴. مروت، مجتبی، پیشین.

۵. نامی، پارسا، تأمین دارو: حقوق و تکالیف دولت‌ها در نظام بین‌المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۳۸.

چهارم ژنو ۱۹۴۹ نیروهای اشغالگر مسئول تأمین رفاه کودکان، تأمین دارو و خدمات پزشکی و تأمین مواد غذایی برای آنها هستند و ورود و انتقال هرگونه محموله امدادی را باید تسهیل کنند.<sup>۱</sup>

### ۳.۴. تعهد به بازسازی (بهبود) و بازتوانی (توانبخشی)

یکی دیگر از تعهدات دولت‌ها در زمان بروز بیماری‌های فراگیر بازسازی و بازتوانی افراد است. در مرحله بازسازی بازگرداندن حداقل امکانات و استانداردها به جامعه و برقراری شرایط پیش از بحران برای انسان‌ها و جبران خسارت از جمله تعهداتی است که برای دولت‌ها وضع شده است. احیا و بازسازی مرحله نهایی و طولانی‌ترین بخش عملیات در چرخه مدیریت بحران به شمار می‌آید.<sup>۲</sup> درحقیقت بازسازی به مجموعه تدابیر و اقداماتی گفته می‌شود که برای ترمیم و بهبود خدمات و ساختارها، معیشت، توانمندی و شرایط زندگی جوامع متأثر از حوادث و سوانح انجام می‌شود؛ به نحوی که موجب ارتقای توانایی و ظرفیت آنها در جهت کاهش خط حوادث آتی شود.<sup>۳</sup> بازتوانی موفق منوط به درک پیوستگی اقدامات مراحل پیشین و پیچیدگی آسیب‌های احتمالی در سه سطح فرد، خانواده و اجتماع است. این سه سطح تشکیل‌دهنده همان عواملی است که برای توان‌افزایی و تاب‌آوری افراد و جامعه مؤثر دانسته شده‌اند. مهم‌ترین خدمات مورد نیاز برای گروه‌های آسیب‌پذیر همچون کودکان در زمینه بازتوانی و بازسازی عبارت‌اند از:<sup>۴</sup>

- غربالگری کودکان از نظر جسمی و روانی؛
- غربالگری کودکان از نظر سوء‌تغذیه؛

۱. خلاصه کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۹، برای مطالعه بیشتر رک:

[https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-241\\_0368-summary-geneva-conventions-fas.pdf/](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-241_0368-summary-geneva-conventions-fas.pdf/)

2. DISASTER RECOVERY FRAMEWORK FOR TROPICAL CYCLONE GITA, KINGDOM OF TONGA OCTOBER 2018, Available at: [https://www.gfdrr.org/sites/default/files/publication/WB\\_Tonga\\_Framework\\_Report\\_FA02-M.pdf](https://www.gfdrr.org/sites/default/files/publication/WB_Tonga_Framework_Report_FA02-M.pdf)

۳. خورشیدیان، عبدالمجید، «بازسازی بهینه‌تر از پیش؛ نگرش راهبردی به بازسازی پس از سانحه به عنوان فرصتی برای توسعه»، فصلنامه دانش‌پیشگیری و مدیریت بحران، دوره پنجم، ۱۳۹۴، شماره ۳، ص ۲۲۷.

4. LITERATURE REVIEW ON LAW AND DISASTER RECOVERY AND RECONSTRUCTION, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, (2020), Available at: [https://www.ifrc.org/sites/default/files/Final\\_Literature-Review-on-Law-and-Recovery.pdf/](https://www.ifrc.org/sites/default/files/Final_Literature-Review-on-Law-and-Recovery.pdf/)

- توزیع مواد غذایی و تجهیزات بهداشتی مناسب سن کودک؛
- پیگیری برنامه واکسیناسیون کودکان؛
- برپایی مراکز مشاوره روان ویژه کودکان؛
- حمایت حقوقی و قانونی از کودکان بی‌سرپرست و....

لازم به ذکر است در مقدمه سند سنندای درخصوص تعهدات دولت‌ها بر لزوم تقویت برگشت‌پذیری جوامع با پیشگیری از ایجاد مخاطرات جدید و کاهش مخاطرات موجود از طریق ساخت بهتر گذشته، آموزش و آگاهی عمومی درباره خطرپذیری سوانح تأکید شده است.<sup>۱</sup> وجود عوامل حمایتی از جمله کانون خانواده، مدرسه، مشارکت در مدرسه یا گروه‌های اجتماعی باعث افزایش تاب‌آوری کودکان در برابر وضعیت‌های اضطراری می‌شود.<sup>۲</sup>

همچنین مواد ۶ و ۷ پروتکل الحاقی کنوانسیون ژنو در سال ۲۰۰۰، درباره بازگشت مجدد قربانیان به جامعه و کمک‌های فنی و مالی به کودکان، تشویق‌ها و الزاماتی را برای دولت‌ها پیش‌بینی کرده‌اند. بر اساس این پروتکل دولت‌ها باید برای کودکانی که دچار مخاطره یا بیماری جسمی و روحی شده‌اند زمینه‌های بازگشت به خانواده، جامعه و زندگی عادی را برایشان فراهم کنند.<sup>۳</sup>

#### ۴. چالش‌های فراروی کودکان در حوزه مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری

امروزه بحران‌های طبیعی و وضعیت‌های اضطراری بهداشتی همچون شیوع بیماری‌های مسری پاندمیک سلامت کودکان را با مخاطرات فزاینده‌ای روبه‌رو کرده است. در این مواقع کودکانی که در مکان‌های ناامن و در خانواده‌های فقیر زندگی می‌کنند یا دچار معلولیت جسمی و ذهنی هستند، نسبت به بقیه کودکان آسیب‌پذیرترند.<sup>۴</sup> از این رو ضرورت دارد عملکرد دولت‌ها در

1. The Midterm Review of the Implementation of the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030), Regional Report for Asia-Pacific, Available at: <https://www.undrr.org/media/86717/download?startDownload=true/>

2. Gartland D, Riggs E, Muyeen S, Giallo R, Afifi TO, MacMillan H, et al. What factors are associated with resilient outcomes in children exposed to social adversity? A systematic review. *BMJ Open*. 2019;9(4):e024870. <http://dx.doi.org/10.1136/bmjopen-2018-024870> www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/30975671/

۳. خلاصه کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی، پیشین.

۴. دهقان فاروجی، فاطمه، پرستو کاظمیان، اشرف دهقان و علی بیت‌الهی، «کودکان در برنامه‌های کاهش خطرپذیری بحران‌های طبیعی»، فصلنامه دانش پیشگیری و مدیریت بحران، دوره هفتم، ۱۳۹۶، شماره ۴، ص ۳۶۴.



زمان بروز چنین بحران‌هایی به گونه‌ای باشد که آسیب کمتری متوجه کودکان شود. اما در عرصه عمل شاهد مدیریت نامطلوب و غفلت دولت‌ها در چنین مواقعی هستیم. دسترسی به آب آشامیدنی، واکسیناسیون،<sup>۱</sup> دسترسی به منابع غذایی، دسترسی به دارو و خدمات درمانی زمینه‌ساز اجرای حق بر سلامت برای کودکان است که اغلب در زمان وضعیت‌های اضطراری نادیده گرفته می‌شوند. نابرابری در دسترسی به خدمات بهداشتی، سواد سلامت و منابع اقتصادی از عوامل دیگری است که سبب تشدید شرایط بحران برای کودکان به‌ویژه کودکان ناتوان ذهنی شده است. اغلب کودکان ناتوان در برنامه‌ریزی‌های مربوط به حوزه سلامت و اقدامات پیشگیرانه کشورها مانند برنامه‌های واکسیناسیون قرار نمی‌گیرند.<sup>۲</sup>

علاوه بر این، در برنامه‌های توسعه، برخی دولت‌ها توجه کمتری به شرایط اضطراری و بحران‌ها دارند و برنامه‌ریزان توسعه و بحران جدا از هم کار می‌کنند و همین امر سبب ناهماهنگی در برنامه‌ریزی توسعه و شرایط‌های بحرانی در این گونه کشورها شده است. از سوی دیگر عدم توجه به ابعاد وسیع فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و امنیتی حوادث و بحران‌ها، توجه ناکافی به حمایت روانی و اجتماعی از آسیب‌دیدگان، امدادگران و مدیران انواع بحران‌ها و عدم هماهنگی در تیم‌های امداد و نجات سبب شده تلفات انسانی در مواقع شرایط اضطرار افزایش یابد.

نبود زیرساخت‌های مدیریتی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز چالش‌های دیگری اند که برخی کشورها در زمینه مدیریت بحران با آن مواجهه‌اند. به سخن دیگر، هرچند در بسیاری از کشورها قوانین کارآمدی درباره مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری به‌ویژه برای کودکان به تصویب رسیده است، به دلیل نبود زیرساخت‌های لازم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به مرحله اجرا و عمل درنیامده‌اند. در برخی دولت‌ها به دلیل کمبود بودجه و نبود اعتبارات لازم مالی امکان اجرای این قوانین فراهم نشده است. بنابراین، مشکلات غیرحقوقی از یک سو سبب توقف و عدم اجرای مقررات حقوقی می‌گردد و از سوی دیگر منجر به ضعف عملکرد مدیریتی دولت‌ها

1. A/HRC/49/35: Human rights implications of the lack of affordable, timely, equitable and universal access and distribution of coronavirus disease (COVID - 19) vaccines and the deepening inequalities between States - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. For More Information See: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4935-human-rights-implications-lack-affordable-timely-equitable-and/>

۲. فیروزپور، کوثر، «دستاوردهای حقوق بین‌الملل در تحقق حق بر سلامت کودکان ناتوان»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۰، ۱۴۰۰، شماره ۴۶، صص ۳۲۷-۳۴۴.

در شرایط اضطراری مانند مخاصمات مسلحانه و شیوع گسترده بیماری کووید ۱۹ می‌شود.<sup>۱</sup> همچنین فقر، نبود حاکمیت قانون، عدم امنیت در برابر خشونت و تحمیل انواع تبعیض‌ها و نابرابری به واسطه ساختارهای اشتباه سیاسی، قانونی و مدیریتی، از موانع کاهش خطرپذیری و ارائه خدمات سلامت به‌ویژه در حوزه پیشگیری از بیماری‌های مسری است.<sup>۲</sup>

افزون بر این، تقدم رویکرد درمان‌محور بر رویکرد مبتنی بر کاهش خطرپذیری و پیشگیری از بیماری‌های مسری در برخی از کشورها همچون ایران سبب شده نظام سلامت در شناسایی این‌گونه بیماری‌ها تأخیر داشته باشند و این امر نشان‌دهنده تضعیف نظام سلامت و مراقبت بهداشتی در قبال بیماری‌های مسری به ویژه برای کودکان است.

تحریم‌های بین‌المللی و عدم سهولت دسترسی به خدمات درمانی (به‌ویژه خدمات دارویی و بیمارستانی)<sup>۳</sup>، کمبود تجهیزات پزشکی و درمانی و حمله به مراکز درمانی و حتی ممنوعیت ورود تجهیزات بهداشتی و درمانی و آب آشامیدنی و غذا در وضعیت‌های اضطراری،<sup>۴</sup> ضعف قوانین و مقررات، فرایندهای اداری دست‌وپاگیر، عدم همگرایی قوانین، جزیره‌ای عمل کردن نهادها و ضعف همکاری بین نهادهای و موازی‌کاری در دستگاه‌های مسئول، کمبود فضا، کمبود لباس حفاظتی، کمبود دارو، کمبود ابزار درمانی (ماسک، کپسول اکسیژن و دیگر موارد)، کمبود تجهیزات تهویه هوا و کمبود امکانات قرنطینه‌سازی و ایزوله کردن، عدم حمایت کافی و مناسب دولت‌ها از کودکان آسیب‌دیده، عدم فرماندهی واحد و ساختار ضعیف مدیریت بحران و ضعف مدیریت بحران از جانب دولت‌ها، عدم تخصص و آگاهی مسئولان و مدیران، سبک مدیریتی آمرانه به‌جای مدیریت انتقادی، بی‌تجربگی مدیران، عدم تصمیم‌گیری و برنامه‌ریزی صحیح، تأخیر در تصمیم‌گیری به‌موقع از چالش‌هایی هستند که مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های

۱. گازرانی، میلاد، «بررسی جایگاه حقوقی سازمان بهداشت جهانی در شیوع بیماری‌های واگیردار»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون یار، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۱۱، ص ۲۸.

۲. اسلامی، رضا و مهشید آجلی لاهیجی، «چالش‌های توسعه اجتماعی در نظام بین‌المللی حقوق بشر با تأکید بر حق آموزش، حق بر سلامت و رفع فقر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۵، شماره ۷۴، صص ۲۱۱-۲۴۴.

۳. زمانی، سید قاسم و زینب فرهمندزاد، «اقدامات قهری یکجانبه آمریکا علیه ایران از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر رویه شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۴۰۰، شماره ۴۸، صص ۱۸-۱۹.

۴. عباسی (اشقلی)، مجید و حامد عظیمی، «حق بر سلامت و تحریم‌های آمریکا با تأکید بر تحریم‌های دارویی و تجهیزات پزشکی»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، ۱۴۰۱، شماره ۴، صص ۳۰۸-۲۷۷.

مسری را برای کودکان، به‌خصوص در مرحله درمان و مقابله، با معضل جدی مواجه می‌کنند و منجر به افزایش تلفات انسانی می‌شوند.<sup>۱</sup>

از سوی دیگر اختلال در دسترسی به واکسیناسیون و پوشش ناکافی واکسیناسیون از مهم‌ترین علل طغیان بیماری‌های مسری در بحران‌هاست. طبق گزارش یونیسف، ۹۰ درصد کودکان سوریه قبل از جنگ تحت پوشش واکسیناسیون بودند؛ اما با وقوع جنگ این میزان به ۶۰ درصد کاهش یافت و منجر به افزایش شیوع بیماری‌های مسری، از جمله سرخک و فلج اطفال که از سال ۱۹۹۵ در سوریه ریشه‌کن شده بود، گردید.<sup>۲</sup>

آموزش کودکان نیز مقوله‌ای است که متأسفانه کمتر در این زمینه به آن پرداخته شده است. درحالی‌که آموزش و ایجاد آمادگی روانی و فیزیکی در همه اقشار جامعه یکی از مهم‌ترین ضرورت‌های پیش از بحران است. برخی دولت‌ها هنوز محتوای آموزشی درباره آماده کردن کودکان با وضعیت‌های بحرانی که مختص به این گروه جمعیتی باشد ندارند و اگر هم وجود دارد به‌روزرسانی درست نشده است. بنابراین کودکان در هر گروه سنی نیاز به یک نوع از آموزش دارند و ارتقای سطح مهارت‌های ایمنی و خودامدادی کودکان کمک بسیار زیادی در کاهش خسارت‌های جانی در این گروه سنی خواهد کرد.

نکته پایانی اینکه جنگ چالش دیگر در این حوزه است. هرچند دولت‌ها متعهد به فراهم کردن سازوکارهای لازم برای حمایت همه‌جانبه از کودکان در جنگ‌ها هستند، محاصرات مسلحانه (برخلاف حوادث طبیعی)، یک بحران خودساخته انسانی است که زمینه رشد جسمی، روحی، شناختی و اجتماعی کودکان را نابود می‌کند. توجه به سلامت جسمی و ذهنی کودکان، فراهم‌آورنده بستر رشد طبیعی آنان است که در وضعیت جنگی میسر نیست. در مناطق جنگی، شرایط بهداشتی نامناسب و بی‌نظمی وجود دارد. این موارد باعث افزایش انتقال بیماری‌ها و عفونت‌ها می‌شوند و کودکان را در معرض خطرهای عفونی و انتقال بیماری‌های مختلف قرار می‌دهد که ممکن است منجر به بیماری‌های خطرناک و اگیردار شوند.

۱. نظری، لیلا، وحید پورشهبی، حامد آرامش و نورمحمد یعقوبی، **چالش‌ها، پیامدها و الزامات مواجهه با بیماری‌های واگیردار نوپدید**، فصلنامه دانش پیشگیری و مدیریت بحران، دوره دوازدهم، ۱۴۰۱، شماره ۲، صص ۲۰۴-۱۸۵.

۲. تیموری، فاطمه و آراسب دباغ مقدم، **وضعیت بهداشت عمومی کودکان آواره ناشی از جنگ سوریه: یک مرور روایتی**، مجله علوم مراقبتی نظامی، ۱۳۹۹، ص ۷۵.

## نتیجه‌گیری

بی‌تردید کودکان یکی از آسیب‌پذیرترین گروه‌ها در وضعیت‌های اضطراری همچون مخاصمات مسلحانه و بیماری‌های مسری مانند کووید ۱۹ هستند. یکی از جلوه‌های رعایت حقوق کودکان در زمان بحران‌های فوق، مصون نگه‌داشتن آنها از ابتلا به انواع بیماری‌های مسری است. تجربه جهانی مقابله با کووید-۱۹ در کشورهای مختلف نشان داد که چگونه یک بیماری واگیردار می‌تواند تمامی کشورهای جهان را صرف‌نظر از مرز، ملیت یا نژاد مورد تهدید جدی قرار دهد و سلامت اغلب مردم جهان را به خطر اندازد. از این رو باید اذعان کرد شناخت واقعیت‌های مربوط به مخاطرات و پیامدهای آنها و آموزش و ایجاد آمادگی روانی و جسمی در همه اقشار جامعه یکی از مهم‌ترین ضرورت‌های پیش از بحران است. در حوزه مدیریت بحران، واکنش موفق دولت‌ها منوط به ظرفیت و مقبولیت حکمرانی است. نحوه سازمان‌دهی واکنش دولت‌ها به یک سانحه با توجه به منابع موجود یک شاخص کلیدی برای ارزیابی ظرفیت حکمرانی در یک بحران است.

هرچند در عرصه بین‌المللی اسناد متعددی در زمینه مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری کودکان به تصویب رسیده و دولت‌ها متعهد به حمایت از حق حیات و سلامت کودکان در قبال این بیماری‌ها شده‌اند؛ اما کودکان از گروه‌هایی هستند که در برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری‌های کشورها در زمینه کاهش خطرپذیری و پیشگیری از بیماری‌های مسری و حتی در مرحله بازتوانی، مورد غفلت قرار می‌گیرند.

امروزه بیماری‌های واگیردار به‌عنوان هفت علل اول از ده علل مرگ کودکان در جهان به شمار می‌روند. با این حال وجود یک نقشه راه، به‌روزرسانی قوانین و راهبرد مناسب در حوزه مدیریت بحران کشورها سبب می‌شود تا بسیاری از مشکلات کودکان در این زمینه مرتفع شود. درحقیقت، مشارکت علمی و تحقیق و توسعه در عرصه مدیریت بحران، کمک می‌کند تا از راه شناسایی و پیش‌بینی مخاطره‌ها و تهدیدها، استراتژی‌های مناسب تدوین شود و دولت‌ها برای مقابله با آنها همواره آمادگی داشته باشند.

بررسی صورت‌گرفته در این پژوهش نشان داد محدودیت‌های اعمال‌شده در زمان مخاصمات یا شیوع گسترده پاندمی کووید ۱۹ مانند قرنطینه و آموزش مجازی پیامدهای نامطلوبی در زمینه

آموزش و رشد کودکان داشته است. درحالی‌که آموزش و پرورش کلید توسعه فردی و آینده جوامع است و محرک اصلی توسعه پایدار است.

از سوی دیگر کشورهای دارای اقتصاد ضعیف و تحت‌تأثیر تحریم‌های بین‌المللی و درگیر جنگ نتوانسته‌اند عملکرد مطلوب و مؤثری در مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری (مانند کووید ۱۹ و سرخک) به‌ویژه در قبال کودکان داشته باشند. درحالی‌که کودکان قربانیان خاموش و بی‌دفاع در بحران‌های ناشی از مخاصمات مسلحانه و شیوع بیماری‌های مسری هستند و بروز جنگ سبب تبعیض و محرومیت بیشتر آنها و حتی عدم بهره‌مندی آنان از مساعدت و انتقال کمک‌های بشردوستانه می‌شود.

نکته حائز اهمیت دیگر آنکه مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری مستلزم طراحی و کارآمدسازی ساختارهای ستادی و عملیاتی مقابله با بحران، ارتقای مهارت‌های مطالعاتی و عملیاتی مدیران بحران، استفاده از ابزار و فنون نوین، نهادینه‌سازی رویکرد مدیریت پیش‌رویدادی و بهره‌گیری از ظرفیت‌های مردمی و سرمایه‌های اجتماعی در مواجهه و کنترل بحران است که برخی کشورها با بروز وضعیت‌های اضطراری مانند جنگ یا شیوع بیماری‌های مسری مانند کووید ۱۹ به دلیل نداشتن زیرساخت‌های لازم [همچون کمبود یا نداشتن تجهیزات لازم پزشکی، عدم برخورداری از فناوری و تجهیزات ارتباطی به‌روز دنیا، عملکرد ضعیف در حوزه دیجیتال و هوشمندسازی و...] در مدیریت بحران بیماری‌های مسری پرمخاطره کودکان ضعیف بوده و تلفات انسانی گسترده‌ای را تجربه کردند. ضمن اینکه مدیریت بحران ناشی از بیماری‌های مسری مستلزم اجرای طیف کامل حقوق بشر است.

در این راستا می‌توان راهکارهای ذیل را پیشنهاد کرد:

- ایجاد نظام‌های آموزش و پرورش فراگیر، تاب‌آور و با کیفیت متناسب با نیازهای آینده؛
- ارتقای ظرفیت نقش‌آفرینان اصلی حوزه حمایت از کودکان در شرایط بحران و ایجاد یک سازوکار هماهنگی ملی برای این حوزه؛
- پیش‌بینی‌های لازم در برنامه‌ریزی‌های ملی کشورها برای اطمینان از مراقبت کودکان و خانواده‌های آنها در مواقع بحران؛
- توانمندسازی کودکان و خانواده‌های آنها در راستای ارتقای سلامت؛
- سرمایه‌گذاری در زمینه ارتقای سواد دیجیتالی و زیرساخت‌های آن؛

- تقویت همکاری و تبادل تجربیات با سازمان‌ها و کشورهای دیگر در زمینه مدیریت بحران؛
  - به‌روزرسانی و استفاده از فناوری‌های نوین در زمینه‌های هوش مصنوعی، اینترنت اشیا و تحلیل داده‌ها برای بهبود پاسخگویی به بحران‌ها؛
  - توسعه و اجرای دوره‌های آموزشی برای توانمندسازی کودکان در زمینه مدیریت بحران.
- امید است نتایج مطالعات موردبررسی در این پژوهش، توجه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را بیش از گذشته درباره وضعیت بهداشتی و سلامت کودکان به‌ویژه کودکانی که درگیر جنگ هستند جلب کند و تا حدی در شناسایی نیازهای بهداشتی و درمانی آنها به‌ویژه در منطقه غزه کمک کند و دسترسی به دریافت کمک‌های بشردوستانه را برای این کودکان تسهیل نماید.

## منابع

### کتاب

۱. امینی حسینی، کامبد، *ارائه راهکارهای اجرایی برای اصلاح و بهبود نظام مدیریت بحران کشور مبتنی بر تجارب جهانی*، چاپ پژوهشگاه بین‌المللی زلزله‌شناسی و مهندسی زلزله، زمستان ۱۳۸۸.
۲. *برنامه ملی بازسازی و بازتوانی (بند ج ماده ۴ قانون مدیریت بحران کشور)*، سازمان مدیریت بحران کشور و پژوهشکده سوانح طبیعی، آذر ماه ۱۴۰۰.
۳. *پروژه اسفیر: منشور بشر دوستانه و حداقل استانداردها در پاسخگویی بشر دوستانه*، ترجمه عزیز سمیعی، چاپ اول، تهران: چالش، ۱۳۹۳.
۴. *مقررات بهداشتی بین‌المللی ۲۰۰۵*، وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی - مرکز مدیریت بیماری‌های واگیر، مترجم پیمان همتی و حسین اکبری و گروه مترجمان، ویرایش سوم، تهران: تندیس، ۱۳۹۶.
۵. جوزف، سارا، جنی شولتز و ملیسا کسن، *میثاق حقوق مدنی و سیاسی دعوی، آموزه‌ها و تفاسیر*، ترجمه: دکتر سید قاسم زمانی، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵.

۶. چارچوب سندای برای کاهش خطرپذیری سوانح ۲۰۳۰-۲۰۱۵، مترجم بهنام سعیدی و دیگران، تهران: انتشارات کتاب پدیده، زمستان ۱۳۹۴.
۷. خلاصه کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی، تهران: انتشارات کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۲.
۸. دستور کار ۲۰۳۰ برای توسعه پایدار، مترجم مهرناز پیروز نیک، کمیسیون ملی یونسکو-ایران، زمستان ۱۳۹۴.
۹. فالی، سید سجاد، اصول و مقدمات مدیریت بحران با ذکر نمونه‌هایی از حوادث بحران‌ساز، تهران: انتشارات پلک، ۱۳۹۴.

#### مقاله

۱۰. انصاری، باقر، ابعاد و چالش‌های حقوق بشری مقابله با کووید ۱۹، فصلنامه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۴۰۱.
۱۱. اسلامی، رضا و مهشید آجلی لاهیجی، چالش‌های توسعه اجتماعی در نظام بین‌المللی حقوق بشر با تأکید بر حق آموزش، حق بر سلامت و رفع فقر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۵، شماره ۷۴.
۱۲. امیر فامیل زوار جلالی، آشنایی با تعهدات سازمان جهانی بهداشت در دوران همه‌گیری بیماری‌ها، (۲۶ دی)،
۱۳. بیگ زاده، ابراهیم، سید محمدقاری سیدفاطمی، سیدهادی محمودی و محمدحسین لطیفیان، معضل کرونا در آیین حقوق بین‌الملل معاصر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه کرونا، (۱۳۹۹).
۱۴. تیموری، فاطمه و آراسب دباغ مقدم، وضعیت بهداشت عمومی کودکان آواره ناشی از جنگ سوریه: یک مرور روایتی، مجله علوم مراقبتی نظامی، ۱۳۹۹.
۱۵. جهانگیری، کتایون، رضا خانی جزنی، کیومرث اله بخشی و حسن جمشیدی، بررسی تطبیقی تغییرات محتوایی و ساختاری پروژه اسفیر در بخش استانداردهای مشترک، مجله امداد و نجات، ۱۳۹۲.

۱۶. حدادی، مهدی و بهرام مرادیان، مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۱ پاییز و زمستان ۱۳۹۸.
۱۷. خانکه، حمیدرضا و سید تیمور حسینی، انتخاب مدل برتر مدیریت بحران ناشی از حوادث طبیعی در کشورهای هدف بر اساس مدل تصمیم‌گیری چند معیاره AHP، فصلنامه مطالعات دفاعی استراتژیک سال پانزدهم، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۷.
۱۸. خسروی، حسن، ابعاد حقوق بشری مداخلات درمانی و نجاتبخش اختیاری یا اجباری بیماران کووید-۱۹، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۳۹۹.
۱۹. خورشیدیان، عبدالمجید، بازسازی بهینه‌تر از پیش؛ نگرش راهبردی به بازسازی پس از سانحه به عنوان فرصتی برای توسعه، فصلنامه دانش پیشگیری و مدیریت بحران، دوره پنجم، ۱۳۹۴، شماره ۳.
۲۰. دهقان فاروجی، فاطمه، پرستو کاظمیان، اشرف دهقان و علی بیت‌الهی، کودکان در برنامه‌های کاهش خطرپذیری بحران‌های طبیعی، فصلنامه دانش پیشگیری و مدیریت بحران، دوره هفتم، ۱۳۹۶، شماره ۴.
۲۱. زمانی، سید قاسم و زینب فرهنگ زاد، اقدامات قهری یکجانبه آمریکا علیه ایران از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر رویه شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۴۰۰، شماره ۴۸.
۲۲. زمانی، سید قاسم، بحران کرونا و تعهد بین‌المللی دولت برای تضمین سلامت شهروندان، ویژه‌نامه کرونا و حق بر سلامت، انجمن علمی حقوق اساسی، انتشارات نامه خرد، ۱۳۹۹.
۲۳. سید موسوی، میرسجاد، حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، شماره ۸۹.
۲۴. کریمی، سیامک، تعهد دولت منشأ و سایر دولت‌ها به پیشگیری از خسارات فرامرزی کووید ۱۹، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۶۷.



۲۵. گازرانی، میلاد، بررسی جایگاه حقوقی سازمان بهداشت جهانی در شیوع بیماری‌های واگیردار، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون یار، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۱۱.
۲۶. عباسی، محمود و سیده پریسا میرابی، حق بر سلامت کودکان با تأکید بر حق بر توسعه پایدار در شیوع بیماری‌های واگیردار از منظر حقوق بین‌الملل، مجله حقوق پزشکی، ۱۴۰۲، شماره ۵۸.
۲۷. عباسی (اشققی)، مجید و حامد عظیمی، حق بر سلامت و تحریم‌های آمریکا با تأکید بر تحریم‌های دارویی و تجهیزات پزشکی، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، ۱۴۰۱، شماره ۴.
۲۸. عزیزی، سعید، محمدمهدی رشیدی و اکبر نیلی‌پور طباطبائی، بررسی رابطه بین توسعه سرمایه انسانی و مدیریت بحران، مجله مدیریت سرمایه اجتماعی، دوره ۶ بهار ۱۳۹۸، شماره ۱.
۲۹. قصابیان، جواد، بهره‌گیری از روش‌های نوین در مدیریت بحران و سیلاب شهری با تأکید بر کاهش خسارت و تلفات، فصلنامه رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، ۱۳۹۹، شماره ۲۸.
۳۰. فیروز پور، کوثر، دستاوردهای حقوق بین‌الملل در تحقق حق بر سلامت کودکان ناتوان، مجله پژوهش‌های حقوقی، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۴۶.
۳۱. مروت، مجتبی، حقوق کودکان در مخاصمات مسلحانه، مجله پژوهش‌های حقوق عمومی، دوره ۸، ۱۳۸۵، شماره ۱۸.
۳۲. نامی، پارسا، تأمین دارو: حقوق و تکالیف دولت‌ها در نظام بین‌المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
۳۳. نظری، لیلا، وحید پورشهبابی، حامد آرامش و نورمحمد یعقوبی، چالش‌ها، پیامدها و الزامات مواجهه با بیماری‌های واگیردار نوپدید، فصلنامه دانش پیشگیری و مدیریت بحران، دوره دوازدهم، ۱۴۰۱، شماره ۲.

## References

### Books

1. *Agenda for Sustainable Development (2030)*, translator Mehrnaz Pirouz Nik, UNESCO-Iran National Commission, winter 2014. (in Persian)
2. Amini Hosseini, *Kambed, Providing Executive Solutions for Reforming and Improving the Country's Crisis Management System Based on Global Experiences*, published by the International Research Institute of Seismology and Earthquake Engineering, winter 2018. (in Persian)
3. Fali, Seyed Sajjad, *Principles and Preliminaries of Crisis Management with Examples of Crisis Events*, Tehran, Plek Publishing House, 2014. (in Persian)
4. *International Health Regulations 2005*, Ministry of Health, Medical Education and Communicable Diseases Management Center, translated by Peyman Hemmati and Hossein Akbari and translators group, third edition, Tehran Publishing: Tandis, 2016. (in Persian)
5. Joseph, Sara and others, translated by: Dr. Seyed Qasim Zamani, *Covenant of Civil and Political Litigation Laws, Doctrines and Interpretations*, Shahr Danesh Legal Studies and Research Institute, Tehran, first edition, 2015. (in Persian)
6. *LITERATURE REVIEW ON LAW AND DISASTER RECOVERY AND RECONSTRUCTION*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, 2020.
7. *National Reconstruction and Rehabilitation Program* (Clause C, Article 4 of the country's crisis management law), the country's crisis management organization and natural disaster research institute, November 2024. (in Persian)
8. Sphere Project: *Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, translated by Aziz Sami, first edition, Challes Publishers, Tehran, 2013. (in Persian)
9. *Summary of the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocols*, Publications of the International Committee of the Red Cross, Tehran, 2003. (in Persian)
10. *The Midterm Review of the Implementation of the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030)*, Regional Report for Asia-Pacific, International Science Council, Paris, France, 2023.
11. *The Sendai Framework for Reducing the Risk of Accidents 2015-2030*, translated by Behnam Saeedi and others, (Tehran, Ketab Padideh Publications, winter 2014. (in Persian)

### Articles

12. Abbasi (Ashqli), Majid, Azimi, Hamed, "The Right to Health and US Sanctions with an Emphasis on Drug and Medical Equipment Sanctions", *International Studies Quarterly*, 2022, No. 4. (in Persian)
13. Azizi, Saeed and others, "Investigating the relationship between human capital development and crisis management", *Journal of Social Capital Management*, Volume 6, Spring 2018, No 1. (in Persian)
14. Abbasi, Mahmoud, Mirabi, Sayeda Parisa, "The Right to Children's Health with an Emphasis on the Right to Sustainable Development in the Spread of Infectious Diseases from the Perspective of International Law", *Journal of Medical Law*, 2023, No. 58. (in Persian)
15. Amir Famil Zovar Jalali, "Getting to Know the Obligations of the World Health Organization During the Epidemic of Diseases", January 26, 1400, <https://www.tabnak.ir/fa/news/1099228/> (in Persian)
16. Ansari, Baqer, "Human Rights Dimensions and Challenges of Dealing with Covid-19", *Legal Research Quarterly*, Spring 1401. (in Persian)
17. Begzadeh, Ebrahim and others, "Corona Problem in the Mirror of Contemporary International Law", *Legal Research Quarterly, special issue of Corona*, 2019. (in Persian)
18. Dehghan Farooji, Fatemeh and others, "Children in Programs to Reduce Vulnerability to Natural Crises", *Knowledge Quarterly of Crisis Prevention and Management*, 7th period, 4th issue, 2016. (in Persian)
19. Firouzpour, Kosar, "Achievements of International Law in Realizing the Right to the Health of Disabled Children", *Legal Research Journal*, summer 2021, No. 46. (in Persian)
20. Gartland D, Riggs E, Muyeen S, Giallo R, Afifi TO, MacMillan H, et al, "What factors are associated with resilient outcomes in children exposed to social adversity? A systematic review", *BMJ Open* 2019.
21. Gazrani, Milad, "Investigation of the Legal Position of the World Health Organization in the Outbreak of Infectious Diseases", *the electronic quarterly of legal researches of Kanon Yar*, third volume, 2019, No 11. (in Persian)
22. Haddadi, Mehdi, Moradian, Bahram, "The Concept of Due Care in International Law and the Regulations of the Financial Action Task Force", *International Legal Journal*, Autumn and Winter 2018, No. 61. (in Persian)

23. Islami, Reza, Ajali Lahiji, Mahshid, "Challenges of Social Development in the International Human Rights System with an Emphasis on the Right to Education, the Right to Health and Poverty Alleviation", *Legal Research Quarterly*, 2015, No. 74. (in Persian)
24. Jahangiri, Ketayoun and others, "A Comparative Study of Content and Structural Changes of Sphere Project in the Common Standards Section", *Emdad and Najat Magazine*, 2012. (in Persian)
25. Karimi, Siamak, "The Commitment of the State of Origin and other Governments to Prevent Cross-Border Damages of Covid-19", *Public Law Research Quarterly*, summer 2019, No. 67. (in Persian)
26. Khanke, Hamidreza, Hosseini, Seyed Taimur, "Choosing the Best Crisis Management Model Caused by Natural Disasters in the Target Countries Based on the AHP Multi-Criteria Decision-Making Model", *Strategic Defense Studies Quarterly*, 15th year, Winter 2016, No 7. (in Persian)
27. Khosravi, Hassan, "Human Rights Dimensions of Voluntary or Compulsory Treatment and Rescue Interventions for Covid-19 Patients", *Legal Research Quarterly*, Volume 23, Special Letter on Laws and Corona, 2019. (in Persian)
28. Martin Krottmayer, Technological & Biological Hazard Preparedness (October 2020) Biological Hazards: Epidemics", IFRC, 2018.
29. Morovat, Mojtaba, "Children's Rights in Armed Conflicts", *Journal of Public Law Research*, Volume 8, 2016, No 18. (in Persian)
30. Nami, Parsa, "Drug Supply: The Rights and Duties of Governments in the International System", Tehran: Shahr Danesh Institute of Research and Studies, 2014. (in Persian)
31. Nazari, Leila and others, "Challenges, Consequences and Requirements of Facing Emerging Infectious Diseases", *Crisis Prevention and Management Science Quarterly*, 12th Volume, 2022, No 2. (in Persian)
32. Pedro A. Villarreal, "Counter-contestation in global health governance: The WHO and its member states in emergency settings", *Health Policy*, Volume 131, May 2023.
33. Qasabian, Javad, "Using New Methods in Urban Flood and Crisis Management with an Emphasis on Reducing Damage and Casualties", *New Research Approaches in Management and Accounting Quarterly*, 2019, No. 28. (in Persian)
34. RanaMoustafaFouad, "The Legal Duty to Cooperate amid Covid-19: A Missed Opportunity?", *EJIL TALK*, 22 April 2020.

35. Seeger, Matthew, Ulmer, R. Ulmer, "Virtuous responses to organizational crisis: Aaron Feuerstein and Milt Cole", *Journal of Business Ethics*, 31(4), 2001.
36. Seyed Mousavi, Mir sajad, "The Right to the Highest Attainable Level of Health", *Journal of Legal Research*, Volume 23, 2019, No 89. (in Persian)
37. Khorshidian, Abdul Majid, "Reconstruction More Optimal than before; A Strategic Approach to Post-Disaster Reconstruction as an Opportunity for Development", *Knowledge Quarterly of Crisis Prevention and Management*, 5th session, 3rd issue, 2014. (in Persian)
38. Teimouri, Fatemeh, Dabbagh Moghadam, Araseb, "General Health Status of Displaced Children Due to the Syrian War: A Narrative Review", *Journal of Military Care Sciences*, 2019. (in Persian)
39. Wenham, Clare. "What we have learnt about the World Health Organization from the Ebola outbreak". *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 26 May 2017.
40. Zamani, Seyed Qasim, "Corona Crisis and the International Commitment of the Government to Ensure the Health of Citizens, Special Issue on Corona and the right to health", Scientific Association of Constitutional Rights, Kherd Publications, 2019. (in Persian)
41. Zamani, Seyed Qasim, Farhamandzad, Zainab, "America's Unilateral Coercive Measures against Iran from the Point of View of International Law with an Emphasis on the Procedure of the United Nations Human Rights Council", *Journal of Legal Research*, 1400, No. 48. (in Persian)

#### Documents

42. DISASTER RECOVERY FRAMEWORK FOR TROPICAL CYCLONE GITA, KINGDOM OF TONGA // OCTOBER 2018.
43. CESCR General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities: restricting marketing and advertising of certain goods to protect public health, E/C.12/GC/24, 2017.
44. Convention on the Rights of the Child Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.
45. Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.

46. Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, with commentaries, (2016), Adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/71/10).
47. General Assembly, Sixty-fifth session, Implementation of the Declaration of Commitment on HIV/AIDS and the Political Declaration on HIV/AIDS High-level meeting on the comprehensive review of the progress achieved in realizing the Declaration of Commitment on HIV/AIDS and the Political Declaration on HIV/AIDS Report of the Secretary-General (A/65/797), 9 June 2011.
48. General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).
49. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000.
50. General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24).
51. General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), (17 April 2013). Available at:  
<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2013/en/96127/>
52. General Comment No. 3 (2003) HIV/AIDS and the rights of the child, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, CRC/GC/2003/3 17 March 2003.
53. Human rights implications of the lack of affordable, timely, equitable and universal access and distribution of coronavirus disease (COVID - 19) vaccines and the deepening inequalities between States - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 01 February 2022.
54. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, WORLD DISASTERS REPORT 2022 TRUST, EQUITY AND LOCAL ACTION, Lessons from the COVID-19 pandemic to avert the next global crisis, 2023.
55. Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration.

56. Ontario Human Rights Commission (OHRC), (2020), "Policy on Governments Human rights During the Covid-19 Pandemic", November 2021.
57. operation and Development (OECD) , 9 April 2020.
58. Resolution 2532 (2020) / adopted by the Security Council on 1 July 2020.
59. Resolution adopted by the General Assembly on 23 December 2015 [on the report of the Sixth Committee (A/70/509)], 70/236. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-seventh session.
60. RESPONSES TO COVID-19 AND STATES' HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS: PRELIMINARY OBSERVATION, 16 march, 2020.
61. Security Council resolution 1308 (2000) [on provision of training on issues related to HIV/AIDS prevention for peacekeeping personnel], 17 July 2000.
62. The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children, 8 April 2020.
63. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights, 2020.
64. UN Committee on the Rights of the Child (CRC Committee), General Guidelines Regarding the Form and Content of Initial Reports to Be Submitted by States Parties under Article 44, Paragraph 1(a) of the Convention. 1991. UN Doc. CRC/C/5/1991 , adopted by the Committee at its 22nd meeting (1st session) on 15 October 1991.
65. UN General Assembly, "International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face COVID-19", 74/274, 15 Apr 2020.
66. UN. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (22nd sess.: 2000: Geneva) , General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2000, para. 45.
67. United Nations Office for Disaster Risk Reduction, Sendai Framework for Disaster Risk Reduction( 2015 – 2030).

#### Online Resources

68. <https://turkiye.un.org/en/251952-guterres-%E2%80%9Cgaza-becoming-graveyard-children%E2%80%9D/>
69. [https://www.ohrc.on.ca/en/news\\_centre/ohrc-policy-statement-human-rights-covid-19-recovery-planning](https://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/ohrc-policy-statement-human-rights-covid-19-recovery-planning).

70. [https://persiansign.ir/my\\_documents/my\\_files/Full-Task%206-%20final%20version-Farsi.pdf/](https://persiansign.ir/my_documents/my_files/Full-Task%206-%20final%20version-Farsi.pdf/)
71. <https://www.amnestyusa.org/press-releases/responses-to-covid-19-and-states-human-rights-obligations-preliminary-observations/>
72. <https://www.undrr.org/publication/sendai-framework-disaster-risk-reduction-2015-2030/>
73. <https://digitallibrary.un.org/record/425041/>
74. <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-24-2017-state-obligations-context>.
75. <https://digitallibrary.un.org/record/425041/>
76. <https://digitallibrary.un.org/record/1323014?v=pdf#files/>
77. <https://digitallibrary.un.org/record/137523?v=pdf/>
78. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/457/44/pdf/n1545744.pdf?toKen=ec0pX0uHN6nQhYDUzH&fe=true/>
79. <https://www.refworld.org/legal/otherinstr/ilc/2016/en/123342/>
80. <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf/>
81. <https://www.refworld.org/docid/45139b464.html/>
82. [https://www.unicef.nl/files/INT\\_CRC\\_STA\\_9095\\_E.pdf/](https://www.unicef.nl/files/INT_CRC_STA_9095_E.pdf/)
83. <https://digitallibrary.un.org/record/418823?v=pdf#files/>
84. <https://digitallibrary.un.org/record/704836?v=pdf/>
85. <https://digitallibrary.un.org/record/3870751/>
86. [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_70\\_1\\_E.pdf/](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf/)
87. <https://www.ifrc.org/document/world-disasters-report-2022/>
88. <https://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard/>
89. <https://digitallibrary.un.org/record/3856957/>
90. <https://www.ejiltalk.org/thelegal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-amissed-opportunity>.
91. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/261/15/PDF/G1926115.pdf?OpenElement>, 3 September (2019), para. 26. (CCPR/C/GC/R. 36).
92. <https://reliefweb.int/report/world/sphere-handbook-humanitarian-charter-and-minimum-standards-humanitarian-response-2018>.
93. [https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-241\\_0368-summary-geneva-conventions-fas.pdf/](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-241_0368-summary-geneva-conventions-fas.pdf/)



94. [https://www.gfdr.org/sites/default/files/publication/WB\\_Tonga\\_Framework\\_Report\\_FA02-M.pdf/](https://www.gfdr.org/sites/default/files/publication/WB_Tonga_Framework_Report_FA02-M.pdf/)
95. <https://ndri.ac.ir/uploads/NDML-Docs/Post-Disaster-Reconstruction-and-Rehabilitation-National-Plan.pdf/>
96. [https://www.ifrc.org/sites/default/files/Final\\_-\\_Literature-Review-on-Law-and-Recovery.pdf/](https://www.ifrc.org/sites/default/files/Final_-_Literature-Review-on-Law-and-Recovery.pdf/)
97. <https://www.undrr.org/media/86717/download?startDownload=true/>
98. <https://digitallibrary.un.org/record/425041/>
99. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc.pdf/>
100. <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4935-human-rights-implications-lack-affordable-timely-equitable-and/>
101. <http://dx.doi.org/10.1136/bmjopen-2018-024870>  
[www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/30975671/](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/30975671/)
102. <https://webarchive.oecd.org/2020-04-09/550461-DAC-Joint-Statement-COVID-19>.
103. <https://www.un.org/pga/74/2020/04/15/international-cooperation-to-ensure-global-access-to-medicines-vaccines-and-medical-equipment-to-face-covid-19/>

## **International Obligations of Governments in Managing the Crisis Caused by Infectious Diseases of Children (With an Emphasis on Gaza Crisis and Covid-19 Pandemic)**

**Roya Zarenemati\***  
**Seyed Ghasem Zamani\*\***

### **Abstract**

Contagious diseases have been one of the most important factors threatening human life, both in peacetime and wartime. In order to protect and guarantee, as much as possible, the right to life and the right to health of individuals, international law has predicted various obligations for governments in the field of crisis management caused by infectious diseases. In the meantime, children are more physically and psychologically vulnerable than other population groups due to not having enough understanding of the dangers around them during a crisis caused by an epidemic of infectious diseases. This research investigates the issues and international obligations of governments in managing the crisis caused by infectious diseases in the children's demographic group, and addressed the challenges they face in this field. The findings of this article show that some governments have neglected to implement some of their international obligations and their performance in managing the crisis caused by children's infectious diseases has not been very desirable and effective, and it needs other new measures and policies which has been investigated in this research.

### **Keywords:**

Crisis Management, International Commitments, Infectious Disease, Children, Gaza and Covid-19.

---

\* P.h.D. Candidate , Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabatabai University Campus, Tehran, Iran (Corresponding Author)

\*\* Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

## مطالعه ممنوعیت‌های سه‌گانه دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده در ایالات متحده آمریکا؛ با نگاه تطبیقی به نظام حقوقی ایران

سید امین پیش‌نماز\*  
مصطفی‌السان\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰

### چکیده

موقعیت برتر عرضه‌کنندگان محصولات و خدمات مالی و اعتباری به دلایل مختلف همچون عدم تقارن اطلاعاتی، قدرت نابرابر معاملی، تخصصی و پیچیده بودن مفاد قرارداد و عدم درک کامل مصرف‌کننده از جزئیات آن، زمینه را برای سوءاستفاده و بهره‌کشی طرف قوی قرارداد فراهم می‌آورد. در ایالات متحده آمریکا به‌طور تاریخی، کمیسیون تجارت فدرال اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه و فریبنده در تجارت را به‌ترتیب از سال‌های ۱۹۱۴ و ۱۹۳۸ ممنوع کرد. در سال‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۸۳ دو بیانیه خط‌مشی از سوی کمیسیون به‌منظور شفاف‌سازی و دستیابی به یک رویه نسبتاً واحد در تفسیر ممنوعیت‌های اعمال و رویه‌های غیرمنصفانه و فریبنده صادر شد. ناکارآمدی نهادها و سازوکارهای حمایت از مصرف‌کنندگان در این حوزه در کنار کاهش دخالت و نظارت نهادهای مسئول منجر به زیاده‌طلبی بانک‌ها و مؤسسات ارائه‌دهنده وام مسکن شد؛ امری که در خلال سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸ میلادی به بحران مالی در ایالات متحده آمریکا انجامید. در سال ۲۰۱۰ به‌منظور التیام آثار بحران مالی و پیشگیری از تکرار آن، قانون «اصلاح وال‌استریت و حمایت از مصرف‌کننده» به تصویب کنگره رسید. به موجب این قانون، دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده به‌عنوان یک نهاد مستقل با قابلیت تنظیم‌گری، نظارت و تعقیب و طرح دعوا تشکیل شد. در همین قانون بخشی از اختیارات کمیسیون تجارت فدرال در قبال دو ممنوعیت فریبنده و غیرمنصفانه با افزودن ممنوعیت اقدامات و رویه‌های سوءاستفاده‌گرانه به دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده منتقل شد. در نوشتار حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی گردآوری شده است، نخست ممنوعیت‌های سه‌گانه مذکور با توجه به بیانیه‌های خط‌مشی صادرشده در این خصوص مورد مطالعه و قیاس قرار گرفته، سپس سازوکارهای موجود در نظام حقوقی ایران با کارکردهای مشابه تطبیق داده می‌شود. جامع، یکپارچه و به‌روز نبودن ابزارهای حمایت از مصرف‌کننده در نظام داخلی و لزوم استناد و تمسک به عموماً از مطالعه نظام داخلی قابل استنباط است.

### کلیدواژه‌گان:

سوءاستفاده‌گرانه، غیرمنصفانه، فریبنده، دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده، قانون حمایت از مصرف‌کننده.

\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
s\_pishnamaz@sbu.ac.ir

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

m\_elsan@sbu.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 سال‌های منتهی به بحران اقتصادی ۲۰۰۸، کاهش نظارت بر بازار، وام‌دهی غارت‌گرانه<sup>۱</sup> و تبدیل وام‌های مسکن درجه دو<sup>۲</sup> به اوراق بهادار زنجیره‌ای از رویدادها را به وجود آوردند که اقتصاد ایالات متحده را فلج کرد. وام‌های مسکن درجه دو بدون لحاظ سوابق اعتباری مشتریان در شرایطی که قیمت مسکن روزبه‌روز در حال افزایش بود، نه برای بازپرداخت و تصفیه، بلکه با هدف شکست وام‌گیرندگان و سلب مالکیت اعیان مرهونه اعطا می‌شد.<sup>۳</sup> در نوامبر ۲۰۰۷، مرکز وام‌دهی مسئولانه<sup>۴</sup> گزارش داد که ۷/۲ میلیون خانواده دارای وام مسکن با اعتبار پایین هستند، ۱۴،۴۴ درصد از این وام‌ها در حالت نکول قرار دارند و ۱/۳ تریلیون دلار وام با اعتبار پایین همچنان باقی مانده است.<sup>۵</sup>

در نتیجه این رویه‌های وام‌دهی منتهی به بحران مالی مسکن، بیش از شش میلیون امریکایی در اثر سلب مالکیت در اجرای اسناد رهنی، منازل مسکونی خود را از دست دادند.<sup>۶</sup> بحران، قوانین حمایت از مصرف‌کننده، نهادهای نظارتی و قابلیت استانداردهای موجود برای مقابله با وام‌های غارت‌گرانه به‌عنوان یکی از علل اصلی بحران را در معرض آزمایش قرار داد.<sup>۷</sup> مقابل، کنگره به این نتیجه رسید که رویکرد تنظیم‌گران مالی در راستای ممنوعیت اعمال یا رویه‌های غیرمنصفانه و فریبنده برای جلوگیری از بحران مالی بسیار محدود بود و ضروری است قوانین موجود برای مقابله بهتر با چالش‌های جدید اصلاح شود.<sup>۸</sup>

1. Predatory Lending

2. Subprime Mortgage

وام‌هایی‌اند که در آن وام‌گیرنده از حیث اعتبارسنجی در وضعیت مطلوبی قرار نداشته و بازپرداخت آن با ریسک بالایی همراه است، لذا این وام‌ها با سود بیشتری همراه است.

CFPB, what is a subprime mortgage? 2024. Available at:

<https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/what-is-a-subprime-mortgage-en-110/>

3. Policy Statement on Abusive Acts and practices.CFPB.2023. Available at:

<https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervisory-guidance/policy-statement-on-abusiveness/>

4. Center For Responsible Lending

5. CTR. For Responsible Lending, Snapshot Of The Subprime Market1(2007),

<http://www.responsiblelending.org/pdfs/snapshot-of-the-subprime-market.pdf/>

6. Makridis,C.,Ohlrogge,M.” Moving to Opportunity? The Geography of the Foreclosure Crisis and the Importance of Location”. Journal of Economic Geography,22(1),2022. P.159.

7. Policy Statement on Abusive Acts and practice.

8. Ibid.

در سال ۲۰۱۰ میلادی، کنگره قانون «اصلاح وال استریت و حمایت از مصرف‌کننده، داد-فرانک»<sup>۱</sup> معروف به داد-فرانک را به تصویب رساند. این مقرر مشتمل بر ۱۶ فصل با هدف التیام آثار زیان‌بار بحران مالی و پیش‌گیری از وقوع رخدادهای مشابه به تصویب رسید. یکی از مهم‌ترین ابتکارات این قانون در فصل دهم، ایجاد دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده<sup>۲</sup> (از این به بعد دفتر نامیده می‌شود) است. قانون داد-فرانک اختیارات تنظیم‌گری، نظارت و اقدامات اجرایی نسبت به بسیاری از محصولات و خدمات مالی مصرف‌کننده و نهادهای ارائه‌دهنده این محصولات را به دفتر اعطا کرد.<sup>۳</sup> به‌طور کلی حمایت از حقوق مصرف‌کننده در نظام بانکی با دو مبنای مقابله با عدم تقارن اطلاعاتی<sup>۴</sup> و نابرابری قدرت معاملاتی<sup>۵</sup> عرضه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان کالا و خدمات توجیه می‌شود.<sup>۶</sup>

بند «ب» ماده ۱۰۲۱ این قانون، یکی از اهداف ایجاد دفتر را حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر اقدامات و رویه‌های «غیرمنصفانه»<sup>۷</sup>، «فریبنده»<sup>۸</sup> و «سوءاستفاده‌گرانه»<sup>۹</sup> عنوان کرده است. دو عنوان غیرمنصفانه و فریبنده پیش از این در قانون «کمیسیون تجارت فدرال»<sup>۱۰</sup> پیش‌بینی شده بودند. اما ممنوعیت «سوءاستفاده» برای نخستین بار به موجب داد-فرانک در عرض دو ضابطه<sup>۱۱</sup> پیشین قرار گرفت.

با توجه به پیشینه مذکور پرسش قابل طرح، معیار تشخیص اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه، فریبنده و سوءاستفاده‌گرانه در حقوق امریکاست. به موازات نظام حقوقی امریکا، جایگاه این اقدامات در قبال مصرف‌کنندگان در حقوق ایران نیز قابل طرح است. موضوع حاضر از آن حیث که نظم حاکم در حقوق ایالات متحده را با سازوکارهای داخلی ایران مورد مطالعه تطبیقی قرار می‌دهد، فاقد سابقه و پیشینه تحقیقاتی است. در این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی انجام

1. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.
2. Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)
3. Carpenter, David H., "The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis", *Congressional Research Service*, 2014. P 1.
4. Information asymmetries
5. Power imbalances
۶. نصیری، وحید، *درآمدی بر حقوق تنظیم نظام بانکی از منظر ریسک تطبیق در بانکداری*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۸، صص ۸۹ و ۹۰.
7. Unfair
8. Deceptive
9. Abusive
10. Federal Trade Commission Act (FTCA)

می‌شود، نخست سه معیار مذکور از منظر قانون داد-فرانک و مقررات مرتبط مورد مطالعه قرار می‌گیرد و وضع ضابطه جدید در قیاس با معیارهای پیشین ارزیابی می‌گردد. در بخش دوم سازوکارهای موجود در نظام حقوق ایران با الهام از حقوق سنتی و فقه امامیه با ممنوعیت‌های سه‌گانه در حقوق امریکا تطبیق داده می‌شود.

### ۱. ممنوعیت‌های سه‌گانه دفتر در نظام حقوقی ایالات متحده

از منظر تاریخی، کمیسیون تجارت فدرال<sup>۱</sup> طبق ماده ۵ قانون «کمیسیون تجارت فدرال»<sup>۲</sup> این اختیار را داشت که نهادهای غیربانکی را از «اعمال یا رویه‌های غیرمنصفانه یا فریبنده در تجارت یا تأثیرگذاری بر تجارت» منع کند. به‌طور مشابه، تنظیم‌گران بانکی می‌توانستند این ماده را برای نهادهای بانکی تحت نظارت خود اجرا کنند. با تصویب قانون داد-فرانک در سال ۲۰۱۰، اختیارات قانون‌گذاری، نظارت و اقدامات اجرایی نسبت به بسیاری از محصولات و خدمات مالی مصرف‌کننده و نهادهای ارائه‌دهنده این محصولات به دفتر اعطا شد.<sup>۳</sup> با تصویب این قانون، بخشی از اختیارات ۷ نهاد راجع به حمایت مالی از مصرف‌کننده در دفتر متمرکز شد.<sup>۴</sup> این نهادها عبارتند از کمیسیون تجارت فدرال، وزارت مسکن و توسعه شهری<sup>۵</sup> و پنج تنظیم‌گر بانکی مشتمل بر دفتر نظارت بر ارز<sup>۶</sup>، هیئت‌مدیره فدرال رزرو<sup>۷</sup>، شرکت بیمه سپرده‌های فدرال<sup>۸</sup>، اداره ملی اتحادیه‌های اعتباری<sup>۹</sup> و دفتر نظارت بر پس‌انداز<sup>۱۰</sup>. قانون داد-فرانک اختیارات اجرای قوانین و مقررات مربوط به محصولات و خدمات مالی مصرف‌کننده را در رابطه با مؤسسات سپرده‌گذاری بیمه‌شده و اتحادیه‌های اعتباری با مجموع دارایی‌های بیش از ۱۰ میلیارد دلار از تنظیم‌گران بانکی به دفتر منتقل کرد.<sup>۱۱</sup> با این حال، تنظیم‌گران بانکی پس از تصویب داد-فرانک این اختیار را در رابطه با مؤسسات سپرده‌گذاری بیمه‌شده یا اتحادیه‌های اعتباری با دارایی کمتر از ۱۰ میلیارد دلار حفظ کردند.<sup>۱۲</sup> این قانون همچنین با افزایش اختیار نظارت و حفاظت از

1. Federal Trade Commission  
2. Federal Trade Commission Act (FTCA)  
3. Carpenter, David H., op.cit. P 1.  
4. Ibid, P 1.  
5. Housing and Urban Development (HUD)  
6. Office of the Comptroller of the Currency (OCC)  
7. Federal Reserve Board (FRB)  
8. Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)  
9. National Credit Union Administration (NCUA)  
10. Office of Thrift Supervision (OTS)  
11. Dodd-Frank 1025(a), 1061.  
12. Canzona, S.J. "I'll Know It When I See It": Defending the Consumer Financial Protection Bureau's Approach of Interpreting the Scope of Unfair, Deceptive, or Abusive Acts or Practices ("UDAPP") Through Enforcement Actions *Journal of legislation*, 45(3), 2018. P 62.

مصرف‌کننده در قبال نهادهای مالی غیرسپرده‌ای<sup>۱</sup> این نهادها را تحت استانداردهای نظارتی، بازرسی و اجرایی مشابهی که پیش‌تر در مورد مؤسسات سپرده‌گذاری اعمال می‌شد، قرار داد. ماده ۱۰۳۱ قانون داد-فرانک، در کنار دو ممنوعیت اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه و فریبنده که پیش از آن در ماده ۵ قانون «کمیسیون تجارت فدرال» پیش‌بینی شده بود، ممنوعیت سوءاستفاده را اضافه کرد. این ماده به دفتر این اختیار را داد که اشخاص مشمول<sup>۲</sup> را از به‌کارگیری اعمال و رویه‌های غیرمنصفانه، فریبنده و سوءاستفاده‌گرانه منع کند. در ادامه، معیار تشخیص این سه ممنوعیت در داد-فرانک و مقررات پیشین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱.۱. ممنوعیت اعمال و رویه‌های غیرمنصفانه

ماده ۵ قانون «کمیسیون تجارت فدرال» مصوب ۱۹۱۴ صرفاً روش‌های غیرمنصفانه<sup>۳</sup> رقابت را ممنوع کرد. در اصلاح سال ۱۹۳۸ این قانون، روش‌های غیرمنصفانه رقابت همچنین رویه‌های غیرمنصفانه و فریبنده در تجارت یا تأثیرگذار بر آن را ممنوع اعلام شد. بند «ج» ماده ۱۰۳۱ قانون داد-فرانک مقرر می‌کند که دفتر فقط در صورتی می‌تواند یک اقدام یا رویه را در معامله با مصرف‌کننده در خصوص یک محصول یا خدمت مالی غیرمنصفانه اعلام کند که شرایط مقرر در بند «ج» وجود داشته باشد. این شرایط از منظر داد-فرانک مشابه مواردی است که بیانیه خط‌مشی ۱۹۸۰ کمیسیون تجارت فدرال<sup>۴</sup> تبیین کرده است. یک عمل یا رویه زمانی غیرمنصفانه است که این سه شرط را به‌طور هم‌زمان داشته باشد:

(۱) باعث صدمات قابل توجهی به مصرف‌کنندگان شود یا احتمال رود که منجر به صدمات قابل توجه گردد؛

#### 1. Non-depository financial institutions

۲. اصطلاح شخص مشمول در بند ۶ ماده ۱۰۰۲ تعریف شده است: اصطلاح «شخص مشمول» به معنای: (الف) هر شخصی مشغول ارائه یا تهیه یک محصول یا خدمات مالی مصرف‌کننده است. (ب) هر یک از افراد وابسته به شخصی که در بند قبل شرح داده شده مشروط به آن که شخص وابسته نیز به‌عنوان ارائه‌دهنده خدمات به شخص مذکور عمل کند.

۳. باید توجه داشت غیرمنصفانه در این پژوهش ترجمه واژه Unfair است و متفاوت با مفهوم Unconscionability در حقوق کامن‌لا است که به‌عنوان دکتترین غیرمنصفانه و خلاف‌وجدان شناخته می‌شود. برای آشنایی با مفهوم اخیر ن.ک به: شیروی، عبدالحسین، «نظریه غیرمنصفانه و خلاف‌وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، دوره ۴، ۱۳۸۱، شماره ۱۴، صص ۵-۴۳.

4. FTC Policy Statement on Unfairness 1980, Available at: FTC Policy Statement on Unfairness | Federal Trade Commission

۲) این صدمات به طور متعارف توسط مصرف‌کنندگان قابل اجتناب نباشد؛  
۳) این صدمات با منافع متقابل برای مصرف‌کنندگان یا رقابت جبران نشده باشد.<sup>۱</sup>  
صدمات قابل توجه معمولاً شامل زیان‌های مالی است؛ یعنی هزینه‌هایی که مصرف‌کنندگان در نتیجه یک عمل غیرمنصفانه پرداخت می‌کنند.<sup>۲</sup> در خصوص میزان زیان و صدمه مالی وارده برای غیرمنصفانه تلقی شدن باید گفت که همواره ضروری نیست خسارت بسیار زیادی به اشخاص وارد شود؛ بلکه گاهی عمل یا رویه‌ای که به تعداد زیادی از افراد آسیب کمی هم وارد می‌کند، ممکن است مصداق آسیب قابل توجه تلقی شود.<sup>۳</sup> همچنین ضرورتی ندارد که زیان محقق شده باشد؛ بلکه احتمال ورود زیان نیز کافی انگاشته می‌شود؛ باین‌حال گفته شده آسیب‌های ناچیز یا صرف گمانه‌زنی ورود آسیب، برای تحقق یافتن صدمات قابل توجه کافی نیستند.<sup>۴</sup>

اگر مصرف‌کنندگان بتوانند به طور متعارف از ورود صدمه (زیان مالی) اجتناب کنند، اقدام غیرمنصفانه محسوب نمی‌شود. در صورتی که یک اقدام یا رویه در توانایی مصرف‌کننده در تصمیم‌گیری مؤثر باشد، او نمی‌تواند از ورود صدمه به خود جلوگیری کند. برای مثال، اگر اطلاعات بااهمیت در مورد یک محصول، مانند قیمت، پس از متعهد شدن مصرف‌کننده دستخوش تغییر شود یا اگر مصرف‌کنندگان مجبور به خرید محصولات یا خدمات ناخواسته شوند، جلوگیری از ورود زیان و تحمل هزینه غیرممکن است.<sup>۵</sup> اقداماتی که از مصرف‌کننده انتظار می‌رود برای جلوگیری از آسیب انجام دهد باید متعارف باشد. از فرد مصرف‌کننده انتظار نمی‌رود که پیش از تهیه محصول برای ارزیابی آن کارشناس استخدام کند یا از طریق اقامه دعوی مطالبه خسارت بخواهد زیان را مرتفع سازد.<sup>۶</sup>

شرط سوم برای غیرمنصفانه بودن یک اقدام یا رویه آن است که صدمات ناشی از آن نباید با منافع متقابلی که برای مصرف‌کننده یا رقابت ایجاد می‌شود، جبران شود. اگر صدمات با مزیتی که

1. Dodd-frank 1031(c)

2. UDAAP CFPB Manual.Unfair,Deceptive or Abusive Acts or Practices,Unfair,Deceptive,or Abusive Acts or Practices,2012.<https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervision-examinations/unfair-deceptive-or-abusive-acts-or-practices-udaaps-examination-procedures/>

3. FDIC.Unfair,Deceptive and Abusive Practices-Federal Trade Commission Act/Dodd-Frank Act. 2022. <https://www.fdic.gov/system/files/2024-06/vii-1-1.pdf/>

4. UDAAP CFPB Manual,op.cit.

5. Canzona,S.J.op.cit.P.63.

6. Ibid. P 64.



برای مصرف‌کننده در مجموع ایجاد می‌شود یا مزایای رقابتی مانند پایین آمدن قیمت‌ها یا دسترسی گسترده‌تر به محصولات و خدمات جبران شود، اقدام یا رویه غیرمنصفانه نخواهد بود.<sup>۱</sup> بنابراین تحلیل و ارزیابی هزینه-فایده برای مصرف‌کننده در تعیین رویه یا اقدام غیرمنصفانه مؤثر است. بخش دوم بند «ج» ماده ۱۰۳۱ به تبع مقررات پیشین، ملاحظات مربوط به نظم عمومی<sup>۲</sup> را به‌عنوان معیاری برای تعیین غیرمنصفانه بودن ذکر می‌کند. باین‌حال تصریح می‌کند نظم عمومی به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای غیرمنصفانه بودن اقدام یا رویه تلقی گردد. ملاحظات مربوط به نظم عمومی می‌تواند ریشه در قوانین و مقررات یا آرای قضایی داشته باشد؛ برای مثال یک رویه وام‌دهی که بر خلاف مقررات باشد، می‌تواند در صورت وجود سایر شرایط غیرمنصفانه به حساب آید یا بالعکس موافقت یک رویه با مقررات می‌تواند از غیرمنصفانه بودن آن جلوگیری کند.<sup>۳</sup>

## ۱.۲. ممنوعیت اعمال و رویه‌های فریبنده

علی‌رغم آنکه قانون داد-فرانک در ماده ۱۰۳۱ به دفتر اختیار مقابله با اقدامات و رویه‌های فریبنده را می‌دهد و در ماده ۱۰۳۶ نیز اشخاص مشمول را از پرداختن به این امور منع می‌کند، لکن تعریفی از این مفهوم ارائه نمی‌دهد. می‌توان استنباط کرد که داد-فرانک درصدد تغییر تعریف فریبنده از آنچه پیشتر در بیانیه خط‌مشی کمیسیون تجارت فدرال راجع به فریب<sup>۴</sup> در سال ۱۹۸۳ آمده، نبوده است؛ به‌خصوص آنکه راهنمای نظارت و بازرسی دفتر نیز همین تعریف را پذیرفته است.<sup>۵</sup> برای فریبنده تلقی شدن یک اقدام یا رویه سه شرط وجود دارد:

(۱) ارائه (عرضه)، حذف یا اقدام باید مصرف‌کننده را گمراه کند یا احتمال رود که مصرف‌کننده را گمراه کند.

(۲) تفسیر مصرف‌کننده از آن ارائه، حذف یا اقدام باید در شرایط موجود منطقی و متعارف باشد.

(۳) ارائه، حذف یا اقدام گمراه‌کننده باید اساسی و بااهمیت باشد.<sup>۶</sup>

1. FDIC, op.cit.

2. Public Policy

3. FDIC, op.cit.

4. FTC Policy Statement on Deception 1983.

5. CFPB Supervision and Examination Process, UDAAP CFPB Manual, V.3 March 2022 Available at: <https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervision-examinations/>

6. FTC Policy Statement on Deception 1983 available at: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/ftc-policy-statement-deception>

شرط اول با تفاوت اندکی نسبت به بیانیه خط مشی راجع به فریب در راهنمای نظارت و بازرسی دفتر تکرار شده است. تنها تفاوت آن است که در بیانیه مذکور، صرف احتمال گمراه‌کننده بودن بیان شده بود، لکن در متن راهنمای نظارت و بازرسی دفتر به دو فرض گمراه کردن و احتمال گمراه‌کننده بودن تصریح شده است. بیشتر مصادیق اعمال فریبنده زمانی رخ می‌دهد که به‌طور کتبی یا شفاهی ارائه خلاف واقع رخ داده یا اطلاعات مهم یک محصول حذف شده باشد؛ به‌خصوص زمانی که افشای اطلاعات برای پیشگیری از گمراه شدن مصرف‌کننده ضروری است.<sup>۱</sup> در تعریف ارائه‌شده، قصد فریب مصرف‌کننده شرط نیست؛ بلکه صرف رفتار گمراه‌کننده، حتی اگر بدون سوءنیت باشد، هم می‌تواند منجر به تحقق فریب شود.

در ارزیابی گمراه‌کننده بودن یک اقدام باید به چارچوب کلی معامله و بستری که در آن عرضه انجام می‌شود، توجه کرد. بنابراین یک اقدام نوعاً فریبنده امکان دارد در بستر یک آگهی یا معامله خاص گمراه‌کننده نباشد.<sup>۲</sup> یک ارائه یا حذف فریبنده، در شرایطی که در کنار اظهارات دیگر ارائه‌کننده قرار می‌گیرد، می‌تواند وصف فریبنده بودن را از دست دهد.<sup>۳</sup>

شرط دوم آن است که اقدام از منظر یک مصرف‌کننده متعارف گمراه‌کننده باشد. در صورتی که مخاطب یک محصول یا خدمت گروه خاصی از اشخاص باشد، عنصر گمراه‌کننده بودن باید از زاویه یک شخص متعارف از همان گروه مخاطب ارزیابی شود.

در نهایت، شرط اساسی و بااهمیت بودن از طریق تأثیری که بر تصمیم مصرف‌کننده می‌گذارد، قابل احراز است. فریب و تقلب در اموری که تأثیری در انتخاب مصرف‌کننده ندارد، مشمول این ممنوعیت نخواهد بود. ادعای هزینه یا قیمت گمراه‌کننده با استفاده از تکنیک‌های طعمه و سوئیچ، ارائه محصول یا خدماتی که در واقع در دسترس نیست، حذف محدودیت‌ها یا شرایط بااهمیت از یک پیشنهاد مصادیقی از اعمال فریبنده است.<sup>۴</sup>

### ۱.۳. ممنوعیت اعمال و رویه‌های سوءاستفاده‌گرانه

برخلاف ممنوعیت‌های غیرمنصفانه و فریبنده که قدمت تقنینی زیادی دارند، ممنوعیت سوءاستفاده، محصول تدوین قانون داد-فرانک و ایجاد دفتر در پاسخ به بحران مالی ۲۰۰۷-۲۰۰۸

1. FDIC, op.cit.

2. Canzona, S.J. op.cit. P 64.

3. CFPB Supervision and Examination Process UDAAP CFPB Manual, op.cit.

4. FDIC, op.cit.

۲۰۰۸ است. علی‌رغم اینکه در نگاه نخست شاید شأن نزول این ممنوعیت به سبب رخدادهای منتهی به وقوع بحران، قابل تشخیص باشد. با این حال سؤالی که در ابتدای تصویب قانون به ذهن می‌رسید و هنوز نیز به زعم برخی نویسندگان به خوبی پاسخ داده نشده، آن است که چه رفتاری سوءاستفاده‌گرانه محسوب می‌شود که به موجب ممنوعیت‌های پیشین قابل منع نبوده است؟<sup>۱</sup> براساس بند «د» ماده ۱۰۳۱ قانون داد - فرانک سوءاستفاده در دو حالت قابل تصور است:

(۱) زمانی که یک اقدام یا رویه به‌طور اساسی<sup>۲</sup> در توانایی مصرف‌کننده در درک یک اصطلاح یا شرایط یک محصول یا خدمت مالی مصرف‌کننده اختلال ایجاد می‌کند. یا  
(۲) زمانی که یک اقدام یا رویه مزایای غیرمنطقی کسب کند از:

- عدم درک مصرف‌کننده از خطرات مهم، هزینه‌ها یا شرایط محصول یا خدمت؛
  - یا ناتوانی مصرف‌کننده در حفاظت از منافع خود در انتخاب یا استفاده از محصول یا خدمت مالی مصرف‌کننده؛
  - یا اتکای معقول مصرف‌کننده به شخص مشمول برای اقدام در جهت منافع او.
- بیانیه خطامشی سوءاستفاده<sup>۳</sup> که توسط دفتر در آوریل ۲۰۲۳ منتشر شد، سوءاستفاده را از منظر قانون در دو عنوان خلاصه کرده است: (۱) پنهان کردن ویژگی‌های مهم یک محصول یا خدمت (۲) اعمال نفوذ در شرایط خاص برای به‌دست آوردن یک مزیت غیرمنطقی. این بیانیه مزیت غیرمنطقی را در سه موقعیت خلاصه می‌کند: (۱) گسست و شکاف در درک، (۲) قدرت چانه‌زنی نابرابر و (۳) اعتماد و اتکای مصرف‌کننده.<sup>۴</sup> تا پیش از صدور بیانیه مذکور، مبهم بودن استاندارد سوءاستفاده از این حیث که دفتر به‌ندرت ادعاهایی را تحت این عنوان به‌طور مستقل از غیرمنصفانه و فریبنده مطرح کرده بود و مرز دقیق میان این ممنوعیت و ممنوعیت‌های پیشین

1. Webb, Kerry Elizabeth, CFPB and the Use of Abusiveness –Ten Years In, 2021. Available at <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/11/cfpb-and-the-use-of-abusiveness--ten-years>

2. materially

۳. دفتر در راستای وظیفه اجرای ممنوعیت‌های مصرح در قانون داد-فرانک و به‌خصوص تفسیر رفع ابهامات ممنوعیت نوپدید سوءاستفاده تاکنون دو بار اقدام به انتشار بیانیه خطامشی سوءاستفاده کرده است. بیانیه نخست در سال ۲۰۲۰ منتشر و در سال ۲۰۲۱ لغو شد. بیانیه دوم که در این مقاله از آن به‌عنوان بیانیه یاد می‌شود، در ۳ آوریل ۲۰۲۳ منتشر شد که علی‌رغم الزام‌آور نبودن همچنان معتبر است.

4. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.

وجود نداشت، انتقاداتی را به بار آورده بود.<sup>۱</sup> این بیانیه گرچه به نظر برخی انطباق کامل با رویه‌های پیشین دفتر ندارد؛<sup>۲</sup> لکن می‌تواند تصویری نسبتاً روشن از طرز تفکر دفتر نسبت به ممنوعیت سوءاستفاده ارائه دهد. در ادامه دو معیار قانونی برای تحقق عنوان سوءاستفاده بررسی می‌شود.

معیار نخست تحقق سوءاستفاده، اختلال اساسی در قوه ادراک مصرف‌کنندگان است. اختلال ممکن است ناشی از فعل یا ترک فعل اشخاص مشمول باشد. از منظر بیانیه، اختلال اساسی می‌تواند از طریق افعال یا ترک افعالی باشد که اطلاعات مرتبط با توانایی فهم و درک مصرف‌کننده از شرایط و ضوابط مهم را محو یا پنهان می‌کند یا مورد تأکید قرار نمی‌دهد یا این اطلاعات را برای مصرف‌کننده، گیج‌کننده می‌کند.<sup>۳</sup>

بیانیه برای اثبات اختلال اساسی در ادراک مصرف‌کننده سه حالت را پیش‌بینی می‌کند بدون آنکه فروض ممکن را محصور در همین سه مورد کند:

نخست گرچه قصد ایجاد اختلال اساسی شرط نیست، اما اگر یک واحد تجاری فعل یا ترک‌فعلی را به قصد اینکه در توانایی فهم مصرف‌کننده اختلال ایجاد کند، انجام دهد، اختلال اساسی محقق شده است. دوم، زمانی که پیامد طبیعی یک فعل یا ترک‌فعل جلوگیری از درک مصرف‌کننده است. سوم زمانی که یک فعل یا ترک‌فعل در واقع مانع درک مصرف‌کنندگان شده است.<sup>۴</sup> برخی نویسندگان موضع این بیانیه در قبال ایجاد یک تفسیر موسع از اختلال اساسی مورد انتقاد قرار داده‌اند؛ زیرا شق نخست از بند «د» ماده ۱۰۳۱ داد-فرانک صرفاً حالتی را اختلال اساسی در درک مصرف‌کننده می‌داند که در آن واقعاً اختلال و نارسایی محقق شده باشد.<sup>۵</sup> در مقابل برخی دیگر با انتقاد از بیانیه در خصوص تسری دامنه سوءاستفاده به مواردی که اختلال در درک مصرف‌کننده مقصود شخص مشمول یا پیامد و نتیجه طبیعی عمل او نباشد، فعل یا ترک فعل را زمانی سوءاستفاده می‌دانند که یا به قصد اختلال در درک انجام شده باشد یا آنکه نتیجه طبیعی آن اختلال باشد.<sup>۶</sup>

1. Joshua L. Roquemore, *The CFPB's Ambiguous "Abusive" Standard*, 22 N.C. Banking Inst. 191 (2018), PP. 195-96.

2. Mayerbrown, Policy Statement on Abusive Acts and practice – some observations, 2023. <https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2023/05/cfpbs-policy-statement-on-abusive-acts-or-practices-some-observations>.

3. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.

4. Ibid.

5. Mayerbrown, op.cit.

6. Mogilnicki, Eric J. "The Consumer Financial Protection Bureau's Abusive Policy Statement", *The Banking Law Journal*, (September 2023). PP 385-86.

بیانیه همچنین تصریح می‌کند که برخی شرایط یک محصول یا خدمت مالی دارای آن سطح از اهمیت است که صرف اینکه به‌طور واضح به اطلاع مصرف‌کننده نرسد، اختلال اساسی محقق می‌شود؛ مانند اطلاعات مربوط به هزینه‌های یک محصول یا عواقب عدم ایفای تعهدات مصرف‌کننده. علاوه بر این ممکن است خود یک محصول مالی آن قدر پیچیده باشد که اطلاعات اساسی آن را نتوان به‌طور کافی شرح داد، در این صورت نیز اختلال اساسی در درک مصرف‌کننده مفروض است؛<sup>۱</sup> بنابراین ارائه برخی محصولات ممکن است ذاتاً سوءاستفاده تلقی شود.

بر اساس قسمت دوم از بند «د» ماده ۱۰۳۱ قانون داد-فرانک، بهره‌برداری غیرمنطقی از برخی شرایط خاص می‌تواند سوءاستفاده تلقی شود. یک مزیت می‌تواند شامل انواع امتیازات مالی یا غیرمالی برای شخص مشمول باشد؛ از جمله افزایش سهم بازار، درآمد، صرفه‌جویی در هزینه، سود، افزایش اعتبار و شهرت تجاری و... با این حال، ملازمه‌ای میان کسب مزیت برای مؤسسه اعتباری و ایراد خسارت مصرف‌کننده وجود ندارد؛ به این معنا که ممکن است منافع ناروا برای بانک بدون هیچ خسارت مالی به مصرف‌کننده باشد.<sup>۲</sup> در مورد اینکه چه مزیتی غیرمنطقی است، قانون داد-فرانک ساکت است. اما بیانیه دفتر تصریح می‌کند، نیازی نیست که میزان مزیت زیاد باشد تا غیرمنطقی تلقی شود؛ بلکه گاهی یک مزیت اندک با توجه به شرایط و اوضاع و احوالی که در آن تحصیل شده، می‌تواند غیرمنطقی بوده و سوءاستفاده باشد.<sup>۳</sup>

مورد اول ممنوعیت کسب مزایای غیرمنطقی مربوط به جایی است که مصرف‌کننده درک درستی از خطرات مهم، هزینه‌ها یا شرایط یک محصول یا خدمت مالی ندارد.<sup>۴</sup> در این شرایط اگر ارائه‌دهنده محصول یا خدمت مالی، از عدم درک مصرف‌کننده منافی برای خود تحصیل کند، مرتکب سوءاستفاده شده است، حتی اگر عدم درک متناسب به ارائه‌دهنده نباشد. درحقیقت تفاوت اصلی این معیار از سوءاستفاده با معیار پیشین در دو نکته است: نخست آنکه در این معیار نیازی نیست که عدم درک معلول فعل یا ترک فعل ارائه‌دهنده باشد؛ برعکس مورد پیشین که اختلال اساسی در ادراک باید در نتیجه اقدامات ارائه‌دهنده باشد. دیگر آنکه در بهره‌برداری غیرمنطقی از

1. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.

۲. باقری، محمود و سعید رحمانی، *حمایت از حقوق مصرف‌کننده در نظام بانکی*، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۳۸.

3. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.

4. Section 1031 (d) 1 A.

عدم درک، ضروری نیست که اختلال در درک به صورت اساسی و مهم باشد. صرف عدم درک خطرات مهم، هزینه‌ها یا شرایط اگر منجر به مزیت غیرمنطقی باشد، سوءاستفاده است. دفتر در بیانیه، خاطرنشان می‌کند که شکاف در درک «خطرات مهم» شامل احتمال نکول و از دست دادن منافع آتی است.<sup>۱</sup> یعنی شخص مضمول از اینکه مصرف‌کننده درکی از خطر عدم توانایی خود در انجام دادن تعهدات ندارد، کسب منفعت کند؛ مانند آنچه پیش از بحران مالی در خصوص عدم امکان بازپرداخت وام مسکن رخ داد.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد برخلاف معیار اختلال اساسی در درک مصرف‌کننده که اغلب نیازمند احراز وقوع یک فعل مثبت است، معیار بهره‌برداری غیرمنطقی از عدم درک از انفعال مصرف‌کننده سوءاستفاده می‌کند، لذا اثبات مورد نخست دشوارتر است.<sup>۳</sup>

شکاف در درک «هزینه‌ها» شامل هزینه‌ها همچنین آسیب‌های غیرپولی مانند اتلاف وقت یا آسیب به شهرت می‌شود. شکاف در درک «شرایط» شامل «شرایط، زمینه یا ویژگی یک محصول یا خدمت» از جمله مدت زمانی که برای تحقق مزایای یک محصول یا خدمت مالی لازم است یا این موضوع که یک بدهی قانوناً قابل مطالبه است یا خیر.<sup>۴</sup>

مورد دوم کسب مزیت غیرمنطقی زمانی است که مصرف‌کننده قادر به حفاظت از منافع خود در انتخاب یا استفاده از یک محصول یا خدمت مالی نباشد.<sup>۵</sup> این مورد مربوط به عدم وجود قدرت چانه‌زنی برای مصرف‌کننده است. عدم قدرت ممکن است در ناتوانی نسبت به انتخاب آزادانه ارائه‌دهنده خدمات یا محصولات یا ناتوانی نسبت به تعیین شرایط و مفاد قرارداد باشد. در هر صورت صرف عدم قدرت چانه‌زنی و نابرابری در موقعیت قراردادی، منجر به سوءاستفاده نمی‌شود؛ بلکه سوءاستفاده زمانی است که ارائه‌دهنده مزایای غیرمنطقی از موقعیت برتر کسب کند. در یک نمونه در سال ۲۰۲۱، دفتر شرکت JPay را متهم به سوءاستفاده از طریق کسب منافع غیرمنطقی از مصرف‌کنندگان کرد. اشخاصی که از زندان آزاد می‌شدند برای بازپرداخت هزینه‌های کارت پیش‌پرداخت منحصرأ می‌بایست از خدمات این شرکت استفاده می‌کردند و این

1. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.  
2. Neil Baily, Martin, E. Litan, Robert and S. Johnson, Matthew, "The Origins of the Financial Crisis", Business and Public Policy, November 2008. P 18.  
3. Corrigan, Patrick .M., "Abusive Acts and Practices: Dodd-Frank's Behaviorally Informed Authority Over Consumer Credit Markets and its Application to Teaser Rates", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 18, 2015. P 132.  
4. Policy Statement on Abusive Acts and practice, op.cit.  
5. Section 1031(d)1B.

شرکت از طریق کارمزد و تحمیل هزینه‌های غیرضروری از ناتوانی اشخاص در انتخاب محصولات و خدمات سوءاستفاده می‌کند.<sup>۱</sup>

مورد سوم زمانی است که مصرف‌کننده به‌طور منطقی به شخص مشمول اتکا و اعتماد می‌کند تا در راستای منافع او عمل کند.<sup>۲</sup> نکته مهم در این معیار آن است که ساده‌لوحی مصرف‌کننده نمی‌تواند مبنایی برای ادعای سوءاستفاده باشد؛ بلکه او باید در یک چهارچوب منطقی و عقلایی به ارائه‌دهنده محصولات یا خدمات اعتماد کرده باشد. البته لازم نیست که ارائه‌دهنده تصریح کند که در راستای منافع مصرف‌کننده عمل می‌کند؛ اما در صورت، به‌طور قطع می‌توان منطقی‌بودن اتکا و اعتماد مصرف‌کننده را استنباط کرد. افزون‌براین، در جایی که ارائه‌دهنده خدمات به نحوی عمل کند که نشان دهد در راستای منافع مصرف‌کننده گام برمی‌دارد یا در جایی که نقش واسطه یا نماینده مصرف‌کننده را ایفا می‌کند، اتکای منطقی قابل احراز است.<sup>۳</sup> در بیشتر موارد دفتر ادعا کرده که شخص مشمول از طریق تعامل با مصرف‌کنندگان اقدام مثبتی انجام داده است تا اعتماد مصرف‌کننده را برانگیزد؛ به‌گونه‌ای که مصرف‌کننده گمان کند در راستای منافع او اقدام می‌شود. این مورد شامل راهنمایی مصرف‌کننده به محصولات می‌شود که برای او سودمند نیست، برای مثال خرید محصولاتی که شامل حال مصرف‌کننده نمی‌شود یا وام‌هایی که او قادر به بازپرداخت آن نیست.<sup>۴</sup>

#### ۱.۴. مقایسه ممنوعیت‌های سه‌گانه با یکدیگر

استاندارد سوءاستفاده که از سال ۲۰۱۰ وارد ادبیات این حوزه شد باید متفاوت از دو استاندارد دیگر تفسیر شود تا از ایجاد یک مفهوم اضافی جلوگیری شود.<sup>۵</sup> با این حال هنوز بعد از گذشت بیش از یک دهه از فعالیت دفتر، حدود قلمرو هر یک از ممنوعیت‌ها به‌طور کامل مشخص نیست. این موضوع زمانی آشکار می‌شود که دفتر ادعای سوءاستفاده، فریب یا اقدام غیرمنصفانه را در

1. Chopra, Rohit. "CONSUMER FIN. PROT. BUREAU, Statement of the CFPB on the JPay Enforcement Action" 19 October 2021. Available at: <https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/statement-of-cfpb-director-rohit-chopra-on-the-jpay-enforcement-action/> Chopra, Rohit, "Enforcing the Post-Financial Crisis Ban on Abusive Conduct" *U.C. Irvine L.Rev* 14(2), 2024. P 535.

2. Section 1031(d)1C.

3. Mayerbrown, op.cit.

4. Webb, Kerry Elizabeth, op.cit.

5. Corrigan, Patrick. M, op.cit. P 133.

پرونده‌های مختلف به طرز متفاوتی طرح می‌کند. از جمله در خصوص سوءاستفاده، دفتر در دو پرونده مشابه دو رویکرد متفاوت اتخاذ کرده است. برای مثال در خصوص موضوع جمع‌آوری مطالباتی که قانوناً شخص مشمول حق دریافت آن را ندارد، یک بار توسط دفتر به‌عنوان رفتاری که اختلال در درک مصرف‌کننده است شمرده شده؛ لکن در پرونده‌ای دیگر تحت‌عنوان کسب مزیت غیرمنطقی از ناتوانی در درک هزینه و شرایط شخص مشمول را مورد تعقیب قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

بررسی مصادیق سوءاستفاده ادعا شده از سوی دفتر مبین آن است که در بیشتر موارد، ادعای سوءاستفاده نسبت به یک رفتار به‌طور هم‌زمان با ادعای انجام رفتار فریبنده یا غیرمنصفانه نیز همراه بوده یا به دلیل اشتراک و هم‌پوشانی ممنوعیت‌ها می‌توانسته همراه باشد. بر این اساس در بیشتر موارد ادعای کسب مزیت غیرمنطقی از عدم‌درک مصرف‌کننده از آنجایی که با پنهان کردن برخی شرایط یا هزینه‌ها همراه است، در کنار ادعای فریبنده مطرح‌شده در مقابل، کسب مزیت غیرمنطقی از ناتوانی مصرف‌کننده در حفاظت از منافع خود به‌جهت آنکه توسط مصرف‌کننده غیرقابل اجتناب است، با رفتار غیرمنصفانه هم‌پوشانی دارد.<sup>۲</sup>

با وجود مشابهت‌های مذکور، باید اضافه کرد که سوءاستفاده ظرفیت‌های منحصر به فردی در قیاس با ممنوعیت‌های پیشین دارد. در ممنوعیت سوءاستفاده مانند فریبنده، نیازی به نشان-دادن ورود صدمات اساسی برای احراز مسئولیت نیست. اما در معیار غیرمنصفانه ورود صدمات قابل‌توجه شرط است. از این نظر استناد به سوءاستفاده دارای مزیت اثباتی است. همچنین در دو ممنوعیت سوءاستفاده و فریبنده ضرورتی وجود ندارد که مصرف‌کننده اقدامات متعارفی را برای اجتناب از آسیب انجام دهد. با این حال ممنوعیت فریب، سوءتفاهم محض مصرف‌کننده بی‌آنکه عمل گمراه‌کننده‌ای رخ داده باشد دربر نمی‌گیرد، زیرا مصرف‌کننده را انسان منطقی در نظر می‌گیرد.<sup>۳</sup> اما همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، بیانیه دفتر معیار اختلال در درک اساسی را هم شامل زمانی می‌داند که قصد اختلال وجود دارد و هم‌زمانی که این قصد وجود ندارد، خواه آنکه اختلال نتیجه طبیعی عمل باشد یا آنکه به هر دلیل دیگر درک مصرف‌کننده مختل شده باشد.

1. Webb, Kerry Elizabeth, op.cit.

2. CFPB and the Use of Abusiveness – Ten Years In.

3. Karns, Jack E. "The Federal Trade Commission's Evolving Deception Policy", 22 U. RICH. L. REV. 399, 1988. P 411.



از مقایسه مفهوم جدید سوءاستفاده با مفاهیم پیشین به دست می‌آید که اولاً، «سوءاستفاده» استاندارد انعطاف‌پذیرتر از «غیرمنصفانه» و «فریبنده» است و به قانون‌گذار این امکان را می‌دهد که تغییرات سریع در صنعت مالی مصرف‌کننده را مدیریت کند. سوءاستفاده استاندارد مستقل با شرایط اختصاصی است که اقداماتی را که مشمول دو ممنوعیت ناعدالتی و فریب نیست می‌تواند دربرگیرد. سوم، استاندارد سوءاستفاده بیشتر بر پایه معیارهای ذهنی قابل استنباط است و مشمول یک تحلیل عینی هزینه و فایده نیست.<sup>۱</sup>

## ۲. مطالعه نظام داخلی

مطالعه موردی تمامی سازوکارهای مقابله با اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه، فریبنده و سوءاستفاده‌گرانه در محصولات و خدمات مالی در نظام حقوقی ایران از حوصله این نوشتار خارج است و خوانندگان این سطور می‌توانند به پژوهش‌های مستقل در هریک از این حوزه‌ها مراجعه کنند. در این گفتار، ظرفیت نهادهای داخلی از آن حیث که با اهداف و کارکردهای ممنوعیت‌های سه‌گانه قابل انطباق باشد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۲.۱. اقدام یا رویه غیرمنصفانه

در حقوق ایران به‌طور مشخص اقدام یا رویه غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده یا غیر آن تعریف نشده است. با این حال از یک سو، ممنوعیت شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه در برخی مقررات دیده می‌شود و از سوی دیگر در پاره‌ای از مقررات معیارها و مصادیقی برای شروط و قراردادهای غیرمنصفانه ذکر شده است.

در بند ۵ ماده ۱ قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان»، تبانی از طرق مختلفی از جمله سازش و مواضع بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به منظور تحمیل شروط ناعادلانه براساس عرف معاملات محقق می‌شود. براساس ماده ۸، اگر تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان منجر به کاهش عرضه یا پایین‌آوردن کیفیت یا افزایش قیمت باشد، جرم محسوب می‌شود و طبق ماده ۱۹ عرضه‌کنندگان به جبران خسارت و جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهند شد. بر این اساس، فقط در صورتی تحمیل شروط ناعادلانه

1. Canzona, S.J, op.cit. P 66.

دارای ضمانت اجرای حقوقی یا کیفری است که مصرف‌کننده با خسارت و زیان مواجه شود. از این حیث، تحمیل شروط ناعادلانه در قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» دارای شباهت با ممنوعیت غیرمنصفانه است.

باید توجه داشت در بند ۵ ماده ۱ نه صرف تحمیل شروط ناعادلانه، بلکه سازش و مواضعه با هدف تحمیل شروط ناعادلانه ممنوع شده است؛ با این حال از سیاق ماده ۸ بر خلاف بند ۵ ماده ۱ برداشت می‌شود که تحمیل شرایط متفاوت از تبانی است و نیازی نیست که تحمیل از طریق سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان رخ دهد.<sup>۱</sup>

ماده ۴۶ قانون «تجارت الکترونیکی»، بدون آنکه شروط غیرمنصفانه را تعریف کند، مقرر داشته است: «اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست». این قانون حاکم بر مبادلات تجاری از طریق واسطه‌های الکترونیکی است؛ بنابراین، صرف‌نظر از آنکه بتوان نظریه عمومی درخصوص شروط غیرمنصفانه در حقوق مصرف از این ماده استنباط کرد، خدمات و محصولات مالی مانند تسهیلات بانکی و خدمات پرداختی که برای مقاصد غیرحرفه‌ای و شغلی مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ در صورتی که در این بستر ارائه شود، مشمول مقررات قانون مذکور است.<sup>۲</sup>

پاره‌ای دیگر از مقررات درصدد ارائه معیار و مصداق درخصوص قرارداد ناعادلانه‌اند. یکی از این مقررات، «مصوبه شورای عالی اداری شماره ۱۱۲۷۱۲۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۰۹ درخصوص منشور حقوق شهروندی» است.<sup>۳</sup> بند ۱ ماده ۱۰ این مصوبه، دستگاه‌های اجرایی را از تحمیل قراردادهای اجحاف‌آمیز منع می‌کند و در تعریف این قراردادها مقرر می‌دارد: «قراردادی است که به موجب آن دستگاه اجرایی با استفاده از موقعیت برتر خود یا ضعف طرف مقابل، شرایط غیرعادلانه‌ای را به ایشان تحمیل کند».

۱. ماده ۸: «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود».

۲. السان، مصطفی، **حقوق تجارت الکترونیکی**، تهران: سمت، چاپ هفتم، ۱۳۹۹، صص ۱۴۵ و ۱۴۶.

۳. شورای عالی اداری به موجب ماده ۱۱۴ قانون «مدیریت خدمات کشوری» تشکیل می‌شود. مصوبات این شورا، پس از تأیید رئیس‌جمهور (برای دستگاه‌های اجرایی) لازم‌الاجراست. این مقرر صرفاً درخصوص دستگاه‌های اجرایی قابل استناد است. اما با توجه به آنکه در نظام حقوقی ایران بانک‌های دولتی براساس ماده ۵ قانون «مدیریت خدمات کشوری» جزو دستگاه‌های اجرایی هستند و از سوی دیگر بانک مرکزی خود بر مبنای ماده مذکور دستگاه اجرایی است و با لحاظ ماده ۲۱ قانون «بانک مرکزی» این بانک، بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دولتی و خصوصی نظارت دارد. لذا نهادهای مذکور که عمده خدمات و محصولات مالی را ارائه می‌دهند مشمول این مقرر هستند.

بند ۲ ماده ۱۰، به ده مورد از مصادیقی که موجب اجحاف‌آمیز شدن قرارداد می‌شود، اشاره کرده است: «الف- شرطی که به موجب آن، دستگاه اجرایی طرف مقابل خود را به انجام یا عدم-انجام کاری متعهد می‌سازد که پیش از انعقاد قرارداد هیچ فرصتی برای آگاه شدن از مفاد آن شرط نداشته است. ب- شرطی از سوی دستگاه اجرایی که طرف مقابل آن به دلیل کهنوت سن، بیماری، ناتوانی ذهنی، فشارهای روانی، کم‌سواد، بی‌سوادی یا جهل نسبت به امور مرتبط، از ارزیابی مفاد یا آثار آن ناتوان باشد. ج- شرطی که به موجب آن، هیچ نسخه‌ای از قرارداد در اختیار طرف دیگر قرارداد قرار نمی‌گیرد. د- شرطی که به موجب آن، دستگاه اجرایی خود را مجاز می‌سازد تا در زمان تحویل کالا یا ارائه خدماتی که قرارداد آن قبلاً منعقد شده است، به تشخیص خود و رأساً قیمت را افزایش دهد. ه- شرطی که به موجب آن، دستگاه اجرایی، حق مراجعه به مراجع قضایی را از طرف دیگر سلب نماید. و- شرطی که به موجب آن، دستگاه اجرایی خود را مجاز بداند هر زمان که بخواهد یک‌طرفه قرارداد را فسخ کند بدون آنکه خسارت عادلانه‌ای از این بابت به طرف دیگر قرارداد بپردازد. ز- شرطی که به موجب آن، دستگاه اجرایی خود را حتی در صورت ارتکاب تقصیر، از مسئولیت معاف سازد. ک- شرطی که به موجب آن، حقوق معنوی ناشی از مالکیت‌های فکری، بدون پرداخت بهای عادلانه به دستگاه اجرایی منتقل شود. ل- شرطی که بدون وجود هر گونه توجیه معقول، استفاده طرف قرارداد از تضمین یا بیمه‌ای که به موجب مقررات به نفع او برقرار شده است را غیرممکن یا بسیار دشوار سازد.»

نقطه مشترک این مصادیق آن است که این شروط با توجه به موقعیت برتر دستگاه اجرایی و بدون امکان مذاکره به طرف مقابل تحمیل می‌شود؛ لذا طرف مقابل (برای مثال مصرف‌کننده) نوعاً در معرض آسیب و زیانی است که نمی‌تواند از آن اجتناب کند.

لایحه «قانون تجارت» مصوب ۱۳۰۳/۰۱/۲۸ در ماده ۲۴ متعرض شروط غیرمنصفانه شده است. براساس این ماده، زیان‌دیده می‌تواند خواهان ابطال شرط شود یا با موافقت طرف مقابل تعدیل آن را از دادگاه بخواهد. ماده ۲۴ مقرر می‌دارد: «در موارد زیر، شرط مندرج در قرارداد، چنانچه موجب عدم تعادل نامتعارف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد، غیرمنصفانه محسوب می‌شود و زیان‌دیده می‌تواند خواهان ابطال شرط شود: ۱- شرط مندرج در قرارداد بین مصرف‌کننده و صاحب‌حرفه، چنانچه شرط به زیان مصرف‌کننده باشد؛ ۲- شرط مندرج در قراردادی که یکی از طرفین در خصوص موضوع آن دارای انحصار است، چنانچه شرط به زیان

طرف دیگر باشد؛ ۳- شرط مندرج در قرارداد نمونه ارائه شده از سوی یکی از طرفین، چنانچه شرط به زیان طرف دیگر باشد».

قسم اول شروط مندرج در ماده، مربوط به شروط قراردادهای مصرف، میان مصرف‌کننده و صاحب‌حرفه است. دو قسم دیگر مشترک در تمامی قراردادها اعم از آنکه بین صاحبان‌حرف، صاحبان‌حرف و مصرف‌کنندگان یا میان مصرف‌کنندگان منعقد شود، است. از مذاقه در این ماده می‌توان سه معیار را برای غیرمنصفانه تلقی شدن یک شرط استنباط کرد: نخست آنکه شرط می‌بایست موجب عدم تعادل نامتعرف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد. به نظر می‌رسد مقصود، عدم موازنه در میان تعهدات طرفین قرارداد اعم از تعهدات اصلی و شروط فرعی است. دوم آنکه لاجرم شرط به زیان یکی از طرفین باشد؛ این بیان دارای ابهام است؛ زیرا درخصوص اینکه که لزوم ورود زیان به یک طرف ضروری است یا خیر و آیا صرف احتمال ورود زیان می‌تواند کافی باشد صراحتی ندارد. سوم آنکه آنچه در سه مصداق مصرح مشترک است، عدم قدرت چانه‌زنی و موقعیت قراردادی نابرابر میان طرفین است؛ به‌صورتی که یا یکی از طرفین متخصص محسوب می‌شود یا دارای انحصار است<sup>۱</sup> یا از پیش، قراردادی نمونه تدوین کرده که از این حیث دارای موقعیت برتر است.

شرط غیرمنصفانه از منظر این لایحه با ممنوعیت غیرمنصفانه در حقوق ایالات متحده تفاوت‌هایی دارد؛ نخست آنکه در ممنوعیت مذکور احتمال ورود زیان و آسیب کافی است و زیان محقق شرط نیست. دوم آنکه در ممنوعیت غیرمنصفانه، عدم امکان اجتناب از ورود زیان شرط است، لکن در لایحه قابلیت اجتناب مورد تصریح واقع نشده و چه‌بسا در قسم سوم، یک طرف بتواند شرط زیان‌آور قرارداد نمونه را از خود دفع کند. تفاوت سوم آنکه در قانون داد-فرانک جبران زیان با منافع متقابل برای مصرف‌کننده یا رقابت، مانعی برای غیرمنصفانه بودن یک رویه یا اقدام است. با این حال در ماده ۲۴ لایحه مذکور جبران غیرمستقیم زیان، مانع غیرمنصفانه بودن شرط نیست.

۱. در لایحه مذکور صرف انحصار می‌تواند از اسباب ناعادلانه تلقی شدن شرط باشد، درحالی که در ادامه خواهیم دید که قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» با پذیرش عنوان «سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط» موضع متفاوتی اتخاذ شده است. ن.ک به: کریمی، عباس و مصطفی کوشکی، «شرط تحمیلی در قراردادهای منعقد بین صاحبان حرف»، پژوهش‌نامه بازرگانی، دوره ۲۵، ۱۴۰۰، شماره ۱۰۰، صص ۲۴۳ و ۲۴۴.

## ۲.۲. ممنوعیت فریبنده

درخصوص ممنوعیت اقدامات و رویه‌های فریبنده در قبال مصرف‌کنندگان در حقوق ایران برخی نصوص قانونی قابل‌استناد است. پاره‌ای از مقررات نوعی از فریب در شرایط خاص را منع کرده‌اند و دسته‌ای دیگر به‌طور عام به موضوع فریب طرف قرارداد پرداخته‌اند.

ماده ۷ قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» مقرر می‌دارد: «تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغی شود، ممنوع می‌باشد». به موجب این ماده، دو اقدام تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست در صورتی که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده شود، ممنوع بوده و با ضمانت اجرای ماده ۱۹ همان قانون-مانند تبانی و تحمیل شروط ناعادلانه-مواجه خواهد شد. ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ مصوب ۱۳۹۱ این قانون، مصادیقی را برای تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست ذکر کرده است. از جمله: الف- استفاده از مطالب گمراه‌کننده و ادعاهای غیرقابل اثبات و کذب، ب- ارتکاب فعل یا ترک فعلی که سبب مشتبه شدن یا فریب مخاطب از نظر کمیت یا کیفیت شود، ج- تبلیغ فراتر از واقعیت کالا یا خدمات مورد نظر، ه- عدم ارائه اطلاعات دقیق، صحیح و روشن کالاها و خدمات.

در مقام قیاس این ممنوعیت در حقوق ایران با آنچه در حقوق ایالات متحده گذشت، باید بیان کرد که در ماده ۷ قانون فوق‌الذکر، فریب یا اشتباه بالفعل مصرف‌کننده شرط تحقق ممنوعیت است و احتمال وقوع فریب یا اشتباه برخلاف ممنوعیت فریبنده پیش‌گفته شرط نیست. در ماده ۷، افعال مثبت به‌عنوان عنصر مادی تبلیغ خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست ذکر شده؛ باین‌حال، بند ب ماده ۲ آیین‌نامه از فعل یا ترک فعل موجب فریب یا مشتبه شدن نام برده که از این حیث با ممنوعیت فریبنده دفتر که اعم از ارائه، حذف یا اقدام است، مشابهت دارد. برخلاف ممنوعیت فریبنده، در تبلیغات خلاف واقع یا ارائه اطلاعات نادرست، اساسی و با اهمیت بودن ارائه، حذف یا اقدام گمراه‌کننده شرط تحقق ممنوعیت نیست. تفاوت دیگر آنکه در ممنوعیت فریبنده در ایالات متحده وقوع خسارت و زیان شرط نیست؛ لکن برای آنکه تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست با ضمانت اجرای حقوقی و کیفری ماده ۱۹ قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» مواجه شود، ورود خسارت شرط است.

ماده ۵۰ قانون «تجارت الکترونیکی» نیز در مقام منع فریب در ارائه خدمات و کالاها از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی مقرر داشته است: «تأمین‌کنندگان در تبلیغ کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود». همان‌طور که قابل مشاهده است، این ماده نقض ماده ۷ قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» را نداشته و ترک فعل موجب فریب را نیز منع کرده است؛ واضح است که بند ب ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ قانون «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» از ماده ۵۰ اقتباس شده است. ماده ۷۰ «قانون تجارت الکترونیکی» برای نقض ماده ضمانت اجرای جزای نقدی تعیین کرده است.

یکی دیگر از نهادهای حقوقی که می‌تواند با وجود کارکرد متفاوت قابل قیاس با ممنوعیت فریبنده باشد، تدلیس است. ماده ۴۳۸ قانون مدنی تدلیس را عملیاتی تعریف می‌کند که موجب فریب طرف معامله شود. با این حال، این تعریف تمامی ابعاد تدلیس را دربر نمی‌گیرد؛ لذا نویسندگان حقوقی با توجه به ارکان تدلیس در تعریف آن آورده‌اند: «نیرنگی است نامتعارف که از سوی یکی از دو طرف معامله یا با آگاهی و دستکاری او، به منظور گمراه ساختن طرف دیگر به کار می‌رود و او را به معامله‌ای برمی‌انگیزد که در صورت آگاه بودن از واقع به آن رضا نمی‌داد».<sup>۱</sup> بحث تفصیلی در خصوص تدلیس از چارچوب این مقاله خارج است؛ لکن در مقام قیاس با ممنوعیت فریبنده می‌توان به اختصار به موارد زیر اشاره کرد.

تدلیس در صورت تحقق به طرف فریب‌خورده حق فسخ قرارداد را می‌دهد.<sup>۲</sup> براساس ماده ۱۰۵۵ داد-فرانک یکی از ضمانت‌اجراهای ممنوعیت‌های سه‌گانه، فسخ یا اصلاح قرارداد یا مطالبه خسارت یا اعاده به وضع سابق است. علی‌رغم سکوت ماده، دکترین برای تحقق تدلیس عمدی بودن عملیات فریبنده را شرط می‌دانند؛<sup>۳</sup> در حالی که در ممنوعیت فریبنده دفتر تصریحی برای عمد و قصد فریب وجود ندارد. ممنوعیت فریبنده می‌تواند از طریق حذف و ترک فعل واقع شود، با این حال ترک فعل به‌طور عام و سکوت به‌طور خاص همواره نمی‌تواند موجب تدلیس

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (الف)، جلد ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۳۰۲.  
۲. ماده ۴۳۹ قانون مدنی. لازم به ذکر است که ضمانت‌اجراهای مذکور در قانون «تجارت الکترونیکی» و «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» منافاتی با خیار تدلیس نداشته و در صورت وجود شرایط، مصرف‌کننده می‌تواند با استناد به خیار تدلیس قرارداد را فسخ نماید.  
۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین(الف)، صص ۲۸۴ و ۲۸۵.

باشد، مگر نسبت به عیوب پنهان یا در جایی که مورد پرسش قرار گیرد یا عرف، اظهار عیب را لازم می‌داند.<sup>۱</sup> یکی دیگر از تفاوت‌های میان این دو نهاد آنکه تدلیس منوط به فعلیت یافتن فریب است؛ به این معنا که عملیات باید مؤثر واقع شود؛ درحالی‌که در ممنوعیت فریبنده، احتمال گمراه‌کننده بودن رفتار کافی است. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در ممنوعیت فریبنده باید برداشت مصرف‌کننده‌ای که گمراه شده یا احتمال گمراهی آن وجود داشته، متعارف باشد. باین‌حال در نظام داخلی اگرچه اقدامات نامتعارف یک طرف قرارداد می‌تواند موجب تدلیس شود، لکن تمایل بیشتری وجود دارد که با ضابطه شخصی تحقق فریب احراز شود؛ ولو آنکه اقدام نوعاً فریبنده نباشد.<sup>۲</sup>

### ۲.۳. ممنوعیت سوءاستفاده

در نظام حقوقی ایران سازوکاری که عیناً کارکرد ممنوعیت سوءاستفاده دفتر را داشته باشد، دیده نمی‌شود؛ باین‌حال در بخش حاضر، اوصاف این ممنوعیت را با ساختارهای داخلی مورد مقایسه قرار می‌دهیم تا ظرفیت مقابله با رفتارهای سوءاستفاده‌گرانه تبیین شود. سوءاستفاده آن‌گونه که در ترمینولوژی حقوق تعریف شده، عبارت است از: «تصرف ناروا، انحراف از قانون و حق در استفاده از اعمال حق خود و یا مقام یا موقعیت خود».<sup>۳</sup>

معیار نخست این ممنوعیت در حقوق فدرال آمریکا، اختلال اساسی در درک مصرف‌کننده از یک اصطلاح یا شرایط محصولات یا خدمات مالی است؛ به نظر می‌رسد صرف اختلال اساسی در قوه درک سبب سوءاستفاده است ولو آنکه ضرر بالقوه یا بالفعلی به شخص وارد نشود. از این منظر ایجاد اختلال اساسی<sup>۴</sup> در درک را می‌توان نظیر تدلیس در حقوق داخلی دانست که بحث آن در بخش پیشین گذشت. اختلال اساسی در درک مشخصاً به اشتباه یعنی تصور خلاف واقع منتهی می‌شود؛ بنابراین در برابر سوءاستفاده از طریق اختلال اساسی در درک، می‌توان از نهاد

۱. همان، ص ۲۸۲؛ صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ سی‌ام، ۱۳۹۷، ص ۳۰۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین(الف)، صص ۲۹۶ و ۲۹۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۳، تهران: گنج‌دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۲۰۸.

۴. باید توجه نمود که «اساسی» وصف اختلال است نه آنچه نسبت به آن اشتباه یا فریب رخ داده است.

اشتباه در قراردادها نیز استمداد جست. در تفاوت میان تدلیس و اشتباه از حیث منشأ می‌توان گفت تدلیس اشتباهی است که از سوی یک طرف قرارداد برانگیخته و تلقین شده است. از حیث ضمانت‌اجرا نیز، اختلال اساسی در درک مصرف‌کننده در نظام حقوقی داخلی حسب مورد می‌تواند ضمانت اجرای اشتباه یا تدلیس را داشته باشد. در صورتی که اختلال اساسی منجر به اشتباه مانع<sup>۱</sup> (از تراضی برای مثال ماهیت و نوع قرارداد) یا خود موضوع معامله یا اوصاف اساسی آن شود، قرارداد باطل است.<sup>۲</sup> در صورتی که اختلال اساسی منجر به اشتباه در اوصاف فرعی شود، بآنکه به‌طور خاص شرط نشده باشد، به علت آنکه اختلال اساسی نتیجه عمل یک طرف قرارداد (یعنی نتیجه تدلیس) است، مصرف‌کننده حق فسخ قرارداد را با استناد به خیار تدلیس خواهد داشت.

معیار دوم تحقق سوءاستفاده، کسب مزایای غیرمنطقی و نامتعارف است؛ این معیار می‌تواند در حقوق داخلی ذهن را به سمت داراشدن ناعادلانه به‌عنوان یکی از اسباب ضمان (مسئولیت) سوق دهد. با این حال نویسندگان حقوقی در آثار خود تصریح کرده‌اند، پذیرش داراشدن ناعادلانه به‌عنوان یک قاعده با تردید و چالش همراه است<sup>۳</sup> و داراشدن هر سود یا منفعتی را به‌خصوص در زمانی که قراردادی میان طرفین وجود دارد، باید با سازوکارهای حقوق قراردادها مورد ارزیابی قرار داد.<sup>۴</sup> کسب منفعت یا مزیت غیرمنطقی می‌تواند در اثر عدم درک مصرف‌کننده باشد؛ در این صورت اگر مزیت نامتعارف نسبت به ارزش عوضین قرارداد معوض باشد، قابل قیاس با مفهوم غبن است؛ یعنی عدم تعادل بین دو عوض در زمان معامله در نتیجه آگاه نبودن طرف زیان‌دیده از ارزش واقعی.<sup>۵</sup> مزیت نامتعارف، قابل تطبیق با غبن فاحش موضوع ماده ۴۱۷ قانون مدنی است

۱. ره‌بیک، حسن، *عیوب اراده و رضا اشتباه در قرارداد*، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۷۵، شماره ۲، ص ۶۱

۲. همان، ص ۶۱

۳. بابایی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۷، صص ۲۶۵ و ۲۶۶.

۴. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی (ب)*، جلد ۲، تهران: گنج‌دانش، ۱۳۹۷، ص ۴۲۲.

۵. کاتوزیان، ناصر، پیشین (الف)، ص ۱۷۹.

غبن در نتیجه جهل مرکب یکی از طرفین قرارداد که منجر به بهم خوردگی موازنه ارزش عوضین است. جعفری-لنگرودی، محمدجعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج‌دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، ص ۵۳۱. در صورتی که یکی از طرفین نسبت به عوض یا معوض جهل بسیط داشته باشد، مورد معامله معلوم یا معین نبوده، لذا عقد باطل است.



که مقرر داشته است: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». در این صورت مصرف‌کننده مغبون، حق فسخ قرارداد را دارد. در صورتی که عدم درک نسبت به موضوع قرارداد - به غیر از ارزش - به میزانی باشد که موضوع قرارداد در نزد مصرف‌کننده مجهول شود، قرارداد باطل است.<sup>۱</sup> در صورتی که عدم درک نسبت به شروط ضمن عقد باشد، با توجه به سکوت قانون مدنی در خصوص وضعیت شرط مجهول، موضوع محل اختلاف است.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد با توجه به وظیفه اطلاع‌رسانی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات<sup>۳</sup>، مصححت مصرف‌کننده در آن باشد که شروط مجهولی که منجر به جهل به عوضین نباشد، باطل بوده لکن بطلان این شروط به عقد تسری پیدا نکند.

کسب مزیت غیرمنطقی از ناتوانی مصرف‌کننده در حفاظت از منافع خود، می‌تواند با نهاد سوءاستفاده از حق قیاس شود. سوءاستفاده از حق متفاوت از تجاوز حق و به معنای سوءاستفاده در اجرا و اعمال حق و ناظر به کیفیت کاربرد (خروج از حدود معنوی) حق، لکن تجاوز از حق به معنای خروج از قلمرو و چارچوب (حدود مادی) حق است.<sup>۴</sup> در نظام حقوقی ایران، اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، می‌تواند مؤیدی برای این قاعده باشد.

سوءاستفاده از حق با معیارهای مختلفی شناخته می‌شود؛ گاه در معنایی حداقلی اضرار عمدی ملاک است و گاه نامتعارف بودن اعمال حق یا نامتعارف بودن ضرر ناشی از اعمال حق، سوءاستفاده را محقق می‌کند. از منظر دیگر، تخلف از اهداف و اغراض اجتماعی، اقتصادی و... ایجاد یک حق ملاک سوءاستفاده است.<sup>۵</sup> برخی از نویسندگان با وجود قاعدهٔ فقهی لاضرر، استناد

۱. قراردادهای مصرف نوعاً مغایبه‌ای است لذا مورد معامله می‌بایست تفصیلاً معلوم و معین باشد.  
۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۳۹، صص ۳۶-۳۹.  
۳. ماده ۶ قانون «حمایت از مصرف‌کنندگان» مقرر می‌دارد: «کلیه دستگاه‌های دولتی و عمومی، سازمان‌ها، شرکت‌ها، بانک‌ها، نهادهای شهرداری‌ها و همچنین دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، ملزم می‌باشند در ابتدا کلیه اطلاعات لازم را در خصوص انجام کار و ارائهٔ خدمت در اختیار مراجعان قرار دهند».  
۴. موحد، محمدعلی، *حق و سوءاستفاده از آن*، تهران: نشر کارنامه، ۱۴۰۱، ص ۲۷.  
۵. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، «*رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غریبی سوءاستفاده از حق*»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره اول، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۱۵۶.

به نظریه عاریتی سوءاستفاده از حق را بدون توجیه دانسته‌اند.<sup>۱</sup> باید توجه کرد که مجرای قاعده لاضرر وقوع زیان است؛ لکن قاعده سوءاستفاده از حق همان‌گونه که از اصل ۴۰ قانون اساسی برداشت می‌شود، متوقف بر ورود ضرر نیست. بنابراین دامنه سوءاستفاده از حق در برخی مصادیق اعم از لاضرر است. این موضوع از این حیث واجد اهمیت است که در ممنوعیت سوءاستفاده در حقوق امریکا نیز در برخی شقوق، ملاک تحقق سوءاستفاده نه ایراد زیان به مصرف‌کننده، بلکه کسب مزیت غیرمنطقی توسط مؤسسه اعتباری است.

ارائه‌دهنده محصولات یا خدمات مالی به مصرف‌کننده، گاه از حقوقی چون حق آزادی قراردادی در مراحل مختلفی همچون انتخاب طرف قرارداد (اعطای تسهیلات)، مذاکره و درج شروط تحمیلی<sup>۲</sup> همچنین حق بر اجرای قرارداد و استیفای مطالبات سوءاستفاده می‌کند. بنابراین سوءاستفاده از حق می‌تواند از طریق سوءاستفاده از موقعیت برتر قراردادی رخ دهد؛ نهاد سوءاستفاده از اضطرار<sup>۳</sup> یکی از مصادیق سوءاستفاده از حق در قراردادهاست. با این حال تمامی مصادیق کسب مزیت غیرمنطقی از ناتوانی طرف مقابل را نمی‌توان با سوءاستفاده از اضطرار مقایسه کرد؛ چه آنکه دامنه اضطرار محدودتر از ناتوانی از حفظ منافع است.

یکی دیگر از مصادیق سوءاستفاده از حق، سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط، موضوع بند «ط» ماده ۴۵ قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» است. سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در ادبیات حقوق رقابت، شامل سوءاستفاده استمارگرانه، ضدرقابتی و تلافی‌جویانه می‌شود.<sup>۴</sup> در میان شش روش مصرح، سه مورد که در دسته سوءاستفاده استمارگرانه<sup>۵</sup> مستقیماً در قبال مصرف‌کنندگان است عبارت‌است از: ۱. تعیین، حفظ یا تغییر قیمت یک کالا یا خدمت به طور غیرمتعارف، ۲. تحمیل شرایط غیرمنصفانه، ۳. مشروط کردن قراردادها به شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری، ارتباطی با موضوع چنین قراردادهایی

۱. همان، ص ۱۶۱.

۲. کریمی، عباس و مصطفی کوشکی، پیشین، ص ۲۳۸.

۳. سوءاستفاده از اضطرار حالتی است که یک طرف قرارداد به علت اوضاع و احوال خاص، نیاز مبرم اجتماعی یا شخصی به تعهدات طرف دیگر به ناچار با او قرارداد منعقد نماید (باریکلو، علیرضا، «**ضمانت اجرای سوءاستفاده از وضعیت اضطراری طرف قرارداد**»، حقوق خصوصی، دوره اول، ۱۳۸۲، شماره ۴، ص ۲۶). ماده ۱۷۹ «قانون دریایی» یکی از مصادیق مقابله قانون‌گذار با سوءاستفاده از اضطرار است.

۴. عبدی‌پور، ابراهیم، «**سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط**»، حقوق اسلامی، دوره ششم، ۱۳۸۸، شماره ۲۱، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.

5. Exploitative abuse

ندارد.<sup>۱</sup> بر این اساس، در صورتی که ارائه‌دهنده خدمات یا محصولات مالی در قبال مصرف‌کننده از وضعیت اقتصادی مسلط خود سوءاستفاده و کسب مزیت کند، با یکی از ضمانت‌های اجراءهای مندرج در ماده ۶۱ همان قانون مواجه شود؛ از جمله شورای رقابت می‌تواند «دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی دهد یا دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموالی را که از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد ۴۴ تا ۴، تحصیل شده است از طریق مراجع ذیصلاح قضایی صادر نماید و یا جریمه نقدی از ده میلیون ریال تا یک-میلیارد» را تعیین کند.

کسب مزیت غیرمنطقی از اتکای معقول مصرف‌کننده به شخص مشمول برای اقدام در جهت منافع او آخرین معیار ممنوعیت سوءاستفاده است. این نوع سوءاستفاده زمانی رخ می‌دهد که ارائه‌دهنده خدمات یا محصولات وانمود می‌کند که در راستای منافع مصرف‌کننده عمل می‌کند، با این حال این اعتماد بستری برای کسب سود و منافع نامتعارف است. درحقیقت ترازمی میان نفع ارائه‌دهنده خدمات یا محصولات نسبت به کسب سود و منافع مصرف‌کننده رخ می‌دهد. در نظام حقوقی ایران، مستند قانونی که بتوان با اتکا به آن بتوان کسب سود از اعتماد اشخاص را مورد تعقیب قرار داد دیده نمی‌شود. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، داراشدن ناعادلانه به‌عنوان یک قاعده پذیرفته نشده است، به‌خصوص که در صورت وجود قرارداد نمی‌توان به این نهاد استناد کرد.

به‌طور کلی عمده موقعیت‌های تعارض منافع در میان اشخاص خصوصی در رابطه‌های مبتنی بر امانت‌داری (مانند رابطه وکیل و موکل) رخ می‌دهد<sup>۲</sup>، در جایی که شخصی صراحتاً یا ضمناً نمایندگی دیگری را بر عهده دارد. در حقوق داخلی وظیفه امانت‌داری<sup>۳</sup> به آن معنای مرسوم و گسترده موجود در حقوق کامن‌لا وجود ندارد. یکی از موارد روابط امانی در جایی است که شخصی وظیفه دارد در رابطه با موضوعاتی که در محدوده رابطه است، به نفع شخص دیگر عمل یا به وی توصیه کند.<sup>۴</sup> با این حال قواعد مربوط به نمایندگی در قانون مدنی می‌تواند مستمسکی

۱. سه روش دیگر عبارت است از: «تحدید مقدار عرضه و یا تقاضا به منظور افزایش یا کاهش قیمت بازار، - ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص و - تملک سرمایه و سهام شرکت‌ها به صورتی که منجر به اختلال در رقابت شود».

۲. بادینی، حسن، سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی»، مجله حقوقی/دگستری، دوره ۸۵، ۱۴۰۰، شماره ۱۱۶، ص ۲۰۹.

3. Fiduciary duty

۴. بادینی، حسن و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، همان، ص ۲۲۰.

برای مقابله با سوءاستفاده از طریق کسب سود و مزیت از اعتماد مصرف‌کننده باشد. در جایی که ارائه‌دهنده صراحتاً یا ضمناً وظیفه نماینده (رعایت مصلحت و دادن حساب مواد ۶۶۷ و ۶۶۸) و ضمانت‌اجرای سوءاستفاده او (عزل در مواد ۷۸، ۱۲۳۹ و ۱۲۴۸ و ضمانت در مواد ۶۶۶ و ۱۲۳۸) قابل استنباط است. مقررات مختلف قانون تجارت در خصوص دلالتی و حق‌العمل‌کاری همچون ماده ۳۴۶، ۳۴۹ و ۳۷۰ سوءاستفاده از اعتماد و کسب منافع توسط دلال و حق‌العمل‌کار را ممنوع کرده است؛ با این حال اجرای این مقررات در فرضی قابل استناد است که حق‌العمل‌کار یا دلال به امر مصرف‌کننده و در جهت منافع او اقدام کند نه بالعکس در راستای منافع ارائه‌دهنده محصولات و خدمات.

با مراجعه به فقه امامیه می‌توان مصادیقی یافت که سوءاستفاده و فرصت‌طلبی از اعتماد اشخاص منع شده است. یکی از این موارد بیوع‌الامانه است؛ مقصود قراردادهای خرید و فروش است که در آن خریدار به اعتماد اعلام رأس‌المال (مبلغی که فروشنده خود برای خرید کالا اعلام می‌کند) معامله می‌کند. بیوع‌الامانه<sup>۱</sup> به سه دسته مباحه، مواضعه و تولیت تقسیم می‌شود.<sup>۲</sup> مباحه<sup>۳</sup> که به‌عنوان یک از عقود بانکی نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد<sup>۴</sup>، قراردادی است که به‌موجب آن عرضه‌کننده بهای تمام‌شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به‌صورت نقدی، نسیه‌دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند.<sup>۵</sup> سود ممکن است از طریق مبلغ یا درصدی مشخص (از ثمن) تعیین شود.<sup>۶</sup> در این فرض اگر فروشنده مبلغ رأس‌المال را به دروغ (یا اشتباه) بیشتر بیان کند، خریدار جاهل، حق فسخ قرارداد را با استناد

۱. علامه حلی در تذکره آورده است: «بیع المباحه مبنی علی الامانه؛ لاعتماد المشتري بنظر البائع و استقصائه و ما رضیه لنفسه»، علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، جلد ۱۱، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۲۲.

۲. **دانشنامه جهان اسلام، دایره المعارف اسلامی**، جلد ۱، تهران، ۱۳۷۵، شماره ۲۴۸۸.

۳. نام قسمی از بیع‌ها است که در آن فروشنده قیمت تمام‌شده مبیع را برای وی (مشتري) در متن عقد و (یا در مقاله) ذکر می‌کند (این قیمت را رأس‌المال گویند) و بهره‌ای روی آن می‌کشد. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ۱۳۹۲، ص ۶۳۳.

۴. ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران.

۵. ماده ۸۱ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا.

۶. سلطانی، محمد، **حقوق بانکی**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸، ص ۲۱۸.

به خیار کذب خواهد داشت.<sup>۱</sup> مبنای ایجاد این خیار، منع سوءاستفاده از اعتماد و اتکاست. برخی از اساتید حقوق، دریافت ارش را در عرض فسخ قرارداد به علت کذب ممکن می‌دانند.<sup>۲</sup> یکی دیگر از اصطلاحات رایج در فقه امامیه و روایات مربوط به معاملات، «غبن المسترسل» است. مسترسل به معنای شخصی است که خبره نبوده و بدون تحقیق و اطلاع از قیمت با اعتماد به طرف مقابل وارد معامله شده است؛<sup>۳</sup> در اخبار وارده درخصوص مبنای خیار غبن<sup>۴</sup>، روایاتی ذکر شده که مغبون ساختن مسترسل مورد منع قرار گرفته است.<sup>۵</sup> از مجموع موارد مذکور قابل استنباط است کسب منافع نامشروع از اعتماد طرف مقابل، با ضمانت اجراهایی چون فسخ قرارداد و پرداخت ارش همراه خواهد بود.

### نتیجه‌گیری

دفتر حمایت مالی از مصرف‌کننده پس از وقوع بحران مالی ۲۰۰۷-۲۰۰۸ با تصویب قانون «اصلاح وال استریت و حمایت از مصرف‌کننده، داد-فرانک» ایجاد شد. بند «ب» ماده ۱۰۲۱ این قانون، یکی از اهداف ایجاد دفتر مذکور را حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر اقدامات و رویه‌های «غیرمنصفانه»، «فریبنده» و «سوءاستفاده‌گرانه» معرفی می‌کند. درحقیقت با تصویب قانون داد-فرانک بخش قابل توجهی از اختیارات تنظیم‌گری، نظارتی و اجرایی نهادهای مختلف در بازارهای مالی به این دفتر منتقل شد. اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه بیش از یک قرن است، به موجب ماده ۳ قانون تجارت فدرال در نظام حقوقی ایالات متحده ممنوع شده است. قانون داد-فرانک به تعریف پیشین از اقدامات و رویه‌های غیرمنصفانه پایبند بوده و سه شرط: ۱- ورود زیان قابل توجه یا احتمال ورود آن، ۲- غیرقابل اجتناب بودن زیان و همچنین ۳- عدم جبران و تدارک با منافع متقابل برای مصرف‌کننده یا رقابت را برای تحقق رفتار غیرمنصفانه لازم می‌داند. در نظام حقوقی ایران، ممنوعیت اعمال و رویه‌های غیرمنصفانه معطوف و محدود به ممنوعیت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شناسی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، صص ۳۱۹ و ۳۲۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق (تئوری موازنه)، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷، صص ۳۲۰ و ۳۲۱. البته ایشان قائل هستند که اگر فروشنده ارش بدهد، حق فسخ زائل می‌گردد.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، صص ۵۲۲ و ۶۴۴.
۴. شیخ انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد ۲، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ ه.ق، صص ۳۷۴ و ۳۷۵.
۵. در روایاتی از امام صادق (ع) آمده: «غبن المسترسل سحت» مغبون ساختن شخص اعتمادکننده حرام است. شیخ کلینی، ابوجعفر محمد، الفروع من الکافی، جلد ۵، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۱۵۳.

درج شروط غیرمنصفانه و تحمیلی در ضمن قرارداد است. ماده ۴۶ قانون «تجارت الکترونیکی» و ماده ۸ «قانون حمایت از مصرف‌کننده» صراحتاً شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه در قرارداد علیه مصرف‌کننده را ممنوع کرده است. با این حال در مقررات موضوعه، تعریف و ملاکی برای غیرمنصفانه بودن یک شرط وجود ندارد.

قانون داد-فرانک متعرض تعریفی از اقدامات و رویه‌های فریبنده علیه مصرف‌کننده نشده است. از این حیث با توجه به سکوت دفتر در ارائه بیانیه‌ای در این خصوص، قابل استنباط است که تعریف مذکور در بیانیه خط‌مشی کمیسیون تجارت فدرال در سال ۱۹۸۳ پذیرفته شده است. بر این اساس تحقق رفتار فریبنده منوط است به سه شرط: ۱- گمراه‌کننده بودن یا احتمال ایجاد گمراهی؛ ۲- متعارف و منطقی بودن تفسیر مصرف‌کننده از رفتار گمراه‌کننده؛ ۳- اساسی و با اهمیت بودن رفتار. در نظام داخلی، اقدامات و رویه‌های فریبنده علیه مصرف‌کننده در ماده ۵۰ قانون «تجارت الکترونیکی» تحت عنوان ممنوعیت مشتبه شدن یا فریب مخاطب نسبت به کیفیت یا کمیت محصولات و ماده ۷ قانون «حمایت از مصرف‌کننده» تحت عنوان تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست منع شده است. نهاد سنتی تدلیس با وجود محدودیت‌هایی از حیث دشوار بودن اثبات و فوریت اعمال می‌تواند مستندی برای مقابله با رفتار فریبنده تلقی گردد. وقوع بحران مالی ۲۰۰۷-۲۰۰۸ را می‌توان معلول عوامل زیادی دانست؛ یکی از مهم‌ترین علل ایجاد بحران مالی، سوءاستفاده بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از ناتوانی مصرف‌کننده در درک خدمات و محصولات مالی، همچنین بهره‌کشی و انتفاع نامتعارف این نهادها با سوءاستفاده از موقعیت برتر قراردادی، تحمیل شرایط اجحاف‌آمیز و راهنمایی‌ها و مشاوره‌های نامتناسب در استفاده از محصولات و خدمات اعتباری همچون وام‌های مسکن درج‌دهو است. به منظور مقابله با آثار بحران مالی و پیشگیری از وقوع مجدد آن، کنگره در بند «د» ماده ۱۰۳۱ قانون داد-فرانک، ممنوعیت اقدامات و رویه‌های سوءاستفاده‌گرانه را به دو ممنوعیت پیشین افزود. در این ممنوعیت بیش از آنکه به ضرورت ورود زیان یا غیرقابل اجتناب بودن رفتار از سوی مصرف‌کننده تأکید شده باشد، بر اختلال در درک مصرف‌کننده نسبت به شرایط قرارداد و کسب سود و منفعت توسط ارائه‌دهنده خدمات و محصولات مالی از ناتوانی در درک، ناتوانی در حفاظت از منافع و درنهایت سوءاستفاده از اعتماد مصرف‌کننده به نهاد ارائه‌دهنده تأکید شده است. در نظام حقوق داخلی، سازوکارهای متعددی برای مقابله با سوءاستفاده عرضه‌کنندگان کالا و خدمات وجود دارد.

ضمانت اجرای اختلال در درک یا کسب منفعت نا متعارف از عدم درک مصرف‌کننده با اتکا به عمومات حقوق قرارداد، ایجاد حق فسخ به علت تدلیس یا بطلان قرارداد یا شرط مجهول و غیرقابل‌درک از سوی مصرف‌کننده است. در فرضی که ارائه‌کننده سود یا مزیت نامتعارف از ناتوانی مصرف‌کننده در حفاظت از منافع خود کسب می‌کند، استناد به نظریه سوءاستفاده از حق در مقام انشای قرارداد یا مطالبه تعهدات قراردادی ممکن است. کسب سود یا مزیت نامتعارف از اعتماد مصرف‌کننده با استناد به عمومات نمایندگی می‌تواند منجر به مسئولیت مدنی یا کیفری عرضه‌کنندگان خدمات و محصولات مالی باشد.

علی‌رغم آنکه نظام حقوقی ایران فاقد سازوکارهایی برای مقابله با رویه‌های غیرمنصفانه، فریبنده و سوءاستفاده‌گرانه علیه مصرف‌کننده نیست، تدقیق در قوانین موضوعه و مقررات پایین‌دستی مؤید آن است که به علت خاصیت الحاقی و در عین حال پیچیدگی قراردادهای مصرف و موضع برتر ارائه‌دهنده خدمات و محصولات، اتکا به عمومات و ابزارهای سنتی حقوق قراردادهای نمی‌تواند شیوه مناسبی برای حفظ حقوق مصرف‌کننده به حساب آید. از این منظر، ضروری است مقررات حمایت از مصرف‌کننده به‌خصوص شرایط و ضوابط تدوین قراردادهای مصرف، شروط ممنوعه در این دست قراردادهای به‌طور عام و قراردادهای اعتباری به‌طور خاص دستخوش تغییر شود. پیش‌بینی نهادی مستقل برای تنظیم‌گری و نظارت بر ارائه‌دهندگان محصولات و خدمات مالی و تدوین قراردادهای نمونه بی‌آنکه مانند بانک مرکزی در تعارض منافع با عرضه‌کنندگان خدمات قرار داشته باشد، می‌تواند حفظ حقوق مصرف‌کننده خدمات مالی و اعتباری را بیش از پیش تضمین کند.

## منابع

### کتاب

- ۱.السان، مصطفی، *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: سمت، چاپ هفتم، ۱۳۹۹.
- ۲.بابایی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۷.

۳. باقری، محمود و سعید رحمانی، **حمایت از حقوق مصرف‌کننده در نظام بانکی**، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۳، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فرهنگ عناصرشناسی**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه عمومی حقوق (تئوری موازنه)**، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **وسیط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۲.
۸. **دانشنامه جهان اسلام**، بنیاد دایره‌المعارف اسلامی، جلد ۱، تهران، ۱۳۷۵.
۹. سلطانی، محمد، **حقوق بانکی**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
۱۰. شیخ انصاری، مرتضی، **المکاسب**، جلد ۲، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ ه.ق.
۱۱. شیخ کلینی، ابوجعفر محمد، **الفروع من الکافی**، جلد ۵، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۲. صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، چاپ سی‌ام، ۱۳۹۷.
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، قم: موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، جلد ۱۱، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی (ب)**، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها (الف)**، جلد ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۱۶. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
۱۷. موحد، محمدعلی، **حق و سوءاستفاده از آن**، تهران: نشر کارنامه، ۱۴۰۱.



۱۸. نصیری، وحید، **درآمدی بر حقوق تنظیم نظام بانکی از منظر ریسک تطبیق در بانکداری**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۸.

#### مقاله

۱۹. باریکلو، علیرضا، **ضمانت اجرای سوءاستفاده از وضعیت اضطراری طرف قرارداد**، حقوق خصوصی، دوره اول، ۱۳۸۲، شماره ۴، صص ۲۵-۴۵.
۲۰. بادینی، حسن و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، **تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی**، مجله حقوقی دادگستری دوره ۸۵، ۱۴۰۰، شماره ۱۶، صص ۲۰۹-۲۳۱.
۲۱. ره‌پیک، حسن، **عیوب اراده و رضا اشتباه در قرارداد**، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۲، صص ۴۳-۵۶.
۲۲. شیروی، عبدالحسین، **نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، امریکا و استرالیا**، مجله مجتمع آموزش عالی قم، دوره ۴، ۱۳۸۱، شماره ۱۴، صص ۵-۴۳.
۲۳. عبدی‌پور، ابراهیم، **سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط**، حقوق اسلامی، دوره ششم، ۱۳۸۸، شماره ۲۱، صص ۱۲۵-۱۵۵.
۲۴. کریمی، عباس و هادی شعبانی‌کندسری، **رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غریبی سوءاستفاده از حق**، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره اول، ۱۳۹۳، شماره ۲، صص ۱۳۵-۱۶۶.
۲۵. کریمی، عباس و مصطفی کوشکی، **شرط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف**، پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۲۵، ۱۴۰۰، شماره ۱۰۰، صص ۲۲۹-۲۵۶.

## References

### Books

1. Allameh Heli, Hasan bin Yusuf, *Tazkira-al-Fiqha*, Al-Al-Bayt Institute (A.S.) Lahia al-Tarath, 11th volume, 1st edition, Qom, 1993. (in Persian)
2. Babaei, Iraj, *Civil Liability Law and Non-Contractual Requirements*, Mizan, second edition, Tehran, 2018. (in Persian)
3. Bagheri, Mahmoud, Rahmani, Saeed, *Protection of Consumer rights in the Banking System, Monetary and Banking Research Institute*, 1st edition, Tehran, 2017. (in Persian)
4. Elsan, Mustafa, *E-commerce Law*, SAMT Publication, 7th edition, Tehran: 2020. (in Persian)
5. Encyclopaedia of the World of Islam, Islamic Encyclopedia Institution, Volume 1, Tehran, 1996. (in Persian)
6. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, *Expanded on Legal Terminology*, third volume, Ganj Danesh, first edition, Tehran, 1999. (in Persian)
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Elemental Philosophy*, second edition, Ganj Danesh, Tehran, 2019. (in Persian)
8. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *General Philosophy of Law (Equilibrium Theory)*, third edition, Ganj Danesh, Tehran: 2018. (in Persian)
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Mediator in Legal Terminology*, Ganj Danesh, 5th edition, Tehran, 2013. (in Persian)
10. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts (A)*, fifth volume, Ganj Danesh, Tehran, 2018. (in Persian)
11. Katouzian, Nasser, *Obligations outside the Contract of Civil Liability (b)*, second volume, Ganj Danesh, Tehran, 2018. (in Persian)
12. Mohagheq Damad, Seyyed Mostafi, *General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law*, Volume II, Islamic Science Publishing Center, Tehran, 2020. (in Persian)
13. Movahed, Mohammad Ali, *The Right and Its Abuse*, Nashakarnameh, Tehran, 2022. (in Persian)
14. Nasiri, Vahid, *An Introduction to the Rights of Regulation of the Banking System from the Perspective of the Risk of Implementation in Banking*, Publishing Company, first edition, Tehran, 2019. (in Persian)
15. Safaei, Seyyed Hossein, *General Rules of Contracts*, Mizan, 30th edition, Tehran, 2018. (in Persian)

16. Sheikh Ansari, Morteza, *Al-Makasab*, second volume, Dar al-Zhaer, Qom, 1990. (in Persian)
17. Sheikh Kilini, Abu Jaafar Muhammad, *Al-Faroo Man Al-Kafi*, Volume 5, Darul Kitab al-Islamiya, Tehran, 1986. (in Persian)
18. Soltani, Mohammad, *Banking Law*, Mizan, 4th edition, 2019. (in Persian)

#### Articles

19. Abdipour, Ebrahim, "Abuse of the Dominant Economic Situation", *Islamic Law*, 6(21), 2009, pp 125-155. (in Persian)
20. Badini, Hasan, Siah-Bidi Kermanshahi, Saeed, "Evaluation of Concept and Examples of Conflict of Interest in Private Law", *Judiciary Law Journal*, 85 (116), 2021, pp 209-231. (in Persian)
21. Baily, Neil Mrtin, E. Litan, Robert and S. Johnson, Matthew, "The Origins of the Financial Crisis", *Business and Public Policy*, November 2008. PP 1-48.
22. Bariklo, Alireza, "Guarantee to Enforce the Abuse of the Emergency Situation of the Contracting Party", *Private Law*, 1(4), 2003, pp 25-45. (in Persian)
23. Canzona, S.J. "I'll Know It When I See It": Defending the Consumer Financial Protection Bureau's Approach of Interpreting the Scope of Unfair, Deceptive, or Abusive Acts or Practices ("UDAPP") Through Enforcement Actions. *Journal of legislation*, 45(3), 2018, PP 60-80.
24. Carpenter, David H. "The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis", *Congressional Research service*, 2014, PP 1-28.
25. Chopra, Rohit, "Enforcing the Post-Financial Crisis Ban on Abusive Conduct" *U.C. Irvine L. Rev* 14(2), 2024, PP 625-653.
26. Corrigan, Patrick .M, "Abusive Acts and Practices: Dodd-Frank's Behaviorally Informed Authority Over Consumer Credit Markets and its Application to Teaser Rates", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 18, 2015, PP 125-183.
27. Joshua L. Roquemore, "The CFPB's Ambiguous "Abusive" Standard", *22 N.C. Banking Inst.* 191 (2018). PP 190-208.
28. Karimi, Abbas, Koshki, Mustafa, "Imposed Condition in the Contracts Concluded between the Owners of Letters", *Business Research Journal*, 25 (100), 2021, pp 229-256. (in Persian)
29. Karimi, Abbas, Shabani-Kandsari, Hadi, "The Logical Relationship between the Jurisprudential Rule of Harm and the Arbitrary Rule of

- Abuse of Rights", *Comparative Research of Islamic and Western Laws*, 1 (2), 2014, pp 135-166. (in Persian)
30. Karns, Jack E. "The Federal Trade Commission's Evolving Deception Policy", 22U. RICH. L.REV.399, 1988. PP 398-431.
31. Makridis, C., Ohlrogge, M. "Moving to Opportunity? The Geography of the Foreclosure Crisis and the Importance of Location". *Journal of Economic Geography*, 22(1), 2022. PP.159–180.
32. Mogilnicki, Eric j., "The Consumer Financial Protection Bureau's Abusive Policy Statement", *The Banking Law Journal*, September 2023. PP 377-396.
33. O'Brien, ch. "The CFPB's Endaround", *Cath. U.L.Rev.*67(9), 2018, PP 365-387.
34. Rahpeyk, Hassan, "Defects of Will and Wrongful Consent in the Contract", *Journal of Judicial Law Perspectives*, 2, 1996, pp 43-56. (in Persian)
35. Shiravi, Abdul Hossein, "The Theory of Unfairness and Unconscionability of Contractual Terms in Common Law with an Emphasis on the Laws of England, America and Australia", *Qom Higher Education Complex Magazine*, 4(14), 2002, pp 5-43. (in Persian)

#### Websites

36. CFPB Supervision and Examination Process, UDAAP CFPB Manual, V.3 March 2022 Available at: [https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervision-examinations/CTR.FOR.RESPONSIBLE.LENDING.SNAPSHOT.OF.THE.SUBPRIME.MARKET.1\(2007\).http://www.responsiblelending.org/pdfs/snapshot-of-the-subprime-market.pdf/](https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervision-examinations/CTR.FOR.RESPONSIBLE.LENDING.SNAPSHOT.OF.THE.SUBPRIME.MARKET.1(2007).http://www.responsiblelending.org/pdfs/snapshot-of-the-subprime-market.pdf/)
37. CFPB, what is a subprime mortgage? 2024. Available at: <https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/what-is-a-subprime-mortgage-en-110/>
38. Chopra, Rohit. "CONSUMER FIN. PROT. BUREAU, Statement of the CFPB on the JPay Enforcement Action" 19 October 2021. Available at: <https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/statement-of-cfpb-director-rohit-chopra-on-the-jpay-enforcement-action/>
39. FDIC. Unfair, Deceptive and Abusive Practices-Federal Trade Commission Act/Dodd-Frank Act. 2022. <https://www.fdic.gov/system/files/2024-06/vii-1-1.pdf/>

40. FTC Policy Statement on Deception 1983, Available at: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/ftc-policy-statement-deception/>
41. FTC Policy Statement on Unfairness 1980, Available at: FTC Policy Statement on Unfairness | Federal Trade Commission/
42. Mayerbrown. Policy Statement on Abusive Acts and practice—some observations. 2023. <https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2023/05/cfpbs-policy-statement-on-abusive-acts-or-practices-some-observations>. Policy Statement On Abusive Acts and practice. CFPB. 2023. Available at: <https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervisory-guidance/policy-statement-on-abusiveness/>
43. UDAAP CFPB Manual. Unfair, Deceptive or Abusive Acts or Practices, Unfair, Deceptive, or Abusive Acts or Practices, 2012. <https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervision-examinations/unfair-deceptive-or-abusive-acts-or-practices-udaaps-examination-procedures/>
44. Webb, Kerry Elizabet, CFPB and the Use of Abusiveness –Ten Years In, 2021. Available at: <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/11/cfpb-and-the-use-of-abusiveness--ten-years/>

## **Study of the US Consumer Financial Protection Bureau's Triple Prohibitions; with a Comparative Regard to Iran's Legal System**

**Sayyed Amin Pishnamaz\***  
**Mostafa Elsan\*\***

### **Abstract**

The superior position of suppliers of financial and credit products and services for various reasons such as information asymmetry, unequal transactional power, specialization and complexity of the contract provisions and the consumer's lack of full understanding of its details causes abuse and exploitation of the stronger party. Historically, the Federal Trade Commission prohibited unfair and deceptive acts and practices in trade in 1914 and 1938. In 1980 and 1983, two policy statements were issued by the commission in order to clarify and achieve a relatively uniform procedure in interpreting the prohibitions of unfair and deceptive acts and practices. The ineffectiveness of consumer protection institutions and mechanisms in this area, along with the reduction of the involvement and supervision of the responsible institutions, led to the extravagance of banks and institutions providing mortgage loans, which caused the financial crisis in 2007 and 2008 in the United States of America. In 2010, in order to heal the effects of the financial crisis and prevent its recurrence, the Wall Street Reform and Consumer Protection Act was approved by Congress. According to this Act, the Financial Consumer Protection Bureau was established as an independent institution with the ability to regulate, monitor, prosecute and claim. In this Act, a part of the Federal Trade Commission's powers regarding two deceptive and unfair prohibitions, along with the addition of the prohibition of abusive practices and procedures, were transferred to the Consumer Financial Protection Bureau. In this Article, which is compiled in a descriptive-analytical way, firstly, the mentioned triple prohibitions are studied according to the policy statements issued in this regard, and then the existing mechanisms in Iran's legal system are compared with similar functions. The lack of comprehensive, integrated and up-to-date consumer protection tools in the domestic system and the need to cite and adhere to general rules can be inferred from the study of the domestic system.

### **Keywords:**

Abusive, Unfair, Deceptive, Consumer Financial Protection Bureau, Consumer Protection Act

---

\* PhD candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (corresponding author) s\_pishnamaz@sbu.ac.ir

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

## داوری در قراردادهای هوشمند؛ چالش‌های حقوقی حل‌وفصل اختلافات درون و بیرون زنجیره بلوکی

شهرزاد حدادی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۵

### چکیده

امروزه استفاده از فناوری بلاکچین روبه افزایش است؛ به‌گونه‌ای که فعالیت‌های اقتصادی و تجاری گوناگونی با استفاده از قراردادهای هوشمند انجام می‌شود. هرچند که ویژگی اصلی قراردادهای هوشمند خوداجرا بودن آنها و عدم نیاز به دخالت شخص ثالث برای اجرای توافقات قراردادی است، اما بروز اختلاف میان طرفین قرارداد امری اجتناب‌ناپذیر است. لزوم حل‌وفصل اختلافات برآمده از قراردادهای هوشمند سبب ظهور پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین شده است. سازوکار عملکردی این پلتفرم‌ها و نوع رسیدگی به اختلافات و فرایندهای داخلی آنها، اعم از نحوه تعیین داوران، تصمیم‌گیری و صدور رای، حق‌الزحمه داوری و مانند آن، نشان از تفاوت‌های قابل‌ملاحظه با داوری‌های مرسوم دارد. صرف‌نظر از ماهیت واقعی عملیات این پلتفرم‌ها و صحت و سقم وعده خوداجرا بودن آرای صادره توسط آنها، همچنان چالش‌های حقوقی در مقابل داوری‌های مبتنی بر بلاکچین و درون زنجیره بلوکی وجود دارد. در طرف مقابل، حل‌وفصل اختلافات برآمده از قراردادهای هوشمند در خارج از زنجیره بلوکی یا ارجاع بخشی از فرایند داوری مانند اجرای رأی صادره با استفاده از سازوکار داوری‌های مرسوم نیز چالش‌هایی به‌دنبال خود دارد که دقیقاً برآمده از ویژگی‌های ذاتی قراردادهای هوشمند است. به‌نظر می‌رسد در شرایط کنونی، که هنوز داوری‌های مبتنی بر بلاکچین در ابتدای مسیر تکامل خود هستند، اتخاذ رویکردی ترکیبی از هر دو سازوکارهای فوق در کنار تدوین قواعد داوری حاکم بر این نوع از اختلافات، که برآمده از قراردادهای هوشمند هستند، می‌تواند به رفع برخی چالش‌های حقوقی و کارآمدتر شدن داوری‌های برآمده از این صنعت غیرمتمرکز کمک کند.

### کلیدواژه‌گان:

داوری، بلاکچین، قرارداد هوشمند، درون زنجیره بلوکی، بیرون زنجیره بلوکی.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

sh\_haddadi@sbu.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

فناوری زنجیره بلوکی یک پایگاه داده توزیع‌شده از اسناد یا دفتر کل عمومی از تراکنش‌های دیجیتال است. هر تراکنشی در دفتر کل با توافق اکثریت اجزای سیستم محقق می‌شود. اطلاعاتی که یک بار وارد این سیستم شده باشد، پاک نمی‌شود<sup>۱</sup> و زنجیره بلوکی به‌عنوان روشی نوین در ذخیره‌سازی اطلاعات به‌صورت نامتمرکز، امکان جعل داده‌ها و تقلب در آنها را به صفر نزدیک می‌کند.<sup>۲</sup> در نتیجه ذخیره داده‌ها نه در یک منبع، بلکه در همه گره‌ها انجام می‌شود و این گره‌ها دائماً همگام‌سازی می‌شوند و تغییراتی که در هر گره رخ می‌دهد، از جانب سایر گره‌های شبکه نیز قابل تشخیص و اصلاح است. بنابراین هر نوع تغییر خلاف واقع تقریباً غیرممکن است.<sup>۳</sup> ساختار داده در دفاتر کل توزیع‌شده به‌گونه‌ای است که تراکنش‌ها در یک بازه زمانی، اعتبارسنجی و در یک بلوک ذخیره می‌شوند. این بلوک از داده رمزنگاری می‌شود و کسی می‌تواند اطلاعات آن بلوک را تغییر دهد که کد رمزنگاری اولیه را در اختیار داشته باشد. هر بلوک از داده‌های رمزگذاری شده علاوه بر رمز خود دارای اطلاعاتی از بلوک قبلی است.<sup>۴</sup> در این فناوری بدون نیاز به تأیید شخص سوم و به‌صورت اتوماتیک، کاربران پراکنده در سراسر دنیا با استفاده از سازوکار احراز رضایت و تأیید عمومی،<sup>۵</sup> معاملات واقع‌شده روی زنجیره بلوکی را مورد

۱. دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین، «آشنایی با فناوری راهبردی زنجیره بلوکی و کاربردهای آن»، معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، فروردین ۱۳۹۶، شماره مسلسل ۱۵۳۴۱، ص ۳.

۲. ثقفیان، اکبر، سیدمحمد صدری، محمدصادق جمشیدی راد و حمید امیرپور، «تأثیر فناوری زنجیره بلوکی در حکم فقهی و حقوقی رمزارزها و انتشار پول»، فصلنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۶، ص ۲۹۴۵.

3. Wright, Aaron; De Filippi, Primavera, "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia", 2015, P 7.

به نقل از: زمانیان، معصومه و زهرا وطنی، «افزایش کارایی اعتبار اسنادی با فناوری بلاکچین خصوصی و قرارداد هوشمند و ارزیابی تطبیقی میزان سازگاری قوانین با آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، بهمن ۱۴۰۱، ص ۴۴۸.

۴. دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین، «فناوری دفاتر کل توزیع‌شده فراتر از فناوری زنجیره بلوکی»، معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تیر ۱۳۹۷، شماره مسلسل ۱۵۹۲۰، ص ۱۳.

5. Consensus



تأیید قرار می‌دهند.<sup>۱</sup> با استفاده از این فناوری، می‌توان دنیایی را تصور کرد که در آن قراردادها در پایگاه داده‌های شفاف و مشترک ذخیره می‌شوند و در مقابل حذف و دستکاری محافظت می‌شوند.<sup>۲</sup> ویژگی‌ها و اوصاف مزبور سبب شده است تا علاوه بر تاجران و فعالان اقتصادی، کشورها نیز در پیاده‌سازی فرایندهای مبادلاتی جدید خود، با هدف افزایش امنیت و سرعت مبادلات و البته کاهش هزینه‌های مبادله و توسعه نظام اقتصادی خود به دنبال استفاده از این فناوری باشند.<sup>۳</sup>

ابزار موردنیاز برای توافق و اجرایی ساختن اراده طرفین در بستر بلاکچین، قراردادهای هوشمند هستند. هرچند قراردادهای هوشمند به صورت خودکار اجرایی می‌شوند، ممکن است در همین فرایند خودکار نیز موضوعات مختلفی مطرح شود که مستلزم مداخله دادگاه یا یک مرجع حل و فصل اختلافات باشد. در نتیجه هرچقدر معاملات مبتنی بر قراردادهای هوشمند رواج بیشتری می‌یابد، مسئله حل و فصل اختلافات حقوقی پیش‌آمده بارزتر می‌شود.<sup>۴</sup> این درحالی است که سازوکار سنتی حل و فصل اختلافات در حل این نوع از دعاوی، ناکارآمد و کند است و احکامی که دادگاه‌ها صادر می‌کنند درون زنجیره بلوکی قابل اجرا نیست. در نتیجه لازم است کاربران نسل سوم وب (web 3.0) به راهکاری دسترسی داشته باشند تا از حل و فصل اختلافات خود اطمینان یابند. با احراز این نیاز، سازوکار داوری مبتنی بر بلاکچین به عنوان جایگزینی برای رسیدگی‌های قضایی در دادگاه‌ها و نیز داوری‌های سنتی ظهور کرد.<sup>۵</sup> در کنار پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین، طرفین برخی از قراردادهای هوشمند سازوکار داوری‌های مرسوم را به عنوان روش حل و فصل اختلافات میان خود برمی‌گزینند. بدین ترتیب، در این مقاله هنگامی که

1. Martin Christopher, Catherine, "The Bridging Model: Exploring the Roles of Trust and Enforcement in Banking, Bitcoin and the Blockchain", *Nevada Law Journal*, Vol. 17:139, 2016, P. 148.

۲. حسنی، محمدعلی، قاسمعلی بازایی و اشرف شاه‌منصوری، «شناسایی عوامل تأثیرگذار بر مدل بلوغ فناوری زنجیره بلوکی با تأکید بر اکوسیستم زنجیره بلوکی»، فصلنامه مدیریت کسب‌وکار، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۵۲، ص ۲.

۳. ناصر، مهدی و سید محمدحسین رضوی، «تحلیل حقوقی کارکرد قراردادهای هوشمند در نقل و اتصالات دیجیتالی در بازارهای مالی»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، زمستان ۱۳۹۸، شماره ۹۳، ص ۵۹.

۴. اوشیلدز، رچی، «قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاکچین»، ترجمه مهدی ناصر و حسین صادقی، مجله پژوهش‌های حقوقی، بهار ۱۳۹۸، شماره ۳۷، ص ۲۸۳.

5. Asghari, Mohammad, "Metacourt", Whitepaper, V. 1.4., p. 7. (Available at <https://metacourt.tech>)

از داوری مبتنی بر بلاکچین درون زنجیره بلوکی یاد می‌شود، مقصود داوری‌هایی است که پلتفرم‌های خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین روی شبکه دفتر کل توزیع شده ارائه می‌دهند. در طرف مقابل، مقصود از داوری‌های بیرون زنجیره، ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای هوشمند به داوری‌های مرسوم یا احاله بخشی از فرایند داوری (عموماً اجرای رأی) به خارج از زنجیره بلوکی است. با این توضیحات، این مقاله درصدد پاسخ به چند پرسش کلیدی است: یکم، چالش‌های حقوقی داوری‌های مبتنی بر بلاکچین در قراردادهای هوشمند چه هستند و این چالش‌ها چگونه در مسیر حل و فصل اختلافات، طرفین را با موانع و مشکلاتی مواجه می‌کنند؟ دوم، اگر طرفین یک قرارداد هوشمند درصدد به کارگیری سازوکارهای داوری مرسوم و رایج برای حل و فصل اختلافات قراردادی خود باشند، با چه دشواری‌هایی اجرایی و عملیاتی در این فرایند مواجه خواهند شد؟ سوم، با عنایت به مجموع چالش‌های حقوقی و اجرایی موجود، چه راهکاری پیش‌روی طرفین قراردادهای هوشمند برای حل و فصل اختلافات حقوقی خود وجود دارد؟ در این مسیر به یک پرونده مطروحه در دادگاه‌های مکزیک نیز اشاره می‌شود تا راهکار منتخب در آن پرونده، به درک بهتر مسئله کمک کند.

به کارگیری هر دو نوع داوری برای قراردادهای هوشمند، اعم از اینکه از طریق پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین باشد (درون زنجیره) یا خارج از آن و از طریق داوری‌های مرسوم (بیرون زنجیره)، چالش‌های حقوقی مهمی به دنبال دارد. در همین راستا ابتدا لازم است تا قراردادهای هوشمند در حد نیاز این مقاله مطالعه شوند (۱) و سپس چالش‌های حقوقی حل و فصل اختلافات درون زنجیره بلوکی بررسی شود (۲) و در نهایت چالش‌های حقوقی حل و فصل اختلافات بیرون زنجیره بلوکی بیان شود (۳).

## ۱. معرفی قراردادهای هوشمند

قرارداد هوشمند در سال ۱۹۹۴ توسط نیک سابو، برنامه‌نویس و رمزنگار، معرفی شد و سپس این مفهوم تا سال ۱۹۹۷ از نظر تئوریک موضوع مقالات و کتب مختلفی قرار گرفت و در نهایت بر بستر بلاکچین، به صورت عملی، اجرایی شد. این نوع قراردادها یک برنامه نرم‌افزاری و کدنویسی شده‌اند که با دریافت ورودی‌های مشخصی، مجموعه‌ای از دستورها را به منظور نیل به

نتایج از پیش تعیین شده اجرا می‌کنند.<sup>۱</sup> تاکنون تعاریف مختلفی درباره این دسته از قراردادها ارائه شده است. در برخی تعاریف خصایص و ویژگی‌های این نوع قرارداد، از جمله خوداجرا بودن، مورد توجه قرار گرفته است. به موجب این تعریف، قرارداد هوشمند کدی است که روی بلاکچین فعال می‌شود تا بدون نیاز به واسطه‌ها، توافقات میان دو طرف را اجرایی کند. زمانی که قرارداد هوشمند بر بستر بلاکچین اجرا شود، دیگر قابل توقف نیست و هیچ‌کس نمی‌تواند جلوی اجرای آن را بگیرد. با قراردادهای هوشمند می‌توان برنامه‌ها و پروژه‌هایی را ساخت که بدون نیاز به واسطه‌ای به کار خود ادامه می‌دهند؛ به گونه‌ای که برنامه‌نویس این قرارداد نیز نمی‌تواند کد قرارداد هوشمند ثبت شده روی بلاکچین را تغییر دهد؛ زیرا وقتی قرارداد هوشمند روی بلاکچین ثبت می‌شود، میان همه اعضای بلاکچین، که نودها<sup>۲</sup> هستند، به اشتراک گذاشته می‌شود و همه یک نسخه از آن خواهند داشت. بنابراین جلوگیری از اجرای قرارداد یا هرگونه تغییر یا تعدیل آن ممکن نیست؛ زیرا همه اعضای بلاکچین، نه یک یا چند سرور خاص، آن را اجرا می‌کنند.<sup>۳</sup>

در یک تعریف دیگر، قرارداد هوشمند، قراردادی است که بر بستر بلاکچین و با نظارت هوش مصنوعی منعقد می‌شود و امکان تغییر آن وجود ندارد و برای عموم کاربران شبکه قابل مشاهده است. سازوکار احراز قصد متعاملین در آن، امضای دیجیتالی و مبادله دارایی‌های رمزنگاری شده است. همچنین اطلاعات به دست آمده از سیستم‌های اطلاعاتی خارجی هم امارات اصالت و انتساب پیام‌های ارائه شده از سوی طرفین قرارداد هستند.<sup>۴</sup> این نوع از قراردادها با حذف واسطه‌ها

۱. سادات موسوی، زهرا، محمد زارع و میثم حجتی مرودست، «مفهوم بردازی بلاکچین و قراردادهای هوشمند»، فصلنامه مطالعات نوین کاربردی در مدیریت، اقتصاد و حسابداری، سال پنجم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱، (پیاپی ۱۷)، صص ۶۸-۶۷.

۲. هر نود یا گره در شبکه بلاکچین یک مشارکت کننده در این زنجیره است که به افزایش امنیت و تحقق هدف غیرمتمرکز بودن شبکه زنجیره بلوکی کمک می‌کند. این گره‌ها امکان انجام دادن تراکنش‌های هم‌تابه‌همتا را در این زیرساخت فناوریانه فراهم می‌کنند و دارای انواع مختلفی هستند.

۳. مهدی زاده، رضا، «بررسی مکانیسم انعقاد قراردادهای هوشمند و کارکرد قراردادهای هوشمند در بازارهای مالی در بستر بلاکچین»، نشریه حسابدار (انجمن حسابداران خبره ایران)، فروردین ۱۴۰۱، شماره ۳۴۱، ص ۲۷.

۴. رشوند بوکانی، مهدی و مهدی ناصر، «قصد متعاملین در قراردادهای هوشمند: شرایط اعتبار و شیوع احراز آن»، دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیستم، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره اول، پیاپی ۴۹، ص ۲۷۷.

حاوی امنیت بیشتر و هزینه کمتری اند.<sup>۱</sup>

آنچه در تعاریف از قرارداد هوشمند مشترک است، دیجیتالی بودن آن است؛ به این معنا که شکل رایانه‌ای دارد و به صورت کدهای برنامه‌نویسی شده در یک بستر نرم‌افزاری گنجانده و اجرا می‌شود. همچنین این قراردادها غیرقابل فسخ‌اند و زمانی که منعقد می‌شوند، معمولاً قابل توقف نیستند.<sup>۲</sup> با این تعاریف و ویژگی‌ها، ممکن است قرارداد هوشمند با قراردادهای الکترونیک که روی صفحات نمایش رایانه‌ای با استفاده از زبان نشانه‌گذاری ابرمتنی (HTML)<sup>۳</sup> یا به صورت متن قابل حمل (PDF)<sup>۴</sup> منعقد می‌شوند یکسان پنداشته شود. اما این تلقی صحیح نیست؛ زیرا قراردادهای الکترونیک فاقد خصیصه هوشمندند و صرفاً روی بستر رایانه نشان داده می‌شوند و می‌توان آنها را نهایتاً قراردادهایی دانست که رابطه آنها با قراردادهای هوشمند، عموم و خصوص مطلق است.<sup>۵</sup> از طرف دیگر آنچه قرارداد هوشمند را از یک برنامه رایانه‌ای ساده متمایز می‌کند استفاده از ابزارهای ارتباطی عمدتاً الکترونیکی موسوم به اوراکل<sup>۶</sup> است که در قالب یک عامل خارجی، اطلاعات موردنیاز را در اختیار قرارداد هوشمند می‌گذارد. به عنوان مثال، در قرارداد بیمه محصولات باغی، اگر دمای هوا براساس اطلاعات سیستم‌های هواشناسی برای سه روز متوالی در فروردین ماه به زیر صفر درجه برسد، ورود خسارت به درختان میوه محرز خواهد بود. در نتیجه خسارت وارده به درختان توسط برنامه قرارداد هوشمند و به وسیله شرکت بیمه به باغدار پرداخت می‌شود.<sup>۷</sup> در اینجا اوراکل به عنوان واسطی برای تبادل اطلاعات و خروجی‌های سیستم هواشناسی و قرارداد هوشمند بیمه کار می‌کند.

۱. محمدی فاتح، اصغر و علی‌اصغر سالارنژاد، گستره فناوری بلاکچین: یک مطالعه فراترکیب از کاربردها، مزایا، چالش‌ها و فناوری‌های مرتبط، مجله علوم و فنون مدیریت اطلاعات، دوره ۸، ۱۴۰۱، شماره ۱، ص ۲۶۰.

2. Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996, P 175

3. Hyper Text Markup Language

4. Portable Document Format

۵. همان، ص ۱۸۲.

۶. اوراکل (Oracle) نوعی رابط میان دنیای واقعی و شبکه بلاکچین است. از آنجاکه قراردادهای هوشمند با دنیای واقعی ارتباط ندارند، با استفاده از این رابطه، ورودی‌های جهان بیرون از شبکه را دریافت می‌کنند تا این‌گونه برخی مفاد قرارداد هوشمند اجرایی شود.

۷. دهقانی تفتی، مجتبی، مرضیه افضلی مهر و ربیعا اسکینی، «مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند دیجیتالی در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، دوره ۶، پاییز ۱۴۰۱، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۰، ص ۳۶.

قراردادهای هوشمند روی بستر فناوری زنجیره بلوکی استوار می‌شوند. مهم‌ترین مزیت به‌کارگیری فناوری بلاکچین به‌عنوان فناوری زیرساختی قرارداد هوشمند، اطمینان از صحت اطلاعات ثبت‌شده و امنیت بالای اطلاعات است که تضمین‌کننده اجرای شروط قراردادی است. این فناوری پس از انعقاد، قرارداد را به‌صورت شفاف در معرض دیدگان تمامی اشخاصی که کلیدهای عمومی دارند قرار می‌دهد و کل اطلاعات آن بدون وجود هرگونه دغدغه تغییر یا هک شدن در فضای بلاکچین قابل مشاهده است. یکی از مؤلفه‌های این سازوکار عدم نیاز به آگاهی طرفین قرارداد از طرف مقابل است.<sup>۱</sup>

قراردادهای هوشمند براساس مؤلفه‌های گوناگون تقسیم‌بندی می‌شوند. در یک تقسیم‌بندی، قراردادهای هوشمند به دو دسته قراردادهای هوشمند بیرونی<sup>۲</sup> و قراردادهای هوشمند درونی<sup>۳</sup> تقسیم می‌شوند. قراردادهای هوشمند بیرونی آن دسته از قرارداد هوشمندند که بخش قابل توجهی از آن به‌صورت سنتی و براساس یکی از زبان‌های ملی تدوین شده است و صرفاً بخش ناظر بر اجرای تعهد قراردادی مانند پرداخت مبلغ معامله، به‌صورت اتوماتیک اجرایی می‌شود. در این حالت در صورتی که اختلافی میان طرفین بروز کند، نسخه سنتی و مکتوب در تفسیر حاکم می‌شود. در طرف مقابل، قراردادهای هوشمند درونی قرار دارند که نوعی از قراردادهای هوشمندند که بخش مبتنی بر کد آنها تا حد قابل توجهی بر سایر بخش‌های آن حاکمیت دارد. این نوع از قراردادهای هوشمند نیز خود به دو دسته دیگر تقسیم می‌شوند: دسته اول قرارداد هوشمند درونی که کدها تمام توافق و قرارداد و شرایط مورد نظر طرفین را پوشش می‌دهد و بخش تدوین شده به زبان‌های ملی و سنتی، تنها برای توضیح کدهای استفاده‌شده به‌کار می‌رود؛ دسته دوم قرارداد هوشمند درونی نوعی‌اند که کدها بخش داخلی و اجرایی قرارداد را تشکیل می‌دهند و از زبان‌های ملی و سنتی برای قسمت‌های غیراجرایی و غیرعملیاتی استفاده می‌شود. در هر دو حالت اخیر، این کدها هستند که بر بخش سنتی حاکم‌اند و قسمت‌های سنتی که به زبان‌های ملی نگاشته شده‌اند، ثانویه محسوب می‌شوند.<sup>۴</sup> هرچند قراردادهای هوشمند از ویژگی خوداجرا

۱. مظفری، مصطفی و مهدی ناصر، «نقش قراردادهای هوشمند در تثبیت حقوق مالکانه افراد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، آبان ۱۴۰۰، شماره ۹۵، ص ۲۵۸.

2. External Smart Contract

3. Internal Smart Contract

4. M. Sillanpaa, Tiffany, "Freedom to Smart Contract: The Myth of Code and Blockchain Governance Law", *IALS Student Law Review*, Vol. 7. Issue 2, 2020, pp 39-40.

بودن برخوردارند، در این دسته از قراردادها نیز اختلافاتی میان طرفین بروز می‌کند. در برخی از این قراردادها، حل‌وفصل اختلافات از طریق سازوکار داوری مبتنی بر بلاکچین پیش‌بینی شده است و در برخی دیگر نیز اختلافات به سازوکارهای مرسوم جایگزین حل‌وفصل اختلافات<sup>۱</sup> از جمله داوری ارجاع داده شده است که هرکدام از آنها چالش‌های حقوقی به همراه دارد که به‌علت نوین بودن این عرصه و نوظهور بودن آن هنوز با پاسخ روشن حقوقی مواجه نیستند و ممکن است طرفین اختلاف را با سردرگمی مواجه سازند.

## ۲. چالش‌های حقوقی حل‌وفصل اختلافات درون‌زنجیره‌بلوکی

موضوع داوری‌های مبتنی بر بلاکچین، اختلافات حاصل از معاملات درون‌شبکه‌بلوکی است که به‌صورت جزئی یا کلی روی این ساختار فنی شکل می‌گیرند.<sup>۲</sup> در واقع بروز و ظهور نظام حل‌وفصل اختلافات غیرمتمرکز، پاسخی به نیاز کاهش هزینه‌های مبادله میان بازیگران مختلف انواع پلتفرم‌های کسب‌وکاری مبتنی بر بلاکچین است. تجارت الکترونیک گروه جدیدی از دعاوی را به‌وجود آورد که به آن دعاوی کوچک مقیاس گفته می‌شود. نظام حل‌وفصل اختلافات غیرمتمرکز با معرفی داوری مبتنی بر بلاکچین به این نیاز پاسخ داد و راهکارهایی مبتنی بر زنجیره‌بلوکی را ارائه کرد. این نظام حل‌وفصل اختلافات، به وسیله اعضا اداره و روی فناوری بلاکچین استوار می‌شود و توسط هیچ فرد واحدی از بیرون هدایت نمی‌شود. از طرف دیگر، به این سازوکار نظام حل‌وفصل اختلافات گفته می‌شود؛ زیرا راهکارهای قاطع به اختلافات ارجاع‌شده به خود ارائه می‌کند و از توانایی موردنیاز برای ایجاد سازوکاری سریع، ارزان و عادلانه برای حل‌وفصل اختلافات برخوردار است.<sup>۳</sup> حال مطالعه چالش‌های حقوقی این روش، در ابتدا مستلزم شناخت سازوکار داخلی این پلتفرم‌ها و نیز انواع آنهاست که در ادامه بیان می‌شود.

1. ADR (Alternative Dispute Resolution)

2. World Economic Forum, Bridging the Governance Gap: Dispute Resolution for Blockchain – Based Transactions, White Paper, December 2020, P 7.

3. Aouidef, Yann, Ast, Federico, Deffains, Bruno, "Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects", *Frontiers in Blockchain Review*, March 2021, P 2.

## ۲.۱. سازوکار داخلی پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین

پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین، سازوکارهای غیرمتمرکز و تضمین‌کننده ناشناس بودن را ارائه می‌دهند و رأی‌گیری را با خرد جمعی و اصول تئوری بازی‌ها در ساختارهای تصمیم‌گیری خود ترکیب می‌کنند و ترویج‌دهنده این ایده‌اند که گروه بزرگی از افراد غیرمتخصص نسبت به تعداد محدودی از افراد متخصص، به نتایج بهتری می‌رسند. در نتیجه برخلاف روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات مرسوم، که به افراد متخصص اتکا دارد، در داوری مبتنی بر بلاکچین، نیازی نیست تا تصمیم‌گیرندگان درخصوص اختلافات ایجادشده دارای سوابق تحصیلی حقوقی یا تجربه در زمینه حل‌وفصل اختلافات باشند. پرونده‌ها بدون آیین دادرسی شکلی رسیدگی می‌شوند و تصمیمات نهایی براساس ادله و مستندات طرفین دعوا و نهایتاً آنچه رأی‌دهندگان صحیح تشخیص می‌دهند اتخاذ می‌شوند. در بیشتر موارد، رأی‌دهندگان فقط زمانی پاداش (حق الزحمه داوری) دریافت می‌کنند که رأی آنها همان رأی اکثریت باشد. پاداش داوران نیز در قالب توکن‌هایی<sup>۱</sup> است که تمام داوران (رأی‌دهندگان) برای دسترسی به سیستم رأی‌دهی نزد پلتفرم تودیع می‌کنند. در نهایت تصمیمی که اکثریت اتخاذ می‌کنند غیرقابل تردید است. در بیشتر مواقع طرفین اختلاف داوران را انتخاب نمی‌کنند و داوران نیز ناشناس باقی می‌مانند و این امر دغدغه‌هایی درخصوص شفافیت در داوری‌های مبتنی بر بلاکچین به وجود می‌آورد. طی فرایند رسیدگی، جلسه رسیدگی و استماع اظهارات طرفین تشکیل نمی‌شود و داوران نیز هیچ الزامی به استدلال و استناد به قوانین برای صدور رأی ندارند. برخی از پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین به طرفین اختلاف حق تجدیدنظرخواهی می‌دهند؛ اما این تجدیدنظرخواهی درواقع ارجاع دعوا به مجموعه بزرگ‌تری از داوران است<sup>۲</sup> و با سازوکار ابطال رأی داوری در داوری‌های مرسوم تفاوت دارد. در این نوع از داوری‌ها، داوران متقاضی مشارکت در فرایند داوری مقداری از دارایی‌های رمزنگاری‌شده خود را نزد پلتفرم ارائه‌دهنده خدمات داوری غیرمتمرکز سپرده می‌کنند و بسته به نوع پلتفرم، داوران متقاضی مختارند تا دارایی سپرده‌شده خود را به پل‌های داوری تخصصی مشخصی اختصاص بدهند. به‌عنوان نمونه، پلتفرم ژور (JUR) به داوران، محاکم مجازی مختلف

۱. منظور از توکن نوعی دارایی دیجیتال است که روی زنجیره بلوکی رمزگذاری می‌شود و از ویژگی‌های حفظ ارزش و انتقال به سایرین برخوردار است.

2. Kadioglu Kumtepe, Cemre C, "A Brief Introduction to Blockchain Dispute Resolution", *John Marshall Law Journal*, Vol. XIV, No. 2, spring 2021, Pp 146-147.

را نمایش می‌دهد تا داوران براساس صلاحیت‌ها و شایستگی‌های خود، داوطلب داوری در آن محکمه گردند. در طرف دیگر، پلتفرم آراگون (Aragon) هزینه‌های اضافه‌تری را از طرفینی که خواهان ارجاع دعوی خود به داوران مشهورند، مطالبه می‌کند. این شهرت براساس عملکرد داوران در داوری‌های پیشین تعیین می‌شود. به گونه‌ای که پلتفرم آراگون در سپیدنامه<sup>۱</sup> خود اعلام کرده است که اگر اشخاص مایل باشند داوران مشهور به دعوی آنها رسیدگی کنند، باید هزینه‌های داوری اضافه‌تری را پرداخت کنند. در نهایت هنگامی که مجموعه‌ای از داوران داوطلب توکن‌های خود را سپرده کردند، به صورت قرعه و اتفاقی، داوران رسیدگی‌کننده به آن اختلاف تعیین می‌شوند. در برخی از این پلتفرم‌ها، شانس انتخاب شدن به میزان توکن سپرده‌شده داور داوطلب بستگی دارد.<sup>۲</sup>

داوری مبتنی بر بلاکچین از شیوه‌های داوری مرسوم فاصله دارد. در این روش، آرای داوری به صورت خودکار اجرایی می‌شوند. رأی داوری روی بستر بلاکچین صادر و به محض صدور، ثبت و ذخیره می‌شود و تا حد زیادی به اقدامات اجرایی بیرونی از طریق دادگاه‌های ملی نیاز ندارد. برخلاف داوری‌های مرسوم که داوران با محدودیت‌هایی نظیر نظارت دادگاه‌های ملی برای اجرای رأی داوری مواجه‌اند، داوری‌های مبتنی بر بلاکچین فرایندی ساده و خودکار دارند. در نتیجه اجرای رأی داوری صرفاً به شروط قرارداد هوشمند و تحقق پیش‌شرط‌های مورد توافق طرفین بستگی دارد.<sup>۳</sup>

## ۲.۲. انواع پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین

تقسیم‌بندی‌های گوناگونی از این نوع پلتفرم‌ها ارائه شده است. در یک تقسیم‌بندی پنج گروه از پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین شناسایی شدند: دسته یکم، پلتفرم‌هایی‌اند که برای حل و فصل اختلافات برآمده از فناوری بلاکچین و قراردادهای هوشمند طراحی شده‌اند. دسته دوم، برای حل و فصل اختلافاتی تأسیس شده‌اند که ضرورتاً در زنجیره بلوکی رخ نمی‌دهند. یعنی

۱. سپیدنامه مستندی است که توسط شرکت ناشر منتشر می‌شود و اطلاعات اساسی و مهم یک محصول یا خدمت مبتنی بر زنجیره بلوکی را بیان می‌دارد.

2. Buchwald, Michael, "Start Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain – Based Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 168, 2020, pp 1389-1390.

3. Empowering Secured Transactions: Exploring Blockchain Arbitration and Smart Contracts, 2023, Available At: [mglaw.ge/2023/06/07](https://mglaw.ge/2023/06/07) (Last Visited 25/02/2024).



علاوه بر دعاوی مبتنی بر بلاکچین، حل و فصل اختلافات خارج از شبکه را هم پوشش می‌دهند. دسته سوم از این پلتفرم‌ها طرفین را تشویق می‌کنند تا ابتدا فرایندهای مذاکرات دوستانه را پیش بگیرند و برای این هدف، ساختارها و سازوکارهای انگیزشی مختلفی دارند تا طرفین را به راهکار مبتنی بر اجماع سوق دهند. این نوع از پلتفرم‌ها با هدف سوق دادن طرفین به بهبود قراردادهای داخلی میان خود طراحی شده‌اند تا آنان با مذاکرات دوستانه نکات خلأ یا تعارضات قراردادی را میان خود رفع کنند و در صورت عدم موفقیت در این امر، وارد سازوکار داوری مبتنی بر بلاکچین شوند. دسته چهارم این پلتفرم‌ها بر اصول خرد جمعی و رأی‌گیری مبتنی‌اند. در این مدل، تصمیم‌گیرندگان (داوران) لزوماً دارای تخصص حقوقی نیستند و براساس تخصص شخصی خود عضو هرکدام از شعبات رسیدگی می‌شوند. درنهایت، دسته پنجم سازوکارهای حل و فصل اختلافات مبتنی بر بلاکچین ارائه نمی‌دهند و در برخی موارد از روش‌های سنتی حل و فصل اختلافات نیز کمک می‌گیرند. با این‌همه، برخی از پلتفرم‌ها ترکیبی از چند گونه از دسته‌های فوق‌اند و خدمات متنوعی را به طرفین قراردادهای هوشمند ارائه می‌کند.<sup>۱</sup>

### ۲.۳. چالش‌های حقوقی

پدیده نوظهور داوری‌های مبتنی بر بلاکچین چالش‌های حقوقی مختلفی پیش‌رو دارد که به برخی از آنها در ادامه پرداخته می‌شود. در همین راستا در میان مجموعه این چالش‌ها، این مقاله به مسئله سوگیری ذهنی و انگیزشی داوران (۲،۳،۱)، مرضی‌الطرفین نبودن داوران (۲،۳،۲)، محرمانه نبودن داوری (۲،۳،۳)، از دست دادن فرصت حل و فصل دوستانه اختلافات (۲،۳،۴)، مستدل نبودن رأی داوری (۲،۳،۵) و در آخر دشواری‌های اجرای رأی داوری (۲،۳،۶) می‌پردازد.

#### ۲.۳.۱. سوگیری ذهنی و انگیزشی داوران

پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین، عموماً از روش‌های انگیزشی مبتنی بر تئوری بازی‌ها برای رأی‌دهی داوران خود بهره می‌برند. به‌عنوان نمونه، پلتفرم کلروس<sup>۲</sup> با استفاده از نقطه کانونی<sup>۳</sup> در نظریه بازی‌ها شرایطی را فراهم می‌آورد تا داوران از رأی دادن

1. Kadioglu Kumtepe, Cemre C, Ibid, PP.142-145.

2. Kleros

۳. منظور از نقطه کانونی (Schilling Point) در تئوری بازی‌ها راهبردی است که در شرایط عدم امکان برقراری ارتباط میان بازیگران مختلف یک بازی به صورت مفروض به کار می‌رود تا از شکست هماهنگی (Coordination Failure) میان آنها اجتناب شود.

خلاف آنچه اکثریت داوران رأی داده‌اند، اجتناب کنند. در این حالت ممکن است داوران تصمیمی بگیرند که مبتنی بر انصاف و حقیقت نیست. مثلاً ممکن است داوران در پردازش ادله و اطلاعاتی که دریافت کرده‌اند با دشواری‌هایی مواجه باشند و با نوعی سوگیری، براساس تصویری خودساخته از امور موضوعی دعوا و نه مبتنی بر ادله رأی بدهند. در این حالت، هرکدام از داوران براساس قضاوت سایر داوران رأی می‌دهد و نظر واقعی خود را اعلام نمی‌کند. این امر به اتخاذ رفتار قبیله‌ای بدون تفکر و تحلیل<sup>۱</sup> منتهی می‌شود و نهایتاً سبب تأیید عمومی تصمیم جمعی می‌شود که لزوماً صحیح نیست. در نهایت داوران ترغیب می‌شوند که به جای اعلام تصمیم واقعی خود براساس ادعاها و ادله موجود در پرونده، به دنبال یافتن تصمیم سایرین باشند تا نهایتاً در اتخاذ تصمیم اکثریت و پاداش ناشی از آن شریک شوند.<sup>۲</sup>

### ۲.۳.۲. مرضی‌الطرفین نبودن داوران

یکی از چالش‌های حقوقی پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین، عدم امکان تعیین داوران یا توافق بر آنها از سوی طرفین دعواست. در این پلتفرم‌ها داوران بالقوه داوطلب داوری در یک اختلاف حقوقی می‌شوند<sup>۳</sup> و براساس سازوکارهای درونی پلتفرم، داواری که دارای شرایط مدنظر باشند، قادر به مشارکت در فرایند داوری خواهند بود. درحالی که یکی از اصول مبنایی داوری مرضی‌الطرفین بودن داور یا داوران است. ممکن است گفته شود چنین فرایندی مشابه نحوه عملکرد سازمان‌های داوری است و در واقع این پلتفرم‌ها مقام ناصب داوطلب و توافق طرفین درباره مقام ناصب کفایت می‌کند. اما در پاسخ باید گفت که عموماً سازمان‌های داوری نیز حق اظهارنظر طرفین درباره داوران پیشنهادی را می‌پذیرند و طبق سازوکاری امکان جرح داوران یا اعلام نظر درباره آنها را به طرفین اختلاف می‌دهند. سازوکاری مشابه در داوری‌هایی که به منظور امتناع یکی از طرفین، دادگاه یا سازمان داوری داور را انتخاب می‌کند نیز وجود دارد.<sup>۴</sup> اما در پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین، چنین امکانی برای طرفین فراهم نیست

1. Herding Behavior

2. Gabuthy, Yannick, "Blockchain-Based Dispute Resolution: Insights and Challenges", MDPI, 2023, p 5.

3. Sajjad Ahmad, Rana, "Blockchain Arbitration: Promises and Perils", *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School Blog, 2023, Available At: [aria.law.columbia.edu/blockchain-arbitration-promises-and-perils/](http://aria.law.columbia.edu/blockchain-arbitration-promises-and-perils/) (Last Visited 02/03/2024).

۴. به‌عنوان نمونه ر.ک.: مواد ۱۴ و ۱۹ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران، مصوب ۱۴۰۲ یا مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.

و اساساً ماهیت فناوری زیرساختی این پلتفرم‌ها که مبتنی بر غیرمتمرکز بودن و ناشناس بودن داوران است، مانع اعمال قواعد مبنایی حقوق داوری از جمله حق طرفین در خصوص شناخت داوران و آگاهی آنها از سوابق ایشان می‌شود.

### ۲.۳.۳. محرمانه نبودن داوری

یکی از ویژگی‌های اصلی داوری محرمانه بودن آن است<sup>۱</sup> که به‌عنوان عامل انگیزشی، تجار و فعالان اقتصادی را به این سازوکار جایگزین حل و فصل اختلاف تشویق می‌کند. اما در برخی داوری‌های مبتنی بر بلاکچین، تمامی اطلاعات شامل ادعاهای طرفین، مباحثات و استدلال‌ها و نیز حتی ادله استنادی طرفین، به‌صورت عمومی روی دفتر کل توزیع شده ثبت می‌شود و برای عموم کاربران شبکه قابل مشاهده و در دسترس است.<sup>۲</sup> این چالش حقوقی برآمده از ویژگی‌های ذاتی و اساسی فناوری بلاکچین است که در آن اطلاعات روی دفتر کل توزیع شده ثبت می‌شود و برای کاربران قابل مشاهده است. در نتیجه حتی اگر نتوان آن را به‌عنوان چالش حقوقی به مفهوم اخص قلمداد کرد، می‌توان آن را عاملی بازدارنده یا با اهمیت در تصمیم‌گیری طرفین به ارجاع اختلاف به داوری بلاکچینی به شمار آورد.

### ۲.۳.۴. از دست دادن فرصت حل و فصل دوستانه اختلافات

هرچند که داشتن فرصت مذاکره برای حل و فصل دوستانه اختلافات، از جمله شروط مبنایی برای عموم داوری‌ها نیست و نمی‌توان طرفین را ملزم به آن پنداشت، ویژگی خوداجرایی بودن قراردادهای هوشمند و نیز سازوکارهای داوری مبتنی بر بلاکچین، عملاً چنین فرصتی را از طرفین می‌گیرند. در نتیجه پس از بروز اختلاف، فرایند داوری آغاز می‌شود. در داوری‌های مرسوم نیز امکان دارد که طرفین در موافقت‌نامه داوری، شرط مذاکرات دوستانه ابتدایی را درج نکرده باشند؛ اما هنگام بروز اختلاف از این حق برخوردارند که درباره این مرحله قبل از ارجاع اختلاف به داوری تصمیم‌گیری کنند.<sup>۳</sup> حال این موضوع که آیا امکان درج توافق طرفین پیرامون اندراج

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه به‌عنوان نمونه ر.ک.: تقی‌پور، بهرام، «محرمانه بودن داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی خصوصی، دوره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، شماره ۲، صص ۳۴۷-۳۱۳؛ خزاعی، حسین، «خصوصی و محرمانه بودن داوری در حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، پاییز ۱۳۸۸، شماره ۳، صص ۱۲۴-۱۰۵.

2. Sajjad Ahmad, Rana, Ibid.

3. Ibid

شرط مذاکرات دوستانه پیش از ارجاع اختلاف به داوری در قراردادهای هوشمند که ذاتاً خوداجرا هستند وجود دارد یا خیر، امری قابل تردید است.

### ۲.۳.۵. مدلل و مستدل نبودن رأی داوری

بند ۲ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و نیز ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایران به لزوم مدلل بودن رأی داوری اشاره کرده است. همچنین ماده (۲) ۳۱ از قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد که رأی داوری باید بیان‌کننده دلایل داوران صادرکننده باشد؛ مگر آنکه طرفین خلاف آن توافق کرده باشند. رویکرد مشابهی در قوانین برخی دیگر از کشورها نیز اتخاذ شده است. صرف‌نظر از اختلاف‌نظراتی که پیرامون ارتباط بین مدلل و مستدل بودن رأی داوری میان حقوق دانان وجود دارد؛ در داوری مبتنی بر بلاکچین، نه فقط هیچ الزامی به مدلل بودن رأی داوری نیست، بلکه اساساً به‌خاطر ماهیت غیرمتمرکز فناوری بلاکچین امکان مدلل و مستدل کردن رأی داوری برای داوران فراهم نیست.<sup>۱</sup>

### ۲.۳.۶. قابلیت اجرای رأی داوری

قابلیت اجرای احکام داوری یکی از مهم‌ترین چالش‌های داوری‌های مبتنی بر بلاکچین است. کنوانسیون اجرای آرای داوری خارجی نیویورک، موافقت‌نامه داوری مکتوب را که توسط طرفین به امضا رسیده باشد ضروری می‌شمارد و در ماده (۲) ۲، اصطلاح موافقت‌نامه کتبی را شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه داوری امضا شده توسط طرف‌ها یا گنجانده شده در نامه‌های مبادله شده یا تلگراف‌های مخابره شده می‌داند.<sup>۲</sup> همچنین قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی امکان انعقاد موافقت‌نامه داوری به صورت الکترونیک را مجاز دانسته و در ماده ۷ به صراحت مقرر می‌دارد که شرط کتبی بودن موافقت‌نامه داوری از طرق مختلفی از جمله وسایل ارتباط از راه دور به صورت داده پیام نیز قابل احراز است؛ اما در همین قانون نمونه نیز موافقت‌نامه داوری مبتنی بر بلاکچین براساس ساختار کدنویسی شده این نوع از قراردادها مسکوت

1. Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.12, Issue 4, 2021, p 568.

2. United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.

مانده است.<sup>۱</sup> علاوه بر این سازوکارهای داوری در این پلتفرم‌ها نیز به گونه‌ای است که امکان استناد به کنوانسیون نیویورک برای اجرای آرای داوری را دشوار می‌کند. به عنوان مثال، آرای صادره در پلتفرم کلروس توسط داورانی صادر می‌شود که طی فرایند رسیدگی و نیز پس از آن، هویتشان برای طرفین دعوا ناشناخته باقی می‌ماند. علاوه بر این به علت وجود برخی سازوکارهای تجدیدنظرخواهی در این پلتفرم، امکان اضافه شدن داوران دیگری نیز وجود دارد که هویت آنان نیز ناشناخته است. در عین حال، داوران این پلتفرم آرای صادره خود را امضا نمی‌کنند. بنابراین نسخه امضا شده دادنامه داوری وجود نخواهد داشت.<sup>۲</sup>

همین چالش‌های حقوقی سبب شد تا برای رفع مسئله قابلیت شناسایی و اجرای رأی داوری، راهکارهای ترکیبی به کار گرفته شود تا نهایتاً دادگاه‌های ملی مسئله اجرای رأی داوری صادره در پلتفرم داوری مبتنی بر بلاکچین را حل کنند. در سپتامبر ۲۰۲۰، طرفین قرارداد اجاره ملکی واقع در یکی از شهرهای مکزیک، شرط داوری‌ای در قرارداد خود درج می‌کنند تا در مواقع بروز اختلاف، داور واحد به اختلاف آنان رسیدگی کند. هر چند ظاهراً این شرط داوری استاندارد است، جزئیات قابل تأملی دارد. بدین ترتیب که طرفین صراحتاً مقرر کردند که داور واحد برای صدور رأی داوری از پروتکل پلتفرم داوری غیرمتمرکز کلروس استفاده کند. سپس داور تصمیم اتخاذ شده در این پلتفرم را در رأی داوری خود مورد حکم قرار داده و با درج تاریخ، مکان، نام و امضای خود، آن تصمیم را به یک رأی داوری مکتوب تبدیل کند. در نوامبر ۲۰۲۰، موجر با استناد به قرارداد اجاره، نسبت به ثبت درخواست و آغاز فرایند داوری اقدام می‌کند و خواسته خود را اعلام خاتمه قرارداد، مطالبه پرداخت اجاره‌بهای پیشین به انضمام نرخ بهره قرار می‌دهد. داور نیز براساس مفاد شرط داوری و توافقات طرفین اقدام و درخواست داوری و دفاعیات خوانده را به پلتفرم کلروس ارسال می‌کند. در اکتبر ۲۰۲۰، رأی داوری کلروس به اتفاق آرای سه داور صادر می‌شود و هر سه داور متفقاً اعلام می‌دارند که خوانده (مستاجر) تعهد به پرداخت اجاره‌بها را نقض کرده است. در تاریخ ۲۷ نوامبر ۲۰۲۰، داور واحد نیز براساس تصمیم اتخاذی در پلتفرم کلروس، خوانده را به

1. Purdue Global Law School, "A Look at the Use of Blockchain Technology in the Arbitration Process" 2023. Available at:

[www.purduegloballawschool.edu/blog/news/blockchain-arbitration](http://www.purduegloballawschool.edu/blog/news/blockchain-arbitration) (Last Visited 25/02/2024).

2. Virues Carrera, Mauricio, "Accommodating KLEROS as a Decentralized Dispute Resolution Tool for Civil Justice Systems: Theoretical Model and Case of Application", KLEROS, pp 10-11.

پرداخت اجاره‌بها به انضمام نرخ بهره محکوم می‌کند. در تاریخ ۲۰ آوریل ۲۰۲۱، موجر درخواست شناسایی و اجرای دادنامه داوری را در دادگاه محلی مکزیک طرح می‌کند و در تاریخ ۲۶ آوریل ۲۰۲۱، دادگاه مکزیکی از موجر تقاضا می‌کند تا نسخه اصلی از قرارداد اجاره را به دادگاه ارائه کند. نهایتاً در تاریخ ۲۸ می ۲۰۲۱، دادگاه دادنامه داوری صادره را به رسمیت می‌شناسد و به خواننده اخطار می‌دهد تا ظرف پنج روز کاری از تاریخ ابلاغ، دادنامه داوری را اجرا کند؛ در غیر این صورت رأی داوری به صورت قهری اجرا خواهد شد.<sup>۱</sup> تصمیم دادگاه مکزیکی نقطه عطفی در حقوق داوری به‌شمار می‌آید که سرآغاز طرح مباحث جدیدی در این حوزه شد. تا آنجا که برخی استدلال کردند رأی داوری صادره توسط پلتفرم‌های داوری مبتنی بر بلاکچین نیز از ویژگی‌هایی همچون الزام‌آور بودن و اعتبار امر قضاوت‌شده برخوردار است.<sup>۲</sup> بنابراین مشاهده می‌شود که مسئله اجرای رأی داوری صادره از این پلتفرم‌ها، چالشی است که طرفین قرارداد برای حل آن به راهکارهای ترکیبی و میانه روی آوردند.

### ۳. چالش‌های حقوقی حل‌وفصل اختلافات بیرون زنجیره بلوکی

همان‌طور که پیش‌تر توضیح داده شد، مقصود از حل‌وفصل اختلافات بیرون زنجیره بلوکی، ارجاع اختلافات قراردادهای هوشمند به داوری‌های مرسوم به‌موجب موافقت‌نامه داوری یا انجام دادن بخشی از فرایند داوری خارج از زنجیره بلوکی است. در همین راستا و از میان چالش‌های حقوقی موجود، به مسئله تعیین دادگاه صالح (۳،۱)، تعیین قانون حاکم (۳،۲) و اعتبار حقوقی قرارداد هوشمند (۳،۳) پرداخته می‌شود.

#### ۳.۱. تعیین دادگاه صالح

از لحاظ فنی بلاکچین مبتنی بر امضاهای دیجیتال کلیدهای عمومی و خصوصی رمزنگاری شده است. در نتیجه قراردادهای هوشمند نه در میان اشخاص، بلکه گویی میان کلیدهای خصوصی رمزنگاری شده منعقد می‌گشود. بنابراین تقریباً غیرممکن است که محل

1. Ibid, pp 16-18.

2. Chevalier, Maxime, "Arbitration Tech Toolbox: Is a Mexican Court Decision the First Stone to Bridging the Blockchain Arbitral Order with National Legal Orders?", Kluwer Arbitration Blog, 2022, Available at <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/04/> (Last Visited 14/02/2024).

اقامتگاه خواهان یا خوانده کشف شود. دو طرف این قرارداد ناشناس اند و نمی‌توان محل استقرار آنها را تشخیص داد. لذا قواعد حل تعارض در تعیین دادگاه صالح که مبتنی بر مؤلفه‌های فیزیکی یا سرزمینی‌اند، درخصوص این دسته از قراردادهای کاربرد ندارد.<sup>۱</sup> بنابراین نظام‌های حقوق ملی، که اقامتگاه یا محل سکونت خوانده را ملاک تشخیص دادگاه صالح می‌دانند، در قراردادهای هوشمند کاربردی ندارند. زیرا تشخیص محل اقامتگاه یا سکونت خوانده مستلزم شناخت اوست؛ درحالی‌که فناوری زنجیره بلوکی، متضمن ناشناس بودن کاربران خود است. در نتیجه اعمال قواعد حل تعارض فوق به علت عدم امکان شناسایی طرفین قرارداد و نیز مجهول بودن نشانی آنها امکان‌پذیر نیست.<sup>۲</sup> از طرف دیگر، به کارگیری سایر مؤلفه‌های تعیین دادگاه صالح مانند محل مذاکرات، تشکیل یا اجرای قرارداد هم چندان کارایی ندارد. قراردادهای هوشمند مستقیماً روی دفترکل توزیع شده منعقد و اجرا می‌شوند و دفاتر زنجیره بلوکی نیز به صورت فیزیکی وجود ندارند. به علاوه موضوع اصلی قراردادهای هوشمند نیز ارائه خدمات دیجیتالی یا معامله توکن‌هاست و محل اجرای قرارداد، ارتباطی با کشور خاصی پیدا نمی‌کند. پس مؤلفه‌های مذکور برای تشخیص دادگاه صالح در این موارد قابل اعمال نیست؛ زیرا تعیین موقعیت فیزیکی معاملات انجام شده به واسطه قراردادهای هوشمند بر بستر فناوری بلاکچین و از طریق کاربرانی که در سراسر دنیا پراکنده‌اند، تقریباً غیرممکن است.

دیگر مؤلفه برای اعمال قواعد حل تعارض «نزدیک‌ترین ارتباط» است؛ مشروط بر اینکه به یک محل فیزیکی یا سرزمینی منتهی شود. اعمال این قاعده در فناوری زنجیره بلوکی، که کمترین ارتباط یا نزدیکی را با دولت‌ها دارد، امکان‌پذیر نیست. در واقع بلاکچین «نزدیک‌ترین ارتباطی» با هیچ دولتی ندارد؛ چون متشکل از کاربرانی در سراسر دنیاست و معامله‌ای که مبتنی بر این فناوری انجام می‌شود، به صورت بالقوه می‌تواند موضوع صلاحیتی دولت‌های مختلفی در دنیا باشد. برای مثال، اگر دادگاه به زبان قرارداد رجوع کند، بعید است که بتوان برای قراردادی مبتنی بر کدهای رمزنگاری شده است، یک زبان ملی را شناسایی کرد. حتی رمزدارایی مورد استفاده در قرارداد هوشمند نیز نمی‌تواند به دادگاه کمکی در شناسایی قانون حاکم کند؛ زیرا

1. Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Ibid*, p 561.

2. Lehmann, Matthias, "Who owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain", *EBI Working Paper Series*, No. 42. 2019, pp 14-15.

رمزدارایی‌ها پول یا کالای دولت خاصی نیستند و بعضاً ممکن است توسط دولت‌ها به رسمیت شناخته نشده باشند. از طرف دیگر، قراردادهای هوشمند برای انعقاد به امضای الکترونیک احراز هویت شده نیاز ندارند و صرفاً داشتن یک کلید عمومی و اختصاصی رمزنگاری شده برای انعقاد این نوع قراردادها بر بستر بلاکچین کافی است. بنابراین جز در مورد امضای الکترونیک مطمئن، هویت صاحبان امضا برای مشاهده‌کنندگان امضای الکترونیک قابل تصدیق نیست و طبیعتاً اهلیت آنها نیز قابل احراز نیست.<sup>۱</sup>

مسئله ناشناسی طرفین قرارداد در انواع زنجیره بلوکی متفاوت است. به صورت کلی زنجیره‌های بلوکی به دو دسته اصلی زنجیره‌های بلوکی مجوزدار و زنجیره‌های بلوکی بدون مجوز تقسیم می‌شوند. زنجیره‌های بلوکی مجوزدار نیز دارای دو نوع زنجیره بلوک کنسرسیومی و خصوصی‌اند. شبکه‌های زنجیره بلوک بدون مجوز به‌طور کلی ناشناس‌اند و تراکنش‌های مربوط به آنها تا بالاترین سطح ممکن غیرقابل تغییر و تحریف است. در طرف مقابل، میزان ناشناس بودن و توزیع‌یافتگی در شبکه‌های زنجیره بلوکی مجوزدار کمتر، و نیازمند سطحی از احراز هویت است. بنابراین خصیصه ناشناس بودن در آنها کم‌رنگ‌تر است<sup>۲</sup> و تا حدودی از چالش شناسایی طرفین قرارداد می‌کاهد.

در عین حال دارایی‌های رمزنگاری شده محدود به توکن‌های پرداخت نیستند و انواع دیگری نیز دارند. از جمله اینها توکن‌های کاربردی است که به دارنده آن اجازه می‌دهد تا به کالاها، خدمات یا شبکه‌های موجود در بلاکچین دسترسی داشته باشد. همچنین نوع دیگر توکن‌های اوراق بهادارند که نشان‌دهنده مالکیت دارنده آنها بر یک دارایی مشخص‌اند. از آنجاکه توکن‌های کاربردی به دارنده آنها امکان دسترسی به خدمات مبتنی بر بلاکچین را می‌دهد، نمی‌توان آنها را توکن‌های خارج از زنجیره بلوکی دانست. گاهی توکن‌های غیرمثلی حاکی از یک دارایی مشخص مانند قطعه‌ای جواهر یا چند متر از یک آپارتمان در دنیای واقعی‌اند. در این حالت اعمال قواعد حقوقی برای تعیین دادگاه صالح تاحدودی امکان کاربرد دارد و حسب مورد دادگاه‌های

۱. نجات‌زادگان، سعید و محمد سلطانی، «ارزیابی شرایط عمومی صحت قراردادهای هوشمند از منظر حقوق ایران و آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، بهمن ۱۴۰۱، ص ۳۰۸.  
 2. Filatova, Nataliia, "Smart Contracts from the Contract Law Perspective: Outlining New Regulatory Strategies", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 28, No. 3, 2020, P: 221.

به نقل از: همان.



محل وقوع این اموال ممکن است صلاحیت یابند. باین‌حال، دشواری اصلی در جایی است که اموال مورد اختلاف فقط در زنجیره بلوکی هستند. امروزه عمده توکن‌های غیرمثلی ناظر بر اموال دیجیتال مانند قطعه‌ای از یک موسیقی منتشر شده روی بلاکچین است که ارتباطی با دنیای واقعی و فیزیکی پیدا نمی‌کند. در این موارد تقریباً غیرممکن است که این دارایی‌های مبتنی بر بلاکچین را با مکانی در دنیای واقعی و فیزیکی منطبق نکرد. بنابراین چالش‌های اصلی حقوقی برای تعیین دادگاه صالح همچنان به قوت خود باقی است.

### ۳.۲. تعیین قانون حاکم

یکی از چالش‌های حقوقی قراردادهای هوشمند تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. در عمل بسیاری از معاملات مبتنی بر فناوری زنجیره بلوکی، به صورت سریع و بدون تعیین قانون حاکم بر قرارداد منعقد می‌شود. همچنین اعتماد مبتنی بر خصیصه‌های فناوری بلاکچین نیاز به توافق صریح در خصوص قانون حاکم را نزد طرفین قرارداد کم‌رنگ می‌کند. همانند قواعد موجود برای تعیین دادگاه صالح، قواعد تعیین‌کننده قانون حاکم نیز به مؤلفه‌های اقامتگاه و سرزمین مبتنی‌اند؛ امری که با ماهیت غیرمتمرکز فناوری دفتر کل توزیع شده تناسبی ندارد.<sup>۱</sup> قراردادهای هوشمند که ارتباطات گسترده‌ای با کشورهای مختلف دارند و روی زنجیره بلوکی پردازش می‌شوند، فاقد ارتباط نزدیک‌تر و واضح‌تر با محلی هستند. بنابراین اتصال و ارتباط قوی و نزدیک در قراردادهای هوشمند، به دلیل این ویژگی زنجیره بلوکی بعید است.<sup>۲</sup> در نتیجه ممکن است در نگاه اول گزینش معیار حل تعارض در قوانین که کمترین ارتباط را با موقعیت فیزیکی و جغرافیایی دارند، پیشنهاد شود.

برخی معتقدند تعیین محل انعقاد قرارداد به نوع قرارداد هوشمند نیز بستگی دارد. برای قراردادهای هوشمندی که به زبان‌های ملی و به شیوه سنتی تنظیم می‌شوند اما اجرای آنها به صورت خودکار است، محل انعقاد قرارداد با استفاده از قواعد حاکم بر تشکیل قرارداد قابل تعیین است. حال برای قراردادهای هوشمندی که یک طرف قرارداد را به صورت کدنویسی شده تنظیم

1. Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", Ibid, p: 562.

۲. دهقانی تفتی، مجتبی، مرضیه افضلی‌مهر و ربیعا اسکینی، «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای هوشمند دیجیتالی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی در نظام حقوقی ایران و مقررات رم یک»، دوفصلنامه علمی حقوق فناوری‌های نوین، دوره دوم، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴، ص ۲۱۷.

می‌کند و طرف دیگر براساس آن عمل می‌کند با حالتی که یک طرف ایجاب را به صورت کدنویسی شده اظهار می‌دارد و طرف مقابل نیز قبول را به صورت کدنویسی شده اعلام می‌کند نیز تفاوت وجود دارد. در حالت اول، همچنان عدم قطعیت وجود دارد؛ زیرا محل انعقاد قرارداد می‌تواند محلی که باشد که طرف مقابل تعهدات قراردادی را اجرا می‌کند یا ممکن است محلی باشد که قبول به ایجاب اظهار شده به صورت کدنویسی روی زنجیره بلوکی ملحق شده است. در حالت دوم، محل انعقاد قرارداد ممکن است محل اقامت قبول کننده باشد که به صورت اتوماتیک و از طریق رایانه وی قبول اظهار شده است یا ممکن است محل استقرار ایجاب‌دهنده باشد که در همان محل قبول به ایجاب ملحق شده است. علاوه بر این، در این حالت ممکن است محل انعقاد قرارداد جایی باشد که تعداد مشخصی از کاربران تأیید کننده تراکنش روی دفتر کل توزیع شده در آنجا اقامت دارند.<sup>۱</sup>

بنابراین در صورت عدم انتخاب قانون از سوی طرفین قرارداد هوشمند، معیارهای عینی دارای نزدیک‌ترین ارتباط در قراردادهای بین‌المللی، در قراردادهای هوشمند که با ویژگی ناشناس بودن طرفین قرارداد درآمیخته‌اند، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد. حتی اگر معیارهای عینی نظیر محل طراحی بلاکچین، نوع ارز مبادلاتی، محل اقامت اکثریت مشاكت‌کنندگان در بلاکچین، محل مذاکره قراردادی، محل تجارت طرفین و محل موضوع تجارت قابل شناسایی باشد، اعمال هر کدام از این ضابطه‌ها می‌تواند نتایج متفاوتی به دنبال داشته باشد. بنابراین برخی از حقوق دانان پیشنهاد می‌دهند تا به منظور دستیابی به نتیجه منطقی از ارزیابی این معیارها و انتخاب معیار صحیح، روش وزن‌دهی برای تعیین عامل مؤثر میان مجموعه‌ای از این عوامل اعمال شود.<sup>۲</sup>

همان‌طور که دیده شد، فناوری بلاکچین رویکرد سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی را به چالش کشیده است؛ زیرا نمی‌توان موقعیت جغرافیایی معاملات رخ داده روی بلاکچین را تعیین کرد. این فناوری که با ساختار غیرمتمرکز و مبتنی بر شبکه خود شناخته می‌شود به گونه‌ای است که هر کدام از معاملات روی یک بلوک انجام می‌شود که بخشی از یک زنجیره بلوکی محسوب می‌شود و هر کدام از کاربران در سراسر جهان نسخه‌ای مشابه آن را در اختیار دارند و هیچ

1. Sooksripaisarnkit, Poominter, "Establishing Jurisdiction in the Context of Smart Legal Contracts: the English Law Commission's Advice to Government", 2021, Available At: <https://conflictoflaws.net/2021/> (Last Visited 21/02/2024).

۲. دهقانی تفتی، مجتبی، مرضیه افضلی‌مهر و ربیعا اسکینی، «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای هوشمند دیجیتالی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی در نظام حقوقی ایران و مقررات رم یک»، پیشین، ص ۲۲۱.

کاربری بر کاربر دیگر تسلط و کنترل ندارد. بنابراین گویی هر معامله در گستره‌ای به وسعت جهان انجام شده است و هیچ سرور مرکزی که بتوان به کمک آن موقعیت مکانی معامله را تشخیص داد، وجود ندارد.<sup>۱</sup> همه این دشواری‌ها سبب شده است تا برخی پیشنهاد نوع جدیدی از حقوق بین‌الملل خصوصی بدهند که با توجه به ویژگی‌ها و خصایص ذاتی فناوری بلاکچین سازگار باشد. این قواعد مشروعیت و اعتبار قانونی خود را از نظام‌های حقوقی نمی‌گیرند؛ بلکه منشأ اعتبار آنها شناسایی این قواعد توسط مجموعه‌ای از کاربران در کل زنجیره بلوکی است. این قواعد غیرملی شامل روبه‌ها و عرف‌های معاملاتی کاربران بلاکچین است. همین امر سبب بروز قانون اعداد و ارقام یا به‌صورت دقیق‌تر «قانون رمزنگاری» شده است که سبب شکل‌گیری فضای حقوقی جدیدی می‌شود که از محیط قانونی دولت‌ها منفک است و بر این اصل استوار است که کاربران قادرند خودشان روابط میان خود را تنظیم کنند. بدین ترتیب قانون رمزنگاری<sup>۲</sup> قانونی است که توسط خود کاربران تدوین و تعریف می‌شود.<sup>۳</sup>

### ۳.۳. تردید نظام‌های حقوقی در قانونی بودن قراردادهای هوشمند

نظام‌های حقوقی مختلف رویکردهای گوناگونی به قراردادهای هوشمند، فناوری زنجیره بلوکی و دارایی‌های رمزنگاری شده دارند و همین امر موجب برخی تعارضات بالقوه درخصوص حل‌وفصل اختلافات قراردادهای هوشمند می‌شود.<sup>۴</sup> یکی دیگر از دشواری‌های قراردادهای هوشمند مسئله به‌رسمیت شناختن آنها توسط نظام‌های حقوقی مختلف است.<sup>۵</sup> این نوع از قراردادها نیز باید دارای شرایط اساسی صحت معاملات باشند تا بتوان به آنها به‌عنوان عقدی معتبر استناد کرد. به‌عنوان نمونه، در موارد بروز ایرادات فنی در کدنویسی این قراردادها، طرفین ممکن است خواهان سازوکار حقوقی برای جبران خسارات وارده باشند. در نتیجه اگر ماهیت این نوع قراردادها توسط نظام‌های حقوقی به‌رسمیت شناخته نشوند، مسئله جبران خسارات قراردادی وارده نیز با دشواری‌های جدی مواجه است. هرچند امروزه نویسندگان حقوقی تلاش کرده‌اند تا با

1. Guillaume, Florance, *Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions*, Blockchain, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organizations and the Law, Edited by: Daniel Kraus, Thierry Obrist, Oliver, Hari, Elgar Pub., 2019, p 70.

2. Lex Cryptographia

3. Guillaume, Florance, *Ibid*, p 73.

4. Ray, Adhip, "Dispute Resolution for Smart Contracts: Challenges and Opportunities", Available at: <https://www.winsavy.com/dispute-resolution-smart-contracts/> (Last Visited 20/02/2024)

5. Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Ibid*, p 563.

ارائه تحلیل‌های حقوقی، برخی از شرایط عمومی انعقاد قرارداد را به قراردادهای هوشمند نیز تسری دهند و این‌گونه اعتبار این قراردادها را احراز کنند.<sup>۱</sup> قراردادهای هوشمند می‌توانند از سوابق اجرایی پیشین و موجود در خصوص قراردادهای الکترونیک مانند معتبر بودن امضای الکترونیکی بهره ببرند تا از مسیر استدلالی بتوانند شرایط اساسی صحت معاملات را احراز کنند. زیرا در نگاه نخست، بعید است تا قانون‌گذاران برای این نوع از قراردادهای مجموعه‌ای کامل از قوانین و مقررات حاکم را تدوین و تصویب کنند و این امر می‌تواند سرعت به‌کارگیری فناوری زنجیره بلوکی و قراردادهای هوشمند را کاهش بدهد.<sup>۲</sup>

برخی از طرفداران به‌کارگیری قراردادهای هوشمند معتقدند که باتوجه به منافع این دسته از قراردادها از جمله خوداجرایی بودن، نیازی به شناسایی آنها در نظام قضایی نیست؛ زیرا این سازوکار قراردادی جایگزین نظام قضایی متمرکز شده است<sup>۳</sup> و حتی اگر توسط نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته نشود، خللی به عملکرد آن وارد نمی‌شود. وضعیت حقوقی مبهم این نوع از قراردادها در نظام‌های حقوقی مختلف سبب می‌شود که حتی با فرض شناسایی طرفین قرارداد، محل انعقاد یا اجرای آن و نیز استخراج قانون حاکم با شرایطی مواجه شویم که اصل قرارداد در آن نظام حقوقی نامعتبر یا غیرقانونی شناخته شود.

### نتیجه‌گیری

رشد و توسعه به‌کارگیری فناوری اجتناب‌ناپذیر است. فناوری زنجیره بلوکی نیز از این قاعده مستثنا نیست. قراردادهای هوشمند نیز به‌عنوان ابزارهای جدید توافق روی ساختار این زنجیره منعقد و اجرایی می‌شوند. همانند قراردادهای سنتی، ممکن است علی‌رغم ویژگی خوداجرایی بودن آنها، میان طرفین قراردادهای هوشمند نیز اختلافاتی رخ دهد. در این بین، تمسک به داوری به‌عنوان سازوکار حل‌وفصل اختلافات روبه‌گسترش است. این داوری‌ها ممکن است درون یا بیرون زنجیره بلوکی طراحی شده باشند که هرکدام از آنها ویژگی‌های خاص خود را دارند؛ اما آنچه مبرهن است آن است که این سازوکارها با داوری‌های مرسوم موجود تفاوت‌هایی

۱. برای نمونه ر.ک. نجات‌زادگان، سعید و محمد سلطانی، پیشین، صص ۳۳۰-۳۲۹.

2. O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreement for the Blockchain", *North Carolina Banking Institute*, Vol. 21., 2017, pp 193-194.

3. Raskin, Max, "The Law and Legality of Smart Contracts", *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 1.2, 2017, p 338.

دارند که سبب می‌شود گاهی ماهیت «داوری بودن» این فرایندها مورد تردید و تأمل قرار بگیرد. با این‌همه، نمی‌توان از موضع انکار نسبت به این پدیده نوظهور و اقتضائات آن نگریست. بنابراین مطالعه ابعاد مختلف داوری‌های مبتنی بر بلاکچین ضروری به نظر می‌رسد. بخشی از داوری‌های قراردادهای هوشمند به صورت درون زنجیره بلوکی و برخی خارج از این زنجیره صورت می‌گیرد. آن دسته که درون زنجیره بلوکی‌اند، از طریق پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات داوری مبتنی بر بلاکچین انجام می‌شود و بخشی دیگر که به صورت داوری خارج از زنجیره بلوکی‌اند، از سازوکارهایی شبیه داوری‌های مرسوم بهره‌برداری می‌کنند که این شق اخیر نیز دارای انواع مختلفی است. هرکدام از این روش‌ها با چالش‌های حقوقی و اجرایی مختلفی مواجه‌اند که برخی از مهم‌ترین آنها به صورت مشخص در این مقاله مطالعه شدند. در نهایت به نظر می‌رسد برای حل این چالش‌ها، مادامی که قواعد و مقررات منسجمی تدوین و تصویب نشده است و هنوز در خصوص اعتبار یا قانونی بودن قراردادهای هوشمند در نظام‌های حقوقی مختلف تردیدها و تاملاتی وجود دارد، مناسب است در صورت تمایل طرفین قراردادهای هوشمند برای ارجاع اختلافات خود به داوری از رویکردی ترکیبی بهره ببرند؛ به گونه‌ای که بخشی از فرایند داوری خارج از سازوکار زیرساخت بلاکچین انجام شود. نمونه موفق این امر رأی دادگاه مکزیکی است که مورد بررسی قرار گرفت. هرچند ممکن است برای طرف‌داران تمرکززدایی چنین رویکردی به واسطه نیاز به دخالت عواملی خارج از زنجیره بلوکی مطلوبیت نداشته باشد، باید این مسیر برای تکامل داوری‌های مبتنی بر بلاکچین طی شود. در عین حال، نیاز است تا بازیگران اصلی حوزه داوری، از جمله سازمان‌های داوری معتبر با شناسایی این نوع از داوری‌ها و طرح تحقیقات جامع در این خصوص و تصویب قواعد یا آیین داوری متناسب برای آنها، به رفع این چالش‌ها کمک کنند تا در همراهی با نظام قضایی، دادگاه‌ها نیز مواضع منطقی در خصوص اجرای آرای داوری صادره در خصوص قراردادهای هوشمند اتخاذ کنند.

## منابع

### مقاله

۱. اوشیلدز، رچی، **قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاکچین**، ترجمه مهدی

ناصر و حسین صادقی، مجله پژوهش‌های حقوقی، بهار ۱۳۹۸، شماره ۳۷، صص ۲۸۸-۲۶۱.

۲. ثقفیان، اکبر، سیدمحمد صدری، محمداصداق جمشیدی راد و حمید امیرپور، تأثیر فناوری زنجیره بلوکی در حکم فقهی و حقوقی رمزارزها و انتشار پول، فصلنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۶، صص ۲۹۲۶-۲۹۴۹.
۳. حسنی، محمدعلی، قاسمعلی بازایی و اشرف شاه‌منصوری، شناسایی عوامل تأثیرگذار بر مدل بلوغ فناوری زنجیره بلوکی با تأکید بر اکوسیستم زنجیره بلوکی، فصلنامه مدیریت کسب‌وکار، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۵۲، صص ۲۲-۱.
۴. دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین، آشنایی با فناوری راهبردی زنجیره بلوکی و کاربردهای آن، معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، فروردین ۱۳۹۶، شماره مسلسل ۱۵۳۴۱، صص ۲۰-۱.
۵. دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین، فناوری دفاتر کل توزیع‌شده فراتر از فناوری زنجیره بلوکی، معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تیر ۱۳۹۷، شماره مسلسل ۱۵۹۲۰، صص ۳۴-۱.
۶. دهقانی تفتی، مجتبی، مرضیه افضلی‌مهر و ربیعا اسکینی، مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای هوشمند دیجیتال از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی در نظام حقوقی ایران و مقررات رم یک، دوفصلنامه علمی حقوق فناوری‌های نوین، دوره دوم، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴، صص ۲۲۵-۲۰۳.
۷. دهقانی تفتی، مجتبی، مرضیه افضلی‌مهر و ربیعا اسکینی، مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند دیجیتال در حقوق ایران و فرانسه، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، دوره ۶ پاییز ۱۴۰۱، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۰، صص ۵۱-۲۹.
۸. ربانی موسویان، سید علی، قواعد حاکم بر قراردادهای هوشمند در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هفدهم، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۶۶، صص ۲۰۴-۱۷۸.
۹. رشوند بوکانی، مهدی و مهدی ناصر، قصد متعاملین در قراردادهای هوشمند: شرایط اعتبار و شیوع احراز آن، دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیستم، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره اول، پیاپی ۴۹، صص ۳۰۰-۲۷۱.

۱۰. زمانیان، معصومه و زهرا وطنی، افزایش کارایی اعتبار اسنادی با فناوری بلاکچین خصوصی و قرارداد هوشمند و ارزیابی تطبیقی میزان سازگاری قوانین با آن، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، بهمن ۱۴۰۱، صص ۴۷۷-۴۴۵.
۱۱. سادات موسوی، زهرا، محمد زارع و میثم حجتی مرودست، مفهوم‌پردازی بلاکچین و قراردادهای هوشمند، فصلنامه مطالعات نوین کاربردی در مدیریت، اقتصاد و حسابداری، سال پنجم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱، (پیاپی ۱۷)، صص ۷۱-۵۹.
۱۲. محمدی فاتح، اصغر و علی‌اصغر سالارنژاد، گستره فناوری بلاکچین: یک مطالعه فراترکیب از کاربردها، مزایا، چالش‌ها و فناوری‌های مرتبط، مجله علوم و فنون مدیریت اطلاعات، دوره ۸، ۱۴۰۱، شماره ۱، صص ۳۰۰-۲۴۷.
۱۳. مشهدی‌زاده، رضا، بررسی مکانیسم انعقاد قراردادهای هوشمند و کارکرد قراردادهای هوشمند در بازارهای مالی در بستر بلاکچین، نشریه حسابداری (انجمن حسابداران خیره ایران)، فروردین ۱۴۰۱، شماره ۳۴۱، صص ۳۲-۲۶.
۱۴. مظفری، مصطفی و مهدی ناصر، نقش قراردادهای هوشمند در تثبیت حقوق مالکانه افراد، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، آبان ۱۴۰۰، شماره ۹۵، صص ۲۷۵-۲۵۳.
۱۵. ناصر، مهدی و سید محمدحسین رضوی، تحلیل حقوقی کارکرد قراردادهای هوشمند در نقل‌وانتقالات دیجیتال در بازارهای مالی، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، زمستان ۱۳۹۸، شماره ۹۳، صص ۷۰-۳۳.
۱۶. نجات‌زادگان، سعید و محمد سلطانی، ارزیابی شرایط عمومی صحت قراردادهای هوشمند از منظر حقوق ایران و آمریکا، فصلنامه تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، بهمن ۱۴۰۱، صص ۳۳۴-۳۰۳.

## References

### Book

1. Guillaume, Florance, *Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions*, Blockchain, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organizations and the Law, Edited by: Daniel Kraus, Thierry Obrist, Oliver, Hari, Elgar Pub., 2019.

### Articles

2. Aouidef, Yann, Ast, Federico, Deffains, Bruno, "Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects", *Frontiers in Blockchain Review*, March 2021, pp 1-8.
3. Buchwald, Michael, "Start Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain – Based Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 168, 2020, pp 1369-1423.
4. Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.12, Issue 4, 2021, pp 558-584.
5. Gabuthy, Yannick, "Blockchain-Based Dispute Resolution: Insights and Challenges", MDPI, 2023, pp 1-9.
6. Kadioglu Kumtepe, Cemre C, "A Brief Introduction to Blockchain Dispute Resolution", *John Marshall Law Journal*, Vol. XIV, No. 2, spring 2021, pp 137-157.
7. Lehmann, Matthias, "Who owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain", *EBI Working Paper Series*, No. 42. 2019, pp 1-32.
8. M. Sillanpaa, Tiffany, "Freedom to Smart Contract: The Myth of Code and Blockchain Governance Law", *IALS Student Law Review*, Vol. 7. Issue 2, 2020, pp 38-50.
9. Martin Christopher, Catherine, "The Bridging Model: Exploring the Roles of Trust and Enforcement in Banking, Bitcoin and the Blockchain", *Nevada Law Journal*, Vol. 17:139, 2016, pp 139-180.
10. O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreement for the Blockchain", *North Carolina Banking Institute*, Vol. 21, 2017, pp 176-194.
11. Raskin, Max, "The Law and Legality of Smart Contracts", *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 1.2, 2017, pp 305-341.



12. Virues Carrera, Mauricio, "Accommodating KLEROS as a Decentralized Dispute Resolution Tool for Civil Justice Systems: Theoretical Model and Case of Application", KLEROS, pp 1-19.
13. World Economic Forum, "Bridging the Governance Gap: Dispute Resolution for Blockchain – Based Transactions", *White Paper*, December 2020, pp 1-27.
14. O'shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", Translated by Mahdi Naser, Hossein Sadeghi, *Journal of Legal Research*, Vol. 37, spring 1398, pp 261-288. (in Persian)
15. Saghafian, Akbar, Seyed Mohammad Sadri, Mohammad Sadegh Jamshidi Rad, Hamid Amirpour, "The Impact of Blockchain Technology on the Jurisprudence and Legal Ruling of Cryptocurrencies and Money Circulation", *Political Sociology Research*, No. 4(16), winter 1400, pp 2926-2949. (in Persian)
16. Hasani, Mohammad Ali, Ghasem Ali Bazayie, Ashraf Shahmansouri, "Identifying the Impact on the Maturity Model of Blockchain Technology with Emphasis on Blockchain Ecosystem", *Journal of Business Management*, No.52, winter 1400, pp 1-22. (in Persian)
17. Communication & New Technologies Studies Office, "Getting to Know the Strategic Blockchain Technology and Its Applications", Deputy of Infrastructure Research and Production Affairs", *Parliament Research Center of IRI*, No. 15341, Farvardin 1396, pp 1-20. (in Persian)
18. Communication & New Technologies Studies Office, "Distributed Ledger Technology Beyond Blockchain Technology", Deputy of Infrastructure Research and Production Affairs", *Parliament Research Center of IRI*, No. 15920, Tir 1397, pp 1-34. (in Persian)
19. Dehghani Tafti, Mojtaba, Marziye Afzalimehr, Rabia Eskini, "A Comparative Study of the Law Governing Smart Digital Contracts from the Perspective of Private International Law in the Iranian Legal System and the Regulation of Rome I", *Modern Technologies Law*, Vol. 2, No. 4, autumn & winter 1400, pp 203-225. (in Persian)
20. Dehghani Tafti, Mojtaba, Marziye Afzalimehr, Rabia Eskini, "A Comparative Study of the Legal Requirements for Designing Digital Smart Contracts in Iranian and French Law", *Comparative Law Quarterly*, Vol. 6, No. 2(10), autumn 1401, pp 29-51. (in Persian)

21. Rabani Mousavian, Seyed Ali, "Rules Governing Smart Contracts in Imamiyyah Jurisprudence and Subject Law", *Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, 17<sup>th</sup> Year, No. 66, winter 1400, pp 178-204. (in Persian)
22. Rashvand Boukani, Mahdi, Mahdi Naser, "Dealers Intention in Smart Contracts: Validity Conditions and the Prevalence of its verification", *The Quarterly Journal of Islamic Law Research*, 20<sup>th</sup> Year, No. 1 (49), spring & summer 1398, pp 271-300. (in Persian)
23. Zamanian, Masoumeh, Zahra Vatani, "Increase the Efficiency of Letters of Credits with Private Blockchain Technology and Smart Contracts and Comparative Assessment of Compliance with the Rules", *Legal Research Quarterly, Special Issue of Law & Technology*, Vol. 25, Bahman 1401, pp 445-477. (in Persian)
24. Sadat Mousavi, Zahra, Mohammad Zare, Meysam Hojati Marvdast, "Conceptualization of Blockchain and Smart Contracts", *Quarterly Journal of Modern Applied Studies in Management, Economics and Accounting*, 5<sup>th</sup> Year, No. 1(17), spring 1401, pp 59-71. (in Persian)
25. Mohammadi Fateh, Asghar, Ali Asghar Salarnejad, "The Scope of Blockchain Technology: A Meta-Synthesis Study of Applications, Benefits, Challenges and Related Technologies", *Sciences and Techniques of Information Management*, Vol. 8, No. 1, 1401, pp 247-300. (in Persian)
26. Mashhadizade, Reza, "Investigating the Mechanism of Concluding Smart Contracts in Financial Markets in the Context of Blockchain", *Accountant Magazine Association of Chartered Accountants of Iran*, No. 341, Farvardin 1401, pp 26-32. (in Persian)
27. Mozafari, Mostafa, Mahdi Naser, "The Mechanism of Concluding the Smart Contracts and its Role in Consolidating the Property Rights", *Legal Research Quarterly*, Vol. 24, No. 95, Aban 1400, pp 253-275. (in Persian)
28. Naser, Mahdi, Seyed Mohammad Hossein Razavi, "Legal Analysis of the Functioning of Smart Contracts in Digital Transfers in the Financial Markets", *Iranian Journal of Trade Studies*, No. 93, winter 1398, pp 33-70. (in Persian)
29. Nejatzadegan, Saeid, Mohammad Soltani, "Analysis of General Conditions of Smart Contracts Validity from Iranian and American Legal

Perspective", *Legal Research Quarterly, Special Issue of Law & Technology*, Vol. 25, Bahman 1401, pp 303-334. (in Persian)

30. Asghari, Mohammad, "Metacourt", *Whitepaper*, V. 1.4. pp 1-43.

### Convention

31. United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.

### Online Resources

32. Chevalier, Maxime, "Arbitration Tech Toolbox: Is a Mexican Court Decision the First Stone to Bridging the Blockchain Arbitral Order with National Legal Orders?", *Kluwer Arbitration Blog*, 2022, Available at <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/04/> (Last Visited 14/02/2024).

33. ---, "Empowering Secured Transactions: Exploring Blockchain Arbitration and Smart Contracts", 2023, Available At: [mglaw.ge/2023/06/07](http://mglaw.ge/2023/06/07) (Last Visited 25/02/2024).

34. Purdue Global Law School, "A Look at the Use of Blockchain Technology in the Arbitration Process", 2023. Available at: [www.purduegloballawschool.edu/blog/news/blockchain-arbitration](http://www.purduegloballawschool.edu/blog/news/blockchain-arbitration) (Last Visited 25/02/2024).

35. Ray, Adhip, "Dispute Resolution for Smart Contracts: Challenges and Opportunities", Available at: <https://www.winsavvy.com/dispute-resolution-smart-contracts/> (Last Visited 20/02/2024) .

36. Sajjad Ahmad, Rana, "Blockchain Arbitration: Promises and Perils", *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School Blog, 2023, Available At: [aria.law.columbia.edu/blockchain-arbitration-promises-and-perils/](http://aria.law.columbia.edu/blockchain-arbitration-promises-and-perils/) (Last Visited 02/03/2024).

37. Sooksripaisarnkit, Poominter, "Establishing Jurisdiction in the Context of Smart Legal Contracts: the English Law Commission's Advice to Government", 2021, Available At: <https://conflictoflaws.net/2021/> (Last Visited 21/02/2024).

## Smart Contracts' Arbitration: Legal Challenges of On-Chain and Off-Chain Dispute Resolution

Shahrzad Haddadi\*

### Abstract

Today, using blockchain technology is increasing, so that various economic and commercial activities are carried out through smart contracts. Although self-performance and independence from third parties involvement are the principal features of these contracts, contractual dispute is inevitable. The necessity of smart contracts' arisen disputes settlement, leads to blockchain based arbitration platforms emergence. These platforms operational mechanisms and their disputes resolution procedures and internal processes including arbitrators' appointment, issuing award, arbitration fees and etc. indicate significant differences with conventional arbitration. Regardless of these platforms actual nature and their awards self-performance allegation, serious legal challenges exist towards blockchain based on-chain arbitration. On the other hand, smart contracts dispute resolution through off-chain process or referring some parts of these disputes to conventional arbitration like awards enforcement entail challenges stemmed from smart contracts inherent characteristics. It seems that blockchain based arbitration is in the beginning of its development path, therefore adopting a hybrid solution of both above mentioned mechanisms beside approving required rules and regulations governing these contracts' disputes may lead to resolve some of the legal challenges and more efficient arbitration in this decentralized industry.

### Keywords:

Arbitration, Blockchain, Smart Contract, On-Chain, Off-Chain

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran  
sh\_haddadi@sbu.ac.ir

## آثار و پیامدهای اقتصادی-اجتماعی فرهنگ مطالبه خسارت

عباس میر شکاری\*

مونا عبدی\*\*

نفیسه ملکی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹

### چکیده

اشتیاق فراوان شهروندان یک جامعه به طرح دعوا و مطالبه خسارت برای هر امری حتی جزئی یا نامعقول یا متقلبانه و تبدیل شدن این رفتار به یک عادت فراگیر و هنجار فرهنگی رایج در میان آنان سبب ایجاد پدیده‌ای با عنوان «فرهنگ مطالبه خسارت» شده است که با مقایسه تعداد دعاوی طرح شده در مقیاس کلان جامعه در بازه‌های زمانی مختلف قابل شناسایی است. این موضوع از همان ابتدا که در نظام حقوقی انگلستان و سپس امریکا مطرح شد، موافقان و مخالفانی داشت که بر آثار مثبت و منفی این پدیده تأکید می‌کردند. برای درک بهتر اهمیت و ضرورت بررسی این موضوع در هر نظام حقوقی شایسته است در گام نخست این آثار معرفی شود. این نوشتار با رویکردی توصیفی و تحلیلی به بررسی این آثار از بعد اقتصادی و اجتماعی پرداخته است. یافته‌های حاصل از این بررسی‌ها نشان می‌دهد که اگرچه افزایش طرح دعاوی در جامعه آثار منفی‌ای از جمله افزایش هزینه‌های مالی و اجتماعی، ریسک‌گریزی بیش از حد و عدم اطمینان و ترویج فرهنگ دیگران را مقصر دانستن در پی دارد، دارای آثار مثبتی از جمله افزایش مسئولیت‌پذیری و ارزیابی ریسک، بهبود سطوح ایمنی و سلامت و تحقق اهداف کلان حقوق مسئولیت مدنی است که نمی‌توان به راحتی از آن‌ها غافل شد. از این رو برای بهره‌مندی از آثار مثبت و جلوگیری از ایجاد آثار منفی چنین پدیده‌ای، نقش قانون‌گذاران در وضع قواعد کارآمد بسیار پررنگ است.

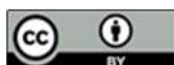
### کلیدواژه‌گان:

ریسک‌گریزی، مسئولیت‌پذیری، بهبود سطح ایمنی و سلامت، تحقق اهداف مسئولیت مدنی.

\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
mirshekariabbas1@ut.ac.ir

\*\* دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران  
monaabd7@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
nafiseh.maleki@ut.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

براساس درک رایج در نظام‌های حقوقی مختلف، حقوق مسئولیت مدنی شاخه‌ای از حقوق خصوصی است که در آن، مجموعه‌ای از قواعد، نهادها و رویه‌ها با هدف انتقال هزینه حوادث از زیان‌دیده به موضوعی (فردی) دیگر بررسی می‌شود. این شاخه از حقوق، در پی بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیتی است که پیش از وقوع زیان داشته است. برای تحقق این هدف، لازم است زیان‌دیده طرح دعوا کند و نظام حقوقی نیز ابزارهای لازم برای دسترسی زیان‌دیده به جبران کامل خسارتش را فراهم آورد. در همین راستا حقوق خسارات با رشد و توسعه بسیاری به‌ویژه در دهه‌های اخیر مواجه شد تا این هدف را تأمین کند. اما رفته‌رفته با شروع قرن بیست و یکم و با توسعه مفهوم خسارت و افزایش ابزارهای جبرانی آن، نوعی معضل قضایی نیز در برخی جوامع پدیدار شد که با عنوان «فرهنگ مطالبه خسارت» در میان نویسندگان این حوزه شناخته می‌شود.<sup>۱</sup> فرهنگ مطالبه خسارت<sup>۲</sup> که برخی آن را بحران دعاوی<sup>۳</sup>، سرطان قضایی<sup>۴</sup>، انفجار طرح دعاوی مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> و مانند این‌ها توصیف کرده‌اند،<sup>۶</sup> پدیده‌ای جامعه‌شناختی و فرهنگی است که در آن طرح سریع دعاوی مطالبه خسارت برای حوادث نسبتاً جزئی و گاه حتی نامعقول به‌عنوان بخشی از فرهنگ مردم جامعه تبدیل شده است و مردم به امید دریافت خسارت سریعاً اقدام به طرح دعوا می‌کنند.<sup>۷</sup> وجود چنین فرهنگی باعث طرح دعاوی بسیار زیاد در سیستم قضایی یک جامعه می‌شود و میزان ریسک‌پذیری و مسئولیت‌پذیری معقول اشخاص را در جامعه بسیار کاهش می‌دهد که همین موضوع آثار سوء اقتصادی و اجتماعی زیادی به همراه خواهد داشت. درواقع، اگرچه توسعه و تحول در حوزه خسارات دارای آثار مثبت بسیاری است و حرکتی به‌سمت جبران کامل خسارات و دسترسی بهتر به عدالت است، درعین‌حال، بعضی از این مقررات

1. O'Sullivan, Lauren, "Money for Nothing and Cheques for Free: Negligence and the Perceived Compensation Culture", *UK Law Student Review*, vol. 2, no. 1, 2014, p 74.

2. Compensation culture

3. Litigation crisis

4. The cancer of litigation

5. Explosion of tort litigation

6. Williams, Kevin, "State of Fear: Britain's Compensation Culture Reviewed", *Legal Studies*, vol. 25, no. 3, 2005, p 499.

7. [www.collinsdictionary.com/dictionary/english/compensation-culture](http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/compensation-culture).

و تسهیلات سبب ایجاد این شبهه در برخی افراد شده است که می‌توان از این مقررات قانونی سوءاستفاده کرد و از این طریق عوایدی کسب کرد.

فرهنگ مطالبه خسارت نخستین بار در رسانه‌های کشور انگلستان<sup>۱</sup> و پس از بررسی و تجزیه و تحلیل آمارهای طرح دعاوی در مقیاس کلان در این کشور، به‌عنوان یک مشکل اجتماعی از اواسط دهه ۱۹۹۰ میلادی مطرح شد. در این دهه، به موازات تخصصی شدن دعاوی مربوط به آسیب‌های جسمانی و ایجاد فضای رقابتی میان وکلا و مشاوران حقوقی<sup>۲</sup>، نیاز به تبلیغات برای جذب موکل افزایش یافت و نوعی از تبلیغات وکالت با عنوان وکالت با حق الوکاله مشروط<sup>۳</sup> (مشروط به برنده شدن) (بدون برد- بدون مزد) از سال ۱۹۸۰ در فضای حقوقی انگلستان غالب شد.<sup>۴</sup> به این ترتیب، وکالت و مشاوره‌های حقوقی از وضعیت تعهد به وسیله، به قراردادهای تعهد به نتیجه و توافق‌نامه‌های پرداخت مشروط حق الوکاله<sup>۵</sup> تغییر شکل پیدا کردند و وکلا راه کسب درآمد را به جای پذیرش تعداد محدود پرونده‌های سنگین، در پذیرش تعداد زیاد پرونده‌های کوچک و آسان، اما پرتکرار همانند دعاوی مربوط به آسیب‌های جسمی یافتند.<sup>۶</sup> در نتیجه، ظهور بازار فعال طرح دعاوی جبران خسارات جسمانی تحت تأثیر تبلیغات وکالت‌های تضمینی در رسانه‌ها و توسط وکلا و شرکت‌های مدیریت دعاوی به‌عنوان مهم‌ترین عامل ایجاد فرهنگ مطالبه خسارت در انگلستان مطرح شد؛ فرهنگی که در گزاره «مقصر بدان و طرح دعوا کن»<sup>۷</sup> خلاصه می‌شود.<sup>۸</sup> این فرهنگ بعدها با پرونده معروفی تحت عنوان «قهوه مک دونالد»<sup>۹</sup> در امریکا

۱. در یکی از عناوین سرمقاله‌های روزنامه‌ها، فرهنگ جبران خسارت به عنوان فرهنگی توصیف شده که بریتانیا را فلج کرده است:

The Culture that is Crippling Britain, Headline from *Daily Mail*, 21 February, 2004, p 20.

2. Abel, Richard and Kritzer, Herbert, *English Lawyers between Market and State: The Politics of Professionalism*, "The Fracturing Legal Profession: The Case of Plaintiffs' Personal Injury Lawyers", Oxford Socio-Legal Studies publication, vol: 8, 2003, pp 225, 579.

3. No win, no fee:

قراردادهای وکالتی که در آن‌ها در صورت عدم حصول نتیجه دلخواه موکل، هیچ حق الوکاله‌ای به او تعلق نمی‌گیرد.

4. Williams, Kevin, op.cit, p 353.

5. Conditional Fee Agreement (CFA)

6. M. Day, Time to End the Rich Pickings from Claims Lawyers and Insurers, *Times*, 1 November 2005.

7. Blame and claim

8. Quill, Eoin & Raymond Frriel, *Damages and Compensation Culture: Comparative Perspective*, Bloomsbury pub, 1<sup>st</sup> edition, 2016, p 2.

9. *Liebeck v McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-o2419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994) US.→

مطرح شد و در نظام حقوقی این کشور نیز مورد توجه و بررسی قرار گرفت. نخستین پرسشی که در برخورد با چنین پدیده‌ای مطرح شد و ضرورت توجه به آن را در میان محققان این حوزه ایجاد کرد، آثار اقتصادی اجتماعی بود که از وجود این پدیده در جوامع ایجاد می‌شد. به همین دلیل در این نوشتار تلاش شده تا به‌عنوان نقطه شروعی در معرفی و تحلیل این موضوع آثار و ابعاد اقتصادی و اجتماعی ایجاد چنین پدیده‌ای در جوامع معرفی گردد. این آثار به دو بخش آثار منفی و آثار مثبت افزایش طرح دعاوی مطالبه خسارت تقسیم شده است که در دو قسمت آتی به‌صورت تفصیلی مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

### ۱. پیامدهای منفی فرهنگ مطالبه خسارت

با طرح مسئله فرهنگ مطالبه خسارت، نگرانی‌هایی مبنی بر این امر ایجاد شد که مسئولیت مدنی به‌جای آنکه ابزار تقویت فعالیت‌های اجتماعی باشد، به ابزاری برای تضعیف جامعه و فعالیت‌های اجتماعی بدل شده است؛ چراکه ایجاد یا توسعه این فرهنگ به سه دلیل مهم دارای اثرهای سوء بر جامعه خواهد بود؛ از جمله اینکه ایجاد یا تقویت این فرهنگ دلیل و شاهدهی بر افول اخلاقی جامعه محسوب می‌شود. همچنین، ریسک‌گریزی<sup>۱</sup> و عدم اطمینان افراد نسبت به یکدیگر را به دنبال دارد که نتیجه این امر این خواهد بود که برخی از خدمات و رویدادهای مفید و نافع اجتماعی به علت ریسک‌گریزی زیاد، لغو خواهد شد.<sup>۲</sup> با فراگیر شدن دعاوی مسئولیت مدنی، افراد به‌علت ترس از اینکه علیه آن‌ها دعاوی مسئولیت مدنی طرح شود، به شکل فزاینده‌ای ریسک‌گریزی و عدم فعالیت را ترجیح می‌دهند؛ این موضوع نه‌فقط مانعی برای فعالیت‌های اقتصادی تلقی می‌شود، بلکه حتی به نظر می‌رسد این قابلیت را دارد که فعالیت‌های روزمره افراد را تحت تأثیر قرار دهد. برای مثال، در انگلیس علت امتناع مدارس از اینکه دانش‌آموزان را به اردو ببرند، ریسک‌گریزی و ترس از مسئول شناخته شدن مسئولان مدرسه

→ در این پرونده فنجان قهوه‌ای که توسط خواهان از این شرکت خریداری شده بود، روی پای او ریخت و سوختگی درجه ۳ ایجاد کرد. به‌دنبال آن، خواهان تحت سه عمل جراحی قرار گرفت و علیه این شرکت طرح دعوا کرد. در نهایت، دادگاه میزان محکومیت شرکت مک دونالد را مبلغ ۱۶۰۰۰۰ دلار بابت خسارات جبرانی و ۴۸۰۰۰۰ دلار به‌عنوان خسارت تنبیهی معین کرد.

1. Risk aversion

2. Morris, Annette, "Spiraling or Stabilizing? The Compensation Culture and Our Propensity to Claim Damages for Personal Injury", *The Modern Law Review*, Vol. 70, no. 3, 2007, pp 351-353.



معرفی شده است.<sup>۱</sup> به‌طور کلی، می‌توان آثار منفی فرهنگ مطالبه خسارت را به سه دسته آثار اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تقسیم و آن‌ها را بررسی کرد:

### ۱.۱. آثار اقتصادی: افزایش هزینه‌های مالی و اجتماعی

افزایش ادعاهای جبران خسارت اثر مستقیمی بر افزایش هزینه‌های اقتصادی جامعه دارد. در نتیجه، سبب می‌شود که بخش قابل‌توجهی از بودجه مربوط به خدمات عمومی در جامعه کاهش یابد یا جریان وجوه از ارائه خدمات عمومی ارزشمند برای جامعه منحرف شود.<sup>۲</sup> تحت‌تأثیر افزایش موارد مطالبه خسارت، ریسک محکومیت افراد به جبران خسارت بالا می‌رود و در نتیجه، نرخ انواع بیمه توسط شرکت‌های بیمه افزایش می‌یابد. همچنین افزایش هزینه‌ها بر مقرون‌به‌صرفه بودن و در دسترس بودن بیمه‌ها تأثیرگذار است<sup>۳</sup> و در نتیجه، بسیاری از کسب‌وکارها سقوط می‌کنند یا در معرض خطر تعطیلی قرار می‌گیرند؛ زیرا بسیاری از آن‌ها نمی‌توانند از عهده بیمه‌های اجباری برآیند که این امر بر رقابت‌پذیری در بازار اثرگذار خواهد بود. همچنین، علاوه بر کسب‌وکارها با افزایش موارد طرح دعوی مسئولیت مدنی و افزایش ریسک، مبلغ حق بیمه‌ای که شرکت‌های بیمه تعیین می‌کنند، بسیار بالاتر می‌رود و این موضوع بیمه را برای گروهی از افراد جامعه نیز غیرقابل‌دسترس می‌کند.<sup>۴</sup>

علاوه بر هزینه بیمه، هزینه‌های اجتماعی در بسیاری از حوزه‌ها دستخوش تغییرات مهمی می‌شود. هزینه‌های اداری و قضایی مربوط به پیگیری ادعای جبران خسارت، مستقیماً بر بودجه عمومی کشورها تأثیرگذار است. همچنین، افزایش طرح دعوا علیه پلیس، ادارات، مقامات اجرایی و نهادهای عمومی و مراکز درمانی و پزشکی نیز منجر به صرف بودجه‌های عمومی برای جبران خسارت وارد شده به زیان‌دیده با استفاده از منابع عمومی خواهد شد.

1. Lewis, Richard and Morris, Annette, "Tort Law Culture: Image and Reality", *Journal of Law and Society*, vol: 39, no. 4, 2012, p 581.

۲. کنفدراسیون صنعت بیمه بریتانیا (CBI) Confederation of British Industry در سال ۲۰۰۴ طی مقاله‌ای در روزنامه *دیلی میل* اعلام کرده است که طرح دعوی در پنج سال گذشته ۱۰۰ درصد افزایش یافته است و تداوم این امر را نوعی «غارت اقتصاد بریتانیا» توصیف کرده است.

Dawar, A., Injury Claims hurting Firms, *Daily Mail*, 6 July 2004, p 18.

3. Lord Young, "Common Sense Common Safety: Report on Health and Safety Laws and the Growth of the Compensation Culture", 2010, pp 19-23.

4. Dead Budgies and Muddy Boots Cost Us a Fortune, *Times*, 15 July 2003, p 581.

در یک پژوهش آماری در انگلستان، میزان هزینه‌های ناشی از افزایش دعاوی جبران خسارت توسط مؤسسه آمار این کشور اعلام شده است. هرچند پژوهشگران معتقدند نمی‌توان ادعا کرد آمار داده‌شده هیچ‌گونه خطایی ندارد، می‌توان با استفاده از این داده‌ها درکی کلی از میزان هزینه‌های ناشی از فرهنگ مطالبه خسارت به دست آورد. در این پژوهش چنین استنتاج شده که در کشور انگلستان سالانه مبلغ ده‌بیلیون پوند صرف هزینه‌های جبران خسارت (اعم از میزان خسارت پرداخته‌شده به زیان‌دیده و هزینه‌های اجرایی و قضایی) شده که مبلغی بسیار بالا و معادل یک‌درصد تولید ناخالص داخلی این کشور است. از این میزان، یک‌سوم صرف هزینه‌های جانبی مخارج اداری و قضایی شده و حدود ۶۵ درصد به افراد زیان‌دیده تعلق گرفته است.<sup>۱</sup> بخش بزرگی از این مبالغ نیز خسارت‌هایی را شامل می‌شود که مستقیماً بودجه عمومی کشور صرف آن می‌شوند. برای مثال، در حوزه مربوط به وزارت کشاورزی انگلستان، در سال‌های ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۶ حدود ۱۳۵ میلیون پوند در زمان شیوع بیماری جنون گاوی، برای جبران خسارت زیان‌دیدگان صرف شده است. در نمونه‌ای دیگر در حوزه مربوط به دپارتمان تجارت و صنعت انگلستان نیز در طول سال‌های اجرای برنامه معادن این کشور، حدود ۲۲۰ هزار ادعای جبران خسارت در این کشور مطرح شده و به‌طور تقریبی ۲٫۲ میلیارد پوند صرف ادعای خسارت ناشی از گرد و خاک، مشکلات تنفسی و موارد مشابه شده است.<sup>۲</sup>

یکی دیگر از مهم‌ترین آثار و هزینه‌های اجتماعی وجود چنین فرهنگی افزایش دعاوی ساختگی و واهی است که به درگیر شدن بیش از حد سیستم‌های قضایی منجر خواهد شد و شرایط برای کسانی که دعوای واقعی اقامه می‌کنند، دشوار و زمان‌بر می‌شود؛ زیرا در هر حال همه ادعاها باید در مراحل اولیه ارزیابی شوند و این امر وقت‌گیر و هزینه‌بر خواهد بود.<sup>۳</sup> از طرف دیگر، خواندگان این‌گونه دعاوی بیشتر سعی می‌کنند به دنبال حل و فصل آن در خارج از دادگاه باشند، هرچند که مدارک خواهان ضعیف باشد. دلیل این امر خودداری از متحمل شدن هزینه‌های قانونی و گرفتن وکیل و اجتناب از آسیب رسیدن به شهرت و اعتبار خود است.

1. Broughton, Jonathan et al, (2002), The Cost of Compensation Culture, The Institute & Faculty of Actuaries, December 2002, P: 68. Available at:

<https://www.actuaries.org.uk/system/files/documents/pdf/lowe.pdf>.

2. Ibid, p 33.

3. House of Commons: Constitutional Affairs Committee, 2005, p 13.

## ۱.۲. آثار اجتماعی: ریسک‌گریزی<sup>۱</sup>

از دیگر معایب این فرهنگ، اقدامات و رویه‌های دفاعی است که توسط خواندگان احتمالی اتخاذ می‌شود. فشار نظام مسئولیت مدنی گاهی منجر به بازدارندگی بیش از حد<sup>۲</sup> می‌شود و ممکن است مانع پرداختن افراد به فعالیت‌های سودمند اجتماعی به دلیل ترس از ورود خسارت به دیگران شود.<sup>۳</sup> با فراگیر شدن دعاوی مسئولیت مدنی، افراد به علت ترس از اینکه علیه آنها دعاوی مسئولیت مدنی طرح شود، به شکل فزاینده‌ای ریسک‌گریزی و عدم فعالیت را ترجیح می‌دهند و این موضوع بسیاری از فعالیت‌های مفید و نافع اجتماعی را لغو می‌کند؛<sup>۴</sup> این موضوع نه فقط مانعی برای فعالیت‌های اقتصادی تلقی می‌شود، بلکه حتی به نظر می‌رسد این قابلیت را دارد که فعالیت‌های روزمره افراد را تحت تأثیر قرار دهد. برای مثال، در انگلیس علت امتناع مدارس از اینکه دانش‌آموزان را به اردو ببرند، ریسک‌گریزی و ترس از مسئول شناخته شدن مدیران مدرسه معرفی شده است.<sup>۵</sup> خدشه‌دار شدن ریسک‌پذیری منطقی اشخاص در جامعه تحت تأثیر فرهنگ مطالبه خسارت، به کارایی و رقابت ضربه وارد می‌کند و از انجام دادن برخی فعالیت‌ها و ریسک‌های ارزشمند در جامعه جلوگیری می‌کند.<sup>۶</sup> نخست‌وزیر وقت انگلیس<sup>۷</sup> در سال ۲۰۰۵ در یک سخنرانی درباره فرهنگ مطالبه خسارت، علت از دست دادن بازارهای کشورهای آسیایی را ترس ناشی از محکومیت بازیگران اقتصادی انگلستان از جبران خسارت معرفی کرده است؛ در حالی که کشورهای آسیایی به‌ویژه چین در نقطه مقابل در تولید و فروش محصولات جدید، ریسک‌پذیری بالایی از خود نشان داده‌اند و در نتیجه، بازار فروش کالا را تصاحب کرده‌اند.<sup>۸</sup> براساس سومین گزارش ارائه‌شده در سال ۲۰۰۵ از سوی کمیته مجلس عوام انگلستان شواهد زیادی از ریسک‌گریزی بیش از حد در میان شهروندان وجود دارد که نشان می‌دهد حتی صرف وجود تصور مسئول شناخته شدن در میان مردم مشکلات واقعی را ایجاد می‌کند؛ بنابراین، حتی اگر وجود این فرهنگ واقعیت نداشته باشد، هزینه این تصور بر جامعه بسیار واقعی است. در

1. Risk aversion  
2. Overdeterrence

۳. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۵۷۳.

4. Morris, Annette, op.cit, pp 351-353.

5. Lewis, Richard and Morris, Annette, op.cit, p 581.

6. Lord Falconer, Risks and Redress: Preventing a Compensation Culture, 2005.

7. Tony Blair

8. See: <https://www.theguardian.com/politics/2005/may/26/speeches.media>.

یکی از مطالعاتی که در دانشگاه هاروارد در سال ۱۹۹۰ انجام شد، نشان داده شده که تهدید و ترس از اقامه دعوا سه برابر بیشتر از خطر واقعی اقامه دعواست و این موضوع بیانگر تصور و باور عمومی نسبت به وجود این فرهنگ در جامعه است.<sup>۱</sup>

نویسنده‌ای در زمینه پزشکی این وضعیت را این‌گونه توصیف می‌کند که وجود فرهنگ مطالبه خسارت سبب می‌شود پزشکان در فعالیت‌های خود به بررسی دقیق‌تر سوابق بیماران، تجویز آزمایش‌های تشخیصی غیرضروری، خودداری از انجام دادن برخی جراحی‌ها و روش‌های درمانی پرریسک و خودداری از درمان بیمارانی که ریسک اقامه دعوا از جانب آنها زیاد است، اقدام کنند.<sup>۲</sup> همچنین، مانع از نوآوری در صنایع مهم و حساس از جمله صنعت داروسازی و طراحی درمان‌های نوین خواهد شد.<sup>۳</sup>

از دیگر اثرهای سوء وجود چنین فرهنگی در جامعه در زمینه رابطه کارگر و کارفرما این است که کارفرمایان ریسک‌گریز را بیشتر به سمت اتوماتیک کردن تولید و کاهش تعداد کارمندان و حتی برون‌سپاری تولیدات به خارج از کشور سوق خواهد داد؛ چراکه بدین وسیله از امکان طرح دعوا از سوی کارگران رهایی خواهند یافت. این احتیاط تا اندازه‌ای قابل‌قبول خواهد بود، اگر بدانیم براساس یک نظرسنجی انجام‌شده از سوی یک مؤسسه حقوقی تخصصی در حوزه کار از هر ۱۰ نفر، ۹ نفر در صورتی که بدانند با دروغ گفتن می‌توانند از کارفرمای خود خسارت دریافت کنند، حاضرند که دروغ بگویند.<sup>۴</sup>

ریسک‌گریزی و ترس از مسئول شناخته شدن ناشی از طرح دعوی جبران خسارت، بر فعالیت‌های سودمند اجتماعی و حتی بر فعالیت‌های روزمره افراد تأثیرگذار است.<sup>۵</sup> برای مثال، در همه فعالیت‌های ورزشی همواره احتمال ورود آسیب جسمی به افراد شرکت‌کننده در آن ورزش وجود دارد و زمانی که ریسک طرح دعوی خسارت بالا می‌رود، مبالغ بیمه‌های ورزشی نیز افزایش می‌یابد. به‌نحوی که قرار دادن این فعالیت‌ها یا اماکن ورزشی تحت پوشش بیمه برای

1. Lord Falconer, *Risks and Redress: Preventing a Compensation Culture*, 2005.

2. Ennis, Maeve & Vincent, Charles, (1994), "Medical Accidents and Litigation", *Journal of Law and Policy*, vol: 16, 1994, p 97.

3. Hand, James, "The Compensation Culture: Cliché or Cause for Concern", *Journal of Law and Society*, vol: 37, no. 4, 2010, p 572 et seq.

4. AON Report, *Blame, Claim and Gain: The Compensation and Blame Culture, Myth or Reality?* 2004, p 572.

5. *Ibid*, 573.

بسیاری از مؤسسات و باشگاه‌ها غیراقتصادی و پرهزینه می‌شود. در نتیجه، هر چند این مسئله بر فعالیت‌های ورزشی مثل فوتبال در سطوح بالا به دلیل گردش مالی زیاد آنها عملاً تأثیری ندارد، اما فعالیت‌های ورزشی در سطوح خرد و تیم‌های کوچک که اتفاقاً توسط افراد عادی جامعه انجام می‌شود، مختل می‌شوند؛ چراکه این فعالیت‌ها و مؤسسات تحت پوشش قرار نمی‌گیرند یا بیمه مناسبی ندارند و در نتیجه، با کوچک‌ترین ادعاهای جبران خسارت از بین می‌روند.

علاوه بر تأثیر سوء فرهنگ مطالبه خسارت بر بدنه جامعه، فرهنگ مطالبه خسارت بر خدمات عمومی نیز تأثیر سوء دارد و موجب تعطیلی خدمات عمومی، مانند مراکز تفریحی عمومی و پارک‌های بازی کودکان، به دلیل ریسک ادعای جبران خسارت می‌شود. این ریسک‌گریزی در انگلستان تا حدی پیش رفت که در یک مقطع زمانی، شورای شهر نورویچ انگلستان تصمیم گرفت درخت‌های بلوط یک محله از این شهر را به‌خاطر ریسک مسئولیت ناشی از افتادن بلوط روی سر مردم، قطع کند.<sup>۱</sup>

### ۱.۳. آثار فرهنگی: ترویج فرهنگ «دیگران را مقصر بدان»<sup>۲</sup>

تغییر عمیق و درعین‌حال نامحسوس فرهنگ مطالبه خسارت را باید در دیدگاه افراد جامعه نسبت به مسئولیت شخصی (خود) در برابر مسئولیت دیگری (اعم از افراد، دولت، شرکت یا هر عنصر مرتبط به حادثه زیان آور) جست‌وجو کرد. در وهله نخست، شاید این‌گونه به نظر برسد که افراد جامعه باید حق خود را در هر مورد مطالبه کنند، اما این برخورد افراطی موجب مداخله حقوق در کوچک‌ترین حوادث به‌جای حل مشکلات از طریق گذشت، تساهل و مصالحه می‌شود و این موضوع باعث از بین رفتن یا کم‌رنگ شدن مسئولیت‌پذیری شهروندان خواهد شد؛ زیرا برای هر امر جزئی و هر نوع حادثه‌ای بیشتر به دنبال مقصر کردن دیگران هستند. در نهایت، شهروندان یک جامعه کمتر با هم‌نوعان خود مدارا و بیشتر مقابله می‌کنند.<sup>۳</sup> برای مثال، فرض کنید کودکی از مدرسه فرار می‌کند. والدین او به‌جای اینکه لاقلاً تا حدودی مسئولیت را متوجه خود یا کودک بدانند، از مدرسه به‌خاطر عدم احتیاط کافی مطالبه خسارت می‌کنند. اگر در قوطی کنسرو دست مصرف‌کننده را ببرد، این شخص تحت‌تأثیر فرهنگ مقصر دانستن دیگران، به‌جای آنکه از این

1. Broughton, Jonathan et al, op.cit, p.35

2. Blame culture

3. Williams, Kevin, op.cit, p.513.

پس بیشتر جانب احتیاط را رعایت کند، علیه تولیدکننده کنسرو طرح دعوا می‌کند تا از او خسارت بگیرد. در واقع این فرهنگ، فردگرایی افراطی و طمع را در شهروندان تشویق می‌کند و حتی در سطوح بالاتر منجر به افزایش بیکاری و مانع پیشرفت در صنایع مهم و حساس همچون صنعت بهداشت و درمان و دیگر صنایع مهم جامعه می‌شود.<sup>۱</sup>

تحت تأثیر این آثار فرهنگ مطالبه خسارت و نگرانی‌هایی که به گفت‌وگوهای سیاست‌مداران انگلستان نیز راه یافته بود،<sup>۲</sup> پارلمان انگلستان در سال ۲۰۰۶ قانونی تحت عنوان قانون جبران خسارت<sup>۳</sup> را تصویب کرد. هدف اصلی این قانون ساماندهی وضعیت شرکت‌های مدیریت دعوا (CMC) بود که به عنوان مهم‌ترین عامل افزایش دعاوی در انگلستان شناخته می‌شوند. این قانون تشکیل و فعالیت شرکت‌های طرح دعوا را منوط به اخذ مجوزهایی خاص کرده و برای تبلیغات و نحوه فعالیت این شرکت‌ها نیز چارچوب‌ها و حدود قانونی تعیین کرده است، مانند اینکه از تبلیغات این شرکت‌ها نباید ایجاد انگیزه مالی طرح دعوا برای زیان‌دیده برداشت شود.

این قانون برای خنثی کردن ریسک‌گریزی ایجاد شده در جامعه انگلستان، این هدف را نیز داشته که با روشن‌تر کردن معیار تقصیر در کامن‌لا، این اطمینان را به افراد جامعه بدهد که در برابر حوادثی که با یک دقت متعارف از جانب آنها قابل‌پیشگیری نبوده، مسئولیتی ندارند.<sup>۴</sup> از این رو در بخش نخست این قانون تصریح شده که دادگاه در بررسی این موضوع که آیا خواننده دقت متعارف را برآورده کرده یا خیر، این موضوع را در نظر می‌گیرد که انجام دادن آن اقدامات مانع انجام یک فعالیت مطلوب نشود. البته در ارتباط با معیار اخیر، حقوقدانان این کشور معتقدند قانون جبران خسارت سال ۲۰۰۶ چیزی جز بازگویی همان قواعد مسئولیت مدنی کامن‌لا نیست و صرفاً موضوعی مبهم تحت عنوان فعالیت مطلوب را ایجاد کرده که البته اثر مهمی بر آن مترتب نیست.<sup>۵</sup> این معیار نه یک دفاع جدید برای خواننده دعاوی مسئولیت مدنی محسوب می‌شود و نه

1. Williams, Harriet Ann, "Compensation Culture: A Storm in a Coffee Cup", *Southampton Student Law Review*, vol: 1, no. 1, 2011, p 64.

2. Baroness, Ashton, Written Ministerial Statement - House of Lords, Department of Constitutional. Affairs. Retrieved 20 March 2008. Available at:

[http://www.dca.gov.uk/legist/compensation\\_wms\\_lords.pdf/](http://www.dca.gov.uk/legist/compensation_wms_lords.pdf/)

3. Compensation Act.

4. Hand, James, op.cit, pp 575-576.

5. Quill, Eoin & Raymond Friel, *Damages and Compensation Culture: Comparative Perspective*, Bloomsbury pub, 1<sup>st</sup> edition, 2016, p 328.

تأثیری بر این مسئله دارد که تکلیف مراقبت<sup>۱</sup> در کامن‌لا چه زمانی شناسایی می‌شود، بلکه تنها چهره‌ای از مسئله نقض تکلیف به مراقبت<sup>۲</sup> در کامن‌لا است که خود به معیار رفتار متعارف برمی‌گردد؛ به این صورت که قاضی می‌تواند این موضوع که «کاهش یا حذف ریسک ورود خسارت به دیگری، مانع انجام یک فعالیت مطلوب شود» را برای احراز اینکه آیا خواننده در قبول آن ریسک به نحو متعارف عمل کرده یا خیر، در نظر بگیرد.<sup>۳</sup>

در جامعه آمریکا نیز تصور وجود فرهنگ مطالبه خسارت باعث ایجاد آثار منفی بسیاری در حوزه حقوق مسئولیت مدنی شده که از جمله آنها می‌توان به ایجاد کمپین‌های مختلف برای اصلاح و بازبینی مقررات این حوزه و محدود کردن عناوین خسارات و میزان قابل مطالبه خسارات اشاره کرد. اندیشکده‌ها یا انجمن‌هایی از جمله مؤسسه منهن برای تحقیقات سیاسی و راهبردی<sup>۴</sup> یا انجمن امریکایی بازبینی در مقررات مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> و نهادهای محلی از جمله شهروندان مخالف سوءاستفاده از طرح دعوا<sup>۶</sup> و نیز شرکت‌های بسیار بزرگی همچون شرکت‌های دخیانیت، شرکت‌های بیمه‌ای و غیره بودجه‌های بسیاری را به استناد وجود فرهنگ مطالبه خسارت در آمریکا به این امر تخصیص دادند تا بازبینی و اصلاح در مقررات حوزه مسئولیت مدنی ایجاد شود. حتی جورج بوش شعار تغییر و اصلاح مقررات مسئولیت مدنی را به یکی از شعارهای انتخاباتی و مبارزاتی خود تبدیل کرده بود. البته لازم به ذکر است هدف تمامی مدافعان اصلاح مقررات حوزه مسئولیت مدنی صرفاً تغییر قوانین نبود، بلکه تغییر نحوه تفکر مردم آمریکا در مورد صدمه و آسیب و عدالت بود و این استراتژی تغییر فرهنگ آنها نیز تا حدود زیادی موفق شد.<sup>۷</sup> به‌عنوان مثال در سال ۱۹۷۵ در ایالت کالیفرنیا قانون اصلاح مقررات جبران خسارت ناشی از آسیب‌های پزشکی<sup>۸</sup> تصویب شد که براساس آن، برای خسارات معنوی ناشی از درد و رنج، سقف ۲۵۰،۰۰۰ دلار تعیین شد. مطالعات RAND تأثیر این قانون را بر کاهش میزان آرای قضائی صادره در پرونده‌های قصور و تقصیر پزشکی تا ۳۰ درصد نشان داد. همچنین، این مطالعات اثبات کرد که

1. Duty of care

2. Breach of duty

3. Morris, Annette, op.cit, p.369.

4. The Manhattan Institute for Policy Research (MIPR)

5. The American Tort Reform Association (ATRA)

6. Citizens Against Lawsuit Abuse (CALA)

7. Engel, David, op.cit, p.12.

8. Medical Injury Compensation Reform Act (MICRA) (1975) CA

زنان و کسانی که آسیب بیشتری دیده بودند از این قانون بیشتر از دیگران تأثیر پذیرفتند و بخش کمتری از خساراتشان جبران شد. نمونه دیگر از این اصلاحات قوانین در حوزه مسئولیت مدنی که نتیجه بزرگ‌نمایی در فرهنگ مطالبه خسارت بود، در دهه ۱۹۸۰ اتفاق افتاد که به موجب آن نه فقط برای خسارات معنوی، بلکه برای خسارات تنبیهی و حتی طرح دعاوی گروهی محدودیت‌هایی وضع شد و علاوه بر آن، استانداردهای مربوط به مسئولیت محض در زمینه مسئولیت ناشی از تولید نیز تعدیل شد.<sup>۱</sup> مجموع این اقدامات دسترسی به عدالت را برای میلیون‌ها آمریکایی آسیب‌دیده کاهش داد.

## ۲. پیامدهای مثبت فرهنگ مطالبه خسارت

هرچند چنین ادعا می‌شود که افزایش تعداد دعاوی مسئولیت مدنی، موجب توقف فعالیت‌های اجتماعی می‌شود و نشانگر افول اخلاقی جامعه است، در نقطه مقابل می‌توان در جهت عکس استدلال‌های مطرح‌شده، آثار مثبتی برای افزایش دعاوی مسئولیت مدنی در نظر گرفت تا بتوان نهایتاً به تصویری صحیح از این پدیده دست یافت. ترویج ارزیابی ریسک، افزایش مسئولیت‌پذیری، بهبود سطح ایمنی و سلامت در جامعه و تحقق اهداف مسئولیت مدنی از جمله این موارد است:

### ۲.۱. آثار اقتصادی: ترویج ارزیابی ریسک

فرهنگ مطالبه خسارت در عرصه فردی می‌تواند مسئولیت‌پذیری و احتیاط معقول را بین افراد جامعه ترویج دهد. در فعالیت‌های تجاری نیز این فرهنگ با ترویج ارزیابی ریسک<sup>۲</sup> می‌تواند موجب بهبود فعالیت‌های سودمند اجتماعی و تجاری شود؛ امری که تمام سازمان‌ها برای دستیابی به اهداف خود و سوددهی نیازمند به آن هستند.<sup>۳</sup> خصوصاً باید توجه کنیم نقد فرهنگ مطالبه خسارت به معنای تعطیلی مسئولیت مدنی نیست و صرفاً در جهت محدود کردن سیر افزایشی موارد مطالبه خسارت حرکت می‌کند. حال فرض کنید در جامعه‌ای طرح دعاوی جبران خسارت متداول نباشد. در این صورت، بنگاه‌های اقتصادی، به‌خصوص بنگاه‌های تجاری کوچک،

1. Engel, David, op.cit, p 11.

2. Hand, James, op.cit, p 573.

۳. قلی‌پور، آرین، محمد ابوبی اردکان، حسن قالیباف اصل و اصغر اسدی، «استقرار فرهنگ ریسک در مؤسسه‌های مالی»، مدل‌سازی ریسک و مهندسی مالی، دوره ۲، ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۴۵.



کمر اقدامی برای ارزیابی ریسک مسئولیت مدنی و مدیریت آن به عمل خواهند آورد؛ چراکه مطالبه زیان امری استثنایی تلقی می‌شود. در این صورت، چه بسا با وقوع یک حادثه زیان‌آور جدی توسط آن شرکت، فعالیت آن تحت‌الشعاع قرار گیرد و حتی ورشکسته و تعطیل شود. اما در فرض رایج بودن مطالبه خسارت در جامعه و در نتیجه شناسایی دقیق ریسک‌های بالقوه، آن شرکت آمادگی بیشتری برای مواجهه با ریسک‌ها و مدیریت آنها خواهد داشت. بدین ترتیب، علی‌رغم ادعای منتقدان فرهنگ مطالبه خسارت که افزایش دعاوی و ریسک تحمیل مسئولیت را عامل توقف نوآوری و ابداع می‌دانند، وجود این فرهنگ به تمام فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی، گوشزد می‌کند که فقط در صورتی فعالیت خود را آغاز کنند که سازوکاری مناسب برای شناسایی دقیق ریسک جبران خسارت، ارزیابی و مدیریت آن اتخاذ کنند تا خود را از مخاطرات احتمالی آینده محافظت کنند.

همچنین کسب‌وکارها ممکن است خود در معرض زیان قرار گیرند. در این صورت، رایج بودن طرح دعوی مسئولیت و سهل‌الوصول بودن خسارت، به‌ویژه در مورد ضررهایی که ریشه اقتصادی<sup>۱</sup> دارند، می‌تواند با جبران خسارت آنها به بازگشت سرمایه و بهبود فعالیت‌های اقتصادی کمک کند.

## ۲.۲. آثار اجتماعی: افزایش مسئولیت‌پذیری

افزایش طرح دعوی مطالبه خسارت در بلندمدت در یک جامعه نه فقط افول اخلاقی جامعه را به دنبال ندارد، بلکه برعکس، می‌تواند موجب افزایش مسئولیت‌پذیری شهروندان و رعایت احتیاط‌های لازم و البته معقول در فعالیت‌های اجتماعی آنها باشد. در مقایسه با نظام حقوقی که در آن، طرح دعوی مطالبه خسارت در مقایسه با وقایع زیان‌آور نادر و ناچیز است، جامعه‌ای را در نظر بگیرید که به دلیل رایج بودن دعوی جبران خسارت، افراد به‌خوبی می‌دانند که در صورت آسیب رساندن به دیگری باید جبران خسارت کنند و لزوم جبران خسارت زیان‌دیده، فقط بحثی نظری، ایدئال و محدود به کتاب‌های حقوقی نیست، بلکه به‌عنوان یک فرهنگ حقوقی عملی در جامعه کاربرد دارد. نتیجه بدیهی چنین وضعیتی در جامعه این خواهد بود که افراد تکلیف اجتماعی مراقبت و احتیاط نسبت به دیگران را رعایت می‌کنند. ضمناً، این ادعا که افزایش تعداد

۱. درباره ضرر اقتصادی، ر.ک: بادینی، حسن، «بررسی تطبیقی قابلیت جبران «ضرر اقتصادی» در مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۱، صص ۸۷-۵۹.

موارد مطالبه خسارت موجب محافظه‌کاری افراطی و توقف فعالیت‌های اجتماعی سودمند به دلیل ترس از مسئولیت جبران خسارت می‌شود نیز با مسلمات نظام مسئولیت مدنی سازگاری ندارد؛ چراکه در نظام‌های مختلف مسئولیت مدنی، چه در کامن‌لا و چه در سیویل‌لا، قواعد رفتاری و استانداردهای تثبیت‌شده‌ای برای افراد جامعه فرض می‌شود که فقط در صورت پایین بودن رفتار افراد از این استانداردها، رفتار آنها تقصیرآمیز تلقی و تعهد به جبران خسارت بر آنها بار می‌شود. این استاندارد در کامن‌لا به انسان معقول، در سیویل‌لا، به پدر خوب خانواده، در آلمان به انسان معمولی و در حقوق اسلامی به رفتار متعارف تعبیر می‌شود.<sup>۱</sup> بنابراین، باوجود چنین معیارهایی، فقط در صورت خروج فرد از رفتار معقول، او مکلف به جبران خسارت می‌شود. در این صورت افزایش تعداد موارد جبران خسارت نباید هیچ‌گونه نگرانی برای افراد برای انجام دادن فعالیت‌های اجتماعی ایجاد کند؛ کافی است آنها در حدود متعارف و معقول رفتار کنند؛ بدین ترتیب، هرگونه تلاش برای کاهش دادن موارد مطالبه خسارت به بهانه ایجاد هزینه اجتماعی که معیارهای فوق را نادیده بگیرد، مانند این است که به واردکنندگان زیان برای خروج از رفتار متعارف و انجام دادن رفتارهای تقصیرآمیز یارانه بدهیم.

اگر در نگاه منتقدان فرهنگ مطالبه خسارت، مسامحه و اغماض افراد جامعه نسبت به مطالبه حق خود و دریافت خسارت مطلوب محسوب می‌شود، در نقطه مقابل، همین مسئله می‌تواند یک ناهنجاری اجتماعی و موجب سهل‌انگاری بیشتر واردکنندگان زیان تلقی شود. چه بسا لازم باشد به‌جای نگرانی از ایجاد فرهنگ مطالبه خسارت در نتیجه افزایش تعداد دعاوی مسئولیت مدنی، نگران ایجاد فرهنگ تقصیر در جامعه باشیم که در نتیجه مسامحه زیان‌دیدگان نسبت به طرح دعاوی مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود.

### ۲.۳. آثار فنی: بهبود سطح ایمنی و سلامت

در جامعه‌ای که مطالبه خسارت در صورت ورود زیان به افراد امری معمول و رایج است، این آگاهی و هشدار عمومی وجود دارد که در صورت انجام دادن فعل زیان‌بار، تحمل جبران خسارت زیان‌دیده امری گریزناپذیر است؛ در این وضعیت، انتقال هزینه حوادث به وسیله طرح دعا از

۱. بادینی، حسن، «نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۰، ۱۳۸۹، شماره ۱، ص ۷۴.

شخص زیان‌دیده به شخص حقیقی یا حقوقی که امکان جلوگیری از حادثه را داشته، این انگیزه را برای اشخاص ایجاد می‌کند که به‌جای جبران خسارت، در زمینه پیشگیری از وقوع حادثه سرمایه‌گذاری کنند و این موضوع در درازمدت، کاهش میزان حوادث را در پی خواهد داشت.<sup>۱</sup> به بیان دیگر، از یک سو تمایل افراد برای اجتناب از تحمل جبران خسارت دیگری می‌تواند برای خود آنها انگیزه‌ای نیرومند برای پیشگیری از وقوع حادثه باشد و از سوی دیگر تحمل مسئولیت توسط یک واردکننده زیان به‌طور خاص و به موجب عملکرد زیان‌آور گذشته‌اش، سایر افرادی را که در موقعیت مشابه قرار دارند، وادار به انجام دادن اقدامات احتیاطی می‌کند تا در آینده از وقوع حادثه زیان‌بار جلوگیری کنند.<sup>۲</sup>

یکی از بهترین نمونه‌های عملی برای اثبات این ویژگی فرهنگ مطالبه خسارت، پرونده‌های معروفی در امریکا تحت‌عنوان «پرونده‌های پنبه‌نسوز»<sup>۳</sup> است. ازبست یا پنبه نسوز ماده‌ای با مقاومت بالا نسبت به حرارت است که حجم زیادی از آن در گذشته در صنایع مختلف استفاده می‌شد. تنفس الیاف‌های ریز این ماده انواع مختلفی از بیماری‌ها و سرطان‌های تنفسی، گوارشی و پوستی را به دنبال دارد. در گزارش‌های ارائه‌شده از ایالات متحده امریکا چنین تخمین زده شده که حدود صد میلیون از شهروندان امریکایی در طول زمان در معرض این ماده بوده‌اند و تا پایان سال ۲۰۰۲، ۷۳۰,۰۰۰ نفر علیه ۸۴۰۰ نفر دعوای مسئولیت مدنی طرح کرده‌اند و مقدار خسارت پرداخت‌شده توسط خوانده‌ها و بیمه‌گران آنها، هفتاد میلیارد دلار تخمین زده شده است. بدین ترتیب این موضوع از پرشمارترین دعوای مسئولیت مدنی در حقوق امریکا محسوب می‌شود. علی‌رغم اینکه این دعوای موجب ورشکستگی تعداد زیادی از شرکت‌های درگیر با موضوع به‌عنوان واردکننده زیان شد<sup>۴</sup>، پس از پیروزی دعوای مسئولیت مدنی در این زمینه از سال ۱۹۷۰ به بعد، مقررات متعددی در زمینه اعمال محدودیت بر محیط‌های کاری که با این ماده سروکار داشتند، وضع شد و تعدد و فشار دعوای مسئولیت، نهایتاً موجب شد تولیدکنندگان پنبه نسوز را از

۱. بادینی، حسن و سمیه عباسی، «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیشگیری از فعالیت‌های خطرآفرین»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، شماره ۹۹، ص ۳۴.

2. Barnes, David and Lynn Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Co., 1992, p 46.

3. Asbestos

4. Asbestos Litigation in the U.S.: A New Look at an Old Issue, Deborah Hensler, Stephen Carroll, Michelle White, and Jennifer Gross, The RAND documented briefing series, Institute for Civil Justice, p 10.

بیشتر کالاها حذف کنند.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، هرچند افزایش دعاوی مسئولیت مدنی موجب ایجاد هزینه‌هایی برای فعالان اقتصادی و جامعه می‌شود، نباید از آثار مثبت آن برای کلیت جامعه چشم‌پوشی کرد. یک بررسی در سال ۱۹۷۱ در امریکا نشان داده بیش از ۵۰ درصد شرکت‌های بزرگ مورد مطالعه، برای کاهش ریسک مسئولیت برنامه‌ریزی کرده‌اند. همچنین در یک تحقیق دیگر در سال ۱۹۸۰، که برای ارزیابی اثر مسئولیت مدنی بر طراحی کالاهای مصرفی انجام شده، محققان به این نتیجه رسیده‌اند که مسئولیت مهم‌ترین عامل مؤثر بر طراحی کالاها بوده و اقامه دعاوی مسئولیت، سطح ایمنی برخی کالاها را بهبود بخشیده است.<sup>۲</sup>

در نظر گرفتن ریسک مسئولیت به‌عنوان عامل پیشگیرانه در ورود زیان به قدری اهمیت پیدا کرده که می‌توان از اصلی به عنوان اصل احتیاط به‌ویژه در تولیدات جدید یاد کرد که دارای دو کارکرد پیشگیرانه (پیش از وقوع زیان) و جبرانی (پس از وقوع آن) در حقوق مسئولیت مدنی است. این اصل مربوط به مواقعی است که با ریسک مظنون مواجهیم؛ یعنی خطری احتمالی که هرچند از نظر علمی به‌طور قطعی ثابت نشده باشد، اما فرضیه‌های علمی متعددی از رابطه سببیت احتمالی میان آن خطر و وقوع زیان حمایت می‌کند. درواقع، هدف این اصل جلوگیری از عواقب منفی ولی احتمالی ناشی از خطری جدی یا برگشت‌ناپذیر ناشی از یک محصول یا کالا است که یقین علمی به وقوع آن وجود ندارد. این اصل درمورد تکنولوژی‌های جدید و خطرناک مانند استفاده از آفت‌کش‌ها، داروها یا افزودنی‌های غذایی، بیش از سایر محصولات به چشم می‌خورد. نمونه کاربرد این اصل، در پرونده موسوم به ملامین در چین قابل ملاحظه است.<sup>۳</sup> در این کشور، شرکت‌های تولیدکننده محصولات غذایی بدون اطلاع از عوارض مرگ‌بار ملامین باوجود آگاهی از اینکه ملامین افزودنی غذایی نیست، آن را به پودر شیر اضافه کردند و دولت نیز پس از اطلاع از این موضوع هیچ‌گونه اقدام سریعی در این خصوص انجام نداد و در تاریخ ۹ سپتامبر ۲۰۰۸، چهارده کودک با خوردن شیرهای آلوده به ملامین فوت کردند. واقعیت این است که شرکت‌های غذایی از مرگ‌بار بودن این ماده اطلاعی نداشتند، ولی در نظر گرفتن ریسک

۱. همان، ص ۳۶.

۲. همان، ص ۳۵.

۳. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، «مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۱۰، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۴۰۸، ۴۰۹، ۴۱۰ و ۴۲۰.

مسئولیت در قالب اصل احتیاط می‌توانست مانع وقوع چنین خساراتی شود. در پرونده‌های متعدد، همین اصل موجب توقف فعالیت‌های زیان‌بار یا پیشگیری از آنها در سطح گسترده شده است؛ برای مثال، در پرونده‌ای مربوط به شیوع بیماری آنفلوآنزای مرغی، دادگاه ایتالیا با ابراز نگرانی نسبت به ریسک انتقال بیماری و ورود خسارت به انسان، رأی به قرنطینه کردن بوقلمون‌های موجود در زمین‌های کشاورزی داده است.<sup>۱</sup>

#### ۲.۴. آثار حقوقی: تحقق اهداف کلان مسئولیت مدنی

منتقدان فرهنگ مطالبه زیان معتقدند افزایش موارد مطالبه خسارت در پرونده‌هایی که ضررهای وارده ناچیز و کم‌اهمیت است، دلالت بر این دارد که افراد جامعه انگیزه‌های مالی از طرح ادعای مسئولیت مدنی دارند و این تمایل افراطی به مطالبه خسارت باید کنترل شود. به نظر می‌رسد این نوع نگاه به مسئولیت مدنی با در نظر گرفتن اهدافی که از برقراری مسئولیت مدنی مورد انتظار است، با ایراداتی مواجه است:

اولاً، نفس وجود انگیزه مالی برای زیان‌دیده از مطالبه خسارت نمی‌تواند به‌عنوان امری نامطلوب و سرزنش‌آمیز تلقی شود. اساساً یکی از نخستین کارکردهای مسئولیت مدنی در ارتباط با زیان‌دیده، جبران خسارت او به صورت پرداخت مبلغی پول است و چه بسا بتوان گفت راه‌های دیگر نقش فرعی دارند.<sup>۲</sup> در این صورت، بدیهی است یکی از انگیزه‌های زیان‌دیده در هر موضوع، انگیزه مالی باشد. وقتی خودروی شخص زیان‌دیده در اثر تقصیر دیگری آسیب می‌بیند، انگیزه او از تعقیب زیان‌دیده، پیش و بیش از هر چیز، انگیزه مالی است. حداقلی‌ترین حقی که می‌توان برای شخصی که در حادثه‌ای آسیب جسمی دیده تصور کرد، پرداخت مبلغی پول به او برای جبران زیان‌های وارده به جسم و هزینه‌های درمانی است. حتی این موضوع نیز پذیرفته شده که جبران خسارت معنوی وارد شده به اشخاص نیز می‌تواند از طریق تبدیل به پول صورت گیرد.<sup>۳</sup> در این صورت، این موضوع که زیان‌دیدگان از طرح ادعای مسئولیت مدنی، انگیزه مالی دارند، نه فقط

1. Caranta. R, "The Precautionary Principle in Italian Law", *Precautionary and Administrative Law XVLL congress 16-22 July*, Michel, Bruxelles, 2007, p 22.

۲. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۶۶، ۱۳۸۳، شماره ۵۲۰، ص ۶۳.

۳. شوشی نسب، نفیسه، «نحوه ارزیابی خسارت‌های درد و رنج»، *مجله پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۳، ۱۳۹۰، شماره ۳۳، صص ۱۱۰ به بعد.

ایراد به نظر نمی‌رسد، بلکه از بدیهیات مسئولیت مدنی است. انگیزه مالی از دعوی مطالبه خسارت فقط زمانی مشکل‌ساز است که پیش از وقوع حادثه، برای زیان دیده وجود داشته باشد و با زمینه‌سازی او، حادثه زیان‌آور شکل گیرد. هرچند نظام حقوقی موظف به مقابله با چنین دعوی متقابلانه‌ای است، لکن این موضوع ارتباطی با فرهنگ مطالبه خسارت پیدا نمی‌کند و قواعد ماهوی عام حقوق مسئولیت مدنی (مانند عدم مداخله زیان دیده برای برقراری سببیت) و همچنین قواعد شکلی آیین دادرسی مدنی (مانند ایراد دعوی واهی و استفاده از نظریات کارشناسی) مانع از به نتیجه رسیدن این موارد مطالبه خسارت می‌شوند.

ثانیاً، ناچیز بودن مبلغ خسارت نمی‌تواند دلیلی برای محدود کردن حق مطالبه آن باشد. توضیح آنکه ناچیز یا بالا بودن مبلغ خسارت امری نسبی است و چه بسا مبلغ خسارتی که نوعاً یا برای برخی افراد ناچیز محسوب می‌شود، برای یک زیان دیده خاص، مبلغ قابل توجهی محسوب شود. همچنین، در مسئولیت مدنی، مطلق ضرر، ایجاد مسئولیت می‌کند و در ارکان و شرایط دعوی مسئولیت مدنی تفکیکی از لحاظ میزان ارزش مالی ضرر وارد شده وجود ندارد. بدین ترتیب، این موضوع که افزایش دعوی ناچیز و جزئی موجب بالا رفتن تعداد دعوی مسئولیت مدنی و ایجاد فرهنگ مطالبه خسارت می‌شود، نباید به عنوان آسیب تلقی شود.

ثالثاً، مسئولیت مدنی علاوه بر جبران خسارت، اهداف دیگری نیز دارد که لازم است مطلوب یا نامطلوب بودن فرهنگ مطالبه خسارت را در نسبت با مجموعه‌ای از آنها و نه فقط یک هدف خاص ارزیابی کرد. به بیان دیگر، مسئولیت مدنی صرفاً ماشین جبران خسارت و تولید پول برای زیان دیده نیست و اهداف دیگری را نیز دنبال می‌کند که تحقق تمامی آنها در گرو مطالبه خسارت و طرح ادعا از سوی زیان دیده است؛ در غیر این صورت، اگر زیان دیده نسبت به طرح ادعا و مطالبه حق منفعل باشد، اساساً بستری برای تحقق اهداف مسئولیت مدنی به وجود نمی‌آید. مسئولیت مدنی، در ارتباط با زیان دیده، علاوه بر جبران خسارت به صورت پرداخت مبلغی پول، احقاق حق خواهان و رفع تجاوز نسبت به حق او را به دنبال دارد. این هدف نیز آن قدر برای نظام مسئولیت مدنی در برخی از کشورها دارای اهمیت بوده که حتی خسارات نمادین یا اسمی<sup>۱</sup> برای اعلام محق بودن خواهان وضع شده است.

1. Nominal damages

حق طرح دعوی زیان‌دیده برای مطالبه خسارت خود- خواه نهایتاً به نتیجه مطلوب خود برسد خواه در دعوا شکست بخورد- و دسترسی به عدالت<sup>۱</sup> از جمله حقوق اساسی هر شخص در جامعه مدنی است<sup>۲</sup> و محدود کردن این حق به بهانه افزایش تعداد دعاوی و ایجاد هزینه‌های اجتماعی نقض این حق بنیادین است. هدف جانبی دیگر مسئولیت مدنی در ارتباط با زیان‌دیده ایجاد احساس عدالت برای اوست. مسئول شناخته شدن واردکننده زیان می‌تواند این کارکرد را داشته باشد که زیان‌دیده احساس کند با این کار عدالت اجرا شده و این احساس عدالت جانشین حس انتقامی خواهد شد که پایه ایجاد مسئولیت مدنی در جوامع گذشته بوده است.<sup>۳</sup> به بیان دیگر، وقتی افراد زیان‌دیده از طرح دعوا صرف‌نظر می‌کنند، این کار می‌تواند دو دلالت مهم و خطرناک برای حقوق داشته باشد؛ صرف‌نظر کردن از تعقیب زیان‌دیده یا به معنای جایگزینی انتقام خصوصی به جای مطالبه خسارت است یا نشانه گذشت فرد از حق نقض شده خود است که می‌تواند نوعی مجوز برای ایراد زیان به دیگران و نادیده گرفتن قواعد حقوقی تلقی شود. بدین ترتیب، فرهنگ مطالبه خسارت هم در برابر انتقام خصوصی قرار می‌گیرد و هم با نقض حقوق زیان‌دیدگان مقابله می‌کند.

علاوه بر این، هدف دیگر مسئولیت مدنی، که توزیع ضرر است، از طریق فرهنگ مطالبه خسارت تقویت می‌شود؛ همان‌گونه که گفته شد، یکی از تبعات اصلی فرهنگ مطالبه خسارت در افزایش مطالبه خسارت از بیمه‌ها و در نتیجه، افزایش هزینه بیمه خود را نشان می‌دهد. بیمه مسئولیت و تأمین اجتماعی موجب می‌شود مسئولیت مدنی به‌عنوان سازوکاری برای توزیع ضررها به کار رود<sup>۴</sup> و اگر ضرری به زیان‌دیده وارد شده، این دو ابزار از فشار مسئولیت بر عامل زیان می‌کاهند. همچنین با بالا رفتن هزینه بیمه، بخشی از مبالغ پرداختی به شرکت‌های بیمه‌گر، مجدداً از طریق مالیات به جامعه برمی‌گردد. علاوه بر این موارد فرهنگ مطالبه خسارت با تأکید بر مسئولیت واردکنندگان زیان در جامعه، کارکرد بازدارندگی خاص و بازدارندگی عام مسئولیت

1. Access to justice

۲. «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید»، اصل ۳۴ قانون اساسی.

۳. بادینی، حسن، پیشین، ص ۶۲

۴. بادینی، حسن، «قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت (مسئولیت مدنی، بیمه و تأمین اجتماعی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، ۱۳۸۷، شماره ۲، ص ۵۷.

مدنی را محقق می‌کنند؛ هرچه مسئولیت واردکننده زیان محتمل‌تر باشد، احتیاط او و سایر واردکنندگان زیان بالقوه و پیشگیری آنها نسبت به ورود زیان بیشتر خواهد بود. نتیجه آنکه تحقق اهداف متعدد مسئولیت مدنی از جمله جبران خسارت، بازدارندگی و عدالت ترمیمی بستگی به این امر خواهد داشت که زیان‌دیدگان واقعاً دعوی طرح کنند. در واقع اقامه دعوا شرط اجرای مسئولیت مدنی است و در صورت عدم اجرا هیچ‌کدام از آن اهداف محقق نمی‌گردد؛ نه غرامتی پرداخته می‌شود نه بازدارندگی ایجاد می‌شود و نه امکانی برای تحقق عدالت اصلاحی و توزیع زیان به وجود می‌آید و نهایتاً با عدم طرح دعوا از سوی زیان‌دیدگان ظرفیت حقوق مسئولیت مدنی برای دستیابی به آن اهداف تضعیف می‌شود.

### نتیجه‌گیری

اشتقاق فراوان مردم یک جامعه به طرح دعوی مسئولیت و مطالبه خسارت و تبدیل شدن آن به یک هنجار فرهنگی رایج در میان شهروندان در حقوق مسئولیت مدنی با عنوان فرهنگ مطالبه خسارت شناخته می‌شود. براساس آثار بسیار زیادی که این پدیده حقوقی- فرهنگی در جوامع دارد، موافقان و مخالفانی ظهور یافتند که هرکدام با بیان استدلال‌ها و دلایل خود این پدیده را به نحو مثبت یا منفی توصیف می‌کنند. برخی معتقدند که این یک معضل و نوعی بیماری قضایی است که نظام حقوقی با مضیق کردن درجه‌های مسئولیت و طرح دعوی باید از ایجاد یا تقویت آن جلوگیری کند و برخی دیگر معتقدند این پدیده امر نامبارکی نیست و مزایای آن بیش از مضرات آن است در نتیجه قانون‌گذار می‌بایست با مبسوط‌تر کردن دروازه‌های مسئولیت مدنی اجازه دسترسی شهروندان به عدالت و تحقق اهداف کلان مسئولیت مدنی را بدهد.

به نظر می‌رسد در انتخاب یکی از این دو راه، بیش از همه باید به این اندیشید که کدام یک بیشتر در خدمت اهداف غایی حقوق از جمله دستیابی به مدنیت بیشتر، حفظ حقوق فردی شهروندان و افزایش توسعه و رفاه جامعه ایرانی است. شاید بتوان میان وضعیت جوامع از لحاظ توسعه‌یافتگی داوری کرد: در جامعه‌ای که توسعه یافته و دغدغه‌ای درباره پیشرفت ندارد، فرهنگ مطالبه خسارت می‌تواند سودمند باشد؛ چراکه اعضای جامعه را درباره عواقب تصمیماتشان دوراندیش می‌کند. آنها به این خواهند اندیشید که از نتیجه اقداماتشان کسی آسیب نبیند. این احتیاط ممکن است در داوری اولیه برای پیشرفت جامعه مبارک نباشد، اما برای جامعه‌ای که به



اندازه کافی توسعه یافته، دغدغه اصلی دور ماندن از مسیر توسعه نیست، بلکه پایبندی به دوراندیشی در هنگام تصمیم‌گیری است. اما این نسخه را نمی‌توان برای جامعه در حال توسعه تجویز کرد؛ چراکه شیوع مطالبه خسارت، اشخاص را به دوراندیشی فرا می‌خواند و نتیجه حتمی دوراندیشی، احتیاط، حزم و محافظه‌کاری است و بی‌تردید، این‌ها با توسعه سازگار نیستند.<sup>۱</sup> پس در این جوامع که هنوز توسعه نیافته‌اند، باید اشخاص را به کنار آمدن با آنچه پیش‌آمده فراخواند. باین‌حال، حقیقت این است که اگر توسعه را به معنای رشد اقتصادی صرف در نظر بگیریم،<sup>۲</sup> طبیعتاً این تفکیک قابل‌توجیه است: جامعه‌ای که به رشد اقتصادی رسیده، باید دل‌نگران رفاه شهروندانش باشد، پس از دعاوی مسئولیت مدنی استقبال می‌کند. اما در جامعه‌ای که به رشد اقتصادی نرسیده، اعضای آن باید در مسیر تحقق هدف مشترکشان، تحمل و مدارای بیشتری داشته باشند. در نتیجه، اگر در مسیر رشد اقتصادی، آسیب یا آسیب‌هایی هم متوجه شخص یا اشخاصی شد، باید گفت: «سر خم می‌سلامت شکند اگر سبوی». برای مثال، به منظور بالا بردن تولید ناخالص مالی لازم است تولید کارخانه‌ها افزایش یابد. برای تحقق این هدف، تمامی تمرکز تولیدکننده باید بر افزایش تولید باشد نه آنکه دغدغه‌ای از نظر دعاوی احتمالی مصرف‌کنندگان یا کارگران داشته باشد. برای همین، باید اشخاصی را که به سبب فعالیت‌های کارخانه آسیب می‌بینند، به رواداری و تحمل فراخواند تا از هزینه‌ها و دغدغه‌های تولیدکنندگان کاسته شود. در این مسیر، اگر مصرف‌کننده‌ای به علت استفاده از کالای معیوب تولیدکننده یا کارگری در محیط کارگاه و در هنگام تولید یا شهروندی به سبب آلودگی‌های کارخانه آسیب دید، حقوق مسئولیت مدنی نباید به خواسته آنها برای جبران تام و تمام زیان‌ها توجه کند، بلکه باید با موانع حقوقی از جمله لزوم اثبات تقصیر و رابطه سببیت میان تقصیر و زیان وارده یا پیش کشیدن پای زیان‌دیده در ایجاد زیان، راه را بر راهروان دعاوی مسئولیت مدنی سخت و دشوار کرد. با فرض اثبات ارکان مسئولیت مدنی نیز در مقام جبران باید به حداقل‌ها بسنده کرد و دامنه زیان‌های قابل‌مطالبه را افزایش نداد. طبیعتاً جامعه نیز می‌تواند با موانع فرهنگی و شناختی، در

۱. نوو، اگلیز و زهرا املی، «اصل احتیاط به مثابه نشانه‌ای از ذهنیت و نیازهای انسان پست مدرن»، دو فصلنامه فلسفی‌شناختی، پژوهشنامه علوم انسانی، ۱۳۸۸، شماره ۱ / ۶۱ صص ۱۲۱ به بعد.  
 ۲. مصطفوی ثانی، علی و محمد نعمتی، «تحلیل آسیب‌شناسانه توسعه متوازن منطقه‌ای در برنامه‌های توسعه کشور»، سال هفتم، ۱۳۹۸، شماره ۲۶، ص ۳۳.

مقام منع زیان‌دیدگان از طرح دعاوی مسئولیت مدنی برآید. همه اینها کمک خواهد کرد تا تولیدکننده بدون دغدغه به مسیر تولید خویش ادامه دهد؛ مسیری که در پایان، رشد اقتصادی جامعه را به دنبال خواهد داشت. بعد از رسیدن به مقصد نهایی، کشتیبان می‌تواند سیاستی دگر آغاز کند: دعاوی مسئولیت مدنی را تشویق کند و تولیدکنندگان را به احتیاط و حزم فراخواند. بدین ترتیب، نسلی که در مسیر توسعه در جامعه وجود دارد، باید در برابر آنچه بر سرش می‌رود، صبر پیشه کند؛ به این امید که نسل‌های بعدی در رفاه بیشتری قرار بگیرند. اما حقیقت این است جامعه‌ای که نتواند شهروندان کنونی‌اش را از سختی و دشواری‌های بیخشد، به آینده‌اش نیز چندان اعتمادی نیست. به‌علاوه، مقصد نهایی کجاست؟ از کجا به بعد می‌توان گفت که جامعه توسعه یافته است و دیگر دغدغه‌ای برای آن ندارد؟ مجهول بودن مقصد ابهام‌ها را افزایش می‌دهد و از توان اشخاص برای صبوری می‌کاهد. همچنین، به فرض هم که به توسعه رسیدیم، چگونه می‌توان جامعه‌ای که یک‌سوی آن به انضلام و سوی دیگرش به تعدی به حقوق دیگران عادت کرده‌اند، به تغییر رفتار ترغیب کرد؟ «ترک عادت همه گر زهر بود، دشوار است»<sup>۱</sup> افزون بر اینها، «باید توجه داشت که توسعه کلیت پیچیده‌ای است که نه تنها عناصر اقتصادی، بلکه عناصر اجتماعی، سیاسی و اداری نیز در آن نقش دارند»<sup>۲</sup>. به‌همین دلیل، نمی‌توان جامعه‌ای را که به رشد اقتصادی رسیده ولی توسعه اجتماعی را تجربه نکرده، توسعه‌یافته تلقی کرد. به بیان دیگر، «توسعه اجتماعی و اقتصادی دو روی یک سکه‌اند؛ سکه‌ای که توسعه نامیده می‌شود. نمی‌توان در بلندمدت جامعه‌ای را که فقط در یک جهت پیشرفته باشد توسعه‌یافته تلقی کرد. ممکن است کشوری رشد و توسعه اقتصادی بالایی را تجربه کند، ولی پایداری این رشد در گرو اتخاذ سیاست مناسب برای نیل به توسعه اجتماعی است»<sup>۳</sup>. بر این اساس و با توجه به لزوم توسعه همه‌جانبه، نباید از شیوع دعاوی مسئولیت مدنی ترسید و آن را خطری برای توسعه تلقی کرد، بلکه «از خلاف‌آمد عادت» این اتفاق می‌تواند در بطن خویش، توسعه متوازن را به دنبال داشته باشد.

۱. صائب تبریزی

۲. جباری، حبیب، «توسعه اجتماعی و اقتصادی: دو روی یک سکه؟»، مجله رفاه اجتماعی، دوره ۳،

۱۳۸۲، شماره ۱۰، ص ۵۵.

۳. همان.

به‌علاوه با این تدبیر، احتمال بیشتری وجود دارد که «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص» از تعرض مصون بماند. (اصل ۲۲ قانون اساسی) در نتیجه، نباید افراد جامعه را از طرح دعوی مسئولیت مدنی برحذر داشت و آنکه به امید دادگری به دادگستری روی آورده را ناامید کرد. در واقع، نباید کسی را که از بسترهای حقوقی فراهم‌شده استفاده کرده و با پایبندی به قواعد جامعه مدرن مطالبه خسارت می‌کنند، سرزنش کرد که چرا با درد خویش خو نکرده و ترک درمان نگفته است؟ چرا همچون انسان‌های قرن‌های پیشین، بلایی که بر سرش ریخته را نتیجه گناه خودش ندانسته؟ چرا جهان را عادلانه ندیده و عقوبت بدکار را به دست ناپیدای انتقام طبیعت نسپرده است؟ بلکه اتفاقاً، دغدغه اصلی نظام حقوقی در این باب باید این باشد که چرا افرادی که آسیب دیده‌اند، ترجیح می‌دهند از بستر حقوقی استفاده نکنند و به‌جای آنکه برپایی عدالت را از دادگستری انتظار داشته باشند، هنوز به عادلانه بودن جهان اعتقاد داشته باشند؟ این باورها در نهایت ابزاری برای توجیه پذیرش ستم است و به همان اندازه که ستمگری و سلطه‌گری ناپسند است، ستم‌کشی و سلطه‌پذیری نیز ناپسند است. (اصل دوم قانون اساسی) افزون بر اینها، پاسخ‌گو کردن عامل زیان و الزام او به جبران زبانی که وارد آورده، قرار دادن هرچیز در جای خودش (عدل) است و بر بخشش عامل زیان (جود) ترجیح دارد.<sup>۱</sup> در نتیجه، دل‌نگرانی نظام حقوقی، بیشتر باید به سوی کسانی باشد که گزینه انظلام را انتخاب می‌کنند نه آنان که با مکافات خواستن، پاسخگو کردن دیگری را خواستار می‌شوند. اینان در نهایت سبب می‌شوند که مسئولیت‌پذیری افزایش یافته، سطح ایمنی بالاتر رفته و در نهایت اهداف حقوق مسئولیت مدنی تحقق یابد. این رویکرد مزیت دیگری نیز دارد و آن به چالش کشیدن نظام حقوقی است: وقتی دادگاه‌ها با حجمی از دعاوی مسئولیت مدنی به‌خصوص با دعاوی تازه و کمتر طرح‌شده در این حوزه روبه‌رو شوند، در امور حکمی ناچار خواهند شد با تفسیرهای تازه‌تر نظام قضایی را برای پاسخ‌گویی به مسئله‌ها آماده کنند. در این راه، مطمئناً ادبیات حقوقی و البته در صورت لزوم، قانون‌گذار نیز وادار به همراهی خواهد شد. در امور موضوعی نیز تجهیز و تقویت نظام کارشناسی می‌تواند در مسیر راستی‌آزمایی ادعاهای خواهان‌ها از نظر احراز ارکان مسئولیت مدنی یاری‌رسان باشد. به‌علاوه، همین نظام کارشناسی می‌تواند در انتخاب بهترین شیوه جبران

۱. «وَ سئِلَ (علیه السلام) أَيُّهُمَا أَفْضَلُ، الْعَدْلُ أَوْ الْجُودُ؟ فَقَالَ (علیه السلام): الْعَدْلُ يَضَعُ الْأُمُورَ مَوَاضِعَهَا، وَ الْجُودُ يُخْرِجُهَا مِنْ جِهَتِهَا؛ وَ الْعَدْلُ سَائِسٌ عَامٌّ، وَ الْجُودُ عَارِضٌ خَاصٌّ؛ فَالْعَدْلُ أَشْرَفُهُمَا وَ أَفْضَلُهُمَا».

زیان (به‌ویژه در زبان معنوی) کمک کند. بدین ترتیب، این چالش‌ها کمک خواهد کرد تا نظام حقوقی از رخوت و سستی به درآمد، تکامل یابد و به پختگی بیشتری برسد؛ درحالی‌که وقتی اشخاص راه مدارا را انتخاب و از طرح دعوی مسئولیت مدنی صرف‌نظر می‌کنند، فرصت پیشرفت را از نظام حقوقی سلب می‌کنند.

بدین ترتیب، نتیجه نهایی این نوشتار این است که فرهنگ مطالبه خسارت فرهنگ نامبارکی نیست، بلکه اتفاقاً می‌تواند ابزاری مناسب برای کنترل نظم جامعه و پاسداشت حقوق افراد جامعه باشد. با این حال، توجه به نکته زیر قابل ملاحظه است:

مطمئناً افرادی هستند که زیانی ندیده یا زیان درخوری ندیده‌اند و با این حال، طرح دعوی می‌کنند؛ اما نباید دل‌نگران آنها بود. در برابر این گروه، باید از حقوق شکلی خواست تا با نظم بخشیدن به ضمانت‌اجراهای دعاوی واهی، بازدارندگی مناسب را فراهم و از طرح دعاوی بی‌اساس جلوگیری کند.<sup>۱</sup> به علاوه، اگر حقی برای طرح دعوا وجود دارد، حتماً ممنوعیت و محدودیتی هم برای سوءاستفاده از این حق وجود دارد. (اصل ۴۰ قانون اساسی) پس می‌توان در برابر آنکه به باطل طرح دعوا می‌کند و بیهوده وقت دادگستری و طرفش را می‌گیرد، ایستاد و او را به خاطر سوءاستفاده‌اش از حق طرح دعوا محکوم کرد.

## منابع

### کتاب

۱. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴.

---

۱. «در کلیه دعاوی مدنی اعم از دعاوی اصلی یا طاری و درخواست‌های مربوط به امور حسبی به استثنای مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، خوانده می‌تواند برای تأدیه خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق الوکاله که ممکن است خواهان محکوم شود از دادگاه تقاضای تأمین نماید. دادگاه در صورتی که تقاضای مزبور را با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات موجه بداند، قرار تأمین صادر می‌نماید و تا وقتی که خواهان تأمین ندهد، دادرسی متوقف خواهد ماند و در صورتی که مدت مقرر در قرار دادگاه برای دادن تأمین منقضی شود و خواهان تأمین ندهد به درخواست خوانده قرار رد دادخواست خواهان صادر می‌شود. تبصره- چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایدای طرف یا غرض‌ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید»، ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی. «... خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید...»، ماده ۵۱۵ همان قانون.

## مقاله

۲. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۱۰، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۴۰۷-۴۲۸.
۳. بادینی، حسن، بررسی تطبیقی قابلیت جبران ضرر اقتصادی در مسئولیت مدنی، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۱، صص ۵۹-۷۸.
۴. بادینی، حسن، قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت (مسئولیت مدنی، بیمه و تأمین اجتماعی)، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، ۱۳۸۷، شماره ۲، صص ۳۹-۶۸.
۵. بادینی، حسن، نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۰، ۱۳۸۹، شماره ۱، صص ۷۳-۹۳.
۶. بادینی، حسن، هدف مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۶۶، ۱۳۸۳، شماره ۵۲۰، صص ۵۵-۱۱۳.
۷. بادینی، حسن و سمیه عباسی، ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیشگیری از فعالیت‌های خطرآفرین، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۱، ۱۳۹۶، شماره ۹۹، صص ۳۱-۵۸.
۸. جباری، حبیب، توسعه اجتماعی و اقتصادی: دو روی یک سکه؟، مجله رفاه اجتماعی، دوره ۳، ۱۳۸۲، شماره ۱۰، صص ۵۵-۸۰.
۹. شوشی نسب، نفیسه، نحوه ارزیابی خسارت‌های درد و رنج، مجله پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۳، ۱۳۹۰، شماره ۳۳، صص ۱۰۱-۱۳۶.
۱۰. قلی پور، آرین، محمد ابویی اردکان، حسن قالبیاب اصل و اصغر اسدی، استقرار فرهنگ ریسک در مؤسسه‌های مالی، مدل‌سازی ریسک و مهندسی مالی، دوره ۲، ۱۳۹۶، شماره ۱، صص ۴۲-۵۹.
۱۱. مصطفوی ثانی، علی و محمد نعمتی، تحلیل آسیب‌شناسانه توسعه متوازن منطقه‌ای در برنامه‌های توسعه کشور، سال هفتم، ۱۳۹۸، شماره ۲۶، صص ۳۱-۶۹.
۱۲. نوو، اگلیز و زهرا املی، اصل احتیاط به مثابه نشانه‌ای از ذهنیت و نیازهای انسان پست مدرن، دو فصلنامه فلسفی شناختی، پژوهشنامه علوم انسانی، ۱۳۸۸، شماره ۱ / ۶۱، صص ۱۲۱-۱۴۶.

## References

### Books

1. Abel, Richard and Kritzer, Herbert, *English Lawyers between Market and State: The Politics of Professionalism* 'The Fracturing Legal Profession: The Case of Plaintiffs' Personal Injury Lawyers, vol: 8, Oxford Socio-Legal Studies publication, 2003.
2. Badini, Hassan, *The Philosophy of Civil Responsibility*, Enteshar co, 1<sup>st</sup> edition, 2005. (in Persian)
3. Barnes, David and Lynn Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Co, 1392.

### Articles

4. Badini, H, "A Critical Study of Rescannable and Ordinary Person for Detrmining Fault in Tort Liability", *Private Law Studies Quarterly*, vol: 40, Issue. 1, 2011, pp 73-93. (in Persian)
5. Badini, H, "Comparative Study of Reparability of Economic Loss in Tort Law", *Private Law Studies Quarterly*, vol: 41, no.1, 2012, pp 59-78. (in Persian)
6. Badini, H, "Policies Governing the Concurrent Application of Systems of Compensations (Tort Law, Private Law, Insurance and Social Security)", *Private Law Studies Quarterly*, vol: 38, no. 2, 2009, pp 39-68. (in Persian)
7. Badini, H, "The Philosophy of Civil Responsibility", *Law and Political Sciences*, vol: 66, no. 520, 2004, pp 55-113. (in Persian)
8. Badini, H, Abbasi, S, "Assessment of the Preventive Effect of Tort Law and Safety Regulation in Hazardous activities", *Judicial Law Journal*, vol: 81, no. 99, 2017, pp 31-58. (in Persian)
9. Ennis, Maeve & Vincent, Charles, "Medical Accidents and Litigation", *Journal of Law and Policy*, vol: 16, 1994, pp 97-121.
10. Gholi pour, A, Abooyee Ardakan, M, ghalibaf Asl, H, Asadi, A, "Deployment of Risk Culture In Financial Institutions, *Journal of Risk Modeling and Financial Engineering*, vol: 2, no. 1, 2017, pp 42-59. (in Persian)
11. Hand, James, "The Compensation Culture: Cliché or Cause for Concern", *Journal of Law and Society*, vol: 37, no. 4, 2010, pp 1-18.
12. Izanloo, M, Asadi, Z, "Comparative Study of the Dual Functions of the Precautionary Principle in Civil Liability", *Comparative Law Review*, vol: 10, Issue 2, 2019, p 407-428. (in Persian)

13. Jabari, H, "Socio-Economic Development: Two Faces of a Coin", *Refah Journal*, vol: 3, no. 10, 2003, pp 55-80. (in Persian)
14. Lewis, Richard and Morris, Annette, "Tort Law Culture: Image and Reality", *Journal of Law and Society*, vol: 39, no. 4, 2012, pp 562-592.
15. Morris, Annette, "Spiraling or Stabilizing? The Compensation Culture and Our Propensity to Claim Damages for Personal Injury", *The Modern Law Review*, Vol. 70, no. 3, 2007, pp 349-378.
16. Mostafavisani, A, Nematy, M, "The Pathological Analysis of Regional Balanced Development in National Development Plans", *Quarterly Journal of Fiscal and Economic Policies*, vol: 7, no. 26, 2019, pp 31-69. (in Persian)
17. Nouvoo E, Emeli Z, "The Principle of Precaution aa a Sign of Mentality and Needs of Postmodern Man", *Shinakht Journal*, vol: 2, no. 61, 2009, pp 121-146. (in Persian)
18. O'Sullivan, Lauren, "Money for Nothing and Cheques for Free: Negligence and the Perceived Compensation Culture", *UK Law Student Review*, vol. 2, no. 1, 2014.
19. Quill, Eoin & Raymond Frriel, *Damages and Compensation Culture: Comparative Perspective*, Bloomsbury pub, 1<sup>st</sup> edition, 2016.
20. Shoushi Nasab, N, "Assessment of Pain and Suffering Damages", *Public Law Research*, vol: 13, no. 33, 2012, pp 101-136. (in Persian)
21. Williams, Harriet Ann, "Compensation Culture: A Storm in a Coffee Cup", *Southampton Student Law Review*, vol: 1, no. 1, 2011, pp 45-67.
22. Williams, Kevin, "State of Fear: Britain's Compensation Culture Reviewed", *Legal Studies*, vol. 25, no. 3, 2005, pp 499-515.

### Reports

23. AON Report, "Blame, Claim and Gain: The Compensation and Blame Culture, Myth or Reality?", 2004. (last visited 23/08/2023).
24. Baroness, Ashton, "Written Ministerial Statement - House of Lords", Department of Constitutional Affairs. Retrieved 20 March 2008. Available at: [http://www.dca.gov.uk/legist/compensation\\_wms\\_lords.pdf](http://www.dca.gov.uk/legist/compensation_wms_lords.pdf). (last visited 23/08/2023).
25. Broughton, Jonathan et al, "The Cost of Compensation Culture, The Institute & Faculty of Actuaries", December 2002, P: 68. Available at: <https://www.actuaries.org.uk/system/files/documents/pdf/lowe.pdf>. (last visited 23/08/2023).

26. Caranta. R, “The Precautionary Principle in Italian Law”, Precautionary and Administrative Law XVLL congress 16-22 July, Michel, Bruxelles, 2007 (last visited 23/08/2023).
27. Lord Young, “Common Sense Common Safety: Report on Health and Safety Laws and the Growth of the Compensation Culture”, 2010 (last visited 23/08/2023).



## **The Socio-Economic Consequences and Effects of Compensation Culture**

**Abbas Mirshekari\***

**Mona Abdi\*\***

**Nafiseh Maleki\*\*\***

### **Abstract**

The great desire of citizens of a society to file a lawsuit and claim damages for any matter, even minor, unreasonable or dishonest, and becoming this behavior to a widespread habit and a common cultural norm has caused the creation of a phenomenon called "Compensation Culture" which can be identified in different time periods by comparison with the number of lawsuits filed in macro scale in the society. From the beginning, when this issue was raised in the England and American legal system, it had supporters and opponents who emphasized the positive and negative effects of this phenomenon. In order to better understanding the importance and necessity of studying this subject in every legal system, it is appropriate to introduce these effects in the first step. This article explains these economic and social effects with a descriptive and analytical approach. The findings of this study show that although increasing claim for damages in society has negative effects such as increasing financial and social costs, excessive risk aversion and uncertainty and spreading the culture of blaming others, it also has positive effects such as increasing responsibility and risk evaluation, improving safety and health levels for achieving the goals of civil liability law which cannot be easily neglected. Therefore, in order to benefit from the positive effects and prevent the negative effects, the role of legislators in legislating effective rules is very important.

### **Keywords:**

Risk Aversion, Responsibility, Improving the Level of Safety and Health, Achieving the Goals of Civil Responsibility Law

---

\* Assistant professor, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author) mirshekariabbas1@ut.ac.ir

\*\* Ph.D., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran monaabdi7@yahoo.com

\*\*\* Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran nafiseh.maleki@ut.ac.ir



# ماهیت حکم به تساوی دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی با مسلمانان در قانون مجازات اسلامی

مصطفی مسعودیان\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۴

## چکیده

نظام حقوقی ایران در خصوص دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شاهد تحولات مهمی بوده است؛ به طوری که تا سال ۱۳۸۲ به دلیل مسکوت ماندن این موضوع در قوانین مدونه و احاله موضوع به فتوای مشهور فقها مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دیه این اقلیت‌ها فقط به میزان هشتصد درهم قابل پرداخت بوده است. خلأ قانونی در این خصوص باعث شد در سال ۱۳۸۲ مجلس در مصوبه‌ای، دیه اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی را معادل دیه مسلمان بدانند؛ لیکن شورای نگهبان این مصوبه را خلاف موازین شرع اعلام کرد و با توجه به اصرار مجلس بر مصوبه خود، موضوع طبق اصل ۱۱۲ قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع و مجمع در نهایت، نظر مجلس را تأیید کرد. این چالش مجدداً در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بین مجلس و شورای نگهبان ایجاد شد که در نهایت، دیه جنایت بر این اقلیت‌ها به اندازه دیه مسلمانان تعیین شد. بر این اساس، همواره یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در محافل علمی، مبنا و ماهیت حکم قانون‌گذار به تساوی دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی بوده است. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی بدین نتیجه رهنمون شده است که اساساً در شریعت اسلام به حکم اولی، تعیین میزان دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی به رهبر جامعه اسلامی واگذار شده است تا به اقتضای شرایط، میزان دیه را مشخص کند. بر این اساس، حکم به تساوی دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی با مسلمانان در قانون مجازات اسلامی، به‌عنوان ثانوی و به جهت عارض شدن یک امری مانند اضطرار یا ضرورت صادر نشده است؛ بلکه این حکم ناشی از اعمال صلاحیت رهبری در تعیین میزان دیه این اقلیت‌ها است.

## کلید واژگان:

دیه، اقلیت‌های دینی، رهبری، جنایت، تساوی دیه.

\* استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

m.masoudian@shahed.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

امروزه تقریباً در هیچ نظام سیاسی، همه ساکنان آن تابع یک دین نیستند؛ لذا وجود اقلیت‌های دینی در نظام‌های مختلف امری اجتناب‌ناپذیر است. اقلیت دینی در اصطلاح حقوقی، گروه اندک از اتباع یک کشورند که از لحاظ دین با اکثریت شهروندان متفاوت‌اند.<sup>۱</sup> در نظام حقوقی اسلام و به تبع آن نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، اقلیت‌های دینی دارای احترام و برای آنان حقوق و تکالیفی پیش‌بینی شده است. اصل (۱۳) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ایرانیان مسیحی (پیروان حضرت عیسی علیه‌السلام و کتاب انجیل)، کلیمی (پیروان حضرت موسی علیه‌السلام و کتاب تورات) و زرتشتی (پیروان آیین زرتشت و کتاب اوستا) را به - عنوان اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته شده معرفی کرده است.<sup>۲</sup> اساسی‌سازی ادیان مسیحی، کلیمی و زرتشتی ریشه در آموزه‌های فقه شیعه دارد؛ بدین معنا که فقهای شیعه تنها ادیان سه‌گانه مذکور را در زمره اهل کتاب قرار می‌دهند؛ لذا علت عدم ذکر سایر فرق و ادیان موجود در جهان نیز ناشی از قرارنگرفتن آنان ذیل عنوان اهل کتاب است.<sup>۳</sup>

در روایات، از اقلیت‌های دینی با عنوان اهل ذمه یاد شده است. گرچه امروزه به دلیل فقدان قرارداد ذمه، این اشخاص مورد حمایت قانون بوده و مطابق نظر مقام معظم رهبری، در حکم معاهد محسوب می‌شوند<sup>۴</sup> و حکومت اسلامی وظیفه حفظ جان و تضمین حقوق آنان را بر عهده دارد. در همین راستا ماده (۳۱۰) قانون مجازات اسلامی با الهام از شریعت اسلامی، جنایت

۱. مهرپور، حسین، *حقوق بشر و راهکارهای آن*، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۶، ص ۱۷۶.

۲. اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند.»

۳. کعبی، عباس، *تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر قانون اساسی*، جلد ۲، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵، ص ۲۴۵.

۴. مقام معظم رهبری در پاسخ به این استفتا که آیا اهل کتابی که در کشورهای اسلامی زندگی می‌کنند، حکم اهل ذمه را دارند چنین اظهار داشته‌اند: «آنان تا زمانی که مطیع قوانین و مقررات دولت اسلامی که در حمایت آن زندگی می‌کنند، باشند و کاری که منافعی با امان است، انجام ندهند، حکم معاهد را دارند.» (حسینی خامنه‌ای، سید علی، *اجوبه الاستفتائات*، تهران: دفتر مقام معظم رهبری، بی‌تا، مسئله ۱۰۵۰).

عمدی غیرمسلمان علیه اقلیت‌های دینی را مستوجب قصاص مرتکب دانسته است.<sup>۱</sup> گرچه در قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی تاکنون، به واسطه گنجاندن شرط تساوی قاتل و مقتول در دین، امکان قصاص مسلمان به خاطر جنایت بر غیرمسلمان منتفی بود، در سال ۱۳۸۲ به استناد حکم حکومتی رهبری برای نخستین بار، دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی به اندازه دیه مسلمان تعیین شد. علی‌رغم ایرادات شورای نگهبان به ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲<sup>۲</sup> در خصوص برابری دیه اقلیت‌های دینی، در نهایت این حکم به تأیید شورای نگهبان تأیید این حکم در حالی بود که مطابق با نصوص معتبر روایی و نیز نظر مشهور فقهای امامیه، دیه اقلیت‌های دینی هشتصد درهم عنوان شده است.

بنابراین مهم‌ترین سؤالات تحقیق آن است که اولاً آیا تعیین دیه برابر با مسلمانان برای اقلیت‌های دینی حکمی اولی است یا چنین حکمی ماهیت ثانوی دارد و فقط در صورت وجود مصلحت صائب است یا اینکه اساساً تعیین دیه اقلیت‌های دینی به رهبر و حاکم اسلامی واگذار شده است تا در هر زمان و مکان مقدار مشخصی را به عنوان دیه برای اقلیت‌های دینی تعیین کند؟ بدیهی است، پذیرش هریک از این مبانی، بر تعیین آثار و قلمرو این حکم اثرگذار خواهد بود. ثانیاً مبانی نظرات شورای نگهبان در اعلام مغایرت شرعی حکم برابری دیه اقلیت‌های دینی چیست و تا چه حد با موازین فقهی در این خصوص انطباق دارد؟

ضرورت بررسی این موضوع از آنجا بیشتر جلوه می‌نماید که نگارش ماده کنونی پیرامون برابری دیه اقلیت‌های دینی به نحوی است که ممکن است برداشت‌های اشتباهی را به ذهن متبادر کند. لذا تبیین ماهیت و قلمرو این حکم در کنار شفاف شدن استظهار شورای نگهبان در تأیید آن به عنوان یکی از ارکان اصلی قانون‌گذاری در کشور می‌تواند ضمن جلوگیری از سوء برداشت‌ها از این حکم در محافل علمی، تشتت آرای دادگاه‌ها در این خصوص را به حداقل برساند.

۱. «ماده ۳۱۰- هرگاه غیرمسلمان مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان، ذمی، مستأمن و معاهد شود، حق قصاص ثابت است. در این امر، تفاوتی میان ادیان، فرقه‌ها و گرایش‌های فکری نیست. اگر مسلمان، ذمی، مستأمن و معاهد، بر غیرمسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود.»

۲. ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «براساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد.»

گفتنی است، گرچه در خصوص دیه اقلیت‌های دینی تاکنون پژوهش‌های مختلفی انجام شده است، نگاه متفاوت این پژوهش به ماهیت حکم به تساوی دیه اقلیت‌ها در زمان حاضر، تبیین دقیق قلمرو و آثار حقوقی این حکم و در نهایت، تحلیل و ارزیابی مبانی نظرات شورای نگهبان پیرامون قوانین «الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۲/۳/۴» و «قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲» در موضوع مورد بحث، این تحقیق را از سایر تحقیقات مشابه متمایز کرده است؛ بر این اساس پژوهش حاضر سعی دارد ضمن تبیین ماهیت و قلمرو حکم به تساوی دیه اقلیت‌های دینی، تحولات تقنینی و نیز نظارت شورای نگهبان در این خصوص را بررسی و ارزیابی کند. بدین منظور پس از بررسی ماهیت فقهی حکم به تساوی دیه اقلیت‌ها و تبیین قلمرو حقوقی آن در بخش اول، در بخش دوم رویکرد مجلس و نظارت شرعی شورای نگهبان در این مسئله تبیین و ارزیابی می‌شود و در نهایت، نتیجه بحث ارائه خواهد شد.

## ۱. ماهیت حکم به تساوی دیه اقلیت‌های دینی با مسلمانان

در خصوص حکم به تساوی دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی سه دیدگاه قابل طرح است: دیدگاه نخست، اولی بودن این حکم، دیدگاه دوم، ثانوی بودن و دیدگاه سوم، حکومتی بودن این حکم است. در ادامه هریک از این دیدگاه‌ها تبیین و مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱.۱. حکم اولی

یکی از احتمالات در خصوص تساوی دیه اقلیت‌های دینی آن است که چنین حکمی حکم اولی است. در توضیح حکم اولی باید گفت عناوینی که در موضوعات احکام شرعی ملحوظ می‌شوند، دو نوع‌اند: نخست، عناوین اولیه که برای شیء با توجه به ذات آن ثابت شوند، مانند عنوان‌های خرما و خمر در دو حکم *أحلّ التمر و حرّم الخمر*. دوم، عناوین ثانویه که برای شیء با توجه به امور خارج از ذات آن ثابت می‌شوند، مانند عناوین *عسر و حرج*، نذر، شرط، نفع و ضرر و غضب.<sup>۱</sup> بنابراین، در صورتی که عنوانی که در موضوع اخذ شده ثابت باشد و ناظر به عوارض و حالات مختلفی که بر موضوع عارض می‌شود، نباشد، چنین عنوانی را عنوان اولیه می‌نامند و به

۱. حکیم، سید محسن، *حقائق الاصول*، جلد ۱، چاپ اول، قم: منشورات بصیرتی، بی تا، ص ۵۰۷.

حکمی که براساس این عنوان بر یک موضوع مترتب می‌شود، حکم اولی اطلاق می‌شود.<sup>۱</sup> بررسی آیات قرآن به‌عنوان مهم‌ترین منبع استنباط احکام شرعی بیانگر آن است که در آیه ۹۲ سوره نساء<sup>۲</sup> تنها به تشریح اصل دیه پرداخته شده است. فارغ از اینکه مراد از مقتول در این آیه شریفه، صرفاً مسلمانان است یا شامل غیرمسلمانان نیز می‌شود، آنچه مسلم است آن است که این آیه اقتضایی درخصوص پرداخت دیه برابر به اقلیت‌های دینی ندارد؛ بنابراین برای فهم میزان دیه این اقلیت‌ها باید به روایات مراجعه کرد.

بررسی روایات بیانگر وجود اختلاف در میزان دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی است. در تعدادی از روایات، میزان دیه اقلیت‌های دینی هشتصد درهم عنوان شده است. از جمله، ابن مسکان روایت کرده است: «از امام صادق (علیه‌السلام)، دیه یهودی و مسیحی و زرتشتی را پرسیدم که امام فرمودند: دیه آنها هشتصد درهم است.»<sup>۳</sup> این روایت از نظر سندی صحیح است و طریق صدوق به ابن مسکان در مشیخه صحیح آمده است.<sup>۴</sup> همچنین در روایت صحیح دیگر، امام صادق (علیه‌السلام) در پاسخ به سؤال درمورد دیه یهودی و مسیحی و زرتشتی فرمودند: «دیه همه آنها مساوی هشتصد درهم است.»<sup>۵</sup> روایات دیگری با همین مضمون بیان شده است که با توجه به صحت سندی این دسته از روایات از نقل همه آنها خودداری می‌شود.

بر مبنای این دسته از روایات، مشهور فقهای امامیه بلکه بنا به نقل صاحب مفتاح الکرامه، اجماع فقها بر این است که دیه مرد ذمی هشتصد درهم است.<sup>۶</sup> امام خمینی (ره) نیز در کتاب

۱. ارسطا، محمدجواد، *نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران*، چاپ دوم، قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹.

۲. «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ...»

۳. «عن ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: دية اليهودي والنصراني والمجوسي ثمانمائة درهم.» (حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، جلد ۲۹، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۲۱۷).

۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة*، جلد ۷، قم: مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰، ص ۱۴۲.

۵. «عن ليث المرادي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دية النصراني واليهودي والمجوسي قال ديتهم جميعاً سواء ثمانمائة درهم ثمانمائة درهم» (كليني، ابو جعفر محمد بن يعقوب، *الكافي*، جلد ۷، تهران: دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۳۱۰).

۶. «إجماعاً كما في الانتصار) و (الخلاف) و (الغنية) و (كنز العرفان) و هو المشهور رواية و فتوى كما في (كشف اللثام) و أشهر فيهما كما في (الروضة) و المشهور في عمل الأصحاب كما في (المقتصر) و المشهور كما في (النافع)»

تحریر/الوسيله ديه اقلیت‌های دینی را هشتصد درهم دانسته است.<sup>۱</sup>

دسته‌ای دیگر از روایات بیانگر این است که دیه یهودی و مسیحی چهارهزار درهم است. از جمله آنچه محم بن خالد برقی از قاسم بن محمد جوهری از علی بن ابوحزمه بطائنی از ابو بصیر از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده است که امام فرمودند: «دیه یهودی و مسیحی چهار هزار درهم است و دیه زرتشتی هشتصد درهم است.»<sup>۲</sup> از نظر مرحوم آیت الله خویی، از آنجا که طریق شیخ طوسی به محم بن خالد برقی می‌رسد، این روایت ضعیف است.<sup>۳</sup> علاوه بر این، مشهور فقها از این دسته روایات اعراض کرده‌اند. بنابراین، نمی‌توان به آنها استناد کرد.

دسته‌ای دیگر از روایات بیانگر تساوی دیه اقلیت‌های دینی است. از جمله، ابان بن تغلب از امام صادق (علیه السلام) چنین روایت کرده است: «دیه یهودی، مسیحی و زرتشتی با دیه مسلمان برابر است.»<sup>۴</sup> گرچه همه راویان این روایت ثقه و امامی بوده و روایت از جهت سندی صحیح است،<sup>۵</sup> مضمون آن با روایات صحیح‌های که میزان دیه اقلیت‌های دینی را هشتصد درهم

→ و (کشف الرموز) و (المهذب البارخ) و (التنقیح) و (ملاذ الأخیار) و علیه عامه أصحابنا إلا النادر كما فی (الریاض) و الأخبار بذلك متظافرة و هی سبعة أخبار أو أكثر و فیها الصحیح و المعتمد معتضدة بالأصل و الشهران و الإجماعات». (عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۱۰، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی‌تا، ص ۳۸۶).

۱. مسئله ۳۰- «دیه الذمی الحر ثمانمائة درهم؛ یهودیاً کان أو نصرانیاً أو مجوسیاً و دیه المرأة الحره منهم نصف دیه الرجل، بل الظاهر أن دیه أعضائهما و جراحتهما من دیتهما کدیه أعضاء المسلم و جراحاته من دیته، كما أن الظاهر أن دیه الرجل و المرأة منهم تتساوی حتی تبلغ الثلث مثل المسلم، بل لا یبعد الحكم بالتغلیظ علیهم بما یغلظ به علی المسلم». (موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسيله*، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۲۱، ص ۵۵۹).

۲. «و ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي بصيرٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (علیه السلام) قَالَ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَ النَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ أَلْفٍ دِرْهَمٍ وَ دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةٌ دِرْهَمٍ وَ قَالَ أَيْضاً إِنَّ لِلْمَجُوسِ كِتَاباً يُقَالُ لَهُ جَامَاسٌ» (طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحكام فی شرح المقنعة*، ج ۱۰، تحقیق: حسن موسوی، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷، ص ۱۸۷).

۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة*، جلد ۱۶، قم: مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰، ص ۶۸.

۴. «رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُغِيرَةِ عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (علیه السلام) قَالَ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَ النَّصْرَانِيِّ وَ الْمَجُوسِيِّ دِيَةُ الْمُسْلِمِ». (ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۲۲).

۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة*، جلد ۱۰، قم: مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰، ص ۳۴۰.



دانسته‌اند تعارض دارد. البته همان‌طور که ملاحظه شد، درخصوص روایات دسته اول، شهرت عملی وجود دارد. درواقع، مشهور فقها با عمل و استناد به این روایات، به نوعی از روایات ناظر به برابری دیه اقلیت‌های دینی اعراض کرده‌اند. فارغ از اعراض مشهور از این روایات، برخی از فقهای معاصر در مقام توجیه دلالتی این دو دسته از روایات، توجه به ماهیت قرارداد ذمه را در تحلیل این روایات راهگشا دانسته‌اند. با این توضیح که اختلاف در روایات و سیره پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و امام (علیه‌السلام) و روش خلفا منبعث از کیفیت پیمان ذمه یا امان است. لذا در صورتی که زعیم حکومت اسلامی عقد ذمه یا امان را در حد اعلائی خود منعقد کند که در جوامع کنونی و عصر حاضر چنین هست فرقی بین دیه مسلمان و کافر (اهل کتاب) نیست.<sup>۱</sup>

بنابراین استدلال، روایات ناظر بر تساوی دیه اهل ذمه مربوط به کیفیت قرارداد منعقد شده با اهل ذمه در زمان صدور روایات است. لذا در جایی که در قرارداد به بیش از هشتصددرهم یا پرداخت دیه برابر با مسلمانان تصریح شده باشد، همان مبلغ ملاک پرداخت خواهد بود.

## ۱.۲. حکم ثانوی

بررسی بعضی از روایات مربوط به دیه اقلیت‌های دینی بیانگر تساوی دیه این اقلیت‌ها است؛ لیکن این حکم ناشی از عارض شدن یک عنوان ثانوی بوده است. حکم ثانوی، حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود؛ مانند جواز افطار در ماه رمضان در مورد کسی که روزه برایش ضرر دارد یا موجب حرج است.<sup>۲</sup> به بیان دیگر، گاهی عنوان مأخوذ در موضوع، ناظر به حالات عارضی آن می‌باشد؛ حالتی که بعضی اوقات عارض موضوع شده و حکم آن را تغییر می‌دهد. چنین عنوانی، عنوان ثانوی نامیده می‌شود و حکمی که براساس این عنوان بر یک موضوع مترتب می‌شود حکم ثانوی نام دارد.<sup>۳</sup>

در این خصوص مهم‌ترین روایت، موثقه سماعه از امام صادق (علیه‌السلام) بدین شرح است: «از امام صادق (علیه‌السلام) درباره قتل ذمی توسط مسلمان پرسیدم، فرمودند: این، کار سختی

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «دیه اهل ذمه و شهروندان مسلمان»، فصلنامه فقه اهل بیت، ۱۳۸۰، شماره ۲۸، ص ۵۳.

۲. مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، چاپ اول، قم: انتشارات حکمت، ۱۳۴۸، ص ۱۲.

۳. ارسطو، محمدجواد، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹، ص ۳۷.

است. مردم آن را تحمل نخواهند کرد. بنابراین، باید به اولیای او دیه فرد مسلمان پرداخته شود تا از کشتن مردم و کشتن اهل ذمه جلوگیری شود. سپس امام (علیه‌السلام) فرمودند: اگر مسلمانی بر یک ذمی خشم گیرد و بخواهد او را بکشد و زمینش را بستاند و به اولیای او هشتصد درهم بپردازد، در این صورت کشتن اهل ذمه و کشتن آنان فراوان خواهند شد. از این رو بر مسلمان حرام است که به ناروا ذمی را به قتل برساند، مادام که ذمی با جزیه، امان یافته و آن را انکار نکرده و می‌پردازد.<sup>۱</sup>

عبارت «اگر مسلمانی بر یک ذمی خشم گیرد و بخواهد او را بکشد و زمینش را بستاند و به اولیای او هشتصد درهم بپردازد» در این روایت نشان می‌دهد که حکم اولی در مورد دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی همان هشتصد درهم بوده است؛ لیکن به دلیل عارض شدن یک ضرورت یعنی عادت شدن قتل اهل ذمه در آن زمان، به عنوان ثانوی حکم به تساوی دیه آنان با مسلمانان داده شده است.

در این خصوص شیخ طوسی در دو کتاب *تهذیب و استبصار*، در مقام جمع موثقه سماعه با روایاتی که مستند قول مشهور فقها قرار گرفته است، روایات هشتصد درهم را حمل بر صورتی کرده است که قاتل عادت به قتل اهل ذمه نکرده باشد، اما در صورت عادت به قتل ذمیان معتقد است که امام می‌تواند برای از میان بردن جرئت بر قتل اهل ذمه به هر نحو که شایسته‌تر و مؤثرتر می‌داند او را ملزم به پرداخت چهار هزار درهم یا پرداخت دیه کامل مسلمان کند.<sup>۲</sup>

البته صاحب جواهر در مقام مناقشه بر موثقه سماعه می‌نویسد: «این روایت دلالت ندارد که مقدار زاید بر هشتصد درهم، به عنوان دیه پرداخت می‌شود، بلکه مقدار زاید بر هشتصد درهم، به عنوان تعزیر از ناحیه حاکم برای ارتکاب فعل حرام، تعیین شده است.»<sup>۳</sup> در پاسخ صاحب جواهر

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ مُسْلِمٍ قَتَلَ ذِمِّيًّا - فَقَالَ هَذَا شَيْءٌ شَدِيدٌ لَا يَحْتَمِلُهُ النَّاسُ - فَلْيُعْطِ أَهْلَهُ دِيَّةَ الْمُسْلِمِ - حَتَّى يَنْكُلَ عَنْ قَتْلِ أَهْلِ السَّوَادِ وَ عَنِ قَتْلِ الذَّمِيِّ - ثُمَّ قَالَ لَوْ أَنَّ مُسْلِمًا غَضِبَ عَلَى ذِمِّيٍّ فَأَرَادَ أَنْ يَقْتُلَهُ - وَ يَأْخُذُ أَرْضَهُ وَ يُؤَدِّي إِلَى أَهْلِهِ تَمَانِيَةً دَرَاهِمٍ - إِذَا يَكْتُرُ الْقَتْلُ فِي الذَّمِّيِّينَ - وَ مَنْ قَتَلَ ذِمِّيًّا - ظَلَمًا - فَإِنَّهُ لَيُخْرَمُ عَلَى الْمُسْلِمِ أَنْ يَقْتُلَ ذِمِّيًّا حَرَامًا - مَا أَمَنَ بِالْجَزِيَّةِ وَ أَكَاثَا وَ لَمْ يَجْزِهَا.» (حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، جلد ۲۹، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹، ص ۲۲۱).

۲. طوسی، ابو جعفر محمدبن حسن، *تهذیب الأحکام*، جلد ۱۰، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه ق، ص ۱۸۸.

۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ص ۴۰.

گفته شده است: «تعزیر بر ارتکاب عمل حرام، حق عام برای حاکم است و اگر تعزیر در امور مالی باشد، باید از بیت المال پرداخت شود، درحالی که موثقه سماعه به صراحت بیان می‌کند که مسلمان قاتل باید دیه کامل به اولیای ذمی مقتول بپردازد و آن را به عنوان دیه، که حق شخصی اولیای دم است، بپردازد. بنابراین، حمل این روایت بر حکم تعزیر قاتل برای ارتکاب عمل حرام، بسیار خلاف ظاهر است»<sup>۱</sup>.

در هر صورت بنابر این دیدگاه، گرچه حکم اولی درخصوص دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی هشتصد درهم است؛ لیکن در صورت وجود ضرورت و به‌عنوان ثانوی می‌توان دیه این اقلیت‌ها را معادل دیه مسلمانان دانست.

### ۱.۳. حکم حکومتی

در کتب فقهی قدما تعریفی از حکم حکومتی بیان نشده است. این موضوع ممکن است ناشی از دور ماندن فقهای امامیه از تشکیل حکومت و بالتبع لوازم آن باشد. باوجوداین، فقهای متأخر و معاصر تعاریفی را ذکر کرده‌اند. در این خصوص صاحب‌جوهر در مقام تعریف حکم می‌نویسد: «اما الحکم فیهو انشاء انفاذ من الحاکم، لامنه تعالی، لحکم شرعی او وضعی او موضوعهما فی شئی مخصوص»<sup>۲</sup>. حکم عبارت است از دستور اجرای یک حکم تکلیفی یا وضعی یا موضوع آن دو در موردی خاص از سوی حاکم نه از جانب خداوند تعالی.

آیت‌الله مکارم در تعلیل اجرایی و تنفیذی بودن احکام حکومتی می‌نویسد: «احکام ولایی، احکام اجرایی و تنفیذی هستند؛ زیرا این احکام به اقتضای مسئله ولایت است و بازگشت این احکام، همیشه به تشخیص صغریات و موضوعات و تطبیق احکام شرع بر آن‌ها و تطبیق آنها بر احکام شرع می‌باشد»<sup>۳</sup>. امام خمینی (ره) نیز در این خصوص اظهار می‌دارند: «منظور از احکام حکومتی احکامی است که از اختیارات و ولایت مفوضه الهی به ولی و حاکم اسلامی ناشی می‌شود و در پرتو آن می‌تواند با توجه به مصلحت و مفسده ملزمه‌ای که تشخیص می‌دهد حکمی را صادر کند و یا تغییر دهد و نیز مقرراتی را وضع نماید»<sup>۴</sup>.

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پیشین، ص ۵۱.

۲. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۱۰۰.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقهاء*، جلد ۱، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳، ص ۵۵۱.

۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *صحیفه امام*، جلد ۲۰، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶، ص ۱۷۰.

در مجموع با ملاحظه این تعاریف می‌توان گفت: احکام حکومتی عبارت است از مجموعه احکامی که حاکم اسلامی براساس ضوابط شرعی، برای اجرای احکام الهی و به منظور اداره جامعه بر مبنای مصلحت اسلام و مسلمین صادر می‌کند.

براساس این دیدگاه اساساً در شریعت اسلامی تعیین دیه اقلیت‌های دینی به امام و رهبر جامعه اسلامی واگذار شده است تا در هر زمان و مکان، مقدار مشخصی را به عنوان دیه برای اقلیت‌های دینی تعیین کند. بعضی از فقهای معاصر در این خصوص اظهار داشته‌اند: «بعید نیست که تعیین دیه ذمی به اختیار امام باشد، اگر بخواهد به مقدار دیه مسلمان و اگر مصلحت بداند چهار هزار درهم و اگر بخواهد هشتصد درهم؛ درواقع، امام طبق صلاحدید در موارد مختلف به یکی از آنها عمل می‌کند».<sup>۱</sup> همچنین آیت الله سیستانی از مراجع تقلید معاصر در پاسخ به این سؤال که دیه اهل کتاب که در نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران زندگی می‌کنند چه مقدار است؟ چنین پاسخ داده‌اند: «تعیین مقدار دیه اهل کتاب با زعیم حکومت اسلامی است».<sup>۲</sup>

وجه تمایز ثانوی دانستن حکم تساوی دیه اقلیت‌های دینی با حکومتی دانستن آن این است که ثانوی بودن حکم به معنای آن است که ذات و طبیعت حکم در مورد دیه اقلیت‌های دینی - بر مبنای فتوای مشهور فقهای امامیه - هشتصد درهم است؛ لیکن به دلیل عارض شدن عنوان ضرورت، حکم به تساوی دیه آنها می‌شود. حال آنکه ولایی و حکومتی بودن آن بدین معناست که ذات و طبیعت حکم اقتضایی نسبت به هشتصد درهم یا بیشتر از آن ندارد؛ بلکه مقادیر وارده در روایات در خصوص دیه اقلیت‌های دینی بر حسب اقتضات هر زمان و مکان و به صلاحدید حاکم اسلامی و در راستای اعمال صلاحیت وی در تعیین میزان دیه این اقلیت‌ها بیان شده است.

به نظر می‌رسد اختلاف تعابیر روایاتی که در بخش حکم اولی بیان شد خود می‌تواند مؤید آن باشد که میزان دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی، با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان به امام واگذار شده است. از این رو، گاهی به تشخیص امام و حاکم اسلامی، میزان دیه اقلیت‌های دینی هشتصد درهم، گاهی چهارهزار درهم و گاهی معادل دیه مسلمانان یعنی ده‌هزار درهم تعیین

۱. حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالعلوم، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق، ص ۶۳.

۲. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، *نرم‌افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی (نسخه ۲)*، قم، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

شده است. در واقع، تعیین این مقادیر ناشی از اعمال صلاحیت رهبری در تعیین میزان دیه اقلیت‌ها مطابق با شرایط اهل ذمه و اقتضات جامعه است. بدیهی است، این دیدگاه منافاتی با فتوای مشهور فقهای امامیه در این خصوص ندارد؛ چه آنکه به شهادت تاریخ، فقهای امامیه از فرصت تشکیل حکومت و بالتبع لوازم آن به دور بوده‌اند. بدین ترتیب، موضوعات جزایی که نمود حکومتی بیشتری داشتند کمتر از بُعد حکومتی و اجرایی مورد بحث و نظر قرار می‌گرفته‌اند.

علاوه بر این، روایت سماعه از امام صادق (علیه‌السلام) که در بخش حکم ثانوی ذکر شد مؤید همین دیدگاه است؛ چه آنکه تعیین دیه مساوی برای اقلیت‌های دینی در فرض قتل به عادت آنان جلوه‌ای از صلاحیت تشخیصی امام و زعیم جامعه در مورد این اقلیت‌هاست. بنابراین حکم به تساوی دیه در این روایت اختصاصی به مورد عادت به قتل اهل ذمه ندارد؛ بلکه با الغای خصوصیت از آن امروزه حاکم اسلامی می‌تواند در صورت اقتضا در غیر عادت به قتل نیز به تساوی دیه این اقلیت‌ها با مسلمانان حکم کند. همچنین برخی از عبارت «هذا شیء شدید لایحتمله الناس» (این، کار سختی است. مردم آن را تحمل نخواهند کرد.) در موثقه سماعه چنین برداشت کرده‌اند که سنگین بودن این مطلب بر جامعه جهانی در زمان فعلی و وسیله تبلیغات سوء علیه اسلام قرار دادن می‌تواند از عواملی باشد که حاکم اسلامی میزان دیه اهل ذمه را به مقدار دیه مسلمانان قرار دهد.<sup>۱</sup>

بنابراین، با عنایت به جمیع قرائن موجود در روایات مربوط به دیه اقلیت‌های دینی می‌توان حکم به تساوی دیه جنایت بر این اقلیت‌ها را به اعتبار شأن ولایی و حکومتی حاکم اسلامی دانست.

## ۲. تحلیل تحولات تقنینی دیه اقلیت‌های دینی

بررسی قانون دیات مصوب ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بیانگر آن است که در هیچ‌یک از این دو قانون، بحثی از دیه اقلیت‌های دینی نشده بود و این موضوع یکی از نواقص قوانین مذکور به شمار می‌رفت. همین امر باعث شد تا قوه قضائیه در سال ۱۳۸۱ اقدام به تهیه لایحه‌ای تحت عنوان «لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰» کند. پیشنهاد قوه قضائیه عیناً در جلسه مورخ ۱۳۸۱/۳/۸ هیئت وزیران به

۱. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری*، جلد ۲، قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲، ص ۱۴۶.

تصویب رسید و برای طی مراحل قانونی و تصویب نهایی، توسط رئیس‌جمهور وقت به مجلس شورای اسلامی ارسال شد.

در بخشی از مقدمه توجیهی این لایحه آمده است: «... در قانون یادشده (قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰) دیه غیرمسلمان تعیین نشده و این موضوع با توجه به وجود ده‌ها هزار تن هم‌وطنان پیرو ادیان مسیحی، کلیمی و زرتشتی در جمهوری اسلامی ایران که بر طبق قانون اساسی تحت حمایت قانون هستند موجب بروز مشکلاتی گردیده است، لذا لایحه زیر برای طی تشریفات قانونی تقدیم می‌شود». این لایحه در یک ماده مقرر می‌داشت: «تبصره (۱) ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به عنوان تبصره (۱) تلقی شده و متن زیر به عنوان تبصره (۲) به ماده یادشده الحاق می‌گردد:

تبصره ۲- ملاک در تعیین میزان دیه پیروان ادیان اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به میزان دیه مسلمان با نظر ولی امر است که توسط قوه قضائیه استعلام و به دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود. دادگاه‌ها مکلف‌اند مطابق نظر مذکور و با رعایت سایر مقررات این قانون از قبیل جنسیت مجنی علیه و زمان وقوع جنایت رأی مقتضی صادر کنند». ماده واحده مزبور در تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۲ با اصلاحاتی به شرح ذیل به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و برای طی مراحل قانونی به شورای نگهبان ارسال شد.

«تبصره ۲- دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران معادل دیه مسلمان با نظر ولی امر است که توسط قوه قضائیه استعلام و به دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود. دادگاه‌ها مکلف‌اند مطابق نظر مذکور و با رعایت سایر مقررات این قانون از قبیل جنسیت مجنی علیه و زمان وقوع جنایت رأی مقتضی صادر کنند».

شورای نگهبان مصوبه مجلس را به استناد معادل دانستن دیه اقلیت‌های دینی با دیه مسلم خلاف موازین شرع دانست.<sup>۱</sup>

مجلس در راستای تأمین نظر شورای نگهبان، عبارت «معادل دیه مسلمان» را از ماده واحده حذف کرد؛ لکن شورای نگهبان در بررسی مجدد، مصوبه اصلاحی مجلس را به استناد منصوص بودن میزان دیه اقلیت‌های دینی در شرع مقدس مغایر با موازین شرع شناخت اما در انتهای نظر

۱. رک: نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۴۱۸ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۴ شورای نگهبان خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی؛ قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/b22547>

خود چنین مقرر داشت: «چنانچه نظر ولی امر مبنی بر پرداخت مبلغی علاوه بر دیه اقلیت‌های دینی تا میزان دیه مسلم به اولیای دم آنان باشد، مطابق نظر معظم‌له عمل می‌شود»<sup>۱</sup>.  
با اصرار مجلس بر مصوبه خود، این مصوبه طبق اصل ۱۱۲ قانون اساسی<sup>۲</sup> به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد که این مجمع براساس استعلام این موضوع از مقام معظم رهبری، در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۶ با الحاق تبصره‌ای به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ چنین مقرر داشت: «براساس نظر حکومتی ولی امر، دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد».

همچنان که ملاحظه می‌شود، از آنجا که ولی امر تا آن زمان حکمی در خصوص تساوی دیه اقلیت‌های دینی صادر نفرموده بودند، لذا فقهای شورای نگهبان این حکم را برخلاف فتوای مشهور و فتوای امام خمینی(ره) مبنی بر هشتصد درهم بودن دیه اهل ذمه دانستند. با این حال در انتهای نظر قبلی خود صراحتاً اختیار حاکم در افزایش میزان پرداختی دیه به اقلیت‌های دینی را مورد پذیرش قرار داده بودند.

با پایان یافتن مهلت اجرای آزمایشی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و تمدید مکرر آن، مجلس در راستای تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۵۵۸ مصوبه نخست خود را به موضوع دیه اقلیت‌های دینی اختصاص داد و برخلاف متن تبصره (۲) ماده ۲۹۷ قانون قبل و نیز متن ماده چنین مقرر داشت: «دیه نفس و کمتر از نفس اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به مقدار دیه مسلمان است».

شورای نگهبان با بررسی این مصوبه از آن جهت که در این ماده، دیه اقلیت‌های دینی عیناً به اندازه دیه شخص مسلمان دانسته شده بود، آن را مغایر با موازین شرع و نیز فتوای حضرت امام (ره) اعلام می‌کند؛<sup>۳</sup> زیرا همان‌طور که گفته شد، براساس فتوای مشهور و فتوای امام

۱. رک: نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۷۱۴ مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۱ شورای نگهبان خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی؛ قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/t52058>

۲. اصل ۱۱۲ قانون اساسی: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضاء ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضاء تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

۳. نظر شماره ۸۹/۳۰/۴۰۶۲۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ شورای نگهبان: «ماده (۵۵۸) به این نحو، خلاف موازین شرع شناخته شد.» قابل مشاهده در تارنمای: <https://B2n.ir/b25175>

خمینی(ره)، دیه اقلیت‌های دینی با مسلمانان برابر نیست. به عبارت دیگر، فقهای این شورا قائل به تساوی دیه اقلیت‌های دینی نبوده‌اند؛ بلکه به تبعیت از فتوای مشهور فقها و امام خمینی (ره) دیه اقلیت‌های دینی را هشتصد درهم دانسته‌اند. به همین دلیل عبارت «دیه اقلیت‌های دینی به مقدار دیه مسلمان است» در مصوبه نخست را واجد ایراد دانسته‌اند.

هرچند به دلیل آنکه تا سال ۱۳۸۲ مقام معظم رهبری حکم به تساوی دیه اقلیت‌های دینی نکرده بودند، این ایراد نسبت به لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ صحیح به نظر می‌رسید، با عنایت به استعلام این موضوع از مقام معظم رهبری توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۲ و حکم رهبری به تساوی دیه اقلیت‌های دینی، طرح مجدد این ایراد توسط شورای نگهبان محل تأمل به نظر می‌رسد.

در هر صورت، طرح این ایراد باعث شد مجلس در راستای تأمین نظر شورای نگهبان، این موضوع را در قالب ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی بدین شرح اصلاح کند: «براساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد».

با عنایت به اینکه در مصوبه اصلاحی، اولاً تساوی دیه اقلیت‌ها مستند به حکم حکومتی ولی امر می‌شود و ثانیاً در انتهای ماده از عبارت «به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد» استفاده می‌شود، شورای نگهبان این ماده را تأیید می‌نماید.

در توضیح عبارت اخیرالذکر باید گفت: بین این دو گزاره یعنی «دیه اقلیت‌های دینی به مقدار دیه مسلمان است.» و «دیه اقلیت‌های دینی به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد» تفاوت وجود دارد؛ زیرا گزاره اول، دیه اقلیت‌های دینی را مساوی با دیه مسلمانان دانسته است، حال آنکه در گزاره دوم دیه آنان در اصل مساوی با دیه مسلمانان دانسته نشده است؛ بلکه دیه آنان به حکم حاکم و براساس مصالحی، به اندازه دیه مسلمانان تعیین و پرداخت می‌شود.

نکته پایانی در مورد این ماده آن است که در مصوبه نخست مجلس عبارت «براساس نظر حکومتی مقام رهبری» ذکر نشده بود؛ لیکن مجلس در مقام اصلاح ایراد شورای نگهبان این عبارت را به عنوان مبنای تساوی دیه اقلیت‌های دینی بیان کرده است. در این خصوص به نظر می‌رسد اساساً قانون محلی برای بیان دلیل و مبنای مواد قانونی نیست و صرف آگاهی فقهای شورای نگهبان از فتوای مقام معظم رهبری در خصوص تساوی دیه اقلیت‌های دینی برای تأیید



این ماده کافی بوده است. ضمن آنکه وجود این عبارت در صدر این ماده ممکن است این برداشت را به ذهن متبادر کند که دیه اقلیت‌های دینی بالأصله همان هشتصد درهم است و تنها به دلیل عارض شدن عناوین ثانوی مانند ضرورت، حکم به پرداخت برابر دیه با مسلمان داده شده است. حال آنکه این برداشت با نتیجه‌ای که از بررسی ماهیت این موضوع به دست آمد در تضاد است؛ چه آنکه همان‌طور که قبلاً بیان شد براساس نظریه ولایی و حکومتی بودن این حکم، مقادیر وارده در روایات- از جمله هشتصد درهم- برای دیه اقلیت‌های دینی برحسب اقتضائات هر زمان و مکان و به صلاحدید حاکم اسلامی و در راستای اعمال صلاحیت وی در تعیین میزان دیه اقلیت‌ها بیان شده است.

### نتیجه‌گیری

در طول دو دهه اخیر یکی از تحولات قوانین جزایی ایران درمورد اقلیت‌های دینی، حکم به تساوی دیه آنان با مسلمانان بوده است. درخصوص ماهیت این حکم فروض سه‌گانه اولی، ثانوی و حکومتی بودن طرح شده است که پذیرش هر یک از آنها آثار فقهی و حقوقی متفاوتی ایجاد می‌کند. گرچه در روایات مقادیر مختلفی برای دیه اقلیت‌های دینی بیان شده است، لیکن این مقادیر بر حسب اقتضائات هر زمان و مکان و به صلاحدید حاکم اسلامی و در راستای اعمال صلاحیت وی در تعیین میزان دیه اقلیت‌ها بیان شده است. بنابراین حکم به تساوی دیه اقلیت‌های دینی در قانون مجازات اسلامی نه یک حکم ثانوی، بلکه حکمی ولایی و حکومتی است. بدین معنا که اساساً تعیین دیه اقلیت‌های دینی به رهبر و حاکم اسلامی واگذار شده است تا در هر زمان و مکان مقدار مشخصی را به‌عنوان دیه برای اقلیت‌های دینی تعیین کند. واگذاری این اختیار به زعیم جامعه اسلامی یکی از جلوه‌های کارآمدی سیاست جنایی اسلام است؛ چه آنکه حاکم اسلامی می‌تواند با در نظر گرفتن اقتضائات جامعه و تحولات زمان و مکان میزان دیه اقلیت‌های دینی را مشخص کند.

گرچه ابتدا فقهای شورای نگهبان مصوبه مجلس درخصوص برابری دیه اقلیت‌های دینی با مسلمانان را برخلاف فتوای مشهور و فتوای امام خمینی(ره) مبنی بر هشتصد درهم بودن دیه اهل ذمه دانستند، با توجه به استعلام انجام شده از مقام معظم رهبری و حکم ایشان به پرداخت دیه برابر به اقلیت‌های دینی، مصوبه مجلس مورد تأیید قرار گرفت. با این حال، نظر به اینکه

عبارت «براساس نظر حکومتی مقام رهبری» در متن ماده (۵۵۴) قانون مجازات اسلامی ممکن است ثانوی بودن حکم رهبری در پرداخت دیه برابر به اقلیت‌های دینی را به ذهن متبادر کند، پیشنهاد می‌شود در بازنگری بعدی قانون، این عبارت از متن ماده حذف شود.

## منابع

### قرآن کریم

### الف) فارسی

#### کتاب

۱. ارسطا، محمدجواد، *تشخیص مصلحت نظام از دیدگاه فقهی حقوقی*، تهران: کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۹.
۲. حسینی خامنه‌ای، سید علی، *اجوبه الاستفتائات*، تهران: دفتر مقام معظم رهبری، بی‌تا.
۳. کعبی، عباس، *تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر قانون اساسی*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.
۴. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، *نرم‌افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی (نسخه ۲)*، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.
۵. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری*، جلد ۱، قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲.
۶. موسوی خمینی، سید روح الله، *صحیفه امام*، جلد ۱۰، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶.
۷. مهرپور، حسین، *حقوق بشر و راهکارهای آن*، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۶.

#### مقاله

۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *دیه اهل ذمه و شهروندان مسلمان*، فصلنامه فقه اهل بیت، ۱۳۸۰، شماره ۲۸، صص ۵۴-۳۱.

## قانون

۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.  
 ۱۰. قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.  
 ۱۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

## ب) عربی

## کتاب

۱۲. ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه*، جلد ۴، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۴. حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالعلوم، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۵. حکیم، سید محسن، *حقائق الاصول*، جلد ۱، قم: منشورات بصیرتی، بی‌تا.
۱۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، جلد ۱۰، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۷. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۱۰، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ اول، بی‌تا.
۱۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، جلد ۷، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۹. مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول*، قم: انتشارات حکمت، ۱۳۴۸.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه*، جلد ۱، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۲۱.
۲۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواه*، جلد ۷، قم: مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۳. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.

## References

### The Holy Quran

#### Books

1. Aamili, Seyyed Javad bin Muhammad Hosseini, *Miftah al-Karama fi Sharh al-Qa'aw al-Allamah*, vol. 10, Beirut: Dar Ihyaya al-Trath al-Arabi, first edition, beta (in Arabic).
2. Arista, Mohammad Javad, *Determining the Expediency of the System from a Legal Jurisprudential Perspective*, Tehran: Young Thought Center, 2010. (in Persian)
3. Deputy of Education and Research of the Judiciary, *Collection of Consultative Jurisprudential Theories in Criminal Matters*, Vol. 1, Qom: Deputy of Education and Research of the Judiciary, 2003. (in Persian)
4. Hakim, Seyyed Mohsen, *Haqqet al-Asul*, Vol. 1, Qom: Basirti Publications, Beta. (in Arabic)
5. Harr Aamili, Muhammad bin Hasan, *Wasal al-Shi'a*, Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them, 1988. (in Arabic)
6. Hosseini Khamenei, Seyyed Ali, *Answers to Inquiries*, Tehran, Office of the Supreme Leader, Beta. (in Persian)
7. Hosseini Shirazi, Seyyed Mohammad, *Fiqh Musa'a Astdalaliyyah in Islamic Jurisprudence*, Beirut: Darul Uloom, second edition, 1988. (in Arabic)
8. Judiciary Jurisprudential Research Center, *Judiciary Jurisprudential Opinions Collection Software (Version 2)*, Qom, Judiciary Jurisprudential Research Center. (in Persian)
9. Kaabi, Abbas, *Analysis of the Foundations of the Islamic Republic of Iran System Based on the Constitution*, Tehran: Guardian Council Research Institute, 2016. (in Persian)
10. Kalini, Abu Jafar Muhammad bin Yaqoob, *Kafi*, vol. 7, Tehran: Dar al-Kutub al-Islami, 1986. (in Arabic)
11. Makarem Shirazi, Nasser, *Anwar al-Faqaheh*, vol. 1, Qom: Amir al-Momenin School, 1992. (in Arabic)
12. Mehrpour, Hossein, *Human Rights and Its Solutions*, Tehran: Ete'lat, 1997. (in Persian)
13. Ibn Babuyeh, Muhammad ibn Ali (Sheikh Saduq), *Man la yahadrah al-Faqih*, Vol. 4, Qom, Jamia Madrasain Hawza Elmiyyah, 1992. (in Arabic)
14. Mishkini, Ali, *Terminology of Principles*, Qom: Hikmat Publications, 1969. (in Arabic)

15. Mousavi Khoei, Seyyed Abul Qasim, *Majam Rijal Al-Hadith and Description of Tabaqat Al-Rawat*, Volume 7, Qom: Shia Works Publishing Center, 1989. (in Arabic)
16. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah, *Sahifeh Imam*, Vol. 10, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works (RA), 2007. (in Persian)
17. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah, *Tahrir al-Wasila*, vol. 2, Qom: Dar al-Alam Press Institute, 2000. (in Arabic)
18. Najafi, Mohammad Hassan, *Jawaharlal Kalam in the Explanation of Sharia al-Islam*, Beirut: Dar Ihya Al-Tarath al-Arabi, 7th edition, 1983. (in Arabic)
19. Tousi, Abu Jafar Muhammad bin Hasan, *Tahdeeb al-Ahakam*, vol. 10, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1986. (in Arabic)

#### Articles

20. Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud, "Diya of Dhimmi and Muslim Citizens", *Ahlulbayt Fiqh Quarterly*, Vol. 28, 2001. Pp: 31-54. (in Persian)

#### Laws

21. Constitution of the Islamic Republic of Iran approved in 1979.
22. Law on the Addition of a Note to Article 297 of the Islamic Penal Code, approved in 1991.
23. Islamic Penal Code, approved in 1993.

## **The Nature of the Ruling on Equal Diya for Crimes against Religious Minorities and Muslims in the Islamic Penal Code**

**Mostafa Masoudian\***

### **Abstract**

The Iranian legal system has witnessed significant developments regarding the Diya for crimes against religious minorities; So that until 2003, due to the fact that this issue remained silent in the codified laws and the matter was referred to the famous fatwa of jurists in accordance with Article 167 of the Constitution, the Diya of these minorities could only be paid as equal to the amount of eight hundred dirhams. The legal gap in this regard caused the Parliament to consider the Diya of religious minorities as equivalent to the Diya of Muslims in a resolution in 2003; however, the Guardian Council declared this resolution contrary to the principles of Sharia and, given the Parliament's insistence on its resolution, the matter was referred to the Expediency Discernment Council, and the Council ultimately approved the Parliament's opinion. This challenge was raised again during the approval of the Islamic Penal Code of 2013 between the Parliament and the Guardian Council, which ultimately led to determined Diya for crimes against these minorities to be equal to the Diya for Muslims. Therefore, this issue as well as its nature and foundation are always subject to arguments in scientific meetings. The result of this research is that basically in Islamic law, the determination of the amount of Diya for crimes against religious minorities is entrusted to the Imam and the leader of the Islamic community, as a first ruling, to determine the amount of Diya according to the circumstances. Accordingly, the ruling to equalize the Diya for crimes against religious minorities by the Constitution with Muslims in the Islamic Penal Code was not issued as a secondary ruling and due to the occurrence of a matter such as urgency or necessity; rather, this ruling is a result of the exercise of the leadership's authority in determining the amount of Diya for these minorities.

### **Keywords:**

Diya, Religious Minorities, Leadership, Crime, Equality of Diya

---

\* Assistant Professor, Faculty of Humanity Sciences, Shahed University, Tehran, Iran  
m.masoudian@shahed.ac.ir

## نقش فناوری‌های نوین در اثبات جرائم اقتصادی

مهرداد احمدزاده ذوالپیرانی\*

یاسمن خواجه نوری\*\*

علی نجفی توانا\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۰

### چکیده

اصدار رأی محاکم کیفری بر مبنای ادله شهودی و علمی که در یک پرونده ارائه شده، صورت می‌پذیرد. باور قاضی در مورد شواهد و مدارک مبتنی بر دلایلی است که موجب اقتناع وجدانی وی شده و به نوعی برای وی قابل درک است. در این راستا بازشناسی میزان اصالت و قدرت اثباتی مدارک به زعم فناوری‌های نوین و اتخاذ ادله براساس این فناوری‌ها و بر پایه داده‌های دیجیتال یا الکترونیکی در محاکمات جنایی، موضوعی است که پژوهش حاضر با روشی توصیفی و تحلیلی بر آن متمرکز است و چگونگی اثبات جرائم اقتصادی را با محک آن می‌سنجد. نتایج پژوهش حاضر به فراخور موضوع مبین استنادپذیری ادله بر پایه فناوری‌های نوین و دیجیتال است. موضوعی که در قوانینی چون قانون تجارت الکترونیکی، قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر آن صحنه گذاشته شده است. بنابراین همان‌طور که شیوه‌های ارتکاب جرائم اقتصادی، متفاوت و به تناسب فناوری تغییر یافته، باید اثبات آن نیز از رهگذر اتخاذ دلایلی بگذرد که مبتنی بر متدها و شیوه‌های نوین فناوری باشد. همچنین با توجه به گستردگی حوزه‌های مربوط به جرائم اقتصادی، لازم است به فراخور هر حوزه، جنبه‌هایی جدید از فناوری را مورد استفاده قرار داد تا بتوان ادله‌ای محکم و مستقر را احراز کرد و سیستم‌های مختلف حقوقی از جمله سیستم عدالت کیفری ایران نیز باید با عبور از واگرایی از ادله سنتی و به‌روز نمودن قوانین و مقررات جدید در این مسیر گام بردارد.

### کلیدواژگان:

ادله اثبات، فناوری‌های نوین اطلاعاتی، جرائم اقتصادی، کشف جرم، محاکمات جنایی.

\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران  
Ahmadzadeh.m25@gmail.com

\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
yas-kh2009@yahoo.com

\*\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران  
najafi.tavani@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

امروزه با پیشرفت علم و فناوری در زمینه‌های مختلف، تبهکاران حرفه‌ای با استفاده از پیشرفته‌ترین ابزار و آلات و وسایل ارتکاب جرم به دور از دید مأموران اهداف خود را عملی می‌کنند. پیشرفت آدمی و ترقی جوامع بشری یک روند همیشگی است. جوامع بشری به‌درستی دریافته‌اند که بین وظایف پلیس قضایی و وظایف پلیس انتظامی باید تفکیک قائل شد. پیشرفت‌ها و نظرات کارشناسان پلیس علمی در کشف جرم، نه فقط مرتبط که حتی امروزه به دلیل پیچیده‌تر شدن پدیده مجرمانه و استفاده مجرمان از شگردهای تکنولوژیک، ضروری است. لذا به نظر می‌رسد استفاده سیستم عدالت کیفری از ادله مبتنی بر فناوری‌های نوین اجتناب‌ناپذیر است.

توجه به زمینه پژوهش اهمیت فزاینده‌ای را القا می‌کند؛ چراکه رفتار مجرمانه بر پایه فناوری‌های نوین، نیاز به جمع آوری دلایلی دارد که بتواند همپا با این رفتار، موضوع جرم مزبور را به اثبات برساند. امروزه جرم اقتصادی با رابطه متقابل و دائمی بین فعالیت‌های قانونی و غیرقانونی مشخص می‌شود. وجود چهره‌هایی که به صحنه جنایی معمولی تعلق ندارند، تشخیص مرز بین قانونی و غیرقانونی را دشوار می‌کند. این در حالی است که فناوری اطلاعات نیز به‌عنوان یکی از عوامل اصلی تأثیرگذار بر این فرایند پیچیده، موجبات سازمان‌یافتگی را به‌عنوان یکی از اوصاف مهم جرائم اقتصادی نهادینه کرده است. مجرمان اقتصادی برای مدیریت اطلاعات ضروری و ارزشمند به فناوری‌های نوین اطلاعاتی و عملیاتی نیاز دارند. پیامد احتمالی استفاده از این فناوری‌های جدید، تغییر در شیوه رفتار و سازمان‌دهی مجرمان و نیز ضرورت ارائه اسنادی که کفایت اثبات شیوه‌های نوین رفتاری را داشته باشد، است. این مطالعه با توجه به استنادپذیری ادله مبتنی بر فناوری نوین اطلاعاتی در پی نیل به این پرسش اساسی است که آیا ادله اثبات بر پایه فناوری‌های نوین اساساً در بازخورد با جرائم اقتصادی موضوعیت دارند؟ در این صورت توان اثباتی آنها تا چه میزان است؟

میزان کاربست ادله اثبات مبتنی بر فناوری‌های جدید در تحقیق‌های مختلف و تعمیم‌پذیری آنها در اثبات جرم اقتصادی موضوع مهمی است که برای همسان‌سازی ادله باید مورد تدقیق قرار گیرد. «در دوران کنونی، به‌کارگیری فناوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطی در مأموریت‌ها، یک انتخاب نیست؛ بلکه اجبار و حقیقتی آشکار است، فلذا باید تمامی اقدامات با هدف طراحی



سامانه‌ای جامع و یکپارچه با هدف تحلیل داده‌های موجود صورت گرفته و هرچه سریع‌تر پیاده‌سازی شود.<sup>۱</sup> این ساختار را می‌توان در عملیات‌های دام‌گستری مبتنی بر فناوری‌های نوین از جمله هوش مصنوعی به‌خوبی در کشف مفاصد اقتصادی و اکاوی کرد. در مفاصد اقتصادی با موضوع سازمان‌یافتگی شکل احراز ادله ممکن است متفاوت باشد. «فناوری اطلاعات نقش بسیار مهمی در ایجاد مزیت رقابتی و بهبود فرایندهای جرم‌یابی در سازمان‌های پلیسی دارد. این فناوری را باید یکی از منابع مهم سازمان پلیس محسوب کرد.»<sup>۲</sup> به‌ویژه وقتی آنها در نزد پلیس به‌عنوان ابزاری برای کشف برخی جرائم سازمان‌یافته از جمله پول‌شویی، قاچاق و... مورد استفاده قرار گیرد. دیلک، چاکیر و آیدین<sup>۳</sup> (۲۰۱۵) در همین راستا و در به‌کارگیری هوش مصنوعی در کشف جرائم سایبری معتقدند: «با پیشرفت فناوری اطلاعات، مجرمان از فضای مجازی برای ارتکاب جرائم سایبری متعدد استفاده می‌کنند. زیرساخت‌های سایبری در برابر نفوذ و تهدیدات بسیار آسیب‌پذیرند. تجهیزات فیزیکی و دخالت انسانی برای نظارت و حفاظت از این زیرساخت‌ها کافی نیست. از این‌رو، نیاز به سیستم‌های دفاع سایبری پیچیده‌تری است که باید انعطاف‌پذیر، سازگار و قوی باشند تا بتوانند طیف گسترده‌ای از تهدیدهای مجرمانه را شناسایی کرده و تصمیم‌گیری‌های بی‌درنگ و هوشمندانه‌ای را در مقابل پدیده مجرمانه اتخاذ نمایند».

در پژوهش حاضر، در بادی امر ضرورت و اهمیت استنادپذیری ادله مبتنی بر فناوری و برخی از رویکردهای تقنینی در قوانین تبیین و در ادامه برخی از مصادیق ادله فناورانه که در جرائم اقتصادی مبتنی به بوده و بیشتر از آن برای کشف جرم استفاده می‌شود و چالش‌ها و موانع موجود بیان شده است.

## ۱. استنادپذیری ادله مبتنی بر فناوری عصر دیجیتال در جرائم اقتصادی

برخی گزارش‌ها مترصد این یافته‌اند که امروزه ۹۰ درصد از تحقیقات جنایی دارای یک مؤلفه دیجیتال چه در فرایند ارتکاب جرم و چه در فرایند دادرسی هستند. بنابراین استانداردسازی قواعد

۱. طالبیان، حسین و ملیحه طالبیان، «نقش فناوری‌های نوین در جرم‌یابی»، مجله کارآگاه، دوره ۱۶، بهار ۱۴۰۱، شماره ۵۸، ص ۷۵.

۲. پورمنافی، ابوالفضل، «تأثیر فناوری اطلاعات و ارتباطات بر فرآیند کشف جرائم سازمان‌یافته»، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، سال ۱۷، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۲، ص ۱۷۱.

3. Dilek, S., Çakır, H., & Aydın, M. "Applications of Artificial Intelligence Techniques to Combating Cyber Crimes: A Review", *International Journal of Artificial Intelligence & Applications (IJAA)*, Vol. 6, No.1, 2015, p 21.

حقوقی برای توسعه بیشتر مقررات در توصیف ادله دیجیتال در اثبات جرم به‌ویژه جرائم اقتصادی – که اغلب تکنولوژی محور است – اهمیت فزاینده‌ای دارد<sup>۱</sup>؛ چراکه ادله فناوری محور در مقایسه با ادله سنتی، در مقابل جرمی که با ابزارهای نوین و فناوری‌های جدید ارتکاب پیدا کرده، به مراتب ارزش اثباتی بیشتری دارد. به‌عنوان مثال در جرم پول‌شویی که با حسابرسی‌های غیرقانونی و حساب‌های متعدد ارزی و ریالی یا تأسیس بنگاه‌های اقتصادی مختلف برای تطهیر پول‌های کثیف و ... ارتکاب یافته باید با بهره از حسابرسی، تمرکز بر فیش‌ها و حساب‌های بانکی، داده‌های الکترونیک، بررسی و اعتبارسنجی امضاهای الکترونیک و ... جرم را اثبات کرد. در این مجال افزون بر ضرورت استنادپذیری، جهات استناد ادله مبتنی بر فناوری در قوانین و مقررات به‌صورت وجیز بررسی می‌شود.

### ۱.۱. تبیین ضرورت استنادپذیری ادله مبتنی بر فناوری

ادله الکترونیکی بر مبنای مواد ۱۲ و ۲۰ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ شامل امارات الکترونیکی، شهادت الکترونیکی، سوگند الکترونیکی، اسناد الکترونیکی، اقرار الکترونیکی و امضای الکترونیکی است. اسناد و ادله الکترونیکی به تبع عصر فناوری با سرعت فزاینده‌ای مورد استقبال قرار گرفته‌اند و مجرمان نیز از این قافله همگامی با فناوری عقب نمانده‌اند و جرائم خود را در صورت‌بندی جدیدی مرتکب می‌شوند. لذا بررسی ضرورت استنادپذیری ادله الکترونیکی جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است. علت‌شناسی‌های مجرمانه؛ اغلب مبتنی بر فناوری‌های نوین در عرصه جرم هنوز جدید و چالش‌برانگیز است و در مقابل نیز جرائم به شیوه‌های مختلف از جمله جرایم اقتصادی برای کشف و اثبات به تخصص فنی و نظرات کارشناسانه برای جست‌وجوی شواهد نیاز دارد<sup>۲</sup>. اثبات این جرائم که با ابزار فراسنتی صورت گرفته برای بازرسان بسیار دشوار است؛ زیرا از جمله خصائص این روش‌های ارتکاب جرم به‌ویژه در مورد جرم اقتصادی که با رقم سروکار دارد، شواهد به‌سرعت و به‌راحتی پاک می‌شوند.<sup>۳</sup>

1. Stoykova, R. "Digital Evidence: Unaddressed Threats to Fairness and the Presumption of Innocence." *Computer Law & Security Review*, Vol.42, 2021, p 2.

2. Biasiotti, M. A., Cannataci, J. A., Mifsud Bonnici, J.P., & Turchi, F. "Introduction: opportunities and challenges for electronic evidence. In: Handling and exchanging electronic evidence across Europe." *Cham: Springer international Publishing*, Vol.39, No.1, 2018, p 4.

۳. سعیدی، سهیل و حمیدرضا میرابی، *تجارت الکترونیک*، تهران: انتشارات پرسمان، ۱۳۹۵، ص ۵۵.

در همین راستا مجرمان اقتصادی ممکن است در پس‌زمینه ناآگاهی جامعه پنهان شوند، اسناد الکترونیک بدون امضا را مهملی قرار داده و از تعهدات خود شانه خالی کنند. لذا همان‌طور که قانون‌گذار در ماده ۷ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌کند: «هرگاه قانون، وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است»؛ این آگاهی‌بخشی به جامعه باید صورت پذیرد که سند الکترونیک قابلیت امضای الکترونیک را دارد و با توجه به حمایت قانون‌گذار از این اسناد امضاشده، افراد نیز باید داده‌های پیام و اسناد خود را بدون امضا دریافت نکرده تا در نهایت بتوان از آنها حمایت کرد. البته این استنادپذیری در برخی از مواد قانونی مرتبط با جرم الکترونیک دارای خلأهایی است که با همان مقررات در سطوح جهانی تفاوت‌هایی دارد. به‌عنوان مثال همان‌طور که می‌دانیم، نتیجه جرم کلاهبرداری بردن مال غیر و نهایتاً ورود ضرر به شخص مجنی‌علیه است.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، کلاهبرداری به‌عنوان جرم مقید هم سوءنیت عام و هم سوءنیت خاص می‌خواهد. بدین معنا که سوءنیت عام همان علم به تقلبی بودن وسیله تقلبی و سوءنیت خاص بردن مال غیر، که لازمه این سوءنیت علم به تعلق مال به غیر است. در مقابل، امروزه کلاهبرداری اینترنتی از کلاهبرداری‌های سنتی پیشی گرفته و چنان روزبه‌روز بر پیچیدگی‌های این نوع جرائم افزوده می‌شود که به نظر می‌رسد حتی اگر چه قانون‌گذار در هر کشور و منطقه‌ای با توجه به تحولات لازم دست به تدوین و تصویب جدیدترین قوانین بزند، باز هم جوابگو نخواهد بود و قوانین در این زمینه‌ها جامعیت لازم و کافی را نخواهند داشت و همواره مجرمان راهکارها و راه‌حل‌های فرار از قوانین را سریع پیدا خواهند کرد.

البته استفاده صرف و ابزاری از این فناوری‌ها یا به‌کارگیری گزینش‌شده، خود نیز دارای تبعات و آثار منفی است که در برخی از شاخه‌های فناوری‌محور نمودی برجسته و جدی‌تری دارد. به‌عنوان مثال فناوری دیپ فیک که می‌تواند در شناسایی مجرمان به‌ویژه مجرمان اقتصادی که از جمله شاخصه‌های آنها پنهان ماندن و به واسطه نفوذ و قدرت سیاسی و اقتصادی در سایه حرکت کردن است، مورد استفاده قرار گیرد. باین‌حال «دیپ فیک هنوز از نظر حقوقی ناشناخته است و قوانین جزایی، صراحتاً آن را جرم‌انگاری نکرده‌اند. در سایر کشورها نیز خلأ جدی قانونی در خصوص دیپ‌های خلاف اخلاق و عفت عمومی، اخبار دروغین یا با محتوایی که به حیثیت

۱. میرمحمد صادقی، حسین، *حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه اموال و مالکیت)*، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان، چاپ چهل و هفتم، ۱۴۰۲، ص ۱۹۸.

افراد حقیقی و حقوقی لطمه وارد نماید، وجود دارد. از نظر دادرسی و ادله اثبات جرم نیز امکان اثبات جعلی بودن فیلم‌های ساختگی دشوار است. شناسایی ابعاد دیپ فیک و جرم‌انگاری‌های مستقل در این خصوص ضروری است.<sup>۱</sup> البته محدودیت در تصویر و صوت می‌تواند چالش غیرواقعی بودن تصویر را مرتفع کند که این امر در موضوع مفاسد اقتصادی و مفسد اقتصادی می‌تواند مورد بهره و استفاده فنی قرار گیرد.

## ۱.۲. استنادپذیری ادله مبتنی بر فناوری‌های نوین در قوانین

استنادپذیری ادله الکترونیکی بدان معناست که داده‌های الکترونیکی در دادگاه یا مرجع ذیصلاح واجد خصیصه و ویژگی‌هایی باشد که معتبر شناخته شود. در استنادپذیری این نوع از ادله، اصالت اطلاعات و حصول علم عادی لازم و ضروری است. مقنن در قوانین داخلی درخصوص استنادپذیری اسناد الکترونیکی مواردی را مورد توجه قرار داده است. در ماده ۶۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری (الحاقی ۱۳۹۳/۷/۸) درخصوص ادله الکترونیکی مقرر می‌دارد: «چنانچه داده‌های رایانه‌ای توسط طرف دعوی یا شخص ثالثی که از دعوی آگاهی ندارد، ایجاد یا پردازش یا ذخیره یا منتقل شود و سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی مربوط به نحوی درست عمل کند که به صحت و تمامیت، اعتبار و انکارناپذیری داده‌ها خدشه وارد نشود، قابل استناد است». ماده فوق با یک چالش روبه‌رو است؛ نخست آنکه تنها تکلیف ذخیره و ضبط داده‌هایی را مشخص کرده است که به‌صورت ارادی از سوی طرفین ذخیره شده و به داده‌هایی که به‌صورت خودکار ذخیره می‌شوند اشاره‌ای نشده است؛ دوم آنکه مقنن اعتبار و اصالت داده‌هایی را که ترکیبی از دو مورد فوق هستند معین نکرده است. به عبارتی، اگر داده‌ای توسط یکی از طرفین و هم به‌صورت خودکار ذخیره شده باشد تکلیف اصالت و اعتبار آن چیست؟ در ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ نیز، ادارات و محاکم از عدم پذیرش ارزش اثباتی «داده پیام» به دلیل شکل و قالب آن منع شده‌اند. در این مورد می‌توان هر دو ماده فوق را همسو تفسیر کرد. به بیانی دیگر، ارائه‌کننده این داده‌های الکترونیکی باید اصالت آن را اثبات کند و نمی‌تواند هر داده‌ای را در دعوای خود مورد استناد قرار دهد.

۱. شیرینی، عباس، «دیپ فیک یا همانندسازی صوتی یا تصویری غیرواقعی در حقوق کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، زمستان ۱۴۰۱، صص ۱۶۳-۱۶۴.

قانون‌گذار در بند (ط) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی به‌کارگیری رویه ایمن را برای تطبیق صحت ثبت «داده پیام» و جلوگیری از هرگونه خطا یا تغییر در مبادله، محتوا یا ذخیره‌سازی ضروری دانسته و در بند (ح) همین ماده، ویژگی‌هایی را برای مطمئن بودن یک سیستم اطلاعاتی برشمرده است. پیرامون حجیت ادله‌ای که در چارچوب فناوری نوین در بازخورد با جرائم به‌طور عام و جرم اقتصادی به‌صورت خاص قابل‌بررسی است، ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی این‌گونه بر این مهم صحنه می‌گذارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام (سند الکترونیکی) در حکم نوشته است». این ماده به‌خوبی در حسابرسی‌های قانونی و مدنی که در کشف جرائم اقتصادی مورد بهره‌ر قرار می‌گیرد، راهگشاست.<sup>۱</sup> در ماده ۱۴ نیز بیان می‌دارد: «داده‌هایی ارزش اثباتی دارند که از طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده باشند و در آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ به ضرورت استفاده از این راهکارها در مواد ۱، ۱۵، ۳۸ و ۴۷ صحنه گذارده است».

همان‌طور که بیان شد، داده‌های پیام به موجب قانون تجارت الکترونیکی دارای وصف سندی و از حجیت و اعتبار به‌عنوان سند بهره‌مند است. در همین راستا، قانون‌گذار ایران با توجه به قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیتال و ماده ۴۷ آیین‌نامه استنادپذیری ادله الکترونیک مصوب ۱۳۹۳، داده پیام را فقط به ابزارهای الکترونیک منحصر نکرده است و هر ابزاری همچون پوشه‌های تصویری و صوتی، تلگرام و ابزارهای نوری را هم دلیل الکترونیک می‌داند.<sup>۲</sup> علاوه‌بر قانون تجارت الکترونیکی، مقنن در ماده ۶۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قوه قضائیه را مکلف کرده که تمهیدات امنیتی مطمئنی برای امضای الکترونیکی، احراز هویت و احراز صلاحیت افراد فراهم آورد. این موضوع نه‌فقط استنادپذیری ادله الکترونیک را اعتبار بخشیده، بلکه قوه قضائیه را نیز موظف در امن‌سازی استفاده افراد در سامانه‌های مربوط به این قوه مثل عدل ایران کرده است.

۱. قرایی، تکتیم، علیرضا هدایی و محمد اسحاقی، امکان‌سنجی استنادپذیری ادله الکترونیک در فقه، با نگاهی به قانون تجارت الکترونیک ایران، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۵۴، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۴۴۶.

۲. احمدی لاشکی، حمیدرضا، حمید ابهری و عباس مقدری امیری، ادله الکترونیکی اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی در ایران و فقه امامیه، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۱۶، ص ۱۷۹.

## ۲. تبیین مصادیق ادله مبتنی بر فناوری در مرحله نخست دادرسی

با توجه به آنچه در خصوص ضرورت استفاده از ادله الکترونیکی و استنادپذیری این ادله در قوانین و مقررات شرح داده شد، مصادیق ادله مبتنی بر فناوری‌های نوین در مرحله کشف جرم مورد بررسی قرار خواهد گرفت. لذا بررسی موضوعاتی چون حمل و تحویل کنترل شده با نظارت‌های الکترونیک در خصوص محموله‌هایی که از کشور خارج یا وارد کشور می‌شود و مهملی برای قاچاق کالاهاى مختلفى است، یکى از رویکردهای کنشی در این عرصه قلمداد می‌شود. دیگر بخش‌ها نیز بر همین محتوا تکیه داشته و کشف جرم اقتصادی را با شیوه‌های نوینی توجیه می‌کند که گام تازه‌ای در مقابل رویکردهای سنتی قبل قلمداد می‌شود.

### ۲.۱. حمل و تحویل: تحویل کنترل شده با نظارت‌های الکترونیک در تحقیقات در مرحله

#### پیشادادرسی

تحویل کنترل شده یک ابزار تحقیقی حمل و نقل محموله‌های غیرقانونی یا مشکوک است که اجازه ورود، عبور یا خروج از قلمرو یک یا چند کشور عضو را می‌دهد. این تحویل‌ها با آگاهی و تحت نظارت مقامات ذیصلاح کشورهای درگیر که امروزه با ابزارهای پیشرفته الکترونیک صورت می‌پذیرد، برای پیشبرد تحقیقات مرتبط با جرم و شناسایی مظنونان احتمالی انجام می‌شود. استفاده از تحویل کنترل شده به‌عنوان یک روش تحقیق می‌تواند به‌ویژه در تحقیقات فرامرزی، که اقدامات هماهنگی توسط مقامات در چندین کشور مختلف انجام می‌شود، در نظر گرفته شود. یوروجاست (اژانس اتحادیه اروپا برای همکاری در زمینه عدالت کیفری)<sup>۱</sup> در چارچوب وظایف خود برای فعال کردن همکاری قضایی در تحقیقات قانونی، با مقامات قضایی و مجری قانون برای پیش‌بینی و حل مشکلات ناشی از تحویل کنترل شده همکاری می‌کند. مقامات ممکن است هنگام استفاده از تحویل کنترل شده در طول تحقیقات، با مسائل و موانعی مواجه شوند. به‌ویژه در پرونده‌های قاچاق انسان و قاچاق مهاجر، این خطر وجود دارد که استفاده از ابزارهایی برای نظارت بر فعالیت‌های بالقوه مجرمانه، به‌جای دستگیری مظنونان، در اولین مرحله امنیت قربانیان را به خطر بیندازد. همچنین ممکن است با مسائل عملی مانند منابع ناکافی و رژیم‌های قانونی متفاوت در استقرار افسران مخفی روبه‌رو شوند یا اینکه نیاز به غلبه بر

1. European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)

محدودیت‌های بوروکراتیک قانونی از جمله: بحث مشروعیت ادله و قابل قبول بودن شواهد به دست آمده، مشکلات در دریافت مجوز لازم برای به تعویق انداختن توقیف دارایی‌ها یا قراردادن دستگاه‌های نظارتی در وسایل نقلیه داشته باشند.

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان (۱۹۸۸) استفاده از تحویل کنترل شده را برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر توصیه کرده است. در ماده ۲ کنوانسیون مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی نیز این رویکرد با هدف شناسایی افراد دخیل در ارتکاب جرم با بررسی کشورهای موضوع ترانزیت انجام می‌پذیرد. بنابراین تحویل کنترل شده، از جمله برای ردیابی جریان کالاهای غیرقانونی مانند داروها، نمونه‌های نادر حیات وحش، محصولات تقلبی یا محصولات پزشکی تقلبی، به منظور تعیین منابع واقعی، مسیرهای ترانزیت و مقصد استفاده می‌شود. «تحویل‌های کنترل شده، نقشه‌برداری از طرح‌های مجرمانه کامل و همچنین ساختار گروه‌های جنایتکار سازمان یافته را به منظور پیگرد قانونی امکان‌پذیر می‌سازد. بدون تحویل‌های کنترل شده، شناختن یا اثبات نقش‌های واقعی اعضای گروه‌های جنایتکار سازمان یافته اغلب دشوار است»<sup>۱</sup>.

برخی از چالش‌ها و مسائل کلیدی برای تحویل کنترل شده می‌تواند در پرتو پرسش‌هایی با محوریت شروط استفاده، سوابق کشف کالای قاچاق به عنوان ادله یا مجوز منبع قضایی و... مطرح شود که «رویه‌های عملیاتی و استاندارد را برای پشتیبانی از تحویل کنترل شده و سریع، موضوع گفتمان قرار می‌دهد»<sup>۲</sup>. به هر حال در دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد ۲۰۱۳، تحویل کنترل شده به عنوان یک تکنیک تحقیقاتی توسط بسیاری از کشورها - اگر چه با شرایط متفاوت و برای دسته‌بندی‌های مختلف جرم - مورد توجه قرار گرفته است. در بررسی پرونده‌های جرائم سازمان یافته فراملی این شیوه، ابزاری عملی محسوب می‌شود. زیرا درک اندازه، دامنه فعالیت‌های مجرمانه سازمان یافته، ساختارها و نقش‌هایی که در گروه‌های جنایتکار

1. Densley, J., McLean, R., Deuchar, R., & Harding, S. "An altered state? Emergent changes to illicit drug markets and distribution networks in Scotland." *International Journal of Drug Policy*, Vol.58, No.4, 2018, p 119.

2. Clifasefi, S.L., Lonczak, H. S., & Collins, S.E. "seattle's Law enforcement assisted diversion (LEAD) program: within-subjects changes on housing, employment, and income/benefits outcomes and associations with recidivism." *Crime & Delinquency*, 63(4), 2017, p 439.

3. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

سازمان یافته ایفا می‌شود، برای از بین بردن آنها ضروری است. باوجوداین، جرائم خاصی مانند قاچاق انسان وجود دارد که استفاده از تحویل کنترل شده برای آنها مشکل ساز است. هنگامی که اطلاعاتی وجود دارد که عملیات قاچاق انسان شامل جابه‌جایی قربانیان می‌شود، مجری قانون معمولاً موظف است حفاظت از قربانیان را بر تحت نظر نگه‌داشتن مجرمان در اولویت قرار دهد.

در نظام حقوقی کشور ما تحویل کنترل شده، که با عنوان «حمل تحت نظارت» از آن یاد می‌شود، در ماده ۴۳ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶ (الحاقی ۱۳۸۹/۵/۹) پیش‌بینی شده است. به موجب این ماده، نیروی انتظامی اجازه دارد تا در چهارچوب موافقت‌نامه‌های قانونی دو یا چندجانبه با مشارکت مأمورین دیگر کشورها با درخواست فرمانده نیروی انتظامی و با حکم دادستان کل کشور، محموله‌های تحت کنترل را تعقیب کند. آیین‌نامه اجرایی آن نیز در تاریخ ۱۳۹۳/۳/۳۱ در ماده ۲۳ به تصویب ستاد مبارزه با مواد مخدر رسیده است. در این راستا دولت ایران موافقت‌نامه‌های دوجانبه‌ای را با کشورهایمانند اتریش، قزاقستان، اوکراین، بلغارستان، تونس، بلاروس، ایتالیا و... منعقد کرده است. البته با وجود این اسناد و تعهدات بین‌المللی، ملاحظات سیاسی از مهم‌ترین موانع همکاری حقوقی و پلیسی بین کشورهاست. به‌نحوی که باوجود موافقت‌نامه معاضدت حقوقی دوجانبه در موضوع کیفری بین دولت ایران و کشور امارات متحده عربی که در تاریخ ۱۳۸۸/۹/۱۷ امضا شده بود، سردی روابط سیاسی دو کشور سبب شد که در پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۷۷۸۴۷۰۰۱ شعبه اول دادرسی دادسرای ناحیه ۳۱ (جرائم رایانه‌ای و فناوری اطلاعات) تهران که از مرجع قضایی کشور امارات تقاضا شده بود تا مبلغی را که از طریق کلاهبرداری رایانه‌ای به دست آمده از یک حساب بانکی متهم مسدود کند، مقامات ذیصلاح این کشور در هر دو مرحله به بهانه عدم رعایت مقررات مربوط به نحوه همکاری از نظر نامشخص بودن داشتن اختیار مقام درخواست‌کننده و نیز عدم ارسال ادله مورد نیاز، از انجام دادن آن خودداری ورزند.<sup>۱</sup>

به‌کارگیری روش حمل تحت نظارت اگرچه در قانون ایران نسبت به جرائم مواد مخدر اعمال می‌شود، در رویه عملی و به‌صورت غیررسمی مأموران به‌منظور ردیابی محموله‌های مجرمانه در

۱. رودگر کوه پر، عطاءاله و بهزاد رضوی فرد، «همکاری پلیس کشورها برای ارتقاء کارآمدی مبارزه علیه بزهکاری در پرتو اسناد بین‌المللی»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، شماره ۱۸، ص ۱۲۰.



بسیاری از جرائم دیگر از جمله ارتشاء، قاچاق برخی از کالاها مانند مشروبات الکلی و حتی قاچاق ارز، از طریق عملیات نفوذ وارد معاملات صوری با مرتکبان جرم می‌شوند.<sup>۱</sup> رویهٔ محاکم قضایی در پذیرش دلایلی که از این طریق به دست می‌آید متفاوت است. به‌طور مثال، نظریهٔ شمارهٔ ۸۰۷۸۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۱ کمیسیون حقوقی دادستان کل کشور که مبنای بسیاری از آرا دادگاه انقلاب قرار می‌گیرد، اشاره کرد: «معاملهٔ صوری با قاچاقچیان باسابقه و کسانی که در امر قاچاق مواد مخدر فعالیت دارند و به طرق مختلف و با اعمال شگردهای مجرمانه از تعقیب مأمورین می‌گریزند، بلامانع است». برخی از محاکم در رأی صادره آورده‌اند: «انجام معامله صوری مواد مخدر توسط ضابطان دادگستری جهت کشف جرم و دستگیری متهم، فاقد اعتبار قضایی بوده و در این موارد بزه در معرض فروش قرار دادن مواد مخدر توسط متهم، محقق نمی‌شود».<sup>۲</sup> همچنین در رأی دیگری آمده است: «معاملهٔ صوری مشروبات الکلی مأموران با متهم، مصداق بزه عرضهٔ مشروبات الکلی یا در معرض فروش قرار دادن آن است».<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد برای جلوگیری از تشتت آرا؛ رفع خلأ قانونی موجود و نیز رفع محدودیت‌هایی چون تعارض قوانین داخلی با مادهٔ ۱۱ کنوانسیون ۱۹۸۸، ناهماهنگی تقنینی با کشورهای مبدأ، ترانزیت و مقصد، فقدان تجهیزات و امکانات مناسب، نبود نیروی انسانی آموزش‌دیده، هزینه‌های گزاف عملیاتی و... به‌منظور توسعهٔ استفاده از این روش برای مبارزهٔ مؤثر با جرائم اقتصادی ضرورت دارد.

## ۲.۲. حسابداری قانونی شیوه‌ای تحقیقاتی در جرم اقتصادی

بسیاری از مردم با حسابداری قانونی آشنایی چندانی ندارند؛ حتی اگر ابزار مالی مزبور و قدمت آن به اوایل دههٔ سال ۱۸۰۰ برگردد. میتریچ، استانکوویچ و لاکیکویچ (۲۰۱۲)<sup>۴</sup> نشان دادند که سابقهٔ حسابداری قانونی می‌تواند به سال ۱۸۱۷ بازگردد؛ جایی که تصمیم دادگاه در مورد ورشکستگی براساس شهادت یک حسابدار بود.<sup>۵</sup> شناسایی کلاهبرداری و دیگر اشکال جرم اقتصادی ممکن است با استفاده از فنون حسابداری جنایی محقق یا به کمک آن انجام شود.

۱. همان، ص ۱۳۰.

۲. رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۳۷۴۰۰۲۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۵/۲۰، شعبه ۵۰ دیوان عالی کشور.

۳. رأی شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۷۳۰ مورخ ۱۳۹۰/۶/۷، شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

4. Mitrich, Stankovich, and Lakichevich, (2012).

5. Ocansey, Evans O. N. D. "Forensic Accounting and the Combating of Economic and Financial Crimes in Ghana." *European Scientific Journal*, Vol.13, No.31, 2017, p 380.

«این فنون معمولاً شامل ارزیابی سوابق مالی راجع به الگوهایی می‌شوند که یا غیرعادی‌اند یا اینکه با الگوها یا هنجارهای مصوب در دیگر سوابق مغایرت دارند. مواردی مانند سوابق نگهداری شده در قالب‌هایی که به‌سختی قابل‌خواندن یا تفسیرند یا هرگونه الگوی مصرف دیگر یا نگهداری سوابقی که نمی‌توان آن را به شروط عملیاتی منتسب کرد ممکن است وجود فساد یا دیگر جرائم اقتصادی را نشان دهند»<sup>۱</sup>. حسابرسان می‌توانند آزمون‌های جنایی کاملی را به‌عنوان بخشی از فرایند دادرسی دقیق انجام دهند یا اینکه «مأموران تحقیق از طریق این آزمون‌ها ادله راجع به افراد یا نهادهای متهم را جمع‌آوری کنند»<sup>۲</sup>. بنابراین حسابداری قانونی از مهارت‌های حسابداری، حسابرسی و تحقیقی برای انجام و بررسی امور مالی یک فرد یا کسب و کار استفاده می‌کند. در واقع به‌دنبال این نوع از حسابداری، سعی می‌شود به شواهد کیفری و تحقیقات قانونی دسترسی پیدا کرد. در این خصوص زمینه‌های حسابرسی و کیفری قرابت هرچه بیشتر حسابداری و بازرسی در اثبات جرائم مالی را به وجود می‌آورد. این شیوه در بازخورد با جرائم اقتصادی اغلب در پرونده‌های پول‌شویی، کلاهبرداری، اختلاس و مصادیقی از این دست برای توضیح ماهیت یک جرم مالی و اقتصادی در دادگاه و در افشای جرم در بخش دولتی و خصوصی استفاده می‌شود. شیوه مزبور مسائل پیچیده مالی و تجاری را تجزیه و تحلیل کرده و تفسیر و خلاصه می‌کنند.

با این حال، کشف جرائم اقتصادی و مالی دشوار است و بیشتر موارد کشف‌شده به دلیل ترس از تبلیغات بد و از بین رفتن اعتماد سرمایه‌گذار گزارش نمی‌شوند. در این راستا حسابداری قانونی در پاسخ به شیوع بالای تقلب‌ها پدیدار شده است<sup>۳</sup>. در تئوری ادراک، برای توضیح و تبیین جرم اقتصادی، ادراک کارکنان و عاملان جرائم درشت اقتصادی که اصولاً با زمینه‌ای از تقلب صورت می‌پذیرد، مدیریت را قادر می‌کند تا متوجه شود مشکل اصولی در سازمان است. همین رویکرد را نیز می‌توان در تئوری آنومی یا بی‌هنجاری دورکیم مورد واکاوی قرار داد. «پس فساد و کلاهبرداری یا دیگر جرائم اقتصادی را که ریشه در نفوذ و یا اختیار عملکرد در نهادها و

۱. مهدوی پور، اعظم، *سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی*، تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۲۴۲.

۲. لانگست، پیتر، *برنامه‌های جهانی مبارزه با فساد*، ترجمه: حمید بهره‌مند و امیرحسین جلالی فراهانی، تهران: انتشارات نگاران شهر، ۱۳۸۷، ص ۵۳۵.

3. Modugu, K. P., & Anyaduba, J. O. "Forensic accounting and financial fraud in Nigeria: An empirical approach." *International Journal of Business and Social Science*, Vol.4, No.7, 2013, p 285.

سازمان‌های حاکمیتی دارد، می‌توان محصول ناهماهنگی بین «میل به ثروت» و «تحقق آن رویا» در نظر گرفت.<sup>۱</sup> بنابراین، می‌توان حسابداری جنایی را ابزاری برای کشف و اثبات فشار آنومیکی دانست که اغلب مدیران را در پی فشار اقتصادی یا طمع حاصل از جایگاه مدیریتی در مسیر ارتکاب جرم اقتصادی قرار می‌دهد. زیرا همان‌طور که دورکیم به آن اشاره کرد، محصول شکست دولت در مدیریت تقلب و تمجید از تقلب به عنوان یک فرهنگ در بخش عمومی درونی شده و مبنای فساد سیستماتیک را فراهم می‌کند.<sup>۲</sup>

در نظام حقوقی ایران، حسابداری قانونی یا قضایی مورد پذیرش واقع شده است، اما هیچ مقرره صریح یا مستقلاً در این خصوص وجود ندارد. ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌دارد: «هرگاه بازپرس رأساً یا به تقاضای یکی از طرفین انجام کارشناسی را ضروری بداند، قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر می‌کند. بازپرس باید موضوعی را که جلب نظر کارشناس نسبت به آن لازم است به‌طور دقیق تعیین کند». در تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز استفاده از نظر کارشناس که به‌عنوان اماره قضایی می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد، پیش‌بینی شده است.

کارشناسان رسمی دادگستری با تخصص حسابداری عمومی در نظام حقوقی ایران در زمره حسابداران قانونی به‌شمار می‌آیند. وظایف این‌گونه حسابداران در نظام حقوقی کشور ما با سایر کشورها تفاوتی ندارد. امید می‌رود که رشته‌ای مستقل برای این امر اختصاص داده شود. زیرا با توجه به تصریح ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر ضرورت ارجاع امر به کارشناسی در امور فنی و تخصصی، حسابداری قضایی می‌تواند با توجه به ماهیت پیچیده جرائم اقتصادی کمک بسزایی به قضات نماید و به تحقق هرچه بهتر عدالت کمک کند. این نوع از حسابداران در کشور ما به منشأ اعداد توجه خاصی دارند و اعداد و صورتهای مالی را بدون چون‌وچرا نمی‌پذیرند که همین امر در کشف جرائم اقتصادی و به‌ویژه جرم پول‌شویی که جرمی ثانویه است کارکرد مهم و تأثیرگذاری دارد.

1. Olbrycht, P. "The Criminality of Foreign Nationals in Switzerland as a Security Threat in the Context of Swiss Migration Policy." *Polish Political Science Yearbook*, Vol. 51, No. 4, 2022, p 11.

2. Kirimi Karuti, J., Mwaniki, G., & King'oriah, G. "Forensic Accounting Polices and Fraud Control in County Governments in Kenya: Evidence from Counties in Mt. Kenya Region." *International Journal of Business Management and Economic Review*, Vol. 2, No. 03, 2019, p 28.

### ۲.۳. مانیتورینگ با شیوه الکترونیکی در جرم اقتصادی

نظارت فیزیکی یکی از قدیمی‌ترین ابزارهای تحقیقاتی اجرای قانون است. اگر مقامات مشکوک باشند که فردی درگیر فعالیت‌های غیرقانونی است، ساده‌ترین راه، ممکن است دنبال کردن آنها باشد. باین‌حال، بیشتر کشورها محدودیت‌هایی برای نظارت قائل شده‌اند. «نظارت الکترونیک به واسطه طبع و ماهیت نوین می‌تواند به‌خوبی با شیوه‌های مدرن و امروزی ارتکاب رفتارهای مجرمانه در قالب جرم اقتصادی مفید و موثر باشد»<sup>۱</sup>. البته در مواردی که مجاز باشد، نظارت الکترونیکی تنها زمانی قابل‌بررسی است که ابزارهای کمتر مداخله‌جویانه، تمام‌شده یا بی‌اثر شده باشند یا با توجه به شرایط و موقعیت پیش‌آمده، هیچ جایگزین معقولی برای به دست آوردن شواهد ارائه نشود. به‌رحال انواع مختلفی از فناوری‌ها که قابلیت جایگزینی دارند عبارت‌اند از: نظارت بر رهگیری اطلاعات اشخاص مانند نظارت بر تلفن همراه، دسترسی به محتوای پیام‌نگار (ایمیل) یا پیامک (مصادیق مندرج در ماده ۶۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری - الحاقی ۱۳۹۳/۷/۸)، نفوذ و نظارت الکترونیکی به‌منظور تعیین محل و موقعیت مکانی شخص (ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲). نظارت‌های نوع اول اصولاً به منظور پیشگیری یا کشف جرم صورت می‌پذیرد و مواد یادشده بیشتر مبتنی بر شخص بزه‌کار است.

در جرائم اقتصادی به دلیل ماهیت و پیچیدگی‌های جرم لزوماً نظارت الکترونیکی شخص محور کارساز نخواهد بود. برای مثال در جرم قاچاق کالا، یکی از شیوه‌هایی که می‌تواند موثر باشد مانیتورینگ به شیوه ردیابی کالا مبتنی بر فناوری نوین است. در همین راستا، بهره‌گیری از سامانه‌های شناسه کالا و شناسه رهگیری در بند «ذ» و «ر» از ماده ۱ و ماده ۱۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۳۹۴ و ۱۴۰۰ تصریح شده است. همچنین اتخاذ تدابیری نظیر راه‌اندازی سامانه‌های الکترونیکی و هوشمند جدید موردنیاز برای نظارت بر فرایند تجارت (ماده ۵) از قبیل سامانه شناسایی و مبارزه با کالای قاچاق (تبصره ۳ ماده ۵)، ایجاد سامانه نرم‌افزاری جامع یکپارچه‌سازی و نظارت بر فرایند تجارت (بند الف ماده ۶)، تجهیز مبادی ورودی و خروجی و مسیرهای حمل‌ونقل به امکانات فنی مناسب و الکترونیکی نمودن اسناد (بند ب ماده ۶)، راه‌اندازی سامانه یکپارچه اعتبارسنجی و رتبه‌بندی اعتباری (بند ت ماده ۶) و

1. Roderman, W. "Is Someone Recording This? It's Harder to Find Out." *The New York Times*, April 7, 2013, P 175.

پیش‌بینی سامانه جامع انبارها و مراکز نگهداری کالا (ماده ۶ مکرر ۲ - الحاقی ۱۰/۱۱/۱۴۰۰) در قانون پیش‌گفته از دیگر روش‌های نظارت مبتنی بر فناوری نوین است که با هدف پیشگیری از وقوع جرم قاچاق یا سهولت کشف آن توسط مقنن پیش‌بینی شده است. مورد دیگر کنترل زنجیره تأمین به صورت الکترونیک، می‌توان به بند پ ماده ۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ اشاره کرد که بر لزوم ثبت هرگونه اعمال تجاری اقلام دارویی و تجهیزات پزشکی در سامانه رهگیری و کنترل اصالت تأکید می‌کند. همچنین در ماده ۸ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ الزاماتی برای الکترونیکی شدن فرایند تجارت خارجی مقرر شده است. مضافاً مواد ۹ و ۱۱ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰ نیز به کارگیری شیوه‌های نوین بازرسی را پیش‌بینی کرده است. با وجود این، در عمل این فناوری‌ها با چالش‌هایی نظیر تعارض منافع دستگاه‌ها و ضعف در تعامل بین دستگاهی، تورم مقررات، عدم مشارکت فعال تجاری و جامعه مدنی و نبود عزم اجرایی مواجه‌اند که سبب معطل ماندن اهداف پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup> افزون بر این شاید این شبهه ایجاد شود که حریم خصوصی افراد با این نوع از نظارت‌ها مورد خدشه واقع شود لکن، «چنانچه با رعایت جنبه‌های فنی و امنیتی باشد، تنافی و تقابلی را میان سازوکارهای نظارت فناورانه در حوزه پیشگیری از جرائم اقتصادی با ساحت حریم خصوصی اطلاعاتی اشخاص به وجود نمی‌آورد».<sup>۲</sup> اگرچه واقعیتی است که «محافظت از حریم خصوصی شهروندان یکی از اهداف اصلی نظام دادرسی کیفری است. با وجود این، ضرورت کشف جرم، این حریم را در معرض تهدید قرار داده است»<sup>۳</sup>، این موضوع در جرائم اقتصادی که دارای بزه‌دیده خاص و عام است، دغدغه‌ای به مراتب بیشتر را می‌طلبد. بنابراین فناوری‌های نوین همان‌طور که ساحت رفتار مجرمانه را نقض می‌کند، نباید ابزاری باشد که احترام به حریم خصوصی اشخاص بی‌گناه را به هر بهانه مهمل و مفری برای مجرمین اقتصادی قرار دهد.

۱. کوشا، جعفر و سهیلا جعفری، «هوشمندسازی پیشگیری از قاچاق کالا، جلوه‌ها و چالش‌ها»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۹۸، صص ۲۰۷-۲۰۹.
۲. عظیمی، سید میثم و علی غلامی، «نظارت فناورانه در پیشگیری وضعی از جرائم اقتصادی و چالش‌های آن با حریم خصوصی اطلاعاتی»، مجله مجلس و راهبرد، سال ۲۴، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۹۱، ص ۲۶۵.
۳. جهان‌بین، سعید، مهدی شیدائیان ارانی و محمد خلیل صالحی، «امنیت‌گرایی در تقابل با حفظ حریم خصوصی در مرحله کشف جرم؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱۰، فروردین ۱۴۰۲، شماره ۱، ص ۵۱.

### ۳. ادله مبتنی بر تحقیقات در فرایند دادرسی

سیستم‌های پشتیبانی تصمیم با استفاده از تکنیک‌های هوشمند، کاربرد گسترده‌ای در بسیاری از رشته‌ها پیدا کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد حوزه تحلیل جرم هنوز به‌طور گسترده‌ای ناشناخته است. ظاهراً، یکی از دلایل اصلی به دلیل پیچیدگی و ماهیت چندوجهی جرم است که اغلب با رویکرد مکانیکی و ناآگاهانه مخالفت می‌کند. هرچند رویکرد محاسباتی در این حوزه به‌عنوان ماهیتی عینی بسیار ناکافی تلقی می‌شود، با این حال نبوغ و هوش انسانی در درک و شناسایی ویژگی‌های مفید و منحصر به فرد مرتبط با جرم از اهمیت حیاتی برخوردار است. با پیشرفت فناوری اطلاعات (IT) مجرمان از فضای مجازی برای ارتکاب جرائم سایبری متعدد استفاده می‌کنند. به‌ویژه این رفتارها در حوزه‌هایی از جرم اقتصادی نمود جدی‌تر دارند. روند روبه رشد محاسبات پیچیده براساس داده‌های اینترنتی، پرسش‌های مهمی را در مورد امنیت اطلاعات و حریم خصوصی ایجاد می‌کند. زیرساخت‌های سایبری در برابر نفوذ و سایر تهدیدات بسیار آسیب‌پذیرند. ابزارهای فیزیکی مانند حسگرها و آشکارسازها برای نظارت و حفاظت از این زیرساخت‌ها کافی نیستند. از این رو، نیاز به فناوری اطلاعات پیچیده‌تری وجود دارد که با مدل‌سازی رفتارهای عادی بتواند مصادیق رفتاری غیرعادی را تشخیص دهد. سیستم‌های دفاع سایبری باید انعطاف‌پذیر، سازگار و قوی باشند. در این صورت توانایی تشخیص و شناسایی طیف گسترده‌ای از تهدیدات و اتخاذ تصمیم‌گیری‌های هوشمندانه را در زمان واقعی ارتکاب رفتار مجرمانه دارند.<sup>۱</sup> در مواجهه با موضوع بدون اینکه ادعا شود حریم خصوصی خدشه‌دار شده است، سیستم هوشمند می‌تواند جرائم اقتصادی و حتی سازمان‌یافته را به‌خوبی با ویژگی‌های منحصر به فردی که این فضا ایجاد می‌کند، به اثبات برساند.

در تحقیقات مبتنی بر سیستم‌های هوشمند جنبه سازمانی عمل، به‌منظور تجزیه و تحلیل اطلاعات جنایی و به‌ویژه اطلاعاتی که در زمینه جرم به سیستم تحقیق و کشف اعلام می‌شود، باید به‌صورت سیستماتیک آماده شود. در تحقیقات مقدماتی جرائم به‌ویژه جرائم اقتصادی منابع اطلاعاتی متعددی مدنظر است، از جمله اطلاعاتی از بانک‌ها، پلیس، ادارات مالیاتی و سازمان‌هایی از این دست که در این راستا فعالیت می‌کنند. این بخش از تحقیق روی رویداد

1. Dilek, S., Çakır, H., & Aydın, M. "Applications of Artificial Intelligence Techniques to Combating Cyber Crimes: A Review", *International Journal of Artificial Intelligence & Applications (IJAlA)*, Vol. 6, No.1, 2015, p 23.

کیفری، جنایتکار یا روش‌های به‌کار گرفته شده برای کنترل جرائم و بازارهای مختلف متمرکز است. به‌رحال این سیستم‌ها جانشین افراد مسئول کشف جرم نمی‌شوند، بلکه به آنان در افزایش شانس بررسی موارد مشکوک و مواردی که به نظر مجرمانه می‌رسد کمک کرده و احتمال بررسی مواردی را نیز که در بردارنده هیچ جرمی نیست کاهش می‌دهند. این سیستم توانایی شناسایی رفتارهای مجرمانه نوین و برقراری ارتباط بین آنها را که تاکنون برای کارشناسان ناشناخته محسوب می‌شده دارد.<sup>۱</sup> به تبع تنوع جرم اقتصادی، سیستم هوشمند اطلاعات در آن نیز می‌تواند دارای نقطه ضعف و قوت باشد. به‌عنوان مثال در برخی از جرائم اقتصادی از جمله پول‌شویی و حتی قاچاق انسان (اگر در دایره جرم اقتصادی قرار گیرد) سیستم‌های هوشمند می‌تواند مؤثر باشد. باین‌حال اطلاعات دیجیتال و داده‌های رایانه‌ای درخصوص انتقال وجوه مشکوک و یا زیرنظر گرفته شدن افراد با توجه به شبکه اطلاعاتی که در سطح جهانی وجود دارد، باور به سیستم‌های هوشمند را تقویت می‌کند. «امروزه اراده نظام عدالت کیفری در راستای دست‌یازی به این سیستم، برای اثبات جرائمی که فناوری‌محور است، صورت عینی گرفته است»<sup>۲</sup> و مجرمیت فراستی با ابزارهای پیشرفته فناوری موجب شده در فرایند دادرسی حتی در مرحله تحقیقات مقدماتی و به‌صورت برجسته برای اثبات جرم، سیستم‌های هوشمند اطلاعاتی وارد این جریان شود.

## نتیجه‌گیری

امروزه پیشرفت‌های علمی از جمله علم پزشکی، شیمی و دیگر علوم تجربی به تاروپود وجود پلیس علمی و به تبع آن در فرایند اثبات جرم، چه در مرحله پیش‌دادرسی و چه در مرحله دادرسی گره خورده است. بنابراین می‌توان ادعا کرد رویکرد اثباتی از جرم، مجهز به سلاحی است که در حوزه علم تحلیل و بسط داده می‌شود. از طرفی، از آنجا که جرائم به نوبه خود از پیچیدگی‌های عصر جدید بهره می‌برند، لذا وجود اهرمی برای کشف آنها و از جنس خودشان، فقط علم را به

۱. مهدوی‌پور، اعظم، *سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی*، تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۲۴۲.

2. Achim, M. V., Vaidean, V. L., Borlea, S. N., & Florescu, D. R. "The Impact of the Development of Society on Economic and Financial Crime. Case Study for European Union Member States." *Journals Risks*, Vol. 9, No. 97, 2021, p 3.

یاری می‌طلبد؛ دانشی که در انواع کشف جرم و اثبات علمی آن باید به عنوان یک برگ برنده در دست سیستم عدالت کیفری قرار گیرد. این شیوه مجهز به سلاح‌هایی است که در شکل جدید، نه در درگیری شرکت می‌کند نه اینکه به صورت سنتی به دنبال اقرار متهم به هر شکل ممکن است، بلکه با درایت و علوم مختلفه، که در دست متخصصان امر وجود دارد، جرائم ارتكابی را اثبات می‌کنند. این فرایند یعنی طی طریق در علوم مختلف برای کشف جرم، خود پاسخی است برای این دغدغه که رفتارهای پیچیده مجرمانه از سوی مجرمان اقتصادی چگونه باید مهار شود. نقش فناوری در برخی از شیوه‌های سنتی ادله اثبات جرم از جمله اخبار و دلایل مبتنی بر اطلاعاتی که مخبران به پلیس یا به دادگاه‌ها در فرایند دادرسی می‌دادند، محسوس‌تر است. بنابراین همان‌طور که دیدرو<sup>۱</sup> معتقد است هیچ‌کس نمی‌تواند مزیت ایجاد یک دیوار بی‌اعتمادی میان تبهکاران را نادیده بگیرد. حال اگر این فضای بی‌اعتمادی در بین مجرمان در قالب یک فرایند پیشرفته و همراه با امکانات فناوری‌مدار چون نصب دوربین، شنود صدا و... باشد، می‌توان از نیروهای کارآمد، که در میان تبهکاران به جمع‌آوری اخبار مشغول‌اند، حمایت کرد و هم اطلاعات جامع‌تری را به صورت سیستماتیک در آرشيو ایجاد کرد. با این بیان یافته‌های پژوهش در قالب پیشنهادهایی به شرح ذیل بیان می‌شود:

۱- در این پژوهش فرض اساسی این است که فناوری اطلاعات یکی از عوامل اصلی تأثیرگذاری بر ارتكاب جرائم اقتصادی به صورت سازمان‌دهی شده است. بنابراین در تقابل با این سازمان‌دهی باید ادله‌ای جمع‌آوری شود که توانایی اثبات را هم‌راستا با نوع و سنخ جرم داشته باشد. مجرمان اقتصادی برای مدیریت اطلاعات ضروری و ارزشمند به فناوری اطلاعات نیاز دارند. پیامد احتمالی استفاده از این فناوری‌های جدید، تغییر در شیوه رفتار و ساختارمندی مجرمان است که برآیند آن سازمان‌یافتگی جرائم اقتصادی است. بنابراین برای اثبات بی‌چون‌وچرای جرائم ارتكابی ناگزیر باید از فناوری‌های نوین در این زمینه بهره برد. چراکه در غیر این صورت سیستم عدالت کیفری از مجرمان گام‌های حیاتی عقب خواهد ماند و زمانی جرم کشف می‌شود که دیگر مجرمان فرار کرده‌اند.

۲- امروزه فرایند اثبات جرم در جرائم سازمان‌یافته اقتصادی با ابزارها و شیوه‌های سازمانی سنتی (از نوع مافیایی) ناکارآمد و به فراخور تکنولوژی‌های مورد استفاده مجرمان خطر بسیار دارد.

1. Diderot



- پس به جای جمع‌آوری ادله به شیوه‌هایی چون استفاده از مخبر باید از شنود، بهره از هوش مصنوعی در شناسایی چهره مجرمان، پهباد و... استفاده کرد. ابزارهایی که هم ریسک کمتری دارند و هم به صورت سازمانی از جنبه‌های اثباتی مستندتری برخوردارند.
- ۳- از جمله محاسن استفاده از فناوری اطلاعات در جرائم این است که می‌توان به دنبال ساختارهای سلسله‌مراتبی سنتی نبود، بلکه بر شناسایی ذی‌نفعان واقعی جرائم تمرکز کرد. با حسابرسی حساب‌های بانکی مظنونان (با در نظر گرفتن محرمانگی و...) می‌توان افراد ذی‌نفع در پول‌شویی و حساب‌سازی‌های کلان و... را کشف کرد و با استفاده از حساب‌های متضاد و متناقض به اثبات جرم آنها پرداخت.
- ۴- سیستم عدالت کیفری باید برای کشف و اثبات، اهمیت اطلاعات هوشمند را درک کند؛ چراکه تهدید یک سازمان جنایتکار اقتصادی عملاً از فناوری برای کسب اطلاعات هم در خصوص خلأهای تقنینی و اجرایی و هم در پیشبرد مقاصد مجرمانه خود بهره‌آفر می‌برد. بنابراین از آنجایی که اساساً شبکه‌های مجرمانه اقتصادی به راحتی در سراسر جهان قابل ایجاد است، باید اقدامات متقابل در سطح بین‌المللی توسعه داده شود و همکاری‌های مختلفی از نظر تقنینی و اجرایی با نظام حقوقی بین‌الملل در جهت کشف مجرمان اقتصادی صورت پذیرد.
- ۵- هر چند در قوانین و مقررات داخلی، استنادپذیری ادله الکترونیکی و ضرورت استفاده از آن به رسمیت شناخته شده و مقنن با توسل به این فناوری‌های نوین، تمهیداتی را برای کشف جرم پیش‌بینی کرده است، در عمل چالش‌ها و کاستی‌های فراوانی در این زمینه وجود دارد. سیاست کیفری کشور باید همگام با پیشرفت علوم و فنون و پیشگام‌تر از مجرمان و تبهکاران حرفه‌ای در امر قانون‌گذاری، فرایند اجرایی، در حوزه کاری ضابطان و نیز در فرایند کیفری، با سیستم عدالت کیفری ورزیده، کاردان، مجرب و آشنا به ابزار و وسایل پیشرفته و آگاه به موازین حقوقی با هویتی مستقل رویکرد منسجمی را در مقابل مجرمان اقتصادی اتخاذ کند.

## منابع

### کتاب

۱. سعیدی، سهیل و حمیدرضا میرابی، *تجارت الکترونیک*، تهران: انتشارات پرسیمان، ۱۳۹۵.

۲. لانگست، پیتر، **برنامه‌های جهانی مبارزه با فساد**، ترجمه: حمید بهره‌مند و امیرحسین جلالی فراهانی، تهران: انتشارات نگاران شهر، ۱۳۸۷.
۳. مهدوی پور، اعظم، **سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی**، تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۴. میرمحمد صادقی، حسین، **حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه اموال و مالکیت)**، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان، چاپ چهل و هفتم، ۱۴۰۲.

#### مقاله

۵. احمدی لاشکی، حمیدرضا، حمید ابهری و عباس مقدری امیری، **ادله الکترونیکی اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی در ایران و فقه امامیه**، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۱۶، صص ۱۷۹-۲۰۲.
۶. پورمنافی، ابوالفضل، **تاثیر فناوری اطلاعات و ارتباطات بر فرآیند کشف جرائم سازمان یافته**، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، سال ۱۷، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۲، صص ۱۷۱-۱۹۰.
۷. جهان‌بین، سعید، مهدی شیدائیان ارانی و محمد خلیل صالحی، **امنیت‌گرایی در تقابل با حفظ حریم خصوصی در مرحله کشف جرم؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا**، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱۰، فروردین ۱۴۰۲، شماره ۱، صص ۵۱-۷۴.
۸. رودگر کوه پر، عطاءاله و بهزاد رضوی فرد، **همکاری پلیس کشورها برای ارتقاء کارآمدی مبارزه علیه بزهکاری در پرتو اسناد بین المللی**، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، شماره ۱۸، صص ۱۱۱-۱۴۶.
۹. شیرینی، عباس، **دیپ فیک یا همانندسازی صوتی یا تصویری غیرواقعی در حقوق کیفری**، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، دوره ۲۵، زمستان ۱۴۰۱، صص ۱۴۳-۱۶۸.

۱۰. طالبیان، حسین و ملیحه طالبیان، نقش فناوری‌های نوین در جرم‌یابی، مجله کارآگاه، دوره ۱۶، بهار ۱۴۰۱، شماره ۵۸، صص ۷۵-۹۵.
۱۱. عظیمی، سید میثم و علی غلامی، نظارت فناورانه در پیشگیری وضعی از جرائم اقتصادی و چالش‌های آن با حریم خصوصی اطلاعاتی، مجله مجلس و راهبرد، سال ۲۴، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۹۱، صص ۲۶۵-۲۹۰.
۱۲. قرایی، تکتیم، علیرضا هدایی و محمد اسحاقی، امکان‌سنجی استنادپذیری ادله الکترونیک در فقه، با نگاهی به قانون تجارت الکترونیک ایران، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۵۴، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۴۴۵-۴۶۷.
۱۳. کوشا، جعفر و سهیلا جعفری، هوشمندسازی پیشگیری از قاچاق کالا، جلوه‌ها و چالش‌ها، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۹۸، صص ۱۹۳-۲۱۶.

#### منبع الکترونیک

۱۴. سامانه ملی آرای قضایی، قابل دسترس در <https://ara.jri.ac.ir>، آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۸/۱۰.

#### آرای قضایی

۱۵. رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۳۷۴۰۰۲۰۷، مورخ ۱۳۹۵/۵/۲۰، شعبه ۵۰ دیوان عالی کشور.
۱۶. رأی شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۷۳۰، مورخ ۱۳۹۰/۶/۷، شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

## References

### Books

1. Langseth, Peter, *The Global Programme against Corruption*, Translation: Hamid Bahremand and Amirhossein Jalali Farahani, Tehran: Negaran Shahr Publications, 2008. (in Persian)
2. Mahdavi-pour, Azam, *Differential Penal Policy in the Area of Economic Criminality*, Tehran: Mizan Publications, second edition, 2016. (in Persian)
3. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, *Special Criminal Law (Offences against Property)*, Volume 2, Tehran: Mizan Publications, 47th edition, 2023. (in Persian)
4. Saeidi, Soheil and Hamidreza Mirabi, *Electronic Commerce*, Tehran: Parsiman Publications, 2016. (in Persian)

### Articles

5. Achim, M. V., Vaidean, V. L., Borlea, S. N., & Florescu, D. R. "The Impact of the Development of Society on Economic and Financial Crime. Case Study for European Union Member States." *Journals Risks*, Vol. 9, No. 97, 2021.
6. Ahmadi Lashki, HamidReza, Hamid Abhari and Abbas Moghadari Amiri, "Electronic Evidence to Prove Claims in Administrative and Civil Proceedings in Iran According to Imamiyyah", *Journal of Modern Research on Administrative Law*, volume 5, 2023, Issue 16, pp 179-202. (in Persian)
7. Azimi, Seyed Maysam and Ali Gholami, "Technological Surveillance in Situational Prevention of Economic Crimes and its Challenges with Information Privacy", *Majlis & Rahbord Scientific Quarterly*, volume 24, 2017, Issue 91, pp 265-290. (in Persian)
8. Biasiotti, M. A., Cannataci, J. A., Mifsud Bonnici, J.P., & Turchi, F. "Introduction: Opportunities and Challenges for Electronic Evidence. In: Handling and Exchanging Electronic Evidence across Europe." *Cham: Springer International Publishing*, Vol.39, No.1, 2018.
9. Clifasefi, S.L., Lonczak, H. S., & Collins, S.E. "Seattle's Law Enforcement Assisted Diversion (LEAD) Program: Within-Subjects Changes on Housing, Employment, and Income/Benefits Outcomes and Associations with Recidivism." *Crime & Delinquency*, 63(4), 2017.

10. Densley, J., McLean, R., Deuchar, R., & Harding, S. "An Altered State? Emergent Changes to Illicit Drug Markets and Distribution Networks in Scotland." *International Journal of Drug Policy*, Vol.58, No.4, 2018.
11. Dilek, S., Çakır, H., & Aydın, M. "Applications of Artificial Intelligence Techniques to Combating Cyber Crimes: A Review", *International Journal of Artificial Intelligence & Applications (IJAI)*, Vol. 6, No.1, 2015.
12. Gharaei, Toktam, Alireza Hodaei and Mohammad Eshaghi, "A Feasibility Study on Reliability of Electronic Evidence in Jurisprudence, with a Glance at the Law of Electronic Commerce in Iran", *Journal of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, vol.54, 2021, No.2, pp 445\_467. (in Persian)
13. Jahanbin, Saeed, Mehdi Sheidaei Arani and Mohammad Khalili Salehi, "Securityism in Opposition to Privacy Protection in the Stage of Crime Detection; A Comparative Study of Iranian and American Laws", *Journal of Comparative Study of Islamic and Western Law*, volume 10, April 2023, Issue 1, pp 51-74. (in Persian)
14. Kiriimi Karuti, J., Mwaniki, G., & King'oriah, G. "Forensic Accounting Polices and Fraud Control in County Governments in Kenya: Evidence from Counties in Mt. Kenya Region." *International Journal of Business Management and Economic Review*, Vol. 2, No. 03, 2019.
15. Kosha, Jafar and Soheila jafari, "Principles and Function of Smuggling Goods Prevention Smartization, Effects, and Challenges", *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, volume 27, 2022, Issue 98, pp 193-216. (in Persian)
16. Modugu, K. P., & Anyaduba, J. O. "Forensic Accounting and Financial Fraud in Nigeria: An Empirical Approach." *International Journal of Business and Social Science*, Vol.4, No.7, 2013.
17. Ocansey, Evans O. N. D. "Forensic Accounting and the Combating of Economic and Financial Crimes in Ghana." *European Scientific Journal*, Vol.13, No.31, 2017.
18. Olbrycht, P. "The Criminality of Foreign Nationals in Switzerland as a Security Threat in the Context of Swiss Migration Policy." *Polish Political Science Yearbook*, Vol.51, No. 4, 2022.
19. Purmanafi, Abolfazl, "Influence of ITC on Crime Detection Process in Organized Crimes", *Intelligence and Criminal Research Journal*, volume 17, 2022, Issue 2, pp 171-190. (in Persian)

20. Roderman, W. "Is Someone Recording This? It's Harder to Find Out." *The New York Times*, April 7, 2013.
21. Roudgar Kouhpar, Ata'ollah and Behzad Razavifard, "Countries' Police Cooperation to Improve the Effectiveness of the Fight against Crime in the Light of International Documents", *Criminal law Doctrines*, volume 16, 2019, Issue 18, pp 111-146. (in Persian)
22. Shiri, Abbas, "Deepfake or Unreal Audio or Video Simulation in the Criminal Law", *Journal of Legal Research, special issue of law and technology*, volume 25, 2022, pp 143-168. (in Persian)
23. Stoykova, R. "Digital Evidence: Unaddressed Threats to Fairness and the Presumption of Innocence." *Computer Law & Security Review*, Vol.42, 2021.
24. Talebian, Hossein and Maliha Talebian, "The Role of New Technologies in Criminalistics", *Karagah Scientific Journal*, Volume 16, 2022, Issue 58, pp 75-95. (in Persian)

#### **Electronic Resource**

25. National Judicial Decisions System, Available at: <https://ara.jri.ac.ir>, Last Visited 6 November 2024. (in Persian)

#### **Judgments**

26. Decisions No. 9509970937400207, dated 10 August 2016, Supreme Court Branch 50. (in Persian)
27. Decisions No.9009970222700730, dated 29 August 2011, Tehran Court of Appeals Branch 27. (in Persian)

## The Role of Modern Technologies in Proving Economic Crimes

Mehrdad Ahmadzadeh Zolpirani\*

Yasaman Khajehnoori\*\*

Ali Najafi Tavana\*\*\*

### Abstract

In criminal courts, judgments are rendered in accordance with scientific and intuitive evidence exhibited in the case. Personal knowledge of the judge about invoked evidence and documents is based on the grounds which are perceptible for him and satisfy his obligation of conscience. In this regard, the present research, with a descriptive and analytical method, focuses on establishing the authenticity and probative force of documents by making use of modern technologies, gathering evidence based on digital or electronic data in criminal courts, and exploring how to prove economic crimes with assistance of new technologies. An issue that has been approved in laws such as E-Commerce Law and Criminal Procedure Code. Since the way of conducting economic crimes, has been changed in proportion to the technology, it is imperative to present evidence with the help of modern technology in order to prove crimes. Also, due to a broad span of economic crimes, it is necessary to utilize the latest technologies comparable to each offence to attain sufficient and conclusive evidence. As a result, different legal systems, including Iran's criminal justice system, are expected to cease using traditional evidence and adopt necessary measures to update their current laws and regulations.

### Keywords:

Evidence in Substantiation, Modern IT Technologies, Economic Crimes, Detection of a Crime, Criminal Trials

---

\* Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad university: Central Tehran Branch, Tehran, Iran. Ahmadzadeh.m25@gmail.com

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad university: Central Tehran Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author). yas-kh2009@yahoo.com

\*\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad university: Central Tehran Branch, Tehran, Iran. najafi.tavani@gmail.com





## Contents

### **International Obligations of Governments in Managing the Crisis Caused by Infectious Diseases of Children (With an Emphasis on Gaza Crisis and Covid-19 Pandemic)**

Roya Zarenemati- Seyed Ghasem Zamani .....50

### **Study of the US Consumer Financial Protection Bureau's Triple Prohibitions; with a Comparative Regard to Iran's Legal System**

Sayyed Amin Pishnamaz- Mostafa Elsan.....86

### **Smart Contracts' Arbitration: Legal Challenges of On-Chain and Off-Chain Dispute Resolution**

Shahrzad Haddadi ..... 116

### **The Socio-Economic Consequences and Effects of Compensation Culture**

Abbas Mirshekari- Mona Abdi- Nafiseh Maleki ..... 145

### **The Nature of the Ruling on Equal Diya for Crimes against Religious Minorities and Muslims in the Islamic Penal Code**

Mostafa Masoudian ..... 166

### **The Role of Modern Technologies in Proving Economic Crimes**

Mehrdad Ahmadzadeh Zolpirani- Yasaman Khajehnoori- Ali Najafi Tavana ..... 191

## **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)**

**Saeed Reza ABADI (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Ebrahim ABDIPOUR FARD (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University)**

**Iraj BABAEI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Homayoun HABIBI (Associate Professor of International Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Mirghasem JAFARZADE (Associate Professor of International Trade Law, Intellectual Property Law & Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**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)**

**Hamid Reza NIKBAKHT FINI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Professor of International Trade Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Abbas SHIRI VARNAMKHASTI (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)**

**Mohammad ROSHAN (Associate Professor of Private Law Department, Family Research Institute, 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)**

**Abbas TOOSI (Associate Professor of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Mohammad Hossein ZAREIE (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**