



اولین نشریه علمی / تخصصی حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

شماره دوم / زمستان ۱۴۰۲

### ■ عناوین مقالات:

- ۱- سیاست جنایی مطلوب در برابر خطرهای مجرمانه ارزهای مجازی  
■ محمد قائمی اصل، سلامه ابوالحسنی، نغمه فرهود
- ۲- بررسی تطبیقی ابعاد و مولفه های حقوق غیرمالی زوجین در حقوق ایران و فرانسه  
■ پیمان مردیان، محبوبه عبدالهی، فهیمه ملک زاده
- ۳- آثار تجاوزمدیران از موضوع شرکت های سهامی از منظر حقوق ایران و انگلیس  
■ غلامرضا صف آرا، سیاوش شجاع پوریان، شاپور فرهنگ پور
- ۴- واکاوی ابعاد و مولفه های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران  
■ بارویگردی به فقه امامیه  
■ امیرجواد لامی نژاد، عیسی بنی نعیمه، امیرآبوعلی
- ۵- بررسی اصول بنیادین حقوق بشر در دوستانه در حملات ۲۰۲۳ اسرائیل به نوار غزه  
■ پونه طبیب زاده، مهدی زین الدینی
- ۶- جایگاه حقوق بشر در سیاست خارجی ایالات متحده آمریکا (با تاکید بر مسئله فلسطین)  
■ خسرو وفائی سعدی، سحر آخوند فیض
- ۷- مطالعه تطبیقی ماهیت قراردادهای ورزشی در حقوق ایران و انگلستان  
■ عبدالله دولاح، مهدی فیروزآبادیان، غلامرضا یزدانی

# ISLAMIC AZAD UNIVERSITY OF RAFSANJAN

- Favorable criminal policy against the criminal risks of virtual currencies  
Mohammad Qaemi Asl, Salama Abolhosni, Naghmeh Farhoud
- A comparative study of the dimensions and components of non-financial rights of the couple in Iranian and French laws  
Peymán Mardian, Mehbooba Abdulahi, Fahima Malekzadeh
- The effects of managers' encroachment on the issue of joint-stock companies from the perspective of Iranian and British law  
Gholamreza Safara, Siavash Shoja Pourian, Shapour Farhangpour
- Analysis of dimensions and components of criminal liability of legal entities in Iranian criminal law with an approach to Imami jurisprudence  
Amirjavad Laminejad, Isa Bani Naimah, Amir Albuali
- Consideration of fundamental principles of humanitarian rights in the Israeli attacks on the Gaza2023  
Pooneh Tabibzadeh, Mehdi Zein Aldini
- The position of human rights in the foreign policy of the United States of America (with an emphasis on the Palestinian issue)  
Khosro vafaei Saadi, Sahar akhond feiyz
- A comparative study of the nature of sports contracts in Iranian and English law  
Abdullah Dolah, Mehdi Firouzabadian, Gholamreza Yazdani

# FRL

پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law

Second Volume/ winter 2024



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# پژوهش های بنیادین در حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

FRL

The Fundamental Researches in Law

شماره دوم / زمستان ۱۴۰۲

# پژوهش های بنیادین در حقوق

صاحب امتیاز

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

مدیر مسئول

دکتر پونه طبیب زاده استادیار حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

سر دبیر

دکتر محمود قیوم زاده خرنقی استاد الهیات، کلام اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه

مدیر داخلی

مهندس سید مصطفی ترابی راد - مربی کامپیوتر (نرم افزار)

ویراستار

محمدحسین پورمحمدعلی

## اعضای هیئت تحریریه:

حسین میرمحمدصادقی استاد حقوق جزا و حقوق قراردادها دانشگاه شهید بهشتی

امیر حمزه سالارزائی استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

حسین احمری دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سیدحسن وحدتی شبیری دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مهدی عباسی سرمدی دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

محمدرضا کاظمی گلوردی استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سید مهدی احمدی موسوی استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

طرح روی جلد: خانم معصومه خان محمدی

صفحه آرا: محمدحسین پورمحمدعلی

نشانی: رفسنجان بلوار ولایت ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

کد پستی: ۷۷۱۸۱۸۴۴۸۳

تلفن: ۰۳۴-۳۴۳۳۳۰۹۱

همراه: ۰۹۱۳۳۹۱۲۸۳۷

پست الکترونیک: [rafsanjan.jftrl@gmail.com](mailto:rafsanjan.jftrl@gmail.com)

## اصول و راهنمای نگارش مقالات

- مقاله باید نتیجه تحقیقات نویسنده/ نویسندگان باشد.
  - مقاله نباید در نشریه دیگری منتشر شده باشد و تا اتمام داوری نیز نباید به مجله دیگری فرستاده شود.
  - مسئولیت مطالب و محتوای مقاله برعهده نویسنده مسئول است.
  - مقاله نباید از ۱۵ صفحه کمتر و از ۲۵ صفحه بیشتر باشد و تعداد واژگان مقاله حداکثر ۸۰۰۰ واژه باشد.
  - مقاله باید مطابق با راهنمای تدوین مقاله بر صفحه کاغذ (A4)، با قلم B Lotus شماره (۱۳) فاصله بین خطوط در چکیده (۱)، در متن (۱/۱۵)، فونت نگارش در زیرنویس ها (۹) و در محیط واژه پرداز (word) نوشته شده باشد.
  - متون و واژه های انگلیسی با فونت Times new roman شماره ۱۱ نوشته شود.
  - نام کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، دانشگاه محل تدریس یا تحصیل، رشته تحصیلی، ایمیل، شماره همراه و نشانی پستی نویسنده باید در صفحه جداگانه ای ضمیمه شود.
  - ارسال مقاله تنها از طریق سامانه فصلنامه پژوهش های بنیادین در حقوق به نشانی زیر امکان پذیر است. (برای این کار ابتدا باید از طریق گزینه "ورود به سامانه" در سامانه مذکور ثبت نام کنید).
- (<https://sanad.iau.ir/journal/jftrl>)

مطالب و مقالات پژوهش های بنیادین در حقوق

لروما بیانگر دیدگاه های دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان نیست.

## فهرست مطالب

- ۱- سیاست جنایی مطلوب در برابر خطر های مجرمانه ارزش های مجازی
- ۲- بررسی تطبیقی ابعاد و مولفه های حقوق غیرمالی زوجین در حقوق ایران و فرانسه
- ۳- آثار تجاوز مدیران از موضوع شرکت های سهامی از منظر حقوق ایران و انگلیس
- ۴- واکاوی ابعاد و مولفه های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران با رویکردی به فقه امامیه
- ۵- بررسی اصول بنیادین حقوق بشردوستانه در حملات ۲۰۲۳ اسرائیل به نوار غزه
- ۶- جایگاه حقوق بشر در سیاست خارجی ایالات متحده آمریکا (با تاکید بر مسئله فلسطین)
- ۷- مطالعه تطبیقی ماهیت قراردادهای ورزشی در حقوق ایران و انگلستان



## **The crisis of the spread of Contagious diseases and the role of national aviation in its containment**

Mihammad Ghaemi Asl, Salameh Abolhasani, Naghmeh Farhod

Date Received : 14 February 2024    Date accepted : 27 February 2024

### **Abstract :**

The purpose of this research is to investigate the optimal criminal policy against the criminal risks of virtual currencies. The regulation regarding the criminal risks of virtual currencies in Iran also has significant differences with many other countries, policy makers and regulators in Iran took another way. This approach started by banning the use and exchange of virtual currencies with the argument of money laundering usability, which promised more attention to virtual currencies from the point of view of money laundering regulations. The field of virtual currencies in the country dated 2019/01/28 was added, indicating the marginalization of the approach related to money laundering to virtual currencies and the strengthening of the approach that is trying to consider common currencies such as dollars and euros as virtual currencies. included the laws related to currency, including the Law on Combating Smuggling of Goods and Currency 1392 with subsequent amendments and additions.

Keywords: virtual currencies, criminal policy, criminal risks.





## سیاست جنایی مطلوب در برابر خطرهای مجرمانه ارزشهای مجازی

محمد قائمی اصل<sup>۱</sup>، سلامه ابوالحسنی<sup>۲</sup>، نغمه فرهود<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۵

### چکیده:

هدف از پژوهش حاضر، بررسی سیاست جنایی مطلوب در برابر خطرهای مجرمانه ارزشهای مجازی می باشد. مقررات گذاری در خصوص مخاطرات جنایی ارزشهای مجازی در ایران از تفاوت های قابل توجهی با بسیاری کشورها برخوردار است، کنشگران سیاستگذار و مقرره گذار در ایران راهی دیگر را در پیش گرفته اند. این رویکرد با ممنوعیت استفاده و مبادله ارزشهای مجازی با استدلال قابلیت استفاده پولشویی آغاز شد؛ که نوید دهنده توجه بیشتر به ارزشهای مجازی از منظر مقررات پولشویی بود. سپس با اقدامات بعدی از جمله انتشار پیش نویس سند الزامات و ضوابط فعالیتها در حوزه ارزشهای مجازی مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۸ همراه شد. این اقدام نشانگر به حاشیه رانده شدن رویکرد مرتبط با پولشویی به ارزشهای مجازی و تقویت رویکردی است که در تلاش می باشد؛ تا با محسوب کردن ارزشهای مجازی، تحت عنوان ارزشهای رایج مانند دلار و یورو آنها را تحت شمول قوانین مربوط به ارز و از جمله قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی درآورد.

**واژگان کلیدی:** ارزشهای مجازی، سیاست جنایی، خطرهای مجرمانه.

۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۲- استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

۳- استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد اندیمشک، دانشگاه آزاد اسلامی، اندیمشک، ایران.

در جهان امروز فناوری با سرعت شگرفی در حال پیشرفت است. بزهکاران این موقعیت فرصت‌ساز را به خوبی شناخته‌اند و از پیشرفت‌های فناورانه برای پیشبرد اهداف خود بهره می‌برند. فناوری اطلاعات و ارتباطات، افزون بر ایجاد ابزارهای جدید ارتکاب جرم، بسترساز ارتکاب جرایمی نو نیز شده که با گسترش محیط مجرمانه به فراتر از مرزهای جغرافیایی یک کشور، فرایند جهانی شدن بزهکاری را تسریع کرده است. ابداع ارزشهای مجازی به فرایند مزبور سرعت بخشیده است. ارزشهای مجازی با ادعای هم‌ردیف قرارگرفتن با ارزشهای متعارف (دولتی)، در تلاش‌اند تا تابوهای سنتی تولید و توزیع پول توسط دولت‌ها را بشکنند و ارزی غیررسمی با قابلیت تولید توسط کاربران فراهم آورند. ارزشهای مجازی مبتنی بر رمزنگاری اطلاعات هستند و مبداء و مقصد آن‌ها در خیلی از مواقع معلوم نیست و به همین دلیل می‌توانند بستری برای پولشویی باشند. به همین جهت کشورها یا از ابتدا این پول‌ها را ممنوع کرده‌اند یا با سازوکارهای قانونی به صورت محدود از آن‌ها استفاده می‌کنند.

با این حال، بیت کوین و دیگر گونه‌های ارزشهای مجازی، وارد حوزه‌های جدیدتری برای تأمین مالی در معنای پول شده‌اند که به دلیل عدم قرار گرفتن بیت کوین در سامانه‌های پرداخت سنتی، مقرر گذاری این حوزه را با مشکلاتی همراه ساخته است؛ زیرا این ارز مشمول قوانین مرتبط در این زمینه نمی‌شود. این امر، در کنار ویژگیهای منحصر به فردی که بیت کوین به ارمغان آورده؛ موجب افزایش جذابیت این ارز مجازی برای بزهکاران، به ویژه بزهکاران مالی - اقتصادی، شده است.

بنابراین یکی از راههای پولشویی در بستر اینترنت مستلزم انتقال پول از یک بانک به بانک دیگر با استفاده از نام و مکانهای مختلف است. این پروسه تا زمانی که پول پاک شده و قابل ردگیری نباشد؛ ادامه پیدا می‌کند. مزیت‌های پولشویی از طریق اینترنت این است که کمیت تراکنشها به میزان دلخواه قابل افزایش است و میتواند از یک نقطه دور صورت بگیرد و علاوه بر اینها بی نام انجام شود. ناشناس ماندن هویت در تراکنشهای مالی مشخصه ضروری پول شویی است. رویکرد «مشتری خود را بشناس» که به طور سنتی توسط مؤسسات مالی مورد استفاده قرار می‌گرفت، تا پولشویی را کشف کند، در عصر حاضر که معاملات به جای اشخاص با کلیک موس صورت می‌گیرد؛ به خوبی پاسخگو نیست.

اکنون مجرمان می‌توانند از پول الکترونیکی به عنوان راهی برای انتقال پول به طور ناشناس استفاده کنند. افراد و گروه‌هایی که مایل به دیده شدن و شناخته شدن نیستند میتوانند از فرم‌های الکترونیکی پول برای انتقال وجوه در سطح جهان استفاده نمایند و

اینترنت به عنوان ابزار مناسب این حرکت عمل می‌کند. پول الکترونیکی یک پدیده غیر قانونی نیست؛ بلکه در واقع پایه سیستم مالی جهانی کنونی است. هر چه پول الکترونیکی ناشناس تر باشد؛ احتمال انجام پولشویی بیشتر می‌شود. بسته به نوع و ارائه کننده این پول‌ها، خرید دیجیتال به وسیله آنها می‌تواند یک رد پای قابل تشخیص داشته باشد (مانند کارتهای اعتباری) و یا مشابه پول کاغذی هیچ اثری از خود به جای نگذارد. ترکیب پول الکترونیک و بانکهایی که اجازه می‌دهند و حتی تشویق میکنند که افراد و یا کسب و کارهای ناشناخته به عنوان مشتری با آنها در تعامل باشند، یک زمینه مناسب برای پولشویی ایجاد می‌کند.

ارزهای مجازی در قیاس با ارزهای واقعی به صورت محدود، فناوری مختل کننده نظام مالی سنتی را عرضه داشته اند؛ که بسیاری از قواعد ضد پولشویی و تأمین مالی تروریسم را به چالش کشیده و ناتوانی آنها را در عرصه دنیای مجازی برجسته ساخته اند. ارزهای مجازی روند عادی ارزهای مادی دارای پشتوانه دولتی را برهم زده‌اند و حقوق را در جایی نحیف گذاشته اند که نه هر سال بلکه هر ماه و شاید هر روز روشی نوین و ابزاری جدید را به منظور ناشناختگی بیشتر به کار می‌گیرد<sup>۱</sup>.

رویکرد ایران در قبال ارزهای مجازی؛ از رویکرد منفعلانه تا رویکرد واکنشی بوده است. رویکرد سیاستگذاری در ایران نسبت به ارزهای مجازی در ابتدا ممنوعیت استفاده از آن بود. براین اساس در جلسه سی ام شورای عالی مبارزه با پولشویی در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۹ به کارگیری ابزار بیت کوین و سایر ارزهای مجازی در تمام مراکز پولی و مالی کشور، به جهت قابلیت آن در ارتکاب پولشویی و تأمین مالی تروریسم ممنوع اعلام شد.

با این حال با گذشت بیش از یک سال از مصوبه مذکور، بانک مرکزی ایران رویکرد واقع بینانه تری در قبال ارزهای مجازی اتخاذ کرده است. براین اساس معاونت فناوری های نوین بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، نسبت به انتشار پیش نویس سند «الزامات و ضوابط فعالیتها در حوزه رمزارزها در کشور» مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۸ اقدام کرد. این سند با هدف بررسی و ارائه نظرات متخصصان و صاحب نظران منتشر شده است و پس از انجام اصلاحات احتمالی و با تصویب شورای پول و اعتبار جهت اجرا ابلاغ شده است.

ارز مجازی از انواع مختلفی برخوردار است که هر یک با توجه به ماهیت و کارکرد، دارای ویژگی های خاصی نسبت به یکدیگر هستند. باین حال نمونه کامل ارز مجازی بیت کوین است که برخی ویژگی ها آن را از سایر ارزهای مجازی متمایز می‌کند. از این رو

۱- کدخدایی، عباسعلی و نوروزپور، حسام؛ چالش ارزهای مجازی در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم با تأکید بر اقدامات و توصیه‌های کارگروه ویژه اقدام مالی (FATF)، مجله حقوقی بین المللی، دوره ۲۷ شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۲۵.

در پژوهش حاضر با روشی توصیفی - تحلیلی به ارائه راهکارهای پیشگیرانه وضعی و اجتماعی پیرامون جرایم مرتبط با ارزشهای مجازی با محوریت بیت‌کوین پرداخته خواهد شد؛ لذا نگارنده در این رساله به دنبال پاسخ گویی به این سوالات است که چه عواملی سبب جلب نظر بزهکاران به استفاده از ارزشهای مجازی برای انجام فعالیت‌های مجرمانه میشود؟ راهکارهای پیشگیرانه از فعالیت مجرمانه مرتبط با ارزشهای مجازی منطبق با سیاست جنایی ایران چیست؟

## ۱ - مفهوم پول الکترونیکی

یکی از موضوعات جالب توجه در کتب حقوقی به خصوص در حوزه حقوق تجاری، کم رنگ شدن مفهوم پول در ادبیات حقوقی است. علی‌رغم این که پول تقریباً از منظر حقوقی به همه ابعاد حقوق مرتبط است؛ با این حال عموم دانشجویان و پژوهشگران حقوق آشنایی مختصری با پول دارند مگر اینکه در حوزه علائق شخصی دانشجویان و پژوهشگران باشد. جالب تر اینکه پول و انواع آن شاخه ای از دارایی محسوب میشود؛ یعنی با رشته حقوق ارتباط تنگاتنگی دارد. مع الوصف دانشجویان اقتصاد در همان اولین روزهای تحصیل با مباحث پولی آشنا می‌شوند در صورتی که پول اساساً آفریده حقوق است لکن بود و نبود آن در اقتصاد خرد از نظر حقوقدانان بیشتر جلب نظر مینماید اما ادبیات چندانی از پول در موضوعات مورد بحث رشته حقوق مشاهده نمی‌کنیم.

لازم به ذکر است که با پیشرفت فناوری‌های نوین مانند فناوری بلاک چین و ظهور ارزشهای مجازی در معاملات روزانه و بازارهای مالی اعم از بازارهای سرمایه و پول از یک سو و گسترش استفاده از آن، ابعاد حقوقی پول مجدداً در مرکز توجه حقوقدانانی که در حوزه‌های بانکی و مالی تخصص دارند؛ قرار گرفته است.

به دلیل اینکه رمز ارزها ریشه در پول الکترونیکی دارند و یکی از انواع پول الکترونیکی است؛ برای توصیف آن میبایست ابتدا به تشریح پول الکترونیکی، به طور کلی و اجمالی پرداخت؛ تا محدوده و قلمروی که در آن قرار می‌گیرد، مشخص شود.

یکی از مکانیزم‌های مهم در حال ظهور برای سیستم پرداخت ارزش، پول الکترونیکی است که جایگزین پول نقد سنتی شده است و این نوع پول در ادبیات بانکی در معنای عام و خاص به کار میرود. در مفهوم عام پول الکترونیکی تمامی شیوه‌های پرداخت الکترونیکی را در برمیگیرد و در مفهوم خاص، ارزش پولی ذخیره شده در یک ابزار الکترونیکی است که در مقابل دریافت وجوهی صادر و به عنوان وسیله ی پرداخت توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی غیر از ناشر پذیرفته می‌شود<sup>۱</sup>.

۲ - عبدی پور، ابراهیم؛ تحلیل حقوقی ماهیت پول الکترونیکی، مجله حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۹، صص ۵۵-۵۷.

پول الکترونیکی نوعی ابزار مالی الکترونیکی است که با مسامحه می‌توان گفت همه‌ی کارکردهای پول فیزیکی را داراست و حتی برخی از معایب پول فیزیکی در آن وجود ندارد. به نظر میرسد این نوع پول می‌تواند جانشین بسیار نزدیکی برای پولهای منتشر شده توسط بانک مرکزی همچون اسکناس، سکه، چک مسافرتی و... باشد.<sup>۱</sup> آن گونه که از تعاریف پول الکترونیکی در معنای خاص برمی‌آید عناصر مؤلفه آن عبارتند از:

عنصر اول، ارزش پولی ذخیره شده در یک ابزار الکترونیکی است. پول الکترونیکی باید متضمن ارزش پولی بیان شده بر حسب ادعای صادر کننده و ناشر آن باشد. ارزشی که به صورت بیتهای الکترونیکی در یک ابزار الکترونیکی ذخیره می‌شود.

عنصر دوم، تعریف اشخاص طرف پول الکترونیکی است. از لحاظ سیاست پولی، ناشران مهم ترین فراهم کنندگان خدمات پول الکترونیکی هستند، زیرا پول الکترونیکی تراز بدهی مؤسسات ناشر آن است. از لحاظ حقوقی نیز ناشر، دارنده و پذیرنده، اطراف اساسی پول الکترونیکی هستند. در نظام‌هایی که مقررات در تجویز انتشار پول الکترونیکی و نظارت بر آن وضع نموده‌اند. شرایط نسبتاً سختی را برای ناشران در نظر گرفتند. ناشر پول الکترونیکی اصولاً باید بانک یا موسسه مالی و اعتباری باشد و وجوه حاصل از نشر پول الکترونیکی را در امور مجاز و با قابلیت نقد شوندگی بالا سرمایه گذاری نماید.

عنصر سوم، صدور پول الکترونیکی باید در ازای وجوه دریافتی باشد. به عنوان مثال بر اساس ماده یک دستورالعمل اروپایی سال ۲۰۰۰، صدور پول الکترونیکی باید در مقابل دریافت وجوه و مبالغی باشد که ارزش آن کمتر از ارزش پولی صادره نباشد. این ضابطه مبتنی بر این رویکرد است که بر خلاف پول عادی، پول الکترونیکی صرف اعتبار و خلق پول و ارزش پولی به اراده ناشر آن نیست، بلکه مبتنی بر یک مبادله است و دارنده باید مبلغی حداقل معادل آن را به ناشر بپردازد.

این ضابطه با این هدف مقرر گردیده است؛ که از خلق اعتبار کنترل نشده توسط مؤسسات پول الکترونیکی در قالب صدور پول الکترونیکی به صورت دیسکنت (به قیمت کمتر) جلوگیری نماید؛ زیرا صدور پول الکترونیکی توسط ناشر آن در ازای مبلغی کمتر از مبلغ اسمی پول الکترونیکی منجر به افزایش حجم پول در گردش می‌شود، امری که تنها در صلاحیت بانک مرکزی است و اثرات منفی تورم زایی دارد. با این همه، در دستورالعمل اروپایی سال ۲۰۰۹ عبارت «مبلغی کمتر از ارزش پول صادره نباشد، حذف شده و عبارت صادر شده در مقابل دریافت مبلغ» جایگزین آن شده است.

عنصر چهارم تعریف، پذیرش پول الکترونیکی به عنوان وسیله پرداخت توسط بنگاه‌هایی غیر از ناشر آن است. زیرا یکی از ویژگیهای اساسی پول الکترونیکی وسیله پرداخت

۱- سلطانی، محمد و اسدی، حمید؛ ماهیت حقوقی پرداخت در پول الکترونیک، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۶، شماره ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ص ۸۹.

بودن آن و بهره مندی از این قابلیت است که ارزش پولی عرضه شده در آن به عنوان وسیله پرداخت توسط بنگاه‌های اقتصادی غیر از ناشر آن پذیرفته شود. این معیار مبتنی بر تحلیل و کارکرد اقتصادی پول به عنوان واسطه مبادله است. پول الکترونیکی هم باید این کارکرد و قابلیت را داشته باشد تا وصف پول بر آن صدق نماید. لذا در بند ۳ پاراگراف ۳ ماده یک دستورالعمل اروپایی سال ۲۰۰۰، این معیار در تعریف پول الکترونیکی گنجانیده شده است تا محصولات پول الکترونیکی را از ابزارهای پرداختی که صرفاً توسط ناشر آن پذیرفته می‌شوند، متمایز نماید.<sup>۱</sup>

به هر حال کارکرد پول الکترونیکی کارکردی ایجانی نیست؛ بلکه وسیله مبادله و جابجایی پول دولتی با عادی است، ولی به نظر می‌رسد برای کنترل آن و عدم اختلال در ارزش پول عادی، باید عناصر فوق رعایت شوند.

## ۲ - مفهوم سیاست جنایی

سیاست جنایی طی دو دهه گذشته به یک رشته مطالعاتی مستقل در علوم جنایی تبدیل شده است. طی این فرآیند، طیف گسترده‌ای از اندیشمندان حوزه علوم جنایی تعریف های متفاوتی از این اصطلاح نوپای علوم جنایی به دست داده اند. نخستین بار دلماس مارتی، سیاست جنایی را به مثابه رشته‌ای مستقل در علوم جنایی عینیت داد و در واقع، میتوان علم سیاست جنایی را میوه اندیشه دلماس مارتی دانست.

علیرغم تعدد تعاریف سیاست جنایی، آنها را می‌توان از حیث قلمرو تعریف به تعاریف مضیق و تعاریف موسع تقسیم بندی کرد.

## ۲ - ۱ - مفهوم مضیق سیاست جنایی

در این دسته از تعاریف که در واقع تعاریف اولیه سیاست جنایی محسوب می‌شدند، سیاست جنایی مترادف با سیاست کیفری به کار گرفته می‌شد و سیاست جنایی در این تعبیر، به سیاست «برخورد با جرم و بزهکاری پس از ارتکاب آن»، محدود می‌شد. مثلاً فون لیست آلمانی، سیاست جنایی را «بکارگیری حقوق کیفری از نقطه نظر مبارزه موثر علیه بزه» می‌دانست. مرل و ویتو<sup>۲</sup> نیز سیاست جنایی را به عنوان «مجموعه روش های قابل پیشنهاد به قانونگذار، یا عملاً به کار گرفته شده توسط او در زمان و در سرزمینی خاص، به منظور مبارزه با بزهکاری» تعریف می‌کردند.

۱- عبدی بود، ابراهیم؛ پیشین، صص ۵۵-۵۷.

۲- Vonlist

۳- Merl and Vito

استفانی، لواسور و بولک<sup>۱</sup> هم معتقد بودند که سیاست جنایی عبارتست از: «سازمان دهی مبارزه با بزهکاری پیشاپیش تعریف شده؛ مبارزه ای در اشکال مختلف و با بکارگیری وسایل گوناگون و هدایت شده به سوی اهداف معین»<sup>۲</sup>.

هر چند که در تعاریف اولیه سیاست جنایی، رویکرد انحصاری، مبارزه با جرم و کیفر بزهکاران و به بیان دیگر سیاست کیفری بوده است، اما به تدریج در کنار مقابله و جزادهی به بزهکار، بحث پیشگیری از بزه نیز در میان جرم‌شناسان قوت پیدا کرد و سیاست جنایی از «سیاست کیفر» به «سیاست کیفر و پیشگیری» تحول پیدا کرد. به عنوان مثال از دیدگاه گریسپینی، سیاست جنایی عبارت است از: «دانشی که فعالیتی را که دولت باید- به منظور پیشگیری و سرکوبی جرایم- بسط دهد، بررسی میکند». کلین اسکراد نیز سیاست جنایی را عبارت از شناخت وسایلی میداند که مقنن به منظور پیشگیری از بزه و حمایت از حقوق طبیعی شهروندان، منطبق با گرایش خاص هر دولت، در دسترس دارد.

فون لیست در تعریفی دیگر سیاست جنایی را یک رشته مطالعاتی میداندست که بر حسب داده ها و یافته های فلسفی و عملی (از جمله یافته های جرم شناختی) و با توجه به اوضاع و احوال تاریخی، سعی در تدوین و ایجاد آموزه های سرکوبگرانه (کیفری) و پیشگیرانه ای دارد که در عمل نسبت به بزهکار و بزهکاری قابل اعمال باشند. این تعریف با تفاوت های ظریفی مورد توجه مارک آنسل قاضی فرانسوی نیز قرار گرفته است. وی معتقد است که «سیاست جنایی، هم یک علم است و هم یک هنر و موضوع آن فراهم ساختن امکان ارائه بهترین شیوه تدوین قواعد و مقررات موضوعه در سایه داده ها و یافته های علوم جرم شناختی است»<sup>۳</sup>.

همان گونه که ملاحظه می شود در تمام تعاریف فوق الذکر که تعریف مضیق سیاست جنایی محسوب می شوند، کم و بیش بر عناصر «بزه، بزهکار و بزهکاری» و «واکنش سرکوبگرانه یا پیشگیرانه یا اصلاحی» از سوی «دولت» تصریح شده است.

## ۲-۲ - مفهوم موسع سیاست جنایی

از این منظر، سیاست جنایی در سطح حقوق کیفری یا جرم‌شناسی محدود نمانده و خود مفهومی مستقل و رشته مطالعاتی نوینی شناخته میشود. بدین سبب، در تعریف موسع سیاست جنایی، واژگانی جدید (عمدتاً متفاوت با آنچه در تعاریف مضیق به کار رفته

۱- Stefani, Levasseur and Bouloc

۲- حسینی، سید محمد؛ سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۲۳.

۳- نجفی ابرند آبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید؛ دانشنامه جرم شناسی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۷، ص ۸۸.

است)، دیده می‌شود.<sup>۱</sup>

سیاست جنایی مجموعه روشهایی است که هیأت اجتماع با توسل و به کار بستن آنها پاسخهای مختلف به پدیده جنایی را سازمان می‌بخشد.<sup>۲</sup>

سیاست جنایی علاوه بر قواعد حقوقی، عملکرد نهادهایی مختلف را که اجرای قواعد مزبور را به عهده دارند در بر میگیرد. این نهادها عبارتند از: پلیس، دادرها، دادگاهها، اداره زندانها، اداره آموزش و تربیت مراقبتی مجرمان، نهادهای پیشگیری از جرم و ادارات خدمات اجتماعی. بنابراین مجموعه‌های از فعالیتهای نهادی (رسمی) وجود دارد که همچون خود قانون جزء سیاست جنایی قرار میگیرند. شیوهی عملکرد نهادها و قواعد حقوقی، نظام عدالت جنایی و نظام کیفری با هم ترکیب میشوند و ساختاری به نام «نظام سیاست جنایی» شکل می‌گیرد.<sup>۳</sup>

به این ترتیب، سیاست جنایی در مفهوم موسع را میتوان به «سیاست جنایی ماهوی» شامل بزه انگاری، انحراف انگاری و پاسخ گذاری و «سیاست جنایی شکلی» شامل آیینهای رسیدگی به بزه، تعیین پاسخ به آن (پاسخ دهی)، تعریف مراجع پاسخ دهی [رسیدگی کننده] و سازمانهای متولی اجرا و اعمال پاسخ به بزه و نیز پاسخ دهی به انحراف توسط جامعه مدنی تقسیم نمود.<sup>۴</sup>

مطابق این تعریف، عناصر فعال و مهم برای پاسخ به پدیده جنایی از انحصار دولت خارج میشود و در یک مشارکت و همکاری عمومی در اختیار کلیه نهادهای اجتماعی اعم از دولتی و مردمی و جامعه‌ی قرار میگیرد. همچنین روشها نیز از قلمرو انحصاری سرکوبگری یا اصلاحی خارج و بسیار متنوع و ترکیبی شدند، ولی همچنان اساس برنامه ریزی بر محور پدیده جنایی، یعنی جرم و انحراف، قرار دارد که در ماهیت یک نوع سیاست واکنشی، اما فعال و چند وجهی محسوب می‌شود.<sup>۵</sup>

### ۳ - گونه های سیاست جنایی

- ۱- نظری خانقاه، سید غنی و همکاران؛ سیاست جنایی مشارکتی در پیشگیری از جرایم سایبری در ایران، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشهای جهان اسلام، دوره ۱۱، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۵۴.
- ۲- دلماس مارتی، می ری؛ نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۶۹.
- ۳- حاجی ده آبی، محمدعلی؛ خاقانی اصفهانی، مهدی؛ گونه شناسی سیاست کیفری فنی در قبال جرم رمزنگاری اطلاعات از منظر آزادی گرای و امنیت گرای، فصلنامه آموزه های حقوق کیفری، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۱۰۷.
- ۴- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ سیاست جنایی، دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، زیر نظر امیرحسن نیازپور، تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۸، ص ۵۵۷.
- ۵- شاملو، باقر؛ بازخوانی سیاست جنایی پیشگیرانه در پرتو پاندمی کووید ۱۹ و تئوری آشوب، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ویژه نامه حقوق و کرونا، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۱۸.



افزون بر وسعت موضوع و قلمرو سیاست جنایی، تنوع اهداف و مقامات مسئول سیاست جنایی در یک جامعه نیز وجود انواع سیاست جنایی را می‌طلبد. نکته مهم آن است که وجود انواع سیاست جنایی را نباید دلیلی بر تقابل و یا تضاد آنها دانست بلکه تمامی این تدابیرها در پیش بردن نظام سیاست جنایی به منظور رسیدن به اهداف آن با یکدیگر سهیم و هدفمند هستند. از طرف دیگر همواره باید منتظر ظهور و به وجود آمدن انواع دیگری از سیاست جنایی به موازات پدید آمدن انحرافات و اعمال بزهکارانه جدید باشیم.<sup>۱</sup>

### ۳- ۱ - سیاست جنایی تقنینی

سیاست جنایی تقنینی مجموعه‌ای از تدابیر مبارزه با بزهکاری را در بر می‌گیرد که در قانون متجلی شده است و ضمانت اجرای قانونی دارد. این نوع از سیاست جنایی ضمن آن که صلاحیت صلاحیت قانونی دارد؛ معیار و مبانی گونه‌های دیگر آن بوده و بیانگراصول کلی حاکم بر نظام کیفری یک جامعه می‌باشد. سیاست جنایی تقنینی، گاه بر عمل منجرانه یا مجرمانه تکیه دارد و گاهی نیز بر شخصیت مباشر و مرتکب آن عمل مجرمانه یا منجرانه تأکید می‌کند.

مجموعه قواعد و مقررات و به طور کلی قانون به عنوان نماینده و نمودی از تدابیر و تفکرات تبیین کننده اصول و مبانی و اهداف سیاست جایی می‌باشد و بدین دلیل مهم ترین منبع یک سیاست جنایی مطلوب نیز محسوب می‌شود. قانون بیانگر اندیشه‌ها و تدابیر، روشها، اصول و مبانی سیاست جنایی یک کشور در مقابله با جرم و انحرافات اجتماعی است که باید آن را برگرفته از تمایلات، هنجارها و ارزشهای یک جامعه دانست. لذا سیاست جنایی تقنینی را اینگونه میتوان تعریف کرد که: «مجموعه تدابیر مبارزه با بزهکاری که در قانون متجلی شده است و ضمانت اجرای مطمئنی همچول ضمانت اجرای قانونی دارد».<sup>۲</sup>

قوانین به مثابه مرجع در تعیین خطوط رفتار انسانها محسوب می‌گردد. اساس مطالعات در قلمرو سیاست جنایی تقنینی، بررسی و نقد مهمترین مرحله از چرخه جنایی یعنی در مرحله ارزشگذاری تقنینی، مشتمل بر وضع و تدوین مقررات قانونی در خصوص تعیین جرایم و تخلفات و پاسخهای موجود و حدود اختیارات نهادهای کیفری و اجرایی است. پایه های اساسی و اصول راهبردی سیاست جنایی تقنینی را باید در قانون اساسی هر کشور جستجو کرد.<sup>۳</sup>

۱- ناصری، علی اکبر؛ سیاست جنایی (داخلی و بین المللی) مواد مخدر، چاپ دوم، تهران: نشر خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۴۳.

۲- ناصری، علی اکبر؛ پیشین، ص ۴۷.

۳- شیخ الاسلامی، عباس؛ جرایم مطبوعاتی: بررسی تطبیقی سیاست جنایی اسلامی و انگلستان، چاپ اول، مشهد، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۰.

در مقدمه قانون اساسی افغانستان یکی از اهداف تصویب آن تأمین آزادیها و حقوق اساسی مردم بیان شده است و در ماده ۲۴ آزادی حق طبیعی انسان برشمرده شده و در حمایت از حق آزادی، آن را از تعرض مصون دانسته و دولت را به آن مکلف کرده است. همچنین قانون جزای افغانستان در بند ۷ ماده ۳ تضمین رعایت حقوق بشر و آزادیهای اساسی اشخاص را از اهداف این قانون بیان کرده است.

### ۳ - ۲ - سیاست جنایی قضایی

«سیاست جنایی که در تصمیمها و عملکرد دادگاههای دادگستری منعکس است.»<sup>۱</sup> سیاست جنایی قضایی گفته میشود. پس از آنکه قانونگذار، سیاست جنایی خود را در قالب قوانین و مقررات پیاده کرد، این قوانین و پیامهای قانونگذار، به صورتهای متفاوتی درک و پذیرفته میشود. نقش قانون تبیین اصول و مبانی کلی نظام کیفری یک جامعه است و تفسیر و تطبیق آن، در موارد خاص به قضات محاکم واگذار شده است. این امر یعنی روح بخشیدن به الفاظ خشک و بی روح قوانین و آنها را از ذهنیت به فعلیت در آوردن.<sup>۲</sup>

تفسیر قوانین و مقررات حقوق جزا در زمان و مکان متغیر است. عملکرد متفاوت دادگاهها، اجرای متفاوت قوانین به وسیله قضات، و در نتیجه تنوع سیاستهای جنایی قضایی که فقط به وسیله قوانین و مقررات حقوق جزا تعیین نمی شوند، طی مطالعات زیادی بیان شده است.<sup>۳</sup>

### ۳ - ۳ - سیاست جنایی اجرایی و پیشگیرانه

شیوه اجرای تدابیر سرکوبگرانه یا پیشگیرانه علیه پدیده مجرمانه (جرم و انحراف) جایگاه خاصی در انواع سیاست جنایی دارد، علم اجرای تدابیر سرکوبگرانه که ریشه در واکنشهای قهر آمیز یک جامعه علیه پدیده مجرمانه دارد در اوایل امر، «علم اجرای مجازاتها، علم اجرای احکام جزایی، علم مجازات و علم درمان مجرمانه» نام نهاده شد. که سرانجام کیفرشناسی نام گرفت، کیفرشناسی علاوه بر بررسی مباحث شکلی اجرای کیفرها به ماهیت و مباحث ماهوی مجازاتها نیز میپردازد. با پذیرش سیاست جنایی مطلوب که همان مفهوم موسع سیاست جنایی است باید اجرای تدابیر سرکوبگرانه و پیشگیرانه را نیز به قلمرو مطالعاتی سیاست جنایی افزود و لذا سیاست اجرایی را این گونه تعریف نمود که سیاست جنایی اجرایی نحوه اجرای واکنشهای قهرآمیز و سرکوبگرانه علیه پدیده

۱- لازرژ، کریستین؛ در آمدی به سیاست جنایی، ترجمه، علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ دهم، تهران، انتشارات میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۰۵.

۲- ناصری، علی اکبر، پیشین، ص ۴۶.

۳- لازرژ، کریستین؛ پیشین، ص ۱۰۳.

مجرمانه است.

اهمیت شیوه اجرای تدابیر سیاست جنایی، اعم از تدابیر سرکوبگرانه و پیشگیرانه، واضح و مبرهن است، به دیگر سخن ارزش یک نظام سیاست جنایی موفق بستگی به طرز اجرای تدابیر آن نظام دارد.<sup>۱</sup>

پیشگیری از جرم یکی از موفق‌ترین راهبردهای جوامع در مواجهه با جرایم است. امروزه اهمیت رویکردهای پیشگیرانه به جای رویکردهای قهری متخصصان جرم‌شناسی و اندیشمندان اجتماعی را بر آن داشته تا بر مصادیق پیشگیرانه تمرکز بیشتری داشته باشند، همان طور که در بند قبلی اشاره شد به تدریج مفهوم موسع سیاست جنایی مورد توجه قرار گرفت و در کنار مقابله و کیفردهی به بزهکار، بحث پیشگیری از بزه نیز در میان جرم‌شناسان قوت پیدا کرد و سیاست جنایی از «سیاست کیفر» به «سیاست کیفر و پیشگیری» تحول پیدا کرد. در واقع راهبردهای پیشگیری از جرم بخشی از سیاست جنایی اجرایی تلقی می‌شود.

سیاست جنایی پیشگیری، شاخه‌ای از سیاست جنایی است که موضوع آن تعیین و پیشنهاد اقدام‌های کیفری و غیرکیفری به‌منظور پیشگیری از بزهکاری در جامعه یا یک جمعیت محدود است؛ اهمیت کار پیشگیری از جرم به‌ویژه در عصر کنونی و در آستانه ورود به فضای خطرناک آینده که در آن آمار و تنوع جرائم سبب نگرانی عام و خاص در سطوح مختلف شده - دوچندان می‌شود.<sup>۲</sup>

علاوه بر آن در بیان ضرورت سیاست‌گذاری پیرامون جرم‌شناسی پیشگیرانه<sup>۳</sup> پیشگیری از جرم همین بس که بر اساس بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸ خبرگان قانون اساسی در آن تاریخ، به بحث پیشگیری از جرم توجه داشته و بسترهای سیاست‌گذاری و فراتقنینی آن را فراهم کرده‌اند.

از سال ۱۳۸۴ نیز قوه قضائیه درصدد بوده است که در راستای تحقق همه جانبه بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، لایحه جامع را تهیه و به تصویب مجلس شورای اسلامی برساند که تا کنون در این امر ناکام مانده است. قانون پیش‌گیری از وقوع جرم مصوب ۹۴/۶/۷ نیز این هدف را محقق نساخته و در واقع قانون تشکیل شورای عالی پیش‌گیری از وقوع جرم است.

۱- ناصری، علی اکبر؛ پیشین، ص ۵۱.

۲- کی‌نیا، مهدی؛ مبانی جرم‌شناسی، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲، ص ۵۱.

۳- جرم‌شناسی پیشگیرانه در معنای پیش‌دستی کردن، پیشی گرفتن و به جلوی چیزی رفتن، مورد استفاده واقع می‌شود. یعنی با کاربرد فنون مختلف به‌منظور جلوگیری از وقوع بزهکاری، هدف به جلوی جرم رفتن و پیشی گرفتن از بزهکار است. منبع: ابراهیمی، شهرام؛ جرم‌شناسی پیشگیری، جلد اول، تهران: انتشارات میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، ص ۱۳.

#### ۴ - کلاهبرداری در بستر ارزهای مجازی

در خصوص کلاهبرداری سنتی می توان گفت که رکن قانونی این جرم در ماده اول قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء و کلاهبرداری آمده است، اما مقنن تعریفی از جرم یاد شده ارائه نکرده و تنها به بیان تعدادی از مصادیق کلاهبرداری اکتفا نموده است. با این وجود، برخی نویسندگان در تعریف آن آورده اند: کلاهبرداری توسل به حيله يا وسایل متقلبانه برای اغفال فرد و بردن مالش است.<sup>۱</sup>

اما در خصوص جرم کلاهبرداری الکترونیکی باید به مواد ۶۷ قانون تجارت الکترونیک و همچنین ماده ۱۳ قانون جرائم رایانه ای رجوع نمود؛ چراکه رکن قانونی این نوع جرم این مواد می باشند و این نوع جرم را به دست آوردن متقلبانه مال دیگران با استفاده از ابزار رایانه دانسته اند. با این حال، با بررسی دو تعریف ارائه شده می توان گفت؛ از جمله تفاوت های کلاهبرداری سنتی و الکترونیکی محیط ارتکاب این دو است. البته ناگفته نماند که کلاهبرداران می توانند از رایانه هم برای کلاهبرداری سنتی و هم برای کلاهبرداری رایانه ای استفاده نمایند.<sup>۲</sup>

ارزهای مجازی دارای خطر بالای کلاهبرداری هستند. در واقع ویژگی های خاص ارزهای مجازی و بخصوص بیت کوین پیشگیری از کلاهبرداری را با مشکل مواجه ساخته است که از مهم ترین عوامل آن می توان به عدم وجود راهی برای بازبایی بیت کوین به سرقت رفته و یا بازگرداندن بیت کوین های پرداخت شده در یک معامله اشاره نمود.<sup>۳</sup>

بنابراین، افزایش قابل توجه قیمت برخی از ارزهای مجازی از جمله بیت کوین، میتواند سرمایه گذاران را به راحتی اغوا کند و اشخاص بزهکار با وعده خرید ارز مجازی، دارایی افراد را ببرند. روش دیگر خرید با ارزهای مجازی است که فروشنده پس از دریافت ارز، از فرستادن کالا و یا ارائه خدمات خودداری میکند. نمونه دیگر عرضه اولیه سکه است که اشخاص با ادعای خلق ارز مجازی جدید، اقدام به جمع آوری پول میکنند و سپس متواری می شوند.<sup>۴</sup>

نمونه ای که در این مبحث می توان بدان اشاره نمود کلاهبرداری در ایالت مریلند آمریکا می باشد که کلاهبرداران به دو روش scam و از طریق ایجاد یک آگهی تقلبی فروش اتومبیل آنلاین و درخواست از خریدار مبنی بر پرداخت وجه اتومبیل از طریق

۱- میرمحمدصادقی، حسین؛ جرائم علیه اموال و مالکیت. چاپ سی و سوم، تهران: نشر میزان، چاپ سی و سوم، ۱۳۹۵، ص ۵۶.

۲- ایزدی، زهرا؛ ارزانیانی، نسترن، پیشین، ص ۴۱.

۳- نادری، شیماء؛ مطلبی، مجید؛ بررسی راهکارهای حقوقی استخراج و معامله ارزهای دیجیتال و رمز پایه (مجازی): خلاهای حقوقی و راهکارهای پیشنهادی، مجله ی تمدن حقوقی، دوره چهارم، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۱.

۴- نبوی، مهدی؛ صابر، محمود؛ پیشین، ص ۱۸۶.

خودپرداز بیت کوین توانستند از فردی که ساکن آن ایالت بود، هزاران دلار کلاهبرداری نمایند و زمانی که مشخص شد آگهی تقلبی است دیگر راهی برای کنسل کردن معامله و بازگرداندن بیت کوین وجود نداشت و بیت کوین ها برای همیشه از دست رفته بود.

## ۵ - سرقت ارز مجازی

در برخی موارد رمز ارزها موضوع جرم سرقت قرار می‌گیرند؛ اگرچه از حیث شناسایی قانونی و به تبع آن به رسمیت شناختن ماهیتی مشخص برای ارزهای مجازی بسیاری از کشورها اقدامات مؤثری انجام داده نشده‌است اما نمی‌توان ارزشمندی این فناوری را نادیده گرفت و با ایجاد ابهام در مالیت داشتن آن امکان انتساب جرم سرقت را علیه رباپندگان آن کتمان نمود.<sup>۱</sup>

با این حال، باید اذعان داشت که ارز مجازی میتواند مانند پول نقد، سرقت و یا مفقود شود. سختی نگهداری ارز مجازی به صورت برخط آنها را در معرض سرقت قرار میدهد. سارقان با استفاده از بدافزار و یا با هک کردن میتوانند ارزهای مجازی را از رایانه و یا حساب شخصی افراد سرقت کنند. سرقت ارزهای مجازی تنها از رایانه های شخصی و کیف پول مجازی صورت نمیگیرد، بلکه بزهکاران میتوانند کسب و کارهای مرتبط مانند صرافی های ارز مجازی را نیز مورد هدف قرار دهند.

## ۶ - رمز ارزها عاملی در جهت تسهیل فرار از مالیات های دولتی

مالیات نقش اساسی در اصلاح بازار پولی و پیشگیری از تورم دارد. بر این اساس، سیاست های مالیاتی ابزاری در دست دولت ها است تا با آن عرضه پول را مدیریت و ارزش آن را تا حد امکان حفظ کنند. بدین ترتیب، در این دیدگاه، حکومت توانایی خلق پول را تنها با حرکت دادن یک خودکار و قلم دارد و در زمانی که بخواهد این کار را هم انجام می دهد؛ زیرا، این موقعیت را دارد که پیش از آن که درآمدی داشته باشد، یعنی پیش از جمع آوری مالیات، خرج کند.<sup>۲</sup> ولیکن در صورتی که تلاش غیرقانونی به منظور پرداختن مالیات بمحقق گردد، فرار مالیاتی حاصل می شود. این امر به طرق مختلف مانند ندادن اطلاعات لازم در مورد عواید و منافع مشمول مالیات، اظهار بیشتر از حدمیزان هزینه و استفاده از رسیده های جعلی صورت می پذیرد.

۱- محمودی، اصغر؛ تحلیل ارزهای مجازی در پرتو فقه، حقوق و مطالعات تطبیقی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و نهم، شماره ۳، ۱۳۹۸، ص ۵۱۲.

۲- Xiong, Wanting, Fu, Han, Wang, Yougui, Money creation and circulation in a credit economy, journal Physica A 465, 2017, p425.

در رابطه با مالیات بخش دولتی مسئول جمع‌آوری مالیات بر درآمد سرمایه‌گذاری و کالاهایی که وارد کشور می‌شوند می‌شوند که ارزشهای رمزنگاری شده دارای یک هویت منحصر به فرد هستند و بنابراین نمی‌توان آن‌ها را مستقیماً و با هر عنوان فعالیت سرمایه‌گذاری پرداخت مقایسه نمود؛ مالیات بر درآمد دریافتی از ارزشهای رمزنگاری شده بستگی به فعالیت‌ها و طرف‌های درگیر دارد.<sup>۱</sup>

بر اساس برخی گزارشات استفاده از رمزارزها در ایالات متحده آمریکا، برای فرار از مالیات‌های دولتی، بوسیله تبدیل درآمد به ارز مجازی و انتقال آنها به حساب‌های خارجی<sup>۲</sup> تحقق یافته است.<sup>۳</sup> در واقع، در این کشور در صورتی که ارز مجازی به عنوان ابزارهای پرداخت به جای پول ملی استفاده شود، اشخاص دخیل با مجازات‌هایی نیز مواجه می‌شوند. به عنوان نمونه در مارس ۲۰۱۴، مرکز خدمات درآمدهای داخلی ایالات متحده آمریکا که وظیفه مقرره‌گذاری در حوزه مالیات را دارد، از بیت کوین به عنوان رایج‌ترین رمزارز موجود به عنوان یک دارایی نام میبرد که قواعد و مقررات مربوط به دارایی از جمله شمول مالیات بر آن حاکم است و ارز به حساب نمی‌آید و قانونگذار آمریکایی استفاده کنندگان از این ابزارهای پرداخت را که بدون اخذ مجوزهای لازم، اقدام به فعالیت در این حوزه بنمایند مشمول قانون ممنوعیت انتقال پول بدون مجوز مشاغل می‌داند.

بر اساس بند «الف» ماده ۱۸ این قانون، «هر کس آگاهانه اداره، کنترل، مدیریت، نظارت، هدایت یا مالکیت تمام یا بخشی از یک کسب و کار انتقال پول بدون مجوز را به عهده بگیرد، به جزای نقدی مندرج در این قانون یا حبس بیش از ۵ سال و یا هر دو مجازات، محکوم خواهد شد.» بانک مرکزی چین نیز بر کالا بودن بیت کوین تأکید دارد و بیت کوین را کالای مجازی خاص میدانند که جایگاه حقوقی معادل ارز ندارد و نباید به عنوان ارز در بازار جریان یابد؛ زیرا توسط یک مرجع پولی منتشر نمیشود. در آلمان نیز بیت کوین به عنوان یک دارایی مالیات پذیر مورد شناسایی قرار گرفته است و به آن، ابزار مالی جدید و یک واحد ارزش اطلاق میشود.<sup>۴</sup> برخی دیگر از کشورها همچون ویتنام و ایسلند، استفاده از بیت کوین را به طور کلی ممنوع اعلام کرده‌اند.<sup>۵</sup>

کشور استرالیا نیز این امر که معاملات بیت کوین باید مشمول مالیات شوند و تحت

۱- نادری، شیما؛ مطلبی، مجید؛ پیشین، ص ۱۶.

۲- Offshore account

۳- Valeriane, Elizabeth M., IRS, Will You Spare Some Change: Defining Virtual Currency for the FATCA, 50 Val. U. L. Rev. 863, 2016, p: 865.

۴- Brito Jerry and Castillo Andrea .... And Spencer E. Ante, Bitcoin Startups Begin to Attract. Real Cash, Wall Street Journal, May8, 2013, p: 71.

۵- روشن، محمد؛ مظفری، مصطفی و میرزایی، حانیه؛ بررسی وضعیت فقهی حقوقی بیت کوین، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و دوم، شماره ۸۷، ۱۳۹۷، ص ۵۷.

مقررات موجود پولشویی قرار گیرند را شناسایی کرده است، اما باید منتظر ماند و دید که این کشور چه زمانی اقدام به مقررات گذاری در زمینه بیت کوین به عنوان یک خدمت مالی یا ارز مجازی در جهت شفافیت قانونی آن میکند.<sup>۱</sup>

بانک مرکزی اروپا اگرچه پس از مطالعات موردی، در گزارش رسمی سالانه خود با موضوع ارزهای مجازی در اکتبر ۲۰۱۲، چنین نتیجه گرفت که ارزهای مجازی به شرط آن که در یک سطح نسبتاً پایین بمانند خطری برای ثبات قیمت ایجاد نمیکنند؛ اما همین مرجع در سال ۲۰۱۵ و به دلیل گسترش استفاده از رمزارزها در این اتحادیه، به صراحت از تأثیر افزونی استفاده از این ابزارهای پرداخت بر کاهش اعتبار بانک های مرکزی گفت و از عدم هماهنگی کشورهای عضو از اخذ رویه واحد در اعلان هشدارها، وضع مقررات و عدم نظارت انتقاد کرد.<sup>۲</sup>

از موارد مذکور این نتیجه حاصل میشود که ارزهای مجازی در نظام قانونی اکثر کشورها، به عنوان پول در نظر گرفته نمیشود و ثانیاً کشورها، درصدد آن هستند تا قوانینی، نسبت به تحدید استفاده از این ابزارهای پرداخت به عنوان پول اقدام نمایند.

## ۷ - سیاست جنایی ایران در مدیریت ارزهای مجازی

سیاست جنایی در مدیریت با رمزارزها در ایران در ابتدا به عنوان سیاستی سخت گیرانه با ممنوعیت استفاده از رمزارزها بود که کم کم با تدوین قوانین به صورت سیاستی ریسک مدار مبدل گردید که در ذیل به بررسی این نوع سیاست ها اشاره می شود.

### ۷ - ۱ - سیاست سخت گیرانه (ممنوعیت)

برخی کشورها قوانین سخت گیرانه ای را برای ممنوعیت بیت کوین و در نتیجه استفاده از آن توسط مصرف کنندگان و تجار وضع کرده اند. این رویکرد توسط کشورهایی اتخاذ شده که ضرورتی برای استفاده از ارزهای مجازی از منظر آنها وجود ندارد. به طور خاص، چین مقررات سخت گیرانه ای را برای ممنوعیت بیت کوین به عنوان یک ارز یا سامانه مالی اعمال کرده است.<sup>۳</sup> کشورهایی که با موضوع رمز ارزها آشکارا مخالفت کرده اند، از جمله اردن و لبنان که استفاده از ارزهای دیجیتال را غیر قانونی اعلام کرده و این نوع فعالیت اقتصادی را جرم تلقی کرده اند.<sup>۴</sup>

۱- شاملو، باقر و خلیلی پاچی، عارف؛ سیاستگذاری جنایی ریسک مدار در برابر فناوری ارزهای مجازی، پیشین، ص ۲۵۵.  
 ۲- عسکری، سجاد؛ نسبت شناسی ارز و رمزارز در نظام تقنینی ایران، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و پنجم، شماره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰، ص ۲۷۹.  
 ۳- شاملو، باقر، خلیلی پاچی، عارف؛ سیاستگذاری جنایی ریسک مدار در برابر فناوری ارزهای مجازی، پیشین، ص ۲۵۲.  
 ۴- منصورآبادی، عباس؛ کرامتی معز، هادی و بهاری غازانی، مجید؛ پیشین، ص ۱۱.

با این وجود، برخی معتقدند ممنوعیت قانونی در استفاده از بیت کوین تأثیر کمی بر متوقف کردن اشخاص ناقص قانون در استفاده از این ارز مجازی به دلیل ترس ناشی از تعقیب کیفری دارد، زیرا احتمال ارباب آمیز بودن و بازدارندگی چنین ممنوعیتی کم است و مجرمان این قلمرو نیز همچنان در حال استفاده غیرقانونی از ارزهای مجازی هستند<sup>۱</sup>.

در کشور ایران با گسترش بیشتر ارزهای مجازی، به ویژه بیت کوین، بانک مرکزی سیاست سخت گیرانه و ممنوعیت از ارزهای مجازی را اتخاذ نمود. مطابق دستورالعمل بانک مرکزی ایران مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۰۹ به استناد قابلیت استفاده ارزهای مجازی در پولشویی و تأمین مالی تروریسم، هرگونه استفاده از آنها در مراکز پولی و مالی کشور ممنوع شده است.

در واقع به گزارش روابط عمومی بانک مرکزی در جلسه سیام شورای عالی مبارزه با پولشویی در تاریخ ۹ دی ماه ۱۳۹۶، «به کارگیری ابزار بیت کوین و سایر ارزهای مجازی در تمام مراکز پولی و مالی کشور ممنوع اعلام شد. از آن جایی که انواع ارزهای مجازی از این قابلیت برخوردار هستند که به ابزاری برای پولشویی و تأمین مالی تروریسم و به طور کلی جابه جایی منابع پولی مجرمان بدل شوند، حوزه نظارت بانک مرکزی برای پیشگیری از وقوع جرائم از طریق ارزهای مجازی، موضوع ممنوعیت به کارگیری ارزهای مجازی را به بانک ها ابلاغ کرده است. از این رو، با توجه به اهمیت موضوع، تمام شعب و واحدهای تابعه بانک ها و مؤسسات اعتباری و صرافی ها باید از انجام هرگونه خرید و فروش ارزهای مذکور و با انجام هرگونه اقدامی که به تسهیل و یا ترویج ارزهای یاد شده بیانجامد، به طور جد اجتناب کنند. همچنین لازم به ذکر است با متخلفین برابر قوانین و مقررات مربوط برخورد خواهد شد<sup>۲</sup>».

## ۷ - ۲ - سیاست ریسک مدار

رویکرد مدیریت ریسک جرم و نظارت بر مجرمان بالقوه و بالفعل به عنوان سیاست کیفری نوین با تأکید بر وضعیت پیش جنایی و عوامل خطر جرم نزد بزهکار، در پی نظارت و کنترل بر بزهکاران، بزهدیدگان و آماج جرم از گذر تقویت و حفاظت از آنها است. این به معنای تغییر بنیادین گفتمان امنیت مدار به جای تأکید اخلاق گرا است<sup>۳</sup>.

۱- Doguet, J. The Nature of the Form: Legal and Regulatory Issues Surrounding the Bitcoin Digital Currency System, Louisiana Law Review, Vol. 73, 2012, p: 115-119.

۲- ا.ج. ماتسورا، جفری؛ بررسی اجمالی مقررات ارز دیجیتال و پیامدهای قانونی آن، ترجمه: سعید سیاه بیدی کرمانشاهی و حمیدرضا کناری زاده، پژوهشنامه حقوق فارس، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۱۶۲.

۳- ریگاکاس، جورج؛ جامعه خطر و جرم شناسی سنجشی: جنبه هایی برای یک گفتمان انتقادی، ترجمه افشین عبداللهی، فصلنامه بین المللی پلیس، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۳۹۲، ص ۲۵.



در این رویکرد، پیشگیری اجتماعی که علت محور است موضوعیت خود را از دست می‌دهد و به جای آن از فناوری‌های نوین برای شناسایی گروه‌های خطر دار، دسته‌بندی خطر، وضعیت‌ها و محیط‌های خطرزا به منظور کاهش فراوانی خطر ارتکاب جرم و تکرار جرم و افزایش فراوانی شناسایی خطر، ختشی‌سازی، دستگیری و دور کردن مجرمان بالقوه و بالفعل از جامعه استفاده می‌شود.<sup>۱</sup>

زیرا خطر جرم و مجرم‌گریز ناپذیر تنها راه چاره مدیریت و کنترل آن است، به گونه‌ای که در این رویکرد، بسیاری از مقررات حقوق کیفری با تأثیرپذیری از اندیشه‌های جرم‌شناسی‌های نوین، مبتنی بر حاکمیت امنیت شده است.<sup>۲</sup>

این امر مورد توجه جامعه بین‌الملل نیز قرار گرفته است که بر اساس آن تلاش می‌شود با اتخاذ رویکرد مدیریت ریسک در خصوص جرایم فراملی، به ویژه جرایم مربوط به رمزارزها، به کنترل آن پردازند. از جمله جرایم مرتبط با رمزارزها، پولشویی است که مبارزه علیه آن، بخش مهمی از مبارزه کلی با جرایم دیگر در این راستا، از قاچاق مواد مخدر، انسان، کالا و ارز گرفته تا تأمین مالی فعالیت‌های تروریستی به حساب می‌آیند.

با توجه به سیاست کیفری ایران در قبال رمزارزها که سیاستی سخت‌گیرانه و ممنوعیت رمزارز را به همراه داشت و در واقع، این رویکرد منفعلانه و تلاش برای محو کردن صورت مسئله به جای ارائه یک پاسخ و راهکار مناسب نه تنها مفید واقع نخواهد شد، بلکه پیامدهای منفی از جمله زیرزمینی شدن فعالیت‌های این حوزه را در پی خواهد داشت.

بر همین اساس، بانک مرکزی ایران در چرخشی قابل توجه، رویکرد واقع‌بینانه تری در قبال ارزهای مجازی اتخاذ کرده است. بر این اساس معاونت فناوری‌های نوین بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، اقدام به انتشار پیش‌نویس سند «الزامات و ضوابط فعالیت‌ها در حوزه رمزارزها در کشور» مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۸ کرد. در واقع، بر اساس این سند، بانک مرکزی ایران رویکرد واقع‌بینانه تری در قبال ارزهای مجازی اتخاذ کرده است. این سند با هدف بررسی و ارائه نظرات متخصصان و صاحب‌نظران منتشر شده است و پس از انجام اصلاحات احتمالی و با تصویب شورای پول و اعتبار جهت اجرا ابلاغ خواهد شد. در واقع، سند مذکور در گام اول به تعریف ارزهای مجازی یا رمزارزها پرداخته است. رمزارز یک نوع دارایی مالی محسوب شده که بر بستری

۱- نجفی ابرنآبادی، علی حسین؛ کیفرشناسی نو جرم‌شناسی نو؛ درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات)، زیر نظر دکتر علی حسین نجفی ابرنآبادی، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص ۷۳۰.

۲- آقابابایی، حسین؛ آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی، ضمیمه فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، یادنامه شادروان رضا نوربها، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص ۷۳.

دیجیتال، غیرمتمرکز و شفاف به نام زنجیره بلوک<sup>۱</sup> موجودیت میابد. این دارایی ها می توانند در شرایطی کارکرد پول به خود بگیرند. در واقع در گام اول تلاش شده ماهیت رمزارزها، ارزشهای مجازی یا ارزشهای رمزنگاری شده تعیین شود. بر این اساس اصل بر دارایی بودن ارزشها گذاشته شده که به صورت استثنایی پول محسوب میشوند. تعیین وضعیت حقوقی ارزشهای مجازی در کشورهای دیگر نیز صورت گرفته است.<sup>۲</sup>

در این پیش نویس صرافی ها می توانند با دریافت مجوز فعالیت کنند، اما استفاده از بیت کوین به عنوان ابزار پرداخت ممنوع است. به طور کلی خرید و فروش و نگهداری بیت کوین برای مردم جرم نیست، اما در مقیاس وسیع و حوزه پرداخت های کلان کشور، فعلاً مجوز خاصی صادر نشده است. استخراج بیت کوین یا هر ارز دیجیتال دیگری در ایران قانونی است، اما باید برای انجام آن از وزارت صنعت، معدن و تجارت مجوز دریافت شود. استخراج ارزشهای دیجیتال بدون مجوز از وزارت صمت، غیر مجاز اعلام شده است. همچنین باید از وزارت نیرو برق مخصوص ماینینگ با تعرفه صادراتی دریافت کرد. استخراج به صرفه بیت کوین از طریق دستگاههای استخراجی تحت عنوان ایسیک (ASIC) انجام می شود.<sup>۳</sup>

از این نوع سیاست در عرصه جرم انگاری و کیفر رمزارزها می توان با عنوان «جرم انگاری پیش دستانه<sup>۴</sup>» یاد نمود. جرم انگاری پیش دستانه یکی از جلوه های افزایش مداخله حقوق کیفری است که استفاده از اصل حداقلی و کمینه ی حقوق قضا را نقض می کند.<sup>۵</sup> چرا که، ماهیت دارای ریسک رمز ارزها نقش مؤثری در شکل گیری جرم انگاری پیش دستانه دارد؛ در این چارچوب قانون گذاران و انتخاب راهبرد جرم انگاری پیش دستانه که نمونه ای از حقوق کیفری پیش از جرم است و گستره وسیع تری از رفتارها و افراد رفتارها و افراد را نسبت به حقوق کیفری پسا جرم شامل می شود اقدام به توسعه قلمرو مداخله سیاست جنایی می کنند.<sup>۶</sup>

هر چند مجلس شورای اسلامی تاکنون مقرره پیرامون ارزشهای دیجیتالی مصوب ننموده است، لیکن براساس مصوبه جدید هیأت دولت مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۱۵ تنها رمز ارزهای استخراجی در داخل کشور طبق ضوابط می تواند مورد استفاده قرار گیرند؛ بر

#### ۱- Blockchain

۲- شاملو، باقر و خلیلی پاچی، عارف؛ پیشین، ص ۲۵۷.

۳- غلامی معاف، کمیل؛ رمضانیان، محمدرحیم و فریدی ماسوله، مرضیه؛ خدمات فناوری بلاک چین و کاربرد های آن، نشریه پژوهش های معاصر در علوم مدیریت و حسابداری، شماره ۷، ۱۳۹۹، ص ۱۷۸.

#### ۴- Pre-emptive criminalization

۵- شاهیده، فرهاد و نیازپور، امیرحسن؛ جرم انگاری پیش دستانه ی اعمال تروریستی، آموزه های حقوق کیفری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره هفدهم، شماره ۱۹، ۱۳۹۹، ص ۱۲۵.

۶- خلیلی پاچی، عارف؛ شاملو، باقر؛ جرم انگاری در حوزه رمز ارزها، آموزه های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره هیجدهم، شماره ۲۱، ۱۴۰۰، ص ۳۳.

همین اساس، معامله دیگر رمز ارزشها مجاز نیست. به نظر می‌رسد این مصوبه رویکرد حاکمیت کشور ایران نسبت به ارزشهای دیجیتال تلقی می‌گردد.

### نتیجه گیری

رواج نسبی ارزشهای مجازی در ایران سر آغاز بحثهایی در خصوص ابعاد گوناگون این فن آوری به ویژه از حیث حقوقی و جرم شناختی شده است. با این وجود موضع گیری متولیان امر در ابتدا منفعلانه و ناکارآمد بود و کندتر از بسیاری از کشورهای رویکردهای معقولانه تری از حیث وضع قوانین و مقررات در خصوص ابعاد گوناگون ارزشهای مجازی صورت پذیرفت، بر این اساس کنشگری تقنینی در ایران پیرامون ارزشهای مجازی را می‌توان در چارچوبی از انفعال و ممنوعیت استفاده تا صدور اعلامیه های هشداردهی و آگاه سازی از ریسکها و تلاش نافرجام جهت قاعده مندسازی تجاری دسته بندی کرد. مقررات گذاری در خصوص مخاطرات جنایی ارزشهای مجازی در ایران نیز از تفاوتهای قابل توجهی با بسیاری کشورها برخوردار است، کنشگران سیاستگذار و مقرر گذار در ایران راهی دیگر را در پیش گرفتند. این رویکرد، با ممنوعیت استفاده و مبادله ارزشهای مجازی با استدلال قابلیت استفاده پولشویی، آغاز شد که نوید دهنده توجه بیشتر به ارزشهای مجازی از منظر مقررات پولشویی بود با این وجود، اقدامات بعدی که با انتشار پیش نویس سند الزامات و ضوابط فعالیتها در حوزه ارزشهای مجازی در کشور مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۸ همراه شد نشانگر به حاشیه رانده شدن رویکرد مرتبط با پولشویی به ارزشهای مجازی و تقویت رویکردی است که در تلاش است تا با ارز منظور ارزشهای رایج مانند دلار و یورو محسوب کردن ارزشهای مجازی آنها را تحت شمول قوانین مربوط به ارز و از جمله قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی درآورد.

### فهرست منابع:

۱. آذرزاد، مهدی، حقوق داراییهای رمز نگاری شده (مبانی، مقدمات، قواعد و مقررات)، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد ۱۴۰۱.
۲. ابراهیمی، شهرام، جرمشناسی پیشگیری، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۶.
۳. اجلالی، علی اکبر، شهر الکترونیک، تهران: انتشارات دانشگاه علم و صنعت ایران. ۱۳۸۲.
۴. اصلانی، حمیدرضا، حقوق فناوری اطلاعات، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان با همکاری فناوری اطلاعات ریاست جمهوری. ۱۳۸۹.
۵. الهوردی، فرهاد، حقوق کیفری سایبری. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل. ۱۳۹۶.
۶. انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت). ۱۳۹۴.

۷. بارانی، محمد، پیشگیری از جرایم جهانی تعهد بین المللی دولتها، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۳.
۸. بک، اولریش، جامعه در مخاطره جهانی، مترجم: محمدرضا مهدی زاده، تهران، انتشارات کویر. ۱۳۸۸.
۹. توسلی زاده، توران، پیشگیری از جرایم اقتصادی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل. ۱۳۹۶.
۱۰. شیخ الاسلامی، عباس، جرایم مطبوعاتی: بررسی تطبیقی سیاست جنایی اسلامی و انگلستان، چاپ اول، مشهد، انتشارات جهاد دانشگاهی. ۱۳۸۰.
۱۱. جیشانکار، کی، جرم شناسی فضای مجازی: کشف جرایم اینترنتی و رفتار مجرمانه، ترجمه حمیدرضا ملک محمودی، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۴.
۱۲. حبیب زاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات مقدمه ای بر حقوق تجارت الکترونیک، تهران: مرکز پژوهش های مجلس. ۱۳۹۰.
۱۳. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، تهران: انتشارات سمت. ۱۳۹۳.
۱۴. جعفرپور، صادق، الهام. مطالعه جرم شناختی ارتشاء، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۴.
۱۵. دارابی، شهرداد، پیشگیری از جرم در مدل مردم سالار سیاست جنایی، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان. ۱۳۹۰.
۱۶. دلماس مارتی، می ری، نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۳.
۱۷. رایجیان اصلی، مهرداد، کلیات جرم شناسی: محتوا و تحول؛ از دیروز تا امروز، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه معاصر. ۱۰۴۱.
۱۸. رجبی، ابوالقاسم، ارز مجازی: قانون گذاری در کشورهای مختلف و پیشنهادها برای ایران. مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی. دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری های نوین (گروه فناوری اطلاعات و ارتباطات) ۱۳۹۷.
۱۹. روتنبرگ، مارک، حفظ حریم شخصی در جامعه اطلاعاتی، چالش های حقوقی اخلاقی و اجتماعی فضای رایانه، ترجمه بابک دربیگی، چاپ اول، تهران: نشر خانه کتاب. ۱۳۸۰.
۲۰. صادق نژاد نائینی، مجید، جرم شناسی جرایم شرکت های تجاری، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه. ۱۳۹۹.
۲۱. صادقی، حسین، بلاک چین و حقوق (پیش گفتار مترجم)، دو فیلیپای، پریمورا و رایت، آرین، ترجمه حسین، صادقی و همکاران، چاپ اول، تهران: انتشارات حقوق یار. ۱۴۰۰.
۲۲. فرهادی آلاشتی، زهرا، پیشگیری وضعی از جرایم سایبری: راهکارها و چالشها. چاپ اول،



تهران: بنیاد حقوقی میزان. ۱۳۹۵.

۲۳. فیروزآبادی، ابوالحسن، درآمدی بر حکمرانی فضای مجازی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق و مرکز ملی فضای مجازی ۱۳۹۹.

## **A comparative study of the dimensions and components of non-financial rights of the couple in Iranian and French laws**

Peyman Mardian, Mehbobeh Abdulahi, Fahima Malekzadeh

**Date Received:** 15 February 2024 **Date Accepted:** 27 February 2024

### **Abstract :**

This article deals with the comparative study of the dimensions of non-financial rights of the couple in Iranian and French laws. Iran's legal system, following the common view of Islamic jurisprudence thinkers, has given a special authority to the husband in front of the wife. This attitude has led the Iranian legislator to accept the effects of the idea of patriarchy in the family and has caused effects to appear in the categories of wife's employment, determining common housing and residence, leaving the country and recognizing her citizenship, and in a way the superiority of the husband over the wife is evident. In this research, in terms of the current needs of the Iranian society, the legal models of family management in France have been studied, and considering the evolution stages of French law in family management, the possibility of choosing some existing solutions has been examined. Although it is impossible to apply all the solutions of the French legal system in the administration of the family, regardless of the conditions of the Iranian society, customs, traditions and beliefs of our people, but the model of Iranian law in accepting the absolute headship of the couple over the family is a point of discussion and reflection. Examining the attitude of the two legal systems of Iran and France about the non-financial rights of spouses, especially the study of the evolution of legal reforms in France in changing the family management pattern from the course of «husband's authority» to «joint cooperation» with a comparative approach and descriptive-analytical method, is one of the goals of this article.

**Keywords:** legal Pattern, Non Financial Rights Of Couples, Shared Manage\_ ment Of Couples, Patriarchy.



## بررسی تطبیقی ابعاد و مولفه‌های حقوق غیرمالی زوجین در حقوق ایران و فرانسه

پیمان مردیان<sup>۱</sup>، محبوبه عبدالمهی<sup>۲</sup>، فهیمه ملک زاده<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲ / ۱۲ / ۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲ / ۱۱ / ۲۶

چکیده:

این مقاله به بررسی تطبیقی ابعاد حقوق غیرمالی زوجین در حقوق ایران و فرانسه پرداخته است. نظام حقوقی ایران به تبعیت از دیدگاه متداول اندیشمندان فقه اسلامی، برای زوج در مقابل زوج، اقتدار ویژه‌ای قائل شده است. این نگرش قانون‌گذار ایرانی را به پذیرش آثار مترتب بر اندیشه مردسالاری در خانواده هدایت نموده و سبب شده آثاری در مقوله‌های اشتغال زوج، تعیین مسکن و اقامتگاه مشترک، خروج زن از کشور و شناسایی تابعیت وی نمود پیدا کند و به‌نوعی تفوق زوج را بر زوج آشکار سازد. در این پژوهش با لحاظ نیازهای فعلی جامعه ایران، الگوهای حقوقی مدیریت خانواده در کشور فرانسه مورد مذاقه قرار گرفته و با توجه به مراحل تحول حقوق فرانسه در مدیریت خانواده، امکان انتخاب برخی از راه‌حل‌های موجود بررسی شده است. اگر چه اعمال همه راه‌حل‌های نظام حقوقی فرانسه در اداره خانواده، بدون توجه به شرایط جامعه ایرانی، آداب، رسوم و اعتقادات مردم ما ناممکن می‌نماید ولی الگوی حقوق ایران هم در پذیرش ریاست مطلق زوج بر خانواده محل بحث و تأمل می‌باشد. بررسی نگرش دو نظام حقوقی ایران و فرانسه درباره حقوق غیرمالی زوجین، به‌ویژه مطالعه تحول اصلاحات قانونی کشور فرانسه در تغییر الگوی مدیریت خانواده از سیر «اقتدار شوهر» به «همکاری مشترک» با رویکردی تطبیقی و روش توصیفی - تحلیلی، از اهداف نوشتار حاضر می‌باشد.

واژگان کلیدی: الگوی حقوقی، حقوق غیرمالی زوجین، مدیریت اشتراکی زوجین، مردسالاری.

۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران

peyman.mardiyani@gmail.com

۲- استادیار گروه حقوق، واحد دزفول، دانشگاه آزاد اسلامی، دزفول، ایران. (نویسنده مسوول)

abdollahi@vatanmail.ir

۳- استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

malekzadehf@yahoo.com

در نظام های حقوقی دنیا دو الگوی حقوقی برای مدیریت خانواده پیشنهاد شده است:

۱. الگوی ریاستی مدیریت خانواده؛ ۲. الگوی مشارکتی مدیریت خانواده؛

در نظام مردسالاری به طور طبیعی ترجیح شخصیت مرد بر شخصیت زوجه به ذهن متبادر می گردد و اندیشه نابرابری دو انسان تشکیل دهنده، خانواده بدون تردید، زوجه را در وضعیت پایین تری نسبت به زوج از منظر روانی قرار می دهد پیدایش چنین وضعیتی، قطعاً سبب بروز تنش ها و ناهنجاری های مختلف در خانواده خواهد شد اما در فرض مدیریت مشترک خانواده احساس برابری زوجین در خانواده از پیدایش تنش ها خواهد کاست و هرکدام از ایشان را به تلاش برای تحکیم مبانی خانواده سوق خواهد داد.

با توجه به سیر تقنین حقوق خانواده در نظام حقوقی، ایران می توان مشاهده کرد که قانون گذار با تشدید آثار ناشی از اقتدار زوج بر خانواده برخلاف رویه حقوقی کشورهای اروپایی به طور خاص کشور فرانسه نه فقط تمایل چندانی به الگوی مدیریت مشارکتی در اداره خانواده نداشته، بلکه به پیروی از برداشتهای رایج از برخی متون اسلامی در راستای تحکیم الگوی ریاستی مدیریت خانواده گام برداشته است.

اختصاص برخی از حقوق غیرمالی در خانواده به زوج مانند حق تعیین مسکن، تحمیل تابعیت و توانایی ممانعت از تردد آزاد زوجه، موضع قانون مدنی ایران را در حوزه اعمال اقتدار زوج به موضع قانون گذار فرانسه در سال های پیش از ۱۹۷۰ میلادی نزدیک می سازد.

سعی بر این است در این پژوهش با لحاظ نیازها و مقتضیات فعلی جامعه ایران الگوهای حقوقی مدیریت خانواده در کشور فرانسه مورد مذاقه قرار گیرد و با توجه به سیر تاریخی و مراحل تحول حقوق فرانسه در زمینه مدیریت خانواده و نتایج حاصل از آن، امکان انتخاب برخی از راه حل های موجود نظام حقوقی فوق بررسی گردد. اگر چه اعمال همه راه حل های نظام حقوقی فرانسه در خصوص چگونگی اداره خانواده بدون توجه به شرایط جامعه ایرانی و مدنظر قرار دادن کلیه آداب و سنن و همچنین اعتقادات مردم ما ناممکن می نماید ولی اتخاذ الگوی مدیریتی پیش بینی شده در حقوق ایران متضمن پذیرش ریاست مطلق زوج بر خانواده نیز محل بحث و تأمل می باشد.

نوآوری پژوهش حاضر در آن است که با مطالعه روند تحول مدیریت بر خانواده در نظام حقوقی فرانسه و اطلاع از مبانی و راه حل های اتخاذ شده شیوه های نوینی را برای مدیریت خانواده در نظام حقوقی ایران پیشنهاد نماید نوشتار حاضر با مطالعه تطبیقی بر



روی الگوی حقوقی مدیریت خانواده در فرانسه و روش توصیفی - تحلیلی درصدد است تا به موارد زیر پاسخ دهد:

۱. وجوه تشابه و افتراق حقوق غیرمالی زوج در روابط زوجین در حقوق ایران و فرانسه؛
۲. ضرورت یا عدم ضرورت بازنگری در مبانی مدیریت خانواده به صورت موجود در نظام حقوقی ایران.

بررسی حقوق غیرمالی زوجین در حقوق ایران و فرانسه، مطالعه وجوه تشابه و افتراق این دو نظام حقوقی؛ بررسی سیر تاریخی و مراحل تغییر و تحول حقوق خانواده فرانسه در موضوع اداره و مدیریت خانواده و آثار و نتایج حاصل از آن هدف این پژوهش را تشکیل می‌دهد. به منظور نیل به اهداف مورد نظر ابتدا برخی از حقوق غیرمالی زوج در حقوق ایران و فرانسه و وجوه تشابه و افتراق احکام و راه‌حلهای نظام‌های حقوقی فوق مطالعه و مورد بررسی قرار می‌گیرد. سپس با اتکا به مقایسه ملاکها و مبانی دو نظام حقوقی ایران و فرانسه در خصوص موضوع احکام اعتدال‌گرایانه و قابل توجیهی ارائه می‌گردد.

### ۱ - حقوق غیرمالی زوج در حقوق ایران

از جمله حقوق غیرمالی زوج بر زوجه در حقوق ایران حق تعیین مسکن مشترک، تحمیل تابعیت زوج بر زوجه و عدم استقلال زوجه برای خروج از کشور، حق منع اشتغال زوجه و امکان استفاده یک جانبه نام خانوادگی زوج از جانب زوجه است.

#### ۱-۱- حق تعیین مسکن مشترک

در قانون مدنی، اختیار زوج در تعیین مسکن و تحمیل اقامتگاه زوج بر زوجه، به عنوان حقی مستقل شناخته شده و به مسئله تمکین زوجه موقوف نگردیده است از این رو، می‌توان گفت که حق تعیین مسکن از جانب زوج از تبعات اعمال اقتدار زوج در خانواده است. زوجه صرفاً از طریق شرط ضمن عقد میتواند در تعیین مسکن نقش ایفا نماید از دید رویه قضایی، حق تعیین مسکن به حق تعیین شهر محل سکونت و تعیین منزل و منطقه سکونت تعبیر گردیده است.

به استناد ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی زن «باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید...» در این صورت به دلیل آن که تعیین مسکن با مسئله اقامتگاه نیز در ارتباط است، در ماده ۱۰۰۵ ق.م. مقرر گردیده است اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است...» (در فرض عدم محجوریت زوج).

## ۱-۲- تحمیل تابعیت زوج بر زوجه و عدم استقلال زوجه برای خروج از کشور

با توجه به مواد قانون مدنی ایران در خصوص اینکه تحمیل تابعیت زوج بر زوجه از آثار اقتدار وی در روابط زوجین است یا خیر میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان صریحاً این ترتیب را نتیجه اقتدار زوج در روابط زوجین دانسته و در تأیید آن به مفاد ماده ۹۸۶ تمسک کرده‌اند که امکان رجوع چنین زنی را به تابعیت اول خود بعد از فوت زوج و انتفای ریاست او و با رعایت تشریفات مقرر تجویز کرده است. برخی دیگر از ایشان درباره آثار اقتدار زوج در روابط زوجین بر این اعتقاد هستند که تحمیل تابعیت زوج بر زوجه با وجود پذیرش ناز سوی برخی به عنوان اثر ریاست زوج از آثار این اقتدار به شمار نمی آید. در این دیدگاه چنین استدلال می‌گردد که تابعیت مربوط به حقوق عمومی و تابع مصلحت دولت است؛ در حالی که اقتدار زوج جزء حقوق خصوصی و بر پایه مصلحت خانواده استوار است. ضمن آنکه این احتمال نیز کاملاً معقول است که یک قانون‌گذار اقتدار را از زوج بگیرد بدون اینکه لازم باشد در موضوع تابعیت زوجه تجدیدنظر کند.

به موجب بند ۳ ماده ۱۸ قانون گذرنامه در خصوص یکی از شرایط صدور گذرنامه برای زنان متأهل چنین مقرر شده است... زنان شوهردار ولو کمتر از ۱۸ سال تمام با موافقت کتبی شوهر و در موارد اضطراری اجازه دادستان شهرستان محل درخواست گذرنامه که مکلف است نظر خود را اعم از قبول درخواست یا رد آن حداکثر ظرف سه روز اعلام دارد، کافی است. «...» نکته قابل توجه آنکه قانون‌گذار با سختگیری، خاصی خروج زن از کشور را مشروط به اذن کتبی زوج دانسته است که حتی این اذن کتبی نه به صورت عادی بلکه به صورت رسمی و از طریق فرم‌های معین و متحدالشکل در دفاتر اسناد رسمی ابراز می‌شود.

## ۱-۳- حق منع اشتغال زوجه

برای بررسی سیر تحول قانونی مسئله اشتغال زوجه در حقوق، ایران باید به قانون اساسی قانون مدنی قانون حمایت خانواده و قانون کار مراجعه نمود تا پیش از تصویب نخستین قوانین حمایت خانواده در ایران از ظاهر مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۱۷ ق.م. چنین برداشت میشد که مرد به عنوان رئیس خانواده میتواند مصالح و حیثیات مذکور در ماده را تشخیص و راساً زوجه را از اشتغال مورد نظر منع نماید و در نهایت زوجه با مراجعه به دادگاه حق داشت منافی نبودن شغل خود را اثبات و اعمال اقتدار زوج را موضوعاً منتفی سازد ولی با تصویب قانون حمایت خانواده مسئله تغییر کرد؛ به این صورت که در ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۴۶ و ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی، آن منع زوجه از اشتغال به شغل منافی را منوط به صدور حکم قطعی دادگاه مبنی بر اعلام منافی بودن شغل نمود؛ به طوری

که زوج فقط با ارائه چنین حکمی به کارفرما می‌توانست وی را مکلف کند که به اشتغال زوجه پایان دهد.

قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳ که نقطه اوج تغییرات حقوق خانواده ایران به دلیل نفوذ افکار برابری زنان و مردان است با نسخ صریح قانون حمایت خانواده مصوب ۴۶، ضمن توسعه مسئله شغل منافی زوجه به شغل منافی زوج در ماده ۱۸، همان ضوابط قانون قبلی را در موضوع شغل منافی حفظ کرد این در حالی است که در آیین نامه این قانون که در سال ۱۳۵۴ تصویب شد ماده ای همانند ماده ۱۴ آیین نامه قانون مصوب ۱۳۴۶ دیده نمی‌شود تنها تفاوت اختیار زوجه در منع زوج از شغل منافی با اختیار زوج در منع از شغل منافی زوجه در قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳ این است که به موجب ذیل ماده ۱۸ این قانون اختیار زوجه بر خلاف اختیار زوج محدود به موردی شده که منع زوج باعث اختلال در امر معیشت خانواده نشود که البته جلوگیری از شغل زوج از جانب زوجه با مفهوم اقتدار زوج در روابط زوجین که در حقوق و سنت خانوادگی ما هنوز به قوت و اعتبار خود باقی است سازگار به نظر نمی‌رسید.

با وقوع انقلاب و حاکم شدن مقررات اسلامی قانون اساسی در اصل ۲۸ به اصل آزادی اشتغال به عنوان حقی برای کلیه اتباع ایران اعم از زن و مرد اشاره نموده و قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳ را ظاهراً توسعه داده و نگاهی نسبتاً برابر میان زن و مرد ایجاد کرده و تمایزی بین اشتغال ایشان قائل نشده است. از زمان تصویب قانون اساسی با توجه به امکان تفسیر این قانون و حکومت آن بر سایر قوانین عادی ضرورت تصویب قانون حمایت خانواده جدید در زمینه اشتغال و تحصیل زوجه دیده نشده است در عمل نیز به بهانه تنافی با مصالح خانوادگی، بسیاری از فعالیت‌های شغلی زنان در جامعه منع می‌گردد.

۳۵ در اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۲۳) و همچنین کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض از زنان (ماده ۱۱)، حق اشتغال از جمله حقوق مسلم افراد محسوب شده و منع آن نوعی بی‌عدالتی تلقی گردیده است.

آرای متعددی در خصوص منع اشتغال و تحصیل زوجه توسط زوج به صرف عدم رضایت زوج و با توجه به تغییرات قانونی قبل از تصویب اولین قانون حمایت خانواده صادر شده است. ولی بر خلاف گذشته در این آرا این زوج بود که باید اثبات می‌کرد اشتغال و تحصیل زوجه با مصلحت خانواده منافات دارد در این زمینه نظریات مشورتی متعددی هم صادر گردیده است؛ به‌طور مثال در نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه در سال ۱۳۷۶ این چنین بیان شد: «طبق ماده ۱۱۱۷ ق.م. شوه‌ر میتواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند.» بنابراین برای استخدام یا اشتغال زن به کار رضایت زوج مشارالیه‌ها شرط نیست اما چنانچه کار یا

شغل زن با مصلحت خانوادگی یا حیثیات هر یک از زوجین منافات داشته باشد شوهر میتواند پس از اثبات موضوع در دادگاه از ادامه کار همسر خود ممانعت کند. تشخیص اینکه شغل مورد بحث با مصلحت خانوادگی یا حیثیات هر یک از زوجین منافات دارد یا نه با دادگاه ذی صلاح است.

رویه قضایی ایران امروزه بیش از پیش تمایل به اصدار آرای مبنی بر پذیرش اشتغال زوجه دارد. به عنوان نمونه در پرونده ای زوج دادخواستی به طرفیت زوجه به خواسته منع اشتغال زوجه به دادگاه تقدیم نمود؛ و کلای زوج در وقت رسیدگی مدعی گردیدند که زوجه تا ساعاتی از غروب آفتاب در محل کار به سر می برد و پس از آن با خستگی ناشی از کار به منزل مراجعه می کند و توجهی به نیازهای همسر جوان خود ندارد و در نتیجه این امر منجر به اختلافات و طرح پرونده های متعدد علیه موکل گردیده است زوجه ادعای مطروحه را تکذیب و اعلام نمود که در کارخانه متعلق به پدرش به کار اشتغال دارد و به لحاظ نوع رشته تحصیلی که نتیجه اشتغال به کار را به همراه داشته است تقاضای رد دعوی مطروحه را نمود دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و محیط کاری مناسب زوجه و رشته تحصیلی مهندسی الکترونیک، وی را محق به اشتغال به کار صرفاً در حد ساعات کاری تعیین شده از سوی وزارت کار اعلام مینماید و با توجه به مندرجات ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی و عدم منع کلی اشتغال به کار و مقید بودن به حصول شرایط مندرج اختلافات زوجین را صرفاً ناشی از اشتغال به کار زوجه تشخیص نداده و مستنداً به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم به رد دعوی مطروحه صادر می نماید مسئله اشتغال زنان در جامعه کنونی، ایران از جمله تحولاتی است که موجب افزایش میزان آزادی در خانواده های ایرانی و همچنین تغییر نگرش زنان در خصوص الگوهای سنتی و مردمحور شده و انگاره سنتی مردمحور با چالش های جدی روبه رو گردیده و حضور پررنگ زنان در عرصه های اجتماعی به عنوان یک هنجار در حال نهادینه شدن است .

همچنین فراهم شدن امکان، آموزش امکان ورود بیشتر زنان به دانشگاه اشتغال در مشاغلی که پیش تر مختص مردان بوده دارا شدن از حق رأی و حق انتخاب شدن و مشارکت در امور اجتماعی و سیاسی کشور از موارد پیشرفت وضعیت زنان ایرانی محسوب می گردد.

در خصوص اشتغال زنان قابل ذکر است که زنان تحصیل کرده در دوره کنونی توانسته اند به مشاغل مهمی دست یابند و بر خلاف ادوار گذشته تا جایی پیش رفته اند که دولتها و وزرای زن را به منظور مدیریت وزارتخانه ها و معاونت های مختلف پیشنهاد می دهند. تعداد سفرای زن نیز نسبت به گذشته افزایش پیدا کرده و آنها توانسته اند در قوه قضائیه وارد گشته مناصبی از جمله دادیاری و بازپرسی داسرا ریاست شعب اجرای احکام یا مستشاری دادگاه را به دست آورند. خوشبختانه رویه قضایی در زمان کنونی به مسئله

اشتغال زن توجه ویژه‌ای دارد و اجازه داده نمی‌شود که زوج به سهولت حکم منع اشتغال زوجه را از دادگاه بگیرد. این رویکرد در زمینه تحول حقوق زن قابل توجه است.

### ۱-۴- امکان استفاده یک جانبه نام خانوادگی زوج از جانب زوجه

به موجب ماده ۴۲ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ پیش بینی گردیده است که زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت است از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق ادامه استفاده از نام خانوادگی، موکول به اجازه همسر است. همچنین به استناد ماده ۴۱ اصلاحی سال ۱۳۴۳ حق تقدم نام خانوادگی با رعایت تاریخ تقدم صدور اسناد مختص به اشخاصی است که به نام آنان در دفاتر مخصوص نام خانوادگی ادارات ثبت احوال به ثبت می‌رسد و دیگری حق اختیار آن را در آن اداره ندارد مگر با اجازه دارنده حق تقدم و این حق پس از فوت به ورثه قانونی انتقال می‌یابد؛ البته قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، نسبت به مسئله فوت زوج ساکت است. در پاسخ به این پرسش که بعد از فوت زوج آیا زوجه می‌تواند از نام خانوادگی زوج همچنان که استفاده می‌کرده است استفاده کند یا نه اختلاف نظر وجود دارد.

قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ در خصوص استفاده زوج از نام خانوادگی زوجه تصریحی ندارد و گفته شده است که قانون در این باره تفوقی برای زوج مقرر ننموده است. بنابراین، زوج مانند اشخاص دیگر اگر بخواهد نام خانوادگی زوجه را اختیار کند باید از دارنده حق تقدم اجازه بگیرد؛ اعم از اینکه دارنده حق تقدم زوجه یا شخص دیگری باشد.

### ۲ - حقوق غیرمالی زوج در حقوق فرانسه

در امپراتوری روم باستان زنان از شخصیت و حقوق انسانی محروم بودند. دختران در این نظام تا زمانی که ازدواج نکرده بودند تحت حمایت و اقتدار پدر خود و سپس تحت حمایت و اقتدار شوهر و پدرشوهر خود قرار داشتند به لحاظ تأثیر حقوق روم بر حقوق فرانسه در اولین قوانین مدون فرانسه محجوریت زن یا عدم برخوردارگی از کمترین، حقوق برای زنان مشاهده می‌گردد. (قانون مربوط به خانواده مدون) در قانون مدنی ۱۸۰۴ قانون مدنی فرانسه، ثمره و محصول یک مصالحه و اتفاق نظر میان الگوی قدیمی با الگوی انقلابی بود. در کلیسا نیز دو گرایش تقریباً متضاد حاکم بود؛ از یک طرف نصیحت به برابری زوجین بود و از طرفی دیگر، به تحت امر شوهر بودن زن موعظه می‌شد اما در این دوران اعمال اقتدار شوهر بر زن، باعث عدم اهلیت کامل زن نبود؛ به عنوان مثال زن نجیب زاده مانند یک شریک برای شوهر خویش در نظر گرفته

می‌شد. قانون ۶ فوریه ۱۸۹۳ زنانی را که جدایی و تفریق جسمانی حاصل کرده بودند، از سیطره قدرت شوهری آزاد می‌کرد و اهلیت کامل به ایشان اعطا مینمود. در سال ۱۹۳۸ برای زنان اعمال و اجرای صلاحیت مدنی قائل شدند ولی با وجود، این همچنان شوهر به عنوان رئیس خانواده شناخته می‌شد در سال ۱۹۴۲ زن می‌توانست جانشین مرد در امر ریاست خانواده گردد، البته در صورتی که مرد شرایط اعمال ریاست بر خانواده را از دست بدهد. در سال ۱۹۷۰ مفهوم ریاست از قانون حذف شد و خانواده دیگر دارای رئیس نبود و زوجین در یک وضعیت حقوقی مشابه قرار گرفتند. در واقع نهاد و مفهوم خانواده در جامعه کنونی فرانسه با مفهوم خانواده رومی، رژیم فرانسه قدیم و کد ناپلئون (۱۸۰۴) کاملاً متفاوت است.

در این بند، به برخی از حقوق غیرمالی مهم زوج در حقوق فرانسه همانند حق تعیین مسکن مشترک، تابعیت زوجه، حق منع اشتغال زوجه و حق استفاده زوجین از نام خانوادگی یکدیگر در طرق گوناگون موجد زندگی مشترک در فرانسه پرداخته می‌شود.

## ۲-۱ - حق تعیین مسکن مشترک

در قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه (کد ناپلئون) زوجه باید مطیع و تابع همسر خود باشد، با او زندگی کند، مسکن واحد داشته باشند و هر جا که زوج تعیین کرد، زوجه باید با او زندگی کند. ماده ۲۱۳ اولین قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ بر این مضمون تأکید داشت که زوج باید از زن مراقبت کند و زن نیز باید مطیع فرامین همسرش باشد یکی از مواردی که جزء فرامین زوج تلقی می‌شده و در ماده ۲۱۴ به آن اشاره گردیده بود این امر بوده که زوجه مکلف به زندگی در منزلی بوده است که زوج انتخاب مینماید اما این امر بدون استثنا نبود بلکه در صورتی که زوج بیش از حد متعارف منزل خود را تغییر میداد تکلیف زوجه به متابعت از زوج ساقط میشد. اما پس از سال ۱۸۰۴ تغییراتی در قانون و رویه قضایی ایجاد شد در سال ۱۹۳۸ ماده ۲۱۳ اصلاح و به منظور تحکیم بنیان خانواده در چارچوب ازدواج زوج به صراحت «رئیس خانواده» معرفی گردید. این تغییر حق تعیین مسکن را به زوج داده و زوجه هم مکلف گردیده بود که در آن مکان زندگی کند. رویه قضایی در خصوص محل اقامت زوجین تا قبل از سال ۱۹۷۰، این گونه بود که نظر زوج بر نظر زوجه تفوق داشت ولی چنانچه زوجه می‌توانست ثابت نماید که محل انتخابی زوج خطر و آسیب جسمی یا روحی برای وی ایجاد میکند می‌توانست از دادگاه تقاضا نماید که محل سکونت دیگری را برگزیند و حتی در مواردی که زوج اقدام به تغییر محل سکونت می‌کند از رفتن به محل سکونت جدید خودداری کند؛ ولی باید تغییرات مکرر یا ناکافی بودن فضای منزل را اثبات می‌نمود.

سال‌های ۱۹۷۵، ۱۹۸۰ و ۱۹۸۱ سال‌های مهمی هستند که در آن آراء و قوانین حائز

اهمیتی در خصوص حق تعیین مسکن صادر گردیده است. قانون مدنی فرانسه در سال ۱۹۷۵، تغییری اساسی در راستای حمایت از زنان به وجود آورد و در آن برتری مرد از قانون حذف گردید و حتی زندگی کردن در منزل واحد هم به عنوان یک تعهد از قانون حذف شد. از آن سال انتخاب محل سکونت مشترک خانواده با توافق طرفین بود اما اگر چه قانون تغییر کرد این اقدام قانون‌گذار پیامد و تأثیر چندانی در قانون مدنی به دنبال نداشت و حتی حذف الزام به منزل مشترک مذکور در ماده ۱۰۸ ق. م. منجر به از بین رفتن تعهد به همزیستی با هم نشد. شعبه اول دیوان عالی فرانسه با صدور رأی در یکم ژوئیه ۱۹۸۰ امکان داشتن مسکن مجزا برای زوجین را (مستند به مفهوم ماده ۱۰۸ قانون مدنی) موجب نادیده گرفتن تعهد به زندگی مشترک مذکور در ماده ۲۱۵ ق. م. ندانست. استدلال دیوان عالی بدین نحو بود که تعهد ماده ۲۱۵، دربردارنده تعهد به با هم بودن و هم زیستی مشترک است و این تعهد الزامی به سکونت در یک مسکن واحد ایجاد نمی کند. تا پیش از سال ۱۹۸۰ زوجه برای آنکه بتواند مسکن مجزا داشته باشد، ناگزیر بود تا از دادگاه حکم بگیرد ولی به موجب رأی دیوان عالی فرانسه در ششم ژانویه ۱۹۸۱ زوجه دیگر برای داشتن مسکن جداگانه نیازی به اخذ اجازه قضایی نداشت.

در قانون مدنی کنونی، فرانسه به استناد ماده ۱۰۸، زوج و زوجه میتوانند اقامتگاه جداگانه ای اختیار نمایند در صورتی که به قواعد مربوط به تعهد زندگی مشترک خللی وارد نشود. هر گونه اختطاریه برای یکی از زوجین حتی اگر جدایی جسمانی نیز حاصل شده باشد، در خصوص اهلیت اشخاص باید به همسر یا شریک دیگر ارسال گردد. فرض عدم اجرای این مقررره با ضمانت اجرای بطلان روبه رو خواهد شد هر چند ماده ۱۰۸ این سه نکته را به صراحت بیان نمود چنانچه این ماده در کنار ماده ۲۱۵ قانون مدنی تفسیر گردد بهتر است زیرا قسمت نخست ماده ۱۰۸ که به زوجین حق انتخاب مسکن جداگانه می‌دهد نباید مغایر با تعهد به زندگی مشترک زوجین باشد. در این صورت محل اقامت خانواده جایی است که زوجین با توافق مشترک انتخاب نمایند و هیچ یک از زوجین بدون اذن دیگری نمیتواند از حقوقی برخوردار گردد که به موجب آن قادر به تعیین و تأمین منزل خانوادگی یا اثاث آن باشد.

در خصوص پیمان مدنی همبستگی و همزیستی، قانونی با توجه به تأکید قانون‌گذار فرانسه به اساس و بنیان خانواده تا سال ۱۹۷۰ زوجه مکلف به زندگی در خانه زوج بود و هنوز قانونی برای پیمان مدنی همبستگی و کونکوبیناژ وجود نداشت این در حالی است که محتوای تعهد به زندگی مشترک، دارا بودن یک اقامتگاه مشترک را در بر می‌گیرد. بنابراین، از آنجایی که همزیستی مشترک بدون زندگی در کنار هم امکان پذیر نیست باید احکام موجود را در این مسئله هم جاری و ساری بدانیم این که چه کسی باید اقامتگاه مشترک طرفین را تعیین نماید، باید گفت که با توجه به اصل برابری طرفین که از اصول

بنیادین تشکیل دهنده زندگی به این طریق اقامتگاه است، می توان تعیین اقامتگاه را منوط به رضایت طرفین دانست و در این زمینه نظر هیچ یک آنان بر دیگری اولویت و برتری نخواهد داشت. در صورت بروز اختلاف زوجین در تعیین اقامتگاه مشترک در ازدواج با توجه به راه حل قضایی اتخاذ شده در این خصوص برای تعیین مسکن مشترک دادگاه صالح تعیین تکلیف می نماید.

## ۲ - ۲ - تابعیت زوجه

نسخ تفوق زوج نسبت به زوجه در قانون مدنی فرانسه به دو شکل نمود عینی پیدا کرد: ۱. مطیع و تابع بودن زوجه نسخ شد. ۲. اقتدار زوج در روابط زوجین حذف گردید. در بیشتر اختطاریه برای یکی از زوجین حتی اگر جدایی جسمانی نیز حاصل شده باشد، در خصوص اهلیت اشخاص، باید به همسر یا شریک دیگر ارسال گردد فرض عدم اجرای این مقرر با ضمانت اجرای بطلان روبه رو خواهد شد هر چند ماده ۱۰۸ این سه نکته را به صراحت بیان نمود چنانچه این ماده در کنار ماده ۲۱۵ قانون مدنی تفسیر گردد بهتر است زیرا قسمت نخست ماده ۱۰۸ که به زوجین حق انتخاب مسکن جداگانه می دهد نباید مغایر با تعهد به زندگی مشترک زوجین باشد. در این صورت محل اقامت خانواده جایی است که زوجین با توافق مشترک انتخاب نمایند و هیچ یک از زوجین بدون اذن دیگری نمیتواند از حقوقی برخوردار گردد که به موجب آن قادر به تعیین و تأمین منزل خانوادگی یا اثاث آن باشد.

در خصوص پیمان مدنی همبستگی و همزیستی، قانونی با توجه به تأکید قانون گذار فرانسه به اساس و بنیان خانواده تا سال ۱۹۷۰ زوجه مکلف به زندگی در خانه زوج بود و هنوز قانونی برای پیمان مدنی همبستگی و کونکوبیناژ وجود نداشت. این در حالی است که محتوای تعهد به زندگی مشترک دارا بودن یک اقامتگاه مشترک را در بر می گیرد. بنابراین، از آنجایی که همزیستی مشترک بدون زندگی در کنار هم امکان پذیر نیست باید احکام موجود را در این مسئله هم جاری و ساری بدانیم این که چه کسی باید اقامتگاه مشترک طرفین را تعیین نماید؛ باید گفت که با توجه به اصل برابری طرفین که از اصول بنیادین تشکیل دهنده زندگی به این طریق است، می توان تعیین اقامتگاه را منوط به رضایت طرفین دانست و در این زمینه، نظر هیچ یک آنان بر دیگری اولویت و برتری نخواهد داشت. در صورت بروز اختلاف زوجین در تعیین اقامتگاه مشترک در ازدواج با توجه به راه حل قضایی اتخاذ شده در این خصوص برای تعیین مسکن مشترک دادگاه صالح تعیین تکلیف می نماید.



## ۲ - ۳- تابعیت زوجه

نسخ تفوق زوج نسبت به زوجه در قانون مدنی، فرانسه به دو شکل نمود عینی پیدا کرد: ۱. مطیع و تابع بودن زوجه نسخ شد. ۲. اقتدار زوج در روابط زوجین حذف گردید. در بیشتر کشورهای دنیا به‌ویژه فرانسه تابعیت زوج به دلیل اعمال اقتدار در روابط زوجین با انعقاد عقد بر زوجه تحمیل می‌شد. در این خصوص قانون ۱۹۴۵ به صراحت به این نکته توجه داشت. با تغییر افکار در جامعه و با از بین رفتن اقتدار زوج تحمیل تابعیت زوج بر زوجه امری غیر معقول تلقی و در قانون ۱۹۷۲ تحمیل تابعیت زوج ملغا گردید قانون فوق به صراحت اعلام نمود که ازدواج هیچ تأثیری در تابعیت ندارد به نظر می‌رسد که روش قانون‌گذار فرانسه درباره تابعیت زوجین تا حدودی منطقی و موجد تفاهم بیشتر در نهاد خانواده است؛ زیرا زندگی مشترک ملازمه‌ای با تابعیت یکسان ندارد هر چند که اقامتگاه واحد به نظر ضروری می‌آید.

در پیمان مدنی همبستگی نیز اگرچه یکی از شرایط انعقاد، پیمان تابعیت مشترک فرانسوی طرفین است؛ ولی با توجه به نسخ تحمیل تابعیت در ازدواج در این قرارداد نیز تابعیت شرکای زندگی به هم تحمیل نمی‌گردد در همزیستی قانونی نیز با توجه به اینکه اصل آزادی طرفین حاکم است، تسری تابعیت شرکا از یک شریک به شریک دیگر پذیرفته نیست.

## ۲ - ۴ - حق منع اشتغال زوجه

انقلاب کبیر فرانسه دوره‌ای از دگرگونی‌های اجتماعی و سیاسی در تاریخ فرانسه است. تا آن زمان، نه فقط، زنان بلکه مردان هم از بسیاری از حقوق محروم بودند. هر چند برای تساوی در حقوق شهروندان تلاشهایی شده بود ولی به دلیل غالب بودن دیدگاه نظام فئودالی اشتغال زوجه و به تبع آن منع از اشتغال موضوعیت نداشت پس از آن در کد ناپلئون مصوب ۱۸۰۴ میلادی، طبق مواد ۲۱۵ و ۲۱۷ زوجه به‌نوعی تحت سلطه زوج قرار گرفت؛ زیرا زوجه نمی‌تواند به تنهایی و بدون اذن زوج مبادرت به انجام عمل حقوقی نماید با این حال زوج دارای اختیار تام نبود، بلکه در صورتی که وی بدون علت موجهی از دادن اذن امتناع می‌کرد، زوجه می‌توانست به دادگاه رجوع و پس از اثبات موجه بودن معامله دادگاه به جای زوج اذن دهد که معامله صورت بگیرد و در این صورت مرد به هیچ وجه مسئولیتی نداشت. در صورتی هم که زوج به هر دلیلی برای معامله کردن به زوجه اذن میداد علاوه بر تنفیذ عمل حقوقی، زوجه برای هر دو طرف مسئولیت مشترک ایجاد می‌شد در این صورت صحبت از منع اشتغال موضوعیت نداشت؛ زیرا اختیار معاملات زوجه به‌طور کامل تحت سلطه زوج بود.

در سال ۱۸۸۱ و با توجه به بهبود وضع، زنان قانون‌گذار فرانسه در راستای حمایت از

زنان و بهبود شرایط ایشان در جامعه تغییری عمده ایجاد کرد به عنوان مثال در مواردی که زوجه قصد تجارت داشت کافی بود مرد به طور کلی با اشتغال او به حرفه تجارت موافقت کند و در سه مورد زوجه برای معاملات خود نیازی به اخذ موافقت و اذن زوج نداشت که عبارت بودند از: تنظیم وصیت نامه واریز وجه و سپرده گذاری و اعمال حقوقی انجام گرفته در فرایند جدایی جسمانی، اما سایر معاملاتی که زوجه بدون موافقت زوج انجام میداد قابل فسخ یا ابطال بود. در سال ۱۸۹۲، قانونی تصویب شد که به موجب آن ممنوعیت کار در شب برای همه زنان در تمام سنین پیش بینی شد که کارفرمایان نمیتوانستند از زنان در دو نوبت استفاده نمایند. به موجب قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۰۷، زنان شاغل شوهردار و زنانی که شغلی به غیر از شغل زوج خود داشتند می توانستند حقوق و درآمد ماهیانه شان را آزادانه اداره و مدیریت نمایند و به موجب این قانون زوجه مالک تمام اموال خود شمرده شد قانون دیگری در سال ۱۹۱۰ به تصویب رسید که به موجب آن، به زنان اجازه گرفتن مرخصی زایمان به مدت دو ماه را تا بهبود کامل می داد. بررسی گذر تاریخ در سالهای ۱۹۴۰ تا ۱۹۴۸ نمایانگر آن است که حقوق زنان در حوزه مشاغل، تثبیت شده بود؛ هر چند اصل برابری شغلی به طور کامل رعایت نگردیده بود؛ زیرا اگر چه تساوی شغلی زن و مرد از دیدگاه حقوقی به رسمیت شناخته شده بود ولی از لحاظ اجتماعی جامعه هنوز از لحاظ فکری آمادگی پذیرش آن را نداشت. درست است که علم حقوق در برخی مسائل باید پیشرو باشد ولی تا زمانی که جامعه امری را نپذیرد تلاش قانونگذار به تنهایی فایده عملی نخواهد داشت. در نهایت آخرین محدودیت زوجه یعنی) نیاز به اجازه و موافقت زوج برای پرداختن به حرفه (تجاری نیز به موجب قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۵ برداشته شد.

در خصوص حق اشتغال زوجه در قانون مدنی کنونی، فرانسه ماده ۲۲۳ در خصوص تکالیف و حقوق زوجین بیان میدارد که هر یک از زوجین میتواند آزادانه به حرفه ای پرداخته، درآمد و حقوق خود را وصول کند و پس از ادای هزینههای، زندگی باقی را در اختیار گیرد. در واقع قانونگذار نه فقط به صراحت محجور بودن زنان را نسخ میکند بلکه مطابق ماده ۲۲۵ همان فصل از قانون مقرر میدارد هر یک از زوجین میتوانند به تنهایی اموال شخصی خود را اداره نموده، به رهن یا وثیقه بگذارند و انتقال دهند. به این صورت به زنان حقوقی برابر با مردان داده شده و تفاوت حقوقی میان زنان و مردان از میان رفته است.

در خصوص پیمان مدنی همبستگی و همزیستی قانونی باید، گفت وقتی قانونگذار فرانسه در ماده ۲۲۳ قانون مدنی فرانسه از آزادی اشتغال هر یک از زوجین در ازدواج رسمی سخن میگوید به طریق اولی در پیمان مدنی، همبستگی شرکا در انتخاب شغل آزادی عمل دارند.

اصل حاکمیت اراده هر یک از شرکای زندگی بر پیمان حاکم است و هیچ یک از ایشان

حق منع شریک دیگر را نخواهد داشت.

## ۲ - ۵ - حق استفاده زوجین از نام خانوادگی یکدیگر

با توجه به آثار حقوقی و اجتماعی نام خانوادگی و تأثیر آن بر جامعه و خانواده قانون‌گذار فرانسه به وضع احکامی در این باره پرداخته که یکی از مهمترین آنها امکان استفاده هر یک از زوجین از نام خانوادگی همسر است.

در خصوص حق استفاده از نام خانوادگی هر یک از زوجین در دوران ازدواج با توجه به سیر تحولی که در حقوق زنان ایجاد شد ابتدا این زنان بودند که توانستند از نام خانوادگی زوج استفاده نمایند. ولی با توجه به تغییرات، جامعه قانون‌گذار فرانسه تصمیم گرفت تا قانون را با مقتضیات زمانه خویش همگام سازد. از این رو مطابق ماده ۲۲۵۱ قانون مدنی فرانسه، هر یک از زوجین این اختیار را دارند که از نام خانوادگی همسر به نحو جایگزین یا متصل به نام خانوادگی خویش با ترتیب مورد نظرش به عنوان نام عرفی و معمول بدون حق تقدم استفاده نماید اما پس از طلاق به استناد ماده ۲۶۴ قانون مدنی، فرانسه اصل بر این است که زوجین دیگر نتوانند از نام خانوادگی همسر خود استفاده نمایند مگر هر یک از زوجین بتواند نفعی خاص را برای خود یا فرزندان اثبات و توجیه نماید که در این صورت خواهد توانست با اجازه دادرس یا موافقت همسر همچنان از نام خانوادگی وی استفاده کند در خصوص جدایی جسمانی نیز ماده ۳۰۰ قانون مدنی فرانسه تکلیف این موضوع را مشخص کرده است. مطابق این ماده اجازه داده شده است که هر یک از زوجین هنگام جدایی جسمانی بتواند از نام خانوادگی دیگری استفاده نماید. ولی اگر به منافع یکی از طرفین در این زمینه خدشه وارد گردد، به موجب همان رأی جدایی جسمانی یا رأی جداگانه ای با در نظر گرفتن منافع هر یک از زوجین، ممکن است ایشان از این امر منع گردند در پیمان مدنی همبستگی و همزیستی، قانونی مطابق اصلاحیه ۲۰۰۶ قانون مربوط به پیمان مدنی همبستگی ضرورت درج نام و نام خانوادگی شرکا در کارت شناسایی شریک دیگر الزامی گردید که نشان دهنده ارتباط آن به نظم عمومی است. بنابراین هر چند قانون فرانسه درباره امکان استفاده از نام خانوادگی شریک ساکت است ولی با توجه به این اصلاحیه و تفسیر غایی باید قائل بر این بود که در حقوق فرانسه امکان استفاده از نام خانوادگی شریک در پیمان مدنی همبستگی و کونکوبیناژ نیز وجود دارد.

۱. از جمله حقوق غیرمالی مهم زوج در حقوق ایران حق تعیین مسکن است که زوجه باید در منزلی که زوج تعیین میکند سکنا نماید که این مسئله مبین اتخاذ الگوی ریاستی مدیریت خانواده در ایران است. اگر چه توافق خلاف این مقرر به صورت شرط ضمن عقد پذیرفته شده است و اگذاری اعطای حق تعیین مسکن به اراده صرف زوج و نه اراده زوجین قابل انتقاد به نظر میرسد مطابق قانون مدنی فرانسه محل اقامت خانواده جایی است که زوجین با توافق مشترک انتخاب نمایند.

۲. از دیگر حقوق غیرمالی زوج در ایران حق منع زوجه از دریافت گذرنامه و خروج از کشور است که از آثار اعمال اقتدار زوج و اتخاذ الگوی ریاستی مدیریت خانواده میباشد. در همین راستا، زوجه برای خروج از کشور باید به استناد بند ۳ ماده ۱۸ قانون گذرنامه اصلاحی ۱۳۸۰ به انتظار موافقت زوج از طریق تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی باشد اما در حقوق فرانسه این مورد به موجب قانون ۱۹۷۲ ملغا گردیده است.

۳. حق منع اشتغال زوجه از دیگر حقوق غیرمالی زوج در حقوق ایران است که از تبعات اتخاذ الگوی ریاستی زوج در مدیریت خانواده به شمار میرود اگر چه برای زوجه نیز این حق به صورتی محدودتر از حق زوج و در ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ به رسمیت شناخته شده است و نشان دهنده تلاش مقنن ایران در این خصوص میباشد. البته اگر قائل به عدم نسخ برخی مقررات قانون حمایت خانواده فوق با قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نباشیم). با توجه به سیر تقنینی در حقوق ایران و تمایل رویه قضایی به عدم منع اشتغال زوجه اشتغال بیش از پیش زنان را در خانوادههای ایرانی نشان می دهد. سیر تحول اشتغال زوجه در سه طریق قانونی موجد زندگی مشترک در حقوق فرانسه نیز با گذر از پیچ و خمهای گوناگون و اقتضاهای، زمانه در نهایت به شکل امروزی خود در قانون مدنی کنونی فرانسه تجلی یافته و هرگونه رادع و مانع از سر راه اشتغال زنان شوهردار برداشته شده است.

۴. امکان استفاده از نام خانوادگی زوج از سوی، زوجه در واقع امتیازی است که می توان به نوعی آن را به شوهر منتسب کرد در حقوق، ایران فقط زوجه میتواند با موافقت همسر خود و تا زمانی که در قید زوجیت است از نام خانوادگی شوهر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده نماید و در صورت طلاق ادامه استفاده از نام خانوادگی موقوف به اجازه همسر است. اما در این قانون، فرضی که زوج بخواهد از نام خانوادگی زوجه خود استفاده نماید، مشخص نشده است و اگر زوج بخواهد از نام خانوادگی زوجه استفاده نماید باید از دارنده حق تقدم اجازه بگیرد اما مطابق مقررات قانون مدنی، فرانسه هر یک از زوجین این اختیار را دارند که از نام خانوادگی همسر به نحو جایگزین یا متصل به نام خانوادگی خویش به عنوان نام عرفی و معمول استفاده نماید در خصوص حق استفاده از نام خانوادگی هر یک از زوجین پس از طلاق نیز اصل بر این است که زوجین پس از

طلاق دیگر نمیتوانند از نام خانوادگی همسر خود استفاده نمایند؛ اما این امر مطلق نیست و هر یک از زوجین با اثبات نفعی خاص برای خود یا فرزندان میتوانند آن را توجیه نمایند. ۵. به منظور درک بهتر تحولات مفهوم خانواده و به خصوص تحول نقش زنان در جامعه ایران بهتر است از دو نگاه «احساس گرایانه» و «سیاست زدگی اجتناب گردد. یکی از علل مهم اقتدار زوج و اقتدار پدر در ساختار و انگاره خانواده، ایرانی وجود بعضی از مقررات مردسالارانه در حوزه خانواده است پیشنهادهای زیر میتواند حقوق غیرمالی زوج را در جایگاه نوین خانواده تعدیل نماید:

الف- در راستای تغییر الگوی مطلق ریاستی زوج در روابط زوجین ماده ۱۱۰۵ ق. م. به اتخاذ الگوی مشارکتی مدیریت خانواده تغییر نحوه بیان این ماده و بازنگری در آن، پیشنهاد می‌گردد. بهتر است متن ماده فوق به این صورت تغییر یابد در روابط زوجین، مدیریت خانواده به صورت اشتراکی با زوجین است زوجین به صورت مشترک مسئولیت هدایت و مدیریت خانواده را به عهده دارند.»

ب - به منظور اعتبار بخشیدن به اصالت آزادی اراده هر یک از زوجین و اصل استقلال و برابری هر یک از ایشان در تصمیم گیری و اتخاذ الگوی مشارکتی مدیریت خانواده در تعیین محل سکونت خانواده پیشنهاد می‌گردد متن مواد ۱۰۰۵ و ۱۱۱۴ قانون مدنی کنونی به شرح زیر اصلاح شوند:

- ماده ۱۰۰۵ قانون مدنی اقامتگاه مشترک زوجین با توافق آنها تعیین می شود در صورتی که به اصول زندگی مشترک خللی وارد نگردد اقامتگاه هر یک از ایشان می تواند مستقل باشد.

- ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی محل سکونت، خانواده به مکانی اطلاق می‌گردد که زوجین با توافق مشترک آن را انتخاب مینمایند.»

ج - سزاوار است که بند ۳ ماده ۱۸ قانون گذرنامه اصلاحی سال ۱۳۸۰ با این عبارت جایگزین گردد زوج به موجب قانون حق منع زوجه از دریافت گذرنامه و همچنین خروج از کشور وی را نخواهد داشت.»

د - مدیریت زنان در سطوح کلان کشور، وزارت مدیریت کل ..... با مدنظر قرار دادن اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پذیرفته شود برداشت‌های حقوقی مغایر در این خصوص، قابل نقد و تأمل است. ۵,۵ ماده ۴۲ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ به منظور فراهم ساختن زمینه امکان استفاده زوجین از نام خانوادگی یکدیگر به این شرح هر یک از زوجین این اختیار را دارد که از نام خانوادگی همسر خود، به نحو جایگزین یا متصل به نام خانوادگی، خویش به عنوان نام خانوادگی عرفی و معمول استفاده نماید.» تغییر یابد.

با توجه به موارد فوق به نظر میرسد چنانچه قانون‌گذار ایران در صدد تغییر الگوی مطلق ریاستی مدیریت خانواده به سمت الگوی اشتراکی بر نیاید ممکن است در آینده ای نه

چندان دور شاهد تزلزل نهاد خانواده باشیم در این صورت برای فرار از تعهدات ازدواج، علاقه و تمایل به تشکیل خانواده از طریق نکاح دائم کاهش جدی پیدا خواهد کرد و شیوه هایی مانند روابط آزاد روابط هم خانگی و پیدایش مجردان متأهل، به تدریج به مثابه رقیبی در مقابل نکاح دائم مطرح خواهند گردید. عدم اقدام به تغییر، مقررات با وجود تحولات روز جامعه ایرانی، قابلیت توجیه چندانی ندارد و ضرورت بازنگری در الگوی مطلق ریاستی زوج در حوزه مدیریت خانواده به وضوح احساس می گردد سوق دادن اداره خانواده به سمت الگوی اشتراکی در مدیریت و پذیرش آثار این روش یقیناً فضای بهتری را در خانواده و جامعه کنونی ایران به وجود خواهد آورد.

۱. روشن، محمد، حقوق خانواده تهران انتشارات جنگل، چاپ دوم ۱۳۹۶.
۲. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده تهران بنیاد حقوقی میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۲.
۳. صفایی، سیدحسین و مرتضی قاسم زاده حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: سمت چاپ پانزدهم ویرایش چهارم ۱۳۸۸.
۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش چهارم تهران بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهل چهارم ۱۳۹۴.
۵. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی خانواده، جلد ۱، نکاح و طلاق روابط زن و شوهر: تهران شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۶. مدنی کرمانی، عارفه، رویه قضایی در دعاوی خانوادگی، تهران: نشر پایدار، ۱۳۹۱.
۷. مهدوی، محمد صادق؛ حبیب صبوری خرمشاهی بررسی ساختار توزیع قدرت در خانواده مطالعات اجتماعی روانشناختی زنان، ش ۲. سال ۱۳۸۲.
۸. مهرپور، حسین، بحثی پیرامون قضاوت زن، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۸، شماره های ۱۳۷۸، صص ۲۵-۲۶.
۹. نیک پی، امیر، رضوان، پویا، جامعه شناسی تحول خانواده در ایران (بررسی ابعاد اجتماعی و حقوقی لایحه حمایت خانواده)، جامعه شناسی تاریخی دوره ۴، ۱۳۹۱، شماره ۱.



## How to supervise the functions of the executive of the executive branch of Iran

Gholamreza Saf ara, Siavash Shoja Pourian, Shapour Farhangpour

Date Received : 16 February 2024 Date Accepted : 27 February 2024

### Abstract:

The present research has investigated the effects of managers' aggression on the issue of joint-stock companies from the perspective of Iranian and British law. In the review and analysis of the legal position of the managers of commercial companies, it seems; From some aspects, it is logical to apply the theories of representation, representation and being an employee; But today, the application of these views to the legal relationship of managers with a joint-stock company is seriously questionable from all angles as a complete theory, because it requires limited authority for them, which is in conflict with the requirements of business affairs in today's world. For this purpose, a new theory was proposed by German jurists under the title of organic theory; which is useful for full powers for company managers. According to this theory, managers and the company are one. In other words, managers are considered the company itself, and their actions and decisions are considered the company's actions and decisions. But in analyzing the legal status of managers as a pillar of the company, it should be done with a legislative approach and away from extremes. Although the Iranian legislator has not explicitly mentioned managers as a pillar of the company, but by inference from some legal articles, including articles 118 ,17 and 135 of the amendment bill of the trade law and article 7 of the company registration law; Managers are a pillar of the company. In the English legal system, the aforementioned theory was first developed and elaborated by the judicial procedure to justify the civil and criminal liability of the legal entity, and later it was accepted according to Article 40 of the 2006 Law of Companies.

**Keywords:** Managers, joint stock companies, Iranian law, English law





## آثار تجاوز مدیران از موضوع شرکت های سهامی از منظر حقوق ایران و انگلستان

غلامرضا صف آرا<sup>۱</sup> سیاوش شجاع پوریان<sup>۲</sup> شاپور فرهنگ پور<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۷

### چکیده:

پژوهش حاضر به بررسی آثار تجاوز مدیران از موضوع شرکت های سهامی از منظر حقوق ایران و انگلیس پرداخته شده است. در بررسی و تحلیل جایگاه حقوقی مدیران شرکت های تجاری به نظر می رسد؛ از برخی جنبه ها اعمال نظریه های وکالت، نمایندگی و مستخدم بودن منطقی می باشد؛ اما امروزه اعمال این دیدگاه ها نسبت به رابطه حقوقی مدیران با شرکت سهامی، از تمام زوایا به عنوان یک نظریه ی کامل محل تردید جدی است، زیرا مستلزم اختیارات محدود برای آنها می باشد که با اقتضائات امور تجاری در دنیای امروز در تعارض است. به این منظور نظریه ی جدیدی از سوی حقوق دانان آلمانی تحت عنوان نظریه ی رکنیت یا ارگانیک مطرح شد؛ که مفید اختیارات کامل برای مدیران شرکت می باشد. به موجب این نظریه مدیران و شرکت یکی هستند. به عبارت دیگر مدیران، خود شرکت محسوب می شوند و اعمال و تصمیمات آنها اعمال و تصمیمات شرکت محسوب می شود. ولی در تحلیل جایگاه حقوقی مدیران به عنوان رکنی از ارکان شرکت باید با رویکرد قانون گذار و به دور از افراط اقدام گردد. اگرچه قانون گذار ایران صریحا از مدیران به عنوان رکنی از ارکان شرکت یاد نکرده است ولی با استنباط از برخی مواد قانونی از جمله مواد ۷۱ و ۸۱۱ و ۵۳۱ لایحه ی اصلاحی قانون تجارت و ماده ی ۷ قانون ثبت شرکت ها به نظر می رسد؛ مدیران رکنی از ارکان شرکت هستند. در نظام حقوقی انگلستان هم نظریه ی مذکور ابتدا ساخته و پرداخته ی رویه ی قضایی، برای توجیه مسئولیت مدنی و کیفری شخص حقوقی بود و بعدها به موجب ماده ی ۴۰ قانون ۲۰۰۶ شرکت ها پذیرفته شد.

واژگان کلیدی: مدیران، شرکت های سهامی، حقوق ایران، حقوق انگلستان

۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

safarae8@yahoo.com

۲- استادیار گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. (نویسنده مسول)

siavash@vatanmail.ir

۳- استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

farhangpour@yahoo.com

امروزه در کمتر رابطه ی تجاری بین المللی است؛ که شرکت های تجاری به ویژه شرکت های سهامی نقش اساسی ایجاد نمایند. دیگر شرکت های تجارت جهانی در قالب معاملات خرد افراد حقیقی نمی گنجد. افراد حقیقی، نه به عنوان عناصر متشکل جامعه تجاری، بلکه به عنوان صاحبان سرمایه های کوچک در بطن شرکت های تجاری که دارای شخصیت حقوقی است جذب شده و از هویت فردی تهی گردیده اند. از طرف دیگر شرکت ها می توانند دارای کلیه حقوقی و امتیازاتی شوند؛ که قانون برای اشخاص حقیقی قائل شده، اما حقوق و توانایی ها به لحاظ اعتباری بودن شرکت، از عهده آنان خارج است و به ارکان از شرکت متشکل از اشخاص حقیقی واگذار شده است.

امروزه به دلیل اهمیت شرکت ها و وظایف و اختیارات هیئت مدیره و مدیران در انواع شرکت های مختلف این امر بیش از پیش مورد عنایت قانونگذار در قانون تجارت قرار گرفته است. یکی از مهمترین مسایلی که در این راستا به چشم می خورد حدود و مسئولیت هیأت مدیره و مدیر عاملان در شرکت های تجاری به خصوص شرکت های سهامی می باشد.

تبیین جایگاه حقوقی مدیران در شرکت، برای تعیین حدود اختیارات مدیران شرکت های تجاری از اهمیت بسیاری برخوردار است. این اهمیت علاوه بر جنبه نظری از نقطه نظر عملی هم آثار گسترده ای را نه تنها بر شرکت و سهامداران بلکه بر اشخاص ثالث طرف معامله با شرکت به جای می گذارند. جایگاه حقوقی مدیران در شرکت سهامی همواره مورد اختلاف حقوقدانان بوده است. برطبق یک نظر مدیران شرکت تجاری وکیل آن شرکت هستند. طبق نظر دیگر مدیران شرکت، نمایندگان آن شرکت می باشند. برخی دیگر از حقوقدانان مدیران را مستخدم شرکت تلقی کرده اند. بالاخره عده ای از

حقوقدانان مدیران را به عنوان رکنی از ارکان شرکت محسوب کرده اند. امروزه اشخاص ثالثی که با مدیران شرکتهای تجاری و مدنی که در مقام نماینده شرکت می باشند نسبت به انعقاد عقد مبادرت می نمایند؛ از حیث احقاق حقوق خود با مشکل مواجه می باشند. یعنی از جهت اینکه شرکت را طرف دعوی قرار دهند یا مدیران را دچار سردرگمی هستند. حال در این صورت وقتی مدیران در مقام نماینده موارد مقرر شده قانونی و قراردادی فیما بین خود و شرکت را رعایت کرده باشند؛ چنین عقدی صحیح و نافذ خواهد بود. لذا شخص ثالث علیه شرکت طرح دعوی خواهد کرد در غیر این صورت ماهیت عقد فضولی خواهد بود و امکان مراجعه به شرکت نیست. البته همیشه اینگونه نیست. یعنی بعضاً قانون برای حمایت حقوق اشخاص ثالث اقدام می کند و حتی در صورت عدم رعایت موازین قانونی از سوی مدیران، شخص ثالث می تواند همچنان به شرکت مراجعه نماید. به هر ترتیب با بررسی ماهیت عقود منعقد شده از سوی مدیران با اشخاص ثالث تکلیف اشخاص ثالث مشخص خواهد شد تا به چه شخص یا اشخاصی جهت احقاق حق خود مراجعه نمایند و در صورت فضولی بودن عقد و عدم رعایت

موازین از سوی مدیر، مسئولیت مدیر در قبال اشخاص ثالث و همچنین شرکت نیز مشخص خواهد گردید.

## ۱ - مفهوم مدیران

مدیر اسم فاعل از مصدر اداره می‌باشد و اداره در لغت به معنای دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار و کارگردانی آمده است.<sup>۱</sup> مدیر نیز به معنای گرداننده و اداره کننده آمده است.<sup>۲</sup> مدیر در اصطلاح حقوق اداری به مأمور عالی‌رتبه‌ای گفته می‌شود؛ که در رأس یک موسسه کار می‌کند. در حالی که در اصطلاحات حقوق تجارت به شخصی اطلاق می‌شود؛ که گردش کارهای جاری شرکت یا بنگاه به دست او می‌باشد.<sup>۳</sup>

اگرچه قانون‌گذار واژه‌ی اداره‌ی شرکت توسط (هیات مدیره) را برای اولین بار در لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ به کار برده است، اما در آن به طور صریح و مجزا از مدیر شرکت سهامی تعریفی به عمل نیاورده است، ولی آن را از روح مقررات لایحه‌ی قانونی یاد شده، می‌توان استنباط کرد. با وجود این، به نظر نمی‌رسد؛ با پرهیز از تعریف موضوع با چنین اهمیتی بتوان مشکلات مربوط به آن را حل کرد. در هر حال در مقام تعریف مدیر شرکت سهامی شاید بتوان گفت: مدیران اشخاصی هستند که به وسیله سهام داران یا شرکاء برای دوره‌ی زمانی معینی جهت اداره‌ی شرکت تعیین می‌شوند.

قانون تجارت ایران، اداره‌ی امور شرکت‌های تجاری را بر عهده‌ی مدیر یا مدیران منتخب مجامع عمومی یا شرکاء، بر حسب مورد قرار داده است. در شرکت‌های غیر سهامی اداره‌ی امور شرکت به وسیله‌ی مدیر واحد پذیرفته شده است. در حالی که در شرکت‌های سهامی مطابق ماده‌ی ۱۰۷ لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت، اداره جمعی شرکت به وسیله‌ی مدیران پیش بینی شده است.

۵۱

در ارتباط با تعریف مدیران، تفاوت چشمگیری میان معنی مدیر در قانون ناظر به شرکت‌های سهامی و درک عرف و حتی جامعه حقوقی وجود دارد. در لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ هر کجا از مدیران نامی برده شده، منظور اعضای هیات مدیره است. در این تعریف مدیر عامل به صراحت در کنار عبارت مدیران به گونه‌ای آورده شده تا از مفهوم مدیران خارج گردد. این در حالی است که در نگاه بسیاری، مدیر عامل مدیر واقعی شرکت سهامی محسوب می‌گردد. لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ با کاربرد عبارت مدیران به عنوان مفهومی معادل هیات مدیره و اشاره به مدیر عامل در کنار مدیران،

۱- - عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، چاپ سی و هشت، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۰، ص ۱۰۱.

۲- همان، ج ۲، ص ۱۰۱.

۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سی ام، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، ص ۶۳۲.

جایگاه مدیر عامل را محدود به معنای لغوی واژه یعنی مدیر کارگزار هیات مدیره نموده است. قانون گذار در مواد ۱۰۹ و ۱۱۲ و ۱۱۴ عبارت مدیران را بدون نیاز به هیچ قرینه‌ای برای توصیف هیات مدیره به کار برده است. ممکن است گفته شود که ذکر عنوان مدیران برای هیات مدیره در مواد قانونی مورد اشاره، به دلیل آن که مقررات مزبور در بخش ناظر به هیات مدیره قرار داشته، امری طبیعی است. در پاسخ به این استدلال باید گفت که در مقررات دیگر مندرج در لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ اشارات روشنی به رد استدلال اخیر و تایید این نگرش که در این لایحه‌ی قانونی، مدیر عامل مصداق مدیران مورد نظر قانون گذار نیستند، وجود دارد. برای نمونه، ماده‌ی ۱۳۳ لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ مقرر داشته: مدیران و مدیر عامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت... انجام دهند.<sup>۱</sup>

## ۲ - حقوق انگلیس

مدیران شرکت که وظیفه انجام اعمال و اقدامات شرکت را بر عهده دارند در گذشته نماینده شرکت محسوب می شدند و قاعده تجاوز از حدود اختیارات که در قرن نوزدهم توسط دادگاه ها مطرح گردید، تا مدت ها نسبت به ایشان اعمال می شد. بر اساس این قاعده، اقدامات خارج از حدود اختیارات شرکت (موضوع شرکت) و همچنین مدیران، بر حسب مورد باطل یا غیر نافذ تلقی می شد. منبع اصلی این قاعده، رای پرونده حمل و نقل اشبری است. در این پرونده، شرکت قراردادی برای ساخت ریل منعقد کرد، در صورتی که موضوع مندرج در اساسنامه، فروش و اجاره قطار و واگن بود. رای دادگاه این بود که سهامداران برای اهداف و مقاصد خاصی که در موضوع مندرج در اساسنامه آمده است حاضر به سرمایه گذاری شده اند و تمایل ندارند سرمایه آن ها صرف امور دیگر شود، بنابراین این اشخاص ثالث هستند که باید در هنگام معامله با شرکت، اساسنامه آن را با دقت مطالعه نمایند. در دعوای دیگر، مدیران شرکت قراردادی از طرف شرکت و خارج از حدود اختیارات خود که مندرج در اساسنامه بود منعقد نمودند. دادگاه این قرار داد را غیر نافذ دانست و شرکت می توانست آن را تنفیذ یا رد کند.<sup>۲</sup>

بر این اساس در خصوص امضای اسناد تجاری توسط مدیران تا مدت ها مواد ۲۵ و ۲۶ قانون بروات انگلیس (۱۸۸۲) که مربوط به امضای سند توسط نماینده می شد، حاکم بود. مطابق این مواد، چنانچه مدیر نمایندگی خود و همچنین نام شرکت را افشا نکند یا خارج از حدود اختیارات خود سندی امضا نماید، خود مسئول آن سند می شود. بند ۱ ماده ۲۶ قانون بروات انگلیس (۱۸۸۲) در مورد افشای نمایندگی و نام اصیل مقرر می دارد

۱ - پاسبان، محمد رضا، ۱۳۹۵، حقوق شرکتهای تجاری، تهران، انتشارات سمت، ص ۱۷۴.  
 ۲ - اسکینی، ربیعا، شریفی آل‌هاشم، سید الهام الدین، تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس، مجله مدرس، دانشگاه تربیت مدرس، شماره ۴، ۱۳۷۹ ص ۴۰.

هر کسی براتی صادر کند و در آن قید نماید که به وکالت عمل می کند، شخصا مسئول پرداخت برات نخواهد بود. ولی صرف قید اینکه او به نمایندگی عمل می کند مسئولیت شخصی او را برطرف نخواهد کرد. در واقع نماینده برای اینکه مسئول شناخته نشود، علاوه بر اینکه نمایندگی خود را در سند ذکر می کند لازم است نام اصیل را نیز بیاورد.<sup>۱</sup> همچنین ماده ۲۵ قانون بروات (۱۸۸۲) در خصوص امضای سند تجاری خارج از حدود اختیارات توسط نماینده بیان می دارد: امضا به عنوان وکالت بیانگر این امر است که وکالت وکیل محدود است و اصیل در صورتی مسئول است که وکیل در حدود وکالت عمل کرده باشد. از این رو اگر در سند تجاری نام اصیل و نمایندگی ذکر گردد و نماینده از حدود اختیارات تجاوز نماید بر اساس قاعده تجاوز از حدود اختیارات اصیل (شرکت) در برابر دارنده سند مسئولیتی نخواهد داشت و شخص ثالث می تواند به دلیل تجاوز یا نقض اختیارات توسط مدیر تنها به ایشان مراجعه نماید.<sup>۲</sup>

این قاعده و مقررات نمی توانست حقوق اشخاص ثالث را حفظ نماید. علاوه بر این با اصل سرعت در معاملات تجاری مغایر بود. به همین دلیل، قاعده فوق توسط دادگاه ها اصلاح شد. در پرونده ترکواند مدیران بانک رویال بیریتیش اوراق قرضه ای را برای ترکواند صادر کردند. بر اساس اساسنامه بانک، صدور اوراق قرضه موکول به تصویب مجمع عمومی بود، اما مدیران بدون توجه به این امر اقدام به صدور اوراق قرضه کرده بودند. دادگاه با این استدلال که هرچند اساسنامه یک سند عمومی است و فرض بر اطلاع همه از آن است، اما اشخاص ثالث از امور داخلی شرکت اطلاعی ندارند و فرض اطلاع همه در خصوص امور داخلی شرکت امکان پذیر نیست. در واقع هرچند صدور اوراق قرضه توسط مدیران منوط به مصوبه مجمع است اما اینکه واقعا این مصوبه اخذ شده یا نه مربوط به امور داخلی شرکت است و شخص ثالث وظیف تحقیق در مورد آن را ندارد. مطابق این پرونده قاعده ای ایجاد گردید تحت عنوان قاعده مدیریت داخلی که به قاعده ترکواند هم معروف است. بر این اساس شخص ثالث با حسن نیت، بدون نیاز به تحقیق در امور داخلی شرکت، می تواند فرض کند کلیه تشریفات لازم رعایت شده، مدیران به درستی منصوب شده اند و مصوبات جلسات به درستی ابلاغ گردیده است. قاعده مدیریت داخلی شرکت در پرونده مهونی نیز مورد تاکید قرار گرفت. در این پرونده بر طبق اساسنامه شرکت، چک های شرکت باید به امضای دو مدیر و منشی می رسید، اما مشخص شد که این تشریفات رعایت نشده است. شرکت مسئول تعهد براتی است، زیرا این امر مربوط به امور داخلی شرکت است. در واقع در رابطه بین شرکت و شخص ثالث با حسن نیت، فرض بر این است که تشریفات مربوط به مدیران به درستی رعایت شده است. نکته قابل توجه این است که چنانچه ثابت شود شخص ثالث با آگاهی از

۱ - اسکینی، پیشین، ۱۳۷۹، ص ۴۱.

۲ - جنیدی، لعیا، نوروزی، محمد، شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکت های سهامی عام، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۰۱، ۱۳۸۹، ص ۱۸.

محدودیت اختیارات مدیران با آن ها معامله نموده، شرکت مسئولیتی نخواهد داشت.<sup>۱</sup> با وجود تعدیلی که نظریه مدیریت داخلی بر قاعده خارج از حدود اختیارات ایجاد کرد، نتوانست مشکلات را به طور کامل حل کند، زیرا اشخاص ثالث همچنان مجبور بودند اسانامه و موضوع شرکت را بررسی کنند تا از محدودیت های آن مطلع گردند، به این دلیل، تغییر بنیادینی در این زمینه لازم می نمود. در نتیجه بسیاری از کشورهای مشترک المنافع برای اعمال تغییراتی اساسی همچون وضع قوانین جامع و کاربردی در مورد شرکت ها برای حذف یا محدود کردن قاعده خارج از حدود اختیار گام برداشتند. درنهایت، به موجب قانون شورای اروپا (۱۹۷۲) ( که انگلیس نیز به آن پیوسته بود) مقرراتی وضع شد که بر خلاف قاعده کلاسیک خارج از حدود اختیار در نظام حقوق انگلیس بود. بند ۱ ماده ۹ قانون یاد شده چنین بیان می دارد: در خصوص فردی که با حسن نیت با یک شرکت معامله می کند، هر نوع تعاملی که توسط مدیران انجام شده باشد، چنان باید فرض شود که داخل در موضوع یک شرکت است و اختیارات مدیران برای متعهد کردن شرکت فاقد هرگونه محدودیت مقرر در شرکت نامه یا اسانامه است و فردی که طرف معامله است، نباید ملزم به تحقیق در خصوص موضوع شرکت شود. فرض حسن نیت برای افراد ثالث وجود خواهد داشت مگر آنکه مخالف آن اثبات گردد. بدین ترتیب در نظام حقوقی انگلیس از سال ۱۹۷۲ عمل شخص ثالث، با حسن نیت فرض شد و فرض صحت معاملات شرکت در قبال افراد ثالث که متضمن شناسایی صلاحیت عام برای شرکت های تجاری است، پذیرفته شد. مشابه همین مقرر در سال ۱۹۸۹ در اصلاحیه ماده ۳۵ قانون شرکت های انگلیس تکرار شده است. در واقع نظام حقوقی انگلیس در برابر اشخاص ثالث عملاً حسن نیت را مفروض دانسته است و در مواردی که بین شرکت و شخص ثالث در زمینه اقدامات خارج از موضوع یا صلاحیت شرکت، اختلافی ایجاد شود، بار اثبات عمل بر خلاف حسن نیت را به مدعی نقض وضعیت حسن نیت (شرکت) منتقل کرده و در عمل اماره ای قانونی به نفع شخص ثالث ایجاد شده است.<sup>۲</sup>

با تصویب قانون شرکت ها در سال ۲۰۰۶، اشخاص ثالث مورد حمایت بیشتری قرار گرفتند. قانون گذار انگلیس با وضع ماده ۴۰ در قانون شرکت ها (۲۰۰۶) درباره صلاحیت مدیران مقررات واضح تری تدوین نمود. این قانون انگیزه ای برای تدوین صلاحیت مدیران مقررات واضح تری تدوین نمود. این قانون انگیزه ای برای تدوین اولین دستورالعمل در زمینه شرکت ها در شورای اروپا بود. ماده ۱۰ این دستورالعمل در همین راستا ایجاد و از سال ۲۰۰۹ لازم الاجرا گردید. در قانون شرکت های انگلیس (۲۰۰۶) فرض جدیدی ایجاد شد و آن این بود که مطابق

۱ - جنیدی، پیشین، ۱۳۸۹، ص ۱۹.

۲ - کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، تهران، چ اول، تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۶۰.

بند ۲ ماده ۴۰ شخص ثالث، با حسن نیت عمل کرده و صرف اطلاع او از اینکه مدیران خارج از اختیارات عمل کرده اند، سو نیت تلقی نمی شود. همچنین برخلاف ماده ۳۵ قانون شرکت ها (۱۹۸۹) که در آن از عبارت هیات مدیره استفاده شده بود. در ماده ۴۰ قانون شرکت ها (۲۰۰۶) از واژه مدیران استفاده شده است. البته به نظر می رسد منظور از مدیران هیات مدیره و مدیر عامل باشد و مدیران اداری را شامل نمی شود، بنابراین چنانچه هیات مدیره یا مدیر عامل خارج از اختیارات سند تجاری امضا کند حتی اگر شخص ثالث از حدود اختیارات هیات مدیره یا مدیران آگاهی داشته باشند، شرکت در برابر دارنده، مسئول است مگر اینکه سو نیت شخص ثالث اثبات شود. علاوه بر تغییرات فوق، طبق بند ۱ ماده ۳۱ قانون مذکور، درج موضوع شرکت در اساسنامه لازم نیست و در صورت عدم درج موضوع، شرکت دارای اهلیت کامل است. همچنین مطابق ماده ۳۹ در صورت درج موضوع ((اعتبار عمل حقوقی که خارج از موضوع شرکت باشد به دلیل محدودیت های اساسنامه، تحت تاثیر قرار نمی گیرد)). بدین ترتیب نه تنها معاملاتی که مدیران خارج از حدود اختیاراتشان انجام می دهند در برابر اشخاص ثالث معتبر است بلکه معاملات خارج از اهلیت و موضوع شرکت نیز صحیح تلقی می گردد.<sup>۱</sup>

با توجه به مطالبی که بیان شد، بر می آید هر چند قانون گذار انگلیس در ماده ۴۰ قانون شرکت (۲۰۰۶) به طور صحیح از رکن بودن مدیران سخنی نگفته لیکن با اعطای اختیارات گسترده به مدیران، ایشان را رکنی از ارکان شرکت تلقی نموده که تمام اعمالشان چنانچه به نام و حساب شرکت باشد، موجب مسئولیت شرکت در برابر اشخاص ثالث می گردد، بنابراین در رابطه با مسئولیت مدیران شرکت در امضای سند تجاری باید بیان نمود که اگر مدیری سندی را با نام یا از طرف شرکت امضا نماید در هر حال این شرکت است که مسئول تعهد براتی خواهد بود چه اینکه مدیر در حدود اختیارات عمل کرده باشد چه خارج از اختیارات و حتی خارج از موضوع شرکت، از این رو دارنده سند تجاری در هر حال می تواند به شرکت مراجعه نماید و شرکت نمی تواند به عدم نفوذ عمل مدیر استناد کند. امری که در جهت حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و حمایت از اصول مهم قانون تجارت از جمله اصل سرعت و اصل اعتماد به ظاهر می باشد.

لازم به ذکر است در رابطه مدیران با شرکت که مدیران باید کلیه محدودیت هایی را که بر اساس ساختار سازمانی برای ایشان تعیین گردیده رعایت نمایند و اعضا همیشه حق تفحص و بررسی برای ممانعت مدیران و شرکت از اعمال خارج از اختیارات دارند. قانون گذار انگلیس در بند ۴ ماده ۴۰ قانون شرکت ها (۲۰۰۶) بیان می دارد که هر سهامداری می تواند قبل از انجام معامله توسط شرکت، به سبب اینکه مدیران خارج از حدود اختیارات عمل نموده اند از انعقاد آن جلوگیری کند. همچنین طبق ماده ۱۷۱ این قانون یکی از وظایف مدیران، عمل در حدود اختیارات است که تخلف از این امر

۱ - صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان سمت، ۱۳۸۷، ص ۲۲.

موجب نقض تعهد و مسئولیت در برابر شرکت است. بنابراین اگر مدیری خارج از حدود اختیارات سندی صادر نماید هرچند در برابر شخص ثالث و دارنده سند، مسئولیت براتی ندارد اما در قبال شرکت مسئول نقض تعهد است.<sup>۱</sup>

### ۳ - حقوق ایران

اگرچه حقوق ایران در جهت اعطای اختیارات به مدیران تا حدی به حقوق انگلیس نزدیک شده است اما این امر فقط در مورد یک شرکت خاص (شرکت سهامی) صورت گرفته و در شرکت های دیگر همچنان دیدگاه سنتی (اعمال اختیارات در حدود اجازه) حاکم است.

در رابطه با شرکت های سهامی، هرچند قانون گذار تا سال ۱۳۴۷ مطابق ماده ۵۱ قانون تجارت (۱۳۱۱) مدیر را وکیل شرکت تلقی می نمود اما با تصویب لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ در خصوص اختیارات مدیران و رابطه ایشان با شرکت تحولی بنیادین ایجاد نمود، تحولی که مبتنی بر تجربه عملی تر و با توجه به نیازهای جامعه تجاری و همسو با تحولات در خصوص رابطه مدیران در اتحادیه اروپا و حقوق انگلیس بود. در واقع قانون گذار با وضع ماده ۱۱۸ برای مدیران اختیارات وسیعی در نظر گرفته به گونه ای که تمام اقدامات آن ها اگر در حدود موضوع شرکت و خارج از صلاحیت خاص مجامع عمومی باشد در برابر اشخاص ثالث قابل استناد دانسته و شرکت را در هر حال مسئول اعمال مدیران خود قرار داده است.

قائل شدن به این اختیارات وسیع و بی اعتباری محدودیت اختیارات مدیران در برابر اشخاص ثالث بیشتر با نظریه رکن بودن مدیران مطابقت دارد، زیرا مطابق این ماده نیز مدیران در برابر اشخاص ثالث خود شرکت محسوب می شوند و گویی اعمال مدیر، اعمال شرکت است. با مشخص شدن موضع قانون گذار ایران و پذیرش رکن بودن مدیر شرکت سهامی، چنانچه مدیر سندی تجاری از طرف یا به نام شرکت امضا نماید، باید گفت که در هر حال شرکت مسئول تعهد براتی در برابر دارنده خواهد بود مگر اینکه مدیران خارج از موضوع شرکت مبادرت به امضای سند براتی کرده باشند. در این فرض هرچند برخی معتقدند این امضا، شرکت را متعهد می کند اما باید گفت با توجه به اینکه شرکت اهلیت انجام معامله را ندانسته، مسئول نیست و مدیر مطابق قواعد عمومی مسئول جبران خسارت شخص ثالث است.

در واقع مدیر در حدود موضوع شرکت که بیان کننده حقوق و وظایف شرکت است می تواند برای شرکت تجاری عمل کند و قانونگذار در ذیل ماده ۱۱۸ به صراحت اعمال خارج از موضوع شرکت را از حدود اختیارات مدیران خارج دانسته است. در نتیجه

۱- عیسایی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت های تجاری، ج اول، ج اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸، ص ۵۶.



اقدامات مدیران و امضای سند تجاری خارج از موضوع شرکت، شرکت تجاری را متعهد نمی‌سازد.

در شرکت‌های غیر سهامی، حدود اختیارات و مسئولیت مدیر به صراحت بیان نشده است و صرفاً در ماده ۱۲۱ قانون تجارت (۱۳۱۱) در خصوص مسئولیت مدیران شرکت تضامنی مقرر شده است: حدود مسئولیت مدیر یا مدیران شرکت تضامنی همان است که در ماده ۵۱ مقرر شده. بر اساس ماده ۵۱ مسئولیت مدیر شرکت، همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد. قانون‌گذار در این ماده از وکالت مدیر از شرکا سخن به میان آورده است که این امر قابل توجیه نیست، زیرا شرکت دارای شخصیت حقوقی است و مدیران باید در برابر شرکت مسئول باشند. برخی از نویسندگان تعبیر قانون‌گذار را معمول بر مسامحه دانسته‌اند. حکم مساله در خصوص شرکت‌های نسبی، مختلط سهامی و غیرسهامی نیز مطابق حکم مقرر در شرکت تضامنی است، زیرا بر اساس ماده ۱۸۵ قانون تجارت (۱۳۱۱) در مورد شرکت نسبی و ماده ۱۴۴ در مورد شرکت مختلط غیر سهامی، موضوع به مقررات ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ در بحث شرکت تضامنی ارجاع داده شده است.

در خصوص شرکت با مسئولیت محدود قانون‌گذار در تعریف و ترسیم چارچوب اختیارات مدیران رویکردی بینابین شرکت‌های سهامی و تضامنی را در پیش رو قرار می‌دهد. البته با توجه به اینکه طبق ماده ۱۰۵ محدود کردن اختیارات مدیران در اساسنامه امکان‌پذیر است، رابطه ایشان به نظریه وکالت نزدیک‌تر است با این توضیح امضای سند توسط مدیران شرکت مذکور در دو حالت قابل بررسی است:

۱) تجاوز از اختیارات مندرج در اساسنامه

۲) تجاوز از حدود اختیارات غیر اساسنامه‌ای.

بنابراین اگر در اساسنامه شرکت، اختیارات مدیر (مدیران) شرکت در اسناد تجاری محدود به سقف معینی شده باشد سند مزبور در قسمت مازاد بر سقف مقرر در اساسنامه، در حق شرکت نافذ نبوده و شرکت با استناد به اساسنامه نسبت به آن مسئولیتی ندارد و مدیر شخصاً در برابر شخص ثالث مسئولیت مدنی خواهد داشت. در واقع در این نوع شرکت‌ها، لازم است؛ اشخاص ثالث هنگام امضای اسناد تجاری، اساسنامه شرکت را مورد ملاحظه قرار دهند؛ تا محدودیت‌های اختیارات مدیران موجب ضرر آن‌ها نشود. امری که با اصل سرعت و نظریه اعتماد به ظاهر در حقوق تجارت در تعارض است. مطابق همین ماده اگر مدیران برخلاف محدودیت‌های غیر اساسنامه‌ای اقدام به امضای اسناد تجاری به حساب یا از طرف شرکت نمایند، این اقدام آن‌ها در برابر اشخاص ثالث و دارنده سند تجاری معتبر است و شرکت نمی‌تواند به محدودیت‌های غیر اساسنامه‌ای در مقابل اشخاص ثالث استناد کند.

در خصوص شرکت تعاونی، ماده ۴۶ قانون شرکت‌های تعاونی (۱۳۵۰) مدیران را

نماینده قانونی شرکت دانسته است. این ماده مقرر می دارد: هیات مدیره، نماینده قانونی شرکت است و می تواند مستقیماً و یا با وکالت با حق توکیل، این نمایندگی را در دادگاه ها و مراجع قانونی و سایر سازمان ها اعمال کند. مسئولیت هیات مدیره در مقابل شرکت، مسئولیت وکیل در مقابل موکل است. این ماده در مورد حدود اختیارات مدیر صحبت نکرده و تنها در ذیل ماده مسئولیت مدیر را همچون مسئولیت وکیل در مقابل موکل دانسته است. از بیان قانون گذار استفاده می شود اگر رابطه مدیران و شرکت، نمایندگی قانونی باشد، حدود اختیارات مدیران شرکت تعاونی باید بر اساس احکام مربوط به نمایندگی قانونی اعمال شود. به این بیان که چنانچه نماینده (مدیر) خارج از حدود اختیارات عمل نماید، خود باید از عهده خسارت برآید و اصل هیچ مسئولیتی ندارد. بنابراین در این مورد تفاوتی با شرکت های تضامنی نسبی، مختلط سهامی و مختلط غیر سهامی نیست. توصیف رابطه نمایندگی میان مدیران و شرکت علاوه بر اینکه برخلاف اصولی چون حمایت از اشخاص ثالث یا حسن نیت و اعتماد به ظاهر اسناد تجاری است، موجب عدم اعتماد اشخاص ثالث به شرکت و کند شدن مناسبات تجاری با دیگر اشخاص می شود، زیرا اشخاص هر لحظه ممکن است با بطلان سند تجاری امضا شده توسط مدیر شرکت به دلیل عدم رعایت حدود اختیارات روبرو شوند، همچنین همین موضوع می تواند موجب سواستفاده از سوی شرکت گردد بدین صورت که شرکت قراردادها و اسنادی را که برخلاف منفعت خود می داند به این دلیل که مدیر خارج از حدود اختیارات عمل نموده باطل اعلام کند، بنابراین شایسته است؛ قانون گذار برای حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت همانند قانون انگلیس ضمن تصریح به حدود اختیارات مدیران برای مدیران انواع شرکت ها، اختیارات وسیعی قائل شود و در واقع اقدام مدیران را اقدام خود شرکت قلمداد نماید.

مطابق مطالب پیش گفته، در حقوق انگلیس و ایران مدیری که نام شرکت و سمت خود را اظهار نکرده؛ بابت سند تجاری مسئول است و در سایر موارد در نظام حقوقی انگلیس با توجه به پذیرش نظریه رکن بودن مدیر، شرکت در هر حال در قبال اسناد امضا شده توسط مدیر مسئول است، لیکن در حقوق ایران قانون گذار رکن بودن مدیر و اختیارات وسیع ایشان را به شرکتی خاص (سهامی) محدود کرده و درخصوص سایر شرکت ها نظریه نمایندگی و امکان استناد به تحدید اختیارات در مقابل اشخاص ثالث توسط شرکت را پذیرفته که مطابق آن شرکت در قبال اسنادی که مدیر خارج از حدود اختیاراتش امضا کرده، مسئولیتی ندارد و مدیر نیز تنها از باب مسئولیت مدنی در قبال شخص ثالث مسئول است.

### نتیجه گیری

بررسی جایگاه حقوقی مدیران شرکت های تجاری نشان داد؛ که با بررسی و تحلیل نظریات مطرح شده به نظر می رسد، از برخی جنبه ها اعمال نظریه های وکالت، نمایندگی

و مستخدم بودن منطقی می‌باشد؛ اما امروزه اعمال این دیدگاه‌ها نسبت به رابطه حقوقی مدیران با شرکت سهامی، از تمام زوایا به عنوان یک نظریه‌ی کامل محل تردید جدی است. زیرا مستلزم اختیارات محدود برای آنها می‌باشد که با اقتضائات امور تجاری در دنیای امروز در تعارض می‌باشد. به این منظور نظریه‌ی جدیدی ارایه گردید؛ که اولین بار از سوی حقوق دانان آلمانی تحت عنوان نظریه‌ی رکنیت یا ارگانیک که مفید اختیارات کامل برای مدیران شرکت می‌باشد مطرح گردید. به موجب این نظریه مدیران شرکت یکی هستند و به عبارت دیگر مدیران خود دیگر شرکت محسوب می‌شوند و اعمال و تصمیمات آنها اعمال و تصمیمات شرکت محسوب می‌شود؛ ولی در تحلیل جایگاه حقوقی مدیران به عنوان رکنی از ارکان شرکت بایستی با رویکرد قانون گذار و به دور از افراط اقدام گردد. پذیرش مدیران به عنوان رکنی از ارکان شرکت نبایستی آن چنان افراطی باشد که به مفهوم یکی دانستن رکن اداره با خود شخص حقوقی به شمار رود، بلکه رکن اداره همانند دیگر ارکان شرکت مقید به توصیف قانون گذار از هر یک از آن ارکان هستند. به عبارت دیگر مدیران در مقابل اشخاص ثالث فقط رکنی از ارکان شرکت بوده و بین اراده‌ی آنها و اراده‌ی شخص حقوقی وحدت وجود دارد، اما در روابط داخلی، ارتباط آنها با شرکت تابع رابطه حقوقی نمایندگی است و این نمایندگی را مجامع عمومی که نمایندگان قانونی شرکتند به آنها اعطا می‌کنند. اگرچه قانون گذار ایران هیچ‌جا صریحاً از مدیران به عنوان رکنی از ارکان شرکت یاد نکرده است ولی با استنباط از برخی مواد قانونی همچون مواد ۱۷، ۱۱۸ و ۱۳۵ لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت و ماده‌ی ۷ قانون ثبت شرکت‌ها به نظر می‌رسد؛ مدیران رکنی از ارکان شرکت می‌باشند. در نظام حقوقی انگلستان هم نظریه‌ی مذکور ابتدا ساخته و پرداخته‌ی رویه‌ی قضایی برای توجیه مسئولیت مدنی و کیفری شخص حقوقی بود و بعدها به موجب ماده‌ی ۴۰ قانون شرکت‌ها ۲۰۰۶ پذیرفته شده است.

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکتهای تجاری، ج دوم، انتشارات سازمان سمت، تهران، چ اول، زمستان ۱۳۷۷.
۲. اسکینی، ربیعا، شریفی آل‌هاشم، سید الهام الدین، تحلیل اختیارات مدیران شرکتهای سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس، مجله مدرس، دانشگاه تربیت مدرس، شماره ۴، ۱۳۷۹.
۳. اصغری آقامشهدی، فخر الدین، عیسایی تفرشی، محمد، ماهیت حقوقی رابطه مدیران شرکتهای سهامی با شرکت، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، شماره ۲، ۱۳۸۵.
۴. باقری، محمود، نمایندگی تجاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۵. پاسبان، محمد رضا، حقوق شرکتهای تجاری، انتشارات سمت، تهران، چ اول، ۱۳۸۵.
۶. پاسبان، محمد رضا، اهلیت شرکتهای تجاری و حدود اختیارات مدیران شرکتهای تجاری، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۱، ۱۳۸۹.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
۸. جنیدی، لعبا، نوروزی، محمد، شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکتهای سهامی عام، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۰۱، ۱۳۸۹.
۹. حسنی، حسن، حقوق تجارت، نشر میزان، تهران، چ ششم، بهار ۱۳۸۷.
۱۰. حسینی نژاد، حسنفلی، عقد وکالت، نشر حقوقدان، تهران، چ اول، ۱۳۷۶.
۱۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج دوم، چ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
۱۲. صفار، محمد جواد، شخصیت حقوقی، انتشارات نیل، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۱۳. صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان سمت، ۱۳۸۷.
۱۴. صقری، منصور، حقوق تجارت، نشر علمی، ۱۳۴۳.
۱۵. عبادی، محمد علی، حقوق تجارت، انتشارات گنج دانش، تهران، چ دهم، ۱۳۷۳.
۱۶. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، دوره دو جلدی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات امیر

کبیر، ۱۳۶۳

۱۷. عیسایی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج اول، چ اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸

۱۸. عیسایی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج دوم، چ اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶

۱۹. غلامی، جهان بخش، نظریه‌ی اصیل بودن طرف قرارداد در حقوق تجارت، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.

۲۰. فروحی، حمید، حقوق تجارت، شرکت‌های سرمایه‌ای، جلد اول، چاپ اول، انتشارات روزبهان، تهران، ۱۳۷۲.

۲۱. کاتبی، حسین قلی، حقوق تجارت، چ پنجم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹

۲۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج دوم، چ اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸

۲۳. کاشانی، سید محمود، شرکت مدنی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲، ۱۳۶۵

۲۴. کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، تهران، چ اول، تابستان ۱۳۸۸

۲۵. کامیار، محمد رضا، گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی، مجموعه سوم، نشر حقوقدان، تهران، چ اول، پاییز ۱۳۷۶

۲۶. مهاجریان، عباس، مدیران در شرکتهای سهامی، مجله کانون وکلا، ش ۱۳۳، ۱۳۵۴

۲۷. نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، تهران، چ اول، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰

۲۸. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوق ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳.

۲۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، به اهتمام سید مصطفی محقق داماد، چاپ اول، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶



## **Analyzing the dimensions and components of criminal responsibility of legal entities in Iranian criminal law with an approach to Imam jurisprudence**

Amirjavad Laminejad, Isa Bani Naimah, Amir Albuali

**Date Received :** 15 February 2024 **Date Accepted :** 27 February 2024

### **Abstract:**

The purpose of the current research is to analyze the criminal liability of legal entities in Iran's criminal law with an approach to Imami jurisprudence, in a descriptive-analytical way. Criminal liability of legal entities is one of the important issues of criminal law. There are different approaches in different legal systems. In some systems, legal entities are not considered criminally responsible, while in others, legal entities can be held responsible for criminal acts along with real persons. In Iranian law, the criminal responsibility of legal entities is recognized in the Islamic Penal Law approved in 2012, but this law does not specify the criteria of criminal liability of legal entities precisely. Hence, there are many differences of opinion. In this article, the concept and nature of criminal liability of legal entities is first studied; Then, the criminal liability of legal entities in Iran's criminal law has been examined in comparison with Imami jurisprudence. Finally, the strengths and weaknesses of the criminal liability of legal entities in this legal system have been discussed.

**Keywords:** Criminal responsibility, legal entities, criminal law of Iran, Imami jurisprudence.



## واکاوی ابعاد و مولفه های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران با رویکردی به فقه امامیه

امیر جواد لامی نژاد<sup>۱</sup>، عیسی بنی نعیمه<sup>۲</sup>، امیر آلبوعلی<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش : ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۷

### چکیده:

هدف از پژوهش حاضر، واکاوی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران با رویکردی به فقه امامیه، به شیوه توصیفی - تحلیلی است. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، یکی از موضوعات مهم حقوق کیفری است. در نظام های حقوقی مختلف، رویکردهای متفاوتی وجود دارد. در برخی نظام ها، اشخاص حقوقی از نظر کیفری مسئول شناخته نمی شوند، در حالی که در برخی دیگر، اشخاص حقوقی نیز در کنار اشخاص حقیقی می توانند مسئول اعمال مجرمانه باشند. در حقوق ایران، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته شده اما این قانون، ضوابط مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به طور دقیق مشخص نکرده است. از این رو، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. در این مقاله ابتدا مفهوم و ماهیت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مطالعه شده؛ سپس مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران، مورد بررسی تطبیقی با فقه امامیه قرار گرفته است. در نهایت، به نقاط قوت و ضعف مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در این نظام حقوقی پرداخته شده است.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت کیفری، اشخاص حقوقی، حقوق کیفری ایران، فقه امامیه.

۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.  
laminezhad@yahoo.com

۲- استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران (نویسنده مسئول).  
baninaeimh@vatanmail.ir

۳- استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران.  
al\_boali84@yahoo.com

ایده شخصیت حقوقی ریشه در سنت رم قدیم دارد. در قرن دوازدهم میلادی شخصیت حقوقی کلیسا و متعاقب آن دانشگاه‌ها و شهرداری‌ها به منظور حمایت از حق مالکیت آنان پذیرفته شد. تشکیل کمپانی «هند شرقی» در اواخر قرن شانزدهم به عنوان نقطه عطف ایجاد شرکت‌های تجاری مدرن توصیف شده است و ایده شخصیت حقوقی مستقل آنان با رأی مجلس اعیان در سال ۱۸۹۷ تقویت گردید. مسئولیت اشخاص حقوقی در جبران خسارات در شبه جرم پیش از قرن نوزدهم پذیرفته شد.<sup>۱</sup> اما واجد مسئولیت کیفری شناخته نمی‌شدند. با این وجود از اواسط قرن نوزدهم و همزمان با گسترش صنایع و شرکت‌ها، دادگاه‌ها به تدریج اقدام به پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی در برابر برخی جرائم نمودند. نخستین گام پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در برابر ترک افعالی بود که منجر به مزاحمت عمومی می‌شد.<sup>۲</sup> در گام بعدی، اشخاص حقوقی نسبت به افعال غیر قانونی نیز مسئول شناخته شدند. به علاوه دادگاه‌های انگلستان تا پیش از سال ۱۹۰۰ میلادی کاملاً با این ایده آشنا بودند که بنابه برخی اهداف کلمه «شخص» در قوانین کیفری می‌تواند شامل اشخاص حقوقی نیز شود. قانون تفسیری ۱۹۸۹ نیز مقرر نمود چنانچه بر خلاف آن قصد نشده باشد کلمه «شخص» در قانون نسبت به اشخاص حقوقی نیز اعمال می‌شود. با این وجود مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بر مبنای اصل کامن‌لایی مسئولیت جانشینی صرفاً نسبت به جرائم قانونی با مسئولیت مطلق پذیرفته شد و به جرائم سنتی نیازمند رکن معنوی همانند قتل و صدمات بدنی تعمیم نیافت. بی‌گمان مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از غامض‌ترین مباحث حقوقی است؛ زیرا در بادی امر مسئولیت کیفری به اشخاص حقیقی واجد جسم و خون و روح معطوف می‌باشد. این که آیا فقدان اوصاف مزبور نزد اشخاص حقوقی با نفی مسئولیت کیفری آن‌ها ملازمه ای دارد، پرسشی است که پاسخ یکسانی به آن داده نشده است.<sup>۳</sup>

اصل اختصاصی بودن، نقض اصل شخصی بودن مجازات‌ها عدم تحقق اهداف مجازات‌ها، عدم امکان بسیاری از مجازات‌ها عدم قدرت به ارتکاب برخی جرایم از قبیل زنا، تعدد زوجات و شهادت کذب و مشکلات راجع به آیین دادرسی، از جمله دلایل سنتی ارائه شده در مقام مخالفت با مسئولیت کیفری این اشخاص به شمار می‌روند. با این همه مهم‌ترین دلیل مخالفان در رد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، ناممکن بودن اسناد تقصیر به آن‌ها است.<sup>۴</sup> از منظر آن‌ها توانایی پذیرش بار تقصیر (قابلیت انتساب) که بر

۱- Wells, 2001: 81

۲- See: Todarelo, Vincent; Corporations Don't Kill People- People Do: Exploring The Goals Of The United Kingdom, s Corporate Homicide Bill., New School Law Review, 46, 2003, PP. 856-858.

۳- اردبیلی، محمدعلی، «حقوق جزای عمومی». جلد دوم، چاپ شصت و دوم، نشر میزان، تهران، ۱۴۰۲، ص ۴۳.

۴- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۳، ص ۵۴.



پایه برخورداری فاعل از قدرت ادراک و اراده مستقل استوار است<sup>۱</sup>، در موجودات انسانی منحصر بوده و اشخاص حقوقی از آن بی بهره اند. در مقابل، موافقان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با این دیدگاه که ذهن و روان و قوه عاقله سازمان‌ها و اشخاص حقوقی با ذهن و عاقله اشخاص حقیقی بسیار متفاوت است به تفاوت معیارهای انتساب جرم به اشخاص اشاره کرده و بر این باورند که حقوق کیفری نمی‌تواند با همان معیار احراز مسئولیت اشخاص حقیقی مسئولیت اشخاص حقوقی را توجیه کند. اشخاص حقوقی به عنوان قدرت های مدرن امروزی، بسیاری از وسایل و منابعی که برای جامعه ایجاد خطر میکند را در اختیار دارند و از این حیث صدمات گسترده ای به منافع جامعه وارد میسازند پس ایجاب میکند که مسئولیت آنان بر معیاری متمایز و در عین حال موسع تر از معیار اشخاص حقیقی، بنیان گذاشته شود. روح جمعی حاکم بر این اشخاص و خط مشی برخاسته از مدل روند سازمانی فعالیت و مدل سیاستهای بوروکراتیک اقتضا میکند که بر اهداف، نیات، علم و آگاهی اشخاص حقوقی متمرکز شد و آنها را به اعضای انسانی خود تنزل نداد. در خصوص قابلیت ارتکاب جرایم نیز هیچ کس مدعی نیست که اشخاص حقوقی به ارتکاب همه جرایم قادر هستند بدیهی است آن دسته از جرایمی که با سرشت اشخاص طبیعی متناسب هستند از سوی اشخاص حقوقی قابل ارتکاب نباشند.

در این مقاله، به مطالعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران با رویکردی به فقه امامیه پرداخته می‌شود. در این مطالعه، ابتدا به بررسی مفهوم و ماهیت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود. سپس، شرایط و نحوه اعمال مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در این نظام حقوقی با فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- شخص حقوقی

شخصیت در علم حقوق به معنای موضوع حق و تکلیف، واقع شدن انسان و غیر انسان، مانند شرکت‌های تجاری است<sup>۲</sup>. همچنین در بیان شخصیت گفته شده است که، شخصیت حقوقی یا شخصیت به طور اختصار به معنی صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف و نیز صلاحیت اجرای آنها است<sup>۳</sup>. آنچه مسلم است امروز در اجتماع، جمعیتها و موسساتی وجود دارند که دارای، حقوق و تکالیفی هستند که به طور کلی از دارایی، حقوق و تکالیف افرادی که آنها را تشکیل داده‌اند، مجزا می‌باشند. این گروه‌ها و این جمعیت‌ها دارای شخصیت حقوقی بوده و از مصادیق شخص حقوقی هستند. گروههایی از افراد هستند که قانون برای آنها یک شخصیت حقوقی خاص می‌شناسد و می‌توانند که تمام

۱- پاسبان محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری چاپ هفتم انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص ۱۲۴.

۲- حبیبی، خادم حسین، شمس ناتری، محمد ابراهیم. سیر تاریخی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران، افغانستان و انگلستان. ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، دوره چهارم، شماره چهار، ۱۴۰۰، ص ۱۳.

۳- حبیب زاده، محمد جعفر. اندیشه های حقوقی جلد دوم چاپ اول، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۱.

اعمالی که یک شخص حقیقی در زندگی مدنی انجام می‌دهد، انجام دهند یعنی دارای اموال هستند، آن‌ها می‌توانند مالک شده یا طلبکار و یا بدهکار شوند، قرارداد ببندند و هدیه قبول نمایند، به مراجع قضایی شکایت ببرند یا علیه آن‌ها در این مراجع شکایت شود.<sup>۱</sup> از همین رو، شخص حقوقی چنین تعریف شده است. «شخص حقوقی عبارت از گروهی از افراد انسان یا منفعتی از منافع عمومی است که قوانین موضوعه آن را در حکم شخص طبیعی و موضوع حقوق و تکالیف قرار داده باشند که از جمله اشخاص حقوقی می‌توان به شرکت‌های تجاری اشاره کرد». به استناد ماده ۵۸۸ قانون تجارت، «شخص حقوقی می‌تواند دارای تمامی حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع، فقط انسان ممکن است دارای آن باشد. همچون حقوق و وظایف ابوت و بنوت». شخصیت حقوقی نیز حالت تشخیص شخص حقوقی است، از این حیث که موضوع حق و تکلیف قرار دارد. اشخاص حقوقی همانند اشخاص حقیقی به وجود می‌آیند، زندگی می‌کنند و می‌میرند. در حقیقت، به وجود آمدن آن‌ها، تشکیل و ثبت قانونی آن‌ها است. زندگی و حیاتشان، همان فعالیتی است که برای رسیدن به اهداف خاص خود عهده‌دار آن می‌شوند همچنین م رگ اشخاص حقوقی، انحلال آن‌ها است.<sup>۲</sup> همچنین در تعریف شخص حقوقی گفته شده است، اجتماع سازمان یافته از اشخاص یا اموال برای دستیابی به هدف مشترک در قالب قانونی است.<sup>۳</sup>

اشخاص حقوقی دو دسته اند: اشخاص حقوق خصوصی و عمومی. اشخاص حقوقی خصوصی به دو گروه بزرگ تقسیم می‌شوند: گروه اول شرکت‌های تجاری و گروه دوم موسسات غیر تجاری که انجمن‌ها و سندیکاها از جمله گروه دوم محسوب می‌شوند. اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز که به آن‌ها اشخاص عمومی هم گفته می‌شود، در دکتین حقوق اداری بدین ترتیب دسته بندی می‌شوند: اول، دولت: که نه تنها بزرگترین شخصیت حقوقی حقوق عمومی، بلکه بزرگترین شخصیت حقوقی هر کشور است. دوم، موسسات عمومی مستقل: که این موسسات، واحدهایی هستند که از تابعیت مستقیم دولت خارج شده و شخصیت حقوقی متمایز از شخصیت حقوقی دولت پیدا کرده‌اند.<sup>۴</sup> موسسات مزبور امور اداری و مالی خود را مستقلاً و بدون دخالت دولت اداره می‌کنند و از این جهت دارای اموال، بودجه، حقوق و تکالیف مشخص هستند و می‌توانند برای دفاع از حقوق و منافع خود علیه اشخاص دیگر، در دادگستری اقدام دعا یا از دعاوی مطروحه دفاع کنند.<sup>۵</sup>

۱- رضائی زاده، محمد جواد، حقوق اداری یک، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۴۴.

۲- جعفری، مجتبی مبنی و اصول کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ایران، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱.

۳- امامی، محمد، حقوق اداری، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۴۸.

۴- وزیري و ساریخانی، ص ۳۸۶.

۵- رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری یک، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۴۴.

لذا شخص حقوقی به ماهیت وجودی اعتباری گفته می‌شود که زنده نیست و انسان هم نمی‌باشد که به صورت مستقل طرف حق واقع شود. ممکن است این ابهام پیش آید که آیا شخص حقیقی که هم انسان است و هم زنده، نمی‌تواند دارای شخصیت حقوقی باشد؟! چنین است که این فرد، دارای شخصیت حقوقی می‌باشد، نه اینکه شخص حقوقی باشد. شخصیت حقوقی با شخص حقوقی بسیار متفاوت است. در تأیید همین گفتار، در ویکی‌پدیای انگلیسی برای «Legal Personality» نوشته است به معنای «شخصیت حقوقی»، نه «شخص حقوقی». پس شخص حقوقی به شرکت‌ها، نهادها و مؤسساتی گفته می‌شود که به صورت مستقل دارای حقوق و تکالیفی شوند و محدودیت‌ها و تشریفاتی بر آن‌ها تحمیل گردد تا در فرجام، مصلحت اشخاص حقیقی بهره مند از این شخص حقوقی مراعات شود. پس وجود شخص حقوقی و شخصیت آن، به اعتباری است که ناشی از دیدگاه‌های فلسفی حقوقی می‌باشد. مفهوم شخصیت حقوقی و نمادهای آن از همان گام نخستین تقنین، مورد اهتمام نظام حقوقی ایران واقع شده است. افزودنی است در این نظام برای پدید آوردن شخصیت حقوقی بر حسب نوع آن، شیوه و معیارهای گوناگون پیش بینی شده که از آن میان میتوان ملاکهای دولتی و غیر دولتی، عمومی و خصوصی بازرگانی و غیر بازرگانی را نام برد؛ که ملاک اخیر با توجه به این حقیقت که شرکتهای تجاری در حوزه حقوق خصوصی مدنظر بوده و شرکت‌های دولتی همانند دیگر نهادهای دولتی مشمول احکام ویژه خود می‌باشند، مناسب ترین ملاک برای این منظور به شمار می‌رود.<sup>۱</sup> بر این پایه می‌توان شخص حقوقی را عبارت از دسته ای از افراد انسانی یا مؤسسه ای از مؤسسات تجاری یا خیریه و امثال آن‌ها دانست. که قانون به آن‌ها اعطای شخصیت کرده است تا همچون انسان - تا آنجا که میسر است - حقوق و تکالیف پیدا کنند.<sup>۲</sup>

## ۲- مفهوم و ماهیت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

۶۷

از نگاه مخالفان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، توسل به زرادخانه کیفری و استفاده از سلاح مجازات، متعاقب فعالیت مجرمانه‌ی اشخاص حقوقی، آنگاه موجه می‌نماید که در حق اشخاص حقیقی قابل سرزنشی چون مدیران اشخاص حقوقی که ارکان تصمیم‌گیر و ترسیم‌کننده‌ی خط مشی آن‌ها هستند، به موقع اجرا گذاشته شود و نه اشخاص حقوقی که به دلیل اعتباری بودن، نه روحی برای سرزنش شدن دارند و نه جسمی برای حبس شدن یا تنبیه گردیدن! با این وجود، به تبع انقلاب صنعتی و سپس فرآیند خصوصی سازی، رویکرد مزبور از قرن بیستم، به‌ویژه از اواخر آن به این سو، رو به تضعیف گذاشت. چه، پدیده‌هایی چون انقلاب صنعتی و سپس

۱- پاسبان محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری چاپ هفتم انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص ۱۲۴.

۲- رفیع زاده، علی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، مرداد ۱۳۹۲، ص ۱۶۴.

خصوصی سازی، تعداد و نقش اشخاص حقوقی را در بعدهای مختلف زندگی اجتماعی افزون، و در عمل به قدرت‌های مدرن اجتماعی مبدل ساخت.<sup>۱</sup>

ارتکاب جرم از طرف تمامی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی مستلزم تحقق ارکان مادی و معنوی آن جرم است؛ لکن همان‌گونه که می‌دانیم، اشخاص حقوقی وجود عینی و ملموس ندارند تا بتوانند به این اعتبار رکن مادی جرم را مرتکب شوند و رکن معنوی جرم را دارا باشند. حقوق کیفری بر یک رویکرد فردگرایانه‌ی مسئولیت اتکا دارد. علت وجودی حقوق کیفری، تعاریف و ارکان جرم، مسئولیت کیفری و عوامل تأثیرگذار بر آن و کیفیت اجرایی مقررات کیفری از جمله حوزه‌هایی هستند که به شدت متأثر و در معرض تحلیل فردی قرار دارند.<sup>۲</sup> طبعاً در این رویکرد، انتساب جرم به شخص حقوقی و طرح مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با موانع جدی روبرو خواهد بود. لکن مهم‌ترین مانع در این راه، مسئله اسناد تقصیر است. اسناد تقصیر به اشخاص حقوقی دشوار است. مایکل مور دلیل آن را استلزام دو اصل عقلانیت و استقلال فردی در اسناد تقصیر می‌داند.<sup>۳</sup>

لکن باید اذعان داشت در مورد اشخاص حقوقی، تکیه بیش از حد بر تقصیر فردی و خطاهای انسانی، منطقی نمی‌نماید. تحلیل ساختاری اشخاص حقوقی بر رویکرد فردگرایانه در مورد آن‌ها اولویت دارد؛ زیرا هرچقدر خطاهای انسانی اجتناب‌ناپذیر تلقی شوند، حقیقت این است که حوادث زیان‌بار در عرصه فعالیت اشخاص حقوقی به ندرت محصول اشتباهات فردی هستند، بلکه بیشتر آن حوادث در زنجیره علیت خود، عوامل بسیار پیدا و پنهانی دارند که باید با دقت مورد توجه قرار گیرند.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر، در ایجاد این حوادث و وقوع جرایم در اشخاص حقوقی، قصور یا خطای فردی در مقایسه با نارسایی‌های دیگر، مانند قصورهای نامحسوس مدیریتی و ارتباطی، نارسایی روش‌ها، سازمان پیچیده و متداخل و مانند آن، از اهمیت زیادی برخوردار نیست، لذا توجه به شرایط یا ساختاری که حوادث در آن اتفاق افتاده، مهم‌تر است.

با وجود موانعی که پیرامون اسناد جرم به شخص حقوقی و مسئولیت کیفری آن وجود دارد، نظام‌های کیفری مختلف روش‌های متفاوتی برای حل آن ارائه کرده‌اند. در برخی کشورها مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را بر اساس نظریه «مغز متفکر» تعیین نموده‌اند؛ یعنی عمل ارکان و نمایندگان اصلی شخص حقوقی را به منزله عمل شخص

۱- روح الامینی، محمود، دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه، مجله فقه و حقوق سال چهارم شماره ۱۶، سال ۱۳۹۶، ص ۳۳.

۲- عبداللهی، اسماعیل، درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.

۳- برای مطالعه بیشتر رک Moore 1985: 23

۴- طباطبایی مومنی، منوچهر، شخصیت حقوقی، مجموعه مقالات تحولات حقوق خصوصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۹۵.

حقوقی دانسته و جرم را به شخص حقوقی نسبت می‌دهند. این نظریه مبتنی بر دیدگاه فرضی بودن اشخاص حقوقی است و برای اشخاص حقوقی به‌خودی‌خود و بی‌واسطه قائل به مسئولیت کیفری نیست و بر این فرض مبتنی است که اشخاص حقوقی، از طریق نمایندگان فردی خود مرتکب جرم می‌شوند، لذا به دنبال احراز تقصیر کیفری فردی و انتساب آن به شخص حقوقی است. به این نظریه، نظریه شناسایی هم گفته شده است.<sup>۱</sup> این رویکرد در تعقیب شرکت‌های بزرگ که ساختار پیچیده و گسترده‌ای دارند مشکل‌ساز می‌شود؛ به این ترتیب که نمی‌توان شخص خاصی را مورد شناسایی قرار داد که عناصر متشکله جرم را مرتکب شده باشد. محدودیت دیگر این نظریه آن است که اجرای آن فقط هنگامی ممکن است که مغز متفکر یا همان رکن و نماینده اصلی در حال انجام وظیفه مدیریتی خود باشد؛ بنابراین اگر مدیر شرکت در حین رانندگی کسی را زیر بگیرد، از آنجاکه رانندگی از جمله وظایف مدیریتی به شمار نمی‌رود، شرکت مسئول نخواهد بود.

### ۳- مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران

در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ایران، ضابطه پذیرش مسئولیت کیفری به صورت کلی ذکر شده و جرایمی که توسط این اشخاص قابل ارتکاب است، احصاء نشده و ظاهراً قاعده مسئولیت کیفری عام مورد پذیرش قرار گرفته است. لکن با بررسی عمیق‌تر می‌توان برخی از جرایم را از شمول جرایم قابل ارتکاب توسط اشخاص حقوقی جدا کرد. قانون‌گذار جرایم را با توجه به مجازات آن‌ها در کتاب‌های مختلف قانون مجازات اسلامی تقسیم‌بندی کرده است، حدود در تبصره ماده ۱۴ و ماده ۲۰، جزء مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی ذکر نشده‌اند؛ بنابراین جرایم مستوجب حد از شمول جرایم قابل ارتکاب توسط اشخاص حقوقی خارج خواهند بود. این امر با توجه به ماهیت فردمدارانه جرایم موجب حد و مجازات‌های قابل اعمال بر آن‌ها (رجم، قتل، شلاق و...) طبیعی است. بنابراین جرایم تعزیری و قتل و صدمات بدنی عمدی و غیرعمدی جرایمی هستند که می‌توان اشخاص حقوقی را به ارتکاب آن‌ها محکوم نمود. بدیهی است در محدوده جرایم تعزیری هم باید به ماهیت اشخاص حقوقی توجه کرد، چه بسا بعضی جرایم به علت ماهیت فردمدارانشان با ماهیت اشخاص حقوقی سازگار نبوده و قابل انتساب به آن‌ها نباشند. مثل جرایم ضد حقوق و تکالیف خانوادگی مذکور در فصل نوزدهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ که ماهیتی فردمدارانه دارند.

با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ و تأکید این قانون روی اهلیت کیفری اشخاص حقوقی در خصوص جرائم مشمول تعزیر، مسئولیت کیفری نیز نسبت به این

۱- سیدفرید موسوی مجاب، علی رفیع زاده، دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم شماره سیزدهم، ۱۳۹۴، ص ۲۱.

اشخاص به رسمیت شناخته شد. به رسمیت شناخته شدن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال عموم جرائم مشمول عنوان تعزیر، نقطه پایانی بود بر اختلافات علمی در خصوص پذیرش وعدم پذیرش مسئولیت این افراد که سالهای زیادی بهعنوان یکی از موضوعات چالشی در عرصه حقوق کیفری ایران بود.

#### ۴- قواعد اثبات کننده مسئولیت کیفری شخص حقوقی در فقه امامیه

به طور کلی مبانی فقهی که می‌تواند در این زمینه قابل استفاده باشد، به دو دسته کلی تقسیم می‌شود. دسته نخست، مبانی فقه سنتی و دسته دوم، مبانی فقه حکومتی است. مبانی فقه سنتی فقه سنتی را میتوان در مقابل فقه حکومتی استعمال کرد. به بیان دیگر یکی دیگر از تقسیمات فقه که ناظر بر روش استنباط فقهی، تقسیم فقه به فقه حکومتی و فقه سنتی است. البته باید در نظر داشت که تعارضی میان این دو روش وجود ندارد و در غالب موارد استنباط در فقه حکومتی، نتیجه یکسان با فقه سنتی دارد، لکن فقه حکومتی در مواردی با نگاه اجتماعی که بر آن حاکم بوده، ممکن است نتایجی در پی داشته باشد که در فقه سنتی قابل قبول نمیباشد. به هر حال برخی مبانی وجود دارد که در فقه سنتی چندان مورد توجه قرار نگرفته و فقه حکومتی به آن‌ها توجه و التفات دارد؛ ازاینرو ممکن است به نتایجی برسد که با مبانی فقه سنتی قابل دستیابی نیست. در ادامه ابتدا به مبانی که فقها از دیرباز در آثار خود به آن‌ها استدلال کرده‌اند اشاره می‌کنیم و پس از آن به مبانی فقه حکومتی که در این مبحث کارایی دارد، خواهیم پرداخت.

۱-قاعده «الراضی بعمل قوم کالدخل فیهم» قاعده «الراضی بعمل قول کالدخل فیهم» یکی از قواعدی است که در لسان امامیه با این عبارت به کار می‌رود. این مبنا در برخی از روایات همچون روایتی از امام علی علیه‌السلام و امام رضا علیه‌السلام نقل شده است. فقها در موارد گوناگون به این قاعده استناد کرده‌اند. برای مثال در بحث شنیدن غیبت حرام یا بیع فضولی و امر به معروف گفته‌اند که هر کسی که راضی به عملکرد گروهی باشد گویا یا آن رفتار را مرتکب شده است و احکام آن بر وی بار خواهد شد. برای مثال اگر کسی در محفلی که از دیگری غیبت می‌شود، حضور داشته باشد و به عمل غیبت کننده راضی باشد، او نیز عمل حرام غیبت را مرتکب شده است؛ چراکه قاعده آن آن است که هرکس به عمل او راضی باشد، داخل در آنهاست. در برخی از روایتهای آمده است که وقتی امام زمان علیه‌السلام ظهور کند، فرزندان بنیامیه را مطابق جنایات و نقشی که پدرانشان در روز عاشورا داشته‌اند، مجازات خواهد کرد. وقتی راوی از امام صادق علیه‌السلام دلیل این امر را می‌پرسد، امام می‌فرماید سبب مجازات شدن آن‌ها این است که به کردار پدرانشان رضایت داشتند. از این عبارت استفاده می‌شود که راضی بودن به یک عمل حرام، خود حرام است و موجب میشود احکام آن عمل حرام به شخص راضی نیز سرایت کند. در همین خصوص برخی فقها گفته‌اند «ان الراضی بعمل قوم کالدخل

فیهم فانه کالداخل حکما لا ان الفعل صدر منه بالرضا الاحق»<sup>۱</sup> (۱). یعنی شخص راضی به عمل یک قوم همانند مرتکب آن عمل است و این دخول از جهت حکم می‌باشد، نه از جهت آنکه فعل از سوی راضی صادر شده است. بر همین مبنا استفاد از عبارت مذکور آن است که صرف رضایت در برابر عملی موجب تعمیم آثار آن نسبت به شخص راضی می‌گردد. درخصوص تسری آثار این قاعده مبتنی بر رضایت دو نظریه در فقه امامیه وجود دارد: - صرف رضایت برای تحقق عمل کافی است.<sup>۲</sup> علاوه بر رضایت درونی، باید شخص راضی اقدامی در جهت رضایت نفسانی برداشته باشد. برای مثال زمانیکه شخصی غیبت می‌کند و دیگری آن را استماع مینماید، افزونبر آنکه رضایت درونی به محتوای غیبت دارد، برای مثال برای غیبت کننده دست بزند یا آن را به نحو دیگری تشویق کند.<sup>۳</sup> صاحب جواهر، فقیه پرآوازه امامیه می‌نویسد: «معقول نیست که امر به معروف و نهی از منکر صرفاً به قلب باشد؛ چراکه چنین چیزی امر و نهی به شمار نمی‌آید. همانطور که اگر کسی در دل از چیزی خوش یا بدش بیاید را امر و ناهی محسوب نمی‌کنند. خوش آمدن و بد آمدن در قلب از توابع ایمانی به دستوراتی است که پیامبر (ص) آورده است؛ پس باید در مرتبه نخست امر به معروف و نهی از منکر، چیز دیگری هم مدنظر قرار گیرد که امر و نهی به حساب آید و آن ابراز عدم رضایت به شکلی از اشکال مانند اعراض و اظهار کراهت و مانند آن است» به‌هرحال چنین به نظر می‌آید که منظور از این روایات که بیان شد، رضایت در مقام عمل باشد. یعنی رضایتی که در عمل ظهور و بروز یافته و در عالم خارج اثری به جای می‌گذارد. برای مثال کسی که می‌شنود فردی مرتکب کار ناپسندیدی شده است، بر او واجب است که در نهی از منکر و اظهار برائت از عمل شخص بکوشد. اما اگر نشانه‌های رضایتمندی و خشنودی به آن عمل در وی آشکار بود، او نیز شریک جرم محسوب شده و قوم صالح و نسل قاتلان امام حسین علی‌ه‌السلام همین گونه هستند و بر همین مبنا است که قانونگذار در ماده ۳۴۳ قانون تعزیرات و ماده ۱۵ قانون ارتقای سلامت نظام اداری مصوب ۱۳۵۴، اشخاصی که جرائم مندرج در ماده را حسب وظیفه خود گزارش نمینمایند، مجازات کرده است، زیرا قانونگذار شخصی که متوجه ارتکاب جرم در مجموعه تحت فعالیت خود میشود و آن را گزارش نمی‌دهد، رضای به فعل مجرمانه تلقی کرده است. آنچه بیان شد، عبارت از این است که روایت مذکور، قابلیت‌تطبيق با شخص حقوقی است، لکن برای اثبات این مدعا باید به دو پرسش پاسخ داد. نخست آنکه دلیلی که ثابت کند این عبارت موجب تسری حکم به شخص حقوقی است، چیست؟ و دوم آنکه شخص حقوقی چگونه می‌تواند رضایت خود را به عمل خاصی اظهار و ابراز نماید؟ در مورد پرسش نخست باید گفت که صحیحه ابوصلت هروی، دارای عمومیت است، زیرا موصول عموم را افاده کرده و براساس اصل عموم که

۱- نائینی: ۲۱۲/۱.

۲- امام خمینی، ۰۰۱/۱.

۳- منتظری، ص ۵۹۵.

در اصول ثابت شده است، می‌توان شخص حقوقی را نیز داخل در آن دانست. به همین جهت می‌توان گفت اگر شخص حقوقی به عملی راضی باشد، به‌مثابه آن است که آن عمل را انجام داده است!

### نتیجه گیری

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، با قراردادن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بر اساس نظریه مغز متفکر، این نهاد را به‌صورت مضیق پذیرفته است. قانون‌گذار در پذیرش این نهاد و در تنظیم ماده ۱۴۳ تحت تأثیر قانون جزای فرانسه بوده است. البته پذیرش نظریه مغز متفکر تنها در مورد مجازات‌های تعزیری است؛ لکن در مورد دیه، قانون‌گذار موسع عمل کرده و به‌نوعی نظریه دیگر یعنی نظریه مسئولیت مافوق یا مسئولیت کارفرما را لحاظ کرده است. به نظر می‌رسد در مجموع رویه قانون‌گذار در این زمینه قابل دفاع باشد. با توجه به این‌که تا به حال نهاد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی نبوده است، در زمینه مجازات‌های تعزیری با احتیاط عمل شده و آنجا که پای دیه و خسارت در میان است، دست قاضی را برای صدور حکم به محکومیت شخص حقوقی باز گذاشته است. آنچه قابل ایراد است، آن‌که قانون مجازات اسلامی در مواد مربوطه در این زمینه ابهامات و اجمالاتی دارد که عمل به آن را سخت می‌کند. لذا انتظار می‌رود در جهت رفع این نواقص اقداماتی انجام شود. نتیجه این بررسی نشان می‌دهد که مسئولیت اشخاص حقوقی، در حقوق ایران، انگلستان و فقه، دارای اشتراکات و تفاوت‌هایی است. یکی از اشتراکات این سه نظام حقوقی، پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی برای خساراتی که در اثر اعمال نماینده قانونی آن، به دیگری وارد می‌شود. یکی از تفاوت‌های این سه نظام حقوقی، این است که در حقوق ایران و انگلستان، مسئولیت اشخاص حقوقی، به طور صریح، در قانون پیش‌بینی شده است، اما در فقه، مسئولیت اشخاص حقوقی، به طور صریح، پیش‌بینی نشده است.



## فهرست منابع:

۱. اردبیلی، محمدعلی، «حقوق جزای عمومی». جلد دوم، چاپ شصت و دوم، نشر میزان، تهران ۱۴۰۲
۲. استفانی گاستون و لواسور ژرژ و بولوک برنار، حقوق جزای عمومی چاپ دوم، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی. ۱۳۸۳.
۳. اسکینی، ربیعا. حقوق تجارت، شرکتهای تجاری، جلد اول، چاپ نوزدهم. ۱۳۹۳.
۴. پاسبان محمدرضا. حقوق شرکتهای تجاری چاپ هفتم انتشارات سمت. ۱۳۸۹.
۵. حبیبی، خادم حسین، شمس ناتری، محمد ابراهیم. سیر تاریخی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران، افغانستان و انگلستان. ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، دوره چهارم، شماره چهار. ۱۴۰۰.
۶. حبیب زاده، محمد جعفر، اندیشه های حقوقی جلد دوم چاپ اول، انتشارات نگاه بینه. ۱۳۹۱.
۷. جعفری، مجتبی، مبانی و اصول کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ایران، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره دوم. ۱۳۹۵.
۸. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری یک، چاپ اول، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۵.
۹. رفیع زاده، علی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی، پایاننامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرمشناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، مرداد ۱۳۹۲.
۱۰. روح الامینی، محمود، دگرگونی های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه، مجله فقه و حقوق سال چهارم شماره ۶۱- ۱۳۸۶.
۱۱. عبداللهی، اسماعیل، درسهایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظامهای حقوقی ایران و انگلستان، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی. ۱۳۸۹.
۱۲. طباطبایی مومنی، منوچهر، شخصیت حقوقی، مجموعه مقالات تحولات حقوق خصوصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۸۱.
۱۳. سید فرید موسوی مجاب، علی رفیع زاده، دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم شماره سیزدهم. ۱۳۹۴.
۱۴. شایگان، علی، حقوق مدنی ایران جلد اول چاپ پنجم چاپ پنجم، خانه مجلس. ۱۳۹۳.



## Consideration of fundamental principles of humanitarian rights in the Israeli attacks on the Gaza 2023

Pooneh Tabibzadeh, Mehdi Zein Aldini

Date Received : 16 february 2024

Date Accepted : 2 March 2024

### Abstract :

Armed attacks on military and civilian targets to achieve political expediency have long been a means of using force and power. This matter has attracted international attention for almost a century in the Palestinian land with the use of force by the occupying Zionist regime of Israel against the Palestinian civilians. Although no international reaction from the Arab Muslim countries and the actions of the United Nations have been able to prevent the invasion and occupation of the oppressive Israeli regime; However, this has become an important factor in mobilizing the global public opinion of the nations against the heinous crimes against humanity of this regime. Israel's attacks on the Gaza Strip after 7 October 2023, for nearly four months continuously, have left tens of thousands of civilian dead in Gaza; This is while civilians are immune from military attacks by warring parties according to international humanitarian law rules. The criminal regime is killing women and children by suggesting that the civilians of Gaza are no longer civilians with the help and assistance of the Hamas militant group and can be the target of military attacks. Now, in this article, by posing the question: Can the Zionist regime of Israel make them a military target under the pretext of supporting Palestinian civilians from the Hamas militant group? It carries out the necessary investigations with a descriptive and analytical method in relation to the fundamental principles of humanitarian rights, so that in its shadow it can reveal the violations of these rules by the Zionist regime of Israel.

**Key Words:** the principle of proportionality, the principle of precaution, the principle of separation, armed conflicts infant, humanitarian rights.



## بررسی اصول بنیادین حقوق بشردوستانه در حملات ۲۰۲۳ اسرائیل به نوار غزه

پونه طبیب زاده<sup>۱</sup>، مهدی زین الدینی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

### چکیده:

حملات مسلحانه به اهداف نظامی و غیرنظامی برای دستیابی به منافع سیاسی، از دیرباز ابزار اعمال زور و قدرت بوده است. این امر نزدیک به یک قرن در سرزمین فلسطین با زورآزمایی رژیم اشغالگر صهیونیست اسرائیل، علیه غیر نظامیان فلسطین توجه بین المللی را به خود جلب نموده است. هر چند هیچ واکنش بین المللی از طرف کشورهای عرب مسلمان و اقدامات سازمان ملل متحد نتوانسته مانع از هجوم و اشغالگری رژیم ظالم اسرائیل گردد؛ لکن این امر عامل مهم بسیج افکار عمومی جهانی ملتها علیه جنایات فجیح انسانی این رژیم شده است. حملات اسرائیل به نوار غزه بعد از ۷ اکتبر ۲۰۲۳ قریب به چهار ماه بصورت مستمر، بالغ بر ده‌ها هزار کشته غیر نظامی در سرزمین غزه به جای گذاشته؛ این درحالی است که غیر نظامیان طبق قواعد بین المللی حقوق بشردوستانه مصون از حملات نظامی طرفین متخاصم هستند. رژیم جنایتکار با طرح این موضوع که غیر نظامیان غزه با کمک و مساعدت به گروه شبه نظامی حماس دیگر غیر نظامی نیستند و می‌توانند هدف حملات نظامی قرار گیرند زنان و کودکان را بقتل می‌رساند. حال در این مقاله با طرح این سوال که: آیا رژیم صهیونیست اسرائیل می‌تواند به بهانه حمایت غیر نظامیان فلسطین از گروه شبه نظامی حماس آن‌ها را هدف نظامی قرار دهد؟ بررسی‌های لازم را با روش توصیفی تحلیلی در رابطه با اصول بنیادین حقوق بشردوستانه انجام می‌دهد تا در سایه آن بتواند تخلفات رژیم صهیونیست اسرائیل از این قواعد را نمایان سازد.

واژگان کلیدی: اصل تناسب، اصل احتیاط، مخاصمات مسلحانه، اصل تفکیک، حقوق بشردوستانه

۱- استادیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران (نویسنده مسوول)

۲- دانش‌آموخته مقطع دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران

ظهور اسرائیل در صحنه ی بین المللی با صدور قطعنامه ۱۸۱ مجمع عمومی در سال ۱۹۴۷ به وقوع پیوست.<sup>۱</sup> طبق قطعنامه مذکور سرزمین فلسطین که تا به آن روز تحت قیمومت انگلیس بود برای ادامه اداره ی آن به سازمان ملل متحد واگذار شد. مجمع عمومی برای رسیدگی به این امر تصمیم گرفت تا برای چگونگی اداره ی آن، راه حلی جهت تصویب کشورها ارائه دهد. در نهایت ( طرح اکثریت )<sup>۲</sup> کمیته ویژه<sup>۳</sup> متشکله مبنی بر ایجاد دو دولت یهودی اسرائیل و دولت عرب فلسطین طی<sup>۴</sup> ۳ مرحله رای گیری پی در پی با ۳۳ رای موافق به تصویب دو سوم اعضا رسید. بعد از صدور این قطعنامه، اسرائیل در سازمان ملل متحد اعلام عضویت نمود و موجودیت خود را برای شناسایی سایر دولت ها اعلام کرد<sup>۵</sup>. اقوام عرب فلسطین نشین به همراه کشورهای عربی با طرح اکثریت مجمع عمومی سازمان ملل متحد مخالفت ورزیدند که این امر بنای ناسازگاری با اسرائیل گذاردند و منجر به جنگ های عدیده ی شد. اما بخت با اعراب یار نبود. نتیجه جنگها اشغال سرزمین های بیشتر توسط اسرائیل و ناکامی برای اعراب بود. در طول قریب به هشتاد سال درگیری بین اعراب و اسرائیل تحولات سیاسی متعددی برای اداره ی سرزمین فلسطین نشین رخ داد، از جمله: انعقاد معاهده صلح اسلو<sup>۶</sup> در سال ۱۹۹۵ بین جنبش آزادی بخش صاف و اسرائیل که متعاقب آن دولت خودگردان فلسطین برای اداره داخلی بخش های فلسطین نشین با رهبری یاسر عرفات تشکیل شد. همچنین در سال ۲۰۰۵ با عقب نشینی اسرائیل از نوار غزه و روی کار آمدن جنبش مقاومت اسلامی (حماس) در سال ۲۰۰۶ اداره این قسمت از سرزمین فلسطین نشین به حماس واگذار شد.<sup>۷</sup> این گروه تا سال ۲۰۱۷ نسبت به موجودیت اسرائیل به عنوان یک دولت- کشور مستقل معترض بود و تمام تلاش نظامی خود را در تقابل با رژیم اشغالگر اسرائیل جهت بیرون راندن آن از سرزمینهای اشغالی بکار بست.<sup>۸</sup> تا اینکه در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ مجموعه حملات سازمان یافته و هماهنگ توسط گروه شبه نظامی اسلام گرای فلسطینی (حماس) با انگیزه ی بیان اراده مصمم جهت باز پس گیری سرزمین های اشغالی و حاکمیت بر آن، از نوار غزه به مناطق مرزی اسرائیل انجام شد، که از طرف این گروه شبه نظامی به عنوان عملیات

۱- UN General Assembly Resolution 181 in 1947.

۲- دهقانی، حمید رضا قطعنامه تو منبای راه حل در دولت و ملاکی برای راه حل همه پرسی سیاست خارجی، دوره ۲۳، شماره ۴، اسفند ۱۳۸۸ صفحه ۱۰۱۵ - ۱۰۳۲.

۳- United nation special committee on Palestine (UNSCOP).

4- Declaration of Establishment of state of Israel: 14 may 1948.

5- Oslo Accord, 2014, December 28.

۶- مالکی، محمد " حماس جنبش " در دانشنامه جهان اسلام جلد ۱۴، تهران، بنیاد دایره المعارف اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

۷- رضوی فرد، بهزاد، جنگ ۲۲ روزه غزه در آیین حقوق بین الملل با نگاهی به گزارش گلدستون " مجله حقوقی بین المللی، دوره ۲۷ و شماره ۴۳، ۱۳۸۹ - صص ۲۲۳-۲۰۳.

طوفان الاقصی نام گذاری گردید. اسرائیل بعد از این حمله با تمام توان نظامی خود برای امحاء نیروهای شبه نظامی حماس و ممانعت از تکرار حمله ای مشابه بصورت مستمر و بدون وقفه به بمباران اماکن مسکونی، بیمارستانها، مدارس و تخریب اموال مردم پرداخت. این رژیم بدون اینکه پایبند به قواعد جنگ باشد به قلع و قمع انسانهای بی پناه و قشر آسیب دیده‌ی کودکان و زنان این منطقه مبادرت ورزید. کشورهای منطقه در واکنش

۱- صبح روز شنبه ۱۷ اکتبر ۲۰۲۳ ( ۱۵ مهر ماه) ۱۴۰۲ جنش حماس حملات کوبنده خود را به مناطق اشغالی و پایگاه های اسرائیلی آغاز کرد. در همین رابطه روزنامه صهیونیستی «جروزالم پست» از اصابت موشک به تل آویو و عسقلان خبر داد و اعلام کرد که آذیرهای خطر به صدا درآمده و پناهگاهها باز شده است. ارتش رژیم صهیونیستی هم تأیید کرد که نیروهای مقاومت حماس وارد سدروت شده و نیروهای رژیم صهیونیستی با اعضای گروه مقاومت حماس، درگیر شده‌اند. پس از انتشار اخبار حملات موشکی و راکتی از نوار غزه به مناطق مختلف سرزمینهای اشغالی، «محمد الضیف» فرمانده کل «کتاب عزالدین القسام» شاخه نظامی جنش حماس در بیانیه‌ای اعلام کرد: «تصمیم گرفتیم به تجاوزات اسرائیل پایان دهیم و عملیات طوفان الاقصی را آغاز کنیم». وی در این باره افزود: «اولین حمله عملیات طوفان الاقصی بیش از پنج هزار موشک بود که دشمن را هدف قرار داد. از امروز هماهنگی امنیتی با اشغالگران پایان می یابد. امروز مردم ما انقلاب خود را بازیافته و به پروژه تشکیل کشور بازگشته‌اند.» طوفان الاقصی «خواب رژیم اسرائیل را پراند. در همین راستا جنش مقاومت اسلامی حماس، اراضی اشغالی از جمله تل آویو، اشدود و عسقلان را با صدها موشک و راکت هدف حمله قرار داد. همزمان با این حمله، نیروهای حماس به شهرکهای صهیونیستی اطراف نوار غزه نفوذ کرده و ضمن به اسارت درآوردن چندین نظامی صهیونیست، مناطقی را به کنترل خود درآوردند. رسانه‌های صهیونیستی هم در این باره اعلام کردند: «این نبرد بدون هیچ‌گونه هشدار قبلی آغاز شد و اسرائیل را کاملاً غافلگیر کرد.» براساس آخرین آمار تا آخر روز یکشنبه ۱۸ اکتبر و براساس اعلام وزارت بهداشت رژیم صهیونیستی، تلفات این رژیم بر اثر حمله حماس به ۶۰۰ نفر افزایش پیدا کرده و حدود دو هزار نفر نیز زخمی شده‌اند. کتاب القسام شاخه نظامی جنش مقاومت اسلامی فلسطین (حماس)، صبح روز (یکشنبه)، از تداوم عملیات نیروهای مقاومت در شهرکهای صهیونیستی خبر داد و اعلام کرد که رزمندگان مقاومت همچنان در چند شهرک از جمله «واکیم»، «سدیروت»، «یاد مردخای»، «کفار عزه»، «بئیری»، «یتید»، «کیسوویم» با نیروهای رژیم صهیونیستی درگیر هستند. (رسانه‌های فلسطینی هم بامداد یکشنبه با انتشار تصاویری، از موج جدید حملات موشکی گروه‌های مقاومت در نوار غزه به شهرکهای صهیونیست‌نشین با ۱۵۰ فروند راکت و موشک خبر دادند. گزارش‌هایی نیز منتشر شد مبنی بر وجود حداقل یکصد اسیر صهیونیست در نوار غزه و سخنگوی ارتش رژیم صهیونیستی نیز در این باره گفت که رزمندگان حماس هنوز در داخل جنوب فلسطین اشغالی حضور دارند.)

برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: واکاوی سند سیاسی جدید حماس، محمد محممن فالیضی قابل دسترسی در:

به این حملات خواستار آتش بس و ارسال کمک های بشردوستانه نمودند.<sup>۱</sup> همچنین سازمانهای بین المللی همچون سازمان ملل با تصویب قطعنامه به اتفاق آراء در مجمع عمومی با محتوی آتش بس درخواست کمک رسانی به جامعه آسیب دیده ی غزه را نمودند.<sup>۲</sup> متأسفانه حامیان اسرائیل، آمریکا در شورای امنیت با رای مخالف خود تصمیم لازم الاجرا در مورد آتش بس توسط اسرائیل را وتو کرد و مانع اقدام قهری سازمان ملل متحد شد.<sup>۳</sup> رژیم اسرائیل بدون توجه به انتظارات افکار عمومی جهان کماکان به

۱- وزارت خارجه عمان در واکنش به این عملیات با انتشار بیانیهای، ضمن دعوت طرفهای درگیر به خویشترداری، خواستار دخالت فوری جامعه بین المللی برای توقف تنش ها شد. همچنین وزارت امور خارجه مصر در همین زمینه با صدور بیانیهای نسبت به تشدید تنش ها بین صهیونیست ها و فلسطینی ها هشدار داد و از طرف های درگیر خواست تا خویشترداری نشان دهند و غیرنظامیان را در معرض خطر قرار ندهند. سامح الشکری وزیر خارجه مصر هم در تماس تلفنی با سرگنی لاوروف همتای روسی خود نقش شورای امنیت برای توقف جنگ در فلسطین را بررسی کرد. وزارت خارجه قطر با اشاره به کارشنکی ها و تخلفات رژیم صهیونیستی، این رژیم را مسؤول تنش های جاری در فلسطین اشغالی خواند. وزارت امور خارجه چین هم نسبت به تشدید تنش ها و خشونت ها در فلسطین و اراضی اشغالی عمیقاً ابراز نگرانی کرد. سخنگوی وزارت خارجه چین در این باره اعلام کرد: از همه طرف ها می خواهیم که آرامش خود را حفظ کنند و با خویشترداری به خشونت ها پایان بدهند و از غیرنظامیان حمایت کنند. «باسم العوادی» سخنگوی دولت عراق هم ضمن اعلام حمایت این کشور از حقوق ملت فلسطین، تصریح کرد: عملیات ملت فلسطین، نتیجه طبیعی هدفمندی است که چندین سال است توسط رژیم صهیونیستی صورت می گیرد؛ رژیمی که هیچ گاه به قطعنامه های بین المللی پایبند نیست. عادل عبدالمهدی نخست وزیر پیشین عراق گفت که با وحدت میادین، باید از پیروزی تاریخی حماس حمایت کرد و آن را به آزادسازی قدس و سراسر فلسطین تبدیل کرد. اسناد بیشتر قابل دسترسی در نشانی های زیر:

<https://www.tabnak.ir/fa/tags>.

<https://fa.wikipedia.org/wiki>.

<https://www.mizanonline.ir/fa/news/4738640>.

۲- John, Tara; Regan, Helen; Edwards, Christian; Kourdi, Eyad; Frater, James (27 October 2023). "Nations overwhelmingly vote for humanitarian truce at the UN, as Gazans say they have been 'left in the dark.'<<<

<https://www.tabnak.ir/fa/tags>.

<https://fa.wikipedia.org/wiki>.

<https://www.mizanonline.ir/fa/news/4738640>.

۳- جو بایدن رئیس جمهور آمریکا شامگاه شنبه با اشاره به تماس تلفنی خود با نخست وزیر رژیم صهیونیستی، گفت که آمریکا در کنار اسرائیل است. وی افزود: «به تیمم گفتم که با سران منطقه و شرکای مان در اروپا در ارتباط باشند». «استفانی هالت» کاردار سفارت آمریکا در قدس اشغالی در پیامهایی ضمن محکوم کردن عملیات طوفان الاقصی، از رژیم صهیونیستی حمایت کرد و گفت: «ایالات متحده در کنار اسرائیل می ایستد». آنتونی بلینکن وزیر خارجه آمریکا هم در این خصوص با وزرای خارجه عربستان، مصر و ترکیه تلفنی گفت و گو کرده و ضمن تکرار حمایت این کشور از حق تل آویو برای دفاع از خود، خواستار تلاش آنها برای توقف حملات حماس شد. بلینکن در تماس تلفنی با «هاکان فیدان» وزیر خارجه ترکیه، گفت: «اسرائیل حق دارد از خود دفاع کند، گروگانها را نجات دهد و از شهروندانش محافظت کند». وی در گفت و گو با «سامح شکری» وزیر خارجه مصر نیز از این کشور به عنوان «یک واسطه مهم» بین رژیم صهیونیستی و حماس خواست تا به دنبال راهکاری برای پایان درگیری ها باشد. وزیر خارجه آمریکا در گفت و گو با فیصل بن فرحان وزیر خارجه عربستان ضمن تکرار حمایت آمریکا از حق رژیم صهیونیستی برای دفاع از خود، خواستار تلاش عربستان برای توقف حملات حماس شد.

<https://www.tabnak.ir/fa/tags.293943/1/>

<https://fa.wikipedia.org/wiki>.

حملات خود ادامه داد و با زیر پا گذاردن قواعد حقوق بشردوستانه مصونیت ساکنین غیر نظامی غزه را خدشه دار کرد. در این مقاله در نظر داریم با بیان قسمتی از قواعد حقوق بشردوستانه به تخلفات شدید حقوق بشری و مسوولیت بین الملل رژیم غاصب اسرائیل پردازند. لذا در قسمتهای بعدی مقاله به بیان تخلفات رژیم اسرائیل و عدم رعایت قواعد بشردوستانه منطبق با منابع حقوق بین الملل از جمله کنوانسیون ها و اسناد بین المللی بصورت توصیف منبع و تحلیل انطباق آن‌ها بر شرایط و اوضاع و احوال و لزوم رعایت آن‌ها اصرار می ورزد.

### ۱- حمله نظامی اسرائیل بعد از حمله ۷ اکتبر ۲۰۲۳ حماس (طوفان الاقصی)

اسرائیل با حمله به شهرهای نوار غزه و بمباران های مستمر هوایی به اماکن مسکونی درمانی، آموزشی جان هزاران غیر نظامی را گرفت. در هفته اول اسرائیل با ۶۰۰۰ حمله هوایی بیش از ۳۳۰۰ غیر نظامی و بیش از ۱۲۰۰۰ زخمی به جای گذاشت. محاصره اقتصادی اسرائیل از جمله غذا، برق، سوخت و آب را با بستن گذرگاه های ورود و خروج منجر به مجازات دسته جمعی میلیون ها غیر نظامی در نوار غزه شد. سران اسرائیل در ۱۳ اکتبر دستور تخلیه شمال غزه را اعلام کردند با این تحلیل که جمعیت نظامی را از غیر نظامیان مستقر را باید از هم جدا کرد و بعد از ختم مخاصمه باز گشت غیر نظامیان را اجازه دهند.<sup>۱</sup> اما هدف اصلی آنان از بمباران و قتل عام غیر نظامیان و تخریب تمامی خانه های فلسطینی ها به منظور آواره کردن و وادار کردن آنها به خروج از نوار غزه و رفتن به صحرای سینا در مصر، گرچه اسرائیل در قصابی و کشتار سبعانه مردم غزه موفق بوده است ولی تا کنون فلسطینی ها با توجه به تجربه آوارگی های قبلی، حاضر به خروج از نوار غزه نشده اند. آزاد کردن اسرای اسرائیلی با عملیات نظامی و حمله زمینی به نوار غزه و تن ندادن به مذاکره یکی دیگر از اقدامات وحشیانه اسرائیل بود. اما اسرائیل نتوانست با کشتار فراوان و حتی تصرف بیمارستانها هدف خود برای رها کردن اسرا برسد و سرانجام مجبور شد با پذیرش وقفه یک هفته ای در جنگ، در ازای آزادی هر اسرائیلی غیر نظامی، سه فلسطینی را آزاد نماید. گرچه اسرائیل دوباره حمله به غیر نظامیان فلسطینی را با قساوت بیشتر و کشتارهای بی رحمانه شروع کرده است ولی به نظر می رسد که راه عاقلانه برای آزادی اسرای طرفین، همچنان مذاکره و نیل به توافق است.<sup>۲</sup> همچنین ارتش اسرائیل طبق شواهدی در حملات خود از گلوله های توپخانه‌ای فسفر سفید استفاده کرده اند که طبق مقررات حقوق بشردوستانه این شیوه از کاربرد سلاح ممنوع می باشد. دیده بان حقوق بشر استفاده از مهمات فسفر سفید توسط اسرائیل را تأیید کرد و گفت که چنین استفاده‌ای «نقض حقوق بشر» و به خطر انداختن جان غیر نظامیان

۱- <https://fa.m.wikipedia.org> & -<https://www.irna.ir>, Tabnak.ir.

۲- <https://www.khabaronline.ir/news/1844610>.

است. ارتش اسرائیل به بهانه از بین بردن گروه شبه نظامی حماس در غزه از هیچ جنایتی علیه کودکان، زنان، غیر نظامیان فروگذار نبوده است و تا به حال که ۴ ماه از مخاصمه می گذرد به گزارش سازمان ملل متحد، این جنگ تاکنون بیش از یک میلیون فلسطینی را آواره کرده است. حملات هوایی اسرائیل بیش از هزار خانه را ویران ساخت و ۵۶۰ واحد مسکونی را غیرقابل سکونت کرده است. همچنین حملات به زیر ساخت های محدود غزه موجب قطع آب و برق شده است که بر بیش از ۶۵۰۰۰۰ نفر از ساکنان غزه تأثیر گذاشته است. قطعی برق در بیمارستان ها موجب اختلال گسترده در روند درمان بیماران و زخمی ها نیز شده است. سازمان های بشردوستانه سازمان ملل هشدار دادند که غزه در آستانه تمام شدن غذا، آب، برق و منابع حیاتی است که این امر موجب ایجاد بحران انسانی جدید خواهد شد.<sup>۱</sup>

۲- ممنوعیت های قواعد حقوق بشر دوستانه حاکم به حملات اسرائیل به غزه

قواعد حقوق بشر دوستانه از جمله قواعد و مقرراتی است که طرفین مخاصمه بعد از آغاز جنگ بایستی طبق آن اهداف نظامی را مورد حمله مسلحانه قرار دهند. این شاخه از حقوق جنگ بنا به اصل بی طرفانه نسبت به وضعیت حقوقی طرفین متخاصم چه در لباس مهاجم و چه در لباس مدافع، آنها را تابع قواعد و مقررات حقوق بشر دوستانه می داند.<sup>۲</sup> زیرا هدف اساسی این قواعد و مقررات ایجاد توازن بین ضرورت های نظامی و ملاحظات انسانی در جنگ است که متخاصمین با رعایت سه اصل بنیادین مذکور در این قواعد می توانند این توازن را ایجاد نمایند.<sup>۳</sup>

الف) اصل تفکیک نظامیان و غیر نظامیان<sup>۴</sup>

ب) اصل تناسب حملات نظامی<sup>۵</sup>

ج) اصل احتیاط جهت به حداقل رساندن تلفات و خسارات غیر نظامیان<sup>۶</sup>

۱- <https://parsieuronews.com>.

۲- <https://fa.wikipedia.org/wiki>.

۳- دلخوش، علیرضا، حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی: تفاوت ها و اشتراکات، فصلنامه سیاست خارجی، شماره ۴ زمستان ۱۳۸۷ صفحه ۹۸۳ (صفحه ۱۰۰۴-۹۸۱) برای مطالعه بیشتر رجوع شود به محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق جنگ، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی ۱۳۸۰، صفحه ۹۵ جمشید ممتاز، امیرحسین رنجبریان، حقوق بین الملل بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴ ص ۲۸ زمانی، سید قاسم، ساعده نادر "حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه" انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵.

3- Integrational Committee of the Red Cross in <https://blogs.icrc.org>.

4- The Principle of Separation of Military from Civilians.

5- The Principle of proportionality of Military attacks.

6- The precautionary Principle to minimize civilian casualties.



## ۲-۱ - اصل تفکیک نظامیان از غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه

اصل تفکیک بین نظامیان و غیر نظامیان به معنای جدا کردن افراد، اماکن و تاسیسات نظامی از غیر نظامی در جنگ است.<sup>۲</sup> اصل تفکیک به همراه اصل حمایت از غیر نظامیان نقش بنیادی در حقوق بین الملل بشر دوستانه دارند. طبق این اصل طرفین در حال جنگ باید در تمامی زمان ها میان غیر نظامیان ، مبارزان و میان اشیاء غیر نظامی و اهداف نظامی تمایز قائل شوند. زیرا آن ها ملزم هستند تا عملیات نظامی را تنها علیه اهداف نظامی هدایت نمایند و در صورت عدم اطمینان ، شخص را غیر نظامی فرض کرده و مورد هدف قرار ندهند. چراکه حمله به غیر نظامیان ممنوع است .<sup>۳</sup> لذا برای بررسی مصونیت غیر نظامیان در مقابل حملات دشمن بایستی ابتدا فرد غیر نظامی را از نظامی تمایز داد. برای این منظور با توجه به مخاصمات فوق الذکر بین اسرائیل و گروه شبه نظامی حماس، ابتدا به منابع حقوقی حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی استناد می نماییم و با توجه به تعاریف ارائه شده در آن منابع، بنا به اصل تفکیک ، غیر نظامیان را شناسایی می کنیم .

### ۲-۱-۱ - منابع حقوقی حاکم بر اصل تفکیک در مخاصمات

ماده ۳ مشترک کنوانسیون چهارگانه ژنو ۱۹۴۹<sup>۴</sup>، حداقل مقررات مدونی که حاکم بر مخاصمات داخلی است و طرفین متخاصم بایستی آن را به عنوان قاعده آمرانه حاکم بر رفتار مسلحانه خود جهت حفظ امنیت غیر نظامیان مورد توجه قرار دهند بیان نموده است.<sup>۵</sup>

1- civils.

۲- مسعودی نیا، محمد ، حمایت از غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه در فقر و حقوق کیفری بین الملل فصلنامه فقه جزای تطبیقی ، شماره ۳ دوره ۲ ، سال ۱۴۰۱.

3- international committee of the red cross <https://blogs.icrc.org>

4- Geneva Convention (IV) on civilians, 1949

۵- خلاصه کنوانسیون های ژنو مصوبه ۱۲ آگوست ۱۹۴۹ و پروتکل های الحاقی، کمیته بین المللی صلیب سرخ ، ۱۳۸۲.

طبق منطوق ماده ۳ مشترک کنوانسیون چهارگانه<sup>۱</sup>، هر یک از طرف های مخاصمه مکلف است که لا اقل مقررات زیر را اجرا نماید: <sup>۲</sup> «با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند شامل افراد ..... قادر به جنگ نباشند» با اصول انسانیت رفتار شود. بنظر می رسد افرادی که در جنگ مستقیماً شرکت نداشته باشند مصونند اما ماده ۳ مشترک کنوانسیون چهارگانه ژنو تعریف روشنی از مشارکت مستقیم غیر نظامیان در جنگ بیان نکرده است و مشخص نیست آیا مشارکت مستقیم شامل افرادی است که سلاح بدست دارند و در مخاصمه شرکت داشته اند یا این که افرادی که کمک مالی، لجستیکی هم دارند مشارکت مستقیم نموده اند. به ویژه در مخاصمات مسلحانه ی داخلی اغلب رزمندگان از حمایت مردمی سرزمینی که در اختیار دارند برخوردارند که این حمایت گاه از حالت غیر فعال به فعال تبدیل می شود مثلاً اعمالی از جمله، قتل، گروگانگیری، خبر رسانی..... برای گروه های مرتبط با طرف متخاصم که توسط غیر نظامیان انجام می گیرد. بنابراین تعریف ماده ۳ مشترک برای تفکیک غیر نظامیان از نظامیان جهت مصونیت آنها از حملات نظامی کامل و قاطع نمی باشد.

منع دیگر حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون چهار گانه ژنو ۱۹۴۹ است.<sup>۱</sup> با توجه به متن این پروتکل متوجه می شویم نه تنها این سند تعریف شفافی از مشارکت مستقیم و غیرمستقیم افراد غیر نظامی در مخاصمه ندارد بلکه عبارات مبهم ماده ۳ مشترک را تکرار می کند. بند ۱ ماده ۴ پروتکل الحاقی دوم در مورد تضمین های اساسی جهت حمایت از غیر نظامیان بیان می کند (همه اشخاصی که مستقیماً در جنگ شرکت نمی کنند و یا شرکت در مخاصمه را متوقف کرده اند .... مصون از حملات می باشند.) و همچنین بند ۲ ماده ۱۳ این سند اشعار می دارد (( نه جمعیت غیر نظامی و نه افراد غیر نظامی نباید هدف حمله قرار گیرند)) بدون اینکه

۱- ماده ۳ مشترک کنوانسیون چهارگانه ژنو ۱۹۴۹: چنانچه مخاصمه جنبه بین المللی نداشته باشد در خاک یکی از دولت های معظم متعاقد روی دهد هر یک از طرف های مخاصمه مکلف است که لا اقل مقررات زیر را اجرا کند:

۱- با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند شامل افراد نیروهای مسلح که اسلحه بر زمین گذاشتند و کسانی که به علت بیماری، زخم، بازداشت و یا به هر علت دیگری قادر به جنگ نباشند باید در همه احوال بدون هیچ تبعیض نامطلوب ناشی از نژاد رنگ مذهب عقیده جنس اصل و نسب یا ثروت یا هر علت مشابه آن با اصول انسانیت رفتار شود اعمال زیر در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و در هر مکان ممنوع است و خواهد بود الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن زخم زدن رفتار بی رحمانه شکنجه و آزار ب) اخذ گروگانگیری ج) لطمه به حیثیت اشخاص به خصوص تحقیر و تخفیف د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی باشد که ملل متمدن ضروری می داند. ۲- زخم داران و بیماران باید جمع آوری و معالجه شوند یک دستگاه نوبروری بی طرف مانند کمیته بین المللی صلیب سرخ می تواند خدمات خود را به طرف های مخاصمه عرضه دارد گذشته از مراتب فوق طرف های متخاصم سعی خواهند کرد تمامی یا قسمتی از سایر مقررات این کنوانسیون را از طریق موافقت نامه های مخصوص به اجرا گذارند اجرای مقررات فوق اثری در وضع حقوقی متخاصمان نخواهد داشت.

۲- ممتاز، جمشید، رنجبریان، امیرحسین، پیشین، ص ۴۰.

۱- ICRC, Commentary on the Additional Protocols of June 1977 the Geneva Conventions of 12 August 1949 (ICRC commentary on Additional protocols. 1340.

تعریف واضحی از افراد غیر نظامی داشته باشد. بنابراین با توجه به منابع موجود نمی توانیم برای تفکیک نظامی از غیر نظامیان از اسناد مذکور استفاده کنیم و حملات مستمر و پی در پی اسرائیل به بیش از ۳۰ هزار غیر نظامی را بنا به اصل تفکیک ارزیابی و محکوم نماییم. با توجه به این مسئله که سران اسرائیلی و حامیانشان، رهبران آمریکایی به این امر اصرار دارند که حمله به افراد غیر نظامی در نوار غزه موجه بوده است زیرا این افراد در حملات حماس مشارکت مستقیم داشته اند و می توانند هدف نظامی قرار گیرند. آنان استدلال می کنند که حفر کانالهای زیر زمینی حماس از زیر خانه های مسکونی با رضایت ساکنین انجام شده بنابراین توان نظامی حماس با وجود این کانالها ی زیر زمینی در حملات تقویت شده است لذا غیر نظامیان با هموار سازی حملات حماس در مخاصمه مشارکت مستقیم دارند و می توانند هدف نظامی قرار گیرند. از اینرو برای رسیدن به تعریف شفاف از غیر نظامیان در مخاصمه مذکور، متوسل خواهیم شد به پروتکل الحاقی شماره یک ۱۹۷۷ به کنواسیون چهارگانه ژنو<sup>۱</sup> و همچنین متن اصول راهنمای تفسیری کمیته بین المللی صلیب سرخ<sup>۲</sup> در سال ۲۰۰۹ که برای حمایت های بیشتر از این قشر آسیب پذیر طبق قواعد حقوق بشر دوستانه مشارکت مستقیم و مشارکت غیر مستقیم در مخاصمه را برای غیر نظامیان به تفصیل شرح داده اند. همچنان که بند ۱ ماده ۵۰ پروتکل اول الحاقی بیان می نماید: « کلیه کسانی که رزمنده نیستند صرف نظر از آن که متخاصم باشند یا خیر، غیر نظامیند» و در ادامه بند ۳ ماده ۵۱ پروتکل به این مطلب می پردازد که، «یک غیر نظامی اگر بطور مستقیم در مخاصمات مسلحانه شرکت کند در زمان مشارکت، غیر نظامی محسوب نمی شود و می تواند هدف نظامی قرار گیرد».<sup>۳</sup> همچنین با استعانت از توصیه ی ۲ مجموعه راهنمای تفسیری صلیب سرخ؛ « افراد غیر نظامی شامل افرادی می شوند که عضو نیروهای مسلح دولت یا گروه های مسلح سازمان یافته نبوده و مشارکت مستقیم در مخاصمات ندارند و اگر چنین شخصی به صورت عملکرد رزم مستمر در خدمت طرفین و به ضرر طرف دیگری فعالیت کند غیر نظامی تلقی نمی شود و مصونیت خود را در برابر حملات نظامی از دست می دهند».<sup>۴</sup> بنا براین افراد غیر نظامی افراد غیر رزمنده ای هستند که سلاح بدست نمی گیرند و در کارزار جنگ وارد نمی شوند. این

۱- Geneva Conventions Second Additional Ported to the 1949 Geneva, Paragraph 1, Article 50.

2- ICRC Commentary on Interpretive Guidance on the notion of participation in hostilities under International Humanitarian Direct participation Adopted by The Assembly of the international Committee of the Red Cross on 26 February 2009.

International Review of the Red cross, Volume 90 number 872 December 2008, p.1003. alsoavai - able online at: <http://www.idrd.org/assets/Files/other/idrc.org/end/Pdf>.

۳- سیاه پوش علی اکبر مفهوم شرکت مستقیم غیر مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه، شهر دانش ۱۳۹۴، صفحه ۱۱۸-۱۲۰.

۴- بیک زاده، ابراهیم، دیباچه در «مفهوم مشارکت مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه» شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۲۲.

افراد تحت حمایت‌های قواعد حقوق بشر دوستانه طبق اصل تفکیک نظامی از غیرنظامیان مصون از حملات نظامی هستند.

بنابراین اگر افراد غیر نظامی جهت امداد رسانی و کمک در عملیات رزمی مستمر در محاصره ورود کنند دیگر غیر نظامی محسوب نمی شوند و می توانند هدف حملات نظامی قرار گیرند. همانطور که در راهنمای تفسیری صلیب سرخ آمده است، اصطلاح مشارکت مستقیم افراد غیر نظامی به وضعیت یا وابستگی فرد به طرف‌های درگیر در مخاصمات مربوط نمی شود بلکه به مداخله وی در یک فعل خصمانه ی مشخص اشاره دارد. چنانچه در متن راهنمای تفسیری آمده اصطلاح مشارکت مستقیم در مخاصمات به فعلی مشخص اشاره دارد که توسط افراد بعنوان بخشی از سلوک مخاصمات میان طرف‌های یک جنگ مسلحانه ارتکاب یافته است و آن فعل مشخص باید دارای ویژگی های ذیل باشد: الف) آن عمل باید احتمالاً تاثیر نامطلوبی بر عملیات نظامی یا ظرفیت نظامی طرف درگیر در یک جنگ مسلحانه داشته باشد و اینکه موجب مرگ یا جراحت افراد یا تخریب اشیای تحت حمایت در برابر حمله مستقیم گردد مثلاً به غیر نظامیان طرف مقابل آسیب رساند. ب) میان آن فعل و خسارت باید رابطه مستقیم وجود داشته باشد بعنوان مثال ارسال بسته های غذا و دارو برای رزمندگان؛ مشارکت مستقیم غیر نظامیان ثابت نمی گردد. ج) فعل منتهی به خسارت لازم است به نفع یکی از طرف‌های درگیر در جنگ و به ضرر طرف دیگر طراحی شده باشد. هنگامی که غیر نظامیان از مشارکت مستقیم در مخاصمات دست بردارند، حمایت غیر نظامی کامل در برابر حمله ی مستقیم را باز خواند یافت. بنابراین عدم مصونیت افراد غیر نظامی موقتی است و منوط به مشارکت مستقیم آنان است و از زمان عدم شرکت در محاصره و متوقف کردن عملیات‌های گذشته مصونیت از حمله به افراد غیر نظامی برمی گردد. اما از تعقیب به علت نقص حقوقی داخلی یا بین المللی ممکن است مرتکب جرم شده باشند معاف نخواهند شد.<sup>۳</sup>

حال با توضیحات داده شده این سوال مطرح می گردد آیا غیر نظامیان غزه در حملات گروه شبه نظامی حماس مشارکت مستقیم داشته اند؟ به نظر می رسد با توجه به سه معیار طرح شده به عنوان مؤلفه های مشارکت مستقیم نمی تواند گفت غیر نظامیان غزه در حملات مشارکت مستقیم داشته اند به ویژه جمعیت قابل ملاحظه ی کشته شدگان که شامل کودکان و زنان است. دولت اسرائیل قبل از حملات هوایی خود از ساکنین غزه می

۱- ICRC Commentary on Interpretive Guidance on the notion of participation in hostilities under International Humanitarian Direct participation Adopted by The Assembly of the International Committee of the Red Cross, op.cit.30-58.

۲- سیاه پوش، علی اکبر "مفهوم شرکت مستقیم غیر مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه" پیشین، صفحه ۱۴۰-۱۵۷.

۳- همان، صص ۱۵۷-۱۶۹.

خواست تا مناطق را تخلیه کنند و اعلام نموده است که اگر افراد اقدام به تخلیه نکنند غیر نظامی تلقی نمی شوند بلکه همدست حماس محسوب می شوند و هدف حملات نظامی قرار می گیرند. در صورتی که صرف عدم تخلیه امکان نمی توان ۳ مؤلفه ی مشارکت مستقیم را برای غیر نظامیان تعریف نمود و آن هارا هدف نظامی دانست.

## ۲-۲- اصل تناسب حملات نظامی

اصل تناسب<sup>۱</sup> در مخاصمات مسلحانه بدین معنی است که خسارات اتفاقی و جنبی ناشی از یک حمله نسبت به جمعیت یا اهداف غیر نظامی نباید فراتر از مزیت نظامی مستقیم مورد انتظار از آن حمله باشد.<sup>۲</sup> شایان ذکر است پروتکل دوم ۱۹۷۷ کنوانسیون چهارگانه ژنو در رابطه با این اصل هیچ اشاره ای نداشته است. برای بیان اصل تناسب در حملات متخاصمین ابتدا بایستی اصل ضرورت در حملات را مورد توجه قرار داد. ضرورت نظامی اقتضاء می کند که طرفین مخاصمه آنچه را که از لحاظ نظامی ضرورت دارد انجام دهند و به میزان تقارن میان روش ها ابزار استفاده شده از یک طرف و اهداف و آثار آن بر انسان ها و محیط زیست از طرف دیگر باتوجه به شرایط غالب و قابل پیش بینی عمل نمایند. اصل تناسب سازش میان امتیازات عملی ناشی از حمله با ضرورت های نظامی است که طرفین مخاصمه باید در نظر بگیرند<sup>۳</sup> امتیازات عملی از حمله همان امتیازات اساسی و قابل تحصیل است. برای رسیدن به آن امتیازات عواملی همچون اهمیت نظامی هدف مورد حمله، پراکندگی جمعیت غیر نظامی و نوع سلاح های مورد استفاده باید مدنظر قرار گیرد. با این وجود به نظر می رسد ماده ۱۳ پروتکل الحاقی دوم برای بیان تفکیک نظامیان از غیر نظامیان تا حدودی هم بنا به اصل تناسب صحبت نموده است اما به روشنی به عنوان یک اصل اساسی به آن نپرداخته است. زیرا همان گونه که بیان شد اصل تناسب نقطه تلاقی دو اصل تفکیک و اصل ضرورت نظامی است. لیکن کمیته بین المللی صلیب سرخ معتقد است که باتوجه به رویه عملکرد دولت ها در این زمینه امروزه ضرورت نظامی نسبت به مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی ماهیتی عرفی پیدا کرده است.

به نظر برخی از حقوق دانان هم اصل تناسب جزء ذات و ماهیت اصل انسانیت است که رعایت این اصل در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی ضروری است. کما اینکه این اصل صراحتاً در مقدمه پروتکل دوم ۱۹۷۷ مورد اشاره قرار گرفته و بنابراین ممنوعیت

۱- The principle of proportionality.

۲- ولی... نوری، سیدقاسم زمانی، اعمال اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال نوزدهم، شماره ۶، ۱۳۹۷. ص ۵۸.

۳- ممتاز جمشید، شایگان، فریده حقوق بین الملل بشر دوستانه در برابر چالش های مخاصمات مسلحانه عصرخام چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوق شهر دانش، ۱۳۹۳، صفحه ۹۲.

حملائی که اصل تناسب در آن ها رعایت نشده را می توان به طور ضمنی از مفهوم کلی حمایت از غیرنظامیان در پروتکل دوم استنباط نمود.<sup>۱</sup> باتوجه به ذکر مطالب در رابطه با اصل تناسب<sup>۲</sup> و اجرای آن در مخاصمات مسلحانه داخلی می توان گفت غیر نظامیان غزه یقیناً نه تنها اهداف قانونی نیستند، بلکه طبق اصل تناسب به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بین الملل بشر دوستانه باید مورد حمایت و حفاظت قرار گیرند. با این تفسیر که بنا به اصل تناسب به هدف یا اهداف نظامی که به طور قابل پیش بینی می تواند باعث تلفات غیر نظامی گردد نسبت به مزیت پیش بینی شده از انهدام هدف، بیش از حد نامتناسب باشد ممنوع است. لذا در مورد غزه این قاعده مستلزم آن است که قبل از شروع حمله، ارتش اسرائیل به تجزیه و تحلیل و تعیین تاثیر احتمالی به غیر نظامیان پردازد. اگر چنین حملائی باعث تلفات غیر نظامی بصورت نامتناسب شود، بایستی آن حمله تعلیق یا لغو گردد.<sup>۳</sup> با عنایت به تراکم شهری غزه، اجتناب از تلفات قابل توجه غیرنظامیان حتی با استفاده از سلاح های دقیق برای نیروهای مسلح اسرائیل بسیار پیچیده و دشوار است. گرچه سران ظالم اسرائیل علاوه بر حملات هوایی و کشتن و تخریب اهداف غیر نظامی دستور به محاصره کامل غزه داده اند و از ورود غذا، آب، دارو و سوخت جلوگیری نموده اند. این اقدامات به طور مستقیم به غیر نظامیان تاثیر گذاشته و به طور قابل پیش بینی و مسلم منجر به گرسنگی و قحطی آنان می شود.<sup>۴</sup>

## ۲-۳- اصل احتیاط جهت به حداقل رساندن تلفات و خسارات غیر نظامیان

اصل احتیاط به این معنی است که، برای حمایت از جمعیت غیر نظامی و اشیاء غیر نظامی مراقبت همیشگی توسط تمامی آن هایی که در برنامه ریزی و اجرای حملات نظامی شرکت دارند انجام گردد. به عبارت دیگر این اصل بیان می کند که احتیاط های لازم برای انطباق با اصول تفکیک و تناسب باید انجام شود.<sup>۵</sup> اصل احتیاط در منابع و اسناد بین المللی به کرات مورد تاثیر قرار گرفته است. ماده ۲ و ۳ کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه رعایت لزوم اتخاذ و اقدامات احتیاطی در حمله مورد توجه

۱- ماده ۱۳ پروتکل الحاقی دوم به کنوانسیون چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ بیان می نماید (نه جمعیت غیر نظامی و نه افراد غیر نظامی نباید هدف حمله واقع شوند. اعمال و تهدیدات خشونت آمیزی که منظور اصلی از آن اشاعه ترس و وحشت بین نظامیان است ممنوع است).

۲- نوری، ولی...، زمانی، سید قاسم "اعمال اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی" صفحه ۲۰.

۳- بیژن، نیری، علیرضا متولی، نقض حقوق بشر دوستانه در جنگ سی و سه روزه بر مبنای مقررات بین الملل مطالعات روابط بین الملل ۱۳۹۰ دوره ۴ شماره ۱۵.

۴- <https://basirat.ir/fa/new> & <http://wowwpajoohe.com>.

۵- International committee of the Red Cross. <https://blogs.icrc.org>.

قرار داده است.<sup>۱</sup> ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول<sup>۲</sup> و ماده ۳ و ۴ پروتکل الحاقی به کنوانسیون سلاح های متعارف و همچنین قطعنامه ۲۴۴۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۰ در خصوص اصول اساسی حمایت از جمعیت های غیر نظامی در زمان جنگ مقرر می دارد: در اجرای عملیات نظامی باید باید تمام احتیاطهای لازم به کار بسته شود تا از ورود هر گونه آسیب و صدمه جانی و مالی به جمعیت های غیر نظامی اجتناب گردد.<sup>۳</sup> در منابع حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی صحبتی از اصل احتیاط و چگونگی اجرای آن در مخاصمات داخلی نیامده است اما این فقد قانونی دلیل بر عدم رعایت آن نمی باشد. زیرا ماهیت این منابع در رابطه با حمایت از جمعیت غیر نظامی و رفتار متخاصمان است و عدم تصریح اصل احتیاط به معنی تجویز رفتاری برخلاف ماهیت قواعد قابل پذیرش نمی باشد این امر منطبق با شرط مارتنس طرح شده در کنفرانس صلح لاهه در مقدمه کنوانسیون ۱۸۹۹ لاهه است. مطابق شرط مارتنس «تا زمانی که قواعد کامل تری در مورد مخاصمات مسلحانه شکل نگیرد طرفین متعاهد موافقت می نمایند که در نبود قواعدی که توسط آن ها تنظیم و تصویب شده باشد مردم و متخاصمان تحت حمایت و حاکمیت اصول حقوق بین الملل قرار می گیرند چرا که آن ها نشأت گرفته از رویه های مستقر میان ملل متمدن، قواعد انسانی و الزامات وجدان عمومی است.»<sup>۴</sup> حملات رژیم اشغالگر به غزه بدون در نظر گرفتن اقدامات پیشگیرانه معقول برای به حداقل رساندن تلفات و خسارات غیر نظامیان انجام شده است حتی می توان گفت این حملات با تخلف عمدی از اصول حاکم بر مخاصمات داخلی و حقوق بشردوستانه فقط جهت پیشبرد اهداف سیاسی و نظامی به شکل فزاینده ای حقوق غیر نظامیان را پایمال نموده است. گویا که جنگ اسرائیل نه فقط علیه حماس بلکه علیه غیرنظامیان فلسطینی است. کمبود مواد غذایی، دارویی توام با حملات هوایی نتیجه ای به غیر از کشتار و قحطی در نوار غزه نداشته است. سازمان جهانی بهداشت در گزارشی اعلام کرد که از ۷ اکتبر ۲۰۲۳ تا کنون ۴۲۷ حمله از طرف رژیم صهیونیست اسرائیل بر مراکز بهداشتی و درمانی در کرانه باختری و نوار غزه ثبت شده است بر اساس این گزارش ۲۰۳ مورد این

۱- محمد مسعود نیا، حمایت از غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه در فقه و حقوق کیفری بین الملل، فصلنامه فقه جزای تطبیقی، دوره دوم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۱ ص ۱۲۰ و ۱۲۱.

۲- ماده ۵۷ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو مقر می دارد: ( در رابطه با حملات، موارد احتیاطی ذیل باید رعایت شوند: الف) همه کسانی که که طرح و مقصد حمله را دارند باید هر اقدام ممکن را برای تأیید اینکه اهداف نظرشان شامل موارد ذیل نمی باشد انجام دهند: غیر نظامیان یا اهداف غیر نظامی در معنای پاراگراف ۲ ماده ۵۲ و اینکه به موجب مقررات این پروتکل، حمله به آن ها ممنوع نشده باشد.

۳- دادگاه قانون اساسی کلمبیا در پرونده ای در مورد تطبیق قوانین کلمبیا در زمان اجرا با پروتکل الحاقی دوم ۱۹۷۷ میلادی به ژنوانسیون های چهارگانه ژنو ه در استدلالی چنین بیان می کند که شرط مارتنس حاکی از آن است که پروتکل دوم الحاقی را نباید بخرا تفسیر کرد بلکه باید در هر زمان و در چارچوب کل مجموعه حقوق بشر دوستانه دیده شود.

۴- وجدان عمومی به معنای ارزش های مشترک میان همه انسان ها و ترقی در منابع مشترک جهانی است.

حملات به مراکز درمانی نوار غزه انجام شده است.<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

پیش از ورود به آن چه که دنیا از هفتم اکتبر شاهد آن است باید گریزی به وضعیت پیش از جنگ غزه بزنیم. همانطور که افراد مختلف از جمله دبیرکل سازمان ملل متحد بارها متذکر شده، آنچه در غزه در حال وقوع است، به ریشه ها باز می گردد. نمی توان به صورت مستقل و بدون توجه به ریشه ها، تحولات هفتم اکتبر را از جنبه حقوق بین الملل مورد تحلیل قرار داد. در حال حاضر جنگ خانمان سوز رژیم صهیونیست اسرائیل با ارتکاب جنایات جنگی یا نقض فاحش و گسترده مقررات حقوق بین الملل بشر دوستانه علیه غیر نظامیان غزه بدون رعایت مقررات حقوق جنگ و اصول بنیادین آن هزاران غیر نظامی، کودک و زنان را کشته و آواره نموده است و جامعه جهانی نتوانسته جلوی آن را بگیرد و تنها نظاره گر جنایات جنگی وسیع است.

اصل تفکیک یکی از اصول بنیادین حقوق بشردوستانه که به موجب آن هر طرفی که حمله می کند، باید بدون هیچ استثناء و قیدی حملاتش را صرفاً متوجه اهداف نظامی کند و اهداف غیر نظامی مصون از حملات می باشند. اصل دیگر اصل تناسب در حقوق بین الملل بشر دوستانه است که اذعان دارد حتی حمله به اهداف مشروع نظامی باید با در نظر گرفتن تلفات تصادفی و اتفاقی علیه غیر نظامیان باشد. به عبارت دیگر گرچه بنا به اصل تفکیک، حمله به اهداف نظامی قابل قبول است اما این بدان معنی نیست در هر شرایطی می شود به اهداف نظامی حمله کرد؛ بلکه در هر حمله باید محاسبه میان مزیت قطعی ناشی از آن حمله در مقایسه با تلفات تصادفی یا احتمالی غیر نظامیان و اموال غیر نظامی مد نظر قرار بگیرد و هر جایی این احتمال وجود داشته باشد که تلفات غیر نظامیان از حد عبور کند، عملاً اصل تناسب آن حمله را منع می کند و مجاز نمی شمارد. تلفات بسیار گسترده جمعیت غیر نظامی در غزه عملاً به موجب اصل تناسب، نقض حقوق بشر دوستانه محسوب می شود. این بدان معناست که جنایات جنگی نه الزاماً فقط به خاطر نقض اصل تفکیک از حملات مستمر به مدارس، خانه ها، مساجد یا در حمله به بیمارستان ها و آمبولانس ها اتفاق افتاده بلکه در حمله به اهداف نظامی به این دلیل که اصل تناسب مد نظر قرار نگرفته، عملاً جنایات جنگی اتفاقی افتاده است. در خصوص حقوق بشردوستانه باید به این نکته اشاره شود که برخی از افراد و برخی از اماکن جدای از اینکه به عنوان اشخاص و اموال غیر نظامی مورد حمایت هستند، به دلیل اهمیت شان مورد حمایت خاص تر هم قرار می گیرند و در مورد تلفات آنها سخت گیری بیشتری مدنظر است. بنابراین جدای از اینکه ما شاهد ارتکاب جنایات جنگی در

۱- Mehrnews.com/news/5953965.



خصوص حمله به افراد و اموال غیر نظامی هستیم، در خصوص اشخاص و اموال مورد حمایت خاص هم جنایات جنگی اتفاق افتاده است. از جمله اشخاص مورد حمایت می توان به کودکان، پزشکان، پرستاران و پرسنل بشر دوستانه و از جمله اموال مورد حمایت خاص می توان به بیمارستان ها، پناهگاه ها، آمبولانس ها و مدارس و همچنین ساختمان های سازمان ملل متحد و سایر سازمان های امداد رسانی اشاره کرد. در چنین شرایط نابسامان، عدم اقدامات موثر کشورهای مدعی حقوق بشر و نهادها و سازمانهای بین المللی بویژه سازمان ملل متحد با سازوکار فراملی و ابزارهای تصمیم گیری و اقدامات قهری جهت خاتمه به جنایات فجیح غیر انسانی اسرائیل تردید بسیار بر ناکامی قواعد حقوق بین الملل را تشدید می کند.

۱. بیک زاده، ابراهیم، دیباچه در «مفهوم مشارکت مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه» شهر دانش، ۱۳۹۴.
۲. خلاصه کنوانسیون های ژنو مصوبه ۱۲ آگوست ۱۹۴۹ و پروتکل های الحاقی، کمیته بین المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۲.
۳. دهقانی، حمید رضا، قطعه نامه تو منبای راه حل در دولت و ملاکی برای راه حل همه پرسی سیاست خارجی، دوره ۲۳، شماره ۴، اسفند ۱۳۸۸.
۴. دلخوش، علیرضا، «حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی : تفاوت ها و اشتراکات»، فصلنامه سیاست خارجی، شماره ۴ زمستان ۱۳۸۷.
۵. زمانی، سید قاسم، ساعده نادر، «حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه» انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵- رضوی فرد، بهزاد، «جنگ ۲۲ روزه غزه در آینه حقوق بین الملل با نگاهی به گزارش گلدستون» مجله حقوقی بین المللی، دوره ۲۷ و شماره ۴۳. ۱۳۸۹.
۶. سیاه پوش علی اکبر، «مفهوم شرکت مستقیم غیر مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه»، شهر دانش ۱۳۹۴.
۷. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، حقوق جنگ، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی ۱۳۸۰.
۸. مالکی، محمد «حماس جنبش» در دانشنامه جهان اسلام جلد ۱۴، تهران، بنیاد دایره المعارف اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۹. مسعودی نیا، محمد، «حمایت از غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه در فقر و حقوق کیفری بین الملل»، فصلنامه فقه جزای تطبیقی، شماره ۳ دوره ۲، سال ۱۴۰۱.
۱۰. ممتاز، جمشید، امیرحسین رنجبریان، «حقوق بین الملل بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی»، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۱۱. ممتاز جمشید، شایگان، فریده، «حقوق بین الملل بشر دوستانه در برابر چالش های مخاصمات مسلحانه». عصرخام چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوق شهر دانش، ۱۳۹۳.
۱۲. نوری، ولی... و سیدقاسم زمانی، «اعمال اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی، سال نوزدهم، شماره ۶، ۱۳۹۷.

۱۳. نیروی، بیژن و علیرضا متولی، «نقض حقوق بشر دوستانه در جنگ سی و سه روزه بر مبنای مقررات بین‌الملل». مطالعات روابط بین‌الملل، دوره ۴ شماره ۱۵، ۱۳۹۵.

14. UN General Assembly Resolution 181 in 1947.
15. Declaration of Establishment of state of Israel: 14 may 1948
16. <https://fa.m.wikipedia.org>.
17. <https://www.irna.ir>, [Tabnak.ir](http://Tabnak.ir).
18. <https://:parsi.euronews.com>.
19. <https://donya-e-eqtesad.com>.
20. international committee of the Red Cross <https://blogs.icrc.org>.
21. Geneva Convention (IV) on civilians, 1949.
22. ICRC, Commentary on the Additional Protocols of June 1977 the Geneva Conventions of 12 August 1949 (ICRC commentary on Additional protocols. 1340.
23. Geneva Conventions Second Additional Protocol to the 1949 Geneva, Paragraph 1, Article 50.
- ۹۱ 24. ICRC Commentary on Interpretive Guidance on the notion of participation in hostilities under International Humanitarian Direct participation Adopted by The Assembly of the international Committee of the Red Cross on 26 February 2009.
25. International Review of the Red cross, Volume 90 number 872 December 2008, p.1003. also available online at: <http://www.idrd.org/assets/Files/other/idrc.org/end/Pdf>.



## **The position of human rights in the foreign policy of the United States of America (with an emphasis on the Palestinian issue)**

Khosro vafaei Saadi, Sahar akhond feiyz

Date Received : 24 February 2024

Date Accepted : 02 March 2024

### **abstract :**

In the following three speeches, the present article has discussed the foreign policy of the United States in the 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> centuries, and in the course of multipolar, bipolar and unipolar international systems, and the place of legal principles in general, and human rights in particular have been examined in these policies. Based on what will come in the upcoming speeches, during the years between the first and second world wars, America paid special attention to the legal principles governing international relations, and political values such as democracy and freedom in relations between but during the Second World War and after that until today, political ideals and values such as international law, human rights, democracy, and freedom, as instrumental matters, were under Al-Sha'a has placed national power and national interests.

Human rights have not only been exploited as a tool of foreign policy against the powerful rival of the 20<sup>th</sup> century, namely the Soviet Union and the Eastern Bloc, but also in the third world and the Islamic world. However, this approach A tool for Israel-Arab or Israel-Palestine relations has been specifically and unprecedentedly ruled. In the Israeli-Palestinian confrontation, especially in the Israeli war against Gaza, maximum disregard for legal standards and human rights has happened. So that America has taken Israel's life in the face of the «war crime» and «genocide» going on in Palestine, and Israel has received the full support of America.

**Keywords:** Human rights, humanitarian rights, war crimes, genocide, Al-Aqsa storm.



## جایگاه حقوق بشر در سیاست خارجی ایالات متحده آمریکا (با تأکید بر مسئله فلسطین)

خسرو وفائی سعدی<sup>۱</sup> - سحر آخوند فیض<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۵

### چکیده:

در این مقاله سیاست خارجی آمریکا در قرن بیستم و بیست و یکم و در جریان نظام‌های بین‌الملل چند قطبی، دوقطبی و تک‌قطبی مطالعه و جایگاه اصول حقوقی به‌طور کلی و حقوق بشر به‌طور خاص در این سیاستها بررسی شده است. بر اساس آنچه در مقاله پیشرو خواهد آمد؛ آمریکا طی سالهای بین دو جنگ جهانی اول و دوم توجه ویژه‌ای به اصول حقوقی ناظر بر روابط بین‌الملل و ارزشهای سیاسی همچون دموکراسی و آزادی در روابط بین‌الملل داشته، اما در جریان جنگ جهانی دوم و پس از آن تا به امروز آرمانها و ارزشهای سیاسی، همچون حقوق بین‌الملل، حقوق بشر، دموکراسی و آزادی را به‌عنوان اموری ابزاری و تحت الشعاع قدرت ملی و منافع ملی قرار داده است. حقوق بشر نه تنها در مقابل رقیب قدرتمند قرن بیستم یعنی شوروی و بلوک شرق به‌عنوان ابزار سیاست خارجی مورد بهره‌برداری ابزاری قرار گرفته، بلکه در جهان سوم و جهان اسلام نیز همین جایگاه را داشته است. با این حال، رویکرد ابزاری نسبت به روابط اسرائیل - اعراب یا اسرائیل - فلسطین، به‌طور خاص و بی‌سابقه‌ای حاکمیت یافته است. در مواجهه اسرائیل - فلسطین، به‌ویژه در جنگ اسرائیل علیه غزه، حداکثر بی‌اعتنائی به موازین حقوقی و حقوق بشری اتفاق افتاده است. به طوری که آمریکا در مقابل «جنایت جنگی» و «نسل‌کشی» جاری در فلسطین، سکوت کرده و حتی اسرائیل از حمایت همه‌جانبه آمریکا برخوردار شده است.

**واژگان کلیدی:** حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، جنایت جنگی، نسل‌کشی، طوفان الاقصی.

۱- استاد یار گروه علوم سیاسی و عضو هیئت علمی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی رفسنجان، ایران

۲- دانشجوی دکتری روابط بین‌الملل، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی رفسنجان، ایران.

مطالعه رفتار ایالات متحده آمریکا، به عنوان دولتی که پس از جنگ جهانی اول طرفدار آرمانها و ارزشهای سیاسی همچون حقوق و دموکراسی شهرت یافته بود و در تأسیس دو نهاد جهانی یعنی «جامعه ملل» و «سازمان ملل متحد» نقش تضمین کننده داشته است همواره از اهمیت زیادی برخوردار بوده است. از آن مهمتر، تحولات رفتاری آمریکا در دوران پس از آن مقطع تاریخی است که ضرورت مطالعه این عملکرد در سیاست خارجی آمریکا را دو چندان میسازد.

در واقع، ایالات متحده آمریکا در سیاست خارجی، سیر یکنواختی در حمایت یا دفاع از اصول حقوقی ناظر بر روابط بین الملل نداشته است، و همین امر شناخت کامل و جامع نسبت به این تغییرات را که لازمه شناخت عملکرد این دولت در سیاست خارجی و روابط بین الملل است، ضروری و پراهمیت میسازد.

فرضیه این نوشتار بر این ادعا تأکید دارد که: «به نظر میرسد ایالات متحده به تدریج و در طول یک قرن گذشته، در سیاست خارجی خود، اصول حقوقی ناظر بر روابط بین الملل را تحت الشعاع دو عنصر دیگر سیاست خارجی، یعنی قدرت ملی و منافع ملی قرار داده است».

از این منظر، آمریکا جایگاه اولیه در پیدایش، بسط، اعتبار و ارزش انگاری مبانی حقوقی در روابط بین الملل را از دست داده است.

هدف این نوشتار، فراتر از شناخت سیاست خارجی آمریکا در قبال مسئله اسرائیل- فلسطین است و در واقع هدف کلان این مباحث، نشان دادن جایگاه حقوق در روابط بین الملل است که به نظر میرسد، قدرتهای بزرگ، به علت جایگاه و نقش قدرت و منافع ملی آن را تحت الشعاع قرار داده و خواهند داد.

## ۱ - تمهیدات نظری

شناخت سیاست خارجی هر دولتی نیازمند شناخت تئوریهای پشتیبان این سیاستها است. ادراک درست از سیاست خارجی آمریکا نیازمند فهم تئوریهای مورد استفاده سیاستمداران این دولت در عرصه روابط بین الملل است. اگرچه تعداد تئوریهای روابط بین الملل متنوع است اما سه تئوری که در سیاست خارجی آمریکا به ویژه از قرن بیستم به بعد دارای نقش و تأثیر بوده اند، به طور مختصر مورد بحث قرار میگیرد:

واقع گرائی از مهمترین تئوریهای روابط بین الملل است به طوری که برخی آن را نظریه غالب در مطالعات روابط بین الملل از آغاز تا کنون برشمرده اند و معتقدند، این نظریه توضیح دهنده درجه اول روابط بین دولتها در سطح بین الملل بوده و خواهد بود.<sup>۲</sup>

واقع گرائی در روابط بین الملل دارای ویژگیها و مفروضات خاصی است که مهمترین آنها و نقطه کانونی آن دو مفهوم «قدرت»، «دولت» است. از نظر واقعگرایان مولفه های اصلی روابط بین الملل «قدرت» است، به طوری که بدون این مفهوم نمیتوان تصویری از روابط بین دولتها داشت. در واقع «بهترین راه شناخت روابط بین الملل تمرکز بر توزیع قدرت در میان دولتها است.» به رغم برابری حقوقی دولتها با هم، توزیع نابرابر قدرت بدین معنی است که حوزه روابط بین الملل، شکلی از «سیاست قدرت» است.<sup>۳</sup>

البته واقع گرایان یکی از دشواریهای واقع گرائی را اندازه گیری واقعیت قدرت میدانند و بر این باور هستند که: «اندازه گیری قدرت دشوار است زیرا توزیع آن در میان دولتها در گذر زمان، تغییر میکند و در این باره که قدرت چگونه باید توزیع شود در میان دولتها هیچگونه اتفاق نظری وجود ندارد. در واقع مفاهیم دوگانه «قدرت» و «تغییر»، اندیشمندان روابط بین الملل را به سمت مفهوم سومی تحت نام «موازنه قدرت» سوق داده است. وقتی واقع گرایان درباره تغییر در نظام بین الملل به تعمق میپردازند نگاه خود را به تغییرات پدید آمده در «توازن قدرت» میان دولتها می دوزند. مفهوم دیگری که ذهن اندیشمندان واقع گرا را مشغول کرده است، مفهوم «آنارشسیسم» است. از نظر آنها، مناسبات میان دولتها در نبود حکومتی جهانی شکل می گیرد و این به معنای اقتدارگریزی نظام بین الملل و بازیگران آن است.<sup>۴</sup>

در همین رابطه سوالات اساسی در بین اندیشمندان واقعگرا این است که:

۱- سرچشمه های اصلی ثبات و بی ثباتی در نظام بین الملل چیست؟

۲- توازن قدرت بالفعل و مرجح در نظام بین الملل چیست؟

۳- قدرتهای بزرگ در برابر یکدیگر و در قبال دولتهای کوچکتر چگونه رفتار میکنند؟

۴- سرچشمه ها و پویای تغییرات معاصر در توازن قدرت کدام است؟<sup>۵</sup>

۱- Realism

۲- Tim, 14, 1993.

۳- گریفیتس، مارتین و دیگران، ترجمه علیرضا طیب، پنجاه متفکر بزرگ روابط بینالملل، انتشارات نی، تهران: ۱۳۹۳، صص ۱۲۶-۱۲۷.

۴- همان ص ۱۴۶.

۵- همان ص ۲۴.

باید اذعان داشت که پاسخ واقع گرایان به این سوالات یکسان نیست و در بین آنها دیدگاه های متنوعی به وجود آمده است. این دیدگاه ها را در دو دسته بندی کلان میتوان تنظیم و ارائه نمود. در ادامه این دسته بندی ها ذکر می شود.

#### ۱-۱-۱- واقع گرایی کلاسیک<sup>۱</sup>:

اندیشمندان واقع گرایی کلاسیک، تأکید بر مفهوم «قدرت»، «دولت» و «آنارشیزم» دارند. به لحاظ هستی شناسی میتوان ادعا کرد که واقع گرایی کلاسیک، «کارگزار» گرا هستند، به این معنا که دولت را متغیر اصلی قدرت و تحولات آن به شمار میآورند. در واقع این گروه از واقع گرایان، برخلاف واقع گرایان ساختارگرا که نظام بین الملل متغیر اصلی قدرت و تحولات آن به شمار میآورند، معتقدند، دولت تعیین کننده تغییرات و تحولات «قدرت» در سطح بین الملل میباشد.

مهمترین اندیشمندان واقعگرایی کلاسیک عبارتند از ریمون آرون<sup>۲</sup>، ادوارد هالتکار<sup>۳</sup>، رابرت گیلپین<sup>۴</sup>، جان هرتس<sup>۵</sup>، ساموئل هانتینگتون<sup>۶</sup>، جورج کنان<sup>۷</sup> و هانس مورگنتا<sup>۸</sup>.

#### ۱-۱-۲- نو واقع گرایی<sup>۹</sup>

واقع گرایان جدید یا واقع گرایان ساختاری، به رغم مشترکات قابل توجه با واقع گرایان کلاسیک در حوزه موضوعاتی مانند مرکزیت «قدرت» و «آنارشیزم» در روابط بین الملل، تفاوتی نیز با آنها دارند که مهمترین این تفاوتها مربوط به حوزه «هستی شناسی» است. نو واقعگرایان تمرکز خود را بر «ساختار» یا نظام بین الملل قرار دادهاند. در واقع مهمترین متغیر و مولفه قدرت، ساختار بین الملل است که منبع اصلی تغییر و تحولات در حوزه قدرت و «موازنه قدرت» به حساب میآید.

کنت والتس از مهمترین نظریه پردازان نو واقعگرایی، در نقد خود نسبت به واقع گرایی کلاسیک، بر این باور است که تحلیل واقعگرایان کلاسیک از تحولات بین الملل، «تقلیل گرایانه» است.

۱- Realism classical

۲- Raymon Aron

۳- E. H. Carr

۴- Robert Gilpin

۵- john,herz

۶- Samuel P. Huntington

۷- George Kennan

۸- Hans Morgenthau

۹- New Realism



کنت والتس در اثر مشهور خود، «نظریه سیاست بین الملل» این ادعا را مطرح میکند که اگرچه بدون شناخت مقدماتی از سرشت انسان، و جایگاه قدرت و «دولت» نمیتوان سخن از شناخت روابط بین الملل به میان آورد، اما شناخت روابط بین الملل، علاوه بر این دو عامل، نیازمند عامل سوم است که همان ساختار نظام بین الملل است، و در حقیقت، بدون توجه به ساختار نظام بین الملل، شناخت روابط بین الملل، امری ناممکن است.

وی شناخت بین الملل را در پرتو این سه عامل اینگونه مورد تأکید قرار میدهد که: «این سطوح یا تصاویر عبارت بودند از سرشت بشر، نظامهای اقتصادی و سیاسی داخلی دولتها، و محیط اقتدار گریزی که در تمامی آنها دولتها بدون وجود قدرت فائده ای که به شکلی آمرانه در اختلافات میان آنها داوری کند، در کنار هم به سر میبرند»<sup>۱</sup>.

والتس مدعی بود که بایستی نسبت به تعامل میان این تصاویر سه گانه واقف باشیم و درباره اهمیت هیچ یک از آنها مبالغه نکنیم. البته وی تمرکز زیادی بر تصویر سوم، یعنی ساختار نظام بین الملل داشته و میگوید: «تصویر سوم، چارچوب سیاست جهان را توصیف میکند ولی بدون تصویرهای اول و دوم، نمیتوان شناختی از نیروهائی داشت که سیاستها را رقم میزنند»<sup>۲</sup>.

در واقع، نوع و ماهیت نظام بین الملل، یعنی تک قطبی، دو یا چند قطبی بودن آن، معیار بسیار مهمی است که در پرتو آن، تحلیل روابط بین الملل دولتها به دست میآید. استفان والت و جان مرشایمر از دیگر نظریه پردازان نوواقع گرایی هستند

استفان والت در خصوص سیاست خارجی ایالات متحده، دیدگاه خاصی دارد مبنی بر اینکه آمریکا بایستی در برتری و رهبری جهان نقش تعیین کننده داشته باشد. به نظر او برتری، ریشه اصلی نفوذ بین المللی آمریکا و ضامن اصلی و نهائی امنیت آمریکاست. هرچند که والت خواستار اشکال متعدد محدودیت در استفاده از قدرت آمریکا در عرصه بین الملل و سیاست خارجی نیز هست.<sup>۳</sup>

## ۱-۲- لیبرالیسم<sup>۴</sup>

یکی از معروفترین تئوریهای روابط بین الملل که معمولاً در تقابل واقع گرائی قرار میگیرد، تئوری لیبرالیسم است. در واقع این دو تئوری، بیشترین نقش را در سیاست خارجی دولتهای غربی و از جمله ایالات متحده آمریکا دارند. در واقع، این دو دسته از تئوریها، یعنی رئالیسم و لیبرالیسم، الهام بخش سیاست خارجی برای عمده دولتها در جهان

۱- گریفیتس، مارتین و دیگران، ترجمه علیرضا طیب، پنجاه متفکر بزرگ روابط بین الملل، انتشارات نی، تهران: ۱۳۹۳، ص ۲۷.  
۲- همان ۹۸.

۳- Walt 200, 1.

۴- Liberalism

سیاست است. در سیاست خارجی ایالات متحده آمریکا نیز، جمهوریخواهان تحت تأثیر تئوری رئالیسم و دموکراتها تأثیرپذیر از تئوری لیبرالیسم هستند.

لیبرالها برخلاف واقعگرایان، تمرکز خود را بر متغیرهای شناخته شده ای همچون اقتصاد، توسعه، تعامل و درهای باز بین دولتها قرار میدهند.

برخلاف واقع گرایان، لیبرالها بر این باورند که با همه دشواریهایی که وجود دارد، ترویج ثبات در میان دولتهای برخوردار از حاکمیت، امکان پذیر است. بین متفکران بزرگی که در این بخش بدانها پرداخته ایم از حیث تأکید بر اولویت قائل شدن برای همکاری و ساماندهی حقوقی بین المللی، مسائل امنیتی و اقتصادی اختلاف هم وجود دارد. کارل دویچ اصطلاح «هم بود امنیتی» را برای توصیف چارچوب مناسبات میان دولتهای مناطق خاص مطرح کرده است. کئین معروفترین نظریه پرداز نولیبرالیست است که بر مطلوبیت عقلانی دولتها، یا این که چرا دولتها برای پیشینه ساختن منافعشان میکوشند و خواص کارکردی همکاری دولتها تأکید دارد.<sup>۱</sup>

اندیشمندانی همچون کارل دویچ، مایکل دویل، فرانسیس فوکایاما، ارنست هاس، استنلی هافمن، و ریچارد روزکرانس، جزو برجسته ترین تئوری پردازان لیبرال میباشند.

### ۱-۳- آرمان گرایی

تئوری آرمان گرایی در روابط بین الملل، با تمرکز بر مفاهیم اخلاقی و حقوقی، و ارزشهای عقلانی روابط بین الملل را مورد تجزیه و تحلیل قرار میدهد. در واقع از نظریه آلیستها، نظریه سیاسی بین المللی، نظریه ای هنجاری است که روی اخلاق بین المللی و مشکلات سیاسی بین المللی تکیه و تمرکز دارد.<sup>۲</sup>

از جمله معروفترین نظریه پردازان آرمان گرا میتوان به چارلز بیتس اشاره کرد. وی در کتاب «نظریه سیاسی بین المللی» نگاه خود را روی برخی مضمون های مطالعاتی از جمله عدالت، توزیع جهان منابع، احترام برابر، جنگ عادلانه، حقوق بشر، آزادی سیاسی، صلح و مسئولیتی سیاسی دولتها متمرکز میسازد.<sup>۳</sup>

همچنین آرمان گرایان با تکیه بر تأثیر عقلانیت در رفتارهای بشر، معتقدند دیپلماسی و گفتگو، و حقوق بین الملل، نقش تعیین کننده ای در روابط بین الملل، به ویژه در ایجاد

۱- گریفیتس، مارتین و دیگران، ترجمه علیرضا طبیب، پنجاه متفکر بزرگ روابط بینالملل، انتشارات نی، تهران: ۱۳۹۳. ص ۱۰۵

۲- Idealism

۳- همان ۴۵۳.

۴- همان ۴۵۳.

صلح، ثبات، امنیت و دوری از جنگ و بیثباتی و ناامنی دارد.

به طور کلی، هدف از تأسیس «جامعه ملل»، و سپس «سازمان ملل»، در قرن بیستم، تلاش برای صلح و امنیت، از طریق مذاکره، دیپلماسی و حقوق بین الملل است. در حقیقت، این نهادهای بین المللی محصول تفکر آرمانگرایان در روابط بین الملل هستند.

«پژوهشگران دوره های اولیه رشته بین المللی در سالهای میان دو جنگ جهانی، بر جایگزینی «نظام امنیت جمعی» به جای «موازنه قدرت» متمرکز بودند، این پژوهشگران بعدها به «آرمانگرا» معروف شدند.<sup>۱</sup>

چارلز بتیس، دیوید هلد، تری ناردین، جانرالز و مایکل والزر از برجسته ترین تئوری پردازان «آرمانگرا» در روابط بین الملل به حساب میآیند.

## ۲- سیاست خارجی آمریکا در تئوری و عمل

### ۲-۱- سیاست خارجی آرمان گرا: بحرانسازی در سیاست بینالملل

با عبور از جنگ جهانی اول و خسارتها و ویرانی های بی سابقه آن، سیاستمداران آمریکائی که جایگاه ویژه ای در سیاست بین الملل پیدا کرده بودند، و به سبب اعتباری که دولت آنها در کنار دیگر دولتهای پیروز در جنگ کسب کرده بودند، به دنبال تحقق خواسته جهانی یعنی «صلح ابدی» و دور ماندن از جنگ در این سطح و نتایج ویرانگر آن بودند.

وودرو ویلسون، رئیس جمهور وقت ایالات متحده آمریکا، در این رابطه تلاش زیادی داشت و تشکیل «جامعه ملل» از جمله دستاوردهای او و تفکرات آرمانگرایانه نزدیک به او معرفی شده است.

آرمانگرایان به طور عمده تحت تأثیر عقلانیت و نظریه «صلح ابدی» امانوئل کانت فیلسوف برجسته فرانسوی قرن هجدهم قرار داشتند. کانت معتقد بود با تکیه بر عقلانیتی که در سرشت همه انسانها نهفته است، میتوان به «صلح ابدی» دست یافت.

آرمان گرایان، به طور کلی نسبت به سرشت بشر و تأثیرپذیری از عقلانیت، نگاهی خوشبینانه دارند.

وودرو ویلسون<sup>۲</sup>، بیست و هشتمین رئیس جمهور ایالات متحده آمریکا از حزب دموکرات بود که از سال ۱۹۱۳ الی ۱۹۲۱ در این مقام باقی ماند. او که خود دانش آموخته دکتری

۱- Burchill, 7.2005.

۲- Woodrow Wilson

علوم سیاسی و مدتی هم ریاست دانشگاه پرینستون<sup>۱</sup> را در اختیار داشت، حتی در طول جنگ اول، تأکید بر دموکراسی و صلح داشت.

در آستانه جنگ جهانی در سال ۱۹۱۴، ویلسون سیاست بیطرفی اختیار کرد، اما در طول جنگ کنار متفقین قرار گرفت. وی اخلاق و حقوق را وارد سیاست بین الملل کرد. در واقع «ویلسونیسیم» به نوعی تفکر اشاره دارد که به ترویج دموکراسی جهانی فراگیر و تمرکز بر حقوق بین الملل تأکید دارد. ویلسون همچنین به دلیل حمایت از جامعه ملل در سال ۱۹۱۹، جایزه صلح نوبل را دریافت کرد. در واقع مهمترین ابتکار وی ایجاد «جامعه ملل» پس از جنگ جهانی اول بود، اگرچه این پیمان، چندان نتیجه بخش نبود و حتی خود آمریکا نیز به آن نپیوست، اما زیربنای ایجاد سازمان ملل متحده پس از جنگ جهانی دوم گردید.

در واقع، آغاز جنگ جهانی دوم به این معنا بود که «جامعه ملل» در هدف اصلی خود یعنی پیشگیری از جنگ جهانی دوم، شکست خورده است. (Scott, 1943, 78)

حاکمیت آرمانگرایی در سیاست خارجی آمریکا در طول دوران بین دو جنگ جهانی اول و دوم، موضوعی است که مورد انتقاد شدید «واقعگرایان» آمریکائی قرار گرفته است، به طوری که آنها از این دوران، تحت عنوان بستر و زمینه ساز «بحرانهای جهانی» و بروز جنگ جهانی دوم یاد میکنند.

مهمترین اندیشمند واقعگرا که این سیاست را مورد انتقاد قرار داده است، ادوارد هالت کار، نویسنده کتاب «بحران بیست ساله: ۱۹۱۹ - ۱۹۳۹» است. این کتاب پیش از آغاز جنگ جهانی دوم در اروپا نوشته شد و نویسنده انگلیسی آن، سعی داشته است اثبات کند دیدگاه «آرمان گرایی» حاکم بر سیاست خارجی آمریکا و اروپا پس از جنگ جهانی اول و قبل از جنگ جهانی دوم، زمینه ساز و علت اصلی وقوع جنگ جهانی دوم، و در واقع بستر حقیقی بروز «بحران» در سیاست بین الملل بوده است.

هالت کار، تحلیلش را با توصیف خوشبینی موجود در اروپا پس از جنگ جهانی اول آغاز میکند. خوشبینی ای که در میثاق «جامعه ملل» و معاهداتی که به منظور جلوگیری همیشگی از درگیری نظامی نوشته شده مشهود است. او سپس نشان میدهد که چگونه نظریات مربوط به صلح و همکاری میان دولتها، با واقعیات آشوب و عدم امنیت در جامعه بین المللی روبه رو شدند و ضعف خود را نشان دادند.

وی با بررسی جنبه های نظامی، اقتصادی، ایدئولوژیک و حقوقی قدرت، نظریه پردازان آرمانگرا را، که به نیازهای مرتبط با بقا و رقابت بی توجه بودند، آماج انتقادهای شدید

قرار می‌دهد.

«کار در این کتاب به نقد پیگر «اندیشه آرمان جویانه ای» می‌پردازد که به گفته خودش در سالهای میان دو جنگ، بر اندیشه نظری و عمل دیپلماتیک غرب سایه افکنده بود.<sup>۱</sup>

از نظر آرمانگرایان، برای منسوخ ساختن جنگ، به سازمانی بین المللی نیاز بود، تا دولتها خود را پایبند حکومت قانون سازند و در صورت لزوم تنبیه «متجاوزان» از طریق طیفی از تدابیر، از دیپلماسی و مجازاتهای اقتصادی گرفته تا توسل به زور جمعی برای کمک به قربانیان تجاوز، با یکدیگر همکاری کنند. به نظر کار، خوشبینی آرمانگرایان نسبت به «امنیت دسته جمعی» و نیز نهاد «جامعه ملل» که هدف از تشکیل آن، اجرای همین اصل بود، بر این فرض نادرست استوار بود که وضع موجود ارضی و سیاسی مایه خرسندی همه قدرتهای اصلی نظام بین الملل است.<sup>۲</sup>

ظهور هیتلر و فاشیسم، و وقوع جنگ جهانی دوم، به عنوان بزرگترین «بحران» قرن بیستم پس از جنگ جهانی اول، از نظر حالت کار، محصول تفکر آرمانگرایان در روابط بین الملل بود.

## ۲-۲- سیاست خارجی قدرت محور - عبور از بحران:

با وقوع جنگ جهانی دوم، سیاستمداران آمریکائی متوجه توهمات خوشبینانه در طول دوران پس از جنگ جهانی اول شدند و دریافتند که آرمانگرایی تخیلی حاکم بر روابط بینالملل، چه فرصت بینظیری در اختیار فاشیسم و آدولف هیتلر قرار داده است.

طی جنگ جهانی دوم، تئورپردازان رئالیست، با نقد بیرحمانه تئوریه‌ها و تئورپردازان آرمانگرا، تمرکز خود را بر تولید تئوریه‌های «واقعگرایانه» به عنوان نورا فکن سیاست خارجی آمریکا قرار دادند. در واقع، رویکرد سلبی نسبت به آرمانگرایی در روابط بین الملل به حدی شدید بود که میتوان ادعا کرد از زمان وقوع جنگ جهانی تاکنون، نقش چندانی در سیاست خارجی آمریکا نداشته است.

در واقع، از آن زمان تاکنون، پشتوانه سیاست خارجی آمریکا را تئوریه‌های دوگانه رئالیسم و لیبرالیسم تشکیل داده است که دولتها آمریکا را هدایت کرده‌اند. دولتهای جمهوریخواه با تکیه بر رئالیسم در دولتهای دموکرات با تاکید بر لیبرالیسم، استراتژیهای کلان را تدوین و به اجرا گذاشته اند.

از نظر آنها، سیاستهای واقعگرایانه و لیبرال توانسته است جهان و ایالات متحده آمریکا را

۱- گریفیتس، مارتین و دیگران، ترجمه علیرضا طیب، پنجاه متفکر بزرگ روابط بینالملل، انتشارات نی، تهران: ۱۳۹۳، ص ۲۷.

۲- همان ۲۸.

از درگیر شدن در بحرانهای جدید و «جنگ جهانی سوم» رها سازد. عبور از بحران طی این دوران، ناشی از عبور از «آرمان گرایی» و توسل به قدرت و ثروت بوده است، که اولی مورد توجه جمهوریخواهان و دومی مورد نظر دموکراتها بوده است.

در واقع، از زمان جنگ جهانی دوم تاکنون، اندیشه ای به نام «ویلسونیسیم»، جایگاهی در سیاست خارجی آمریکا نداشت است، زیرا سیاستمداران و تئوری پردازان واقع گرا و لیبرال، آن را منشأ و بستر بحران در ابعاد بین المللی دانسته اند و به همین دلیل، آنها توانسته اند از بحرانهای مشابه گذشته عبور نمایند. از نظر آنها، مواجهه با هیتلر و نازیسم، جز از طریق رئالیسم و تکیه بر قدرت و «موازنه قدرت» امکانپذیر نبود. اتحاد غرب با شوروی بر مبنای قدرت و به کارگیری آن در مقابل نازیسم، توانست مسیر تاریخ را تغییر داده و شکست تاریخی را بر توسعه طلبی هیتلر تحمیل نماید.

## ۲-۳- سیاست خارجی حقوق ابزاری در مواجهه با کمونیسیم

تجربیات گذشته و درس آموزی از جنگهای جهانی اول و دوم، موجب شد تا ایالات متحده آمریکا، در مواجهه با دشمن دیگر خود، یعنی کمونیسیم و شوروی، ضمن تکیه بر راهکارهای قدرت محور و ثروت محور، از حقوق و «حقوق بشر» و دیگر ارزشهای سیاسی همچون «دموکراسی» به عنوان ابزاری بسیار مهم و موثر در طول دوران جنگ سرد، یعنی پس از جنگ جهانی دوم تا فروپاشی نظام سیاسی شوروی، استفاده نماید. در واقع، ماهیت ساختار سیاسی بسته و آمرانه نظامهای سیاسی کمونیستی، در شوروی و اروپای شرقی، و نیز برخی دولتهای جهان سوم، و نادیده انگاری یا کم توجهی آنها نسبت به «حقوق بشر» مهمترین دستاویزی بود که فرصت را برای تهاجم غرب و آمریکا به این نوع نظامهای سیاسی فراهم ساخت. در واقع، استفاده ابزاری از «حقوق بشر» توسط آمریکا و غرب در مقابل شوروی و شرق کمونیست یکی از عناصر اصلی «قدرت نرم» آنها در روابط بین الملل را تشکیل داد. استفاده ابزاری از حقوق بشر علیه کمونیسیم تا جایی پیش رفت که آمریکا نهادی تحت عنوان «دیده بان حقوق بشر» تأسیس نمود تا فشار حداکثری بر شوروی و بلوک شرق وارد سازد.

دیده بان حقوق بشر در سال ۱۹۷۸ تحت عنوان «دیده بان هلسینکی»<sup>۱</sup> و به منظور نظارت بر تبعیت کشورهای بلوک شرق و شوروی سابق از مفاد حقوق بشر تأسیس گردید. پس از آن، دیده بانی قاره آمریکا در سال ۱۹۸۰ و در واکنش به این دیدگاه که نقض حقوق بشر توسط یکی از طرفهای درگیر در جنگهای آمریکای مرکزی، تأسیس شد. این سازمان به تدریج گسترش یافت تا جایی که کمیته های دیده بان در سال ۱۹۸۸ با یکدیگر متحد شده و «دیده بان حقوق بشر» را تشکیل دادند.

۱- watching Helsinki

واقعیت آن است که ایالات متحده استفاده ابزاری از حقوق بشر را در مقابل دولتهای رقیب یا متخاصم و نیز ایدئولوژیهای رقیب را مدنظر داشته است به طوری که متحدان آمریکا و اروپا، حتی اگر بیشترین موارد نقض حقوق بشر را در پرونده خود داشته باشند، از انتقادات و فشارهای حقوقی، سیاسی و امنیتی آمریکا مصون هستند، و پیکان نقد حقوقی و حقوق بشر، به سمت رقبای آمریکا و غرب در جهان نشانه می‌رود.

این رویکرد ایالات متحده امری است که از دید جهانیان پنهان نمانده است و با آگاهی سیاسی جهانی مواجه شده است.

### ۳- فلسطین و حقوق بشر در سیاست خارجی آمریکا

#### ۱-۳- استراتژی خاورمیانه‌ای ایالات متحده

استراتژی ایالات متحده آمریکا در خاورمیانه، ویژگی بسیار مهم و مرتبط با رژیم اشغالگر صهیونیستی دارد و آن عبارت است از: «امنیت اسرائیل».

پیش و پس از تأسیس و اعلام موجودیت حکومت اسرائیل در سال ۱۹۴۸، بیشترین حمایتها از این رژیم توسط دولت بریتانیا انجام شده است. در واقع انگلیس، مهد تولد دولت صهیونیستی به حساب می‌آید و «اعلامیه بالفور» به تنهایی میتواند نقش و تأثیر دولت انگلیس در این رابطه را نشان دهد.

انگلیس اما در اثر خسارتهای مالی ناشی از جنگ جهانی دوم، به تدریج جایگاه اول خود در عرصه بین‌المللی را به ایالات متحده آمریکا واگذار نمود. طی سالهای ۱۹۶۳ با خروج از آسیای شرقی، ۱۹۵۶ با خروج از کانال سوئز، و در نهایت در سال ۱۹۷۱ با خروج از خلیج فارس، جایگاه جهانی خود را دچار فرو کاهش نمود.<sup>۱</sup>

در همین دوره تاریخی، انگلیس میراث خود را در آسیای شرقی، خاورمیانه و خلیج فارس و آفریقا را به متحد جدید خود در جنگ اول و دوم، ایالات متحده آمریکا واگذار نمود و از جمله نقش حمایتی نسبت به حکومت تازه تأسیس اسرائیل که بدون حمایت قدرتهای غربی امکان تأسیس و استمرار بقا نداشته است.

در همین رابطه، مهمترین سیاست خاورمیانه‌ای آمریکا را استراتژی «امنیت اسرائیل» تشکیل میداده است. البته پیوند سیاستمداران و سرمایه‌داران آمریکائی با پدیده صهیونیسم، سابقه تاریخی هم داشته است، لیکن در عرصه سیاست خارجی و به ویژه سیاست خاورمیانه‌ای آمریکا، امنیت و برتری اسرائیل نقش ویژه‌ای در دوران جدید، یافته است.

۱- Barnett, 1972, 139

بدون استثنا، تمامی دولتهای آمریکائی، جمهوریخواه و دموکرات، در مورد «امنیت اسرائیل» نه تنها نقش حمایتگرایانه داشته اند، بلکه حتی خود را به طور علنی «صهیونیست» نیز معرفی کرده اند، به طوری که گویا بدون حمایت بی چون و چرا از اسرائیل، جایگاهی در عرصه سیاسی و دولتمردی برای خود متصور نبوده اند.

بسیاری از اندیشمندان روابط بین الملل، مهمترین ریشه قلدری اسرائیل در خاورمیانه را همین استراتژی خاورمیانه ای آمریکا میدانند تا جایی که برخی از متفکران، بازگشت صلح و ثبات به خاورمیانه را درگرو تغییر در سیاست خاورمیانه‌های آمریکا معرفی میکنند. میتوداس<sup>۱</sup> و نانسی اوکیل<sup>۲</sup>، طی مقالهای در مجله معتبر فارن افرز، اظهار میدارند تنها راه ایجاد صلح و ثبات در خاورمیانه، تجدیدنظر ایالات متحده در سیاست خاورمیانه ای خویش است.<sup>۳</sup>

مهمترین نتیجه حمایت بیقید و شرط آمریکا از اسرائیل، از دست رفتن هژمونی آمریکا در خاورمیانه باشد (دانش، ۱۳۹۹، ۷۴۷).

در این رابطه، آمریکا هیچ محدودیتی برای خود قائل نیست و با حمایت مطلق و بدون چون و چرا از امنیت اسرائیل در خاورمیانه، که به امری ثابت در سیاست خارجی آمریکا تبدیل شده است، جایی برای مردم فلسطین و دفاع از حقوق آنها در سیاست خارجی آمریکا وجود ندارد، و در حقیقت «حقوق بشر» و «حقوق بشر دوستانه» مردم فلسطین، نخستین قربانیان سیاست خاورمیانه‌های آمریکا بوده است.

اگرچه ریشه یابی حمایت حداکثری آمریکا از اسرائیل، موضوع این نوشته نیست، اما به طور اجمالی شاید بتوان ادعا کرد علت این همه حمایت، به جایگاه خاورمیانه در سیاست بین الملل غرب و ایالات متحده آمریکا بازمیگردد.

البته این سیاست به طور کامل نتوانسته به هدف خود، دست یابد، به طوری که مورد انتقاد اندیشمندان آمریکائی نیز قرار گرفته است.

ریچارد هاس<sup>۴</sup>، مدیر شورای روابط خارجی آمریکا معتقد است آمریکا برای بازگشتی صلح و ثبات در خاورمیانه، هیچ راهی جز کاهش حمایت از اسرائیل به ویژه در جریان جنگ جاری در غزه ندارد.<sup>۵</sup>

۱- matthew duss  
۲- nancy okail  
۳- Duss, 2023, 27  
۴- Richard Has  
۵- Haass, 2023, 15



اگر چه ایالات متحده آمریکا تمایل چندانی به تغییر سیاست خاورمیانه‌ای از خود نشان نداده است، اما واقعیت‌های تغییر و تحول در سطح جهان و خاورمیانه، ممکن است این تغییر را بر سیاست خارجی آمریکا تحمیل نماید.

### ۲-۳- حقوق بشر فلسطین در سیاست خارجی آمریکا

حکومت اسرائیل از زمان تأسیس و اشغال تا به امروز، به طور مکرر، حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه در فلسطین اشغالی را نقض نموده است، و این رفتار ضدحقوقی به طور آشکار یا غیرمستقیم مورد حمایت غرب و به ویژه ایالات متحده آمریکا قرار گرفته است.

این امر نه تنها در جنگهای موسوم به جنگ «اعراب- اسرائیل» بلکه در پیمانهای صلح اعراب را اسرائیل، خود را نشان داده است. قطعنامه‌های سازمان ملل به عنوان نهاد حقوقی بینالمللی، در پرتو سلطه و نفوذ و «حق وتو»ی آمریکا، در جهت اهداف بشرستیزانه اسرائیل، تنظیم و تصویب شده است و اگر، به ندرت و در اثر فشار جهانی، قطعنامه‌ای علیه اسرائیل و در جهت حقوق بشر و بشردوستانه مرام فلسطینی، ارائه شده است، آمریکا با توجه به جایگاه ویژه خود در شورای امنیت سازمان ملل متحده آن را «وتو» کرده است.

دهها قطعنامه مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل، با حمایت مستقیم و غیرمستقیم ایالات متحده، در عمل هیچ آورده‌ای برای فلسطینی نداشته است.

از اولین قطعنامه، یعنی قطعنامه شماره ۱۸۱ در سال ۱۹۴۷ که پیشنهاد تقسیم فلسطین به کشورهای عربی و یهودی را ارائه داد تا قطعنامه ۲۳۳۴ شورای امنیت در سال ۲۰۱۶ که خواستار خاتمه شهرک سازی در اسرائیل شد، هیچ جایگاهی در حوزه واقعیت نیافته است. اتفاقاً نقض قطعنامه‌های سازمان ملل، خواه صادره از مجمع عمومی یا شورای امنیت، توسط اسرائیل نسبت به حقوق ملت فلسطین، هیچ توجیهی نداشته است، به جز این که مورد حمایت مستمر دائمی و مطلق ایالات متحده آمریکا قرار گرفته است. در شرایطی که اسرائیل با حمایت آمریکا و غرب، نسبت به قطعنامه‌های سازمان ملل در مورد بلندبهای جولان دیگر مناطق اشغالی در سال ۱۹۶۷، بی توجهی نشان داد، این رژیم ترغیب شد تا جنگ بعدی در ۱۹۷۳ را نیز با اشغال بیشتری از سرزمین فلسطین و نقض حقوق آنها همراه سازد. در این میان آنچه مورد بی توجهی غرب و آمریکا قرار گرفت، حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه در فلسطین اشغالی بوده است. امری که تا امروز ادامه داشته است و در منظر جهانیان، و به رغم تعجب و تأسف افکار عمومی در جهان، در جریان جنگ غزه بیش از پیش خود را نمایان ساخت. در واقع سالهاست که آمریکا به‌عنوان تنها ابرقدرت و وارث نظم دو قطبی، امکانات حقوقی سازمان ملل و شورای امنیت را از طریق «حق وتو» و در جهت منافع و قدرت خود به خدمت گرفته و

در انحصار خود قرار داده است.<sup>۱</sup>

### ۳-۳- آمریکا و حقوق بشر در جنگ غزه

بیش از هفتاد و پنج سال ستمگری اسرائیل نسبت به حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه در سرزمینهای اشغالی فلسطین با حمایت غرب و به ویژه ایالات متحده آمریکا شرایطی دشوار و طاقت فرسا برای شهروندان فلسطین فراهم کرده است، تا آنها چاره ای جز مبارزه و انتخاب روشهای قهرآمیز در پیشروی خود نداشته باشند. در مرحله اول، سازمان آزادی بخش فلسطین (فتح)، مبارزه قهرآمیز را در دستور کار قرارداد، اما با وساطت دولت‌های غربی و عربی، این سازمان در رفتار گذشته خود تجدیدنظر نمود و وارد فاز مسالمت آمیز و حقوق محور گردید. این رفتار جدید، نه تنها از سوی جامعه بین الملل و آمریکا با مواجهه مثبت روبه رو نشد، بلکه اسرائیل روند تهاجمی و سرکوبگرانه و همراه با تحقیر مردم فلسطینی را تشدید نمود. به راحتی حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه مردم فلسطین از سوی حکومت اسرائیل مورد اجحاف و ستم قرار گرفت و عرصه زندگی را برای مردم تنگ و تنگتر نمود.

در مقابل زندگی را برای مردم تنگ و تنگتر نمود. در مقابل این بی عملی آمریکا نسبت به حقوق بشر مردم فلسطین، و در پی بی نتیجه ماندن سازش و همراهی در رویکرد سازمان آزادیبخش فلسطین، گروه‌های مبارز دیگری همچون «حماس» و «جهاد اسلامی» شکل گرفته تا با مبارزه و جانفشانی بتوانند حقوق از دست رفته خویش را بازپس گیرند.

گروه‌های جهادی فلسطین، به تدریج بر دامنه عملیاتیهای نظامی خود افزودند تا در آخرین مورد از این عملیات، عملیات «طوفان الاقصی» ضربه ای تاریخی و بینظیر به لحاظ نظامی، امنیتی، اطلاعاتی و سایبری بر ساختار سیاسی، نظامی و امنیتی اسرائیل وارد ساختند، و در مقابل اسرائیل، جنگی بی سابقه علیه مردم و غیرنظامی غزه و کرانه غربی را آغاز نمود. اسرائیل در کشتاری تاریخی که به اذعان افکار عمومی جهان چیزی جز عنوان «نسل کشی» و «جنایت جنگی» را نمیتوان به آن اطلاق نمود، تمامی حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه مردم فلسطینی را مورد سرکوب قرار داد، اما واکنش ایالات مستعمره آمریکا به جز سکوت و تأیید و حمایت اشکار نسبت به کشتار دهها هزار زن و کودک بیگناه و غیرنظامی، چیز دیگری نبوده است. سقوط ارزشهای بشری و به ویژه خدشه دار شدن مفهوم «حقوق» که از دستاوردهای بشر در دوران جدید بوده است، آنها در معرض دید جهانی، نسبت آمریکا با حقوق و حقوق بشر را مورد تردید افکار عمومی در جهان قرار داد.

۱- Burkman, Thomas.W.(Summer 1995), Japan and The League of Nations: An Asia.Power European club, world Affairs, 2019.

نقض آشکار اصول حقوقی ناظر بر روابط بین الملل توسط اسرائیل در غزه و کرانه غربی از یکسو و چشم بستن آمریکا بر این واقعیات تلخ از سوی دیگر، و علاوه بر آن حمایت‌های تسلیحاتی، دیپلماتیک، اطلاعاتی، امنیتی از یک طرف جنگ، یعنی اسرائیل، عبار حقوق بشر در سیاست خارجی آمریکا را در معرض نمایش جهانی قرار داد، بهطوری که قطعنامه های شورای امنیتی در مورد آتش بس نیز توسط آمریکا «تو» گردیدند.

«حق وتو» امتیازی بود که متفقین، یعنی دولتهای پیروز در جنگ جهانی دوم، و اعضای دائمی شورای امنیت ملل متحد برای محافظت از منافع جهانی و ایجاد صلح و امنیت می‌توانند از آن استفاده نمایند.

به طور تام و کامل، هزینه سیاستهای خاورمیانه ای آمریکا و حمایت بی چون و چرا از اسرائیل و نقض حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه مردم فلسطین در جریان جنگ غزه گردید.

در واقع، حقوق بین الملل و عناصر و اجزای آن، که برای حدود یک قرن، ابزار سیاست خارجی آمریکا علیه رقبا و دشمنان به کار گرفته میشد؛ امروز در فلسطین، و در جریان جنگ غزه، نه تنها از سوی اسرائیل، بلکه از سوی ایالات متحده، نادیده گرفته شده و به امری روزمره تبدیل گردیده است.

برخی تئوری پردازان روابط بین الملل همچون «جوزف نای» معتقدند، این رفتار آمریکا باعث شده است تا «قدرت نرم» آمریکا در مسیر تنزل قرار گیرد؛ زیرا آمریکا به راحتی چشم خود را بر رفتار ضدحقوقی اسرائیل در غزه بسته است.

### نتیجه گیری

۱۰۷ مباحث مطرح شده در متن، که موید فرضیه این نوشتار بوده و روندهای واقعی در صحنه بین الملل را ترسیم نموده است؛ به خوبی نشان میدهد که روند تحولات تئوریک و واقعیت های عینی قرن بیستم تاکنون، مبتنی بر چهار نکته بنیادی بوده است: نکته اول این که به جز با رویکردی مبتنی بر حقوق اخلاق و ارزشهای سیاسی مورد عمل واقع شده است، جایگاه قابل توجهی در روابط بین الملل نداشته است. بلکه تئوریهای قدرت محور یعنی رئالیسم، و تئوریهای منفعت محور یعنی لیبرالیسم، جایگاههای اول و دوم را در اختیار داشته اند. نکته دوم این که، صرفنظر از جابجائی قدرتها در نظام بین الملل، در واقعیت امر نیز، تحولات واقعی و عینی، پیرامون دو محور یعنی «موازنه قدرت» و «مبادله تجارت» شکل گرفته و به تدریج تقویت شده است. سومین نکته که مرتبط با ایالات متحده آمریکاست نشان دهنده این واقعیت است که روندهای قدرت محور منافع محور، در سیاست خارجی آمریکا به تدریج تقویت و رشد یافته است و در مقابل ارزشهای سیاسی همچون حقوق بشر دموکراسی و آزادی، جایگاهی ابزاری یافته اند. مورد چهارم

مرتبط با عملکرد آمریکا در خاورمیانه و به ویژه در روابط بین اسرائیل - فلسطین است. در این رابطه نیز، آمریکا بدترین عملکرد ممکن را نسبت به حقوق، حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه مردم فلسطین غزه اعمال نموده است. بخش کوچکی از روندهای یک جانبه گرایانه دولتهای جمهوریخواه و دموکرات نسبت به روابط اسرائیل - فلسطین و البته به سود اسرائیل و به زیان فلسطین بوده است. این حمایت یک جانبه به جایی رسیده که افکار عمومی جهان را با چالش و تعارضی بی سابقه مواجه ساخته است. به طوری که به وضوح شاهد نادیده انگاری حقوق مردم فلسطین هستند. در حال حاضر ایالات متحده خود را بزرگترین پرچمدار حقوق بشر معرفی مینماید. واقعیت آن است که روندهای گذشته تا امروز نشان میدهد که وضعیت آینده، بهتر از اکنون و گذشته نیست و ملت فلسطین برای احقاق حقوق خود راهی جز مبارزه و مقاومت ندارد و در این میان، مردم جهان هم راهکاری جز به میدان آوردن افکار عمومی ناشی از آگاهی حقوق و بیداری سیاسی ندارند.

۱. الهویی نظری، حمید، حقوق بین الملل عمومی، نشر دادگستر، تهران: ۱۴۰۰.
۲. رنسون، استانلی، ترجمه عسگر قهرمان پور، امنیت ملی دولت اوپاما، نشر میزان، تهران: ۱۳۹۳.
۳. غضنفری، کامران، آمریکا و براندازی جمهوری اسلامی ایران، نشر کیا، تهران: ۱۳۸۰.
۴. کیسینجر، هنری، ترجمه فاطمه سلطانی یکتا و رضا امینی، دیپلماسی، جلد دوم، نشر اطلاعات، تهران: ۱۳۸۳.
۵. گریفیتس، مارتین و دیگران، ترجمه علیرضا طیب، پنجاه متفکر بزرگ روابط بینالملل، انتشارات نی، تهران: ۱۳۹۳.
۶. نیل والتس، کنت، ترجمه غلامعلی چگینی زاده، نظریه سیاست بین الملل، نشر آگاه، تهران: ۱۳۹۸.
7. Barnett, correlli, collapse of British power, London, Eyre Metham, 1972.
8. Burchill, scott and Link later Andrew, Introduction theories of international relations , Palgrave, 2005.
9. Burkman, Thomas.W.(Summer 1995), Japan and The League of Nations: An Asia. Power European club, world Affairs, 2019.
10. Dunne, Time and Schmidt, Britian, the Globalization of world politics, Baylis, smith and owens, 1993.
11. Foreign Affairs, Extend the case-fire in gaza- but don't stop there, by matthew duss and nancy okail, November 27, 2023.
12. Foreign affairs, what friends owe by Richard Haass, October 15, 2023.
13. Scott, George, the rise and fall of the league of nations, London, Hutchison, 1973.
14. Stephan, m. walt, In the national interest, Boston Review, February / March, 2005.



## **A comparative study of the nature of sports contracts in Iranian and English law**

Abdullah Dolah, Mehdi Firouzabadian, Gholamreza Yazdani

Date Received : 26 February 2024

Date Accepted : 02 March 2024

### **Abstract :**

The present research is an attempt to explain the point of view of the legal system of Iran and England regarding a complete and comprehensive review of the nature of sports contracts, which we have addressed in a descriptive and analytical method, and we are trying to answer the question that the nature of sports contracts in Iran and England What is? Pay attention to the fact that by examining the elements of the sports contract and comparing it with other similar contracts, the legal nature of the sports contract can be determined. It seems that in a general summary, the legal nature of sports contracts in Iranian law is one of private contracts, and it is a lease contract for individuals, and by determining this nature, the challenges that existed in similar contracts will not arise in this case; because the private contract has a broad meaning and includes all the matters discussed in the sports contract; Also, although it has limitations, it does not have a negative effect on the sports contract; Rather, it causes its consistency; But in English law, the legal nature of sports contracts is subject to the rules and regulations of the labor law.

**Key words:** Nature, sports contract, Iranian law, English law



## مطالعه تطبیقی ماهیت قراردادهای ورزشی در حقوق ایران و انگلستان

عبداله دولاح<sup>۱</sup>، مهدی فیروزآبادیان<sup>۲</sup>، غلامرضا یزدانی<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۷

### چکیده

تحقیق حاضر تلاشی در جهت تبیین دیدگاه سیستم حقوقی ایران و انگلستان در خصوص بررسی ماهیت قراردادهای ورزشی به روش توصیفی تحلیلی است و در صدد پاسخ به این پرسش هستیم که ماهیت قراردادهای ورزشی در ایران و انگلستان چیست؟ با دقت به این موضوع که با بررسی ارکان قرارداد ورزشی و مقایسه آن با سایر عقود مشابه، می توان ماهیت حقوقی قرارداد ورزشی را تعیین نمود. به نظر می رسد در یک جمع بندی کلی، ماهیت حقوقی قراردادهای ورزشی در حقوق ایران از جمله قراردادهای خصوصی است و عقد اجاره اشخاص است. با تعیین این ماهیت، چالش هایی که در عقود مشابه وجود دارد، در این مورد راه پیدا نخواهد کرد؛ زیرا قرارداد خصوصی معنایی گسترده داشته و همه موارد مورد بحث در قرارداد ورزشی را در بر می گیرد؛ همچنین با اینکه محدودیت هایی دارد اما تأثیر منفی بر قرارداد ورزشی نمی گذارد؛ بلکه باعث قوام آن می شود؛ اما در حقوق انگلیس، ماهیت حقوقی قراردادهای ورزشی تابع قواعد و مقررات قانون کار می باشد.

واژگان کلیدی: ماهیت، قرارداد ورزشی، حقوق ایران، حقوق انگلستان

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

a\_doulah@yahoo.com

۲- استادیار، گروه حقوق، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران (نویسنده مسئول)

Mahdi.Firoozabadian.iau.ac.ir

۳- استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد مقدس، ایران

ygholamreza1@gmail.com

مقدمه

برای فعالیت در یک تیم و شرکت در مسابقات، بازیکنان حرفه ای باید با این تیم قرارداد امضا کنند؛ که در آن بازیکن تعهدات ویژه ای در قبال تیم و بالعکس می پذیرد. امروزه همه افراد موضوع حقوق ورزش به سبب مسئولیت هایی که در برابر هم دارند، قرارداد با باشگاه های ورزشی انعقاد می نمایند. لازم به ذکر است که در حقوق ایران حتی در حقوق مدنی اشاره ای به قراردادهای ورزشی نشده است. قرارداد ورزشی مانند کلیه قراردادهایی که منعقد می شود؛ باید دارای شرایط عمومی مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد؛ یکی از شرایط اختصاصی آن چنین است که باید طبق مقررات رسمی منعقد شود. قراردادهای ورزشی در کمیته های ورزشی مناطق ثبت می شود. قراردادهای چاپ می شوند و خود قرارداد دارای مواردی مانند نام طرفین، موضوع تعهد، مبلغ قرارداد، شرایط مندرج در قرارداد و حتی حق فسخ در صورت شرایط خاص برای طرفین است. البته از آنجایی که این نوع قرارداد چاپ می شود، به نوعی محدود کننده نیز می باشد.

پرسشی که در اکثر مواقع طرح می گردد؛ این است که آیا تعهد مربیان و ورزشکاران، موضوع حقوق ورزش، تعهد به نتیجه یا تعهد بوسیله است؟ در جواب باید بیان نمود؛ مربیان و بازیکنان متعهد می شوند در قراردادهایی که دارند همه کوشش خود را برای دستیابی به هدف مشترک انجام دهند و همه تعهدات و وظایف محوله خود را به بهترین شکل به انتها برسانند. از این جهت می توان گفت: تعهدات آنها تعهد بوسیله می باشد. بنابراین از دو جنبه می توان قراردادهای ورزشی را بررسی نمود. یکی این که قرارداد را قرارداد اجاره اشخاص دانسته و طبق آن منعقد شود. در اجاره اشخاص طرفی که اجاره می کند مستاجر و طرفی که مورد اجاره قرار می گیرد اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می شود. جنبه بعدی این که این قرارداد وجه استخدامی داشته و یک قرارداد کار است. در این حالت کارگر یا خادم نمی تواند اجیر شود مگر جهت انجام دادن کار معینی یا برای مدت معین. برای مشخص شدن مسئولیت، قرارداد را از این دو منظر بررسی خواهیم کرد<sup>۱</sup>. مسلماً نیاز به یادآوری است که در حال حاضر این قراردادها طبق آیین نامه های موجود و شکل عقود غیر معین و طبق آزادی قراردادی انعقاد می یابند. در قرارداد ورزشکار با باشگاه هم همه فاکتورهای عقد اجاره وجود دارد. مدیر باشگاه مستاجری است که در برابر پول، بازیکن را اجیر می کند؛ تا تمرین و بازی برای او انجام دهد. یک نوع اجاره انسان است. این قرارداد که بر اساس منفعت ورزشکار در مقابل عقد اجاره به شکل مال در ملکیت مستاجر در می آید و نباید اجیر عملی که منافات با تعهداتش دارد را انجام دهد. برای مثال یک بازیکن همزمان نمی تواند قرارداد با دو باشگاه داشته باشد. دو حالت در موردی که اگر اجیر در مدت قرارداد منافع مستاجر را رعایت نکند پیش



می آید: حالت اول زمانی است که اجیر در هنگام اجاره کار را برای خود انجام دهد که به واسطه این مستاجر حق فسخ عقد را داشته و می تواند اجرت المسمی که پرداخت نموده را مسترد نماید، چون تعهدات اجیر انجام نشده و در فرضی که مستاجر اجاره را فسخ نماید می تواند از اجیر اجرت المثل منافع تفویت شده را بخواهد، زیرا منافع خاص اجیر که اتلاف شده، مالک آن مستاجر بوده است. حالت دوم موقعی است که تبرعاً اجیر برای شخص دیگری کار می کند و به تعهداتش پایبند نبوده؛ در این حالت هم مستاجر می تواند قرارداد را فسخ و اجرت المثل منافع تفویت شده را بگیرد مگر اینکه اجیر مغرور شده باشد. در این حالت سبب اقوی از مباشر شخصی است که او را مغرور نموده و باید اجرت المثل منافع تفویت شده را پرداخت نماید.<sup>۱</sup> در نهایت می توان بیان نمود: قرارداد ورزشی می تواند رابطه استیجاری میان بازیکن به شکل اجیر خاص و باشگاه به شکل مستاجر باشد. طبق این قرارداد بازیکن اجیر می شود؛ تا عمل معینی را شخصاً در زمان مشخصی انجام دهد و مباشرت بازیکن و انجام فعل ذکر شده در زمان مشخص را می توان به شکل شرط ضمن عقد نیز آورد.<sup>۲</sup>

بسیاری از قراردادهای ورزشی ماهیت قانونی دارند، مشابه قانون کار! و ورزشکاری که با یک سازمان برای مدت معین قرارداد می بندد؛ ممکن است کارمند باشد. بنابراین فوتبالیستی که با باشگاهی قرارداد می بندد و خود را متعهد به باشگاه کند، کارگر محسوب می شود.<sup>۳</sup> لازم به ذکر است که این یک نظریه است و گروهی بر این باورند که ارتباط ورزشکاران و سایر اشخاص موضوع حقوق ورزش با سازمان ها و باشگاه های ورزشی یک ارتباط کارگر و کارفرمایی است و برخی دیگر این رابطه را طبق عقد اجاره اشخاص برآورد می کنند. در نتیجه مسئولیت وقتی تشکیل می شود که میان طرفین، قرارداد موجود باشد و اگر هر یک از آنها در صورت نقض قرارداد و عدم اجرای مفاد قرارداد ملزم به جبران خسارتی باشد که وارد کرده اند. و نیز می توان گفت که قراردادهای ورزشی از هر دو جنبه یعنی هم عقد اجاره اشخاص و نیز قرارداد کار قابل بررسی و مشاهده می باشند.<sup>۴</sup>

## ۲- ماهیت قرارداد ورزشی در ایران

اصل حاکمیت اراده یک اصل مهم فلسفی است که قرن ها توسط فقها مورد مطالعه قرار گرفته است و اساس تئوری تحقق بوده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای امروز نیز اهمیت خود را از دست نمی دهد. با این حال ارزش آن با تأثیر عقاید اجتماعی کاهش می یابد. قرارداد و تعدیل شرایط اساساً رایگان است. اما هر زمان که مصلحت

۱- انیسی، محمد علی، مسئولیت مدنی و حقوق ورزشی، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۴، ص ۳۴.  
 ۲- یوسفی صادقلو، نصر، رجبی، الهام، مسئولیت مدنی در حقوق ورزشی، انتشارات دادگستری تهران، ۱۴۰۰، ص ۹۴.  
 ۳- شعبانی مقدم، کیوان، مبانی حقوق ورزشی، انتشارات نشر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۸، ص ۷۵.  
 ۴- انیسی، محمد علی، مسئولیت مدنی و حقوق ورزشی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۳۷.

جامعه خواستار شود، دولت مداخله خواهد کرد و طرفین آزادی طرفین را برای ارائه منافع اجتماعی و رعایت اصول عدالت محدود می کنند. قوانین مربوط به نظم عمومی، محدود کردن اصل حاکمیت و آزادی هاست<sup>۱</sup>

در مورد آزادی قراردادهای و اصل حاکمیت اراده ماده ۱۰ ق.م حاوی اصل «آزادی قراردادی» است و نیز دامنه حاکمیت اراده را گسترش می دهد و آن را از چارچوب عقود معین خارج می کند<sup>۲</sup> (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۳۱). بر اساس این آزادی، مردم می توانند از روابط پیمانکاری خود همانطور که می خواهند استفاده کنند، و آنها موظف نیستند از الگوها و نمونه هایی که به آنها داده می شود استفاده کنند، یا توافق های خود را از نظر شرایط قرار دهند. البته طرفین نمی توانند در برابر قوانین نظم عمومی با یکدیگر موافق باشند. اما نظم عمومی که اصل قانون اراده را محدود می کند، استثنایی است و مطابق با قانونی که لیبرال ها اعلام کرده اند می توان گفت: «هر آنچه ممنوع نباشد، مجاز است»<sup>۳</sup> بنابراین با توجه به توضیحات فوق می توان گفت که ماهیت حقوقی قرارداد ورزشی تابع قرارداد خصوصی است و با تعیین این ماهیت، چالش هایی که در عقود مشابه وجود داشت، در این مورد راه پیدا نخواهد کرد؛ زیرا قرارداد خصوصی معنایی گسترده داشته و همه موارد مورد بحث در قرارداد ورزشی را در بر می گیرد؛ همچنین با اینکه محدودیت هایی دارد (نظیر: عدم مخالفت آنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه) اما تأثیر منفی بر قرارداد ورزشی نمی گذارد؛ بلکه قوام آن می شود.

به لحاظ سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و ... اهمیت ورزش باعث شده تربیت بدنی و ورزش به سرعت در راه تحول و پیشرفت قدم بردارد و رفته رفته بیشتر جلوه علمی به خود بگیرد. با درک این اهمیت توسط حقوقدانان باعث تشکیل رشته «حقوق ورزشی» در کنار دیگر علوم موجود در ورزش، سبب توسعه قلمرو عام حقوق شده و مقررات آن را در ورزش عملی می نمایند و از این منظر تلاش در تنظیم روابط فعالان ورزش دارند.<sup>۴</sup> در حال حاضر حقوق ورزشی از مرتبه بالایی برخوردار است و بیشتر موضوعات و موارد مربوط به ورزش را می توان در نظر گرفت که توسط حقوقدانان مورد نقد و بررسی و مطالعه قرار گرفته اند؛ با وجود این در ایران ارتباط شایسته ای هنوز میان حقوق و ورزش برقرار نشده است. حقوق ورزشی موضوعات و موارد گوناگونی را شامل می شود؛ موضوع «قرارداد ورزشی» یکی از مهمترین مسائل و موضوعاتی هستند که در حقوق ورزشی می تواند آنها را بررسی نمود، به این دلیل که: قرارداد ورزشی اساسی ترین و اصلی ترین رکن ورزش حرفه ای می باشد، چون که تا هنگامی که قرارداد انعقاد نیابد و ارتباطی بین فعالان ورزشی برقرار نگردد، هیچ مسابقه ای صورت نمی گیرد و اکثر موارد

۱- صفائی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، نشر میزان، چاپ سی و هفتم، ۱۴۰۱، صص ۴۶ و ۴۵.

۲- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی قرارداد، ایقاع، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم ۱۴۰۰، ص ۳۱

۳- صفائی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، نشر میزان، چاپ سی و هفتم، ۱۴۰۱، صص ۴۷ و ۴۸

۴- کمالی، سعیده، بررسی ماهیت و موانع و مزایای ثبت قراردادهای ورزشی به صورت رسمی و عادی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد واحد قزوین ۱۳۹۵، ص ۲۶.

طرح شده در حقوق ورزشی موضوعیت نمی یابند.<sup>۱</sup>

هر چند هنوز تعریف خاصی در مورد قرارداد ورزشی مشاهده نشده است، ولی با دقت به آیین نامه ها و مقررات فدراسیون ورزشی و قرارداد اشخاصی که فعالیت در مقابل تهیه مقدمات و انجام مسابقه می کنند و نیز با دقت به عرف ورزشی و بعضی از متونی که در چارچوب قراردادهای ورزشی نوشته شده است؛ می توان تا حدودی پی به تعریف قرارداد ورزشی برد و در تعریف آن بیان نمود که: «عقدی است که به طور مستقیم یا غیرمستقیم موضوع آن به امور ورزشی مرتبط می شود، چه اینکه موضوع قرارداد مستقیماً انجام فعالیت ورزشی باشد یا از قبیل اموری باشد که اجتناب ناپذیر باشد در جهت انجام فعالیت های ورزشی است».

قرارداد بازیکنان با باشگاه ها را می توان به عنوان تنها قرارداد ورزشی نام برد که موضوع آن به صورت مستقیم انجام فعالیت ورزشی می باشد. ولی اگر موضوع قرارداد ورزشی از مواردی باشد که جهت برگزاری مسابقه اجتناب ناپذیر است؛ دارای مصداق های متنوع و متعددی می باشد. به این جهت است که به راحتی و با اطمینان می توان گفت که قرارداد بازیکنان با باشگاهها اصلی ترین و اساسی ترین قرارداد ورزشی است.<sup>۲</sup>

با بررسی ارکان قرارداد ورزشی و مقایسه آن با سایر عقود مشابه، می توان ماهیت حقوقی قرارداد ورزشی را تعیین نمود. قرارداد ورزشی طرفین قرارداد را بازیکن و باشگاه می داند و تعهد بازیکن به انجام توانایی و تکنیک، مهارت، نیروی بدنی و ذهنی در تمرینات و مسابقات است و باشگاه نیز تعهد به واریز دستمزد برای موضوع قرارداد منعقد شده دارد. عقود مشابهی که با قرارداد ورزشی قابلیت مقایسه دارند، می توان به ارکان عقود سبق و رمایه و اجاره انسان اشاره نمود که به ترتیب عبارتست از: افرادی که در مسابقه شرکت می نمایند و برگزاری مسابقه در رشته های ورزشی مشخص در مقابل دریافت جایزه و نیز در اجاره انسان؛ اجیر و مستاجر بعنوان دو طرف قرارداد می باشند و همچنین تعهد مستاجر به پرداخت اجرت برای موضوع قرارداد در مقابل انجام کار اجیر که تعهد اوست؛ می باشد. با مقایسه این عقود می توان این چنین نتیجه گرفت که قرارداد ورزشی از مصدایق قرارداد اجاره انسان است. با دقت به اینکه قسمت های بسیاری از قراردادهای اجاره انسان در برگیرنده قانون کار شده است، معیار شناسایی اجیر از کارگر، یعنی تبعیت حقوقی میان کارگر و کارفرما در ارتباط بازیکنان با باشگاه وجود دارد.<sup>۳</sup>

در مورد اجاره اشخاص (انسان) مواد خاصی را قانون مدنی به صورت اجمالی ذکر نموده است. برابر ماده ۵۱۲ ق.م : «در اجاره اشخاص کسی که اجاره میکند مستاجر و کسی

۱- رضوی، سید محمدحسین، تحلیل سیاست خصوصی سازی در ورزش با تاکید بر ورزش قهرمانی، رساله دکترای مدیریت و برنامه ریزی دانشکده علوم تربیتی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۳۲.

۲- روبین آگوستا هرناندز، مدیریت سازمان های ورزشی، ترجمه علیرضا الهی و اسفندیار خسروی زاده، تهران، انتشارات بامداد کتاب، چاپ سوم، ۱۳۹۸، ص ۲۵.

۳- الهی، علیرضا، گودرزی، محمود؛ خبیری، محمد، بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ حرفه ای فوتبال ژاپن، نشریه حرکت، شماره ۲۷، سال ۱۳۸۵، ص ۳۷.

که مورد اجاره واقع میشود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده میشود.» و در ماده ۵۱۳ ق.م.ا: «اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است:

۱- اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل ۲- اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص» .

## ۱-۲- قرارداد اجاره اشخاص

قرارداد «اجاره انسان» از عقود معینی است که از نظر ساختار شباهتی با قرارداد ورزشی پیدا می کند. منظور از عقد اجاره اشخاص: «عقدی است معوض که به موجب آن شخص در برابر اجرت معین ملتزم می شود کاری را انجام دهد»<sup>۱</sup>. قانون مدنی نیز در ماده ۵۱۲ درصدد ذکر موضوع و طرفین این قرارداد برآمده و می توان ارکان قرارداد اجاره اشخاص را بدین ترتیب ذکر نمود: طرفین قرارداد؛ شامل: اجیر و مستاجر می باشد همچنین موضوع قرارداد؛ شامل: انجام کار و اجرت است که در اینجا به بررسی آن پرداخته خواهد شد.

الف: طرفین قرارداد

### ۱- اجیر

اجیر شخصی است که به سبب قرارداد ملزم به انجام کار مشخصی برای طرف مقابل بوده یا اختصاص منفعت معین یا همه منافع خود را به مستاجر دهد.<sup>۲</sup> به واسطه این تعریف اشخاص بسیاری با مشاغل گوناگون؛ می توانند طرف قرارداد اجاره انسان واقع شوند؛ مانند: مولفین، فیلمبرداران، پزشکان، هنرمندان و... در نگارش قانون مدنی با دقت به وضعیت و شرایط اجتماعی و اقتصادی در هنگام وضع قانون مدنی بیشتر اشخاصی را که در قرارداد اجاره اشخاص بعنوان اجیر هستند، بیان نموده است؛ این گروه عبارتند از: کارگران، خدمه و متصدیان حمل و نقل و مال التجاره، چه از راه هوایی، خشکی یا آبی.<sup>۳</sup>

### ۲- مستاجر

کارفرما یا مستاجر طرف بعدی قرارداد اجاره انسان است که از منافع و خدمت اجیر استفاده می نماید. پرداخت دستمزد اصلی ترین و مهمترین تعهد و وظیفه مستاجر در برابر اجیر می باشد. شخصی حقوقی یا حقیقی ممکن است؛ مستاجر در عقد اجاره

۱- کمالی، سعیده، بررسی ماهیت و موانع و مزایای ثبت قراردادهای ورزشی به صورت رسمی و عادی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد واحد قزوین ۱۳۹۵، ص ۳۲.

۲- پیشین ص ۳۳.

۳- ماده ۵۱۳ قانون مدنی.

انسان باشد.<sup>۱</sup>

ب- موضوع قرارداد اجاره: اجیر تعهد می کند در قرارداد اجاره همه منافع خود یا منفعت به خصوصی را در اختیار مستاجر قرار دهد، یا عمل به کار مشخصی را به عهده بگیرد. در عوض پرداخت اجرت به اجیر تکلیف و تعهد مستاجر است. عوض یا اجرت، منفعت مالی است که مستاجر در مقابل استفاده و بهره بردن از منافع یا منفعت اجیر به او پرداخت می نماید. موضوع قرارداد در برگیرنده تعهد مستاجر و تعهد اجیر می باشد که به این موارد در زیر می پردازیم.

۱- انجام کار (تعهد اجیر): تعهد اجیر شامل در اختیار قرار دادن همه منافع یا منفعت به خصوصی برای مستاجر یا عمل به کار مشخصی را عهده دار نماید.<sup>۲</sup>

۲- اجرت (تعهد مستاجر): اصلی ترین تعهد و وظیفه مستاجر؛ پرداخت اجرت به اجیر است. دستمزد یا عوض منافع، مالی است که: مستاجر در مقابل استفاده از منافع یا منفعت اجیر به او پرداخت می نماید. در اجاره حیوانات و اشیاء، اجرت که از ارکان قرارداد اجاره انسان است، به مال الاجاره تعبیر می یابد.

### ۳ - مقایسه قرارداد ورزشی با قرارداد اجاره انسان

از مقایسه عقد اجاره انسان و قرارداد ورزشی؛ موارد مشترک و مختلفی حاصل می گردد که به آنها اشاره می گردد:

الف: نقاط و موارد اشتراک: از لحاظ ارکان، قرارداد اجاره اشخاص و قرارداد ورزشی، می توان اشاره نمود که دو طرف قرارداد، که در قرارداد ورزشی بازیکن و باشگاه و در قرارداد اجاره اشخاص اجیر و مستاجر گفته می شوند و موضوع قرارداد، که در قرارداد ورزشی، استفاده بازیکن از توانایی و مهارت، تکنیک و قدرت بدنی و ذهنی، در تمرینات و برگزاری مسابقات در مقابل واریز دستمزد و در قرارداد اجاره اشخاص به انجام عمل مشخص یا استفاده از منفعت یا منافع مشخص اجیر و پرداخت حقوق است.

شرایط اساسی صحت معاملات را هر دو قرارداد باید طبق ماده ۱۲۱ ق. م داشته باشند، از قبیل رضایت و قصد دو طرف، اهلیت متعاقدين، مشروعیت جهت و معین بودن موضوع قرارداد، مباح بودن منفعت مورد اجاره یکی از شرایط صحت قرارداد اجاره است؛ لذا حرام بودن اجرت مستلزم حرمت و بطلان عقد اجاره است، چون در این مورد نهی به عینی تعلق گرفته است که صلاحیت انتقال و انتفاع را ندارد. از طرفی امر حلال هدف

۱- خبیری، محمد؛ الهی، علیرضا، مقایسه وضعیت باشگاه های لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران با توجه به معیارهای یوفا و باشگاه های منتخب ژاپن، کره جنوبی، امارات و ترکیه». نشریه پژوهش در علوم ورزشی، ۱۳۸۴، شماره ۸، ص ۴۳.

۲- الهی، علیرضا؛ گودرزی، محمود؛ خبیری، محمد، ۱۳۸۵، بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ حرفه ای فوتبال ژاپن، نشریه حرکت، شماره ۲۷

از این انتفاع نیست، بر این اساس صلاحیت ندارد که قابل اجرت قرار گیرد و انتقال از مالکش نمی یابد.<sup>۱</sup> موضوع قرارداد هم در انتقال بازیکن حرفه ای باید امر مباح شرعی باشد، شرکت در ورزشهایی که بر اساس موازین اسلامی حرام و منع دانسته شده است، به طور قطع قرارداد در مورد آنها باطل خواهد بود.

در قرارداد انتقال بازیکن، موضوع قرارداد شامل استفاده نمودن از توانایی و تکنیک، مهارت، قدرت بدنی و ذهنی بازیکن در تمرینات و انجام مسابقات در مقابل پرداخت دستمزد مشخص است، در قرارداد اجاره انسان، موضوع قرارداد استفاده بردن از منفعت یا منافع مشخص اجیر و پرداخت دستمزد به اوست. با این توصیف در هر دو قرارداد یکی از متعاقدين فعل و عملی را برای طرف در برابر دریافت دستمزد انجام می دهد و انجام عمل به وسیله انسان موضوع قرارداد است. در حقیقت فعالیت و نیروی کار انسان در اختیار یک طرف قرارداد قرار می گیرد. بر این اساس بهره گیری از منفعت اجیر و بازیکن موضوع قرارداد اجاره و قرارداد ورزشی است.

هر دو قرارداد را می توان در زمره عقود معوض نام برد. ماده ۱۱۲ ق. م از ارکان عقد اجاره اشخاص را مشخص نمودن اجرت برشمرده است. به بیان دیگر اجرت یا عوض قراردادی، در مقابل فعالیت اجیرپرداخت می شود. در قرارداد انتقال بازیکن هم حق الزحمه در مقابل فعالیت بازیکن پرداخت می شود. همچنین در این قرارداد مشخص نمودن دستمزد بازیکن چه به صورت از نقدی و چه غیر نقدی ملاک بوده و در همه فرم های قرارداد باشگاه با بازیکن مبلغ قرارداد، یکی از مواردی است که باید توافق شود. قراردادهای نقل و انتقال حرفه ای و اجاره انسان بخشی از یک قرارداد موقت هستند. موقت به این معنی است که تعهدات قرارداد باید در مدت زمان مشخصی انجام شود. با توجه به ماده ۱۱۴ م. «کارگر یا خادم نمی تواند اجیر شود مگر برای زمان مشخص یا جهت انجام فعل معینی» در رابطه با قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای، مقرراتی وجود دارد که مدت قرارداد را محدود می کند. قرارداد با تعیین تاریخ شروع و پایان حداکثر و حداقل دوره، به وسیله قراردادها با مقررات الزامی تعریف می شوند.

دو نوع ملاحظات و مقررات در مورد اجاره انسان وجود دارد. اجیر عام و اجیر خاص؛ همچنین دو نوع اجیر خاص موجود است: ۱. شخصی خود رابه گونه ای اجاره می دهد که همه منفعت او در مدت مشخص متعلق به مستاجر باشد، و یا آنکه منافع خاصی را در زمان مشخص متعلق به مستاجر باشد. با توجه به قرارداد مزبور وفق ماده ۴۶۶ ق.م. در فرض اول مستاجر مالک همه منافع عین مستاجره می گردد و در فرض دوم برای مدت مشخصی مالک منفعت خاص می شود. با توجه به این دو معیار، منافع یا منفعت خاصی

۱- و تحریم الأجر مستلزم لتحریم العقد و بطلانه، لأن الظاهر رجوع التحريم و النهی الى العین بمعنی عدم صلاحيتها للانتفاع و الانتقال، اذ من المعلوم ان الغرض ان هذا الانتفاع غير محلل فلا يصلح للاجرة و لا ينتقل عن مالک، مضافاً الى فهم الاصحاب حيث عبروا بعدم الصحة و عدم الانعقاد و الاستقراء الموجب لذلك و لو علی سبيل المظننة بغلبة ذکر حرمة الأجرة فی بیان بطلان المعاملة بل الخبر يدل علی اکثر من ذلك و هو اجارته لا لذلك بل ممن يعلم أنه يبيعه فيه، فتأمل. (حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دار التراث، كتاب الاجاره، ج ۱۱، ص ۱۱۶)

از مورد اجاره در نتیجه عقد اجاره ملک مستاجر می شود و اجیر نمی تواند فعلی را که با آن منافات دارد برای خود یا دیگران انجام دهد، اما اگر عملی که منافات با منافع یا منفعت خاص مورد اجاره نداشته باشد انجام دهد؛ بلامانع است.<sup>۲</sup> در حالی که شخصی اجیر شود و شخصاً فعل مشخصی را در زمان معلومی انجام دهد، و یا آن که برای انجام عمل مشخصی اجیر شود و مباشرت خود و یا انجام عمل مزبور در زمان مشخصی یکی به طور قید و بعدی به صورت شرط و یا هر دو به شکل شرط ضمن عقد قرار داده شود، مستاجر برای مدت معینی مالک منفعت اجیر نمی شود، چون انجام عمل را اجیر تعهد نموده است، به طوری که در صورت اول انجام فعل با قید مباشرت در زمان مشخص، مورد تعهد است و در صورت دوم عمل مطلق، مورد تعهد می باشد ولی مباشرت و یا انجام آن در مدت معین یکی به نحو قید و دیگری به نحو شرط و یا هر دو آنها به صورت شرط ضمن عقد اجاره قرار داده شده است. اجیر عام کسی است که تعهد به انجام عملی به عنوان اجاره می نماید. اجیر عام می تواند انجام فعل مورد تعهد را خود و یا آن را به شخص ثالث از طرف او واگذار کند، چون مقصود مستاجر از قرارداد اجاره انجام فعل مشخص می باشد و هر کسی می تواند آن را انجام دهد و خصوصیت اجیر مدنظر او نیست.<sup>۱</sup> با دقت به مطالب بالا می توان نتیجه گرفت که از لحاظ ماهوی بازیکن حرفه ای مثل اجیر خاص است که همه منافع خود را در زمان مشخص به باشگاه واگذار می کند. به همین دلیل، قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای مشابه قرارداد اجاره اجیر خاص است.

ب: نقاط افتراق از لحاظ مقررات و قوانین حاکم: آیین نامه های مصوب فدراسیون های ورزشی، اکثر مقررات حاکم بر قرارداد ورزشی هستند، در صورتی که، قوانین عادی، قوانین حاکم بر عقد اجاره انسان می باشند.

تفاوت اصلی بین قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای و قرارداد اجاره اشخاص در این است که قرارداد اجاره عقد تملیکی است که به سبب آن اثر عقد تملیک منافع (عمل اجیر/ اموال) در زمان مشخص در برابر عوض معلوم است، به شکلی که بعد از وقوع اجاره مستاجر مالک منافع اجیر در زمان مشخص و در عوض اجیر مالک اجرت معلوم که به

۱- اجیر خاص را چنین تعریف کرده است: «الاجیر الخاص و هو من أجر نفسه علی وجه یکون جمیع منافع للمستاجر فی مدّة معینة او علی وجه تكون منفعتة الخاصة كالخیاطة مثلاً له، او أجر نفسه لعمل مباشرة مدّة معینة او كان اعتبار المباشرة او كونها فی تلك المدّة او کلیهما علی وجه الشرطیة لا القیدیة، لا یجوز له ان یعمل فی تلك المدّة لنفسه اولغیره بالاجارة او الجعالة او التبرع عملاً ینافی حق المستاجر الا باذنه(طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، جلد دوم، تهران، انتشارات علی بن ابی طالب، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۵۱۲)

عهدہ مستاجر می باشد و به پیروی از متعهد به انجام فعل مورد اجاره است.<sup>۱</sup> ولی قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای از نظر مقررات بین المللی قرارداد عهده ای و صرفاً اثر قرارداد به وجود آمدن تعهد جهت باشگاه و بازیکن است. هرچند عده ای از حقوقدانان تمایزی میان قرارداد تملیکی و عهده قائل نیسیستند و بر این باوراند که نظریه تملیک از فقه اهل سنت، وارد فقه امامیه شده است مانند یکی از تعهدات عقد اجاره که تملیک منافع نام گرفته است. به نظر می می رسد این عقیده نزدیکتر به واقعیت است. از این لحاظ اگر قرارداد اجاره اجیر خاصاً را قرارداد عهده بدانیم، شباهت قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای به این قرارداد بیشتر است.

تفاوت بعدی بین قرارداد انتقال بازیکن و قرارداد اجاره اشخاص این است که بیشتر مقررات مربوط به قراردادهای ورزشی امری است؛ چه اینکه اغلب این مقررات از طرف فدراسیون های ورزشی مشخص شده و متعاقدين قرارداد فقط می توانند خود را در چارچوب این مقررات از قبل معین شده قرار داده تا بر توافق آنها اثر حقوقی مقرر گردد. این مقررات شاهد بر چگونگی تنظیم قرارداد در فرم مخصوص، مشخص نمودن حداکثر و حداقل زمان قرارداد، ثبت قرارداد در سازمان لیگ و هیات های ورزشی، لحظه انعقاد قرارداد و غیره می باشد. متعاقدين قرارداد نمی توانند بر خلاف این مقررات توافق نمایند. در حالی که مقررات حاکم بر اجاره تکمیلی است و متعاقدين بر خلاف آنها می توانند توافق کنند. با موافقت میان مستاجر و اجیر قرارداد منعقد شده و دو طرف در چارچوب توافق انجام شده قراردادی الزام به انجام آن دارند.

اگر قرارداد اجاره شخص را اجیر عام بدانیم، قرارداد منوط به مباشرت اجیر نیست، بر این اساس تعهد را می تواند توسط شخص دیگری انجام دهد. ولی در قرارداد ورزشی تعهدات بازیکن بر پایه شخص استوار است و باشگاه با در نظر گرفتن شرایط و مهارت ها و توانایی های بازیکن مبادرت به انعقاد قرارداد با او می کند پس اجرای تعهد بازیکن را نمی توان واگذار به شخص دیگری نمود.

اجاره انسان در شمار عقود رضایی است که با موافقت مستاجر و اجیر منعقد می شود، در صورتی که قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای از جمله قراردادهای تشریفاتی است، قرارداد بازیکن با باشگاه باید مطابق مقررات نقل و انتقال بازیکن در هیات فوتبال استان و سازمان لیگ به ثبت برسد. بر همین اساس بازی نمودن بازیکن در تیم باشگاهی منوط

۱- شهید اول به تبعیت از مشهور فقهاء در تعریف عقد اجاره میفرماید: هی العقد علی تملک المنفعه المعلومه بعوض معلوم) اللعنه الدمشقیه، جلد دوم، عقد الاجاره) به همین علت است که فقهاء در مبحث ضمان معتقدند اگر شخصی اجیر دیگری شود و شخص دیگری او را حبس کند، غاصب ضامن منفعت فوت شده نسبت به مستاجر است (إذا منع حرّاً عن عمله لم یضمن الا اذا كان اجیراً خاصاً لغيره لمن استأجره منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۶) زیرا منافع اجیر در مدت معین ملک مستاجر شده است. و مستاجر میتواند منفعت غصب شده را از غاصب مطالبه کند. از طرف دیگر شهید ثانی نسبت به تملیکی بودن قرارداد اجاره اجیر (کارگر) تردید کرده است.. عبارت ایشان چنین است: بنی بعضهم الحکم علی ان الاجاره الحرّ نفسه هل هی تملیک المنافع او التزام عمل؟ (شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۵).

۲- جعفری جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، انتشارات مدنی، ۱۳۹۸ چاپ سوم ص ۲۰۴.



بر صدور گواهی بین المللی بازی<sup>۱</sup> است و در صورت نبودن این گواهی بازیکن نمی تواند بازی انجام دهد.

در اجاره اشخاص در حالی که شخصی جهت انجام فعلی اجیر شود و شرط مباشرت نشده باشد هر چند مدت تعیین شده باشد و یا مدت معین نباشد با آنکه شرط مباشرت شده باشد، در این حالت اجیر می تواند پیش از انجام فعلی که برای آن اجاره شده است، اجیر دیگری شود، چون که این فعل مغایرتی با تعهد اجیر ندارد. به این دلیل که تصور بر آن است که تعیین مدت یا شرط مباشرت نشده است.<sup>۲</sup> ولی در قرارداد انتقال بازیکن ، بازیکنی که با باشگاه قرارداد امضاء می کند مجاز به انجام بازی برای سایر باشگاه ها نیست. از این نظر شبیه به اجیر خاصی است که اجیر شخص دیگری نمی تواند شود.<sup>۳</sup>

در مورد مالکیت منافع و اجرت به وسیله مستاجر و موجر؛ در اجاره اشخاص مستاجر بر اساس قرارداد اجاره مالک منافع اجیر می شود به همان ترتیب که اجیر بر طبق قرارداد اجاره مالک اجرت می شود، ولی مالکیت اجیر به شکل غیرمستقر است که با استیفاء از منافع اجیر پا برجا خواهد شد ولی در قرارداد انتقال بازیکن اجرت نقدی بازیکن به دو شکل مشخص می گردد، بخشی از اجرت قطعی است که به محض امضای قرارداد بازیکن مالک آن می شود و قسمتی هم امکان دارد در حالت پیدایش شرایطی بازیکن استحقاق به آن یابد. از این رو تفاوت میان مالکیت اجرت در اجاره اشخاص با قرارداد انتقال بازیکن وجود دارد.

در حالتی که شخصی جهت انجام کار در زمان مشخصی برای فرد معینی اجیر شده باشد، بعد از آن جهت انجام کاری در همان روز برای دیگری اجیر گردد، اجاره دوم در این حالت صحیح نیست (باطل است) و اگر پیش از فرا رسیدن روز معین، به جهت خیار یا اقاله، اجاره اول را فسخ کند، در این حالت اجاره دوم صحیح نمی شود ولی در قرارداد انتقال بازیکن در حالی که بازیکن با باشگاهی قرارداد دارد، می تواند با باشگاه دیگری قرارداد منعقد نماید، لکن طبق قوانین این کار او سبب ورود خسارت قراردادی به باشگاه اول و محرومیت ورزشی جهت بازیکن خواهد شد، ولی قرارداد دوم دارای اعتبار است.

#### ۱- ITC

۲- اذا أجر نفسه لعمل غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة او من غير تعيين المدة و لو مع اعتبار المباشرة، جاز عمله للغير و لو على وجه الاجارة قبل اتيان العمل بالمستاجر عليه، لعدم منافاته له من حيث امکان تحصيله لابل المباشرة او بعد العمل للغير، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة او عدم تعيين المدة.

۳- طباطبایی يزدي، محمد كاظم، ۱۳۹۰، العروة الوثقى، جلد دوم، تهران، انتشارات على بن ابى طالب، چاپ سوم، ج دوم، ۱۳۹۰، ص ۵۱۵.

۴- وكيف كان فقد عرفت ان المستاجر يملك المنفعة بالعقد كما ان المؤجر يملك الاجرة به الا انه ملك غير مستقر و انما يستقر بالاستيفاء بلاخلاف و لا اشكال او بما فى حكمه، كما اذا سلم العين المستاجرة للمستاجر وقبضها، و مضت مدة الاجارة لو كانت مقدرة بها، او مدة يمكن فيه استيفاء المنفعة لو كانت مقدرة بالعمل، سواء استوفى ام لا، لعذر ام لا، فانه اذا كان كذلك لزمته الاجرة بلاخلاف معتد به، حتى لو كانت الاجارة فاسدة و ان كان اللازم فيها اجرة المثل.

۵- لو أجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً ثم أجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو، لم تصح الاجارة الثانية و لو فسخ الاولى بخيار او اقاله قبل ذلك اليوم لم ينفع فى صحتها بل و لو اجازها ثانيا بل لا بد له من تجديد الاجارة،

اگر اجیر یا مستاجر در اجاره اشخاص فوت شود، از لحظه فوت اجاره منحل می شود، مگر اینکه اجیر پذیرفته باشد که عمل مورد اجاره در ذمه است که در این حالت با فوت اجیر به مقدار عمل از اموال او استیفاء می شود؛ ولی در قرارداد انتقال بازیکن به دلیل شخصی بودن ویژگی های فرد، تعهد قراردادی به محض فوت بازیکن یا مربی منحل می شود.

تعادل معاوضی میان اجرت و عمل مورد اجاره در قرارداد اجاره اشخاص شرط است؛ به این دلیل در مواقعی که ارزش یکی از دو عوض در قرارداد اجاره به مقدار فاحش بیشتر از دیگری باشد، به واسطه غبن حق فسخ را طرف مقابل قرارداد دارد. مثل موردی که شخصی جهت انجام کار تخصصی که ارزش آن ۱۰۰ هزار تومان است، با ۵۰ هزار تومان اجرت اجیر شود و بعد از آن متوجه گردد که ارزش کار او بیشتر از اجرت مشخص شده است، به این علت قرارداد اجاره را می تواند فسخ و مطالبه اجرت حقیقی خود را نماید. ولی در قرارداد انتقال بازیکن بعد از امضای قرارداد به وسیله باشگاه و بازیکن هیچ کدام نمی تواند یکطرفه به جهت غبن فاحش قرارداد را فسخ نماید و این مورد در مقررات داخلی و بین المللی از موارد فسخ قرارداد مشخص نشده است. از این رو اگر باشگاهی بازیکنی را که ارزش آن برای دو فصل آن ۵۰۰ میلیون تومان است به ۱ میلیارد تومان خریداری نماید، در این شرایط حق فسخ قرارداد را باشگاه به علت غبن ندارد و اگر قرارداد را فسخ نماید، فسخ او غیرموجه و سبب غرامت خواهد شد. چون که شرایط و موارد فسخ در مقررات نقل و انتقال بازیکن به شکل انحصاری مشخص شده که غبن در شمار آن موارد نیست.

طبق ماده ۵۱۵ ق.م بعد از اتمام مدت و در حالتی که مستاجر مخالفت ننماید، اجیر می تواند با دقت به مراضات طرفینی به کار خود ادامه دهد و به این صورت استحقاق دریافت اجرت المثل معادل اجرت المسمی را خواهد داشت؛ ولی در قرارداد انتقال بازیکن با اتمام مدت، رابطه قراردادی نیز پایان می یابد و در صورت انعقاد قرارداد جدید باشگاه حق استفاده از بازیکن را دارد.

مستاجر مکلف به پرداخت هزینه درمان اجیر در قرارداد اجاره انسان نمی باشد در صورتی که باشگاه متعهد به پرداخت هزینه درمان و معالجه در قرارداد انتقال بازیکن می باشد. به این خاطر همه باشگاهها مکلف به بیمه کردن بازیکن در مقابل حوادث ورزشی می باشند. طبق بند ۲ ماده ۳۴ آیین نامه لیگ قهرمانی تکواندو باشگاه مکلف است بازیکن را در مقابل سوانح، فوت، نقص عضو، صدمات و هر نوع بیماری که به موجب تمرینات یا مسابقات یا به سبب مسافرت داخلی و خارجی بیمه نموده و آن را پیوست قرارداد نماید. چنانچه اجیر در اجاره انسان به جهتی مانند بیماری به شکل موقت توانایی انجام تعهد قراردادی را نداشته باشد، مستاجر تکلیفی به پرداخت اجرت نخواهد داشت، بر این اساس اگر مانع انجام کار اجیر حادثه اجتناب ناپذیر و خارجی باشد، همبستگی میان منفعت موضوع قرارداد و اجرت اجیر ایجاب می کند که تلف منفعت، تعهد مستاجر به پرداخت اجرت را از بین ببرد. لذا به عنوان مثال اگر به واسطه بیماری اجرای نمایشی

منحل گردد، افرادی که برای مشاهده آن بلیط خریده اند می توانند بهای آن را پس بگیرند.<sup>۱</sup> (کاتوزیان، ص ۵۸۶). ولی ناتوانی موقت بازیکن در قرارداد انتقال بازیکن، دلیل معاف بودن باشگاه از پرداخت دستمزد به او نمی‌باشد.<sup>۲</sup> در خصوص قرارداد کار هم به علت این که انجام وظیفه کارگر به امر کارفرما است و فراهم نمودن وسایل و فضای سالم جهت انجام کار مورد نظر، بعهده کارفرما است، مواردی از قبیل تعطیلی کارگاه و نابودی کالایی که باید بر طبق آن کار انجام شود، کارفرما را از پرداخت دستمزد معاف نمی‌کند. چنانچه تبصره ماده ۵۰ قانون کار مقرر داشته «کارفرما مکلف است مزد کارگران خود را که مستقیماً یا بطور غیر مستقیم بیکار می‌شوند در ایام تعطیل بپردازد.»

از لحاظ عرفی امکان دارد؛ تعهد اجیر در قرارداد اجاره با توجه به نوع کاری که بعهده اجیر گذاشته می‌شود، تعهد به نتیجه یا تعهد به وسیله باشد، برای نمونه تعهد مغنی جهت حفر چاه عرفاً تعهد به وسیله است، بر این اساس برای این عمل مستحق اجرت می‌باشد هر چند که چاه به آب نرسد؛ ولی تعهد خیاط برای دوختن لباس عرفاً تعهد به نتیجه می‌باشد و اگر نتیجه حاصل نشود علاوه بر اینکه اجرتی دریافت نمی‌کند، ضامن قیمت پارچه هم می‌باشد. همچنین است تعهد متصدی حمل و نقل، که تعهد به نتیجه می‌باشد و هنگامی استحقاق اجرت دارد که کالا را صحیح و سالم به مقصد برساند. ولی در قرارداد انتقال بازیکن، تعهد مربی یا بازیکن فوتبال در برابر باشگاه تعهد به وسیله است. براین اساس بازیکن زمانی در مقابل باشگاه مسئولیت دارد که باشگاه با دلایل کافی بتواند ثابت نماید که بازیکن تعهدی را که در بکاربردن همه تلاش خود در بازی بوده انجام نداده است.

بنابراین از لحاظ مقررات موجود در دو قرارداد می‌توان بیان نمود؛ که آیین نامه های فدراسیون ها، شامل مقررات حاکم بر قرارداد انتقال بازیکن می‌باشد. در صورتی که قوانین عادی بر اجاره اشخاص حاکم است. آیا می‌توان با وجود جهات افتراق، بیان نمود که ماهیت قرارداد انتقال بازیکن، قرارداد اجاره اشخاص است؟ آیا انجام عمل و فعالیتی به وسیله انسان به عنوان موضوع قرارداد و جهات اشتراک آنها این دو را به هم نزدیک می‌کند؟ و اصولاً آیا می‌توان ادعا کرد که قرارداد مزبور به عنوان شعبه ای از عقد اجاره اشخاص همانند قرارداد کار تاسیس گردیده یا اینکه ماهیت این دو قرارداد از یکدیگر متفاوت است؟ به نظر می‌رسد با دقت به امری بودن قسمتی از مقررات قرارداد انتقال بازیکن و اینکه وجوه افتراق بسیار زیاد این قراردادها با قرارداد اجاره، نمی‌توان ادعا نمود که ماهیت این قرارداد، عقد اجاره اشخاص است. بر این اساس راهی جز این نداریم که بگوییم ماهیت این قراردادها را قرارداد خصوصی و شامل ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم که تابع آثار و احکام مخصوص به خود می‌باشد.

۱- کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص ۵۸۶.

۲- حسینی، احمد، ۱۳۸۷، ماهیت و آثار حقوقی قراردادهای میان ورزشکار و باشگاه ورزشی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۷، ص ۱۳۸.

تنها قرارداد ورزشی که در حقوق موضوعه ایران و فقه به آن پرداخته شده عقد سبق و رمایه است.

سبق: به فتح سین و سکون باء؛ مطلق پیش گرفتن بر دیگری است و در کلام فقها از یک عقد و معامله خاصی که جهت اسب دوانی واقع می شود تعبیر شده است.<sup>۱</sup> و سبق را: به فتح هردو جهت عوض و جایزه که در این عقد، قرارداد شده اطلاق گردیده است.<sup>۲</sup>

رمی: در لغت به معنای انداختن و رمایه به کسر راء به معنای تیرانداختن می باشد و در اصطلاح فقها عبارتست از: عقدی که وقوع می بیابد برانداختن آلات قتال؛ مثل: نیزه، شمشیر، تیر، تفنگ و غیره.

عقد سبق و رمایه یعنی اینکه دو یا چند نفر با هم توافق در رشته های ورزشی مشخص برانجام مسابقه با عوض معین نمایند. بر این اساس، عقد سبق و رمایه میان چند نفر جهت اینکه با هم مسابقه دهند انعقاد می گردد و جایزه یا عوض مشخص شده به برنده داده می شود. در قانون مدنی عقد سبق و رمایه را با عنوان (گروبندی و قمار) ذکر شده است. قانون مدنی بعد از صدور حکم کلی، بطلان گروبندی و قمار را در ماده ۶۵۴ ذکر می کند؛ ماده ۶۵۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود و همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است»، ماده ۶۵۵ بیان می کند: «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی، گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی شود». در تعریف گروبندی و قمار حقوقدانان بیان نموده اند: «قمار قراردادی است میان دو یا چند فرد که بازی خاصی انجام دهند و هر کدام از آنها که پیروز شد دیگران مال معینی را به او بدهند» و «گروبندی پیمانی است میان دو طرف، که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی می نماید و تعهد می کنند، که هر کدام درست گفته باشد مال مشخصی را به او بدهند». از گروبندی و قمار به «شرط بندی» هم تعبیر شده است. بنابراین ارکان عقد سبق و رمایه را می توان طرفین عقد و موضوع قرارداد نامید؛ که در برگزیده برگزاری مسابقه در رشته های ورزشی مشخص و سبق یا عوض می باشد.<sup>۳</sup> حال به بررسی هرکدام از این موارد می پردازیم:

۱- کمالی، سعیده، بررسی ماهیت و موانع و مزایای ثبت قراردادهای ورزشی به صورت رسمی و عادی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد واحد قزوین، ۱۳۹۵، ص ۳۷.

۲- ایبسنون، متیو، مدیریت باشگاه ورزشی، ترجمه رحیم رضایی نژاد، مهدی آزادان و مالک آزادان، نشر علم و حرکت، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۲.

۳- رادی، جواد؛ صابونچی، رضا؛ مرادی، محمدرضا، نقش عوامل اقتصادی در جذب سرمایه گذاری خارجی در صنعت فوتبال ایران، مجموعه مقالات همایش بین المللی علم و فوتبال، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۸.

الف- طرفین عقد: در سبق و رمایه طرفین عقد از دو یا چند نفر که جهت انجام مسابقه در رشته ورزشی معلوم هستند؛ با مشخص نمودن جایزه با هم به رقابت می پردازند.

علت عمده عقد در این قرارداد شخصیت مسابقه دهندگان می باشد. همین موضوع است که عقد سبق و رمایه را از سایر عقود مانند جعاله و اجاره اشخاص جدا نموده و دارای وجودی مستقل است. به همین سبب افرادی که قرار است در مسابقه شرکت نمایند طرف عقد بشمار می روند. هیچ یک از طرفین نمی تواند شخص دیگری را جهت اجرای مسابقه اجیر کرده و معرفی کند. حقوقدانان و فقها بر همین اساس، اعتقاد دارند: هنگامی عقد سبق و رمایه درست است که میان مسابقه دهندگان انعقاد یابد وگرنه اگر اشخاص دیگری شرط بندی بر سر برد و باخت مسابقه دهندگان کنند؛ توافق صورت گرفته از مصادیق عقد سبق و رمایه نبوده و گروبندی و قمار است و چنین توافقی به جهت ماده ۶۵۴ ق. م باطل است<sup>۱</sup>

ب - موضوع قرارداد: به اختصار در این بخش در خصوص موضوع قرارداد به بحث و بررسی خواهیم پرداخت.

۱- انجام مسابقه در رشته های ورزشی مشخص که این مورد در برگیرنده دوبخش، انجام مسابقه و رشته مشخص و معین ورزشی می باشد. انجام مسابقه: به دلیل اینکه انجام مسابقه میان طرفین عقد موضوع اصلی عقد سبق و رمایه است، عنوان ورزشی به خود گرفته است. متعاقدين قرارداد با توافق برانجام مسابقه، در واقع توافق به استفاده از توانایی و مهارت بدنی و ذهنی خود در حین مسابقه می کنند. در کتب فقهی شرایط و چگونگی انجام مسابقه و قوانین حاکم بر مشخص نمودن برنده و غیره ذکر شده است. اگرچه طرفین می توانند در ضمن عقد به واسطه ارشادی بودن این مقررات، هر شرط دیگری که با قانون و شرع مغایرتی نداشته باشد را درج کنند.<sup>۲</sup>

رشته های ورزشی مشخص و معین: آیات و روایاتی که بر ضروری و لازم بودن یادگیری مهارت های نظامی و بالابردن نیروی جسمانی تاکید می کنند از مبانی جواز عقد سبق و رمایه است. در بین روایاتی که به شکل مبانی این عقد عنوان شده است؛ مواردی موجود است که بر ورزش های بخصوصی تاکید می کنند که استنباط از آنها این چنین است که مباح بودن عقد سبق و رمایه تنها در این رشته ها است. یکی از این روایات، از پیامبر اکرم (ص) نقل گردیده که بیان می دارند: « شرط بندی مسابقه نیست مگر در اسلحه آهنی یا حیوان بدون سم.» براین اساس، تعدادی از فقهاء در تبیین عقد سبق و

۱- الهی، علیرضا؛ گودرزی، محمود؛ خبیری، محمد، بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ حرفه ای فوتبال ژاپن، نشریه حرکت، سال ۱۳۵۸، شماره ۲۷، ص ۲۸.

۲- سرمد، زهره؛ بازرگان، عباس؛ حجازی، الهه، روش های تحقیق در علوم رفتاری. تهران، انتشارات آگاه، چاپ ۱۴۰۱، ص ۲۰۷.

رمایه متذکر شده: «آنچه را که مسابقه بر آن تجویز شده؛ عبارتست از: اسلحه آهنی که در برگیرنده شمشیر و ابزار جنگی و تیر و حیوان بدون سم را نیز شتر و حیوانی که سم دارد، استر، فیل، الاغ، قاطر وغیره است»<sup>۱</sup>

با دقت به این نکته که در صدر اسلام محدودیت هایی برای ورزش ها بوده، این سوال طرح می گردد که آیا می توان در ورزش های دیگر؛ مثل: والیبال، فوتبال، جودو، کاراته، اتومبیلرانی وغیره حکم به صحت عقد سبق و رمایه نمود یا خیر؟ به عقیده عده ای از فقهاء نباید مسابقه را محدود به قسمت خاصی از قبیل: تیر و نیزه و غیره کرد. با دقت به ملاک آیه شریفه «واعدولهم مااستطعتم من قوه و من رباط الخیل ترهبون به عدوا ... و عدوکم» که همانا افزایش نیروی دفاعی و قوای بدنی مسلمانان در پیکار با دشمنان است، می توان شرط بندی و مسابقه را در سایر رشته هایی که این ملاک را دارا باشند؛ از قبیل: زره پوش، کشتی های جنگی، در طیارات، تفنگ و غیره جاری نمود.<sup>۲</sup> مواردی که از اخبار در خصوص جواز سبق و رمایه بیان شده است؛ در آن عصر به اعتبار وجود آنها بوده، زیرا دین اسلام زمانی ظهور نمود که پیشرفت ها و اختراعات امروزی صورت نگرفته بود و ابزار جنگی از شمشیر و تیر و کمان و اسب جلوتر نمی رفت و با دقت به دنبال نمودن هدفی که از این مسابقات بود، مانعی ندارد برای برگزاری مسابقه با تسلیحات امروزی و اموری که سبب اقتدار و قدرت می گردد. در پاسخ به این سوال عده ای از حقوقدانان بیان نموده اند که با دقت به وحدت ملاک شرط بندی، در سایر موارد، مانند: دوچرخه سواری، اتومبیلرانی، شنا و غیره که با ورزش های ذکر شده منافع اجتماعی مشابهی دارند؛ می توان در این عقود حکم به مشروعیت شرط بندی داد. برخی دیگر از حقوقدانان هم برآنند که وحدت ملاک فقط قابل اعمال در ورزش های مشابه مثل هواپرد، شنا، نشانه روی با ضدهوایی و موشک است و راهی در سایر ورزش ها مانند: والیبال، فوتبال و غیره ندارد. در هر صورت آنچه مسلم است؛ تمام ورزش ها شامل عقد سبق و رمایه نمی شود و تنها ورزش هایی را دربر می گیرد که یا از نظر نوع رشته ورزشی یا به لحاظ وحدت ملاک و چگونگی اجرای آن مشابه با موارد مشخص شده باشد.<sup>۳</sup>

## ۵- عوض یا جایزه

عوض یا جایزه که در فقه «سبق» هم نامیده می شود؛ مالی است که به شخص پیروز بعد از اتمام مسابقه اعطا می شود. به طور معمول عوض در عقد مسابقه، به وسیله طرفین معامله مشخص و پرداخت می گردد. مشابه شرط بندی یا عقد سبق و رمایه در بعضی

۱- کمالی، سعیده، بررسی ماهیت و موانع و مزایای ثبت قراردادهای ورزشی به صورت رسمی و عادی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد واحد قزوین، ۱۳۹۵، ص ۴۶.

۲- ایزدی، علیرضا، توصیف عوامل مؤثر بر جذب اسپانسر شیب شرکت های اسپانسر فوتبال حرفه ای ایران، پایان نامه انتشار نیافته کارشناسی ارشد، دانشکده تربیت بدنی و علوم ورزشی دانشگاه تربیت معلم تهران، ۱۳۸۴، ص ۵۶.

۳- ایزدی پیشین، ص ۷۵.

از کشورها، مانند: انگلیس میان ورزشکاران مرسوم بوده است؛ برای نمونه: ملکه انگلیس در سال ۱۷۱۴ در مسابقه ای که چند سوارکار در آن شرکت داشتند هر یک از آنها را وادار نمود مبلغی را در بین خود مشخص نمایند تا پس از اتمام مسابقه به شخص پیروز پرداخت شود. ولی در اکثر کشورها شرط بندی به این شکل که تماشاگران بر سر برد یا باخت تیم های ورزشی یا ورزشکاران شرط بندی تنها در رشته اسب سواری پذیرفته شده است و در سایر رشته های ورزشی باطل است. قوانین و مقررات کشور انگلستان شرط بندی از سمت بازیکنان بر تیم های متبوعشان را به شدت رد کرده است به شکلی که انجام این عمل با مجازات سنگین حداقل ۵ سال محرومیت از شرکت در مسابقات، را به دنبال دارد.<sup>۱</sup>

## ۶- مقایسه قرارداد ورزشی با عقد سبق و رمایه

نقاط اشتراک و افتراق ذیل از مقایسه قرارداد ورزشی و عقد سبق و رمایه قابل استنباط است که جهت این مقایسه در قرارداد ورزشی و عقد سبق و رمایه ابتدا نقاط اشتراک و پس از آن نقاط افتراق آنها مورد بررسی قرار می گیرد.

الف- نقاط اشتراک: ۱. هر دو قرارداد، را می توان جزء قراردادهای ورزشی محسوب می نمود.

۲. اعمال تکنیک، و مهارت نیروی بدنی و ذهنی در مسابقات موضوع اصلی هر دو قرارداد است.

ب- نقاط افتراق: در قرارداد سبق و رمایه طرفین جز مسابقه دهندگان هستند، ولی در قرارداد ورزشی، تنها بازیکن مسابقه دهنده به شمار می رود. هرچند، تحت نام باشگاه، بازیکن مسابقه می دهد، ولی در حقیقت باشگاه مسابقه دهنده می باشد؛ به این دلیل که شخصیتی حقوقی می باشد که از منافع بازیکن در راستای انجام مسابقه استفاده می نماید؛ در همه رشته های ورزشی انعقاد قرارداد ورزشی قابل تصور می باشد، در صورتی که عقد سبق و رمایه؛ منحصرأ قابل تصور در رشته های مشخص شده و یا مشابه (اعم از اینکه از جهت وحدت ملاک یا از حیث انجام آن مشابه باشد) است. عقد سبق و رمایه میان طرفین؛ جنبه شرط بندی دارد، در صورتی که در مورد قرارداد ورزش صدق این عنوان صحیح نیست.<sup>۲</sup>

۱- Woods, 1997, PP:223-233.

۲- راجر جکسون، پالمر ریچارد، ۱۳۹۲، راهنمای مدیریت ورزشی. مترجمان: خبیری محمد، سجادی سیدنصراله، صدیق سروسنانی رحمت اله، عزیزی محمد، گابینی عباسعلی، نوابی نژاد شکوه. چاپ سوم. تهران: انتشارات کمیته ملی المپیک جمهوری اسلامی ایران. ۱۳۹۲، ص ۲۸۶.

## ۷- قانون کار و قرارداد ورزشی

می توان گفت طبق نظر علمای حقوق «حقوق کار بر تمامی روابط حقوقی که به جهت انجام کار برای دیگری می باشد، حاکم است، با این شرط که انجام کار با تبعیت یک طرف نسبت به طرف دیگر همراه باشد.»<sup>۱</sup>

ماده ۵ قانون کار می گوید: «کلیه کارگران، کارفرمایان، نمایندگان آنان و کارآموزان و نیز کارگاه ها مشمول مقررات این قانون می باشند». بنابراین با توجه به جنبه کلی بودن قانون، در قانون کار اصل بر این است که مقررات حقوق کار شامل همه مزد بگیران و حقوق بگیران می شود مگر، آنکه قانون صریحا افرادی را استثناء کرده باشد. به عبارت دیگر حقوق کار شامل تمام افرادی می شود که عنوان کارگر و کارفرما داشته باشد.

ماده ۵۷ قانون کار در تعریف قرارداد کار بیان می کند: «قرارداد کار عبارتست از: قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی، کاری را برای مدت موقت یا غیرموقت برای کارفرما انجام می دهند».

با عنایت به اینکه موضوع قرارداد کار به عنوان شاخه ای از قرارداد اجاره انسان نیروی جسمی و فکری انسان است و از سوی دیگر همانند قراردادهای ورزشی متضمن قواعد آمره بسیاری است آیا می توان گفت که قرارداد ورزشی تحت شمول قانون کار است و نوعی قرارداد کار بوده یا خیر؟

### ۷-۱- مقایسه قرارداد ورزشی و قرارداد کار

از شباهت ها و تفاوت هایی که از مقایسه قرارداد کار و قرارداد ورزشی و مقررات قوانین و حاکم بر آنها وجود دارد چنین می توان استنباط نمود که: از حیث نقاط اشتراک، حقوق کار حاکم بر تمام روابطی است که به جهت انجام کار برای دیگری ناشی می شود؛ با این شرط که انجام کار با تبعیت یک طرف در برابر طرف دیگر همراه باشد. با دقت به آنچه در مورد موضوع قرارداد ورزشی بیان شد؛ این تعریف دربرگیرنده قرارداد ورزشی هم می شود، زیرا بازیکن برای شخص دیگری کار می کند و تبعیت حقوقی به جهت اجرای تعهداتش از باشگاه دارد و موضوع قرارداد ورزشی عبارت است از: به کار گیری تکنیک، مهارت و نیروی بدنی و ذهنی در تمرینات و مسابقات! به عبارت دیگر موضوع قرارداد ورزشی نیروی جسمی و فکری انسان است که در اختیار باشگاه قرار می گیرد. موضوع قرارداد کار نیز چیزی جز این نیست چه این که کارگر نیروی کار و فعالیت خود را در اختیار کارفرما خود قرار می دهد.

ملاک تشخیص قرارداد اجاره اشخاص از قرارداد کار تبعیت حقوقی کارگر از کارفرما می باشد. در خصوص بازیکن هم این ملاک وجود دارد. به این ترتیب که بازیکن در همه



مراحل از جمله تمرین، زمان تمرین، مسابقات مرخصی‌ها و تعطیلات، حتی تغذیه و غیره، تابع مقررات و نظر باشگاه می‌باشد. این تبعیت تا اندازه‌ای است که بازیکن در چگونگی اعمال تکنیک و مهارت و نیروی بدنی و ذهنی‌اش هم تابع نظر باشگاه می‌باشد. در قرارداد کار کارگر متعهد است و تعهد او وضع شخصی دارد و فرد دیگری نمی‌تواند آنها را انجام دهد و به وراثت او نیز انتقال نمی‌یابد. در حقیقت شکلی از توافق در قرارداد کار بین متعقدین انجام می‌پذیرد که سبب ادامه قرارداد شده و امکان خلاف خواست یکی از طرفین نیست. بنابراین می‌توان بیان نمود که بیشتر قرارداد کار به حقوق اشخاص مربوط است تا به حقوق اموال. از آنجایی که شیء و مال موضوع این قرارداد نیست، تعهدی می‌باشد که به شخص کارگر مرتبط است. در قراردادهای ورزشی نیز تعهدات بازیکن قائم به شخص اوست. باشگاه با ملاحظه توانایی‌ها و شخصیت بازیکن با قرارداد منعقد می‌نماید و از سوی دیگر نیز مقررات و آیین‌نامه‌های ورزشی اجازه انجام تعهدات بازیکن توسط ثالث را صراحتاً معنا کرده است. هر دو جزو عقود مستمر، دو تعهدی، معوض، الحاقی و قوانین و مقررات آنها جنبه امری دارند.

از حیث نقاط افتراق، در قرارداد کار قوانین عادی عمدتاً قوانین و مقررات حاکم هستند که توسط قانونگذار وضع می‌شوند از جمله این قوانین می‌توان به قانون کار ۱۳۶۹ که از مهمترین منابع حقوق کار در ایران است اشاره نمود. با این حال قوانین حاکم بر سازمان‌های ورزشی اغلب آیین‌نامه‌هایی هستند که توسط فدراسیون‌های ورزشی تهیه و تصویب می‌شوند. حتی در قرارداد کار، کارفرما یک شخصی حقیقی یا حقوقی است؛ اما در قرارداد ورزشی همیشه کارفرما شخص حقوقی است. در نتیجه هدف اصلی قانونگذار از تصویب قوانین کار حمایت از قشر کارگر در برابر کارفرمایان است، در صورتی که هدف از تصویب مقررات و قوانین ورزشی، اعم از آیین‌نامه‌های نقل و انتقالات و انضباطی، استقرار انضباط و نظم میان بازیکنان و باشگاه‌ها می‌باشد. به این جهت، پذیرش حمایتی بودن این مقررات با دشواری همراه است.<sup>۱</sup>

## ۷-۲- وضعیت قرارداد ورزشی در حقوق ایران

با توجه به مقررات فدراسیون‌ها باید گفت قرارداد ورزشی عقدی تشریفاتی است؛ زیرا اولاً طبق ماده ۲ آیین‌نامه نقل و انتقالات فوتبال مصوب ۱۳۹۱، «باشگاه و بازیکن موظفند براساس فرم تهیه شده از طرف فدراسیون، قراردادی ..... تنظیم و مبادله نمایند» و ثانیاً به موجب تبصره ۲ همین ماده، «قرارداد ..... در چهار نسخه تنظیم می‌شود که پس از گواهی مهر و امضاء در دفتر اسناد رسمی و همچنین در دفتر هیأت فوتبال شهرستان ظرف ۷۲ ساعت جهت ثبت در هیأت فوتبال استان برای مسابقات استانی و ارسال یک نسخه آن

۱- حسینی، احمد، ۱۳۸۷، ماهیت و آثار حقوقی قراردادهای میان ورزشکار و باشگاه ورزشی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۷، ص ۱۳۰.

به فدراسیون فوتبال و در مورد بازیکنانی که در مسابقات کشوری حضور می یابند، ظرف ۷۲ ساعت جهت ثبت در دفتر کمیته مسابقات فدراسیون ارائه شود .....». تبصره مذکور در ادامه و در بیان ضمانت اجرای تخطی از ترتیبات و تشریفات بیان می کند: «در صورتی که قراردادهای موضوع این آئین نامه در هیأت فوتبال شهرستان و استان مربوطه و فدراسیون فوتبال ثبت نشود و در مورد باشگاه های استانی یک نسخه آن به فدراسیون فوتبال ارسال نشود، فاقد اعتبار است و حضور بازیکن در مسابقات مرتبط غیرمجاز تلقی می گردد». بنابراین چنانچه باشگاه با بازیکن قرارداد منعقد نماید اما مبادرت به ثبت آن ننماید، نقل و انتقال بازیکن به باشگاه جدید به درستی صورت نگرفته و قرارداد باطل خواهد بود. با توجه به آنچه در تعریف عقد تشریفاتی و لزوم ثبت قرارداد ورزشی و همچنین لزوم گنجاندن توافق در فرم تهیه شده توسط فدراسیون بیان شد، می توان گفت: قرارداد ورزشی عقد تشریفاتی است. علاوه بر این، با قطع و یقین می توان گفت عقد تشریفاتی در نظام حقوقی ایران نیز وجود دارد و از طرف دیگر، ایرادات وارد بر عقود تشریفاتی دیگر (مبنی بر اینکه لزوم ثبت و رعایت تشریفات، از جهت اثبات و استناد در مراجع صالح است)، در خصوص قرارداد ورزشی قابل پذیرش نخواهد بود؛ زیرا علاوه بر اینکه باید مهر و امضاء طرفین توسط دفاتر اسناد رسمی گواهی شود، باید در مراجع دیگری که فدراسیون مشخص کرده است نیز ثبت شود تا موجب آثار حقوقی باشد. به طور معمول، قرارداد باشگاه ها و ورزشکاران در ایران متن از پیش تعیین شده ای است که توسط فدراسیون های ورزشی تهیه و تنظیم می شود و در اختیار باشگاه ها قرار می گیرد. باشگاه ها نیز هنگام انعقاد قرارداد، آن را به ورزشکاران ارائه می دهند. در همین رابطه ماده ۱ آئین نامه نقل و انتقالات سازمان لیگ فوتبال مقرر می کند: «آیین نامه نقل و انتقالات به استناد ماده ۶ اساسنامه فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران و به اتکاء اصول تصریح شده در مقررات بین المللی فوتبال و به جهت تعیین وضعیت، نحوه به خدمت گرفتن و چگونگی نقل و انتقال بازیکنان در رده های سنی متفاوت و کادر فنی و پزشکی و همین طور اقاله یا فسخ قرارداد با دلیل موجه یا دلیل موجه ورزشی و همچنین حل اختلاف و چگونگی مجازات و جرایم آنان در صورت عدم احترام به مقررات و رعایت اصول حاکم بر روابط بین آنها، تدوین گردیده است».

شروط و مندرجات قرارداد ورزشی که از سوی فدراسیون تنظیم و ارائه می شود، قابل تغییر و دخل و تصرف از سوی باشگاه ها و ورزشکاران نمی باشد؛ بنابراین طرفین یا باید چنین قراردادی را به همان نحو قبول نمایند و یا آن را رد کنند. قرارداد ورزشی ارائه شده به استناد بندهای ماده ۲۰ آئین نامه فوق الذکر، باید متضمن موضوعاتی مثل دستمزد و نحوه پرداخت آن، مدت قرارداد، وظایف و تکالیف باشگاه و ورزشکار، مسئولیت های طرفین قرارداد، ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات، حقوق مالیاتی و... باشد.

از آنچه در خصوص قراردادهای ورزشی ایران گفته شد، چنین استنباط می شود که قراردادهای ورزشی رایج در ایران در زمره عقود الحاقی (استاندارد) محسوب می شوند؛ زیرا اولاً همانند عقود الحاقی متنی از پیش تنظیم شده هستند که به طرف مقابل ارائه

می‌شوند و متضمن موضوعاتی مثل حقوق و تکالیف، دستمزد، مدت و... می‌باشند. ثانیاً طرفین قرارداد ورزشی نمی‌توانند شروط و مندرجات قرارداد را تغییر دهند<sup>۱</sup> البته ارائه قرارداد به یک طرف و تغییر ناپذیری آن باعث نمی‌شود قرارداد مورد نظر را عقد تحمیلی قلمداد کنیم؛ زیرا در عقد تحمیلی رابطه حقوقی بر طرفین یا لاقلاً یک طرف تحمیل می‌شود.<sup>۲</sup> در حالی که در قرارداد ورزشی به هیچ عنوان نمی‌توان مدعی تحمیل انشاء عقد به طرفین قرارداد یا یک طرف آن شد.

## ۸- ماهیت قرارداد ورزشی در انگلستان

در سیستم حقوقی انگلیس، روابط ورزشکاران در ورزش های حرفه ای بر اساس توجه و ملاحظات قوانین کار تدوین شده است. با این حال، سال ها تصور می شد که ورزش های حرفه ای شغل نیست؛ اما با تغییر نگرش به ورزش و ظهور آن به عنوان یک صنعت مؤثر و مولد در تجارت و بهبود ساختار فدراسیون های ورزشی، ورزش های حرفه ای به جمع قانون کار پیوستند.<sup>۳</sup> و همه متخصصان ورزش مانند: ورزشکاران، کلوپ ها، کارمندان اداری، پزشکان ورزشی، خبرنگاران ورزشی، فروشندگان بلیط و... از مزایای قانون کار برخوردار شدند.

مهمترین مزیتی که این قانون دارد، به مشتریان خود و به اتحادیه ها اجازه می‌دهد؛ برای تنظیم و رمزگذاری نذورات جمعی، محافظت از اعضا، اقدامات جمعی مانند اعتصاب، مدیریت ورزش و... فعالیت کنند. امروزه ورزشکاران و باشگاه‌های انگلیسی بر اساس قانون کار و اتحادیه کار می‌کنند تا منافع شرکت‌های خود را حفظ کنند.<sup>۴</sup> بررسی رابطه قرارداد ورزشی با عقود جمعی، از جهت تعیین نحوه تنظیم و امکان دخالت طرفین در تنظیم قرارداد، در راستای شناخت ابعاد و مختصات این قرارداد حائز اهمیت می‌باشد. بدین ترتیب پس از بیان تعریف عقد جمعی، به بررسی نحوه تنظیم قراردادهای ورزشی در ورزش خواهیم پرداخت.

### ۸-۱- عقود جمعی

در تعریف عقد جمعی می‌توان بیان نمود که: «عقدی است که لاقلاً یک طرف آن جماعتی باشد که رضای اکثریت نافذ باشد یا نماینده اکثریت در انعقاد عقد دخالت کند مثل عقد کارگر و کارفرما»<sup>۵</sup> در تعریفی دیگر، مفهوم عقد جمعی چنین بیان شده است:

۱- توکلی فر، اکبر، ۱۳۹۲، ماهیت حقوقی قراردادهای ورزشی در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان. ۱۳۹۲، ص ۳۳.

۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۴۰۱، الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص ۳۴.

۳- Harpwood, 2019, P.25.

۴- Walter, T. Champion, Jr, 2022, p569.

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۸، ص ۲۵۷.

«عقد جمعی پیمانی است که بین بخشی از اعضای گروه‌ها و شریکان انعقاد می‌شود و جهت تمام آنها التزام ایجاد می‌کند و به شکل معمول اراده اکثریت را بر همه حاکم می‌سازد»<sup>۱</sup>

دو نمونه بارز از عقود جمعی عبارت از «پیمان جمعی کار و قرارداد الحاقی»؛ به عنوان مثال ماده ۳۵ قانون کار مصوب ۱۳۳۷ در تعریف قرارداد جمعی کار می‌گوید: «پیمان دسته جمعی کار عبارت از پیمان کتبی که به منظور تعیین شرایط کار بین یک یا چند سندیکا یا اتحادیه یا کنفدراسیون کارگری از یک طرف و یک یا چند کارفرما یا سندیکا یا اتحادیه یا کنفدراسیون کارفرمایی از طرف دیگر منعقد می‌شود».

روند انعقاد عقود جمعی مثل قرارداد دسته جمعی کار بدین نحو است که یک یا چند نفر به نمایندگی از اتحادیه های کارگری، و یک یا چند نفر به نمایندگی از اتحادیه کارفرمایی، به منظور تنظیم قرارداد کار که عمدتاً موضوعاتی مثل شرایط استخدام، ساعت کار مرخصی، تعطیلات، حداقل دستمزد، حداقل ساعات کار، کارهای سخت و زیان‌آور و... را در بر می‌گیرد، با یکدیگر مذاکره کرده و پس از حصول نتیجه، اقدام به تنظیم سند توافق می‌کنند که براساس آن، قرارداد دسته جمعی کار تنظیم می‌شود.

با عنایت به مطالب فوق‌الذکر و همچنین وجود عده کثیری از ورزشکاران و باشگاه‌ها با اهداف و منافع مشترک، این سوال مطرح می‌شود که آیا قرارداد ورزشی نیز همانند عقود جمعی دیگر، چنین فرآیندی را برای تنظیم طی می‌کند و عقدی جمعی محسوب می‌شود یا خیر؟ این سوال را با بررسی نحوه تنظیم قرارداد ورزشی در ایران و انگلیس پاسخ خواهیم داد.

از جنبه تبیین نحوه ارائه قرارداد و امکان تغییر مندرجات و شروط آن به وسیله طرفین قرارداد، بررسی ارتباط قرارداد ورزشی و عقد الحاقی دارای اهمیت می‌باشد.

عقود الحاقی چنین تعریف شده اند که: «متن از قبل مشخص شده ای است که دربرگیرنده جزئیات قراردادی که شامل مسئولیت‌های طرفین، حقوق تعهدات، موارد فسخ و نقض قرارداد، ضمانت اجرای نقض تعهدات و روش های حل و فصل اختلافات می‌باشد که یکی از طرفین به طرف دیگر ارائه می‌دهد و به او امکان مذاکره و بحث و تغییر در خصوص شروط مزبور داده نمی‌شود و در نهایت عقد قرارداد مشروط به پذیرفتن همه شرایط ذکر شده می‌باشد»<sup>۲</sup>.

در قراردادهای الحاقی تقسیم شرایط دو دسته است: دسته اول شرایطی است که هدف آن تعیین محدوده کاری و مسئولیت های ارائه دهنده فرم تکمیلی در رابطه با قیمت پیشنهادی است. دسته دوم شرایطی است که پیشنهاد دهنده فرم با توجه به موقعیت اقتصادی برتر خود و ضعف طرف مقابل در قرارداد گنجانده و بدین ترتیب امتیازاتی را

۱- کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص ۳۸.

۲- شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادهای (انعقاد، آثار و انحلال)، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۷۰.

برای خود ایجاد کرده و از آنها در برابر تخلفات قراردادی به عنوان سپر دفاعی توجیه می‌کند.<sup>۱</sup>

متنی که قبلاً تنظیم شده و به طرف مقابل ارائه می‌شود؛ امکان دارد به وسیله شخص ارائه‌دهنده یا سایر اشخاص تنظیم شده باشد و در انتها به وسیله ارائه‌دهنده استفاده شده باشد.

رابطه بین باشگاه‌ها و ورزشکاران در ورزش حرفه‌ای انگلیس براساس قرارداد ورزشی بر قرار می‌گردد. قرارداد ورزشی براساس سند توافق جمعی تنظیم شده و بعد از آن به ورزشکاران و باشگاه‌ها ارائه می‌گردد تا در زمان عقد قرارداد، از آن استفاده نمایند. این امر در شرایطی شکل می‌گیرد که متعاقدین قرارداد ورزشی نمی‌توانند تغییری در مندرجات و شروط قرارداد اصلی دهند؛ بنابراین می‌توان بیان نمود، قرارداد ورزشی مرسوم در لیگ‌های ورزشی انگلستان به همان شکل که از نام آن مشخص می‌گردد، قراردادی الحاقی است؛ چونکه اولاً مثل عقود الحاقی متنی از قبل مشخص شده است و ثانیاً طرفی که قرارداد به او ارائه می‌گردد؛ حق ندارد تغییری در مندرجات و شروط آن نماید. بنابراین مورد پذیرش واقع شده است که در قراردادهای جانبی ورزشکار و باشگاه می‌توانند، شروط مد نظر خود را که در قراردادهای الحاقی ذکر نشده است درج نمایند؛ البته مشروط بر اینکه مغایرتی با مفاد قرارداد الحاقی و اسناد قرارداد جمعی نداشته باشد.<sup>۲</sup>

## ۸-۲- قرارداد کار

ماهیت بسیاری از قراردادهای ورزشی به این شکل است که با موضوع قراردادهای استخدامی قانونی جهت بکارگیری ورزشکاران استفاده می‌شود. گسترش صنعت ورزش و امکان کسب درآمد بسیار بدین معنا است که اکثر افراد میتوانند زندگی راحت تری را با ورزش برای خود مهیا کنند. حقوق کار در رابطه استخدامی که ارتباط کارفرما و کارگر نام دارد؛ این امر تعهداتی را به کارفرما تحمیل می‌کند. در حقوق کامن لا (حقوق عرفی) کارفرما به شکل نیابتی در مقابل فعل یا ترک فعل کارمند خود مسئولیت دارد. این به معنای آن است که کارفرما مسئول است. فارغ از اینکه شخصاً مشارکت داشته باشد یا خیر! کارفرما باید یک سیستم کاری سالم و ایمن را فراهم نماید؛ در غیر این حالت مسئولیت صدمات کارکنان در حین انجام وظیفه قانونی برعهده او است. در کامن لا مجموعه‌ای از تعهدات و حقوق به طرفین رابطه استخدامی تعلق می‌گیرد که طبق شرایط مکتوب در توافق متمایز می‌باشد، ضمناً شروط کارفرما امکان دارد از قوانین موضوعه سبب شود یا از احکام صنعتی، موافقت‌های شرکتی و یا توسط کامن لا شکل بگیرد. تعیین شاغل بودن

۱- توکلی فر، اکبر، ماهیت حقوقی قراردادهای ورزشی در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان، ۱۳۹۲، ص ۳۲.

یا خوداشتغالی بودن یک کارمند گاهی بسیار پیچیده است و در چنین شرایطی دادگاه ها از طیف وسیعی از معیارها استفاده می کنند و البته توانایی کارفرما برای کنترل کارمند در درجه اول اهمیت قرار دارد.<sup>۱</sup>

به صورت کلی ورزشکاری که برای مدت معینی با یک سازمان خاص جهت انجام مجموعه ای از فعالیت ها قرارداد امضاء می کند در طبقه کارگران جاری می گیرد، به این ترتیب فوتبالیستی که با یک باشگاه قرارداد می بندد و حاضر می شود در همه تمرینات و مسابقات در طول فصل و خارج از فصل شرکت کند، در حقیقت کارگر به شمار می رود، اما زمانی که یک تیسور به طور مستقل حاضر به حضور در تیمی شود. در یک مسابقه تنیس مشخص با مبلغ جایزه در نظر گرفته شده، بازیکنان باید به وسیله مربی باشگاه هدایت شوند، شرایط لازم برای ارتقای مهارت ها و توانایی های آنها ایجاد شود، پیش از مسابقه و در زمان بازی تمرینات و دستورات تاکتیکی مربی را اعمال کنند، احتمالاً تیسور مورد نظر مربی خاصی دارد و برنامه و فردی را امتحان کنید.<sup>۲</sup>

### ۸ - ۳- وضعیت قرارداد ورزشی در حقوق انگلستان

قراردادها از لحاظ رعایت ترتیبات و تشریفات خاص در نظام حقوقی انگلستان، به عقود رسمی و غیررسمی تقسیم می شوند. عقود غیررسمی عقودی هستند که اعتبار و صحت آنها منوط به رعایت تشریفات و ترتیبات خاص نبوده و به صورت کتبی، شفاهی و یا عملی انعقاد می یابد و بودن عوض در آن الزامی است؛ ولی قرارداد رسمی قراردادی است باید به شکل تشریفاتی منعقد شوند تا دارای اثر باشند؛ به این جهت باید کتبی بوده و مهر و امضاء شده و تسلیم شود و نیاز به عوض هم ندارند. به عبارت دیگر، عقود رسمی، قراردادهایی هستند که تنظیم آنها با سند رسمی است و باید مستند به سند کتبی باشند. به عنوان یک قرارداد استخدام، قرارداد ورزشی از قبیل قراردادهایی است که باید با استناد به سند رسمی باشد.<sup>۳</sup>

قرارداد ورزشی به سبب بند ۳ سند توافق جمعی اتحادیه فوتبال انگلیس، قراردادی است که فقط اگر به شکل کتبی و طبق فرم قرارداد ورزشی منعقد شود، اعتبار خواهد داشت. علاوه بر این، قرارداد ورزشی می بایست امضاء شده و به طرف مقابل تسلیم گردد. رعایت ترتیبات فوق برای قرارداد ورزشی ضروری بوده و برای مؤثر بودن و اعتبار آن اجتناب ناپذیر است؛ بنابراین می توان بیان نمود که قرارداد ورزشی در نظام حقوقی

۱۳۴

۱- صالحی، امیر، پایان نامه کارشناسی ارشد، قرارداد های ورزشی در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه رضوی ص ۱۴۶، ۱۳۸۹.

۲- صدقاتی پریسا، حسین جانی ابوالفضل، الیاسی قاسم، خارکن کبری، بررسی مزایا و معایب خصوصی سازی و جذب سرمایه در ورزش سه گانه ایران. مجموعه مقالات نخستین همایش ملی ورزش سه گانه، تهران: فدراسیون ورزش سه گانه، ص ۷۳، ۱۳۸۹.

۳- پدفیلد، کولین، حقوق به زبان ساده، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۶، ص ۵۰.

انگلیس، قراردادی رسمی یا تشریفاتی است.<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

با مقایسه نحوه تنظیم قرارداد ورزشی در ایران و انگلستان مشخص می گردد؛ این روند در انگلستان دارای سازوکار و نظم بهتری نسبت به ایران بوده و دلیل امر به واسطه تشکیل اتحادیه های ورزشکاران و باشگاه ها و تنظیم سند توافق جمعی بوده است که در ایران تنها در رشته فوتبال این چنین است. با تغییر نگرش به ورزش از ابزاری جهت تفریح و دستیابی به سلامتی، به صنعت و حرفه ای سودآور؛ ضرورت وضع قواعد و مقرراتی که حد و مرز آن را معین و روابط اشخاص را بر طبق آن سر و سامان دهد، احساس می شد؛ تا اینکه مجامع ورزشی با جدی شدن بحث ورزش حرفه ای، با وضع قواعد و مقررات گوناگون، ورزش حرفه ای را نظم بخشیدند. در حیطه حقوق ورزشی اصلی ترین بحث، آشنایی با مقررات و قوانین مورد عمل ورزشکاران می باشد.

بسیاری از قراردادهای ورزشی ماهیت قانونی مشابه قانون کار دارند. ورزشکاری که با یک سازمان برای مدت معین قرارداد می بندد؛ ممکن است کارمند باشد. بنابراین ورزشکاری که با باشگاهی قرارداد ببندد و خود را متعهد به باشگاه کند، کارگر محسوب می شود. لازم به ذکر است که این یک نظریه است و گروهی بر این باورند که ارتباط ورزشکاران و سایر اشخاص موضوع حقوق ورزش با سازمان ها و باشگاه های ورزشی یک ارتباط کارگر و کارفرمایی است و برخی دیگر این رابطه را طبق عقد اجاره اشخاص برآورد می کنند. در نتیجه مسئولیت، زمانی شکل می گیرد که میان طرفین، قرارداد موجود باشد و هر یک از آنها در صورت نقض قرارداد و عدم اجرای مفاد قرارداد ملزم به جبران خسارتی می باشد که وارد کرده اند. قراردادهای ورزشی از هر دو جنبه یعنی هم عقد اجاره اشخاص و نیز قرارداد کار قابل بررسی و مشاهده می باشند. بنابراین با توجه به توضیحات فوق می توان گفت که ماهیت حقوقی قرارداد ورزشی تابع قرارداد خصوصی است و با تعیین این ماهیت، چالش هایی که در عقود مشابه وجود داشته، در این مورد راه پیدا نخواهد کرد؛ زیرا قرارداد خصوصی معنایی گسترده داشته و همه موارد مورد بحث در قرارداد ورزشی را در بر می گیرد. همچنین با اینکه محدودیت هایی دارد (نظیر: عدم مخالفت آنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه) اما تأثیر منفی بر قرارداد ورزشی نمی گذارد؛ بلکه باعث قوام آن می شود.

با بررسی ارکان قرارداد ورزشی و مقایسه آن با سایر عقود مشابه، می توان ماهیت حقوقی قرارداد ورزشی را تعیین نمود. قرارداد ورزشی طرفین قرارداد را بازیکن و باشگاه می

۱- Walter, T. Champion, Jr, 2022, Sports Law in a Nutshell, Publisher West Academic Publishing, Imprint West Academic Press, Publication City/Country Minnesota, United States. 6th Revised edition. P15.

داند و تعهد بازیکن به انجام توانایی و تکنیک، مهارت، نیروی بدنی و ذهنی در تمرینات و مسابقات است و باشگاه نیز تعهد به واریز دستمزد برای موضوع قرارداد منعقد شده دارد. عقود مشابهی که با قرارداد ورزشی قابلیت مقایسه دارند

بنابراین از لحاظ مقررات موجود در دو قرارداد می توان بیان نمود؛ آیین نامه های فدراسیون ها، اکثر مقررات حاکم بر قرارداد انتقال بازیکن می باشد. در صورتی که قوانین عادی بر اجاره اشخاص حاکم است. بنابراین به نظر می رسد با دقت به امری بودن قسمتی از مقررات قرارداد انتقال بازیکن و اینکه وجوه افتراق بسیار زیاد این قراردادها با قرارداد اجاره، نمی توان ادعا نمود که ماهیت این قرارداد، عقد اجاره اشخاص است. بر این اساس راهی جز این نداریم که بگوییم ماهیت این قراردادها را قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم که تابع آثار و احکام مخصوص به خود می باشد.

از شباهت ها و تفاوت هایی که از مقایسه قرارداد کار و قرارداد ورزشی و مقررات قوانین و حاکم بر آنها وجود دارد؛ می توان استنباط نمود که ملاک تشخیص قرارداد اجاره اشخاص از قرارداد کار تبعیت حقوقی کارگر از کارفرما می باشد. از حیث نقاط افتراق، در قرارداد کار قوانین عادی عمدتاً قوانین و مقرراتی هستند که توسط قانونگذار وضع می شوند از جمله این قوانین می توان به قانون کار ۱۳۶۹؛ که از مهمترین منابع حقوق کار در ایران است اشاره نمود، با این حال، قوانین حاکم بر سازمان های ورزشی اغلب آیین نامه هایی هستند که توسط فدراسیون های ورزشی تهیه و تصویب می شوند. حتی در قرارداد کار، کارفرما یک شخصی حقیقی یا حقوقی است، اما در قرارداد ورزشی همیشه کارفرما شخص حقوقی است. در نتیجه هدف اصلی قانونگذار از تصویب قوانین کار حمایت از قشر کارگر در برابر کارفرمایان است؛ در صورتی که هدف از تصویب مقررات و قوانین ورزشی، اعم از آیین نامه های نقل و انتقالات و انضباطی، استقرار انضباط و نظم میان بازیکنان و باشگاه ها می باشد. به این جهت، پذیرش حمایتی بودن این مقررات با دشواری همراه است.

از آنچه که در خصوص قراردادهای ورزشی در ایران بیان گردید؛ استنباط می گردد که قراردادهای ورزشی مرسوم در ایران از جمله عقود الحاقی (استاندارد) به شمار می روند؛ زیرا اولاً همانند عقود الحاقی متنی از پیش تنظیم شده هستند که به طرف مقابل ارائه می شوند و متضمن موضوعاتی مثل حقوق و تکالیف، دستمزد، مدت و... می باشند. ثانیاً نمی توانند در مندرجات و شروط قرارداد ورزشی توسط طرفین قرارداد تغییری ایجاد کرد. در سیستم حقوقی انگلستان، روابط ورزشکاران در ورزش های حرفه ای بر اساس توجه و ملاحظات قوانین کار تدوین شده است به صورت کلی ورزشکاری که با یک سازمان خاص در مدت زمان معین و جهت انجام مجموعه ای از فعالیتها قرارداد امضاء میکند در زمره کارگران قرار می گیرد.



۱. ابینسون، متیو، مدیریت باشگاه ورزشی، ترجمه رحیم رضانی نژاد، مهدی آزادان و مالک آزادان، نشر علم و حرکت، تهران، ۱۳۹۲.
۲. انیسی، محمد علی، مسئولیت مدنی و حقوق ورزشی، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۴.
۳. ایزدی، علیرضا، توصیف عوامل مؤثر بر جذب اسپانسر شیب شرکت های اسپانسر فوتبال حرفه ای ایران، پایان نامه انتشار نیافته کارشناسی ارشد، دانشکده تربیت بدنی و علوم ورزشی دانشگاه تربیت معلم تهران، ۱۳۸۴.
۴. پدیلد، کولین، حقوق به زبان ساده، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۶.
۵. توکلی فر، اکبر، ماهیت حقوقی قراردادهای ورزشی در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان، ۱۳۹۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، انتشارات مجد، چاپ ۳، ۱۳۹۸.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ ۳۵، ۱۴۰۰.
۸. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرآمۃ فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار التراث، کتاب الاجاره، ج ۱۱.
۹. حسینی، احمد، ماهیت و آثار حقوقی قراردادهای میان ورزشکار و باشگاه ورزشی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۷.
۱۰. خبیری، محمد؛ الهی، علیرضا، مقایسه وضعیت باشگاه های لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران با توجه به معیارهای یوفا و باشگاه های منتخب ژاپن، کره جنوبی، امارات و ترکیه». نشریه پژوهش در علوم ورزشی، شماره ۸، ۱۳۸۴.
۱۱. راجر جکسون، پالم ریچارد، راهنمای مدیریت ورزشی. مترجمان: خبیری محمد، سجادی سیدنصراله، صدیق سروستانی رحمت اله، عزیزی محمد، گایینی عباسعلی، نوابی نژاد شکوه. چاپ سوم. تهران: انتشارات کمیته ملی المپیک جمهوری اسلامی ایران. ۱۳۹۲.
۱۲. رادی، جواد؛ صابونچی، رضا؛ مرادی، محمدرضا، نقش عوامل اقتصادی در جذب سرمایه گذاری خارجی در صنعت فوتبال ایران، مجموعه مقالات همایش بین المللی علم و فوتبال، تهران، ۱۳۸۸.
۱۳. رضوی، سیدمحمدحسین، تحلیل سیاست خصوصی سازی در ورزش کشور با تاکید بر ورزش قهرمانی، رساله دکتری مدیریت و برنامه ریزی در ورزش، دانشکده تربیت بدنی و علوم ورزشی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۱۴. روبن آگوستا هرناندز، مدیریت سازمان های ورزشی، ترجمه علیرضا الهی و اسفندیار خسروی زاده، تهران، انتشارات بامداد کتاب، چاپ سوم، ۱۳۸۴.
۱۵. سرمد، زهره؛ بازرگان، عباس؛ حجازی، الهه، روش های تحقیق در علوم رفتاری». تهران، انتشارات آگاه، چاپ ۴۱، ۱۴۰۱.
۱۶. شعبانی مقدم، کیوان، مبانی حقوق ورزشی، انتشارات نشر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۸.

۱۷. شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۱۸. صالحی، امیر، پایان نامه کارشناسی ارشد رو، قرارداد های ورزشی در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه رضوی، ۱۳۸۹.
۱۹. صدقاتی پریسا، حسین جانی ابوالفضل، الیاسی قاسم، خارکن کبری، بررسی مزایا و معایب خصوصی سازی و جذب سرمایه در ورزش سهگانه ایران. مجموعه مقالات نخستین همایش ملی ورزش سه گانه، تهران: فدراسیون ورزش سه گانه، ۱۳۸۹.
۲۰. صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها (حقوق مدنی جلد دوم) ، نشر میزان، چاپ ۳۷، ۱۴۰۱.
۲۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، جلد دوم، تهران، انتشارات علی بن ابی طالب، چاپ سوم، ج ۲، ۱۳۹۰.
۲۲. عراقی، عزت الله، حقوق کار، انتشارات سمت، چاپ ۲۲، ۱۳۹۹.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی قرارداد، ایقاع، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۴۰۰.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱.
۲۵. کمالی، سعیده، بررسی ماهیت و موانع و مزایای ثبت قراردادهای ورزشی به صورت رسمی و عادی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد واحد قزوین. ۱۳۹۵.
۲۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۷
۲۷. الهی، علیرضا، بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ ژاپن، پایان نامه کارشناسی ارشد تربیت بدنی، دانشکده تربیت بدنی، دانشگاه تهران. ۱۳۸۳.
۲۸. الهی، علیرضا؛ گودرزی، محمود؛ خبیری، محمد، بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ حرفه ای فوتبال ژاپن، نشریه حرکت، سال ۱۳۵۸.
۲۹. یوسفی صادقلو، نصر، رجبی، الهام، مسئولیت مدنی در حقوق ورزشی، انتشارات دادگستری، سال ۱۴۰۰.
30. Arthur, D., Scott, D., & Woods, T. "A conceptual model of the corporate decision making process of sport sponsorship acquisition". Journal of sport Management, 1(3), PP:223-233. (1997)
31. Harpwood Vivienne, Modern Tort Law, London, 8th, ed. cavendishpublishing limited, 2019.
32. Menz A, Skene D Betting market and the roles of private enterprise in combating match-fixing. In: Steele S, Opie H (eds)



Match-fixing in sport comparative studies from Australia, Japan, Korea and Beyond, 1st edn. Routledge, Oxon, New York, pp8-19 (2018)

33. Palermo G, Williams B, Match-fixing and the evolution of CAS Jurisprudence. CAS Bull (2018)

34. Stark Boris, Droit civil - Les Obligations, tome 1 : Liability in tort, 5th edition (old edition) Paperback – July 4, 1996

35. Walter, T. Champion, Jr, Sports Law in a Nutshell, Publisher West Academic Publishing, Imprint West Academic Press, Publication City/Country Minnesota, United States. 6th Revised edition, 2022