



# فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد

دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

سال نهم - شماره بیستم

تابستان ۱۳۹۲

مجوز این فصلنامه در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۲۴ از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره ۱۲۴/۳۲۹ اداره کل امور مطبوعات خبرگزاریهای داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است و این نشریه را علمی - پژوهشی شناخته است..

## فصلنامه‌ی شماره بیستم

تابستان ۱۳۹۲

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سردبیر: دکتر بهشید ارفع نیا

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ویراستار: دکتر اعظم عدالت جو

طراحی و صفحه آرایی: سحر تصرفی

ناظر کیفی: رضا قاسمی

چاپ: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی

قیمت: ۲۰۰۰ تومان

### اعضای شورای تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمد علی اردبیلی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر بهشید ارفع نیا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر گودرز افتخار جهرمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر فرهاد پروین، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر محمدرضا پیرهادی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر صادق سلیمی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر حسین صفایی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمدعلی صلح چی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر عباس کریمی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر جعفر کوشا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر جلیل مالکی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر سید محمد هاشمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### داوران این شماره:

دکتر اسماعیل عباسی، دکتر مجید پوراستاد، دکتر مهدی پورجبار، دکتر منصور پورنوری، دکتر منصور رحمدل، دکتر ستار زرکلام،

آقای هاشم صمدی اهری، دکتر جعفر کوشا، دکتر مرتضی ناجی زواره

### نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان انقلاب، نرسیده به میدان فردوسی، کوچه شهید براتی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، طبقه

پنجم، کدپستی ۱۱۳۱۸۵۴۱۱۳

تلفکس ۶۶۷۲۰۲۱۸-۲۱

### \* راهنمای تدوین مقاله در مجله "تحقیقات حقوقی آزاد"

هدف از انتشار مجله "تحقیقات حقوقی آزاد" دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، توان افزایی از طریق پیوند میان خدمات آموزشی و پژوهشی بوده است. از این رو آخرین یافته‌های علمی و پژوهشی در زمینه‌ی حقوق و هر گونه نظریه‌ی نوین در مباحث ذکر شده، مورد استقبال این فصل نامه قرار خواهد گرفت تا پس از مراحل ارزیابی و تأیید نهایی، برای چاپ استفاده گردد.

باید نکات زیر، برای ارسال مقاله‌ها، مورد توجه پژوهشگران محترم قرار گیرد:

۱- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، شغل، نشانی، کد پستی و شماره تلفن خود را قید نمایید. رتبه علمی و نام دانشگاه یا موسسه محل اشتغال اعضای هیأت علمی دقیقاً ذکر شود و به بیان عضو هیأت علمی دانشگاه اکتفا نفرمایید.

۲- مقالات را بر روی یک طرف هر برگ، با رعایت فاصله مناسب بین سطرها، به صورت تاییبی در زمینه windows xp همراه با دیسکت (سی دی) ارسال فرمایید.

۳- مقالات نباید قبلاً برای چاپ به مجله‌ای دیگر داده شده باشد یا در جایی چاپ شده باشد. هر مقاله بیشتر از ۳۰ صفحه (۹۰۰۰ کلمه) و کمتر از ۱۴ صفحه تاییبی (۴۲۰۰ کلمه) نباشد.

۴- هر مقاله باید دارای ۴ الی ۶ واژه کلیدی و چکیده‌ای به فارسی و نیز انگلیسی در حدود ۲۰۰ کلمه باشد. در چکیده موضوع، ساختار و نتیجه اصلی مقاله ذکر شده باشد.

۵- معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیر هر صفحه آورده شود.

۶- مسئولیت صحت و سقم مطالب به لحاظ علمی و حقوقی به عهده‌ی نویسنده است.

۷- مقالات ترجمه اصولاً پذیرفته نمی‌شود.

شیوه نگارش برای پاورقی:

۸- منابع مورد استفاده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیرارایه شود: به صورت زیر نویس با آوردن نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که منبع استفاده شده ترجمه باشد، نام نویسنده‌ی اصلی، نام مترجم، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که از بیش از یک منبع از نویسنده‌ای استفاده شده باشد در ابتدا زیر

نویس بطور کامل و در صورتی که استفاده مجدد از همان منبع این نویسنده صورت گیرد از کلمه‌ی همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از منابع متعدد یک نویسنده استفاده شود، در این صورت نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، ص (صفحه). و در صورتی که فقط از یک منبع یک نویسنده استفاده شود، در این صورت، در استفاده‌ی اول، پاورقی به صورت کامل و در صورتی که بلافاصله از آن منبع استفاده شود، پاورقی به صورت همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از آن منبع استفاده شود، در این حالت، پاورقی به صورت، نام و نام خانوادگی نویسنده، پیشین، ص (صفحه) تنظیم گردد. در مواردی که از متنی به صورت نقل قول مستقیم استفاده می‌شود علامت نقل قول، به صورت: "....." استفاده شود.

\* ذکر منابع و مآخذ در پایان مقاله:

الف- ذکر کتاب‌های منبع، به طور کامل به ترتیب حروف الفبایی، نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، سال انتشار کتاب. و در مورد ترجمه‌ها، نام نویسنده‌ی اصلی، عنوان کتاب، نام مترجم، تعداد جلد‌ها، شماره چاپ، ناشر، سال.

ب- ذکر مقاله‌های منبع، به طور کامل به ترتیب نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، نام مجله، سال، شماره‌ی مجله.

ج- در صورت استفاده از پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد یا رساله دکتری، نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان پایان نامه یا رساله، سال دفاع و نام دانشکده به ترتیب حروف الفبایی ذکر شود.

## فهرست

- پیش گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی (حوزه‌های کاربردی)  
مرتضی اکبری لالیمی ..... ۱
- رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه بانگاهی به حقوق  
آمریکا و آرای مرکزی داوری واپیو  
محمد امیر دهستانی ..... ۱۷
- مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر  
علیرضا عسگری، سیدهادی حسینی ..... ۵۱
- شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش  
جلیل مالکی، یعقوب کدخدایی ..... ۷۵
- علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت  
سمیرا سادات میرسمیعی، علیرضا میلانی ..... ۱۰۷
- مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی  
سیدمحمد هاشمی، فاطمه شکوهی ..... ۱۲۹
- بخش انگلیسی: خلاصه انگلیسی مقالات ..... ۱۵۵



تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۱ تا ۱۶

## پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی (حوزه‌های کاربردی)

\*مرئضی اکبری لالیبی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۱/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۰۸

### چکیده

جرم یک پدیده اجتماعی پیچیده است که در جامعه متولد می‌شود و رشد و پرورش پیدا می‌کند و با عوامل متعدد و ساختارهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و زیستی در ارتباط است، فلذا برای کاهش یا جلوگیری از آن نیز باید به عوامل و ریشه‌های آن در جامعه مراجعه کنیم و با توجه به این که عموماً جامعه‌ای بدون جرم متصور نیست و به نظر دورکیم، جرم در همه مکان‌ها و زمان‌ها و در طول تاریخ وجود داشته و دارد در نتیجه، پیش‌گیری و مهار کامل جرایم ممکن نخواهد بود، و تمامی تلاش‌ها به سبب آن است که حداقل با تدابیر لازم و اتخاذ راه کارهای مناسب بتوانیم تا حدودی دامنه ارتكاب جرایم را کاهش دهیم. بدیهی است بررسی موضوع پیش‌گیری از جرم و شناخت عوامل کاهش جرایم مستلزم تحقیق و بررسی پیرامون سه مقوله جرم، مجرم و محیط ارتكابی است. نوشتار حاضر رویکردی ترکیبی به موضوع پیش‌گیری از جرم با بیان حوزه‌های کاربردی آن است.

واژگان کلیدی: پیش‌گیری، جرم، مجرم، اجتماع، قوه قضاییه

---

\* دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بین الملل قشم.

## مقدمه

با توجه به ماهیت پیچیده روحی و روانی افراد، جرایم نیز می‌تواند از علل و عوامل گوناگونی نشأت گیرد، بنابراین مطالعه و شناسایی و ریشه‌یابی عوامل ارتکاب جرم و کشف علل و انگیزه‌های مجرمانه از اهمیت به‌سزایی برخوردار می‌باشد. بررسی این موضوع به حوزه‌های سه‌گانه، جرم، مجرم و محیط ارتكابی مرتبط می‌گردد که به نظرمی‌رسد متولیان امر پیش‌گیری با بهره‌گیری از نظریه‌های مختلف جرم‌شناسی و شناسایی راه‌کارهای مناسب و با انتخاب بهترین روش عملی و اجرایی تا حدودی بتوانند زمینه‌های ارتکاب جرایم را محدود نموده یا کاهش دهند. بدیهی است امروزه یکی از دستاوردهای جرم‌شناسی، اعمال سیاست جنایی مبتنی بر رویکردهای پیش‌گیرانه در مبارزه با بزه‌کاری می‌باشد که در اغلب نظام‌های کیفری مورد توجه قانون‌گذاران قرار گرفته است.

در همین راستا قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران، در راستای اجرای بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، لایحه‌ی پیش‌گیری از وقوع جرم را تهیه و به مجلس شورای اسلامی‌ارایه نموده که با امید به آن که با تصویب این لایحه در آینده‌ای نزدیک، شاهد انجام اقدامات مناسب عملی در کاهش جرایم باشیم، نکته کلیدی و حایز اهمیت در مبحث پیش‌گیری مشارکت همگانی در پرتو مدیریت و نظارت دستگاه قضایی است که در ادامه تحقیق به اختصار به تبیین نقش‌های کاربردی آن خواهیم پرداخت.

## ۱- تعریف پیش‌گیری با رویکردی ترکیبی

### ۱-۱- مفهوم پیش‌گیری

به لحاظ تاریخی مفهوم پیش‌گیری بدو در حوزه پزشکی و بهداشت و سلامت مطرح شد و به تدریج مفهوم پیش‌گیری به حوزه اجتماعی و جرم‌شناسی انتقال یافت، در خصوص مفهوم پیش‌گیری تعاریف مختلفی از ناحیه دانشمندان و حقوق دانان



پیش گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی.....<sup>۳</sup>

داخلی و خارجی به شرح ذیل مطرح گردید.

پیش گیری از بزه کاری عبارتست از مجموعه تدابیر و اقدامات غیر کیفری که با هدف جلوگیری از بزه کاری و کاهش میزان آن در قرن ۱۹ توسط پایه گذاران مکتب تحقیقی به قلمرو دانش جرم شناسی راه یافته است.<sup>۱</sup>

به بیان دیگر پیش گیری غیر کیفری مورد نظر جرم شناسان، بر پایه تفکرات عقلانی و مشاهدات تجربی استوار می شود که شامل کلیه تدابیر و اقداماتی است که فاقد جنبه های ارعابی بوده و لزوماً بایستی قبل از وقوع جرم انجام شود.<sup>۲</sup>

ریمون گسن جرم شناس برجسته ی فرانسوی، پیش گیری را مجموعه اقداماتی غیر کیفری و غیر خشنونت آمیز می داند که دامنه ارتكاب جرم را محدود می کند یا کاهش می دهد، اگر چه جرم را محو نمی کند.<sup>۳</sup>

موریس کوسن جرم شناس کانادایی پیش گیری را چنین تعریف می کند:

«اتخاذ تدابیر غیر کیفری به منظور پیش گیری از تبدیل اندیشه ی مجرمانه به فعل همراه با تغییر اوضاع و احوال خاصی که ممکن است در آن جرم ارتكاب یابد.»<sup>۴</sup>

## ۲-۱- رویکرد ترکیبی، توجه به جرم، مجرم یا محیط ارتكابی:

یکی از علل نارسایی راه کارهای پیش گیری از وقوع جرم تاکنون به نوع نگرش ما به ماهیت جرم برمی گردد، به این که جرم را یک عمل قبیح و زشت و تخطی از قانون و شرع تلقی کنیم و مجرم را مستحق برخورد سرکوب گرانه و تزدیلی بدانیم و با ابزارهای سخت بخواهیم از وقوع جرم جلوگیری کنیم یا این که در مقابل، جرم را یک عمل اجتماعی ناشی از وراثت و محیط و فشارهای درونی و بسیاری از عوامل دیگر

۱. محمد صالح، ولیدی، اصول و مبادی پیش گیری از جرم، جزوه دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴

۲. مهرداد، رایجیان اصل، رهیافتی نو به بنیان های نظری پیش گیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری شماره ۴۹-۴۸

۳. گسن ریمون، جرم شناسی کاربردی - ترجمه دکتر مهدی کی نیا - نشر میزان سال ۱۳۷۸

۴. موریس کوسن، مفهوم پیش گیری، ترجمه صدیق بطحایی، انتشارات دادگستر

#### ۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

بدانیم و با این دیدگاه که انسان‌ها شایسته احترام و دارای کرامت هستند به این نتیجه برسیم که مسئولیت وقوع جرم را صرفاً بر عهده بزه کار نگذاریم، بلکه همان قدر که مجرم را در ارتکاب جرم مسئول می‌دانیم، چه بسا ممکن است دولت و سایر نهادهای مرتبط را نیز مسئول بدانیم، نهادهایی که وظایف قانونی و پیش‌گیرانه خود را به خوبی انجام نداده‌اند و در ایجاد امکانات و فرصت‌های برابر برای اقشار مختلف افراد جامعه کوتاهی نمودند در نتیجه شرایط بروز و رشد جرایم فراهم گردید.

قابل ذکر است علاوه بر شناسایی نوع جرم و خصوصیات شخص مجرم، شناسایی کانون‌های جرم خیز نیز یکی دیگر از راه‌های پیش‌گیری از وقوع جرم است، چرا که کشف رابطه‌ی مکان و بزه کاری و عوامل محیطی بروز جرایم به ما کمک می‌کند تا با اتخاذ راه کارهای مناسب زمینه‌های محیطی بروز جرایم را کاهش داده یا از بین ببریم. لذا در بررسی پدیده بزه کاری، صرف نظر از این که بزه کار کیست و چه انگیزه‌های دارد، این موضوع قابل بررسی است که در برخی از مکان‌ها و زمان‌ها میزان بزه کاری بیشتر است و در واقع عوامل محیطی، زمان و مکان مناسب، موجب تحریک بزه کاران می‌شود، در نتیجه با شناسایی و بررسی این گونه مکان‌ها و زمان‌ها و با استفاده از نظریات کارشناسان جغرافیا و برنامه ریزی شهری تا حد زیادی می‌توان از حجم جرایم ارتكابی و زمینه‌های تحریک آمیز آن کاست به هر حال با بررسی مجموع دیدگاهها و نظریات مطرح شده در خصوص پیش‌گیری از جرم، حوزه‌های قابل مطالعه و بررسی راجع به عوامل مؤثر در وقوع جرایم به سه حوزه‌ی ذیل تقسیم بندی می‌گردد:

**الف - جرم:** شناسایی و ریشه یابی علل بروز جرم

**ب - مجرم:** شناسایی خصوصیات شخصیتی و اجتماعی و درونی مرتکب

**ج - محیط:** شناسایی امکان جرم خیز و غیر ایمن

برای موفقیت در جلوگیری یا کاهش جرایم، راه حل مناسب، رویکردی ترکیبی است، بدین توضیح که بدواً هر سه حوزه‌ی فوق را توأمان مورد بررسی قرار داده و

پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی..... ۵

برحسب مورد با ایجاد فرصت‌ها و امکانات و کنترل و ایمن‌سازی فضای فیزیکی و اتخاذ راه‌کارهای عملی مناسب به هدف پیش‌گیری نزدیک شویم و در نهایت با اشخاصی که علیرغم عادی‌سازی حوزه‌های پیش‌گفته هم‌چنان با ایجاد ناهنجاری و ناسازگاری مبادرت به ارتكاب جرایم می‌نمایند، برخورد قانونی صورت پذیرد.

## ۲- شیوه‌های پیش‌گیری از جرم:

تردید وجود ندارد که پیش‌گیری مقدم و بهتر از درمان است، اما سؤال اساسی این است که انتخاب کدام شیوه به صورت کارآمد و عملی موجب کاهش نرخ تکرار جرم و جمعیت کیفری می‌گردد.

امروزه با گذشت زمان مشخص شد که شیوه‌های سنتی پیش‌گیری که منجر به بالا رفتن هزینه‌ی کیفری و افزایش مجازات‌ها می‌شده است و با تشدید خشونت و ارباب‌سعی در کنترل جرم در جامعه داشته و در نتیجه موجب حذف و طرد بزه‌کار می‌شده، نتوانسته از بروز جرایم جلوگیری کند و این رویکرد موسع<sup>۱</sup> که هر اقدامی را در زمینه مبارزه با بزه‌کاری از جمله ضمانت‌اجراه‌های کیفری را در بر می‌گیرد به خوبی نتوانسته در کاهش جرایم موفق باشد.

با تحولات حقوق کیفری ادبیات تازه‌ای در علوم جنایی پدید آمد و برخلاف اندیشه‌های لومبرزو (بزه‌کار بالفطره) انسان موجودی مختار و با اراده تلقی گردیده و علاوه بر عوامل زیست‌شناختی، عوامل محیطی و اکتسابی نیز در ارتكاب جرم مؤثر شناخته شده است و در نتیجه به راه‌حل‌های غیر قضایی در پیش‌گیری از جرم توجه گردیده است و امروزه شیوه‌های غیر قهرآمیز از طریق حذف یا محدودسازی عوامل جرم‌زا و مدیریت مناسب عوامل محیطی و اجتماعی به کار می‌رود و برنامه‌های پیش‌گیری به سمتی می‌رود که از شدت برخوردهای خشن و

---

۱. شهرام، ابراهیمی، رویکردهای موسع و مضیق پیش‌گیری و آثار آن، مجله تخصصی آموزه‌های حقوقی شماره ۱۲، سال ۱۳۸۸

۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

فیزیکی کاسته می شود و بیشتر راه حل های ترمیمی مورد توجه قرار گرفته و در واقع از حقوق تنبیهی به سمت حقوق ترمیمی و تأمینی در حرکت می باشیم<sup>۱</sup>

بنابراین برای تحقق راه حل های فوق بدو باید به بررسی ریشه ای جرایم بپردازیم و زمینه های ارتکاب جرم را شناسایی و دسته بندی کرد و بررسی مجموع جرایم ارتكابی در مناطق مختلف تا حدودی ما را بدین سو رهنمون می سازد که پاره ای از جرایم برحسب نوع آنها ممکن است بر اثر سوءاستفاده مجرمان از خلاءهای قانونی یا سیستم ها و چهارچوب سستی و ناکارآمد نهادها و مؤسسات یا وزارت خانه هایی باشد که زمینه های بروز این گونه جرایم را به وجود می آورند، بنابراین بدو بایستی با شناسایی خلاءهای ذکر شده و ایجاد راه کارهای مناسب زمینه یا فرصت ارتكاب جرم را از مرتکب سلب نمود و تحقق این مهم منوط به مشارکت و همکاری همه ی نهادهای دولتی و غیر دولتی با ایجاد برنامه ریزی، سازماندهی و هماهنگی بین ارکان مختلف جامعه می باشد اگرچه به موجب اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی این وظیفه به قوه ی قضاییه محول گردیده و در این راستا نیز لایحه ی پیش گیری از وقوع جرم تنظیم و جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال گردیده و با ایجاد معاونت مستقل پیش گیری از وقوع جرم گام هایی در این زمینه برداشته شده اما آن چه که حایز اهمیت است این که پیش گیری جز با مشارکت و همکاری همگانی محقق نخواهد شد، البته دستگاه قضایی در رأس سایر نهادها و مؤسسات می تواند با در اختیار داشتن امکانات و ابزار مناسب و نظارت و مدیریت بر سایر ارکان اقدامات لازم را در جهت پیش گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین معمول دارد.

قوه قضاییه برای نیل به اهداف مورد نظر با پرهیز از هرگونه شتاب و با دیدگاهی علمی و کارشناسانه می بایست از یک طرف با قضات و اساتید دانشگاه ها و حقوق دانان محترم به تعامل و هم فکری پرداخته و ضمن تنقیح و اصلاح قوانین نسبت به جرم

---

۱. علی حسین، نجفی ابرندآبادی، پیش گیری عادلانه از جرم در علوم جنایی (مجموعه ی مقالات) انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳

پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی..... ۷

انگاری یا جرم‌زدایی متناسب با نیازهای روز جامعه مبادرت ورزد و از طرفی علاوه بر پیش‌گیری به موضوع اصلاح مجرمان نیز توجه کافی معمول دارد چرا که نظارت و کنترل پس از تحمل کیفر می‌تواند یکی از مهم‌ترین شیوه‌های جلوگیری از ارتكاب جرم باشد.

تحقیقات بزده دیده شناسی نشان می‌دهد کسانی که یک بار در معرض جرمی واقع می‌شوند به راحتی برای دفعات بعد هم قربانی جرم قرار می‌گیرند.

بنابراین حمایت از بزده دیدگان یکی دیگر از شیوه‌های پیش‌گیری از وقوع جرم می‌باشد و با توجه به این که معمولاً رقم سیاه جرایم کشف یا ثبت نمی‌گردد می‌توان از اطلاعات بزده دیدگان استفاده کرده و براساس آن سیاست‌گذاری نمود<sup>۱</sup>.

و با توجه به این که در بسیاری موارد طرز رفتار و عملکرد بزده دیدگان نیز می‌تواند زمینه‌ساز و عامل بروز و ارتكاب جرایم باشد در این خصوص نیز می‌توان به جهت پیش‌گیری از قبل با آموزش‌های همگانی و آموزش کودکان و نوجوانان در طی مراحل تحصیلی و آموزش افراد جامعه را نسبت به چگونگی و عواقب ارتكاب جرایم و مجازات‌ها آشنا نمود و از این حیث به نوعی نظارت و کنترل اجتماعی را اعمال نمود. استفاده از روان‌شناسان اجتماعی و جامعه‌شناسان جنایی، جهت بررسی علمی و علل وقوع جرم در مناطق خاص و ارائه راه کارهای مناسب جهت کاهش زمینه‌های ارتكاب جرم و ریشه‌یابی عواملی که خطر بزده کاری و بزده دیدگی را افزایش می‌دهد یکی دیگر از شیوه‌های پیش‌گیری از وقوع جرم می‌باشد.

هم‌چنین ترویج آموزه‌های دینی و ایجاد حس اعتقاد به توحید و معاد نیز یکی دیگر از شیوه‌های پیش‌گیری از وقوع جرم می‌باشد که در این خصوص کارشناسان تعلیم و تربیت از طرق مختلف همانند مدرسه، محیط اجتماعی و مطبوعات و رسانه می‌توانند آموزه‌های فرهنگی و دینی همراه با فضایل اخلاقی را به افراد جامعه خصوصاً

---

۱. علی، صفاری، تحولات پیش‌گیری از جرم و اهمیت آن مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی شماره ۵۲، سال ۱۳۸۹

کودکان و نوجوانان منتقل نمایند<sup>۱</sup>.

نقش گروه‌های اجتماعی و نهادهای غیر دولتی (NGO) نیز در ایجاد فضایی مناسب برای آموزش افراد در موضوع پیش گیری از جرم نیز با توجه به رویه‌های عملی سایر کشورها انکارناپذیر و قابل توجه است.

با توجه به مراتب معنونه در خصوص شیوه‌های پیش گیری موضوع حایز اهمیت تر این است که با عنایت به عوامل مؤثر در ایجاد بروز جرم که ناشی از محیط‌های فرهنگی رسوم و اخلاقیات و اعتقادات و تعلیم و تربیت و جنبه‌های زیستی و اقتصادی و اجتماعی مختلف و عدم دسترسی یک یسان به فرصت‌های متفاوت می‌باشد، در نتیجه اتخاذ یک شیوه‌ی هماهنگ جهت پیش گیری به صورت عملی ممکن نیست.

اصولاً در جوامعی که مردم به لحاظ سیاسی اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی دچار مشکل و چالش باشند بدیهی است که آثار بزه کاری و ناهنجاری‌های اجتماعی و در نهایت آمار نرخ جرم از فراوانی بیشتری نسبت به سایر جوامع برخوردار است و براساس اصول جرم شناختی علل عمده قانون گریزی و افزایش جرم در این گونه جوامع ناشی از فقر، فساد و تبعیض سوءمدیریت‌ها و بی هویتی فرهنگی است، علاوه بر این تورم اقتصادی، جنگ مهاجرت، آلودگی هوا، تعارضات فرهنگی نسل‌های جدید و قدیم، تراکم شهری و پدیده‌های اینترنت و ماهواره هرکدام می‌تواند از عوامل مؤثر در ایجاد بزه قلمداد گردد.

با توجه به مراتب فوق برحسب مورد بایستی نیازهای هر جامعه را مورد شناسایی و بر همان اساس شیوه‌های مربوط به پیش گیری را انتخاب و اجرا نمود، اما آن چه که در اجرای این شیوه‌ها در تمامی جوامع به صورت اشتراکی مصداق می‌یابد این است که هیچ جرمی با استفاده از اعمال زور و اجرای مجازات‌های خشن پیش گیری و مهار نمی‌شود بلکه باید با برنامه ریزی دقیق و آموزش‌های همگانی و ایجاد فرصت‌ها و امنیت

---

۱. محمد صالح، ولیدی، پیش گیری از جرم در آموزه‌های اسلامی، فصلنامه مطالعات پیش گیری از جرم شماره ۱۱، سال ۱۳۸۹

پیش گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی.....۹

در کلیه جنبه‌های زندگی، زمینه‌های بروز جرایم را کاهش داد.

دستگاه قضایی جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان متولی اصلی این امر می‌بایست با ایجاد کارگروه‌های مختلف و بهره‌گیری از نظریات قضات و کارشناسان جرم‌شناسی و حقوق دانان ضمن اعمال نظارت و مدیریت، راه کارهای جامع و مانعی را در جهت پیش‌گیری ارایه و تمهیدات لازم را معمول نماید تا زمینه‌های بروز جرایم مسدود گردیده و با برنامه ریزی قبلی به جای هزینه برای جرم، مجرم، پلیس، دادگاه و زندان از قبل برای پیش‌گیری هزینه نمایم.

در غیر این صورت، دستگاه قضایی ناخواسته با سیل فراوانی از جرایم و پرونده‌هایی مواجه خواهد بود که به علت عدم اجرای صحیح قوانین و مقررات از ناحیه سایر نهادها و مؤسسات به وجود آمده است، بدیهی است اتخاذ تمهیدات برنامه ریزی و مدیریت و نظارت قبلی دستگاه قضایی نه تنها موجب کاهش جرایم و پرونده‌ها می‌شود بلکه موجبات رفع اطاله دادرسی و اجرای هرچه بیشتر عدالت و احقاق حقوق شهروندان را در پی خواهد داشت.

### ۳- حوزه‌های کاربردی پیش‌گیری:

اگرچه در مباحث پیش‌گفته راجع به شیوه‌های پیش‌گیری، از ایجاد شرایط و فرصت‌های مناسب و مساوی در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی - فرهنگی و سیاسی در هر جامعه سخن گفته ایم، با این وجود با توجه به تجربه کاری و آشنایی نسبی با جرایم و پرونده‌های مطروحه، ذکر نمونه‌هایی از پرونده‌های مذکور که مستلزم بررسی و شناسایی علل ارتكاب این گونه جرایم در سطح جامعه و در نهایت اتخاذ راه کارهای مناسب جهت پیش‌گیری از آنان می‌باشد به نظر حایز اهمیت است:

#### ۳-۱- حوزه‌های کاربردی پیش‌گیری در قوه قضاییه:

الف- جرایم ارتكابی با عنوان فروش مال غیر و کلاهبرداری در قراردادهای لیزینگی خودرو یا وام‌های مسکن، که به نظر می‌رسد با بررسی و شناسایی و ریشه‌یابی

۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

علل طرح این گونه شکایات و پرونده‌ها و کنترل و نظارت بر مؤسسات، شرکت‌ها و بانک‌های ذی ربط و اتخاذ و اعمال راهکار مناسب بتوان نسبت به جرم زدایی یا کاهش این گونه جرایم اقدام لازم را معمول داشت.

ب- جرایم ارتكابی با عناوین جعل و استفاده از سند مجعول و کلاهبرداری، از طریق انجام امور بانکی، افتتاح حساب و اخذ دسته چک، عملیات بانکی مربوط به اسناد و اوراق بهادار بانکی با هویت‌های جعلی و مدارک تقلبی که به نظر می‌رسد در این خصوص با کارشناسی موضوع و ایجاد سیستم‌های یک پارچه و شبکه‌های اطلاع رسانی کامپیوتری و الکترونیکی، بانک‌ها بتوانند از قبل، هویت واقعی مراجعین را براساس سوابق کیفری و اطلاعات موجود در اداره ثبت احوال و یا سیستم ساجل و سوابق افراد در اداره آگاهی بررسی و سپس مبادرت به آن جام امور بانکی آنان بنمایند، و هم چنین احراز هویت اشخاص حقوقی قبلاً از طریق ثبت شرکت‌ها و مؤسسات ذی ربط به عمل آید و به طور کلی با استفاده از جدیدترین تکنولوژی و فناوری روز دنیا، ضمن ایجاد استحکام در اسناد و مدارک تعهدآور، زمینه‌های بروز این گونه جرایم را محدود کرد.

ج- به جهت جلوگیری از ارایه اسناد وثیقه جعلی به محاکم دادگستری و بازداشت ملک در اداره ثبت جهت آزادی متهمان، ترتیبی اتخاذ گردد که اصالت اسناد مربوط، ابتدا از طریق سیستم الکترونیکی یا کارشناسان ثبت منطقه احراز و از سپردن اوراق مربوط به طرفین پرونده اکیداً خودداری گردد و بازداشت ملک نیز با هماهنگی اداره ثبت و به طرق مقتضی صورت پذیرد.

د- در خصوص جرم سرقت منازل براساس پیش گیری وضعی با بررسی موضوع توسط کارشناسان مربوطه و ایجاد هماهنگی با وزارت مسکن و شهرسازی من باب مثال، نصب حفاظ و دزدگیر یا گاوصندوق و آیفون تصویری، دوربین مدار بسته در مجتمع‌های مسکونی اجباری گردد و یا این که در خصوص سرقت وسایل نقلیه با ملزم نمودن شرکت‌های خودروساز به ایجاد موانع فنی مختلف و نصب قطعات مختلف



پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی..... ۱۱

بتوان تا حدود زیادی از ارتكاب این گونه جرایم ممانعت به عمل آورد.

ه - با توجه به رشد جرایم سازمان یافته داخلی توسط گروه‌های سازمان یافته و در قالب تشکیلات خاص که بعضاً ممکن است از خلاءهای قانونی یا بی‌ثباتی اقتصادی نشأت گیرد، ضمن بررسی و کارشناسی و در صورت لزوم جرم‌انگاری این گونه افعال با کنترل و نظارت بر دواير دولتی و ارایه راه کارهای لازم به مدیران و مسئولان مربوطه تا حدودی بتوان از ایجاد زمینه‌های بروز این گونه جرایم جلوگیری نمود<sup>۱</sup>.

### ۲-۳- حوزه‌های کاربردی پیش‌گیری در خارج از قوه قضائیه:

همان گونه که در مباحث قبلی عنوان گردید اگرچه پیش‌گیری از وقوع جرم و اطلاع مجریان از وظایف قوه قضائیه برشمرده شده است و لیکن بدیهی است این مهم جز با همکاری و هماهنگی سایر نهادها و ارکان جامعه محقق نخواهد گردید. لذا ذیلاً به بیان برخی از حوزه‌هایی که به صورت عملی در کاهش جرایم و در نتیجه پیش‌گیری از وقوع جرم مهم و مفیدند می‌پردازیم.

الف- شهرداری‌ها با توجه به نوع و موضوع فعالیت‌شان، نقش بسیار مهمی در ایجاد فضاهای مناسب و ایجاد اقداماتی از قبیل بازسازی محیط‌های شهری و بین شهری، نقاشی دیوارها برداشتن دیوار پارکها، ایجاد فضای سبز، ایجاد اماکن ورزشی و سرگرم کننده خصوصاً توجه به ورزش فوتبال در نقاط مختلف شهری و حاشیه شهرها، علی‌الخصوص مناطق پایین دست و توجه به نیازهای فرهنگی جوانان در ایام فراغت، حمایت از اطفال خیابانی، ایجاد مراکز کارآفرینی فنی و حرفه‌ای، پاک‌سازی محله و خیابان‌های متروکه، بازسازی مکان‌های عمومی و تأمین روشنایی مناسب خیابان‌ها و معابر حاشیه، استفاده از دوربین مدار بسته در نقاط پر جمعیت و حساس و همکاری با ستادهای حفاظت اجتماعی در هر منطقه جهت کنترل نامحسوس بزه کاران در هر منطقه را برعهده دارند.

---

۱. قابل ذکر است نمونه‌های معنونهی فوق و ارایه‌ی راه کارهای نگارنده به صورت تمثیلی و پیشنهادی می‌باشد و سایر عناوین و راه کارها نیز قابل طرح بررسی و استفاده می‌باشد.

۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

ب- ایجاد نهادهای میانجی‌گری، اجتماعات مدنی و گروه‌های اجتماعی غیر دولتی در زمینه‌های گوناگون اجتماعی فرهنگی و ورزشی نیز نقش مهم و به سزایی در جهت هنجارسازی اجتماعی و نیل افراد به برخورداری از فرصت‌های مساوی و مناسب جهت ارتقا و رشد فردی و جمعی را در پی دارد و حضور اشخاص در این گونه اجتماعات در ایجاد گرایش‌های مثبت و اجتناب از ناهنجاری‌ها ملحوظ می‌باشد.

ج- کنترل مرزها و ساماندهی اتباع خارجی در کشور و جلوگیری از ورود قاچاق توسط مراجع ذیربط خصوصاً وزارت کشور تا حدود زیادی از میزان نرخ جرم می‌کاهد (امروزه بخشی از پرونده‌های مطروحه در دادگستری مربوط به موضوع ورود و اقامت غیرمجاز و به کارگیری غیرمجاز اتباع خارجی و سایر جرایم ارتكابی آنان خصوصاً کشور افغانستان می‌باشد)

د- تنقیح و اصلاح پاره‌ای از قوانین در زمینه‌های مختلف، بانکی شهرداری - ثبتی و غیره با همکاری فی مابین قوه قضاییه و سایر قوا، اصلاح قوانین در بخش مجازات‌ها و توجه به مجازات‌های جایگزین به لحاظ عدم تأثیر و بازدارندگی بعضی از مجازات‌ها توجه به قضازدایی و جرم زدایی و جرم انگاری نسبت به پاره‌ای از افعال و رفتارهای اجتماعی که تا حدود زیادی از سوءاستفاده افراد از خلاءهای قانونی و ارتكاب جرایم جلوگیری به عمل خواهد آورد.

من باب مثال امروزه بسیاری از افراد حتی بدون حضور در اداره ثبت شرکت‌ها، صرفاً با ارسال مدارک به واسطه‌ی اشخاص دیگر مبادرت به تأسیس شرکت با موضوع فعالیت‌های گوناگون می‌نمایند که در عمده موارد این گونه شرکت‌ها به فعالیتی خارج از موضوع اساسنامه و برخی نیز مبادرت به ارتكاب جرایمی از قبیل کلاهبرداری در موضوعاتی نظیر خودرو و وام بانکی می‌نمایند. که در این خصوص به نظر می‌رسد اصلح است که بدو با آن جام کارشناسی و اصلاح قوانین و مقررات مربوطه تمهیداتی اتخاذ گردد که، اولاً اجازه تأسیس شرکت به افراد حقیقی و حقوقی طی تشریفات خاص و با احراز صلاحیت و هویت افراد مؤسس و اصالت مدارک آنان صورت پذیرد

پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی..... ۱۳

و ثانیاً موضوع فعالیت شان توسط مراجع ذی صلاح مورد تأیید قرار گیرد و ثالثاً ضمن نظارت و کنترل شرکت‌های مربوط، چنان‌چه به فعالیت غیر از فعالیت موضوع اساسنامه مبادرت ورزند شرکت خودبه‌خود باطل و مراتب ابطال در سایت مشخصی اطلاع‌رسانی گردد.

ه - صدور کارت ملی الکترونیکی و هوشمند با ثبت مشخصات کامل افراد و با استفاده از اثر انگشت افراد توسط مراجع ذیربط.

و- امکان کنترل فضایی و پلیسی مجرمین با دسترسی به سوابق آنان از طرف مقامات پلیسی و امنیتی و قضایی از طریق سیستم‌های رایانه‌ای و الکترونیکی.

#### ۴- نتیجه‌گیری

پیش‌گیری مجموعه‌ی اقدامات غیر کیفری با هدف کاهش بزه کاری است که با توجه به سه عامل ترکیبی جرم، مجرم، و محیط ارتكابی به صورت توأمان مورد بررسی قرار گرفته و با ریشه‌یابی علل وقوع جرم، شناسایی شخصیت مجرم و زمینه‌های تحریک و بروز جرم در محیط، راه کارهای مناسب را انتخاب و شیوه‌های کاربردی در این خصوص اعمال و اجرا می‌گردد.

حوزه‌های کاربردی پیش‌گیری از وقوع جرم در دو سطح داخلی و خارج از قوه قضاییه قابل بررسی است که در بخش اول با توجه به حجم گسترده و تراکم شکایات و پرونده‌های مطروحه با ریشه‌یابی علل وقوع جرم و انتخاب راه کارهای مناسب بایستی در ارتباط با کاهش جرایم تلاش کرد و از بخش دوم بررسی و شناسایی اقدامات و راه کارهای مربوط به مؤسسات و نهادهایی مدنظر است که خارج از قوه قضاییه زمینه بروز برخی جرایم را فراهم می‌آورند و در نتیجه شناسایی مشکلات و معضلات و اتخاذ راه کارهای عملی مناسب و همکاری در هر دو بخش منجر به پیش‌گیری از وقوع جرایم و محدودسازی دامنه و زمینه ارتكاب جرایم خواهد گردید.

امروزه دیگر تردیدی در اولویت پیش‌گیری بر درمان وجود ندارد. حسن این امر نه

۱۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

تنها کاهش هزینه‌های مادی، بلکه مهم تر از آن کاهش هزینه‌های انسانی و اجتماعی مربوط به رشد جرم در جامعه است. وقتی که جرمی اتفاق می‌افتد و فرد یا خانواده‌ای درگیر می‌شود در نتیجه درگیری پلیس و مرجع قضایی را نیز به دنبال خود دارد. صدمات روحی و روانی ناشی از ارتکاب جرم بر بزه‌دیده و خانواده وی و نیز خانواده متهم به اعتبار محرومیت خانواده از حضور یکی از والدین به قدری شدید است که آثار تخریبی آن روی تربیت و اصلاح اعضای خانواده را نمی‌توان نادیده گرفت. بنابراین، وقتی که هدف اساسی کیفر اصلاح مرتکب اعلام می‌شود چه خوب خواهد بود قبل از آن که فرد یا خانواده گرفتار بزه کاری یا آثار مخرب ناشی از این عمل شوند نسبت به پیش‌گیری از وقوع صدمات مزبور اقدامات لازم صورت گیرد.

جامعه باید با نصب العین قرار دادن واقعیت‌های موجود به مقابله با خطر بپردازد. آرایه آمارهای خلاف واقع از وضعیت اجتماعی و تلاش برای مثبت جلوه دادن وضعیت جرم در جامعه نه تنها خدمتی به جامعه تلقی نمی‌شود بلکه از مصایب بزرگ اجتماعی و خیانتی است که افراد ناآگاه خواسته یا ناخواسته آن را مرتکب می‌شوند. بنابراین، جامعه با لحاظ ماهیت اجتماعی واقعیت پدیده جنایی و این که امکان ریشه کنی آن وجود ندارد باید تمام هم و غم خود را در جهت کنترل بزه کاری به خدمت گیرد.

پیش‌گیری؛ رویکردی ترکیبی؛ جرم، مجرم و محیط ارتكابی.....۱۵

### منابع:

۱. ابراهیمی، شهرام، مجموعه رویه‌های بین‌المللی پیش‌گیری از جرم، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۸
۲. ابراهیمی، شهرام، رویکردهای موسع و مضیق پیش‌گیری و آثار آن، مجله تخصصی آموزه‌های حقوقی شماره ۱۲. ۱۳۸۸
۳. ریمون، گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه دکتر مهدی کی‌نیا، تهران، نشر میزان. ۱۳۷۸
۴. رایجیان اصل، مهرداد، رهیافتی نو به بنیان‌های نظری پیش‌گیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸-۴۹. ۱۳۸۴
۵. صفاری، علی، تحولات پیش‌گیری از وقوع جرم و اهمیت آن، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۲. ۱۳۸۹
۶. کی‌نیا، مهدی، مبانی جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه تهران، جلد دوم. ۱۳۷۳
۷. نیازپور، امیرحسین، پیش‌گیری از بزه کاری در قانون اساسی و لایحه پیش‌گیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵. ۱۳۸۳
۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیش‌گیری عادلانه از جرم در علوم جنایی، انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۸۳
۹. نجفی توانا، علی، جرم‌شناسی، انتشارات آموزش و سنجش تهران، چاپ سوم. ۱۳۸۴
۱۰. ولیدی، محمدصالح، اصول و مبانی پیش‌گیری از جرم، جزوه درس دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی. ۱۳۸۴
۱۱. ولیدی، محمدصالح، پیش‌گیری از جرم در آموزه‌های اسلامی، فصلنامه مطالعات پیش‌گیری از جرم، شماره ۱۱. ۱۳۸۹



تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۱۷ تا ۵۰

## رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه

### بانگاهی به حقوق آمریکا و آرای مرکزی داوری وایپو

\*محمد امیر دهستانی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۱/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۱۵

### چکیده

ثبت علامت تجاری به صورت نام دامنه در صورتی که با سوء نیت ثبت کننده همراه باشد منجر به تحقق سایبرسکاتینگ شده که در اسناد سازمان جهانی مالکیت معنوی از آن به "ثبت با سوء نیت نام دامنه" تعبیر شده است. تبیین رویکرد نظام قضایی ایران در برخورد با "ثبت با سوء نیت نام دامنه" موضوع اصلی مقاله ی پیش رو را تشکیل می دهد. برای رسیدن به این مقصود مقاله بر تحلیل آرای قضایی و اشاره به قوانین مربوطه در حقوق ایران و نیز مطالعه ی کوتاه منابع موجود در حقوق آمریکا و رویه مرکز داوری وایپو تأکید دارد. "قانون گذار ایران تنها در ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی صراحتاً به ممنوعیت استفاده از علامت تجاری به صورت نام دامنه اشاره کرده است، اما رویه ی قضایی کارکرد تجاری نام دامنه را هم سنگ با کارکرد علامت تجاری دانسته و با رعایت حق انحصاری و مکتسبه ی مالک علامت تجاری از وی در برابر ثبت مؤخر نام دامنه ی مشابه حمایت کرده است. در دعاوی کیفری نیز قانون گذار و رویه ی قضایی ثبت و استفاده از علامت تجاری به صورت نام دامنه را تنها به شرط ایجاد شباهت و فریب کاربران نسبت به اصالت کالا و خدمات جرم می داند. داوری اختلافات نام دامنه و علامت تجاری در مرکز داوری وایپو نیز با استفاده از دادرسی یو دی آر پی صورت گرفته و داوران این مرکز در صورت احراز "شباهت گمراه کننده" و عنصر "سوء نیت" در ثبت نام دامنه از مالک علامت تجاری حمایت کرده و رأی بر انتقال نام دامنه به وی صادر می کنند.

واژگان کلیدی: ربایش سایبری، علامت تجاری، نام دامنه، شباهت گمراه کننده، سوء نیت

---

\* دکترای حقوق خصوصی .

## مقدمه

فراگیر شدن استفاده از اینترنت در اواخر سده‌ی بیستم؛ استفاده‌ی تجاری از آن را در فضای سایبر در پی داشت. یکی از مصادیق شایع استفاده تجاری از فضای سایبر ایجاد یک پایگاه اینترنتی تحت نام علامت تجاری شرکت‌های تجاری است که با هدف تبلیغات و فروش کالاها و محصولات تجاری از طریق فضای سایبر صورت می‌گیرد. این امر بروز چالش جدی میان علامت تجاری به عنوان گونه‌ای از مالکیت صنعتی با نام دامنه به عنوان یکی از امور حاصل از فضای سایبر و اینترنت را موجب گردیده و دلیل آن هم این است که نام دامنه می‌تواند کارکردی دوگانه داشته باشد: هم نشانی یک پایگاه اینترنتی محسوب می‌شود و هم نام و معرف آن است. مانند نام دامنه <apple.com>. چالش فوق در حقوق ایران دارای جنبه‌های حقوقی (مدنی) و کیفری می‌باشد. باتوجه به توسعه‌ی تجارت در بستر مبادلات الکترونیکی، لزوم ارزیابی قوانین موجود و افزایش میزان نیاز به موضوع، تحلیل رویه‌ی قضایی موجود و نحوه‌ی اجرای قانون در دعاوی حقوقی و کیفری مطروحه میان دارندگان نام دامنه و مالکان علایم تجاری در نظام قضایی ایران، ضرورتی انکار ناپذیر است. امری که مقاله حاضر برآن تأکید دارد تا با بهره‌گیری از آرا و نظرات دادگاه‌های ویژه‌ی رسیدگی به دعاوی حقوقی و کیفری مرتبط با علایم تجاری و تحلیل آن و نیز مطالعه منابع موجود در حقوق آمریکا و مرکز داوری واپو، رویکرد رویه قضایی ایران را در برخورد با موضوع مشخص نماید. در حقوق ایران از سایبرسکاتینگ دو ترجمه‌ی "ربایش سایبری" و "غصب سایبری" بیشتر از سایرین مورد استفاده قرار گرفته است. به نظر نگارنده این ترجمه‌ها را به چند دلیل نمی‌توان در حقوق ایران بکار برد. نخست این که ثقیل و دور از ذهن می‌باشند، دوم این که ربایش و غصب در حقوق ایران ناظر به مال می‌باشند؛ در حالی که در مال بودن نام دامنه اختلاف نظر وجود دارد و سوم این که غصب و ربایش در حقوق ایران موجب خارج شدن مال از ید مالک آن می‌شود؛ درحالی که در موضوع مورد بحث مالک علامت تجاری در فرض ثبت آن به صورت



رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۱۹

نام دامنه هم چنان حق استفاده از آن را در فضای فیزیکی و نیز استفاده‌ی برخط از آن را در فضای سایبر خواهد داشت. لذا این ایرادات نگارنده را بر آن داشته تا در نگارش مقاله‌ی پیش رو از این ترجمه‌ها استفاده نکرده و به جای آن‌ها عبارت "ثبت با سوء نیت نام دامنه" را به عنوان معادل فارسی سایبرسکاتینگ در حقوق ایران معرفی نماید. این عبارت به تعبیر مورد استفاده در اسناد سازمان جهانی مالکیت معنوی نیز نزدیک می‌باشد. مقاله‌ی پیش رو نخست به تبیین نام دامنه و برخی مفاهیم فنی مرتبط با آن و نیز تشریح موضوع "ثبت با سوء نیت نام دامنه" پرداخته و سپس در دو قسمت مجزا مباحث مربوط به دعاوی مدنی و کیفری مرتبط با آن را مورد مطالعه قرار داده است.

## ۱- ثبت با سوء نیت نام دامنه یا ربایش سایبری

برای آشنایی با "ثبت با سوء نیت نام دامنه" نخست لازم است با نام دامنه و نهادهای حقوقی متولی آن آشنا شویم.

### ۱-۱- آشنایی با نام دامنه و کارکردهای آن

#### ۱-۱-۱- مفهوم نام دامنه و مدیریت آن

نام دامنه بخشی از نشانی یک وب سایت را تشکیل می‌دهد. به عنوان مثال [www.UNODC.org](http://www.UNODC.org) نشانی یک وب سایت است و از سه قسمت تشکیل می‌گردد. نخست - [www](http://www) که مخفف [world wide web](http://world wide web) می‌باشد. دوم - نام دامنه‌ی UNODC و سوم - [org](http://org). که پسوند نام دامنه محسوب می‌شود. به طور کلی UNODC.org را نام دامنه تلقی می‌کنیم. برای هر نام دامنه در اینترنت یک آی پی ثابت در نظر گرفته شده است. بنابراین می‌توان گفت: "نام دامنه به یک نشانی حروفی برای یک محل در اینترنت گفته می‌شود که با نشانی عددی یا آی پی آن محل در اینترنت هم پوشانی دارد.

۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مثلاً آی پی آدرس گوگل ۷۴.۱۲۵.۲۲۴.۷۲ است، در حالی که شما برای دسترسی به گوگل هرگز این شماره را وارد نمی‌کنید، بلکه نام دامنه `<google.com>` را استفاده می‌کنید. در پی حل مشکل کاربران اینترنتی که امکان به خاطر سپردن شماره‌ی آی پی نام‌های دامنه را نداشتند، دی ان اس یا سیستم نام‌های دامنه<sup>۲</sup> به وجود آمد. دی ان اس "مجموعه اطلاعاتی است که برای ایجاد ارتباط اینترنتی از طریق ترجمه نام دامنه به نشانی عددی یا آی پی لازم است." (Smith Graham, 2002, 78) بدین ترتیب کاربران به جای استفاده از شماره‌ی آی پی نام دامنه معادلی از آن را به شکل حروف<sup>۳</sup> به کار می‌برند. بنابراین زمانی که یک کاربر اینترنتی نام دامنه‌ای را به صورت حروف در مرورگر رایانه‌ی خود وارد می‌کند سیستم دی ان اس درخواست وی برای دسترسی به رایانه‌ی میزبان سایت مورد نظرش را به رایانه‌ی سرور نام‌های دامنه<sup>۴</sup> ارسال و آی پی سایت مورد تقاضا را از رایانه‌ی مذکور دریافت و به رایانه‌ی کاربر ارسال می‌کند و به این ترتیب رایانه کاربر مستقیماً می‌تواند به رایانه‌ی سایت مورد نظرش متصل گردد. (Reed & Angel, 2007, 438) دسترسی سیستم دی ان اس به سرور های ریشه که متضمن پایگاه داده‌های<sup>۵</sup> نشانی سایت‌های اینترنتی می‌باشند بر اساس مجوزی است که از آیکان دریافت می‌کند. (Todd, 2005, 26) نام‌های دامنه بر اساس پسوندی که دارند به دو دسته‌ی نام‌های دامنه‌ی سطح بالای عمومی که معروفترین آن‌ها `.com` است و نام‌های دامنه سطح بالای کد کشوری مانند `.ir` و `.uk` و ... تقسیم می‌شوند. از سال ۱۹۹۸ که مؤسسه‌ی غیر انتفاعی نام‌ها و ارقام تخصیص یافته‌ی اینترنتی<sup>۶</sup> یا آیکان مسئولیت مدیریت، تخصیص و ایجاد نام دامنه‌های سطح بالای ژنریک بر عهده گرفت. سیاست‌ها و اقدامات این مؤسسه در سال‌های اخیر در

۱. قابل مشاهده در سایت اینترنتی زیر :

Last visited at: 5 August 2013. `<http://comnetworking.about.com/>`

2. Domain Name System.

3. word-based.

4. Root servers.

5. Databases.

6. Internet Corporation For Assigned Names And Numbers(ICAAN).

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه..... ۲۱

جهت افزایش تعداد نام دامنه‌های سطح بالای عمومی و ایجاد تنوع در نام‌های دامنه‌ی سطح بالای ژنریک بوده است. به گونه‌ای که امکان ثبت نام‌های دامنه‌ی سطح بالای عمومی به خط کشورها فراهم شده و یا مذاکراتی در خصوص ثبت نام دامنه‌ی سطح بالای عمومی به اسامی خاص مانند (thera). صورت گرفته است.<sup>۱</sup>

### ۱-۱-۲- کارکردهای نام دامنه

نام دامنه دارای دو کارکرد اساسی است: در درجه‌ی نخست نام دامنه برای دسترسی به یک وب سایت در اینترنت به کار می‌رود و در واقع کارکرد اولیه نام دامنه نشانی وب سایت در اینترنت است. به گونه‌ای که کاربران با قراردادن آن در محل مخصوصی در مرورگر رایانه‌ی خود می‌توانند به وب سایت مورد نظر خود مراجعه نمایند. کارکرد مهم دیگر نام دامنه عمدتاً کارکرد تجاری است؛ به این معنا که اگر نام دامنه یک شرکت تجاری با علامت تجاری آن شرکت مشابه یا یکی باشد، شهرت و اعتبار این نام دامنه نشاندهنده شهرت و اعتبار آن علامت تجاری در اینترنت و کیفیت کالاها و خدمات عرضه شده از سوی آن شرکت است. لذا کیفیت کسب و کار و یا کالاها و خدمات عرضه شده از سوی دارنده نام دامنه را از سایر رقبایش ممتاز می‌سازد. به همین دلیل نام دامنه نسبت به دیگر شناسه‌ها دارای ارزش اقتصادی بالاتری است. (WIPO, 2002)

### ۱-۱-۱ " ثبت با سوء نیت نام دامنه " و شرایط احراز آن

#### ۱-۲-۱- مفهوم " ثبت با سوء نیت نام دامنه "

" ثبت با سوء نیت نام دامنه " که عبارت معادل واژه‌ی سایبرسکاتینگ<sup>۲</sup> می‌باشد در جایی اتفاق می‌افتد که شخصی غیر از مالک علامت تجاری نام دامنه‌ای هم سان و یا

۱. گفتگو با مدیر ثبت دامنه‌های ir قابل دسترس در سایت زیر:

<<http://www.forum.microrayaneh.com/>> last visited at: March 27, 2013.

2. Cybersquatting.

۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مشابه علامت تجاری وی را به ثبت برساند. این امر عموماً با هدف فروش نام دامنه به مالک علامت تجاری و یا رقیب تجاری وی به قصد کسب سود و منفعت و یا محروم کردن مالک علامت تجاری از ثبت نام دامنه‌ی هم سان یا مشابه با علامت تجاری اش که به سوء نیت تعبیر می‌شود، صورت می‌گیرد. این شکل اصلی سوء استفاده از نام دامنه است که بر اساس سوء نیت مرتکب شکل گرفته است. شاید به همین دلیل در گزارش نخستین عملکرد سازمان جهانی مالکیت معنوی<sup>۱</sup> راجع به نام‌های دامنه اینترنتی به جای واژه‌ی سایبرسکاتینگ از واژه‌ی سوء نیت در ثبت یک نام دامنه<sup>۲</sup> استفاده شده است.

#### ۱-۲-۲- شرایط احراز " ثبت با سوء نیت نام دامنه "

شرایط اساسی احراز ثبت با سوء نیت نام دامنه در یو دی آر پی عبارتند از: الف - هم سان بودن نام دامنه با علامت تجاری یا خدماتی و یا وجود شباهت گمراه کننده میان آن دو. ب - ثبت کننده‌ی نام دامنه حق و یا منفعت مشروعی نسبت به نام دامنه‌ی مورد تقاضای ثبت نداشته باشد. ج - سوء نیت ثبت کننده‌ی نام دامنه در ثبت و به کارگیری آن. همه‌ی این شرایط باید موجود باشد تا ثبت با سوء نیت نام دامنه یا ربایش سایبری اتفاق بیفتد.

#### ۲- دعاوی حقوقی (مدنی) مرتبط با " ثبت با سوء نیت نام دامنه "

"ثبت با سوء نیت نام دامنه" وقتی می‌تواند موضوع یک دعوی حقوقی (مدنی) قرار گیرد که نام دامنه‌ی موضوع دعوا با پسوند کد کشوری کشور محل استقرار دادگاه به ثبت رسیده باشد و به نوعی حق مضاعفی است که به طرفین اختلاف داده شده تا علاوه بر مراکز حل اختلاف مورد پذیرش آیکان، امکان مراجعه به مراجع قضایی ملی

1. The Report of the first WIPO Internet Domain Name Process.  
2. Bad faith registration of a domain name.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۲۳

را نیز داشته باشند<sup>۱</sup>. نظام قضایی ایران نیز این حق را پذیرفته و به مالک علامت تجاری که مدعی نقض حقوق قانونی اش از طریق ثبت و به کارگیری نام دامنه‌ی مشابه است، امکان طرح دعوی حقوقی را داده است. در این قسمت به بررسی منابع قانونی و تحلیل رویه قضایی در دعاوی حقوقی خواهیم پرداخت.

۱-۲- منابع قانونی در دعاوی حقوقی (مدنی) مرتبط با " ثبت با سوء نیت نام

دامنه "

#### ۲-۱-۱- حقوق ایران

در حقوق ایران اصلی ترین قوانین حاکم بر دعاوی حقوقی میان دارنده‌ی نام دامنه با نام و علامت تجاری عبارتند از:

**الف - قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶:**

این قانون در سال ۱۳۸۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و ماده ۳۱، بند د ماده ۳۲ و مواد ۴۰، ۴۱، ۴۶، ۴۷، ۵۹، ۶۰ و ۶۱ آن می‌تواند به عنوان قانون حاکم در دعاوی نقض حقوق مالک علامت تجاری به واسطه‌ی ثبت نام دامنه مورد استناد محاکم قرار گیرد. این مواد عمدتاً به حقوق انحصاری مالک علامت تجاری ثبت شده و معروف اشاره داشته و هرگونه استفاده دیگران بر خلاف ضوابط، موازین شرعی، نظم عمومی و اخلاق حسنه را ممنوع نموده و نهایتاً در مواد ۵۹، ۶۰ و ۶۱ به صلاحیت محاکم و ضمانت اجراهای مدنی و کیفری اشاره دارد. البته این به معنای عدم قابلیت استناد به سایر مواد این قانون نمی‌باشد؛ بلکه باید گفت مواد مذکور بیشترین کاربرد را در اختلافات علامت تجاری و نام دامنه دارند.

**ب - قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲:** این قانون در سال ۱۳۸۲ به

تصویب رسیده و مواد ۶۶ و ۷۵ آن در اختلافات علامت تجاری و نام دامنه مورد استناد

---

۱. از این موضوع در دادرسی یو دی آر پی تحت عنوان قضاوت دوجانبه (Mutual Jurisdiction) یاد شده است.

۲۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

قرار می گیرد.

**ج - کنوانسیون پاریس ۱:** این کنوانسیون در تاریخ ۱۳۳۷/۱۲/۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسید و در تاریخ ۱۳۷۷/۸/۱۷ اصلاحات بعدی آن نیز از سوی مجلس شورای اسلامی تصویب شد.<sup>۲</sup> کنوانسیون پاریس متضمن سه دسته مقررات می باشد: قواعد ماهوی که مشتمل بر تضمین حقوق اساسی نظیر رفتار ملی و حق تقدم است. قواعدی که به حقوق و تکالیف اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی اشاره داشته و دولتها را ملزم به وضع قوانین مناسب می کند و قواعد کاری و اجرایی که برای انجام و تحقق کنوانسیون ضروری می باشد.<sup>۳</sup> از میان این سه دسته مقررات، مقررات بخش دوم و به ویژه ماده ۶ مکرر و ماده ۸ کنوانسیون که ناظر به حق استفاده ی انحصاری دارنده علامت تجاری بوده و هرگونه استفاده ی اشخاص ثالث را غیرقانونی می داند، مستند آرای صادره در دعاوی میان دارنده نام دامنه با علامت تجاری قرار می گیرد.

**د - آیین نامه ی اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷:** این آیین نامه مشتمل بر ۱۹۲ ماده و ۱۰۴ تبصره و سه ضمیمه در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۱ به تصویب رییس قوه قضاییه رسیده و مقررات آن بیشتر ناظر به تشریفات ثبت علائم تجاری است.<sup>۴</sup> اما در خصوص صلاحیت محاکم و لزوم رسیدگی به دعاوی

---

1.Paris Convention for the Protection of Industrial Property(1967) mentioned in the TRIPS Agreement. Available at: <[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514)> last visited: 6 february 2014.

۲. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی مصوب ۱۳۷۷.

۳. حمید، عزیزی مراد پور. سازوکارهای موجود در حوزه ی سیاست عمومی دولتها در نظام بین المللی حق اختراع. رساله دکتری حقوق بین الملل عمومی. دانشگاه علامه طباطبائی ۱۳۸۹. ص ۶۸.

۴. این آیین نامه در شماره ی ۱۸۷۳۰ روزنامه رسمی منتشر و در نشانی اینترنتی زیر قابل دسترس است <<http://www.rooznamehrasmi.ir/Laws/?CatCode=5>> last visited at: 19 October 2013.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۲۵

علائم تجاری در دادگاه‌های ویژه در تهران مقرراتی دارد که در این ارتباط می‌توان به ماده ۱۷۹ این آیین نامه اشاره کرد.

## ۲-۱-۲- حقوق آمریکا و مرکز داوری واپو

### الف - حقوق آمریکا

در خصوص منابع قانونی "ثبت با سوء نیت نام دامنه" در حقوق آمریکا می‌توان به دو قانون مهم اشاره کرد:

### نخست - قانون (منع) تضعیف علائم تجاری فدرال<sup>۱</sup>

این قانون در سال ۱۹۹۵ به تصویب رسید. انگیزه تصویب این قانون مقابله با اقداماتی نظیر استفاده از علامت تجاری مشهور متعلق به غیر بود. در این قانون موضوع تضعیف علامت منحصر به علامت تجاری مشهور تلقی شده است. لذا برای کمک به دادگاه‌ها جهت احراز مشهور بودن علامت معیارهایی مانند میزان تمایز بخشی علامت اعم از ذاتی یا اکتسابی، زمان و گستره استفاده از علامت برای کالا یا خدمت، زمان و گستره تبلیغات و اعلان عمومی علامت به صورت تمثیلی در قانون مورد اشاره قرار گرفته است. این قانون از سال ۱۹۹۵ تا سال ۱۹۹۹ که قانون ضد سایبرسکاتینگ به تصویب رسید، مهم‌ترین مستند قانونی برای جلوگیری از نقض حقوق دارندگان نام و علامت تجاری مشهور در برابر ثبت کنندگان نام‌های دامنه‌ی مشابه قلمداد می‌شد. برای اثبات نقض قانون منع تضعیف علائم تجاری فدرال خواهان باید این موارد را به اثبات برساند: اولاً) اثبات شهرت علامت تجاری خواهان. ثانیاً) خواننده از علامت تجاری وی استفاده‌ی تجاری نموده است. ثالثاً) استفاده‌ی تجاری خواننده از علامت تجاری خواهان بعد از شهرت یافتن علامت تجاری خواهان بوده است. رابعاً) استفاده‌ی خواننده از علامت تجاری خواهان باعث تضعیف وصف متمایز کنندگی آن شده و ظرفیت آن علامت را برای معرفی کالاها و خدمات کم رنگ سازد.

---

1. Federal Trademarke Dilution Act 1995.

## دوم - قانون ضد سایبرسکاتینگ برای حمایت از مصرف کننده<sup>۱</sup>

در تاریخ ۲۹ نوامبر ۱۹۹۹ رییس جمهور کلینتون قانون ضد سایبرسکاتینگ برای حمایت از مصرف کننده را امضا کرد. به طور کلی هدف قانون ضد سایبرسکاتینگ حمایت از عموم در برابر "ثبت با سوء نیت نام دامنه" بود. قانون ضد سایبرسکاتینگ علاوه بر حمایت از اسامی اشخاص در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه، در دعاوی که ثبت و استفاده از نام دامنه با سوء نیت همراه بوده و موجب گمراهی کاربران اینترنتی به عنوان مصرف کننده شده است، مورد استناد قرار می‌گیرد. در غیر این صورت و نیز چنان چه ثبت و استفاده از نام دامنه موجب تقلیل ارزش علامت تجاری نشود، موضوع مشمول قانون لان‌هام<sup>۲</sup> خواهد بود. (Rhodes, 2003) قانون لان‌هام که در سال ۱۹۴۶ میلادی به تصویب رسید و به قانون علایم تجاری نیز معروف است در واقع پیشینه دو قانون فوق در حقوق آمریکا محسوب شده و یک قانون فدرال در زمینه نظم بخشیدن به استفاده از علایم تجاری در فعالیتهای تجاری است. این قانون اولین قانون راجع به علایم تجاری در آمریکا نیست، اما می‌توان آن را اولین قانون جامع فدرال در زمینه علایم تجاری به حساب آورد. فیتز لان‌هام<sup>۳</sup> که یکی از نمایندگان کنگره آمریکا بود در دهه‌ی ۱۹۳۰ طرح قانون لان‌هام را مطرح کرد. این طرح در سال ۱۹۴۶ از سوی کنگره آمریکا به عنوان "قانون لان‌هام" به تصویب رسید. لان‌هام در زمان تصویب این قانون گفت که این قانون برای "حمایت از تجارت مشروع و حقوق مصرف کننده‌ی آمریکایی" طراحی شده است.<sup>۴</sup>

### ب - مرکز داوری وایپو

1. Anticybersquatting Consumer Protection Act 1999.
2. Lanham Act (1946).
3. Fritz G. Lanham.
4. available at :< <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Lanham+Act>> last visited at: 18 October 2013.



رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۲۷

آیکان به عنوان متولی مدیریت نام‌های دامنه در دنیا برای حل و فصل اختلافات مربوط به نام دامنه و علامت تجاری سیاست هم‌سانی را تهیه و تنظیم نموده که سیاست هم‌سان آیکان راجع به نام دامنه<sup>۱</sup> یا یو دی آر پی نامیده می‌شود<sup>۲</sup>. یو دی آر پی چارچوب قانونی (حقوقی) برای حل و فصل اختلافات میان یک ثبت‌کننده نام دامنه و شخص ثالث راجع به سوء استفاده از ثبت نام‌های دامنه را در مراکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات راجع به نام دامنه که معروف‌ترین آن‌ها مرکز داوری و میانجی‌گری وایپو (سازمان جهانی مالکیت معنوی) است<sup>۳</sup>، معین می‌کند.

۱-۲- رویه‌ی قضایی در دعاوی حقوقی مرتبط با "ثبت با سوء نیت نام

دامنه"

۱-۲-۲- رویه قضایی ایران

الف - دادگاه صالح

اگرچه در خصوص اختلافات میان مالک علامت تجاری با نام دامنه به طور خاص اشاره به دادگاه ویژه‌ای نشده است. اما به موجب ماده‌ی ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶<sup>۴</sup> رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران می‌باشد که توسط رییس قوه‌ی قضاییه تعیین می‌گردد. هم‌اکنون شعبه ۳

1. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy(UDRP).

۲. سیاست حل اختلاف آیکان راجع به نام دامنه در نشانی زیر در دسترس است:  
<<http://www.icaan.org/>>last visited at:10 October 2013.

3. WIPO's Arbitration and Mediation Center.

۴. ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ مقرر می‌دارد: « رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه عمومی تهران می‌باشد که حداکثر ظرف شش ماه بعد از تاریخ تصویب این قانون توسط رییس قوه‌ی قضاییه تعیین می‌گردد.»

۲۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

دادگاه‌های عمومی (حقوقی) تهران مستقر در مجتمع شهید بهشتی تهران به عنوان شعبه‌ی ویژه به دعاوی حقوقی (مدنی) مرتبط با نام و علامت تجاری می‌پردازد که اختلافات حقوقی میان مالک علامت تجاری با نام دامنه نیز در همین شعبه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

### ب - آرای دادگاه و تحلیل رویه‌ی قضایی

در این قسمت تعدادی از آرای دادگاه ویژه در دعاوی حقوقی با موضوع نقض علامت تجاری از طریق ثبت و استفاده از نام دامنه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

نخست - رأی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۳۵ - ۱۳۹۲/۲/۲۲ صادره در پرونده

ی کلاسه‌ی ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۶۶۲ شعبه‌ی سوم دادگاه حقوقی تهران

در این پرونده آقای م.ح به وکالت از شرکت بایریش موتورن ورک اکتیوگزلشاف به طرفیت ۱- گروه بی ام دبلیو ایران ۲- آقای خ ۳- پژوهش گاه دانش‌های بنیادین دعوایی دایر بر منع و توقف استفاده‌ی علامت تجاری BMW در نام دامنه‌ی [bmwclub.ir](http://bmwclub.ir) و ممنوعیت خوانندگان از هر نحو استفاده علائم تجاری و نام تجاری خواهان مطرح می‌نماید. در این دعوا وکیل خواهان ادعا می‌کند: علامت تجاری BMW که از حروف اول اجزاء نام تجاری موکلش اخذ شده است طی شماره --- مورخ --- در ایران به نامش به ثبت رسیده و در مواعد قانونی تمدید گردیده است. علاوه بر آن علامت تجاری موصوف جزء علائم تجاری مشهور محسوب می‌گردد. بنابراین موکل وی حق استفاده‌ی انحصاری از این علامت تجاری را به هرنحو در ایران دارد. وکیل خواهان اضافه می‌نماید استفاده از این علامت تجاری از سوی خوانندگان در نام دامنه‌ی موضوع دعوا با حق انحصاری خواهان که متضمن حق ممنوع نمودن دیگران از هرنحو استفاده از این علامت می‌باشد، در تعارض است. لذا صدور حکم به شرح خواسته را تقاضا

---

۱. برای اطلاع بیشتر در خصوص صلاحیت مراجع قضایی رک: میر حسینی، سید حسن. (۱۳۸۶). حقوق اختراعات. تهران: نشر میزان. ص ۳۵۳-۳۴۶.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه..... ۲۹

دارد. دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته و در بخشی از رأی صادره چنین مقرر می‌دارد: «... دادگاه با توجه به توضیحات وکیل خواهان به شرح دادخواست و مستندات ابرازی نظر به این که علامت تجاری BMW که مأخوذ از حروف اول اجزای نام تجاری خواهان است طی شماره --- مورخ --- در ایران به نامش ثبت شده و در مواعد قانونی تمدید گردیده است. مطابق ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری واجد حق استفاده انحصاری است از طرفی علامت مذکور جزء علائم تجاری مشهوره می‌باشد که مشمول حمایت خاص مقرر در ماده ۶ مکرر کنوانسیون پاریس است. به علاوه مطابق ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ استفاده از علامت تجاری به صورت نام دامنه که موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود ممنوع گردیده و در ما نحن فیه استفاده خواندگان اول و دوم از علامت تجاری خواهان به عنوان نام دامنه موجبات وقوع اشتباه و گمراهی مصرف کنندگان را نسبت به مبدأ تولید کالا و خدمات دربر خواهد داشت ... با استناد به مواد ۳۱ و بند ب ماده ۴۰ و ۴۷ و ۶۰ از قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی حکم به منع و توقف استفاده‌ی خواندگان اول و دوم از علامت تجاری BMW در نام دامنه‌ی [bmwclub.ir](http://bmwclub.ir) و ممنوعیت ایشان از هر نحو استفاده از علامت و نام تجاری خواهان صادر و اعلام می‌دارد. ...»

دوم - رأی شماره ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۰۶۶ - ۱۳۹۱/۲/۱۰ در پرونده ی کلاسه ی

۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۵۰۰ در شعبه ی سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران

در این پرونده شرکت اشنايدر الكتريك اينداستريز اس آ اس<sup>۱</sup> دادخواستی را به طرفیت آقای "م" و پژوهش گاه دانش‌های بنیادین مبنی بر منع استفاده‌ی خواننده ردیف اول از علامت تجاری Schneider electric به عنوان نام دامنه و الزام خواننده دوم به ابطال نام دامنه‌ی خواننده اول و ثبت این نام دامنه به نام خواهان مطرح می‌نماید.

---

1. SCHNEIDERELECTRLCLNDUSTRLESSAS

۳۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

دادگاه در نهایت دعوای خواهان را پذیرفته و در بخشی از دادنامه صادره مقرر می‌دارد: «... دادگاه از توجه به مفاد دادخواست تقدیمی و مستندات ابرازی نظر به ثبت مقدم واژه‌ی مذکور تحت عنوان علامت تجاری در حوزه‌ی صنعت برق و تجهیزات الکتریکی طی شماره --- مورخ --- به نام خواهان و دارا بودن حق استفاده‌ی انحصاری مطابق ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و این که ثبت مؤخر علامت مذکور تحت عنوان نام دامنه و استفاده از آن معارض حقوق مقدم و مکتسبه‌ی خواهان و نیز مخالف مفاد بند ب ماده ۴۰ قانون مذکور و نیز مفاد ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیک است و از ناحیه خواننده اول ایراد و دفاعی نسبت به دعوی علی‌رغم دعوی از طریق نشر آگهی به عمل نیامده، بنابراین دعوی مطروحه بنا به مراتب و توجهاً به مفاد لایحه‌ی دفاعیه خواننده دوم وارد و ثابت تشخیص و مستنداً به مواد مذکور و نیز مفاد ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس حکم به منع استفاده‌ی خواننده اول از علامت فوق به عنوان نام دامنه و الزام خواننده دوم به ابطال نام دامنه خواننده اول و ثبت آن به نام خواهان با رعایت تشریفات قانونی صادر و اعلام می‌دارد....»

سوم - رأی شماره‌ی ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۰۷۲ در پرونده‌ی کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۴۵۲ در شعبه‌ی ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

در این پرونده آقای "ب" به وکالت از شرکت اینترنتی فرانسیز هولدینگ ال تی دی دادخواستی به طرفیت آقای "ح" و ایرنیک مرکز ثبت دامنه آی آر مینی بر ابطال نام دامنه [pizza.compan.y.ir](http://pizza.compan.y.ir) و الزام خواننده دوم به ثبت نام دامنه مذکور به نام خواهان مطرح می‌نماید. وکیل خواهان ادعا می‌نماید موکلش به استناد مستندات دادخواست، علامت تجاری‌اش را در ایران به ثبت رسانده و هم چنین با توجه به تقدم ثبت آن نسبت به نام دامنه‌ی موضوع دعوا، دارای حق انحصاری و مکتسبه می‌باشد. دادگاه در نهایت دعوای خواهان را وارد دانسته و حکم بر ابطال نام دامنه مذکور و الزام خواننده دوم به ثبت آن به نام خواهان وفق مقررات صادر می‌نماید. در این دادنامه در بخشی از

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه..... ۳۱

مبانی رأی دادگاه آمده است: «... دادگاه با توجه به توضیحات وکیل خواهان بشرح دادخواست و مدارک ابرازی نظر به ثبت مقدم علامت pizza company طی شماره --- مورخ --- به نام خواهان در ایران و سپس ثبت فارسی علامت طی شماره --- مورخ --- و وجود حق استفاده انحصاری مطابق ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات طرح های صنعتی و علائم تجاری و این که ثبت مؤخر علامت با عنوان نام دامنه به نام خواننده اول معارض حقوق مقدم و مکتسبه خواهان است و مخالف ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیک که به موجب آن استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه و یا موضوع نمایش بر خط علائم تجاری که موجب فریب یا مشتبه شدن طرفین به اصالت کالا و خدمات شده ممنوع گردیده، می باشد و در ما نحن فیه عمل خواننده باعث وقوع اشتباه و گمراهی مصرف کنندگان نسبت به مبدأ اصلی کالا و خدمات خواهد شد. بنابراین دعوی خواهان وارد و ثابت تشخیص مستنداً به مواد ۳۱ و ۳۲ و ۴۱ از قانون ثبت اختراعات طرح های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیک حکم به ابطال نام دامنه مذکور و الزام خواننده دوم به ثبت آن به نام خواهان وفق مقررات صادر و اعلام می گردد.»

چهارم - رأی شماره ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۴۶۹ - ۱۳۹۱/۵/۳۱ صادره در پرونده

ی کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۰۹۱ در شعبه ی سوم دادگاه حقوقی تهران

در این دعوا موضوع از این قرار بود که شرکت اپل منع استفاده خوانندگان از علائم تجاری ثبت شده خواهان از جمله "Apple" و تصویر سیب و ابطال نام های دامنه اینترنتی "appleiranco.com" و "applier.ir" و الزام خوانندگان به انتقال نام های دامنه اینترنتی مذکور به نام خواهان را از دادگاه تقاضا نمود. در نهایت دادگاه حکم بر منع استفاده ی خوانندگان اول تا سوم از علائم تجاری خواهان Apple و تصویر سیب و ابطال نام های دامنه اینترنتی صادر می نماید. در این دعوا دادگاه به استناد حقوق قانونی خواهان که در ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی و مواد ۳۱ و ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری، هم چنین مواد ۶ مکرر و ۸

۳۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

کنوانسیون پارس مورد اشاره قرار گرفته است، حکم به منع استفاده‌ی خواندگان اول تا سوم از علائم تجاری خواهان Apple و تصویر سیب و ابطال نام‌های دامنه اینترنتی که به نام خواننده سوم ثبت شده صادر نموده است.

### سوم - تحلیل رویه‌ی قضایی

تحلیل رویه‌ی قضایی ایران نشان از آن دارد که اولاً اگرچه قانون گذار صریحاً از کارکرد تجاری نام دامنه هم سنگ با کارکرد علامت تجاری سخن نگفته و یا حمایت جامعی از مالک علامت تجاری در برابر دارنده نام دامنه و بر عکس مقرر نکرده است؛ ولی آرای صادره از دادگاه‌های ویژه در موضوع اختلافات میان مالک علامت تجاری و دارنده‌ی نام دامنه دلالت بر آن دارد که رویه قضایی ایران برابری حقوقی نام دامنه با علامت تجاری و تعادل کارکردی آن دو را مدنظر داشته است. ثانیاً بر همین اساس در رویه قضایی ایران حق انحصاری و مکتسبه‌ی خواهان اصلی‌ترین مبنای استدلالی آرای دادگاه‌ها را در جهت حمایت از مالک علامت تجاری در برابر دارنده نام دامنه‌ای که دارای ثبت مؤخر نسبت به علامت تجاری است، تشکیل می‌دهد و در تمامی آرای موجود در این زمینه تکرار شده است. حق انحصاری و مکتسبه مالک علامت تجاری عمدتاً در مواد ۳۱، ۴۰، ۴۶، ۴۷ و ۶۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و نیز در مواد ۶ مکرر و ۸ و در بند ۱ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس مورد اشاره قرار گرفته است. در دو مورد از آرای بالا دادگاه صراحتاً ثبت مؤخر علامت به عنوان نام دامنه را در تعارض با حق مکتسبه و مقدم خواهان دانسته است. با توجه به این که آرای قضایی صادره از دادگاه‌های ایران معمولاً از استدلال کافی برای استنتاج مباحث حقوقی برخوردار نیست که بررسی علت آن از حوصله‌ی این مقاله خارج است، ذکر صریح عبارت فوق و معارض دانستن ثبت مؤخر علامت تجاری به صورت نام دامنه را با حقوق مکتسبه و مقدم خواهان، می‌توان از نقاط قوت رویه قضایی در این خصوص بحساب آورد. ثالثاً اشتباه و گمراهی مصرف کنندگان نسبت به مبدأ اصلی کالا و خدمات که ناشی از وجود شباهت گمراه کننده میان نام دامنه و

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۳۳

علامت تجاری است، مبنای دیگری است که مورد تأکید رویه قضایی قرار گرفته است. این مبنا در درجه نخست ریشه در ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی دارد؛ اما در مواردی در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری نیز مورد اشاره قرار گرفته است به عنوان نمونه به موجب ماده ۳۲ این قانون ثبت علامتی که باعث گمراهی مصرف کنندگان شود ممنوع شده است. ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار همانگونه که ثبت علامتی را که موجب اشتباه و گمراهی مصرف کنندگان می‌شود، ممنوع کرده، ثبت نام دامنه‌ای را هم که موجب اشتباه و گمراهی مصرف کنندگان گردد، ممنوع نموده است و این نشان می‌دهد که قانون‌گذار تعادل کارکردی نام دامنه و علامت تجاری و برابری حقوقی آن دو را مدنظر داشته است. رابعاً بررسی آرای دادگاه از بعد نتیجه احکام و ضمانت اجرا مشخص می‌سازد که در فرض پذیرش دعوا، صدور حکم بر "ابطال ثبت نام دامنه" مهم‌ترین و شایع‌ترین ضمانت اجرای احکام دادگاه را در این دعاوی تشکیل می‌دهد.

## ۲-۲-۲- آمریکا و مرکز داوری وایپو

### الف - آمریکا

آرای قضایی صادره از دادگاه‌های آمریکا در دعاوی مطروحه با موضوع نقض حقوق مالک علامت تجاری تا قبل از تصویب قانون ضد سایبرسکاتینگ در سال ۱۹۹۹ عمدتاً بر مبنای قانون منع تضعیف علائم تجاری بوده است. به موجب قانون منع تضعیف علائم تجاری مالک علامت تجاری مشهور می‌تواند حق انحصاری خود را علیه هر شخص دیگری که از علامت تجاری‌اش استفاده تجاری می‌کند، اعمال نماید؛ مشروط بر این که این استفاده بعد از شهرت یافتن آن علامت تجاری بوده و منجر به تضعیف وصف متمایز کننده‌ی آن علامت تجاری گردد. به هر حال این روند در دعاوی مختلف ادامه یافت و دادگاه‌های بر اساس قانون منع تضعیف علائم تجاری از علائم تجاری و عمدتاً علائم تجاری مشهور در برابر ثبت کنندگان نام‌های دامنه‌ی مشابه

۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

حمایت می‌کردند؛ تا این که در سال ۱۹۹۸ در آمریکا دعوی تئوپن<sup>۱</sup> مطرح شد. اگرچه این دعوا بر اساس قانون منع تضعیف علایم تجاری مصوب ۱۹۹۵ میلادی مورد قضاوت قرار گرفت؛ اما به عنوان الگویی برای قانون گذاری آمریکا در زمینه‌ی ربایش سایبری مورد استفاده قرار گرفت. دعوا از این قرار بود که تئوپن<sup>۲</sup> نام‌های دامنه‌ی "Panavision.com" و "Panaflex.com" را ثبت و وب سایت‌هایی را تحت این نام‌های دامنه راه‌اندازی نمود. تئوپن از این وب سایت‌ها برای نمایش تصاویری از شهر پانا در ایالت ایلوی نویز<sup>۳</sup> آمریکا استفاده نمود. سپس نام‌های دامنه‌ی مذکور را به مبلغ ۱۳ هزار دلار به شبکه‌ی تلویزیونی شهر پانا پیشنهاد داد. این شبکه پیشنهاد تئوپن را رد کرده و به استناد قانون منع تضعیف علایم تجاری فدرال علیه او اقامه دعوا کرد. تئوپن در مقابل دفاع کرد که از نام دامنه‌ی موصوف استفاده‌ی تجاری نکرده است و تنها تصاویری را بر روی وب سایت مرتبط با آن نمایش داده است. اما دادگاه چنین تصمیم گرفت که خواننده با ارایه پیشنهاد فروش نام دامنه قصد خود را جهت استفاده‌ی تجاری از آن ابراز نموده است. بنابراین شرط مربوط به استفاده‌ی تجاری محقق شده است. در ادامه تئوپن چنین دفاع کرد که شبکه خواهان می‌تواند کالاها و خدماتش را در اینترنت از طریق نشانی‌های اینترنتی دیگر و ایجاد صفحات اینترنتی با محتوای علامت تجاری‌اش، گسترش دهد. بنابراین ثبت نام‌های دامنه‌ی موضوع دعوا از سوی او باعث کم رنگ شدن ظرفیت علامت تجاری خواهان برای معرفی کالاها و خدماتش در اینترنت نشده است. دادگاه دفاع تئوپن را در این خصوص هم نپذیرفت و در مقابل چنین استدلال کرد که: عمل تئوپن باعث کم رنگ شدن ظرفیت علامت تجاری پانا ویژن<sup>۴</sup> برای معرفی کالاها و خدمات و تضعیف علامت تجاری خواهان شده است؛ چراکه ثبت این نام‌های دامنه از سوی تئوپن ویژگی متمایز کنندگی علامت تجاری

1. Panavision International v. Toeppen 141 F.3d 1316(9th Cir. 1998)[727]

2. Toeppen.

3. Pana, Illinois.

4. Panavision.



رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۳۵

خواهان و ظرفیت اینترنتی آن را برای معرفی کالاها و خدماتش از طریق نام‌های دامنه‌ی اینترنتی کاهش می‌دهد. دادگاه اضافه کرد یک هدف مهم از ثبت یک نام دامنه مشابه با نام و علامت تجاری، معرفی مؤسسه‌ای است که مالک وب سایت می‌باشد تا مشتریانی را که دچار تردید می‌باشند، مطمئن سازد؛ چراکه اغلب مشتریان فکر می‌کنند وب سایت شرکت‌های تجاری با نام دامنه‌ای ایجاد می‌شود که با علامت تجاری شان مشابه است. نام دامنه‌ای که معادل علامت تجاری شرکت‌های تجاری است از ارزش قابل توجه‌ای برای آن شرکت برخوردار است؛ چراکه وسیله‌ی ارتباطی مهمی با مشتریان شرکت محسوب می‌شود. دادگاه اضافه کرد مشتریان احتمالی پاناویژن چنان چه نتوانند از طریق تایپ نام دامنه‌ی "Panavision.com" در مرورگر رایانه‌ی خود به وب سایت این شرکت دست یابند، دلسرد خواهند شد و مجبورند وب سایت شرکت را از میان صدها وب سایت در آورند. این امر باعث تضعیف علامت تجاری شرکت پاناویژن خواهد شد. ملاحظه‌ی استدلال‌ها دادگاه در رد دفاعیاتی که تئوپن در برابر ادعاهای خواهان ارایه کرده است، جالب و مفید به نظر می‌رسد. در این دعوا دادگاه در نهایت با رد دفاعیات تئوپن او را محکوم به انتقال نام‌های دامنه‌ی موضوع دعوا به خواهان می‌نماید.

#### ب - مرکز داوری وایپو

در این قسمت به بررسی تحلیلی یک نمونه عملی که در مرکز داوری و میانجی‌گری وایپو مطرح و منجر به صدور حکم بر انتقال نام دامنه به خواهان شده است می‌پردازیم. جریان این دعوا که میان شرکت هلت - پکارد<sup>۱</sup> به طرفیت شرکت تهران فالنیک<sup>۲</sup> در مرکز داوری و میانجی‌گری وایپو مطرح شده است<sup>۳</sup>، به این شرح است که: خواهان طی سالیان متمادی نسبت به ثبت علامت تجاری HP در ایران و سر تا سر

1. Hewlett-Packard Company.

2. Tehran Falnic company.

3. Hewlett-Packard Company v. Tehran Falnic company-DIR2009-00009.

۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

جهان اقدام نموده است. خواهان مالکیت دو علامت تجاری HP را در قلمرو ایران در اختیار دارد. نام‌های دامنه مورد اختلاف <hpiran.ir> و <iranhp.ir> می‌باشند که اولی در تاریخ ۱۳۸۵/۴/۱۱ به ثبت رسیده و در زمان رسیدگی به دعوا هیچ وب سایت فعالی تحت این نام دامنه راه‌اندازی نشده است و دومی در تاریخ ۱۳۸۸/۶/۱۶ ثبت شده و پایگاه اینترنتی با محتوای تبلیغاتی در ارتباط با محصولات کامپیوتری و لوازم جانبی از طریق آن راه‌اندازی شده است. این پایگاه اینترنتی از نظر ظاهری با پایگاه اینترنتی خواهان شباهت دارد. واقعیاتی به شرح زیر در دعوا وجود دارد که به تشریح هریک می‌پردازیم:

**نخست - اسامی دامنه مورد اختلاف به گونه گمراه کننده مشابه با یکی از علائم تجاری خواهان می‌باشد.**

هر چند اسامی دامنه مورد اختلاف هم سان با علائم تجاری خواهان نمی‌باشند، اما هیأت داورى به دلایل زیر اسامی دامنه مورد اختلاف را دارای شباهت گمراه کننده با علامت تجاری HP خواهان می‌داند: اولاً هیأت حل اختلاف یو دی آر پی در ارزیابی تشابه گمراه کننده، پسوند نام دامنه را نادیده می‌گیرند. در پرونده‌های مشابه دیگری که در مرکز داورى و میانجی‌گری واپو مطرح بوده است، از سوی هیأت‌های حل اختلاف همین روش در بررسی تشابه اسامی دامنه‌ی مورد اختلاف با علائم تجاری خواهان، براساس سیاست حل اختلاف نام دامنه‌ی .ir. مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۱</sup> در این خصوص باید گفت که پسوند .ir. علامت عام یا کلی است و تصمیمات متعدد هیأت حل اختلاف مرکز براساس سیاست حل اختلاف آیکان راجع به نام دامنه در بخش مربوطه که مشابه بند ۱ قسمت الف از پاراگراف ۴ سیاست حل اختلاف .ir. می‌باشد،

۱. از این گونه دعاوی می‌توان به دعاوی زیر اشاره کرد:

-VAT Holding AG v. VAT.com - D2000-0607  
- shangri-La International Hotel Management Limited v. NetIncome Ventures Inc – D 2009-0001  
-Facebook,Inc. v. majid karimian ghannad – DIR2009-0001

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۳۷

حاکمی از آن است که پسوندهای سطح بالای عمومی و کد کشوری در زمان مقایسه علامت تجاری خواهان با نام دامنه مورد اختلاف مورد توجه قرار نخواهند گرفت.<sup>۱</sup> ثانیاً هر دواسامی دامنه مورد اختلاف ترکیبی ساده از علامت تجاری HP خواهان و نام رایج کشور ایران (به جای نام کامل و رسمی آن، یعنی جمهوری اسلامی ایران تشکیل شده‌اند). بررسی تصمیمات پیشین هیأت داوری دلالت بر این دارد که افزودن نام یک کشور به علامت تجاری خواهان منجر به ایجاد تمایز بین علایم تجاری خواهان و اسامی دامنه مورد اختلاف که کاربران اینترنت از آن استفاده می‌کنند، نمی‌شود.<sup>۲</sup>

دوم - خواننده هیچ گونه حقوق یا منافع قانونی در ارتباط با اسامی دامنه‌های

مورد اختلاف در اختیار ندارد.

هیأت هم چنین به این نتیجه دست یافت که خواننده هیچ گونه حقوق یا منافع قانونی در ارتباط با اسامی دامنه مورد اختلاف در اختیار ندارد. سیاست حل اختلاف حاکم بر دعوا<sup>۳</sup> شامل یک فهرست غیر جامع از موقعیت‌هایی می‌شود که تحت آن‌ها خواننده دارای هرگونه حقوق یا منافع قانونی در ارتباط با اسامی دامنه مورد اختلاف می‌باشد. این فهرست در بندهای ۱ و ۳ قسمت (ج) پاراگراف ۴ سیاست حل اختلاف حاکم بر دعوا عبارتند از: - به کارگیری نام دامنه با حسن نیت در ارائه خدمات و کالاها - شناخته شده به واسطه‌ی آن نام دامنه - استفاده‌ی قانونی یا غیر تجاری متناسب با آن نام دامنه، بدون هر گونه قصدی مبنی بر سلب منافع تجاری یا گمراه نمودن

---

۱. ر.ک

-Drutsche Telekom AG v. Kawah Kalirad- DIR2008-0002

۲. ر.ک

-Koninklijke Philips Electronics NV. V. P.K. Gopan- D2001-0171  
-NBC Universal, Inc. v. web Advertising, Corp. a/k/a Maison Tropicale  
S.A.- D2008-0865

۳. سیاست حل اختلاف حاکم بر این دعوا سیاست حل اختلاف نام دامنه‌ی .ir می‌باشد که در نشانی زیر در دسترس است:

<<http://www.nic.ir/>> last visited at: 19 October 2013.

۳۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مشتریان. خواهان باید توان اثبات این مورد که خواننده فاقد حقوق و یا منافع قانونی در نام دامنه مورد اختلاف است را داشته باشد و پس از آن مسئولیت تکذیب آن و اثبات حقوق و منافع مشروع بر عهده‌ی خواننده قرار خواهد گرفت.<sup>۱</sup>

**سوم - اسامی دامنه به نحو غیر مقتضی و از روی سوء نیت ثبت شده یا مورد استفاده قرار می‌گیرند.**

استناد هیأت داوری به بند ۳ از قسمت الف ماده ۴ سیاست حل اختلاف راجع به نام دامنه‌ی .ir. مستلزم اثبات ثبت و یا به کارگیری از روی سوء نیت نام‌های دامنه‌ی مورد اختلاف نیز می‌باشد. به موجب این سیاست حل اختلاف خواهان باید توان اثبات یکی از گزینه‌های ثبت و یا به کارگیری نادرست و از روی سوء نیت اسامی دامنه مورد اختلاف را داشته باشد. به موجب سیاست حل اختلاف آیکان راجع به نام دامنه اثبات همزمان هر دو گزینه‌ی فوق ضرورتی ندارد. در قسمت ب از ماده ۴ سیاست حل اختلاف حاکم بر دعوا، فهرست موقعیت‌هایی ارایه شده است که بدون هرگونه محدودیت ثبت و یا به کارگیری علامت تجاری به شیوه‌ای غیر مقتضی تلقی می‌شود. این موقعیت‌ها عبارتند از: - رویدادهایی که نشان دهد خواننده نسبت به ثبت یا دریافت نام دامنه به قصد فروش، اجاره یا انتقال ثبت نام دامنه به مبلغی بیش از ارزش واقعی آن به خواهانی که مالکیت علامت تجاری است و یا علامت خدماتی را در اختیار دارد و یا رقبای خواهان اقدام نموده است. - مواقعی که هدف خواننده از ثبت نام دامنه محروم نمودن مالک علامت تجاری یا خدماتی از استفاده از علامت تجاری اش در یک نام دامنه است. - مواقعی که خواننده به منظور تخریب فعالیت تجاری خواهان نسبت به ثبت نام دامنه اقدام نموده است. - مواقعی که خواننده با استفاده از نام دامنه‌ی مورد اختلاف و به صورت عمدی به جهت کسب منافع تجاری، سعی در جذب کاربران اینترنتی به وب سایت‌ها و یا سایر محل‌های مورد نظرش را داشته است. در این دعوا هیأت داوری

---

۱. ر.ک

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه..... ۳۹

ضمن تأیید ادعای خواهان مبنی بر شهرت علامت تجاری HP به این نکته اشاره می‌نماید که خواننده پیش از ثبت نام دامنه‌های مورد اختلاف به صورت کامل با علامت تجاری مذکور آشنا بوده است. به علاوه خواننده در بخش‌های مختلف دفاع خود به این نکته اشاره کرده است که به تأمین اطلاعات و خدمات مربوط به محصولات خواهان می‌پردازد. بنابراین هیأت داورى نتیجه می‌گیرد که خواننده صرفاً به منظور افزایش آمار بازدید کنندگان وب سایت خود از علامت تجاری HP استفاده کرده است.

با توجه به مراتب و واقعیات موجود در پرونده هیأت داورى در نهایت مقرر نمود: " نظر به این که خواننده مستندات کافی مبنی بر استفاده قانونی و غیر تجاری، بدون تمایل به کسب هرگونه منافع تجاری از طریق گمراه نمودن مشتریان و یا هرگونه تخریب علامت تجاری خواهان، ارایه نکرده است تا حقوق و یا منافع تجاری خود را در این زمینه به اثبات برساند؛ ثبت نام دامنه‌های مورد اختلاف که بخش اصلی آن از نام و علامت تجاری خواهان تشکیل شده است از سوی خواننده، به عنوان دلیلی مبنی بر ثبت از روی سوء نیت وی تلقی می‌شود." این استنباط در دعاوی دیگری نیز از سوی هیأت داورى رسیدگی کننده در مرکز داورى و ایپو بکار رفته است.<sup>۱</sup> هیأت داورى در نهایت با استناد به تمامی دلایل فوق و به موجب ماده (۱) ۴ از سیاست حل اختلاف نام دامنه‌ی IR. و ماده ۱۵ از قواعد حل اختلاف راجع به نام دامنه‌ی IR. ، هیأت داورى رأی به انتقال نام‌های دامنه‌ی <hpiran.ir> و <iranhp.ir> به خواهان را صادر می‌کند.

## ۲- دعاوی کیفری مرتبط با ثبت با سوء نیت نام دامنه

در این قسمت دعاوی کیفری مرتبط با ثبت با سوء نیت نام دامنه را با ذکر منابع قانونی آن و اشاره به رویه مراجع قضایی و تحلیل آن مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## ۳-۱- منابع قانونی در دعاوی کیفری مرتبط با ثبت با سوء نیت نام دامنه

۱. رک:

۴۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

### ۳-۱-۱- قانون تجارت الکترونیکی

به موجب ماده ۷۶ همان قانون: «متخلفان از ماده (۶۶) این قانون به یک تا سه سال حبس و جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال محکوم خواهند شد.»

### ۳-۱-۲- قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶

به موجب ماده ۶۱ این قانون: «هر شخصی که با علم و عمد مرتکب عملی شود که طبق مواد (۱۵) (۲۸) و (۴۰) نقض حقوق بشمار آید یا طبق ماده ۴۷ عمل غیرقانونی تلقی شود، مجرم شناخته شده و علاوه بر جبران خسارت به پرداخت جزای نقدی از ده میلیون ریال (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) تا پنجاه میلیون ریال (۵۰,۰۰۰,۰۰۰) یا حبس تعزیری از نود و یک روز تا شش ماه یا هردوی آنها محکوم می‌شود.» بر اساس بند ب ماده‌ی ۴۰ این قانون اگر شخصی مرتکب عملی شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت گردد، قابل تعقیب کیفری به موجب ماده ۶۱ همان قانون است و یکی از مصادیق عملی که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت می‌گردد، ثبت و استفاده از نام دامنه مشابه است.

### ۳-۲- رویه قضایی در دعاوی کیفری مرتبط با ثبت با سوء نیت نام دامنه

#### ۳-۲-۱- مرجع قضایی صالح

برای تعیین دادسرا و دادگاه صالح در جرم "ثبت با سوء نیت نام دامنه" که قانون تجارت الکترونیکی از آن به عنوان نقض علائم تجاری نام برده است،<sup>۱</sup> می‌بایست به همین قانون یا آیین‌نامه‌ی اجرایی آن مراجعه کرد. آن چه مسلم است تاکنون دادسرا و یا دادگاه ویژه برای رسیدگی به جرایم موضوع قانون تجارت الکترونیکی تشکیل نشده است. بنابراین رسیدگی به این جرم در دادسرا و دادگاه عمومی محل وقوع آن

۱. فصل سوم قانون تجارت الکترونیکی که تنها ماده ۷۶ قانون را در خود دارد با عنوان "نقض علائم تجاری" آمده است.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه..... ۴۱

صورت می‌گیرد.<sup>۱</sup> از طرف دیگر بر اساس بند ب ماده‌ی ۴۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۶۱ آن قانون ثبت نام دامنه مشابه علامت تجاری به دلیل تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت قابل تعقیب کیفری است. بنابراین در خصوص این جرم باید به ماده ۵۹ همین قانون و ماده‌ی ۱۷۹ آیین‌نامه‌ی اجرایی آن مراجعه کنیم که دادگاه‌های تهران را صالح به رسیدگی می‌داند.<sup>۲</sup> با توجه به مطالب فوق تعارضی در خصوص صلاحیت کیفری در رسیدگی به جرایم موضوع مواد ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی و ۶۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری بوجود می‌آید. به نظر می‌رسد با توجه به مؤخر بودن قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و خاص بودن آن در موضوع علائم تجاری حل این تعارض باید بر اساس قانون مذکور به عمل آید و تعیین دادرسی و دادگاه صالح بر اساس تفکیک تحقق جرم در محیط فیزیکی و مجازی صحیح به نظر نمی‌رسد. ضمن این که تعیین صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی حقوقی (مدنی) ناشی از نقض حقوق مالک علامت تجاری در اثر ثبت و استفاده از نام دامنه بر اساس همین قانون صورت گرفته است.

### ۳-۲-۲- آرای مراجع قضایی و تحلیل آن

#### نخست - دادرسی

۱. در تهران با تشکیل دادرسی ویژه‌ی جرایم رایانه‌ای تهران، این دادرسی به جرایم قانون تجارت الکترونیکی رسیدگی می‌کند.
۲. ماده ۱۷۹ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷ مقرر می‌دارد: «با توجه به ماده ۵۹ قانون، رسیدگی به دعاوی حقوقی و کیفری مرتبط با قانون و این آیین‌نامه در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران است که توسط رییس قوه قضاییه تعیین و در صورت امکان در اداره کل مالکیت صنعتی مستقر می‌شوند. در مورد دعاوی کیفری چنان چه جرم از خارج از تهران واقع و یا متهم در خارج از تهران دستگیر شده باشد. در این صورت تحقیقات مقدماتی در محل وقوع یا کشف جرم یا دستگیری متهم به عمل آمده و پرونده برای رسیدگی به دادگاه‌های مذکور در فوق ارجاع می‌شود.»

۴۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

دعوی کیفری مرتبط با " ثبت با سوء نیت نام دامنه " در دادسرا با شکایت ذی نفع آغاز می شود. اگرچه قانون تصریحی در این زمینه ندارد و مستند قانونی جرم در قانون مجازات نیامده است تا بدانیم این جرم از جرایمی است که لزوماً با شکایت شاکی تعقیب می شود یا خیر. اما به نظر می رسد با توجه به نوع جرم که در دسته ی جرایم علیه اموال قرار می گیرد، مراجعه شاکی خصوصی به دادسرا برای تعقیب لازم باشد. به عنوان نمونه می توان به شکواییه بانک سینا در پرونده ی شماره ۹۰۰۹۹۸۲۱۷۹۲۰۱۱۲۷ شعبه سوم دادیاری دادرسی ویژه جرایم رایانهای تهران اشاره کرد. در شکواییه ی بانک سینا آمده است: به موجب تماس یکی از مشتریان این بانک به نام آقای الف در تاریخ ۱۳۹۰/۶/۲۸ ساعت ۱۵ پیامکی با این متن " با سلام؛ بانک سینا با افتخار اعلام می کند آقای الف برنده ی یک دستگاه پژو ۲۰۶ در قرعه کشی حساب های جاری شده است. ضمن عرض تبریک خواهشمند است با در دست داشتن شناسنامه و کارت ملی به بانک سینا شعبه مرکزی نکا مراجعه نمایید." به شماره تلفن همراه مشارالیه ارسال گردیده و عبارت "banksina.ir" به جای شماره تلفن ارسال کننده درج گردیده است. شاکی اضافه می نماید پس از ورود به سایت "banksina.ir" و تحقیق درمورد آن معلوم گشت عبارتی که به جای شماره ی تلفن درج گردیده، عنوانی است از سایت این بانک به نشانی "sinabank.ir" و حتی یکی از صفحات سایت این بانک نیز کپی شده و در سایت مشتکی عنه قرار گرفته است. اگرچه بانک سینا شکایت خود را تحت عنوان "جعل عنوان و جعل سایت بانک سینا" مطرح نموده است؛ اما دادسرا پس از آن جام تحقیقات لازم در نهایت موضوع را جرم ربایش سایبری تشخیص و در قرار مجرمیت صادره به شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۷۹۲۰۰۲۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲ اتهام متهم را "مباشرت در فریب اشخاص به اصالت کالا و خدمات از طریق ثبت دامنه مشابه به آدرس "www.banksina.ir" (موضوع ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی)" تشخیص داده و با استناد به شکایت شاکی خصوصی (بانک سینا دارنده ی آدرس www.sinabank.ir)، مستندات تهیه شده از وب سایت مورد تنازع، نتیجه تحقیقات



رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۴۳

معموله توسط پلیس فتای تهران بزرگ در مستند سازی ادله و شناسایی متهم، اقرار متهم در تعلق سایت به ایشان و قراردادن جدول پرداخت سود در آن و سایر قراین و امارات موجود به شرح محتویات پرونده برای وی قرار مجرمیت و کیفرخواست صادر می نماید.

### دوم - آرای دادگاه و تحلیل رویه قضایی

آرای دادگاه را درخصوص تعقیب کیفری ثبت کننده‌ی با سوء نیت نام دامنه، با بررسی رأی صادره در پرونده‌ی بانک سینا که پیش تر به آن اشاره کردیم، تبیین می نماییم. شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی جزایی تهران در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۰ درخصوص شکایت بانک سینا که منجر به صدور کیفرخواست از دادسرا شده است، همان عنوان اتهامی مندرج در کیفرخواست را صایب دانسته و با درنظر گرفتن شکایت شاکی و تحقیقات انجام گرفته از سوی دادسرا و نیز وضعیت متهم و نداشتن سابقه‌ی کیفری، وی را به پرداخت جزای نقدی محکوم می نماید. در بخشی از رأی صادره دادگاه مقرر می دارد: «... دادگاه با عنایت به اوراق و محتویات پرونده و مفاد کیفرخواست دادسرا و دلایل احصایی در آن و شکایت شاکی و گزارش و تحقیقات ضابطین از جمله مستندات محصله از وب سایت و نهایتاً شناسایی متهم به واسطه‌ی اقدامات معموله توسط پلیس فتا و اظهارات و اقرار متهم در ثبت دامنه و درج جدول پرداخت سود بانکی متعلق به شاکی در آن و سایر قراین و امارات موجود، بزه کاریش را محرز و مسلم دانسته و با استناد به مواد ۶۶ و ۷۶ از قانون تجارت الکترونیکی و با مراعات ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی و با لحاظ ماده ۲۲ از قانون اخیرالذکر به لحاظ فقد سابقه محکومیت کیفری علاوه بر معدوم شدن وسیله‌ی جرم (دامنه‌ی مشابه) به پرداخت بیست میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس و هم چنین بیست میلیون ریال جزای نقدی دیگر (از بابت اعمال مجازات مقرر قانونی) در حق صندوق دولت محکوم می گردد...»

۴۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

با دقت در رأی صادره که تنها رأی است که در خصوص جرم " ثبت با سوء نیت نام دامنه" موضوع ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی در دسترس نگارنده قرار گرفته است،<sup>۱</sup> به این نتیجه می‌رسیم که تصمیمات دادگاه در خصوص تعقیب و مجازات ثبت کننده‌ی با سوء نیت نام دامنه می‌توان متضمن دو جنبه باشد. جنبه نخست ناظر به شخص مجرم است که بادر نظر گرفتن مجازات قانونی و شرایط و اوضاع و احوال پرونده از سوی دادگاه برای وی تعیین مجازات می‌شود. جنبه دوم ناظر به نام دامنه‌ی موضوع دعواست. در این خصوص تصمیمی که دادگاه در رأی صادره اتخاذ کرده است معدوم شدن نام دامنه به عنوان وسیله‌ی جرم بوده است. هرچند چنین انشایی ناشی از عدم وجود سابقه در رویه قضایی در برخورد با موضوع "ثبت با سوء نیت نام دامنه" است. اما اجرای احکام کیفری در اجرای این تصمیم دادگاه چاره‌ای جز ابطال ثبت نام دامنه ندارد و روش دیگری برای معدوم شدن نام دامنه قابل تصور نیست. بنابراین می‌توان ابطال ثبت نام دامنه را جنبه‌ی دوم تصمیمات دادگاه کیفری دانست که ناظر به نام دامنه‌ی موضوع دعوای کیفری ثبت با سوء نیت نام دامنه است.

#### ۴- نتیجه گیری

نتایج اصلی مقاله پیش رو را می‌توان در موارد زیر خلاصه نمود:

۴-۱- با استناد به قوانین موجود به ویژه قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ می‌توان گفت موضوع " ثبت با سوء نیت نام دامنه" در حقوق ایران هم قابل پیگیری از طریق طرح دعوای مدنی و هم قابل تعقیب کیفری است. تحلیل رویه‌ی قضایی ایران در دعوای حقوقی نقض حقوق مالک علامت تجاری به واسطه ثبت نام دامنه مشابه حکایت از آن دارد که

---

۱. علی‌رغم مساعی نگارنده و جستجو و تحقیق برای یافتن آرای مشابه رأی دیگری در این زمینه که منجر به محکومیت شده و قابل تحلیل حقوقی باشد، به دست نیامد.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۴۵

با توجه به گسترش مبادلات تجاری الکترونیکی در بستر اینترنت به ویژه استفاده فراگیر از پایگاه‌های اینترنتی جهت تبلیغ و فروش کالا و یا عرضه خدمات کارکرد تجاری نام دامنه را نمی‌توان نادیده گرفت و حتی باید گفت امروزه کارکرد تجاری نام دامنه نسبت به کارکرد اولیه آن که تنها نشانی یک وب سایت محسوب می‌شود، اهمیت بیشتری پیدا کرده است. لذا رویه قضایی با وجود عدم تصریح قانونی، کارکرد تجاری نام دامنه را همسنگ با کارکرد علامت تجاری دانسته و بر مبنای این تعادل کارکردی و برابری حقوقی آن دو و با استناد به حق انحصاری و مکتسبه مالک علامت تجاری به حمایت از آن در برابر نام دامنه مؤخرالثبت پرداخته است. اصلی‌ترین ضمانت اجرای نقض حقوق مالک علامت تجاری هم در رویه قضایی ایران "ابطال ثبت نام دامنه" است. در دعاوی کیفری نیز می‌توان گفت در حقوق ایران ثبت نام دامنه مشابه علائم تجاری فقط به شرط ایجاد شباهت و فریب کاربران نسبت به اصالت کالا و خدمات مشمول مواد ۶۶ و ۷۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ بوده و جرم است. (قناد، ۱۳۸۸، ۶۱۷) هم چنین ثبت و استفاده از نام دامنه مشابه علامت تجاری را می‌توان تجاوز به حقوق علامت ثبت شده و مشمول مواد ۴۰ و ۶۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و قابل تعقیب کیفری دانست.

۴-۲- در حقوق آمریکا مقررات نسبتاً مفصلاً در جهت حمایت از مالک علامت تجاری در برابر ثبت نام دامنه مشابه دیده می‌شود. مهم‌ترین قوانین موجود در این زمینه قانون منع تضعیف علائم تجاری مصوب ۱۹۹۵ و قانون ضد سایبرسکاتینگ مصوب ۱۹۹۹ می‌باشند. رویه قضایی این کشور نیز با الهام از قوانین موجود و تشریح مفاهیم قانونی از جمله استفاده تجاری از نام دامنه، شهرت علامت تجاری و تضعیف علامت تجاری بر حمایت از مالک علامت تجاری در برابر دارنده نام دامنه تأکید دارد.

۴۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

۴-۳- بررسی آرای مرکز داوری واپو به عنوان مهم‌ترین مرکز حل اختلاف مورد پذیرش آیکان نیز دلالت بر حمایت از مالک علامت تجاری در برابر دارنده‌ی نام دامنه داشته و سیاست حل اختلاف آیکان راجع به نام دامنه که بر این گونه دعاوی حاکم است، در همین راستا و عمدتاً با هدف جلوگیری از "ثبت با سوء نیت نام دامنه" تدوین شده است. مراجعه به سوابق آرای مرکز داوری واپو و سیاست حل اختلاف آیکان، نشان می‌دهد که مفهوم "شباهت گمراه کننده" مبنایی است که در دادرسی یو دی آر پی اغلب مستمسک صدور حکم انتقال نام دامنه قرار می‌گیرد. این مبنای از این جهت اهمیت ویژه دارد که عنصر فریب که اصولاً در حقوق مالکیت فکری به ویژه حقوق علایم تجاری جایگاه ویژه دارد (صادقی، ۱۳۸۶، ۱۶۹)؛ در احراز شباهت گمراه کننده نیز مداخلت دارد. در آرای مرکز داوری واپو هم چنین به "سوء نیت" اشاره شده که معیاری برای تشخیص فریب است. این معیار از جمله شامل فرضی است که ثبت کننده‌ی یک نام دامنه عامداً برای جلب منافع تجاری خود، تلاش می‌کند که کاربران اینترنتی پایگاه وب متعلق به طرف مقابل را از طریق ایجاد شباهت گمراه کننده با علامت تجاری رقیب، جذب کند. این ایجاد شباهت می‌تواند استفاده از خود علامت باشد یا شباهتی که منجر به اشتباه در منبع کالا یا حمایت صاحب علامت از آن کالا یا وابستگی کالا به دارنده‌ی آن علامت یا تأیید کالا توسط وی می‌شود.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۴۷

## منابع

### الف - فارسی

#### نخست - کتب، مقالات و رساله‌ها

۱. جاوید نیا، جواد. (۱۳۸۸). جرایم تجارت الکترونیکی. چ دوم. تهران: انتشارات خرسندی.
۲. شمس، عبدا... (۱۳۸۳). آیین دادرسی مدنی. ج ۲. چ پنجم. تهران: انتشارات دراک.
۳. شهشهانی، سیاوش. « ثبت دامنه‌های اینترنتی. مرکز ثبت دامنه‌ی II. » (پژوهشگاه دانش‌های بنیادین). دانشگاه صنعتی شریف. (۱۳۸۳).
۴. صادقی، طوبی. « اصول حاکم بر حقوق رقابت تجارتي با نگاهی به لایحه قانونی مربوط. » مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (الهیات و حقوق). سال هفتم. ش ۲۳. (۱۳۸۶).
۵. عزیزی مراد پور، حمید. (۱۳۸۹). سازوکارهای موجود در حوزه‌ی سیاست عمومی دولتها در نظام بین المللی حق اختراع. رساله دکتری حقوق بین الملل عمومی. دانشگاه علامه طباطبایی.
۶. قناد، فاطمه، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی. «حقوق ناشی از اسرار و علایم تجاری در فضای مجازی. تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)». تهران: بنیاد حقوقی میزان. (۱۳۸۸).
۷. میر حسینی، سید حسن. (۱۳۸۶). حقوق اختراعات. تهران: نشر میزان.

#### دوم - آراء مراجع قضایی ایران

۱. رأی شماره‌ی ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۰۷۲؛ صادره از شعبه‌ی ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران در پرونده‌ی کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۴۵۲.

۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

۲. رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۰۶۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۱۰؛ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران در پرونده‌ی کلاسه‌ی ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۵۰۰.
۳. رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۴۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۵/۳۱؛ صادره از شعبه‌ی سوم دادگاه حقوقی تهران در پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۰۹۱.
۴. رأی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۱۳۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۲؛ صادره از شعبه‌ی سوم دادگاه حقوقی تهران در پرونده‌ی کلاسه‌ی ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۶۶۵.
۵. رأی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۰۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۱/۲۰؛ صادره از شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی جزایی تهران در پرونده‌ی کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۷۹۲۰۱۱۲۷.
۶. کیفرخواست شماره ۹۱۱۰۴۳۲۱۷۸۰۰۱۷۱۴؛ صادره از دادسرای ویژه جرایم رایان‌های تهران در پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۷۹۲۰۱۱۲۷.

### ج - قوانین و آیین نامه‌ها

۱. قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲.
۲. قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶.
۳. آیین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷.
۴. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی مصوب ۱۳۷۷.

### ب - خارجی

#### A-Books & Articles

1. Reed chris and Angel john; Computer Law(The Law and Regulation of Information Technology), Oxford university press, New York, 6th Edition, 1th published, 2007.
2. Rhodes, Jason.(2003). Last Call for Cybersquatters?: the Anticybersquatting Consumer Protection Act. Syracuse law & TechnologyJournal.Availableat:<<http://www.law.syr.edu/pdfs/RhodesArticle-Fall2003.pdf>> last visited at:6 february 2014.

رویکرد نظام قضایی ایران در برابر ثبت با سوء نیت نام دامنه.....۴۹

3. Smith Graham. J.H; Internet Law & Regulation (law in context), London, Sweet & Maxwell, 2002.
4. Todd, Paul; E-Commerce Law, Cavendish publishing, Great Britain, 1th published, 2005.
5. WIPO. Intellectual Property on the Internet; A Survey Issues.(2002). P,85. available at:<<http://ecommerce.wipo.int/> last visited at: 13 July 2013.
6. WIPO.(2009). Wipo Guide to the Uniform Domain Name DisputeResolutionPolicy.availableat: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/guide/>> last visited: 1 November 2013.

#### **A- Law, Cases & Instruments**

1. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) (1994).
2. Anticybersquatting Consumer Protection Act (1999).
3. Croatia Airlines d.d v. Modern Empire Internet Ltd-D2003-0455.
4. Deutsche Telekom AG v. Kawah Kalirad- DIR2008-0002.
5. Facebook,Inc. v. majid karimian ghannad- DIR2009-0001.
6. Federal Trademarke Dilution Act (1995).
7. Hewlett-Packard Company v. Tehran Falnic company- DIR2009-00009.
8. Koninklijke Philips Electronics NV. V. P.K. Gopan-D2001-0171.
- 9.LanhamAct(1946).:<<http://legaldictionary.thefreedictionary.com/Lanham+Act>> last visited at: 18 October 2013.
10. NBC Universal, Inc. v. web Advertising, Corp. a/k/a Maison Tropicale S.A.- D2008-0865.
11. Panavision International v. Toeppen 141 F.3d 1316(9<sup>th</sup> Cir. 1998)[727]
12. PepsiCo, Inc. v. Paul J Swider - D2002-0561.
13. Provisions of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property(1967) mentioned in the TRIPS Agreement. availableat:

۵۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

<[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514)>last visited: 6 february 2014.

14. shangri-La International Hotel Management Limited v. NetIncome Ventures Inc – D2009-0001 .

15. VAT Holding AG v. VAT.com - D2000-0607.

#### **A- Internet Sources**

1. <<http://www.rooznamehrasmi.ir/Laws/?CatCode=5>> last visited at: 19 October 2013.

2. < <http://www.law.syr.edu/pdfs/RhodesArticle-Fall2003.pdf> > last visited at:6 february 2014.

3.<<http://www.wipo.int/amc/en/domains/guide/>> last visited: 1 November 2013.

4.<[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.dos](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.dos)>last visited at: 17 October 2013.

5.<<http://cyber.law.harvard.edu/property00/domain/legislation.html>> last visited at: 17 October 2013.

6.<<http://law.fordham.edu/publications/articles/200flspub6461.pdf>> Last visited at: 10 October 2013.

7.<<http://legaldictionary.thefreedictionary.com/Lanham+Act>> last visited at: 18 October 2013.

8. <<http://ecommerce.wipo.int/>> last visited at: 13 July 2013.

9.<<http://comnetworking.about.com/>> Last visited at: 5 August 2013.

10.<<http://www.icaan.org/>>last visited at:10 October 2013.

11.<<http://www.forum.microrayaneh.com/>> last visited at : 27 March 2013.

12.<[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514)>l astvisited:6february2014.



تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۵۱ تا ۷۴

## مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر

\*علیرضاعسگری \*\*سیده‌ادی حسینی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۱/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۲۵

### چکیده

رشد سریع اقتصادی ایران در اواسط قرن گذشته از یک سو و کثرت مبادلات تجارتی دریایی بین ایران و سایر کشورها از سوی دیگر سبب شد که قانون گذار ایرانی مقرراتی را در خصوص حمل و نقل دریایی به تصویب برساند. از این رو قانون دریایی ایران در سال ۱۳۴۳ به تصویب رسید. با این که امروزه بر اثر پیشرفت‌های سریع صنعتی اکثر حمل و نقل‌های داخلی و بین‌المللی از طریق هوا و زمین صورت می‌گیرد. با وجود این هنوز جا به جایی مسافر از طریق دریا به ویژه در مسافرت‌های کوتاه یا سفرهای تفریحی دریایی از سهم قابل توجهی در حمل و نقل‌های داخلی و بین‌المللی برخوردار است. از آن جا که در این قراردادها یک طرف قوی تر و طرف دیگر ضعیف‌تر است اولین سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا طرفین آزادند بر خلاف مقررات قانونی توافق کنند یا خیر؟ ضمانت اجرای تخلف از مقررات چیست؟ حدود و مبنای مسئولیت متصدیان حمل و نقل و خدمه یا نمایندگان آن چیست و مقررات کشورمان تا چه حد با مقررات بین‌المللی مطابقت داشته و پاسخ گوی نیازهاست؟

**واژگان کلیدی:** دریا؛ دریایی؛ مسافر؛ مسئولیت؛ متصدی حمل و نقل

\* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

## مقدمه

فصل هشتم قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ در مواد ۱۱۱ الی ۱۳۵ به موضوع «حمل مسافر» پرداخته و در این راستا فصل مذکور به دو قسمت حدود مسئولیت متصدی حمل و نقل و حقوق مسافرین تقسیم گردیده است. مطالعه‌ی اجمالی فصل هشتم قانون دریایی ایران نشان می‌دهد که قسمت اول فصل مذکور (مواد ۱۱۱ الی ۱۲۲) یعنی حدود مسئولیت متصدی حمل ترجمه‌ای از کنوانسیون بین‌المللی مربوط به یک نواخت کردن برخی قواعد مربوط به حمل مسافر از طریق دریا مورخ ۲۹ آوریل می‌باشد.<sup>۱</sup> قسمت دوم فصل مذکور یعنی مواد ۱۲۳ الی ۱۳۵ ترجمه برخی از موادی است که اصول آن‌ها را می‌توان در قانون تجارت بلژیک مصوب ۱۸۹۷ ملاحظه نمود. ضمن این که تطبیق این مواد با متن اصلی نشان می‌دهد که مواد ۱۲۳ الی ۱۳۵ قانون دریایی ایران ترجمه مواد ۱۲۰ الی ۱۳۳ قانون تجارت بلژیک است. با این تفاوت که معلوم نیست تدوین کنندگان قانون دریایی ایران به چه علت از ترجمه مواد ۱۲۷ و ۱۲۸ قانون فوق‌الذکر صرف‌نظر نموده‌اند.<sup>۲</sup> قبل از تصویب قانون دریایی ایران در سال ۱۳۴۳، در خصوص تجارت دریایی اصول مدون و جامعی وجود نداشته است. قانون تجارت ایران مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۱۱ در بند ۲ ماده ۲ ضمن احصای اعمال تجاری، تصدی به حمل از راه خشکی یا آب و هوا را به هر نحوی که باشد جزء معاملات تجاری قلمداد نموده است. بند ۱۰ ماده مزبور نیز کشتی سازی و خرید و فروش کشتی و کشتی رانی داخلی و یا خارجی و معاملات راجع به آن‌ها را نیز جزء اعمال تجاری ذکر نموده بدون آن که به نحوه انجام این معاملات و کیفیت حقوقی کشتی اشاره‌ای نماید. با این کیفیت بررسی و پاسخ به سوالات ذیل ضروری است که

---

1. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Carriage of Passengers by Sea , April 1961.

۲. امید، هوشنگ ۱۳۵۲، حقوق دریایی، تهران، جلد دوم، مدرسه عالی بیمه تهران، نشریه‌ی شماره‌ی

سوم، ص ۴.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۵۳

اولاً مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر نسبت به سایر موارد مشابه قراردادی است یا مبتنی بر مبانی عام مسئولیت مدنی خواهد بود و ثانیاً احکام ناظر بر مسئولیت متصدی در قسمت حمل مسافر از جمله قواعد آمره محسوب می‌شود یا تخییری؟

### مبحث نخست: احکام قرارداد حمل و نقل دریایی مسافر

در این مبحث در چهار گفتار مفهوم کشتی و قرار داد حمل مسافر، آمره بودن مقررات، شکل و مندرجات قرارداد حمل و ضمانت اجراهای نقض قرارداد حمل مسافر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### گفتار نخست: مفهوم کشتی و قرارداد حمل مسافر

##### بند نخست: کشتی

به موجب بند د ماده ۱۱۱ قانون دریایی «منظور از کشتی فقط کشتی‌های دریا پیماست.» تعریف ارایه شده از کشتی مبهم بوده و تردیدهایی را در موارد مشابه به وجود می‌آورد چه این که تعریف کشتی و نتیجتاً تمیز آن از سایر واحدهای شناور امری مهم است و منظور ما در بررسی حقوق مسافر در رابطه با مسئولیت متصدی حمل، حمل مسافر از طریق کشتی خواهد بود نه هر شناوری. قانون دریایی ایران در این خصوص ساکت بوده و حکمی ندارد لذا در رویه قضایی خارجی در سال ۱۸۴۴ دیوان کشور فرانسه چنین اظهار کرد: «کشتی به واحدی اطلاق می‌شود که با تجهیزات و اکیپ خاص خود سرویس معینی را انجام بدهد که جهت تحقق یک صنعت مشخص کافی باشد صرف نظر از اندازه و ظرفیت و اسمی که برای آن انتخاب شده است». اگر چه تعریف فوق بعضی از ابهام‌های موجود را مرتفع نموده است اما این تعریف ناقص است و شامل واحدهای شناوری کوچک در رودخانه‌ها نیز می‌شود<sup>۱</sup>، چنین تعریفی که

۱. امیر حسین فخاری، کشتی و سفر دریایی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید

۵۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

توسط دیوان کشور فرانسه صورت پذیرفت مورد اقتباس قوانین بعضی از کشورها قرار گرفته است و آن چه که توسط این قوانین مورد تاکید قرار گرفته، این است که کشتی برای انجام یک سفر خطرناک اختصاص داده شود. مثل مقررات دریایی بلژیک، لهستان، تونس. بعضی از کشورها یگان شناور را از کشتی تفکیک نموده‌اند مانند مقررات دریایی رومانی. در این قانون آمده است: «یگان شناور، واحدی است که افرادی را برای هدایت و تجهیز در دریا و رودخانه‌ها و دریاچه‌ها استخدام می‌نماید» و در تعریف کشتی آمده است: «به واحدی اطلاق می‌شود که در آبهای داخلی و سراسر کرانه قابل کشتیرانی باشد. اصولاً باید بین یگان شناور و کشتی تفکیک قائل شد ولی در تعریف هر دو هم سان بوده و تعریف کشتی شامل قایق‌های پارویی کوچک و کرجی نیز می‌شود. بعضی از کشورها قابلیت فنی کشتی و اختصاص آن به سفر دریایی را در قوانین خود لحاظ نموده‌اند مانند یونان<sup>۲</sup>. هم او در تعریف کشتی می‌نویسد: «واحد هایی کشتی محسوب می‌شوند که به این عنوان در دفتری رسمی ثبت شده باشند»<sup>۳</sup>. به نظر می‌رسد تعریفی که ارایه شده است خالی از اشکال نیست چه این که با این وصف شناورهای کوچک نیز با قید عنوان کشتی می‌توانند ثبت شوند در حالی که قابلیت کشتیرانی را ندارند. اما تعریفی که به نظر می‌توان از کشتی ارایه داد این است: «کشتی به واحدی اطلاق می‌شود که از قابلیت کشتی رانی لازم در سفرهای دریایی برخوردار بوده و هم چنین آمادگی فنی لازم جهت حمل مسافر و ثبت در دفتر مخصوص واحدی که دارای این ویژگی باشد را داراست.»

#### بند دوم: قرارداد حمل مسافر

قانون دریایی ایران تعریفی از «حمل مسافر» ارایه نداده است اما در بند ب ماده

---

بهشتی، دوره دوم، شماره اول، ۱۳۶۴، ص، ۲۶.

1. Hassan S. Khalilieh, *Admiralty and Maritime Laws in the Mediterranean Sea*, Brill Leiden. Boston, 2006, P. 31.

۲. امی حسین، فخاری، پیشین، ص ۸۷.

۳. همان، ص ۸۷.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر..... ۵۵

۱۱۱، «قرارداد حمل» را چنین تعریف نموده است: «به استثنای قرارداد اجاره کشتی، قرارداد حمل، قراردادی است که از طرف متصدی حمل و به حساب او برای حمل مسافر منعقد گردد». با توجه به تعریف فوق می‌توان گفت:

اولاً: در صورتی که کشتی به صورت قرارداد اجاره<sup>۱</sup>، در اختیار مستاجر قرار گیرد چنین قراردادی به عنوان «قرارداد حمل مسافر» تلقی نشده و مشمول قسمت اول فصل هشتم قانون دریایی ایران نخواهد بود بلکه قرارداد حمل، فقط ناظر به قراردادی است که فی مابین مالک یا مستاجر کشتی از یک طرف و مسافر از طرف دیگر منعقد می‌گردد<sup>۲</sup>

ثانیاً: بر اساس ماده فوق، مسافر فقط به کسی گفته می‌شود که بر طبق قرارداد حمل با کشتی سفر نماید لذا مالک و کارکنان کشتی و افرادی که مجاناً از طرف متصدی حمل سوار کشتی شده و یا به طور پنهانی وارد کشتی می‌شوند و با آن سفر می‌نمایند به عنوان مسافر تلقی نشده و مشمول احکام فوق نخواهند بود. زیرا «مسافر به شخصی اطلاق می‌شود که جهت اقامت و تصرف در کابین کشتی معین چه به صورت انفرادی و یا با دیگری و چه با بار و اثاث و یا بدون آن هزینه حمل مقرر شده را می‌پردازد»<sup>۳</sup>

ثالثاً: با توجه به این که در خصوص شرایط صحت قرارداد حمل و هم چنین شکل تنظیم این گونه قراردادها در فصل هشتم قانون دریایی ایران حکمی وجود ندارد، باید گفت که شرایط عام مندرج در قانون مدنی نسبت به قراردادهای مذکور حاکم است.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت وقتی از مسئولیت متصدی حمل و نقل در قبال مسافر بحث می‌شود منظور مسئولیتی است که با توجه به وصف مورد بحث یعنی حمل و نقل کننده مرتبط با قرارداد حمل به وجود می‌آید. بنابراین از مسئولیت‌های دیگر که با وصف و مبنایی دیگر ایجاد می‌شود متفاوت است که نمونه آن را می‌توان در

---

### 1. Charter - Party Contract

۲. حبیب الله، حبیبی، ترمینولوژی حقوق و دعاوی دریایی، انتشارات دور اندیشان، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

3. Hasan S. Khalilieh, op. cit., P. 37

۵۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

حمل و نقل جاده‌ای یا هوایی در نظر گرفت، چه این که مبانی و ماهیت این دسته از مسئولیت‌ها ناشی از مسئولیت مدنی غیر قراردادی خواهد بود.

### گفتار دوم: آمره بودن مقررات حمل و نقل دریایی مسافر

سوالی که در این جا به نظر می‌رسد این است که احکام مربوط به حمل مسافر از جمله قواعد آمره است یا از جمله احکام تخییری یا تکمیلی؟

قانون دریایی ایران در این خصوص ساکت است به اعتقاد برخی از نویسندگان حقوق دریایی به جز مواردی که از سیاق عبارت بتوان آمره بودن احکام مربوط به حمل مسافر را استنباط کرد، مقررات مذکور در قسمت دوم فصل هشتم قانون دریایی ایران تحت عنوان «حقوق مسافری» (مواد ۱۲۳ الی ۱۳۵) از جمله احکام تکمیلی است و فقط در صورتی که طرفین قرارداد (متصدی حمل و مسافر) قصد خود را صریحاً در قرارداد بیان نکرده باشند این احکام جانشین اراده آن‌ها خواهد شد. ماده ۱۱۸ قانون دریایی ایران در مورد مسئولیت متصدی حمل مسافر، حدود این مسئولیت و طرق اثبات دعوی چنین مقرر می‌دارد: «در صورتی که قبل از وقوع حادثه موجد خسارت در قرارداد شروطی به منظور بری ساختن متصدی حمل در مقابل مسافر (نماینده او و وارث و یا اشخاصی که تحت تکفل او هستند) شده باشد و یا در مورد تحدید مسئولیت مبلغی کمتر از آن چه در این فصل ذکر گردیده تعیین شود و یا در مواردی که اثبات امر به عهده متصدی حمل باشد تغییری داده شود و یا آن که شرط شود که اختلافات به داوری و یا دادگاه مخصوص ارجاع گردد شرایط مذکور باطل است ولی مبطل خود قرارداد که تابع این فصل است نخواهد بود». به عبارت دیگر نظیر بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران برای حفظ و حمایت حقوق مسافر ذکر هر گونه شرطی در قرارداد حمل به منظور از بین بردن و یا محدود کردن مسئولیت حمل مسافر و یا رهاکردن او از تعهدات مندرج در قسمت اول فصل هشتم قانون دریایی ایران باطل است و لذا باید گفت که این قسمت از مقررات قانون دریایی ایران از جمله احکام آمره

است.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از نویسندگان حقوق دریایی معتقد است طبق بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران که کلاً از بند ۸ ماده ۳ کنوانسیون بین المللی ۱۹۲۴ بروکسل در زمینه یکنواخت کردن بعضی از مقررات مربوط به بارنامه‌های دریایی ترجمه و اخذ شده، قید هر گونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارده به آن ناشی از غفلت، تقصیر و یا تسامح در انجام وظایف و تعهدات مصرحه در این فصل باطل و بلااثر است. با توجه به آمره بودن مقررات مزبور، هرگاه شرطی خلاف آن چه در خصوص مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی گفته شده در قرارداد حمل درج شود، شرط مزبور باطل و بلااثر است، علت وضع این مقررات، حفظ حقوق فرستنده بار است. زیرا بسیاری از کسانی که بار خود را به وسیله متصدیان حمل ارسال می‌کنند اصولاً هیچ اطلاعی از شرایط مندرج در بارنامه ندارند. مضافاً کارتل‌ها و تراست‌های حمل و نقل قادر خواهند بود قراردادها را با شرط یک طرفه به ضرر صاحبان کالا به آن‌ها تحمیل نمایند. این بطلان حتی به مرور زمان مربوط به اقامه دعوی علیه متصدی حمل نیز تسری دارد و نمی‌توان آن را به موجب قرارداد، از یک سالی که در قانون دریایی ایران مقرر شده محدودتر کرد. در مورد میزان خسارت نیز هم چنین است به این معنی که نمی‌توان شرطی در قرارداد درج کرد که بر اثر آن متصدی باربری ملزم به پرداخت خسارتی کمتر از آن چه در قانون مقرر شده است باشد.<sup>۲</sup> بنابراین در خصوص شرط عدم مسئولیت گفته شده است قراردادی که بین شخص مسئول و زیان دیده احتمالی آینده بسته می‌شود و به موجب آن مسئول از پرداخت تمام خسارت معاف می‌شود، به عبارت دیگر مقصود از شرط عدم مسئولیت، از بین بردن و معاف کردن

۱. امید، پیشین، ص ۲۷.

۲. محمد هاشم، صمدی اهری، ۱۳۷۳، مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی، تهران، چاپ اول، انتشارات روزنامه رسمی کشور، تابستان، صص ۵۰-۵۱.

۵۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

شخص از مسئولیت مدنی است این شرط چه به صورت شرط ضمن عقد باشد یا به صورت شرط ابتدایی، قرارداد تبعی نسبت به قرارداد حمل و نقل محسوب شده و بقای آن به قرارداد حمل و نقل وابسته است<sup>۱</sup>.

در زمینه حمل مسافر نیز کنوانسیون ۱۹۷۴ آتن<sup>۲</sup> حکم صریحی دارد در این کنوانسیون هر گونه شرط معاف کننده یا محدود کننده مسئولیت متصدی حمل در قرارداد ممنوع شده است که خود دلالت بر آمره بودن قواعد مربوط به حمل مسافر می‌باشد. هم چنین طبق ماده ۹ موافقت نامه قرارداد بین المللی یک نواخت کردن بعضی از مقررات مربوط به حمل مسافر از طریق دریا مصوب ۱۳۴۴ انعقاد هر گونه شرط محدود کننده یا معاف کننده متصدی حمل در قبال مسافر ممنوع و شرط باطل است بدون این که هیچ خللی به قرارداد حمل وارد نماید. در حقوق فرانسه نیز حمایت از مسافر به نحو کاملاً روشن و صریحی در قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ و تصویب نامه ۳۱ دسامبر ۱۹۶۶ بیان شده است. به موجب ماده ۳۳ قانون فوق هیچ یک از احکامی که در کتاب سوم تحت عنوان «حمل مسافر» بیان شده است را نمی‌توان به ضرر مسافر تغییر داد و نیز به موجب ماده ۶۱ تصویب نامه فوق به جز مقررات مذکور در مواد ۶۶ تا ۷۱ تصویب نامه فوق سایر احکامی که در این تصویب نامه پیش بینی شده است جزء احکام و قواعد آمره می‌باشند. علت وضع این مقررات صرفاً حفظ و حمایت حقوق مسافر در مقابل متصدی حمل است زیرا مسافر در وضعی قرار نگرفته تا بتواند اراده و شرایط خود را به متصدی حمل تحمیل کند و چه بسا در صورتی که مسافر از قبول شرایط پیشنهادی متصدی حمل خودداری نماید شخص اخیر الذکر از صدور بلیط برای مسافر خودداری و مانع از سوار شدن او به کشتی می‌شود<sup>۳</sup>.

۱. رمضان دهقان، شرط عدم مسئولیت و مفاهیم مشابه، تهران، نشریه ماوی، سال دوم، شماره سی و

سوم، ۱۳۸۱، ص ۷.

2. The Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (PAL 1974).

۳. امید، پیشین، ص ۹.



مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر..... ۵۹

### گفتار سوم: شکل و مندرجات قرارداد حمل

- معمولاً شکل قرارداد حمل همان است که به شکل بلیط از طرف موسسه کشتی رانی صادر می‌گردد. به موجب عرف بازرگانی نکات ذیل در بلیط درج می‌شود:
- ۱- نام طرفین قرارداد که منظور، شخص و نام موسسه کشتیرانی است که تعهد حمل مسافر را می‌نماید؛
  - ۲- نام کشتی؛
  - ۳- تاریخ و نام بندر مبدا و در صورت ضرورت نام بنادری که ممکن است کشتی در آنجا توقف نماید؛
  - ۴- نام بندر مقصد؛

۵- قیمت بلیط، شماره کابین و درجه مسافرت (درجه لوکس، درجه یک، درجه دو) قانون دریایی ایران اشاره‌ای به شکل تنظیم قرارداد حمل مسافر ننموده است. به نظر می‌رسد شرکت‌های کشتیرانی که به امر حمل و نقل مسافر مشغول هستند می‌توانند به هر نحو ی که مقتضی بدانند مندرجات بلیط مسافرت با کشتی را تهیه و تنظیم نمایند.

### گفتار چهارم: ضمانت اجراهای نقض قرارداد حمل مسافر

قانون دریایی ایران موارد فسخ قرارداد حمل را در مواد ۱۲۹ و ۱۳۰ و موارد انفساخ آن را در ماده ۱۳۱ پیش بینی کرده است. مطابق ماده ۱۲۹ قانون دریایی ایران «فرمانده موظف است مستقیماً مسیر خود را تعقیب و به سوی مقصد مسافرت حرکت کند مگر آن که قرارداد خاصی موجود و یا انحراف مسیر برای نجات و حفظ اموال و جان اشخاص باشد. در صورت تخلف، مسافر حق دارد قرارداد را فسخ و خسارت خود را مطالبه نماید». ظاهراً تهیه کنندگان قانون دریایی تحت تاثیر احکام باربری کالا از طریق دریا، مندرج در قسمت ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل (بند ۴ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران) مبادرت به تنظیم ماده مزبور نموده‌اند. به موجب این ماده هر گونه انحراف معقول کشتی به عنوان نقض و تخلف از مقررات حمل تلقی نشده و متصدی باربری

۶۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مسئول فقدان و یا خسارت وارده نخواهد بود<sup>۱</sup>. همان طور که ملاحظه می شود تنها اختلافی که بین ماده ۱۲۹ و بند ۴ ماده ۵۵ دیده می شود این است که در مورد حمل کالا «انحراف معقول کشتی» از موارد معافیت متصدی باربری شناخته شده است و حال آن که در مورد حمل مسافر به انحراف مسیر فقط برای نجات و حفظ اموال و جان اشخاص اشاره شده است. به هر تقدیر منطق ایجاب می کند در مواردی که به علل فنی و یا جهات دریانوردی فرمانده مجبور شود مسیر خود را در حد معقول تغییر دهد عمل او به عنوان تخلف از شرایط قرارداد حمل تلقی نگردد.<sup>۲</sup>

دومین ماده ای که در قانون دریایی ایران به فسخ قرارداد حمل اشاره نموده است ماده ۱۳۰ می باشد. به موجب این ماده «هرگاه کشتی در روز معین به علت مسامحه یا تقصیر فرمانده کشتی حرکت نکند مسافر حق مطالبه خسارت وارده و فسخ قرارداد را دارد»

سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که مسافر حق مطالبه ی خسارت وارده را از چه شخصی خواهد داشت از فرمانده کشتی یا متصدی حمل و نقل؟ با توجه به وجود رابطه قراردادی فی مابین مسافر و متصدی حمل و نقل و ماهیت قراردادی خسارات وارده که همان مسئولیت عدم ایفای تعهد از ناحیه متصدی حمل می باشد به نظر می رسد که مسئولیت پرداخت خسارت وارده به مسافر بر عهده ی متصدی حمل و نقل می باشد نه فرمانده کشتی. قانون دریایی ایران در ماده ۱۳۱ مقرر می دارد: «هرگاه کشتی نتواند به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره ی اقتصادی بندر مقصد و یا به علت قوه ی قهریه حرکت کند قرارداد مسافرت کان لم یکن تلقی می گردد و هیچ یک از طرفین حق مطالبه خسارات از طرف دیگر را نخواهد داشت». بهتر بود قانون گذار در ماده فوق از واژه «منفسخ» بجای «کان لم یکن» استفاده می نمود زیرا در حقوق ایران هیچ اشاره ای به عبارت «کان لم یکن» نشده است. بنابراین آثار حقوقی

۱. امید، پیشین، ص ۱۶.

۲. همان، ص ۱۸.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۶۱

آن در بین حقوق دانان شناخته شده نیست بنابراین معلوم نیست منظور قانون گذار از عبارت «کان لم یکن» آثار حقوقی بطلان قرارداد حمل مسافر است یا انفساخ؟ با توجه به نحوه‌ی تنظیم ماده مزبور به نظر می‌رسد منظور از «کان لم یکن» همان انفساخ قرارداد حمل از تاریخ ممنوع شدن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره‌ی اقتصادی بندر مقصد یا حدوث فورس ماژور یا حوادث غیر مترقبه باشد.

### مبحث دوم: مسئولیت متصدی حمل مسافر و نمایندگان او و حدود آن

در این مبحث ابتدا وظایف و مسئولیت‌های حمل مسافر، سپس حدود مسئولیت وی و در گفتار سوم مسئولیت خدمه یا نمایندگان متصدی مسافر و حدود آن ورد بررسی قرار می‌گیرد

#### گفتار نخست: وظایف و مسئولیت‌های متصدی حمل مسافر

قانون دریایی ایران در ماده ۱۱۲ به وظایف متصدی اشاره نموده است بر اساس ماده مزبور:

۱- در صورتی که متصدی حمل خود مالک کشتی باشد موظف است سعی و اهتمام کافی معمول دارد و مسئولیت اعمال ماموران مجاز خود را حین انجام وظیفه از ابتدا سفر و در تمام مدت حمل در مورد آماده کردن کشتی برای دریانوردی، تهیه کارکنان و تدارک خواربار و تجهیز کشتی و تامین جانی مسافری را از هر حیث به عهده بگیرد.

۲- در صورتی که متصدی حمل مالک کشتی نباشد بر حسب مورد مسئول اعمال مالک کشتی یا تجهیز کننده و ماموران مجاز آنها حین انجام وظیفه خواهد بود تا نامبردگان در انجام وظائف محوله مذکور در بند ۱ این ماده سعی و اهتمام کافی معمول دارند.

ماده مزبور ترجمه ماده سوم کنوانسیون بین المللی یک نواخت کردن برخی از

۶۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مقررات حمل مسافر از طریق دریا مصوب آوریل ۱۹۶۱ می‌باشد<sup>۱</sup>.

دقت و امعان نظر در متن ماده فوق و هم چنین بررسی بند اول ماده ۵۴ قانون دریایی ایران در خصوص وظایف متصدی باربری در خصوص حمل کالا نشان از این واقعیت دارد که ماده ۱۱۲ قانون دریایی به طور ناقص تصویب گردیده است. همان طوری که ملاحظه می‌شود بر اساس ماده ۳ کنوانسیون مزبور وظایف متصدی حمل و نقل به شرح ذیل است:

الف) در صورتی که متصدی حمل مسافر، خود مالک کشتی باشد موظف است که:  
۱- در ابتدای سفر مراقبت‌های لازم را به عمل آورد تا کشتی قابلیت دریانوردی داشته باشد.

۲- در ابتدای سفر کارکنان و تجهیزات و تدارکات کشتی را به نحو شایسته فراهم کند.

۳- در تمام مدت حمل در تامین جان مسافران و مراقبت‌های لازم را به عمل آورد.  
۴- متصدی حمل مسافر نه تنها مکلف است که خود به وظایف فوق عمل کند بلکه با توجه به این که امروزه متصدی حمل موسسات بزرگ کشتیرانی هستند باید سعی و دقت کافی کند که کارکنان آن‌ها نیز وظایف فوق را به خوبی انجام دهند.

ب) در صورتی که متصدی حمل مسافر خود مالک کشتی نباشد باید تدابیر لازم را

---

۱. ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۶۱ چنین مقرر می‌دارد:

1) Where a carrier is the owner of the carrying ship he shall exercise due diligence, and shall ensure that his servants and agents, acting within the scope of their employment, exercise due diligence to make and keep the ship seaworthy and properly manned, equipped and supplied at the beginning of the carriage, and at all times during the carriage and in all other respects to secure the safety of the passengers.

2) Where a carrier is not the owner of the carrying ship, he shall ensure that the ship owner or operator, as the case maybe, and their servants and agents acting within the scope of their employment exercise due diligence in the respects set out in Paragraph (1) of this Article.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۶۳

اتخاذ کند که مالک و یا اداره کننده کشتی نیز مراقبت‌های مذکور در بند الف را انجام دهد. فی الواقع به شخصی که مالک کشتی نیست اما متصدی حمل باشد متصدی حمل عملی گویند این شخص نیز همانند متصدی حمل واقعی در قبال مسافر مسئول جبران خسارت است.<sup>۱</sup> اگر چه قانون دریایی ایران در صورت تاخیر در زمان حرکت و ورود خسارت به مسافر و اموالش ساکت است ولی در سایر نظام‌های حقوقی مانند کامن لا و هم چنین در ماده ۱۷ معاهده ورشو، متصدی حمل مسئول جبران خسارت وارده بابت تاخیر می‌باشد<sup>۲</sup> البته ذکر این نکته ضروری است که جبران خسارت مسافر توسط متصدی حمل عملی، جنبه قراردادی نداشته و از موارد ضمان قهری یا مسئولیت مدنی غیر قراردادی می‌باشد و این دو (متصدی حمل و نقل اصلی و عملی) در قبال مسافر مسئولیت تضامنی داشته و فی مابین خود مسئولیت مشترک دارند.<sup>۳</sup> نمونه این مورد را می‌توان در قانون تجارت ایران در ماده ۳۸۸ جستجو نمود. طبق این ماده، متصدی حمل و شخص دیگری که از طرف او مامور حمل کالا می‌شود، متضامناً در قبال مال التجاره مسئولیت دارند. بنابراین متصدی حمل مسافر نه تنها باید کشتی را از جهت مختلف آماده و قابل دریانوردی سازد بلکه در طول سفر و در جریان حمل نیز باید کلیه تدابیر لازم را به منظور حفظ و ایمنی جان مسافران به عمل آورد و گرنه مسئول خسارات وارده به مسافر خواهد بود. لازم به ذکر است منظور از «مدت حمل» مدت زمانی است که مسافر در حال سوار شدن و یا پیاده شدن از کشتی است ولی مدت زمانی که مسافر در ایستگاه‌های دریایی و یا روی اسکله و یا تاسیسات دیگر بندر توقف نماید جز مدت حمل محسوب نشده و متصدی حمل از بابت خسارات در این فاصله زمانی مسئولیتی نخواهد داشت. هم چنین اگر این رابطه بین متصدی حمل عملی

1. Lagoni, The Liability of Classification Societies, University of Hamburg , March 2007, p.268.

2. Simon Baughen, Shipping Law, Fourth Edition, Bristol, 2009, p.271.

۳. موسی واحدزاده، (پایان نامه) متصدی حمل و نقل دریایی با تکیه بر رویه قضایی، دانشگاه آزاد

۶۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

و مالک کشتی‌ایی که دولت باشد نیز باقی (مسئولیت تضامنی) می‌ماند. در این رابطه می‌توان مورد مشابهی را نام برد که دارای چنین خصیصه‌ای می‌باشد. چه اینکه مطابق با ماده ۱۷ مقررات معاهده ورشو که در زمینه حمل و نقل هوایی وضع شده است، خساراتی به مسافران قابل پرداخت است که در داخل هواپیما و یا حین عملیات پیاده یا سوار شدن رخ داده باشد<sup>۱</sup>

ماده ۱۲۵ قانون دریایی ایران در قسمت دوم فصل هشتم تحت عنوان حقوق مسافری چنین مقرر می‌دارد: مسافر نسبت به توشه‌ای که همراه خود در کشتی دارد فرستنده بار تلقی می‌شود چنانچه به توشه‌ای که مسافر نزد خود نگاهداری می‌کند خساراتی وارد شود مسئولیت متوجه فرمانده نخواهد بود مگر اینکه خسارت در نتیجه عمل فرمانده یا کارکنان کشتی باشد. بنابراین در مورد اثاثی که با مسافر در کشتی حمل می‌شود و معمولاً متصدی در موقع تحویل رسیدی برای آن صادر می‌کند مسئولیت متصدی حمل برای نگهداری و حمل آن همان مسئولیت‌های متصدی حمل کالا از طریق دریا می‌باشد. اما در خصوص اثاث و لوازم شخصی که مسافر در کابین خود حمل می‌کند و معمولاً برای آن رسیدی صادر نمی‌شود، متصدی حمل مسئولیتی نخواهد داشت مگر آن که مسافر بتواند ثابت کند که از بین رفتن لوازم شخصی و یا خسارت وارده ناشی از تقصیر و یا کارکنان وی بوده است.

#### گفتار دوم: حدود مسئولیت متصدی حمل مسافر

بند الف ماده ۱۱۵ قانون دریایی ایران اشعار می‌دارد: «مسئولیت متصدی حمل در مورد فوت یا صدمات بدنی وارد به مسافر در هیچ مورد از دو هزار پهلوی طلا<sup>۲</sup> و یا معادل آن به ارزش خارجی تجاوز نخواهد نمود». بنابراین حداکثر خسارت قابل مطالبه از متصدی حمل معادل مبلغ فوق خواهد بود به عبارت دیگر این مبلغ حداکثر خسارتی

۱. منصور، جباری، حقوق بین الملل هوایی، تهران، انتشارات فروزش، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱.  
۲. لازم به ذکر است به دلیل قدمت قانون دریایی ایران و عدم نص قانونی در این زمینه، تقویم آن به ریال از طریق ارجاع موضوع به کارشناس تعیین خواهد شد.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۶۵

است که طبق قانون می‌توان از متصدی حمل وصول نمود. از این رو دادگاه، مجوزی برای صدور حکم به پرداخت خسارات بیش از آن نخواهد داشت. چنانچه جبران خسارت به صورت مستمری و یا به اقساط صورت گیرد، کل مبلغ مستمری یا جمع اقساط برای هر مسافر نیز نباید از این مبلغ تجاوز کند. (بند ۲ ماده ۱۱۵ قانون دریایی ایران). با وجود این بر اساس بند ۳ ماده ۱۱۵ قانون دریایی ایران متصدی حمل و مسافر می‌توانند بر طبق قرارداد خصوصی مسئولیت‌های بیشتری را تعیین نمایند. نکته قابل ذکر در این خصوص آن است که بر اساس بند ۴ ماده ۲۹ قانون دریایی خسارات ناشی از صدمات بدنی وارد شده به مسافری از جمله حقوق ممتاز محسوب می‌شود. این در حالی است که این مبلغ می‌بایست افزایش یابد چه این که افزایش میزان مسئولیت‌های متصدی حمل موجبات کاهش ضرر زیان‌های احتمالی را در پی خواهد داشت. چه این که در کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر کنوانسیون ۱۹۷۴ آتن، میزان مسئولیت در حد بالایی در نظر گرفته شده است و همه کشورهای عضو این کنوانسیون حقوق دریایی خود را در باب جبران خسارت تا حدود زیادی به مبلغ مندرج در این کنوانسیون رسانیده‌اند و از این نرخ تحت عنوان «SDR» به معنای «حق برداشت ویژه»<sup>۱</sup> یاد می‌شود. به عنوان مثال در حقوق دریایی چین رقم جبران خسارت، به نرخ جهانی بسیار نزدیک است.<sup>۲</sup> به تعبیر دیگر وقتی که قانون دریایی چین میزان مسئولیت متصدی حمل در قبال مسافر را نزدیک به میزان (نرخ) مشابه جهانی نمود تعداد مسافری زیان دیده به شدت کاهش یافت. این مورد به طور حتم می‌تواند از موارد اصلاح قانون دریایی ایران باشد.

### گفتار سوم: مسئولیت خدمه یا نمایندگان متصدی حمل مسافر و حدود آن

در صورت طرح دعوی از طرف مسافر و یا قائم مقام وی جهت وصول خسارت ناشی از فوت و یا مصدومیت مسافر علیه کارکنان و یا نمایندگان مجاز متصدی حمل،

1. Special Drawing Rights

2. K X Li, Maritime Law and Policy in China, London, 2002, p.40

۶۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

اشخاص مذکور می‌توانند همانند متصدی حمل، مسئولیت خود را محدود سازند مشروط بر این که عمل کارکنان و یا نمایندگان مجاز متصدی باربری در حدود اختیارات قرارداد استخدای آن‌ها بوده باشد به عبارت دیگر عملی که موجب وقوع خسارت شده ناشی از تجاوز از حدود اختیارات تفویض شده از طرف کارفرما (متصدی حمل) نباشد. از ماده ۱۱۲ قانون دریایی ایران می‌توان این چنین برداشت نمود:

۱- چنانچه علیه مامور مجاز از طرف متصدی حمل اقامه دعوی شود و دعوی مربوط به خسارات مذکور در این فصل باشد و مشارالیه ثابت نماید که عمل وی در نتیجه اجرای وظایف محوله صورت گرفته است در این صورت نام برده می‌تواند از معافیت‌ها و محدودیت‌های مربوط به مسئولیت مندرج در این فصل استفاده نماید.

۲- مجموع مبلغی که ممکن است از متصدی حمل و ماموران مجاز او دریافت کرد از حدود معافیت‌های متصدی حمل و نقل مذکور در این قانون تجاوز نخواهد کرد.

۳- در صورتی که مامور مجاز متصدی حمل در ایجاد خسارت عامد باشد و یا با علم به احتمال وقوع خسارت مرتکب فعلی شود نمی‌تواند به بند یک و دو ماده مذکور استناد نماید.

صدر بند ۱ ماده ۱۱۲ این شبهه را به ذهن متبادر می‌کند که فرض ماده صورتی است که طرح دعوی از طرف متصدی حمل علیه مامور مجاز خود او صورت پذیرد. در حالی که دقت در مفاد آن نشان می‌دهد که حکم مندرج در ماده مربوط به موردی است که مسافر و یا وراث او علیه کارکنان و یا نماینده متصدی باربری طرح دعوی نمایند. چنین موضوعی توسط کنوانسیون آتن نیز پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> طرح دعوا توسط مسافر بر علیه عوامل و خدمه کشتی در صورتی که ناشی از وظایف آنان باشد به صورت ضمنی از قرارداد نشأت می‌گیرد.

---

1. Ibid 2002, P. 269.



## مبحث سوم: اثبات مسئولیت و مرور زمان طرح دعوا

در این مبحث طی دو گفتار اثبات مسئولیت و مرور زمان طرح دعوا را بررسی میکنیم.

### گفتار نخست: اثبات مسئولیت

سوال قابل طرح این است که در صورت وقوع سانحه و ورود خسارت جانی به مسافر اثبات دعوی خسارت به عهده چه کسی است؟ مواد ۱۱۳ و ۱۱۴ قانون دریایی به این موضوع پرداخته است. به موجب ماده ۱۱۳:

۱- متصدی حمل مسئول خسارات ناشی از فوت یا صدمات بدنی مسافر است مشروط بر آن که حادثه‌ای که منجر به ایجاد خسارت گردیده در جریان مسافرت و بر اثر غفلت و تقصیر متصدی حمل یا ماموران مجاز وی حین انجام وظیفه پیش آمده باشد.

۲- در صورتی که فوت یا صدمات بدنی ناشی از تصادم یا به گل نشستن یا انفجار یا حریق و یا غرق شدن کشتی باشد فرض این است که حادثه بر اثر تقصیر و یا غفلت متصدی حمل و یا مامورین مجاز او اتفاق افتاده است مگر آن که خلاف آن اثبات گردد.

۳- به استثنا بند ۲ این ماده اثبات تقصیر و یا غفلت متصدی حمل یا ماموران مجاز او به عهده مدعی است.

هم چنین ماده ۱۱۴ مقرر می‌دارد: «در صورتی که متصدی حمل ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر و یا غفلت خود مسافر بوده و یا عمل مسافر در وقوع آن تاثیر داشته دادگاه بر حسب مورد متصدی حمل را کلاً و یا جزئاً از مسئولیت بری خواهد کرد»

مطابق بند ۳ ماده ۱۱۳ قانون فوق اثبات تقصیر به عهده مدعی است. به عبارت دیگر برای آن که مسافر بتواند در دعوی خود پیروز شود بایستی ثابت کند که منشا خسارت، تقصیر و غفلت متصدی حمل بوده است. به زبان ساده تر قانون گذار متصدی

حمل و نقل را امین دانسته است و امین هم در صورتی مسئول است که تعدی یا تفریط او ثابت شود. آن چه از بند فوق استنباط می‌شود این است که قانون گذار اصولاً متصدی حمل و نقل مسافر را امین و وجود تقصیر را نیازمند اثبات و بندهای بعدی را استثنا بر آن می‌داند امری که با طبیعت معاملات و اعمال تجاری سازگاری ندارد. چون مطابق بند ۲ از ماده ۲ قانون تجارت تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد جزو معاملات تجاری محسوب می‌شود و هم چنین یکی از مصادیق تصدی به حمل و نقل، کشتیرانی است و آن ممکن است برای حمل مسافر باشد یا کالا.<sup>۱</sup> و مطابق ماده ۳۸۶ همان قانون که مربوط به مال التجاره است قانون گذار حتی به فرض تقصیر متصدی حمل و نقل کالا هم اکتفا نکرده تا در صورت اثبات عدم تقصیر متصدی حمل و نقل کالا از مسئولیت مبری شود بلکه قانون گذار فرض مسئولیت متصدی حمل و نقل کالا را پذیرفته است.<sup>۲</sup>

در این خصوص یکی از حقوقدانان در بیان مسئولیت متصدی حمل و نقل اشعار می‌دارد که مسئولیت وی مفروض و اصل است اعم از این که تقصیر یا عدم تقصیر او ثابت گردد یا این که هیچ یک از این دو محرز نباشد<sup>۳</sup> از این رو متصدی حمل و نقل کالا صرفاً در صورتی از مسئولیت مبری می‌شود که اثبات کند "تلف یا گم شدن مال التجاره مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید." بنابراین متصدی حمل و نقل کالا اگر عدم تقصیر خود را نیز اثبات کند هم چنان مسئول است. به عبارت دیگر به اعتقاد اغلب نویسندگان مبنای مسئولیت در ماده ۳۸۶ قانون تجارت با تئوری تعهد

۱. ربیعا، اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۴، حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم، ص ۹۳.

۲. ابراهیم تقی زاده، حقوق حمل و نقل دریایی، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹ ص ۱۰۲.

۳. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۵ ص ۲۵۳.

ایمنی سازگار است. به این معنا که تعهد متصدی حمل و نقل، صرفاً کوشش متعارف نبوده، بلکه وی این نتیجه را تعهد نموده که کالاها را به مقصد برساند و نیز این تعهد ضمنی را در کنار تعهد اصلی متقبل شده که کالاها را سالم به مقصد برساند<sup>۱</sup> به طور واضح ملاحظه می‌شود که قانون گذار در خصوص مسئولیت متصدی حمل و نقل مسافر و کالا از دو مبنای کاملاً متفاوت تبعیت کرده است. این دوگانگی با توجه به اهمیت جان انسان‌ها و تاجر بودن متصدیان حمل و نقل کالا و مسافر قابل توجیه نیست. برخلاف متصدی حمل کالا، متصدی حمل مسافر مکلف نیست که در بادی امر قابلیت دریانوردی کشتی را اثبات کند و با این ترتیب دیده می‌شود که از بابت اثبات دعوی متصدی حمل در وضع بهتری قرار گرفته است<sup>۲</sup>. استثنایی که بر اصل فوق وارد می‌باشد مواردی است که فوت یا صدمات بدنی وارد به مسافر بر اثر تصادم یا به گل نشستن یا انفجار و یا حریق و یا غرق کشتی وقوع می‌یابد. در این موارد فرض قانونی بر این است که حادثه بر اثر تقصیر و یا غفلت متصدی حمل و یا ماموران مجاز او اتفاق افتاده مگر آن که متصدی حمل بتواند خلاف آن را اثبات کند.

در حقوق فرانسه قبل از وضع قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ وضع اثبات دعوی مسئولیت بدین نحو بود که در صورت فوت و یا صدمات وارده به مسافر فرض قانونی بر آن بود که متصدی باربری مسئول وقوع حادثه منجر به فوت و صدمات وارد به مسافر بوده است مگر آنکه نام برده می‌توانست ثابت کند که وقوع حادثه بر اثر فورس ماژور و یا به علت تقصیر مسافر و یا اشخاص ثالثی که متصدی حمل در مورد آنها مسئولیتی نداشته به وجود آمده است و علاوه بر این صرف آنکه متصدی حمل در انجام وظایف و مسئولیت‌های خود رعایت مراقبت‌های لازم را نموده کافی نبود.

با وجود اصل کلی فوق، متصدی حمل می‌توانست ضمن قرارداد حمل از

---

۱. علیرضا، یزدانیان، ۱۳۹۰، مبانی مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳، ص ۲۴.  
۲. امید، پیشین، ص ۲۲.

۷۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مسئولیت‌های خود کاسته و یا آن که حداکثر مسئولیت خود را کاهش دهد و یا اثبات تقصیر را به عهده مسافر محول سازد. در این راستا قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ احکامی نظیر آنچه در قانون دریایی ایران بیان گردیده وضع نموده است.<sup>۱</sup> در مورد مشابه، طبق ماده ۵۰۳ قانون ۱۸۹۴ تجارت دریایی انگلیس، مالک کشتی می‌تواند مسئولیت خود را در قبال فقدان کالا و یا خسارت وارده محدود نماید و در صورت ورود خسارت، مدعی زیان (خسارت دیده) باید ورود خسارت را اثبات نماید لیکن اگر ورود خسارت ناشی از مخاطرات دریایی باشد در این صورت مالک کشتی باید ثابت نماید که به علت فوق فاقد مسئولیت است.<sup>۲</sup> در مقررات راجع به حمل و نقل زمینی نیز احکام مشابه دیده می‌شود چه اینکه مقررات مرتبط به حقوق تجارت در زمینه حمل و نقل مبتنی بر یک اماره واقعی مسئولیت می‌باشد و زیان دیده اصولاً می‌تواند بدون لزوم اثبات خطای متصدی باربری جبران زیان وارده را مطالبه نماید و صرف عدم ارتکاب تقصیر توسط متصدی حمل و نقل، رافع مسئولیت او نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

### گفتار دوم: مرور زمان طرح دعوا

در صورت ورود صدمات بدنی به مسافر، او باید ظرف پانزده روز از تاریخ پیاده شدن از کشتی وقوع صدمات بدنی را کتباً به متصدی حمل اعلام نماید در غیر این صورت فرض قانونی بر این است که مسافر سالم شده است مگر آن که بعداً بتواند خلاف آن را اثبات نماید (بند ۱ ماده ۱۲۰ قانون دریایی ایران). مدت مرور زمان دعاوی مربوط به خسارت بدنی دو سال و مبدا مرور زمان مذکور، از روز پیاده شدن مسافر از کشتی است و در صورتی که فوت ضمن سفر پیش آید شروع مرور زمان، از زمانی

---

۱. امید، پیشین، ص ۱۱.

۲. ایوامی، هاردی ۱۳۷۵، ترجمه حقوق دریایی، مترجم پور نوری، منصور، انتشارات جهاد دانشگاهی،

چاپ اول، ص ۱۴۵.

۳. توفیق عرفانی، مسئولیت مدنی حمل و نقل زمینی «جاده-ریل»، تهران، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۰.

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۷۱

است که مسافر بایستی از کشتی پیاده می‌شد و چنان چه صدمات بدنی در طی سفر ایجاد شده و پس از پیاده شدن مسافر منجر به فوت او گردد شروع مرور زمان از تاریخ فوت او خواهد بود مشروط بر این که از تاریخ پیاده شدن تا فوت مسافر بیش از سه سال نگذشته باشد.

### نتیجه گیری

با توجه به مباحث مطروحه در مسئولیت متصدی حمل دریایی در قبال مسافر در حقوق ایران می‌توان گفت که مقررات قانون گذار چه در حقوق ایران و چه در کنوانسیون های بین المللی دارای ابعاد آمرانه (فقط در مبحث حمل مسافر وضعیت این گونه است و در سایر مباحث حقوق دریایی علی الاصول قوانین منخیره هستند) بوده و از این رو طبق اصول کلی راجع به قوانین آمرانه باید گفت توافق بر خلاف این قوانین امکان پذیر نیست به طور کلی در صورت حمل مسافر توسط متصدی حمل و نقل و ورود زیان به او متصدی حمل و نقل مسافر را باید امین دانست امری که با طبیعت معاملات تجاری که هدف از آنها انتفاع است سازگاری ندارد و از این لحاظ پیشنهاد می‌شود فرض مسئولیت متصدی حمل و نقل مسافر هم چون متصدی حمل و نقل کالا پذیرفته شود.

۷۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

## منابع و مأخذ

### الف : منابع فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم. ۱۳۸۴
۲. امید، هوشنگ، حقوق دریایی، تهران، جلد دوم، مدرسه عالی بیمه تهران، نشریه شماره سوم. ۱۳۵۲
۳. ایوامی، هاردی، ترجمه حقوق دریایی، مترجم منصور پور نوری، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ اول. ۱۳۷۵
۴. تقی زاده، ابراهیم، حقوق حمل و نقل دریایی، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول. ۱۳۸۹
۵. حبیبی، حبیب الله، ترمینولوژی حقوق و دعاوی دریایی، انتشارات دوراندیشان، تهران، چاپ اول. ۱۳۹۰
۶. جبباری، منصور، حقوق بین الملل هوایی، تهران، انتشارات فروزش، چاپ اول. ۱۳۸۱
۷. دهقان، رمضان ۱۳۸۱، شرط عدم مسئولیت و مفاهیم مشابه، تهران، نشریه ماوی، سال دوم، شماره سی و سوم.
۸. صمدی اهری، محمدهاشم ۱۳۷۳، مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی، تهران، چاپ اول، انتشارات روزنامه رسمی کشور، تابستان.
۹. عرفانی، توفیق، مسئولیت مدنی حمل و نقل زمینی «جاده- ریل»، تهران، انتشارات آثاراندیشه. ۱۳۸۵
۱۰. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول. ۱۳۸۵
۱۱. فخاری، امیر حسین ۱۳۶۴، کشتی و سفر دریایی، مجله تحقیقات حقوقی

مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در قبال مسافر.....۷۳

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، شماره اول.

۱۲. واحدزاده، موسی ۱۳۸۱، (پایان نامه) متصدی حمل و نقل دریایی با تکیه بر رویه قضایی، دانشگاه آزاد تهران مرکز.

۱۳. یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۰، مبانی مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳.

#### ب: منابع انگلیسی

1. Hassan S. Khalilieh, Admiralty and Maritime Laws in the Mediterranean Sea, Brill Leiden. Boston, 2006.
2. K X Li, Maritime Law and Policy in China, London, 2002.
3. Nikolai Lagoni, The Liability of Classification Societies, University of Hamburg , March 2007.
4. Simon Baughen, Shipping Law, Fourth Edition, Bristol, 2009 .
5. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Carriage of Passengers by Sea , April 1961.
6. The Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (PAL 1974).  
Responsibility of Maritime Carrier Toward Passenger Under Iranian law (with a concise comparative study)





تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۷۵ تا ۱۰۵

## شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش

جلیل مالکی \* یعقوب کدخدایی \*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۲۱

### چکیده

رشد و توسعه روز افزون ورزش، پیچیدگی مسایل و گسترش سازمان‌ها و نهادها و فعالیت‌های ورزشی، و نیز پیچیدگی روز افزون قوانین و کاربرد آن‌ها در ورزش و هم‌چنین تغییرات بنیادین در اصول و واقعیت‌های ورزشی، آثار اجتماعی و حقوقی رسانه‌ای، تحلیلی و بین‌المللی که نفوذ آن‌ها فراتر از وسعت جغرافیایی کشورها و چه بسا قاره‌هاست، باعث بروز منازعات و اختلافات وافر در حوزه ورزش شده که لزوم حل و فصل کارآمد این اختلافات را نمایان می‌سازد. از طرف دیگر سیستم حقوقی متفاوت حاکم بر کشورها، سبب ایجاد موانع و محدودیت‌هایی در ارجاع حل اختلافات ورزشی به نهادهای متخصص بین‌المللی، مانند دیوان عالی حکمیت برای ورزش (CAS) شده لذا توسل و به کارگیری شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات که از آن‌ها به عدالت خصوصی نیز تعبیر شده است، موجب میشود اختلاف به وسیله شخص ثالث و یا اشخاص ثالثی که به وسیله طرفین انتخاب میشوند مطابق با آیین دادرسی مورد توافق طرفین، حل و فصل شود و از وجود قوانین مغایر و بروز جبهه‌گیری‌های سیاسی، اجتناب شود. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مبتنی بر توافق و تراضی طرفین بوده و با توجه به ویژگی‌های خاص شان، اجرای تصمیمات با رضایت خاطر از جانب طرفین اختلاف و غیره، اختلاف را به طور تخصصی و کارشناسی و با راه کارهای عادلانه و منصفانه حل و فصل می‌نماید. ورزش به عنوان تأمین یکی از آرمان‌های جهانی جامعه بشری در اسناد و قطع‌نامه‌های بین‌المللی، ابزاری جهت ترویج آموزش، بهداشت و توسعه به خصوص قطعنامه‌ی سازمان ملل متحد مصوب ۳ نوامبر ۲۰۰۳ مورد تایید و پذیرش قرار گرفته است. لذا لازم است با ایجاد مقررات متحد الشکل جهانی در تمامی زمینه‌های مربوط به ورزش از جمله طرق حل اختلاف یک سان و کارآمد، زمینه‌ی تعالی انسانی را فراهم کرد.

واژگان کلیدی: حل و فصل، شیوه‌های جایگزین، اختلاف، حقوق ورزش.

\* استادیار دانشکده حقوق - عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلام واحد تهران مرکز

## ۱- مقدمه

ورزش کاران عالم صرف نظر از نژاد، رنگ، سرزمین و آرمان‌های سیاسی، در همه رشته‌های ورزشی در کنار یکدیگر به ورزش می‌پردازند این هنرها یا فنون پر جاذبه، یکی از پر استقبال‌ترین فعالیت‌های انسان قرن حاضر شده و ورزش کاران و قهرمانان رشته‌های گوناگون آن، برای جوانان و نوجوانان و همه مردم با ملیت‌های مختلف و ادیان گوناگون و نژادهای متفاوت و سرزمین‌ها و قاره‌های جهان، الگو و معیار رفتار و کردار زندگی هستند. با گسترش و پیچیدگی همه جانبه‌ی ورزش هر روز هزاران قرارداد در زمینه‌های مختلف تحت حکومت رژیم‌های حقوقی متفاوت منعقد می‌گردد، که در نتیجه آن، بحث تضاد و تعارض منافع و اختلاف در استنباط از قراردادها نیز بیش از پیش مطرح می‌شود.

وفور دعاوی و اختلافات طرح شده در مراجع دادگستری و کمیته‌های انضباطی، علاوه بر اتلاف وقت و هزینه‌ی زیاد، اطلاع‌ی دادرسی، طاقت فرساست رسیدگی‌ها، عدم مهارت و تخصص کافی قضات رسیدگی کننده، نداشتن دقت کافی در تصمیم‌گیری و صدور آرای غیر عادلانه و غیر منصفانه، نارضایتی ورزش کاران و اشخاص مرتبط با ورزش را در برداشته است علاوه بر آن، نارسایی‌های مراجع قضایی عمومی از یک طرف، استفاده از روش‌های حل اختلاف، خاص و مناسب با هر اختلاف جهت دست‌یابی به عدالت و حفظ آراستگی معنوی محیط ورزش از طرف دیگر، ما را به سمت و سوی شیوه‌های علمی و عملی حل اختلاف از جمله داوری هدایت می‌کند.

این احساس نیاز، در حال حاضر که ورزش به صنعت سودآوری با ابعاد و جنبه‌های مختلف و متنوع تبدیل شده، بیشتر نمایان است در مقاله حاضر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف قضایی که در جنبه‌های دیگر زندگی اجتماعی خصوصاً در تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند جهت به کارگیری آن‌ها در حقوق ورزش معرفی می‌شوند این شیوه‌ها ماهیتی مسالمت آمیز و انعطاف پذیر دارند و دارای مزایای زیادی در مقایسه با رسیدگی قضایی هستند هر یک از طرفین با عادلانه و منصفانه

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۷۷

دانستن تشخیص ثالث بی طرف و با انگیزه پرهیز از گرفتاری در روند طولانی دادرسی محاکم دادگستری، رأی و تصمیم صادره را محترم شمرده و با طرف مقابل مبادرت به انعقاد توافق نامه نهایی برای اجرای آن می نماید. البته این شیوه ها معایبی نیز دارند که باعث شده مورد اقبال عمومی طرفین اختلاف قرار نگیرد. در این مقاله مزایا و معایب این شیوه ها نیز مورد اشاره قرار میگیرد.

## ۲- مفهوم اصطلاحی شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات که اختصاراً ADR نامیده می شود به طرق و راه کارهایی اطلاق می گردد که طرفین یک اختلاف به جای توسل به رسیدگی های قضایی در مراجع دادگستری یا شبه دادگستری، بر می گزینند تا دعوی خود را آن گونه که مناسب می دانند فیصله دهند.<sup>۱</sup>

برخی این شیوه ها را راه کارهای خصوصی حل و فصل اختلاف از سوی افراد می دانند و تمام شیوه ها را در یک وجه مشترک می دانند و آن ماهیت غیر قضایی و غیر دولتی این شیوه ها است.<sup>۲</sup> عده ای دیگر هم با تعبیر شیوه های مذکور به عدالت خصوصی معتقدند در این شیوه ها اختلافات توسط شخص ثالثی که معمولاً به وسیله طرفین انتخاب می شود، و مطابق روش و آیین رسیدگی مورد توافق طرفین حل و فصل می شود.<sup>۳</sup>

## ۳- شاخصه های شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف

---

1. Sourdin, L., Alternative Dispute Resolution, 2000, Australia, Thompson, P.7

۲. علی حسین، مصلحی، محسن صادقی، نگاهی به شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، نامه مفید، شماره ۴۶، سال ۱۳۸۳، ص ۱۲۵؛ توسلی جهرمی، منوچهر؛ نگاهی به شیوه های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی؛ مجله ی حقوقی، شماره ۲۶، ۲۷، سال ۱۳۸۱، ص ۳۶۶

۳. یوسف درویشی هویدا، شیوه های جایگزین و غیر قضایی حل و فصل اختلافات، مجله ی قضاوت، شماره ی ۳۲، ص ۴۷

با توجه به آن چه گفته شد، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات سه شاخصه بارز دارند: الف: خصوصی بودن ب: مبتنی بر توافق طرفین ج: غیر الزام آور بودن

۱-۳- خصوصی بودن: این شیوه‌ها توسط مؤسسات و نهادها و حتی اشخاص حقیقی اعمال می‌گردند و دولت‌ها هیچ نقش مؤثری در ایجاد و اداره‌ی آنها ندارند.

۲-۳- مبتنی بر توافق طرفین: در این شیوه‌ها، راه‌های فصل خصومت، همگی بر مبنای توافق طرفین بوده و اصولاً نمی‌توانند به هر کدام از طرفین تحمیل گردند. ساز و کارهای اجرای شیوه منتخب نیز توسط طرفین به صورت مستقیم یا غیر مستقیم انتخاب می‌شوند به این معنا که گاهی طرفین شخص یا اشخاص ثالث را انتخاب کرده و در خصوص کلیه‌ی مراحل دادرسی، دلایل قابل طرح، ابلاغ تصمیمات و ... توافق می‌نمایند و گاهی نیز به طور غیر مستقیم با ارجاع اختلاف خود به نهادها یا مؤسسات مربوطه، مقررات داخلی آن مرجع را در خصوص ساز و کارهای رسیدگی، می‌پذیرند.

۳-۳- غیر الزام آور بودن: در فرآیندهای ADR فضای دوستانه و مسالمت آمیز حاکم است و اختلافات بر مبنای همکاری و توافق طرفین حل و فصل می‌گردد. تصمیم شخص ثالث که منتخب طرفین است بر مبنای انصاف و عدالت و یا رعایت معیارهای دقیق و کارشناسی و توجه به تمام جوانب قضیه، اتخاذ می‌شود و پس از ابلاغ به طرفین آنها مختار در پذیرش آن هستند و می‌توانند تصمیم نهایی را رد نمایند اما در صورت پذیرش ملزم به اجرای آن هستند.<sup>۱</sup> در اکثر موارد مذکور، مفاد توافق نامه نهایی توسط متعهد داوطلبانه و اختیاری اجرا می‌گردد. در مواردی هم که علی‌رغم امضاء توافق نامه از اجرای آن خوداری می‌شود می‌توان به شیوه‌های الزام آور رجوع نمود. باید توجه داشت در حقوق ورزش با توجه به ماهیت خاص آن در صورت عدم اجرای توافق نامه، پتانسیل ویژه‌ای جهت الزام به اجرای رأی از طرف سازمان‌ها و نهادهای ورزشی نسبت به دیگر حوزه‌های زندگی اجتماعی وجود دارد. به عنوان مثال؛

---

1. Ibid., p.42

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۷۹

سازمان های ناظر بر فعالیت های ورزشی می توانند با وضع مقررات حمایتی از این روش، محرومیت هایی برای طرف مستنکف در نظر بگیرند.

#### ۴- تاریخ چه شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات به سبک و سیاق کنونی پیشینه ی کوتاه داشته و حدوداً از دهه ۱۹۷۰ به کار گرفته شده اما مطالعات تاریخی گویای آن است که بسیاری از مصادیق ADR در دوران باستان وجود داشته است. در واقع بروز اختلاف قبل از وضع قوانین در جومع بشری و تشکیل دادگاه به عبارتی در بحبوحه ی خلاء دادگستری و تمایل افراد به انتخاب اشخاص معتمد در زمان های گذشته، حل و فصل اختلاف از طریق شیوه های مسالمت آمیز را توجیه می کند.<sup>۱</sup>

ویل دورانت در کتاب تاریخ تمدن، سومین گام تکامل قانون و حقوق را ایجاد محاکمی معرفی می کند که روسا و کاهنان و پیرمردان در کنار هم می نشستند و اختلاف مردم را تحت عناوینی چون آشتی و اصلاح ذات بین حل و فصل می نمودند و راه حلی مرضی الطرفین عرضه می کردند.<sup>۲</sup>

با وجود احراز قدمت طولانی استفاده از شیوه های مسالمت آمیز حل و فصل اختلاف، بایستی به این مطلب اذعان نمود که سابقه ای در مورد اداره و اعمال شیوه های مذکور به شکل سازمان یافته و در اسلوب های مشخص و چهار چوب های مدون وجود نداشته و حل و فصل اختلاف به روش مسالمت آمیز به صورت موردی و مراجعه به شخص مورد اعتماد طرفین و عموماً ریش سفیدان و بزرگان جوامع بوده است. بنابراین حل و فصل اختلاف خارج از دادگاه و به روش غیر قضایی و مسالمت آمیز امر جدیدی نیست و پیشینه ای طولانی به قدمت تشکیل جوامع انسانی دارد، طوری که حتی برخی

---

۱. هنری، دووریز، داوری تجاری بین المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۱، ۱۳۷۷، ص ۴۷

۲. ویل دورانت، تاریخ تمدن ج ۱، (مشرق زمین در گاهواره تمدن)، ترجمه امیر حسین آریان پور و همکاران، تهران؛ انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۸، ص ۳۵

۸۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

شیوه‌های جایگزین حل و فصل را روش‌های بومی و ذاتی (فطری) برای حل و فصل اختلاف دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

اما چیزی که جدید است، توسعه و ترویج و تکثیر مدل‌های ADR در نظام حل و فصل اختلافات ورزشی است که فارغ از رفع اختلافات خاص، اهداف وسیع‌تری را دنبال می‌کنند و به شکل سازماندهی شده و با ارایه مجموعه مقررات یکسان سازی شده و یک پارچه و تشکیل نهادهای خصوصی حل و فصل اختلاف، محیط ورزشی را امنتر و جذابتر نمایند.

در نظام حل و فصل اختلافات فعلی، ایالت متحده آمریکا پیشتاز استفاده از شیوه‌های ADR است و از این نظر به عنوان منبع و مرجع عینی تجربه، محسوب می‌گردد. در خارج از آمریکا نیز گرایش به شیوه‌های حل و فصل اختلاف، در کشورهایی چون، ایرلند، آرژانتین، فیلیپین، سریلانکا، مالزی، آمریکای جنوبی، اکوادور، بنگلادش، بولیوی، اکراین، استرالیا و کلمبیا، بوجود آمد<sup>۲</sup> و حتی موج گرایش به شیوه‌های مذکور در دعاوی تجاری بین‌المللی نیز سبب شد در اواخر دهه ۱۹۷۰ ضرورت تنظیم مقررات متحد الشکلی در زمینه‌های سازش و میانجی‌گری احساس شود و مقرراتی توسط نهادهایی هم چون کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد و نیز اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) تنظیم و تهیه شود حال با توجه به تجربه سازمان‌های مذکور، می‌توان در حقوق ورزش نیز از این پتانسیل استفاده کرد و چهره حقوق ورزش را بیش از پیش زیبا و مدرنتر آراست.

#### ۵- اقسام شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف منحصر و محدود نیستند؛ زیرا تراضی طرفین اختلاف در خصوص کیفیت رسیدگی و تصمیم‌گیری و آیین رسیدگی، اقتضا دارد که آن‌ها دائماً شیوه‌های جدیدتر و متفاوتی نسبت به شیوه‌های مورد استفاده

1. Brown, S., et al., *Alternative Dispute Resolutions Guide*, 1998, Washington, Technical Publication Series, Appendix A, p.5

2. Ibid.

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۸۱

انتخاب نمایند که هم با نوع اختلاف پیش آمده و هم با طبع طرفین اختلاف سازگاری بیشتری داشته باشد و آیین دادرسی مورد توافق نیز به گونه‌ای باشد که در سریع‌ترین زمان ممکن و با دقت هر چه تمام‌تر، منصفانه‌ترین و عادلانه‌ترین تصمیم اتخاذ گردد. در مراجع حل و فصل اختلاف نیز شیوه‌های یکسانی برای حل و فصل اختلاف وجود ندارد و علی‌رغم این که شیوه‌های اصلی ADR در تمامی مراجع حل و فصل اختلاف وجود دارند و به وفور استفاده می‌شوند اما شیوه‌های ترکیبی و فرعی نیز به صورت گزینشی و پراکنده مورد استفاده قرار می‌گیرند.

در بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، آن‌ها را به شیوه‌های اصلی و فرعی تقسیم می‌کنیم و در ابتدا شیوه‌های اصلی حل و فصل اختلاف بررسی کرده و سپس به معرفی شیوه‌های فرعی (ترکیبی) جایگزین حل و فصل اختلاف می‌پردازیم.

#### ۱-۵- شیوه‌های اصلی جایگزین حل و فصل اختلاف

در میان شیوه‌های موجود ADR برخی از آن‌ها بسیار مورد استفاده و اقبال بوده‌اند و در دعاوی بیشتری قابلیت اعمال دارند، از این جهت وصف اصلی و مهم را از آن خود کرده‌اند. این شیوه‌ها عبارتند از: مذاکره، میانجی‌گری، سازش و داوری غیر الزام آور که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

##### ۱-۱-۵- مذاکره<sup>۱</sup>

عمومی‌ترین شکل حل و فصل اختلاف که معمولاً نخستین روش متبادر به ذهن نیز می‌باشد مذاکره است<sup>۲</sup> در این شیوه که روشی خصوصی، غیر رسمی و غیر تشریفاتی و غیرالزام آور است، طرفین برای رسیدن به توافق و دست‌یابی به نتیجه مرضی طرفین تلاش می‌کنند و اداره‌ی فرآیند حل و فصل اختلاف را بر عهده می‌گیرند و لذا در این شیوه بر خلاف روش‌های دیگر ADR، شخص ثالث هیچ نقشی ندارد و با انجام

---

1. Negotiation

۲. علی حسین مصلحی، محسن صادقی، پیشین، ص ۱۳۷

مذاکره تماماً بر دوش طرفین اختلاف است<sup>۱</sup>. با توجه به عدم حضور شخص ثالث و بی‌نیازی از برگزاری جلسات رسمی و تشریفاتی و دخالت خود طرفین در روند حل و فصل دعوا، امکان رسیدن به حل سریع و منصفانه اختلاف بیشتر است با این حال، گاهی اوقات نیز ماهیت دعوا به گونه‌ای است که دخالت شخص ثالث بی‌طرف را می‌طلبند اگر چه در اغلب روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، مذاکره و گفتگوی طرفین رکن اساسی است و با یافتن راه حل مورد رضایت طرفین که در مذاکره حاصل شده، اختلاف به طور دوستانه حل شده و خاتمه می‌یابد، اما در شیوه‌ی مذاکره، گفت‌وگو به طور مستقیم توسط طرفین و گاهی اوقات توسط وکلای آنان صورت می‌گیرد و نتیجه این که وجه فارق این شیوه (مذاکره)، از سایر شیوه‌ها ADR فقدان دخالت شخص ثالث بی‌طرف برای حل و فصل اختلاف است<sup>۲</sup>.

نکته‌ای که در مذاکره قابل تأمل است این که وجوه مختلف دعوا برای طرفین از لحاظ ثبوتی مشخص است و نیازی به جنبه‌های اثباتی نیست از این نظر طرفین با علم به حقایق موجود و ضرر و زیان‌های واقعی و نه اثبات شده بر اساس حسن نیت تصمیمی اتخاذ می‌نمایند که در آن منافع طرفین تا حد ممکن تأمین شود. به رغم مزایای فراوان شیوه مذاکره، این روش با محدودیت‌هایی نیز مواجه است و زمانی می‌تواند مؤثر واقع شود که طرفین با تفاهم و حسن نیت مایل به رفع اختلاف خود باشند و از نظر وضعیت اقتصادی اجتماعی و سیاسی تا حدودی مساوی باشند<sup>۳</sup>.

مذاکره به دو روش مستقیم و غیر مستقیم صورت می‌پذیرد. در روش مستقیم که عموماً طرفین اختلاف، شخصاً به طور موردی یا اتفاقی (AD HOC) اقدام می‌نمایند به شکلی رو دررو و بدون تشریفات خاص عمل می‌کنند. در روش غیرمستقیم معمولاً از طریق ارجاع اختلاف به سازمان و یا نهاد خاصی اقدام می‌کنند و آن سازمان بدون

1. Goldberg, S.B., et al., Dispute Resolution :Negotiation ,Mediation ,And Other Processes, 1992, New York, Brown and Company, 2d Edition, pp.3-12-

2. Brown, S., et al., op.cit.,Appendix A,p.2

3. Ibid., p.2



شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۸۳

دخالت مستقیم در امر حل و فصل اختلاف تنها ارسال مکاتبات و آیین های ویژه مذاکره را برای طرفین مهیا می سازد<sup>۱</sup>. لازم به ذکر است که این شیوه در منشور ملل متحد نیز در صدر فهرست طرق مسالمت آمیز حل اختلاف قرار دارد.

### ۲-۱-۵- میانجی گری<sup>۲</sup>

میانجی گری یکی از شیوه های پرکاربرد ADR است که در آن شخص ثالث بی طرف به عنوان میانجی از طریق برگزاری جلسات و گفتگو بین طرفین و بحث در خصوص موضوعات مورد اختلاف، راه حل و فصل اختلاف را تسهیل می کند<sup>۳</sup>. میانجی گر بدون اینکه همانند قاضی یا داور تصمیم اتخاذ و آن را به طرفین تحمیل نمایند، آنان را به حل اختلاف تشویق نموده و با روشن ساختن زوایای تاریک موضوع، تبیین منافع واقعی طرفین، شناسایی و محدود کردن موضوعات اختلافی، کشف گزینه های محتمل برای حصول توافق، به طرفین در برقراری ارتباط موثر با یکدیگر کمک می کند<sup>۴</sup>.

میانجی گری فرآیندی است که واجد تمامی خصوصیات شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف یعنی غیرالزام آور بودن، اختیاری و مبنی بر اراده آزاد طرفین و خصوصی بودن می باشد و با این که شیوه ای غیرالزام آور است، امروزه گرایش زیادی به استفاده از این روش وجود دارد در حقوق ورزش بین المللی نیز این شیوه به عنوان یکی از طرق رسیدگی دادگاه عالی حکمیت برای ورزش (CAS) احصا شده است. وجه افتراق این شیوه نسبت به شیوه های دیگر نقش فعال شخص ثالث بی طرف و غیر الزام آور بودن پیشنهادات وی می باشد. البته در انتخاب میانجی، نیاز به توافق طرفین اختلاف دارد.

### ۳-۱-۵- سازش<sup>۵</sup>

1. Goldberg, S.B., et al. ,op.cit.,pp3-12
2. mediation
3. Ibid, S.B., et al. ,op.cit.,p.14
4. Ibid, S.B., et al. ,op.cit.,p.14
5. conciliation

سازش همانند میانجی‌گری روشی است که در آن شخص ثالث بی طرف از طریق مصاحبه و گفت‌وگو با طرفین اختلاف، سعی می‌کند دیدگاه‌های آنان را در موضوعات اختلافی به هم نزدیک نماید و در صورت تمایل طرفین سازش نامه‌ای را تنظیم نماید.<sup>۱</sup> وجه افتراق میانجی‌گری و سازش در میزان نقش شخص ثالث بی طرف و نیز کیفیت روابط طرفین اختلاف است.<sup>۲</sup> از حیث ساختاری، سازش شباهت زیادی به میانجی‌گری دارد لکن در عمل تفاوت‌های فراوانی وجود دارد. در سازش طرفین با بررسی موضوع مورد اختلاف، به تبادل نظر درخصوص راه کارهای دستیابی به توافق می‌پردازند. طرف ثالثی که برای سازش بین طرفین متنازع می‌کند، به طور شخصی با آن‌ها ملاقات نمی‌کند بلکه از طریق دیپلماسی موسوم به پینگ پونگ تلاش در حل مسأله می‌نماید. در حالی که در روش میانجی‌گری نمایندگان طرفین متنازع به انضمام طرف ثالث یا همان میانجی با برگزاری جلسات مشترک و بحث در زمینه یافتن راه کارهای محتمل برای حل اختلاف اقدام می‌کنند. به هر حال نتیجه کار میانجی‌گری و سازش تفاهم نامه‌ای است که طرفین به منظور حل و فصل اختلافات آن را تنظیم می‌نمایند و برای پرهیز از دخالت دادگاه و رسیدگی به اختلاف از طریق مراجع دادگستری تمامی مفاد آن را به اجرا می‌گذارند.

#### ۴-۱-۵- داوری غیر الزام آور (nonbinding arbitration)

داوری به شیوه‌ای گفته می‌شود که هدف آن حل و فصل یک مسأله مربوط به روابط بین دو یا چند شخص توسط فردی به نام داور است که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی گرفته و بر اساس آن تصمیم مقتضی را اتخاذ می‌نماید بی آن که دولت چنین وظیفه‌ای را به او محول کرده باشد.<sup>۳</sup>

1. Donah, S., International Mediation and Arbitration, 1997, International Law Journal, Vol 47, p.275

2. Sourdin, L., op.cit., p.87

۳. رنه داوید؛ مفهوم و نقش داوری در بازرگانی بین المللی، ترجمه‌ی سید حسین صفایی، مجموعه مقالات راجع به حقوق بین الملل و داوری های بین المللی، تهران، میزان، ۱۳۷۵، صفحه ۸۴

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۸۵

یکی از طرق حل و فصل اختلافات داوری الزام آور است که به دلیل الزام آور بودن نمی توان آن را در زمره شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف دانست لیکن داوری غیر الزام آور مبتنی بر تراضی طرفین است و به عنوان یکی از طرق اصلی فرآیندهای ADR مطرح است.<sup>۱</sup> هرچند که با وجود داوری الزام آور و وظایف یک سان برای شخص ثالث در دو فرآیند داوری الزام آور و غیرالزام آور، عملاً ارجاع اختلاف به چنین فرآیندی به ندرت اتفاق می افتد.

کیفیت فرآیند داوری غیر الزام آور مشابه داوری الزام آور بوده و طرفین اختلاف در توافق اولیه می توانند اختیارات او را محدود به مقررات مورد نظرشان نموده یا مطابق با اصول انصاف و حسن نیت، وی را در تصمیم گیری آزاد گذارند.<sup>۲</sup>

## ۲-۵- شیوه های فرعی و ترکیبی جایگزین حل و فصل اختلاف

تمامی شیوه های ADR کاربرد یکسان ندارند بلکه برخی به جهت اقبال بیشتر طرفین اختلاف و موفقیت بیشتر در حل و فصل اختلاف مهم و اصلی تلقی می گردند و برخی دیگر به جهت استفاده در موارد خاص و یا به لحاظ این که از ترکیب شیوه های اصلی پدید آمده اند به عنوان شیوه های فرعی و دو رگه شناخته شده اند از میان شیوه های اخیر موارد مهم تر را انتخاب نموده ایم که در ادامه آنها را معرفی می نمایم.

### ۱-۲-۵- ارزیابی بی طرفانه<sup>۳</sup>

ارزیابی بی طرفانه فرآیندی است که طبق آن طرفین دلایل و ادعاهای خود را در خصوص موضوع مورد اختلاف، به یک کارشناس بی طرف ارایه می کنند و کارشناس مزبور ضمن بررسی و ارزیابی موضوع اختلافی و پیش بینی نتیجه دادرسی قضایی احتمالی، نظریه خود را اعلام می نماید.<sup>۴</sup> این شیوه اغلب در مواردی که طرفین درباره ارزش موضوع اختلاف با یکدیگر توافق ندارند روشی مناسب است. هم چنین جهت

1. Brown, S., et al., op.cit., Appendix A, p. 4

2. Universal Law series, Arbitration & ADR, 2005, London, Maxwell, p.28

3. neutral evaluation

4. Brown, S., et al., op.cit., Appendix A, p.4

تغییر یا اصلاح قرارداد نیز از این روش استفاده می‌شود. غالباً ارزیاب شخصی است که در رشته و موضوع اختلاف متخصص و صاحب نظر است و با وجود این که وظایف وی مشابه کارشناس است ولی از این جهت که چنین شخصی تابع تشکیلات خاص کارشناسان نبوده و مکلف به تبعیت از دادگاه نیست و نیز علاوه بر مسایل موضوعی، در مسایل حکمی هم اظهار نظر می‌نماید متفاوت از کارشناسی به معنای مصطلح است.<sup>۱</sup> ارزیاب پس از بررسی مدارک موجود و با حضور طرفین اختلاف به شکل غیر تشریفاتی و محرمانه نظریه‌ای اعلام می‌نماید که برای طرفین اختلاف لازم الاجرا نیست و طرفین کاملاً مختار در پذیرش نظریه وی می‌باشند.<sup>۲</sup>

در این شیوه ارکان اساسی شیوه‌های ADR موجود است به این معنا که طرفین آزادانه روند اجرای آن را با توافق تعیین می‌کنند و بدن دخالت مراجع دادگستری فرآیند به اجرا در می‌آید و اظهار نظر ارزیاب، برای طرفین الزام آور نیست.<sup>۳</sup> به دلیل کاربرد زیاد شیوه مذکور می‌توان آن را در رده‌ی شیوه‌های اصلی آورد اما مطرح نبودن این شیوه در تمامی مؤسسات و مراکز ADR و عدم اتفاق نظر در به کارگیری آن باعث میشود تا در صدر شیوه‌های فرعی جایگزین حل و فصل اختلاف قرار گیرد.

#### ۲-۲-۵- میانجی‌گری - داوری<sup>۴</sup>

یکی از شیوه‌های ترکیبی ADR میانجی‌گری - داوری است در این آیین که ترکیبی از میانجی‌گری و داوری است، شخص ثالث بی طرف، ابتدا براساس توافق طرفین اختلاف، سعی در حل و فصل مسألت آمیز اختلاف از طریق میانجی‌گری می‌نماید و در صورت عدم حصول توافق نهایی همان شخص نقش داور را بر عهده گرفته و به طور منفعل تنها با بررسی دلایل و مدارک طرفین به داوری می‌پردازد و

۱. علی حسین مصلحی، محسن صادقی، پیشین، ص ۱۴۰

۲. امیر محمد، اسکندری، پیشین.

3. Brown, S., et al., op.cit., Appendix A, p.4

4. MED-ARB

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۸۷

نظر خود را اعلام می کند<sup>۱</sup>. در بررسی های انجام شده، برخی شیوه مذکور را مرکب از میانجی گری و داوری الزام آور دانسته اند و به حل و فصل قطعی اختلاف از طریق داوری اشاره نموده اند<sup>۲</sup>. ولی شیوه ای با وضعیت موصوف مشمول عنوان شیوه های ADR نخواهد بود چرا که در آن صورت شیوه ای غیر قضایی اما الزام آور است. عنصر اساسی شیوه مورد بحث این است که وظایف شخص ثالث بی طرف در دو نقش متفاوت و توسط یک فرد تجلی می یابد که به آن (CO-MED-ARB) گفته می شود. البته در شیوه مذکور مأموریت میانجی گری و داوری می تواند به عهده دو فرد مختلف گذاشته شود.

### ۳-۲-۵- رسیدگی کوتاه

رسیدگی کوتاه شیوه ای است که در آن اختلاف طرفین به طور اختصاری و غیر رسمی نزد شخص ثالث بی طرف مطرح می شود فرد مزبور نیز همراه نمایندگان طرفین اختلاف که دارای اختیارات لازم می باشند هیأت رسیدگی را تشکیل می دهد و با نقش تسهیل کننده، طرفین را در حل اختلاف یاری می دهد و در نهایت نظریه توصیه ای و غیر الزام آور به طرفین ارائه می دهد که جنبه مشورتی داشته و در صورت توافق طرفین و پذیرش نظر او، نتیجه می تواند در یک صورت جلسه منعکس شده و به اجرا در آید<sup>۳</sup>. این شیوه متفاوت از دادرسی اختصاری (که یکی از اشکال دادرسی قضایی است) می باشد و بر خلاف آن رسیدگی توسط فرد منتخب طرفین انجام می شود و تابع آیین رسیدگی منتخب و منعطف است، در شیوه رسیدگی کوتاه جلسات محرمانه و غیر علنی است و نظر شخص رسیدگی کننده جز در صورت تراضی طرفین قابل اجرا

1. Goldsmith, J.C., ICC Group Report on ADR , 1993, American Review of International Arbitration.p.426

۲. ستار، زرکلام، مزایا و معایب میانجی گری - داوری؛ مجله ی کانون وکلا، شماره ۴۱، ۱۳۷۹، ص

3. Newman, P., Alternative Dispute Resolution, CTL, 1999, London, Professional Publishing Ltd, p.55

نخواهد بود.<sup>۱</sup> امتیاز این شیوه، اختصاری و کوتاه مدت بودن آن است به این معنا که طرفین در توافق خود ضمن معرفی نمایندگان خود و تعیین شخص ثالث بی طرف، مدت کوتاهی را تعیین می‌کنند که هیأت منتخب بایستی ظرف همان مدت وظایف خود را انجام دهد.<sup>۲</sup> نکته دیگر این که در این فرآیند شخص ثالث بی طرف بی آن که لزوماً نقش کارشناس یا بازرس داشته باشد، صرفاً با بررسی نظرات طرفین و هیأت نمایندگی عقیده‌ای غیر الزام آور برای حل سریع موضوع ارایه می‌دهد که معمولاً منجر به تنظیم صورت جلسه می‌شود.

#### ۴-۲-۵- شیوه‌ی احراز واقع<sup>۳</sup>

شیوه‌ای که در آن طرفین به علت اختلاف عقیده و دیدگاه‌های متفاوتی که در خصوص یک امر موضوعی دارند موضوع را به شخص ثالث بی طرف واگذار می‌نمایند تا با بررسی وقایع و حقایق موجود و روشن نمودن ابعاد قضیه و رفع سوء تفاهم بین طرفین زمینه‌های حل و فصل مسالمت آمیز را فراهم نموده و با ارایه‌ی نظر توصیه‌ای به کار خود پایان دهد. شخص ثالث می‌تواند کارشناس در امر فنی یا خبره و قابل اعتماد باشد.<sup>۴</sup>

روند احراز واقع می‌تواند یک فرآیند صرف و اصلی باشد یا این که خود بخشی از یک شیوه بزرگ‌تر باشد در فرض اخیر غالباً در جریان فرآیند مربوطه، طرفین برای حل اختلاف به نکته مبهم غیر قابل اغمازی می‌رسند که نیازمند بررسی و کشف حقیقت است که پس از احراز واقعیت مذاکرات با راهبردی که توسط شخص ثالث بی طرف ارایه شده ادامه می‌یابد.<sup>۵</sup> این شیوه به رغم امتیازاتی که دارد به دلیل برخی ضعف‌ها از

1. Ibid., p.55

2. Lester, E. and C. Frand, The Mini Trial : An Alternative Dispute Resolution Procedure, 1987, Arbitration Journal, Vol.42, p.67

3. FACT-FINDING

4. Brown, S., et al., op.cit., Appendix A, p.5

5. Ibid., p.5

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۸۹

جمله به تأخیر افتادن رسیدگی و مشکل بودن احراز واقعیت در پاره ای موارد، کم تر مورد استقبال قرار می گیرد<sup>۱</sup>.

#### ۵-۲-۵- میان داوری براساس بهترین پیشنهاد

در این فرآیند که مرکب از شیوه‌های خاص میانجی‌گری و داوری است، طرفین ضمن توافق، شخص یا اشخاصی را تعیین می‌نمایند و ابتدا با کمک آن‌ها تبادل اطلاعات می‌نمایند و پس از ارایه اسناد و مدارک و تأیید صحت اظهارات توسط اشخاص منتخب و خاتمه این مرحله که میانجی‌گری تسهیل‌کننده، نام دارد طرفین برای حل و فصل اختلافات پیشنهاد می‌دهند. بر اساس توافق اولیه‌ی اشخاص منتخب که در این مرحله نقش داور را بازی می‌کنند موظفند از میان پیشنهادهای طرفین تنها یکی را انتخاب کنند و مجاز نیستند حد و مزی را از میان پیشنهادات برگزینند<sup>۲</sup>. همین نکته باعث می‌شود تا طرفین حداکثر اغماض و گذشت خود را در ارایه‌ی پیشنهاد، بدهند تا در نتیجه، پیشنهاد سخاوت‌مندانه‌تر پذیرفته شود<sup>۳</sup>. به قسمت اخیر داوری بر اساس آخرین پیشنهاد یا داوری بیس بال نیز گفته می‌شود.

شیوه‌های مذکور فرآیندهای شناخته شده ADR هستند که در غالب مراکز اختصاصی ADR استفاده می‌شود و در مجموع پاسخ‌گویی نیازهای طرفین اختلاف در دعاوی گوناگون می‌باشند همان‌طور که در ابتدا نیز ذکر شد روش‌های ADR محدود نیستند و بر اساس ماهیت آن‌ها که مبتنی بر توافق طرفین اختلاف هستند دایما در حال زایش و تولید شیوه‌های جدید برای حل و فصل دقیق‌تر و سریع‌تر اختلافات گوناگون هستند.

#### ۶- مزایا و معایب شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات

---

۱. علی حسین، مصلحی، محسن صادقی، پیشین، ص ۱۴۱  
۲. امیر محمداسکندری، بررسی نقش تکمیلی روش‌های حل اختلاف جایگزین، روزنامه‌ی ایران، ۳۰ مرداد ۱۳۸۶.

3. Brown, S., et al., op.cit., Appendix A, p.5

۹۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

شیوه‌های ADR روش‌های هستند که به موازات روش رسیدگی قضایی در مراجع دادگستری مورد استفاده قرار می‌گیرند و با توجه به ماهیت و خصوصیتی که دارند می‌توان مزایا و معایبی را برای آن‌ها برشمرد در ادامه ابتدا مزایای شیوه‌های مزبور را بررسی کرده سپس به معایب آن‌ها اشاره می‌کنیم.

### ۱-۶- مزایای شیوه‌های ADR

آنچه باعث می‌شود یک موضوع جدید مورد استقبال مردم قرار گیرد خصوصیات مثبت آن است که نسبت به موضوعات قدیمی دارد. شیوه‌های ADR ماهیتاً خصوصیتی دارند که می‌توان آن‌ها را مثبت ارزیابی نمود و پیش‌بینی کرد همین خصوصیات مثبت در حوزه حقوق ورزش بتوانند این شیوه‌ها را به سرعت ترویج دهند به طوری که روزی شاهد باشیم بسیاری از دعاوی از طریق همین شیوه‌ها حل و فصل گردد. وجوه مثبت شیوه‌های ADR عبارتند:

#### ۱-۱-۶- تنوع شیوه‌ها

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات از این جهت که برحسب تراضی طرفین اختلاف و با در نظر گرفتن نسبی روحیات و طبیعت طرفین اختلاف ایجاد و اعمال می‌شوند بسیار متنوع‌اند. متنوع بودن شیوه‌ها ADR امکان‌پذیرترین و مناسب‌ترین شیوه را برای طرفین اختلاف فراهم می‌کند. بدیهی است همه‌ی دعاوی روش یکسانی را برای حل و فصل نمی‌طلبند و بایستی با توجه به هر اختلاف، روش مناسبی را برگزید که در کشف واقعیت و فصل خصومت مطلوب و مؤثر باشد در حوزه ورزش نیز با توجه به تنوع بسیار زیاد دعاوی، کثرت شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف یک امتیاز به شمار می‌رود.

#### ۲-۱-۶- سرعت در رسیدگی

به طور معمول اختلافات از طریق روش‌های ADR سریعتر از دادگاه و مراجع شبه قضایی حل و فصل می‌شود چرا که شیوه‌ی غالب حل و فصل اختلاف مراجعه به



شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۹۱

دادگاه و مراجع شبه قضایی است و به همین لحاظ دادگاه‌های دولتی و مراجع حل اختلاف کنونی ورزش، چه در حقوق داخلی کشورها و چه در حقوق بین المللی با تراکم کار و حجم وسیع پرونده‌ها و دعاوی روبرو هستند و از طرفی این نهادها برای حفظ و صیانت حقوق اشخاص ملزم به رعایت تشریفات خاص آیین دادرسی هستند و در نتیجه، روند حل و فصل اختلافات در مراجع دادگستری و مراجع شبه قضایی ماه‌ها و گاهی سال‌ها به طول می‌آید. در حالی که در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف تراکم دعاوی و پرونده‌ها متفی است و طرفین دعوا در توافق اولیه برای ارجاع اختلاف آیین رسیدگی را طوری انتخاب می‌کنند که در صورت امکان تشریفات زاید آیین دادرسی را نداشته باشد و از لحاظ ابلاغ اوراق و ارسال و ارایه مدارک نزد شخص ثالث بی طرف و تشکیل جلسات و سایر مسایل مرتبط با شکل رسیدگی ساده ترین و سریع ترین طریقه اعمال شود از طرفی نیز یک مرحله‌ای بودن رسیدگی و عدم امکان تجدید نظر خواهی در شیوه‌های مذکور زمان دادرسی را بسیار کوتاه تر می‌کند و روند رسیدگی به سرعت به نتیجه می‌رسد<sup>۱</sup> ضمن اینکه در اکثر شیوه‌های ADR طرفین می‌توانند برای اشخاص ثالث بی طرف جهت حل و فصل اختلاف مدت زمان مشخصی را تعیین نمایند تا در آن مدت حل اختلاف به نتیجه برسد.<sup>۲</sup>

### ۳-۱-۶- متخ‌ب بودن شخص ثالث

یکی از مهم ترین عوامل اجرایی شدن رأی از تمام محاکم، مورد وثوق بودن صادرکننده رأی یا حکم است زمانی که صادر کننده حکم دارای تخصص یا عدالت باشد طرفین اختلاف معمولاً رأی صادر شده را با رضایت خاطر اجرا می‌کنند لذا کارایی، اطمینان، سلامت نفس و درست کاری قاضی می‌تواند اصل بی طرفی را برای اصحاب دعوا به ارمغان بیاورد. طرفین اختلاف زمانی به انتخاب شخص ثالث برای حل و فصل اختلاف تراضی می‌نمایند که صفات مذکور در وی موجود باشد این در حالی

۱. یوسف، درویشی هویدا، پیشین، ص ۵۲

2. Goldberg, S.B., et al., op.cit., pp.3-12

۹۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

است که در دادگاه‌ها، طرفین اختلاف هیچ نقشی در انتخاب قاضی پرونده نداشته و اساساً از صلاحیت علمی و اخلاقی وی بی‌خبرند.

#### ۴-۱-۶- تخصص شخص ثالث

یکی دیگر از امتیازات شیوه‌های ADR این است که افراد متخصص در زمینه اختلاف به عنوان شخص ثالث بی‌طرف برگزیده می‌شوند، بدیهی است چنین شخصی با توجه به شناختی که از موضوع مورد اختلاف دارد و باتوجه به تجربه‌ای که اندوخته با در نظر گرفتن همه جوانب امر، عقیده‌ای را ابراز می‌نماید که منصفانه‌تر و نزدیک‌تر به واقع است و از سوی طرفین نیز راحت‌تر پذیرفته می‌شود. این مزیت با توجه به تنوع حوزه‌های مختلف ورزش و به تبع آن دعاوی متنوع در حقوق ورزش بسیار کارآمد و راه‌گشا است. در حالی که در دادگاه مقام رسیدگی کننده کلاً تحصیلات حقوقی دارند و در موضوعات اختلافی غالباً فاقد تخصص بوده و ناگزیر از تعیین کارشناس برای روشن شدن واقعیت هستند و جدای از این که نظر کارشناس نیز می‌تواند مورد پذیرش دادگاه قرار نگیرد و یا این که تحت تأثیر فضای حاکم بر پرونده باشد، انتخاب وی از طرف دادگاه و پرداخت هزینه‌ی کارشناسی توسط درخواست کننده شایبه‌ی مخدوش بودن بی‌طرفی را به وجود می‌آورد و کم‌تر پیش می‌آید که طرفین با رضایت به نظریه کارشناس تمکین نمایند.

#### ۵-۱-۶- تراضی طرفین در آیین رسیدگی

حل و فصل اختلاف از طریق فرآیندی با ساز و کار آیین دادرسی مدون و ثابت برای تمامی دعاوی اصولاً به منظور حفظ و صیانت حقوق آحاد مردم و با در نظر گرفتن قدر متیقن انجام می‌شود همین مسأله باعث می‌شود در دعاوی گوناگون برخی از تشریفات زاید و دست و پاگیر به نظر برسد.

در شیوه‌های ADR همه‌ی مسایل مبتنی بر تراضی و توافق طرفین است این ویژگی باعث می‌شود طرفین آیین رسیدگی مناسبی را برای حل و فصل اختلاف خود

تعیین نمایند که متناسب با نوع دعوا و انتظارات طرفین باشد در نتیجه فرآیند حل و فصل اختلاف با سهولت بیشتری جریان می‌یابد<sup>۱</sup> و مؤسسات ADR هم که آیین دادرسی مدرن دارند عموماً برخی مسایل اساسی را تدوین نموده و در مورد جزئیات راه برای تراضی طرفین در خصوص کیفیت و چگونگی شکل دادرسی باز می‌گذارند. مزیت فوق در حقوق ورزش امتیاز فوق العاده‌ای محسوب می‌شود زیرا در حقوق ورزشی موضوع اختلاف عموماً دارای عنصر بین المللی بوده و طرفین با داشتن تابعیت‌های متفاوت حاضر به تن دادن به مقررات آیین دادرسی مبتنی بر نظم عمومی دولت متبوع طرف مقابل نیستند.

#### ۶-۱-۶- درگیر نشدن با مسایل تعارض قوانین

یکی از مزایای روش‌های ADR که در حل و فصل اختلاف ناشی از روابط خصوصی بین المللی بسیار با اهمیت است درگیر نشدن با مسایل و مشکلات تعارض قوانین است ارتباط حقوقی اختلاف با چند نظام حقوقی و قوانین کشورهای مختلف و نیز عدم آشنایی طرفین دعوا با قوانین و سیستم قضایی کشورها، باعث می‌شود دادگاه‌ها برای یافتن قانون مناسب حاکم بر دعوا با مسایل پیچیده تعارض قوانین روبرو شوند و این معضل روند رسیدگی را کند و پیچیده می‌کند مخصوصاً در ورزش که استعداد و توانایی خاص افراد یک کشور نیست و عموماً در اختلافات عنصر بیگانه موجود است و کشوری را نمی‌توان یافت که در صنعت ورزش خود از نیروهای انسانی کشورهای دیگر بهرمنند نشود، گرفتاری در مساله‌ی تعارض قوانین اجتناب ناپذیر خواهد بود از این رو طرفین در صورت به کارگیری شیوه‌های ADR به جای تمکین به قوانین برآمده از قواعد حل تعارض قوانین، با انتخاب قوانین مناسب اختلاف خود را حل می‌نمایند. از طرفی هم سازمان‌های ناظر بر فعالیت‌های ورزشی می‌توانند با وضع مقررات نمونه حل اختلاف، طرفین اختلاف را در انتخاب قوانین مناسب یاری دهند.

---

1. Borne, C., Civil Litigation, 1996, London, Blackstone Press, p.399

#### ۷-۱-۶- انعطاف پذیری روند رسیدگی و منصفانه بودن تصمیمات

فرآیند رسیدگی در مراجع قضایی و شبه قضایی بسیار خشک و بی روح است و قضات ملزم به اجرای کامل آن می‌باشند و در تصمیم‌گیری نهایی نیز نص قانون را که لزوماً منطبق با عدالت و انصاف نیست مدنظر قرار می‌دهند در حالی که در شیوه‌های ADR روند دادرسی بسیار انعطاف پذیر است و با توجه به این که ناشی از توافق اولیه طرفین است، مقام ثالث بی طرف، ضمن رعایت آن، می‌تواند شخصاً یا با پیشنهاد طرفین در مواقعی که با تنگنا مواجه می‌شود زمینه توافق جدید طرفین را در مورد برخی مسایل مربوط به شکل رسیدگی فراهم کند. از طرفی شخص ثالث بی طرف، در تصمیم‌گیری و رای‌های نظریه خود می‌تواند تا حد مقدور اصل انصاف را رعایت نماید و در مواقعی که طرفین در توافق اولیه چنین اجازه‌ای داده باشند به جای استناد به قوانین موجد حق، تنها انصاف و عدالت را مدنظر قرار دهد.<sup>۱</sup> به علاوه فرآیندهای ADR همگی به گونه‌ای هستند که باید منصفانه‌ترین تصمیم، پیشنهاد شود تا مورد پذیرش طرفین اختلاف قرار گرفته و به اجرا درآید در غیر این صورت فرآیندهای بی فایده و غیر مؤثری تلقی می‌گردند.

#### ۸-۱-۶- حفظ اسرار طرفین

یکی از اصول دادرسی علنی بودن آن و دسترسی اصحاب دعوا به جزییات پرونده و لزوم تبعیت روابط طرفین از قوانین داخلی محدود کننده است و این موضوع در برخی دعاوی باشگاه و بازیکنان مطلوب نیست مخصوصاً زمانی که مقررات برخی کشورها محدودیت‌های برای مثال در میزان دستمزد و مبلغ قراردادی و... ایجاد کرده و طرفین برخلاف قوانین دستمزد بالاتری را تعیین نموده‌اند این امر گاهی طرفین اختلاف را از طرح دعوا در دادگاه باز می‌دارد اما در شیوه‌های ADR غیر علنی و محرمانه بودن اطلاعات طرفین، از جمله قواعد مشترک است<sup>۲</sup>، و مدارک و دلایل رای‌ها شده

1. Brown, S., et al., op.cit., p.6

2. Ibid.,p.21

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۹۵

مضبوط و مثبت در پرونده بوده و حتی طرف مقابل هم بدون توافق قبلی اجازه تحصیل آن‌ها را ندارد این ویژگی باعث می‌شود تا طرفین بدون دغدغه و وا همه کلیه اطلاعاتی را که به کشف واقعیت و حل موضوع کمک می‌کند، ارایه نمایند<sup>۱</sup>.

هرچند برخی از نویسندگان معتقدند که محرمانه بودن ADR باعث عدم نظارت عمومی بر جریان رسیدگی شده و از دقت و احساس مسئولیت شخص ثالث رسیدگی کننده میکاهد<sup>۲</sup> اما باید گفت طرفین اختلاف با توجه به همین ویژگی و برای جلوگیری از احتمال افشای اسرار و یا اسناد و مدارک آن‌ها رسیدگی ADR را ترجیح می‌دهند و از طرفی شخص ثالث نیز به جهت حفظ آبرو و حیثیت خود و سازمان مربوطه و کسب اعتبار و موقعیت اجتماعی بهتر، تمام تلاش خود را صرف یافتن راه حل منصفانه و عادلانه و جلب رضایت طرفین می‌نماید.

#### ۹-۱-۶- کم هزینه بودن

طرح دعوا در محاکم و رعایت تشریفات دادرسی برای طرفین دعوا هزینه‌های زیادی به همراه دارد. در روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف بر حسب نوع روش و شخص ثالث بی طرف انتخابی، هزینه‌ها متفاوت بوده و عموماً در مقایسه با دادگاه‌ها بسیار کم هزینه تر است<sup>۳</sup>

به علاوه این که با طرح دعوا در دادگاه به جهت طولانی بودن فرآیند حل اختلاف هزینه‌های جانبی زیادی به طرفین تحمیل می‌شود و گاهی اوقات خسارات‌های فراوانی به طرفین وارد می‌شود که حقیقتاً با حکم نهایی دادگاه قابل جبران نیست<sup>۴</sup> در حالی که در شیوه‌های ADR به لحاظ سرعت رسیدگی و کوتاه بودن مدت دادرسی هزینه‌های

۱. عبدالحسین شیروی، بررسی قانون نمونه‌ی آنسیترال در خصوص سازش بین المللی، اندیشه‌های

حقوقی، سال چهارم، شماره دهم، ۱۳۸۵، ص ۵۵

۲. همان

3. Brown, S., et al., op.cit., p.16

۴. ابراهام، لینکن، ناکارآمدی رسیدگی محاکم و تأکید بر ایجاد شیوه‌های جایگزین به نقل از مصلحی،

علی حسین؛ محسن، صادقی، پیشین، ص ۱۲۲

۹۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مذکور به حداقل می‌رسد.

#### ۱۰-۱-۶- حفظ روابط حسنه طرفین اختلاف

در اکثر موارد طرفین اختلاف پس از رفع اختلاف مجدداً بایستی در کنار هم به فعالیت خود ادامه دهند در چنین مواردی طرفین تمایل دارند که اختلاف شان به گونه ای حل شود که به حسن روابط موجود لطمه وارد نشود و روابط آتی تحت تأثیر جریان حل و فصل اختلاف قرار نگیرد.<sup>۱</sup> در فرآیند رسیدگی دادگاه، فضای حاکم بر روابط طرفین خشک و ناملایم و به عبارتی خصمانه است و برای اشخاصی که در آینده قرار است با یکدیگر کار کنند یا در معرض ارتباط با هم قرار دارند چنین وضعیتی مناسب و مطلوب نخواهد بود در حالی که در شیوه‌های ADR فضای حل و فصل اختلاف مسالمت آمیز و دوستانه است و روابط طرفین، حسنه باقی خواهد ماند و چه بسا مستحکم‌تر می‌شود.

#### ۱۱-۱-۶- حل و فصل ریشه‌ای اختلاف

در شیوه‌های ADR پس از ابلاغ تصمیم نهایی به طرفین، آن‌ها در صورت پذیرش آن را مکتوب نموده و به اجرا می‌گذارند. تصمیمات شخص ثالث بی طرف زمانی مورد قبول طرفین اختلاف قرار می‌گیرد که با بررسی دقیق موضوع، راه حل منصفانه و عادلانه‌ای پیشنهاد شده باشد همین امر باعث می‌شود تا طرفین ضمن تمکین به آن، اختلافات را کنار گذارند در حالی که در فرآیند رسیدگی دادگاه به دلیل منصفانه نبودن حکم نهایی، گاهی اوقات دعاوی و شکایات دنباله دار مطرح می‌شود که همگی ریشه در عدم حل و فصل مبنایی قضیه دارد.

#### ۱۲-۱-۶- پیشگیری از بروز اختلاف

برخی از شیوه‌های ADR این مزیت را دارند که حتی در مواقعی که اختلافی

---

۱. مرتضی یوسف زاده، کشف حقیقت یا فصل خصومت، مجله‌ی قضاوت، شماره ۳۵

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۹۷

حادث نشده و برای تکمیل قرارداد یا تجدید نظر در آن یا تفسیر نقاط مبهم آن و یا مسایل مستحدثه در ضمن کار، استفاده شوند<sup>۱</sup>. برای طرح دعوا در دادگاه، دعوا باید منجز، جزمی و موجود باشد و به دعاوی احتمالی رسیدگی نمی شود در حالی که در برخی از شیوه های ADR از جمله مذاکره می توان با رسیدگی به موضوع زمینه توقف اجرای قرارداد و بروز اختلاف را متفی نمود.

### ۱۳-۱-۶- کاهش اطلاع دادرسی

در صورت رجوع به شیوه های ADR ارجاع دعاوی به دادگستری و کمیته های انضباطی کاهش چشم گیری می یابد که این امر خود موجب افزایش فرصت و دقت قضات رسیدگی کننده و در نتیجه کاهش اطلاع دادرسی خواهد شد. کاهش اطلاع دادرسی در کشورهای در حال توسعه که سیستم قضایی نامناسبی دارند و آمار طرح دعوا در دادگستری های آنها بسیار بالا است می تواند کمک شایانی به اجرای عدالت و نیز رضایتمندی مردم از سیستم قضایی کشورها نماید. و با توجه به این که در تمام کشورها فعالیت های ورزشی انجام می شود، در صورت گسترش شیوه های ADR در حقوق ورزش، شاهد الگو برداری از این روش ها در سیستم قضایی کشورهای در حال توسعه خواهیم بود.

### ۲-۶- معایب شیوه های ADR

در کنار مزایای بی شمار شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف معایبی نیز بر آنها مترتب است که باعث عدم استقبال برخی از اصحاب دعوا می شود که ذیلاً به تشریح آنها می پردازیم.

### ۱-۲-۶- الزام آور نبودن

مهم ترین عیب شیوه های ADR الزام آور نبودن این شیوه هاست<sup>۲</sup> این خصوصیت

۱. یوسف، درویشی هویدا، پیشین، ص ۵۲

2. Newman, P., op.cit., pp.11-12

همان طور که قبلاً ذکر شد از ویژگی‌های اساسی و اصلی شیوه‌های مزبور است و بر همین اساس داوری الزام آور از شمول شیوه‌های مورد بحث خارج است. الزام آور نبودن شیوه‌های ADR از این جهت عیب به شمار می‌آید که طرفین اختلاف در پروسه‌ای شرکت می‌کنند که با وجود صرف هزینه و وقت و انحراف از شیوه معمول حل و فصل اختلاف (رسیدگی در دادگاه) از به ثمر رسیدن نتیجه تلاش خود اطمینان ندارند و هیچ ضمانت اجرایی برای تصمیم نهایی شخص ثالث بی طرف نمی‌بینند.<sup>۱</sup> و چه بسا پس از مدت زمان معین برای حل و فصل اختلاف شخص ثالث بی طرف به نتیجه نرسد یا تصمیم وی را که جنبه توصیه‌ای دارد یکی از طرفین یا هر دو نپذیرند در چنین حالتی علاوه بر تأخیر در طرح دعوا در محاکم، هزینه‌ی اضافی و هدر رفتن وقت به طرفین تحمیل می‌شود.

اما باید توجه داشت که اولاً طرفین می‌توانند تمام هزینه‌های لازم برای رسیدگی در مرجع ADR را ابتدا نپرداخته و پرداخت قسمتی از آن را موقوف به حل و فصل موفقیت آمیز اختلاف نمایند، ثانیاً الزام آور نبودن تصمیم شخص ثالث باعث می‌شود تا وی حداکثر دقت و همت خود را معطوف رسیدگی، کشف واقع و ارایه بهترین و منصفانه‌ترین پیشنهاد نماید به طوری که طرفین (و حتی شخص محکوم) احساس نمایند در فرآیند رسیدگی به اختلاف در دادگاه نیز در بهترین حالت ممکن تصمیمی عادلانه‌تر اتخاذ نخواهد شد و از این طریق شخص ثالث ضمن کسب اعتبار برای خود و مؤسسه‌ای که تحت آن فعالیت می‌کند زمینه دریافت تمام هزینه‌های وارده را هم فراهم می‌سازد.<sup>۲</sup> از طرفی نیز اگر قرار باشد تصمیم نهایی فرآیندهای مزبور مورد ارزیابی طرفین قرار گیرد در صورت پذیرش آن عموماً اجرا می‌شود و اشخاص هم با احساس آرامش حاضر به اعمال شیوه‌های مذکور می‌شوند. البته پس از امضای توافق

۱. علی حسین، مصلحی، محسن صادقی، پیشین، ص ۱۴۹

2. Spurr, S.J., The Role of Nonbinding Alternative Dispute Resolution in Litigation, 2000, Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 42, pp.75-96



شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۹۹

نامه نهایی حاوی نظر شخص ثالث، حتی در صورت استنکاف یکی از طرفین اجرای آن به مثابه قرارداد در محاکم قابل درخواست خواهد بود که در این صورت دادگاه فقط دستور به اجرای توافق نامه مذکور داده و مجاز به رسیدگی ماهوی به اختلاف اولیه نخواهد بود لذا زمان صرف شده طرفین نیز در این فرض به هدر نخواهد رفت. از طرف دیگر باید بیان کرد زمانی که طرفین با توجه به وجدان و درک جایگاه والای انسانی خویش، اختلاف خود را به شیوه های ADR ارجاع می دهند تا حد ممکن در جهت حل و فصل شدن اختلاف از خود گذشت نشان خواهند داد.

#### ۲-۲-۶- غیر علنی و محرمانه بودن

این ویژگی در عین حال که می تواند از جهاتی مزیت محسوب گردد از جهاتی هم به عنوان عیب محسوب شده است، روند رسیدگی در دادگاه علنی است و همین ویژگی باعث می شود تا نظارت عمومی در کنار نظارت خاص مراجع ناظر سلامت و صحت آراء را تضمین نماید. عده ای معتقدند فقدان نظارت عمومی و غیر علنی بودن این امکان را فراهم می نماید تا زمینه های مخدوش شدن استقلال و بی طرفی شخص ثالث ایجاد گردد<sup>۱</sup>. به نظر می رسد این ایراد وارد نباشد چرا که در صورت مخدوش شدن بی طرفی شخص ثالث و ارایه ی پیشنهاد جانب دارانه به نفع یکی از طرفین، طرف دیگر ملزم به پذیرش آن نیست و چنین امری تنها به مخدوش شدن وجه شخص ثالث و سازمان یا مؤسسه ی متبوع وی منجر می شود.

#### ۳-۲-۶- قابل تدوین نبودن شیوه های در چهارچوب حقوقی

از موارد دیگر که به عنوان عیب شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف مطرح شده آن است که این شیوه ها نمی تواند به عنوان ساختار حقوقی مشخص و مدون تعریف شود و به لحاظ محرمانه بودن نتیجه ی فرآیندهای ADR و غیرعلنی بودن رسیدگی، نمی تواند در موارد مشابه بکار گرفته شود و از این جهت عیب مذکور در

---

۱. همان

۱۰۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

نظام کامن لا بیشتر خود نمایی می‌کند.<sup>۱</sup>

این موضوع از این جهت کاستی محسوب می‌شود که مراجعه کنندگان با قوانین و قواعد مدرن و ثابتی روبرو نیستند و هر مرجع ADR قواعد خاصی دارد این امر می‌تواند از جهتی مزیت محسوب شده و طرفین را در انتخاب چهار چوب حل اختلاف آزاد گذارد از جهت دیگر سازمان‌های ناظر بر فعالیت‌های ورزشی می‌توانند قواعد و مقررات نمونه برای هر یک از شیوه‌های حل و فصل اختلاف در حقوق ورزش وضع کنند و طرفین مختار در توسل به آن‌ها باشند. در واقع انتخاب قانون و مقررات از جانب طرفین اختلاف از ویژگی‌های شیوه‌های ADR است که باید همواره با این شیوه‌های همراه باشد. زیرا این شیوه‌ها ابزار برقراری انصاف هستند نه ابزار قانونی برای عدالت و در نتیجه با توجه به شرایط و موقعیت‌های مختلف نتایج متفاوتی خواهند داشت که منصفانه و معقول است.

#### ۷- محدودیت در حل و فصل اختلاف از طرق شیوه‌های ADR

در حوزه‌های عمومی دعاوی مرتبط با نظم عمومی یا خلاف اخلاق حسنه و قواعد آمره بر طبق قوانین اساسی اکثر کشورها تنها از طریق مراجع قضایی عمومی یا دولتی و حکومتی قابل رسیدگی هستند.

این امور جزء خطوط قرمز هر حکومتی هستند که حکومت اجازه دخالت سازمان‌ها یا مراکز خصوصی را در آن نمی‌دهند هر چند در زمینه قضاوت و حل و فصل اختلاف باشد آن دسته از دعاوی حقوقی که مرتبط با جرم و مسایل کیفری هستند و قابل تفکیک نمی‌باشند غالباً در زمره دعاوی فوق قرار نمی‌گیرند اما آن چه مبرهن است این است که در محیط حقوق ورزش غیر از جرایم ارتكابی در این حوزه کمتر موضوعی وجود دارد که مشمول نظم عمومی باشد جرایم محیط حقوق ورزش را نیز نمی‌توان جزء حقوق ورزش دانست زیرا در ورزش تنها اعمالی جرم تلقی می‌گردند که افراد این اعمال را خارج از مقررات و ضوابط ورزشی رشته‌های مختلف انجام می‌دهند لذا مانند

---

1. Brown, S., et al., op.cit., p21

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۱۰۱

امور عمومی جرم محسوب می شود و در قلمرو ورزش قرارداد آن ها با تردید جدی مواجه است. این در حالی است که طبق مقررات فدراسیون های اکثر کشورها، رسیدگی به جرایم عمومی در محیط ورزش نیز بر عهده دادگستری و تابع قوانین و مقررات عمومی است.

از موارد دیگر مناسبت نبودن ارجاع اختلاف به شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف نابرابر بودن قدرت چانه زنی طرفین است در مواردی که قدرت طرفین اختلاف تفاوت فاحشی با هم دارد این امر خطر سوء استفاده طرف قوی را به همراه خواهد داشت. در این موارد طرف ضعیف می تواند در مرحله امضای توافق نامه از امضای آن خودداری کرده و موضوع را به مراجع دیگر ارجاع دهد هر چند طرف قوی می تواند با تحت فشار گذاشتن طرف ضعیف او را وادار به امضای توافق نامه نماید.

### نتیجه گیری

دامنه محیط ورزشی در حال حاضر گسترش چشم گیری یافته و هر روز بر اهمیت این محیط افزوده می شود و متعاقب آن تبدیل صنعت ورزش به صنعتی سرمایه خیز، باعث شده تضاد و تعارض منافع اشخاص مرتبط با امور ورزشی، رشد روز افزونی داشته باشد که این امر سبب ناامن شدن محیط ورزشی شده و ضرورت وجود فرآیند مطمئن، سالم و رضایت بخش را نمایان می سازد. در این راستا اقداماتی از طرف دولت ها و سازمان های تنظیم کننده و ناظر بر فعالیت های ورزشی مانند؛ تشکیل کمیته های انضباطی، تشکیل دادگاه عالی حکمیت برای ورزش و... صورت گرفته ولی باید اذعان داشت که این اقدامات جواب گوی دعاوی بی شمار محیط ورزشی نیست و توسل به شیوه های کارآمد و مناسب با محیط ورزشی ضرورتی اجتناب ناپذیر است. شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات فرآیندهای هستند که همگی واجد سه رکن خصوصی بودن، مبتنی بر اراده ی طرفین و غیر الزام آور بودن می باشند و می توانند به عنوان جایگزین شیوه های متداول حل و فصل اختلافات یعنی رسیدگی قضایی در

۱۰۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

مراجع دادگستری و کمیته‌های انضباطی، مورد استفاده قرار گیرند و طرفین با امضای توافق نامه‌ی نهایی، جنبه الزامی به آن داده و اجرای آن نیز با مشکل مواجه نخواهد شد. داوری علی رغم این که شباهت‌های زیادی با فرآیندهای جایگزین دارد چون خصیصه الزام آور را همراه دارد در زمره شیوه‌های ADR قرار نمی‌گیرد و به همراه رسیدگی قضایی مراجع دادگستری به عنوان راه کارهای نهایی و اصلی در کنار شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف مطرح می‌شوند تا در صورت عدم دست یابی به نتیجه مورد توافق طرفین توسط آن‌ها به کار گرفته شوند.

شیوه‌های جایگزین با دارا بودن مزایایی از قبیل تنوع روش‌های حل اختلاف، سرعت در رسیدگی، انتخاب شخص ثالث توسط طرفین، تخصص افراد ثالث منتخب، انعطاف پذیری و رعایت انصاف در تصمیمات، حفظ اسرار، حفظ روابط حسنه قراردادی طرفین، حل و فصل ریشه ای اختلاف، فقدان مشکلات رسیدگی قضایی در مراجع دادگستری به ویژه اطالاه‌ی دادرسی، عدم تخصص قضات و تحمیل قهری آرای صادره به طرفین اختلاف بدون در نظر گرفتن انصاف، می‌تواند به سرعت و به طور گسترده مورد اقبال اصحاب دعوا قرار گرفته و محیط ورزشی را جذاب‌تر نمایند. به کار گیری این شیوه‌ها کارایی، اطمینان، سلامت نفس و درست کاری شخص ثالث را نیز به همراه خواهد داشت.

معایب بر شمرده برای این شیوه‌ها به نحوی که در محیط‌های دیگر موجود است، در محیط ورزشی به خاطر ماهیت خاص این محیط و اداره و نظارت بر فعالیت‌های ورزشی از طرف سازمان‌های تخصصی و مستقل، وجود ندارد و در حقوق ورزشی با توجه به پتانسیل بالای محیط ورزشی، می‌توان با به کار گیری این فرآیندها حقوق ورزش را امن‌تر و جذاب‌تر از پیش آرا است.

بسترهای لازم به کارگیری شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف را می‌توان در چند مورد کلی خلاصه نمود اولین مقدمه که برای ترویج این شیوه‌ها، اطلاع رسانی و فرهنگ سازی است فراهم نمودن این بستر بر عهده دولت‌ها و سازمان‌های ناظر بر

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش.....۱۰۳

فعالیت های ورزشی است؛ دومین مقدمه آموزش تخصصی انواع فرآیندهای ADR است و بایستی افرادی که در نقش ثالث بی طرف ظاهر می شوند مهارت های لازم را کسب نمایند، لذا در این زمینه باسیتی با تدارک رشته های جدید دانشگاهی و ایجاد دانشگاه های ویژه، زمینه های پرورش برخی از افراد را فراهم نمایند این امر نیز می تواند از طرف دولت ها و سازمان های ناظر بر فعالیت های ورزشی فراهم شود، مورد دیگر جواز به کارگیری و گسترش شیوه های جایگزین است و دولت ها باید در حد امکان و تا مرز عدم مقابله مقررات آمره و قانون اساسی با به کارگیری شیوه های ADR، به توافق طرفین در زمینه حل و فصل اختلاف خود احترام قایل و مراجعه ی طرفین به مؤسسات ADR را نیز همانند رجوع به داوری تجویز نماید و سازمان های ناظر بر فعالیت های ورزشی نیز با تصویب قوانین و مقررات لازم چنین رویکردی را در پیش بگیرند. بسترهای لازم دیگر عبارتند از: حمایت مادی از ایجاد مراکز و مؤسسات ADR در محیط ورزشی، ایجاد اعتماد و اطمینان عمومی به مؤسسات ADR، پیش بینی شروط مقدماتی رجوع به شیوه های ADR در قراردادهای فرم، تشکیل کانون های مستقل بین المللی ADR، حمایت از استفاده کنندگان شیوه های ADR با وضع مقررات برای اعتبار توافق نامه های امضا شده و مقرر نمودن دادرسی فوری در این موارد، چند مرحله نمودن پرداخت هزینه های فرآیند ADR و...

۱۰۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

## منابع فارسی

۱. اسکندری، امیر محمد؛ بررسی نقش تکمیلی روش‌های حل اختلاف جایگزین، روزنامه ایران، ۳۰ مرداد ۱۳۸۶.
۲. توسلی جهرمی، منوچهر؛ نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی؛ مجله حقوقی، شماره ۲۶، ۲۷، سال ۱۳۸۱.
۳. درویشی هویدا، یوسف؛ شیوه‌های جایگزین و غیر قضایی حل و فصل اختلافات، مجله قضاوت، شماره ۳۲.
۴. دووریز هنری؛ داوری تجاری بین المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۱، ۱۳۷۷.
۵. رنه داوید؛ مفهوم و نقش داوری در بازرگانی بین المللی، ترجمه سید حسین صفایی، مجموعه مقالات راجع به حقوق بین الملل و داوری‌های بین المللی، تهران، میزان، ۱۳۷۵.
۶. زرکلام، ستار؛ مزایا و معایب میانجی‌گری - داوری؛ مجله کانون وکلا، شماره ۴۱، ۱۳۷۹.
۷. شیروی، عبدالحسین؛ بررسی قانون نمونه آنسیترال در خصوص سازش بین المللی، اندیشه‌های حقوقی، سال چهارم، شماره دهم، ۱۳۸۵.
۸. مصلحی، علی حسین؛ صادقی، محسن؛ نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، نامه مفید، شماره ۴۶، سال ۱۳۸۳.
۹. یوسف زاده، مرتضی؛ کشف حقیقت یا فصل خصومت، مجله قضاوت، شماره ۳۵.
۱۰. ویل دورانت، تاریخ تمدن ج ۱، (مشرق زمین در گاهواره تمدن)، ترجمه امیر حسین آریان پور و همکاران، تهران؛ انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۸.

### منابع لاتین

1. Brown, S., et al., Alternative Dispute Resolutions Guide, 1998, Washington, Technical Publication Series, Appendix A.
2. Donah, S., International Mediation and Arbitration, 1997, International Law Journal, Vol 47, p.275
3. Goldberg, S.B., et al., Dispute Resolution :Negotiation ,Mediation ,And Other Processes, 1992, New York, Brown and Company, 2d Edition.
4. Goldsmith, J.C., ICC Group Report on ADR , 1993, American Review of International Arbitration.
5. Lester, E. and C. Frand, The Mini Trial : An Alternative Dispute Resolution Procedure, 1987, Arbitration.
6. Newman, P., Alternative Dispute Resolution, CTL, 1999, London, Professional Publishing Ltd.
7. Sourdin, L., Alternative Dispute Resolution, 2000, Australia, Thompson.
8. Spurr, S.J., The Role of Nonbinding Alternative Dispute Resolution in Litigation, 2000, Journal of Economic Behavior & Organization ,Vol. 42.
9. Universal Lawseries, Arbitration & ADR , 2005, London, Maxwell.





تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۱۰۷ تا ۱۲۸

## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت

سمیراسادات میرسمیعی\* علیرضامیلانی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۲/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۰۲/۱۳

### چکیده:

این مقاله به بررسی عوامل موثر بر تکرار جرم مددجویان دختر و پسر کانون اصلاح و تربیت تهران تمرکز دارد. هدف اصلی، بررسی تاثیر عوامل فردی و اجتماعی بر تکرار جرم اطفال و نوجوانان می باشد.

در چارچوب نظری این تحقیق علاوه بر بیان ماهیت جرایم تکراری توسط اطفال و نوجوانان، از نظریه های برچسب زنی، آنومی و معاشرت ترجیحی استفاده گردیده است. قسمت بالینی تحقیق نیز به شیوه پیمایشی و با استفاده از ابزار پرسش نامه محقق ساخته انجام گرفته است. اطلاعات جمع آوری شده با استفاده از آمار توصیفی و استنباطی و به وسیله نرم افزار SPSS مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

براساس نتایج این پژوهش می توان برای پیش گیری و کاهش تکرار جرم و بازگشت مجدد نوجوانان آزاد شده به کانون، با اجرای اصولی تفکیک مددجویان، ارائه خدمات مالی و غیر مالی از طریق مرکز مراقبت بعد از خروج، پذیرش مددجویان آزاد شده از سوی خانواده، دوستان و نهادهای رسمی و غیر رسمی و جلوگیری از طرد آنان اقدام موثری انجام داد.

**واژگان کلیدی:** تکرار جرم - مددجو - کانون اصلاح و تربیت

---

\* کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز.

\*\* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اسلام شهر

## مقدمه

اطفال و نوجوانان به عنوان اصلی ترین و مهم ترین منابع انسانی به شمار می روند و امروزه نسل جوان که قسمت اعظم جمعیت هر کشور را تشکیل می دهند، بیش از همه سطوح سنی، مورد توجه و عنایت کارشناسان اجتماعی و جرم شناسان بوده و بیشترین مطالعاتی که صورت می گیرد، متمرکز بر اصلاح رفتار این گروه خاص و مصروف بازیافت عوامل موثر در انحراف این گروه سنی است. به هر حال جوان بودن جمعیت یک جامعه، طیف وسیعی از مشکلات و مسئولیت های خاص را پیش روی آن جامعه قرار می دهد. از جمله مهم ترین این مشکلات مساله ی بزه کاری مکرر افراد جوانی است که به دلایل گوناگون در حالت تعارض با قانون قرار می گیرند. این نابهنجاری و بزه کاری در اطفال و نوجوانان، معلول عوامل فردی و اجتماعی بسیاری است. عواملی هم چون شخصیت والدین، سلامت روانی و جسمانی آنها، شیوه های تربیتی اعمال شده در داخل خانه، شغل و تحصیلات والدین، وضعیت فرهنگی و اقتصادی آنها، محل سکونت و ده ها متغیر دیگر در سلامت روانی و جسمانی نوجوانان و آینده ی شغلی و تحصیلی آنها اهمیت بسیار زیادی دارد.

وقتی نوجوان برای اولین بار مرتکب جرم می شود، غالباً علاوه بر شرم و پشیمانی، ترسی را نسبت به اعمال مجازات و زندانی شدن احساس می کند. بدین ترتیب نخستین تجربه ی زندان برای نوجوان بسیار دشوار است. به طوری که معمولاً توانایی برقرار نمودن ارتباط با سایر نوجوانان زندانی را نداشته و گوشه گیر می شود. سرانجام فرد زندانی بعد از گذشت مدت زمانی، خصوصاً اگر ارتباطش در این مدت با والدین و خانواده اش کم باشد، خود را طرد شده از خانواده و جامعه احساس می کند و با هماهنگ نمودن رفتار خود با سایر مددجویان، سعی در برقراری ارتباط با آنها نموده و به صورت عضوی از آنها در می آید.

نهایتاً نوجوان پس از آزادی از زندان، به حمایت مالی، روحی و روانی ویژه ای نیاز دارد و این در حالتی است که نه تنها علل اولیه ای که منجر به بزه کاری او شده اند از

علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت..... ۱۰۹

بین نرفته‌اند، بلکه علل ثانویه‌ای نیز به آن‌ها اضافه شده‌اند که شناخت آن‌ها برای حل مساله بزه کاری مکرر نوجوانان ضروری است. بنابراین برای شناخت علت‌های موثر در تکرار جرایم اطفال و نوجوانان و به تبع آن دست‌یابی به راه‌های پیش‌گیری از تکرار جرم آن‌ها این سوالات مطرح می‌شود که جرایم تکرار شده اطفال و نوجوانان دارای چه طبیعت و انواعی است؟ چه ارتباطی میان عوامل فردی و درونی با تکرار جرم اطفال و نوجوانان وجود دارد؟ چه ارتباطی میان عوامل اجتماعی و بیرونی با تکرار جرم اطفال و نوجوانان وجود دارد؟

به این ترتیب مهم‌ترین اهداف این تحقیق عبارت‌اند از:

- شناخت انواع جرایمی که بیشترین تکرار را از ناحیه اطفال و نوجوانان دارا می‌باشند.

- شناخت عوامل موثر بر تکرار جرم و شرایطی که زمینه بازگشت مجدد مددجویان را به کانون فراهم می‌کند.

## ۱- چهارچوب نظری

در اجرای این تحقیق، نظریه‌های مرتبط با تکرار جرم و ماهیت جرایم تکرار شده توسط اطفال و نوجوانان مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

### ۱-۱- نظریه‌های برجسب زنی، آنومی و معاشرت ترجیحی

نظریه‌ی برجسب زنی ادعا دارد که کلید فهم رفتار قانون شکنانه در نحوه‌ی واکنش نهادهای اجتماعی از قبیل خانواده، مدرسه و دستگاه عدالت کیفری در برابر رفتارهای نابهنجار نهفته است. این گروه‌های اجتماعی انحراف را با ساختن قواعدی که تخطی از آن‌ها زیرساز انحراف است و با بکار بستن این قواعد در مورد افراد خاص و برجسب بیگانه زدن به آن‌ها پدید می‌آورند.<sup>۱</sup> همین که برجسب مجرم بودن از سوی افراد جامعه

---

۱. توماس ال، وینفری، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه رضا افتخاری، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه

۱۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

و خانواده نوجوان بکار برده می شود، برچسب های دیگر را تحت شعاع قرار می دهد؛ به گونه ای که پس از آن، ممکن است چنین شخصی به خاطر افکار جامعه درباره مجرمان، به سوی نقش های مجرمانه کشیده شود.<sup>۱</sup>

نظریه نابهنجاری روی شیوه ای که جامعه ساختار بندی شده و این که چگونه این ساختار در خدمت ایجاد انحراف در درون جامعه در می آید، متمرکز شده است. نابهنجاری یا آنومی زمانی رخ می دهد که از هم گسیختگی شدیدی بین هنجارها و اهداف فرهنگی و توانایی های اجتماعی شکل یافته برای اعضای گروه ها جهت دست یابی آن ها وجود داشته باشد.<sup>۲</sup> بنابراین نوجوانان ناامید، با شکست در به کارگیری ساختارهای فرصتی قانونی، به راه های غیر قانونی برای رسیدن به اهداف شان روی آورده و مجدداً به سمت و سوی بزه کاری سوق پیدا می کنند.

نظریه معاشرت ترجیحی، رفتار بزه کارانه را در قالب تماس یا معاشرت با گروه یا محیط های اجتماعی خاص بررسی می کند. اهمیت نظریه معاشرت ترجیحی در رابطه ی با اطفال و نوجوانان از آن جهت است که آن ها دوره سنی حساسی را طی می کنند و تاثیر پذیریشان از گروه هایی که با آن ها دارای معاشرت هستند مخصوصاً گروه های هم سالان بسیار بالاست؛ بنابراین دوری آن ها از گروه های پر خطر موجبات جلوگیری از تکرار جرم شان را فراهم می آورد. یکی از این گروه ها، محیط کانون و معاشرت با سایر مددجویان می باشد که اغلب یادگیری شگردهای مجرمانه در بین گروه های افراد زندانی اتفاق می افتند.

## ۲-۱- ماهیت جرایم تکرار شده از ناحیه اطفال و نوجوانان

---

آزاد اسلامی، ۱۳۸۸ص ۳۰۰.

۱. جرج، ولد، توماس، برنارد، جفری، اسنیپس، جرم شناسی نظری، ترجمه علی شجاعی، چاپ اول،

تهران، نشر سمت، ۱۳۸۰ص ۳۰۲

۲. حسین، غلامی، بررسی حقوقی- جرم شناختی تکرار جرم، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷

ص ۱۷۵.

## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت..... ۱۱۱

از پرتکرارترین جرایم نوجوانان می‌توان به سرقت، دعوا و درگیری، جرایم مربوط به مواد مخدر و رابطه‌ی نامشروع اشاره نمود که با نگاهی به جرایم نوجوانان مددجوی کانون اصلاح و تربیت متوجه می‌شویم که اکثریت پسران مددجو برای جرایم سرقت، دعوا و مواد مخدر، و اکثریت دختران مددجو به علت فرار و رابطه‌ی نامشروع، مجدداً به محیط زندان بازگشته‌اند.

مطابق یافته‌های این پژوهش، سرقت با ۳۶ درصد بیشترین جرم ارتكابی مددجویان را تشکیل می‌دهد که در اغلب موارد به وسیله‌ی تشویق دوستان صورت می‌گیرد. در بین سارقین جوان، توانایی دزدی نوعی مطرح شدن و ابراز وجود است. البته وقتی مرتکب شدند، بعدها جاذبه‌هایی مانند راحت طلبی، سهولت و فراوانی درآمد، احساس قرار گرفتن در مسیری بدون بازگشت، نومی‌دی نسبت به آینده، عدم برخورد و مقابله مناسب با وی و ترسی که همیشه با آن‌ها همراه است باعث تداوم راه آن‌ها می‌شود.<sup>۱</sup>

پس از سرقت، دعوا و درگیری با ۱۹/۲ درصد از بیشترین جرایم ارتكابی مددجویان می‌باشد. ایراد ضرب و جرح به دلایل مختلفی هم چون رقابت‌های تحصیلی و احساسی، در بین اطفال و نوجوانان ۱۶ تا ۲۰ ساله فراوان دیده می‌شود. در این درگیری‌ها به دلیل آن که کودکان و نوجوانان در حال خشم و غضب برای انتقام کشیدن حدی قایل نیستند و عواقب وخیم اعمال خود را درک نمی‌کنند و هم چنین به واسطه‌ی قدرت جسمی، نزاع عادی بین آن‌ها اغلب به نقص عضو و قتل منجر می‌شود.<sup>۲</sup>

از دیگر جرایمی که بسیار توسط نوجوانان تکرار می‌شود جرایم مربوط به مواد مخدر است. ۱۳/۸ درصد از مددجویان تحت مطالعه مرتکب جرایم مربوط به مواد مخدر شده‌اند. پژوهش‌ها حاکی از آن است که بیش از ۹۰٪ مصرف‌کنندگان، مواد مخدر را در نوجوانی آغاز می‌کنند و شروع زودرس، خطر مصرف بیشتر، مستمرتر و

۱. علی اصغر، قربان حسینی، جرم شناسی و جرم یابی سرقت، چاپ دوم، مشهد، نشر جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۸۱ ص ۳۵.

۲. هوشنگ، شامبیاتی، بزهکاری اطفال و نوجوانان، چاپ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۹ ص ۱۳۴.

۱۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

استفاده از مواد مخدر خطرناک تر را افزایش می دهد و نوجوان را در معرض خطرات عدیده دیگر از جمله ارتکاب جرم قرار می دهد.<sup>۱</sup>

از دیگر جرایم شاخص در بین اطفال و نوجوانان، رابطه ی نامشروع و در مواردی تجاوز به عنف می باشد که با ۸/۳ درصد در میان مددجویان مورد مطالعه پس از جرایم مربوط به مواد مخدر قرار دارد. این نوجوانان که در سنین پایینی هستند امکان ازدواج برایشان فراهم نمی باشد، بنابراین برای فرو نشاندن غرایز خود، دست به آزار و اذیت و تجاوز به عنف می زنند و یا این که به هم جنس بازی با دوستان خود می پردازند. مددجویان دختر نیز که غالباً به جرم رابطه نامشروع دستگیر شدند ابراز داشتند که رفتار نامناسب والدین موجب فرار آن ها از منزل شده و به علت مشکلات مالی و عاطفی به ارتباطات نامشروع روی آورده اند.

برخی از موارد نیز وجود دارند که گرچه بزه محسوب نمی شوند اما به مثابه ی زنگ خطری نشان دهنده حالات خطرناک در اطفال و نوجوانان هستند. از جمله حالات خطرناک که غالباً منجر به بزه کاری و تکرار آن می شوند می توان به تشکیل گروه های بزه کاری، فرار از خانه و ترک تحصیل اشاره نمود.

آن چه مسلم است تشکیل گروه در میان اطفال و نوجوانان الزاماً هدفمندی ارتکاب جرایم را در مرحله اول جستجو نمی کند ولی وقوع حوادثی از جمله برخورد با پلیس، مصرف مواد مخدر، سرقت های کوچک، ممکن است موجب یک استحالته تدریجی در گروه و سازمان یافتگی آن شود.<sup>۲</sup>

فرار از منزل و قطع رابطه با والدین نیز، کودکان را از فضای خانوادگی مطلوب محروم کرده و نیازهای زیستی مثل خوراک و مسکن، وی را تحت فشار قرار می دهد و

---

۱. محمود، مهدوی، اطفال و نوجوانان در معرض خطر، رساله دکتری جزا و جرم شناسی، ۱۳۸۸ ص ۱۱۳.

۲. علی، نجفی توانا، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ اول، تهران، نشر آموزش و سنجش، ۱۳۸۵ ص ۶۶

علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت..... ۱۱۳

ناگزیر برای تامین آنها سمت راه‌های امرار معاش غیر قانونی کشیده می‌شود.<sup>۱</sup> هم چنین کودکی که ترک تحصیل می‌کند ساعاتی را که صرف حضور در مدرسه می‌نمود تبدیل به ساعات فراغت او می‌شود که در مثبت‌ترین صورت کودک را به طور زودرس درگیر کار می‌کند و در وضعیت نامطلوب این اوقات تبدیل به اوقات بطلالت کودک گردیده، وی را در معرض انحرافات قرار می‌دهد.<sup>۲</sup>

## ۲- چهارچوب عملی

### ۲-۱- فرضیه‌ها

با توجه به مباحث فوق در تحقیق حاضر فرضیه‌های زیر مطرح شده است:

- ۱- ماهیت جرایم تکرار شده اطفال و نوجوانان بیشتر مبتنی بر خشونت است.
- ۲- میان عوامل فردی و درونی با تکرار جرم از ناحیه اطفال و نوجوانان رابطه گسترده‌ای وجود دارد.
- ۳- میان عوامل اجتماعی و بیرونی با تکرار جرم از ناحیه اطفال و نوجوانان رابطه معناداری وجود دارد.

### ۲-۲- روش تحقیق

روش تحقیق در این پژوهش توصیفی پیمایشی است و از نظر تاثیر متغیرها بر یکدیگر یک پژوهش علمی محسوب می‌شود. برای جمع آوری اطلاعات مورد نیاز در این تحقیق علاوه بر مطالعات کتابخانه‌ای، در مرحله میدانی به منظور جمع آوری داده‌های مورد نیاز از پرسش نامه استفاده شد. پرسش نامه‌ی مورد نظر محقق ساخته بوده که حاوی ۴۰ سوال در رابطه با ۵ فرضیه‌ی تحقیق می‌باشد. جامعه‌ی مورد مطالعه ۱۰۹ نفر از مددجویان دختر و پسر کانون اصلاح و تربیت استان تهران در سال ۱۳۹۱

---

۱. محمود، مه‌لوی، پیشین، ص ۱۸۱.

۲. همان، ص ۲۱۳.

۱۱۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

می‌باشند که ۵۵ نفر از آنان را مددجویانی تشکیل می‌دهند که مرتکب تکرار جرم شده‌اند و ۵۴ نفر مابقی از مددجویانی می‌باشند که برای بار اول جرم انجام داده‌اند.

### ۲-۳- عوامل موثر بر بروز تکرار جرم

عوامل جرم‌زا پدیده‌ای ناشی از وضع جسمی یا روانی و یا محیطی‌اند که در پیدایش جرم‌ها نقش مهمی را ایفا می‌نمایند. این عوامل عناصری عینی هستند که در ایجاد پدیده مجرمانه دخالت می‌کنند و نقش مهمی در پیدایش جرم دارند، اما همیشه پدیدآورنده جرم نیستند. زیرا، این عوامل پرورش دهنده جرم بوده و به طور مطلق روی افراد به طور همانند اثر نمی‌گذارند؛ بدین شکل که، ممکن است چنین عواملی موجب شود که برخی از افراد رفتاری بزه کارانه از خود بروز دهند، در حالی که نسبت به گروهی دیگر بی اثر باشند.<sup>۱</sup>

در این پژوهش علت‌های بروز تکرار جرم، در دو گروه عوامل جرم‌زا مورد بررسی قرار گرفته است. گروه اول از عوامل جرم‌زا تحت عناوینی چون عوامل فردی، عوامل زیستی و عوامل روانی موثر بر تکرار جرم و گروه دوم از این عوامل، تحت عناوین عامل خانوادگی، نقش مراجع بازپروری، عوامل فرهنگی و اقتصادی آورده شده است.

#### ۱-۲-۳- علل درونی و فردی تکرار جرم

از شاخصه‌های عوامل فردی می‌توان به مواردی همچون سن، جنسیت، وضعیت تحصیلی و ابتلای مددجویان به اعتیاد اشاره نمود. مطابق یافته‌ها، مددجویان کانون اصلاح و تربیت مابین ۱۴ تا ۱۸ سال سن داشته و ۹۰ نفر از آن‌ها را پسران و ۱۹ نفر را دختران تشکیل می‌دادند. از نظر وضعیت تحصیلی نیز متأسفانه اکثر مددجویان به دلایل مختلفی همچون اخراج از مدرسه و مشکلات مالی از محیط تحصیلی جدا شده‌اند و

---

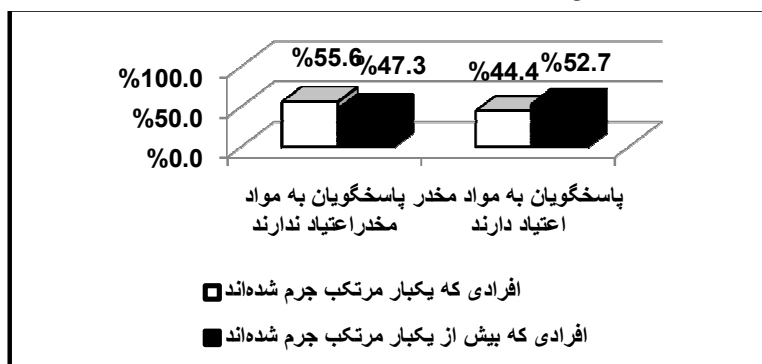
۱. امیرحسن، نیازپور، بزهکاری به عادت؛ از علت شناسی تا پیشگیری، چاپ اول، تهران، نشر فکرسازان، ۱۳۸۷ ص ۹۰.

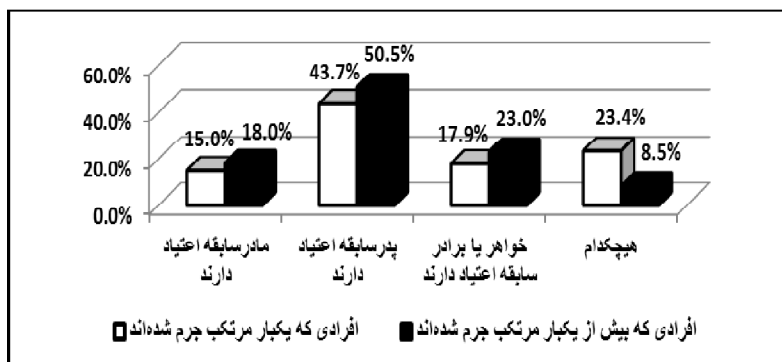


## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت.....۱۱۵

این امر مشکلات بسیاری را در جامعه پذیری مجدد آن‌ها به بار آورده است. این نوجوانان که به دلیل بی سواد یا کم سواد احساس حقارت و خود کم بینی پیدا کرده‌اند، قادر به یافتن شغل مناسب برای خود نبوده و نسبت به آینده خود، ناامید و سردرگم هستند. در نتیجه نداشتن مشغله تحصیل و بیکاری، مجدداً آن‌ها را به سمت و سوی اعمال ناپه‌نجان و بزه کاری سوق می‌دهد.

هم چنین در رابطه با اعتیاد مددجویان، یافته‌های حاصل از تحقیق نشان می‌دهد که نیمی از مددجویان تحت مطالعه دارای اعتیاد به انواع مواد مخدر، سیگار، قلیان و مشروبات الکلی می‌باشند. این افراد را غالباً کسانی تشکیل می‌دهند که دارای والدین یا خواهر و برادر معتاد هستند. به طوری که اعضای خانواده افراد تکرار کننده جرم با ۹۱ درصد، در مقایسه با اعضای خانواده افراد تک جرمی با ۷۶٫۶ درصد، بیشتر دارای اعتیاد هستند. هم چنین نیمی از پدران افرادی که مرتکب تکرار جرم شده‌اند با مشکل اعتیاد دست به گریبان بوده‌اند. نمودارهای ذیل به ترتیب وضعیت اعتیاد مددجویان و اعضای خانواده آن‌ها را نشان می‌دهند.





در رابطه با علل درونی هم، وراثت، بیماری‌های جسمی و روانی و مخصوصاً افسردگی و احساس عصبانیت و پرخاش گری و عدم خودکنترلی نقش مهمی در تکرار بزه ایفا می‌کنند. " براساس پژوهش‌های انجام شده، آن دسته از کودکان و نوجوانانی که مشکل عاطفی دارند، بیش از بقیه احتمال دارد که دچار پیش رسی بزه کاری و در نتیجه تبدیل شدن به بزهکار به عادت شوند. برای نمونه، رفتار پرخاش گرانه، ضعف در خود کنترلی، سطوح پایین درک مسایل، داشتن مشکل روانی و نیاز به هیجان و مانند آن از جمله عوامل روانی تاثیر گذار بر بزه کاری به عادت‌اند."<sup>۱</sup> گرچه دست یابی به اطلاعات دقیق در رابطه با تاثیر عوامل جسمی و زیستی کار دشواری است اما یافته‌های تحقیق مطابق اظهارات مددجویان نشان می‌دهد؛ ۱۶/۷ درصد در گروه اول و ۱۲/۷ درصد در گروه دوم، دارای بیمار جسمی و ۳۵/۲ درصد در گروه اول و ۴۷/۳ درصد در گروه دوم، دارای بیماری روحی بودند.

### ۲-۳-۲- علل بیرونی و اجتماعی تکرار جرم:

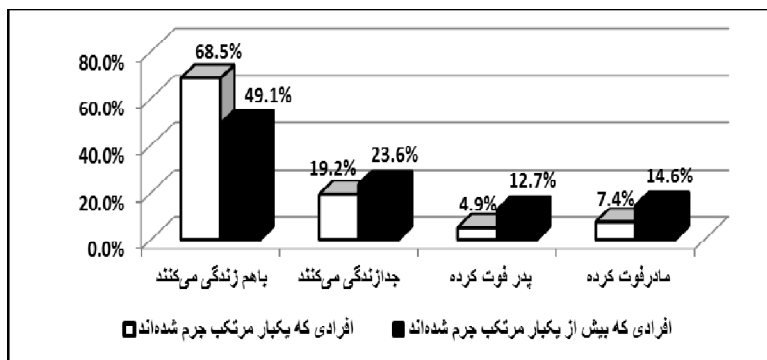
علاوه بر علل فردی و درونی موثر بر بزه و تکرار بزه کاری، دسته دیگری از عوامل

۱. امیرحسین، نیازپور، پیشین، ص ۱۰۰.

## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت.....۱۱۷

با عنوان علل بیرونی و اجتماعی وجود دارند که ریشه در جامعه دارند و نقش بسیار قابل توجهی در بروز تکرار جرم اطفال و نوجوانان ایفا می‌کنند. در این رابطه به تاثیر علل خانوادگی، اقتصادی، فرهنگی و هم چنین نقش مراجع بازپروری پرداخته شده است.

**الف- عامل خانوادگی:** نوجوانی که یک بار مرتکب جرم شده است پس از رهایی نیاز به محبت، آرامش و نظارت بیشتری دارد. این در حالی است که اغلب مددجویان پس از ترخیص از کانون، در ارتباط با خانواده خود به دلیل وجود مسایلی هم چون فروپاشی و نابسامانی خانواده، اعتیاد و مجرمیت یکی از آنها، اعمال خشونت و آزار، طرد و عدم پذیرش، دچار مشکل می‌شوند. مطابق یافته‌ها نیز، مددجویان سابقه دار نسبت به مددجویان بدون سابقه جرم قبلی در وضعیت خانوادگی نامناسب‌تری به سر می‌برند. اکثر این مددجویان در خانواده‌های پر جمعیت‌تری زندگی می‌کردند و پدر و مادر آنها از سطح تحصیلات پایین‌تری برخوردار بودند. همان طور که نمودار ذیل نشان می‌دهد، پدر و مادر نیمی از نوجوانان سابقه دار یا به صورت جدا از هم زندگی می‌کنند و یا یکی از آنها فوت نموده است.



از دیگر علل مهم نابسامانی رفتار کودکان، خانواده از هم گسیخته می‌باشد. متأسفانه با افزایش نرخ طلاق در خانواده‌ها، تعداد فراوانی از اطفال، کانون گرم خانوادگی را از

دست می‌دهند؛ و چون فرزندان اکثراً در نزد پدران باقی مانده و پدران نیز ازدواج مجدد می‌نمایند، سرنوشت کودکان و نوجوانان دست آموزه نامادران شده و عمدتاً از احساس محبت مادری برای همیشه محروم خواهند شد.<sup>۱</sup> نتایج حاصل از تحقیقات نیز نشان می‌دهد که والدین افراد تکرار کننده جرم، در مقایسه با والدین افراد تک جرمی، دارای سابقه ازدواج مجدد بیشتری هستند.

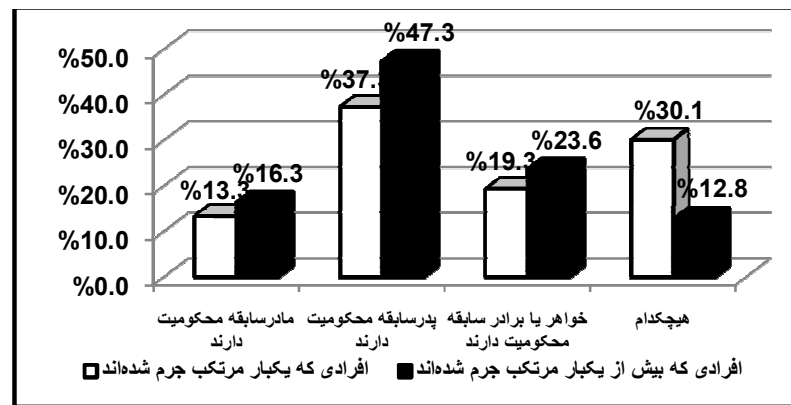
با عنایت به این که اغلب نوجوانان پس از آزادی به دلیل مواجه شدن با مشکلات عاطفی و مالی، نیاز به حمایت خاص خانواده و اطرافیان خود دارند، رفتارهای نامناسب والدین، از قبیل خشونت، آزار، تحقیر، عدم پذیرش یا بی تفاوتی نسبت به کودک یا نوجوان آزاد شده، هم چنین آزادی مطلق یا کنترل بیش از حد و تبعیض قایل شدن میان فرزندان، خطر فرار از منزل و سقوط نوجوان در ورطه بزه کاری‌های مکرر را در پی دارد. به طوری که مطابق آمار حاصله، ۶۰ درصد از افراد تکرار کننده جرم، سابقه فرار از منزل را داشته‌اند که این رقم، دو برابر افراد تک جرمی است. در نتیجه کودکان و نوجوانان بیش از هر نیاز دیگر، نیاز به آسایش و امنیت روانی دارند و وقتی که خانه‌ای سراسر درگیری و پر از تشنج باشد ترجیح می‌دهند تا از این کانون تشنج جدا شوند؛ در این راستا اظهارات مددجویان در رابطه با رفتار والدینشان با آن‌ها نشان می‌دهد که افراد تکرار کننده جرم، بیش از افراد تک جرمی، با رفتارهای خشونت آمیز، سخت گیرانه یا بی تفاوتی والدین خود رو به رو بوده‌اند. هم چنین بیش از نیمی از آنان بیان داشتند که پس از آزادی از سوی خانواده خود پذیرفته نشدند و یا در صورت پذیرفته شدن، مکرر از طرف آنان تحقیر و سرزنش می‌شدند.

هم چنین خانواده‌هایی که دارای عضو معتاد و یا مجرم می‌باشند، تاثیر زیادی بر گرایش فرزندان به سوی استعمال مواد و انحرافات و بزه کاری‌های مکرر دارند. یافته‌ها نشان می‌دهد که اعضای خانواده افراد تکرار کننده‌ی جرم با ۹۱ درصد، در مقایسه با

۱. علی، نجفی توانا، جرم شناسی، چاپ پانزدهم، تهران، نشر آموزش و سنجش، ۱۳۹۱ ص ۲۳۱.

علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت.....۱۱۹

اعضای خانواده افراد تک جرمی با ۷۶/۶ درصد، بیشتر دارای اعتیاد هستند. ارتکاب اعمال مجرمانه و محکومیت اعضای خانواده نیز، الگوی تاثیرگذاری از بزه کاری را در اختیار کودک قرار می‌دهد. همان گونه که نمودار ذیل نشان می‌دهد، اعضای خانواده افراد تکرار کننده جرم با ۸۷/۲ درصد در مقایسه با اعضای خانواده افراد تک جرمی با ۶۹/۹ درصد، دارای سابقه‌ی دستگیری و محکومیت بیشتری هستند.

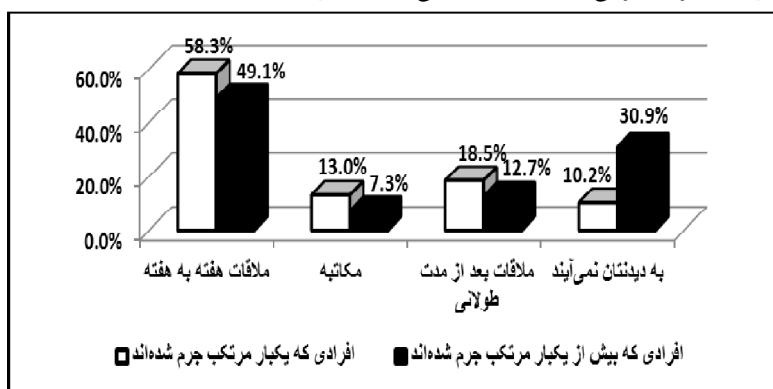


ب- نقش مراجع بازپروری: در رابطه با نقش مراجع بازپروری، کانون اصلاح و تربیت و مراکز مراقبت بعد از خروج قابل بررسی می‌باشند. در این زمینه با وجودی که کانون اصلاح و تربیت با هدف جلوگیری از تکرار جرم و اصلاح اطفال و نوجوانان برای بازگشت مجدد به زندگی سالم تشکیل شده است، به دلایلی هم چون مصاحبت نوجوان با بزه کاران حرفه‌ای، فقدان برنامه‌های سازنده، عدم تفکیک و طبقه بندی مناسب، شرایطی را فراهم کرده است که مجازات حبس جز آثار زیان بار جهت افزایش بزه کاری حاصلی را در بر ندارد. در این صورت می‌توان، زندان را عامل جرم زایی ثانویه و تکرار جرم مددجویان تلقی نمود.

نکته قابل توجه دیگر این است که ورود به کانون و دوری از خانواده، جامعه پذیری مجدد نوجوانان را بسیار دشوار می‌نماید. بنابراین بایستی ارتباط مددجویان با

۱۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

خانواده و خویشان از طریق مکاتبه و ملاقات حفظ شود. اما متأسفانه همان طور که نمودار ذیل نشان می‌دهد درصد قابل توجهی از والدین، خصوصاً در رابطه با مددجویان تکرار جرمی، تنها ارتباط اندکی با مددجویان داشتند.



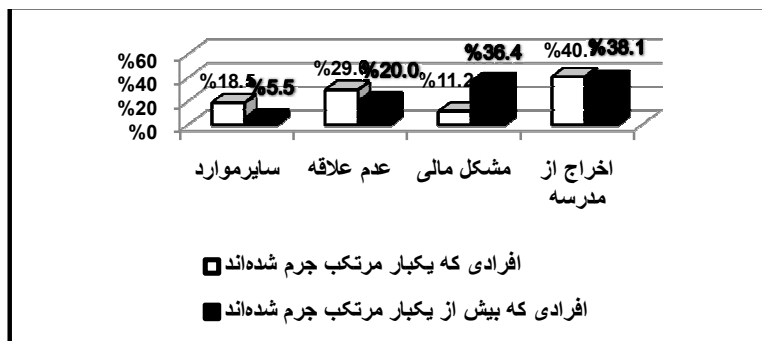
هم چنین اغلب مددجویان پس از ترخیص از کانون، از لحاظ ارتباط با خانواده خود و شرایط مالی و شغلی دچار مشکل می‌شوند و در صورت عدم پیش بینی نهادهای ویژه ای برای نظارت مددجو پس از خروج و فقدان راه حل مناسبی جهت سرنوشت زندانی و بازگشت وی به زندگی شرافت مندانه، قدر مسلم، فرد آزاد شده برای تامین نیازهای مادی و معنوی خود، جز انحطاط و ارتکاب جرم، راه دیگری ندارد. بنابراین مراکز مراقبت بعد از خروج می‌توانند از طریق ارایه‌ی خدمات مالی و مشاوره نقش قابل توجهی در یاری رساندن به مددجویان و مسدود کردن راه ارتکاب جرم آن‌ها ایفا نمایند. این مرکز از سال ۱۳۸۷ با هدف پیش گیری از تکرار جرم، از طریق ارایه‌ی خدمات مالی و مشاوره، رسماً شروع به کار کرده است. با این وجود شایان ذکر است که اکثریت مددجویان طی مصاحبه با نگارنده بیان داشتند شناختی نسبت به مرکز مراقبت بعد از خروج ندارند و آن‌هایی که آگاهی اندکی نسبت به مرکز داشتند، تمایل چندانی به ورود به بخش مراقبت ندارند، چرا که برای آن‌ها تداعی کننده زندان می‌باشد و از لحاظ مالی نیز کمک چندانی به آن‌ها صورت نمی‌پذیرد. به این

## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت.....۱۲۱

دلیل که مرکز مراقبت بعد از خروج، شرایطی را هم چون داشتن کارت پایان خدمت برای استفاده از خدمات مالی و اخذ وام قایل شده است. بنابراین نوجوانان مددجو که زیر ۱۸ سال سن داشته و کارت پایان خدمت ندارند، نمی‌توانند از خدمات مالی و وام بهره مند شوند.

ج- **عامل فرهنگی:** در این پژوهش، عامل فرهنگی با شاخصه‌های مدرسه، هم سالان و رسانه‌های جمعی مورد بررسی قرار گرفته است. عدم آمادگی برای کار و زندگی مستقل و نرفتن به مدرسه به هر دلیل که باشد، مهم‌ترین عاملی خواهد بود که بزه‌کاران صغیر را در معرض خطر ارتکاب مجدد بزه قرار می‌دهد.<sup>۱</sup>

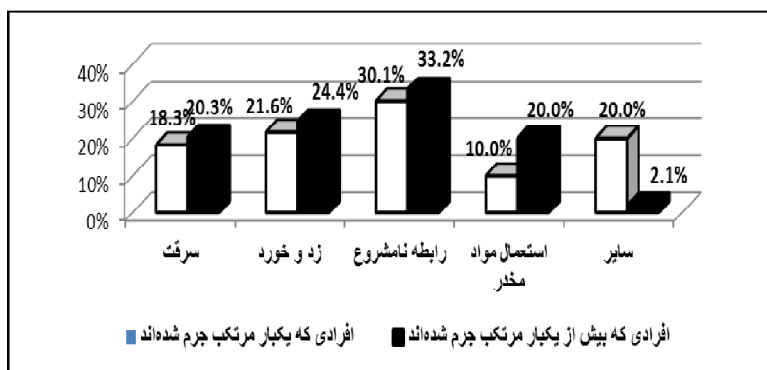
بدین ترتیب محیط آموزشی می‌تواند نقش بسیار مهمی در جامعه‌پذیری نوجوانان ایفا نماید و به ویژه رفتار آموزگاران که بیشترین تاثیر را بر روی نوجوانان می‌گذارند؛ اما متأسفانه ۴۸/۲ درصد از مددجویان سابقه دار، رفتار معلمان خود را نامناسب ارزیابی کرده‌اند. هم چنین یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که بسیاری از این نوجوانان به دلایل گوناگونی چون اخراج از مدرسه، عدم توانایی مالی و عدم علاقه از محیط تحصیلی به دور مانده‌اند. نمودار ذیل نشان دهنده دلایل ترک تحصیل مددجویان می‌باشد؛ همان طور که مشاهده می‌شود اخراج از مدرسه و مشکلات مالی بیشترین دلیل برای ترک تحصیل این نوجوانان به شمار می‌رود.



۱۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

در رابطه با تاثیر همسالان بر یکدیگر، به نظر می‌رسد به محض اینکه یک نوجوان شروع به معاشرت با دیگر بزه کاران می‌کند، در طی سال‌های متوالی، به معاشرت خود را با بزه کاران دیگر ادامه می‌دهد.<sup>۱</sup> مطابق یافته‌ها نیز، ۳۱/۵ درصد از گروه اول و ۳۰/۹ درصد از گروه دوم، تشویق دوستان شان به ارتکاب جرم را زیاد می‌دانستند.

رسانه‌ها نیز از جمله عواملی هستند که با به تصویر کشیدن صحنه‌هایی از سرقت، روابط جنسی، فرار از خانه، درگیری و خشونت، ذهن نوجوان را به ارتکاب مجدد جرایمی چون سرقت، تجاوز به عنف و رابطه‌ی نامشروع، فرار از خانه و درگیری منعطف می‌سازد. نتایج حاصل شده از این تحقیق بیان گر آن است که، افراد دارای سابقه بزه کاری بیشتر به فیلم‌های عاشقانه، اکشن و جنایی علاقه مندند. هم چنین همان گونه که نمودار ذیل نشان می‌دهد، این افراد با تماشای این گونه فیلم‌ها، بیشتر از افراد جرم اولی به جرایمی هم چون زد و خورد، سرقت و رابطه‌ی نامشروع و استعمال مواد مخدر تحریک می‌شدند.



د- عامل اقتصادی: بدون تردید، وضع مسکن، صرف اوقات بیکاری، تغذیه، بهداشت، لباس و از همه مهم‌تر آموزش و پرورش، تابع شرایط اقتصادی هستند. در واقع جوانان و اطفالی که امکانات مالی آن‌ها ناچیز است بیش از دیگران در معرض

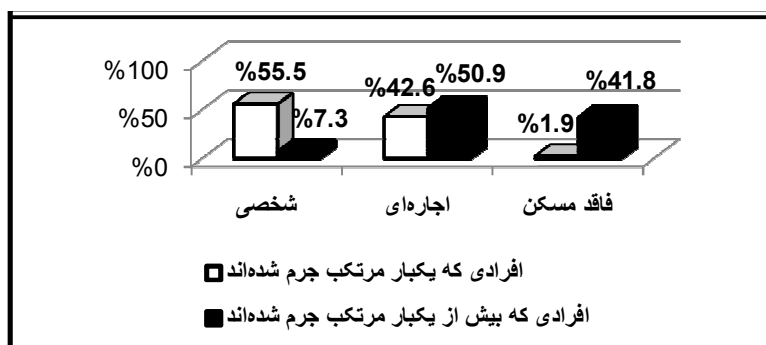
۱. شهلا، معظمی، بزه کاری کودکان و نوجوانان، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰ ص ۲۶۱.



## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت..... ۱۲۳

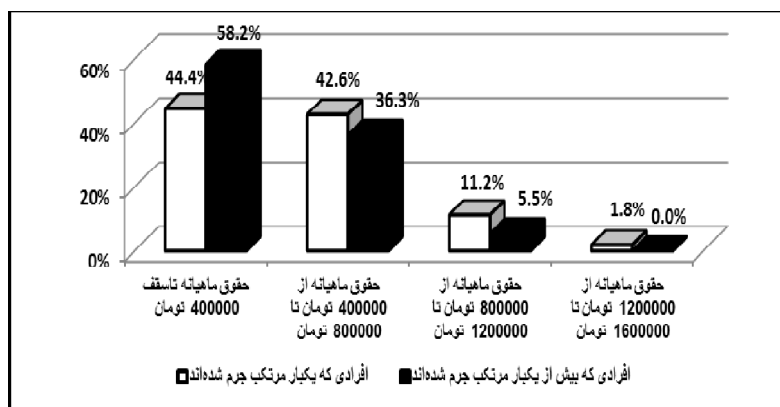
خطر بزه کاری قرار دارند.

در رابطه با وضعیت مسکن، همان طور که در نمودار ذیل ملاحظه می‌شود، میان وضعیت مسکن افراد تک جرمی و افراد تکرار جرمی اختلاف قابل توجهی وجود دارد. بیش از ۵۰ درصد از افراد جرم اولی در خانه شخصی سکونت داشتند، در حالی که این درصد در افراد تکرار جرمی زیر ۱۰ درصد است. در مقابل، درصد چشم گیری از افراد تکرار جرمی فاقد مسکن بودند که بنا بر اظهارات خودشان، غالباً با دوستان خود زندگی می‌کردند. متأسفانه این مددجویان پس از رهایی از کانون، از سوی خانواده‌هایشان پذیرفته نشدند و یا خانواده منسجمی برای بازگشت نداشتند.



هم چنین با توجه به این که اکثریت جمعیت کشور ما را قشر جوان و نوجوان تشکیل می‌دهد و امکانات و فرصت‌های شغلی برای همه این افراد وجود ندارد، بیکاری و به تبع آن فقر، نقش مهمی در تکرار بزه کاری نوجوانان ایفا می‌کنند. "بیکاری با پی آمدهای مادی و به ویژه روانی که در بر دارد، فرد را از جامعه فعال بیرون رانده و او را حاشیه نشین و غیر اجتماعی می‌سازد و در دراز مدت، نوعی احساس نفرت نسبت به جامعه فعال در وی به وجود می‌آورد. افزون بر این، احساس بیهودگی و در نهایت احساس بریدن از جامعه، حالت دشمنی و بالاخره انتقام جویی را در ذهن بیکاران ایجاد می‌کند. بنابراین تصور این که افراد بیکار در یک وضعیت دشوار روانی و

مادی، وارد گروه‌های تبهکاری برای ارضای احتیاج خود شوند، آسان است"<sup>۱</sup> شرایط اقتصادی خانواده طفل یا نوجوان بزه کار نیز در بهره مندی وی از امکانات و رفاه بسیار موثر است. چرا که این افراد در سنین پایینی هستند و تخصص و مهارت خاصی نیز برای یافتن شغل مناسب خود ندارند. با این وجود یافته‌ها نشان می‌دهند که مادر اکثر مددجویان، خانه دار و بدون منبع درآمد هستند و پدر اغلب آن‌ها کارگر و با درآمد بسیار پایین می‌باشند. همان گونه که نمودار ذیل نشان می‌دهد، مقایسه دو گروه افراد جرم اولی با افراد تکرار جرمی مبین آن است که میزان درآمد ماهیانه پدران افراد تکرار جرمی در سطح پایین‌تری قرار دارد.



۱. علی حسین، نجفی ابرندآبادی، حمید، هاشم بیگی، دانشنامه جرم شناسی، چاپ دوم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۹۰ ص ۲۲۶.

## نتیجه گیری

اطفال و نوجوانان بزهکار خواه در مراکز بازپروری و خواه پس از رهایی از زندان با مشکلات بسیاری مواجه می‌شوند. نگارنده طی مصاحبه با مددجویان کانون اصلاح و تربیت استان تهران، به این مهم دست یافت که از مهم ترین مشکلات این اطفال و نوجوانان، داشتن وضعیت خانوادگی نامناسب است. به طوری که گاهی وضعیت خانوادگی این اطفال به گونه‌ای است که امکان بازگشت آنان به محیط خانواده میسر نیست؛ چراکه برخی از این اطفال و نوجوانان به خاطر نداشتن سرپرست به دلایلی هم چون فوت و یا جدایی و ازدواج مجدد والدین، محل ثابتی را برای گذران زندگی ندارند. بخش عمده‌ای از نوجوانان نیز، شرایط خانوادگی ناسالمی دارند؛ در نتیجه بازگشت این گونه مددجویان به محیط قبلی، امکان بازپروری را از آنها سلب کرده و نهایتاً به فرار از منزل و به تبع آن برای گذران زندگی و تامین نیازهای اولیه به سوی ارتکاب جرایمی همچون سرقت سوق می‌دهد. بنابراین در مواردی که محیط خانواده بستر مناسبی برای بازگشت طفل نیست، باید محلی وجود داشته باشد که این اطفال و نوجوانان در معرض خطر برای مدتی در آنجا نگهداری و حمایت شوند.

علاوه بر این‌ها در اغلب موارد، فرد پس از ارتکاب اولین بزه خود، به دلایلی هم چون اخراج از مدرسه و عدم اعتماد و حمایت جامعه، شرایط تحصیلی و شغلی خود را از دست داده است. بدین ترتیب نداشتن شغل و دور بودن از فضای تحصیل و مدرسه، اوقات فراغتی را پیش روی نوجوان می‌گذارد که به دلیل بیکاری، عدم توانایی مالی و عدم حمایت مناسب خانواده برای نوجوان خطرناک می‌شود. چراکه خانواده‌های اکثر این نوجوانان در وضعیت مالی نامناسبی به سر می‌برند و توان حمایت و فراهم آوردن سرمایه را برای آنان ندارند. هم چنین برچسب مجرم بودن که افراد سالم جامعه به نوجوان می‌زنند وی را به سمت دوستان بزهکار خود که اغلب در زندان با آنها آشنا شده است سوق می‌دهد؛ به ویژه اگر محل زندگی نوجوان در محیطی نامناسب نظیر محلات فقیر نشین و حاشیه شهر که محل عبور و مرور افراد بزهکار است واقع شده

باشد.

از سوی دیگر رسانه‌ها نیز، با به تصویر کشیدن ارتکاب جرایم گوناگون، پخش صحنه‌های مستهجن و تحریک کننده در برانگیختن میل نوجوانان به ارتکاب مجدد جرایم نقش به سزایی ایفا می‌کنند. در داخل زندان نیز نمایش فیلم‌هایی با مضامین نامناسب هم چون سرقت که بیشترین جرم ارتكابی نوجوانان را تشکیل می‌دهد موجب ایده گرفتن نوجوانان برای چگونگی ارتکاب جرایم بعدی می‌شود.

به طور کلی می‌توان گفت عواملی که موجبات تکرار جرم را فراهم می‌آورند، اغلب همان موجباتی هستند که علل اولیه و عمومی بزه کاری بوده‌اند و بعد از رخ دادن جرم اول و زندانی شدن طفل یا نوجوان و رهایی اش، هنوز از بین نرفته و با شدت بیشتری نوجوان را احاطه کرده و این بار که نوجوان بعد از تحمل زندان، مقداری از ترس خود را بابت محکومیت از دست داده است، به مراتب راحت‌تر از گذشته پای در عرصه تکرار جرایمش می‌گذارد. بنابراین نوجوانی که پس از آزادی با مشکلات مضاعفی چون محرومیت‌های عاطفی، اقتصادی، تحقیر و سرزنش‌های خانواده و اطرافیان رو به رو می‌شود، بیشتر و راحت‌تر در معرض انحرافات و بزه کاری قرار می‌گیرد.

در پژوهش حاضر بر آن بودیم که علاوه بر دست‌یابی به ماهیت جرایم تکرار شده توسط اطفال و نوجوانان، تاثیر عواملی همچون عوامل فردی و اجتماعی را بر روی تکرار جرم اطفال و نوجوانان بسنجیم. در این راستا، از روش آلفای کرونباخ برای پایایی پرسش‌نامه (Reliability) استفاده کردیم. در نهایت بعد از بررسی و آنالیز نمودن یافته‌های تحقیق با استفاده از آزمون من-ویتنی، نتایج ذیل به دست آمد:

به طوری که نتایج تحقیق نشان داد، فرضیه اول یعنی ماهیت جرایم تکرار شده توسط اطفال و نوجوانان مبتنی بر خشونت است به صورت جزئی به اثبات می‌رسد. مطابق یافته‌ها، اگرچه درصد بالایی از جرایم تکراری نوجوانان به جرایم خشونت آمیز و ضرب و جرح و درگیری اختصاص دارد، اما درصد قابل توجهی از جرایم تکراری

## علل تکرار جرم در مددجویان کانون اصلاح و تربیت.....۱۲۷

این افراد را جرم سرقت، جرایم مربوط به مواد مخدر و روابط نامشروع در بر می‌گیرد. در خصوص فرضیه دوم که بیان می‌داشت میان عوامل فردی و درونی با تکرار جرم از ناحیه‌ی اطفال و نوجوانان رابطه‌ی گسترده‌ای وجود دارد، پس از آنالیز داده‌ها به این نتیجه رسیدیم که در این عامل مقدار  $p\text{-value}=0.002$  است و از آن جا که این عدد از خطای ۵ درصد کوچکتر است، بنابراین فرض صفر رد می‌شود و نهایتاً با توجه به میانگین رتبه‌ای دو گروه مورد بررسی، میانگین گروهی که یک بار مرتکب جرم شده‌اند بیشتر است. بدین معنا از نظر این گروه، عوامل فردی و درونی در بروز تکرار جرم موثر است. بنابراین فرضیه دوم یعنی " موثر بودن عوامل فردی و درونی بر تکرار جرم" تایید می‌گردد.

یافته‌های حاصل از فرضیه سوم در رابطه با تاثیر عوامل اجتماعی و بیرونی نشان داد، عوامل اجتماعی و بیرونی در بروز تکرار جرم موثر است. در این زمینه نتیجه بررسی‌ها نشان می‌دهند که عامل اقتصادی با مقدار  $p\text{-value}=0.048$ ، عامل فرهنگی با مقدار  $p\text{-value}=0.04$ ، عامل خانواده با مقدار  $p\text{-value}=0.002$ ؛ و در نهایت عامل حمایتی با مقدار  $p\text{-value}=0.046$  موثر در بروز تکرار جرم می‌باشند. چرا که این اعداد از خطای ۵ درصد کوچکتر هستند، بنابراین فرض صفر رد می‌شود، یعنی تمامی این عوامل در بروز تکرار جرم تاثیر گذار هستند. بنابراین با ثابت شدن تاثیر عوامل خانوادگی، حمایتی، فرهنگی و اقتصادی، فرضیه‌ی سوم یعنی موثر بودن عوامل اجتماعی و بیرونی بر تکرار جرم تایید می‌گردد.

۱۲۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

## منابع

۱. شامبیاتی، هوشنگ، بزه کاری اطفال و نوجوانان، چاپ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۹
۲. غلامی، حسین، بررسی حقوقی - جرم شناختی تکرار جرم، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷
۳. قربان حسینی، علی اصغر، جرم شناسی و جرم یابی سرقت، چاپ دوم، مشهد، نشر جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۸۱
۴. معظمی، شهلا، بزه کاری کودکان و نوجوانان، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰
۵. مهدوی، محمود، اطفال و نوجوانان در معرض خطر، رساله دکتری جزا و جرم شناسی، ۱۳۸۸
۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم شناسی، ۱۳۹۰، چاپ دوم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۹۰
۷. نجفی توانا، علی، جرم شناسی، چاپ پانزدهم، تهران، نشر آموزش و سنجش، ۱۳۹۱
۸. نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزه کاری کودکان و نوجوانان، چاپ اول، تهران، نشر آموزش و سنجش، ۱۳۸۵
۹. نیازپور، امیرحسن، بزه کاری به عادت؛ از علت شناسی تا پیشگیری، چاپ اول، تهران، نشر فکرسازان، ۱۳۸۷
۱۰. ولد جرج، برنارد توماس، اسنیپس جفری، جرم شناسی نظری، ترجمه علی شجاعی، چاپ اول، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۰
۱۱. وینفری، توماس ال، نظریه های جرم شناسی، ترجمه رضا افتخاری، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۸

تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲ از صفحه ۱۲۹ تا ۱۵۴

## مهم‌ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی

سیدمحمدهاشمی\* فاطمه شکوهی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۲/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۳/۱۹

### چکیده:

هنگامی که به بررسی مهم‌ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی می‌پردازیم می‌توانیم حاکمیت قانون را مانعی در برابر قدرت عمومی که میل به محدود کردن آزادی فردی دارد در نظر بگیریم بر اساس تعریف آزادی، انسان حق دارد هر کاری را که قانون اجازه می‌دهد آن جام داده و تنها از آن چه به وسیله‌ی قانون منع گردیده خودداری نماید. اصل بر وجود آزادی است حال آن که مصلحت عمومی که از امور نامتعیین است و مرز آن ثابت و مشخص نیست آزادی فردی را که به موجب قانون جز حقوق بنیادین فرد شناخته شده است محدود می‌سازد و چنانچه ذوب شدن مصالح فردی در مصالح جمعی مسیر تامين آزادی‌های فردی دانسته شود آن گاه حاکمیت قانون، معادل حاکمیت قانون گذار گرفته شده و اختیارات وسیع و بی حد و حصری به قدرت اعطا شده و از آن جایی که قدرت میل به استبداد دارد بنابراین قدرت عمومی نیز ابزار مصلحت عمومی در تحدید آزادی فردی است.

واژگان کلیدی: آزادی فردی، مصلحت عمومی، حاکمیت قانون، قدرت عموم

---

\* استاد، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران.  
\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

### مقدمه:

این مقاله در پاسخ به این پرسش که آزادی فردی در برابر مصلحت عمومی از چه ابزاری را در جهت جلوگیری از تحدید خود به کار می‌گیرد و هم چنین مصلحت عمومی از چه ساز و کارهایی برخوردار است که می‌تواند آزادی فردی را محدود سازد؛ است.

### مبحث اول: ابزار آزادی فردی در تحدید مصلحت عمومی

در این گفتار به تعریف حاکمیت قانون می‌پردازیم و تحلیل و ارزیابی آن را بر اساس این که حاکمیت قانون مانع از محدود شدن آزادی فردی توسط قدرت عمومی می‌گردد.

#### الف: حاکمیت قانون

قانون مجموعه ضوابط عام و مدونی است که برای همگان به طور مساوی ایجاد حق و تکلیف می‌کند، حد و مرز اعمال تابعان، قانون را مشخص می‌نماید و به تنظیم روابط افراد و گروه‌ها و جامعه می‌پردازد<sup>۱</sup> و مقامات و نهادهای حاکم دولتی موظف به انجام وظایف خویش بر اساس قانون می‌باشند. «هیچ کس بالاتر از قانون نیست» و اقدامات و تصمیمات خودسرانه ممنوع و مردود است.<sup>۲</sup>

حاکمیت قانون یکی از اصول مهم سیاسی و حقوقی است و یکی از راه‌های محدودیت قدرت و مهار کردن آن می‌باشد؛ و در خدمت هدف واحدی قرار دارد که همان حفظ و تضمین حقوق افراد است.<sup>۳</sup>

تلاش برای استقرار و برقراری حاکمیت قانون تلاش دیرین بشری است که در

۱. سید محمد هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۴، ص ۴۳۴

۲. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۹۰، ص ۲۲۰

۳. ناصر، کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر میزان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۶، ص ۲۶



مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۳۱

اعصار متمدادی به روش‌های مختلف وجود داشته است تا از این راه افسار لجام گسیخته قدرت را به بند کشند و آن را مقید به شروطی نمایند.<sup>۱</sup>

در همین راستا اندیشمندان بسیاری به مبحث حاکمیت قانون پرداخته‌اند از جمله افلاطون حاکمیت قانون را به مثابه حوزه مشروعیت بخش قدرت در درون تفکر سیاسی خود جای می‌دهد.<sup>۲</sup> از دیدگاه وی شهروندان و به طریق اولی سایر افراد از صلاحیت لازم برای استخراج قواعد فراگیرنده خیر فردی و جمعی و از فضیلت سیاسی و شایستگی ادراک مصلحت خویش بی‌بهره‌اند<sup>۳</sup> لذا قانون و قانون‌گذاری از طریق مردم<sup>۴</sup> یا نمایندگان آنان از پایه‌های دولت کمال مطلوب وی بشمار نمی‌آید<sup>۵</sup> و قانون‌گذاری و فرمان‌روایی به لحاظ برتری عقل و دانش از آن دانایان می‌باشد.<sup>۶</sup>

ارسطو نیز قانون را مرجع برین و برتر از همگان و مبنای جریان امور کشور می‌داند و معتقد است قانون باید والاترین ضابطه باشد. هیچ قدرتی در جامعه سیاسی برتر از قانون نیست. برتری یافتن بر قانون به منزله نابود ساختن قانون است.<sup>۸</sup> ارسطو

---

۱. ناصر، کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۱

۲. دیوید هلد، مدل‌های دموکراسی، ترجمه عباس مخبر، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ سوم ۱۳۸۴، ص ۵۹.

۳. افلاطون، جمهور، ترجمه فواد رحمانی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ پنجم، سال ۱۳۸۱، ص ۴۳

۴. افلاطون، قوانین «در دوره آثار افلاطون»، ترجمه‌ی محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، تهران: نشر خوارزمی، ۱۳۳۵، ص ۳۷

۵. محسن عزیزی، تاریخ عقاید سیاسی از افلاطون تا ماکیاوول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم ۱۳۸۴، ص ۸۱

۶. بها الدین، بازارگاد، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، تهران، کتاب فروشی زوار، چاپ چهارم، ۱۳۵۹، ص ۱۲۴

۷. عبدالرحمن، عالم تاریخ فلسفه سیاسی غرب، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ دوم ۱۳۷۸، ص ۹۲

۸. مایکل برسفورد، فاستر، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه‌ی جواد شیخ‌الاسلامی، جلد اول، تهران:

۱۳۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

در کتاب اخلاق نیکو ماخس، می‌گوید مردم به قانون اجازه حکومت می‌دهند نه به فرد، زیرا فرد به تامین منافع شخصی متمایل است و از این رو مستبد می‌شود.<sup>۱</sup>

و هم چنین بحث حاکمیت قانون توسط ((دایسی)) نیز منتج به دو ویژگی شده است: نخست برتری قانون و دوم انطباق اعمال ماموران دولت با قانون که در درک مفهوم حاکمیت قانون از اهمیت بالایی برخوردار است.<sup>۲</sup>

حاکمیت قانون به عنوان یک اصل بنیادین، برای حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و چارچوب‌بندی قوای حکومتی است که قانون بر دولت حاکم باشد و هم چنین دولت با قانون حکومت کند تا از استبداد و خودکامگی جلوگیری شود و در نهایت هدف آن که حمایت از حقوق فرد است، تضمین گردد.<sup>۳</sup>

هم چنین حاکمیت قانون به عنوان مفهومی کلیدی برای ممانعت از خودکامگی و اعمال قدرت خودسرانه، از زوایای مختلف به عنوان اصل، هنجار و حتی ارزش مورد تحلیل قرار گرفته است.<sup>۴</sup>

حکومت قانون در حداکثری ترین معنی آن در برگیرنده همه ارزش‌ها، تکنیک‌ها و پیامدهایی است که در اغلب نظریات دیگر یافت می‌شوند و در حداقلی ترین معنی آن به عنوان ساختاری فراگیر، مؤثرترین روش برای مهار و کنترل قدرت عمومی بوده است.<sup>۵</sup>

مفهوم حاکمیت قانون، نفی حکومت شخص و تاکید بر حکومت قانون است. این

---

امیرکبیر، ۱۳۵۸، صص ۲۷۸-۲۸۰

۱. جان، کلی، پیشین، تاریخ مختصر حقوق غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر طرح نو، چاپ اول

۱۳۸۲، ص ۶۵

۲. تندر، گلن، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدری، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ اول،

۱۳۷۴، ص ۳۵

۳. امیرحسین، مشکانی، دولت قانون مدار، سبزوار: انتشارات امید مهر، چاپ اول، ۱۳۸۸

۴. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون « مفاهیم، مبانی، برداشت‌ها» تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس

شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۵۶

۵. رونالد، دورکین، نافرمانی مدنی، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۱۷

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۳۳

امر به معنی مغایرت اتخاذ تصمیمات به نحو خودسرانه و هوس بازانه است. بنابراین، التزام به این مفهوم حداقلی از حاکمیت قانون (یعنی حاکمیت قانون، نه شخص) در هر تعبیر و تفسیری از اصل مذکور، واجد اهمیتی اساسی است.<sup>۱</sup>

حاکمیت قانون در قالب دو برداشت شکلی<sup>۲</sup> و ماهوی<sup>۳</sup> قابل بررسی می‌باشد طرفداران برداشت شکلی (یا حداقلی) از حاکمیت قانون، ویژگی‌های قانون از قبیل عام بودن، انتشار، عطف بماسبق نشدن و واضح بودن را واجد اهمیتی به سزا در حاکمیت قانون می‌دانند. در این برداشت اصل محوری ایده حاکمیت قانون، «برابری در مقابل قانون» دانسته می‌شود و ویژگی عام بودن<sup>۴</sup> قانون یکی از مبانی تحلیل حاکمیت قانون تلقی می‌شود.<sup>۵</sup>

در برداشت حداقلی از حاکمیت قانون، عام بودن به عنوان ویژگی قانون مطرح می‌گردد که از ارزش والایی برخوردار است این اهمیت تا بدان جاست که ماده‌ی هفتم اعلامیه حقوق بشر مقرر می‌دارد همه در برابر قانون مساوی هستند و حق دارند بدون تبعیض و با رعایت تساوی حقوق از حمایت قانون برخوردار شوند.<sup>۶</sup>

لذا برای توضیح ویژگی عام بودن قانون دیدگاه‌هایی که با بهره‌گیری از مفاهیم متنوع سعی در شرح نظامی سیاسی - اقتصادی دارد قابل بررسی است که در آن نظام، آزادی فردی و رفاه اقتصادی محقق شود. زیرا یکی از مهم‌ترین ایده‌های مورد استفاده وی ویژگی عام بودن قانون است. هایک معتقد است «مهم‌ترین دغدغه قانون گذار باید صورت بندی قواعدی عام و فراهم آوردن زمینه‌ای برای رفتار بی طرفانه و منصفانه با

---

۱. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون «مفاهیم، مبانی، برداشت‌ها»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۶۳

2. Formal
3. Substantive
4. General

۵. احمد مرکز مالگیری، پیشین، ص ۱۰۵

۶. قاسم شعبانی، حقوق اساسی و ساختار حکومت اسلامی، تهران: نشر اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۱۸۷

۱۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

همگان باشد.<sup>۱</sup> این قواعد عام فراهم کننده زمینه پیش بینی پذیری اوضاع و احوال است که مهم‌ترین شرط یک نظام سیاسی - اقتصادی مدرن محسوب می‌شود. تنها در این صورت است که قانون می‌تواند به مثابه‌ی راهنمایی برای شهروندان، نقش موثر خود را در تصمیم‌گیری آنان ایفا کند.

این برداشت شکلی از حاکمیت قانون، بر مبنای برداشت شکلی از مفهوم برابری شکل گرفته است. در برداشت شکلی از برابری نیز بر «برابری همگان در مقابل قانون و ناسازگاری پیش بینی استثنائات، معافیت‌ها و امتیازات موردی یا اعطای مصونیت‌هایی خاص به برخی از افراد و گروه‌ها تاکید می‌شود.<sup>۲</sup>

در مقابل برداشت شکلی، برداشت ماهوی از مفهوم حاکمیت قانون، این مفهوم را با دیگر ارزش‌ها و هنجارهای بنیادین از قبیل عدالت، برابری و... درهم می‌آمیزد و در واقع نقش آموزه‌های اخلاقی به جای آموزه‌های حقوقی پررنگ و پرمعنا می‌شود. برخلاف دیدگاه کسانی چون‌هایک که «التزام به قانون عام و قابل اعمال به نحو برابر بر همگان» را محور اصلی نظریه حاکمیت قانون می‌دانند.<sup>۳</sup> طرفداران برداشت ماهوی، این نظریه را در پرتو نظریه‌هایی کلی‌تر راجع به برابری و انصاف و هم چنین نظریه‌های کلان سیاسی و اقتصادی تفسیر می‌کنند. از سوی دیگر در این تعبیر از حاکمیت قانون، حقوق و آزادی‌های بنیادین، مولفه‌ای از اصل حاکمیت قانون به شمار می‌رود بنابراین از نظر ماهوی آزادی‌های فردی، مولفه‌ای از اصل حاکمیت است.

از منظر برداشت ماهوی از حاکمیت قانون «صرف برابری شکلی، تضمین کننده رفتار عادلانه با همگان محسوب نمی‌شود» و اعتقاد بر این است که تا قانون افراد را به طبقات مشخص تقسیم نکند و مقتضیات خاص اجتماعی را مدنظر قرار ندهد، نمی‌توان

---

۱. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون « مفاهیم، مبانی، برداشت‌ها»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۵، ص ۱۰۹

۲. همان، صص ۱۰۷، ۱۰۶

۳. همان، ص ۶۹

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۳۵

به تحقق برابری واقعی و عدالت امید داشت.<sup>۱</sup>

در بند ب به بررسی حاکمیت قانون به عنوان ابزار آزادی فردی که می تواند مانعی در برابر قدرت عمومی باشد که به نام مصلحت عمومی برای آزادی افراد محدودیت ایجاد نکند زیرا اصل بر آزادی است و محدودیت حالت استثنایی است و هم چنین اصل بر حاکمیت قانون است و قدرت عمومی نمی تواند بر خلاف آن عمل کند.

### ب: تحلیل و ارزیابی

در ارتباط حاکمیت قانون با مصلحت عمومی باید بدانیم که قانون بالاخص هنگامی که در بهترین و ممتازترین حالت تجلی می کند، چیزی را «یک بار برای همیشه» برای اشخاص غیر معلوم و نامعین مقرر می دارد و نه تنها از هر قید و شرطی مربوط به زمان و مکان فارغ است بلکه هر موقع و هر جا که قانون قلمرو داشته باشد احتمال وقوع آن خواهد بود.<sup>۲</sup> اما آزادی افراد حتی در مواردی که مطابق قانون مباح بوده و منعی برای آن ها پیش بینی نشده باشد، مطلق و نامحدود نیست، بلکه «حدی» برای آن مقرر شده است تا حقوق و آزادی ها در درون آن به مورد اجرا گذاشته شود. «حد» مزبور «مصلح عمومی» است که خطوط و مرز آن ثابت و مشخص نیست و به اعتبار زمان و مکان و شرایط و احوال در تحول و تغییر است.<sup>۳</sup>

بنابراین در تفاوت قانون و مصلحت عمومی باید گفت قانون از امور متعین و مصلحت عمومی از امور نامتعیین است. قلمرو قانون مشخص و امکان وقوع آن قابل پیش بینی است اما مصلحت عمومی در زمان و مکان و شرایط و احوال متغیر و غیرقابل پیش بینی است.

اما در ارتباط حاکمیت قانون با آزادی فردی باید بدانیم که آزادی در پیوند حاکمیت قانونی این گونه تعریف می شود بر مبنای این تعریف آزادی عبارت است که انسان حق

۱. احمد، مرکز مالگیری، پیشین، ص ۱۱۲

۲. جعفر بوشهری حقوق اساسی تطبیقی، شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۳۰

۳. جعفر بوشهری حقوق اساسی مسایل، شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۴۷

۱۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

داشته باشد هر کاری را که قانون اجازه می‌دهد انجام داده و تنها از آن چه به وسیله قانون منع گردیده خودداری نماید.

حال آن که مصلحت عمومی که از امور نامتعیین است و مرز آن ثابت و مشخص نیست آزادی فردی را که به موجب قانون جز حقوق بنیادین فرد شناخته شده است محدود می‌سازد به نظر می‌رسد این درست نقطه ایست که حاکمیت قانون معادل با حاکمیت قانون گذار شود در واقع نقطه نابودی آزادی فردی است زیرا فلسفه وجودی قانون حمایت از حقوق افراد و مهار و کنترل قدرت می‌باشد.

آزادی تحت حکومت قانون از این جهت مطلوب آدمی است که چون انسان از مقررات عام، بدون توجه به آن که در مورد شخص معین وضع گردیده، اطاعت می‌نماید خود را تابع اراده‌ی دیگری نمی‌یابد و احساس آزادی می‌کند.<sup>۱</sup>

اصل بر وجود آزادی است، بنابراین قدرت عمومی بایستی آزادی‌های فردی را به رسمیت شناخته، در صدد تأمین آن‌ها برآید. این امر بر آمده از اصلی در حقوق عمومی است که از آن به «اصل آزادی» تعبیر می‌کنند.

«نتیجه‌ی مهمی که از اصل آزادی گرفته می‌شود این است که در مقام نظم بخشیدن به رابطه دولت و مردم و تفسیر و اجرای قوانین، هر جا که اختلاف و تردیدی در حدود تکالیف اشخاص یا اختیار مقام‌های حکومت ایجاد شود، باید آن را به سود «اصل آزادی» تعبیر کرد... به بیان دیگر انسان در اندیشه و عمل آزاد است مگر این که قانون (یا شرع) به طور مسلم آن را ممنوع کرده باشد.»<sup>۲</sup> بنابراین عملکرد قانون باید همواره همانند سدی در قبال مصلحت عمومی که مانع آزادی‌های فردی است باشد.

حاکمیت قانون به جای حاکمیت انسان‌ها نظام ضابطه‌مندی را تکوین می‌بخشد که از طریق مقیدسازی انسان‌ها به قانون مانع از هم گسیختگی جامعه می‌شود. انگیزه تعقیب منافع شخصی، قدرت نیرومندی است که جز به واسطه قانون در انسان‌های

۱. جعفر، بوشهری، حقوق اساسی تطبیقی، شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۳۱

۲. ناصر، کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر میزان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۶، ص ۴۲۸

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۳۷

عادی قابل کنترل نیست از آن جا که قانون از عقل سرچشمه می گیرد در اصل پدیده سالمی است که در همجواری با عرف تکمیل و تقویت می گردد اما باید از ویژگی عمومی و فراگیر بودن و هم راستایی با ثبات جامعه بهره مند باشد.<sup>۱</sup>

نمی توان هر آن چه را به وسیله پارلمان وضع شد، «قانون» خواند، بلکه قانون باید موصوف به ویژگی هایی از قبیل عام بودن باشد و این ویژگی ها ضامن اعمال حاکمیت قانون بر پارلمان محسوب می شود. بدین ترتیب، نمی توان هر تصمیم یا مصوبه ای را که نمایندگان منتخب اکثریت به تصویب رساندند، هر قدر هم به طور تبعیض آمیز به سود یا زیان گروه های خاصی باشد، قانون نامید و تبعیت از آن را حکومت قانون خواند.<sup>۲</sup> بنابراین بازهم ویژگی های قانون به عنوان تضمینی بر عدم نقض اصل حاکمیت قانون توسط قانون گذار واجد اهمیت دانسته شده است.

در واقع قانون گذار باید با حفظ این اصل که هر کس بر مصلحت خویش اولی و مقدم است منحصراً به ایجاد محیط مناسب و خالی از زورگویی و تقلب و تزویر افراد علیه یکدیگر اکتفا کند و به همه کس فرصت مساوی جهت ابراز استعداد و لیاقت اعطا نماید و از این طریق سیر تکاملی جامعه را تأمین نماید.<sup>۳</sup>

چنانچه ذوب شدن مصالح فردی در مصالح جمعی مسیر تاملین آزادی های فردی دانسته شود آن گاه حاکمیت قانون، معادل حاکمیت قانون گذار گرفته شده و اختیارات وسیع و بی حد و حصری به قدرت اعطا شده و از آن جایی که قدرت میل به استبداد دارد یکی از کارکردهای اصلی و بن مایه های اساسی حکومت قانون، محدود و مشروط سازی قلمرو سیطره ی دولت و قدرت آن به منظور ممانعت از تحمیل اراده ی دولت و کنترل و نظارت قدرت سیاسی بر مردم است.<sup>۴</sup>

۱. عبدالرحمن، عالم، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ دوم ۱۳۷۸، صص ۱۰۲، ۱۰۳

۲. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون «مفاهیم، مبانی، برداشت ها»، پیشین، ص ۱۶۲،

۳. جعفر بوشهری، حقوق اساسی تطبیقی، شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۳۲

۴. موسی، غنی نژاد، جامعه مدنی، آزادی، اقتصاد و سیاست، تهران، طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۲۸

۱۳۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

اگر حاکمیت قانون گذار برقرار شود آن گاه مصالح فردی و مصالح عمومی دولت در دو حوزه متفاوت واقع نمی‌شوند و کاملاً بر هم منطبق هستند و مصالح فردی همان مصالح عمومی شناسایی می‌شوند در این صورت آزادی فردی از بین می‌رود و افراد به واسطه مصالح جمعی که مرز آن ثابت و مشخص نیست و مفهوم مبهمی دارد از آزادی خود محروم می‌گردند.

دولتی که در هر قضیه‌ی خاص تصمیمی مخصوص اتخاذ می‌کند و در رعایت مقررات عمومی که خود وضع کرده است احساس تکلیف نمی‌کند<sup>۱</sup> و اعمالی را که بر خلاف قانون انجام داده و می‌دهد و براساس مصلحت عمومی توجیه می‌کند «حکومتی است استبدادی اگرچه شکل ظاهر آن به گونه‌ای دیگر حکایت کند»<sup>۲</sup>.

مردم در سایه آزادی می‌توانند دولت را در حدود قانونی خویش نگاه دارند و اجازه ندهند که از آن حدود تجاوز کند. به عبارت دیگر آزادی، تضمینی است برای محدود کردن قدرت حکومت، اگر قدرت حکومت واقعاً در راه نفع جامعه به کار افتد، مردم چنین قدرتی را هرگز محدود نمی‌کنند.

در همین راستا نظر ارسطو که ا بر قانون مداری تأکید می‌کند و به این نکته مهم در قانون پذیری نیز توجه دارد که، باید جهت‌گیری قانون مصلحت عمومی باشد.

«شهروند به چشم خود ببیند که هر نوع اطاعتی که از قوانین کشورش می‌کند، سرانجام به نفع و مصلحت خودش تمام می‌شود. ارسطو کاملاً بر این عقیده است که برای یک انسان مقعول هیچ‌گونه تعهد اخلاقی برای قبول احکام دیگران جز در موردی که آن احکام متضمن خیر و صلاح خودش باشد وجود ندارد»<sup>۳</sup>.

اگر قانون را خیر مشترک جامعه به شمار آوریم چه بسا فرد یا افرادی اجرای قانون

---

۱. جعفر، بوشهری، جعفر، پیشین، ص ۱۳۱

۲. همان، ص ۱۳۲

۳. مایکل برسفورد، فاستر، خداوندان اندیشه‌ی سیاسی، ترجمه‌ی جواد شیخ‌الاسلامی، جلد اول، بخش

اول، تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۸، ص ۲۱۳



مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۳۹

خاصی را مغایر با برداشت خود از مصلحت شان بدانند و یا واقعاً اجرای آن قانون، خرسندی‌های فرد یا گروهی را کاهش داده و یا از بین ببرد مانند اجرای مجازات نسبت به مجرم، که قطعاً ناخوشی‌هایی را به دنبال خواهد داشت و یا الزامات قانونی دیگری هم چون افزایش مالیات، نظام وظیفه اجباری، ایجاد قواعد استاندارد و...، همه این نوع قواعد و مقررات الزام آور به نوعی محدودیت‌هایی را به دنبال دارد و یا احتمالاً بخشی از مطلوبیت‌ها و ترجیحات شخصی و یا گروهی را محدود ساخته و یا از بین می‌برد. در این صورت نمی‌توان به تعارض بین خیرهای فردی و خیر مشترک نظر داد زیرا خیرهای ظاهری افراد یاد شده با خیرهای واقعی آن‌ها همسان نیست. آن چه الزاماً باید مصلحت عمومی تأمین کننده آن باشد خیرهای فراگیرنده نیازهای اساسی و بنیادی اعضای جامعه سیاسی و در واقع همه مردم است اجرای قانون- با لحاظ تمامی جوانب و شرایط حقوق بشری و همه سالارانه آن- قطعاً برآورنده خیرهای تمامی افراد و گروه‌های عضو جامعه است.

قانون به عنوان حامی حقوق و آزادی‌های فردی است در واقع به مثابه سرعت گیر قدرت عمومی، در برابر محدودیت‌هایی که برای آزادی افراد به وجود می‌آورد مقاومت می‌کند و قدرت عمومی را متوقف می‌سازد.

در جامعه‌ای که حاکمیت قانون به اجرا در بیاید آزادی‌های فردی مظاهر یک چیز بیش نیستند و آن آزادی انسان در تصمیم‌گیری‌های خود است، مانند آزادی عقیده و مذهب، آزادی مطبوعات، آزادی اجتماعات و احزاب و آزادی تعلیم و تربیت که همه از مظاهر حقوق فردی هستند.

این در واقع بیان گر نظر مونتسکیو است که معتقد است هیچ کلمه‌ای مانند آزادی تا این حد و اندازه، معانی مختلفی را در بر نگرفته است:<sup>۱</sup>  
فارغ از اینکه واژه "آزادی" به تعداد و متنظر با هر مکتب و اندیشه فلسفی و در

---

۱. ویلیام تامس، جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه‌ی علی رامین، جلد دوم، قسمت دوم: «مونتسکیو، روسو، برک، بنتهام» تهران، انتشارات امیر کبیر ۱۳۷۶، چاپ چهارم، ص ۳۰۳

۱۴۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره‌ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

هر زمینه‌ی فرهنگی، معانی متفاوتی را می‌پذیرد و از آن جا که خواست آزادی و اراده‌ی فردبخواست برآیند آزادی جامعه و زندگی اجتماعی در تداخل و گاهی متعارض است، محدود و محصور شدن خواست و آزادی افراد در حوزه جامعه، نیازمند مکانیزم مشخصی برای کنترل و پایش مستمر است. این مکانیزم، اصل قانون و قانون گذاری است.<sup>۱</sup>

در این خصوص و برای هر چه نزدیک‌تر شدن به آزادی‌های فردی، مفهوم اصالت قانون قابل بیان می‌باشد در حقیقت اصالت قانون بر این فرضیه مبتنی است که انسان‌ها تنها از قوانینی که خود وضع کرده و یا در آن مشارکت جست‌اند، تبعیت می‌کند و از این رهگذر است که می‌توان به آزادی نزدیک شد هر چند نه کاملاً.

در نتیجه باید حکومت مقید به قانون باشد و نیروی دولت در اختیار قانون قرار گیرد نه قانون در اختیار دولت تا قدرت عمومی از آن در جهت منافع سوء خود بهره گیرد در نظام‌های حکومتی مطلوب بایستی حکومت قانون به عنوان تنها امکان و غایت مصلحت عمومی همه شهروندان باشد.<sup>۲</sup>

## مبحث دوم: ابزار مصلحت عمومی در تحدید آزادی فردی

در این مبحث به بررسی چگونگی تحدید آزادی فردی توسط مصلحت عمومی می‌پردازیم می‌دانیم که قدرت میل به استبداد و خودگامگی دارد، برای جلوگیری از فساد قدرت حاکمیت قانون لازم است و برای حمایت از آزادی‌های فردی قدرت عمومی باید محدود گردد. مصلحت عمومی برای حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد به وجود آمد اما قدرت عمومی آن را دستاویزی برای محدودیت بر آزادی‌ها قرار داد. زمام‌داری صنعتی است که قوام مدنیت بدان است و مردمان را بر طبق مصالحشان

۱. حسین، بشیریه، آموزش دانش سیاسی، تهران، نشر نگاه معاصر، چاپ هفتم، ۱۳۸۶، ص ۲۲۴

۲. سید جواد، طباطبایی، زوال اندیشه‌ی سیاسی در ایران، ص ۸۶

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۴۱

و ادار می کند. دفاع از مصلحت عمومی به ناچار به دفاع از سازمان شکل دهنده و مدافع مصلحت عمومی - عمدتاً دولت می انجامد. به این ترتیب بین نقش سد کننده دولت در توسعه فردیت شخص با هدف مصلحت عمومی در تثبیت فردیت اشخاص تضاد می افتد پاسخ این که قدرت عمومی چگونه می تواند آزادی فردی را به وسیلهی مصلحت عمومی تحدید کند در این مبحث بررسی خواهد شد.

### الف: قدرت عمومی

قدرت انتظام بخش آزادی می باشد اگر «آزادی» را فارغ از «نظم» در جامعه ای تصور کنیم که قدرت سازمان دهنده و هدایت کننده ای وجود نداشته باشد، آن جامعه دچار انحطاط و تباهی گردیده و نهایتاً منجر به ظهور نظامی استبدادی خواهد شد. اما ساختار قدرت به گونه ای آرایش یابد که موازنه اقتدار سیاسی حفظ و از تجمیع آن به منظور جلوگیری از انحراف و استبداد پرهیز می شود.<sup>۳</sup>

درباره شکل گیری قدرت عمومی باید گفت هنگامی که افراد حقوق مطلق خود در وضع طبیعی را به قدرتی برتر واگذار می کنند در آن صورت حوزه ای عمومی - دولت - در کنار حوزه ای خصوصی - جامعه - شکل می گیرد.<sup>۴</sup>

قدرت عمومی طیفی از حقوق را برای فرد در جامعه شناسایی کرده و بهره مندی فرد را از این حقوق تضمین کرده است.<sup>۵</sup>

که هدف آن خیر و صلاح عمومی است<sup>۶</sup>، رعایت صلاح جامعه و تحدید (محدود

۱. ان الملک هو صناعه مقوله للمدینه حامله للناس علی مصالحهم.

۲. جعفر، بوشهری، ح اساسی و اصول و قواعد آن، پیشین، ص ۴۴

۳. دیوید، هلد، پیشین، ص ۵۹.

۴. جان، لاک، رساله ای درباره حکومت، ترجمه حمید عضدانلو، تهران، نشر نشی، چاپ اول، ۱۳۸۷،

صص ۲- ۱۴۱ و بشریه، حسین، جامعه شناسی، پیشین، ۹- ۳۲۸.

۵. ایزیا، برلین، قدرت اندیشه؛ ترجمه عزت الله فولادوند تهران: انتشارات ماهی، ۱۳۹۱. ص ۳۸

۶. محمد، منصورنژاد، دغدغه های جوان پویا/ تهران: جوان پویا، ۱۳۸۵- ص ۱۸

کردن) مصالح عمومی عمدتاً توسط قدرت عمومی انجام می‌گیرد.<sup>۱</sup>  
از آن جایی که نظام سیاسی، متولی قدرت عمومی است نباید بر غلبه کردن استوار باشد بلکه باید مبتنی بر برابری باشد و نفی تغلب و وجود برابری منجر به ظهور اصل آزادی اراده می‌گردد.<sup>۲</sup>

هم چنین «دولت در اعمال حاکمیت خود باید آن چنان رفتار کند که به (حقوق فردی) و آزادی‌های مردم کمترین لطمه‌ای وارد نشود. التزام عملی در مقابل «تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون» تکلیف قانونی قدرت عمومی به شمار می‌رود»<sup>۳</sup> بنابراین دولت نمی‌تواند به هر شکل باشد، مانع رشد آزادی فعالیت مادی و فکری و اخلاقی فرد شود.<sup>۴</sup>

دولت حاکم بر افراد است اما فرد بشری که به مناسبت بشر بودن حقوق و امتیازهای غیرقابل نقضی دارد که دولت به موجب هیچ قانونی مجاز نیست بدان‌ها تعدی کند؛ پس همین حقوق و امتیازها، همین احترام فرد بشری، مرزی است که قدرت دولت در آن جا محدود می‌شود.<sup>۵</sup>

رابطه فرد و قدرت تاریخچه‌ای به وسعت تاریخ بشریت دارد. طی تاریخ طولانی بشر، عقاید متفاوتی در باب قدرت عمومی و حقوق افراد وجود داشته که هر یک در زمان‌های مختلف با تغییراتی، ملاک تصمیمات و اقدامات دولت‌ها بوده است. اندیشمندان در برش‌های تاریخی متعدد در پی آرایه‌ی تئوری‌ها و اندیشه‌هایی بودند که

---

۱. محمد، منصورنژاد، بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه اندیشمندان غربی و اسلامی / تهران: جوان‌پویا، ۱۳۸۸ ص ۲۵

۲. محمد، منصورنژاد، دغدغه‌های جوان پویا/ تهران: جوان پویا، ۱۳۸۵-ص ۱۸

۳. سید محمد، هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ دهم، تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۹۶

۴. لیون، دوگی، رسالت حقوق، به نقل از دوگی، جلد ۵، ناصر کاتوزیان، صفحه ۲۳۷.

۵. مصطفی، رحیمی، ق اساسی ایران و اصول دموکراسی، نشر ابن سینا، تهران، ص ۱۸

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۴۳

با تقدیم ضابطه یا معیاری فرد را از چنبره قدرت رها ساخته کرامت انسانی را از سیطره ی رو به گسترش و فزونی خواه دولت رهائی بخشند. سایه به سایه توسعه دموکراسی و افزایش سطح مداخلات مردم در تعیین سرنوشت و تضمین حقوق و آزادی‌ها، قدرت و قدرت طلبان ظاهر و پنهان نیز ساکت و خاموش ننشته و با ابلاغ کار ویژه‌های نوین، استبداد نوظهوری را به خطه عمل وارد ساختند که روز به روز بر گستردگی شاخ و برگ‌های آن با بهره‌گیری از علوم و تکنولوژی افزوده شده است. اگر استبداد دیروز با ابزارهای خشن در جامعه ظاهر می‌شد و هر عقل و ادراک فطری به ماهیت غیربشری و غیرمنطقی و نابخردانه آن اذعان و حکم می‌کرد. اما امروز شیوه‌های تصاحب سرچشمه‌های اندیشه و تفکر در قالب‌های ظاهری قانون و نظامات موجود در جوامع بشری به گونه‌ای عمل می‌کند که انسان‌های گرفتار در سیطره فکری قدرت، در همان مسیر و به سمت غایت مطلوب و پیش‌بینی شده آن حرکت خواهند کرد. به همان اندیشه‌ای می‌اندیشند که ساخته و پرداخته فرمان روایان ظاهر و پنهان است. به همان نتیجه‌ای می‌رسند که فرادستان می‌خواهند و به همان اقدامی دست می‌یازند که آنان در نظر داشتند.

در این جا دو عقیده کلی در باب قدرت عمومی قابل طرح شدن است :

عقیده‌ی اول بر پایه‌ی ارزش و شخصیت فرد متکی است و به موجب آن، قدرت حکومت ناشی از افراد مردم است و برای هر یک از آنان، اگرچه در پایین ترین طبقات اجتماع و پست‌ترین شرایط زندگی کنند، حقوق و امتیازاتی است که دولت با همه قدرت و جلال خود نمی‌تواند به آن حقوق تجاوز کند

و آن‌ها را نادیده گیرد. بنا به عقیده‌ی مزبور آن چه در این جهان واجد ارزش است با کوشش و ابتکار افراد به وجود می‌آید. این ابتکارهای خلاق برای نشو و نما و پرورش محتاج شرایط مساعدی است که از همه مهم‌تر آزادی است.

بر اساس این دیدگاه دولت جز این تعهد و تکلیفی ندارد که به مردم خدمت کند و در راه انجام دادن خدمت مزبور نه مقتضی و نه ضروری است که مشکلات و موانعی

از بر سر راه حقوق افراد، ایجاد کند.

و اما عقیده دوم بر این باور است که دولت در یک جامعه در تمامی امور واجد صلاحیت تصمیم‌گیری است و دولت را محور قدرت و توانای و عالی‌ترین مرجع اقتدار مدعی سلطه انحصاری در درون قلمرو خویش دانسته<sup>۱</sup> و معتقدند قدرت عمومی به حکم نیرو و جلال و امکانات خود آزادی افراد را تحت نفوذ خود می‌کشاند و در راستای صلاحدید خود به بهانه آن که بهتر از افراد بر امورشان واقف است می‌تواند در امورشان مداخله کند و هم چنین در جهت تعهد و تکلیف خود به ارایه‌ی خدمات متعرض به حقوق و آزادی‌های افراد شود این دیدگاه دولت را پدیده‌ای واجد دانایی و توانایی مطلق و جامعه را موجودی مطیع و فرمان‌پذیر دانسته که دولت آن را زیر سیطره و استیلای مطلق خود دارد. دولت قادر است اولویت‌های سیاست‌گذاری را تشخیص و به اجرا گذارد.

عقیده‌ی اخیر بموجب منشور سازمان ملل متحد و قوانین اساسی کشورهای جهان مردود و احترام به حقوق و آزادی‌های افراد، اصل مسلم و قطعی و غیرقابل انکار اعلام شده است.<sup>۲</sup>

با توجه به مطالب مطروحه در این مبحث قدرت عمومی، تبعیت نهایی شهروندان را طلب می‌کند و انحصار استفاده‌ی مشروع از زور مادی را در یک سرزمین معین در اختیار دارد.<sup>۳</sup> اگر قدرت عمومی تنها به تعادل، نظم و کار ویژه‌های رسمی دولت توجه کند. هدف اساسی دولت هم سو ساختن جامعه با خود و کنترل آن است که در نتیجه ممکن است به تحدید آزادی فردی یا حتی نابودی آن و پایمال کردن حاکمیت قانون با توجه کنترل جامعه بیانجامد.

پاسخ این سوال که قدرت عمومی چگونه با استفاده از مصلحت عمومی آزادی‌های

۱. اندرو، وینسنت، نظریه‌های دولت، پیشین، ص ۴۲.

۲. جعفر، بوشهری، حقوق اساسی و مسایل آن، تهران شرکت سهامی عام، ۱۳۸۴، ص ۵۴

۳. جعفر، بوشهری، پیشین، ص ۵۲

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۴۵

فردی را محدود می‌کند باید در بند ب مورد تحلیل و بررسی قرار بگیرد.

### ب: تحلیل و ارزیابی

در این بند به بررسی چگونگی تحدید آزادی فردی توسط قدرت عمومی به واسطه ی مصلحت عمومی می‌پردازیم.

قدرت، عامل نظم و آزادی عامل پیشرفت جوامع می‌باشد. نظم به تنهایی میل به استبداد دارد و آزادی به تنهایی به هرج و مرج کشیده می‌شود. به قول ریوارول «انسان هم چون اقیانوس متلاطم و در جذر و مدی است که بین دو ساحل (قدرت و آزادی) در نوسان می‌باشد و در هر رفت و برگشت از یک طرف دور و به طرف دیگر نزدیک می‌شود. کمال مطلوب در ایجاد رابطه ی متعادل بین نظم و آزادی است»<sup>۱</sup> قدرت، گرایش به نظم و آرایش امور حول محور آن را دارد و امنیت را رهاورد آن می‌داند، ولی آزادی روجه سوی تمرکز زدایی از قدرت داشته و حمایت از حقوق فردی را مقدم می‌شمارد. تزامم التزامات اداره ی عمومی با حقوق و آزادی‌های شهروندان در حقیقت یکی از کانون‌های مهم و بحث برانگیز فلسفه‌ی سیاسی و حقوق عمومی است.<sup>۲</sup>

بنابراین «آزادی» و «قدرت» با یکدیگر تقابل منطقی دارند. آزادی، به افراد مقاومت می‌بخشد و قدرت، آن را به اطاعت درمی‌آورد.<sup>۳</sup> یعنی از یک سو قدرت دامن گستر و توسعه طلب است و از سوی دیگر آزادی میل به گسستن تمامی قیود و بندها دارد و هر دوی آن‌ها در مسیر خود هیچ مانع و رادعی را بر نمی‌تابند.<sup>۴</sup>

قدرت از طبیعت انسان نشأت می‌گیرد و آزادی زاییده‌ی عقل و منطق انسانی است و به قول پرودن: «قدرت و آزادی زوج جدانشدنی می‌باشند که کمال مطلوب یک

۱. جعفر، بوشهری، پیشین، ص ۴۱

۲. سید محمد، هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۴، ص ۲۸

۳. مصطفی، رحیمی، قانون اساسی ایران و اصول دموکراسی، نشر این سینا، تهران، ص ۱۷۹

۴. همان، ص ۴۵

۵. همان، ص ۸۴

۱۴۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

جامعه را تأمین می نمایند. آزادی بدون قدرت، منجر به فساد می شود و قدرت بدون آزادی، منجر به انحطاط می گردد»<sup>۱</sup>.

اگر هدف غایی نظم مورد ادعای قدرت، صیانت از کرامت افراد باشد، به نحوی که آزادی های بی مهار عرصه را بر اعمال حقوق و آزادی های تنگ نگردانند و انتظام امور به اعمال هرچه بهتر حقوق و آزادی های شهروندان بیان جامد، نظم نیز مفهومی در خدمت فرد شهروندان خواهد بود و در این حالت قدرت و نظم مفهومی پیوسته با آزادی و در حقیقت مکمل آن می باشد. بنابراین، آزادی هم در این ارتباط دوگانه نه تنها نباید به تضعیف قدرت دولت در آن جام کار ویژه های موضوعه اش بیان جامد بلکه با امکان جذب مشارکت های عمومی در فرایند اداره ی کشور که در اشکالی چون فعالیت آزاد احزاب و انتخابات آزاد مظاهر می شود، پایه های اقتدار ملی متبلور در چهارچوب های دولتی را تقویت نماید.<sup>۲</sup>

دفاع از آزادی فرد باید اساس و هدف هر برنامه و هر سیاستی از حکومت باشد. نباید منکر حکومت های مجهز به اقتدارات کافی برای اداره و کنترل افراد شد، لیکن هر قدرتی اعم از این که به وسیله حکومت یا دستگاه های صنعتی و اقتصادی اعمال شود، ذاتاً متضمن خطر است و باید با وسایلی مطمئن بر آن نظارت کرد و نباید به هیچ شخص یا دسته یا جمعیت یا سازمانی اعتماد داشت و قدرت و اختیاری مصون از کنترل به آن تفویض نمود.<sup>۳</sup>

در تحلیل قدرت عمومی به این سوال بر می خوریم که چقدر حکومت لازم است؟ در جهان باستان فرض بر این بود که زندگی واحدی یک پارچه است، و قوانین حکومت شامل کل آن می شوند، و دلیلی نیست که بخواهیم هیچ گوشه ی آن از نظارت حکومت و قوانین محفوظ و معاف بداریم. در دنیای جدید فرض بر وجود مرزی میان

۱. جعفر، بوشهری، حقوق اساسی و مسایل آن، پیشین، ص ۵۳

۲. مصطفی، رحیمی، ق. اساسی ایران و اصول دموکراسی، ص ۱۷۹ نشر ابن سینا، تهران، ص ۸۲ ۸۳

۳. ح اساسی اصول و قواعد، ص ۸۹



مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۴۷

زندگی خصوصی و عمومی قرار گرفت، و مسلم گرفته شد که در حوزه خصوصی، هر قدر هم کوچک، من می توانم آن چه می خواهم بکنم - می توانم آن گونه که دلم بخواهد زندگی کنم، به آن چه بخواهم معتقد باشم، و آن چه بخواهم بیان کنم - به شرط آن که این امر به حقوق مشابه دیگران لطمه نزنند یا بنیاد نظمی را سست نکنند که چنین ترتیبی را امکان پذیر ساخته است.<sup>۱</sup> امروزه به علت سهولت ارتباط، ازدیاد راهها و اختراع وسایل مادی فراوان، قدرت سلاحها و قدرت تبلیغات، دولت از همه وسایل برای تحکیم قدرت خود برخوردار است.<sup>۲</sup>

به همین دلیل امروز محدود کردن قدرت جنبه تازه بی خود گرفته و به صورت مسأله جدیدی مطرح می شود. قدرت دولت جایی پایان می پذیرد که حقوق انسانی مردم آغاز می شود.<sup>۳</sup>

چگونه می توان چنین مرزی را مشخص کرد؟ به عبارت دیگر جایی که آزادی فرد و قدرت حکومت با هم برخورد می کنند کجاست؟ و کجا باید قدرت دولت پایان پذیرد؟ چه حقوقی است که حکومت حق نقض آنها را ندارد؟<sup>۴</sup>

مردم در سایه آزادی می توانند دولت را در حدود قانونی خویش نگاه دارند و اجازه ندهند که از آن حدود تجاوز کند. به عبارت دیگر آزادی، تضمینی است برای محدود کردن قدرت حکومت اگر قدرت حکومت واقعاً در راه نفع جامعه به کار افتد، مردم چنین قدرتی را هرگز محدود نمی کنند. بنابراین حکومتی در قدرت باقی می ماند که در خدمت پیشبرد حاکمیت هر فرد از جامعه باشد.

وظیفه حکومت این است که به درخواستهای مردم پاسخ دهد و حوائج آنان را تأمین کند. برای این منظور، اطلاع از درخواستها و تمایلات جامعه ضروری است و

۱. برلین / ایزایا قدرت اندیشه؛ ترجمه عزت الله فولادوند تهران: انتشارات ماهی، ۱۳۹۱. ص ۳۸

۲. مصطفی، رحیمی، پیشین، ص ۱۸۰

۳. همان، ص ۱۸۳

۴. همان، ص ۱۸۰

۱۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

کسب اطلاعات صحیح و موثق ممکن نیست، مگر آن که افراد بتوانند آزادانه بگویند یا بنویسند و منتشر کنند.<sup>۱</sup>

از آن جایی که مصلحت انسان او را به تن دادن به حاکمیت حاکم می‌کشاند.<sup>۲</sup> وظایف بسیاری از نهادهای جدید مانند دولت، به گونه‌ای تعریف می‌شوند که ضامن حفظ مصلحت عمومی باشند، ولی تشکیلات و ساختار قدرت آن‌ها به گونه‌ای سازمان یافته است که برای تحقق ایده مصلحت عمومی بازدارنده است. از مواردی که می‌توان در باب مداخله قدرت عمومی در آزادی‌های فردی یاد کرد می‌توان به اهم آن‌ها یکی مالیات و دیگری تصرف و تملک اموال برای منافع عمومی اشاره کرد.

در کشورهایی که مالکیت افراد اصل و تملک دولت، استثنا است باز هم به دولت اجازه واختر داده.

می‌شود که در موارد مصرح در قانون، از افراد سلب مالکیت کند. علاوه بر این مداخله دولت در دارایی و مایملک اشخاص بدون این که مستلزم مالکیت آنان باشد جنبه‌ی نظارت و کنترل به خود می‌گیرد.<sup>۳</sup>

نهادهای و ساختارهای سیاسی - اقتصادی در بسیاری موارد تابع منافع فردی، سازمانی و گروهی هستند. به علاوه، این ساختارهای رسمی در بسیاری موارد حوزه عمومی - یکی از حوزه‌های اصلی گفتگو درباره مصلحت عمومی را محدود می‌کنند. به هر حال، نهادهای میانجی و واسطه‌ای به دلیل ایجاد شبکه‌های قدرت و رشد انحصار و توزیع نابرابر قدرت، ایده مصلحت عمومی را از تحول واقعی آن تهی می‌کند؛ در حالی که از این نهادهای میانجی و واسطه‌ای به عنوان محمل‌های تحقق مصلحت عمومی نام برده می‌شود.<sup>۴</sup>

۱. جعفر، بوشهری، حقوق اساسی و مسائل اصول و قواعد، نشر میزان، تهران، ص ۵۳

۲. محمد، منصورنژاد، دغدغه‌های جوان پویا تهران: جوان پویا، ۱۳۸۵-ص ۲۴

۳. جعفر بوشهری، پیشین، ص ۷۴

۴. فردریش فون هایک آزادی و عقل و سنت در خرد سیاسی، ترجمه عزت الله فولادوند تهران طرح

نو ۱۳۷۷، صص ۱۳۸-۱۳۳

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۴۹

هابرماس ایجاد محدودیت برای ساختار قدرت را واجد اهمیت دانسته<sup>۱</sup> بنابراین قدرت عمومی به عنوان هسته مرکزی مصلحت عمومی باید در جهت حفظ آزادی های فردی محدود گردد این تحدید به چند دلیل امری لازم است: نخست آن که صاحب قدرت حقیقی مردمند و طبیعی است که صاحبان واقعی قدرت بر نیروی نمایندگان خود مسلط باشند. حاکمیت ملی جز این مفهومی ندارد. دوم آن که نباید قدرت مجتمع شود و نظارت مردم بهترین وسیله تحقق بخشیدن حکومت مردم بر مردم به وسیله مردم است. اکنون که نمی توان طبق نظریه روسو همه قدرت را به دست مردم داد، لاقلاً باید قدرت نظارت در حکومت را به آنان سپرد.<sup>۲</sup>

دلیل سوم آن که در دوران ما، تمام عوامل برای گردآمدن قدرت در دست دولت جمع است و اگر برای محدودیت آن تدابیری اندیشه نشود، بیم آن است که حکومت، به علت نیرومند شدن زیاد، فاسد شود.<sup>۳</sup>

### نتیجه گیری

قدرت عمومی رویکرد اقتدارگرایانه دارد وقتی نقش مصلحت عمومی در محدود کردن آزادی فردی در قالب پذیرش آزادی مثبت باشد به دنبال چهارچوب بندی قدرت سیاسی در قالب قواعد حقوقی است اما هدف آن از این چهارچوب بندی حقوقی بیش از آن که مهار پدیده ای به نام «قدرت» و حد و مرزگذاری و مقیدسازی نهادهای صاحب قدرت باشد معطوف به توجیه و محافظت و قانونی جلوه دادن اقتدار حاکم است. اصالت با حفظ قدرت و سامان دهی ساختار سیاسی است و اعمال حقوق و آزادی های شهروندان تا حدودی که با این فرایند مغایرت نداشته باشد، تجویز می شود. دفاع از مصلحت عمومی به ناچار به دفاع از سازمان شکل دهنده و مدافع مصلحت

---

۱. حسینعلی، نوذری، پیشین، ص ۶۱۰.

۲. مصطفی، رحیمی، پیشین، ص ۱۷۹

۳. همان، ص ۱۷۹

۱۵۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

عمومی - عمدتاً دولت می انجامد. به این ترتیب بین نقش سدکننده دولت در توسعه فردیت شخص با هدف مصلحت عمومی در تثبیت فردیت اشخاص تضاد می افتد و راه کار ارایه شده می تواند ضرورت حاکم و حکومت را بر اساس تأمین مصالح فردی (نه مصلحت عمومی) قرار داد. <sup>۱</sup> و پذیرش آزادی در مخالفت با قوانین مضر، آزادی و قدرت سیاسی را در تقابل یکدیگر می نشانند. راه کاری که می شود بر این تقابل پیشنهاد داد این است که دولت وظیفه اساسی خود را به عنوان متولی قدرت عمومی تضمین آزادی های انسانی در برابر قدرت قرار دهد. <sup>۲</sup> زیرا توسعه و گسترش نامعقول قدرت که به بسط زور می انجامد و افراط در آزادی <sup>۳</sup> که به تغییر ماهیت آن و غلطیدن در ورطه لجام گسیختگی و سوءاستفاده از این ارزش بشری منتهی می شود، <sup>۴</sup> دو آفت سامان های یاد شده <sup>۵</sup> و <sup>۶</sup> است.

- 
۱. محمد، منصورنژاد ، دغدغه های جوان پویا، تهران: جوان پویا، ۱۳۸۵-ص ۲۴
  ۲. ابوالفضل، قاضی شریعت پناهی ، بایسته های حقوق اساسی ، تهران نشر میزان چاپ بیست و دوم ۱۳۸۵، ص ۲۸
  3. Lord Action, John Emerig Edward Dalberg, op.cit., p. 36.
  4. Plato, The Laws of Plato, op. cit., p. 86.
  5. Plato, The Republic, op. cit., p. 335.
  ۶. محسن، عزیزی، تاریخ عقاید سیاسی از افلاطون تا ماکیاول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم ۱۳۸۴، ص ۸۶.

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۵۱

## منابع

منابع فارسی:

### الف: کتب

۱. افلاطون، جمهور، ترجمه فواد رحمانی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ پنجم، سال ۱۳۸۱
۲. افلاطون، قوانین «در دوره آثار افلاطون»، ترجمه محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، تهران: نشر خوارزمی، ۱۳۳۵
۳. برلین آیزایا چهارمقاله درباره آزادی ترجمه محمدعلی موحد. تهران: خوارزمی، چاپ دوم: ۱۳۸۰
۴. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی، تهران، نشر نگاه معاصر، چاپ هفتم، ۱۳۸۶
۵. بوشهری، جعفر، حقوق اساسی تطبیقی، شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۳
۶. بوشهری، جعفر، حقوق اساسی و مسایل اصول و قواعد نشر میزان، تهران
۷. بازارگاد، بهالدین، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، تهران، کتابفروشی زوار، چاپ چهارم، ۱۳۵۹
۸. تندر، گلن، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدری، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۷۴
۹. جونز، ویلیام تامس، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه علی رامین، جلد دوم، قسمت دوم: «مونتسکیو، روسو، برک، بنتهام» تهران، انتشارات امیر کبیر ۱۳۷۶، چاپ چهارم
۱۰. دورکین، رونالد، نافرمانی مدنی، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱
۱۱. رحیمی، مصطفی، ق اساسی ایران و اصول دموکراسی، نشرابن سینا، تهران

- ۱۵۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲
۱۲. شعبانی، قاسم، حقوق اساسی و ساختار حکومت اسلامی، تهران: نشر اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۴
۱۳. طباطبایی سید جواد، زوال اندیشه ی سیاسی در ایران، تهران، انتشارات کویر، چاپ هشتم، ۱۳۸۷.
۱۴. عالم، عبدالرحمن، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ دوم ۱۳۷۸
۱۵. عزیزی، محسن، تاریخ عقاید سیاسی از افلاطون تا ماکیاول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم ۱۳۸۴
۱۶. فاستر، مایکل برسفورد، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، جلد اول، بخش اول، تهران، انتشارات امیر کبیر ۱۳۷۶، چاپ چهارم
۱۷. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته های حقوق اساسی تهران نشر میزان چاپ بیست و دوم ۱۳۸۵
۱۸. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸
۱۹. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر میزان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۶
۲۰. کلی، جان، پیشین، تاریخ مختصر حقوق غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر طرح نو، چاپ اول ۱۳۸۰.
۲۱. لاک، جان، رساله ای درباره حکومت، ترجمه حمید عضدانلو، تهران، نشر نشی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۲. لنساف، مایکل ایچ، فیلسوفان سیاسی قرن بیستم، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، نشر ماهی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۵.
۲۳. مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون «مفاهیم، مبانی، برداشت ها»، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵

مهم ترین ابزار تحدید در ارتباط آزادی فردی و مصلحت عمومی.....۱۵۳

۲۴. مشکانی، امیرحسین، دولت قانون مدار، سبزواری: انتشارات امید مهر، چاپ اول، ۱۳۸۸

۲۵. منصورنژاد، محمد، بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه اندیشمندان غربی و اسلامی، تهران: جوان پویا، ۱۳۸۸

۲۶. نودری، حسینعلی، بازخوانی هابرماس، تهران، نشر چشمه، چاپ اول، زمستان، ۱۳۸۱.

۲۷. وینسنت، اندرو، نظریه های دولت ترجمه حسین بشیریه تهران نشر نی چاپ پنجم ۱۳۸۵

۲۸. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ دهم، تابستان ۱۳۸۹

۲۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۸۹.

۳۰. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۹۰

۳۱. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادیهای اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۴

۳۲. هایک، فردریش فون، قانون، قانون گذاری و آزادی: گزارش جدیدی از اصول آزادی خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، قواعد و نظم، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی نژاد، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۰.

۳۳. هلد، دیوید، مدل های دموکراسی، ترجمه عباس مخبر، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ سوم ۱۳۸۴

### ب: مقالات

۱. غنی نژاد، موسی، اندیشه آزادی و پیوند آن با اقتصاد سیاسی ماهنامه سیاسی، اقتصادی اطلاعات، آذر و دی ۱۳۷۳

۱۵۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ی بیستم، تابستان ۱۳۹۲

### منابع لاتین:

#### الف: کتب

1. Lord Action, John Emerig Edward Dalberg, the history of freedom and other essays macmillan and co limited London 1907.
2. Plato, The Laws of Plato, trans by thomsl pangle the university of Chicago press Chicago and london1980.
3. Plato, The Republic, translated by H.DP.Lee penguin books 1963.



8.....Abstract

**The primary means of restriction on individual freedom and  
the common good**

**Dr.Seyed .Mohammad hashemi\***  
**FatemehShokouhi\*\***

(Received: 09/Jun/2013; Accepted: 09/Jun/2013)

**Abstract**

When the primary means of limiting the freedom of the individual and the common good, we can regard the rule of law an obstacle to the desire to limit the power of individual freedom in general consider According to the release, people have the right to do whatever the law allows only what is not prohibited by law There is the principle of freedom , while that of the public good is indeterminate and its boundary is fixed by law the fundamental rights of individual liberty , which is limit And the melting of the collective interests of the individual materials is known , then the rule of law, individual freedom , the rule of law has been Broad powers and authority granted to the imposition and capable Since the desire for power, authority and power , so the general public interest in restricting individual freedom

**Keywords:**

individual freedom , public good , the rule of law, public power

---

\*Professor, Member Of Islamic Azad University, Science And Research.

\*\*Public Law M.A Student, Islamic Azad University, Tehran

## Causes of recidivism in juvenile institution Clients

Samira sadat mirsamiee\*

Alireza Milani\*\*

(Received: 24/Apr/2013; Accepted: 31/Jun/2013)

### Abstract

The Research Investigates The Effective Factors On The Reiterative Character Of Boy And Girl Relief Seekers Of Tehran Community Home. The Research Aims Mainly To Explore The Effect Of The Individual And Collective Factors On Reiteration Of Children And Adolescents.

In The Theoretical Framework Of The Study, The Expression Of The Repetitive Nature Of The Crimes Committed By Children And Adolescents, We Have Used Some Theories Such As Labeling, Anomaly, And Preferred Association. The Anatomical Domain Of The Research Has Been Performed Using The Researcher-Constructed Questionnaire.. Collected Information Was Analyzed Using Descriptive And Deductive Statistics And SPSS Software.

Thus Based On The Results Of The Study We Can Take Some Effective Measures In Order To Prevent And Reduce The Reiteration And Redetection Of Released Adolescent , Performing Some Rules Such As Separation Of Relief Seekers , Providing Financial And Non-Financial Services Via Post-Release Attention Center, Admittance Of Released Relief Seekers By Family, Friends , Formal & Informal Organs And Avoiding Their Revocation.

**Key Words:** Reiteration, Relief Seeker, Community Home.

---

\* Master of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University of Tehran.

\*\* Assistant professor, Islamic Azad University of Eslamshar.

## **Alternative Dispute Resolution [ADR] in Settlement of Disputes in Sports**

**Jalil Maleki\***    **Yaghoub Kadkhodaei\*\***

(Received: 21/Apr/2013; Accepted: 11/May/2013)

### **Abstract**

Increasing growth and development of sports, complexity and expansion of sport organizations, institutions and activities, ever complicating mechanisms of laws and their function in sports, on-going fundamental changes in sports facts and phenomena, media impacts and their analytic and international influence which goes far beyond the geographical borders of countries, even farther beyond the continents, have caused to be raised enormous differences and disputes in the area of sports which this necessitates efficient resolutions on such disputes.

On the other hand, there are some obstacles and limitations existing in the matter of referral of sports disputes to the specialized international institutions such as Court of Arbitration for Sports (CAS) due to different legal systems of the countries, thus, the existing situation gives rise to recourse to and application of the methods of Alternative Dispute Resolutions [hereafter “ADR”] by a third party and/or third parties who are mutually elected and appointed by the parties to the dispute in compliance with the rules of proceedings again mutually agreed upon by the parties.

ADR methods are based on mutual agreement and consent of the parties to the dispute; with some particular features of such processes, ADR resolves the dispute in a specialized and expertise procedure with reliance on just and equitable guidelines,

the sport is regarded as one of the ideals of human society which is enshrined, accepted and confirmed in international instruments and resolutions as a matter of tool and instrument for promotion of education, health and development, as is specially emphasized in Resolution of the United Nations approved on 3<sup>rd</sup> November 2003. Therefore, it is required that the ground be paved for human exaltation by establishing uniform rules in all fields relating to the sports including the manner of uniform and efficient method of dispute resolution.

**Keyword:** Alternative, Settlement, Disputes, Sport Law, ADR

---

\* Assistant Professor, Islamic Azad University Of, Islamic Azad University Central Tehran Branch (A.U.T.B) AND, LAWYER

\*\*M.A. Student Private Law, Islamic Azad University Central Tehran Branch

**Responsibility of Maritime Carrier Toward Passenger  
Under Iranian law (with a concise comparative study)**

Alireza Askari\*      Seyed Hadi Hosseini\*\*

(Received: 17/Apr/2013; Accepted: 15/May/2013)

**Abstract**

Rapid economic growth on one side and the intensity of commercial exchanges between the countries in the midst of the past century on the other side led to the passing of Iranian Maritime Act in 1343 (S.H). Nowadays, though many people travel by airplanes or cars, some other prefer to travel by ships for their own reasons. Since in such contracts the carriers are stronger than passengers, the question is that: Are the parties free to agree against the law? In other words, legally speaking, are the provisions of Maritime Act mandatory or not? If so, why and under which condition(s)? What are the available remedies for breach of contract? What is the legal basis and scope of carrier responsibility? Is the available provision suffice to meet the needs and to what extent Iranian provisions correspond to the international rules and conventions? The basis of study is Iranian Law.

**Keywords:** sea, maritime, passenger, responsibility, carrier.

---

\*PHD student, private law, Islamic Azad University, Tehran Science and Research Branch

\*\*Assistant Professor of Islamic Azad University, Central Tehran branch

4.....Abstract

**Iranian judicial system approaches confronting Cybersquatting  
in comparison with the American laws, WIPO arbitration  
center's decisions**

**Mohammadmir Dehestani\***

(Received: 08Apr/2013; Accepted: 05/May/2013)

**Abstract**

registering trademarks as domain name with the malicious registrar will constitute Cybersquatting which has been mentioned as malicious domain name registration in WIPO instruments. Explaining Iranian judicial system approaches confronting Cybersquatting is the main subject of this paper and the goal will be achieved by analyzing the judicial decisions and referring to the related statutes of Iran and also a glance on the existing resources in the US laws and procedures in WIPO arbitration center. The prohibition of the use of trademarks as domain names has been only explicitly mentioned in article 66 of the Iranian E-Commerce Code, but the capability of the domain name has been evaluated equal to the capability of the trademarks and the right of the trademark owner regarding to the later registration of the domain name, has been protected by the judicial precedents. Registration and the use of the trademark as domain name, has been recognized as a crime in criminal cases just provided that the similarity has been to extend that has deceived the users with regard to the origin of the goods and services. Dispute settlements in WIPO arbitration center is done by the UDRP procedure, and the arbitrators will protect the right of the trademarks owners in case of holding the "Confusing similarity" and "Bad faith" in domain name registration and will decide to confer the domain name to the trademark owner.

**Keywords:** "Cybersquatting", "Trademark", "Domain name", "Confusing similarity", "Bad faith."

---

\* Ph.D In Private Law

**Prevention as a combined approach: crime, criminal and the environment, (applied areas)**

**Morteza Akbari Lalimi\***

(Received: 06Apr/2013; Accepted: 28/May/2013)

**Abstract**

Before answering the question with respect to the way of prevention of the crime, and the question of which factors reduce the rate of crime, the following questions should be answered:

1. How the crime is created?
2. How a mankind becomes criminal?
3. Which environments are potentially suitable for committing a crime?

Crime is a social intricate reality, which is created in the society and groves and relates with different factors and biological, social and economic structures. So, to reduce it or prevention of it, we should consider its roots and causes in the society.

As we cannot imagine an society without crime and Durkheim's theory is regarded a correct theory in all eras and places, so eradication of crime is impossible. Therefore the attempts should target prevention of crime considering the necessary measures and appropriate methods, not its eradication.

**Key words:** prevention, crime, criminal, society, Judiciary

---

\* phd, student of international public law, Islamic Azad university Qeshm Branch.

# *Abstracts*

## Table contents

Title \_\_\_\_\_ Page

**Prevention as a combined approach: crime, criminal and the environment, (applied areas)**

Morteza Akbari Lalimi

**Iranian judicial system approaches confronting Cybersquatting in comparison with the American laws, WIPO arbitration center's decisions**

Mohammadmir Dehestani

**Responsibility of Maritime Carrier Toward Passenger Under Iranian law(with a concise comparative study)**

Alireza Askari

Seyed Hadi Hosseini

**Key Words:** Reiteration, Relief Seeker, Community Home.  
**Alternative Dispute Resolution [ADR] in Settlement of Disputes in Sports**

Jalil Maleki

Yaghoub Kadkhodaei

**Causes of recidivism in juvenile institution Clients**

Samira sadat mirsamiee

Alireza Milani

**The primary means of restriction on individual freedom and the common good**

Dr.Seyed .Mohammad hashemi

FatemehShokouhi



**Azad Legal Researches Quarterly of Law Faculty Islamic Azad University Central Tehran Branch**

October 2013 Volume 6, No. 20

Executive Director:

Editor-in-Chief:

Managing Director:

Editors:

Editorial Board:

Dr. M. Ashoori  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M.a. Ardebili  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. B. Arfania  
Associate Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. G. Eftekhari Jahromi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. F. Parvin  
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. M.R. Pirhadi  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. S. Salimi  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. H. Safaei  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M.A. Solhchi  
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. A. Karimi  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. J. Koosha  
Associate Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. J. Maaleki  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. A.H. Najafi Aband Abadi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. M. Haashemi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Opinions Expressed In This Quarterly Do Not Necessarily Reflect The Views Of The Journal And University.

Address: Law Faculty Of Central Tehran Branch, Islamic Azad University.No.12,5 Th Floor, Barati Alley, Enghelab St. Tehran, Iran.

Postal Cod: 1131854113 Tel & Fax +982166720218

# **Azad Legal Researches**

**Quarterly of Law Faculty  
Islamic Azad University  
Central Tehran Branch**

شرایط اشتراک فصلنامه تحقیقاتی حقوقی آزاد

در صورت تمایل به اشتراک فصلنامه، مشخصات کامل خود را مطابق فرم زیر پر کنید.

مبلغ پنجاه هزار ریال به حساب شماره ۷۲۳۹۶۳۵۳ بانک ملت شعبه دکتر قریب مربوط به دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی به عنوان هزینه اشتراک یکساله (شامل هزینه ارسال) واریز کنید و فرم تکمیلی را به انضمام اصل فیش پرداختی ۲ برگ تصویر فیش واریزی به دفتر مجله ارسال فرمایید.

**الف: برای اشخاص حقیقی:**

نام ..... نام خانوادگی .....

نام پدر ..... تاریخ تولد .....

شماره شناسنامه ..... محل صدور .....

میزان تحصیلات ..... شغل .....

نشانی کامل پستی .....

نشانی پست الکترونیک .....

تلفن تماس ..... فکس .....

**ب: برای اشخاص حقوقی**

نام ..... شماره ثبت .....

نشانی کامل پستی .....

کد پستی .....

نشانی پست الکترونیک .....

شماره تلفن ..... فکس .....

